

原件

关于广州市花都新华祈福房地产有限公司与广东三穗建筑工程有限公司建设工程合同纠纷的广州仲裁委员会(2010)穗仲案字第 638 号仲裁裁决之

专家意见

参与讨论专家:

孙宪忠 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师;
中国民法学研究会常务副会长

崔建远 清华大学法学院教授、博士生导师中国民法学研究会副会长

易显河 武汉大学特聘法学教授、博士生导师;武汉大学国际法研究所首席专家;教育部长江学者特聘教授

易继明 北京大学法学院研究员、博士生导师;中国民法学研究会常务理事

时间: 2012 年 3 月 14 日下午三点至六点

地点: 中国社会科学院法学研究所会议室

关于广州市花都新华祈福房地产有限公司与广东三穗建筑工程有限公司建设工程合同纠纷的广州仲裁委员会（2010）穗仲案字第638号仲裁裁决之

专家意见

参与讨论专家：

孙宪忠 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师；中国民法学研究会常务副会长

崔建远 清华大学法学院教授、博士生导师；中国民法学研究会副会长

易显河 武汉大学特聘法学教授、博士生导师；武汉大学国际法研究所首席专家；教育部长江学者特聘教授

易继明 北京大学法学院研究员、博士生导师；中国民法学研究会常务理事

时间：2012年3月14日下午三点至六点

地点：中国社会科学院法学研究所会议室

2011年12月20日，广州仲裁委员会就广州市花都新华祈福房地产有限公司（以下简称“祈福公司”）与广东三穗建筑工程有限公司（以下简称“三穗公司”）建设工程合同纠纷做出了（2010）穗仲案字第638号仲裁裁决（以下简称“638号裁决”）。从裁决书记载的内容和反映出来的事实情况判断，我们认为，该裁决书对当事人签订的阴阳合同《协议书》和《施工合同》因违反法律、行政法规的强制性规定而均属无效合同的裁定是正确的；但是，该裁决书有关工程结算的裁定，存在《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“《民诉法》”）第

213 条和《中华人民共和国仲裁法》（以下简称“《仲裁法》”）第 58 条规定的“仲裁的程序违反法定程序”、“裁决违背社会公共利益”的情况；存在《民事诉讼法》第 213 条规定的“适用法律确有错误的”的情形，仲裁裁决有关工程结算的裁定应该不予执行，应该予以撤销。

一、关于仲裁程序违反法定程序

仲裁程序依法进行方能保证裁决结果的公正，但是，638 号裁决有关工程结算的裁定的做出却存在两处违反法定程序的情形。

1、关于鉴定

《仲裁法》第44条规定：“仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定，也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定部门应当派鉴定人参加开庭。当事人经仲裁庭许可，可以向鉴定人提问。”第45条规定：“证据应当在开庭时出示，当事人可以质证”。从《仲裁法》的这两条规定可以看出，对于鉴定部门出具的鉴定结论，如果作为裁决证据的，不但要在开庭时出示，而且当事人还有权对其进行质证：当事人请求鉴定部门参加开庭的，鉴定部门有义务参加开庭；经仲裁庭许可，当事人还可以向鉴定人提问。638号裁决所依据的最关键证据之一就是广州建成造价咨询公司做出的《花都祈福新华1号地（第二期）房屋及其配套总承包工程造价鉴定（正稿）》。据被申请人提供的信息，对于这一关键性证据，被申请人不但向仲裁庭提交了《关于“花都祈福新华1号地（第二期）房屋及其配套总承包工程造价鉴定（正稿）”及其“补充意见”的质证意见》，而且还多次提出要与建成造价咨询公司就异议部分进行核对与辩论。但对被申请人就鉴定结论提出的《质证意见》和一些其他异议，仲裁庭和鉴定人没有做出处理。

仲裁程序不仅违反了《仲裁法》的上述规定，而且也违反了《广州仲裁委员会仲裁规则》（以下简称“《仲裁规则》”）第31条关于鉴定的规定。该条规定，“（一）……（三）仲裁庭应将鉴定报告副本送交当事人。当事人可对鉴定报告发表意见。根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定部门应当派鉴定人参加开庭。经仲裁庭许可，当事人可以向鉴定人提问，鉴定人应就报告作出解释。”

2、关于增加仲裁请求

《仲裁规则》第 17 条规定了变更仲裁请求或者反请求，“当事人可以变更请求或者反请求，但应当自收到受理通知书之日起 15 日内以书面形式提出。逾期提出的，仲裁庭组成前由本会决定是否受理；仲裁庭组成后由仲裁庭决定是否受理。”该条文明确规定，仲裁庭组成后由仲裁庭决定，但是但从裁决书的内容来看，638 号裁决书做出前的仲裁过程中，申请人逾期提出了增加仲裁请求的申

请，但被申请人收到的关于受理申请人增加的仲裁请求《通知》上只有仲裁委的盖章，没有各仲裁员的签字，因此这一项裁定不是由仲裁庭作出的。

二、关于适用法律确有错误

仲裁庭在确定按照《协议书》的规定计算工程价款时，适用《合同法》第58条和《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2条（以下简称“第2条”）的规定。第2条规定，“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”但是，如此适用法律是错误的。首先，第2条适用的前提是“承包人请求参照合同约定支付工程价款”，承包人未请求的，则不应参照合同约定支付工程价款。在本案中，承包人没有请求参照合同约定支付工程价款，638号裁决书裁决参照合同约定支付工程价款，违反了第2条的规定。其次，在承包人未请求参照合同约定支付工程价款的背景下，根据《合同法》第58条的原意，合同裁定无效后，建设工程的工程价款应该按照国家或政策规定进行；如无国家或政策规定，则应该据实结算，也就是按照市场价格或同类标准计算。638号裁决对建设工程尚未竣工验收和承办人的选择置之不理，在缺乏这些适用前提的情况下，直接参照无效合同约定价款计算，这与《合同法》第58条立法原意及相应的司法解释不符。复次，仲裁庭认为，如果适用国家和政府规定结算会给承包人带来额外的利益，而已裁定无效的《协议书》反映双方的真实意思。这种推理是错误的。国家和政府规定考虑多种因素，包括实际费用和公平因素，适用后不可能给某方额外的利益。最后，而已裁定无效的《协议书》应当全盘无效，除特别认可事宜外，不能再作为其中某方面诸如“真实意思”的有效体现。

三、仲裁庭依据无效合同裁判当事人之间的权利义务属于明显枉法，也违背第三方及社会公共利益

仲裁庭根据申请人和被申请人在招投标过程中签订阴阳合同而认定《施工合同》和《协议书》均属无效；合同既然无效，就不能对当事人产生法律约束力，仲裁庭也不可以依据这样的合同来裁判当事人之间的权利义务。但是，从仲裁庭下达的裁决看，仲裁庭恰恰违背了这个基本的法理。仲裁庭裁定，必须按照《协议书》的规定来计算工程造价。这一点既违背法律，又给当事人之间的权利义务造成严重的不公平的现象。因为，建设合同无效后，对于施工人已经完成的工作部分的报酬计算，我国法律采取的是据实结算，也就是依据当时的市场价格或者依据当地政府确定的概算标准计算的方法，来确定施工单位应该获得的报酬。这一点和我国合同法的规定也是一致的，应为合同法确定的这种情形的计算标准，是按照国家或当地政府规定的有关标准对已经完成的工程据实作价；国家没有规定的，应该以同类地域、同类市场的相关标准计算。这一方法适用于本案，对于当事人之间的权利义务基本上可以达到合法而且公平的结果。

本案仲裁庭裁决所采用不合法的计算标准，和我国建筑市场的变化完全不符合，结果不但违背法律，而且造成当事人之间权利义务严重失衡，也造成相关第三人尤其是建筑公司的体力劳动者权利无法实现的问题。

另外，裁决书（第 88 页）已经认定“《协议书》…明显损害了其它招标人公平竞标利益以及国家有关税收及收取相关费用的利益”。在此情况下，适用《协议书》的计算方式进行工程结算就彻底地促成了这种“损害”。

《民事诉讼法》第 213 条第 2 款规定，“被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）……（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；……（五）适用法律确有错误的；……。”该条第 3 款规定，“人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”《仲裁法》第 58 条规定，“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：（一）……（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；……人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。”

综上所述，我们认为，依据《民事诉讼法》第 213 条和《仲裁法》第 58 条的规定，638 号裁决有关工程结算的裁定确有错误，应该不予执行，予以撤销。

与会专家签名：

孙宝忠
崔建远
易星河
易健明