

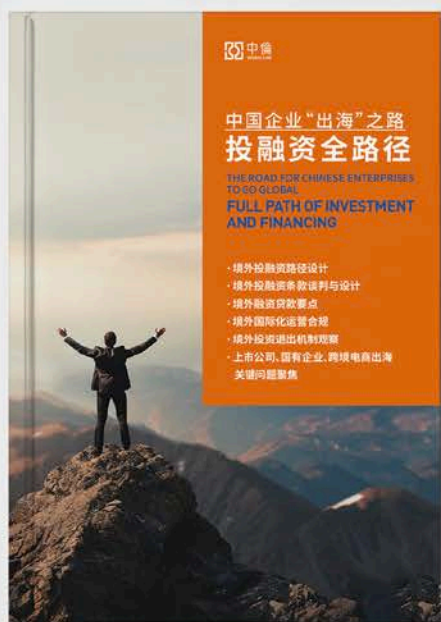
OVERSEAS PROJECT CONSTRUCTION

CHINESE ENTERPRISES GOING GLOBAL SERIES: PART II

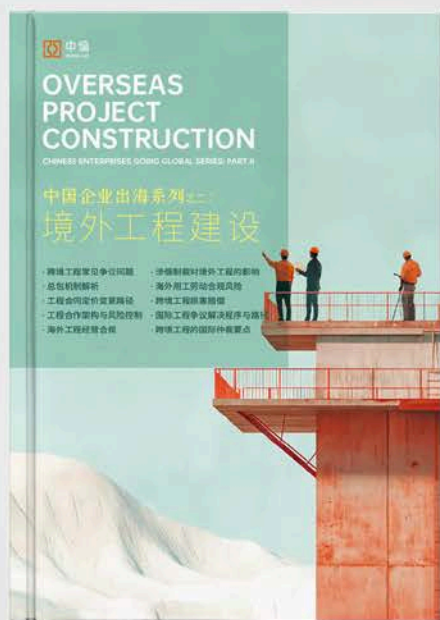
中国企业出海系列之二： 境外工程建设

- 跨境工程常见争议问题
- 总包机制解析
- 工程合同定价变更路径
- 工程合作架构与风险控制
- 海外工程经营合规
- 涉俄制裁对境外工程的影响
- 海外用工劳动合规风险
- 跨境工程损害赔偿
- 国际工程争议解决程序与路径
- 跨境工程的国际仲裁要点

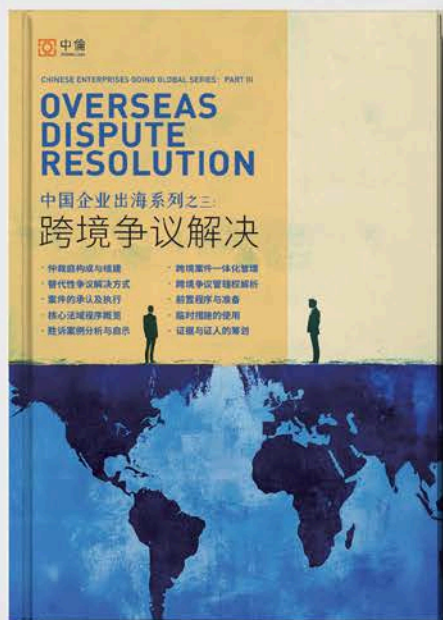




[中国企业出海系列之一]
投融资全路径



[中国企业出海系列之二]
境外工程建设



[中国企业出海系列之三]
跨境争议解决



**中国企业跨境
贸易·投资合规**



中伦研究院出品



CONTENTS



前言	006
<hr/>	
Chapter 01: 项目模式与合同机制	009
<hr/>	
01/ 境外大型总包商合同机制的简介和经验参考	010
02/ 简析国际炼化工程项目中合同定价逻辑导致的合同价格的变更	019
Chapter 02: 项目风险识别和控制	029
<hr/>	
03/ 海外工程总承包项目承发包合作架构风险控制	030
04/ 海外工程分包合同“背靠背”条款的风险与运用	039
05/ 国际工程总承包的风险识别和防范	049
Chapter 03: 项目合规管理与运营	062
<hr/>	
06/ 海外工程经营合规：全面布局，有效应对	063
07/ 涉俄制裁对海外工程的合规影响	078
08/ 中国海外工程企业劳动用工合规风险防范	087



CONTENTS



Chapter 04: 跨境工程争议解决与国际仲裁 098

- 09/ 境外工程常见争议问题解析 099

- 10/ 国际工程争议解决路径解析 109

- 11/ 跨境工程国际仲裁的主要问题探究 118

- 12/ 善用延误违约金条款助力国际工程项目 130

- 13/ 以2017版FIDIC红皮书(2022再版)为例,
探索国际工程多级争端解决程序 140



P R E F A C E



1.中华人民共和国商务部,《2024年1-9月我国对外承包工程业务简明统计》

https://www.mofcom.gov.cn/tjs-j/gwjzhztj/art/2024/art_oe1806b9c1084ed8afcc50e44d14bfc6.html

2.中铁建工第二公司,《中国企业对外承包工程浅析》

https://mp.weixin.qq.com/s/C5N6V0xuw6ZYI5N1s_KB1A

在经济全球化的浪潮和国家“走出去”战略的推动下,中国企业正迎来新的“出海”机遇。根据商务部数据统计,2024年1-9月,我国对外承包工程业务完成营业额7810.2亿元人民币,同比增长2.1%,新签合同额12205.8亿元人民币,增长23.8%¹。对外承包工程业务的繁荣与增长,彰显了中国企业在全市场中的活跃度和影响力。

从市场趋势上看,中国对外承包市场分布总体稳定,行业格局呈现多元化发展:亚洲市场和非洲市场作为我国最大的对外承包市场,在2023年中国企业对外承包工程完成营业额中占比分别为53.2%和24.4%²,对外承包市场分布稳定维持;在交通、房建和电力工程三大境外工程业务领域之外,新能源、石油化工、工业建设等业务领域多元化发展,百花齐放。而随着“一带一路”倡议的深入推进,全球共建共荣,不仅为建筑行业带来新的增长机会,也使我国企业在国际工程承包领域的潜力备受瞩目。中国工程企业在东南亚、中东等经济增长迅速、基础设施建设需求旺盛的新兴市场的影响力也在不断扩大,也为中国企业提供了广阔的市场空间。

当然,中国企业的“出海”之路并非一帆风顺,中国建设工程企业在海外市场面临着复杂的法律环境、文化差异、政治风险等挑战,加之逆全球化、保护主义的抬头,国内外合规监管要求的不断收紧,大国博弈和地缘冲突摩擦等等,使境外建设工程经营的不确定性增加。

为更好地应对建设工程“出海”的机遇与挑战,中国工程企业亟需专业顾问提供法律和商业咨询建议,立足国内和国际法律环境,统筹企业合规体系,帮助企业识别、评估和规避潜在的法律风险,包括但不限于监管政策风险、合同风险、价格风险、税务风险、制裁风险、劳动用工风险、争议解决与国际仲裁挑战等,力求更好地融入和适应海外市场,实现业务健康发展。在妥善预防各类境外工程风险的基础上,中国企业也应当提前布局,熟练掌握国际工程争议解决的路径,以便在跨境争议解决发生时,及时引入专业力量,适当运用法律

武器，维护自身合法权益。

为了深入探讨中国工程企业在全球市场中健康发展的方式方法，中伦研究院联合中伦律师事务所众多资深律师，汇集各个领域的专业见解和实操建议，特别推出了《中国企业“出海”之路：境外工程建设篇》文集（“《文集》”），致力于为中国企业境外工程建设提供全方位、多角度的支持和启发。《文集》基于对各国家和地区前沿监管政策与法律规范的深入了解，洞察中国企业在境外工程建设承包模式、合作架构、合同机制、条款设计、项目定价、风险识别、经营合规、延误违约处理、国际制裁、争议解决路径等全流程多角度的法律问题，进行全面地体系化梳理，帮助企业应对海外工程建设项目中的法律风险。此外，《文集》还重点探究了境外建设工程的多维争端解决方式和程序，力求对中国企业境外建设工程运作提供切实有效的前沿实务建议。

我们诚挚期望，本《文集》能够成为中国工程企业“出海”道路上的一本实用手册，为中国工程企业在全球范围内推进战略布局提供有益参考，促进中国企业在全球市场中展现新的活力和竞争力，以乘风破浪，行稳致远。

CHAPTER

项目模式与合同机制



境外大型总包商总包合同机制的简介和经验参考

周境宜 程军



1.注：一般而言，此类项目由项目大业主授予至境外大型总包商，总包商再将相关工程（通常为项目主体工程或整体工程）分包给一级分包商，一级分包商再分包给二级分包商（如有）。为方便行文，本文将此类一级分包商称为承包商，二级分包商称为下游分包商；总包商与一级分包商缔结的合同为总包合同，一级分包商与二级分包商缔结的合同为分包合同。

近年来，随着自然资源与能源领域的持续发展，众多境外大型总包商陆续在各国承办和运营大型自然资源与能源开发项目，而作为项目开发商，越来越多的境外大型总包商选择与中国企业进行合作，将项目EPC交由中国企业实施。

笔者在协助中国企业处理与境外大型总包商项目EPC承包项目的过程中发现，就部分专业且经验丰富的国际大型总包商而言，其以总包工程业主身份对外签署的总包合同¹的合同机制设计复杂且细致。相较于一般国际工程EPC项目合同中类似机制来说，这类总包合同对总包商权利的保障以及对总包商责任的排除更为完善和精巧。鉴于此，笔者希望通过本文，选取所遇到的前述境外大型总包商总包合同亮点机制中的四个方面进行介绍，以求为国际工程领域中越来越多着眼于“走出去”的中国企业作以提醒和参考。

PART 001

承包商对分包商的管理

通常针对承包商分包而言，承包商面临的限制主要在分包的权限和下游分包商的选聘上，即承包商会被要求在一定的分包金额或分包比例限制内才享有分包的权利、下游分包商的选聘须取得业主事先同意等。而部分境外大型总包商作为总包业主，针对承包商对下游分包商的管理可能会提出另外的要求：

(1)对分包合同条款的额外要求

分包合同的条款需要在最大商业可行性范围内与总包合同条款在实质上类似，并必须包括以下条款内容：

- 承包商在分包合同项下的权利义务可在总包合同终止时被转让给业主；
- 承包商在分包合同项下的权利义务（包括质保）可转让给业主或融资方；
- 业主和其指定人员经事先通知有权进入各级下游分包商的场地进行检查和视察；
- 分包合同的质保条款应当与总包合同的质保条款至少相同（即意味着分包合同质保条款不得劣于总包合同质保条款）。

(2)对分包商行为管理的额外要求

承包商须确保下游分包商建立并实施与总包合同规定相一致的反腐败和反贿赂计划、遵守相关的禁止“强迫劳动”的法律规定，并要求承包商使用合理努力，以在分包合同中也进行与总包合同同样的禁止“强迫劳动”相关的约定。

(3)对分包合同审阅权的额外要求

境外大型总包商要求对分包合同享有审阅权，并且，针对包含具有保密性质的专有制造技术的合同，承包商（包括其下游分包商）也不得以此为由拒绝披露，需要在移除该等保密信息的基础上向该境外大型总包商披露合同。境外大型总包商亦有权对其认为的分包合同与总包合同相比不一致的内容提出意见。

从笔者总结的部分境外大型总包商针对承包商管理分包商所可能提出的要求可以看出，尽管上述境外大型总包商与承包商缔结合同的性质是总包合同，但是他们仍然可以通过总包合同对分包合同的条款安排提出一定的要求，从而间接地实现对分包合同的管控：

一方面，境外大型总包商对分包合同条款的这类管控能够在一定程度上实现分包合同和总包合同条款的背靠背，从而降低承包商承担

的分包风险；但另一方面，鉴于总包合同对分包合同的条款要求严格，这类要求将可能影响承包商能否取得有利的承包/分包商业条件：承包商对下游分包商的部分行为进行管理并承担责任，但同时对于下游分包商的行为又可能难以控制，为更好地对下游分包商进行管理，相应的管理难度和成本均将有所增加。

PART 002

知识产权问题

通常而言，总包合同中均会对知识产权问题进行约定，但是部分境外大型总包商可能会就知识产权问题向承包商提出更严格的要求：

(1)知识产权的费用覆盖

如果涉及总包合同项下知识产权的使用或者针对该等知识产权的索赔或侵权，由此发生的费用承担问题均在总包合同中进行明确约定：

- 承包商负责支付所有知识产权项下的使用费或其他收费；
 - 如发生针对境外大型总包商的索赔，承包商须自担费用负责协商和应诉，并且经该境外大型总包商要求，承包商还需向该境外大型总包商提供能够覆盖其可能遭受损失或费用的合理担保。境外大型总包商经承包商请求须向承包商提供协助，但产生的费用将由承包商补偿；
 - 如果确实涉及知识产权侵权，承包商须自担费用确保境外大型总包商能够继续有权使用相关材料设备，否则该境外大型总包商有权自主决定更换或改造该等侵权的材料设备（费用由承包商承担）；
 - 承包商不得因知识产权侵权事宜要求延期履行义务，境外大型总包商有权视此为承包商违约并终止合同。
-

(2)知识产权的使用权限

就承包商技术信息的使用，总包合同需给予境外大型总包商非常广泛的使用权限：境外大型总包商有权无偿使用承包商自己持有的或被授予的未完成或运营工程和项目范围内的知识产权，并有权在项目活动实施的范围内，将该等知识产权转让给其承继人、受让人、融资方或项目终端大业主。

笔者总结，部分境外大型总包商对于知识产权事宜考虑的方面会较为全面，总包合同的相应条款对自身的倾向性也非常明显：所有知识产权费用、索赔金额、侵权风险均分摊给承包商，且无论哪方的原因导致的知识产权侵权，承包商均没有要求延期履行义务的权利，否则将可能被境外大型总包商认定为违约，并构成终止合同的事由。与此同时，境外大型总包商对承包商技术信息知识产权的使用权限相比较而言更为宽泛，甚至在一定程度范围内有权将该等知识产权对外转让。

PART 003

承包商消缺/质保责任

通常在业主为大型总包商时，总包商将会尽可能地对承包商所承担的消缺/质保责任范围进行最大化处理，并同时因承包商实施消缺工作而产生的额外费用和成本在最大程度上进行控制和约束：

(1)对一般缺陷的处理要求

针对承包商所应承担的一般消缺/质保责任范围，境外大型总包商通常采取较为强势的协议安排：即除了因业主违约、正常磨损、其他总包商方面的不当操作之外，其他所有缺陷都属于承包商消缺/质保责任范围，并且承包商需要在总包商指定的时限内实施并完成消缺工作，通常也会强调承包商不得因此进行任何价格调整。如果承包商未

能按照业主前述要求实施并完成消缺工作，总包商有权自行或引入第三方承包商实施消缺工作，所产生的费用均由承包商承担。

(2)对连续缺陷的处理要求

某些境外大型总包商会在总包合同中另行引入“连续缺陷”的概念。工程的“连续缺陷”并不是指某类缺陷的重复发生，而是指在相同或类似组件或材料上，发生相同或类似缺陷并达到一定比例；或者组件或材料中存在缺陷，且（经认可的技术机构出具正式报告中显示）该组件或材料的全球生产中有相当比例受到了与项目组件或材料相同或类似缺陷的影响。

构成“连续缺陷”的，主要的后果为承包商需要为受“连续缺陷”影响的工程承担相较于一般缺陷而言更长的消缺期限。

(3)对分包商消缺/质保责任的处理要求

在前文所述的承包商缺陷处理要求基础上，境外大型总包商一般还会要求承包商对下游分包商所提供的部分工程、服务或货物对应的消缺/质保责任作出承诺。承诺包括该等工程、服务或货物的消缺期要与承包商向业主承诺的消缺期相等、分包商消缺/质保责任可被任意转让等，还可能包括针对一些工程、服务或货物的额外消缺/质保期时限要求。

境外大型总包商也会另外要求承包商承担一项兜底责任：承包商须对下游分包商的任何缺陷承担责任和义务，无论该等缺陷是否在下游分包商的消缺/质保责任范围内。

从笔者总结的针对承包商消缺/质保责任的管理要求可以看出，境外大型总包商对承包商所提出的要求，主要秉承以下几个原则：

一是尽可能扩大承包商消缺/质保责任范围：承包商除了对自身所造成的工程、服务或货物缺陷承担责任外，还会被要求对下游分包商

的工程、服务或货物缺陷承担责任。并且无论该等缺陷是否在下游分包商的消缺/质保责任范围内，承包商均需要承担兜底责任。

二是尽可能延长消缺/质保期限：通过在一般缺陷基础之上，引入类似“连续缺陷”的概念，总包商直接将特定缺陷的消缺期限延长。

三是尽可能管控因消缺/质保而可能产生的费用：总包商一般会额外明确，消缺工作不得产生额外费用、不得调价。

PART 004

违约赔偿责任

一般而言，总包商对承包商的诉求可简单总结为：按期保质地完成所交付的工作。就工作质量而言，总包商可通过上文提及的承包商消缺/质保责任，获得相应的保护；而就期限承诺而言，如承包商所承办的工程或提供的服务在某环节发生延迟，导致总包商遭受损失，总包商可通过向承包商主张承担违约赔偿责任，得到经济上的补偿。

(1) 违约金单独支付机制

就延迟违约金而言，如发生延迟，承包商须在固定期限内的固定日期（如在每月的一个固定日期）向业主支付上一固定期限内产生的延迟违约金。也就是说，与通常的违约金条款不同，境外大型总包商除了对违约金计算机制进行规定之外，还会额外为违约金的支付设置固定期限性的支付时间，以保证违约金的计算和支付尽快落实，而非阶段性地一次性主张和支付，避免在一次性主张和支付中可能因时间久远而产生的事实模糊不明或经济平衡性变化的情况。

(2) 违约金属于唯一救济

境外大型总包商通常会认可违约金作为延迟情形下的唯一救济，

但是在此基础之上，总包商还会强调，其终止总包合同、拒收工程以及索付保函的权利不得受到影响。这一要求在实质上使得延迟违约金不再是总包商所能获得的“唯一”救济。

(3)违约金责任上限

一般的EPC工程合同中，合同双方可以针对业主有权向承包商主张的违约金总额设定一个责任上限（通常是以合同价款为计算基础约定一个金额上限），即无论承包商因何种事由触发了违约赔偿责任，承包商所需支付的违约金总计不会超过这一上限，从而使得承包商承担的违约金赔偿风险变得可控。

而境外大型总包商的总包合同中，除上述一般EPC合同通常采用的统一责任上限规定外，也会按照不同的违约赔偿事由，约定不同的违约金责任上限；或者将不同的违约赔偿事由进行分类，按照类别约定违约金责任上限，这使得承包商的违约赔偿更具有经济上的针对性。

PART 005

结语

首先，基于本文中对“**承包商对分包商的管理**”以及“**知识产权问题**”这两个事项所对应合同机制安排的简介，可以看出，部分境外大型总包商在其作为业主与承包商订立总包合同时，对于许多总包事项的把控较为严格，同时会通过合同详尽安排费用和风险的分摊。因此，对于“走出去”的中国企业而言，可以根据其在境外工程承包项目中的具体角色和分工，从不同立场参考境外大型总包商总包合同安排和机制的经验，保障自身的权益：当作为业主/总包商时，面对承包商/分包商，企业可利用其自身的角色优势通过类似的合同机制安排尽量加强对总包分包各环节的控制和对风险的转嫁；而当作为承包商时，在与业主/

总包商商议合同安排时，企业可着重注意业主/总包商在类似方面对承包商行为的限制，避免接受在实际履行过程中无法达成的或对自身利益有失公允的安排，从而在实质上保障自身的权益。

其次，基于本文中对“**承包商消缺/质保责任**”以及“**违约赔偿责任**”这两个事项所对应合同机制安排的介绍，可以看出，部分境外大型总包商在与承包商订立总包合同时，越来越多地倾向于将某类别事项进行具体的划分或分类，并在同一种类责任项下，为不同类别的事项规定不同的承包商责任范围。因此，对于“走出去”的中国企业而言，可以效仿这一合同安排逻辑，尽可能以合同项下可能产生的问题类别为导向，据此设置不同的责任承担范围或承担方式，以避免“一刀切”式的合同责任约定模式，从而更加科学地安排合同双方责任的风险分摊问题，更加有效地进行合同管理，最终实现在实质上保障自身权益的目的。

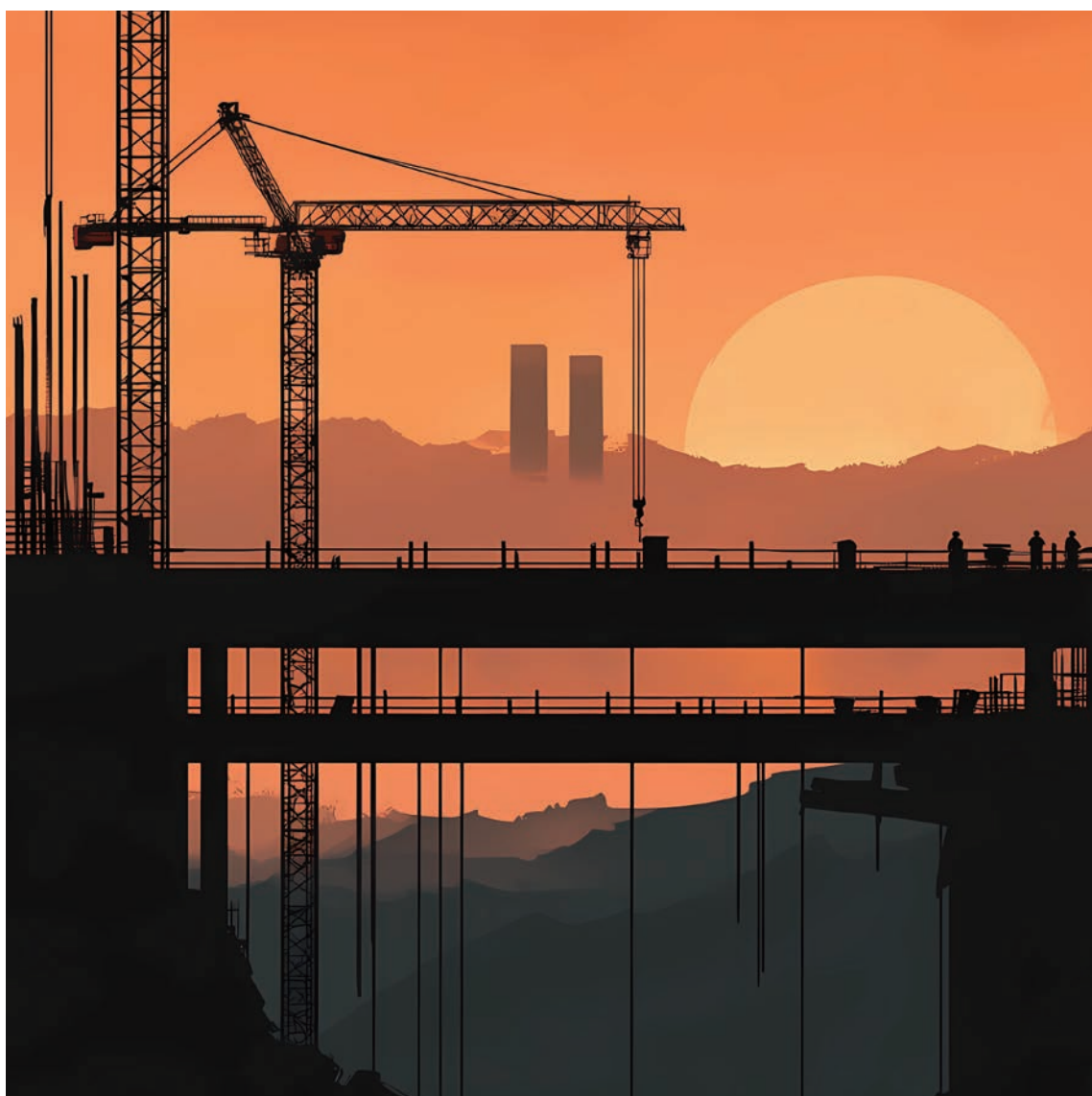
最后，仍然需要提请注意的是，尽管本文从以上四个方面所介绍的国际大型总包商总包合同的合同亮点机制有诸多的参考和借鉴意义，而合同条款的确定和合同机制的选择背后始终存在着其他考量因素（如价格、账期、业主/承包商对某些项目事项的自由裁量程度等），各方最终达成一致的内容仍受限于各方的沟通、谈判以及利益的取舍，自身权益能否得到最终保障仍取决于各方在EPC项目中的交易地位、技术条件、财务回报等方面的情况。



程军
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2005
chengjun@zhonglun.com

简析国际炼化工程项目中合同定价逻辑导致的合同价格的变更

赵郁洋 程军



国际炼化工程项目因其技术复杂性、漫长的项目周期、高昂的资金需求以及众多的利益相关方而独具特色。相较于国内项目，这类项目还涉及来自不同国家的多方合作，各参与方不仅拥有不同的文化背景，还可能持有各异的项目管理理念。因此，为了应对这些复杂的因素，国际炼化工程项目的合同往往需要对合同价格及其潜在变更等各个方面做出极为详尽和精确的规定。然而，这种高度商业性、细节性和法律性的合同文本也为相关的从业者带来了相当大的挑战。

广义而言，国际炼化工程项目中的合同价格变更可以归因于多种因素，其中包括合同本身的定价逻辑、工程变更(Change/Variation)或者工程索赔(Claim)。本文旨在以中国承包商的视角来探讨由于合同定价逻辑而导致的价格变动，从而为活跃在国际炼化工程项目领域的中国企业就理解和应对由于合同定价逻辑而导致的价格变动提供有价值的见解和策略指导，以助于提升中国企业在国际市场上的竞争和国际间更紧密的合作关系。

正文

出于对工程项目总造价的严格控制，工程合同通常明确约定，作为具备丰富行业经验的承包商，应充分了解并在给定的工作范围内承担所有业务风险，而不得寻求任何形式的额外费用。因此，工程合同中的价格变更机制实质上反映了在既定工作范围内，对于特定事件所引发的风险或责任，在业主与承包商之间的分配。

以笔者参与的一些大型炼化工程项目为例，基于合同定价逻辑导致的合同价格变更可能包括以下几个方面：（1）暂估价格向实际成本转化所带来的价格调整：在项目的初期阶段，由于信息不够完整，合

同中通常会采用暂估价格；随着项目的推进和详细设计的完成，暂估价格将逐步转化为实际成本，从而导致合同价格的调整；（2）因第三方补偿的退还而引起的合同价格修订：如果承包商在采购设备和材料时获得了第三方补偿（如退款、折扣等），合同通常会规定这些款项应当退还给业主，从而影响合同价格；（3）由于特定材料价格或汇率波动所导致的价格变动：国际市场上特定材料的价格波动和汇率变动都是难以预测的风险因素，合同通常会设定相应的调整机制，以应对该等不确定性带来的价格变动。

这些因素共同作用，使得合同价格的确定不仅是财务计算的过程，更是双方对项目潜在不确定性的管理和协商的结果。通过高度商业化、细节化和法律化的合同条款，双方可以合理分配此类价格风险，确保项目的顺利进行。

PART 001

由暂估价格向实际价格的转化所导致的变更

1. 常见的工作范围和定价模式

在讨论合同定价逻辑所导致的合同价格变更之前，首先有必要了解国际炼化工程项目中常见的工作范围和定价模式。

常见的工作范围涵盖了**设计**（Engineering/Design）、**采购**（Procurement）、**运输**（Transportation）、**现场服务**（Site Service）和**施工**（Construction）等方面。而在定价模式上，则可能采用固定总价（Fixed Lump Sum）、成本加成（Cost Plus）或包干费率（All-in Rates）等多种形式。

国际炼化工程项目的业主可能会针对承包商负责的不同工作部分选择不同的定价模式，以此来确保承包商能够获得合理的利润，同时有效地控制项目的总体成本。具体来说：

1)对于**设计**工作，通常采用固定总价（Fixed Lump Sum）的方式进行报价；

2)在**采购**工作方面：

a)可以采用固定总价（Fixed Lump Sum）的方式报价，在这种模式下，采购成本和利润不会向业主公开，承包商需承担工程量与单价的风险；

b)也可以采用成本加成（Cost Plus）的定价模式，在此模式下，承包商将各项设备和材料的采购成本转嫁给业主，并在其基础上收取一定百分比的利润，同时承包商需承担因工作缺陷导致的额外费用的风险；

3)对于**运输**工作，承包商通常会与从起运点到目的地的各个分段运输公司签订合同，并采用固定总价（Fixed Lump Sum）或按运输吨单价的方式报价；

4)对于**现场服务**工作，承包商会与设备供应商约定人工小时费率，并以包干费率（All-in-Rate）的形式报价；在某些情况下，如果现场服务工作的范围足够明确，承包商也可能采用固定总价的方式报价。

5)对于**施工**工作：

a)可以采用固定总价（Fixed Lump Sum）的方式报价，在这种模式下，承包商承担了工程量与单价的所有风险；

b)也可以将费用分为直接费用（Direct Cost）和间接费用（Indirect Cost），其中直接费用部分基于工程量清单（Bill of Quantities, BOQ）和单价（Unit Rate）进行报价（例如，每米管道、每个焊口、每吨设备或每米电缆的单价），而间接费用部分则基于直接费用的特定比例浮动，可以形成相对固定的总价。

2. 暂估价格的概念和应用

由此可见，除了采用固定总价方式报价的项目外，其他报价模式

下的工作项目通常会给合同价格中的预付款和里程碑支付的具体数额带来一定的不确定性。因此，在国际炼化工程项目的合同中，通常会在合同签署时就非固定总价报价的工作部分约定暂估价格（Provisional Price），并在合同附件中列出各类别暂估价格的明细（Breakdown）清单。

以采购工作为例，合同最初可能会约定设备和材料的采购暂估价格。之后，当承包商向制造厂商实际下单时，由于详细设计（Detailed Design）或其他原因，相关设备和材料的成本可能会发生一定程度的变化。此时，原先的暂估成本将转化为实际成本。承包商将在实际价格的基础上加上一定的利润（Markup），从而形成最终的实际价格（Actual Price），并向业主提出支付该实际价格的要求。

当然，国际炼化工程项目的合同可能并不会将上述转化机制的原理阐述得非常明确，但这种商业安排必然会在承包商申请付款时的支付里程碑的相关约定中体现出来。例如，合同中可能会约定（实际上，里程碑的约定在实践中会更为具体、细致和复杂）：

业主应当按照以下约定进行支付：

1)在承包商提交相应的预付款保函后，支付暂估价格的20%作为预付款；

2)在承包商就A类设备和材料实际下订单时，支付暂估价格的20%；

3)在承包商就B类设备和材料实际下订单时，支付实际价格的10%；

4)在设备和材料达到待运状态（Ready for Shipment）时，支付实际价格的30%；

5)在设备和材料交付给第一承运人（To the First Carrier）时，支付实际价格的10%；

6)在项目实现机械竣工（Mechanical Completion）后，支付实际价格的10%。

由此可以看出，在项目的推进和合同的执行过程中，随着承包商

对设备和材料的实际订购，原先的暂估价格逐步转化为实际价格，合同价格的支付也随之进行相应的调整。同时，业主与承包商还将定期对账，确保双方对每个里程碑中涉及的设备和材料的订单成本（及其总计）没有异议，并且最终的合同价格应当完全基于设备和材料的实际价格，而非暂估价格。

3.承包商的注意事项

就此，中国承包商应当特别注意以下几点，以更好地管理和控制资金流动，减少不必要的财务压力，并确保项目的顺利进行：

首先，在核查里程碑支付节点时，承包商应当明确里程碑百分比所对应的基准是暂估价格还是实际价格。特别是在承包商预计暂估价格将低于实际价格的情况下，应当争取在里程碑节点中尽早按照较高的实际价格作为支付基准，以避免因业主长期按照较低的暂估价格作为基准支付而导致承包商面临“负现金流”或“垫资”的风险。

其次，各个里程碑通常对应的是暂估价格明细清单中的各个设备和材料的价格。承包商应当在里程碑支付节点中要求业主按照“按比例”（Pro Rata）的原则进行支付，即根据达到里程碑支付条件的各个设备和材料占该里程碑项下全部设备和材料价值的比重来进行支付，以避免前述的“负现金流”或“垫资”的风险。

再次，承包商应当注意明确约定暂估价格向实际价格转化（Conversion）机制下的对账规则，包括对账的频率（例如，每季度进行一次对账）及相关对账文件等，确保各个设备和材料下单后，相关的暂估价格、实际价格和预付款金额能够得到及时和动态的调整。

最后，合同双方还应当将由此产生的合同价格变化正式记录在补充协议中，以避免后期可能出现的争议。通过书面形式固定下来的价格变更不仅可以保护双方的利益，还能为后续可能出现的任何审计或争议解决提供清晰的依据。此外，建议在合同中预先设定一套处理此

类价格变更的程序，以便在发生变更时能够迅速有效地执行。

PART 002

第三方补偿的退还

1. 第三方补偿的退还

国际炼化工程项目中的大多数业主通常希望对承包商的工程成本有一定的掌控，因为最终业主需要为相关工作项目的承包商成本买单。因此，就设备和材料部分的成本构成而言，如果承包商采购的设备和材料存在第三方补偿（如退款、折扣等）的情况，工程合同通常会约定承包商无权享有这些款项，且业主有权要求承包商退还相关款项。

然而，需要注意的是，如果工程项目中除了以成本加酬金模式进行报价的工作项目之外，还存在以其他模式报价的设备和材料，承包商应当特别注意考虑是否排除前述第三方补偿退还规定的适用性。对于以固定总价或包干费率模式进行报价的设备和材料，其合同价格与承包商的成本并不直接相关，且承包商的利润并非基于成本的特定比例上浮。因此，工程合同应当对不同报价模式的工作项目予以区别对待和处理：

1) 成本加酬金模式：在这种模式下，合同应通常约定承包商应当透明地披露所有成本，并同意将收到的任何第三方补偿退还给业主；

2) 固定总价模式：由于固定总价模式的合同价格并不与成本严格直接相关，对于采用固定总价模式的设备和材料，合同应明确指出承包商无需退还任何第三方补偿；

3) 包干费率模式：同样，在包干费率模式下，合同价格也不与成本严格直接相关，因此承包商不应被要求退还任何第三方补偿。

2. 项目所在国的所得税变化

此外，国际炼化工程项目的工程合同通常还会明确合同价格是否包含了项目所在国的所得税。同时，合同也会约定如果由于项目所在国的所得税政策变化，或是项目所在国与承包商所属国之间的双边“避免双重征税协定”发生变化，导致承包商需要在项目所在国缴纳更多的所得税时，应当如何处理这种情况。

尽管国家的宏观所得税政策或“避免双重征税协定”发生变化的概率相对较小，但在当今国际局势变幻莫测的背景下，中国承包商更为谨慎和保守的做法是在合同中约定：在这种情况下，业主应当调整合同价格，确保承包商在该项目上的净收入不受上述变化的影响。同时，合同中应详细说明由于项目所在国的所得税变化而调整合同价格的具体程序，包括调整的触发条件、调整方法、通知义务和执行步骤等，以确保调整机制的操作性和透明度。

无论是针对所得税政策的变化，还是避免双重征税协定的变动，承包商都应当在合同谈判阶段就充分考虑这些因素，并在合同中设计相应的应对机制，以确保在项目执行过程中能够有效应对各种不确定性，保障自身的经济利益。

PART 003

特定材料的价格/汇率变动

1. 特定材料的价格变动

虽然并不常见，但在国际炼化工程项目的合同中，部分工作项目的合同价格可能会根据某些特定材料的价格（如钢筋、管材等）进行调整。由于这类合同价格的调整通常仅限于施工工作的直接费用或间接费用，并且考虑到承包商或施工建设单位确实无法预见或控制这些特定材料的价格，因此在合同中设置相应的调整机制是有必要的，同

时该等合同价格的调整机制也存在一定的谈判空间。

具体而言，合同可以约定在特定材料价格发生较大波动时，双方可以根据实际情况对合同价格进行调整。此外，双方还可以在合同中明确约定调整的触发条件、调整幅度和调整流程，以增加合同的可操作性和透明度。

2. 汇率变动

另外，如果工程合同中离岸部分工作的计价货币为强势货币，但支付币种为弱势货币（在岸部分工作的支付币种通常为项目所在国的通用货币），这将不可避免地带来汇率变动风险。在这种情况下，中国承包商可以考虑，在工程合同中约定相应的汇率调整机制，确保承包商在收到业主支付时的实际结算货币数量能够根据当时的银行汇率进行相应调整；或者如果计价货币和支付货币之间的汇率变动超过一定阈值，双方可以根据最新的银行汇率进行调整，从而使承包商收到的价款尽可能不少于计价货币的合同价款的等值结算。

通过这些措施，承包商可以更好地管理和控制因汇率变动带来的风险，确保项目的财务稳定性和预期收益。此外，明确的汇率调整机制也有助于增强双方的信任，确保合作关系的稳定性和可持续性。

PART 004

结语

国际炼化工程项目的合同对合同价格及其潜在变更存在极为详尽和精确的规定。本文从中国承包商的视角出发，通过对暂估价格向实际价格转化、第三方补偿的退还、项目所在国的所得税变化以及特定材料价格和汇率变动等问题的分析，探讨了由于合同定价逻辑而导致的的价格变动问题，以期协助中国企业在国际市场上更好地理解 and 应对

此类挑战。

在未来，随着国际局势的不断变化和技术的进步，国际炼化工程项目将继续面临新的挑战，合同定价逻辑而导致的价格变动也可能平添其他衍生变种模式。中国承包商应当持续关注行业动态，不断优化和设计合同条款以应对包含合同价格在内的各类合同风险，以适应不断变化的市场环境，确保在激烈的国际竞争中立于不败之地。



程军
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2005
chengjun@zhonglun.com



赵郁沅
非权益合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2221
zhaoyufeng@zhonglun.com

CHAPTER 贰

项目风险识别和控制



海外工程总承包项目承发包 合作架构风险控制

张炯 张文婧 张莉



在国家政策推动下，近年来，中国承包商的足迹已遍布全球，在海外工程市场的商业机会和市场份额也逐年上升。海外工程通常具有投入资金多、项目规模和技术难度大、资源依赖性强、工期长、合作关系复杂等特点，加之工程地点远在海外，存在着很多不确定因素。如果企业不能对潜在风险进行充分、准确地识别和预判，可能会导致项目无利可图甚至蒙受巨大损失。

海外工程承包项目的开展，离不开与业主方、联合体合作方的合作，而主要的项目风险源恰恰又来自于这些合作。因此，如何优化合作架构是中国承包商防控风险和提升海外承包经营管理水平的关键，合作架构的前期规划设计更是项目稳妥运行的重中之重。本文将结合几则典型案例，分析海外工程承包合作架构设计中潜在的风险点及防控对策：

PART 001

与业主单位合作架构的风险控制

作为项目的投资人和发包方，业主在项目承发包关系中通常具有较为强势的话语权，特别是不少项目通过招投标的方式遴选承包商，合作模式一旦由业主决定，承包商能够调整的空间非常小。加之在“走出去”大环境中的激烈竞争态势，为保持竞争优势，常常使得承包商对业主提出的合作模式全盘接受，而重大的风险也恰恰存在于这种模式所导致的不公平条件之下。

例如，在土耳其的某EPC工程项目中，中国承包商负责的工作范围是设计、供货和施工监理，并没有施工的工作内容，但业主却提出以EPC合同为框架签署合约，依照约定承包商需要对包括施工在内的项目

整体工期和质量负责，将一个供应项目变成了“交钥匙工程”。承包商未考虑到自身的管理能力有限，且在海外工程项目对施工单位鞭长莫及的现实情况，完全接受了这一工作范围与风险和责任极不匹配的合作模式。在项目推进过程中，一方面，施工单位的施工质量和进度出现严重问题；另一方面，承包商也存在一定程度的疏于监督管理问题，最终发现承包商对项目施工完全失控，工程在项目调试期暴露了大量安装问题。此时业主单位将工程工期延误和质量问题的责任都依据EPC合同归因于承包商，并向承包商提出巨额索赔，不仅给项目进度带来了明显不利的影响，也给承包商造成了重大的亏损。

在该案中，承包商实际应作为“监理”身份，本不必对施工质量和工期承担如此直接和主要的责任，但因其全盘接受业主提出的合作模式和EPC合同文本，使得自己承担了远超过合理程度的风险。如果承包商在合作初期对风险有充分认识，其本可以有若干不同的解决方案，包括：一、即使在不改变基础合同文本的前提下，承包商也可以与业主协商调整风险分配机制，使其对工程施工只承担管理责任而不是施工责任；二、基于EPC合同的需要，要求将施工工作也纳入承包商本身的承包范围，从而在合约关系上能更顺畅地管理施工单位；三、如果企业已经在合作模式中承担了施工责任，那么就不能再将自己仅仅定位为供货单位，而是要如代建单位一般在履约过程中加大施工管理的人力、物力投入；四、如果企业无法改变风险分配机制又对自身管理能力没有充分信心，则应考虑果断地放弃项目。

此外，在合约架构的设计中，付款安排的合理与否，可能成为承包商重要的风险源，直接影响着承包商的经济效益。例如，若合同中规定无预付款或预付款比例过低，工程款支付周期过长，质保金返还条件苛刻等都可能会给承包商造成一定的资金压力。如我国某央企作为承包商承揽了北非的生态修复工程项目，在其合同履行过程中遇到业主方资金链断裂的问题，被迫中途终止合同。正因为该项目的合同

未约定业主方支付预付款的义务，使得承包商前期投入的人力、机械设备及工程材料的损失无法得到补偿。因此，国内承包商应在投标时及时安排具备丰富业务经验的人员对项目资料进行收集整理和严格审查，仔细梳理相关合同、协议条款，避免合同条款的不合理安排造成的己方履约风险的累积。对于没有预付款和其他资金保障手段的长期垫资陷阱，应坚定地提出异议。

虽然在海外工程项目中，合作模式和合同文本多由业主确定，但这绝不意味着承包商就因此而无所作为。项目的风险和责任与工作范围和收益匹配，应当是海外工程承包商始终要牢牢把握的原则。对于可能给自身造成巨大风险和损失的不公平条件，承包商应改变在国内工程市场中常见的“低价中标，先拿项目，高价索赔，再拿利润”的思路。须知在境外不再有如国内一样从法律、政策到政府执法层面全方位对承包商的保护，加之进入陌生的商业和文化环境，承包商抵抗风险的能力其实非常脆弱，很多海外工程项目的折戟沉沙都源自于在前期为拿项目不谈条件，中期盲目自信疏于管理，后期问题暴露损失惨重。因此，海外工程承包商需要提升自己在合约规划阶段的风险分析、识别能力，做到在合同谈判时有所坚持，在风险巨大时也敢于舍弃。

PART 002

与联合体之间合作架构的风险控制

一般而言，由于海外环保工程具有技术难度大、工期长、风险高等特点，加之业主往往对承包商各方面业绩有极高的要求，国内承包商可能难以独自承揽。因此，形成相互协作、优势互补的联合体的模式在海外环保工程项目中被广泛应用。

但与此同时，如果联合体各方之间的合作出现问题或内部责任未清晰划分，就可能出现更加复杂的局面。如联合体内部目标和利益诉

求发生变化，出现矛盾，进而互相推诿、扯皮，甚至会引发联合体各方之间的相互追责和索赔，如叠加业主或分包商的索赔，这也会使项目处理更为棘手。

（一）联合体连带责任

国际工程项目由于高投入、高风险等特点，一般对参与者的资信、财务（现金流）及履约能力要求很高。如果承包商在投标阶段对潜在合作伙伴进行选择时未对其上述方面进行充分的尽职调查，就很可能为后续项目的推进埋下隐患，甚至出现其中一方在项目执行阶段破产、无法正常履行合同义务的情形。在中东某新能源EPC工程中，联合体单位A公司负责供货，联合体单位B公司负责设计和施工，采购相对方由业主单位指定，在这种合作模式下，联合体A公司能获得的预期利润仅900万元，但作为联合体一方向业主承担了整个项目的风险。虽然在联合体内部协议中，各方约定对A和B之间的责任有所隔离，但孰料后来B公司因经营不善等原因进入破产程序，工程又因恶劣天气和质量问题遭遇重大损毁，A公司马上面临着业主的巨额索赔。此时A公司为减少损失，不得不独力承担起将项目向前推进的重任，为尽快修复项目考虑，又承接了B公司的分包商。B公司的分包商向B公司主张债权不成，转而在A公司索要工程及劳务款；并且，A公司还需承担B公司因设计问题造成质量事故的连带责任。来自于上下游各方矛盾的夹击使A公司不得不付出大量的资源和成本以协调关系和解决争议，并最终向业主支付了不菲的赔偿金。

在该案中，A公司的收益同样与风险严重不对称。整个项目在初期就利润极薄，其承揽项目的主要动力是出于将集团的海外业绩做大做强，特别是因为A公司多年缺乏海外项目的业绩，拿到一单生意成为公司的迫切需求。A公司本来认为，设计和施工由联合体合作方承担，供货单位又是业主指定，自身压力较小，可以接受不高的利润，但在这

一背景下，却在未能事先充分评估联合体合作方的经营状况和履约能力的情况下，就将自己的利益和风险系于对方一身，最终在对方破产时措手不及。此外，既然公司并未以追求利润为目的，实际上可以、也应当将更多的资金和资源投入项目管理。本次风险爆发的主要原因除了联合体一方破产外，严重的工程质量事故导致的返工和索赔也是决定性的因素，如果A公司能够将更多的资源向工程的实际施工管理倾斜，在B公司已现危机之时确保不出现重大质量事故，项目仍有挽回余地。因此，我们总结的经验是，公司的商业目的、收益和风险是一个有机的整体，所有的收益和风险的安排必须围绕着商业目的的实现开展，才能收获良好的效果。

（二）联合体决策机制

在某一海外环保工程项目中，外国A公司与中国B公司组成联合体承揽。后期原料价格出现明显的波动，A公司认为该情况属于情势变更，向业主单位索赔不成，欲提起仲裁。然而，依据联合体协议，出现特定情形时通过提起诉讼主张权益，需要联合体各单位的一致行动，故联合体各单位间就是否有权单方面提起仲裁发生了争议，使中国企业在行使索赔权时受到重大程序性障碍。

另在一南美项目的联合体合作机制中，中国企业投入了主要的资金、人力和物力以实施工程，另外两个当地联合体成员主要起到协调当地关系的作用，并无太多的实际投入。但在表决机制上，当地联合体成员要求和中国企业成立联合体技术委员会，并享有和中国企业同等比例的表决权，甚至提出设置当各方无法达成一致时采取抽签确定决策人的机制，这完全无法保障中国企业与投入和风险相匹配的决策权。

因此，在组建联合体的过程中，各方发生分歧时的决策机制始终是合作谈判时的重中之重。在谈判中，承包商务必要保证自身的决策

权与自身的投入份额相匹配，并通过一致决、多数决、独立决等不同的事项层次，尽可能在重要的商务决策上争取到话语权。

（三）联合体分工和收益模式

在某联合体承包的垃圾焚烧项目中，联合体根据当地法律要求注册了项目实体，联合体的四方在项目设计方案和报价都不成熟时，签订了合作备忘录，约定了5:3:1:1的股权比例，并同时约定项目实施时亦按此比例划分工作范围，并各自获得所承包范围内的收益。其中，中国企业在联合体中的股权比例为30%，负责本工程主要设备的供应。然而，在项目正式拟向业主报价并签订联合体的正式合作协议书时，随着条件的成熟，各方发现，主要设备的价值已经大大超出了合同价值的30%，但其他各方依据备忘录中股权比例的要求，提出中国企业应删减设备的供应范围，以符合备忘录关于工作范围划分的约定。此时，中国企业面临非常被动的局面，如果删减工作范围，可能造成利润无法达到预期，但如果不删减工作范围，又直接违反了合作备忘录的约定。

究其原因，是因为合作备忘录在较早时已签订，但各方当时对实际情况没有充分的评估，且后续出现了联合体股权比例与其各自的工作内容价值占比无法匹配的情况。实际上，作为联合体一方，承包商理应在确定股权比例及工作范围这样的重大事项时，对项目进行充分的预估和测评，就分工、股权比例、项目效益分成比例等事项应结合项目和各成员单位实际情况在联合体协议中作出科学、合理的约定，尽可能地实现各方收益和工作价值量的匹配。如条件不成熟的，宁可待条件相对成熟时再签署有关约定，也要避免为了匆匆达成合作而将尚不清晰的商务条件过早锁定。

此外，在海外工程项目中，中国企业还常以某一方同时为联合体成员和项目分包商的模式进行合作。在该种合作模式下，同样的实体

之间可能同时涉及联合体层面的分工和利益分配，以及分包/供货层面的权责和义务分割，任一层面的变动均可能对项目造成整体影响。

对此，中国承包商应特别关注，在联合体成立和联合体协议谈判之时，便应通盘考虑后续分包及/或供货的分工和收益安排，并基于此提前锁定分包合同中的付款条件和重要风险分配原则。同时，还应结合联合体和分包两个层面的商务需求和目标，对联合体退出机制与分包层面解约机制进行相应匹配和衔接，以免在发生不可抗力、业主原因导致长时间停工等特殊情况时陷入无法退出或被迫退出的窘境而招致损失。

（四）联合体退出机制

承包商A和非洲B公司组成联合体单位中标某海外环保工程项目，非洲B公司将部分股份转让给项目所在国前总统亲属的私人C公司。后来，新上任总统签发总统令要求非洲B公司退出联合体，B公司由于政治原因被迫退出。此时，A公司本拟另行寻求联合体成员进行合作承揽该项目，但此前在联合体协议中却约定了双方互相排他的“共进退”机制，即当一方退出时，另一方不得再向其他第三方寻求合作。由于未事先在联合体协议中明确约定联合体成员单方退出的救济机制，项目一度陷入停滞状态，A公司面临前期投入无法收回的窘境。

综上，鉴于海外工程项目复杂的环境和巨大的风险，无论是对行业形势、竞争对手还是合作伙伴，企业都应展开持续且深入的调研分析，定期、及时掌握相关方的整体运营状况。尤其是在组成联合体时，应慎重选择联合体合作方。在自身条件有限的情况下，企业可以通过工程咨询机构、律师事务所、会计师事务所等第三方服务机构协助进行尽调，根据自身优劣势和需求，有针对性地挑选合作伙伴，确保合作相对方的资信情况、项目经验、财务能力、履约能力等满足合作的要求。

另一方面，应结合拟进行合作项目的实际情况，在联合体协议中就各方的责任权利进行合理设置，既要考虑易于操作和执行，避免冗长繁琐的机制造成联合体内部管理内耗和丧失互信，又要尽量做到责权的平衡，确保联合体的平稳运营。其中，企业应重点关注联合体各方的分工界面、利润分配和收付款制度、决策机制、内部索赔机制和流程、违约责任的救济和补偿、退出机制、争议解决机制等方面。

PART 003

结语

综上，作为海外工程项目的承包商，国内企业在走出国门、迈向世界的同时，难免会由于不同的合作架构，在工程项目实施过程中，面对来自业主单位、联合体单位等方面的多重风险。因此，国内企业应当不断提高风险意识，事先对项目合作架构进行充分的评估，尽可能地达到风险与收益、责任与利润的平衡，以此更好地规避风险，减少不必要的损失，在海外市场中为企业赢得最大的经济效益，实现预期的商业意图。



张炯
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2223
zhangjiong@zhonglun.com



张文靖
非权益合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2466
zhangwenjing@zhonglun.com

海外工程分包合同“背靠背” 条款的风险与运用

张炯 张莉 王雪



中国承包商在参与海外工程项目时，常常面临着与国内项目截然不同的特点和挑战。海外工程通常规模庞大，涉及的技术和工序复杂，项目周期长，这就使得承包商与分包和供应商的合作成为不可或缺的环节。承包商在选择和管理分包商时，需要面对合同定价、履约控制、向分包方付款等一系列问题，处理不当不仅会导致工程延误、成本超支，还可能引发合同纠纷，给项目带来不可估量的损失。实践中，为应对分包商和供应商价格和付款管理等问题，“背靠背”条款成为总包方与分包商及供应商合作过程中的重要工具。如何利用“背靠背”条款管理、控制分包商/供货商并合理分散风险，成为海外工程项目中承包商不可忽视的重要问题。

本文将“以案说法”，分析海外工程承包分包及供应商合作架构中，应用“背靠背”条款的潜在风险点及防控对策：

“背靠背”条款是合约层面总包方管控分包和供货单位的一个重要工具，尤其在业主指定分包商/供货商的背景下，“背靠背”条款更是成为必不可少的合约利器。

但考虑到海外工程复杂的融资和建设背景，通常涉及不止一个司法管辖区的法律适用和商业实践，相较于国内工程，“背靠背”条款在海外工程中的适用需要考量的因素更多，其适用存在的难点也更需关注。

PART 001

“背靠背”条款的几种主要类型

在海外工程实践中，“背靠背”条款的设置方式主要有三种：

(1) 概括约定。即在分包合同中约定，除明确排除适用的条款外，总包合同中与分包工程有关的条款均应当视为自动按分包合同具

体情况进行调整后，适用于分包合同，分包商应承担总包合同项下与分包工程相关的总包方的义务和责任。这一约定方式的优势在于可以简要且完整地把总包合同的要求全数纳入分包合同，但缺点在于其约定内容缺乏针对性、明确性，因而实际上可能难以执行。

(2) 列举约定。即在充分识别总包合同中与分包工程有关的权利、义务和责任分配条款后，在分包合同中逐条约定相应条款。这一方式使得总包方与分包商可以根据项目实际情况灵活地协商具体条款，并确保分包合同条款的针对性、可执行性，但这一方式对合同编制起草水平、精细化管理水平要求较高，实际操作中可能难以达到，而若约定不清，则更易发生冲突或遗漏。

(3) 概括+列举约定相结合。即在分包合同中逐条约定总包合同中与分包工程有关的重要事项，同时约定概括性地援引总包合同条款作为兜底。有关例子可见于国际咨询工程师联合会（FIDIC）编制的《施工分包合同条件》（2011年第1版）以及《生产设备和设计-施工分包合同条件》（2019年第1版）。这一方式的优点在于既可对分包合同进行针对性的条款设置，同时又不会遗漏总包合同下有关分包工程的义务和责任，但同仅列举约定一样，此类条款也对合同编制和管理水平提出了一定要求。

PART 002

"背靠背"支付条款的主要适用难点与风险

尽管“背靠背”条款广泛地在工程范围、工期、质量、保险、工程暂停、终止等众多条款中适用，但“背靠背”支付条款是实践中各方最易产生争议的一类条款。因此，大多数国家法律对“背靠背”条款效力和适用的限制性规定也主要集中于“背靠背”支付条款，其面临的无效或排除适用的风险也最大。“背靠背”支付条款的约定包括“Pay-if-paid”

“Pay-when-paid”等多种表现形式，在不同国家的法律下效力和可执行性有所不同。

(1) 英国法下的认定

不同于美国法，英国法并未专门对“Pay-when-paid”条款和“Pay-if-paid”条款的区别展开讨论，而是笼统以“Pay-when-paid”条款作为“背靠背”条款的典型探讨对象。根据英国《1996年住宅保障、建设和重建法案》（*Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*）第113条的规定，该法案“禁止附条件支付条款”，即在施工合同中，约定以第三人付款为条件的支付条款一般是无效的，除非该第三人丧失偿还能力或破产（即insolvent，该法案第113条第（2）款另行明确了“insolvent”的界定）。由此可见，英国法整体并不支持以上游付款作为下游支付成就条件的“Pay-if-paid”“背靠背”条款的效力。但对于“Pay-when-paid”条款，英国法并未专门对其与“Pay-if-paid”条款的区别进行分析，因此也未专门限制其在《1996年住宅保障、建设和重建法案》之外的适用。

但即便不受《1996年住宅保障、建设和重建法案》的限制，“Pay-when-paid”条款的适用也可能受到英国《1977年不公平合同条款法案》（*Unfair Contract Terms Act 1977*）的约束。根据英国《1977年不公平合同条款法案》第3（2）（a）款及普通法下违约方不得以其违约行为而获利的一般原则，如合同一方存在违约行为，则该方不得援引任何合同条款以图限制或排除其自身的违约责任。由此，如业主未能及时付款的原因在于总包方存在违约行为，则总包方无法援引“背靠背”条款免除其延迟付款的违约责任。在*Durabella Ltd. v. J.Jarvis & Sons Ltd.*案中，法官对前述原则进行了进一步详细的阐述：法官指出，对于有效的“Pay-when-paid”条款，总包方有义务采取措施得到业主付款，如果业主不能付款的原因是总包方违反合同或者违约导致，则总包方

不能依据该条款对抗分包商的付款主张。

(2) 美国法下的认定

美国法对于“Pay-when-paid”条款和“Pay-if-paid”条款的具体含义和区别的讨论，较英国法更加充分。在 *Thomas J Dyer Co v. Bishop International Engineering Co* 以及 *Aesco Steel Inc v. JA Jones Construction Co and Fidelity and Deposit Co of Maryland* 等案中，法院对前述两种条款进行了区别分析，认为“Pay-when-paid”条款的本意是对总包方付款时间进行合理的推迟，而非旨在剥夺分包商在业主因破产等原因无法付款的情形下在分包合同下获得支付的权利；“if”条款则将业主在总包合同下的付款作为分包商在分包合同下获得支付的前提条件。

在美国，“Pay-when-paid”条款在大部分州是有效的，而“Pay-if-paid”条款则因损害公共政策而在部分州的法律规定下被认定为无效。例如，在纽约州，法官倾向于认为总包方利用“Pay-if-paid”条款把业主无力支付的风险转嫁给无法控制业主破产的分包商（见 *West-Fair Elect. Contr. v. Aetna Cas. & Sur. Co* 案），这显然是不公平的，违反了公共政策，因而无效；相反，“Pay-when-paid”条款只是设置了支付时间，该条款是有效的。

(3) 阿联酋法下的认定

在阿联酋，“背靠背”支付条款总体是有效的，但却可能因不符合法律规定而无法执行。在某阿联酋案例中，分包合同约定总包方应在收到业主付款后7-14日内向分包商付款。但项目因业主资金问题发生长期停工，在分包商向总包方请款时，总包方以未收到业主付款为由拒绝支付。虽然法官认可“背靠背”支付条款的效力，但由于项目长期停工，分包合同已不可能履行，分包商可根据《阿联酋民法典》第894条主张分包合同终止，此时不再适用该“背靠背”支付条款，因此总包方仍

应向分包商支付已完分包工程对应的款项。¹

1. 参见: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=69158545-3115-4b0b-8c0f-60e3639c2545>.

(4) 在中国法下的认定

在国内承包商出海的过程中，分包及供应商往往涉及大量的中国企业，分包合同及供应合同也大都选择适用中国法律。所以中国法对于“背靠背”付款的司法认定尺度，对于中国承包商至关重要。

2024年7月26日，人民法院案例库公布了三起新增案例，从不同维度否定了“背靠背”支付条款的可适用性；2024年8月27日，最高法院发布《关于大型企业与中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》（法释〔2024〕11号）（下称“《批复》”），明确规定大型企业与中小企业之间在建设工程领域的“背靠背”支付条款无效。《批复》和入库案例共同构成了法院认定“背靠背”支付条款效力和可适用性的新规则，改变了此前的司法实践主流观点。

根据《批复》的规定，“背靠背”支付条款如果符合以下要件，则该条款无效：其一，主体上，“背靠背”支付条款的约定主体是大型企业与中小企业订立的合同。关于“大中小型企业”的认定，以《保障中小企业款项支付条例》《中小企业划型标准规定》等法律法规为判断依据。其二，行业上，“背靠背”支付条款适用于建设工程领域的施工、采购、服务合同。其三，时间上，“背靠背”支付条款在2020年9月1日之后签订。

虽然《批复》主要针对于大型企业与中小企业订立的合同，但其背后也体现了法院对“背靠背”条款认定的价值判断，结合人民法院案例库的三起新增案例，可见最高院对“背靠背”条款效力和适用性的态度整体较为消极。由此，如海外工程项目约定或根据法律强制性规定而适用中国法，有关“背靠背”条款的效力和可执行性将会受到较大挑战。

此外，考虑到“背靠背”责任传导条款基本采用违约责任的逻辑，因此，“背靠背”条款的适用可能会受到有关法律中关于违约责任的限制性

规定。在中国法下，“背靠背”条款的适用可能受限于如下几方面：

第一，约定是否具体明确。如国际工程分包合同中采用“概括式”约定“背靠背”条款的，相关条款可能因缺乏针对性、明确性而被认定不具有可执行性。

第二，可预见原则。《民法典》第584条规定，一方当事人违约造成对方损失的，“损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失”。在司法实践中，何种损失属于签约时可预见的损失是双方需举证的问题。对于国际工程分包合同中的“背靠背”条款，企业需考虑两点：首先，若分包商在项目开发阶段即介入，则其更可能预见因违约导致的总包方损失；否则，分包商可主张其无法充分预见违约后果。其次，若总包合同在分包合同签订前已充分披露，则总包方可主张分包商知情并且应当预见损失。反之，若未充分披露，则分包商关于赔偿责任不可预见的抗辩可能得到支持。

第三，减损原则。《民法典》第591条规定，“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担。”总包方因分包商违约需向业主承担责任时，应履行减损义务，减少总包合同项下的违约责任，增强责任传导条款的可执行性。

第四，过失相抵原则。《民法典》第592条规定，“当事人都违反合同的，应当各自承担相应的责任。当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。”国际工程分包合同在约定“背靠背”责任传导机制的同时，通常会约定总包方的相应义务。例如，《生产设备和设计-施工分包合同条件》（2019年第1版）第2.4款约定，总包方应当采取所有合理步骤以保证分包商享有总

包方在总包合同项下与分包工程相关的类似权利和救济；又如，就与分包工程有关的索赔，及时向业主发出索赔通知等，而如果总包方未完成其合同义务，则在其违约行为原因力的范围内，其以“背靠背”条款对抗分包商索赔的主张可能难以得到全面支持。

PART 003

争议解决机制的“背靠背”设置

除前述所述“背靠背”条款在实体问题上的适用外，由于海外工程通常涉及不同国家的不同参与主体，各方就各层级合同通常会基于具体合同所涉工作便利而设置不同的争议解决程序，但对于与总包工程关系紧密的分包合同而言，设置“背靠背”的争议解决机制将有利于各方在发生争议时，更便利、有效地解决有关争议。但如何在分包合同中有效设置多级争议解决机制“背靠背”条款，是国际承包商面临的一个难题。

(1) 争议解决机制设置“背靠背”条款的效力和适用

海外工程分包合同中常见的争议解决机制“背靠背”条款分为概括式约定和详细式约定两种。对于概括式设置“背靠背”条款的分包合同，是否能够直接适用总包合同多级争端解决条款，不同法院的认识存在不同。例如，在 *Dawnus Construction Holdings v. Amey LG Ltd* 案中，法院认为，合同争议解决条款已通过序言中的“背靠背”条款包含并适用于分包合同，故总包合同约定的诉讼前发出通知这一程序要求适用于分包合同。相反，在 *WH-SCG JV Ltd. v. Hong Kong Construction (Holdings) Ltd* 案中，法院认为，虽然在分包合同中概括性约定了“背靠背”条款，但仲裁只是一种解决总包合同纠纷的途径，不能理解为总包合同项下的某种“责任”或“义务”，也就不能认为分包商通过“背靠背”

条款承担了总包合同项下进行仲裁的“责任”或“义务”。因此，总包合同仲裁条款不能突破合同的相对性，总包商无权依据分包合同向分包商提起仲裁。

由于概括式设置“背靠背”条款缺乏针对性、明确性的天然劣势，以及目前国际工程纠纷实践中对争端解决条款是否能够通过概括式“背靠背”条款约定的不确定性，在分包合同中采用列举式“背靠背”条款，详细、明确地约定争端解决条款是较为稳妥和保险的选择。以FIDIC分包合同条件为例，其所设置的争议解决机制就在管辖法律、DAB（争议裁决委员会）、友好协商和仲裁等多个方面都考虑到了与主合同的衔接。

（2）总、分包合同适用不同仲裁程序的衔接问题

海外工程通常采用仲裁作为争议解决方式，在争议解决机制简单“背靠背”传导形式的操作性存在争议的背景下，仲裁管辖依赖当事人约定常常导致同一工程的参建主体在不同合同项下的争议需要在不同仲裁程序中解决，极易造成仲裁结果冲突。故而，如何衔接总、分包合同仲裁机制十分关键。实践中，常见的衔接总、分包合同仲裁机制的方式主要有两种：

其一，合并仲裁，即将多个争议在同一仲裁程序中解决，适用于业主、总包商、分包商间的纠纷。实现合并仲裁的途径主要有三类：一是根据仲裁协议，即通过当事人签订独立仲裁协议或在合同中约定相同仲裁条款，实现合并仲裁；二是依据仲裁规则。在仲裁规则允许合并仲裁的情况下，当事人选择该规则即可视为对合同仲裁的“默示同意”。例如，ICC、SIAC等仲裁规则规定，在特定条件下允许合并仲裁。不过原则上，合并仲裁仍以当事人的请求或同意为前提条件；三是根据法律规定。少数国家允许法院命令强制合并仲裁，如荷兰和中国香港，但此类机制较为罕见，且其必须通过法院程序，导致相关成本增加和时间的进一步拖延。

其二，在无法合并仲裁的情况下，分别仲裁极有可能导致仲裁结果出现冲突。为降低仲裁结果发生冲突的可能性，可以考虑协调相关争议解决的先后顺序，主要包括两种途径：

一是要求中止仲裁程序。在某些国家，如中国香港，当事人可申请中止仲裁程序，以等待相关仲裁案件的结果。在美国，当事人可以通过向法院提起中止动议（motion to stay）或者申请临时禁令（temporary injunction）申请中止仲裁程序，但申请人需证明继续仲裁会浪费时间和资源，且可能导致仲裁裁决冲突。

二是要求将在先仲裁结果作为后续仲裁案件的审理依据。当总分包合同相关争议通过不同仲裁处理时，当事人可能要求将先前仲裁结果作为后续仲裁的依据。中国法律允许将仲裁裁决确认的事实作为免证事实，但在国际仲裁中，适用“附随性禁反言”原则需满足严格条件，且受仲裁保密性制约。

PART 004

结语

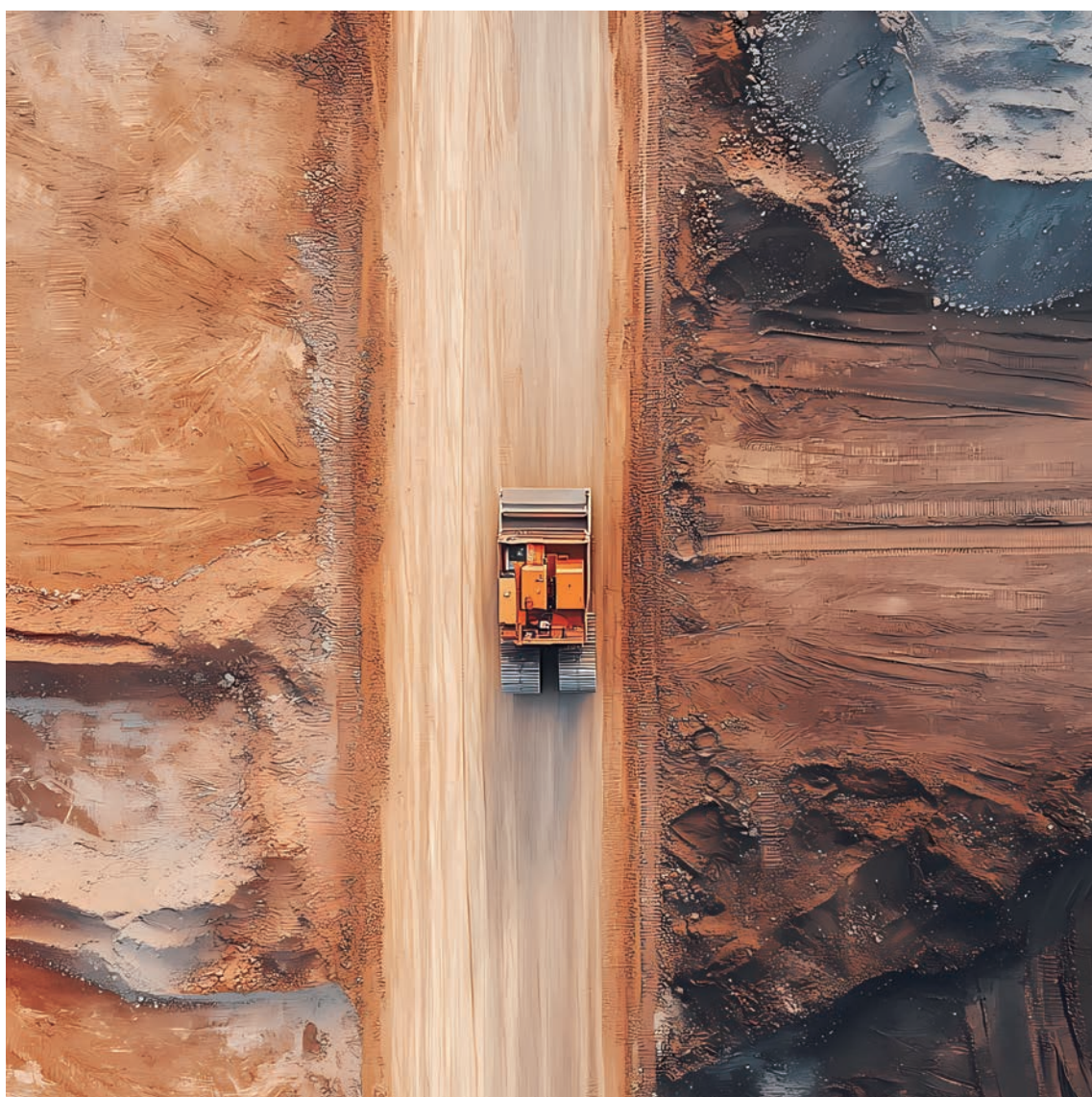
综上，在海外工程项目中，虽然“背靠背”条款可以较为便利地帮助中国承包商在与分包商和供应商合作时实现权利义务分配，但其在适用过程中面临冲突和争议的可能性较大。因此，中国承包商应当增强风险意识，深入理解“背靠背”等合同条款，合理设计有利于自身的风险分配与责任分担机制，并统筹总包合同、分包合同的争议解决机制，从而更有效地规避在海外工程项目中与分包商和供应商的价格和付款等风险，以期实现风险与收益、责任与利润的平衡，在海外市场中为企业争取最大的经济效益，实现商业目标。



张炯
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2223
zhangjiong@zhonglun.com

国际工程总承包 的风险识别和防范

周兰萍 纪晓晨 孟奕



“出海”是2023年到2024年中国企业发展的关键词之一。继2017年国务院颁布修订后的《对外承包工程管理条例》后，2024年5月，商务部公布《对外承包工程项目备案和立项管理办法》。在共建“一带一路”倡议引领下，越来越多的企业将目光投向海外市场。

工程项目的自身特性决定了其具有高风险性，有效地控制风险是项目得以顺利进行并最终使各方满意的基本保证之一。相比于一般的国内工程项目而言，国际工程在政治、经济、法律、文化环境等各方面更为复杂；在技术规范、商业运作模式上与国内从事的同类工程项目也存在较大差异。对于立志参与国际工程项目总承包的国内企业而言，国际工程项目需要处理的各方利益关系更加多样，风险识别与分配问题也就更加棘手。

PART 001

国际工程总承包的风险识别

国际工程总承包作为一种综合性的国际经济合作形式，涉及境外工程项目投融资、设计咨询、设备采购、建设施工、运营管理等多个方面。风险贯穿于各个环节，风险因素间具有紧密的内在联系，并显示出多层次、全局性的影响。因此，风险识别是有效规避风险的第一步，也是其他后续工作的前提和基础。根据风险的来源不同，可以将国际工程总承包风险分为工程外部风险和工程内部风险。

（一）工程外部风险

工程外部风险是国际工程所处外部环境下所面临的普遍性风险，包括政治风险、经济风险、法律风险、社会文化风险等。

1、政治风险

政治风险是指由于国际工程项目所在国的政治环境发生变化从而给总承包商带来经济损失的可能性，主要表现在政局的稳定性、国家的对外政治关系、战争与动乱、政府信用以及国有化风险等方面。

随着世界形势的变化，政治风险已经成为当今国际工程承包企业面临的主要风险之一。以中国交建承建的马来西亚东海岸铁路项目为例，该项目虽在2023年12月顺利启动了轨道工程启动仪式，但项目自2016年启动以来，亦历经波澜。据报道：该项目开工后，因2018年马来西亚长期执政党国民阵线败选，负责签订东海岸铁路项目的原总理纳吉布卸任，总理职位由马哈蒂尔继任。而马哈蒂尔上任后即以项目建设成本超额、造价过高等要求项目停工。此后，历经两国政府以及相关公司8个多月的谈判，项目以缩短线路、改道并削减三分之一成本等方案，最终达成附加协议。东海岸铁路项目的波折之路，也是中国承包商在国际工程承包路上的一个缩影，是典型的他国政府违约要求停止合作。

此外，战争与地缘冲突也会缩减基础设施市场需求。虽然战乱后的重建将带来大量基础设施建设需求，但在动乱冲突期，项目停工将导致施工期限被迫拖延、停窝工期间损失增加、复工后的建设成本提高；战争也使得长期、大规模的基础设施投资和建设变得更为困难。2023年以来，全球地缘冲突持续发酵，乌克兰危机、巴以冲突以及部分其他国家政局动荡不断，影响基础设施市场发展。

事实上，海外工程从不是一项完全纯粹的商业投资，或多或少均会受到当地国政治因素的影响。政党斗争或政权更替，很容易导致正在海外开拓市场的中国企业或国际工程项目成为其牺牲品。因此，在项目前期投标阶段就必须重视工程所在地政治风险的研究，加强项目的政治风险管理。

2、经济风险

经济风险是指国际工程承包市场所处的经济形势和项目所在国的经济实力、经济形势、经济发展水平等方面的不确定因素导致经济损失的可能性，主要表现在通货膨胀及投资形势的变化、外汇及利率变动导致的价款支付风险、建筑材料或人工工资大幅度上涨的风险、所在国经济形势恶化风险等方面。

经济风险属于国际工程承包中最为常见的风险，特别是在通货膨胀严重、货币价值不稳定的发展中国家，国家的经济发展和稳定性时刻影响着工程材料的价格，材料价格又影响着工程的成本，总承包商便将会面临的一定经济损失风险。如果通货膨胀率较高，项目结算时的费用相比施工成本而言可能将没有任何利润。

3、法律政策风险

法律风险是指国际工程项目所在国的法律政策发生变化从而给总承包商带来经济损失的可能性，包括法律制度的不健全、法律政策的差异以及法律政策不稳定等方面。如果项目所在国法制不健全，或者政策变动频繁，项目实施过程中的不确定因素增加，承包商无法进行合理的预测，甚至无法通过法律来保护自己的正当权益。

当地国的准入政策、税收制度、外资的限制条件或不平等待遇、劳工输入或使用的限制、对进口设备或材料的限制等均会对工程施工的进度及成本造成影响。例如，印尼对本国劳工保护极为严格，对外国劳工的使用要求非常严苛，工作签证签发要求很高，除高级管理岗位和高级技术人员之外，本国劳工可以胜任的工作，一般不允许使用外国劳工。而政府机关的办事程序也会对工程承接产生影响。

因此，国际工程总承包企业必须重视法律政策的尽调，关注法律的差异，熟悉项目所在国的法律环境，避免法律风险带来的损失。

4、自然环境风险

自然环境风险是指国际工程总承包项目所在地的自然环境因素阻

碍项目建设的可能性，包括自然灾害、工程地理位置、民众环保意识等因素。

基建工程和环保要求的冲突在欧洲国家更是司空见惯，如波兰某高速公路项目中，业主方就要求承包商在高速公路通过区域为蛙类和其他大中型动物建设专门的通道，避免动物在高速公路上通行时被行驶的车辆碾死。而投标时，中国承包商对于该通道成本并没有明确预算，造成实际施工中，环保成本巨额增加。

5、社会文化风险

社会文化风险是指国际工程总承包项目所在国存在的社会环境、宗教文化、风俗习惯等阻碍项目建设的不确定因素。不同的国家、民族往往在宗教信仰、风俗习惯和交往方式等方面存在巨大的差别，如果双方不能在交往中实现概念、意义上的对接，就容易酿成误解，影响项目进展，甚至引发敌意和冲突。如沙特麦加轻轨项目中，沙特作为宗教国家严禁非穆斯林人员进入圣地麦加和麦地那。因此在部分位于麦加的路段中，项目无法使用非穆斯林的国内工人施工，中方承包商不得不重新寻找当地及国内的穆斯林工人，导致人力成本迅速增加。

(二) 工程内部风险

工程内部风险指与工程总承包模式的专业特点相关的，在设计、签约、采购、分包、施工、运营等各个阶段专属于特定项目的风险。工程总承包模式所涉及的阶段不同，所引起的风险也会不同。

1、设计风险

大部分的总承包模式都有设计阶段，包括设计、采购、施工总承包（EPC），设计、采购、施工管理承包（EPCM），设计、建造工程总承包（DB）等。以EPC为例，该模式下，工程项目通常由业主根据项目的功能描述以及有关要求进行招标，这种招标也称为“功能性招标”。与施工总承包按图纸招标不同，EPC模式下业主在招标文件中所

提出的仅仅是工程项目的指标，并非详细的技术规范，承包商因此而承担的风险较大。

而且，业主一般都会在EPC合同中，约定业主对其提供的资料的准确性不承担责任，而将EPC项目履行过程中可能产生的绝大部分风险都分配给承包商。以代表性的EPC合同FIDIC银皮书为例，FIDIC银皮书第5.1款约定，承包商应被视为在基准日期之前已经仔细审查了业主要求（包括设计标准和计算说明），并对其准确性负责。承包商从业主或其他方面收到任何数据或资料，不应解除承包商对设计和施工承担的责任。

2、合同风险

合同是国际工程的核心要素，也是风险可能集中发生的环节。国际工程项目一般采用FIDIC合同文本。虽然银皮书、黄皮书、红皮书虽然同为FIDIC系列，但不同的合同文本对于承发包双方的风险分担设定却差异巨大。FIDIC银皮书对于承包商的要求较高，多数合同风险均由承包商承担；而红皮书作为传统的施工合同文本，对于承包商而言相对风险较小。因此，选用何种合同文本对于合同后续履约将会产生不同的影响。

此外，总承包项目涉及到的合同文本众多，亦存在文件的适用顺序问题，如果文件顺序的解释条款不明确，或承包范围、施工内容约定不明确，会导致在合同履行过程中产生争议。

实践中，业主还可能会利用其优势地位在合同中设置权利义务不对等的条款。中国承包商虽可能考虑采用“背靠背”模式转移风险，但基于适用法律的不同，此类条款在不同国家的效力亦会有差别。如何通过合理的风险分担谈判、风险转移设置、项目管控来尽量降低风险，也是“走出去”的承包商面临的重要问题。

3、分包风险

工程分包对项目的顺利实施有着极其重要的作用。国际工程中，

业主方一般会要求承包商对工程质量及工期整体负责，包括指定分包商施工的部分。仍以波兰某高速公路项目为例。据悉，该项目之所以折戟，其中一个原因是没有“合格”的分包商。该项目原考虑采用部分国内分包商，但由于签证办理问题，不得不使用当地分包。但是，由于中方承包商与业主约定的付款周期约为一个月，而当地分包款却是按周结算，加之施工过程中各因素影响，成本大幅增加，中国承包商资金压力巨大，开始不断拖欠分包商款项，引发当地分包商游行示威，联合抵制并提高报价。在总承包价格锁死的情况下，项目被迫无法执行。

4、采购风险

国际工程的采购涉及到材料设备采购、催交、检验和运输等工作，采购时间、价格及质量对于工程关键线路、工程价款及质量安全均有着不可忽略的影响。

各国家或地区之间的材料设备价格可能存在极大差异和较大的价格浮动。项目从当地采购还是国外采购，应当在投标阶段就列入调研了解的重点。如果需从国外采购，还需了解进口许可规定、禁止进口规定、海关监管机制等信息。

此外，国别、工程项目本身性质、设计理念的差异化等，也可能会导致项目适用的设计、制造及检验等标准有所不同。如果相关项目的设计人员没有对各类标准和招标文件内容进行准确把握和正确理解，只依据以往经验采用通行标准，甚至是国内标准，则可能因为标准不统一，而发生设计和建设上的冲突。

5、索赔风险

国际工程一般采用FIDIC合同版本，在发生索赔事项时，一般会要求承包商在索赔事项首次发生后28天内提出索赔意向，并明确索赔流程。一旦承包商超期提交相关资料，即可能丧失索赔的权利。如国内承包商承建中东某国际机场项目，该项目因业主原因延误近两年，但

承包商未按照合同约定的28天提出索赔，导致7000万美元的履约保函被业主没收；而另一承包商承建的印尼某水电站项目，在发生索赔情形后，承包商及时提出了索赔意向，并保存好相关文件资料，最终通过谈判成功索赔4000万元。

PART 002

国际工程总承包的风险防范

风险和机遇是对等，很多项目失败的深层次原因在于承包商的投标策略不当、项目团队组建及合同管理不善。国际工程总承包企业应当对工程外部和内部风险都保持高度的敏感性，通过风险识别评估，熟练运用各种风险防范措施来从根本上增强对于风险的抵御能力。

（一）谨慎选择市场，投标前对项目进行详尽的尽职调查

中国承包商在“走出去”的过程中，必须重视目标市场的选择。优先选择社会政治、经济环境相对稳定，支付条件相对可靠，进入壁垒相对较低的市场，做好“走出去”前的市场识别工作。对于风险较大的目标市场，需要提前进行项目尽调：

1、对于业主的招标文件及资料必须进行认真阅读研究，尤其是要对项目的工程量、成本、工程技术难度反复研究，只有在此基础上，才能对工程项目有正确的判断，确定合理的投标报价并制定相应的投标文件。

2、承包商应对现场及所在国等进行认真考察，并且应当了解：

（1）当地的政治、经济状况及前景，如果国际工程项目所在国存在经济萎靡、政局不稳的情形，那么，此类工程项目就要考虑慎接；

（2）了解项目所在地的地质及气候条件，以及发生恶劣自然条件的可能；

(3) 关注项目施工所需的建筑材料、机械设备、劳动力的成本及能否满足施工要求，了解材料、设备的进出口制度及市场价格及浮动情况，了解当地劳工法关于工资和保护劳工权益的具体规定，核算人工成本；

(4) 与当地政府或合作律师进行对接，了解当地的政策法规、行业规定及环保规定等法律风险，很多国家对于工程准入（包括项目性质、工程服务、物资设备、劳务人员、资质管理等）设定了一定门槛；

(5) 了解当地的税收制度、贷款利率及优惠政策，充分核算税赋成本及融资成本。

3、国际工程项目一般采用里程碑式支付方式，对于承包商而言，垫资压力可能比较大，对业主付款资信进行尽职调查是承包商参与国际工程的“必修课”之一。除此之外，承包商也可以要求业主提交融资证明或其他正式担保。实践中，银行保函作为一种有效的担保方式已普遍应用于国际工程；FIDIC红皮书亦约定如果项目由承包商进行融资的，则业主应在签约后向承包商提交“付款保函”，否则，工程师不得签发开工许可。中国承包商可利用相关合同文本来争取付款保障。

(二) 培养管理团队，发挥自身优势，合理确定承包方式

根据国际工程项目需要的不同，总承包模式会涉及项目咨询、设计、施工、制造、采购甚至运营等一系列的环节。承包商在承接国际项目时应首先考量自身能力，并在识别目标市场的基础上，明晰自身的优势，合理确定项目总承包方式，切勿盲目“上马”而导致自身处于极大的经营风险中。

对于一些大型工程项目、有特殊技术设备要求的项目或者涉及设计、采购、建设和运营一揽子总承包服务的项目，当承包商的融资能力或技术实力不足时，应当首先考虑采用联合体承包方式，实现规模效益和资源互补。另外，当总承包企业本身人员、设备、技术力量不

足，或没有类似经验而面临较大的施工工期、成本或质量风险时，可以将其中专业性较强的施工内容分包给其他承包人，通过合理分包的方式转移部分风险，增强自身履约能力。

（三）重视合同条款，加强合同交底及合同管理

合同的签订旨在使项目参与各方在合同实施过程中自觉、严格地遵守所签合同的各项要求。而作为项目总承包商，在严格履行自己义务的同时，应该首先关注合同条款本身的风险，通过合同条款的设置有效达到风险转移的目的。

目前国际工程总承包通常使用的条款主要有国际咨询工程师联合会（FIDIC）编写施工合同条件；英国土木工程师协会（Institution of Civil Engineers，简称 ICE）编写的合同条件；美国建筑师协会（The American Institute of Architects，简称 AIA）编写的施工合同通用条件。标准的合同条件能够合理公平地在合同双方之间分配风险和责任，明确规定了双方的权利、义务，很大程度上避免了因不认真履行合同造成的额外费用支出和相关争议。使用这些标准的招投标程序、合同文件，便于投标人熟悉合同条款，减少其编制投标文件时所需考虑的潜在风险。因此，实践中，可以优先适用国际认可的标准合同。

另外，可以通过专用条款（特别是在费用、质量和工期三个方面）的谈判和设置，对合同主体进行约束。建议可从以下八个方面着重对合同条款予以把关：

- 1、工程变更和调整。合同应对各种性质或范围的变更做出具体约定，明确合同价款的调整方法，尤其是因法律变化以及物价上涨、汇率变化引起的价格变动，从而便于承包商及时向业主提出索赔。

- 2、合同价款。由于国际工程中工程款支付的条款较为复杂，每一阶段付款的条件应在合同中明确约定，承包商应仔细研究此类条件是否具有可操作性；同时应注意合同价款的支付货币形式，建议支付使

用的货币与结算使用的货币保持一致，避免汇率变化带来的结算风险。另外，在支付工程款时，可以考虑设定一部分款项以美元/欧元等预期稳定的货币进行支付，另一部分则用当地币支付以便在当地购买材料或人工。如当地汇率不稳定、变化大的，可提高美元/欧元的支付比例，但同时需要注意当地对于外汇的管制制度；如果需要全部以当地币支付，建议在合同中约定固定的汇率，避免汇率变动带来的货币价值贬损。对于施工周期较长的项目，还应注意结合当地通货膨胀率确定合理的投标价格或约定调价机制。

3、生产设备、材料和工艺。一般的工程承包均应由承包商负责设备、材料的采购，但除EPC合同外，实践中业主对于重要设备和材料可能会要求自己采购。因此，应注意在投标文件及合同的设备及材料采购方案中列明相关信息，并明确该部分业主自行采购的设备材料的价格、工期、质量风险如何承担。

4、资料和数据。在合同中应明确约定业主应对招标文件及其提供的全部资料和数据信息的完整性、准确性承担责任。如EPC项目中无法与业主协商谈判资料和数据准确性的，则应在投标阶段即对招标文件及业主在其后提供的全部资料和数据信息进行复核，并对数据与现场或图纸资料等不一致之处，在招投标阶段进行澄清。否则承包商需要对数据中的遗漏、不准确、错误等自行负责，后续无法通过合同进行索赔。

5、误期损害赔偿责任。承包商应审核合同中此类条款约定的罚款责任是否过重。英美法系国家一般会在合同中设定违约金上限，并且违约金一般是以实际损失为限，很少存在惩罚性违约金；但大陆法系对于违约金可能没有过多限制。建议承包商在与业主就合同进行商务谈判时，极力争取在合同中约定累计最高限额，如“承包商误期损害赔偿责任累计不得超过合同价款的10%”，避免承担过重的赔偿责任。

6、风险与责任。在合同中应明确双方各自应承担的风险及相应的

责任，FIDIC合同一般会明确业主责任范围，未列在业主风险中的情形一般均由承包商承担。因此承包商应注意核实业主风险范围是否合理，按照“由能够更好预见、控制或管理风险的一方承担该风险”的原则与业主进行洽商，合理分配。

7、完善争议解决条款。国际工程项目中，除了通过仲裁或诉讼解决纠纷外，一般还会引入DAB或DRB等专家组成的争议解决委员会，很多项目也会将DAB作为仲裁或诉讼的前置程序，其裁定除通过约定程序提出异议外，对于双方均产生约束力。由于国内并没有争议解决委员会，国内承包商在承接海外项目时，应额外关注是否有相关设定。在争议解决机构的选择方面，出于公平考虑，建议选择法律体系相对完备、且非合同主体的第三国仲裁机构。

(四) 树立保险意识，灵活运用工程保险

用工程保险约束项目各方主体，以保证工程质量、安全生产和合同履行是国际工程项目通行的做法，也是总承包企业转移风险的一种途径。FIDIC合同条件中对“保险义务”作了规定：承包商自开工之日起到业主最终发放验收证书，应进行相关的保险，包括第三方责任险、工程一切险、人身事故险等；在工程款支付方面，还可以考虑汇率保险。由于国际工程总承包涉及的环节复杂，实践中，除确定保险标的外，还应尽量明确工程保险的责任范围，纳入由于自然灾害和非故意行为而造成的损失等。

PART 003

结语

在“走出去”战略的影响下，越来越多的中国建筑企业涌向国际建筑市场，积极拓展国际工程承包业务。但是，随着国际国内环境正发生

参考文献:

- 1、何伯森、张水波：《国际工程合同管理》（第三版），中国建筑工业出版社，2016年10月出版
- 2、周振宁：《国际工程总承包风险管理的现状及完善措施》，《管理观察》2015年第7期。
- 3、侯静：《国际工程承包风险管理研究》，北京交通大学工程与项目管理专业硕士学位论文，2012年7月。
- 4、刘锋平：《国际工程总承包风险研究》，上海交通大学工商管理专业硕士学位论文，2008年1月13日。
- 5、向鹏成、牛晓晔：《国际工程总承包项目失败成因及启示》，《国际经济合作》2012年第5期。
- 6、黄平：《“一带一路”建设中的宗教风险——以巴基斯坦为例》，上海交通大学学报，2017年第3期。

深刻复杂变化，中国承包商对外承包工程既存在较好机遇，也面临诸多风险挑战。从国内外诸多承包商的企业实践经验来看，国际工程项目中的风险识别能力和风险管理水平直接关系到项目的盈亏状况，甚至影响到承包商的生存和发展。而有效的风险管理不仅有助于提高工程项目的质量，保证项目的盈利水平，也有利于国外市场的可持续拓展，使国内企业能够在国际市场上占据一席之地。国际工程总承包企业应重视对于项目风险的识别和防范，必要时可聘请专业评估机构、法律顾问共同“走出去”，以规避风险、获得收益。

（周月萍对本文亦有贡献）



周兰萍
合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3766
laurazhou@zhonglun.com

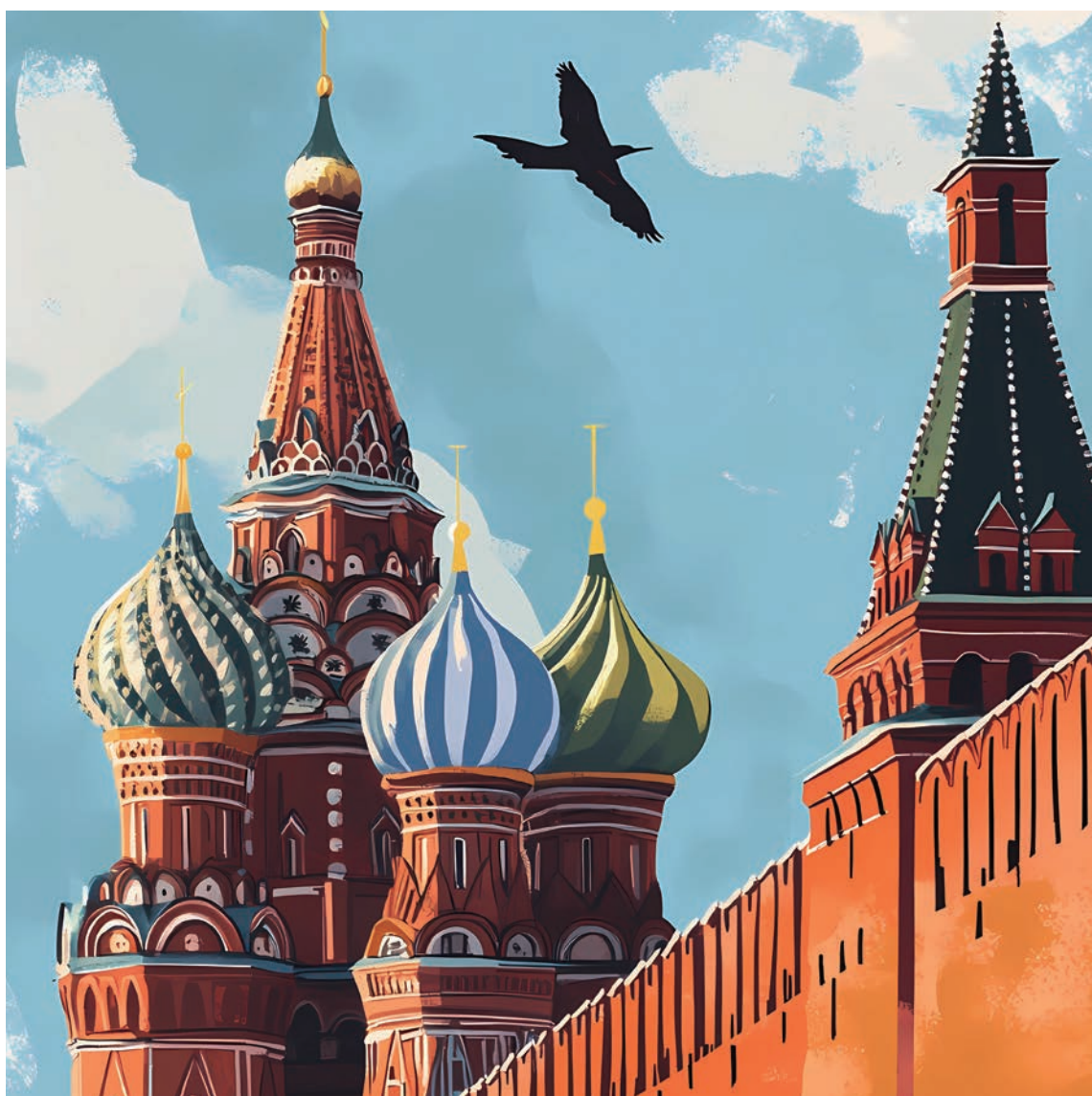
CHAPTER 叁

项目合规管理与运营



海外工程经营合规： 全面布局，有效应对

高俊 田恩雅



随着“一带一路”建设的稳步推进，我国企业的海外工程经营规模不断扩大。2024年1-6月，我国企业在“一带一路”共建国家新签承包工程合同额6632.6亿元人民币，增长21.5%（以美元计为933.5亿美元，增长18.5%）；完成营业额4186.3亿元人民币，增长3.2%（以美元计为589.2亿美元，增长0.7%）。¹对于开展海外工程承包的中国企业而言，“一带一路”是机遇，更是挑战。近年来全球经济增长放缓，地缘政治局势持续紧张，加之贸易保护主义和“逆全球化”风潮的兴起，海外工程承包企业在“走出去”的过程中面临的外部法律政策环境更加错综复杂，多国多法域的交叉监管下合规风险陡增。

一方面企业及员工在项目开发、招投标、合同谈判签约、建设实施及竣工验收的各个环节以及境外机构的日常经营管理行为中需要同时遵守国内的法律法规、母公司内部管理制度，以及项目东道国的有关法律法规、政策和行业标准等多层次的合规要求。另一方面，特别需要注意的是，开展国际工程项目的企业还可能面临外国司法权、行政权“长臂管辖”的风险。对于利用国际金融组织资金开展项目的企业而言，还需严格遵守国际金融组织所制定的合规标准。企业一旦违规可能面临声誉损害、高额赔偿、制裁甚至对管理人员的刑事处罚等严重后果。截至2024年8月，共有189家中国（不包含港、澳、台地区）实体和个人受到世行制裁，其中2024年新增32家受制裁实体和个人。²与此同时，随着全球合规监管趋严，工程企业也面临着来自优质业主方的合规要求，许多业主方都会对合作方进行合规审核，只有通过审核的企业才能参与项目。如果未能满足或违反这些合规要求，可能面临项目合同终止、工程停摆的风险。企业开展国际工程项目的合规风险和挑战不断深化。在此背景下，“未雨绸缪”全面布局升级自身的全球合规体系、有效应对合规挑战，对于中国企业在“走出去”过程中实现可持续发展至关重要。

1. 见商务部《2024年1-6月我国对“一带一路”共建国家投资合作情况》（https://www.mof.gov.cn/tjsj/gwjhzjt-j/art/2024/art_0-fa8b205205a49b3b5925f0491d52299.html，最后访问于2024年8月20日）。

2. 见世界银行制裁名单（<https://www.world-bank.org/en/projects-operations/procurement/debarred-firms>，最后访问于2024年8月20日）。

PART 001

工程承包企业境外经营合规挑战

对工程企业而言，境外经营的重点合规领域以及合规风险主要集中在：反腐败、贸易管制、劳动用工、环境保护，以及个人信息保护与数据安全。此外，新的合规热点，例如多边银行对合规要求的提升、ESG（环境、社会与治理）标准的全球推广，也对工程企业在项目开展过程中的合规管理能力提出了更高要求。

1. 反腐败

“一带一路”沿线各国的政治法治环境差异较大，政府治理水平和执法力度参差不齐，腐败不但易于滋生也难以被及时监管惩处，这往往使得一些强调“人际关系”思维的企业对于可接受的企业行为与腐败之间的灰色地带抱有“侥幸”心理，忽视其中的腐败风险。然而，不论是企业本身还是其合作方或代理方的腐败行为，一旦被查处，企业将面临政府终止合作、舆论指责和法律追究以及多边开发银行交叉制裁、连带制裁等后果，相关管理人员甚至面临国内及海外多重刑事处罚等后果。2018年，某工程企业曾在孟加拉国试图以现金形式行贿该国交通部门官员以获取重大基建项目，最终因此被列入黑名单，失去参与该国基础设施建设项目的资格。类似的案件并非个例，2022年11月，某知名地产公司的联合创始人因在海外地产项目中涉嫌为获建筑项目的开发权而行贿，被有关国家执法部门逮捕。经过数月的引渡程序，该高管最终选择承认不当行为并支付罚款，以换取三年后撤销指控。

2. 贸易管制

国际工程承包企业签署的交易合同通常执行周期较长，且牵涉的合作方众多。近年来国际政治经济格局的剧烈变化，部分国家出口管

制和经济制裁政策的频繁调整，使得企业在工程项目的选择方面需要考虑更多的地域限制因素，在非敏感国家或地区也需要更加警惕违规或违约风险。例如，供应商或分包商因受美国制裁影响而无法及时供货，可能进一步导致企业无法或迟延向业主供货或提供服务，最终可能面临业主索赔。企业也可能因忌惮美国制裁而选择不履行合同或提前终止交易，最终遭受经济和商誉的多重损失。美国设置的SDN清单、实体清单等一系列制裁“黑名单”更新频繁，更增加了企业的风险。如果企业在项目执行过程中，发现交易对手方（如业主、联营体合作伙伴、分包商等）被美国经济制裁主管部门添加到“黑名单”之中，则该交易甚至整个项目都可能产生涉制裁风险。企业将面临是否继续履约的两难抉择。

3.个人信息保护与数据安全

企业在海外投资建厂、承包项目伴随着大量数据的多流向跨境传输，一方面，企业需要严格遵守数据跨境流动安全监管规定，特别是涉及国家安全和员工个人信息的敏感数据的合规处理。2024年7月1日正式施行的《对外承包工程项目备案和立项管理办法》特别强调了企业履行在境外工程定期报告及突发事件报告义务报告工程项目信息时，必须遵守境内外的数据信息保护相关法律法规，以便确保敏感信息安全，维护国家安全利益。另一方面，由于各国在国家安全、公共秩序和个人隐私保护方面的考量和立法理念不同，“一带一路”沿线各国对于数据保护、跨境规则的立法模式和内容存在差异。目前已有超过半数的“一带一路”沿线国家或地区出台了有关个人数据保护的法律法规，通过属地管辖或属人管辖对发生在东道国本地的个人数据行为或虽然发生在境外但涉及东道国居民个人数据的行为进行规制，例如，菲律宾《数据隐私法》适用于在境外实施但涉及菲律宾居民个人数据的数据处理行为。此外，“一带一路”沿线的部分成员国还参与了一些合

3.例如肯尼亚非常重视环境保护，政府有专业督察员监控企业的环保措施执行情况，一旦发现违规行为，不仅要依照法律进行处理，同时还可能向媒体曝光。

作机制，如中、日、韩等15个国家正式签署了《区域全面经济伙伴关系协定》，东盟发布了《东盟数据管理框架》。这也意味着企业在“出海”过程中，相关数据的处理、存储、传输等行为需同时遵循国内及数据信息来源地的法律法规，否则将面临严重的法律风险，如巨额罚款、行政处罚和刑事责任，甚至相关责任人员和员工也会受到一定的行政处罚乃至刑事处罚。

4.环境保护

“一带一路”沿线国家多为自然资源丰富但生态环境较为脆弱的地区。工程施工类项目，尤其是大型基础设施项目，在开发建设过程中容易对相关地区的环境、生物多样性产生负面影响。在项目实施过程中，部分工程企业因缺乏环保意识、不了解当地的环保标准和法律法规，对东道国环境保护和资源合理开发缺乏足够重视，违反东道国环境保护的相关规定，对东道国生态环境造成破坏，从而触发巨额罚款，项目被东道国政府叫停或暂缓实施，甚至可能因严重违法而被政府责令关闭并向媒体曝光。³1993年，某矿产公司在巴西投入大量资金收购巴西的小型炼铁厂，对其生产线进行改造扩张，并计划因地制宜使用木炭炼铁，但生产线建成投产不久，巴西国会就通过了一项严禁乱砍乱伐森林树木的法律，炼铁生产因为缺乏木炭只能被迫停止。2011年某投资公司在缅甸承包克钦邦大型水坝项目时未能将对当地生态环境造成的影响处理得当，招致当地居民、环保组织的强烈抗议，缅甸政府迫于民众压力不得不暂缓该项目，该公司集团为此遭受了巨额损失。相反，一些企业在海外项目中注重环保效益，积极践行可持续发展理念，不仅获得了当地政府和民众的支持，也获得了良好的经济效益和社会效益。例如，三峡集团承建的卡洛特水电站项目是巴基斯坦杰赫勒姆河流域水力资源开发利用的重要组成部分，项目建成后有效缓解了巴基斯坦电力短缺问题，投产后一周年为巴基斯坦累计发

电量36.4亿千瓦时，可满足当地500余万人的用电需求，相当于节约标准煤约159万吨，减排二氧化碳约398万吨清洁能源，促进当地经济发展和民生改善，成为践行绿色发展的典范。⁴

4. https://www.ndrc.gov.cn/wsdwhfz/202310/t20231017_1361248_ext.html

5. https://m.thepaper.cn/baijiahao_11138850

5. 劳动用工

“一带一路”的沿线国家大多依据各自国情从劳动者权益保护、劳动力限制等方面制定了本土化的劳动保护法律和政策，对于劳动场所、劳动时间、福利待遇、职业健康保护、外籍及本国国民聘用比例及岗位限制等内容进行规定。例如，泰国一般禁止外籍普通劳工到本国工作，禁止外籍人员在泰国从事非技术的普通劳务的工种，但允许有条件地输入技术和管理人员。同时还规定，企业注册资金在1亿泰铢以上者，每输入1名外国人员需雇用4名当地劳工；企业注册资金在1亿泰铢以下者，每申请1名外籍人员则需雇用5名当地劳工。⁵如果中国企业未依据东道国的法律法规或依据当地习惯与一些政治组织、行业协会及工会组织进行积极沟通进而妥善处理劳动争议问题，可能会引起东道国政府的阻挠，引发罢工及其他形式的劳工行为，影响企业的正常运转，企业本身可能还会受到控告和相应处罚，从而遭受巨大经济和声誉损失，甚至导致项目失败。例如1992年，某钢铁集团在收购秘鲁国有铁矿公司后，由于没有预估到秘鲁工会的强大势力，劳资纠纷发酵引起了一连串罢工事件，直接影响了公司的日常生产，使企业最终只实现了原本计划1500万吨产量的50%左右。

6. 多边银行合规

在“走出去”的过程中，工程企业积极寻求多边银行资助项目的商业机会，然而，在为东道国、业主方和当地居民创造价值的同时，部分企业也陆续暴露出一些合规问题，甚至受到多边银行的调查和制裁。一旦受到制裁，意味着企业不仅丧失经济收益和参与世界银行或其他

6.见《反腐与廉政办公室2023年度报告》(<https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/962961/oai-annual-report-2023.pdf>)

7.<https://www.iadb.org/en/news/idb-announces-settlement-egis-eau-and-egis-international-regarding-prohibited-practices>

多边金融机构贷款项目的资格，更会面临国际市场的信用质疑，失去政府、发包人、总包方、投资者等的信任，进而影响其业务布局 and 全球发展战略。

近年来，多边开发银行（如亚洲开发银行、世界银行等）加强了对合规审查的要求，并逐渐采用主动审查的模式。其中，亚洲开发银行反腐和廉政办公室（OAI）逐步调整其合规调查与制裁解禁的工作方式，强化主动审查，关注项目核心合规风险，包括采购、金融管理、资产管理等。2023年，OAI通过制裁筛查系统持续监控了总计16.3万家实体，并对1275个实体进行了合规尽职调查，积极识别和筛查交易对手方的制裁相关风险。OAI还计划扩大制裁筛查系统的使用，更广泛地筛查合规风险。⁶

值得注意的是，随着中国企业在全球范围内不断拓展业务，并日益重视和逐步建立跨境合规体系，其在多边开发银行项目中的合规表现已有了显著提升。然而，尽管如此，联营体投标模式及第三方管理（如代理、顾问）仍然是导致合规风险高发的薄弱环节，需持续高度关注，尤其是涉及隐瞒佣金的欺诈行为。以泛美开发银行（IDB）近期对Egis Eau S.A.S.及其关联公司实施的制裁为例：Egis Eau及其关联公司在泛美银行融资的巴拿马饮用水和卫生设施工程项目的投标中，未按照招标文件要求披露向代理人支付的款项和服务分包，且未披露的代理人 and 其中一个未披露的分包商很可能通过向政府官员提供或支付高达16000美元的金額，意图不当影响政府官员与泛美银行资助的合同相关的行为。泛美银行最终对Egis Eau及其关联公司做出了制裁。⁷

7. ESG合规

ESG（环境、社会与治理）标准的全球推广，对工程企业在从项目选择、供应链管理、设备物资采购、污染防治、气候影响、劳工保

护、安全质量乃至合规经营等各方面的整体合规管理能力提出了更高要求。如今，海外市场竞争已经从单纯的产品、技术、资金实力转向绿色理念、属地贡献和商业道德规则等ESG维度的竞争。

另一方面，ESG表现对于国际融资的影响逐渐增强，ESG相关议题已经成为出海经营的生存基石。世界银行集团旗下主要成员国际金融公司（IFC）的《环境和社会可持续性绩效标准》在全球被广泛应用于衡量企业环境和社会绩效表现，并得到国际银行、保险机构、非政府组织等外部利益相关方的明示或默许。多边投资担保机构（MIGA）更将该标准列为提供私营项目跨国投资担保的先决条件。目前，已宣布在项目融资中采纳赤道原则的银行只资助那些已满足或在合理时间内能够达到符合《绩效标准》要求的项目。

忽视ESG合规要求可能使项目因征地移民、劳动用工、环保等问题引发工会或非政府组织的公益诉讼或针对环境损坏的指控，甚至造成项目在东道国的进程受阻。相反，具备优秀的ESG合规意识及环境、社会管理能力的企业更容易获得东道国政府的支持和认可，以及当地私营业主的信赖。这意味着其投资活动将更容易获得政府的准入许可，并享受融资和税收优惠等政策支持，最终获得更有利的投资环境和市场机会。

PART 002

全面布局合规体系

1. 合规体系全面布局应形成“大合规”格局

开展对外承包工程业务的企业普遍具有大型、综合性特点，特别是央企，更具有规模庞大、集团公司下辖子公司数量较多、业务覆盖面广、开发地域范围广等特点，因而容易形成子公司和集团公司之间合规管理互动断层、境外业务决策与风险控制预警不匹配、合规制度

及管理内容相对分散、多部门重复工作等问题，从而导致境外子公司在东道国实际开展业务过程中存在合规风险预警不到位、出现违规难以及时纠偏、合规管理效率低下等合规短板。因此有必要形成自上而下，兼具整体性和针对性的“大合规”境外经营合规体系，以管理层的高度统筹协调投资、建设、人力、财务、风控、法务等前中后台部门以及境内外相关负责机构、人员通力配合，提前制定顶层规划方案后推进。

2.整体性调控：逐步构建由中国法律合规总部总领的跨境合规管理架构

随着“一带一路”的不断推进，越来越多中国企业已从单纯的国内经营拓展至跨国经营，关于海外承包工程业务的发展思路已从个别项目开发初步尝试转型升级为长期发展战略规划，国际化合规经营也随之面临挑战。很多企业往往选择根据项目进展中的临时需求零散补充东道国法律知识，合并淡化甚至缺失法务合规职能，以至于境外运营的整体合规管理以及外派员工的整体境外合规意识都较为薄弱。对于境外经营合规风险缺少预先性的体系化统筹，容易导致“合规地雷”在项目实际开展过程中被“引爆”，给企业造成巨大损失。

构建由中国法律合规总部总领的跨境合规管理架构，不仅要自境外合规风险管理维度出发而设计体系化的境内外联动合规管理组织架构，更要自全球化经营战略部署出发而贯彻全员化跨境合规、建设“百年老店”意识的合规价值观。首先，中国法律合规总部可以制定符合企业海外地域要求及业务布局的体系化合规管理制度，统一地调配法律资源，降低管理成本，提高管理效率，从而加强合规风控管理。其次，中国法律合规总部通过合理的地域布局及其职能设置实现全球垂直化管理，实现对各东道国本地业务的合规化经营、合规风险预警，实现合规挑战应对的高效管理、沟通和支持，从而有效支撑企业海外

业务的战略性发展。具体而言，中国法律合规总部可以统筹制定适用于海外各级项目“先行部队”或海外各级子公司的海外合规管理组织体系、海外合规制度体系、海外合规治理体系、海外合规风险管理机制、海外合规保障机制。其中，海外合规管理组织体系包括海外合规管理组织架构的搭建、海外合规管理人员的基本资质要求、主要职责、汇报流程等内容，形成由企业董事会决定海外合规管理战略规划与基本制度、监事会监督董事和高级管理人员在海外合规管理职责方面的履行情况、法律合规总部牵头各层级各部门推动海外合规管理体系建设和运行具体组织和实施工作的“走出去”管理格局。

3.针对性布防：构建跨境合规重点风险预警管理指引体系

首先，根据专业领域的不同，企业在境外开展对外承包工程时应构建符合自身经营模式及业务操作实际的合规重点风险预警管理指引体系，制定总纲性境外合规义务指引，包含反腐败合规义务、反制裁合规义务、数据保护合规义务、环境保护合规义务、劳工权利保护合规义务。一些境内上市公司的合规指引体系还应纳入信息披露合规义务以及境外行为准则等内容，原则性指导员工在境外经营过程中的行为合规性，采取合规风险清单等工具积累识别境外合规风险，设计境外合规风险预警报告应急处理机制及激励约束机制等。其次，对于业务涉及的重点合规风险，如反腐败、数据保护、反制裁等领域制定具体的境外合规手册，模块化制定合规风险指引，从具体的业务流程，如投标管理、签约谈判、项目履约等阶段全方位指导员工的行为，同时落实国内和东道国相关法律规定和监管要求。另外，对于管理人员专设高管跨境刑事合规的合规风险指引手册模块，从一般行为规范到可能触发境外合规的行为、可能面临的潜在法律后果、可能触发的执法方式及最优应对方式充分提示合规风险，提高管理人员的境外合规意识，达到警示约束和支持的管理效果。

4.强化科技赋能：提升信息数字化支持能力，筑牢合规风险防线

在构建整体性调控和针对性布防的基础上，企业可以充分利用数字化、大数据等新兴技术，持续增强对境内外机构的合规风险监控能力，构建全覆盖、一体化的合规风险管理体系，提升境内外合规管理效率和精准度。

具体而言，一方面，企业可以推进合规信息的电子化管理，将合规制度、典型案例、合规培训、违规记录等信息全面数字化，并通过信息化手段将合规管理要求嵌入到业务流程和关键环节之中。例如，在合同管理、项目管理、采购管理等系统中设置合规控制点，使各系统的业务流能够满足境内外的合规审查要求。此外，这些系统如能够在确保数据合规的基础上实现全球范围内的风险信息共享，更有助于企业在全局合规管理上的效率提升。另一方面，企业可以通过数据提取分析等方式，对重点领域和关键节点进行实时动态监测。例如，利用外部大数据监控供应商、客户的资信情况、制裁名单，结合企业内部积累的经验数据，对关键风险要素进行动态监控并及时预警。此外，为确保合规管理不增加各部门的工作负担，企业应重点关注如何将跨境合规体系与现有业务流程、具体操作步骤有机结合。例如，对于境外机构的供应商信息收集，企业可将新增的合规信息、合规承诺经数字化后导入内部系统，从而有效提高企业不同业务板块对同一供应商的审核效率。如此一来，配合企业合规管理制度及组织架构，企业可逐步在境内外机构之间建立高效的数字化合规协同机制，上通下达，对境内外合规状况进行全方位的监督和指导，形成全球范围内一体化的合规管理网络。

5.适时认证与评级：讲好ESG故事提升竞争力

正如前文所述，近年来，工程企业正面临日益严格的ESG（环境、社会与治理）合规要求。一些工程企业在“走出去”的过程中已在着

手构建和完善自身的合规管理体系，显著提升了合规管理水平。在此基础上，进一步深入践行ESG理念，讲好ESG实践的故事，将成为企业提升企业市场竞争力的重要举措。

首先，积极参与ESG认证与评级，提升全球ESG表现评价。企业可以主动投身于ESG认证与评级体系之中，重视在国际权威机构及项目所在国获得认可的ESG评级。上市公司在积极参与国内ESG评级体系的同时，可以放眼全球，遵循多样化的评级标准，全面优化和提升企业在全范围内的ESG表现评价。非上市企业可以积极践行ESG准则，主动公开相关报告，并邀请第三方机构进行独立、专业的评级，以增强透明度与公信力。其次，企业可以充分利用ESG投资，拓宽融资渠道，降低融资成本。随着项目所在国政府机构、业主、金融机构及公众对ESG实践的关注增加，企业积极践行ESG理念、深化负责任的企业形象，将更容易赢得当地政府、投资者、媒体及公众的信任与支持，甚至转化为进一步的投资与合作机会，成为工程项目可持续发展的坚实保障。

PART 003

有效应对合规挑战

“一带一路”海外工程项目经营过程中不免遭受来自多边开发银行的及东道国或个别国家“长臂管辖”的问询、调查，一旦处理不当，将会浪费解决问题的机会和时间，导致损失加重，问题升级。充分了解调查机构、目的国依托的法律规则，要求和行事方法，利用好规则，才能专业有效应对措施，最大化维护自身的利益。

1.有效应对多边开发银行制裁

以世界银行为首，包括亚洲开发银行、非洲开发银行、欧洲复兴开发银行、泛美开发银行集团、亚洲基础设施投资银行和金砖国家开发银行等多边开发银行在“一带一路”建设中发挥着为发展中国家经济发展提供资金的中坚作用。然而，很多中国海外工程承包企业由于长期形成的业务操作习惯、对于合作伙伴的合规管理疏漏、对一些“国际游戏规则”不熟悉或理解不到位，容易面临或遭受多边开发银行的合规调查和制裁。一旦企业受到制裁，其国际声誉和市场竞争力皆会遭受实质性影响，甚至其境内经营和融资能力也会受到一定影响。

企业在面对多边开发银行的合规调查和制裁时，切忌本着“侥幸”心理和中式思维仓促应对，而应沉着专业地应对，妥善运用多边开发银行本身的“控辩”程序和规则，策略性地核实、分析以及收集证据，有礼有节地进行地解释和回应，从而争取撤销指控、减轻或免除制裁。

多边开发银行的调查逻辑通常基于行为的严重性、企业合作的态度以及企业以往的合规记录。企业需要理解这些逻辑，并制定相应的应对策略。面对调查，保持冷静理性，合理做出决策，并做好与多边开发银行进行长期谈判或诉讼程序的准备。此外，对企业而言，在面对调查时有一些黄金节点需要着重把握，例如，对于多边银行调查部门发出的质询函的回复是第一个黄金节点。一些企业在回复时因为缺乏对于多边银行案件审查思路的了解，采取“避重就轻”的思路，反而容易留下顾而言他的印象，难以达到减轻制裁的效果。应当注意基于深入理解多边银行的审查逻辑，清晰、直接地回应，通过内部调查收集反证，结合对制裁行过往案件中的审查经验分析进行有效抗辩。

因此，在收到质询函或调查函后的第一时间组建专业的应对小组至关重要，其中包括业务相关人员、法律专业人士，从而帮助企业迅速启动内部审查流程，全面搜集并分析证据，精准评估案件的影响深

度及潜在的不当行为指控与制裁风险。在这个过程中，企业与多边银行保持积极、透明的沟通至关重要，具体包括即时且有效地与多边开发银行保持联络，定期汇报调查进展，展现积极态度，并争取理解和支持。其次，企业在积极配合调查的同时，可以主动采取纠正措施，展现对合规的重视，并提出切实可行的预防措施，这些都将成为减轻制裁的重要依据。在回应问询时，可以同时重点突出对制裁行重视的“减轻情节”的回应，如配合制裁行的调查、已采取或拟采取内部整改措施等，以增强回应的说服力、取得更好的减轻效果。

总而言之，面对调查，企业需要保持冷静、理性的态度，基于充分的信息分析进行决策，并预见到可能需要的长期谈判或诉讼准备，并充分运用多边开发银行本身的程序和规则，以理性的态度和策略性的行动最大程度地维护自身利益，争取最佳结果。

2.有效应对国际政府调查

“一带一路”沿线国家的经济发展水平存在较大差异，发展中国家占大多数。由于经济发展较为缓慢，一些国家的法律制度运行效率也相对较低，特别是非洲国家，由于多具殖民历史，其法律法规多是在沿袭前殖民国家法系的基础上属地化的成果，法律制度根本本身并不薄弱。例如，苏丹贸易法规由英国殖民时的《贸易促进法》发展而来，加蓬、刚果共和国法律多沿袭自法国，安哥拉则沿用葡萄牙法系等。这些国家对于本国侧重保护的资源更是强化了法律制度保障。如肯尼亚设立了国家环境管理局（“NEMA”），其公众申诉委员会有权调查针对任何个人或与肯尼亚环境或可疑环境破坏有关的指控。考虑到一些国家廉洁指数排名靠后但政府话语权较大，在应对这些东道国政府调查的过程中，中国企业应在妥善应对的同时牢牢把握合规底线。

一些发达国家政府发起调查的动机可能综合了某些政治因素，中

国企业可以采取一系列的积极措施积极应对，如开展内部调查，厘清事实并保存相关证据，在必要的时候还可以寻求外交保护和中国政府的介入，利用其行政权力与司法权力之间的制衡机制寻求突破。



高俊
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com

涉俄制裁对海外工程的 合规影响

张国勋 王大坤



1. <https://interview.mof.com.gov.cn/detail/202405/ff8080818f513ce1018f51c73b58007a.html>

2. 1126. Under Executive Order (E.O.) 14024, "Blocking Property With Respect To Specified Harmful Foreign Activities of the Government of the Russian Federation," any person determined to operate or have operated in certain sectors of the Russian Federation economy may be blocked. How is OFAC defining those sectors?

近年来，中俄贸易规模持续扩大。据中国商务部于2024年5月6日举行的专题新闻发布会披露¹，2023年中俄双边贸易额达到2401亿美元；2024年一季度，中俄双边贸易额566.8亿美元，同比增长5.2%，继续保持良好发展势头。然而，自俄乌冲突至今，美国等西方国家陆续出台多项针对俄罗斯的制裁政策，涉及行业领域涵盖金融、能源、建筑、建筑设计、工程、交通运输等总计16个主要行业。其中，俄罗斯工程行业目前受到的主要制裁措施包含三大方面：（1）行业制裁；（2）黑名单制裁；（3）出口管制。在不断升级的多重制裁风险压力下，中国工程类企业在俄开展长期稳健运营面临诸多挑战。本篇文章将围绕涉俄制裁对工程行业的影响进行分析，并提出应对建议。

PART 001

工程行业的制裁范围

（一）制裁令中对工程（Engineering）行业的定义和外延

一般而言，工程是一个广泛含义，涵盖公共设施、建筑物、构筑物、电线管道、水利交通等项目的规划、设计和施工。目前美国对俄罗斯的多个行业实施制裁，其中包括工程行业。

根据美国财政部海外资产控制办公室（Office of Foreign Assets Control，**OFAC**）于当地时间2023年5月19日发布的常见问题（FAQ1126）²，第14024号行政令下“工程（Engineering）”行业的定义为：包括建议、设计、推荐、咨询、建造、安装、测量、准备研究报告、规格规范、成本估算、施工图、工艺流程图、布置图或其他材料；地图绘制；规划、测试、分析和检查等与俄罗斯联邦工程活动相关的事项。上述活动可以在任何类型工程项目的任何阶段开展，并且不一定与新的建筑或开发项目有关。此外，“工程行业”还包括任何相关

的活动，包括向俄罗斯联邦提供、接收自俄罗斯联邦转移的与俄罗斯联邦“工程行业”相关的货物、服务或技术³。

依据上述定义，并结合我们对于工程类受制裁企业的经营范围和被制裁原因等因素的梳理，我们发现，俄罗斯受制裁的工程行业不仅包括建筑物的建造，往往还涉及各种基础设施建设和设备的安装等，以及与上述活动相关的其他活动。例如，某俄罗斯EPC项目公司便因涉及参与俄罗斯某未来能源项目开发相关的施工指导和材料采购活动而被认定在俄罗斯联邦经济的“工程行业”经营或曾经经营，进而在2023年7月24日被列入特别指定国民名单（*Specially Designated Nationals And Blocked Persons List, SDN List*）⁴。

（二）工程行业与建筑（Construction）行业的区别

目前美国针对俄罗斯的工程行业与建筑行业均实施了广泛的制裁，而关于上述两种行业的认定常常引起混淆。

参考美国财政部OFAC于当地时间2023年5月19日发布的常见问题（FAQ1126）⁵，第14024号行政令下“建筑（Construction）”行业的定义为：生产、采购、筹划、构架、设计、测试、融资、分配或运输货物、服务或技术，以制造、塑造、改变、维护或形成俄罗斯的任何建筑物或结构，包括现场开发、组建或建造住宅、商业、机构建筑物或交通基础设施的活动。此外，“建筑行业”还包括任何相关的活动，包括向俄罗斯联邦提供，或接收自俄罗斯转移的与俄罗斯“建筑行业”相关的货物、服务或技术⁶。

依据上述定义，并结合我们对于建筑类受制裁企业的经营范围和被制裁原因等因素的梳理，我们发现，俄罗斯受制裁的建筑行业往往涉及建筑物、结构或交通基础设施的建造，以及与上述活动相关的其他活动。例如，某家俄罗斯公司便因涉及参与俄罗斯某天然气生产和加工基地的建设活动而被认定在俄罗斯联邦经济的“建筑行业”经营或曾

3.“The term engineering sector of the Russian Federation economy includes activities such as advising; designing; recommending; consulting; constructing; installing, surveying; preparing studies, specifications, cost estimates, working drawings, process flow diagrams, arrangement drawings, or other materials; map making; planning; testing; analysis; and inspecting for engineering and related matters involving the Russian Federation. Such activities may be undertaken during any phase of an engineering project of any type and may not necessarily relate to a new construction or development project. The term additionally includes any related activities, including the provision or receipt of goods, services, or technology to, from, or involving the engineering sector of the Russian Federation economy.”

4. <https://ru.usembassy.gov/imposing-additional-sanctions-on-those-supporting-russias-war-against-ukraine/>

5.1126. Under Executive Order (E.O.)14024, “Blocking Property With Respect To Specified Harmful Foreign Activities of the Government of the Russian Federation,” any person determined to operate or have operated in certain sectors of the Russian Federation economy may be blocked. How is OFAC defining those sectors?

6. Construction sector of the Russian Federation economy: The term construction sector of the Russian Federation economy includes activities such as the production, procurement, devising, framing, design, testing, financing, distribution, or transport involving the Russian Federation, of goods, services, or technology to fabricate, shape, alter, maintain, or form any buildings or structures, including the on-site development, assembly, or construction of residential, commercial, or institutional buildings, or of transportation infrastructure, in the Russian Federation; and any related activities, including the provision or receipt of goods, services, or technology to, from, or involving the construction sector of the Russian Federation economy.

7. <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy2404>

8. <https://ofac.treasury.gov/faqs/1116>

9. <https://ofac.treasury.gov/faqs/917>

经营，进而在2024年6月12日被列入特别指定国民名单⁷。

鉴此，俄罗斯受制裁的工程行业与建筑行业虽有交集，但相比而言，工程行业的概念大于建筑行业，并在外延上有所区别：实践中，当仅涉及建筑物建造相关活动时，往往被认定为在“建筑行业”开展经营活动；而当涉及从事工程总承包（EPC）一体化项目，或涉及建筑及交通基础设施以外的基础设施建设类项目时，往往更可能被认定为在“工程行业”开展经营活动。本文将重点分析在俄罗斯工程行业开展经营活动所面临的制裁措施和中国企业开展工程项目可能涉及的主要风险点。

PART 002

美国涉俄制裁对工程行业的影响

（一）行业制裁

依据第13662号和第14024号行政令，美国财政部针对俄罗斯联邦的工程行业开展经营活动（operate）的任何主体实施制裁。需要注意的是，上述行政令的限制对象包含了“任何个人或实体（any person）”，即具有二级制裁效力，对非美国人亦有限制。换言之，在相关业务不具有美国“连接点”因素的情况下，中国企业亦可能受到其长臂管辖，如被认定在有关行业开展经营活动，企业将面临被列入SDN名单的可能性。但是，结合OFAC发布的常见问题FAQ1116⁸及FAQ917⁹，行业制裁主要起到风险识别的作用，并非制裁在该行业开展经营活动的所有人员，在受制裁行业从事经营活动并不必然导致该实体受制裁。

具体而言，多家俄罗斯工程企业已因行业制裁被美国列入黑名单，相关企业涉足俄罗斯交通运输、房屋建筑、国防科技、电力工程和其他基础设施的建设、运行和技术维护。鉴于相关行政令具有二级制裁效力，中国企业参与上述俄罗斯行业的工程项目，存在被美国财

政部视为在俄罗斯受制裁行业开展经营活动的可能性，因而面临行业制裁措施限制或衍生影响。

(二) 黑名单制裁

1.大量俄罗斯企业被列入特别指定国民清单 (*Specially Designated Nationals And Blocked Persons List*, **SDN**) 名单

截止2024年8月12日，共有4394名俄罗斯个人和实体被列入SDN名单，主要制裁内容包括：冻结其当前或此后位于美国境内或为美国人拥有、控制的财产和财产权益；禁止美国人与其进行交易，除非得到OFAC的特别授权；禁止其接入美国的金融系统；禁止其开展受到美国管辖的外汇交易；以及部分SDN对象可能受限于美国的二级制裁。

中国企业在俄罗斯开展工程项目会涉及若干交易主体，假设工程项目的业主、承包商、施工单位为SDN名单对象，一方面，为其提供工程项目相关的资金融资、物质或技术支持，可能被美国财政部认定为实质性协助 (*Materially Assisted*)¹⁰，进而面临二级制裁的法律风险；另一方面，基于工程项目的性质、规模、所涉金额等特点，项目本身很可能被美国财政部认定为与受制裁对象进行重大交易，违反美国制裁措施，中国企业可能面临民事处罚、行政处罚或自身被列入SDN名单等后果。

2.多家俄罗斯企业被列入行业制裁 (*Sectoral Sanctions Identifications List*, **SSI**) 名单

截止2024年8月12日，共有253名俄罗斯个人和实体被列入SSI名单，相关企业涉及俄罗斯若干经济部门的设施、运行和技术维护。根据第13662号行政令，禁止非美国人为受制裁对象提供金融、物质、技术等方面实质性支持 (*provided financial, material, or technological support*)，如中国企业与上述实体开展工程项目，可能被美国财政部OFAC视为为受制裁对象提供物质技术支持而面临潜在制裁风险。

10. 根据联邦法规，金融、物质或技术支持一词是指任何有形或无形的财产，包括货币、金融工具、证券或任何其他有价值的传输；武器或相关物资；化学或生物制剂；爆炸物；虚假文件或身份证明；通信设备；计算机；电子或其他装置或设备；技术；住宿；安全屋；设施；车辆或其他运输工具；或货物。“技术”是指开发、生产或使用产品所需的具体信息，包括相关的技术数据，如蓝图、计划、图表、模型、公式、表格、工程设计和规格、手册或其他记录说明。

11. Russia Export Controls – List of Common High-Priority Items | Bureau of Industry and Security (bis.gov)

12. Executive Order 14114 of December 22, 2023 Taking Additional Steps With Respect to the Russian Federation's Harmful Activities Section 1

3. 若干俄罗斯企业被列入实体清单 (Entity List)

截止2024年8月12日，共有1000名俄罗斯个人和实体被美国商务部列入实体清单，其中包括工程类俄罗斯企业。主要制裁内容包括：获取所有受限于美国《出口管理条例》（*Export Administration Regulations*, **EAR**）的物项都需要美国商务部颁发的许可证，且大多适用推定拒绝的许可证审查政策，某些情况下甚至会逐案审理。

对中国企业而言，如与实体清单中的俄罗斯个人或实体开展交易，一旦涉及上述美国《出口管理条例》（**EAR**）管控物项，如从美国采购、或涉及美国技术和软件或设备生产或含有美国原产部件的工程物资，均受此限制，无法对俄出口或须申请许可证出口，否则交易可能面临违反美国出口管制法律法规的后果。

（三）出口管制

美国商务部产业与安全局（Bureau of Industry and Security, **BIS**）针对俄罗斯加强了出口管制措施，包括新增两项俄罗斯外国直接产品规则；扩大对俄罗斯“军事最终用途”和“军事最终用户”的管制物项范围；对俄罗斯出口、再出口、境内转移限制使用许可例外等。

此外，美国还新设置了“高优先级物项清单”和“军工基础关键物项”两类涉俄出口高度关注物项清单。具体而言，1) 当地时间2023年10月24日¹¹，美国、欧盟、日本和英国合作，根据六位数的协调制度编码（HS code）确定了50种“高优先级物项”（Common High Priority Items），以打击俄罗斯通过采购前述物项支持其武器项目，美国政府明确与俄罗斯“高优先级物项”相关的交易将成为美国后续的监管重点；2) 根据美国财政部OFAC2023年12月22日发布的第14114号行政令¹²，对实施下列活动的“外国金融机构”实施制裁：开展或促进涉及“俄罗斯军工基础”的任何重大交易或交易，或提供涉及俄罗斯军工基础的任何服务，包括直接或间接向俄罗斯销售、提供或转让“军工基础关键物项”。

对于中国企业而言，开展俄罗斯工程项目涉及大量机器、设备和材料等物项。一旦所涉物项受美国《出口管理条例》（EAR）管辖，此类物项出口至俄罗斯或出口至俄罗斯最终用户可能面临物项层面的潜在合规风险，须依据相关法律法规判断是否需要申请许可证；即便所涉物项不受美国《出口管理条例》（EAR）管辖，若涉及上述“高优先级物项”和“军工基础关键物项”，相关出口活动亦将面临美国监管机构的重点关注，进而导致高度受制裁风险。

PART 003

欧盟涉俄制裁对工程行业的影响

俄乌冲突至今，欧盟已对俄罗斯实施十四轮制裁，主要举措包括：（1）将多个俄罗斯个人和实体列入欧盟金融制裁综合名单；（2）限制在两争议地区进行与基础设施项目相关的贸易和投资；（3）进一步限制两用物项和技术的出口；（4）禁止悬挂俄罗斯国旗的船只进入欧盟港口；（5）禁止俄罗斯企业参与成员国的公共采购等。但是，欧盟法律遵循属人主义和属地主义原则，相比美国“长臂管辖”，其域外适用性较低。

鉴此，在进行俄罗斯工程项目的过程中，中国企业应着重审查各业务环节是否涉及欧盟管辖权连接点，交易相关方是否属于欧盟法律适用主体。一旦触发欧盟法律管辖权，应对交易相关方进行充分尽职调查和风险筛查、梳理交易所涉物项是否受欧盟管控、合理规划物流运输路径等，及时设置应对方案，合规合法地开展业务。

PART 004

英国涉俄制裁对工程行业的影响

自俄乌冲突以来，英国多次修订《俄罗斯（制裁）条例》，针对俄罗斯实施金融制裁、贸易管制、航运制裁等，主要包括：（1）将多个俄罗斯个人和实体列入英国制裁名单（UK Sanctions List）；（2）限制基础设施相关物项、两用物项等商品技术的进出口，要求出口商检查货物的最终用途；（3）禁止俄罗斯船只进入英国港口等。但是，沿袭欧盟法律的特点，英国制裁法律法规的域外适用性较低。

对于中国企业而言，如开展涉俄工程项目，应着重审查各业务环节是否涉及英国管辖权连接点。一旦触发英国法律管辖权，应及时进行风险筛查并制定防范措施。例如，交易所涉物项属于《俄罗斯（制裁）条例》列明管制物项，可能面临相关禁令限制；运输船舶属于俄罗斯，应注意运输路线避免途径英国港口等。

PART 005

对中国工程企业提出的应对建议

（一）紧跟国际形势和制裁动向

目前俄乌冲突暂未见收尾之势，要在如此复杂的局势下平稳、合规地发展涉俄业务，必须紧跟当前的国际形势，及时、准确、适度地把握目前美欧发布的对俄制裁政策，将自身业务与制裁规定进行对照、匹配，精准解读制裁政策，秉持精准合规原则，达到业务发展与合规经营之间的平衡。

（二）开展全面尽职调查

鉴于当前国际形势，中国企业在开展涉俄工程业务时，要做实尽

职调查和风险筛查，充分了解项目背景、项目目的、项目最终用户等信息，对相关方进行黑名单筛查，并进一步判定是否会因适用50%规则而被视为受制裁实体，及时采取风险防范和应对措施。

（三）加强物项筛查

美欧对俄罗斯的出口管制与经济制裁措施专业、细化且严苛，中国企业在境外工程承包过程中，存在大型机器、装备的出口，或从其他国家和地区进口材料部件的需求，一旦涉及管控物项，或发现相关出口物项存在与“高优先级物项清单”和“军工基础关键物项”相匹配的情形，企业应遵循业务所涉法域相关要求，及时依法申请许可证或寻求替代品，以保证项目平稳安全运行。

（四）对涉及的法律问题进行充分评估

美国、欧盟、英国等国家对于俄罗斯的制裁法律法规及行政令错综复杂，且始终经历着快速变化。因而，对于每一笔涉及俄罗斯的交易可能涉及的制裁风险，应进行专业评估，可聘请专业律师开展尽职调查，协助审核项目协议和其他法律文件，并就相关业务的法律风险提供咨询意见，以尽可能减少涉俄制裁为企业带来的负面影响。

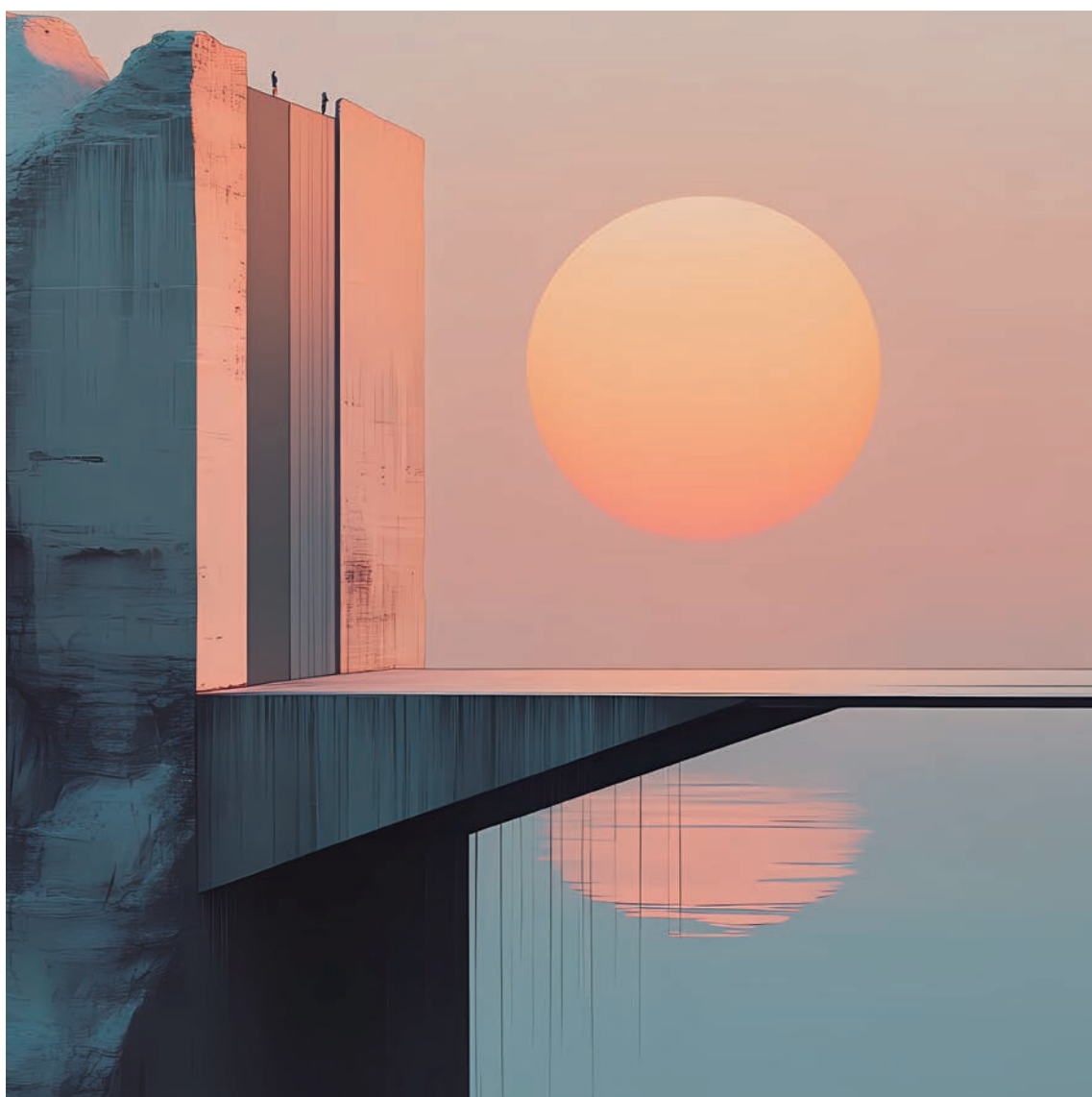
（黄雅颂对本文亦有贡献）



张国勋
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5087 2905
zhangguoxun@zhonglun.com

中国海外工程企业 劳动用工合规风险防范

段海燕 王程凯



随着我国“一带一路”建设以及我国企业“走出去”的不断深化，中国企业在海外用工的数量也不断上升，尤其是需要大量劳动力的中国对外承包工程企业。根据商务部统计¹，中国对外承包工程企业在2023年向境外外派人员为11.1万人，较2022年增长38.75%。然而，中国相关工程企业在海外用工时对于国内跨境用工相关规定了解较少、风险防范意识较差，致使海外工程企业面临相关处罚风险以及赔偿责任，甚至会影响中国海外工程企业境外投资目标的实现。目前，中国海外工程企业用工的主要模式为：对外承包工程外派用工、对外劳务合作外派用工、对外投资外派用工、属地化用工。本文中，笔者将结合相关法律法规要求，梳理企业在境外承包工程中的劳动用工合规义务以及法律风险。

1. <http://fec.mofcom.gov.cn/article/tjsj/ydjm/lwhz/202401/20240103469622.shtml>

PART 001

对外承包工程外派用工

1、合规义务

(1) 基本模式

根据《对外承包工程管理条例》第二条、第十二条的规定，对外承包工程外派用工是指具有对外承包工程经营资格的中国企业向其在中国境外承包建设工程项目外派与其具有劳动关系的人员的用工模式，该用工模式应至少满足如下条件：

- ①对外承包工程企业具有对外承包工程的经营资格；
- ②对外承包工程企业承包境外建设工程项目；
- ③对外承包工程企业应与外派员工签订劳动合同；
- ④外派员工在境外建设工程项目上提供劳动、工作；

⑤根据东道国的规定，为外派人员办理派驻手续（包括签证或居留许可）。

(2) 加强安全生产义务

根据《对外承包工程管理条例》第十条的规定，对外承包工程的单位应当加强对工程质量和安全生产的管理，建立、健全并严格执行工程质量和安全生产管理的规章制度。

(3) 设置安全管理机构及人员

根据《对外承包工程管理条例》第十三条的规定，对外承包工程的单位应当有专门的安全管理机构和人员，负责保护外派人员的人身和财产安全。

(4) 制定保护外派人员人身财产安全方案

根据《对外承包工程管理条例》第十三条的规定，对外承包工程企业根据所承包工程项目的具体情况，制定保护外派人员人身和财产安全的方案，落实所需经费。

(5) 进行安全教育及应急知识培训

根据《对外承包工程管理条例》第十三条的规定，对外承包工程企业应当根据工程项目所在国家或者地区的安全状况，有针对性地对外派人员进行安全防范教育和应急知识培训，增强外派人员的安全防范意识和自我保护能力。

(6) 为外派人员购买人身意外伤害保险

根据《对外承包工程管理条例》第十四条的规定，对外承包工程的单位应当为外派人员购买境外人身意外伤害保险。

(7) 制定突发事件应急预案

根据《对外承包工程管理条例》第十七条的规定，对外承包工程的单位应当制定突发事件应急预案；在境外发生突发事件时，应当及时、妥善处理，并立即向中国驻该工程项目所在国使馆（领馆）和国内有关主管部门报告。

2、法律风险

根据《对外承包工程管理条例》第二十条的规定，如对外承包工程企业有下列情形之一的，由商务主管部门责令改正，处10万元以上20万元以下的罚款，对其主要负责人处1万元以上2万元以下的罚款；拒不改正的，商务主管部门可以禁止其在1年以上3年以下的期限内对外承包新的工程项目；造成重大工程质量问题、发生较大事故以上生产安全事故或者造成其他严重后果的，建设主管部门或者其他有关主管部门可以降低其资质等级或者吊销其资质证书：

（一）未建立并严格执行工程质量和安全生产管理的规章制度的；

（二）没有专门的安全管理机构和人员负责保护外派人员的人身和财产安全，或者未根据所承包工程项目的具体情况制定保护外派人员人身和财产安全的方案并落实所需经费的；

（三）未对外派人员进行安全防范教育和应急知识培训的；

（四）未制定突发事件应急预案，或者在境外发生突发事件，未及时、妥善处理的。

此外，根据《对外承包工程管理条例》第二十三条规定，如对外承包工程企业不为外派人员购买境外人身意外伤害保险的，由商务主管部门责令限期改正，处5万元以上10万元以下的罚款，对其主要负责人处5000元以上1万元以下的罚款；逾期不改正的，商务主管部门可以禁止其在1年以上3年以下的期限内对外承包新的工程项目。

PART 002

对外劳务合作用工

1、合规义务

（1）基本模式

根据《对外劳务合作管理条例》第二条的规定，国外的企业、机

构或者个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作。对外劳务合作用工是指境外的企业或机构通过中国对外劳务合作企业招收中国劳务人员到国外工作的用工模式，结合《对外劳务合作管理条例》第五条、第二十一条、第二十三条、第二十七条等的规定，该用工模式应至少满足如下条件：

- ①对外劳务合作企业具有对外劳务合作的经营资质；
- ②境外企业与对外劳务合作企业签订书面劳务合作合同；
- ③对外劳务合作企业与外派人员签订书面服务合同或劳动合同；
- ④境外企业与外派人员按照东道国的法律规定签订雇佣协议或劳动合同。

(2) 对外劳务合作企业履行登记备案手续

根据《对外劳务合作管理条例》第二十六条的规定，对外劳务合作企业应当自与劳务人员订立服务合同或者劳动合同之日起10个工作日内，将服务合同或者劳动合同、劳务合作合同副本以及劳务人员名单报负责审批的商务主管部门备案。负责审批的商务主管部门应当将用工项目、国外雇主的有关信息以及劳务人员名单报至国务院商务主管部门。

(3) 劳务合作合同应当约定与劳务人员权益保障相关的事项

根据《对外劳务合作管理条例》第二十一条的规定，劳务合作合同应当载明劳务人员的工作内容、工作地点、工作时间和休息休假；合同期限；劳务人员的劳动报酬及其支付方式；劳务人员社会保险费的缴纳；劳务人员的劳动条件、劳动保护、职业培训和职业危害防护；劳务人员的福利待遇和生活条件；劳务人员在国外居留、工作许可等手续的办理；劳务人员人身意外伤害保险的购买；因国外雇主原因解除与劳务人员的合同对劳务人员的经济补偿；发生突发事件对劳务人员的协助、救助；违约责任。

(4) 对外劳务合作企业负有如实告知义务

根据《对外劳务合作管理条例》第二十四条的规定，对外劳务合作企业与劳务人员订立服务合同或者劳动合同时，应当将劳务合作合同中与劳务人员权益保障相关的事项以及劳务人员要求了解的其他情况如实告知劳务人员，并向劳务人员明确提示包括人身安全风险在内的赴国外工作的风险，不得向劳务人员隐瞒有关信息或者提供虚假信息。

(5) 服务合同或劳动合同应载明与劳务人员权益保障相关的事项

根据《对外劳务合作管理条例》第二十三条的规定，服务合同应当载明劳务合作合同中与劳务人员权益保障相关的事项，以及服务项目、服务费及其收取方式、违约责任。与劳务人员订立的劳动合同应当载明劳务合作合同中与劳务人员权益保障相关的事项。

(6) 对外劳务合作企业收取费用应合法，不得要求劳务人员提供财产担保

根据《对外劳务合作管理条例》第二十五条的规定，对外劳务合作企业向与其订立服务合同的劳务人员收取服务费，应当符合国务院价格主管部门会同国务院商务主管部门制定的有关规定。

对外劳务合作企业不得向与其订立劳动合同的劳务人员收取服务费。

对外劳务合作企业不得以任何名目向劳务人员收取押金或者要求劳务人员提供财产担保。

(7) 对外劳务合作企业组织培训

根据《对外劳务合作管理条例》第十二条的规定，对外劳务合作企业应当安排劳务人员接受赴国外工作所需的职业技能、安全防范知识、外语以及用工项目所在国家或者地区相关法律、宗教信仰、风俗习惯等知识的培训；未安排劳务人员接受培训的，不得组织劳务人员赴国外工作。

(8) 对外劳务合作企业购买人身意外险

根据《对外劳务合作管理条例》第十三条的规定，对外劳务合作企业应当为劳务人员购买在国外工作期间的人身意外伤害保险。但是，对外劳务合作企业与国外雇主约定由国外雇主为劳务人员购买的除外。

(9) 根据劳务人员人数，对外劳务合作企业安排随行管理人员

根据《对外劳务合作管理条例》第十六条的规定，对外劳务合作企业向同一国家或者地区派出的劳务人员数量超过100人的，应当安排随行管理人员，并将随行管理人员名单报中国驻用工项目所在国使馆、领馆备案。

(10) 对外劳务合作企业制定突发事件应急预案，并及时报告

根据《对外劳务合作管理条例》第十七条的规定，对外劳务合作企业应当制定突发事件应急预案。国外发生突发事件的，对外劳务合作企业应当及时、妥善处理，并立即向中国驻用工项目所在国使馆、领馆和国内有关部门报告。

(11) 对外劳务合作企业协助义务或赔偿义务

根据《对外劳务合作管理条例》第二十九条的规定，劳务人员在海外实际享有的权益不符合合同约定的，对外劳务合作企业应当协助劳务人员维护合法权益，要求国外雇主履行约定义务、赔偿损失；劳务人员未得到应有赔偿的，有权要求对外劳务合作企业承担相应的赔偿责任。对外劳务合作企业不协助劳务人员向国外雇主要求赔偿的，劳务人员可以直接向对外劳务合作企业要求赔偿。劳务人员在海外实际享有的权益不符合用工项目所在国家或者地区法律规定的，对外劳务合作企业应当协助劳务人员维护合法权益，要求国外雇主履行法律规定的义务、赔偿损失。

2、法律风险

(1) 无照经营的法律风险

根据《对外劳务合作管理条例》第三十九条、《无证无照经营查处办法》第十三条的规定，如对外劳务合作企业未依法取得对外劳务合作经营资格，按照无照经营进行处罚，由工商行政管理部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处1万元以下的罚款。

(2) 从事与赌博、色情活动相关的工作的法律风险

根据《对外劳务合作管理条例》第四十条，如果对外劳务合作企业组织劳务人员赴国外从事与赌博、色情活动相关的工作，由商务主管部门吊销其对外劳务合作经营资格证书，有违法所得的予以没收。

(3) 未尽安全保障义务的法律风险

根据《对外劳务合作管理条例》第四十二条的规定，对外劳务合作企业有下列情形之一的，由商务主管部门责令改正；拒不改正的，处5万元以上10万元以下的罚款，并对其主要负责人处1万元以上3万元以下的罚款：

- ①未安排劳务人员接受培训，组织劳务人员赴国外工作；
- ②未按照法律法规规定为劳务人员购买在国外工作期间的人身意外伤害保险；
- ③未安排随行管理人员。

(4) 未依法订立劳务合作合同、服务合同或劳动合同的法律风险

根据《对外劳务合作管理条例》第四十三条的规定，对外劳务合作企业有下列情形之一的，由商务主管部门责令改正，处10万元以上20万元以下的罚款，并对其主要负责人处2万元以上5万元以下的罚款；在国外引起重大劳务纠纷、突发事件或者造成其他严重后果的，吊销其对外劳务合作经营资格证书：

- ①未与经批准的国外雇主订立劳务合作合同，组织劳务人员赴国外工作；

②未按照规定与劳务人员订立服务合同或者劳动合同，组织劳务人员赴国外工作；

③与劳务人员订立服务合同或者劳动合同，隐瞒有关信息或者提供虚假信息；

④在国外发生突发事件时不及时处理；

⑤停止开展对外劳务合作，未对其派出的尚在国外工作的劳务人员作出安排。

(5) 对外劳务合作企业收取费用不合法或要求劳务人员提供财产担保的法律风险

根据《对外劳务合作管理条例》第四十四条的规定，对外劳务合作企业向与其订立服务合同的劳务人员收取服务费不符合国家有关规定，或者向劳务人员收取押金、要求劳务人员提供财产担保的，由价格主管部门依照有关价格的法律、行政法规的规定处罚。

(6) 未备案或未制定应急预案的法律风险

根据《对外劳务合作管理条例》第四十五条的规定，对外劳务合作企业有下列情形之一的，由商务主管部门责令改正；拒不改正的，处1万元以上2万元以下的罚款，并对其主要负责人处2000元以上5000元以下的罚款：

①未将服务合同或者劳动合同、劳务合作合同副本以及劳务人员名单报商务主管部门备案；

②组织劳务人员出境后，未将有关情况向中国驻用工项目所在国使馆、领馆报告，或者未依照规定将随行管理人员名单报负责审批的商务主管部门备案；

③未制定突发事件应急预案；

④停止开展对外劳务合作，未将其对劳务人员的安排方案报商务主管部门备案。

PART 003

对外投资外派用工

1、合规义务基本模式

根据《商务部关于加强对外投资合作在外人员分类管理工作的通知》的规定，对外投资外派用工是指中国对外投资企业向其在境外设立的子公司、分支机构或办事处外派与其签订劳动合同的人员的用工模式，该用工模式应至少满足如下条件：

- ①中国境内企业在境外投资设立了子公司、分支机构或办事处；
- ②中国境内企业与外派人员签订了劳动合同；
- ③中国境内企业将员工派往其境外子公司、分支机构或办事处从事相关工作；
- ④根据东道国的规定，为外派人员办理派驻手续（包括签证或居留许可）。

2、法律风险

如中国境内企业未在境外投资设立子公司、分支机构或办事处，或向非其直接投资的境外子公司、分支机构或办事处外派人员的，则可能被认定为“未依法取得对外劳务合作经营资格而从事对外劳务合作”，应当按照无照经营进行处罚，由工商行政管理部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处1万元以下的罚款。

PART 004

属地化用工

中国企业在“走出去”的过程中，如果外派大量中国员工到东道国就业将不可避免地影响东道国就业市场。同时，对于劳动力密集型的海

外工程企业而言，直接雇佣当地劳动者更符合企业提高经济效率的需求，并且《商务部关于加强对外投资合作在外人员分类管理工作的通知》第六条规定，我国海外工程企业在开展对外承包工程时，应积极推进员工“属地化”，尽可能多雇佣当地员工，为当地创造就业机会，促进可持续发展。因此，雇用当地员工成为中国企业承包海外工程过程中主要的用工模式之一。然而，在此种用工模式中，海外工程企业应当尽可能注意东道国有关劳动用工的强制性保护规定（包括东道国当地的劳动法律法规及政策、东道国已加入并生效的国际劳工公约规定的标准、东道国与第三国签订的双边协定中承诺的劳动保护条款），以免产生相关争议或遭受处罚。

综上所述，由于对外承包工程外派用工、对外劳务合作外派用工、对外投资外派用工、属地化用工的合规义务均不相同，并没有统一的标准或体系，且适用场景也存在较大的差别，因此，海外工程企业应当结合具体的投资模式、承建工程模式、用工需求、管理模式、东道国的劳动法强制规定，进行个性化处理，并选择适合的用工模式。

在我国“一带一路”建设以及我国企业“走出去”的深入推进的过程中，劳动用工合规是我国海外工程企业国际化道路上的重要环节，本文梳理分析了相关用工模式的合规要点与风险，旨在为海外工程企业全球化浪潮中稳健前行提供指引。面对复杂的国际环境和多元的挑战，海外工程企业需要不断优化用工模式，加强合规管理，以实现企业的长远发展。



段海燕
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2043
duanhaiyan@zhonglun.com

CHAPTER

肆

跨境工程争议解决与国际仲裁



境外工程常见争议 问题解析

王霁虹 汤宏伟



近年来国内基建投资乏力，我国基建企业逐渐意识到，与其在国内被部分同行“卷死”，不如走出国门拓宽生存空间。加之“一带一路”倡议和“走出去”战略的有力推动，我国对外承包工程的规模显著增加。根据商务部网站公布的数据，2024年1-7月，我国对外承包工程业务完成营业额6134亿元人民币，同比增长8.8%，新签合同额9523亿元人民币，增长27.6%。但中国企业走出去面临的外部环境却比以往任何时候更加严峻，俄乌冲突、巴以冲突、经济制裁、西方围堵等导致的宏观局势持续动荡不安，境外工程项目的履约风险及合规风险也因此增大。本文拟总结和分析我们在处理境外工程争议解决案例时的若干常见问题，以供相关读者参考。

1. (2017) 最高法民申629号

PART 001

关于境外工程合同的司法管辖争议问题

该问题通常出现在合同双方均为中国主体但争议工程位于境外，且同时合同中并未约定有效的司法管辖机构的案例中。根据《民事诉讼法》第34条有关不动产纠纷由不动产所在地人民法院管辖的规定及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《**民诉法司法解释**》）第28条有关建设工程施工合同纠纷适用不动产专属管辖的规定，有观点认为，境外工程也应适用不动产专属管辖，由境外工程所在地人民法院管辖。而在福贡腾鸿外贸有限责任公司、李昌奎建设工程施工合同纠纷再审案¹中，最高人民法院的观点是，基于司法主权原则，《中华人民共和国民事诉讼法》第33条所称不动产纠纷专属管辖系以民事案件由人民法院管辖为前提，不应依据该规定排除人民法院管辖。本案虽有涉外因素，但双方当事人并未约定选择由外国法院管辖，中国法院依法有权受理。最高人民法院

的上述观点也是司法实践的主流观点。济南市槐荫区人民法院在其审理的非洲某国施工分包合同纠纷案中指出：“上述专属管辖的规定是指不动产纠纷标的物位于我国领域内时，确定国内人民法院专属管辖的原则，并非不动产纠纷标的物位于我国领域外时，确定管辖法院的依据……因本案建设工程施工合同纠纷案件的标的物位于我国领域外，在此情况下，应当按照普通合同纠纷案件确定管辖的标准，确定本案的国内管辖法院……‘因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖’，本案被告的户籍所在地为济南市槐荫区，且原告的经常居住地为济南市槐荫区，济南市槐荫区与本案具有密切联系，故本院对本案具有管辖权。”

因此，对于境外建设工程合同，如果双方当事人并未依法约定外国法院管辖或约定仲裁的情况下，只要不存在明显符合《民事诉讼法司法解释》第530条规定的我国法院不使行使管辖权情形，我国法院通常基于司法主权原则予以受理，并依照普通合同纠纷案件确定具体管辖法院。

PART 002

关于境外工程合同的准据法争议问题

首先，境外工程合同的适用法律应以合同当事人的约定为准。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉外民事关系法律适用法》）第3条规定：“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”在合同当事人未明确约定准据法时，有观点认为，应依据《涉外民事关系法律适用法》第36条“不动产物权，适用不动产所在地法律”的规定适用境外工程所在地法律。笔者认为该观点并不成立，因为上述第36条适用的情形仅限于不动产物权纠纷，而境外工程合同纠纷属于合同纠纷，应首先适用当事人约定的准据法或

者庭审过程中共同协商确认的准据法。

其次，在境外工程合同未约定适用法律时，应以最密切联系原则认定准据法。《涉外民事关系法律适用法》第41条规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”但在司法实践中，以最密切联系原则认定境外工程合同的准据法，法院还存在较大的自由裁量权。已经失效的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（法释〔2007〕14号）第5条曾对各类型涉外合同以最密切联系原则认定的准据法有原则指导，其中指出“建设工程合同，适用建设工程所在地法”，虽然该条最后一款也同时明确上述原则性的指导并非一成不变，“如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，适用该另一国家或者地区的法律”。但至少前述规定可以说明，境外工程合同适用工程所在地法是一项原则。然而在司法实践中，对于合同双方都为我国主体的境外工程合同，考虑到适用外国法还存在准确查明和适用法官并不熟悉的外国法问题，法官通常选择更方便、更熟悉的我国法作为准据法。

最后，在外国法难以查明时，应以我国法作为准据法。《涉外民事关系法律适用法》第10条规定：“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”如前所述，法官通常会选择更方便、更熟悉的我国法作为准据法以提高审判效率，在当事人不能提供准据法时，法官通常认定外国法无法查明而适用我国法。但近年随着我国持续推进高水平对外开放，要求法院“积极查明和准确适用外国法，消除沿线各国中外当事人国际商事往来中的法律疑虑。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释

(二)》(法释〔2023〕12号)即明确提出人民法院应通过一项或多项途径查明外国法,不得仅以当事人未予协助提供为由认定外国法律不能查明。可以看出,法院未来主动查明并适用外国法的可能性正在扩大。

PART 003

关于境外分包/转包合同的合同效力争议问题

《对外承包工程管理条例》第10条规定:“对外承包工程的单位不得将工程项目分包给不具备国家规定的相应资质的单位;工程项目的建筑施工部分不得分包给未依法取得安全生产许可证的境内建筑施工企业。分包单位不得将工程项目转包或者再分包。”实践中,通常出现中国企业在境外以分包商名义承揽了部分工程项目,并将该项目进行了再次分包,而对于此类再分包合同,是否违反了前述“分包单位不得将工程项目转包或者再分包”的规定,合同是否有效,司法实践中存在不同观点。在“江河创建集团股份有限公司(以下简称“江河公司”)与中国建设银行股份有限公司徐州城中支行、鑫宏达集团有限公司(以下简称“鑫宏达公司”)建设工程施工合同纠纷案”中,江河公司在沙特从总承包方处分包了车站幕墙工程,随后,江河公司与鑫宏达公司签订钢结构分包合同,由鑫宏达公司分包江河公司承揽的幕墙工程的钢结构工程。在该案中,一审法院认为,江河公司作为分包单位,将其工作范围内的钢结构工程再分包了鑫宏达公司,违反了《对外承包工程管理条例》第10条关于“分包单位不得将工程项目转包或者再分包”的规定,合同无效。但二审法院江苏省高院认为,江河公司在沙特分包工程的分包行为属于《对外承包工程管理条例》第2条下定义的对外承包工程活动,《对外承包工程管理条例》第10条禁止的是鑫宏达公司的再分包行为,江河公司属于“对外承包工程的单位”,可以将其承揽的

境外工程进行分包，因此，江河公司与鑫宏达公司的分包合同有效。

而对于境外工程的转包行为，《对外承包工程管理条例》无明确规定，司法实践中亦存在相互对立的两种观点。在“浙江省J投资集团有限公司与莫某、南通H建设集团有限公司、周某劳务合同纠纷”案中，二审法院江苏省南通市中级人民法院认为，“案涉工程属于境外建设工程项目，亦应适用国务院《对外承包工程管理条例》的规定。该条例中对于工程整体转包虽无明文规定，但其上位法如《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国合同法》均对承包人将其承包的全部工程转包他人有禁止性规定。故此，对外工程同样应禁止整体转包，系《对外承包工程管理条例》理解适用的题中应有之意。”因此，按照其观点，《对外承包工程管理条例》禁止转包，境外工程的转包合同无效。但部分裁判机关认为，《建筑法》仅适用于中国境内的建筑活动，境外的建筑活动不受《建筑法》等相关规定关于禁止工程转包的制约，北京市第四中级人民法院在（2021）京04民特66x号裁定书中支持了仲裁庭的此类观点。

考虑到我国司法实践中对于境外分包/转包合同的合同效力的不同理解，建议合同当事人在选择准据法时应充分调研项目所在国法律对于工程合同分包/转包的效力规定，如果同样的行为，根据项目所在国法律合法有效，则可考虑将该国法律作为准据法。如阿联酋1985年第五号联邦法案（即阿联酋“民法典”）第890条规定，总承包商在无需征得业主同意的情况下，有权将其所承包之工程的全部或部分分包给第三方。但此规定不适用于：a) 承包合同有其他特殊要求；或b) 承包工程的履行需要依赖于总承包商的自身能力。也即原则上，阿联酋法律不禁止工程转包行为，对于位于阿联酋的境外工程，如果签署的是转包合同，合同双方即使都是中国主体，也可以将准据法约定为阿联酋法律，以避免该合同适用国内法而被认定为无效。

PART 004

关于境外工程合同的“背靠背”条款争议问题

无论是境外工程，还是境内工程，总承包商通常出于减轻自身的合同风险考虑，而将业主给总承包商的合同条件、责任及风险通过在分包合同的“背靠背（back-to-back）”条款向下传导至分包商，本文中主要讨论的是关于支付工程款的“背靠背”条款。在国内，此前的司法实践通常将“背靠背”条款视为附条件或附期限的合同而认可其法律效力。而最近出台的《最高人民法院关于大型企业中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》（法释〔2024〕11号）则明确，“大型企业在建设工程施工、采购货物或者服务过程中，与中小企业约定以收到第三方向其支付的款项为付款前提的，因其内容违反《保障中小企业款项支付条例》第六条、第八条的规定，人民法院应当根据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定该约定条款无效。”虽然上述司法解释针对的是大型企业与中小企业的“背靠背”条款，但从最高法院将广西某物资公司诉某工程公司买卖合同纠纷案、上海某建设公司诉上海某公司建设工程施工合同纠纷案、北京某建筑工程公司诉某建筑公司北京分公司、某建筑公司建设工程分包合同纠纷案三个案例作为示范案例纳入案例库中可以看出，司法机关此后将更多地从公平原则、总承包商应独立承担商业风险的角度对“背靠背”条款持否定性评价。

对于境外工程的“背靠背”条款，各国司法实践也通常是结合条款约定及具体案情整体考量条款的合理性、公平性以及各方主体在“背靠背”条款所述条件未能实现的过错程度等作出裁断。因此，过于严苛的“背靠背”条款，表面上可以实现总承包商的风险全部向下传导至分包商，但实际中不仅不利于形成与分包商的良性合作关系、可能进而导致项目推进受阻，在发生争议时，也极有可能不被裁判机关所支持。对于

分包商而言，如果“背靠背”条款在项目所在国是被认可的，分包商也可以考虑通过行使代位权或者提前终止合同的方式实现自身的工程款支付诉求。

PART 005

关于境外工程索赔的“逾期失权”争议问题

此类问题也是境内、境外工程共同存在的争议问题。工程索赔包括工期索赔和费用索赔。对于工期索赔，《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（一）》（法释〔2020〕25号）第10条规定，“当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外”。因此，对于工期索赔的“逾期失权”问题，我国司法解释已有明确的意见。而对于费用索赔的“逾期失权”问题，则存在不同的观点。

部分法院认为，关于索赔期限的约定不属于除斥期间，应适用诉讼时效期间的规定，诉讼时效利益预先放弃无效。如在(2019)最高法民申2708号案中，最高院认可了二审法院的观点，即“本案中索赔权属于损害赔偿请求权，不属于除斥期间，适用诉讼时效期间的规定。根据法律规定，诉讼时效利益预先放弃无效。”

而在(2020)最高法民终115x号民事判决书中，最高院认为，“Z公司作为承包人，应按照《施工合同》约定的上述时间、程序及要求进行索赔，不按照《施工合同》的约定进行索赔，应承担《施工合同》约定的“丧失要求追加付款……”的法律后果。”在(2020)最高法民申43号裁定书中，最高院也指出：“先锋煤业公司未在其知道或应当知道煤炭设计院工期逾期的事实后28天内向煤炭设计院索赔，按照合同约定，其已经丧失了该项索赔权利。”最高人民法院民事审判第一庭

在其编著的《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》第115-116页写道：“索赔期限与诉讼时效和除斥期间并不相同。……约定索赔期限的法律后果与权利失效制度近似。权利失效是指，权利者在相当期间内不行使其权利，依特别情事足以使义务人正当信任债权人不欲使其履行义务时，则基于诚信原则不得再为主张。”由此可见，最高院目前的主流观点认为逾期索赔的法律后果为丧失请求索赔的权利。当然，合同中的索赔“逾期失权”条款应明确具体逾期索赔的法律后果，即逾期即丧失索赔的权利，如果合同中仅约定索赔的程序而无相应的法律后果，则法院也很难依据此种约定得出逾期即失权的结论。

最高院上述索赔逾期即构成权利失效的观点，也是国际工程中的主流观点。其背后的法律逻辑是“法律不保护在权利上睡眠的人”。而且对于复杂的工程项目而言，也具有非常重要的现实意义，在工程实践惯例中，在合同中约定索赔的时间限制和相关要求是索赔事实能够被及时、准确确认的前提，是准确判断合同当事人对当时实际施工事件如何处理的真实意思表示的依据，也有利于施工管理。因此，在部分境外工程项目中，除合同有约定索赔“逾期失权”条款外，业主通常还会在合同中要求，承包商在向业主提交每一笔中间付款（Interim Payment）及最终付款（Final Payment）的支付申请时，都应同时提交承包商和主要分包商签署的索赔弃权声明（Claim Waivers），否则业主不予支付工程款。除了在索赔弃权声明中已列明追索的索赔款项外，承包商和主要分包商应承诺截至当期付款申请提交时，不存在向业主追索的其他索赔款项。业主通过索赔弃权声明的方式及时固定索赔项及索赔金额，控制工程款支付风险，避免工程结算时出现大量有争议的索赔事项。对于承包商而言，一定要重视合同中索赔期限、程序及索赔要求的相关约定，保存好索赔文件、及时提出索赔，做好工程管理，及时保障自己的合法权利。

虽然我国已成为国际上最大工程承包国，号称“基建狂魔”的我们也有充足的技术优势、成本优势，但我们部分企业的法律合规意识、国际工程管理能力还有待重视。只有在“乘风破浪”的同时又有防范“大风大浪”的意识和措施，才能够行稳致远。



王霁虹
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2063
wangjihong@zhonglun.com



汤宏伟
非权益合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5087 2868
tanghongwei@zhonglun.com

国际工程争议解决 路径解析

南锦林 陈美伊



1. 《中国对外投资合作发展报告》第2页，中华人民共和国商务部

近年来，随着中国政府的“一带一路”倡议推进和中国企业“走出去”的深化，中国对外承包工程行业如同坐上了飞速奔驰的“复兴号”，完成营业额和新签合同额均保持高速增长。

2023年，中国对外承包工程业务完成营业额1609.1亿美元，较上年增长3.8%；81家企业入选美国《工程新闻纪录（ENR）》“全球最大250家国家承包商”，居各国首位。¹

随着国内产业结构调整 and 国内企业承包国际工程经验积累，越来越多的施工企业正在逐步扩大其国际工程业务的布局。无论是国内工程还是国际工程，由于工程自身的专业性和复杂性、履约时间跨度长、参与主体众多等特性，工程合同的履行中存在着纷繁复杂的争议要素。而国际工程与国内工程最基本的不同，就是其开始并完成于国外——是国内施工企业相对不熟悉的环境，其争议解决路径也与国内工程存在着诸多不同之处。因此，为在国际工程争议中维护自身利益，中国企业需要熟悉并掌握国际工程争议解决的路径。

PART 001

争议解决的起点——合同文本

索赔是引起建设工程争议的重要原因之一，而索赔的主要依据是双方签订的工程合同文件。工程合同往往不仅规定了索赔的范围、索赔提起的程序和索赔的处理，更有防止索赔演变成争端的程序设置，还有关于争端无法通过友好协商处理而诉诸终局性解决路径——诉讼或仲裁的规定。工程合同文件的不同，合同当事人索赔的依据不同，争议解决的路径也就不同。

常见的建设工程合同条件文本主要有FIDIC（国际咨询工程师联合会，法文Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils，“FIDIC”）合同条件、AIA（美国工程师协会，American Institute of Architects，“AIA”）合同条件、NEC（由英国土木工程师协会编制，是在1993年版本基础上新修订的，称New Engineering Contract，“NEC”）合同条件、世界银行贷款工程建设项目的合同条件以及我国的建设工程施工合同示范文本等多种合同条件。当前我国施工企业进行对外承包工程的主要市场是亚洲和非洲，在这两个地区最常用的合同文本是FIDIC合同条件。此外，世界银行与亚洲开发银行提供项目融资的项目也都被要求使用FIDIC合同条件进行项目管理。

在亚洲和非洲市场，工程承包企业只有熟悉FIDIC合同条款，才能在国际工程招标投标、合同谈判、设备采购、风险管理、索赔处理和争议解决等方面从根本上处于有利和主动的地位。对于项目管理和合同管理人员而言，不仅要熟悉FIDIC合同条件中的明示索赔条款（1999版红皮书第1.9款延误的施工图或指示、第2.1款现场进入权等）和默示索赔条款（1999版红皮书第5.2款对指定的反对、第7.3款检查等），以做好索赔管理，更要熟悉FIDIC合同条件中的争议解决条款（1999版红皮书第20条和2017版银皮书第21条等）。

在工程项目中，索赔并不必然会形成争端，为防止分歧成为争端（preventing a disagreement from becoming a dispute），1999版FIDIC合同条件全面引入了争端裁决委员会（英文Dispute Adjudication Board，“DAB”）机制。FIDIC合同条件争议解决条款的一大特色就在于其以DAB机制为核心的阶梯式争端解决机制，按照争端升级的发展顺序从索赔、争端避免、争端委员会决定、到友好协商，再到最终仲裁。

以1999版FIDIC红皮书为例，第20.4款规定：“如果双方间发生了有关或起因于合同或工程实施的争端（不论任何种类），包括对工程

师的任何证书、决定、指示、意见或估价的任何争端，任意一方可以将该争端以书面形式提交DAB，并将副本送另一方和工程师，委托DAB作出决定。”而根据20.2款和20.3款规定，双方应在投标书附录中规定的日期前共同任命DAB；如DAB由三人构成，各方均推荐一人，报另一方认可，第三人由两位已确定DAB成员与当事人共同协商，商讨后确定为DAB主席；DAB成员的报酬及DAB咨询过的任何专家的报酬，应在双方协商任命条件时即商定，每方应承担报酬的一半。

DAB机制又有常设和临时之分，常设DAB（Standing DAB）是在承包商实施工程前任命，此后要定期视察现场，协助双方解决不时出现的分歧，防范分歧成为争端，缺点是常设DAB的费用较高；而临时DAB（Ad hoc DAB），是只在发生争端时任命，在DAB对争端发出决定后即告解散。对于比较复杂且涉及合同金额较大的国际工程项目，聘请常设DAB是非常必要的。

在FIDIC合同条件的国际实践中，DAB作为第三方的委员会，能起到制衡雇主的作用，平衡雇主与承包商的不平衡地位。有时候项目雇主作为优势一方，会要求项目承包商删除DAB的相关条款，但承包商与融资人应尽量坚持保留DAB条款，这样可以及时有效地把争议化解在项目施工过程中，大大降低项目的完工风险。在由世界银行等多边开发银行提供贷款融资的工程项目中，融资方不仅会要求在合同谈判签署过程中保留DAB条款，更会要求在开工前完成DAB成员的确定和到位，建立常设DAB机制，防止项目施工过程中产生的争议导致项目失败。

FIDIC合同条款的科学性、公正性和严谨性是得到国际建筑行业广泛认可的，已成为一种国际惯例。对于承包国际工程的中国施工企业而言，熟悉FIDIC合同条件中的争议解决条款，特别是要在合同签署中保留1999版FIDIC合同条件第20.4款/2017版FIDIC合同条件第21.4款[取得DAB/DAAB的决定]，在争议避免和争议裁决中利用DAB/DAAB

机制，这也是与国际承包行业惯例接轨的内在要求。

PART 002

对簿公堂前的努力——替代性争端解决

常见的工程争议解决方式包括：协商（Negotiation）、斡旋（Conciliation）、调解（Mediation）、工程师决定（Engineer's Decision）、争议评审（Dispute Review）、争议裁决（Dispute Adjudication）、仲裁（Arbitration）和诉讼（Litigation）。其中最友好的方式是协商解决，对抗性最高的是仲裁和诉讼，而介于此之间的就是替代性争议解决机制（英文Alternative Dispute Resolution，即“ADR”）。

相比于诉讼和仲裁，ADR着眼于维护双方之间的长期合作关系，氛围友好；而相对于协商而言，因其一般要引入第三方，有较为固定的运作机制，比协商更容易预测和控制结果。而在工程中常用的一种ADR就是争端裁决委员会，在不同的合同文本下和不同的语境中会有DAB、DRB、DAAB的叫法，但大同小异。

FIDIC系列合同最早自1995版橘皮书《设计-建造和交钥匙合同条件》（Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey）20.3款就开始使用DAB，并在1999版FIDIC合同条件中进行了全面应用。在2017版FIDIC合同条件中，DAB被优化成了争议避免与裁决委员会（Dispute Avoidance/Adjudication Board，以下简称“DAAB”），意在强化和突出委员会在避免争议方面的作用，防止索赔转变为争议。

我们以2017版FIDIC合同银皮书为例对FIDIC合同中设置的替代性争端解决进行探讨。根据2017版FIDIC合同银皮书第21.1条，争端委员会可为独任制也可以由三人组成。在较为复杂且合同金额较高的国际工程项目中一般为三位专家组成的小组，成员具备必要的法律、技术、管理等专业背景，对争端进行调查和处理。如果合同双方选择保

留FIDIC合同条中的DAB/DAAB条款，则在工程开始之前各指派一名争端委员会成员，再由两名成员共同提名委员会主席。当合同履行过程中出现任何问题或分歧（issue or disagreement）时，双方可依据2017版FIDIC合同条件第21.3款主动请求DAAB介入并就解决“问题或分歧”提供协助或主持非正式讨论，或者当DAAB意识到存在“问题或分歧”，也可邀请双方提出请求，由DAAB介入。

非正式讨论不是DAAB机制中的必走程序，DAAB在非正式讨论期间提出的建议也不具有约束力。争议（Dispute）发生时，任何一方都可将争议提交DAAB来取得DAAB的决定。提交争议后，双方应及时向DAAB公开信息，允许其视察工程现场和设备以便作出决定。依据第21.4.3项规定，DAAB应在收到提交争议后的84天，或DAAB提出并经双方同意的期限内作出决定。DAAB的决定对双方均有约束力，无论一方是否就本条项下的该决定发出不满通知，双均应立即遵守DAAB的决定。

在DAAB作出决定后，任何一方对决定的全部或部分不满意的，均可在28天内向对方发出“不满意通知”（Notice of Dissatisfaction）并抄送DAAB。如还存在满意的部分，则该部分的决定将成为最终且有拘束力的决定，双方应立即遵照执行。而就不满意的部分，双方应努力以友好方式来解决争端，不满意的一方也可在不满意通知发出后的28日后正式启动仲裁。

PART 003

终局性争议解决方式——诉讼或仲裁

如果在合同中双方没有选择保留DAAB条款或者一方对DAAB决定不满意，其他ADR亦不能提供双方满意的结果的，双方则只能将已从分歧演变加剧的争议提交终局性争议解决路径——仲裁或诉讼。

2. 网址链接: Construction Industry Arbitrations - Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR - ICC - International Chamber of Commerce (iccwbo.org)

在国际工程中，业主与承包商往往分属不同国家，选择诉讼则势必要选择其中一国的法院，任何一方均会对另一国法院的中立性存疑。相对于诉讼而言，仲裁因其仲裁庭组成和准据法的选择性、仲裁员的专业性以及程序的便利性，已逐渐成为国际工程的主流争议解决方式。此外，仲裁相对于诉讼的另一大优势是，由于1958年《承认与执行外国仲裁联合国公约》（即《纽约公约》）得到了全球大多数国家的签署和批准，仲裁裁决的执行难度要小于依赖不同国家和地区订立的双边协定来实现的法院判决的执行。

与协商或各种形式的ADR不同，在仲裁中企业会很大程度上借助第三方——律师和专业咨询机构来完成争议解决程序，但企业作为当事人仍必须在仲裁程序中有意识地、科学地参与并管理好案件，这对其快速从争议中脱身，维护自身利益至关重要。对于作为当事人的施工企业而言，其对于仲裁的管理在合同谈判和签订中即已体现——选择诉讼还是仲裁，选择哪一仲裁地、仲裁机构、仲裁规则、仲裁语言和准据法，都会影响到后期仲裁的进行。

在国际仲裁中，经常选用的仲裁机构有位于巴黎的国际商会仲裁院（ICC International Court of Arbitration）、斯德哥尔摩商会仲裁院（Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce）、伦敦国际仲裁院（London Court of International Arbitration）、新加坡国际仲裁中心（Singapore International Arbitration Centre）和香港国际仲裁中心（Hong Kong International Arbitration Centre），其中新加坡国际仲裁中心和香港国际仲裁中心是在亚洲的工程项目争议抉择中比较常用的。国际商会自2001年起即开始发布一系列包括《国际商会建筑行业仲裁报告：有效管理的推荐工具与技巧》²在内的报告，从仲裁员选定、案件管理会议、程序性时间表到仲裁程序中的翻译，手把手指导企业依据国际通行的规则积极主动地参与国际仲裁，解决纠纷，维护自身利益。此类报告也是我国施工企业承包国际工程，开拓国际市场

时可以参考的一个工具箱。

在国际工程仲裁中，仲裁庭最好是由熟悉建设工程合同及其解释，具备跨文化交流经验、熟悉建设工程争议解决的专业人士组成，既具备工程技术知识又具备法律专业知识的律师是最佳选择。从仲裁员的国籍来看，当事人通常倾向于选择来自英美的工程法律专业人士，毕竟无论是国际仲裁程序还是工程合同文本都深受英美法的影响。

对于中国施工企业在非大陆地区获得胜诉的仲裁裁决，中国企业可以依据《纽约公约》（若为香港仲裁，则依据《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》）在中国大陆境内向法院申请承认与执行。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第三百零四条，在中华人民共和国领域外作出的发生法律效力仲裁裁决，需要人民法院承认和执行的，当事人可以直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请。被执行人住所地或者其财产不在中华人民共和国领域内的，当事人可以向申请人住所地或者与裁决的纠纷有适当联系的地点的中级人民法院申请。

而当仲裁一方当事人向我国有管辖权的法院申请承认与执行外国仲裁裁决，另一方当事人不服的，可依据《纽约公约》第五条第一项和第二项规定及《最高人民法院关于执行我国加入〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第四条的规定，提出仲裁裁决具有如下情形之一作为抗辩理由：1) 仲裁协议签订主体无主体资格或依据准据法仲裁协议无效；2) 仲裁当事人未收到仲裁员指定或仲裁程序的通知，或因其他原因未能抗辩；3) 仲裁裁决内容超出仲裁协议约定的范围；4) 仲裁庭组成和仲裁程序不符合约定或仲裁地的法律规定；5) 仲裁裁决尚未对当事人产生约束力或已被作出裁决的国家的有权机关撤销或中止；6) 根据申请承认与执行仲裁裁决的国家法律，裁决事项不可通过仲裁形式解决的；7) 承认或执行裁决将违反该国公共政策的等情形的，而请求法院拒绝承认或执行。

实践中，在同一个项目中工程专业人员与法律专业人员往往是两条线，专业之间壁垒往往使沟通不畅，而中国的施工企业必须正视与境外律师之间的沟通难度。因此，选择中国律师与境外律师沟通是一种理性选择。此外，仲裁裁决之后的承认与执行，需要跨境律师作为专业人士去协助推动，企业才能砌上维护自身利益堡垒的最后一块砖。



南锦林
合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3760
nanjinlin@zhonglun.com

跨境工程国际仲裁的主要 问题探究

孙巍 黄兴宇 王子越 王瑶琪 蔡云飞 李周婕



1. 霍政欣：《国际私法》，中国政法大学出版社2017年版，第325页。

PART 001

商事仲裁概况

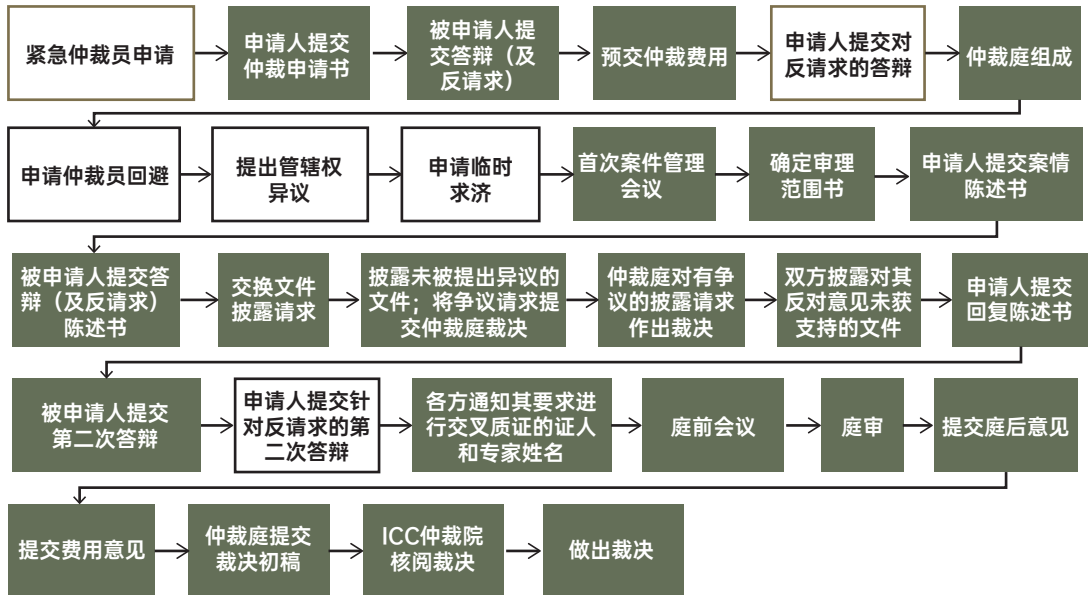
1. 国际商事仲裁的常用机构

目前全球范围内最受欢迎的仲裁机构主要是国际商会仲裁院（ICC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）、香港国际仲裁中心（HKIAC）、伦敦国际仲裁院（LCIA）以及美国仲裁协会/国际争端解决中心（AAA-ICDR）。据Jus Mundi统计，在建设工程仲裁领域，ICC受理的案件量最多，达25%，其次是AAA-ICDR（16%）。

2. 国际商事仲裁的仲裁地

仲裁地（seat of arbitration）指仲裁的归属地，是一个法律概念，并不一定特指仲裁实际进行的地点或开庭地点。仲裁地的法律意见在于：第一，仲裁的程序法一般为仲裁地法，仲裁中需要司法协助或申请司法审查也往往需要诉诸仲裁地法院；第二，仲裁地通常作为确定仲裁裁决“国籍”的标准，当事人对裁决不满的，只能在仲裁地法院申请撤销等司法审查；第三，如果当事人未约定适用的实体法或仲裁协议适用法，仲裁庭可能根据仲裁地的冲突规则确定应适用的法律。¹

3. 国际商事仲裁的流程



与国内仲裁程序相比，国际仲裁程序的流程通常更为复杂。上图为典型的ICC仲裁案件流程，其中白色部分为有可能经过的流程，绿色部分为大部分案件都会经过的流程。

4. 国际仲裁与国内仲裁的比较

国际仲裁与国内仲裁程序既有共通之处，又各具特点。下文将从仲裁员的选定、仲裁程序的安排、文书交换、庭审及专家聘请这五个方面，简要探讨国际仲裁和国内仲裁这两种仲裁方式的主要差异，并介绍国际仲裁在处理跨境工程争议时的独有价值和特点。

在**仲裁员的指定方式上**，国际仲裁提供了更大的自由度。国际主流的仲裁机构采取推荐名册制，当事人可以根据案件的具体情况和需要，自由选择名册内或名册外的仲裁员。而在国内仲裁中，仲裁员的选择通常受到名册的限制，当事人若需选择名册外的仲裁员需要额外经过仲裁机构的确认，这在一定程度上限制了当事人的选择权。

在**仲裁程序方面**，国际仲裁也展现出更高的当事人意思自治。国际仲裁的程序推进由仲裁庭主导，仲裁庭直接与当事人沟通，具体程序规则、时间表由仲裁庭组织双方当事人讨论确定。而国内仲裁程序的推进通常由仲裁机构负责，仲裁机构在仲裁庭与当事人之间居中沟通，当事人往往只能遵循仲裁机构的安排，对具体程序规则、时间表的确定的参与度较低。

关于文书的提交，在国际仲裁中，争议双方一般会进行三轮文书交换，并且各轮文书提交都有严格的时间要求；而国内仲裁通常只有一轮文书交换，时间要求较为宽松。复杂争议例如跨境工程争议，通常会涉及多方主体，法律关系交错，证据文件繁多，多轮文书交换更有助于当事人全面呈现案件、充分辩论，也更有利于仲裁庭查明事实。

关于庭审，受英美法系对抗制诉讼模式的影响，国际仲裁更加重视证人证言，庭审也通常是围绕证人出庭作证、接受由对方律师主导的交叉盘问展开。相比之下，国内仲裁的“**纠问制庭审**”由仲裁庭主持，双方代理律师进行陈述与辩论。国内仲裁对证人证言的重视程度较低，对证人证言的客观性与真实性的审查更加苛刻。

最后，国际仲裁和国内仲裁在对于**专家的聘请和使用**上也截然不同。国际仲裁中双方当事人通常会分别聘请专家，专家的意见及出庭表现非常重要。而国内仲裁中，对于技术性较强的问题，通常由仲裁庭或者仲裁机构委托鉴定，当事人对鉴定结果发表意见，当事人自行聘请的专家在国内仲裁中应用较少。

概言之，国际仲裁与国内仲裁各有千秋。国际仲裁更适合处理案情复杂、纠纷主体众多、涉及不同法域当事人的案件，其程序较为精细、灵活。而国内仲裁程序较为精简，适合处理纠纷简单、争议金额较低的案件。当事人在选择争议解决机制时，应综合考虑案件的具体情况和自身的需求，以确保争议能够得到高效、公正的解决。

PART 002

投资仲裁在国际工程项目争议中的适用

1. 国际投资仲裁制度介绍

国际投资仲裁是指为解决东道国与在其境内投资的外国投资者之间关于投资争议的国际仲裁，又称为“投资者-东道国仲裁”，通常由投资者提起。

仲裁管辖权的确立需基于当事双方的仲裁合意，投资仲裁的管辖权基础通常包括三种情况：一是依据东道国法律的授权；二是投资者与东道国政府在投资协议中设立的“仲裁条款”；三是最为常见的东道国与投资者母国缔结或共同加入的双边/多边条约中关于投资者-东道国争议解决的条款。

2. 投资仲裁与商事争议解决手段的协同配合

在政府出资建设的工程项目中，经常由政府作为业主与承包商签订工程合同。在一些政府违约的情形下，政府可能同时违反与承包商所在国之间的双边投资保护协定中的义务，此时承包商具有双重救济：工程合同项下的救济与投资保护协定项下的救济。在我们代理的一宗投资仲裁案件中，即协助客户协同使用上述双重救济方式，达到理想的争议解决结果。

该案中，客户中国公司为某非洲国家交通设施项目的承包商，与该国政府签署工程合同。随后合同生效、工程开工，中国承包商完成了合同项下大量工作。在此背景下，该国政府却与第三方就同一项目签署了新的工程合同，该国议会还单方面撤销了对政府与中国承包商之间工程合同的批准。

中国与该国之间有关于投资者保护的条约，即双边投资协定（BIT）。该协定是中国与非洲国家签署的第一份双边投资协定。与大

2. 中国政府网,《国务院政策例行吹风会》, <https://www.gov.cn/xinwen/2023zccfh/11/index.htm>

多其他BIT一致,该协定要求东道国给予另一缔约国的投资者一些常见的保障,包括公平公正待遇与保护、禁止非法征收等。本案中,东道国政府的行为涉嫌“非法征收”及“违反公平公正待遇原则”等。

因此,本案中国承包商可以通过以下两种路径寻求救济:一是根据与该国政府签署的工程合同提起国际商事仲裁;二是根据中国与该国缔结的双边投资协定提起国际投资仲裁。经综合考虑,我们建议客户同时启动投资仲裁与商事仲裁的平行程序,充分运用这两种维权方式的优势:投资仲裁程序可以向东道国政府施加压力,促使其与中国承包商和解;而如未能顺利和解,根据案件实际情况,中国承包商也有较大可能能够通过商事仲裁程序获偿。

上述策略取得了很好的效果:投资仲裁程序提起之后,得到了国际知名法律媒体与东道国当地媒体的报道,备受法律界与商界关注。一国若存在外国投资者针对其提起的投资仲裁案件,可能直接影响该国的信誉和吸引外国投资的能力。因此,投资仲裁程序给东道国政府施加了较大压力,最终促使其在仲裁进行过程中与中国承包商签署了有利的和解协议。目前和解协议正在履行中。

3. 案件启示

据商务部数据,截至2023年7月份,我国已经对外签署且生效的投资保护协定达到108个。²但在许多案件中,中国投资者、承包商往往忽视通过投资仲裁程序维权这一有力途径。尤其是中国承包商往往不清楚因承揽建设工程而产生的合同权利也可以作为“投资”获得双边投资保护协定的保障。本案在多个方面具有开创性,是首批中国建设工程承包商通过投资仲裁维权的案件,对于中国投资者、承包商海外维权具有重要启发性意义。

PART 003

紧急仲裁员

3. See ICC Commission on Arbitration and ADR, *Emergency Arbitrator Proceedings*, International Chamber of Commerce (Apr. 1, 2019), <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/emergency-arbitrator-proceedings-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>.

1. 紧急仲裁员程序概述

紧急仲裁员救济的性质是仲裁庭组成前的临时措施，用于在特别紧急的情况下保护申请人的利益免受不可挽回的损害。部分仲裁机构还允许申请人在提交仲裁申请书之前先行启动紧急仲裁员程序。

从各国际仲裁机构的实践来看，紧急仲裁员提供救济的条件与仲裁庭作出临时措施的条件相似，但对“紧迫性”的要求更高；紧急仲裁员救济的常见类型也与临时措施的类型相似，主要包括禁诉令、维持现状的措施、保全财产的措施、禁止违反合同义务出售特定财产、要求履行合同义务等。

2. 通过紧急仲裁员程序申请中止支付独立保函项下款项的实践

跨境工程纠纷往往涉及承包方提供的独立保函。在发包方索兑或意图索兑独立保函时，紧急仲裁员程序可作为承包方寻求中止支付保函项下款项的一种救济路径。例如，在国际商会仲裁院（ICC）管理的某个紧急仲裁员案件中，紧急仲裁员应申请人的申请作出了禁止被申请人索兑银行保函的临时措施，并宣告任何潜在的保函索兑行为都属于滥用权利。³我们亦有代理中国承包商通过紧急仲裁员程序制止业主索兑独立保函行为的经验。

关于具体请求事项，由于临时措施不能为案外人设定义务，所以在向紧急仲裁员提出申请时，需要采用针对被申请人的行为禁令的形式。为实现保函止付的目的，承包方可以请求命令发包方不得采取任何保函索兑措施（性质为维持现状）。如发包方为索兑保函启动了法律程序，承包方还可以请求命令发包方采取行动阻止相关法律程序继续进行（性质为禁诉令）。

4. See Evelina T. Wahlström, SCC Practice Note on Emergency Arbitrator Decisions 2019-2022 (October 2023), https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2023-10/scc_practice-note_emergency-arbitrator-decisions-2019-2022.pdf.

5. See ICC Commission on Arbitration and ADR, Emergency Arbitrator Proceedings, International Chamber of Commerce (Apr. 1, 2019), <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/emergency-arbitrator-proceedings-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>.

关于申请的实体内容，承包方（申请人）需要证明案件情况符合紧急仲裁员采取临时措施的标准，主要包括：申请人的仲裁请求具有合理的胜诉可能性；案件情况紧迫，即如果不采取紧急措施，申请人可能遭受难以弥补的损害，并且该损害显著超过采取紧急措施可能对被申请人造成的损害等。对于以保函止付为目的的申请，紧迫性条件尤为值得关注——并非所有跨境工程纠纷中的发包方都会选择立即索兑保函，在没有此种迹象时，紧急仲裁员可能会以情况不具有紧迫性为由拒绝作出临时措施。例如，在斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）管理的某个紧急仲裁员案件中，紧急仲裁员就以“紧迫性”条件未得到满足为由拒绝了申请人的救济请求，理由是申请人并未提供证据证明被申请人将很快采取索兑保函的行动。⁴

关于程序推进，紧急仲裁员程序的总时长取决于所适用的机构规则（SCC、LCIA和ICC的紧急仲裁员程序审限分别为5天、14天和15天）。各机构规则均为紧急仲裁员组织程序提供了较大的自由空间，同时规定紧急仲裁员应确保当事人有合理机会陈述意见。

值得注意的是，紧急仲裁员程序并非单方程序。也就是说，紧急仲裁员不能在未通知被申请人、未请被申请人发表意见的情况下作出最终决定。⁵这一点与我国法院的保函止付程序不同。

关于紧急仲裁员决定的效力，虽然紧急仲裁员决定仅能在部分法域得到执行，但在国际仲裁实践中，大多数紧急仲裁员决定都能够得到主动履行。这主要是由于被申请人不希望给后续组成的仲裁庭留下负面印象。在我们参与的一宗紧急仲裁员案件中，被申请人就完全遵守了紧急仲裁员关于不得采取任何行动索兑独立保函的命令，承包商所面临的危机得以有效化解。

PART 004

事实证人与专家证人

与国内仲裁不同，国际仲裁中十分倚重证人证言这一证据形式，国际仲裁中的开庭也很大程度上是围绕证人作证进行。若案件涉及专业、技术问题，双方当事人通常还会分别委托专家证人提供专家意见。在跨境工程纠纷所引发的国际仲裁案件中，专家证人常常在一些工程专门问题的证明方面发挥关键作用。

1. 事实证人

就事实证人而言，在跨境工程国际仲裁案中，企业派驻工程的项目经理、技术人员等直接参与项目实施的工程管理人员，以及了解项目情况的企业管理层人员是常见的事实证人人选。

国际仲裁中一般认可当事人的代理人协助事实证人准备证言的做法，但应确保证言反映的是证人自己对相关事实、事件及情况的描述。就此而言，《国际律师协会国际仲裁取证规则》第4条第3款规定：“当事人、其高级职员、雇员、法律顾问或其他代表会见其证人或潜在证人并与其商讨可能给出的证言，不应被视为不当行为。”

2. 专家证人

就专家证人而言，跨境工程国际仲裁中常见的专家证人包括延误专家、技术专家、定损专家、法律专家。

延误专家负责通过使用专业的延误分析方法，依据工期计划、周报月报等同期材料，对项目进展过程中发生的延误进行分析；明确关键路径，识别延误事件及其持续时间，并确定各延误事件的原因。

技术专家通常在涉及复杂质量问题的纠纷中发挥作用，负责就案件中的技术问题进行分析并出具报告。

定损专家负责依据项目合同、账单、往来函件等材料，审查工程项目当事人的索赔主张是否有充分依据，并核定各项主张下确有理据的金额。

法律专家负责对某一法律下的特定问题出具意见。由于中国企业参与的跨境工程所在地往往为境外，合同适用法通常是外国法律（且不一定是工程所在地法律），工程合同中约定的仲裁地也在境外，所以案件可能涉及多个法域的法律问题，需要法律专家的参与。

在国际仲裁中，专家证人既可以由仲裁庭指定，也可以由双方当事人分别指定，双方分别指定的情形更为常见。值得注意的是，国际仲裁中的专家证人是中立的，其职责是协助仲裁庭了解相关专业问题。因此，即使某一专家证人是当事人单方指定的，当事人也不能要求专家作为自己的“传声筒”。在双方当事人均指定专家的情况下，更好地恪守中立性、独立性和科学性的专家更能够得到仲裁庭的信赖，其分析意见也更有可能会得到仲裁庭的采纳。

此外，专家证人的分析报告也不能代替当事人的法律分析和法律主张。例如，延误专家通常会分析项目的关键路径、各阶段的延误事件和延误事件的原因，但其不应对延误事件具体是哪方的责任发表意见。这是因为，延误的责任归属涉及到合同解释问题，而这并非延误专家的专业范围。这一阶段的工作仍然需要由案件代理律师在法律文书中完成。

PART 005

中国律师在国际仲裁中的主导作用

国际仲裁法律服务市场此前长期由国际律所占领。过去很多中国客户遇到国际仲裁案件，也会第一时间寻求国际律所代理。然而，近十年来，随着中国公司“走出去”步伐加快、不断扩大国际业务版图，以

及在全球化法律服务市场的背景下，中国律师处理国际法律事务的能力的也在不断提升。在国际仲裁法律服务领域，中国律师也扮演着日益重要的角色。中国市场上涌现了许多能够独立、主导国际仲裁案件办理并具有丰富实战经验的国际仲裁律师。

中国律师为中国客户办理国际争议解决案件的优势在于：第一，由于语言及文化优势，中国律师能更好地了解中企客户的需求，与客户沟通更为顺畅；第二，许多中国律师都在国外接受过法律教育/培训，具备办理英文涉外案件能力。随着各地加强涉外律师队伍建设的政策实施、中国的仲裁实务不断发展、中外仲裁交流加深，中国律师对国际仲裁的熟悉掌握程度也与日俱增；第三，相比外资律所，中国律师的成本更为可控、收费更为灵活，性价比更高。

中国律师在国际仲裁案件中发挥主导作用体现在多个方面。其一，中国律师可负责与客户对接，制定案件策略，并定期向客户汇报案件进展，解答客户的咨询问题。其二，中国律师可以负责协助客户遴选外国律师，牵头组建跨法域的律师团队，并监督、协调各法域律师的工作。中国律师可统筹、管理境外律师的工作，包括在律师团队成立伊始对各律师的职责作出明确划分、保证各团队实时了解案件进展、确保外国律师准确理解客户需求、评估外国律师的工作成果和案件策略、协助客户审定外国律师的律师费等等。其三，在需要聘请专家的情况下，中国律师可以协助遴选专家，与专家沟通，提供案件材料和信息，协助专家完成报告，并审阅、完善专家报告。更为重要的是，由于国际仲裁程序更加重视证人证言，中国律师还可以负责培训我方证人，并出席庭审，盘问对方证人。

下图为我们近期承办的两起以“中国律师主导+外国律师辅助”的模式代理的国际仲裁案件的示例。作为中国企业在国际仲裁程序中的代理律师，我们主导了全流程的案件管理，牵头仲裁地所在国律师团队和基础合同适用法所属国家的律师分别提供仲裁程序法律支持及实体

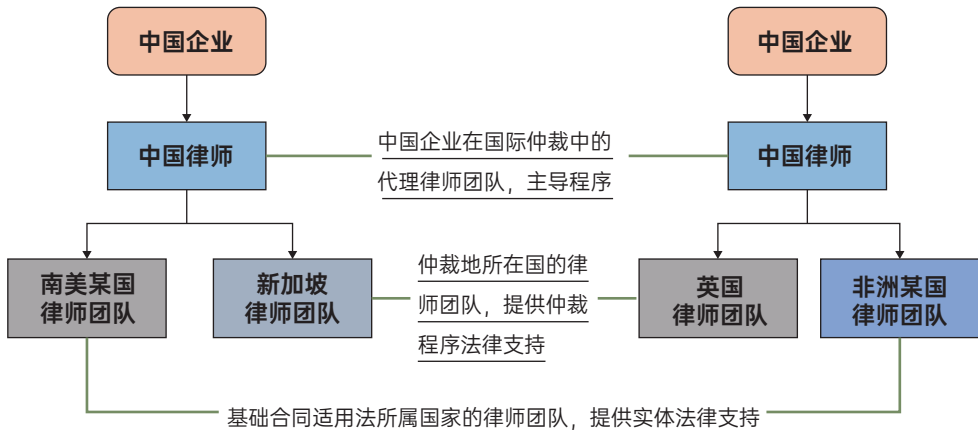
法律支持，最终取得了良好的代理效果，分别取得了胜诉裁决与对客户极有利的和解结果。

国际争议解决中“中国律师主导+外国律师辅助”模式

· 以我们近期承办并获得胜诉裁决的两起国际仲裁案件为例：

南美光伏电站项目ICC仲裁案

非洲某国交通设施项目LCIA仲裁案



由上可见，中国律师在国际仲裁中的作用日益重要。随着中国仲裁逐步与国际仲裁接轨，中国律师也将不断提升办理国际仲裁案件的能力、积累更多实战经验。凭借专业实力与独特的优势，中国律师将持续为中国企业在跨境争议解决案件中提供全方位的保驾护航。



孙巍
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2176
sunwei@zhonglun.com



黄兴宇
非权益合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2271
huangxingyu@zhonglun.com

善用延误违约金条款 助力国际工程项目

孙华伟 腾远芳 张晓辰



PART 001

建设工程项目中的延误问题

建设工程项目涉及多方当事人、多个工期计划和大量财务投资。延误是建设工程项目的一个常见挑战，往往导致项目成本增加甚至中断。为了管理这些延误，工程合同通常包括延误违约金条款，该条款会产生重大的法律影响，其效力也因所适用的法律不同而有所差异。本文旨在总结建设工程合同中常见违约金条款，结合不同法域对延误违约金条款效力的认定和司法判例，介绍国际争议解决中对延误违约金条款的适用。

常见的引发工程项目迟延的情形包括设计改变、项目现场的突发状况、缺少劳动力、天气原因或者设计和材料缺陷。全球范围内的某些突发事件对建设工程项目也会造成挑战，影响工期的不仅仅是政府采取的临时性封闭隔离措施，还是全球范围内供应链的调整所带来的供货渠道、交通运输线路的重新布局。该等影响是深远的，不仅造成工期延误而且会提高工程成本。

随着新能源的发展和传统工程模式的革新，委托人不再将工程交由单一总包商负责，在多方参与交付的情况下，由工期延误带来的影响也会更加复杂。相较于传统交钥匙（Turnkey）合同，Balance of Plant (BOP)合同安排存在多个合同关系，导致工程中更容易出现多头延误以及延误风险由谁承担的争议。具体而言，在交钥匙合同中，总包商通常负责设计并将完成的项目交付给业主，该模式下主要风险由总包商承担。在BOP合同安排下，委托人可以将项目分成几包，甚至其关联公司也会参与到项目的分包之中，这样，如何分清延误责任和确定风险的承担主体更具有挑战性。

以建设风电项目为例，其越来越多使用BOP合同模式。该模式由以下合同组成：（1）风机的供应合同，包括采购、安装和调试，以

及(2)除风机及其配件外所有的基础建设,包括材料、设备的采购和安装工程(即, Balance of Plant)。在这种拆分模式下,风机的承包商和BOP承包商需要整合他们的工作,因此可能会出现接口风险,例如延误。通常而言,由于BOP承包商是与业主有直接合同关系的一方,风机承包商更希望将因BOP承包商原因导致的延误风险交由业主自行承担,或者在合同中明确说明风机承包商是否应就BOP承包商造成的任何延误对业主负责。在这种情况下,风机承包商可以寻求将该责任包含在约定的延误违约金当中。在另一些合同中,业主自行负责风机采购,或同时与BOP承包商和风机承包商签订合同,那么延误到底是由业主负责、风机承包商负责还是BOP承包商负责,将变得更加复杂。

可见,延误违约金条款的触发条件、约定的金额对于合同各方而言都可能成为一个重要的风险防控机制,但该条款的实际效用因不同法域而有差异。在因建设工程而引起的跨境争议解决的案件中,是一个值得予以关注的问题。

PART 002

建设工程项目合同中的典型延误违约金条款

无论是传统的Turnkey合同模式还是新型的BOP合同模式,一般国际工程承包合同中都会约定延误违约金条款。所谓延误违约金,指的是根据合同约定,若工程未在合同竣工日期前完成,承包商应向业主支付的固定赔偿金额。延误违约金通常按日或按周计算,其上限不超过合同金额的一定比例(通常为10%),且应为对工期延误导致业主损失的合理预估。业主希望延误违约金涵盖的损失一般包括时间成本(如因工期延误增加的行政成本、办公室租金、设备租金等)、延误期间无法使用项目造成的损失、额外的融资成本、商业运营或现金流

中断导致的损失等。

如英国最高法院在 *Triple Point Technology, Inc v PTT Public Company Ltd* [2021] UKSC 29 案中所述，延误违约金条款有两大好处：其一是省去双方量化延误损失之累，减少纠纷和成本；其二是将承包商的风险敞口及业主的获赔金额提前确定下来，有效管理延误风险。

尽管实务中延误违约金的内容因具体合同框架、双方约定的风险分担机制、项目涉及的法域而异，但总体来讲该等机制包含一些固定元素：延误责任主体、违约金费率、违约金计算周期、违约金上限、承包商的其他责任、承包商免责或减轻责任事由（如不可抗力、同期延误）等。下表总结了三种国际主流工程承包合同范本中的延误违约金及相关条款的主要内容：

	FIDIC 2017	NEC4	JCT 2024
责任主体	承包商	承包商	承包商
违约金费率	无推荐费率	无推荐费率	无推荐费率
违约金计算周期	从约定竣工日期至实际竣工日期，按天计算。如果合同提前终止，则计算至终止之日。	从约定竣工日期到实际竣工日期或业主接管项目日期(以早到者为准)，按天计算。如果合同提前终止，则计算至终止之日；终止后因承包商工期延误所造成的额外损失构成一般损害赔偿。	从约定竣工日期到实际竣工日期。如果合同提前终止，则计算至终止之日；终止后因承包商工期延误所造成的额外损失构成一般损害赔偿。
违约金上限	合同总价的一定比例，但该上限不适用于欺诈、故意不当行为、重大过失等。如果实际计算的违约金超过约定上限，业主有权解除合同。	无上限	无上限

	FIDIC 2017	NEC4	JCT 2024
承包商其他责任	<p>支付违约金不解除承包商完成工程的义务及其他合同义务。</p> <p>延误违约金是延期竣工时业主所能获得的唯一损害赔偿，除非业主因承包商违约提前终止合同。</p>	未规定	未规定
不可抗力	<p>FIDIC 2017用词为异常事件 (Exceptional Events)，即超出受影响方控制、受影响方在签订合同时无法预见、且一旦发生无法避免的事件。</p> <p>承包商应在知道或应当知道异常事件之日起14日内向业主发出通知。</p> <p>承包商有权获得工期延期和/或成本补偿。</p>	<p>NEC4用词为阻断事件 (Prevention)，即阻止承包商完成或按既定竣工日期完成整个项目的事件，任何一方无法阻止事件发生，且有经验的承包商在合同签订时判断发生该事件的可能性很小，以至于发生该事件是不合理的。</p> <p>承包商有权获得工期延期和/或合同价格调整。</p>	<p>JCT 2024用词为相关事件 (Relevant Events)，该等相关事件包括流行病；如果流行病限制了劳动力的使用，或阻止或延误了承包商获得正确实施工程所需的货物、材料或服务，则可以延长工期，但承包商无权获得额外的成本补偿。</p>
同期延误	<p>如果业主原因导致的延误与承包商原因导致的延误重叠，承包商能否获得工期延期应根据合同约定的规则及程序（或在没有约定时，适当考虑相关情形）予以确定。</p>	未规定	未规定

PART 003

跨境争议解决对于延误违约金条款的认定

（一）不同法域对不可抗力的认定

如延误是不可抗力造成，那么通常大陆法系国家的当事方会不假思索地认为不可抗力可以排除违约责任。在绝大多数大陆法国家，不可抗力是法定的概念，并通常可以使一方免于履约。例如根据中国法律，不可抗力被定义为“不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任（《中华人民共和国民法典》（“《民法典》”）第一百八十条）。但这并不是一条放诸四海皆准的规则。

在普通法系国家并没有法定不可抗力概念，什么事件构成不可抗力，可以起到何种效果（是允许延长一定时间还是免于承担违约责任）完全取决于当事方在合同中的约定。一般而言，只有在合同中约定了可能导致工期延长的事件，承包商才有权获得这种延长。因此，适用普通法（例如英国法）的合同，除非有特别约定，否则因雇主、第三方甚至是外力或任何不在合同中约定的可能使承包商享有救济或排除责任的事件而导致的延误，通常都由承包商承担风险。

前述标准化的工程承包合同范本是兼容了不同法域下常见问题并平衡合同方利益后作出的示范条款。因此，在实务中当事方应尽量采用上述合同范本，或在此基础上根据谈判情况进行调整，降低当事双方的法律风险。

（二）不同法域对延误违约金条款可执行性的认定

虽然延误违约金条款本意是省去双方量化延误损失之累，在发生延误后直接适用当事方预先同意的损害赔偿金额，然而在现实的争议解决过程中并不是一概直接适用约定的违约金。双方当事人或多或少

都需要证明违约金的合理性，这也使得违约金条款实际上在一定程度上丧失其便利性。

在普通法系（例如英国法）国家，一个原则是惩罚性条款无效。早期，违约金条款是否被有效适用邓禄普标准（Dunlop test），即该条款是否反映了一个真正的预先估计的损失（a genuine pre-estimate of damage）。如果是，那么该条款是可以被执行的，即使其金额高于未违约方实际遭受的损失。而如果违约金被认为是“不合理、不合情、奢侈地”高（unreasonable, unconscionable, or extravagant），从而具有惩罚性意味，那么该等条款将可能构成惩罚性条款而法院将不予执行（见 *Dunlop Pneumatic Tyre Company, Ltd v New Garage and Motor Company, Limited* [1915] AC 79）。在2015年，英国最高法院在 *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* [2015] UKSC 67案对违约金条款的认定进行了一定调整，根据Cavendish标准，真正的检验标准是，所争议的条款是否属于次要义务，而这种义务对违约者造成的损害与无过错方在执行主要义务方面的任何合法利益完全不成比例¹。该等利益不限于经济利益。如果违约金并非不合理地高于对方期待合同得到履行的合理利益，那么违约金就不是惩罚性的。英国最高法院进一步指出，判断合理利益范围的莫过于双方当事人的合同对于违约后果的约定²。换言之，法院会尊重双方当事人对违约金数额约定的合理性。

在中国内地，并无明文规定惩罚性违约金条款均无效，法律赋予裁判者自行调整违约金金额的权力，包括调高和调低。这不同于普通法系国家就违约金条款约定要么无效、要么有效并得到执行的做法。根据中国法，“约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务”（《民法典》第五百八十五条）。为了避免法官或仲裁员调减违

1. The true test is whether the impugned provision is a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation.

2. In a negotiated contract between properly advised parties of comparable bargaining power, the strong initial presumption must be that the parties themselves are the best judges of what is legitimate in a provision dealing with the consequences of breach.

约金金额，中国内地的当事人通常仍会举证证明其实际损失，因此，违约金条款的便利性目的在一定程度上落空。

（三）同期延误的风险分配规则

同期延误（Concurrent Delay），也称共同延误，指的是因为两个或两个以上事件引起的项目工期延误。

《英国工程法学会工期延误与干扰分析准则》（2017年第二版）（Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol，“《延误与干扰分析准则》”）描述了两种同期延误情形：（一）真正的同期延误，即同时存在两个或两个以上的延误事件，其中既包括业主原因导致的延误（Employer Risk Event，“**业主风险事件**”），也包括因承包商原因导致的延误（Contractor Risk Event，“**承包商风险事件**”），且这两类事件同时发生影响。这类同期延误发生的情况很少，其中一个可能的情形是在项目启动日，业主未能向承包商提供项目场地，承包商也没有开展项目施工所需的资源。（二）更常见的同期延误是，两个或两个以上的延误事件发生在不同时间，但同时发生影响，导致工期延误。

在上述两类情形中，只有业主风险事件和承包商风险事件均为导致工期延误的有效理由时，同期延误才会产生。一个有争议的情形是，在承包商风险事件发生在先且已经导致工期延误的情况下，在后发生的业主风险事件是否构成导致工期延误的有效理由。

例如，在先发生的承包商风险事件导致竣工日期从1月21日推迟到2月25日，一周后业主变更项目建设要求，在不考虑承包商风险事件影响的情况下，这一指示变更将导致竣工日期从2月1日推迟到2月14日。

就此，传统的英国上诉法院判例认为，就工期从2月1日推迟到2月14日，业主风险事件及承包商风险事件均为导致工期延误的有效理由，因此业主无权就这段延期要求承包商支付延误违约金。但近期英

国下级法院的判例认为，在先发生的承包商风险事件已经导致项目延期，在后发生的业主风险事件并未进一步推迟工期，因此业主风险事件不构成工期延误的有效原因，业主有权要求承包商支付违约金；同期延误只有在业主风险事件导致关键延误（即更长时间延误）的情况下才会存在。

同期延误主要涉及两个相互对立的风险分配问题，即业主能否要求承包商支付延误违约金，而承包商能否不付延误违约金、反而要求工期延期。国际主流工程承包合同范本中并无处理该等问题的明确规则，《延误与干扰分析准则》则给出了较为明确的实务指引，即一旦承包商证明存在同期延误，其可依据业主风险事件获得相应的延期，且该等延期不因承包商风险事件而得到减损。这一规则主要受英国法“阻碍原则”（Prevention Principle）的影响，即业主不得从其阻碍合同履行的行为中获利。

然而，从英国法院实践来看，实践中双方就同期延误问题发生争议，英国法院首先尊重并执行的是双方在合同中的明确约定，只有在合同约定阙如的情况下才会援引上述“阻碍原则”进行裁判。例如，在 *North Midland Building Ltd v Cyden Homes Ltd* [2018] EWCA Civ 1744 一案中，合同明确约定，如果业主风险事件造成的任何延误与承包商风险事件导致的另一延误同时发生，则其对工期造成的影响不应被考虑在内。承包商依据“阻碍原则”提出抗辩，认为上述合同约定因违反“阻碍原则”应归于无效。但英国两审法院均认为，“阻碍原则”并非法律或公共政策原则，双方可通过合同约定放弃“阻碍原则”的全部或部分适用。据此，本案双方合同约定应得到充分尊重，承包商无权要求工期延期，而业主有权要求承包商支付延误违约金。

PART 004

对于中国承包商的启示

鉴于上述裁判实践，中国承包商在参与国际工程建设的过程中，应关注新的合同模式、市场变化和所适用的法律，在多方参与的项目中，理顺不同角色之间的法律关系，比如承包商与业主的关系，承包商与设计公司和下游供应商的关系，尽可能就延误风险的承担在各个当事方之间进行清晰的划分。在BOP的情况下，需要考虑如何处理与其他承包商的风险划分；在同期延误的情形下，尽可能减轻或限制己方责任。当前，世界面临国际供应链的重建，在不确定性渐成常态的情况下，承包商要在各个项目中总结经验，擅于利用合同条款保护自身的权利，约定行之有效的延误违约金条款。在履约过程中，注意管理好合同履行的各个时间节点，分清延误所产生的原因，以及延误对于工程成本的影响，并及时通知合同相对方，做好记录，在与对方协商解决分歧的过程中注意权利保留，避免丧失自身的合同权利。这样，在分歧无法通过协商解决并进入法律程序时，承包商既可以确保有足够的证据以证明延误违约金条款的合理性，亦可以从损害结果、因果关系角度主张违约金条款的不合理之处，从而挑战违约金条款效力。



孙华伟
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2025
sunh@zhonglun.com



腾远芳
非权益合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2298
tengyuanfang@zhonglun.com

以2017版FIDIC红皮书 (2022再版)为例,探索 国际工程多级争端解决程序

周兰萍 纪晓晨



FIDIC合同是目前国际工程中使用最普遍的合同范本之一，但其中所蕴含的多级争端解决程序思想在实践中没有得到足够的重视。在处理索赔问题时，国内承包商往往可能基于国内工程的“经验”，并未严格按照FIDIC合同的程序履行，造成索赔不当甚至逾期失权，难以保障最终的利益。所以，如何充分运用多级争端解决程序进行有条理的索赔，并且通过有效的手段化解逾期失权问题、妥善解决争议，这一问题应引起国际承包商的足够关注。

PART 001

FIDIC合同条件下，环环相扣的索赔程序

1999版FIDIC红皮书、黄皮书和银皮书（以下统称“FIDIC合同条件”）均对合同双方间的争议解决做出详细规定，鼓励双方“温和地”解决争议，若一直未能产生实质性效果，才会进入到较为对立的解决方式。FIDIC起草组设置此程序的目的就是希望将双方的利益冲突尽量拉到同一对话平台上友好解决，并且期望以较低成本来解决此纠纷。

2017版FIDIC合同条件在1999版的基础上，对索赔程序进一步优化与改进。例如1999版将承包商索赔的内容放在第20.1款[承包商的索赔]中，但将业主索赔的内容放在第2.5款[业主的索赔]中，并且只有承包商受到28天逾期失权的限制；而2017版则将业主与承包商的索赔程序进行了对等统一，并将1999版第20条[索赔、争议和仲裁]中的内容拆为第20条[业主的索赔与承包商的索赔]和第21条[争议与仲裁]。此外，2017版大幅增加了工程师和业主代表对索赔争议如何商定和确定的程序性内容。这些变化，一方面体现了合同双方权利对等的原则，另一方面也通过机制的完善，使双方的协商解决更为顺利，将争议尽量抑制在索赔阶段。

2017版FIDIC红皮书正式发布后，又于2018-2022年先后进行了三次修订/勘误（简称2017版合同条件-2022再版）。在2022再版合同条件中，对索赔的定义进行了修改，不再包括根据第3.7（a）款商定或确定的事项。也就是说，凡是工程师商定或确定的事项，就无须再按照索赔程序提出索赔。

国际工程由于体量大、工期紧、时间长、人员设备投入巨大，如果双方在争议初期就直接进入对立局势，势必对整个工程进度产生较大影响，甚至导致停工，造成“双输”局面。如能够有效地借助FIDIC的争端解决程序“化干戈为玉帛”，则可节省大量的时间和费用。笔者将以2017版FIDIC红皮书为例，对索赔及争议解决程序进行分析。

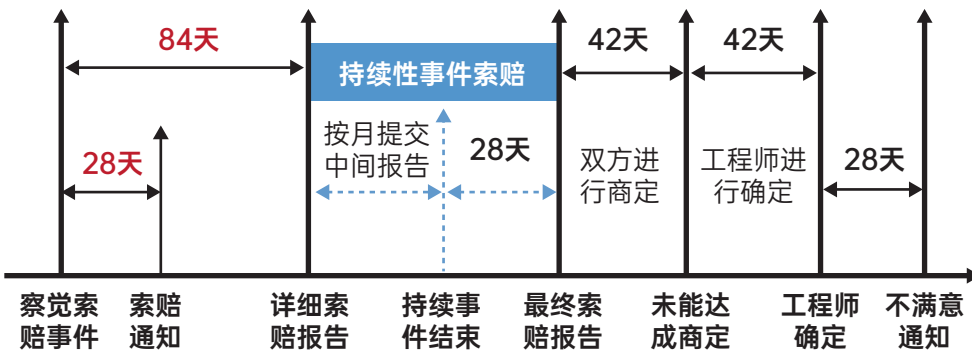


图1.索赔流程示意图

1.索赔第一环：至关重要的28天，逾期则失权

依据2017版FIDIC红皮书第20条，如业主认为有权从承包商处获得支付（扣减合同价格）或延长缺陷通知期，或承包商认为有权从业主处获得额外付款或延长工期的，应在察觉或应察觉索赔事件后的28天内向工程师提交索赔通知。索赔方未在28天内发出索赔通知，则丧失索赔权。

为使程序更加具有操作性、也避免投机行为，2017版FIDIC红皮书

另约定了逾期失权的特例。如索赔方发出索赔通知已经超过28天，工程师应在14天内通知其超期；如工程师未在14天内指出其超期情况的，索赔方发出的原索赔通知应视为有效通知。此时，索赔方的权利并不当然丧失，如另一方对有效通知存在异议的，可书面提出不同意的理由，此时工程师将结合双方意见及事实，对该索赔进行商定或确定。不过，在2022再版中，凡是已经由工程师商定或确定的事项，将无需再另行提出索赔，可依据1.1.29款的定义直接进入争议。

对于逾期失权问题，从英国衡平法的角度来看，其法理依据为允诺性禁止反言，意味着当合同一方对另一方作出明确的承诺或诺言，并且双方就此达成一致之后，即使此承诺或诺言会对一方产生不公平的后果，此方也不能主张其权利，其意义就是“法律不保护在权利上睡眠的人”。对于大型复杂工程来说，各项工作复杂多变，且合同额较大，若不明确约定索赔的有效期限，那么在工程结束后，很难保证能够相对精确地计算索赔额度，最终难以保证双方间的公正。对于双方事先约定的索赔时效，国际上一般都尊重双方意思自治，而国内法院目前也逐渐倾向于持肯定态度。在盛云科技有限公司与昆明市之江置业有限公司建设工程合同纠纷案、道隧集团工程有限公司与山东高速集团河南许亳公路有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案等案件中，法院均因当事人未能严格履行索赔的程序，最终认定索赔权利丧失。

2. 索赔第二环：索赔报告，需包含索赔依据

对于一次性的索赔事件，索赔方应在察觉或应察觉索赔事件后84天内向工程师提交详细索赔报告；而对于持续性的索赔事件，还需要每月更新索赔的详单以及证据。需要注意的是，索赔报告必须包含索赔依据的合同和/或法律依据，如该部分内容未在84天内提交的，索赔通知亦将逾期失效。

国际工程项目中，也有很多项目涉及到征地拆迁，一般而言，承

包商并不承担拆迁责任，换言之，业主应将具备施工条件的场地交付给承包商。而由于涉及到施工场地周边的相邻关系，业主往往并不能在施工开始前将所有场地全部交付给承包商。笔者服务的一个沿海道路工程的施工项目中，承包商依合同原计划应在12个月内完成7条道路的施工任务，如未能按时完成，将面临人民币20000元/天的违约金。但因政府方未能完成征地拆迁，承包商实际进场时，仅有3条道路具备施工条件；甚至在承包商已经完成该3条道路的施工时，政府方依然未能将所有道路所需场地交付给承包商。根据双方签署的合同，承包商需每周对引起工期延误和额外费用的事件向政府方聘请的管理机构提交报告，而正是凭借着相关拆迁延误的周报清晰地明确了各方责任，承包商不但避免了承担巨额违约金，也借势通过谈判就放弃后续路段的施工与政府方达成了协议。

3. 索赔第三环：工程师裁定、不满方通知

由于在工程建设中，业主囿于自身的专业所限，其对工程的质量监控、进度管理、成本控制和付款签证管理能力往往和专业承包商具有一定的差距。为弥补业主认知的不足，工程师的角色就应运而生。相比于对项目情况缺乏了解的仲裁员或法官，工程师对于项目的来龙去脉更加熟悉，在争议前期双方利益尚未出现较大对立的情况下，以合作的态度将争议事项交由工程师确定不失为承包商的一个良好选择。

2017版FIDIC红皮书要求工程师在收到索赔报告后先组织双方进行协商，双方未能协商一致的，由工程师在42天内做出确定，如未按期做出的，视为拒绝索赔，对此不满的一方应在28天内发出通知，后续可将该争议事项提交DAAB作出决定，否则该确定应视为双方已接受并为最终决定。

PART 002

循序渐进，用好FIDIC多级争端解决机制



根据双方对立性质及争议解决费用，国际工程中的多级争端解决程序主要分为上述程序，其中早期中立评估、调停/调解、迷你法庭、争议避免/裁决委员会都属于替代性争议解决（ADR）机制程序。

1. 基于供求关系及承包商话语权的友好协商

前期对工程所在国和业主的尽职调查应该成为判断业主是否有意愿解决问题的关键，不同时期国际工程市场的需求和供给状况也应该成为承包商是否有资格对合同提出修改意见的前提。例如，在高新技术领域，准入门槛较高，如高铁路桥及配套工程的建设，世界范围内适格的供应商屈指可数，那么此时供应者的议价能力就比较强，对于争议解决措施的谈判力也就相应较强，考虑到更换承包商的成本，业主会倾向于通过协商来解决争议。但是，对于商业住房、道路施工等技术门槛相对较低的领域来讲，承包商想通过协商谈判解决全部问题，往往难度很大。

2017版FIDIC红皮书对友好协商程序也进行了完善，包括增加第3.8款[定期会议]、第8.4款[提前预警]等机制，趋重于将对抗关系转为伙伴关系，以减少争议上升至仲裁的可能。

2. 替代性争议解决机制

美国《1998代替性争端解决法》（Alternative Dispute Resolution of 1998）对ADR的定义是，除任何主审法官审判以外，由第三方以诸如早期中立评估、调停、小型审判和自愿仲裁等方式参与协助解决争端的程序和方法。不过理论界一般将非诉讼/仲裁等具有司法强制力的民间解决方式统称为ADR。

放观ADR的广泛应用，新加坡在20多年前就已经建立了“先行调解中心”（Singapore Mediation Centre），作为ADR之一的争端委员会机制，其在工程领域的调解成功率极高，仅有少部分案件会进入仲裁或诉讼程序，节省了大量的时间和金钱成本。

争议解决委员会机制的设立目的，是弥补双方之间对于公正、合理价值认知的一种差异，把争议交由独立第三方，第三方能以仲裁员或法官的视角来审视问题，并从专业的角度做出分析和判断，并通过做出决定而约束争议双方。

1999版FIDIC红皮书设立争议解决委员会（Dispute Adjudication Boards, DAB）并将其作为仲裁或诉讼的前置程序，2017版则将其升级为争议避免/解决委员会（Dispute Avoidance/Adjudication Boards, DAAB），并增加了争议解决过程中一个由DAAB调解的环节。双方如对合同履行产生问题的，可共同向DAAB申请协助，进行非正式商谈和调解。但调解并非申请DAAB裁决的前置程序；并且，与DAAB裁决的效力不同，DAAB在此类商谈中给出的建议并不具备强制约束力。

2022再版中对DAAB程序的修改较多。其中增加了双方未能任命DAAB成员时，FIDIC有权根据一方或双方的申请，在与双方和潜在DAAB成员进行适当协商后，直接任命DAAB成员并确定费用。在2022年的再版中，该任命及其条款明确表示为“最终和决定性的”。

因此，一旦作出任命，任何一方都不能对任命或任命条款提出上诉或推翻。

争议解决委员会有两种组成方式，一种是常设委员会，即在合同成立时即由双方指定成员并组成委员会；另一种是在争议发生时再进行临时任命。小浪底工程项目中就采用类似方式，通过组成专家评审团对相关索赔及争议问题进行解决；在中水电参与的国际工程项目中，多个都采用了争议解决委员会模式，项目发生的争议也通过这一程序顺利解决，避免了仲裁或诉讼程序的长战线、高费用。具体采用哪一种模式，还应根据承包商对于业主违约预期的判断，以及索赔发生概率进行综合考量。伴随着乌克兰冲突等特殊时局的冲击，加之全球经济形势的变化、通货膨胀对施工项目带来的考验与挑战，国际工程项目中的争议问题也越发高频。相比于临时争议裁决委员会而言，越来越多的FIDIC合同方更愿意设立常设委员会来解决争议。

3. 诉讼或仲裁

相对于诉讼而言，仲裁因其仲裁庭组成的可选择性、仲裁员的专业性以及程序的便利性，逐渐成为国际工程乃至国际贸易中的主流争议解决方式。FIDIC红皮书也约定，在一方对DAAB做出的决定不满时，可通过仲裁进行权利主张。不过FIDIC对于仲裁程序的启动也有一定的时间限制。首先，承包商如对DAAB决定不满的，应在收到决定后28天内发出不满通知；或者DAAB未能在合同约定或各方同意的解决期限内做出决定的，承包商在解决期限届满后28天内发出不满通知。其次，发出不满通知28天后方可启动仲裁，双方在此期间可努力以友好方式解决争议，以避免最终走向耗时费力的仲裁程序。

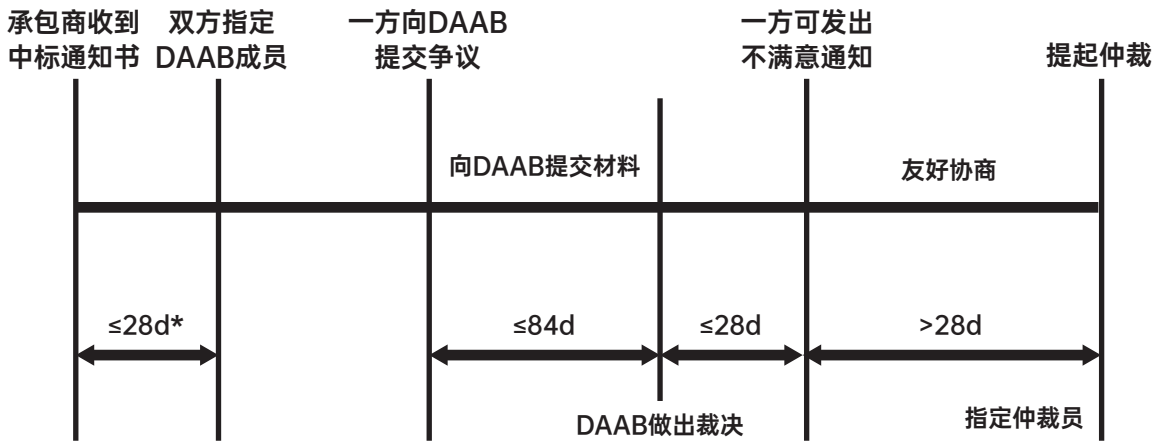


图2：DAAB流程

FIDIC制定此款的目的也是为了避免双方使用更加对立、成本花费更高的方式解决问题，但是当双方矛盾极大激化或某一方没有意愿本着友好方式解决时，及时提请仲裁或诉讼则是维护承包商权益的重要途径。笔者参与的一个海外体育场建设项目中，因施工过程中出现设计问题返工导致工期拖延，客户作为施工方就工期增加等损失向业主提出索赔；而业主亦以此为由向施工方主张工期违约反索赔，并据此扣留合同款项、拟行使保函权利。双方经多轮协商谈判未果，最终启动国际仲裁。而得益于施工方提前引入了专业的工程专家、法律力量进行前期分析策划，案件最终取得了令人满意的结果。

PART 003

总结：要“合作”，也要“对抗”

随着国内经济形势与国际局势的不断变化，以及“一带一路”国家战略的推进，中国企业在从事海外基础设施建设投资时，需要面临的国际规则和法律环境愈发复杂。虽然FIDIC标准合同范本能够为双方节省合同起草与修改的时间，但是完善的合同样本还需要针对相应的工程

参考文献

[1] Construction Contract Claims, Reg Thomas;

[2] The FIDIC Forms of Contract (Third Edition), Nael G. Bunni;

[3] 基于EFA方法的争端委员会应用障碍因素识别及对策分析, 张健;

[4] East Anglia Branch Annual Summer Seminar, John Wright, CI Arb, 10 June 2011;

[5] Case Studies - The Use of DBs (Africa x2, Asia x1, South America x1), Peng Gang, (Sino Hydro);

[6] 国际工程ADR与新型争端解决机制之构建, 路铁军, 王岳森, 任晓帅。

特点以及双方当事人各自所处地位的不同而制定。

任何合同都无法使双方达到完全的平等。作为“走出去”的中国承包商, 既应秉承“以和为贵”的理念, 尽可能低成本、快周期地协商解决, 又要适当运用法律武器、在无法友好处理时及时引入专业力量, 并通过仲裁程序来维权。

归根结底, 工程的开工不是一场“婚礼”的开始, 而是象征一场“婚姻”的开端。“婚前”的了解, “婚后”的经营, 发生矛盾时的冷静、沟通或吵架, 甚至必要时的“离婚”的程序, 都应该成为中国承包商在踏入这场国际联姻时的重要考量。

(周月萍对本文亦有贡献)



周兰萍
合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3766
laurazhou@zhonglun.com

总编辑

张炯

龚乐凡

编委（按姓氏笔画排序）

王霁虹

孙华伟

孙巍

周兰萍

南锦林

张文靖

张国勋

汤宏伟

段海燕

赵郁洋

高俊

黄兴宇

程军

腾远芳

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。



中伦研究院出品

