

建设工程合同标准文本国际实践及借鉴*

宋宗宇¹, 郭金虎¹, 刘树利²

(1. 重庆大学 建筑法研究所, 重庆 400045; 2. 中国矿业大学 文法学院, 北京 100083)

摘要:建筑及有关工程服务是 WTO 规定的国际服务贸易重要类别。为了便于缔结建设工程合同, 发达国家和地区制订了若干广泛推行的建设工程合同标准文本, 其中, FIDIC 合同条件在国际上的影响最为重大。我国应当充分借鉴国际上成熟的建设工程合同标准文本的经验和优点, 充实和改进我国建设工程合同(示范)文本。

关键词:建设工程合同; 标准文本; FIDIC

中图分类号: TU723.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-7329(2005)01-0101-05

International Practice of and Reference to the Standard Treaty Wording of Construction

SONG Zong-yu¹, GUO Jin-hu¹, LIU Shu-li²

(1. Research Institute of Construction Regulations, Chongqing University, Chongqing 400045, P.R. China; 2. School of Arts & Humanities of China University of Mining & Technology, Beijing 100083, P.R. China)

Abstract: Construction and relative service is one of the important categories in international service trade set down by WTO. In order to strike a construction agreement, the developed countries and districts have designed a lot of prevailing standard treaty wording, in which FIDIC plays the most important part. We should take advantages of their experience to improve our standard treaty wording.

Keywords: construction agreement; standard treaty wording; FIDIC

加入 WTO 对我国建筑市场和建筑业具有重大影响, 根据世界贸易组织统计和信息系统局 1995 年 7 月公布的标准, 建筑及有关工程服务是国际服务贸易 12 大类之一, 因此, 通过构筑包括与国际接轨的建设工程合同标准文本在内的系列法律制度来化解加入 WTO 对我国建筑行业的不利影响具有重要意义。

1 建设工程合同标准文本国际实践

1.1 美国 AIA 系列合同条件

AIA 是美国建筑师学会(The American Institute of Architects)的简称。AIA 出版的系列合同文件在美洲地区具有较高的权威性, 应用广泛。AIA 系列合同文件分为 A、B、C、D、G 等系列。其中 A 系列是用于发包人与承包商的标准合同文件, 不仅包括合同条件, 还包括承包商资格申报表, 保证标准格式。B 系列主要用于发包人与建筑师之间的标准合同文件, 其中包括专门用于建筑设计、室内装修工程等特定情况的标准合同文件。C 系列主要用于建筑师与专业咨询机构之间的标准合同文件。D 系列是建筑师行业内部使用的文件。G 系列是建筑师企业及项目管理中使用的文件。

AIA 系列合同文件的核心是“一般条件”(A201)。采用不同的工程项目管理模式及不同的计价方式

* 收稿日期: 2004-10-20

基金项目: 重庆市建筑业协会《建设工程合同管理研究》项目(21273)

作者简介: 宋宗宇(1968-), 男, 四川达州人, 副教授, 博士生, 主要从事建筑法和房地产法研究。

时,只需选用不同的“协议书格式”与“一般条件”即可。1987年版的AIA文件A201《施工合同通用条件》共计14条68款,主要内容包括:发包人、承包商的权利与义务;建筑师与建筑师的合同管理;索赔与争议的解决;工程变更;工期;工程款的支付;保险与保函;工程检查与更正条款等。

1.2 英国的合同条件

1) ICE施工合同。ICE是英国土木工程师学会(The Institution of Civil Engineers)的简称。该学会是世界公认的学术中心、资质评定组织及专业代表机构。ICE在土木工程建设合同方面具有高度的权威性,它编制的土木工程合同条件在土木工程领域被广泛应用。

1991年1月第六版《ICE合同条件(土木工程施工)》共计71条109款,主要内容包括:工程师及工程师代表;转让与分包;合同文件;承包商的一般义务;保险;工艺与材料质量的检查;开工,延期与暂停;变更、增加与删除;材料及承包商设备的所有权;计量;证书与支付;争端的解决;特殊用途条款;投标书格式。此外IEC合同条件的最后也附有投标书格式、投标书格式附件、协议书格式、履约保证等文件。

2) JCT合同条件。JCT合同条件是英国标准建设工程合同(Joint Contract Tribunal)的简称。该系列合同条件普遍适用于英联邦国家。JCT是英国建筑业多个专业组织的联合会,自1931年成立以来致力于私人 and 公共建筑的标准合同文本的制订与不断更新。其中最重要的文件是标准建筑合同,最新的1998年版合同在1980版的基础上作了大量的修改和增补。

JCT系列的标准合同门类齐全,具体分成九个类别:(1)标准建筑合同的不同形式。按地方政府或私人投资、带工程量清单、不带工程量清单、带近似的工程量清单,分为六种标准合同文本;(2)承包人带设计的合同;(3)固定总价合同;(4)总包标准合同;(5)Intermediate Form Of Building Contract(1FC84);(6)小型工程合同;(7)管理承包合同;(8)单价合同;(9)分包合同标准文本。包括招标、投标文件、分包特别条件、指定分包等不同情况所用的文本。

3) NEC合同。NEC合同条件是英国土木工程师协会新工程合同条件的简称(The Institution of Civil Engineers, New Engineering Contract)。NEC系列合同包括:(1)工程施工合同。用于发包人和总承包商之间的合同,也被用于总包管理的一揽子合同;(2)工程施工分包合同。用于总承包商与分包商之间的合同;(3)专业服务合同。用于发包人与项目管理人员、监理人、设计人、测量师、律师、社区关系咨询师等之间的合同;(4)裁判者合同。用于指定裁判者解决任何NEC合同项下的争议的合同。

与其他标准合同文本相比,NEC合同条件有它的独特性。它是一组可相互交替灵活使用的多功能合同文本。该文本尽管是为英国的工程与施工而设计制作的,但它的内容非常容易适应其他国家的不同情况,包括总包、分包、设计与建造合同各类情况。NEC包含了土木、机械、电气、化学工程的建造和流水线工厂的建造的所有要求。

1.3 欧洲发展基金会 EDF 合同文本

由欧洲发展基金会资助订立的EDF通用规则、通用条件、工程调解与仲裁规则、供货与服务合同等,它是一套复杂的合同体系。其版本主要依据法国行政管理传统编写,主要使用于由欧洲发展基金会向政府或政府的代理机构提供贷款的项目。EDF合同条件包括以下几个附件:(1)工程、供货和服务合同的通用规则。包括参与项目建设的原则与条件,投标者须知、中标的原则和条件。(2)工程合同通用条件。(3)供货合同通用条件。(4)服务合同通用条件。(5)调解与仲裁程序规则。

1.4 国际复兴开发银行(IBRD)文本

国际复兴开发银行(IBRD)又称世界银行(World Bank)文本。世界银行于1995年出版了《在IBRD贷款和IDA信用项下的采购》指南第5版,陆续又出版了有关工程、道路、机器设备供应与安装的《标准招标文件》。这些都被借款人用于采购的全过程。《采购指南》和《标准招标文件》规定了履约担保、预付款、进度款、价格调整公式、反贪污贿赂等条款的具体要求。

1.5 我国香港地区使用的合同文本

在香港,政府投资工程主要包括土木工程标准合同和建筑工程标准合同两个标准合同文本,主要内容有:承包商的责任和义务;材料和工艺要求;合同期限和延期规定;维护期和工程缺陷;工程变化量和

价值的计量;期中付款;违约责任;争议的解决。这两个合同文本都规定,承包商在某些情况下(如天气恶劣,工程量大幅度增加等),可申请延长工期,在获批准后有权要求政府给予费用上的补偿。而私人投资工程则采用英国皇家特许测量师学会(香港分会)的标准合同,该合同除有明确的通用条款外,还有些根据法院诉讼判例而订立的条款,如发包方需与承包商合作,在不影响按期完工的前提下,为承建商准备好主要合同工程的场地,以便其安装设备;发包方不得阻止或干涉承包商按合同规定进行的施工等。这些条款事实上赋予了承包商某种权利,使之在发包方违约的情况下可以索赔。

1.6 FIDIC 合同条件

“FIDIC”是国际咨询工程师联合会(Federation International Des Ingenieurs Conseils)的简称。该联合会是被世界银行和其他国际金融组织认可的国际咨询服务机构。目前已发展到世界各地 60 多个国家和地区,成为全世界最权威的工程师组织。FIDIC 下设各专业委员会编制的国际工程承包合同规范性文件已成为国际公认的标准范本,在国际上被广泛采用。FIDIC 合同条件(FIDIC 土木工程施工合同条件)是国际上公认的标准合同示范文本之一。自 1957 年出版第一版后,平均每隔 10 年修订一次,1999 年 9 月该组织又出版了最新的《施工合同条件》(第五版)。这使得 FIDIC 合同条件在世界各国的影响进一步扩大。我国已于 1996 年正式加入 FIDIC 组织。

基于工程施工承包活动安全性和便捷性的必然要求,新版 FIDIC(1999)彻底改变了 FIDIC(1987)合同结构散乱的局面,向结构化、系统化方向迈出了实质性的一步。FIDIC(1999)分为 20 条,具体为:一般规定、发包人、工程师、承包商、指定分包商、职员和劳工、设备、材料和工艺、开工、延误和暂停、竣工检验、工程移交、缺陷责任、测量和估价、变更和调整、价款和支付、发包人解除合同、承包商提出暂停和解除合同、风险和责任、保险、不可抗力、索赔、争端和仲裁。其各部分相对独立,各条款不再相互引用。由于 FIDIC 合同条件的科学性和公正性而被许多国家的雇主和承包商接受,又被一些国家政府和国际性金融组织认可,被称作国际通用合同条件。

总的来讲,从世界主要国家和地区使用的建设工程合同文本特别是 FIDIC(1999)版本和 NEC 合同版本的变化,可以看到建设工程施工合同具有以下发展趋势:(1)基于建设工程安全性和便捷性的必然要求,施工合同结构越来越向系列化、系统化和集成化方向发展;(2)内容上引入和强化了现代合同原则,如公平原则对工程师地位的重新界定、合作原则对承包双方关系的全新定义、严格责任原则对合同内容提出的严格要求;(3)引入和渗透了现代项目管理原则和管理技术,如合同体现了事前控制原则、整体风险最小原则,引入了进度计划控制技术;(4)强化方便用户原则,具体表现在语言的简洁、清晰,条款数目的减少、脉络清楚等。

2 国际建设工程合同标准文本借鉴及完善

2.1 我国对国际建设工程合同标准文本的借鉴

为了与合同法等现行法律相协调,以适应社会主义市场经济发展的需要,在进一步借鉴国际上一些通行施工合同标准文本基础上,建设部和国家工商行政管理局对 1991 年推行的《建设工程施工合同》示范文本进行了修订,形成了 1999 年版《建设工程施工合同(示范)》文本。

首先,文本结构方面。原合同文本由《合同条件》和《协议条款》两部分组成。修订后的合同文本,由《协议书》、《通用条款》、《专用条款》三部分组成。其中,《协议书》是参照国际惯例增加的部分,是在原合同文本《协议条款》第 1 条的基础上,补充“组成合同的文件”和“双方承诺”等内容。原合同文本《合同条件》改称《通用条款》,《协议条款》改称为《专用条款》。

其次,文本内容方面。第一,按照国际通用做法,“词语定义”内取消了原合同文本内的“甲方驻工地代表”和“总监理工程师”两个词,代之以“工程师”术语。另外新增加了“违约责任”、“索赔”、“小时或天”的词语定义,并对部分词语的定义作了修订;第二,“工程提前”条款改为“工程竣工”,以明确承包方的责任,且不鼓励承包方盲目抢工期,从而影响工程质量;第三,在“合同价款及调整”条款内,明确了在约定价款时可以采用固定价格、可调价格或成本加酬金的不同方式确定;第四,“变更设计”改称为“工程变

更”。将原包括在“专利技术、特殊工艺和合理化建议”条款在内的合理化建议有关内容调整到“工程变更”条款内;第五,“违约条款”将违约责任与本合同其他条款的违约进行对应的修改。“索赔”条款根据国际惯例将索赔程序划分为索赔意向通知和提出索赔报告两阶段。“争议”条款按照相关法律规定,对解决争议的方式作了修改;第六,借鉴国际经验,增加了“担保条款”,同时“保险”条款内增加了应由发包人办理的保险,可以委托承包人办理,费用由发包人承担的内容。除了对原合同文本作上述主要修改之外,还对条款的内容及用词用语作了修订。如责任时间的规定,7 d 以内改用小时,7 d 以上(含 7 d)一律改为 7 d 或 7 d 的倍数等,这也是考虑和国际惯例相一致。

最后,文本不足方面。与国际上的一些建设工程合同标准文本相比,1999 年版《建设工程合同施工(示范文本)》仍然存在一些不足:第一,关于工程造价结算和追索工程款的条款操作性不强,尚需细化;第二,工程造价的最终确定方式、签证、索赔和审价的专业管理和责任落实约定不够详细;第三,有关履约担保和工程保险的条款较为薄弱,需要加强,以利于工程风险的合理分担和化解;第四,为适应发包方负责工程质量验收,合同尚需要明确质量及验收的具体标准和操作方法;第五,对施工组织设计和工程验收方案要予以具体约定,并赋予其与合同同等地位和效力;第六,资料的范围和内容尚需补充等。因此,有必要针对上述存在的问题有的放矢地完善《建设工程合同施工(示范文本)》的具体条款。

2.2 完善我国建设工程合同标准文本的基本构想

2.2.1 加快制订与建设工程施工合同示范文本配套的系列文本 国际上知名的建设工程合同标准文本都已逐渐形成各自系列。比如,FIDIC 合同条件经过四十多年特别是近十年的发展,形成了较为完备的合同系列,按照适用类型分为土木工程合同和电气机械合同;按照适用方式分为咨询服务合同、总承包合同和分包合同;按照承包商参与设计程度分为施工合同和设计加施工合同。又比如英国的 JCT 合同文件充分考虑了工程的规模,分为小型工程、中型工程和大型工程;考虑了投资的主体,分为公共工程和私人工程;考虑了分包的情况,分为指定分包和自定分包;考虑了计价的方式,分为总价合同、单价合同、成本加酬金合同和管理承包合同;考虑了有无工程量清单的情况,分为带工程量清单的合同、带近似工程量清单的合同和不带工程量清单的合同。可见,JCT 合同文件已经达到了足够详尽的系列化程度。

而迄今为止,在我国现行较为广泛使用的示范文本仅有 1999 年版《建设工程施工合同(示范文本)》。但在实践中,出现了多种不同承包形式和不同类别的工程,对示范文本的多样化提出了迫切的需求,由于缺乏其他适合我国国情的标准文本,当事人盲目使用国际上的一些标准文本,有的断章取义,有的全文照抄,闹了不少笑话;或者造成合同文件内部的逻辑谬误,甚至条款之间相互矛盾,无法操作和执行;或者与我国法律的规定相抵触而使某些条款无效或形同虚设。因此,随着我国建筑市场的日益活跃、建筑业的不断发展以及建筑法律体系的不断完善,应当结合我国实际,借鉴国际惯例,综合国际上流行的主要建设工程合同标准文本体系的优点,根据承包的不同方式、工程的不同规模和性质、投资的不同类别,从结构上和内容上及时对已有的标准文本加以充实和改进,制定和完善适合于不同情况、不同项目,具有操作性和实用性的系列标准合同文本,便于统一实践和统一管理,以适应我国建筑业发展以及建筑市场进一步开放的迫切需求,促进我国建筑业的管理水平和管理效率的提高。

2.2.2 完善《建设工程合同施工(示范文本)》具体内容 推行的建设工程施工合同示范文本不仅要符合我国国情,而且,要有一定的前瞻性,必须充分考虑到区域经济一体化乃至全球经济一体化的总趋势,特别是在我国已经加入 WTO 的今天。总的来讲,一部符合我国国情的建设工程合同示范文本特别是通用条款应当针对存在的缺陷予以改进,包括:

1) 合同文本的适用范围适当,条款比较详细。如限定该合同只适用于公开招标、由监理工程师负责合同管理的项目。这就使合同文本的针对性较强,有利于合同的执行。

2) 借鉴 FIDIC 合同条件,在文本中进一步明确工程师的权利和义务,以及工作程序和制度,使发包方、监理工程师和承包方在施工的各个环节知道怎么去配合,该怎么做,做些什么,这不仅是国际惯例,也是我国新颁布法律法规的要求。

3) 明确发包方和承包方的权利。权利和义务是相辅相成的,不仅要规定双方应该做什么,各自的

权利规定也是合同不可缺少的部分,而且表明双方得失相当,充分体现公平互利原则。

4) 充分反映建筑产品的特殊性,充分体现项目管理进度、质量和投资三大控制思想,正确认识建设工程定额在建设工程合同中的重要意义,强化国家对建筑活动的干预,以保证建设工程质量。细化工程造价结算和追索工程款的条款,明确工程造价的最终确定方式、签证、审价的专业管理和责任落实,明确质量及验收的具体标准和操作方法,赋予施工组织设计和工程验收方案与合同具有同等效力。

5) 借鉴 FIDIC 合同条件所体现的索赔惯例。在索赔程序中,对索赔方式进行具体规定。以专题形式对工期延长和费用索赔做出具体规定,这样有助于合同条款的清晰和相互联系。

6) 将包括但不限于人身保险的保险条款作为文本的必备条款。随着社会主义市场经济的健康发展,工程项目建设成败直接关系到作为独立法人的发包方和承包方的投资效益,对工程风险的防范也越来越受到重视,保险作为风险防范的重要手段将是每个工程项目所必须的。

7) 建立和完善担保制度,充分发挥各种担保方式在建设工程合同订立及履行过程中的重要作用。由于发包方对承包方没有足够有力的约束手段,发包方向承包方索赔时的主动地位就受到一定限制,有时甚至相当被动,同时,有的发包方并未具备发包条件,建设资金不到位就盲目开展项目,结果造成盲目压价、要求施工单位垫资和拖欠工程款等不利于建筑业健康发展的混乱局面,而改变这种现状的有力措施是完善工程保证担保体系。

8) 完善不可抗力条款,合理分担风险。进一步阐明不可抗力的范围、特征不得无限地扩大与缩小,从而造成免责范围的扩大与缩小。

综上所述,我国的建设工程合同示范文本应当充分借鉴国际上成熟的建设工程合同标准文本的优点,根据目前我国的法律发展以及今后进一步发展趋势,从结构和内容上及时对已有的标准文本加以充实和改进,根据承包的不同方式、工程的不同规模和性质、投资的不同类别制订示范文本并予以推广使用,以适应我国建筑业发展以及建筑市场进一步开放的迫切需求。

参考文献:

- [1] 曾德高.加入 WTO 与重庆经济发展研究[M].重庆:重庆出版社,2001.
- [2] 宋宗宇.建筑合同法原理与实务[M].重庆:重庆大学出版社,2001.
- [3] 交通部工程建设监理总站.合同管理[M].北京:人民交通出版社,1999.
- [4] 李启明.工程建设合同与索赔管理[M].北京:科学出版社,2001.
- [5] 宋宗宇.完善我国工程承包法律制度的基本构想[J].重庆建筑大学学报,2001,(6):41-43.
- [6] Anthony Soeaight and Gregory Stone, Architect's a Legal Handbook - The Law for Architectural Press[M]. UK 1998.
- [7] Dr Matain Bames, The New Engineering Contract - An Update[M]. ICRL1996.