

我国《建设工程施工合同(示范文本)》 修订与完善的思考*

焦杰

(广东建设职业技术学院 经济管理系, 广东 广州 510450)

[摘要] 在吸收FIDIC(土木工程施工合同条件)精华和总结21世纪以来我国建设工程推行施工合同的实践经验的基础上,提出了修订并完善我国《建设工程施工合同(示范文本)》的必要性、目的、思路及修订的重点等。这对于完善我国《建设工程施工合同(示范文本)》,推动我国建设事业的健康、协调和可持续发展具有重要的现实意义。

[关键词] 修订;施工合同示范文本;建议

[中图分类号] TU7;DF418

[文献标识码] A

[文章编号] 1005-2909(2007)01-0012-04

当前,我国建设事业发展的速度和规模空前加快和扩大,同时建筑企业参与国际建筑市场的承包也更加深入和广泛。20世纪末修订和颁布的我国《建设工程施工合同(示范文本)》的许多条款,已经不能适应当前国际国内工程建设发展形势的需要。为此参考FIDIC(土木工程施工合同条件)^①总结我国本世纪以来推行建设施工合同的实践经验,对我国《建设工程施工合同(示范文本)》^②进行修订,从而使其更好适应当前国际国内建设工程实践的需要,这是十分必要和迫切的,这对于推动我国建设事业的健康、协调和可持续发展具有重要的现实意义和作用。

一、现阶段修订与完善我国《建设工程施工合同(示范文本)》的必要性

我国99版的《建设工程施工合同(示范文本)》自1999年颁布实施以来,在维护建筑市场经济秩序、规范建筑市场主体行为及提高工程项目管理水平等方面发挥了积极的作用。但在新的历史时期,99版示范文本在实际运用中的问题也越来越多的呈现出来。

(一)99版示范文本的条款内容难以适应我国建筑业十一五期间发展的需要

我国进入了十一五发展的新阶段,加入WTO过渡期即将结束,建筑市场将更深层次地对外开放,工程建设领域的改革进一步深化,我国工程建筑市场的竞争规则、技术标准、经营方式、服务模式需要全面完成与国际惯例的接轨,建筑业企业将在更大范围、更广领域、和更高层次上参与国际竞争,客观上要求我国建筑市场的交易规则必须完善,施工合同示范文本必须在立足国情、满足我国工程建设需要的前提下,尽快实现同国际通用合同条件完全接轨。目前,99版示范文本的条款内容越来越难以适应现实的需要,甚至成为制约项目管理目标实现的重要因素之一。

(二)99示范文本难以满足工程量清单计价模式的要求

近几年来,我国建筑业处于蓬勃发展之中,在市场条件、管理要求、工程技术与规范体系等方面都发生了较大变化,工程监理制度的普遍推行、工程招投标制度的逐步完善、工程咨询行业的逐渐成熟,尤其是2003年《建设工程工程量清单规范》(GB50500-

* [收稿日期]2007-01-12

[作者简介]焦杰(1974-),女,新疆人,广东建设职业技术学院讲师,从事建筑施工管理研究。

2003)的颁布实施,使我国的工程计价模式发生了深刻变革:工程造价由定额计价模式变为清单计价模式;由事后定价变为事前定价;由政府定价变为企业自主报价。原本能较好地适应定额计价模式需要的99版示范文本在工程量清单计价模式时就不能很好的适应,从而使得施工过程中出现的变更、增减、调整等问题得不到解决,施工合同作为合理确定和有效控制工程造价的主要依据作用难以充分发挥,对工程价款结算、支付、索赔工作缺乏指导意义。为了适应工程量清单计价的需要,有必要对99版示范文本进行修编。

(三)99示范文本与日趋完善的招投标制度之间不相匹配

进入21世纪以后,我国的招标投标市场快速发展,尤其是在工程招标投标方面取得了长足进步,从个别省、市实施工程量清单招标投标试点到全面实行工程量清单招标投标,施工招标、投标、评标、定标办法发生了突变,工程招标投标意义远远超出了防止腐败的范围,通过招标投标方式实现项目采购对促进我国建筑业企业适应国际承包市场的全方位竞争产生了积极的推动作用。由此可见,日趋完善的招标投标制度亟待有与之相匹配的合同体系支撑,而99示范文本不能与目前日趋完善的招投标制度相匹配。

此外,在99版示范文本出台后,国家建设行政主管部门又针对各专业领域管理颁布了一系列的行政规章制度和标准,以99版示范文本为代表的旧的建筑行业交易习惯已经不符合新颁布的一系列法律法规的相关规定。综上所述,现阶段修订施工合同示范文本是十分必要的。

二、修订我国《建设工程施工合同(示范文本)》的目的

修订后的示范文本除了能够满足当前建筑市场的需要,有助于解决建筑业存在的突出问题,起到促进建筑市场健康、有序、持续发展作用之外,还应该体现公平和法制性、操作性强的特点,使结构更趋合理能为履约各方提供明确标准与依据。

(一)结构更趋合理

合同结构合理化不仅能够保证合同整体框架的协调、不同条款功能之间的合理搭配,而且有助于减

少合同条款之间的矛盾和歧义,为此,条款内容应尽可能保持相互独立。另外,从前瞻性要求出发,合理的合同结构还必须综合考虑方便用户管理以及现代项目管理与合同管理理念的引入。

(二)可操作性更强

实现合同可操作性是合同条款得以有效利用、完成交易和实现利益均衡的具体保证。建设工程施工合同具有履行时间长、影响因素多、风险较大等特点,因而对可操作性的要求也更高。增强示范文本的可操作性,不仅应体现在对工程的规模、范围、标准和费用结算方式等静态的基本要素予以明确规定,而且对于合同履行过程中动态的权利义务归属与转移也应做出明确的规定,以减少履行过程中的含糊内容,避免产生误解和争议。其总的要求应是为合同的履行和管理提供程式化的具体依据和保证,以利于促进合同各方按合同条件展开工作,及时履行自己的职责,确保合同最终目标的实现。

(三)体现公平原则

公平原则是合同订立的基本原则,公平原则在条款内容中的具体体现为权利义务的均衡,权利义务的均衡不仅包括当事人订立合同时应根据公平原则的要求平衡各方的权利和义务,还包括履行合同即实际行使合同权利和承担合同义务的过程中,要公平地兼顾到合同双方的利益。制定体现公平原则的具体合同条款是实现权利义务均衡的基本前提。

修订后的示范文本除了能够满足当前建筑市场的需要,有助于解决建筑业存在的突出问题,起到促进建筑市场健康、有序、持续发展作用之外,还应该体现出发制性、操作性强的特点,能为履约合同的各方提供明确标准与依据。

三、修订我国《建设工程施工合同(示范文本)》的思路

(一)吸取代表国际惯例的国际通用合同条件的精髓

国际上通用合同条件(包括FIDIC、NEC、AIA等合同条件),大都蕴涵了国际上先进的项目管理与合同管理经验的结晶,具有职责明确、内容严密、利益均衡、风险划分合理等特点,因而得到了国际建设领域广泛的认同与使用。我国99版示范文本在编制时就成功借鉴FIDIC红皮书并达到良好的实践

效果。当前,对示范文本进行修订,借鉴国际通用合同条款仍然是最便利、最有效的方式,但是由于我国建筑市场的开放程度今非昔比,建筑业企业对国际通用合同条款的理解与接受程度远远强于当年99示范文本出台时,因此需要从深处挖掘国际通用合同条件的内涵以吸取其精髓。

(二)依据现有法律、行政法规的规定进行修订

合同的法律原则决定了合同内容必须合法,不能与法律抵触。但是由于近年来,建设行政主管部门加快了立法进程,合同的法律依据不断得以完善,99版示范文本内容滞后于相关法规的规定,甚至出现矛盾、不一致之处。由此可见,根据当前的法律、行政法规的相关规定来增删、调整示范文本的条款内容,具有很强的针对性和现实意义。

(三)从提高可操作性角度出发修订程序性条款

程序性条款,系指规定施工过程中发包人或承包人的一些工作程序或处理其相互关系的工作程序的条款。合同的可操作性是合同条款得到有效利用的基础,而合同是否具有可操作性主要取决于程序性条款内容。程序性条款能够起到制约双方的行为、严格履行合同的期限和顺序、提高合同条款的完备性和分清履行和违约责任的作用。99版示范文本的程序性条款存在明显缺陷,这大大削弱了其可操作性,因而必须从提高可操作性角度出发修订程序性条款。

四、对修订我国《建设工程施工合同(示范文本)》的建议

(一)实现招标投标与示范文本的有效衔接

工程招标投标过程就是合同订立的过程,招标文件包含合同的主要条款,而合同的条款要与中标通知书、招标文件和中标人的投标文件一致。可见,招标投标与合同的关系密不可分。国际通用合同条件通常是将建设工程招标程序、招标文件的编制、合同文件的组成等作为一个整体,一并纳入示范文本的范围。从99版示范文本推行的实践分析,特别是根据国家《招标投标法》的规定以及与国际市场接轨的要求,示范文本理应对从建设工程招标开始直至施工合同签订提供全方位、科学性、系统性的规范运行程序。

(二)强化担保条款

虽然99版示范文本通用条款中规定了承包人

与业主相互提供履约担保,但因条款规定过于宽泛而缺乏可操作性,同时示范文本的条款因为没有相应法律或行政法规的支持而缺乏强制性,造成99版示范文本担保条款的设置流于形式。目前,推行工程担保的必要性在建筑行业已经形成了广泛的共识,实施工程担保的法律基础也已经具备,国家建设行政主管部门先后于2004年8月和2005年1月颁布《关于印发〈关于在房地产开发项目中推行工程建设合同担保的若干规定(试行)〉的通知》以及《工程担保合同示范文本》,标志着强制性工程担保制度的初步确立,示范文本应该就担保方式、担保金额、有效期、退还担保的时间、担保责任范围及履行条件等在相应条款中作出明确规定。

(三)丰富分包条款内容,规范指定分包行为

国家2003年颁布实施的《建设工程施工专业分包合同(示范文本)》(GF-2003-0213)、《建设工程施工劳务分包合同(示范文本)》(GF-2003-0214)与99版示范文本配套使用,初步形成了施工合同系列化,但都不约而同地回避了“指定分包”问题。目前国内法律规定指定分包不合法的做法是不符合国际惯例的,指定分包有存在的合理性,应该通过立法规范指定分包的实施程序及限定条件,使其合法化,同时在示范文本中对指定分包条件下各方的权利与义务予以明确,从而在一定程度上填补建设行政主管部门在分包管理方面的制度缺陷。

(四)完善合同价款支付条款

示范文本应确保与《建设工程工程量清单计价规范》相衔接,设立专项条款明确工程价款确定与控制的标准与方法,条款内容的完备性应体现为:纵向涵盖资金计划和安排、预付款、安全防护文明施工措施费、进度款、结算款直至质量保修金;横向包括工程量清单、工程计量与计价、工程量的偏差及价格调整、变更工程价款的确定、物价和后续法律法规引起的调整以及支付。除了针对价格调整应提出调整的详细程序、要求和计算公式外,条款内容修订方面还必须依据现行法规条例理顺结算、支付程序,强化违约责任,为解决工程建设领域的结算、支付难题彻底清除技术障碍。

(五)扩大对工程师的授权,明确工程师的职责范围

示范文本对工程师的授权范围应进一步扩大,

如在条款中明确工程师对工程价款支付的审核权、签发权,同时借鉴 FIDIC 新红皮书,规定工程师在指定范围内可利用预留金和零星项目工作费两种手段处理工程中发生的变更。必要时,工程师的职责可以由监理工程师与造价工程师进行合理分工,有助于提高合同履行的效率。目前工程实践中,监理工程师的授权大都局限于对工程质量与进度的控制,业主委托工程造价咨询机构的造价工程师负责工程造价控制的情况也屡见不鲜,况且国内造价工程师与国际上的工料测量师的职责相当,有能力和义务负责工程建设全过程中的计量与计价。

相应的,对工程师授权条款的内容可以设置为:监理工程师代表发包人负责监督和检查工程的质量、进度,试验和检验承包人使用的与合同工程有关材料、设备和工艺,及时向承包人提供工作所需的指令、批准和通知等;造价工程师代表发包人负责工程计量与计价、工程款的调整与核实、结算价款的编制、调整和复核,及时向承包人提供合同价款的核实、调整和通知等指令。

(六) 风险分担应更具体

由于风险实际发生后,可能引起索赔,因此工程索赔往往与风险分担紧密联系在一起。目前索赔困难的根源之一在于 99 版示范文本整体上缺乏合理的、明晰的风险分担原则,业主与承包商因各自利益的角度不同,存在对合同条款理解上的偏差;对索赔的看法也出现重大分歧。建筑市场的过度竞争状态也从客观上造成业主将部分自身风险转嫁至承包商身上,对承包商而言,索赔难上加难。确立合理的、

明晰的风险分担原则不仅有利于减少索赔,而且可以引导当事人在友好协商的基础上正确处理合同争议,提高履约效率。此外,示范文本应设置与《建设工程工程量清单计价规范》相适应的风险分配条款,明确约定当事人承担风险的合理范围与幅度以及超出约定范围和幅度的风险分担方式。

[注 释]

- ① FIDIC 是国际咨询工程师联合会的法文缩写。FIDIC 制定的土木工程施工合同条件(简称 FIDIC 红皮书),是国际土木工程行业通用的具有权威性、代表性和可操作性的合同条件。
- ② 我国《建设工程施工合同(示范文本)》是在总结 1991 年《建设工程施工合同(示范文本)》多年应用实践经验的基础上,参照国际惯例,广泛听取意见、反复论证修改后,于 1999 年修订并发布的,具有规范性、可靠性与实用性等特点。(简称 99 年版示范文本)。

[参考文献]

- [1] 徐崇禄,董红梅. 建设工程施工合同系列文本应用[M]. 北京:中国计划出版社,2003.
- [2] 张水波,何伯森. FIDIC 新版合同条件导读与解析[M]. 北京:中国建筑工业出版社,2003.
- [3] 中华人民共和国建设部. 建设工程工程量清单计价规范[M]. 北京:中国计划出版社,2003.
- [4] 何红锋. 工程建设中的合同法与招标投标法[M]. 北京:中国计划出版社,2002.
- [5] 国际咨询工程师联合会. 施工合同条件 1999 年第 1 版[M]. 北京:机械工业出版社,2002.

The train of thoughts and suggestion of revising and perfecting the Sample of PRC's Civil Engineering Contracts for Construction

JIAO Jie

(Department of Economic Management, Guangdong Polytechnical Institute, Guangzhou 510450, China)

Abstract: On the basis of absorbing essence of FIDIC Conditions of Contract for Construction and summarizing the practical experience in last century acquired during the implementation of the construction contract, the essay puts forward specific suggestion in revising and perfecting the Sample of PRC's Civil Engineering Contracts for Construction of the necessity, purpose, train of thought and emendatory point etc. The basic contents and research achievements of the essay have the important realistic meaning and functions in perfecting the Sample of PRC's Civil Engineering Contracts, and pushing construction business in our country to develop healthily, in phase and steadily.

Key words: revise; Sample of Contract for Construction; suggestion