

何通胜 / 著

FIDIC合同条件风险负担条款 之比较研究



中国政法大学出版社

FIDIC合同条件风险负担条款

之比较研究

何通胜 / 著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

FIDIC 合同条件风险负担条款之比较研究/何通胜著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-5620-6534-0

I. ①F… II. ①何… III. ①合同—风险管理—对比研究—世界 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 294455 号

- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm × 1230mm 1/32 |
| 印 张 | 8 |
| 字 数 | 186 千字 |
| 版 次 | 2015 年 12 月第 1 版 |
| 印 次 | 2015 年 12 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 28.00 元 |

目 录

导 论 ... 001

一、本选题的研究意义 ... 001

二、本选题的研究进路 ... 006

第一章 FIDIC 合同条件与风险负担的基本理论 ... 011

第一节 传统合同法理论中的风险负担理论 ... 012

一、风险与风险负担的涵义 ... 012

二、风险负担的一般规则 ... 018

三、风险负担一般规则确立的理论依据 ... 025

第二节 FIDIC 合同条件与风险负担理论——对传统风险负担理论的反思 ... 028

一、风险的内涵——是否仅限于标的物毁损灭失之风险 ... 028

二、风险的情形——是否仅限于适用给付不能时 ... 032

三、风险的性质——是否仅限于价金风险 ... 034

四、风险的原因——是否仅限于不可归责于双方当事人的原因 ... 043

第三节	FIDIC 合同条件风险负担条款效力的正当性分析 ...	046
一、	FIDIC 合同条件风险负担的理论根据 ...	046
二、	FIDIC 合同条件所采用的风险负担理论 ...	055
第二章	新红皮书与新银皮书风险负担条款的比较研究 ...	061
第一节	异常现场条件所引起的工期与费用之风险负担 ...	061
一、	异常现场条件的界定 ...	062
二、	异常现场条件的实证分析 ...	071
三、	异常现场条件规定的争论 ...	077
四、	异常现场条件引起的工期与费用之风险负担 ...	082
第二节	不可归责于双方当事人的原因所致工程、货物等毁灭灭失的风险负担 ...	085
一、	一般规则 ...	086
二、	新红皮书与新银皮书第 17.3 款的具体分析 ...	090
三、	新红皮书与新银皮书关于风险负担条款差异原因的分析 ...	094
第三章	FIDIC 合同条件不可抗力条款比较研究 ...	103
第一节	FIDIC 合同条件不可抗力条款的演进 ...	104
第二节	不可抗力条款的效力 ...	110
第三节	不可抗力的构成要件——FIDIC 合同条件 ...	117
一、	第 19.1 条关于不可抗力概念所采用的学说或标准 ...	118
二、	不可抗力的构成要件 ...	120
三、	与 CISG (《联合国国际货物销售合同公约》)、PICC (《国际商事合同通则》) 和 PECL (《欧洲合同法原则》) 所规定的不可抗力构成要件的比较分析 ...	122

第四节 不可抗力与风险负担 ... 125

一、FIDIC 合同条件不可抗力条款与风险负担 ... 125

二、与英美法系不可抗力所致风险之负担规则的比较 ... 133

第四章 FIDIC 合同条件风险负担条款与大陆法系承揽

合同风险负担规则的比较研究 ... 139

第一节 承揽合同与买卖合同的区分标准 ... 139

一、德国法 ... 140

二、日本法 ... 143

三、我国台湾地区“民法” ... 146

第二节 定作物之风险负担规则与 FIDIC 合同条件风险负担

条款之比较 ... 152

一、大陆法系的规定 ... 152

二、与 FIDIC 合同条件所规定的定作物风险负担规则之

比较 ... 158

第五章 FIDIC 合同条件与 NEC 和 AIA 合同文本风险负担

条款的比较研究 ... 163

第一节 FIDIC 合同条件与 NEC 风险负担条款的比较研究 ... 164

第二节 FIDIC 合同条件与 AIA 风险负担条款的比较研究 ... 182

第六章 FIDIC 合同条件风险负担条款与我国法律及有关

示范文本风险负担的规定或条款的比较研究 ... 197

第一节 FIDIC 合同条件风险负担条款与我国法律建设工程

合同风险负担规则的比较研究 ... 198

一、承揽合同与建设工程合同 ... 198

二、建设工程合同的风险负担 ... 201

三、不可抗力与风险负担 ... 204

第二节 FIDIC 合同条件风险负担条款与我国《建设工程施工
合同（示范文本）》有关条款的比较研究 ... 209

一、异常现场条件所引起的工期与费用的风险负担 ... 210

二、不可抗力条款与风险负担 ... 227

参考文献 ... 244

一、本选题的研究意义

FIDIC 是国际咨询工程师联合会的法文缩写 (FEDERATION INTERNATIONALE DES INGENIEURS CONSEILS)。FIDIC 成立于 1913 年,最初的成员是欧洲境内的法国、比利时和瑞士 3 个国家的独立的咨询工程师协会。1949 年,英国土木工程师协会加入 FIDIC 成为正式代表,并于次年以东道主身份在伦敦主办 FIDIC 代表会议,一般历史学家将这次会议描述成当代国际咨询工程师联合会的诞生。1959 年,美国、南非、澳大利亚和加拿大也加入了联合会, FIDIC 从此打破了地域的划分,成了一个真正的国际性的非官方组织。现在, FIDIC 拥有来自全世界的 67 个国家会员。总部设在瑞士洛桑, 下设四个地区成员协会: 亚洲及太平洋地区成员协会 (ASPAC)、欧洲共同体成员 (CEDIC)、亚非洲成员协会集团 (CAMA)、北欧成员协会集团 (RINORD)。

1957 年 8 月, FIDIC 联合房屋建筑与公共工程联合会 (现在被称为欧洲国际建筑联合会, 简称“FIEC”), 编制了 FIDIC 的第一个建筑工程合同条件的范本——《土木工程施工 (国际) 合同条件》。该合同范本因其封面为红色而被称为第一版的“红皮书”。1969 年 FIDIC 编制和出版了第二版红皮书。第二版除增

加了用于疏浚和填土工程的专用条件，并将其作为第三部分外，在内容上没有变动。红皮书第二版出版时得到了亚洲与西太平洋承包商协会国际联合会的批准和认可，1973年重印时又得到了美国承包商总会和泛美建筑业联合会的批准和认可。1977年3月红皮书第三版问世，相比第二版作了重大修改。第三版正好呼应了20世纪70年代末到80年代后期发展中国家，尤其是中东和远东经济的高速增长。其得到了欧洲建筑业国际联合会、亚洲及西太平洋承包商协会国际联合会等多数国际建筑业组织的共同认可。至此，FIDIC《土木工程施工国际合同条件》已获得了国际上的广泛认同。只是到了20世纪末期，由于越来越多的争端通过仲裁得以最终解决，并且红皮书的条款也经过了在解读合同措辞方面有经验的律师逐一检查，对红皮书的批评才最终浮出水面。1987年FIDIC正式出版了红皮书第四版，题目去掉了国际一词，目的是让该合同范本不仅可以适用于国际建筑工程，而且也可以适用于国内建筑工程。有些修改是考虑到新的合同范本要适应普通法以外的其他法律体系的原则。FIDIC在1987年出版了第三版《电气与机械工程施工合同条件》（黄皮书）。1996年11月，FIDIC出版了题名为《1987年第四版：土木工程合同施工合同条件（1992年订正版）补遗》的文件。该补遗旨在针对红皮书中饱受争议的三个方面为用户提出相应的替代性做法，由此给予用户三个方面的选择权。1990年FIDIC出版了《业主/咨询工程师标准服务协议书》，俗称“白皮书”。其条款由国际咨询工程师联合会（FIDIC）编写，推荐用于投资前的调查和可行性研究、设计和施工管理及项目管理等服务。虽然条款的拟定是基于国际范围的服务，但同样适用于国内的情况。在1994年出版了《土木工程施工分包合同条件》，在1995年出版了《设计-建造与交钥匙合同条件》（桔

皮书)。

1999 年 10 月, FIDIC 正式出版了一套全新的合同条件, 与当时仍在使用的其他合同范本并存。新本系列合同包括以下四本: ①施工合同。它适用于业主负责设计的房建与其他类型工程的合同条件。包括通用条件与专用条件编制指南、投标书格式、合同协议书以及争端裁决协议书。俗称“新红皮书”。②生产设备及设计-建造合同。它适用于承包商负责设计的机电设备、建筑与其他类型工程的合同条件。包括通用条件与专用条件编制指南、投标书格式、合同协议书以及争端裁决协议书。俗称“新黄皮书”。③EPC 与交钥匙合同。即 EPC 交钥匙项目合同条件。包括通用条件与专用条件编制指南、投标书格式、合同协议书以及争端裁决协议书。俗称“新银皮书”。④简明合同格式。包括通用条件与专用条件编制指南、投标书格式、合同协议书以及争端裁决协议书。俗称“新绿皮书”。

2006 年 FIDIC 又对新红皮书的通用条款作了进一步修改, 发布了 FIDIC《施工合同条件》(多边开发银行协调版, 第二版), 凡涉及下述银行的贷款项目, 则一律采用他们最新修改的 FIDIC“新红皮书”的协调版本(MDB Harmonized Edition), 这些银行包括: 非洲开发银行(African Development Bank)、亚洲开发银行(Asian Development Bank)、黑海贸易与开发银行(Black Sea Trade and Development Bank)、加勒比开发银行(Caribbean Development Bank)、欧洲复兴与开发银行(European Bank for Reconstruction and Development)、泛美开发银行(Inter-American Development Bank)、国际复兴与开发银行(International Bank for Reconstruction and Development)、伊斯兰开发银行(Islamic Development Bank)、北欧发展基金(Nordic Devel-



opment Bank) [1]。在 2007 年 9 月, FIDIC 出版了《设计 - 建造 - 运营 (DBO) 合同》(金皮书) 测试版, 这是一个新的分野, 尽管设计 - 建造因素已经放进了 1999 年版, 但是涉及运营的条款则是全新的, 它要求对风险和保险有不同的安排。金皮书第一版在 2008 年正式出版。

中国工程咨询协会在 1996 年加入 FIDIC 组织, 鲁布革、三峡、小浪底、二滩、万家寨等国内工程已经采用 FIDIC 合同条件进行管理。在我国, 凡亚洲银行贷款项目, 全文采用第四版红皮书 1992 年修订版的通用条件; 世界银行贷款项目, 根据财政部 1997 年 5 月正式出版发行的各类“世行贷款项目招标文件范本”中的土建工程国际竞争性招标文件所列内容, 合同通用条件部分亦全文采用红皮书 1992 年修订版 [2]。

随着我国加入 WTO 和改革开放的不断深入, 一方面, 我国的建筑市场已为国际社会日趋关注, 大量的境外投资者加大了对华投资力度, 使得国内涉外建筑工程项目不断增加; 同时, 国外的知名建筑公司亦纷纷涉足国内的建筑工程项目的施工承包业务。另一方面, 我国的一些大型国有建筑公司亦走向国门, 在非洲、阿拉伯海湾国家等承建了许多大型项目。从 1980 年我国开始走向国门进行工程承包至今, 我国对外工程承包合同额的年均增长率达到 35.11%, 截至 2008 年底, 我国对外承包工程累计完成营业额 2630 亿美元, 签订合同额 4341 亿美元, 我国已经成为全球十大国际工程建设服务出口国之一 [3]。在这些涉外建筑工程实践中, 境内外投资者或承包商往往会采用被称为“土木工程合

[1] 何伯森主编:《工程项目管理的国际惯例》, 中国建筑工业出版社 2007 年版, 第 176 页。

[2] 李武伦:《建设合同管理与索赔》, 黄河水利出版社 2003 年版, 第 6 页。

[3] 王秉乾、谭敬慧:《英国建设工程法》, 法律出版社 2010 年版, 第 1 页。

同圣经”的国际咨询工程师联合会编制的 FIDIC 系列合同文本。

然从建设工程的实践来看,建设工程项目对众多的风险因素与风险都非常敏感,因而工程建设业历来被称之为“风险事业”,尤其是大型工程项目。根据国际商事仲裁的争议裁决汇总报告、英国健康与安全办公室的工作事故调查报告,以及慕尼黑再保险公司和瑞士再保险公司关于自然灾害发生的统计报告,建设工程项目对风险的敏感性主要是由建设工程项目固有的特性决定的。建造工程中易产生风险的原因如下:①建设工程项目的规划、调查、设计、施工、竣工所需要的时间跨度非常大,常常超过项目面临的许多风险因素再次发生的循环周期。例如,降雨这一风险因素的循环周期一般是一年,具体时间是由雨季决定的。因此,与降雨相关的项目风险就需要根据项目建设工期来进行评价与管理。②在工程的起始、设想、规划、融资、设计、材料设备供应、施工、管理监理、试运行以及修复缺陷整个过程中参与的人数众多,人们来自不同的社会阶层,在国际工程中,又来自不同的国家和不同的文化背景。③许多土木工程项目在建设场地偏远封闭,环境恶劣,有时空间跨度巨大,因此面临着不可预测其强度、发生频率以及循环周期的自然风险。④选择使用的材料通常包括那些性能与强度都还没有得到实践验证的新产品。先进复杂的技术在某些建设工程项目上也十分必要。⑤项目参与方众多,包括供货商、厂家、分包商以及承包商等,各方之间相互联系、相互影响,彼此又都有各自不同的任务与目标。⑥项目参与方以及其他相关方或咨询方的行为极容易带来风险,建设工程项目也极容易遭受其害^[1]。

[1] [英] 尼尔 G. 巴尼:《FIDIC 系列工程合同范本——编制原理与应用指南》,张水波等译,中国建筑工业出版社 2008 年版,第 69 页;邱闯:《国际工程合同原理与实务》,中国建筑工业出版社 2002 年版,第 255 页。



为了预防风险的发生和公平分担风险，FIDIC 合同条件专门设置了风险负担条款。风险负担条款在 FIDIC 合同条件中处于核心地位，甚至可以说 FIDIC 合同条件“是基于业主与承包商之间的风险分担起草的”^{〔1〕}。因此，本书对 FIDIC 合同条件风险负担条款加以比较研究，无疑具有十分重要的理论与实践意义。

二、本选题的研究进路

本书第一部分，主要是在结合建设工程合同特殊性的基础上，就传统合同法理论中以买卖合同为中心构建的风险负担理论进行了检讨与反思。传统风险负担理论认为，风险的内涵为标的物的毁损与灭失，此种理论适用于买卖合同自无问题，然对于根本无标的物的双务合同而言，如雇佣或劳动合同、技术开发合同等，因根本无所谓标的物的毁损、灭失问题，自无适用的余地。即使对于有标的物的其他双务合同，如承揽合同而言，适用起来亦有问题，因为其还有定作人或承揽人提供的材料的意外毁损灭失问题。对建设工程合同而言，更有工期延长和（或）费用增加的风险问题；传统风险负担理论认为，风险的情形仅限于适用给付不能时。就买卖合同而言，标的物的毁损灭失自可产生给付不能的问题。如其是因不可归责于双方当事人的原因所致，自会发生风险负担问题。然对于 FIDIC 合同等建设合同而言，作为标的物的建设工程因不可归责于双方当事人的原因毁损灭失，自因给付不能而发生风险负担问题。然即使发生了不可归责于双方当事人的原因，且其并未致标的物

〔1〕〔英〕尼尔 G. 巴尼：《FIDIC 系列工程合同范本——编制原理与应用指南》，张水波等译，中国建筑工业出版社 2008 年版，第 77 页。

毁损灭失，但却发生了“误工”问题，误工损失或费用的承担亦属于风险负担问题；传统风险负担理论认为，风险的性质为价金风险，此种理论适用于买卖合同亦自无问题。然对于其他双务合同而言，不仅其无所谓价金，而且其存续上的牵连性也有不同于买卖合同的特点。对于承揽合同而言，因为在工作完成前或工作完成后交付前，因不可归责于双方当事人的事由致使半成品或成品毁损灭失的，如果不构成履行不能时，承揽人仍然难以免除其应完成工作的债务，并且不能因此取得请求报酬加价的权利，即承揽人不仅应承担报酬风险，还应承担给付风险；传统民法理论通说认为，风险的原因应仅限于不可归责于双方当事人的原因。然依新银皮书，即使因雇主的过失而使其向承包商提供的现场数据资料不具备准确性、充分性和完整性，雇主对此亦不承担任何责任，由此导致的一切风险均由承包商承担。

本书第二部分，鉴于在 1999FIDIC 合同条件中，新红皮书、新黄皮书、新绿皮书风险负担条款几近相同，而新银皮书的风险负担条款则独具特色，故特就新红皮书与新银皮书的风险负担条款进行了比较研究。认为尽管新红皮书和新银皮书对此采取完全不同的政策，即前者规定对于不可预见的异常现场条件，其风险应由雇主承担，否则，应由承包商承担；而后者则规定一概由承包商承担风险。也尽管许多学者对新银皮书的此种规定持批评的意见，认为其所采取的“亲雇主方”的态度对承包商而言有失公平。但是，FIDIC 却仍坚持自己的做法。究其原因在于，随着建设工程形式的发展，尤其是诸如 BOT（建设 - 运营 - 移交）等新型建筑工程合同形式的出现，私人融资的出借人通常属风险厌恶型，其要求项目在财务方面具有可行性，并且对于所提供的融资要尽可能的有一个可靠的回报，哪怕一个



将大部分风险都分配给承包商的固定价格的总价合同意味着业主将为项目的建设支付更高的费用，而 FIDIC 合同条件之银皮书正好满足了此种需求。

本书第三部分，鉴于不可抗力往往是导致风险的主要原因，而 1999FIDIC 合同条件全面引进了不可抗力条款，因此对 FIDIC 合同条件不可抗力条款进行了比较研究。在探讨 1999FIDIC 合同条件全面引进不可抗力条款必要性的基础上，通过与《国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》有关规定的比较研究，认为 1999FIDIC 合同条件对不可抗力与其构成要件的界定是科学合理的。在分析 FIDIC 合同条件下不可抗力所致风险之负担基础上，通过与英美法系的比较，认为 FIDIC 合同条件的规定不仅更具操作性，而且更公平合理。由于 FIDIC 合同条件中的“专用条件”第 19 条〔不可抗力〕规定：“在招标前，雇主应核实本条措辞与管辖合同的法律不相矛盾。”这说明不可抗力条款的效力取决于管辖合同的法律关于不可抗力制度的规定是强制性的规定还是任意性的规定，故对不可抗力条款的效力进行了专门探讨。

本书第四部分，鉴于在大陆法系国家或地区的民法典中，除我国《合同法》将建设工程合同从承揽合同中分离出来作为一个独立的有名合同加以规定外，绝大多数是将其纳入承揽合同之中。然而由于在现实生活中常有承揽人提供材料之情形，尤其是在所谓“建筑承揽”中承揽人包工包料的情况已为常态，这就使区分承揽合同与买卖合同变为困难。本部分在比较分析德国、日本和我国台湾地区关于承揽合同与买卖合同区分标准的基础上，对 1999FIDIC 合同条件风险负担条款与大陆法系承揽合同的风险负担规则进行了比较研究，认为大陆法系所采取的由“被击中者承担风险”的规则，即由承揽人承担风险的规

则，在承揽业尤其是建筑业得到空前发展而使承揽人包工包料成为常态的今天，对承揽人太过苛刻。也可能正因为如此，德、日等国通过制定建设工程合同的标准合同或示范文本，在借鉴 FIDIC 合同条件经验的基础上，对大陆法系承揽合同的风险负担规则进行了修正。

本书第五部分，鉴于 NEC 和 AIA 合同文本亦是国际上比较常用的建设工程合同文本，在我国的建筑工程实践中也已使用了这些合同文本，故对 FIDIC 合同条件与 NEC 和 AIA 合同文本风险负担条款进行了比较研究。虽然 FIDIC 合同条件采取的是综合因素决定风险分配说，而 NEC 合同文本采取的是可管理性风险分配说，但 NEC 合同文本首先引入了“合伙合作”的管理思想，建立了早期风险预警制度，力图把雇主与承包商的争端降到最低。它以促进良好的工程管理作为合同的重要目标，建立起了一种合作即收益，不合作即受罚的约束机制，使雇主和承包商在问题产生伊始即为找出解决问题的路径而积极协作，而非互相指责对方的错误，以期通过索要额外付款而获利，这无疑对项目是有益的。在国际舞台上，FIDIC 合同文本与 NEC 合同文本展开了日渐明显的竞争；AIA 合同文本虽采法经济学风险分配说，没有专门规定不可抗力，而是将其风险放在由业主投保的财产险的规定中，但这也是完全可行的，因为不可抗力造成的后果，无论是由承包商承担还是业主承担，都需要通过保险来最终处理。

本书第六部分，鉴于 FIDIC 合同条件已在我国的建设工程项目和我国建筑企业在国外承建的建设工程项目中得到运用，加之，我国住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局为规范建筑市场秩序，指导建设工程施工合同当事人的签约行为，维护建设工程施工合同当事人的合法权益，在借鉴 FIDIC 合同条



件的基础上制定了《建设工程合同（示范文本）》，就 FIDIC 合同条件风险负担条款与我国现行法律和示范文本的有关规定进行了比较研究。认为我国现行法律和示范文本的有关规定均值得进一步完善，并在比较分析的基础上，提出了修改或完善的意见。