

A COMPARATIVE STUDY
ON STANDARD BUILDING CONTRACT

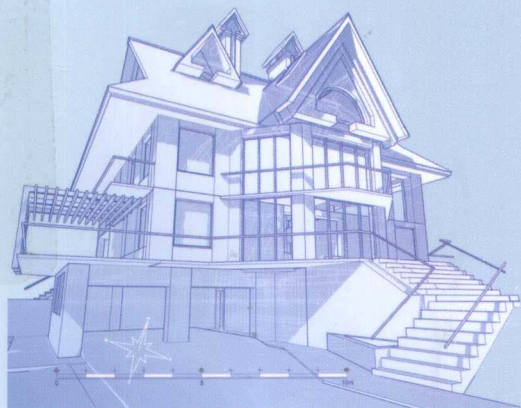
In the Perspective of China and England



标准建筑合同比较研究

——以中英为视角

欧海燕 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

**A COMPARATIVE STUDY
ON STANDARD BUILDING CONTRACT**



In the Perspective of China and England

标准建筑合同比较研究

——以中英为视角

欧海燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律门
Access To

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

标准建筑合同比较研究:以中英为视角 / 欧海燕著.
—北京:法律出版社,2010.2
ISBN 978-7-5118-0175-3

I. ①标… II. ①欧… III. ①建筑工程—经济合同—
管理—对比研究—中国、英国 IV. ①TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 217389 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/肖逢伟	装帧设计/段 非
出版/法律出版社	编辑统筹/法律出版社上海出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/9.5 字数/221 千
版本/2010 年 5 月第 1 版	印次/2010 年 5 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
	重庆分公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
	深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978-7-5118-0175-3	定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

虽然每日公务缠身难以坐下来,但我还是欣然答应为欧海燕同志的新书作序。小欧是我院的年轻法官,办案任务繁重,她似乎更可以堂而皇之地“坐不下来”,但她不仅坐下来了,而且扎扎实实地出了成果,她的努力理应得到积极的回应和热情的支持。

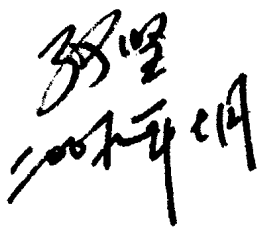
法律的生命既在于“逻辑”,又在于“经验”。作为法律的执行者,法官必须有以深厚的法学修养为根本的“逻辑”,必须有从足够的司法阅历积累而来的司法经验,并能自如地以“逻辑”驾驭经验,又以经验不断完善提升“逻辑”。只有兼备上述素质与本领,才能成为一名优秀的法官。我们惊喜地发现,我院一批年轻法官正在开拓一条向优秀法官迈进的道路:他们已经获得了硕士、博士学位,但其研究工作却从未停止。作为法官,他们可以充分了解实践中的法;作为研究生,他们知道如何通过每天的工作为学术研究添砖加瓦,从而有效地将理论研究和实践工作联系起来。小欧应该可以称得上他们的代表之一。

目前,涉外案件在全球化背景下成倍增长,如何提高这类案件的审判效率?如何在中国现实的司法环境、法律条件下适用如世贸组织规则等各种国际公约、条约、协定、规则?如何平等保护中外当事人的合法权益、正确处理维护国家利益与建立自身应有的国际形象的关系?这一切是他们天天面临的工作项

目,同时又是他们时时在意的研究课题。

这本书由小欧的博士论文修改而成,其研究对象是国际标准建筑合同。越来越多的行业因国际化趋势已经或正在形成自己全球统一的操作模式和操作规则,这其中突出的就有国际标准建筑合同。而我国的建筑行业对这种标准合同知之甚少,自身旧有的模式、规则不甘退出历史舞台而常常出来作梗,难免纠纷不断。对建筑行业有着陌生隔膜的法官,遇到类似案件显得不那么理直气壮、得心应手。本书在阐述国际标准建筑合同的同时,又对建筑领域许多极具专业性的法律问题和我国与国际标准建筑合同相抵触的种种规则习惯,进行了深入的剖析,试图为建筑行业及我们有关的审判工作与国际接轨开启一条便捷的通道。以我的孤陋寡闻,关于建筑法的研究好像还在初级阶段,这本书应该是一部填补空白之作,其独特的研究方法也很有开创性。书中引用了大量欧美案例,以便我们借鉴和吸收发达国家审理建筑合同纠纷案件的直接经验。小欧还就如何完善我国的标准合同提出了自己的建议,不乏善陈。

以上就算是我的序吧。

Handwritten signature in black ink, appearing to read '小欧' (Xiao Ou) followed by a date '2004年1月' (January 2004).

序 二

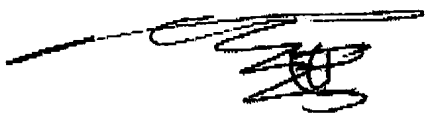
现代商人法的产生及迅猛发展是现代法律发展的一个重要现象。如同中世纪地中海沿岸的商人一样,现代国际商业社会也迫切需要一种跨越各国法律差异的统一规则。早在1957年,施米托夫教授在赫尔辛基大学演讲时就曾指出,“我们正在开始重新发现商法的国际性,国际法—国内法—国际法这个发展圈子已经自行完成;各地商法的总趋势是摆脱国内法的限制,朝着普遍性和国际性的国际贸易法的方向发展”。当人类社会发展到21世纪,现代商人法已经具有了非常丰富的内容。参与国际商业交易的公司、企业和个人都应该去学习和遵守这些规则,处理国际商业法律纠纷的法官、仲裁员、律师以及相关专家和学者更是应该去熟悉和研究这些规则。

欧海燕博士所著的《标准建筑合同比较研究——以中英为视角》一书,系在我国著名法学家韩德培先生的悉心指导下,在其博士学位论文的基础上修订而成,是其研究建筑业界现代商人法的成果之一。大家知道,标准合同在建筑市场占据中心地位;它们反映这个行业的法律法规和惯例,规范了当事人的权利和义务,分配了风险,决定了建设模式,引导着建筑市场的发展方向。英国是现代建筑标准合同的发源地,其制定的标准合同常常走出国门,成为国际建筑项目经常使用的合同文本。而且,就目前的情况而言,国际咨询工程师联合会、世界银行等国际组

织制定和使用的招投标文件与标准合同,以及其他的一些常用于国际建筑项目的标准合同大都源自英美法,或与英美法有很深的渊源。所以,要研究建筑行业的国际惯例或通用规则,就必须研究英美法,尤其是英国的标准合同及相关判例。

英国联合合同委员会(JCT)制定的标准合同是当前跨国建筑行业中典型的标准合同文本之一。作者在本书中对 JCT 于 1998 年制定的标准合同(JCT98)及相关案例进行了非常详尽的论述,而且还对我国香港和内地的标准建筑合同与 JCT 标准合同(JCT98)进行了十分细致的比较研究。这是一本中国内地学者从法学角度较为系统地、专门地研究标准建筑合同及 JCT 标准合同的著作。不久前,上海市第二中级人民法院处理了全国首例涉及 JCT 标准合同的案例。相信今后此类案例会越来越多。可以想见,这本书是具有十分重要的实践价值的,对法官、仲裁员、律师等法律工作者和承包商、建筑师、监理工程师等建筑业从业人员均有较大的参考意义。

建筑合同法是一个非常宽广、深厚的领域,我国法学界在这方面的研究还属于起步阶段。本书作者的研究也可以说是“小荷才露尖尖角”。希望本书作者能够在博士学位论文研究的基础上,不间断地加深对这个领域中理论和实践问题的研究,更上一层楼!同时,也希望她作为韩德培先生的学生,能够以光大先生之学为己任,勤学敏思,学以致用,成为一名优秀的学者型法官!



2009 年 8 月 26 日于北京蓟门桥南

前 言

一、研究标准建筑合同的意义与目的

标准合同在建筑领域,尤其是国际建筑领域相当重要,这与建筑业本身的特点有关。作为一个复杂、高风险、耗时长、涉及金额巨大的产业,它非常需要一种一致的行动模式。不同于金融、知识产权等领域,建筑业对这种一致性的反应不是制定多边公约,亦非编撰国际建筑法,而是不断采用某些国际国内组织制定的标准建筑合同。

英国是建筑服务输出大国,也是标准合同及法律的输出大国。英国建筑业具有强大的国际竞争力,这一方面表现为该国一些大建筑企业 20% ~ 40% 的利润都来自其海外业务,另一方面则体现为英国标准建筑合同具有非常巨大的世界影响力。英国土木工程师协会(Institute of Civil Engineering, ICE)制定的标准土木工程合同是世界咨询工程师协会(FIDIC)制定的标准合同的蓝本,而后者现已被世界银行作为其贷款项目的“御用”合同,其相关规定被业界视为“国际惯例”。英国联合合同委员会(Joint Contract Tribunal, JCT)则是专门致力于制定标准房屋建筑合同的机构,其标准合同系列也得到了世界范围内的认可和使用。我国北京、上海、广州、重庆等地的项目中就曾使用过 JCT 合同。这些标准合同因不断被采用而逐步完善,虽并非毫

无问题,但在现代商业实践全球化的影响下,其代表的规则 and 理念已在全球范围内得到了广泛的传播和接受,在国际建筑法领域占据主要地位。

建筑业是我国的支柱产业。但建筑市场的核心与基础——建筑合同,无论在理论上还是在实践中,均未得到足够重视。其主要表现有两点:

第一,建筑业界未真正建立起合同意识,反而形成了一种“概算原则控制,变更洽商秋后算账,预算超概算,决算超预算,工程拖期司空见惯,解决纠纷靠行政”的怪现象。这不仅使国内建筑纠纷频发,也使中国承包商在国外蒙受巨大损失。在国内,在各级法院受理的民商事案件中,建筑纠纷案件占到很大比例;在国外,一位英籍咨询工程师向其业主提供的一份《竣工报告》所反映的情况很能说明中国承包商在国际建筑活动中的现状,“中国承包商似乎给当地市场带来了一股新鲜空气,他们只关心工程本身,缺乏合同、工程法知识,合同观念淡漠,可能附加成本巨大,却又不进行有力的索赔,同时确实具有实施任何一个项目的财力和实力,这对业主确实是最佳选择”。

第二,有关建筑法及建筑合同的研究不景气。对某一经济领域中相关法律问题进行研究的广度与深度,往往与该行业对法律的需求度有关,也与行业发展的方式有关。与金融、贸易、投资等领域不同,我国建筑业由于具有很强的封闭性以及很深的计划经济痕迹,所以受外来法律及管理思想的冲击较少,对法律的需求也较小。反映到理论研究上,就是我国建筑法学的基本体系尚未建立起来,研究建筑法的力量较薄弱,成果较少。目前有一定数量的书籍与论文研究国际标准建筑合同,这些书籍和论文的作者一般为工程技术管理人员,侧重于介绍国际工程合同管理,这无疑极大地促进了工程管理水平,但存在若干局限:(1)工程性内容多,法律性内容少;(2)缺少对合同条款法律

意义的推敲以及对默示权利义务的介绍和论述;(3)缺少对判例的研究。

本书在中英标准建筑合同之间进行比较研究,试图实现三个目的:其一,寻求更有利于我国建筑产业发展的标准合同。其二,从英国审理建筑合同纠纷的实践中学习经验。英国法院系统内设有专门的建筑法庭,具有丰富的审理经验。其判例不仅频频被仲裁庭援用,也常常用在合同索赔和替代争议解决程序中。英国法常被国际建筑合同的当事人选择为准据法,即使双方均非英国人。其三,准确理解英国标准建筑合同的规定。我国建筑企业要参与国际竞争,必然涉及正确理解和执行合同的问题。目前大中型的国际建筑项目几乎没有不用标准合同的,而这些标准合同又均与英国标准合同和英国建筑合同判例有着千丝万缕的联系。所以,学习英国标准建筑合同有助于我们理解这个行业的国际游戏规则。

二、研究方法 with 主要结构

本书无意逐条解释合同条款,而是选择建筑合同中的几个重要问题,以这些问题为中心进行宏观与微观的比较和分析,意图最终能够从制度的总体设计与具体条款的规定两个角度,对我国标准建筑合同存在的问题及改进的方向提出若干参考意见。比较方法是本书的基本研究方法。

本书将尽可能多地援引案例来说明英国标准建筑合同条款的准确含义。案例分析也将成为本书重要的研究方法。

本书还会介绍中英标准建筑合同发展的历史脉络,进而对现状进行分析。所以历史的研究方法也是本书的重要研究方法之一。

全书共八章:

第一章是建筑合同概论。鉴于目前国内没有系统的建筑法专著和教材,本章将对建筑、建筑法和建筑合同进行总体性介绍。在建筑的背景下谈建筑法,在建筑法的背景下谈建筑合同,给后文的比较研究提供学科意义上的背景,并界定研究范围。

第二章是建筑项目的参加人。建筑合同最大的特点是,非合同当事人的第三方(如建筑师、物料测量师等)对合同履行的影响非常大。本章在对建设项目参加人进行综合性介绍后,将对业主、承包商、建筑师、物料测量师、工地总管的权利与义务进行细致的论述和比较。

第三章是工程开工与竣工。工期是从承包商进场开工为始,到竣工为止的。进场的时间、程度和范围常常会成为争议的源泉。在施工进行的各个阶段,建筑师亦会根据合同发出各种具有法律意义的证书。

第四章是迟延、延期与约定赔偿金。按约定日期竣工是承包商的主要义务,但在漫长的施工过程中,各种原因都会导致迟延。并非所有的迟延事件都能赋予承包商获得延期的权利。承包商只有在那些业主应该负责的,或无法归因于任何一方的中性事件中才能要求延期。如果承包商在调整后的竣工日期仍未竣工,承包商应向业主支付约定赔偿金。

第五章是工程款的支付。支付是业主的主要义务,获得支付是承包商的主要权利,因此支付是建筑合同的核心问题之一。

第六章是工程变更。变更是建筑法上的一个专业概念,是业主根据合同条款对工程的设计、质量、数量等进行改变的一种行为。变更权对业主非常重要。

第七章是建筑合同索赔。建筑索赔已经成为一个非常醒目的新兴学科。本章讨论的是建筑合同索赔。与一般索赔不同,这是在建筑合同内设立的一种迅速处理索赔问题的机制。

第八章是建筑合同争端解决机制。建筑业是公认的充满争

议的行业,同时也是孕育 ADR 的温床。JCT98 设计的争端解决机制的最大特点是引入了“裁决”方式。香港 2005 年标准建筑合同设计的指定代表程序也很有特点。

最后是结论——制定能够促进我国建筑业健康发展的标准合同。总结了我国标准建筑合同存在的主要问题,并对其其中的一些具体条款提出了修改意见。

目录 / CONTENTS

前言	1
第一章 建筑合同概论	1
第一节 建筑、建筑法、建筑合同	1
一、建筑、建筑的传统组织模式及变革	1
二、建筑法与建筑合同	8
第二节 建筑合同的成立	16
一、招标与投标	16
二、意向书的法律效力问题	20
三、建筑合同文件	21
第三节 英国、中国内地与香港标准建筑合同发展概况	24
一、英国标准建筑合同发展概况	24
二、中国内地与香港标准建筑合同发展概况	34
第二章 建筑项目的参加人	38
第一节 建筑项目的参加人	38
第二节 业主和承包商的主要权利与义务	42
一、业主的义务	42
二、承包商的主要权利与义务	44
第三节 建筑师的主要权利与义务	63
一、建筑师概述	63

二、JCT98 对建筑师角色的界定	66
三、GF - 1999 - 0201 对监理工程师的界定	77
第四节 物料测量师与工地总管的权利和义务	84
一、物料测量师	84
二、工地总管	85
第三章 工程开工与竣工	88
第一节 开工	88
一、进场概述	88
二、进场日期	89
三、推迟进场	90
四、承包商正常地、勤奋地施工的义务	92
五、GF - 1999 - 0201 的相关规定	93
第二节 竣工	94
一、概述	94
二、竣工日期与实际竣工证书	95
三、实际竣工之含义	97
四、未竣工证书	101
五、GF - 1999 - 0201 的有关规定	102
第三节 缺陷责任期	104
一、缺陷责任期之含义	104
二、JCT98 有关缺陷修复的规定	105
三、缺陷修复证书	109
四、缺陷责任期结束后出现的缺陷	109
五、GF - 1999 - 0201 的相关规定	110
第四节 最后结算	113
一、对合同金额的最终调整	113
二、最后证书的确定证据功能	115

三、最后证书的法律效果	116	四
四、否定最后证书决定性效力的途径	119	四
五、GF - 1999 - 0201 的相关规定	120	
第四章 迟延、延期与约定赔偿金	123	
第一节 概述	123	
第二节 迟延与延期	125	
一、延期条款之功用	125	
二、给予延期的程序	126	
三、JCT98 中可给予延期的迟延原因	130	
四、对“相关事件”的解释	132	
五、申请损失和/或支出	139	
第三节 迟延与约定赔偿金	140	
一、建筑合同中纳入约定赔偿金条款之缘由	140	
二、约定赔偿金之本质	143	
三、获赔约定赔偿金后,是否可以就实际损失起诉	147	
四、JCT98 中适用约定赔偿金条款之条件	149	
第四节 香港与内地标准合同的相关规定	152	
一、香港标准合同的相关规定	152	
二、GF - 1999 - 0201 的规定	153	
第五章 工程款的支付	155	
第一节 概述	155	
第二节 JCT98 的支付条款	157	
一、中期证书以及承包商因业主未支付而暂停履行合 同的权利	157	
二、中期证书中应签证的金额	159	
三、场外原料的估价规则	160	

四、确定及处理保留金的规则	164
五、建筑师疏忽签证中期证书的责任	167
第三节 GF-1999-0201 有关支付的规定	168
第六章 工程变更	172
第一节 工程变更概述	172
一、变更之含义	172
二、设立变更条款之原因	173
三、JCT98 对变更的界定	175
四、中国香港和内地标准建筑合同对变更的界定	176
第二节 建筑师发出变更命令之权利与承包商反对变更命令之权利	178
一、建筑师发出变更命令之权利	178
二、承包商反对变更命令之权利	179
三、建筑师批准变更的权利	181
四、香港与内地标准建筑合同的相关规定	182
第三节 变更的估价方法	185
一、变更之估价方法及 JCT98 的选择	185
二、方案 A: 承包商提交价格陈述(第 13.4.1.2 条)	186
三、方案 B: 物料测量师测量(第 13.4.1.2 条)	189
四、方案 C: 13A 报价	191
五、内地与香港标准建筑合同规定的变更估价规则	196
第七章 建筑合同索赔	202
第一节 概述	202
一、索赔的概念	202
二、合同索赔与普通索赔之异同	205
三、索赔的一般原则	207

第二节 JCT98 下的合同索赔	208
一、合同索赔程序	208
二、合同索赔事项	211
三、索赔与延期的相关性	214
第三节 内地与香港标准建筑合同下的索赔	215
一、香港标准建筑合同的索赔条款	215
二、GF - 1999 - 0201 的索赔条款	218
 第八章 建筑合同争端解决机制	 221
第一节 概述	221
第二节 JCT98 设计的争端解决机制	223
一、裁决	224
二、仲裁	228
三、诉讼	233
四、评价	235
第三节 香港标准建筑合同设计的争端解决机制	236
一、1968 年《香港建筑合同之协议及条件(私人版本附 具体数量)》	236
二、2005 年《香港建筑合同之协议及条件(私人版本附 具体数量)》	238
三、评价	241
第四节 GF - 1999 - 0201 规定的争端解决方式	242
一、基本内容	242
二、评价	243
 结论 制定能够促进我国建筑业健康发展的标准合同	 245
第一节 GF - 1999 - 0201 存在的主要问题	245
一、专用条款过多,通用条款形同虚设	245
二、通用条款线条太粗,不能有效达到“通用”目的	246