



Expressive Techniques and Text Interpretation of

**CONTRACT FOR
CONSTRUCTION PROJECTS**

**建设工程
施工合同**
表达技术与文本解读

王建东 杨国锋 ◎著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

Expressive Techniques and Text Interpretation of
**CONTRACT FOR
CONSTRUCTION PROJECTS**

建设工程 施工合同

表达技术与文本解读

王建东 杨国锋 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同:表达技术与文本解读 / 王建东,杨国锋
著. —北京:法律出版社, 2016. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9201 - 0

I. ①建… II. ①王…②杨… III. ①建筑工程—工程施工—
经济合同 IV. ①TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 040113 号

建设工程施工合同:

表达技术与文本解读
王建东 杨国锋 著

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 李 群
责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 35.25
字数 590 千
版本 2016 年 8 月第 1 版
印次 2016 年 8 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9201 - 0

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

P序 reface

都说国际工程行业的惯例是中标靠低价,赚钱靠索赔。但至今为止,它并没有成为中国施工行业的惯例。我们难得一见靠索赔赚钱的工程项目,更没有什么靠索赔发展的建筑企业,倒是常见靠低于“成本价”中标的项目。作为从事建设工程法律服务的专业人士,我们应该思考的是:原因在哪里?索赔靠什么?我们又应该做什么?

(一)

2015年岁末,我在“东辰鲁班法律茶座”微信众公号上写了篇新年献辞:《展望新年——建筑业的春天还远吗?》,其中有一段充满理想主义色彩的文字:“冬天终将过去,春天必将到来,这是不可抗拒的自然规律。从古代到现代再到未来,文明不断发展,科技日益进步,但人类衣食物住行的基本需求未变,改变的只是不断提升的品质需求。如此看来,建筑业永远是一个为我们创造美好家园的朝阳产业!”其实,在这段豪情满怀文字的背后,有着对建筑业现状的担忧。自2012年始,我国房地产市场逐渐趋冷,商品房销售疲软,许多城市,特别是三四线城市存量房数量巨大,房地产投资呈明显下滑趋势。在此背景下,处于产业链下端的建筑企业日子自然难过。建设单位拖欠工程款愈演愈烈,一些项目被迫停建缓建,建筑企业新接业务量和完成产值大幅下降,一些建筑企业因资金困难使生产经营难以为继,更有甚者很可能难以熬过这个寒冷的“冬天”。

从长远看,由房地产不景气带来的建筑业“冬天”毕竟是短暂的,它将随着经济形势的趋暖,房地产市场走出低谷,由萧条的“冬天”迈向万物复苏的“春天”。但根本性问题是,当前建筑业所面临的形势,恐怕不是四季转换那样单纯。一定意义上说,这个传统行业正面临着极为严峻的困境和挑战,必将迎来一场前所未有的变革。改革开放以来,我国一直处于基本建设高潮期,固定资产投资是拉动GDP增长

的主要马车。然而,过度投资会造成重复建设,导致产能过剩,资源浪费,副作用也是十分明显的。实践已经证明,依靠固定资产投资的发展模式是不可持续的,事实上依靠大规模投资的发展模式已成为过去式。随着基本建设高潮的退去,过去那种靠大肆扩张,大铺摊子,广种薄收,追求规模效益的经营模式,必然被市场所淘汰,建筑业必然从追求规模效益向追求质量效益过渡与转型,这是未来建筑业生存和发展的唯一选择。

随着基本建设高潮期的过去,工程业务量总体下降,“僧多粥少”的建筑市场的竞争还将进一步加剧,而竞争的结果必然是建筑业利润的进一步下滑。为了治理建筑市场的混乱现象,确保建设工程项目的质量安全,近年来国家强化了对建筑市场的监管力度,无论是健全工程质量监督和监理机制,还是切实提高从业人员素质,各项措施都要求建筑企业加大投入。更为直接的是,建筑行业是劳动密集型行业,劳动力成本的增加使建筑业成本大幅上升,整个行业的利润率大幅下跌。另外,建筑业也是环境代价非常大的行业,以牺牲环境谋求发展的时代已经结束,以后建筑业在环境保护方面的成本也必然增加。种种因素的叠加,建筑业无疑已经步入了微利时代。

由规模效益向质量效益转型的建筑业,要在微利时代求生存谋发展,必须从粗放型管理转向精细型管理。如何向质量要效益,如何在高企的成本中获利,当然需要多方面的努力,如依靠科技进步,采用新技术、新工艺,都是必不可少的手段。但从根本上说,改变过去的粗放型管理方式,代之以精细型、现代化的管理方式,最大限度地减少浪费,节约资源,降低成本,提高效率,是建筑业在微利时代发展壮大的必由之路。

(二)

建筑业转型升级势在必行,精细化管理既是转型升级的内涵之一,也是所有转型升级的基本保障,没有精细化的管理,其他任何所谓转型升级都可能落空。作为服务于建筑企业的法律人,无论是建筑企业的法务工作者,还是专业从事建设工程法律事务的社会律师,无疑都要适应建筑业转型升级的需求,法律服务本身也必须向精细化服务转型。

毋庸讳言,建筑业法律服务就总体而言在相当长的时间里也是粗放型的,尽管这里有我们的种种苦衷。我的助理曾经为一家建筑企业审查施工合同,他做得非常认真仔细,也很专业到位,对每一份合同进行逐字逐句审查,并且提出详细的书

面意见,标明合同的风险点,还明确了修改方案。但结果是“吃力不讨好”,项目经理说:“你们是纸上谈兵,这样修改合同,我们生意还做不做?”分管领导说,“你们做得很辛苦,但建筑市场是甲方市场,我们没有发言权。”最后,这家公司的所谓合同审查又回归老路,每个环节签个字,走了个流程,转了一圈,就算合同审查通过了,而这种流于形式的合同评审在建筑企业绝非个别现象。其实,尽管建设单位处于强势地位,但建筑企业在招标投标、谈判签约阶段并非无可作为,通过据理力争达成权利义务基本均衡的合同不在少数,有些审查意见尽管未被合同采纳,但也可作为履约过程的重要风险提示。而且,从合同评审的目的看,否定风险巨大的合同,也是防范法律风险的正常结果之一。

建筑业法律服务常见的现象是,建筑企业的法务工作者任务都十分繁重,工作压力很大,非常辛苦,从风险防范到事后救济,无不亲力亲为。从事建设工程类案件诉讼的律师,面对的案件难度,无论是证据的收集分析,事实的辨别认定,还是法律适用的选择论证,都远比一般民事案件要复杂得多,投入的精力和智力也要多得多。但是,我们不得不承认的另一个事实是,建筑企业法律风险防范的效果并不理想,诉讼结果与期望值往往相去甚远,特别是通过诉讼成功索赔的比例更低。

为什么会出现这样的结果呢?也许责任不在我们身上,但原因肯定与法律服务的粗放状态有关。还是以工程索赔为例,与建设单位发生纠纷后,许多项目经理都觉得理在自己这一边,都是因为建设单位没有依约支付工程款,导致工程工期延误,使自己蒙受停工窝工的损失,因此要求建设单位赔偿损失是理所当然的。那么,大量此类索赔为什么都不成功呢?归纳一下无非以下几大原因:一是索赔没有合同依据。我们看到大量的施工合同,在专用条款中对违约责任的约定是“见通用条款”,而通用条款本身是原则性规定,许多条款需要在专用条款中进行补充、完善和细化,因此专用条款中“见通用条款”的约定实际上回到了通用条款的原则约定,并没有对违约责任作出明确具体的约定,如此约定自然会使索赔失去依据。更有甚者,有的建设单位提供的合同文本中,干脆写着“在任何情况下施工方均不得停工”,面对如此霸王条款,施工单位在合同评审时视而不见,事后却想索赔停工窝工的损失,自然是难以实现的。二是索赔缺乏证据。索赔必须要有索赔事由,而且要有相应的证据证明索赔事由的存在。在大量的索赔案件中,施工企业不仅缺乏证据证明索赔事件给自己造成损失的数额,有些案件中连索赔事件是否发生的证据都没有固定下来。三是未能依照约定程序索赔。合同文本一般均有对索赔程序的约定,有的文本还会约定“逾期失权”规则,一些索赔未能成功恰恰就输在程序上

面。这些问题,如果从管理的角度分析,难道不是粗放型管理方式的必然结果吗?

(三)

精细化管理是一项系统工程,内涵极其丰富,法律服务的精细化同样如此,涉及法律服务的方方面面,每一个环节,每一项事务,都必须精准到位,不留死角,不留漏洞。那么,法律服务怎样从粗放走向精细呢?我们以为,以合同管理为核心,从最基础工作做起,提升合同管理能力,注重合同管理细节,也许是最有效的选择。

首先,充分认识合同管理在建筑企业精细化管理中的核心地位。在市场体系中,合同是管理的主要依据,一定意义上可以讲所有的管理都是合同管理,建筑企业精细化管理的成败很大程度上取决于合同管理的精细化程度。以建筑企业的施工管理为例,无论是造价管理、工期管理、质量管理,还是项目部的人员管理、材料管理、环境管理,管理的方式可能多种多样,但最基本的依据还是合同,最基础的管理还是合同管理。在施工活动过程中,各方的权利和义务都是通过一系列的合同来确定的,如果合同约定明确具体,各方权利义务对等平衡,且各方主体均能诚信履行义务,依约行使权利,那么这个项目的建设必然是顺利的,这个项目的管理是成功的,而且各方也在履约过程中实现了签订合同的预期利益。

其次,合同的精细化管理,必须从最基本的基础工作做起。建筑企业出现的风险中,大量的风险并没有什么复杂的原因,而是来自一些常识性的错误,而且有些是一犯再犯的常见错误。如果我们能够做好合同管理的基础性工作,在签约阶段严格把好合同评审关,杜绝建设单位的霸王条款,力求双方权利义务基本平衡,就能从根本上避免自己处于被动状态,并为履行过程中的维权奠定条件。在履约阶段,能够充分认识到,施工企业从技术角度是按照图纸施工,按照技术规范施工,而从法律的角度看,就是按照合同施工,如果我们能像图纸审查那样审查合同,像设计交底那样重视合同交底,像按图施工那样依约履行,多数风险是完全可以避免的。

再次,合同的精细化管理,必须重视每一个细节,避免因细节疏忽而致损。细节决定成败是精细管理的一个重要理念,也是被实践反复证明的经验之谈。在建设工程管理实践中,因忽视细节而发生质量安全事故的教训比比皆是,同样因合同管理细节失误而导致诉讼失利的教训也屡见不鲜。例如,联系单作为施工合同的组成部分,每个项目都会发生,在工程变更更多的项目中,联系单更是家常便饭,但许多项目部都存在这样那样的问题,有的联系单内容表达不清楚,有的因对方拒收就不

再送达,有的送达后却没有留下送达依据,最终这张联系单就未能成为结算或索赔的有效依据。再如例会纪要,不规范、不明确、有歧义的例会纪要相当普遍,仅从签名这个细节看问题就不少,有的与会者未签字,有的未参会却有人代签,有的签名页与纪要内容相分离,发生纠纷后各方对纪要的效力就各执一词。此类细节问题在工程管理过程中数不胜数,其中任何一个疏忽,都可能给企业带来巨大的经济损失。

最后,做好合同精细管理,不仅要有严谨求实的工作作风,精益求精的工作态度,还要具备相关的专业能力。随着科技的进步和社会的发展,许多建设工程体量大,工程造价高,施工技术复杂,施工周期长,与此相应,招投标文件往往内容繁杂,数量可观,技术标对于法律背景的人而言更是深奥难懂。施工合同除了使用国内示范文本的相对简明外,一些建设单位提供的合同文本,吸收了各种文本中对己有利的条款,内容庞杂,体系混乱,要看明白并不容易。作为法务人员,要审查此类招投标文件和合同文本,必须要有相当的耐心,严谨的作风,极强的责任心,任何敷衍了事、粗枝大叶,都会出现纰漏。另外,除了工作态度和责任心,还必须具备相应的能力。熟悉法律规则和原理自不待言,审查建设工程的各类文本,至少还得具备相当的工程技术、工程管理、工程造价等方面的常识,起草和修改法律文本,还必须有较好的文字表达能力,履行合同以及处理争议,则必须要有良好的法律素养,掌握法律解释方法,有表达意见令人信服的口才。

这些想法未必成熟,仅供从事建筑业法律服务的朋友们参考。我们也是基于这样的认识,写作了这部从合同表达技术和文本解读角度研究施工合同的著作。在本书出版之际,把这些想法写出来权作本书序言。

王建东

2016年1月22日,杭州,大雪

C 目录 Contents

| 1. 中国建设工程施工合同实践的现状与出路 |

1.1 中国建设工程施工合同实践的现状.....	3
1.1.1 合同文本大杂烩	3
1.1.2 合同使用形式化	5
1.1.3 合同语言不尽规范	7
1.1.4 合同履行过程中频繁变更	8
1.1.5 合同管理流于形式	9
1.1.6 施工合同的相关法律规定不尽明确	11
1.2 中国建设工程施工合同的出路	12
1.2.1 合同文本约定的规范化是基础	12
1.2.2 合同管理的跟进是措施	14
1.2.3 法律规定的完善是配套	16

| 2. 合同文本的功能与合同语言 |

2.1 合同文本的功能	21
2.1.1 合同文本固定交易证据的根本功能从未改变且有新的发展	21
2.1.2 合同文本附带功能	23
2.2 合同语言	26
2.2.1 合同语言的构成要素	26
2.2.2 合同语言的特点及要求	31

3. 合同语言的语法要求

3.1 合同语言的语体色彩	43
3.1.1 语体色彩基本知识	43
3.1.2 合同语言应体现出明显的书面语体色彩	44
3.2 合同语言的感情色彩及语态	48
3.2.1 感情色彩及语态的基本知识	48
3.2.2 合同语言以中性色彩及主动态为主	49
3.3 合同语言的时态应用	53
3.3.1 语言时态的基础知识	53
3.3.2 合同语言时态的正确运用	54
3.4 合同语言的句式	58
3.4.1 合同语言的句式选择及运用	58
3.4.2 合同语言中常见的十种句式	61
3.5 合同语言中的用词	70
3.5.1 合同语言中用词的基本准则	70
3.5.2 合同语言中常见词正确运用	77
3.6 合同语言中标点符号的正确运用	88
3.6.1 标点符号缺失	89
3.6.2 顿号误用成逗号	90
3.6.3 逗号误用成顿号	91
3.6.4 分号的误用	91

4. 合同语言表述的逻辑要求

4.1 定性与定量结合原则	95
4.1.1 定性与定量原则基本要求	95
4.1.2 定性与定量原则在合同语言表述中的应用	96
4.2 合同语言中的时间表述	100
4.2.1 时间在合同中的意义	100

4.2.2 时间表述的三原则	102
4.3 合同语言中的地点表述	113
4.3.1 地点在合同中的意义	113
4.3.2 地点约定常见的问题及对策	115
4.4 合同语言中的列举原理	122
4.4.1 列举原理的基本内容	122
4.4.2 列举原理在合同言语中的应用	123

5. 合 同 解 释

5.1 合同解释成因及历史发展	133
5.1.1 合同解释的成因	133
5.1.2 合同解释的发展	135
5.2 合同解释的基本方法	138
5.2.1 文义解释法	138
5.2.2 目的解释法	140
5.2.3 整体解释法	142
5.2.4 逻辑解释法	145
5.2.5 习惯解释法	147
5.2.6 诚信解释法	148
5.2.7 对起草者不利解释法	151
5.3 合同解释的实践运用	155
5.3.1 合同解释的最高境界是无须解释	155
5.3.2 合同解释方法的综合运用	156

6. 2013 版建设工程施工合同示范文本出台的背景及文本结构

6.1 2013 版建设工程施工合同出台的背景及基本理念	161
6.1.1 2013 版建设工程施工合同出台的背景	161
6.1.2 2013 版建设工程施工合同的总体理念	165
6.2 建设工程施工合同的基本结构	168

7. 建设工程施工合同协议书部分逐条解读

7.1	协议书首部	173
7.2	第一条 工程概况条款	174
7.3	第二条 合同工期条款	176
7.4	第三条 质量标准条款	178
7.5	第四条 合同价款条款	180
7.6	第五条 项目经理条款	182
7.7	第六条 合同文件构成条款	184
7.8	第七条 承诺条款	186
7.9	第八条 词语含义条款	188
7.10	第九条 签订时间条款	189
7.11	第十条 签订地点条款	191
7.12	第十一条 补充协议条款	192
7.13	第十二条 合同生效条款	194
7.14	第十三条 合同份数条款	195
7.15	协议书尾部	196

8. 建设工程施工合同通用合同条款部分逐条解读(一)

8.1	第一条 一般约定条款	201
8.1.1	词语定义与解释条款	201
8.1.2	语言文字条款	209
8.1.3	法律条款	209
8.1.4	标准和规范条款	211
8.1.5	合同文件的优先顺序条款	212
8.1.6	图纸和承包人文件条款	214
8.1.7	联络条款	216
8.1.8	严禁贿赂条款	217
8.1.9	化石、文物条款	217

8.1.10	交通运输条款	218
8.1.11	知识产权条款	220
8.1.12	保密条款	222
8.1.13	工程量清单错误修正条款	222
8.2	第二条 发包人条款	224
8.2.1	许可或批准条款	224
8.2.2	发包人代表条款	225
8.2.3	发包人人员条款	226
8.2.4	施工现场、施工条件和基础资料的提供条款	227
8.2.5	资金来源证明及支付担保条款	228
8.2.6	支付合同价款条款	229
8.2.7	组织竣工验收条款	230
8.2.8	现场统一管理协议条款	230
8.3	第三条 承包人条款	231
8.3.1	承包人一般义务条款	231
8.3.2	项目经理条款	232
8.3.3	承包人人员条款	234
8.3.4	承包人现场查勘条款	236
8.3.5	分包条款	237
8.3.6	工程照管与成品、半成品保护条款	239
8.3.7	履约担保条款	239
8.3.8	联合体条款	240
8.4	第四条 监理人条款	241
8.4.1	监理人一般义务条款	241
8.4.2	监理人员条款	242
8.4.3	监理人的指示条款	242
8.4.4	商定与确定条款	243
8.5	第五条 工程质量条款	245
8.5.1	质量要求条款	245
8.5.2	质量保证措施条款	246
8.5.3	隐蔽工程检查条款	248

8.5.4	不合格工程处理条款	249
8.5.5	质量争议检测条款	250
8.6	第六条 安全文明施工与环境保护条款	252
8.6.1	安全文明施工条款	252
8.6.2	职业健康条款	259
8.6.3	环境保护条款	260
8.7	第七条 工期和进度条款	262
8.7.1	施工组织设计条款	262
8.7.2	施工进度计划条款	263
8.7.3	开工条款	264
8.7.4	测量放线条款	265
8.7.5	工期延误条款	266
8.7.6	不利物质条件条款	268
8.7.7	异常恶劣的气候条件条款	269
8.7.8	暂停施工条款	270
8.7.9	提前竣工条款	272
8.8	第八条 材料与设备条款	274
8.8.1	发包人供应材料与工程设备条款	274
8.8.2	承包人采购材料与工程设备条款	275
8.8.3	材料与工程设备的接收与拒收条款	275
8.8.4	材料与工程设备的保管与使用条款	277
8.8.5	禁止使用不合格的材料与工程设备条款	278
8.8.6	样品条款	279
8.8.7	材料与工程设备的替代条款	280
8.8.8	施工设备和临时设施条款	281
8.8.9	材料与设备专用要求条款	282
8.9	第九条 试验与检验条款	284
8.9.1	试验设备与试验人员条款	284
8.9.2	取样条款	285
8.9.3	材料、工程设备和工程的试验和检验条款	285
8.9.4	现场工艺试验条款	286

8.10 第十条 变更条款	288
8.10.1 变更的范围条款	288
8.10.2 变更权条款	289
8.10.3 变更程序条款	289
8.10.4 变更估价条款	290
8.10.5 承包人的合理化建议条款	292
8.10.6 变更引起的工期调整条款	293
8.10.7 暂估价条款	293
8.10.8 暂列金额条款	296
8.10.9 计日工条款	297

9. 建设工程施工合同通用合同条款部分逐条解读(二)

9.1 第十一条 价格调整条款	301
9.1.1 市场价格波动引起的调整条款	301
9.1.2 法律变化引起的调整条款	307
9.2 第十二条 合同价格、计量与支付条款	309
9.2.1 合同价格形式条款	309
9.2.2 预付款条款	311
9.2.3 计量条款	312
9.2.4 工程进度款支付条款	314
9.2.5 支付账户条款	319
9.3 第十三条 验收与工程试车条款	320
9.3.1 分部分项工程条款	320
9.3.2 竣工验收条款	321
9.3.3 工程试车条款	324
9.3.4 提前交付单位工程的验收条款	327
9.3.5 施工期运行条款	328
9.3.6 竣工退场条款	328
9.4 第十四条 竣工结算条款	330
9.4.1 竣工结算申请条款	330

9.4.2	竣工结算审核条款	331
9.4.3	甩项竣工协议条款	333
9.4.4	最终结清条款	333
9.5	第十五条 缺陷责任与保修条款	336
9.5.1	工程保修的原则条款	336
9.5.2	缺陷责任期条款	337
9.5.3	质量保证金条款	338
9.5.4	保修条款	340
9.6	第十六条 违约条款	343
9.6.1	发包人违约条款	343
9.6.2	承包人违约条款	346
9.6.3	第三人违约条款	349
9.7	第十七条 不可抗力条款	350
9.7.1	不可抗力的确认条款	350
9.7.2	不可抗力的通知条款	351
9.7.3	不可抗力后果的承担条款	352
9.7.4	因不可抗力解除合同条款	354
9.8	第十八条 保险条款	356
9.8.1	工程保险条款	356
9.8.2	工伤保险条款	356
9.8.3	其他保险条款	357
9.8.4	持续保险条款	358
9.8.5	保险凭证条款	358
9.8.6	未按约定投保的补救条款	359
9.8.7	通知义务条款	359
9.9	第十九条 索赔条款	361
9.9.1	承包人索赔条款	361
9.9.2	对承包人索赔的处理条款	362
9.9.3	发包人的索赔条款	363
9.9.4	对发包人索赔的处理条款	363
9.9.5	提出索赔的期限条款	364

9.10 第二十条 争议解决条款	366
9.10.1 和解条款	366
9.10.2 调解条款	366
9.10.3 争议评审条款	367
9.10.4 仲裁或诉讼条款	368
9.10.5 争议解决条款效力条款	369

10. 建设工程施工合同专用合同条款部分逐条解读

10.1 一般约定条款	373
10.1.1 词语主义条款	373
10.1.2 法律条款	374
10.1.3 标准和规范条款	375
10.1.4 合同文件的优先顺序条款	375
10.1.5 图纸和承包人文件条款	376
10.1.6 联络条款	376
10.1.7 交通运输条款	377
10.1.8 知识产权条款	378
10.1.9 工程量清单错误的修正条款	379
10.2 发包人条款	380
10.2.1 发包人代表条款	380
10.2.2 施工现场、施工条件及基础资料的提供条款	381
10.2.3 资金来源证据及支付担保条款	381
10.3 承包人条款	382
10.3.1 承包人一般义务条款	382
10.3.2 项目经理条款	382
10.3.3 承包人人员条款	384
10.3.4 分包条款	385
10.3.5 工程照管与成品、半成品保护条款	385
10.3.6 履约担保条款	386
10.4 监理人条款	387
10.4.1 监理人一般义务条款	387