

工程合同

法律、规则与实践

林立 / 著

THE LAW OF
CONSTRUCTION
CONTRACT

principle and practice



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

工程合同

法律、规则与实践

林立 / 著

THE LAW OF
CONSTRUCTION
CONTRACT
principle and practice



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

工程合同:法律、规则与实践/林立著. —北京:北京大学出版社,2016.6
ISBN 978-7-301-27065-3

I. ①工… II. ①林… III. ①建筑工程—经济合同—合同法—研究—中国
IV. ①D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第079132号

书 名 工程合同:法律、规则与实践
Gongcheng Hetong: Falü, Guize yu Shijian
著作责任者 林立 著
策 划 编 辑 陆建华
责 任 编 辑 陈晓洁
标 准 书 号 ISBN 978-7-301-27065-3
出 版 发 行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
电 子 信 箱 yandayuanzhao@163.com
新 浪 微 博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
印 刷 者 北京中科印刷有限公司
经 销 者 新华书店
730毫米×1020毫米 16开本 38.75印张 593千字
2016年6月第1版 2016年6月第1次印刷
定 价 128.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

序 言

过去的十多年时间里，随着经济的发展，中国的建筑业获得了前所未有的蓬勃发展。而放眼未来，中国国内以 PPP 模式引领的基础设施、城镇化建设热潮，以及“一带一路”和“走出去”的战略也同样将给工程领域带来巨大的机遇和挑战，并可能对整个产业的法治化和规范化产生深远的影响。

众所周知，工程建设项目具有复杂性和周期较长的特点，尤其是在建造阶段更能体现承发包双方管理和履约能力。同时，这一过程历来也是承发包双方兵家必争之地和参与工程建设相关的各方主体斗智斗勇的舞台。按照以往的经验来看，在工程建设的实务领域中，关于工程施工合同的争议和纠纷向来占据着很大的比重，尤其是质量和价款争议。政府、司法机构等也一直在努力地从各方面预防、减少和解决工程领域的争议。

经过多年的执业实践，笔者发现工程领域的法律事务纷繁复杂，法律关系纵横交错，国际工程也好，国内工程也好，不仅承发包双方会基于不同的利益诉求而对工程合同的含义和履行产生不同的理解，即使是工程师、测量师和律师等专业人士同样也会对同一问题引申出不同的看法和观点，进而导致争议的发生。

分析这些争议不难看出，在工程领域，引发争议的大多数根源主要集中在三个方面：首先，在于履约管理不到位；其次，工程合同中的权利义务和风险分配的不公平；再次，承发包双方的对抗性明显要强于双方的合作关系。这三个影响因素实际上也在一定程度上制约工程建设行业的公平、正常、有序和可持续的发展。因此，笔者认为，从根本上来讲，签订一份好的工程合同，公平合理地在承发包双方之间建立风险分配机制，并在项目实施过程中时时遵循合同的约定，做好履约管理，有助于防止和减少工程合同履行过程

中的争议。

另外，实践也证明了，工程法和工程合同最重要、最大的特点就在于必须将法律和工程管理、工程经济等专业知识结合起来，综合地加以理解和运用，在某些特殊情况下，还可能需要结合工程技术的内容，这也是工程法最有难度、最有挑战性的地方，同时也是工程法的魅力所在。本书在内容上既是以工程法律为基础，同时也考虑了工程管理、工程经济和工程技术等相关内容和实践做法，并试图将法律和工程两者有机融合在一起，以便读者更深入地理解工程法和工程合同的特殊性以及应用的特点、难点，用于指导工程法律实务。

工程法和工程合同的另一个特点就是其签署、执行和实施都要受到行政主管部门的监督和管理，融合了行政法和民事法的内容，除了法律和行政法规的规定外，各部门、各地方的法规、规章，甚至是一些规范性文件也会对工程合同产生或多或少的影响。因此，本书在进行理论分析的同时，也以实务操作为导向，就相关的规范性文件对工程合同的影响也做了必要的阐述和分析。

本书一方面立足于中国工程法的实践，对中国现行工程合同的内容进行了比较和分析，并根据最高人民法院司法解释及各地方法院关于工程合同的司法指导意见，对相关的法律问题进行分析，提示使用各工程合同条件应注意的事项，同时也引用了相关的司法案例对涉及的法律问题进行补充和说明，这其中主要是最高人民法院和各高级人民法院公布的案例，少数案例则选自中级人民法院，以保证所选案例对相关法律问题阐述的权威性，提高司法指导的意义；另一方面，考虑到英国法对国际、国内工程界的影响，因而对英国法中相关的工程法律问题也进行了阐述和对比，援引了英国法院相应的判例，希冀借此帮助理解国际工程合同中包含的法律原则。这些原则和原理对于国内项目、涉外项目以及海外工程建设项目都有借鉴意义，更为重要的是，笔者相信英国法中所蕴含的“公平”“合理”的理念对于中国工程法的实践和发展也有着极为重要的价值。

在体例安排上，本书参考了国外有关工程法、工程合同的权威和经典著作的编排方式，针对工程法律实务中的十六大主题内容以及数百个议题和争

议进行分类和归纳后撰写，既有理论分析，又有很强的实务操作指导意义。当然，限于篇幅，本书也仅选取了工程法律实务中的常见问题以供读者探讨，并不能涵盖工程法律的全部问题。

此外，由于工程法律的体系和内容纷繁复杂，限于时间和写作水平，以及法律的发展和实践的多变性，笔者以一人之力完成此书，难免会有观点的错误，以及结构上的疏漏等问题，也请广大读者朋友批评指正（联系方式：linpancg@163.com）。

最后需要特别说明的是，本书中的所有观点仅代表作者个人观点和理解，并不代表任何机构（本人所在律师事务所或本人所属的专业机构等）对相关问题的看法和意见。本书中的观点和建议也不构成法律意见的全部或部分。鉴于工程法律实务的复杂性和专业性，读者如需要法律支持，请咨询所聘请的律师事务所和律师的建议和意见。

林 立

目 录

第一章 工程合同概述	001
一、导语	001
二、工程合同的法律属性	002
三、工程合同的类型和适用	006
四、工程法律实务中常用的工程合同条件	017
五、当事人意思自治	027
六、工程合同的规制	029
第二章 工程合同的成立和效力	044
一、概述	044
二、工程合同的成立和生效	044
三、工程合同条款和解释	066
四、工程带垫资承包与合同效力	080
五、无效的工程合同	085
第三章 工程合同与招标投标	100
一、概述	100
二、工程施工招标投标的规定	100
三、施工招标的条件和程序	114
四、工程设计招标投标的相关规定	118
五、招标投标过程中的注意事项	120
六、开标、评标和定标	135
七、招标投标活动对工程合同的影响	143

第四章 工程合同的参与主体	150
一、概述	150
二、发包人	151
三、工程监理	159
四、承包人	167
五、工程项目的其他主体	188
六、工程各参与主体的合作	192
第五章 工程分包	194
一、概述	194
二、工程分包的类型	195
三、指定分包合同中的法律关系	201
四、工程分包和支付方式	207
五、与工程分包相关的违法行为	213
六、其他与工程分包有关的法律问题	230
七、有关工程分包的特殊事项	236
第六章 工程价款和支付	238
一、概述	238
二、工程价款的基本原理	238
三、工程计量和计价	242
四、工程价款的调整	251
五、工程价款的支付	262
六、工程价款优先受偿权	276
七、其他与工程价款和支付相关的法律问题	282
第七章 工期	289
一、概述	289
二、工程开工	289
三、工程竣工	299
四、工期原理和相关法律问题	304

五、工程进度计划	311
六、工期延误和顺延	318
七、工程暂停施工	329
第八章 工程变更与索赔	339
一、概述	339
二、工程变更	339
三、工程索赔	360
四、工程索赔的起因	375
五、索赔项目和估算	386
六、变更和索赔管理	391
第九章 工程质量、安全与环保	393
一、概述	393
二、工程质量	393
三、安全生产	420
四、环境保护	435
第十章 工程风险、担保和保险	439
一、概述	439
二、工程风险	439
三、工程风险费用的法律问题	446
四、工程特殊风险及处理	449
五、工程担保	461
六、工程保险	486
第十一章 违约和解除合同	497
一、概述	497
二、工程合同违约的构成	497
三、工程合同的违约情形	503
四、合同违约的抗辩和免责	519
五、合同违约的法律救济	523

004 工程合同：法律、规则与实践

六、工程合同的解除 537

七、与违约和解除相关的法律问题 549

第十二章 争议解决方式 553

一、概述 553

二、和解/调解 553

三、工程争议评审 556

四、工程仲裁 565

五、工程诉讼 596

六、证据规则 602

后记 609

第一章 工程合同概述

一、导语

工程项目的建设以一系列的法律文件为纽带，在这些法律文件中，工程合同是建设期内非常重要和关键的一份法律文件。工程合同不仅关系到合同双方当事人的权利和义务、争议的处理、项目建设期的管理，并且还涉及监理工程师的职责、设计师的工作、行政机构的监督和管理等，它实际上融合了法律、工程管理、工程经济、工程技术等各方面的综合知识。由此，工程合同的难度和重要性可见一斑。因此，不论是从法律的角度，还是从工程管理角度出发，正确理解、运用工程合同，加强工程合同的签署、履约管理都是项目建设的重中之重。同样，这也是保护承发包双方各项法定和约定权益的关键因素。

由于现行法律对不同的合同类型都有明确的关于权利、义务、风险责任、权利纠纷等相关内容的规定，因此，处理工程合同争议首先需要明确的一点就是分清争议所涉及的合同是否属于工程合同，这在司法实践中尤为重要。其次，需要明确的是作为合同的一种具体类型，工程合同同样应当遵循当事人意思自治的基本原则。但是，同时考虑到工程合同的特殊性，国家和政府层面对工程领域又实行不同角度和层级的监督和管理，这就需要当事人在自行约定权利义务、履行合同的相关内容时，又要接受相关法律法规乃至规章等规范性文件的限制，避免合同约定和法律规范之间的冲突。

二、工程合同的法律属性

1. 什么是工程合同

搞清楚什么是工程合同的问题，涉及工程合同的性质和范围这一基本问题，也是处理后续问题需要解决的前提条件。关于工程合同的性质和范围，现行的中国法律体系下还没有非常具体和明确的规定。在某些类型的司法实践中，不同的机构存在不同的理解和处理方式。

1.1 工程合同的性质

英国著名的大法官 Lord Diplock 在 Gilbert-Ash v. Modern Engineering^① 一案中，对工程合同做了比较清楚的描述和界定，他认为：

“ [a] building contract is an entire contract for the sale of goods and work and labour for a lump sum price payable installments as the goods are delivered and the work is done. Decisions have to be made from time to time about such essential matters as the making of variation orders, the expenditure of provisional and prime cost sums and extension of time for the carrying out of the work under the contract. ”

这一定义对工程合同的本质进行了明确和合理的界定，虽然这是英国高等法院针对 JCT 合同项下的工程争议所做的个案处理，但是，按照普通法的原则，这个表述也同样可以适用于其他涉及工程合同界定的案件中，对于理解工程合同的内涵和外延都有很强的指导意义。

与此相比较，中国 1999 年颁布实施的《合同法》第 269 条规定：“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”^② 不过《合同法》的这一条规定较为原则，

^① Gilbert-Ash (Northern) Ltd. v. Modern Engineering (Bristol) Ltd. [1974] AC 689 HL.

^② 为行文便利，除有特别说明外，本书使用“工程合同”一词指代建设工程施工合同，包括土木工程、建筑工程、设备管线安装工程、装修工程，以及工程设计施工一体化合同。另外，本书也会涉及工程设计的相关内容，但限于篇幅，除非另有说明，不包括工程勘察合同和监理服务合同。

并没有具体界定工程合同的本质特征,以及工程合同的内涵和外延的内容。《合同法》第287条还进一步规定,本章(建设工程合同)没有规定的,适用承揽合同的有关规定。由此可见,从法律属性上看,工程合同兼有承揽合同的一般特性。

1.2 建设工程和建筑工程的范围

在工程项目监督管理和法律规范中,经常会看到建筑工程、建设工程、施工行为、建筑行为、建筑活动等表述,对于这些术语的表述,在实践中需要稍加注意。

依据原建设部颁布的《建筑法》第2条规定,建筑活动是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。而根据国务院制定的《建设工程质量管理条例》第2条的规定,建设工程是指土木工程,以及房屋和市政建筑工程、线路管道和设备安装工程、装修工程。上述两个法律法规所规定和调整的范围、外延并不完全相同。从内容上看,建设工程包括了建筑工程,其中,土木工程包括了高速公路、民航、铁路、水利水电、港口(码头、疏浚)等工程,建筑工程主要是房屋建筑和设备、水电安装工程,市政工程则包括市政道路、城市轨道交通、热力、电力、园林绿化、污水和垃圾处理等工程。而对于线路管道等工程,如地下光缆、输油管道、输气管道、供水管道,如果是在市政规划区内,可能需要归入市政建筑的范畴,而如果是在市政规划区之外,则被视为土木工程的范畴,两者的区别在于对口的政府监督管理部门的不同。因而,在工程项目立项和规划的前期,发包人就需要了解项目所在地政府相关职能部门的权限和分工,以便有针对性地做好相应的准备工作。

不过,可以确定的是,《建筑法》和《建设工程质量管理条例》基本上界定和涵盖了我国境内工程施工活动的范围。当然,《建筑法》和《建设工程质量管理条例》所规定的建设工程和建筑工程也不仅仅是指新建工程项目,也包括了工程改建和扩建活动。另外,在一些省市地区,如北京,建筑施工行为还可能包括建筑物的拆除行为,因而同样需要遵守相关的法律法规的规定。

目前,中国大部分的规范性法律文件、包括司法解释和地方法院的司法

指导文件所调整的也大多是工程施工行为，实践中也需要引起一定的注意。

1.3 工程合同的范围

在英国，自 2011 年起已经开始实施的《地方民主、经济发展和建设法》对工程合同的定义和分类做了界定，具体包括如下：

“ (a) the carrying out of construction operations; (b) arranging for the carrying out of construction operations by others, whether under sub-contract to him or otherwise; (c) providing his own labour, or the labour of others, for the carrying out of construction operations. ”

上述规定描述的工程合同的范围还包括了当事人之间签署的关于外观设计、结构设计、测量以及其他为内外装修、土地规划提供专业意见的协议。

为了界定什么是“the carrying out of construction operations”，《地方民主、经济发展和建设法》还进一步明确了属于工程合同的几种类型，比如劳务分包、工料测量、工程设计等，以及不属于法定的工程合同的几种类型，比如纯粹的货物供应合同。特别是，考虑到以 PPP/PFI 融资模式签署的合同在工程项目建设中也较为常用，但是其内容更侧重于融资，而非工程建设，因此，《地方民主、经济发展和建设法》特别指出，该法所称的工程合同并不包括 PPP/PFI 合同。这些具体和详尽的规定为指导工程法律实务和司法审判提供了有力的法律依据和支持。

如前所述，与英国法相比，中国的《合同法》等法律规范对工程合同的规定显得较为笼统和单薄，《合同法》的粗放规定可能会导致工程合同的双方主体从各自的利益角度出发，对争议的合同类型是否属于工程合同进行不同的解读，进而造成理解和执行层面的混淆，不利于工程争议的解决，具体的关于合同的定性，则更多地取决于仲裁庭和法院的自由裁量。不过，根据《合同法》第 269 条的规定，可以肯定的一点是，中国法下的工程合同主要包括了工程施工、工程勘察和工程设计三大类型的合同内容，但不包括工程监理、造价咨询、项目管理等咨询、服务类的合同，也不包括设备、材料等货物买卖合同。

2. 工程合同的特征

工程合同除了周期长、复杂、涉及的金额庞大等一般性特点之外，还有一个特点就是程序化。而工程合同的这些特征也源于工程项目建设的唯一性和不可复制性。工程合同中的很多条款都涉及工程合同或者说是工程管理中的流程和程序的内容，比如工程变更和价款调整、检验和验收、索赔和争议解决等，而遵循这些流程和程序的规定，则是确保双方切实履行义务、维护各自权利、保障工程建设顺利进行的必要条件。除此之外，工程合同还有以下几个特点：

首先，工程合同的参与主体众多。除了发包人和承包人这两个主要的合同主体外，工程合同还涉及很多参与人，合同中也有很多涉及承发包双方主体之外的内容，比如关于监理工程师的职责和行为的约束、对专业工程分包人和劳务分包人的约定等，这些涉他性的条款通过与之相应的监理服务合同、分包合同等内容的衔接，反过来又约束承发包双方主体的行为，环环相扣。

其次，工程合同的价款具有不确定性。通常情形下，工程合同在签署时有一个合同价款，用来作为核算和支付进度款的依据，而在工程竣工后，由于设计修改、工程变更、工作内容和范围的调整变化、工期的延长，甚至是工程过程中发生的索赔等事件，都可能使合同最终结算价款与签约时的价格发生较大的差异。

再次，工程合同的法律适用并不完全是单一的。工程合同的大部分内容还会涉及工程管理、工程技术、工程经济等方面的内容。因此，合同的参与主体除了应当遵守法律、行政法规外，还需要遵循大量的部门规章、地方性法规、地方政府规章和规范性文件，比如，国家部委的各项规定、工程所在地政府和行政主管部门的规章、政策性文件，甚至是工程所在地的造价管理机构发布的文件，这些规范文件的规定涉及了工程合同签署、履行的方方面面。

最后，从法律上看，不同的合同类型对合同当事人各方的权利义务的分配、风险责任的分担、权利的救济等都有不同的规定，比如《合同法》对买卖合同和租赁合同的规定就存在很大的差异。同样道理，界定一份合同是否

属于工程合同可以说是确定合同各方当事人权益的先决条件。但是，就现行的《合同法》而言，其有关建设工程合同的规定也没有完全包括现实生活中所有的工程合同类型。比方说，设计—施工—采购（EPC）合同、设计—建造—运营（DBO）合同、工程设备定制—供应—安装等，就是典型的非有名合同。对于此类合同的处理，在没有相关合同约定的情况下，是否能够直接适用合同法中关于建设工程施工合同的相关规定，仍值得商榷。也正是因为如此，在立法和司法实践中还有必要对工程合同的内涵和外延作进一步的规定，避免出现合同类型之争，影响合同双方的权益和工程争议解决。

比如，在孙某诉某公司建设工程设计合同纠纷案^①中，原告孙某（乙方）与被告某公司（甲方）签订《商业装饰设计合同》，合同约定，甲方作为委托方委托乙方对会所进行设计；设计内容为商业模式策划定位、设计方案、装修指导，甲方支付劳务费用。合同成立后，原告向被告提供了《某殿（改装修工程施工图）》，其中首部为设计理念，其次为平面、立面施工图等。后双方发生争议并诉至法院。原告在起诉中认为双方合同性质为设计合同，而被告答辩认为系承揽合同。法院经审理后认为，设计合同属于承揽合同，《合同法》第287条明确规定本章（指建设工程合同）没有规定的，适用承揽合同的有关规定。而合同法对设计合同已有明确规定，故本案合同之性质应为设计合同。

三、工程合同的类型和适用

根据不同的分类标准，工程合同可以有不同的类型。在工程合同实务中，最主要和最常见的分类标准主要有以下两种：一种是根据发包人的采购目标为依据，另一种是根据工程合同的价格形式。尽管工程合同参与各方的态度和能力对保证工程项目的顺利进展有着举足轻重的作用和地位，但不可否认的是，采用合适的工程合同形式，以及有效地履行合同也是确保工程项目顺利建设的重要保障。

^① 孙某诉某公司建设工程设计合同纠纷案，上海市黄浦区人民法院（2013）黄浦民四（民）初字第66号民事判决书。

1. 以合同采购目标分类

以合同采购目标分类,主要是指业主希望通过采购能够获得的承包人的工作内容和成果。这种分类方式也可以说是依据承包人承担的工程管理和设计责任对合同模式进行的一种划分。

1.1 传统的工程合同

传统的工程采购方式的显著特点是设计和施工的两分法 (DBB 模式),即第一阶段是发包人委托设计师完成工程设计、提供图纸、确定工程技术标准,第二阶段是由发包人依照这些设计、图纸和技术标准选定合适的工程施工承包人,并由承包人按照工程图纸、说明和全部有关工作的描述负责工程的具体施工。在这种传统的采购模式下,涉及的工程合同主要包括设计合同和施工合同两类,并且,两者之间是相互独立的。

传统的工程施工合同的优点是专业分工明确,在施工采购前就已经完成了工程的全部设计,有助于后续工程施工合同的定价、工程标准的确定、施工工作的连贯性,以及工程的质量保障。

同样,这种工程采购模式的缺点也很明显,主要在于设计和施工分别由不同的承包人完成,两者的界面有可能存在衔接不清的情况,可能会影响施工工作的连续性,尤其是在出现工程质量问题时,较难区分是设计的原因还是施工的原因。

在传统的工程合同法律关系中,业主还需要同时处理和协调好工程设计和工程施工两个方面的工作,而由于设计不到位引起的变更、工期争议在工程法律实务中非常普遍,为此,业主方有必要加以高度重视,避免出现边设计、边施工,或者大幅度修改设计的情况,避免对工程的造价和工期造成不利影响。

1.2 设计—施工/建造合同

设计—施工/建造 (DB/EP) 合同模式与传统的工程施工合同的区别在于承包人需要进行工程设计,而不是由设计师完成工程设计。换言之,设计—施工合同的主要特点在于由承包人完成设计,尤其是施工图设计,并承担施工,包括设备安装、管线铺设等在内的全部工作。