

北京市教育委员会人才强教项目基金资助

建设工程合同效率研究

郑宪强 何佰洲 著

中国建筑工业出版社
CHINA ARCHITECTURE & BUILDING PRESS

建设工程合同效率研究

郑宪强 何佰洲 著

中国建筑工业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程合同效率研究/郑宪强, 何佰洲著. —北京: 中国建筑工业出版社, 2013. 12
ISBN 978-7-112-15978-9

I. ①建… II. ①郑…②何… III. ①建筑工程-工程施工-合同-研究 IV. ①TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 241555 号

建设工程合同兼具技术、经济、法律与管理属性, 也是近年来工程法律研究的前沿。本书从建设工程合同本质性的经济属性出发, 利用经济分析法学理论及研究方法, 将成本收益应用于业主与承包商的个体分析。本书以合同人假设为前提, 将建设工程合同效率定位于卡尔多-希克斯效率, 旨在将业主和承包商个体有限理性的主观动机导向公共利益优化的客观结果。本书将各种工程合同纠纷以及失范行为视为影响合同效率的内生变量, 推证了建设工程合同效率模型, 系统研究了建设工程合同的风险分配、效率障碍、合同模式选择以及效率救济等合同效率问题。通过研究, 本书提出了合同风险分配的建造任务、风险与激励三位一体转移的观点, 提供了合同效率障碍的均衡路径以及自动履约机制, 而且得出了业主与承包商在合同效率导向下的合同模式选择逻辑, 并在最后给出了不完全合同的合同缺口补充规则及效率救济方法。

* * *

责任编辑: 牛 松 张国友 余 帆
责任校对: 王雪竹 陈晶晶

建设工程合同效率研究

郑宪强 何佰洲 著

*

中国建筑工业出版社出版、发行 (北京西郊百万庄)
各地新华书店、建筑书店经销
霸州市顺浩图文科技发展有限公司制版
廊坊市海涛印刷有限公司印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 9½ 字数: 175 千字
2013 年 10 月第一版 2013 年 10 月第一次印刷
定价: 30.00 元

ISBN 978-7-112-15978-9
(24769)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换
(邮政编码 100037)

前 言

市场经济中，合同是经济主体交换的权利凭证，建设工程合同也不例外。工程建设活动中，招标投标、非法分包、转包、工程价款、工期、质量等纠纷看似造成合同履行障碍的外生变量，实则是合同内生变量。由于建设工程合同是一种不完全的延期交易合同，在合同订立与合同履行阶段存在着诸多的不确定性，这种不确定性可以把合同交易引入无穷多个解的结果，那么在无穷多个解中只存在一个最优解，亦即合同效率解。

在合同人假设条件下，业主和承包商都是自利的机会主义者，建设工程合同的帕累托效率激励是促其合作的动力，但是其合作的结果并不必然导向社会效率。如何将业主与承包商个体帕累托效率与社会效率目标协同起来，这便是建设工程合同效率所追逐的卡尔多-希克斯效率目标，它旨在将业主和承包商个体有限理性的主观动机导向公共利益优化的客观结果。

本书借鉴了经济分析法学理论，将研究建立在实用主义哲学观、“经济人”的人性观、效率与公平相统一的法律价值观三种观念之上，并且在规范与实证研究中继承了微观个体主义研究方法。本书分别研究了建设工程合同效率理论、风险分配、效率障碍、合同模式选择以及效率救济等内容。通过研究，本书认为合同效率既符合业主和承包商的自利动机，也符合建设工程成本最小化的经济学诉求。

建设工程合同的不完全性决定了合同规则对当事人资源配置效率的影响，而且这种配置是通过合同的风险分配完成的，建设工程合同中核心的经济学问题就是建设工程风险的有效率分配问题，而建设工程合同是业主和承包商之间建造任务共享、风险共享以及激励共享的三位一体合作载体。在不完全合同完整化过程中，建设工程合同效率存在着市场结构、信息不对称以及外部性等交易成本障碍，这种非充分博弈均衡是合同履行中的效率损耗隐患。与此同时，建设工程合同本身也蕴含着自我履约机制、声誉、行业惯例以及连续性合作期望等隐性合同，这会对业主和承包商形成一种非司法强制性的机会主义行为默认规则约束，使显性合同履行得以维系，从而使业主和承包商之间的不完全合同更接近于完全合同，成为“完整的不完全合同”。

业主与承包商之间的合同合作模式也具有合同效率价值，主要表现在业主与承包商对建设工程发承包合同模式以及计价模式的选择上。在矩阵式合同、线性合同与工程总承包合同中，其合同灵活性、所需信息量、合同不完

全性、合同价格以及承包商风险都依次递增，管理跨度、业主风险随之依次递减，而且价值工程应用空间逐步扩大。除此之外，基于团队的虚拟结构以及工程总承包也有助于提升合同效率。在计价合同模式中，设计深度是业主与承包商选择总价合同、单价合同与成本加酬金合同的依据，而且总价合同、单价合同与成本加酬金合同之中的风险分配与对价激励各不相同。在上述三种计价合同中，业主所承担的风险递减，承包商所承担的风险递增，与此同时业主所支付的合同对价也呈递增趋势。一般而言，基于价格的合同对业主具有强激励效应，而对承包商具有弱激励效应；基于成本的合同对业主和承包商都具有激励效应，特别是成本加酬金合同的变体能够灵活调整业主和承包商之间的激励结构。在实践中，业主和承包商还可以组合利用建设工程发承包模式与计价模式，基于合同激励调整合同剩余控制权的分配，从而更有利于寻求业主与承包商合作效率的最佳路径。

建设工程合同的不完全性是合同缺口来源，也是造成合同履行障碍的原因，合同缺口的补充规则旨在交易成本最小化，控制合同履行朝向有效率的结果逼近。补充规则的效率排序依次为协商补充、法律法规以及工程建设标准等第三方强行性规范、行业惯例以及法官推定。此外，还有两种工程建设实践补充规则，即 DAB、DRB 等准仲裁方式和合同网络。在实际履行与损害赔偿两种违约救济方式选择中，损害赔偿是第一顺序救济方法，实际履行是第二顺序救济方法，而在预期损失赔偿、信任赔偿与机会成本赔偿三种违约损害赔偿方式中，预期损失赔偿更符合合同效率原则。另外，不可抗力与情事变更则是合同状态调整条件下的合同对价变更，使其从不效率路径回归到效率路径。

2013 年 10 月

目 录

1 引论	1
1.1 研究背景、缘由与动机	1
1.2 文献综述及评析	5
1.3 研究路径及方法	11
1.4 创新之处	12
1.5 本章小结	13
2 经济学视角下的建设工程合同效率	14
2.1 语义界定与假设	14
2.2 效率论比较与法律制度设计	23
2.3 市场环境与合同法	30
2.4 本章小结	36
3 合同模式下的建设工程风险分配	38
3.1 完全合同与不完全合同	38
3.2 建设工程合同最优风险分配	45
3.3 建设工程风险的合同分配及其控制	47
3.4 建设工程风险分配实践评述	60
3.5 本章小结	63
4 建设工程合同效率障碍	65
4.1 SCP 范式下的市场结构障碍	65
4.2 信息不对称障碍	71
4.3 建设工程合同外部性	78
4.4 建设工程自动履约机制	81
4.5 本章小结	84
5 建设工程合同模式选择	87
5.1 建设工程合同发承包模式选择	87
5.2 建设工程合同计价模式	96
5.3 合同剩余控制权与合同效率	101
5.4 本章小结	106
6 建设工程合同的履行及效率救济	109
6.1 合同缺口与补充规则	109

6.2	格式合同对自由合同的效率补充	115
6.3	不完全合同的法律规制	118
6.4	违约、不可抗力与情事变更	122
6.5	本章小结	132
7	结论与展望	135
7.1	建设工程合同效率演进逻辑	135
7.2	研究结论与不足	135
附表		139
附表 1	2009 年中国承包商 60 强	139
附表 2	2012 年中国承包商 60 强	140
参考文献		141

1 引 论

1.1 研究背景、缘由与动机

1.1.1 研究背景

建设工程是固定资产投资的主要载体，是企业追求利润和经济增长的源基础。自 20 世纪 80 年代以来，电力、港口、铁路、公路、水利、石化、民航、机电安装等众多基础性建设工程项目纷纷建成，对国民经济的高速增长功不可没（见图 1-1）。自 1994 年以来，除 1999 年外，其他各年全社会固定资产投资额增幅均在两位数以上，自 2003 年以来各年全社会固定资产投资额增幅均超过了 20%，而且 2009 年更是高达 30%，凸显了其在经济增长中的先导性作用。

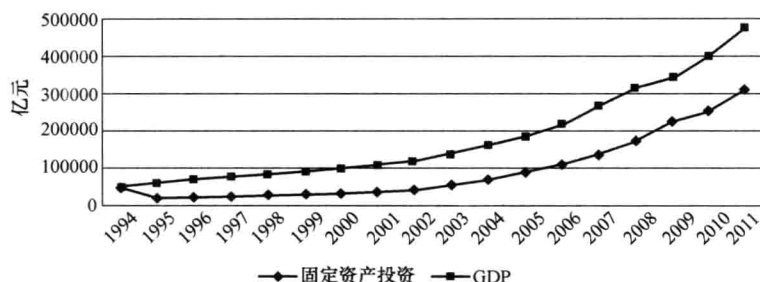


图 1-1 1994~2011 年固定资产投资与 GDP 关系

（资料来源：中华人民共和国统计局网站：www.stats.gov.cn，2012 年）

建设项目为经济发展提供了物质支持。不论是发达国家还是欠发达国家，基础设施、工业与民用建筑等工程都为改善社会及个人福利提供了极大便利。与此同时，经济的持续发展也扩大了建设项目的需求。对于发展中的中国而言，近 30 年来，工程建设市场的活跃来自于工程建设活动主体体制激励动力的释放，即工程建设组织及自然人被市场经济还原了独立自由的市场及法律主体地位。随着自然人、法人或其他社会组织之间的产权界限渐次清晰，建设工程投资主体多元化的趋势也愈加明显。在同一民事法律关系平台上，工程建设主体之间交易的纽带已经由市场中的合同法律关系取代了计

划中的行政指令，建设工程合同已然成了工程建设活动的中心议题以及利益交换与利益分配的自我制度安排。不论是建设单位、设计单位，还是施工单位、监理单位、材料与设备供应单位以及工程咨询单位，他们或因合同而合作，或因合同而争议。建设工程合同已经成了以工程项目为客体，以合同的形式通过扩张企业边界组成虚拟建设组织的手段。

建设工程合同是工程建设交易活动的形式载体，合同权利和利益均通过诺成的对价给付来实现。尽管欧美等经济发达国家有着较为完善的合同法制度，但因工程建设合同订立或履行所引起的法律纠纷仍屡见不鲜。英国学者罗格·诺尔斯在其《合同争端及解决 100 例》中罗列了项目管理者在实践中所经历的诸多问题，涉及设计、招投标、延长工期、付款、索赔、误期违约金、变更等内容，但这些问题的根源都在于他们缺乏对合同条款的基本理解和认识^①。固然，合同法本身尚存有待完善之处，但另一方面的缘由在于建设工程本身因其专业性、前后相关性较强，投资额较大，加之建设工程项目的不可逆性，导致建设工程合同涉及的合同主体关系较为复杂，合同中的技术、经济纠纷频发。特别是在中国经济转轨时期，工程建设法律制度与工程建设活动的磨合中冲突与摩擦更是困扰公共政策选择取向以及工程建设主体微观经济参与的难题。工程合同便是其中的重灾区。似乎每一份工程合同都与诸如“纠纷”、“仲裁”和“诉讼”如影随形。工程款拖欠与结算、质量瑕疵、安全事故、工期延误、设计变更、工程量计量等合同争议从来没间断过，而且有愈演愈烈之势。工程建设企业没有合同在手就是“等死”，有了合同就是“自杀”，这种状况的存在极大地阻碍了工程建设市场的良性发展。

合同确定了当事人在建设工程质量、工期及价格等各目标之间的权责，工程项目的建设过程实质上是一系列工程合同的签订和履行过程。既然在工程建设活动中，合同是必需的，那么现有工程合同为何纠纷层出不穷？为何公共规制屡试不灵？问题究竟在何处？如何识别这些问题，又如何解决这些问题？这些都是理论及实践中亟待回答的问题。本书拟就此现实背景，探究工程合同法制运行之道，以期就工程合同规则为切入点，得出合同当事人利益诉求共赢的解决方案。

1.1.2 研究缘由

建设工程项目在技术、经济和管理方面均影响甚广，工程合同管理的研究在于整合工程技术、经济和法律资源，通过这些资源的有效配置达到工程管理的宏观调控与微观利益的管理目标效果，而这正是提高中国工程建设效率的关键。市场经济的载体是交易，而交易的基础是规则，特别是当中国工程建设企业在国际市场中崭露新锐时，市场的游戏规则或明或暗都会给那些

^① 【英】罗格·诺尔斯. 合同争端及解决 100 例 [M]. 中国建筑工业出版社, 2004.

不谙此道的游戏者带来不小的经济代价，其中的受害者既有工程建设市场中的买方，也有市场中的卖方，或者是两者俱损。建设工程合同是《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）15种有名合同之一，不仅具有诺成合同、双务合同、有偿合同等承揽合同的特性，其合同主体、标的、管理方式以及要式性等也都体现出行政规制对建设工程合同行为的约束。因此，这种行政刚性约束与建设工程合同主体缔约自由的冲突很容易导致规则失效，由此造成的合同纠纷也就在所难免。出现这种后果，其中一方面原因在于工程建设市场基础条件与急剧膨胀的工程建设市场不相匹配，比如工程建设法律还存在空白与缺陷，从业经济组织内部治理结构有待完善，从业人员执业资格制度尚未完全确立，企业及从业人员外部信用机制尚在建设之中等原因；另一方面的原因还在于工程建设从业经济组织虽然被还原了市场主体地位，但是其对法律及公共政策依然存在着较强的路径依赖，私权利闲置或滥用等现象较为严重，以私权利为基础的建设工程市场交易秩序仍举步维艰，其中建设工程合同的订立、履行及其救济问题最为突出。

在此不妨将问题解析成两小问：一是工程建设市场行政规制是否为弥补市场失灵之必要条件，建设工程法律制度是否体现了最小限度干预原则；二是建设工程合同当事人对私权利的使用是否充分，甚至是过度使用。以上这两个问题都有一个共同前提，即市场经济规则主导着建设工程的交易。市场失灵之处方才是以建设工程法律制度安排为主的政府干预，而政府干预在矫正市场失灵时则要设定一个目标，这个目标连同防止合同当事人私权利闲置以及过度使用的目标一起衍生了一个更为根本性的问题，即建设工程合同的目标价值取向是否符合公权力以及私权利配置均衡。

虽然 FIDIC、NEC、ICE、AIA 等国际工程合同条件的出现以及国内诸如建设工程施工合同示范文本等标准格式合同为工程建设主体提供了较好的依据。但是在合同订立、合同履行、合同保全等阶段中，串通投标、黑白合同、违法分包、转包、滥用合同解除等严重扰乱工程建设合同市场秩序的行为愈演愈烈，《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》等法律制度俨然成了“皇帝的新衣”。很显然，现有建设工程合同法律制度并非公权力与私权利的配置均衡解，如今，承包商的诚信问题成了众矢之的，工程建设诚信体系建设也成为一时之焦点。那么合同诚信自律这一解决方案是否就是一剂除根病症的良方呢？实则未必。目前探讨“为什么”可能要比探讨“怎么办”更为紧要，也就是说与其求全责备地强制监督市场主体的违法违规行为，莫若审视这些法律制度本身是否沉疴在身，进而言之，工程建设主体如此行为的原动力何在，在此基础上再寻求医病良方未为晚矣。

不论是学术界还是实践界，人们对这样一个事实说法不二，即造成工程合同市场秩序混乱的一个驱动力是合同当事人对自身利益追求的最大化。从因果

逻辑上看,工程建设主体利益最大化目标似乎是造成工程合同市场秩序混乱的原罪。学理是否果如其然,我们不妨证实性地来辨析蕴藏在该问题背后的玄机。这个事实可离析出两个切面:其一,工程合同市场无序;其二,工程建设主体利益最大化追求。此时,问题就比较明显了,工程合同目标与工程建设主体目标存在着错位与冲突。由此,我们可以推论出这种目标的错位与冲突根源于以下三种可能:一是工程合同目标有失偏颇;二是工程建设主体目标定位有误;三是以上二者均须改进。围绕这三个推论,我们来展开讨论:首先,工程建设主体作为市场经济中最活跃的细胞,其追求利润最大化的目标已经为经济学所公认的既定事实前提,正如萨缪尔森所言,经济学本身就意味着最大化行为。这一点已经有严格的学理佐证,当属无可非议,因此以上三种可能中第二和第三种可能就此可以排除,冲突根源现在就显而易见了,问题就出在工程合同本身。因此,工程合同规则的研究自然就成了本书兴趣所在了。

1.1.3 研究动机

业主、设计者、承包商、分包商等是微观经济活动的主体,他们追求的是利润最大化目标,而由这些微观个体组成的宏观经济追求的却是社会福利的最大化,如果用财富取代微观利润与社会福利,那么微观与宏观的目标就重叠为财富的最大化。在承载财富的就是微观经济活动主体之间的交易,而这种交易最典型的形式就是合同,这也嫁接了经济学与民法理论之间的关联,即合同是债发生最普遍、最典型的根据。工程建设活动中平等法律主体之间的经济关系亦因合同而牵连,而且由于工程合同较之买卖合同、运输合同、居间合同等标的额庞大,蕴藏风险因素较多,因此当事人对工程合同的关注度则更高。然而,在这种承载经济关系的法律规则中,究竟经济规则是第一本源性问题的呢,还是合同法律规则是第一本源性问题的呢?对于此类问题,新古典经济学径自无以为答,民事法律自身亦解释乏力。承前文所述,既然业主和承包商都是利润最大化的追求者,那么沿着这条路径不难发现,工程合同作为债权合同其经济规则是第一性的,而合同法律规则是从属于上述经济规则主线的,但经济规则并不能取代合同规则。

既然在建设工程合同中经济规则是第一性的,那么本书就可以尝试为政府干预原则目标与建设工程合同主体私权利边界寻找出一个共同的价值目标,这也是公权力与私权利配置均衡的一个等价命题,即建设工程合同效率,它是公权力社会福利最大化以及私权利个体福利最大化的交集。法的经济分析是在美国司法判例中被渐次采用的。建设工程合同环境复杂,合同法以及格式合同无法满足各个合同环境,因此推崇立法及完全格式合同的做法只能是挂一漏万,无法穷尽,作为合同法首选价值的效率便成了合同法盲点之中的填充原则。

以权衡公权与私权为基点,本书秉承经济分析法学理论研究方法,探索

工程合同规则的源动力,以此达到如下两个目的:利用经济分析法学既有理论以及本书理论研究推论,解释并路演工程合同之林林总总问题,此其一;以校验理论为依据,评判与指引工程合同规则的制定,此其二。前者为实证分析,后者为规范分析。通过实证分析与规范分析的相互佐证,本书拟构建一个以经济学效率为核心的工程合同规则效率理论,探究建设工程合同自利动机下的激励规则,以期在工程合同的订立、履行、保全以及合同纠纷的处理中,达到合同终极的理性互利。

因建设工程施工合同的典型性,为论述方便,本书仅以建设工程施工合同作为研究标的^①,探究建设工程施工合同主体业主及承包商、总承包商与分包商的行为轨迹,但本书理论及结论对于建设工程委托监理合同、建设工程勘察设计院合同等均具有普遍的适用性,当然建设工程施工中的材料采购合同属于《合同法》中“买卖合同”之列,不属于“建设工程合同”,因此不在本书讨论范围之列。

1.2 文献综述及评析

1.2.1 国内的建设工程施工合同研究

《合同法》第16章(269条~287条)专门设立了“建设工程合同”条款,共计19条,而且根据第287条规定,“本章中没有规定的,适用承揽合同的有关规定。”除此之外,2004年10月最高人民法院还发布了《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2004]14号),共计28条,内容涉及合同效力、承包商垫资、合同解除权、缺陷责任、工程款计算标准、“黑白合同”的认定等。2005年1月1日以后,人民法院新受理的建设工程施工合同纠纷一审案件都要适用该司法解释进行审理。其内容涉及《合同法》实施以来,中国工程建设领域内出现的林林总总具有争议性的问题,以此作为法院审理建设工程合同纠纷案件的依据。

在15种有名合同中,国内法学学者将建设工程合同一般化,并与买卖合同、运输合同、承揽合同、居间合同等等同视之^②,实践中也侧重于买卖合

① 建设工程合同有广义与狭义之分,广义的建设工程合同包括建设工程勘察设计院合同、建设工程施工合同以及建设工程委托监理合同,而狭义的建设工程合同一般系指建设工程施工合同。

② 这类文献多为合同法学教材与著作,如:

陈小君. 合同法学 [M]. 高等教育出版社, 2003: 353—365.

隋彭生. 合同法要义 [M]. 中国政法大学出版社, 2003: 546—553.

崔建元. 合同法(第三版) [M]. 法律出版社, 2003. 396—408.

邓辉, 许步国. 合同法学 [M]. 中国民主法制出版社, 2004: 335—349.

郭明瑞. 合同法学 [M]. 复旦大学出版社, 2005: 342—353.

杨立新. 合同法专论 [M]. 高等教育出版社, 2006: 425—432.

郑云端. 合同法学 [M]. 北京大学出版社, 2007: 307—321.

同、承揽合同等合同的研究，对于建设工程合同的深入研究则较少。其研究者多是法律专业学者，他们多注重形式逻辑的推演、评价与分析，较少关注工程技术以及施工管理实践，从法理的视角一维地审视建设工程合同及其衍生问题，因此他们的研究应归于规范研究的范畴，若辅以必要的实证检验，此类研究将更加务实，从而使得建设工程合同行为规范更简洁，建设工程合同导向更直接。造成这一现象的原因在于，跨学科专业（建设工程相关技术、经济及管理等专业）研究分工过细。虽然有些学者熟谙合同法学，但由于欠缺专业知识背景，建设工程合同于他们而言就成了“留之无用、弃之可惜”的鸡肋，只能对建设工程合同的订立、效力等草草点评略过、浅尝辄止。

由于中国工程建设起步较晚，没有形成以行业协会等行业自律性组织为主导的管理制度。在缺乏自律传统的条件下，中国工程建设在很大程度上都是依赖于从中央到地方的立法体系，并在近二十年来相继制定出了一系列多层次法律、行政法规、部门规章、地方法规和地方规章。与之相应，国内学者对工程建设法律的研究兴趣也渐次浓厚起来，并出版了一系列工程建设法律著作，其内容涉及工程建设领域中的项目决策、城市规划、工程勘察设计、招标投标、工程建设标准、工程建设管理、城市房地产、城市市政公用事业、村庄和集镇的规划和管理、风景名胜区以及环境保护、土地管理等，在随后的持续研究中又相继增添了建筑法、招标投标法以及合同法等内容^①。在这些著作中，对建设工程合同的研究可分成两个阶段，其分水岭就是《合同法》的出台。在《合同法》出台之前，由于缺乏系统的法理依据，这些著作大都以工程建设实践为基点，对建设工程合同的研究集中在合同管理上。在《合同法》出台后，这些著作大都以《合同法》条款内容为依据，系统阐述了建设工程合同的法律，并针对工程建设实践侧重于《合同法》在工程建设中的应用，案例分析便是其中较为常见的形式。其中，还涉及一些国际工程合同的介绍与分析。

随着经济市场化程度的加深，债权合同在建设工程交易中的作用日益凸现，建设工程合同的专门研究也就逐渐从工程法律的研究中脱颖而出，成了迄今为止工程建设法律研究领域最为重要的研究领域，其间研究成果不断涌

① 参见：建设部人教司. 建设法规教程 [M]. 中国建筑工业出版社，1996.
刘文锋，周东明，绍军义. 建设法规教程 [M]. 中国建材工业出版社，2001.
黄安永. 建设法规教程 [M]. 东南大学出版社，2002.
叶胜川，刘平. 工程建设法规 [M]. 武汉理工大学出版社，2004.
郑润梅. 建设法规概论 [M]. 中国建材工业出版社，2004.
生青杰. 工程建设法规 [M]. 科学出版社，2004.
刘文锋. 建设法规概论 [M]. 高等教育出版社，2004.
何佰洲. 工程建设法规与案例 [M]. (第二版). 中国建筑工业出版社，2004.

现。这些研究成果大致可以分为两个研究方向：一是国内建设工程合同，二是国际建设工程合同。国内学者对国内建设工程合同的研究大致有三种方法：其一是以《合同法》条款为主线系统阐述合同法原理，并将其应用于工程建设实践^①。此类研究注重于《合同法》在工程建设领域中的应用，具有一般意义上的普适性。其二是以诉讼案例为依据，分别从建设工程合同主体资格、合同效力、合同分包转包、合同保全、违约责任，以及工程款支付、工程质量、工程工期、合同变更与解除等几个方面内容加以分析点评^②。此类研究者以建设工程领域内律师居多，比如朱树英律师、祝铭山律师等。他们对于建设工程合同研究成果多源自于他们在实践中的执业经验，而且他们的研究多是针对个别具体的建设工程合同判例。同时，对于工程建设实践催生的一系列司法解释，他们也作了深入地探讨，对其后建设工程合同实践具有示范意义。其三是以工程建设实践校验《合同法》条款，此类研究多以学术论文的形式出现^③。

工程建设市场无边界的趋势，使得建设工程合同也由以《合同法》为依据的国内建设工程合同扩展到国内建设工程合同与国际建设工程合同并存的格局上来。工程建设领域对国际建设合同的研究几乎都集中在对 FIDIC 合同条件、NEC 合同条件、AIA 合同条件、JCE 合同条件等国际工程合同条件的适用上，比如梁镓、潘文和丁本信三位前辈根据自己几十年的国际工程施工合同管理经验，分别对 FIDIC 合同条件、世界银行贷款项目、BOT 项目，以及总价合同、单价合同、DB 合同、EPC 合同在中国的适用做出了专题讨论^④。其研究者多是建设工程领域的专家、学者以及管理者，他们从实际问题出发，探讨一对一的问题导向性解决方案。不论是理论界还是实践中，中国对国际工程合同的研究和适用都还处于学习与探索阶段，而且是 FIDIC 合同条件研究与应用较多，特别是国际工程合同中的索赔问题，其他合同条件则相对较少，加之国际工程合同条件之间缺乏必要的比较研究，有时难以厘清工程合同衍生问题的根源所在，合同管理的优劣多依赖于经验的

① 参见何佰洲，周显峰，建设工程合同 [M]，知识产权出版社，2003。

何佰洲，工程合同法律制度 [M]，中国建筑工业出版社，2003。

② 参见：祝铭山，建设工程合同纠纷 [M]，中国法制出版社，2003。

王建东，建设工程合同典型案例评析 [M]，浙江大学出版社，2005。

何红锋，建设工程施工合同纠纷案例评析 [M]，知识产权出版社，2005。

白均生，水电工程合同管理及工程索赔案例与分析 [M]，中国电力出版社，2006。

何红锋，建设工程合同签订与风险控制 [M]，人民法院出版社，2007。

③ 如：宋宗宇，建设工程合同效力研究 [J]，重庆建筑大学学报，2005（4）：100—104。

赵兰明，论建设工程优先受偿权 [D]，中国政法大学，2003。

孟宪海，建设工程合同的违约责任及其承担方式 [J]，建筑经济，2001（1）：27—29。

④ 梁镓，潘文，丁本信，建设工程合同管理与案例分析 [M]，中国建筑工业出版社，2004。

积淀与累积,对涉及这些合同条件背后的法理依据的检验则更少。

在台湾地区,建设工程合同被列为承揽契约之列。而且,与大陆相似,建设工程合同纠纷也是司空见惯。由于台湾地区的建设工程也是买方市场,在订立合同时承包商或凭借与业主的私人关系或为了抢工程,全然不顾合同条款内容,便与业主匆忙签订合同,有些甚至采用口头合同形式,结果在合同履行中问题便层出不穷,仲裁与诉讼“不绝于庭”。但是,另外一个方面,即使是业主和承包商在订立合同之时考虑相当缜密,约来学者和专家拟定百页之多的合同,结果仍是防不胜防,合同争议依然存在。但是,有一点值得注意,即“预防胜于治疗,承揽契约订得愈清楚,愈详细,将来问题也就愈少,这是承揽人在承揽工程时应有的体认^①。”建设工程合同没有专门的合同法依据,有关建设工程合同的法律规范都体现在台湾地区《民法》中的二十几个条款里。对于公共工程,业主和承包商则由台湾地区《政府采购法》予以调整。台湾的李永然律师近二十年来一直致力于建设工程合同的实践与研究。在《工程承揽契约:政府采购与仲裁实务》一书中,其对台湾地区的建设工程合同,特别是公共工程列入台湾地区《政府采购法》的调整范畴,并就施工过程中承包商的风险规避,以及公共工程采购中的承包商“不良厂商制度”^②深入剖析,意在构建承包商之间的良性竞争环境。

台湾的李家庆律师也躬身于建设工程合同的实践与研究,其在《工程法律与索赔实务》一书中着墨于台湾地区《民法》对建设工程合同的规范与调整,结合问题案例详解了建设工程活动中频繁出现的疑问与纠纷,特别是建设工程合同的纠纷,其中案例论题涉及情事变更(工程现场情况差异)的适用等问题。

1.2.2 国外的建设工程合同研究

在世界两大法系中,各国的工程建设立法传统也各异其趣,其中既有工程建设成文法,如英国的《建筑法》、《住宅法》、《建筑工程法》、《健康安全法》、《消防法》、《城镇规划法》、《建筑师法》^③以及德国的《建筑法》、《建筑产品法》、《建筑价格法》、《节省能源法》;也有不成文法,如美国没有专门的工程建设法律,工程建设的依据主要是综合性法规 and 行业技术标准和技术规范,如《公司法》、《劳动法》、《合同法》、建筑技术规范与标准中涉及工程建设行业的各项规定。在美国的技术标准与规范中,影响较大的是《统一建筑法》,它是由国家建筑工作者联合会、国际卫生工程和机构工程工作

① 李永然. 工程承揽契约: 政府采购与仲裁实务 [M]. 永然文化出版股份有限公司, 2005: 5.

② “不良厂商制度”类似于建设部目前正在筹建的建筑业企业诚信系统,旨在规制承包商违法、违规及违约等有悖于市场经济规则的行为。

③ Thornton Anthony and Godwin William. *Construction Law: Themes and Practice*. Sweet & Maxwell, 1998.

者协会、国际电气检查人员协会共同发起、联合制定的，不具有法律效力。美国基本上不存在一个独立的建筑法律体系。此外，国外还有工程建设法律相关研究组织，如英国建筑法协会（Society of Construction Law），他们会定期举行一些学术性聚会和会议，提供业内信息以及最新研究成果。与国内类似，国外建设工程合同最直接的法律依据就是各国民法（典）与合同法。

即使存在上述较为完善的工程建设法律体系，但国外建设工程领域依然问题多多。比如建筑行业的生产低效率、业主、承包商等之间的目标冲突造成的工程质量低劣、工期延期、成本超支、安全纪录不良等问题普遍存在^①。但是，从中不难发现，国外建设工程领域问题大都来源于工程建设参与主体之间的对抗，而这种对抗则主要以合同对抗最为典型，这也正是国外有关文献及实践将合同管理列为工程项目管理的核心的缘由之一。国外对建设工程合同的研究学者也并非纯粹的法学学者，也就是说他们都是在工程建设实践中脱颖而出的专业法律实践者。Keith Collier 主要以 AIA 合同条件为背景，分别研究了工程建设中各种不同合同形式，如固定总价合同、成本加酬金合同、单价合同、工程量清单计价合同、分包合同与供应合同、设计-建造合同等^②。在这些形式的合同中，业主和承包商之间的义务分配因合同对价的不同而不同，而且受雇于业主的建筑师或专业工程师（统称为 designer）在这些合同中所起到的作用也有所不同。鉴于工程建设活动的不确定性，Collier 还强调了不可预见费用（cash allowances）不可或缺的作用，以及根据工程项目风险排序决定其留用规模及其拟用去向，以确保工程项目管理目标实现。Collier 认为，实践中合同形式的选择，取决于建设工程项目、业主和承包商对风险的态度以及工程管理目标偏好，除此之外，各种建设工程合同之间并无可比性。国外学者对建设工程合同论著基本上都是定位于建设工程个例实践，将工程项目管理投资控制、质量控制与进度控制整合到合同的管理平台之上，以期利用合同管理整合工程建设资源，通过有效率的资源配置获得期望的效率结果。另外，在一些其他工程管理文献中，虽然并非以建设工程合同为主要研究对象，但其内容也多涉及建设工程合同成本控制、风险管理以及索赔等问题，这些研究更侧重于合同管理技术及方法的推介^③。

① Phua Florence. *Improving Construction Cooperation: New Theoretical Insights into How and Why*. Research Studies Press Ltd., 2003.

② Collier Keith. *Construction Contracts (Third Edition)*. Prentice Hall, 2001.

③ 参见：Kendrick Tom. *The Project Management Tool Kit*. American Management Association, 2004.

Lock Dennis. *Project Management*. Gower Publishing Limited, 2004.

S. Helen. Tate Cooke and Karen. *Project Management*. McGraw-Hill Companies, 2005.

Kerzner Harold. *Project Management: Case Studies*. 2th ed. John Wiley & Sonse, INC., 2006.

1.2.3 国内外建设工程合同研究评析

国内学者对建设工程合同的研究大致有两条线索。一是《合同法》条款应用研究。此类研究将合同法条款应用于建设工程领域,属于演绎型的应用研究,其研究者多是建设工程领域专业学者及律师。我国学者对《合同法》条款的改进方向,这属于问题导向型的归纳研究,此类研究定然会助推《合同法》的完善。二是国际工程合同研究。此类研究多是介绍性与应用性研究,由于国内学者对国际工程合同普遍还处于全盘接受状态,尚未形成独立的判断力,因此,此类研究中褒扬者多,质疑者寡。另一个值得注意的现象是,国内学者对 FIDIC 合同条件研究者众,而对 AIA、NEC、CCDC 等合同条件的研究者寡,国内外合同条件的对比研究则更鲜见。综上可以看出,国内对建设工程合同的研究多是后继跟踪研究,鲜有理论及实践的创新,也即意味着建设工程合同研究滞后于实践的防御性研究。沿此研究路径,建设工程合同研究只有在《合同法》修订或国际工程合同条件推出新版之后方才有推进可能,而这样的研究路径大大压缩了建设工程合同的研究空间,因此,研究空间的释放还有待于研究路径的改进。

国外许多国家没有统一的部门统管工程建设,建设工程合同的专门研究者较少^①,这也造成了国外诸多国家虽然制度安排健全,可建设工程合同主体民事纠纷却同样层出不穷的现状。由于专业分工的限制,建设工程合同的研究者多是建设工程领域内的实践者或学者,他们立足于工程建设实践,以工程项目管理目标为导向,更侧重于对合同管理技术及方法改进的研究,亦即他们将合同管理技术及方法视为实现工程项目管理目标的途径,这与国内建设工程合同管理相比显然有值得借鉴之处。由于国外行业组织在工程建设中的影响与作用较大,其提供的相对成熟的标准合同可资业主、承包商等借鉴,因此这种致力于合同管理技术及方法改进的研究将合同视为既定假设,忽略了对建设工程合同的学理剖析;而实践中工程建设主体之间的纠纷与冲突恰恰是由建设工程合同本身造成的,这是建设工程合同研究的一个空白。

鉴于建设工程合同所引发的问题在各国存在的普遍性,以及传统建设工程合同研究的空白,本书尝试改变传统研究路径,从另一视角来审视建设工程合同,从研究行车之“道”的问题转向研究“车”本身的问题,希冀从建设工程合同主体冲突本源中寻求实现利益共享的建设工程合同模式。

^① 在其他大陆法系民法体系中,建设工程合同也都被列为承揽合同之列。参见:Gesetzbuch Bürgerliches (BGB) 2. Auflage,陈卫佐,德国民法典[M],法律出版社,2006:240—250。

渠涛,最新日本民法[M],法律出版社,2006:137—138。

罗结珍,法国民法典(下册)[M],法律出版社,2005:1331—1351。