

“一带一路”与建设工程合同国际化

■孟勤国 余 卫

“一带一路”基础设施建设工程合同规则的确立目前还没有引起国内民法学界的关注,需要明确“一带一路”基础设施建设工程合同规则研究的基础和内容。研究的基础是要肯定建设工程合同的独立性,研究的内容是研究现行建设工程合同规则的不足、提出完善建设工程合同示范文本国际化的具体规则,这样才能科学、有效地指引我国建筑企业参与“一带一路”的建设。

[关键词]“一带一路”;建设工程合同;国际化规则

[中图分类号]D922.298 [文献标识码]A [文章编号]1004-518X(2016)02-0143-08

孟勤国,武汉大学法学院教授、博士生导师;

余 卫,武汉大学法学院博士生。(湖北武汉 430072)

2013年,中国确立和提出了“一带一路”的战略构想,得到了国际社会的积极响应。“一带一路”的推进首先是交通、能源、信息等基础设施的建设,亚投行作为重要的融资平台,已进入实质性操作阶段。相比之下,“一带一路”基础设施建设工程合同规则,还没有引起中国社会应有的关注。“一带一路”涉及众多的国家和地区,法律体系和规则多有不同,在具体的建设项目中,无论是中国企业走出去承包建设,还是中国企业作为项目控股或参股业主选择不同国家的建设承包企业,都必须以建设工程合同作为基本的法律规则。因此,建设工程合同如何国际化,是“一带一路”中不亚于亚投行融资的重大问题,也是中国民法学研究责无旁贷的重大课题。

一、建设工程合同的独立性不应被否认 建设工程合同在中国合同法中一直有独立

的地位。1981年的《经济合同法》第18条规定了建设工程合同,与第19条的承揽合同并列。1999年的《合同法》第16章共19条规定建设工程合同,建设工程合同成为《合同法》15个有名合同之一。但是,有民法学者怀疑建设工程合同的独立性,认为建设工程合同是计划经济的产物,不符合市场经济要求和意思自治原则,应当将建设工程合同并入承揽合同,理性回归契约精神。其依据是大陆法系国家(或地区)的民法典,建设工程合同并非一类独立的合同类型,不动产的建设施工合同、修缮合同与完成一般工作成果的合同一样,都在承揽合同中加以规定。^{[1](P73-75)}

这种观点非常值得商榷。

把建设工程合同作为承揽合同的一种的做法主要是德国、意大利、日本和台湾地区,也就是说,是大陆法系中的德国一脉不承认建设工程合同的独立性,并非整个大陆法系,还有大陆法系国家是承认建设工程合同独立性的。《俄罗

斯联邦民法典》第740条规定“建筑承揽合同”；^{[2](P264)}《荷兰民法典》第12章规定建筑合同(Building contract)；^{[3](P7)}《欧洲示范民法典草案》的第4卷的第3编中的第3章是建筑合同；^{[4](P250)}《蒙古民法典》第30章规定建设工程承包合同、第31章建设工程设计合同。^{[5](P101-102)}而且,建设工程合同的独立性在英美法国家中根本不成问题。英美国家以各种建筑行业专业机构制定的建设工程合同示范文本和技术规范,规范建设工程合同行为,既包括传统模式,也包括“设计—建设”、“项目管理”、“工程管理”,以及承包商承担部分工程金融风险或运营风险等新的模式。^{[6](P13-19)}建设工程合同首先是建筑行业的专业标准,其次才是当事人的合意形式。

建设工程合同的独立不是一种偶然,而是社会经济必然发展的必然结果。承揽是以承揽加工人的技术和劳力为他人生产产品,除了一些特殊的情形如原材料特定等,承揽其实意味着承揽加工人缺少采购原材料的资金或渠道,否则,订购和销售产品对于双方当事人而言更为简便。以前,缺少资金是常态,各种承揽有着广泛的市场需求,这或许就是德国民法典将承揽合同有名化的原因。现代社会中,资金丰富,承揽的空间逐渐被买卖活动所压缩,资金拥有者还可以雇佣、委托等方式让有一技之长者制造产品,导致“特殊类型的承揽才具有重要的社会意义”。^{[7](P67)}现代建筑业,固然还有一些传统的承揽形式,但更多的是以包工包料为特征的各种模式,有些如BT建设模式,几近于买卖,根本无法容纳在承揽之中。因为我国合同法产生的时代背景就断言建设工程合同的独立是受计划经济影响,是对承揽的本质和历史变迁的无知。而且,即便是受计划经济影响,也不能只看原因不看结果,这是基本的逻辑常识。

现代社会的建设工程不是简单地在土地上建造地上物。找块空地想建什么就建什么的罗马法、德国民法典时代早已消逝,现代社会的任何土地和地上物都涉及公共安全和公共利益。无论是交通设施、高楼大厦、大坝电站,还是城

市道路、住宅小区、公用设施,首先必须考虑对公众而言是否安全、是否舒适。而现代建设工程的规模、技术、功能要求建设工程必须有统一的规划和强制性标准,才能保证应有的安全和舒适。基于公共利益的理由,国家和社会必须强有力地主导和管理建设工程合同。施工企业资质、招标投标程序、格式合同文本、监理验收标准等,这些都是国家和社会干预建设工程合同的常用手段,美国的统一建筑法典(Uniform Building Code简称UBC),就对管辖范围内任何建筑物的施工、改建、拆迁、使用、维修以及建筑行政管理、建筑许可等作出了详细规定。^{[8](P34-37)}现代建设工程合同的意思自治成分相当稀薄,以意思自治的理由要求建设工程合同回归承揽,属于不识时务。

事实上,德国、日本、台湾地区对承揽的理解比较复杂是导致建设工程合同没有独立的重要原因。德国存在着承揽供给合同。这是承揽人以自己所有或主要使用自己的材料制作工作物,供给相对人,相对人按约定支付报酬的合同。这类合同与出卖人按照买受人的要求制造和交付特定产品的买卖合同近似,造成承揽合同与买卖合同的区分困难。而且,2000年的《德国债法现代化法》对承揽法的改动使买卖合同与承揽合同法更为接近,以至于严格区分买卖合同与承揽合同的做法将无甚意义。^{[9](P81)}承揽供给合同性质的含糊导致五种理论解释^①,而通说“当事人的意思说”,^{[7](P75)}将当事人的合意作为区分承揽与买卖关系的依据,无异于承认承揽供给合同与买卖合同很难在法律上作出区分。由此可见,德国民法典在承揽合同有名化时其实没有精确界定承揽的内涵外延。要求建设工程合同回归这样的承揽,在逻辑上显然无理。

综上所述,无论当时立法动机如何,中国合同法将建设工程合同独立成章,客观上顺应了现代社会的潮流。建设工程合同的独立,有助于建设工程合同的理论与实践发展,尤其是在“一带一路”的战略下,为我国建设工程合同国际化提供坚实的平台。

二、现行建设工程合同规则应深刻反思

建设工程合同在中国合同法的独立地位并不代表中国合同法对建设工程合同有深刻的理解和成熟的见解。正如批评者指出的那样,当时的计划经济对建设工程合同的独立产生了重要的影响。一方面,计划经济固有的国家干预理念推动了建设工程合同的独立;另一方面,计划经济的习惯又制约着建设工程合同规则的形成和发展。我们既不能因为计划经济的影响而否定建设工程合同独立的结果,也不能因为建设工程合同独立顺应现代社会潮流而忽略计划经济的不良影响。

《合同法》对建设工程合同的规定共19条,几乎都是一般性和原则性的规定,很少有第272条第2款、第3款这样直接规范当事人行为的条款。一般性和原则性的规则缺少应有的确定性,难以有效规范当事人的具体行为,必须依赖更为明确和具体的规则。由于《合同法》留给建设工程合同意思自治的空间相当狭小,填补一般性和原则性规则空白的任务落在部门规章和司法解释的身上。住建部、水利部、铁道部、交通部、民航总局等制定了众多建设工程合同规则和各种合同标准文本。这些规则和文本程度不等地体现政府的管理需求和部门利益,不仅部门之间常有冲突,而且同一部门在不同时间也有矛盾。最高人民法院(以下简称“最高法院”)司法解释囿于司法解释的权限,只能对《合同法》中已有的建设工程合同事项作进一步细化,而且难以超越《合同法》规则的价值取向。因此,建设工程合同的规则在实践中呈现多有缺失和较为混乱的局面,连规范国内的建筑工程合同也力所不及,更谈不上有效支持“一带一路”战略的需要。

基于国家干预的理念,现行建设工程合同规则将合同效力置于非常重要的位置。《合同法》第272条第2款、第3款作为为数不多的具体规则,恰恰是为了评判建设工程合同的效力。《合同法》中,建设工程合同的法定无效事由最多,不仅有《合同法》第51条的一般无效事由,而

且有建筑公司的资质、分包、验收等方面的无效事由。将建筑工程施工企业的资质作为无效事由,无非是担心建筑工程施工企业无相应资质容易导致建筑工程的质量问题,其实,这是不了解实际情况。建筑工程的质量在于监理、验收等程序,与有无资质没有直接关系,有资质的建筑工程施工企业将工程转包或分包给无资质的包工头或工程队,比比皆是,几乎没有建设工程最终验收不合格的,资质只不过给部分有资质的建筑工程施工企业提供了从中牟利的机会。而且,资质应该是发包方需要考虑的问题,发包方愿意选择无资质的建筑施工工程企业,一定有着自己的利益考虑,法律没有必要越俎代庖。

建设工程合同何以需要较之其他合同更为严格的无效认定,至今无人作过论证,有的只是建设工程需要政府严格管理才能确保工程质量和安全的逻辑。但是,这一逻辑已被最高法院关于强制性规定分为效力性规定和管理性规定的司法解释^②所粉碎,尽管最高法院自己也不是很清楚如何区分效力性规定和管理性规定。政府严格管理的手段很多,未必需要动用合同无效。以合同无效吓阻当事人看上去严厉,其实是政府将管理的职责推给法院的懒政表现,因为合同无效的认定最终须在司法层面作出。

然而,奇怪的是,尽管建设工程合同常常被认定为无效,结果常常与有效的建设工程合同没有多少差别。依据最高法院司法解释[2004]14号的第2条规定,建设工程经竣工验收合格后,建设工程合同被认定无效后应参照建设工程合同约定支付工程价款。这是因为建设工程不具有可返还性,不能像其他无效合同那样各自返还财产,只能折价补偿,一旦依据约定的工程价款补偿,建设工程合同无效和有效也就失去了意义。有学者看到了这一点,因而提出建设工程合同无效时应以低于合同约定的工程价款结算。^{[10](P19-21)}但这位学者似乎没有注意到最高法院的司法解释本身是公平的,因为,如果发包方对验收合格的建设工程可因合同无效少付工程价款,其实就是利用建设合同无效事由谋取

不当得利。问题其实出在建设工程合同不该有那么多的无效事由。最高法院一方面支持建设工程合同因违反政府管理而无效,另一方面又不得不维护建设工程合同交易的公平,不可避免地陷入左右不是的困境。

摆脱这一困境的唯一出路是最大限度地减少建设工程合同无效事由,尽量维护建设工程合同的效力。只要竣工验收合格,建设工程合同就应该被认定为有效,至于建设工程合同及其履行出现的违法违规行爲,由政府管理部门给予足以杀鸡儆猴的力度的行政处罚。而且,有些无效事由本身就无合理性可言,是政府管理观念落后或错位造成的,例如对分包的严格限制。

现行的建设工程合同规则对分包作出了严格的约束,但中国建筑市场广泛存在着分包,由此出现了一种现象,实践中几乎找不到合法的分包,违法分包比比皆是。发包方能否指定分包商在我国是一个含混的问题。有对指定分包的合法性持否定态度的^③,也有像最高法院司法解释[2004]14号第12条那样只规定指定分包的责任承担问题的。实践中,业主凭市场的强势地位直接选择分包商,承包商对业主指定的分包商很难提出异议,而且一般是业主与分包商直接签订和履行分包合同,业主直接支付分包工程款,分包商不受承包商的管理和监督,分包商自行向业主承担分包合同责任。可以说,我国的指定分包名为业主指定,实为业主另行发包。在“一带一路”战略中,这种混乱是不能被容忍的。

这是典型的因法律规定不当导致的违法现象。其实,分包是建设工程社会化大生产的一种行之有效的生产组织形式,是不以立法者意志为转移的。现代建设工程不是农村宅基地建房,建设工程不仅工程量大,而且涉及多种专业,是吸聚资金和技术的综合体。分包将各有所长的承包商聚合起来,使得建设工程的每一部分质量趋向于最优,成本趋向于最低,广泛存在于建设工程市场。国际建筑市场对分包的态度与中国迥然有别:FIDIC合同条件中,没有像中国那样要求建设工程主体结构的施工必须由承包人

自行完成,也没有像中国那样要求承包商所确定的分包商无论何种情形须经建设单位认可^④,更不像中国那样明令禁止招标人指定分包商^⑤。但是,FIDIC合同条件中,承包商对任何分包商、其代理人或雇员的行为或违约,如同承包商自己的行为或违约一样地负责。^{[11](P185)}这又比中国要求总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任来得直接和严格。

显而易见,中国不可能以现行的建设工程合同规则推进“一带一路”战略,未来的亚投行不可能使用或参照使用中国的合同法、行政法规和部门规章,国际建筑市场不可能接受中国住建部、国家工商总局那个集中体现政府管理意志的《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2013—0201)。我国现在就应该考虑重新设计建设工程合同规则,既与国际规则和惯例接轨,又能体现我国的需求和利益。这可以从两个方面入手,一是清理、修改、补充我国法律、行政法规、部门规章,使之适应国际建筑市场的需要;二是制定国际化的建设工程合同示范文本,努力使之成为亚投行的“FIDIC合同条件”。

在国际建筑市场中,建设工程合同的示范文本具有十分重要的地位和作用。在各国的法律制度各不相同的条件下,示范文本既是当事人意思自治的体现,也是各国法律相互调和及妥协的结果,具有国际惯例的规则效用。FIDIC合同是世界银行、亚洲开发银行等国际金融机构作为公共工程采购的示范合同文本,由于其反映了西方国家200多年建筑和土木工程业的实践经验,构建了业主、工程师、承包商三位一体的工程项目实施机制,平衡了业主和承包商的权利和义务,^{[12](P3)}深受国际建筑市场的信赖。但是,“一带一路”上的国家大部分为发展中国家,基础设施薄弱、社会化发展水平不高,还有地质条件复杂^⑥,在自然、社会风险的负担和救济上不便照搬FIDIC合同条件。因此,中国有必要充分借鉴FIDIC合同条件并依据“一带一路”国家的实际情况制定国际化的建设工程合同示范文本。

三、建设工程合同示范文本国际化规则的建议

第一,建设工程合同示范文本应大幅度减少合同的无效事由。建设工程合同只要不违反社会公共利益和社会公序良俗,且建设工程质量合格,就应确认建设工程合同的有效。“一带一路”的国家涉及不同的法系,但认定建设工程合同效力的规则都比较尊重意思自治。英美法系的国家,主要关注当事人的缔约能力、真实意思表示、是否存在胁迫、是否合法等;大陆法系国家在保持民法典稳定的基础上,通过制定建设工程的特别法和具有准法性质的建设工程合同标准文本认定建设工程合同的效力。这需要压缩我国目前法律、行政法规、司法解释关于建设工程合同无效事由的规定。在建设工程合同上,只保留《合同法》第52条中的第(4)项即损害社会公共利益作为无效事由,《合同法》的其他无效事由不适用建设工程合同。最高法院司法解释[2004]14号第1条和第4条中将建筑施工企业的资质作为建设工程合同无效的情形并据此限制转包、分包,尤其应予废止。

《合同法》的社会公共利益包括国家利益、^{[13](P205)}公共秩序、善良风俗^{[14](P283)}。但“一带一路”有相当多的伊斯兰国家,涉及伊斯兰国家的建设工程合同示范文本不能不考虑社会公共利益的伊斯兰教义。伊斯兰教义对社会公共利益提出更严格的标准,在建设工程合同内容及合同缔约、签订、履行过程中提出了更高的要求。如合同中不能涉及高利贷、不当得利的发财致富(包括赌博、敲诈、贿赂、腐败)的内容;在签订合同过程中不能有欺诈、乘人之危、让人不知情的行为;合同须诚信地进行缔约和履行。即合同缔约、履行中不能有“睿巴”的内容、“伽喇”的行为及违反诚信的行为。^{[15](P32-34)}在伊斯兰国家,这几种情形都属于社会公共利益和公序良俗的范畴,是合同无效的重要事由,对此,建设工程合同示范文本应有相应规定。

第二,建设工程合同示范文本应放松对分包的限制,并规定指定分包条款。我国禁止承包

商违法分包。违法分包^⑦的内容与FIDIC合同有相同之处即承包商不得将整个工程全部分包(即转包)和承包商未经业主或工程师的事前同意不得把工程的任何部分分包。我国的违法分包还包括承包商将工程分包给不具备相应资质条件的单位、分包单位将其承包的工程再分包、承包商将建设工程的主体结构工程分包。相比之下,FIDIC合同条件则允许承包商在有证据和充分理由情况下反对业主指定分包商,对分包单位再分包和承包商将主体工程分包没有明确的限制。^{[16](P160-161)}建设工程合同示范文本应以FIDIC分包规则为准,除转包和未经业主同意及许可的情形之外,其他情形都不构成分包的禁止性条件。同时,我国应明确承包商向业主承担全部合同责任,承包商招投标时必须标明分包事项以供业主选择。

在“一带一路”战略中,建设工程合同示范文本应引入FIDIC的指定分包规则。具体包括以下三个规则:一是指定分包商的选择规则,可由业主和承包商在签订主合同时约定,也可在主合同签订后由工程师指定承包商选择分包公司;并给予承包商有权反对业主的指定分包的充分理由。二是分包商的应得款项的支付规则,由工程师签证,由业主支付给承包商,再由承包商按分包合同支付给分包商。三是承包商的责任承担规则,在承包商同意业主指定分包商情形下,对于指定分包商在施工或材料上的问题,由承包商向业主负全部责任,但承包商可依据分包合同向指定分包商索赔。上述规则体现了业主和承包商的权利义务的平衡,增加承包商的反对权和减轻承包商的责任以限制业主指定分包商的权利,而限制承包商的支付权是增加业主的权利。其最终目的是在承包合同与分包合同中实现公平正义的原则^{[17](P50)}。

第三,建设工程合同示范文本应确立FIDIC“三位一体”利益平衡规则条款。FIDIC合同的框架结构是业主、咨询工程师与承包商之间的“三位一体”的利益平衡。咨询工程师不是施工合同的签订主体,但在项目实施中,他有权作为中间

人根据合同条款作出判断,对业主和承包商发出指令并约束双方。咨询工程师不仅是业主的代表,也是业主和承包商之间的关于合同的准仲裁人,为发包方、承包方提供便利和缓冲矛盾,^{[18](P77-79)}因此咨询工程师的行为必须公正。FIDIC合同条件第2.6款是有关咨询工程师作用和工作准则的核心条款,其中规定,“当采取可能影响业主或承包商权利和义务的行动时,他应在合同条款范围内,并兼顾所有条件的情况下,做到公正行事”。

我国现行的2013示范文本与FIDIC合同条件的工程师规则有很大的不同。FIDIC工程师是作为业主的代理人负责工程的设计工作;而我国监理工程师不参与工程的任何设计工作,设计工作是由业主委托独立的设计单位来完成。FIDIC工程师对工程质量承担主要责任,而我国是建筑单位、施工单位和监理工程师对工程质量各负其责。FIDIC合同条件下的工程竣工验收质量标准检验权归于咨询工程师,而我国工程竣工验收依据国家有关工程施工的质量验收规范进行。FIDIC工程师具有财务方面的权利,包括临时付款和最终付款所颁发的证书、有权决定额外付款、合理判断合同价格变更,还包括工期的延长、工程量的测量以及索赔的有关工程造价等事宜;而我国监理工程师没有这类权利。

依据我国实际情况,可以通过增加监理工程师职责和权利的路径与FIDIC合同条件接轨,让监理工程师担负起FIDIC咨询工程师的职能。但我国监理工程师的素质现状尚不具备以监理工程师为中心的建设工程合同管理,因而应提高监理工程师的资质要求和建立全国范围的监理工程师数据库。监理工程师业务上要懂工程施工管理和精于工程设计和工程造价,具备公众认可的诚信和公正素养;同时也要增加主管部门和监理行业协会对失信失职监理工程师的处罚力度,使监理工程师的权利、义务、责任对等。

第四,建设工程合同示范文本应确立业主的风险与责任条款。建设工程合同履行期限较

长,外部环境也充满着不稳定的变数,风险具有很大的不确定性,合同示范文本应有清晰合理可操作的风险分担条款。我国现行2013示范文本没有专门规定风险与责任的条款,只以分散的条款约定发包人需要承担的风险:如发包人提供的工程量清单存在瑕疵;承包人在施工中遇到的不利物质条件、因异常恶劣气候条件采取合理措施而增加的费用和顺延工期;市场价格波动的合同价格调整;基准日期后,法律变化导致工程价款增加的;不可抗力导致承包人停工的费用损失的合理分担。

FIDIC合同条件着眼于业主与承包商的风险分担责任。其风险分担的规则主要包括:一是过错责任归责规则,即工程建设过程中出现的人员伤亡和财产损失,依据业主与承包商的过错责任归责原则处理,无过错则不承担责任及损失,由承包商投保商业保险处理;二是工程照管责任规则,即工程原则上由承包商负责照管工程的责任,由业主风险原因导致的除外;三是业主的风险范围和后果的规则^{[19](P149)};四是业主与承包商对于知识产权和工业产权各自负责的规则^{[19](P151)};五是合同一方在履行合同过程中的最大赔偿责任规则。^{[19](P152)}上述风险与责任规则确立了业主和承包商之间基本权利、义务、责任,是建设工程合同示范文本必须具备的通用条款,能有效避免和解决业主与承包商之间的利益冲突和纠纷。

其中,业主承担的风险责任规则对我国建设企业更具有特别重要的意义,在“一带一路”的基础建设中,我国企业基本上都处于承包商的主体地位,业主应承担的风险没有明确规定对承包商极为不利。一是业主的风险范围:包括政治风险、社会风险、污染及外力风险、业主行为风险、经济风险、法律风险等。二是业主承担因业主风险发生的后果:承包商因业主的风险遭受损失可按合同的索赔条款提出费用和工期索赔;如承包商对业主行为风险履行了通知义务后,还可要求业主获得利润。三是还需要明确业主违约(如业主欺诈等恶意行为)导致合同终

止时的对承包商的赔偿限度和全部赔偿的条件。

第五,建设工程合同示范文本应有政策性国家出口信用专项保险条款。FIDIC合同条件只有属于商业保险的工程保险。但在推进“一带一路”战略进程中,仅有商业保险是不够的,仅确立业主的风险及责任处理规则也是不够的,因为“一带一路”国家多,交集的风险比较复杂;政治上的政局、民族、宗教矛盾,经济技术上的保护主义,产业本身、汇率、金融的风险,社会、环境、法律的风险等。我国建设施工企业目前对这些风险普遍知之不多,更少应对的经验,如要大规模、快速走出去,除了需要充分学习以外,也需要国家建立风险分散的机制。^{[20](P7)}政策性的出口信用保险是出口信用保险机构对企业投保的货物、技术和服 务出口及银行投保的资本输出的应收账款提供安全保障的机制,^{[21](P561)}如在“一带一路”建设工程合同示范文本中引入政策性的出口信用保险条款,可有效支持和增强我国建设施工企业的竞争力,极大地减轻我国建筑施工企业的市场风险、金融风险、规则风险、地缘冲突等风险。

目前,针对在建设项目及对外承包工程项目上的政策性的出口信用保险,只有中国出口信用担保公司的海外投资保险和中长期出口信用保险。但“一带一路”是国家战略,其重要性远远高于一般的海外投资项目,而且“一带一路”建设项目大,周期长;在结合“一带一路”建设项目的实际情况且不违背国家利益和市场经济原则的前提下,为鼓励我国建筑企业积极参与“一带一路”的建设项目,很有必要也有条件建立“一带一路”建设项目政策性出口信用专项保险。

“一带一路”建设项目政策性出口信用专项保险可以具体规定:一是建设工程项目应符合我国外交、外经贸、产业、财政及金融政策,符合投资项目各方所在国的法律和政策规定,并获得与投资项目相关的批准许可。二是申请人应是在中国境内注册成立的具有相应资质的法

人,或在中国境外地区注册但实际控制人为中国境内注册的法人,被保险人应是与项目有相关利益的法人。三是保险业务包括征收险、汇兑限制险、战争及政治暴乱险、政府违约险、商业风险、政治风险。四是损失赔偿比例一般在90%—95%之间,特殊的项目也可100%。五是承包期限依据承保投资项目的建设 和经营期限来设定,至少包括整个合同履行期和质量缺陷期。六是保险人在履行赔偿义务后享有代位求偿权,对于拒绝接受我国海外投资保险机构代位求偿权的国家,可拒绝保险。

综上所述,我们认为,我国“一带一路”的大战略和亚投行的成立,为我国建设企业的国际化创造了一个绝佳的机会。我国需积极借鉴以FIDIC合同条件为代表的国际建设工程合同的规则,结合“一带一路”中国家的实际,制定出与国际全面接轨,既具有亚投行自身特色,又能维护我国自身利益和需求的建设工程合同国际化示范文本。

注释:

①一为通说,即“当事人的意思说”,认为以工作的完成为契约标的时为承揽,而以标的物所有权的转移为契约标的时则为买卖;二为“混合合同说”,认为承揽供给合同应视为买卖与承揽之混合合同,即关于工作物的制作,应类推适用承揽的规定,而制作物所有权的移转则应类推适用买卖的规定,但可依当事人的意思;三为“代替物与否区分说”,认为其材料为代替物的,应视为买卖,其材料为非代替物的,则为承揽;四为“制作物取得区分说”,认为制作物的所有权应先由制作人取得,然后移转于相对人(定作人)时,则为买卖与承揽的混合合同,应类推适用关于买卖及承揽的规定,但如仅以制作物所有权的移转为目的,其由自己制作移转或由他处取得而移转的,均所不问时,则为买卖;五为“意思类型化说”,认为根据交易的性质将当事人的意思类型化来区别买卖还是承揽。

②参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条。

③参见《工程建设项目施工招标投标办法》第66条、《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第7条。

④参见《建筑法》第29条、《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》第9条。

⑤参见《工程建设项目施工招标投标办法》第66条、《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第7条。

⑥中亚国家大部分为高山高原,西亚、北非国家大部分为沙漠,南亚大部分濒临海洋。

⑦参见《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》第8、9条。

[参考文献]

- [1]李志国.建设工程合同并入承揽合同是契约精神的理性回归[J].学术交流,2010,(11).
- [2]黄道秀.俄罗斯联邦民法典[M].北京:北京大学出版社,2007.
- [3]王卫国.荷兰民法典[M].北京:中国政法大学出版社,2006.
- [4]欧洲民法典研究组,欧盟现行私法研究组.欧洲示范民法典草案:欧洲司法的原则、定义和示范规则[M].北京:中国人民大学出版社,2012.
- [5]徐国栋,海棠,吴振平.蒙古民法典[M].北京:中国法制出版社,2002.
- [6]王秉乾.英国建设工程合同概论[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2010.
- [7]周江洪,(日)我妻荣.债法各论[M].北京:中国法制出版社,2008.
- [8]孟宪海.美国建设管理体制的特点及其研究[J].建筑经济,1999,(8).
- [9]朱岩.德国新债法条文及官方解释[M].北京:法律出版社,2003.
- [10]李桂娥.建设工程合同无效的思考[J].青海交通科技,2007,(6).
- [11]闵卫国.FIDIC合同条件适用性问题比较研究[D].武汉:武汉大学,2013.
- [12]崔军.FIDIC合同原理与实务[M].北京:机械工业出版社,2011.
- [13]马俊驹,余延满.民法原论[M].北京:法律出版社,2010.
- [14]朱广新.合同法总则[M].北京:中国人民大学出版社,2012.
- [15](英)尼尔·G·巴尼.FIDIC系列工程合同范本——编制原理与应用指南[M].张水波,译.北京:中国建筑工业出版社,2008.
- [16]解洪,曾玉成.菲迪克(FIDIC)条款在中国的应用[M].成都:四川人民出版社,2004.
- [17]刘鲁明.FIDIC《施工合同条件》指定分包法律解读[J].工程建设,2014,(4).
- [18]王卉,何佰洲.FIDIC合同条件中工程师的作用及其在中国的发挥[J].大连海事大学学报(社会科学版),2007,(6).
- [19]张水波,何佰森.FIDIC新版合同条件导读与解析[M].北京:中国建筑工业出版社,2003.
- [20]汤敏.“一带一路”战略呼唤“大国心态”[J].中国发展观察,2015,(1).
- [21]崔军,钱武云.国际工程承包总论[M].北京:中国建筑工业出版社,2012.

【责任编辑:叶萍】

