

现代工程项目三方合同系统研究

林基础, 成 虎

(东南大学土木工程学院项目管理研究所, 南京 210096)

[摘要] 对三方合同进行了系统的分析和研究, 提出三方合同的概念、常见类型及其特征以及日后在三方合同研究工作中需要解决的问题。

[关键词] 现代工程项目; 三方合同; 常见类型; 合同特征; 系统研究

[中图分类号] F407.9 [文献标识码] A [文章编号] 1009-1742(2008)11-0093-04

1 前言

随着现代工程项目的日益复杂, 人们越来越清楚地认识到合同在现代工程项目实施过程中的重要作用。合同管理在现代工程项目管理中有着特殊的地位和作用, 已成为与进度管理、质量管理、成本(投资)管理、信息管理等并列的一大管理职能。合同管理是工程项目管理区别于其他类型项目管理的显著标志之一。合同确定工程项目的价格(成本)、工期和质量(功能)等目标, 规定着合同双方责权利关系, 必然成为工程项目管理的核心。广义地说, 工程项目的实施和管理全部工作都可以纳入合同管理的范围。合同管理贯穿于工程实施的全过程和工程实施的各个方面。它作为其他工作的指南, 对整个项目的实施起总控制和总保证作用。在现代工程中, 没有合同意识则项目整体目标不明; 没有合同管理, 则项目管理难以形成系统, 难以有高效率, 也就不可能实现项目的目标。我国在工程合同方面的研究起步较晚, 而且长期以来采用平行发包, 因此国内的工程合同绝大部分属于较为简单的双方合同。但随着现代工程项目许多特殊的融资方式、承发包方式和管理模式的出现, 不仅使工程项目的合同关系越来越复杂, 而且使合同的形式多样化, 内容越来越复杂化。其中的典型就是三方合同。笔者对三方合同进行了较为系统的剖析, 并就三方合同的概念和

本质做了简要论述, 旨在为三方合同的理解、实践和管理提供理论上的依据。

2 三方合同的基本概念

根据 1999 年版《中华人民共和国合同法》对合同的定义: “合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”其中对于建设工程合同有专项定义: “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, 包括工程勘察、设计、施工合同。^[1]”从建设工程合同的定义可以看出合同是发包人与承包人法律关系的定义, 合同条件明确定义了双方的责权利: 承包人在合同约定的工程范围内实施工程, 发包人在工程竣工验收合格后, 接收工程, 同时支付约定的工程价款。出于合同简单化的原因, 或者长期以来国内采用平行发包模式或者便于划分责权利, 在建筑工程项目中绝大多数合同只有两个合同主体。但由于现代工程项目的复杂性和投资额巨大, 所面临的项目环境也日益复杂, 而且项目的建设是一个超企业的行为, 出于联盟、制约或风险分担等目的, 三方合同应运而生。

目前, 对三方合同进行讨论和研究的文献较少, 而且没有对三方合同进行比较准确的、区别于双方合同的定义。笔者分析了在工程中较常出现的几种三方合同, 如三方代建合同、三方联营合同、三方担

[收稿日期] 2008-04-02

[作者简介] 林基础(1979-), 男, 广东韶关市人, 东南大学土木工程学院博士研究生, 研究方向为管理科学与工程

保合同等,试图抽象出其共同的特征。但由于三方合同散布于工程项目生命周期的各个阶段,表现形式不一,其共性较难把握。笔者认为,三方合同可以定义如下:“存在三个合同主体,且合同标的必须在三方循环中才能达到平衡的合同”。如图1所示。

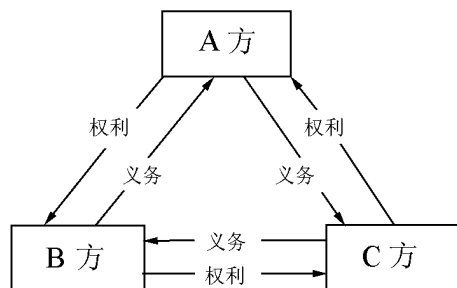


图1 三方合同权利义务循环

Fig.1 Cycle diagram of tripartite indenture right and obligation

3 三方合同的常见类型

1)三方代建合同。为发挥三方当事人的积极性,实现三方当事人的相互制约,防止公共工程招标中的腐败行为,实现对公共工程建设施工和项目投资资金的专业化管理,保证工程质量和投资计划的执行,实现政府投资体制改革的政策目的,北京、武汉、浙江代建制试点采用了三方代建模式,即政府投资管理部门与代建单位、使用单位签订“三方代建合同”。北京市是由“发改委”(投资人)选定代建单位,并与代建单位、使用单位签订“三方代建合同”;武汉市是由政府指定的“责任单位”(投资人)选定代建单位,并与代建单位、使用单位签订“三方代建合同”;浙江省是由“政府投资综合管理部门”(投资人)选定代建单位,并与代建单位、使用单位签订“三方代建合同”。“三方代建合同”,除规定代建单位的权利、义务和责任外,还明确规定“政府主管部门”的权限和义务:对代建单位(受托人)的监督权、知情权;提供建设资金的义务。“使用单位”的权利和义务:对代建单位(代理人)的监督权、知情权,对所建设完成的工程和采购设备的所有权;协助义务、自筹资金供给义务^[2]。

2)三方联营承包合同。在现代工程中,特别在大型以及特大型工程中,联营承包是经常发生的。联营承包是指两家或两家以上的承包商(最常见的为设计单位、设备供应商、工程施工承包商)签订联营承包合同,组成联营体,联合投标,与业主签订总承包合同,对外只有一个承包合同。三方联营承包

合同是合同三方为了共同的经济目的和利益而联合,在工程承包合同投标前签订的作为工程承包合同的一个附件的合同。其合同关系如图2所示。

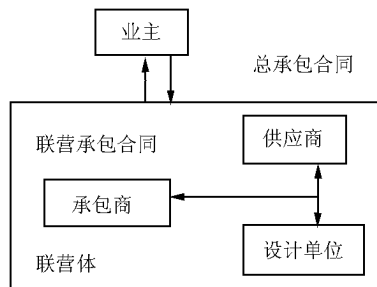


图2 联营承包合同关系

Fig.2 Associated contract relationship

3)三方工程担保合同。工程担保作为化解工程建设信用风险的有效工具,作为以经济手段管理建设市场的有效制度,开始受到国家和人们的重视。自1998年建设部提出要在全国建设工程领域“逐步建立健全工程索赔制度和担保制度”,并批准了我国首家专业化的工程保证担保公司——长安保证担保公司挂牌成立以来,许多机构、专家和学者开展了对工程保证担保的理论研究与实践探索。在众多担保模式中,保证担保是以债务人、债权人之外的具有代为清偿债务能力的第三方担保人的信用作为保障债权实现的担保方式,其在工程的实际应用形成的合同就是三方工程担保合同。

4)杠杆租赁合同。杠杆租赁是国际上较为流行的一种特殊的融资形式,之所以称为杠杆租赁,是因为资产出租方一方面通过银行贷款获得租赁资产所有权,另一方面则通过出租获取收益,而出租收益一般肯定大于贷款成本,出租方以此获得财务杠杆收益故称为杠杆租赁。基于杠杆租赁的项目融资模式是项目融资在模式上的创新,具有显著的税收优势,通过“以二博八”的杠杆效应,吸收项目中的资产折旧和利息扣减,最充分地享受税收的好处,在出租人(项目发起人)、承租人和贷款人之间实现多赢。这种模式结构设计巧妙、融资安排复杂,适合应用于大型特大型项目,并已实现成功运作。在这种融资模式下签订的杠杆租赁合同,可以将其归于三方合同。

5)其他三方工程合同(非联营)。在工程建设过程中,还会出现非联营性质的三方承包合同。例如,某具体工作比较特殊或者复杂,需要两家承包商才能完成(任何其中一家都不能单独完成,而这两

家承包商并非联营关系)。业主为了保证工程建设的顺利实施,减少风险,可以规定:“任何一家承包商退出,另一家承包商需要采用合适的方式完成其剩下的工作任务。”在这种条件下形成的合同,是工程建设过程中比较特殊的三方合同。

4 三方合同的特征

1)存在三个事实上的合同主体。在国内的工程建设实施过程中,出于监督的目的或者长期以来国内行业习惯,业主作为鉴定方经常会出现在分包合同或者指定分包合同中。但在这种合同当中,业主其实是不在合同权利义务关系中的,即此类型的三方合同本质上是属于双方合同。而在三方合同中,三个合同主体都是事实上的合同主体,都需要承担相应的责任和义务,并享受相应的权力。

2)合同关系三方连环。在三方合同中,双向关系,即可以达到权力义务平衡的状态是不存在的。其合同标的的特点是权力义务连环,权利义务只有在三方制约的前提条件下才能达到平衡。不能简单的把三方合同拆分为两份双方合同,否则会失去三方合同的本意,因为三方合同中三个合同主体的权力义务关系是一个整体。把三方合同拆分为两份双方合同,难以对三方关系进行全局的把握和理解,从而造成合同管理的困难。

3)部分合同关系超出合同法的调整范围。一般的工程勘察、设计、施工合同,都属于合同法的调整范围。但三方合同较为特殊,如三方联营承包合同的目的是合同各方为了共同的经济目的和利益而联合,所以它属于一种社会契约^[3]。联营体具有团体性,但它在性质上又区别于合资公司。因此,工程承包合同的法律原则和一般公司法律原则都不适用于联营承包合同关系,它的法律基础是民法中关于联营的法律条文。这样一来,三方代建合同就更加复杂。争议在于代建关系是一种民事委托关系或是行政委托关系,直接导致代建行为的法律关系不清。以上两种合同,其范围都已经超出了合同法的调整范畴,同样的情况也出现在工程担保合同和杠杆租赁合同中。

5 三方合同的作用和意义

1)完善了对现有合同体系的补充。19世纪和20世纪,工程承包的合同关系和合同形式没有大的变化,主流模式是设计和施工分离的平行承包包,而

且在设计和施工领域还有专业化的分工。由此构成的合同体系,其主要组成部分是双方合同。同质性较强的体系,不可避免的会存在一些盲点,三方合同是对现有合同体系的有力补充。

2)拓展了工程项目合同的范围。从常见的三方合同分析,其工作内容和范围几乎遍及整个工程项目的全寿命周期。而且,其合同内容相对于传统的双方建筑工程合同是比较特殊的,已经超出了传统的设计、施工和劳务合同范畴。如代建合同可能在前期策划阶段就要签订,其合同内容是权力分配和制约。杠杆租赁合同和工程担保合同,都极大地拓展了传统工程合同内容的范围。

3)丰富了工程项目管理理论。由于在现代工程中,新的融资方式、工程承包模式和管理模式不断出现,导致合同种类丰富多彩,合同形式的多样性,三方合同是其中的一个产物。同时,三方合同的出现,其相应的合同形式、内容、组织行为、组织架构、风险分担和操作流程都极大地丰富了现有的工程项目管理理论。

4)促进相关法律的发展。实践工作总是走在前面,相关的法律法规总是相对滞后,这是一个普遍的规律,三方合同也是如此。三方合同的出现,不仅是对现有合同体系的有力补充,同时也对相关法律提出了新的课题,从而促进其发展。

6 三方合同需要解决的问题

三方合同是较新的事物,其合同主体的利益立足点以及标的物的差异非常大,导致以上几种常见类型的三方合同在合同内容上千差万别。如三方代建合同关注于如何分配权力;三方联营合同关注于如何进行资源整合以能够签订总承包合同;三方担保合同关注于分担风险;杠杆租赁合同则关注于效益的最大化;非联营承包合同则关注于在确保工程顺利实施的条件下实现承包商的利益和降低业主风险,合同内容必须在动态中达到三方的平衡。也正因为三方合同的特殊性,对习惯于传统双方合同的工程建设各方是一个挑战,不仅仅反映在对合同的理解和把握上,同时也反映在相关的政策法规上。

1)加强对三方合同进行系统的研究。对三方合同的系统研究,不仅仅需要提出更加合理准确的概念,更多的是对三方合同的基本内容、文本结构、风险分担及操作流程进行分析,以期形成完整的三方合同理论体系,明确与传统双方合同的区别,便于

三方合同概念的普及和推广,便于工程合同管理人员的理解和把握,提高工程项目合同管理的水平。

2)完善相应的法律法规。目前,相对应于某些三方合同的法律法规是滞后的。如代建机构作为项目法人的制度设计与现行的法律环境还存在一定矛盾。争议在于代建关系是一种民事委托关系或是行政委托关系,直接导致代建行为的法律关系不清。通过委托代建,建设单位的民事责任风险转移了,但行政责任乃至刑事责任的风险并没有转移,原因在于代建制度并不是一项法定制度。尽管在《国务院关于投资体制改革的决定》中提到了“代建制”,但由于相关的配套政策还不健全,代建机构的法律地位仍不明确^[4]。由此带来的是三方代建合同的法律关系模糊,并给代建单位的实践工作带来了很大的困难。而对工程担保合同而言,有关部门对工程担保经历了从怀疑其合法性到查找法律法规依据直至最终认可的复杂过程。实践证明,法律法规的滞后制约了工程担保的推进。建设部文件《关于在房地产开发项目中推行工程建设合同担保的若干规定(试行)》发布后,这一情况有所好转,但法律依据问题依然没有从根本上得到解决,相关部门在拓展业务方面仍然步履维艰。

3)统一合同文本。三方合同在内容和形式上千差万别,对所有的三方合同进行文本统一工作是困难的,也是不现实的。但是,针对某一种类型的三方合同,统一其合同文本是非常有意义的,如可以对

三方代建合同进行标准化。工程合同文本的标准化是项目管理标准化的重要方面。标准合同条件规定了工程过程中合同双方的经济责权利关系,规定了工程过程中一些普遍性问题的处理方法。它作为一定范围内(行业或地区)的工程惯例,能够使工程合同管理,以至整个工程项目管理规范化、标准化。显然,三方合同标准化的工作还任重道远。

7 结语

三方合同是有别于传统双方合同的合同类型,是现代工程项目日益复杂的产物。三方合同的主要特征是合同内合同标的必须在三方循环中才能达到平衡。三方代建合同、三方联营承包合同、三方工程担保合同以及杠杆租赁合同是现代工程项目中常见的三方合同类型。目前对三方合同尚缺乏系统的理论研究,笔者给出了三方合同的概念,并提出了三方合同需要解决的问题。

参考文献

- [1] 国家发展计划委员会中华人民共和国招标投标法起草小组. 招标投标法操作实务[M]. 北京:法律出版社,2004
- [2] 梁慧星.“双方合同”或者“三方合同—代建制试点中的“代建合同”模式分析[J]. 中国招标,2006,(Z1):52 - 54
- [3] 成 虎. 工程合同管理[M]. 北京:中国建筑工业出版社,2005
- [4] 周世玲. 贵州省政府投资工程代建制情况研究[J]. 建筑经济, 2006,(5):36 - 38

Systematic research on tripartite contract in modern engineering projects

Lin Jichu, Cheng Hu

(Project Management Research Institute, School of Civil
Engineering, Southeast University, Nanjing 210096, China)

[Abstract] The tripartite contract was analyzed and researched systematically. Its concept, ordinary types and characteristics were put forward. Finally, the questions of tripartite contract need solving in the future were brought forth.

[Key words] modern engineering project; tripartite contract; ordinary type; contract feature; systematic research