

法律思维与技能培养丛书

建领城达  
JIANLINGCHENGDA  
LAW OFFICE

2017年全新修订版

# 《建设工程施工合同(示范文本)》

## 应用指南与风险提示

周吉高 主编



周吉高 律师

近二十年专注建设工程、投融资、PPP领域，  
精彩实例剖析法律风险防范

最值得推荐的60位中国工程法律专业律师之一

2011年中国建筑业年度人物

上海市律师协会建设工程与基础设施业务研究委员会主任

上海市工商联房地产商会法律分会会长

中国国际贸易仲裁委员会/上海仲裁委员会仲裁员

同济大学法学院教务委员会副主任

上海建领城达律师事务所主任

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

周吉高律师和他的同事们，专注建筑地产多年，不仅为建筑施工企业提供优质、高效的法律服务，还一贯注重法律实务的研究、总结与交流，实践性强是他们研究成果的最大特点。

**高志海** 上海市建筑施工行业协会副会长、秘书长

这本书对新版《建设工程施工合同（示范文本）》做了深入浅出的剖析，不仅仅是单纯的条文解读，还涵盖了如何应用、风险点分析、如何修改等诸多具体操作层面的内容，内容全面，实务性强。

**孙贤程** 建筑时报 建筑法苑主编

本书出版前，周吉高律师就书中第二章新版示范文本评析之内容，与我司市场部、商务部、法务部、物资部、各项目部约二百余位中、高级管理人员进行了解读与分享，让我们第一时间掌握了示范文本的新方向，并知悉其中的风险以及如何完善和运用。

**胡嘉莎** 中建三局股份有限公司（沪）法务部经理

在工程管理中不可避免会遇到一些疑难法律问题，其中就包括对合同条款的正确理解与使用，一旦双方产生分歧，不利于工程正常进行。本书由资深专业律师撰写，源自对争议处理的经验总结，所以其中内容对企业而言能起到很好的风险防范作用。对于企业法务人员而言，该书更是继《建设工程专项法律实务》之后的又一必备书目。

**林立强** 宝龙地产控股有限公司行政副总裁

建筑房地产领域的纠纷很多、很复杂，有些争议的根源就出在施工合同的条款约定上，这本书对新版示范文本中的条款如何约定做了详尽分析，而且来自案件办理的实践经验，值得企业的管理人员、法务人员阅读。

**沈克乔** 上海市工商联房地产商会副会长、秘书长

建筑施工企业的法律风险管理应当遵循事先防范和事中控制为主的原则，把好合同的洽商与签约关，是施工企业一项非常重要的基础性工作，关系到项目能否正常完工，关系到企业能否实现盈利，作为工程管理人员和法务人员，需要对新版合同示范文本不断熟悉和研究，而这本书可以作为企业日常合同管理的重要参考。

**许海峰** 上海建工集团股份有限公司法务部负责人

与周律师在施工合同领域有过多次交流，这次其编写的新版示范文本的解读与应用，对企业法律风险防范有很好的指引作用，是一本难得的实用价值颇高的手册用书。

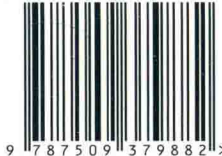
**刘中** 华润置地有限公司总法律顾问



中国法制出版社  
官方微信

上架建议 律师实务·建设工程

ISBN 978-7-5093-7988-2



9 787509 379882 >

定价：86.00元



2017年全新修订版

# 《建设工程施工合同(示范文本)》

## 应用指南与风险提示

主编:周吉高

副主编:俞光洪 王凌俊

编著:上海建领域达律师事务所

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

《建设工程施工合同 (示范文本)》应用指南与风险提示: 最新修订版 / 周吉高主编. —2 版. —北京: 中国法制出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7988 - 2

I. ①建… II. ①周… III. ①建筑工程 - 工程施工 - 经济合同 - 合同法 - 基本知识 - 中国 IV. ①D923. 65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 264741 号

策划编辑: 陈 兴 (cx\_legal@163.com)

封面设计: 周黎明

---

《建设工程施工合同 (示范文本)》应用指南与风险提示: 最新修订版  
《JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG (SHIFAN WENBEN)》YINGYONG  
ZHINAN YU FENGXIAN TISHI; ZUIXIN XIUDINGBAN

主编/周吉高

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 1 月第 2 版

印张/29.5 字数/331 千

2017 年 1 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7988 - 2

定价: 86.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66010405

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

撰稿人：（按姓氏拼音排序）

邓偷之（通用条款第6条及专用条款对应部分）

贾敏（通用条款第17条及专用条款对应部分）

蒋奇原（通用条款第18、20条及专用条款对应部分）

阚蓉（通用条款第19条）

李亮（协议书第3条；通用条款第5、8、9条及专用条款对应部分）

孙艳（通用条款第1.7款~1.12款及专用条款对应部分）

万妮（通用条款第2、15条及专用条款对应部分）

王凌俊（通用条款第4、16条及专用条款对应部分）

王敏（协议书第5条；通用条款第3条及专用条款对应部分）

萧亮（协议书第1条；通用条款第1.1款及专用条款对应部分）

殷一帆（通用条款第13、14条及专用条款对应部分）

俞光洪（协议书第2条；通用条款第7条及专用条款对应部分）

张晖（通用条款第1.2、1.3、1.4、1.6款及专用条款对应部分）

周吉高（第一章；第二章；第三章协议书第4、6、11条；通用条款第1.5、1.13款、第10~12条及专用条款对应部分；第四章）

# 序 一

建筑业是国民经济的重要物质生产部门，它与整个国家经济发展、人民生活的改善有着密切的关系。改革开放以来，我国经济持续稳定的增长为建筑业的发展提供了良好的市场环境和发展空间。1982年建筑业总产值还不足1000亿，但到2012年已经增长至135000亿，年均增长率超过20%。三十多年来，作为国民经济的支柱产业，建筑业在经济建设、吸收就业、带动农民增收等方面发挥了巨大作用，为我国经济社会发展和城乡面貌巨变做出了突出的贡献。党的十八大提出了走新型城镇化道路，2013年中央经济工作会议又将新型城镇化定位为经济增长的新引擎，这将成为建筑业未来数十年持续、稳定、繁荣发展的新机遇。

但是我们在看到成绩的同时，还要看到当前的建筑市场已成为典型的买方市场，而且过去几十年建筑业主要靠投资驱动，一些深层次的问题正在逐步暴露出来，面临两大突出矛盾：一是极不合理的产业结构导致产能过剩，恶性竞争；二是传统的生产方式仍然困扰着行业的健康发展，特别是管理粗放，资源浪费大，技能工人素质低下，安全生产事故时有发生，造成行业严重的“三低一高”（产值利润率、劳动生产率、产业集中度低，工程交易成本高），特别是企业的利润率不断下降，经济纠纷逐年增多。所以，要突破瓶颈，必须深化改革、开拓创新，用现代化的经营理念和全新的思维方式去适应行业发展新要求，促进和实现企业转型升级，而这一过程中，提高企业的合同风险管理能力就是其中很重要的课题。因为当前的许多工程纠纷，源头在交易双方磋商、签订合同时，对条款的理解不准

确，约定不严密、不合理，甚至有些还违反了法律规定，成为履约中争议产生的根源。所以无论是建设单位还是施工单位，都应当重视对合同文本的学习与研究，真正理解每一个条款的意思与作用，提高自身合同评审与风险辨识的能力，并能诚信履约，这种契约精神的培养也是市场经济的题中之义。

最新出台的 2013 版《建设工程施工合同（示范文本）》，其目的也在于适应和促进建筑业的新发展，与 1999 版示范文本相比，2013 版示范文本在体例上做了较大幅度的调整，并借鉴了部分 FIDIC 合同的表述与制度。但体例的调整、制度的移植，能否完全符合我国建筑市场的特点，能否为广大企业尽快熟悉和应用？在这方面，上海建领域达律师事务所周吉高律师和他的同事做了一件非常有意义的工作，他们结合当前的工程实践与法律规定，对每一个条款都做了细致解读，更重要的是，他们基于自身专门从事建筑房地产法律服务的实务经验，对每一个条款的约定方法都做了说明，并针对部分条款填写不当可能导致的风险做了重点提示。另外，就 2013 版示范文本中少量在短时间内可能无法完全适应当前工程实践的条款，他们也以填写专用条款的方式进行了一些前瞻性的研究解读，更方便企业参考和使用。

“法律的生命在于经验。”霍姆斯大法官的名言用在本书作者们身上恰如其分，周吉高律师原本就是建筑学科出身，曾于外资房地产集团和外资施工企业从事造价和合同管理工作，进入律师业十余年，知识和经验都非常丰富，积累了良好的口碑，其第一本专著《建设工程专项法律实务》就颇受欢迎，加印六次，成为法律实务类别的畅销书。由他领衔的上海建领域达律师事务所，虽然成立仅三年，但得益于专注建筑与地产的专业特色，迅速站稳脚跟，并依托改革创新形成的良好机制和经营模式，名列“上海市十佳不动产律师事务所”和“中国最值得推荐的 30 家工程法律专业律师事务所”。本书正是其对自身法律经验的一次系统总结，本书不仅对建设单位、施工单位的经管人员具有较强的实践指导价值，对法律界人

士来说也值得一读。

我作为建设战线上一名老兵，在此，非常感谢周律师以及他的同事们多年来对建筑行业的执着与付出，也欢迎更多的律师朋友能关注建筑行业，特别是当前能共同来关注施工合同的文本完善与风险防范问题，切实为我国建筑企业的发展保驾护航，为建筑业持续发展贡献力量！



中国建筑业协会 副会长兼秘书长

2013年8月12日



## 序二


从上世纪 80 年代开始，中国的房地产业逐步迈入了市场化轨道，并于 90 年代末进入了快速发展的繁荣期。数十年来，中国人民的居住环境、城乡基础设施建设和公共设施建设都有了很大的改善，住宅等不动产也成为家庭财富的重要组成。当然，房地产价格的非理性上涨对行业及整个国民经济的发展势必会造成负面影响，因此中央政府于近几年推出了一揽子影响甚广的组合政策，旨在遏制投资、投机性需求，以长效机制促进房地产市场平稳健康发展。

在房地产宏观调控的近些年，建筑房地产领域的争议与纠纷也显露出增多的趋势，这一方面是受制于开发商等建设单位受调控影响资金紧张等现实因素，另一方面也反映出这个领域还有许多地方有待完善。我国曾在 1991 年推出过《建设工程施工合同文本》，并在完善、修订的基础上推出了 1999 版示范文本，对当时出现的履约率低、合同内容不完备、格式不规范等现象起到了很好的规制作用，该文本在长期的应用与实践中也证明了自身的价值。一晃十余年过去了，我国的建筑房地产业又面临着一些新的问题和要求，比如更好地借鉴国际上的工程管理经验并与之接轨，比如更好地促进承发包双方的交易安全与便捷，比如加强法治意识并提高法律服务在开发、建设活动中的重要性，等等。在这样的背景下，住建部和国家工商总局又推出了 2013 版《建设工程施工合同（示范文本）》，其中有许多新的亮点，比如在价格条款的约定上从定额计价模式转向工程量清单计价模式；凸显了市场经济环境对企业自主报价能力的要求。同时，新版

示范文本也吸收了许多来自国外合同文本的经验，以及法律法规、司法解释中的新成果，强调了建设单位与施工单位之间权利义务的平衡。

当然，一部好的文本还需要在实践中被恰当应用，才能发挥它应有的作用。这个过程，就需要我们企业的管理人员、法务人员以及企业法律顾问等群体共同对文本进行研究，把握它的逻辑结构与条款对承发包双方的要求，从而在日常的签约、履约中减少争议发生，促进项目顺利完工。由上海建领域达律师事务所编著的这本书，就是从专业律师的角度出发，对合同条款进行解读、分析，揭示风险，并中立、客观地就签约时的注意要点进行说明。

这本书对房地产企业等建设单位具有很高的参考价值，因为建领域达律师事务所一直从事建筑房地产法律服务，是上海市的“十佳不动产律师事务所”，不仅为招商地产、宝龙地产、沿海绿色家园、联华国际等知名房地产集团提供法律服务，还为信达投资、巨人集团、昆山城投、苏州工业园区海外投资、漕河泾新兴技术开发区、海南洋浦经济开发区等知名建设单位及园区提供项目法律服务，尤其曾为招商地产、联华集团等大型集团提供建设工程施工合同企业标准文本服务。建领域达律师事务所在为众多知名建筑企业提供服务的过程中，积累了丰富的诉讼与非诉讼法律服务经验，合同文本的审核与制作是他们所擅长的。这本书，正是建领域达律师事务所总结、分享自身经验的成果，一定会对读者有所裨益！



中国房地产业协会 秘书长

中国房地产研究会 副会长、秘书长

## 前 言

2011年，笔者曾受邀前往杭州参加新版《建设工程施工合同示范文本（征求意见稿）》的研讨会，并提交了书面意见，当时包括建设单位、施工单位、专业律师在内的与会代表都提出了许多中肯的建议。两年后，新版示范文本正式出台，而且与1999版相比，在体例、条文、对合同双方的要求上都有了很大变化，有许多顾问单位邀请我们就新文本的应用问题提供实务培训，将文本与实践对接，并就条款中的潜在风险提供对策。在此过程中，也有一些朋友“怂恿”笔者再出版一本专项法律实务类图书，因为当前市场上针对新文本实务操作类的著作还很少。其实，作为一家专攻建筑房地产法律服务的律所，对新版示范文本展开研究并将成果应用于实践本就是我们的分内之事，我们也一直在关注住建部制定、推动新文本的进程，并将其作为今年的一项重大课题，集中了事务所所有施工合同诉讼和非诉讼服务经验的律师共同学习、共同讨论，并对研究成果不断整理、完善，最终形成了这本书。

从来自顾问单位、讲座听众、法律同行、出版社，甚至事务所微博粉丝的反馈来看，大部分建议都是希望这本书能贴近实务操作，结合当前的司法实践和工程实践，重点讨论合同条款的约定方法与风险防范问题，最终目标就是企业法务或服务律师能够拿来就用，且不会与当前实践脱节，不会因新文本的适应过程给企业造成损失。作为建筑房地产专业律师，理论与法理的思辨固然是提高法律技能的基础，但就实务操作提供更直接的建议也确实是我们的所长和更“偷懒”的做法，毕竟我们的日常工作与施

工合同的制作、审阅密切联系，对施工合同的争议处理其实也是对合同条款“分析、解释、与法律和司法解释进行比对”的过程。所以在本书中，我们以“贴近实务”为宗旨，做了这几方面的工作：第一，结合法律法规（有些是地方性法规和地方法院的审判指导意见）解读示范文本的条款，对条款的含义和作用进行辨明；第二，在解读的基础上，从实际应用的角度就相应条款如何约定、如何填写等具体问题提出建议；第三，就部分条款中因约定不当、约定不明而可能造成的风险进行重点提示并给出对策，其中部分还辅之以现实案例；第四，根据企业反映的实际情况和我们的经验判断，新版示范文本中有部分条款和制度创新虽然初衷很好，但可能一时还无法适应当前的工程惯例和整个行业的合同意识与项目管理水平，所以我们以填写或修改专用条款的方式对示范文本中的部分通用条款进行了修改，既方便读者参考使用，也不会因直接修改通用条款而遇到备案受阻等问题。企业和服务律师可以根据实际情况，在此基础上制作出更适合自己的合同文本，毕竟示范文本不应该成为强制性规范，意思自治才是合同法的基本原则。

这本书的完成得益于上海建领域达律师事务所各位律师的精诚合作与无私奉献，本书写作时期恰逢事务所每年最繁忙的时段，大家白天忙于工作，只有在业余时间才能聚在一起进行学习、讨论和撰写，如果没有大家数月以来的加班加点，这本书的出版很可能遥遥无期，甚至不了了之。这种勤奋与执着，正是建领域达成立三年来年均业务增长率能超过30%的精神基础，而一些最近加盟的律师也主动放弃休息时间，参与本书的校对与统稿工作，用实际行动诠释了对建领域达“共同发展”理念的认同。参与本书编写的律师有些为建设单位服务较多，有些为施工单位服务较多，有些诉讼功底非常扎实，有些非诉经验更为丰富，因而大家在一起讨论时经常能掀起激烈的观点碰撞，但大家的共识很统一。虽然在提供服务时可以根据项目和立场的不同有不同的约定技巧和条款设计，但进入书中的观点还是应该尽可能中立，这种观点和经验的分享，对大家来说也是一次高质量的业务学习，成为了编著本书的意外收获。

本书的最终完成和出版，还得感谢我们的家人，他们一直在身后默默地支持着我们的律师事业；感谢我们的师傅们，给予我们技能的指导、人生的教诲，带领我们走上了专业律师之路；感谢我们建筑房地产行业协会的领导，比如，上海建筑施工行业协会副会长兼秘书长高志海、副秘书长龚一民，上海市市政公路行业协会秘书长陈明德，上海市工商业联合会房地产商会副会长兼秘书长沈克乔，上海市法律顾问协会副秘书长陈露洁、高琪琪，还有《建筑时报》总编李怀清、“法苑”版主编孙贤程，他们对我们事务所的成长给予了长久的关注与支持；也感谢我们的客户及一直在关注、关心及支持我们发展的领导和朋友们。

在此，特别感谢中国建筑业协会秘书长吴涛、中国房地产业协会秘书长苗乐如。他们在百忙中抽空专门为本书作序，这是对建领域达的认可，更是对建领域达的鼓励。建领域达将一如既往为中国建筑业、中国房地产业健康有序地发展尽一丝绵薄之力！

最后，由于时间、精力、经验等方面的限制，我们在这书本中还是留下了一些遗憾。我们本想从建设单位和施工单位的角度出发，通过约定、修改专用条款制作出侧重各有不同的版本以方便适用和研究，但由于本书由众位律师共同撰写，在进行条款间逻辑统一、观点统一、表述统一时需要组织更多的讨论和统稿，这在短时间内根本无法完成，甚至对在通用条款解读中已列明的诸多待修改问题，也暂时只能就其中的大部分问题在第五章的文本制定中完成最终修改工作。我们会争取在以后的实务研究与著作撰写工作中弥补这些遗憾，也希望各位读者朋友不吝赐教，通过观点与业务上的交流帮助我们提高自身的服务技能，不断完善我们的实务研究成果。

周吉高

2013年8月

# 目 录

- 前 言 / 1
- 第一章 1999 版《建设工程施工合同（示范文本）》存在的主要问题 / 1
- 第二章 2013 版《建设工程施工合同（示范文本）》评析 / 11
- 第三章 2013 版《建设工程施工合同（示范文本）》理解、运用及  
风险提示 / 28
- 第四章 承包人施工合同评审与交底 / 382
- 第五章 《建设工程施工合同（示范文本）》（上海建领域达律师事  
务所修订应用版） / 393

# 2013 版示范文本条款解析速查

<b>第一部分 合同协议书</b> .....	30
一、工程概况 .....	30
二、合同工期 .....	36
三、质量标准 .....	37
四、签约合同价与合同价格形式 .....	38
五、项目经理 .....	39
六、合同文件构成 .....	39
七、承诺 .....	43
八、词语含义 .....	43
九、签订时间 .....	43
十、签订地点 .....	43
十一、补充协议 .....	44
十二、合同生效 .....	45
十三、合同份数 .....	45
<b>第二部分 通用合同条款</b> .....	46
1. 一般约定 .....	46
1.1 词语定义与解释 .....	46
1.2 语言文字 .....	67
1.3 法律 .....	68
1.4 标准和规范 .....	72
1.5 合同文件的优先顺序 .....	75
1.6 图纸和承包人文件 .....	77
1.7 联络 .....	81
1.8 严禁贿赂 .....	83
1.9 化石、文物 .....	84

1.10 交通运输 .....	85
1.11 知识产权 .....	88
1.12 保密 .....	90
1.13 工程量清单错误的修正 .....	91
2. 发包人 .....	93
2.1 许可或批准 .....	93
2.2 发包人代表 .....	96
2.3 发包人人员 .....	97
2.4 施工现场、施工条件和基础资料的提供 .....	98
2.5 资金来源证明及支付担保 .....	100
2.6 支付合同价款 .....	102
2.7 组织竣工验收 .....	102
2.8 现场统一管理协议 .....	102
3. 承包人 .....	104
3.1 承包人的一般义务 .....	104
3.2 项目经理 .....	106
3.3 承包人人员 .....	112
3.4 承包人现场查勘 .....	116
3.5 分包 .....	117
3.6 工程照管与成品、半成品保护 .....	123
3.7 履约担保 .....	124
3.8 联合体 .....	125
4. 监理人 .....	127
4.1 监理人的一般规定 .....	127
4.2 监理人员 .....	131
4.3 监理人的指示 .....	132
4.4 商定或确定 .....	134
5. 工程质量 .....	136
5.1 质量要求 .....	136
5.2 质量保证措施 .....	139
5.3 隐蔽工程检查 .....	141
5.4 不合格工程的处理 .....	144



5.5 质量争议检测 .....	145
6. 安全文明施工与环境保护 .....	145
6.1 安全文明施工 .....	146
6.2 职业健康 .....	163
6.3 环境保护 .....	164
7. 工期和进度 .....	165
7.1 施工组织设计 .....	165
7.2 施工进度计划 .....	172
7.3 开工 .....	175
7.4 测量放线 .....	178
7.5 工期延误 .....	179
7.6 不利物质条件 .....	186
7.7 异常恶劣的气候条件 .....	187
7.8 暂停施工 .....	188
7.9 提前竣工 .....	193
8. 材料与设备 .....	195
8.1 发包人供应材料与工程设备 .....	195
8.2 承包人采购材料与工程设备 .....	195
8.3 材料与工程设备的接收与拒收 .....	196
8.4 材料与工程设备的保管与使用 .....	198
8.5 禁止使用不合格的材料和工程设备 .....	199
8.6 样品 .....	200
8.7 材料与工程设备的替代 .....	202
8.8 施工设备和临时设施 .....	203
8.9 材料与设备专用要求 .....	204
9. 试验与检验 .....	205
9.1 试验设备与试验人员 .....	205
9.2 取样 .....	206
9.3 材料、工程设备和工程的试验和检验 .....	207
9.4 现场工艺试验 .....	209
10. 变更 .....	209
10.1 变更的范围 .....	210

10.2 变更权 .....	211
10.3 变更程序 .....	211
10.4 变更估价 .....	213
10.5 承包人的合理化建议 .....	218
10.6 变更引起的工期调整 .....	219
10.7 暂估价 .....	219
10.8 暂列金额 .....	226
10.9 计日工 .....	227
11. 价格调整 .....	227
11.1 市场价格波动引起的调整 .....	227
11.2 法律变化引起的调整 .....	233
12. 合同价格、计量与支付 .....	233
12.1 合同价格形式 .....	233
12.2 预付款 .....	241
12.3 计量 .....	243
12.4 工程进度款支付 .....	249
12.5 支付账户 .....	258
13. 验收和工程试车 .....	258
13.1 分部分项工程验收 .....	258
13.2 竣工验收 .....	260
13.3 工程试车 .....	268
13.4 提前交付单位工程的验收 .....	270
13.5 施工期运行 .....	271
13.6 竣工退场 .....	271
14. 竣工结算 .....	273
14.1 竣工结算申请 .....	273
14.2 竣工结算审核 .....	274
14.3 甩项竣工协议 .....	276
14.4 最终结清 .....	277
15. 缺陷责任与保修 .....	279
15.1 工程保修的原则 .....	279
15.2 缺陷责任期 .....	279

15.3 质量保证金 .....	283
15.4 保修 .....	287
16. 违约 .....	292
16.1 发包人违约 .....	292
16.2 承包人违约 .....	302
16.3 第三人造成的违约 .....	307
17. 不可抗力 .....	308
17.1 不可抗力的确认 .....	308
17.2 不可抗力的通知 .....	309
17.3 不可抗力后果的承担 .....	310
17.4 因不可抗力解除合同 .....	312
18. 保险 .....	313
18.1 工程保险 .....	314
18.2 工伤保险 .....	315
18.3 其他保险 .....	316
18.4 持续保险 .....	317
18.5 保险凭证 .....	318
18.6 未按约定投保的补救 .....	318
18.7 通知义务 .....	318
19. 索赔 .....	319
19.1 承包人的索赔 .....	320
19.2 对承包人索赔的处理 .....	326
19.3 发包人的索赔 .....	329
19.4 对发包人索赔的处理 .....	336
19.5 提出索赔的期限 .....	338
20. 争议解决 .....	338
20.1 和解 .....	339
20.2 调解 .....	339
20.3 争议评审 .....	340
20.4 仲裁或诉讼 .....	344
20.5 争议解决条款效力 .....	347

## 第一章 1999 版《建设工程施工合同（示范文本）》存在的主要问题

1999 版《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）（以下简称 1999 版示范文本），在建设行政主管部门的要求下，得到了广泛的使用。因该文本条款比较完善，风险负担均衡，相对公平，对于促进建设工程项目的顺利建成，以及施工行业的健康发展，发挥了巨大作用。

然而，由于该文本使用年限已久；国内的法律法规层出不穷；计价依据及方法也发生了重大变化，由带有浓厚计划经济色彩的定额计价方式逐步发展成工程量清单计价方式；由于现代化摩天大楼越来越多，且部分大厦为国外投资人投资兴建，故承发包方式也发生了重大变化，即由原来的单一施工企业总包模式发展成为现今总包加发包人专业分包模式，所以，1999 版示范文本已难以满足承发包双方签订施工总承包合同的需要。概括起来，1999 版示范文本存在如下问题：

### 一、与现有的法律法规及司法解释不配套，导致约定无效或者权利丧失等后果

1999 年以来，全国人大、全国人大常委会、国务院、住建部颁布了一系列法律、行政法规、行政规章，而 1999 版示范文本当时依据的法律法规以及司法解释均系 1999 年以前的规定，故部分合同条款与现有的法律法规以及司法解释不配套，导致约定违反法律规定，约定无效或者不受法律保护，不发生承发包双方当事人预期的效果。

如：第 33.4 款<sup>①</sup>约定，发包人收到竣工结算报告及结算资料后 28 天内不支付工程竣工结算价款，承包人可以催告发包人支付结算价款。发包人在收到竣工结算报告及结算资料后 56 天内仍不支付的，承包人可以与发包人协议将该工

<sup>①</sup> 若无特别说明，本书所引 1999 版示范文本条款均为第二部分“通用条款”内容。

程折价，也可以由承包人申请人民法院将该工程依法拍卖，承包人就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

该约定实际上系根据1999年10月1日开始施行的《合同法》第286条建设工程价款优先受偿权规定而作出的约定。但是，2002年6月11日由最高人民法院审判委员会第1225次会议通过，自2002年6月27日起施行的法释〔2002〕16号《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定：“四、建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。”而第33.4款并未约定必须在建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起六个月内行使工程价款优先受偿权，而是约定了发包人在收到竣工结算报告及结算资料后56天内仍不支付的，可以行使优先受偿权。行使优先受偿权的最后期限并没有约定，似乎只要发包人在收到竣工结算报告及结算资料后56天内仍不支付的，从该日起，不管多长时期，均可以行使优先受偿权。显然，该约定与前述司法解释之规定相悖，如果发包人根据本款约定主张优先受偿权时已经超过了建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起六个月的，则其优先受偿权的主张将得不到法院或者仲裁委的保护。

## 二、与现有的计价规范不配套，导致约定不明以及可能产生意想不到的后果

2003年、2008年、2013年国家住建部与国家质检总局联合发布了《建设工程工程量清单计价规范》<sup>①</sup>，该国家标准最新版本编号为GB50500-2013，而1999版示范文本适用之前，虽有工程量清单计价行为，但并没有上升到国家标准的高度。因此，在文本中仅涉及到工程量清单的描述，并将其作为组成合同的文件，但并没有更详细的约定。而工程量清单计价规范，特别是2013版，对相关合同价款等约定作出了特别详细的规定。显然，1999版示范文本与清单计价规范并不配套统一。举例说明如下：

2013年4月1日施行的《建设工程工程量清单计价规范》第7.2.1项规定：“发承包双方应在合同条款中对下列事项进行约定：

1. 预付工程款的数额、支付时间及抵扣方式；

<sup>①</sup> 原建设部于2005年3月9日以建设部公告第313号对GB50500-2003进行了局部条文的修订，国家标准编号未变。

2. 安全文明施工措施的支付计划，使用要求等；
3. 工程计量与支付工程进度款的方式、数额及时间；
4. 工程价款的调整因素、方法、程序、支付及时间；
5. 施工索赔与现场签证的程序、金额确认与支付时间；
6. 承担计价风险的内容、范围以及超出约定内容、范围的调整办法；
7. 工程竣工价款结算编制与核对、支付及时间；
8. 工程质量保证（保修）金的数额、预扣方式及时间；
9. 违约责任以及发生工程价款争议的解决方法及时间；
10. 与履行合同、支付价款有关的其他事项等。”

就上述需要约定的事项，特别是第 2 项、第 4 项、第 5 项、第 6 项、第 9 项，在 1999 版示范文本中，并没有相应的协议书条款、通用及专用条款与其对应，这导致 1999 版示范文本无法满足工程量清单计价规范的需要。此外，2013 版《建设工程工程量清单计价规范》第 7.2.2 项规定：“合同中按照本规范第 7.2.1 项的要求约定或约定不明的，若发承包双方在合同履行中发生争议由双方协商确定；协商不能达成一致的，按本规范的规定执行。”根据此规定，一旦因 1999 版示范文本没有配套条款与其对应并作出约定，则可能被认定为没有按照规范约定或者被认定为约定不明，履行合同过程中双方可以协商补充，但是，若不能协商一致的，则又必须按本规范的规定执行。显然，因 1999 版示范文本与现行计价规范不配套，将导致承发包双方当事人可能意想不到的结果，进而引发争议。

### 三、对合同价款确定方式约定不明，导致容易产生误解的后果

1999 版示范文本中第 23.2 款约定了三种合同价款确定方式，分别为固定价格合同、可调价格合同、成本加酬金合同。同时，第 23.3 款约定了可调价格合同中合同价款的调整因素，第 23.4 款约定了可调价格合同中合同价款调整的程序及不遵守程序的法律后果。上述约定容易给合同当事人造成误解，主要包括：

第一，将固定价格合同与可调价格合同两者的差异误解为：前者价格固定，不可调整；后者价格不固定，可以调整。事实上，这种认识是错误的，无论是固定价格合同还是可调价格合同，两者价格都是可以调整的。只不过，前者在风险范围以外的可以调整，而风险范围以内的不得调整；而对于后者，只要对合同而言系风险，就可以进行调整。

第二，将固定价格合同误解为固定总价合同，既然合同价格固定，则意味着在合同风险范围内合同价格不得调整。因合同价格是由工程量和价格构成的，合同价格固定，则很容易得出工程量与价格均固定的结果。其实不然，固定价格合同包括固定总价合同，也包括固定单价合同，两者的区别就在于合同价格是否随工程量的变化而变化。对于前者，实际工程量与合同约定的工程量不同，总价不变；对于后者，实际工程量与合同约定的工程量不同，总价变化，即随着工程量调整而调整。

### 【案例】错将固定价格合同理解为固定总价合同，导致造价失控

某塑料制品厂新建厂房一幢，其根据设计单位提供的施工图纸编制了工程量清单，并邀请了六家施工企业进行投标。A 施工企业投标报价采取了将工程量清单中小数点移位的办法故意减少了工程量，同时抬高项目单价，并将总价控制在其成本价上下。评标时，因评标委员会不仔细，认定 A 施工企业的评标价格最低，并推荐其中标。结算时双方对如何进行结算产生争议。建设单位认为，无论是招标文件规定，还是双方的合同约定，合同价款的确定方式应为固定价格价款确定方式，即除非发生设计变更，否则，合同价款不得调整。施工单位认为，虽然招标文件、合同中规定了固定价格价款确定方式，但是，固定价格确定方式并非指总价包干方式，同时，合同专用条款中特别约定了“竣工工程量按实结算”等内容。因此，该合同为单价包干价款确定方式，并非建设单位所称的总价包干价款确定方式。在专用条款第 23.2 款具体约定为：“本合同价款采用（1）方式确定。（1）采用固定价格合同，合同价款包括的风险范围：合同价格即为招投标中的中标价格。竣工工程量按实结算，以发包人委托有审价资质的单位提交审计报告审计为准。”结果采用了“单价包干、工程量按实”结算方式进行结算。

### 【评析】

按道理，既然建设单位以施工图、工程量清单进行招标，其肯定会使用总价包干的方式确定合同价款并将此方式贯彻到合同条款之中。事实上，其在招投标过程中也贯彻了以总价包干的方式确定合同价款的思路。

为什么说本案中合同价款确定方式是单价包干价款确定方式呢？

1. 从示范文本固定价格价款确定方式的由来及建设部新的行政规章来看，固定价格价款确定方式包括两种：总价包干方式、单价包干方式。

（1）1999 版示范文本通用条款第 23.2 款约定的三种合同价款确定方式系

《建设工程施工发包和承包价格管理暂行规定》（下称《暂行规定》）中规定的三种工程价格类型。

该《暂行规定》第 7 条规定：“工程价格的分类。（一）固定价格。工程价格在实施期间不因价格变化而调整。……（二）可调价格。工程价格在实施期间可随价格变化而调整。……（三）工程成本加酬金确定的价格。工程成本按现行计价依据以合同约定的办法计算，……”

显然，《暂行规定》将工程价格分为固定价格、可调价格、工程成本加酬金三种类型，系采用了不同的分类标准。固定价格、可调价格仅考虑了价格的因素，而工程成本加酬金不但考虑了价格的因素，而且考虑了量的因素。

既然固定价格合同仅考虑了价格的因素，那么，承发包双方对工程量的不同约定决定了合同的不同类型。如果双方约定结算时工程量不作调整，则合同应为总价包干合同；如约定结算时工程量按实调整，则合同应为单价包干合同。

（2）此外，自 2001 年 12 月 1 日起施行的建设部令第 107 号《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第 12 条之规定进一步证明了固定价款包括总价包干、单价包干两种方式。第 12 条规定：“合同价可以采用以下方式：（一）固定价。合同总价或者单价在合同约定的风险范围内不可调整。（二）可调价。合同总价或者单价在合同实施期内，根据合同约定的办法调整。（三）成本加酬金。”

#### 2. 本案中固定价格系单价包干之约定

本案中，承发包双方既在专用条款中约定了合同价款确定方式采用固定价格方式，又约定了竣工工程量按实结算，故本案所涉合同应认定为单价包干合同。

### 四、确认顺延工期约定与延长工期索赔约定相冲突，导致当事人究竟按何种程序履行感到无所适从

1999 版示范文本通用条款第 13.1 款约定了顺延工期的七种情形，并于第 13.2 款约定了顺延工期的申报与确认程序。具体约定如下：

“13.1 因以下原因造成工期延误，经工程师确认，工期相应顺延：

- （1）发包人未能按专用条款的约定提供图纸及开工条件；
- （2）发包人未能按约定日期支付工程预付款、进度款，致使施工不能正常进行；
- （3）工程师未按合同约定提供所需指令、批准等，致使施工不能正常进行；
- （4）设计变更和工程量增加；



- (5) 一周内非承包人原因停水、停电、停气造成停工累计超过 8 小时；
- (6) 不可抗力；
- (7) 专用条款中约定或工程师同意工期顺延的其他情况。

13.2 承包人在 13.1 款情况发生后 14 天内，就延误的工期以书面形式向工程师提出报告。工程师在收到报告后 14 天内予以确认，逾期不予确认也不提出修改意见，视为同意顺延工期。”

1999 版示范文本第 36.2 款约定了承包人索赔程序，而索赔既包括了费用索赔，又包括了延长工期索赔。具体约定如下：

“36.2 发包人未能按合同约定履行自己的各项义务或发生错误以及应由发包人承担责任的其他情况，造成工期延误和（或）承包人不能及时得到合同价款及承包人的其他经济损失，承包人可按下列程序以书面形式向发包人索赔：

- (1) 索赔事件发生后 28 天内，向工程师发出索赔意向通知；
- (2) 发出索赔意向通知后 28 天内，向工程师提出延长工期和（或）补偿经济损失的索赔报告及有关资料；
- (3) 工程师在收到承包人送交的索赔报告和有关资料后，于 28 天内给予答复，或要求承包人进一步补充索赔理由和证据；
- (4) 工程师在收到承包人送交的索赔报告和有关资料后 28 天内未予答复或未对承包人作进一步要求，视为该项索赔已经认可；
- (5) 当该索赔事件持续进行时，承包人应当阶段性向工程师发出索赔意向，在索赔事件终了后 28 天内，向工程师送交索赔的有关资料和最终索赔报告。索赔答复程序与（3）、（4）规定相同。”

显然，1999 版示范文本中既约定了顺延工期的确认程序，又约定了延长工期的索赔程序，而无论是顺延工期还是延长工期，两者本质上相同，针对的情形与理论上的结果也完全相同。但是，1999 版示范文本中，竟然约定了两种不同程序。作为严格按照合同约定履行的当事人，遇到顺延工期，到底是履行顺延工期确认程序，还是履行延长工期索赔程序，就会感到无所适从。

## 五、1999 版示范文本与国际通行的“施工总承包 + 指定分包”之承包模式不配套，导致约定不明

就国际工程而言，发包人指定分包工程非常普遍，指定分包工程由发包人选择专业分包工程的分包人，而指定分包合同由总承包人与分包人签订，或者

发包人、总承包人与分包人签订。可是，国内在强调施工总承包模式的同时，一方面，不提倡指定分包，并对直接指定分包予以禁止；另一方面，发包人存在大量的直接发包情形，甚至肢解发包的情形，为了通过工程竣工备案，发包人又要求总承包人与发包人直接发包的专业工程承包人签订分包合同。

虽然，原建设部第 124 号令《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第 7 条规定，建设单位不得直接指定分包工程承包人。但是，从外商投资的众多大型工程项目来看，或者从国内有影响力的大型工程项目来看，发包人指定分包工程越来越多。笔者参与建设的两个外资项目，一个位于上海市淮海中路的香港广场南座办公楼项目，另一个位于上海市黄浦区的外滩金融中心项目，均系采用了“施工总承包 + 指定分包”之承发包模式。此外，位于上海浦东陆家嘴的 88 层金茂大厦项目、108 层环球金融中心项目以及上海中心项目，均系采取“施工总承包 + 指定分包”之承发包模式。因此，国际上通行的“施工总承包 + 指定分包”之承发包模式早就存在，而且国内大型项目越来越多采用该模式。但遗憾的是，1999 版示范文本与该模式并不配套，主要表现在如下方面：第一，承包范围一般不包含指定分包工程；第二，合同价款中一般不包含指定分包工程价款；第三，工期、质量等有关约定是否包含指定分包工程的工期及质量要求往往含糊不清。

## 六、不作为默示约定过多，可能导致发生意想不到的后果

所谓不作为默示约定，就是指某一方向对方提出民事权利的主张，对方在收到主张后，既不书面回复也不书面确认，双方当事人约定，在此情形下，视为主张成立。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 66 条规定，一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求，对方未用语言或者文字明确表示意见，但其行为表明已接受的，可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。该意见规定了作为默示与不作为默示，不作为默示若要视为当事人的意思表示，要么为法律有规定，要么为当事人有约定的情况。

就意思表示而言，作为默示与不作为默示是比较少见的情形，而更多的时候，双方当事人意思表示是通过合同这一合意方式进行的，即用书面方式表示同意。中国实现市场经济、法治经济才不过三十多年，市场主体的法治意识、

合同意识并不强。就工程领域而言，大部分管理人员不是依据合同约定进行管理，而是按照通常的工程管理习惯进行管理，这就导致如果约定过多的不作为默示条款，将导致不作为一方当事人不利的后果，一旦发生法律纠纷，工程施工很可能停滞，诉讼到法院将产生严重后果，超出当事人的预期。要么法院严格按照不作为默示约定直接认定权利主张成立，要么法院认定不作为默示约定不适用，权利主张不能成立，而无论何种结果的出现，均导致超出一方甚至两方当事人的预期。

经过统计，1999 版示范文本一共有 11 个条款进行了不作为默示约定，分别是 6.2 款、10.1 款、13.2 款、17.3 款、19.5（5）款、23.4 款、25.2 款、31.1（3）款、31.3 款、32.3 款、36.2（4）款，而其中十个不作为默示约定，均系针对发包人或者工程师的，显然对发包人尤为不利。

**【案例】** 发包人因未在约定的 28 天期限内对索赔报告进行回复，导致工程一直停工并最终烂尾

某大厦安装工程项目的，采用 GF-1999-0201《建设工程施工合同》示范文本进行签约，合同价款为 1934 万元，开、竣工日期分别为 2003 年 9 月 1 日、2004 年 5 月 31 日。

2004 年 10 月 30 日，施工单位向房产公司发出第 048 号工作联系单，载明：因房产公司未按时支付工程进度款导致工程停工，机械设备闲置，人员窝工，订购的材料因为无钱支付定金将被没收，已发生损失 300 万元，从今日开始每天损失为 9 万元，请贵司审核认可并给予索赔确认。

2004 年 12 月 6 日，施工单位再次向房产公司发出第 050 号工作联系单。声明第 048 号工作联系单上载明的有关 300 万元损失及从 2004 年 10 月 30 日起每天 9 万元损失，根据合同通用条款第 36.2.4 项“工程师在收到承包人送交的索赔报告和有关资料后 28 天内未予答复或未对承包人作进一步要求，视为该项索赔已经认可”之约定，视为已被建设单位认可，建设单位应予以支付。

期间，2004 年 11 月 11 日，房产公司向施工单位发出的《关于 45-48 号工作联系单的复函》，载明：施工单位来函收悉，我们将尽快复核然后回复施工单位。后来，施工企业认为建设单位拖欠工程款、索赔款，而建设单位认为并不拖欠，双方委托审价单位进行进度款审价，工程一直处于停工状态，烂尾至今。

### 【评析】

该索赔纠纷案件是一起典型的施工企业主张不遵循索赔程序、建设单位应

承担法律后果的案件。

对施工单位有利的分析，根据第 36.2.4 项之不作为默示条款约定，房产公司已经认可施工单位的索赔。而对房产公司有利的分析，施工单位并未按通用条款第 36 条之约定，向房产公司提出索赔，故不适用该条规定，具体表现为：（1）施工单位并未提供索赔事件发生时的有效证据；（2）施工单位并未按 36.2 款规定的程序向房产公司索赔。如：未在 28 天内向工程师发出索赔意向通知；没有提出索赔报告，工作联系单并非索赔报告；（3）退一万步讲，假使施工单位以“索赔报告”代替“工作联系单”发给房产公司，也因房产公司于 2004 年 11 月 11 日（在 28 天内）复函给了施工单位，而不承担不作为默示的法律后果。而发生上述纠纷的原因在于：（1）双方没有按照合同约定履行义务或者说程序性的规定；（2）签订合同时没有对不作为默示条款作技术处理。

而不管怎样，该案中反映的情形显然对建设单位更为不利，其工程烂尾是事实。

## 七、部分表述方式不恰当，容易产生误解

通用条款中存在部分条款表述不当，进而容易产生误解。

如：通用条款第 35.2 款约定：“承包人违约。当发生下列情况时：（1）本通用条款第 14.2 款提到的因承包人原因不能按照协议书约定的竣工日期或工程师同意顺延的工期竣工；……承包人承担违约责任，赔偿因其违约给发包人造成的损失……”该约定很容易让人认为，对于逾期竣工之事实，需要发包人举证证明，工期延误是由于承包人原因造成的。而事实上，就工期逾期竣工违约责任纠纷案件，从诉讼法的角度来看，发包人仅需要证明工期延误及延误的天数，而无需证明工期延误的原因在于承包人，相反，承包人需要证明工期延误的原因在于发包人或者其他非自身原因。

又如：通用条款第 33.3 款约定：“发包人收到竣工结算报告及结算资料后 28 天内无正当理由不支付工程竣工结算价款，从第 29 天起按承包人同期向银行贷款利率支付拖欠工程价款的利息，并承担违约责任。”该约定容易让人误认为，28 天的结算审核期限一过，则竣工结算报告中载明的价款就视为被发包人接受认可，因为只有视为发包人接受认可了，才可以从第 29 天起计算利息，否则，利息计算因本金未确定无从谈起。而事实上，通用条款中，并没有隐含有 28 天结算审核期限内发包人不确认或不回复，则竣工结算报告视为认可之意

思表示。

综上，1999 版示范文本在国内被广泛使用，发挥了重大的作用，但是，由于存在上述问题，已经显得有些滞后。因此，2013 版《建设工程施工合同（示范文本）》出台非常必要与及时。

## 第二章 2013 版《建设工程施工合同（示范文本）》评析

### 一、关于合同体例——参照 1999 版 FIDIC 红皮书

1. 2013 版示范文本体例既不同于 1999 版示范文本，也不完全与 1999 版 FIDIC 红皮书相同。

1999 版示范文本分为 11 个部分，共 47 条；1999 版 FIDIC 红皮书，20 条；2013 版示范文本，20 条。

虽然，2013 版示范文本条数与 1999 版 FIDIC 红皮书相同，且看上去类似于 1999 版 FIDIC 红皮书，但是，很多条款没有一一对应性。如：2013 版示范文本第 19 条<sup>①</sup>为索赔，第 20 条为争议解决，而 1999 版 FIDIC 红皮书第 20 条既包含索赔又包含争议解决。又如：2013 版示范文本第 12 条为合同价格、计量与支付，第 14 条竣工结算，而 1999 版 FIDIC 红皮书与上述两条相对应的为第 12 条测量和估价，第 14 条合同价格和支付。

此外，1999 版 FIDIC 红皮书约定的第 5 条指定分包商条款、第 17 条风险和责任条款，特别是雇主的风险条款，并未在 2013 版示范文本中出现。

2. 导致后果：一方面，承发包双方不熟悉该体例；另一方面，没有 1999 版 FIDIC 红皮书成熟、严密。

### 二、关于合同架构——以监理人为中心实施施工合同管理

#### 1. 各版本关于工程师、监理人的约定

2013 版示范文本第 4 条约定了监理人条款，包括监理人的一般规定、监理人员、监理人指示、商定或确定。

1999 版 FIDIC 红皮书第 3 条约定了工程师条款，包括工程师的职责和权力、工程师的授权、工程师的指示、工程师的撤换、决定。

<sup>①</sup> 若无特别说明，本书所引 2013 版示范文本条款项目均为第二部分“通用合同条款”内容。