

# 工程款英系法律保护模式及其对我国建筑业的借鉴

伍 进<sup>1</sup>,何佰洲<sup>2</sup>

(1.香港大学 土木工程系,香港;2.北京建筑工程学院 经济与管理工程学院,北京 100044)

**摘 要:**工程款拖欠是影响我国建筑业健康发展的一大重要问题。在国家行政资源的干预下,显性拖欠逐步让位于隐性拖欠。从制度上完善防止工程款拖欠的长效机制,是更好地保护建筑业承包商合法权益的重要保障。分析工程款英系法律保护模式,从历史发展和立法手段的角度解释当前英系法律体系下建筑业付款保障法案的缘由和功效,并指出禁止条件支付条款和裁决机制的设立值得我国建筑业借鉴。

**关键词:**工程款保护;建筑业付款保障法案;防止工程款拖欠长效机制

中图分类号:T-013

文献标识码:A

文章编号:1001-7348(2009)21-0106-03

## 1 研究的背景和意义

2004年建设部通过企业上报的方式确认“截止至2003年底,我国建筑业累计拖欠工程款1 860亿元”;此后我国建筑业开展了3年双清欠活动,官方数据显示“截止至2007年1月19日,历史拖欠工程款已基本结清<sup>[1]</sup>”。

上述拖欠款项是发承包双方均予以认可的,在行政资源的介入下,尽管这种明目张胆的恶意拖欠仍有发生,但相对于2003年以前的情况已经大幅度减少;同时,在我们的调研中,承包商反映“依然承受发包方转嫁来的资金负担”,“防止工程款拖欠的长效机制仍待完善”。

最近10年来,英系法律体系国家的建筑业通过了一系列的建筑业付款保障法案,其中有些措施(特别是争端解决机制和禁止条件支付条款)有效地减少和高效地处理付款纠纷,使工程款拖欠得到有效、及时的解决。一方面,这一立法值得中国建筑业借鉴;另一方面,中国建筑业需要理解当前英系保护模式设立的前因后果,避免不顾国情的盲目仿效。

## 2 英系国家和地区的工程付款问题及解决方式

英国政府在上世纪90年代初期委任Latham爵士审视建筑业工程采购(procurement)过程中的主要矛盾。1993年12月Latham的中期报告《金钱与信任》指出和分析了建筑业内相关各方之间的相互不信任和工程付款问题,是当时英国建筑业的主要问题。其中,涉及到工程款拖欠问题如下:承包商担心他们不能从业主处得到付款,业主的不支

付有可能是因为其财务困难,也有可能是因为工程师批准的月份进度款不能够如实反映承包商的工程量。……承包商也担心在其完成所承担的工作任务后,得不到承包商的足额支付,或者被延迟支付,或者被承包商以不合理的折扣要求等扣留工程款;而合同链中更次级的分包商也有同样的担心<sup>[2]</sup>。

英国政府对此采取了双管齐下的办法——一方面通过立法来保护承包商、分包商的合法权益,明确地规定对承包商、分包商的救济措施,同时尽可能降低救济成本;另一方面从改变行业文化入手,反思过往由于过于依赖苛刻的合同条件将责任、风险推给合同对方而造成的对抗性文化,开始限制过度竞争,鼓励业主和承包商、分包商之间建立合作关系、伙伴关系(partnership)。第一种手段可以被我国正在建立和完善中的防止工程款拖欠长效机制所参考和借鉴,而第二种手段同我国目前鼓励建筑业竞争的政策方向有一定冲突,能否借鉴和推广值得商榷。本文的探讨主要集中于通过法律途径保护承包商、分包商的工程款权利。

## 3 传统的英系普通法对工程付款的保护

法律的发展变化是一个过程,新法总是建立在旧法的基础上的。在探讨当前英系国家和地区的建筑业付款保障法案之前,有必要了解在传统的英系法律体系(English Law)下,承包商在面对付款延迟甚至是不支付时,受到什么样的法律保护。

### 3.1 “整体合同”(Entire Contract)原则

收稿日期:2009-07-18

基金项目:建设部科技项目(2007-R3-3)

作者简介:伍进(1981-),男,安徽合肥人,香港大学土木工程系博士研究生,研究方向为工程法律、工程合同;何佰洲(1956-),男,黑龙江哈尔滨人,北京建筑工程学院经济与管理工程学院教授、博士生导师,研究方向为工程法律、工程合同。

“整体合同”的概念是指:(当义务履行有先后顺序时)先履行一方要求对方支付对价的前提条件是,他自己必须先完成合同规定的所有义务。在早期的“整体合同”案例Cutter v. Powell (1795)中,某船主雇佣某水手做二副,并约定只要该水手“从牙买加到利物浦港履行二副的职责,在船到达利物浦港的10天内,我将向他支付30金几尼”。不幸的是,该水手死在航程中。水手的家人要求船主按照航程比例支付相应的佣金,遭到船主拒绝。法官判船主胜诉,因为船主雇佣该水手的目的不仅是让他履行二副的职责,更重要的是通过履行职责保证船安全到港,水手的中途死亡使合同的根本目的无法实现。

而建筑工程合同(特别是总价合同)在很多时候也被视为是整体合同(典型案例如Baltic Shipping Company v. Dillon (1993) 176 CLR 344)<sup>[4]</sup>,因为业主雇佣承包商的目的获得建筑成果,而非中途的建筑过程;进度付款的约定并不能改变合同的根本目的。当然也不能笼统地说建筑工程合同就是整体合同,这还取决于合同条款的具体文字表述。

### 3.2 业主的非经常性、小额不支付并不构成根本性违约

在建筑工程中,常常出现业主未能按照合同约定支付进度款的情况,这种情况只要不是特别严重(比如拖欠金额已占合同金额的较大比例或经常性拖欠),就不构成根本性违约。此时,承包商是没有停工权的——承包商停工会使合同目的无法实现,这属于根本性违约(典型案例如Mersey Steel and Iron Co. v. Naylor, Benzon & Co. (1884) 9 A.C. 434和Channel Tunnel Group Ltd. and Another v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others. (1992) 2 W.L.R. 741)。因此业主的不支付在很多情况下只是违约行为,而承包商停工则会造成毁约。

### 3.3 条件支付条款

英系法律体系强调合同自由原则,比如一块钱买一栋豪宅,只要一方愿买一方愿卖,就属于合法有效的合同。这一原则使谈判地位明显较高的一方常能因此而施加给对方苛刻的合同条款。在建设工程领域,总包方常与分包商签订条件支付条款,即“承包商只在从业主处获得付款后,方有义务支付分包商”。这样,资金压力和业主不付款的风险就转嫁给合同链的下游,也使信用风险扩大。

从以上分析可以看出,传统的英系法律对承包商的保护非常弱。这也是近10年来英系法律体系国家纷纷颁布建筑业付款保障法案的主要原因。

## 4 建筑业付款保障法案

### 4.1 建筑业付款保障法案系列

工程付款的英系法律保护模式以英国的《住宅许可、建造和重建法案》(Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996)和《工程合同安排条例》(The Scheme for Construction Contracts Regulations 1998)为代表。法案要求工程合同必须包括关于进度付款和争端解决的约定,在

满足法案要求的情况下双方可以享受合同自由的原则;而双方的合同不能满足法案的要求时,则采用条例里关于工程付款和争端解决的安排<sup>[3,4]</sup>。

英国的这两项法律法规主要引入了三大内容:承包商享有获得进度款的权利,为工程款争端设立裁决机制和禁止条件支付条款。这三大立法内容得到澳大利亚、新西兰、新加坡、南非、马来西亚等国的效仿。这些国家以英国的法律内容为蓝本,出台了一系列的工程款保护法案(Building and/or Construction Industry Payment Security Act)。而同属于英美法系的美国在工程款保护这一问题上则采取了完全不同的立法模式,因此不属于本文“英系法律体系”的范围,将另文分析。

### 4.2 建筑业付款保障法案的主要内容

因为建筑业付款保障法案系列的最初蓝本是英国的《住宅许可、建造和重建法案》,本文就以该法案的内容为基础来介绍、分析工程付款的英系法律保护模式。法案主要有三大内容:

#### (1) 承包商获得工程进度款的权利。

法案第109条规定了承包商有获得工程进度款的权利(工程期短于45天的项目除外),而合同双方可以自由约定进度款的数额和支付间隔。

第110条规定工程合同必须提供一个足够的机制(adequate mechanism)来决定该付多少工程款,何时支付;这一条在随后的案例中遭到了猛烈的抨击,原因是立法语言不够精准,怎么样的机制才算“足够”(adequate)?尤其是在供求关系不平衡的建筑业,可以预见到承包商会因此被迫接受极为苛刻的合同条件。

第111条则规定,当付款方准备截留款项、暂不付款时,必须在付款日期截止前给出书面通知,并详细地阐述理由。

第112条规定,当承包商在合同规定的付款日期截止时若没有得到足额支付,也没有收到付款方发出的截留款项的书面解释(即111条所要求的通知),则承包商可以停工。

#### (2) 裁决机制的设立。

法案第108条规定,工程合同的争端解决条款必须包括裁决机制,合同的任何一方均有权就因合同而产生的争端提起裁决(在澳大利亚的立法中,则只有工程款纠纷才可以诉诸于裁决);合同还必须设定时间表,以保证在提起裁决一方发出提起通知后7天内选定裁决人,而裁决人则被要求在28天内(或经双方同意而延长)作出裁决决定。

裁决决定具有暂时性的效力——在工程完工前必须立即执行,法院应当予以支持;而工程完工后若有一方依然对裁决结果不满,可以提起诉讼或仲裁,以诉讼或仲裁的结果作为最终结果。

#### (3) 禁止条件支付条款。

法案第113条禁止在工程合同中(主要指分包合同)使用条件支付条款。分包商与承包商之间的合同关系独立于承包商与业主之间的合同关系,法案禁止通过合同约定的

方式来突破这种独立性。

## 5 对我国建筑业防止工程款拖欠长效机制的借鉴

统计数据显示,当《住宅许可、建造和重建法案》实施后,绝大多数的工程纠纷通过裁决得到及时、妥善的解决,法院受理的工程款案件数量不到法案实施前的1/3。但尽管如此,在1998及其后几年中,不断有案例挑战法案的疏漏之处,这也使澳大利亚、新西兰等国的立法更为严谨。

工程款的英系法律保护模式有其自身的发展历程,其中部分内容值得中国建筑业借鉴和思考:

(1)相对于英系立法,我国对承包商工程款权利的规定保护程度很强,但不够细致,实施效果也不好。因此未来的立法方向并不应该是对承包商工程款权利的重复强调,而是考虑建筑业的实际情况,细化立法条文,使之具有可操作性。

例如我国《合同法》早在1999年就已颁布实施,其283条规定“发包人未按照约定的时间和要求提供…资金…的,承包人可以顺延工程日期,并有权要求赔偿停工、窝工等损失。”286条更是规定了工程款优先受偿权<sup>[5]</sup>。

从设立权利保护的角度来说,我国的保护程度要强于英、澳等国,但高强度的权利保护在实践中并不能得到彻底的落实——1999年至2003年底这段时间里,工程款拖欠(而且是显性拖欠)问题不断恶化,直至2003年底行政资源介入后才有所好转。

(2)应当尽量将立法条文细化,可以出台相应的条例和部门规章。保护工程付款的法律规定在我国还不够细致。发达国家的法律(包括英系和美系)不仅关注发包人和承包人层面的问题,而且细致地规定了分包商层面的保护,考虑到条件支付等实际问题。

(3)降低承包商的维权成本。裁决机制被引入英、澳等国的建筑业付款保障法案体系,有其自身的原因——发达

国家的标准合同文本大多约定在工程完工后才可提起诉讼和仲裁,这使工程进行中的进度款纠纷只能诉诸于工程师(即我国所说的监理方)。尽管工程师被要求客观、公正,但其雇主是业主,在解决争端时自然会偏向业主方。

我国法律和标准合同文本则没有要求工程完工后才可提起诉讼和仲裁。但现实中的情况是,不到万不得已,承包商是不愿意在工程进行中进行仲裁或诉讼的,因为仲裁和诉讼的时间成本、经济成本较高,同时极大地破坏了双方的合作关系;发包方也不愿因为诉讼、仲裁而使大量的资源从工程建设中转移到法庭对抗上;而法院、仲裁机构也不愿对一个尚未终止的合同作出最终判决——一旦工程完工后,当所有材料、证据都齐全时,发现当初的判决有失公正,则不得不对同一事项进行二次审理,这也相悖于司法程序。

(4)建筑业的相关立法调整。业主和承包商之间的对立和不信任并不是法律规定“XX方应当……,不得……”就可以解决的。过于激烈的竞争使承包商在承揽工程时低利润甚至无利润,作为理性人的发包方在这种情况下自然会怀疑承包方的履约能力和意图,并采取拖欠工程款的方式来自我保护。因此改变行业内的对抗性文化、纠正过度竞争,对工程款问题的解决也具有积极的作用。

### 参考文献:

- [1] 全国三年清理建设领域拖欠工程款工作新闻通气会新闻通稿[R],2007-1-26.
- [2] LATHAM M.Trust,Money[M].London:H.M.S.O.,1993: 26
- [3] Housing Grant, Construction and Regeneration Act (England & Wales)[G],1996.
- [4] The Scheme for Construction Contracts Regulations (England & Wales)[G],1998.
- [5] 中华人民共和国合同法[G],1999.

(责任编辑:查晶晶)

## Construction Payment Protection under English Law and its Reference to Mainland China

Wu Jin, He Baizhou

(1.Dept. of Civil Engineering, The University of Hong Kong, Hong Kong, China;

2.School of Economics and Management Engineering, Beijing University of Civil Engineering and Architecture, Beijing 100044, China)

**Abstract:**Payment Arrears is one of obstacles to the healthy development of Mainland China construction industry. In recent years, with intervention from administrative power, agreed arrears decrease while unagreed arrears increase. Institutional arrangements, such as the long-term mechanism preventing arrears, should be constructed to protect contractors. The paper analyses the methods for construction payment protection under English Law, both traditional and current, explains the need for the recent breakthrough of construction/building payment security Acts, and suggests that Mainland China may refer to some English jurisdictions' legislative experience, especially the adjudication mechanism and outlaw of conditional payment clause.

**Key Words:**Payment Protection;Building/Construction Industry Payment Security Act;Long-Term Mechanism Preventing Payment Arrears