

国际工程项目特征与商务合同管理者的专业知识结构

——兼评 Lukas Klee 教授的新著《国际工程合同法》

张水波 吕思佳

近年来,随着中国经济的持续健康快速发展,中国国际工程承包事业发展迅速,业务规模持续扩大,承包的工程项目大型化趋势显著,单项合同金额屡创新高。2014年,中国对外承包工程业务新签合同额高达1917.1亿美元,约合人民币1.2万亿元,完成营业额1421.1亿美元,约合人民币8000亿元,分别同比增长11.7%和3.8%。其中,新签合同额在5000万美元以上的项目为664个,1亿美元以上的项目365个,10亿美元以上的超大项目25个。在国际工程承包事业迅速发展的同时,国际工程管理专业人才的缺口日益扩大,尤其是熟悉国际工程市场游戏规则的商业合同管理专业人才。本文首先分析国际工程的特点,提出中国从事国际工程管理的管理人员为什么尤其需要商务合同知识,并参照Lukas Klee教授的新著《国际工程合同

法》(International Construction Contract Law),分析商务合同管理人员所需的专业知识结构。

一、国际工程项目特点与国际工程合同特征

(一)国际工程项目的特点

国际工程项目除具备一般项目一次性、临时性的特点外,还具有下列特点:

1.跨国的经济活动

由于项目主要参与方来自不同的国家,具有不同的政治、经济、法律背景,在语言、文化等方面也存在很大差异,这就会导致在思维、沟通方式等方面的差异。由于国际工程主要是经济活动,参与方利益不同,决定了其立场和观点的不一致性。因此,在国际工程中产生矛盾和争议的情况比较多。

2.高度的不确定性

一般而言,国际工程比较复杂且工期较长,加上承包商跨国承包,其管理的“空间”跨度大,对新环境不熟悉,导致工程实施过程中的不确定因素增多。因此,国际工程被业界认为是一项高风险

的行业。

3.合同关系的显著性

在国际工程中,项目参与方为实现各自目标走到一起,他们之间的关系主要体现为“利益关系”,这种关系的唯一纽带就是“合同”。各方的权利、责任、义务都体现在合同中。换言之,合同是国际工程实施和管理的出发点和落脚点。

4.管理工作的复杂性

由于国际工程的长期性和复杂性,各方利益不一致,环境的高度不确定性,实施中发生的问题较多,因而具有管理的复杂性。解决问题可能需要多学科的交叉知识,如工程技术、金融、法律、财务、商务等,而且要求具有很强的协调能力以及较强的外语沟通能力。

(二)国际工程合同管理

1.国际工程合同的定义和特征

工程合同就是为“工程项目”而签订的合同,即以“工程项目”为合同的交易标的。国际工程合同就是以“国际工程项目”为交易标的,设立当事人的权利和义务。对工程业主而言,签订合同是为了完成并获得自己期望的某一工



程设施;对承包商而言,签订合同是为了通过实施并完成工程项目,获得业主的支付。但由于工程本身的规模很大,因此对一个工程项目而言,有时可能被分解为很多工作内容,如土建、安装、设计、采购、技术与管理咨询服务等,一个工程项目存在多个合同。因此,狭义的工程合同通常指土建、安装或工程总承包合同;而广义的工程合同则可以认为包括工程建设中涉及的所有主要工作的合同。另外,工程是项目的一个动态过程,时间跨度较大,在此过程中需要双方按一定的管理程序实施。

综上所述,我们可以将国际工程合同定义为,合同的当事人为了实现某一国际工程项目的全部或部分交易而订立的关于各方权利、义务、责任以及相关管理程序的协议。

工程本身的特点及其所处的国际环境,使得国际工程合同具有以下特征:

(1) 合同交易的远期性

合同交易的标的“工程”或“相关服务”是“未来产品”,可以看作是一种特殊的“期货”。另外,工程项目的一次性和临时性特点,使其工作范围、工程量、功能性要求、技术要求等都具有一定的不确定性,工程项目实施本身就是一个随着项目进展而逐渐明晰的过程。因此,在前期签订工程合同时,合同描述的这一交易标的也就具有很大的不确定性,从而使签订的合同具有更大的不完整性。

(2) 合同交易标的的“资产专用性”(Assets Specificity)

工程项目完成的最终结果体

现为某一具体设施或某一具体服务。这一“产品”具有特定的用途,而且必须是“成品”,否则,产品就没有任何价值,前期所有投资都将无法收回。

(3) 合同交易的长期性

由于工程项目工作量大,各环节复杂,工程合同的交易周期要比一般合同长得多。交易过程的长期性使得交易过程充满变数,增加了合同交易的不确定性。

(4) 合同交易环境的复杂性

由于空间跨度大,合同交易过程中工程项目所需资源可能来自多个国家或地区。外来承包商对项目所在国或地区的政治、经济、法律、社会、自然等相关情况难以收集到完整和可靠的信息。工程实施过程中,很多工作涉及“跨国”性质,如人员签证、工程物资进出口等。

(5) 工程合同类型的多样性

由于一个工程项目的实施由若干工作和服务组成,如前期的投资前研究,到通过可行性研究后的设计、招标、施工等。不同的建设模式可以产生不同的合同类型。

二、为什么中国工程管理者必须学习国际工程合同管理

从以上国际工程项目的特点与合同特征的分析可以看出,国际工程客观上的高风险性以及主观上各方可能发生的投机性,使得国际工程合同管理在国际工程承包中的作用十分重要。对中国国际工程管理者而言,学习国际工程合同管理的必要性可以从以下几个层面来分析:

(一) 工程承包国内环境与国外环境的差异

在工程市场承包工程,必须与市场的业主建立交易关系。这种交易关系的纽带就是双方之间的合同。由于文化方面的差异,在国际工程市场中,合同的重要性远高于国内的工程承包市场,这主要有三方面原因:

1. 管理文化的差异

中国的管理文化属于“关系文化”,即基于人际关系的一种灵活处理问题的文化。长期以来,在这种文化的熏陶下,人们处理关系时的思维就注重“和谐性”和“长期性”,而不太讲究事前制定规则,在合同中也不太愿意把事情说得太具体,在执行过程中多根据实际情况进行协商。出现问题也不太愿意用法律手段来解决问题,侧重采用合情、合理的方法去商谈。例如,在中国工程承包领域,发生索赔的情况要比国际上少得多,即使有也会用“补偿申请”或用“补充协议”之类的语言,中国工程管理过程中出现的“洽商单”就是这种文化的产物。

用这种关系文化的思维来处理问题,有时会便捷、灵活、不伤和气,解决问题的效率甚至很高。但另一方面,若这种文化发展到极端,则容易导致无规则可循的混乱局面,最终可能导致高昂的交易成本。

国际上,尤其是在发达的欧美国家,他们往往更重视规则文化,即合同思想。这种文化的好处是做事有规则,程序清楚,出现问题有规可循。但有时又显得不够灵活,甚至太僵硬,动辄采用法律

手段解决问题,也可能增加交易成本。显然,合同是一种属于法律性质的“规则制度”,是基于“规则”来处理问题的一种方式。这种文化主要追求的是“合法”。

从目前国际经济交易规则的发展看,往往是以规则为主、关系为辅的管理模式。因此,合同管理的思想仍然是国际商业交易中的主流思想。

2. 经济制度形态的差异

中国从上世纪80年代开始改革开放,逐渐从原来的计划经济向具有中国特色的市场经济过渡,虽然中国市场经济已经得到充分发展,合同法比较完善,但在实践中仍存在某种程度的人为干预,还带有一定的计划经济色彩,加上文化原因,合同在处理经济交易关系中的重要性被降低,也导致人们的合同法律意识仍然比较淡薄。在国际上,更多的国家采用的是完全市场经济,行政干预的情况比较少,解决经济交易的手段往往是合同和法律。因此,人们的合同法律意识比较强。

3. 法律体系的差异

中国的法律体系是基于大陆法系逐渐发展起来的,属于成文法国家,加上中国的“混合经济形态”,中国颁布的工程建设方面的法律规章比较多,这可能带来两方面影响:一是即使工程合同签订不完善,仍可以从相关法律或主管部门颁布的相关条文中寻求帮助;二是合同签订自由原则受到较大限制。虽然中国的合同法被认为很好地平衡了合同“自由与正义”、“公平与效率”、“交易安全与便捷”的关系。但总体而言,

中国的社会主义性质决定了中国的合同法仍较多地关注了正义和公平问题。但在国际工程中,合同适用的法律往往是那些市场经济国家的相关法律,与中国的法律可能有所差异,可能在“签约自由”方面更为宽松,更强调要履行“合同中的承诺”。因此,在国际工程环境下,合同适用的法律大多数情况下是国外的法律,在中国国内不存在问题的合同,在国外就可能可能会出现法律方面的问题,甚至落入合同陷阱。

(二) 合同管理与工程项目管理的关系

广义而言,合同管理可以看作工程项目管理的一部分。但狭义而言,合同管理又有自己的独立知识体系,合同管理与工程项目管理存在很大区别,两者管理的侧重点不同。

从管理目的来看,合同管理主要是处理工程项目管理过程中各方关系以及利益平衡问题,即通过合同管理来实现自己的利益;而工程项目管理主要解决的是“生产力”,即如何提高项目的生产效率,关注的是最终项目完成的结果。

从管理内容来看,合同管理主要是合同价格性质、工程价款支付、风险分担、争议解决等。而工程项目管理主要是工期管理、费用管理、质量管理、健康—安全和环境保护(HSE)管理、项目组织管理等。

从管理方式来看,合同管理主要是室内“桌面工作”,合同签订前的谈判、文件的起草、信函来往、索赔争议谈判等,基本上是“隐性工

作”。项目管理虽然有一些工作属于室内工作,如计划、组织等,但大部分工作则为室外的显性工作,如施工、安装现场管理等,其工作结果往往有“形象进度”。

从管理涉及的对象看,合同管理侧重于组织外部的关系管理,如承包商的合同管理主要是与业主、分包商、供货商等打交道,主要是外部管理;工程项目管理则侧重项目内部机构如何计划、组织,以及实施工程项目本身,涉及承包商项目部与总部之间、项目部各部门之间,基本上是内部管理。

在中国工程管理教育中,工程项目管理覆盖的主要内容包括费用管理、工期管理、质量管理、HSE管理、项目组织管理等职能性管理。虽然也将合同管理作为其中的一部分来讲解,但并不作为重点。然而,对国际工程管理而言,由于参与各方不仅着眼于完成工程,可能更关心自己的利益是否能得到保证。因此,对合同关系的处理成为各方管理的重要环节,合同管理的地位由“隐性”转为“显性”。不仅如此,合同往往作为国际工程项目管理的出发点,甚至合同在国际工程中被称为处理各方关系的“圣经”。在国际项目管理界,有人甚至提出项目管理的本质就是合同管理,是按照合同的规定工作,因此也被称为国际项目管理的“合同学派”。由此看来,中国公司进入国际工程市场,学习国际工程合同管理就显得尤为重要。

(三) 中国目前国际工程承包业的现状

近年来,中国国际工程承包业发展迅速,中国的国际工程管理人才数量却没有与对外承包工程额成比例地相应增长,人才数量明显不足,在合同商务方面尤为突出。

对中国国际工程承包企业而言,缺乏高素质的合同商务人员已成为制约中国公司在国际工程市场取得良好效益的瓶颈。由于历史原因,中国工程技术人才总体素质比较高,专业理论基础好,工程经验丰富,但最缺乏工程管理人员,特别是高水平的国际工程管理人员。中国公司走向国际工程市场二十多年来虽然培养了一批人才,但无论从数量上、质量上还是知识结构上都远远不够。中国有对外经营权的国际承包公司已有两千多家,这些公司大部分是由国内施工公司或设计院转变而成,由于各种原因,对工程技术等方面比较重视,也有相应的关键技术人员。但在从事合同商务管理方面,不但人员数量少,而且素质也不高,不能适应国际工程承包的各项经营活动需要。

从国际工程项目的组织来看,中国公司往往不重视“合同管理者”这一角色,不设置合同部。在岗位设置上,大都没有合同管理工程师这一角色,只是让其他部门或人员兼任这一职务,有的虽然设置了合同部门或合同工程师,但上岗人员的素质往往达不到工作要求。公司普遍认为这个角色作用不大,从而不予重视。从国际工程管理的成功经验和失败教训可以看出,顺利完成工程项目主要依靠工程技术和项目管理

人员,但要取得良好的经济效益则主要依靠合同商务专业人员。

从以上分析可以看出,一方面合同管理在国际工程承包中地位重要,另一方面中国工程承包界的合同管理意识较为薄弱,合同商务管理人才,尤其是高水平的合同管理人才十分缺乏,无论是数量还是质量都不能满足中国公司的需求。因此,学习国际工程合同管理不但十分必要,而且在中国对外工程承包快速发展的背景下,显得尤为紧迫。

三、国际工程商务合同管理者的知识结构

那么,一个高水平的国际工程商务合同管理者应具备什么知识结构呢?除了一些基本外延知识,如工程技术、经济、外语之外,合同与法律是此类从业者的核心知识。2015年,英国 Wiley Black 出版社最新出版的、由著名的国际工程合同法律专家 Lukas Klee 撰写的新著《国际工程合同法》提供了全面丰富的国际工程合同与法律知识,下面以此书为蓝本,分析国际工程商务合同管理者所需要的知识体系。

(一)国际工程商务合同人员应熟悉国际工程项目的特征与法律体系

如前所述,国际工程项目是一种复杂的跨国交易,只有熟悉其关键特点,才能针对这些特征理解工程合同的各项规定。《国际工程合同法》第一章就是论述国际工程项目的特征。Lukas Klee 博士在其著作中论述了工程建设业独有的特征,项目的个性差异,

各方之间复杂的合同关系、项目参与角色,尤其是“工程师”作为合同管理者的角色定位。作者指出,由于国际工程项目的此类特点,合同内容的安排必须体现出激励机制,并应注意风险的识别与分担。由于同一合同在不同的法律环境下,其含义可能差异很大。因此,从事国际商务合同管理的人员应对合同适用的法律高度关注。该书的第二章重点论述了国际工程实施通常所处的主要法律环境——大陆法与习惯法)并通过“拖期赔偿费”(Liquidated Damages)、“合同罚款”(Contractual Penalty)、“实质性竣工”(Substantial Completion)、“履约”(Performance)、“争议裁决性质”(Nature of Adjudication Awards)、“责任时效”(Liability Limitation)、因未按时提交索赔通知而丧失索赔权(Lapse of Claim Due to Late Notification)、对不可预见和不可控风险的分担(Allocation of Unforeseeable and Uncontrollable Risks)等关键合同事宜在大陆法与习惯法环境下的主要差异与内在关系进行了很好的分析。作者在第五章还提出了国际工程市场领域合同标准化的现象,并划分出法律层面、原理层面和文件范例层面三个层次。这些法律知识对中国商务合同管理人员显得尤其重要。

(二)国际工程项目交易模式

由于不同的交易模式会影响成立的合同类型,理解不同的工程交易模式,对理解合同规定的各个方面的规定尤为重要。《国际工程合同法》第三章分别介绍了

不同交易模式的总体特征,同时又针对具体的交易进行了单独分析,其中包括一般承包模式(传统方式)、设计—建造模式、建设管理模式(CM)、多主合同模式、伙伴关系模式、联盟模式、扩展交易模式(如PPP/BOT/DBO)等。近年来,由于设计—采购—施工(EPC)模式的广泛应用,作者在第四章单独对EPC交易模式及其变型设计—采购—施工—管理(EPCM)模式进行专门论述,论述的内容包括EPC/EPCM模式的优点与缺点,以及EPC/EPCM模式需要关注的要点。同时,以亚洲、非洲、英国的污水处理项目、水电项目为对象,引用了多位国际工程专家对EPC/EPCM模式的详细分析。

(三)国际工程合同关键要素的安排

对国际工程商务合同人员来说,合同价格、工期、变更、索赔、争议等无疑是合同安排中的关键环节。作者针对每一个环节用一章的篇幅进行论述。费用是项目管理的核心,对于合同价格,作者在第六章中进行了单独论述,覆盖了合同价格的类型(包括总价、单价、成本加成、最大保证价格、目标价格等)、合同价格类型的确定、价格支付计划与方式、费用超支、对异常低的投标价格的处理、公共采购法的限制等。工期是项目管理的主线,由于工期延误成为国际工程中的一个普遍现象,无论对业主还是承包商而言,国际工程的延误成本都非常高。因此,作者提出,各方都应对合同中关于工期的规定高度关注。除此

之外,就工期方面,作者还论述了工期延误的常见原因、进度计划、时差权利的归属、开口竣工时间与工程展期、共同延误等问题,并通过英国工程法学会编制的《工期延误与干扰索赔分析准则》、FIDIC合同范本以及在若干国家发生的案例对这些关键内容进行了剖析,为项目各方如何处理工期延误提供了很好的指导原则。变更与索赔更是国际工程中热门话题,作者在第八章、第九章对这两方面进行了重点论述,内容包括合同中的变更条款、实质性变更、赶工、由变更引起的索赔、承包商的索赔与业主的反索赔、索赔权丧失、索赔原因、工期索赔、费用索赔、根据合同索赔、根据适用法律索赔等,并通过大量的案例分析,提供了全面的索赔管理知识。此外,作者还介绍了国际工程争议在世界各地通常采用的解决方法,尤其是详细论述了争议裁定委员会做出的裁决的性质。

(四)国际工程合同范本

学习国际工程合同范本有助于我们了解国际工程管理惯例,丰富我们的谈判知识,作者专门用两章内容介绍了国际工程合同常用范本,其中包括FIDIC合同、英国NEC与ICE合同、国际商会ICC合同、日本ENNA合同、国际化学学会IChemE合同、欧洲机电电子金属协会Ogalime合同、美国AIA合同、德国VOB合同等。同时,作者还分析了各个范本的特点,为读者提供大量新鲜的信息,有利于扩大读者的视野,提高国际工程合同管理者的业务素养。

(五)风险与保险

国际工程承包是一项高风险事业,参与各方不但要识别工程风险,还必须清楚了解各方应承担的风险在合同中的界定,并在项目实施中进行恰当应对与控制。作者在第十四、十五、十六章论述了风险、保险以及各类担保。在风险方面,作者论述了商务风险、损害风险、特殊风险、不可抗力、标准范本中的风险管理,尤其对地下工程风险进行了专门分析,给出相关风险在各个标准合同范本中的分担规定,并且结合多个案例,给出了实践中的惯例做法。在保险方面,首先论述了国际合同范本对保险的规定,然后结合案例,给出实践中应关注的保险问题。在担保方面,作者介绍了工程合同中的担保种类,包括投标保函、预付款保函、履约保函、质量缺陷/保留金保函、支付保函以及备用信用证,并给出了各类保函的核心内容,包括受益人、保函申请人、保函额度、保函目的、保函有效期等。其中,除了详细分析银行开具的保函外,还介绍了开具担保的其他机构,如担保公司。同时,作者还介绍了保函的适用法律以及解释保函通常适用的ICC规则。

除上述核心知识块之外,作者针对日益重要的卫生健康设施项目开发的特别事宜给出了特别论述。全书包括从15个国家收集的大约50个案例或故事,通过实践对相关知识进行阐释,十分适合从事国际工程的专业人士学习和借鉴。

(作者单位:天津大学管理与经济学部)