

FIDIC 视角下我国工程咨询合同法律问题研究

摘 要

本文以 FIDIC 工程咨询合同体系为参照系,首先从宏观上阐释了 FIDIC 组织与 FIDIC 合同体系,为之后分析和解决我国工程咨询合同中的问题提供宏观参照。第二部分从微观角度分析论述了 FIDIC 工程咨询合同的性质、合同关系,以及合同成立的三要素—当事人、标的和价格中的当事人、标的的内涵和特点并就 FIDIC 合同在我国的适用情况做了简要的介绍和分析,为之后分析和解决我国工程咨询合同中的问题提供微观参照。在接下来的分析中本文以 FIDIC 工程咨询合同体系为参照系分析了我国工程咨询合同不够完善的问题。随着我国工程咨询行业的飞速发展,我国的工程咨询合同可以发展的方面有很多。本文选择了其中最具有代表性也是当务之急最需要解决的三个问题进行了分析。合同当事人法律地位不平等的问题是困扰我国工程咨询合同多年的问题,也是影响当前我国工程咨询合同生存和发展的最重要的法律障碍。工程咨询合同中工程咨询人授权的限制性条款鲜有国内学者论及,但却是破解目前工程咨询实践效率低下最急需的法律支持。职业责任保险问题近年来得到了政府、学者和企事业单位高度关注,本文从微观角度分析了我国工程咨询职业责任保险的问题。针对这些问题,本文借鉴 FIDIC 工程咨询合同文件中的相关规定提出了解决这些问题的建议。对于这些问题的分析论述本文是以诸多学者的分析论述为基础的,其中结合了自己在工程咨询相关领域的实践经验,有的是从新的视角来分析论述,有的是对以往的视角进行了新的挖掘。

关于工程咨询合同当事人法律地位不平等的问题,以客户的身份优势和咨询人的弱势地位为总观点详细分析了其成因,结合近三年的案例分析了客户的官方身份和债务人身份使得客户具有身份优势的现象并结合近三年的案例分析了一些涉及工程咨询服务的合同范本对不平等地位的消极影响,提出了客户的协助义务条款遭遇忽视的问题,并且分析了工程咨询合同具有的委托合同性质是如何使我国咨询人丧失了其应有的平等法律地位的原因。然后在借鉴 FIDIC 经验完善我国工程咨询合同一章,针对提出的问题分析了 FIDIC 合同文件的相关规定,提出了解决建议。

关于工程咨询合同中工程咨询人授权的限制性条款的问题首先分析了我国工程咨询合同约定此条款的必要性，然后分析了 FIDIC 合同中关于咨询人授权限制的条款规定提出了在我国工程咨询合同中约定此限制条款及约定和授权的书面要式要求和附期限生效要求的建议并提出应当在工程咨询合同中对接受授权的助理的定义加以解释。还分析了咨询人的授权是一般授权还是特别授权的问题及应对助理的执业能力在合同中加以明确约定，并对助理超授权范围所为的行为的法律效力予以明示。

关于工程咨询职业责任保险首先引入经济学中的逆向选择理论分析我国工程咨询职业责任保险存在的逆向选择问题，并从八个方面分析了解决我国工程咨询职业责任保险逆向选择的障碍。分析了 FIDIC 合同关于工程咨询职业责任保险的规定，从八个方面论述了 FIDIC 合同工程咨询职业责任保险规定对解决我国工程咨询职业责任保险逆向选择问题的启示性建议。

本文的选题有一定的创新性，以往从法学视角研究 FIDIC 合同文件的文章大多是围绕 FIDIC 施工承包合同关系进行的，本文围绕的是 FIDIC 工程咨询合同关系；以往关于工程咨询的研究大多是从经济学、管理学视角研究如何提高工程咨询企业竞争力的，本文以 FIDIC 工程咨询合同文件为参照系研究我国工程咨询合同的法律问题。

在研究方法上本文采用了比较研究方法。

关键词：FIDIC 工程咨询合同 法律地位 授权限制 职业责任保险

A Study on Legal Issues in Chinese CLIENT/CONSULTANT SERVICES AGREEMENT Under FIDIC Perspective

Abstract

It illustrates the International Federation of Consulting Engineers and the FIDIC contract system in the first chapter. That act as macro references for analyzing and solving legal issues in chinese client/consultant services agreement. It analyses and discusses the nature and the contractual relationship of the FIDIC, client/consultant model services agreement, analyses the connotation and characteristics of two elements—the parties and object of three major elements of the contract—the parties, object and price and presents and analyses the application of FIDIC contracts in China. That act as microscopic references for analyzing and solving legal issues in chinese client/consultant services agreement. In the following analysis, it analyses the legal issues in chinese client/consultant services agreement under FIDIC perspective. With the rapid development of the consulting industry in China, there are many aspects of chinese client/consultant services agreement would be developed. It selects three issues which is most representative and most urgent. The unequal legal status of the parties to the contract is not only an issue that troubled chinese client/consultant services agreement many years, but also the most important legal obstacle that affecting the survival and development of chinese client/consultant services agreement. Although the restrictive authorization clauses in the client/consultant services agreement is rarely discussed, it is the most urgent legal support to solve the inefficiency of consultant. Professional liability insurance has attracted a great concern of government, academics and enterprises in recent years, it analyses chinese consulting professional liability insurance under the microscopic perspective. It draws the relevant provisions in the FIDIC consultant services agreement documents to put forward recommendations to solve these problems. The analysis of these issues is based on the analysis of many scholars, on the author's practical experience in the related consultant fields. Some analysis is under new perspective, some analysis is the new excavation of the historical perspective.

On the unequal legal status of the parties to the consultant contract, it analyses the causes of the advantage identity of clients and the weak position of the consultants. It analyses the phenomenon the clients have official identity and debtor's identity, combined with some cases occurred in the last three years. It analyses the negative impacts on the equality of the parties' legal status that caused by some Chinese model contract that involving consultative services, combined with some cases occurred in the last three years.

It analyses the negligence of client's assistance obligations. It analyses the causes of that the commission contract nature of consultant services contract make Chinese consultants lost their due equal legal status. Then it draws the relevant provisions in the FIDIC consultant services agreement documents to put forward recommendations to solve these problems in the next chapter — Draw the FIDIC experience to perfect our engineering consulting contract.

On the restrictive authorization clauses in the consultant services contract, it first analyses the necessity for the parties to write the clauses in the consultant contract. Secondly it analyses the restrictive authorization clauses in FIDIC Model agreements and presents that the restrictive authorization clauses should be written in Chinese consultant services contract, that the authorization should be in writing, that the effectiveness of the authorization should have the time requirement limit, and that the definition of assistant should be depicted in detail in the consultant services contract. Then it analyses the authority should be generally authorized or specifically authorized and it presents that the limit of the practicing competencies that the assistant needed to have should be written in the consultant services contract, and that the legal force of what the assistant have done beyond the authorized scope should be written in the consultant services contract.

On the professional liability insurance, it first introduces the theory of adverse selection in economics to explain the adverse selection in Chinese consultant professional liability insurance, and proposes the eight obstacles that prevent solving the problem of adverse selection in Chinese consultant professional liability insurance. Then it draws the consultant professional liability insurance provisions in the FIDIC consultant services agreement documents to put forward the solutions from the eight perspective to the problem of adverse selection in Chinese consultant professional liability insurance in the next chapter — Draw the FIDIC experience to perfect our engineering consulting contract.

The topic of this paper has innovative because that former studies on FIDIC contract documents from legal perspective is mostly around FIDIC construction contract relationship but this paper is targeted to FIDIC consulting contract relationship. Another evidence for its Innovation is that former studies on consultant is mostly from management perspective, while this paper studies the consultant contract which is the foundation of the consultant services from legal perspective.

It applies a comparative method to study.

Key Words: FIDIC Consultant Services Contract Legal Status
Restrictive Authorization Professional Liability Insurance

前言

为了适应世界银行贷款项目，为了参与国际交流，在外源性法律的影响下，我国开展了工程咨询业务。中国工程咨询协会于 1996 年代表中国成为了国际咨询工程师协会（FIDIC）的会员。国家计委在 1994 年颁布了《工程咨询业管理暂行办法》，在 2005 年国家发改委会令 29 号文件《工程咨询单位资格认定办法》拓展了工程咨询单位的业务范围。应该说，我国的政府政策不断引导工程咨询业与国际接轨。伴随着加入世界贸易组织（WTO）后的 5 年过渡期的结束，2006 年我国工程咨询业市场面向全世界开放。我国的工程咨询行业不可避免的融入了世界经济一体化的洪流之中。与此同时，随着我国社会主义市场经济体制的形成，我国建设工程市场本身也产生了对以技术服务为标的的工程咨询的强大需求。市场经济是竞争经济，我们在国际工程行业立足的一个条件就是我们的技术和法律制度与国际市场完全接轨。长久以来，各国建设工程项目普遍采用菲迪克合同体系。世界银行、亚洲开发银行等地区性银行以及阿拉伯基金会等国际金融组织均要求受援国和贷款国在工程项目中采用菲迪克合同，并将采用 FIDIC 合同作为向其提供贷款或经济援助的先决条件。菲迪克组织的目的是推动国际建筑法统一化，菲迪克合同作为其主要载体，已经成为意图参与国际建筑市场竞争及完善国内建筑市场环境所必须掌握的工具。

目前国外有关 FIDIC 工程合同的法律研究，目前主要围绕 FIDIC 合同的 DAB 模式和 FIDIC 合同中的默示条款等具体条款的研究，例如 Hinchey, John W. 2012 年发表在 *International Construction Law Review* 的“Rethinking Conflict in Construction Project Delivery and Dispute Resolution”和 Steensma, Aidan. 2011 年发表的“Implied Terms as to Prevention and Employer Delay in Construction Contracts”等。国内关于 FIDIC 合同的学习和研究也为数众多。我国在使用国际金融组织贷款的过程中接触了 FIDIC 合同，FIDIC 合同对我国建设工程产生了方方面面的影响。但是到目前为止，国内有关 FIDIC 合同的法律研究都是围绕施工承包合同进行的，其中尤以研究 FIDIC 红皮书的最多，研究《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》的很少。从法律角度专门针对工程咨询合同的研究非常少，从 FIDIC 合同体系整体来研究工程咨询合同的就更加稀少了。

因此,本文以国际上应用最广、为我国工程行业人士最为熟悉的 FIDIC 合同体系为参照系,通过对我国工程咨询合同的分析和对 FIDIC 合同体系中工程咨询内容的分析,研究我国工程咨询合同的相关问题。借鉴 FIDIC 合同文件的发达经验,探索完善我国工程咨询合同发展完善的途径,为我国工程咨询行业健康发展,为我国工程咨询机构占有国内市场,铺平我国工程咨询行业向国际市场迈进的道路尽一份绵力。

本文主要采用比较分析方法,并以数据表格和具体案例的处理来加以佐证。本文在分析中还借用了经济学的“逆向选择”理论。

第一章 FIDIC 组织与 FIDIC 合同体系

本章从宏观上阐释了 FIDIC 组织和 FIDIC 合同体系,作为之后分析和解决我国工程咨询合同中的法律问题的宏观参照系。简述了 FIDIC 组织的发展历程和法律性质;全面地介绍了涉及工程咨询内容的 FIDIC 工程咨询合同,强调从宏观上参照 FIDIC 工程咨询合同,而不局限于 FIDIC 咨询服务协议范本。

第一节 FIDIC 组织

FIDIC 是“国际咨询工程师联合会”的法文拼写(Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils)的首字母的组合。国际咨询工程师联合会成立于第一次世界大战之前的 1913 年,有着悠久的历史,其成立之初的成员主要来自于欧洲国家。由于其对工程实践的有效指导作用,得到了各国的广泛好评,其影响不断扩大。美洲的美国、加拿大,非洲的南非和亚洲的澳大利亚于 1959 年加入了 FIDIC 组织,从此国际咨询工程师联合会真正成为了一个全球化的组织。国际咨询工程师联合会持续地为工程咨询行业的创新发展而努力,组织国际上的专家编制了适应工程咨询行业具体实践的合同文件,建立了 FIDIC 合同体系。不断地创新使得这一组织延续了不断发展壮大的趋势,越来越多的与工程咨询行业相关的组织和个人加入到这个组织中。目前国际咨询工程师联合会的会员已经遍布五大洲,无论是发达国家还是发展中国家都十分重视 FIDIC 组织和其提供的合同文件。可以说,如果意欲进入国际工程咨询行业,得到工程咨询订单,那么绝对绕不过国际咨询工程师联合会或者 FIDIC 组织编写的各种合同文件。随着我国社会主义市场经济中工程咨询业务的开展,全国性的工程咨询协会和地方性的工程咨询协会如雨后春笋般成立发展,1996 年国际咨询工程师联合会的正式成员

中有了我们的身影。从此，国际咨询工程师联合会和我国的工程咨询行业都进入了崭新的一篇。

国际咨询工程师联合会的法律性质是国际间行业组织。国际咨询工程师联合会是由各成员方自愿加入的，会员是否使用 FIDIC 提供的各种合同范本、各种工作指南是由各成员自行决定的，FIDIC 并不予以干涉。FIDIC 的组织机构也具有民间行业协会的特征。FIDIC 的各种活动均由各个委员会、工作组和论坛来完成。FIDIC 的委员会有：裁决员评审委员会 (Assessment Panel for Adjudicators)、业务实践委员会 (Business Practices Committee)、实力建设委员会 (Capacity Building Committee)、年会委员会 (Conference Committee)、合同委员会 (Contracts Committee)、财务委员会 (Finance Committee)。工作组有：FIDIC 非洲分会工作组 (2007 年 5 月完成使命)、战略审查工作组 (2007 年 5 月完成使命)。论坛有青年咨询工程师论坛。FIDIC 组织的最大特色是这些组织机构中的成员都是由志愿工作者组成的，这些志愿者来自世界各地。FIDIC 志愿工作者通常是由所在国的行业协会推荐，经 FIDIC 执委会批准后才能担任。正是由于众多精英志愿者无私的、不求个人回报、只求回报社会无私的奉献精神，才使得 FIDIC 这个国际组织多年来一直充满了生机与活力。

第二节 FIDIC 合同体系

此节阐释的是 FIDIC 合同体系中涉及工程咨询的协议书、合同条件和工作指南，在宏观掌握的同时，按重要性程度分为：首要的也是工程咨询合同的基础合同是 FIDIC 工程咨询协议书，其次是 99 版合同条件，再次为几个近年来的合同条件，工作指南作为帮助项目参与各方正确理解和使用合同条件和协议书，帮助咨询工程师提高职业道德和业务素质，推广最佳业务实践经验的辅助性文件。

一、FIDIC 工程咨询协议书

FIDIC 出版的协议书也是一种合同格式，通常适用于提供咨询服务。目前，常用的协议范本是 2006 年版 FIDIC “White Book”。FIDIC “White Book” 是《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》的简称。FIDIC 在 1979 年和 1980 年分别编写了三本《CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》的范本。一本是被推荐用于投资前研究及可行性研究 (简称 IGRA1979P.I); 另一本被推荐用于设计和施工管理 (简称 IGRA1979 D&S);

第三本被推荐用于项目管理（简称 IGRA1980PM）。

之后，在国际上经过广泛征求意见的基础上，FIDIC 对上述范本进行了不断地规范和改进，分别于 1990 年、1998 年、2006 年先后编制出版了第二版、第三版和第四版咨询服务合同范本，均命名为《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》，并在 2001 年出版了第三版的《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT Directory》，内中附有对咨询协议书文件的有关注释。这些文本代替了 IGRA1979P.I、IGRA1979 D&S 和 IGRA1980PM 三种文本，通用于投资前与可行性研究、设计、施工管理以及项目管理。在设计与建造的采购时，白皮书既可用于客户主导的设计团队，也可以用于承包商主导的设计团队，其中的服务建议书是以国际化为基础的，但可以用于国内。

2006 年第四版“白皮书”共由四部分组成，包括：协议书格式、通用条件、专用条件以及附件。下面所有关于《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》的分析论述皆以 2006 年第四版《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》为准。

二、FIDIC 合同条件

FIDIC 合同条件包含标准的招投标程序、合同文件、工程量计量规则和仲裁方式。这些标准的程序和合同格式，便于工程参建各方熟悉合同条款。

（一）FIDIC1999 年版合同条件

99 版合同条件所作的一个重大的修改是将“工程师”改为“业主代表”，强调管理合同的工程师是“业主的人员”。虽然 99 版合同条件依然秉承 FIDIC 独立公正的原则在此修改的同时要求咨询工程师坚守公平的态度处理职务相关事务，但是该修改仍然被部分学者和咨询工程师认为是国际工程咨询领域的倒退。FIDIC 对此质疑给出的解释是：该修改一方面是顺应国际建筑工程市场的实践需要和市场动向做出的调整；另一方面也是更主要的方面是为了适应在某些国家国内法的司法体系下，咨询人的完全独立性不能够被理解被接受。可以说 FIDIC 的此项修改意在扩大 FIDIC 合同条件在发展中国家的适用。但是，我认为此项牺牲正如前面论及的是 FIDIC 的“倒退”，随着发展中国家经济的发展和法制的建设，咨询人的独立地位必然得到越来越多的认可。咨询人的独立性应当是

与之不适应的各国内法的发展方向而不是 FIDIC 为了扩大其影响力做出的牺牲。99 版的合同条件由《Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER》、《Conditions of Contract for Plant and Design-Building》、《Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects》和《Short Form of Contract》四个具体的合同条件组成。

《Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER》适用于传统的国际工程咨询关系，即客户和咨询人直接缔结工程咨询合同，合同中约定的咨询服务内容涵盖下文所述的工程咨询合同标的的全部内容。随着国际工程承包的多样化发展，一些总承包商在承建土建工程实体的同时还组合承揽了机械安装、电气安装和其他建设工程业务，此外，总承包商还承揽了原来客户直接招标的工程设计咨询服务，并且人力资源强大的承包商还承揽了为客户采购生产设备的咨询业务，之后由承包商再进行工程咨询招标，即这种合同条件下的国际工程咨询关系是在总承包商和咨询人之间建立的。适应这种实践需要，FIDIC 组织编写了《Conditions of Contract for Plant and Design-Building》。在《Conditions of Contract for Plant and Design-Building》得到国际工程咨询市场的认可和好评之后，国际工程咨询市场又开拓了“交钥匙”的合同模式，即工程项目的投资人或业主与总承包商签订包含施工、咨询服务及设备设施的合同，形象地说，即是除了进行可行性研究等前期投资咨询的咨询服务的客户是投资人或业主之外，其余所有阶段的工程咨询关系中的当事人都是总承包商担当的客户和咨询人双方。《Short Form of Contract》适用于投资较少的各类小型工程项目，这类项目工期短，不需要专业分包，一般是简单的或重复性的项目，这一合同条件下的工程咨询关系比较简单，咨询人承担的服务内容却更加全面。

（二）其他合同条件

其他合同条件主要包括《Conditions of Subcontract for Works of Civil Engineering Construction》（2009 年试用版）、多边开发银行统一版《Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER》（2010 版）和 2008 年第 1 版《Conditions of Contract for DESIGN-BUILD AND OPERATION SERVICE》（金皮书，DBO）。由于

目前在国际工程市场上仍有一定数量的项目在使用《Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER》(92 版“红皮书”), 所以在此仍然将其囊括在内。

1、《Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER》(1987 年第 4 版, 1992 年修订, 1996 年增补)(简称 92 版“红皮书”)。该合同条件适用于单价与子项包干混合式合同, 在此合同条件中咨询人的地位最为重要, 该合同条件规定了客户和承包商的权利义务, 以及咨询工程师根据客户和承包商的合同执行客户方在施工阶段对工程的项目管理任务时的权利义务。客户将土木工程的施工管理职权授予咨询工程师, 咨询工程师依据合同享有全部的管理权并承担合同中约定的法律责任, 该合同条件因其最为广泛的适用性和好评而被被誉为“土木工程圣经”。

2、《Conditions of Subcontract for Works of Civil Engineering Construction》(试用版, 2009 年)。此合同条件是针对总承包商和分包商的分包合同的, 咨询人并不是合同的当事人, 但是咨询人对此分包合同有干预的权利。咨询人通过工程咨询合同和施工总承包合同来监督管理总承包商切实依据此合同条件缔结施工分包合同, 监督总承包商选择适当分包商并尽其责任保证施工关键指标的落实。

3、多边开发银行统一版《Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER》(2005 年版, 2006 年版, 2010 年版)(MDB Harmonized Edition)。此合同条件是多边开发银行和 FIDIC 联合编写的, 它更加体现了建设工程项目贷款人—银行的地位和要求。凡是世界银行集团和四大地区性银行以及次地区银行参与融资的项目都要求借款人使用此合同条件, 并将使用此合同条件做为这些银行提供贷款的前提条件之一。

4、2008 年第 1 版《Conditions of Contract for DESIGN-BUILD AND OPERATION SERVICE》(金皮书, DBO)。在此合同条件中, 总承包商不仅承担施工业务还承担设计咨询服务和设备采购咨询服务, 并且其最大的创新点是此版合同条件中, 总承包商还负责工程项目竣工后的运营和维护服务, 成为总包涵盖内容最广泛的合同。

三、工作指南

做为国际工程咨询行业最大的组织, FIDIC 以提高咨询人的服务水平和不断增强自身建设为己任, 编辑撰写了咨询人工作指南。其中有关于 FIDIC 各合同条件的应用指南, 从最初的土木工程施工合同条件到最近 2010 年版的多边开发银行统一版施工合同条件, 都相应地配套出版了合同条件应用指南帮助咨询人理解和掌握合同条件, 解决其在实际应用合同条件中遇到的问题。此外, 因为合同执行中的各种函件是咨询人是否履行义务的最重要的证明, FIDIC 为咨询人提供了在与其他各关系人来往时应当采取的《标准函件》, 使得咨询人能够有效避免法律风险。随着里约公约的签署, 随着环境保护日益得到全世界的重视, FIDIC 特别编写了《环境保护—咨询工程师行动指南》, 使得咨询人能够有效地实施环境保护, 同时避免咨询人发生与环境保护相关的法律原则规则冲撞的作为或不作为行为。鉴于大型项目的工程咨询服务标的额巨大, 这种情形下工程咨询分包和联营联合成为中标的唯一选择, FIDIC 为咨询人提供了相互间缔结这些协议的应用指南, 帮助咨询人解决分包和联营联合中的权利义务等法律问题。另外, FIDIC 为工程咨询市场的咨询服务采购提供了指导性指南: 《工程咨询服务采购和服务成果评价指南—以质量为根据》、《选聘咨询工程师(单位)指南》《聘用独立咨询工程师服务指南》; 为咨询人自身建设提供了指南—《工程咨询业实力建设指南》和《工程咨询业 ISO9001: 2000 标准解释指南》。为了便于咨询人有效防范法律风险等各种风险, FIDIC 编制了《风险管理简明指南》、《风险管理手册》。由于在某些 FIDIC 合同中咨询工程师具有准仲裁人的身份, FIDIC 为咨询工程师提供了《友好解决工程建设争议》、《建设、保险和法律》指南。由于咨询人在执行合同中拥有很多具有直接经济价值的权力, 所以 FIDIC 十分重视咨询人的廉洁建设, 《业务廉洁管理指南》不仅保证了咨询人能够自律而且能够帮助咨询人抵抗外来的侵扰其廉洁的压力。在国际工程咨询市场, 职业责任保险和项目咨询风险保险等各种保险和担保是咨询人进行咨询业务投标所必须提供的要件之一, FIDIC 《职业赔偿和项目风险保险指南》就是针对此项业务需求提供的指导性文件。这些工作指南覆盖了工程咨询工作的方方面面, 总结了工程咨询业多年的实践经验, 对提高咨询人的职业道德建设和工程、法律等各项业务素质, 提升咨询人的法律地位和提高咨询人、客户、承包商对于工程咨询合同及各种合同条件的

正确理解和使用都大有裨益。这些工作指南成为不断提升咨询人执业水平的基础，因此对工程咨询业极其重要。

第二章 FIDIC 工程咨询合同分析

此章主要分析了工程咨询合同的法律性质、合同关系及合同三要素的合同当事人、标的。此章对于工程咨询合同的法律性质的争议焦点做了法律分析，对于国际工程咨询师协会发布的工程咨询合同的传统关系和新发展的合同关系做了阐释和分析，对于合同当事人和标的分别以国际工程咨询师联合会确认的内涵为准做了阐释和分析。

第一节 工程咨询合同的性质

关于工程咨询合同的法律性质，我国学者对于各阶段性工程咨询合同的法律性质的规定是有区别的，随着工程咨询合同标的内涵的拓展，相关法律关于工程咨询合同的法律性质的规定也应随之发展；关于国际工程咨询联合会发布的工程咨询合同的法律性质也有委托合同和雇佣合同的争议，此节对上述问题加以分析，为第三章和第四章分析合同的法律性质对工程咨询合同的影响提供理论支持。

一、我国工程咨询合同的性质

我国关于合同的基本法《中华人民共和国合同法》中将工程勘察服务合同和工程设计服务合同列入建设合同之内。根据我国《合同法》第二百六十九条的规定，发包人与承包人之间签订的由承包人进行工程建设而发包人支付对应款项的合同是建设工程合同。根据《合同法》第二百八十七条规定，合同法中关于承揽合同的规定和关于建设工程合同的规定是一般规定与特别规定的关系，即合同法中已经对于建设工程合同有了具体规定的事项适用建设工程合同的规定，没有具体规定的事项适用合同法中关于承揽合同的规定。之所以将工程勘察合同和工程设计合同包括在建设工程合同中，本人认为是由于合同法以工程勘察、设计、施工总承包为模板，即以 FIDIC 合同范本中的“设计-建造”（D/B）模式为标本，所以将以技术服务为标的的工程勘察合同、工程设计合同的内容并入以建造固定资产为标的的建设工程合同内。

《合同法》将为委托人提供投资咨询服务的合同命名为技术咨询合同，并将之与技术服务合同相区别，将这两种合同共同定性为技术合同。尽管合同法对两

者进行了区分规定,但是在学术领域和实践领域中都存在着将技术咨询合同和技术服务合同混淆的现象。合同法区别技术服务合同与技术咨询合同的条件规定为三项:一是做为技术服务合同的标的的服务不仅包含向委托方传授技术知识和经验,而且还需要为委托方解决特定的某一项技术问题而技术咨询合同约定的服务内容并不包括传授技术知识和经验以及合同指向的具体的科技工作;二是技术服务合同需要承担实施结果造成的损失或未达到预期收益的责任而技术咨询合同是顾问方按照合同约定的条件向委托方提供参考性的咨询报告和意见,一般并不承担决策失误造成的损失责任;三是技术咨询合同中约定的服务的服务期限为咨询成果付诸实体实施之前而技术服务合同约定的服务期限是项目实施之后。此外,合同法明确规定技术合同的双方当事人为委托人和受托人。从上述分析中可以得出我国法律规定以投资咨询服务为标的的技术咨询合同的性质是委托合同。

按照我国法律法规的相关规定,工程监理合同是委托合同。据此,在理论探讨和实践中统一认为我国的工程监理人与客户之间是代理关系。委托合同与代理关系是有紧密联系的两个法律概念,它们既相互联系又相互区别,代理关系的发生基于法律的强制性规定和委托合同当事人之间的约定,就是多,当事人表达其自由意愿在相互之间发生代理关系的主要形式就是通过缔结委托合同。通过委托合同中的授权条款的约定,委托合同突破债之相对性,使得获得授权的一方当事人所为的行为与第三人产生侵权等法律关系时由委托合同中的授权方承担法律后果。具体到工程监理合同,其标的一般是监理人对施工人的监督管理服务,施工人是监理合同中的第三人,所以工程监理合同被认为是建设单位授予监理人代理权的代理行为。那么,监理人对施工人作为的法律行为由其委托人—建设单位对施工人承担法律后果。

综上所述,我国对工程咨询合同所涉及的合同的性质的规定如下:技术咨询合同是没有授予代理权的委托合同,工程监理合同、招标代理服务合同是授予了代理权的委托合同,工程勘察合同、设计合同是承揽合同的特殊类型—建设工程合同。

二、FIDIC 工程咨询合同的性质

国际工程分为工程咨询和工程承包两大行业。《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》(FIDIC“白皮书”)

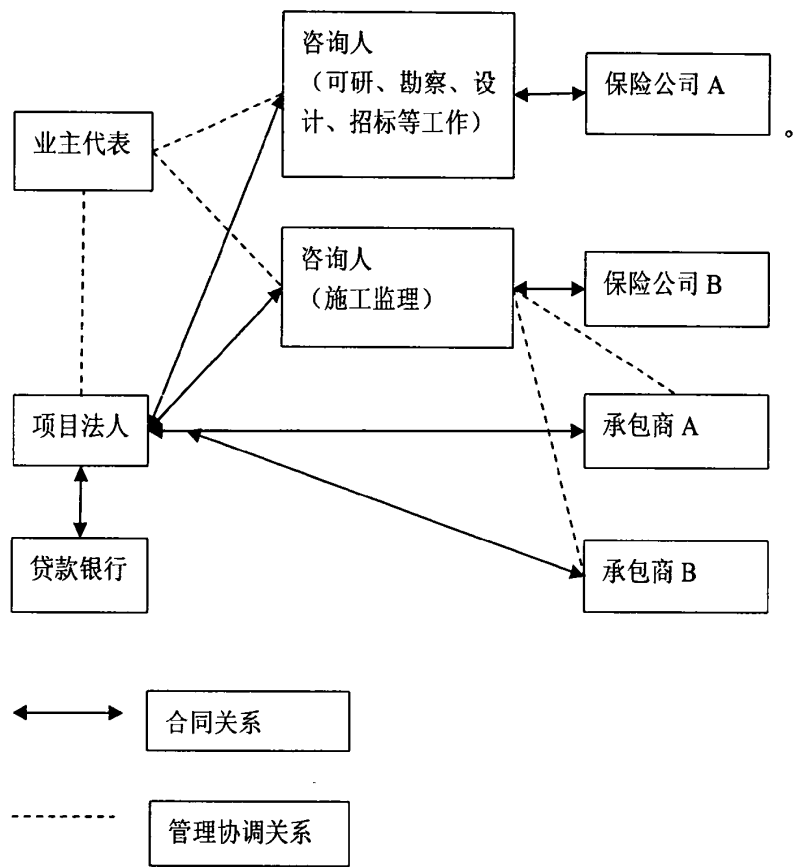
中合同双方当事人使用的是“CLIENT”和“CONSULTANT”。关于 FIDIC 工程咨询合同的性质，主要有 FIDIC 工程咨询合同是委托合同还是雇佣合同的分歧。支持 FIDIC 工程咨询合同是雇佣合同的观点的学者认为 FIDIC 工程咨询合同与雇佣合同一样在形式上都是一方当事人为另一方提供劳务，另一方支付服务报酬的合同。而且合同解除之后，只能使合同关系发生将来消灭的效力，而无法溯及既往。有的研究者据此认为 FIDIC 合同具有雇佣合同的性质。并以此做为 FIDIC 合同中咨询人是客户的雇员不应当具有独立性的根据。造成这种混淆的原因主要在于委托合同和雇佣合同都是建立在双方相互信赖的基础之上的。委托合同与雇佣合同区分的关键在于委托合同中的受托人有权独立地处理委托事务，而在雇佣合同中，受雇人的劳务完全由雇主决定，受雇人无独立的支配权；委托合同的标的可以是事实行为也可以是法律行为，而雇佣合同的标的仅为事实行为；雇佣合同的目的在于由受雇人提供劳务，而不在于实现雇佣人的预期利益而委托合同的目的在于由受托人为客户办理事务，实现一定的预期利益，所以委托合同可能使无偿合同而雇佣合同必须是有偿合同。以委托合同与雇佣合同的关键区别为视角审视 FIDIC “工程咨询合同可以发现 FIDIC 工程咨询合同应当是委托合同。

三、说明

本文阐释的工程咨询合同的标的包括技术咨询合同、勘察设计合同、委托监理合同以及招标代理服务合同的标的（详见第二章第四节“FIDIC 工程咨询合同标的”）。本文将 FIDIC 《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》（FIDIC “白皮书”）中合同双方当事人“CLIENT”和“CONSULTANT”翻译为客户和咨询人，并在论及我国工程咨询合同时使用这两个词汇。

第二节 FIDIC 规范的工程咨询合同关系

此节介绍了 FIDIC 规范的工程咨询合同关系的发展，这些合同关系呈现了合同主体不断扩展、内容不断充实的趋势。这些合同关系各有特点，本节对此分别做了论述。



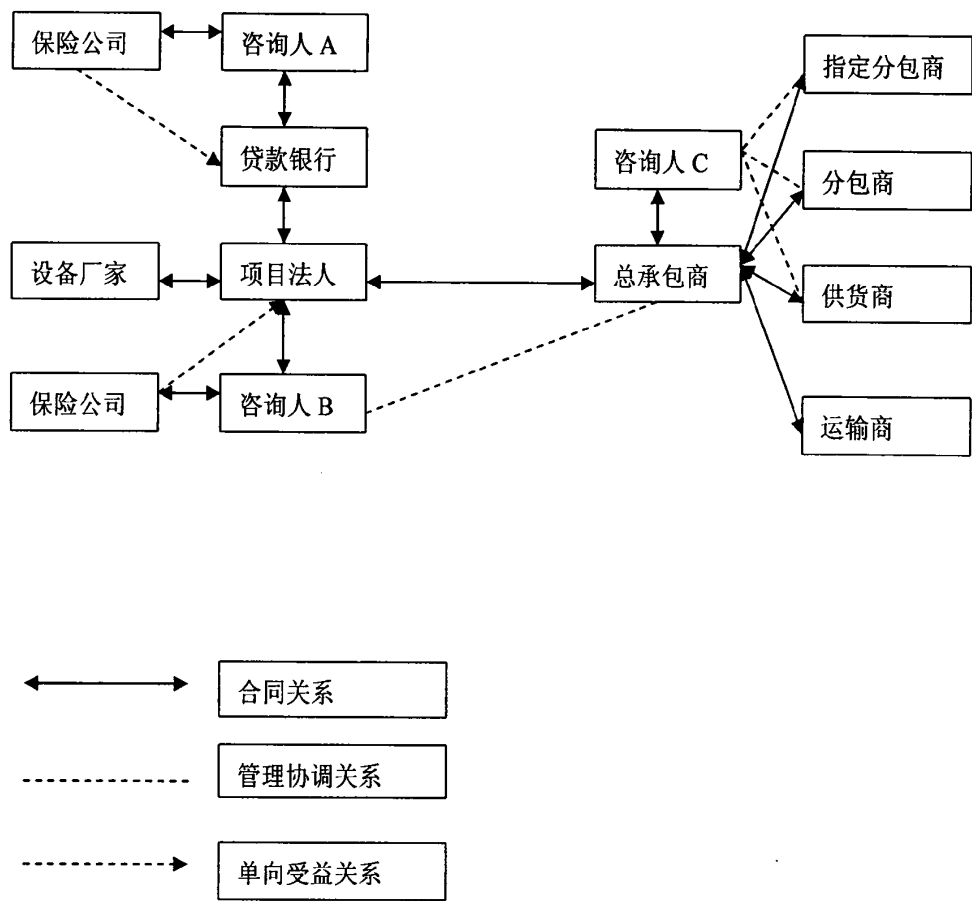
注：合同关系箭头所指向的双方是有直接合同关系的合同当事人，他们之间的权利义务由其直接签订的合同约定；管理协调关系连接的双方之间没有直接的合同关系，他们的权利义务由与之相关的主合同关系双方当事人在合同中约定。例如：项目法人与咨询人之间签订工程咨询合同（施工监理部分）约定项目法人和咨询人之间的权利义务，并且同时约定了负责监理的咨询人有监督管理承包商和协调承包商之间工序交接等关系的权利和义务；项目法人与承包商之间签订的直接合同即工程承包合同中也对承包商有接受咨询人监督管理的义务和请求咨询人协调承包商之间关系的权利加以约定。项目法人与咨询人和承包商之间的直接权利义务受合同的约束，咨询人与承包商之间的管理协调关系分别在项目法人与咨询人和项目法人与承包商之间的合同中加以规定并受其约束。

图 2-1 传统的 FIDIC 工程咨询合同关系

项目法人与提供项目实体建造阶段的监理咨询服务的咨询人和其他阶段咨询人分别签订工程咨询合同。项目法人是或者需要对投资人负责，投资人最关心的是自己投资的投入和产出之间的差值比例及投资成本的控制，所以项目法人最重视成本控制。鉴于此，国际工程中项目法人一般会聘请测量师（Quantity Surveyor，我国称之为造价工程师）做为业主代表与施工咨询人和其他阶段的咨询人发生管理协调关系。施工阶段的监理咨询人和承包商之间虽然没有直接的合同关系，但是根据项目法人与承包商之间签订的施工合同中的“通用条款”的规定，咨询人被赋予管理协调承包商的职责和权力，而承包商必须执行工程师的指令，使施工进度和质量都符合合同文件的要求。因此，咨询人和承包商之间存在着间接的合同关系。FIDIC 咨询合同要求咨询人投保职业责任保险等保险，保险费计入咨询人必要费用内由客户负担，所以每一咨询人都需要与保险公司签订保险合同。

这种合同关系的优点是各方均熟悉合同文本，合同双方均明确自身应承担的风险。项目法人与咨询人直接缔结工程咨询合同，使得项目法人拥有了有更大的自由空间。不仅在合同缔结期间，在合同履行期间当做为客户的项目法人有了变更工程设计等意愿时也可以将自己的意愿直接表达予咨询人，通过与咨询人的协商得到变更意愿的实体快捷实施。项目法人就实体建造阶段的监理咨询服务单独与咨询人签订工程咨询合同使得项目法人拥有单独采购施工监理咨询服务的选择权。这种合同关系的缺点是项目法人更加细化地参与工程咨询服务一方面对项目法人提出了更高的技术和管理要求另一方面也提高了项目法人的管理费用成本。此外，将建造阶段的监理咨询服务与其他咨询服务分割招标的合同关系使得出现复合型技术管理纠纷时，厘清合同责任及分别索赔难度加大。

随着国际工程的发展，新型的工程咨询合同关系如下图所示：



注：合同关系箭头所指向的双方是有直接合同关系的合同当事人，他们之间由其签订的合同直接约定各自的权利义务；管理协调关系连接的双方之间没有直接合同关系，他们的权利义务由合同关系双方当事人约定。单向受益关系箭头指向方是受益人，无箭头方是纯义务人，两者之间无直接合同，他们的权利和义务是由义务人与他方签订的合同约定的，例如：咨询人与保险公司签订职业责任保险合同约定投保人是咨询人，受益人是项目法人；咨询人与项目法人之间签订的合同中约定咨询人投保职业责任保险，此保险的受益人是项目法人，同时该合同约定保险费用由项目法人支付给咨询人是项目法人的义务。

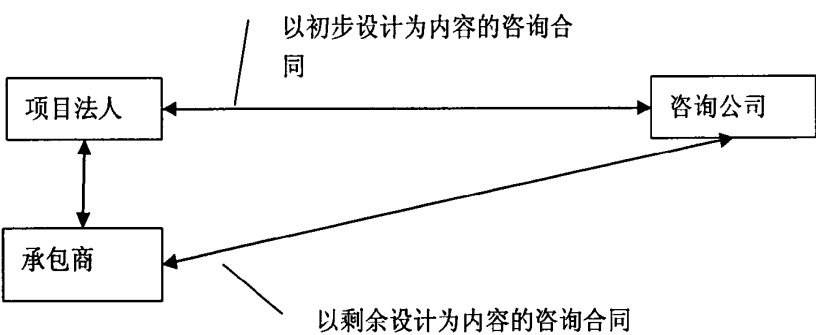
图 2-2 FIDIC 新型的工程咨询合同关系

在设计-建造（D/B）模式下，项目法人与咨询人 B 签订工程咨询合同由咨询人为项目法人提供投资前咨询服务。项目法人根据招标阶段咨询人提供的招标文件进行招标选定总承包商，总承包商除了承担实体施工义务之外还要承担设计咨询服务。一般情况下，由于设计咨询服务的技术难度很高，国际工程总承包商

会与专业的设计咨询人 C 订立工程咨询合同来完成设计咨询服务。

在设计-管理合同关系（DM）中，项目法人与咨询人签订包含设计与管理内容在内的工程咨询合同的同时与总承包商签订施工合同或者项目法人与咨询人签订包含设计管理与施工内容的工程咨询合同。第二种情况下，项目法人将承包商的选择权让与给咨询人，由咨询人承担施工合同的义务和风险，属于综合了咨询服务和施工内容的整体合同。这种合同关系接近交钥匙合同，只是在交钥匙合同中的合同主体是发包人和承包人，在设计-管理咨询合同中合同主体是项目法人和咨询人。

在更替型合同（NC）关系中，咨询人分别与项目法人和承包商签订两份设计咨询合同。这两份合同是相关联的。首先咨询人与承包商签订的设计咨询合同可以视为咨询人与项目法人签订的设计咨询合同的后续合同。咨询人与项目法人签订的设计咨询合同是以初步设计咨询服务为标的的。咨询人与承包商签订的设计咨询合同是以剩余的设计咨询合同为标的的。两个合同中约定的设计咨询服务构成该项工程的全部设计咨询服务。其次，项目法人与咨询人订立的设计咨询合同、项目法人与承包商订立的合同和承包商与咨询人订立的设计咨询合同三个合同是个合同组。项目法人在与承包商签订的合同中指定承包商必须与原进行初步设计的咨询公司签订设计咨询合同，完成剩余的设计咨询服务。其合同关系如下图所示：



注：箭头连接的是合同双方当事人；整个设计过程被划分为初步设计和剩余设计，初步设计完成并选定承包商后，承包商替代项目法人成为剩余设计合同的当事人。

图 2-3 FIDIC 更替型合同

在设计-采购-施工（EPC），即交钥匙模式下，合同条件适用《Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects》（银皮书）。在此合同条件下，项目法人不与咨询人发生直接的合同关系，而由承包商与咨询人签订工程咨询合同，即承包商履行工程咨询合同中客户的义务，承担原项目法人与咨询人签订的工程咨询合同的风险。项目法人与承包商签订的合同是总价包干合同，不可以调价，所以对于工程的造价要求更高，承包商一般会对工程造价咨询提出较高要求。

在设计-建造-运营模式下，合同条件适用 FIDIC2008 年第 1 版《Conditions of Contract for DESIGN-BUILD AND OPERATION SERVICE》（金皮书）。此合同条件比 D/B 合同条件增加了运营项目的内容。客户会在采购咨询服务时综合考虑咨询人全过程咨询服务能力尤其是运营能力的水平。这种合同关系对于可行性研究咨询的咨询人的要求更高，因为既要考虑到设计、建造和运营期的支付，又要合理测算运营期的收入，这就要求整个项目的融资策划具有很高的水平。所以，这种模式对于项目法人最大的风险就是专业咨询公司对项目的前期的可行性研究不深入，立项不正确。

在新型的工程咨询合同关系中，客户不再局限于项目法人，贷款银行、总承包商都成为工程咨询合同关系中聘请咨询人的客户。

需要说明的是，传统工程咨询法律关系在 FIDIC 合同中仍然继续存在。

第三节 FIDIC 工程咨询合同的当事人

工程咨询合同的双方当事人是客户与咨询人。

一、客户

客户是与咨询人签订《工程咨询合同》的当事人。在传统的工程咨询合同关系中客户主要是项目法人。项目法人是申请立项批准等各种法律文书和行政文书中的主体。在新型的工程咨询合同关系中，客户不再局限于项目法人，贷款银行、总承包商都成为工程咨询合同关系中聘请咨询人的客户。

客户需要履行及时、完整地提供咨询人服务所需要的一切函件和技术参数等资料。客户还应当及时以书面形式回复咨询人就工程咨询合同约定应当由客户决定的事宜向客户提交的建议和询问。特别是 FIDIC 工程咨询合同范本中规定，客户有义务为咨询人提供与其他相关组织相联系的渠道，例如客户应当为咨询人建立与政府机构、其他合作单位、保险公司、材料供应商、律师事务所等组织机

构的联系渠道。这点对于咨询人来讲是十分重要的，因为在商事领域，这些资源的经济价值是非常高额的。客户还有义务免费为咨询人提供咨询服务所需的设施和设备以及一定情况下有义务由客户出资为咨询人提供辅助性职员。客户提供的这些职员的薪酬和社会福利、社会保障全部应当由客户负责，这些职员的侵权行为造成的损害后果也由客户按照当地侵权法的规定承担雇主责任。可见，FIDIC 工程咨询合同中的客户被设定为一名善意的、积极配合咨询人工作的法律“人”。

二、咨询人

在世界银行的相关文件的中文译本中，一般称为“咨询顾问”，在一般的 FIDIC 合同文件及相关研究文献中一般称为“咨询工程师”。由于提供咨询服务的多为公司、合伙企业，尤其是在我国现行法律法规和各种规章制度中不允许个人作为签订工程咨询合同的法律主体出现。本文采用“咨询人”来代表作为工程咨询合同中一方当事人的提供咨询服务方。在 FIDIC 合同体系中，咨询人贯穿 FIDIC 方方面面的始终，没有了咨询人也就没有了 FIDIC 合同。对于咨询人（Consultant）的定义，FIDIC 白皮书在“定义”（Definitions）中这样解释咨询人：“咨询人是指协议书中所指的，接受客户雇佣履行服务的专业公司或个人，以及合法继承人和经许可的受让人。”

按照 FIDIC99 版及其后合同范本体现的原则，FIDIC 认为咨询人受客户雇佣，为客户提供服务期间，属于“客户的人员”。FIDIC 合同条件同时要求施工阶段的咨询人在处理各种问题时，应尽可能与双方协商，考虑到各种情况，按照合同作出公平的决定。本人认为 FIDIC 此处强调的实际上是 FIDIC 的独立性原则，要求咨询人独立自主地做出决定。咨询人必须认识到：客户和承包商、供应商签订的合同的各项规定和要求体现了客户和承包商关于自身的权利和义务的真实意思。合同中约定的承包商和供货商的利益是咨询人的客户所同意让渡的，因而，依从合同行为就是保护客户的正当利益。FIDIC 实际上是在寻求独立性与客户的人员之间的平衡点，但是从目前的探索来看，尚不足以为咨询人的实践提供这种恰当的平衡。本人认为独立性是 FIDIC 的重要特征，也是咨询服务存在的一个重要基础。FIDIC 和欧洲主要的工程咨询行业组织均反对将由承包商主导的工程咨询公司和兼具施工和设计两项主导业务的工程咨询公司列入“咨询人”也是基于这种考虑。国际工程咨询业是严格区分工程咨询服务和建造服务的。这与我

国合同法中将设计和勘察与建造并类是不同的。

第四节 FIDIC 工程咨询合同的标的

此节阐释了 FIDIC 工程咨询合同的标的的内涵和特征。工程咨询合同的标的是咨询服务，工程咨询合同的双方当事人的权利义务都是围绕这些标的展开的。

一、FIDIC 工程咨询合同标的的内涵

工程咨询服务是工程咨询合同的标的。咨询服务（Consulting Services）是以信息为基础，依靠技术人员、专家的知识、经验和技能对客户的问题进行分析和研究，提出建议、方案和措施，并在需要时协助实施的一种智力密集型的服务。咨询服务也是指付出智力劳动获取回报的过程，是一种有偿服务的知识性商品。它的特点是人才和智力的密集性。FIDIC 工程咨询合同中的工程咨询服务从投资决策前开始到项目竣工后，涵盖项目投资建设的全过程。对于工程咨询服务的分类有多种方式，本文以项目投资建设的阶段划分来具体阐释工程咨询服务的内容，在具体的 FIDIC 工程咨询合同中，双方当事人在专用条件的附件 A 中具体约定服务标的包含下列哪几个阶段。

（一）项目前期阶段咨询服务

项目前期阶段咨询服务是咨询服务的第一个阶段，FIDIC 极其重视此阶段的咨询工作，因为建设工程是项系统性的工程，做为工程项目开端的投资咨询关乎着项目是否存在。工程项目一般都是以收益为目标的，没有任何经济价值、社会价值的工程项目是没有生命力的，反而是资源的浪费，对社会和投资人都是有害无益的。在此阶段的咨询服务以投资咨询为主。这一阶段的客户有的是各国的中央或者地方政府行政机关，有的是做为投资主体的公司，有的是经营贷款业务的金融机构。他们要求的咨询服务类型也不尽相同。政府行政机关偏重于工程项目对于城市的规划影响，对于社会整体利益的影响，行政机关更要求工程项目所担负的社会责任方面的咨询服务的比重尽量大些。公司做为法人单位更偏重于市场调研，偏重于该项投资的经济评价，偏重于该项投资需要付出多大的成本能给企业带来多大的收益，还有此项投资在技术上的可行性。金融机构更偏重于投资风险分析，偏重于资金回收率等服务咨询。这些咨询服务一般都需要提供多项方案，进行比对分析，最终由客户根据自身情况做出投资决策。可以说，该咨询服务是投资决策的必备依据，所有的投资决策都应当是根据咨询专家们科学的调

研和分析得出的咨询成果做出，而不能是拍着脑袋说干就干的。FIDIC 工程咨询服务的这一内涵非常值得我们重视。

（二）项目准备阶段咨询服务

这一阶段的咨询主要包括工程勘察咨询服务、工程设计咨询服务和设备采购服务。工程勘察咨询服务是根据建设工程的要求，查明、分析、评价建设场地的地形地貌、水文地质（水文地质测绘、计算水文地质参数、探查地下水资源）和岩土工程条件（地质稳定性、地基承载力等），根据这些数据做出建设工程项目的地质适应性的详细评价并且对实施工程项目将给周边地质环境造成的影响予以评述。工程设计咨询服务是由具备专业技术资格的设计师们根据第一阶段的咨询成果和工程项目勘察咨询成果依照设计规范利用设计软件进行工程项目的设计服务，为项目建设提供具体的、符合技术科学的指导，这些设计文件将是后续的施工人实施实体建设的依据，是施工管理咨询服务的依据，任何一个小的失误都可能带来巨大的不可挽回的损失。此阶段的技术要求非常高，具体的服务过程中又会涉及几个阶段，有总图设计，详细设计和审图服务等多阶段多专业的服务。在许多国际工程联营或联合投标的咨询服务中是以设计咨询服务为牵头者的、主导方的；在国际工程咨询服务总包模式中，许多咨询服务是设计者投标之后分包给其他咨询服务提供人的。设备采购咨询服务是根据客户的预期，在全球范围内或某些特定范围内进行信誉调查产品质量评测等技术经济分析，为客户提供最优的采购方案，为客户与供应商的后续谈判提供依据或者直接代理客户与供应商签订设备供应合同。

（三）项目实施阶段咨询服务

项目实施阶段的咨询服务是在前面两阶段的咨询服务成果已经具备的前提下，将资料文件和设计图纸变成实体的阶段。这一阶段的工程咨询服务以监理服务为主。我国建筑法律法规对此有较为全面的规定，在此不再详细介绍，值得注意的是，监理服务是全方位、全过程的监督和管理。

（四）项目后评价阶段咨询服务

此阶段的咨询服务的内容是依照客户的委托对项目的过程进行总结，对项目的实体成果进行评价，对工程实体通过竣工验收并运营一段时间后产生的经济和社会效益进行评价的服务。这一阶段的客户既有项目的投资法人（上市公司必须

向相关机构和公众公示此总结和评价内容)也有贷款银行(贷款的回收是个长期的过程,项目的经济收益直接关系到贷款能否得到回收)还有施工人和参与此工程各阶段的过往咨询人(他们依据后评价阶段的咨询成果来确定自己在经济、社会信誉等各方面的损益并为自己今后的业务拓展提供资料)。

二、FIDIC 工程咨询合同标的的特征

FIDIC 合同中的工程咨询服务具有独立性、公正性、综合性、系统性的特点。

(一) 独立性和公正性

独立性和公正性是 FIDIC 工程咨询服务的最重要的特点。广义地讲, FIDIC 工程咨询服务的独立性是指工程咨询服务应当依照工程咨询服务合同的约定不受任何外界干扰独立地提供公正、客观地咨询意见。狭义地讲, FIDIC 工程咨询服务的独立性是指咨询人的行为必须是独立于外部承包商和供应商。

FIDIC 工程咨询服务的公正性是指咨询人向客户提供的工程咨询服务不允许有任何“商业味”的错误倾向,必须确保工程咨询服务不受承包商和供应商任何形式的利益的影响。尤其是在工程咨询服务包含客户授予的决定权力时,这种要求就更加严格。

FIDIC 组织认为具备独立性的工程咨询服务是保证咨询人在接受客户的委托提供选择合格地承包商和供应商时的公正性的基础。只有具备独立性和公正性的工程咨询服务才能保证承包商和供应商提供的服务和产品的良好的时效性和优良的质量,从而达到客户对工程咨询服务的预期。

(二) 综合性

FIDIC 工程咨询服务的内涵十分广泛,从建设项目的投资咨询到建设项目的后期评价。FIDIC 工程咨询服务的广泛内涵和建设项目的复杂性特点决定了 FIDIC 工程咨询服务具有综合性的特征。无论是在建设项目的投资咨询服务还是工程管理咨询服务,都是同时需要多种社会科学、自然科学的广泛地专业知识和各种信息技术方法的综合性服务。在工程咨询服务中非常小的一个阶段性服务——投资咨询中的可行性研究都是通过对与建设项目有关的市场、资源、工程技术、经济和社会等方面的问题进行全面分析、论证和评价从而确定项目是否可行或选择最佳实施方案的工作。工程施工管理咨询服务也是包含工程管理服务、技术指导服务等综合性非常强的服务。

（三）系统性

FIDIC 工程咨询服务是系统性很强的服务。FIDIC 工程咨询的系统性表现在整体的系统性和各个阶段自身的系统性两个方面。

首先，FIDIC 工程咨询服务是全过程的咨询服务。从投资前咨询到准备阶段的勘察、设计和采购咨询然后是实施阶段和后评价阶段，这些工程咨询服务是按照一定的规则有序排列的。将这些工程咨询服务的任何一个顺序调换都会造成巨大的消极影响，譬如说，我国工程咨询服务中经常是先决策先设计然后再根据需要去补充可行性研究等投资前咨询服务。顺序的颠倒使得投资前咨询服务失去了其本身价值，导致了我国的许多巨额投资的项目刚建成就拆，甚至建到一半就拆，巨额投资打了水漂之外有的还对历史资源和环境资源造成了不可恢复的破坏。

其次，FIDIC 工程咨询服务中每个具体阶段的工程咨询服务本身也具有系统性。譬如，工程实施阶段的工程咨询服务需要按照项目建设的规律制定管理和控制计划，有针对工程项目整体的计划也有针对每个具体实施阶段和具体专业的计划还有分别针对成本、质量、安全和进度控制的计划。其中任何一个计划都是按照一定的规则编制的系统，每个系统内部诸元素按照既定的顺序和规律相互交织地排列，任何一个元素的变换都会牵动其他元素，导致整个系统的运动。

可见，FIDIC 工程咨询服务是大系统套小系统，一层层系统性非常强的系统化服务。

第五节 FIDIC 合同在我国的适用

我国开始接触 FIDIC 合同是被迫的，因为适用 FIDIC 合同是获得国际金融机构贷款的前提条件。在引进 FIDIC 合同体系之初，我国正处在改革开放之初，整个国民经济体系还处于探索阶段，大环境的不契合导致当时的适用有非常明显的外源性的特点——只是简单的照搬，在多方面发生不可调和的冲突后就简单的放弃。外源性非内源性的特点使得 FIDIC 合同体系在我国的相当一段时间内颇受诟病，被认为是不适应我国国情。

但是，随着我国经济体制改革和经济结构的调整，尤其是在我国加入 WTO 后，作为国民经济的重要支柱之一的建筑业规则也日益和国际接轨。我国在加入 WTO 时对《服务贸易总协定》（GATS）做了承诺并表达了意欲加入《WTO 政府采购协议》（GPA）的积极意愿。这是 WTO 规则中与工程咨询有关的主要协

议。《服务贸易总协定》将服务分为 Tradable Services 和 Non-tradable Services。工程咨询服务属于 Tradable Services 中的知识密集型服务。我国服务贸易总协定承诺表中承诺开放建设工程及相关的咨询服务。这与 FIDIC 合同体系中工程咨询服务的内涵相重合。《服务贸易总协定》的宗旨是剔除国际服务贸易中的壁垒,促进服务的全球自由化流动。这与 FIDIC 的宗旨是一样的。《WTO 政府采购协议》要求各参加国在法律上消除为工程咨询服务人员的资格歧视等规则对于改善我国工程咨询合同的法律环境,更积极地吸收 FIDIC 合同文件中的积极因素具有非常大的推动作用。GPA 要求各成员国的出价清单范围内的项目必须通过公开、透明、规范的程序,以招标形式进行采购。2007 年底我国政府开始与各成员国就加入《WTO 政府采购协议》进行谈判,谈判内容主要围绕出价清单进行。当年 GPA 的部分成员国以我国申请条件不够格为由拒绝了我国 2007 年提交的最初提议。之后我国提交了一份新的协议,新协议增加了协议涵盖的中央政府机构数量。2010 年后谈判的重点转到围绕省级政府的采购行为,因为在我国中央政府按照 GPA 的要求进行了一系列的整改之后得到了普遍的认可,省级政府的地方保护主义倾向更为凸显了。加入 GPA 对于 FIDIC 合同文件在我国的适用也能起到积极作用。客户是政府机构的工程咨询合同的标的额度都较大,有的能够达到上千亿元。加入 GPA 对于工程咨询业的影响要远远大于单纯通过贸易减让方式承诺的市场准入。政府投资项目的工程咨询服务是工程咨询行业的一个重要市场,其对其他私营领域的投资还有示范作用。遵循《WTO 政府采购协议》的要求对我国工程咨询市场的利远大于弊。国际工程咨询机构进入中国市场带给我国工程咨询机构的不仅是竞争更加是提高工程咨询服务水平的鞭策。过往我国政府投资项目不遵循采购程序直接与某个咨询机构缔结工程咨询合同的历史不会再合法地重演了。那种不正常的缔结和履行合同的行为对我国工程咨询合同的发展是十分不利的。加入《WTO 政府采购协议》必须做出的承诺使得 FIDIC 合同中积极因素在我国适用推广遇到的障碍能在很大程度上得到解决。

在我国整个经济市场规则融入世界经济规则的大背景下,我国工程咨询方面的学术研究也从被迫接触 FIDIC 合同转变到了主动研究,涌现了田威、何佰洲、何伯森等许多的 FIDIC 合同专家。在依法治国大环境的影响下,我国的立法机关颁布了建筑法、招投标法等一系列法律法规,从中我们都可以看到 FIDIC

合同体系的影子。在工程咨询行业管理领域,中国工程咨询师联合会引入了整个 FIDIC 合同体系,并后来者居上,筹划于 2012 年开展全球唯一的 FIDIC 工程师培训和认证试点活动。¹在实践中,我国的工程咨询机构因为发展时间较短,我国的工程咨询合同体系还和 FIDIC 工程咨询合同体系有一定差距,整个行业素质还没有达到能够参与国际竞争的程度,所以,我国的工程咨询机构不仅至今没有能够在国际工程咨询市场上站稳脚跟而且还面临着加入 WTO 后国际性的大型的或者专业的工程咨询机构的竞争威胁。

第三章我国工程咨询合同存在的问题

与 FIDIC 合同体系中的工程咨询合同相比,我国的工程咨询合同存在合同当事人的法律地位不平等、工程咨询人授权的限制性条款不完善、职业责任保险条款的有待发展的问题。

第一节工程咨询合同当事人的法律地位不平等

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第三条规定,“合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。”当事人的法律地位平等是指合同主体之间的平等性不受国家权力的干预,即使主体之间在民事人身关系之外有行政隶属关系,他们在合同关系中也应当处于平等的法律地位。但是由于我国实行计划经济体制的时期较长,在由计划经济体制向中国特色社会主义市场经济体制的转化过程是趟着石头过河,加之建设工程本身的特点,在建设工程领域存在着当事人法律地位实质不平等的因素。这些不平等因素体现为:客户拥有身份优势和工程咨询人处于弱势地位。

一、客户拥有身份优势

(一) 客户的官方身份影响了合同当事人的平等。工程咨询合同制度在中国起步艰难主要是由于行政权力的干扰。在我国某些项目,尤其是大型建设项目的投资主体是国家,所以建设单位的领导者往往具有了官方的特殊身份。官方身份代表着建设单位直接或间接地具有行政权力。譬如,建设某行政机关办公大楼的工程,该建设单位的项目法人直接就是具有行政权力的行政机关领导。建设某行政机关下属企业型单位的项目的项目法人虽然不是行政机关的领导,但是由于其

¹ FIDIC 工程师培训和认证试点在中国启动,中国工程咨询网,
<http://www.cnaec.com.cn/work/2011/20110211.asp>, 2012 年

与行政机关具有隶属或利益关系而间接地获取了行政权力对该项目合同的干涉力。由于这种特殊身份的存在,建设单位的领导人就会习惯于官本位的意识。作为工程咨询合同的客户,无论是在合同的缔约前阶段还是订立阶段及履行阶段和后合同阶段,对待承担投资咨询、设计咨询、监理咨询等服务的咨询人都会以领导者的身份出现,而不是以合同的另一方当事人的身份出现。而投资咨询人、设计人、监理人等咨询人慑于客户的这种官方身份,自然不敢违背建设单位的意愿,只能放弃自己的应有权益,唯客户马首是瞻。在 2012 年 3 月十一届全国人大五次会议总理记者会上,温家宝总理表示,“现在改革到了攻坚阶段,没有政治体制改革的成功,经济体制改革不可能进行到底,已经取得的成果还有可能得而复失,社会上新产生的问题,也不能从根本上得到解决,文化大革命这样的历史悲剧还有可能重新发生。每个有责任的党员和领导干部都应该有紧迫感。”¹作为政治体制内容之一的法律制度对客户的官方身份的规制是实现工程咨询合同双方当事人平等地位所亟需的,也是解决我国工程咨询行业艰难困境所亟需的。

(二) 客户的债务人身份影响了合同当事人的平等。工程咨询合同是双务合同。咨询人应当及时合格地履行工程咨询合同所约定的就特定工程项目提供相应的投资咨询服务、勘察设计咨询服务、施工监理服务以及项目后评价的服务的义务。客户也应当履行按约定的时间接收服务成果和支付服务报酬的义务。由于客户是费用和报酬的债务人,所以,咨询人就会小心应对客户,不敢对客户有丝毫的怠慢,所担心的无非就是不能及时收到费用和报酬。正是把握了咨询人的这种心理,客户经常以不支付费用和报酬为要挟要求咨询人从事违背咨询人真实意思表示的行为。2009 年中央电视台记者柴静采访震动全国的上海“莲花河畔景苑”7 号楼体整体倒塌事故的监理方(上海光启监理有限公司)时问到:“本来对安全隐患的监督是你们的职责,那为什么不按这个规定走呢?”上海光启监理有限公司安装监理项目经理诸光龙回答到:“我们是开发商请来的监理,你知道吗,我们以后要问他要钞票的。”²由此可见,债务人的身份给了工程咨询人多么大的压力,在这种心理压力下当事人的意思自治从何而来,合同当事人的平等地位从何说起。

¹ 温家宝:没政治体制改革 经济体制改革不可能进行到底. 中国网, http://www.china.com.cn/policy/txt/2012-03/14/content_24894426.htm

² 防汛墙倒塌诱因也是堆土. 新浪新闻, http://news.sina.com.cn/c/sd/2009-08-14/125818435826_2.shtml 2009 年 08 月 14 日 12:58

二、工程咨询人处于弱势地位

(一) 合同范本明确了咨询人的弱势地位。我国颁布的与工程咨询合同有关的全国性的范本主要是：1999 年 12 月建设部和国家工商行政管理总局联合印发的《建设工程施工合同范本》中关于总监理工程师的规定、2000 年建设部印发的《建设工程设计合同范本》、2002 年建设部和国家工商行政管理总局联合印发的《建设工程造价咨询合同（示范文本）》、2005 年建设部印发的《工程建设项目招标代理合同示范文本》。此处以施工阶段提供监督管理服务的监理工程师的弱势地位为例，来说明工程咨询人的弱势地位。《建设工程施工合同范本》没有提及监理工程师的权利。《建设工程施工合同范本》没有提及监理工程师的权利，其中第 7.5 款将不称职的项目经理的更换建议权授予了发包人；其中第 38.1 款将承包人的分包批准同意权授予了发包人。在《建设工程施工合同范本》中没有授予监理工程师对项目经理任命的否决权，没有授予更换项目经理的同意权，也没有授予监理工程师撤销项目经理的建议权。对于分包队伍的资质审核本应当是监理工程师的义务之一，并且分包商的施工水平和效率与监理工程师提供的监理服务的质量息息相关，《施工合同范本》却没有提及监理工程师的任何权利，连程序性的权利也没有提及。权利与义务是相等的，在没有管理权的情况下行使监督管理权，可以说，施工单位想听则听，不想听时施工单位的项目经理完全可以对监理工程师置之不理，仅达到让发包人满意即可。在 2009 年上海“莲花河畔景苑”倒楼事故中，承包商的名义项目经理陆卫英称施工单位众欣公司没有给其出具聘用合同书、任命书和授权委托书。陆卫英只在质监部门等政府行政部门到工地检查时出面应对检查。作为以过程控制为重点的工程监理人，常驻现场的监理机构代表必然知道这些情况，可是由于合同中没有规定监理人拥有监管项目经理的任命的权力，再加上对于客户的畏惧，使得咨询人无法实际执行法律要求其对于施工单位承揽工程必须具备项目经理资质证书的规范职能。

(二) 合同中客户的协助义务的条款内容不具体。工程咨询合同是双务合同，客户有协助咨询人完成服务的义务。但是我国现有的法律法规和合同范本仅是原则性的提到客户的协助义务，合同当事人更是将其视为没有实际内容的程序性的条款。以工程监理为例，监理对施工阶段的项目运行进行进度、质量、成本和安全管理和控制是工程监理委托合同所约定的义务，与此义务相伴随的是客户对监

理人的授权，所以说，工程监理合同不仅约定了监理人的义务还约定了监理人履行义务的前提是客户履行将控制权和管理权授予监理人的义务。具体来讲，客户有义务在监理人同意签字的情况下才能给予施工人在工程进度、质量、成本和安全方面的确认，并进而支付施工款。在我国工程实践中，最普遍发生的是客户无视监理人的意见，无视监理人的职权，直接将工程款项支付给施工单位。“无权则无责”，客户和施工单位在不通知或者监理人反对的情况下直接进行工程款的交付，实际上是客户违反工程监理合同约定的违约行为。此外，某些“政绩工程”在个别领导的强压之下违背技术规范牺牲质量不顾成本追求进度，对于合同之外的行政力量的干预，由于轻视对客户的协助义务的条款规范，监理工程师只能选择屈从，从而酿成后患。

（三）委托合同的性质使工程咨询合同中的咨询人处于弱势地位。根据我国《合同法》、《建筑法》等法律法规的规定，工程监理合同是委托合同。根据《合同法》第四百一十条的规定，委托人可以不问事由地随时解除合同，其仅对因其无理由解除合同给对方造成的损失承担经济补偿责任。这就是说，即使监理人没有任何过错，委托人就可以单方面解除合同，委托人承担的不利后果的仅是成了监理人损失的债务人而已。一方面追债难，另一方面，在国家投资的工程项目中，这些损失补偿费又哪里被发号施令的领导放在眼里呢。并且，这些损失补偿的认定还是有前提条件的，即提出解约的当事人赔偿损失是发生在不利于对方当事人的时期解除委托合同而造成对方损失时；该解除没有可归责于非解除合同提出方的正当合理的理由。单方解除合同造成的损失补偿的额度的规定使委托人能获得比受托人更大的补偿，因为委托人的损失明显是多方面的，程度也更高，有些不可弥补的时间效益甚至是不能用具体的数额来衡量的，具有较大的随意性。所谓可归责于非解除合同提出方的正当合理的理由更是客户的上方宝剑。工程咨询合同是以服务为标的的，对服务的评价一般很难以数据来衡量，我国没有关于工程咨询服务质量的细化评价示范，因此，丧失客户的信赖的原因就难以寻据了。例如，咨询人的服务要求咨询人应当科学客观地进行服务，而监理工程师秉承公平、公正原则时难以避免地会使客户不满。因为工程咨询服务具有高技术含量的特点，客户的知识局限会令客户不予理解，建设单位出于缩短工期尽快收回投资或者压缩成本的利益驱动会强制性的要求咨询人违反技术规范从事行为。此时的矛

盾冲突令咨询人左右为难，如果违反技术规范咨询人需要承担法律责任，如果不依从客户的意思作为则客户会解除合同。在这种情况下，由于某些咨询人的法律意识淡薄和我国法律规定的欠缺，他们选择了侥幸地对待法律和技术规范的无奈之举。

（四）2008 年建立的工程咨询行业信用体系不足以解决委托合同的信用危机。工程咨询人的素质要求不仅是对于专业技术知识和技术能力方面的，对于职业道德包括廉洁自律都有很高的要求。2005 年建设部发布《关于加快推进建筑市场信用体系建设工作的意见》，要求在 2010 年基本构建起全国建筑市场诚信信息平台，实现信息互通、互用和互认。2007 年建设部发布了《建筑市场诚信行为信息管理办法》。2008 年 1 月 7 日全国建筑市场诚信信息平台正式开通。我国建筑市场信用体系建设取得了重大成就。但是由于建立时间短，相关研究还不够深入，运行中反映出行业信用体系的不足。目前全国建筑市场诚信体系是以通报各地行政主管部门处罚的不良行为为内容的。例如：

表 3—1¹ 2009 年第三季度全国建筑市场不良行为信息统计表(截止到 9 月 30 日)

序号	行政区划	企业类型								
		建设 (A1)	勘察 (B1)	设计 (C1)	施工 (D1)	监理 (E1)	招标代 理(F1)	造价咨 询(G1)	检测 (H1)	施工图审 查(I1)
1	北京市				2				2	
2	天津市				6	1				
3	河北省				3					
4	山西省	7			8	5				
5	内蒙古自治区									
6	辽宁省									
7	吉林省				4					
8	黑龙江省	2			1					
9	上海市				92					

全国性信用信息网络平台的全国性特征使得地方保护思想导致的报送信息不及时、不全面现象普遍存在，尤其是在经济比较落后地区，这种趋势更加显著。

¹ <http://www.gdcic.net/gdciclms/Front/Message/ViewMessage.aspx?MessageID=110037> 2009-11-02 上午 09:28:26 广东建设信息网.篇幅所限，略去了大部分省市的内容。

工程咨询行业是个新兴的高技术含量的行业,不仅是各地区扶持的行业而且在全国各行业整体布局中也属于需要扶持的行业。一个本来就比较脆弱的行业自然得到当地行政机构的宽容。从表中可以发现,行政处罚主要集中在对施工企业的处罚上,对于勘察、设计、招标代理、造价和监理等工程咨询机构往往监管不足。在表中所列的前九个省份中,勘察、设计、招标代理和造价的记录数据均为 0。而众所周知的是工程咨询行业内超资质投标、买卖资格证件申报资质等不良行为现象相当普遍。在福建省 2009 年底进行的工程造价咨询机构执业行为检查中发现工程造价咨询机构实际执业人员的到位在岗率仅为 50%-70%,技术负责人的到位率约为 70%。¹工程咨询行业还存在利用挂靠的资质证书成立“空壳”公司接受业务委托。在揽到业务后临时招聘一些技术人员完成咨询服务任务。由于合格的工程咨询人员本来就少,这种临时招聘的时间性要求很强,所以,名不符实就成为常例,租赁资格证、使用过期的资格证书等违规操作现象非常普遍。此外,在人才匮乏的经济落后地区工程咨询机构的数量、质量和竞争力方面与上海、北京这些经济发达地区的工程咨询机构水平相差甚远。甚至有的地方只有原来行政机构改革后的事业单位性质的工程咨询机构。事业单位的性质使得这些工程咨询机构在行政处罚面前有了一条绕过去的道路。并且,在统计数据的比较方式方面,以地区为单位进行比较,使得各地方担负呈报数据的行政机构有了竞争的意识,或者是数据越多表明本地区监管到位或者是数据越少表明本地区工程咨询机构管理到位。而工程咨询本身技术服务为主的特点使得跨地区服务成为常态,这种数据统计方式隐藏了工程咨询机构本身的信用指数,不能为客户选择工程咨询机构提供有效的信用参数。

委托合同的基础是客户对于咨询人的信赖,我国工程咨询市场上客户对于咨询人的普遍信用危机我国咨询人的弱势地位形成的原因之一。

(五) 咨询人实力不足、工程咨询行业收入状况将工程咨询人置于弱势地位。除了具有官方身份的客户拥有的行政权力对工程咨询当事人法律地位平等性的干扰的因素之外,工程咨询制度在我国艰难起步与我国规章制度关于工程咨询行业收费标准、人员待遇的规定明显偏低有关。从计划经济改制至今我国建筑市场仍然存在分配不合理的制度,在我国建筑市场改革的过程中,许多没有文化的包

¹ 工程造价咨询市场信用问题及完善对策.李霏.福建建筑.2010 年第 3 期.P141

工头成了市场利润的最大受益者。这些伴随改革探索的短期投机现象对工程咨询人的职业廉洁性构成了严峻的道德考验。应当注意到将这种制度导致的不公平归咎于工程咨询人的道德缺失是不合理的。正如此节一（一）中引用的温总理提到的“没有政治体制改革的成功，经济体制改革不可能进行到底，已经取得的成果还有可能得而复失”，我们应当在法律上采取措施保护经济体制改革成果促进工程咨询业进一步发展，这在第四章第一节中给出了具体的措施建议。

收入不合理引发工程咨询合同双方当事人之间的信赖危机。缺乏专业技能和管理技能的客户授权于工程咨询专业人士是工程咨询合同成立的基础，委托合同的性质使信赖成为委托合同缔结和维持的基础。工程咨询人与被管理人之间结成“金钱之盟”是客户最忌讳的事情。2003 年安徽湖州市吴兴区人民法院以受贿罪判处监理工程师何小高有期徒刑 11 年并处没收财产 3 万元。何小高是受过高等教育的工程师，风吹日晒兢兢业业的努力工作，积累了丰厚的工程实践经验。但是，何小高对自己与没啥文化的包工头朱阿三之间巨大的金钱落差难以平衡。他选择了以建设单位授予其的控制权和管理权这些权利为金钱的“对价”的途径来平衡自己失衡的心理。从请吃请喝，利用职权接受行贿到直接用权索贿，何小高的业务廉洁性彻底塌陷了。¹我国工程咨询行业的行业道德信用体系尚未建成，咨询人对自己的道德素质尤其是业务廉洁信用口说无凭，只能降低身价，接受客户的不平等条款。我国工程咨询行业起步较晚，90 年代末期在国际贷款项目的引导下才开始进行工程咨询的探索。工程咨询单位大多从行政事业单位转制而来。出于对进入工程咨询行业的鼓励，我国对于设立工程咨询单位的注册资本要求较低。实力不足使得客户压价时咨询人的底气不足，工程咨询市场竞争的无序更使得咨询人在与客户相对时处于弱势地位。

第二节工程咨询人授权的限制性条款不完善

在人类从自然经济进入工业化经济时代开始，人类对建设工程这些基础设施的依赖性程度就相当高了。现代民商用建筑、工业建筑等建筑规模越来越大，对社会的影响也越发深广。作为国民经济第二产业的建筑业中的合同应当担负保障社会公共利益的责任是毋庸置疑的。在投资咨询中，项目产生的生态环境影响、可持续发展情况、社会文化和关系影响等都是重点咨询项目。尤其是在政府投资

¹ 案情来源：老铁.监理工程师与包工头的金钱之盟.中国法院网，
<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=147584> 2005-01-21 13:34:37

项目上,不仅工程质量关系到国民安全而且项目的经济效益与社会公共利益息息相关。虽然契约自由原则是合同法的基本原则,但是在社会关联性已经十分紧密的情况下,契约正义原则得到了各方的关注。契约正义原则的产生是为了修正契约自由原则使之适应新的“社会结构”。工程咨询人不仅肩负着项目建设单位的委托也肩负着维护社会公共利益的任务。所以,各国法律和行政法规都明确要求工程咨询人必须具备相应的资质。只有具有对应专业的高等教育学历通过严格的考试并且具备一定实践经验的人员才能进入工程咨询师的队伍。我国也对工程咨询人的从业资格规定了严格的资质要求,国家开展了注册咨询工程师(投资)、注册环境影响评价师、注册造价师、注册结构工程师、注册监理工程师的考试和合格人员的全国联网查询工作。工程咨询合同的当事人只能签订与其资质相应的合同。不具备相应资质的当事人之间签订的工程咨询合同因为主体不合法而无效。

但是,由于我国的工程咨询是新兴行业,我国近年的建设规模又非常大,这方面的人才非常紧缺,所以这些要求都是对于项目总负责人级别的人员提出的。我国的工程咨询合同一般都仅限定工程咨询转包、分包而欠缺对工程咨询人权利委托的限制性条款。以工程监理合同为例,建设部与国家工商管理总局根据《建筑法》、《合同法》联合制定的《建设工程委托监理合同(示范文本)》(GF—2000—0202)仅在第四条对监理机构派驻人员作了如下规定:“监理人按合同约定派出监理工作需要的监理机构及监理人员,向委托人报送委派的总监理工程师及其监理机构主要成员名单、监理规划,完成监理合同专用条件中约定的监理工程范围内的监理业务。在履行合同义务期间,应按合同约定定期向委托人报告监理工作。”对于派驻机构人员的资格没有具体要求,对于履行过程中对人员的变更也没有规定。由于我国监理行业高端人才的缺乏,具备总监理工程师资质的总监们往往一人同时是几个建设项目的项目总监理工程师。监理单位派驻现场的驻地监理人员才是工程的实际管理和控制者。如果客户忽视委托监理合同中应约定此条款,客户只具有对于总监理工程师的质疑和选择权的情况会经常发生。即使客户在合同的缔结阶段注意到了这一制约性条款,条款约定也是一切仅以建设单位意见为标准,而建设单位出于监理费用的考虑,加之对监理制度的理解不彻底,在实际的监理合同洽谈中,一些中小型项目的建设单位往往从局部利

益出发,对于监理单位派驻机构的人员的专业知识、素质和实践经验都不予考虑,甚至在政府行政机关进行监督检查时指导配合监理公司对监理机构的派驻人员的资质能力进行虚假掩饰。

工程咨询是高技术含量的服务,从业人员应当具有综合的技术知识技能、较高的职业道德等素质。但是我国的工程咨询行业存在着从业人员大众化的现象,相当多的没有接受过专门的工程咨询教育和培训的人员直接为市场提供工程咨询服务。甚至某些工程咨询岗位成为了学习其他专业的失业者的救济岗,就是说在他们找不到适合自己所学专业的工作时,能够寻求到监理这类的工程咨询助理岗位来满足自己的生存需要。这些非工程咨询相对应专业的人士在技术和管理上都远远不足以承担起工程咨询所应当具有的服务规制。对于整个工程咨询行业的发展产生了极其恶劣的连锁效应。

除了在工程监理阶段普遍存在的从业人员大众化现象外,在造价咨询阶段也存在着“名不符实”的现象。实际完成造价咨询服务的不是咨询合同上署名盖章的造价工程师。造价咨询服务不仅与造价知识水平相关,与造价工程师的专业特长、特定的专业实践经验都有密切的联系。造价咨询提供者的资格是分等级的:助理造价员、造价员和注册造价工程师。客户为不同级别的造价人员支付不同的服务报酬。在造价咨询人的选聘上,客户支付对价换取造价咨询服务是基于对特定的咨询师的信任。造价咨询师对其中的部分内容的授权也应当取得客户的同意。而我国工程咨询合同或者没有对工程咨询人授权委托的限制性条款或者有此限制性条款但是对工程咨询人授权委托的限制性条款或者没有具体的资格要求,仅具有原则性规范,使得这一合同义务只能依赖于咨询人的自律。

第三节工程咨询职业责任保险条款有待发展

职业责任保险是指承保因为专业技术人员工作疏忽、过失所造成的合同一方或者他人的人身伤害或者财产损失的经济赔偿责任的保险。建设工程投资大、风险因素多,任一阶段专业技术人员的疏忽、过失都将造成严重损失,尤其是勘察、设计阶段和施工阶段的专业技术人员的疏忽、过失导致的质量事故往往伴随着人身损害。损害发生后,责任主体的偿付能力相对有限,尤其是在发生人身损害的案例中,受害人往往得不到足够的经济赔偿,法院的刑事附带民事判决部分往往难以执行。受害人的损失往往依靠政府买单。遭受人身损害的受害人大多是农民

工等社会弱势群体,遭受人身损害后经常只能依靠各种社会救济,甚至导致生活极度窘迫。因此,借助工程咨询职业责任保险来转移工程咨询人的职业风险不仅是受益人、责任方的需求,也是节约政府资源、保护受害人权益的需求,是社会责任的内容之一。

2002 年我国在上海、深圳开展了工程设计职业责任保险和监理职业责任保险的试点工作,这是开拓性的举措,产生了深远的积极影响。与此同时,试点工作也暴露出我国工程咨询职业责任保险制度存在诸多空白,已制定的有关工程咨询职业责任保险的法律法规和规章条例存在某些缺陷,工程咨询职业责任保险制度的发展存在诸多障碍。这些障碍导致了我国工程咨询职业责任保险的逆向选择问题严重。

一、逆向选择问题

“逆向选择”是个经济学概念,此处引用来说明我国工程咨询职业责任保险的投保选择性问题,并作为之后分析论述的理论前提之一。“逆向选择”概念由 George A.Akerlof 在论文《The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism》中首次提出。George A.Akerlof 的分析是以美国的二手车市场为模板的,“Lemons”是美国口语化的“二手车”“缺陷车”的称谓。在 Akerlof 建立的分析模型中,买卖合同中提供商品的卖方是清楚地知道商品的真实内在质量的,而买卖合同中的买方对于支付货币换取的商品的内在质量没有足够的信息和知识技能予以确定。这时买方只愿意支付与该种商品的市场平均价格相当的对价来满足得到商品的同时尽量减小损失扩大风险的需求。如此行为的结果是质量较高,应当被支付高于加权平均价格的商品丧失了市场竞争力被排挤出市场。低于平均价格的商品因为获取了高于其实际价值的对价得到了众多青睐。这一过程的持续循环导致交易市场上质量越次的商品卖得越好质量较好的商品最终丧失交易能力。于是,市场上只剩下了劣质商品——“Lemons”,甚至这一过程的持续还将导致此种商品交易市场的消失。虽然“逆向选择”的产生与信息不对称和机会主义行为有关,但是应当注意到市场资源配置效率扭曲现象的本质渊源不是任何一个市场参与方的事前选择而是不合理的制度安排。所以,FIDIC 合同范本,这一具有示范法性质的合同文件将工程咨询职业责任保险提到了与公共责任保险和第三者责任险相当的地位。在很多国家,公共责任保险和第三者责任保险是属

于法律规定的强制保险范围内的。

二、诸多发展障碍

较之 FIDIC 工程咨询合同，我国工程咨询职业责任保险条款的发展存在诸多障碍。

（一）客户的风险意识淡薄严重影响了我 国工程咨询职业责任保险的发展。

1、客户的风险意识淡薄。我国大型项目的投资者大部分是国家，而这部分市场恰是工程咨询最大的市场。同时，这些工程咨询合同对于整个行业的工程咨询合同具有导向和示范作用。对于这些项目来讲，由于是国家投资，项目的建设风险自然就要由国家承担，而不是企业决策者承担，所以，一些建设单位的领导就会淡化考虑项目投资的经济效益和服务质量。尽管我国法律也规定了对于决策者在一定条件下要承担领导责任，但是这种责任的承担与其造成的损失乃至从造成损失的过程中获得的好处相比是很不协调的。例如，依据《建设工程质量管理条例》第七十三条规定，做出决策决定的相关负责人和具体执行违法违规行为的直接责任人员在单位承担罚款形式的行政处罚时应当被处以本单位罚款数额百分之五以上百分之十以下的个人罚款。然而，大量已经公开的案例说明，这样的比例的处罚相对于建设单位领导者获得的非法利益以及给国家造成的损失是微不足道的。

2、客户风险意识对我国工程咨询职业责任保险发展的影响。工程咨询职业责任保险自身特点决定了工程咨询合同的客户的意愿对于工程咨询职业责任保险合同的影响巨大。咨询人与保险人签订的工程咨询职业责任保险合同的受益人是工程咨询合同的客户。工程咨询合同的有效是工程咨询职业责任保险合同的生效前提。所以，工程咨询合同客户的意愿直接影响着工程咨询职业责任保险合同的缔结、权利义务的约定和生效。

（1）工程咨询职业责任保险的承保内容是以工程咨询合同为依据的。例如，中国人民财产保险股份有限公司提供的《工程监理责任保险条款》中对于工程监理的职业责任保险范围的描述为：“被保险人在中华人民共和国境内开展保险业务时因未能履行委托监理合同中约定的监理义务或发出错误指令导致所监理的建设工程发生工程质量事故，而给客户造成经济损失.....保险人根据本保险合同

的约定负责赔偿。”¹关于索赔内容中监理义务的约定，关于监理指令的发出方式、正确与否的界定的约定等都是由客户根据自身需求来决定的，如果客户对此没有风险意识，就会做出逆向选择。

(2) 工程咨询职业责任保险合同的赔偿发生是以工程咨询合同客户的请求为前提的。我国已有的工程监理、工程设计、工程勘察职业责任保险都规定保险公司负责赔偿的前提条件是工程监理合同、工程设计合同和工程勘察合同的客户向被保险人提出索赔申请。例如，中国人民财产保险股份有限公司提供的《建设工程设计责任保险条款》第三条款、《工程监理责任保险条款》第三条款和《建设工程勘察责任保险条款》第三条款都规定由客户（建设单位）首次向被保险人提出索赔申请，保险人仅在依照法律、行政法规的规定应当由被保险人承担赔偿责任时才开始履行赔偿义务。客户轻视工程咨询职业责任风险，不进行这项索赔，那么职业责任风险就不会发生索赔，起不到分担风险的实际作用。

(3) 工程咨询职业责任保险合同的保险金额受到工程咨询合同客户的制约。在国际工程领域，工程咨询职业责任保险合同的保险费用是明确地由客户支付的，不过，在我国此惯例的实行并不一定，缘由在于我国工程咨询市场的客户的风险意识和投保约束力很低，再加上我国的工程咨询市场的买方市场现状导致客户对工程咨询的需求积极性低，对工程咨询职业责任保险更是不屑一顾。所以，在我国工程咨询职业责任保险的投保上，存在着逆向选择问题。

(二) 试点工作地区条例的强制性要求与法律相抵触。以监理职业责任为例，作为职业责任保险试点工作的排头兵的深圳市于 2002 年通过的《深圳特区建设工程监理条例》第十二条规定，“监理单位应当办理职业责任保险，未办理职业责任保险的，不得承担监理业务。”此规定将监理职业责任保险作为监理单位承揽监理业务的先决性条件，对监理单位施以强制性要求。这个特区条例实际上因为违法而无效。因为我国《保险法》第 11 条第 2 款规定：“除法律、行政法规规定必须保险的以外，保险公司和其他单位不得强制他人订立保险合同。”这就是说，法律规定只有法律、行政法规有权确定强制保险范围。

(三) 我国工程咨询职业责任保险的被保险人是单位。无论是从行政条例对工程咨询职业责任保险的要求还是实践中的工程咨询职业责任保险合同，被保险

¹ 工程监理责任保险条款. 中国人民财产保险股份有限公司网，
<http://www.piccnet.com.cn/cpk/minfoweb/index.htm> 2009 年备案

人都是单位。例如,《深圳特区建设工程监理条例》没有提及要求监理单位办理针对具体建设工程项目的监理工程师本人办理职业责任保险。与这种现象相矛盾的是,职业风险来自于提供工程咨询服务的技术人员个体。

以单位为被保险人的弊端主要体现在:一方面,以单位为被保险人使得作为工程职业责任保险受益人的客户不能准确预测职业风险的范围和程度,形成了逆向选择的条件。另一方面,在单位投保了工程职业责任保险后,实际提供工程咨询服务的技术人员本身并不知晓自己有了工程职业责任保险的保障和约束。工程职业责任保险对技术人员自身没有形成任何影响。由于工程咨询职业风险很大,技术人员对于自己所承担的风险与收入之间的不满也会很大。对于我国工程咨询行业吸纳人才形成障碍。

(四)工程咨询职业责任保险类型少。我国工程职业责任保险尚处于起步阶段,现在已有的工程职业责任保险类型仅限于设计职业责任保险和监理职业责任保险。工程咨询服务内容包括建设工程全过程的技术服务,比如可行性研究咨询、规划咨询、招标咨询等。这些咨询工作与设计咨询和监理咨询一样影响巨大。国家投资 30 亿元建设的福州长乐国际机场因为规划的建设规模超前,大量航站楼、机场生活区闲置,至 2005 年运营 5 年亏损 11 亿元。广州乙烯工程投资 80 亿元因为产量无法形成市场规模,被迫停产,停产后每年还贷 7.2 亿元。这些经济损失数额触目惊心,如果追究可行性研究咨询人、规划咨询人的责任,承担这些咨询业务的咨询人根本不可能有足够的资金赔偿这些损失。“对于客户由于专业人士的过失遭受的纯经济损失,法律应当责令该有过失的专业人士对受害人的经济损失承担法律责任。”¹例如,建设工程招标、评标咨询人的疏忽、过失致使委托招标人采纳接受了承包合同中某个单项工程的工程数量 B.Q 单中不合理的单价或者设备招标咨询人的疏忽过失致使委托招标人购买的设备缺少某项功能,这些都会给委托招标人带来后续额外附加费用。客户可以以侵权或者违约为由追究咨询人的职业责任,而我国的工程咨询职业责任保险制度中没有上述承保内容。

(五)法规、规章和条例对于工程咨询职业责任保险合同承保内容的责任范围、制裁强度和赔偿限额都没有具体明确的引导性指示。我国的规章制度关于咨询人的职业责任范围的界定过宽,尤其是在形成全国性规定之前的某些地方性规

¹ 张民安、龚赛红.专业人士所承担的过错侵权责任.法学评论.2002 年,第 6 期: P146

定关于咨询人应当承担职业责任的规定超出了工程咨询职业范围。随着我国经济的飞速发展,商业和民用地产业经济的繁荣、工业技术革新的加速,我国的建筑市场非常活跃,建设工程项目鳞次栉比。与之相伴随的是工程质量事故的频发,广泛的社会关注和舆论压力使得某些地方性行政条例的制定者在社会压力下赋予咨询人超出合理界限的职业责任有些矫枉过正。法律对人的行为的规范化具有指导作用、预测作用和评价作用。缺失这些规范的指导,使得社会各方均处于迷茫的状态。不仅工程咨询合同之外的社会力量对此迷茫,连工程咨询合同的当事人也是处于未知的疑惑之中。在 2006 年北京西城区法院审理北京西西工程 4 号地项目发生坍塌事故时,除了法庭内坐满旁听人之外,在法庭外,近三四十人挤在狭窄的走廊上探听审判的进程和结果。希地环球建设工程公司——作为被告方之一的监理单位的一位负责人对记者表达了监理人的迷茫和疑惑,“工程监理人都认为工程监理受雇于业主,主要对工程质量负责,我国的《建筑法》和《监理规范》上面均没有关于监理负有安全管理责任的规定。”他们如此关注这个案件是想知道法律对于监理人承担建设工程安全责任的范围和程度的意见。¹这实际上反映了作为投保人的工程咨询行业的从业人员对于工程咨询的职业范围和职业责任的未知问题。

(六)投保人与受益人之间的内部联系紧密。我国的投资咨询单位和实力雄厚的勘察单位、设计单位基本上是国有企业、附属与政府部门或者高等院校的事业单位,甚至与政府投资的大型基建项目的业主同属于一个机构管辖。我国许多投资咨询单位脱胎于行政事业单位,甚至其工作人员目前仍然隶属于行政事业单位编制。这些单位作为市场主体受到政府的保护,发生的损害由政府埋单,职业责任所承保的过失、失职会以内部处分的方式解决,发生经济往来的很少,根本不会发生客户向工程咨询人进行职业责任索赔的情形。无论对于这样的客户而言还是对于这样的咨询人而言,投保工程咨询职业责任险就显得有些多余了。

(七)保险公司承保工程咨询职业责任保险的态度消极。随着我国经济社会的发展,保险需求已经从政府强制摊派投保人投保变成了投保人自身对于投保的强烈需求。我国的保险市场可谓是风起云涌,保险公司取得了骄人的业绩。工程咨询职业责任保险标的总额不菲,是很大的一个市场,为什么国内保险公司不积

¹ 张蕾.西单工地坍塌事故案.中国法院网, <http://www.chinacourt.org/html/ajk/2006-04-181954>

极开拓呢？国内保险公司放弃这诱人的蛋糕的原因是：（1）我国没有形成建设工程职业风险信用系统，保险公司搜集评估具体投保人的职业技能、过往执业情况的数据信息难度非常大，成本过高，同时，我国工程咨询业务起步晚，工程咨询主体市场化转型还没有彻底完成；（2）保险公司针对建设工程职业风险分析、职业风险评估的经验很少，没有现成的适合中国市场现状的保险成品可以实行“拿来主义”，开展这方的业务需要前期投入大笔的科研费用。《2010-2015 年中国责任保险产业运行动态及投资前景咨询报告》第三章 2009-2010 年中国责任保险产业发展环境分析第三节责任保险相关技术的落后导致现有产品难以满足市场需求¹充分体现了我国目前职业责任保险发展在技术方面的落后情况；（3）保险公司缺乏兼具工程技术知识、经济分析技能及相关法律知识等综合能力的人才；（4）法律法规规章条例对项目投保工程咨询职业责任风险的要求不尽合理导致试点开展的工程咨询职业责任保险的保险费取费比例远低于国际平均水平；（5）造成建设工程损害的因素繁多，损害一般是多种因素共同作用的结果，损害发生后，保险公司缺乏有经验有实力能够厘清责任、维护保险公司自身合法利益的责任鉴定人才。

（八）对于保险费的计入类型约定不明。按照 FIDIC 合同，工程职业责任保险费是应当列入咨询人的费用而非报酬中的。我国工程咨询合同中的工程职业责任保险条款属于新兴条款，加之我国工程咨询职业责任保险的逆向选择导致的保费低等因素使得当事人对于保险费的费用和报酬的区别往往不予重视。即使重视了，客户和咨询人出于各自的顾虑也三缄其口。咨询人担心将工程职业责任保险费列入费用会使其在洽谈合同的总体服务价格时处于劣势，因为客户可以以其对于不同的咨询人的职业信赖不同为由要求不同的咨询人在此项费用上有所区别。客户担心费用的强制支付性使得其丧失对于工程咨询职业责任保险的控制权。对于咨询人来讲，对于保险费的费用计入类型不加明确，导致发生支付分歧。

第四章借鉴 FIDIC 经验完善我国工程咨询合同

此章借鉴 FIDIC 工程咨询合同的有关规范有针对性地对第三章提出的问题

¹ 2010-2015 年中国责任保险产业运行动态及投资前景咨询报告.中商情报网,
<http://www.askci.com/reports/2010-03/zherenbaoxian0303.html>

提出了在与我国工程咨询合同相关配套的法律法规及规章和工程咨询合同范本上的建议。

第一节赋予合同双方平等的法律地位

此节对转换客户官方身份减弱行政干扰的可能性做了分析，之后就如何转换客户官方身份和客户的债务人身份以及提高咨询人的法律地位提出了建议：落实个人追责制加重个人责任，法律设定投资项目社会公示制度、听证制度和专家咨询制度，从法律规范层面拓宽工程咨询合同关系，在工程咨询合同范本中赋予咨询人更多权力，强调客户协助义务条款，改变委托合同性质给工程咨询合同造成的消极影响，以不正当竞争法等法律法规支持行业信用体系的建设，从法律层面为工程咨询业资本集中提高收入提供制度保障。

一、消除客户的身份优势

（一）转换客户的官方身份

1、转换客户官方身份的可能性。

（1）我国经济环境的转变使客户转换身份成为可能。客户的官方身份是计划经济体制遗留下来的传统。在计划经济体制下，作为投资主体的客户是不可能从国家行政体制中剥离出来的。而目前我国已经加入了世界贸易组织，建立了市场经济体制，市场经济地位得到了很多国家的承认。我国正在推进的经营性事业单位转企改制工作，有利于转换客户的官方身份。目前大部分的国有企业已经完成了股份制改革，成为了企业法人。其中部分实力雄厚的国有企业已经完成或正在筹备在国内外的证券交易所上市。上市公司的风险评估更加科学，风险管理受到更多的监控。

（2）政府提供了制度性保障，将投资和管理风险与客户挂钩。2010年8月就职的国务院国有资产监督管理委员会主任、党委书记王勇在接受《财经国家周刊》记者采访时说，“国新控股有限责任公司的正式挂牌，将为国资委清理亏损资产提供合适的平台，。……一些亏损的资产将会有序退出。”

（3）国家、地方发布行政规章发展推广代建制等现代化投资管理模式转换客户的身份。2004年7月国家发展和改革委员会发布了《国务院关于投资体制改革的决定》在全国范围内推广投资体制改革。各省随后根据本省特点发布了省级规章推广代建制投资管理模式，例如江苏省发展和改革委员会于2006年12

月 31 日发布了省级政府规章——《江苏省省级政府投资项目代建制暂行规定》，2007 年 6 月 3 日福建省人民政府发布了《福建省人民政府关于印发福建省省级政府投资项目代建制管理办法（试行）》。《福建省人民政府关于印发福建省省级政府投资项目代建制管理办法（试行）》关于代建制是如此定义的：“代建制是指省级政府投资项目通过招标等方式，选择专业化的项目管理单位（简称代建单位），负责项目的实施，严格控制项目投资、质量、安全和工期，项目竣工验收后交付使用的制度。”其中省级政府投资项目，是指使用纳入省级政府预算管理的资金、间接融资资金以及省级政府管理的其他资金进行的固定资产投资项。这表明政府作为投资主体的项目也应当委托咨询人进行工程控制和管理。《国务院关于投资体制改革的决定》第二章规定了“改革项目审批制度，落实企业投资自主权。各地区、各部门……不得以任何名义截留下放给企业的投资决策权利。确立了投资主体即聘请咨询人的客户的企业法人地位。

2、转换客户官方身份的措施建议。

（1）将项目风险与个人风险挂钩，严格贯彻落实个人追责制并加重个人责任。FIDIC 合同中客户与咨询人之间的法律地位是平等的，因为 FIDIC 合同体系源自政府投资管理体制和现代企业制度相对完善的英美市场经济环境下诞生的 ICE（Institution of Civil Engineers）合同体系。随着我国依法行政工作的开展，法律法规规定我国政府投资项目的论证和决策应当实行集体决策制，但是存在着形式上集体决策实际上个人决断的现象。这从诸多热播的影视剧中都可以看到。当武断的决策后果显现时，主要责任者会举出我国刑法的单位犯罪条款来减轻其个人责任。并且被追责者多数仅承担刑事责任，没有承担或者仅承担远低于其应当承担的民事赔偿责任，这一现状淡化了决策者关于个人风险与项目风险之间的联系意识。例如，2002 年南京紫金山观景台总造价为 3000 万元，规划兴建时只考虑了观测效果，但对景观问题没有做足够的考虑。¹这一规划咨询的失误导致的结果就是观景台成了半茬子工程，已经投入的建设资金无法得到收益的同时还要承担起恢复原有植被、重建原有建筑的后果，仅恢复建设金额就达 200 多万元。项目的社会影响、环境影响和经济影响评价都极低。几千万的经济损失最后由政府买单，法律责任承担上仅以“集体决策”终结。

¹ 晨文.南京紫金山观景台引爆拆除 千万投资瞬息化为乌有.搜狐新闻, <http://news.sohu.com/64/77/news147817764.shtml> 2002 年 2 月 2 日 05:11

(2) 从法律上设定政府投资项目社会公示制度、社会听证制度和专家咨询制度, 促进客户转换身份。在欧美等发达国家 FIDIC 合同中的客户受到广泛的社会监督体制的监督, 客户在工程咨询合同中没有身份优势。从 2002 年的南京紫金山观景台项目不仅可以看到我国工程项目决策机制存在的问题也可以看到公民对政府决策监督意识的增强。在社会意识进步的情况下, 从法律上设定公民监督机制不仅可行也是必要的。公民监督机制在法律上的表达主要是通过规范程序来实现。政府投资的大型建设项目的决策实行社会公示制度、社会听证制度和专家咨询制度。2002 年江泽民在中国共产党第十六次代表大会上提出了建立政府决策的社会公示制度、社会听证制度和专家咨询制度, 给予这三个制度法律上的配套设定, 不仅对于建立完善项目投资科学化体系意义重大而且对于转换客户的官方身份, 实现工程咨询合同双方法律地位的平等会有实质性的促进。

(3) 借鉴 FIDIC 经验, 拓宽工程咨询合同关系促进合同双方当事人形成平等的法律地位。对建设项目实施全过程咨询。将贷款银行、保险公司纳入工程咨询客户范畴不仅可以加宽加深对项目风险的科学掌控、实现最大收益最低风险, 而且这些客户之间存在的贷款合同等合同关系也赋予了咨询人更多的话语权, 有利于实现工程咨询合同双方当事人法律地位的平等。

(二) 转换客户的债务人意识。

1、国际国内形势使客户对于咨询人服务的依赖性增强, 落实工程咨询合同的双务性成为可能。全球金融危机背景下, 从 2008 年到 2011 年, 全球经济增速放缓、市场需求下跌、成本刚性上升、金融市场震荡、国际信贷政策持续收紧, 我国的内外经济环境复杂严峻对项目法人的生产经营造成不利影响的同时也对客户的项目投资经营能力和水平提出了更高的要求。客户将在技术和管理经验上更加依赖于咨询人。

2、从法律上保障客户对咨询人的支付。工程咨询合同是双务合同, 客户和咨询人互为债权人和债务人。客户有按照合同约定及时、足额支付服务费用和服务报酬的义务。“有约必守”不仅是现代法的基础原则也是我国传统文化的基本准则之一。随着我国司法的发展, 法律职业群体的整体素质不断提高, 咨询人必将获得更多的支付保障。法律文化的进步也会提高咨询人通过法律途径维护自身利益的信心和勇气。多方力量的汇聚必将转变客户的债务人意识。

二、提高咨询人的法律地位

(一) 借鉴 FIDIC 合同范本, 在我国工程咨询合同示范文本中赋予咨询人更多的权力。在国际工程领域, FIDIC 合同范本具有商业惯例的性质。工程咨询合同在一定意义上是授权委托书。FIDIC 合同范本赋予了咨询人很大的权限。例如, 当咨询人认为施工方没有严格按照施工合同行为时可以以施工人不具备承担完成工程的能力等理由要求撤换施工人否则咨询人有权不予以施工合作。当客户没有足额、及时地支付咨询人费用和报酬时咨询人有权单方面中止或终止合同。在工程咨询领域, 建设部发布的合同示范文本在一定意义上具有示范法的作用。所以, 提高咨询人的法律地位首先应当在工程咨询合同示范文本中赋予咨询人更多的权力。

(二) 借鉴 FIDIC 合同经验, 强调客户的协助义务条款。消除客户的行政机关代表者的意识、消除客户的纯债务人意识, 实现工程咨询合同双方当事人法律地位的平等应当强调客户对咨询人的协助义务。《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》通用条款中专项规定了客户对咨询人的协助义务。客户应当提供咨询人所需要的财物、资料、人员。客户提供给咨询人的职员应当接受咨询人的管理。在合同履行中, 客户应当按照合同配合、协助咨询人, 否则客户的行为构成违约。

(三) 借鉴 FIDIC 经验, 改变工程咨询合同是委托合同的事实所造成的咨询人处于弱势法律地位的现状。虽然委托合同给予了客户单方面解除合同的权利, 但是合同的有约必守原则也给予了咨询人相应的保护—必须给予咨询人损失补偿。我国工程咨询合同之所以造成了咨询人弱势的法律地位主要是由于其具有的两个缺陷: 一、在工程咨询服务的合格标准方面, 我国或无标准或划定抽象不具备可操作性; 二、工程咨询合同缔约方对此不够重视。在 FIDIC 合同中一般以附件的方式详细约定工程咨询的服务范围和服务合格标准。由于工程咨询合同的客户不是工程咨询业务方面的专家, 所以客户难以提出令其自身满意的服务合格标准更没有能力提出令咨询人认可的服务合格标准。咨询人作为工程咨询合同相对方提出的服务合格标准也难以令客户认可。工程咨询业务的行政主管部门、行业协会和工程咨询研究机构作为公平第三方提出的标准能够获得客户和咨询人的共同认可。FIDIC 组织作为国际工程咨询领域最有影响力的行业协会经常组

织各方面专家根据技术和管理的发展革新研究编写《选聘咨询工程师（单位）指南》、《工程咨询业质量管理指南》等各种工程咨询服务指南。我国的相关机构和组织也应当积极行动，为客户和咨询人提供合理且具备操作性的服务合格标准。

（四）健全工程咨询行业信用体系。一方面探索建立专门针对工程咨询行业的信用体系，另一方面完善现存的全国建筑市场诚信信息平台。对于第二方面一是需要解决我国咨询企业信用意识欠缺、违规操作的问题。对于采取商业贿赂或欺诈等不正当手段获得工程咨询合同和以签订阴阳合同方式违反物价部门制定的咨询收费标准，随意压价、恶性竞争的咨询人按照《不正当竞争法》等法律予以惩戒。突破仅搜集、整理、公布各地行政机关已经作出行政处罚处理的不良行为的局限，扩大信用体系的内容。二是着力摒除各地行政机关的地方保护思想，全面、及时地报送咨询单位的信息。三是提高各地行政机关的执法水平，对各地行政机关的相关负责人进行培训，保证报送信息的规范性。

此外，还可以借鉴广泛使用 FIDIC 合同的国际金融机构和发达国家经验，鼓励行业协会、研究机构、信息咨询公司等社会组织建立工程咨询行业信用体系。

（五）为提高工程咨询行业收入，鼓励工程咨询单位资本集中，做大做强做优提供法律制度保障。FIDIC 合同中咨询人的报酬取费标准与我国的行政规章条例中规定的标准相比要高出许多。提高咨询服务取费比例，不仅能吸引更多人才加入工程咨询职业群体还有利于提高服务质量，消除现存的各种违规操作行为，解决工程咨询行业的人力资源难题和信用危机问题。这些高素质的工程咨询人对于提高工程咨询业的行业影响力进而提高咨询人在工程咨询合同缔结、履行阶段和后合同阶段的法律地位将发挥巨大的作用。

硬实力是软实力的基础。FIDIC 合同中咨询人享有与客户平等的法律地位的原因之一是经过激烈的市场竞争后生存下来的国际工程咨询人的实力强大。这些国际工程咨询人大多是综合性的咨询公司，拥有众多骄人的业绩和很高的资信实力。例如在美国麦克劳·希尔建筑信息公司（McGraw-Hill）主办的《美国工程新闻记录》咨询公司 500 强中第一位的美国优斯咨询公司（URS）业务包括工程咨询服务内涵的所有服务，能够提供从项目投资计划、勘察设计、施工阶段的管理到项目后评价和运营管理全过程服务。URS 公司历史悠久，过往业绩繁多，在 2007 年 URS 公司的收入达到了 53.83 亿美元。2004 年获得了在工程领域非常有

影响力的 BP 钻石安全奖章。¹若要增强咨询人的法律地位,首先要增强咨询人自身的硬实力。我国的甲级咨询单位的注册资本一般都在千万元以下,在我国的工程咨询职业责任保险制度尚未完善的情况下,这些咨询单位根本没有能力提供几千万的履约保函。我国工程咨询行业目前还处于分散状态,各个阶段之间少有联系。所以,培育千万元级甚至是千亿元级的大型咨询集团对增强咨询人法律地位是迫在眉睫的任务。FIDIC 协会在创立之初就意识到咨询人的实力对于咨询人合同地位的影响,所以协会的宗旨之一是团结帮助咨询行业机构的发展,还专门组织了工程咨询领域的管理专家、技术专家和法律专家研究编写了《工程咨询业实力建设指南》。这对我国工程咨询合同的发展无疑是一重大启示,我们也应当重视咨询企业的实力建设,为其发展壮大提供制度保障。

第二节约定工程咨询人授权的限制性条款

此节首先对 FIDIC 红皮书关于工程咨询人授权的规定做了法律分析,之后借鉴相关规定提出了在我国工程咨询合同中添加授权限制性条款的建议:首先在工程咨询合同相关配套的法律法规及规章的规范上明确咨询人有权进行授权,其次对此授权作出书面要式和附期限生效和特别授权的要求,要求在合同中明确约定助理的定义,对助理的执业能力提出资格要求,要求工程咨询合同明确授权范围,对超越授权范围行使权力的行为的法律效力作出无效结论。

一、FIDIC 合同关于工程咨询人授权的限制性条款规定分析

因为工程咨询贯穿于 FIDIC 整个合同体系,所以工程咨询合同所囊括的服务内容是与各个合同紧密相关的。对于工程咨询人授权的限制体现在各个合同条件中。其中做为 FIDIC 基础合同的 99 版 FIDIC 《Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER》(新红皮书)第三部分专章规定了咨询工程师的权利和义务以及权力。第 3.2 条款对于工程咨询师的授权做了形式、生效条件和授权范围的规定:“工程师可以随时将他的职责和权力委托给助理,并可撤回此类委托或授权。这些助理包括现场工程师和(或)指定的对设备和(或)材料进行检查和(或)检验的独立检查人员。此类委托、授权或撤回应是书面的并且在合同双方接到副本之前不能生效。但是工程师不能授予其按照第 3.5 款【决定】的规定决

¹ 做工程技术的整合专家——美国优斯(URS)咨询公司侧记,李纬宾、李福和,《施工企业管理》,2008 年 10 月第 242 期, P116-119

定任何事项的权力，除非合同双方另有协议。”

此外，关于被授权的助理的具体条件也写入合同条款，做为合同义务之一：

“助理必须是合适的合格人员，有能力履行这些职责以及行使这种权力，并且能够流利地使用第 1.4 款【法律和语言】中规定的语言进行交流。”关于助理的权力，第 3.2 条款特别明确：“被委托职责或授予权力的每个助理只有权力在其被授权范围内对承包商发布指示。”³助理根据授权作出的检查结论，物控方面的合格证等资料的审查结论，对下道工序施工或实体修复措施的同意，向施工人发出的返工请求、检测建议，向供应商发出的更换产品的请求等行为具有与咨询工程师作出的同等行为的同等效力。因为工程咨询是技术型服务，在客户、咨询工程师和助理这三者之中，咨询工程师理论上应当是具有最高技术水平的人员。所以，咨询工程师在授予助理权力之后仍然享有该项权力，并且对助理的权力做了特别限定：助理未对承包商的某项实施行为提出负面意见并不等同于咨询工程师对该行为的认可，咨询工程师有权对该行为作出否定结论；助理未对供应商提供的设备和物资材料提出负面意见也不等同于咨询工程师对这些设备而后物资材料的认可，咨询工程师有权对这些设备和物资材料作出否定结论。承包商、供应商对于助理作出的任何指示或者负面意见有质疑的，可以向咨询工程师提交质疑，咨询工程师有义务及时对这些质疑意见进行明确具体的回复，咨询工程师的回复是具有法律效力的意思表示。第 3.2 条款是 FIDIC《Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER》通用条件中的内容。FIDIC 合同将工程咨询人授权的限制性条款在通用条件中专门列出且内容详细具体，可见其重要程度。如此详细具体的条款也对我国《工程咨询合同》起到了很好的启示作用。

二、我国工程咨询合同添加授权性条款的建议

1、学习 FIDIC 经验，在工程咨询合同中约定，咨询人可以将其部分权力授予其助理。由于工程咨询服务的内容囊括广，所以咨询人授权助理是不可避免地会发生的。简单粗暴地禁止工程咨询人授权是不可行的。客户维护自身权益的最佳方式是在工程咨询合同中对咨询人的授权进行限制。

2、约定书面要式授权和授权附期限生效。FIDIC 合同体系源于对于合同形式化要求非常宽松的英美法系，但是，对于工程咨询人对于助理的授权和撤回授

权都强调书面形式。在此之上，还要求授权以客户和该授权所指向的权力约束方都接收到授权副本为生效条件，这意味着此项授权是附期限的授权。由于这些助理依据授权所拥有的权力直接作用于工程项目，对客户投资效益、实际风险和权力相对方的权利义务内容都产生实际影响。尤其对于权力相对方而言，咨询人的此项授权使其产生了对于助理的一系列义务，所以咨询人对于上述主体的通知义务和以利害相关方接收到通知为其生效是符合法律原理和商务惯例的。我们在工程咨询合同中应当对此授权加以书面要式限制，对开始生效时间也应当以客户和相关第三人接收到授权书副本为前提。在咨询人的书面授权到达客户和利害第三人之前，此项授权对于客户和利害第三人不产生任何约束力。

3、明确约定助理的定义。FIDIC合同在条款中具体定义了助手概念。助理是个总称，在不同的阶段，助理所从事的职务内容是不同的。例如，在一个较大项目的工程监理阶段，总监理工程师需要有各专业监理工程师作为助手，各专业监理工程师还会有安全员、质检员、技术员等助手。对于“助手”的定义加以具体说明是非常必要的。我国工程咨询合同中鲜有关于助理的约定，关于助理的内涵的约定更是谈不上。即使经验丰富的客户注意到了这项约定的必要性，一般也仅是原则性的约定。关于助理的限制实际上关系到咨询人的人力成本，咨询人从自身经济利益出发不希望明确此项约定的具体内容。可能在实际工程实施阶段，咨询单位仅派驻一名助理资质的人员来承担所有工种所有阶段的咨询服务义务。客户在合同缔结阶段也知道此项风险但是为了降低咨询报酬，客户也不明确助理的涵义。这就导致合同生效后在履行中或履行后大量纠纷的产生。因为仅有原则性的约定，当事人双方对此条款分别提出有利于自身的解释，法官等裁决人在此争议上行使自由裁决权的概率是极高的，当事人对于裁决的不满情况也是常见的。

4、助理作出的对咨询人的权利义务产生实质性影响的决定仅在授权书中已经作出特别授权时才对客户产生法律约束力，否则视为一般授权。在FIDIC合同中，咨询工程师的权力是相对比较大的，在与客户和权力指向的第三方协商不果的情况下，各方应当首先执行咨询工程师的决定。FIDIC实行DAB、DAR模式解决纠纷，在这两种模式中，工程师的决定具有裁决的性质。所以，FIDIC合同或者要求咨询工程师不能将决定权授予助理或者要求咨询工程师将决定权授予

助理时必须得到客户和权力指向的第三方的同意。我国的工程咨询合同中咨询工程师的权力没有FIDIC合同中那么大。虽然学术界一直在倡议工程师享有与FIDIC合同中咨询工程师相当的权力,包括作为DAB、DAR纠纷解决机制的裁决人,但是目前为止,这种观点没有得到客户和权力指向的第三方(通常是施工方)的认可。但是,在实际工程管理中,咨询工程师应当享有在重要事项上的表明独立观点的权利。在得到咨询人的特别授权之前,助理所作出的对咨询人的权利义务发生实质性影响的特殊意思表示不能代表咨询人的真实意思表示,咨询人对于助理作出的意思表示不承担法律责任是符合法律规定的。

5、在工程咨询合同中约定助理的执业能力。FIDIC合同中强调助理必须是合格人员,并且解释了合格是指其具备履行行使其所被授予的权力和合同约定的职责的能力。作为国际工程合同范本,FIDIC合同对于助理还提出了语言要求。这项要求对于我国工程咨询合同更具有必要性。相对于我国建筑市场的需求,我国合格的工程咨询人才极度缺乏,工程咨询合同中鲜有关于助理的约定。在我国工程咨询合同中应当约定助理是具备其所履行职责需要的专业知识背景的人员,并将其专业知识水平、实践经验与其所履行职责和接受授权的范围和程度挂钩。例如,钢结构质检员应当具备理论力学、材料力学、结构力学的简单知识,具备熟练读取钢结构图纸的立体思维能力,具备使用焊角检测尺等各种检测工具的能力,应当熟悉并且理解国家规范内容,拥有合同管理的管理思维等综合能力。这些都不是一个月的短期培训所能够掌握的,应当接受过至少三年以上的专业基础知识培训,拥有钢结构工程相关专业大专以上的学历。关于语言,在适用于国际贷款项目的工程咨询合同中应当要求助理掌握英语或其他与投资方沟通所需要的语言,仅适用于国内投资没有涉外因素的工程咨询合同也应当要求助理具备与施工方等助理的服务和权力指向的第三方沟通的专业语言,因为工程技术职业群体也同法律职业群体一样应当拥有自己的专有词汇,一般的社会常识语言在工程技术职业群体中拥有区别于社会一般语言的专业化的解释,例如,土建中的关键性指标—混凝土坍落度代表的是混凝土的塑化性能和可泵性能。坍落度受到建筑物的结构断面、钢筋含量、运输距离、浇注方法、运输方式、振捣能力和气候等诸多因素的影响,具备标准化的测试方法。工程咨询助理与施工方沟通时应当理解“坍落度”背后的所有涵义,这样才能顺畅的沟通。

6、助理超越授权范围行使权力对咨询人不发生法律效力。咨询人送达给客户和第三人的授权书副本中应当明确咨询人授权的助理的权力范围。例如，授权书中应当明确造价工程师助理作出的审查项目工程计量和造价结论、审查工程进度款意见、审查合理化建议的费用节省情况意见、审核施工人工程进度用款和材料采购用款计划意见、编制及跟踪工程投资完成情况的图表、对有争议的计量计价问题提出的处理意见、关于工程变更对投资的影响的意见、审核施工人提交的竣工结算的结论的法律效力。应当书面写明土建工程师助理作出的批准，审查证书、物控材料单，检查评定，对施工人作出的继续施工、修补、返工等指示，向客户、第三人发出的事项性通知、建议，变更等请求与咨询人作出的具有同等的效力，条款约定的内容越详细详细为合同的解释提供的依据就越确定，避免双方关于合同解释的分歧的作用就越大。由于FIDIC合同对于咨询人授权限制了书面通知客户和第三人的义务，所以施工人等第三人不能以不知道助理是否有某项授权为由抗辩咨询人对于助理超越授权范围的行为的免责。FIDIC合同对于助理被授予的权力范围和效力都予以确定性约定。我们在缔结工程咨询合同时也应当对此予以确定性约定。并且以解释性说明的方式重点强调每个助理只具有在送达给客户和第三人的授权书副本中写明的授权范围内享有的权力。

第三节 发展完善职业责任保险条款

此节首先对 FIDIC 白皮书关于工程咨询职业责任保险的规定做了法律分析，之后借鉴白皮书的相关规定提出了解决我国工程咨询保险逆向选择问题的建议：在工程咨询合同条款的设定和相关配套的法律法规及规章的规范上注重培育客户的风险意识、拆分投保人与受益人的内部联系，将保险人具化到个人，拓宽保险类型，推进人力资源发展，体系化地规范工程咨询保险合同条款，将保险费计入费用而非报酬并就工程咨询职业责任保险不必在法律上列为强制险做了分析和论述。

一、FIDIC 合同关于工程咨询职业责任保险的规定分析

职业责任保险条款是 FIDIC 工程咨询服务合同的必备条款。FIDIC 白皮书 2006 年版中标准条件关于责任的保险与保障规定：“客户可以书面形式要求咨询工程师对 6.1 款规定的咨询工程师违反认真地尽职和行使职权义务的责任进行投保，对公共的或第三方的责任进行保险，并在客户第一次邀请咨询工程师的服务

提交建议书之日进行保险的基础上,对上述两项保险追加保险金额,并应进行客户邀请的其他各项保险。在任命咨询工程师时已知的该条款下的保险费用应当计算在咨询工程师的费用内,在已达成一致意见后,对该条款规定任何保险额的增加和变更费用由客户负担。”关于咨询工程师应当认真地尽职和行使职权义务,FIDIC 白皮书作了如下规定:“(1) 咨询工程师应当谨慎而勤奋地运用与其专业职责相对等的合理技能履行本协议书约定的义务。(2) 当服务包括行使权力或履行授权的职责或当业主与任何第三方签订的合同条款需要时,咨询工程师应当根据合同进行工作,如果未在附件 A(服务范围)中对该权力和职责的详细规定加以说明,则这些关于该权力和职责的详细规定必须是他可以接受的。如果业主与第三方将证明、决定和处理权授予了咨询工程师则咨询工程师应当在业主和第三方之间公正地证明、决定或行使自己的处理权。但是咨询工程师并不作为仲裁人而是根据自己的职能和判断,作为一名独立的专业人员进行工作。如果咨询工程师被授权可变更任何第三方的义务,则咨询工程师应当为之。但对于可能对费用或质量或时间产生重大影响的任何变更,咨询工程师须从业主处得到事先批准(除非发生紧急情况,但咨询工程师应尽快通知业主)。”

FIDIC 白皮书认为工程职业责任保险的重要性程度和对公共的责任保险及对第三方责任的保险相当的程度,这三个保险是工程咨询服务的基本保险,必要性和重要性高于其他保险。因为这三种保险不仅具有商业保险的特征,还具有投保人投保时存在逆向选择意愿的特征。

二、借鉴 FIDIC 经验发展我国工程职业责任保险条款的建议

(一) 培育客户的风险意识促进工程咨询职业责任保险的发展。FIDIC 工程咨询合同示范文本明确规定工程咨询职业责任条款之前,工程职业责任保险已经在某些工程咨询合同中由双方当事人约定了。随着国际工程的发展市场对工程咨询职业责任保险的需求越发普遍,FIDIC 工程咨询合同将工程职业责任保险纳入条款中。FIDIC 白皮书认为工程职业责任保险的投保需求源于客户,认为书面提出要求咨询工程师在投保公共责任保险和第三方责任保险的同时投保工程咨询职业责任保险是客户的权利。所以,工程咨询职业责任保险的发展是以客户的风险意识为基础的。应当明确工程咨询职业责任风险对客户意义。

首先使客户意识到咨询人的职业风险首先是由客户来承担的。因为,咨询人

是客户聘请的,建设项目的其他合同基本上都是客户与其他主体缔结的。咨询人是那些合同的第三方,某种程度上说是以客户的代理人的身份参与的,根据《民法通则》等民事法律的规定,代理人的行为产生的后果是由被代理人承担的。

其次,使客户意识到咨询人职业风险的广度和强度是非常大的,咨询人自身经济实力不可能足额赔偿。缺失工程咨询职业责任保险的保障,咨询人的职业风险的现实化会对客户产生重大影响甚至影响到客户的存亡。

再次,明晰客户的主管人员和其他直接责任人员的职务责任,加大工程效益与其切身利益的相关度。在这些拥有职权的人员在权衡利弊时能真正将规避工程项目风险作为维护自身利益的一部分。

(二) 拆分投保人与受益人之间的内部联系以促进工程职业责任保险的投保积极性。工程职业责任保险实际发挥社会作用需要拆分投保人与受益人之间的内部联系,使咨询人和受益人成为相互独立的法律主体。这需要《招标投标法》的贯彻执行到位,需要拆解计划经济体制遗留下来的过分集权机制,需要加快加宽事业单位转企制度改革,需要明晰行政干预的范围实现真正的企业自主盈亏,按照《侵权责任法》的追责逻辑步步追责。

(三) 将被保险人具化到个人。借鉴 FIDIC 工程咨询合同经验,将工程咨询职业责任保险具体到“工程师”¹—咨询服务的具体提供者,不仅提高了客户对于职业责任风险的可预测性而且缓解了工程师本人对于自身职业风险过高的不满情绪,在解决工程职业责任保险逆向选择难题的同时促进了工程咨询职业的发展。

(四) 拓宽工程咨询保险类型,使投保人有更大的选择余地。职业责任保险条款属于《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》的通用条款内容,是适用于所有工程咨询服务的。职业责任保险条款对于提高我国工程咨询职业群体的业务素质 and 职业道德水平都是能够起到积极作用的。在第三章第三节中分析了对于除了工程设计、工程监理业务之外工程咨询的其他服务约定职业责任保险条款的价值,所以,解放思想,积极拓宽投保类型是发展我国工程职业责任保险的途径也是任务。

(五) 推进工程职业责任保险人力资源发展保证职业责任保险的市场供应。

¹ 此处的工程师包括提供投资咨询、造价咨询、招标投标咨询、勘察设计咨询、施工监理服务的技术人员。

在技术水平要求如此之高的前提下,解决我国工程咨询职业责任保险的条件之一是保险公司即保险人加大对工程咨询职业责任保险的创新力度,开发出有中国特色的适合中国国情的工程咨询职业责任保险品种。而这一条件的实现又受到我国工程咨询职业责任保险人力资源环境的制约。据《2010-2015 年中国责任保险产业运行动态及投资前景咨询报告》第四节 2009-2010 年中国责任保险人力资源环境分析得出的结论:我国责任保险已具备一定人才基础、精算师人才培养还需时间、责任保险法律专业人才供给仍不足、责任保险经营中风险管理人才缺乏。¹工程咨询职业责任保险作为责任保险之一也面临着这样的瓶颈。在上文中已经分析了工程咨询职业责任保险的开发、签订和履行都需要掌握建设工程整个合同体系的人才,这就相比其他公共责任保险、第三者强制险等保险品种需要更高的技术水平。所以,工程咨询职业责任保险的市场供给方保险公司应当加强人力资源方面的投资建设。建议保险公司与高等院校、科研院所加强合作,培养出针对中国工程咨询职业责任保险的精算师、法律人才。

(六) 着眼于合同体系约定工程咨询职业责任保险条款。在第三章第三节中论述了我国工程职业责任保险存在的逆向选择问题。我国的工程咨询职业责任保险存在的逆向选择问题与国际工程咨询职业责任保险还有些不同的是我国的保险人即保险公司的信息也不充分。在一般的逆向选择中,保险公司具有信息优势,而我国的保险公司因为在本文第三章第三节中论述的诸多原因,在工程职业责任保险的各方面的信息优势并不明显。例如,中国人民财产保险股份有限公司提供的《工程监理责任保险条款》中对于工程监理的职业责任保险范围只是简单的描述为:“被保险人在中华人民共和国境内开展保险业务时因未能履行委托监理合同中约定的监理义务或发出错误指令导致所监理的建设工程发生工程质量事故,而给客户造成经济损失,……”²对于委托监理合同中约定的监理义务的解释和如何判定监理人所发出的指令是错误指令都会在具体的保险赔偿时产生重要影响。尤其需要注意的是,在《FIDIC, 客户/咨询人服务协议范本》对于咨询工程师的义务的条款规定要求咨询工程师“认真地尽职和行使职权”。其中第二款要求当服务包括当客户与任何第三方签订的合同条款需要时,咨询工程师应当:“根据

¹ 2010-2015 年中国责任保险产业运行动态及投资前景咨询报告.中商情报网,
<http://www.askci.com/reports/2010-03/zherenbaoxian0303.html>

² 工程监理责任保险条款.中国人民财产保险股份有限公司网,
<http://www.piccnet.com.cn/cpk/minfoweb/index.htm> 2009 年备案

合同进行工作……；在业主和第三方之间公正地证明、决定或行使自己的处理权，如有此授权的话……；可变更任何第三方的义务，如有此授权的话……”这就意味着客户与承包商等第三方签订的合同对于咨询人也是具有约束力的。例如当咨询人违反客户了客户与承包商依据 FIDIC《土木工程施工合同条件》（新红皮书）签订的施工合同中关于咨询工程师的义务的规定时，承包商有权依据《施工合同》向项目建设单位索赔或者依据《施工合同》对某些损失免责由项目建设单位承担损失。客户承担的这些损失都可以依据《工程咨询合同》要求咨询人赔偿。所以说，FIDIC 合同体系是个相互联系紧密相关一环套一环的合同体系，各个合同之间不是相互独立的，尤其与作为其他合同的当事人的法律关系主体之间的权利与义务内容相互交叉。作为 FIDIC 合同体系中的一环，工程咨询职业责任保险合同也不可能独立，必须联系整个合同体系来审视自身的风险和保障条款。与之相应的是工程咨询合同的当事人也需要掌握工程职业责任保险合同的知识才能做到在工程咨询合同中约定的工程职业责任保险条款是其真实意思表示。与此同时，工程职业责任保险条款又与施工承包合同、贷款合同、招标合同、设备采购合同，甚至还有与工程检测机构签订的合同相关。工程咨询职业责任条款当事方只有在“已知”工程职业责任保险条款的客体—利益的完整和真实情况的前提下，才能作出真实的意思表示。

（七）约定客户支付义务并将保险费计入非报酬费用。

1、按照 FIDIC 咨询合同范本等国际惯例的规定，保险费应当由客户支付。由客户支付体现了工程职业责任保险条款的受益人是客户。如果对工程职业责任保险条款进行行政指导的话，应当最先针对项目法人，要求项目法人必须在工程咨询合同中约定而不是拒绝工程职业责任保险合同。我国试点地区已有的相关行政条例仅要求设计单位和监理单位作为单位整体投保职业责任保险，没有对项目法人提出要求，将工程职业责任保险单方面作为设计单位和监理单位的义务，客户可能会拒绝支付这项费用。现在我国的工程咨询市场是买方市场，工程咨询的项目取费本来就低，很多项目法人不以质量为标准选择咨询人而以最低价为标准采购咨询服务，保险费用无疑会增加咨询人的报价，作为工程职业责任保险合同的受益人的项目法人对工程职业责任保险的抵触会导致设计单位和监理单位等咨询人因为没有资金来源而丧失投保积极性。因此，投保人在保险内容上会尽量

压缩保险范围压低保险费，保险公司也丧失了承保工程职业责任保险的积极性。工程职业责任保险的“逆向选择”就被现实化了。如果对工程职业责任保险的“逆向选择”不作为，那么我国的工程职业责任保险不仅不能向前发展，强制性的投保要求也会因市场的抵制而越走越艰难，直至形同虚设。工程职业责任保险合同的发展源头动力是受益人，以创造利润的具体项目为计量单位来对具体的项目法人提出以该工程项目的咨询服务为标的的工程职业责任保险的投保要求也比较容易实现可规制性。

2、FIDIC 咨询合同范本规定工程职业责任保险费应当计入咨询人的费用而非报酬。费用与报酬的区别是发生争议进行调解、仲裁或者诉讼时，报酬可以依据服务质量范围进行调整，可以双方协商予以增减优惠不全额支付，而费用属于实际发生的，是咨询人支付给第三方的，此物质或服务是由第三方提供的，客户必须全额支付；报酬的给付期间的限制也比费用较宽松，对于费用的支付期限较之报酬更严格。客户支付保险费是工程咨询职业责任保险生效的前提条件，应该说，无论什么理由，客户未能及时、全额支付工程咨询人保险费，将使咨询人无法指示保险公司令保险单生效。这种拒付或不足额支付行为属于客户违反工程咨询合同义务的违约行为。即使咨询人提交的保险合同尚未达到合同要求，客户也不能在不通知咨询人的情况下单方面不支付或者不足额支付保险费用。

但是这并不能被解释为客户在工程职业责任保险条款的约束下是成为了无条件地接受咨询人所提交的工程职业责任保险合同的所有内容。工程职业责任保险条款将其列入费用支出项虽然强制性地要求客户全额和及时支付。同时也赋予了客户对工程职业责任保险的承保范围、费率等实质内容进行控制的权利。如果客户认为咨询人提交的工程职业责任保险合同不符合或者不完全符合其要求，客户可以要求咨询人另外提交一份双方协商满意的保险合同或者客户此后可以依据工程咨询合同以咨询人违约为由提请仲裁或者诉讼来维护客户自身利益。

（八）工程咨询职业责任保险不必列入强制险。工程咨询职业责任保险是否应当列入法律法规规定的强制保险范围内呢？FIDIC 是以 FIDIC 工程咨询合同范本这样具有示范作用的合同范本的形式加以推广和规范。在我国商业保险市场开发的早期也经历了市场参与者尤其是投保人的逆向选择期，当时我国商业保险的推进基本上是依赖于政府的硬性摊派。在国家宣传和保险从业人员的努力，尤

其是人们享受到保险带来的实惠后,保险总体业务取得了惊人的业绩。我国保险公司的保险费收入在 2009 年是 9784 亿元,较之 1980 年的 4.6 亿元人民币,29 年期间保费收入翻了 2000 多倍。¹现在工程咨询职业责任保险面临的是同样的逆向选择问题。以我国整个保险行业的历史来看,逆向选择绝对是暂时的。工程职业责任保险发展面临的阻碍在其他商业保险的产生、发展中都曾经面对过。工程咨询职业责任保险发展所需要的政治环境、法律环境和市场环境都在不断的改进和完善中。从法律自身的稳定性要求和工程咨询职业责任保险的自身发展趋势来看,没有以法律法规规定其为强制性保险的形式要求市场主体必须参保的必要。学习 FIDIC 合同范本的示范性引领方式,在《工程咨询合同(示范文本)》中以示范的形式进行推进,对于我国工程咨询职业责任保险的发展更具有现实合理性和可持续性。

结语

目前我国有关行政主管部门和相关行业协会发布的有关工程咨询合同的范本只是针对的某一阶段的工程咨询合同。虽然工程咨询是项目全过程的咨询服务的概念已经得到了业内的共识,但是至今没有有关行政主管部门和行业协会等有影响力的政府和社会组织发布针对广义的工程咨询概念的工程咨询合同范本。本文针对目前我国工程咨询相关合同的情况,以 FIDIC 工程咨询合同为视角,分析了我国工程咨询合同存在的合同当事人法律地位不平等、工程咨询人授权的限制性条款不完善、工程咨询职业责任保险条款需发展三个问题。这三个问题有的是困扰我国工程咨询领域多年的顽固型问题——合同当事人法律地位不平等问题,有的是以前的研究者没有注意的工程咨询合同存在的问题——工程咨询人授权的限制性条款不完善,有的是近年来方才开始研究的问题——职业责任保险条款需发展。在分析了这三个问题的表现和原因之后,本文参照 FIDIC 合同体系中的《FIDIC, CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT》等 FIDIC 合同文件探讨了解决这三个问题的对策建议。

关于合同当事人法律地位不平等,首先分析了存在问题的原因,之后针对这些障碍主要分析了目前我国的法律环境实现转换客户身份优势的可能性并相应地提出转换客户优越型身份的法律建议;之后针对我国工程咨询人弱势地位的原

¹ 黄和平.坚持正确用人导向培养优秀保险人才.南方论刊,2010年第4期: P72-75

因, 借鉴 FIDIC 合同文件的有益因素, 提出了从工程咨询合同示范文本、客户的协助义务的条款约束方面赋予咨询人平等地位以及消除委托合同性质对咨询人弱势地位的影响的措施; 还建议通过健全工程咨询行业信用体系、从法律和政策上提供制度性保障, 提高工程咨询行业收入, 鼓励工程咨询单位资本集中, 做大做强做优以增强咨询人在合同缔结和履行及其后纠纷争议阶段的实力来获得与客户在咨询合同中平等的法律地位。

关于工程咨询人授权的限制性条款, 首先分析了应当在我国工程咨询合同中约定此限制性条款的原因, 然后分析了 FIDIC 合同中的授权限制性条款, 最后结合我国的实际情况以 FIDIC 合同为模板, 提出了应当在工程咨询合同中约定咨询人可以将其部分权力授予其助理但是约定应当是书面要式授权和应当约定授权是附期限生效; 提出应当在工程咨询合同中明确约定助理的定义; 提出关于助理作出的对咨询人的权利义务产生实质性影响的决定仅在授权书中已经作出特别授权时才对咨询人产生法律约束力, 否则视为一般授权; 提出应当在工程咨询合同中约定助理的执业能力要求。

关于工程咨询职业责任保险条款的发展, 提出超越局限于工程咨询职业责任保险合同双方当事人的研究现状将客户的风险意识引入工程咨询职业责任保险的研究; 提出拆分投保人与受益人之间的内部联系以促进工程职业责任保险的投保积极性; 提出以项目具体服务人员做为被保险人的建议; 拓宽工程咨询保险类型, 使投保人有更大的选择余地; 推进保险人的人力资源发展加大工程咨询职业责任保险的创新; 从整个工程咨询合同体系来研究工程咨询职业责任保险; 提出了解决工程职业责任保险发张中的最大瓶颈——保险费的支付问题的措施建议; 还对近年来将工程职业保险列入强制险的呼声予以了回应, 分析说明了工程咨询职业责任保险不必纳入强制险。

文中列举了许多数据和案例来说明分析的问题, 希望能对相关问题起到释疑解惑的功效, 同时也希望能够引起相关组织的重视。希望本文能为我国工程咨询合同的完善提供一些借鉴。

参考文献

专（译）著：

- [1] 何佰洲,顾永才.FIDIC 合同条件与我国合同环境的适应性研究.北京:中国建筑工业出版社,2009
- [2] [德]Walter Kaiser, Wolfgang Konig. 工程师: 一种延续六千年的职业, (顾士渊, 译者). 北京:高等教育出版社,2008
- [3] 英国皇家特许建造学会编.建设项目监理实用规程, (李世蓉等, 译者).北京:中国建筑工业出版社,2001
- [4] 汪滨.工程咨询业探索与发展.长春:吉林大学出版社,2006
- [5] FIDIC,CLIENT/CONSULTANT MODEL SERVICES AGREEMENT. FIDIC Bookshop ,2004
- [6] FIDIC.Conditions of Contract for CONSTRUCTION FOR BUILDING AND ENGINEERING WORKS DESIGNED BY THE EMPLOYER.Switzerland: FIDIC Bookshop ,2004
- [7] FIDIC.Conditions of Contract for Plant and Design-Building. Switzerland : FIDIC Bookshop ,2004
- [8] FIDIC.Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects.Switzerland : FIDIC Bookshop ,2004
- [9] Simon A. Burtonshaw-Gunn.Essential Tools for Management Consulting: Tools, Models and Approaches for Clients and Consultants.America: JOHN WILEY & SONS INC, 2010
- [10] FIDIC.Short Form of Contract.Switzerland : FIDIC Bookshop ,2004
- [11] FIDIC.Conditions of Subcontract for Works of Civil Engineering Construction.
Switzerland : FIDIC Bookshop ,2004
- [12] Ellis Baker , Ben Mellors, Scott Chambers, Anthony Lavers. FIDIC Contracts: Law and Practice (Construction Practice) : Informa Law; New edition ,2009

连续出版物:

- [1] 李霏.工程造价咨询市场信用问题及完善对策.福建建筑, 2010 年, 第 3 期: P141
- [2] 张民安、龚赛红.专业人士所承担的过错侵权责任.法学评论.2002 年, 第 6 期: P146
- [3] 做工程技术的整合专家—美国优斯 (URS) 咨询公司侧记.李纬宾、李福和.施工企业管理, 2008 年, 10 月第 242 期: P116-119
- [4] 黄和平.坚持正确用人导向培养优秀保险人才.南方论刊, 2010 年, 第 4 期: P72-75
- [5] 周航, 胡昊.建设工程咨询行业信用评价指标体系应用研究.建筑经济, 2008 年, 第 9 期: P44-45
- [6] 田民, 成威.业主、监理、承包商三者之间的关系.沧州专科学校学报, 2002 年第 3 期: P74
- [7] 徐迎, 王在晖.浅析《建筑工程施工合同(示范文本)》对监理工程师权力的限制.建设监理, 2001 年, 第 6 期: P59-62
- [8] 陈明国, 刘祖国, 许立军.国际工程中如何处理承包商与监理(咨询)工程师的关系.安徽建筑, 2010 年, 第 5 期: P172-173
- [9] 高福平, 王连国.委托合同与受托行为.法学, 1999 年, 第 4 期: P38-42
- [10] 王霁红, 张国印, 王岚, 叶万和, 何帅领.FIDIC 条款在我国内地使用中的法律问题综述.建筑经济, 2003 年, 第 9 期: P34-35
- [11] 喻翔宇.中外建设监理制比较.国际经济合作, 1997 年, 第 1 期: P23-26
- [12] 朱奖怀, 林涛.最低价中标的法律分析.建筑经济, 2005 年, 第 2 期: P87-90
- [13] 阚鸿弟, 章丽.建筑业招投标当事人法律关系之瑕疵及其调整方式探析.建筑施工, 2003 年, 第 5 期: P416-418
- [14] 王冠男, 朱宏亮.工程建设监理的法律地位及其公正性初探.2003 年, 第 11 期: P47-50
- [15] 戴谋富.建筑师专家义务浅析.法学杂志, 2010 年, 第 9 期: P140-142
- [16] Hinchey, John W.Rethinking Conflict in Construction Project Delivery and Dispute Resolution.International Construction Law Review.2012, 第 1 期: P29

- [17] MCGOLDRICK TIM.Contracts - Shifting sand - the FIDIC dredging contract.Construction Law.2007 年,第 1 期: P14
- [18] BRYAN ROBERT.contracts - FIDIC MDB Harmonised Construction Contract.Construction Law.2006 年,第 7 期: P17
- [19] REILLY F TWEEDDALE A.FIDIC's New Suite of Contracts.CONSTRUCTION LAW JOURNAL.2000 年,第 3 期: P187-198 页
- [20] NIKIFOROV I.Using FIDIC Contracts in Eastern Europe.International Construction Law Review.2000 年第 17 期: P539-568 页
- [21] LINA CHEN.Role of engineer under FIDIC form contract.Journal of Professional Issues in Engineering Education & Practice.International Construction Law Review.1997 年第 2 期: P48
- [22] HOK GOTZ SEBASTIAN.Chinese Arbitration Requirements -- A Trap for FIDIC-ICC Arbitration?International Construction Law Review.2008 年第 2 期: P190-197
- [23] BROMAN HÅKAN;KEHLENBACH FRANK.EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects (FIDIC Gold Book).International Construction Law Review.2010 年第 1 期: P77
- [24] Jaeger, Axel-Volkmar.FIDIC Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects, First Edition 2008 — A New Approach .International Construction Law Review. 2010 年,第 1 期: P36
- [25] Chuen Fye.Is it the Correct Time for an ASEAN Standard Form of Building and Construction Contract.International Construction Law Review. 2010 年,第 4 期: P448
- [26] Mastrandrea, Franco.Apportionment in the Evaluation of Construction Delays. International Construction Law Review. 2011 年,第 2 期: P172
- [27] Steensma, Aidan.Implied Terms as to Prevention and Employer Delay in Construction Contracts.International Construction Law Review.2011,第 1 期: P66
- [28] Bautechnik.FIDIC White Book erstmals in deutscher Sprache .Bautechnik.2007 年,第 8 期: P603

网络资料:

- [1] 住房和城乡建设部办公厅.住房和城乡建设部办公厅关于2009年第三季度全国建筑市场不良行为信息上报情况的通报(建办市函[2009]913号).广东建设信息网,
<http://www.gdcic.net/gdcicIms/Front/Message/ViewMessage.aspx?MessageID=110037>
2009-11-02 上午 09:28:26
- [2] 老铁.监理工程师与包工头的金钱之盟.中国法院网,
<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=147584> 2005-01-21 13:34:37
- [3] soloji.百度百科, <http://baike.baidu.com/view/130865.htm> 2012-01-29
- [4] 工程监理责任保险条款.中国人民财产保险股份有限公司网,
<http://www.piccnet.com.cn/cpk/minfoweb/index.htm> 2009 年备案
- [5] 张蕾.西单工地坍塌事故案.中国法院网, <http://www.chinacourt.org/html/ajk/>
2006 年-04-18 19:54
- [7] 2010-2015 年中国责任保险产业运行动态及投资前景咨询报告.
中商情报网, <http://www.askci.com/reports/2010-03/zherenbaoxian0303.html>
- [8] 晨文.南京紫金山观景台引爆拆除 千万投资瞬息化为乌有.
搜狐新闻, <http://news.sohu.com/64/77/news147817764.shtml> 2002 年 2 月 2 日 05:11
- [9] 上海莲花河畔景苑事故.新浪新闻,
http://news.sina.com.cn/c/sd/2009-08-14/125818435826_2.shtml 2009 年 08 月 14 日 12:58
- [10] 温家宝:没政治体制改革 经济体制改革不可能进行到底.中国网,
http://www.china.com.cn/policy/txt/2012-03/14/content_24894426.htm

致谢

攻读国际法专业研究生使得我有机会接触一批德艺双馨的学者,他们为我这样一个先前仅具备建筑工程功底的学生打开了一扇崭新的窗户,沐浴了一股清新的风。

我写出此文,首先感谢我的导师刘华义先生,没有老师的悉心指导便无此文,没有老师的宽容大度,学生也难以从容写作。其次,要感谢法政学院的各位老师,他们为我释疑解惑,帮助我形成法学思维,增长科研能力。还要感谢各位同学,他们与我一起研讨,帮助我开拓了写作思路。

个人简历

1979 年 10 月 3 日出生于河北省唐山市。

2001 年本科毕业于河北理工学院，获建筑工程学士学位。

发表的学术论文

[1] 郑敏.《从反倾销法视角看行业协会发展》[J].《金卡工程·经济与法》.2011 年第 2 期:P197-198。

[2] 郑敏.《走出海事案件司法文书域外送达的困境》[J].《南腔北调法经论坛》.2011 年第 2 期:P204-205。