

国际工程中的情势变更索赔

杨权利 吕文学 代鹏飞

内容提要 本文分析了以法国、英国、德国为代表的国家司法界对情势变更原则的相关规定,并对比分析了我国的情势变更原则,认为我国情势变更原则的规定比较灵活。在发生情势变更时,选择何种索赔方式也是本文的分析重点,双方协商是最好的争端解决方法;若双方协商达不成一致意见,那么仲裁相对于诉讼将是较好的争端解决方式。

关键词 国际工程 情势变更 索赔

在国际工程中,可能会出现客观环境的明显改变导致合同一方或双方不能履约,此时可以依据合同或法律中的不可抗力条款豁免债务人违约或侵权的责任。但是对于有些环境的改变,如材料价格的暴涨、货币贬值、现场条件等,使得继续履约虽然仍有可能,但是对于遭受损失的一方而言继续履约显失公平,则这种情况属于“情势变更”范畴。如果合同规定此类风险应由承包商承担,此时承包商能否索赔成功主要依赖于项目所在国的法律法规是否有情势变更的规定,或司法界是否认可情势变更原则。

一、情势变更的概念

合同的基石是合同自由或自

制原则,这说明只要缔约双方遵守相应的法律规定,就可以签订他们需要的合同。而且合同一旦生效就必须遵守。但是合同有效成立后出现了不可预见、不可避免的客观情况,致使继续维持该合同之原有效力对受其影响的一方当事人显失公平,即原有的情势发生了改变,此时应该允许合同变更或终止,从而有利于维护司法公平公正的社会形象,防止不当得利。

目前,情势变更原则已被许多国家的法律所认可,我国司法界也于2009年以司法解释的形式对情势变更原则进行了规定。各国法律对情势变更原则的定义有所不同,但大体内容相似。

二、情势变更原则的比较

各国司法界对情势变更原则的规定不尽相同,因此在国际工程中能否适用以及如何适用情势变更原则,要看项目所在国的法

律规定。就情势变更的适用灵活度不同,可以将其分为三大类。其中以法国为代表的司法体系最不灵活,因为在发生情势变更时,它的民法典无论在什么情况下(不可抗力情况除外)都不允许变更或终止合同、免除合同履约、免除债务人的义务及责任;以英国为代表的司法体系较为灵活,它允许在发生情势变更时终止合同,该原则较法国的情势变更原则提供了较多的空间;以德国为代表的司法体系采取了最为灵活的方式,因为在发生情势变更时法院有权变更合同或终止合同。

(一)以法国为代表的情势变更处置原则

法国法院认为条约必须遵守,并且只有当发生不可预见、不可避免、不可控制的事件导致履约不能时,才能免除债务人继续履行合同的义务。而且法国法院不能依据公平原则、诚信原则和惯例法来变更合同或终止合同。



因此,债权人在任何情况下(不可抗力情况除外)都有权要求债务人继续履行合同,即使继续履约已经变的非常困难。

虽然法国民事法院一直奉行“条约必须遵守”,但法国的行政法院并没有遵从此指示,而是形成了自己独特的、比较灵活的法律体系,它允许使用情势变更原则。这可能是由于行政法院主要处理的是公共服务合同、特许权协议和其他合同,而这些合同与公众的利益息息相关。如果这样一个公共合同由于情势变更而受阻或被延误,那么可能会对相当数量公民的利益造成影响。因此在发生情势变更时,行政法院认为私人企业有权从政府获得补偿。然而,民事法院一般处理的是私人或私企之间的纠纷,因而法院拒绝使用情势变更原则,而是依据当事人的意愿和“条约必须遵守”原则来处理此类案件。

因此,法国的情势变更原则只适用于:(1)公共工程;(2)政府供给;(3)类似于水、电、煤气这样的特许权协议。

为了消除不能使用情势变更原则而带来的履约问题,法国法院鼓励合同双方将一些允许合同变更的条款纳入合同中。然而,订立合同时不可能预见所有风险,而且要求合同双方对合同条款进行调整可能会使双方陷入谈判僵局,产生巨额交易成本并浪费大量的谈判时间。因此法院的这种建议并不能很好地解决情势变更所带来的争端。

乌拉圭和墨西哥司法界同法国司法界一样,基本拒绝使用情

势变更原则。乌拉圭民法典的第1291条“依法成立的合同可以替代法律”实际上是法国民法典第1134条“条约必须遵守”规定的转换形式,因此没有可以采用情势变更原则的空间。墨西哥只有哈利斯科州和阿瓜斯卡连特斯州分别在其民法典中规定了情势变更条款,而其他的29个州并没有采用情势变更条款,其中主要原因是联邦特区民法典第1796条的严守契约条款也是基于法国民法典的第1134条“条约必须遵守”拟定的。但是,墨西哥最高法院在1980年10月解释了严守契约条款,认为“如果存在从根本上改变经济环境的不可预见事件时,可以变更合同条款”,但并没有对如何变更合同条款作具体的说明。

如果国际工程位于像法国或受法国法律影响的国家,承包商要对固定价格合同持非常谨慎的态度,在签订合同之前一定要对该国的市场环境和国际环境进行详细的调研。同时,关注合同中是否设立了情势变更的条款。必要时,可通过套期保值等方式来减少材料价格上涨等因素带来的风险。

(二)以英国为代表的情势变更处置原则

英国于1863年确立了情势变更原则,也称之为合同落空原则(Principle of frustration of contract)。早期的情势变更原则仅局限于合同标的物的物理消失,后来情势变更的范围扩展到了目的落空。虽然英国承认了合同落空条款,但是英国司法界对其应用持比较保守的态度。

尽管英国法院可以依据情势

变更原则解除合同双方的合同义务,但是他们通常不愿意大胆地应用此原则。另外,虽然法院有使用合同落空条款的权力,但它们通常没有变更合同条款的权力。因此,当出现情势变更时,合同通常终止而不是通过变更合同条款使合同继续履行。与法国一样,如此严格的法律体系鼓励合同双方在起草合同时尽可能地考虑到各种意外事件,并在合同中加入这些意外事件的调整条款。因此,它和法国法律一样不能很好地解决情势变更问题。

同英国司法界一样,巴拉圭和意大利司法界虽然规定了情势变更条款,但是只允许解除合同。巴拉圭在其民法典的第672条规定了情势变更原则:如果不可预见的特殊情况使得债务极其繁重,债务人可以要求终止合同。意大利于1942年在民法典的第1467条款中规定了情势变更原则:在持续性或周期性履约合同或延迟履约合同中,如果不可预见事件致使履约变得极其艰难,那么承担履约责任的一方可以要求解除合同。但是如果履约艰难是合同正常风险的一部分,则仍需按合同要求履约。

虽然国际工程合同中都有合同终止条款,比如FIDIC施工合同条件中第15和16款分别规定了业主和承包商有权终止合同的条件和程序,但这些条款并不适用于情势变更。真正适用于情势变更的是在合同中列入“不可预见的物质条件”条款,但即使如此,合同双方仍会存在对实际发生情形程度的不同理解。因此像

英国这样规定情势变更原则只能终止的情况有很大的局限性。

(三)以德国为代表的情势变更处置原则

在第一次世界大战之前,当发生情势变更时德国法院对变更合同持非常严肃的态度。第一次世界大战爆发之后,恶性通货膨胀促使德国法院不得不去寻找比较灵活的解决途径,尤其是货币的贬值使得合同履行变为不可能。但是并没有法律条款允许法院在发生情势变更时可以变更合同。于是德国法院试图通过大胆地使用不可能法律原则来解决情势变更问题,但是此类做法遭到了严厉批评。因此法院必须找到可以变更合同的理论基础,这样才能使人信服。

19世纪中期,Windscheid教授提出双方订立合同时基于以下假设:合同的法律效力只有在某些特定情境下才成立。基于该理论,Oertmann教授于第一次世界大战之后提出了合同基础崩溃理

论。根据该理论,合同一方对合同履行和相关情境的预期必须与另一方的预期相一致,或者一方的预期必须明确地告知另一方,这种双方对预期的相互理解被称作合同基础。如果合同订立时所依据的情境发生了本质变化,那么合同的基础崩溃,并且法院有权豁免合同一方继续履行的合同义务或通过变更合同条款使合同得以继续履行。Oertmann的合同基础理论很快被德国法院采用,因此德国的情势变更原则允许法院变更合同,如果变更合同仍不能解决问题则可以终止合同。

第一次世界大战之前,尽管瑞士没有明确的关于情势变更的规定,但在义务法的第373条规定允许立契约者提高他们的价格:“不能预见或合同双方订立合同时没有考虑的特殊情况阻止或过度地妨碍合同的实施时,法院可以通过自由裁量增加价格或解除合同。”目前,瑞士法院开始应用类似的条款,并且其法律效力

等同于瑞士一般法。

能够如此灵活应用情势变更原则的国家还有荷兰、希腊、俄罗斯、西班牙、葡萄牙、奥地利、立陶宛和北欧的一些国家。

在这些国家承包国际工程,虽然固定总价合同的风险很高,但灵活的情势变更原则可以使承包商因物价暴涨、汇率异动等产生不可预见的损失时,要求调整合同价格,有利于承包商的索赔。

(四)我国情势变更原则的特点

我国《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》的第26条对情势变更原则的规定为:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”此规定使用了“重大变化”措辞,完全取决于法庭的主观判断,执行的主观随意性大。

根据我国对情势变更原则的规定可知,法院既可以依据情势变更原则变更合同,也可以终止合同。而且对情势变更原则的应用持非常严谨的态度。在使用情势变更原则时,应严格区分不可抗力和商业风险;如果确实需要使用情势变更原则,那么案件需由高级人民法院审核,必要时高级人民法院应报请最高人民法院审核,从而保证情势变更原则不被滥用,维护司法公平公正的形象。总



○工程中难免会出现情势变更的情况,法律中的情势变更原则为此类问题处理提供了有力依据。 本刊资料

体上来看,我国对情势变更原则的规定与德国较为相似,譬如,两国法律均规定法院可以变更或终止合同;在使用情势变更原则时均需采取谨慎的态度,把“条约必须遵守”原则放在第一位;严格区分客观情境的变化是否达到了可以使用情势变更原则等。

三、情势变更下的索赔

承包商就情势变更向业主提出索赔时应努力通过协商解决。这样做的优点是:成本低、灵活性大、耗时较短。而仲裁或诉讼存在成本较高、处理周期长、双方对处理结果的控制能力弱等缺点,并且仲裁或诉讼的结果通常是两败俱伤,不利于维护双方的关系。而协商的结果则是双赢,有利于维护双方互利共赢的友好关系。因此,当由于外界条件的变化导致合同基础发生重大变更时,双方当事人应该依据公平、诚实、信用等原则进行协商,妥善解决争端。

但是现实中出现情势变更时,不少业主以固定价格合同、承包商自愿承担涨价风险为由拒绝调整合同价款;而且工程材料占工程造价的比例约为70%,一旦价格暴涨将导致成本的攀升,业主也不愿意支付如此高昂的材料上涨费,这样将不可避免地导致工程争端的升级。如果双方协商不成,则需通过仲裁或诉讼来解决。这两种争端解决方式各有千秋,但争端事项往往涉及技术上的认证,仲裁员往往具备工程承包的专业知识,因此仲裁相对于诉讼能够较好地解决工程争端。

从保密性方面来讲,业主和承包商一般不愿意将工程信息透漏给外界。在仲裁之前,仲裁员负有保密的义务,如《国际商会仲裁规则》附件一第6条保密条款规定:仲裁院的工作不公开进行,参与这些工作的任何人,不论其以何等身份参与,都必须尊重这一工作性质。而诉讼则不同,除涉及个人隐私和国家机密外,一般都必须公开审理。而工程争端一般不涉及个人隐私或国家机密问题,这明显不利于工程信息的保密。

在解决问题的灵活性上,仲裁明显具有更大的灵活性。仲裁员可以凭借行业惯例,本着公平、公正的原则处理问题。这说明即使项目所在国没有情势变更方面的法律规定,仲裁员也有可能从公平公正的角度使用情势变更原则。而法院的法官只能依据既定的法律进行审判,即便他认为合同是不公平的,因为法官只能依照法律办事而不能创造法律。

在对工程争端的了解程度上,仲裁员明显更加专业。业主和承包商可以自由选择经验丰富的仲裁员,仲裁员都有很强的专业背景,可以准确地理解工程争端所涉及的内容,更好地衡量双方的得失。而法律人员一般对工程业不太了解,不利于问题的解决。而且情势变更原则规定法院可以变更或终止合同,这对于法院的工作人员的专业知识提出了更高的要求。

仲裁还有很多其他方面的优点,而且诉讼具有的优点仲裁也几乎都具备,所以仲裁相对于诉讼来说是解决情势变更争端的一个非常好的途径。

工程中难免会出现材料价格异常波动、现场条件变化等情势变更情况,对于合同价格能否调整往往是承包商和业主之间争论的焦点,承包商提出情势变更索赔的主要依据是法律,其次才是合同和事实,而法律中的情势变更原则为处理此类问题提供了有力的依据。

(作者单位:杨权利、吕文学:天津大学管理与经济学部;代鹏飞,中国石油西部管道公司)

参考文献:

Aziz T Saliba LLM. Rebus sic stantibus: A Comparative Survey. Murdoch University Electronic Journal of Law, 2001(9).

曹守晔:“关于适用合同法若干问题的解释(二)”的理解与适用,《人民司法》。

Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis. The effect of change in circumstances on the performance of contract [J]. Jurisprudencija, 2009(4).

张水波、何伯森:《FIDIC 1999 年新版合同条件导读与解析》,北京,中国建筑工业出版社。

Huseyin Can Aksoy, Hans-Bernd Schafer. Economic impossibility in Turkish contract law from the perspective of law and economics [J]. Eur J Law Econ, 2010(7).

Catherine Kessedjian. Competing approaches to force majeure and hardship [J]. International Review of Law and Economics, 2005.

Sai-on Cheung and Henry C.H. Suen. A multi-attribute utility model for dispute resolution strategy selection [J]. Construction Management and Economics, 2002(3).