

法律知识学习园地



——当价格异常波动时能否对“一次性包死价”等固定价格合同进行调整的法律思考

2014年第10期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 兰腾 局（沪）法律事务部 主办



正文

近几年在建筑行业争论最激烈的热点问题之一，就是固定价格合同在市场价格异常波动情形下是否可以调整的问题。法官及仲裁员在审理建设工程仲裁案件过程中就经常遇到这样的问题：当事人双方签订的固定价格合同中没有约定风险范围，或者双方签订的是“一次性包死价”合同，当遇到人工费和/或材料费的价格异常波动时（主要是上涨），合同一方当事人（主要是承包人）请求按照涨价后的实际价格（采购价格或者信息价格）来调整合同价格的价差，这种请求能否支持？支持的法律依据是什么？这是一个十分敏感而又很现实的问题，在司法实践中也经常起激烈的争论。因为这方面合同纠纷所引起的诉讼和仲裁案件也越来越多，我们认为有必要就这个建筑行业的热点问题进行探讨和研究。

一、“一次性包死价”等固定价格合同与政府的有关规定

（一）“一次性包死价”等固定价格合同被普遍采用的社会原因

所谓固定价格合同（包括固定总价合同和固定单价合同），一般是指在约定风险范围内的合同价格固定不变，不再调整。

所谓“一次性包死价”合同，是固定价格合同的极端表现形式，其核心内容就是合同价格风险一次性包干锁定，无论市场上人工、材料、机具等价格发生什么异常变化，合同价格都不再调整。

自九十年代中后期以来，我国掀起过几次大规模的工程建设热潮，特别是近十几年来，随着我国基建规模的大幅度提高，建筑行业的人工费、材料费和机械费等价格也随着不断上涨，基本建设的工程成本也越来越高。发包方(主要是建设单位)为了转嫁因人工费、材料费等上涨所带来的建筑安装成本的压力和投资风险，纷纷采用固定价格合同进行发包，而且往往将合同的风险范围扩大到极致，要求承包人签订“合同价格一次性包死，不再调整”的合同。多年来，无论工程规模大小、工期长短，这种极端的“一次性包死价”承包模式在施工合同中都被广泛采用。对于工程规模庞大、施工工期跨年度的建设项目，当遇到材料价格、人工价格不断上涨时，这种“一次性包死价”合同的继续履行就会给承包人造成重大损失，因而发生合同纠纷的案例也就越来越多。

(二)地方政府主管部门关于合同价格风险范围和幅度调整的相关规定

近几年的建筑材料及人工价格的异常波动，也引起了各级政府的广泛关注，许多省市建设行政主管部门针对近几年建筑材料和人工价格的异常波动都采取了一些行政干预措施，发布了一系列的保护性调价文件。我们收集到了 25 个省、自治区、直辖市和计划单列市的建设行政主管部门发布的关于施工合同风险范围和幅度的调价文件。在这些文件中，对于施工合同约定采用固定价格，而且合同中对于人工、材料价格未明确风险范围和超出风险范围未明确调整办法的，都规定了价格调整的风险幅度和范围。其中，有些文件是建议合同当事人通过协商达成补充协议来调整合同价格，例如北京市 2008 年 9 月 2 日发布的京造定(2008)4 号《关于加强建设工程施工合同中人工、材料等市场价格风险防范与控制的指导意见》规定：“自本意见发布之日起，已签订工程施工合同但尚未结算的工程项目，合同中对合同价格调整办法和人工、材料、机械等市场价格变化风险范围和幅度等内容有明确约定的，按照合同约定执行；合同中没有约定或约定不明确的，发包人、承包人可以根据工程实际情况，参照本意见协商签订补充协议进行调整”；但也有有的文件作了硬性规定，例如重庆市建设委员会 2008 年 1 月发布的渝建发(2008)1 号《关于调整部分主要建筑安装材料价格的通知》规定：“凡本市行政区域内的在建工程项目，不论何种计价和承包方式，建设单位、施工单位均可根据 2007 年 9 月 1 日后的工程进度调整建筑安装材料价格”。

由此可见，对于建筑材料和人工价格异常波动情况，各地方政府主管部门都非常重视，并采取了相应的合同价格风险调控措施。

二、关于“一次性包死价”等固定价格合同是否可以调整的争论

当市场价格出现异常波动时，对于固定价格合同是否可以调整的问题，社会上有两种截然对立的观点。

赞同调价的观点认为：建筑材料价格、人工价格的异常波动，是一个有经验的承包人(施工企业)在投标时或者签订合同时不能预料的，属于“情势变更”情形；而且建筑物的所有者是发包人(建设单位)。所以，发包人以“一次性包死价”为由，要求承包人承担因材料费、人工费涨价的全部风险，是违反合同法的公平原则的。持这种观点的人主张，超过一定幅度的涨价风险应当由发包人承担，在价格异常波动时，承包人可以请求仲裁机构或者人民法院按照各地方建设行政主管部门发布的调价文件来调整因涨价造成的合同价格的价差。

反对调价的观点认为：当发生价格异常波动情形时，对“一次性包死价”合同进行调整没有法律依据。首先，合同订立的基本原则就是当事人意思自治，只要合同不违反法律、行政法规的强制性规定，就应当予以遵守和履行，而“一次性包死价”合同内容并不违反现行法律和行政法规的强制性规定，所以应当得到全面履行；其次，我国现行法律和行政法规还没有对“情势变更”做出明确规定，在合同订立后出现价格异常变动时，直接依据情势变更原则来对“一次性包死价”合同价格进行调整尚缺乏法律依据；再次，目前各个地方建设行政主管部门发布的关于调整合同价格风险范围和幅度的文件，尚不具备强制调整合同价格的法律效力。所以，强行对“一次性包死价”合同价格进行调整，违背了当事人订立合同的真实意思表示，也违反了合同法的诚实信用原则，必然会导致合同稳定性的丧失，引起市场的混乱，同时也缺乏法律依据。

我们支持第一种观点，即赞同在价格异常变动时，对“一次性包死价”合同进行调整。我们认为，合同订立应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用等原则，依法订立的合同应当保持其稳定性。但是，如果订立的固定价格合同中没有约定风险范围或者对超出风险范围没有约定调整办法，那么，当遇到价格异常波动时，在一定条件下(例如：没有超过除斥期间或者索赔期间、没有竣工或者没有结算完毕、没有明确放弃补偿价差权利等情形)，当事人一方就有权请求对没有约定风险范围或者超出风险范围的合同价格与实际价格(例如采购价、信息价)的差价进行调整，这既体现了合同法的公平原则和诚实信用原则，而且也有相应的法律依据。

三、在价格异常变动时，对“一次性包死价”等固定价格合同调整的事实依据和法律依据

我们认为，对“一次性包死价”合同进行调整，必须具备两个前提，即：调价的事实依据和法律依据。

(一)价格异常波动是“一次性包死价”合同调价的事实依据

对“一次性包死价”合同价格进行调整的事实依据，就是必须出现了价格异常波动的情形。

所谓价格异常波动,一般是指价格上涨或下跌超出了订立合同时人们正常可以预料的幅度和范围。价格异常波动的标准和认定,是决定“一次性包死价”合同价格是否可以调整的关键。

目前,全国统一性的建筑安装费用“价格异常波动”的评价标准和评价体系还没有建立起来,都是各省、自治区、直辖市或者计划单列市等地方政府建设行政主管部门根据当地建筑市场的人工、材料价格变化,各自发布的调价文件。

近些年来,各地建设行政主管部门针对施工合同约定采用固定价格,并且合同中对人工、材料价格未明确风险范围,以及超出风险范围未明确调整办法的,都规定了价格调整的风险幅度和范围。其中:北京、上海、河南、湖南、四川等大多数省市都是将价格变化幅度超过 $\pm 3\%$ 作为应当调整价格的起始点,例如北京市规定:“风险幅度建议在 $\pm 3\% \sim \pm 6\%$ 区间内考虑”;而江苏、吉林、云南等省则直接规定价格变化幅度超过 $\pm 10\%$ 的部分应当调整,例如吉林省规定:施工合同“其主要材料以工程中标价为基数,价差在 10% 以内(含 10%)的,由施工单位承担;超过 10% 以上部分的价差,由建设单位承担。”

从上述调价文件内容可以看出,各地方建设行政主管部门对于承包人应当承担的单项材料价格、人工价格的风险幅度和范围虽然规定不同,但是都规定了一个上限(最高的也没有超过 $\pm 10\%$)。换句话说,对于单项材料、人工等价格波动超过当地政府规定的风险幅度和范围以上的部分,都应当视为出现了价格异常波动的客观情形,都属于应当予以调整(补偿或者核减)的范围,即超出风险幅度的差价应当由建设单位承担或者享有。

(二)“情势变更”原则是调整“一次性包死价”合同的法律依据

虽然各地方建设行政主管部门发布了合同价格风险范围和幅度的调价文件,但这些文件并非地方性法规,不具有强制约束力,而且我国现行法律、行政法规中,也还没有关于价格异常波动情形下调整合同价格的具体规定。这些法律空档,是导致各地建设行政主管部门发布的合同价格风险范围和幅度的调价文件,在出现价格异常波动时很难实施的症结所在。

值得高兴的是,2009年5月13日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号)第二十六条对此情形做了规定。该条款规定:“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,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除”。该司法解释条款首次明确了“情势变更”原则的基本标准。从此,“情势变更”原则不再是停留在法学理论上的概念,而成为了具有可操作性的司

法规范。

根据“情势变更”司法解释的规定，在“一次性包死价”等固定价格合同成立以后，如果市场价格发生了当事人在订立合同时无法预见的重大变化，当这种重大变化既不属于不可抗力，也不属于商业风险时，而且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的话，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，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

(三) 运用情势变更原则处理“一次性包死价”等固定价格合同必须满足的先决条件

当然，在运用“情势变更”司法解释来处理“一次性包死价”等固定价格合同时，必须满足两个先决条件：第一，“一次性包死价”合同条款是否属于商业风险的范畴；第二，市场价格是否发生了不可预见的重大变化。

1. “一次性包死价”合同条款不属于商业风险的范畴

所谓商业风险，应当是当事人在订立合同时，根据自身的专业知识、交易习惯和经验等能够预见或者应当能够预见，并且自愿承担的合理义务或风险。2009年7月7日《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号)第三条规定：“人民法院要合理区分情势变更与商业风险。商业风险属于从事商业活动的固有风险，诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险……”。

那么，“一次性包死价”合同条款是否属于商业风险呢?显然不是!因为它将“供求关系变化、价格涨跌”等风险范围扩大到了极致和无限，这种情形并非是当事人一方在订立合同时能够预见到的实际变化和结果，而且也违背了合同法的自愿、公平、诚实信用的原则。由此可见，“一次性包死价”合同条款已经丧失了“等价有偿”的基本商业特征，这种合同条款当然不属于商业风险的范畴。

2. 各地方政府建设行政主管部门发布的调价文件规定的风险范围和幅度符合情势变更的情形

对于价格异常波动到什么程度才符合“情势变更”特征的问题，相关司法解释没有列出具体数值，但规定了一个判断“重大变化”、“情势变更”的原则。《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第三条中规定：“……人民法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上

的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的‘高风险高收益’范围等因素，并结合市场的具体情况，在个案中识别情势变更和商业风险”。

根据上述司法解释的规定，可以作为判断某种重大客观变化是否属于情势变更的要素有：是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的‘高风险高收益’范围等。

就此可以判断，各地建设行政主管部门发布调价文件规定的风险范围和幅度，完全符合司法解释规定的“重大变化”、“情势变更”的基本特征。因为建筑市场价格涨跌幅度和范围等都是当事人无法准确预见和控制的，各地方建设行政主管部门发布的调价文件规定的调价情形都是针对人们对建筑施工成本合理预期以外部分的风险调整，而且建筑施工活动本身又不属于通常的‘高风险高收益’范围。所以，各地方建设行政主管部门发布的调价文件规定的风险范围和幅度，当然可以作为认定建筑行业价格是否发生“重大变化”和“情势变更”的重要标准和依据。

例如：2008年9月2日北京市建委发布的《北京市关于加强建设工程施工合同中人工、材料等市场价格风险防范与控制的指导意见》（京造定〔2008〕4号）第二条规定：“在工程施工合同中严禁强行约定承包人承担全部风险。施工合同中仅明确有风险或类似语句，规定承包人应当承担风险，但没有具体约定范围和幅度的，视为其风险范围和幅度约定不明，应当按照以下办法执行并签订补充协议：（一）风险范围和幅度风险范围应包括：钢材、木材、水泥、预拌混凝土、钢筋混凝土预制构件、沥青混凝土、电线、电缆等对工程造价影响较大的主要材料以及人工和机械。风险幅度建议在±3%~±6%区间内考虑。……”

又如：2008年3月27日吉林省建设厅发布的《关于发布建设工程材料价格指导意见的通知》（吉建造〔2008〕8号）第一条规定：“施工合同约定采用固定价格的工程，且合同中对材料价格未明确风险范围和超出风险范围未明确调整办法的，其主要材料以工程中标价为基数，价差在10%以内(含10%)的，由施工单位承担；超过10%以上部分的价差，由建设单位承担”。

综上所述，各地建设行政主管部门发布的调价文件，完全符合司法解释关于“某种重大客观变化是否属于情势变更”的特征。当建筑市场上人工、材料等价格波动超过建筑行业调价文件认定的风险范围和幅度时，就应当认定发生了属于“情势变更”性质的价格异常波动的重大变化情形。由于“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”，所以当事人请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同的，人民法院和仲裁机构应当根据

公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

最近有一个司法动向值得引起大家高度重视：

2012年8月6日，北京市高级人民法院印发了《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（京高法发〔2012〕245号），其中在第12条“固定价格合同履行中，主要建筑材料价格发生重大变化，当事人要求对工程价款予以调整的，如何处理？”的解答中表述：“建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，在实际履行过程中，钢材、木材、水泥、混凝土等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险的范围，合同对建材价格变动风险负担有约定的，原则上依照其约定处理；没有约定或约定不明，该当事人要求调整工程款的，可在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持；具体数额可以委托鉴定机构参照施工地建设行政主管部门关于处理建材差价问题的意见予以确定。因一方当事人原因导致工期延误或建筑材料供应时间延误的，在此期间的建材差价部分工程款，由过错方予以承担”。显然，该《解答》的观点与最高法院司法解释关于“情势变更”的原则相符合，也是对我们观点的一种印证。

以上就是我对“一次性包死价”等固定价格可以依法调整的基本看法和法律依据。

四、几点建议

在法律和相关司法解释尚待完善的情况下，为了体现合同的公平性，减少合同纠纷，使当事人在出现价格异常波动时可以依照合同约定调整合同价款，直至解除合同，建议采取以下风险防范措施：

1. 合同当事人应当加强风险防范意识，严格行业自律。对于建设规模大、工期长的工程，尽量不要签订“一次性包死价”这种风险范围和幅度约定不明的合同。同时，当合同履行过程中出现价格异常波动且应当调价的情形后，承包人应当在规定的时间内通知发包人或者提出调价报告，以维护自己的合法利益。

2. 建议政府主管部门加强对招标投标文件及施工合同的审查监督，严格要求发、承包双方必须签订价格风险合理分担的合同，防止类似“一次性包死价”合同条款进入规模大、工期长的重大工程招标投标市场，对类似合同不予备案。

3. 建议行业协会充分发挥对会员单位的保护与约束作用，要求企业遵守法律、法规、和行业规定，制止企业之间恶性竞争；同时为会员单位提供必要的、专业的法律帮助。