

崔东红
著

建设工程 合同管理

难点 关键 实例

- 分别阐述了发包商、承包商和监理工程师在建设工程合同的招投标阶段、签订阶段及履行阶段管理的关键和难点
- 通过大量的实例、案例从工程管理和司法实务两方面说明了发包商、承包商和监理工程师在实践中遇到的难点问题应该怎样处理
- 特别讲述了承包商对工程款的结算如何管理，以及司法救济

DIFFICULTIES
EXAMPLES



中国电力出版社
www.cepp.com.cn



建设工程合同管理

难点·关键·实例

崔东红 著



中国电力出版社

www.cepp.com.cn

本书共分9章。第1章绪论,传递了本书的理念和价值观。第2章~第4章、第5章~第7章、第8、9章分别阐述了发包商、承包商和监理工程师在建设工程合同的招投标阶段、签订阶段及履行阶段管理的关键和难点,并通过大量的实例、案例从工程管理和司法实务两方面说明了发包商、承包商和监理工程师在实践中遇到的难点问题应该怎样处理,特别是关于承包商对工程款的结算如何管理与司法救济。

本书可供开发商、承包商和监理工程师学习和参考,也可作为工程管理及相关专业的本科生和研究生的教材与参考书。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同管理:难点·关键·实例/崔东红著. —北京:
中国电力出版社, 2010
ISBN 978-7-5123-0139-9

I. ①建… II. ①崔… III. ①建筑工程—经济合同—管理
IV. ①TU723.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第028662号

中国电力出版社出版发行

北京三里河路6号 100044 <http://www.cepp.com.cn>

责任编辑:未翠霞 电话:010-58383245 E-mail:wei_cuixia@cepp.com.cn

责任印制:陈焊彬 责任校对:罗凤贤

北京丰源印刷厂印刷·各地新华书店经售

2010年4月第1版·第1次印刷

1000mm×1400mm B5开本 16.75印张 325千字

定价:36.00元

敬告读者

本书封面贴有防伪标签,加热后中心图案消失

本书如有印装质量问题,我社发行部负责退换

版权专有 翻印必究

本社购书热线电话(010-88386685)

前言

作者是沈阳工业大学从事工程管理专业的教授，特别从事建设工程合同管理的教学有十年之久；同时，又是沈阳司达尔律师事务所的一名兼职律师，从事建设工程合同的咨询服务或法律服务也有十多年的历程，目睹了工程承包商们想要通过投标改变自己命运的梦想、工程发包商们一味地把风险推给承包商而适得其反的诸多案件；目睹了我国承包商走出国门的艰难索赔以及承包商面对黑白合同、无效合同的大喜大悲；目睹了刚进入合同管理的年轻工作者对建设工程合同管理的疑问和懵懵懂懂；我一直在想为他们做些什么。写一本通俗易懂的建设工程合同管理心得，帮助他们尽快进入合同管理状态；帮助第一线的建设工程的管理者——发包商、承包商、项目经理和监理工程师们，尽快掌握建设工程合同管理在不同阶段的管理关键和难点以及处理办法；帮助那些想要进入工程管理领域的年轻人，尽早了解工程合同管理的方方面面。

本书首先传递了一种理念或价值观——建设工程合同的各方共赢，才是合同履行的最大效率，是合同各方利益得以顺利实现的根本保证。合同的自动履行需要各方共同努力，建立诚信的收益远远超过其欺诈收益、欺诈的成本远远超过欺诈收益的机制。

本书的写作主旨正是提高合同履行效率，降低合同履行成本，达到合同各方当事人的共赢。写作思路是：从建设工程合同管理实务与法律实务的视角来阐述建设工程合同中的三方主要当事人（发包商、承包商、监理工程师）如何抓住建设工程合同管理的重点、关键和难点，才能提高合同履行的效率降低合同履行的成本，从而解决主要矛盾达到合同目的。全书避免深奥的理论阐述，深入浅出，结合建设工程合同管理的案例，阐述发包商、承包商和监理工程师在建设工程合同管理的全过程要注意和解决的主要问题，以期对发包商、承包商和监理工程师的合同管理实践有所裨益，对工程管理爱好者有所奉献，对学生们的思维尽早地进入建设工程合同管理状态有所启迪。

由于时间所迫，加之作者水平有限，书中错误及疏漏之处在所难免。恳请各位专家、读者批评指正。

崔东红

目 录

前言

第 1 章 绪论	1
1.1 本书写作的初衷与目的	1
1.2 本书遵循的理念与价值观	8
第 2 章 发包商招标文件的编制与责任规避	15
2.1 招标文件的质量是决定工程质量的关键	15
2.2 在招标文件中如何设计规避承包商道德风险的条款	24
2.3 发包商招标时要规避缔约过失责任	29
第 3 章 发包商合同的签订与道德风险约束	33
3.1 重点抓准对“三大条款”的推敲与签订	33
3.2 签订合同时注意排出不必要的风险	42
3.3 发包商签订勘察设计合同要注意的关键与难点	46
第 4 章 发包商合同的履行与索赔防范	51
4.1 发包商对工程合同变更的控制重点	51
4.2 发包商对工程的验收管理	59
4.3 工程款支付管理	66
4.4 发包商的索赔管理	72
第 5 章 承包商投标文件的编制与权益维护	81
5.1 如何运用投标决策方法与报价技巧	81
5.2 如何编制投标文件	85
5.3 投标文件的修改及回标分析	94
5.4 投标中承包商对自己利益的维护	98
第 6 章 承包商合同的体制与“陷阱”辨识	106
6.1 承包合同签订前对工程合同文本条款的审查	106
6.2 合同谈判及谈判技巧	114
6.3 承包商对合同主要条款的商定要注意的问题	120
第 7 章 承包商合同的履行与法定权利的使用	129
7.1 承包商对工程合同三大目标的控制	129
7.2 承包商对工程合同结算管理	139
7.3 承包商工程款结算的法律救济实务	145
7.4 承包商在合同履行中的权利	158

7.5 承包商的工程合同索赔管理	169
第8章 建设工程监理投标与合同签订	191
8.1 工程师在监理投标过程合同管理的关键与难点	191
8.2 监理工程师指令与工作时限	201
8.3 监理工程师的变更与索赔管理	205
第9章 监理工程师在施工合同中的四控制	222
9.1 监理工程师对施工合同中的质量目标控制	222
9.2 监理工程师对施工合同的进度控制	231
9.3 监理工程师对施工合同的投资控制	241
9.4 监理工程师对施工合同的安全控制	251
参考文献	259

绪论

工程合同管理有无尽的前沿,怎么把工程合同管理好,管出效率、管出效益、管出价值、管出永久的优质工程,这一直是发包商、承包商和监理工程师探索的永恒课题,追求的人生价值。每个完美的工程的合同管理过程,都是一个创造性思维驰骋的过程。没有扎实的建设工程专业、建设工程合同的法律知识、没有一个娴熟的对中外合同条件的掌握,没有一个“己所不欲勿施于人”、“人所不欲勿施于我”的境界,没有一个敏捷的创新思维无论如何是管不出一个优质工程的。

1.1 本书写作的初衷与目的

我想通过下面的案例来说明写这本书的初衷。

1.1.1 如何通过投标改变命运

【案例 1-1】

知己知彼投标取胜

某市地铁车站“上盖兴建权”投标案例。地铁车站上盖可以建成地铁全线盈利最丰厚的物业,因此地产商无不对其渴望至极。身为“A实业”有限公司董事长李胜也为之心动。在人们眼里,当时的“A实业”有限公司只是一间在偏僻的市区和荒凉的乡村山地买地盖房的地产公司。在寸土寸金、摩天大厦林立的市中心,“A实业”有限公司无立锥之地。李胜觉得是到了改变形象的时候了——进军市中心。

“A实业”有限公司竞投的最大竞争对手就是“B置地”有限公司(简称B置地)。李胜估计,参加竞投的将会有“B置地”、“太古”、“建筑商”和“华资地产”等开发商。华资地产实力稍逊。其中,尤以“B置地”的夺标呼声最高。“A实业”参与竞投,就必须把“B置地”作为首要竞争对手,与之竞争。

市中心,是“B置地”的“老巢”,拥有10多座摩天大厦,什么“置地广场”、“置地物业”等街道名称,它们在时刻提醒公众“B置地”在中区的地位。公众和传媒,早把竞标地当成“B置地”的产业了。“A实业”参与投标,就等于到“B置地”这只坐山虎口中夺食。“B置地”还未公开声称参与竞投,就有报纸唱起“B置地”“志在必得”的高调。谁与“B置地”竞争,无疑是“以卵击石”。

但是李胜想,“志在必得”的“B置地”,会不会“大意失荆州”呢?“B置地”

一贯坐大，也习惯了坐大，过于自负，未必就会冷静地研究合作方，并“屈尊”去迎合合作方。正是这一般人不易洞察的“B置地”薄弱之处，被李胜发现了。

那么，地铁公司招标的真正意向是什么？李胜通过各种渠道得知，地铁公司为购得这块地皮，曾与市政府多次商谈。地铁公司的意向是用部分现金、部分地铁股票支付购地款，而市政府坚持要全部用现金支付。地铁公司与市政府在购地支付问题上产生分歧，说明地铁公司现金严重匮乏。地铁公司以高息贷款支付地皮，现在急需现金回流以偿还贷款，并指望获得更大的盈利。因此李胜首先明确这一点，竞投车站上盖发展权，必须以现金支付为条件。

李胜在投标文件上，“克敌”之法是：首先，满足地铁公司急需现金的需求，由“A实业”一方提供现金做建筑费；其次，商厦建成后全部出售，利益由地铁公司与“A实业”分享，并打破对半开的惯例，地铁公司占51%， “A实业”占49%。这对“A实业”来说，是一笔沉重的现金负担。李决定破釜沉舟，在准备充分的前提下，作一次冒险。这时李胜可调动的现金约4亿元。

地铁公司正式宣布：地铁上盖兴建权公开招标。据报界披露，来竞标的是“B置地”、“A实业”、“C地产”、“D建筑”、“E财团”、“F公司”、“G集团”等。舆论界凭其惯性，一致看好“B置地”，“B置地”优势昭然，中标呼声最高。但“A实业”竟一举中标。

各报章均围绕“‘A实业’击败‘B置地’”报道中标结果。《工商日报》称：“时值约2.4亿元，为30个大财团争相竞投的中区地王地皮，卒为‘A实业’投得。”

据地铁公司透露，“A实业”中标的主要原因是其所提交的建议书内列举条件的异常优厚而吸引人，因此能脱颖而出，独得与地铁公司经营该地的发展权。

“A实业”投标的成功再一次印证了古语所云：“知己知彼，百战不殆。”项目投标决策就是知彼知己的研究。这个“己”就是影响投标决策的主观因素，“彼”就是影响投标决策的客观因素。主观因素是不被“B置地”的强大所吓倒，认真分析自己的优势。客观因素：一是发包商的急需——现金流；二是对手的软肋——坐大、自负，未必会冷静地研究发包商的需求，并“屈尊”去迎合这一需求。这就是投标过程中承包商需要掌握的重点和难点。

遗憾的是，我们很多承包商抓不住这个重点因此屡屡失标。很多承包商在投标时根本不专研发包商的评标标准和发包商的意图及发包商需求，更不去研究竞争对手的情况，仅凭以往的经验制作投标文件结果屡投屡败，不知道何为信息管理。

1.1.2 如何在建设工程合同管理中取胜

【案例1-2】

两败俱伤的合同

某中外合资项目，合同标的为一商住楼的施工工程。合同工期为700d。合同

中的价格条款为：“本工程合同价格为人民币 4000 万元。此价格固定不变，不受市场上材料、设备、劳动力和运输价格的波动及政策性调整影响而改变。因设计变更导致价格增减另外计算”。

在招标文件中，发包商提供的图纸虽号称“施工图”，但实际很粗略，没有配筋图。在承包商报价时，国家对钢材最高市场限价，约 1800 元/t。承包商则按此限价投标报价。工程开始后一切顺利，但基础完成后，国家取消钢材限价，实行开放的市场价格，市场钢材价格在很短的时间内上涨至 4000 元/t 以上。另外由于设计图纸过粗，后来设计虽未变更，但却增加了许多承包商未考虑到的工作量和新的分项工程。其中最大的是钢筋。承包商报价时因没有配筋图，仅按通常商住楼的每平方米建筑面积钢筋用量估算，而最后实际使用量比报价所用的钢筋工程量多出 600t 以上。按照合同条款，这些都应由承包商承担。

开工后约 101d，承包商再作核算，预计到工程结束承包商至少亏本 2010 万元。承包商与发包商商议，希望发包商照顾到市场情况和承包商的实际困难，给予承包商以实际价差补偿，因为这个风险已大大超过承包商的承受能力。承包商已不期望从本工程获得任何利润，只要求保本。但发包商予以否决，要求承包商按原价格全面履行合同责任。承包商无奈，放弃了前期工程及基础工程的投入，撕毁合同，从工程中撤出人马，蒙受了很大的损失。而发包商不得不请另外一个承包商进场继续施工，结果也蒙受很大损失：不仅工期延长，而且最后花费要比答应前一个承包商的请求多出很多。因为另一个承包商进场完成一个半拉子工程，只能采用议标的形式，价格比较高。（资料来源：辽宁司达尔律师事务所）

在这个工程中，几个重大风险因素集中到一起：工程量大、工期长、设计文件不详细、市场价格波动大、采用固定总价合同。最终不仅打倒了承包商，而且发包商自己也把自己给打倒了。

这是典型的发包商霸道，欺压承包商与之所签订的风险分配极不合理的施工合同案例，遗憾的是发包商不懂得“双赢”对己对人都有利的商业伦理，只想自己获利，最后没有获利。

这一案例说明发包商“己所不欲勿施于人”，否则会把自己给算计了。这里的道理就是纳什均衡原理。以后进一步阐述。

【案例 1-3】

承包商索赔净收益小于预期收益

在国际某水电工程中，工程施工期不到 3 年，原合同价 2500 万美元。由于种种原因，在合同实施中承包商提出许多索赔，总值达 2000 万美元。监理工程师作出处理决定，认为总计补偿 1200 万美元比较合理。发包商愿意接受监理工程师的

决定。但承包商不肯接受，要求补偿 1800 万美元。由于双方达不成协议，承包商向国际商会提出仲裁要求。双方各聘请一名仲裁员，由他们指定首席仲裁员。本案仲裁前后经历近 3 年时间，相当于整个建设期，光仲裁费花去近 500 万美元。最终裁决为：发包商给予承包商 1200 万美元的补偿，即维持监理工程师的决定。经过国际仲裁，双方都受到很大损失。如果双方各作让步，通过协商，友好解决争执，则不仅花费少，而且麻烦少。（资料来源：辽宁司达尔律师事务所）

这是一起承包商不会权衡和解与仲裁成本的案例，有时候发包商提出的一些和解主张，特别是在国际工程中涉及国际仲裁的合同，看上去距离自己的索赔要求相差很远，但承包商一定冷静分析发包商所开出的条件，并且要反复从成本收益的角度权衡是采取仲裁还是答应发包商的和解要求？在国际仲裁中，不仅要求承包商提供的索赔证据符合合同条款而且还要求索赔文件不能超过时限，按照承包商的意愿取胜的案例很少。因为出于保护发包商利益的目的，在 1999FIDIC 红皮书合同条件第 3.5. 款（咨询工程师的决定）中规定，在进行国际仲裁诉讼而尚未得到最终仲裁判决期间，承包商和发包商应遵照执行工程师的指令。工程师是偏向发包商的，尽管 FIDIC 合同条件强调工程师的公正性，但他的薪水是发包商提供的，是替发包商监督管理工程，属于发包商的管家，这时承包商将处于相当不利的地位。由于仲裁是一个复杂和漫长的法律过程，未知的影响因素很多，而且仲裁员的选定是一次性的，关系到官司的成败，同时需要花费高昂的费用，如果真正走到这一步，则发包商和承包商双方都要冒很大的风险，这在以后的章节里会进一步分析。

【案例 1-4】

承包商手握“支付证明书”追讨工程款获胜

2000 年 2 月，某投资公司（发包商）要建商贸中心工程向社会招标，某大型国际建筑公司（承包商）中标。该公司在投标书中声明：我们的投标报价书及其中标后的合同均是有条件的，这就是发包商有能力在支付工程款方面有令人满意的证明。

该公司以 6100 万美元的报价中标，于 2000 年 7 月开始筹备施工。但并没有急于签订施工合同，这时他仍然没有拿到发包商支付能力的满意证明。该公司派专人一直催要这一证明，因为这一要求在投标书中写的很明确。

2000 年 9 月 8 日，银行经理终于发出了支付证明书，信中说：“我们已同意向投资公司提供足够中期付款的资金，用以支付该中心工程的施工进度款……我们担保该投资公司有能力支付商贸中心工程的所有工程款”。

2000 年 9 月 15 日建筑公司与投资公司正式签订施工合同。工程建设顺利展开。2002 年 8 月工程基本建成。按照合同规定，竣工期为 2001 年 12 月 31 日。工期延误的主要原因，是由于发包商对施工技术规范进行多次修改，使工程造价增

加及工期延长。

但是,在施工后期,建筑公司已发现发包商的支付难以保证,形成拖期欠款。这时,发包商从银行得到的贷款 841.3 万美元已经用尽,银行不同意再增加贷款额度。

发包商为了寻找不付款的理由,便以工期延误 8 个月以及施工质量不好为借口,指责承包商违约。

从 2002 年 7 月开始,承包商得不到已经由咨询(监理)工程师审核签字的工程款,便按照留置权法扣押发包商价值 1 057 941 美元的工程,这相当于他受到的经济损失(未付工程款) 897 941 美元,另加上应得到的计划利润 16 万美元。

2003 年 8 月,银行要求发包商还贷款,得知无望,遂按照抵押贷款合同的规定将商贸中心工程拍卖,得款 1100 万美元。

在这项工程建设的合同争端中,同时展开了两项法律诉讼。一个是承包商状告发包商和贷款银行,要求按留置权法取得补偿;另一个是承包商状告贷款银行,要求维护其合同权利。

承包商对发包商的诉讼,是为了取得施工后期的工程款,并在发包商无力支付的情况下,通过法律的保护,取得了工程价值的留置权 1 427 487 美元。

承包商对贷款银行的诉讼,主要集中在以下两个方面:

(1) 银行依法将商贸中心工程拍卖后,将拍卖所得款 1100 万美元首先用来归还贷款及其利息,所剩无几,使承包商承受的损失无法得到补偿。承包商的申诉得到了法官的支持,将银行的利息 12% 降为留置权法规定的利息 5%,这样减下来的款额,使承包商应得的补偿落到了实处。

(2) 银行在 2000 年 9 月 8 日致承包商的信中,保证发包商有“足够的资金”,可以支付工程款使整个工程建成。但事实上,工程后期资金落空,以致建成的工程被拍卖偿还贷款。因此,银行对投资公司的资信证明是伪证,是属于“过失曲解”性的错误,应对此错误给承包商造成的损失负补偿责任。法官对银行的过失曲解错误判定银行向承包商赔偿损失费 897 941 美元,另加承包商的计划利润 16 万美元,共计赔偿 1 057 941 美元。加上拖期支付的利息,实际赔偿 1 138 151 美元。

贷款银行对上述判决不服,向上诉法院要求重审。上诉法院对其申诉进行了研究,认为原审法院的判决无误,决定维持原判,驳回贷款银行的申诉。

这类案件启示我们承包商怎样在投标前、开工前、施工期间、工程完工以及提起诉讼中维护自己的合法权益。在后面的章节里将详细阐述。

【案例 1-5】

黑白合同断送承包商的利润

2005 年 7 月 15 日,蓝天房地产公司(以下简称甲)与某建筑工程公司(以下

简称乙)签订《建设工程补充协议一》:甲将“流星花园”工程发包给乙承建。并约定:

(1)施工工期为一年(竣工时间为2006年7月31日);工程质量约定为优良;合同价款8000万元人民币。

(2)甲将部分工程如门窗、外墙装饰等另行分包,甲负责协调乙与分包单位的关系。凡进行分包的工程,乙不得取费,可据实收取分包方一定的配合费。

(3)甲方负责工程所用钢材、水泥、外墙面砖、地砖等材料的供应,并负责提供材质合格证明,水电材料由乙方自理。工程价款收费标准按三级取费(乙方为二级施工、装饰资质)。

(4)在工程进度款支付方面,乙方进场施工,完成施工预算总造价的15%~20%工程量后,甲方按当月实际施工产值的70%拨付工程进度款。工程进度款的30%由甲方用“流星花园”在建商品房冲抵。

(5)乙方在合同规定的施工期内完工,否则,每逾期1d,乙方应承担工程总价款的0.3%,如有违约,违约方应承担工程总造价10%的违约金。

2000年8月17日,在甲方组织的工程施工招标中,乙方顺利中标。此后,乙方随即垫资进场开始施工。

2000年8月21日,甲乙就流星花园工程签订了《建设工程施工合同》。合同约定:开工时间2000年8月31日,竣工时间2002年1月31日,质量等级优良。在工期条款中还约定,工程逾期竣工,每延误1d,按工程造价的0.02%罚款;若工期提前,则每提前1d奖励工程造价的0.02%款项。合同价款暂定8000万元,在合同生效后一周内按工程总价的30%拨付工程预付款,甲方不供应建筑材料,不分包,违约金10万元等。该合同经市建筑工程合同管理办公室鉴证备案。双方约定该合同为办理报批、报监等用,真正履行的是《补充协议》。

2001年6月5日,甲乙双方流星花园工程签订《补充协议二》。协议约定总工期延长1个月,即8月底竣工并投入使用。对工程进度作出约定:凡由甲方供应的材料(水泥除外),乙方应提前15d提出材料需用计划。水泥的需用量分阶段提出日需用量,每5d为一阶段,提前5d报计划,甲方根据施工单位的需用计划,保证材料的供应。

2001年10月15日,双方签订《补充协议三》。乙方向甲方承诺确保11月30日完工,若乙方未能完工,除将承担原合同规定的延误工期条款中的罚款外,另外承担100万元人民币的罚款。

该工程施工进度不理想,经签订《补充协议二》、《补充协议三》,两次延长工期后,工程仍然没有按期交工。较《补充协议三》规定的最后期限延误24d。工程验收合格,这时有关部门取消了工程评级,故没有工程优良之说。

工程款拖了近一年未能认真地对账核算。2002年11月8日,乙方向甲方发函,要求甲方立即支付工程欠款509万元。甲方于2002年12月11日复函,对乙

方要求的付款金额提出异议，称大约仅欠乙方工程尾款 25 万元，并向乙方主张工期违约金和质量违约金。因乙方认为不应该承担工期和质量违约金，双方无法达成一致意见。乙方转而寻求司法解决途径，乙鉴于最高人民法院关于《合同法》第 286 条的司法解释确定的已竣工工程行使工程款优先受偿权的期限于 2002 年 12 月 26 日届满，乙方赶在 2002 年 12 月 26 日向市中级人民法院提起诉讼，要求甲方支付工程款及损失共计 609 万元。甲方于 2003 年 2 月 24 日向法院提起反诉，要求乙方承担工期违约金、质量违约金共计 950 万元。

法庭审理中证据交换进行了三次，审理中涉及对双方大量往来函件的质证、认证问题。经过较长时间的审理，市中级人民法院于 2003 年 9 月作出一审判决，认定四份合同性质的法律文件合法有效，认定合同中互相冲突的部分以时间在后者为准，判决甲方支付乙方工程尾款 272 万余元；判决乙方对工期延误和质量未达优良标准承担违约责任，乙方向甲方支付违约金 177.6 万余元（其中工期违约金酌情确定为 157.6 万余元，质量违约金按合同变更原则认定为 20 万元）。甲乙双方均不服一审判决，均向省高级人民法院提出上诉。省高院于 2003 年 12 月作出终审判决，终审判决维持了一审法院的前述判决，另判决甲方向乙方支付材料违约金 28 万元。

这一工程合同纠纷案件明显是承包商吃亏的案件。承包商工程垫资施工，降级收费，甲方大量分包（实质上是肢解发包），甲方自行采购建材，施工单位的利润空间本来就很小，再赔进去 177.6 万工期、质量违约金，在这个工程上，就只有亏损了。

其实这是一个典型的黑白合同案件。承包商与发包商签订的工程施工合同是白合同，签订的三个协议属于黑合同。如果承包商不得不签订这样的合同时要注意什么？如果提起诉讼应该主张什么？这对承包商是否盈利至关重要，对黑白合同的处理在司法实践中争议颇多主要集中在工程款的结算依据上。这个案例换一个办法，承包商的结果就不会这样。

综上五个案例基本道出了合同管理的关键。案例 1-1 说明怎样投标能改变自己的地位，这是每个承包商梦寐以求的，案例 1-2 说明很多发包商以为现在是发包商市场，一味地把风险都推给承包商，觉得这样自己就万无一失了，就坐等收获了，事实恰恰相反。案例 1-3 说明国际工程承包商索赔的艰难与技巧值得我们研究，案例 1-4 承包商胜诉的合同来源于平常周密的合同管理，承包商知道重点抓什么？案例 1-5 是一个典型的黑白合同案例，这一案例折射出发包商的狡猾和承包商的软弱和缺乏机智。承包商在合同管理中存在很多硬伤，在签订补充协议时不知道在工期上抓住主动权，在施工管理中也不知道怎样控制工期，在诉讼阶段不敢主张黑合同无效，结果招致如此损失。

总之，写这本书的目的就是希望帮助在第一线的建设工程的管理者，建设工

程管理专业的学习者了解建设工程合同管理在不同阶段的重点和难点工作,或者使那些即将想要进入工程管理领域的年轻人通过本书的阅读尽早了解工程合同管理的是是非非。

1.2 本书遵循的理念与价值观

人类社会就是要处理社会成员之间分享合作产生的利益,分担合作所需要承担的义务。在分享利益和分担义务中就要产生冲突,面对冲突只有按所有各方都同意的原则来处理才算恰当。而“双赢”的契约意识是市场经济条件下不可或缺的伦理精神。我们追求的是合同履行的效率,何为合同履行的效率,谈到效率就离不开收益和速度,就是说在合同履行中没有障碍或障碍很小很容易排除,无论是从合同双方的个体角度还是从社会角度,合同履行中交易成本很小,在时间和资源上没有浪费,才能达到合同的预期目标。怎样才有合同履行的效率呢?只有双赢的合同才有合同履行的效率。我们先讨论合同履行的效率障碍,然后讨论双赢的合同。

1.2.1 建设工程合同履行的效率障碍

建设工程合同是建设工程活动中发包商与承包商之间交易的权利义务凭证,工程建设活动中,招投标、分包、转包、工程价款、工期、质量等纠纷造成合同履行障碍。无论是在工程合同制度健全的国家还是制度不健全的国家几乎每一工程合同的履行都伴随着“纠纷”、“仲裁”和“诉讼”。工程款拖欠、工程质量保修、工程安全事故、工期延误等合同争议从来没间断过,而且愈演愈烈。工程建设企业没有工程合同在手就是“等死”,有了合同又好像掉进合同“陷阱”……

合同确定了建设工程项目的质量、工期及价格目标,工程项目的建设过程实质上是一系列工程合同的签订和履行过程,既然在工程建设活动中,合同是必须的,那么现有工程合同为何纠纷层出不穷?为何公共规制屡试不灵?问题究竟在何处?如何识别这些问题,又如何解决这些问题?让我们从根本上查找一下建设工程合同履行的障碍在哪?

1. 不正当竞标埋下合同履行的障碍祸根

为何会有不正当竞标呢?这是因为建设工程市场是发包商的市场,承包商竞争激烈,承包商拿不到工程就不能生存。一些黑心的发包商抓住了承包商急于拿到工程的心里,寻找能接受他的苛刻条件的承包商。在招投标前就与之签订合同(黑合同——之所以称作黑合同是因为违反招投标法或违反与建设工程相关的法规)(如案例1-5)。然后让这个承包商自己找一些承包商在招投标时当陪标,然后让这个承包商中标。如果承包商这样做了,也就给自己将来的合同亏损埋下了祸根。

还有的承包商在投标时为了拿到工程,低于成本报价,寄希望于不确定的索

赔、工程量变更、价格调整来创收。那么承包商从开始就给自己埋下了亏本的隐患。“低报价拿标，高索赔赚钱”，谈何容易？发包商也很精明。特别是国际工程索赔，高昂的仲裁费、旷日持久地等待、发包商的反索赔，即便赢得了索赔，却赢不了工程的收益。这再一次说明合同效率的获得依赖于合同能否给发包商和承包商带来自动履行的激励与约束，这首先要要求缔约人意思表示要自由、真实。上述两种不健康的竞标方式，双方达成的协议均不是意思表示的自由和真实，因此合同的履行不会有效率。

2. 逆向选择和道德风险埋下合同履行的障碍隐患

何为逆向选择呢？完整的说法是隐藏信息的逆向选择。要挑选出好东西，结果没挑选出好的东西，却挑选出坏的东西。为什么会是这样的？这是信息不对称产生的。什么是信息不对称呢？就是把信息隐藏起来，例如，承包商掌握自己的信息比发包商掌握的多或者发包商掌握自己的信息比承包商掌握的多。本来那么多的承包商可供发包商选择，可是选来选去，却选出一个被证明不称职的承包商而称职的承包商没被选上？这是为什么？发包商编制各种评标标准就是为了选出既称职又报价低的承包商，可是为何事与愿违呢？原因是承包商隐藏了信息。例如，承包商在投标过程中，假借其他承包商资质、编制虚假施工组织设计、以及拼凑施工设备等条件中标，与不知情发包商签订合同，自然就出现建设工程承包过程中的逆向选择问题。

从承包商的角度看，在招标市场上，承包商通过咨询调研觉得发包商可信，就参加投标并中标。可是他并不知道他与之签合同的发包商没有办理建设工程规划许可证、建设工程用地规划许可证、施工许可证、建设资金未落实等。发包商隐瞒实情与不知情的承包商签订合同，那么就会出现建设工程发包工程中的逆向选择问题。就是说发包商所选择的中标人并非是最优承包商，那么发包商与非最优承包商签订的合同或者说承包商与之签合同的不是最优的发包商，在合同履行前就已经偏离了合同履行效率的轨道。如果这种逆向选择是双边的，情况就更糟糕。即恰巧合同双方都隐瞒真实信息，发包商对承包商的财力、经验、诚信、技术水平等信息的掌握要比承包商少，同时承包商对发包商的工程款支付能力、诚信、设计精细程度等信息掌握比发包商少，那么这种不对等的信息只能产生双方的误解、欺诈、显失公平等合同履行障碍，导致重新谈判使时间拖延、成本提高。

何为道德风险呢？其全称是隐蔽行动的道德风险。合同订立后，发包商和承包商行为信息不对称，监管部门对发包商和承包商的行为信息也不对称。监管部门无法观察到发包商和承包商行为，发包商和承包商也无法观察到对方的行为从而使得一方可能做出有损对方合同利益的行为，这就是道德风险。合同签订后，发包商的肢解发包、违法分包、延期支付工程款等行为；以及承包商的违法分包、转包、偷工减料、以次充好等行为。在合同履行过程中，发包商或承包商对对方道德风险的监督与再谈判成本较高，是一种合同履行中效率的损失。其中，一个

白，原本对双方都有利的策略（抵赖）的结局（被判1年刑）就不会出现。这样两人都选择坦白的策略以及因此被判8年的结局被称为“纳什均衡”。（因为纳什发现了这种均衡用其名命名），也叫非合作均衡。因为，每一方在选择策略时都没有“共谋”（串供），他们只是选择对自己最有利的策略，而不考虑社会福利或任何其他对手的利益。也就是说，这种策略组合由所有局中人（也称当事人或参与者）的最佳策略组合构成。没有人会主动改变自己的策略以便使自己获得更大利益。

我们把上述囚徒换成工程合同中的承包商与发包商。假设他们也有两种可选择的策略——诚信或欺诈。如果两者均选择诚信，各获得的收益为 5，若有一方选择欺诈而另一方选择诚信，诚信者因被欺诈而损失的收益为 -4，欺诈者获得的收益为 8。如果双方均选择欺诈，双方各付出的代价为 -2。双方博弈的矩阵见表 1-2。

表 1-2 **囚徒的困境**

承包商 \ 发包商	诚信	欺诈
诚信	5, 5	8, -4
欺诈	8, -4	-2, -2

在这个例子里双方都选择欺诈是最优解。因为承包商想：“如果我选择了诚信，而发包商选择欺诈，那么我损失-4，发包商赢得8”，反之亦反是，双方都从自私的角度考虑问题，心想对方一定选择欺诈，我必须选择欺诈否则我要付出代价-4比-2多，-2也比-4强。纳什均衡是一个对双方都不利的结局，而不是双方选择诚信的双赢结局。纳什均衡的意义在于：你的选择必须考虑其他人的选择，而其他人的选择也考虑你的选择。你的结果不仅取决于你的行动选择，同时取决于他人的策略选择。

“囚徒的困境”有着广泛而深刻的意义。个人理性与集体理性的冲突，各人追求利己行为而导致的最终结局是一个“纳什均衡”，也是对所有都不利的结局。他们两人都是在坦白与抵赖策略上首先想到自己，这样他们必然要服长的刑期。只有当他们都首先替对方着想时，或者相互合谋（串供）时，才可以得到最短时间的监禁的结果。如果合同双方都为对方着想就会得到双赢的结果。“纳什均衡”首先对亚当·斯密的“看不见的手”的原理提出挑战。按照斯密的理论，在市场经济中，每一个人都从利己的目的出发，而最终全社会达到利他的效果。不妨让我们重温一下这位经济学圣人在《国富论》中的名言：“通过追求（个人的）自身利益，他常常会比其实际上想做的那样更有效地促进社会利益”。从“纳什均衡”我们引出了“看不见的手”的原理的一个悖论：从利己目的出发，结果损人不利己，既不利己也不利他。两个囚徒的命运就是如此。因此，从“纳什均衡”中我们还可以悟出一条真理：合作是有利的“利己策略”。但它必须符合的黄金律为：