

建设工程合同法律专题研究丛书

Claims and Counter Claims
of Construction Project

建设工程索赔与反索赔

宋宗宇 等著

6-51



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

建设工程合同法律专题研究丛书

索赔案例

Claims and Counter Claims
of Construction Project

建设工程索赔与反索赔

宋宗宇 等著



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

内 容 提 要

《建设工程索赔与反索赔》是建设工程合同法律专题研究丛书中的第四本,主要阐述建设工程索赔的依据、程序和索赔技巧等基本理论,重点分析涉及合同文件、工程实施、付款条件、工期、违约等情形下的工程索赔与反索赔,强调理论性,着重实践性,突出新颖性,全书结构安排合理。

本书可供工程管理类及相关专业人士参考,也可作为高等院校相关专业的教材。对建设主管部门、建设单位、设计施工单位、监理单位和工程咨询单位进行合同法律研究同样具有参考价值。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程索赔与反索赔/宋宗宇等著. —上海:同济大学出版社,2007.7

(建设工程合同法律专题研究丛书;4)

ISBN 978-7-5608-3422-1

I. 建… II. 宋… III. ①建筑工程—经济合同—管理—研究②建筑工程—索赔—研究 IV. TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 092826 号

建设工程合同法律专题研究丛书

建设工程索赔与反索赔

宋宗宇等著

策划编辑 宋 磊 责任编辑 马继兰 责任校对 谢惠云 封面设计 陈益平

出版发行 同济大学出版社 www.tongjipress.com.cn
(地址:上海市四平路 1239 号 邮编:200092 电话:021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 同济大学印刷厂

开 本 787mm×960mm 1/16

印 张 13

印 数 1—4 100

字 数 260 000

版 次 2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5608-3422-1/TU·735

定 价 23.00 元

本书若有印装质量问题,请向本社发行部调换 版权所有 侵权必究

编 委 会

主 审 陈·彬

主 编 宋宗宇

撰稿人(按撰写章节为序)

宋宗宇 陈 丹 白 松

冉 睿 陈嘉宾

前 言

尽管当今社会仍然存在从契约到身份的相反运动,但是,“从身份到契约”的运动却是进步社会的基本特征。作为调整契约关系的合同法,是市民社会调整平等主体间权利义务关系最为活跃的法律形式。事实上,在我国积极推进社会主义市场经济过程中,完善的合同法律制度确实担当了不可替代的重要作用。在任何国家几乎都作为国民经济重要支柱的建筑业,自然也离不开合同法的规范,但是,建筑业的行业特点决定了合同法律制度运用其间需要较强的专业性和综合性。为此,受同济大学出版社的委托,本人主持编写了这套建设工程合同法律专题研究丛书,参加本丛书写作的同志均长期从事建设工程法律法规教学、科研和实务工作。

本套丛书共由五部分组成。其中,《建设工程合同原理》主要阐述建设工程合同成立、效力、履行、担保、变更、转让、终止和法律责任等基本理论。《建设工程合同范本》结合建设工程合同示范文本,详细阐述各类具体建设工程合同的基本概念、基本特征、基本内容以及法律适用。《建设工程合同风险管理》结合建设工程合同实务,以合同发展过程为线索,分析建设工程合同订立、履行以及纠纷产生过程中容易出现的误区,并设计相关的防范措施。《建设工程索赔与反索赔》主要阐述建设工程索赔的依据、程序、技巧等基本理论,重点分析涉及合同文件、工程实施、付款条件、工期、违约等情形下的工程索赔以及反索赔。《建设工程合同纠纷处理》主要从程序法角度分析建设工程合同纠纷解决机制。在写作过程中,我们力求做到:第一,强调理论性。在完整系统准确阐明建设工程合同法律原理基础上,尽量吸收最新的优秀科研成果。第二,着重实践性。立足于实务,结合个案,注意理论、实务及操作程序的有机结合。第三,突出新颖性。关注最新的法律法规、部门规章和司法解释,对全书结构作了合理安排,尽量凸显内容和形式的科学性。

本套丛书由西南政法大学校长陈彬教授担任主审,重庆大学建筑法研究所宋宗宇同志担任主编并负责统稿定稿。

《建设工程索赔与反索赔》一书由全体作者合作完成。其中,宋宗宇同志撰写了第一章至第六章的部分内容,陈丹同志撰写了第一章与第二章的部分内容,白松同志撰写了第三章的部分内容,冉睿同志撰写了第四章与第五章的部分内容,陈嘉宾同志撰写了第六章的部分内容。

在写作过程中,我们参考了许多前辈和同仁的优秀研究成果,在此一并致谢。此外,由于我们水平所限,书中不足之处在所难免,欢迎读者批评指正。

宋宗宇

2007年1月

目 次

前言

| | |
|-----------------------------------|-------|
| 第一章 建设工程索赔的基本理论 | 1 |
| 第一节 建设工程索赔的概念 | (1) |
| 第二节 建设工程索赔的重要意义 | (9) |
| 第三节 建设工程索赔的范围与类型 | (18) |
| 第四节 建设工程索赔与争议处理 | (25) |
| 第二章 建设工程施工索赔 | 32 |
| 第一节 与招标投标有关的索赔 | (32) |
| 第二节 施工合同示范文本中的索赔 | (41) |
| 第三节 施工索赔与争议处理的互动关系 | (56) |
| 第三章 FIDIC 合同条件下的施工索赔 | 63 |
| 第一节 FIDIC 合同条件下的工程索赔程序 | (64) |
| 第二节 FIDIC 合同条件下的工程索赔事由 | (74) |
| 第三节 FIDIC 合同条件下工程索赔的经济分析 | (89) |
| 第四节 FIDIC 合同条件下施工索赔的实例分析 | (100) |
| 第四章 与建设工程施工合同有关的索赔 | 105 |
| 第一节 建设工程勘察设计合同的索赔 | (105) |
| 第二节 建设物资买卖合同的索赔 | (113) |
| 第三节 建设工程委托监理合同的索赔 | (120) |
| 第四节 BOT 合同的索赔 | (127) |
| 第五章 建设工程反索赔 | 134 |
| 第一节 建设工程反索赔概述 | (134) |
| 第二节 建设工程反索赔的内容 | (140) |
| 第三节 建设工程风险与索赔防范 | (149) |
| 第四节 建设工程反索赔的方法 | (157) |
| 第六章 索赔与反索赔的技术问题 | 163 |
| 第一节 证据技术 | (163) |

| | |
|-----------------|-------|
| 第二节 合同技术..... | (172) |
| 第三节 工程鉴定技术..... | (185) |
| 第四节 谈判艺术..... | (191) |
| 参考文献 | 199 |

第一章 建设工程索赔的基本理论

建设工程索赔活动在维护当事人正当权益、弥补工程损失、提高经济效益等方面发挥着非常重要的作用。索赔一词由来已久,只是由于我国长期的计划经济体制的制约,对建设工程索赔重视不够。随着我国建筑市场的逐步放开,建筑行业的规范化、市场化以及国际化改革也正在进一步深化。但是,总的来讲,我国建筑市场仍然是一个买方市场,建筑行业内部竞争相当激烈。“中标靠低价,盈利靠索赔”这一本来是国际工程承包商的经验总结逐渐为我国的建筑企业广泛采纳,建设工程索赔也越来越为人们所熟悉。由于索赔本身所具有的特殊作用,在当前我国众多的建筑企业工程管理活动中,索赔管理的地位也将日益凸显。

第一节 建设工程索赔的概念

一、建设工程索赔的含义

索赔(Claim)本身是一个含义比较宽泛的概念,它一般是指在特定情况下提出一种主张、要求或者权利的诉求。根据《朗文当代英语字典》中对索赔的定义,索赔应该是合法的所有者,根据自己的权利提出的有关某一资格、财产、金钱等方面的要求。因此,我们认为普遍意义上的索赔应该是一种要求取得本应属于自己的东西的行为,并以补偿自己损失为目的的一种权利要求。在英国学者伦纳德·弗来彻等编著的《英汉施工合同术语词典》中对索赔则基于一种相对狭义的理解,将其定义为:承包商要求业主给付他有权得到的追加付款或违约赔款。在这里,索赔系由承包商向业主提出,是一种单向行为或者权利。这一认识也构成了我们实践中对建设工程索赔的习惯性理解,即未加特殊说明的一般意义上的索赔单指承包方向业主提出的索赔。

建设工程索赔,或者简称工程索赔,通常是指在建设工程合同实施过程之中,合同的一方当事人因为对方不履行或者未能正确履行合同之中所规定的义务而遭受的经济损失或者权利侵害,而通过一定的合法程序向对方当事人提出经济赔偿或者时间补偿的要求。因此,从合同法的角度来看,索赔应该是一种双向行为,发包方和承包方作为合同当事人均有可能提出索赔要求,即蕴涵了承包方索赔与发包方索赔或者反索赔(Counterclaim 或 Defence against Claim)的双重含义。而最为狭义的理解,

索赔仅是指承包商在合同的实施过程中,非自身原因造成的工程延期、费用增加而要求业主补偿损失的一种权利要求,即建设工程施工索赔。而反索赔,其英文原意就是“逆向索赔”或“防范索赔”,是指发包方对于属于承包方应承担的责任而造成的,且发生了实际损失,向承包方主张赔偿的一种权利要求或者对抗措施。实际上,在建设工程合同之中,比如工程的总承包,索赔的范围则更为广泛,索赔的主体也不限于承包商。一般来说,只要不是承包商自身的责任,而是由于外界干扰所造成的工期延长以及成本增加的情况下,都是有可能并且也是有这个权利来向对方进行索赔的。索赔的主要依据是建设工程合同。我国《合同法》第二百六十九条规定:“建设工程合同是承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”应该说,索赔就是一种正当的权利要求,同时,也是各类建设工程合同可能牵涉到的各方主体(包括发包方、监理工程师以及承包方)在建设工程实施各个环节中的一项正常的、经常发生的且普遍存在的必要的合同管理业务,是以法律、法规以及合同条款为依据的一种合情、合理的行为。

为了论述方便,本书将索赔的含义限定在一个相对狭窄的范围。即本书所称的“索赔”,乃是指建设工程合同的一方当事人基于特定理由与事实请求对方对其做出一定赔偿或者补偿的权利要求。因此,它排除了“反索赔”的狭义“索赔”。但是,本书所称的索赔,又不只是建设工程施工索赔,相对来说,它又具有一个较为宽泛的含义。建设工程索赔并不是施工索赔的同义语,而是包含了施工索赔以及除此之外的与建设工程合同有关的其他环节的索赔,比如工程总承包合同中的索赔就不仅是发生在施工过程中,甚至还有可能包括转包与分包合同中的承包商对分包商的索赔。但是,由于在建设工程实践中,施工索赔显得更复杂,也更常见,所以,本书涉及的索赔更多的是指建设工程施工索赔,而其他环节的索赔本书则称之为“与建设工程施工合同有关的索赔”。对于这些类型的索赔,本书第四章将详细介绍。在建设工程施工过程中,与承包方相比,发包方处于一种相对优势的地位,因为发包方可以通过许多手段(如可以从应付给承包方的工程款中抵扣,也可以从保留金中扣款以补偿损失)来对承包方进行控制或者制约。因此,对于承包方来说,实现一次成功的索赔是非常困难的,而相对来说,反索赔的实现则可能显得更为顺利。正是因为这个原因,本书对索赔的论述将重点从承包商角度来阐述,而对反索赔则更多是从业主角度来展开。

二、建设工程索赔的性质及特征

(一) 建设工程索赔的性质

一个完整的建设工程的建设过程,大体上要经历勘察、设计以及施工三个阶段。在这三个阶段里,参与各方应该通过缔结书面合同,在他们之间形成一种权利义务关

系。因此,我国的合同法上将建设工程合同分为勘察合同、设计合同和施工合同,通过合同来实现合同当事人的自律以及建设工程合同履行过程中的规范化。建设工程合同是以提供建筑产品为目的和履行方式的一种特殊合同,并且也是以建设工程合同作为索赔成功的主要依据。尤其是在大型建设工程项目中,由于其本身所具有的体积庞大,需要消耗大量的人力、物力和财力、一次性投资的数额较大,从投入到产出之间的周期较长等特点,导致了在对这一类特殊合同进行管理的过程中所经常出现的索赔情况也有其特殊性,这给当事人的索赔活动带来一定的不便。而且由于观念的滞后,很多人一听到“索赔”,很容易就联想到了纠纷以及纠纷的解决方式,如仲裁、诉讼或者激烈的对抗,认为索赔就是建设工程之中在合同双方当事人之间发生的权利义务冲突,它可能演化为一种严重的对立,给双方的合作关系增添大量的不愉快因素,甚至还会影响到自己盈利的目的。长期以来,索赔被认为是在建设工程合同履行过程中的一种非正常现象,应该尽量避免,因此承包商害怕索赔或者不愿意索赔的情况很多。

合作、双赢、实现各自的利益是发包方和承包方缔结合同的目的和基础,一方如果有了额外的利益诉求则意味着可能会给另外一方的利益造成某种侵害。实际上,正如前面已经提到过的,正常的索赔作为承包人的一项正当的权利或者要求,是一种合情、合理、合法的行为,与合同的目的并不矛盾,它应该是在正确履行合同的基础之上争取合理偿付的手段,而绝对不是无中生有、无理争利式的胡搅蛮缠。索赔本身就是市场经济条件下的产物,是利益博弈的一种表现形式,更是建筑市场中经济合作的重要内容。只要符合法律、法规的规定,或者相关的行业惯例,承包方就可以理直气壮地向对方主张索赔要求。由于建筑行业的自身特点,双方往往还是意识到了保持良好的合作关系以及“以和为贵”的重要性,很多情况下,索赔最终还是在双方平等协商的基础上得到了友好的解决。但是仍然有相当一部分索赔,即使经过了谈判,因为达不成任何协议和谅解,导致纠纷升级到仲裁、诉讼程序之中,只好对簿公堂。即使如此,我们还是应该认可索赔行为所具有的正当性,因为按照风险转移理论,索赔是因为承担了本不应由自己承担的风险损失而向对方要求补偿的行为,同时正如前面所说的,索赔就是拿回为自己所有的东西的一种正当的权利要求,因此,索赔本身具有补偿性。既然为一种补偿,比如费用索赔、工期索赔,实际上,其目的都是为了对承包方的实际损失进行回复,那么,对于发包方而言,索赔也就不应该被认为是一种惩罚了,因为发包方并没有因为承包方的索赔而失去什么或者承担额外的风险。因此,用一句话来归纳,索赔是承包方正确履行合同的一种正当的权利要求,其性质应该属于一种经济补偿行为,而绝非对发包方的惩罚。对索赔性质的这一认识已经为国际工程承包界所公认和普遍应用,具有其特定含义。

(二) 建设工程索赔的特征

结合建设工程索赔的定义、性质以及建筑行业本身所具有的特点,建设工程索赔的基本特征可以归纳为以下几方面。

1. 从狭义上讲,建设工程索赔应该是单向的。所谓单向,是指仅针对承包方向发包方提出索赔而言的。但是广义的索赔却是双向的,造成这种认识上的不同主要是由于学术界对索赔概念的界定不清以及实践中对索赔的习惯性认识不一致而导致理论上存在着观点冲突。事实上,索赔尤其是施工索赔,最主要的且比较常见的还是承包方向发包方主张的索赔。因为实践中发包方或者业主向承包方索赔发生的频率比较低,而且我国建筑市场的市场化改革也不是很成熟,发包方与承包方的市场主体地位还存在着某种程度上的不平等。在发包方的索赔中,发包方总能凭借其优势,从而处于一种主动和有利的地位,其实现索赔就显得相对容易得多,因而在实践中大量发生的、处理起来比较困难的仍然还是这类承包方向发包方的索赔,这应该成为索赔管理的主要对象和重要内容。基于此,应当突出承包方的索赔,即所谓狭义索赔的重要性,并且强调这一类索赔的单向性特征。承包方索赔的范围应该十分广泛,有时候发包方违反合同,如未及时交付施工图纸、合格的施工现场、决策错误等造成的工程修改、停工、返工、窝工,或者未按照合同规定按时支付工程进度款,承包方均可向发包方提出索赔。虽然狭义的索赔具有单向性的特征,但是,实际上在承包方索赔的过程中,发包方一般是不会主动承认其索赔要求的,往往会积极地采取相应的应对措施,否认对方的索赔依据和理由,甚至提出反索赔来予以对抗承包方的索赔要求。由于承包方的索赔常常伴随或者引发对方的反索赔,因此,从这个意义上理解的索赔,可能就是某些学者所认为的具有双向性的索赔。

2. 索赔的前提是发生了实际的经济损失或者权利损害,只有这样,承包方才能向对方索赔。经济损失,是指因对方的因素造成合同之外的额外支出,包括人工费、材料费、机械费、管理费等方面的额外开支。权利损害,则是指虽然没有产生经济上的损失,但是造成了一方权利上的损害,比如由于地质条件发生变化对工程进度造成的不利影响,承包方因此享有要求工期延长的权利。可见,发生了实际经济损失或者权利损害是承包方向对方提出索赔要求的前提条件。有的时候,经济损失和权利损害会同时存在,如发包方没有及时地交付合格的施工现场,既造成了承包方的经济损失,又使其合理的工期被延长,侵害了承包方合理的工期权利。因此,在这种情况下,承包方既可以要求经济赔偿,又可以要求工期延长。而有的时候,则只能单独提出工期延长的要求,比如恶劣天气的影响、不可抗力事件的发生等,承包方就只能根据合同规定或者行业惯例要求工期延长,很难而且也不可能同时又要求获得经济上的赔偿。

3. 索赔要求的提出应该是一种未经而且不需要对方确认的单方行为。承包方索赔的目的就是为了获得一定的经济赔偿或者其他形式的补偿以及工期延长等权利,其索赔成功的一个重要环节,就是获得发包方对其索赔理由以及依据的承认,即认可承包方的经济损失或权利损害存在的事实是非承包方的原因而造成,承包方应该得到应有的补偿。承包方争取发包方认可的过程,就是获得工程签证的过程,它是索赔活动中的一个必要环节,但是由于索赔与签证之间存在的紧密联系,实践中人们往往直接将二者等同起来,实际上,索赔与我们所说的工程签证是不一样的。以最典型的施工工程为例,在施工工程中,签证应该是承包方和发包方就额外的费用补偿或者工期延长等内容达成一致、能够起到一定证明作用的书面材料或补充协议。互相确认的工程签证可以直接作为工程款结算或者最终增减工程造价的依据。而索赔要求的提出,则只是代表了索赔内容实现的可能性,它是承包方的一种单方行为,也是其实现索赔权利要求的一个必经的过程。因此,承包方索赔要求的提出并不会必然导致对发包方有约束力的协议产生,要达成一个这样的协议,还必须通过双方的不断接触、谈判、协商或调解甚至仲裁、诉讼才能最终实现。

三、建设工程索赔与相关概念的关系

(一) 建设工程索赔与合同价款

1. 建设工程中的合同价款

建设工程合同是建设法律关系中的当事人为了实现完成建设工程的经济目的,明确相互之间的权利和义务而达成的协议。索赔活动应该以建设工程合同为依据和基础。根据合同法的基本原理,建设工程合同属于一种双务合同和有偿合同。所谓双务,是指合同当事人双方在合同缔结之后,在合同有效的前提下,基于合同产生的一种互相享有权利的可能性以及互相履行义务的必要性,当事人任何一方既是债权人又是债务人,买卖、租赁、承揽合同均为此类合同之典型。所谓有偿,是指合同当事人的权益的取得以是否必须付出相应的代价为标准,并且以有给付义务的一方是否足额、及时向对方给付对价为合同履行完毕的一个判断因子,此类合同以买卖、租赁、保险合同为典型。在建设工程中,发包方与承包方缔结的建设工程合同显然是一个双方之间的权利义务的约定,并且存在相应的对价,比如施工合同的履行,即以承包方是否完成并交付建设工程,发包方是否支付工程款为合同履行或者合同目的实现的首要标志。

合同价款,即合同法上所称的价款或者报酬,价款是指一方当事人接受合同标的时应向对方支付的代价,而报酬则是获得服务所应支付的代价。根据合同自由原则,合同价款一般是可以由合同当事人自行约定的一个必要条款。在建设工程索赔活动

中,由于合同标的本身具有的特殊性,如在工程总承包合同中,承包方向发包方提供的就可能不仅仅是建筑产品,还可能包括各种服务。因此,价款与报酬在这里并没有严格意义上的界限。在建设工程合同中,对涉及到的价金一般统称为合同价款,而且主要指的是施工合同价款,即按照有关规定和协议条款约定的各种取费标准来计算,用以支付给承包人按照合同要求完成的工程内容的价款总数额。

但是,合同价款又与工程造价有所不同,工程造价即工程价格,是由成本、利润和税金构成,包括合同价款、追加的合同价款以及其他款项。由于建设工程投资巨大,而且其间的可变性因素太多,因此,合同价款成为双方共同关注的焦点,因为与建设工程合同有关的许多活动都是围绕合同价款来展开的。实践中涉及到合同价款的索赔主要有价格、货币支付方式以及时间三个方面的内容。

2. 索赔对合同价款的影响

索赔的提出很大程度上正是由于在合同的履行过程中,承包方遭遇了诸多的风险因素,导致了如果依据原合同中有关价款的规定进行支付。这对承包方而言有可能是一种极大的不公平,承包方因此可以向发包方提出追加合同价款的请求。追加合同价款是索赔的具体内容之一,它不仅在以经济补偿为目的的索赔中可以提出,而且在以延长工期为内容的索赔中也可以提出追加合同价款的索赔要求。因为很多时候,尤其是按日计算人工的情况下,工期延长导致的必然是承包人应支付的工人工资以及设备的租赁费用的增加,因此,索赔与建设工程合同价款之间有着一定的联系。实践中,经常还会发生一些有关合同价款调整的范围与索赔范围相重合的现象,比如,根据我国现行《建设工程施工合同(示范文本)》的规定,“一周内非承包人原因停水、停电、停气造成停工累计超过8小时”这种情况,既属于调价范围,又有可能导致索赔的发生。但是,由于二者在程序上的规定并不一样,所以,承包商经常面临需要选择哪一条款来适用的难题。而不论哪一种选择,都不会割裂二者之间的必然联系,索赔有可能导致合同价款的追加,同时追加合同价款则经常构成索赔要求的主要内容。

(二) 建设工程索赔与违约责任

建筑行业本身存在的高风险、高投资、工期长、材料设备价格变化大等特点,在建设工程合同之中,违约责任条款是其必不可少的内容。

1. 建设工程合同中的违约责任

违约责任在合同法领域居于重要地位。合同法以违约责任作为保护当事人合法权益、维护社会经济、促进社会主义现代化事业发展基本目的的前提和最终保障。正是因为违约责任的存在,建设工程合同秩序才可能正常运转,社会主义现代化的基本价值目标才可能实现。

因当事人不履行建设工程合同或者履行建设工程合同不符合法定条件而应承担的民事责任统称为违反建设工程合同的违约责任。这类违约责任具有如下特点。

(1) 违约责任是一种财产责任。违约责任作为财产责任,其本质意义不在于对违约方的制裁而在于对守约方的补偿,违约责任在完成它补偿功能的同时,也体现了对违约方行为的否定性评价,使违约方负担违约成本。但是,违约责任的基本性质仍然表现为补偿性,体现为继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等财产责任。

(2) 违约责任产生于有效的建设工程合同。只有有效的建设工程合同,才在特定的建设工程合同当事人之间产生法律所承认和保护的权利义务。违反了法律所承认和保护的权利义务,就构成违约责任。对于无效的建设工程合同或者未成立、被撤销的建设工程合同,建设工程合同当事人所约定的权利义务不为法律所承认和保护,建设工程合同不产生预期的法律效力,即使已经履行了的部分建设工程合同内容,也要回复到建设工程合同订立时的状态,没有履行的,不再履行。因此,不存在不履行或不按建设工程合同约定履行的问题,也就不构成违约责任。

(3) 违约责任体现了建设工程合同的效力。建设工程合同的效力首先体现为履行效力,为了保障履行效力,法律设立了违约责任制度。没有违约责任,建设工程合同的效力也就无从体现,建设工程合同也就很难体现出法律上的约束力。

(4) 违约责任有一定的任意性。为了体现建设工程合同自由和意思自治原则,当事人可以在建设工程合同中约定承担违约责任的方式和幅度。但是,这种约定不得显失公平,必须根据不同情况,在法律允许的范围内约定,否则,人民法院或仲裁机构可以依法予以调整。

(5) 违约责任的主体是建设工程合同当事人。基于合同相对性原则,建设工程合同产生的债权是相对权,在一方违约时,债权人仅能向债务人请求损害赔偿,债务人也仅向债权人承担责任。非建设工程合同当事人未参加合同法律关系,不享有建设工程合同中的权利义务,因此他们不能成为违约责任的主体。但是,如果僵守这一原则,就不可能时时事事满足当事人的需要,一个显例是有关第三人利益的建设工程合同的出现,如有关人身保险的建设工程合同、有关货物运输的建设工程合同。而且,现代各国立法还依据诚实信用原则,进一步扩张合同关系对第三人的效力,使债务人对于与债权人具有特定关系的特定第三人也负有附随义务,如照顾、保护、通知、协力等。债务人违反这些义务给有关第三人造成损失的,第三人可以按照合同法向债务人提出请求。

2. 建设工程索赔与违约责任的区别

既然在建设工程合同中已经明确规定了违约责任条款,再赋予当事人索赔的权利是否就显得多余了呢?其实,有了违约责任条款,并不必定排除索赔权利的正当行

使。若是存在这样的认识,实际上还是对违约责任与索赔的概念在法律上的差异性存在认识上的误区。建设工程索赔与违约责任的区别主要包括以下几个方面。

(1) 是否预先在合同文件中明确规定不同。索赔事件的发生存在一定的或然性。由于在工程建设过程中,容易受到各种因素的影响,合同订立时所确认的合同条件发生变化几乎是不可避免的,合同条件的变化必然导致当事人的权利义务内容发生变化,并因此引发索赔。索赔事件的类型复杂且具有一定的不可预见性,因而合同文本中也就无法对其做出更为细致而明确的规定。而建设工程合同的违约责任类型则相对简单,能够很好地进行预测,因此,需要在合同中加以明确规定。

(2) 不可抗力是否免除责任不同。索赔事件的发生,既可以是由一定的行为造成,也可以是由不作为,比如发包方未提供合格的施工现场而造成的工期延长,就是一种典型的不作为行为,还可以是由不可抗力事件的发生而造成。换言之,不可抗力有可能正是导致索赔的直接原因。违约责任必须以存在合同不履行、不当履行或者迟延履行违约事实为前提,而不可抗力因素则可以免除追究当事人的违约责任。

(3) 是否可以由第三方的行为引起不同。索赔事件的发生,既可能是由合同当事人一方的原因造成,也有可能是由任何第三方的行为造成。而违约事实的发生,则主要是由当事人一方或者双方的过失而造成的。

(4) 是否具有惩罚性不同。索赔的提出,一定要有造成损失的结果事实,即以实际经济损失或者权利损害的存在为前提性条件,因此,索赔具有某种补偿性。而违约责任则不然,它并不以造成损失的结果事实存在为前提。从合同目的的角度看,合同的全部意义和目的的实现就在于履行,合同法上违约责任的设立就是要在实现合同目的的过程中引入一种激励或者保障机制,以促成安全和公平交易秩序的形成。违约行为,实际上造成了对交易秩序的违反,这从某种意义上来看就是对守约方的一种权益侵害。违约责任设立的目的不仅在于补偿守约方的损失,而且更重要的功能则是通过使违约方分担补偿对方的损失这一不利后果,以达到一种惩戒的目的。因此,违约责任还要带有一定的惩罚性。

(5) 是否以因果联系为要件不同。索赔所指的实际损失可能在法律上与被索赔人的行为并不一定存在着因果联系,比如在由发包方指定分包商的情况下,由于分包商的行为而造成了承包商的损失,虽然发包人对于承包人的损失可能并无任何直接的因果关系,但是,承包方仍然可以越过分包商直接向发包方主张索赔。而在违约责任之中,合同当事人一方的违约行为与损害事实之间的因果联系则是违约责任的构成要件之一,该因果联系一旦中断就可能意味着违约责任的不成立。

第二节 建设工程索赔的重要意义

一份完备、严谨的建设工程合同划定了发包方与承包方在建设工程实施中的权利义务界限,它是发生争议和处理纠纷时的主要依据,更是发包方与承包方在工程建设中的最高行为规范,具有法律约束力,因此,合同管理是建设工程顺利实施的关键。在建设工程合同履行过程中,合同一方因对方不履行或者不适当履行合同约定义务而受到损失,而向对方提出经济或者工期索赔,往往构成了合同管理活动的核心内容。可以说,建设工程合同管理活动很大程度上就是围绕着索赔问题而进行的,因此,索赔管理的作用和地位也不容忽视。

一、我国建设工程索赔现状及存在的问题

我国目前正处于市场经济的进一步完善和发展过程中,由于长期以来计划经济体制的影响,建筑行业的市场化水平尤其显得不高,因此,我们应当大力提倡与国际接轨,用国际上先进的管理经验或者管理规范来充实我们当前的建筑行业,以实现我国建筑市场整体上的规范化与市场化。但是,就我国建设工程索赔现状来看,仍然存在一些不尽如人意的地方。直到20世纪80年代中期,云南省鲁布革引水发电工程才首次采用了国际上先进的工程管理模式,并且给国内工程界带来一定的震撼。这一次震撼中的亮点就是出现了索赔,自此,索赔概念才首次为国人所认知。随着我国建筑行业改革步伐的加快,以项目法人责任制、招标承包制、建设监理制、合同管理制为中心的基本建设管理体制得到逐步完善,政府、企业以及社会各界也开始对建设工程索赔问题进一步关注。国内建筑市场进一步开放,大量的外资项目和世界银行贷款项目不断涌现,我国的对外工程承包业务也日益发展,建筑法律法规不断健全,建设工程索赔逐渐为国内的建设单位、监理单位以及承包商所重视。但是,从总体上来看,索赔管理仍然还是我国建设工程管理中的一个薄弱环节,与索赔有关的诸如索赔的方法、索赔的意识、索赔的程序、索赔相关的服务等方面还需要不断改进和完善。具体来说,这些问题可以归纳为以下四个方面。

1. 普遍存在着索赔意识薄弱、索赔认识上有误区等现象。索赔管理是建设工程合同管理活动中的一个重要环节,但是这一重要性却没有得到其应有的重视。索赔活动中讲究的是双方之间的讨价还价以及友好协商,这与市场经济条件下交易双方的主体地位相适应。换言之,索赔意识实际上还是市场经济意识的一个产物或其组成部分。然而,现实中的情况是,许多企业仍然不懂得索赔,没有在企业中建立专门的合同管理与索赔管理的组织机构、管理制度、管理程序,没有配备相应的索赔专业

人员,也没有把索赔管理纳入到整个工程管理的工作之中来。一方面,承包商不仅不懂得索赔,而且还不肯索赔,过于担心索赔可能带来的消极影响,缺乏对索赔的足够认识,并且还由于受到了传统观念的影响而扭曲了索赔本来应该具有的功能,从而使之流于一种形式。另一方面,发包方在很多情况下还不准索赔,他们往往更关注于较低的工程费用,而注意不到索赔能够合理分担费用这一重要功能,而且他们通常具有一定的优势地位,并且错误地认为一旦己方认可了承包方的索赔要求,就是对己方失误的承认。为维护一种所谓的面子,在面对承包方索赔的时候,发包方也就易于表现出一种“拒不买账”的态度。这些问题的存在主要还是由于索赔概念引入我国的时间不长,尚属于一个较为新鲜的事物,人们的索赔意识普遍缺乏所致。

2. 索赔方法、索赔程序不够规范、严谨。索赔工作的各项程序在 FIDIC 合同条件及相关合同条件中已有明确的规定。由于我国的建设工程企业对于索赔还存有一定的模糊认识,既不敢索赔又不愿意索赔心理的负面影响,使我们广大的工程企业不仅失去了许多索赔的机会,也蒙受了大量的经济损失,而且更重要的是丧失了一次次索赔经验积累的机会。虽然近年来我们也吸收和借鉴了大量的 FIDIC 条件下的一些具体做法,但是由于经验缺乏,这些域外的规则运作起来仍然存在着一系列的不规范和不严谨的地方,遗漏了必要环节,并不能发挥出其应有的作用。比如,很多情况下,施工企业只注重索赔意向的提出,而不重视索赔过程中的证据收集以及及时地做出最终的索赔报告,因此,索赔方显得相当被动,这就直接导致了索赔成功的几率不高。

3. 与索赔有关的服务跟不上,专业人士匮乏。建设工程索赔往往带有索赔金额巨大、工程项目复杂的特点,因此,对索赔专业人士的要求相当高。一般来说,索赔专业人员应该具备良好的口才、谈判技巧等基本素质以及工程、法律等方面的专业知识。索赔工作人员的素质也是影响索赔成功与否的一个关键因素。但是,由于我国国内建设工程方面的索赔实践起步较晚,索赔专业人才的培养还显得十分滞后,相关的工程咨询、法律等服务体系尚没有完善地建立起来。索赔专业人士缺乏,服务体系不健全,这些都是阻碍我们的索赔工作顺利开展的重要因子。

4. 索赔管理相关的理论研究还无法满足工程建设实践的要求。索赔管理作为一种实践性非常强的工作,与之相关的理论研究也必须建立在丰富的工程建设实践经验基础上。由于我国的建设工程索赔实践起步较晚,学者的关注还不是很多,这一领域的研究成果仍然显得比较匮乏,当前对索赔管理的研究还没有形成一个比较成熟的理论体系和方法体系,甚至于在对某些基本概念的认识上还存在着较大的分歧。比如“索赔”与“反索赔”就存在广义与狭义上的理解分歧;再如“工程索赔”与“工程签证”,在理论与实践往往也容易被混淆。学者的认识不统一,这就会给实践领域的