

建设工程合同法律专题研究丛书

Risk Management of Construction
Project Contract

建设工程合同风险管理

宋宗宇 等著



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

D923. 604/7

:3

2007

建设工程合同法律专题研究丛书

Risk Management of Construction Project Contract

建设工程合同风险管理

宋宗宇 等著



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

内容提要

本书是“建设工程合同法律专题研究”丛书中的第三部。书中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。全书结构合理,强调理论性,着重实践性,突出新颖性。

本书可供工程管理类及相关专业人士参考,可作为高等院校相关专业的教材。也可供建设主管部门、建设单位、设计施工单位、监理单位和工程咨询单位研究合同法时参考。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同风险管理/宋宗宇等著. —上海:同济大学出版社, 2007. 12

(建设工程合同法律专题研究丛书; 3)

ISBN 978-7-5608-3731-4

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 195879 号

建设工程合同法律专题研究丛书

建设工程合同风险管理

宋宗宇 等著

策划编辑 宋 磊 责任编辑 宋 磊 责任校对 徐春莲 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 15

印 数 1—3100

字 数 300000

版 次 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5608-3731-4/TU·760

定 价 27.00 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 王 热 张 斐

杨延兰 胡海涛 张 毅

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起到了不可替代的重要作用。在几乎任何国家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,对全书结构做了合理安排,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。《建设工程合同风险管理》一书由全体作者合作完成。其中,宋宗宇同志撰写了第1~9章的部分内容,王热同志撰写了第1、8、9章的部分内容,张斐同志撰写了第1章第4节的部分内容,杨延兰同志撰写了第2、7章的部分内容,胡海涛同志撰写了第3、4章的部分内容,张毅同志撰写了第5、6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 建设工程合同风险管理概述	1
第一节 风险的概念解读	(1)
第二节 建设工程合同风险	(7)
第三节 风险管理在建设工程合同中的运用	(9)
第四节 建设工程合同风险管理计划	(22)
第二章 建设工程勘察设计阶段的合同风险管理	29
第一节 建设工程勘察设计阶段概述	(29)
第二节 建设工程勘察设计合同订立阶段的风险识别	(30)
第三节 建设工程勘察设计合同履行阶段的风险识别	(36)
第四节 建设工程勘察设计合同的风险处理	(40)
第三章 建设工程施工合同订立阶段的风险管理	48
第一节 建设工程施工合同订立阶段概述	(48)
第二节 建设工程施工合同订立阶段的风险识别	(51)
第三节 建设工程施工合同订立阶段的风险处理	(66)
第四章 工程施工阶段的合同风险管理	79
第一节 工程施工阶段概述	(79)
第二节 工程施工阶段的合同风险识别	(81)
第三节 工程施工阶段的合同风险处理	(95)
第五章 建设工程竣工验收阶段的合同风险管理	104
第一节 建设工程竣工验收阶段概述	(104)
第二节 建设工程竣工验收阶段的合同风险识别	(108)
第三节 建设工程竣工验收阶段的合同风险处理	(117)
第六章 建设工程结算阶段的合同风险管理	126
第一节 建设工程结算阶段概述	(126)
第二节 建设工程结算阶段的合同风险识别	(128)
第三节 建设工程结算阶段的合同风险处理	(144)

第七章 建设工程质量保修阶段的合同风险管理	159
第一节 建设工程质量保修阶段概述.....	(159)
第二节 建设工程质量保修阶段的合同风险识别.....	(163)
第三节 建设工程质量保修阶段的合同风险处理.....	(169)
第八章 建设工程合同风险的担保控制	173
第一节 我国《担保法》规定的担保类型.....	(173)
第二节 建设工程合同宜采用的担保方式.....	(179)
第三节 建设工程合同保证担保的模式选择.....	(183)
第四节 建设工程合同的担保类型.....	(188)
第九章 建设工程合同风险的保险转移	194
第一节 保险与风险.....	(195)
第二节 保险合同法律关系.....	(200)
第三节 建设工程保险的历史与现实.....	(212)
第四节 建设工程保险的主要险种.....	(220)
参考文献	229

第一章 建设工程合同风险管理概述

第一节 风险的概念解读

一、风险的涵义

(一) 风险的概念

在现实生活中,“风险”一词使用频繁,举凡日常交流、报纸杂志、政府规范性文件等,均经常发现“风险”这个词眼。然而,风险究竟为何意,却众说纷纭。有的学者认为,风险是损害或损失发生的可能性。此种观点在德国和日本几乎已成通说。在保险学的教科书中,风险常常被解释为损失的不确定性。有的学者认为,风险是指在给定情况下和特定时间内,那些可能发生的结果间的差异。有的学者认为,风险是实际结果与预期结果的偏差。还有的学者认为,在以特定利益为目标的行动过程中,若存在与初衷利益相悖的可能损失即潜在损失,则由该潜在损失所引致的对行动主体造成危害的事态,便称为该项行动所面对的风险。

我们认为,风险是指在给定的条件下损失发生的可能性。对这一定义,可以从以下几个方面来理解:①风险须在特定的条件下来讨论,离开了一定的条件来讨论风险是没有意义的。这个特定的条件包括时间条件和空间条件,换句话说,就是某一事物或某一活动的时空条件。譬如,我们说建设工程合同的风险,须是针对建设工程这一活动而言。②有风险,并不必然有损失,但是有损失,必然有风险。有风险并不意味着有损失,损失是否发生是不确定的。譬如,我们说某一建筑设备存在发生火灾的风险,但是火灾是否发生并不确定,从而损失的发生与否也不确定。有风险虽并不意味着有损失,但是风险事故的发生必然意味着损失。又譬如,火灾的发生必然意味着财产所有人或管理人的损失,财产所有人或管理人不可能从火灾的事故中获得利益。③风险中存在两个变量,一个是损失的可能性,一个是损失的程度或后果。低可能性与轻微后果则为低风险,高可能性与严重后果则为高风险,高可能性与轻微后果则为低风险。

(二) 风险的构成

虽然明确了风险的概念,但若不对风险的构成有所了解,则对风险本质的了解仍不够深入。风险与风险因素、风险事故、损失密切相关,它们构成了风险存在与否的

基本条件。

1. 风险因素

风险因素是指引起风险事故发生的条件以及风险事故发生时致使损失增加或扩大的条件。风险因素是风险事故发生的直接原因,是损失发生的间接原因。例如,建筑材料本身以及干燥的气候、强劲的风力等,对于火灾这一风险事故来说是风险因素;合同主体不合格、意思表示不一致、内容不合法等,对于合同无效这一风险事故来说是风险因素。根据性质的不同,通常将风险因素分为实质风险因素、道德风险因素以及心理风险因素三种。

实质风险因素是指引起风险事故发生的以及致使损失扩大的有形的物质条件。例如,汽车刹车系统对于交通事故、建筑材料对于建筑物的倒塌或火灾、环境污染对于人体健康的危害等均是实质风险因素。

道德风险因素是指与人的道德修养相联系的一种无形的风险因素。通常表现为恶意行为或不良企图,故意使风险事故发生或使损失扩大。例如,恶意串通致使合同无效、偷工减料致使建设工程倒塌、投保之后故意使保险事故发生等,均是道德风险因素。

心理风险因素是指由于人的疏忽或过失致使风险事故发生或损失扩大的风险因素。这也是一种无形的风险因素,但与道德风险因素不同,这种风险因素与人的道德修养无关。例如,工程设计的疏忽而致建设工程项目失败、建筑工人操作不当而受伤、出门忘记锁门而致被盗等均是心理风险因素。针对心理风险因素,在保险上通常设计有责任保险,譬如建设工程设计责任险,即为针对心理风险因素而设之险种。

道德风险因素与心理风险因素虽同为无形风险因素,但是前者强调故意,而后者强调过失。在保险业中,实质风险因素与心理风险因素通常为可保风险因素,而道德风险因素则为不可保风险因素,故“当事人之故意”通常在保险单中被规定为除外责任。由于道德风险因素与心理风险因素均与人密切相关,所以有学者主张将二者合并为人为风险因素。我们认为,道德风险因素与心理风险因素在实务中确有难以区分之处,但是,故意和过失在法律上是两个含义明确的概念,针对故意行为和过失行为,法律具有不同的评价,因此,我们在研究风险因素时,仍有必要将它们区别开来。

2. 风险事故

风险事故是指引起损失发生的直接原因,是将损失发生的可能性转化为现实性的媒介,也可以说,风险因素是通过风险事故来产生破坏力即造成损失的。仅有风险因素并不必然导致损失的发生,风险因素要产生破坏,须经由风险事故这一媒介。例如,某建筑材料存在引起火灾发生的风险因素,但仅有这些风险因素并不必然引起建筑材料损失的发生,建筑材料损失与否,须待火灾这一事实的发生,这里的“火灾”,即

为风险事故,它是联系风险因素和建筑材料损失之间的媒介,也就是将建筑材料损失的可能性转化为现实性的媒介。其他风险事故者,例如地震、爆炸、盗窃等,均如此。

3. 损失

所谓损失,是指非故意的、非计划的、非预期的经济价值的减少。此定义包含两个重要的要素:①该损失是非故意的、非计划的、非预期的;②该损失体现为经济价值的减少。任何“价值”的减少,若缺乏以上两个要素,均不是此处所言的“损失”。例如,折旧或馈赠均可表现为价值的减少,但是,折旧属资产的自然损耗,而馈赠则属故意的行为,故折旧和馈赠等不是此处所言的损失。又如,在建设工程招标投标过程中,若中标人不与招标人签订合同,招标人的经济价值显然是减少了,而且这种经济价值的减少对于招标人来说不是故意的、计划中的以及预期的,所以,此时招标人的损失即属风险管理学上所谓的损失。

4. 风险因素、风险事故、损失三者之间的关系

风险因素、风险事故、损失三者之间的关系可以概括为:风险因素的存在及其变动引起风险事故,风险事故的发生导致损失。风险因素在何时引起风险事故,须由风险因素本身的危险性及其变动来决定。例如,某建筑材料本身容易燃烧,这显然是有可能引发火灾的,若该建筑材料周围堆放的也是其他易燃材料以及天气干燥等因素,则该建筑材料发生火灾的可能性将进一步加大。这些容易引发火灾的风险因素积累在一起,将会引起火灾这一风险事故的发生,火灾的发生将导致建筑材料的损失。

风险事故系由风险因素引起,而风险事故的发生又直接导致损失的发生。若仅存在风险因素而无风险事故,损失将不会发生。故有风险因素不一定有损失,而有损失必有风险因素和风险事故。例如,在一个建设工程合同中,如果承包人不具备相应的资质,从法律上讲,该建设工程合同是无效的。在这份建设工程合同中,承包人不具备相应的资质是风险因素,建设工程合同无效则是风险事故,该建设工程合同无效产生的法律后果则是损失。但是,承包人不具备相应资质并不必然导致承包人或者发包人损失的发生,因为如果承包人和发包人都如约履行了合同,双方当事人都不主张合同无效,在不存在其他风险因素的条件下,风险事故便不会发生,从而损失即合同责任也不会发生。

现在我们可以更好地理解“有风险不必然有损失,而有损失必有风险”这句话了,因为这句话里面的“风险”其实是指风险因素。于是,我们发现日常生活中所说的风险,其含义常常是不确定的,有的时候仅指风险因素而言,有的时候则包含了风险因素、风险事故以及损失等概念在内。例如,在损失发生前,人们常会说“这一活动里面存在风险”,其实,此时说的风险系指风险因素而言;人们常说“这批建筑材料存在发

生火灾的风险”,其实是指这批建筑材料存在引发火灾的风险因素;人们也常说“建筑行业是一个高风险的行业”,这是说,在建筑行业中,风险因素的危险性较高,容易引发风险事故以及较高的损失。

一般而言,风险事故发生频率较高的风险,其损失的程度一般较低,而风险事故发生频率较低的风险,其损失的程度一般较高,换言之,风险事故发生的频率与损失的程度成反比。以自行车、汽车和飞机为例,这三种交通工具都存在发生碰撞事故的风险,而自行车发生碰撞的频率高于汽车和飞机碰撞的频率,汽车发生碰撞的频率高于飞机发生碰撞的频率。但是,这三种交通工具每次发生交通事故造成的损失程度通常是飞机高于汽车,汽车高于自行车。

通常把这些存在风险因素的事物或载体(包括有形的和无形的)视为一个单位,这样的单位就是风险单位,于是,一批建筑材料、一个人的生命健康、一次活动、一种法律责任,均可以视为风险单位。对风险单位采取管理措施的单位就是风险管理单位,例如建筑材料的拥有者、活动的行为者、法律责任的承担者、债权的享有者等,均是风险管理单位。在建设工程合同风险管理中,风险单位就是建设工程合同,风险管理单位就是建设工程合同主体。

二、风险的特征

1. 风险具有客观性

风险是由客观存在的自然现象和社会现象引起的,例如自然灾害、意外事故、疏忽大意以及人的生老病死等,这些现象是客观存在的,从而风险也是客观存在的。但是,风险这种客观存在具有一定的规律,人们可以认识并处理风险,这是风险管理进行的前提。

2. 风险具有普遍性

风险的普遍性由风险的客观性决定。风险是一种客观存在,而不是人的主观想象。人类生活中无时不面临风险,无处不面临风险。人们只能在一定条件下和一定范围内改变风险形成和发展的条件,降低风险事故发生的频率和减少损失的程度,试图全面地根本地消灭风险是不可能的。

3. 风险具有偶然性

风险是客观存在的,但是,对于特定的个体而言,风险的发生却是偶然的。这种偶然性系由风险事故发生的随机性决定的。具体而言,其一,风险事故是否发生是不确定的。例如,就全社会而言,火灾是不能消除的,但是对于特定的风险管理单位而言,火灾是否发生却是不必然的。其二,风险事故何时发生是不确定的。例如,人总是会生病的,但对于特定的人而言,何时生病却是不能确定的。

4. 风险具有危害性

风险事故会造成风险管理单位的损失是不言而喻的。这些损失有的可以用货币衡量,有的不可用货币衡量。例如,建设工程设计者的失误造成工程项目的失败,这是可以用货币衡量的,但是,这一事故对于设计者声誉的损失却是不能用货币衡量的。一般而言,风险对人的心理和精神上的损害往往是不能用货币衡量的。

5. 风险具有可变性

世界处于运动变化之中,风险亦是如此。风险的变化,有量的增减,亦有质的改变。风险的变化主要是由风险因素的变化引起的,这种变化的原因主要来自:①科技的进步。一方面,科技的进步使人类能够消除和控制一些风险。例如,随着医疗技术的进步人们因疾病而致死的风险大大地减少了,历史上很多患之必死的疾病已经被解决了。另一方面,科技的进步还会导致新的风险的产生,例如,空难、核危机、计算机病毒等。②经济体制和经济状况的变化。例如,计划经济时期并无股票市场,人们自然不会面临炒股的风险。又如,在经济状况良好的时期和在经济萧条时期,人们面临的风险也会有所差异。③政治体制和社会结构的变化。战争风险、法律风险往往都是由这种变化所致。

三、风险的分类

为了深入理解风险,准确把握风险的本质,有必要对风险加以分类研究。常见的分类主要有以下几种。

1. 自然风险、社会风险、政治风险和经济风险

这是依据风险产生原因的不同进行的分类。自然风险是指由于自然现象和其他实质风险因素所形成的风险,例如海啸、地震、洪水、火灾等。社会风险是指由于人的行为所形成的风险,例如盗窃、抢劫、民事侵权等。政治风险是指由于政局、政策、制度等变化,导致投资环境恶化,使投资者蒙受损失的风险,例如战争、内乱、外汇管制等。经济风险是指在生产经营工程中由于市场供求等相关因素和估计错误所形成的风险,例如生产的减少、价格的涨落、经营亏损等。

需要注意的是,自然风险、社会风险、政治风险和社会风险相互联系、相互影响,有时是难以区分的。例如,价格变动引起产品销售不出去,利润减少,这是经济风险,但是价格变动会导致某些部门、行业生产不景气,失业率上升,影响社会稳定,而这本身又是社会风险。社会问题的积累可能会变成政治问题,在社会风险中往往酝酿着政治风险。

2. 静态风险和动态风险

这是根据风险是否是由社会经济变动所引起而进行的分类。静态风险是指由于

自然力的作用或者由于人的恶意或者过失行为所导致的风险。静态风险是在社会经济条件正常的情况下产生的风险,故谓之静态风险。例如洪水、火灾、疾病、盗窃、欺诈、毁约等。动态风险是指在社会经济变动的条件下,由于人的欲望、生产技术以及生产方式等变化所引起的风险。例如价格水平的变化、人们偏好的变化、生产技术的改进、环境的改变等引起的风险。

除了是在社会经济正常的情况下产生的风险不同外,静态风险和动态风险还有以下区别:①静态风险无论是对于社会整体还是对于个体,都是损失,而动态风险对于社会整体并不一定都意味着损失。例如,合同无效这一风险,无论是对合同当事人,还是对社会整体,都意味着损失。又如,技术进步会使一些生产水平落后的企业受到损失,但是,对于技术先进和积极创新的企业来说,则会获得利益,但是就社会整体而言,并没有受到损失。②影响的范围不同。静态风险一般只对社会个体产生影响,而动态风险的影响范围则较广。③长期来看,就全社会而言,静态风险往往具有一定的规律性,而动态风险则较难预测。保险所管理的风险一般为静态风险。

3. 纯粹风险和投机风险

这是根据是否有获利机会为标准所进行的分类。纯粹风险是指只有损失可能而无获利机会的风险。例如车祸、侵权等对于风险管理单位而言只有损失而无任何利益。当然,如果是为了某种目的而故意制造风险事故,则从根本上改变了风险的性质。保险所承保的风险为纯粹风险,如果是为了骗取保险金而造成保险事故的发生,则属于保险的除外责任。投机风险是指那些既有损失可能又有获利机会的风险。例如,市场行情的变化,对某些企业来说意味着损失,而对其他企业来说,则可能获利。

4. 基本风险和特定风险

这是根据风险所涉及的范围不同进行的分类。基本风险是指社会个体所不能控制的风险。例如与政治变动、经济萧条、特大自然灾害等相联系的风险,都属于基本风险。特定风险是指主要是由社会个体疏于管理造成的、与社会个体的行为有因果关系的风险。例如盗窃、民事侵权、工程设计失误等。与基本风险相比,特定风险所造成的损失相对较小,一般可以采取控制或转移。

5. 人身风险、财产风险、责任风险

这是根据潜在损失的形态不同进行的分类。一般认为,这一分类仅适用于纯粹风险。人身风险是指由于人的疾病、伤残、死亡等所造成的风险。财产风险是指有形财产毁损灭失的风险。责任风险是指由社会个体的民事侵权或违约行为因而应负赔偿责任的风险。例如建筑设计师因设计错误或合同当事人违约而导致的风险。

6. 其他分类

按照承担损失的主体的不同,风险可以分为个人风险、家庭风险、企业风险和国

家风险。按照风险能否被管理,风险还可以分为可管理风险和不可管理风险。按照风险是否可以作为保险经营的对象,可以分为可保风险和不可保风险。

第二节 建设工程合同风险

一、建设工程合同风险的含义

建设工程合同风险是指在建设工程活动中一切与建设工程合同有关的损失发生的可能性。对这一定义,可以从以下几个方面来理解:

(1) 在合同法上,在合同成立之前、合同成立之后以及合同履行完毕之后,合同当事人承担的合同义务,分别被称为前合同义务、合同义务和后合同义务。与此相应,建设工程合同风险不仅是指合同履行过程中合同当事人损失发生的可能性,而且还包括合同订立过程中以及合同履行完毕之后合同当事人损失发生的可能性。

(2) 建设工程合同风险是建设工程活动中所涉及的与建设工程合同有关的风险,而不是指建设工程活动中的一切风险。例如,市场行情的变化导致建筑材料价格的涨落便不在建设工程合同风险的研究范围之内。

(3) 建设工程合同风险中的风险因素既有实质风险因素,又有道德风险因素和心理风险因素。所谓实质风险因素者,如由于不可抗力导致合同之不能履行;所谓道德风险因素者,如当事人之欺诈行为而使合同无效;所谓心理风险因素者,如建筑设计师之疏忽导致工程项目的失败。

(4) 建设工程合同风险中的风险事故一般表现为合同的不履行、不完全履行以及瑕疵履行等。不履行者,如由于承包人无相应资质而使合同无效,并进而导致建设工程合同的不履行;不完全履行者,如承包人应完成的工作量而未完成导致发包人的损失;瑕疵履行者,如承包人交付的建筑物存在结构问题,导致业主的人身伤害等。

(5) 建设工程合同风险中的损失是合同主体非故意的、非计划的、非预期的损失。义务的不履行、不完全履行或者瑕疵履行,对于合同主体的一方来说,可能是故意的,但对受损失的一方来说,则是非故意的。例如,发包人不支付工程款,对于发包人来说,可能是故意的,但是对于受到损失的承包人来说,则是非故意的。如果承包人免除了发包人的部分债务,这个损失则被认为是承包人故意的、计划中的或预期的,这样的损失不属于建设工程合同风险研究的范围。

二、建设工程合同风险的特征

为了加强对建设工程合同风险的认识,须对其属性或者特点进行研究。概而言之,建设工程合同风险有以下特征:

(1) 建设工程合同风险多属社会风险。社会风险是由于人的故意、过失或疏忽所形成的风险。简而言之,合同法就是人们的合同行为规则,建设工程合同风险也就是由于合同主体的民事行为所形成的风险,所以,建设工程合同风险属于社会风险。建设工程合同风险也有属于自然风险和政治风险的情形,比如不可抗力导致合同的不履行,不可抗力是指不能避免并不能控制的事实,不可抗力多与自然原因和政治原因有关,如地震、战争等。建设工程合同风险不属于经济风险,如市场价格的变化导致建筑材料的涨落,这样的经济风险与建设工程合同无关。

(2) 建设工程合同风险属静态风险。建设工程合同风险是在正常的社会经济条件下产生的风险,至于在社会经济变动的条件下,由于人的欲望、生产技术以及生产方式等的变化所引起的风险,不在建设工程合同风险的研究范围。在建设工程合同中,当事人一般要约定工程活动中使用的建筑技术,如果承包人擅自改变建筑技术导致发包人损害的,从法律上讲,这是由于承包人不严格按照合同约定履行合同义务的违约行为所致,这种风险显然属于静态风险,也就是建设工程合同风险。但是,如果承包人按照合同约定的建筑技术进行施工,由于该建筑技术本身的缺陷导致发包人损害的,这种风险与合同当事人的行为无关,属于动态风险,这种风险不属于建设工程合同风险。

(3) 建设工程合同风险属纯粹风险。建设工程合同风险的表现形式主要是合同的不履行、不完全履行或者瑕疵履行等,无论哪一种情形,建设工程合同当事人都不可能从这些风险事故中获得利益,而只有损失的可能,故建设工程合同风险属于纯粹风险。也正是由于建设工程合同风险属于纯粹风险,对建设工程合同风险进行管理才成为可能。

(4) 建设工程合同风险属特定风险。订立和履行建设工程合同,是民事主体的私人行为,建设工程合同风险的发生与合同主体的行为有因果关系,所以,建设工程合同风险属于特定风险。正因为建设工程合同风险属于特定风险,因而是可以采取控制措施进行控制和转移的。至于那些合同主体不能控制和预防的基本风险,如政治运动和地震等,则不属于建设工程合同风险的范围。

(5) 建设工程合同风险中既有财产风险,又有的人身风险和责任风险。由于发包人不按照合同约定支付工程款,造成承包人的经济损失,这显然是属于财产风险。建设工程合同风险中的损失,并不只有财产损失一种。例如,由于承包人交付的工程本身存在质量问题,造成业主的人身伤残或者死亡,这就是人身风险。而由于监理工程师的疏忽或者过失导致工程出现质量问题的,这显然属于责任风险。

三、建设工程合同风险的分类

按不同标准,建设工程合同有以下几种不同的划分方法:

(1) 按照合同类型的不同,建设工程合同风险可以分为建设工程勘察设计合同风险、建设工程施工合同风险、建设工程监理合同风险、建设工程物资买卖合同风险等。

(2) 按照风险承担者的不同,建设工程合同风险可以分为发包人的建设工程合同风险、总承包人的建设工程合同风险、分包人的建设工程合同风险等。

(4) 按照因风险事故而受损失的形态的不同,建设工程合同风险可以分为财产型的建设工程合同风险、人身型的建设工程合同风险和责任型的建设工程合同风险。

(5) 按照工程进度的不同,以建设工程施工合同为例,建设工程合同风险可以分为勘察设计阶段的合同风险、施工合同订立阶段的风险、建设工程施工阶段的合同风险、建设工程竣工验收阶段的合同风险、建设工程结算阶段的合同风险、建设工程保修阶段的合同风险等。本书将根据建设工程的进程,对建设工程各个阶段的合同风险进行分析。

第三节 风险管理在建设工程合同中的运用

一、风险管理的历史

自从有了人类,便有了风险,于是便有了人类应付风险的历史。人类欲应付风险,须对风险进行识别和衡量,然后采取适当的措施以处理风险,简单地讲,这就是风险管理。在史前社会,我们的祖先制造工具以应付毒蛇猛兽的袭击;他们开荒种地,生产粮食,以应付来日发生饥荒的风险;他们将住宅安于山洞或者其他适当的位置,以免被洪水冲淹,这些其实都是避免风险的措施。在与风险的长期抗争中,人们逐渐明白了“居安思危”、“防患于未然”的道理。《周礼·仓人》中说:“谷有余则藏之,以待凶年而颁之。”我国历代都有赈济制度,周有“委积”,汉有“常平仓”,隋有“义仓”,宋有“社仓”,等等,赈济制度实为一种应对饥荒的风险处理措施。

随着生产力的发展,人们对风险的认识越来越深刻,应付风险的措施也越来越高明。我国商代在长江上从事货物水运的商人们为了避免货物在运送过程中发生事故而致全部损失,而将一批货物分开运输,这种方法实为风险分散的措施。后世漕运亦多采用这种方法。在我国古代,“镖运”曾经是一种颇具中国特色的风险转移技术。镖局是由一些武林高手和精壮之士组成的从事镖运业务的民间组织。适应商品流通的需要,镖局为富商巨贾们沿途押运货物,以免货物在运输途中遭到盗匪抢劫。如果货物在运输途中遭到盗匪抢劫,而又不能追回的,镖局将要承担赔偿责任。通过镖运,商人们将货物在运输途中遭遇盗匪抢劫的风险转移给了镖局。现在人们通过银行异地付款,一方面,固然是资金融通的需要,另一方面,也是将携带巨额资金可能遭

受的不测风险转移给了银行,这实为一种风险转移措施。

在古代的巴比伦、埃及、希腊和罗马等文明古国,人们很早就采用互助共济、损失补偿的风险处理措施,并逐渐演化为现代意义上的保险。约在公元前 2800 年,古埃及就盛行一种互助基金组织,参加这一组织的成员订立契约约定,当某个成员不幸死亡时,由全体成员所缴纳的会费支付丧葬费和救济其遗属。类似组织在古罗马和希腊都曾盛行过。在中世纪的欧洲,盛行的各种行会也有互助共济的功能。这些都是人类应付人身风险的方法。在公元前 8 世纪到前 7 世纪之间产生的船货抵押贷款便是现代海上保险的前身。

20 世纪 30 年代,风险管理的思想理论开始萌芽。1929—1933 年的世界性经济危机,造成了经济衰退、工厂倒闭、工人失业和社会财富的巨大损失。人们开始思考采用系统的措施消除或者减轻风险给人类带来的种种灾难性后果。1931 年,在美国经营者协会(AMA)的大会上,明确提出了企业对风险进行管理的重要意义,并设立了保险部门作为美国经营者协会的独立机构。该保险部门每年召开两次会议,除了研究保险管理外,还开展有关风险的研究和咨询事务。1932 年,由企业风险管理人員组成了纽约投保人协会(Insurance Buyer of New York),在该协会中,风险管理人員彼此交换风险管理的信息,并研究风险管理的技术和方法。

随着现代工业的迅猛发展和企业社会责任的加强,无论是风险的种类,还是风险事故发生的频率和损失的严重程度,都大大增加了。保险仅以可保风险为经营对象,这并不能给予企业全面的保障,不予承保的风险以及不能得到补偿的损失大量存在着,迫切需要加以处理。这一形势,一方面,给保险业提出了更高的要求,另一方面,也促使风险管理理论的产生。

风险管理理论的产生和迅速发展,以在美国发生的两件大事为契机。其一,1948 年美国钢铁工人工会与厂方关于养老退休金和团体人身保险进行谈判,由于厂方不接受工会所提出的条件,导致美国钢铁工人罢工长达半年之久,这对美国经济产生了极为严重的影响。厂方最后终于允许设立员工福利计划以嘉惠员工。其二,1953 年 8 月 12 日,美国通用汽车公司自动变速装置厂发生一场大火,导致该公司及其卫星厂的生产停顿长达数月之久,造成该公司直接经济损失 300 万美元,间接经济损失约 1 亿美元。这两件事震动了美国学术界和企业界。于是,在美国保险管理学会的推动下,风险管理的教育及研究开始风行于美国各地。不少大学将传统的“保险学”更名为“风险与保险学”。有关保险学术团体亦纷纷更名,如“全美大学保险学教师协会”更名为“全美风险与保险学协会”。在美国兴起的风险管理运动,很快传播到世界各地。1986 年,欧洲 11 个国家共同成立了“欧洲风险研究会”。同年,“日本风险研究会”成立。也就是在这一年,在新加坡召开了风险管理国际学术讨论会。这些表明