

工程索赔100招

汪金敏 朱月英 著



切实——提炼数百判例 指导全过程索赔
融通——贯通法院观点 融汇三十年经验
解惑——直面疑难杂症 构建索赔新规则
前瞻——立足清单计价 兼顾新标准合同

(附赠——网上增值服务 判例法规查询)

中国建筑工业出版社

工程索赔 100 招

汪金敏 朱月英 著

中国建筑工业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

工程索赔100招 / 汪金敏, 朱月英著. —北京: 中国建筑工业出版社, 2009

ISBN 978-7-112-11489-4

I. 工… II. ①汪…②朱… III. 建筑工程-经济合同-索赔-中国-问答 IV. D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第188242号

责任编辑: 丁洪良 李 阳

责任设计: 郑秋菊

责任校对: 陈 波 陈晶晶

工程索赔100招

汪金敏 朱月英 著

*

中国建筑工业出版社出版、发行 (北京西郊百万庄)

各地新华书店、建筑书店经销

北京嘉泰利德公司制版

北京市书林印刷有限公司印刷

*

开本: 787×1092毫米 1/16 印张: 29¹/₄ 字数: 730千字

2009年12月第一版 2009年12月第一次印刷

定价: 62.00元

ISBN 978-7-112-11489-4

(18748)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)

序一：既是艰苦的探索 也是市场的需求

本书是建纬的精英律师贡献给中国建筑市场的最新研究的丰硕成果。

本书作者汪金敏、朱月英是本所合伙人、律师。两位律师都具有建筑学的专业背景。汪金敏律师在东南大学取得建筑工程学士学位和工程索赔硕士学位，是一位科班的专业人士，师从本人在本所已执业11年。朱月英律师是我在上海建工时的同事，一辈子奋斗在建筑行业，作为一名律师在本所执业，至今已近20年。两位律师在长期的建设工程专业法律服务中明显地感受到一个强烈的市场需求——建筑施工企业迫切需要有关工程索赔的专业指导。在许多工程款案件中，施工企业和项目经理不敢工程索赔，不懂工程索赔，不会工程索赔，不善工程索赔，许多合法的权益因此被疏忽或放弃了。不仅如此，本所律师在承办有关工程索赔案件时，发现许多律师同行，甚至法官在办案时对工程索赔的有关专业知识也不熟悉、不内行。实践中的问题在于：目前我国法律、法规对工程签证和工程索赔都还没有相应规定，处理相关法律问题并无明确的法律规定；而问题的另一方面，各地都发生着丰富的有关工程签证和索赔的司法实践。行业中的相应管理和司法实践都存在着一个迫切的需求，需要有针对性的关于工程签证和索赔的专业业务指导。于是，他（她）们决心从司法实践的判例和具体案件入手，结合自己的专业知识和实践经验，写这样一本以判例说话的关于工程签证和索赔的专业实务书。

要写这样一本书谈何容易，这是一项浩大的工程，必然要付出巨大的努力。目前尚未知国内有人全面整理过各地有关工程索赔的司法实践，尤其是生效的司法判决文书，而他（她）们做到了。他（她）们充分运用了从拥有多达3000份的最高院、各地高院、中院判决书的中国工程判例全库筛选判例，在此基础上经过不懈的努力形成了本书。本书应当会在实践中起到积极的指导意义，应当能够经得起司法实践的检验，也应当会对相应的立法、执法产生积极的现实意义。

各地的司法实际情况是：虽然目前国家法律尚无工程签证和索赔的相关规定，但在各地事实上已出现了大量的有关工程签证和索赔的案件，承办案件的法官们必须要对案件作出司法判决。在缺乏法律依据或者说无法可依的情况下，各地各级法院都已经进行了不断探索，积累了一定的实践经验，已经形成了审判工程签证和索赔案件的初步的指导意见。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十九条规定：“当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。”这一规定明确了工程签证就是确认履约过程中工程量变化的依据，而工程索赔则是在签证不成的前提下要依靠证据来确认索赔请求得以成立，这客观上也确认了下述工程签证和工程索赔的法律定义。

工程索赔与工程签证虽都是行业惯例，但同时又都是法律问题，是对于工程合同履行中的变更应对和处理的两个相关的法律问题，工程索赔源于工程签证的未成功。

所谓工程签证，是指工程承发包双方在施工过程中按合同约定对支付各种费用、顺延工期、赔偿损失所达成的双方意思表示一致的补充协议，互相书面确认的签证即成为工程结算或最终结算增减工程造价的凭据。

工程签证的法律特征是：

- (1) 工程签证是双方协商一致的结果，是双方法律行为；
- (2) 工程签证涉及的利益已经确定，可直接作为工程结算的凭据；
- (3) 工程签证是施工过程中的例行工作，一般不依赖于证据。

所谓工程索赔，是指工程合同承发包双方中的任何一方因未能获得按合同约定支付各种费用、顺延工期、赔偿损失的书面确认，在约定期限内向对方提出赔偿请求的一种权利，是单方的权利主张。

工程索赔不同于工程签证的法律特征是：

- (1) 与工程签证是双方法律行为的特征不同，工程索赔是双方未能协商一致的结果，是单方主张权利的要求，是单方法律行为。
- (2) 与工程签证涉及的利益已经确定的特点不同，工程索赔涉及的利益尚待确定，是一种期待权益。
- (3) 与工程签证一般不依赖于其他证据不同，工程索赔是要求未获确认的权利的单方主张，必须依赖于证据。

无须讳言，工程签证和索赔既是一个复杂的行业惯例，必然会涉及到工程施工过程中的许多技术和工艺问题；也是一个专业的法律争议，也必然会涉及一系列疑难复杂的法律问题。从法律关系角度分析，其复杂性往往表现在：司法实践中的工程签证和索赔案件往往会碰到以下三个大难题：

第一，是签证和索赔的发生和依据，一般会涉及合同签订的主体、效力、解除、计价、支付的一系列具体问题。

第二，是签证和索赔的对象和范围，一般会涉及谁有权索赔？向谁索赔？索赔工期、费用、变更以及在工程分包和保修过程中的索赔等一系列具体问题。

第三，是签证和索赔的渠道和方法，一般会涉及履约过程中的争议评审和发生纠纷后的诉讼、仲裁等一系列具体问题。

本书的两位作者面对上述法律问题，在本书中分 15 章对上述法律问题逐一通过一个个具体的、已判决生效的案件作了有针对性的研究和分析，其研究成果具有很强的说服力，其法理分析具备现实的针对性，因此本书对于处于弱势地位的建筑施工企业加强工程合同以及签证和索赔管理，提高企业效益，是一本不可多得的工具书；本书对于广大律师同行提高办理工程签证和索赔案件的能力和效果，提升专业水平，是一本极具价值的指引书；本书对于各级法院和相关仲裁机构审理工程签证和索赔案件，提高办案质量，也是一本可供借鉴的参考书。

愿本书的正式出版对于我国加强建筑市场的工程合同管理，提高整个建设领域的工程签证和索赔的管理水平，能够起到积极的推进作用；同时成为工程合同实务丛中瑰丽的奇葩，成为读者的挚友。

中华全国律师协会民委主任

朱树英

2009 年 9 月

序二：研究国内工程判例 提升合同管理水平

我国从上世纪 80 年代中期开始在建筑工程中推行招标投标和合同管理制度，人们便开始进行工程合同管理与索赔的应用和研究，至今已经二十多年。但从总体上说，我国在这方面的研究是从国际工程着手的，即主要研究国际工程合同、索赔的案例、处理原则、计算方法等。目前尚未形成我国工程合同与索赔管理的理论、处理准则和方法。

由于我国有独特的民事和工程法律制度、建筑工程合同范本、工程量划分标准和计算规则等，以及我国工程承包市场环境，则我国的工程索赔有许多与国际工程不同的东西，应该有自己的工程索赔处理理论和方法体系。二十多年来，我国工程界已经有大量的工程合同管理与索赔裁决的案例，有非常宝贵的资料，有许多工程的经验和教训。但我国工程界在这方面总结、研究太少，这是我国工程界一个亟待解决的问题。

国际工程合同与索赔的理论实际是在英美判例基础上建立起来的。在英美法系的国家，法官判案要遵照先前判例，判例就是法律。比如，计算企业管理费的厚得森公式、爱利奇公式均是在法院判案时确立并沿用之前的。

国内虽然形成了以合同法、建筑法、招标投标法等为主体组成的工程合同法律框架，但是工程合同管理与索赔中的实体性争议，比如单价合同、总价合同、计量估价、工程变更、经济索赔、工期索赔、工程签证等，仍然缺乏可操作性的规则。在此情况下，国内工程判例，特别是最高院及各地方高院的判例，事实上起到了填补法律空白的作用，对工程合同管理与审理、代理有较强的指导作用。

在工库网中国工程判例全库已收集整理的近 3000 个最高院、高院和中院工程判例的基础上，以本书作者汪金敏牵头组成以近十名以专职人员为主的中国工程判例全库应用研究课题组，正在对这些判例进行深入研究。这些研究应该可以引导出符合我国“国情”的工程合同管理与索赔原则、计算方法、处理方法等。本书正是中国工程判例合同全库应用研究课题的成果之一。

本书为施工企业、建设单位、工程管理专业、工程造价专业师生提供实在的指导和帮助。本书及中国工程判例合同全库应用研究课题后续成果的出版发行，相信将在提升国内工程合同管理水平、纠正失衡的工程市场秩序、规范工程承发包行为等方面起到积极的作用，对我国工程管理作出实实在在的贡献。

由于工程合同和索赔问题的复杂性，对某个确定的工程索赔案例没有一个统一标准的解决，任何一种处理结果都有值得商榷的地方。所以本书籍观点和结论值得工程界进一步讨论——这正是工程索赔最有意义，也是最吸引人的地方。

值此《工程索赔 100 招》出版之际，我期待课题组研发出更多更好的成果，我期待着课题组更多书籍出版，以使我国工程合同、合同管理和索赔的理论和方法体系更进一步完善，以使我国的工程合同管理和索赔的研究和应用大大向前一步。

东南大学项目管理研究所所长
成 虎
2009 年 9 月

前言：全过程索赔 高结算可期

低中标、低结算是工程承包市场的病状，拖欠工程款、豆腐渣工程是建筑行业的顽疾。从契约自由的合同法、质量优先的建筑法、工程合同司法解释到提倡单价合同的新清单规范、FIDIC 化的新标准合同，规制这些问题，国家一直在努力。

20年前，以鲁布革工程为起点，国内工程实践开始引入植根英美法系和判例法的FIDIC合同及国际工程索赔理论。20年来，在逐步成为全球一半的建筑市场中，在承包人与发包人的斗争与反斗争、国家的规制中，国内积累了独特的工程经验和做法，产生了大量植根大陆法系中国法下的工程判例。20年后的今天，提炼中国特色工程索赔理论，澄清模糊的观点，规范粗糙的做法，平衡承包方利益，提升中国工程管理实践水平，既是如此重要和迫切，又是万事俱备、只欠东风。

索赔，即主张权利。全过程索赔，即从签约、履约到争议处理，从合同价到结算价，全过程有理有利有节的主张权利。承包人全过程索赔，可以实现高结算、可以避免被拖欠；反之，承包人不注重全过程索赔，临时抱佛脚，结果往往是低结算、长期被拖欠。发包人全过程索赔，可以预防不规范承包行为，可以保证工程质量和工期。

本书从国内工程判例和实践出发，以工程法律为主体、以工程造价和合同管理为两翼，围绕承包人向发包人全过程索赔这一主线展开，探讨了以下问题：

第一，全过程索赔的对象和依据：谁向谁索赔，依据什么索赔，在合同有效、无效及解除情形下如何索赔？

第二，全过程索赔的内容：如何从合同价到结算价，如何计量、估价、调价，如何变更价格、索赔价款，如何支付工程价款，如何顺延工期和修复缺陷？如何进行签证。

第三，全过程索赔的方法：如何签订合同，如何履行合同，如何提起诉讼、仲裁、争端评审。

本书缘起判例，但非判例汇编。本书构建体系，但非理论教材。本书融通观点经验、只为指导全过程索赔实践。本书有如下特点：

1. 切实：提炼数百判例、指导全过程索赔。本书的体系和观点源于国内权威工程判例。本书写作方法是：首先，抽取判例：按最高院判例、高院判例、中院判例、笔者代理判例顺序，从中国工程判例全库依次选取200个典型判例；其后，分解判例：每一个典型判例的一个典型争议焦点和相关事实、观点、结论形成一个故事，得到300余个争议焦点和故事；再后，归纳提炼：对争议焦点和故事合并同类项，反复组合归纳，十易其稿，形成全过程索赔框架，即本书的章、节、目；最后，撰写本书。

2. 融通：贯通法院观点、融汇三十年经验。本书由章节正文和对应支招两部分组成。正文部分以法律、最高院及各地高院司法解释为基础，梳理最高院、各地高院、中院观点，结合我们三十年专业律师生涯的体会和数百起工程纠纷代理的经验，最终形成了以主流意见为主体、以我们观点为补充的系统的观点，典型案例如合同主体、黑白合同、工程保修、优先受偿权、追讨工程款。118招系从300余个争议焦点和故事中精选、改写而成，既可独

立阅读，又可补充正文。

3. 钻研：澄清疑难困惑、引导最适用准则。在构建体系、撰写全文过程中，有许多问题，比如总价合同、单价合同、工程估价、工程签证，在工程实务极为重要，但司法解释、法院观点、甚至文献没有系统的阐述和清晰的规则。对此，我们没有回避，而是归纳判例精神、反复斟酌后提出自己独特的观点和体系，尽管未必成熟，但相信对处理相关争议会有所帮助。此外，对于黑白合同、优先受偿权等问题，虽有较多阐述，但在实践中仍空白点，如在招标前签订黑合同的结算、合同解除时优先受偿权的起算期限我们反复研究并提出了有判例支撑的新观点，并将这些问题体系化。

4. 前瞻：立足清单计价、兼容新标准合同。我们深切感觉到清单计价逐步取代定额计价、新标准合同逐步取代老示范文本将带来的巨大冲击和影响。现有工程判例大都反映的定额计价、老示范文本下的争议，如何适用清单计价、新标准合同的需要呢？在过去十年中，在沿海地区，境外开发商、投资者在开发楼盘、建设工厂过程中，使用的就是清单计价和与新标准合同相似的 FIDIC 合同，我们代理的相关案件就有数十起。为此，本书提取判例、建立框架时，我们优先选用清单计价或 FIDIC 合同下的判例；我们未抛弃定额计价、老示范文本的合理内核，但我们更注重吸收清单计价和新标准合同下的新做法、新思路。

5. 浅出：循承包人视角、易于便于阅读。为了便于理解，本书章节、支招均系从承包人的视角来撰写。承包人指与建设单位签订工程施工合同的施工单位，工程合同指承包人与建设单位签订的工程施工合同；支招中，咨询问题的主体即为承包人。在风险评估及索赔支招中的“你们”指承包人。为了便于阅读和理解，本书尽量用直白的语言，尽量条理化。

本书是中国工程判例合同全库应用研究成果之一。中国工程判例全库课题组提供的数百个分解判例和故事以及数十份文献综述是本书研究撰写的出发点。这些文献综述梳理了国内百本工程法律和工程合同管理书籍、千篇相关论文文章，具有较强的参考价值。没有这些资料，本书就是无源之水。同时，本书也得到了课题组专家顾问们的指导。

本书先由我撰写初稿，后由朱月英律师补充完善，我定稿，最后由成虎教授审阅而成。

本书为活跃在工程承包一线的项目经理、甲方代表、合约经理、法律顾问、造价工程师、建造师、监理工程师及广大工程管理人员而写。本文对律师代理、法官审理工程纠纷案件、对工程管理、工程造价及其他相关专业的学者和学子研究学习工程法律、合同管理、工程造价有较强的参考价值。

限于我们的时间和精力，加之是全新的体系、有大量新观点，本书必然有许多疏漏，欢迎读者及时反馈给我们。我们将梳理各方意见、补充新判例、新观点，进一步完善本书。

为便于与读者交流，我、中国工程判例合同全库应用课题组成员及顾问，将常驻工库网（www.aisgk.com）论坛。本书所引用的判例、法律，读者可以到工库网（www.aisgk.com）中国工程判例全库查阅。同时，为便于读者反馈意见，联系方式如下：

互动论坛：工库网（www.aisgk.com）论坛

联系地址：上海市镇宁路9号九尊大厦16楼，邮编：200050

电子邮件：wjm515@189.cn

联系电话：4006-3131-66

汪金敏
于上海华亭湖畔
2009年9月

简称引用对照表

一、法院观点简称引用对照表

| 序号 | 简称 | 最高院及地方法院工程合同书籍文章全称 |
|----|-------------|--|
| 1 | 《最高院观点》 | 《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》第 17 页至 245 页，最高院民一庭编著，人民法院出版社，2004 年 11 月第 1 版 |
| 2 | 《最高院新观点》 | 《回顾与展望——写在〈最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释〉颁布实施三周年之际》，最高院民庭冯小光，《民事审判指导与参考》总第 33 期第 72 至 94 页，法律出版社，2008 年 5 月第 1 版 |
| 3 | 《上海中院观点》 | 《建设工程合同纠纷》第 3 页至 105 页，上海一中院民二庭诸法官合编，法律出版社，2007 年 9 月 1 日第 1 版 |
| 4 | 《山东高院观点》 | 《建设工程合同纠纷案件审理中的若干问题》，山东省高级人民法院民一庭，《山东审判》2007 年第 2 期，第 20 页至 33 页 |
| 5 | 《江苏高院观点》 | 《建设工程案件审判实务中的有关问题》，江苏高院民一庭副庭长夏正芳，《民事审判指导与参考》总第 35 期第 58 至 71 页，法律出版社，2009 年 1 月第 1 版 |
| 6 | 《厦门中院观点》 | 《关于建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的调研报告》，厦门中院民一庭课题组，2007 年 |
| 7 | 《新疆高院观点》 | 《审理建设工程施工合同案件情况的调研报告》，新疆维吾尔自治区高级人民法院，2007 年 |
| 8 | 《浙江高院观点》 | 《房地产案件审判要旨与判案评析》第 1 页至 70 页，浙江高院民一庭诸法官，人民法院出版社，2004 年 1 月第 1 版 |
| 9 | 《民事审判指导与参考》 | 《民事审判指导与参考》，最高人民法院民一庭编，法律出版社出版，第 1 期至 37 期，2000~2009 年 |

二、司法解释简称对照表

| 序号 | 简称 | 最高院工程合同司法解释及各地高院意见全称 |
|----|-----------------|---|
| 1 | 《最高院工程合同解释》 | 《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》，法释〔2004〕14号，自2005年1月1日起施行 |
| 2 | 《最高院视为认可结算文件复函》 | 最高人民法院《关于发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，是否视为认可竣工结算文件的复函》，(2005)民一他字第23号，2006年4月25日 |
| 3 | 《最高院优先受偿权批复》 | 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，法释〔2002〕16号，2002年6月27日起施行 |
| 4 | 《最高院装修优先受偿函复》 | 最高人民法院《关于装饰装修工程是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》，(2004)民一他字第14号，2004年12月8日 |
| 5 | 《最高院结算与审计不一致答复》 | 最高人民法院《关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确定的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见》，(2001)民一他字第2号，2001年4月2日 |
| 6 | 《江苏高院工程合同意见》 | 《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》，苏高法审委(2008)26号，2008年12月21日 |
| 7 | 《山东高院08纪要》 | 《山东省高级人民法院2008会议纪要》，鲁高法〔2008〕243号 |
| 8 | 《山东高院05纪要》 | 《山东省民事审判工作座谈会纪要》，2005年11月23日 |
| 9 | 《广东高院工程合同意见》 | 《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》，粤高法发〔2006〕37号，2006年11月1日 |
| 10 | 《重庆高院民事意见》 | 《重庆市高级人民法院关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》，2007年11月22日，选自《民事审判指导与参考》2008年第2集 |
| 11 | 《江西高院民事意见》 | 《2004年江西省法院民事审判工作座谈会纪要》，2004年12月16日 |
| 12 | 《北京高院民工工资意见》 | 《北京市高级人民法院关于依法快速处理建设领域拖欠农民工工资相关案件的意见》，京高法发〔2005〕189号，2005年7月19日 |
| 13 | 《最高院合同法解释一》 | 《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(一)》，法释〔1999〕19号，1999年12月1日 |
| 14 | 《最高院合同法解释二》 | 《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，2009年5月13日 |
| 15 | 《最高院当前形势意见》 | 《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，2009年7月7日 |

三、法律法规规章简称对照表

| 序号 | 简称 | 工程合同相关法律法规规章全称 |
|----|----------|--------------------------------------|
| 1 | 《民法通则》 | 《中华人民共和国民法通则》，1987年1月1日起施行 |
| 2 | 《合同法》 | 《中华人民共和国合同法》，1999年1月1日生效 |
| 3 | 《招标投标法》 | 《中华人民共和国招标投标法》，2000年1月1日起施行 |
| 4 | 《建筑法》 | 《中华人民共和国建筑法》，1998年3月1日起施行 |
| 5 | 《质量管理条例》 | 《建设工程质量管理条例》，2000年1月30日起施行 |
| 6 | 《资质管理规定》 | 《建筑业企业资质管理规定》，2007年9月1日起施行 |
| 7 | 《质量保修办法》 | 《房屋建筑工程质量保修办法》，2000年6月30日起施行 |
| 8 | 《分包管理办法》 | 《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》，2004年4月1日起施行 |
| 9 | 《计价管理办法》 | 《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》，2001年12月1日起施行 |
| 10 | 《结算暂行办法》 | 《建设工程价款结算暂行办法》，2004年10月20日起施行 |

四、规范简称对照表

| 序号 | 简称 | 工程经济管理规范全称 |
|----|----------|--|
| 1 | 《08清单规范》 | 《建设工程工程量清单计价规范》，GB50500-2008，住房和城乡建设部、质监总局联合发布，2008年12月1日起施行 |
| 2 | 《项目管理规范》 | 《建设工程项目管理规范》，GB/T 50326-2001，建设部、质监总局联合发布，2002年5月1日起施行 |
| 3 | 《工程监理规范》 | 《建设工程监理规范》，GB50319-2000，质监局、建设部联合发布，2001年5月1日起施行 |
| 4 | 《质量验收规范》 | 《建设工程施工质量验收统一标准》，GB 50300-2001，建设部、质监总局联合发布，2002年1月1日起施行 |
| 5 | 《文件归档规范》 | 《建设工程文件归档整理规范》，GB/T 50328-2001，建设部、质监总局联合发布，2002年5月1日起施行 |

五、标准合同缩写对照表

| 序号 | 简称 | 工程标准文本全称 |
|----|-----------------|--|
| 1 | 《标准合同 07 版》 | 《标准施工招标文件（2007 年版）》通用合同条款，发改委、财政部、建设部等九部委，2008 年 5 月 1 日起施行 |
| 2 | 《建设合同 99 版》 | 《建设工程施工合同（示范文本）》，GF-1999-0201，建设部、国家工商局制定，1999 年 12 月 24 日推行 |
| 3 | 《FIDIC 合同 99 版》 | 《FIDIC 工程施工合同》（1999 年第 1 版），国际咨询工程师联合会编 |
| 4 | 《FIDIC 第四版》 | 《土木工程施工合同条件（第四版 1988 年订正版）》，国际咨询工程师联合会编 |

目 录

| | |
|-----------------------------------|-----|
| 序一：既是艰苦的探索 也是市场的需求 | III |
| 序二：研究国内工程判例 提升合同管理水平 | V |
| 前言：全过程索赔 高结算可期 | VI |
| 简称引用对照表 | VII |
| 第一章 合同主体 | 2 |
| 第一节 发包人 | 4 |
| 一、发包人的定义——发包人应该具备的条件 | 4 |
| 二、发包人的类型——支付工程款的主体 | 5 |
| 三、第三人支付——第三人应支付工程款的情形 | 6 |
| 四、发包人虚设——发包人股东应支付工程款的情形 | 7 |
| 第1招 谁应支付出租改建项目的工程款？ | 8 |
| 第2招 可否要求工程受让方返还保证金？ | 10 |
| 第3招 合作开发一方欠款时可否要其他方付款？ | 12 |
| 第4招 约定第三方付款的应向谁要工程款？ | 14 |
| 第5招 发包人被吊销营业执照如何要工程款？ | 16 |
| 第二节 承包人 | 18 |
| 一、承包人的定义——承包人应该具备相应资质 | 18 |
| 二、挂靠承包——典型的不具资质承包情形 | 19 |
| 三、内部承包——应该规范内部承包行为 | 20 |
| 四、联合承包——承包不具资质工程的有效做法 | 21 |
| 第6招 未办进入许可签订的合同是否有效？ | 22 |
| 第7招 分公司签订的合同是否有效？ | 24 |
| 第二章 合同签订 | 26 |
| 第一节 投标签约 | 28 |
| 一、不平衡报价——承包人早收钱多收钱的关键策略 | 28 |
| 二、废标应对——对中标难和难中标的无力抗争 | 29 |
| 三、中标约束力——不签订合同应承担缔约过失责任 | 30 |
| 第8招 投标书被生硬认定为废标后怎么办？ | 32 |
| 第9招 轻信发包人中标承诺遭受损失的怎么办？ | 34 |
| 第二节 黑白合同 | 36 |
| 一、备案合同——与中标合同实质内容背离的以中标合同为准 | 36 |
| 二、补充协议——中标合同后为完成工程所签的可作结算依据 | 36 |

| | |
|-------------------------------------|----|
| 三、标后合同——背离中标合同实质内容的按中标合同结算 | 37 |
| 四、标前合同——和中标合同矛盾的宜按实际履行的结算 | 38 |
| 五、多份合同——未签中标合同的宜按实际履行的结算 | 39 |
| 六、结算书——无论依据黑合同白合同均应按结算书结算 | 39 |
| 第 10 招 发包人可依黑合同反索赔逾期责任吗? | 40 |
| 第 11 招 按投标书、协议书或黑合同计取下浮率? | 42 |
| 第 12 招 先签订合同后招标但未签约的如何结算? | 44 |
| 第 13 招 按照合同结算后发包人反悔的怎么办? | 46 |
| 第三节 合同解释 | 48 |
| 一、有效解释——尽量尊重当事人的意思表示 | 48 |
| 二、整体解释——探究真实意思与按文件顺序解释 | 48 |
| 三、法律补充——默示义务的来源但一般不影响效力 | 49 |
| 四、惯例补充——充分运用示范文本维护权益 | 49 |
| 第 14 招 合同约定结算方式不一致时如何处理? | 50 |
| 第 15 招 约定适用的文件被废止后如何结算? | 52 |
| 第三章 合同效力 | 54 |
| 第一节 合同效力 | 56 |
| 一、双方主体合格——承包人签约时不具备资质签订合同无效 | 56 |
| 二、工程确定合法——未获规划许可工程签订合同无保障 | 57 |
| 三、意思表示真实——显失公平的合同可以撤销 | 58 |
| 四、内容不应违法——转包、违法分包、再分包合同无效 | 58 |
| 五、符合法定程序——应招未招或中标无效则合同无效 | 58 |
| 第 16 招 发包人拒付违法建筑工程款时怎么办? | 60 |
| 第二节 合同无效结算 | 62 |
| 一、已完结算——依质量合格情况结算已完工程款 | 62 |
| 二、损失承担——按照过错分担无效合同造成的损失 | 64 |
| 第 17 招 合同无效质量合格的如何结算工程款? | 66 |
| 第 18 招 无效合同合格工程利润应否支付? | 68 |
| 第 19 招 无资质导致合同无效时损失如何承担? | 70 |
| 第四章 合同价格 | 72 |
| 第一节 工程造价 | 74 |
| 一、基础组成——稳中有变的人工费、材料费、机械费、措施费等 | 74 |
| 二、其他组成——似曾相识的暂估价、暂列金额、总包服务费等 | 74 |
| 三、计价方式——从计划经济的定额到市场经济的清单 | 76 |
| 第 20 招 未按约经确认自行采购的材料如何调价? | 78 |
| 第 21 招 配合独立承包人施工可否索赔配合费? | 80 |
| 第二节 总价合同 | 82 |
| 一、承包范围——合同图纸漏项不属于承包范围 | 82 |
| 二、全部工作——为完成工程所必须的可预见的漏项不调价 | 82 |
| 三、价格包干——承包范围内全部工作价格一般不调整 | 83 |

| | |
|------------------------------------|-----|
| 四、图纸替换——合同图纸外另发施工图纸的应变更价款 | 83 |
| 第 22 招 合同图纸遗漏的项目如何结算? | 84 |
| 第 23 招 报价文件未列项目应否追加价款? | 86 |
| 第 24 招 施工图纸替换招标图纸时怎么办? | 88 |
| 第三节 单价合同 | 90 |
| 一、固定单价——完成项目所需工序的费用均已含在单价中 | 90 |
| 二、估算数量——项目数量应按净尺寸及计算规则据实计算 | 90 |
| 三、清单包干——清单项目外合同图纸内的漏项可调价 | 91 |
| 四、单价调整——超出项目单价包干风险范围可调价 | 91 |
| 第 25 招 未做单价项目未列工序应否扣款? | 92 |
| 第 26 招 清单计价时钢筋搭接量应否单独计量? | 94 |
| 第四节 成本加酬金合同 | 96 |
| 一、定额结算——承包人没有义务降低工程造价 | 96 |
| 二、定额下浮——酬金竞争不应影响成本实报实销 | 96 |
| 三、材料价差——从预算价到市场价的被动补差 | 97 |
| 四、甲供料——承包人有义务控制消耗数量 | 97 |
| 第 27 招 按定额结算的有无义务选择便宜材料? | 98 |
| 第 28 招 按定额下浮结算的指定材料价格应否下浮? | 100 |
| 第 29 招 领用甲供料超过定额用量的怎么办? | 102 |
| 第五章 估价调价 | 104 |
| 第一节 工程量 | 106 |
| 一、单价项目计量——按计量方法测定已完工程数量 | 106 |
| 二、总价项目计量——按照完成比例或支付分解表计量 | 106 |
| 三、进度计量——不能作为结算依据的临时计量 | 107 |
| 四、结算计量——少做的应核减且擅自多做的不计量 | 107 |
| 第 30 招 进度计量结论可否作为最终结算的依据? | 108 |
| 第 31 招 因施工需要将回填土外运应否计量? | 110 |
| 第二节 工程估价 | 112 |
| 一、估价三原则——清单规范和标准合同中有待统一的规则 | 112 |
| 二、不适用项目——清单项目与已完项目实质不同的应重新估价 | 112 |
| 三、重新估价——宜按成本加利润确定不适用项目的合理价格 | 113 |
| 四、少做估价——应按未做价而不应按返工价扣款 | 113 |
| 第 32 招 项目实际数量远超暂估的如何重新估价? | 114 |
| 第 33 招 漏项适用类似项目单价还是重新估价? | 116 |
| 第 34 招 未做项目按返工价还是未做价扣款? | 118 |
| 第三节 变动调价 | 120 |
| 一、法律变化——法律变化且未约定包干的可调价 | 120 |
| 二、成本变动——物价上涨超出包干范围可调价 | 120 |
| 三、情势变更——具备五大条件方可调价 | 121 |
| 第 35 招 发包人不同意因法律变化调价的怎么办? | 122 |
| 第 36 招 施工期间物价大涨应否调增价款? | 124 |

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 第六章 工程变更 | 126 |
| 第一节 变更特征 | 128 |
| 一、工程变更——发包人为完成工程依合同作出的单方面改变 | 128 |
| 二、合同变更——额外工作和实质删除应征得承包人同意 | 128 |
| 第 37 招 发包人指令使用高价材料是否构成变更? | 130 |
| 第二节 变更类型和变更程序 | 132 |
| 一、变更类型——设计变更是重点、施工方案变更是难点 | 132 |
| 二、变更程序——发包人对变更实施未提异议的视为追认无权变更 | 133 |
| 第 38 招 设计人发来的细节图纸是否构成变更? | 134 |
| 第 39 招 发包人要求调整施工顺序的怎么办? | 136 |
| 第 40 招 因不利地质需变更施工方案的怎么办? | 138 |
| 第三节 变更估价 | 140 |
| 一、正常估价——原则上尽量按照合同价格估价 | 140 |
| 二、特殊估价——合同价格过高过低宜按实估价 | 140 |
| 第 41 招 让利项目变更按合同价还是按合理价估价? | 142 |
| 第七章 经济索赔 | 144 |
| 第一节 补偿情形 | 146 |
| 一、甲方原因——发包人拖延是主要索赔事由 | 146 |
| 二、甲方风险——不利地下条件是主要索赔事由 | 147 |
| 三、工程变更——延误费用索赔的间接事由 | 148 |
| 四、加速施工——确认发包人指令的合同变更 | 149 |
| 第 42 招 发包人未提供施工道路的可否索赔? | 150 |
| 第 43 招 因不利地质条件返工的该如何索赔? | 152 |
| 第二节 补偿申请 | 154 |
| 一、索赔程序——及时发出索赔通知和索赔报告 | 154 |
| 二、索赔时限——超过该时限一般不影响索赔权利 | 154 |
| 三、索赔时效——如无约定竣工结算不影响索赔权利 | 155 |
| 第 44 招 最晚应在何时提起停窝工损失索赔? | 156 |
| 第 45 招 签订结算书后可否经济索赔? | 158 |
| 第三节 补偿项目 | 160 |
| 一、延误费用——可分为停工费用、窝工费用和延期费用 | 160 |
| 二、干扰费用——承包人实际发生的与延误、延期无关的费用 | 161 |
| 三、利润——因甲方原因可索赔的除费用以外的损失 | 161 |
| 四、不可补偿项目——因承包人过错导致的损失不可以索赔 | 161 |
| 第 46 招 采取特殊措施增加的费用应否补偿? | 162 |
| 第 47 招 停工期间库存材料损坏可否索赔? | 164 |
| 第四节 补偿证据 | 166 |
| 一、同期记录——确定索赔原因及项目的关键证据 | 166 |
| 二、其他证据——会议纪要也是重要的索赔证据 | 167 |
| 第 48 招 没有发包人签证时怎样索赔? | 168 |
| 第 49 招 工程停工后如何准备索赔? | 170 |

| | |
|----------------------------------|-----|
| 第八章 工期索赔 | 172 |
| 第一节 顺延情形 | 174 |
| 一、甲方原因——拖延支付进度款是典型可顺延可补偿情形 | 174 |
| 二、甲方风险——不利地下条件是重要可顺延可补偿情形 | 174 |
| 三、工程变更——常见但较难成功索赔的可顺延补偿情形 | 175 |
| 四、自然风险——可顺延但不可补偿的主要情形 | 175 |
| 五、第三方原因——可顺延但不可补偿的模糊情形 | 175 |
| 第 50 招 拖延提供图纸的可否顺延工期? | 176 |
| 第 51 招 指定分包人拖延的工期可否顺延? | 178 |
| 第二节 顺延申请 | 180 |
| 一、顺延程序——按约定时间提出顺延通知和顺延报告 | 180 |
| 二、顺延时效——未在顺延期限内索赔通常不影响权利 | 180 |
| 三、进度计划——逻辑分析与网络分析的参照物 | 181 |
| 第 52 招 未按程序申请顺延的工期可否顺延? | 182 |
| 第三节 顺延计算 | 184 |
| 一、开工日期——未取得施工许可未必影响开工 | 184 |
| 二、竣工日期——谨防发包人拖而不验、验而不定 | 184 |
| 三、顺延计算——逻辑分析和网络分析是主要手段 | 185 |
| 第 53 招 竣工日期如何确定? | 186 |
| 第 54 招 验收时间拖延责任在谁? | 188 |
| 第 55 招 多延误事件下如何顺延工期? | 190 |
| 第九章 施工保修 | 192 |
| 第一节 施工期质量责任 | 194 |
| 一、质量义务——未尽法定约定义务的承担返修责任 | 194 |
| 二、发包人过错——未尽谨慎义务应代发包人承担责任 | 195 |
| 三、缺陷返修——调查原因确定方案是返修的前提 | 196 |
| 四、返修折价——不宜返修的缺陷工程可以折价处理 | 197 |
| 第 56 招 经批准施工方案不当后果应由谁承担? | 198 |
| 第 57 招 甲供料导致的工程质量责任如何承担? | 200 |
| 第 58 招 发包人索赔巨额修复费用的怎么办? | 202 |
| 第二节 竣工验收交付 | 204 |
| 一、竣工资料——工程档案的组成、催收款项的筹码 | 204 |
| 二、竣工验收——支付竣工结算款的前提条件 | 204 |
| 三、交付使用——可按约定不支付结算款不交付使用 | 206 |
| 四、擅自使用——不承担地基主体结构之外质量责任 | 207 |
| 第 59 招 监理单方认可的竣工验收报告是否有效? | 208 |
| 第 60 招 发包人可否以质量为由扣竣工结算款? | 210 |
| 第 61 招 发包人未付工程款可否不交工程? | 212 |
| 第 62 招 未经验收使用工程有质量问题时怎么办? | 214 |
| 第三节 保修期质量责任 | 216 |
| 一、保修期——承包人修复缺陷的法定最低期间 | 216 |