



同济大学研究生科研实习基地-同建律师事务所

建筑与房地产法律系列丛书

建设工程索赔管理与实务

主编 董际平 张平



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

同济大学研究生科研实习基地-同建律师事务
建筑与房地产法律系列丛

建设工程索赔管理与实务

主 编 董际平 张 平

编 写 杨 勇 杨建平 赵 坤
邓亚平 管华洁 丛龙凤
陈 钢 周定标 张 莹
孙建平 荆一杰 陈建德



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

内 容 提 要

本书主要阐述建设工程索赔的基本理论,侧重介绍建设工程的索赔管理,以建设工程施工合同管理作为索赔管理的核心内容,衬托施工合同管理在工程建设中的重要性。本书的另一特点在于其实践性,作者为本书配置了各类工程索赔案例,以庭审纪实的方式,将各类工程索赔的争议焦点及实质性问题展现在读者面前。本书在建设工程的索赔理论与实践结合方面做了积极有益的探索,揭示了索赔意识和索赔管理对于实现索赔的重要作用和意义。

本书还附录了相关建筑法律、法规,便于读者对照使用。本书可以作为建设业主及工程管理人员从事索赔管理的工具书,也可以作为律师、法官和教学科研人员的参考书籍。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程索赔管理与实务/董际平,张平主编. -- 上海:
同济大学出版社,2012.5
ISBN 978-7-5608-4787-0

I. ①建… II. ①董… ②张… III. ①建筑工程—经
济合同—索赔—基本知识—中国 IV. ①D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 021741 号

同济大学研究生科研实习基地·同建律师事务所·建筑与房地产法律系列丛书

建设工程索赔管理与实务

主编 董际平 张 平

组稿 曹 建 张 莉 责任编辑 张 莉 特约编辑 杨家琪 责任校对 徐春莲

封面设计 潘向葵

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 787 mm×1 092 mm 1/16

字 数 910 000

印 张 36.5

版 次 2012 年 5 月第 1 版 2012 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5608-4787-0

定 价 98.00 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

序

2009年初春,在同济大学举行的第二期研究生科研实习基地授牌仪式上,同建律师事务所成为同济大学研究生科研实习基地。

同济大学研究生科研实习基地挂牌后,同建律师事务所与同济大学在法学科研上的合作更趋紧密。其中首个科研合作项目,是编撰建筑与房地产法律系列丛书。为使编撰工作顺利、有序开展,同济大学的法学教授与同建律师事务所的资深律师组成建筑与房地产法律系列丛书编委会,组织法学和土木工程研究生编写建筑与房地产法律系列丛书。《建设工程索赔管理与实务》是建筑法律与房地产法律系列丛书的第一本书。

建设工程索赔是一门融社会科学和自然科学为一体的新兴学科,不仅涉及建筑工程学、工程审计学、工程管理学、建筑工程施工技术规范,还包括合同法在内的民法学、社会心理学等诸多学科和专业。因此,搞好建筑工程的索赔工作需要各学科各专业学者与富有工程管理经验者的协作和配合。

建设工程索赔的概念是在20世纪80年代初期,随着中国的改革开放首次引入我国的。在市场经济体制下,业主与承包商是不同的经济实体,有着不同的利益要求。工程的索赔与反索赔是业主与工程承包商在工程施工过程中正常的业务往来,在一些问题上出现分歧,产生争议和索赔属于正常的现象。特别是建设工程受地质、地形、水文、气象等自然条件的影响,决定了施工条件和因素的复杂多变,时常出现建设工程的设计考虑与实际不相符合。工程施工合同条款可能存在的各种缺陷,也给施工合同的履行带来不确定性的风险,产生工程索赔也就在所难免。因此,建设工程索赔与反索赔工作的健康开展,对于培育和发展建设市场,促进建筑业的发展,有着非常重要的作用和意义。

随着我国加入WTO世界组织,一批带“中”字头的建筑业龙头企业走出国门,承建着一些国外建设工程项目,我国的建筑市场逐步融入国际建筑市场,并逐步朝国际化、规范化、法制化和管理专业化的方向发展。但是由于长期以来受计划经济体制的影响,建设工程合同的各方当事人对工程合同索赔与反索赔的工作意识薄弱,产生了一些片面理解甚至误解,建设工程在履约过程中产生了大量的争议。因此,业主和工程承包商对索赔工作的重要性及其意义都必须要有清醒的认识。

在市场竞争越趋激烈的情况下,建设工程合同索赔工作的作用和意义也日趋明显和突出。国内大部分建设单位和工程承包商还不能适应这一形势的需要。合理地评估和分析索赔,为公平、迅速解决建设工程的索赔提供理论分析手段和支持是当务之急。

随着改革开放和法制建设的不断深入,我国相继颁布了《民法通则》、《合同法》、《建筑法》、《招标投标法》等一系列规范建筑行业 and 市场的法律规定。特别是2004年10月26日,最高人民法院公布了《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》(以下简称《解释》),统一了审理建设工程施工合同纠纷案件的执法标准,也为健康开展建设工程索

赔与反索赔工作提供了现时的法律依据。因此,《解释》对于依法保护建设工程施工合同各方当事人的合法权益,维护建筑市场的正常秩序,促进建筑业的健康发展,维护社会的公平与正义,促进建设工程索赔与反索赔工作的健康发展,有着重要而深远的影响。

本书从国内外工程索赔的现状入手,分析我国国内工程索赔与反索赔工作中存在的问题和症结。从索赔的概念和性质作为切入点,对索赔的本质特征和客观存在进行论证。从建设方和工程承包商两个不同的视角来审视索赔的管理工作。通过对建设工程合同的制作,特别是针对合同实质性条款及内容进行深入浅出的分析,使建设方和工程承包商加深对建设工程合同索赔与反索赔工作重要性的认识。

本书对索赔按照不同的角度进行了系统的分类,阐述了施工索赔管理的基本原则,对建设工程索赔进行解析,对承包商的施工组织与管理进行论述,重点论述了索赔组织、索赔策略、索赔成果的前提以及索赔谈判等方面具体的实施办法。

建设工程索赔工作的重点在于施工合同的管理,施工合同管理的重心在于施工合同的订立。签订一份完备、有利的施工合同,无论进行索赔和反索赔都能得心应手,有理有节;反之,签订的施工合同条款不完备,存在缺陷或陷阱,则往往会处在被动挨打的境地,索赔就难以成功。由于施工合同实质性条款的内容对当事人之间的利益影响甚大,因此有关工程价款、工程质量和工程期限的条款成为施工合同的核心内容,成为工程索赔的理论基础和基本理论体系。

本书提供了各类建设工程索赔的经典案例。通过对案例的评析,为建设方和工程承包商提供索赔与反索赔正反两方面的实践经验。以庭审纪实的方式,将各类工程索赔案件的争议、焦点、关键、实质性问题展现在读者面前,抛砖引玉,以引发读者进一步的思考。

本书附录了各类建设工程合同示范文本,旨在签订建设工程合同符合规范,避免合同缺款少项和当事人的意思表示不真实,防止出现显失公平、利益失衡或违法条款;既便于合同管理机构加强监督检查,也有利于仲裁机构或人民法院及时裁判,解决纠纷,维护当事人的合法权益,保障国家和社会公共利益。

本书在最后还附录了建筑相关的法律、法规和规定,便于读者以及建设工程的管理人员对照使用。本书的编者注意到,迄今为止专门论述建设工程合同索赔与反索赔的专业书籍,特别是在工程索赔与反索赔方面理论与实践相结合的书籍在我国尚不多见。在同济大学法学教师和学生,特别是土木工程专业博士研究生的辛勤参与下,经过一年多时间的资料收集、整理与编写,一部融学术性、专业性和实务性为一体,在理论与实践的结合方面进行了积极探索的书籍诞生了。我们相信本书能够成为建设工程管理者、建设业主以及从事建筑法律工作的律师、法官和教学科研人员的参考书籍。

限于编者水平,加之付梓仓促,书中疏漏与错误难免,敬请广大专家、学者及各位读者批评指正。

同济大学研究生科研实习基地
建筑与房地产法律系列丛书编委会

2012年2月

目 录

序

上篇 管理与实务

第一章 概论	3
第一节 建设工程索赔的概念	3
第二节 建设工程索赔的沿革及中外发展概况	4
第三节 建设工程索赔的性质、特征及作用	13
第四节 建设工程索赔的基本原则	15
第五节 建设工程索赔的范围、起因及根源	17
第六节 建设工程索赔的分类	28
第七节 建设工程索赔的时效	33
第二章 施工合同的索赔管理	35
第一节 施工索赔的组织	35
第二节 施工索赔管理的任务和内容	38
第三节 施工索赔管理	43
第三章 建设工程合同管理	53
第一节 建设工程合同管理的目的、任务、方法和手段	53
第二节 建设工程勘察、设计合同	60
第三节 建设工程委托监理合同	65
第四节 建设工程施工合同	73
第四章 施工合同的索赔分析	94
第一节 索赔工作的特点	94
第二节 索赔机会的分析与识别	95
第三节 索赔的程序	111
第四节 索赔报告的编写	119
第五章 建设工程索赔的策略与技巧	124
第一节 建设工程索赔的策略	124

第二节 建设工程索赔的技巧·····	128
第三节 索赔谈判策略与技巧的运用·····	131

第六章 建设工程反索赔 ·····	138
第一节 建设工程反索赔概述·····	138
第二节 建设工程反索赔的内容·····	144
第三节 建设工程反索赔的主要步骤·····	149
第四节 建设工程反索赔的报告·····	150

下篇 案例及评析

案例之一 工程价款、工程质量和工期延误的索赔与反索赔·····	159
案例之二 建设工程价款索赔与工期延误反索赔仲裁系列案·····	177
案例之三 建设工程价款索赔·····	212
案例之四 房屋质量索赔·····	221
案例之五 建设工程设计合同索赔·····	229
案例之六 建设工程设计合同纠纷索赔·····	242
案例之七 建设工程价款索赔·····	262

附录 建设工程合同示范文本,建筑相关法律、 法规与规定及有关司法解释

· 建设工程合同范本 ·

建设工程施工合同(GF—1999—0201)·····	282
建设工程勘察合同(一)GF—2000—0203·····	307
建设工程勘察合同(二)GF—2000—0204·····	312
建设工程设计合同(一)GF—2000—0209·····	317
建设工程设计合同(二)GF—2000—0210·····	322
建设工程委托监理合同(示范文本)·····	327

· 法 律 ·

中华人民共和国建筑法·····	335
(1997年11月1日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过 1997年11月1日中华人民共和国主席令第91号公布)	
中华人民共和国城市规划法·····	344
(1989年12月26日第七届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过 1989年12月26日中华人民共和国主席令第23号公布)	

中华人民共和国招标投标法	348
(1999 年 8 月 30 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过 1999 年 8 月 30 日中华人民共和国主席令第 21 号公布)	
中华人民共和国合同法	355
(1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过 1999 年 3 月 15 日 中华人民共和国主席令第 15 号公布自 1999 年 10 月 1 日起施行)	
中华人民共和国担保法	387
(1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过 1995 年 6 月 30 日中华人民共和国主席令第 50 号公布)	
中华人民共和国产品质量法	396
(1993 年 2 月 22 日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过根据 2000 年 7 月 8 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议《关于修改〈中华人民 共和国产品质量法〉的决定》修正 2000 年 7 月 8 日中华人民共和国主席令第 33 号 公布)	
中华人民共和国安全生产法	404
(2002 年 6 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过 2002 年 6 月 29 日中华人民共和国主席令第 70 号公布)	

· 法 规 规 章 ·

建设工程质量管理条例	415
(2000 年 1 月 30 日国务院令第 279 号发布)	
建设工程勘察设计管理条例	424
(2000 年 9 月 25 日国务院令第 293 号发布)	
建设工程安全生产管理条例	428
(2003 年 11 月 24 日国务院令第 393 号发布)	
工程建设重大事故报告和调查程序规定	437
(1989 年 9 月 30 日建设部令第 3 号发布)	
建筑安全生产监督管理规定	440
(1991 年 7 月 9 日建设部令第 13 号发布)	
建设工程施工现场管理规定	443
(1991 年 12 月 5 日建设部令第 15 号发布)	
工程建设监理单位资质管理试行办法	447
(1992 年 1 月 8 日建设部令第 16 号发布)	
工程建设国家标准管理办法	452
(1992 年 12 月 30 日建设部令第 24 号发布)	
建设工程抗御地震灾害管理规定	459
(1994 年 11 月 10 日建设部令第 38 号发布)	
建设工程勘察设计市场管理规定	463
(1999 年 1 月 21 日建设部令第 65 号发布)	

建设行政处罚程序暂行规定·····	469
(1999 年 2 月 3 日建设部令第 66 号发布)	
工程造价咨询单位管理办法·····	474
(2000 年 1 月 25 日建设部令第 74 号发布)	
房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法·····	478
(2000 年 4 月 7 日建设部令第 78 号发布)	
工程建设项目招标代理机构资格认定办法·····	480
(2000 年 6 月 30 日建设部令第 79 号发布)	
房屋建筑工程质量保修办法·····	483
(2000 年 6 月 30 日建设部令第 80 号发布)	
实施工程建设强制性标准监督规定·····	485
(2000 年 8 月 25 日建设部令第 81 号发布)	
建筑工程设计招标投标管理办法·····	487
(2000 年 10 月 18 日建设部令第 82 号发布)	
建设工程监理范围和规模标准规定·····	491
(2001 年 1 月 17 日建设部令第 86 号发布)	
建筑业企业资质管理规定·····	493
(2001 年 4 月 18 日建设部令第 87 号修订重新发布)	
房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法·····	498
(2001 年 6 月 1 日建设部令第 89 号发布)	
城市建设档案管理规定·····	505
(2001 年 7 月 4 日建设部令第 90 号修订重新发布)	
建筑工程施工许可管理办法·····	508
(2001 年 7 月 4 日建设部令第 91 号修订重新发布)	
建设工程勘察设计院企业资质管理规定·····	511
(2001 年 7 月 25 日建设部令第 93 号发布)	
工程监理企业资质管理规定·····	517
(2001 年 8 月 29 日建设部令第 102 号发布)	
建筑工程施工发包与承包计价管理办法·····	522
(2001 年 11 月 5 日建设部令第 107 号发布)	
住宅室内装饰装修管理办法·····	525
(2002 年 3 月 5 日建设部令第 110 号发布)	
超限高层建筑工程抗震设防管理规定·····	530
(2002 年 7 月 25 日建设部令第 111 号发布)	
外商投资建筑业企业管理规定·····	532
(2002 年 9 月 27 日建设部 对外贸易经济合作部令第 113 号发布)	
外商投资建设工程设计企业管理规定·····	536
(2002 年 9 月 27 日建设部令第 114 号发布)	
建设工程勘察质量管理办法·····	539

(2002 年 12 月 4 日建设部令第 115 号发布)	
《外商投资建筑业企业管理规定》的补充规定	542
(2003 年 12 月 19 日建设部 商务部令第 121 号发布)	
《外商投资建设工程设计企业管理规定》的补充规定	543
(2003 年 12 月 19 日建设部 商务部令第 122 号发布)	
房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法	544
(2004 年 2 月 3 日建设部令第 124 号发布)	
建筑施工企业安全生产许可证管理规定	547
(2004 年 7 月 5 日建设部令第 128 号发布)	
房屋建筑和市政基础设施工程施工图设计文件审查管理办法	551
(2004 年 8 月 23 日建设部令第 134 号发布)	
工程建设项目招标范围和规模标准规定	555
(2000 年 5 月 1 日国家发展计划委员会令第 3 号发布)	
招标公告发布暂行规定	557
(2000 年 7 月 1 日国家发展计划委员会令第 4 号发布)	
工程建设项目自行招标试行办法	559
(2000 年 7 月 1 日国家发展计划委员会令第 5 号令发布)	
国家重大建设项目稽察办法	561
(2000 年 8 月 17 日国家发展计划委员会令第 6 号发布)	
评标委员会和评标方法暂行规定	564
(2001 年 7 月 5 日国家发展计划委员会 国家经济贸易委员会 建设部 铁道部 交通部 信息产业部 水利部令第 12 号发布)	

· 司 法 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	571
---------------------------------	-----

上 篇

管理与实务

第一章 概 论

第一节 建设工程索赔的概念

索赔(Claim)一词具有较为广泛的含义,它一般是指在特定情况下提出一种主张、要求或者权利^[1-1]。英国牛津词典中对索赔这个词的解释是“要求承认某人之所有权或对某物享有某种权利”。在词典中对索赔的解释这样写道:“索赔——作为合法的所有者,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。”还有一些外国文献,如加拿大对索赔的解释是:“有权要求得到的属于某人自己的东西。”在朗曼词典中是指作为合法的所有者,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;在牛津词典中是指:要求承认其所有权或者某种权利,或根据保险合约所要求的赔款,如因损失、损坏等。其一般含义是指对某事、某物权利的一种主张、要求或者坚持等。在《辞海》中,索赔被具体解释为:“交易一方因对方不履行或未正确履行契约上规定的义务而受到损失,向对方提出赔偿的要求。”因此,普遍意义上的索赔应该是一种要求取得本应属于自己的物权的行为,并以补偿自己损失为目的的一种权利要求。

建设工程索赔,简称工程索赔,通常是指在建设工程合同履行过程中,合同当事人一方因非自身的责任或对方不履行或未能正确、全面履行合同而受到经济损失或权利损害时,通过一定的合法程序向对方提出的经济或时间的补偿要求^[1-2]。因此,从合同法的角度来说,索赔应该是一种双向行为,发包方和承包方作为合同的当事人均有权提出索赔要求,即蕴藏了承包方索赔与发包方索赔或者反索赔的双重含义。工程索赔有广义和狭义两种,狭义的工程索赔仅指承包商在工程的实施过程中,非自身原因造成的工期延期、费用增加而要求发包方补偿损失的一种权利要求,即建设工程施工索赔。而广义的索赔包含了施工索赔以及除此以外的与建设工程合同有关的其他内容和环节的索赔,包括建设工程勘察和设计合同、建设工程委托监理合同、建筑材料和设备供应合同、工程保险合同等内容的索赔。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。”因此,我国的《合同法》把建设工程合同分为三种,即建设工程勘察合同、建设工程设计合同和建设工程施工合同。《合同法》把建设工程委托监理合同归类在委托代理合同中;把建筑材料和设备供应合同归类在货物买卖合同中;把工程保险合同归类在保险合同中。无论是狭义的还是广义的索赔,都是在工程实施过程中,工程合同的一方或双方当事人提出的某种权利要求。索赔分诉讼和非诉讼两种形式,诉讼方式中又可分为仲裁和诉讼两种形式。在诉讼或仲裁中提出的建设工程索赔要求,司法实践中称之为建设工程合同纠纷或建设工程合同纠纷仲裁申请。索赔的主要依据是建

设工程合同。

建设工程索赔是一种正当的权利要求;是各类建设工程合同包括发包方、监理工程师以及承包方等在内的民事主体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;也是建设工程合同的当事人在工程建设中实施的行为。

在建设工程实践中,施工索赔显得更复杂,也更常见。因此,建设工程的索赔更多的是指向建设工程施工索赔。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,例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等手段来对承包方进行控制或制约。因此,对于承包方来说,实现一次成功的索赔是非常困难的。相对于承包商而言,发包方向承包商的索赔更容易实现。

第二节 建设工程索赔的沿革及中外发展概况

一、国际建设工程索赔的概况

(一) 起步较早,积累了丰富的索赔经验

美、日、英、法、意、德等发达国家很早就进行施工索赔方面的研究,并不断将研究成果应用于工程的实践。通过对实践的总结,积累了丰富的索赔经验。

(二) 索赔意识强

当前,世界各国市政基础设施的建设规模日益扩大,土木工程的技术和质量要求亦不断提高,承包商面临越来越大的工程风险。20世纪70年代以来,国际工程承包市场的竞争日趋激烈,承包商又竞相压低标价以求中标,因此承包商在承接工程施工后出现亏损的现象屡见不鲜。而工程索赔已成为承包商扭亏增利的必要手段,也是工程合同管理中必不可少的管理行为。因此,在国际工程施工中,很多承包商都十分重视索赔工作,树立起较强的索赔意识;在签订建设工程合同前及合同执行过程中善于捕捉索赔机会,敢于提出索赔要求;同时,注重收集索赔证据,提高索赔的成功率,这给承包商带来较好的工程收益。例如,根据德国国际工程项目管理公司(IPM)的索赔管理经验,通过工程项目的管理能为工程增加额外的经济效益可达3%~5%,而有效的索赔管理却能使工程利润增加10%~20%。根据不完全统计,最近十多年来,国际工程施工中,发生索赔的案数和频率呈逐年增加的趋势。同时,施工索赔管理的难度也在逐步加大。因此,如何在法律和合同的框架范围内,通过采用相对客观公正和合理的方法来有效分析和解决工程的索赔,达到“双赢”或“多赢”的目标,已成为国内外专家和学者致力研究的重要原因。

(三) 制订完善的合同条件,有完善的理论基础

第二次世界大战后,欧洲为了尽快地重建,大兴土木建筑工程,并发展成为国际性的工程承包业;为了不给外国承包商造成损失,需要迅速地着手完善国际性工程承包的标准合同

文件。在这一客观需要的推动下,1945年12月制定发布了国际性土木建筑工程承包施工的通用标准合同条件,即以“国际咨询工程师联合会”(FIDIC,中译音为“菲迪克”)牵头命名的《土木工程施工合同条件》(*Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*)的初版,在国际工程界简称为 FIDIC 合同条件。在国际工程承包实践过程中, FIDIC 合同条件不断充实修改,大致每隔 10 年即发布修正的新版。1957 年 1 月发布第一版,1969 年 7 月发布第二版,1977 年 3 月发布第三版,1987 年 12 月发布第四版,即目前国际通用的 FIDIC 合同条件。国际上比较常见的合同条件主要还有:世界银行发布的《工程采购招标文件样本》;英国土木工程师协会编制的 ICE 合同条件和皇家建筑师协会编制的 JCT 合同条件;美国建筑师协会制定的 AIA 合同条件和承包商总会编制的 AGC 合同条件。这些合同文本在多年的使用过程中得到不断的完善和发展。很多工程和法律方面的专家也在这方面做了有益的研究和探索,这些都形成国际工程施工索赔的理论基础。

(四) 建设工程索赔的研究广泛

时至今日,国外的专家、学者已经对工程索赔进行了较为广泛的研究。关于工程索赔方面的专著出版不少,其中比较著名的有:James J. Adrian 著的 *Construction Claims*, Vincent Powell-Smith 和 Douglas Stephenson 合著的 *Civil Engineering Claims*, David Chappell 著的 *Contractor's Claims* 以及 Vincent Powell-Smith 和 John Sims 合著的 *Building Contract Claims*, 等等,其他一些工程方面的文献也有对索赔进行研究和探讨的。国外对工程索赔的研究方向和内容着重体现在:

(1) 工程索赔管理。主要内容包括对索赔事件的识别及其对施工造成的影响、索赔的提出与确认、索赔的合同依据和合同解释、各种不同的合同形式对顺利解决索赔的影响以及各种索赔争端的解决方式。

(2) 工程索赔分析评价技术和方法——工程索赔研究的重点。主要内容包括构造各种网络进度计划进行计算和评价,利用 CPM 或 PERT 技术来分析索赔的原因和责任,计算由此而产生的管理费和利润补偿。

(3) 计算机在索赔分析和管理中的应用。计算机是工程索赔管理的有效工具,可以利用各种文字和图表处理软件进行文档管理,或利用数据库技术、多媒体技术等构造信息管理系统,以支持索赔的提出和作为评价处理索赔的证据。

(4) 合同和法律观点。主要从合同和合同法律的角度看待索赔问题,研究合同的制定、履行、合同条款、合同各方之间的联系以及索赔解决的问题和索赔引起的诉讼问题。

二、我国建设工程索赔的沿革

改革开放以来,我国建筑业发展迅速,建筑市场逐步与国际接轨,一些国际上通行的做法逐渐为建筑业界所接受,建设工程合同的索赔便是其中一种,它最初是从国际工程承包市场引入国内的。建设工程索赔在国际工程承包的历史中已成惯例,是一种以合同和法律为依据,合情合理地处理损失补偿的正当行为。据资料表明:国际工程投资额以每年 10% 的速度递增,索赔争端也以每年 10% 的左右幅度增长,而索赔额的增长幅度更大。随着深化改革,扩大开放,建立市场经济体制和引进大量外资,几乎所有的工程建设项目都实行了招

标投标承包制,其中有很多项目使用了国际工程承包通行了几十年的菲迪克(FIDIC)《土木工程施工合同条件》。在承包合同执行的过程中,由于业主的、自然的或社会的因素,不可避免要引起承包商的某些经济损失。根据合同条件,承包商有权提出这种经济损失的补偿而形成建设工程的索赔。通过建设工程索赔,对于加强项目管理、合同管理、建立市场经济新秩序、促进经济发展和提高企业管理水平和人员素质、保护企业合法权益、提高建设效益,都将发挥重要的作用。因此,建设部 1993 年 10 月就发布了“关于下发《关于促进工程建设索赔工作健康开展的意见》通知”,要求搞好建设工程索赔,并强调这是培育和发展建筑市场的一项重要工作。我国的建筑市场实行“门户开放”政策,许多境外工程承包商进入我国承包工程,从而加剧了国内建筑市场的竞争。“中标靠低价,赢利靠索赔”这一本来是国际工程承包商的经验总结逐渐为我国建筑行业所采纳,建设工程索赔也越来越为人们所熟悉。建设工程索赔在中国的缘起,是改革开放政策的产物,是建筑业市场化的产物,是与国际接轨的产物。

(一) 发展阶段

20 世纪 80 年代中期的云南“鲁布革”引水发电工程首次采用国际工程管理模式,给中国建筑业界带来了强烈的冲击波。冲击的核心内容就是建设工程的合同索赔,索赔概念自此开始进入中国^[1-3]。改革开放以来,随着社会主义市场经济体制的建立和建设管理体制的改革,特别是随着项目法人责任制、招标投标制、工程监理制、合同管理制度等基本制度的建立和推行,政府、企业及研究机构对索赔工作给予一定的关注。随着改革开放,大量外资项目和世界银行等贷款项目的建设,对外工程承包业务的发展以及经济建设法律、法规的不断完善,建设工程的索赔工作也逐渐被国内的建设单位(业主)、监理单位(工程师)和施工单位(承包商)所认识和重视。

建设工程合同的索赔在我国建筑业界大致经历了一个从无到有的过程。它伴随着其他许多新词汇、新技术、新方法、新领域,逐渐在人们的脑海中加深,逐步变成了人们在工程建设中一个不可或缺的工具。中国建设工程合同的索赔经历了近 30 年的风风雨雨,大致可分为初级、迅速发展和逐步完善三个阶段。

1. 初级阶段

追溯到 20 世纪 80 年代,我国的建筑业界对“索赔”一词的了解还很少。不少人认为索赔仅仅是一种合同纠纷,并把索赔得到的费用看作是一种意外之财。更何况计划经济体制下,对于工程施工过程中所产生的不确定性风险,国家会给予补偿,承包商无需担心。但这恰恰产生了弊端,即干好干坏一个样,自己无需承担风险,最终导致承包商忽视对项目风险和合同管理的研究。

正是在长期的计划经济管理体制影响下,工程索赔管理工作没有得到应有的重视,合同管理水平低下。而且,由于建筑市场各种主体自身和客观条件的阻碍,导致工程索赔管理工作出现体制性的问题。

很快在初登国际市场时,由于没有索赔经历,缺乏常识,没有底气,没有资料,承包商的索赔往往是不了了之,只落得花钱买教训;更有甚者,还发生了反索赔。造成这些问题的客观原因是建设单位不准索赔,缺乏建筑中介服务机构和工程索赔仲裁制度等;更重要的是主观原因,即施工企业缺乏施工索赔的合同意识,不懂索赔,不敢索赔,不会索赔。

不想索赔,是因为在长期的计划经济体制下,企业缺乏对索赔的认识,片面地认为索赔不利于与业主的合作,怕得罪建设单位,影响以后的工程承揽;不会索赔,是由于不熟悉索赔理论、程序和方法,管理落后,基础工作不健全,缺乏索赔必要的资料和记录,从而导致无法寻找和识别索赔机会,无法提出有说服力的索赔值计算方法,索赔无法获得成功。另外,在客观上也存在着不准索赔的现象。从民法学理论上讲,业主与承包商在工程合同中是平等的主体,但在建筑市场上,大多是买方市场,映射出合同主体在市场中的不平等性。市场业主不按合同办事的情况也很普遍,这就导致承包商应该通过施工索赔获得的补偿,常常是通过其他各种暗箱操作方式,以不正当的方式获得。从另一方面讲,工程索赔应当是双向的。依据合同,承包商可以向业主索赔,业主也可以向承包商索赔。在实际工作中承包商和业主对合同的管理水平有差距,认识水平也有差异,这种差距和差异有时甚至是较大的。承包商往往利用这些差距,在索赔中提出不合理的要求,肆意夸大索赔数额,乃至设置各种陷阱,故意制造索赔机会,使建设方蒙受经济损失的事件也时有发生。

2. 迅速发展阶段

改革开放时期,工程建设中加强了国际交流,国内的施工企业开始闯荡海外市场。通过一系列的国内外合作项目,提高了索赔意识,加深了对索赔管理重要性的认识;与此同时,国外承包商进入我国建筑市场,也给我们带来了索赔和管理的概念和经验。国内承包商逐步认识到索赔作为利用合同保护自己合法利益的手段和武器,在工程项目承包中占有越来越重要的地位。它既可以保护自己的合法利益,又可以促进合同的顺利实施。

随着我国经济的迅猛发展,越来越多的大型建设工程项目上马建设。大型建设工程由于受地质、地形、水文、气象等自然条件和因素的影响,施工条件的复杂多变、建设周期长、参建单位多、涉及面广,造成了许多不确定性的风险,使索赔在工程合同履行过程中成为不可避免。同时,一些建设单位和监理单位已经尝试开展一些工程索赔工作,学习和积累了一些处理工程索赔的经验。

目前,索赔管理在我国的发展速度很快。但是,从建筑工程承包发展的现状看,由于建筑承包业已形成了激烈的买方市场,使建设方在工程承包中始终处于主动地位。建设方在受到利益损失时可以通过拒付工程款等手段来解决,而承包商为了在竞争中取胜,不得不以低报价来获取中标机会。在这种情况下,承包商如果不善于索赔,就可能无法继续生存下去;另一方面,工程承包过程中存在明显的风险不对等,承包商所承担的风险远大于建设方。如果承包商进行必要的索赔,由建设方承担部分风险,则可以减少甚至避免损失,维护承包商正当的合法权益。所以说,索赔实质上是建设方和承包商对于互相之间承担风险的再分配,也是对相互间工程利益的再一次博弈。“中标靠低价,赢利靠索赔”的现象也从侧面反映了索赔的一个经验之谈。

3. 逐步完善阶段

建立健全符合我国国情的建设工程索赔制度是深化建筑业改革的具体工作之一。这不仅能使我国的施工企业适应国际建筑市场的大环境,而且加快了国内建设市场的国际化。我国建筑业界在以下几个方面做了大胆的创新和尝试:

(1) 建立健全工程建设管理的规范化体系,形成以合同为核心的管理模式。逐步淡化政府的管理企业职能,取而代之的是对市场规则的制订、协调和管理。企业不再依靠政府,