



21世纪土木建筑科技和
管理创新系列丛书

基于业主方的施工合同 风险识别研究

徐 雷◆著

Research on Construction Contract Risk
Identification Based on the Owner



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

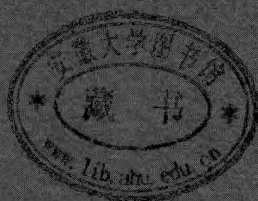


21世纪土木建筑科技和
管理创新系列丛书

基于业主方的施工合同 风险识别研究

徐 雷◆著

Research on Construction Contract Risk
Identification Based on the Owner



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书对基于业主方的施工合同风险识别进行了较深入的研究,应用了法律、经济和工程技术等不同学科的相关理论,并结合大量案例,对施工合同风险识别进行了多视角的系统分析,研究成果富有创新性。

本书可供工程管理、建筑法规、合同管理、工程经济等领域的技术和管理人员参考。

责任编辑:祝元志

责任校对:韩秀天

封面设计:刘伟

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

基于业主方的施工合同风险识别研究 / 徐雷著. —北京:知识产权出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2061 - 9

I. ①基… II. ①徐… III. ①建筑工程 - 经济合同 - 风险分析 - 研究 IV. ①TU723. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 100388 号

基于业主方的施工合同风险识别研究

JIYU YEZHUFANG DE SHIGONG HETONG FENGXIAN SHIBIE YANJIU

徐雷 著

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

责编电话: 010 - 82000860 转 8513

印刷: 北京中献拓方科技发展有限公司

开本: 787mm × 1092mm 1/16

版次: 2013 年 5 月第 1 版

字数: 160 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2061 - 9

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010 - 82005070/82000893

责编邮箱: 13381270293@163.com

经 销: 新华书店、网上书店
及相关销售网点

印 张: 10

印 次: 2013 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前 言

在市场经济条件下，大多数交易活动都是通过缔结和履行合同来实现的，而合同管理中最费心机的则是风险管理。对风险的估计不足，可能导致一项重大的投资决策失误，给当事人造成无法挽回的经济损失。正因为如此，风险管理的极端重要性无论怎样强调都不过分，它甚至超越了人类在科学、技术和社会制度方面取得的进步。而风险识别作为风险管理的基础环节，其重要性不言而喻。

具体到建设工程施工合同风险管理，迄今为止的研究主要集中在风险评价、控制、转移、防范等领域，对风险识别的研究相对较少。同时，目前施工合同风险识别研究又大都集中于识别方法的创建与深化，且主要应用于施工合同中的工程建设风险识别，虽然成果丰硕且颇具应用价值，但对于如何把合同法律理论、经济学理论与工程技术学的理论与实践结合起来作研究的却不多见，这使得人们对于包含较强工程专业技术与管理内容，又同时具有法律关系属性的施工合同的风险识别研究在理论完整性、深度以及适用度等方面显得不足。对此，本书基于施工合同基础解构和大量的文献研究，并联系案例实务，采用理论分析和实证分析相结合的方法，从多个视角对建设项目业主方的施工合同风险识别进行了创新性的研究。

本书的研究内容及成果主要包括：

一是提出了风险识别障碍因素的新概念，并将其定义为风险识别者进行风险识别时限制或阻碍其识别能力与效果的自身缺陷性因素及外部客观性因素。研究成果表明：自身缺陷性因素（主观型障碍因素）主要由业主知识不足和公正意识、信用意识及风险意识的缺失所构成，其产生的原因在于工程技术的复杂性和工程技术 with 合同技术协调的复杂性、业主的强势地位、施工合同属于存在时滞的债权债务法律关系以及

业主错误估计外部与自身力量等；外部客观因素（客观型障碍因素）主要由信息不对称市场、风险公平分配的相对性和不可控事件构成。上述研究成果能解释业主方施工合同风险识别效能降低的原因，并且弥补了风险识别理论上的不足。

二是基于法律学、经济学和工程技术学的相关理论，分析揭示了合同不平等性风险、不诚信行为风险等形成的深层次成因与演进路线。应用法学合同漏洞理论以及经济学的不完全合同理论，对施工合同漏洞风险的成因进行了交叉式的研究，界定了施工合同漏洞风险形成的四个主因以及善意型合同漏洞、恶意型合同漏洞和交易型合同漏洞三种分类，并结合施工合同示范文本的专用条款给出了属于业主方风险的合同漏洞一览表。进而从法经济学视角，对施工合同配置效率、技术效率与合同风险进行了关联分析，界定了冒进型与无能型风险的内涵与表现。上述研究成果深化了风险识别理论，并对工程实践具有实用价值。

三是基于建设工程进度、质量、成本三大目标控制理论以及4MIE理论和网络计划理论，揭示了三大目标系统协调性失衡产生风险以及风险识别路径、风险传递与转化的机理。通过对施工合同风险成因的法律、经济以及工程技术等视角相互交叉式的分析，提出了交互式风险识别方法的概念，明确了需要交互的识别链、识别链点的含义，并对交互式识别方法的核心思想与主要流程进行了初步的理论研究。研究成果对风险识别理论的发展与实际应用提供了新的思路和方法。

本书的撰写得到了西安建筑科技大学金维兴教授的悉心指导，在此，笔者表示最诚挚的感谢。同时，还要对西安建筑科技大学李福军副校长，西安建筑科技大学图书馆的吴晓利老师、沈波老师，西安建筑科技大学管理学院胡振博士，土木工程学院曹卫平教授等人给予的大力支持与无私帮助表示感谢。

虽然笔者进行了认真且较深入的研究，但是因能力所限，成果结论难免有所不足，诚望专家学者及广大读者提出宝贵意见。

目 录

1 绪论	1
1.1 研究背景、目的和意义	1
1.2 国内外研究现状	8
1.3 研究内容、方法与技术路线	14
1.4 对两个概念的界定说明	18
2 施工合同基础解构	20
2.1 施工合同概念与特点	20
2.2 业主方参与缔约的建设工程合同	27
2.3 两个重要的施工合同标准文本	35
3 施工合同风险识别障碍研究	43
3.1 风险识别障碍的概念与分类	43
3.2 主观型识别障碍因素	44
3.3 客观型识别障碍因素	65
4 法律经济理论视角下的施工合同风险识别研究	69
4.1 风险识别视角选择研究	69
4.2 法律视角下的施工合同风险识别研究	71
4.3 法律方法进行合同风险识别的局限性分析	97
4.4 法经济学视角下的施工合同风险识别研究	101
5 施工合同风险交互式识别方法理论研究	107
5.1 工程建设风险识别概念与研究特点	107
5.2 工程建设风险识别研究	108
5.3 常用风险识别方法缺陷分析	120
5.4 对施工合同风险分类方法的评析	126
5.5 交互式风险识别方法理论构建	128

6 结论与展望	137
6.1 结论	137
6.2 进一步研究工作	141
参考文献	142

1 绪 论

1.1 研究背景、目的和意义

建筑业是一个在大自然中建造不动产的行业，它营造了人们赖以生存、工作和学习的物质条件和文明，吸纳了占总人口 3% 的从业人员，供养了 10% 的国民^[1]。建筑业是我国国民经济的重要物质生产部门，它与整个国家经济的发展、人民生活的改善有着密切的关系。建筑业一般划分为：房屋和土木工程建筑业、建筑安装业、建筑装饰业、其他建筑业。相对应的固定资产类型主要通过建设工程完成。按照我国《建设工程质量管理条例》第二条规定，建设工程是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。按此定义，广大城市、乡镇的民用房屋建筑、工业建筑、市政建设都属于建设工程领域。

1979 ~ 2009 年建筑业增加值在 GDP 中的比重总体呈平稳增长态势，历年相差不大。1993 年曾出现波峰，建筑业增加值占 GDP 比重为 6.4%。随后逐步下降，到 2009 年再创新高，达到 6.66%，为 30 年来的最高值，数据显示建筑业对国民经济增长贡献突出。1979 ~ 2009 年建筑业增加值占全国 GDP 比重情况见表 1.1^[2]。

表 1.1 1979 ~ 2009 年建筑业增加值占全国 GDP 比重情况

年 度	建筑业增加值 占全国 GDP 比重 (%)	年 度	建筑业增加值 占全国 GDP 比重 (%)
1979	3.5	1995	6.1
1980	4.3	1996	6.2
1981	4.2	1997	5.9
1982	4.1	1998	5.9

续表

年 度	建筑业增加值 占全国 GDP 比重 (%)	年 度	建筑业增加值 占全国 GDP 比重 (%)
1983	4.5	1999	5.8
1984	4.4	2000	5.6
1985	4.6	2001	5.4
1986	5.1	2002	5.4
1987	5.5	2003	5.5
1988	5.4	2004	5.4
1989	4.7	2005	5.5
1990	4.6	2006	5.6
1991	4.7	2007	5.5
1992	5.3	2008	5.7
1993	6.4	2009	6.7
1994	6.2	—	—

这其中，房屋建筑施工面积持续增长，实行投标承包的房屋建筑面积逐年扩大。以近 10 年的统计数据为例，2000 ~ 2009 年全国房屋建筑施工面积持续增长，见图 1.1。

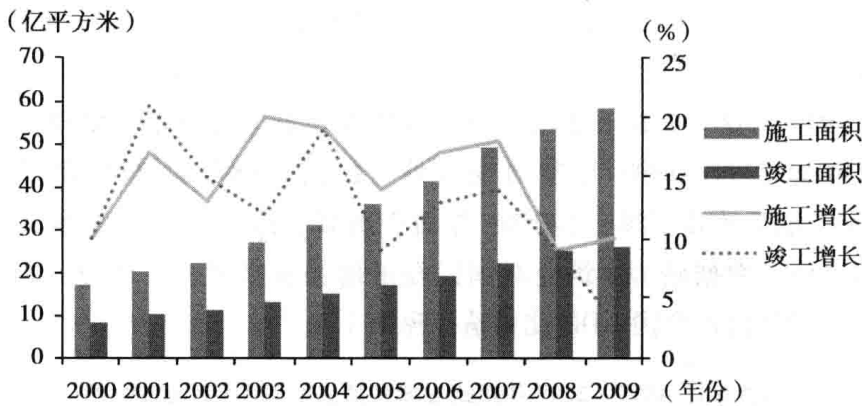


图 1.1 2000 ~ 2009 年全国建筑业企业房屋建筑施工面积、竣工面积及增长速度

实行投标承包的房屋建筑面积逐年扩大，2009 年实行投标承包面积占总房屋建筑施工面积的 83.1%，比 2008 年提高 0.6 个百分点。2003 ~ 2009 年实行投标承包的房屋建筑面积平均年增长 16.8%。相应

的, 2009 年建筑业企业新签合同额 84 898.61 亿元, 比 2008 年增加 18 529.78 亿元, 增长 27.9%, 增幅提高 3.8 个百分点。2004 ~ 2009 年建筑业企业新签合同额逐年增长, 平均年增长率达到 23%, 见图 1.2。

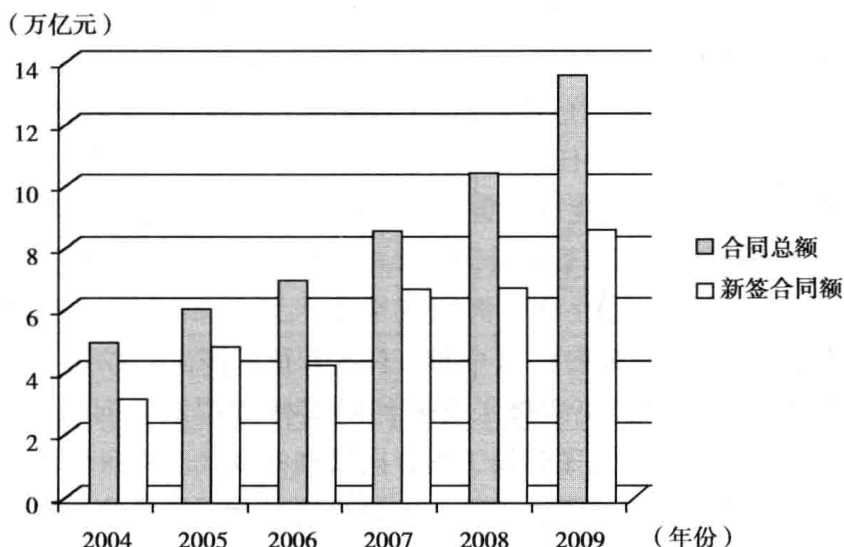


图 1.2 2004 ~ 2009 年全国建筑业企业合同总额与新签合同额

2009 年建筑业企业新签合同额增幅继续加大, 高于年平均增长率 4.9 个百分点。以上数据说明: 建设工程合同管理, 特别是占其主体的建设工程施工合同的管理受到普遍重视, 建筑市场竞争更为规范化。

正如美国法学家庞德^[3]的一句名言: “在商业时代里, 财富多半是由许诺组成的。”在市场经济条件下, 一切交易活动都是通过缔结和履行合同来进行的, 由于交易活动乃是市场活动的基本内容, 无数的交易构成了完整的市场, 因此, 合同关系是市场经济社会最基本的法律关系^[4]。

美国曾于 1978 年、1982 年、1984 年三次对 400 家大型建筑企业的中上层管理人员进行大规模调查。调查表列出当时建筑管理方向的 28 门课程 (包括专题), 由实际工作者按课程的重要性排序。据调查统计, 建设项目相关的法律知识和合同管理居于最重要的地位, 这一调研结果进一步佐证了建设工程合同管理在建设工程项目管理中的核心地位及关键作用。

有理由相信, 随着我国社会主义市场经济的快速发展, 城市化进程

对建筑业持续强烈的需要以及法制环境的不断完善，建设工程合同管理将会进一步得到市场机制及国家法律的加强，同时也会进一步获得合同不同主体对其重要度的趋同重视。简言之，从建筑市场的角度看，大量频繁活跃的交易行为最终都将归于合同的缔约与履行，而建设工程合同作为建筑业经济活动的依据，其重要性不言而喻。

20 世纪 80 年代，在我国建设工程领域开始推行四项现代工程管理制度，即项目法人责任制、招标投标制、工程监理制以及合同管理制度。我国在 1990 年底建成的鲁布革水电工程第一次引入了国际性的合同管理制度，由鲁布革工程管理公司与日本大成公司签订了承发包合同。国家不断通过立法，例如《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国合同法》以及《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》等，直接或间接地推动了建设工程合同管理的成效。住房和城乡建设部、国家工商行政管理局为了进一步规范施工合同的缔约与履约、保证建筑市场公平交易，减少合同纠纷，也发布了《建设工程施工合同（示范文本）》。随着我国社会主义市场经济的深入发展以及建筑业加入 WTO 组织，建筑业界各方交易主体对建设工程合同的重要性认识达到空前水平。

与此同时，建筑业暴露的一些问题也不能不令人思考。从綦江虹桥垮塌到上海莲花河畔新建建筑物的倒塌，特别是在 5·12 汶川地震中触目惊心的因房屋倒塌而导致的死伤人数，无不证明我国建设工程的质量，特别是施工质量存在一定缺陷。连年攀升的施工合同纠纷诉讼案件数量（表 1.2 反映了我国某省的建设工程合同纠纷诉讼案件数量情况^[5]），惊人的工程款拖欠金额以及偷工减料的现象并不鲜见，等等，说明我国建筑业还未真正走上良性发展之路。

表 1.2 某省一审建设工程合同纠纷案件统计表

年度 一审案件			2003 年			2004 年			2005 年		
			收集	结案	标的 (万元)	收集	结案	标的 (万元)	收集	结案	标的 (万元)
合同纠纷案件合计			44 813	43 706	116 4011	42 618	41 643	702 803	338 939	37 937	640 906
其中	建设工程 合同纠纷 案件	建设工程 勘察合同	2	1	7	2	1	13	3	3	449
		建设工程 设计合同	19	18	944	11	9	43	14	13	259
		建设工程 施工合同	830	747	30 407	841	770	40 583	868	795	45 985
		建设工程 监理合同	5	5	144	7	7	0	10	10	10
		其他	635	591	33 915	588	557	19 752	568	522	30 530
		小计	1 491	1 362	65 419	1 442	1 344	60 392	1 463	1 343	77 234

当把目光聚焦在建设工程施工合同这一建筑业交易中存量最大、履行最复杂的建设工程合同时，不难发现，它的缔约、履约状况直接关系到建筑市场的稳定与活力、公正与效率。可以说，施工合同的缔约、履约状况如何决定着建筑市场交易的有效性、稳定性与发展前景，关系着我国建筑业的未来。因此，对于施工合同管理的研究具有重大的现实意义。

随着现代社会的发展，高度的物质文明、动荡的局势以及尖锐的社会矛盾，正在将人类带入一个充满风险的世界。风险管理意识的形成与增强是人类身处风险世界的必然选择。美国学者威廉姆斯（Williams）和汉斯（Heins）合著《风险管理及保险》（*Risk Managment & Insurance*）一书的出版，标志着风险管理上升为一门新兴的管理学科。按照威廉姆斯和汉斯给出的定义，风险管理就是“通过对风险的识别、衡量和控制而以最小的成本使风险所指损失达到最低程度的管理方法”^[6]。

工程项目作为人类社会经济活动的重要组成部分，因其独有的规模大型化、资金巨量化、技术组织复杂、安全事故率高以及易受外部影响等特点，使其相应的施工合同管理充满风险。任何一个风险都可能造成施工合同的主体，即业主或承包商的巨大损失。因此，现代的施工合同管理其主要内容与目标就是风险管理^[7]。正如美国著名金融学家彼得·伯恩斯坦（Peter L. Bernstein）在其巨著《与天为敌：风险探索传奇》

(*Against the God: The Remarkable Story of Risk*) 中所指出的, 风险管理的极端重要性无论怎么强调都不过分, 它甚至超越了人类在科学、技术和社会制度方面取得的进步^[8]。

基于风险管理在建设工程施工合同管理中的重要意义, 国内外学者先后进行了广泛而深入地研究, 取得了丰硕的成果 (研究现状将在下一节详述)。但是, 在这些研究中, 笔者发现很多研究试图解决问题的范围过大, 表现在研究者在篇幅并不甚大的论文中仍有全面研究的冲动与倾向, 比如, 其研究内容涉及到风险识别、评价、控制与转移等多个问题, 造成了研究的集中度不够, 进而影响了研究的深度。另外, 就风险管理的几个主要分支的研究横向比较而言, 风险识别研究较少, 风险评估、预警与控制研究较多。就风险识别研究而言, 对风险识别具体方法的综述评价研究较多, 而较深入地分析风险形成机制的偏少。应用具体的某种识别方法针对某个具体的技术风险或合同法律风险进行研究的较多, 而从施工合同全局出发进行系统、全面的理论研究较少。笔者认为, 虽然风险管理的几个分支虽互相联系, 构成系统, 但风险识别毕竟具有自己个性化的研究外延和内容, 简言之, 风险预警、评价与控制的研究与其相联系, 但仍有实质区别, 并不能简单替代。风险识别是风险管理的基础与出发原点, 也是风险管理中最重要的步骤^[9], 缺乏对风险识别的研究将会使其他风险管理研究成为空中楼阁和无源之水。简言之, 风险识别研究是风险管理研究的基础, 具有重大的研究价值。

在我国, 大多数建设工程项目的交付模式都是由业主委托勘查、设计, 然后向施工承包商提供图纸由其实施完成。这种模式在中国的建设工程施工领域占主导地位, 虽然也存在其他的一些模式, 比如设计-施工一体化或 EPC 等, 但他们与业主提供图纸、承包商按图施工的模式相比, 无论是数量或影响方面, 均处于次要地位。在国际承包界, 被 FIDIC 推荐适用于由雇主或其代表工程师设计并由承包商按照雇主提供的设计进行施工的建筑或工程项目的《施工合同条件》也是最重要的合同条件。因此, 本研究将基于这种合同模式展开。

在这种模式下 (即由业主委托勘查、设计, 然后向施工承包商提供图纸由其实施完成), 业主的行为对承包商的施工质量、进度、安全以及收入均有深刻影响。因为, 工程项目的立项、施工许可证的申办均属业主的法定责任; 承包商施工的技术依据和设计文件是业主提供的; 基

于确保质量、节约造价的考虑,业主在法律许可的前提下,也不乏进行直接招标采购建筑材料或直接分包专业工程的实例。而这些建筑物资、设备的质量、供货时间以及直接分包商的施工状况显然会对总承包商的合同履行产生直接关系;业主资金是否按合同支付等都极大地影响着施工质量及施工合同履行。在承包商的建造技术比较成熟的前提下,业主的项目管理已成为项目的核心。

但是,由于各种原因,业主的管理水平相对于承包商而言普遍偏低。表现在合同管理上,就是对合同的严肃性、风险性认识相对落后,风险管理知识及能力不足等。在我国,建设工程合同中的业主与承包商,一般地讲,业主处于强势一方,但实际上,因为信息不对称和承包商的道德风险,业主在订约后经常会受到承包商的强大压力,其强势地位会受到各类预先未曾预估的风险的威胁和压制,其结果往往会造成业主预期利益的损失。

另外,在大量进行施工合同风险管理,包括识别管理的研究文献中,普遍不对风险做归属性铺垫,即在不分业主或承包商的立场下,研究施工合同的风险。显然,这在分析方法上存在一定的缺陷。即使选择了研究立场,对承包商的合同风险研究要明显多于对业主风险的研究。

综合上述分析,本书将基于业主方的立场对施工合同风险识别的若干基础性与关键问题展开研究。其主要研究内容包括:

- ①施工合同特点。
- ②施工合同族的成员合同关系。
- ③施工合同风险识别障碍。
- ④对施工合同风险识别视角的选择。
- ⑤基于法律经济视角对施工合同风险识别的研究。
- ⑥施工合同漏洞风险研究。
- ⑦交互式风险识别方法研究。

通过以上研究,欲达到的主要研究目的、意义有:

- ①填补、深化业主方施工合同风险识别的理论基础。
- ②基于法律、经济及工程技术与管理等多视角方法对施工合同风险成因与识别进行深层次、交叉式分析,以获得更具普遍性、科学性及实践性的结论。

- ③尝试创建新的交互式施工合同风险识别模式与方法,为建立一种

更加科学、系统的识别观念与方法论提供崭新的理论方向。

1.2 国内外研究现状

1.2.1 风险与风险识别的基本概念

1.2.1.1 风险概念

目前对风险的概念国内外尚没有一个统一的认识^[10]。早在 1955 年,以研究风险问题著称的美国学者莫布雷(A. H. Mowbray)就提出:“风险就是不确定性”^[11]。美国经济学家奈特(Knight)在其名著《风险、不确定性和利润》(*Risk, Uncertainty and Profits*)一书中指出:风险是可以测定的不确定性^[12]。威廉姆斯等认为“风险就是给定情况下的可能结果的差异性”^[13]。美国学者罗伯特·梅尔(Robert Merle)认为:“风险是有关损失的不确定性”^[14]。此外,斯凯柏(Skyport)认为“风险为预期结果与实际结果间的相对变化,当结果存在几种可能且实际结果不能预知时,我们就认为有风险”^[15]。克瑞尼(F. G. Crane)认为“风险是未来损失的不确定”^[16]。韦伯斯特(Webster)认为风险是“发生损失或伤害的可能性”^[17]。Jones 等人则认为风险不但包含损失的危险,也包含获利的机会^[18]。

卢有杰等认为“风险就是活动或事件消极的、人们不希望的后果发生的潜在可能性”^[19]。傅鸿源认为风险是人们因对未来行为的决策及客观条件的不确定性而可能引起的后果与预定目标发生多种负偏离的综合。用公式表示为 $R = f(p, c)$; 其中 R 为风险量, p 为风险发生的概率, c 为风险潜在的损失值^[20]。

1.2.1.2 风险识别概念

澳大利亚和新西兰联合开发的风险管理标准 AS/NZS 4360: 1999 版中规定:风险管理分为建立环境、风险识别、风险分析、风险评价、风险处置、风险监控与回顾、通信和咨询七个步骤。美国项目管理协会(PMI)的 PMBOK (Project Management Body of Knowledge) 2000 版认为风险管理主要包括主要包括:计划管理、识别、评估、应变计划和监控

等五项有逻辑联系的子任务。中国《建设工程项目管理规范》（GB/T50326—2006）规定：组织应建立风险管理体系，明确各层次管理人员的风险管理责任，减少项目实施过程中的不确定因素对项目的影 响。项目风险管理过程应包括项目实施全过程的风险识别、风险评估、风险响应和风险控制。不难发现，在上述关于风险管理任务的不同观点中，对风险识别、评估及控制是风险管理中必不可少的环节的认识都是一致的。同时，风险识别作为风险管理的基础性条件，其在风险管理中的重要作用，已普遍被学界所肯定。正如英国风险管理专家皮克特所言：“风险管理中的一个重要步骤就是，把这些可能会突然跳出来咬我们的风险都识别出来。”^[21]

通过研究相关文献可以发现，对于风险识别的概念，如同对风险的定义一样，呈现出不同的学术观点，但大体可划分为两大类：一类强调风险识别就是在风险事故发生前，运用各种方法和工具找出研究对象所面临的各种潜在风险以及风险事故发生的成因；另一类则认为风险识别除了识别风险及其来源成因以外，还应该包含对识别出的风险可能造成的损失效果以及发生概率等进行估计。本书认为后一种概念实际上已跨界到风险评估的风险管理范畴，虽然风险管理的几个环节密不可分，但是作为学术研究，仍需要清晰的概念边界。因此，本书采用前一种风险识别概念进行以下研究。

1.2.2 施工合同风险识别国内外研究现状

为了更清晰深入地反映研究现状与成果，本书将对研究文献按照不同的角度加以分类评述。需要指出的是，风险识别是风险管理中的一环，它必然与其他环节存在内在的联系。另外，风险识别的理论基础涉及面广，不只是工程管理学科所能容纳。因此，为了更好地进行研究，本书所综述的施工合同风险识别研究现状的外延，将广泛延伸到风险管理其他环节以及相关领域。因为，全景式的文献研究对深化风险识别研究的理论与方法具有重要的意义。

1.2.2.1 从合同风险意识进行的研究

翁岩彤认为，许多发包人和承包人在防范合同风险方面缺乏经验，对建筑合同履行中存在的风险认识不足，这种现象的存在不仅制约了施

工企业的发展,同时也对建设方造成利益损害^[22]。黄崇福提出了综合风险管理的梯形架构,该架构从下往上分别由风险意识块、量化分析块和优化决策块构成,其中风险意识块涉及文化观念、社会结构和立法等^[23]。魏传光认为风险社会是理性化的现代化自反的结果。理性的现代化仍然是正在进行的行动,风险也正在增强,因而风险在很大程度上是现代人为风险。生活在风险已成为世界性图景中的当代人,需要树立风险意识^[24]。赵彦芹认为,只有切实树立风险意识,才会重视风险管理并在实践中自觉地应用^[25]。总之,风险意识作为合同主体管理风险的主观能动意识,对合同风险管理者而言是必备的素质。同时,从该角度出发进行的研究,也说明合同风险管理涉及心理学、社会学等学科,风险管理研究属于交叉学科的研究,因此,对它的研究将是复杂而艰巨的课题。

1.2.2.2 从合同风险分配机制进行的研究

段亚伟肯定了可预见性风险分配原理在工程合同风险分配实践中的重要作用,同时也指出了这种风险分配原则的局限性^[26]。周利安提出了项目风险分担评价指标体系,构建了基于层次分析法的项目风险分担评价模型,较好地解决了以往项目风险分担评价过于依赖定性分析所带来的问题,从而提高了项目风险分担评价的科学性和准确性^[27]。

1.2.2.3 从合同模式结构进行的研究

叶卡特琳娜、奥斯波娃(Ekaterina、Osipova)等人分析了基于业主提供施工图纸、设计施工一体化以及伙伴式等三种不同合同模式下,业主方及承包商承担风险的变化与特点^[28]。孙继德认为 EPC 合同承包模式对业主而言,实行项目总承包,有利于项目的系统管理和综合控制,可大大减轻业主的管理负担,有利于充分利用总承包企业的管理资源,最大限度地降低项目风险^[29]。乐云认为合同结构模式的选择,是经济利益的分配,也是风险的组合和分担。大型项目的业主首先要对各承包商的经济能力、管理能力以及工程承包经验认真分析,选择合适的承发包模式^[30]。以上研究虽然侧重有所不同,但都认为合同承发包模式的具体选择与建设工程合同各方的利益及风险的分配存在关系。