

# 国际工程索赔权论证中处理开脱性条款的原则与实践

张水波\* 何伯森  
(天津大学管理学院)

**摘要** 在国际工程承包中,索赔权的论证是承包商进行索赔的第一步,而合同中业主加入的开脱性条款往往给索赔权的论证带来困难。如何克服这一困难,使索赔获得成功,是国际工程承包界需要研究和解决的一个难题。文章提出解决这一问题的若干原则和方法,并给出两个案例,说明这些原则在国际工程承包实践中的具体应用。

**关键词** 国际工程,索赔权,开脱性条款

**分类号** F752.68

## PRELIMINARY STUDY ON HOW TO OVERCOME OBSTACLES CAUSED BY EXCULPATORY CLAUSES IN ARGUMENTATION OF RIGHT OF CLAIM

Zhang Shuibo He Bosen  
(School of Management, Tianjin University)

**Abstract** The argumentation of the right of claim is the first step in the process of claiming. Yet it is often made difficult by the exculpatory clauses of the contract made by the employer. Therefore, how to overcome this obstacle and bring the claim to success is a major problem to be solved. The present paper is aimed to study this problem and attempt present some principles and methods for its solution. Two cases are given to illustrate how they are applied in the international project practice.

**Keywords** international project, right of claim, exculpatory clauses

国际工程承包是一项充满风险的事业。在国际承包市场上,一般承包商都通过参与竞争性报价的方式争取中标,但是如果仅仅得到项目而报价过低,或是未能及时发现招标文件中许多对承包商不利的和不合理的条款,未能在合同谈判时争取对这些合同条款进行合理的修改,则可能导致项目亏损。招标文件是签订合同的基础,而招标文件都是由业主方聘请咨询公司代为拟定的。

国际工程招标文件中包含的合同条款,大体上可分为两大类:一类是采用国际上权威性的组织,如国际咨询工程师联合会(FIDIC)、英国土木工程师学会(ICE)、美国建筑师协会(AIA)编制的合同条款或某些国家政府部门编制的合同条款。这一类条款总结了全世界或某一个地区、某一个国家的经验,经

过多次修订,不断完善,因而比较公正合理地处理了业主和承包商之间的风险分担。如世界银行和亚洲开发银行的贷款项目就直接采用FIDIC的“土木工程施工合同条款”。这类合同条款一般分为“通用合同条款”和“专用合同条款”两部分。“通用合同条款”是不能改动的,“专用合同条款”则可以根据工程项目的具体要求对“通用合同条款”进行修改和补充。另一类合同条款则是由某个项目业主自己或授权咨询公司拟定的。这一类合同条款往往在业主指导或要求下,不是按照合理分担风险的原则拟定,而是将风险尽量推给承包商。有时项目业主也采用国际权威性组织或政府部门编制的合同条款,但往往在“专用合同条款”中对“通用合同条款”进行修改,以达到把风险转移给承包商的目的。业主往往利用

收稿日期:1999-04-12.

\* 1968年生,男,硕士,讲师。Born in 1968, male, master, lecturer.

承包商在投标时时间很短或是承包商没有经验,未能发现招标文件中隐含的风险;或是利用承包商虽然发现了问题和风险,但在投标和谈判过程中,为了得到项目而不敢提出问题的心理,把这些不合理的风险条款强加给承包商。

本文旨在对这一问题加以研究,提出解决这一问题的原则,并通过两个案例来说明这些原则在国际工程承包实践中的具体应用。

## 一、开脱性条款

业主转嫁风险的主要手段之一就是常常在合同文件中加入开脱性条款(exculpatory clauses)。开脱性条款也叫开脱责任条款,是指为业主方开脱合同责任的条款。即在某些情况下业主不对发生的合同有关事件的后果承担责任,而这些事件,按照国际惯例或常理应该是由业主负责的。由于国际工程承包市场竞争激烈,受“买方”市场的制约,承包商在投标时不得不接受这些不公平条款,从而给工程实施过程中的索赔设下了障碍。因而,如何在索赔中处理这些开脱性条款,论证自己在开脱性条款涉及的情况下仍享有索赔权,是国际工程承包商需要研究和解决的一个难题。

业主在合同中加入的开脱性条款涉及的内容往往很多,主要有以下方面:

1. 承包商在投标前应对现场环境有充分的了解;如果承包商在施工时遇到不利的外部障碍,应自己负责;业主对现场施工条件的变化不承担责任。

2. 业主在合同中提供的一切资料和数据只供承包商参考;业主对承包商根据这些资料得出的结论不承担责任;

3. 业主对施工受到外界干扰产生的后果不承担责任;

4. 承包商在投标时应仔细阅读招标文件,如果业主提供的文件互相有矛盾,承包商应按照最严厉的规定执行;

5. 项目应按合同规定日期建成,不考虑工期延长;

6. 如由于设计图纸有差错而引起的工程返工和修补,业主不承担费用;

7. 如由于施工规范中的错误引起的工程费用增加,业主不承担责任;

8. 业主或第三方人员的一切财产或生命损失,不论由于什么原因,均由承包商负责;

9. 工程进度款如未能按期支付,不支付利息;

10. 由于业主方原因引起的工期延误可以考虑给予工期延长而不能提出经济索赔;

11. 合同明文规定不允许因物价上涨而调价;

12. 合同中没有预付款的规定;

对于最后两种情况,承包商在投标时可以在计算其投标价格中予以考虑。因此对于物价上涨问题,承包商可以通过投标前的市场调查结果,对物价上涨的风险加以预测,在投标价中计入一风险系数。如果合同中没有预付款的规定,则承包商可以将自己相应的融资费考虑在投标价中。

## 二、索赔权论证中处理开脱性条款的原则

在投标阶段,对比较复杂的情况往往不能有较准确的估计,而只能在工程实施过程中处理。当承包商遇到这些开脱性条款涉及的情况,在论证索赔权时,应考虑的问题和处理的原则是:

1. 自己在投标时关于合同开脱性条款的理解。由于工程建设过程本身十分复杂,而用来约束工程执行的合同语言有时是抽象的,这就往往使合同双方对合同的理解不太一致,都希望用对自己一方有利的一面来解释合同。在国际工程承包界中,对国际工程合同语言的解释要依据合同适用的法律,在适用法律没有明确规定的情况下,也应采用一些公认的原则,如:公平合理原则、定量优先原则、反义具先原则、整体解释原则等等。作为承包商一方,在投标时提出自己对这些合同语言的理解时,应参照适用的法律以及公认的原则来证明自己对这些条款理解的合理性。

2. 关于处理相互有矛盾的条款问题。组成工程合同的文件很多,内容十分复杂。在合同的规定中,很容易出现互相矛盾的条款,而承包商应遵循选择最明确的规定去实施工程这一原则。一般来说,在组成合同一部分的合同条件中都规定合同文件的优先权问题。在这一规定与上述第4种开脱性条款矛盾时,承包商有理由按优先权条款的规定去执行。因为,优先权条款明确规定在合同文件之间有矛盾时,应按照哪一个文件去做,而“若业主提供的文件有矛盾,应按照最严厉的规定去做”这一开脱性条款中,“最严厉的规定”这一合同语言是不明确的,因为有些情况下是很难判断哪一项规定最为严厉。换句话说,承包商在执行合同时,在矛盾的合同文件中,选择一种明确的规定是符合常理的。

3. 条款的适用性或有效性。从这类合同条款解

释的法律实践来看,无论是管辖法院或是合同双方在合同中约定的仲裁机构对这类条款的解释往往考虑的因素是,承包商在投标时是否能够合理预见到工程的具体情况或者一个有经验的承包商在相同的条件下是否能够注意到。如果按照工程的具体情况,所发生的情况是承包商在投标阶段能够预见到的或者是一个有经验的承包商在相同的条件下应该注意到的,则这类开脱性条款是有约束力的;反之,这些条款不能适用,即业主不能引用这些条款来免除应承担的责任

### 三、案例分析

下面结合笔者在处理国际工程承包索赔问题时遇到的实际情况,给出两个案例,说明上述原则在索赔权论证中如何处理开脱性条款的具体运用

#### 案例一 关于业主电话费的索赔

我国某公司在海外承担的大型输油管道工程的合同中,有两个条款提到了业主的电话费由何方负担的问题。在合同的“工作范围”的条款中是这样规定的:“承包商应为业主现场的监理人员配备电话,但电话费由业主负担”;在合同的“为业主提供的服务”的条款中是这样规定的:“承包商应在施工阶段为业主现场监理人员提供必要的生活或办公设施,如:水、电、电话以及其他办公设施等等,并负担使用费,视具体情况而定。”业主根据第二种规定,认为承包商应支付业主的电话费,并引用合同中的开脱性条款“承包商在投标时应仔细阅读招标文件,业主对合同文件中的矛盾不承担责任”来逃避支付电话费的责任。承包商为此向业主提出索赔,在论证电话费用承担的责任时,提出以下观点:

1. 按一般惯例,承包商在投标时只能为固定的设施和设备报价,而对类似电话费这类不固定的内容是没有办法报价的,因为承包商不可能预见到业主使用的电话费的金额。事实是承包商在报价中也没有包括电话费这一项,让他们承担电话费是没有道理的。

2. 在两个条款中,第一个条款的规定是明确的,即:电话费由业主负担。第二个条款的规定虽然是模糊的,但仔细分析,整体地去理解有关条款,并不与第一个条款的规定相矛盾。因为第二种规定是一种“开口”规定,即:要结合合同中其他条款才能最终确定合同双方的义务和责任,承包商之所以同意支付水、电和办公设施费,是因为在合同其他条款中,没有规定由业主支付,而对于电话费,则在其他

条款给予了更明确的规定,因而,在决定由何方来支付电话费时,是不能引用第二种规定的。

3. 在两种规定有矛盾时,主要责任应由业主承担,因为这些条款是业主编制的,在无法根据条款本身来确定双方承担的责任时,按照国际上合同解释的“反义具先”原则,要以不利于条款起草的那一方来确定合同模糊或矛盾条款的含义。

这一案例的最终处理结果是,由于承包商提出的观点有理有据,迫使业主放弃引用开脱性条款,同意了承包商的索赔要求

#### 案例二 关于石方开挖量增加的索赔

案例二与案例一为同一石油管道工程项目。承包商在管沟开挖过程中,遇到了大量的石方段,与合同的“工作范围”中描述的管沟开挖地质情况严重不符,承包商为此提出费用和工期索赔。业主开始时以合同条件中开脱性条款为由,拒绝承包商的索赔要求。合同中有关开脱性条款如下:

1. 承包商要在投标前对现场以及周围环境有足够的了解,包括现场的位置和性质、现场进出的方法、气象以及其他外部条件等;不了解工程所处的环境不能构成承包商索赔的基础。

2. 业主在合同中提供的一切资料和数据仅供承包商参考,业主对承包商根据这些资料和数据所得出的结论不承担任何责任。

这是一个关于开脱性条款的典型事例。承包商经过系统分析整个合同文件的规定,并在掌握大量事实的基础上,在索赔报告中对索赔权进行论证时,针对业主引用的开脱性条款进行了如下反驳:

针对第一个开脱性条款,承包商认为,承包商在投标前对现场进行了充分的了解,但“充分的了解”只是为了满足承包商编制投标书的需要,在客观情况允许的条件下去进行切实合理的了解,并不是对现场的任何情况都完全了解,因为承包商在投标时只能通过两种方式了解工程现场的情况,一是靠阅读业主的招标文件;二是进行实地调查。而业主的招标文件对现场地质的描述是,“管线大部分是平坦干燥的沙地,土质为沙子与粘土的混合物,这种混合物压实性很好,短期内垂直切割面状态很好,……在红海山区有大约 10 公里管线位于岩石区,这一段可能需要岩石爆破”。通过现场调查,承包商了解了现场的情况,并在技术标中提出合理实施项目的技术方案。从承包商在工程实施阶段的施工总体安排的合理性就可以看出,承包商在投标前对现场的条件以及周围情况是有足够了解的。但是,对于一个长达一千多公里的管线项目,要求承包商在投标前很短

的时间内和当时环境下对地表以下的地质情况进行十分详尽的勘察是时间上不允许的,既不现实,也不合理。承包商只能进行一般的、符合国际工程承包惯例的合理调查。这一项目的初步设计是由业主进行的,业主在长期的项目可行性研究和设计勘察中都不可能获得完整准确的地质情况,反而要求承包商在不到一个月的现场勘察中来准确无误地预测到现场的地质情况,显然是不合理的。如果说承包商了解的现场地质情况不准确,也只能归咎于业主的招标文件的严重失实。因为招标文件的不正确的描述很大程度上起到了误导的作用,使得承包商不能正确地预计实际地质情况。

另外,“充分了解”只是一个相对概念,在不同阶段,它的内涵是不相同的。就投标阶段而言,显然不能要求承包商了解现场的程度与在施工阶段了解的一样。因此,以承包商没有预见到在实际施工中出现的巨大石方为由,认为承包商在投标阶段没有对现场进行充分的了解的论点是不能成立的。

针对第二个开脱性条款,承包商认为,这一条款是不能适用的,确切地讲,它是一个无效条款。承包商的理由是,合同中的“工作范围”是合同文件中十分重要的一部分,是承包商报价和实施工程的基础,应对双方有约束力。如果业主引用这一条款,即“业主在合同中提供的一切资料和数据仅供承包商参考,业主对承包商根据这些资料和数据所得出的结论不负任何责任”,则由此可以推论出,合同中关于施工标准、质量、工期等规定也只是供参考,不对双方具有约束力,那么,根据合同适用的法律,则合同失去了能成立的基础。承包商的结论是,要么这一开

脱性条款无效,要么合同不成立。但合同中规定,在合同的全部条款中,如果有些条款不符合法律或与其他条款相冲突而被认定无效时,这些条款的无效性不影响整个合同的有效性,即,该合同具有可分割性。因此,可以认定,这一开脱性条款是无效的。

在反驳业主引用开脱性条款的同时,承包商还向业主透露以往关于开脱性条款在仲裁中被裁定无效的案例,使业主感到,如果就此问题提交仲裁,业主没有获胜的把握。在承包商对索赔额作出某些让步的情况下,最终同意承包商就额外的石方开挖享有索赔权。

诚然,能否成功地抗辩合同中的开脱性条款不适用或无效,在承包商的索赔权论证中往往起到十分重要作用。但承包商靠这种方法去获得成功的索赔是很不容易的,因为,每一工程所处的客观环境是不相同的,要进行开脱性条款无效的抗辩,需要满足若干条件,涉及诸多方面的问题,如合同适用法律的规定、合同的其他条款、承包商的证据是否充分、业主对承包商的工作是否满意等等。如果承包商在投标阶段能够认真研究招标文件,将开脱性条款辨析清楚,制定出相应的对策,并在投标书中埋下一定的伏笔,这将为中标后在施工中成功地进行索赔创造良好的条件。

### 参 考 文 献

- 1 梁 鉴:《国际工程施工索赔》,中国建筑工业出版社 1996年版。
- 2 汪小金:《建筑施工合同索赔管理》,中国建材工业出版社 1994年版。
- 3 中国建筑工程总公司培训中心:《国际工程索赔原则及案例分析》,中国建筑工业出版社 1993年版。