

国际工程承包商应对‘不可抗力’风险的策略与实务

王海侠¹, 黄齐东²

(1. 河海大学 土木工程学院, 江苏 南京 210098 2. 河海大学 外国语学院, 江苏 南京 210098)

摘 要 国际工程承包商必须重视对‘不可抗力’风险的研究与应对, 避免因承揽项目心切而盲目让步, 最终承担本该由业主承担的‘不可抗力’风险。在应对‘不可抗力’风险的过程中, 签好合同是前提, 风险管理是基础, 积极索赔是关键, 适当保险是保障。发生‘不可抗力’风险的同时也伴有创收机遇, 我国承包商要善于发挥优势, 创造有利条件, 使风险转化为经济效益。

关键词 FIDIC 不可抗力 风险管理 索赔

中图分类号 D997.1

文献标识码 A

文章编号 1671-4970(2005)01-0008-04

国际工程承包是国际经济合作的重要组成部分。随着跨国工程承包事业的发展, 工程项目的周期更长、地域更广、规模更大, 它不仅涉及工程本身的综合管理, 而且还与政治、经济、自然条件等外界因素紧密联系。国际工程项目的特点决定了风险贯穿于项目建设的整个过程中。属于风险范畴的‘不可抗力’必须引起充分的重视。

一、‘不可抗力’概念释义

“不可抗力”源自法文“Force Majeure”, 英文也称“Act of God”, 它是一个范围相当广阔的概念。在现代国际工程承包领域中, 它指工程各方在合同签订后或履约过程中遇到的超出各方合理预见能力并无法加以控制的风险事件。在国际工程界通用的 FIDIC 合同条件中, 国际咨询工程师联合会对‘不可抗力’有专门的阐述, 即具有不可克服性的使得合同在‘法律上或实际上成为不可能’的自然或人为事件。FIDIC 合同在第 13 款‘应遵照合同工作’中规定‘除非法律上或实际上不可能, 承包商应严格按照合同进行工程施工或竣工, 并修补其任何缺陷, 以达到咨询工程师满意的程度^[1]。该条款是整个合同中有关‘不可抗力’条款的基石, 也是承包商在‘不可抗力’事件发生后维护自身利益的核心条款。^[2]在发生‘不可抗力’事件后, 工程各方可根据相关条款, 部分或全部解除合同义务, 业主承担因此所产生的一切损失, 并向承包商提供合理的经济补偿(贸易合同的做法是各自承担经济及相关损失)。^[3]具体地说, “不可抗力”包括两种情况, 一种是‘法律上不可能’, 指人为的事件, 如战争、

骚乱、政变等; 另一种是‘实际上不可能’, 指有经验的承包商所无法合理预见或防范的自然灾害的作用, 如地震、飓风、台风或火山爆发等。

新 FIDIC 合同条件统一采用了总部设在巴黎的国际商会对‘不可抗力’的定义, 并列出了五类‘不可抗力’事件^[4], 它们是:

第一: 战争、敌对行动(不管是否宣战)、入侵或外敌行动; 第二: 叛乱、恐怖主义、革命、暴动、军事或非军事政变或内战; 第三: 骚乱、骚动或混乱(除承包人和分包人的员工和其他雇员外的其他人发起的罢工和停业); 第四: 火药或爆炸物的爆炸、放射性物质造成的辐射和污染(除非因承包人使用了这种火药、爆炸物、辐射源或放射性物质而产生者); 第五: 自然灾害如地震、飓风、台风或火山爆发。

二、‘不可抗力’应对策略

结合国际工程项目特点和我国对外工程承包实践, 在应对‘不可抗力’风险方面, 承包商应当制定积极的应对策略, 做好以下四点: 认真签好合同(前提), 重视风险管理(基础), 积极进行索赔(关键), 采取相应保险措施(保障)。

1. 认真签好合同

国际上有经验的跨国承包商都格外重视合同的签订, 从一开始就防范风险。在实践中, “不可抗力”事件的出现是适用‘情势变更’或‘合同落空’的经常性原因。而合同中约定的‘不可抗力’条款则是当事人对情势变更或合同落空的一种主动适应。因此, 比较积极的方法是在事先的合同中约定, 当发生了某种

“不可抗力”事件时,应免除当事人的履约义务^[5]。

在确定“不可抗力”的范围时,业主与承包商总是相互矛盾的。业主常常在合同文件中加入开脱性条款来转嫁风险,给承包商的索赔设置障碍。^[6]作为承包商,应尽量在合同条款中对“不可抗力”的具体内涵做出明确约定。所约定的内容应至少包括三个方面:对不可抗力的涵义进行规定、列举出涉及本合同执行的最常见的不可抗力事件,及对相关合同所约定的不可抗力对本合同的影响及效力作明确规定。^[7]如江西某对外建设公司在非洲马里共和国承建总价为3000万美元的大型农田水利工程,在施工期间,该国发生了较大范围的骚乱,一伙武装分子闯进了工地营房,抢走大量设备。这是一起典型的因政治原因造成不可抗力事件。该公司根据FIDIC合同条件“通用条件”的有关规定及双方合同中关于“不可抗力”风险的界定,认定这是“业主的风险”,向咨询工程师提出索赔,最后成功地获得161341美元的赔偿。^[8]

如果在合同中不作详细规定,只是默认FIDIC“通用条件”中的不可抗力条款,那情况就比较麻烦。如我国某港湾建设公司通过投标获得南亚某国的港口扩建工程,但是从天津港出发的运送建筑机械和材料的货轮在海上遇到了大风暴,一直绕航,导致工程延期两个半月。为此,业主要扣除误期赔偿费360万美元。双方协调未果,提交仲裁机构处理。由于合同没有详细约定业主是否因“不可抗力”导致工期延误是否可免责,因此仲裁机构判定由我方赔偿因延期所带来的一切损失,共计245万美元。因此,要在合同中明确规定业主与承包商分担风险的范围和责任,争取签订合理的合同条款,这对于减轻和转移承包商的风险至关重要。

另外,在进行报价时,应巧妙地进行风险量化,并将其置于总价当中。或者,承包商在编制成本控制计划时,根据实际情况,在各项费用和总成本中适当留有余地,并在报价中预留一定比例的风险金,即“不可预见费”,以防止出现重大风险。

2. 重视风险管理

所谓风险管理,就是人们对潜在的意外损失进行辨识、衡量和分析,根据具体情况采取相应的措施进行处理,从而减少意外损失进而使风险为我所用。

首先,对“不可抗力”风险进行辨识,这是整个“不可抗力”风险管理的基础。它的辨识过程通常包括六个步骤^[9]:确认风险不确定性的存在、建立初步清单、确定风险事件并推测结果、制定风险预测图、进行风险分类及建立风险目录与摘要。“不可抗力”风险的辨识方法有建立风险一览表、现场考察、对外咨询、参考记录、分析总结等。在“不可抗力”风

险的辨识中,要注意这种风险通常有三种:第一种是“真风险”,即的确会发生的风险。如斯里兰卡已经公开宣布向其反对派“猛虎”组织宣战,阿尔及利亚的原教旨主义者已经至函警告在该国的外国公司,要求他们尽快撤离阿尔及利亚。因此,若外国承包商在这些国家从事工程活动,则不可避免的要受到战争威胁或恐怖袭击。如中国建筑工程总公司及一些地方省市的外经公司在阿尔及利亚进行了多年的工程承包,期间经常受到恐怖分子的骚扰或袭击。但好在中国的公司加强了管理,将损失降到了最低;第二种是“潜在风险”。这种风险取决于各种内部或外部因素,可能发生,也可能不发生。如2002年,阿尔及利亚首都阿尔及尔突发地震,导致中建总公司八人遇难,造成重大人员伤亡和财产损失;第三种是“假风险”,即想象中的风险。这种风险是人们假想的,根本不会发生。因此,承包商内部经常会出现真假风险之争。在对“不可抗力”风险进行辨识时,必须形成正确的认识,制定相应的措施。

其次,对“不可抗力”风险进行衡量,这是“不可抗力”风险管理的必要条件。进行风险衡量的目的是确定各种风险的相对重要性。风险衡量通常从风险发生的频率和其严重性两个方面进行考虑。对“不可抗力”风险进行衡量的最重要的方法是概率分布法。概率包括主观概率和客观概率。主观概率是指人们凭主观认知推断的风险发生的可能性。由于它是从定性的角度出发的,因此缺乏一定的依据。客观概率是指人们在基本条件不变的前提下,对类似风险进行多次观察与统计,结合历史记录与现实情况,科学地推断出类似事件发生的可能性。概率分布表明了风险事件的种类及其发生的概率。而进行风险损失的衡量时应考虑三种概率分布,即总损失金额、潜伏损失事项及各项损失预期数额。

再次,对“不可抗力”进行风险分析,这是联系风险辨识和风险管理之间的纽带,是决策的依据。风险分析是指应用各种风险分析技术,用定性、定量或二者相结合的方式处理不确定性的过程,其目的是评价风险的可能影响。“不可抗力”风险分析包括三个必不可少的步骤:数据采集(客观统计数据 and 主观判断数据)、不确定模型建立(可能结果的评价和概率分布的评价)及风险影响评价。在国际工程界,目前广泛使用的“不可抗力”风险分析方法主要有模糊数学法、层次分析法(AHP)、统计和概率法、蒙特卡罗模拟或CIM模型法等。

3. “不可抗力”事件发生后,积极进行索赔

尽管承包商在项目开工前做了充分的准备,但由于工程具有时间跨度长,涉及面广,可变因素较多等原因,承包商仍然可能遭遇重大风险。在风险发

生后,根据 FIDIC 的第 67 条“争端的解决”解决争端,解决争端通常有四个步骤:争端的同期记录、咨询工程师的决定、友好解决及仲裁。若经过以上四个步骤仍然未能达成一致,则要采取正式的司法程序——诉讼。

值得注意的是,虽然 FIDIC 的争端解决程序得到了广泛应用,但由于咨询工程师受雇于业主,因此人们对将争端首先提交咨询工程师来处理的方式提出了质疑。世界银行在其 1995 年 1 月正式出版的工程采购标准招标文件提出了用“争端审议委员会”(Dispute Review Board,以下简称 DRB),来解决争端的程序。^[10] DRB 由三位在工程建设和合同文件解释方面具有经验的专家组成。如果业主和承包商之间由于合同或工程实施产生争端(包括任一方对咨询工程师的决定有异议)时,应首先将争端提交 DRB。当任何 DRB 的建议书未能成为最终决定和具有约束力时,则应采用仲裁解决争端。

FIDIC 的“合同委员会”参考了美国和世界银行应用 DRB 方式解决工程争端的经验,在橘皮书《设计—建造与交钥匙工程合同条件》的增补部分(1995 年)以及红皮书《土木工程施工合同条件》的增补部分(1996 年)中都提出了采用“争端裁决委员会”(Dispute Adjudication Board,以下简称 DAB),来解决争端的模式。DAB 与 DRB 在委员的选定、工作的程序等具体运作方式上有一些差异。世界银行规定 1 000 ~ 5 000 万美金的可采用 DRB,5 000 万美元以上的贷款项目必须建立 DRB。当世行采用新版 FIDIC 后,预计会全部改为采用 DAB 或 DRB 方式,亚行则一贯全文采用 FIDIC 合同条件,因此,应该抓紧学习和熟悉 DAB/DRB,了解国际上解决争端的新方式,积极采取应对措施是十分重要的。^[11] 我国的世界银行贷款项目,如二滩水电站,小浪底水利枢纽工程和万家寨引水工程,也正在采用 DRB 方式,并取得了良好的效果。

4. 要采取相应的保险措施

从国际工程实践来看,工程保险具有以下特征:有特定的保险内容(承包商可列出特定的投保险别,并通过保险条例和保险单作出具体的规定)、分段保险(因为施工周期一般较长,承包商在项目履行期间进行分段保险,各险种相互衔接)及保险费率现开(按国际工程惯例,普遍适用的保险费率是根据项目所在地情况、工程风险因素及投保时间等来确定的)。^[6]

FIDIC 合同条件的“保险的义务”规定,承包商自开工之日到业主发放最终验收证书,都应进行相关的保险,包括工程一切险、第三方责任险和人身事故险等。工程一切险是一种综合性的保险,在第 21 款中描述为“工程及承包商设备保险”,但需注意的,工

程一切险并非字面上所说的那样意味着覆盖了工程的全部风险,它受诸多条件的限制,其保险范围和内容的因各国国情、工程具体情况而不尽相同。工程一切险的保险费率通常根据风险的大小确定,其具体费率往往根据参考费率并结合以下因素综合制定,即风险性质、工程本身的危险程度、自然地理条件、工期长短、承包商的资质、技术水平及经验、同类工程的损失记录等等。第 23 款的“第三方责任险”规定,承包商应以承包商和业主的联合名义,对由于履行合同引起的任何人员伤亡(第 24 条规定的情况除外)或财产损失(第 22.2 款规定的情况除外)进行责任保险。第三方责任险最低金额在标书附件中都有规定。承包商可按合同的约定,把第三方责任险和工程一切险合并在一起进行投保。第 24 款有关人身事故险规定,承包商必须对业主和自己雇员的伤亡负责并予以保险,人员的事故保险及赔偿金额通常受制于工程所在国的法律条文。在进行人员的意外保险时,还可以同时附加事故致伤的医疗保险,而普通的疾病治疗不属于该项保险的赔偿范围。

购买保险不等于购买货物。很多承包商购买了保险,但在风险事件发生后却未能获得足额保险甚至不能获得保险。因此,承包商在进行投保决策及项目履行的过程中应注意两点:第一,慎重选择保险机构。国际保险业务已经高度发达,保险受理机构名称繁多,通常可划分为独立保险人、保险集团及金融服务联合体三种。在选择保险人时,应综合考虑其安全可靠(即保险人在需要履行承诺时的赔付能力)、服务质量(包括服务的公正客观性、可靠性和即时性)及保险成本(指投保人向保险人支付的定金保费减去由于股息和费率调整而产生的退费)。在具体选择方式上,可进行公开招标、邀请招标或直接谈判。第二,认真执行保险条款。有经验的承包商都仔细研究保险条款,在项目履行的每一环节适时与保险机构交换意见,出具书面材料,发生了风险事件后按规定程序索赔,往往能取得较好的效果。

三、“不可抗力”应对实务

风险总是与项目的履行相伴而行的,几乎不存在没有风险的工程项目。风险与赢利是对立统一,矛盾运动的,一方面,它们相互排斥,但另一方面,它们在一定的条件下也相互转化,走向自己的对立面。承包商要善于利用已有的优势,创造有利条件,使“不可抗力”风险转化为经济效益。

【案例】中国土木工程集团公司(以下简称“中土公司”)在非洲某国承建一项由世界银行贷款的公路建设项目,合同额为 981 万美元,工期 24 个月。在实施过程中,项目所在国与邻国在贸易协定上突发

争端,邻国因此而单方面关闭了两国边境,停止向这个内陆国家提供燃油,造成主体工程停工9个半月,为合同工期的39.58%,属于重大风险。中土公司依合同有关条款,据理力争,经过一年多的艰苦交涉,最终获得了燃油危机的索赔成功。项目索赔金额达440万美元,是合同额的44.85%,并就此风险事件顺延工期29个月。^[12]

燃油危机发生后,中土公司运用FIDIC合同条件的相关条款,据理力争。FIDIC合同条件的第12.2款“不利的外界障碍或条件”是防范“不可抗力”风险而被经常使用的条款之一。它规定“如果工程师认为这类障碍或条件是一个有经验的承包商无法合理地预见到的,……工程师应决定:(a)按第44条规定,给予承包商延长工期的权利,和(b)核定因遇到这类障碍或条件可能会使承包商发生的任何费用,并将该费用加到合同价格上^[1]”。中土公司在项目实施中所遇到的燃油危机,显然是“一个有经验的承包商无法合理预见到的”不利的障碍或条件”,而且无人可以预测会持续多久。同时,中土公司即致函咨询工程师,要求按第40.1款“暂时停工”的规定发出暂时停工令,为经济索赔及下步工作提供法律依据,并中止不必要的费用支出。因为,重大风险事件发生后,对业主和承包商最经济的解决办法就是暂时停工,从而减少双方费用。如果这时承包商既不能施工又没有合法停工令,势必造成双方进一步的损失。

中土公司认为,这两个国家之间的紧张关系构成“敌对行为”所导致的燃油危机属于FIDIC所界定的“特殊风险”,该风险阻碍了承包商正常履约,因而承包商有权获得业主的经济赔偿,这是索赔成功的理论基础。但是咨询工程师只是按照线性回归的纯数学模式,根据中土公司燃油危机前的验工计价总额及有关曲线,向业主建议支付中土公司175万美元索赔款。中土公司没有接受咨询工程师的准仲裁。在全面考虑了利弊后认为,公司进行的风险索赔确有充足的合同依据,若提交国际仲裁,仲裁庭很可能将此次燃油危机判定为是一个有经验的承包商无法合理预见的事件,因此,公司请好国际名律师,准备进行国际仲裁。这时业主才被迫坐下商谈,承认燃油危机影响到正常施工这个事实,表示愿意通过友好协商的方式解决双方争端。在按合同进行经济索赔和准备提交国际仲裁的同时,公司也认真分析了项目所在国的国情及其对华关系,积极向使馆经参处通报此事,得到了他们的全力支持。最后,中土公司最终获得了440万美元燃油危机索赔款,比咨询工程师的推荐多拿回265万美元。

四、结 语

国际工程承包是一项极具风险的事业。在全球

最大的225家承包商中,1/3是专门从事这项风险事业超过半个世纪的跨国公司。他们都善于及时把握机遇,巧妙地避开或降低各种风险的影响,并有足够的胆识和能力去驾驭风险。

经过多年的努力拼搏,我国承包商已经在竞争激烈的国际工程市场上占有一席之地,逐渐成为受到国际同行尊敬的力量。为了提高应对“不可抗力”风险的能力,我国承包商应从选择项目时就开始进行“不可抗力”风险辨识和衡量,制定应急计划,力争防范各种潜在的风险,做到准备充分,心中有数。在进行合同谈判时,应尽量充分了解相关国际惯例,熟悉所在国家或地区的法律法规,探明对手底线,订立能够有效避免和转移风险的条款,使自己处于有利的地位。在项目的实施过程中,应密切注意风险征兆,做好风险损失的预测,加强风险管理,捕捉有利时机,变不利条件为有利条件。出现风险事件后,要善于分析具体情况,考虑各方面因素,根据合同条款进行交涉,顺其规律进行引导,发挥优势扬我所长,避免和减少“不可抗力”风险的负面影响,在风云变幻的国际工程承包市场上立于不败之地。

参考文献:

- [1] 国际咨询工程师联合会(FIDIC). 土木工程施工合同条件应用指南[M]. 北京: 航空工业出版社, 2001. 123—124.
- [2] 田威. FIDIC合同条件实用技巧[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 1996. 146.
- [3] 田威. 创收的三大支柱及“不可抗力”[J]. 国际经济合作, 2001(1): 52—55.
- [4] 徐绳墨. FIDIC合同对风险赔偿责任和不可抗力的新规定[J]. 建筑经济, 2002(2): 31—33.
- [5] 车丕照. 合同落空、情势变更与不可抗力[J]. 兰州大学学报(社会科学版), 1996(2): 51—55.
- [6] 张水波, 何伯森. 国际工程索赔权论证中处理开脱性条款的原则与实践[J]. 天津大学学报(社会科学版), 1999(9): 179—182.
- [7] 王英. 论不可抗力条款在索赔中的决定性作用[J]. 重庆建筑大学学报, 2000(4): 78—80.
- [8] 胡业恒, 郑海华. 从案例分析看国际水利工程承包中的索赔[J]. 江西水利科技, 2003(1): 53—56.
- [9] 雷胜强. 国际工程风险管理与保险[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 1996. 39.
- [10] 张水波, 何伯森. 国际工程中争端解决方式的演变与启示[J]. 水力发电, 2000(7): 8—12.
- [11] 何伯森. 99版FIDIC合同条件中的争端解决方式[J]. 经贸实务, 2000(7): 41—43.
- [12] 田威. 运用FIDIC合同条款成功实现国际工程项目索赔[J]. 建筑, 2003(8): 16—18.