

基于交易成本的国际工程项目争端预防分析

吕文学 花园园

内容提要 在国际工程项目中,各种工程争端时有发生。从降低争端交易成本的角度出发,争端预防比目前常见的其他争端事后解决方式更具有优越性,因为它可以有效地避免工程项目争端的发生,或者减小争端对工程顺利实施的不利影响。本文详细地阐述了争端预防的工作程序和常用措施,为实际工程项目的争端预防工作提供了指导。

关键词 国际工程项目 工程争端 交易成本 争端预防

一、引言

工程项目建设周期长以及多参与方的特点,使得建筑业成为争端诉讼最多的行业之一。尤其在国际工程项目中,各参与方来自不同的国家,文化上的差异更容易导致争端的产生。工程争端对争端双方的影响巨大,如果不及及时处理这些争端,任其积累和扩大,将会破坏双方的协作关系,影响项目的实施,导致中途停工,甚至终止合同。为了解决工程争端,争端双方要消耗大量的人力、物力、财力,这对于双方经济目标的实现都产生了极大的障碍。然而长期以来,对争端问题的研究大多是针对于争端

产生之后如何对其处理进行的,这种被动管理不能从根本上减轻争端对各参与方造成的危害。只有采取有效的预防措施,降低争端产生的可能性,减少争端对各参与方的影响,才是管理争端的根本对策。

二、工程争端的分类

(一) 国际工程项目中的主要争端

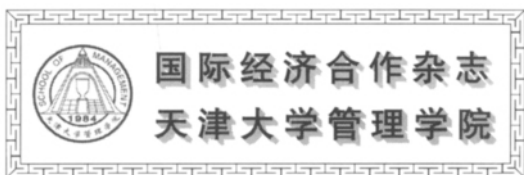
工程项目争端的产生是受项目本身、项目环境和工程参与方三方面因素的影响。国际工程项目中常见的主要争端有:合同缺陷或错误争端、合同范围不明确争端、变更引起的争端、索赔争端、与款项支付相关的争端、合同中止和终止引起的争端、外部条件变化争端。

(二) 工程争端产生的根源及其分类

1. 工程争端产生的根源

工程项目中之所以会出现争端,本文认为主要是由于工程项目的复杂性和所处环境的不确定性,在工程实施过程中可能出现各种问题,而工程参与方的有限理性、认知差别和机会主义的存在使得这些问题的解决容易出现对立和冲突,从而导致争端的产生,如下图1所示。

(1) 国际工程项目的复杂性。这是工程本身和参与方的特点决定的,国际工程项目一般投资额巨大、建设周期长、空间跨度大、技术要求高、实施过程复杂,经常发生和预期不一样的事项;另外,国际工程项目全生命期内有多个不同国家的组织参与,且处在动态变化中,各方的文化差异、知识水平不相等,导致各参与方沟通难度加大,冲突可能更为频繁。



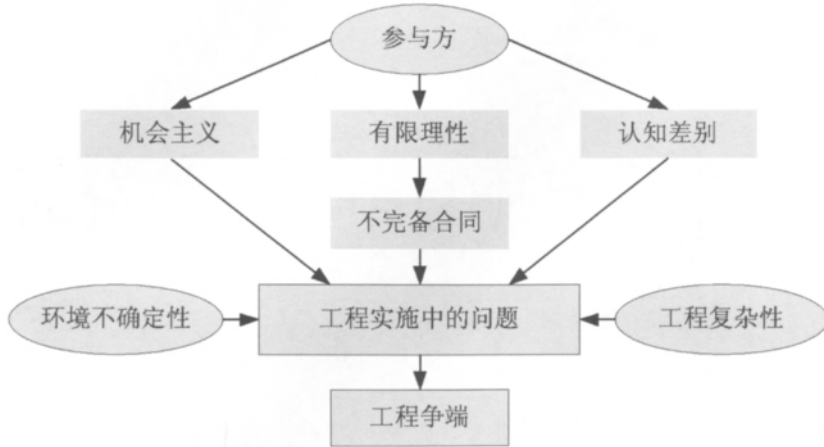


图 1: 工程争端产生的根源

(2) 环境的不确定性。国际工程项目的环境包括自然环境和社会环境。工程实施过程中, 自然环境的改变可能造成项目实施的中断或引发较大的变更; 社会环境会随着经济和政治变革发生变化, 导致索赔、变更等问题; 此外, 国际工程项目环境的动态性和开放性使得项目风险增大, 且难以识别和控制, 这些风险极易导致各种问题的出现。

(3) 参与方的有限理性、认知差别和机会主义。各参与方是有限理性的, 不可能对工程实施过程中可能产生的事情进行充分的估计, 因此各参与方所签订的工程合同不可能是完备的合同, 这就不可避免地会出现各种冲突和分歧。国际工程各参与方的文化背景、教育程度、工作经验等的不同, 直接影响到他们对事物的看法, 这种认知差别使得各参与方对于即使合同中明确规定的事项, 也会产生理解上的差异, 而对于未能明确规定的事项, 各方

的认知差别会更为明显。尽管各参与方都希望能够获得长期的合作机会, 但是由于机会主义心理的存在, 各参与方都希望自己的利益最大化, 因此对于发生的问题的处理方式就可能存在争议。

2. 工程争端的分类

目前, 对于工程争端还没有统一的分类标准, 本文根据对争端根源的分析, 将引发工程争端的事件原因和争端的根源联系起来, 将争端分为以下四类。

(1) 不确定性导致的争端。

由于工程项目的复杂性和外界环境的不确定性导致的争端都归入此类, 包括地质条件的变化、外界经济环境的变化、法律法规的变化导致的争端等。

(2) 合同缺陷导致的争端。由于各参与方签订的合同不完备, 无法对工程项目中可能出现的情况进行详尽的说明, 或者由于合同中的词语错误、歧义、条款规定前后矛盾等原因造成的争端, 都归入此类。

(3) 机会主义导致的争端。工程各参与方存在信息不对称的现象, 导致一方可能采取机会主义的行为, 希望由此获利, 由此类原因导致的争端属于机会主义争端。

(4) 认知差别导致的争端。文化背景、知识结构、工作经验等的差别使得工程各参与方对于同一件事情产生不同的认识, 这种不同的认识导致的争端归入此类。

三、工程争端的交易成本分析

为了量化工程争端对项目

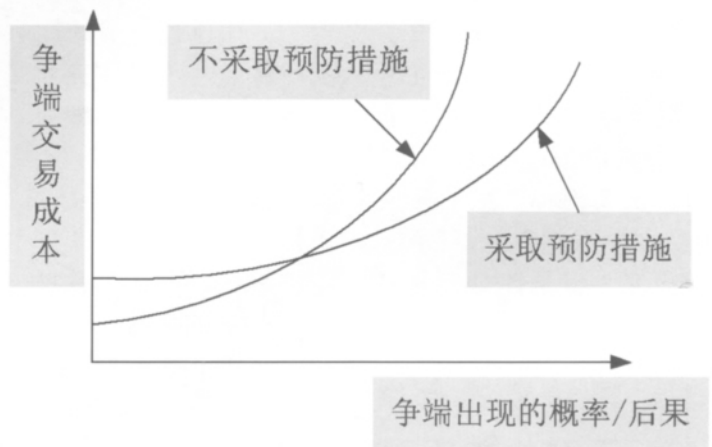


图 2: 采取争端预防措施与交易成本关系示意图

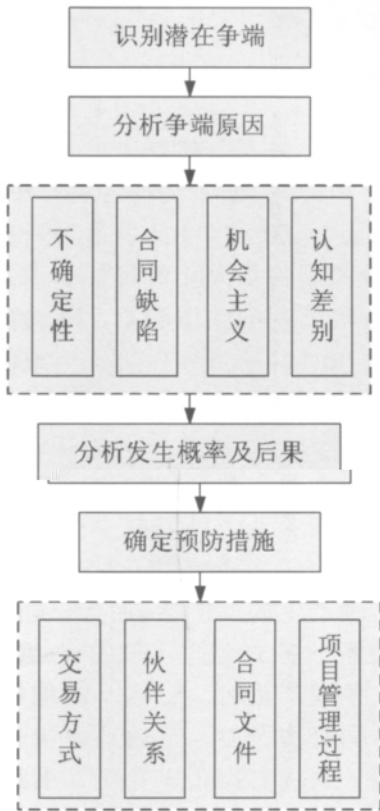


图 3: 争端预防流程图

各参与方造成的影响, Gebken 引入争端交易成本的概念, 指的是各参与方在争端发生后的处理过程中支出的直接、间接或是隐含的费用。本文沿用争端交易成本的概念, 但将其内涵延伸至争端发生之前寻找预防措施的费用支出, 用以说明不同的争端处理理念对争端交易成本的影响。

(一) 争端交易成本的构成

目前, 各参与方对工程争端的处理是往往是被动的, 即在争端发生之后, 选择合理的争端解决方式来解决。常用的解决方式包括协商、调解、裁决、小型审理、DRB/DAB(争端评审委员会/争端裁决委员会)、仲裁和诉讼等。这种争端处理理

念下发生的交易成本包括三部分: 直接成本, 包括为解决争端聘请相关的律师、索赔咨询人员、专家等的费用, 以及后期的诉讼费、仲裁费等; 间接成本, 包括支付给处理争端的公司内部法律人员、管理人员、其他相关人员的薪水和管理费, 以及支付给证人的费用; 隐含成本, 包括是争端引起的工程质量损失、效率降低、工期延长等。此外, 为了弥补争端对各方关系造成的影响而支付的费用, 以及由于关系破坏而带来的机会损失, 也计入隐含成本之中。

如果对工程争端采取主动预防的理念, 即在争端发生之前采取预防措施, 那么争端发生之前的交易成本包括两部分: 信息搜寻成本, 是指各参与方为了发现潜在的争端事件、分析其原因和后果, 安排相应的人员收集信息或者访问专家, 支付给工作人员和专家的费用; 确定预防措施成本, 是指为了确定相应的预防措施, 以及实施措施而发生的费用。

(二) 基于交易成本的工程争端预防

在争端产生之后, 无论采取哪种方式解决代价都比较高。

一般情况下直接成本和间接成本的数额就比较大, 这是由于支付给律师和咨询专家的费用往往比较高; 而隐含成本的数额则不好确定, 因为质量损失、工效降低等计算比较困难, 但是根据工程项目的经验, 一般较复杂的争端事件所引起的隐含成本也比较大。

如果考虑采取主动预防的措施, 那么争端事件发生的可能性降低, 此时发生的交易成本仅仅是信息搜寻成本以及确定预防措施的成本, 这两部分交易成本往往比较小, 因为这些工作可以通过其他工作一起进行。即便有些争端事件依然无法避免, 此时尽管增加了预防争端的交易成本, 但是由于事先采取了预防措施, 争端事件发生后的费用也大为减少, 从而可能使得争端交易成本的整体数额依然小于不采用预防措施的情况。

在工程争端出现的可能性比较低、造成的影响也比较小的情况下, 争端出现之后也比较容易解决, 此时采用争端预防措施可能造成交易成本增加; 而国际工程项目一般规模较大、人员构成复杂, 争端出现

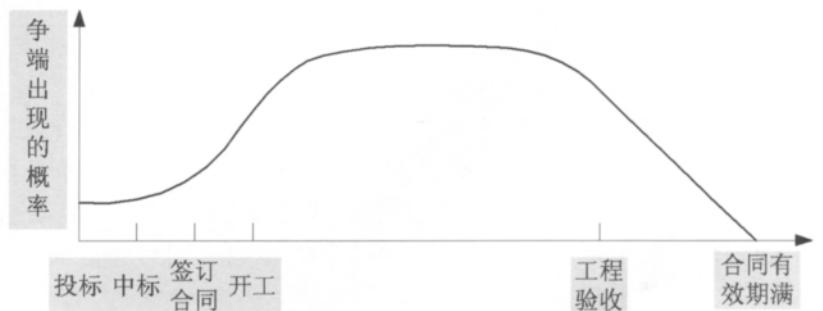


图 4: 合同生命周期内争端发生概率趋势图

的可能性比较大,而且有些争端对工程项目的影 响比较严重,此时采用争端预防措施有利于减小争端对工程项目的影 响,促进项目的顺利实施,提高各参与方的经济效益。争端预防措施对交易成本的影响如图 2 所示。

四、工程争端的预防程序

为了预防工程争端的产生,首先需要识别工程项目中可能出现的潜在争端事件,分析争端事件的原因,并判断其发生的可能性以及影响,然后才能有针对性地选择相应的预防措施,如图 3 所示。

(一)识别潜在争端

工程项目可能发生的争端事件非常多,如合同范围不确定产生的争端、现场条件变化引起的争端等。首先需要根据项目的具体情况,分析工程实施过程中可能出现的争端事件,然后将其按照一定的标准分类,以便有针对性地每一类争端进行分析,采取相应的预防措施,防止这些事件将来转化为真正的争端。识别潜在工程争端的方法较多,常用的是查阅企业和行业协会的历史数据,另外也可以通过深项目经理或领域专家的访谈来识别争端。

(二)分析争端原因

根据本文第二部分的讨论,争端分为不确定性导致的争端、合同缺陷导致的争端、机会主义导致的争端和认知差别导致的争端四类,因此分析争端发生的原因可以从以上四个方面入手。

(三)分析发生的概率和后果

一般来说,在合同生命周期内,在项目前期,争端出现的可能性较小,然后随着项目的进展逐渐增大,在项目接近尾声时又逐渐减小,如图 4 所示。各参与方应从项目开始就对可能出现的争端进行分析,采取措施降低争端出现的概率。对争端影响后果的分析主要是衡量争端事件如果出现可能导致的直接成本、间接成本和隐含成本,以此来断定争端后果是否严重。

(四)确定预防措施

识别出可能出现的争端以及这些争端出现的原因、概率和可能后果后,就可以采取相应的预防措施。争端预防措施包括以下四项。

1.工程交易方式选择

工程交易方式又称工程发包模式,包括传统模式(DBB)、总承包模式(DB或EPC)、项目管理承包模式(PMC)等。由于不同交易方式下承包商的工作内容不同,风险分担有所差别,因此各种争端出现的可能性也不一样。而且,不同交易方式下工程各方之间的组织关系也有差别,因此由组织关系导致的争端的可能性便会有所不同。业主应该根据工程项目的性质和特点,选择适合的工程交易方式。

2.伙伴关系协议

传统的竞争性合同管理方式容易导致各参与方的关系恶化,最终影响合同目标的实现。而伙伴关系团队成员的合作往往不止一个项目,成员企业如

果认为在以后的项目中继续合作能给企业带来长远的利益,可能会与其他成员企业发展战略合作关系。如果成员企业有这种打算,那么在特定项目中,并不一定会在此项目中所获得的利益最大化为目标,而是考虑长期的整体利益,并为实现项目共同目标做出承诺或签订协议,各方共同为完成目标而努力。伙伴关系下的共同目标便于各方在合作的基础上建立信任关系,可以减少机会主义行为,从而减少了不必要的争端产生的可能性;而且,伙伴关系下各方建立了工作小组,在争端产生时,工作小组能够共同努力及时、迅速地解决争端,这也有助于避免争端的进一步扩大。

3.合同文件设置

完善、合理的合同文件能够有效地减少由于合同缺陷问题导致的争端,有利于保证项目的顺利实施。为了使合同文件尽可能地完善,可以从以下几个方面努力:

(1)采用标准合同范本。标准合同范本在合同条款的完备性、风险分担的合理性方面相对完善,对于一些关键问题的处理程序规定也相对合理,具有较高的认可度,容易被各方采纳。采用标准合同范本的做法在国际上有比较高的认可度,如在国际工程中大多都采用FIDIC、AIA等常用的标准合同范本。

(2)文件之间的一致性。当合同文件包含的内容较多时,

应注意保持文件各部分内容之间的一致性,避免出现前后矛盾的情况;在合同中说明各个文件的优先顺序也可以较好地解决一致性的问题。

(3)合同范围的准确性。合同文件中对工作范围描述应尽可能准确,以减少因各方理解差异或者工程变更带来的争议。此外,对于一些涉及各方利益的关键条款,如风险分担、费用支付、变更程序、索赔等应遵循的程序,应尽可能规定得清晰、明确。

(4)合理风险分担。合理的风险分担是改进各方关系的基础,有助于建立信任、合作的工作关系。合理的风险分担包括在合同条件中尽可能合理地明确各方应该承担的风险范围。合理风险分担减少了因风险问题导致的争端,从而使合同各方无需使用机会主义行为来补偿风险分配不均损失的费用,从而遏制机会主义行为。

(5)设置争端早期警告制度。早期警告是指合同当事各方一旦察觉可能会影响工程成本、工期和质量以及导致争端的事件时,均有义务尽早向对方发出警告,并共同协商,采取相应措施以减少损失。利用早期警告思想,可以及时阐明问题,找到解决问题的最佳方案,阻止问题进一步发展,从而减少争端的发生,减轻争端对项目的影

4.项目管理过程控制

加强对项目管理过程的控制也可以减少争端的出现,主要包括以下几方面的措施:

(1) 风险评价和可建造性评价。在项目开始之前或之初对工程进行风险评价和可建造性评价是降低风险的有效手段。通过风险评价,能够发现工程项目存在的潜在风险,可以采取诸如保险等风险控制的手段,来减轻由于外界风险导致的争端。

(2)设置奖惩机制。在项目实施过程中设置奖惩机制,对于促进项目顺利进行的行为给予奖励,使各方合作有更高的热情;而一旦发现机会主义等自私自利的行为,则对实施方进行惩罚,增加实施机会主义行为的成本,减少机会主义行为。

(3)充分沟通与反馈。良好的沟通能够减少由不确定性导致的信息不对称状况,增加各方之间的信任;对于一些不确定的问题,也能够及时澄清,迅速找到解决的办法。充分的沟通与反馈可以有效地减少因为不确定性、误解、认知差异等造成的争端。

(4)提高各方解决问题的能力。各方处理问题的能力越强,争端处理的成本就越小。提高各方解决问题的能力还可以有效解决由于各方的认知差别造成的争端。提高各方解决问题能力可以通过组织培训来实现。

五、结论

争端预防可以减少争端的潜在来源,消除争端给项目各参与方带来的许多不利影响,降低争端交易成本。通过采取

争端预防措施可以有效地控制争端事件的数量,降低潜在争端事件发生的概率,还可以减小争端事件对工程项目的影

响,降低发生之后的处理成本。这不仅有利于项目的顺利实施,而且有利于各参与方节省精力、节约成本,促进各方的合作,因此在国际工程实践中各参与方应该主动采取相应措施来预防工程争端。

(作者单位:天津大学管理学院)

参考文献

Mei-yung Leung, Anita M.M. Liu, S. Thomas Ng. Is there a relationship between construction conflicts and participants' satisfaction. *Engineering, Construction and Architectural Management*, 2005(2),149-167.

Gebken II, Richard J, Gibson, G. Edward. Quantification of costs for dispute resolution procedures in the construction industry. *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice*, 2005.889-898.

Helen S. Ng, Feniosky Pe?a-Mora, Tadatsugu Tamaki. Dynamic conflict management in large-scale design and construction projects. *Journal of Management in Engineering*, 2007(4),52-66.

Daragh Daly. Appropriate resolution procedures-some challenges. *Engineers Journal*, 2008 (4),224-228.

陆建忠、卫晓军:国际工程中争议解决方式的比较分析,《国际经济合作》2008年第12期。

陈勇强、张水波:《国际工程索赔》,中国建筑工业出版社,2008年版。