

法律知识学习园地



——建设工程施工合同履行中的法律风险及其防范

2014年第2期

主编：盛惊宇

编辑：兰腾

局（沪）法律事务部 主办



正文

我们在法律评论《建设工程施工合同签订中的法律风险及其防范》中分析了如何签订一份好的建设工程施工合同。但有了一份好的合同并不意味着业主就可以高枕无忧，合同履行过程中的履约策略和方法也相当重要。在履约过程中，施工单位为了获取更多的利润，或者为了弥补“低价中标”的损失，往往以各种理由提出经济补偿或要求工期顺延。而业主如果不了解施工单位为索赔而惯用的手法，就很容易被牵着鼻子走，从而造成工程款大大超出合同价款，甚至大幅超过总预算等结果。

本文中我们将结合君合律师代理或参与建设工程合同纠纷案件的经验，就业主在施工合同的履行过程中应当注意的法律风险进行简要分析，并提供相关风险防范的建议供相关人员参考。

1、专人负责合同管理和资料收集工作

首先需要正确地认识到，合同管理不单单是合同保管，而是一项全过程管理工作。合同文件保管只是合同管理的组成部分之一，合同管理还包括开工之前对项目部进行招投标文件及合同交底，以及在施工过程中组织定期学习施工现场各项制度，特别是涉及到核实工程量、审核付款、工期顺延、变更指示、签证等事

项，使现场人员了解合同约定的权限和流程。此外，合同管理人员还需对履约情况进行跟踪评价，一旦发现施工合同有漏洞或错误，要及时通过签订补充协议或其他适当的方式予以纠正。如果发生合同提前终止的情况，则要及时签订合同解除或终止协议并办理相应的手续（例如办理合同备案变更等）。

另外，整个施工过程中产生的工程资料非常庞杂，例如：往来函件及对方的签收凭证、会议纪要、各类通知、各项指令、图纸及技术交底资料、材料验收单、质量验收表，以及政府部门介入处理某事项的记录等等。这些资料通常以传统的纸质文件形式出现，但有时也体现于电子邮件甚至录音、手机短信、聊天记录等媒介中。而在发生工程质量问题、工程形象进度远远落后于进度计划等情况下，还有可能通过拍照或摄像等方式记录。

一旦发生争议，业主和施工单位的责任分担很大程度上将依赖于证据。而上述工程资料则是证据的主要来源。因此，业主和施工单位平时一定要注重工程资料的收集、保存、整理和完善，发现缺少的要及时补充。在这一点上，通常施工单位做得较好，业主则往往存在工程资料缺失的问题。需要注意的是，在施工过程中补充资料相对容易，而一旦有了争议进入司法程序之后再要求对方配合补充资料几乎就不可能了。因此，我们建议业主安排有经验的人员，专门负责合同管理和资料收集工作。

2、 对外签字和对外用印需谨慎

业主须明确约定项目部成员的权限，明确某些行为必须由业主盖章才能生效；在此基础上，业主还应制定严格的对外用印和签字制度。在合同履行过程中，由业主代表签字和业主盖章的文件很大程度上将来会被用于结算计价或索赔，因此相关人员对外签字或盖章要特别谨慎。此外，业主公章和业主项目部印章的使用权限应有所区分。

常见的需业主签章的情形，如施工单位在正式施工前向业主提交的施工组织计划、施工方案。还有如施工过程中提交的变更申请，经业主审核确认后作为施工依据，业主在审核时应特别注意，此类文件体现了施工单位对人工、机械和设备的安排，一旦业主盖章或签字确认将来可能被施工单位用作索赔的依据之一。较为常见的还有业主签发的书面指令、确认单、工程联系单、通知书甚至签收资料等，都可能对工期、价款甚至工程质量认定产生影响。还有一些暂估价项目，

由于招标时价格无法确定，一般要在施工过程中根据具体情况确定，因此，业主在盖章或签字确认时应当特别谨慎。

实践中，大量案件由于项目部成员越权签字或签章而引发。例如，施工单位或分包单位对外签订合同时，如果遇到对方对其不够信任的情况，往往要求业主在合同上一并签字或提供担保，某些业主代表就签了字，而一旦发生纠纷，对方很有可能会要求业主一并承担责任。

3、 实施专业化管理与制度化管理

施工合同履行过程是业主和施工单位合作的过程，实际上也是业主和施工单位争取各自利益而不断斗争的过程。业主希望在此过程中严格控制预算和工期，而以低价中标的施工单位则往往希望通过各种方式提高工程款。在此背景下，业主对于工程的管控能力就显得尤为重要。业主应派驻有丰富经验的人员管理现场，或者聘请专业的项目管理或咨询公司提供专业服务。

实践中，由于管理混乱而导致业主吃亏的案件并不少见。很多业主往往在项目签订合同后就认为万事大吉，导致合同履行与签订严重脱节，合同中约定的诸如工程预付款、进度款、材料设备款、签证款、结算款、保修款等申报和审批、支付等条款全部成了一纸空文。然而，一笔款项定性不同，很可能就会影响到工程款的结算和利息的计算。媒体曾经报道过这样一起案例，农民工以讨薪为由围堵业主办公室，业主无奈将现金支付给施工单位的项目经理，没想到项目经理卷款逃跑，此后施工单位起诉业主要求支付该笔工程款。业主认为已经将钱付给了施工单位项目经理，就等同于付给了施工单位；而施工单位则拿出了合同，按合同约定工程款只能以银行汇款的方式汇入施工单位指定账户，而不能以现金方式支付，因此施工单位要求业主按约付款。结果，法院采纳了施工单位的观点，认为业主不能证明已按照约定方式付款，所以判令其向施工单位支付该笔款项。至于业主向项目经理支付了现金，则业主可另案起诉追讨。从这一案例可以看出，业主在工程管理中首先要做到按约办事，特别是工程款支付，应当建立管理制度严禁早付、多付、任意付，以及不按约定方式付款等。

施工过程中还应制定和执行一系列现场管理制度。例如，涉及到索赔、签证等问题，对于可用于索赔或办理签证的事由、内容、程序都有一套制度，只有在

事由正当、内容和形式符合约定，并且程序也符合约定的前提下，经监理和业主共同签字盖章方为有效。如不符合任何一项条件的，则没有法律效力。再如，实践中施工单位有时会要求业主直接向材料商付款，但在工程款结算时又向业主主张该部分材料款。如果业主不能证明已经代付，往往陷入被动局面，特别是有些材料商不愿为业主提供证明或无法联系则更为麻烦。因此，若业主为施工单位代付款、代付工资、水电费等费用，应办理财务转付手续，例如要求施工单位填写领款单并在银行票据用途栏注明代为支付某施工单位货款，或要求施工单位出具委托业主付款的申请，或者通过支票背书的方式办理财务转付手续。

此外，业主管理人员应具备一定的项目经验和判断力。例如，业主没等到工程全部竣工验收就开始使用，而我国法律明确规定，未经竣工验收合格不得使用。如果业主在工程未验收或者验收未通过的情况下，仍然擅自使用或强行使用，视为业主对工程质量认可，不得再要求施工单位承担使用部分的质量责任。再如，某工程项目中，业主代表不了解北方的气候特征，不清楚北方的冬季严寒天气可能对工程造成的影响，在前期准备工作没有如期做好的情况下，没有听取施工单位的建议对施工计划作出合理调整。一直到冬季来临才指令开始混凝土施工，结果水泥面冻结导致工程不得不停工，且需等温度回升后再行返工，由此造成工期大幅延误，工程款也大大增加。但由于该损失因业主原因而引起，业主较难向施工单位主张，且还可能被施工单位要求赔偿停工、窝工等损失。

4、 主动、及时发函提出主张

工程施工中的情况经常复杂多变，光靠一份施工合同往往无法应对各种突发情况，而这些突发情况极有可能引起合同的变更或补充，从而对最终的工程款或工期产生实质性影响。因此，业主对于履约过程中发现的问题，应及时跟进和解决。

较为常见的问题是施工单位没有按照约定履行义务。例如，施工单位没有做好开工前的准备工作、没有按照业主确认的图纸进行施工、没有使用业主要求的材料设备或材料设备不合格、隐蔽工程验收不合格、未经允许擅自停工等等情形，发生诸如此类的情形时，业主应主动发函，或者通过监理单位发函，催促施工单位予以纠正。在施工过程中，双方往往会口头商议诸多事项，例如突发事故、相

邻关系纠纷等等，双方应及时将口头达成一致的事项落实到纸面上，由双方盖章确认，如果施工单位不肯盖章或者迟迟不盖章，业主需主动发函固定相关事实。

还有，施工单位将工程非法转包或者违法分包的情况也较为常见。有的工程被层层转包，经过层层盘剥，最终实际用在项目上的资金太少，导致实际施工人以次充好、偷工减料，造成工程质量缺陷或隐患，直接损害了业主的利益。例如君合曾有律师参与处理的上海莲花河畔整幢楼倾覆事故、杭州地铁塌陷事故等，就存在不同程度的挂靠和违法分包的情况。业主对此不能坐视不管，但这种行为往往隐藏在暗处，业主不容易发现。根据我们的经验，业主可重点核实以下情况：

(1) 施工单位项目部的主要技术人员和管理人员办理资质备案时填写的工作单位是否是施工单位；(2) 主要工程技术人员是否与施工单位签署劳动合同并缴纳社会保险；(3) 工程分包合同、设备采购合同是否由施工单位对外签订和付款等等。另外，业主对于施工单位签署的文件应当只认公章不认人（即必须由施工单位加盖公章），尽量防止因存在非法转包或违法分包而给业主造成不必要的损失。

此外，业主发函应确保有效送达，保留送达的相关凭证，以防止对方在发生争议时否认收到相关函件。业主对于重要的函件（如涉及到工期、质量、价款、变更、解除合同等重要事项）均应一式三份，一份当场交给对方有权签收的人员，并要求其在业主留底的一份上签字确认，同时抄送监理一份。如果施工单位拒不签收，则业主可通过 EMS 邮政快递方式寄送，在“内件品名”栏目中写清楚邮寄资料包含的文件名称或摘要，保留邮寄凭证和邮寄文件的复印件，并及时上网查询送达情况并截屏保存。这些将来都有可能作为送达相关文件的证据。对于特别重要的文件，业主还可以考虑采用公证送达的方式寄送。

5、高度重视施工单位的发函并及时回复

施工过程中的往来函件十分常见，却往往容易被忽略。但事实上每一份发函可能都隐藏一定的意图和相应的法律后果，一旦发生纠纷，这些往来函件往往就成为有力的证据。例如，施工单位在解除合同之前往往就会多次发函，看似只是指出业主存在的问题（如未按约提供施工条件），但实际上是在为解除合同或者停工做铺垫；再如，施工单位可能在函中阐述一个双方口头达成的意向（如对设

计作出微小的变更),或者提出某个问题应归责于业主(如未按约定支付工程款),目的可能就在于固定事实、形成证据,如果业主当时没有及时回复或反驳,将来产生争议时往往很难解释清楚。因此,业主应高度重视施工单位的每一份发函。我们建议业主授权专人负责签收函件,在收到施工单位的发函后先不急于签收,看了内容之后可先要求施工单位予以调整,待其重新提交时再签收。如果施工单位不愿修改、执意提交,那么签收人员可注明函件已收到但不认可其内容,并立即转交给业主代表,针对其提出的不符合事实的情况和不合理的要求及时回函予以反驳。

有些情况下,施工单位确实基于正当事由而发函。例如,施工单位发现设计文件存在差错,向业主发函提出并要求工期相应顺延。在这种情况下,我们建议业主可以发函指示,要求施工单位先进行其他环节的施工工作,合理调整施工计划,不得擅自停工或延误工期,否则应赔偿因此给业主造成的损失。如果对关键路线造成影响的,工期经业主审核确认后可以顺延,但不再进行其他任何补偿或赔偿。也就是说,即便在施工单位有正当理由发函的情况下,业主也应避免随意作出工期顺延、工程款调整、补偿损失等承诺。相反,业主回函时应主动就工期、价款、质量等问题作出指示,及时封堵施工单位可能提出的索赔。

此外,业主还应特别重视回函的时效问题。建设部推荐的施工合同示范文本通用条款中就有多个条款,规定业主如果在收到施工单位发函后一定期限内(该期限因发函事由如延期申请、中间验收、变更价款、确认工程量、索赔等不同内容而有所区别)没有回复则视为认可。例如,在进行竣工验收时,如果业主没有在合同规定期限内(99版施工合同示范文本规定的期限为28天;2011年施工合同示范文本征求意见稿规定的期限为90天,但最终发布稿可能还有变化)验收,可能会导致工程质量视为验收通过。我国相关司法解释还规定,业主如果拖延验收,会以施工单位提交的竣工验收申请的日期为竣工日期。再如,示范合同通用条款和司法解释都规定,如果业主在收到施工单位的竣工结算文件后的约定期限内(99版施工合同示范文本规定的期限为28天;2011年施工合同示范文本征求意见稿规定的期限为业主收到监理人核查结算结果后28天,但最终发布稿可能还有变化)不予答复,则视为认可了竣工结算文件。针对示范合同通用条款中上

述关于期限及其后果的约定，业主应在合同专用条款中予以删除或调整，尽管如此，为避免不必要的争议，业主仍然需对施工单位的发函及时反馈意见。

6、妥善处理合同解除后的工作界面划定和清场交接等工作

合同履行过程中，由于一方或双方的原因可能会解除合同。合同解除后，业主往往需要引进新的施工单位继续施工，因此业主可能会和前后两个甚至多个施工单位发生承发包关系，一旦工程发生工期延误或质量问题，几个施工单位之间往往相互推诿，从而导致业主索赔困难。因此，不管出于什么原因解除合同，业主都需做好解除后的工作界面划定和清场交接工作，以便分清不同施工单位的责任。

但在实践中我们发现，在很多情况下业主与施工单位并非和平分手，所以在办理解除后续手续时施工单位往往不予配合。我们曾在《建设工程施工合同签订中的法律风险及其防范》中提到过沈阳五里河体育场的案例，在该案中，业主因对施工单位擅自停工不满而提出终止合同，更换新的施工单位，但原来的施工单位不同意终止合同并认为停工的责任在于业主一方，因此不肯退场，也不允许新的施工单位进场施工。业主在情急之下采用暴力抢占的方式，召集一百多人闯入工地企图赶走施工单位，结果发展成群体斗殴事件，业主相关负责人被刑事拘留，造成了恶劣的社会影响。这种暴力处理方式最终导致业主被动收场，工程施工也因此几乎停滞。

因此，业主应当尽量避免中途更换施工单位，如果确有必要更换，我们也建议双方通过和平、冷静的方式处理后续事宜。如果施工单位坚持滞留现场，业主可以向相关政府部门、行业协会、司法机构等单位寻求帮助，应杜绝以暴力方式解决问题。根据我们的经验，即便施工单位不配合交接，业主也可以借助第三方的力量，固定现场状况，例如：业主可进行现场摄影、摄像，记录已完工工程的客观状况，必要时，这一过程中还可以邀请公证人员到现场进行公证；与施工单位、监理、项目管理公司等多方共同核实确认已完工工程量，验收已完工工程质量，这一过程中必要时可委托有资质的专业鉴定机构一同参与；就施工现场材料设备等财物进行交接，由双方清点并签署交接单。通常来说，双方可能就诸多事项无法完全达成一致，但业主可在监理、项目管理公司、造价咨询公司、工程鉴

定机构、公证机构的参与和见证下记录客观事实，施工单位若有相反意见则应当提供相反的证据。同样地，下一家进场的施工单位施工之前，业主也应与其履行一套类似的手续，并明确确认施工现场的客观状况。

综上，由于国内建筑行业竞争愈加激烈，施工单位普遍采用“中标靠低价，盈利靠索赔”的策略。在此大背景下，业主一方面要把好签约关，签订一份尽可能严谨、完善的合同，另一方面还要做好履约管理工作，有效应对施工单位的各种索赔策略，才能最大化地保护自身的合法权益。