

建设工程施工合同签订的法律风险及其防范

近年来，建筑市场竞争越来越激烈。在买方市场的大背景下，施工单位的竞争逐渐从综合实力的比拼转向了价格战，其中有些施工单位为了承接工程项目不惜成本地降低报价，从而迎合低价中标的市场行情。然而，隐患就此埋下。因为对于业主而言，如果说在合同签订阶段是处于主动地位的，那么在合同签订后，特别是施工单位进场施工后将变成被动。合同签订后，施工单位为了获取更多的利润，往往采用“低中标、勤签证、高索赔”的手段，迫使业主支付远高于中标价的代价。在此过程中，如果业主无法满足施工单位的要求，施工单位经常会采取不规范的手段来实现其目的，例如停工、拒不配合竣工验收、拒不交房等，而更常见的则是组织农民工闹事。由于当前各级政府对农民工问题都极其重视，担心处理不当引发群体性事件，因此一旦相关政府部门介入，基于维护社会和谐、稳定的考虑，它们往往会给业主施加压力，要求业主尽快付钱了事。

反观业主一方，很多业主都不是专业从事房地产开发的，例如一些来华投资的外资企业，要建造自己的厂房、研发中心、仓库之类的房屋，不可避免要和中国的施工单位打交道。这些业主往往是第一次在中国建房子，不了解中国的建筑市场和行业状况，不熟悉中国的相关法律和司法实践，从而吃了不少亏。

近年来，君合参与了大量建设工程施工合同纠纷案件的仲裁、诉讼及谈判。我们发现，很多建设工程纠纷案件的发生，一方面是由于业主施工合同签得不够周全，另一方面则是由于合同履行过程中业主的管理存在疏漏，并且因此导致业主在很多纠纷案件中处于劣势地位。下面，我们将结合君合参与或代理此类案件的经验，首先就业主在建设工程施工合同签订阶段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。

1、合同签订之前要做好必要的准备工作，避免为了赶工期匆忙签订合同

据最近媒体报道，2012年8月，曾在2001年因中国国家男足打入世界杯而为外界知晓的沈阳五里河体育场，因为一段“百人持械强闯工地打砸现场”的视频再次成为焦点。据媒体披露，五里河体育场2007年被爆破拆除后，拟建造世茂五里河商场。施工单位自从2010年9月入场以来，业主一直没有办好工程施工所需的相关证照，导致施工单位停工。业主为了赶工期，希望赶走原来的施工单位，更换新的施工单位，于是就发生了百人持械强闯工地的事件。其后政府部门介入，认为这一事件责任在于业主方。

根据我国相关法律法规规定，在施工单位施工之前，业主应当申

请施工许可证及其他施工所需证件，办理设计图纸、施工图纸等必要的审批手续，向施工单位提供满足需要的施工图纸及技术资料。并且，通常施工合同中也有类似的约定。但是，实践中有些业主为了赶工期，往往边办证边施工、边出图边施工。这种做法一方面存在违法违规施工的风险，很可能被相关行政主管部门处罚；另一方面可能造成工期延误，施工单位可能以业主没有如期履行义务为由拒绝承担工期延误违约责任，甚至向业主提出工期索赔。从媒体报道的情况来看，上述世茂五里河商场项目就是因为业主在不具备签订施工合同条件的情况下急于签约，最终导致业主与施工单位产生矛盾。因此，业主应尽量避免这种情况的发生。

此外，业主如果通过招投标方式选择施工单位，应当尽量委托具有资质的招标代理机构起草招标文件，还可委托专业律师审核招标文件特别是其中的格式合同，因为中标后双方不得签订违背格式合同实质性内容的施工合同。并且，招标文件往往也是合同文件的组成部分，合同中没有约定而招标文中有明确约定的事项，应以招标文件为准。因此，在签订合同之前制作一份好的招标文件，也是不容忽视的准备工作之一。在收到施工单位的投标文件之后，业主应组织专家，对照招标文件中的要求，逐一核实施工单位是否符合各项条件。施工单位中标后，需根据设计图纸确定施工组织设计和具体的施工方案，并报送业主审批。这一报送审批的过程，实际上将施工单位的风险转嫁给了业主，因为业主要对其审批行为承担一定的责任。如果将来在施工过程中发现施工方案存在问题，那么业主往往也要承担相应的责任。

2、慎重选择“闭口合同”或“开口合同”

通常来说，工程价款有闭口价和开口价两种。闭口价即工程包干总价，不管施工过程中发生任何情况，总价都不再做调整。开口价即工程暂定总价，等到竣工后再按实际发生的工程量结算。由于结算价往往会高于暂定价，所以理论上来说，闭口价更有利于业主控制造价风险。

但是，实践中的情况又十分复杂。我们在处理案件时发现，有的业主在施工中做了大量设计变更，导致工程量大幅度增加；有的业主碰上了特殊地质打桩打不进，有的遭遇百年一见的自然灾害或者像奥运会、世博会这样的大事件而不得不停工；有的相邻建筑物不能如期拆除导致工程无法继续等等情况，造成工程出现大幅度延期、返工甚至停建，从而导致双方发生工程款争议。业主往往认为，有一个固定总价就可以把所有风险囊括在内，而忽略了特殊情况下如何计价的约定，导致有争议时固定总价被打开，变成开口价，直接造成建筑成本难以控制。

我们建议，业主可将闭口价和开口价结合在一起。如果施工单位依据业主的设计图纸可以确定工程量，那么双方可以约定闭口总价。但与此同时，也要明确约定闭口总价的计价标准和风险因素，

比如约定当钢筋、水泥等主材的市场价格涨价幅度超过一定比例时，是否需要调价以及如何调价等。约定计价标准还有一个好处，即在合同因故解除时便于计算已发生的工程款。此外，对于超出闭口总价范围之外的，如新增项目，或新增工程量，或设计变更，或业主要求调换材料设备等情形，都有可能导致价款变更，也需要约定变更的具体计价方式。

3、 尽量避免签订“黑白合同”

黑白合同也被称为阴阳合同。建设工程合同比较特殊，实践中政府部门出于行政干预和监管的需要，不管有没有招投标，往往都要求办理合同备案，办了备案的合同俗称为“白合同”。但在实践中，由于各方利益博弈和各种原因，会出现业主要求施工单位让利下浮或施工单位利用业主工期紧而趁机抬价等一些情况，双方往往有时会签订新的合同，修改备案合同中的工程价款、工期等实质性条款。这类合同俗称为“黑合同”。“黑合同”一般是双方实际履行的合同。

我们曾经遇到这样一个案件。某施工单位和业主在签完“白合同”后随即又签了“黑合同”，施工单位同意在中标价基础上下浮 7%，但如果工程能提前 2 个月完工，则业主将下浮的 7%作为奖励费返还。该合同签订后施工单位一直没提异议，业主也按约付了进度款。但工程没有像预计得那么顺利，结果没能提前完工，此时业主提出是按“黑合同”下浮 7%付款。但施工单位不同意并起诉到法院，要求按照“白合同”全额付款。根据我国相关司法解释的规定，两份合同实质性条款不一致的，应以备案的中标合同即“白合同”作为结算工程价款的根据，最后施工单位的主张得到了法院的支持。

黑白合同在签订时可能对业主较为有利，但一旦发生纠纷被推翻的可能性也很大。我们建议业主尽量避免黑白合同。如果在施工过程中要变更合同，双方可在不改变备案合同实质性条款的基础上，签署补充协议，必要时也可将补充协议一并备案。

4、 合同中应对于业主方管理人员的权限作出严格限定

我们曾经参与过这样一个案件。一家外商投资企业在某工业园区建厂房，委派了一个员工作为业主代表管理现场施工，在厂房建设过程中，由于该员工的表现令公司不满意，被公司辞退。2 个月之后，厂房竣工结算，施工单位拿出了大量变更指示单和签证，在这些单证上的业主一栏，赫然写着那位已经被辞退的业主代表的签名（日期在辞退之前）。施工单位据此提出大金额的索赔。业主认为，这些签名只代表员工个人，公司又没有盖章，就表示不认可，并提出这名员工已经被辞退，他的签名很可能是辞退之后签上去的。双方因此争执不下。于是施工单位起诉到了仲裁庭，要求确认变更价款。最后仲裁庭认为，合同对业主代表的权限没有特别约定，那位被辞退的员工作为业主代表，全权代表业主履行业主的职责，他的签名应视为业主的认可，对业主产生约束力。至于签名时间，由于辞退与竣工的时间较为接近，无法鉴定出确切的日期。因此，业主应支付相应的变更价款。业主怎么也没想到，一个已经被辞退的员工给公司造成了巨大的损失。

一般来说，业主代表及其他管理人员的权限通常不是什么大问题，因而特别容易被忽略，往往在合同中就用一句话带过，如：

业主代表行使业主的合同权利、履行合同义务。这种兜底条款，赋予了业主代表极大的权利，也意味着业主代表履行职责的行为都要由业主承担责任。

因此，我们在起草或审阅施工合同时，一般都会提示业主作出区分，哪些权力可以下放给业主代表，哪些权利必须要业主盖章确认。根据我们的经验，较容易引发争议和纠纷的大多是工程价款调整、工期顺延、合同修改或补充、签证、索赔、变更、结算相关的事项，建议业主在合同中明确保留对这些权利相应的权力，并以适当的方式告知施工现场各相关方。

5、 合同中应当清楚地约定变更的原则和流程

业主往往会发现，在工程施工过程当中或者结算阶段，工程款不知不觉就超出了预算。这些超出部分，很大程度上是因为施工过程中发生了大量变更，例如业主主动更改了设计；施工单位发现设计图纸有错漏或不合理，申请设计单位改设计；施工现场情况与合同规定不符，施工需相应调整等等。一旦有变更，就可能导致工程量、单价或计价项目发生变化，费用慢慢就超出预算了，工期也会受延误。如果业主在施工过程中不能够很好地控制工程变更，必然会加大工程的费用投入，导致工程投资超支和工期延误。所以，要控制住造价和工期，就必须控制好变更。

对业主来说，一份好的合同是控制变更的重要基础。合同中应具备控制变更的可操作性原则，特别是施工单位主动提出的变更，业主要格外留心。我们从很多案例中看到，有些施工单位往往在申请变更的同时，已经做好了签证和索赔的准备。

业主在合同中至少要明确以下几个原则：第一，哪些情况下施工单位才可以申请变更。第二，申请需要提交哪些资料，例如变更的理由、对工期和造价是否有影响等。第三，申请需要经过哪些单位审核？设计、监理、投资监理、业主的项目管理公司可能都要发表意见，但决定实施变更的权力应掌握在业主手中，如果未经业主同意施工单位擅自变更会有怎样的后果。第四，一般性变更和实质性影响造价和工期的变更，在办理手续上怎么区别处理。第五，变更如果实质性地影响了工程价款和工期，双方需要履行什么手续才能变更造价和工期，不履行约定手续的后果如何。第六，变更如果实质性地影响了工程价款的，变更部分如何计价、何时支付。这些问题都需要认真考虑，并且这些考虑需要穿插在合同一系列相关条款中，确保施工变更时有章可循，即便到了诉讼或仲裁阶段，相关合同约定也可以作为证明己方观点的有力证据。

6、 明确约定非法转包、违法分包的违约责任

非法转包和违法分包都是为我国法律所明确禁止的行为。政府近年来也加大了查处力度，但非法转包、违法分包、挂靠等情形仍然屡禁不止，几乎成了建筑行业的潜规则。转包是指施工单位承包工程之后，又把工程转让给第三方。违法分包是指施工单位将工程分包给没有相应资质的第三方，或者将工程主体结构分包给第三方，或者未经业主同意擅自将部分工程分包给第三方，或者施工单位自身已经是分包单位又进行再分包的。最为典型的情况是某些包工头，利用广泛的社会人脉关系，挂靠或借用正规企业的资质证照承接工程，支付一定比例的“挂靠费”就带领劳务人

员进场施工，而被借用资质的企业往往既不参与施工，也不进行管理，往往给工程留下了质量和安全的隐患。

通常来说，业主对于不得违法分包、不得转包有一定认识，但在签订合同时往往缺少相应的违约责任的安排，导致在发现有违法分包、转包情况时缺少可行的解决方案。我们建议业主在合同中明确约定，一旦发现违法分包、转包的情况，首先分包或转包单位应无条件地在业主给定的期限内撤离现场，并与新的施工单位做好交接；其次分包或转包单位应向业主支付合同中约定的违约金（在合同有效的情况下）或赔偿业主的全部损失（在合同无效的情况下）。

7、明确界定工期延误、明确约定工期索赔的条件和流程

从理论上讲，按期保质完成工程，是施工单位的义务。如果施工单位没有在约定期限内完成工程，就需要向业主承担违约责任。但在实践当中，由于建设工程施工状况的不可预测性和复杂性，往往导致工期受到延误。在这种情况下，施工单位往往会想尽办法，寻找工期延误的影响因素，以推脱自己的责任，甚至进一步向业主索赔其人工、材料、机械等损失。因此，我们建议业主在合同中针对工期延误设定应对性的条款。

建设部制定的建设工程施工合同标准条款约定，在发生停水停电持续达到了一定时间、出现台风暴雨等不可抗力事件等情况下，工期应予顺延。我们理解，制定这一原则的出发点，是考虑到某些不可预见的突发情况对工程造成意料之外的影响，工期应予以合理顺延。但如果施工单位依据经验和常识能够预计到某些情况的发生，那么该等情况不应构成顺延的正当事由。举例来说，南

方夏天持续高温，北方冬季温度太低，都可能导致阶段性的停工，这是众所周知的现象，施工单位更应具备相应的经验和判断能力，在预估工期时就应当将该等停工的期限考虑在内，而不能作为合理的事由要求顺延，更不应主张停工损失。

除了上述客观事件之外，实践中，业主设计变更也是施工单位要求顺延工期的常见理由之一。我们建议业主可在合同中约定：施工单位在接到业主设计变更指示后的约定期限内，首先应预估该等变更对工期或价款可能造成的影响，并向业主提交书面报告及其依据；如果施工单位没有在约定期限内提交报告，视为设计变更对工期或价款不发生影响；施工单位提交的报告经业主确认后，或者双方协商一致后，施工单位再行实施变更事宜；或者在无法预估变更影响的情况下视变更事项的推进及时对工期做补充约定。

综上，建设工程施工合同和一般合同相比，专业性更强，条款更多，履行过程中的情况更是复杂多变。本文所列举的仅是施工合同中相对问题突出的条款，其他还有诸如工期、质量、材料供应、验收、结算等问题，也同样需要引起业主的高度重视。目前国家推行的示范施工合同，偏向于保护施工单位的利益，建设行政主管部门往往也要求以示范合同作为备案版本。对于业主来说，只有充分了解中国的建筑市场和行业现状，结合司法实践中常见的纠纷，有针对性地修改示范合同或者重新拟定合同，才能从源头上控制好工程造价和工期，从而有效地保护业主的利益。

签订一份考虑周全的施工合同是一个良好的开始，而业主在合同履行过程中的履约策略和方法也相当重要。我们将继续探讨如何在施工合同履行过程中规避法律风险、保护业主的利益。

陈鲁明 合伙人 Tel: 8621 2208 6396 Email: chenluming@junhe.com

崔文辉 律 师 Tel: 8621 2208 6374 Email: cuiwh@junhe.com

刘 一 律 师 Tel: 8621 2208 6350 Email: liuyi@junhe.com

本报告仅为提供法律信息之目的，供参考使用，并不构成君合律师事务所的法律意见或建议。