

合同管理中的风险防范 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/224/2021_2022__E5_90_88_E5_90_8C_E7_AE_A1_E7_c41_224105.htm 案情简介 1999年5月18日，A公司与B公司签订《“某某新村”广州市建设工程施工合同》，合同约定：由A公司以大包干方式对位于广州市某某新村复建住宅楼、 栋的工程进行承包施工，工程包干总造价为160000000元。合同第四条约定：“工程保修期按建设部及省市建委现行对商品房的有关规定执行。”此外，双方在合同附件中又约定：“余款百分之三在质保期满时，无质量返修问题，一次性付清。”工程于2000年12月27日竣工。2001年7月，B公司与A公司签订了《工程款结算书》，双方确认工程总造价为195917646.38元。B公司实际支付了190657789.79元，尚欠5259856.59元未付，占总造价的2.68%。2002年10月，A公司（甲方）与C公司（乙方）签订《债权转让协议书》，A公司将B公司所欠之工程款中的4923804.50元本金及该本金之附属债权（利息、违约金、赔偿金等）以及合同法第286条规定之建筑工程的承包人优先受偿权转让给C公司，并将债权转让情况书面通知了B公司。后因C公司多次向B公司主张受让的债权而未能实现，C公司遂按原合同约定申请仲裁，请求仲裁庭裁决B公司向C公司支付拖欠的工程款本金及利息，等等。争议焦点 双方的争议主要围绕对施工合同约定的保修期条款的理解展开：申请人C公司认为：工程施工合同的保修期条款约定不明。该合同第四条第二项并没有直接约定保修期的期限，只作了间接约定。有关法律对于整体建设工程是分项目规定保修期的，按国务院《建设工程

《质量管理条例》第四十条的规定，基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程的保修期最长可达50年以上，按《广东省建设工程质量管理条例》的规定，保修期最短的项目为六个月，因此也无法根据法律相关规定来确定保修期。质保期约定不明，应视为未作约定。被申请人B公司则认为：保修期条款的约定是明确的。工程施工合同虽没有直接写明时间，但规定适用有关法规的规定，按《广东省建设工程质量管理条例》，屋面防水工程保修期为3年。按照国务院发布的《建设工程质量管理条例》保修期应为5年，应该按有直接具体时间的保修期作为依据。综上，C公司认为，工程已经竣工验收，由于工程保修期条款约定不明，依法应视为没有约定。根据《合同法》第六十四条的规定：“履行期限不明的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行。”C公司有权要求B公司支付工程余款。B公司则认为：保修期条款的约定是明确的，工程的最低保修期要到3年后才期满，故余款的支付未到期，C公司不具有请求权。裁决结果 仲裁庭经审理后认为：《施工合同》合同第四条约定：“工程保修期按建设部及省市建委现行对商品房的有关规定执行。”该条款的约定是明确的。申请人认为，工程施工合同的保修期条款约定不明，依保修期条款的指引所应适用的法律并未规定施工方的保期责任，仲裁庭不予支持。本案所涉的建设工程是住宅楼，其工程内容同时包含了屋面防水工程及建筑物的电气管线、给排水管线安装工程，虽然《广东省建设工程质量管理条例》对此的保修期作出了不同的约定，但结合合同附件二第12条：“余款百分之三在质保期满时，无质量返修问题，一次性付清。”的条款理解，缔约双方是

将保修期理解为一个整体，即在各部分的保修期都届满时，无质量返修问题，余款一次性支付。仲裁庭认为：被申请人提出按屋面防水工程保修期为三年来确定工程的保修期是合理的，应予支持。申请人提出，由于有关法律对于整体建设工程是分项目规定保修期的，故无法确定工程的保修期，仲裁庭不予采纳。综合上述意见，仲裁庭认为：本案所涉建设工程质保期为三年，支付工程余款的履行期限为2003年12月27日，无质量返修问题，一次性付清。被申请人所欠A公司工程余款5259856.59元尚未到履行期限，故申请人与A公司签订的《债权转让协议书》所转让之债权尚未到期。故此，仲裁庭裁决：驳回申请人的仲裁请求；本案仲裁费51424元，由申请人承担。

律师评析 本案是广州仲裁委员会裁判的真实案例，也是因施工企业合同管理不当遭致重大损失的典型案例。在此，我们简单谈谈施工企业如何防范签约管理中的风险问题：注意合同主体资格的审查。对合同当事人身份、资格、能力的审查和确认。交易对象的审查是合同审查中首先要确认的问题，合同当事人的身份和资格是直接关系到合同是否有效、能否履行的先决条件。就施工合同主体资格审查而言，施工企业签约前应首先对发包方资信、依法需要办理的证照、项目的合法性等重大事宜进要调查，如此才能从源头控制风险。我国《合同法》《建筑法》以及《招标投标法》均对工程施工发承包及分包作了相关规定。作为一个合格的建设工程的发包方，除应持有《公司法人营业执照》以外，其还应该持有建设工程所在地块的立项批文、建设用地规划许可证、工程用地批准手续、建设工程规划许可证、施工许可证等证件，以上要求在《建筑法》《城市规划法》中有明

确规定。但在实际操作中，由于参联建、委托发包等多种因素的存在，合同的发包方往往并非项目的建设方，并进而导致在诉讼过程中项目的建设方以其并非合同一方当事人，与原告无合同关系为由逃避责任，而建设工程合同的名义发包人往往因其主体资格上的瑕疵或者并无实际的债务履行能力而造成工程承包方巨大的经济损失，这些都必须引起施工企业足够的重视。如果发包方不具备法律法规规定的条件或者存在资信不足等问题，施工单位应当尽量避免与之签订合同。大量事实表明：由于施工企业先前调查不到位，盲目签约，在项目中途因违规建设等原因被叫停后可能导致血本无归，抑或在工程竣工后催讨工程款时才发现投资主体不明，在这种情况下施工企业维权成本之高，代价之大，不言而喻。

避免合同中可能出现的矛盾或模糊解释。由于工程合同条款多，其中的矛盾常常是难免的。施工企业在签订合同前应对合同内容和相关概念的定义等等进行全面审查，努力避免合同的模糊理解，若发现合同中存在意义不清、标准不明确或前后矛盾之处应当及时向建设单位提出征询意见，避免由于自己的错误理解造成报价、施工方案错误，进而造成自身损失。除了合同措辞的矛盾与模糊之外，另一种常见的问题是合同约定的条件是否成熟难以取得证据证明，容易成为维权障碍。以笔者代理的伊朗电站分包合同纠纷案为例，分包合同约定质保金的支付以总承包商取得伊朗电站业主出具的合格证为前提条件。分包商施工完毕后，尽管单项工程早已竣工两年多，整个工程也已投入使用，但总承包商一直以未取得伊朗电站业主出具的合格证，质保金的付款条件尚未成熟为理由，拒绝向分包商支付质保金。本案业主远在伊朗又

和分包商没有合同关系，如何对境外的电站工程已经竣工并投入使用进行举证？如何证明质保金的付款条件已满足？这些都导致了质保金催收困难。而这种困难局面都起因于当初签约管理的疏漏，约定了一个分包商难以举证证明的条件。所幸的是，经过代理律师的努力，最终在总承包商的网页上发现了该工程已成功投入使用的证据，并申请公证机关对该证据进行了保全，最终迫使总承包商接收了分期支付全额质保金的调解方案，避免了分包商的损失。合同文本应当完整、全面。建设工程施工是一项复杂的系统工程，施工合同约定条文不能过于简单。例如，建设单位通常喜欢采用固定总价合同，因为对建设单位而言这种合同形式结算方式较为简单，比较省事，未来合同的执行中发生工程变更的可能性较小、施工企业的索赔机会也较少，建设单位比较容易预期并控制工程风险。但施工企业为此却要承担很大的风险，一旦在报价、工作量计算方面出现失误，由此造成的损失就必须由其自身承担。施工企业应当尽量避免签订这种看似省事的合同条款，应当努力从自身的角度出发将所能预计到的一切情况均在合同中加以约定。鉴于工程施工的复杂性，过于简单的合同文本意味着不确定性的增加。施工企业审查合同时，应就合同内容是否完整、全面，风险分担是否合理等进行全面审查。篇幅所限，笔者不能在这里详细介绍如何确保合同结构和内容的完整性，在此介绍一种简单易行的方法供广大施工企业参考，即用FIDIC、99版合同等标准合同的文本和结构对待审查的合同进行对照，以发现合同缺少或遗漏的必备条款。此外，施工企业应当认真分析关键合同条款中隐含的风险，事前分析可能存在的确定事件和风险，有针对性的

采取保护措施；施工企业还应善于运用专用条款来明确风险范围，一般来说，范围越明确越详尽，施工企业在合同执行过程中所承担的意外风险就越小。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com