

工程款拖欠的预防对策 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_B7_A5_E7_A8_8B_E6_AC_BE_E6_c122_484152.htm 工程款拖欠，是建筑工程合同纠纷中的一个突出问题，也是久治不愈的顽症。究其根本原因还是体制上项目投资法人责任制度没有真正建立和运行，建设单位玩“空手道”仍能大行其道。而这又得因于房地产行业长期蓄势待发，建筑行业竞争激烈，施工企业迫于生计，百般迎合建设单位，加上银行资金的利益驱动，使这种不正常却能“正常”。故此，拖欠工程款的顽症问题，属于建筑行业和建筑市场不规则、不成熟发展中的特殊问题。着眼其解决，既要面对现实，又要面向发展。近年来，这方面问题总体上正向良性转化，尤其是《合同法》第286条和最高人民法院对该条适用的批复发布后，依法根治的力度加大。律师应顺势而动，着眼新法、新规则、新视角来帮助施工企业化解难题。

一、把好业主资金审查关 这就要积极介入建设单位资信的审查，做到未雨绸缪。凡应实行项目投资法人责任制度的，应审查其项目投资法人是否真正组建起来，注册资本是否真正到位。针对项目新组建的投资法人，通常还没有业绩，此时，观察其管理水平很重要。如果项目法人重视聘用和发挥监理工程师的作用，说明其较为稳健，具有可信赖的基础。在国际工程师联合会制定的FIDIC合同条款下，监理工程师的选择对承发包双方均有重要意义。发包人更换监理工程师要征得承包人同意，因为这事关一些问题的公正和不偏不倚的确认。对此，应有借鉴意义。

二、把好工程造价关 工程款结算难，一个重要问题是出在工程造价环

节。过去较长时期，建筑工程款结算大都是以承、发包方委托审价单位，如中国建设银行审定的最终造价为依据；并同时，各级政府公布有详细的收费定额标准，随时根据市场变动进行调整，可作为审价通行标准。这种做法，曾带来了“选谁审价”、“审价单位是否有资格审价”、“给出的审价是否有效力”等纷争，并有较强的计划管理色彩，已逐渐被抛弃；人们转而寄希望于用合同约定的方式解决问题。但是，实践中，多数建设单位为了项目早建成早收益，在项目施工图纸则设计完或甚至还未设计完，就忙于和开发商签合同，急于让开发商进场动工，所以，有关工程造价即使采合同约定形式，也是名不副实，因为施工方案只能边施工边修改边完善，当初商定的造价，出现漏项、漏算不足为奇。这样，最终结算时，便突然发觉超支较大，互不买账，产生纷争。

《建筑法》第18条规定：建筑工程造价应当按照国家有关规定，由发包单位与承包单位在合同中约定。公开招标发包的，其造价的约定，须遵守招标投标法律的规定。而按《招标投标法》第46条，以招标方式发包的，中标金额即为合同价款。根据这些，并根据合同法原理，当事人在合同中约定的工程造价应有约束力。但是，一旦产生纷争，把当初并不实际的造价问题摆出来，法院也只好基于公平原则，重新委托造价部门审价，这又似乎是回复到原来的老路。所以，给人的感觉历史总在原地踏步，并未树立合同的权威性。也不容否认，这也是助长一些不诚信的承包人乱冒套工程造价的诱因。解决上述问题，仍应立足于以合同方式明确工程造价的方法，并主要着眼点在于审慎地选择确定合同价格的方式。对此，建设部1999年发布的《建设工程施工合同示范文本》

列明了三种方式，应把握这三种方式的优缺点和针对性。三、把好索赔关 施工合同中的索赔，指承包人在合同履行过程中，对并非由于自己的过错，并且属于应由发包人承担责任的情况所造成的实际损失，凭有关证据提出的给予补偿的要求，包括要求经济补偿和工期延长两种形式。根据我国《建设工程项目管理规范》第12条第6款第（4）项的规定，施工项目索赔应具备下列理由之一：（1）发包人违反合同给承包人造成时间、费用的损失；（2）因工程变更造成的时间、费用损失；（3）由于监理工程师对合同文件的歧义解释、技术资料的不确切，或由于不可抗力导致施工条件的改变，造成了时间、费用的增加；（4）发包人提出提前完工而造成承包人的费用增加；（5）发包人延期支付期间造成承包人的损失；（6）合同规定以外项目检验是未发现或虽然发现但非因承包人责任的问题而导致新增加的费用；（7）非承包人的原因导致工程暂时停工；（8）物价上涨、法规变化及其他。可见，索赔主要是针对合同施行中遭遇到的非合同或合同之外的问题或变化，而导致承包人额外费用或损失。FIDIC条款下的索赔也主要是这种涵义。进而，不论是总价合同，还是单价合同，都有可能存在索赔问题，并索赔已被实务界看成是获得价外收入的“创收支柱”。工程款拖欠问题，有一部分即因此而起，并因此久拖不决。为此的对策是：首先要把握好索赔的分寸。主要是注意在认识上把索赔与违约区别开来。虽然两者有时很难分清，但应看到其在某种程度上有以下差别：一是原因不同。索赔原因主要是给承包人造成了合同之外的支出或损失，而这种付出和损失应由发包方承担；违约则是发包人未履行或全面履行其义务。二是效果不同。索赔

重在据实补偿，故要有确切的证据和准确的验算；违约责任虽也在于弥补损失，但不强求验算，通常按约定的方法计算。三是发生时间不同。索赔紧随相应事件发生而发生，并按惯例应在索赔事件发生后的28日内提出索赔要求；而追究违约责任则通常是在合同“清算的末尾”，只有诉讼时效要求。故此，要防止用打违约的情绪、方式来打索赔，换言之，要“心平气和”地打索赔。实践中，也可避免使用索赔的字眼，直言要求“经济补偿”的实质。其次，要抓住“打索赔即是打证据”这一关键。国际实务中，承包商索赔的理论依据是“波纹理论”（Ripple Theory），亦即一旦承包商被施加超出合同规定之外的任务，其原定计划及安排，原有的施工组织，原定的施工顺序都将被打乱，就像平静的水面受到外界干扰而形成波纹一样。而是否出现了这种干扰和“波纹”，要实行严格的“螺丝螺母”的证明规则，也就是说，要有确切的证据和严格的验算证明，我国索赔实务中，对索赔的根据及论证做得不够，存在着承包商借机冒套高报现象；也有的为夺标虚报低报，又企望借索赔拿回损失，这就违反了索赔的本质，免不了引起争执。所以，打索赔重在讲理，并用事实和数字说话。一方面，在投标、议标和签订合同阶段，应当非常细致、非常仔细地设定研究合同条件，包括技术规程、工程量表等内容，以备日后便于分清哪些属于索赔事项。另一方面，则是在合同履行中，把索赔的经常性基础工作抓实。要建立严密的施工记录、记工卡片、工程进度记录、气象记录、工程进展照片、工程验收记录、返修记录、材料入库、化验、使用记录等。对于同工程师、发包人研究一切技术问题、进度问题和其他重大问题的会议，应做好文字

记录，并争取与会者签字作为正式文档资料。尽一切可能积累有关索赔的资料。日常中，正常施工的定量统计也可能是索赔验算的依据。可索赔的范围，应该包括直接损失、间接损失、工地管理费、总部管理费、赶工费、延期和窝工损失或费用、财务费用及相关损失以及再生产成本（正常施工能获得的利润）等。再次，要抓准索赔时机。这即一定要严守两个“28天”（事件后28天提出索赔，再28天提交清单），争早不赶晚。越及时越显示信心和据理力争的印象，否则就可能被当成能够反驳的弱点。要出现一项就索赔一项，避免一揽子索赔。每项次索赔，都要提交正式函件，留有收发函记录，即使有的一时索赔不着，也保有索赔权利，待竣工结算时继续一并追偿。可见，索赔是一项极其深入细致的工作，并有很强的技术性。这就要求承包商要有专门人负责做这种日常工作。英国承包商设有工程料量师，其集工程预算、验工计价、项目索赔等于一身，类似于国内的验工计价工程师，但我们在这方面专精不够，应予改进。对此，律师要注意加以引导，并经常协调承包商中的工程技术、施工管理、物资供应、财务会计人员一起分析问题。

四、把好诉讼关

前述所谈问题是着眼防免诉讼；但问题如果累积起来，难以解决；又要直面诉讼。而且，基于最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权的批复精神，优先受偿权行使期间为从竣工或者约定竣工之日起6个月。这样一旦纠纷僵持，诉讼在所难免。实务中，较复杂的是：有的发包方为拖延付款，拒不组织验收，或故意出具不合格的验收报告，工程交工却不能竣工。以往出现这种问题，多是旷日持久地追讨协商。而根据建设工程款优先受偿权的规定，就需要采取果断、及时的措

施。只要是承包人有翔实的资料和依据，证明工程已按合同完成，就要敢打官司，申请法院予以竣工确认，进行相应的竣工程序，同时申请实行优先受偿权。值得注意的是，《建设工程施工合同示范文本》规定：发包人收到承包人提交的竣工验收报告后28天内不组织验收，或验收后14天内不提出修改意见，视为竣工验收报告已被认可；发包人在收到竣工结算报告资料后56天内仍不付款的，承包人可以实行优先受偿权。所以，要注意采行和运用这种规范的合同条款。如果工程确有一些质量问题，也要分清其是属于轻微违约还是根本性违约。换句话说，如果承包商已实质履行了合同，则发包人不能以轻微违约为借口拒绝付款。判定是否实质性履行合同不一定严格按照图纸与技术说明来衡量，除非其中所有的细节都是重要的，这里关键是根据承包商的履行是否基本实现了合同的目的来判断。当然，此时应扣除弥补缺陷的合理费用。所以，这种情况下，也不影响实施优先受偿权。有的工程款拖欠问题发生于半截子工程。由于各种原因，工程被迫停、缓建，而承包人大量垫资在里面。过去，遇到此种情况几乎是难题。但现在，司法实务界倾向认为在建工程可以优先受偿。原因是：在建工程已物化了承包人的劳动，具有一定的交换价值和使用价值；同时，法律上，如最高人民法院“担保法司法解释”第47条明确在建工程可以抵押，实务上，也有房地产开发项目转让的做法，故其具有流通性。所以，对中途停建的“烂尾”工程，也可以此类所竣工工程一样，行使优先受偿权。但是，毕竟合同法第286条及最高人民法院相应的批复对在建工程未有明确表述，并相应地，该种情况下优先权期限从何时起算不好确定，故仍有待法院作

进一步解释和明确。 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