

注册监理工程师：监理违约责任的归责原则研究
监理工程师考试 PDF 转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/548/2021_2022__E6_B3_A8_E5_86_8C_E7_9B_91_E7_c59_548879.htm 1.问题的提出 建设监理制是我国在建设领域推行的一项全新的制度改革,八八年开始试点,九六年在全国全面推行,发展十分迅速,其成效已得到社会的认同。在近年颁布的《建筑法》、《合同法》等国家重要的法律法规中,正式确立了建设监理的法律地位。但不可否认的是,现行法律法规在监理法律责任的规定方面却存在不少问题,如今已在实际工作中逐渐暴露出来。毫无疑问,监理在工作中,若发生不适当履行委托监理合同约定义务的行为,就需要承担相应的违约责任,但承担责任的条件是什么?不同法律之间的规定却不尽相同,主要表现为归责原则不统一,例如,《建筑法》第三十五条规定:“工程监理单位不按照委托监理合同的约定履行监理义务,对应当监督检查的项目不检查或者不按照规定检查,给建设单位造成损失的,应当承担相应的赔偿责任。”显然,对监理违约,《建筑法》采用了严格责任原则,也就是说,只要监理不按照委托监理合同的约定履行监理义务,不论其是否有过错的行为,都必须承担违约责任.但需要指出的是,监理合同属于有偿的委托合同,业主和监理属于委托和受托的关系,《合同法》分则第四百零六条规定:“有偿的委托合同,因受托人的过错给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。”不难看出,《合同法》在分则的委托合同中采用以过错为要件的归责原则。笔者认为,之所以如此,根本的原因在于建设监理制推行的时间不长,人们对监理的履约及违约行为方式理解不深,对监理违约责任的适用归责原则把握不准确,由此造

成法律责任规定的混乱,而且,无论学术界还是工程界对该问题至今未进行过深入的探讨。这一问题不解决,将对我国建设监理制的发展产生不利的影 响,因此,对监理违约责任的归责原则进行必要的研究和探讨是非常必要的。

2. 监理的履约行为方式

履约是一种法律行为,根据国家现行委托监理合同标准文本并针对监理行为的特点,笔者将其履约的具体行为方式归纳为如下几种:

- (1) 建议 根据法律的规定、合同的授权,监理工程师可以向业主、承包商、设计人或其它有关各方提出自己的专业建议。例如,对业主提出选择工程总承包商的建议.对工程设计中的技术问题,按照安全和优化的原则,向设计人提出建议.在发现设计图纸有问题或不合理的地方,可以通过业主向设计人提出改进的建议.对于设计方案、施工方案,监理工程师也可以提出自己的专业意见和要求。在 施工安全、施工组织等方面,监理工程师同样可以提出自己的建议。因此,提出建议是监理工程师的一种重要工作方式。
- (2) 指令 监理工程师根据业主的委托,在工程质量、进度和投资方面代表业主进行监督管理。因此,对工程目标、内容及要求等就需要通过指令的形式对承包商提出。例如,监理工程师可以根据情况签发开工、停工、复工、变更等有关指令。
- (3) 检查 检查是监理的一种重要履约方式。监理工程师的检查,包括对原材料、构配件及设备使用前的查验,对施工工序质量的检查,对工程实体质量的检查等。检查可以采用目测、借助检查工具进行实际量测,也可以运用一定的设备进行检验、试验。同时,监理工程师在进行这一类的检查时,可以视情况的需要采用抽查、平行检验等方式进行,当然也可以在工程的某一个阶段或时刻进行全面的检查。
- (4) 监督 监督的方式应该根据被监督内容的特点和重要性有所

区别。对于工程施工过程中重要的部位和工序、工程施工完成后难于检查或出现问题后难于处理的关键工序和部位等,监理工程师应该对其施工的过程进行旁站监督,确保施工作业处于监控之下.对于那些不是十分关键的工序或部位,监理工程师可以采取定期或不定期巡视的方法进行监督。(5)确认 确认包括三个主要方面的内容。一是对技术文件的确认,监理工程师可以采取审核、审批的方式进行,如造价文件审核,施工组织设计、施工方案审批,材料的进场审批等.二是对施工过程中完成的分项工程、重要工序、隐蔽工程等的施工质量进行确认,监理工程师可以在检查结果的基础上采用签认承包商施工记录的方式进行.三是对施工完成的重要分部和最终的工程项目实体,监理工程师通过组织工程验收来对其进行确认。(6)协商 组织协调、合同管理是监理工程师十分重要的职责,其工作量是十分巨大的,包括工程有关各方的人、财、物、时间、地点的协调,也包括变更、索赔、争议等问题的解决,这些工作职责往往通过主持协商或参与协商的方式来履行。当然,监理工程师必须牢记,协商必须以合同为基础,独立、公正、科学地进行。值得指出的是,为了保证监理能有效地履行合同约定的职责,有关的法律及委托监理合同明确授予了监理工程师相应的工作权力,如建议权、指令权、检查监督权、审核确认权、主持协调权等,监理工程师在监理实践中,应正确利用这些权力,根据情况采用适当的方式来履行自身的合同义务。

3. 监理的违约行为方式

违约行为是指合同当事人违反合同义务的行为。对监理来说,应该在委托监理合同约定的范围内,运用合理的技能,谨慎、勤勉地工作,为业主提供管理及技术服务。如果监理工程师的行为违反了委托监理合同的约定,即构成违约。从

上述监理履约的行为方式来分析,监理工程师在履行监理合同的过程中,可能的违约行为方式有如下几种:(1)越权 监理具有明确的委托性质,如果监理工程师不能谨记这一点,就可能发生越权的错误行为。从法律的角度来说,越权就是以作为的法律行为不适当地履行委托监理合同约定的义务。例如,工程中经常遇到工程变更问题,业主也授予监理签发变更指令的权力,但变更往往涉及到设计图纸的变动,这些变动需要得到设计人的确认,如果监理工程师利用自己的权力,在未得到有关的确认之前,单方面指令承包商实施,就超越了自己的工作权限.再如,工程设计如果不符合建筑工程质量标准或合同约定的要求,监理工程师有权要求设计改正,但这种要求应通过业主来实现,如果监理工程师直接要求设计进行改正,就发生了越权的错误。不论这些错误的后果如何,从合同的角度来说,就发生发违约行为。

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