

# 《民法典》视野下建设工程合同法律风险防范机制探究

郭青

河北师范大学 050010

**摘要:** 改革开放以来,我国城市化进程不断加快,当前已经进入中期阶段。城市化不仅是衡量经济发展的指标,更是现代化的重要标志。城市化过程中基础设施、建设工程大量涌现、规模日益扩大,市场主体之间建设工程合同面临着众多的法律风险。建设工程服务的不是合同当事人,而是整个社会群体。因此探究该领域法律风险对于我国的社会稳定,中国特色社会主义法治建设具有至关重要的作用。

**关键词:** 建设工程合同;法律风险;风险防范

**Abstract:** Since the reform and opening up, China's urbanisation process has been accelerating, and it has now entered the medium-term stage. Urbanisation is not only an indicator of economic development, but also an important symbol of modernisation. In the process of urbanisation, a large number of infrastructure and construction projects have emerged and the scale is expanding day by day. Construction project contracts between market entities are facing many legal risks. The construction engineering service is not the parties to the contract, but the whole social group. Therefore, exploring the legal risks in this field plays a vital role in China's social stability and the construction of socialist rule of law with Chinese characteristics.

**Keywords:** construction project contract; legal risk; risk prevention

## 引言

城市化进程的加快、社会经济的飞速发展使得建设工程领域呈现日新月异的态势。建设工程项目广泛出现在社会生活的方方面面,逐步成为国民经济的重要支柱。然而,我国对于建设工程领域并没有专门的立法,在《民法典》实施之前,对于建设工程合同的法律规定于《合同法》及相关的司法解释;《民法典》施行后,将建设工程合同规定于《民法典》第三编中的第二分编典型合同,并相应地出台了一系列的司法解释。

### 一、建设工程合同法律风险概述

#### (一) 建设工程合同法律风险

风险包含两层含义,一是“危险”,二是“损失”。法律风险在金融学中指金融机构的经营活动或各类交易因无法满足或违反法律要求,导致金融机构不能履行合同,发生争议(或诉讼)或其他法律纠纷,而可能给金融机构造成经济损失的风险。<sup>[1]</sup>在建设工程范围内,法律风险是合同双方法律主体为具体的法律行为的不规范而可能导致的,与工程目标相对立的或者对工程目标不利的后果或损失。

建设工程合同法律风险的主要来源:(1)法律风险在一定程度上具有双重性,具体指双方既有对抗性,又有合作性。工程行业往往与政策紧密结合,且能够获得高额收益,回报率高于其他行业。在建设工程合同中发包方对于建设工程的质量、标准、安全以及成本等方面有着远高于其他行业的要求;对于承包方来说更加追求效率、收益、工程款的催收结算等。双方的价值追求会引致利益冲突,进而产生法律风险;(2)在制定合同时,双方地位“不平等”。这里的“不平等”不是指二者的法律地位不平等。不平等产生在建设工程合同签订时,发包方占据着主导地位,承包方往往急于接下工程项目或者顺利推进项目的实施,在签订合同时会“一再让步”以期能够顺利拿下工程项目。这就导致日后承包方在未能得到预期的工程收益时双方产生纠纷;(3)不可抗力导致合同履行不到位。政策有时会带来福利,有时也会限制发展,尤其是在建设工程领域。在建设工程合同实施过程中,可能会面临地理环境的变化、形势政策的变化、政府规划的调整、人为因素的干扰等,这些不可抗力的产生会使得合同内容和备案合同产生差别,难以完全一致。一旦合同双方对上述不可抗力原因导致的分歧难以达成合意,就容易产生建设工程合同履行纠纷;(4)建设工程合同不只关系到合同双方的

利益,多数与社会民生息息相关。建设工程并不是单一主体作业就能完成的,监理单位、劳务分包商、专业分包商、建筑材料销售商等都会参与到工程中来。工程耗时长、工作面广,交叉作业是常态。多方参与导致风险系数升高,这就无法将合同履行中的各种问题事无巨细地罗列从而进行规避,固有的复杂性、不确定性和项目数量的增加,增加了建设合同的复杂性。<sup>[2]</sup>

#### (二) 建设工程合同纠纷案件发展现状及特点

在判例检索网站上以“建设工程合同”“一审”“判决书”为关键词进行检索。不难发现近五年来,建设工程合同纠纷呈现爆发式增长。按全国地区随机选择200个司法案例进行研读的基础上,发现产生纠纷的原因多种多样:合同内容不完善、违法操作、操作失误、资金链断裂、违规资格审查等等。200个案例中,在合同订立阶段产生的纠纷占比42%,合同履行阶段产生纠纷占比20%,合同结算阶段产生纠纷占比38%。

从200个司法判例总结建设工程合同纠纷案件呈现出以下特点:

(1)案涉标的额大。司法案例中原告当事人主张的诉讼请求多,标的额大是司法案件的普遍现象。从诉讼请求上看,除了常规的给付请求,还包括解除合同、支付违约金、赔偿相关损失、确认合同无效、继续履行等。

(2)诉讼主体多。在许多判决书中存在第三人的身影。监理人、材料销售商、众多的分包方等等都参与其中。在案件中许多主体作为有独立请求权的第三人或者无独立请求权的第三人参与到案件的审理中。

(3)审理耗时长。建设工程合同纠纷不同于其他纠纷类型,案涉标的额大、诉讼主体多,案件本身的复杂性等,导致案件审理中法官不仅要注重程序性合法,还要关注案件本身的客观事实与法律规定。众多因素导致案件审理时间成本增加,使得司法资源面临着考验。

#### 二、建设工程合同法律风险防范必要性

根据上文中对部分司法判例进行数据分析可知,建筑工程合同领域存在许多制约行业发展的法律风险,种种原因使得民事主体在建筑工程合同的签订、履行、结算等过程中对潜在的法律风险预见不足,进而导致无法避免的后果。因此讨论分析建设工程合同法律风险防范确有必要。

### (一) 理论价值

1.《民法典》在建设工程合同部分延续了《合同法》的体例,修订十分有限,主要涉及建设工程施工合同无效后的处理和建设工程合同解除的情形,以及对个别条文进行了措辞方面的优化处理。

<sup>[3]</sup>目前我国《民法典》及相关的司法解释对建设工程合同的规定尚处于原则化阶段,加之在建设工程领域相关理论阐述较为模糊,这就给司法审判造成了一定的困难。私法领域,“法无禁止即自由”,在客观条件尚不充足的情形下,我们主观上具备防范法律风险的意识显得尤为重要。法具有滞后性,无法对社会生活的方方面面进行规制。因此有效进行建设工程施工合同风险防范,能够避免公司和企业被卷入更多的纠纷,公司和企业可以节省很多人力、物力和财力投入到工程中,从而提高工作效率。<sup>[4]</sup>

2.建设工程合同不仅需要法律知识,工程相关知识也占据一定的地位。对法律工作者来说是一种挑战,导致法官、律师在面建设工程合同出现纠纷时产生畏难情绪。案涉标的额大既有利又有弊,涉案主体多意味着利益主体多,容易给法律工作者带来一定的危险。因此,对于建设工程合同法律风险及时进行防范,对工程效率、质量是一种保障;对法律工作者来说也是一种激励。

### (二) 实务价值

1.良好的建设工程管理环境有助于市场秩序和民生稳定。<sup>[5]</sup>上文中一再提到建设工程合同涉及主体多,该合同就好比工程的地基,一旦地基打不好,很可能影响国家税收、企业存亡、群众就业,往往直接影响农民工的薪资。

2.能够有效地提升效率。包含两方面的内容,一方面是:保质保量地完成工程是第一目标,良好的建设工程合同能够使得工程项目进展顺利;另一方面:一旦因为工程合同进入诉讼,那么一份完善的建设工程合同能够加快推动案件审理进程减少时间成本的浪费,为企业和社会争取更多的创造利益时间。

3.最重要的建立公平合理的风险承担机制,利益创收机制,能够营造良好的社会氛围,节约司法资源,是贯彻依法治国理念的最好体现。

## 三、建设工程合同法律风险防范分析

### (一) 合同订立时的风险防范分析

#### 1.合同效力分析

《民法典》对于合同无效的情形较《合同法》发生了部分的变化,《民法典》合同编未统一列举合同无效情形,而是在第508条规定“本编对合同的效力没有规定的,适用本法第一编第六章的规定”,也就是按照总则编第六章“民事法律行为”的规定来认定。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》(法释[2020]25号)(以下简称2020建设工程司法解释一)、《建筑法》《招标投标法》等法律对合同无效进行了规定。

(1)因违反建设工程行业领域资质管理规定、工程审批手续等而无效:简而言之发包方和承包方都必须具备相关的行业资质,这是合同有效的前提。《2020建设工程司法解释一》第3条明确说明了对于工程相关的审批手续的有无、取得时间是否必然导致合同无效。

(2)因违反行政法规、招投标领域相关法律而无效:在《招标投标法》中规定了中标无效的情形,但并未直接规定中标无效必然导致合同无效,在司法实践中,法院根据具体案情适用中标无效是否必然导致合同无效。以《招标投标法》第5条、第33条来举例,在绝大多数判决书中,法院认为当事人违反上述两条款导致案件双方当事人签订的合同无效。虽然我国不是判例法国家,但依据已有的判决来判定建设工程合同是否有效具有相当大的参考价值。

(3)因转包、违法分包导致合同无效:这两种情形在《建筑

法》、《建设工程质量管理条例》、《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》等法律、法规中都进行了详细的规定,在合同制定时应当详细进行参考。

### 2.特殊合同订立方式风险分析

(1)在实践中,许多总承包方往往会将工程转分包,也就是在转分包这一关系中,总承包方转变为分包方,其与下一级的承包商签订合同时,往往会将“背靠背条款”写入合同中,将“背靠背条款”作为向下一级承包商支付工程款的前置条件。因此,对于总承包方来说,更要在订立合同时防范分包方能否如期结付工程款,避免为自己招致不必要的法律风险、诉讼风险。

(2)因建设工程合同标的额大,利益丰沛,条件苛刻等原因,实践中存在着发包方与承包方签订“阴阳合同”的做法。“阴阳合同”的效力问题在《民法典》中仍未进行明确的规定,现行的司法解释同样也没有明晰。在司法实践中的效力的认定仍旧处于不稳定状态。一旦发包方和承包方因为“阴合同”产生分歧且不能顺利协商解决的情况下诉至法院,对于双方主体来说都是一石激起千层浪的效果,是不可取的。

(3)建设工程体量大、成本高,对于发包方来说资金负担重,实践中存在着承包方先行对发包方进行垫资,缓解其资金压力,后期发包方逐步偿还垫资款项。在垫资承包合同中要及时慎重地对合同进行规定,关注工程项目是否符合垫资要求,对垫资款的归还期限及利息进行详细列举,避免后期承包商自身资金不足影响工程进度造成违约。

### (二) 合同履行时的风险防范分析

合同的履行即双方主体对于达成并落实在书面上的权利义务的履行。由于建设工程本身具有:工程周期长、变量繁杂、主体多的特点,因此风险极易发生。

在合同履行过程中遇到因发包方未能及时提供可行的图纸或者错误提供、发包方提供的开工条件不符合、监理方没能如约发出指示、承包方选择施工材料不符合工程实际情况、安保措施不到位、气候原因、突发事件等原因导致工期延误或者工程项目发生变更。履行中的法律风险来源于变更方案约定不明确,合同中对变更主体、变更方案等都未进行明确约定,导致发包方和承包方难以达成合意,进而引致法律纠纷:

1.任何变更合同的签署,主体必须具备明确的权限,防止发生越权代理、表见代理。一旦发现签章主体不符合法律规定必须马上停止合同的签署。

2.对于变更后的工期、范围及工程量等内容都要获得相应的批准并进行登记手续,公权力的介入能够使得合同的公信力提升,从而避免己方处于不利地位。

3.如果变更后的合同出现瑕疵或者存在模糊表述的条款,容易使得合同双方出现意见分歧,诉至法院时,如不能及时举证证明对方存在违反合同约定,那么要自行承担相应的法律后果。

4.最重要的是变更合同中要更加去清楚明确的约定责任的划分,实践中很多建设工程合同在前期合同中约定了风险责任的划分,后续签署变更合同不再继续约定责任划分,或许是默认适用前期合同的责任的划分,或许是有其他的理解但并未在变更合同中进行约定,这样很容易导致发包方和承包方之间因为责任划分不清楚而引发争议。

### (三) 合同结算期法律风险防范分析

随着工程的竣工,在工程验收合格之后,合同的履行进入结算期。建设工程结算风险主要存在于两个环节:结算依据未明确;工程量和价款不明确。具体包含以下几个方面:

首先,工程质量问题,换言之工程不符合验收条件或者因工期

延误未能验收等,这样造成验收条件和项目损耗的计算不明,影响项目的处理,进而产生工程质量纠纷延误结算。

其次,工程顺利验收,发包方以各种理由推诿,拒绝进行工程项目结算。这对承包方来说追讨工程款是相对有利的。

再次,对于签订过垫资合同或者“阴阳合同(黑白合同)”的合同主体来说,进入结算期时极易产生分歧,“阴合同(黑合同)”未经备案,风险及其不可控。一旦合同双方对于结算款项未能达成一致意见,在法庭上需要重新认定“阴合同”、补充条款、变更合同的效力,这些都会给工程结算带来法律风险。

最后,实践中存在着,工程竣工且已经验收合格,但双方对于工程计量(施工量)出现分歧,工程计量是确定工程进度款和工程结算款的重要依据,双发达不成一致意见时,严重影响工程款的结算,产生法律风险。

#### 四、防范建设工程合同法律风险防范对策

宏观上,在建设工程合同中,发包方的主要合同义务是及时支付工程款,承包方的合同义务是保质保量按时完成工程进度。微观上,双方之间的矛盾纠纷不止于此,因此针对建设工程合同本身的特殊性,结合《民法典》施行后对建设工程合同进行的部分调整,对建设工程合同在合同拟制期、施工期、结算期、质保期等阶段的风险防范提出以下建议,争取能够在合同的每一阶段都能降低法律风险,减少各主体的经济损失、时间损失等。

##### (一) 合同拟制期风险防范

这里用合同拟制期而未选用合同签订期,笔者认为合同拟制期比合同签订期的时间更为提前,是建设工程的最初始工作,也是明确双方权利义务关系的最主要手段之一<sup>[6]</sup>。当我们把自身的注意义务提前一个节点,对于风险的防范是极为有利的,这个时期任何一方主体都有必要聘请工程专业人员、法律专业人员(包括但不限于律师工作者)对工程本身价值、难度系数等进行衡量以及合同条款如何设置风险系数更小。

对于合同的拟制,可以参照国家建设部门权威发布的合同文本,也可以就建设工程本身实际情况进行拟制和修订。按照建设部门发布的示范文本拟制合同既符合法律规定,又能够高效和规范,最重要的是在一定范围内有效地防范了合同拟制风险。另外,工程之间是存在巨大差异性的,在拟制合同时要充分进行调查,实地调研至关重要,对工程进行详细的“背调”对能够预见或者可能出现的风险以及出现风险后的责任承担、解决措施进行明确规定,防止事后己方处于被动地位,蒙受损失。

对于合同细节应当关注以下几点:(1)对于合同条款不能仅停留在字面意思,关注内容的关联性、相关性、合规性、真实性、自愿性,对于容易产生歧义的内容,必须双方协商一致,以双方均认可的方式落实在书面上。(2)对于双方的权利义务要明确、合法,对于格式条款内容尽到相应的提示义务,以防部分条款无效的情形出现。(3)对工程质量、时间以及违约责任等进行具体明确约定,尤其是违约金、赔偿金的标准或者计算方法,避免纠纷出现时,解决方式于己不利。

##### (二) 工程验收风险防范

工程竣工验收是建设工程最重要的一关,对承包方来说是一大考验,在这个环节极易引发纠纷。工程项目质量通过验收检测,检测完成日即为承包方合同主要义务完成日期。反之,工程项目出现瑕疵,则承包方需要重新对瑕疵项目进行补修,补修结束重新进行验收,同理,再次通过验收的日期为实际完成日期,此时,发包方的接收日期为验收通过的日期(实际完成日期)。之所以一再强调日期,是因为项目的完成日期与发包方与承包方密切相关,主要包

含违约责任的内容。为防止双方在项目验收期发生纠纷,承包方应当在项目竣工验收期间及时向相对方(发包方)提交相关的竣工验收报告、材料采购清单、收货单等一系列有关项目的报告数据,避免双方据此产生纠纷。

##### (三) 工程结算过程风险防范

工程的结算往往是各个工程主体所关注的焦点,相应的纠纷也就更多。进行工程结算时务必保证结算资料的齐全、完整、规范,这个过程中专业的工程造价师、会计师、审计师、律师能够参与其中,会给整个结算期增加保障。

1.现在全球范围内的疫情爆发影响着各行各业,建设工程领域也深受影响,《民法典》情势变更原则的引入对于受疫情环境影响的纠纷产生重要作用。具体的应用可以在纠纷产生后进入诉讼前双方协商适用,也可以在诉讼阶段由律师酌情适用。进而平衡各个当事人之间的实际利益关系。

2.黑白合同中,如果承包人与发包人签订的黑合同条件比白合同更有利,承包单位尽快督促发包单位完成工程款结算,这样对承包单位更为有利。<sup>[7]</sup>

##### (四) 合同质保期、质保金风险防范

越来越多民事主体在合同中通过约定质保金的方式,来担保产品的质量。在工程领域更是以此来促使承包方加强安全生产意识、保证工程质量。根据《建筑法》,工程出现质量问题,承包方负有保修义务。如果承包商拒不履行该义务,那么发包方可以不退质保金。但在承包商及时履行工程质量保修义务或质保期通过之后,应当退还已付质保金。所以,双方应当在合同中明确工程质保金退还事件,并确定与质保期是否一致,此外,承包商也可以通过施工工程险的方式,降低工程质保带来的风险。<sup>[8]</sup>

#### 结语

建设工程合同本身存在的法律风险随着市场经济的快速发展,而不断衍生出不同的形式,对应的法律风险防范机制也随之变化。在风险防范和解决时,严格遵循国家的法律法规的规定,合同的制订按照国家有关部门发布的示范合同,充分分析当前局势,预想后期会出现的法律风险类型,重视风险责任的划分,可以很好地避免纠纷的产生。与此同时,法的滞后性提醒着我们社会不断处于变化之中,在研究建设工程合同法律风险时不能墨守成规,保持与时俱进的态度,顺应社会经济秩序的发展,只有这样对于建设工程合同法律风险防范的研究才能取得符合当前社会发展的实效,推动建设领域的发展,加快社会主义法治体系的建设。

#### 参考文献:

- [1]陆雄文.管理学大辞典:[M].上海:上海世纪出版股份有限公司上海辞书出版社,2013.
- [2]KerimKoc, AsliPelinGurgun.Ambiguityfactorsinconstructioncontractsentailingconflicts[J].EngineeringConstructionandArchitecturalManagement, 2022, 29(5).
- [3]石佳友.《民法典》建设工程合同修订的争议问题[J].社会科学辑刊, 2020, (06): 98-110+217.
- [4]参见黄必良.建设工程合同法律风险分析及对策[J].法制与社会, 2021, (20): 61-63.
- [5]谢玮琪.论建设工程合同的法律风险防范[D].华侨大学, 2020.
- [6]黄必良.建设工程合同法律风险分析及对策[J].法制与社会, 2021, (20): 61-63.
- [7]参见何百洲:《建设工程合同》.知识产权出版社.2005: 163-187.
- [8]谢玮琪.论建设工程合同的法律风险防范[D].华侨大学, 2020.