

建设工程施工合同法律风险防控系列之一： 工程计量及其法律风险 防控（上）

2020-07-16



编者按

建设工程施工合同是发包人与承包人在施工过程中所有履约行为的核心准则，如何在合同中公平地约定双方的权利义务，是将来能否减少争议、能否顺利履约以及能否控制项目成本的基础。在合同履行过程中，如何合理利用法律规则和合同规则，趋利避害，防范未知风险，化解已有风险，对降低项目成本将产生直接影响。但建设工程施工合同涉及工程造价、法律、施工技术、现场管理等多方面专业问题，单个从业人员受专业知识的限制，很难全面地防控相应的法律风险。

北京天驰君泰（重庆）律师事务所房地产与建设工程法律团队结合近年来处理建设工程施工合同法律实务的经验，**拟推出“建设工程施工合同法律风险防控系列”**。以法律关系为主视角，以常见争议为契入点，结合工程造价和现场施工管理常识，对建设工程施工合同的主要条款和履约过程中的常见争议进行全面的剖析，归纳风险点并提出相应的规避建议。旨在为有关从业人员提供相应的法律风险防控参考，也为建筑工程市场理顺发承包人之间法律关系尽绵薄之力。

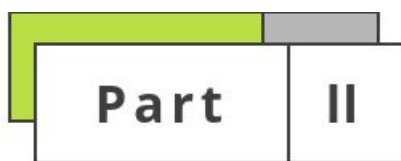
对承包人而言，施工的核心目的获取施工利润；对于发包人而言，必须控制项目施工成本进而实现投资项目的利润最大化。因此，发包人与承包人对追求工程价款的利益是矛盾的，一般都是双方争议的核心焦点，也是建设工程施工合同的核心风险点。确定工程造价的第一步是工程计量，鉴于此，“建设工程施工合同法律风险防控系列”的开篇即探讨工程计量及其法律风险防控。



工程计量的三大要素

根据施工项目实际经验，笔者认为，工程计量可以划分为计量依据、计量标准和计量程序三大要素。其中，计量依据是指能够确认工程量的基础事实资料，例如施工图纸、竣工图纸、设计变更通知单、签证单、收方单等资料；计量标准是工程量的计算规则，不同的计算规则将得出不同的计量结果；计量程序是指发承包人在什么样的计量周期内，以什么样的计量流程进行计量活动。以《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201，除有特别说明，今后简称“示范文本”）为例，计量依据在通用条款第12.3.1条中仅有非常粗略地提及，实践中一般根据交易习惯即可；计量标准需要显式地在专用条款第12.3.1条中明确约定；而计量程序在通用条款中第12.3.2条至12.3.6条进行了大篇幅地约定，并需在专用条款中对细节进行约定。

在实务中，施工合同往往比较重视对计量程序的约定，忽略计量依据和计量标准的约定。而发包人往往利用合同签订时的优势地位，严苛地约定计量程序，过分地规避自己的风险，排除承包人的正当权利，由此产生争议和风险。



计量依据争议及其风险防控

1

计量依据是否应当在合同中显式约定？

大多数合同未约定计量依据，而少量的合同对计量依据的约定范围过窄，导致合同条款无法执行从而产生争议。例如：“承包人实际完成的工程量按约定的工程量计算规则、工程量清单说明和有合同约定力的图纸进行计量。”该合同计量的唯一依据是图纸，而将设计变更、合同外签证等要素排除在外，这实际上是无法执行的，还易产生争议，难免有画蛇添足之嫌。

在计量依据未约定或约定不明的情况下，因大量的交易习惯的存在，双方对哪些资料可以作为计量的依据，反而产生争议的可能性较小。双方真正容易产生争议的地方，在于承包人计量依据的缺失或瑕疵，导致双方产生争议。因此，计量依据的风险防范并不在于合同约定是否严谨，而是在于承包人良好证据收集固化意识，以及发包人对口头指令应当及时客观确认。

2

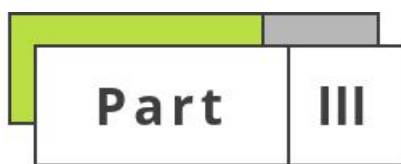
合同范围内计量依据争议的基本处理思路

对于合同范围内的工程计量依据争议，应当以图纸为中心，结合设计变更文件和施工方案等资料予以确定。对于已竣工的施工项目，则应当以双方已确认的竣工图为主要依据；对于尚未竣工的项目，则应当以施工图和现场形象进度为主要依据。对于施工图纸范围内的工程，且在施工合同约定的范围内，除非发包人有确切的证据证明承包人中途退场，或者存在甩项工程的，应当认定为由承包人全部完成，发包人应当予以计量。

对于合同范围外的工程量争议，主要是签证争议和索赔争议。《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》（简称“《解释一》”）第19条：“当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。”对于上述“签证”的理解，应当作扩大解释，即工程签证单、技术变更单、技术核定单、工程指令单等能体现发包人有关意思表示的文件均可以作为计量依据。但是，往往上述资料不能直接证明实际发生的工程量，承包人需要提供两方面的证据：一是发包人同意其施工的证据；二是其他证据能够证明实际发生的工程量。

如何证明发包人同意其施工？ 承包人可以从两个角度进行思考：第一，基于发包人的意思表示。诸如工程指令单，工程洽商文件等由发包人发起的书面文件，具有明确的施工指令，即可认定为发包人同意施工。对于发包人施工指令不明确的文件，建议承包人以书面形式要求发包人明确。对于发包人的口头指令，承包人应当以签证的形式要求发包人确认。第二，基于承包人的意思表示。例如施工方案等由承包人发起的书面文件，必须报发包人批准，方可视为发包人同意施工。

如何通过其他证据证明实际发生的工程量？ 第一，发包人确认的收方记录，是最直接的证明方式。第二，如果发包人的指令中或承包人报发包人批准的文件中，对工程的具体尺寸进行了描述的，在没有收方记录的情况下，可作为证明工程量的证据。第三，前两方面证据均不存在或不足以证明的，承包人应当及时以签证的方式对工程量予以确认，以及时封闭风险。第四，监理单位的确认记录，应当根据施工合同约定的监理权限，作为直接或间接的证据。第五，总承包单位与分包单位的收方记录等书面资料，可一定程度佐证实际发生的工程量。第六，工程造价鉴定机构的推断性鉴定意见，可结合其他证据并运用证据规则证明实际发生的工程量。



计量标准争议及其风险防控

《建设工程造价鉴定规范》（GB/T51262-2017，下同，系推荐性规范）第5.5.1条：“当鉴定项目图纸完备，当事人就计量依据发生争议时，鉴定人应以现行国家相关工程量规范规定的工程量计算规则计量；无国家标准的，按行业标准或地方标准计量。但当事人在合同中约定了计量规则的除外。”这意味着，发承包人对计量规则有约定的，应当从约定；没有约定的，应当依据国家标准计量；没有国家标准的，依据行业标准或地方标准计量。

01 明确约定执行国家标准

某总承包施工合同专用条款第12.3.1条约定：“工程量计算规则：工程量计算规则及细目工作内容执行房屋建筑与装饰工程工程量计算规范（GB50854-2013）、通用安装工程工程量计算规范（GB50856-2013）及工程量清单说明。”这是比较规范的计量标准条款的约定。

02 执行自行确定的计量规则

某总承包施工合同，将《工程量计算规则及单价说明》作为附件，在合同协议书中约定将该附件作为计量标准。由于施工合同一般属发包人的强势文件，这种约定方法可能对承包人不利的。因此，承包人在招投标阶段应当充分注意到该计量规则与国家标准的区别，并及时识别风险，在投标文件中尽量予以规避。确实无法规避的，应当择机变更合同或转移相应风险。

03 误将计价规范约定为计量标准

最常见的是，将《建设工程工程量清单计价规范》当成计量规范在合同中约定，还有部分合同将地方计价规范当成计量规范在合同中约定。这属于约定不明，根据《民法典》第510条（或《合同法》第61条），双方当事人可以协议补充，不能达成协议的，根据有关条款或交易习惯确定。

实践中，对于工程计量标准，除非合同有特别约定，基本都执行的是国家标准，例如房屋建筑和装饰工程执行的是《房屋建筑与装饰工程计量规范》（GB50854-2013）和《建筑工程建筑面积计算规范》（GB/T50353-2013）。再结合《建设工程造价鉴定规范》，笔者认为在这种情况下，应当执行国家标准。

04 对计量标准没有约定

合同中对计量标准未作任何约定的，实践中一般不会对工程计量产生影响，执行国家标准即可，理由同上。

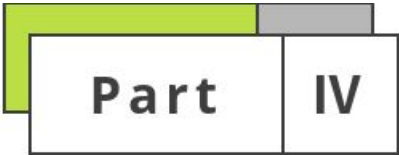
05 同时约定国家标准和地方标准

某总承包施工合同专用条款第4.1.1条约定“本工程工程量计算规则：执行中华人民共和国国家标准《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）及《四川省建设工程工程量清单计价定额2015》及相关配套文件。”暂且不论《四川省建设工程工程量清单计价定额2015》属计量规范还是计价规范，同时约定两个标准的风险在于，如果二者发生冲突，优先适用谁？在有国家强制性标准时，当然应当优先适用强制性标准；但如果都不属于国家强制性标准的，双方将产生争议，形成风险。因此，不建议在合同中同时约定国家标准和地方标准。即便要如此约定，也应当对标准适用的优先顺序进行约定。

3 计量标准的示范条款

对于普通的房屋建筑项目，推荐就计量标准作如下约定：

本合同在计量时，执行《房屋建筑与装饰工程计量规范》（GB50854-2013）和《通用安装工程工程量计算规范》（GB50856-2013）。依据前述规范仍无法计量的，可依据工程量清单说明计量。涉及建筑面积计算的，执行《建筑工程建筑面积计算规范》（GB/T50353-2013）。



计量程序条款的风险防控

1 计量周期条款

示范文本通用条款第12.3.2约定：“除专用合同条款另有约定外，工程量的计量按月进行。”同时在专用条款中，允许合同当事人另行约定计量周期。实践中，计量周期往往与进度款支付周期一致，而进度款按月支付的合同占有较大的比例；同时笔者采样的施工合同中，按月计量的合同也占有很大的比例。由此可见，正常情况下合同的计量周期为一个月。如果计量周期长于一个月，从理论上讲，一定程度增加了承包人的风险。

由于计量周期的风险多数情况下同进度款支付周期的风险，相关详细风险点及风险防控措施，我们将在本系列的进度款专篇中专门讨论。总的原则就是，承包人尽量避免在合同中将计量周期约定得过长，否则将增加自身风险。

2 承包人的工程量报告

示范文本通用条款第12.3.3约定：“承包人应于每月25日向监理人报送上月20日至当月19日已完成的工程量报告，并附具进度付款申请单、已完成工程量报表和有关资料。”示范文本要求承包人的工程量报告中要附已完成工程量报表和有关资料。有关资料是指什么？示范文本希望合同当事人在专用条款中进行约定。但遗憾的是，实践中很多当事人在适用示范文本时，并未对此进行详细约定。

结合交易习惯，笔者认为，这里相关资料应当主要是已完工作的形象进度资料和支撑工程量的计量依据资料，例如形象进度照片、签证单、设计变更通知单、技术洽商单等。实践中，承包人报送工程量报告需要提交哪些资料，主要遵循的是发包人的具体要求。因此，如果双方在此产生争议，可结合以往在报送工程量报告时双方形成的惯例，进行综合判断。

示范文本约定了每月25日报送工程量报告。如果承包人延迟报送，示范文本没有约定相应的法律后果。从法理角度，笔者认为应当是计量的后续工作可以适当顺延。但某些合同对该问题进行了详细约定，例如：“乙方应于每月5日前将进度付款申请单、已完成工程量报表和有关计量资料提交至甲方。如乙方未能按时办理计量，则甲方有权将当月计量累计至次月。”这就意味着一旦承包人延迟报送工程量报告，则丧失了当月报送的权利，进而导致当月无法收款。这些合同细节，承包人在履约过程中应当予以注意。

3 对工程量报告的审核

示范文本通用条款第12.3.3条约定：“监理人应在收到承包人提交的工程量报告后7天内完成对承包人提交的工程量报表的审核并报送发包人，以确定当月实际完成的工程量。”示范文本要求承包人将工程量报告报送监理人，由监理人主导工程量的审核工作。实践中，很多合同均要求承包人直接向发包人报送工程量报告，并由发包人主导工程量审核工作。例如：“根据本合同要求需进行期中或期终工程量计量的，计量前承包人应向发包人提交计量申请报告，并抄送监理工程师。……承包人应按时参加计量工作并为发包人和监理工程师的计量提供协助。”

示范文本通用条款第12.3.3条约定：“监理人对工程量有异议的，有权要求承包人进行共同复核或抽样复测。承包人应协助监理人进行复核或抽样复测，并按监理人要求提供补充计量资料。承包人未按监理人要求参加复核或抽样复测的，监理人复核或修正的工程量视为承包人实际完成的工程量。”示范条款赋予了监理人的复测权，也设定了承包人的协助配合义务，并约定了承包人拒不履行协助配合义务的法律后果。

从举证规则角度讲，监理人对工程量异议应当以共同复核和抽样复测为依据，存在一定的举证责任。但是，实践中部分合同删除了复核和抽样复测规则，而将举证责任全部转移给承包人。例如：“当甲方要求对乙方申报的工程或工程变更进行计量时，甲方应及时地通知监理和乙方，乙方应：(a)立即派出一名合格的代表协助甲方和监理进行上述审核或计量；(b)提供甲方和监理所要求的一切详细资料。如果乙方未能参加上述审核或计量工作，则由甲方进行或由甲方批准的计量应被视为是正确的计量。”

有些合同还对发包人或监理人审核承包人工程量报告的条件进行了严格约定，增加了承包人的风险。例如：“单位工程所含分部分项工程经监

理验收合格且达到以下条件，可作为计量单元申请进行工程量计量……”这是以质量验收合格为条件，而且以监理人单方面的验收意见为准，有可能成为发包人恶意拖欠工程款的借口。

4 审核工程量报告的时效

示范文本通用条款第12.3.3条约定：“监理人未在收到承包人提交的工程量报表后的7天内完成审核的，承包人报送的工程量报告中的工程量视为承包人实际完成的工程量，据此计算工程价款。”示范文本明确了监理人的审核时效为7天，逾期未完成的，工程量以承包人报送的数据为准。该条款保护了承包人的权利，但实践中，除直接采用示范文本的外，大部分合同均无类似的条款，少量的合同虽有类似的条款，但却无法实际执行。例如：“如发包人未在规定时间内进行计量，则承包人提交的计量报告中所列工程量即视为被确认。”该合同却并未约定发包人应当在多长时间内完成计量，故该条款难以执行。

根据《民法典》第511条（《合同法》第62条）：“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。”对于发包人或监理人延迟审核工程量的，承包人可以催告，要求其在合理的期限内完成审核。但是请注意，除合同另有约定外，发包人或监理人在催告的期限届满后仍不履行的，承包人报送的工程量不能直接作为计量结果。

5 承包人对审核结果的异议权

示范文本并未约定承包人对发包人或监理人的工程量审核结果可以提出异议，但实践中很多合同却赋予了承包人对审核结果的异议权。例如：“如承包人对发包人计量的结果不同意，应在收到上述结果后7天内向发包人提出报告，申明承包人认为上述结果中不正确的内容。发包人收到报告后，应重新检查其对有关工程量或有关记录、图纸的计量，并出具结论。”

从平衡发承包人双方的利益角度出发，赋予承包人的对审核结果的异议权是很有必要的。根据法学理论，承包人报送工程量报告属于要约，如果发包人审核结果与工程量报告不一致，则审核结果属于反要约，如果没有承包人的承诺，则审核结果的效力始终处于不确定的状态。因此，示范文本没有对承包人收到工程量审核结果后如何处理进行约定，存在明显的不足。但是，上述关于承包人异议权的约定仍有问题，依然无法解决审核结果效力的不确定问题。

在此，建议在合同中作如下约定：

承包人对发包人（或监理人）的工程量审核结果有异议的，应当在收到审核结果文件之日起7日内向发包人（或监理人）提出异议申请，并明确具体的依据。发包人（或监理人）应当自收到异议申请之日起7日内重新审核。承包人未在7日内提出异议申请的，视为认可审核结果。发包人（或监理人）未在7日内重新审核的，视为承包人的异议成立。经重新审核后仍无法达成一致意见的，按照本合同有关争议解决的约定处理。

◆ ———— END ———— ◆

天驰君泰重庆律师事务所房地产与建设工程法律团队重磅打造的“建设工程施工合同法律风险防控系列”正持续推出，欢迎关注，获取后续内容。

作者简介



天驰君泰重庆 房地产与建设工程法律团队

北京天驰君泰（重庆）律师事务所房地产与建设工程团队是一支长期致力于研究房地产开发与工程风险管理的法律服务团队。团队核心成员由十年以上相关领域经验的资深合伙人组成，擅长土地整治与收购、地产企业收并购、房地产开发、项目投融资、工程勘察设计、工程招采、工程施工、不动产营销等领域的法律风险防控和争议解决。

声明

本文章仅为交流之目的，文中观点仅代表作者个人观点，不代表天驰君泰律师事务所的法律意见或对法律的解读，任何仅仅依照本文的全部或部分内容而做出的作为或不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。

如需转载本文，请申请转载，并注明转载来源及作者信息。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。



明法崇德
成人达己

长按识别二维码关注



天驰君泰律师事务所

1994——至今

北京	上海	广州	深圳	长春	南京
天津	郑州	成都	福州	珠海	武汉
合肥	重庆	太原	苏州	宁波	杭州
济南	银川	海口	昆明	沈阳	

律所地址:重庆市渝中区大坪康德国际5A甲级写字楼34层

联系电话:023-68576688

来源：天驰君泰重庆律师事务所

作者：天驰君泰重庆房地产与建设工程法律团队

相关标签

建设工程与房地产

