

深圳大学学术出版基金资助出版

工程监理的 法律责任与风险管理

王家远 邹 涛 著

中国建筑工业出版社

深圳大学学术出版基金资助出版

工程监理的 法律责任与风险管理

王家远 邹 涛 著

中国建筑工业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

工程监理的法律责任与风险管理/王家远, 邹涛著.
北京: 中国建筑工业出版社, 2009
ISBN 978-7-112-10788-9

I. 工… II. ①王…②邹… III. 建筑工程-监理-
法律责任-风险管理-中国 IV. D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 030558 号

本书首次系统地对工程监理的责任风险管理原理进行了阐述, 从监理责任的法律基础入手, 结合工程监理的工作特征, 通过专家访谈和问卷调查的方式, 识别了工程监理责任面临的风险因素并对主要的风险因素进行了深入的探讨和分析, 在此基础上, 提出了控制监理责任风险的具体方法和措施。本书的另一特色是对工程监理的安全责任和职业责任保险制度进行了系统的阐述, 探讨了对监理责任风险进行保险转移的具体方法, 这正是当前国内从事工程监理的人士不太熟悉而又关心的问题。此外, 本书佐以了大量的工程案例, 对广大工程监理人员理解和掌握监理责任和风险的理论和方法将会有很大的帮助。

本书可供广大工程监理人员、政府管理人员、高校相关专业师生学习、参考使用。

* * *

责任编辑: 李春敏 赵晓菲

责任设计: 赵明霞

责任校对: 安 东 王雪竹

深圳大学学术出版基金资助出版
工程监理的法律责任与风险管理
王家远 邹 涛 著

*

中国建筑工业出版社出版、发行 (北京西郊百万庄)
各地新华书店、建筑书店经销
北京千辰公司制版
世界知识印刷厂印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 10¼ 字数: 255 千字
2009 年 5 月第一版 2010 年 1 月第二次印刷
印数: 3001-4500 册 定价: 25.00 元
ISBN 978-7-112-10788-9
(18037)

版权所有 翻印必究
如有印装质量问题, 可寄本社退换
(邮政编码 100037)

创立于20年前的工程监理制是我国建设工程领域中的一重要制度,经过近二十年的发展,工程监理的相关法律、法规体系已基本建立,监理工程师队伍在数量和素质上已有较大改观,工程监理在建设工程中所发挥的积极作用已得到广泛的认同。我国政府高度重视工程质量和安全问题,并致力于通过立法等形式来加强对市场主体行为的规范和监督,在《中华人民共和国建筑法》、《建设工程质量管理条例》及《建设工程安全生产管理条例》等法律、法规中对工程监理的地位、职责、义务和法律责任都进行了相应的规定。但遗憾的是,在这些法律、法规的制订过程中,理论研究还跟不上工程实践的步伐。

近年来,国内发生了多起监理工程师因工程质量或安全事故被追究刑事责任的案例,工程监理的责任和风险开始成为业内人士关注的重点,不少同仁从不同的角度对其进行了探讨。但这些探讨往往针对现实工作中遇到的一些具体问题,用现有的法律、法规进行解释,很少有人对监理责任的法理基础进行深入的探讨,更没有人系统完整地研究过监理责任和风险管理的原理和方法,因此,广大监理人员一方面感到监理的责任风险巨大,监理工程师承担了一些不合理责任,另一方面,对工程监理应该承担什么样的责任以及如何承担责任的问题又十分茫然,对监理责任风险的防范更是缺少足够的认识和清晰适用的方法。

针对上述问题,本书首次系统地对工程监理的责任风险管理原理进行了阐述,从监理责任的法律基础入手,结合工程监理的工作特征,通过专家访谈和问卷调查的方式,识别了工程监理责任面临的风险因素并对主要的风险因素进行了深入的探讨和分析,在此基础上,提出了控制监理责任风险的具体方法和措施。本书的另一特色是对工程监理的安全责任和职业责任保险制度进行了系统的阐述,探讨了对监理责任风险进行保险转移的具体方法,这正是当前国内从事工程监理的人士不太熟悉而又关心的问题。相信这些内容会对读者不无裨益。此外,本书佐以了大量的工程案例,对广大工程监理人员理解和掌握监理责任和风险的理论和方法将会有很大的帮助。



深圳大学王家远教授和深圳京圳建设监理公司邹涛高级工程师从事工程监理的科研与工程实务多年，对工程监理的整体情况和存在的问题非常熟悉，实践经验丰富，研究成果丰硕。最近所著《工程监理的法律责任与风险管理》一书脱稿，阅读之余，感到此书内容全面，层次清晰，理论和方法阐述明确。

当然，任何事物都无法十全十美的，这本书同样会存在不足之处，希望读者提出意见与建议，俾作者再版时补充修改，使其更能符合读者的期望和监理行业发展的要求。

张青林

2009年3月，于北京

20 世纪 80 年代末, 为了提升建设工程管理的质量和效率, 在学习和借鉴经济发达国家建设管理经验的基础上, 我国在水利和交通工程建设领域开始尝试实行工程监理。20 多年来, 在广大工程监理人员的积极参与下, 我国高质量地建成了诸如三峡工程、青藏铁路、西气东输等一大批重要的工程项目, 工程监理在保障工程质量和安全、控制造价和工期方面发挥了重要的作用, 成绩有目共睹。如今, 工程监理制已成为我国建设工程领域的一项重要制度。但是, 随着国家建设管理领域法律、法规的逐步完善和社会环境的改变, 业内人士普遍感到, 工程监理所承担的责任逐渐加重, 责权利越来越不对等的现实严重打击了监理人员的工作积极性, 在一定程度上影响了工程监理制的健康发展。

毫无疑问, 监理工程师在工程项目实施过程中的责任是巨大的, 有责任就会有风险。自 2000 年开始, 不断有监理人员因工程质量或安全事故被追究刑事责任, 工程监理的责任风险实实在在地摆在了人们的面前。遗憾的是, 尽管工程监理所面临的责任风险已成为了人们关心的热点问题, 但人们的关心过多地集中在具体的案例当中, 往往在监理工程师应该或不应该承担监理责任这一类的问题上争论不休, 很少有人从理论上系统、全面地对监理责任的内涵进行过分析, 也就谈不上从根本上防范监理责任风险的问题。

作者在相关的教学、研究和实践中深切体会到, 工程监理法律责任的内涵是十分复杂的, 责任风险的来源涉及政府部门、建设单位、承包商、设计人员以及社会公众等工程建设的不同利益相关者, 因此, 要准确地对工程监理的法律责任和责任风险进行探讨是十分困难的。但无论如何, 探讨工程监理的法律责任及责任风险的重要性和迫切性已日益为人们所认识。有鉴于此, 作者结合近年来所进行的相关研究和工程实践, 撰写了这本理论和实际结合得相对紧密、系统探讨工程监理的法律责任和风险管理的书籍。在本书中, 还穿插了许多实际案例, 以便于读者对基本的法律和风险管理理论的理解和掌握。



本书以作者主持完成的建设部市场司科研课题《监理职业责任保险制度研究》和中国建设监理协会科研课题《工程监理的责任和责任风险》为基础，结合作者 2000 年来发表的一系列相关论文写作而成。本书的写作过程中，中国建设监理协会张青林会长提出了许多宝贵的修改意见并欣然为本书作序，林之毅秘书长、温建副秘书长及深圳市监理工程师协会王景德会长、张修寅秘书长、袁龙凯、都望俊副秘书长给予了大力支持和协助。张译尹在课题调研及报告写作中发挥了重要作用，唐沛在本书初稿写作过程中做了大量的基础性工作。另外，本书参考和吸收了国内外许多学者的研究成果，无法一一列举，在此，一并表示衷心的感谢。

由于工程监理的责任和风险涉及的知识领域较广，可参考的论著不多，加上作者的水平有限，本书的错误在所难免，希望读者给予批评指正。

王家远，邹涛
2008 年 12 月于深圳

目录

第1章 绪论	1
1.1 工程监理概述.....	1
1.2 监理责任风险管理意义	3
第2章 监理责任风险管理概述	6
2.1 监理责任风险的含义	6
2.2 工程监理的行业特征	7
2.3 监理责任风险的相关研究	8
2.4 责任风险管理	10
2.5 责任风险的管理策略	11
第3章 工程监理的法律责任	13
3.1 法律责任的基础知识	13
3.2 法律责任的构成	16
3.3 监理责任的内涵	20
3.4 监理的民事责任	21
3.5 监理的行政责任	27
3.6 监理的刑事责任	32
3.7 监理责任的竞合问题	36
第4章 工程监理责任风险的识别	42
4.1 监理责任风险	42
4.2 监理责任风险的识别	45
4.3 责任风险的调查	47
4.4 调查结果分析	50
第5章 工程监理责任风险的分析	57
5.1 现行法律、法规体系尚不完善	57
5.2 政府执法部门的执法效果有待提升	62
5.3 工程监理的行为尚不规范	63
5.4 国内外监理责任风险的差异	70



第6章 工程监理的责任风险管理	72
6.1 工程监理责任风险管理体系	72
6.2 完善法律法规和合同体系	72
6.3 加强合同管理	77
6.4 完善监理行业的制约机制	79
6.5 提高监理人员的专业技能	82
6.6 强化监理人员的职业道德约束	86
第7章 工程监理的安全责任管理	91
7.1 监理安全责任概述	91
7.2 监理安全责任的性质	93
7.3 监理安全责任的范围与内容	95
7.4 监理安全责任风险的管理	97
第8章 工程监理的职业责任保险	105
8.1 职业责任保险概述	105
8.2 工程监理的职业责任	108
8.3 监理职业责任保险	111
8.4 监理职业责任保险实践中存在的问题	115
附录	125
中华人民共和国建筑法	125
建设工程质量管理条例	133
建设工程安全生产管理条例	142
建设工程监理范围和规模标准规定	152
参考文献	154



第1章 绪论

1.1 工程监理概述

1.1.1 工程监理制产生背景

在我国实行改革开放政策之前，固定资产投资主体是单一的，基本上所有的投资均来自国家财政拨款，项目的建设也由国家统一安排。在建设项目管理方面，大多采用使用单位自建自管或工程指挥部统一建设移交两种形式：①对于一般建设工程，在国家的建设计划下达后，由建设单位自己组成筹建机构，自行建设和管理，项目建成后，筹建机构的人员往往就接着从事维修和后勤保障工作；②对于重大建设工程，则从与该工程相关的单位抽调人员组成工程建设指挥部，由指挥部进行建设管理，项目建成移交后，如果没有后续的项目，指挥部人员自行解散，回到原来的工作单位。应该说，在经济发展水平很低，工业基础薄弱，又没有市场化的管理理念和经验的情况下，采用上述建设管理方式，对于国家集中有限的财力、物力和人力，统筹经济建设的步伐，迅速建立我国的工业体系来说起到了积极的作用。但采用这两种建设项目管理形式的弊端也是十分突出的，由于缺乏专业化的工程管理经验积累渠道，相当一部分从事工程管理的人员只能边建设边摸索，不断地在低层次的工程管理上重复一些不应该发生的错误，这些错误常常导致概算超估算、预算超概算、结算超预算及超工期等现象不断发生。

20 世纪 80 年代后期，国家决定在基本建设领域采取一些重大的改革措施，如投资主体多元化、建设项目法人制和招投标制等。在这样的新格局下，建设单位和施工企业之间开始产生经济摩擦，施工企业追求自身利益的趋势日益突出，导致工程质量问题日渐严重，相当一部分工程使用功能差，一些工程结构存在着严重安全隐患，倒塌事故时有发生，施工企业自评自报的工程合格率、优良率严重不实。在这种情况下，建立严格的监督机制，形成企业内部保证与外部监督认证的双控体制已变得十分必要。

另一方面，利用世界银行和亚洲银行贷款建设的项目在建设过程中所取得的成效和示范效应也加速了我国监理制的形成。诸如鲁布革水电站工程、京津唐高速公路等项目的实施使人们看到了市场化和专业化工程管理服务的重要性。1988 年，国家开始在北京、天津、上海、哈尔滨、南京、宁波、深圳、沈阳及交通部、能源部共八市两部进行监理工作的试点，八市两部分别在设计院、研究所和科研院校的基础上组建了监理公司，并对一些建设项目实施了监理，取得了明显的效果。

从 1993 年到 1995 年为我国监理制的稳步发展时期。1996 年，工程监理制在全国全面推行，1997 年，《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）颁布，规定国家推行建筑工程监理制，这标志着建设工程监理制在我国进入全面推广阶段。

实例 1-1 工程监理制的催化剂——鲁布革水电站工程

鲁布革水电站位于云南省罗平县,是我国第一个利用世界银行贷款的基本建设项目。根据我国政府与世界银行的协议,工程三大部分之一的引水隧洞工程必须进行国际招标。日本大成公司以低于标底43%的报价(低3600万元)而中标。日本大成公司派了一支30人的管理队伍到中国,然后再从中国水电十四局雇用了424名建筑工人。他们共开挖23个月,单头月平均进尺222.5m,相当于当时我国同类工程进度度的2~2.5倍;在开挖直径8.8m的圆形发电隧洞中,创造了单头进尺373.7m的国际先进纪录。1986年10月30日,隧洞全线贯通,工程质量优良,工期比合同计划提前了5个月。相比之下,我国水电十四局承担的首部枢纽工程由于种种原因,进度迟缓。世界银行特别咨询团在1984年4月和1985年5月两次考察工地后认为按期截流难以实现。同样是中国工人在工作,为什么有这么大的差距?中国水电建设企业意识到,这样的奇迹产生于好的管理机制。

1985年11月,经国务院批准,鲁布革工程厂房工地开始试行国外的先进管理方法。在13个月的尝试后,中国水电十四局不仅把耽误的3个月时间抢了回来,还提前4个半月结束了开挖工程。鲁布革工程无论是在造价、工期还是质量方面都严格达到了合同要求,这改变了之前建设项目投资大、工期长和质量达不到标准的局面。

这也催生了我国工程项目管理和建设监理制度的同步发育和发展,即把监督管理分离出来,独立起来成为社会化的监理企业,形成建设监理制度,与项目建设单位负责制、招标投标制和合同管理制度共同成为投资管理体制改革的四大制度。20世纪80年代末期,国家政府部门诞生了建设监理机构。90年代中期,《建筑法》经过修改确立了我国建设监理制度的法律地位和实行强制监理的制度体系。

事实上,中国实行监理制是改革开放的需要,也是对过去几十年计划经济的弊端进行反思的必然结果,不能简单地实行监理制就是为了和国际惯例接轨。世界上建设管理的制度是多种多样的,即便是经济十分发达的国家,由于其自身的具体情况不同,建设管理的模式也不完全统一。但建设管理在机制上是共同的,这就是,建设工程管理必须实行专业化、社会化,这是市场经济发展的必然要求。中国实行的监理制,其最终的目标就是要适应市场经济发展的需要,实现监理服务的专业化和社会化。但是,中国目前正处在从计划经济向市场经济全面转轨的特殊环境之下,市场经济体系基本建立,但计划经济的影响依然存在,这从客观上决定了我国现阶段的监理服务既需要强制又离不开市场调节的特性,而这种特性又决定了我国的工程监理在责任和风险承担方面与经济发达国家有着明显的不同。

1.1.2 工程监理的范围及内容

《建筑法》规定国家推行工程监理制,并授权建设部规定实行强制监理的范围。在建设部发布的《建设工程监理范围和规模标准规定》中规定了必须实行监理的建设工程项目,具体范围和规模标准如下:①国家重点建设工程,指依据《国家重点建设项目管理

办法》所确定的对国民经济和社会发展有重大影响的骨干项目；②大中型公用事业工程，指项目总投资额在 3000 万元以上的公用事业项目；③成片开发建设的住宅小区工程，建筑面积在 5 万 m^2 以上的住宅建设工程必须实行监理，而在 5 万 m^2 以下的住宅建设工程可以实行监理；④利用外国政府或者国际组织贷款、援助资金的工程；⑤国家规定必须实行监理的其他工程，包括学校、影剧院、体育场馆项目和项目总投资额在 3000 万元以上关系社会公共利益和公众安全的基础设施项目。根据《建筑法》及相关规定，在实施工程监理前，监理单位必须与建设单位签订书面建设工程委托监理合同，合同中应包括监理单位对建设工程质量、造价、进度进行全面控制和管理的条款，建设单位应将委托的工程监理单位、监理内容及权限，书面通知被监理的建筑施工企业，工程监理依照法律、行政法规及有关技术标准、设计文件和建筑工程承包合同，对承包单位在施工质量、建设工期和资金使用等方面，代表建设单位实施监督。

工程监理的工作内容可以归纳为“三控两管一协调”，即质量控制、进度控制、投资控制、合同管理、信息管理和协调工作。其中，质量控制的目标就是使工程质量满足建设单位需要，并符合国家法律、法规及现行技术规范标准的要求。进度控制的目标是在满足各项技术与成本控制要求、确保施工安全以及符合环保规范等的前提下，使各项工程按计划顺利进行并按期完工。投资控制的目标是在监理权限范围内使各项目的静态投资控制在施工合同中工程量报价清单的工程价值内。合同管理，是指监理工程师在实施监理活动时，应以参与建设活动各方主体之间签订的合同为依据，实际上，《工程建设监理规定》中规定，建设单位与施工单位之间与建设工程合同有关的联系活动应通过监理单位进行。信息管理是建立规范的信息收集、整理、使用、存储和传递程序，建立该工程项目的信息体系，这些工作由专业的部门负责归纳整理。协调工作的目标就是以合同为依据，协调好工程建设中的各种复杂的工作关系，不仅要维护建设单位的权利，也要保护施工单位的合法权利，公正、公平地解决各项矛盾与冲突，确保建设总目标的顺利实现。

2004 年国务院颁布了《建筑工程安全生产管理条例》，针对严峻的安全生产形势，条例第十四条规定，工程监理单位和监理工程师应当按照法律、法规和工程建设强制性标准实施监理，并对建设工程安全生产承担监理责任。在当前强调以人为本的宏观环境下，工程监理的工作内容和重点已逐步发生了改变，由过去的强调全过程、全方位的“三控”变为以安全和质量为主的现场施工监理。

1.2 监理责任风险管理意义

1.2.1 工程监理的责任风险无法忽视

经过近 20 年的发展，工程监理相关的法律、法规体系已基本建立，监理工程师队伍在数量和素质上已有较大改观，工程监理在建设工程中所发挥的积极作用已得到广泛的认同。但是，我国正处于计划经济向市场经济全面转轨的关键时期，建设领域的法律、法规尚不完善，公平的市场机制还未形成，再加上工程监理制的起步较晚，人们对监理的属性、工作内容以及责任缺乏了解，对防范工程监理责任风险的重要性和紧迫性认识严重不足。



实例 1-2 工程事故导致监理承担行政责任

2002 年 3 月 15 日,某炼油厂 140 万 t/年延迟焦化改造项目工地发生一起三级重大事故,造成 6 人死亡。监理单位某石化工程建设监理公司被处罚款 14800 元,吊扣资质证书 3 个月,另有 1 人受行政处分。

2002 年 10 月 2 日,某国际(配套)社会宿舍二期 1 标段工地发生三级重大事故,造成 4 人死亡。监理单位上海某建设工程咨询监理工程部 2 人受行政处分。

2002 年 12 月 8 日,上海某公园 C 块Ⅲ标工地发生 1 起 3 人死亡事故。监理单位上海某建设工程监理有限公司 2 人被行政处分。

实例 1-2 列出了工程监理承担行政责任的 3 个案例,行政处罚由建设行政主管部门作出,这是监理承担责任的一种方式。在工程实践中,监理承担行政责任的情况发生的比较多,其性质也不如刑事责任那么严重,因此,人们对监理所应该承担的行政责任往往不太重视。然而,2000 年的“南京 10·25 重大安全事故”和 2005 年的“北京西单工地脚手架倒塌事故”改变了人们对监理责任的看法。

实例 1-3 工程事故导致监理承担刑事责任

2000 年 10 月 25 日上午 10 时 10 分,南京某建筑公司承建的南京电视台演播中心裙楼工地发生一起重大职工因工伤亡事故。大演播厅舞台在顶部混凝土浇筑施工中,因模板支撑系统失稳,大演播厅舞台屋盖坍塌,造成正在现场施工的工人和电视台工作人员 6 人死亡,35 人受伤(其中重伤 11 人),直接经济损失 70 余万元。法院认定工程监理违反了《南京市项目监理实施程序》第三条第二款中的规定没有对施工方案进行审查认可,没有对支架搭设过程严格把关,在没有对模板支撑系统的施工方案审查认可的情况下就签发了浇捣令,工作严重失职,项目总监理工程师被判处有期徒刑 5 年。

2005 年 9 月 5 日 22 时 10 分左右,位于北京市西城区、由中国第二十二冶金建设公司施工的西西工程 4 号工地项目,在施工时模板支撑体系坍塌,造成 8 人死亡、21 人受伤的重大伤亡事故。法院判决认为,监理吕某和吴某二人在实施监理职责时,未切实履行监管职责,明显违反有关规章制度,符合重大责任事故罪的客观条件,均被判处有期徒刑 3 年,缓刑 3 年。

南京 10·25 重大安全事故是全国第一起监理工程师被追究刑事责任的司法案例;北京西单工地脚手架倒塌事故则是北京第一起监理工程师被判刑的司法案例。这两起工程事故在监理行业造成了不小的震动,引发了监理行业的理论工作者和工程技术人员对工程理应承担这些法律责任和应当如何承担这些责任的争论和思考。人们开始认识到,工程监理的责任风险是客观存在的,忽视对监理责任风险的防范不仅对监理工程师和监



企业是危险的,而且会严重阻碍工程监理制的健康发展。

1.2.2 工程监理责任风险管理亟待加强

值得指出的是,尽管监理责任和风险的问题开始成为业内人士关注的重点,但监理企业至今还未很好地开展风险管理,从管理层到作业层都还没有完全意识到建立监理责任风险防范机制的重要性。反而在不规范市场行为的影响下,不少企业靠低收费、低投入的方式参与竞争,致使监理企业陷入人才流失、服务水平降低,进而取费更低的怪圈。其结果是监理服务质量下降,使人们对监理的成效产生怀疑,加大了承担责任风险的可能性。为了防范恶性竞争给监理行业带来风险,保障监理行业健康发展,各地政府或监理行业协会都采取了一些诸如监理合同备案、政府监督、行业自律等手段对监理的取费进行监管,或多或少取得了一些成效,但都治标不治本,效果有限。

实例 1-4 各地实施抵制监理恶性竞争行为的措施

2004年,蚌埠市提出,从2004年3月1日起,建设监理取费最低让价幅度不得低于所规定取费下限的80%,否则在监理招标时作废标处理。规定还提出,违反上述取费承诺的自违反规定之日起半年内不得在蚌埠市区范围内承接建设监理业务。

2006年7月,大连市建设工程监理协会的62个会员单位全部在《大连市建设工程建设监理行业抵制恶性竞争压价行为自律公约》签约大会上签字。根据《自律公约》的规定:甲级企业通过招投标承揽工程监理业务时,取费率比国家规定标准下浮不得超过20%;通过议标承揽工程监理业务时,取费率比国家规定标准下浮不得超过25%。乙级企业下浮分别不得超过25%和30%。丙级企业不得超过40%。

2007年12月,《淮安市建设工程监理与相关服务费专户存储实施细则》出台,该细则规定,建设单位与市、县(区)建设行政主管部门、受托银行共同签订《建设工程监理与相关服务费监管协议书》。建设单位在办理施工许可证前,必须将监理与相关服务费打入银行专户,由建设单位和市、县(区)建设行政主管部门根据平时掌握的情况和考核组的建议,签署同意或延期支付的意见,并由监管银行严格按照意见拨付该项费用。

应该注意到,中国加入WTO后,外国咨询公司、项目管理公司开始进入中国市场,建筑市场的竞争更加激烈,国外的咨询公司、项目管理公司成立的时间长,管理经验比较丰富,专业储备人才也比较多,能够提供比国内监理公司更好的服务,而且风险管理意识较强,操作规范,国内监理企业将会面临更大的市场竞争压力。作为建筑市场主体之一的监理企业必须加快责任风险防范机制的建立,树立风险意识,解决人才储备、科学管理和风险防范的问题,使其拥有承担一定的责任风险的能力。当然,无论是在政府宏观管理层面还是企业微观管理层面,要建立并实施有效的风险防范机制,首先必须研究在现有制度下,工程监理都面临着哪些责任风险,哪些又是最主要的,如何将监理责任风险降到最小等这样一些基础性的问题。



第2章 监理责任风险管理概述

2.1 监理责任风险的含义

监理责任风险是指导致工程监理不能完成法律法规规定或合同约定的义务的一切不确定性,这些不确定性可能造成工程监理承担相应的监理责任。

监理责任的内涵是十分复杂的。从范围来说,包括合同责任和法律责任;从内容上说,包括行政责任、刑事责任和民事责任,这是由工程监理的行业特征和中国的法律制度所决定的。中国的工程监理制类似于经济发达国家的工程咨询制度。在国际工程中,咨询工程师受业主委托、为业主提供技术和管理咨询服务,其所承担的责任和义务由业主和咨询工程师签订的工程咨询服务合同进行约定,法律对此没有特别和详细的规定。而中国的工程监理同样代表业主对承包商进行监督管理,履行工程监理合同中约定的义务,承担相应的合同责任,但同时,法律、法规对工程监理的工作行为及所需承担的法律责任也进行了规定。

监理责任风险的来源是十分广泛的。目前,我国的建筑市场还不完善,市场主体存在很多违法违规现象,建设及施工单位不同程度地存在向监理单位推卸责任的现象。另一方面,工程监理的工作内容很广,如:工程质量、进度、造价、合同、协调乃至施工安全生产都属于监理的工作范围,而现代工程项目规模巨大、技术复杂,参与建设的单位众多,一旦发生工程事故,往往涉及多个责任主体,要界定不同主体的责任又是相当困难的。与此同时,在工程现场施工一线的作业工人往往是农村剩余劳动力,他们施工技术水平不高,监理的难度比较大,施工人员质量意识和安全意识的淡薄客观上也加重了工程监理的责任和风险。

实例 2-1 建筑市场主体的不规范行为会加重监理的责任风险

建设单位和施工单位不规范行为会给监理的执业带来风险,主要有:

- (1) 施工队伍的综合素质与投标企业应具备的资质相差甚大;
- (2) 监理发出的口头和书面指令,得不到贯彻执行;
- (3) 名义上有总包方,但实际上各自互不相干,指挥调度严重失灵,管理混乱;
- (4) 施工项目管理班子与投标承诺的严重不符,项目管理班子岗位人员不到位,滥竽充数现象非常普遍;
- (5) 施工单位与建设单位的个别人员关系不正常,监理工作得不到建设单位的有力支持;

(6) 个别施工单位无视法律、法规,不能正确对待监理,态度蛮横,甚至以恐吓态度威胁监理人员。

2.2 工程监理的行业特征

工程监理的责任风险和监理行业的特征息息相关。众所周知,工程监理是由监理工程师提供的一种专业技术服务。根据法律的规定、各种技术质量的要求以及建设单位委托监理合同的内容,运用合理的技能,遵循守法、诚信、公正、科学的准则,谨慎而勤勉地开展监理工作是监理工程师应尽的义务。可以说,我国的工程监理和国际上通行的做法相比,既有相同的地方,又有明显的特色,归纳起来,我国的工程监理具有以下特征:

(1) 强制性和委托性并存

我国工程监理是在计划经济转向市场经济的过程中借鉴国外咨询行业的经验而提出来的新制度,依靠法律和行政手段在全国推行。《建筑法》规定国家推行工程监理制度,这说明我国的工程监理在一定程度上具有强制性。但需指出的是,这并不改变建设单位委托监理来完成这一委托的根本属性。《建筑法》做出此项规定的主要原因是考虑到我国推行工程监理的时间不长,建设各方主体对工程监理制度的认识还不足,投资体制尚未健全,委托实行监理尚未成为一种自觉行动。因此,有必要对一些关系国计民生的重要工程实行强制监理。但是,在强制监理的范围以外,是否委托监理,或者在哪一阶段委托监理,就可根据需要由建设单位确定。从另一个角度来说,即使实行强制监理的工程,其委托性也是确定的。虽然国家对实行强制监理的范围进行了规定,但是具体由哪一家监理单位来实施,则由建设单位按照市场方法来决定。《建筑法》明确规定,由建设单位委托具有相应资质的监理单位进行监理,并且双方应订立书面的委托监理合同。监理工程师必须在监理委托合同规定的工作范围内开展监理工作。

(2) 服务性和独立性并重

工程监理的服务对象是建设单位,在授权范围内代表建设单位进行管理,利用自身拥有的专业知识、技能和经验、信息以及必要的试验、检测手段,为建设单位提供技术和管理服务,服务的内容按照委托监理合同的规定进行,受法律约束和保护。

另一方面,从专业的角度来说,尽管监理工程师受雇于建设单位,但他们必须保持相对的独立性,在开展工程监理的过程中,必须建立自己的组织,按照自己的工作计划、程序、方法和手段并根据自己的专业判断,独立地开展工作。国际咨询工程师联合会(FIDIC)认为,工程咨询企业是“作为一个独立的专业公司受聘于业主去履行服务的一方”,应当“根据合同进行工作”,咨询工程师应当“作为一名独立的专业人员进行工作”;我国《建筑法》也明确指出,工程监理企业应当根据建设单位的委托,客观和公正地执行监理任务。《建设工程监理规范》要求,工程监理企业按照“公正、独立、自主”的原则开展监理工作。

独立性也体现在利益关系方面,监理工程师不得从事任何妨碍他作为一个独立的咨询工程师的商务活动,在委托监理的工程中,与施工单位不得有隶属关系和其他利害关系。



监理企业既不直接进行设计，也不直接进行施工；既不向建设单位承包造价，也不参与施工单位的利益分成。

(3) 科学性和主观能动性决定工作成效

一方面，监理工作目标的实现需要以科学的管理和工作方法作保证。这就要求必须有足够数量、管理经验丰富和应变能力强的监理人员来组成项目监理机构，必须有健全的现代管理制度，监理工程师必须掌握先进的管理理论和方法并具有科学的工作态度和严谨的工作作风，要实事求是、创造性地开展工作。另一方面，由于具体的监理工作是由派驻现场的监理人员完成的，而不同的监理在专业技术水平，工程实践经验和自身工作协调能力等方面总是存在差异，因此监理的工作具有较大的弹性。同样的工作，可以做得细致认真，也可以做得较为马虎。监理工作成效的界定较为困难，因为好坏难以用定量的标准来衡量，其工作成效与自身的主观能动性有关。这种主观能动性受三个方面因素的影响：其一，取决于职业道德的约束；遵守监理职业道德，谨慎、勤勉地为建设单位服务，是监理工程师的基本工作原则；其二，取决于监理工程师自身对监理工作的热爱；一个对监理事业缺乏热情的监理工程师是不可能积极主动开展工作的；其三，取决于建设单位的支持。监理工程师代表建设单位在质量、工期及投资等方面对施工单位进行监督管理，建设单位的支持、诚意和信任会给监理工程师提供有力的工作保障，无疑会大大地增加监理工程师在监理工作中的热情和信心。

(4) 责任重大且成果体现合作性

监理工程师的工作对象和内容客观上决定了监理工程师需担负非常重大的责任。因为工程项目投资巨大，并且和社会公众的切身利益密切相关，一旦损害发生，涉及的经济损失很大，并还可能造成人身伤亡等重大事故。另外，工程质量的好坏、造价的高低以及工程建设周期的长短都和社会公众，特别是消费者的利益密切相关。随着社会的进步，人民群众法律意识的增强，包括监理工程师在内的工程相关人员需要承担的法律責任也在逐步明确和增加。

此外，工程监理是一种需要多专业协调配合的技术和管理服务，监理工程师的工作是一种集体行为。尽管我国的监理推行总监负责制，总监在监理服务中主要起领导、组织和协调的作用，但是具体的监理工作还是要由专业监理人员来完成。而且，监理的服务质量和水平最终还是由项目监理机构的整体服务来体现。只有整个项目监理机构高效、负责的运作，监理的效果才能得到充分的体现。

2.3 监理责任风险的相关研究

在经济发达国家，工程管理服务的市场比较成熟和稳定，服务水平和规范化程度较高，已形成了较为完整的理论体系，相关的法律、法规也比较健全。如新加坡的《建筑控制法》、日本的《建设业法》、德国的《联邦建筑法》都对建设参与方的责任有清晰界定。在有关的施工承包合同和工程管理服务合同中，对监理工程师的权力、义务和责任也有明确的约定，社会各界人士的认识比较统一，已经形成大家认可和普遍遵守的惯例。如英国的 ICE 合同条件第七版明确规定了工程师的地位和职责，并特别说明全部工程的安全性由承包商负责，工程师起一个检查审核的作用。这一合同的基本精神，已被世界上主要