

合同条款使用列举式表述的风险探析及建议

——以施工企业项目部负责人超授权范围变更管辖法院为例

□陈鑫范 陶鸿 杜英凯

建设工程项目具有建设周期长、资金消耗大、管理分散等特点,施工企业为了方便管理,通常都会设立项目部并委托项目部负责人对工程项目进行统筹管理,并赋予项目部负责人在工程施工过程中享有广泛的权利,这些权利在合同条款中也往往采用列举式表述。在工程施工过程中,项目部负责人经常会以施工企业的名义对外签订各种合同,尤其是各种建筑材料的购销合同、设备租赁合同、分包合同等。但由于项目部负责人的故意或过失,导致其在对外签订合同、确认书或担保函等法律文书时存在超越授权的情况,例如超越授权更改原合同违约金、合同履行期限或管辖法院等内容。而在双方发生争议诉诸法院时,这些由项目部负责人签订的法律文书可能会使施工企业处于诉讼的不利地位,因为发生争议时,义务方总是千方百计地要求缩小义务范围,权利方也总是想方设法地主张扩大权利范围,最后也需要由法官来进行认定,但由于法官并不是合同当事人,很可能会因为个人理解的偏差,而作出符合当事人订立合同本意的认定,所以合理地使用列举式表述对合同当事人实际进行授权范围内项目负责人的权利进行锁定就显得非常重要。

对此,我们团队结合实务案例,从法理层面对该问题展开分析,以期抛砖引玉。

一、案情简述

A公司与B公司之间签订了《商品xxx购销合同》,约定由A公司向B公司承建的项目提供xxx,合同显示C为B公司的项目负责人,合同第16条(3)约定,“除合同明确授权人员在授权范围内行使权利外,其他人员均不能处理本合同约定的事项,包括出具欠款证明、对账单、承诺书、结算单等,因此形成的决议、凭证、答复、承诺、结算等对乙方均没有法律约束力。上述欠款证明、对账单、承诺书、结算单等有且仅有C有权出具。”同时合同第16条(6)约定,“本合同未尽事宜需要补充或履行过程需要变更,双方必须另立补充协议,应由双方法定代表人或委托代理人签字并加盖行政公章或合同专用章后才有效,未以书面订立或未加盖行政公章或合同专用章的补充协议对B公司不发生法律效力,且约定双方发生争议,双方均可提交D市中级人民法院诉讼解决。”

在合同履行过程中,由于B公司未能及时支付货款,C另行出具了一份《承诺书》及与A公司、承诺书,承诺由C承担连带保证责任,如果C或B公司未履行承诺函的内容,A公司可提交E市中级人民法院诉讼解决。最后,B公司仍然未支付货款,A公司即将B公司与C诉至E市中级人民法院。

由此引发的问题是,该承诺书是什么性质?C在承诺函中承诺的内容是否超出原合同的授权范围?E市中级人民法院对本案是否具有管辖权?

二、实务反思

一审以及二审法院均认为C有权改变原合同的管辖条款,但一、二审法院在裁定书中的论证逻辑均存在可探讨之处。

一审法院的说理为:“根据《商品xxx购销合同》16(3)的约定,C有权向A公司出具承诺书,C系合同明确约定的B公司的委托授权人员,其作出的承诺中包括对管辖法院的约定,其效力当然及于B公司,从而认定E市中级人民法院对案件具有管辖权。”

但根据合同16(3)的约定,B公司对C的授权范围并不包括变更原合同的管辖法院,一审法院的说理完全未考虑到该合同条款对C有权出具的承诺书内容进行了限定,一审法院则认为C作为授权委托人员出具的所有承诺书均能对B公司产生效力,该说理逻辑存在一定的不合理之处。

二审法院的说理为:“原合同明确C为B公司涉案工程项目经理,并授权C在合同履行过程中有权出具包括欠款证明、对账单、承诺书、结算单等对账结算事宜,该条款赋予C较高的权限,甚至包括涉案工程的结算等主要权利义务内容,而合同16(6)之条款并未排除C权限的意思表示,因此,对于C代表B公司在承诺书中作出的管辖条款,其效力应当及于B公司,应视为对原合同中已有管辖条款的补充。因此,D市和E市中级人民法院对本案均有管辖权。”

二审法院认定C的身份为担保人,也阐述了本案管辖权应以《商品xxx购销合同》为准,但却认为C有权对合同的管辖法院作出变更。合同16(3)的内容实际上仅赋予C针对履约过程中的财务对账事宜,并且也仅限于对合同内容按约履行行为的确认、承诺,承诺内容也有其边界,不宜将其扩大解释为变更原合同条款或加重原合同中乙方的义务。而二审法院却认为合同授权C有权出具涉案工程对账相关事宜以及涉案工程结算等主要权利义务内容,因此认为合同赋予C较高的权限而推定C在承诺书作出的管辖条款自然对B公司产生效力,但二审法院未考虑到合同条款赋予C较高的权限并不当然等于C有权行使合同未赋予的权利,同理,合同条款赋予C的权利包括涉案工程的结算等主要权利义务内容也并不当然等于C有权更改合同的管辖法院,二审法院是在超越合同双方当事人的合意而扩大合同赋予C的权利范围,二审法院的说理逻辑同样可圈可点,值得我们深入讨论。

综上,一、二审法院在本案的理解上均存在一定程度的偏差,最后做出的裁定内容也可能不符合案件的实际情况。我们也在下文对案件相关情况进行分析,对案件进行深入的分析。

三、案件探析

问题1:该承诺书是什么性质?

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第21条规定,“债权人一并起诉债务人和担保人的,应当根据主合同约定管辖法院。”如果承诺函被认定为保证合同,则该承诺函应当作为主合同即《商品xxx购销合同》的从合同,在A公司一并起诉B公司与C的情况下,应当根据主合同约定管辖法院,那么本案应当由D市中级人民法院管辖,E市中级人民法院应当裁定将案件移送至D市中级人民法院。所以,如何认定该承诺函的性质,是本案的关键点。

那么应当如何判断一份文书是否属于保证合同呢?针对该问题,我们通过案例检索,选取了三个相关案例如下:

1. 同益实业集团有限公司、辽阳银行股份有限公司葫芦岛分行金融借款合同纠纷一案二审民事判决书(2020)最高法民申4012号。最高人民法院经审查认为,本案系金融借款合同纠纷。根据同益公司的再审申请理由,本案审查的焦点问题是本案中《承诺书》是否产生相应的担保效力……

该《承诺书》系各签章主体的真实意思表示,亦无其他无效的法定事由,按照《承诺书》的相关约定,应属于承诺主体对已经存在的融资业务作出的担保保证……

同益公司主张该《承诺书》因缺乏担保的主债权数额、担保期限的约定不应认定为保证合同,但结合该《承诺书》内容,可以明确得知同益公司及集团各子公司以书面形式出具了担保书,并承诺承担连带保证责任,担保范围包括贷款等融资业务,担保的期限是承诺书签署之日起三年内,故同益公司主张的相应理由不能成立。另外,辽阳银行葫芦岛分行与其他各公司分别签订保证合同的行式并未否定《承诺书》的效力,故同益公司有关《承诺书》不产生担保效力的主张不能成立。

2. 中国建设银行股份有限公司湖南省分行、湖南省高速公路管理局合同纠纷二审民事判决书(2019)最高法民终1006号。最高人民法院认为(一)关于案涉《承诺函》的性质及效力……综合案涉《承诺函》出具的背景、目的及其内容来看,该函虽然名为“承诺函”,但高管局在该函中明确显示当宜连公司不能按时履行贷款合同项下还款义务时,高管局承诺回购宜连高速公路经营权并以所支付的款项优先归还建行湖南分行贷款本息。建行湖南分行对宜连高速公路经营权享有质权,高管局的承诺提高了建行湖南分行贷款质押物的变现偿债能力,系高管局为宜连公司向建行湖南分行贷款提供的增信措施。高管局在承诺函中不仅明确表示“确保化解银行贷款风险”,还承诺了具体措施和责任。由此可见,高管局并非仅承诺对宜连公司清偿债务承担道义上的义务或督促履行之责,其通过出具《承诺函》的方式为宜连公司向建行湖南分行的贷款提供担保,担保建行湖南分行实现案涉债权的意思表示明显,其内容符合《担保法》第十七条的规定,故《承诺函》具有保证担保性质。

《担保法解释》第二十二第一款规定:“第三人单方以书面形式向债权人出具担保书,债权人接受且未提出异议的,保证合同成立。”高管局向建行湖南分行出具案涉《承诺函》,建行湖南分行表示接受,并未提出异议。一审法院认定建行湖南分行与高管局之间成立保证合同关系,认定事实及适用法律并无不当,本院予以维持。《担保法》第九条规定:“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。”本案中,高管局作为履行湖南基础设施高速公路的建设、管理职责的以公益为目的的事业单位,依法不得作为保证人。故《承诺函》因违反法律的强制性规定而应认定为无效。因此,建行湖南分行、高管局关于《承诺函》性质及效力的上诉理由均不能成立,本院不予支持。

3. 邵秀英诉丁邦涂(中国)有限公司买卖合同纠纷一案二审民事判决书(2019)沪01民终1788号。上海市第一中级人民法院认为,一审法院判决钱学岐、李英、谭文斌、谭燕茹就富泰公司所欠欠款公司的债务承担连带清偿责任并无不当。理由如下:

第一,李英、谭文斌、谭燕茹上诉称其出具的《确认书》是直接交给富泰公司的法定代表人傅志平而非立邦公司,该《确认书》只对富泰公司有效,其与立邦公司之间不存在保证合同关系。对此,本院认为,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第二十二第一款规定:“第三人单方以书面形式向债权人出具担保书,债权人接受且未提出异议的,保证合同成立。”本案中,李英、谭文斌、谭燕茹的该上

诉理由不能成立。法律关于保证合同的内容规定在《中华人民共和国民法典》第681条,“保证合同是为保障债权的实现,保证人和债权人约定,当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时,保证人履行债务或者承担责任的合同。”

从上述案例可知,针对承诺函、确认书等文书,其性质和法律效果由其出具的背景、目的及其内容决定,并不由文书名称决定。如果从文书中可以分析出当事人具有为他方的债务提供担保的意思表示,该文书则具有保证担保的性质,相关当事人之间成立保证合同关系。

回到本案,由于C在承诺函中明确其为B公司欠付A公司的货款进行担保,同时约定了保证方式以及保证期间,因此,应当认定该承诺函为保证合同,从属于《商品xxx购销合同》,C的身份为担保人,本案争议也应当按照主合同约定的管辖条款确定案件的管辖法院,所以应当按照《商品xxx购销合同》确定管辖法院。

问题2:C在承诺函中承诺的内容是否超出原合同的授权范围?当承诺函被认定为保证合同后,本案的管辖法院本可依据《商品xxx购销合同》确定,但本案却存在不同的情况,即《商品xxx购销合同》第16条(6)规定与第16条(3)的约定因使用列举性陈述而存在个体理解差异。如果依据16(3)认定C具备合同赋予的更改合同管辖条款的权利,那么C出具的承诺函则有可能被认定为《商品xxx购销合同》的补充协议,案涉管辖法院则应当为E市中级人民法院。

此种情况下,根据《民法典》第142条规定,可以按照合同所使用的词句,结合相关条款、当事人的行为的性质和目的以及诚实信用原则,来综合确定意思表示的含义,而不应当将条款孤立起来讨论。

根据16(3)的规定,C有权出具的文件包括“欠款证明、对账单、承诺书、结算单等”,用以“处理本合同约定的事项”。依照该条并列列举的内容,可见该条款中的“承诺书”实际上是针对履约过程中的财务对账事宜,仅限于对合同内容按约履行的确认、承诺,其承诺内容有其边界,不宜扩大解释为变更原合同条款或加重原合同中乙方的义务。此外,再结合16(6)明确约定的排除范围来看,16(3)中授权C出具的“承诺书”之含义,也仅仅系对合同已约定义务的履行承诺,而非对合同的补充或变更,如若该款“承诺书”之承诺包括C可随意承诺增加或变更合同条款,则合同的16(6)则形同虚设,亦不符合商业逻辑。

本案中,C出具的承诺函内容不仅增加了C自身作为第三人提供连带保证的担保条款,还增设违约金条款加重了B公司的债务负担,甚至变更了原合同明确约定的债务解决的方式,远远超出了原合同中C所出具“承诺书”可承诺的范围。在原合同没有明确授权C可增设或变更合同条款的情形下,其承诺函又未加盖公章或合同专用章,则C单独作出的增设公司义务及变更争议管辖法院的承诺,不应为B公司发生法律效力。

问题3:E市中级人民法院对本案是否具有管辖权?综合前述论证思路,本案的承诺函虽名为“承诺书”,但实际上则为担保函和效力待定的补充协议(针对承诺函约定的违约金和管辖条款部分)的结合。C签署的承诺函所载变更管辖合同约定内容的部分效力不能及于B公司,同时,根据问题1的论述,C出具的承诺函属于保证合同,也即《商品xxx购销合同》的从合同,那么承诺函中的内容生效部分仅限于C为提供担保的部分,C在本案中的身份为案涉合同的担保人。因此,依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第21条的规定,本案争议应当按照主合同约定的管辖条款确定案

件的管辖法院,本案应当由D市中级人民法院管辖,E市中级人民法院应当裁定将案件移送至D市中级人民法院。

四、案件小结

实践中,施工企业对外签署的合同在类似条款的表述上五花八门,但万变不离其宗,在类似争议的处理上,仍有如下共性的角度可供施工企业选择适用。首先,可以从项目部负责人的权限入手,论证其在对外签订的法律文书中增大违约责任、更改管辖法院或履行期限等内容,属于超越其授权范围订立的,在未得到施工企业追认的情况下,这些条款带来的不利后果不应由施工企业来承担。

其次,我们可以从合同签订的背景、目的及其内容等方面出发,论证项目部负责人签订的法律文书的形式属于保证合同,项目部负责人为担保人。在债权人同时起诉债务人和担保人的情况下,根据法律的相关规定,我们便可以借此主张案件应当按照主合同约定的管辖法院。

最后,我们可以将上述的论证结合起来,在证明施工企业不需要为项目部负责人超越权限订立合同的过错买单的同时,从这两个角度对案件的管辖权进行论证,使案件的主动权拉回到有利于施工企业的一边。

此外,在工程实践中,为了更好地保护施工企业的合法权益,尽量避免不必要的争议,施工企业在进行授权时,应当注意以下几点:

1. 明确约定授权代表的授权范围及期限,合理使用列举性表述。如对违约金、价款、管辖法院等实质性内容,建议约定为除法定代表人和授权代表外,其他人员均无权代表施工企业签署任何修订合同价格、结算方式、支付进度的补充、变更协议和确认结算金额等实质性内容的协议。在项目部负责人为授权代表的情况下,必须对其授权范围作出明确的限定,避免明有所授权的范围,且应当尽量避免使用“等”字进行结尾,而在必须使用列举式表述的情况下,如下两点可作为参考:

1.1 明确约定内容确定的话,应将全部权利都进行列举,切勿因嫌麻烦而仅列举几个使用“等”字进行结尾;在授权内容不确定的情况下,可优先将部分确定的权利进行列举,再采用概括列举的方式进行兜底表述。

1.2 可合理通过正面与反面列举的方式进行约定。正面列举指直接对权利内容进行列举,反面列举指直接将想要进行否定或排除的权利内容进行列举,可单独使用一种方式进行列举表述;而在列举一个方面并不表明排除其他方面的情况下,可同时采用两种形式,对授予的权利从正面进行肯定表述,同时对排除的权利从反面进行否定表述,以达到最不容易使人产生歧义的效果。

此外,还需同时约定,除列举的授权外,项目部负责人无权代表施工企业签署任何法律文件。若确有必要对前述提及的实质性内容进行修订或签订合同的,应事先取得施工企业的书面特别授权。关于上述事项的各种书面文件,必须在施工企业加盖其公章(合同专用章)后才可生效,其中,公章(合同专用章)也不应包括项目部印章、财务章等施工企业内设部门、分支机构的印章。

2. 拟定合同条款应避免前后矛盾。我们在拟定合同条款时,应当基于合同全局的角度进行撰写,避免条款之间出现矛盾、表述不清等情况。

3. 拟定合同时宜谨慎区别盖章签字的生效要件。缔结合同时,根据合作事项的重要程度,明确约定合同成立的条件为“盖章生效”“签字并盖章生效”,而不应单独以签字为生效条件或约定不明晰的生效条件。

建筑法苑

主 编:何梦吉
 本报建设法律
 咨询服务工作室

联系电话:021-68212799
 传 真:021-68210873
 地 址:上海曹路538号118楼
 邮 编:200433
 E-mail:652016115@qq.com
 联系人:何梦吉

建材价格上涨,固定价合同是否可以调差的法律思考

□杨美峰

建设工程合同的计价方式是结算的重要依据,根据《建设工程价款结算暂行办法》(财建[2004]369号):“发发包人、承包人在签订合同时可选用固定总价、固定单价、可调价合同等固定价格合同。发包人出于成本可控、避免结算争议的考虑倾向于签订固定价合同,固定价合同在风险约定范围内的价格一般不予调整,有些固定价合同甚至约定合同已经考虑到价格的上涨风险,无论何种情况材料均不予调整。去年以来建材和人工价格攀升,多地住建部门发布预警,如何处理好建材价格调差的纠纷,本文予以分析。

固定价合同可以调差的法律依据分析

1. 行业规范和指导性意见等是否可以作为调差依据。国家地方的行政规定、通知以及计价标准等均作出了超过一定涨价幅度范围的材料可以调差的规定。例如住建部编制的《建设工程工程量清单计价规范》GB50500-2013第9.8.2条规定:“承包人采购材料和工程设备的,应在合同中约定主要材料、工

程设备价格变化的范围或幅度;当没有约定,且材料、工程设备单价变化超过5%时,超过部分的价格应按照本规范附录A的方法计算调整材料、工程设备费。”各地住建部门也有类似的规定。行政机关倡导建设工程各方调差有利于鼓励形成健康有序的建筑市场环境,但是国家地方性规定、通知、行政管理部门发布的调价意见、计价规范不具有强制性,其效力低于法律和行政法规,通常也不能作为为人民法院、仲裁机关裁判的直接依据。

2. 情势变更原则是否可以作为调差的依据。我国《民法典》施行后将情势变更原则正式纳入立法其第五百三十三条:“合同成立后,合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的,不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于当事人一方明显不公平的,受不利影响的当事人可以与对方重新协商;在合理期限内协商不成的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”情势变更原则旨在解决建立合同后因客观情况变化导致显失公平的问题,该重大变化可能来自政策性因素、

市场因素、不可抗力因素等,且这种变化是当事人订立合同时无法预见的,此时如一味要求当事人恪守契约精神,会对一方当事人造成明显不公,违背了合同订立的目的。但是施工承包人作为建筑领域的商事主体应当对建筑材料的波动具有一定的预见能力和一定的商业风险承受能力。且建筑材料的价格上涨原本属于商业风险,只有建筑材料的上涨超出了正常的商业风险才可能构成适用情势变更原则的要件。因此情势变更更有严苛的适用条件,又给了裁判者对上述概念如何理解的难题容易造成法律适用错误,在司法实践中很难激活情势变更条款。

3. 基于公平原则通过裁量权调整。根据《民法典》第六条:“民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务。”在建筑市场上,签订合同时发包人处于优势地位,承包人处于相对被动地位。当合同约定的承包人承担的风险范围过高而情势变更条款又不便适用时,司法裁判机关会基于公平原则通过裁量权就材料差价予以调整,倡导当事人双方合理分担涨价

风险,化解社会矛盾,推动建筑市场有序发展。比如四川、北京、安徽等地法院均有类似规定,这也是司法界主流的裁判理由。

如何判断建筑材料上涨幅度是否过大?

建设工程施工合同的材料价格是否应当调差,既要尊重当事人意思自治契约精神和诚实信用原则,又要考虑建筑行业健康发展。如过分宽松会鼓励当事人违反契约精神,不利于诚信原则的构建;如一概不许调差可能引发建筑质量问题,进而影响公共安全,损害施工工人的利益。情势变更的出发点是合同订立时是条款公平的,只是客观情况发生变化导致履行中的显失公平,而公平原则的出发点是合同履行过程中出现了显失公平,订立之初也有不公平之嫌,而无论是基于情势变更原则还是基于公平性的考虑调差均需要就建筑材料上涨幅度是否过大作出判断。

1. 承包人风险承受力的影响因素。一是,建筑材料占比对施工造价的影响。例如钢结构主体工程,可能钢材单

价上涨幅度不大,但是用量大、整体造价成本大幅增加时对承包人明显不公的应当予以调整。有的材料单价涨幅虽然较大但不宜作为主要材料,对施工成本影响较小,此时不宜调差。

二是判断材料价格上涨风险范围是否合理时,裁判机关不能直接以行政部“下发”的计价规范或者指导意见的幅度为衡量标准,否则会使行政规定、意见合同化,违背了当事人的意思自治原则。三是应考虑承包模式对承包人的抗风险能力的影响。如采用EPC工程总承包模式时,对承包人造价把控等方面提出了更高的抗风险能力要求,且平衡整体利润空间大,原则上不宜调差。此外不同的施工主体的资质、规模等对材料波动的抗风险能力也是不同的,也应纳入合同条款是否有失公平的考量因素。

2. 施工周期和成本对承包人风险承受能力的反映。建筑材料价格上涨幅度是否过大,还应从纵向和横向对比的空间分析,对于施工周期较长的建筑合同,如在主体结构施工时水泥上涨,二次结构施工时水泥下跌,此时若整个建材的价格波动基本上是平衡了承包人利益的,

则不应再调差。从建材横向变动来看,如水泥价格上涨,但是钢筋价格下跌,此时若建材的价格波动平衡了承包方的利益,则不应再调差。

3. 发包人与承包人的过错因素。根据《民法典》第五百七十七条:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”如因发包人或承包人一方的原因导致合同迟延履行,工期延后期间建材价格上涨,应当予以调差并弥补承包人的损失;如因承包人或承包人一方的原因导致合同迟延履行,工期延后期间建材价格上涨的,应当不予调差;另外,虽然施工合同约定建筑材料不予调差,但是后续双方通过会议纪要、签证、补充协议等形式明确予以调价,则构成对合同条款的变更,应当允许调差;因建筑设计变更、发包人指令等因素导致工程量增加,对应工程量增加部分的材料应当予以调差。

(作者单位:中铁建设集团南方工程有限公司)