

施工安全机理分析、监理法律责任的规避 及施工安全监管模式的探讨

何万钟 (重庆市建设监理协会, 重庆 401147)

摘 要: 为了建立施工安全长效机制, 理清解决思路, 对施工安全机理进行分析。通过从技术性、经济学、内外监管机制、宏观政策设计和制度安排, 为防范施工安全事故还有不少有待改进和完善之处。另外也不难看出, 实施施工安全是一项巨大的系统工程。而根据监理制确立的监理企业在工程建设中的作用和地位, 它在推进这一巨大工程中能够发挥的作用是有限的。可是目前《建设工程安全生产管理条例》明文授予监理的职责和职权与监理所承担的安全监理责任又是不对称的。这就使监理企业感到重重压力。因此监理企业为维护自身正当利益, 不得不谋求施工安全监理法律责任的规避之策。文章对施工企业外部安全责任行为的监管模式进行了探讨, 在指出《条例》确立的由监理企业进行监管的制度尚有缺陷的基础上, 探讨建立由保险机构进行监管模式以“保险机构为主体, 监理企业为补充”的监管模式。

关键词: 施工安全; 机理分析; 监理; 法律责任; 监管模式; 保险机构; 探讨

中图分类号: F407.9 **文献标识码:** A **文章编号:** 1007-4104 (2004) 05-027-07

1 施工安全机理分析 为了建立施工安全长效机制, 理清解决思路, 有必要对施工安全机理进行分析。

1.1 技术性分析 酿成施工安全问题从技术性来看, 计有以下因素:

1.1.1 作业人员的因素 包括: 操作技能及水平, 含安全生产知识与技能。实际经验。经验丰富的作业人员能识别和防范非安全因素的干扰, 否则就不行。

作业者的劳动态度, 含敬业精神、劳动时是否认真、仔细等。作业时的体能。含体力是否饱满, 是否疲劳、带病上班、连续加班、酒后作业, 有无疾病及生理缺陷等。作业时的心态。含有无因家庭琐事, 经济拮据, 同事纠纷, 人际关系紧张带来的心态问题等。基层第一线的组织管理人员也有与作业人员大致相同的影响因素。

1.1.2 物的因素 指作业人员施工所持工器具、防护用品及作为加工对象的材料、元器件、构配件, 所使用的动力资源 (如电力、燃气、压缩空气、乙炔气、蒸气等) 及工作介质 (如水、气体等) 的品质是否符合标准, 供应管网 (材质及布置) 是否符合相关标准; 工器具及防护用品的设计是否符合人体工程学和工业心理学要求; 安全防护设施是否齐全配套等。

1.1.3 工艺技术因素 指作业人员采用的技术和方法是否正确, 技术组织措施有无不当等。例如: 对易燃易爆材料的加工或遇有高温挥发性有毒气体产生的作业与电焊是否在同一工作面或紧邻工作面同时作业等。

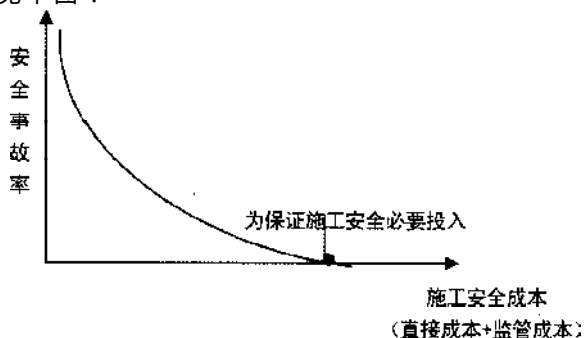
1.1.4 劳动环境因素 指作业人员施工场地是否符合有关安全技术标准。如夜间施工照明不足, 或夜间照明产生眩光、重影; 有无挥发性毒气产生的材料加工场地通风、换气不足; 在狭窄空间内 (如地下、深坑内) 作业, 导致通风、换气不足; 水位下作业面的防排水设施能力不足或无备用品 (件); 工作面与周边

无安全隔离区 (带) 等。

仅从上述技术因素来看, 涉及的范围是很广泛的, 施工过程中只要其中一项事先未预见到, 或虽有预见但若控制不及时都有可能酿成安全事故。

1.2 经济学分析 酿成施工安全事故的经济机理如下:

1.2.1 施工企业为安全生产所必须的投入严重不足 安全施工需要有合格的工人, 合格的工器具, 符合标准的加工对象和能源动力, 成熟的工艺技术及有完备的安全保障设施及劳动环境等。这些都需要必要的投入, 即构成施工安全的直接成本, 是工程直接成本的组成部分。施工安全成本与施工安全事故率之间的关系, 参见下图:



施工安全成本与施工安全事故率间关系

联系到当前严峻的建筑竞争市场, 业主方同机压价, 施工企业过度竞争相互杀价, 政府又疏于有效的市场监管, 施工企业怎能保证施工安全方面的成本投入? 这种情况下, 施工安全怎不事故频发? 这正是当前施工安全形势愈益严峻的经济主因。

1.2.2 施工企业追求利润, 又往往以降低施工安全成本作为谋利的首选 施工企业追求利润最大化, 无不

刻意降低成本,首当其冲的就是压缩施工安全成本。这是因为,此与实体施工中偷工减料不同:第一,降低施工安全直接成本并不影响工程实体的形成及其质量;第二,工程质量实行终身责任制是一种长期责任,而施工安全只在施工期内发生,倘若能侥幸幸免,岂不利莫大焉?在这种以谋利为目的侥幸心理下降低施工安全必要投入,施工安全怎不险象环生?这也是当前施工安全形势严峻的又一经济主因。当然,在现实中既偷工减料,牺牲工程质量,又降低施工安全成本,牺牲施工安全的企业也许还不在少数。

1.2.3 实行专业分包及劳务分包的工程,由于总承包商及中间承包商的层层盘剥(层层转包)由此到基层第一线的施工队伍的承包收益中,已无力支付施工安全必要的费用。这不能不说也是施工安全形势严峻的又一经济原因。

1.3 监管分析 任何一个系统,如欲处于可控状态,就必须在其运行过程中进行规范的监管和调节。施工企业对利润的追求,本身就有降低施工安全必要投入的经济动因。因此这就更需要对施工企业的施工安全责任行为进行监管。但多年来的现实情况是:

1.3.1 监管主体长期缺位 对施工企业安全行为的监管包括:第一,施工企业内部体制下的监管。这又包括总承包商对分包商安全行为的监管和各类施工企业(不论总承包商和分包商)对其内部作业层安全行为的监管。但多年来各类施工企业撤销安检机构和专职安检人员(不说全部,至少相当大部分如此),故施工企业内部实无监管可言。第二,施工企业外部的监管。与工程质量监管相比,政府主管部门施工安全执法监管也实无监管力度。

1.3.2 监管方式以“事后查处”为主,不符合“预防为主”方针

1.3.3 适应市场经济体制要求的监管机制尚未形成

(1)施工企业内部的监管机制。施工企业内部对安全行为的监管本质上是企业的经济行为。理论上,施工企业只有加强监管,确保施工安全,才能实现其经济效益(工程顺利完工,实现其利润)。施工企业这样作,所支付的施工安全成本也应从承包收益中得到补偿。从这点来说,施工企业出于对最终经济效益的追求,理应同时也会加强内部监管。这是企业的理性行为。但现实情况是由于市场的过度竞争或施工企业为谋求利润的最大化,它根本无力或根本不考虑在安全方面进行必要的投入,又怎么能确保施工安全?又怎能会自动加强监管,增大监管成本?这是事情的一面。另一面就是施工企业不加强监管,也许酿成安全事故,又会付出多大的事故成本或违法成本呢?老实说,眼下这一事故成本并不高。例如不懂安全知识技能,不懂法,又不懂维权的农民工出了事故后,有的地方也许几千元就被私下摆平了;有的甚至签了“安全事故自行负责”的生死合同,连这几千元也难得到。即使一些事故隐瞒不住,承包商或包工头又通过勾兑当地官员,有的当地官员为保“一地平安”的政绩光环,往往又是“大事化小,小事化了”。这样即使发生事故,承

包商或包工头往往还以较低的事故成本平安过关。这种情况下,他们还会事前去加大监管成本的投入吗?这又怎能形成自我防范的内部监管机制?

(2)施工企业外部的监管机制。由于施工企业的利益取向,企业体制内的监管难以自动生成,因此,从企业外部进行的监管也就必须要强化。依据现有法律法规,施工企业外部监管有以下四个方面:第一,建设行政主管部门的执法监管。第二,《建筑法》第48条规定的“从事危险作业的职工意外伤害保险”而形成的保险机构进行的监管。第三,依照《工伤保险条例》(国务院令375号,2004年1月1日起施行)对施工企业“执行安全卫生规程和标准,预防工伤事故发生”进行的监管。第四,《建设工程安全生产管理条例》(以下称《条例》)新设立的由监理单位进行的监管。上述第一项属行政执法监管。众所周知,因长期以来缺乏专职机构、人员编制和经费,连监管体制都不健全,又谈何形成监管机制?第三项监管属社会保险范畴,具有明显的公益性,对施工企业外部监管缺乏具体依据和可操作性。第二项虽早有法律规定,但未实际实施,因而也就形不成由商业保险机构从企业外部进行的监管。第四项因为是新设立的监管制度,要形成监管机制还有待解决一系列问题。

综上所述,施工企业自我防范施工安全的内部监管机制尚待确立,亟需强化的外部监管机制又还未形成。

1.4 法律分析 所谓法律分析就是从现有法律法规层面考察防范施工安全是否形成周密有效的政策设计或制度安排。所谓有周密和有效,应从事前预防、事中监管、事故发生后处理的全过程来体现。

1.4.1 根据施工安全需要尚需提高施工企业入市门槛首先要转变施工企业技术含量低,谁都能干的错误观念。应该认识到,它的技术装备率、资本投入率虽不如工业、交通运输业,但它属安全风险较高(类)及技术含量越来越高的行业。其次,即使准予进入市场,也需实行安全生产资质的动态监管,当施工企业屡次发生事故,保险机构拒保时该企业也就应清除出市场。

1.4.2 对职工安全培训除安全知识及技能外要弥补有关个人安全权益和安全义务的空白 通过培训要使职工有依法维权的自觉意识,能识别和拒绝签订无安全保障的劳务合同,要使职工能识别安全作业的环境和条件。从而有权拒绝和举报在不安全环境下施工,职工也有义务遵守安全生产规程等,这才是从源头上把好安全生产第一关。

1.4.3 完善招标投标市场秩序,保证施工企业对施工安全有足够的投入

1.4.4 形成强制性职工意外伤害保险制度 发挥商业保险机构对施工企业安全行为的经济制衡和监管职能(后详)。

1.4.5 施工安全措施费应按照责任、事权、财权相一致原则规范相应的核标、结算制度 切实改变专业分包、劳务分包的工程施工安全措施费层层转包、层

层盘剥,愈到基层只剩下工程直接费及少量管理费,甚至只剩下现场人员劳务费的局面。

1.4.6 提高施工企业的事故成本或不重视安全的违法违规成本 除加大经济罚金外,对相关人员应有辞职、降职、开除等相应处罚。

1.4.7 对缺乏维权知识,不敢投诉又无力投诉的弱势群体——广大农民工建立法律援助制度 有了这一条,广大农民工也就不怕打击报复,敢于拒绝签署“安全事故责任自负”类的劳务合同;敢于拒绝采用不安全技术方法的违章作业;敢于拒绝在不安全施工环境下作业;敢于对雇主违反施工安全的行为进行举报;当自身正当经济权益受到损害时敢于投诉。

以上从技术性、经济学、内外监管机制、宏观政策及制度设计等方面来看,为防范施工安全事故还有不少有待改进和完善之处。另外,由此也不难看到,实施施工安全是一项巨大系统工程。根据监理制确立的监理企业在工程建设中的作用和地位,它在推进这一巨大系统工程中能够发挥的作用是有限的。《条例》明文授予监理的职责与职权与要它承担的施工安全监理责任又是不对称的。在这种情况下怎么不使监理企业感到重重压力,风险环生?监理企业怎么不为维护自身正当权益谋求应对之策?

2 施工安全监理法律责任的规避 所谓规避法律责任是指监理企业(及人员)依法执业,防范和避免被追究法律责任,维护自身的正当权益。依法执业是前提,不被追究法律责任也就是顺理成章的事了。但是,有的地方主管部门为抓施工安全,一旦现场发生安全事故,即使监理企业按《条例》的规定做了,也往往要加以引伸和外联而被连带处罚。这种情况下,监理企业规避法律责任也就成为维护自身权益的正当选择了。

2.1 监理企业自身建设 根据《条例》要求开展施工安全监理工作,企业应抓好以下自身建设工作:

2.1.1 学习掌握有关施工安全技术规程、标准及相关法律、法规,充实施工安全监理的技术准备和人力准备。

2.1.2 在没有修订《建设工程监理规范》前,编写企业内部实用的施工安全监理手册,指导施工安全监理工作。

2.1.3 补充和充实监理人员在施工安全监理方面的职业道德和纪律的规定,对以下有故意情节的要重处重罚:将违反强制性标准的安全技术措施或专项施工方案签字认可的;迁就业主意愿或施工方压力将严重隐患说成一般性问题“大事化小”的;迁就业主意愿或施工方压力将暂时停工改为整改处置而又不力的;有意将事故隐患隐瞒不报,私下处理贻误时机的;有意将事故隐患拖延报告、拖延处理贻误时机的;对进场无安全生产资质的施工企业,或无上岗证的作业人员知情不报或拖延报告贻误时机的;对擅自变更原施工方案、原安全技术措施知情不报或拖延报告贻误时机的;越权指令施工方违章作业的;等等。

2.2 在承揽监理业务及履行监理委托合同中,学会并善于防范风险

2.2.1 承担与其资质、能力相称的监理业务。对企业不熟悉又缺乏实际经验的项目承接业务要慎重。

2.2.2 对资本金不足,而又无良好融资渠道,主要甚至全赖压低工程造价(包括压低监理费)施工企业垫资及拖欠工程款为手段运作的项目承接业务特要慎重。因业主这样运作项目就埋下了日后滋生各类纠纷、扯皮的恶果。在此情况下,施工企业也难保证施工安全的必要投入,甚至有的施工企业也就敢于理直气壮地压减施工安全费用及施工安全设施。

2.2.3 在与业主签订监理委托合同时,要补充关于施工安全监理双方权利义务的条款。

2.2.4 协助业主选好施工队伍。对无施工安全生产资质而业主又执意选择的,监理应切勿迁就,即使被中止监理合同也在所不惜。

2.2.5 如监理进场时业主已选定施工队伍,经考查若不具备相应施工安全生产资质时,监理亦应明白表明立场;如业主执意坚持,亦可按 2.2.4 项方式处理。

2.2.6 施工过程中发生工程变更,监理应评估对施工安全影响,表明态度并签署意见。各方协商制定措施时,监理应有明确的观点并留下凭证。

2.2.7 施工过程中,业主出于某种需要压缩工期实行“抢工”时,一方面监理应协同业主、施工企业完善相应施工安全措施。若其措施不能保证施工安全或业主又不愿为“抢工”支付安全措施费时,监理应表明态度,竭力规劝不要蛮干并留下凭证。必要时向主管部门报告。若应此举迁怒业主甚至发展到中止监理合同时,监理应凭其有理(有关凭证)地位追讨回应得的经济利益。

2.2.8 在履行合同过程中,若业主执意违法违规,监理应及时提醒、规劝,表明制止态度。如业主仍得寸进尺,一意孤行,并妄言“出了事我负责(摆平)”等等时,监理应高度警惕。因为这类业主往往迷信权势,一旦发生重大事故,反而会说“我们不懂专业”,把责任推在监理身上,届时后果就更严重了。在此类人的眼里“权势、金钱、关系”才是他们的办事规则,他们不会尊重科学规律,更不会尊重监理意见,这也就更有可能滋生重大事故苗头。对这类业主当初不了解,但当逐渐显露其意图后,应在有理(及时提出意见留下凭证)有利(收到相应经济收益后)的原则下,适时中止合同以防陷入更大的风险。

2.2.9 对于由施工企业垫资的工程,业主也要看它的脸色,监理的行为更得不到业主的支持,所以施工企业对监理的检查监督全不放在眼里,恣意妄为。此时,监理更应在有理(及时提出意见并收集和留下凭证)有利(收到相应监理费后)原则下,利用相关条款适时中止监理合同。有时,作为一项选择甚至放弃余下的监理费也应退出合同,以防落入更深陷阱。

有一外资工程承包企业在我国境内为维护该企业的“安全理念”,毅然中止与业主签订的合同,撤出该

项目的行为很值得我们深思。据报载:[1]宝维士(Bovis)联盛建筑工程(上海)有限公司,为贯彻该企业“无事故无伤害”的安全管理理念和“全球安全最低标准”(GMR)。在我国,“深圳某业主,合作前欣然接受GMR规则,但当工程进入打桩阶段时,为节约成本,他们不用机器,竟让几十个工人在直径3米,深近40米的坑里‘挖桩’。我们命令‘立即停止’,甚至我们的亚太区安全经理专程从悉尼赶到现场,坚决让业主停止危险作业。反复沟通没有结果,我们毅然撤出了该项目。”

当前,有的业主无端炒监理鱿鱼,监理又何尚不可维权炒业主?一个外国承包商为阻止深圳某业主搞人工挖孔桩的“危险作业”未果而“毅然撤出该项目”,监理企业又为何不应该防范“施工安全事故”的更大风险(或陷阱)而炒业主?

2.3 学会并应用法律保护自身正当权益

2.3.1 规避法律责任保护自己的根本性措施 第一,承担与其资质、能力相称的监理业务;第二,严格依据法律、法规、合同、规范、职业道德及行为准则尽心竭力履行监理职责;时时、处处、事事讲依据,按程序,重数据,留凭证。

2.3.2 在界定法律责任时注意以下区别 当监理企业被追究法律责任时,应首先搞清楚是否真要负法律责任,以及负什么样的法律责任。为此,要注意以下区别:

(1) 有无责任的区分。监理严格依法执业了,但仍被追究法律责任。

(2) 共同责任与独立承担责任的区分。监理也可能有过失,但为共同责任却被追究独立承担责任。

(3) 共同责任中主要责任与次负责责任的区分。监理如为共同责任中负次要责任却被追究为主要责任。

(4) 一项责任与数项责任的区分。监理可能承担一项责任,但被追究为承担数项责任。

(5) 责任的性质、程度有无扩大的区分。监理承担责任的性质、程度被扩大等等。

2.3.3 被不当追究法律责任时要做好申诉和举证维护自身正当权益 当监理企业无过错或有轻微过错被扩大追究法律责任时,企业应为自身无过错或轻微过错的主张进行申诉和举证。举证的一般内容包括:(1)反映监理依据合法性的证据。用以表明监理履行职责是严格按照法律、法规、合同、图纸、标准、规范进行的。(2)反映监理工作的程序、方法合法性、规范性的证据。用以表明监理工作的程序设计、方法、手段既合法,又符合规范。特别是对施工安全风险事前即有预见,并有对策建议向施工企业提出,施工中又及时督促。(3)反映监理进行工程协调和处理问题其后果合理性的证据。用以表明监理工作的效果是合理的,能为各方接受的,因而为防止或减少施工安全事故,推动工程进展是有益的。(4)针对所追究的事故责任,要提得出有可信证据支持的原因报告。在该报告中要有能充分反映监理行为的合法、合

理、及时的论证和证据,要有反映事故责任方(或主要责任方)行为不当或不力的论证和证据。比如,责任方对监理的意见、指令不接受,拖延处理,甚至阳奉阴违的证据等。

总之,监理企业的申诉或举证要科学、客观、公正,既表明监理自身的责任(有或没有,大或小),同时也要为事故责任的处理提供佐证。所谓可信证据是指能为法律认可的包括不同载体形成的文字、数据、图像等信息元素。因此,从项目监理工作一开始就做好相关信息可靠性、完整性是企业依法保护自己的一项重要重要的基础性工作。

3 施工企业外部监管模式的探讨 从施工企业外部对其安全责任行为进行监管,是防范安全事故的重要一环。因此,在贯彻执行《条例》新确立的由监理企业进行外部监管制度的同时,有必要对外部监管模式进行深入探讨。

3.1 《条例》确立的由监理企业进行监管的制度尚有缺陷

3.1.1 政策上造成监管漏洞 《条例》确立由监理企业进行外部监管的制度只适用于委托监理的工程项目。而委托监理全系统业主的意愿和需求,即使政府规定强制监理的范围,也仅为施工项目的一部分。从工程项目数量上看,委托监理的仅是少部分,没有监理的是大多数。而施工安全问题对所有施工项目都是存在和重要的,从施工企业外部进行监管也都是必须的。而由监理企业进行监管的制度却覆盖不全,没有委托监理的那些项目的施工安全监管由谁来实施?这岂不从政策上造成了监管上的漏洞?

3.1.2 法理依据尚不足 由监理企业担当施工安全的监管主体尚无法律依据。当然,社会实践可能走在法律前面。但在正式法律出台之前,作为行政法规的《条例》要具有法理依据则是必要和必须的。工程建设中出现监理缘于有业主的需求。但是监理企业与勘察、设计、施工企业还有不同。工程建设中绝对不能没有勘察、设计、施工企业的参与,但若无业主委托,工程建设中就无监理参与,故监理企业不是工程建设不可缺少的一方。只有业主的委托和授权才有监理行为。

根据《条例》确立的监管制度,作为监管主体的监理企业和作为被监管主体的施工企业,它们都是经济主体,它们之间是怎么形成监管和被监管关系的?谁赋予监理企业如此的职能和职权?监理企业如此监管有何经济动因?谁是最大和直接受益人?监理企业从中又得到何种利益?谁来支付监理企业的监管成本?既然都是经济主体,它们之间形成的监管机制就要有符合市场经济体制要求的解释和说明。

第一,在市场经济体制下,作为对企业行为(施工企业安全生产责任行为)的监管可以有很多方式或途径,如来自社区的单位或居民的举报、新闻媒体的监督、本企业内部职工的举报等等,这些举报对施工企业都能起到一定的监管作用。但这类监管只是一种道义监管,而作为法定义务的监管主要有两类:一是政府部

门的执法监管；二是企业间因经济权利义务链形成并由双方契约约定的监管。监理企业对施工安全的监管属于哪一类？显然不应属于第一类，因为政府部门的执法监管又怎么能赋予经济组织的监理企业去行使？如属于第二类，这又分两种情况，一是监理企业与施工企业间有无经济权利义务链形成此种监管？当然没有。二是是否监理企业受业主委托形成此种监管？现从业主立场来看，施工企业已从业主那里得到了包括施工安全措施费在内的工程承包价款，难道业主还要为对施工安全进行监管的监理企业买单？业主为什么还要为通过此种监管使施工企业成为“最大最直接受益人”而再行付款？业主这样作动机何在？业主为什么有此义务？这从经济行为上是解释不通的，必然得出结论是业主既无动机也无义务委托监理企业对施工安全进行监管。既然如此既不属第一类，又不属第二类，监理企业监管又如何定位和定性？在法理上如何说得清？

第二，《条例》《释义》[2]解释说这是“国家对监理单位赋予了一定的社会责任。”(P124页，倒1~2行)又说“要求工程监理单位在安全生产领域承担一定的社会责任。”(P125页，第3行)。关于企业的社会责任至今尚无正式统一的定义。社会责任的国际标准也正由ISO(国际标准化组织)组织制定过程中。中国标准化研究院代表我国参与此项工作[3]。但归纳现有社会责任定义及标准内容，企业的社会责任主要包括遵纪守法、保护环境、保护消费者权益、劳工准则与劳资关系、人权、职业健康安全、伦理、反腐败、慈善事业、积极进取等[4]。在上述标准内容中，有的原本就是法律法规的规定，如遵纪守法、保护环境、职业健康安全等等。企业社会责任则是要求企业在最低限度执行这些法律法规的基础上，更自觉、自律地规范自己的行为使之符合广泛社会利益和社会道德规范。企业这样作更有利于塑造自身的社会诚信形象，提高企业市场竞争力。不能把执行法律法规的规定即法律责任与企业社会责任等同起来。企业违背法律法规要承担法律责任，企业违背社会责任则是受到道义上处罚，使企业信用受损，降低企业的市场竞争力。违背法律责任和社会责任企业都要付出代价，但这两种代价的性质和付出的方式是不同的。对照《条例》确定的监理企业施工安全监理责任，如没有做到是要承担法律责任的，显然它不属于使企业的行为符合社会道德规范的社会责任范畴。因此，把《条例》确立的施工安全监理责任说成是一种“社会责任”是值得商榷的。

第三，《释义》说“国家确立一项制度是从公共利益的角度出发，是为达到一定的社会目的”(P125页，第1~2行)。问题在于若项目业主不委托监理，也就没有监理介入，这些项目建设中的“公共利益”和“社会目的”又该如何维护？是不是这些项目的“公共利益”和“社会目的”因没有监理企业介入而就被牺牲掉？此时，对施工安全的监管不就成为可有可无的吗？这样处理“公共利益”和“社会目的”的制度设计还有何普遍意义？

以上从监管职能产生、监管定位、定性等方面来看，《条例》确定的监理企业的监管制度尚缺乏充分的法理依

据。

3.1.3 可行性欠缺之一：《条例》设计的监管制度权责不对称 《条例》明文规定的监理职责与职权(第十四条)和“四个未”为内容的法律责任(第五十七条)，(见下表)归根结底是为监理的目标责任——“对建设工程安全生产承担监理责任”服务的。但是，就《条例》而论，它明文规定的职责与职权能达到它规定的目标责任吗？

《条例》对监理职责、职权和法律责任的规定

监理职责	监理职权	法律责任
1.审查施工组织设计中的安全技术措施和专项施工方案	1.技术方案审批权	1.未对安全技术措施和专项施工方案进行审查的
2.在实施监理过程中，发现安全隐患	2.整改指令权	2.发现安全事故隐患，未及时要求整改或
3.要求施工企业整改	3.暂停工指令权	暂停工的
4.情况严重的要求暂停工	4.向有关主管部门报告权	3.施工企业拒不整改或不停工，未及时向有关主管部门报告的
5.拒不整改及不停工的及时报告有关主管部门		4.未依法、法规和强制性标准实施监理的
6.依法、法规和强制性标准实施监理		

《条例》明文规定的六项职责中，第1、3、4、5四项内容具体，易于操作。第2项意思虽清楚，但毕竟是“隐患”，且造成“隐患”又有本文“1”部分所分析的那些因素，其中，不少因素又与监理职责何干？又无具体的过程、方法、手段的规定，所以第2项职责相对较难落实。第6项是一项概括性很强的基础性条款，是对监理行为准则的规定，施工安全监理适用，质量控制、投资控制也适用。这一条款，也是监理法律责任第4个“未”的处罚条款。具有相同内容的这一条款，它作为职责的第6项，凡前面明文规定的职责没有包括的，似都可从这第6项中去找依据，这样就把监理的职责范围扩大了。它作为法律责任的第4个“未”，凡前面三个“未”不能处罚的，似都可从第4个“未”来处罚和算帐，这样，它也就把监理的责任扩大了。另外，作为法律责任“四个未”中的前三个“未”，也同样有不同的理解和执行空间。

撇开宏观政策或制度的设计，就一项具体工程如要防范施工安全事故，一要施工队伍具有相应业务技术基础，二要该施工队伍有防范安全事故的经济基础。前者关系到如何选好施工队伍，后者关系到承包方面的利益追求的问题。这两点不把握住，施工安全问题怎么不基础脆弱，先天不足？如在这两点上监理能发挥作用则是一种带根本性的基础性作用。但恰恰这两点上，最后决定权均在业主。前者只有当业主委托施工安全监理时，监理才只有建议权。后者按现行监理规范，监理连建议权都没有，只能提醒业主。业主不委托施工安全监理，以上两点都只能是监理道义上的义务而非法定义务。既然监理在这两点上没有权限，又怎能承担得起重大的施工安全监理责任？

为了对比说明问题，试看监理企业也承担的质量监理责任。首先，质量监理是业主委托监理的内容，因而在施工队伍选择上监理至少还有建议权(对于分包单位有认可权)。而施工安全监理连《释义》也不认为是业主的委托，是“国家对监理单位赋予了一定的社

会责任”(P124页,倒1~2行)。既然不是业主的委托,监理在施工队伍选择上连建议权都没有,只有提醒业主的道义义务。其次,监理在质量控制方面由现行的法律、法规、合同、规范赋予的职、权、责,以及由此形成的监管机制、程序方法、制衡手段不是要比《条例》确立的施工安全监理的职、权、责要充分和完备得多吗?操作性更强吗?对比之下,《条例》明文规定的监理职责、权限是有限的(见上表),但要承担的责任目标又是较高的,为此,就引用了一条既可扩大职责范围,又可扩大责任范围解释的高度概括性条款(依法律、法规和强制性标准实施监理),这样做反而使具体的可操作性降低了,同时也损害了职责、权限与实现目标间的对称性。

3.1.4 可行性欠缺之二:没有解决谁为监理企业的监管成本买单 《释义》说这是一项“社会责任”,又说“工程监理单位是在履行一种社会义务”(P125页,倒6~7行)。不错,作为经济组织并非一切行为都要追求经济利益,也必须要承担一定的“社会责任”和尽一定的“社会义务”。《条例》明文规定的监理职责中,第6项“依法律、法规和强制标准实施监理”的规定是一项行为准则,是必须尽的法定义务,但除此之外的其它职责,它们的实施是要经历一定的行为过程,因而就要消耗资源,也就要付出成本,即使它们也是社会义务,但要尽此义务总要化费成本!这种成本该不该补偿?谁来补偿?如果没有必要的合理的成本补偿,作为监管主体的监理企业又如何维持永不枯竭的监管力度?又如何使这一“社会责任”或“社会义务”成为长效机制?正因为如此,《条例》自2004年2月1日起施行以来,由于没有解决施工安全监理成本补偿问题实为监理企业着难,其后果不是心知肚明吗?

3.2 建立由保险机构进行监管模式的探讨 为了建立施工安全长效机制,除政府的行政执法监管外,还需建立适应市场经济体制要求的从施工企业外部进行监管的制度。由于以监理企业进行监管的制度尚有缺陷,可试推行由商业保险机构对施工企业的安全生产责任行为进行监管的模式。推行这一模式的前提是将建设工程施工人身意外伤害保险作为一种法定保险,即强制保险。既然是法定保险它就覆盖了所有施工企业的施工活动。这就避免了现《条例》确立的只有委托监理的项目,才由监理企业进行监管,没有委托监理的施工安全就无人监管的重大缺陷。

3.2.1 由保险机构进行监管具有法理依据 1998年3月1日实施的《建筑法》第48条规定“建筑施工企业必须为从事危险作业的职工办理意外伤害保险”。这即是法定保险即强制保险的规定。如按规定进行保险,作为投保人的施工企业与承保人的保险机构按照保险法律法规确定它们间的权利义务。保险机构有义务对施工企业因过失而造成的意外伤害进行赔付,但不会为施工企业应履行义务而不履行的“不作为”或有故意情节的过错行为后果进行赔付。由此,施工企业就得向保险机构证明他是过失责任而非“不作为”或故意行为。

在事故发生后他就应接受保险机构的核实调查,在平时,他也应接受保险机构的监管以证明其一贯遵守安全生产技术标准规定的义务。这样,在施工企业与保险机构之间就形成了“你保险,我赔付,但我要检查监管”的权利义务链。这种依法形成的权利义务链,也就成为由保险机构对施工企业安全生产责任行为进行监管的法理依据了。

3.2.2 保险机构的监管有经济动因,故能形成长效机制 保险机构平时就介入对施工企业安全生产责任行为的监管,其经济动因是:尽量防范和减少施工安全事故的发生,保险机构就可少赔付甚至不赔付,尽量降低保险的赔付成本。也就是说,保险机构通过监管支付一定的监管成本而带来赔付成本的大幅降低和节约,这对保险机构是大有利润可言的。再有,保险机构的监管费用来自施工企业的保险费,正体现了市场经济条件下“谁受益,谁买单”的原则。保险机构通过精心策划和经营介入施工企业安全生产的风险管理,虽支出了监管成本,但能防范和减少安全事故的发生,对施工企业也是最大和最直接的受益。若保险机构通过平时的监管发现施工企业存在问题不整改,不遵守施工安全技术规范标准,有严重的“不作为”行为,若一旦发生安全事故,保险机构就有理有据有权拒赔或少赔。施工企业我行我素的,保险机构尚可提高该企业的保险费率。情况特别恶劣的,还可对该企业拒保,它也就从承包市场上淘汰出局了。当然,如果施工企业在保险机构的监管下,工程施工处于安全状态,并较长期处于“零事故率”。此时,该企业既可大大提高施工安全诚信度,同时该企业的保险费率也可往下浮动,从经济利益上也实得好处,并大大提高其市场竞争力。这就是保险机构的监管对施工企业的安全责任行为从经济上起的促进、激励和制衡的重要作用。

3.2.3 保险机构的监管符合抓根本、抓源头和预防为主方针 保险机构的职能绝非仅是出了事故后赔付保险金,而是在事前、平时就参与施工企业安全生产风险管理,以经济制衡为手段督促、监管企业的安全责任行为。对施工企业是如此,对职工个人也是如此。如有职工不遵守安全生产标准规程,心存侥幸,恣意蛮干,出了事故保险机构也有理有据有权拒赔或少赔。这样一来,施工人员还敢还愿肆意乱来吗?曾有报载,深圳航空公司拟向境外招募机师及驾驶员。其中一条就是这些境外人员的作业条件必须符合境外保险公司相关要求,比如,不得任意延长工作时间,加班飞行等。否则,一旦发生意外,保险公司是不会赔付或少赔付的。这样一来,这些境外人员从自身利益上就会坚持安全作业和拒绝非安全作业,即使许以高薪加班也不敢干、不会干。这反过来又对我方管理工作带来更新更高的促进和挑战。由此看来,通过保险机构事前介入的监管不仅对企业安全生产责任行为,就是对职工个人安全行为都从源头上得到了制约和框正。施工安全预防为主方针只有这样才能真正落实到人头上。

3.2.4 实行保险机构的监管尚需完备的条件

· 施工企业实行职工意外伤害保险已有法律依据《建筑法》，现在当务之急是还需出台相关的规范性文件，与施工企业实行安全生产许可证制度结合起来。此外，保险范围应从“从事危险作业的人员”扩大至现场全部施工人员。

· 建设工程施工意外伤害保险是一项专业性强的特殊保险，为适应此种保险还需要保险行业在制度、业务技术、人才等方面加强建设。或者，也可能由此滋生出专门为保险机构提供对施工企业的施工安全责任行为进行监管的中介服务机构。

· 施工企业也要为适应这一监管制度，从思想观念、制度建设、人员培训上作好准备。首先，要切实打破“一保了事”、“买了保险，施工安全就可不管了”的错误观念。其次，也要把与保险机构的权利义务链形成的监管机制延伸到企业内部，如延伸到总包对各分包的监管，各企业对项目部的监管，项目部对各作业层、施工班组、甚至作业人员的监管等。第三，一旦出了事故，不能只要保险公司赔钱就算完事，对有关主管责任人员也要有辞职、降职、开除等相应处罚，以提高个人的违法违规成本。

· 切实改进对职工施工安全培训。对职工（特别是大量农民工）的培训，决不能仅仅限于安全生产知识及操作技能，还需包括如何维权的法律知识。通过培训除提高安全操作技能外，平时也要以切实遵守安全技术标准作为自己的法律义务，使每个职工都成为从源头上杜绝安全事故的生力军。另一方面，一旦自己的合法权益受到损害，也要敢于举报和投诉。须知，没有受害职工的投诉和提供证据，要对违法企业进行惩处也就失去了法律基础。所以，职工具有维权意识，学会利用法律手段正是促使施工企业依法履行安全生产责任，以及若敢于违法就依法惩处的必不可少的重要一手。

3.3 保险机构监管模式下监理企业的作用 与监理企业实行的监管模式相比，由保险机构进行监管的模式在监管的覆盖面，形成监管的长效机制，符合抓根本、抓源头和预防为主方针，适应市场经济体制原则几方面更具有科学性和合理性。所以，理应成为从施工企业外部进行施工安全监管的基本形式或主体。这样一来，是不是说监理企业对施工安全的监管就不作了？监理企业的监管作用也没有了？绝不是这样。实际上在《条例》颁布前，监理人员对施工安全的监督也是在进行的，只是监理企业对施工企业安全行为的监督是一种道义义务和道义责任。它与保险机构监管的主要区别是：

3.3.1 监管目的的区别 保险机构监管的目的是为了尽量防范和减少施工安全事故的发生，降低保险赔付成本。监理企业的监管因“三控”才是项目目标，因而也是参与工程建设各方主体的责任目标。施工安全是次一级施工过程的目标，因而只是施工企业的责任目标。但监理企业为业主服务，就要为业主认定的“三控”目标的实现服务，对可能直接干扰或影响“三控”目标的非安全作业提出预控意见并促使其实施，也就是说监理的监管是从属于“三控”目的的。

3.3.2 监管机制的区别 保险机构的监管是因为与施工企业间形成的“你保险、我赔付，但我要检查监管”的权利义务链决定的。监理的监管不是监理合同标的内容，不是合同义务与责任，属职业道德上的义务。

3.3.3 监管内容的区别 保险机构监管的内容是根据保险条例及双方合同约定，以及施工安全控制工程学原理，重在事前及事中即参与施工企业安全生产风险管理，事后责任及损失评估。监理企业监管内容首先受限于委托监理合同约定的监理工作范围。其次，是突出对“三控”目标有直接影响的非安全作业，因此监管的内容是有局限的。

3.3.4 制衡手段的区别 施工企业违法违规不服监管的，保险机构有权拒赔或少赔，或提高保险费率，特别恶劣的拒保，从而有强有力的经济制衡手段。监理企业的监管无经济制衡手段，情况严重的最后向主管部门报告，这仍是一种行政管理手段。即使行政主管部门进行了处理，但那是一种滞后的处理，而工程也可能因贻误了时机，隐患也可能酿成了事故。

综上所述，由保险机构作为监管主体的模式，才能弥补监理企业监管模式的缺陷，并发挥长效机制的作用。在这种新模式下对施工安全的监管不但没有削弱，反而更为强化了。

4 结语 施工安全问题既是一个沉重的现实问题，又是一个千百年来老话题。在当前实施施工安全更应体现我国“以人为本”的治国理念和我国正处于向市场经济体制转型期的时代特征。

实施施工安全是一个巨大的系统工程，本文探讨的从施工企业外部对其安全生产责任行为的监管只是其中的一个局部。由于当前市场环境的险恶及企业的自身利益取向，施工企业内部加强安全生产行为的监管原本就缺乏经济动因，因此，从企业外部加强监管也就成为当前一项重要的政策及制度设计内容。本文提出的以“保险机构为主体、监理企业为补充”的监管模式，因监管覆盖面大，具有符合市场经济原则的监管体制和机制，对施工企业安全生产行为的监管更具实效力和震撼力，因而也才能达向施工安全的总目标。

参考文献

- [1]《安全，“誓”在必行》，建筑时报 2004 年 5 月 27 日。
- [2]《建设工程安全生产管理条例释义》国务院法制办农业资源环保法制司 建设部政策法规司 工程质量安全监督与行业发展司编，知识产权出版社，2004 年 1 月第一版。
- [3]《企业社会责任标准化成为国际趋势》，经济参考报，2004 年 7 月 27 日。
- [4]《社会责任考验中国企业》，参考消息，2004 年 7 月 29 日。

收稿日期：2004-08-27

作者简介和单位地址：何万钟，男，重庆市建设监理协会会长，原重庆建筑大学（现重庆大学）建筑管理系教授，曾去监理公司当过总监。地址：重庆渝北区龙溪镇新牌坊金龙路加州花园 802 幢 11-4 号