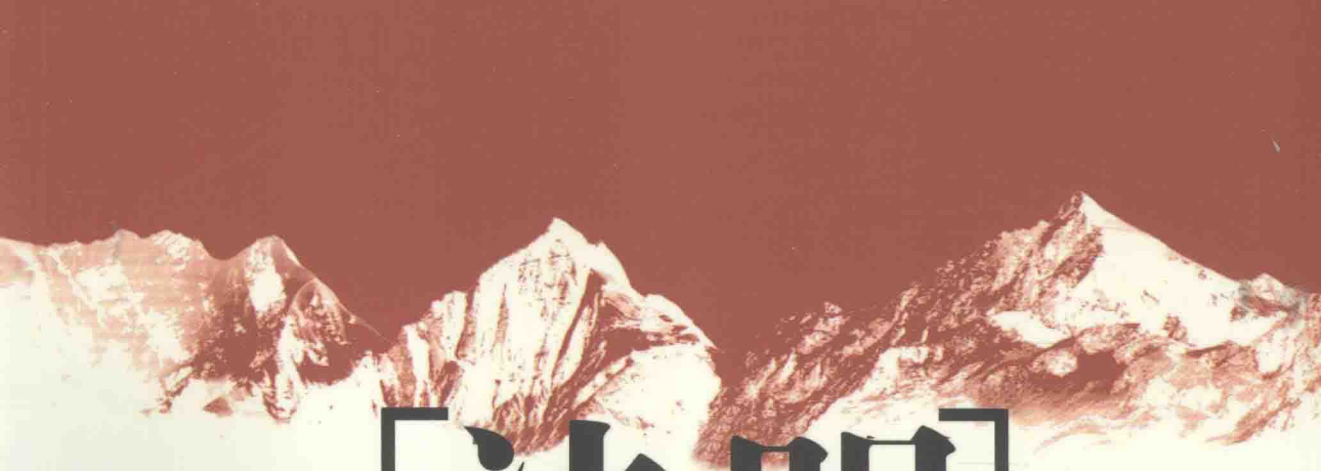




[法眼 看合同]

杨耀德 著

中国建筑工业出版社

法眼看合同

杨耀德 著

中国建筑工业出版社

图书在版编目(CIP)数据

法眼看合同/杨耀德著. —北京: 中国建筑业出版社, 2014. 9
ISBN 978-7-112-16817-0

I. ①法… II. ①杨… III. ①建筑工程-工程施工-合同法-中国 IV. ①D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 095961 号

本书内容共十章, 包括施工合同概述; 施工企业的合同管理; 施工企业合同签订前的合同管理; 签订施工合同的过程管理; 施工合同履行中的管理; 施工合同履行中的其他监管; 项目层次的分包合同管理; 施工合同的变更与索赔; 施工合同的争议管理; 施工合同的法律基础。

本书适合施工企业领导、项目经理、企业法律顾问、经营开发人员、项目管理人员阅读, 也可供相关专业大中专学生参考。

责任编辑: 岳建光 张 磊

责任设计: 董建光

责任校对: 姜小莲 陈晶晶



法眼看合同

杨耀德 著

*

中国建筑业出版社出版、发行 (北京西郊百万庄)

各地新华书店、建筑书店经销

北京科地亚盟排版公司制版

北京君升印刷有限公司印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 19½ 字数: 480 千字

2014 年 6 月第一版 2014 年 6 月第一次印刷

定价: 45.00 元

ISBN 978-7-112-16817-0
(25595)

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)

前 言

《法眼看合同》是根据现行工程建设方面的法律、行政法规、部门规章及规范性文件，并借鉴 FIDIC（国际咨询工程师联合会）条款的项目管理思想，诠释承包商与业主签订的施工合同，引导承包商积极按照现行法律法规及合同的规定，依法行使合同中规定的各项权利，切实履行各项义务。

合同管理作为建设工程项目管理的重要组成部分，已成为与质量管理、进度管理、成本管理并列的一大管理职能。其中的施工合同管理贯穿于从投标到工程竣工的全过程，既有利于施工合同目标的实现，又使技术与经济相结合，能产生良好的经济效益。施工合同是建设工程发包人（业主）和承包人（商）双方必须共同遵守的法律性文件，也是双方必须履行的技术经济文件。在施工合同管理中，如稍有失误即有可能导致工程亏损。因此，如何保证工程施工的顺利完成，争取更大的经济效益，施工合同的管理变得越来越具有挑战性。

加强施工合同管理是提高承包商项目管理水平的必由之路，但施工合同管理必须是全过程的、系统性的、动态性的。全过程就是由项目洽谈、合同草拟、签订以及生效到合同履行，直至合同失效为止的整个过程。对于施工合同的管理，不仅要重视合同签订前的管理，更要重视合同签订后的管理。系统性就是对于凡涉及合同条款内容的各部门，都要一起来管理。施工合同管理不是哪一个部门、哪一个人的事，它是承包商经营生产活动的“核心”。动态性就是注重履约全过程中情况的变化，特别要掌握对承包商不利情况的变化，及时对合同进行修改、变更、补充或中止和终止。切不可以为签了施工合同就万事大吉，将施工合同束之高阁。

以法治理念为基础的施工合同管理，是承包商项目管理的灵魂和指南，是整个项目管理的总纲，对整个项目的实施起总控制和总保证作用。承包商与业主之间的利益关系，最终都要体现在施工合同上。特别是承包商，如果没有合同意识，则施工项目的整体目标不明；没有合同管理，则施工项目管理难以形成系统，难以有高效率，并会使项目的效益丧失殆尽。没有有效的合同管理，则不可能有有效的工程项目管理，当然也不可能实现工程项目的目标。国际工程推崇建设合同为“建设宪法”，以合同管理为建设管理的核心内容，就是最集中、最有力的例证。有位法学家曾经说过：“财富的一半是合同”，这形象地说明了施工合同对于承包商的重要性。

在建筑市场上，承包商如果不慎签订了一个对己不利的施工合同，就有可能导致企业面临破产的窘境，即企业的经营成败与施工合同管理有密切的关系。一份合法而有效的施工合同不仅是承包商向业主主张权利的依据，也是承包商规避风险的屏障。承包商要牢固树立合同本位意识，因为在利益的博弈面前，只有白纸黑字的施工合同才是企业最可靠的“朋友”。同时，要防止由于施工合同管理不善而遭到的惩罚。

施工合同作为一种典型合同，具有它自身的特殊性和复杂性，被公认为专业性特点最

为突出和法律关系最为复杂的一类合同，如何对其进行有效管理是摆在我们面前的课题。作者设想，也许有一天，建设工程项目的参加人员都必须先经过施工合同有关内容的考试才可以从事建设工程项目的施工；而且建设工程项目的各相关方都行必持合同，言必称合同，竞相在合同的平台上展开“扑朔迷离”的利益竞争。到那时，施工合同管理的理念才可称得上是深入人心了。

施工合同管理是一门科学，更是一门艺术，它融技术、经济、管理、法律和公共关系等知识于一体，是一项知识密集性很强的工作。随着建筑业的发展，关于施工合同管理的研究将会越来越受到重视，但持续深入开展合同的科学化管理研究工作，需要政府和业界人士的共同努力。相信这项工作虽任重道远，但有着广阔的前景和巨大的发展潜力。

作者结合长年从事施工领域法务工作的实战经验，从理论上探索，对建筑业规范性文件 and 行业规范潜心研究，结合法律法规对承包商在施工过程中遇到的重点、难点问题一一加以剖析。譬如，如何理清其中的法律关系、权衡其中的利益冲突；对于存在的问题，如何分析其存在的根源，不断消除出现问题的温床，找出解决对策；探索一条科学的、具有很强实践性、适宜承包商进行合同管理之路。

本书将建设工程施工领域中最复杂、最深奥的法律问题，从法学理论的层面上，用浅显直白的语言进行剖析；找准切入点，用大量通俗易懂的说理和常见的建设工程现象，把承包商引入合同管理的美妙世界中，使承包商得以深入理解有关建设工程的法律全貌，迅速掌握合同法的操作精髓。在解析承包商在施工过程中遇到的疑难法律问题时，提出了具体防范市场风险的措施与建议。旨在“抛砖引玉”，引导大家共同为施工企业把脉。这是作者所期待的，也是写作的初衷，更是本书写作的基本思路。

这是一本用法律智慧解析建设工程施工管理问题为目的的书，一本可以改变承包商思维的书，一本系统而全面分析施工合同管理现实问题的书，一本适合施工企业领导、项目经理、企业法律顾问、经营开发人员、项目管理人员等阅读的书。希望它能使任何一个读者翻开此书都能找到他们所需要的答案。

杨耀德

2013年10月19日

目 录

第一章 施工合同概述	1
第一节 施工合同的概念	1
第二节 施工合同的划分与选择	6
第三节 施工合同文本的选择	11
第四节 施工合同在建设工程中的地位	15
第五节 施工合同在项目合同网络中的位置	17
第六节 固定总价合同	19
第七节 工程量清单与施工合同	22
第二章 施工企业的合同管理	29
第一节 施工合同管理的概念	29
第二节 施工合同管理的状况	32
第三节 施工企业合同管理的主要任务和工作	35
第四节 施工企业合同管理的层次与内容	36
第五节 施工企业合同管理机构 and 人员	38
第六节 施工企业合同管理制度的建立	40
第七节 施工合同担保	44
第三章 施工企业合同签订前的合同管理	51
第一节 施工合同管理的目标及工作	51
第二节 施工合同的状态研究	55
第三节 施工企业的合同总体策划	57
第四节 施工企业招标文件的分析	60
第五节 施工合同风险分析	64
第六节 投标文件检查分析及把握的事项	70
第七节 不平衡报价法的运用	73
第四章 签订施工合同的过程管理	78
第一节 施工合同谈判的准备工作	78
第二节 施工合同谈判的内容	81
第三节 施工合同的解释	84
第四节 承包商在谈判阶段注意的问题	90
第五节 审核施工合同文本	94
第六节 施工合同的签订	98
第七节 施工合同中的“黑白合同”	104

第五章 施工合同履行中的管理	109
第一节 施工合同履行的分析	109
第二节 施工合同履行分析的类型	111
第三节 项目经理部的建立	113
第四节 施工合同交底	117
第五节 施工合同实施的保证体系	121
第六节 施工合同的控制监督	124
第七节 施工合同的跟踪诊断评估	126
第六章 施工合同履行中的其他监管	130
第一节 工程签证的管理	130
第二节 施工合同履约时限的管理	135
第三节 施工合同履约抗辩权的行使	138
第四节 施工合同履行中产生的表见代理	144
第五节 监理人对施工合同的监管	152
第六节 国家对施工合同的审计	156
第七节 项目经理部印章的效力	160
第七章 项目层次的分包合同管理	164
第一节 分包合同的法律限制	164
第二节 专业分包合同的签订与协调	168
第三节 专业分包合同风险的规避	174
第四节 工程施工劳务分包	176
第五节 劳务分包合同管理	180
第六节 劳务分包合同产生的风险	182
第七节 劳务发包方风险的规避	185
第八节 劳务分包方的风险防范	188
第八章 施工合同的变更与索赔	192
第一节 施工合同变更的概述	192
第二节 工程变更影响施工合同实施	194
第三节 工程变更方式、程序及处理原则	197
第四节 工程索赔的概念、分类、特点	203
第五节 工程索赔的问题、依据、作用	208
第六节 承包商索赔管理的措施与程序	213
第七节 工程索赔的一些要求	218
第八节 工程索赔的基本方针	221
第九节 承包商索赔的策略	226
第九章 施工合同的争议管理	232
第一节 施工合同产生的纠纷及原因	232
第二节 无效施工合同的处理	235
第三节 施工合同法定解除权的认定	241

第四节	承包商行使合同解除权	245
第五节	施工合同的情势变更	248
第六节	避免固定总价合同的纠纷	253
第七节	施工合同争议解决的方式	257
第八节	承包商诉讼解决欠款纠纷	263
第十章	施工合同的法律基础	268
第一节	施工合同效力的认定	268
第二节	施工合同的违约责任	272
第三节	两种欠款支付的司法定位	276
第四节	承包商诉讼时效的运用	280
第五节	竣工结算文件与工程价款	285
第六节	索赔时效与索赔制度	288
第七节	分包合同“背靠背”条款	292
参考文献		297
后记		300

第一章 施工合同概述

第一节 施工合同的概念

一、施工合同概念

1. 概念的含义

施工合同又称建筑安装工程承包合同，它是建设工程合同的一种，它与其他建设工程合同一样是一种双务合同。《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 269 条规定：建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。因此，建设工程施工合同的概念可以表述为：是发包方（建设单位）和承包方（施工单位）为完成商定的建筑安装工程，明确相互权利、义务关系的协议（本书简称为：施工合同或合同）。施工合同的内容包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。

2. 双方之间的关系

施工合同双方之间的关系不外乎以下几种：一是工程建设单位作为发包人与施工单位作为承包人签订的工程施工合同，双方形成“发包人与承包人”关系。二是工程承包人将工程分包，与分包人签订工程分包合同，双方形成“承包人与分包人”关系。三是工程承包人将工程进行转包，与转承包人签订工程转包合同，双方形成“承包人与转承包人”关系。四是没有资质的单位或个人借用有资质的建筑业企业资质对外承包工程，如与工程建设单位签订合同，则建设单位与其之间形成“发包人与承包人”关系，如与承包人签订转包或者分包合同，则其与承包人之间形成“承包人与转承包人”、“承包人与分包人”关系；其与被借用资质的建筑企业之间则形成“挂靠人与被挂靠人”关系。上述工程发、承包关系中，第一种情形是基本形式，第二、三种是派生形式，第四种则是特殊形式。

3. 涉及的法律规定

一个高质量的合同应当能够切实反映当事人的真实意思，且当事人愿意自觉的使用合同以约束交易行为。施工合同是工程建设过程中最重要的合同之一，是当事人进行工程建设进度控制、质量控制和费用控制的主要依据，是工程建设过程中双方的最高行为准则。因此，在建设领域加强对施工合同的管理意义重大。我国已于由 1999 年 10 月 1 日正式施行的《合同法》对施工合同作了明确规定。此外，《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）、《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）及住建部颁布的一些部门规章，如《建设工程质量管理条例》（以下简称《质量条例》）、《建筑业企业资质管理规定》（以下简称《资质管理规定》）、《建筑业企业资质等级标准》、《建筑安装工程总分

包实施办法》、《建设工程施工发包与承包价格管理暂行规定》、《工程建设项目实施阶段程序管理暂行规定》及已作废的《建筑安装工程承包合同条例》、《建设工程施工合同管理办法》等都有涉及施工合同的规定。

4. 涉及的两大法律关系

在建筑领域中，调整建筑领域的主要有两大法律关系，分别由不同的法律来调整。对施工企业而言，建设行政主管部门主要是管企业的资质、质量和安全；合同法律所要调整的主要是经济利益。

第一个是行政法律关系，即建设行政主管部门对施工企业的行政管理法律关系，主要由《建筑法》、《招标投标法》、《质量条例》、《建设工程勘察设计管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《建设项目环境保护条例》等法律、行政法规、规章来调整。从法律法规的立法目的来看，建设工程相关法律法规比较强调对工程建设活动的监督管理，维护市场秩序，保证工程的质量和安全，促进建筑业健康发展。主要是根据上述法律对施工企业进行资格资质管理、对承接项目的质量安全文明管理等。

第二个是平等民事主体之间的合同法律关系，属于债法的范畴，主要包含两类合同关系，其中最重要的是，施工企业和建设单位之间的建设工程施工合同法律关系；我们通常称为施工企业和上家的法律关系，即施工企业为乙方、发包人为甲方的法律关系。另一个是施工企业与下家的法律关系，即施工企业为甲方、材料供应商为乙方的购销合同关系，及施工企业为承租方、大型机械公司为出租方的法律关系。从以上分析可以看出，施工企业主要由两个合同关系，即一个是对上家的，即甲方的建设工程施工合同法律关系，一个是对下家的材料采购合同法律关系，法律上称这种对上家和下家的法律关系为合同相对性，这两个合同关系主要由合同法律来调整。

二、业主、承包商、监理工程师

（一）业主、承包商和监理工程师的基本关系

施工合同的合同当事人指发包人和（或）承包人。发包人有时称发包单位、发包方、发包商、建设单位、业主；承包人有时称承包单位、承包方、承包商、施工单位、施工人。本书施工合同的合同当事人大多情况下采用业主、承包商称谓。监理人是指受发包人委托按照法律规定进行工程监督管理的法人或其他组织，即监理人是发包人的委托代理人，其权利来源于发包人的授权，监理人不是施工合同当事人。

业主是建设项目的投资主体和责任主体。它通过招标投标，择优选择施工单位和监理单位，并与中标单位签订合同，通过合同文件规定合同双方的权利、义务、风险、责任和行为准则。业主与施工单位签订施工合同，按合同向承包商支付其应支付的款额，并获得工程。业主与监理单位签订委托监理合同，向监理单位授权，委托监理单位对施工合同进行管理，控制工程的进度、质量和投资，并向监理单位支付报酬。

承包商是业主通过招标所选定承建工程项目的单位，它与业主签订施工合同。承包商应按照合同规定，实施工程项目的施工、完建以及修补工程的任何缺陷，并获得合理的利润。承包商应接受监理工程师的监督和管理，严格执行监理工程师的指令，并只从监理工程师处取得指令。对于承包人，如发包人代表的授权与监理人的授权出现交叉或授权不明，承包人应当在订立合同过程中以及订立合同后及时向发包人提出，并要求其予以明

确，以避免影响承包人正常履行合同。

监理工程师受雇于业主，在业主的授权范围内进行合同管理，履行合同中规定的职责，行使合同中规定或隐含的权力。监理工程师不是合同的当事人，无权修改合同，也无权解除合同任一方的任何职责、义务和责任。监理工程师可按照合同规定向承包商发布指令，承包商必须严格按指令进行工作。监理工程师可按合同对某些事宜作出决定，在决定前应与双方协商并力争达成一致，如不能达成一致，应作出一个公正的决定。业主和承包商都应遵守监理工程师作出的决定，如不同意，可在执行的同时提出索赔或仲裁。

应该强调的是，除了上述施工合同规定的关系，在履行合同过程中，有关各方的团结协作关系是极为重要的。团结协作关系是指为了合同的标的——完成工程项目这一共同目标，合同有关各方应该尽可能地密切配合，相互支持，相互谅解、友好地解决矛盾与争端，使工程项目能按时保质地完成。

施工合同双方的最终利益是一致的，这就是按合同要求完成工程项目。对业主方来说，可以尽快投产、取得多方面的效益；对承包商来说，项目的完成一方面可得到一定的经济收益，另一方面也为公司创了声誉，积累了经验、培训了人才，为今后开发市场打下了基础；对监理工程师而言，同样也是经济收益与信誉双丰收。美国建筑行业协会的一项研究表明：项目有关各方缺少团队精神，有关各方之间交流太少，项目中某些或全部当事人之间有敌对关系倾向是妨碍合同顺利履行的重要原因。由此也可看出团结协作关系的重要性。

需要指出，业主由于其在合同有关各方关系中的固有地位，在形成团结协作关系，创造一个和谐的工作环境中，负有首要的责任和起着主导的作用。而监理工程师也应充分发挥其协调作用，在业主和承包商之间起到润滑剂的作用，努力避免扩大矛盾，尽量把矛盾及时就地解决。

（二）业主、监理工程师、承包商三者之间关系之现状

综观近年来建设市场存在的问题，体现在业主、监理工程师、承包商三者之间的关系上：

1. 业主控制施工合同管理和建设资金的支付，监理工程师控制工程质量和工程进度等问题，承包商处于被监督管理的状态。在这样的管理模式下，承包商完成一定的工作后，工作内容、工程量和费用申报要经过监理工程师、业主等相关部门的层层审批，手续烦琐，耗时长。同时引发了以下矛盾：一是开工前期业主不能及时协调相关部门进行前期拆迁等工作，造成窝工，后期又利用自行制定的奖罚措施要求施工单位按期完工，不考虑天气等不利因素的影响一味地要求抢工，并暗示监理人员开绿灯。这样一来，增加了监理人员工作难度的同时，工程质量根本无法保证。承包商完成后业主又不愿支付由于以上原因所增加的费用。一旦工程质量出现问题，现场监理工程师承担责任、挨批评，承包商掏腰包返工。二是资金不到位。计量完成后工程款不能及时拨付，导致工期因资金短缺而延期。

2. 监理工程师作为经业主委托、独立于业主和承包商之外的第三方，本应按照规定和法律公平、公正地维护双方的利益，而在现行模式下，一些监理工程师在业务上有心科学、规范地行使监理权力，在行政上却受制于业主，无所适从，矛盾重重。主要表现在：一是变更、计量申请的二次审核引起监理工程师的抵触情绪，容易产生“反正你要审核，

我审不审都无所谓”的思想，这样一来，就放松了对计量、变更申请等工作，现场监理工程师作为计量、变更数据的主要控制者起不到相应的作用。发现问题后必然影响计量支付时间，从而影响进度。二是监理工程师在某种形式上成为业主的雇佣，往往会出现对业主唯命是从，从而出现损害承包商利益的现象，这会引起承包商的消极反抗，工程质量从而受到影响。三是监理工程师成为“传话筒”，将业主的命令、要求下达给承包商，利用手中的监督管理权力强制要求承包商执行，对于承包商的各种申请只是简单地上传给业主，至于如何解决、执行完全听命于业主，不能真正起到公平、公正的进行协调双方关系的作用。

3. 由于种种因素的影响，在这种管理模式承包商在三者之间始终处于受“压迫”的状态。业主控制支付资金，监理工程师控制质量和进度。主要表现在以下两个方面：一是计量支付的审批手续过于烦琐，资金迟迟不能到位，业主和监理工程师又一味地强调提高质量的同时催赶进度。二是个别监理工程师业务素质不高，现场不敢表态，或是个人品行低劣，对承包商处处吃、拿、卡、要，百般刁难，造成工作周期延长，承包商也对监理工程师的抵触情绪愈演愈烈。

（三）业主、监理工程师、承包商三者之间关系之根源

1. 作为出资方的业主还没有彻底转变传统的管理观念，认为监理工程师是受自己的委托来进行工程监督的，承包商是付钱请来完成工程施工任务的，两者都是自己雇佣来的，不能接受业主、监理工程师、承包商“三足鼎立”的局面。对于自己出资建设的项目将“三控”大权交于他人处理的情况一下子难以接受。

2. 监理工程师费用的支付完全控制在业主手里，监理工程师如果不能按照业主的命令、指示开展工作，就不能顺利得到应得到的费用，因而只能对业主唯命是从。正确也好，不正确也罢都予以执行。难怪有一句顺口溜这样说：“天大、地大、业主最大；爹亲、娘亲、监理最亲”。这样监理工程师就失去了“监理”的职能，成了业主派往现场的“施工监督员”。这也是当前模式下监理无法愈合的“痛楚”。

3. 部分监理工程师业务水平和个人素质不高。目前的监理模式，使得监理工程师不用承担过多的责任，却有利可图。有些监理公司从社会上招聘一些刚刚大学毕业的学生从事一线施工监理任务。这些人缺乏丰富的施工管理经验、深厚的技术知识和相关的法律、经济知识和严肃的合同意识。更有甚者，有些监理公司派驻现场的监理工程师专业不对口。加上一些监理单位对派往现场的人员疏于管理，他们在一定程度上不具备全方位、全过程的监理能力。这样一来，业主不会十分放心地将工程管理工作完全托付给他们是可以理解的。

4. 个别承包商不能严格按照规范进行施工，采用非正当的行为诱使或迫使监理工程师造假，有些素质较差的监理工程师在承包商“糖衣炮弹”的攻击下放弃了原则，降低检验标准，为工程质量埋下隐患。这样一来，不能保证工程质量的同时也不能保证工程量，特别是变更、索赔数量的准确。

5. 业主实行“一竿子插到底”的微观管理模式，严重挫伤了监理工程师科学、规范化管理的积极性。长此以往，监理工程师威信下降，承包商对监理工程师视而不见，导致效率低下、秩序混乱的后果。

6. 现行体制下的业主与承包商之间的“血缘关系”使得监理工程师有名无实、有权无

力，使监理工程师成为空架子。“监理工程师的地位不太突出”的说法也是“理所当然”了。

三、“实际施工人”的界定

（一）所创设的概念

“实际施工人”一词是2005年1月1日起施行的《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》（以下简称《工程案件司法解释》）中所创设的一个法律新概念，但是并没有对该概念下定义。

1. 定义的产生

《工程案件司法解释》起草者在答记者问中阐释：“从建筑市场的情况看，承包人与发包人订立建设工程施工合同后，往往又将建设工程转包或者违法分包给第三人，第三人就是实际施工人”。最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》一书中对实际施工人的概念作了相对更为具体的诠释：“施工人”概括了建设工程施工合同的所有施工主体，包括总承包人、承包人、专业工程分包人、劳务作业的分包人，《合同法》中的“施工人”是指有效建设工程合同主体，不应包括转承包人和违法分包人的承包人。为了区别《合同法》规定的合法的施工人，《工程案件司法解释》使用了“实际施工人”的称谓，是指无效合同的承包人，如转承包人、违法分包合同的承包人、没有资质借用有资质的建筑施工企业的名义与他人签订建设工程施工合同的承包人。

2. 并非法律概念

实际施工人在概念上与施工人并列，正是为了区别《合同法》规定的合法的施工人的概念，《工程案件司法解释》使用了实际施工人这一表述方式。“实际施工人”并非法律概念，我国现行法律规范中无此概念，最高法院也是根据我国现实情况创制的概念，实质是一政治概念，是法律与现实相妥协的产物，此概念也只出现在《工程案件司法解释》中。根据《工程案件司法解释》，“实际施工人”应是相对于名义承包人而存在的，之所以形成名义承包人与实际施工人区别，是因名义承包人作为承包方签订施工合同后没有亲自完成具体施工任务，在违背法律或发包合同规定的情况下，将其交给实际施工人完成。实质上，名义承包人作为施工合同的适格主体，包括总承包人、承包人、专业工程分包人、劳务作业分包人等。实际施工人是施工任务的实际承担者，但这违背了法律法规或发包合同的规定，具体而言，实际施工人包括三个构成要件：一是实际施工人相对于名义承包人而存在。二是实际施工人是施工任务的实际承担者。即发包人和承包人发包合同中所约定的施工内容全部或部分是由实际施工人承担、完成。三是实际施工人承担施工任务违反了相关法律法规或发包合同约定。

（二）实际施工人通常表现形式

1. 借用资质或挂靠。由于实际施工人不具备《建筑法》规定的承包施工业务主体资格，于是借用有资质的施工企业名义进行招投标、签约等活动，向出借资质企业缴纳一定的管理费后，由实际施工人自行组织施工，出借企业对工程不承担任何经济、技术、质量责任。

最高人民法院在制定《工程案件司法解释》时并没有直接将该行为定义为“挂靠”，而是表述为“借用”，即没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义从事施工，

“挂靠”与“借用”实际上系同一概念。

2. 非法转包。即承包单位承包工程后，不履行合同约定责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人（实际施工人）或者将其承包的全部建设工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位（实际施工人）承包的行为。

3. 违法分包。据《建筑法》、《合同法》规定，建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。

4. 内部承包（或职务代理）。即实际施工人以工程名义承包人的建筑企业派到工地代表的方式或由名义承包人出具委托书承接施工工程，实际上这是履行建筑企业的职务代理行为，但实践中也往往以实际施工人名义主张权利。这种情形实质是借用资质或挂靠行为的一种表现形式。

（三）施工领域实际施工人的范围

有了对实际施工人是违法承包人的识别标准，以及建设工程施工承包主体资格的认定，建设工程领域实际施工人的范围主要包括：

1. 无法人营业执照的组织。比如未经工商行政主管部门批准的农民施工队、个体建筑队或个人合伙建筑队。无法人营业执照的组织因为违反《建筑法》关于建筑施工承包主体必须是企业法人的规定，一旦这些组织通过挂靠、转包、违法分包形式承包了建设工程施工业务，包括从事总承包、专业承包和劳务分包活动，即成为实际施工人。

2. 无资质企业即已经取得法人营业执照，但没有取得相应建筑业企业资质证书的企业。《建筑法》明确规定，没有资质证书的企业不得从事建筑活动，包括从事总承包、专业承包和劳务分包活动。一旦无资质企业通过挂靠、转包、违法分包形式承包工程，即成为实际施工人。

3. 超越资质等级承包工程的建筑施工企业。建筑施工企业必须在资质等级的许可范围内从事建筑活动，一旦低资质建筑企业通过挂靠、转包、违法分包形式超越其资质等级承包工程，即成为实际施工人。

4. 自然人。即人们常说的包工头，这是最常见的实际施工人。因为不具备工程承包主体资格，一旦通过挂靠、转包、违法分包形式承包了建设工程施工任务即成为实际施工人。在实务中，作为自然人的实际施工人往往以项目经理、项目副经理或者项目负责人名义出现，实际由其单独承担所承包工程的经济、技术、质量责任，与其发生借用资质、转包、违法分包的建筑企业除收取管理费外不承担任何责任。

总之，实际施工人是违法承包人，其以非法手段承包工程，因此农民工一类主体不属于实际施工人范围。最高人民法院《工程案件司法解释》的本意是要保护农民工的利益，但这种保护只是一种间接的保护，它是通过对实际施工人的保护来间接达到保护农民工的目的，而并非直接授予农民工以诉权。

第二节 施工合同的划分与选择

不同种类合同，有不同的应用条件，有不同的权力和责任的分配，有不同的付款方

式，对合同双方有不同的风险。应按具体情况选择合同类型。

一、按施工合同签约各方的承包关系划分施工合同

1. 施工总承包合同。建设单位将工程项目建设全过程或其中某个阶段的全部工作，发包给一个承包单位总包，发包方与总包方签订的合同称为总包合同。总包合同签订后，总承包单位可以将若干专业性工作交给不同的专业承包单位去完成，并统一协调和监督他们的工作。在一般情况下，建设单位仅同总承包单位发生法律关系，而不同各专业承包单位发生法律关系。

2. 施工专业分包合同。即总承包方与发包方签订了总包合同之后，将若干专业性工作分包给不同的专业承包单位去完成，总包方分别与几个分包方签订的分包合同。对于大型工程项目，有时也可由发包方直接与每个承包方签订合同，而不采取总包形式。这时每个承包方都是处于同样地位，各自独立完成本单位所承包的任务，并直接向发包方负责。

3. 施工劳务分包合同。即总承包方或者专业分包方将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包方完成，总承包方或者专业分包方与几个劳务分包方签订的分包合同。

二、按施工合同签约付款方式的不同划分施工合同

在实际工程中，合同计价方式多种多样，有近 20 种。以后还会有新的计价方式出现。有时在一个工程承包合同中，不同的工程分项采用不同的计价方式。国内外工程管理界普遍以付款方式的不同对施工合同进行分类，一般分为以下几种：

（一）总价施工合同

总价施工合同是指合同当事人约定以施工图、已标价工程量清单或预算书及有关条件进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同，在约定的范围内合同总价不作调整。合同当事人应在专用合同条款中约定总价包含的风险范围和风险费用的计算方法，并约定风险范围以外的合同价格的调整方法，其中因市场价格波动引起的调整按约定执行。

总价施工合同是指在合同中确定一个完成项目的总价，承包单位据此完成项目全部内容的合同。采用总价合同类型招标，评标委员会评标时易于确定报价最低的投标人，评标过程较为简单，评标结果客观；发包人易于进行工程造价的管理和控制，易于支付工程款和办理竣工结算；承包人要在投标时对一切费用的上升因素做出估计并包含在投标报价之中。在实践中，总价合同还有以下具体形式：

1. 固定总价施工合同

承包人在投标时以初步设计或施工图设计为基础，报一个合同总价，在图纸及工程要求不变的情况下，合同总价将固定不变，这种合同一般报价较高。

固定总价施工合同的应用前提：工程范围必须清楚明确，报价的工程量应准确而不是估计数字，对此承包商必须认真复核；工程设计较细，图纸完整、详细、清楚；工程量小、工期短，估计在工程过程中环境因素（特别是物价）变化小，工程条件稳定并合理；工程结构、技术简单，风险小，报价估算方便；工程投标期相对宽裕，承包商可以作详细的现场调查、复核工作量、分析招标文件、拟定计划；合同条件完备，双方的权利和义务十分清楚。

此类合同是双方对合同总造价都有了一个十分明确的目标，给工程款支付及最终结算

带来了最大的便利。但是承包方要承担实物工程量、工程单价、地质条件、气候和其他一切客观因素造成亏损的风险，在合同签订后，承发包双方均不能因为工程量、设备、材料价格、工资等变动和地质条件恶劣、气候恶劣等理由，提出对合同总价调值的要求。往往发包方的每一个工程都必须进行招标才能选定施工队；在市场价波动较大时，施工单位有可能承受不了市场的冲击，而致使工程搁浅，最终造成承发包双方两败俱伤。

2. 变动总价施工合同

变动总价施工合同又称为可调总价施工合同，合同价格是以图纸及规定、规范为基础，按照时价进行计算，得到包括全部工程任务和内容的暂定合同价格。这种合同的实质，使承发包双方约定的合同造价成为一个毫无约束性和操作性的“暂定价”。从表面上看，这种合同在签订前，对工程造价不需要经过仔细严格的核算，按照实际情况调整也部分反映了市场的变化，发包人承担通货膨胀的风险，承包人承担其他风险。

可调值总价合同的总价一般也是以图纸及规定、规范为计算基础，但它是按“时价”进行计算的，这是一种相对固定的价格。在合同执行过程中，由于通货膨胀而使所用的工料成本增加，因而对合同总价进行相应的调值，即合同总价依然不变，只是增加调值条款。因此可调总价合同均明确列出有关调值的特定条款，往往是在合同特别说明书中列明。调值工作必须按照这些特定的调值条款进行。

这种合同与固定总价合同不同在于，它对合同实施中出现的风险做了分摊：发包方承担了通货膨胀这一不可预测费用因素的风险，而承包方只承担了实施中实物工程量成本和工期等因素的风险。可调值总价合同适用于工程内容和技术经济指标规定很明确的项目，由于合同中列明调值条款，所以在工期一年以上的项目较适于采用这种合同形式。

3. 估计工程量总价施工合同

采用这种合同形式要求承包人在投标报价时，根据图纸列出工程量清单，并以相应的费率为基础计算出合同总价。当因设计变更或新增项目而引起工程量增加时，可以按照新增的工程量和合同中已经确定的相应的费率来调整合同价格。因而采用这种合同类型要求发包人必须准备详细而全面的设计图纸（一般要求施工详图）和各项说明，使承包人能准确计算工程量。

这种合同只适用于工程量变化不大的项目。这种合同形式对发包人非常有利，因为他可以了解承包人的投标报价是如何计算出来的，在谈判时可以据此压价，同时不须承担任何风险。

（二）单价施工合同

单价施工合同是指合同当事人约定以工程量清单及其综合单价进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同，在约定的范围内合同单价不作调整。合同当事人应在专用合同条款中约定综合单价包含的风险范围和风险费用的计算方法，并约定风险范围以外的合同价格的调整方法，其中因市场价格波动引起的调整按约定执行。

单价施工合同是承包人在投标时，按招标文件就分部分项工程所列出的工程量表确定各分部分项工程费用的合同类型。这类合同适用在施工图不完整或当准备发包的工程项目内容、技术经济指标一时还不能明确、具体地予以规定时，往往要采用单价合同形式。这样在不能比较精确地计算工程量的情况下，可以避免凭运气而使发包方或承包方任何一方承担过大的风险。

单价合同的特点是单价优先，当总价和单价的计算结果不一致时，以单价为准调整总价。由于单价合同允许随工程量变化而调整工程总价，业主和承包商都不存在工程量方面的风险，因此对合同双方都比较公平。

这类合同能够成立的关键在于双方对单价和工程量计算方法的确认，单价合同有以下三种具体形式：

1. 估计工程量单价施工合同

由发包方委托招标代理单位或造价工程师提出总工程量估算表，即“暂估工程量清单”，列出分部分项工程量，由承包方以此为基础填报单价，据此计算出投标报价作为合同总价。业主每月按承包人所完成的核定工程量支付工程款。待工程验收移交后，以竣工结算的价款为合同价。

采用这种合同形式应在合同中规定出单价调整的条款。如果一个单项工程的实际工程量比招标文件中规定的工程量增加或减少某一百分数（如20%）时，应由合同双方讨论对单价的调整。这是一种比较常见的合同形式。

2. 纯单价施工合同

纯单价施工合同又称为固定单价合同。这种合同只要求发包人在招标文件中提出项目一览表、工程范围及工程要求的说明，而没有详细的图纸和工程量表，承包人在投标时只需列出各工程项目的单价。发包人按承包人实际完成的工程量付款。这种合同形式适用于来不及提供施工详图就要开工的工程项目。

提高了整个承发包双方的工程管理能力。发包人承担工程量清单的风险，承包人承担综合单价的风险。发包人在施工准备阶段，精心编制工程量清单，分析工程中可能产生的问题，制定相应的管理对策。承包人由于综合单价不可调整，必须提高自身的投标报价水平，增强企业的管理能力，以自己的综合实力完成工程建设，实现自己的利润目标。

国际上通用的国际咨询工程师联合会制订的 FIDIC 合同条件，英国的 NEC 合同条件以及美国的 AIA 系列合同条件等，主要采用的是固定单价合同，这是已经被实践证明了的加强工程造价管理的有效形式。

3. 单价与包干混合式施工合同

在有些工程项目建造时，有些子项目容易计算工程量、而另有些子项目不容易计算工程量，如施工导流等。对于容易计算工程量的子项目可以采用单价的计价形式，对于不容易计算工程量的子项目可以采用包干的计价形式。因而在工程施工时，发包人将分别按单价合同和总价合同的形式支付工程款。

（三）成本加酬金施工合同

成本加酬金施工合同是由业主向承包人支付工程项目的实际成本，并按事先约定的某一种方式支付酬金的合同类型。这种合同一般是在工程内容及其技术经济和设计指标尚未完全确定而又急于上马的工程，或者是在一个前所未有的崭新工程和施工风险很大的工程中采用。

在这类合同中，业主对工程造价不易控制，需承担项目实际发生的一切费用，也就承担了项目的全部风险，对业主的投资控制很不利。对承包商来说，这种合同比固定总价的风险低，利润比较有保证，因而比较有积极性。其缺点是合同的不确定性，由于设计未完成，无法准确确定合同的工程内容、工程量以及合同的终止时间，有时难以对工程计划进