

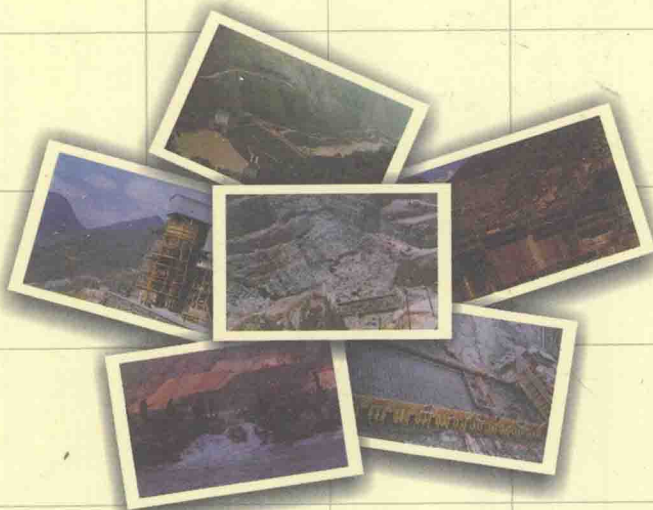
徐铨 编著



论工程施工合同范本 及其更新

LUN GONGCHENG SHIGONG HETONG FANBEN
JIQI GENGXIN

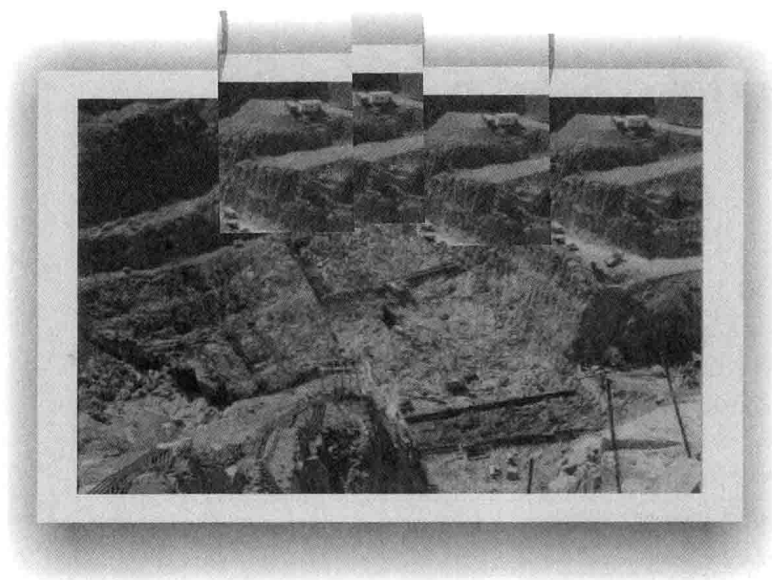
笔者言：探讨事物先用望远镜，省略次要的才能抓紧主要的，以便寻求其基本规律；之后操作时用放大镜，注重相似事物之间的差别才能得出合理的结果，差别还将带来精彩和快慰。



西南交通大学出版社

徐铨 编著

论工程施工合同范本 及其更新



西南交通大学出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

论工程施工合同范本及其更新 / 徐铨编著. —成都:
西南交通大学出版社, 2015.5
ISBN 978-7-5643-3882-4

I. ①论… II. ①徐… III. ①建筑工程—经济合同—
范文—中国 IV. ①TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 100292 号

论工程施工合同范本及其更新

徐铨 编著

责 任 编 辑	胡晗欣
封 面 设 计	原谋书装
出 版 发 行	西南交通大学出版社 (四川省成都市金牛区交大路 146 号)
发 行 部 电 话	028-87600564 028-87600533
邮 政 编 码	610031
网 址	http://www.xnjdcbs.com
印 刷	四川煤田地质制图印刷厂
成 品 尺 寸	210 mm × 285 mm
印 张	18.5
字 数	555 千
版 次	2015 年 5 月第 1 版
印 次	2015 年 5 月第 1 次
书 号	ISBN 978-7-5643-3882-4
定 价	88.00 元

图书如有印装质量问题 本社负责退换
版权所有 盗版必究 举报电话: 028-87600562

自序

1. 相关自传

迄今为止，从事水利水电建设已有 52 年，前半生是设计人，后半生是工程师、监理工程师或咨询人，还是成都仲裁委员会第一、第二届仲裁员。这个转变发生在 20 世纪末的二滩水电站工程，约五年设计、十年合同管理，从而对《FIDIC 条件 1987》（全称参见“阅读须知”，下同）有所了解。此外，还在世行、亚行贷款项目上发挥过一些作用。

我更看重后半生，因为合同管理是较高层次的生产力。按照《FIDIC 条件 1987》管理模式（指通用条件提出的合同主张），合同管理可以理解为工程师根据合同规定，公正地行使当事人授予的权力，以管理雇主标的承包商组织施工行为和承包商标的雇主支付合同价款行为之间的交换。从而在工程完工时雇主获得合格的标的物工程，承包商根据规定获得合理的付款。可见，工程监理行业是一种根据施工合同管理合同的、不带个人意愿和欲望的、高技术含量的高尚职业。

约从 2003 年开始，按《范本》管理模式参与国内建设工程施工监理，对那些有欠平等、公平、诚信的约定，某些签约、履约行为，以及一些出版物，常有难以接受之感。为一探究竟，尤其是近六七年，根据《合同法》相关规定以及法律对建筑工程监理、建设工程监理的定位，对《范本》和《标准》通用合同条款进行了仔细推敲，得出笔者的一串观点，包括一些职业良知，以供交流。

2. 探讨发现

法律对监理的定位首先在《建筑法》第 32 条中规定，“建筑工程监理应当依照……对施工单位在施工质量、建设工期和建设资金使用等方面，代表建设单位实施监督。”此后由《合同法释义》第 276 条，将这一定位从建筑工程监理扩大到建设工程监理。对此在《范本》和《标准》通用合同条款中，对于“建筑工程监理应当依照……对施工单位在施工质量、建设工期……方面，代表建设单位实施监督”的规定得以贯彻，表现在监理人对发包人标的承包人组织施工行为的管理定位于监督，引申为发包人授权管理或管住。但贯彻“对施工单位在……建设资金使用……等方面，代表建设单位实施监督”时，引申为发包人履行义务的行为不受监督；从而与《合同法》规定的平等、公平、诚信等原则出现不一致。因为发包人支付合同价款行为不受监督，所以发包人享有支付合同价款的权利，这在概念上就否定了当组织施工行为符合发包人请求权（请求权是指权利人基于债的关系而产生的、请求特定人为特定行为的权利）时，承包人拥有的指向发包人支付合同价款行为次生的请求权。因为发包人提供行为不受监督，所以当发包人提供行为违约且改变承包人义务时，监理人发布的是发包人同意的越权的变更决定，这在概念上就否定了承包人拥有的追究发包人违约责任的法定的次生的请求权。

在《合同法》中，点名监理的只有第 276 条，是关于建设工程监理签订委托监理合同和如何签订委托监理合同的强制性规定；似乎在暗示《合同法》还没有来得及对监理人管理施工合同作出详细的法律规定。需要探讨的一个根本问题是，当事人与监理人是怎样的法律关系？2005 年年底梁慧星先生^①赐予信息是“学界迄今未认真研究的问题，教科书一般很少涉及。”

在《FIDIC 条件 1987》管理模式中，对于雇主、承包商与工程师的法律关系，笔者尝试描述为当

^① 梁慧星先生：1944 年 1 月 16 日生，四川青神人。中国著名民法学家，中国社会科学院学部委员，中国社会科学院法学研究所研究员，《法学研究》杂志主编，中国社会科学院教授，博士生导师。

事人共同委托、分别授以指向标的的请求权和次生的请求权以发布工程师指示，对当事人具有约束力；工程师作为事实行为人进行合同管理，但当事人最终不受工程师指示约束。其中“当事人共同委托”是指当事人共同委托使工程师有权发布解释书面合同的指示，对当事人具有约束力。其中“分别授以指向标的的请求权和次生的请求权”是指雇主授以请求权使工程师有权向雇主标的承包商组织施工行为发布指示，对当事人具有约束力；承包商授以次生的请求权使工程师有权向承包商的雇主支付合同价款行为发布指示，对当事人具有约束力。这就是说，工程师有足够的权力管住两个标的，就管住了标的之间的交换，也就管住了合同的实质内容，管住了施工合同，从这个意义上说工程师进行的是合同管理，以区别于监理人进行的合同管理工作。其中“事实行为”是指行为人不具有设立、变更或消灭民事法律关系的意图，但依照法律的规定能引起民事法律后果的行为。其中“发布工程师指示”是工程师管理义务人行为的方式，更重要的是一项合同规则。其“合同规则”的第一含义是工程师指示对当事人具有约束力，即当事人必须据以执行；因为当事人一方是授权人，所以应据以执行，因为当事人一方所授之权是请求权，所以当事人另一方应据以执行。其“合同规则”的第二含义是最终不受工程师指示约束，即当事人执行后，均有权通过索赔或反索赔、工程师发布索赔处理决定或反索赔处理决定，当事人对该决定不能同时接受的部分形成争议，而后进入“争议的解决”程序由当事人谋求解决。

承上言，在《范本》管理模式中，监理人有权管住发包人标的承包人组织施工行为；而对承包人标的发包人支付合同价款行为、提供行为没有监督；于是可以认为，在《范本》管理模式中，监理人进行的是合同管理工作，以区别于合同管理。这一观点，适用于《标准》管理模式。

3. 监理之梦

设想承包人的处境，是不得不接受现行的管理模式，有谁乐意接受法律地位有欠平等，权利义务约定有欠对等的合同？在《范本》和《标准》管理模式中，承包人计划的组织施工行为必须获得监理人的同意，实施的组织施工行为必须获得监理人的认可，而承包人拥有的次生的请求权监理人无法提供保障，客观上多少对监理人有些抵触情绪，严要求则抵触情绪有加。另外，在《监理规范 2013》规定，“建设工程监理合同是实施监理的直接依据”、“工程监理单位受建设单位委托……在施工阶段对建设工程质量、进度、造价进行控制……”；又在《2012 监理教材》提出，“我国的建设工程监理是专业化、社会化的建设单位项目管理，所依据的基本理论和方法来自建设项目管理学……”、“可以认为我国的建设工程监理就是为建设单位服务的项目管理”。这就是说，规范规定的或教材所教的都与《范本》或《标准》管理模式有些脱节，使监理人多少有些无所适从。因此可否认为，这是当前工程监理行业出现低谷的原因？可否认为，目前的管理模式难以符合国情？我国国情是以公有制经济为主，发包人、承包人、监理人属于人民内部分工。于是笔者有监理之梦，提出展望的管理模式；同时需要有展望的监理规范和展望的监理教材，以共同推动建设工程监理制度的发展。

在展望的管理模式中，条款约定遵循平等、公平、诚信等原则，首先使发包人和承包人的法律地位平等。只有法律地位平等，才有可能对等地约定权利义务，才有可能在承认承包人负有实现发包人请求权的义务的同时，当承包人组织施工行为符合发包人请求权时，同样承认发包人负有实现承包人次生的请求权的义务。只有法律地位平等，才能承认当事人共同委托以使监理人有权发布解释书面合同的指示，在承认发包人拥有请求权的同时同样承认承包人拥有次生的请求权，在承认发包人有权授以请求权的同时同样承认承包人有权授以次生的请求权。因为当事人之间地位平等、公平约定权利义务，才能为诚信履约奠定基础。在展望的管理模式中，同时设定当事人与监理人的法律关系是当事人共同委托、分别授以指向标的的请求权和次生的请求权以发布监理人指示，对当事人具有约束力；监理人作为事实行为人进行合同管理，但当事人最终不受监理人指示约束。

有鉴于此，对于《范本》管理模式，当事人和监理人的法律关系，笔者尝试描述为当事人共同委托、发包人授以指向标的的请求权以发布监理人指示，包括越权的指示，对当事人具有约束力；监理

人根据合同规定进行合同管理工作，但当事人最终不受监理人指示约束。“发包人授以指向标的的请求权”是指监理人有权向发包人标的承包人组织施工行为发布指示；其中“包括越权的指示”是指当发包人提供行为违约且改变承包人义务时，监理人发布的是发包人同意的越权的变更决定，其中“合同管理工作”是指监理人只能管住发包人标的承包人组织施工行为。其中“最终不受监理人指示约束”的范围比展望的管理模式的范围要小，因为监理人指示范围较小。对于《标准》管理模式，因为删除了监理人有权解释书面合，当事人和监理人的法律关系，笔者尝试描述为发包人授以指向标的的请求权以发布监理人指示，包括越权的指示，对当事人具有约束力；监理人根据合同规定进行合同管理工作，但当事人最终不受监理人指示约束。其中“最终不受监理人指示约束”的范围，比《范本》管理模式的范围还要小。

4. 本书目的

2013 年，中国建设监理协会换届，是工程监理行业的一件大事。新一届新气象，提出“工程监理制度发展研究”的课题，研究方向是探讨具有中国特色的监理制度。这是个鼓励和由头，决心以“论工程施工合同范本及其更新”为题，将后半生所事、所学、所悟、所梦编撰成册，一来与诸位同行交流，乃人生一大幸事；二来抛砖引玉，或许能为工程监理行业的发展尽绵薄之力。因经历所限，多取材于水利水电工程施工合同；因为合同权利的性质并无差别，且工程规模巨大而复杂，所以不至于影响它的实用价值。笔者虽然小心求证，但缺乏系统的法律知识，谬误之处在所难免，还望读者不吝指正。

5. 编撰纲要

根据《合同法》规定的平等、公平、诚信等原则，借鉴《FIDIC 条件 1987》管理模式，以解读《范本》通用合同条款；对于那些有欠平等、公平、诚信的条款、违反法定权利义务的条款认定为“准字约定”，并作为展望的管理模式的修改对象，以尝试对《标准》主要通用合同条款的修改，提出展望的管理模式的主要通用合同条款。本书分为三部分。第一部分寻找认知监理合同范本和施工合同范本的钥匙。主要包括法律对监理的定位、对监理人的定位，施工合同的法律意识储备，以及来自《FIDIC 条件 1987》管理模式的启示。第二部分解读《范本》通用合同条款。合同是一个整体，孤立地看某一条款可能难明其义，唯将其置于合同的整体中，从一个确定的意义背景出发才能得出它的正确解释。于是首先整体解读《范本》通用合同条款，对此归纳为 2 项意图、5 项设定，并以此作为固有的背景以解读约定为主的当事人权利义务条款及其监理人职责条款；或判断哪些“准字约定”无效；或判断哪些可以删除，使之简明扼要。第三部分提出展望的管理模式的主要通用合同条款。此外为共同推动建设工程监理的发展，还需展望的监理规范、展望的监理教材以共同发挥作用；因此就如何展望，围绕几个基本问题与《监理规范 2013》和《2012 监理教材》进行了交流。

作者

2015 年 1 月



截流合龙

二滩工程 I 标承包商提前实现截流戗堤合龙，龙口合影

左 1 I 标首席咨询专家，左 2 王凯，左 3 工程师王音辉，左 4 I 标承包商工地经理，右 1 二滩开发公司副总经理蔡新鉴，右 2 II 标咨询专家，右 3 二滩工程咨询专家组组长，右 4 作者。



质量检查

二滩工程 I 标承包商石料首次开采，I 标工程师进行质量检查

中部作者：对开采石料质量不满，承包商同意石料使用前增加选料工序。

左侧老外：I 标施工部经理，右侧老外：I 标工地经理。



工程解说

世界银行特别咨询团员在二滩工程 8 号公路俯视坝址

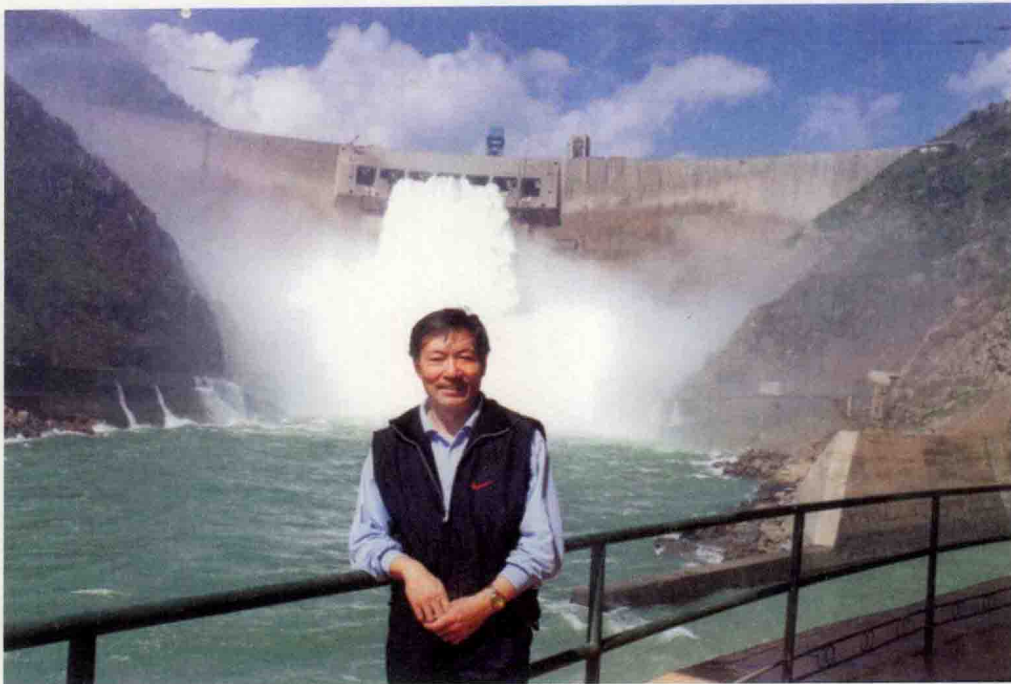
左 1 作者介绍施工进度，左 2 特咨团组长李鹤鼎院士，右 3 成都勘测设计研究院总工程师张超然院士。



监理汇报

作者向世界银行特别咨询团汇报 I 标监理

中右作者，右 1 特咨团成员谭靖夷院士，左 1 业主总工程师黄新生，左 4 工程师王音辉。



首次泄洪

二滩工程拱坝表孔，首次泄洪作者留影。



签字仪式

山西省万家寨引黄工程土建项目国际Ⅱ/Ⅲ标合同签字仪式

左 1、左 3、左 4 承包商相关负责人，左 2 山西省万家寨引黄工程管理局负责人，右 2 作者受聘合同顾问，右 3 Ⅱ/Ⅲ标工程师代表赵雄飞。

目 录

绪 论	1
第 1 章 法律对建设工程监理的定位	13
1.1 《建筑法》和《合同法》中的监设法条	13
1.2 建设工程施工监理的依据和法律定位	15
第 2 章 认知监理合同和施工合同	19
2.1 从《合同法》第 1 条、第 2 条、第 12 条开始认识	19
2.2 监理合同和施工合同都属于有名合同	24
2.3 范本施工合同的内容	32
第 3 章 来自《FIDIC 条件 1987》管理模式的启示	45
3.1 《条件》意图 1：维系当事人三类权利义务关系的平衡	45
3.2 《条件》意图 2：雇主任命工程师进行合同管理	51
3.3 解读《FIDIC 条件 1987》管理模式	54
3.4 《FIDIC 条件 1987》管理模式给出的其他启示	56
第 4 章 《范本》意图 1：维系当事人三类权利义务关系的准平衡	59
4.1 合同设立，首先构建相应于招标文件的、预期的和基础的设立平衡	60
4.2 合同履行，当发包人提供行为违约时以“变更准平衡”替代设立平衡	68
4.3 合同履行，承包人对“设立准平衡”和“变更准平衡”的不满，要求索赔再平衡	74
4.4 对《范本》意图 1 的评价：在概念上算是迟到的公平	78
第 5 章 《范本》意图 2：由监理人管理施工合同，且根据合同管理合同	80
5.1 监理人的亮相条款是“7 监理人和总监理工程师”	81
5.2 监理人职责行为应公正	86
第 6 章 解读《范本》通用合同条款	94
6.1 解读当事人约定为主的权利义务条款	94
6.2 解读法定为主的当事人权利义务条款	166
第 7 章 解读《范本》管理模式，监理人管理义务人的行为	181
7.1 对发包人提供行为的管理	183
7.2 对发包人变更的管理	184
7.3 对承包人组织施工行为的管理	186
7.4 对承包人请求月进度付款的管理	193
7.5 对永久工程完工验收、移交接收的管理，以及完工结算	195
7.6 保修期内对承包人尾工组织施工行为的管理，结束后进行最终结清	197

第 8 章 解读通用合同条款对监理人主要职责行为的规范	199
8.1 监理人发布指示	199
8.2 监理人对施工进度的管理	203
8.3 监理人对工程变更和变更管理	206
8.4 监理人对索赔的处理	210
第 9 章 按展望的管理模式，尝试对《标准》的修改	213
9.1 尝试对《标准》主要通用合同条款的修改要点	214
9.2 尝试修改《标准》主要通用合同条款，提出展望的管理模式	227
第 10 章 与《监理规范 2013》和《2012 监理教材》交流	257
10.1 与《监理规范 2013》交流	258
10.2 与《2012 监理教材》交流	263
第 11 章 实例和评说	267
跋——我的后半生，我的监理梦	280
阅读须知	281

绪 论

在建设项目法人制度、招标投标制度、建设工程监理制度、合同管理制度等市场经济管理制度环境下，到了工程项目施工阶段，发包人为采购标的物工程通过招标投标与承包人签订范本施工合同，发包人为委托监理人管理范本施工合同通过招标投标与监理人签订范本监理合同；监理人根据范本监理合同派遣监理工程师长驻工地，向发包人提供以管理范本施工合同为主的服务。

1. 范本监理合同和范本施工合同是两个独立的主合同

在监理合同范本中，都约定有监理服务的范围与内容。监理服务范围指监理标段的范围和标段的监理范围。监理服务内容一般可归纳为三部分，一是主要的，提供管理施工合同的服务；二是提供协助发包人进行招标投标的服务；三是提供协助发包人圆满履行施工合同的服务。显然，第二、第三部分服务是第一部分服务的扩展。重要的是在监理合同范本中，发包人只能概括委托监理人管理范本施工合同。因为施工合同范本明确规定，监理人应履行本合同规定的职责、监理人可以行使合同规定的和合同中隐含的权力；可见，施工合同范本的意图是“由监理人管理施工合同，且根据合同管理合同”。简言之，范本监理合同的所有约定对范本施工合同中的承包人不具有约束力，监理人如何根据范本施工合同管理合同与范本监理合同所有约定无关。于是认为，在范本施工合同中出现监理人、监理人根据合同管理合同是推行建设工程监理制度的象征；排除它则建设工程监理制度不复存在。于是进一步认为，探讨建设工程监理制度、探讨监理人管理施工合同不能停留在法律层面上，而应注重对这两个独立的主合同的探讨，尤其是对施工合同范本的探讨，这样做可以避免一些误解。

《建筑法释义》第 32 条指出“……按照工程监理合同的约定对承包单位在施工质量、建设工期和建设资金使用等方面，代表建设单位实施监督……”《建筑法》第 33 条规定：实施建筑工程监理前，建设单位应当将委托的工程监理单位、监理的内容及监理权限，书面通知被监理的建筑施工企业。对此，与《合同法》第 2 条关于调整范围的规定相矛盾。在监理合同范本中，发包人对监理人提供的服务全部采用了特别委托的方式，看来需要修改；又在《监理规范 2013》（全称参见“阅读须知”，下同）之“条文说明 1.0.6”中指出“建设工程监理合同是实施监理的直接依据……”也不好接受。

2. 范本施工合同

本书主要探讨对象是《范本》通用合同条款和《标准》通用合同条款，或分别称之为《范本》管理模式和《标准》管理模式。

《合同法》第 269 条是对建设工程合同概念和类型的规定，第一款是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。第二款是建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。于是可以认为，工程施工合同是承包人进行工程组织施工，发包人支付价款的合同。换个视角，如果按请求权和义务人的行为进行理解，工程施工合同可以描述为承包人标的发包人支付合同价款行为与发包人

标的的承包人组织施工行为之间进行交换的协议。于是在《范本》或《标准》施工合同中，监理人的主要职责应该是围绕发包人标的的承包人组织施工行为、承包人标的的发包人支付合同价款行为之间的交换进行的。

在工程施工合同中，其请求权应该是当事人进行合同管理的出发点和归宿。请求权是指权利人基于债的关系而产生的、请求特定人为特定行为的权利，也是债权人请求债务人为一定行为或不行为一定行为的权利。首先，承包人负有实现发包人请求权的义务而不得擅自改变。审视发包人指向发包人标的的承包人组织施工行为的请求权，它来自合同“设立”时，拥有的预期的请求权；当发包人提供行为违约仅改变承包人义务工作量时，还拥有保留的请求权；当发包人提供行为违约且改变承包人义务时，根据监理人发布发包人同意的越权的变更决定“拥有”更新的请求权；另一种情况是当发包人提供行为违约且改变承包人义务时，根据签订的继后协议拥有更新的请求权。其次，因为承包人组织施工行为符合发包人请求权，最终建成合格的永久工程，这就增加了社会财富。所以在概念上，承包人拥有指向承包人标的的发包人支付合同价款行为的次生的请求权，发包人负有实现承包人次生的请求权的义务也不得擅自改变。再次，当发包人提供行为违约时，承包人享有追究违约责任的权利，这就是法定的次生的请求权。然而在《范本》或《标准》施工合同中，通用合同条款根据《建筑法》第32条规定约定发包人作为义务人的行为不受监督，从而使发包人享有支付合同价款的权利、发包人可以通过监理人发布越权的变更决定；所以在实际上，承包人次生的请求权和法定的次生的请求权，会受到某些限制而对承包人有欠平等、公平、诚信。

事实上，发包人进行的合同管理的思路是行使其请求权，以实现在完工时获得合格的标的物工程的合同目的；承包人进行的合同管理的思路是获得次生的请求权，以及时获得合同价款为合同目的。可见，当事人进行的合同管理与监理人管理合同在内容上大体上相同，但是当事人如何行使其请求权与监理人对它的判断（用于委托事项）或认定（用于授权事项）往往大相径庭，这是推行建设工程监理制度的现实意义。

3. 当事人与监理人的法律关系

众所周知，发包人和承包人、发包人和监理人都是合同关系；对于监理人与承包人的关系，过去流行提法是监理和被监理的关系，从现象上看确实如此。笔者注意到，施工合同范本的意图2是“由监理人管理施工合同，且根据合同管理合同”；前者是推行建设工程监理制度结果，后者包含当事人与监理人的关系，揭示当事人和监理人在合同中的关系可否作为它们的法律关系呢。

对于《范本》管理模式，当事人和监理人的法律关系笔者尝试描述为，当事人共同委托、发包人授以指向标的的请求权以发布监理人指示，包括越权的指示，对当事人具有约束力；监理人作为事实行为人进行合同管理工作，但当事人最终不受监理人指示约束。其中“当事人共同委托”是指当事人共同委托使监理人有权发布解释书面合同的指示。其中“发包人授以指向标的的请求权”是指监理人有权向发包人标的的承包商组织施工行为发布指示；其中“越权的指示”是指当发包人提供行为违约且改变承包人义务时，监理人发布的是发包人同意的越权的变更指示、变更决定。其中“事实行为”是指行为人不具有设立、变更或消灭民事法律关系的意图，但依照法律的规定能引起民事法律后果的行为；对此符合通用合同条款之“7.1 监理人的职责和权力”之（3）中的约定。其中“发布监理人指示”或“监理人发布指示”或“监理人指示”是监理人管理义务人行为的方式，更是一项合同规则。合同

规则的第一个含义是“监理人发布的指示对当事人具有约束力”，约束力的意思是当事人必须据以执行；因为当事人一方是授权人所以应据以执行，因为当事人一方所授之权是请求权、所以当事人另一方应据以执行。合同规则的第二个含义是“最终不受监理人指示约束”，意思是当事人执行后均有权通过索赔程序或反索赔程序形成争议，争议进入争议的解决程序由当事人谋求解决。由此可知，监理人有权管住发包人标的承包人组织施工行为，却无权过问发包人支付合同价款的行为；这就是说，在《范本》管理模式中，监理人进行的不是完整的合同管理，而是合同管理工作。

对于《标准》管理模式，因为删除了当事人共同委托使监理人有权解释书面合同，当事人和监理人的法律关系笔者尝试描述为，发包人授以指向标的的请求权以发布监理人指示，包括越权的指示，对当事人具有约束力；监理人作为事实行为人进行合同管理工作，但当事人最终不受监理人指示约束。其中“最终不受监理人指示约束”的范围，比《范本》管理模式的范围要小，限于发包人标的承包人组织施工行为。

对于展望的管理模式，根据平等、公平、诚信等原则，设定当事人和监理人的法律关系，对此笔者尝试描述为当事人共同委托、分别授以指向标的的请求权和次生的请求权，使监理人有权发布指示，对当事人具有约束力；监理人作为事实行为人进行合同管理，但当事人最终不受监理人指示约束。其中“当事人共同委托、分别授权”的意思是当事人共同委托，使工程师有权发布解释书面合同的指示；发包人授以请求权，使监理人有权向发包人标的承包人组织施工行为发布指示；承包人授以次生的请求权，使监理人有权向承包人标的发包人支付合同价款行为发布指示。这就是说，监理人有足够的权力管住两个标的、就管住了标的之间的交换，也管住了合同的实质内容、管住了施工合同。这就是说，在展望的管理模式中，监理人进行的是名副其实合同管理。

4. 管理模式的内涵

承上言，发包人和承包人对范本施工合同进行的合同管理相对单一。发包人进行合同管理的复杂性在于“在行政监督管理之下”对“施工合同为主要合同的合同群”的管理。

为厘清监理人（工程师）对合同的管理，认为有三项因素需要考虑，一是管理对象，指当事人权利义务约定有对等程度之分。二是管理权力，指监理人指示权力的范围，有来源于当事人共同委托、发包人授以请求权、承包人授以次生的请求权之分；在发包人无权可授的情况下监理人发布发包人同意的越权的变更决定，属于“准字约定”；在否定承包人有权授以次生的请求权的情况下，可以理解为有权委托，委托的意思是做此事、向承包人负责。三是管理能力，指职业素质，其基本素质是公正地履行职责，不带偏见地解释和使用书面合同；要求具有综合地解决合同问题和技术问题的能力、斡旋能力等等。对此，借用“管理模式”一词，用以表达国内施工合同范本通用合同条款或《FIDIC 条件 1987》通用条件，监理人或工程师管理合同的差别，或范本编写审批人的合同主张。其中管理对象概括为“意图 1”，其中管理权力概括为“意图 2”，管理能力常因管理对象、管理权力而变化，是实践出真知的意思，所以可以淡化。

本书选择了三种典型的管理模式，一是《FIDIC 条件 1987》管理模式，用《合同法》相关规定读后以资借鉴，工程师进行合同管理；二是《范本》管理模式，在一定程度上是对“法律对监理的定位”的解读，监理人进行合同管理工作；三是展望的管理模式，遵循平等、公平、诚信等原则以修改《标准》通用合同条款，作为展望的管理模式的主要通用合同条款，使监理人进行合同管理。详见“典型的施工合同范本管理模式表”。

典型的施工合同范本管理模式表

管理模式	管理合同主体	管理模式描述	备注
《FIDIC 条件 1987》管理模式 (通用条件)	工程师	《FIDIC 条件 1987》规定，雇主聘请工程师进行管理合同。 ★ 管理对象：因为当事人权利义务约定大体对等、工程风险分担相对合理、违约责任约定明确。于是认为“意图 1：维系当事人三类权利义务关系的平衡”成立。三类平衡是指“设立平衡”、“工程变更平衡”和“继后协议平衡”、“索赔再平衡”。重要的是，符合《合同法》规定的平等、公平、诚实信用等原则。 ★ 管理权力：当事人共同委托使工程师有权解释书面合同，当事人授以请求权或次生的请求权使工程师以其足够指示权力管住两个标的的交换，管住了合同；这就是“意图 2：雇主任命工程师进行合同管理”。工程师管住发标人标的，从而在完工时雇主获得合格的标的物工程，实现追求的合同目的；工程师管住承包商标的，以使当事人三类权利义务关系处于平衡状态，即根据合同规定承包商获得合理的付款，实现追求的合同目的。如果形成争议，当事人通过“争议的解决”程序谋求解决，表明当事人最终不受工程师指示约束。	★ 公平原则要求当事人之间的权利义务约定要公平合理、大体上平衡；主要包括权利义务对等、工程风险分担合理、违约责任约定明确。 ★ 人称《FIDIC 条件 1987》为圣经绝非偶然；用《合同法》解读，精华之处在于当事人法律地位平等。
《范本》管理模式 (通用合同条款)	监理人 (监理工程师)	发标人与监理人签订监理合同，监理人根据《范本》合同规定提供以管理合同为主的服务；表明在监理合同中，对监理人进行的合同管理工作，只能是概括委托。 ★ 管理对象：因为发标人享有支付合同价款的权利，所以当事人权利义务约定有欠对等；因为监理人发布的是发标人同意的越权的变更决定，所以违约责任约定有些失当；还可能将发标人某些意志以及连带风险强加给承包人，所以工程风险分担有欠合理。于是认为“意图 1：维系当事人三类权利义务关系准平衡”成立。在履约过程中，三类平衡处于“设立准平衡”、“变更准平衡”和“索赔准再平衡”状态；因为有“争议的解决”程序后，以解决当事人之间形成的争议，在概念上算是迟到的公平。 ★ 管理权力：当事人共同委托使监理人有权解释书面合同，发标人授以指向发标人标的的请求权，监理人行使指示权力，包括发布发标人同意的越权的变更决定，以管住承包人组织施工行为，从而在完工时获得合格的永久工程，实现追求的合同目的；另一方面，监理人心中存承包人次生的请求权，以期当事人三类权利义务关系处于平衡状态，监理人发布的索赔处理决定、出具的付款证书，归根到底供发标人审批。这就是“意图 2：由监理人管理施工合同，且根据合同管理合同”，内涵是监理人进行合同管理工作。如果形成争议，当事人通过“争议的解决”程序谋求解决，表明当事人最终不受监理人指示约束。	★ “概括委托”出自《合同法》第 397 条关于委托权限的规定：委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。 ★ 之所以增加了一个“准”是因为“准字约定”的存在；凡是有欠平等、公平、诚信的条款、凡是违反法定权利义务条款的条款等认定为“准字约定”。为展望的管理模式提供了修改之处。

管理模式	管理合同主体	管理模式描述	备 注
展 望 的 管理模式 (通用合同 条款)	监 理 人 (监 理 工 程 师)	在监理合同中，发包人除特别委托，如提供协助发包人进行招标投标的服务、协助发包人圆满履行施工合同的服务者外，应概括委托监理人提供根据施工合同进行合同管理的服务。 ★ 管理对象：遵循平等、公平、诚信等原则，使权利义务约定大体对等、工程风险分担相对合理、违约责任约定确定，使“意图 1：维系当事人三类权利义务的平衡”成立。三类平衡是指“设立平衡”、“工程变更平衡”和“继后协议平衡”、“索赔再平衡”。 ★ 管理权力：当事人共同委托使监理人有权解释书面合同，同时当事人授以请求权或次生的请求权使监理人有足够的“基本权力”管住两个标的的交换，管住了合同；使“意图 2：当事人共同委托、分别授权，使监理人有足够的‘基本权力’进行合同管理”成立。监理人管住发承包人的标的的过程中，履行法定职责以期承包人组织施工行为处于安全环保状态，从而在完工时发承包人获得合格的永久工程，实现追求的合同目的；监理人管住承包人的标的，以使当事人三类权利义务的平衡状态，即根据合同规定承包人获得合理的付款，实现追求的合同目的。如果形成争议，当事人通过“争议的解决”程序谋求解决，表明当事人最终不受监理人指示约束。	★ 当发承包人提供行为违约仅改变发承包人义务工作量时，监理人行使发承包保留的请求权以发布工程变更指示，监理人行使承包人的法定权次生的请求权以发布工程变更更决定，这就是“工程变更平衡”。 ★ 当发承包人提供行为违约且改变发承包人义务时，发承包人请求权丧失，发承包人与承包人协商一致签订继后协议，这就是“继后协议平衡”。 ★“基本权力”是指向标的的权力。

5. 本书内容摘要

本书以解读《范本》通用合同条款为中心，前 10 章分为三部分；最后一章是“第 11 章 实例和评说”，以发挥进一步说明的作用。

第一部分寻找认知监理合同和施工合同的钥匙。主要有三项内容，一是法律对工程施工监理的定位，实施监理依据，以及法律和合同定位监理人于事实行为人等；二是合同的法律意识储备。因为监理合同和施工合同都是有名合同，从定义出发是认知合同的捷径。对于施工合同，发包人请求权是合同的主动因素；施工合同是承包人标的发包人支付合同价款行为与发包人标的承包人组织施工行为之间进行交换的协议。三是来自《FIDIC 条件 1987》管理模式的启示，其中最重要的和值得借鉴的是以“一弓三箭”理顺了雇主、承包商和工程师之间的法律关系。

第二部分解读《范本》通用合同条款。主要有四项内容，一是整体解读《范本》通用合同条款，归纳为 2 项意图、5 项设定。二是以此为固有的背景以解读约定为主的当事人权利义务条款及其监理人职责条款；或判断哪些“准字约定”无效；或判断哪些可以删除，使之简明扼要。在解读法定的当事人权利义务条款及其监理人职责条款后，认为有限的通用合同条款几乎无法概括，不如简化。三是就通用合同条款规定梳理出 6 项职责，监理人根据当事人的委托或授权对义务人的行为进行管理；四是根据通用合同条款规定，规范监理人公正地履行职责。

第三部分，在尝试修改《标准》主要通用合同条款的基础上，提出展望的管理模式主要通用合同条款。这就是遵循平等、公平、诚信等原则，淡化自愿原则，设定当事人共同委托、分别授权以使监理人有足够的“基本权力”发布指示，并以事实行为人进行合同管理，但当事人最终不受监理人指示约束。此外，还需展望的监理规范、展望的监理教材，以共同推动建设工程监理的发展；展望的监理规范应以展望的管理模式为根据，规范监理人职责行为；展望的监理教材应针对展望的管理模式、展望的监理规范为监理人以及发包人、承包人传道授业解惑；对此，就几个基本问题与《监理规范 2013》和《2012 监理教材》进行了交流。