

建筑工程入门之路丛书

建筑工程合同管理 实例教程

李锦华 李东光 主编



JIANYU GONGCHENG HETONG GUANLI
SHI LI JIAO CHENG

入门之路在手中
实践之路在脚下



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



建筑工程入门之路丛书

建筑工程合同管理实例教程

李锦华 李东光 主编

机械工业出版社

建设工程合同管理是工程项目管理的重要组成部分,对工程项目建设的成败有着重要影响。建设工程合同管理是一项体现现代科学技术的多学科管理工作。涉及技术理论、合同法律、施工经验等诸多方面,良好的合同管理对业主和承包商的利益保护是非常重要的。

本书针对工程管理专业、土木工程专业及其相关专业应用型技术人员及管理人员而编写,理论与实践案例相结合,通过建筑工程施工过程中的合同管理实践案例分析,达到使读者掌握合同管理要点及应用的目的。

图书在版编目(CIP)数据

建筑工程合同管理实例教程 / 李锦华, 李东光主编

—北京: 机械工业出版社, 2010.12

(建筑工程入门之路丛书)

ISBN 978-7-111-32827-8

I. ①建… II. ①李… ②李… III. ①建筑工程—经济合同—管理—教材 IV. ①TU723.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第260581号

机械工业出版社(北京市百万庄大街22号 邮政编码100037)

策划编辑: 范秋涛

责任编辑: 范秋涛

版式设计: 张世琴

责任校对: 卢惠英

封面设计: 王伟光

责任印制: 杨 曦

北京双青印刷厂印刷

2011年3月第1版第1次印刷

140mm × 203mm · 11.75印张 · 313千字

标准书号: ISBN 978-7-111-32827-8

定价: 35.00元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换

电话服务

网络服务

社服务中心: (010) 88361066

门户网: <http://www.cmpbook.com>

销售一部: (010) 68326294

教材网: <http://www.cmpedu.com>

销售二部: (010) 88379649

读者服务部: (010) 68993821

封面无防伪标均为盗版

前 言

建设工程合同管理是工程项目管理的重要组成部分，对工程项目建设成败有着重要影响。建设工程合同管理是一项体现现代科学技术的多学科管理工作。涉及技术理论、合同法律、施工经验等诸多方面，良好的合同管理对业主和承包商的利益保护是非常重要的。

本书针对工程管理专业、土木工程专业及其相关专业应用型技术人员及管理人员而编写，理论与实践案例相结合，通过建筑工程建设过程中的合同管理实践案例分析，达到使读者掌握合同管理要点及应用的目的。本书在编写过程中始终注意体现以下特点：

(1) 以建设工程合同的订立、履行、变更与解除、合同的终止及违约责任的承担为线索，对理论进行阐述的同时结合实际案例进行分析。

(2) 内容全面、涉及层面较广泛，编写体例独特，具有实用性和可操作性。

(3) 向广大从事工程建设管理的人们提供一些合同管理工作的理论与实践经验，以便在遇到合同问题时，选择比较正确的解决途径。

本书也可供高等学校应用型本科院校土木工程及工程项目管理领域的硕士生、工程管理专业及相关专业本科学生、继续教育院校本专科学生和高职高专院校专升本学生的教学参考使用。

本书由天津城市建设学院李锦华、李东光主编。天津市高级人民法院吴彬，天津工程师范大学赵文聘，天津观典律师事

务所李康乐、刘静，天津张盈律师事务所刘梦醒、刘洋，天津四方君汇律师事务所李鹏远，国家开发银行天津市分行杨丽参加编写。其中李锦华编写第一章，刘梦醒、李康乐编写第二章，吴彬编写第三章，李鹏远、刘静编写第四章，刘洋、李东光编写第五章，李东光编写第六章，李东光、李鹏远编写第七章，李锦华、杨丽编写第八章，赵文聘编写第九章。南开大学法学院硕士研究生周月、许文君同学为本书的编写做了大量文字处理工作，在此表示感谢。

在编写过程中，参考和引用了相关书籍、论著和相关资料，在此向相关作者表示感谢。

由于学识水平有限，书中的缺点和错误恳请读者批评指正。

编 者

目 录

前言

第一章 建设工程合同导论 / 1

第一节 合同及合同法概述 / 1

第二节 建设工程合同理论概述 / 13

第三节 建设工程合同主体及其法律关系 / 24

第二章 建设工程合同的订立 / 38

第一节 建设工程合同订立理论综述 / 38

第二节 建设工程合同订立相关案例解析 / 61

第三节 建设工程合同订立实践指南 / 72

第三章 建设工程合同的效力 / 77

第一节 建设工程合同效力理论综述 / 77

第二节 建设工程合同效力相关案例解析 / 93

第三节 建设工程合同效力实践指南 / 109

第四章 建设工程合同履行 / 117

第一节 建设工程合同履行理论综述 / 117

第二节 建设工程合同履行相关案例解析 / 135

第三节 建设工程合同履行实践指南 / 156

第五章 建设工程合同索赔与反索赔 / 161

第一节 建设工程合同索赔与反索赔理论综述 / 161

第二节 建设工程合同索赔与反索赔相关案例解析 / 178

第三节 建设工程合同索赔与反索赔实践指南 / 193

第六章 建设工程合同的变更与解除 / 222

第一节 建设工程合同变更与解除理论综述 / 222

第二节 建设工程合同变更与解除相关案例解析 / 240

第三节 建设工程合同变更与解除实践指南 / 253

第七章 建设工程合同终止 / 258

第一节 建设工程合同终止理论综述 / 258

第二节 建设工程合同终止相关案例解析 / 275

第三节 建设工程合同终止实践指南 / 285

第八章 建设工程合同担保 / 292

第一节 建设工程合同担保理论综述 / 292

第二节 建设工程合同担保相关案例解析 / 309

第三节 建设工程合同担保实践指南 / 316

第九章 建设工程合同违约责任 / 322

第一节 建设工程合同违约责任理论综述 / 322

第二节 建设工程合同违约责任相关案例分析 / 342

第三节 建设工程合同违约责任实践指南 / 360

参考文献 / 365

第一章 建设工程合同导论

第一节 合同及合同法概述

一、合同概述

(一) 合同的概念

根据《合同法》第2条规定,合同是平等主体的自然人、法人及其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。

合同有广义、狭义之分。广义上的合同,指一切产生权利义务的协议。如劳动合同、行政合同、民事合同等。其中,民事合同又可分为债权合同、物权合同、知识产权合同、身份合同、人格权合同等。《合同法》所调整的合同,为狭义上的合同,指作为平等主体的当事人之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。对于合同概念的阐述,民法中的合同有广义和狭义之分。

1. 广义的“合同”概念

这种观点认为,民法上的合同是指设立、变更、终止民事权利义务的协议。我国《民法通则》第85条“当事人之间设立、变更、终止民事法律关系的协议”的规定,采纳的就是广义的合同概念。有学者认为,我国《合同法》也应采纳广义的合同概念,其理由是:①合同不仅仅是产生民事法律关系的协议,也包括变更、终止民事法律关系的协议;②在民法中,一些共同行为如合伙合同、联营合同等也不是纯粹的债权行为;

③在人格权的行使方面及在知识产权法领域，也存在一些合同；④我国司法实践也是采纳广义的合同概念；⑤采纳广义的合同有助于准确地适用合同法律，解决民事纠纷等。

2. 狭义的“合同”概念

中国台湾民法学家史尚宽先生认为，狭义的合同，专指债权契约。“债权契约，系以债之发生为目的的法律行为，其要件如下：其一，须有两人以上当事人的意思表示，故自己契约及双方代理，原则上为无效。其二，须有相对立之两个以上意思表示之一致，各当事人以不同的权利义务相对立。构成意思表示的一致，第一，当事人须有主观上之一致，即一方的意思表示与他方之意思表示结合，俱为使发生一定的法律效力而为之者。第二，须有客观上的一致，即表示上的效力意思，具有同一的内容。”这种观点认为，《民法通则》第85条的规定并非泛指所有民法上的合同，此处所称的“民事关系”应仅仅指债权债务关系。

《民法通则》将合同规定在“债权”一节，明确规定合同为发生债的原因。狭义的合同概念将合同作为发生债权债务关系的合意，这是完全符合大陆法债法理论的。根据大陆民法体系，合同是债的一种形式或债的发生原因，但这并不意味着民事合同在内容上仅限于债权债务关系的合意。如果认为合同只是发生债权债务关系的合意，则未免将合同的定义限制得过于狭窄，并将使许多民事合同关系难以受到合同法的调整。

作为法律概念的合同，在不同的场合有不同的含义。广义合同概念，除了包括民事合同以外，还涉及到行政法、劳动法、国际法等不同的法律部门中的行政合同、劳动合同、国家合同等，如果合同法采取广义的合同概念，合同法势必会涉及到行政法、劳动法、国际法等不同的法律部门，这样就难以确定合同法的规范对象和内容，其体系也会过于庞杂。因此，我国《合同法》在狭义的合同范围内对合同概念进行诠释。

（二）合同的法律特征

1. 合同是双方或多方的民事行为

民事法律行为，根据其成立所需的意思表示的多寡可以分为：单方行为、双方行为及多方行为。所谓单方行为，指仅由一个意思表示所构成的民事法律行为。所谓双方行为，指由两个方向相反的意思表示所构成的民事法律行为。所谓多方行为，指由两个以上方向一致的意思表示所构成的民事法律行为，或称共同行为。合同是基于双方或多方的意思表示而成立的，双方间成立的合同为双方行为，即双方合同。多方间成立的合同为多方行为，即多方合同。

2. 合同以设立、变更或终止民事权利义务关系为内容

合同以产生、变更、终止民事权利义务关系为目的。当事人订立合同都有一定的目的，即产生、变更或者终止一定民事权利义务关系。所谓产生民事权利义务关系，指当事人订立合同以形成某种法律关系，设定某种民事权利和民事义务。所谓变更民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同使原有的合同关系在内容、当事人上发生变化。所谓终止民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同消灭原法律关系。合同法上的合同所涉及的权利、义务都是民事性质的，非民事性质的行政关系中的权利、义务不属于民事合同的内容。同时，有关身份关系的协议，如婚姻、收养、监护等，也不由合同法调整，民事合同的内容实际就是民事财产关系中的债权债务关系。

3. 合同是当事人协商一致的产物，是意思表示一致达成的协议

民事法律行为以意思表示为要素，合同是双方或多方的民事法律行为，意味着合同是在双方或多方都有意思表示，而且各方意思表示一致的条件下成立。合同是两个以上的意思表示一致的协议，或者说，合同是当事人协商一致的产物。合同是合意的结果，它必须包括以下要素：第一，合同的成立必须要有两个以上的当事人；第二，各方当事人须互相作出意思表示；第三，各个意思表示达成一致。真实的意思产生于当事人的自

由和自愿，因此当事人必须在平等自愿的基础上进行协商，才能使其意思表示达成一致，如果不存在平等自愿，也就没有真正的一致。因而因欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解、显失公平等意思表示不真实而成立的合同，在法律上都属于无效或可撤销的合同。

4. 合同当事人的法律地位平等

合同的各方当事人，无论是自然人还是法人，也无论他们在合同之外有无行政隶属关系以及经济实力如何，他们的法律地位都是平等的，任何一方不得对其他一方加以限制和强迫命令。

(三) 合同的种类

合同按不同的分类标准可分为不同的种类。以权利和义务关系的类型作为划分合同的标准，合同可分为下述类型：买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，融资租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，行纪合同，居间合同。这也是合同法则对合同的分类。

根据合同的法律特征，合同可以分为以下类型：

1. 诺成性合同与实践性合同

这是根据合同成立是否以交付标的物为要件划分的。诺成性合同是指当事人意思表示一致即可成立的合同。如买卖合同就是典型的诺成性合同，双方当事人就合同的主要条款达成一致协议，合同就成立。实践性合同是须实际交付标的物才能成立的合同。如借用合同就是实践性合同，只有在出借人将借用物交付借用人时，合同才成立。

这样区分的法律意义在于：这两种合同（诺成性合同和实践性合同）的成立和生效的时间不同，诺成性合同自当事人各方就合同条款达成一致协议时就成立和生效，而实践性合同在一方当事人未交付标的物时，合同不能成立和生效。

2. 要式合同与不要式合同

根据合同的成立是否需要特定的形式将合同分为要式合同和不要式合同。要式合同是指合同必须采用特定形式的合同。不要式合同是指法律没有特别规定，当事人也没有特别约定须采用特定形式的合同。

这样区分的法律意义在于：如果是要式合同，合同缺乏形式要件就不能成立和生效；而不要式合同，当事人可采用任何形式，合同形式不影响合同的成立和效力。

3. 单务合同与双务合同

根据当事人双方权利、义务的分担方式将合同分为单务合同和双务合同。单务合同是指合同当事人一方是负担义务而不享受权利，另一方是享受权利而不负担义务的合同。双务合同是指合同当事人双方相互享有权利，相互负有义务的合同。

4. 有偿合同与无偿合同

根据当事人取得权利有无代价，合同可分为有偿合同和无偿合同。有偿合同是指双方当事人一方须给予他方相应的利益才能取得自己利益的合同。如买卖合同，买方必须支付价款才能取得货物，卖方必须给付货物才能取得价款，双方都须偿付代价。无偿合同是指一方取得他方利益而自己对得到的利益不付出相应代价的合同，如赠与、借用等。

5. 有名合同和无名合同

合同根据法律上有无规定一定的名称可分为有名合同和无名合同。有名合同是指法律上已确定了一定名称的合同，合同法分则所列合同皆为有名合同；无名合同是指有名合同之外的，尚未由立法统一确定名称的合同。无名合同如经法律确认或在形成统一的交易习惯后，可转化为有名合同。

这样区分的法律意义在于：处理这两类合同纠纷所适用的规则不同。对有名合同纠纷，可直接运用该类合同法律规则处理。对无名合同纠纷，则应该比照类似的有名合同的规则，或根据合同法和民法的一般规定和原则进行处理。

6. 主合同与从合同

根据两个合同间的主从关系,合同可分为主合同和从合同。主合同是不依赖他合同而能独立存在的合同,从合同则是以他合同的存在为存在前提的合同。如为担保借款合同而订立抵押合同,借款合同是主合同,抵押合同则是从合同。主合同的存在决定从合同存在,主合同消灭,从合同也随之消灭。

二、合同法概述

于1999年10月1日起施行至今的《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》),是调整平等主体之间的交易关系的法律,主要规范合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更、合同的终止、违反合同的责任及各类有名合同等问题。作为我国民事法律体系中的重要组成部分,在推行市场经济的今天,《合同法》成为了规范市场经济秩序的核心交易规则。我国学者将合同法定义为调整交易关系的法律,准确地概括了合同法的本质和作用。合同法本质上是财产流转关系的法律规范。财产流转关系反映的是平等主体间在转让产品或货币,完成工作和提供劳务的活动中产生的债务的清偿或履行,具体体现着财产从一个民事主体到达另一个主体的合法转移过程。

合同是当事人处分财产或获得财产的重要法律手段,充分反映着流通领域内的财产运动状态。合同法则通过确认和保障合同当事人正当地行使权利、履行义务,依法约束自己的行为,而对这种财产流转关系进行规范和调整。合同法是民法体系中的民事单行法,在社会经济生活中有着举足轻重的作用。

(一) 合同法的涵义

广义的合同法,是指调整合同法律关系的法律规范的总称。狭义的合同法,是指由立法机关通过严谨的立法技术创制的、具有系统性和科学性的、以合同法命名的基本法,可以称为合同法典。

（二）合同法的调整对象和调整范围

1. 合同法的调整对象

合同法所规范合同，就是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事关系的协议。合同是平等主体之间订立民事权利义务关系的协议，属于民事法律关系。

合同法只调整民事法律关系中的财产关系。

2. 合同法的调整范围

合同的主体，不论中国的还是外国的自然人、法人、其他组织之间订立的合同都属于合同法调整的范围。

（三）合同法的作用

合同法作为调整合同关系的基本法律，有其独特的价值和功能。具体而言，可以概括为以下几个方面：

1. 为市场交易行为提供统一的法律规则

在市场交易中，市场主体面临的全部问题可以归结为几个层次：其一，哪些交易行为可以进行，哪些行为不能进行；其二，如何进行法律允许的交易行为；其三，如何排除正常交易行为中的障碍以及如何尽量消除不正常的交易行为。对第一个问题，关键是要解决判断标准，合同法中关于合同效力的规定即为此而设置了标准，它从正面为市场主体设立了指路明灯，并从反面鞭策着市场主体步入正道；对第二个问题，合同法中合同订立与合同履行的规范为市场主体提供了基本的行为模式；至于第三个问题，合同法中违约责任的规定对如何确定违反合同的责任，提出和设置了具体明确的解决方案。

2. 充分保护市场主体的合法权益

在市场经济条件下，市场主体广泛地签订各种各样的合同，并希望合同能够正常地履行，实现其所期待的利益。只要他们的合同没有违反国家法律和社会公共利益，法律就当满足他们的期待；合同法对参与合同关系的市场主体给予无微不至的关怀：一方面，通过违约补救制度将合同当事人应当得到的利益给予当事人，即便是在违约的情况下，受害当事人的权益也

能达到犹如合同正常履行的程度；另一方面，合同法又通过缔约上过失责任等规定，保护合同当事人的既有的合法权益，纵然其遭遇欺诈、胁迫等因素致使自身利益受到损害，亦可圆满地恢复到合同缔结前的状态。

3. 有力地制裁和矫正市场主体的不法行为

在合同关系中，市场主体的不法行为主要表现为欺诈、胁迫、乘人之危，或者恶意串通，损害国家、集体以及他人合法权益。这些行为的存在，不仅严重地影响合同当事人的利益，而且侵害社会公共利益，违背社会公德。对于这些行为，合同法不仅旗帜鲜明地否定其效力，不让不法行为人从中获得任何利益，并且规定了相应的法律责任，依法予以制裁，从而对不法行为人起到特殊预防与一般预防的效果，充分地体现了法律的惩恶扬善精神。

4. 促进社会主义市场经济健康发展

市场经济以市场作为资源配置的基础性环节，市场主体享有高度的自由决策权力，国家仅仅以市场监护人的姿态出现，而不用“看得见的手”对市场进行直接控制。但是，在市场经济运行过程中，市场主体所固有的趋利避害的趋向，会导致市场运作出现障碍和市场秩序出现震荡，这在市场交易中尤为明显。为此，国家又必须对市场进行必要的宏观调控与微观调控，并且这些调控应主要通过法律的方式进行。合同法是国家对市场进行微观调控的主要手段之一，通过合同法的调整，使得市场交易活动井然有序，市场交易中出现的纠纷能很快地获得解决。合同法对市场活动的正面指引，与反垄断法、反不正当竞争法等一起，构成了对社会主义市场经济进行微观调控的完整法律体系。

（四）合同法的基本原则

合同法的基本原则是制定和执行合同法的总的指导思想，是合同法的灵魂。合同法的基本原则是合同法区别其他法律的标志，集中体现了合同法的基本特征。合同法的基本原则是合

同法的主旨和根本准则，是制定、解释、执行合同法的指导思想。合同法的基本原则不仅具有立法、司法的指导功能，而且具有解释合同、填补合同漏洞的功能，以及作为合同纠纷裁判标准的功能。我国合同法基本原则包括平等、自愿原则、诚实信用原则、合法原则和鼓励交易原则。

1. 平等、自愿原则

合同法的平等原则指的是当事人的民事法律地位平等，包括订立合同和履行合同两个方面，一方不得将自己的意志强加给另一方。平等原则是民事法律的基本原则，是区别行政法律、刑事法律的重要特征，也是合同法其他原则赖以存在的基础。合同法的自愿原则，既表现在当事人之间，因一方欺诈、胁迫订立的合同无效或者可以撤销，也表现在合同当事人与其他人之间，任何单位和个人不得非法干预。自愿原则是法律赋予的，同时也受到其他法律规定的限制，是在法律规定范围内的“自愿”。法律的限制主要有两方面。一是实体法的规定，有的法律规定某些物品不得买卖，比如毒品；合同法明确规定损害社会公共利益、国家利益的合同无效，对此当事人不能“自愿”认为有效；国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的，有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同，不能“自愿”不订立。这里讲的实体法，都是法律的强制性规定，涉及社会公共秩序。法律限制的另一面是程序法的规定。有的法律规定当事人订立某类合同，需经批准；转移某类财产，主要是不动产，应当办理登记手续。那么，当事人依照有关法律规定，应当办理批准、登记等手续，不能“自愿”地不去办理。

在合同法中，不仅对平等、自愿作了原则规定，而且在具体制度、具体规定方面体现平等、自愿原则。主要规定有：

第一，在合同法第一章中规定，合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。

第二，关于合同内容。《合同法》第12条规定，合同的内容由当事人约定。并在其他条款中规定，当事人就数量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确，可以协议补充；不能达成补充协议时，按照合同有关条款或者交易习惯确定；仍不能确定的，才适用法律的有关规定。

第三，关于合同形式。《合同法》第10条规定，当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。第36条规定，法律、行政法规规定或当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。第37条规定，采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第四，关于格式合同。一是明确了提供格式条款一方的提示义务，《合同法》第39条规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。二是明确规定有些格式条款无效。《合同法》第40条规定，格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。三是对格式条款的解释作出特别规定。《合同法》第41条规定，对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

2. 诚实信用原则

诚实信用原则被称为债的最高原则。诚实信用原则在合同的订立、履行、变更、解除的各个阶段，包括在合同关系终止以后都对当事人有约束力。在合同关系的全过程中，当事人都要讲求诚实、信用，相互协作，以善意的方式履行自己的义务，不得滥用权利。具体包括：在订立合同时，应当遵循公平原则