

法律知识讲堂 第二期

法律摘录:《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》第二十六条:“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的,人民法院应当依法受理。

实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

随着城镇基础设施建设和城市改造的发展,建设工程的数量快速增加,相应的建设工程施工合同纠纷案件也同步增加,特别是在近几年大的经济形势不景气的情况下,案件的数量成倍增加。从案件具体类型看,在建设工程施工合同纠纷中,承包人向发包人、分包人向承包人、实际施工人向承包人、分包人主张工程价款的案件占绝大多数。因工程质量问题、建设工程施工合同、分包合同履行发生争议而提起诉讼的仅占一小部分。

一、立法解读

(一)实际施工人的主体认定

《解释》共有四条规定提及实际施工人,其中:

第一条第一项规定:“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的,应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效。”

第四条规定:“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。”

第二十五条规定:“因建设工程质量发生争议的,发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。”

对《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》第二十六条的解读

第二十六条规定:“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的,人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的,可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

从上述解释可以看出,实际施工人具有以下特征:

- (1)无效合同的承包人;
- (2)违法承包人,特指转包、违法分包、借用资质的承包人;
- (3)与工程发包人之间不存在直接合同关系;
- (4)与上位承包人(非法转包、违法分包人)之间是工程款结算关系而非雇佣关系。

虽然《解释》第二十六条第二款创设的目的是为了保护农民工的利益,但该条主要是通过对缺乏建筑资质的建筑企业或施工队的保护,进而达到维护农民工利益的目的。原建设部在2001年10月25日颁布的107号文件,即《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》,该办法规定:“施工图预算、招标标底和投标报价由成本(直接费、间接费)、利润和税金构成。”按此定义,工程价款包括直接费、间接费、利润和税金四个部分。而直接费的组成主要包括材料费和人工费(即工资,包括农民工工资)两类。因而农民工的工资与实际施工人诉求的工程价款存在本质区别。只有符合上述法律特征的农民工才是实际施工人。

据此,建筑市场中的实际施工人一般有三种:

第一种是法人或者其他组织,该法人或者组织具有/无建筑工程的施工资质或者劳务承

包的资质;

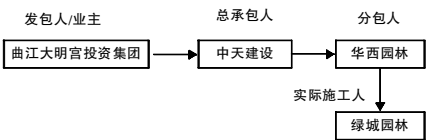
第二种是包工头,它虽然不是一个企业,但是它是一个团队,往往是工种相同的一个班组,或者不同工种的几个班组的组合,其负责人即俗称的包工头;

第三种是农民工个人。

(二)实际施工人主张权利时对被告的选择。

实际施工人可依照《解释》的规定以发包人为被告提起诉讼,要求人民法院追加转包人或违法分包人为共同被告或第三人,还可以转包人或违法分包人作为共同被告,或直接将发包人和转包人、违法分包人列为共同被告。司法实践中,对于转包人(承包人)与发包人之间的工程结算价款,实际施工人往往并不知情或者知之甚少,因此,实际施工人在起诉时往往将建设工程的发包人(业主)、总承包人、违法分包人或非法转包人均列为共同被告,请求共同承担支付工程款的责任。

如:曲江大明宫集团将大明宫工程发包人中天建设,中天建设未经业主同意将其中的循环水系工程分包给华西园林公司,华西园林公司又将该工程转包给绿城园林公司。



后因华西园林未向绿城园林付清工程款,绿城园林将华西园林、中天建设、大明宫投资集

团作为共同被告起诉至法院,请求三被告共同向其支付工程款。经法院审理查明,大明宫投资集团已经向中天建设付清了工程款,中天建设未向华西园林付清工程款。故法院判决由华西园林向绿城园林支付工程,且中天建设在欠付华西园林工程款范围为向绿城园林支付工程款。

从第二十六条第二款的文义理解,发包人指业主,即建设单位。故绿城园林可以以合同关系向华西园林主张支付工程款,也可以突破合同相对性向大明宫投资集团主张支付工程款。但从近几年最高人民法院及陕西当地法院的判决看,法院也往往将总承包人认定为发包人,如果总承包人没有向下手付清工程款,则其下手的手下可以突破合同相对性,依据《解释》第二十六条直接向总承包人主张支付工程款。

根据司法实践,在最高人民法院还未对《解释》第二十六条第二款中的发包人作出明确界定前,该条款中的发包人不是静态不变的业主,也有可能是总承包人。

二、律师提醒

作为总承包人,为了避免纠纷的产生,应当尽量减少违法分包或非法转包。在支付工程款时,原则上要将工程款付给合同相对方,如果合同相对方委托付款,则必须出具书面的委托文件,后连同付款凭证一并保留好。

如果涉及到违法分包或非法转包,实际施工人以《解释》第二十六条起诉总承包人要求支付工程的,则总承包人应当归集证据,证明已向下手承包人付清了工程款,从而避免承担付款责任。

办公室

但行好事 莫问前程

——记桥隧分公司四德教育

为加强生产经营和精神文明创建工作同步发展,根据集团公司2015年第四季度精神文明建设工作相关要求,桥隧分公司通过社会实践、专题讲座等宣传教育方式,开展了以“社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德”为主要内容的四德教育工作。

西铜立交工程项目部地处高速公路出入口,车流量大,极易造成交通拥堵,项目部制定有效的交通疏导方案,并配合交警部门,主动承担起交通疏导工作,同时合理安排,有效部署,将施工带来的不便影响降到最低。11月上旬连日的降雨使得气温骤降,也给大家的出行带来不便。一所幼儿园的出入大门正好处于西铜立交工程的围挡范围,雨水洼坑阻挡了孩子们回家的路,项目部积极协调,主动派出六七名职工在

放学时间来到校门口,将孩子们一个个抱到校车里,当稚嫩的童声甜甜地喊着“谢谢叔叔!叔叔再见!”的时候,每个人的心里都乐开了花。

勿以善小而不为,简单的一件小事,也许就帮了别人一个大忙,在这寒冷的冬日里,就是温暖的一束阳光。做好事,不图回报,更何况,予人玫瑰手留余香,在当下,把眼前能做的事情做好,而不需太过担忧将来。

11月18日,桥隧分公司经理王朋路同志主持召开了以“爱岗敬业”为主题的道德讲堂,重点针对职业道德和个人品德进行了宣传教育,分公司全体职工参加了会议。工作是为了什么?是为了自己,为了家人,为了生活,在工作中实现自己的价值。摆正自己的位置,对自己的岗位负责,努力工作,不断提高自己,不计较回报,就一

定会有收获,不计较眼前的得失,才会有大的进步。要去做一个有道德的人为目标,提倡以平和、理性、包容的心态为人处事,正确对待自己、他人和社会,正确对待困难、挫折和荣誉,学会自我缓解压力、调节情绪、疏导心理,提高思想境界和情趣品味,培育乐观、豁达、宽容的精神。

社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德体现为一种系列关系,个人品德是系列之始,个人品德修养是社会公德的扩大,家庭美德、职业道德、社会公德是个人品质的外化与扩大。不仅如此,在道德建设与人的关系中,人还是道德的体现者,只有个人具备优良品德修养才能由己及人,才能由己及家庭、集体和社会。

道德建设要“以人为本”,只有重视个人品德教育,人人讲道德,人人重修养,人人促和谐,我们社会主义道德建设的各项要求才能落到实处,才能有力的推动全社会道德建设新进程。

桥隧分公司 张语

组织消防演练提高安全意识

为了使三分公司职工了解消防基础知识,提高安全防范意识,增强自我保护能力,掌握对突发火灾的应变、逃生技能,学会灭火以及有序地进行人员、财物的疏散处理,确保员工生命及分公司财产安全;2009年11月13日,三分公司雁引路项目部组织了一次实战的全员消防演练。

本次全员消防演练由三分公司安全部部长李强任指挥长,负责消防演练的组织与指挥。

当天上午10:00,公司组织各部门、门面房代表在雁引路项目部的会议室参加了演练基础培训会,安全部部长对相

关人员进行了消防安全知识与实际操作培训,并对消防演练工作进行了周密的部署安排。

当天下午11:00,各演练人员在听到指令后,迅速到位,参加演练的人员在最短的时间内,通过口令加手势,指挥员工从指定路线进行有序地拿着灭火器按照预定的方案,有序、紧张地进行。整体到位后,各部门人员在工地门口集合。随后,安全部部长李强指导,演练用干粉灭火器进行现场灭火。

演练结束后,指挥长为全体员工进行了消防安全应急操作与火场逃生技巧讲解,教大家掌握一旦发生火情,每个人应该做什么,如何正确地报警、

扑救、疏散,如何自救和逃生。最后,三分公司闫经理对此次消防演练做了总评,对于演练结果给了充分的肯定,表扬了员工们听从指挥、行动迅速,要求大家要进一步提高安全生产责任意识,宣布消防演练取得了圆满成功。

通过这次消防演练活动,参加消防演练人员的安全防范意识和灭火能力有所增强,全体员工对消防安全常识有了进一步的了解,对抗火灾的应变能力得到了提高。消防演练过程中,也锻炼了各演练工作小组的组织能力、指挥能力和应变能力。

第三分公司 范茜

一、材料组成方面

二灰碎石混合料的原材料主要有石灰、粉煤灰和碎石(粗细集料)3种。要尽量选用优质石灰,如I、II级石灰。因为优质石灰中的活性氧化钙和氧化镁含量高,在同样的掺量下,有更多的钙、镁与粉煤灰中的玻璃体起化学变化,产生更多的凝胶体,增加二灰碎石的抗拉强度。粉煤灰宜选用SiO₂、Al₂O₃、Fe₂O₃总含量大于70%,比表面积大于2500cm²/g,烧失量小于20%的。这也是基于提高二灰碎石的抗拉强度而提出的要求。

二灰碎石的配合比,包括二灰与碎石(集料)之间的用量比例、二灰中石灰与粉煤灰之间的用量比例、集料中粗细料的用量比例及水的用量比例。为减少收缩,应在保证强度的前提下,尽量减少二灰的用量,增加碎石的比例,因为碎石是很少收缩的。

为了提高二灰碎石抗拉强度,选用表面粗糙、颗粒形状近似立方的集料。在保证拌合、摊铺不离析的前提下,尽量选用粒径较大的集料,这种集料内摩阻力大,在二灰未形成强度前,它可承受部分外荷,这就要求在合理粗细集料配合比范畴内尽量减小细料的用量比例。

石灰剂量对二灰体积收缩的影响,最好根据不同石灰剂量的二灰混合料干缩试验寻求,但根据现有石灰土的干缩试验,可定性地估计出来,有资料表明10%石灰土的干缩系数为424×10⁻⁶;而12%石灰土的干缩系数为456×10⁻⁶。可见石灰土中石灰剂量越大,干缩得越厉害,由此可以推断二灰也必然遵循这一规律,所以为了减少收缩,按照《公路路面基层施工技术规范》推荐的石灰粉煤灰比例(1:2)~(1:4),尽量取其上限。

至于水的用量,在拌合时宜按最佳含水量配制,考虑到运输、摊铺过程中的一些损耗,待碾压时混合料中的水分会略低于最佳含水量,这样有利于达到最佳碾压效果,促使混合料强度的形成。

二、施工方面

有了适宜的配合比,如施工中不能付诸实施,或不认真作业,仍难减少裂缝,为此施工

时除严格按照基层施工规范操作外,还应注意以下几点:

(1)、用强制式拌合设备拌混合料,并用沥青摊铺机摊铺,这样不仅能保证混合料的均匀性,还能保证基层表面的平整度。

(2)、在略低于最佳含水量(0.5%~1.0%)时碾压,不能超过最佳含水量。

(3)、严格掌握自拌合开始至碾压结束的延迟时间,不宜超过24h。

(4)、压实度要达到98%以上。

三、养护方面

二灰碎石基层混合料碾压结束后第2天,即进入养生期,在此期间主要是减少干缩裂缝的影响。为此,我们应及时洒水,始终保持其表面处于湿润或潮湿状态。也可采用提前浇洒沥青的办法,作自然养生。即待基层碾压完毕,表面略显干燥后,马上浇洒透层沥青,碾完一段,浇洒一段。如未及时浇洒,基层表面过于干燥时,可适当洒水,待略干燥后再洒沥青,确保沥青浇洒均匀,并有一定的渗透深度。

四、防止裂缝反射方面

欲使二灰碎石基层一条裂缝也不发生是困难的。基层一旦开裂,随着水分不断蒸发,缝宽不断发展,由于与基层粘结比较牢固,在裂缝宽度发展的过程中,与基层裂缝对应的面层上也受到拉应力,并产生拉应变。当气温较高时,由于面层沥青混合料有较大的塑性,尚不致开裂;在气温较低时,沥青混合料的劲度增加,变形能力降低,发展着的基层裂缝就有可能将面层的底部拉开,这种被拉开的缝呈锥状,在锥的尖端就会产生应力集中,该应力可能比正常应力大十

几倍到几十倍(与温度有关,温度越低,倍数越大),于是沥青面层迅速断裂。

国外已有不少防止反射裂缝

的措施。如在基层表面浇1层橡胶沥青,作为应力吸引膜,或铺1层沾有沥青的土工布、塑料格栅、金属网等。橡胶沥青、土工布是根据以柔克刚、吸收拉应力的道理来防止裂缝反射塑料格栅和金属网则是根据以刚克刚的办法,减少或减缓基层开裂的向上反射。



科技之光