



建筑房地产法实务指导丛书 ②1

JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG JIUFEN YUFANG YU CHULI

# 建设工程施工合同纠纷 预防与处理

张庆华 著

- ◇ 打造最全面、最专业、最实用的建筑房地产专业实务图书
- ◇ 结合最新法律、法规、司法解释
- ◇ 深度分析防范与化解之道
- ◇ 助您成功管理施工合同



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



建筑房地产法实务指导丛书 ②

# 建设工程施工合同纠纷 预防与处理

JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG JIUFEN YUFANG YU CHULI



法律出版社  
LAW PRESS-CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同纠纷预防与处理 / 张庆华著.  
—北京:法律出版社,2010.3  
ISBN 978-7-5118-0603-1

I. ①建… II. ①张… III. ①建筑工程—经济合同—  
经济纠纷—处理—中国 IV. ①D923.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第048451号

建设工程施工合同纠纷预防与处理  
张庆华 著

编辑统筹 法律应用出版分社  
责任编辑 何海刚  
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 北京北苑印刷有限责任公司  
责任印制 陶松

开本 787×960 毫米 1/16  
印张 18.5  
字数 329千  
版本 2010年5月第1版  
印次 2010年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0603-1

定价:39.80元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 前 言

随着我国经济的持续高速发展和基本建设规模的不断扩大,特别是房地产市场的连年热涨,使得建筑业也呈现出一片繁荣景象。走遍各地,满眼是建筑工地和不绝于耳的机器轰鸣声。有人说,如今全世界,有三分之二的塔吊都在中国。但与此同时,因建设工程而引发的各种矛盾和纠纷也呈逐年上升趋势。现在,人民法院受理的各类民事案件中,建设工程纠纷所占比例极高。虽然国家一直在采取措施治理和整顿建筑市场,而且这些措施也确实起到了一定的效果,但诸如工程款拖欠、“豆腐渣”工程、非法转包等行业通病却始终难以根治。就在本书写作过程中,杭州的地铁塌陷事故、上海的“楼倒倒”、南京的“桥糊糊”等事件接连被媒体曝光。2010年春节前,在笔者的家乡青岛,又有几位农民工为讨薪爬上了高高的塔吊……此类事件不仅引发纠纷,造成人民群众生命财产的损失,对于和谐社会的构建也产生了消极影响。

建设工程领域的纠纷多,虽然与我国建设规模总量增长有关,但我们需要注意的是,建筑市场的繁荣,事实上掩盖了许多潜在的矛盾和纠纷。真正可怕的是,一旦发生基本建设规模骤减或者房地产泡沫破灭,建筑市场的表面繁荣就会立刻消失,而各种矛盾和纠纷也会纷至沓来。20世纪90年代初,我国沿海一些城市的房地产泡沫破裂后,建筑市场就成为重灾区。因此,我们不能被如今建筑市场的表面繁荣所迷惑,更不能对经常发生的各种纠纷视而不见、习以为常,应当抓紧建立有效的纠纷预防机制,防患于未然;既要立足于建筑市场繁荣时避免和减少纠纷,更要着眼于在经济不景气、市场低迷等突发性危机发生时能够化解危机,不因突发的矛盾而蒙受损失。而要做到这一点,最重要、最有效的方法就是要提高专业法律素养,学会用法律的手段预防纠纷、解决争议。这既是笔者写作的初衷,也是本书写作的基本思路。

然而,建设工程施工合同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。从合同的订立和谈判程序开始,就涉及大量的专业问题。比如建设工程施工合同的订立,大多要经过复杂的招标、投标、评标和定标环节,其中许多工作,即使建设工程的当事人也无法独自完成,需要委托专业的招标代理机

构和聘请专家代为操作。而合同内容本身及其履行过程,涉及的专业性问题更多、更复杂,一旦因纠纷引发诉讼,对诸如价款、质量等事实的确认,还经常需要委托专门的中介机构进行鉴定。在事关合同效力的确认、责任的承担方式等方面,建设工程施工合同也表现出许多不同于一般合同的特殊性。比如“无效合同按有效处理”、“合同相对性原则的例外”等司法解释性意见,就是针对建设工程施工合同的特殊性作出的特别规定。有些人认为,有关建设工程施工合同纠纷,无非就是工程款拖欠、质量责任、工期延误、非法转包等基本类型,没什么复杂的。研究实务的人都知道,建设工程施工合同纠纷的表现形态虽然比较单一,但即使同类型的案件,无论在事实的认定还是法律的适用方面都会存在明显差异。正因为如此,建设工程方面的纠纷处理,被普遍认为是一种创造性劳动。在日本,有关建设工程的诉讼就由专门的法庭审理。建设工程施工合同标的大、履行周期长、过程复杂,如因纠纷而引发诉讼,审理周期比一般合同纠纷要长得多,而且审理难度也大。在如今司法环境欠佳、立法相对滞后的情况下,诉讼结果的难以预料性,在建设工程施工合同纠纷案件的处理中尤其明显。同类案件,不同的法院或者不同的法官,作出的判决有时也会大相径庭。无论原告还是被告,若身陷此类诉讼,不仅诉讼成本高,而且风险极大。因此笔者一直强调,对于当事人来说,预防纠纷、避免诉讼、防患于未然才是上策。而要做到这一点,掌握必要的专业知识、培养基本的法律意识至关重要。

本书的内容侧重于实务,但也有理论的分析 and 探讨。实务的内容基本涉及建设工程施工合同从订立、履行到纠纷的处理和诉讼的全过程。但学术问题,特别是与建设工程有关的立法和司法实务中的一些疑难和有争论的问题,笔者也从理论的角度进行了分析,并提出了自己的意见。笔者认为,学习法律的最佳方法是:既要知道法律是如何规定的,也要明白法律为什么这样规定。如果能用批判的眼光看到立法上的缺陷并提出建设性意见,那就是学法律的最高境界了。以这种方法学习法律,既能够加深理解和记忆,在适用法律时也会更加得心应手。

本书内容主要包括:建设工程施工合同的订立程序、效力认定、无效合同的处理、违约责任认定及处理、合同的解除以及实务中经常发生的招标投标纠纷、转包分包纠纷、工程质量纠纷、价款结算纠纷的预防和处理、索赔与反索赔等内容。同时,专设一章讲解了建设工程施工合同纠纷诉讼技巧。

在本书的写作过程中,笔者主观上主要有两个价值目标:一是从实务角度,希望尽可能涵盖建设工程施工合同所有的实务内容,并找出具体解决和操作方法,以使任何一个读者翻开此书都能找到他们所需要的答案;二是从理论层面,希望通过对具体问题的理论分析使自己的答案尽可能准确,同时也希望能对我

国的立法建设和实务工作者业务水平的提高有所促进。但限于笔者的能力,可能很难达到这种理想境界,书中的不足之处也在所难免。正因为如此,笔者真诚希望读者能不吝赐教,并愿与大家就共同感兴趣的问题做更深入的探讨。

作者单位:山东北极之星律师事务所

地 址:青岛市市南区高雄路18号海洋大厦6层

办公电话:0532-80621618 0532-80621619

E-mail:bjzx\_1995@yahoo.com.cn

张庆华  
2010年3月

# 目 录

<b>第一章 建设工程施工合同的订立和效力认定</b>	<b>1</b>
<b>一、建设工程施工合同的订立</b>	<b>1</b>
(一) 建设工程施工合同的概念	1
(二) 建设工程施工合同订立程序	2
(三) 建设工程施工合同的形式	3
(四) 《建设工程施工合同(示范文本)》的使用	4
<b>二、建设工程施工合同效力认定的基本标准</b>	<b>6</b>
(一) 建设工程施工合同的主体资格要件	7
(二) 建设工程施工合同的意思表示要件	11
(三) 建设工程施工合同内容合法性要件	14
<b>三、关于合同效力性强制规定的识别</b>	<b>16</b>
(一) 关于合同效力价值取向的演变	16
(二) 如何识别效力性强制性规定	17
<b>第二章 建设工程施工合同的常见无效情形及处理</b>	<b>23</b>
<b>一、建设工程施工合同的常见无效情形</b>	<b>23</b>
(一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级签订的建设工程施工合同	23
(二) 没有资质的实际施工人借用有资质的施工企业名义签订的施工合同	25
(三) 必须进行招标而未招标或者依据无效中标结果签订的建设工程施工合同	26
(四) 非法转包、违法分包建设工程施工合同	30
(五) 其他合同无效情形	32
<b>二、建设工程施工合同被确认无效后的处理原则</b>	<b>33</b>
(一) 建设工程施工合同被确认无效后的一般处理原则	33
(二) 建设工程施工合同无效,但已经履行,且工程竣工验收合格的处	

理原则	33
(三) 建设工程施工合同无效,建设工程竣工验收不合格的处理原则	34
(四) 建设工程施工合同无效,工程尚未竣工验收的处理原则	37
(五) 建设工程施工合同因无效终止履行的后续责任由谁承担	38
<b>三、无效建设工程施工合同的效力补正</b>	39
(一) 合同效力补正的定义及产生背景	39
(二) 无效建设工程施工合同效力补正的适用范围	40
(三) 非法转包、违法分包合同是否适用效力补正	42
(四) 注意掌握效力补正的时间界限	43
<b>四、无效合同按有效处理的法理缺陷及适用注意问题</b>	44
(一) 无效合同按有效处理的法理缺陷	44
(二) 适用无效合同按有效处理原则应注意的几个问题	46
<b>第三章 建设工程施工合同常见违约情形及预防</b>	51
<b>一、违约责任一般原理</b>	51
(一) 违约责任的概念	51
(二) 违约责任的归责原则和构成	52
<b>二、建设工程施工合同常见违约情形及责任承担形式</b>	55
(一) 建设工程施工合同的常见违约情形	55
(二) 建设工程施工合同违约责任承担形式	57
<b>三、建设工程施工合同常见违约行为的预防</b>	69
(一) 工程款拖欠违约行为的预防	69
(二) 工期延误违约行为的预防	72
(三) 工程质量不符合约定标准违约行为的预防	74
<b>第四章 建设工程施工合同的解除</b>	76
<b>一、合同解除的一般原理</b>	76
(一) 合同解除的概念和特点	76
(二) 合同解除方式和条件	77
(三) 合同解除程序	82
(四) 合同解除的法律后果	85
<b>二、建设工程施工合同的解除</b>	88
(一) 发包人合同解除权的行使	88
(二) 承包人合同解除权的行使	91



(三) 因情势变更引起的建设工程施工合同的变更或者解除	93
<b>三、建设工程施工合同解除的法律后果</b>	96
(一) 建设工程施工合同解除的一般法律后果	97
(二) 建设工程施工合同解除的特殊法律后果	98
<b>第五章 建设工程招标投标纠纷</b>	101
<b>一、建设工程招标投标的程序和强制招标范围</b>	102
(一) 建设工程招标投标方式	102
(二) 强制招标的范围	104
(三) 建设工程招标投标基本程序	106
<b>二、常见违法招投标行为及处理</b>	110
(一) 必须进行招标的项目而不招标	111
(二) 限制或者排斥潜在投标人	112
(三) 投标人之间的串通投标行为	114
<b>三、招标投标行为的法律性质及责任后果分析</b>	115
(一) 招标行为的法律性质及责任后果	116
(二) 投标行为的法律性质及责任后果	119
(三) 中标通知书的法律性质及拒签书面合同的法律责任	121
<b>四、招标投标中“黑白合同”的效力及法律后果</b>	125
(一) “黑白合同”的定义及危害性	125
(二) “黑白合同”的效力认定	127
(三) “黑白合同”识别中应当注意的问题	129
<b>第六章 建设工程的转包、分包纠纷</b>	132
<b>一、建设工程转包、分包的概念及相互区别</b>	132
(一) 建设工程转包的概念和特征	132
(二) 建设工程分包的概念和条件	134
(三) 建设工程转包和分包的区别	135
(四) 专业工程分包与劳务作业分包的区别	135
<b>二、对非法转包、违法分包的处理原则</b>	136
(一) 对非法转包、违法分包合同应作无效处理	136
(二) 对当事人依据无效合同取得的利益,应作为非法所得予以收缴	137
(三) 承包人非法转包、违法分包建设工程,发包人有权解除合同	137
(四) 非法转包、违法分包合同无效,但建设工程验收合格,工程价款	

请求权仍可得到支持	138
(五) 合同相对性原则在违法转包、分包纠纷中的例外适用及利弊分析	138
<b>三、非法转包、违法分包的防治</b>	<b>143</b>
(一) 打击建筑市场的垄断行为	143
(二) 强化发包单位的监管责任	144
(三) 加强合同管理	145
(四) 加大对非法转包、违法分包行为的处罚力度	146
<b>第七章 建设工程质量纠纷</b>	<b>147</b>
<b>一、建设工程质量责任的承担</b>	<b>147</b>
(一) 发包人承担工程质量责任的情形	147
(二) 承包人承担工程质量责任的情形	153
(三) 勘察、设计人承担责任的情形	153
<b>二、建设工程竣工验收中的法律问题</b>	<b>154</b>
(一) 竣工验收的条件和程序	155
(二) 竣工验收的责任主体	156
(三) 竣工验收登记备案的法律性质和作用	158
(四) 建设工程竣工日期如何确定	161
(五) 未经竣工验收提前使用的法律后果	163
<b>三、建设工程的质量保修</b>	<b>166</b>
(一) 建设工程保修期限和起算时间如何确定	166
(二) 保修责任的免除	169
(三) 保修期限届满后保修责任免除的例外	171
(四) 保修义务的履行程序及质量责任划分	172
(五) 质量保证金和保修金的区别	174
<b>第八章 建设工程价款结算纠纷</b>	<b>177</b>
<b>一、建设工程施工合同价款结算条款的确定</b>	<b>177</b>
(一) 工程价款结算的基本依据	177
(二) 工程价款结算方式的选择	178
(三) 工程计价标准的确定	181
<b>二、工程价款的结算和支付</b>	<b>184</b>
(一) 工程预付款支付	184
(二) 工程进度款支付	185
(三) 工程竣工结算款的支付	187

<b>三、建设工程价款争议及处理</b>	<b>189</b>
(一) 因工程价款的计价标准或者结算方式约定不明产生的争议及处理方法	190
(二) 因建设工程工程量或者质量标准发生变化引起的工程价款结算争议及处理方法	191
(三) 因建设工程质量不符合合同约定标准而产生的工程款结算争议及处理	193
(四) 关于竣工结算中的送审价为准的适用问题	196
<b>四、建设工程造价鉴定</b>	<b>197</b>
(一) 关于工程造价鉴定的申请和认定问题	197
(二) 选择固定价结算可否再申请进行造价鉴定	199
(三) 委托鉴定的范围如何确定	201
(四) 委托鉴定中应注意的几个问题	202
<b>五、建设工程中的垫资纠纷</b>	<b>204</b>
(一) 垫资的概念及效力	204
(二) 对垫资行为的规制	207
(三) 工程垫资的风险防范	209
<b>第九章 建设工程施工合同的索赔与反索赔</b>	<b>213</b>
<b>一、建设工程索赔概念和作用简介</b>	<b>213</b>
(一) 对建设工程索赔概念的理解及注意问题	213
(二) 建设工程施工合同索赔的分类	214
(三) 建设工程索赔的重要意义和作用	216
<b>二、建设工程索赔的法律风险分析</b>	<b>217</b>
(一) 索赔时效方面的风险	217
(二) 索赔证据准备和运用的风险	218
(三) 索赔中遭遇反诉的风险	220
<b>三、建设工程索赔的一般程序</b>	<b>221</b>
(一) 索赔证据材料的准备	221
(二) 索赔报告的准备和提出	224
(三) 索赔额的确认和支付	227
(四) 索赔的诉讼或仲裁	232
<b>四、建设工程索赔的策略和技巧</b>	<b>233</b>
(一) 完善合同条款,提高签证质量	233
(二) 选择适当的索赔方式	235

(三) 索赔遭拒后的反制措施	237
<b>五、建设工程索赔的预防及反索赔</b>	<b>240</b>
(一) 索赔的预防	240
(二) 反索赔的概念和作用	244
(三) 反索赔的基本手段及其运用	245
<b>第十章 建设工程施工合同纠纷诉讼技巧</b>	<b>252</b>
<b>一、诉讼前的准备</b>	<b>252</b>
(一) 诉讼证据的准备	253
(二) 起诉时机的选择	259
(三) 被告的选择和当事人的追加	263
<b>二、诉讼中的基本策略和手段</b>	<b>267</b>
(一) 诉讼请求的确定、变更和增加	267
(二) 管辖的确定和异议	272
(三) 财产保全和先予执行	275
(四) 诉讼中反诉的运用	278
<b>附录:常用法律法规及司法解释索引</b>	<b>282</b>
《中华人民共和国建筑法》	
《中华人民共和国招标投标法》	
《中华人民共和国建设工程质量管理条例》	
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》	

# 第一章 建设工程施工合同的订立和效力认定

## 一、建设工程施工合同的订立

### (一) 建设工程施工合同的概念

建设工程施工合同也被称为建筑工程承包合同,是发包人和承包人为完成特定的建筑安装工程明确相互权利义务关系的协议。建设工程施工合同是建设工程合同的一种,按照我国《合同法》第 269 条的规定,建设工程合同还包括建设工程勘察合同和建设工程设计合同。也就是说,建设工程合同与建设工程施工合同是一种包含与被包含的关系。实践中,人们常把建设工程施工合同简称为建设工程合同,严格讲,这种简化的称谓是不准确、不妥当的,因为二者并非同一概念,各自均有自己明确的定义性规定。本书所称建设工程施工合同仅指以各种建筑物(构筑物)的建造、安装(包括地基基础工程、土石方工程、建筑装饰装饰工程、消防设施工程的建造和安装以及相应的各种劳务作业等)为标的的合同,不包括建设工程的勘察和设计合同。

学习建设工程施工合同的概念,还应当注意理解其与加工承揽合同的联系与区别。《合同法》第 287 条规定:“本章没有规定的,适用承揽合同的有关规定。”之所以如此规定,是因为建设工程合同原为承揽合同的一种,属于承揽完成不动产项目的合同。建设工程合同与加工承揽合同在一般法律特征方面具有共性,即都是一方按照另一方的要求完成特定工作并交付工作成果,另一方接受该工作成果并给付一定报酬的合同。二者的区别主要在于合同的标的不同,建设工程合同标的主要是建筑物、构筑物等不动产;而加工承揽合同的标的则多为动产。此外,在合同的主体要求、国家行政机关的监管以及法律责任等方面也有区别。但这些区别均不影响二者在法律关系性质上的相通性。因此,正如加工承揽合同的有关规定可以适用于建设工程合同一样,前者的定义性解释也可适用于后者,即建设工程合同(包括建设工程施工合同)在本质上属于一种特殊的加工承揽合同,二者在法律范畴上是一种包含与被包含的关系。

## (二) 建设工程施工合同订立程序

建设工程施工合同作为合同的一种,其订立过程同样也要经历要约和承诺两个阶段。按照《合同法》的规定,“要约是希望和他人订立合同的意思表示”。而承诺“是受要约人同意要约的意思表示”。建设工程施工合同与其他各类双务合同一样,都要经历一次或者多次要约承诺过程才能最终订立。但是,由于建设工程本身的特殊性,其合同订立程序也具有特殊性,即建设工程施工合同的订立采用直接发包与招标发包两种方式。所谓直接发包,是指工程的建设单位直接与特定的施工单位进行协商,达成一致后订立建设工程施工合同。这种方式主要适用于一些小型的、未纳入强制招标范围的建设工程项目。而招标发包则是指建设单位通过公开招标(向所有符合条件的不特定的施工单位发出要约邀请)和邀请招标(向三个以上特定的施工单位发出要约邀请)的方式确定施工单位并订立建设工程施工合同。对于招标发包建设工程的范围,我国《招标投标法》和一些政策性规定均有明确规定。<sup>①</sup>按照这些规定,大部分建设工程项目都被纳入了强制招标的范围。也就是说,建设工程施工合同的订立,其要约、承诺过程通过法律的强制性规定引入了竞争机制,建设单位与施工单位通过这种竞争性招投标程序完成要约和承诺过程,并最终订立建设工程施工合同(关于建设工程的招投标程序,在本书第五章还有更加详细的论述)。

订立建设工程施工合同除了要经过特殊的要约、承诺程序外,按照《合同法》第273条的规定,对于国家重大建设工程合同,还应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。事实上,并非仅仅国家重大建设工程项目需要按照规定的程序和批准的投资计划、可行性研究报告订立,一般建设工程项目大多也要经历这些规定的程序,即建设工程施工合同在订立之前主要经历如下三个审批环节:

(1) 立项审批。为实现国家对国民经济的宏观调控,我国对于基本建设项目一直实行较为严格的立项审批制度。由建设单位提出项目建议书,报国家计划主管部门批准后,方可办理后续工程建设报建等相关手续。

---

<sup>①</sup> 例如,《招标投标法》第3条规定:“在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:(一)大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目;(二)全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;(三)使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准,由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订,报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的,依照其规定。”2000年5月1日由国家发展计划委员会发布实施的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》又对应当纳入强制性招标范围的建设工程的规模标准进行了量化规定。

(2)用地审批。任何建设项目都离不开土地。在立项审批程序完成后,建设单位应当通过划拨或者出让的方式获得土地使用权。在实践中,许多建设单位在立项之前已经取得建设用地使用权,则立项审批手续可在用地审批手续完成之后办理。

(3)规划审批。按照《城市规划法》第32条的规定:“在城市规划区内新建、扩建和改建建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程设施,必须持有有关批准文件向城市规划行政主管部门出申请,由城市规划行政主管部门根据城市规划提出的规划设计要求,核发建设工程规划许可证件。建设单位或者个人在取得工程规划许可证件和其他有关批准文件后,方可申请办理开工手续。”在规划审批过程中,建设单位要向规划主管部门提交建设工程的规划设计方案及相关图纸等资料,经规划部门审查并进行可行性研究论证后,向建设单位颁发《建设工程规划许可证》。

只有在完成了上述相关的行政审批手续之后,建设单位方可通过直接发包或者招标发包的方式选择施工单位并签订建设工程施工合同。

### (三)建设工程施工合同的形式

《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。法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”建设工程施工合同往往标的额巨大、合同内容复杂、履行过程较长,此类合同如果采用口头形式,极易引发纠纷,且发生纠纷后由于对口头约定的内容难以证明也使纠纷难以解决;更为重要的是,此类合同的履行质量如何还事关人民群众的生命财产安全,故为慎重起见,此类合同应当采用书面形式。对此,《合同法》第270条也规定:“建设工程合同应当采用书面形式。”也就是说,“采用书面形式”是法律对建设工程施工合同形式的强制性要求。

但是,在理解书面形式是建设工程施工合同的法定形式时,需要注意三个问题。

#### 1. 关于书面形式的种类

在许多人的传统观念中,一讲到合同的书面形式,就是指有双方当事人签字盖章的合同书。现在,我国法律已经扩大了合同书面形式的范围。《合同法》第11条规定:“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”也就是说,合同的书面形式不仅仅指有双方当事人签字盖章的合同书,凡能以有形的文字等形式表现合同内容的都可视为书面合同。但是,建设工程施工合同除了采用合同书

形式外,一般不能采用其他书面形式。特别是采用招投标方式订立的合同,需要提交正本合同报建设行政主管部门登记备案,而备案登记的合同必须是有招投标双方签字盖章的合同书。对于不需要通过招投标程序签订合同的小型建设工程,虽然不需要进行合同的登记备案,但在实践中当事人大多采用合同书的形式订立合同。因为无论工程建设规模大小,其基本的合同内容和履行程序都是相似的。采用合同书的形式,更有利于明确双方权利义务关系,减少纷争。不过,其他书面形式,如来往信函、电报、传真,可以作为合同书的附件或者补充协议。

## 2. 关于建设工程分包合同的形式

建设工程的分包一般不需要经过招投标程序确定分包单位,即建设工程分包合同并不要求在建设行政主管部门登记备案。但分包合同也是建设工程合同之一,按照《合同法》第 270 条的规定,也应当采用书面形式。

3. 未采用书面形式但口头达成的建设工程施工合同已开始履行,其效力如何认定

有人认为,建设工程施工合同采用书面形式是法律的强制性要求,欠缺法定形式要件该口头合同应为无效。但笔者认为,采用书面形式只是建设工程施工合同的成立要件,未采用书面形式的,建设工程合同原则上不成立。但是,根据《合同法》第 36 条的规定:“法律、行政法规规定或者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。”可见,未采用书面形式订立合同但双方当事人已经实际履行的,仍可推定合同已经成立,并且不影响合同的效力。反之,未采用书面形式订立的合同,尚未开始履行或者一方履行而另一方不予接受的,则可认定合同未成立,当然也谈不上合同的效力问题。

## (四)《建设工程施工合同(示范文本)》的使用

建设工程施工合同具有专业性强、内容复杂、条文较多、起草难度大的特点;要想订立一份内容完善、便于履行、没有疏漏的工程施工合同绝非易事。为使当事人签订的合同更加周密、完善、公平,以减少因合同缺陷而引发的纠纷,便于合同的顺利履行和纠纷的合理解决,同时也为了提高合同谈判和签约效率,国家建设部和国家工商行政管理局曾于 1991 年联合制定了《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-1991-0201,以下简称《示范文本》)。在总结该文本使用经验和效果的基础上,又对该文本进行了进一步修改和完善,并于 1999 年推出修订后的《示范文本》。修订后的示范文本由协议书、通用条款、专用条款三部分组成,并新增加了三个附件:附件一《承包人承揽工程项目一览表》、附件二《发包人供应材料设备一览表》、附件三《工程质量保修书》。



《示范文本》中的协议书部分是对合同当事人主要权利义务内容的具体化,适用于特定的建设工程项目和特定的当事人。其内容主要包括:当事人的基本情况、工程概况、工程承包范围、合同工期、质量标准、合同价款、组成合同的相关文件。同时,在协议书中,双方当事人还应当签字盖章并确定合同生效日期。以上相关内容根据具体建设项目情况和当事人的具体谈判结果加以确定,是整个建设工程施工合同的基础性文件。

《示范文本》中的通用条款则是根据我国《合同法》、《建筑法》等基本法律的规定,对建设工程施工合同的承发包双方权利义务做出的一般性规定。这部分内容具有很强的通用性,适用各种建设工程。只要当事人选择适用《示范文本》,则通用条款中的内容就对当事人具有约束力。除非当事人明确排除通用条款的适用或者对相关内容做出了修改。

通用条款主要包括:(1)词语定义及合同文件;(2)双方一般权利和义务;(3)施工组织设计和工期;(4)质量与检验;(5)安全施工;(6)合同价款与支付;(7)材料设备供应;(8)工程变更;(9)竣工验收与结算;(10)违约、索赔和争议解决;(11)其他。

《示范文本》第三部分专用条款与协议书的作用有些相似,是对当事人特定权利义务的具体化。但该部分内容主要是根据具体建设项目对通用条款的补充和细化。在技术处理上,该部分内容主要采用填充的办法,由当事人根据具体约定内容加以填写。如果通用条款已有规定而当事人又无新的补充和修改意见,则可不填写,或者在空格内填写“按通用条款某条执行”的内容。

自《示范文本》推行以来,确实极大地方便了合同当事人的谈判和订约工作,提高了合同签订效率和合同订立质量,有效减少了缔约和履约纠纷。在我国建设工程领域,《示范文本》目前已得到了普遍的采用。但在使用《示范文本》时,如下两个问题值得我们注意和思考:

第一,示范文本与格式文本的区别。对于示范文本有些人存在一些认识上的误区:认为示范文本就是强制使用的文本并将示范文本等同于格式合同。事实上,二者在本质上是完全不同的。示范文本是指由有关行政主管部门统一拟定并在相关合同领域推荐当事人使用或者参照的合同文本。目前,国家有关行政主管部门已订制了许多种类的示范文本,如商品房买卖、物业管理、房屋租赁等示范文本。按照《合同法》第39条的规定,格式文本是指当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的合同文本。二者的相同之处主要有两点:(1)都是事先拟定好的文本;(2)都可以重复使用。区别在于:(1)示范文本是推广和参照使用,并非强制性使用文本;而格式文本往往被变相强制性使用,提供格式文本的相对方没有其他选择,只要签订合同就必须使用格式文