

建设工程合同签订 与风险控制



何红锋 主编

【法理分析】

以建设工程各类合同基本内容为脉络，对其制度的法律原则、法律效果进行分析。

【合同签订与风险控制】

以国家公布的建设工程各类合同的示范文本为基础，对其逐条解析，通过正确理解和确定合同内容，使合同履行过程中的不确定风险得到有效控制。

【实务操作】

对于具体合同在履行过程中的相关实务操作方法进行说明。

【争议纠纷实例分析】

有针对性地选择相关典型案例进行说明，并在分析争议焦点的基础上提出有效的解决途径。

合同签订与风险控制丛书 ■■

建设工程合同签订 与风险控制

主 编 何红锋
副主编 高印立 王屹松

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同签订与风险控制/何红锋主编. —北京:人民法院出版社, 2007. 1

(合同签订与风险控制丛书)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 412 - 2

I. 建… II. 何… III. 建筑工程 - 经济合同 - 合同法 - 基本知识 - 中国 IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 158867 号

建设工程合同签订与风险控制

主编 何红锋

责任编辑 张维炜

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250572 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 454 千字

印 张 17

版 次 2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 412 - 2

定 价 34.00 元

版权所有 侵权必究

前言

建设工程合同是一类重要的合同。建设工程合同的顺利履行是建设工程质量和工期的基本保障，不但对建设工程合同当事人有重要的意义，对社会公共利益、公众的生命健康同样具有重要的意义。在工程建设实践中发生的纠纷往往十分复杂，给当事人造成的损失也十分巨大。建设工程发生的风险往往是合同当事人无法承受的，建设工程合同履行中的风险，既有技术上的，更有合同上的。即使是技术上的风险，其损失承担一般也需要通过合同明确。因此，合同是控制建设工程合同风险的基本途径。

本书有以下特点：

(1) 全书的落脚点在于风险控制，通过正确理解和确定合同的内容，试图使建设工程合同履行中的不确定性（风险）得到有效控制；

(2) 整书的编写强调对合同内容的理解。考虑到目前我国建设工程合同的订立，一般都采用国家工商行政管理局和建设部联合发布的示范文本，主要基于对合同的示范文本进行全面分析；

(3) 在分析中结合实际，在条款分析中尽量辅之以案例；

(4) 尽量吸收工程实践中司法实践中最新的成果，如对最新司法解释的理解和代建制合同的分析；



(5) 全书编写体例新颖, 首先对建设工程合同进行概括性地介绍, 然后按照建设工程施工合同、建设工程勘察合同、建设工程设计合同、建设工程监理合同、建筑装饰工程施工合同、建设工程施工专业分包合同、委托代建合同的次序, 对上述合同的主要条款逐条进行分析。

本书对于从事建设工程合同业务的法官、律师有重要的参考价值, 对于建设单位(包括房地产开发企业)、施工企业、勘察设计单位、监理单位、项目管理企业等单位中从事建设工程合同管理的人员都有重要的参考价值, 对于从事建设工程合同教学的师生也有一定的帮助作用。

本书的作者都是长期从事建设工程合同的教学、研究、审判、法律服务和合同管理的人员, 大部分作者同时具备工程和法学受教育背景, 且都具有法律硕士学位, 具有较为深厚的理论知识和丰富的实践经验。

最后, 按照惯例似乎是套话, 但同时也是我的心里话: 本书的缺点错误在所难免, 欢迎批评指正, 欢迎对案例的进一步深入的讨论。联系方式, 电子信箱: he-project@163.com。

何红锋
2006年6月

目 录

第一章 建设工程合同总论	(1)
第一节 概述	(1)
一、建设工程合同的概念	(1)
二、建设工程合同的特征	(2)
三、建设工程合同的分类	(3)
第二节 建设工程合同的订立	(4)
一、建设工程合同的形式	(4)
二、要约与承诺	(7)
三、建设工程合同的招标订立	(11)
四、关于格式条款	(23)
五、订约责任	(23)
第三节 建设工程合同的效力	(24)
一、建设工程合同的生效	(24)
二、涉及代理的建设工程合同效力	(25)
三、无效合同和可变更、可撤销的合同	(26)
第四节 建设工程合同的履行	(28)
一、建设工程合同履行的概念	(28)
二、建设工程合同履行的原则	(29)
三、第三人履行合同	(30)
四、建设工程合同履行中的抗辩权	(31)
五、建设工程合同不当履行的处理	(33)
第五节 建设工程合同的担保	(34)
一、担保与担保法的概念	(34)
二、保证	(35)



三、抵押	(36)
四、质押	(39)
五、留置	(41)
六、定金	(42)
第六节 建设工程合同的变更、转让和权利 义务的终止	(42)
一、合同的变更	(42)
二、合同的转让	(43)
三、合同权利义务的终止	(44)
第七节 建设工程合同违约责任的承担	(50)
一、违约责任的概念和作用	(50)
二、承担违约责任的条件和原则	(51)
三、承担违约责任的方式	(52)
四、因不可抗力无法履约的责任承担	(54)
 第二章 建设工程施工合同	(55)
第一节 概述	(55)
一、施工合同的概念	(55)
二、《建设工程施工合同文本》简介	(56)
三、施工合同文件的组成及解释顺序	(57)
第二节 《建设工程施工合同文本》条款解析	(57)
一、词语定义及合同文件	(58)
【争议纠纷实例分析1】 合同中约定的工期是否 包括法定节假日	(60)
【争议纠纷实例分析2】 监理工程师的口头指令 能否视作施工合同文件的组成部分	(62)
【争议纠纷实例分析3】 实践中工程安装设备 标准应如何认定	(65)
【争议纠纷实例分析4】 对于“三边”工程中	



发生的争议应如何解决	(68)
二、双方一般权利和义务	(69)
【争议纠纷实例分析 1】 发包人驻工地代表签证 的效力认定	(76)
【争议纠纷实例分析 2】 建设工程施工方的委托 代理人在离职后所签订的有关工程购销合同的 效力应如何认定	(81)
【争议纠纷实例分析 3】 建设工程项目所需的 政府审批手续不齐备, 是否影响施工 合同的效力	(89)
【争议纠纷实例分析 4】 因工程施工而造成的 地下管线事故, 应由发包人还是承包人 承担损害赔偿	(90)
【争议纠纷实例分析 5】 因施工过程中的光 污染和噪声污染而给第三方造成财产损害的, 应由发包方还是建设方赔偿	(94)
【争议纠纷实例分析 6】 对建设工程施工 过程中造成第三方财物损害的, 应以建设方 还是施工方作为赔偿主体	(95)
三、施工组织设计和工期	(97)
【争议纠纷实例分析 1】 施工过程中发包人与 承包人因工程量和工程质量发生争议而暂停 施工, 对此造成的损失应由哪一方承担	(102)
【争议纠纷实例分析 2】 施工方能否因“非典” 爆发, 导致工期延误, 而免于承担违约责任	(106)
四、质量与检验	(108)
五、安全施工	(116)
【争议纠纷实例分析 1】 发包方将工程发包给 没有资质的单位或个人, 一旦发生事故,	



责任应由谁承担	(118)
【争议纠纷实例分析2】 行人掉入热力坑道严重 烫伤致死,对此坑道委托施工人、受托施工人 及热力总公司三方应由谁承担损害赔偿	(123)
六、合同价款与支付	(125)
【争议纠纷实例分析1】 发包方与施工方先后 签订了3份建设工程施工合同,履约过程中 产生纠纷,应以哪份合同为准	(128)
【争议纠纷实例分析2】 发、承包双方对合同 条款的理解产生歧义,应如何认定	(129)
【争议纠纷实例分析3】 当合同中的预付款 条款以合同其他条款为基础,而该条款又约定 不明的,法院应如何确定双方的责任	(132)
【争议纠纷实例分析4】 建筑公司对于合同 约定以外的工程进行了施工,且其竣工报告 已由发包方的驻施工现场代表签字,发包方 是否应给付该工程款	(135)
【争议纠纷实例分析5】 因合同对工程进度 款的给付约定不明确,由此产生的违约 责任纠纷,法院应如何处理	(138)
七、材料设备供应	(140)
【争议纠纷实例分析1】 发、承包双方对 发包方提供材料设备的相关事项约定不明, 由此产生纠纷应如何确定责任	(142)
【争议纠纷实例分析2】 建设工程施工合同 履行过程中,发、承包双方应注意各自 相关证据的保留	(143)
【争议纠纷实例分析3】 建设工程合同 纠纷的诉讼管辖问题	(143)

【争议纠纷实例分析 4】 发、承包方在履约过程中产生纠纷诉至法院，且双方均同意解除合同，法院应如何认定双方的责任	(145)
八、工程变更	(147)
【争议纠纷实例分析 1】 房地产开发公司驻现场代表签证在纠纷的解决中所具有的重要证据效力	(149)
【争议纠纷实例分析 2】 如合同约定工程为固定价格，不发生设计变更，但实际施工中增加了工程量，且得到发包方驻现场代表确认，发包方对此是否应增付工程款	(151)
【争议纠纷实例分析 3】 建筑公司因工程设计变更而导致延期交付，且工程师已签证证实，发包方能否以违约为由拒付建筑公司余款	(155)
九、竣工验收与结算	(156)
【争议纠纷实例分析 1】 发包方未经验收而擅自使用建设工程，而承包方有违约施工、偷工减料的情况，后因工程质量问题产生纠纷，法院应如何判定	(160)
【争议纠纷实例分析 2】 实践中应如何避免工程估算程序方面的不规范操作	(165)
【争议纠纷实例分析 3】 承、发包方在工程竣工后对结算价格产生争议应如何解决	(166)
【争议纠纷实例分析 4】 具体实践中，承包人应如何行使优先受偿权	(167)
【争议纠纷实例分析 5】 工程竣工后被发现存在显著的质量问题。而承、发包方因事先未签订质量保修书，由此产生纠纷，应如何解决	(172)
十、违约、索赔和争议	(173)



【争议纠纷实例分析 1】 施工合同纠纷中， 法院应如何对结算条件、合同履行情况 及违约金等问题进行认定	(176)
【争议纠纷实例分析 2】 如施工合同在违约 适用条件、违约金和损失赔偿、合同解除、 合同中止等诸多方面的约定存在适用 标准不统一的情况，产生纠纷后， 法院应如何认定	(179)
【争议纠纷实例分析 3】 建筑公司违约停工， 开发商在主张违约金的同时要求建筑公司 返还投资款利息，能否得到法院支持	(183)
十一、其他	(184)
【争议纠纷实例分析 1】 不具备相应资质的实际 施工人在转包人急于行使其对发包人到期 债权时，能否代位直接向发包人追索债权	(187)
【争议纠纷实例分析 2】 合同中仅约定“大风或 暴雨等恶劣天气属于不可抗力”，发包方以 大风或暴雨的等级及持续时间不足以 影响施工为由，主张承包方违约 能否得到法院支持	(190)
【争议纠纷实例分析 3】 保证担保在建设 工程施工合同实践中的具体运用	(194)
第三章 建设工程勘察合同	(202)
第一节 概述	(202)
一、勘察合同的概念、特征	(202)
二、《建设工程勘察合同文本》简介	(204)
三、订立勘察合同的法律依据	(205)
第二节 《建设工程勘察合同文本》条款解析	(206)



【争议纠纷实例分析 1】 勘察合同订立时， 约定的勘察工程尚未进行立项审批， 该合同是否有效	(230)
【争议纠纷实例分析 2】 建设工程勘察人提供的 报告书指出地基存在问题，但给出的建议值数据 不准确、不完整，其对后发生的工程事故是否应 承担责任；工程设计人因不具备设计资质，未 看懂勘察报告，导致工程设计存在瑕疵， 其对该事故是否也应承担责任	(234)
第四章 建设工程设计合同	(243)
第一节 概述	(243)
一、建设工程设计合同的概念	(243)
【争议纠纷实例分析】 不具备设计资质的 公司所签订的建设工程设计合同是否有效	(245)
二、《建设工程设计合同文本》简介	(247)
第二节 《建设工程设计合同文本》条款解析	(248)
【争议纠纷实例分析 1】 因发包人未按约定 提交基础资料造成设计人未按时完成设计 任务，设计人还是否需要承担违约责任	(267)
【争议纠纷实例分析 2】 工程设计方案的变更 是否属于工程项目规模的变更	(268)
【争议纠纷实例分析 3】 发包人能否以政府 部门协调，丧失开发权作为免责事由， 不承担违约责任	(286)
【争议纠纷实例分析 4】 工程设计单位的资质 备案与否对设计合同的效力 是否有影响	(289)



第五章 建设工程委托监理合同	(302)
第一节 概述	(302)
一、委托监理合同的概念和特征	(302)
二、《建设工程委托监理合同文本》简介	(303)
第二节 《建设工程委托监理合同文本》条款解析	(305)
【 争议纠纷实例分析 1 】 委托人未将有关授权 范围的特别事项告知承包人，后发生索赔事件， 承包人以监理人单方签署的索赔文件向 委托人索赔，委托人是否应承担责任	(325)
【 争议纠纷实例分析 2 】 监理人如何在 委托人与承包人之间找准自己的“位置”	(333)
第六章 建筑装饰工程施工合同	(363)
第一节 概述	(363)
一、建筑装饰工程施工合同的概念及特征	(363)
二、《建筑装饰工程施工合同文本》简介	(365)
第二节 《建筑装饰工程施工合同文本》条款解析	(366)
一、词语含义及合同文件	(366)
【 争议纠纷实例分析 】 发包方未及时提供 施工图纸，竣工日期应否相应顺延	(378)
二、双方一般责任	(379)
三、施工组织设计和工期	(388)
【 争议纠纷实例分析 1 】 承包人因发包人 未处理好相关拆迁事宜而擅自停工， 其是否应承担违约责任	(390)
【 争议纠纷实例分析 2 】 工期逾期与顺延 在实践中应如何认定	(392)
四、质量与检验	(394)
【 争议纠纷实例分析 】 未经验收即实际使用	

建设工程, 后因质量问题产生 纠纷应如何处理	(398)
五、合同价款及支付方式	(399)
【争议纠纷实例分析】 建设工程合同价款的 结算依据应如何确定	(401)
六、材料供应	(404)
七、设计变更	(408)
八、竣工与结算	(411)
【争议纠纷实例分析】 建设工程质量瑕疵 和质量保修问题在实践中的处理	(414)
九、争议、违约和索赔	(416)
十、其他	(419)
 第七章 建设工程施工专业分包合同	(426)
第一节 概述	(426)
一、施工专业分包合同的概念	(426)
二、《建设工程施工专业分包合同文本》简介	(428)
第二节 《建设工程施工专业分包合同文本》 条款解析	(429)
一、词语定义及合同文件	(429)
【争议纠纷实例分析】 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》中的“实际施工人” 应如何理解, 具体包括哪些人	(439)
二、双方一般权利和义务	(440)
【争议纠纷实例分析1】 在未经承包人同意的 情况下, 发包人直接向分包人支付工程款, 发包人能否免除其对承包人 应负的债务	(442)



【争议纠纷实例分析 2】 施工合同被认定为 无效后, 各方的责任应如何认定	(445)
【争议纠纷实例分析 3】 分包单位将其 承包的工程再分包是否合法	(458)
三、工期	(459)
四、质量与安全	(463)
五、合同价款与支付	(464)
【争议纠纷实例分析 1】 工程结算后, 建筑公司 以原材料涨价, 要求开发商按其自行委托鉴定的 价格给付工程款的主张能否得到法院支持	(466)
【争议纠纷实例分析 2】 合同中的一般约定 与特别约定的具体适用	(468)
六、工程变更	(469)
七、竣工验收及结算	(470)
【争议纠纷实例分析】 发、承包方对于建设 工程质量保修期的约定能否低于国家的 强制性规定	(477)
八、违约、索赔及争议	(479)
【争议纠纷实例分析 1】 分包合同因违反法律 强制性规定而无效, 实际施工人能否 将发包方与分包方列为共同被告, 请求发包方承担连带责任	(482)
【争议纠纷实例分析 2】 分包人在施工过程中 遇到了与合同约定不同的、无法预料的不利 自然条件, 其能否通过承包人向发包人主张 顺延工期及相应的额外费用补偿	(485)
九、保障、保险及担保	(487)
十、其他	(491)



第八章 委托代建合同	(496)
第一节 概述	(496)
一、委托代建合同的概念	(496)
二、代建制模式	(497)
三、《代建合同文本》简介	(499)
四、代建合同文件的组成及解释顺序	(500)
第二节 《委托代建合同文本》条款解析	(501)
一、代建合同当事方	(501)
二、代建工作内容条款	(503)
三、委托方与代建人的权利条款	(505)
四、委托方与代建人义务条款	(508)
五、责任条款	(512)
【争议纠纷实例分析】 代建人主张因不可 抗力免除违约责任，其是否要承担举证 责任；代建人迟延交房，委托人是否 可以相应地延期支付工程款	(515)
六、代建合同费用计算与支付条款	(519)
七、合同履行期限条款	(520)
八、转包分包、争议解决及其他条款	(521)
参考文献	(523)

第一章 建设工程合同总论

第一节 概 述

一、建设工程合同的概念

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。我国建设领域习惯上把建设工程合同的当事人双方称为发包方和承包方，这与我国《合同法》将他们称为发包人与承包人没有区别。双方当事人应当在合同中明确各自的权利义务，但主要是承包人进行工程建设，发包人支付工程款。进行工程建设的行为包括勘察、设计、施工。建设工程实行监理的，发包人也应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。建设工程合同是一种诺成合同，合同订立生效后双方应当严格履行。建设工程合同也是一种双务、有偿合同，当事人双方在合同中都有各自的权利和义务，在享有权利的同时必须履行义务。

从合同理论上说，建设工程合同是广义的承揽合同的一种，也是承揽人（承包人）按照定作人（发包人）的要求完成工作（工程建设），交付工作成果（竣工工程），定作人给付报酬的合同。但由于建设工程合同在经济活动、社会生活中的重要作用，以及在国家管理、合同标的等方面均有别于一般的承揽合同，我国一直将建设工程合同列为单独的一类重要合同。但考虑到建设工程合同毕竟是从承揽合同中分离出来的，《合同法》规定：“建设工程合同中并没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”