

《中华人民共和国合同法》

专家指导丛书

◎黄强光/编著

建设工程合同

JIANSHE GONGCHENG
HETONG

建设工程合同概论

建设工程合同的订立

建设工程合同的效力

建设工程合同的履行

履行建设工程合同的担保

建设工程合同的变更与转让

建设工程合同权利义务的终止

违反建设工程合同的民事责任

工程建设施工指标投标争议与索赔

《建设工程施工合同示范文本》的应用

工程建设监理

建设工程联营、分包、转包、挂靠

装饰工程合同

工程施工索赔

合同纠纷的解决



D923.64
1475

230

建设工程合同

黄强光 编著

法律出版社

上 篇

理 论 篇



第一章 建设工程合同概论

第一节 建设工程合同的概念

一、建设工程合同的概念

所谓建设工程合同，又称建设工程承包合同、基本建设承包合同，是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。工程建设一般经过勘察、设计、施工等过程，因此，建设工程合同的发包人是业主或者业主所委托的管理机构，而承担勘察、设计、建筑、安装任务的勘察人、设计人、施工人统称承包人。

建设工程合同是一类较为特殊的合同，合同的标的是建设工程。建筑产品一般来说体积庞大，其形成需要消耗大量的人力、物力和财力，一次性投资的数额很大，建设周期长。这决定了合同所涉及的内容复杂繁多。

二、建设工程合同的法律特征

建设工程合同除了具有一般合同的共同特点外，还具有自身的法律特征：

（一）具有严格的计划性

签订建设工程合同，必须以建设计划和具体建设设计文件已获得国家有关部门批准为前提。

签订合同须以履行上述法定审批程序为前提，是由于建筑安装承包合同的标的物为建筑产品，需要占用土地，耗费大量的资源，属于国民经济建设的重要组成部分。凡是没有经过计划部门、规划部门的批准，不能进行施工设计，建设行政主管部门不

予办理报建手续，更不能组织施工。在施工过程中，如需变更原计划的项目功能的，必须报经有关部门审核同意。

（二）承包人的主体资格受到严格限制

建设工程合同的承包人，除了在经工商行政管理部门核准的经营范围内从事经营活动外，应当遵守企业资质等级管理的规定，不得越级承揽任务。此外，施工企业到外地承揽施工任务的，还应到工程所在地建设行政主管部门办理许可手续，否则不能承揽任务。

（三）签订及履行合同受到国家的严格监督管理

国家对建设工程项目的发包实行招标投标制度。除了不宜进行招标投标的几类特殊工程外，均应通过招标、投标的方式选择施工队伍。招标投标制度改变了计划经济时代以行政方式分配工程施工任务的落后做法，对整治建筑市场的混乱状况，控制投资成本，提高工程质量，缩短工期，以及防止徇私舞弊，都具有十分重要的意义。

国家不仅对工程项目的建设计划实行严格的审批制度，而且对建设投资的规模也进行限制。不仅如此，为防止资金浪费，将财政拨款无偿使用部分改为银行贷款，有偿使用。工程竣工后，国家有关部门还对工程造价进行审核。

在施工过程中，政府建设工程质量监督管理部门还要对工程建设的质量进行全程监督，核定竣工工程质量等级。对不符合质量等级要求的工程，不得交付使用。

第二节 建设工程合同的分类

一、概说

建设工程的建设过程大体上经过勘察、设计、施工三个阶段。该三个阶段的建设任务虽然有着十分紧密的联系，但仍然有

明显的区别，可以单独地存在并单独订立合同。因而，《合同法》第269条将建设工程合同分为勘察合同、设计合同和施工合同，而施工合同又可分为建筑合同和安装合同。

至于如何与承包人签订承包合同，由于建设工程的建设过程有阶段之别，发包人（业主）可以将上述三个阶段的建设任务统一发包给一个承包人承揽，只签订一个承包合同；也可以分别与勘察人、设计人、施工人分别签订勘察合同、设计合同、施工合同。

在一个承包人承包所有建设任务的情况下，该承包人原则上应当自行完成合同义务。当然，在取得发包人同意的前提下，承包人也可以分别与勘察人、设计人、施工人分别签订勘察合同、设计合同、施工合同。在这种模式中，发包人与勘察人、设计人、施工人不发生合同法律关系，承包人与勘察人、设计人、施工人之间的合同法律关系表现为总包与分包的关系，它们之间就工作成果对发包人承担连带责任。关于总包与分包的内容，在本书第十二章中另行介绍。

二、勘察、设计合同

（一）工程勘察、工程设计概念

所谓工程勘察，是指为工程建设的规划、设计、施工、运营及综合治理等，对地形、地质及水文等要素进行测绘、勘探、测试及综合评定，并提供可行性评价与建设所需的勘察成果资料，以及进行岩土工程勘察、设计、处理、监测的活动。

所谓工程设计，是指运用工程技术理论及技术经济方法，按照现行技术标准，对新建、扩建、改建项目的工艺、土建、公用工程、环境工程等进行综合性设计（包括必须的非标准设备设计）及技术经济分析，并提供作为建设依据的文件和图纸的活动。

进行工程勘察、设计活动，应当签订工程勘察、设计合同，

遵守《合同法》、《建筑法》以及《建设工程勘察设计合同条例》等有关法律、法规、规章的规定。

(二) 工程勘察、设计经营许可

凡从事工程勘察、设计经营活动，应当具备下列条件：

1. 具有《工程勘察证书》或者《工程设计证书》

根据建设部《工程勘察和工程设计单位资格管理办法》（以下简称《办法》）等的规定，工程勘察、设计资格为甲、乙、丙、丁四级。不同资质等级的勘察、设计单位只能在证书核定的范围内承揽勘察、设计任务，不得越级。如技术力量、勘察设计水平确有明显提高，要求升级的，应报经有审批权的行政主管部门审查同意，并可针对工程项目先发给临时越级承担任务的批准证书，允许越一级并且至多承担两项勘察或设计任务。

《办法》规定，有证勘察、设计单位之间可以联合承揽勘察、设计任务，“当证书等级不同时，应以级别高的一方为主，并由其对勘察设计质量负责”。对此，《建筑法》第27条有新的规定，即两个或两个以上不同资质等级的单位联合承包的，应当按照资质等级低的单位的业务许可范围承揽任务。就两者的效力而言，应遵守后者的规定。

2. 持有工程勘察设计收费资格证书

没有取得收费资格证书的，不得承揽勘察、设计任务。从业单位应当按照收费资格证书规定的标准收费。

3. 已办理工商登记手续

持有上述两证的勘察、设计单位，必须到工商行政管理部门办理工商登记手续，经工商登记后，才能进入工程勘察设计市场。仅持有勘察设计证书而没有收费资格证书的，只能承担本单位内部的勘察、设计任务，不能办理工商登记手续，更不得对外承揽工程勘察、设计任务。

(三) 勘察、设计合同当事人的主要义务

一般建设工程（特殊专业工程除外）勘察设计合同当事人的主要义务是：

1. 委托方的义务

(1) 向承包方提供开展勘察设计工作所需的有关基础资料，并对提供的时间、进度与资料的可靠性负责。

委托勘察工作的，在勘察工作开展前，应提出勘察技术要求及附图。

委托初步设计的，在初步设计前，应提供经过批准的设计任务书、选厂报告，以及原料（或经过批准的资源报告）、燃料、水、电、运输等方面的协议文件和能满足初步设计要求的勘察资料，以及需要经过科研取得的技术资料。

委托施工图设计的，在施工图设计前，应提供经过批准的初步设计文件和能满足施工图设计要求的勘察资料、施工条件，以及有关设备的技术资料。

(2) 在勘察设计人员进入现场作业或配合施工时，应负责提供必要的工作和生活条件。

(3) 委托配合引进项目的设计任务，从询价、对外谈判、国内外技术考察直至建成投产的各阶段，应吸收承担有关设计任务的单位参加。

(4) 按照国家有关规定给付勘察设计费。

(5) 维护承包方的勘察成果和设计文件，不得擅自修改，不得转让给第三方重复使用。

2. 承包方的义务

(1) 勘察单位应按照现行的标准、规范、规程和技术条例，进行工程测量、工程地质、水文地质等勘察工作，并按合同规定的进度、质量提交勘察成果。

(2) 设计单位要根据批准的设计任务书或上一阶段设计的批准文件，以及有关设计技术经济协议文件、设计标准、技术规

范、规程、定额等提出勘察技术要求和进行设计，并按合同规定的进度和质量提交设计文件（包括概算文件、材料设备清单）。

（3）初步经上级主管部门审查后，在原定任务书范围内的必要修改，由设计单位负责。原定任务书有重大变更而重作或修改设计时，须具有设计审批机关或设计任务书批准机关的意见书，经双方协商，另订合同。

（4）设计单位对所承担设计任务的建设项目应配合施工，进行设计技术交底，解决施工过程中有关设计的问题，负责设计变更和修改预算，参加试车考核及工程竣工验收。对于大中型工业项目和复杂的民用工程应派现场设计代表，并参加隐蔽工程验收。

三、施工合同

（一）施工合同的概念

施工合同是指发包人与承包人签订的，为完成特定的建筑安装施工任务，明确双方权利和义务关系的协议。在该合同法律关系中，发包人是业主或业主授权委托的管理机构，承包人是承担施工任务的建筑人或安装人。

（二）工程施工承包许可

建筑安装企业取得建设工程施工承包的资格，除依法领取营业执照外，应当在《建筑企业资质证书》所核定的承包工程范围内承揽施工任务。开展总承包业务的企业，还必须取得相应工程勘察设计资格证书。

（三）施工合同当事人的主要义务

施工承包合同一经依法签订，即具有法律约束力，发承包双方都必须在享有权利的同时严格履行合同义务。发包人所享有的最基本的权利就是在约定的时间接受合格的建筑产品，承包人所享有的最基本的权利则是按照合同的约定收受工程价款。履行施工承包合同是一个十分复杂的过程，需要发包方和承包方的配

合、协作才能进行。因此,为使合同能够顺利履行,法律更多地从双方应当承担义务的角度作了详细规定。

1. 发包人的主要义务

(1) 开工前的主要义务。主要是搞好开工前的准备工作。包括:

①办理征地手续。包括办理好建设工程用地的征用手续和临时设施范围内的用地许可手续。如因建设的特殊需要,还要办理好占道许可证、爆破许可证和临时铁路线接岔许可证等。

②办理施工执照。

③确定施工标识。包括确定与建设项目有关的建筑物、构筑物、道路、管线的定位,标示水准点和坐标的控制点。

④搞好三通一平。指通路、通水、通电、拆除施工范围内的障碍物。三通一平是开工前对施工现场的基本要求。

⑤组织进行图纸会审,做好技术交底。

本项工作是开工前的必经程序,通常都由业主组织进行。由业主、设计单位和施工单位等共同对施工图纸等技术资料进行检查、审定,明确有关技术要求。而后,再按合同的规定向施工单位提供图纸。

⑥按照合同约定的时间和数额支付备料款项。

(2) 开工以后的主要义务

①及时支付工程进度款。业主应当根据工程建设的形象进度和施工单位的施工工作量报表,审查核实工作量并在此基础上拨付工程进度款。

②及时供应建筑材料和设备。

③正确履行监督职责。建设单位派驻工地的代表应忠于职守,支持施工单位项目经理部的工作,及时检查工程质量和进行隐蔽工程、中间工程的验收,及时办理各项签证手续。

④及时进行竣工验收。不论是分项工程竣工还是全部工程竣

工，建设单位接到施工单位关于工程已竣工、要求组织验收的通知后，应当在合同规定的时间内提请工程质量质监部门对工程进行验收，不得拖延。

⑤及时办理竣工结算手续。竣工工程经检验合格后，建设单位应当及时对施工单位提出的竣工结算报告进行审查，提出审查意见。如需送审，即及时送审。然后在此基础上按照合同规定的时间支付应付款项。

2. 承包方的主要义务

(1) 工程开工前的主要义务

①根据合同的约定对施工范围内的地面进行平整，对水、电设施的安装和临时建筑的搭建进行妥善安排。

②熟悉图纸设计要求，编制、完善施工组织设计或施工方案，确保施工有序进行。

③根据合同的约定，完成分工范围内的建筑材料和设备的采购工作，保质保量。

(2) 开工以后的主要义务

①严格按图施工，确保工程质量。

②在施工过程中，及时向建设单位或其驻工地代表报送施工进度有关报表，办理隐蔽工程或中间工程报检手续，提出工作计划等。

③按照合同规定的时间完成施工任务并及时通知建设单位等对工程进行竣工验收。

④对已竣工工程，在未交付使用前对建筑成品予以妥善保护，并搞好施工现场的清理工作。

⑤及时提出竣工结算报告，配合建设单位办理竣工结算和财务结算手续。

⑥在保修期内，对由于施工不当造成的所有质量问题，负有无偿及时修缮的责任。对于不属于自己的原因造成的质量问题，

亦应根据建设单位的通知妥善修缮（但可要求建设单位支付费用）。

第三节 建设工程合同的管理

一、建设工程合同管理的概念

建设工程合同的管理是指各级工商行政管理部门和其他有关主管部门以及合同的当事人根据法律、法规和自身的职责，对建设工程合同的订立和履行进行指导、监督、检查和管理。

从管理主体的角度来分类，建设工程合同的管理可分为工商行政管理部门和建设行政管理部门等行政机关进行的管理，以及业主、施工单位自身对合同的管理。

从管理内容的角度来分类，建设工程合同的管理主要分为施工招标投标的管理、工程造价的管理、工程质量的管理和工程工期的管理等。

二、政府行政管理部门对建设工程合同的管理

建设工程承包合同的行政管理部门主要是各级建设行政主管部门和工商行政管理部门。工程造价审核、工程质量监督等部门对合同履行拥有监督权。各级行政管理部门一般通过如下形式对建设工程合同进行管理：

1. 宣传贯彻与建设工程合同方面有关的法律、法规、规章等；
2. 组织学习并推广、指导使用《建设工程施工合同示范文本》；
3. 培训合同管理人员，指导提高合同管理工作水平；
4. 监督检查合同的履行，对发承包双方在履行合同过程中存在的问题在职责范围内进行处理；
5. 查处违法行为，维护当事人的合法权益；

6. 制订签订和履行合同的考核指标，并组织考核，表彰先进的合同管理单位；

7. 确定损失的责任和赔偿的范围；

8. 调解合同纠纷。

三、业主和施工单位的合同管理职责

1. 业主必须加强对承包合同的内部管理，建立管理制度；向工地派驻具备相应资质的代表，或者聘请监理单位及具备相应资质的人员负责监督承包方履行合同。

2. 施工单位应自觉把加强合同管理作为转换企业经营机制的工作内容，制订管理办法，建立严格制度，委任专门人员负责管理；向工地派驻具备相应资质、熟悉合同的管理人员。

四、招标投标的管理

工程建设施工实行招投标制度的目的，在于促使业主和施工企业进入建筑市场，进行公平交易和平等竞争，缩短工期，减少投资，确保工程质量，提高投资效益。1992年12月30日，国家建设部制定并颁布了《工程建设施工招标投标管理办法》，对招标形式、程序、投标的条件，以及开标、评标和定标作出了相应规定。

(一) 招标

一般可采用公开招标、邀请招标或者议标的方式进行。招标程序如下：

1. 编制招标文件，发出招标公告或者招标通知书；
2. 对申请投标的施工企业进行资格审查；
3. 组织投标企业勘察工程现场，解答招标文件中的疑点；
4. 由投标企业报送标书；
5. 开标、议标、评标；
6. 确定中标单位，发出中标通知书；
7. 招标单位与中标单位签订承包合同。

(二) 投标

参加投标的施工企业应按下列要求进行工作：

1. 按招标通知规定的时间报送投标申请书和招标通知要求提供的旨在证明企业资质等级等基本情况有关文件材料。经招标单位审查合格后，可参加投标；
2. 领取招标文件，交纳投标保证金；
3. 研究招标文件，调查工程施工环境条件，确定投标的基本策略；
4. 编制并按投标要求报送标书，参加开标会议。

(三) 开标、评标和定标

投标时间截止后，招标单位应当在招标投标管理部门的监督下，设立招标领导工作机构，制定评标办法，按既定程序开标、评标和定标。

五、工程造价的管理

建设工程造价管理是提高基本建设投资效益最重要的管理工作之一。建设工程造价是建设工程总造价、单项工程造价和单位工程造价的统称。建设工程总造价是指建设项目从筹建到交付使用所需的全部费用，包括建筑安装工程费、设备及工具器材购置费、工程建设其他费、预备费以及建设期贷款利息、固定资产投资方向调节税等。建筑安装工程造价由工程直接费、间接费、利润和税金（含营业税、城市维护建设税及教育附加费）组成。

建设工程造价的管理贯穿于建设项目的可行性研究报告、设计、施工直至工程竣工交付使用各个阶段的全过程。建设项目的可行性研究报告的内容应当包括投资估算报告。在设计阶段，设计人员要严格按照投资估算报告，选择降低和控制工程造价的最佳设计方案。在工程施工阶段，应当充分发挥市场调节作用，在遵守国家法律、法规和有关规范性文件的前提下，通过招标投标的形式，择优选定报价合理的投标单位，并在承包合同中予以确

定。

建设工程承包合同的发、承包双方要以建设费用定额作为计费的基本依据。在市场经济条件下，建筑安装企业要结合本企业的实际情况，提高经营管理水平，节约各项开支，降低经营成本，合理报价，增强竞争能力。

六、工程质量的管理

建设工程质量是指国家现行的有关法律、法规、规章，以及技术标准、设计文件和合同对工程的安全、适用、经济、美观等特性的综合要求。

（一）工程质量管理体制

我国对建设工程质量实行分级管理。建设、勘察、设计、施工、监理、建筑材料、构配件生产及设备供应单位，在工程建设中也要承担相应的质量责任。

国务院建设行政主管部门负责全国建设工程质量的监督管理工作。国务院各工业、交通部门和各省、市、自治区建设行政主管部门分别负责本部门和本地区建设工程质量的管理工作。各级建设行政主管部门要对本行政区域内的建设、勘察、设计、施工、监理、构配件生产单位的资质等级、生产许可证和经营范围进行管理、监督各单位只能在资质等级和允许经营的范围内从事生产经营活动。

业主是工程建设的主要组织者，必须配备相应的质量管理人员，或者委托监理单位严格按照国家有关法律、法规、技术标准及合同规定，履行质量管理职责。对自行采购的建材和设备，其技术性能及质量必须符合国家标准和设计的要求。

施工单位是工程建设的直接实施者，只能按资质等级承揽相应的施工任务，不能越级承包工程。在施工过程中要严格按照勘察设计文件和技术标准进行施工，接受当地工程质量监督站的监督检查，对本单位施工工程的质量负责，工程质量等级应当符合

国家标准和合同的约定。

(二) 工程质量监督制度和检测制度

国家对所有新建、扩建、改建的工业、交通和民用、市政公用工程及构配件生产都实行质量监督。实施质量监督的主要依据是有关的法律、法规、规章、技术标准及设计文件。

建设工程质量纠纷的最终裁决权和竣工工程质量等级的核验收权，由工程质量监督站享有和行使，并有权对造成质量问题的单位进行处理。

建设工程质量检测工作是建设工程质量监督的重要手段。检测机构对建设工程和建筑构件、制品及建筑现场所用的有关材料、设备质量进行检测所出具的检测报告具有法定效力。国家级检测机构出具的检测报告，在国内为最终裁定，在国外具有代表国家的性质。

七、工程工期的管理

建设工程的工期是指该工程自开工之日起至工程完工、符合竣工验收条件所经历的时间。为了加强工期的管理，原国家计委于 1986 年发布了《关于编制建设工程工期定额的几点意见》，并组织 19 个部门进行工程工期定额编制工作。

建设工程工期定额是计算和确定建设项目工期进度的基础，主要为项目评估、决策、设计和按合理工期组织建设服务。在建设实践中，工程工期一般应以承包合同规定的时间为准，工期定额在招投标和签订合同时起指导作用，是确定合同工期的主要法律依据。合同对工期约定不明发生争议时，以工期定额为计算工期的依据。

八、关于建设工程合同的审查制度

1993 年 1 月 29 日，国家建设部发布建建字第 78 号文件《建设工程施工合同管理办法》。根据该《办法》的规定，发包人必须在承包合同正式签订之前，将双方协商一致的合同草案送建