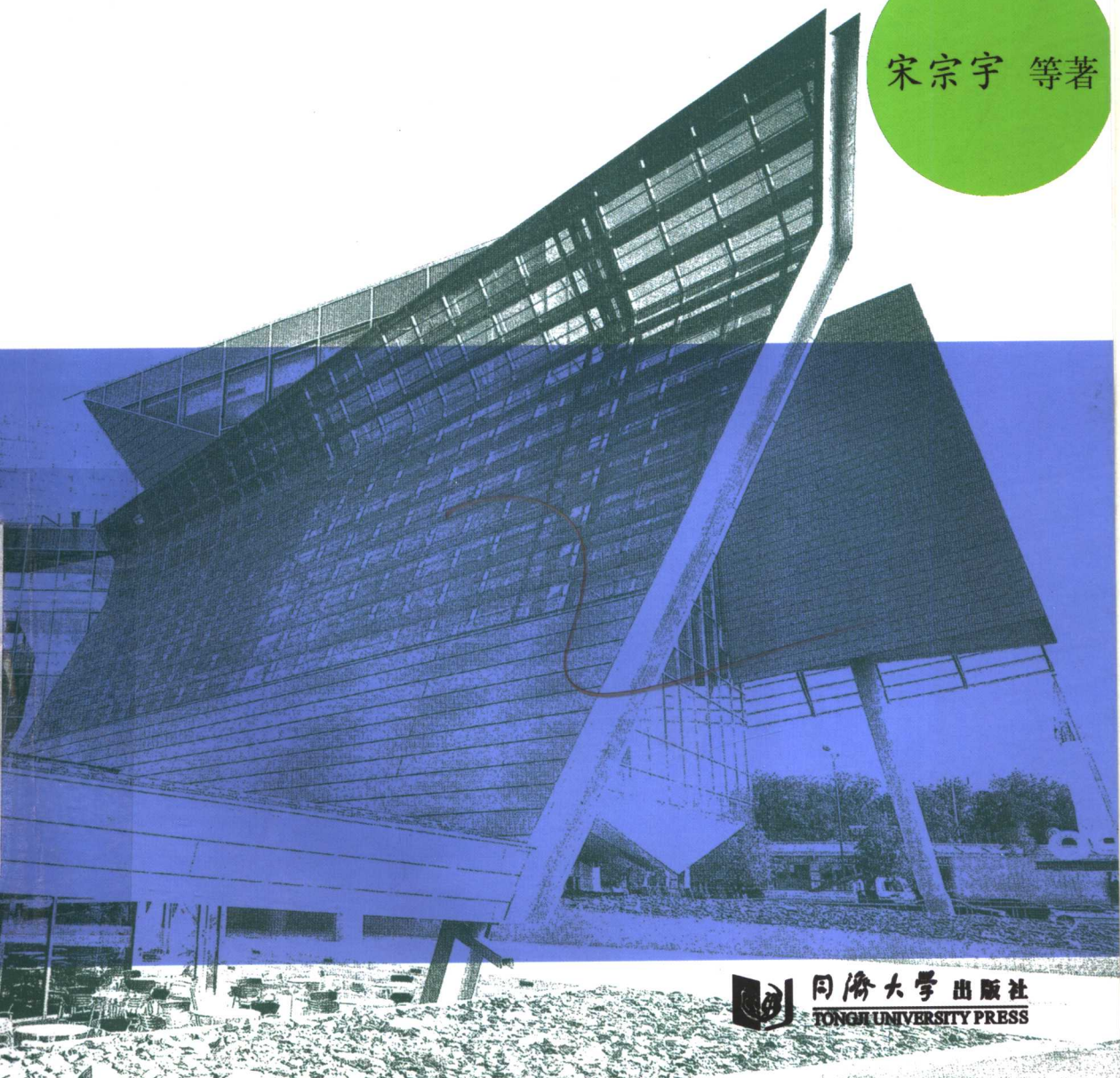


建设工程合同法律专题研究丛书

Principles of Construction
Project Contract

建设工程合同原理

宋宗宇 等著



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

建设工程合同法律专题研究丛书

D923.604/7

:1

2007

Principles of Construction
Project Contract

建设工程合同原理

宋宗宇 等著



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

内 容 提 要

《建设工程合同原理》是“建设工程合同法律专题研究丛书”中的第一部,主要阐述建设工程合同成立、效力、履行、担保、变更、转让、终止和法律责任等基本理论,为本套丛书后续的理论基础。本书强调理论性,在完整、系统、准确阐明建设工程合同法律原理的基础上,尽量吸收最新的优秀科研成果;着重实践性,立足于实务,结合个案,注意理论、实务及操作程序的有机结合;突出新颖性,关注最新的法律法规、部门规章和司法解释。

本书可供建设工程管理部门、建设单位、施工单位、监理单位等人员参考使用,也可作为高等院校相关专业的教材,对研究人员也有一定的参考价值。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同原理/宋宗宇等著. —上海:同济大学出版社,2007.7

(建设工程合同法律专题研究丛书)

ISBN 978-7-5608-3537-2

I. 建… II. 宋… III. 建筑工程—经济合同—合同法—法的理论—中国 IV. D923.61

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 034961 号

建设工程合同法律专题研究丛书

建设工程合同原理

宋宗宇等著

策划编辑 宋 磊 责任编辑 宋 磊 责任校对 谢惠云 封面设计 陈益平

出版发行 同济大学出版社 www.tongjipress.com.cn

(地址:上海市四平路 1239 号 邮编:200092 电话:021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 同济大学印刷厂

开 本 787mm×960mm 1/16

印 张 16

印 数 1—4100

字 数 320000

版 次 2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5608-3537-2/D·104

定 价 28.00 元

本书若有印装质量问题,请向本社发行部调换 版权所有 侵权必究

前 言

尽管当今社会仍然存在从契约到身份的相反运动,但是“从身份到契约”的运动却是进步社会的基本特征。作为调整契约关系的合同法,是市民社会调整平等主体间权利义务关系最为活跃的法律形式。事实上,在我国积极推进社会主义市场经济过程中,完善的合同法律制度确实担当了不可替代的重要作用。在任何国家几乎都作为国民经济重要支柱的建筑业,自然也离不开合同法的规范。但是,建筑业的行业特点决定了合同法律制度运用其间需要较强的专业性和综合性。为此,受同济大学出版社的委托,本人主持编写了这套建设工程合同法律专题研究丛书,参加本丛书写作的同志均长期从事建设工程法律法规教学、科研和实务工作。

本套丛书共由五部分组成。其中,《建设工程合同原理》主要阐述建设工程合同成立、效力、履行、担保、变更、转让、终止和法律责任等基本理论;《建设工程合同范式》结合建设工程合同示范文本,详细阐述各类建设工程合同的基本概念、基本特征、基本内容以及法律适用。《建设工程合同风险管理》结合建设工程合同实务,以合同发展过程为线索,分析建设工程合同订立、履行以及纠纷产生过程中容易出现的误区,并设计相关的防范措施。《建设工程索赔与反索赔》主要阐述建设工程索赔依据、程序、技巧等基本理论,重点分析涉及合同文件、工程实施、付款条件、工期、违约等情形下的工程索赔以及反索赔;《建设工程合同纠纷处理》主要从程序法角度分析建设工程合同纠纷解决机制。在写作过程中,我们力求做到:第一,强调理论性。在完整系统准确阐明建设工程合同法律原理基础上,尽量吸收最新的优秀科研成果。第二,着重实践性。立足于实务,结合个案,注意理论、实务及操作程序的有机结合。第三,突出新颖性。关注最新的法律法规、部门规章和司法解释,对全书结构做了合理安排,尽量凸显内容和形式的科学性。

本套丛书由西南政法大学校长陈彬教授担任主审,由重庆大学建筑法研究所宋宗宇同志担任主编,并负责统稿定稿。《建设工程合同原理》一书由全体作者合作完成。其中:宋宗宇同志撰写了第1~8章的部分内容,黎蜀宁同志撰写了第1章的部分内容,刘婧同志撰写了第2,3章的部分内容,谭伟同志撰写了第4,6章的部分内容,向艺同志撰写了第5章的部分内容,杜志欣同志撰写了第7,8章的部分内容。

在写作过程中,我们参考了许多前辈和同仁的优秀研究成果,在此一并致谢。此外,由于我们水平所限,书中不足之处在所难免,欢迎读者批评指正。

宋宗宇

2007年1月

编 委 会

主 审 陈 彬

主 编 宋宗宇

撰稿人(按撰写章节为序)

宋宗宇 黎蜀宁 刘 婧

谭 伟 向 艺 杜志欣

目 次

前言

第一章 建设工程合同概述	1
第一节 合同与合同法	(1)
第二节 建筑市场	(7)
第三节 建设工程合同	(12)
第四节 建设工程合同法规体系	(20)
第二章 建设工程合同的成立	27
第一节 建设工程合同成立概述	(27)
第二节 建设工程合同的主体	(30)
第三节 建设工程合同的订立程序	(36)
第四节 建设工程合同的条款	(62)
第三章 建设工程合同的效力	68
第一节 建设工程合同效力概述	(68)
第二节 有效建设工程合同	(71)
第三节 无效建设工程合同	(72)
第四节 可变更或可撤销的建设工程合同	(81)
第四章 建设工程合同的履行	89
第一节 建设工程合同履行概述	(89)
第二节 建设工程合同履行的原则和规则	(91)
第三节 建设工程合同的解释	(99)
第四节 建设工程合同的履行抗辩权	(102)
第五节 建设工程合同的保全	(107)
第五章 建设工程合同的担保	114
第一节 定金	(116)
第二节 保证	(124)
第三节 抵押	(133)
第四节 质押	(147)

第五节 留置.....	(153)
第六节 建设工程优先受偿权.....	(156)
第七节 完善建设工程担保法律制度.....	(163)
第六章 建设工程合同的变更与转让	172
第一节 建设工程合同的变更.....	(172)
第二节 建设工程合同的转让.....	(180)
第七章 建设工程合同的终止	186
第一节 建设工程合同终止概述.....	(186)
第二节 建设工程合同的解除.....	(190)
第三节 建设工程合同债务的抵销.....	(202)
第四节 建设工程合同债务的提存.....	(205)
第八章 违反建设工程合同的法律責任	209
第一节 法律責任概述.....	(209)
第二节 违反建设工程合同的违约责任.....	(212)
第三节 根本违约与预期违约.....	(233)
第四节 缔约过失責任.....	(237)
第五节 违反建设工程合同的行政責任和刑事責任.....	(240)
参考文献	245

第一章 建设工程合同概述

第一节 合同与合同法

一、合同概述

(一) 合同的概念及法律特征

合同是平等主体的自然人、法人、其他经济组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同作为一项法律制度,是由经济基础决定的。它是随着私有制的产生和商品经济的发展而出现的,正如马克思所言,“先有交易,后来才由交易发展成为法制”,“这种通过交换并在交换中才发生的实际关系,后来获得了契约这样的法律形式”。可见,合同制度在本质上是社会商品交换的法律表现,商品交换是合同这种形式的经济内容。

合同的法律特征在于,由法律地位平等的双方当事人通过自由协商,共同决定他们相互间的权利义务关系。一个人是否缔结合同关系,同谁缔结合同关系以及合同关系的内容,似乎完全取决于当事人的自由意志,合同之精髓是当事人自由意志之结合。只要不违反法律、道德和公共秩序,每个人都享有完全的合同自由,这种自由被概括成著名的合同自由原则。尤其是在19世纪,合同自由原则在两大法系合同法中得到最充分的体现,成为自由放任主义经济政策的基石。但是,到了垄断资本主义时代,绝对自由的市场竞争已行不通,现代资本主义经济的高速发展,要求政府对国民经济实行有效的干预,合同自由受到了法律的限制,作为合同基础的合同自由已置于法定条件的制约之下。但无论如何,合同仍具有以下法律特征:

(1) 合同是双方或多方的法律行为。合同的订立并非仅仅是建立人与人之间的某种联系,也不单单是一种经济联系,其本质是建立一种以权利义务为内容的法律关系,这种行为是当事人有意识进行的具有法律效力的意思表示,因此,它是一种法律行为。同时,合同也需要至少两方以上的当事人参加才能成立,单方当事人不可能同自己订立合同。

(2) 合同当事人之间的地位平等。地位平等是合同制度的基本要求,只有在当事人双方处于平等的民事法律地位的前提下,当事人才可能充分地顾及自己与他方的利益,从自愿公平角度出发,通过协商提出自己的要求,考虑对方的条件,从而达到

意思表示一致。当事人的地位平等是全方位的,包括不因身份、规模、所有制性质、行政隶属等方面的不同而有差别,这就是我们通常讲的缔约权平等、权利义务平等。

(3) 合同能引起一定的法律后果。合同一经依法订立,就在当事人之间产生一定的权利义务关系,就依法受法律保护,对当事人都有法律约束力,都要认真履行合同约定的义务,任何一方违反合同,都要承担相应的违约责任。

(二) 合同的分类

各类合同的效力表现是不同的,通过分类,可以了解它们的区别以及同一类合同的共同特征、成立与生效的共同条件,这在理论研究上具有重要意义。同时,合同法设有基本规则,对各类合同进行统一调整,法律还根据各类合同的特殊性,制定了具体规则进行调整。所以说,只有正确的分类,才能正确地适用法律。

依照不同的标准,对合同可以作不同的分类。

1. 有名合同与无名合同

有名合同是指由法律作了规定并赋予了一个特定名称的合同,又称典型合同;无名合同则是指法律未作规定的合同,又称非典型合同。我国现行合同法规定的买卖,供用电、水、气、热力,赠与,借款,租赁,融资租赁,承揽,建设工程,运输,技术,保管,仓储,委托,行纪,居间合同就是属于有名合同。订立有名合同,当事人可以参照法律的规定,在发生争议时,依照法律的规定处理,而对无名合同的订立,则依当事人的意思在合同中明确约定,如发生纠纷,则依合同的约定,如约定不明确的,则适用民法和合同法的一般规定以及最相类似的有关有名合同的法律规定来处理。

2. 双务合同与单务合同

双务合同是指当事人双方互负对等给付义务的合同,可以理解为一方当事人所享有的权利即为对方当事人所履行的义务;单务合同是主要由合同一方承担义务,另一方并不负有相对义务的合同。买卖、租赁、承揽合同等均为双务合同,赠与合同是典型的单务合同(附条件赠与合同除外)。在无法律特别规定情形下,双务合同以同时履行为原则,而单务合同则不存在这一问题。

3. 要式合同与不要式合同

要式合同是指法律要求必须具备一定形式和手续的合同,不要式合同则是指法律不要求必须具备一定的形式和手续的合同。法律所规定的形式和手续,在效力上有差别。有的要式合同,不具备法定形式和手续,则合同不生效;有的要式合同,如不具备法定形式只是不成立或不能诉请人民法院强制执行。例如,不能即时清结的合同应采取书面形式,虽然这书面形式不是合同成立的必要条件,只是具有证据上的意义,但是,未采用书面形式的合同,其成立或生效也无其他证据足以证明的,则该合同不成立或为不可诉之债。

4. 即时清结合同与非即时清结合同

即时清结合同是指合同有效成立便立即履行完毕的合同;非即时清结合同是指合同成立但并不立即履行,或至少有一方不立即履行完毕的合同。尽管合同的形式多种多样,但是就即时清结合同而言,采取口头形式于当事人利益并无大碍,且有利于加快流通和促进交易。而非即时清结合同一般应当采用书面形式,其立法意图在于减少合同纠纷以及在纠纷发生时有据可查。

5. 诺成合同与实践合同

诺成合同是指双方意思表示一致合同即告成立,而无需具备其他形式和手续,也无需以物的交付或完成其他给付作为合同生效条件的合同;实践合同则指双方当事人达成意思表示一致之外,还须交付标的物或完成其他给付才生效的合同。诺成合同与实践合同的划分,其法律意义在于合同生效的要件有所不同,诺成合同当事人一经合意即告合同成立并生效,而实践合同除需合意一致外,还需交付标的物。且诺成合同以合意达成的时间作为合同生效的时间,而实践合同却以标的物交付的时间为合同生效时间。

6. 主合同与从合同

一般而言,独立存在的合同为主合同,以主合同为存在前提的合同为从合同。区分主合同与从合同是从二者之间的关系来讲的。没有主合同,也就无所谓从合同,没有从合同,也就无所谓主合同。主合同与从合同是两个有联系的法律关系,从合同可以是当事人单独订立的合同,也可以表现为主合同中的条款,这并不影响主从合同作为两个不同的法律关系而存在。一般情况下,主合同无效,从合同随之无效。

二、合同法概述

(一) 合同法的概念

合同法是调整平等民事主体之间合同关系的法律规范的总称。包括合同的成立、合同的效力、合同的履行、合同的变更、合同权利义务的转让、合同的解除与终止、合同的消灭、违约责任、合同的解释等方面的法律规范。

合同法的调整对象是合同关系,所谓合同关系,是指当事人在订立、履行、变更、转让、解除、终止合同过程中发生的权利义务关系。

(二) 合同法的体系

合同法在整个民法体系中占据着非常重要的地位,是民法分则的核心部分,是市场经济的基本法律,与公司、企业的生产经营和人民群众的生活密切相关。合同法体系也是我国法律体系的重要组成部分。它是按照一定的标准,将现行的和需要制定的合同法律规范分类组合,形成内容和谐、结构严密、完整的统一体。我国合同法体

系是由调整合同关系的各种法律、行政法规、地方性法规、行政规章、司法解释、国际条约等规范性文件和国际惯例组成。

我国现行合同法体系是以《民法通则》和《合同法》为主,合同单行条例为辅的立法体例,充分体现合同自由、当事人意思自治、享有同等国民待遇等原则,特别是不分国内合同与涉外合同,统一了市场交换规则,消灭了规范冲突现象,将更有利地发挥合同法的调整功能,有利于推动市场经济的发展,有利于合同法的贯彻、宣传和普及。

(三) 合同法的原则

合同法最终的价值目标是合同正义,合同自由与合同公正都是合同正义的体现,诚实信用是保障合同自由与公正的途径,因此,自由、公正、诚实信用体现为合同法原则。

1. 合同自由原则

合同自由原则是指在订立合同的过程中,合同双方当事人法律许可的范围内完全享有合同自由。合同自由原则反映了商品经济的本质要求,它是民事活动的基本原则即自愿原则在合同法律关系中的体现,是民事法律关系区别于行政法律关系、刑事法律关系特有的原则,也是发展社会主义市场经济的客观要求。合同之精髓是当事人自由意志之汇合,因此,合同自由原则体现了当事人可以自主地决定:(1) 缔结合同的自由。当事人有权决定是否签订合同,任何个人和单位不得强迫或干预。(2) 选择相对人的自由。当事人既有选择同谁签订合同的自由,又有拒绝同任何人签订合同的自由。(3) 决定合同内容的自由。合同的内容在不违背法律和道德的情况下,当事人可自由协商确定。(4) 变更和解除合同的自由。合同法中规定当事人协商一致可以解除和变更合同,任何人不得干预。(5) 选择合同方式的自由。合同法规定了书面形式、口头形式以及其他形式,除法律有强制性规定外,当事人可自由选择合同的形式。在法律允许的前提条件下,依当事人的合意,可以排除某些法律规范适用的效力,同时,当事人还享有依合同自己限制自己自由的权利。

2. 合同公正原则

合同自由不是无限和绝对的,不能把合同自由解释为自由放任主义,那么,公正原则就是对合同自由的制约。公正原则体现了社会对合同的要求。当事人有合同自由,但是,合同自由要受社会正义的限制,当事人应当依法行使这项权利,包括订立合同的内容和程序都应当遵守法律、行政法规。违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。在某些情况下,为了社会公共利益,法律强制当事人订立某些合同,法律也要求当事人订立的合同不得具有社会危害性,不能违背社会公共秩序。如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、行政规

规定的权利和义务订立合同。当事人之间的合同关系也要体现公正的要求。合同公正原则要求合同当事人之间须公平。一方面,合同当事人主体法律地位要平等;另一方面,合同当事人之间的权利义务要对等,如对免责条款的限制、违约责任的承担和风险承担要平等。

3. 诚实信用原则

诚实信用最早是在市场活动中形成的道德规范,以商品交换的存在为根据。诚实信用原则要求当事人以善良的态度和善良的方式签约和履行义务,不滥用权利,在获得利益的同时充分尊重他人利益和公共利益。诚实信用原则主要是对合同当事人的要求,它是合同自由和公正的保障,只有当事人遵循诚实信用的原则,才能使合同自由得到真正体现,才可能达到公正的结果。诚实信用原则贯穿于合同的订立、履行、变更、解除的各个阶段。在订立合同阶段,当事人负有在订约中的忠实、不得欺诈他人、遵守许诺、保密的义务,因违反诚信义务而给对方造成损失的,应负赔偿责任;合同订立后尚未履行前,当事人双方都应严守诺言,认真做好各种履约准备;在合同的履行过程中,当事人除了应履行法律和合同规定的义务以外,还应履行依诚实信用原则所产生的各种附随义务,主要包括:互相协作和照顾、瑕疵的告知、使用方法的告知、重要事情的告知以及忠实义务;在解除合同时,如果一方交付的货物不足,但不足部分很少,另一方依诚实信用原则一般不得解除合同;合同终止以后,双方当事人虽然不承担合同上的义务,但也应承担某些如保密、忠实之类的附随义务。

(四) 我国现行合同法的基本框架

《合同法》包括总则、分则、附则三个部分,共二十三章四百二十八条。其中,合同法总则对各类合同作了概括性的规定。合同法总则共包括八章一百二十九条,分别就一般规定、合同订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的权利义务终止、违约责任和其他规定作出了概括性、规范性的规定。合同法总则确立了我国合同的基本制度和基本规范,为各类具体合同的订立和履行提供了准则。合同法分则包括十五章二百九十八条,分别是:买卖合同,供用电、水、热合同,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,行纪合同和居间合同。附则只有1条,规定了合同法的施行日期。在合同法总则中,涉及的主要问题有:

(1) 调整范围问题。合同法是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的法律规范。

(2) 订立和履行合同基本原则问题。这些原则包括:平等、自愿的原则,公平、诚实信用的原则,遵守法律、社会公德的原则,法律约束力原则。

(3) 合同的订立和效力问题。合同对合同的主体、形式、订立方式、合同的一般

内容、合同的成立、合同的效力等都作出了明确的规定,有利于维护当事人的合法权益。

(4) 合同的履行问题。合同法强调了全面履行的原则,强调了诚实信用的原则,以保护当事人的利益,保证商品流转和经济的健康发展。

(5) 违约责任问题。合同法明确了违约责任制度,以促使当事人履约,维护市场秩序,补偿因违约方违约给对方造成的损失。

(6) 对合同的监督问题。合同法明确了合同监督的部门和监督的行为,以维护国家利益和社会公共利益。

在合同法分则中,分别对 15 类合同作了规定。主要涉及的问题有:

(1) 对以往 3 部有关合同的法律中的合同,多数予以保留,并根据实践经验和行政法规、司法解释以及国际公约的规定,进一步完善。如对买卖合同,供用电、水、热合同,借款合同,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,仓储合同都予以保留,并在以往 3 部有关合同的法律的基础上作了大量的补充规定。

(2) 对实践中出现的新情况、新问题,增加规定了一些种类的合同,如融资租赁合同等。这是根据经济贸易和审判实践中的新情况而增加规定的。

(3) 保险法、担保法、劳动法、著作权法等法律对有关合同的特殊性问题作了具体规定,因此在合同法分则中不再专门规定。上述法律未规定的,适用合同法总则的规定。

(4) 有些合同目前还不成熟,需要进一步研究,在分则中暂没作规定。

分则没有具体规定的合同,可以适用总则的规定,并且可以参照合同法分则或其他法律最相类似的规定。分则所列 15 类合同大部分都是企业事业单位和公民在生产经营和生活中普遍发生的合同。如果只规定合同法总则而不规定合同法分则,那么,各类不同性质的合同没有具体规定,经济贸易和审判实践将缺乏法律依据。一些成文法国家一般也在民法或者合同法中,对不同种类的合同作出具体规定。合同法分则的设立,突出了各类合同的特点,解决了总则解决不了的问题,包括解决了新类型合同无法可依的问题、合同补缺的问题等。

(五) 合同法的作用

合同法是规制市场经济活动的重要法律规范,在我国社会主义现代化建设事业中起着十分重要的作用。主要体现在以下几个方面:

(1) 保护合同当事人的合法权益。这是我国合同法的重要任务之一,对于合同当事人依照国家法律、法规的规定,在合同中确立的权利义务关系,合同法要给予合理的保护,合同法将已经依法成立的合同置于自己的保护之下,还对当事人的交易过程给予关注,要求当事人不违反合同义务。

(2) 维护社会经济秩序。合同法对合同订立、履行到合同的消灭都设定了限制,以规制商品交换关系,通过对个体利益的保护,体现对社会整体利益的保护,同时,对个别正义的维护,进而维护社会正义,又以社会正义限制个别正义。通过加强社会主义法制,保障社会主义市场经济发展,实现当事人合法权益,维护社会经济秩序。

(3) 促进社会主义现代化建设。合同是联结生产、流通、消费的纽带,是经济合作、技术交流、贸易往来的法律形式。认真贯彻执行合同法,可以保证生产、流通、消费各环节的正常运作,实现合同目的,促进社会主义市场经济的健康发展。

第二节 建筑市场

一、建筑市场的概念和特点

市场是商品交换的场所,即货物或服务的供需双方发生买卖法律关系的场所。建筑市场则是指对从事各种房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动进行发包和承包的场所。简言之,建筑市场是对建筑活动进行发包和承包的场所。

从性质上看,建筑活动可分为新建工程、扩建工程、改建工程和建筑装修装饰工程。新建工程是指进行新的工程项目建设。扩建工程是在原有工程设施的基础上,不改变原有设施的使用方向而对原有工程进行增加、扩大。改建工程是指为了改变原设施的使用方向和使用效果,而对原有工程设施进行的改造。建筑装修装饰工程是指为了提高建筑物的外观形象、使用效果,在不改变原有建筑物的结构、不扩大原有建筑物容积的基础上而对原有建筑物进行的精细加工。建筑装修装饰工程可以独立进行,也可以与新建工程、扩建工程、改建工程同时进行。

建筑活动生产出的建筑产品除了与其他产品一样具有性能、寿命、可靠性、安全性、经济性五项质量特征外,还具有与一般产品不同的特征,如建筑产品生产形成以后,是一个不可分割的整体而与土地相衔接,不能异地交换,每件产品都具有不同的使用价值和价值,与周围环境相协调,同时又影响着周围的景观,可见,建筑市场与一般商品市场相比,具有以下不同的特点:

(1) 建筑市场是具有预见性的信誉性市场。建筑市场交易通常要求先有确定的交易协议,然后才能在约定的实际地点,按照确定的规模、标准、周期、质量等进行生产作业或提供服务,“成交”和“交割”具有相当长的时间上的间隔性,类似于期货交易。而发包人、承包商和监理工程师在交易时,并不知道最终建筑活动成果是什么样子。他们常常必须同时投入建筑产品的生产、交易活动,与有关建筑产品的生产、服务过程和交易、流通过程联系非常紧密。建筑产品交易的间隔性、预期性、超前性、风

险性,要求当事人诚信交易,不能虚伪、欺诈,倒手转包、转托、“买空卖空”。

(2) 建筑市场上的交易是需求者与生产者的直接订货交易。由于建筑产品具有单件性和生产过程必须在消费地点最终完成的特点,生产者就不可能预先生产出某种产品,再通过批发、零售环节进入市场,等候用户来购买,而只能按照具体用户的要求,在指定地点为其生产出特定的建筑物,因此,建筑市场上的交易无一例外地是需求者与生产者的直接订货交易,不需经过中间环节。

(3) 建筑市场上竞争的基本方式是招标与投标。竞争是市场上达成交易的必经之路,而竞争的方式又是多种多样的,建筑市场上竞争的基本方式是招标投标。

(4) 建筑市场上的竞争是特定约束条件下的不完全竞争。完全的市场竞争是最理想的市场模式,但是,在现实生活中,这种竞争是很难实现的。由于建筑产品的特殊性,需求者往往对生产者的行为能力提出若干具体要求,政府主管部门通常也对建筑产品及其生产条件和生产者的资质作出某些规定,这就为竞争设定了条件,使建筑市场的不完全竞争更具有局限性。

(5) 建筑市场上有独特的定价方式。市场竞争主要表现为价格竞争,竞争过程就是确定成交价格的过程,建筑市场中的竞争也不例外,但有一套独特的模式,那就是根据需求者对产品的具体要求和具体生产条件,生产者以书面形式秘密报价,在约定的时间和地点同时公布这些报价,需求者从中选择满意的生产者,与其达成交易。当然,最终的价格只有待工程竣工后才能确定,但是,在市场竞争中起决定作用的形式还是招标投标。

(6) 建筑市场上有严格的行为规范。建筑产品的特殊性以及建筑市场的上述特征,决定了需要有一套严格的建筑市场行为规范来保证建筑市场能够有条不紊地运转,这些行为规范对市场的每个主体都具有法律上的约束力。

二、世界建筑市场的发展趋势

据有关统计资料显示^①,世界建筑市场总产值将从 2003 年的 3.5 万亿美元增长到 2008 年的 4.8 万亿美元,到 2013 年,这一数字将达到 6.2 万亿美元。工业平均增长速度从 1998—2003 年的 1.2% 增长到 2003—2013 年的 2.6%。全球建筑经费在 2003—2013 年的增速有望突破 75%。美国拥有世界最大的建筑市场,2003 年其建筑经费达 10393 亿美元,几乎占全球的 1/3。日本建筑经费达 4645 亿美元,我国作为世界第三大市场,为 2419 亿美元,随后,德国为 2206 亿美元,法国为 1730 亿美元。此外,建筑市场增长较快的还有:印度(650 亿美元)、墨西哥(626 亿美元)、巴西

^① 游扬. 世界建筑市场仍将蓬勃发展[J]. 建筑机械, 2005, (4).

(485 亿美元)和俄罗斯(339 亿美元)。虽然发展中国家建筑市场的规模不如欧美和亚太地区的经济发达国家,但是,预计这些国家将会在未来几年显示出强劲的增长趋势。预计增速最快的是我国市场,2003—2008 年的平均增速将达到 6.2%。预计西欧的建筑经费在 2003—2008 年的年平均增长率仅能达到 1.8%,低于 2.6%的世界平均水平。亚洲(不包括日本)将会以 5.1%的增速独占鳌头,随后是东欧(3.5%)、亚洲(包括日本)(3.3%)、中东和非洲(3.2%)、南美洲(2.9%)和北美洲(2.7%)。由于日本在 5 年(2003—2008)内的年均增长速度仅为 1.5%,造成亚洲包括日本和不包括日本的两种不同增速的浮动局面。以上各种预测数据显示出世界几大经济区域建筑市场增速幅度存在差异,但也表明世界建筑市场会明显好转。

三、发育中的中国建筑市场

在 1984 年中国共产党十二届三中全会以前,我国在理论上不承认建筑产品是商品,在实践中也没有建筑产品这类商品交易,建筑产品都是在国家计划的统一安排下,由建设单位、设计单位和施工单位分工合作、共同完成的,在这种情况下,也就不存在建筑市场。十二届三中全会通过的《中共中央关于经济体制改革的决定》明确了我国社会主义经济是以公有制为基础的有计划商品经济,为承认建筑产品的生产是商品生产奠定了理论基础。与此同时,国务院发布了《关于改革建筑业和基本建设管理体制若干问题的暂行规定》,该规定第二条明确提出了大力推行工程招标投标制,这就为建筑市场的形成准备了行政法令依据。中国经济领域中的建筑市场正式开始运转。

任何事物在成长过程中要经历不同的发展阶段,我国的建筑市场秩序紊乱现象时有发生,这是建筑市场发育不成熟的标志,具体表现在以下几方面:

(1) 盛行地区封锁、部门分割、行业垄断、私招滥用、私下交易等不正之风,致使相当大一部分工程建设项目没有进入市场,阻碍着建筑市场的发育。

(2) 公平竞争的机制不健全,优胜劣汰的市场作用还不能充分发挥,某些单位凭借超经济的权力,强行霸占市场,排斥竞争,阻碍技术进步,造成资源浪费。

(3) 等价交换原则没有得到完全贯彻,各种生产要素不能在市场流通中达到平衡,需求者过分压低标价,生产者盲目降价抢标,以致造成成交价格往往低于成本价格水平。

(4) 需求者支付能力不足,不仅要求生产者垫资建设,而且大量拖欠工程款,给生产者造成严重的资金周转困难,影响生产的正常进行。

造成建筑市场秩序混乱的原因是多方面的,其主要原因在于在理论准备、法律准备和组织准备都不充分的情况下,就简单地开放建筑市场,引起竞争机制作为建筑业

体制改革的关键措施而付诸实施,期望能够很快地收到缩短工期、降低造价和提高工程质量的效果。但是固定资产投资需求过度膨胀,建筑队伍盲目扩大,都到了失控的程度,随之而来的是压缩投资规模,整顿建筑队伍。如果说压缩投资规模比较容易见效,而整顿建筑队伍则要复杂得多,于是,市场上呈现供需严重失衡,竞争过度激烈的局面,在一定时期内就难以避免。这也促使我们要根据建筑市场的特点,研究和采取适当的对策,使建筑市场走出困境并促其逐步发展成熟,为建筑业发展成重要的支柱产业做出贡献。

四、建筑市场管理

引导建筑市场走出困境,并促其逐步发展成熟,必须建立一套比较完善的行为规范。市场组织者在实践中认真贯彻这些规范,严格要求市场参加者按规范办事,把建筑市场管理活动纳入法制化轨道,建筑市场的正常运转才有保证。

(一) 建筑市场管理的内容

(1) 管主体。建筑市场主体不仅包括建筑产品的生产者即勘察、设计、施工单位,需求者即建设单位,而且还包括为其服务的单位,如工程监理公司、咨询公司、代理机构等,这三者构成了建筑市场的三元主体。

(2) 管资格。一般商品是通过商标法来控制假冒伪劣行为,而建筑产品在生产过程中就进入市场,因此,建设单位十分重视生产者的能力,而生产者的能力是通过其资格体现出来的,所以,对建筑产品的生产者和中介方的资格管理是建筑市场管理的一项重要内容。

(3) 管质量。建设单位(或委托建设监理单位)必须对建筑产品形成过程进行监管检查,对分项、分部工程质量进行确认,才能保障工程项目建设的顺利进行,达到工程竣工质量验收的要求。

(4) 管价格。建筑产品以产品单件定价,实行招标竞争、合同预约、分段审核、竣工决算的定价方式,建设单位自始至终均参与产品价格管理。

(5) 管投标。建筑工程招标投标活动是建筑市场活动的一项重要形式,也是进行约定交易的市场管理重要环节。

(6) 管合同。合同是市场经济的产物。加强工程合同管理是建筑市场管理中的一个重要环节。国际建筑界通过长期的实践积累,制订了若干合同示范文本。我国目前施行的《建设工程施工合同(示范文本)》也是借鉴国际惯例,结合我国实际而制订的,具有较强的实用性。

(二) 建筑市场管理立法

(1) 1986年12月,原城乡建设环境保护部发出了《关于认真整顿建筑市场情况