

LAWYER

DIGEST

律师文摘

2003 · 第一辑 · 总第五辑

要目:

邓正来/中国法制的建构者: 律师

朱树英/在实务中适用《建筑法》的建议

段 文/公司律师浮出水面 试点工作悄悄进行

石 扉/司法考试: 弊端初露 方式突变

季卫东/现代市场经济与律师的职业伦理

冯 象/好律师能不能也是好人

卢 嵘/首次律师立法遭遇尴尬

王 工/《律师文摘》任重道远

托克维尔/美国的法学家精神及其如何成为平衡民主的力量

1

5-55



法律出版社  
LAW PRESS

# 律师文摘

编辑委员会 / 江平 / 梁定邦  
张思之 / 贺卫方

执行编委 / 刘桂明 / 谭 礪  
刘海蛟 / 李海周  
孙国栋 / 董志军

主编 / 孙国栋  
编辑 / 王景智  
梁小玲

2003 · 第 1 辑  
总第 5 辑



法律出版社

# LAWYER / DIGEST

## 图书在版编目(CIP)数据

律师文摘/孙国栋主编. - 北京:法律出版社,2003.5

ISBN 7-5036-4259-9

I. 律… II. 孙… III. 律师业务-基本知识 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 030439 号

©法律出版社·中国

|                                            |                      |
|--------------------------------------------|----------------------|
| 出版/法律出版社                                   | 编辑/法学学术出版中心          |
| 总发行/中国法律图书公司                               | 经销/新华书店              |
| 印刷/北京北苑印刷有限责任公司                            | 装帧设计/海意工作室           |
| 责任编辑/王政君                                   | 印刷/陶 松               |
| 开本/787×1092 毫米 1/16                        | 印张/15.25 字数/250 千    |
| 版本/2003 年 4 月第 1 版                         | 印次/2003 年 4 月第 1 次印刷 |
| 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)        |                      |
| 电子邮件/info@lawpress.com.cn                  | 电话/010-63939796      |
| 网址/www.lawpress.com.cn                     | 传真/010-63939622      |
| 中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼<br>(100073) |                      |
| 传真/010-63939777                            | 销售热线/010-63939792    |
| 网址/www.Chinalaw-book.com                   | 010-63939778         |
| 书号:ISBN 7-5036-4259-9/D·3977               | 定价:25.00 元           |

## 中国法制的建构者：律师

在当下的中国，律师因为是客户利益的捍卫者而被社会视作是可信賴的道德良心者、律师因为运用法学知识和法律规则而被社会视作是法律职业共同体的成员、律师因为提供法律服务以获取报酬而被社会视作是各行各业中的显贵。与此相应，社会便要求律师有崇高的正义道德之心性、要求律师具有知识上的独立性、要求律师遵循良好的行业规范。

显而易见，对律师提出的这些要求乃是以社会对律师的那些看法为依凭的，当然也是颇为合理的。然而，令人感到遗憾的是，上述对律师的看法却丢失了一个极为重要的维度，而这个维度便是律师在中国法制发展过程中所具有的重要意义：律师不仅是中国法制的实践者，更是中国法制的建构者。

因其职业性质的缘故，在我看来，律师既要在法律实践中遵循业已确定的法律条文，又要面对人们在实际社会生活中所形成的各种新的利益主张，因此他们乃是中国法律知识与本土生活经验的最为直接的勾连者；律师既要在庭诉过程中根据具体客户的新利益主张就法律理解和解释问题进行相互争辩或与公诉人争辩，又要面对法官提出自己的新解释，因此他们的解释经由潜在质疑法官、公诉人或其他律师的法律知识而成了中国法律试图回应社会变化而进行可欲发展的一个极为重要的参照渊源；律师既要在法律咨询服务中捍卫客户的合法权益，又要根据日益变化的法律规定为客户提供有助益的法律建议，因此律师实际上成了日益发展着的中国法律所具有的最为重要的一种“活着”的形式。以上所述的几个方面，在中国法制发展面对“移植法”于中国本土之情势以及制度转型和社会变迁之情势是否具有功效这个大问题的背景中，将更加凸显出其所具有的重要意义。

如果说中国法制的发展是一部大书，那么法学家、法官、立法者便是位于这部大书的封面和书脊之上的显要人物，而律师则是隐含在这些醒目的封面和书脊之中的文字。因此，我们需要有人能够把这部大书打开，把律师用其建构中国法制的实践而构成的一行行并不显眼但却极具意义的文字展现在国人面前。

这便是我对《律师文摘》及其编辑的期望。

邓正来  
2002年岁末于未名斋

# 目 录

## 业务进阶

- |      |     |                                                     |
|------|-----|-----------------------------------------------------|
| 办案规程 | 001 | 在实务中适用《建筑法》的建议 / 朱树英                                |
| 证据适用 | 020 | 自由心证主义与法定证据主义在中国之实行 / 毕玉谦                           |
| 判例研究 | 025 | 关于表见代理的构成及其法律适用<br>——中国银行合肥市桐城路分理处借款担保合同纠纷案件评析 / 王闯 |
| 论辩艺术 | 042 | 辩护律师的职责<br>[英]理查德·杜·坎恩 著 陈泉生 陈先汀 译                  |
| 精彩辩词 | 054 | 历史将宣判我无罪 / [古巴]卡斯特罗                                 |

## 业界瞭望

- |      |     |                        |
|------|-----|------------------------|
| 执业前沿 | 058 | 公司律师浮出水面 试点工作悄悄进行 / 段文 |
|      | 062 | 如何打造律师事务所的品牌 / 胡明      |
| 法学教育 | 072 | 司法考试:弊端初露 方式突变 / 石扉    |

## 管理之窗

- |      |     |                                                     |
|------|-----|-----------------------------------------------------|
| 职业素养 | 080 | 现代市场经济与律师的职业伦理<br>——法律人文主义话语的比较分析 / 季卫东             |
| 体制创新 | 097 | 律师事务所的组织结构和管理<br>[加]不列颠哥伦比亚省继续教育协会 编<br>北京公诚律师事务所 译 |

## 法学论坛

- |      |     |                                          |
|------|-----|------------------------------------------|
| 法理沉思 | 133 | 美国的法学家精神及其如何成为平衡民主的力量<br>[法]托克维尔 著 董果良 译 |
| 事件剖析 | 140 | 首次律师立法遭遇尴尬 / 卢嵘                          |
|      | 147 | 无限申诉 深圳叫停 / 黄广明                          |

- 律师说法** 152 给保险企业更大的空间——保险法修改述评 / 徐卫东  
157 《保险法》“口袋条款”隐藏玄机 / 吴登科
- 热点话题** 160 法官判案看证据还是凭经验  
——上海法院首次采用“法官自由心证”审案引起  
争议 / 王晓东 采编
- 168 教育伦理与法律下的自由  
——关于尹建庭诉株洲市教育局案的思考  
萧瀚 姜明安 何兵 孙笑侠
- 经典回放** 179 形式正义的法治模式  
[美]约翰·罗尔斯 著 何怀宏 何包钢 廖申白 译

## 史海钩沉

- 百代风流** 186 梅汝璈:为祖国尊严而战的大法官 / 郝铁川
- 历史名案** 197 犯人?! 先生,我可不是普通的犯人!  
——美国国会诉国王查理一世 / 杨群

## 法苑撷英

- 随笔** 201 好律师能不能也是好人 / 冯象  
208 学者型律师导向不应提倡 / 斯伟江  
213 法官的天职与良知  
——重读英国著名哲学家培根《论法律》有感 / 陈武能  
222 法律的另一种“效应” / 史彤彪
- 书评** 224 罗伯特·诺齐克的、我的和你的未竟事业  
[美]Clive Crook 著 邓正来 译  
228 自由的生命:诺齐克与《无政府、国家与乌托邦》  
[美]Richard A. Epstein 著 邓正来 译

## 编读往来

- 232 《律师文摘》任重道远 / 王工

# Contents

---

## Business Step

### Regulation of Handling Case

An Advise on How to Apply the Building Law in Practice / by Zhu Shuying (001)

### Application of Evidence

The Practice of Discretionary Evaluation of Evidence and the System of Legal Evidence in China / by Bi Yuqian (020)

### Case Study

The Constitution of Apparent Authority and Its Application of Law / by Wang Chuang (025)

### Debate Art

The Responsibility of Defense Lawyer / by Richard D Kane (UK)

Translated by Chen Quansheng, Chen Xianting(042)

### Splendid Statement of Defense

History will Pronounce Me not Guilty. / by Castro (Cuba) (054)

---

## Lawyer's Outlook

### Practice Front

Company Lawyers Make Their Debut, the Experiment is on the Quiet / by Duan Wen (058)

How to Build up the Brand of A Law Firm / by Hu Ming (062)

### Education of Law

Lawyer Exam: the Drawbacks Came out, Its Form was A Sudden Change / by Shi Fei (072)

---

## Windows of Management

### Professional Attainment

Modern Market Economy and the Professional Ethics of Lawyer / by Ji Weidong (080)

### Reconstruction of System

The Organizational Structure and Administration of Law Firm

by Britannia Further Education Society (Canada)

Translated by Beijing Gongcheng Law Firm (097)

---

## Forum of Law

### Ponderation of Legal Principle

American Juris Prudential Spirit and How it as a Power of Balancing the Democracy

by Tocquevill (France)

Translated by Dong Guoliang (133)

### Case Study

The First Lawyer's Legislative Practice Faces the Dilemma / by Lu Rong (140)

Te Endless Petition is Stopped in Shenzhen / by Huang Guangming (147)

## **Lawyer's Comment on Law**

To Give the Wider Space to Insurance Enterprises / by Xu Weidong (152)

There is a Secretly Worry in the Pocket Article of Insurance Law / by Wu Dengke (157)

## **Hot Topic**

Judges Try Cases with Evidences or Experience / Compiled by Wang Xiaodong (160)

The Education Ethics and the Freedom Under the Law

by Xiao Han, Jiang Mingan, He Bing, Sun Xiaoxia (168)

## **Retrospect of Classics**

The Rule by Law Mode of Procedural Justice / by John Rawls (U. S. A. )

Translated by He Huaihong, He Baogang, Liao Shenbai (179)

---

## **Uncovering Historical Anecdote**

### **Historic Celebrity**

Mei Ruao: A Chief Judge Fought for His Motherland / by Hao Tiechuan (186)

### **Historic Case**

Prisoner?! Sir, I'm not a Ordinary Prisoner! / by Yang Qun (197)

---

## **Cream in Law Garden**

### **Essay**

Can an Outstanding Attorney be a Good Guy / by Feng Xiang (201)

Scholar Type Lawyer should not be Encouraged / by Si Weijiang (208)

The Bounden Duty and Conscience of Judges / by Chen Wuneng (213)

Another Effect of Law / by Shi Tongbiao (222)

### **Book Review**

The Unfinished Work of Robert Nozick's, Yours and Mine

by Richard A. Epstein (U. S. A. )

Translated by Deng Zhenglai (224)

The Life of Freedom: Nozick and Anarchy, State and Utopia

by Clive Crook (U. S. A. )

Translated by Deng Zhenglai (228)

---

## **Communication**

The Burden is Heavy and the Road is Long for Lawyer Digest / by Wang Gong (232)

目录翻译 许身健

# 在实务中适用《建筑法》的建议<sup>\*</sup>

朱树英<sup>\*\*</sup>

## (一)关于《建筑法》的适用

1. 凡属《中华人民共和国建筑法》(下称《建筑法》)调整的建筑活动以及对建筑活动的监督管理活动引起的争议,发生在1998年3月1日以后的,或虽发生在1998年3月1日以前但一直沿续至1998年3月1日以后的,一律适用《建筑法》。

2. 处理《建筑法》生效之前的争议,凡《建筑法》生效前法律、法规已有规定的,适用原有的法律、法规;《建筑法》生效前法律、法规并无规定的,参照《建筑法》的规定执行,但涉及到工程地基基础、主体结构质量以及建筑物合理使用寿命的争议,应当按《建筑法》的有关规定执行。

3. 《建筑法》规定需要由国务院制定行政法规明确的,自该行政法规生效之日起执行。但《建筑法》第81条已明确规定:“本法关于施工许可、建筑施工企业资质审查和建筑工程发包、承包、禁止转包,以及建筑工程监理、建筑工程安全 and 质量管理的规定,适用于其他专业建筑工程的建筑活动。”因此,上述《建筑法》的原则规定,适用于交通、水利、铁路等基础设施和其他专业建筑。国务院对此作出具体适用的规定时,自该法规生效之日起执行。

4. 在审理有关建筑活动纠纷的案件时,应按照《建筑法》和《中华人民共和国合同法》(下称《合同法》)以及国务院有关法规的规定执行。上述法律、行政法规没有规定的,可参照各省、自治区、直辖市人大颁布的有关法规。

5. 《建筑法》生效之前已经审结的案件,当事人申请再审、要求按《建筑法》的规定重新审理的,不予支持。

6. 不涉及房屋主体结构变化的房屋装饰、装修工程,各省、自治区、直辖市人民政府确定的小型房屋工程,可参照《建筑法》和本建议执行。

## (二)关于施工许可和承包商的从业资格

1. 除国务院建设行政主管部门确定的限额以下的小型工程,以及按照国务院规定的权限和程序批准开工报告的建筑工程外,其他工程的建设单

<sup>\*</sup> 本文是“中华全国律师协会民事业务委员会”组织的“执行《建筑法》若干问题处理意见的建议课题组”的课题报告,由本书作者起草撰写并由该委员会几经修改、整理而成。该报告提出了建筑、工程案件审理中律师和法官已经遇到和可能遇到的种种问题的处理对策和建议。

<sup>\*\*</sup> 朱树英:上海建纬律师事务所主任,上海律协建筑及房地产业务研究会主任。

位即发包方(下称发包方)应在项目开工前办妥施工许可证。施工单位即承包方(下称承包方)在正式开工之前应审核发包方的施工许可手续。如未办妥施工许可证先行开工,并由此造成承发包合同无效的,发包方应承担主要责任,承包方亦应按过错大小承担相应责任。

2. 未办理施工许可证先行开工的,在履行工程承包合同的过程中发生争议时,承包方以未办妥施工许可证要求判处合同无效,视发生争议时是否具备施工许可条件以及工程质量的情况而定,如已经具备发放施工许可条件、已履行的建筑物质量没有问题,可裁定补办施工许可证。如发生争议时仍不具备办理施工许可证条件,或已履行部分的建筑物因此造成质量严重问题的,应当认定承发包合同无效。

3. 在建工程因故未在领取施工许可证后3个月内开工或中止施工满一年的,应按规定办理施工许可证的延期申请或核验手续,未办理相应手续逾期即开工或恢复施工的,如发生争议,其处理参照本建议的前两条意见执行。

4. 承包方应按行政主管部门核定的资质等级和相应的资质证书核定的范围承接工程。发包方应在招标时事先严格审查承包方的资质等级和资质证书,并将工程发包给具有相应资质等级和资质证书的承包方。因承包方资质等级不符或没有相应资质证书承包工程在履行过程中发生争议,如发包方以此要求判处合同无效,视发生争议的承包方的实际资质等级,根据不同情况作不同的处理:

如果承包方在承包工程时虽未取得相应资质等级和资质证书,但在发生争议时已经取得或者承包方事实上已具备相应资质条件并由行政主管部门证明可予办理的,可认定合同有效。

如果发生争议时承包方未取得相应的资质等级和资质证书,或者事实上不具备相应资质条件的,可认为承发包合同无效。

如果发生争议时承发包合同已经履行完毕,则视系争承发包合同的质量而定。如果已经竣工的工程质量已通过验收,则可以认定承发包合同有效,但应以司法建议书方式建议承包方承包工程所在地的资质管理部门按有关行政规定对承包方予以处罚;如果已经完工的工程质量有问题或者无法通过验收的,可以认定承发包合同无效。

5. 承包方无相应资质承包工程,造成承包方合同无效的,应承担主要责任,发包方应按其过错大小承担相应责任。

6. 境外承包方在中国境内承包工程应取得有关主管部门审批手续而未报批或未获批准的,视为承包方无相应资质,参照本建议前两条意见对各种具体情况作相应处理。

7. 负责颁发施工许可证的主管部门对不符合施工条件的建筑工程颁发施工许可证,在施工过程中发生安全或质量事故,当事人以此要求该部门赔偿损失的,应当查明该建筑工程不符合施工条件与损失的造成是否有直接因果关系。如损失由该建筑工程不符合《建筑法》第8条规定的条件中任何一条直接造成,可以判由发证部门承担相应的赔偿责任;如果损失并非不符合发证条件直接造成的,一般不予支持。

8. 在审理承发包合同纠纷案件中,如果承包方实施转让、出借资质证书或者以其他方法允许他人以本企业的名义承揽工程等违法行为,应当依《建筑法》第66条之规定追究责任。上述违法行为具体是指:

转让资质证书:具有特定等级资质证书的承包方以有偿或无偿的方式将自己的证书转让给不具有相应资质的单位使用并致使用人因此得以承包应具有该资质证书方可承包的工程;

出借资质证书:具有特定等级资质证书的承包方将自己的资质证书出借给不具有相应资质等级的其他人使用,并致使使用人得以承包应具有该资质证书方可承包的工程;

以其他方法允许他人以本企业的名义承揽工程:具有特定等级资质的承包方允许不具有该资质的其他人以挂靠、联营、内部承包等方式,并致其他人以该承包方的名义承包了工程。

挂靠,是指无资质证书的单位、个人或低资质等级的单位通过各种途径或方式利用有资质证书或高资质等级的单位名义承接工程任务。

9. 审理承发包纠纷案件中如发现承包方超越核定的资质等级承包工程,应判处承发包合同无效。

10. 承包方在履行承发包合同过程中,因违反有关法律、法规被吊销相应资质等级证书,发包方以此要求解除承发包合同的,应予支持。因违反有关法律、法规被降低资质等级的,发包方以此要求解除承发包合同的,根据承包方的实际履行能力确定,如已完工程质量没有问题,降低后的资质等级不影响实际履行,或者承包方提供相应担保的,可以判决继续履行承发包合同。

11. 从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和监理单位的

专业技术人员,应当依法取得相应的执业资格证书,因上述专业技术人员没有相应的执业资格证书造成安全、质量问题的,由该专业技术人员的所在单位承担责任。

12. 因发包方的施工许可或者承包方的资质问题造成承发包合同无效,应按如下原则处理:

(1) 合同尚未履行的,如承发包双方之间已有价款支付的,应当返还;合同各方按过错大小承担相应责任。

(2) 如合同已经履行的,应委托鉴定单位对已完工程的质量和造价进行鉴定。

(3) 经鉴定,如已完工程质量符合标准的,已完工工程价款可按工程定额管理部门公布的造价标准和合同约定的计价方式酌情处理:如合同无效的原因是发包方的施工许可证问题造成的,合同的约定价格低于造价标准的,判令发包方应支付给承包方合同约定价款,差价部分予以追缴;如合同约定价款高于造价标准的,判由发包方支付给承包方造价标准价款,差价部分追缴。

如合同无效的原因是承包方的资质问题造成的,则处理的方式相反。

(4) 经鉴定如已完工程质量不符合标准、但经过整改可以符合标准的,扣除整改费用后按上述方式结算已完工程价款。不能整改或经过整改后工程质量仍不符合标准的,由此造成的损失由发包方和承包方根据各自责任分别承担赔偿责任。

### (三)关于建设工程的招投标

1. 建设工程的发包应当按照招标投标的法律、法规的有关规定公开、公正、公平进行。应招标发包的建设工程未进行招投标的,该承发包合同不生效。

2. 建设工程招投标过程以中标人收到中标通知书作为承诺标志。

3. 应招标而未招标签订承发包合同在履行过程中发生争议的,如符合补办中标手续条件的,在起诉前办妥中标手续后可认定合同有效;如不符合补办中标手续条件,在起诉前未能办妥中标手续的,应认定合同无效。

4. 承发包双方在中标之前就同一项目签订的意向书、协议书或者承发包合同,其内容和有关条款与中标后签订的承发包合同不一致的,以经招投标中标后签订的合同为准。

5. 在招投标发出中标通知后,发包方利用有利地位要求中标方在中标

造价的基础上再让利降低造价，因此造成中标造价与标后签订合同造价不一致的，以中标造价为准。

6. 因违反招投标规定，一方主张解除承包合同的，应参照本建议第(二)条第2款意见予以处理。

7. 招标人和中标人签订的建设工程承包合同与招、投标文件的实质性内容不符，如属招标人与中标人在招投标过程中敌意行为所致，则该合同相应条款无效；如属公开招投标后，招标人与中标人另行协商所致，则其他参与招标的投标人有权提请依法撤销招标人与中标人订立该合同的行为。其他投标人的撤销权自其知道或应当知道招标人与中标人签订与招、投标文件实质内容不符的建设工程承包合同之日起一年内行使。自招标人和中标人签订该合同之日起5年内，其他投标人未行使撤销权的，该撤销权消灭。

#### (四)关于工程转包和不规范分包

1. 承包方总承包建设工程的勘察、设计、施工项目的，可以将部分项目分包给具有相应资质的其他单位。分包项目以最小标的为限。在建设工程勘察、设计项目中，单项工程为最小标的；建设工程施工项目中，单位工程为最小标的。

单项工程：指建设工程中由若干单位工程组成，有独立设计文件、建成后能独立发挥功能效益的工程。

单位工程：指单项工程中单独设计、可以独立组织施工的工程。

2. 实行建设工程施工总承包的，建设工程的主体结构必须由施工总承包方自行完成。

由承包方、总承包方或联合共同承包方以自己的名义组成的项目经理部完成承包工程的主体结构的，视为自行完成。

自行完成：指承包方以自己的管理人员和拥有所有权或使用权的机械、设备独立完成工程。

主体结构：指能够满足工程所要求的功能和性能，在合理使用期限内安全、耐久地承受内外各种作用的，由不同建筑材料制成的各种承重构件相互连成一定形状的组合体。

3. 承包人可以按承包合同的约定，或者经发包人书面同意将承包工程中的部分工程分包给有资质的其他单位；有特殊资质要求的分部分项工程，如承包方本身不具备此特殊资质，承包方必须将此分部分项工程分包给

具有相应资质的其他单位。

4. 工程转包,是指承包方违反《建筑法》的规定,不行使管理职能,将所承包的工程转给他人承包的行为。有以下行为之一的,为转包:

- (1)承包方将其承包的全部工程转给他人承包的;
- (2)承包方将其承包的全部工程肢解后以分包名义转给他人承包的;
- (3)承包方将主体结构工程转给他人承包的;
- (4)承包方将工程分包给不具备相应资质条件的单位的;
- (5)分包单位将其承包的工程再行分包的,除特殊工程外。

本意见所称“特殊工程”,系指压力、容器、打桩、高级装修工程等工程。

5. 转包工程,所签订的合同应认定为无效。以挂靠、联营、内部承包等为名所签的工程合同,有本建议第(二)条第8款所列行为之一的,视为转包,以挂靠、联营为名所签的分包合同应认定为无效。

6. 因转包工程被认定为合同无效,应当判决解除承发包或分包合同,并按本意见第(二)条第4款之意见严肃处理。

7. 分包工程应按《建筑法》的规定规范运作,有下列行为之一的,为不规范分包:

- (1)分包的单位工程,未在承发包合同中约定;
- (2)在承发包合同约定的分包项目或范围外分包工程,未经发包方认可;
- (3)分包合同未明确总分包单位对分包工程向建设单位负连带责任的或分包合同未明确总承包单位对分包工程的质量与分包单位承担连带责任的。

8. 因工程分包不规范引起争议,应根据不同情况分别予以处理。总承包方与分包方恶意串通订立损害发包方的分包合同,该分包合同无效;总承包方将工程分包给不具备相应资质条件的分包单位的,该分包合同无效;总承包方与具备相应资质的分包方订立总承包合同约定范围以外的分包合同,发包方可请求撤销该分包合同,如该分包合同损害了发包方的利益,应准许撤销。发包方的撤销权自其知道或应当知道分包合同签订之日起1年内行使,自分包合同签订之日起5年内,发包方不行使撤销权的,该撤销权消灭。总承包方与具备相应资质的分包方订立的分包合同中约定总分包方对分包不负连带责任的,该约定无效。

9. 有证据证明工程转包或不规范分包系发包方指定的,发包方对由此

造成的后果,负连带责任。

10. 在发包方已经与承包方签订承发包合同后,发包方就承发包合同范围以外的分部分项工程与其他施工单位签订直接分包合同的,作为独立的承发包合同处理,由发包方与该直接分包单位对该工程负责。需要由原承包单位配合管理的,配合管理费用由发包方承担。

#### (五)关于工程合同履行期限

1. 承发包双方应在承发包合同中约定工程施工期限和确定的开、竣工日期。承发包合同有明确的竣工日期,因工程逾期竣工发生争议,承包方以合同工期偏紧,与定额工期有差距等要求免除逾期责任的,不应支持。

2. 因承发包合同开、竣工期限约定不明发生争议,应区别不同情况进行处理:

(1) 合同约定开工日期与实际开工日期不一致的,以实际开工日期为准。实际开工日期有争议的,可以结合承发包双方的施工日记向有关主管部门申报的各类报表,以及监理单位的记录等有关证据予以认定;

(2) 合同约定的竣工日期与实际竣工日期不一致的,以实际竣工日期为准。实际竣工日期有争议的,以通过验收日期或交付使用日期为依据,也可以参照前款规定予以认定。

工程交付使用是指承包方与发包方办理有关手续、将符合法定或约定竣工条件的工程交付给发包方,承发包双方应当签订交接书或在会议纪要等文件中明确交接事宜。

3. 承包方因自身原因延误工期,按承发包合同的约定承担违约责任。承发包合同没有约定违约金或约定不明确的,按以下不同方式处理:

(1) 发包方没有证据证明其因此所受损失的,按银行同期固定资产投资利率的实际延期日期计算;

(2) 发包方有证据能证明其因此所受损失的,承包方应承担发包方因逾期所造成的损失,但不得超过合理限额。发包方所建房屋系自用房屋,实际损失以不超过本地区同类房屋的租金为限;发包方所建房屋系商品房,实际损失以不超过发包方已经预售房屋逾期交付的违约金为限;

(3) 发包方因承包方延误工期而同意先行接受已完工程的,承包方只承担未完部分工程逾期的违约责任;

(4) 如承发包合同约定不同阶段形象进度的完成期限的,因承包方未完成该阶段形象进度,承包方只承担该阶段形象进度的违约责任;

(5) 承发包合同对承包方工期延误的违约金有最高赔偿额或占总造价比例约定的,从其约定。

4. 发包方因逾期付款、设计变更、未提供相应条件等原因或可归责为发包方的原因造成工期延误,发包方在顺延工期的同时,应根据不同情况承担相应的违约责任。

5. 因发包方设计变更,或者未按承发包合同的约定提供材料、图纸和施工场地、未及时组织验收等造成工期延误,除顺延工期外,发包方应承担因延误工期所造成承包方的停工、窝工、机械台班费等直接损失。

6. 因发包方逾期支付工程款而造成工期延误,除顺延工期外,发包方应承担违约金并赔偿承包方因延误工期而造成的停工、窝工、机械台班等直接损失。

7. 上述第5、6条意见中,凡承发包双方对停工、窝工及机械台班费的计算有争议,如工程建设委托监理单位的,可由监理单位提供依据确定;无监理单位的,可委托造价审定单位根据工程量大小、合理的施工组织设计方案确定合理的施工人数和机械台班数量。有关的违约金有约定的,从其约定;没有规定的,以同期银行固定资产投资利率计算。

8. 发包方因设计变更造成工程量增加,承包方要求顺延工期,承发包合同对此种逾期的计算及责任有约定的,从其约定。没有约定的,应委托当地定额管理部门或有资质的中介机构,根据设计变更而增加的工程量及承包方的资质等级按定额工期鉴定、计算逾期日期,并据此予以顺延工期。

9. 承发包合同设定工程款按已完工程分期支付,承包方应先申报已完工程量并提供付款数量,经发包方核定后付款的期限和程序的,承包方未及时申报,不能认定发包方延期付款;发包方核价超过约定期限的,认定超过期限日期为发包方逾期付款日期。

10. 工期的延误非承、发包双方的原因所造成,承包方因此要求发包方承担工期延误损失的,如原因系不可抗力所造成,适用本建议关于不可抗力的原则予以处理;如原因系第三人的原因所造成,由发包方先行承担工期延误责任,并由发包方向第三人追偿。

11. 承发包双方在合同中约定工期提前或延误的奖罚及其工期奖支付方式等,合同履行过程中因发包方提前支付工期奖最终工期没有提前引起争议,发包方要求返还已付的工期奖,合同对此有约定的,应从其约定;合同无约定的,视工期实际履约情况而定。发包方支付工期奖时,工期已经提前,

而最终工期没有提前的,则该奖则奖、该罚则罚,两者相抵进行结算;发包方支付工期奖时工期并无提前,则已付部分视为发包方同意提前支付的工程款,在计算延误部分罚金时,不再抵扣。

#### (六)关于工程质量及其责任

1. 发包方作为建筑物的投资、建设单位,承包方作为建筑物的施工单位,均负有建造合格建筑产品的责任。承发包双方根据各自责任对工程质量负责的范围应在承发包合同中约定。承包方应依法对工程施工质量负责,在合理使用寿命内确保建筑物地基基础和主体结构的工程质量。发包方应依法负责验收工程产品,对不合格产品应拒绝验收。经验收发现的质量缺陷在承包方整改后应重新验收并在验收通过后方可接受建筑物。

2. 发包方有责任随时检查建设工程的施工质量,但不应妨碍承包方的正常作业。因发包方检查工程质量妨碍承包方正常作业引起争议,视检查结果区别处理。被检查的工程确有质量隐患或缺陷的,应由承包方负责整改,发包方不承担责任;经检查的工程并无质量隐患或缺陷的,由发包方承担因此造成的停工、窝工损失,延误的工期应予顺延。

3. 因工程质量缺陷发生争议,如确属承包方施工质量有缺陷的,应由承包方按合同约定标准或有关工程质量技术规范进行整改,并达到合同约定标准或符合有关工程质量技术规范。

4. 承发包合同约定质量等级为优良,但经检测工程实际质量等级为合格,发包方因此拒绝接受工程引起诉讼的,处理此类案件应根据工程具体情况判令承包方将工程整改、修复至合同约定条件并承担相应费用。如无法整改、修复至合同约定条件,应当判令由发包方接受工程,同时可判令承包方承担违约责任。双方另有约定的,从其约定。

5. 承发包合同约定工程质量达到优良等级或优质优价,在实际履约过程中,双方因此引起争议,应区别不同情况予以处理:

(1) 工程实际履行质量标准达到约定条件的,承包方要求发包方支付优价或质量奖励,应予支持;

(2) 实际履约质量标准未达到约定条件,发包方要求承包方承担违约责任,应予支持。如约定优良标准,实际达到合格标准的,承包方已收取的优良奖励应当返还发包方,约定的优价部分不应计取。

6. 因工程质量缺陷发生争议,承发包双方各执一词不能确定缺陷和过错责任的,应提交法定建设工程质量鉴定单位鉴定。发生争议之前一方已提