

工程建设投资咨询系列丛书

工程建设合同 文本应用实务手册

■ 张亚奎 主编 ■

■ Gong cheng jian she he tong
wen ben ying yong shi wu shou ce



中国电力出版社
www.cepp.com.cn

工程建设投资咨询系列丛书

工程建设合同 文本应用实务手册

■ 张亚奎 主编 ■



中国电力出版社

www.cepp.com.cn

建设部和国家工商行政管理总局在颁布了《建设工程施工合同（示范文本）》后，于近日又颁布了《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》和《建设工程施工劳务分包合同（示范文本）》，使得建设工程施工合同文本得以配套。本书收录了建设工程及其相关合同文本几十种，基本包括了建设部等部委颁布的范本和在实践中经常使用的合同文本。全书共分为六篇：第一篇对《合同法》等相关法律作了简要阐述，后五篇分别介绍了建设工程承包合同、建设物资采购供应合同、建设工程中介合同、建设工程总承包合同和分包合同以及其他合同的示范文本及参考文本。

本书的出版将有助于施工合同当事人学习和掌握洽谈、签订和履行合同的技巧，有助于发包人、承包人和分包人提高施工合同的管理水平。本书可作为建设工程设计、施工单位、房地产开发和管理单位以及其他有关单位订立合同的常用和必备工具书。

图书在版编目（CIP）数据

工程建设合同文本应用实务手册 / 张亚奎主编. — 北京：
中国电力出版社，2006.10
（工程建设投资咨询系列丛书）
ISBN 7-5083-4735-8

I. 工... II. 张... III. 建筑工程—经济合同—范文—汇编—中国 IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2006）第 101840 号

中国电力出版社出版发行
北京三里河路 6 号 100044 <http://www.cepp.com.cn>
责任编辑：梁瑶 张鹤凌 责任印制：陈焊彬 责任校对：罗凤贤
北京丰源印刷厂印刷·各地新华书店经售
2006 年 10 月第 1 版·第 1 次印刷
787mm×1092mm 1/16·35 印张·863 千字
定价：68.00 元

版权专有 翻印必究

本书如有印装质量问题，我社发行部负责退换
本社购书热线电话（010-88386685）

工程建设合同文本应用实务手册

编委会

主 编：张亚奎

副主编：王帅涛

编 委：(按字母顺序排序)

曹丽梅 陈耀鑫 贺美亭 黄学强

翼高阳 李凯霞 李晓燕 田宝辉

王小凤 王志勇 张耀华

前言

随着世界经济一体化和我国经济体制改革的不断深入,我国固定资产投资建设无论在规模上还是在增长速度上,都取得了举世瞩目的成就。与工程建设实体紧密相连的房地产、建筑、勘察设计等咨询业进一步成为社会主义市场经济的热点。同时,随着投资融资体制的多元化以及项目法人责任制的推行,我国建设行业面临更加广阔的发展空间和更加激烈的市场竞争。人们越来越认识到在知识经济发展的过程中工程咨询业也是推动经济增长的重要因素之一。因此,面对新世纪的国内外市场,机遇与挑战并存,投资咨询服务业必将进入一个新的发展时期。

“如何保证建设工程项目选择的正确性,投入的合理性,回报的有效性。”这是建设项目咨询服务行业研究的重要课题。实践证明,解决这一问题的途径主要有两条:一是通过咨询,借助外部智力,协助企业进行管理;二是通过学习,充分发挥内部人力资源的效用,实施管理。总之,应该使工程项目的建设遵循客观规律,根据建设程序循序渐进地开展建设项目的筹划和建设项目的实施工作。为了选择一个优质项目和建成一个优质工程,要根据项目的建设周期,实施全过程项目管理,开展项目策划、投资机会研究、项目建议书、可行性研究、合同委托、规划与建筑设计、资金筹措、物资采购、设备定货、质量监督、建筑安装、生产准备、试验运转、竣工验收、投产经营、后期评价等活动,并在各个活动中严格执行质量标准,严格监督各个环节,才能保证目标得以实现。

《工程建设投资咨询系列丛书》的出版将为广大工程建设咨询工作者研究并解决这一课题提供一定的帮助。

本套丛书共包括以下分册:

- 1.《工程建设项目可行性研究实务手册》
- 2.《工程建设承包与发包实务手册》
- 3.《工程建设合同文本应用实务手册》
- 4.《工程建设质量安全监督实务手册》
- 5.《工程建设项目监理实务手册》
- 6.《工程建设项目计价量规则实务手册》

本套丛书以项目的建设程序为主线,资料翔实丰富,覆盖面广,可供建设业主(项目法人)、施工企业、投(融)资机构、项目管理(监理)公司、勘察设计单位、工程造价咨询机构及管理部門的项目经理、投资策划师、资产(房地产)评估师、造价工程师等专业人员参考。也可供相关专业院校(岗位培训)学员学习使用。

由于编写时间仓促,加之编者经验水平有限,书中错误及不当之处在所难免,敬请广大读者批评指正。

编者

目 录

前言

第一篇 建设合同总论

第一章 合同法概论	1
第一节 建设工程合同的概述	1
第二节 建设工程合同的分类和形式	2
第三节 建设工程合同的性质	3
第二章 合同的签订	4
第一节 合同的签订方式与内容	4
第二节 合同订立的程序	10
第三章 合同的效力	13
第一节 合同生效的条件	13
第二节 无效的合同	14
第三节 可撤销和效力待定的建设工程合同	17
第四章 合同的履行与担保	20
第一节 合同的法律效力	20
第二节 合同的履行	20
第三节 合同的担保	26
第五章 合同的变更、转让与解除	33
第一节 合同的变更	33
第二节 合同的转让	34
第三节 合同的解除	37
第六章 合同的违约责任	41
第一节 违约责任的分类	41
第二节 承担违约责任的条件	42
第三节 承担违约责任的方式	42
第七章 合同争议的处理	44
第一节 协 商	44

第二节 调 解	44
第三节 仲 裁	44
第四节 诉 讼	46

第二篇 建设工程承包合同

第一章 概 论	48
第一节 建设工程勘察设计合同	48
第二节 建设工程施工合同	57
第二章 建设工程承包合同示范文本	70
建设工程勘察合同(一) GF—2000—0203	70
建设工程勘察合同(二) GF—2000—0204	75
建设工程设计合同(一) GF—2000—0209	80
建设工程设计合同(二) GF—2000—0210	85
建设工程施工合同 GF—2003—0201	89
建筑装饰工程施工合同(甲种本) GF—1996—0205	114
建筑装饰工程施工合同(乙种本) GF—1996—0206	134
家庭居室装饰装修工程施工合同 GF—2000—0207	138
水利水电土建工程施工合同条件 GF—2000—0208	152
第三章 建设工程承包合同参考文本	191
建设工程勘察合同	191
建设工程设计合同	193
建设工程勘察设计合同	195
建筑安装工程勘察合同	198
建筑安装工程设计合同	201
建设工程施工合同条件	205
建设工程施工合同协议条款	215

第三篇 建设物资采购供应合同

第一章 概 论	219
第一节 材料采购合同	219
第二节 设备采购合同	221
第三节 物资采购供应合同的管理	225
第二章 建设物资采购供应合同示范文本	230
木材买卖(订货)合同 GF—2000—0104	230

家具买卖合同 GF—2000—0105	231
地质机械仪器产品买卖合同 GF—2000—0106	233
民用爆破器材买卖合同 GF—1999—0107	235
煤矿机电产品买卖合同 GF—2000—0108	236
煤炭买卖合同 GF—1999—0109	237

第三章 建设物资采购供应合同参考文本 238

水泥购销合同	238
建材订货合同	240
中外货物买卖合同(FOB 条款)	242
中外货物买卖合同(CFR 或 CIF 条款)	246
国际货物贸易合同	250
国际商业合同	251
国际货物买卖合同	254
国际售购合同	256
货物赊欠买卖合同	258
分期付款买卖合同	259
分期付款买卖机器合同	260

第四篇 建设工程中介合同

第一章 建设工程中介合同示范文本 262

建设工程招标代理合同 GF—2005—0215	262
建设工程委托监理合同 GF—2000—0202	272
水利工程建设监理合同 GF—2000—0211	279
建设工程造价咨询合同 GJ—2002—0212	290

第二章 建设工程中介合同参考文本 296

建筑安装工程招标书	296
建筑安装工程投标书(标函)	299
工程咨询合同	301
建设工程技术咨询合同	319
建设工程施工合同条件	320
建筑安装工程技术咨询合同	330

第五篇 建设工程总承包合同和分包合同

第一章 建设工程总承包和分包合同示范文本 331

建设工程施工劳务分包合同 GF—2003—0214	331
---------------------------------	-----

建设工程施工专业分包合同 GF—2003—0213	344
第二章 建设工程总承包和分包合同参考文本	362
土地联产经营承包合同	362
关于印发并推广使用《公路工程施工监理合同范本》的通知	365
建筑安装工程承包合同	383
建筑安装工程承包合同(A)	389
建筑安装工程承包合同(B)	393
建筑安装工程承包合同(C)	397
建筑安装工程分包合同	401
国际工程承包合同	404

第六篇 其他相关合同

第一章 房地产合同	431
第一节 房地产合同示范文本	431
第二节 房地产合同参考文本	451
第二章 租赁合同	480
第一节 租赁合同示范文本	480
第二节 租赁合同参考文本	484
第三章 加工承揽合同	494
第一节 加工承揽合同示范文本	494
第二节 加工承揽合同参考文本	502
第四章 物流合同	510
第一节 物流合同示范文本	510
第二节 物流合同参考文本	517
第五章 保险合同	529
安装工程一切险保险合同	529
机器损坏险保险合同	537
建筑工程一切险保险合同	544
参考文献	551

第一篇

建设合同总论

第一章 合同法概论

第一节 建设工程合同的概述

一、建设工程合同的概念

建设工程合同,是指承包人进行工程的勘察、设计、施工等建设,由发包人支付相应价款的合同。

建设工程合同的双方当事人分别称为承包人和发包人。“承包人”是指在建设工程合同中负责工程的勘察、设计、施工任务的一方当事人;“发包人”是指在建设工程合同中委托承包人进行工程的勘察、设计、施工任务的建设单位。在合同中,承包人最主要的义务是进行工程建设,即进行工程的勘察、设计、施工等工作;发包人最主要的义务是向承包人支付相应的价款。这里的价款除了包括发包人对承包人因进行工程建设而支付的报酬外,还包括对承包人提供的建筑材料、设备支付的相应价款。

二、建设工程合同的特点

建设工程合同为承揽合同的一种。它与一般的承揽合同相同,均为诺成合同、双务合同和有偿合同,并都是承揽人(承包人)按照定做方(发包方)的要求完成一定工作,由定做方交付报酬或价款的合同等。但建设工程合同也有与一般承揽合同有明显区别,主要有如下特征。

(一)合同的标的仅限于基本建设工程

即主要作为基本建设工程的各类建筑物、地下设施附属设施的建筑,以及对线路、管道、设备进行的安装建设。正是因为建设工程合同规制的是基本建设工程,而基本建设工程对国家和社会有特殊意义,其工程建设对合同双方当事人有特殊的要求,这才使建设工程合同成为与一般承揽合同不同的一类合同。

(二)合同的主体只能是法人

即建设工程合同的主体为特殊主体,虽然合同法中对此并无明确要求,但国务院颁发的《建设工程勘察设计合同条例》、《建筑安装工程承包合同条例》等行政法规均规定建设工程合同的主体只能是法人,公民个人不能成为建设工程合同的当事人。

(三)建设工程合同具有较强的国家管理性

由于建设工程的标的物为不动产,工程建设对国家和社会生活的方方面面影响较大,在建设工程合同的订立和履行上,就具有强烈的国家干预的色彩。

(四)建设工程合同的要式性

按照《中华人民共和国合同法》(简称合同法)的规定,当事人对合同采取的形式享有自主选择权,但对一些比较重要的合同类型,为了保护交易安全,法律一般都规定应当采用书面形式,建设工程合同即属于这种情形。由于建设工程合同通常的工程量较大,当事人的权利、义务关系复杂,因此,《中华人民共和国合同法》第二百七十一条明确规定,建筑工程合同应当采用书面形式。

第二节 建设工程合同的分类和形式

一、建设工程合同的分类

《合同法》第二百六十九条规定:“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同”。虽然一项工程的兴建通常要经过计划、项目决策、勘察、设计、施工和竣工验收等几个阶段,但在这些阶段中需要签订合同的阶段为勘察、设计之前和施工之前。依照二百六十九条规定,建设工程合同分为勘察、设计合同和施工合同两大类。

建设工程勘察、设计合同是指建设单位(发包方)与勘察、设计单位(承包方)之间为完成一定的勘察、设计工作,明确双方权利、义务关系的协议。

建设工程施工合同是指建设单位(发包方)与施工企业(承包方)之间为完成一定的建设工程项目,明确相互间权利、义务关系的协议。

二、建设合同的形式

从建设工程招标投标的实践来看,建设工程合同可泛指采用招标投标方式订立的有关建设工程方面的合同,主要包括以下几类。

(一)建设工程承包合同

建设工程承包合同是指承包人和发包人为完成建设工程的勘察、设计、施工(建筑、安装)任务而明确相互间权利义务关系的协议,具体包括建设工程勘察合同、设计合同、施工(建筑、安装)合同。建设工程勘察、设计合同是委托方与承包方为完成一定的勘察、设计任务,明确相互间权利义务关系的协议。施工合同是发包方(建设单位)和承包方(施工单位)为完成商定的建筑安装工程,明确相互间权利义务关系的协议。

(二)建设工程材料设备采购合同

建设工程材料设备采购合同是指供方和需方为实现建设工程材料设备所有权转移,明确相互间权利义务关系的协议。

(三)建设工程中介合同

建设工程中介合同是指当事人一方和另一方为完成建设工程中介服务活动而明确相互间权利义务关系的协议,具体包括建设工程标底编制合同、建设工程招标投标代理合同、建设监理合同、工程咨询合同等。建设工程标底编制合同是委托方(建设单位)或受托方(有资质的标底编制单位)为完成工程标底编制业务而明确相互间的权利义务关系的协议。建设工程招标投标代理合同是委托方(建设单位或勘察、设计、施工单位等)和受托方(有资质的招标投标代理单位)为完成招标投标代理业务而明确相互间权利义务关系的协议。建设监理合同是委托方(发包人即建设单位)与受托方(有资质的监理单位)为完成工程建设监理业务而明确相互间权利义务关系的协议。工程咨询合同是委托方(建设单位等)和受托方(有资质的工程咨询单位)为完成工程咨询业务而明确相互间权利义务关系的协议。

(四)建设工程总承包合同和分包合同

建设工程总承包合同是和建设工程分包合同相对而言的。建设工程总承包合同是指发包方和承包方(总承包单位)为完成建设工程的勘察、设计、施工、材料设备采购任务,明确相互间权利义务关系的协议。建设工程分包合同是指建设工程总承包单位与分包单位为完成总承包范围内的部分工程任务,明确相互间权利义务关系的协议。

第三节 建设工程合同的性质

一、合同的适用范围

建设工程合同的标的是建设工程,建设工程包括房屋、桥梁、涵洞、水利工程、道路工程等。当事人进行这些方面的建设,是否属于建设工程的范围,则需要以一定标准加以确定。一般情况下,建设工程合同以工程的造价进行划分,造价高的属于建设工程合同;造价低的,属于承揽合同中建房合同、房屋改建、修缮合同。至于何为造价高,何为造价低,各省、市的标准也不一样,实践中应以建设工程所在地的相关规定予以确定。如果有有关法律、法规有特殊规定的,依其规定。

二、合同的特点

建设工程合同的计划性较强,一般均需经相应的机关批准。对于国家重大建设工程,其计划性尤为突出。而承揽合同则市场性较强,一般由市场进行调节。国家对承揽合同的管理,一般以宏观调控方式进行,个别影响国计民生的承揽合同,则以国家下达指令性任务或国家订货任务方式订立。

三、建设工程合同与承揽合同的关系

承揽合同是现实经济生活中适用极为广泛的一类合同,是满足公民、法人的生产、生活的特殊需要的一种法律手段。由于承揽合同的适用范围较大,而不同类型的承揽合同各有不同的特点,特别是因完成建设工程项目而发生的承揽关系与传统的承揽合同有着明显区别,因此,我国立法上早就将建设工程合同与一般承揽合同分别进行规制,合同法也沿袭这一立法模式,将承揽合同和建设工程合同作为两种不同类型的合同,分章予以规定。

建设工程合同为广义上的承揽合同的一种,属于承揽完成不动产工程项目的合同,它除了与一般的承揽合同存在区别外,更有诸多的共性。“建设工程合同”一章中对建设工程具有特殊性的内容进行了规制,为了避免法律规定的繁琐和不必要重复,保持法律规定的简洁,《合同法》第二百八十八条即用准用条款的立法技巧,对“建设工程合同”一章中没有规定而与一般承揽具有共性的,则可直接适用承揽合同的规定。

第二章 合同的签订

合同的签订又称合同的订立,是合同各方当事人进行协商,使各方的意思表示趋于一致的过程。建设工程合同,由于其自身的特殊性,决定了其签订的程序也较一般的合同更为严格。

签订合同的原则是指贯穿于订立建设工程合同的整个过程,对发承包双方签订合同起指导和规范作用的、双方应当遵守的准则。

第一节 合同的签订方式与内容

一、合同订立的方式

建设工程合同的订立,在建设工程合同中具有重要的意义。由于建设工程标的的特殊性,国家对建设工程合同进行特殊管理,而这种管理更多地体现在建设工程合同的订立上。无论从订立合同的形式、方式、订立程序方面,还是从建设工程合同的内容方面,国家都作了比较严格的规定。《合同法》在第二百七十条明确规定,建设工程合同应当采用书面形式。同时,第十条规定,法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。可见,对建设工程合同的形式,应当采用书面形式。

《合同法》之所以规定建设工程合同应当采用书面形式,就在于建设工程合同本身的特点。由于工程建设尤其是大型工程建设需要大量的资金,建设周期较长,对质量的要求也很高,而且在建设过程中,经常发生各种各样的事件影响合同的履行,当事人之间也经常会发生一些纠纷。如果没有书面合同,则会给纠纷的解决造成不必要的困难。同时,国家对建设工程进行管理,对工程质量进行监督,也需要建设工程合同以书面形式订立。

建设工程合同应当采用书面形式订立,不采用书面形式订立的建设工程合同不能有效成立。这里所说不能有效成立,是指建设工程合同未采用书面形式不生效,当事人无义务履行。但是,现实中存在虽未采用书面形式订立建设工程合同,但当事人已经开始履行的情况,那么,如何确定其效力呢?《合同法》第三十六条规定,法律、行政法规规定应当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,对方业已接受的,认为该合同成立。

一个建设工程一般都要经过勘察、设计、施工三个步骤,发包人订立建设工程合同主要有以下几个方式。

(一)总包方式

总包方式,就是指发包人与承包人就某项建设工程的全部勘察、设计、施工签订一个总的承包合同,承包人应当就建设工程从勘察到施工的整个过程负责。这里的承包人一般称为总承包人。总承包人可以是工程承包公司,也可以是勘察、设计、施工企业中的某一个企业。

1. 工程承包公司是组织工程项目建设的企事业单位,是具有法人地位的经济实体

工程承包公司是组织工程项目建设的一种主要形式,应该具有较高的组织管理水平和工作效率,人员要少而精。公司应配备熟悉业务的设计、计划、财务、经营、采购、施工监理等专业的技术人员,一般不应该有直属的施工队伍。

工程承包公司与发包人订立工程承包合同后,应对建设项目的可行性研究、勘察设计、设备

询价与选购、材料订货、工程施工竣工投产,实行全过程的总承包,并负责对各项分包任务进行综合协调管理和监督工作。

工程承包公司在与发包人签订承包合同以后,可将勘察设计、工程施工和材料设备供应等工作进行招标,择优选定勘察设计公司、施工单位、材料设备生产或供应单位,并依法签订分包合同。

工程承包公司由于组织管理不善,造成建设工程工期拖长、工程质量低劣、资金超出的,应负责赔偿全部损失。

2. 由勘察、设计、施工单位中的一个企业与发包人订立总承包合同

这种方式适用于建筑安装工程,且总承包人一般为施工企业。同时,这个施工企业一般是较大的施工企业,其下属有勘察、设计企业或该企业内有勘察、设计部门。

采用总包方式可以极大地方便发包人,并且有利于勘察、设计、施工之间协调。它有利于缩短工期,减少开支,保证质量,是我国建设工程承包的一个发展方向。

总承包合同中,当事人之间的关系是:由工程承包公司总承包时,勘察人、设计人、施工人一般是分包人;在由勘察、设计、施工企业中某一企业总承包时,总承包的企业不是分包人,而其他企业则可能是分包人。在施工企业总承包时,如果施工企业将勘察、设计工作分包给勘察、设计人,则勘察人、设计人是分包人,施工企业不是分包人,而是总承包人。

以总包方式订立建设工程合同,合同的当事人是发包人与总承包人。经发包人同意的分包合同的分包人并不是总承包合同的当事人,其只与总承包人之间存在合同关系。总承包人对其承包的全部工作,包括其分包的工作,向发包人承担责任。分包人虽不是总承包合同当事人,但对其完成的部分工作,同承包人一起向发包人承担连带责任。但对总承包的其他工作,并不承担连带责任。

(二)独立承包方式

独立承包方式是指发包人并不将建设工程的全部建设工作发包给某一承包人,而是分别与勘察人、设计人、施工人分别签订勘察、设计、施工合同,勘察人、设计人、施工人对自己负责的勘察、设计、施工任务对发包人分别负责,相互之间并无联系。对于一些工程较大的项目,发包人可能分别与几个勘察人、几个设计人、几个施工人分别签订若干个独立的勘察合同、设计合同或施工合同。

独立承包方式当事人之间关系是:承包合同的当事人是发包人与勘察人、设计人、施工人。勘察人、设计人、施工人如果将承包的部分工作分包给第三人,则分包人与承包人是分包合同关系,分包人同发包人与勘察人、设计人、施工人之间的承包合同没有关系。分包人的权利义务适用分包合同的有关规定。勘察人、设计人、施工人如果不将工程分包,则分包不存在,只存在独立的发包人与勘察人、设计人、施工人,它们之间的权利义务关系,直接按承包合同确定。

(三)分包与转包

分包与转包在建设工程合同实践中是经常出现的经营方式,两者有许多相似的地方,但又截然不同,实践中容易混淆,有必要予以澄清。

1. 分包

分包是指已经与发包人签订建设工程合同的总承包人或勘察人、设计人、施工人与第三人签订合同,将其承包的工程建设任务的一部分交给第三人完成。在这样一种法律结构中,我们可以把总承包人或者勘察人、设计人、施工人与发包人之间签订的建设工程合同称为总包合同;把总承包人或者勘察人、设计人、施工人与第三人之间签订的建设工程合同称为分包合同。虽然总包

合同与分包合同是两个合同,合同当事人也并不一致,但合同的标的是有联系的,即分包合同的标的是总包合同标的一部分,发包人、总包人、分包人之间形成了一个复杂的法律关系。首先,对于全部的工程建设任务,总包人都应当对发包人负责,无论其中某一部分的工程是否由第三人完成;其次,在总包人将工程的某一部分交由第三人完成时,总包人仍然是与发包人签订的建设工程合同的当事人,对交由第三人完成的部分工程,总包人应当与第三人共同对发包人承担连带责任;再次,第三人参与的分包合同并不是与发包人直接签订的,而是与总承包人或者勘察人、设计人、施工人签订的,因此发包人不是分包合同的当事人。但是第三人签订分包合同后,他就与总承包人或者勘察人、设计人、施工人共同成为总包合同的当事人,是发包人的共同债务人,第三人应与总承包人或者勘察人、设计人、施工人共同对发包人承担连带责任。

建设工程分包在理论上类似于债务代替履行,分包人向发包人的履行类似于第三人代替履行,但是分包人对于发包人并非完全不负责任,并且,总承包人将其部分工作交与第三人时,须取得发包人同意,这又使其具有了债务的转让的性质,所以,建设工程分包的性质较为特殊。这一点与承揽合同的次承揽合同相类似,次承揽合同是承揽人将其部分工作交与第三人完成,承揽人就第三人的行为应向定做承担人承担责任。所不同的是,承揽合同在当事人无特别约定时,承揽人有权将部分辅助工作交与第三人完成,无须再征得定做人的同意;而建设工程合同中,总承包人将其部分工作交与第三人时,须取得发包人同意,即当事人未有特殊约定时,总承包人不得将建设工程的部分工作交与第三人(分包人)完成,此点两者恰恰相反,这一结果,与建设工程合同标的的特殊性有关。由于两者这一规定不同,导致在分包后的法律结果也是不同的。承揽合同分包后,次承揽人就完成的工作向承揽人负责,而不向定做承担人负责。定做承担人就次承揽人完成工作的瑕疵及违约责任,只能向承揽人主张权利,而不能直接向次承揽人主张权利。建设工程合同分包后,分包人就完成的工作不仅向总承包人负责,而且直接向发包人负责。发包人就分包人完成工作的瑕疵及违约责任,不仅可以向总承包人主张权利,亦可以直接向分包人主张权利。在承揽人或总承包人对次承揽人或分包人的工作瑕疵及违约行为向定做承担人或发包人承担责任后,承揽人或总承包人都享有向次承揽人或分包人追偿,在这一点上,承揽合同和建设工程合同是相同的。

2. 转包

转包是指承包人在承包建设工程以后,又将其承包的工程建设任务部分或全部转让给第三人。转包时,转让人退出承包关系,受让人成为承包合同的另一方当事人,转让人对受让人的履行行为不承担责任。

转包在理论上称为合同的转让,是合同权利义务的概括转让。合同一经转让,转让人即退出原合同关系,受让人取得原合同当事人的地位。受让人成为原合同权利义务的主体,就原合同的权利义务承担责任。转让人退出原合同关系,原合同的权利义务即告消灭,而且对受让人的一切责任不承担连带责任。

转包是建设工程合同中经常发生的违法现象,也是建设工程质量存在问题的重要原因。一方面,由于我国法律对建设工程承包人有严格的资质要求,不具有相应的资格者不能参与投标,不能承包工程。为此,一些不具备承包人资格的企业或个人通过从承包人手中转包,以达到承包工程的目的。另一方面,有相当的承包人在承包建设工程以后,纯为“牟利”的目的将承包的任务转包给他人,从中收取高额“管理费”,更有甚者层层转包、层层“扒皮”,以致使直接完成工程建设任务的承包人不得不偷工减料、粗制滥造,严重影响了工程质量和工期。这是造成工程质量低下、建筑市场混乱的一个重要因素。许多工程在出现质量事故后,都会发现有类似情况。正是由于转包中存在这些问题,为防止承包人通过转包渔利,又不承担责任,法律已明令禁止在建设工

程中将建设工程转包。

分包和转包既有相似之处,又有不同之处。其相同之处在于:二者都是由第三人完成建设工程的部分工作。其区别则主要是:在分包中,承包人与分包人承担连带责任,在转包中,转让人与受让人不承担连带责任;分包是在发包人同意的情况下,为法律所允许,而转包为法律所禁止。

3.《合同法》对承包的有关规定

《合同法》第二百七十二條规定,发包人可以与总承包人订立建设工程合同,也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意,可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。

禁止承包人将工程分包给不具有相应资质条件的单位。禁止分包单位将承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

本条对建设工程合同的订立方式作出了明确规定。

本条第1款规定了建设工程合同订立方式包括总承包方式和独立承包方式,并且规定,如果建设工程应当由一个承包人完成,则发包人不得将该工程肢解成若干部分发包给两个以上的承包人,以保证工程质量,避免合同签订和履行过程中的违法行为。所谓应当由一个承包人完成的建设工程,是指工程在内部结构上具有相互联系的关系,各部分不能独立分开,或独立分开后不能很好地协调一致。将应由一个承包人完成的建设工程分别承包给若干个承包单位,称为肢解发包。这种行为可导致建设工程管理上的混乱,不能保证建设工程的质量与安全,容易造成建设工期的延长,增加建设成本。禁止肢解发包不等于禁止分包,比如在工程施工中,总承包单位有能力并有相应资质承担上下水、暖气、电气、电讯、消防工程和清运渣土的,就应由其自行组织施工和清运;若总承包单位需将上述某种工作分包的,根据合同约定在征得发包人同意后,亦可分包给具有相应资质的企业,但必须由总承包单位统一进行管理,确实承担总承包责任。发包人要加强监督检查,明确责任,保证工程质量和施工安全。

本条第2款的前一部分是对建设工程的分包所作的规定。承包人将工程分包给第三人,应当遵循下列原则:第一,必须经发包人同意,建设工程的总承包人或者勘察人、设计人、施工人只有在发包人同意的前提下,才可以将工作交给第三人完成;第二,承包人只能将自己承包的部分工作交由第三人完成,承包人作为对自己承包的建设工程承担全面责任的当事人,不能将全部的工程建设任务都交给第三人完成,只能将其中的一部分分包给他人;第三,第三人必须是具备相应资质条件的单位,即具有国家认可的相应勘察、设计、施工资格的企业;第四,第三人与承包人共同对发包人承担连带责任,第三人对于其完成的工作成果,应当与总承包人或者勘察人、设计人、施工人一起向发包人承担连带责任。也就是说,虽然承包人将部分工程分包给第三人,但承包人并没有退出与发包人签订的承包合同,他与第三人是承包合同的共同债务人,共同对发包人负责。

本条第2款的后一部分是禁止性规定。首先,禁止承包人将其承包的全部建设工程转包给第三人。其次,禁止承包人将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。不过,我们是否可以据此推断出这样的结论,即承包人可以将部分建设工程转包给第三人,只有在将全部的建设工程转包给第三人时,才是法律所禁止的呢?从本条前后及整体上看,是不是做

此推论的。这是因为,如果允许承包人将部分工作转包,那么意味着承包人就转包的部分工作不再承担连带责任。这显然与本条立法本意相悖。同时,如果立法本意中有此规定,则对转包的条件应予以明确规定。如在第3款中规定,禁止承包人将工程分包或转包给不具有相应资质条件的单位;禁止分包或转包单位将其承包的工程再分包或转包。同时,应规定将部分建设工程转包是否应取得发包人同意,以及转包后的责任问题。在分包与转包中,总承包人在分包后的责任显然比转包后的责任大,对总承包人来说,是愿意转包而不愿意分包的。如果法律对当事人承担较大义务责任的情况作了严格规定,而对当事人承担较小义务责任的情况却没有规定,显然是不合常理的。如果从本款推论出承包人可将部分建设工程转包,那么根据本条第3款则可推论出承包人可将工程转包给不具备相应资质条件的单位;转包单位可将其承包的工程再转包。这显然也是荒谬的。所以,从以上可以看出,任何转包都应受到禁止。法律规定总承包人与分包人就分包人完成的部分工作承担连带责任,无非是为了保证工程整体的质量。允许转包,就等于免除了总承包人的部分义务责任,这显然对工程质量不利;若再规定转包中转让人与受让人就受让人完成的部分建设工程承担连带责任,则转包与分包将成为一个概念。

这种禁止性行为在实践中是经常出现的。有些承包人在承包某项工程以后,并不自己进行建设,而是将该工程分解成多个部分,假借分包的名义分别转包给其他人,从中牟利,置合同义务和工程质量于不顾。因此,对此种扰乱建筑市场正常秩序的行为,应当予以禁止。

本条第3款由三部分内容构成:第一,禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。如前所述,将工程分包给第三人是法律所允许的,但应当分包给具备相应资质条件的企业。如果承担分包任务的第三人具备相应资质条件,则该分包行为是合法的,分包行为无效,承包人和分包人都要承担相应的法律责任;第二,禁止分包单位将其承包的工程再分包。只有与发包人签订建设工程合同的承包人才有权将部分任务分包给第三人,接受部分建设工程任务的第三人只有自己完成分包的任务,不能再行分包,以保证工程质量,防止层层“扒皮”的现象;第三,建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。此条是针对总承包合同或者单纯的施工合同中的分包行为所作的规定,即在进行工程施工时,该建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。这是因为,在建设工程施工中,工程的主体结构是工作的主要部分,技术要求高、施工难度大。如果承包人将该部分的施工仍然交由第三人来完成,则有违发包人的意愿,而且极有可能侵害发包人的合同权利,因此法律禁止将这部分工程的施工交给第三人完成。

(四)联合共同承包方式

《建筑法》第二十七条规定了联合共同承包方式。根据《建筑法》第八十一条规定,其也可以适用于建设工程合同。联合共同承包方式是指大型建设工程或结构复杂的建设工程,可以由两个以上的承包单位共同联合承包,并且共同承包各方对承包合同的履行承担连带责任。

联合共同承包方式适用于大型建设工程或结构复杂的建设工程。大型建设工程的划分应当以总造价或建筑面积大小来划分;结构复杂的建设工程应是专业性较强的建设工程。

联合共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。这一点与建设工程分包合同中总承包人与分包人之间承担连带责任并不完全相同。在分包合同中,总承包人就分包人完成的部分建设工程承担连带责任,分包人就其完成的部分建设工程向发包人承担责任。而分包人对总承包人的其他建设工程(非分包人完成的工程)并不承担连带责任。同时,分包人虽然对其完成的部分建设工程向发包人承担责任,但并非总承包合同的当事人,其只是债务承担人,不能直接向发包人请求支付工程价款,即分包人只承担了总承包合同中的部分义务,而没有取得相应的权利。而在联合共同承包合同中,各个承包人均是承包合同的当事人,均享有相应的权利、义务,各