

工程建设法律实务丛书

建设工程 合同相关法律条款解读

JIANSHE GONGCHENG HETONG XIANGGUAN FALV TIAOKUAN JIEDU

丛书主编 张正勤

本书主编 张正勤 施炜栋

中国建筑工业出版社

工程建设法律实务丛书

建设工程合同相关法律 条款解读

丛书主编 张正勤

本书主编 张正勤 施炜栋

中国建筑工业出版社

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同相关法律条款解读 / 张正勤, 施炜栋
本书主编. —北京: 中国建筑工业出版社, 2016. 6

(工程建设法律实务丛书)

ISBN 978-7-112-19510-7

I. ①建… II. ①张…②施… III. ①建筑工程—经
济合同—合同法—法律解释—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第133829号

经历多年的工程法律实践, 作者认为建筑行业常见的风险与纠纷, 往往归因于市场主体关于“法律”适用与认识的欠缺。因此, 为防止或减少法律风险与合同纠纷的发生, 本书将建设工程合同相关法律条款进行“全面化”、“层次感”、“逻辑性”与“穿插度”地归纳及解读, 引导建筑活动中行为依据的准确适用与正确理解。

本书的实务研究与理论分析有助于我国建设工程领域中, 经营单位、从业人员以及法律工作者等有关建筑活动及其司法实践的开展。

责任编辑: 赵晓菲 朱晓瑜

责任校对: 王宇枢 关 健

工程建设法律实务丛书 建设工程合同相关法律条款解读

丛书主编 张正勤

本书主编 张正勤 施炜栋

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京西郊百万庄)

各地新华书店、建筑书店经销

北京京点图文设计有限公司制版

北京建筑工业印刷厂印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 22¼ 字数: 407 千字

2016年7月第一版 2016年7月第一次印刷

定价: 55.00 元

ISBN 978-7-112-19510-7

(28812)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)

丛书前言

近年来，随着政府对于房地产及基础设施领域的改革愈加深化以及国家推动“一带一路”战略等重要举措，建筑行业迎来了历史新机遇。在这一波蓬勃发展的势头下，预计未来海内外基建投资前景将一片大好。

然而，许多建筑业企业、地方政府乃至部分法律行业从业者对于国家不断出台的各项法规及政策无法正确理解或尚未深刻领悟，对于实务中的一些关键概念未能透彻认识，例如对于海外基建工程中常用的 EPC 承包模式的理解，对于 PPP 模式究竟该如何操作，如何把控工程纠纷诉讼中的司法鉴定环节等，以致于在实践中逡巡不前。本套丛书正是基于此背景付梓，以期从专业律师的视角为读者从事相关实务工作或提供相关法律服务给予些许参考。

本套丛书的根本特点在于贴近实务。正如美国联邦最高法院大法官、法学家霍姆斯先生所言：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”对于法律问题的理解绝不能仅停留在对理论的理解，而要紧扣实务操作，结合深入浅出的说理，从最直观的角度给出实操层面上的建议，以做到“有理、可行、不空洞”。

本套丛书的另一大特色在于建筑领域专业知识与法律的结合。实践中，法学从来都不是一门孤立的学科。当法学融入社会生活后，势必与各类专业相关联。因此，我们应当学会建立专业问题与法律问题的联系，使“法律问题专业化，专业问题法律化”，由此才能更好地解决实务问题，同时促进法学理论乃至法治建设的发展。

由于时间仓促，加之水平所限，丛书中谬误与偏颇之处在所难免，恳请广大读者及业界同仁提出宝贵意见和建议。

本书前言

作为一名长期致力于建设工程领域法律服务的专业律师，在我国当今建筑业的市场规模迅猛发展并已成为国家支柱性产业的今天，配套立法已日趋完善并逐渐形成行业体系性规范，笔者的执业经历，自从业伊始至今即与上述行业与法制建设的时代特征紧密相连。

基于此，笔者在常年为建设单位及其工程的勘察单位、设计单位与施工单位等实施主体，或项目的招标代理、工程监理与造价咨询等参与主体，提供非讼与诉讼服务的过程中，坚持工程经验与法律专业的结合，以秉承“运用法律指引专业、基于专业适用法律”的执业方向，从一个执业律师的独立视角，不断总结并思考实务中法律层面的风险防控与纠纷成因。

经历多年的工程法律实践，笔者认为建筑行业常见的风险与纠纷，往往归因于市场主体关于“法律”适用与认识的欠缺，包括：

（1）关注的偏差化——“重实体、轻程序”或“重特别法、轻普通法”，即侧重实体法而轻视程序法，或偏重建筑法律体系而疏忽一般民事规范；

（2）应用的片面化——“重上位法、轻下位法”或“重立法、轻司法”，即倚重高层级法律法规但忽视低位阶规章文件，或看重立法行政机关的依据但忽略法院系统的司法解释与指导意见；

（3）理解的单一化——“重规定、轻规则”，即着重单独条文的内容知晓，怠于组合法条的规则掌握；

（4）阶段的局限化——“重争议解决、轻风险防范”，即注重事后纠纷解决而非事前风险防控的法律运用。

鉴于上述问题在工程领域的普遍存在，以防止或减少法律风险与合同纠纷

的发生为写作目的,笔者希望借由本书关于法律条文“全面化”、“层次感”、“逻辑性”与“穿插度”的归纳及解读,引导建筑活动中行为依据的正确理解与准确适用。

具体而言,(1)在章节设置上,以“全过程、多方位”的时间与内容脉络为纲要,围绕建设工程合同的关系建立、实质履行与争议解决,依次设计目录篇章;(2)在依据引用上,从法律、法规、规章等规范性文件到司法解释、指导意见等审判依据的全面涵盖,以视效力层级的高低,分主次进行罗列和介绍;(3)在内容安排上,通过“法条索引”、“条款解析”与“律师提醒”的书写结构,从前提、法理、实务的不同角度,逐一就相关主题予以详尽解析;(4)在分析方法上,强调“法律的关联”、“条款的组合”以及“篇章的连接”,从立法宗旨、制定目的与法律原则出发,追求综合性、整体性与周延性的规则解读。

此外,本书在体例方面有一处明显“破格”。因考虑“工程总承包(EPC)”独有的模式特征、建造优势及其所代表行业未来的重要发展趋势,笔者就该工程发包的特定“项目组织实施方式”,未按本书其他以适用环节或实质内容为标准的章节设置,而单列篇幅以作专项解析。特此说明。

希冀本书的实务研究与理论分析有助于我国建设工程领域中,经营单位、从业人员以及法律工作者有关建筑活动及其司法实践的开展。

受限于时间仓促与学识浅薄,本书难免存疏漏乃至谬误之处,敬请广大读者及业界同仁不吝赐教、批评指正。

撰写本书稿得到张姝律师的大力支持,在此表示感谢。再次恳求读者提出宝贵意见和建议。

目录

第一章 建设工程发包法律条款解读.....	1
第一节 发包行为法律条款解读.....	1
第二节 涉及直接发包条款解读.....	9
第三节 涉及招标发包条款解读.....	21
第二章 建设工程总承包法律条款解读	53
第一节 建设工程总承包概念条款解读.....	53
第二节 建设工程总承包资质条款解读.....	57
第三节 建设工程总承包特征条款解读.....	64
第四节 建设工程总承包风险条款解读.....	68
第三章 建设工程合同内容条款解读.....	74
第一节 关于建设工程合同概念条款解读.....	74
第二节 建设工程合同成立条款解读.....	86
第三节 关于建设工程合同内容条款解读.....	91
第四节 关于建设工程合同效力条款解读.....	98
第五节 建设工程合同变更条款解读.....	104
第六节 建设工程合同终止条款解读.....	113
第四章 建设工程质量条款解读	122
第一节 工程质量法律适用条款解读.....	122
第二节 工程质量管理制度的条款.....	127
第三节 工程质量法定义务的条款.....	154
第四节 关于工程质量法律后果的条款.....	173

第五章 建设工程价款的必读法律条款	187
第一节 建设工程价款概念的条款解读	187
第二节 建设工程价款约定的条款解读	193
第三节 建设工程价款调整的条款解读	206
第四节 建设工程价款支付的条款解读	211
第五节 建设工程价款违约责任的条款解读	222
第六章 建设工程工期条款解读	226
第一节 建设工期概念的条款	226
第二节 建设工期期间的条款	229
第三节 建设工期延长的条款	234
第四节 建设工期责任的条款	241
第七章 关于建设工程安全条款解读	246
第一节 关于建设工程安全制度概念的条款解读	246
第二节 关于建设工程安全法定义务条款解读	250
第三节 关于安全事故处理条款解读	271
第四节 关于安全事故法律后果条款解读	278
第八章 关于建设工程纠纷解决条款解读	284
第一节 诉讼管辖条款解读	284
第二节 诉讼主体条款解读	289
第三节 诉讼程序条款解读	294
第四节 诉讼证据条款解读	307
第五节 诉讼保全条款解读	329
第六节 执行程序条款解读	333

第一章 建设工程发包法律条款解读

【章节导读】

从工程项目全寿命的角度出发，建设工程主要经过决策阶段、实施阶段、使用阶段。其中，实施阶段是建设项目经过决策成熟后，将“蓝图”变为工程项目实体，实现投资决策意图的过程。因此，发包人须选择承包人以具体实施工程建设。该选择过程即为“建设工程发包”，其法定方式分为“直接发包”与“招标发包”，经发包人依法选择后，不同发包方式下，通过适用相应程序的行为规范，最终完成合法的“建设工程发包”行为。

因行业管理与质量保障等考量，我国建筑法律体系就包括分包在内的“直接发包”行为设定相应的资质条件及其规避行为的违法后果，在此基础上，为了维护建设单位承包选择的信赖利益，针对“非法转包”与“违法分包”行为，作出系列禁止性规定，并制定相应的不利法律后果，予以制约。

出于防止权力寻租、保障公共安全、避免国资流失等目的，我国关于招标投标活动的法律文件就符合相应条件的建设工程划定强制招标的范围；为保障各参与方合法权益，明确活动中有损公平竞争的违法行为，制定包括“中标无效”在内相应的不利后果。基于“招标发包”适用招投标程序，其行为性质与规范、违法情形与后果与招投标活动的相关内容一致。

第一节 发包行为法律条款解读

一、工程发包法律概念的条款

【主要条款】

◆《中华人民共和国建筑法》第十五条第一款规定：

“建筑工程的发包单位与承包单位应当依法订立书面合同，明确双方的权利和义务。”

◆《中华人民共和国建筑法》第二十四条第二款规定：

“建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位，也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位。”

◆ 《中华人民共和国合同法》第二百六十九条第二款规定：
“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”

【条款解析】

关于建设工程发包的性质，其行为理论上属于承发包双方以特定工程项目的建设内容为标的，建立相关合同关系的过程，而该过程的完成即通过合同的订立予以体现。根据《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）第十五条第一款规定，建设工程的承包主体应当就建设工程的发包，以书面合同形式，建立合同关系。

关于建设工程发包的主体，基于发包行为的本质是行为人通过合同关系的建立，将其依法所取得的全部或部分关于特定工程建设的权利和义务，向他人进行转让的行为。再者，建设工程的分包，实质是承包人对其合法取得承包权进行部分发包的行为。因此，建设工程发包行为的发生，不但可能存在于建设单位与承包人之间，而且可能存在于承包人与分包人之间。据此，基于行为主体的不同，“建设工程发包”的法律概念在广义上，既包括建设单位的发包行为，也包括总承包人的分包行为（图 1-1）。

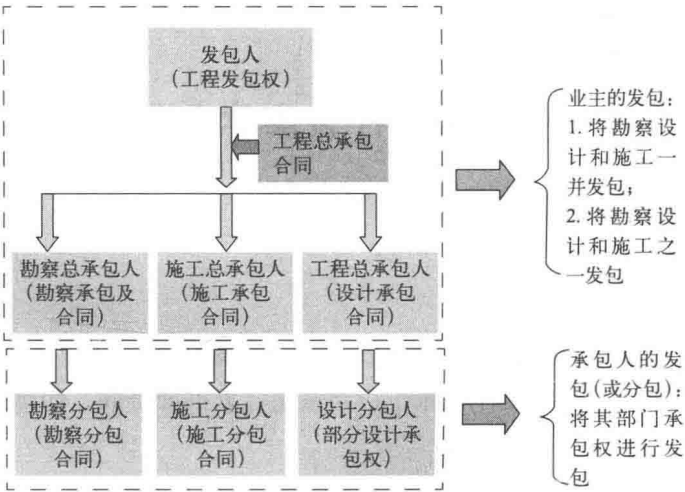


图 1-1 发包程序归纳图

关于建设工程发包的内容,根据《建筑法》第二十四条关于发包内容的规定,“建设工程发包”特指发包人与承包人之间就工程的设备采购及其勘察、设计、施工,或建设工程总承包,分别或一并建立的合同关系。在前述“建设工程发包”的法定内容中,勘察、设计、施工或以上全部^①,根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第二百六十九条第二款内容,属于该法分则中有名合同类型——“建设工程合同”的合同标的。据此,为建设工程发包所订立的合同主要是指“建设工程合同”。

发包可分为业主的发包和承包人的发包,根据发包的内容不同,业主的发包也可分为将勘察设计和施工采购一并发包,仅将勘察设计和施工之一发包的,前者称为建设工程总承包合同;后者称为勘察(或设计或施工)承包合同。承包人的发包则是将其合法的承包权合法进行发包。仅从合同相对性看,此时的承包人的法律地位是发包人,分包人的法律地位是承包人。

【律师提醒】

(1) 建设工程施工所涉及的“劳务分包”,由于:1) 分包客体仅为劳务作业,而非施工总承包单位或专业分包单位的承包人所提供的施工作业;2) 合同义务并非交付工作成果,而是提供约定劳务,不符合《合同法》关于建设工程合同属于特殊承揽合同的定性(详见第三章第一节)。故而,劳务分包不属于《建筑法》所调整的狭义“建设工程发包”行为。

(2) 关于《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招投标法》)第三条^②所规定的内容,即:工程的勘察、设计、施工、监理及与工程建设有关的重要设备、材料采购,统称“建设工程项目”,是对拟建立的合同关系中必须招标内容,而非建设工程发包内容的确定。因而,狭义的“建设工程发包”行为,其内容不包括《招投标法》所称“建设工程项目”中监理的委托、材料的采购。

(3) “建设工程发包”是指建设单位(或承包人),依法就特定工程的施工、勘察、设计或设备采购或以上全部建设内容的工程总承包,但不包括监理的委托、材料的采购、劳务的分包。因此,工程发包的前提是发包人具有相应发包权,当发包

^① 《中华人民共和国合同法》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。”

^② 《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定:

“在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:……”

人将发包权发包时，则变化为承包人的承包权。此时，发包人就没有相应的发包权了。

二、工程发包法定方式的条款

【主要条款】

◆《中华人民共和国建筑法》第十九条规定：

“建筑工程依法实行招标发包，对不适于招标发包的可以直接发包。”

◆《中华人民共和国建筑法》第二十二条规定：

“建筑工程实行招标发包的，发包单位应当将建筑工程发包给依法中标的承包单位。建筑工程实行直接发包的，发包单位应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位。”

◆《建设工程勘察设计管理条例》第十二条规定：

“建设工程勘察、设计发包依法实行招标发包或者直接发包。”

【条款解析】

基于建设工程与社会公共利益、公众安全、国有资金等因素的关系程度不同，我国立法者对于建设工程发包行为的发包方式，并未作单一设定。

根据《建筑法》第十九条规定，我国建设工程发包行为的发包方式有两种，即“招标发包”与“直接发包”。结合《建筑法》第二十二条的规定内容，以及对两种发包方式名称的文义理解，可知：“招标发包”主要是发包人通过招标投标程序，确定依法中标的承包人，进行建设工程发包；“直接发包”则是发包人通过直接磋商方式，选择具备资质的承包人，进行建设工程发包。鉴于工程的勘察与设计属于建设工程的发包内容^①，《建设工程勘察设计管理条例》（以下简称《勘察设计管理条例》）对于勘察与设计可选择的两种发包方式——招标发包与直接发包进行了再次明确。

“招标发包”与“直接发包”作为建设工程发包的行为方式，根据《建筑法》

^① 《中华人民共和国建筑法》第二十四条规定：

“……建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位，也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位……”

有关规定,应当依法订立书面合同^①。《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》(以下简称《计价管理办法》)对该前提下不同发包方式的合同订立过程,进行了更为深化的规定:

就建设工程的“招标发包”而言,该行为应当经过法定招标投标程序,从而确定中标价,最终签订书面合同^②;

就建设工程的“直接发包”而言,该行为应当经过平等主体之间的直接磋商,从而形成双方的合意,最终签订书面合同(图 1-2)。

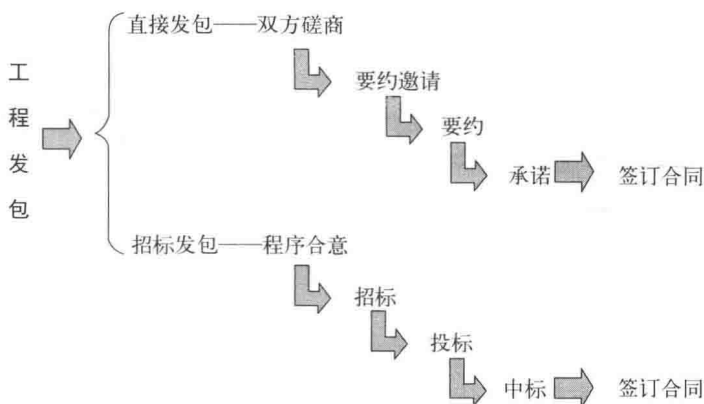


图 1-2 工程发包类型图

【律师提醒】

(1) 必须招标发包的建设工程项目是法定的,并且是广义的^③。必须招标的工程项目未招标而签订的建设工程合同是无效的。

(2) 非必须招标发包的建设工程项目进行招标发包,则也必须遵循《招投标法》

① 《中华人民共和国建筑法》第十五条第一款规定:

“建筑工程的发包单位与承包单位应当依法订立书面合同,明确双方的权利和义务。”

② 《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十二条第一款规定:

“招标人与中标人应当根据中标价订立合同。不实行招标投标的工程由发承包双方协商订立合同。”

③ 《中华人民共和国招标投标法》第三条规定:

“在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:

(一) 大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目;

(二) 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;

(三) 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。”

的相关规定的要求^①。

(3) 本律师认为：判断是否属于“进行招标投标行为”，主要的关键是看发包人对不特定人的标准是否相同，而不取决于该行为是否招标备案。

三、工程发包法律适用的条款

【主要条款】

◆《中华人民共和国建筑法》第二条第一款规定：

“在中华人民共和国境内从事建筑活动，实施对建筑活动的监督管理，应当遵守本法。”

◆《中华人民共和国合同法》第二条第一款规定：

“本法所称合同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协议。”

◆《中华人民共和国建筑法》第十六条第二款规定：

“建筑工程的招标投标，本法没有规定的，适用有关招标投标法律的规定。”

【条款解析】

建设工程的发包应当依据相关法律、法规及规章的规定行为，以下就其相关依据的范围及适用的位阶，逐一进行分析。

首先，根据《合同法》第二条关于其调整范围的规定，建设工程的发包，作为承包之间关于合同订立的民事法律行为，其实施过程的行为与后果应当遵循《合同法》关于合同订立的基本原则与具体规则。其中，根据《合同法》关于该法内部法条适用的排序规定^②，基于建设工程的发包行为主要是承包之间“建设工程合同”关系的建立，属于该法分则中有名合同类型——“建设工程合同”的章节内容。据此，对于《合同法》的法条，行为人应当首先适用该法第十六章规定。在此基础上，由于建设工程合同属于特殊的承揽合同性质（详见第三章第一节），

① 《中华人民共和国招标投标法》第二条规定：
“在中华人民共和国境内进行招标投标活动，适用本法。”

② 《中华人民共和国合同法》第一百二十四条规定：
“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”

对于《合同法》第十六章建设工程合同未做规定的内容,行为人应当适用该法第十五章关于“承揽合同”的分则规定,《合同法》对此作出明确规定^①。

其次,鉴于建设工程的发包作为特殊领域的民事活动,其权利和义务的指向对象为具体的建设工程。因此,根据《建筑法》第二条的规定,其行为应当适用《建筑法》。根据我国《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)所确立的,关于“特别法优先”的法律适用原则^②,以及《合同法》对于其“一般法”地位应次于其他法律特别规定的再次确认^③,相对于《合同法》,建设工程发包应当首先适用《建筑法》等特别法律规定。

再次,《建筑法》第十六条规定,“建筑工程的招标投标,本法没有规定的,适用有关招标投标法律”(图 1-3)。鉴于建设工程的“招标发包”,其行为构成包括招标投标程序的遵循,因此,根据《招投标法》关于其调整范围的规定^④,招标发包建设工程的,应当适用《招投标法》。

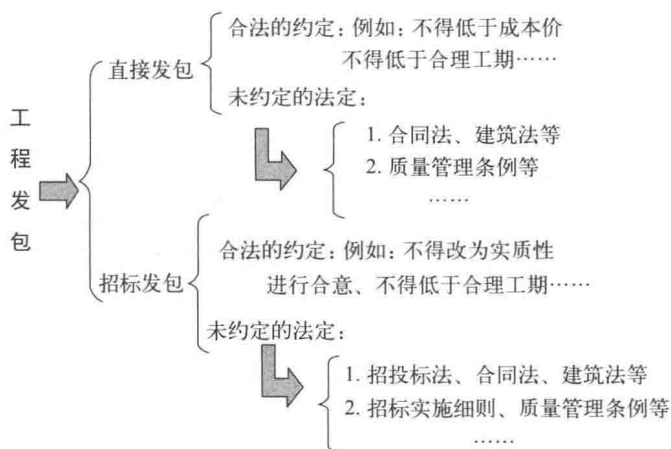


图 1-3 工程发包约定归纳图

① 《中华人民共和国合同法》第二百八十七条规定：

“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”

② 《中华人民共和国立法法》第八十三条规定：

“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”

③ 《中华人民共和国合同法》第一百二十三条规定：

“其他法律对合同另有规定的，依照其规定。”

④ 《中华人民共和国招标投标法》第二条规定：

“在中华人民共和国境内进行招标投标活动，适用本法。”

最后,根据《立法法》第七十九^①、第八十条^②关于我国法律文件效力层级的设置:其一,法律(特指经我国人民代表大会及其常委会制定并通过的狭义“法律”)的适用优于法规;其二,法规的适用以行政法规为先,其后依制定主体的权力等级排序,且优于规章;其三,规章的适用依照制定主体的行政等级进行效力排序。

据此,在严格执行《建筑法》、《合同法》等法律规定的前提下,发包建设工程的,应当遵循如下原则,即以《建筑法》下位的《建设工程质量管理条例》(以下简称《质量管理条例》)、《勘察设计管理条例》,以及《招标投标法》下位的《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《招标投标法实施条例》)^③等行政法规为优先,在此基础上,适用建筑法律体系中的《建筑业企业资质管理规定》、《计价管理办法》、《建筑业企业资质管理规定实施意见》以及调整招标投标活动的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(以下简称《招标范围和规模标准规定》)等规章的相关规定。

【律师提醒】

(1)“公法不赋权不可为、私法不禁止即可为”。而对“私法不禁止即可为”的通俗说法是“有约定从约定,无约定从法定”。其实这句具体落实到行为当中应当是“约定的要知道是否合法,知道法定的具体规定。”

(2)“上位法高于下位法”。在《建筑法》体系中,作为狭义的《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》相对《工程质量管理条例》、《招标投标实施细则》等是上位法。

“特别法高于一般法”。在《建筑法》体系的发包行为中,《招标投标法》就是《合同法》的特别法。

(3)若是直接发包就遵循《合同法》的主要原则和条款;若是招标发包,首选应遵循《招标投标法》的原则和条款,而后在《招标投标法》没有特别规定的前提下,遵循《合同法》的主要原则和条款。

① 《中华人民共和国立法法》第七十九条规定:

“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。”

② 《中华人民共和国立法法》第八十条规定:

“地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。”

③ 《中华人民共和国招标投标法实施条例》第一条规定:

“为了规范招标投标活动,根据《中华人民共和国招标投标法》,制定本条例。”

第二节 涉及直接发包条款解读

一、法定资质等级要件的条款

【主要条款】

◆《中华人民共和国建筑法》第二十二条规定：

“建筑工程实行招标发包的，发包单位应当将建筑工程发包给依法中标的承包单位。建筑工程实行直接发包的，发包单位应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位。”

◆《建设工程质量管理条例》第七条第一款规定：

“建设单位应当将工程发包给具有相应资质等级的单位。”

◆《中华人民共和国建筑法》第十三条规定：

“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”

【条款解析】

建设工程的直接发包，由直接磋商行为与合同签订行为构成。其性质属于承发包之间，就特定工程建设内容，通过直接磋商方式，依法订立合同的民事法律行为。对于一个合法的发包行为，除根据《建筑法》规定，应当具备订立书面合同的形式要件外（详见本章第一节），还应当符合我国当代建筑法律体系中关于工程发包的资质要求。

区别于一般的合同订立，为设立建筑市场的“行业准入制度”，我国法律规定，建设工程选择直接发包的，其签订合同的承包主体应当具备特定的主体资格。对此，《建筑法》第二十二条明确规定，“建筑工程实行直接发包的”，与发包人建立合同关系的相对人应当是符合相应法定资质条件的承包人。《质量管理条例》第七条第一款也对该发包行为中的资质要求予以明确。

关于承包人承揽建设工程的法定资质要求，根据《建筑法》第十三条规定，