



泉城法学文库 2011·2

JIANSHEGONGCHENGHETONG
FALÜSHIYONG YU TANSUO

建设工程合同 法律适用与探索

主编 | 赵力军



中国人民公安大学出版社

泉城法学文库 2011 · 2

建设工程合同法律适用与探索

主编 赵力军

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程合同法律适用与探索/赵力军主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 1

(泉城法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0723 - 2

I. ①建… II. ①赵… III. ①建筑工程—经济合同—合同法—法律适用—研究—中国 IV. ①D923. 65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 264658 号

建设工程合同法律适用与探索

主编 赵力军

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2012 年 1 月第 1 版

印 次: 2012 年 1 月第 1 次

印 张: 22

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 431 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0723 - 2

定 价: 60.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

泉城法学文库·2011年第2辑 总第2辑

建设工程合同法律适用与探索

编辑委员会

主 编 赵力军

副 主 编 孙德龙

编 委 隋卫东 邢景明 隋登科

韩洪钢 李祥金 马凤玲

执行编辑 隗 宾

序



现代化的国家是法治国家，现代文明进步的社会是法治社会。我国依法治国、建设社会主义法治国家治国方略的确立及其贯彻，对中国社会的发展进步至关重要。同时，改革开放和社会主义市场经济体制的建立，为经济的发展、文明的进步、法治国家的建立创造了条件。工程建设领域作为经济建设的重要组成部分，其健康有序发展需要法律法规保驾护航。以城市房地产管理法、建筑法、招标投标法、城乡规划和土地管理法等为主要内容的工程建筑领域法律法规是新建立的法律制度，是法学体系的交叉学科，也是我国近年来发展最快的法律学科。作为应用性很强的法律学科，工程建设领域法律学科的建设需要既通晓法律又熟悉工程建设经营与管理的专业人士。而实际情况是通晓法律的一般不熟悉工程建设经营与管理，熟悉工程建设经营与管理的一般不通晓法律，这种情况是工程建设领域法律学科建设的瓶颈，这就需要法律专家、法律实务人员和工程建设领域从业人员加强合作、共同探索和研究。

2011年4月20日，由济南市法学会、济南市中级人民法院、济南市城乡建设委员会共同举办的“泉城法治论坛”就是一个有益的尝试。来自省、市、县（区）三级法院、济南市城乡建设委员会、济南市法学会及各会员单位、山东建筑大学等驻济高校的120余人参加了论坛，本书从论坛收到的90篇论文中选取55篇结集出版。这些论文紧紧围绕当前建设工程合同中的热点、难点问题，从企业经营、行政管理和司法裁判等不同角度，重点探讨了四个方面的问题：一是建设工程合同工程款结算及鉴定相关问题；二是建设工程合同在履行过程中相关问题的处理；三是建设工程合同主体及合同效力的认定；四是建设工程合同违约责任的认定与处理。通过对这些问题在理论和实践上的研讨，以期厘清该类案件法律适用方面的歧义，维护相关企业和农民工的合法权益，促进建筑市场的不断规范和经济的发展。从源头上积极预防化解矛盾，多措并举促进房地产市场的健康有序发展。

本书所选论文的作者分别来自法院、律师事务所、企业和高校，他们专注于实践，也不乏对理论的研究，表现出较高的分析问题、解决问题的能力。当然，囿于资料收集的困难和写作经验的欠缺，对有些问题的分析论证难以做到尽善尽美，甚至存在一些缺憾和不足。但我们相信，本书的出版，对于丰富工程建设领域法律制度的理论研究、推动理论创新，促进工程建设领域的司法实务与立法完善都有着积极意义。

（李玉福，山东省法学会副会长，山东政法学院院长、教授）

2011年8月

目 录

试析审判权与鉴定权的分配

——以工程造价鉴定中“以鉴代审”现象为视角 曹 磊 (1)

试论建设工程施工合同中的众主体 杨春江 (7)

建设工程施工合同质量问题初探 崔海珍 (13)

建设工程施工合同中垫资条款效力的探讨认定 丁 哲 (18)

浅析建设工程造价的司法鉴定问题 窦希梅 (25)

建设工程施工合同纠纷案件中司法鉴定的运用 段 磊 (32)

建设工程纠纷案件中相关人员职务行为的认定 冯 建 (37)

民房承建相关法律问题浅析 高玉峰 (42)

建设工程中途解除或无效的法律后果

——试述建设工程中途解除或被确认无效后的工程款

结算 韩晓爽 (47)

建设工程施工合同中计价原则所涉法律问题浅析 姬艳花 (52)

实际施工人若干疑难问题探析

——以最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件
适用法律问题的解释》第二十六条的具体适用为中心

..... 姜光军 (59)

无效建设工程施工合同下工程款的结算问题 李玉霞 (65)

建设工程施工合同纠纷案件中自行鉴定结论的司法审查与认定 刘晓菲 (70)

自行鉴定在建设工程施工合同纠纷中应认定为证人证言及其制度构想

——从民事诉讼证据角度的考察 刘 洋 (78)

挂靠协议和建筑合同的法律效力及责任承担 宋佳鑫 (83)

浅析建设工程合同守约方损失确定及违约金调整 宋江涛 (88)

对建设工程的价款优先受偿范围的探讨 隋登科 (93)

情势变更原则在建设工程施工合同纠纷中的法律适用 谭树杰 (98)

论建设工程合同无效但工程质量合格时工程价款的结算 王胜瑞 (104)

建设工程合同主体及合同效力的认定 徐振华 (110)

论建设工程合同的效力认定及处理 杨 华 (115)

从一则案例谈发包人对实际施工人的付款责任 尹受丽 (121)

建设工程合同当事人的适格性

——探析如何确定无法人资格的职能部门对外签订建设

工程合同的合同当事人 张健超 (127)

建设工程转包和分包的界定	张来安 (134)
浅析建设工程价款优先受偿权	赵军蒙 (139)
建设工程合同的主体资格对合同效力的影响	赵 平 (146)
建设工程质量问题对付款请求权抗辩及反诉的实践分析	郑汝伟 (154)
浅析情势变更制度在建设工程施工合同中的适用	周 慧 (159)
建筑施工合同纠纷产生的若干原因及对策	陈鲁林 张 伟 (164)
论实际施工人的保护与限制	
——兼论最高院法释〔2004〕14号第26条	马凤玲 (174)
对于《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》	
第26条的理解与适用	李 敏 (182)
情势(事)变更在固定价施工合同中的适用	李 军 (187)
浅析建筑企业挂靠经营相关合同的法律效力及法律责任的	
承担	杨 蕾 王晓飞 王文霞 (194)
建筑工程施工招投标合法性审查若干问题之分析	韩洪钢 李 恒 (201)
浅析挂靠承包建设工程施工合同的法律效力及责任承担	姚虎明 (210)
探讨建设工程价款优先受偿权的法律性质及相关问题	姚虎明 (218)
我国开征物业税的法律思考	周继勇 (229)
建设工程质保责任若干问题研究	周继勇 (236)
建筑工程竣工验收合格后不同质量责任期间之辨析	李 恒 (241)
未招标的材料设备供应合同的效力分析	赵开勇 (251)
论情势变更原则在建设工程施工合同中的适用	赵开勇 (256)
新农村建设中旧村改造工作初探	陈立涛 (264)
情势变更原则在固定价款合同中的适用	张 磊 (268)
建设工程的工期延误及其索赔	张立群 温雪萍 (273)
关于资质对施工承包合同有效性问题的研究	张立群 温雪萍 (282)
论判例中的“连带责任”与合同相对性的冲突	赛妮娜 (289)
关于工程造价司法鉴定若干问题的探析	袁小力 (294)
施工企业工程管理过程中的法律风险及防范	杨兴业 (299)
谈建筑施工企业对建设工程施工合同管理的现状及完善	赵广恩 (305)
试论工程施工合同履行中情势变更原则之适用	李正军 (310)
浅析建设工程价款优先受偿权的行使期限	朱贤斌 (316)
建设工程“黑白合同”现象的法律问题探究	王英力 (321)
建设工程造价鉴定实务探究	邵长才 (327)
浅谈项目施工合同中潜在的不平等现象	刘雪岩 (334)
浅论建筑施工合同的诉讼主体及效力	郭一淳 (338)
后记	(344)

试析审判权与鉴定权的分配

——以工程造价鉴定中“以鉴代审”现象为视角

曹磊*

司法审判权归人民法院独立享有，鉴定机构和鉴定人无权行使司法审判权。但是，在审判实践中，法院审判人员在处理工程造价争议案件时，经常以系争事项涉及专业性技术问题，或当事人对合同价格条款有争议为由，不经对合同条件和相关证据的质证及审查，就要求当事人委托或由法院指定专门鉴定机构进行工程造价鉴定，并且在鉴定过程中急于行使审判权，将诸多本应由法院决定的事项交由鉴定机构在鉴定过程中予以决定和判断，这种现象通常称为“以鉴代审”。以鉴代审造成审判权旁落，损害当事人利益，危及司法权威及公信力。为防止该问题发生，本文试图通过对两种权力的分析比较，明确在造价鉴定过程中哪些事项应通过行使审判权来确定，哪些事项应通过司法鉴定来确定，以划清审判权与鉴定权^①的界限，充分发挥两种权力各自在解决诉讼纠纷中的能动作用。

一、审判权与鉴定权的关系

（一）对于委托鉴定制度的认识

对外委托鉴定，是对法院鉴定决定的执行，由法院对外委托办公室统一执行对外委托鉴定等具体事务。对外委托鉴定机制具有三大功能：一是“防火墙”功能，即在法官与鉴定机构及鉴定人之间构筑隔离带，防止鉴定服务市场对法官的影响，保障法官的公正性和鉴定的准确性；二是“摇号机”功能，即公正合理地确定鉴定机构，主持当事人通过协商或者抽签确定鉴定机构，确保当事人对鉴定机构选择的合意性和法院对鉴定机构指定的随机性；三是“传送带”功能，即在合议庭、当事人与鉴定机构之间传递诉讼文书、材料以及办理相关事务，保障委托鉴定的顺利进行。^② 总之，对外委托鉴定是一种程序性公平保障机制，其本旨是服务于审判权，并无意分离或分割审判权。但是，任何制度在实现其设计功能的同时，都不可避免地带有或多或少的弊端。对外委托

* 曹磊，山东省济南市中级人民法院民五庭助理审判员

① 现行法律规定中并无“鉴定权”的概念，多见于理论研究中，本文为便于表述而使用，主要对应于审判权，指鉴定部门在鉴定过程中行使职权的范围。

② 李兴怀：《工程造价司法鉴定的探讨》，载《建设监理》2008年第4期。

鉴定制度同样如此,其在实际运行过程中存在许多问题,较为突出的是在鉴定程序中审判权的让位,即前文提及的以鉴代审现象。

(二) 审判权让位的成因分析

一是对于权威的“迷信”。造价鉴定具有一定的专业性,估价人员的结论具有专业判断的性质。况且,之所以设置鉴定制度,就是因为这已超出了法官的专业能力,才委托外部的专业人员代劳。在此情况下,让法官这一外行对内行的结论“指手画脚”自然有点勉为其难,需要巨大的勇气。^①实际上,这种心理暗示更是法官一种堂而皇之的借口。因为法官将鉴定部分“承包”给鉴定机构,会起到减轻、转移自己工作压力的效果。一方面,鉴定程序一旦启动,办案时间就会自动延长,根据法律规定,鉴定时间并不计算在审限之内。鉴定结论作出后,繁事化简,自然节约办案时间,这对于减轻工作压力而言无疑是很重要的。另一方面,可以转移来自当事人及外界的压力。特别是案件争议较大或引起过多关注的时候,估价过高或过低引起的当事人的不满及社会舆论压力,会直接转移到估价机构身上。^②二是现有法律规定不完善。《司法鉴定程序通则》第14条仅对委托的受理作了粗线条的规定,但该法及相关法律对鉴定资料提交的具体程序、效力审查等并未作出明确规定。

(三) 审判权与鉴定权的区别

一是审判权与鉴定权在性质上的区别。司法审判权,是指法院根据宪法赋予的权力,依照法定程序对有关争议进行审理,并依照法律规定对有关争议作出裁判的权力。依照法律规定,鉴定权的行使范围应是对专门性问题的解决。鉴定是借助科学技术或者专门知识对专门性问题作出认识判断,而审判认定是在民事诉讼程序中运用裁判规则对争议事实进行认识判断。二是审判权与鉴定权在方法上的区别:(1)鉴定不得使用调解方法。鉴定只能根据现有鉴材作出鉴定结论,而不得适用纠纷解决机制的方法,不能以当事人的意思表示作为鉴定判断的根据。(2)鉴定不能适用法律直接得出处理结果。(3)鉴定不得适用认定事实的裁判规则。认定事实的裁判规则主要有:举证责任分配规则、举证责任倒置规则、高度盖然性规则、法律及事实推定规则等,以上规则只能由法院使用,不能由鉴定机构及鉴定人在鉴定中使用。

^① 参见王庆延:《审判权的主动性旁落——以估价鉴定为例谈法官的不作为》,载审判前沿观察编辑委员会编:《审判前沿观察》(2009年第1辑),上海人民出版社2009年版。

^② 当年的“刘涌案”,二审根据“专家意见书”改判为死缓后,批判和质疑之声大多指向“专家意见书”及有关专家,而非辽宁省高级人民法院。参见《沈阳黑帮头目刘涌案一波三折,高法终审判死缓》,载 <http://unn.people.com.cn>, 2008年4月22日访问。

二、工程造价鉴定中审判权的行使范围

“与权利行为的目的在于私人利益不同，权力行为的目的不在于权力主体的利益，而在于公共利益，弃权必使公共利益受损，有违设立权力的初衷，所以权力不可放弃。”^①毫无疑问，审判权是一种公权力，但更是一种义务和责任，放弃便是渎职。而证据审查无疑是审判权的重要组成部分，担负着查明案件事实的重任，是作出公正裁判的前提和基础，更是容不得半点放弃。鉴定无论是作为一种证明手段还是作为一种程序过程，都必须在审判权的作用下才能产生诉讼上的效果。鉴定是一个动态过程，与之相随的对外委托也是一个动态过程，审判权的行使应贯穿于对外委托及鉴定过程的始终。在对外委托及鉴定的过程中，工程造价鉴定涉及的如下事项应通过人民法院行使审判权来确定：

1. 确定造价鉴定范围及相关事项。当事人一方提出造价鉴定申请的案件，当事人应在鉴定申请中明确申请鉴定范围，并经法院审查；法院依职权启动的工程造价鉴定，应明确造价鉴定范围。对一些特殊的案件，还要另行向鉴定机构释明委托鉴定的相关具体事项，这是由于法院对委托鉴定的具体事项主要是从适用法律角度进行表述，而鉴定机构对委托鉴定的具体事项是从专业角度进行理解和表述，这就需要法官做好释明工作，使法官对委托鉴定的具体事项的法律表述与鉴定机构的专业表述在旨意上保持一致。

2. 鉴定资料的收集及效力认定。法院应首先确定鉴定资料^②的范围，由当事人向法院提交，当事人应当围绕委托鉴定的事项提供相应鉴定资料，当事人提供鉴定资料不恰当、不充分或者偏离鉴定目的的，法院应当行使释明权，促使当事人正确全面地提供鉴定资料，使鉴定资料与鉴定申请及委托鉴定事项相适应。组织双方当事人对鉴定资料进行质证、认证。造价鉴定资料作为造价鉴定的“证据”，系造价鉴定的基础和依据，直接影响鉴定结论的客观性、真实性。对于鉴定资料的真实性、合法性和关联性及鉴定资料的范围，应该通过庭审质证程序，并由法官最终决定。鉴于只有经过质证，并经法院审核认定的资料才可以作为鉴定资料，因此鉴定机构只能从法院处接收鉴定资料，而不能直接从当事人处接收资料。由于并不是所有经过质证的资料都可能被法院审核认定，因此法院应根据双方当事人的质证情况，将无争议的鉴定资料以及当事人虽有争议但经合议决定认为应当采信鉴定资料送交鉴定机构。鉴定机构从法院接收到资料后，经过整理和分析，认为应该补充相关资料的，应出具补

^① 周永坤著：《法理学——全球视野》，法律出版社2000年版，第243页。

^② 鉴定材料包括鉴材及鉴定资料两种，工程造价鉴定中鉴定材料主要指鉴定资料，为行文方便，本文中统一使用鉴定资料一词。

充资料清单，由法院向当事人提出重新补充资料的时限。当事人应在规定的时限内向法院补充提交相应的资料，并由法院组织质证，再由法院转交鉴定机构。

3. 解决鉴定中出现的有关问题及争议。在对外委托及鉴定过程中，经常存在以下问题或争议：其一，当事人之间以及当事人与鉴定机构及鉴定人之间，可能会为鉴定机构及鉴定人的资质及回避、要求延期或补充提交鉴定资料、是否应当补充鉴定等问题发生争议。其二，合同对某事项没有约定或者约定不明；合同效力的争议；无效合同的计价参照等。其三，对某些问题可能需要适用举证责任分配规则进行判断，从而得出阶段性认识结论。以上问题或争议，涉及法律的适用问题，应当由法院行使审判权予以处理。

4. 鉴定资料提交期限的确定权。证据可以单独证明案件事实，可以单独质证认证，但鉴定资料本身不是独立的证据，而是作出鉴定报告的基础资料，鉴定资料本身不能独立证明案件事实。鉴定资料不等于证据，所以鉴定资料的提交时间也不应该适用举证期限的规定。但是，如果当事人不提交或无限期拖延提交鉴定资料，就会导致鉴定机构无法进行造价鉴定，因此必须给鉴定资料的提交限定一个合理时限。该时限的确定属于法院审判权行使范围。

三、工程造价鉴定中鉴定权的行使范围

在工程造价鉴定中，专门性问题主要包括工程量计算、综合单价或要素单价的确定、计价标准的采用、取费等问题。明确造价鉴定权的行使范围，一方面可以使得鉴定单位明确自己应履行的义务；另一方面也可以防止鉴定单位超越自己的权限，将本应由法院行使的审判权纳入鉴定权的范围。造价鉴定权的行使范围主要包括以下方面：

1. 依据法院认定的计价标准或计价方法计算工程造价。根据最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》的规定，当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。如前所述，是按照当事人约定的计价标准或者计价方法，还是依据建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款，应该由法院来决定。法院决定的依据就是上述司法解释的规定，这是审判权的行使。但是，依据确定的计价标准或计价方法来具体计算工程造价的工作应由造价鉴定机构来实施，这是造价鉴定权的范畴。

2. 依据法院认定成立的索赔计算索赔费用。索赔是否成立，由法院来决定。但是，一旦索赔被确认，如何计算索赔额则应该是造价鉴定单位的权利。

索赔额的计算涉及索赔事件造成的直接损失额，以及直接损失额的取费等问题，这些问题往往是比较专业的，通常需要借助相应的专业计算机软件来计算，因此应由鉴定机构来进行。

3. 提取鉴定资料中的工程量和价格信息。前已论及什么资料可以纳入鉴定资料中，应由法院来认定。但是，鉴定资料的整理和分析，以及从鉴定资料中提取相关信息的权利却是由鉴定机构来行使的。计算工程造价的几个要素是：计价方法或计价标准、工程量和人、材、机等要素的价格。计价方法或计价标准由法院来决定，而工程量和人、材、机等要素的价格信息却一般散落在各个鉴定资料中。从鉴定资料中提取工程量和价格信息是一项重要的工作，是专业性很强的工作，应由鉴定机构来承担。

4. 进行工程现场勘验。对于通过分析鉴定资料，听取当事人各方陈述后，仍不能解决的问题和不能确定的事实，如果通过现场勘验的方式能够得到核实的，鉴定机构可以通过现场勘验的方式进行核实。笔者认为，是否进行勘验，应由鉴定机构来决定，而不是由法院来决定。在实践中，有些法院机械地认为每个案件都应该进行现场勘验，即使鉴定机构认为没必要进行现场勘验，法院仍要求鉴定机构组织进行现场勘验，这实际上是剥夺了造价鉴定机构的鉴定权。现场勘验是造价鉴定机构进行造价鉴定的一种方法和手段，这里面不涉及适用法律和处理合同争议的问题，不是审判权处理的范围，因此法院无权决定是否进行现场勘验。

四、结语

随着经济的发展，建设工程施工合同的内容越来越复杂，合同的各个部分又由不同的部门或单位起草，对于合同的理解和把握难度可想而知。由于工程造价鉴定的主要依据是合同文件，合同文件的复杂性导致工程造价鉴定难度的增加。这种复杂性及难度的一种表现，即在工程造价鉴定中的某些事项，很难判断是属于审判权的处理范围，还是鉴定权的处理范围。

制定一个完全区分审判权与鉴定权边界的规则，或穷尽式列举两者适用的各种情形，这在实际上是很难抑或不可能做到的。建议制定一个程序性的规则来对两者进行区别，即首先由法院来决定哪些事项由自己负责处理，然后将其他事项交由鉴定机构来处理，鉴定机构在具体进行鉴定时对是否属于自己处理范围的事项发生疑问时，书面请示法院，由法院来决定事项的处理方。在鉴定报告初稿出具后，法院发现其中包括本应由自己来行使的权力，却被鉴定机构

行使了的情况，可要求鉴定机构予以改正。^① 总之，应当坚持审判权处理事实认定、合同理解及法律适用问题，鉴定权处理工程专门性问题；以司法审判权为主，鉴定服务于审判的双重原则。在司法审判权与鉴定权界限不清时，应由法院来最终决定如何区分，而不应由鉴定机构来决定。

^① 蓝仑山著：《建设工程施工合同法律实务》，法律出版社 2010 年版，第 274 页。

试论建设工程施工合同中的众主体

杨春江*

通常在广义上认为,建设工程合同属承揽合同之一类。其在合同法中有所体现。该法在分则中对15类合同加以规定,其中第十六章为“建设工程合同”。该章在最后一条(第287条)规定:“本章没有规定的,适用承揽合同的有关规定。”但是,与其他“普通”的承揽合同相比,建设工程合同在承揽合同之中又具有特殊性,且在关乎国计民生方面,建设工程也具有更加重要的地位。因此,合同法在第十五章“承揽合同”的专章规定之外又特别拿出一章对“建设工程合同”加以规定,并且在合同法之外还有诸如建筑法等特别法律法规对建设工程合同作出诸多强制性和禁止性的规定。由此足见此类合同之重要性和独特性。

合同法对建设工程合同下了较为简单的定义:“建设工程合同是承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同”。该法还规定了“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同”。最高人民法院2008年2月制定的《民事案件案由规定》将建设工程合同纠纷分为三级案由。三级案由又细分为:(1)建设工程勘察合同纠纷;(2)建设工程设计合同纠纷;(3)建设工程施工合同纠纷;(4)建设工程分包合同纠纷;(5)建设工程监理合同纠纷;(6)装饰装修合同纠纷。2011年年初,最高人民法院对民事案件的案由进行了修改,除原有6种案由外,还增加了建设工程价款优先受偿权纠纷、铁路修建合同纠纷和农村建房施工合同纠纷。因建设工程合同纠纷涵盖内容较多,限于篇幅,本文仅对建设工程施工合同纠纷中的众多主体作一探讨。

建设工程施工合同纠纷案件历来是人民法院民事审判工作中的重点和难点。其重在于近年来我国基础设施建设发展加快,房地产开发突飞猛进,建筑行业发展迅速,建筑市场蓬勃发展,建筑行业在国民经济中所占比重逐年增加。其难在于建筑行业发展迅速,配套法规尚有迟滞,且建筑市场仍为卖方市场,竞争激烈,造成无序运作。违规发包、违法分包、非法转包建设工程的现象屡禁不止。其中牵涉众多建设工程施工合同关系中的主体,且具有独特之处。本文试对建设工程施工合同中所涉主体进行分类并略述之。

* 杨春江,山东省济南市槐荫区人民法院民一庭副庭长

一、普通意义上的建设工程施工合同主体

合同法将建设工程施工合同定义为“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同”。就该规定简单地说，仅出现两大主体，一为发包人，二为承包人。

1. 发包人

发包人也称为发包单位，建设单位或业主、项目法人，是指具有工程发包主体资格和支付工程价款能力的当事人。一般认为，建设工程的发包人没有太多的限制条件，只要具备民事活动的主体资格，通常都可作为发包人。在我国建筑领域最高层面专项规定的建筑法中也未对建设工程发包人的资格作出专门具体或限制性的规定。

尽管建筑法未对发包人的资格或资质作出限制性规定，但需要注意的是，针对一些特定的工程发包人，还是存在资质等相关规定和要求的。例如，近年来全国各地的房地产开发如日中天、蒸蒸日上。城市房地产管理法第30条第1款规定：“房地产开发企业是以营利为目的，从事房地产开发和经营的企业。设立房地产开发企业，应当具备下列条件：（一）有自己的名称和组织机构；（二）有固定的经营场所；（三）有符合国务院规定的注册资本；（四）有足够的专业技术人员；（五）法律、行政法规规定的其他条件。”

《城市房地产开发经营管理条例》亦在第5条规定，设立房地产开发企业，除应当符合有关法律、行政法规规定的企业设立条件外，还应当具备下列条件：（1）有100万元以上的注册资本；（2）有4名以上持有资格证书的房地产专业、建筑工程专业的专职技术人员，2名以上持有资格证书的专职会计人员。省、自治区、直辖市人民政府可以根据本地方的实际情况，对设立房地产开发企业的注册资本和专业技术人员的条件作出高于前款的规定。另外，建设部2000年3月发布实施的《房地产开发企业资质管理规定》也明确将房地产开发企业按照企业条件分为一、二、三、四四个资质等级，并对不同资质的房地产开发企业承担房地产项目的建设规模有不同的限制。但是，实际上人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中，鲜有对发包人资质或资格进行审查，更少见因发包人资质、资格缺陷而确认建设工程施工合同无效者。

当然，对于一些特殊的建设工程，还是要审查发包人的主体资格的，如一些重大建设工程项目就要审查发包人的资格，是否获取相关批准，另外还有法律规定对于必须招标投标的建设工程项目，还要审查发包人是否是招标人。此类情况为特殊的发包人情形。人民法院在审理涉及这类合同纠纷案件时需要特别注意。

另外，按以前的通常观点，自然人不应视为建设工程的发包人。例如，某

自然人有工程对外发包，其与承包人之间形成的法律关系以“承揽”居多。所以，在人民法院受理的民事案件中，自然人之间因建设工程引起的诉讼确定案由基本上是承揽合同纠纷，而不确定为建设工程施工合同纠纷。但需要注意的是，最高人民法院在修订新的民事案件案由时，在三级案由“建设工程合同纠纷”下增设了“农村建房施工合同纠纷”作为四级案由。而就目前的审判实践来看，农村建房施工合同纠纷多为自然人之间在建房施工过程中产生的纠纷，此类纠纷的发包人多为自然人，承包人也多为自然人（俗称包工头）。如果仅从此增设的案由来看，人民法院在今后审理涉及发包人为自然人的建设工程施工合同纠纷时，还要将发包人区分为农村主体或城市主体，或将建设工程的标的物区分为农村建房或城市建房。如自然人发包、标的物为农村建房的，可确定为“农村建房施工合同纠纷”。如自然人发包、标的物为城市建房的，则依然应确定为“承揽合同纠纷”。所以，就此增设案由来看，建设工程合同中的发包人虽应以单位为主，但并不完全排斥自然人。

2. 承包人

承包人为建设施工合同中的另一大类相对主体。从概念上讲，即建设工程施工合同中相对于发包人而言，接受发包人所发包工程并具体承包施工最终完成工程并进行交付的主体。前面谈到，在建设工程施工领域，发包人的资格或资质没有太多限制条件，也大多不存在准入门槛问题。但是，承包人则有非常多的限制条件，突出表现在承包人的资质上。关于这一点，建筑法专门作出了规定。例如，建筑法第12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，应当具备下列条件：（1）有符合国家规定的注册资本；（2）有与其从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员；（3）有从事相关建筑活动所应有的技术装备；（4）法律、行政法规规定的其他条件。该法第13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。即使对从事建筑活动的专业人员该法也作出了规定，要求“从事建筑活动的专业技术人员，应当依法取得相应的执业资格证书，并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动”。从这些法律层面的规定来看，作为建设工程的承包人均应为具有相应建筑施工资质的企业法人，自然人不应成为建设工程施工合同中的承包人。

前面谈到，人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时鲜有对工程发包人主体资格、资质进行审查者。但是，在此类合同纠纷案件中，对承包人的资格、资质审查则是案件审理的首要 and 必要任务。对承包人资格、资质进行严格规定或设置建筑施工市场的准入门槛，道理非常简单清楚，就是因为建筑施工