

中国合同法实务操作丛书

丛书总主编/肖学文 张文新

JIAN SHE GONG CHENG HE TONG

建设工程合同

主编：来 奇



中国民主法制出版社

中国合同法实务操作丛书

建设工程合同

主 编：来 奇

编写人员：张文新 程 强 林立章

武泽斌 叶大刚 关德东

张继文 梁士斌 贺 民

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同/来奇主编. —北京:中国民主法制出版社,
2002.12

(中国合同法实务操作丛书)

ISBN 7-80078-726-5

I. 建... II. 来... III. 建筑工程-经济合同-合同
法-基本知识-中国 IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 100521 号

书名/建设工程合同

JIANSHE GONGCHENG HETONG

作者/来 奇 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100054)

电话/63056983 63292534(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 850 毫米×1168 毫米

印张/20.75 字数/537 千字

版本/2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月第 1 次印刷

印刷/河北省财政厅印刷厂

书号/ISBN 7-80078-726-5/D·619

定价/37.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

丛书前言

不管你何人,自然人也好,法人和非法人也罢,只要存在于市场经济运行机制中,每发生一种社会关系,或建立一种交易关系,最为自由、最为安全、最为平等、最为有效的手段,除了合同,恐怕在当今世界还没有出现另一个适合的东西。

合同所具备的平等性、自由性、权利性、法律性、有序性说明,在我国建立社会主义市场经济体制的今天,每一个人都少不了合同,谁也离不开合同。合同就是财富,合同就是信誉……

为了让广大读者学好、用好 1999 年 3 月 15 日通过的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》),更好地解决读者在谈判、签订、履行、管理合同所遇到的实际问题,我们在总结《合同法》实施以来实践中所遇到的难点、热点、疑点等问题的基础上,编写了《中国合同法实务操作丛书》。本丛书以内容精、质量高为目标,以学习多家之长为基础,以针对实施中的问题为落脚点,全面展示其后来取胜的优势。

本丛书以准确阐述《合同法》的基本内容和基本原理为重点,详尽介绍市场经济中主要合同的基本知识要点,实施中的陷阱与风险防范,合同范本,典型案例评析和相关法律、法规、规章及司法解释。本丛书包括《买卖合同》、《供用电、水、气、热力合同》、《借款合同》、《租赁合同》、《融资租赁合同》、《承揽合同》、《建设工程合同》、《委托合同·行纪合同·居间合同》、《运输合同》、《赠与合同·保管合同·仓储合同》、《技术合同》、《保险合同》、《电子合同》、《担保合同》、《国际贸易合同》、《无名合同》等 16 本。

本丛书由国家机关、政法院校和律师事务所的部分专家、学者

和具有丰富经验的实际工作者编写而成。在写作上有如下特点：

其一，以《合同法》为准则，简明扼要、深入浅出地精解各类合同的基础知识，这是合同秩序运行的立足点，也是本套丛书只解释“是什么”，而不问“为什么”的特色。为了让读者全面了解某些合同知识的历史沿革，书中个别地方还援引了部分废止的法律法规，敬请广大读者在运用中甄别。

其二，以实用和操作为目的，突出以理论指导应用与操作的特色。《合同法》的关键在于应用，本套丛书充分体现了《合同法》的实用性，让读者能够直接了解和感受在实践中如何应用、操作合同。

其三，以最新的资料为亮点（截至 2003 年 5 月），把读者们所需要的最新的典型案例、最新的法律法规、最新的示范文本格式、最新的司法解释等一一呈现出来，以便及时解决合同的热点、难点、疑点问题。

由于水平所限，本书如存在不妥之处，敬请广大读者批评指正。

《中国合同法实务操作丛书》编写委员会

2003 年 6 月 30 日

目 录

第一章 建设工程合同概述	1
一、建设工程合同的概念及特征	1
(一)建设工程合同的概念.....	1
(二)建设工程合同的特征.....	1
二、建设工程合同的主体、标的及内容.....	3
(一)建设工程合同的主体.....	3
(二)建设工程合同的标的.....	5
(三)建设工程合同的内容.....	6
三、建设工程合同的形式及分类	9
(一)建设工程合同的形式.....	9
(二)建设工程合同的分类	10
四、建设工程合同的管理及其与承揽合同的区别.....	14
(一)建设工程合同的管理	14
(二)建设工程合同与承揽合同的区别	20
第二章 建设工程合同的订立	22
一、订立建设工程合同的原则与方式.....	22
(一)订立建设工程合同的原则	22
(二)订立建设工程合同的方式	23
二、订立建设工程合同的程序.....	28
(一)订立建设工程合同的主体资格	29
(二)订立建设工程合同的要约与承诺	30
(三)订立国家重大建设工程合同的特殊规定	31
(四)订立建设工程合同的条件	31

(五)订立建设工程合同的招标投标	32
(六)订立建设工程合同发包与承包的规则	32
第三章 建设工程合同的招标投标	38
一、建设工程招标投标概述	38
(一)建设工程招标投标的概念	38
(二)建设工程项目招标范围与标准	39
(三)建设工程招投标的法律基本要求	42
二、建设工程招标	44
(一)建设工程招标的条件	44
(二)建设工程招标的方式	45
(三)招标组织与招标申请	46
(四)招标文件的编制	51
(五)发布招标公告或发出招标邀请书	54
(六)资格预审	56
(七)工程标底的编制	61
(八)发售招标文件	63
(九)组织踏勘现场和答疑	65
三、建设工程投标	67
(一)投标人的资格	67
(二)组织投标机构	68
(三)编制投标文件	69
(四)投标文件的送达	72
(五)联合投标	74
(六)有关投标人的法律禁止性规定	75
四、建设工程开标、评标、中标	77
(一)建设工程开标	77
(二)评标委员会	79
(三)评标	81

(四) 中标	88
第四章 建设工程合同的生效与无效	94
一、建设工程合同的生效	94
(一) 建设工程合同生效的条件	94
(二) 建设工程合同的可撤销与效力待定	96
二、建设工程合同的无效	98
(一) 无效建设工程合同的认定	98
(二) 无效建设工程合同的后果	105
第五章 建设工程合同的担保与履行	110
一、建设工程合同的担保	110
(一) 担保概述	110
(二) 保证	112
(三) 抵押	118
(四) 质押	121
(五) 定金	125
二、建设工程合同的履行	126
(一) 履行建设工程合同的原则	126
(二) 履行建设工程合同的要求	128
第六章 建设工程合同的变更、转让、终止和解除	131
一、建设工程合同的变更	131
(一) 建设工程合同变更的概念	131
(二) 建设工程合同变更的原因	132
(三) 建设工程合同变更的程序和方式	133
(四) 建设工程合同变更的效力	134
二、建设工程合同的转让	134
(一) 建设工程合同转让的概念	134
(二) 合同权利的转让	135
(三) 合同义务的转移	137

(四)合同权利义务的概括转让·····	139
三、建设工程合同的终止·····	139
(一)建设工程合同终止的概念·····	139
(二)建设工程合同终止的原因·····	140
(三)建设工程合同终止的后果·····	142
四、建设工程合同的解除·····	143
(一)建设工程合同解除的概念·····	143
(二)建设工程合同解除的条件·····	144
(三)建设工程合同解除的程序和方式·····	147
(四)建设工程合同解除的法律后果·····	148
第七章 建设工程合同的效力·····	149
一、建设工程合同当事人的权利义务·····	149
(一)勘察设计合同当事人的主要义务·····	149
(二)施工合同当事人的主要义务·····	150
二、建设工程合同效力的认定·····	153
(一)发包人和承包人主体资格的认定·····	154
(二)建设工程合同签订条件对合同效力的影响·····	159
(三)建设工程合同签订程序对合同效力的影响·····	164
(四)建设工程合同内容违法对合同效力的影响·····	165
(五)建设工程合同转包效力的认定·····	168
第八章 建设工程合同的违约责任及索赔·····	170
一、建设工程合同的违约责任·····	170
(一)勘察设计合同中的违约责任·····	170
(二)施工合同中的违约责任·····	171
二、建设工程合同违约责任的承担方式·····	175
(一)支付违约金·····	175
(二)赔偿损失·····	175
(三)定金罚则·····	176

(四)强制履行	177
(五)解除合同	177
(六)修改、完善	178
(七)修理或返工、重做	178
(八)价格制裁	181
第九章 建设工程合同争议的解决	182
一、协商、调解	182
(一)协商	182
(二)调解	183
二、仲裁	184
(一)仲裁概述	184
(二)仲裁程序	185
三、诉讼	188
(一)诉讼概述	188
(二)一审程序	188
(三)诉讼时效	190
第十章 建设工程监理合同	192
一、建设工程监理的概念、范围及许可制度	192
(一)建设工程监理的概念	192
(二)建设工程监理的范围	192
(三)监理单位的资质许可制度	194
(四)监理工程师的资格许可制度	197
二、建设工程监理合同的主体及其关系和类型	198
(一)建设工程监理合同的主体	198
(二)建设工程监理合同当事人之间的法律关系	199
(三)建设工程监理合同的类型	200
三、建设工程监理合同的订立	202
(一)建设工程监理合同的招投标	202

(二)建设工程委托监理合同的内容·····	203
(三)FIDIC 监理合同的内容·····	216
(四)监理合同签订过程中应注意的问题·····	221
四、建设工程监理合同的履行·····	223
(一)业主的履行·····	223
(二)监理单位的履行·····	224
第十一章 建设工程合同的索赔 ·····	225
一、索赔概述·····	225
(一)索赔的概念·····	225
(二)索赔的起因·····	225
(三)索赔的种类·····	227
二、索赔的内容·····	229
(一)合同文件的索赔·····	229
(二)工程施工的索赔·····	231
(三)价款的索赔·····	234
(四)工期的索赔·····	236
(五)特殊风险和人力不可抗拒灾害的索赔·····	239
(六)工程暂停、中止合同的索赔·····	240
(七)综合索赔·····	240
(八)财务费用补偿的索赔·····	242
三、索赔的程序和方法·····	244
(一)索赔程序·····	244
(二)索赔文件的编制方法·····	246
(三)索赔工作应注意的几个问题·····	252
(四)索赔成功的关键·····	255
四、反索赔·····	256
(一)反索赔的概念·····	256
(二)反索赔的内容·····	256

(三)索赔防范·····	259
(四)反索赔步骤·····	263
(五)反驳索赔报告·····	265
第十二章 国际工程承包合同 ·····	267
一、国际工程承包合同概述·····	267
(一)国际工程承包合同的概念和特征·····	267
(二)国际工程承包合同的种类·····	269
二、国际工程招标程序·····	275
(一)招标前的准备工作·····	275
(二)招标文件·····	276
三、国际工程投标程序·····	279
(一)投标前的准备工作·····	279
(二)投标报价及其原则·····	281
(三)投标报价决策和编制投标文件·····	282
四、评标、决标和签订合同·····	283
(一)开标·····	283
(二)评标·····	284
(三)决标·····	286
(四)签订合同·····	286
五、国际工程承包合同的内容和条款·····	287
(一)国际工程承包合同的内容·····	287
(二)国际工程承包合同的常用条款·····	288
六、国际工程承包合同的履行及常见的纠纷·····	295
(一)国际工程承包合同的履行·····	295
(二)国际工程承包合同的不履行·····	297
(三)国际工程承包合同常见的纠纷·····	299
第十三章 建设工程合同应注意的问题 ·····	301
一、建设工程合同当事人的主体资格应注意的问题·····	301

二、建设工程合同形式应注意的问题	303
三、建设工程合同招标投标应注意的问题	306
四、建设工程合同中承包人分包时应注意的问题	312
五、建设工程合同监理应注意的问题	315
六、建设工程合同发包人验收工程时应注意的问题	320
七、建设工程质量应注意的问题	324
八、建设工程合同承包人的优先受偿权应注意的问题	328
第十四章 建设工程合同典型案例评析	332
【案例1】总包与分包案	332
【案例2】隐蔽工程验收案	333
【案例3】施工人违约责任案	334
【案例4】发包人违约责任案	335
【案例5】发包人未经验收就将建设工程投入使用案	336
【案例6】承包人是否有权将工程全部转包给他人案	338
【案例7】建设工程承包合同纠纷上诉案	340
【案例8】返还工程款纠纷上诉案	346
【案例9】建筑工程承包合同纠纷上诉案	352
【案例10】优先权能否对抗抵押权案	358
【案件11】泄露安装秘密纠纷案	360
第十五章 建设工程合同法律、法规、规章	363
中华人民共和国合同法(节选)	363
中华人民共和国建筑法(节选)	380
建筑市场管理规定(节选)	388
工程建设监理单位资质管理试行办法	391
工程建设监理规定	398
建筑业企业资质管理规定	403
第十六章 建设工程合同的示范文本格式	411
建设工程施工合同	411
建设工程委托监理合同	444

目 录

建设工程勘察合同(一).....	453
建设工程勘察合同(二).....	458
建设工程设计合同(一).....	466
建设工程设计合同(二).....	472
建筑装饰工程施工合同.....	477
家庭居室装饰装修工程施工合同.....	498
水利水电土建工程施工合同条件.....	504
水利工程建设监理合同.....	552
建筑安装工程承包合同.....	554
电力建设工程施工合同.....	561
港口工程施工合同.....	603
工程咨询服务协议书(试行本).....	622

第一章 建设工程合同概述

一、建设工程合同的概念及特征

(一)建设工程合同的概念

根据《合同法》第 269 条之规定,建设工程合同是指承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同。建设工程合同原为承揽合同中的一种,故又称之为基本建设工程合同、基本建设工程承包合同、基本建设工程承揽合同,其属于承揽完成不动产工程项目的合同。由于建设工程合同的标的是工程建设,包括公路、铁路、桥梁、隧洞、水库等,具有不可移动性,而且工程建设事关国计民生,国家对此要实行严格的监督管理。

(二)建设工程合同的特征

1. 合同主体的特定性。

建设工程合同的发包人是受计划约束的当事人,对需要建设的工程,应经过计划管理部门审批。建设工程合同的承包人是具有资格从事工程建设的企业。工程勘察、设计单位必须获得工程勘察、设计资格证书。没有资格证书的,一律不得擅自从事工程勘察、设计业务;勘察人、设计人所从事的勘察、设计业务工作,必须与其经过核定的资格等级和经营范围相一致。勘察、设计单位跨省承包工程还必须持所在省(自治区、直辖市)城乡建设主管部门或其授权单位出具的外出承包工程介绍信、开户银行资信证明以

及纳税证明。在进入省(自治区、直辖市)城乡建设管理部门或其授权单位办理工程承包许可证,在工商行政管理部门办理有关手续。中国投资的工程项目,中国设计机构能够设计的,不得委托外国设计机构承担设计,但可就有关技术问题向外国进行技术咨询或引进部分设计技术。中外合资、外国贷款、外国在中国投资的工程项目,需要委托外国设计机构承担设计的,应有中国设计机构参加,并由项目主管部门对外国设计机构的设计资格进行审查,经审查合格后,由中外合作设计双方签订合作设计合同。工程施工合同的施工单位必须是国家主管部门审查、核定批准的专业建筑施工企业,具有法人资格和履约能力,所承揽的工程一般应与其建筑资质等级证书相符。

2. 合同的订立和履行有法定形式和法定程序。

一般合同当事人就合同条款达成一致,合同即告成立。不必一律采用书面形式。建设工程合同,履行期限长,工作环节多,涉及面广,双方权利、义务应通过书面合同形式予以确定。故建设工程合同应当采取书面形式。

3. 国家对合同实行严格的监督管理。

双方签订的建设工程合同应当报送双方业务主管部门、工商行政管理部门和经办银行备案。在合同履行过程中,国家对资金使用、工程进度、工程质量等方面也进行必要的监管。除了计划部门和合同管理部门的监管外,中国人民建设银行也监督和管理基本建设计划的执行,审查基本建设预算、监督基本建设施工的验收标准,通过监督保证基本建设资金的正确使用。国家制定了有关基本建设施工及验收规范和质量检验标准,通过验收,对工程质量进行监督。对大型的重要工程,国家建设工程主管部门还直接参加竣工验收的工作。

4. 建筑工程合同的标的为基本建设工程。

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,以及对路线、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,而基本建设工程又对国家和社会有特殊的意义,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。正如学者所言,为完成不能构成基本建设的一般工程的建设项目而订立的合同,不属于建设工程合同,而应属于承揽合同,如为建造个人住房而与其他公民或建筑队订立的合同,就属于承揽合同。由此可有助于理解建设工程合同主体应是法人。

5. 建设工程合同的内容。

承包方应按合同约定完成特定的工程项目,并有权要求发包人给付报酬;发包方亦有权按期验收,同时,有义务支付报酬。

二、建设工程合同的主体、标的及内容

(一)建设工程合同的主体

发包人、承包人是建设工程合同的当事人。发包人、承包人必须具备一定的资格,才能成为建设工程合同的合法当事人,否则,建设工程合同可能因主体不合格而导致无效。

1. 发包人主体资格。

发包人有时也称发包单位、建设单位、业主或项目法人。发包人的主体资格也就是进行工程发包并签订建设工程合同的主体资格。

《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)对发包人的主体资格未作限定。《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)第9条规定:“招标人应当有进行招标项目的相应资金或者资金来源已经落实,并应当在招标文件中如实载明。”这就要求发包人有支付工程价款的能力。《招标投标法》第12条规定:“招