

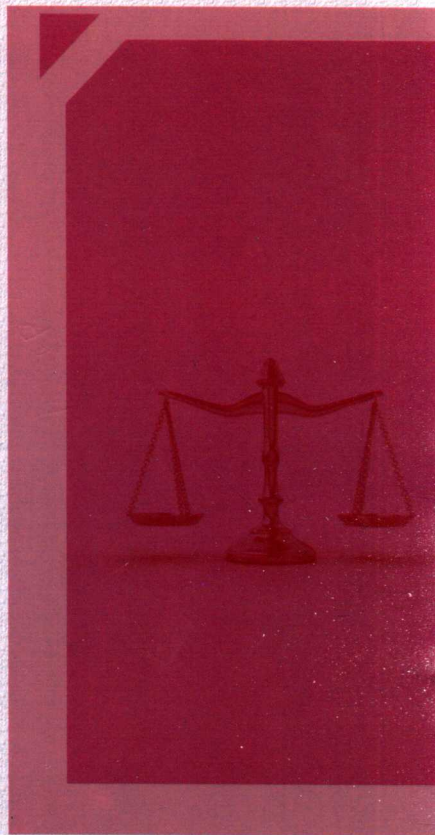
青椒文库
·法学卷·



建设工程合同

理论与实践研究

张继承 著



华南理工大学出版社
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS

非外借



教育部人文社会科学研究青年基金项目

建设工程合同制度的法律适用问题研究 (12YJC820136)

建设工程合同

理论与实践研究

张继承

著



华南理工大学出版社
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS

· 广州 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程合同理论与实践研究/张继承著. —广州: 华南理工大学出版社, 2017. 9

ISBN 978-7-5623-5385-0

I. ①建… II. ①张… III. ①建筑工程-经济合同-管理-研究
IV. ①TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 206344 号

Jianshe Gongcheng Hetong Lilun yu Shijian Yanjiu

建设工程合同理论与实践研究

张继承 著

出 版 人: 卢家明

出版发行: 华南理工大学出版社

(广州五山华南理工大学 17 号楼, 邮编 510640)

http: //www. scutpress. com. cn E-mail: scutc13@scut. edu. cn

营销部电话: 020-87113487 87111048 (传真)

策划编辑: 王 磊

责任编辑: 陈 尤 王 磊

印 刷 者: 广州市穗彩印务有限公司

开 本: 787mm×960mm 1/16 印张: 13.75 字数: 223 千

版 次: 2017 年 9 月第 1 版 2017 年 9 月第 1 次印刷

印 数: 1~1 000 册

定 价: 42.00 元

版权所有 盗版必究 印装差错 负责调换

前 言

建设工程合同与承揽合同分离调整,是我国合同法的一大特色,极大地丰富了合同法理论。但是,与合同法总则研究的繁荣相比,建设工程合同的研究未得到应有的重视,实务中则表现为缺乏理论的有效指导。本书拟以建设工程合同制度作为研究对象,针对司法实践中遇到的有关建设工程合同的重大问题,运用历史的、比较的、规范分析和实证分析的法学研究方法,对之进行较为深入、系统的理论研究和探讨,力求为我国建设工程合同领域的立法、制度实施和审判实务提供一定的参考意见。

按照类型化理论,某种合同得以典型化的原因是该类合同纠纷应呈多发性或常态性,导致原有调整规范的涵摄力大幅减弱,不周延性日渐凸显。我国建设工程合同的制度设计,摆脱了承揽合同思维的窠臼,是类型化思维的成功典范。从立法效果上看,其强化当事人的社会责任,并施以严格的法律外部管制;其立法政策重在保护合同所涉及的社会公共利益。可以说,我国在这一领域的立法,在某种自觉与不自觉中,领导了世界新潮流。

建设工程合同是除买卖合同以外最主要的合同类型,涉及的法律关系比买卖合同更为复杂。由于我国有关法律规定较为简略,且某些规定在司法适用中存在较大分歧,导致工程建设领域大量新情况、新问题无法得到妥善的解决。究其原因,乃对建设工程合同的商事性和特殊性缺乏足够的认识。故本书以此为主线,选取建设工程合同的成立、效力、履行和违约救济等争议较大的问题加以探讨。

本书由引论、正文、后记三部分构成。



引论部分重点阐述建设工程合同与承揽合同分离调整的原因，并扼要分析了本书的研究意义和研究现状，重新界定了建设工程合同的内涵，同时简单介绍了本书的研究方法和体系架构。

正文分为四章：第一章为“建设工程合同的成立”。按照我国《招标投标法》的规定，建设工程合同的缔结必须经历招标投标这个法定程序。本章以我国招标投标法为分析视角，分别探讨了建设工程合同缔结方式的法律机制，建设工程合同招投标制度存在的问题及其解决、建设工程合同成立的法律效力等问题。第二章为“建设工程合同的效力判断”。由于建设工程合同受到法律管制，与合同法总则的一般规定大有出入，对建设工程合同的效力有重大影响。为此，本章主要探讨了以下问题：一是国家强制对建筑工程合同效力的影响；二是资质缺失及超越与建设工程合同效力的关系；三是建设工程黑白合同问题及其解决；四是建设工程合同无效的法律后果。第三章为“建设工程合同的履行”。建设工程合同的履行主要涉及工期、质量和价款三大法律因素。由此，本章探讨了建设工程的转包与分包、情势变更原则在建设工程合同中的适用、建设工程合同的强制履约保证三个方面问题。第四章为“建设工程合同工程款优先受偿权的司法适用”。本章主要探讨了两个问题：一是关于建设工程款优先受偿权司法适用中存在的问题；二是建设工程款优先受偿权与商品房消费者请求权的冲突与解决问题。后记部分总结了研究建设工程合同制度的一些体会。本研究希望能对我国建设工程合同的立法、制度实施以及审判实务工作起到一定的参考作用。

张继承

目录

引 论 / 1

- 一、研究对象 / 1
- 二、建设工程合同独立于承揽合同之原因 / 14
- 三、本书的研究意义与研究范围 / 27
- 四、理论研究现状综述 / 32
- 五、研究方法 / 36

第一章 建设工程合同的成立 / 38

第一节 建设工程合同缔结方式的法律强制 / 39

- 一、建设工程合同强制招投标的范围 / 39
- 二、建设工程合同缔结法律强制的原因 / 42
- 三、建设工程合同缔结方式法律强制的意义 / 44
- 四、建设工程合同缔结方式法律强制的反思 / 44

第二节 建设工程合同招投标制度存在的法律问题及其解决 / 51

- 一、建设工程合同招投标范围的重新检讨 / 51
- 二、建设工程合同招投标程序的公正性问题 / 54

第三节 建设工程合同成立阶段的法律约束力 / 60

- 一、招标阶段的法律约束力 / 60
- 二、投标阶段的法律约束力 / 62
- 三、中标通知书发出后的法律约束力 / 64
- 四、关于缔约过失责任 / 66

第二章 建设工程合同的效力判断 / 73

第一节 建设工程合同效力判断的理论基础 / 74

- 一、建设工程合同效力制度与合同自由 / 74

目录

二、国家强制对建设工程合同效力的影响 / 79

第二节 资质缺失及超越与建设工程合同效力 / 94

一、资质限制的性质 / 95

二、建设工程合同资质缺失的效力认定 / 100

三、本书对建设工程合同效力认定的见解 / 108

第三节 建设工程“黑白合同”问题及其解决 / 116

一、建设工程“黑白合同”的界定及其具体表现 / 117

二、建筑工程“黑白合同”的性质 / 121

三、建设工程“黑白合同”的成因 / 123

四、建设工程“黑白合同”的认定 / 124

五、建设工程“黑白合同”问题的解决 / 129

第四节 无效建设工程合同的私法上处理 / 139

一、无效建设工程合同的私法上处理之法律依据与一般规则 / 139

二、无效建设工程合同的特殊处理规则 / 142

三、无效建设工程合同与时效 / 144

第三章 建设工程合同的履行 / 147

第一节 建设工程的转包与分包 / 147

一、关于建设工程转包行为的分析 / 148

二、关于建设工程分包行为的分析 / 149

三、建设工程转包与分包的责任问题 / 151

第二节 建设工程合同的履行与情势变更 / 153

一、建设工程合同能否适用情势变更原则 / 154

二、建设工程合同如何适用情势变更原则 / 159

三、建设工程适用情势变更原则的法律效果 / 162

目录

第三节 建设工程合同的强制履约保证 / 162

一、建设工程投标保证金 / 164

二、承包人强制履约保证 / 168

三、工程款支付强制保证 / 172

第四章 建设工程合同工程款优先受偿权的司法适用 / 176

第一节 建设工程款优先受偿权司法适用的争议及解决 / 177

一、工程款优先受偿权适用的权利主体 / 177

二、建设工程价款的组成 / 184

三、建设工程合同的有效性对优先受偿权的影响 / 187

四、关于“烂尾楼”工程的问题 / 187

五、关于登记的问题 / 189

六、关于催告的行使 / 189

七、优先受偿权的实现方式 / 190

八、关于优先受偿权行使期限的性质 / 192

九、关于优先受偿权的抛弃 / 192

第二节 建设工程款优先受偿权与商品房消费者请求权的冲突与解决 / 193

一、司法适用中的若干问题 / 193

二、对消费者请求权优先性的疑虑 / 198

三、对两种权利冲突的解决 / 200

参考文献 / 203

后 记 / 209

引 论

一、研究对象

我国《合同法》将建设工程合同独立于承揽合同，列为合同法分则的典型合同之一，以专门规范对建设工程承揽这一特殊承揽关系进行调整。然而由于此种建设工程合同独立调整属于一种新的立法模式，又因建设工程合同本身具有复杂性，理论研究尚未深入，难免在法律适用过程中产生诸多争论，首当其冲的就是建设工程合同的界定。本书意图对建设工程合同纠纷案件中存在重大争议的法律问题进行探讨，以期梳理和厘清理论上以及法律适用中的困惑。

（一）合同法上建设工程合同的理解

我国《合同法》第 269 条规定：“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。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”根据上述条文，可以将建设工程合同的特征概括如下：

（1）建设工程合同的一方主体（即建设单位）是固定的，实务中又称其为甲方、业主或者发包人，另外一方主体则随其业务不同称之为勘察人、设计人、施工单位或总承包人，实务中又称之为乙方或承包人。

（2）建设工程合同目前有工程勘察、设计和施工合同三类。这是因为工程建设一般分为三个阶段，即勘察、设计、施工。勘察合同，是建设单位与



勘察人就建设工程所涉及的地理、地质状况的调查研究工作而达成的协议，是处理建设单位与勘察人之间关系的依据。设计合同是建设单位与设计人就工程施工设计工作所达成的协议，一般会存在两个合同，一是初步设计合同，即在工程建设立项阶段，设计方为建设单位的项目决策提供可行性资料的设计工作而与之签订的协议；二是施工设计合同，是指在设计方就具体施工设计工作与建设单位达成的协议。施工合同一般包括土木建筑和设备安装两大内容，所谓土木建筑是指建造主体工程架构的行为，所谓安装设备是指装配与工程有关的线路、管道、设备等设施的行为。

(3) 建设工程合同之标的是建设工程。我国立法对“建设工程”没有作出清晰的界定，理论与实务中都对此存有较大争议。比如对建设工程合同的标的仅限于基本建设工程，还是包括所有“建设工程”，而不仅限于基本建设工程，大多莫衷一是。笔者认为，对我国《合同法》所调整的“建设工程”进行明确界定，是厘清“建设工程合同”适用范围的基础。

（二）建设工程范畴的界定

由于建设工程合同是从承揽合同分离的，因此合同法理论与司法实践对“建设工程合同”的适用范围，看法不一。

1. 理论争议与实务困惑

在我国《合同法》颁布之前，在合同法的理论研究中，我国学者普遍认同苏联民法，将建设工程合同一直都称为基本建设工程合同。^①《合同法》实施之后，虽然立法改采“建设工程合同”这一新的法典用语，但仍有学者认为“建设工程”就是“基本建设工程”。^②只要非所谓建造基本建设项目的一般建设工程合同，都应属于承揽合同，比如个人建造住房合同，即是承揽

^① 参见王家福、谢怀拭、余鑫等：《合同法》，中国社会科学出版社，1986年，第261页；郭明瑞、王轶在其所著的《合同法新论·分则》中认为，建设工程合同的标的仅限于基本建设工程，为完成不构成基本建设工程的一般工程的建设项目而订立的合同，不属于工程建设合同（参见《合同法新论·分则》，中国政法大学出版社，1997年，第238页）。

^② 参见何伯洲：《建设工程合同事务指南》，知识产权出版社，2002年，第1页。

合同，而非建设工程合同。^① 在他们看来，“建设工程合同”只适用于因完成基本建设工程而签订的建设工程合同。在司法实践中，基本的认识是，能称为《合同法》意义上的建设工程，一般须为投资较大、技术复杂的项目，因为无论是《建筑法》还是《合同法》均规定，承包方必须是具有相应资质的建筑企业。对于那些投资小、技术简单的建设工程，因承包人主体资格未严格要求必须为具有相应资质的建筑企业，所以不宜认定为《合同法》上的建设工程，应当按《合同法》有关承揽合同的规定来处理。^② 当然，司法实践中也存在不同的认识，指出我国《合同法》其实并未限定“建设工程”的范围，故只要是因工程建设而签订的勘察、设计、施工合同均应当纳入“建设工程合同”的调整范围，以工程的大小和投资的多寡作为标准来区分建设工程合同与承揽合同是没有任何道理的。

分析上述学者们的不同认识，不难看出，之所以对建设工程合同适用范围存在重大争论，是因为我国《合同法》对“建设工程合同”这一新法典术语缺乏准确界定。我国《合同法》第269条是这样规定的：“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。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”殊不知，本条存在同语反复的问题。根据法学方法论的指引，定义的目的在于准确的确定概念的内涵与外延^③。我国《合同法》将“建设工程”仅仅界定为“承包人进行工程建设”，就是用“工程建设”来限定“建设工程”，造成循环定义。定义的一个基本规则是要尽可能地避免循环定义，虽然实际上不可能对所有的东西进行定义，因为这样必然导致循环定义。故每一个定义都需要有一系列不能再定义的基础概念。^④ 我国《合同法》用“工程建设”来限定“建设工程”，根本未能成功揭示建设工程合同的本质特征，实际上等于没有定义。因为将“工程建设”限定为“建

① 参见谢怀拭：《合同法原理》，法律出版社，2000年，第39、85、465页。

② 参见王建东：《建设工程合同法律制度研究》，中国法制出版社，2004年，第10页。

③ 关于“定义的目的是什么”有四种学说：其一，定义的目的是为了确定本质；其二，定义的目的是为了确定概念；其三，定义的目的是为了规定一个符号的意义，这个符号可以是一个词或一个概念；其四，定义的目的是规定一个符号应在什么意义上使用（参见梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社，2000年，第81页）。本书认为，对建设工程合同的定义，目的是在于确定建设工程合同应该在什么意义上使用，也即建设工程合同的适用范围，而要确定适用范围，就必须概念内涵清楚、外延确定。

④ 参见梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社，2000年，第87页。



设工程合同”一方主体即建设单位行为的基础概念，本身就高度具有模糊性和不确定性，而“工程建设”一词亦非不能再定义的基础概念，有待进一步加以限定。有鉴于此，笔者认为《合同法》对“建设工程合同”的界定有失妥当，这是造成围绕“建设工程合同”的适用范围产生争论的重要原因。

诚然，中华人民共和国成立初期曾全面否定国民政府时期实施的“六法全书”，转而移植苏联的法律制度，并发扬光大。就合同法律制度而言，我国很早就正式确认了作为基本建设合同的勘察、设计和工程承包合同，比如原国家基本建设委员会（现住房与建设部）制定的《建筑安装工程合同试行条例》《勘察设计合同试行条例》，第一次在规范性法律文件中采用了“基本建设合同”这一概念。^① 1982年开始实施的《经济合同法》第18条规定了“建设工程承包合同”，包括勘察、设计、建筑、安装合同。此后，国务院又在1983年制定并发布了《建设工程勘察设计合同条例》《建筑安装工程承包合同条例》，至此建设工程合同已经作为一项独立法律制度而存在。1999年《中华人民共和国合同法》进一步将建设工程合同确定为有名合同，在该法第十六章专门规定了“建设工程合同”，首次将“建设工程合同”概念作为法典用语。遗憾的是，我国合同法走得还不够彻底，因为虽然其将建设工程合同独立于承揽合同单列一章，但仍坚持认为建设工程合同是一种承揽合同，只是存在特殊之处而已。关于这一点，可以从该法第287条之规定推之，“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”我国合同法律制度肯定建设工程合同是特殊类型的承揽合同，理论上均无异议。

结合前文考察，世界上多数国家的立法例，并没有把建设工程合同从承揽合同中分离出来，单独列为有名合同，因此很难找到关于建设工程适用范围的讨论。

前述第一种观点是从我国《合同法》的立法精神出发，指出我国之所以把建设工程合同单独列为有名合同的原因在于基本建设工程对国家和社会有特殊的意义，且对合同双方当事人有严格要求，这是建设工程合同得以独立的原因。^② 而普通的家庭装修、农民个人住房建造等小型工程建设仍应适用

^① 柴振国、何秉群：《合同法研究》，警官教育出版社，2000年，第478页。

^② 何志：《合同法分则判解研究与适用》，人民法院出版社，2002年，第373页。

承揽合同。接受这种观点的学者为数不少，使之俨然成为主流观点。我们必须知道，我国《合同法》对建设工程合同的发包人并未限定，认为建设工程合同只限制在基本建设工程的观点是没有法律依据的。而普通的家庭装修、农民个人房屋建造等小型工程从实质意义上来讲，其实也是“建设工程”，那么如何区分“基本建设工程”和“小型工程”，就成为一个很大的问题。是否仅以工程建设的标的数额来作为判断依据呢？无法否认的是，随着社会经济的发展，普通的家庭装修、农民个人房屋建造等的标的数额动辄上百万，仍然认为它们属于小型工程似有不当。以标的数额大小作为标准来划分适用不同的法律制度，势必会造成司法实践的混乱。前述第二种观点从合同主体是否具备相应资质出发，认为对有资质承包人缔结的合同为建设工程合同，反之为承揽合同，这种看法貌似有一定道理，但是此种观点犯了一个常识性错误，即认为公法主体所从事的行为都是公法行为。前述第三种观点，从我国现行立法逻辑出发，认为《合同法》既然未曾限定“建设工程”的范围，那么“建设工程合同”应适用于一切因“工程建设”而签订的勘察、设计、施工合同。此种认识在很大程度上，确实有利于区分建设工程合同和其他承揽合同，也有利于适用法律的统一，是富有逻辑性的。然而，不管建设工程合同的主体差异、标的数额大小，一概列入建设工程合同调整范围，根本没有考虑到建设工程合同范围之庞大，这种观点不具备现实合理性。

应当在区别两种合同性质的基础上，进一步强调只有符合以下条件才可列入建设工程合同法律制度调整范围：其一，必须经过政府有关职能部门审批，这是国家法律的强制性要求；其二，必须达到一定的标的数额，这是现实的需要。^①

从司法实践角度来看，由于对建设工程合同范畴界定不清，审判工作中的误区也不少。如前所述，在理论研究中主要有两种观点，主流观点认为建设工程合同系特殊的加工承揽合同，两者无本质区别；另一种观点认为建筑工程合同有着显著的特征，已经摆脱加工承揽合同的范畴独立成为合同的一种类型。

^① 有关本问题的讨论请参见本书在研究范围部分的分析。



在审判实务中,关于建设工程合同的范畴也不无疑问。最高人民法院在其权威期刊上发布的山东省烟台新东方商城实业发展有限公司与江苏省镇江市华东化工电力设备厂管辖权争议一案的案例,^①认为建设工程合同与承揽合同区别在于:①合同标的仅限于基本建设工程,即属于不动产项目,主要包括作为基建工程的各类建筑物、地下设施、附属设施的建造,以及对线路、管道、设备进行的安装工程等等;而承揽合同一般都是完成动产项目的合同;②合同的主体受到限制,只能是法人;③合同具有较强的国家管理性,其订立、履行的国家干预色彩较浓;④合同具有要式性,即必须采用书面形式。

作为一个区分承揽合同和建筑工程合同性质的典型案例,一出台就得到了全国法院的广泛关注,但由于错误的归纳区分要素,导致了各地在理解适用上存在极大的偏差。其原因就在于未从双方当事人真实意思表示的合同内容、合同主要义务与合同性质的关联性等内在本质发掘合同性质的认定标准,而只是将两类合同的外部特征简单罗列即作为划分的依据。

上述案例中的理由有其合理的成分,但客观上是缩小了建设工程合同的范围。其一,何谓基本建设工程?此概念是计划经济时代的产物,只有国家投资的、列入国民经济发展计划的、重大影响国计民生的工程项目才是基本建设合同。随着社会经济的变化,此概念的核心内容已经产生了巨大变化,仍以“基本”来限制建设工程,是否表示不属于“基本”的建设工程就不纳入建设工程合同法律制度调整范围呢?此为其局限性之一。其二,将建设工程合同的主体仅限于法人,其认识的切入角度是错误的。难道合伙组织作为发包方建设一栋大楼就不属于建设工程合同的主体?对主体的限制应该包括对其市场准入资格的资质限制,但对于资质的授予主体也应包括自然人,以及因资质级别差异对其参与工程建设的限制。其三,此种认识仍然强调局限于要式性,对建筑工程合同的要式性要求认识不足,未充分考虑建筑工程合同在未有书面合同签订情况下的效力问题。虽然《合同法》明确规定了建筑

① 案例名称:烟台新东方商城实业发展有限公司与江苏省镇江市华东化工电力设备厂管辖权争议
案号:(2000)民终字第76号
审理法院:中华人民共和国最高人民法院
判决日期:2000-12-26

工程合同必须采用书面形式，但是《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1条却将未签订书面合同的建筑工程合同情形排除在无效合同的三种情形之外，从鼓励经济交易的角度，宣布了无书面形式的建筑工程合同同样可以得到司法的认可。

根据最高人民法院关于合同性质的批示中明确的规定，合同性质无法确定的，应当以合同的主要内容、合同履行的主要义务综合因素等考虑合同的性质。因此辨别承揽合同与建筑工程合同的区别主要从以下四个方面着手：

- ①合同的主要权利义务：交付符合定作人要求的承揽成果和获得承揽报酬；
- ②合同标的：承揽行为；
- ③合同的单方意志性：整个承揽行为均贯彻了定作人的意志，定作人可以随时修改、调整承揽指令，并享有法定单方解除合同等权利；
- ④承揽人主体变更的意思自治：承揽人应当自行完成主要工作，但法律并不禁止第三人代为履行义务。

2. 关于建设工程合同的标的物

与承揽合同相比较而言，建设工程合同的标的物具有以下特点：

首先，建设工程标的物具有空间固定性。众所周知，建设工程一经完成，在空间上必为固定，不可移动。因此建设工程的建造必须与当地的气象、工程地质和水文地质等自然条件相适应；建设工程的构造、外观设计、选用的材料及构件，乃至施工方法、施工机械和技术组织措施等方案的选择，都必须因地制宜，结合当地的自然和技术经济条件来考察。承揽合同的标的物，其性质为可移动物，不具有固定性，所以其生产受地区性影响较小。

其次，建设工程标的物具有单体性和使用长期性。因建设工程标的物具有空间固定性，其往往表现为单体性的特征，基本上是独一无二的。任何一项建设工程的标的物，都是根据建设单位的特定要求而专门设计，并在建设单位指定的地点独立建造的，只能谓之“定做”，不能“批量”生产。基于建设工程合同标的物的用途不同，建设工程的设计在总体规划、等级、造型、结构、内容、建筑材料、规模、标准、装饰和附属设施的选用等诸方面也就各有千秋。即使是用途近似的建设工程，按相同标准设计进行建造，其



局部构造、内部结构和施工技术措施等方面也会随建造时间、地质条件和水文情况以及当地气候等自然条件和现有社会经济技术条件的变化而有所不同。由于建设工程的标的物属于不可消耗物，其使用期限往往很长。就承揽合同而言，则不具有这些显著特征。

再次，建设工程标的物之建造具有长期性和程序复杂性。建设工程的建造周期较长，涉及的法律关系较为复杂。建设工程一旦启动，从土地征用、房屋拆迁安置迁、青苗和树木赔偿费、三通一平，到供电增容、规划报建、地质勘探、工程设计、环境影响评价、招标投标、土建施工、设备安装、竣工验收，其法律关系必然表现出复杂性。

从我国现行法律规定来看，“建设工程”一词的使用并不严谨。合同法对此未作清晰界定，相关行政法规与规章同样如此，往往“建设工程”与“建筑工程”交叉使用，不加区分，这已形成法律适用上的混乱状态。从我国合同法理论研究看来，相关论著中也没有对建设工程内涵和外延予以详细阐述，有意无意地回避这一问题。由于立法层面与理论研究的不足，进一步直接影响到司法审判对建设工程合同的正确认定。

具体来看，在法律层面上，我国《建筑法》第2条第2款规定：“本法所称建筑活动，是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”从本条规定分析可知，建筑活动是指房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动，其客体仅为房屋建筑。按此规定，建筑法的适用范围极其有限。按照国内有些学者的介绍，德国巴伐利亚州《建筑法》第1条规定，该法的调整范围涵括了所有建筑设施（包括土地）及建筑材料；其中所谓的建筑设施是指建筑物及地上定着物，该法第2条第1款明确规定建筑设施是指“所有与土地直接相连接，由建筑材料所组成的设施，原则上包含公、私部门的建筑设施”。德国《联邦建筑法》第29条第1款第1项规定同样如此，其所界定的建筑设施是指以长久存在的方法与土地相连的人工设施。^①

在行政法规与规章层面上，国务院于2000年根据《建筑法》的有关规

^① 陈浩文：《涉外建筑法律实务》，法律出版社，2004年，第330-331页。

定分别颁布实施了两项行政法规,即《建设工程质量管理条例》《建设工程勘察设计条例》,调整范围都是“建设工程”。其中,《建设工程质量管理条例》第2条第2款规定:“本条例所称建设工程,是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。”2001年,住房与建设部颁布实施的《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第2条规定:“本办法所称建筑工程是指房屋建筑和市政基础设施工程。本办法所称房屋建筑工程,是指各类房屋建筑及其附属设施和与其配套的线路、管道、设备安装工程及室内外装饰装修工程。本办法所称市政基础设施工程,是指城市道路、公共交通、供水、排水、燃气、热力、园林、环卫、污水处理、垃圾处理、防洪、地下公共设施及附属设施的土建、管道、设备安装工程。”从上述规定分析,建设工程与建筑工程的关系是属种概念,建设工程的外延是覆盖了建筑工程这个概念的。

要准确界定建设工程合同的适用范围,应当着重把握建设工程合同标的物的特殊性。建设工程合同的标的物具有空间固定性、单体性、使用长期性、建造周期长和建造程序复杂等特点,符合我国物权法关于物之分类中的“不动产物”的本质特征。而承揽合同的标的物,一般为动产或其他智力成果。^①因此,宜将我国合同法分则中所谓的“建设工程”限定为“不动产物及其附属设施”,^②建设工程合同限定为不动产物建造合同,有利于理论研究

① 《合同法》第251条规定:“承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作、交付工作成果,定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。”其中,一般承揽合同工作成果的加工物、定作物、复制物一般为动产,而修理的对象可以是动产也可以是不动产,测试、检验等工作成果可以看作是智力成果。

② 建设工程合同意义上的“建设工程”为不动产是毫无疑问的,但由于存在有前述的对建设工程合同适用范围的争论,对因农村住宅建设、家庭装修工程等“建设工程”而签订的承包合同是否适用建设工程合同存在不同观点,而此类“建设工程”也为不动产。故将建设工程合同意义上的“建设工程”界定为不动产,实际上是明确了建设工程合同的适用范围,也即因任何不动产的建造而签订的合同均适用建设工程合同,包括农村住宅建设、家庭装修等工程的建造。但也有人认为,建设工程合同的标的属于动产还是不动产的界限并不总是十分明确,不能一概认为建设工程的标的物为不动产,原因在于在施工的内容是进行工业设备安装时,所安装的设备属于动产。参见李国光主编:《合同法释解与适用(下册)》,新华出版社,第1279页。笔者认为,建设工程合同意义上的“工程建设”,所包含的内容为不动产及其附属设施的建造,设备安装工程的标的为不动产的附属设施。并且,适用建设工程合同的设备安装工程所安装的设备,空间上移动安装设备会影响其价值,具有不动产的属性。