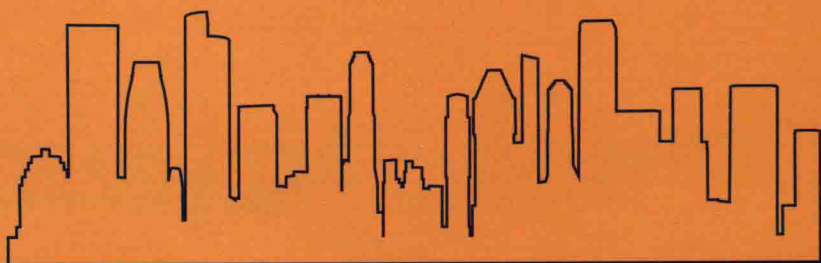


CONSTRUCTION
CONTRACT

建设工程合同

谢华宁◎著



原国家计委顾问

中国经济法研究会副会长

中国国际工程咨询公司副董事长

中国工程咨询协会副会长

徐礼章

倾情推荐

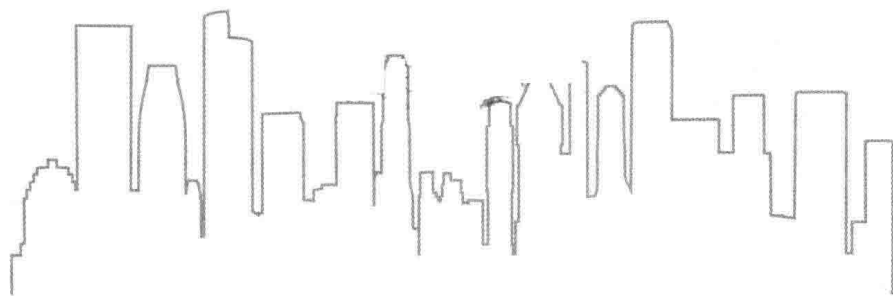


中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

CONSTRUCTION
CONTRACT

建设工程 合同

谢华宁◎著



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

北京

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同 / 谢华宁著.

北京: 中国经济出版社, 2017. 5

ISBN 978 - 7 - 5136 - 4633 - 8

I. ①建… II. ①谢… III. ①建筑工程—经济合同—管理 IV. ①TU723. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 045068 号

责任编辑 师少林

责任印制 巢新强

封面设计 久品轩

出版发行 中国经济出版社

印刷者 北京科信印刷有限公司

经销者 各地新华书店

开本 787mm × 1092mm 1/16

印张 19.5

字数 350 千字

版次 2017 年 5 月第 1 版

印次 2017 年 5 月第 1 次

定价 88.00 元

广告经营许可证 京西工商广字第 8179 号

中国经济出版社 网址 www.economyph.com 社址 北京市西城区百万庄北街 3 号 邮编 100037

本版图书如存在印装质量问题, 请与本社发行中心联系调换(联系电话: 010 - 68330607)

版权所有 盗版必究(举报电话: 010 - 68355416 010 - 68319282)

国家版权局反盗版举报中心(举报电话: 12390)

服务热线: 010 - 88386794

序

这是一份等待了许久的作业。记得那是 1989 年初春的一个下午,我从美国带回了一本《建设合同法律丛书》(《Deskbook of Construction Contract Law》),交由本书作者谢华宁,希望他能与同仁一同学习研究,期待他们能有所收获,并提交相应的成果,但终究未能如愿。时隔多年的今天,谢华宁携《建设工程合同》一书,恳请我为该书作序,心存感慨。无论作者经历了什么,是从中国国际工程咨询公司到中国工程咨询协会的磨砺,还是又从协会到中国政法大学潜心对《合同法》的研究和授课,《建设工程合同》一书就算对我多年前所布置的作业的完成,尽管提交得太迟。

谢华宁曾跟随我多年。在中国国际工程咨询公司时,他作为经济与法律部法律处负责人,曾主持过建设工程相关合同范本的起草工作,并参与了许多重大建设工程项目的评估调研工作;在中国工程咨询协会时是政策研究部处级干部,参与了协会有关政策法规方面的研究工作,其间,于 1992—1993 年在香港美国伟凯律师事务所(White & Case)工作学习,参与了相关国际工程项目法律业务;后来调入中国政法大学任教,讲授《合同法》、《公司法》等商法课程,依旧坚持对建设工程合同方面问题的研究。

本书还是体现了作者的职业背景和风格的。首先从基本概念出发,对建设工程合同在我国的涵义、特征和产生的特定历史背景作了阐述,体现了作者作为大学教师的一种治学严谨的态度,并有助于读者了解有中国特色的建设工程合同内容及管理体制;纵观本书内容结构,对建设工程合同涉及的问题较为全面,这与同类书籍比较,不失为特色之一,对读者全方位地了解建设工程合同内容有很大帮助;在注重涉猎范围全面的同时,也不乏对重点问题的关注和探讨,如对建设工程合同效力方面,从理论到实践都作了较为深入的分析。

建设工程合同是专业性、实践性极强的合同,纯粹的理论分析将使文章的价值大打折扣,作者了解到了建设工程合同的实用性和操作性的重要,在书中大篇幅地对 FIDIC 红皮书和我国九部委颁发的《标准施工招标文件》及《建设工程施工合同(示范文本)》这

三个国际和国内被广泛使用的文本进行了比较分析,这有助于读者在实践中对相关文本的选择使用。

《建设工程合同》一书,是一份完成得不错的作业,也可以说是作者过去和现在的一份工作总结,望对读者能有所裨益。

徐礼章

2017. 3. 15

前言

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)把建设工程合同从承揽合同中独立出来,在《合同法》分则中做专章规定,反映了建设工程合同的特殊性。建设工程合同一般具有合同标的额大、履行周期较长、专业性和技术性强、国家干预多等特征,使得建设工程合同的订立和履行、效力的影响因素等方面与其他合同有很大区别。加之建设工程合同实施过程中涉及的法律关系复杂,导致在理论和实践中,对建设工程合同某些原则和规则存在不同的认识,在该类合同案件的法律适用方面存在较大争议,甚至“同案情不同判决”的现象时有发生。为此,最高法院在 2004 年出台了《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》,该解释的颁布实施,对建设工程施工合同案件的审理起到了指导性作用,解决了一部分理论和实践的问题,但是最高法院的司法解释本身同样也引起了一些新的争议。所以有必要从《合同法》的基本理论出发,结合建设工程的具体实践,对建设工程合同作进一步的探讨研究。

建设工程合同包括工程勘察合同、工程设计合同及工程施工合同三大类。工程勘察合同和工程设计合同涉及的是工程建设的前期工作,在工程建设中起到了基础性的作用,而工程施工合同则是将设计图纸变为满足功能、质量、进度、投资等发包人投资预期目的的建设产品,工程施工合同所涉及的主体更为复杂,履行的时间更长,理论和法律问题争议也较大,所以本书在论述中更多以工程施工合同为主展开,以澄清相关理论问题和法律适用问题。

在建设工程合同的实践中,我们离不开合同的文本。在国际工程承发包活动中,有被誉为“圣经”的 FIDIC 合同条款,特别是其中的《土木工程施工合同条件》(称为“红皮书”)和 1999 年版的《施工合同条件》(称为“新红皮书”)更是运用广泛;在国内,有关建设工程合同的范本是:《标准施工招标文件》(2007 年版)和《建设工程施工合同(示范文本)》(GF—2013—0201),前者为国有资本投资或使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目并通过招投标签订的建设工程合同需强制采用的文本,后者则是几经修改的由住房城乡建设部、国家工商行政管理总局联合制定的示范文本,虽不具有强制使用的性质,但也被广泛采用。在对建设工程合同相关内容进行探讨时,离不开对以上文本的分析,本书重点分析的文本主要是 FIDIC 施工合同条件、《标准施工招标文件》(2007 年版)和《建设工程施工合同(示范文本)》(GF—2013—0201)这三个在国际和国内被广泛使用的文本。

本书的特点在于:

(1)涉及的建设工程合同问题较为全面,同时重点突出。本书从《合同法》的基本理论出发,对建设工程合同,特别是建设工程施工合同的订立、合同的招投标、合同主要条款、合同的履行、合同效力、合同解除及合同争议的解决等问题进行重点探讨;合同效力是《合同法》的核心问题,在建设工程合同实践中合同效力争议也是最大的,所以本书对建设工程合同的效力阐述的篇幅较其他章节大,以期突出本书重点;此外,对建设工程突出的问题如建设工程合同的担保、工程索赔、工程款支付等也专章涉及。

(2)结构合理。每章的第一部分为基础理论阐述,第二部分为所涉问题的实践状况和相关法理分析,第三部分为相关案例解析。

(3)论述力求客观,注重说理。特别是对于争议较大的相关问题,力求对现存的观点逐一进行论述分析,并提出笔者鲜明的意见。

(4)注重案例分析的权威性。本书所引案例大部分为各地高级法院或最高法院发布的权威案例,并对每个案例审判法官的观点进行阐述,并对涉及的相关法律问题做了适当的分析,提出了笔者的观点。

笔者曾经在国内某大型国际工程咨询机构和工程咨询行业协会工作过很长一段时间,在此期间,对国际工程实践中被广泛运用的工程合同范本有较深的接触。后由于个人原因到中国政法大学从事法学教育工作,主要讲授合同法学及商法学,尽管如此,仍然一直关注着建设工程相关法律问题和工程建设领域的发展。其实很早就想对建设工程合同方面做进一步的学习研究,但都因种种原因没有达成此愿。今终下决心,几经努力,最后形成此书。在此,我要感谢我的女儿谢佳鸣,是她在精神上给予我极大支持,让我能够在相当长的一段时间里静下心来收集整理资料并进行分析研究。尽管我本着虔诚之心写作此书,但由于本人的学识和见解的不足,本书一定会存在各种不足甚至错误,还望读者见谅并批评指正。

为了文章的阐述方便,本书对其中经常引用的法律、法规和合同文本简称如下:《中华人民共和国合同法》简称为《合同法》;《中华人民共和国建筑法》简称为《建筑法》;《中华人民共和国招标投标法》简称为《招标投标法》;最高法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》简称为《施工合同司法解释》;FIDIC 1999 年版《施工合同条件》——(用于业主设计的房屋建筑或工程)简称为 FIDIC 施工合同条件;《中华人民共和国标准施工招标文件》简称为《标准施工招标文件》;《建设工程施工合同(示范文本)》(GF—2013—0201)简称为《施工合同示范文本》。

作者联系方式:xiehn@263.net

谢华宁

2017.3.2

目 录

第一章 建设工程合同概述	1
第一节 建设工程合同的概念与特征	1
一、建设工程合同的概念与范围	1
二、建设工程合同的特征	5
三、建设工程合同与承揽合同的关系	9
第二节 建设工程合同的分类	10
一、依工程建设阶段的分类	10
二、按承包方式的分类	12
三、法院民事案件案由的分类	12
四、按承包人所处的地位的分类	14
五、按照承包工程计价方式分类	14
第三节 案例分析	17
第二章 建设工程合同的订立	21
第一节 建设工程合同订立的特点	21
一、建设工程合同订立的程序	21
二、建设工程合同订立的方式	21
三、建设工程合同的缔约主体及其资格	23
第二节 建设工程合同招投标行为的法律性质	25
一、建设工程合同招标的法律性质	25
二、关于中标通知书的法律效力问题	27
三、由中标通知书引发的法律责任问题	30
四、结论	31

第三节 案例分析	32
第三章 建设工程合同条款	36
第一节 建设工程合同条款概述	36
一、建设工程合同条款的特征	37
二、关于交易习惯条款	40
第二节 合同文本中的合同条款	43
一、《标准施工招标文件》中的合同条款	43
二、《建设工程施工合同(示范文本)》中的合同条款	46
第三节 《标准施工招标文件》《建设工程施工合同示范文本》和 FIDIC 99 红皮书 重要条款的比较	50
一、合同条款的适用范围	50
二、合同条款的制定者	51
三、合同文本的选择	52
四、合同条款中工程师的地位	52
五、工期条款	55
六、质量条款	62
第四节 案例分析	68
第四章 建设工程合同的效力	72
第一节 合同效力的基本理论	72
一、合同效力的基本含义	72
二、合同效力相对性原则	76
三、合同关系中的第三人	78
四、第三人履行	80
五、第三人受益合同之建设工程合同	82
六、合同的生效	84
七、违反合同生效要件的法律后果	91
八、效力性强制性规定与管理性强制性规定对合同效力的影响	93
第二节 法律规定应当招标而直接发包的合同效力	94
一、招标投标法律规定及其分析	94
二、案例分析	98

第三节 “四证”对建设工程合同效力的影响	110
一、关于建设用地规划许可和建设工程规划许可的法律规定	110
二、未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证签订的 建设工程施工合同效力	111
三、未办理建设工程开工许可证签订的建设工程施工合同效力	111
四、未取得土地使用权证,签订的建设工程施工合同的效力	112
五、各地法院的审判观点及评析	112
六、案例分析	115
第四节 承包人的资质与建设工程合同的效力	119
一、承包人资质的相关规定	119
二、合同主体未取得相关资质的效力问题	121
三、承包人超越资质签订的建设工程合同的效力分析	121
四、对我国资质管理制度的评价	122
五、案例分析	123
第五节 挂靠与内部承包合同的效力	126
一、挂靠的概念及类型	126
二、挂靠与内部承包	128
三、挂靠合同法律后果的责任承担	128
四、案例分析	130
第六节 “黑白合同”及其效力	137
一、“黑白合同”形成的原因	138
二、“黑白合同”的现状	139
三、“黑白合同”的表现形式	139
四、建设工程合同实质性内容的范围界定	140
五、“黑白合同”的效力	141
六、“黑白合同”与合同变更	142
七、“黑白合同”效力认定存在的问题及完善建议	143
八、案例分析	145
第七节 垫资承包合同的效力	148
一、垫资承包的概念	148
二、垫资承包合同的效力分析	148
三、案例分析	150

第八节 建设工程合同转包的法律效力	152
一、建设工程合同转包的现状分析	152
二、建设工程合同转包的类型	153
三、建设工程合同转包的特征	154
四、建设工程合同转包的效力分析	155
五、案例分析	156
第九节 建设工程合同分包的法律效力	159
一、合法分包与违法分包	159
二、指定分包	161
三、分包合同的责任承担	162
四、案例分析	163
第五章 建设工程合同的履行若干法律问题	166
第一节 建设工程施工项目部的法律地位	166
一、工程项目部的法律地位	166
二、项目经理的职权	167
第二节 工程项目经理的表见代理问题	169
一、工程项目经理授权性质	169
二、代理的类型	169
三、项目经理的行为与表见代理	171
四、相对人无过失且善意之要件的分析	173
五、地方法院对表见代理认定的意见	174
六、案例分析	175
第三节 建设工程实际施工人的若干法律问题	177
一、实际施工人的概念	177
二、实际施工人的界定	178
三、实际施工人权利保护问题	179
四、案例分析	182
第四节 建设工程合同履行抗辩权的行使	186
一、合同履行抗辩权的一般理论	186
二、承包人的抗辩权行使	188
三、发包人的抗辩权行使	189

四、案例分析	190
第五节 建设工程合同情势变更原则的适用	193
一、情势变更的基本理论	193
二、情势变更与相关概念的区别	196
三、建设工程合同中情势变更的类型化分析	198
四、关于各地调价文件与情势变更的关系	200
五、固定价格合同下情势变更原则的适用	202
六、案例分析	203
第六节 建设工程合同的解除	204
一、合同解除的一般理论	204
二、建设工程合同的解除	208
三、案例分析	214
第六章 建设工程合同的担保	220
第一节 建设工程合同的担保制度	220
一、工程保证担保制度	220
二、建设工程担保类型	221
三、合同示范文本关于工程担保的约定	224
四、我国目前工程担保的实践情况	226
第二节 承包人对建设工程价款的优先受偿权	228
一、建设工程价款的优先受偿权的理论	228
二、优先受偿权的性质	230
三、建设工程价款优先受偿权的行使条件	232
四、行使优先权的主体问题	232
五、行使工程价款优先受偿权的几个疑难问题	235
六、案例分析	238
第七章 工程价款决算与支付	242
第一节 工程预付款、进度款的决算与支付	243
一、工程预付款的支付	243
二、工程进度款的支付	244

第二节 工程竣工结算与支付 246

 一、工程竣工结算概述 246

 二、竣工验收和竣工结算关系 247

 三、工程竣工结算款的支付 247

 四、无效建设工程合同的工程款结算与支付 249

 五、工程造价鉴定 250

 六、案例分析 254

第八章 建设工程合同索赔与争议解决 259

 第一节 建设工程合同索赔 259

 一、工程索赔概述 259

 二、索赔产生的成因 261

 三、承包人工程索赔的情形 262

 四、发包人索赔的情形 274

 五、工程索赔的程序 280

 六、案例分析 282

 第二节 建设工程合同争议解决 285

 一、建设工程合同争议的特点 285

 二、建设工程合同争议解决的方式 286

 三、案例分析 293

参考文献 297

第一章 建设工程合同概述

第一节 建设工程合同的概念与特征

一、建设工程合同的概念与范围

英文“Construction Engineering”一般译为“建设工程”，同样也有翻译成“建筑工程”的。建设工程合同采用的是大建筑的概念，Building construction（各种建筑及构筑物合同）、Engineering Construction（大坝、桥梁、高速公路及其咨询服务等合同）以及Industrial Construction（制造及生产车间合同）都属于建设工程合同范畴。^①

建设工程与建筑工程内涵本没有差异，但在我国却因为法律的不统一，人为地把两个相同的概念割裂开来，造成了法律适用的窘境。最为典型的就是合同法与建筑法，分别对建设工程合同和建筑行为进行规范，造成了建设工程与建筑工程概念的人为差异。

我国的《合同法》对建设工程合同进行了专章规定，尽管建设工程合同与承揽合同存在着诸多相似性，但大陆法系一些国家，如德国、日本等，将建设工程合同视为不动产承揽合同。而我国长期以来经济建设、法制等方面受到前苏联的影响，导致后来合同立法时，将建设工程合同独立成为我国十五个有名合同之一。即便现在的《俄罗斯民法》已将建设工程合同与承揽合同合并规定，但我国依旧独树一帜，《合同法》在分则中仍将建设工程合同与承揽合同分别进行规定。

《合同法》第二百六十九条规定：“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。”这个概念虽然简洁，但却引起较大争议。争议的焦点在于，把建设工程合同的标的定义为“工程建设”，而《合同法》和《建筑法》等法律并没有对“工程建设”这一标的的范围作出规定，这就导致对某些合同是否属于建设工程合同存在不同的认识。

我国至今对工程建设还是实行行业管理，能源、水利、交通、住宅建设等领域的工程建设分别归属于相关部门管理，对建设工程没有统一的立法。原全国人大常委会

^① Kelth Collier. construction contracts <3th edition> , Prentice Hall, 2001. PP24

法制工作委员会经济法室主任房维廉在《建筑法条文释义》序言^①中对建筑法适用范围作出解释时,谈到建筑法草案曾对建筑活动定义为“土木建筑工程和建筑范围内的线路、管道、设备安装工程的新建、扩建、改建活动及建筑装修装饰活动”,其中包括了铁路、公路、机场、港口、水库、大坝、电信线路等建设工程在内,而这些工程各有特点,技术上有特殊要求,工程建设也各有其主管部门,本法难以完全适用。所以草案关于适用范围的建议最后没有被采纳。最终《建筑法》第二条第二款规定:“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。”但《建筑法》第八十一条还是为其他建设工程适用《建筑法》留了个通道:“本法关于施工许可、建筑施工企业资质审查和建筑工程发包、承包、禁止转包,以及建筑工程监理、建筑工程安全和管理的规定,适用于其他专业建筑工程的建筑活动,具体办法由国务院规定。”

可见,《建筑法》也主要是对建筑工程活动进行规范,并不能涵盖所有建设工程。

后来国务院根据《建筑法》有关规定,于2000年1月10日制定并颁布《建设工程质量管理条例》,2000年9月25日颁布《建设工程勘察设计条例》,这两个条例所调整的对象却都是“建设工程”。其中《建设工程质量管理条例》第二条第二款规定:“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。”

由此看来,我国由于行业管理的原因,法律法规未能对建设工程的范围予以明确、统一的界定,使得司法实践在法律适用上存在对合同性质认定不一、“同案情不同判决”的现象,并由此造成了不良的社会影响。因此,从理论上和立法方面对建设工程合同形成统一认识,就显得尤为重要。

目前理论上对建设工程范围有以下几种观点:

(1) 我国的建设工程就是指基本建设工程。事实上,基本建设工程不能等同于建设工程,基本建设工程是建设工程的重要组成部分,但不是全部。在改革开放之前,我国实行计划经济,工程建设几乎全部由国家严格按照计划进行,国家严格按照五年计划、年度计划等方式安排国家的工程建设,由此形成了“基本建设”工程的概念,赋予了其特定的含义。国家长期对基本建设工程进行计划管理,颁布了许多行政管理性质的部门规章,形成了严格的基本建设程序和标准,这些程序和标准至今仍对我国基本建设发挥着重要作用。即使在市场经济地位得到确认的今天,基本建设工程依旧是我国建设工程最重要的组成部分,相关的部门规章仍然层出不穷。例如,2011年修订的《国家重点建设项目建设管理办法》中,对国家大中型国家重点建设项目建设作出了规定,其中第二条规定:“本办法所称国家重点建设项目,是指从下列国家大中型基

^① 闫铁流,张桂芹.建筑法条文释义[M].北京:人民法院出版社,1998,6.

本建设项目中确定的对国民经济和社会发展有重大影响的骨干项目：（一）基础设施、基础产业和支柱产业中的大型项目；（二）高科技并能带动行业技术进步的项目；（三）跨地区并对全国经济发展或者区域经济发展有重大影响的项目；（四）对社会发展有重大影响的项目；（五）其他骨干项目。”

改革开放后，我国的经济建设发生了翻天覆地的变化，并逐步确立了市场经济的地位。改革开放至今，民营企业得到空前的发展，民营资本成为我国经济建设不可或缺的部分，民营企业成为工程建设的重要力量。同时，外国资本也参与到了我国工程建设当中。

所以，我国工程建设再也不是从前国有资本“一枝独秀”的时候了，而是处于国有、民营、外国资本并存的时期，因此，基本建设工程已经无法涵盖建设工程的概念了。

但值得注意的是，我国目前有相当多的部门规章，是针对属国家计划建设的基本建设项目的，并不适用于民营、外资投入的建设工程项目，由此形成了建设工程项目管理程序的二元制结构。

（2）有学者认为建设工程是指不动产的建造。持这种观点的人认为，建设工程合同属承揽合同的一种，承揽合同分为动产承揽和不动产承揽，建设工程属不动产承揽。诚然，许多国家的确没有独立的建设工程合同，而是由承揽合同来调整建设工程中的法律关系。大部分的建设工程都具有固定、不可移动性，如建筑物的建造、电力设施建设等，但建设工程绝非仅限于不动产建造，建筑安装、机械制造、船舶建造等在我国都属于建设工程范畴，因而把建设工程的范围界定为不动产建造是不科学的。

（3）有学者把对承包方有资质要求的建设活动界定为建设工程，没有资质要求的界定为承揽工作。笔者认为，这种观点未免以偏概全。尽管我国对从事建设工程的企业和人员有严格的资质要求，而承揽合同没有类似要求，但仅以此作为区分建设工程合同和承揽合同的唯一标准并不合适，笔者认为还应当根据合同标的的复杂性、技术性和专业性等特点一并综合判断认定。

关于建设工程合同的适用范围，还有两个相关问题需要统一认识和立法明确确定：

第一、农村农民自建住宅合同是否属于建设工程合同。对此，实践中存在不同认识。第一种观点认为，根据《建筑法》第八十三条明确规定：“农民自建低层住宅的建筑活动，不适用《建筑法》”；《村庄与集镇规划建设管理条例》第二十一条规定：“在村庄、集镇规划区内，凡建筑跨度、跨径或者高度超出规定范围的乡（镇）村企业、乡（镇）村公共设施和公益事业的建筑工程，以及二层（含二层）以上的住宅，必须由取得相应的设计资质证书的单位进行设计，或者选用通用设计、标准设计。”由此推出，农民自建二层以下住宅建设，不属于《建筑法》调整范畴，所订合同不是工程建设合同。有些法院，如江西高院在2005年的会议纪要中明确表示，农村农民自建住宅

不属于《村镇与集镇规划建设管理条例》第二十一条规定的建筑工程，均按照承揽合同的有关规定处理。再如某法院在有关案件的裁判要旨中阐述到：“农村建房是比较简单的建筑活动，它无需经过严格的规划、勘察、设计等工作，而且大多数建房工程的发包方和承包方均为个人，这与建设施工合同规定的大型、复杂的土木工程建筑有明显的区别。本案中，涉案工程是甲某带领的建筑施工队按照房主的各项要求完成建房工作，向房主交付房屋并由房主支付一定报酬的行为，其各项特征均符合承揽合同的特征。同时，《中华人民共和国建筑法》第八十三条第三款规定：‘抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法’，故该案合同性质应认定为承揽合同”。^①

持该观点的人还认为，根据承揽合同的概念和特征，农村建房是建房施工队按房主的各种具体要求完成建房工作，向房主交付房屋并由房主支付一定报酬的行为，其各项特征均符合承揽合同的特征。同时，农村建房是比较简单的建筑活动，它无需经过严格的规划、勘察、设计等工作，而且大多数建房工程都是包工不包料的劳务工程，这与建设施工合同规范的大型、复杂的土木工程建筑工程是有明显区别的。最后，农村建房合同中的发包方和承包方均为个人，从合同的权利义务来看，将农村建房合同定性为承揽合同更有利于保护合同双方当事人的权利。^②

第二种观点认为属于建设工程合同。持这种观点的人认为，对于认定为建设施工合同纠纷，首先，从立法的角度来看，因建设工程的特殊性和安全性要求，立法将建设工程施工合同从承揽合同中独立出来，并制定专门的法律规定予以完善规范，以维护建筑市场的秩序和保证建设工程的质量。因此，农村的建房合同列为建设工程施工合同是与立法本意相符的。其次，从农村建房的特点来看，虽然表面上是施工队提供劳务为房主建房，实际上施工队不仅提供了劳务，而且利用自己的设备和技术，按房主提供的设计图纸或相关要求施工，最后交付劳动成果。因此，农村建房已经是一个完整的小工程建设，应认定为建设工程施工合同^③。

笔者认为，对于农民自建住宅的建筑活动是否属于建设工程合同调整范畴，应根据《建筑法》第二条规定来认定。《建筑法》第八十三条第三款规定：“农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”何为“农民自建低层住宅”？根据建设部〔2004〕216号《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》第三条第（三）项规定“农民自建低层住宅”是指农民自建的两层（含两层）以下的住宅。因此农民自建两层（含两层）以下的住宅活动不适用《建筑法》，应定为承揽合同。反之，建盖三层（含三层）以上房屋的，属于建设工程合同调整范畴，则应适用《建筑法》。这也与建

^①<http://tadpfy.sdccourt.gov.cn/tadpfy/369377/369389/1388950/index.html>，于2016年12月15日访问。

^{②③}武晨：“对于农村建房合同纠纷案由的法律认识”，载于<http://sxfpy.chinacourt.org/public/detail.php?id=1159>，访问于2016年12月16日。