

“一带一路” 营商环境法治保障系列

赵旭东 总主编

中国工程承包法律制度

刘亚天 主编 翟慧萍 副主编

● 总序

习近平总书记在2013年提出建设“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的构想，五年多来，在各参与方的共同努力下，“一带一路”倡议从理念转化为行动，从愿景转变为现实，构建起了各自优势互补、彼此互联互通的国际合作平台。

党的十九大报告指出，要以“一带一路”建设为重点，坚持“引进来”和“走出去”并重，加强创新能力开放合作，形成陆海内外联动、东西双向互济的开放格局。同时，党的十九大通过修改的党章明确指出：遵循共商共建共享原则，推进“一带一路”建设。推进“一带一路”建设写入党章，必将为新时代共建“一带一路”，共建人类命运共同体进一步指明方向，注入强劲动力。

随着我国“一带一路”建设的深入推进，营造互信互通的法治营商环境，为投资贸易合作方提供全面周到的法律支持，切实维护中外当事人的合法权益便提上了日程。因此，为了增进“一带一路”建设沿线各国的彼此沟通，积极建立成员方统一认知和公正高效的司法保障体系，切实保障“一带一路”建设成果的不断扩大，我们推出了《“一带一路”营商环境法治保障系列》图书。

本系列图书构建了“一带一路”法治保障服务体系，主要介绍了投资贸易、产业合作、公正司法、纠纷解决、劳工保护等领域的法律制度，从而以保护中外当事人合法权益，维护公平竞争、诚实守信、和谐共赢的区域合作大环境。本系列图书体例科学，通俗易懂，旨在加强中国与“一带一路”沿线国家的“政策沟通”和“法治互信”，通过向国际社会展示我国法律制度的建设成就，以此提升我国法律的国际影响力。

《“一带一路”营商环境法治保障系列》图书作为“一带一路”建设的法治保障参考适用读物，旨在为沿线各国加强法律制度的交流互鉴，旨在全面落实我国“一带一路”建设的任务要求，全面构建“一带一路”建设中的法治保障体系，以便全球共享“一带一路”的建设成果。

赵旭东*
2019年8月

* 赵旭东，中国法学会商法学研究会会长，中国政法大学教授。

目 录

第一章 工程承包与招标投标概述	001
第一节 工程承包概述	001
一、工程承包的内容	001
二、工程承包的方式	002
三、承包人与发包人的资质管理	004
四、国际工程承包	006
五、工程承包合同	007
第二节 总承包、分包与共同承包	011
一、总承包	012
二、工程分包	013
三、工程共同承包	014
第三节 转包与违法分包	016
一、转包	016
二、违法分包	017
三、劳务分包	018
四、转包、违法分包的法律责任	019
五、挂靠	021
第四节 招标投标概述	024
一、招标投标的主要法律文件	025
二、招标投标的基本原则	025
三、对招标投标活动的监督	027
四、招标投标范围	027
五、总承包招标和阶段招标	030
六、招标投标的交易场所	031

七、招标投标程序	031
第二章 工程的招标投标	035
第一节 工程承包招标	035
一、招标人	036
二、招标人的权利义务	036
三、招标方式	038
四、招标的组织形式	039
五、招标程序	041
六、招标终止	050
七、招标活动中的禁止行为	051
第二节 工程承包投标	054
一、投标人及条件	055
二、联合体投标	056
三、投标文件及程序	056
四、投标活动的禁止行为	060
第三节 工程承包的开标、评标和中标	064
一、开标	064
二、评标	067
三、中标	069
四、开标、评标、中标活动的禁止行为	071
第四节 电子招标投标活动	074
一、电子招标投标活动概述	074
二、电子招标投标交易平台	075
三、电子招标	076
四、电子投标	077
五、电子开标、评标和中标	078
六、信息共享与公共服务	079
七、电子招标投标活动的监督管理	081
八、法律责任	082

第三章 工程招标投标活动的无效行为及法律责任	086
第一节 工程招标投标活动的无效行为	086
一、招标无效	087
二、投标无效	088
三、评标无效	089
四、中标无效	090
第二节 工程招标投标活动的异议与投诉	092
一、关于异议的规定	093
二、关于投诉的规定	093
第三节 工程招标投标活动违法行为的法律责任	095
一、招标人违法行为应承担的法律责任	095
二、招标代理机构违法行为应承担的法律责任	097
三、评标委员会成员违法行为应承担的法律责任	098
四、投标人违法行为应承担的法律责任	099
五、中标人违法行为应承担的法律责任	100
六、其他法律责任	102
第四章 建设工程的招标投标	106
第一节 工程建设项目勘察设计的招标投标	106
一、工程建设项目勘察设计的招标	106
二、工程建设项目勘察设计的投标	109
三、工程建设项目勘察设计的开标、评标和中标	110
第二节 工程施工项目的招标投标	114
一、工程施工项目的招标	115
二、工程施工项目的投标	119
三、工程施工项目的开标、评标和定标	120
第五章 建设工程合同	125
第一节 建设工程合同概述	125
一、建设工程合同的特点	125

二、建设工程合同的种类	126
三、发包人和承包人的权利义务	128
四、建设工程合同的效力	129
第二节 建设工程勘察合同	133
一、《示范文本》的组成	134
二、《示范文本》的性质和适用范围	135
三、合同当事人主要权利义务	135
四、合同生效、终止与解除	137
五、违约责任	138
六、索赔	139
第三节 建设工程设计合同	142
一、《示范文本》的组成	143
二、《示范文本》的性质和适用范围	144
三、合同当事人主要权利义务	144
四、工程设计文件的交付与审查	147
五、合同价款与支付	148
六、违约责任	150
七、合同的解除	151
第四节 建设工程施工合同	153
一、建设工程施工合同的主要内容	154
二、建设工程施工合同无效的认定及处理	155
三、建设工程施工合同的解除	156
四、建设工程施工合同的工程质量	157
五、建设工程施工合同的价款结算	158
六、建设工程施工合同争议解决	159
第五节 建设工程委托监理合同	162
一、工程监理范围	163
二、工程委托监理合同内容	164
三、工程监理单位的义务和责任	165
第六节 建设工程合同的工程质量	166
一、建设单位的质量责任和义务	167

二、勘察、设计单位的质量责任和义务	169
三、施工单位的质量责任和义务	170
四、工程监理单位的质量责任和义务	171
五、建设工程质量保修	171
六、建设工程质量的监督管理	172
七、建设工程质量的法律责任	174
第七节 建设工程合同的工程价款	180
一、合同价款的确定	180
二、合同价款的调整	181
三、工程价款的支付和竣工结算	183
四、工程价款结算争议	185
第八节 建设工程合同的工程期限	187
一、工期	188
二、暂停施工	188
三、工期顺延	189

工程承包与招标投标概述

第一节 工程承包概述

【规则要点】

工程承发包也称为工程招标承包制，是承发包通过招标、投标程序建立工程发包人与承包人之间发包与承包的关系。招标是发包人的活动，投标是承包人的活动。

在中国，按照不同的标准划分，有不同的工程承包方式。如按工程承包范围划分的承包方式，可分为建设全过程承包、阶段承包、专项承包和“建造—经营—转让”承包；按承包者所处地位划分，可分为总承包、分承包、独立承包、联合承包、直接承包等；按承包单位获得任务的不同途径，可分为投标竞争、委托承包以及获得承包任务的其他途径；按合同类型和计价方法划分，则有固定总价合同、按量计价合同、单价合同等方式。

工程发包人和承包人都应当具备中国法律要求的资质。国际工程承包与国内工程承包的区别主要有：（1）适用法律不同；（2）是否设置标底不同；（3）政府在非政府投资项目中的作用不同。

【理解与适用】

一、工程承包的内容

工程承发包也称为工程招标承包制，主体为发包人和承包人。承发包

通过招标、投标程序建立工程发包人与承包人之间发包与承包的关系。招标是发包人的活动，投标是承包人的活动。

工程承发包是一种商业交易行为，主体为发包人和承包人。承包人负责为发包人完成某项工作、供应某些货物或者提供某项服务，并按照一定的价格取得一定报酬的一种交易。

工程承发包也称为工程招标承包制，工程承发包通过招标、投标程序建立工程发包人与承包人之间发包与承包的关系。招标是发包人的活动，投标是承包人的活动。

因此，工程承包是工程建设项目的发包人通过招标的程序和方式吸引承包人竞争，并从中择优选择承包人，来完成工程建设项目任务的法律行为。

根据《中华人民共和国招标投标法》第3条的规定，工程建设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。所谓工程建设项目是指工程建设以及与工程建设有关的货物、服务。招标的工程建设项目是指建筑工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等。与工程建设有关的货物是指构成工程不可分割的组成部分，且为实现工程基本功能所必需的设备、材料等。与工程建设有关的服务是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。

二、工程承包的方式

在中国，按照不同的标准划分，有不同的工程承包方式。

按工程承包范围划分的承包方式，主要有建设全过程承包、阶段承包、专项承包和“建造—经营—转让”承包；按承包者所处地位划分，主要分为总承包、分承包、独立承包、联合承包、直接承包等；按承包单位获得任务的不同途径，主要分为投标竞争、委托承包以及获得承包任务的其他途径；按合同类型和计价方法划分，则有固定总价合同、按量计价合同、单价合同等方式。

工程承包方式是工程发包人与承包人二者之间工程承包的形式。按照不同的标准划分，有不同的工程承包方式。

（一）按承包范围划分

按工程承包范围划分的承包方式，主要有建设全过程承包、阶段承

包、专项承包和“建造—经营—转让”承包。

建设全过程承包也叫“统包”，或“一揽子承包”，即通常所说的“交钥匙”。

阶段承包的内容是建设过程中某一阶段或某些阶段的工作。在施工阶段，还可依承包内容的不同，细分为包工包料、包工部分包料、包工不包料三种方式。

专项承包的内容是某一建设阶段中的某一专门项目，由于专业性较强，多由有关的专业承包单位承包，故称专业承包。

“建造—经营—转让”承包，即建造—经营—转让英文（build-operate-transfer）的缩写。使用这种承包方式的项目一般是大型公共工程和基础设施，如隧道、港口、高速公路、电厂等。

（二）按承包者所处地位划分

在工程承包中，一个项目上往往有多个承包人。这种情况下，承包方式有以下几种。

一是总承包。

工程总承包，是指从事工程总承包的单位按照与建设单位签订的合同，对工程项目的设计、采购、施工等实行全过程或者若干阶段承包，并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责。

二是分承包。

分承包简称分包，是相对总承包而言的。国际上通行的分包方式主要有两种：一种是由建设单位指定分包单位，与总包单位签订分包合同；另一种是由总包单位自行选择分包单位签订分包合同。

三是独立承包。

独立承包是指承包单位依靠自身的力量完成承包任务，而不实行分包的承包方式。通常仅适用于规模较小、技术要求比较简单的工程以及修缮工程。

四是联合承包。

联合承包是相对于独立承包而言的承包方式，即由两个以上承包单位组成联合体承包一项工程任务，由参加联合的各单位推定代表统一与建设单位签订合同，共同对建设单位负责，并协调它们之间的关系。

五是直接承包。

直接承包就是在同一工程项目上，不同的承包单位分别与建设单位签

订承包合同，各自直接对建设单位负责。各承包商之间不存在总分包关系，现场上的协调工作可由建设单位自己去做，或委托一个承包商牵头去做，也可聘请专门的项目经理来管理。

（三）按获得承包任务的途径划分

根据承包单位获得任务的不同途径，中国目前的承包方式可划分为三种。

一是投标竞争。

通过投标竞争，优胜者获得工程任务，与建设单位签订承包合同。这是国际上通行的获得承包任务的主要方式。

二是委托承包。

委托承包是指不须经过投标竞争，而由建设单位与承包单位协商，签订委托其承包某项工程任务的合同。

三是获得承包任务的其他途径。

对于不适宜进行招标的项目，可以视不同情况，由政府主管部门以行政命令指派适当的单位执行承包任务，或由主管部门授权项目主办单位或与适当的承包单位协商，将项目委托其承包。

（四）按合同类型和计价方法划分

工程项目的条件和承包内容的不同，往往要求不同类型的合同和包价计算方法。因此，在实践中，合同类型和计价方法就成为划分承包方式的重要依据。此种承包方式主要有固定总价合同、按量计价合同、单价合同等方式。

三、承包人与发包人的资质管理

工程发包人和承包人都应当具备中国法律要求的资质。承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。建筑业企业资质分为施工总承包资质、专业承包资质、施工劳务资质三个序列。

（一）工程发包人应具备的资质

工程项目的发包人是法人、依法成立的其他组织或公民个人，并有与发包项目相适应的技术和经济管理人员；自行招标的，应当具有编制招标文件组织开标、评标、决标的能力。不具有这些人员和能力的，必须委托

具有相应资质的建筑监理或咨询单位代理。

（二）工程承包人应具备的资质

我国建筑法规定，承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。

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）符合国家规定的注册资本；（2）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。

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。

建筑业企业资质分为施工总承包资质、专业承包资质、施工劳务资质 3 个序列。

施工总承包序列设有 12 个类别，分别是：建筑工程施工总承包、公路工程施工总承包、铁路工程施工总承包、港口与航道工程施工总承包、水利水电工程施工总承包、电力工程施工总承包、矿山工程施工总承包、冶金工程施工总承包、石油化工工程施工总承包、市政公用工程施工总承包、通信工程施工总承包、机电工程施工总承包。

专业承包序列设有 36 个类别，分别是：地基基础工程专业承包、起重设备安装工程专业承包、预拌混凝土工程专业承包、电子与智能化工程专业承包、消防设施工程专业承包、防水防腐保温工程专业承包、桥梁工程专业承包、隧道工程专业承包、钢结构工程专业承包、模板脚手架工程专业承包、建筑装修装饰工程专业承包、建筑机电安装工程专业承包、建筑幕墙工程专业承包、古建筑工程专业承包、城市及道路照明工程专业承包、公路路面工程专业承包、公路路基工程专业承包、公路交通工程专业承包、铁路电务工程专业承包、铁路铺轨架梁工程专业承包、铁路电气化工程专业承包、机场场道工程专业承包、民航空管工程及机场弱

电系统工程专业承包、机场目视助航工程专业承包、港口与海岸工程专业承包、航道工程专业承包、通航建筑物工程专业承包、港航设备安装及水上交管工程专业承包、水工金属结构制作与安装工程专业承包、水利水电机电安装工程专业承包、河湖整治工程专业承包、输变电工程专业承包、核工程专业承包、海洋石油工程专业承包、环保工程专业承包、特种工程专业承包。

施工劳务企业资质标准不分类别和等级。

四、国际工程承包

国际工程承包是承包人在国际承包市场上通过投标、接受委托或其他途径承揽国际组织、外国政府或私人业主等发包人的工程建设项目、物资采购及其他方面的承包业务。国际工程承包与国内工程承包的区别主要有：(1) 适用法律不同；(2) 是否设置标底不同；(3) 政府在非政府投资项目中的作用不同。

国际工程承包的主要业务有建筑项目的咨询、可行性研究、项目地址选择、勘测和动力的提供；工程施工、设备安装和调试；人员培训；项目建成后的生产组织和指导；专项物资采购和各类经营管理等活动。

国际工程承包是一种综合性的国际交易活动，具有交易内容和程序复杂、工程营建时间长、风险大、受政府的支持和影响大、承包涉及面广、履约具有连续性等特点。

采用招标投标程序的国际工程，需要发包人通过国内和新闻媒体的发布招标信息，有兴趣的投标人参与投标竞争，通过评标比较确定中标人。在中国境内的工程建设项目，也有采用国际工程招标投标方式的。一般有以下两种情况：一是使用中国自有资金的工程建设项目，但是希望工程项目达到目前国际的先进水平；二是由于工程项目建设的资金使用国际金融组织或外国政府贷款，必须遵循贷款协议中用国际工程招标投标方式选择中标人的规定。

国际工程承包最终确定承包人后，则需要签订国际工程承包合同。

国际工程承包合同的主体一方或双方是外国人，其标的是特定的工程项目，如道路建设，油田、矿井的开发，水利设施建设等。合同内容是双方当事人依据有关国家的法律和国际惯例并依据特定的为世界各国所承认

的国际工程招标投标程序，确立的为完成本项特定工程的双方当事人之间的权利义务。

国际工程承包与国内工程承包有较大区别。

其一，适用法律有区别。

国内工程承包，应当适用《中华人民共和国招标投标法》的有关规定，而国际工程承包，没有独立的招标和投标制度，只有政府采购方面的强制性规定。

其二，是否设置标底不同。

国内建设工程的招标投标一般都是设置标底的。国际建设工程招标投标并没有实际意义上的标底。

其三，政府在非政府投资项目中的作用不同。

在非政府投资项目上，国内评标由招标人依法组建的评标委员会负责。而国际上，政府对非政府投资项目的招标是不进行干预的。

五、工程承包合同

工程承包合同是承包人依约定完成工程，发包人按约定验收工程并支付酬金的合同。中国工程承包通常采用招投标方式来确定承包人。招投标活动完成后，招标人和中标人应当依法签订书面合同。签订书面合同后，招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

（一）工程承包合同与招标投标的关系

中国工程承包通常采用招投标方式来确定承包人。投标人中标后，应当按照招标文件的要求和在投标文件中的承诺，与招标人签订合同，履行合同约定的义务，完成所中标的工程项目。据此签订的合同即为工程承包合同。可见，工程承包合同就是承包人依约定完成工程，发包人按约定验收工程并支付酬金的合同。

根据《中华人民共和国招标投标法实施条例》第57条的规定，招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

（二）工程承包合同的分类

工程承包合同按照不同的标准划分，可以有不同的分类。

以合同主体为标准，可以分为国内工程合同与国际工程合同。国内工程承包合同，是指合同双方都属于同一国的建设工程合同。

以承发包方式为标准，可以分为勘察设计或施工总承包合同、单位工程承包合同、工程项目总承包合同、BOT合同（特许权协议）。

以承包工程计价方式为标准，可以分为总价合同、单价合同、成本加酬金合同。单价合同又分为：估计工程量单价合同、纯单价合同、单价与包干混合合同等。

以工程建设阶段划分，可以分为工程勘察合同、工程设计合同、工程施工合同。

另外，与建设工程有关的其他合同一般有：建设工程委托监理合同、建设工程物资采购合同、建设工程保险合同、建设工程担保合同等。

（三）工程承包的禁止行为

中标人不得向他人转让中标项目，不得将中标项目肢解后分别向他人转让。中标人按照合同约定或者经招标人同意，可以将中标项目的部分非主体、非关键性工作分包给他人完成。接受分包的人应当具备相应的资格条件，并不得再次分包。

招标投标法规定，中标人将中标项目转让给他人的，将中标项目肢解后分别转让给他人的，违反规定将中标项目的部分主体、关键性工作分包给他人的，或者分包人再次分包的，转让、分包无效，处转让、分包项目金额5‰以上10‰以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；可以责令停业整顿；情节严重的，由工商行政管理机关（现为市场监督管理机关）吊销营业执照。

另外，建筑法规定：提倡对建筑工程实行总承包，禁止将建筑工程肢解发包。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。

【风险提示】

在工程承包中，中国法律禁止的行为有：将建筑工程肢解发包；建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程；承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人；承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人；总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位；分包单位将其承包的工程再分包等。

在中国，承包人在决定采用相应的承包方式时，应当注意不同的承包方式的条件和要求，以免导致违反中国法律而承担相应的法律责任。

承包人须持有依法取得的资质证书，并在资质等级许可的业务范围内承揽工程。不具备资质条件的单位不允许承包建设工程，也不得承接分包工程。并且，中国法律严禁个人承揽分包工程业务。

国际工程承包要求投标人员具有丰富的经验，并且熟悉国际工程施工和招标投标的规范和操作程序，只有这样，才能参与激烈的国际工程承包市场的竞争。

【相关案例】

案例 1 某建筑公司违法分包案

某建筑公司将其承建的某房地产项目的劳务作业分包给不具有相应资质的个人张某，张某又将项目的部分楼宇分包给也不具有资质的刘某。本案中，不管是某建筑公司将劳务作业分包给张某，还是张某把部分作业分包给刘某，都属于违法分包。《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》中规定，建筑业企业资质中，不管是施工总承包资质，还是专业承包资质，或者施工劳务资质，都是针对企业，个人是不可能申办建筑业企业资质的。