



# 建设工程 施工合同纠纷案件 审判实务

---

林 一 / 主编

---

Trial Practice on the Contract Cases  
of  
Construction Projects



 法律出版社  
LAW PRESS CHINA

# 版权信息

本书纸版由法律出版社于2015年5月出版

作者授权法律出版社（Publishing House of law）于合同有效期内在中国大陆、中国香港、中国台湾、中国澳门、其他地区、全世界范围以电子书出版物形式、手机出版物形式、网络产品形式（含对作品的注释改编、整理、汇编）出版发行上述作品的中文简体本、中文繁体本、英文本以及其他文字本。

版权所有，侵权必究

书名：建设工程施工合同纠纷案件审判实务

著者：林一主编

# 目录

## 导论

### 第一节 建设工程合同纠纷案件基本情况

#### 一、建设工程合同纠纷案件的类型

### 第二节 建设工程合同纠纷案件的管辖

#### 一、民诉法司法解释实施前的管辖情况

#### 二、民诉法司法解释实施后适用专属管辖原则

#### 三、关于建设工程合同仲裁协议和相关问题

### 第三节 审理建设工程纠纷案件适用的规范

#### 一、规范建设工程活动的基本法律

#### 二、规范建筑市场秩序的相关法律法规

#### 三、规范发包方与承包方相互之间民事权利义务关系的法律法规和司法

## 解释

## 第一章 建设工程施工合同一般原理

### 第一节 概述

#### 一、建设工程施工合同的概念

#### 二、建设工程施工合同的特征

### 第二节 建设工程施工合同主体

#### 一、发包人

#### 二、承包人

### 第三节 建设工程施工合同履行中涉及的其他主体

一、项目经理

二、监理人

三、专业承包人

四、劳务分包人

第四节 合同主体的主要权利义务

一、发包人的义务

二、承包人的义务

三、项目经理的义务

四、监理人的义务

五、专业承包人的义务

六、劳务分包人的义务

第二章 建设工程施工合同的效力

第一节 效力认定的基本原则

一、依法认定原则

二、质量第一原则

三、规范建筑市场秩序原则

四、慎用无效原则

第二节 内部承包

一、内部承包的认定

二、内部承包与借用资质及转包、分包的区别

三、内部承包合同的效力

第三节 建设工程转包及劳务分包

一、工程转包

二、劳务分包

#### 第四节 违法转包、分包

##### 一、违法转包的基本原理

##### 二、违法分包的基本原理

#### 第五节 借用资质（挂靠）

##### 一、借用资质（挂靠）的概念及表现形式

##### 二、借用资质（挂靠）的效力

##### 三、借用资质（挂靠）的法律责任

#### 第六节 黑白合同（阴阳合同）

##### 一、黑白合同的概念及特征

##### 二、黑白合同的性质及效力

##### 三、黑白合同的认定

### 第三章 建设工程施工合同的变更

#### 第一节 建设工程施工合同变更概要

##### 一、合同变更的概念

##### 二、合同变更的法律要件

##### 三、合同变更的法律后果

#### 第二节 签证联系单、会议纪要等的性质和认定

##### 一、概念

##### 二、签证程序和法律后果

##### 三、签证效力的认定

#### 第三节 情势变更与商业风险

##### 一、概念

##### 二、适用要件

##### 三、情势变更与商业风险的区别

#### [四、情势变更原则的适用](#)

#### [五、情势变更原则适用的法律后果](#)

### [第四章 建设工程施工合同的履行概述](#)

#### [第一节 建设工程施工合同履行的基本原则](#)

#### [第二节 工期](#)

##### [一、开工日期和竣工日期的认定](#)

##### [二、工期延误和工期顺延](#)

##### [三、工期索赔](#)

##### [四、工期纠纷中举证责任的分配及证明标准](#)

#### [第三节 工程进度款](#)

##### [一、概念](#)

##### [二、支付条件](#)

### [第五章 建设工程价款](#)

#### [第一节 竣工结算流程](#)

##### [一、工程竣工结算的概念](#)

##### [二、工程竣工结算的内容](#)

#### [第二节 无效合同的工程价款结算](#)

##### [一、无效建设工程施工合同处理的一般原则](#)

##### [二、司法解释 注释6“参照合同约定支付工程价款”规定的适用](#)

##### [三、施工合同无效且工程经竣工验收不合格的处理](#)

#### [第三节 固定总价、单价的工程款的结算](#)

##### [一、固定价结算的原则](#)

##### [二、固定价结算在审判实践中的常见问题](#)

#### [第四节 黑白合同的结算问题](#)

## [一、审判实践中对司法解释第二十一条的不同理解](#)

## [二、我们对黑白合同结算依据的观点](#)

# [第六章 建设工程质量](#)

## [第一节 建设工程质量的认定](#)

### [一、工程质量的国家标准和行业标准](#)

### [二、工程质量责任](#)

### [三、工程质量监督管理](#)

### [四、工程质量体系认证](#)

### [五、工程竣工验收](#)

### [六、工程质量责任的诉讼时效](#)

## [第二节 建设工程质量保修制度](#)

### [一、保修的范围及期限](#)

### [二、最低保修期限](#)

### [三、保修期的起算](#)

### [四、保修期内质量责任的承担](#)

### [五、保修责任的免除](#)

### [六、质量保证金](#)

## [第三节 地基基础工程、主体结构工程的规定](#)

# [第七章 建设工程施工合同的违约责任](#)

## [第一节 概述](#)

### [一、违约责任的概念](#)

### [二、违约责任的形式](#)

## [第二节 违约的情形](#)

### [一、发包人的违约情形](#)

## 二、承包人的违约情形

### 第三节 违约金与利息

#### 一、违约金

#### 二、工程款利息

### 第四节 违约金的调整

#### 一、违约金过高的认定标准

#### 二、违约金调整的考量因素

#### 三、违约金调整的举证责任分配

#### 四、违约金调整的释明

### 第五节 违约责任的免除

#### 一、不可抗力

#### 二、免责条款

## 第八章 建设工程施工合同的终止和解除

### 第一节 概述

#### 一、终止和解除的概念及特征

#### 二、合同解除的类型

### 第二节 终止和解除条件成就的认定

#### 一、发包人行使合同解除权的条件

#### 二、承包人行使合同解除权的条件

### 第三节 终止和解除的法律后果

#### 一、对已经完成的质量合格的建设工程折价补偿

#### 二、承担违约责任

## 第九章 建设工程价款优先受偿权

### 第一节 建设工程价款优先受偿权的概念

## 一、建设工程价款优先受偿权的立法渊源

## 二、建设工程价款优先受偿权的法律性质

## 三、承包人放弃建设工程价款优先受偿权的效力

### 第二节 建设工程价款优先受偿权的主体

#### 一、勘察人、设计人、监理人是否享有优先受偿权

#### 二、分包人、实际施工人是否享有优先受偿权

#### 三、装饰装修工程承包人是否享有优先受偿权

### 第三节 建设工程价款优先受偿权的客体

#### 一、建设工程价款优先受偿权客体是否包括建设用地使用权价值部分

#### 二、建设工程价款优先受偿权客体是否包括未竣工的建设工程

#### 三、建设工程价款优先受偿权客体中哪些属于“不宜折价、拍卖的工程”

#### 四、建设工程价款优先受偿权所担保的债权范围

### 第四节 建设工程价款优先受偿权的行使

#### 一、建设工程价款优先受偿权的行使是否以催告为前置条件

#### 二、建设工程价款优先受偿权的行使方式

#### 三、建设工程价款优先受偿权与商品房买受人权利冲突的问题

#### 四、建设工程价款优先受偿权在司法程序中如何实现

### 第五节 建设工程价款优先受偿权的行使期限

#### 一、在工程竣工的情况下，建设工程价款优先受偿权行使期限如何计算

#### 二、在工程未竣工的情况下，建设工程价款优先受偿权行使期限如何计算

#### 三、对建设工程价款优先受偿权6个月行使期限的反思

## 第十章 工程量、工程造价和工程质量的鉴定

### 第一节 鉴定的启动

## [一、鉴定的提出](#)

## [二、鉴定的委托](#)

## [三、鉴定的流程](#)

### [第二节 鉴定材料的审查](#)

#### [一、鉴定材料的范围](#)

#### [二、鉴定材料的证据交换](#)

#### [三、当事人存在合同争议时的有关鉴定问题](#)

### [第三节 鉴定意见的审查、认定](#)

#### [一、关于鉴定意见](#)

#### [二、鉴定意见的质证](#)

#### [三、关于专家辅助人制度](#)

#### [四、关于鉴定意见的审核认定](#)

### [第四节 建设工程质量鉴定](#)

### [第五节 财政审计报告的效力](#)

## [附录 重要法律法规司法解释问题解答](#)

### [中华人民共和国建筑法](#)

### [中华人民共和国合同法（节录）](#)

### [建设工程质量管理条例](#)

### [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](#)

### [浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案](#)

### [件若干疑难问题的解答](#)

## [后记](#)

# 导 论

## 第一节 建设工程合同纠纷案件基本情况

### 一、建设工程合同纠纷案件的类型

建设工程合同是复合性合同，涉及多重法律关系，从工程开始到完成的整个流程来看，包括建设工程的勘察、设计、招投标、材料采购、施工、监理、工程保修等合同，施工合同中还包括总包合同、分包合同、施工专业技术分包合同、劳务分包合同等。

《合同法》第十六章设专章规定了建设工程合同，并在第二百六十九条第二款规定：“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”

在最高人民法院《民事案件案由规定》（法〔2011〕42号）的案由体系中，建设工程合同纠纷为第三级案由。其第一级案由为“第四部分 合同、无因管理、不当得利纠纷”，第二级案由为“十、合同纠纷”，第三级案由为“100.建设工程合同纠纷”。在第三级案由“100.建设工程合同纠纷”项下，规定了9个第四级案由，分别为：（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）建设工程价款优先受偿权纠纷；（5）建设工程分包合同纠纷；（6）建设工程监理合同纠纷；（7）装饰装修合同纠纷；（8）铁路修建合同纠纷；（9）农村建房施工合同纠纷。

民事案件案由概括的是当事人诉讼争议所包含、指向的法律关系，反

映的是案件所涉及的民事法律关系的性质。《民事案件案由规定》在“建设工程合同纠纷”项下又设9个子案由，体现了建设工程合同纠纷中权利义务关系的复杂性。

从《合同法》和《民事案件案由规定》的比较看，《民事案件案由规定》在第四级案由中的第（1）、（2）、（3）项中，分别规定了建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷、建设工程施工合同纠纷，与《合同法》第二百六十九条第二款规定的“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同”是对应的。其余6个案由，除“（6）建设工程监理合同纠纷”因涉及实行监理的建设工程，而有别于建设工程的勘察、设计、施工合同纠纷，可以作为单独的案由予以规定外，“（4）建设工程价款优先受偿权纠纷”、“（5）建设工程分包合同纠纷”、“（7）装饰装修合同纠纷”、“（8）铁路修建合同纠纷”、“（9）农村建房施工合同纠纷”，这5个案由在纠纷性质上均可视为建筑工程施工合同纠纷的派生纠纷或特殊情形。由于在司法实践中这几类纠纷较为常见，并可归纳自身的特殊性，故《民事案件案由规定》将这几类纠纷单列，并与建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、建设工程监理合同纠纷并列，作为建设工程合同纠纷的子案由。

当然，上述第四级案由的划分是在纠纷所指向的法律关系能够区分的情况下确定的。如果纠纷本身包含或涉及勘察、设计、施工等多个环节的权利义务关系，无法予以细分的，则一般按第三级案由“建设工程合同纠纷”定性。

## 案例1

万羽公司为建造厂房及综合楼，委托经纬勘察公司对施工场地进行岩土工程勘察。2006年12月，经纬勘察公司出具了《岩土工程勘察报告》，其中第3条场地水文地质特征载明“在本次勘探深度范围内，场地地下水按赋存条件分为填土中的透镜状上层滞水和基岩风化裂隙水。地下水补给来源为大气降水。填土层透水性不一，含砾粘土层透水性差，可视为不透水层，其与下伏基岩呈不整合接触，接触面局部风化裂隙较发育，具较好透水性。根据区域水文地质资料，基岩风化裂隙水单井涌水量小于50t/d”。2006年10月，万羽公司与北京设计院签订了《建设工程设计合同》，合同约定由北京设计院为万羽公司的综合楼和厂房进行建筑设计，设计费估算为20万元。尔后，北京设计院设计的工程图经安厦设计咨询公司审查合格。2007年5月，万羽公司与远扬建设公司签订了《建设工程施工合同》，由远扬建设公司承建万羽公司的综合楼、厂房及地下室。同时，万羽公司向远扬建设公司提供了由北京设计院出具、安厦设计咨询公司审查合格的工程图。远扬建设公司按照合同约定进行施工。2007年8月，地基工程经设计单位、勘察单位、建设单位及监理工程师会同验收符合设计要求。2008年3月，地下室防水工程经监理工程师检查验收合格。2008年4月，基础结构包含土方工程（土方开挖、土方回填）、混凝土结构工程、砌体结构工程经勘察单位、设计单位、总监理工程师验收合格。2008年5月28日下暴雨，次日万羽公司发现地下室顶板露天部分有上抬现象（最高起拱约260毫米），地下室部分框架柱、梁、板及地下室隔墙出现裂缝。2008年6月4日，万羽公司委托义乌市公证处对地下室受损现场进行保全证据公证。2008年6月16日，万羽公司与勘察单位、设计单位、施工单位商定共同委托浙江省建筑科学设计研究院有限公司对该起工程质量事故的原因及该起事故对现

有的建筑造成的损害程度进行鉴定。经检测鉴定，万羽公司地下室局部起拱及部分结构构件受损主要是由于地表水渗入基坑四周，使地下水位上升，导致地下室底板受水浮力，而地下室自重不足以抵抗水浮力所致，鉴定结论为应对地下室采取有效的抗浮措施，对地下室受损构件采取有效的处理措施。后万羽公司经与经纬勘察公司、北京设计院、安厦设计咨询公司、远扬建设公司协商，确定了加固方案、加固设计单位和施工单位。万羽公司共垫付加固费用合计777425.50元，垫付检测鉴定费83000元，支付公证费1462元。万羽公司认为，其作为建设单位，委托经纬勘察公司进行工程勘察、北京设计院工程设计、安厦设计咨询公司工程图纸审查、远扬建设公司工程建设，四单位应共同提供给万羽公司符合质量要求的工作成果，现万羽公司的工程出现了严重的质量问题，损失重大，经纬勘察公司、北京设计院、安厦设计咨询公司、远扬建设公司应共同承担赔偿责任的民事责任，遂向人民法院提起诉讼，要求四单位共同赔偿万羽公司因工程加固支付的费用777425.50元、检测鉴定费83000元、公证费1462元，共计861887.50元。

本案涉及勘察合同、设计合同、设计图审查合同、施工合同，且究竟是勘察人承担责任还是设计人、施工人承担责任，或者是共同的责任，是本案的争议焦点之一，故法院在确定案由时，确定为第三级案由“建设工程合同纠纷”。

从各类建设工程合同纠纷案件的数量分析，建设工程施工合同纠纷案件的数量居首，建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、建设工程设计合同纠纷、装饰装修合同纠纷的数量次之，建设工程

勘察合同纠纷、农村建房施工合同纠纷、铁路修建合同纠纷案件的数量相对较少。

## 二、建设工程合同纠纷审理的基本情况和特点

### （一）基本情况

新中国成立后，在长期计划经济体制下，我国建设工程领域主要通过行政指令、计划进行调整，几乎不存在建设工程市场交易行为。建设工程合同一度被称为基本建设包工合同。反映到纠纷上，因为计划经济时代国家的统一规划和计划，1980年以前，此类纠纷起诉到法院的非常少，如浙江法院1951年到1955年，在工商业纠纷中每年约有100件包工合同，而在1956年至1980年的24年间受理的一审建设工程合同案件仅100余件。改革开放后，经济搞活，基本建设规模扩大，尤其是大型水利、道路和房地产开发建设大兴土木后<sup>注释1</sup>■，建设工程合同纠纷逐年增多，1980年浙江法院受理的一审建设工程合同纠纷案件仅为36件，1995年则跃升至1055件，2005年为2682件，2010年为5843件，到2013年达到6558件。

最近十年中，从全国法院审理的情况看，2005年到2012年，建设工程合同纠纷案件量在7万件到8.6万件之间波动，基本保持平稳。由于一审民事案件从2005年的436万件大幅上升到2012年的720万件，建设工程合同纠纷案件在民事案件中的比例相应地下降，从2005年的1.61%下降到2012年的1.16%。<sup>注释2</sup>■

全国法院建设工程合同纠纷案件审理情况统计

年份	一审 案件量	占全部一审 民事案件 比例(%)	二审 案件量	上诉率 (%)	二审 发改率(%)	一审 调解率(%)	二审 调解率(%)
2005	70129	1.61	14398	20.53	29.91	47.43	18.13
2006	68243	1.56	14827	21.73	29.49	47.57	19.85
2007	71528	1.53	15177	21.22	27.23	49.80	21.03
2008	81357	1.51	17162	21.10	26.35	52.64	21.39
2009	86418	1.49	19747	22.85	24.72	54.37	23.04
2010	82460	1.35	19896	24.13	22.96	56.02	21.73
2011	77490	1.18	18667	24.09	22.90	58.50	24.05
2012	83448	1.16	19376	23.22	21.20	58.67	23.71

从浙江法院审理的情况看，2005年到2014年，建设工程合同纠纷案件量在4000件到7000件之间波动，基本保持平稳。由于一审民事案件从2005年的14万件大幅上升到2014年的26万件，建设工程合同纠纷案件在民事案件中的比例相应地下降，从2005年的3.02%下降到2014年的2.77%。

浙江省法院建设工程合同纠纷案件审理情况统计

年份	一审 案件量	占全部一审 民事案件 比例(%)	二审 案件量	上诉率 (%)	二审 发改率(%)	一审 调解率(%)	二审 调解率(%)
2005	4350	3.02	555	12.76	14.23	26.43	11.53
2006	4640	3.14	733	15.80	17.19	27.76	12.28
2007	4752	2.96	797	16.77	13.30	28.19	13.80
2008	6231	2.71	1020	16.37	15.39	32.25	16.47
2009	7028	2.86	1281	18.23	17.56	30.02	12.57
2010	5843	2.55	1443	24.70	14.07	28.94	9.77
2011	5394	2.28	1173	21.75	15.26	31.84	12.28
2012	6282	2.19	1197	19.05	12.61	31.90	11.53
2013	6558	2.12	1212	18.48	16.75	31.20	11.96
2014	7313	2.13	1338	18.30	16.07	30.75	10.16

## （二）基本特点

### 1.法律关系复杂

建设工程合同的履行是一项极为复杂的系统工程，周期长、质量要求高、涉及面广，各阶段均有其工作特点和工作程序，需要合作分工以及大量人力、物力的投入才能保证顺利运转。在此过程中，除了发包人和承包人，还涉及一系列组织和人员，如发包人代表、监理人员、项目经理、分包人、实际施工人、专业承包人、劳务分包人、挂靠人、造价咨询人、劳动员工及其他相关人员；除了合同关系，还涉及管理关系、劳动关系等。承包方式包括承包、转包、分包、挂靠等多种情形。由于主体不同、承包方式不同，形成多重法律关系。再加上当事人以合法形式掩盖非法目的等非正常情形，使案情更为复杂，法律关系的认定难度更大。

### 2.审理期限长

建设工程案件往往比较复杂，所涉标的金额大，涉及工程量、已付工程款、进度款的支付、工期延误、违约金、工程质量、利息的起算时间、管理费和劳动保险费、工程量的审计鉴定等多方面问题，争议往往多达几十项，各方提交的证据数量非常庞大，审核证据需要花费大量时间和精力。另外本诉、反诉案件数量多，承包人向发包人主张工程款，发包人以工程质量问题提起违约赔偿反诉。上述因素增加了此类案件的审理难度，因此，与普通民事纠纷相比，建设工程施工合同纠纷案件的审理周期普遍较长。从浙江省的情况来看，此类案件平均审限为100天

左右，而全省同期民商事案件平均审限一般为50天左右。

### 3.案件上诉率高，改判、发回重审率高

因工程款与质量纠纷案件标的额往往较大，双方争议也大，增加了息诉难度。从近五年平均数据看，此类案件上诉率高达20.46%，远高于全省民商事案件的上诉率（6%-7%）。又由于工程的施工周期往往比较长，双方当事人的往来频繁，补充协议多，联系单多，对于事实的认定，容易出现疏漏和错误。有的仅是因一笔款项的认定遗漏或重复计算，或者一份补充协议、签证联系单未仔细审查而被改判。因此，此类案件改判发回率较高。

### 4.专业技术性强，需要鉴定的案件数量多

建设工程勘察、设计、施工、监理等活动以及工程质量的鉴定、工程款的计算等，都具有很强的专业性，同时建筑行业也有其自身的规范，既有全国性的行业规范，又有地区性的行业规范。这就要求审理此类案件的法官必须具备一定的专业知识和了解基本的概念。但在工程价款的计算范围和标准、工程质量、造成损害的原因等事项上，法官往往需要委托鉴定审价机构进行鉴定或审价予以确定。因此，此类案件需要鉴定评估的数量非常大，有的法院受理的此类案件中经过鉴定的案件占比高达60%-70%。而鉴定评估往往需要较长的期间，这也是此类案件审理周期较长的一个主要原因。

### 5.违法违规现象多，无效合同多

建筑业市场竞争激烈，但当前法律法规不够健全，相关部门监管力度不足，市场尚处于良莠不齐的发展阶段，存在许多薄弱环节。受追逐利润的驱动，一些发包方和承包方违规开发项目，超资质等级承包、无资质承包、垫资承包、违法分包、转包工程；一些具有相应资质的企业中标后，将其承包的工程压价转包或者将工程违法分包给他人，从中牟取不正当利益；工程经过层层分包、转包之后，利润所剩无几，施工者为追求利益最大化，只能最大限度降低工程成本，偷工减料、以次充好，“豆腐渣工程”、“楼脆脆”、“楼歪歪”、“楼倒倒”等纷纷出现。而上述违法违规的现象，大多体现为以合法形式掩盖非法目的、挂靠、黑白合同、违法转分包等法律关系，因此，合同也因为违反了法律的强制性规定而归于无效。从全省情况看，此类案件中，合同无效的案件占到一半多。

## 6.涉及社会稳定因素多，影响广泛

建设工程项目目标的大、价值高，工程质量又关系到人身安全和公共利益，经常引发社会的广泛关注。尤其是因为纠纷的发生，往往牵涉到在建工程、重点工程、民生工程的建设进度，影响较大。同时，又由于此类工程往往涉及的施工人员多，稍有不慎，就会引发连锁反应，关系到农民工工资的发放，关系到弱势群体权益的保障，社会影响面广。有些建设工程施工合同纠纷，也出现了农民工、施工工人围堵政府、法院门口上访的现象，以此要挟对方当事人，对司法和行政部门施加压力，形成不稳定因素。

## 第二节 建设工程合同纠纷案件的管辖

建设工程施工合同纠纷案件的管辖，以2015年2月4日实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称民事诉讼法司法解释）为分水岭，划分为两个阶段：民事诉讼法司法解释实施之前适用一般地域管辖原则，之后适用专属管辖原则。为尊重规定的变迁历史，理清审判实务发展的脉络，也为司法解释实施前后的顺利衔接，下文对民事诉讼法司法解释实施前的诉讼管辖情况也作详细的介绍。

## 一、民事诉讼法司法解释实施前的管辖情况

### （一）建设工程合同纠纷案件适用一般地域管辖原则

建设工程属于特殊的承揽合同。而承揽合同纠纷与普通合同纠纷案件一样，适用一般地域管辖原则，由被告所在地或者合同履行地人民法院管辖。因此，建设工程合同纠纷案件也适用一般地域管辖原则。建设工程施工合同的履行地，按照《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》第二十四条的规定，施工行为地为合同履行地。

关于建设工程勘察合同与工程设计合同的履行地。在建设工程勘察合同的履行过程中，勘察人必须到现场，对将要进行工程建设的场地的地形、地质及水文等要素进行测绘、勘探、测试以及综合评定，但后期的图表制作、将勘察中获得的数据转化为建设所需的勘察成果资料以及进行可行性评价等活动，一般是在勘察人所在的单位等其他工作场所完成。建设工程设计合同的履行虽然一般也是从将要开展施工的场地勘察开始，但设计任务的一般也是在设计单位等其他工作场所完成。在这种

情况下，可以根据实际情况，酌情确定合同履行地。

## （二）建设工程合同纠纷案件不适用不动产专属管辖

民诉法司法解释实施前，实践中就有少数意见认为，建设工程合同的标的物是建设工程，属于不动产，而《民事诉讼法》第三十三条规定：因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。因此建设工程合同纠纷案件应当适用不动产专属管辖，排除当事人协议管辖。但审判实践中的一般观点还是认为应当适用一般地域管辖，民事诉讼法第三十三条规定的“不动产纠纷”，在理解和解释上应是专指不动产权利纠纷，并不包含债权债务纠纷。以德国和台湾地区立法为例，如德国《民事诉讼法》第24条规定：“（不动产的专属审判籍）主张所有权或主张物权的负担或者主张物权负担解除的诉讼，经界诉讼，以及占有之诉，以关于不动产的为限，专属于不动产所在地法院管辖。关于地役权、物上负担或先买权的诉讼，依供役地或随负担的土地的所在地定其管辖。”台湾地区“民事诉讼法”第十条规定：“（因不动产涉讼之特别审判籍1）因不动产之物权或其分割或经界涉讼者，专属不动产所在地之法院管辖。其他因不动产涉讼者，得由不动产所在地之法院管辖。”第十一条规定：“（因不动产涉讼之特别审判籍2）对于同一被告因债权及担保该债权之不动产权利涉讼者，得由不动产所在地之法院合并管辖。”一般情况下，建设工程合同只对建筑物的勘察、设计、施工作出约定，并不涉及建筑物所有权，故不属于不动产专属管辖范畴。《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》第二十四条也规定：“建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行

地。”该条规定明确施工行为地为合同履行地，也从一个侧面明确了建设工程施工合同纠纷案件应当适用合同纠纷的一般地域管辖原则，并不适用不动产专属管辖。

### （三）关于建设工程合同纠纷的协议管辖

《民事诉讼法》第三十四条规定：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”建设工程合同纠纷作为一般的合同纠纷，也适用上述规定。因此，民诉法司法解释实施前，建设工程施工合同纠纷可以适用协议管辖的规定。

### （四）涉及“实际施工人”的管辖争议

民诉法司法解释实施前，按照《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26条的规定，“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”该条规定创设了“实际施工人”这一民事主体，对保护农民工利益有重要意义，但是在管辖问题上也制造了一些新情况、新问题。主要表现为实际施工人在转包人、违法分包人住所地法院起诉转包人或违法分包人，而发包人在合同履行地（往往是发包人住所地）法院起诉承包人。两地法院分别委托不同的鉴定机构进行造价评估，往往会出现差异

较大的造价结论。在这样的情况下，有的承包人指使(甚至虚设)一个实际施工人起诉自己和发包人，借以规避施工合同确定的管辖法院。

对此，审判实践中有观点认为，实际施工人在承包人住所地法院起诉承包人和发包人，承包人住所地既非合同履行地，也非发包人住所地，破坏了正常的管辖秩序，损害了发包人的管辖利益，也造成法院审理的困难。实际施工人愿意参与或者替代承包人履行施工合同，表明其事先知晓(或者应当知晓)并接受施工合同的条款。因此，根据施工合同中的协议管辖条款确定管辖法院，既维护了发包人签订施工合同时对管辖地的正常预期，也不会造成对实际施工人的“管辖突袭”，比较公平合理。

注释3■为了妥善处理这一矛盾，审判实践中发展出了以下做法：一是由当事法院向上级法院报告情况，请求两个管辖法院共同的上级法院予以协调，上级法院根据情况，做出协调处理。二是组织协调确定（当事人协商确定或人民法院指定）同一造价鉴定机构就争议事项部分进行审价。送审时，不仅要注意将两案争议涉及的共同部分进行审价鉴定，也要将两个案件分别要鉴定的部分一并进行审价鉴定，尽量在一次鉴定中解决所有需要鉴定的事项，以免出现多次鉴定的混乱局面。

## 案例2

绍兴某建设公司为承包人，舟山某房地产开发公司为发包人，周某为实际施工人。周某在绍兴某区法院起诉绍兴某建设公司、舟山某房地产开发公司请求支付工程款。舟山某房地产开发公司在提交答辩状期间对管辖权提出异议，认为绍兴某建设公司注册地虽为绍兴市，但其主要办事机构所在地和主要营业地为杭州市。本案周某以实际施工人身份起

诉，应由实际施工人的实际施工地即合同履行地的人民法院管辖。同时周某起诉要求参照绍兴某建设公司、舟山某房地产开发公司的总承包合同进行结算，而该合同第三部分第十条第37款第（2）项约定，双方争议应由工程所在地人民法院管辖，因此因结算产生的争议应适用该合同中有关解决争议的程序和办法，即由工程所在的舟山市某区法院管辖处理争议。本案发包人舟山某房地产开发公司的住所地或者合同履行地即施工行为地均在舟山市，故请求将本案移送至舟山市某区法院审理。

绍兴某区法院认为：《民事诉讼法》第二十四条规定，因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。本案中，被告绍兴某建设公司的住所地为绍兴市，且根据现有证据无法确定被告绍兴某建设公司的主要办事机构所在地为杭州市，故该院对本案依法享有管辖权。舟山某房地产开发有限公司对本案管辖权提出的异议不能成立。依照《民事诉讼法》的规定，裁定驳回舟山某房地产开发有限公司对本案管辖权提出的异议。

## 二、民诉法司法解释实施后适用专属管辖原则

民诉法司法解释第二十八条规定：“民事诉讼法第三十三条第一项规定的不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖……”《民事诉讼法》第三十三条规定：“下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：（一）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民

法院管辖……”因此，按照民诉法司法解释的规定，建设工程施工合同纠纷适用不动产专属管辖原则。前文已述，民诉法司法解释实施前就有观点认为建设工程施工合同纠纷应适用不动产专属管辖原则。民诉法司法解释之所以将房屋租赁合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷及建设工程施工合同纠纷规定为专属管辖，主要是按照诉讼便宜、效率的要求，有利于查明案件事实，有利于统一裁判尺度。尤其是建设工程施工合同纠纷中，往往还涉及建筑物工程造价评估、质量鉴定、建设工程价款优先受偿权、执行拍卖等问题，因此，由建筑物所在地法院管辖，有利于从根源上解决前文所述的因实际施工人参与诉讼所带来的一系列难题。相应的，一旦确定专属管辖原则，根据《民事诉讼法》第三十四条的规定，当事人之间即不能再协议管辖。

### 三、关于建设工程合同仲裁协议和相关问题

1. 人民法院对当事人达成有效仲裁协议的建设工程施工合同纠纷不具有管辖权

仲裁协议是建设工程合同中常见的争议解决条款。《建设工程施工合同示范文本》（GF-2013-0201）通用合同条款第20.4款提供了仲裁或诉讼两种方式供合同当事人选择：“因合同及合同有关事项产生的争议，合同当事人可以在专用合同条款中约定以下一种方式解决争议：（1）向约定的仲裁委员会申请仲裁；（2）向有管辖权的人民法院起诉。”《仲裁法》第五条规定：“当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。”因此，当事人

达成有效仲裁协议的，法院对因该合同而产生的纠纷不具有管辖权，而由当事人约定的仲裁机构管辖。当然，当事人认为仲裁协议无效的，可以向人民法院申请确认仲裁协议效力。该类案件由仲裁协议约定的仲裁机构所在地的中级人民法院管辖；仲裁协议约定的仲裁机构不明确的，由仲裁协议签订地或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

### 案例3

甲地某公司与乙地某公司签订了建筑装饰工程承包合同，合同对装饰工程的范围、工程造价、工期等作了明确约定，同时合同还对解决争议的方式作约定：“向甲地/乙地仲裁委员会申请仲裁”。合同履行中双方发生争议，甲地某公司遂向甲地仲裁委员会提起仲裁，乙地某公司则向法院提起了确认仲裁条款效力的诉讼。法院经审理认为：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（法释〔2006〕7号）第五条“仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效”的规定，由于甲地某公司与乙地某公司在发生争议后不能在“甲地或乙地仲裁委员会”之间协商选择，所以其约定的向“甲地/乙地仲裁委员会申请仲裁”的仲裁条款应认定为无效。

### 案例4

甲地某建筑公司与乙地某公司签订《建设工程施工合同》，合同采用《建设工程施工合同》示范文本。双方对解决争议的方式既选择了“提交常州仲裁委员会仲裁”，又选择了“依法向人民法院起诉”。双方发生

争议后，一方向甲地仲裁委员会申请仲裁，另一方向人民法院提起诉讼。法院经审理认为：合同双方当事人合同纠纷后均不愿意就仲裁解决争议是提交仲裁机构还是向法院起诉达成一致意见。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（法释〔2006〕7号）第七条的规定，当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。

## 2.当事人可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决

根据《仲裁法》第五十八条的规定，当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

（1）没有仲裁协议的；（2）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；（3）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（4）裁决所根据的证据是伪造的；（5）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（6）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院受理撤销裁决的申请后，经审查认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。人民法院如果经审查核实裁决有《仲裁法》第五十八条规定情形之一的，裁定撤销仲裁裁决。此外，人民法院在审查过程中，如果认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销仲裁裁决。裁定撤销后，当事人可以向人民法院起诉。

## 案例5 注释4

2006年5月5日，城建公司与宏珠公司签订了《建设工程施工合同》，双方在合同中特别约定：“本合同在履行过程中发生的争议，由双方当事人协商解决，协商不成的.....提交工程当地仲裁委员会仲裁。”2007年8月21日，城建公司向宏珠公司递交了《给付工程款通知》，称：工程已完工90%，宏珠公司拖欠工程款600余万元，要求立即付清。提出：“如贵方仍拖欠给付，我方要求赤峰仲裁委员会予以仲裁”。宏珠公司同日在该通知上签注“此通知书所述与事实不符”作为回复。城建公司遂于2007年8月27日向赤峰市仲裁委员会（以下简称赤峰仲裁委）申请仲裁。同年9月3日，宏珠公司提出管辖权异议，赤峰仲裁委驳回了宏珠公司的异议。宏珠公司没有选定仲裁员，也没有提交答辩状，但在赤峰仲裁委于2007年12月4日审理时到庭，再次提出赤峰仲裁委没有管辖权，但亦就实体问题发表了意见，赤峰仲裁委于同日作出仲裁裁决书，确定宏珠公司给付城建公司工程款700万元及利息等。

2008年1月25日，城建公司向巴彦淖尔市中级人民法院申请强制执行仲裁裁决。同年3月31日，巴彦淖尔市中院作出裁定书，裁定不予执行赤峰仲裁委仲裁裁决。城建公司不服，向内蒙古高院申请复议。

内蒙古高院经审理认为：本案双方当事人在签订施工合同中，明确约定履行合同过程中发生争议，在协商不成时提交当地仲裁委员会仲裁，该约定属于仲裁条款，后双方当事人均参加了赤峰仲裁委仲裁案件的审理过程，应视为选定了仲裁机构。内蒙古高院裁定赤峰仲裁委仲裁裁决应当予以执行。

宏珠公司不服，向最高人民法院申请再审。最高人民法院经审理认为：本案合同仲裁条款中对仲裁机构的约定不明。发生纠纷后，宏珠公司对城建公司的书面答复以及其他行为并未表明其已接受城建公司关于仲裁机构的补充要约。双方当事人没有就仲裁机构重新达成补充协议，故合同中的仲裁条款无效，不能视为宏珠公司接受了赤峰仲裁委的管辖。遂裁定撤销内蒙古高院（2008）内执监字第3号民事裁定。

### 3.向人民法院申请执行仲裁裁决

仲裁裁决生效后，当事人可以向人民法院申请执行仲裁裁决。该申请执行仲裁裁决案由被执行人住所地或者被执行的财产所在地的中级人民法院管辖。

## 契 主要条文链接

《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》

第二十四条 建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。

第二十六条 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

《民事诉讼法》

第三十三条 下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：

(一)因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

(二)因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；

(三)因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

第三十四条 合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

第二十八条 民事诉讼法第三十三条第一项规定的不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。

农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。

不动产已登记的，以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地；不动产未登记的，以不动产实际所在地为不动产所在地。

### 第三节 审理建设工程纠纷案件适用的规范

## 一、规范建设工程活动的基本法律

1998年3月1日起施行的《建筑法》是我国建设工程的基本法律，对建设单位获得建筑工程施工许可、建筑施工企业的从业资格、建筑工程发包与承包、建筑工程监理、建筑安全生产管理、建筑工程质量管理作了规定。这是我国第一部全面规范建设工程活动的法律。

从内容和性质看，《建筑法》在法律体系中属经济法范畴，调整建设工程相关国家行政机关与行政相对人之间关系的法律规范内容占主导和支配地位，例如，规定了获得建筑施工许可的程序、申请领取施工许可证的条件；建筑设计单位不按照建筑工程质量、安全标准进行设计的，责令改正，处以罚款；造成工程质量事故的，责令停业整顿，降低资质等级或者吊销资质证书，没收违法所得，并处罚款；造成损失的，承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任，等等。只有小部分内容属于调整属于平等主体的发包方和承包方之间的建设工程合同民事法律关系，如规定建设工程的总承包人对建筑工程的地基工程和基础质量，在工程的合理使用寿命内承担民事责任，对大楼的框架是在合理设计使用寿命内承担民事责任，建筑施工企业的分包人就分包工程的质量与总包人、发包人承担连带责任等。该部分内容居于附属和次要的地位。

## 二、规范建筑市场秩序的相关法律法规

随着2000年1月1日《招标投标法》的施行，依法实行招投标的建设工程的发包、承包活动得到进一步规范。2000年到2001年，国务院相关部委先后出台《工程建设项目招标范围和规模标准规定》、《房屋建筑和

市政基础设施工程施工招标投标管理办法》、《工程建设项目自行招标试行办法》、《建筑工程设计招标投标管理办法》、《评标委员会和评标方法暂行规定》、《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》等，进一步丰富完善了建设工程招标投标活动的规范。

### 三、规范发包方与承包方相互之间民事权利义务关系的法律法规和司法解释

1999年10月1日起施行的《合同法》在第十六章对建设工程合同进行了专章规定，共19个条文，与《经济合同法》只有第十八条1个条文的规定相比，在形式和内容上进行了丰富和充实，突出了对建设工程活动中民事权利义务关系的规定。

2004年1月1日起施行的《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》，制定的根据是《民法通则》、《合同法》、《招标投标法》和《民事诉讼法》，并对这些法律的原则性规定进行了细化，统一了人民法院在审理建设工程施工合同中具体适用法律上的认识和司法尺度，如关于无效合同处理原则，合同解除条件，质量不合格工程、未完工程的工程价款的结算问题，工程质量缺陷的责任，工程欠款的利息的起算时间等。据了解，最高人民法院已经着手起草《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（二）》，该司法解释的出台将对法律适用的具体问题作出进一步的规定。

- 注释1：当时浙江省房地产开发的基本情况是：1984年实行房地产综合开发，到1992年年底，共竣工商品房面积2200万平方米，回收商品房投资67亿元，其中个人买房27亿元。1992年的速度较快，完成房地产开发投资24.547亿元，比1991年增长40%，施工面积963万平方米，比1991年增长141%，新开工594万平方米，比1991年增长164%，实际开发面积572公顷，比1991年增长83.8%。全省房地产发展速度、规模在全国属中等水平，全省房地产开发公司1400余家，其中省级公司69家。
- 注释2：崔玉清、林文学：“建设工程合同纠纷案件的审理情况分析 及审判理念探讨”，载《法律适用》2013年第12期。
- 注释3：奚晓明主编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》2012年版，第55页。
- 注释4：载《人民法院报》2011年7月7日第6版。

# 第一章 建设工程施工合同一般原理

## 第一节 概 述

### 一、建设工程施工合同的概念

建设工程施工合同，是指发包人（建设单位）和承包人（施工单位）为完成商定的施工工程，明确相互权利、义务的协议。依照施工合同，施工单位应完成建设单位交给的施工任务，建设单位应按照规定提供必要条件并支付工程价款。

建设工程施工合同包括建筑 and 安装两方面的内容，有时二者合二为一，故建设工程施工合同又称建筑安装合同。建筑是指对工程进行营造的行为，也就是平常说的土建，包括对住宅、公共建筑、构筑物等直接的建设。如降水、挖土方、打地基、浇筑柱梁板墙、维护结构的浇筑与砌筑工程及其配套的钢筋、简单装饰等。安装主要指与工程有关的线路、管道、设备等设施的安装。线路安装主要包括对建筑物内电力线路、计算机网络线路、广播电视线路等的安装铺设，管道安装主要包括自来水管、下水管道、中央空调通风管道等的安装建设，设备安装主要包括中央空调、纯净水过滤系统、电力保障系统等设备的安装。

建设工程施工合同属于建设工程合同的范畴。传统民法中，建设工程合同为承揽合同的一种，具有与一般承揽合同相同的法律特征，系诺成合同、双务合同、有偿合同。德国、日本以及我国台湾地区等大陆法系

国家和地区民法均在承揽合同章中对建设工程合同予以规定，同时针对质量瑕疵责任、法定抵押权、时效等设置特别的规定<sup>注释1</sup>。《合同法》第十六章对建设工程合同专章规定，编排在第十五章“承揽合同”之后。同时，该章的最后一条，即第二百八十七条规定：“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”从逻辑和体系分析，建设工程施工合同仍属承揽合同的一种类型，凡与建设工程特别法律规定不存在冲突的承揽合同一般法理，仍可适用。之所以专章规定，主要是突出建设工程合同与一般承揽合同不同的特点，凸显其在社会经济活动、日常生活中的重要作用。

## 二、建设工程施工合同的特征

### 1. 标的特殊性

建设工程施工合同的标的是房屋建筑、公路、桥梁、水利设施等，均为不动产，具有固定性、形态多样和形体庞大等特点。同时，作为不动产，本质上具有资源稀缺性，建成后将长期存在和发挥功效。因此，建筑产品与其他一般合同的标的相比，特性比较明显。

### 2. 国家管控性

建设工程的特殊性，决定了规划、建设、利用以及工程质量等重大问题，不仅关涉当事人利益，还涉及国家长远利益、社会公共利益和公共安全，因此，在合同的每一个环节，从合同的签订到合同的履行，从资金的投放到最终成果的验收，都要受到国家严格的管理和监督，国家管

控色彩浓厚。据不完全统计，建设工程施工合同受到不同领域的多部法律及其他规范性文件调整，法律、行政法规和部颁规章中调整建设工程施工合同的强制性规范有六七十条。

### 3.主体的特殊性

建设工程合同的发包人，原则上是经批准可从事相应工程项目建设的法人或者其他组织，实践中，个人或合伙在特定条件下也可以作为工程的发包人；而承包人，根据法律规定，只能是具备一定从业条件和一定资质的法人，而且不同建设工程的承包需具备相应的资质，资质等级低的单位不能越级承包建设工程。

### 4.内容复杂性

建筑工程结构复杂、体积大、建筑材料类型多、工作量大、投资巨大、生产周期长，整个建设流程涉及勘察、设计、施工、质量保修等环节，合同的履行过程也受到诸多主客观因素的影响，因此合同内容非常复杂。鉴于此，国家主管部门专门制定《建设工程施工合同（示范文本）》，用以指导建设工程合同的订立。《建设工程施工合同（示范文本）》由协议书、专用条款、通用条款组成，内容涉及合同履行的方方面面。

### 5.合同履行过程中的不确定性

建设工程合同在履行过程中，会出现诸如不可抗力、规划设计变更、工程变更、材料供应不及时等原因延长合同履行期间，施工过程中遇到

地质问题，还要额外增加工程量。与一般民事合同相比，建设工程合同在履行过程中，合同当事人常常就工程细节问题进行协商，重新要约、承诺，对原合同进行一定的变更。实践中，工程总造价往往超出合同造价，甚至超出20%-30%，就是明证。

## 6.程序严格性

作为复杂的系统工程，其建设受到整体规划的限制，需要办理一系列行政审批手续，先做什么，后做什么，均有明确程序。如列入招标范围的工程必须进行招标后方可签订合同，应当招标而未招标或者中标无效的，合同无效。同时工程的启动还需要办理用地规划许可证、建设工程规划许可证，进行施工还需要办理施工许可证，交付标的物需要竣工验收，工程还有明确的质保要求和保修期限。

## 7.文本要式性

《合同法》第二百七十条规定：“建设工程合同应当采用书面形式。”《建筑法》第十五条也有相同的规定。因此，建设工程合同为要式合同，不采取书面形式的建设工程合同不能有效成立。需注意的是，对于书面形式，不应理解等同于合同书。根据《合同法》第十一条规定，书面形式包括合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。具体到建设工程合同而言，包括发包方和承包方之间为实施工程所达成的明确相互权利和义务关系的所有协议文件，包括合同书及设计变更文件、会议纪要、资料、图表以及双方协商同意的其他与合同有关的全部文件。

根据《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）<sup>注释2</sup>的规定，合同文件包括中标通知书、投标函及其附录、专用合同条款及其附件、通用合同条款、技术标准和要求、图纸、已标价工程量清单或预算书及其他合同文件。其他合同文件，还包括招标文件、施工组织设计、其他投标文件等。

当然，在工程施工过程中，处于特殊情况，合同变更也可以采用口头形式。如《建设工程施工合同（示范文本）》“通用条款”4.3规定：“……监理人的指示应采用书面形式，并经其授权的监理人员签字。紧急情况下，为了保证施工人员的安全或避免工程受损，监理人员可以口头形式发出指示，该指示与书面形式的指示具有同等法律效力，但必须在发出口头指示后24小时内补发书面监理指示，补发的书面监理指示应与口头指示一致。”实践也表明，如不允许口头变更，将给工程施工造成极大的障碍。因此，只要当事人对变更内容无异议，建设工程施工履行过程中的口头变更就合法有效。但当事人对变更内容有异议，除非提供其他证据证明变更经对方认可，否则合同内容仍应以书面形式为准。

## 🔗主要条文链接

### 《合同法》

第二百六十九条 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。

第二百七十条 建设工程合同应当采用书面形式。

## 《建筑法》

第十五条第一款 建筑工程的发包单位与承包单位应当依法订立书面合同，明确双方的权利和义务。

## 《建筑业企业资质管理规定》

第二条第二款 本规定所称建筑业企业，是指从事土木工程、建筑工程、线路管道设备安装工程、装修工程的新建、扩建、改建等活动的企业。

第三条 建筑业企业应当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条件申请资质，经审查合格，取得建筑业企业资质证书后，方可在资质许可的范围内从事建筑施工活动。

## 第二节 建设工程施工合同主体

建设工程施工合同主体是指建设工程施工合同法律关系的参加人，包括发包人、施工人、监理人、设计人、发包人代表、项目经理、监理工程师、招标代理人、专业承包人、劳务分包人等所有在建设工程施工合同法律关系中享受权利并承担义务的自然人和组织。其中发包人和承包人是施工合同最主要的参加人。建设工程施工合同主体问题，即合同签订及履行过程中相关主体及其权利义务关系的界定问题，事关建设工程施工的开展和纠纷的处理。

### 一、发包人