

“工程与法”系列丛书

建设工程

施工合同法律实务与解析

JIAN SHE GONG CHENG SHI GONG HE TONG FA LU SHI WU YU JI EXI

■ 高印立 编著

3

中国建筑工业出版社

责任编辑：赵晓菲

封面设计：



该书紧扣实务，深入浅出，一目了然，必将对施工企业法务、
律师、仲裁、法官等实务界人士产生积极影响。

——最高人民法院民一庭审判长：冯光

通过本书您可以了解到以下施工合同法律实务问题：

- ◆ 合同成立的时间
- ◆ 合同备案的性质
- ◆ 黑白合同及其效力
- ◆ 扩大劳务分包的效力
- ◆ 不可抗力与情势变更
- ◆ 表见代理的认定
- ◆ 实际施工人相关问题
- ◆ 工程签证的效力分析
- ◆ 承包人的优先受偿权
- ◆ 施工合同法律风险防范



经销单位：各地新华书店、建筑书店

网络销售：本社网址 <http://www.cabp.com.cn>

网上书店 <http://www.china-building.com.cn>

博库书城 <http://www.bookuu.com>

图书销售分类：建筑工程经济与管理（M20）

ISBN 978-7-112-14415-0



9 787112 144150 >

(22467) 定价：55.00元

“工程与法”系列丛书

D923.65/77

2012

建设工程施工合同法律实务与解析

高印立 编著



北方工业大学图书馆



C00311768

中国建筑工业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程施工合同法律实务与解析/高印立编著.
北京: 中国建筑工业出版社, 2012. 8
(“工程与法”系列丛书)
ISBN 978-7-112-14415-0

I. ①建… II. ①高… III. ①建筑工程-工程施工-
合同法-法律解释-中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 128133 号

本书从建设工程施工合同订立、效力、履行、履行障碍、验收和价款结算、承包人优先受偿权、法律风险防范等方面对与施工合同相关的法律实务进行了详细的阐述。全书内容紧扣合同法律实务, 深入浅出, 一目了然, 案例丰富, 几乎涵盖了施工合同履行过程中的全部法律问题。书中对工程合同相关的诸多热点问题, 如合同成立时间、合同备案性质、黑白合同效力、表见代理的认定、不可抗力对合同的影响、优先受偿权行使时间的起算等, 都辅以真实案例加以解读, 便于读者更直观地理解和运用相关法律知识。

本书可作为业主、施工企业、政府相关部门的合同管理人员、法务人员、专业律师等工作参考用书, 也可作为高等院校相关专业师生的教学参考书。

责任编辑: 赵晓菲

责任设计: 赵明霞

责任校对: 王誉欣 刘 钰

“工程与法”系列丛书

建设工程施工合同法律实务与解析

高印立 编著

*

中国建筑工业出版社出版、发行 (北京西郊百万庄)

各地新华书店、建筑书店经销

北京科地亚盟排版公司制版

北京市密东印刷有限公司印刷

*

开本: 787×960 毫米 1/16 印张: 23 字数: 464 千字

2012 年 8 月第一版 2012 年 8 月第一次印刷

定价: 55.00 元

ISBN 978-7-112-14415-0

(22467)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)

序

大家知道，工程项目管理是施工企业经营管理的核心环节，事关企业盈亏，甚至关乎企业生死。工程项目管理既是经济问题，也是法律问题，项目管理的全过程就是适法的过程，包括调整施工行为行政法、民商事等法律规范。有什么样的工程项目管理模式，就有什么样的工程建设法律制度，也就有与之对应的施工合同文本，这是经济活动决定法律制度的本质属性所决定的；同时，工程项目管理法律制度的创新，也必然引导管理模式创新，从粗放经营向集约经营、精细化管理方向发展。由中国建筑科学研究院、中国建筑技术集团有限公司完成的住建部科学技术项目《工程项目管理过程中的法律问题研究及风险防范》（编号：2010-R5-3），抓住了建筑行业工程项目管理的核心问题，旨在以法律手段化解项目管理的经营风险，意义重大。

受承办单位之邀，我有幸成为课题验收委员会主任委员。作为长期从事审理施工合同纠纷案件的法官，深刻感受到课题组同志们科学、严谨的工作作风，特别是课题组负责人高印立同志作为名牌院校工程专业出身的专业人才，又具有法学教育背景，长期在工程建设领域从事科研、管理工作，研究法律问题上依旧保持了严谨扎实的科学态度。课题研究期间，时常接到印立同志讨论法律问题的短信，每每回复都不敢懈怠，因为我知道他是一个一丝不苟的人，自己也经常被这份执着所感染。正因为如此，课题最终形成了建筑与法律、理论与实务相结合的综合类科研成果，本书即是在这一研究成果基础上修改完成。

应当看到，当前制约施工企业发展的瓶颈问题多是建筑业体制、机制和经济发展秩序的问题，同时也是法律问题；如在施工企业体制、机制、管理模式、发展秩序等根本法律制度层面没有创新，很难从根本上解决企业效益问题，像建筑企业实行项目经理部管理模式能否向现代企业管理模式过渡，即比照房地产项目公司管理模式确定投资各方的责、权、利，通过项目公司股东分红方式实现投资各方权益，实现共同投资、共担风险、共享利润的利益共同体，而不是旧有的“工厂与车间”的管理模式。联合承包体各方是联营关系？合伙关系？合同关系？对外如何承担民事责任？履行施工合同过程中，业主拖欠工程款，施工人如何正确行使履行抗辩权，在不承担违约责任情况下，尽快追索工程欠款。承发包双方在施工合同约定的价款、工期、质量标准、违约责任、索赔条件、设计变更等事关企业重大利益的关键节点上发生纠纷时，应当如何建立符合行业特点的即时协

调机制，及时化解矛盾，避免终结工程项目去打官司，如适当引进中间仲裁机制、纠纷评审机制等权威第三方化解纠纷机制，避免通过诉讼、仲裁等以终结施工合同履行行为代价的终极解决方式等。业内人士讲，有什么样的施工合同，就有什么样的工程项目管理模式，我认为有一定道理。体现了法律制度对经济生活的能动作用，从一个侧面反映了法律制度对工程项目管理的建设性作用。本书的意义在于通过对建设工程施工合同法律问题的研究，反向推动工程项目管理升级换代，为以法律手段破解制约行业发展难题带了一个好头。

俗话说：缺什么，补什么。当前建筑业最缺乏秩序，公开、平等的自由竞争秩序。与其他行业比较而言，建筑业违法、违规现象普遍，且情节严重，对此，国家三令五申明令禁止。应当说，规范整顿措施取得的成效是显著的，但不治本，也不是长效机制。我认为，建筑业根本问题在于：一是管理模式相对迅猛发展且异常活跃的建筑经济活动而言相对滞后，优胜劣汰的市场竞争机制在行业内未得到充分体现；二是规则意识不强，转包、违法分包、肢解发包、规避资质管理规定挂靠、内部承包、联营等集体违规行为，甚至被当成企业发展的先进经验推广；三是个别企业缺乏诚信。本书在为行业重塑规则意识，树立法律权威，弘扬法治理念等方面起到了积极推动作用。广大读者读书的过程也是学法、信法、守法的过程，用法律解决经营问题是显规则，用潜规则去摆平问题毕竟不是长久之事，必然带来新的隐患和风险。本书的最大创新在于引导行业发展走向法制化轨道，大家在关注用法律手段防范经营风险的同时，恢复对法治的信仰，重塑规则意识，用合法的经营方式获得商机，取得利益，期待以后不再有规范整顿建筑市场的新“运动”。

本书的基本结构包括施工合同订立、效力、履行、履行障碍、验收和价款结算、施工人优先受偿权、法律风险防范等内容，几乎涵盖了施工合同履行过程中的全部法律问题。也是建筑法理论研究和法律实务中常见的焦点、热点问题。本书研究方法的新颖性体现在法学基本理论——工程实务纠纷法律分析——结论，逻辑推理用三段论方式解决，紧扣实务，深入浅出，一目了然，必将对施工企业法务、律师、仲裁、法官等实务界人士产生积极影响。

值本书付梓之际，聊书数语，实为学习体会，妄称序，以向各界推介。

最高人民法院民一庭审判长：

《施工合同司法解释》起草人：



2012年5月

前 言

建设工程施工合同具有标的额大、履行期限长、以形成不动产为目的及计划和程序严格等特点。由于我国建筑市场的特殊性，在建设工程施工合同签订和履行过程中存在大量的违法、违规和违约行为，导致建设工程施工合同纠纷案件频发，而且具有法律关系复杂、专业性强和疑难问题多的特点，给合同当事人带来巨大的法律风险。2004年9月，最高人民法院出台了《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》，对施工合同的许多法律问题作了进一步的解释，但该解释在为司法实践提供审判指导的同时，也在实际施工人、黑白合同等问题上引发了一些新的争议。可见，建设工程施工合同法律问题的研究，对于工程实践和司法实践都具有重要意义。为此，作者作为课题负责人在住房和城乡建设部立项了《工程项目管理过程中的法律问题研究及风险防范》科学技术项目（编号2010-R5-3），也得到了中国建筑科学研究院的应用基金资助。本书即在该课题研究成果基础上修改完成。

纵观本书内容，具有以下几个方面的特点：

1. 紧扣工程实践，强调实务。本书紧密结合工程实践，对建设工程施工合同的成立时间、合同备案的性质、黑白合同的效力、表见代理的认定、实际施工人的特殊诉权和行为的责任归属、不可抗力与情势变更对施工合同的影响、工程结算及承包人的优先受偿权等典型的法律实务问题都进行了分析，并在此基础上提出了风险防范的具体措施，具有实务性强的特点，适合广大律师和建筑企业的法务人员阅读。

2. 汇集不同观点，重视说理。由于建设工程法律问题的复杂性和疑难性，无论在理论上还是实践中，对许多问题的处理都存在不同的意见。本书尽量列出不同的观点，并结合法学理论和工程实践对这些观点进行了详细论述。虽为一家之言，但仍可作为有志进一步研究的读者进行参考，旨在抛砖引玉。

3. 结构体系完整，实例丰富。本书基本上按照建设工程施工合同的履行过程编排结构，每章安排概述、法律实务问题解析（一般由法学基本理论、建设工程相关法律问题分析及结论三部分组成）、案例分析和本章小结等内容。无暇仔细阅读本书的读者可以浏览一下各章的小结，即可了解该章的主要内容。案例则均选自人民法院或仲裁机构已经裁决的真实案例，并尽量涉及到书中论述的不同类型的法律问题，以供读者参考。

此外，本书的附录中收录了部分法院的相关指导性意见。这些指导性意见虽然效力位阶较低，但从中可以了解当地法院的倾向性观点。至于相关法律和司法解释等大家熟知的内容则不再收录，否则有充占篇幅之嫌，亦不符合节约的理念。

本书由高印立编著。黄丽芳参加了第二章第二节、第五节和第六节、第三章第二节、第四章第四节的撰写，并负责了大部分案例的整理工作；张绍发、周宜虎参加了第七章的撰写工作；刘丽彩参加了第四章第四节和第六节的撰写工作。全书最后由高印立统稿。

敬请读者注意的是，目前司法实践中对许多工程法律问题的认定和处理并不统一，书中的许多结论也仅代表作者的个人观点，书中各章的小结部分对此作了具体说明。而且，随着工程法律理论和实践的不断发 展，对各种法律问题的认识还会进一步深化，一些观点还可能进行补充、修正。同时，由于建设工程施工合同纠纷案件的复杂性，在具体案件中对某一法律问题的认定还须结合案情具体分析才能得出正确结论。

因学识和经验所限，本书不当之处在所难免，敬请读者朋友们批评指正，并欢迎交流。联系方式：gaoyinli_book@126.com。

高印立

2012年5月

目 录

第一章 建设工程施工合同的订立	1
第一节 概述	1
第二节 建设工程施工合同的订立方式	2
一、直接发包	2
二、招标发包	3
第三节 建设工程招标投标的法律性质	4
一、工程招标的方式及法律性质	4
二、工程投标的法律性质	6
第四节 建设工程合同的成立	8
一、合同成立的一般理论	8
二、建设工程合同的成立	9
第五节 案例分析	11
案例一：中标通知书发出，施工合同即告成立	11
案例二：中标通知书发出后，一方悔标时承担违约责任的赔偿范围	14
案例三：中标通知书发出后未签订合同书的，法院认为建设工程施工合同 未成立	17
本章小结	19
第二章 建设工程施工合同的效力	20
第一节 概述	20
第二节 建设工程施工合同的生效	21
一、合同的效力要件	21
二、建设工程施工合同的效力要件	24
三、建设工程施工合同无效的情形	30
四、建设工程施工合同无效的法律后果	32
五、建设工程施工合同无效的诉讼时效问题	33
第三节 建设工程施工合同备案的法律性质	35
一、行政行为基本理论	35
二、施工合同备案法律性质的实证分析	36
三、建设工程施工合同备案的可诉性	39

四、建设工程施工合同备案与合同效力	41
第四节 黑白合同及其效力	42
一、“黑白合同”问题的实质及其效力	42
二、“实质性内容”的界定	44
三、不同情形下“黑白合同”效力的认定	47
第五节 指定分包的效力	48
一、指定分包的概念	48
二、关于指定分包的有关规定	49
三、指定分包的效力分析	51
第六节 劳务分包与“扩大”劳务分包	52
一、劳务分包的概念	52
二、劳务分包合同的特点	52
三、“扩大”劳务分包及其效力	55
第七节 案例分析	57
案例一：建设工程施工合同无效，但竣工验收合格情况下工程款的支付	57
案例二：当事人就同一建设工程订立不同合同时，当事人权利义务的认定	60
案例三：指定分包引发的三角债，如何确定责任承担主体	64
案例四：未经招标签订的建设工程施工合同的效力认定	66
本章小结	70
第三章 建设工程施工合同的履行	72
第一节 概述	72
第二节 工程项目部及其法律地位	72
一、工程项目部的涵义	73
二、工程项目部的特点和法律地位	73
三、工程项目部承包与挂靠	75
四、项目经理的法律地位	80
第三节 施工合同履行过程中的表见代理问题	82
一、委托代理的一般理论	82
二、表见代理的基本理论	84
三、施工合同履行过程中表见代理的类型化分析	87
第四节 实际施工人及相关法律问题分析	100
一、实际施工人的界定	100
二、实际施工人享有的特殊诉权	102
三、实际施工人对外商事行为的责任承担	107
第五节 案例分析	110

案例一：表见代理的不构成	110
案例二：项目部负责人的行为与表见代理的构成	114
案例三：建设工程施工合同案件中涉嫌犯罪的民事责任承担	118
案例四：挂靠施工下被挂靠人对外承担责任后对挂靠人的追偿	122
案例五：实际施工人的诉权及发包人的责任承担	125
案例六：发包人对实际施工人构成不真正连带债务的，应当承担连带责任	129
案例七：发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任	138
案例八：实际施工人以项目部名义对外借款行为的责任承担	141
本章小结	143
第四章 建设工程施工合同履行障碍	146
第一节 概述	146
第二节 不可抗力	147
一、不可抗力的概念	147
二、不可抗力对建设工程施工合同的效力	150
三、不可抗力影响下承包双方的风险负担	153
第三节 情势变更	156
一、情势变更的概念	156
二、情势变更规则及其适用条件、效力和程序	161
三、情势变更规则在建设工程施工合同中的适用	163
第四节 建设工程施工合同履行中的抗辩权	169
一、履行抗辩权的一般理论	169
二、承包人抗辩权的行使	170
三、发包人抗辩权的行使	174
第五节 建设工程施工合同的解除	176
一、合同解除的一般理论	176
二、建设工程施工合同的解除	178
三、建设工程施工合同解除的法律后果	182
第六节 案例分析	183
案例一：结算协议中后履行抗辩权的行使	183
案例二：发包人以工程质量问题行使抗辩权的举证责任	185
案例三：建设工程施工合同案件中工程停工抗辩的行使	189
案例四：建设工程施工合同案件中不可抗力对工期影响的认定	196
本章小结	200
第五章 工程竣工验收与价款结算	202
第一节 概述	202

第二节 工程竣工验收	203
一、工程竣工验收的法律意义	203
二、工程竣工验收备案的法律性质	205
第三节 工程价款结算	208
一、工程价款结算的概念及特点	208
二、工程价款的确定方式	209
三、工程签证	214
四、对结算报告不予答复的法律后果	217
第四节 工程造价审计、财政评审与鉴定	219
一、工程造价审计	219
二、工程造价财政评审	221
三、工程造价鉴定	222
第五节 案例分析	227
案例一：法院对工程造价鉴定结论的选择和认定	227
案例二：违反合同约定的工程造价鉴定结论不能作为定案的依据	234
案例三：对结算文件不予答复的效力和财政评审结论对工程结算的影响	238
本章小结	242
第六章 建设工程承包人的优先受偿权	244
第一节 概述	244
第二节 工程承包人优先受偿权的立法基础和制度价值	246
一、工程承包人优先受偿权的立法基础	246
二、工程承包人优先受偿权的制度价值	250
第三节 工程承包人优先受偿权的性质	251
一、国内有关学说	251
二、其他国家和地区的立法状况	252
三、笔者观点	254
第四节 工程承包人优先受偿权的成立和行使	258
一、工程承包人优先受偿权的成立	258
二、工程承包人优先受偿权的行使	265
第五节 工程承包人优先受偿权的效力	268
一、工程承包人优先受偿权与其他权利的竞合	268
二、工程承包人优先受偿权的追及效力	270
三、工程承包人优先受偿权的物上代位效力	272
四、承包人预先放弃优先受偿权的效力	272
第六节 建立我国建设工程承包人优先受偿权登记制度的思考	274

一、建立工程承包人优先受偿权登记制度的必要性	274
二、国外及台湾地区的立法状况	275
三、工程承包人优先受偿权登记制度的具体设计	276
第七节 案例分析	279
案例一：承包人行使建设工程价款优先受偿权时间起算点的认定	279
案例二：垫资款是否属于工程价款优先受偿范围的认定	281
案例三：在建工程项目转让后承包人优先受偿权的享有	283
本章小结	288
第七章 建设工程施工合同法律风险防范	290
第一节 概述	290
第二节 合同签订阶段的法律风险防范	290
一、投标阶段	290
二、合同书签订阶段	295
第三节 合同履行阶段的法律风险防范	308
一、进度管理	308
二、质量管理	309
三、安全管理	310
四、项目商务管理	311
五、项目管理信息化	315
第四节 工程欠款的风险防范	315
一、诉讼时效	315
二、优先受偿权	316
本章小结	317
附录：各地人民法院的相关指导意见	319
广东省高级人民法院关于在审判工作中如何适用《合同法》第 286 条的 指导意见	319
广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的 意见	320
广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导 意见	321
江苏省高级人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的讨论 纪要	323
江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的 意见	327
江苏省南通市中级人民法院关于建设工程实际施工人对外从事商事行为	

引发纠纷责任认定问题的指导意见（试行）	330
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	334
山东省高级人民法院 2005 年全省民事审判工作座谈会纪要——建设工程 施工合同部分（节选）	338
山东省高级人民法院 2008 年全省民事审判工作座谈会纪要——建设工程 施工合同部分	341
重庆市高级人民法院关于对最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权 问题的批复》应如何理解的意见	342
重庆市高级人民法院关于当前民事审判若干法律问题的指导意见——建设 工程施工合同部分	343
北京市高级人民法院审理买卖合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行） （节选）	344
北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五（试行） （节选）	347
主要参考文献	349
后记	356

第一章 建设工程施工合同的订立

第一节 概 述

合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。也有学者认为，将合同定义为“民事主体之间以设立、变更和消灭债权债务为目的的双方法律行为”^①更为合适^②。但不管怎么说，合同作为一种“合意”，是双方当事人意思表示一致的产物。因此，合同的成立必定要经过双方订立的过程。在各国立法例和国际条约中，一般规定一方当事人希望与他人订立合同的意思表示为要约，另一方当事人同意对方要约所作的意思表示称为承诺。承诺生效时合同成立。

要约与承诺是合同订立的一般程序。而当事人在订立合同时选择什么具体方式，按照契约自由原则应由当事人来决定。当然，也存在例外。有些特别法为了维护社会公共利益或交易安全，要求合同订立采取特定的方式。对于建设工程施工合同来说，其订立方式包括招投标订立和直接委托发包订立两种。我国《招标投标法》第3条规定：“在中华人民共和国境内进行下列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：（一）大型基础设施、公用事业等关系到社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分采用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。”经国务院批准，国家发展计划委员会（现为国家发展和改革委员会）发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》又对必须进行招标的项目做了更为具体、详尽的规定。该规定中“必须进行招标的项目”十分宽泛。因此，实践当中，大多数建设工程施工合同都是通过招投标方式订立的。

一般来说，订立此类建设工程合同，要经过招标、投标、开标、评标、定标和签订合同书等几个阶段。而实践当中，投标人中标后，发包人擅自改变招投标条件的情况屡见不鲜，集中表现为在中标价的基础上压低工程造价、改变付款方

^① 张俊浩主编，《民法学原理》，中国政法大学出版社1991年版，第577页。

^② 李永军著，《合同法》，法律出版社2004年版，第4页。

式、降低合同额以逃避发包人应交的各种税费等。对此,中标人往往忍气吞声予以配合。在此过程中,有些中标人不愿意违背自己的真实意思,拒绝签订合同书,那么发包人的责任应当如何认定?是承担缔约过失责任还是承担违约责任?这就涉及建设工程合同成立的问题。

关于建设工程合同何时成立存在不同观点。这主要源于对契约自由与契约形式要求之间辩证关系理解的不同价值取向,以及对我国法律关于合同法定形式效力规定的不同见解^①。由此可见,要解决建设工程合同何时成立的问题,应当着重研究以下几个方面的问题:

(1) 对应于一般合同要约、承诺的订立过程,明确建设工程项目招标、投标和中标的法律性质;

(2) 基于我国《合同法》的规定,讨论合同法定形式的效力;

(3) 基于我国建设领域的现状,从平衡合同双方当事人利益和最大限度维护市场秩序的角度,研究建设工程合同的成立时间,以得出较为符合立法本意和现实价值的结论,从而确定擅自变更中标条件的法律后果,也为建设工程合同订立过程中的风险防范提供理论依据。

第二节 建设工程施工合同的订立方式

建设工程施工合同是承包人进行工程施工,发包人支付价款的合同。建设工程施工合同作为合同的一种,其订立同样要经过要约与承诺两个阶段,但由于建设工程的特殊性,其缔约过程也具有特殊性。建设工程施工合同的订立方式有两种,即直接发包与招标发包。

一、直接发包

直接发包是指由发包人直接选定特定承包人,与其进行协商谈判,并对工程建设有关内容达成一致后,签订建设工程承包合同的发包方式。这种方式简便易行,节省发包费用,但缺乏竞争机制,易滋生腐败。在我国可直接发包的工程主要有三类:

1. 根据《招标投标法》第66条规定,涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况,不适宜进行招标的项目,按照国家有关规定可以不进行招标;

^① 关于合同法定形式的效力,在学理上主要有生效要件说、成立要件说和证据效力说三种观点。参见王利明著,《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2002年版,第465~466页。

2. 根据《招标投标法实施条例》(国务院令第 613 号)第 9 条规定,有下列情形之一的可以不进行招标:

- (1) 需要采用不可替代的专利或者专有技术;
- (2) 采购人依法能够自行建设、生产或者提供;
- (3) 已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供;
- (4) 需要向原中标人采购工程、货物或者服务,否则将影响施工或者功能配套要求;
- (5) 国家规定的其他特殊情形。

3. 从建设工程的投资主体上看,对私人投资建设的工程,且不涉及社会公共利益、公共安全的项目^①,采用何种方式发包,法律一般不加以限制,投资人可以自行选择发包方式。如《北京市工程建设项目招标范围和规模标准规定》(市政府令 [2001] 89 号)第 11 条第 5 款规定,国内外民间组织或者个人全额捐赠的,可以直接发包。《深圳经济特区建设工程施工招标投标条例》(2004 年第二次修订)第 8 条规定:“下列建设工程是否实行招标发包,由投资者自行决定:(一)全部由外商或者私人投资的;(二)外商或者私人投资控股的;(三)外商或者私人投资累计超过 50%且国有资金投资不占主导地位的。”

二、招标发包

建设工程招标发包是指由建设单位设定标的并编制反映其建设内容与要求的

^① 涉及社会公共利益和公共安全的项目范围参见《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第 2 条、第 3 条的规定。第 2 条规定:“关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目的范围包括:

- (一) 煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源项目;
- (二) 铁路、公路、管道、水运、航空以及其他交通运输业等交通运输项目;
- (三) 邮政、电信枢纽、通信、信息网络等邮电通信项目;
- (四) 防洪、灌溉、排涝、引(供)水、滩涂治理、水土保持、水利枢纽等水利项目;
- (五) 道路、桥梁、地铁和轻轨交通、污水排放及处理、垃圾处理、地下管道、公共停车场等城市设施项目;

(六) 生态环境保护项目;

(七) 其他基础设施项目。”

第 3 条规定:“关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括:

- (一) 供水、供电、供气、供热等市政工程项目;
- (二) 科技、教育、文化等项目;
- (三) 体育、旅游等项目;
- (四) 卫生、社会福利等项目;
- (五) 商品住宅,包括经济适用住房;
- (六) 其他公用事业项目。”

招标文件,吸引承包人参与竞争,按照特定程序择优选择,达成合意并签订合同。基于法律的强制性规定及招标发包竞争所带来的优越性,大部分建设工程施工合同都是通过招标发包的方式订立的。根据《招标投标法》第3条的规定,在中华人民共和国境内进行下列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:

- (1) 大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目;
- (2) 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;
- (3) 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

同时,根据《招标投标法》第3条的授权,国家发展计划委员会制定了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(国家发展计划委员会令第3号),对应当采取招标发包的工程做了详细的规定。工程建设项目如符合该规定要求的范围和标准的,必须以招标投标方式订立建设工程合同,否则所订立的合同无效。

建设工程的发包采用招标的方式,是在建设工程领域对供求关系、价值规律和竞争机制的充分利用。通过招标来选择承包人,一方面可以使建设单位避免或减轻发包工程的风险,有效地控制工程投资;另一方面还可以促使承包人不断采用先进技术,提高经营管理水平,努力降低工程成本。招标发包的优点显而易见,但也存在一定的问题。主要有招标投标工作透明度保障不够、招标代理机构行为不规范以及招投标失信惩罚机制和监督管理机制的不健全等。这些问题的存在都会影响工程招标投标事业的健康发展,破坏招标投标竞争秩序,导致招标发包的优点不能得到充分发挥。因此,在采取招标发包时,完善相关制度十分重要。

第三节 建设工程招标投标的法律性质

建设工程招标投标中主要的法律行为有招标行为、投标行为和发出中标通知书的行为。招标行为和投标行为的法律性质如何,实践中存有争议。

一、工程招标的方式及法律性质

根据《招标投标法》的规定,招标分为公开招标和邀请招标。公开招标,是指招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或者其他组织投标。邀请招标,是指招标人以投标邀请书的方式邀请多家特定的法人或者其他组织投标。国务院发展改革部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目不适宜公开招标的,经国务院发展改革部门或者省、自治区、直辖市人民政府批准,可以进行邀请招标。国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目,应当公开招标。但对于技术复杂、有特殊要求或者受自然环境限制,只