



文章编号:1006-7329(2003)05-0087-06

建设工程合同溯源及特点研究

宋宗宇¹, 温长煌², 曾文革¹

(1.重庆大学 建筑法研究所,重庆 400044;2.福州华巍律师事务所,福建福州 350001)

摘要:罗马法中就规定有以不动产为标的的承揽合同,在西方国家有关不动产的规定都在承揽合同部分。考虑到建设工程的特殊性,前苏联开始把建设工程合同作为一个独立的合同加以规定,并得到我国的移植。意思自治和契约自由是合同法的基本理念,但该理念在建设工程合同领域受到公法规定的较大限制。我国民法将建设工程合同从传统承揽合同中剥离出来,强化当事人的社会责任,限制其合同自由,目的在于保护合同当事人之外社会公众的利益。但行政管制的密度过高又导致了无效建设工程合同的层出不穷,降低了社会效率,增加了社会成本。建设工程合同具有不同于普通承揽合同的特征,包括承包人只能是法人、合同的标的是完成特定建设工程的行为、国家管理的特殊性、建设工程具有计划性和次序性、建设工程合同为要式合同。

关键词:建设工程合同;溯源;特点

中图分类号:D912.29;F284

文献标识码:A

On Features and History of Construction Contract

SONG Zong-yu¹, WEN Chang-huang², ZENG Wen-ge¹

(1. College of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China; 2. Fuzhou Huawei Lawyer Office, Fuzhou 300001, P. R. China)

Abstract: In this paper, a general survey of the system of construction contract is carried out. This paper starts with the historical evolution of the system of the construction contract in western countries. Thereafter, the authors introduce the situation in China that in the civil law of China, the system of the construction contract has been separated from the traditional contracts for work and the social liability of the contracting party has been intensified. The freedom of contract is limited for the purpose of protecting the benefits of the public. Finally, the authors present the features of the construction contract, which are different from those of the contracts for work.

Keywords: construction contract; history; features

1 建设工程合同制度的历史发展考察

纵观西方大陆法系国家(或地区)之民法典,建设工程合同并非一类独立的合同类型,不动产的

* 收稿日期:2003-04-28

作者简介:宋宗宇(1968-),男,四川达州人,副教授,硕士,主要从事房地产法律和建筑法研究。

建筑施工合同、修缮合同与完成一般工作成果的合同一样,都在“承揽合同”中加以规定(法国民法典除外)^[1],即承揽合同包括动产承揽和不动产承揽,没有将完成工作成果为建筑物(或称工地工作物、不动产)的承揽合同与其他承揽合同加以区分,在法律适用上具有同一性。因此,全面了解建设工程合同,应从承揽合同开始。

1.1 承揽合同的立法发展

承揽合同是以完成一定工作为目的的合同,其中,承揽人提供的是劳动,定作人提供的是劳动报酬。在人类历史上,出现承揽合同的原因有二:一是合同双方当事人地位已经平等,任何一方都不能依凭暴力占有另外一个人的劳动;二是社会分工的形成和发展,使不同的人有不同的专长。因为承揽合同是与人们日常生活密切相关的合同形式,为人们生活所必须,所以,早在罗马法中即有关于承揽合同的规定。

1) 罗马法上的承揽合同。在罗马法上,承揽合同被纳入租赁合同中,成为租赁合同的一种。罗马法上的租赁可分为物的租赁(相当于现在的租赁合同)、劳务租赁、工作物的租赁(承揽人将承揽工作出租给定作人,以便完成合同所订之工作成果)。罗马法关于承揽租赁的规定已比较详细。罗马法上即已区分劳务赁借贷和货物运输赁借贷^[2]。在罗马法中,承揽合同被视为是劳动力租赁合同,称为承揽租赁,它的标的一项是特定的工作,而且“被视为出租者的不是提供劳务的人,而是以其名义提供劳务的人。”^[3]人们已经开始探讨它与买卖合同的区别。法律还规定了某些承揽人需亲自提供劳务等。

2) 纯粹承揽合同的起源。在欧洲大陆,日耳曼法时代即有承揽关系的观念,但直到中世纪才真正形成承揽合同,承揽合同分为工作物出售和付酬定作两类,承揽人有义务完成契约所约定之工作成果,定作人有义务给付报酬^[4]。日耳曼法虽然在一定程度上继受罗马法,但仍保留了日耳曼法的精神,并因习惯法根深蒂固,各邦法将承揽从租赁观念中解脱开来,成为独立的债的一种。德国民法亦采上述体例立法^[5]。

3) 《法国民法典》中的承揽合同。1894年的《法国民法典》继承了罗马法对承揽合同的规定,仍将承揽合同规定为劳动力租赁。该法典第1779条规定,劳动力租赁主要包括约定为他人提供劳务的劳动力租赁、水陆运送旅客和货物的劳动力租赁、依包工或承揽从事工程建筑的劳动力租赁。从这一规定可以看出,在《法国民法典》中,承揽合同的种类极其庞杂,几乎包括了所有提供劳务的合同,如雇佣合同、交通运输合同、建设工程合同等。在继受罗马法体例时,也将上述体例一并继受,仍以租赁合同对承揽关系加以规范。

4) 德国、日本等国和地区民法典中的承揽合同。翻开德、日各国民法典,债编“承揽”中均没有对建筑物(不动产)的承揽作出专门规定,而是把它视为承揽合同的一种,仅做了个别条文的规定。如建筑承揽人保全抵押权(德国民法典第648条);建筑物瑕疵担保责任的特殊存续期间(日本民法典第638条、意大利民法典第1668条);建筑物定作物解除权的丧失(台湾地区民法典第494条)等,此外,再无特别规定。除法律有特别规定外,建筑物的承揽应适用承揽合同的一般规定。

5) 前苏联及俄罗斯民法关于建设工程合同的立法发展。前苏联把建设工程合同称为基本建设包工合同,并在民法典中将《基本建设包工》列为独立一章,位于《承揽》之后。表明该法典已将基本建设包工合同作为一种独立的有名合同加以对待,虽然在理论上,学者亦承认基本建设包工合同是承揽契约的特别种类^[6]。在法律规定上,基本建设包工是以法律的特别计划为前提,合同的标的是列入计划的项目(基本建设),承包人必须是有建设能力的组织,合同的订立和履行应当根据苏联部长会议所制定的规程或依照它所规定的程序进行。法律还规定了基本建设的特别拨款程序以及监督管理。正是上述特征,使得苏联民法中基本建设包工合同与承揽合同截然分开。

按苏联民法理论,基本建设包工合同的主体是公有企业、组织,属典型的经济合同。在苏联,国民经济中的合同是为计划服务的,经济合同的使命不过是完成或超额完成国民经济计划这一事业,为巩固国民经济中的经济核算制与合同纪律而服务的^[7]。虽然在苏联,几乎所有的合同都可被认

为是执行计划的工具,但从建设工程合同的特殊性看,仍没有哪一种合同类型在计划性和国家管制方面比其更为强烈。1995年颁布的《俄罗斯民法典》将建设包工合同并入承揽合同,并区分为日常生活的承揽、建筑承揽、完成设计和勘察工作的承揽等类型,它不再将建设承揽作为与承揽合同并列的一类合同,而是其作为一种特殊的承揽合同,实质上仍将建设工程合同与承揽合同区分^[8]。

1.2 我国建设工程合同的立法发展

长期以来,民法学界对建设工程合同的称谓不一,其一为基本建设工程包工合同、其二为基本建设工程承包合同、基本建设工程合同、基本建设工程承揽合同。工程建设合同与建设工程承包合同两者并无较大区别^[9-12]。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。承包人是指在建设工程合同中负责工程的勘察、设计、施工的一方当事人;发包人是指在建设工程合同中委托承包人进行勘察、设计、施工等工作的建设单位。由于一项工程须经过勘察、设计、施工等若干过程才能最终完成,所以建设工程合同包括勘察合同、设计合同、施工合同。这几种合同分别是由建设人或承建工程的总承包人与勘察人、设计人、施工人订立的关于完成工程的勘察、设计、施工等任务的协议。我国原《经济合同法》第18条已将工程建设合同作为不同于承揽合同的一类新的合同,在《中华人民共和国合同法》中,也把它作为一类合同单独规定。

将建设工程合同从承揽合同中分离出来,并非我国民法之首创,和其他各法律制度一样,其思想渊源来源于前苏联民法。在我国建国初期,社会主义国家的性质及法律制度的缺乏使得移植前苏联的法律制度具有可能性和必要性。应该说,我国对苏联法律的移植是从制度到理论层面的全面移植。建设工程合同作为被移植的庞大的法律体系中的一个“枝叶”,当然也一并被移植,以至一直被传承继续。在理论上,建设工程合同的计划性至今仍被反复强调、争论,没有实质性的突破。

为明确建设单位和勘察、设计、施工等单位的职责,分工协作,共同完成国家建设任务,国家建设委员会于1955年颁布的《建筑安装工程包工暂行办法》规定了建设单位发包给国营、地方国营建筑安装企业的建筑、安装工程的发包、承包、施工和竣工工程等结算手续的办理办法。该暂行办法将包工合同分为全部建筑安装工程量签订的合同和年度工程签订的合同,规定发包人和承包人在进行建筑、安装工程前必须签订年度合同^[12]。

1979年4月20日国家建委发出《关于试行基本建设合同制的通知》,认为必须坚持按经济规律办事,采取经济方法,充分运用合同来管理基本建设。并于同日发布《建筑安装工程合同试行条例》、《勘察设计合同试行条例》^[12]。1983年8月8日,国务院颁布了《建设工程勘察设计合同条例》,规定建设工程勘察设计合同的双方必须具有法人地位,委托方是建设单位或有关单位,承包方是持有勘察设计证书的勘察设计单位,并规定了建设工程勘察设计合同必须具备的条款。同日,国务院还颁布了《建筑安装工程承包合同条例》,规定了承包合同应当具备的条款。

为了加强对建设工程招标投标的管理,缩短建设工期,降低工程造价,提高投资效益,1984年11月20日,国家计划委员会、城乡建设环境保护委员会颁布了《建设工程招标投标暂行规定》。规定列入国家、部门和地区计划的建设工程,除某些不适宜招标的特殊工程外,均按本规定进行招标。凡持有营业执照、资格证书的勘察设计单位、建筑安装企业、工程承包公司、城乡建设综合开发公司,不论国营的还是集体的,均可参加投标。建设工程的招标和投标,不受地区、部门限制。工程项目主管部门和当地政府,对于外地区、外部门的中标单位,要一视同仁,提供方便。1987年2月10日城乡建设环境保护部、国家工商行政管理总局印发了《关于加强建筑市场管理的暂行规定》。规定在城镇和工矿区承包工程的勘察设计单位,必须持勘察设计资格证书;建筑安装企业必须持有营业管理手册和营业执照,方准进行承包业务。未取得上述证件和合法凭证者,不论何种机关、团体或个人,一律不得擅自从事工程勘察、设计和施工承包业务。严禁勘察设计单位、建筑安装企业超越资质等级和规定的经营范围承包业务。禁发包单位向无资格证书或越级的承包单位发包工程;严禁向无证单位或个人出让图章及非法转包工程。

近几年出台的《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国招标投

标法》健全了建设工程合同制度,确立了承包主体必须是具有相应资质等级的勘察单位、设计单位、施工单位制度、招标投标制度、建设工程合同应当采用书面形式制度、禁止违法分包和转包制度、竣工验收制度、承包人优先受偿权制度等,明确了合同各方当事人的法律地位和权利、义务、责任,对提高建设工程质量起到了极大地推动作用。

从上述建设工程合同历史发展的考察,我们可以看出,建设工程合同当事人在订约相对人的选择、内容的确立上较多地受到国家计划和行政法规的干预。这说明在建设工程合同中,公法上的规定对合同的当事人的意思自治形成相当的限制。存在着林林总总的规范建设工程的法律法规以及细如游丝的强制性条文和说明,可以说,不存在任何一种比建设工程合同更多地受到限制的合同。法律管制体现在规范建筑市场的深度和广度方面,从建筑市场上的交易行为开始(包括交易准许的方式、交易双方应具备的条件、平等竞争的要求等)、合同的缔结与履行、产品的质量(如不许偷工减料、以次充好等)、交易价格(如不得哄抬或片面压低标价)到交易行为的终止(如解决工程款的拖欠问题)等整个过程都存在这种管制^[13]。在德国,建筑法被称为“建筑警察法”,建筑主管机关被称为“建筑警察”^[14],可见,其行政管制的密度非常高,我国也毫不逊色。法律对建设工程合同管制过多的结果,不仅使无效建设工程合同层出不穷,同时也会使人对建设工程领域的合同自由产生怀疑。

笔者认为,我国民法将建设工程合同从传统承揽合同中剥离开来,强化当事人的社会责任,限制其合同自由,乃是对正义的拓展,只不过此处并非专为合同中势弱一方利益的保护,而是在于保护合同之外社会公众的利益。正是由于现代社会对楼宇、桥梁、道路等设施的依赖,才使法律对上述设施的安全性做必要之控制,以防止工程质量低劣对整个社会公众的安全构成侵害。契约正义正是为了契约自由适应新的“社会结构”及其制约文化发展而对之加以修正,以使契约自由理论更为完善。值得注意的是,法律的过多管制又造成了大量的建设工程合同的无效,从而降低了社会效率,增加了社会成本,在法学理论和实践中造成一系列无法解决的难题,似有矫枉过正之嫌。

2 建设工程合同的特点

建设工程合同是以完成一定工作为目的的合同。一方当事人完成特定的工作(为建设行为),从这个意义上说,它完全符合承揽合同的特征,但是,由于建设工程合同不同于其他工作的完成,该类合同对社会公共安全的影响较大,受到国家诸多方面的调控,所以,建设工程合同除具有与一般承揽合同相同的特征如均为诺成合同、双务合同、有偿合同外,更具有与一般承揽合同不同的特点。

2.1 承包人只能是法人,而且只能是经过批准的具有相应资质的法人

这是建设工程合同在主体上不同于承揽合同的特点。承揽合同的主体没有限制,可以是公民个人,也可以是法人,而建设工程合同的主体是有限制的。建设工程合同的标的是建设工程,具有投资大、周期长、质量要求高、技术力量全面、影响国计民生等特点,作为公民个人是不能够独立完成的,所以,公民个人不能作为承建人。只有经过批准的持有相应资质证书的勘察、设计、施工单位等企业法人才可以在其资质等级许可的范围内承揽工程,成为建设工程合同的主体。法律禁止企业无资质或超越本企业资质等级许可的范围承揽工程。农村工匠经过批准可以承揽农村三层以下的农民自住房屋的建设,但他不能承揽建设工程,不能成为建设工程合同的承包人。

2.2 建设工程合同的标的是特定的,仅限于完成建设工程工作的行为

建设工程合同的标的只能是完成基本建设工程的行为而不能是其他事物,建设工程本身在属性上具有不可移动、长期存在的特点。这里所说的建设工程,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,包括房屋、港口、矿井、水库、电站、桥梁涵洞、水利工程、铁路、机场、道路工程等等,其工作要求比较高,而且价值较大。对于一些结构简单,价值较小的工程项目,如居民建造自住的住宅,企业建造的临时设施等,并不作为建设工程,不适用建设工程合同的有关规定。

2.3 国家管理的特殊性

建设工程合同的订立和履行,受到国家的严格管理和监督。在我国,规范和调整建设工程合同的法律法规,除了《合同法》、《建筑法》等法律外,还存在着大量的行政法规、行政规章、地方性法规以及地方性规章。上述法规中以行政法规和部门规章为主,对工程建设的各个环节都进行严格管制,其间充斥着大量强制性规定和禁止性规定,违反其中任何一项都能导致建设工程合同效力的丧失。对建设工程合同实行国家管制的理由在于建设工程合同的标的物为不动产之工程,具有不可移动性,长期存在和发挥效用,事关国计民生^[10]。此外,在政府作为工程建设者的政府工程,往往要纳入国家计划或地方政府计划,工程的立项、发包、承包、建设及验收都绝非仅由合同法等私法能够完全解决的。建设工程合同从订立到履行,从资金的投放到最终的竣工验收,都受到国家严格的管理和监督。

2.4 建设工程具有计划性和次序性

建设工程合同是否为计划合同,学界存在一定争论。在我国确立社会主义市场经济体制前,建设工程合同计划性是不容否认的,各类有关基本建设的法律法规内容都是关于基本建设应遵循国家计划这一原则的体现或是具体化。例如1952年政务院财政经济委员会颁发的《基本建设工作暂行办法》中,“计划的编制与批准”一节中明确规定基本建设计划是国民经济计划的重要组成部分,必须符合于国家一定时期的政治、经济总任务和长期建设计划。同一时期的类似文件中均有相似的规定。任何一个建设工程合同,都必须按照非常严格的基本程序订立,而且要符合国家基本建设计划。而基本建设计划属于国家指令性计划,它对有关当事人具有很强的约束力^[15]。随着改革开放的深入展开,有学者对建设工程合同计划性提出了怀疑,认为随着中外合资、合作企业、外资企业、群众自己集资的建设工程的增多,及我国基本建设程序改革措施的落实,目前的建设工程合同已有相当一部分不再是计划合同^[16]。现行成文法中有关建设工程合同的法律规定也有意或无意地回避使用“国家计划”一类的文字,如《中华人民共和国合同法》仅在第273条中规定“国家重大建设工程合同,应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立”。这表明作为国家严格控制的、计划性的建设工程合同在范围上已大大缩小。但也有学者认为,在市场经济条件下,工程建设合同确实不像以前那样全部严格按照具体的建设计划订立,但基本建设项目投资主体多元化,并不能改变它的计划性,国家仍需要对基建项目实行计划控制,这是实现国民经济高速有效、稳定发展的重要措施。所以,工程建设合同仍受国家计划的约束,对于计划外的工程项目,当事人不得签订建设工程合同,否则,该建设工程合同无效^[10]。

由于建设工程合同的建设周期长,质量要求高、涉及的方面广,各阶段的工作之间有一定的严密顺序,因此,建设工程合同也就具有次序性强的特点。例如,未经立项,没有计划任务书,则不能进行签订勘察、设计合同的工作;没有完成勘察、设计工作,则不能进行施工图设计文件审查;没有经过招标施工图设计文件审查,则不能进行招标投标;没有经过投标,则不能签订施工合同等。

2.5 建设工程合同为要式合同

建设工程合同必须采用书面形式是国家对建设工程进行监督管理的需要,也是建设工程合同履行特点所决定的。建设工程合同应为要式合同,不采用书面形式的建设工程合同不能有效成立。但是,实践中存在未采用书面形式订立建设工程合同,但当事人已经开始履行,如何确定其效力呢?根据《中华人民共和国合同法》第36条的规定,法律、行政法规规定应当采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式,但一方已经履行主要义务,对方业已接受的,认为该合同成立。因此,对已开始履行的建设工程,如果双方当事人对已经履行的并无异议,一般由建设工程行政主管部门、工商行政主管部门或其他行政主管部门责令在一定期限内补签书面建设工程合同;如果当事人在一定期限内不补签的,则责令其立即停工;如果双方当事人对已履行的有异议,则口头建设工程合同无效,应立即停止履行。事实上,建设工程不签订书面合同的情况比较少。

参考文献:

- [1] 郭杰. 承揽合同若干法律问题研究[J]. 北京: 政法论丛, 2000, (6): 46.
- [2] 谢鸿飞. 承揽合同[M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [3] 彼德罗, 彭梵得. 罗马法教科书[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- [4] 黄越钦. 承担契约之履行责任与瑕疵担保责任[A]. 郑玉波. 民法债编论文选辑(下)[C]. 台北: 五南图书出版公司, 1984.
- [5] 黄越钦. 承担契约之履行责任与瑕疵担保责任[A]. 郑玉波. 民法债编论文选辑(下)[C]. 台北: 五南图书出版公司, 1984.
- [6] 斯·恩·布拉都西. 苏维埃民法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1954.
- [7] 麦·帕·沙溜巴. 经济合同及其为计划经济核算制而斗争[A]. 吴绪. 苏联的经济合同[C]. 北京: 财政经济出版社, 1956.
- [8] 黄道秀, 等译. 俄罗斯民法典[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1999.
- [9] 《法学研究》编辑部. 新中国民法学研究述评[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1990.
- [10] 郭明瑞, 王轶. 合同法新论 - 分则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997.
- [11] 黄强光. 建设工程承包合同[M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [12] 何勤华, 殷啸虎. 中华人民共和国民法史[M]. 上海: 复旦大学出版社, 1999.
- [13] 张亢端. 建设法规知识读本[M]. 北京: 中国建筑工业出版社, 1991.
- [14] 胡明锵. 建筑管理法制基本问题之研究 - 中德比较法制研究[M]. 台北: 台大法学论丛. 第三十卷第二期.
- [15] 王家福, 谢怀栻. 合同法[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1986.
- [16] 王家福. 中国民法学·民法债权[M]. 北京: 法律出版社, 1991.

更正启事

由于作者李磊的失误, 本刊 2003 年第 4 期第 33 页《预应力梁弦结构预应力施工控制的非线性分析》一文的作者应由原来的: 李磊¹, 黄奎生², 罗永峰² 更正为: 李磊¹, 黄奎生²。

特此声明, 并向罗永峰先生表示深深的歉意!

重庆建筑大学学报编辑部

2003. 10. 20