

建设工程合同溯源及特点研究一级建造师考试 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/539/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BB\\_BA\\_E8\\_AE\\_BE\\_E5\\_B7\\_A5\\_E7\\_c54\\_539991.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/539/2021_2022__E5_BB_BA_E8_AE_BE_E5_B7_A5_E7_c54_539991.htm)

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,它的标的是一项特定的工作,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].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[10]。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》[11]。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[12].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”[13],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。 100Test 下载频道开通,各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)