



公司法律简报

2007年8月2日(总第24期)

注重世界最普遍之法则。瀛海交通于今为盛，凡都邑钜阜，无一非商战之场，而华侨之流寓南洋者，生齿日益繁庶，按国际私法向据其人之本国法办理，如一遇相互之诉讼，彼执大同之成规，我守拘墟之旧习，利害相去不可以道里计。是编为振斯弊，凡能力之差异，买卖之规定，以及利率时效等项，悉采用普通之制，以均彼我而保公平。

原本后出最精确之法理。学术之精进由于学说者半，由于经验者半，推之法律，亦何莫不然？以故各国法律愈出后者最为世人注目，义取规随，自殊剽袭。良以学问乃世界所公，初非一国所独也。是遍关于法人及土地债务诸规，采用各国新制，既原于精确之法理，自无桎梏之虞。

求最适于中国民情之法则。立宪国政治几无不同，而民情风俗一则由于种族之观念，一则由于宗教之支流，则不能强令一致，在泰西大陆尚如此区分，引其为亚欧礼教之殊？人事法缘于民情风俗而生，自不能强行规抚，致貽削趾就履之诮。是编凡亲属婚姻继承等事，除与立宪相背酌量变通外，或本诸经义，或参诸道德，或取诸现行法制，务期整饬风纪，以维持数千年民彝于不蔽。

期于改进上最有利益之法则。文子有言：“君者盘也，民者水也，盘圆水圆，盘方水方。”是知匡时救弊，贵在转移，拘古牵文，无裨治理。中国法制历史大抵稗贩陈编，创制盖寡。即以私法而论，验之社交非无事例，征之条教，反失定衡，改进无从，遑谋统一？是编有鉴于斯，特设债权物权详细之区域，庶几循序渐进，冀收一道同风之益。

主 编：信利律师事务所 章琦律师

主编与投稿邮箱：zq@xinlilaw.com company-lawyer@sohu.com

编者的话：

《公司法律简报》重点介绍公司、外商投资、房产建筑、知识产权、WTO、劳动争议等领域法律动态，旨在传播法律知识，避免法律纠纷，促进共同发展，为中国的法制建设贡献自己的应有之力。

《公司法律简报》对有关法律问题进行的评述，并非本律师正式法律意见。如您需要得到全面的法律帮助并获取详实的法律意见，我们愿意为您提供周到的服务。您如果对《公司法律简报》有任何意见和建议，或对其中的话题感兴趣，请与本律师联系。

导 读

新法解读

❖ [物权法系列解读之九：全面界定小区公用财产归属 积极维护业主合法权益](#)

❖ [物权法系列解读之十：高度尊重业主选择 物权法明确业主与物业的关系](#)

法规释义

❖ [解读《中华人民共和国合同法》分则 第十六章建设工程合同](#)

劳动法研究

❖ [用人单位不订立书面劳动合同的法律责任加重——《劳动合同法》解读之一](#)

章律师信箱

❖ [关于售后公房产权的问题](#)

联系律师

❖ 物权法系列解读之九：全面界定小区公用财产归属 积极维护业主合法权益

实践中，开发商与业主之间就公用部分财产归属的纠纷屡见不鲜。而业主与物业公司之间的纠纷，也有相当数量来自于小区财产归属的不明。换言之，对于会所、车库等公共设施的归属，开发商与业主之间存在争议；而物业公司进驻后，开发商又将其占用的公共设施转移给物业公司，从而引发物业公司与业主之间的纠纷。《物权法》则对小区公用部分的财产归属进行了全面的界定，具体来说：

第一，道路、绿地原则上归业主共有。对于小区中建筑区划内的道路，《物权法》明确属于业主共有，但已经纳入城镇规划、成为城镇公共道路的，则为国家所有。建筑区划内的绿地，原则上属于业主共有，但属于城镇公共绿地的，应当归国家所有。此外，对于明示归个人的绿地，例如房屋买卖合同中约定归业主个人所有的地面花园，则应当按照约定归业主个人。

第二，对于业主普遍关心的车位、车库问题。《物权法》首先强调，在建设区划内的车位和车库应该首先满足业主的需要。就是说这些车位、车库，首先应当看该小区的业主是否愿意以合理的价格购买或者承租；对于剩余的车位、车库，开发商才能向小区业主之外的人员出租或者出售、赠与。

其次，对于建设区划内的车位和车库，开发商可以通过合同出售、出租给业主，或者赠与给业主，例如买房赠车库。但是，如果没有出售、赠与等移转所有权的约定，则其应当归属于开发商。当然，对于是否存在这种约定，应当按照《合同法》等法律确定规则来认定，例如虽然合同中没有明确约定，但是开发商在此前的广告中以附赠车库来宣传、且足以影响业主决定购买或者房屋价格的，应当认定存在赠与车库的约定。

此外，占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。这主要是针对事先在规划中并未规划为车位、但随着业主汽车拥有量大增，原有车位、车库不敷使用，而占用业主共有的道路或者其他场地施划的车位而言的。这些车位应当归属于业主共有。

第三，建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。这主要包括小区内的物业服务用房、居委会办公用房、人防工程、自行车存车处等公共场所以及开发商自行设置的体育健身设施、电梯等设施设备。接入小区的水、电、气、暖等设施设备，除供水、电、气、暖公司所有的之外，也应当归业主共有。

对于业主共有的财产，其利用应当经过业主同意，其收益也应当归业主共有。实践中，一些广告公司与物业公司签订合同，在电梯内设置了广告牌；或者物业公司与一些企业签订合同，允许其进入小区推销。严格的讲，这是对业主共有财产の利用，因此，其合同是否有效必须视业主是否对物业公司授权而定；而且，因此所得的收益应当归业主共有或者用来充抵物业服务费用。

相关法条：

第七十条 业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。

第七十一条 业主对建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。

第七十二条 业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利不履行义务。

业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。

第七十三条 建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。

第七十四条 建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。

占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。

❖ 物权法系列解读之十：高度尊重业主选择 物权法明确业主与物业的关系

面对实践中时有发生业主与物业管理公司之间的纠纷，《物权法》对业主和物业之间的关系进行了规范。主要体现在以下几个方面：

第一，为物业服务机构“正名”。在《物业管理条例》等法规中，物业服务机构被称为“物业管理企业”，严格的讲，这种表述未见不妥，所谓物业管理只是“受业主委托代为管理”。但是实践中部分物业管理企业有意无意的将这种委托关系误认为类似于政府与公民之间的“管理”关系，动辄以“管理业主者”自居。《物权法》则将其定名为“物业服务机构”，这就明确了业主与物业之间的关系，物业公司应当以提供服务为己任。而且，“机构”一词较之于“企业”，范围更加宽泛，包括了以公益为目的的法人和非法人组织。

第二，业主有权自行管理建筑物及其附属设施。按照《物业管理条例》，在房地产开发过程中，在业主、业主大会选聘物业管理企业之前，开发商首先要为业主选聘物业

管理企业；业主大会成立后，虽然有权另行选聘物业公司，但从其表述来看，业主必须通过委托物业公司来管理小区事务。而《物权法》在强调“对建设单位聘请的物业服务机构或者其他管理人，业主依法有权更换”的同时，明确规定：“业主可以自行管理建筑物及其附属设施”，这就意味着业主完全可以通过业主大会辞退开发商选聘的物业公司，同时不再另行选聘其他物业公司，而由业主自行管理小区财产。例如，小区业主完全可以约定，由各家业主轮流清理小区卫生或者提供其他公共服务。这对于规模和共用部分面积较小、物业服务需求的小区来说，显然极大减轻了业主的经济压力。

第三，业主有权委托物业服务机构之外的其他管理人管理。从既有的法规来看，物业服务只能由具有独立法人资格的企业来进行，但是《物权法》却明确规定业主“也可以委托物业服务机构或者其他管理人管理”，这就是说业主不愿自行管理小区事务的情况下，完全可以委托普通的自然人来进行。例如，规模不大的小区，业主完全可以决定聘用一些下岗职工、退休在家的老人负责来客登记、车辆看管、小区保洁等服务，而无须选聘专门的物业公司。

总之，从《物权法》的规定来看，其充分尊重了小区物业服务需求不一的现实，高度尊重了业主选择物业服务的自主权，相信将对缓和业主与物业公司之间的关系、打造和谐社区发挥积极的作用。

相关法条：

第八十一条 业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。

对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人，业主有权依法更换。

第八十二条 物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，并接受业主的监督。



❖ 解读《中华人民共和国合同法》分则 第十六章 工程建设合同

本章共十九条，对建设工程合同的订立、禁止违法分包与转包、建设工程合同的内容、竣工验收、支付价款以及发包人与承包人其他的权利义务作了规定。

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。

建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

「释义」本条是关于建设工程合同定义和基本内容的规定。

建设工程合同是指承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同的客体是工程。这里的工程是指土木建筑工程和建筑业范围内的线路、管道、设备安装工程的新建、扩建、改建及大型的建筑装饰装修活动，主要包括房屋、铁路、公路、机场、港口、桥梁、矿井、水库、电站、通讯线路等。建设工程的主体是发包人和承包人。发包人，一般为建设工程的建设单位，即投资建设该项工程的单位，通常也称作“业主”。按照国家计委 1996 年 4 月发布的《关于实行建设项目法人责任制的暂行规定》，国有单位投资的经营性基本建设大中型建设项目，在建设阶段必须组建项目法人。项目法人可按公司法的规定设立有限责任公司和股份有限公司，由项目法人对项目策划、资金筹措、建设实施、生产经营、债务偿还和资产保值增值实行全过程负责。据此规定，由国有单位投资建设的经营性的工程建设，由依法设立的项目法人作为发包人。国有建设单位投资建设的非经营性的工程建设，应当由建设单位为发包人。此外建设工程实行总承包的，总承包单位经发包人同意，在法律规定的范围内对部分工程项目进行分包的，工程总承包单位即成为分包工程的发包人。建设工程的承包人，即实施建设工程的勘察、设计、施工等业务的单位，包括对建设工程实行总承包的单位和承包分包工程的单位。

本条第一款规定的建设工程合同的定义，体现了合同双方当事人即发包人和承包人

的基本义务。承包人的基本义务就是按质按期地进行工程建设，包括勘察、设计和施工。发包人的基本义务就是按照约定支付价款。

本条第二款规定了建设工程合同的主要内容。一项工程一般包括勘察、设计和施工等一系列过程，因此建设工程合同通常包括工程勘察、设计、施工合同。

勘察合同，指发包人与勘察人就完成建设工程地理、地质状况的调查研究工作而达成的协议。勘察工作是一项专业性很强的工作，所以一般应当由专门的地质工程单位完成。勘察合同就是反映并调整发包人与受托地质工程单位之间关系的依据。

设计合同实际上包括两个合同，一是初步设计合同，即在建设工程立项阶段承包人为项目决策提供可行性资料的设计而与发包人签订的合同。二是施工设计合同，是指在承包人与发包人就具体施工设计达成的协议。

施工合同主要包括建筑和安装两方面内容，这里的建筑是指对工程进行营造的行为。安装主要是指与工程有关的线路、管道、设备等设施的装配。

第二百七十条 建设工程合同应当采用书面形式。

「释义」本条是关于建设工程合同形式的规定。

根据本条的规定，建设工程合同除双方当事人意思表示达成一致外，还应当采用书面形式明确双方的权利义务。

合同按照其订立方式可分为口头合同、书面合同以及采用其他方式订立合同。凡当事人的意思表示采用口头形式而订立的合同，称为口头合同；凡当事人的意思表示采用书面形式而订立的合同，称为书面合同。以口头形式订立合同具有简便、迅速、易行的特点，是实际生活中大量存在的合同形式，如消费者在市场购物时与商店营业员之间产生的货物买卖合同关系，就是典型的口头合同。但是口头合同由于没有必要的凭证，一旦发生合同纠纷，往往举证困难，容易产生推卸责任，相互扯皮的现象，不易分清责任。而书面形式的合同由于对当事人之间约定的权利义务都有明确的文字记载，能够提示当

事人适时地正确履行合同义务，当发生合同纠纷时，也便于分清责任，正确、及时地解决纠纷。建设工程合同一般具有合同标的额大，合同内容复杂、履行期较长等特点，为慎重起见，更应当采用书面形式。为此本条特别明确规定。

根据本法规定，书面形式是指合同书、信件以及数据电文（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。在实践中，较大工程建设一般采用的是合同书的形式订立合同。通过合同书，当事人写明各自的名称、地址，工程的名称和工程范围，明确规定履行内容、方式、期限，违约责任以及解决争议的方法等。工程承包合同，还应当明确承包的内容以及承包方式。勘察、设计合同，还应当明确提交勘察或者设计基础资料、设计文件（包括概预算）的期限，设计的质量要求、勘察或者设计费用以及其他协作条件等内容。施工合同，还应当明确工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、交工验收、质量保证期、双方互相协作等内容。当事人也可以选择有关的合同示范文本作为参照订立建设工程合同。

第二百七十一条 建设工程的招标投标活动，应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。

「释义」本条是关于工程招标投标的要求的规定。

招标投标是市场经济条件下进行大宗货物买卖或者建设工程发包与承包时通常采用的竞争交易方式。所谓的建设工程招标投标活动是指建设工程的发包人作为招标方采用适当的方式，发布拟建工程的有关信息，如工程的内容和主要的技术条件，对承包人的资质要求等，但不标明工程的造价，通过这些行为表明发包人将选择符合条件的承包人与之订立建设工程合同的意向，由各有意承包该工程项目的承包人作为投标方向招标方提出自己的工程报价和其他承包条件，参加投标竞争，经招标方对各投标方的报价和其他条件进行审查比较后，从中择优选定中标者，并与之签订建设工程合同的活动。

采用招标投标方式进行建设工程的发包与承包，其最显著的特征是将竞争机制引入建设工程的发包与承包活动之中，与计划经济条件下通过行政手段向建筑企业分配建设任务，或者与采用“一对一”谈判的办法进行的建设工程的发包与承包相比，具有明显的优越性，这主要表现在以下两点：第一，招标方通过对各投标竞争者的报价和其他条件进行综合比较，从中选择报价低、技术力量强、质量保障体系可靠、具有良好信誉的承包人作为中标者，与之签订建设工程合同，这显然有利于保证工程质量、缩短工期、降低工程造价、提高投资效益；第二，招标投标活动要求依照法定程序公开进行，有利于堵住建设工程发包与承包活动中行贿受贿等腐败和不正当竞争行为的“黑洞”。正因为招标投标具有明显的优越性，符合市场竞争的要求，也就成为我国建设工程发包与承包活动中应当大力推广的主要方式，尤其是对于使用国有资金建设的工程项目。因此在建筑法中就明确规定了建筑工程应当依法实行招标发包，对不适于招标发包的才可以直接发包。因此根据建筑法和其他法律、行政法规的规定，工程建设需要采取招标投标的方式订立合同的，当事人必须采用招标投标方式。法律没有规定的，发包人也可以采取招标投标方式进行发包。

建设工程实行公开招标的，一般包括以下几个主要过程：

1. 发标。发标是指发包人作为招标方依照法定程序和方式，发布招标公告，提供载有招标工程的主要技术要求、主要合同条款、评标标准和方法以及开标、评标、定标的程序等内容的招标文件。

2. 开标。招标方在投标截止日期届满后，在规定的时间内，将收到的投标书启封打开，查阅其内容，以便对各标书载明的承包条件进行评审活动。开标应当在招标文件规定的时间、地点公开进行，通常采取召开开标会的形式，所有参加投标的承包人都有资格参加开标会，对开标过程进行监督。招标方应当在开标会上当众查验各标书的密封情况，逐一开启标书，公开唱标，宣读各标书中载明的投标人名称、投标价格和其他主要

内容，并对唱标作好记录以备查验。开标后，任何人不得再更改标书的报价的其他内容。

3. 评标。评标是指在开标后，招标方应当按照招标文件规定的评标标准和程序对标书进行评价、比较，在具备相应资质条件的投标者中，择优选定中标者。评标应当按照招标文件规定的标准和程序对标书进行客观、公正的评价、比较，任何人不得更改或违反规定的评标标准和程序。实际中通常由招标方组织由项目法人、主要投资方、招标代理机构的代表以及有关技术、经济、法律方面等专家组成一个评标机构，对各投标人的标书的有效性、标书所提供的技术方案的科学性、合理性、可行性，技术力量的状况和质量保证措施的有效性等作出技术评审，对工程报价及各项费用构成的合理性作出经济评审，在此基础上作出评标报告，提出几名推荐中标人的名单，供发包人从中选择。

4. 定标。定标又称决标，是指发包人从投标者中最终选定中标者作为工程承包人的活动。定标必须遵守平等竞争、择优选定的原则，按照规定的程序，从评标机构推荐的中标候选人中择优选定中标人，并与之订立建设工程合同。在国际上通行的作法是，在技术、资信等其他条件相当的情况下，应当以报价最低的投标人作为中标人。

根据本条的规定，建设工程的招标投标应当按照公开、公平和公正的原则进行。所谓的公开，是指进行招标投标活动的有关信息要公开，招标方应当通过新闻媒体上刊发广告或者以其他适当形式，发布建设工程招标信息，并在公开提供的招标文件中，载明招标工程的主要技术要求以及投标人的资格要求等内容，使所有符合条件的承包商都能有机会参与投标竞争。同时，招标投标的程序要公开，包括领取招标文件的时间、地点，投标的截止日期，开标的时间、地点以及评标与定标的标准、方法等，都应当公开透明，以便各方面监督，不允许进行“暗箱操作”。所谓的公平，就是指招标方平等地对待每一份投标，投标方也要以正当手段进行竞争，不得向投标方及其工作人员行贿、提供回扣等不正当竞争行为，以保证竞争的平等。所谓的公正，是指招标方在招标过程中要严格按照公开的招标文件和程序办事，严格按照既定的评标标准和定标，公平地对待每一

个投标者，不得厚此薄彼、亲亲疏疏。

第二百七十二条 发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。

禁止承包人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。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

「释义」本条是关于建设工程合同发包、承包和分包的规定。

建设工程合同可以根据承包人承包的工作内容，可以分为直接承包和分包两大类。直接承包是指发包人直接将工程承包给承包人，包括工程总承包和单项工程承包两种方式。分包是指总承包人、勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。

建设工程的总承包，又称为“交钥匙承包”，是指建设工程任务的总承包，即发包人将建设工程的勘察、设计、施工等工程建设的全部任务一并发包给一个具备相应的总承包资质条件的承包人，由该承包人负责工程的全部建设工作，直至工程竣工，向发包人交付经验收合格符合发包人要求的建设工程的发承包方式。工程总承包是国内外建设活动中多有使用的发承包方式，它有利于充分发挥那些在工程建设方面具有较强的技术力量、丰富的经验和组织管理能力的大承包商的专业优势，综合协调工程建设中的各种关系，强化对工程建设的统一指挥和组织管理，保证工程质量和进度，提高投资效益。在建设工程的发承包中采用总承包方式，对那些缺乏工程建设方面的专门技术力量，难

以对建设项目实施具体的组织管理的建设单位来说，更具有明显的优越性，也符合社会化大生产专业分工的要求。为此应当提倡对建设工程实行总承包，发包人可以将全部工程发包给一个总承包人完成，由该承包人对工程建设的全过程向发包人负责。与总承包方式相对应的，是单项任务的承包，即发包人将建设工程中的勘察、设计、施工等不同工作任务，分别发包给勘察人、设计人、施工人，与其签订相应的承包合同。这种发包方式有利于吸引较多的承包商参与各项工程建设业务的投标竞争，使发包人有更大的选择余地；也有利于发包人对建设工程的各环节、各阶段实施直接的监督管理，这对于那些具有建设活动方面的专业技术人才，对工程建设有较强的组织管理能力的承包商来说是有利的。

建设工程的发包是采取总承包方式还是单项工程承包方式，可以由发包人根据实际情况自行确定。但是不论发包人采取何种方式与承包人签订合同，都应当遵守本条的规定，不得将建设工程肢解发包，即不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。这是针对目前我国建设市场中多有发生且危害较大的将工程肢解发包的实际情况所作出的规定。一些发包单位将按其性质和技术联系应当由一个承包单位整体承包的工程，肢解成若干部分，分别发包给几个承包单位，使得整个工程建设在管理和技术上缺乏应有的统筹协调，往往造成施工现场秩序的混乱、责任不清，严重影响工程建设质量，出了问题也很难找到责任者。而且从实际情况看，肢解发包往往与发包单位的工作人员徇私舞弊、利用肢解发包多拿回扣等违法行为有关。因此本条第一款中明确规定：“发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。”至于如何确定是否应当由一个承包人完成的建设工程，需要由国务院有关主管部门根据实际情况作出具体规定。如对一幢房屋的供水管线，发包人就不应将其分成若干部分发包给几个承包单位。如果在一幢房屋中的供水管线和空调设备的安装，尽管都属于同一建筑的设备安装，但因各有较强的专业性，发包人可以将其分别发包给

不同的承包人。

所谓的建设工程的分包，是指工程总承包人、勘察承包人、设计承包人、施工承包人承包建设工程后，将其承包的某一部分工程或某几部分工程，再发包给其他承包人，与其签订承包合同项下的分包合同。总承包人、勘察、设计、施工承包人在分包合同中即成为分包合同的发包人。总承包人、勘察、设计、施工承包人分包建设工程的，应当符合以下条件：（一）总承包人、勘察、设计、施工承包人只能将部分工程分包给具有相应资质条件的分包人；（二）为防止总承包人、勘察、设计、施工承包人擅自将应当由自己完成的工程分包出去或者将工程分包给发包人所不信任的第三人，分包工程的必须经过发包人的同意。

在承包与分包相结合的承包形式中，存在着承包合同与分包合同两个不同的合同关系。承包合同是发包人与总承包人或者勘察人、设计人、施工人之间订立的合同，总承包人、勘察、设计、施工承包人应当就承包合同的履行向发包人承担全部的责任，即使总承包人、勘察、设计、施工承包人根据合同约定或者发包人的同意将承包合同范围内的部分建设项目分包给他人，总承包人、勘察、设计、施工承包人也得对分包的工程向发包人负责。分包合同是承包合同中的总承包人或者勘察、设计、施工承包人与分包人之间订立的合同，通常说来，分包人仅就分包合同的履行向总承包人、勘察、设计、施工承包人负责，并不直接向发包人承担责任，但为了维护发包人的利益，保证工程的质量，本条适当地加重了分包人的责任，即第三人（分包人）就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。因分包的工程出现问题，发包人既可以要求总承包人、勘察、设计、施工承包人承担责任，也可以直接要求分包人承担责任。

所谓的转包是指建设工程的承包人将其承包的建设工程倒手转让给第三人，使该第三人实际上成为该建设工程新的承包人的行为。转包与分包的根本区别在于：转包行为

中，原承包人将其工程全部倒手转给他人，自己并不实际履行合同约定的义务；而在分包行为中，承包人只是将其承包工程的某一部分或几部分再分包给其他承包人，承包人仍然要就承包合同约定的全部义务的履行向发包人负责。根据本法和其他法律规定，承包人经发包人同意将其部分工程分包给他人的行为是允许的，但承包人的转包行为是禁止的。本条明确规定承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。这是因为：1. 在实践中，转包行为具有很大的危害性。一些单位将其承包的工程压价转包给他人，从中牟取不正当利益，形成“层层转包、层层扒皮”的现象，最后实际用于工程建设的费用大为减少，导致严重偷工减料；一些建设工程转包后落入不具备相应资质条件的包工队中，留下严重的工程质量隐患，甚至造成重大质量事故。2. 承包人擅自将其承包的工程项目转包，破坏了合同关系应有的稳定性和严肃性。在建设工程合同订立过程中，发包人往往经过慎重选择，确定与其所信任并具有相应资质条件的承包人订立合同，承包人将其所承包的工程转包给他人，擅自变更合同，违背了发包人的意志，损害发包人的利益，这是法律所不允许的。

禁止建设工程的转包，建筑法已有相同的规定，在国际上也是通例，不少国家都对建设工程的转包作了禁止性规定。如日本和韩国都规定，除经发包人书面同意外，建筑业从业者不得以任何形式将其承包的建筑工程一并转包给他人。因此本条关于禁止转包的规定，即符合我国的实际情况，也与国际通行作法相一致。

为了保证工程的质量，防止某些承包单位在拿到工程项目后以分包的名义倒手转包，损害发包人的利益，破坏建设市场秩序，本条第三款规定，禁止承包人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。根据本款规定，工程的分包人必须具备相应的资质条件。根据我国有关法律的规定，从事建设活动的建设勘察人、设计人和施工人必须具备以下资质条件：1. 有符合国家规定的注册资本；2. 有与

其从事的建设活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员；3. 有从事相关建设活动所应有的技术装备；4. 法律、行政法规规定的其他条件。从事工程建设活动的勘察人、设计人和施工人，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设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设活动。承包人在将工程分包时，应当审查分包人是否具备承包该部分工程建设的资质条件。承包人将工程分包给不具备相应资质条件的分包人，该分包合同无效。为避免因层层分包造成责任不清以及因中间环节过多造成实际用于工程费用减少的问题，根据本款的规定，分包人不得将其承包的工程再分包，即对工程建设项目只能实行一次分包。实行施工承包的，建设工程的主体结构必须由承包人自行完成，不得分包，即承包人承包工程全部施工任务的，该工程的主体结构必须由承包人自行完成，即使经发包人同意，也不得将主体工程的施工再分包给第三人，承包人违反本款规定，将工程主体部分的施工任务分包给第三人的，该分包合同无效。

第二百七十三条 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。

「释义」本条是关于国家重大建设工程合同订立程序的规定。

订立任何建设工程合同都要有一定依据。一般工程项目的确定，首先要立项，即由有关业务主管部门和建设单位提出项目建议书，经批准后进行可行性研究，编制可行性研究报告，选定工程地址。只有在可行性研究报告批准后，才能根据可行性研究报告签订勘察、设计合同。只有在勘察设计合同履行后，才能根据批准的初步设计、技术设计、施工图纸和总概算等签订施工合同。建设工程合同因涉及基本建设规划，其标的物为不动产的工程，承包人所完成的工作成果不仅具有不可移动性，而且须长期存在和发挥效用，事关国计民生，因此，国家要实行严格的监督和管理。虽然在市场经济条件下，建

设工程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，但是，基本建设项目的投资渠道的多样化，并不能完全改变基本建设的计划性，国家仍然需要对基本建设项目实行计划控制，尤其是国家重大项目的建设工程合同，更应当受国家计划和管理约束。对于承揽合同，国家一般不予以特殊的监督和管理，而对于建设工程合同，从合同签订到合同的履行，从资金的投放到最终的成果验收，都要受到国家严格的管理和监督。为了规范国家重大工程的建设，保证国家投资计划得以实现，保障质量，避免资源浪费，保证投资效益，减少投资风险，本条对国家重大建设工程合同订立提出更严格的依据，即国家重大建设工程合同，应当根据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。

哪些建设工程属于国家重大建设工程，法律并没有具体规定，在实践中，并不是国家政府投资的项目都属于国家重大建设工程，一般列入国家重点投资计划而且投资额巨大，建设周期特别长，由中央政府全部投资或者参与投资的工程，属于国家重大建设项目，如三峡工程。有些虽然未列入国家重点投资计划，投资额不算巨大，但影响很大的工程项目，也是属于国家重大建设工程项目，如国家大剧院工程。也有些工程，虽然属于地方政府投资，但投资巨大、影响广泛的工程项目，如亚运工程建设，是主要由北京市政府投资的工程，其投资计划是经过国家批准，也属于国家重大建设工程项目。

根据本条规定，国家重大建设工程合同，应当根据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。一般在实践中，国家重大建设工程在事先应当进行可行性研究，对工程的投资规模、建设效益进行论证分析，并编制可行性研究报告，然后到申请立项。立项批准后，再根据立项进行投资计划并报有关国家计划部门进行批准，投资计划批准后，有关建设单位根据工程的可行性研究报告和国家批准的投资计划，遵照国家规定的程序进行发包，与承包人订立建设工程合同。这里规定的国家规定的程序是指建筑法等有关法律、行政法规规定的重大建设工程项目订立的程序。国家重大建

设工程合同必须实行公开招标发包，发包人应当按照法定的程序和方式，发布招标公告，提供载有招标工程的主要技术要求、主要合同条款、评标的标准和方法以及开标、评标、定标的程序等内容的招标文件。开标应当在招标文件规定的时间、地点公开进行。开标后应当按照招标文件规定的评标标准和程序对标书进行评价、比较，确定中标候选人名单，中标候选人必须具备能够建设该重大工程项目的相应资质。发包人在具有相同资质条件的投标者中，择优选择中标者。发包人应当同中标者订立建设工程承包合同。国家重大工程建设项目一般都属于国家强制监理的建设工程，因此发包人应当委托具有相应资质条件的工程监理单位对工程建设进行监理。发包人应当与其委托的工程监理单位订立书面的委托监理合同。

第二百七十四条 勘察、设计合同的内容包括提交有关基础资料 and 文件(包括概预算)的期限、质量要求、费用以及其他协作条件等条款。

「释义」本条是关于勘察、设计合同主要内容的规定。

这里的勘察是指勘察人对工程的地理状况进行调查研究，包括对工程进行测量，对工程建设地址的地质、水文地质进行调查等工作。设计是指设计人对工程结构进行设计、工程价款的进行概预算。勘察、设计合同是指勘察人、设计人完成工程勘察设计任务，发包人支付勘察设计费的协议。勘察、设计合同明确了发包人与勘察、设计人之间的权利义务关系。为了规范勘察设计合同，本条规定了勘察设计合同的主要内容。

提交有关勘察或者设计基础资料 and 文件是发包人的义务，勘察或者设计的基础资料是指勘察人、设计人进行勘察、设计工作所依据的基础文件和情况。勘察基础资料包括可行性报告，工程需要勘察的地点、内容，勘察技术要求及附图等。设计的基础资料包括工程的选址报告等勘察资料以及原料（或者经过批准的资源报告），燃料、水、电、运输等方面的协议文件，需要经过科研取得的技术资料。为了保证勘察设计工作的顺利进行，合同中应当明确提交有关基础资料的期限。

提交勘察设计文件（包括概预算）是勘察设计人的基本义务。勘察文件一般包括对工程选址的测量数据、地质数据和水文数据等。勘察文件往往是进行工程设计的一个基础资料，勘察文件的交付能够影响设计工作的进度，因此，当事人应当在勘察合同中明确勘察文件的交付期限。设计文件的期限是指设计人完成设计工作，交付设计文件的期限。设计文件主要包括建设设计图纸及说明，材料设备清单和工程的概预算等。设计文件是工程建设的依据，工程必须按照设计文件进行施工，因此设计文件的交付期限直接影响工程建设的期限，所以当事人在设计合同中应当明确设计文件的交付期限。

这里的质量要求主要是指发包人对勘察设计工作提出的标准。勘察人和设计人应当按照确定的质量要求进行勘察、设计，按时提交符合质量要求的勘察、设计文件。勘察设计质量要求条款明确了勘察设计成果的质量，也是确定勘察人、设计人工作责任的重要依据。

这里的费用是指发包人对勘察人、设计人完成勘察、设计工作的报酬。支付勘察、设计费是发包人在勘察、设计合同中的主要义务，因此在勘察、设计费用条款中应当明确勘察、设计费用的数额或者计算方法，勘察、设计费用的支付方式、地点、期限等内容。

其他协作条件是指双方当事人为了保证勘察、设计工作顺利完成所应当履行的相互协助的义务。发包人的主要协作义务是在勘察、设计人员入场工作时，为勘察设计人员提供必要的工作条件和生活条件，以保证其正常工作。勘察设计人的主要协作义务是配合工程建设的施工，进行设计交底，解决施工中的有关设计问题，负责设计变更和修改预算，参加试车考核和工程验收等。对于大中型工业项目和复杂的民用工程应当派现场设计，并参加隐蔽工程的验收等。

当然，勘察设计合同不只是包括这些条款，如当事人的名称或者姓名和住所、履行地点和方式、勘察、设计工作的范围与进度、违约责任、解决争议的方法等条款，也是

勘察设计合同所应当具备的条款。此外，根据合同的性质和具体情况，当事人还可以协商确定其他必要的条款。本条规定的内容是建议性的，只是根据勘察设计合同的性质作出的一般性规定，当事人约定的勘察设计合同中不具备上述内容的，并不导致合同的无效。

第二百七十五条 施工合同的内容包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。

「释义」本条是关于施工合同主要内容的规定。

施工主要是指工程的建筑与安装。施工合同是指施工人完成工程的建筑安装工作，发包人验收后，接受该工程并支付价款的合同。本条为了规范施工合同，根据工程施工的一般特点，规定了施工合同中一些主要内容，即工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保证期、双方互相协作等条款。

工程范围是指施工的界区，是施工人进行施工的工作范围。工程范围是施工合同的必备条款。

建设工期是指施工人完成施工任务的期限。每个工程根据性质的不同，所需要的建设工期也各不相同。建设工期能否合理确定往往会影响到工程的质量的好坏。实践中，有的发包人由于种种原因，常常要求缩短工期，施工人为了赶进度，只好偷工减料，仓促施工，结果导致严重的工程质量问题。因此为了保证工程质量，双方当事人应当在施工合同中确定合理的建设工期。

中间交工工程是指施工过程中的阶段性工程。为了保证工程各阶段的交接，顺利完成工程建设，当事人应当明确中间交工工程的开工和交工时间。

工程质量是指工程的等级要求，是施工合同中的核心内容。工程质量往往通过设计

图纸和施工说明书、施工技术标准加以确定。工程质量条款是明确施工人施工要求，确定施工人责任的依据，是施工合同的必备条款。工程质量必须符合国家有关建设工程安全标准的要求，发包人不得以任何理由，要求施工人在施工中违反法律、行政法规以及建设工程质量、安全标准，降低工程质量。

工程造价是指施工建设该工程所需的费用，包括材料费、施工成本等费用。当事人根据工程质量要求，根据工程的概预算，合理地确定工程造价。实践中，有的发包人为了获得更多的利益，往往压低工程造价，施工人为了盈利，不得不偷工减料，以次充好，结果必然导致工程质量不合格，甚至造成严重的工程质量事故。因此，为了保证工程质量，双方当事人应当合理确定工程造价。

技术资料主要是指勘察、设计文件以及其他施工人据以施工所必需的基础资料。技术资料的交付是否及时往往影响到施工进度，因此当事人应当在施工合同中明确技术资料的交付时间。

材料和设备供应责任是指由哪一方当事人提供工程建设所必需的原材料以及设备。材料一般包括水泥、砖瓦石料、钢筋、木料、玻璃等建筑材料和构配件。设备一般包括供水、供电管线和设备。消防设施、空调设备等。在实践中，有的由发包人负责提供，也可以由施工人负责采购。材料和设备的供应责任应当由双方当事人在合同中作出明确约定。如果在合同中约定由承包人（施工人）负责采购建筑材料、构配件和设备的，施工人履行采购任务，既是施工人应当履行的义务，也是施工人应当享有的权利。发包人有权对施工人提供的材料和设备进行检验，发现材料不合格的，有权要求施工人调换或者补齐。但是发包人不得利用自己有利的合同地位，指定施工人购入由其指定的建筑材料、构配件或设备，包括不得要求施工人必须向其指定的生产厂家或供应商购买建筑材料、构配件或设备。因为由发包人指定供应厂商的行为，容易导致发包人与供应厂商之间的腐败行为，此外，在建设工程造价固定的情况下，发包人指定施工人购买高价的建

筑材料、构配件或设备，也会损害施工人的利益。

拨款是指工程款的拨付；结算是指工程交工后，计算工程的实际造价以及与已拨付工程款之间的差额。拨款和结算条款是施工人请求发包人支付工程款和报酬的依据。一般来说，除“交钥匙工程”外，施工人只负责建筑、安装等施工工作，由发包人提供工程进度所需款项，保证施工顺利进行。现实中，发包人往往利用自己在合同中的有利地位，要求施工人垫款施工。施工人垫款完成施工任务后，发包人常常是不及时结算，拖延支付工程以及施工人所垫付的款项，这是造成目前建筑市场中拖欠工程款现象的主要原因，因此当事人不得在合同中约定垫款施工。

竣工验收是工程交付使用前的必经程序，也是发包人支付价款的前提。竣工验收条款一般包括验收的范围和内容、验收的标准和依据、验收人员的组成、验收方式和日期等内容。建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。

建设工程的保修范围应当包括地基基础工程、主体结构工程、屋面防水工程和其他工程，以及电气管线、上下水管线的安装工程，供热、供冷工程等项目。质量保证期是指工程各部分正常使用的期限，在实践中也称质量保修期。质量保证期应当与工程的性质相适应，当事人应当按照保证工程合理寿命年限内的正常使用，维护使用者合法权益的原则确定质量保证期，但不得低于国家规定的最低保证期限。

双方相互协作条款一般包括双方当事人在施工前的准备工作，施工人及时向发包人提出开工通知书、施工进度报告书、对发包人的监督检查提供必要的协助等。双方当事人的协作是施工过程的重要组成部分，是工程顺利施工的重要保证。

第二百七十六条 建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任，应当依照本法委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。

「释义」本条是关于建设工程监理的规定。

本条所称的建设工程监理，是指由具有法定资质条件的工程监理单位，根据发包人的委托，依照法律、行政法规及有关的建设工程技术标准、设计文件和建设工程合同，对承包人在施工质量、建设工期和建设资金使用等方面，代表发包人对工程建设过程实施监督的专门活动。作为建设工程的发包人，为了取得好的投资效益，保证工程质量，合理控制工期，需要对承包人的工程建设活动实施必要的监督。但多数发包人并不擅长工程建设的组织管理和技术监督，而由具有工程建设方面的专业知识和实践经验的人员组成的专业化的工程监理单位，接受发包人的委托，代表发包人对工程的质量、工期和投资使用情况进行监督，对于维护发包人的利益，协调发包人与承包人之间的关系，保证工程质量，规范建设市场秩序，都具有很大的优越性。建设工程的监理制度在国际上已有较长的发展历史，西方发达国家已经形成了一套完整的工程监理制度，可以说，建设工程监理已成为建设领域的一项国际惯例，随着改革开放进程的发展，我国在工程建设中也推行监理制度。

建设工程监理是建设项目的发包人为了保证工程质量、控制工程造价和工期，以维护自身利益而采取的措施，因此对建设工程是否实行监理，原则上应由发包人自行决定。但是对于使用国家财政资金或者其他公共资金建设的工程项目，为了加强对项目建设的监督，保证投资效益，维护国家利益，国家规定了实行强制监理的建设工程范围。属于实行强制监理的工程，发包人必须依法委托工程监理单位实施监理，对于其他建设工程，则由发包人自行决定是否实行工程监理。对需要实行工程监理的，发包人应当委托具有相应资质条件的工程监理单位进行监理。发包人与其委托的工程监理单位应当订立书面委托监理合同，是委托监理合同中工程监理单位对工程建设实施监督的依据。发包人与工程监理单位之间的关系在性质上是平等主体之间的委托合同关系，因此发包人与监理人的权利和义务关系以及法律责任，应当依照本法委托合同以及建筑法等其他法律、行政法规的

有关规定。

实施工程监理的，在进行工程监理前，发包人应当将委托的监理人的名称、资质等级、监理人员、监理内容及监理权限，书面通知被监理的建设工程的承包人。建设工程监理人应当依照法律、行政法规及有关的技术标准、设计文件和建设工程合同，对承包人在工程建设质量、建设工期和建设资金使用等方面，代表发包人对工程建设进行监督。工程监理人员发现工程设计不符合建设工程质量标准或者合同约定的质量要求的，应当报告发包人要求设计人改正；工程监理人员认为工程施工不符合工程设计要求、施工技术标准和合同约定的，有权要求施工人改正。工程监理人在监理过程中，应当遵守客观、公正的执业准则，不得与承包人串通，为承包人谋取非法利益。

工程监理人不按照委托监理合同的约定履行监理义务，对应当监督检查的项目不检查或者不按照法律、行政法规和有关技术标准、设计文件和建设工程合同规定的要求和检查方法规定进行检查，给发包人造成损失的，应当承担相应的赔偿责任。例如工程建设质量不合格，通常既与承包人不按照要求施工有关，也与监理人不按照合同约定履行监理义务有关，在这种情况下造成发包人损失的，承包人与监理人都应当承担各自的赔偿责任。至于如何确定监理人相应的赔偿责任，应当由人民法院或者仲裁机构予以确定。工程监理人与承包人串通，为承包人谋取非法利益，给发包人造成损失的，应当与承包人承担连带赔偿责任。

第二百七十七条 发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下，可以随时对作业进度、质量进行检查。

「释义」本条是关于发包人检查权的规定。

为了提高工程的建设水平、保证施工进度和质量、充分发挥投资效益、保障建设工程承包合同的实施，保护发包人的利益，本条规定了发包人可以随时对工程作业的进度和质量进行检查。

发包人对工程作业的检查一般通过两种方式。一种是委派具体管理人员作为工地代表。发包人委派工地代表后，应当及时通知承包人。派驻的工地代表负责对工程进度、工程质量进行监督检查，办理中间交工工程验收手续以及其他应当由发包人解决的事宜。另一种是发包人委托监理人实施对工程建设过程中的检查。国家规定强制监理的工程，发包人应当委托监理人对工程实施监理。除此之外，发包人也可以自愿委托监理人对工程进行监理。监理人应当是具有相应工程监理资质证书的监理公司、监理事务所和兼监理业务的工程设计、科研及工程建设咨询公司。发包人委托监理的，应当与监理人订立书面的委托监理合同。在实施工程监理前，发包人应当将委托监理单位、监理内容及监理权限，书面通知被监理工程的承包人。监理人应当依照法律、行政法规及有关的技术标准、设计文件和建设工程承包合同，对承包人在施工质量、建设工期和建设资金使用等方面，代表发包人对承包人的建设工作实施监督。

根据本条的规定，发包人可以随时对工程作业的进度和质量进行检查。工地代表、监理人在检查过程中发现工程设计不符合建设工程质量要求的，应当报告发包人要求设计人改正。如果发现工程的施工不符合工程设计要求、施工技术标准和合同约定的，工地代表和监理人有权要求承包人改正。承包人应当接受发包人的检查，为工地代表和监理人的工作提供方便和协助，并应发包人的要求，及时向发包人提供月份作业计划、月份施工统计报表、施工进度报告表、工程事故报告等文件。如果承包人的勘察、设计、施工等工作不符合工程质量要求的，当发包人或工地代表、监理人提出改正要求的，承包人应当立即改正，不得拒绝。

发包人有权对承包人的工程作业进行检查，但另一方面发包人的检查行为要合理，不能因此妨碍承包人的正常作业。这也是从平等对待双方当事人，维护承包人的合法权益出发，对发包人的检查权进行合理的限制。因此本条规定了“发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下”这个前提。如果因为发包人或者工地代表、监理人的不当行为致使

承包人无法进行正常作业的，承包人有权要求顺延工期，造成承包人停工、返工、窝工等损失的，有权要求发包人承担损害赔偿责任。

第二百七十八条 隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

「释义」本条是关于隐蔽工程的规定。

隐蔽工程是指地基、电气管线、供水供热管线等需要覆盖、掩盖的工程。由于隐蔽工程在隐蔽后，如果发生质量问题，还得重新覆盖和掩盖，会造成返工等非常大的损失，为了避免资源的浪费和当事人双方的损失，保证工程的质量和工程顺利完成，本条规定了承包人在隐蔽工程隐蔽以前，应当通知发包人检查，发包人检查合格的，方可进行隐蔽工程。实践中，当工程具备覆盖、掩盖条件的，承包人应当先进行自检，自检合格后，在隐蔽工程进行隐蔽前及时通知发包人或者发包人派驻的工地代表对隐蔽工程的条件进行检查并参加隐蔽工程的作业。通知包括承包人的自检记录、隐蔽的内容、检查时间和地点。发包人或者其派驻的工地代表接到通知后，应当在要求的时间内到达隐蔽现场，对隐蔽工程的条件进行检查，检查合格的，发包人或者其派驻的工地代表在检查记录上签字，承包人检查合格后方可进行隐蔽施工。发包人检查发现隐蔽工程条件不合格的，有权要求承包人在一定期限内完善工程条件。隐蔽工程条件符合规范要求，发包人检查合格后，发包人或者其派驻工地代表在检查后拒绝在检查记录上签字的，在实践中可视为发包人已经批准，承包人可以进行隐蔽工程施工。

发包人在接到通知后，没有按期对隐蔽工程条件进行检查的，承包人应当催告发包人在合理期限内进行检查。因为发包人不进行检查，承包人就无法进行隐蔽施工，因此承包人通知发包人检查而发包人未能及时进行检查的，承包人有权暂停施工。承包人可以顺延工期，并要求发包人赔偿因此造成的停工、窝工、材料和构件积压等损失。

如果承包人未通知发包人检查而自行进行隐蔽工程的，事后发包人有权要求对已隐

蔽的工程进行检查，承包人应当按照要求进行剥露，并在检查后重新隐蔽或者修复后隐蔽。如果经检查隐蔽工程不符合要求的，承包人应当返工，重新进行隐蔽。在这种情况下检查隐蔽工程所发生的费用如检查费用、返工费用、材料费用等由承包人负担，承包人还应承担工期延误的违约责任。

第二百七十九条 建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工程。

建设工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

「释义」本条是关于竣工验收的规定。

建设工程的竣工验收，是指建设工程已按照设计要求完成全部工作任务，准备交付给发包人投入使用时，由发包人或者有关主管部门依照国家关于建设工程竣工验收制度的规定，对该项工程是否合乎设计要求和工程质量标准所进行的检查、考核工作。建设工程的竣工验收是工程建设全过程的最后一道程序，是对工程质量实行控制的最后一个重要环节。

实践中，建设工程竣工后，承包人应当按照国家工程竣工验收有关规定，向发包人提供完整的竣工资料和竣工验收报告，并按照合同约定的日期和份数向发包人提交竣工图。竣工日期为承包人送交竣工验收报告的日期，需要修改后才能达到竣工要求的，应为承包人修理、改建后提请发包人验收的日期。

发包人接到竣工验收报告后，应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时组织有关部门对工程进行验收。验收的主要内容是。第一，工程是否符合规定的建设工程质量标准。建设工程的质量标准包括依照法律、行政法规的有关规定制定的保证建设工程质量和安全的强制性国家标准和行业标准以及国家颁发

的施工验收规范，建设工程合同中约定的对该项建设工程特殊的质量要求，以及为体现法律、行政法规规定的质量标准 and 建设工程合同约定的质量要求而在工程设计文件、施工图纸和说明书中提出的有关工程质量的具体指标和技术要求。第二，承包人是否提供了完整的工程技术经济资料。这里的工程技术经济资料，一般应包括建设工程合同、建设用地的批准文件、工程的设计图纸及其他有关设计文件、工程所用主要建筑材料、建筑构配件和设备的出厂检验合格证明和进场检验报告；申请竣工验收的报告书及有关工程建设的技术档案等。第三，承包人是否有建设工程质量检验书。工程竣工交付使用后，承包人应当对其施工的建设工程质量在一定期限内承担保修责任，以维护使用者的合法权益。为此承包人应当按规定提供建设工程质量保修证书，作为其向用户承诺承担质量保修责任的书面凭证。第四，工程是否具备国家规定的其他竣工条件。例如，按照国务院建设行政主管部门的规定，城市住宅小区竣工综合验收，还应做到住宅及公共配套设施、市政公用基础设施等单项工程全部验收合格，验收资料齐全；各类建筑物的平面位置、立面造型、装饰色调等符合批准的规划设计要求；施工工具、暂设工程、建筑残土、剩余构件全部拆除运走，达到场清地平；有绿化要求的是否已按绿化设计全部完成，达到树活草青等。

发包人在验收后及时作出批准或提出修改意见。承包人应当按照发包人提出的修改意见进行修理或者改建，并承担由自身原因造成修理、改建的费用。为了防止发包人为了拖延支付工程款而迟延进行验收，在实践中发包人在收到承包人送交的竣工验收报告后，无正当理由不组织验收，或者在验收后的合理期间内既不表示是否批准且又不提出修改意见，视为竣工验收报告已被批准，承包人可以要求发包人办理结算手续，支付工程款。发包人未能按照合同约定的日期对工程进行验收的，应从合同约定的期限的最后一天次日起承担保管费用。

竣工验收合格后，发包人应当按照约定支付价款。在工程建设实践中，竣工报告批

准后，承包人应当按照国家有关规定或合同约定的时间、方式向发包人提出结算报告，办理竣工结算。发包人在收到结算报告后，应当及时给予批准或者提出修改意见，在合同约定的时间内将拨款通知送经办银行支付工程款，并将副本送承包人。承包人在收到工程款后将竣工的工程交付发包人，发包人应当接收该工程。现实中有的发包人为了拖延支付工程款，在验收后迟迟不进行工程结算。在实践中，发包人无正当理由在收到竣工报告后迟延办理结算的，应当按施工企业向银行同期贷款的最高利率，向承包人支付工程款的利息，并承担其他违约责任。

建设工程必须经竣工验收合格后，方可交付使用；没有经过竣工验收或者经过竣工验收确定为不合格的建设工程，不得交付使用。如果发包人在竣工验收前，擅自使用工程，发生质量问题的，由发包人自行负责。

第二百八十条 勘察、设计的质量不符合要求或者未按照期限提交勘察、设计文件拖延工期，造成发包人损失的，勘察人、设计人应当继续完善勘察、设计，减收或者免收勘察、设计费并赔偿损失。

「释义」本条是关于勘察、设计人对勘察、设计质量责任的规定。

建设工程的勘察，担负着为工程建设提供地质资料的任务，建设工程的勘察人应当按照现行的标准、规范、规程和技术条例，进行工程测量、勘测工程地质和水文地质等勘察工作，并按照合同规定的进度提交符合质量要求的勘察成果。建设工程的设计，是直接为工程施工提供据以遵循的技术依据。建设工程的设计人应当根据设计技术经济协议文件、设计标准、技术规范、规程、定额等提出勘察技术要求和进行设计，并按照合同约定的进度提交符合质量要求的设计文件（包括概预算文件、材料设备清单）。

勘察、设计的质量是决定整个建设工程质量的基础，如果勘察、设计的质量存在问题，整个建设工程质量也就没有保障，因此工程的勘察、设计必须符合质量要求。根据本法及其他有关法律的规定，建设工程的勘察人、设计人必须对其勘察、设计的质量负

责，其所提交的建设工程的勘察、设计文件应当符合以下要求：

1. 符合有关法律、行政法规的规定。这里讲的符合法律、行政法规，既包括要符合本法的规定，也要包括符合建筑法、城市规划法、土地管理法、环境保护法以及其他相关的法律、行政法规的规定。

2. 符合建设工程质量、安全标准。这里的建设工程质量、安全标准是指依照标准化法及有关行政法规的规定制定的保证建设工程质量和安全的国家标准和行业标准。标准化法规定，对有关建设工程安全的技术要求，应当制定标准；同时规定，对需要在全国范围内统一的技术要求，应当制定国家标准。国家标准由国务院标准化行政主管部门制定。对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求，可以制定行业标准。国家标准和行业标准分为强制性标准和推荐性标准。保障人体健康，人身、财产安全的标准和法律、行政法规规定的强制执行的标准是强制性标准。强制性标准必须执行。国家有关建设工程安全标准，是涉及保障人身、财产安全的标准，属于强制性的标准。勘察人、设计人的勘察、设计必须符合国家有关建设工程安全标准的要求，保证其勘察、设计的质量。

3. 符合建设工程勘察、设计的技术规范。建设工程勘察、设计的技术规范，通常是以标准的形式制定、发布的。对有关建设工程勘察、设计规范的强制性标准，勘察、设计人必须遵照执行。建设工程的勘察文件应当反映工程的地质、地形地貌、水文地质状况，符合规范、规程，做到勘察方案合理、评价准确、数据可靠。建设工程设计文件的深度应当满足相应设计阶段的技术要求，施工图应当配套，细节点应当交待清楚，标注说明应当清晰、完整。

4. 符合合同的约定。勘察、设计文件在符合法律、行政法规的规定和有关质量、安全标准的前提下，还应当符合勘察、设计合同约定的特殊质量要求。

勘察人、设计人提交的勘察、设计文件不符合上述要求的，根据本条的规定，发包

人可以请求勘察人、设计人承担以下违约责任：继续完善勘察、设计，减收或者免收勘察、设计费，赔偿损失。需要指出的是，如果勘察、设计质量只有轻微质量瑕疵的，发包人请求勘察人、设计人继续完善勘察、设计，如果勘察人、设计人不具备完成符合要求的勘察、设计工作能力或者提交的勘察、设计质量严重不符合约定的，发包人解除合同，重新委托其他勘察人、设计人完成勘察、设计工作。如果勘察、设计不符合约定造成工程质量问题的，勘察人、设计人应当承担相应的赔偿责任。

勘察人、设计人未按照合同约定的期限提交勘察、设计文件，发包人催告勘察人、设计人尽快提交勘察、设计文件，如果勘察、设计文件的迟延致使工期拖延给发包人造成损失的，发包人请求勘察人、设计人赔偿损失。如果勘察人、设计人在催告后合理期限内仍未能提交勘察、设计文件，严重影响工程进度的，发包人解除合同，委托其他勘察人、设计人完成勘察、设计工作。

第二百八十一条 因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

「释义」本条是关于施工人对建设工程质量责任的规定。

建设工程的施工是指根据工程的设计文件和施工图纸的要求，通过施工作业最终形成建设工程实体的建设。在建设勘察、设计的质量没有问题的情况下，整个建设工程的质量状况最终取决于施工质量。这里所说的施工质量包括各类工程中土建工程的质量，也包括与其配套的线路、管道和设备的安装质量。根据本条规定，建设工程的施工人对工程的施工质量负责。在现实中，不少建设工程的质量问题都与建设工程的施工有关。小的施工问题，如屋面漏水、墙面开裂、管道阻塞，给用户带来很大的生活不便；大的质量问题，则会酿成人身伤亡和重大财产损失的恶性事故。因此，建设工程的施工人必须以对国家和人民财产安全负责任的态度，严格按照工程设计文件和技术标准进行施工，

严把质量关，做好工程施工的各项质量控制与管理工作。

建设工程的施工人为保证工程的施工质量，必须做到严格按照工程设计图纸和施工技术标准施工，不得偷工减料。工程设计图纸是建设设计单位根据工程的功能、质量等方面的要求所做出的设计工作的最终成果，其中的施工图是对建设工程的建筑物、设备、管线等工程对象物的尺寸、布置、选用材料、构造、相互关系、施工及安装质量要求的详细图纸和说明，是指导施工的直接依据。进行建设工程的各项施工活动，包括土建工程的施工、给排水系统的施工、供热供暖系统的施工等，都必须按照相应的施工图纸的要求进行。建设工程施工人除必须严格按照工程设计图纸施工外，还必须按照建设工程施工的技术标准的要求进行施工。施工技术标准是施工作业人员进行每一项施工操作的技术依据，包括对各项施工准备、施工操作工艺流程和应达到的质量要求的规定。从现实情况看，工程施工中的偷工减料行为，是造成建设工程质量的通病，是发生重大质量事故的重要原因。所谓的“偷工”是指不按施工技术标准规定的施工工艺流程进行施工作业，擅自减少工作量的行为。所谓的“减料”是指在工程施工中违反设计文件和施工技术标准的规定，擅自减少建筑材料的数量和降低用料质量的行为。因此施工人除严格按照工程设计图纸和施工技术标准施工外，在施工中不得偷工减料。

凡是因施工原因造成的工程质量问题，都要由施工人承担责任。这些责任包括由建设施工人对存在质量问题的工程进行修理、返工或改建并承担赔偿损失等民事责任；由有关行政机关对违法施工人依法给予行政处罚的行政责任；以及对造成重大质量事故、构成犯罪的，由司法机关依照刑法的规定追究刑事责任。本条则是规定了施工人因施工质量不符合约定所应承担的民事责任。如果因施工人原因致使工程质量不符合约定的，发包人可以请求施工人在合理期限内无偿对工程进行修理或者返工、改建以达到约定的质量要求。如果经过修理或者返工、改建后，造成工程迟延交付的，施工人应当承担逾期交付的违约责任。这里的违约责任包括赔偿发包人因逾期交付受到的损失，按照约定

向发包人支付违约金、减少价款、执行定金罚则等。发包人可以根据施工人违约程度和损失大小，合理选择请求施工人承担上述违约责任。

第二百八十一条 因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的，承包人应当承担损害赔偿责任。

「释义」本条是关于承包人在建设工程合理使用期限内质量保证责任的规定。

根据本章的规定，承包人对整个工程质量负责，当然也应当对建设工程的在合理使用期间的质量安全承担责任。根据本条的规定，承包人承担损害赔偿责任应当具备以下条件：

1. 因承包人的原因引起的建设工程对人身、财产的损害。建设工程的承包人应当按照法律的规定认真履行工程质量保证义务。建设工程的勘察人应当为建设工程提供准确的有关工程地质资料；建设工程的设计人应当按照有关保证工程质量安全的法律、法规和设计规范的规定进行设计，保证建设工程的设计安全可靠；建设工程的施工人必须严格按照工程设计和施工技术标准进行施工，不得使用不合格的建筑材料，不得有任何偷工减料的行为。任何一方不履行法定质量保证义务，造成工程质量安全问题的，承包人都应当承担法律责任。如果不属于承包人的原因，例如，是用户使用不当等原因造成的人身、财产损害的，承包人不承担责任。现实中，有的发包人违法发包如非法压价、接收回扣选择不具备相应资质的承包人，因此引起的质量事故，造成他人人身、财产损害的，发包人也应当承担相应的责任。

2. 人身、财产损害是发生在建设工程合理使用期限内。建设工程，一旦建成，一般都将长期使用，这就要求在建设工程合理使用期限内，不能有危及使用安全的质量问题，否则将会对人身和财产安全构成威胁，对在合理使用期限内造成人身和财产损害的，承包人应当承担损害赔偿责任。为此首先需要确定“合理使用期限”即建设工程的承包人对其建设产品承担质量责任的责任期间。该合理期限一般自交付发包人时起算。但与一

般产品的生产者对其产品的质量缺陷承担损害赔偿责任的责任期限最长不超过自产品交付使用最初用户 10 年不同，建设工程的承包人应当在该建设工程合理使用期限内对整个工程质量安全承担责任。关于合理使用期限是多少，本法未作具体规定。这需要根据各类建设工程的不同情况，如建筑物结构、使用功能、所处的自然环境等因素，由有关技术部门作出判断。在国务院有关主管部门制定的《民用建筑设计通则（试行）》中规定，按民用建筑的主体结构确定的建筑耐久年限分为四级：一级耐久年限为 100 年以上，适用于重要的建筑和高层建筑（指 10 层以上住宅建筑、总高度超过 24 米的公共建筑及综合性建筑）；二级耐久年限为 50 年—100 年，适用于一般建筑；三级耐久年限为 25—50 年，适用于次要建筑；四级耐久年限为 15 年以下，适用于临时性建筑。也就是说，除临时性建筑外，民用建筑的合理使用期限最低也应在 25 年以上，在这个期间内，必须保证建筑物的安全使用。如果该建设工程已过合理使用期限的，原则上不允许继续使用，用户继续使用后，因该建设工程造成的人身、财产损害的，承包人不承担损害赔偿责任。

3. 造成了人身和财产损害。这里的受损害方不仅仅指建设工程合同的对方当事人即发包人，也包括建设工程的最终用户以及因该建设工程而受到损害的其他人。

根据本条规定，因承包人原因造成建设工程质量事故，致使人身、财产受到损害的，承包人应当承担赔偿责任。如果是造成发包人的人身或者财产损害的，发包人可以选择请求承包人承担违约责任或者侵权责任。

第二百八十三条 发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

「释义」本条是关于发包人未按约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的违约责任的规定。

如果工程承包合同中约定由发包人提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，发包人应当按照约定的原材料、设备的种类、规格、数量、单价、质量等级和提供时间、

地点的清单，向承包人提供建设所需的原材料、设备及其产品合格证明。承包人与发包人应当一起对原材料、设备进行检验、验收后，由承包人妥善保管，发包人支付相应的保管费用。对于必须经过试验才能使用的材料，承包人应当按照约定进行测燃、毒性反应等测试。不具备测试条件的，可以委托专业机构进行测试，费用由发包人承担。如果经检验发包人提供的原材料、设备的种类、规格、型号、质量等级与约定不符合的，承包人有权拒绝接收保管，并可以要求发包人运出施工现场并予以更换。如果发包人未按照约定时间提供原材料、设备的，承包人可以中止施工并顺延工期，因此造成承包人停工、窝工损失的，由发包人承担损害赔偿责任。

由发包人提供场地的，发包人应当按照合同约定向承包人提供承包人施工、操作、运输、堆放材料设备的场地以及建设工作涉及的周围场地（包括一切通道）。具体工作包括：1. 发包人应当在承包人工作前及时办理有关批件、证件和临时用地等的申报手续，包括工程地址和临时设施范围内的土地征用、租用，申请施工许可证和占道、爆破及临时铁道专用岔线许可证。2. 确定建设工程及有关道路、线路、上下水道的定位标桩、水准点和座标控制点。3. 发包人在提供场地前，应当清除施工现场内一切影响承包人施工的障碍，并向承包人提供施工所需水、电、热力、电讯等管道线路，保证承包人施工期间的需要。发包人未能提供符合约定、适合工作的场地致使承包人无法开展工作的，承包人有权要求发包人排除障碍、顺延工期，并可以暂停工作，因此造成承包人停工、窝工损失的，承包人可以要求发包人承担损害赔偿责任。

由发包人提供工程建设所需资金的，发包人应当按照约定的时间和数额向承包人支付。这里的资金一般是指工程款。在现实中，由发包人提供工程款的包括预付工程款和按工程进度支付工程款两种，具体可由双方当事人在建设工程合同中约定。如果建设工程合同约定由发包人预付工程款的，发包人应当按照约定的时间和数额向承包人预付工程款，开工后按合同约定的时间和比例逐次扣回。发包人未按照合同约定预付工程款的，

承包人可以向发包人发出预付工程款的通知，发包人在收到通知后仍不能按照要求预付工程款，承包人可以停止工作并顺延工期，发包人应当从应付之日起向承包人支付应付款的利息，并赔偿因此造成承包人停工、窝工的损失。如果建设工程合同约定发包人按工程进度付款的，发包人应当按照合同约定的进度支付工程款。实践中，完成约定的工程部分后，由发包人确认工程量，以构成合同价款相应项目的单价和取费标准计算出工程价款，经发包人签字后支付。发包人在计算结果签字后的合理期限内仍未能按照要求支付工程款的，承包人可以向发包人发出支付工程款的通知，发包人在收到通知后仍不能按照要求支付工程款，承包人可以停止工作并顺延工期，发包人应当从应付之日起向承包人支付应付价款的利息，并赔偿因此造成承包人停工、窝工的损失。

由发包人提供有关工程建设技术资料的，发包人应当按照合同约定的时间和份数向承包人提供符合约定要求的技术资料。这里的技术资料主要包括勘察数据、设计文件、施工图纸以及说明书等。因为根据法律、行政法规的规定，承包人必须按照国家规定的质量标准、技术规程和设计图纸、施工图等技术资料进行施工，如果发包人未能按照约定提供技术资料，承包人就不能正常进行工作，在这种情况下；承包人可以要求发包人在合理期限内提供建设工作所必须的技术资料并有权暂停工作，顺延工期，并有权要求发包人承担承包人因停工、窝工所造成的损失。

第二百八十四条 因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。

「释义」本条是关于因发包人原因造成工程停建、缓建所应承担责任的規定。

在工程建设过程中，发包人应当按照合同约定履行自己的义务，为承包人的建设工作提供必要的条件，保证工程建设顺利进行。如果因发包人的原因致使工程建设无法按照约定的进度进行，承包人可以停建、或者缓建。这里的“因为发包人的原因”在实践

中一般指下列情况：1. 发包人变更工程量；2. 发包人提供的设计文件等技术资料有错误或者发包人变更设计文件；3. 发包人未能按照约定及时提供建筑材料、设备或者工程进度款；4. 发包人未能及时进行中间工程和隐蔽工程条件的验收并办理有关交工手续；5. 发包人不能按照合同的约定保障建设工作所需的工作条件致使工作无法正常进行的，等等。在发生上述原因，致使工程建设无法正常进行的情况下，承包人可以停建、缓建、顺延工期，并及时通知发包人。承包人在停建、缓建期间应当采取合理措施减少和避免损失，妥善保护好已完成工程和做好已购材料、设备的保护和移交工作，将自有机械和人员撤出施工现场，发包人应当为承包人的撤出提供必要的条件。承包人应当将停建、缓建过程中发生的经济支出和其他实际发生的费用向发包人提出报告。

发包人因自身原因致使工程停建、缓建的，发包人应当承担违约责任。首先发包人应当采取必要措施，弥补或者减少损失，同时应当排除障碍，使承包人尽快恢复建设工作。如承包人在施工中发现设计有错误和不合理之处，应当通知发包人，发包人在接到通知后，应当及时同设计人等有关单位研究确定修改意见或者变更设计，并及时将修订后的设计文件送交承包人。发包人还应当赔偿承包人在停建、缓建期间的损失，包括停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压所造成的损失和实际发生的费用。

第二百八十五条 因发包人变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。

「释义」本条是关于因发包人原因造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计所应承担责任的規定。

在工程勘察、设计合同中，发包人应当按照合同约定向勘察人、设计人提供开展勘察、设计工作所需要的基础资料、技术要求并对提供的时间、进度和资料的可靠性负责。

委托勘察的，在勘察工作开展前，应当向勘察人明确技术要求和勘察阶段，按时提

供勘察工作所需要的勘察基础资料和附图并满足勘察人编写纲要和编制工程预算的基本要求。在勘察前，发包人应当根据勘察人提出的用料计划，按时准备好各种材料，并承担费用。发包人应当为勘察人开展工作提供必要条件，包括派员协助勘察人与有关部门的工作联系，及时为勘察人创造并解决勘察现场条件。如征购土地、拆除障碍物、平整施工现场、修好通行道路、接通电源、水源等，并承担其费用；按照合同为勘察人员准备好食宿、办公等生活工作条件等。

委托设计的，发包人应当按照合同的约定向设计人提供设计的基础资料、设计的技术要求。在初步设计前，发包人应当向设计人提供经过批准的可行性研究报告、选址报告以及原料（或经过批准的资源报告）、燃料、水、电、运输等方面的协议文件和能满足初步设计要求的勘察资料、需要经过科研取得的技术资料；在施工图设计前，发包人应当提供经过批准的初步设计文件和能满足施工图设计要求的勘察资料、施工条件以及有关设备的技术资料。同时，发包人在设计人员入场工作时，应当为其提供必要的工作条件和生活条件，以保证其正常工作。

发包人向勘察人、设计人提供有关的技术资料的，发包人应当对该技术资料的质量和准确性负责。

发包人变更勘察、设计项目、规模、条件需要重新进行勘察、设计的，应当及时通知勘察人、设计人，勘察人、设计人在接到通知后，应当返工或者修改设计，并有权顺延工期。发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量返工相应增加支付勘察费、设计费。

勘察人、设计人在工作中发现发包人提供的技术资料不准确的，勘察人、设计人应当通知发包人修改技术资料，在合理期限内提供准确的技术资料。如果该技术资料有严重错误致使勘察、设计工作无法正常进行的，在发包人重新提供技术资料前，勘察人、设计人有权停工、顺延工期，停工的损失应当由发包人承担。发包人重新提供的技术资

料有重大修改，需要勘察人、设计人返工、修改设计的，勘察人、设计人应当按照新的技术资料进行勘察、设计工作，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量相应增加支付勘察费、设计费。

发包人未能按照合同约定提供勘察、设计工作所需工作条件的，勘察人、设计人应当通知发包人在合理期限内提供，如果发包人未提供必要的工作条件致使勘察、设计工作无法正常进行的，勘察人、设计人有权停工、顺延工期，并要求发包人承担勘察人、设计人停工期间的损失。

第二百八十六条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

「释义」本条是关于发包人未支付工程价款的责任的规定。

发包人在工程建设完成后，对竣工验收合格的工程应当按照合同约定的方式和期限进行工程决算，支付价款，在向承包人支付价款后接受工程。在实践中，建设工程竣工后，承包人应当按照国家工程竣工验收有关规定，向发包人提供完整的竣工资料和竣工验收报告。发包人接到竣工验收报告后，应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时组织有关部门对工程进行验收。竣工验收合格后，发包人应当按照约定支付价款。在工程建设实践中，当竣工报告批准后，承包人应当按照国家有关规定或合同约定的时间、方式向发包人提出结算报告，办理竣工结算。发包人在收到结算报告后，应当及时作出批准或者提出修改意见，在合同约定的时间内将拨款通知送经办银行支付工程款，并将副本送承包人。承包人在收到工程款后将竣工的工程交付发包人，发包人应当接收该工程。发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款并承担逾期付款的违约责任。

从 90 年代初到现在，随着固定资产投资规模的过快增长，拖欠工程款的现象出现了大幅度增加的势头。不少地区的工程款拖欠数额庞大，有的工程拖欠付款无期限，问题已经相当突出，不仅严重地影响建设企业的生产经营，制约了建设企业的发展，也影响了工程建设进度，制约了投资效益的提高。为了解决拖欠工程款的问题，保障承包人价款债权的实现，本条规定了发包人未按约定支付价款，经承包人催告后在合理期限内仍不支付的，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。承包人按照本条规定行使优先受偿权，应当注意以下几点：

1. 发包人不支付价款的，承包人不能立即将该工程折价、拍卖，而是应当催告发包人在合理期限内支付价款。如果在该期限内，发包人已经支付了价款，承包人只能要求发包人承担支付约定的违约金或者支付逾期的利息、赔偿其他损失等违约责任。如果在催告后的合理期限内，发包人仍不能支付价款的，承包人才能将该工程折价或者拍卖以优先受偿。

2. 承包人对工程依法折价或者拍卖的，应当遵循一定的程序。发包人对工程折价的，应当与发包人达成协议，参照市场价格确定一定的价款把该工程的所有权由发包人转移给承包人，从而使承包人的价款债权得以实现。承包人因与发包人达不成折价协议而采取拍卖方式的，应当申请人民法院依法将该工程予以拍卖。承包人不得委托拍卖公司或者自行将工程予以拍卖。

3. 工程折价或者拍卖后所得价款如果超出发包人应付价款数额的，该超过的部分应当归发包人所有；如果折价或者拍卖所得价款还不足以清偿承包人价款债权额的，承包人可以请求发包人支付不足部分。

4. 根据本条规定，按照工程的性质不宜折价、拍卖的，承包人不能将该工程折价或者拍卖。如该工程的所有权不属于发包人，承包人就不得将该工程折价。如国家重点工

程、具有特定用途的工程等也不宜折价或者拍卖。

第二百八十七条 本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。

「释义」本条是关于适用承揽合同的规定。

建设工程合同在性质上属于完成工作的合同。完成工作的合同是在传统民法的承揽合同的基础上发展起来的一大类合同，一般包括承揽合同、技术服务和技术开发合同。传统的承揽合同一般包括承揽和建设工程合同，一些国家的民法典中都专章规定了承揽，并把建设工程也纳入规范。我国经济合同法第十八条和第十九条分别规定了建设工程承包合同、加工承揽合同。在起草合同法时，考虑到经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法三法合一，经济合同法中规定的有名合同应当保留并专章予以规定，我国经济合同法已将建设工程合同作为不同于承揽合同的一类新的合同。同时又考虑到建设工程不同于其他工作的完成，具有与一般承揽合同不同的一些特点。因此，在第十五章规定了承揽合同，在第十六章规定了建设工程合同。按照本法的规定，承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、印刷、广告、复制、测试、检验等工作。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。建设工程合同的主体是发包人和承包人。建设工程合同的标的是建设工程，包括建设房屋、公路、铁路、桥梁、隧洞、水库工程。建设工程合同原为承揽合同中的一种，属于承揽完成不动产工程项目的合同。承揽合同和建设工程合同也具有与一般承揽合同相同的特征：如都是诺成合同、双务合同、有偿合同，都以完成一定工作为目的，标的都具有特定性。因此，本条规定了，本章没有规定而承揽合同一章有规定的，可以根据建设工程合同的性质适用承揽合同中的这些规定。建设工程合同中的发包人相当于承揽合同中的定作人，承包人相当于承揽合同中的承揽人。

经过把本章与承揽合同一章的比较，我们大致可以看出以下条款是本章没有规定而在承揽合同中是有规定的：合同法第二百五十五条规定：“承揽人提供材料的，承揽人

应当按照约定选用材料，并接受定作人检验。”

根据本条规定，如果当事人在建设工程合同中约定由承包人提供材料、构配件和设备，并约定了提供材料、构配件和设备的时间、数量和质量，承包人就应当按照约定准备材料、构配件和设备。承包人准备材料、构配件和设备时，还应当备齐有关的资料，如发票、质量说明书等说明文件。承包人准备好材料、构配件和设备后，应当及时通知发包人检验，并如实提供发票以及数量和质量的说明文件。发包人接到通知后，应当及时检验该材料、构配件和设备，认真查看承包人提供的材料、构配件和设备以及有关文件。如果合同中的材料、构配件和设备数量、质量的约定，发包人认为承包人选用的材料、构配件和设备符合约定的，应当告知承包人，或者根据承包人的要求以书面形式确认。经检验，发包人发现材料、构配件和设备数量缺少的，应当及时通知承包人补齐。发包人发现材料、构配件和设备质量不符合约定的，应当及时通知承包人更换，因此发生的费用，由承包人承担。

合同法第二百五十六条规定：“定作人提供材料的，定作人应当按照约定提供材料。承揽人对定作人提供的材料，应当及时检验，发现不符合约定时，应当立即通知定作人更换、补齐或者采取其他补救措施。”

承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件。

根据本条规定，建设工程合同中，当事人可以约定由发包人提供材料、构配件和设备。发包人应当在合同约定的时间向承包人提供符合约定数量和质量的材料、构配件和设备。当发包人提供材料、构配件和设备后，承包人应当立即检验。如果经承包人检验，发包人提供的材料、构配件和设备符合约定，承包人应当确认并通告发包人。如果经检验，发包人提供的材料、构配件和设备数量不足的，承包人应当通知发包人补齐；发包人提供的材料质量、构配件和设备不符合约定的，承包人应当及时通知发包人更换以达到合同要求。发包人提供的材料、构配件和设备经检验符合约定的，承包人应当妥善保

管该材料、构配件和设备并且应当以该材料、构配件和设备完成建设工作，不得擅自更换。

合同法第二百五十七条规定：“承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。定作人因怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。”

根据本条规定，如果承包人在建设工作之前或者工作之中发现发包人提供的图纸或者技术要求不合理，也就是说按此图纸或者技术要求难以产生符合合同约定的建设工程，在此情况下，承包人应当及时将该情况通知发包人。发包人在接到承包人关于图纸或者技术要求不合理的通知后，应当立即采取措施，修改图纸和技术要求。

合同法第二百六十五条规定：“承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，承揽人应当承担损害赔偿责任。”

根据这条的规定，发包人按约提供材料构配件和设备后，承包人有义务妥善保管发包人提供的材料、构配件和设备，保持材料、构配件和设备的质量状态，防止材料、构配件和设备非正常损耗，从而保证工程的质量。在工程未交付以前，承包人应当妥善保管工程。如果承包人未尽妥善保管义务，造成材料、构配件和设备或者工程毁损、灭失的，承包人应当承担损害赔偿责任。

合同法第二百六十六条规定：“承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。”

根据本条的规定，承包人有保密的义务。承包人的保密义务体现在，承揽人在订立合同过程中知悉发包人商业秘密的，发包人要求保密的，承包人应当保密，不得泄露或者不正当地使用。在建设工程完成后，承包人应当将涉密的图纸、技术资料等一并返还发包人，未经发包人的许可，承包人不得留存图纸以及其他技术资料。

❖ 用人单位不订立书面劳动合同的法律责任加重——《劳动合同法》解读之一

按照《劳动法》及相关规定，形成劳动关系而没有签订书面劳动合同的，为“事实劳动关系”。对“事实劳动关系”，劳动者可以随时解除事实劳动关系（不需要提前30日书面通知）。就用人单位而言，解除事实劳动关系提前30日通知即可（是否支付相应经济补偿金也未明确，各地实际做法不一）。这也意味着用人单位可以无任何理由随时解除劳动合同，因为没有书面合同也就意味着无法证明劳动关系的履行期限。所以，从用人单位的角度来说，事实劳动关系不会增加用人单位的成本，相应的责任和罚款几乎可以忽略不计。另外考虑到事实劳动关系也很难认定的问题，因此，不签书面劳动合同对用人单位简直是百利而无一害。

《劳动合同法》则在签订书面劳动合同上增加了两项规定。

第一，必须在用工之日起一个月签订书面劳动合同。如果用人单位未能履行该义务的，则应当向劳动者每月支付两倍的工资。

第二，用工之日起一年内未订立书面劳动合同的，则视为双方已订立无固定期限劳动合同。

这两项惩罚性的规定将使用人单位在选择与劳动者签订还是不签订书面合同上陷入两难。如果不签，将支付事实劳动关系期间的2倍工资。而且如果超过一年的，就视为无固定期限劳动合同，此时解除劳动关系成本将更高。如果签了，则将来正常解除、终止劳动关系均需要支付补偿金，一样会增加用工成本。

笔者认为，这样的规定将使过去不签书面合同的情况大为减少，同时对用人单位书面劳动合同的条款设计也提出了更高要求，这对目前的用工制度会带来很大改变。

附《劳动合同法》相关条文：

第十条：建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

第十四条第三款：用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

第八十二条第一款：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

✉ 章律师信箱

❖ 关于售后公房产权的问题

我母亲于2000年买下了她和我，我父亲以及我奶奶四人为同住人的售后公房（房A），并于今年5月将此产权房卖出。因已经以母亲名字买下另一套房子（房B），准备给奶奶居住，所以此套房子（房A）卖出并未经由同住人之一的奶奶同意。

现奶奶主张说， she可以搬进新买的房子里（房B）居住，但要求把她的名字加到新买房子产权人里，我母亲不同意。请问，奶奶的主张是否合理？

另外，我不太记得房A的购买是根据上海出台的94方案还是95方案。如果是根据94方案，在诉讼时效内，同住人有权要求得到居住房屋的产权，那么，如果诉讼时效没过的情况下，奶奶是应该为产权共有人，对么？但一般的诉讼时效是2年，2000买下后，如果她未在2002年前提出产权共有的问题，是否可认为她放弃了此项权利呢？

如果按照 95 方案，我们应该内部协商，但在当时并未协商的情况下，房 A 的产权应该为何人？

根据你介绍的情况，简要回答如下：

1、房 B 系你母亲购买的产权房，如你奶奶希望作为共同产权人的，需要征得你母亲及你父亲的同意。

2、房 A 的公房转售后产权房是在 2000 年办理的，则应当是按照九五方案处理的。按照九五方案的规定，如该房屋是你母亲一人的名义为产权人，则必须征得其他所有成年同住人的一致同意。不知道你们是否书面表态同意。

3、如果你们当时同意以母亲一人名义买下房 A，则视为你们放弃了对房 A 的所有权。

4、如果当时你母亲是在背着其他同住人的情况购买房 A 的，则该购房行为不发生效力。但由于你母亲又将该房屋转让给了第三人，则要求将房 A 恢复到原先的状态事实上也已无法实现。此时其他同住人可以要求你母亲给予经济补偿。



联系律师：



信利律师事务所

北京 上海 广州

C & I PARTNERS

深圳 青岛 新加坡

章

琦

律师 法学硕士

上海分所：中国上海浦东南路 256 号华夏银行大厦 602 室 邮编：200120

电话：(8621)63518888-859 传真：(8621)63503008

手机：13817713185

E-mail: zq@xinlilaw.com

— END —