



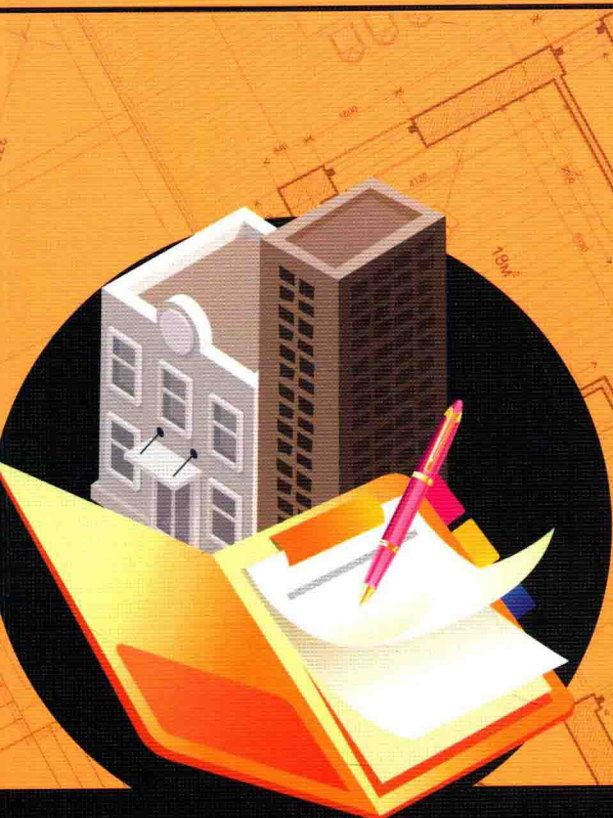
高等教育**工程管理与工程造价**“十三五”规划教材

||| 刘亚臣 主编

工程招投标 与合同管理

李丽红 主编 李 朔 副主编

GONGCHENG
ZHAOTOUBIAO
YU
HETONG
GUANLI



化学工业出版社

高等教育工程管理与工程造价“十三五”规划教材

刘亚臣 主编

工程招投标与合同管理

李丽红 主 编

李 朔 副主编



化学工业出版社

· 北 京 ·

本书从合同法和建筑市场承发包模式入手,结合 2011 年实施的《建设项目工程总承包合同示范文本》、2012 年实施的《招标投标法实施条例》、2013 年实施的《建设工程工程量清单计价规范》(GB 5050—2013)和《建设工程施工合同(示范文本)》等介绍了建设工程招标投标与合同管理的主要内容。全书共分为八章,分别为合同法律基础、建筑市场与承发包、工程施工项目招标、工程施工项目投标、评标与定标、建设工程施工合同、工程合同的变更与索赔、国际工程招投标及 FIDIC 合同条件等。

本书可作为工程造价、工程管理、房地产开发与管理等专业的教材和参考书籍,也可作为从事工程招标投标与合同管理的工程技术人员的自学教材和参考书。

图书在版编目(CIP)数据

工程招标投标与合同管理/李丽红主编. —北京:化学工业出版社, 2016.5

高等教育工程管理与工程造价“十三五”规划教材(刘亚臣主编)
ISBN 978-7-122-21244-3

I. ①工… II. ①李… III. ①建筑工程-招标-高等学校-教材
②建筑工程-投标-高等学校-教材③建筑工程-经济合同-管理-高等学校-教材 IV. ①TU723

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 149740 号

责任编辑:满悦芝 石磊
责任校对:宋夏

装帧设计:刘丽华

出版发行:化学工业出版社(北京市东城区青年湖南街 13 号 邮政编码 100011)

印刷:北京云浩印刷有限责任公司

装订:三河市瞰发装订厂

787mm×1092mm 1/16 印张 10¼ 字数 243 千字 2016 年 7 月北京第 1 版第 1 次印刷

购书咨询:010-64518888(传真:010-64519686) 售后服务:010-64518899

网 址: <http://www.cip.com.cn>

凡购买本书,如有缺损质量问题,本社销售中心负责调换。

定 价:24.00 元

版权所有 违者必究

本系列教材是在《全国高等学校工程管理专业本科教育培养目标和培养方案及主干课程教学基本要求》和《全国高等学校工程造价专业本科教育培养目标和培养方案及主干课程教学基本要求》的基础上,根据《高等学校工程管理本科指导性专业规范》和《高等学校工程造价本科指导性专业规范》,并结合工程管理和工程造价专业发展实践编制的。

当前,我国正处于新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化快速发展进程时期,工程建设范围广、规模大、领域多,各领域的工程出现了规模大型化、技术复杂化、产业分工专业化和技术一体化的趋势。工程由传统的技术密集型向资本密集型、知识密集型领域延伸。这些发展趋势,要求工程管理和造价人才必须具备工程技术与现代管理知识深度融合的能力,同时具备技术创新和管理创新的综合能力。

根据2012年新的本科专业目录,原工程管理专业已分拆为工程管理、工程造价、房地产开发与管理三个专业,根据专业发展规律和新制定的本科指导性专业规范,工程管理专业和工程造价专业的理论体系和知识结构具有较高的重合性和相似性,本系列教材可以兼顾工程管理和工程造价专业的教学需求。

编者在编写过程中开展了专业调查研究与专题研讨,总结了近年来国内外工程管理和工程造价专业发展的经验,吸收了新的教学研究成果,考虑了国内高校工程管理和工程造价专业建设与发展的实际情况,并征求了相关高校、企业、行业协会的意见,经反复讨论、修改、充实、完善,最后编写和审查完成本系列教材。

系列教材注重跟踪学科和行业发展的前沿,力争将新的理论、新的技能、新的方法充实到课程体系中,培养出具有创新能力,能服务于工程实践的专业管理人才,教材主要面向工程管理和工程造价的核心知识结构体系,首批设计出版8本教材,主要包括《工程经济学》《安装工程计量与计价》《工程项目管理》《建筑与装饰工程计量》《建筑与装饰工程计价》《工程招投标与合同管理》《工程建设法》和《项目融资》,涵盖了工程管理和工程造价专业的主要的知识体系、知识领域、知识单元与知识点。系列教材贯穿工程技术、工程经济、管理和法律四大知识领域,并在内容上强调这四大知识领域的深度融合。

系列教材还兼顾了毕业生在工作岗位参加一二级建造师、造价师等执业资格考试的需求,教材知识体系涵盖了相关资格考试的命题大纲要求,确保了教材内容的先进性和可持续性,使学生能将所学知识运用于工程实际,着力培养学生的工程和管理素养,培养学生的工程管理实践能力和工程技术创新能力。

系列教材在编写过程中参考了国内外一些已出版和发表了著作和文献,吸取和采纳了一些经典的和最新的实践及研究成果,在此一并表示衷心感谢!

由于我们水平及视野的限制,不足和疏漏之处在所难免,诚恳希望广大专家和读者提出指正和建议,以便今后更加完善和提高。

刘亚臣

2015年12月

前言

建设工程招标投标与合同管理是工程建设过程中非常重要的工作，也是建筑施工企业（承包方）主要的生产经营活动之一。施工企业是否中标获得施工任务，并通过完善的合同管理及其他方面的管理而取得好的经济效益，关系到企业的生存与发展。因此，招投标与合同管理在施工企业整个经营管理活动中具有十分重要的地位和作用。

本教材按照课程教学的要求，根据招投标及合同管理方面的法律法规及规范，参考笔者收集整理的国内外招投标与合同管理有关的参考资料等，结合多年的教学实践，编写而成。本教材共分为八章，分别为合同法律基础、建筑市场与承发包、工程施工项目招标、工程施工项目投标、评标与定标、建设工程施工合同、工程合同的变更与索赔、国际工程招投标及FIDIC合同条件。本书可作为工程造价、工程管理、房地产开发与管理等专业的教材和参考书籍，也可作为从事工程招投标与合同管理的工程技术人员的自学教材和参考书。本教材的特点主要体现在以下几个方面。

① 新。教材参照2007年实施的《标准施工招标文件》（第56号令）、2011年实施的《建设项目工程总承包合同示范文本》、2012年实施的《招标投标法实施条例》、2013年实施的《建设工程工程量清单计价规范》（GB 5050—2013）和《建设工程施工合同（示范文本）》等文件，涵盖了近几年新出现的承发包模式、招投标变化及索赔变化等新内容，因此本教材的重要特点是“新”。

② 专。以往的教材涵盖了施工、设计、监理等多项建设活动的招投标内容，合同管理的内容偏重于施工合同类型与合同索赔；由于招投标活动的近似性，本教材紧紧围绕施工活动的招投标过程进行了详细的阐释和分析，摒弃了对设计与监理招投标的分析和介绍，紧密结合施工单位的实际情况，细化了施工索赔的方法和技巧，突出了教材的专用性和实用性。

③ 全。本教材从合同法和建筑市场承发包模式入手，以与工程造价、工程管理等专业紧密相关的施工招投标的视角，从合同类型、合同变更与索赔等与工程实践密切相关的方面进行了内容的阐释和分析，内容全面清晰。另外，教材的编写者既包括法律学教授，又包括有工程造价多年实践经验的老师；既有博士、教授，又有律师，编写队伍知识面“全”。

本教材由李丽红副教授（博士）担任主编，李朔教授（律师）担任副主编。主编提出写作的总体思路 and 主要设想，以及各章节目录。编写人员的具体分工如下：第一章，李朔教授（沈阳建筑大学）；第二章，李微博士（沈阳建筑大学）；第三章、第四章第一节、第五～七章，李丽红副教授；第四章第二、第三节，席秋红讲师；第八章姚瑞讲师。研究生耿博慧进行了大量的资料整理工作，并合作完成第三、第四章的编写。李丽红副教授对全书统撰

定稿。

在策划和编写过程中，沈阳建筑大学管理学院齐宝库教授、刘亚臣教授等对全书的结构和内容提出了许多宝贵的意见，在此致以深深的谢意。写作过程中，我们参考了大量国内外有关专著、教科书、论文和媒体的相关报道，在此对有关著作或文章的原作者表示最诚挚的谢忱。

由于我们的水平有限，书中难免存在不当之处，恳请专家、学者、同行及广大读者批评指正。

编者

2016年3月

目 录

第一章 合同法律基础	1
第一节 合同的订立	1
一、合同概述	1
二、合同的成立	2
第二节 合同的效力	6
一、合同的生效	6
二、效力待定合同	7
三、无效合同	8
四、可变更或者撤销的合同	8
第三节 合同的履行	9
一、合同履行的一般规则	9
二、合同履行的特殊规则	10
三、合同履行中的抗辩权	10
四、合同履行的保全	11
第四节 合同的变更和转让	12
一、合同的变更	12
二、合同的转让	12
第五节 合同的终止	13
一、合同终止的条件	13
二、合同的解除	13
三、合同债务的抵销	14
四、标的物的提存	14
第六节 违约责任	14
一、违约责任及其特点	14
二、合同法的归责原则	15
三、违约责任的承担	15
第七节 合同争议的解决	17
一、合同争议的和解与调解	17
二、合同争议的仲裁	18
三、合同争议的诉讼	18
复习题	18
第二章 建筑市场与承发包	20
第一节 建筑市场的主体与环境	20
一、建筑市场的主体	20
二、建筑市场的环境	21

第二节 建筑市场的资质管理和承包模式	23
一、建筑市场的资质管理	23
二、建筑市场的承包模式	25
复习题	31
第三章 工程施工项目招标	32
第一节 招标概述	32
一、招标的分类	32
二、建设工程招标内容	34
三、建设项目招标的范围	35
四、我国招标投标的法律、法规框架	37
第二节 工程项目施工招标程序	38
一、招标活动的准备工作	38
二、资格预审公告或招标公告的编制与发布	40
三、资格审查	42
四、编制和发售招标文件	44
五、踏勘现场与召开投标预备会	47
六、招标活动中的注意事项	48
第三节 招标工程量清单与招标控制价的编制	49
一、招标工程量清单的编制	49
二、招标控制价的编制	54
复习题	58
第四章 工程施工项目投标	60
第一节 投标前期工作	60
一、施工投标报价流程确定	60
二、研究招标文件	60
三、调查工程现场	62
第二节 询价与工程量复核	62
一、询价	62
二、复核工程量	63
三、制定项目管理规划	64
第三节 投标文件的编制与递交	64
一、投标文件的编制	64
二、投标文件的递交	72
三、联合体投标的注意事项	73
四、投标过程中的严禁串通投标行为	74
第四节 投标策略的选择	75
一、根据招标项目的不同特点采用不同报价	75
二、不平衡报价法	75
三、计日工单价的报价	76
四、可供选择的项目的报价	76

五、暂定金额的报价	76
六、多方案报价法	76
七、增加建议方案	77
八、分包商报价的采用	77
九、许诺优惠条件	77
十、无利润报价	77
复习题	79
第五章 工程项目的评标与定标	80
第一节 项目开标	80
一、开标的时间和地点	80
二、出席开标会议的规定	80
三、开标程序	80
四、招标人不予受理的投标	81
第二节 施工项目评标	81
一、评标的原则以及保密性和独立性	81
二、评标委员会的组建与对评标委员会成员的要求	81
三、评标的准备与初步评审	82
第三节 定标	87
一、中标候选人的确定	87
二、发出中标通知书并订立书面合同	88
三、重新招标和不再招标	89
四、定标与合同签订中的违法活动相关处罚	89
复习题	90
第六章 建设工程施工合同	91
第一节 建设工程施工合同类型及选择	91
一、建设工程施工合同的类型	91
二、建设工程施工合同类型的选择	92
第二节 我国现行的建设工程施工合同文本种类	93
一、《建设工程施工合同（示范文本）》	93
二、《水利水电土建工程施工合同条件》	94
三、《标准施工招标文件》	94
四、《简明标准施工招标文件（2012年版）》	95
五、《标准设计施工总承包招标文件（2012年版）》	95
第三节 《标准施工招标文件》中的合同条款	95
一、概述	95
二、施工合同双方的一般权利和义务	96
三、施工进度和工期	99
四、施工质量和检验	101
五、其他内容	104
六、违约责任	107

七、争议的解决	109
第四节 《建设工程施工合同(示范文本)》中的主要合同条款	109
一、《示范文本》合同文件的构成与解释顺序	109
二、施工合同双方的一般权利和义务	110
三、施工进度和工期	113
四、施工质量和检验	116
五、违约责任	117
复习题	119
第七章 工程合同的变更与索赔	121
第一节 工程变更下的合同管理	121
一、工程变更的分类	121
二、工程变更的范围	121
三、工程变更的处理要求	121
四、工程变更价款的确定	122
五、其他工程变更情况下的合同价款调整	123
第二节 法规与物价变化及其他项目下的合同内容调整	124
一、法规变化类合同价款调整事项	124
二、物价变化类合同价款调整事项	125
三、工程索赔类合同价款调整事项	127
四、其他类合同价款调整事项	128
第三节 工程索赔	129
一、工程索赔的概念和分类	129
二、工程索赔程序与计算	130
复习题	137
第八章 国际工程招投标及 FIDIC 合同条件	138
第一节 国际工程招投标	138
一、世界银行贷款项目的采购原则	138
二、国际竞争性招标	138
第二节 FIDIC 施工合同条件	141
一、概述	141
二、FIDIC 合同条件中的各方	143
三、施工合同的进度控制	146
四、合同价格和付款	148
五、有关争端处理的规定	151
复习题	153
参考文献	154

第一章 合同法律基础

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）《合同法》中的合同分为 15 类，即：买卖合同；供用电、水、气、热力合同；赠与合同；借款合同；租赁合同；融资租赁合同；承揽合同；建设工程合同；运输合同；技术合同；保管合同；仓储合同；委托合同；行纪合同；居间合同。

第一节 合同的订立

一、合同概述

（一）合同的概念

《合同法》中的合同是指平等主体的自然人、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。合同具有以下法律特点。

- ① 合同是平等主体的自然人、法人和其他组织所实施的一种民事法律行为；
- ② 合同以设立、变更或终止民事权利义务为目的和宗旨；
- ③ 合同是当事人意思表示一致的协议。

（二）合同的分类

合同可以以下面几种不同的方式划分。

- ① 双务合同与单务合同。
- ② 有偿合同与无偿合同。
- ③ 诺成合同与实践合同。
- ④ 要式合同与不要式合同。
- ⑤ 有名合同与无名合同。

本教材中的建设工程合同是双务合同、有偿合同、诺成合同、要式合同、有名合同。

（三）《合同法》体系

《合同法》分为总则和分则两部分。

总则部分包括：合同法概述；合同的成立；合同的效力；合同的履行；合同的变更和转让；合同的权利义务终止；违约责任；其他内容。

分则共为 15 类有名合同，即：买卖合同；供用电、水、气、热力合同；赠与合同；借款合同；租赁合同；融资租赁合同；承揽合同；建设工程合同；运输合同；技术合同；保管合同；仓储合同；委托合同；行纪合同；居间合同。

本教材中的建设工程合同是《合同法》中有名合同中的一种，包括工程勘察、设计、施工合同。（注意：建设工程所涉及的监理合同属于委托合同。）

二、合同的成立

(一) 合同成立的概念和要件

合同的成立，是指合同因符合一定的要件而被法律认为客观存在。

合同的成立要件有如下几点。

- ① 合同必须具有双方或者多方当事人；
- ② 须对合同的主要条款达成合意；
- ③ 合同的成立应具备要约和承诺阶段。

(二) 合同订立的程序

合同的签订过程就是合同的成立过程，是合同的协商过程。订立合同的具体方式多样，可以通过口头或者书面往来协商谈判，还可以采取拍卖、招标投标等方式。但不管采取什么具体方式，都必然经过两个步骤，即要约和承诺。《合同法》规定，“当事人订立合同，采用要约、承诺方式”。要约与承诺，是当事人订立合同必经的程序，也即当事人双方就合同的一般条款经过协商一致并签署书面协议的过程。

当事人订立合同，需要经过要约和承诺两个阶段。

1. 要约

(1) 要约及其有效的条件 要约是希望和他人订立合同的意思表示。要约的有效条件包括：①要约是由特定人作出的意思表示；②要约必须具有订立合同的意图；③要约必须向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出；④要约的内容必须具体确定；⑤要约必须送达到受要约人。

建设工程招标投标过程中投标方的投标行为为要约。

(2) 要约邀请 所谓要约邀请，是希望他人向自己发出要约的意思表示。要约邀请具有如下特点：第一，要约邀请是一方邀请对方向自己发出要约。第二，要约邀请不是意思表示，而是一种事实行为，也就只是说，要约邀请是当事人订立合同的预备行为，在发出要约邀请时，当事人仍处于订约的准备阶段。第三，要约邀请只是引诱他人发出要约，它既不能因相对人的承诺而成立合同，也不能因自己作出某种承诺而约束要约人，要约邀请人一般不承担法律责任。

《合同法》规定：寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

建设工程招标投标过程中招标方的招标公告为要约邀请。表 1-1 所示为要约和要约邀请的内涵。

表 1-1 要约和要约邀请内涵

项目	要 约	要约邀请
目的 意思	有。即要约以缔结合同为目的，是当事人自己主动愿意订立合同的意思表示	无。当事人仅表达某种意愿，即希望对方主动向自己提出订立合同的意思表示
法效 意思	有。要约人将自己置于一旦对方承诺，合同即告成立的地位	无。要约邀请人希望自己处于一种可以选择是否接受对方要约的地位
内容	十分确定	一般不确定

(3) 要约的生效 要约到达受要约人时生效。如采用数据电文形式订立合同，收件人指

定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。

(4) 要约的撤回和撤销 要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

但有下列情形之一的,要约不得撤销:①要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;②受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同作了准备工作。

(5) 要约的失效 有下列情形之一的,要约失效:①拒绝要约的通知到达要约人;②要约人依法撤销要约;③承诺期限届满,受要约人未作出承诺;④受要约人对要约的内容作出实质性变更。

2. 承诺

(1) 承诺及其要件 承诺是受要约人同意要约的意思表示。

承诺也是一种法律行为。承诺必须是要约的相对人在要约有效期限内以明示的方式作出,并送达要约人;承诺必须是承诺人作出同意要约的条款,方为有效。如果受要约人对要约中的必要性条款提出修改、补充、部分同意,附有条件或者另行提出新的条件,以及迟到送达的承诺,都不被视为有效的承诺,而被称为新要约。

承诺具备如下要件,才能具备法律效力。

①承诺须由受要约人向要约人作出;②承诺须在规定的期限内到达要约人;③承诺的内容必须和要约的内容一致;④承诺须表明受要约人决定与要约人订立合同;⑤要约的方式必须符合要约的要求。

除根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的之外,承诺应当以通知的方式作出。

(2) 承诺的期限 承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的,承诺应当依照下列规定到达:①要约以对话方式作出的,应当即时作出承诺,但当事人另有约定的除外;②要约以非对话方式作出的,承诺应当在合理期限内到达。

承诺期限的起算点的确定:要约以信件或者电报作出的要约,承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的,自投寄该信件的邮戳日期开始计算。以电话、传真等快速通信方式作出的要约,承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

(3) 承诺的生效 承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。采用数据电文形式订立合同的,承诺到达的时间适用于要约到达受要约人时间的规定。

(4) 承诺的迟延

① 迟发的承诺。受要约人超过承诺期限发出承诺的,除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外,为新要约。

② 迟到的承诺。受要约人在承诺期限内发出承诺,按照通常情形能够及时到达要约人,但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的,除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外,该承诺有效。

【案例 1-1】 2007 年 11 月 10 日原告张×看到《××日报》上刊登的一则“求购十台二手夯土机”的广告。广告上写着“如有货者,货物型号和价格再议。”于是,当天张×发信

给被告王×说自己要出售自己租赁公司中的二手夯土机，数量十台，型号“××”。信的最后提到：“如有意请回复洽谈。”在11月13日，被告人王×收到信件并回信提到：“夯土机型号满意，本人要以1500元/台购买，交货地点××火车站。如果对要求满意，请答复，等候佳音至本月21日。”在11月16日，原告张×收到回信，并准备了答复信。信中写着：“同意条件，准备好了货物。”可由于张×工作繁忙，这份回信就在11月19日才发出。并在11月21日，张×派人将十台二手“××”夯土机到银川火车站办理了托运手续，可就在货物到达甘肃的22日王×才收到了回信。于是，王×回电话给张×表示货物已有，不需要货物。这样张×向人民法院起诉了王×。

原告：张×，男，32岁，住址：××

被告：王×，男，35岁，住址：××

诉讼请求如下。

① 请求法院判处被告承担原告发货所支出的费用1000元；

② 支付赔偿金和货物保管费300元；

③ 支付诉讼费用。

问题：张×的损失谁来承担？为什么？

解析：解决责任承担问题，就得分析二人之间的买卖合同的效力。本案中，张×遭受了损失，表面上看是因为王×不接受货物导致的。但本案中张×11月19日发出的信件属于迟发的承诺，买卖合同无效。所以，张×的损失应该自己承担。

(5) 承诺的撤回 承诺可以撤回，撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

(三) 合同的形式

当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律法规规定采用书面形式的，或当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

书面合同是实践中广泛采用的一种合同形式。

建设工程合同应当采用书面形式。

(四) 合同的内容

合同的一般条款，即合同的内容，是指由合同当事人约定的合同条款。

《合同法》在总则中规定合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款。

① 当事人的名称或姓名和住所；

② 标的；

③ 数量；

④ 质量；

⑤ 价款或者报酬；

⑥ 履行期限、地点和方式；

⑦ 违约责任；

⑧ 解决争议的方法。

《合同法》在分则中对建设工程合同（包括工程勘察、设计、施工合同）内容作了专门规定。

① 勘察、设计合同的内容。包括提交基础资料 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。

② 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。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

(五) 合同成立的时间与地点

1. 合同成立的时间

一般情况下合同自承诺生效时成立。

当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

当事人对合同成立的时间另有约定的，依其约定。

2. 合同成立的地点

承诺生效的地点为合同成立的地点。

采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

(六) 格式条款

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

1. 格式条款提供者的义务

提供格式条款的一方应当遵循公平的原则确定当事人之间的权利义务关系，并采取合理的方式提请对方注意免除或限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

【案例 1-2】 甲新购一辆汽车，投了乙保险公司的汽车险。某天，甲在驾车正常行驶过程中，汽车由于自然原因而发生爆炸，汽车报废。甲请求乙赔付，乙拒绝，称双方保险合同中第 39 条规定：“汽车由于自然原因引起的损害，保险公司不承担赔偿责任。”甲不服，诉至法院请求乙赔付。

解析：审理过程中，乙无法举证自己在缔约时曾提醒甲注意第 39 条并就其作了说明。于是法院判决支持甲的诉讼请求，法律依据是《合同法》规定的采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

2. 格式条款的无效

格式条款无效主要有如下四种情形。

① 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法的形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定。

② 免责条款免除造成对方人身伤害的责任，或者免除因故意或者重大过失造成对方财产损失的责任。

③ 免除提供格式条款一方当事人责任、加重对方责任。

④ 排除对方当事人主要权利的。

3. 格式条款的解释

格式条款的解释应该采取以下三种解释原则。

- ① 对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释;
- ② 对格式条款有两种以上解释的,应当作出有利于提供格式条款一方的解释;
- ③ 格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。

(七) 缔约过失责任

1. 缔约过失责任的概念

缔约过失责任指当事人在订立合同的过程中,因故意或过失违反先合同义务而对方造成依赖利益的损失时,应向对方承担的责任。

2. 缔约过失责任的类型

当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。

- ① 假借订立合同,恶意进行磋商;
- ② 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;
- ③ 有其他违背诚实信用原则的行为。

当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密,无论合同是否成立,不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。

第二节 合同的效力

一、合同的生效

合同的生效,是指已经成立的合同在当事人之间产生了一定的法律约束力,也就是通常所说的法律效力。

1. 合同的生效要件

- ① 订立合同的当事人具有相应的民事行为能力;
- ② 当事人意思表示真实;
- ③ 不违反法律或者社会公共利益;
- ④ 合同必须具备法律所要求的形式。

招标必须具备以下基本条件。

- ① 招标人已经依法成立;
- ② 初步设计及概算应当履行审批手续的,已经批准;
- ③ 招标范围、招标方式和招标组织形式等应当履行核准手续的,已经核准;
- ④ 有相应资金或资金来源已经落实;
- ⑤ 有招标所需的设计图纸及技术资料。

投标申请人应符合下列条件(掌握)。

- ① 具有独立订立合同的能力;
- ② 具有履行合同的能力,包括专业、技术资格和能力、资金、设备和其他物质设施状况,管理能力,经验、信誉和相应的从业人员;
- ③ 没有处于被责令停业,投标资格被取消,财产被接管、冻结,破产状态;
- ④ 在最近三年内没有骗取中标和严重违约及重大工程质量问题;
- ⑤ 法律、行政法规规定的其他资格条件。

2. 合同生效的时间

一般规则：依法成立的合同，自成立时生效。

特殊规则如下。

① 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，自依法办理批准、登记等手续时生效。

② 附生效条件的合同，自条件成就时生效。

③ 附期限的合同，自期限届至时生效。

④ 当事人约定采取特定形式或履行特定手续时合同生效的，自采取特定形式或履行特定手续时合同生效。

当事人未采取特定形式或履行特定手续，但一方当事人已经履行主要义务，对方接受的，根据合同的特别成立规则，合同自依法成立时生效。

二、效力待定合同

效力待定合同是指合同已经成立，但合同效力能否产生尚不能确定的合同。效力待定合同主要是由于当事人缺乏缔约能力、财产处分能力或代理人的代理资格和代理权限存在缺陷所造成的。

1. 限制民事行为能力人依法不能订立的合同

根据我国《民法通则》，限制民事行为能力人是指 10 周岁以上不满 18 周岁的未成年人，以及不能完全辨认自己行为的精神病人。限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效。

2. 无权代理人订立的合同

无权代理人订立的合同主要包括行为人没有代理权、超越代理权限范围或者代理权终止后仍以被代理人的名义订立的合同。

① 无权代理：无权代理人代订的合同对被代理人不发生效力。

② 表见代理：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

③ 越权代表：法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

【案例 1-3】 甲与乙订立了一份建筑施工设备买卖合同，合同约定甲向乙交付 5 台设备，分别为设备 1、设备 2、设备 3、设备 4、设备 5，总价款为 100 万元；乙向甲交付定金 20 万元，余下款项由乙在半年内付清。双方还约定，在乙向甲付清设备款之前，甲保留该 5 台设备的所有权。甲向乙交付了该 5 台设备。

问题：假设在设备款付清之前，乙与丁达成一项转让设备 4 的合同，在向丁交付设备 4 之前，该合同的效力如何？为什么？

解析：该合同效力待定。因为在设备款付清之前，设备 4 的所有权属于甲，乙无权处分。根据《合同法》规定，无处分权的人处分他人财产的，经权利人追认或无处分权的人订立合同后取得处分权的，合同有效。该案例同时说明了合同签订中保留条款的效力。

3. 无权处分合同

无处分权的人处分他人财产的合同一般为无效合同。但是，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。