

高等学校工程管理系列教材

工程招投标与 合同管理

金国辉 主编



清华大学出版社
<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>



北京交通大学出版社
<http://press.bjtu.edu.cn>



013029396

TU723-43

16

高等学校工程管理系列教材

工程招标投标与合同管理

金国辉 主编



清华大学出版社
北京交通大学出版社
· 北京 ·



北航

C1638287

TU723-43

16

000000010

内 容 简 介

本书结合工程案例,介绍了我国现行的工程合同管理法律制度、工程招投标法律法规的主要内容。全书共分10章,主要内容包括工程合同法律基础、工程招投标相关法律基础、工程招投标管理与实务、建设工程勘察设计合同、建设工程委托监理合同、建设工程施工合同、FIDIC土木工程施工合同条件、工程合同风险与履约管理、建设工程索赔管理与实务、工程合同的争议处理与实务。

本书适合作为土木工程专业和工程管理专业及相近专业“工程合同管理”课程的教材,也可供从事工程建设和工程管理的专业人员和管理人员学习、参考。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,翻印必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

工程招投标与合同管理/金国辉主编. —北京:清华大学出版社;北京交通大学出版社, 2012.12

(高等学校工程管理系列教材)

ISBN 978-7-5121-1272-8

I. ①工… II. ①金… 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(2012)第273710号

责任编辑:吴嫦娥 特邀编辑:李晓敏

出版发行:清华大学出版社 邮编:100084 电话:010-62776969 <http://www.tup.com.cn>

北京交通大学出版社 邮编:100044 电话:010-51686414 <http://press.bjtu.edu.cn>

印刷者:北京交大印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:185×260 印张:21.25 字数:531千字

版 次:2012年12月第1版 2012年12月第1次印刷

书 号:ISBN 978-7-5121-1272-8/TU·103

印 数:1~4 000册 定价:36.00元

本书如有质量问题,请向北京交通大学出版社质监组反映。对您的意见和批评,我们表示欢迎和感谢。

投诉电话:010-51686043, 51686008; 传真:010-62225406; E-mail: press@bjtu.edu.cn。

☆ 前 言 ☆

本书全面介绍了工程招标投标与合同管理的基本理论与方法。全书内容包括：工程项目招标投标、合同管理、索赔等基本概念、规则和程序，招标文件、资格预审文件和投标文件的编制，投标策略和投标决策的内容和方法，合同的法律基础，建设工程合同的内容分析，合同实施控制、变更与索赔的管理方法和实务操作，国际工程项目常用合同条件，网络招标，招标投标和合同管理软件的操作运用等。

本书依据国家最新颁布的《标准施工招标资格预审文件》、《标准施工招标文件》和《建设工程工程量清单计价规范》（CD 50500—2008）等招标投标及合同管理方面的文件与规范进行编写，全面反映了招标投标及合同管理的国际惯例和国内新变化。

本书立足国情、接轨国际，注重实务性、可操作性和理论的系统性，反映学科的新进展。为了方便理解，各章有引导案例和穿插案例。

本书可作为本科工程管理专业、工程造价管理专业、项目管理专业的教材及项目管理工程硕士研究生的参考书，同时还可作为咨询工程师、监理工程师、建造师、造价工程师以及工程造价从业人员及项目管理人员的培训教材及参考书。

本书由内蒙古科技大学金国辉教授主编。本书第1章、第6章、第8章和第9章由内蒙古科技大学金国辉编写，第2章、第3章由内蒙古科技大学张爱琳编写，第4章、第10章由内蒙古科技大学田包文编写，第5章、第7章由河北劳动关系职业学院张涛编写。

本书获得2011年度内蒙古科技大学教材基金资助，在编写过程中，得到了内蒙古科技大学李斌教授、赵根田教授、刘香教授的大力帮助和热心指导，在此，对几位老师表示诚挚的谢意！

本书的成书时间较短，加上本人学识水平有限，书中的错漏之处一定不少，其他不足之处也在所难免，欢迎广大读者批评指正。

编者

2012年12月

☆ 目 录 ☆

第1章 工程合同法律基础	1
◇ 本章导读	1
1.1 合同法概论	1
1.2 合同主要条款	7
1.3 合同订立	8
1.4 合同效力	13
1.5 合同履行	19
1.6 合同变更、转让和终止	27
1.7 违反合同的责任	35
◇ 本章小结	45
◇ 思考题	45
第2章 工程招投标相关法律基础	47
◇ 本章导读	47
2.1 概述	47
2.2 《招标投标法》的基本规定	50
2.3 招标投标活动的行政监督	56
◇ 案例分析	59
◇ 本章小结	61
◇ 思考题	61
第3章 工程招投标管理与实务	62
◇ 本章导读	62
3.1 工程招标投标概述	62
3.2 工程招标方案	67
3.3 资格审查	71
3.4 工程招标文件	75
3.5 工程投标文件	81
3.6 开标、评标和定标	85
◇ 案例分析	92
◇ 本章小结	97
◇ 思考题	98
第4章 建设工程勘察设计公司	99

◇ 本章导读	99
4.1 建设工程勘察合同	99
4.2 建设工程设计合同	103
◇ 本章小结	107
◇ 思考题	107
第5章 建设工程委托监理合同	108
◇ 本章导读	108
5.1 建设工程监理合同概述	108
5.2 建设工程监理合同示范文本	108
◇ 案例分析	115
◇ 本章小结	116
◇ 思考题	116
第6章 建设工程施工合同	117
◇ 本章导读	117
6.1 建设工程施工合同概述	117
6.2 建设工程施工合同的主要内容	122
6.3 政府投资项目施工合同的主要内容	143
◇ 案例分析	173
◇ 本章小结	174
◇ 思考题	174
第7章 FIDIC 土木工程施工合同条件	176
◇ 本章导读	176
7.1 FIDIC 合同条件概述	176
7.2 FIDIC 土木工程施工条件	177
7.3 FIDIC 设计——建造与交钥匙合同条件	197
7.4 FIDIC 土木工程施工分包合同条件	202
◇ 案例分析	206
◇ 本章小结	209
◇ 思考题	209
第8章 工程合同风险与履约管理	210
◇ 本章导读	210
8.1 工程合同风险管理	210
8.2 工程合同的签约	216
8.3 工程合同的履约管理	227
◇ 本章小结	250

◇ 思考题	251
第 9 章 建设工程索赔管理与实务	252
◇ 本章导读	252
9.1 建设工程索赔管理的概述	252
9.2 索赔的处理与解决	263
9.3 工期索赔	270
9.4 费用索赔	277
9.5 索赔管理	287
◇ 案例分析	296
◇ 本章小结	298
◇ 思考题	298
第 10 章 工程合同的争议处理与实务	299
◇ 本章导读	299
10.1 工程合同争议的产生原因	299
10.2 工程合同的常见争议	299
10.3 工程合同争议的解决方式	307
◇ 本章小结	318
◇ 思考题	318
附录 A 中华人民共和国招标投标法实施条例	319
参考文献	331

第1章 工程合同法律基础

本章导读

本章主要介绍合同概念和特征、合同法基本原则、合同法律关系、合同效力、合同履行等相关内容。1.1节介绍合同法概论，1.2节介绍合同主要条款，1.3节介绍合同订立，1.4节介绍合同效力，1.5节介绍合同履行。

1.1 合同法概论

1.1.1 合同概念和特征

1. 合同概念

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。合同的含义非常广泛。广义上的合同是指以确定权利、义务为内容的协议，除了包括民事合同外，还包括行政合同、劳动合同等。民法中的合同即民事合同是指设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，它包括债权合同、身份合同等。

债权合同是指设立、变更、终止债权债务关系的合同。法律上的债是指特定当事人之间请求对方作特定行为的法律关系，就权利而言，为债权关系；从义务方面来看，为债务关系。

身份合同是指以设立、变更、终止身份关系为目的，不包含财产内容或者不以财产内容为主要调整对象的合同，如结婚、离婚、收养、监护等协议。身份合同为我国《民法通则》及《婚姻法》等法律中的相关内容所规范；行政合同、劳动合同分别为《行政法》、《劳动法》所规范。除了身份合同以外的所有民事合同均为《合同法》调整的对象。

2. 合同法律特征

(1) 合同是一种民事法律行为。民事法律行为是指民事主体实施的能够设立、变更、终止民事权利义务关系的合法行为。民事法律行为以意思表示为核心，并且按照意思表示的内容产生法律后果。作为民事法律行为，合同应当是合法的，即只有在合同当事人所作出的意思表示符合法律要求，才能产生法律约束力，受到法律保护。如果当事人的意思表示违法，即使双方已经达成协议，也不能产生当事人预期的法律效果。

(2) 合同是两个以上当事人意思表示一致的协议。合同的成立必须有两个以上的当事人相互之间作出意思表示，并达成共识。因此，只有当事人在平等自愿的基础上意思表示完全一致时，合同才能成立。

(3) 合同以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的。当事人订立合同都有一定的目的，即设立、变更、终止民事权利义务关系。无论当事人订立合同是为了什么目的，只有当事人达成的协议生效以后，才能对当事人产生法律上的约束力。

3. 合同分类

在市场经济活动中,交易的形式千差万别,合同的种类也各不相同。根据性质不同,合同有以下几种分类方法。

(1) 按照合同表现形式,合同可以分为书面合同、口头合同及默示合同。

① 书面合同是指当事人以书面文字有形地表现内容的合同。传统的书面合同的形式为合同书和信件,随着科技的进步和发展,书面合同的形式也越来越多,如电报、电传、传真、电子数据交换及电子邮件等已成为高效快速的书面合同的形式。书面合同有以下优点:一是它可以作为双方行为的证据,便于检查、管理和监督,有利于双方当事人按约执行,当发生合同纠纷时,有凭有据,举证方便;二是可以使合同内容更加详细、周密,当事人在将其意思表示通过文字表现出来时,往往会更加审慎,对合同内容的约定也更加全面、具体。

② 口头合同是指当事人以口头语言的方式(如当面对话、电话联系等)达成协议而订立的合同。口头合同简便易行,迅速及时,但缺乏证据,当发生合同纠纷时,难以举证。因此,口头合同一般只适用于即时清结的情况。

③ 默示合同是指当事人并不直接用口头或者书面形式进行意思表示,而是通过实施某种行为或者以不作为的沉默方式进行意思表示而达成的合同。如房屋租赁合同约定的租赁期满后,双方并未通过口头或者书面形式延长租赁期限,但承租人继续交付租金,出租人依然接受租金,从双方的行为可以推断双方的合同仍然有效。

建设工程合同所涉及的内容特别复杂,合同履行期较长,为便于明确各自的权利和义务,减少履行困难和争议,《合同法》第270条规定:“建设工程合同应当采用书面形式”。

(2) 按照给付内容和性质的不同,合同可以分为转移财产合同、完成工作合同和提供服务合同。

① 转移财产合同是指以转移财产权利,包括所有权、使用权和收益权为内容的合同。此合同标的为物质。《合同法》规定的买卖合同,供电、水、气、热合同,赠与合同,借款合同,租赁合同和部分技术合同等均属于转移财产合同。

② 完成工作合同是指当事人一方按照约定完成一定的工作并将工作成果交付给对方,另一方接受成果并给付报酬的合同。《合同法》规定的承揽合同、建筑工程合同均属于此类合同。

③ 提供服务合同是指依照约定,当事人一方提供一定方式的服务,另一方给付报酬的合同。《合同法》中规定的运输合同、行纪合同、居间合同和部分技术合同均属于此类合同。

(3) 按照当事人是否相互负有义务,合同可以分为双务合同和单务合同。

① 双务合同是指当事人双方相互承担对待给付义务的合同。双方的义务具有对等关系,一方的义务即另一方的权利,一方承担义务的目的是为了获取对应的权利。《合同法》中规定的绝大多数合同如买卖合同、建筑工程合同、承揽合同和运输合同等均属于此类合同。

② 单务合同是指只有一方当事人承担给付义务的合同。即双方当事人的权利义务关系并不对等,而是一方享有权利而另一方承担义务,不存在具有对待给付性质的权利义务关系。

(4) 按照当事人之间权利义务关系是否存在对价关系,合同可以分为有偿和无偿合同。

① 有偿合同是指当事人一方享有合同约定的权利必须向对方当事人支付相应对价的合

同。如买卖合同、保险合同等。

② 无偿合同是指当事人一方享有合同约定的权利无须向对方当事人支付相应对价的合同。如赠与合同等。

(5) 按照合同的成立是否以递交标的物为必要条件, 合同可分为诺成合同和要物合同。

① 诺成合同是指只要当事人双方意思表示达成一致即可成立的合同, 它不以标的物的交付为成立的要件。我国《合同法》中规定的绝大多数合同都属于诺成合同。

② 要物合同是指除了要求当事人双方意思表示达成一致外, 还必须实际交付标的物以后才能成立的合同。如承揽合同中的来料加工合同在双方达成协议后, 还需要由供料方交付原材料或者半成品, 合同才能成立。

(6) 按照相互之间的从属关系, 合同可以分为主合同和从合同。

① 主合同是指不以其他合同的存在为前提而独立存在和独立发生效力的合同, 如买卖合同、借贷合同等。

② 从合同又称附属合同, 是指不具备独立性, 以其他合同的存在为前提而成立并发生效力的合同。如在借贷合同与担保合同中, 借贷合同属于主合同, 因为它能够单独存在, 并不因为担保合同不存在而失去法律效力; 而担保合同则属于从合同, 它仅仅是为了担保借贷合同的正常履行而存在的, 如果借贷合同因为借贷双方履行完合同义务而宣告合同效力解除后, 担保合同就因为失去存在条件而失去法律效力。主合同和从合同的关系为: 主合同和从合同并存时, 两者发生互补作用; 主合同无效或者被撤销时, 从合同也将失去法律效力; 而从合同无效或者被撤销时一般不影响主合同的法律效力。

(7) 按照法律对合同形式是否有特别要求, 合同可分为要式合同和不要式合同

① 要式合同是指法律规定必须采取特定形式的合同。《合同法》中规定: “法律、行政法规规定采用书面形式的, 应当采用书面形式。”

② 不要式合同是指法律对形式未作出特别规定的合同。合同究竟采用何种形式, 完全由双方当事人自己决定, 可以采用口头形式, 也可以采用书面形式、默示形式。

(8) 按照法律是否为某种合同确定一个特定名称, 合同可分为有名合同和无名合同。

① 有名合同又称为典型合同, 是指法律确定了特定名称和规则的合同。如《合同法》分则中所规定的 15 种基本合同即为有名合同。

② 无名合同又称非典型合同, 是指法律没有确定一定的名称和相应规则的合同。

1.1.2 《合同法》简介

1. 《合同法》概念和特点

合同法有两层含义: 广义上的合同法是指根据法律的实质内容, 调整合同关系的所有的法律法规的总称; 另外一种是基于法律的表现形式, 即由立法机关制定的, 以“合同法”命名的法律, 比如, 我国 1999 年 3 月 15 日通过的《中华人民共和国合同法》。本书所提及的《合同法》, 特指《中华人民共和国合同法》。《合同法》作为我国至今为止条文最多、内容最丰富的民事合同法律, 它具有以下特点。

(1) 统一性。《合同法》的颁布和施行, 结束了我国过去《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》三足鼎立的多元合同立法的模式, 克服了 3 个合同法各自规范不同

的关系和领域而引起的不一致和不协调的缺陷,形成了统一的合同法律规则。

(2) 任意性。合同的本质就是当事人通过自由协商,决定其相互之间的权利义务关系,并根据其意志调整他们之间的关系。《合同法》以调整市场交易关系为其主要内容,而交易习惯则需要尊重当事人的自由选择,因此,《合同法》规范多为任意性规范,即允许当事人对其内容予以变更的法律规范。如当事人可以自由决定是否订立合同,同谁订立合同,订立什么样的合同,合同的内容包括哪些,合同是否需要变更或者解除等。

(3) 强制性。为了维护社会主义市场经济秩序,必须对当事人各方的行为进行规范。对于某些严重影响到国家、社会、市场秩序和当事人利益的内容,《合同法》则采用强制性规范或者禁止性规范。比如,《合同法》中规定:“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”

2. 合同法结构

《合同法》分为两大部分共 428 条内容。其中总则分别阐述包括一般规定、合同的订立、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、违约责任和其他规定等共计 8 章 129 条规定,主要叙述《合同法》的基本原理和基本原则。分则部分则对各种不同类型的合同作出专门的规定,分别阐述买卖合同、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、居间合同等 15 种包括经济、技术和其他民事等列名合同共计 15 章 298 条规定。

3. 合同法基本原则

(1) 平等原则。在合同法律关系中,当事人之间的法律地位平等,任何一方都有权独立作出决定,一方不得将自己的意愿强加给另一方。

(2) 合同自由原则。只有在双方当事人经过协商,意思表示完全一致,合同才能成立。合同自由包括缔结合同自由、选择合同相对人自由、确定合同内容自由、选择合同形式自由、变更和解除合同自由。

(3) 公平原则。在合同的订立和履行过程中,公平、合理地调整合同当事人之间的权利义务关系。

(4) 诚实信用原则。指在合同的订立和履行过程中,合同当事人应当诚实守信,以善意的方式履行其义务,不得滥用权力及规避法律或合同规定的义务。同时,还应当维护当事人之间的利益及当事人利益与社会利益之间的平衡。

(5) 遵守法律、尊重社会公德原则。当事人订立、履行合同应当遵守法律、行政法规及尊重社会公认的道德规范。

(6) 合同严守原则。依法成立的合同在当事人之间具有相当于法律的效力,当事人必须严格遵守,不得擅自变更和解除合同,不得随意违反合同规定。

(7) 鼓励交易原则。鼓励合法正当的交易。如果当事人之间的合同订立和履行符合法律及行政法规的规定,则当事人各方的行为应当受到鼓励和法律的保护。

1.1.3 合同法律关系

法律关系是指人与人之间的社会关系为法律规范调整时所形成的权利和义务关系,即法

律上的社会关系。合同法律关系又称为合同关系,指当事人相互之间在合同中形成的权利义务关系。合同法律关系由主体、内容和客体三个基本要素构成,主体是客体的占有者、支配者和行为的实施者,客体是主体合同债权和合同债务指向的目标,内容是主体和客体之间的连接纽带,三者缺一不可,共同构成合同法律关系。

1. 合同法律关系主体

合同法律关系主体又称为合同当事人,是指在合同关系中享有权利或者承担义务的人,包括债权人和债务人。在合同关系中,债权人有权要求债务人根据法律规定和合同的约定履行义务,而债务人则负有实施一定行为的义务。在实际工作中,债权人和债务人的地位往往是相对的,因为大多数合同都是双务合同,当事人双方互相享有权利、承担义务。因此,双方互为债权人和债务人。合同法律关系主体主要是指以下几部分。

1) 自然人

自然人是指基于出生而成为民事法律关系主体的人。自然人包括具有中华人民共和国国籍的自然人、具有其他国家国籍的自然人和无国籍自然人。但是,作为合同主体,自然人必须具备相应的民事权利能力和民事行为能力。

民事权利能力是指法律赋予民事法律关系主体享有民事权利和承担民事义务的资格。它是民事主体取得具体的民事权利和承担具体民事义务的前提条件,只有具有民事权利能力,才能成为独立的民事主体,参加民事活动。根据我国宪法和民法通则的规定,公民的民事权利能力一律平等,民事权利能力始于出生、终于死亡。

民事行为能力是指民事法律关系主体能够以自己的行为取得民事权利和承担民事义务的能力或资格。它既包括合法的民事行为能力,也包括民事主体对其行为应承担责任的能力,如民事主体因侵权行为而应承担损失赔偿责任等。

民事行为能力是民事权利能力得以实现的保证,民事权利能力必须依赖具有民事行为能力的行为,才能得以实现。公民具有民事行为能力,必须具备两个条件:第一,必须达到法定年龄;第二,必须智力正常,可以理智地辨认自己的行为。我国《民法通则》规定,年满18周岁的公民为完全民事行为能力人;16周岁以上不满18周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为具有完全民事行为能力;10周岁以上的未成年人或不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人;不满10周岁的未成年人或不能辨认自己行为的精神病人为无民事行为能力人。

2) 法人

法人是指具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。我国的法人可分为以下几类。

(1) 企业法人。指以盈利为目的,独立从事商品生产和经营活动的法人。

(2) 机关法人。指国家机关,包括立法机关、行政机关、审判机关和检察机关。这些法人不以盈利为目的。

(3) 事业单位和社会团体法人。一般不以盈利为目的,但按照企业法人登记法规登记后可从事盈利活动。

作为法人,应具备以下4个法定条件。

(1) 依法成立。法人必须按照法定程序,向国家主管机关提出申请,经审查合格后,才能取得法人资格。

(2) 有必要的财产和经费。法人必须具有独立的财产或独立经营管理的财产和活动经费。

(3) 有自己的名称、组织机构和场所。

(4) 能够独立承担民事责任。

3) 其他组织

其他组织是指具有有限的民事权利能力和民事行为能力，在一定程度上能够享有民事权利和承担民事义务，但不能独立承担民事责任的不具备法人资格的组织。主要包括以下几种类型。

(1) 企业法人的分支机构。由企业法人进行登记并领取营业执照的组织，如分公司、企业派出机构等。

(2) 依法登记并领取营业执照的私营独资企业、合伙企业。

(3) 依法登记并领取营业执照的合伙型联营企业。

(4) 依法登记并领取营业执照但无法人资格的中外合作经营企业、外商独资企业。

(5) 经核准登记并领取营业执照的乡镇、街道、村办企业。

(6) 符合上述非法人组织特征的其他经济组织。

2. 合同法律关系客体

合同法律关系客体又称为合同的标的，是指在合同法律关系中，合同法律关系的主体的权利义务关系所指向的对象。在合同交往过程中，由于当事人的交易目的和合同内容千差万别，合同客体也各不相同。根据标的物的特点，客体可分为以下几种。

(1) 行为，是指合同法律关系主体为达到一定的目的而进行的活动，如完成一定的工作或提供一定劳务的行为，如工程监理等。

(2) 物，是指民事权利主体能够支配的具有一定经济价值的物质财富，包括自然物和劳动创造物以及充当一般等价物的货币和有价证券等。物是应用最为广泛的合同法律关系客体。

(3) 智力成果，也称为无形财产，是指脑力劳动的成果，它可以适用于生产，转化为生产力，主要包括商标权、专利权、著作权等。

3. 合同法律关系内容

合同法律关系内容是指债权人的权利和债务人的义务，即合同债权和合同债务。合同债权又称为合同权利，是债权人依据法律规定和合同约定而享有的要求债务人为一定给付的权利。合同债务又称为合同义务，是指债务人根据法律规定和合同约定向债权人履行给付及与给付相关的其他行为的义务。合同债权具有以下特点。

(1) 合同债权是请求权，即债权人请求对方为一定行为的权利。在债务人给付前，债权人不能直接支配标的，更不允许直接支配债务人的人身，只能通过请求债务人为给付行为，以达到自己的目的。

(2) 合同债权是给付受领权，即有效地接受债务人的给付并予以保护。

(3) 合同债权是相对权。因为合同只在债权人和债务人之间产生法律约束力，除了在由第三者履行的合同中，合同债权人可有权要求第三人履行合同义务外，债权人只能向合同债务人请求给付，无权向其他人提出要求。

(4) 合同债权主要有以下几方面的权利：①请求债务人履行的权利，即债权人有权要求债务人按照法律的规定和合同的约定履行其义务；②接受履行的权利，当债务人履行债务时，债权人有权接受并永久保持因履行所得的利益；③请求权，又称为请求保护债权的权利，即当债务人不履行或未正确履行债务时，债权人有权请求法院予以保护，强制债务人履

行债务或承担违约责任；④处分债权的权利，即债权人具备决定债权命运的权利。

1.2 合同主要条款

《合同法》遵循合同自由原则，仅仅列出合同的主要条款，具体合同的内容由当事人约定。主要条款一般包括以下内容。

1. 当事人的名称（或姓名）和住所

合同中记载的当事人的姓名或者名称是确定合同当事人的标志，而住所则在确定合同履行地、法院对案件的管辖等方面具有重要的法律意义。

2. 标的

标的即合同法律关系的客体，是指合同当事人权利义务指向的对象。合同中的标的条款应当标明标的的名称，以使其特定化，并能够确定权利义务的范围。合同的标的因合同类型的不同而变化，总体来说，合同标的包括有形财物、行为和智力成果。

3. 数量

合同标的的数量是衡量合同当事人权利义务大小的尺度。因此，合同标的的数量一定要确切，应当采用国家标准或者行业标准中确定的或者当事人共同接受的计量方法和计量单位。

4. 质量

合同标的的质量是指检验标的内在素质和外观形态优劣的标准。它和标的数量一样是确定合同标的的具体条件，是这一标的区别于同类另一标的的具体特征。因此，在确定合同标的的质量标准时，应当采用国家标准或者行业标准。如果当事人对合同标的的质量有特别约定时，在不违反国家标准和行业标准的前提下，可双方约定标的的质量要求。合同中的质量条款包括标的的规格、性能、物理和化学成分、款式和质感。

5. 价款和报酬

价款和报酬是指以物、行为和智力成果为标的的有偿合同中，取得利益的一方当事人作为取得利益的代价而应向对方支付的金钱。价款是取得有形标的物应支付的代价；报酬是获得服务应支付的代价。

6. 履行的期限、地点和方式

履行的期限是指合同当事人履行合同和接受履行的时间。它直接关系到合同义务的完成时间，涉及当事人的期限利益，也是确定违约与否的因素之一。履行地点是指合同当事人履行合同和接受履行的地点。履行地点是确定交付与验收标的地点的依据有时是确定风险由谁承担的依据及标的物所有权是否转移的依据。履行方式是合同当事人履行合同和接受履行的方式，包括交货方式、实施行为方式、验收方式、付款方式、结算方式、运输方式等。

7. 违约责任

违约责任是指当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时应当承担的民事责任。违约责任是促使合同当事人履行债务，使守约方免受或者少受损失的法律救济手段，对合同当事人的利益关系重大，合同对此应予明确。

8. 解决争议的方法

解决争议的方法是指合同当事人解决合同纠纷的手段、地点。合同订立、履行中一旦产生争执，合同双方是通过协商、仲裁还是通过诉讼解决其争议，有利于合同争议的管辖和尽

快解决,并最终从程序上保障了当事人的实质性权益。

1.3 合同订立

1.3.1 合同订立和成立

合同订立是指缔约人作出意思表示并达成合意的行为和过程。合同成立是指合同订立过程的完成,即合同当事人经过平等协商对合同基本内容达成一致意见,合同订立阶段宣告结束,它是合同当事人合意的结果。合同作为当事人从建立到终止权利义务关系的一个动态过程,始于合同的订立,终结于适当履行或者承担责任。任何一个合同的签订都需要当事人双方进行一次或者多次的协商,最终达成一致意见,而签订合同则意味着合同的成立。合同成立是合同订立的重要组成部分。合同的成立必须具备以下条件。

1. 订约主体存在双方或者多方当事人

所谓订约主体即缔约人,是指参与合同谈判并且订立合同的人。作为缔约人,他必须具有相应的民事权利能力和民事行为能力,有下列几种情况。

(1) 自然人的缔约能力。自然人能否成为缔约人,要根据其民事行为能力来确定。具有完全行为能力的自然人可以订立一切法律允许自然人作为合同当事人的合同。限制行为能力的自然人只能订立一些与自己的年龄、智力、精神状态相适应的合同,其他合同只能由其法定代理人代为订立或者经法定代理人同意后订立。无行为能力的自然人通常不能成为合同当事人,如果要订立合同,一般只能由其法定代理人代为订立。

(2) 法人和其他组织的缔约能力。法人和其他组织一般都具有行为能力,但是他们的行为能力是有限制的,因为法律往往对法人和其他组织规定了各自的经营和活动范围。因此,法人和其他组织在订立合同时要考虑到自身的行为能力。超越经营或者活动范围订立的合同,有可能不能产生法律效力。

(3) 代理人的缔约能力。当事人除了自己订立合同外,还可以委托他人代订合同。在委托他人代理时,应当向代理人进行委托授权,即出具授权委托书。在委托书中注明代理人的姓名(或名称)、代理事项、代理的权限范围、代理权的有效期限、被代理人的签名盖章等内容。如果代理人超越代理权限或者无权代理,则所订立的合同可能不能产生法律效力。

2. 对主要条款达成合意

合同成立的根本标志在于合同当事人的意思表示一致。但是在实际交易活动中常常因为相距遥远,时间紧迫,不可能就合同的每一项具体条款进行仔细磋商;或者因为当事人缺乏合同知识而造成合同规定的某些条款不明确或者缺少某些具体条款。《合同法》规定,当事人就合同的标的、数量、质量等主要条款协商一致,合同就可以成立。

1.3.2 要约

1. 要约概念

要约也称为发价、发盘、出盘、报价等,是希望和他人订立合同的意思表示。即一方当

事人以缔结合同为目的,向对方当事人提出合同条件,希望对方当事人接受的意思表示。构成要约必须具备以下条件。

(1) 要约必须是特定人所为的意思表示。要约是要约人向相对人(受约人)所作出的含有合同条件的意思表示,旨在得到对方的承诺并订立合同。只有要约人是具备民事权利能力和民事行为能力的特定的人,受约人才能对他作出承诺。

(2) 要约必须向相对人发出。要约必须经过受约人的承诺,合同才能成立,因此,要约必须是要约人向受约人发出的意思表示。受约人一般为特定人,但是,在特殊情况下,对不确定的人作出无碍要约时,受约人可以为不特定人。

(3) 要约的内容应当具体确定。要约的内容必须明确,而不应该含糊不清,否则,受约人便不能了解要约的真实含义,难以承诺。同时,要约的内容必须完整,必须具备合同的主要条件或者全部条件,受约人一旦承诺后,合同就能成立。

(4) 要约必须具有缔约目的。要约人发出要约的目的是为了订立合同,即在受约人承诺时,要约人即受该意思表示的约束。凡是不是以缔结合同为目的而进行的行为,尽管表达了当事人的真实意愿,但不是要约。是否以缔结合同为目的,是区别要约与要约邀请的主要标志。

2. 要约法律效力

要约法律效力是指要约的生效及对要约人、受约人的约束力。它包括以下几部分。

(1) 对要约人的拘束力,是指要约一经生效,要约人即受到要约的拘束,不得随意撤回、撤销或者对要约加以限制、变更和扩张,从而保护受约人的合法权益,维护交易安全。不过,为了适应市场交易的实际需要,法律允许要约人在一定条件下,即在受约人承诺前有限度地撤回、撤销要约或者变更要约的内容。

(2) 对受约人的拘束力,是指受约人在要约生效时即取得承诺的权利,取得依其承诺而成立合同的法律地位。正是因为这种权利,所以受约人可以承诺,也可以不予承诺。这种权利只能由受约人行使,不能随意转让,否则承诺对要约人不产生法律效力。如果要约人在要约中明确规定受约人可以将承诺的资格转让,或者受约人的转让得到要约人的许可,这种转让是有效的。

(3) 要约的生效时间,即要约产生法律约束力的时间。《合同法》规定,要约的生效时间为要约到达受约人时开始。

(4) 要约的存续期间。是指要约发生法律效力的期限,也即受约人得以承诺的期间。一般而言,要约的存续期间由要约人确定,受约人必须在此期间内作出承诺,要约才能对要约人产生拘束力。如果要约人没有确定,则根据要约的具体情况,考虑受约人能够收到要约所必需的时间、受约人作出承诺所必需的时间和承诺到达要约人所必需的时间而确定一个合理的期间。

3. 要约邀请

要约邀请又称为要约引诱,是指希望他人向自己发出要约的意思表示,其目的在于邀请对方向自己发出要约。如寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、商业广告等为要约邀请。在工程建设中,工程招标即要约邀请,投标报价属于要约,中标函则是承诺。要约邀请是当事人订立合同的预备行为,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。要约与要约邀请两者之间主要有以下区别。

(1) 要约是当事人自己主动愿意订立合同的意思表示；而要约邀请则是当事人希望对方向自己提出订立合同的意思表示。

(2) 要约中含有当事人表示愿意接受要约约束的意旨，要约人将自己置于一旦对方承诺，合同即宣告成立的无可选择的地位；而要约邀请则不含有当事人表示愿意承担约束的意旨，要约邀请人希望将自己置于一种可以选择是否接受对方要约的地位。

4. 要约撤回与撤销

1) 要约撤回

要约撤回是指在要约发生法律效力之前，要约人取消要约的行为。根据要约的形式拘束力，任何一项要约都可以撤回，只要撤回的通知先于或者与要约同时到达受约人，都能产生撤回的法律效力。允许要约人撤回要约，是尊重要约人的意志和利益。由于撤回是在要约到达受约人之前作出的，所以此时要约并未生效，撤回要约也不会影响到受约人的利益。

2) 要约撤销

要约撤销是指在要约生效后，要约人取消要约，使其丧失法律效力的行为。在要约到达后、受约人作出承诺之前，可能会因为各种原因如要约本身存在缺陷和错误、发生了不可抗力、外部环境发生变化等，促使要约人撤销其要约。允许撤销要约是为了保护要约人的利益，减少不必要的损失和浪费。但是，《合同法》中规定，有下列情况之一的，要约不得撤销。

① 要约中确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销。

② 受约人有理由认为要约是不可撤销的，并且已经为履行合同做了准备工作。

3) 要约消灭

要约消灭又称为要约失效，即要约丧失了法律拘束力，不再对要约人和受约人产生约束。要约消灭后，受约人也丧失了承诺的效力，即使向要约人发出承诺，合同也不能成立。《合同法》规定，有下列情况之一的，要约失效。

① 受约人拒绝要约。

② 要约人撤回或者撤销要约。

③ 承诺期限届满，承诺人未作出承诺。

④ 承诺对要约的内容作出实质性变更。

1.3.3 承诺

1. 承诺概念

承诺是指受约人同意接受要约的全部条件的意思表示。承诺的法律效力在于要约一经受约人承诺并送达要约人，合同便宣告成立。承诺必须具备以下条件，才能产生法律效力。

(1) 承诺必须是受约人发出根据要约所具有的法律效力，只有受约人才能取得承诺的资格，因此，承诺只能由受约人发出。如果要约是向一个或者数个特定人发出时，则该特定人具有承诺的资格。受约人以外的任何人向要约人发出的都不是承诺而只能视为要约。如果要约是向不特定人发出时，则该不特定人中的任何人都具有承诺的