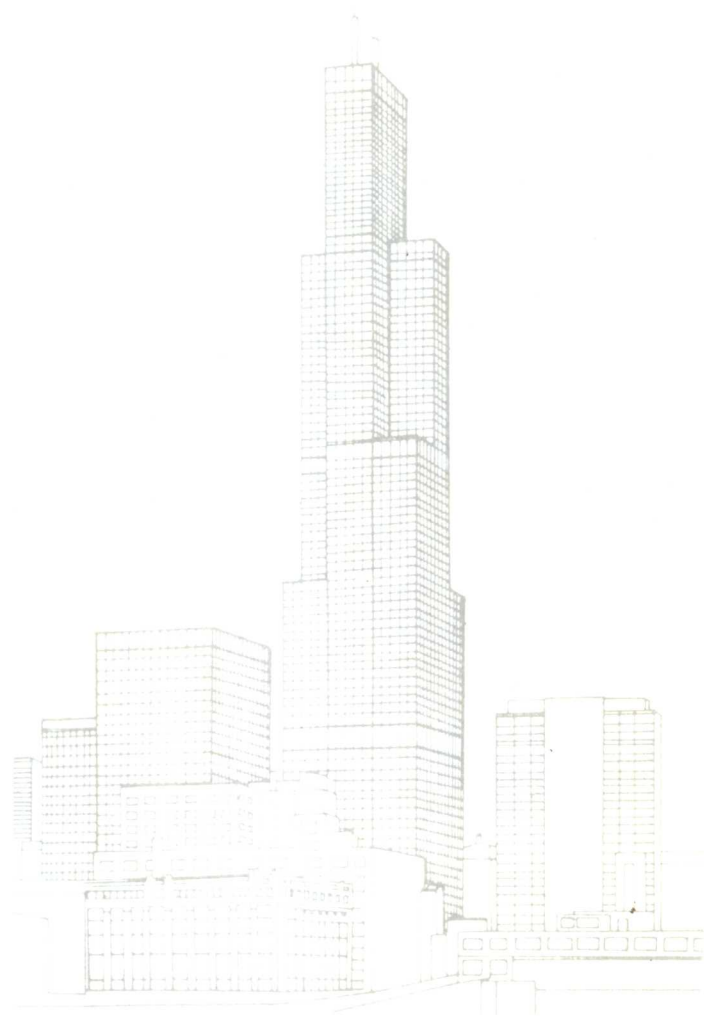


普通高等学校土木工程专业新编系列教材
中国土木工程学会教育工作委员会 审订

土木工程合同管理与索赔

T M G C H T G L Y S P

雷俊卿 杨平 主编



WUTP

武汉理工大学出版社

普通高等学校土木工程专业新编系列教材
中国土木工程学会教育工作委员会 审订

土木工程合同管理与索赔

主编 雷俊卿 杨 平
参编 孙昌玲

武汉理工大学出版社
· 武 汉 ·

【内 容 提 要】

“土木工程合同管理与索赔”是一本供土木工程本科专业开设必修课程的教科书。本书介绍了经济法律和合同的基本概念与理论知识,论述了合同的订立、履行、变更、转让、终止及争议处理方法,对土木工程项目招标投标、工程合同管理工作的程序和要点进行了分析。通过对 FIDIC 合同条件的介绍,重点要求对工程分包、工程风险、工程变更、延期、费用索赔及争端问题加强合同管理。对国际工程的合同管理的论述,是为适应加入 WTO 后进行工程项目管理的要求。书中编写的大量案例,有助于学生将理论学习与工程项目合同管理的实践相结合,具体处理好工程项目管理中的问题,以便进一步增强市场经济与法制观念,运用法律、经济和科学管理的手段,搞好土木工程项目中有关合同管理的工作。

本书也可供高等专科学校、高等职业技术学校、网络远程与继续教育学院研究生作为教学用书;还可供铁路、公路与城市道路、桥梁与隧道、水利、港工、工业与民用建筑、海洋工程、环境工程等土木工程专业的技术人员、管理人员、监理人员学习参考。

【主 编 简 介】

雷俊卿 女,北方交通大学教授,工学博士。曾先后在西南交通大学、长安大学、北方交通大学任教,并于 1990 年在同济大学研修工程项目管理和监理。长期从事桥梁工程、土木工程项目管理的教学、科研、设计、试验监测与监理工作。主要研究方向为桥梁结构基本理论与应用、土木工程项目管理。主持及参加桥梁及项目管理科研 30 多项。公开发表学术论文 30 余篇。已出版学术专著和教材 4 本。

E-mail: lei_jq@sina.com

杨 平 男,南京林业大学教授,博士生导师,国家注册监理工程师。中国土木工程学会教育工作委员会江苏分会委员。先后主持和参与了国家科技攻关项目、省(部)级及横向科研项目 30 多项,并获部级科技进步三等奖。在国内外学术刊物上发表论文 44 篇。主要从事“土力学与地基基础”、“土木工程合同管理”等课程的教学和科研工作。

E-mail: pingyg@sohu.com

图书在版编目(CIP)数据

土木工程合同管理与索赔/雷俊卿,杨平主编. —武汉:武汉理工大学出版社,2003.6
ISBN 7-5629-1928-3

I. 土… II. ①雷… ②杨… III. ①土木工程-合同-管理 ②土木工程-工程施工-索赔
IV. TU723.1

出版者:武汉理工大学出版社(武汉市珞狮路 122 号 邮编:430070)

印刷者:武汉理工大印刷厂

发行者:各地新华书店

开 本:880×1230 1/16

印 张:16.5

字 数:546 千字

版 次:2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-5629-1928-3/TU·213

印 数:1—5000 册

定 价:23.00 元

(本书如有印装质量问题,请向承印厂调换)

普通高等学校土木工程专业新编系列教材 编 审 委 员 会

顾 问:成文山 滕智明 罗福午 魏明钟 李少甫 甘绍焄

施楚贤 白绍良 彭少民 范令惠

主 任:江见鲸 吕西林 高鸣涵

副主任:朱宏亮 李永盛 辛克贵 袁海庆 吴培明 李世蓉

刘立新 赵明华 孙成林

委 员:(按姓氏笔画顺序排列)

于书翰 丰定国 毛鹤琴 王天稳 王社良 邓铁军

白晓红 包世华 田道全 叶献国 江见鲸 吕西林

刘立新 刘长滨 刘永坚 刘伟庆 朱宏亮 朱彦鹏

孙家齐 孙成林 过静君 闵小莹 李永盛 李世蓉

李必瑜 李启令 吴培明 吴炎海 吴炜煜 辛克贵

何铭新 汤康民 陈志源 汪梦甫 张立人 张子新

张建平 邵旭东 罗福午 周 云 赵明华 赵均海

尚守平 杨 平 柳炳康 姚甫昌 胡敏良 俞 晓

桂国庆 顾敏煜 徐茂波 袁海庆 徐 伟 徐礼华

高鸣涵 蒋沧如 彭少民 覃仁辉 雷俊卿 蔡德明

廖 莎 燕柳斌 戴国欣 魏明钟

总责任编辑:刘永坚 田道全

秘 书 长:蔡德明

出版说明

(第2版)

1998年教育部颁布了高等学校本科专业的专业目录后,1999年全国的高等学校都开始按照新专业目录招生。为解决土木工程专业教材缺乏的燃眉之急,武汉理工大学出版社(原武汉工业大学出版社)于2000年年初率先组织编写了这套“普通高等学校土木工程专业新编系列教材”。经中国土木工程学会教育工作委员会审订并向全国高校推荐,三年来,本套教材已为众多院校选用,并受到了普遍欢迎。其中多种教材荣获教育部全国高等学校优秀教材奖或优秀畅销书奖。截至2002年年底,系列教材中单本销量最高的已接近7万册。这充分说明了系列教材编审委员会关于教材的定位、特色和编写宗旨符合新专业的教学要求,满足了新专业的教学急需。

正如初版的出版说明中所说,本套教材是新专业目录颁布实施后的第一套土木工程专业系列教材,因此,尽管我们的编审者、编辑出版者夙兴夜寐、尽心竭力,不敢稍有懈怠,它仍然还会存在缺点和不足。首先是教材中涉及的各种国家规范问题。教材编写时正值各种规范全面修订,尚未定稿,新规范正式颁布的时间还不能确定,而专业教学对新教材需求的急迫又使编写、出版工作不能等待,因此系列教材中很多涉及到规范的地方只能按照当时基本定稿的新规范内容进行讲解或说明。当各种新的国家规范陆续正式颁布后,本套教材中相关的部分就已按照新规范及时编写了修订稿,准备作为第2版出版。其次,2002年10月,高等学校土木工程专业指导委员会编制的本科教育培养目标、培养方案及课程教学大纲正式公布,各门课程教材的修订有了更明确的方向。第三,初版教材在各院校使用过程中,师生们根据教学实践提出了很多中肯的意见,我们虽然在每本教材重印时进行了局部的修改,但仍感到存在一些问题,需要做较大的修订。因此,系列教材编审委员会决定全面修订、出版全套教材的第2版。根据土木工程专业的教学需求,本套系列教材还将增补13种,也与第2版教材同时推出。教材的编审委员会委员也相应地进行了增补和调整。

第2版教材的修订及增补教材的编写仍然秉承编审委员会一贯的宗旨,把教材的质量放在第一位,力求更好地满足课程教学的需要。我们更希望使用教材的师生一如既往,继续关心本套教材,及时反馈各校专业建设和教学改革的信息与要求,多提意见和建议,以便我们及时修订,不断完善和提高,把教材打造成名副其实的精品。

武汉理工大学出版社

2003.2

前 言

“土木工程合同管理与索赔”是土木工程专业本科生的一门必修课程。本教材是在1998年7月教育部颁布了新的普通高等学校本科专业目录,拓宽专业面的指导下,在中国土木工程学会教育工作委员会领导下,依据2002年4月27~28日在武汉理工大学召开的《普通高等学校土木工程专业(本科)新编系列教材》增补教材编委会工作会议的精神,充分讨论了“土木工程合同管理与索赔”的教学大纲,以本次会议确定的编写大纲及内容编写而成的。

本书在编写过程中广泛征求了许多高等学校,以及土木工程系统各相关业主、咨询、设计、施工、监理、监督等单位的意见和建议,强调了教材的理论性、系统性和可操作性。

本课程要求学生通过学习,具备基本的经济法律和合同的概念与理论,熟悉合同的订立、履行、变更、终止和争端处理,掌握土木工程项目招标投标、合同管理工作的程序和要点,并灵活与熟练地将FIDIC合同条件等应用到工程实践中去,加强对工程分包、风险的管理。通过案例学习讨论,正确处理工程变更、延期、费用索赔等争端问题。进一步增强市场经济与法制观念,运用法律、经济和科学管理的手段,搞好土木工程项目中有关合同管理的工作,具备合同管理基本的知识与素质要求。

与本教材相应的“土木工程合同管理与索赔”的课程学时为32学时左右,本书各章内容多于相应学时分配数。各校教师在教学过程中可以有选择地应用。不同专业方向更应该有所侧重地选学不同内容。教师不讲的内容,可由学生自学。

本书由北方交通大学雷俊卿教授、南京林业大学杨平教授担任主编,合肥工业大学孙昌玲副教授担任参编。具体编写分工如下:第1、5、7、8、9章由雷俊卿教授编写;第2、3章由孙昌玲副教授编写;第4、6章由杨平教授编写。全书由雷俊卿教授修改定稿。

本教材的编写是在中国土木工程学会教育工作委员会的领导和关怀下进行的,并得到北方交通大学土木建筑工程学院、南京林业大学土木工程学院、合肥工业大学土木建筑学院、武汉理工大学出版社及其他有关单位的领导和同志们的支持与帮助,在此谨致以衷心的感谢!

由于编者水平有限,时间较紧,教材中的错误和疏漏之处在所难免,恳请读者批评指正。

编 者

2003年2月

目 录

1 绪论	(1)
1.1 概述	(1)
1.1.1 土木工程合同的概念	(1)
1.1.2 合同制度的形成与发展	(1)
1.1.3 合同与法律的关系	(2)
1.1.4 构成合同法律关系的三要素	(3)
1.2 土木工程合同管理的目标及作用	(3)
1.2.1 土木工程合同的类型及特点	(3)
1.2.2 土木工程合同管理的作用	(4)
1.2.3 土木工程合同法律制度的现状与管理的目的	(4)
1.2.4 土木工程合同管理的内容与分类	(5)
1.2.5 加强土木工程合同管理的方法与意义	(6)
1.3 国内外合同条件简介	(6)
1.3.1 国际通用的 FIDIC 合同条件	(6)
1.3.2 英国的土木工程合同条件	(11)
1.3.3 欧洲发展基金会 EDF 合同条件	(13)
1.3.4 德国建筑招标承包合同条例	(13)
1.3.5 美国常用的合同文件	(13)
1.3.6 日本建筑工程标准承包合同条件	(15)
1.3.7 香港地区标准合同条件	(16)
1.3.8 中国的合同条件	(16)
1.4 相关法律知识与本书内容和教学要求	(17)
1.4.1 与土木工程相关法律的制定	(17)
1.4.2 WTO 的基本原则	(17)
1.4.3 中国加入 WTO 所面临的机遇与挑战	(17)
1.4.4 本书内容和教学要求	(18)
复习思考题	(18)
2 合同法律基础知识	(19)
2.1 概述	(19)
2.1.1 合同法律关系	(19)
2.1.2 法律事实	(20)
2.1.3 代理	(21)
2.1.4 诉讼时效	(22)
2.2 合同及其分类	(23)
2.2.1 合同的概念	(23)
2.2.2 合同的内容	(23)
2.2.3 合同的形式	(24)
2.2.4 合同示范文本与格式条款合同	(24)
2.2.5 合同的分类	(25)
2.3 合同的订立	(25)

2.3.1	合同订立的基本原则	(25)
2.3.2	合同的订立程序	(26)
2.3.3	缔约过失责任	(27)
2.3.4	合同的效力	(28)
2.4	合同的履行	(29)
2.4.1	合同履行的概念	(29)
2.4.2	合同履行的原则	(29)
2.4.3	第三人履行合同	(30)
2.4.4	合同履行中的抗辩权	(30)
2.4.5	合同履行的担保	(31)
2.4.6	合同保全	(32)
2.5	合同的变更、转让与终止	(33)
2.5.1	合同的变更	(33)
2.5.2	合同的转让	(33)
2.5.3	合同的终止	(34)
2.6	合同的鉴证、公证和管理	(35)
2.6.1	合同的鉴证	(35)
2.6.2	合同的公证	(36)
2.6.3	鉴证与公证的区别	(36)
2.7	合同的违约责任	(36)
2.7.1	违约责任的概念	(36)
2.7.2	承担违约责任的条件和原则	(36)
2.7.3	承担违约责任的方式	(37)
2.8	合同纠纷的处理	(38)
2.8.1	合同纠纷的处理方式	(38)
2.8.2	合同纠纷的处理原则	(38)
2.8.3	合同纠纷的仲裁	(39)
2.8.4	合同纠纷的审理	(40)
2.9	合同法律基础知识案例	(40)
	复习思考题	(50)
3	土木工程招标投标	(51)
3.1	概述	(51)
3.1.1	招标投标的概念	(51)
3.1.2	招标投标的目的	(51)
3.1.3	招标投标的性质	(51)
3.1.4	招标投标的基本原则	(51)
3.1.5	强制招标的范围	(52)
3.2	土木工程的招标	(53)
3.2.1	土木工程招标的种类	(53)
3.2.2	土木工程招标的特点	(54)
3.2.3	土木工程招标的条件	(55)
3.2.4	招标的方式和方法	(56)
3.2.5	招标的程序	(57)
3.3	土木工程的投标	(63)
3.3.1	投标人的条件	(63)

3.3.2	投标程序	(65)
3.3.3	投标要求	(65)
3.4	土木工程招标投标的管理	(70)
3.4.1	招标投标机构的管理	(70)
3.4.2	投标单位资格与文件的管理	(70)
3.4.3	评标委员会与评标结果的管理	(71)
3.4.4	招标投标纪律的管理	(71)
3.4.5	涉外工程招标的管理	(72)
3.5	土木工程招标投标案例	(72)
	复习思考题	(77)
4	土木工程合同管理	(79)
4.1	土木工程的主要合同法律关系	(79)
4.1.1	土木工程合同的概念和特征	(79)
4.1.2	土木工程中的主要合同关系	(80)
4.1.3	土木工程合同体系	(81)
4.2	工程勘察设计合同管理	(82)
4.2.1	工程勘察、设计合同概述	(82)
4.2.2	工程勘察、设计合同的订立	(82)
4.2.3	工程勘察、设计合同的履行	(83)
4.2.4	违约责任	(84)
4.2.5	工程勘察设计合同的管理	(84)
4.2.6	工程勘察、设计合同的变更和解除	(86)
4.2.7	工程勘察、设计合同的索赔	(86)
4.3	施工监理合同管理	(86)
4.3.1	施工监理合同的概述	(86)
4.3.2	建设工程委托监理合同	(87)
4.3.3	建设工程委托监理合同词语定义和适用法律及语言	(88)
4.3.4	建设工程委托监理合同双方的权利、义务和责任	(89)
4.3.5	监理合同的生效、变更与终止及其他	(91)
4.4	施工承包合同管理	(93)
4.4.1	工程施工合同概述	(93)
4.4.2	《建设工程施工合同示范文本》简介	(94)
4.4.3	施工合同双方的一般权利和义务	(96)
4.4.4	施工合同的进度控制条款	(98)
4.4.5	施工合同的质量控制条款	(101)
4.4.6	施工合同的投资控制条款	(104)
4.4.7	施工合同的监督管理	(107)
4.4.8	公路工程施工合同简介	(110)
4.5	土木工程建设涉及的其他相关合同管理	(112)
4.5.1	土木工程物资采购合同	(112)
4.5.2	材料采购合同	(114)
4.5.3	设备采购合同	(115)
4.5.4	技术合同	(116)
4.5.5	工程借款合同	(117)
4.6	土木工程合同管理案例	(118)

复习思考题.....	(120)
5 工程风险与保险	(121)
5.1 风险与责任的分担	(121)
5.1.1 风险分类与分析	(121)
5.1.2 风险责任的分担	(122)
5.2 保险的概念与种类	(123)
5.2.1 土木工程保险的种类和内容	(123)
5.2.2 工程保险的性质与作用	(127)
5.2.3 对工程保险的检查处理	(127)
5.2.4 土木工程保险的研究和运用	(128)
5.3 工程项目的风险管理	(129)
5.3.1 业主的风险管理	(129)
5.3.2 承包商的风险管理	(130)
5.4 工程风险与保险实例	(132)
复习思考题.....	(132)
6 FIDIC 合同条件	(133)
6.1 FIDIC 合同条件概述	(133)
6.1.1 FIDIC 合同条件简介	(133)
6.1.2 《施工合同条件》	(133)
6.1.3 《生产设备和设计—施工合同条件》	(134)
6.1.4 《设计采购施工(EPC)/交钥匙工程合同条件》	(134)
6.1.5 《土木工程施工分包合同条件》	(134)
6.1.6 《简明合同格式》	(134)
6.2 施工合同条件	(134)
6.2.1 施工合同条件的文本结构	(134)
6.2.2 涉及权利义务的条款	(135)
6.2.3 涉及工程质量控制的条款	(139)
6.2.4 工程进度控制	(141)
6.2.5 涉及费用管理的条款	(142)
6.2.6 其他方面的条款	(145)
6.3 设计采购施工(EPC)/交钥匙工程合同条件	(147)
6.3.1 交钥匙工程合同条件简介	(147)
6.3.2 合同管理的特点	(148)
6.3.3 工程质量管理	(148)
6.3.4 支付管理	(150)
6.3.5 进度控制	(150)
6.3.6 变更	(150)
6.4 土木工程施工分包合同条件	(151)
6.4.1 分包工程的管理特点	(151)
6.4.2 分包工程的施工管理	(152)
6.4.3 分包工程变更管理	(153)
6.4.4 分包合同的索赔管理	(153)
6.5 生产设备和设计—施工合同条件	(153)
6.5.1 合同文件	(154)
6.5.2 工程质量管理	(154)

6.5.3	支付管理	(156)
6.5.4	进度控制	(156)
6.6	FIDIC 合同条件的案例	(156)
	复习思考题	(158)
7	工程索赔与反索赔	(159)
7.1	索赔概论	(159)
7.1.1	索赔的基本概念	(159)
7.1.2	索赔产生的机会与特点	(159)
7.1.3	索赔与反索赔的权利	(162)
7.2	索赔的产生成因和分类	(163)
7.2.1	工程变更产生的索赔	(163)
7.2.2	由于延期原因产生的索赔	(170)
7.2.3	索赔的分类	(176)
7.3	索赔的程序和方法	(177)
7.3.1	承包商申请索赔的工作程序与内容	(177)
7.3.2	对索赔的评价与审批	(181)
7.4	索赔费用的计算与支付	(182)
7.4.1	索赔费用的构成	(182)
7.4.2	直接费的索赔计算	(183)
7.4.3	管理费的索赔计算	(185)
7.4.4	利润及额外费用的索赔计算	(186)
7.4.5	不允许索赔的费用	(187)
7.4.6	索赔费用的支付	(187)
7.5	反索赔	(187)
7.5.1	反索赔的概念	(187)
7.5.2	反索赔的种类与内容	(188)
7.5.3	业主的反索赔方法	(189)
7.5.4	业主方防止和减少索赔	(190)
	复习思考题	(192)
8	索赔与反索赔的案例分析与解决	(194)
8.1	索赔与反索赔的解决方法	(194)
8.1.1	索赔与反索赔的对策	(194)
8.1.2	索赔与反索赔争端的解决程序与方法	(195)
8.1.3	监理工程师的裁定	(195)
8.1.4	争端裁决委员会(DAB)的决定	(196)
8.1.5	友好解决	(197)
8.1.6	仲裁	(197)
8.1.7	争端解决的其他方法	(197)
8.2	简单索赔案例分析与解决	(198)
8.2.1	承包商依据合同条款向业主索赔	(198)
8.2.2	承包商方面预防和减少业主反索赔的措施	(210)
8.3	综合索赔案例分析与解决	(210)
8.3.1	延期索赔在工程项目中的应用	(210)
8.3.2	费用索赔在工程项目中的应用	(213)
8.4	反索赔案例分析与解决	(220)

复习思考题.....	(220)
9 国际土木工程合同管理	(221)
9.1 国际土木工程合同管理概述	(221)
9.1.1 国际土木工程合同管理的概念与特征	(221)
9.1.2 国际土木工程市场的外部环境	(222)
9.1.3 国际土木工程承包合同	(223)
9.1.4 国际土木工程市场发展趋势	(224)
9.1.5 建立设计咨询—施工联营体集团,开拓国内外总承包市场.....	(224)
9.2 国际土木工程合同策划	(225)
9.2.1 国际土木工程合同策划与分析	(225)
9.2.2 业主的合同策划	(226)
9.2.3 承包商的合同总体策划	(228)
9.3 国际土木工程项目合同的谈判与订立	(230)
9.3.1 国际土木工程项目合同的谈判	(231)
9.3.2 国际土木工程合同的订立	(234)
9.4 国际土木工程项目合同的内容和条款	(234)
9.4.1 国际土木工程项目承包合同的内容	(234)
9.4.2 国际土木工程合同的主要条款	(234)
9.4.3 常见的国际土木工程合同模式	(235)
9.5 国际土木工程项目合同的履行及各方的职责	(236)
9.5.1 国际土木工程承包合同的履行	(236)
9.5.2 国际土木工程承包合同履行中各方的职责	(238)
9.6 国际土木工程合同的分析与解释	(239)
9.6.1 合同分析的基础与必要性	(239)
9.6.2 合同的总体分析	(240)
9.6.3 合同详细分析	(242)
9.6.4 特殊问题的合同条件分析和解释	(244)
9.7 国际土木工程项目合同管理案例	(246)
9.7.1 土建工程招标及合同签订过程	(246)
9.7.2 合同条件制定与分析	(246)
9.7.3 合同实施状况	(247)
9.7.4 乙方工程合同管理的教训	(248)
9.7.5 甲方的工程合同管理教训	(250)
复习思考题.....	(250)
参考文献.....	(252)

1 绪 论

本章提要

本章介绍了合同的基本概念、合同制度、合同与法律的关系,以及随着商品经济生产和交流的需要而形成与发展起来的较完善的合同法律制度等。论述了合同管理的目的意义、方法手段和作用,土木工程合同的类型与内容,与土木工程相关的法律、法规、条例等。简要介绍了国内外的合同条件,如 FIDIC 合同条件、ICE 合同条件、AIA 合同条件、中国的合同条件等。对本书的教学内容进行了介绍并提出了教学要求。同时提出了加入 WTO 后的土木工程行业的应对策略等。

1.1 概 述

1.1.1 土木工程合同的概念

土木工程实行的是工程项目管理方法。什么是工程项目管理? 工程项目管理是运用综合及交叉的学科知识和信息技术,利用计算机网络系统提供全过程、全方位的工程管理。它包括工程项目的范围、费用、工期、质量、采购及合同管理等。

土木工程合同属于合同的重要组成部分之一,因此,它有合同所有的一般属性与功能。合同,又称契约,它是当事人双方或数方依法设立、履行、变更和终止相互权利和义务关系的协议。当事人作为合同的主体可以是自然人、法人、国家政府、国际组织,以适应国内外市场贸易的需求。

1.1.2 合同制度的形成与发展

合同制度在国内外有着悠久的发展历史,远在古代罗马时代的奴隶社会,奴隶主买卖奴隶的契约,就是合同的一种形式。合同的真正形成是伴随着人类社会经济贸易的发展而形成的商品、技术、服务的交换关系的管理制度。

(1) 合同制度与国际贸易的发展

国际贸易是跨越国境的国际商品交易。它最初出现于 12~15 世纪的西欧,使当时地中海北部沿岸的自治城市到波罗的海沿岸的汉萨同盟发生了“商业复兴”。

15 世纪末君士坦丁堡陷落于土耳其,使得途经地中海的东西方贸易衰落。于是西欧各国开辟了到亚洲的新航路,并发现了新大陆,使国际贸易的重心西移。地处英吉利海峡两岸的安特卫普、阿姆斯特丹、伦敦先后成为国际贸易的中心。

18 世纪开始的产业革命,使英国成为国际分工下的世界工厂和最大贸易国。

19 世纪,在英国自由贸易的政策推动下,欧美各国之间的国际贸易得到极大发展。

20 世纪,特别是在二次世界大战后,国际贸易以美国为中心重新得以迅速发展。从 1945~1998 年,国际贸易总额增长了 20 倍以上。而二战后,社会主义国家之间实行的是带有以货易货性质的国际贸易。

中国自 20 世纪 70 年代末改革开放以来,开始积极采用国际通行的国际贸易方式。

20 世纪 80 年代后,随着信息革命的到来,以技术贸易和服务贸易为标志的新型贸易形式异军突起,逐渐成为国际贸易的两个主要方面,使合同制度也逐渐形成和丰富起来。

(2) 现代化大规模的商品生产与流通需要合同制度

合同作为一种企业之间横向联系的法律工具,是现代化大规模的商品生产和商品交换高度发展的结果。

自从人类进行第三次社会大分工后,商品经济得到了飞速发展,生产的社会化程度越来越高,分工越来越细,整个社会成为一个生产协作的有机整体,不同企业都是这个有机体中的一个细胞,离开这个有机体,企业就难以生存。企业法人之间,既是竞争对象,又是相互依存的伙伴。几乎任何一件产品,企业单凭自身的力量完成生产的全过程,而不借助外界的协助,那是不可想象的。人类的宇航事业,需千百万人的科研、试验、设计、制造等合作;再就土木工程来说,业主要修建一条高速铁路或公路,单凭自己的力量是无法独立完成的,因此他必须委托设计单位和施工单位进行铁路或公路的设计和施工,并且根据铁路或公路中包含的道路、桥梁、隧道、站场、房屋建筑、交通设施等不同工程的特点,委托不同的专业设计单位和施工单位;施工单位在施工中又可能将部分工程分包出去,施工中需要的预制构件可能委托给预制厂;而预制厂所需要的各种材料又得委托材料供应部门或生产厂家等等。所以一项产品的生产过程实际上是无数企业相互协作和配合的结果,如果其中有一家单位不予协作,势必产生连锁反应,引起生产的混乱,其产品的完成亦无法实现。那么如何建立生产各方在建设过程中的有机联系,如何使一个项目的生产各方在建设过程中相互协调,配合默契,使一个复杂的大系统运转畅通无阻,得心应手呢?在市场经济体制下一个重要的保证措施,就是依靠法律和合同制度。

1.1.3 合同与法律的关系

(1) 国际贸易的私法与公法的发展

重商主义及产业革命时代,使许多商业习惯法被演变为各国的国内商法,如法国 1673 年的《商事条例》,1681 年的《海事条例》,1807 年的《法国商法典》等。民商法的国别发展渐渐导致各国民商法的差异。到了 19 世纪,国际私法和国际贸易习惯成为调整国际贸易的主要法律。

国际私法性的法律关系是主要的国际贸易法律关系,其本质特征是双务性权力义务关系。它强调在商品交易时,当事人自治原则、当事人平等原则、协商一致原则以及尊重私权原则。

随着国际贸易的发展和全球化,消除各国民商法之间的差异,使国际贸易法统一化的运动,从民间到各国政府及联合国的参与而得到空前发展。也使国际公法得以形成和发展,产生了国际条约、国际习惯。使国际贸易法具有实体法、程序法和冲突法三个方面。

国际公法性的法律关系其本质特征是单务性法律关系。公法性原则不可避免地各个角度干预着国际贸易行为,并且具有强行法性质。它们主要有:国家主权原则、贸易自由化原则、给予发展中国家优惠待遇原则以及公共利益原则。

(2) 世界上的两大法系

19 世纪西方国家随着经济贸易的发展,逐渐形成了两大法系。

一是大陆法系:形成发展时代开始于 1804 年的《法国民法典》(也叫《拿破仑法典》),而定型于 1900 年的《德国民法典》。主要以罗马法为基础的民法和商法成为这一法律体系的核心。

二是海洋法系:形成发展于英国普通法的判例,积累一定的判例形成判例法原则,有必要时制定成为成文法。该法是以诉讼法和权利意识为核心而发展起来的。适用于英联邦国家,以英国和美国法律为核心。

要保障合同的如期履行,使合同双方或多方的权利和义务得以实现,则必须依靠法律的监督和执行。

(3) 合同与法律的关系

什么是法律?法律是体现统治阶级意志,由国家制定或认可,依靠国家的强制力来保证实施的行为规范。简单地讲,法律是一种具有强制力的特殊行为规范,在社会化大生产中,法律依据其自身的地位,可以起到维护经济秩序的作用。但就一项具体的生产而言,法律不可能对此作出具体的规定,在这种情况下,合同便产生了,它肩负起自己特有的使命,这就是作为一种法律手段参与其经济生活的各个角落,成为维持企业之间横向联系的桥梁和纽带。通过合同手段,将生产中各企业在平等互利的基础上有机地联系起来,以保证一个建设目标的实现。

如何界定合同与法律的关系呢?合同本身是具有法律手段的特殊地位和作用,订立合同是一种法律行为。但合同并不等于法律,合同只有在依法成立时,才具有法律约束力,所以合同的订立必须以法律为前提,合同必须服从法律(或法规),违反法律(或法规)的合同是无效合同。另一方面,当合同依法成立后,即具有法律约束力,受国家强制力的保障,此时违反合同,人民法院可以依守约方的请求强制违约方履行或承担其他违约责任。

任,这就是合同与法律的关系。合同与法律的关系,也是特殊与一般的关系,法律代表了行为规则的普遍性,而合同则是法律在某一具体问题中的应用,它代表了行为规则的特殊性,普遍性寓于特殊性之中。因此,当事人双方的合同关系,实际上是一种法律关系。

什么是法律关系呢?法律关系是以法律规范的存在为前提,根据法律事实与行为而产生的权利义务关系。社会关系有各种各样的形式;如政治关系,朋友关系,经济关系,婚姻关系等等,在没有相应的法律之前,这种关系主要靠道德规范的制约,有了相应的法律之后,这种关系被法律所调整,构成法律关系,所以法律关系是由法律规范的当事人之间的权利和义务关系。

1.1.4 构成合同法律关系的三要素

构成合同法律关系的要素有三个:主体、客体和内容。主体是指法律关系的参加者、当事人,它是权利的享有者和义务的承担者;客体又叫标的,它是权利和义务共同所指的对象;内容就是当事人的权利和义务。

合同法律关系是一种平等关系,这里指的平等包括主体地位的平等、权利的平等和意志的平等,平等是民事法律关系的基本特征。合同法律关系又是一种对等关系,即权利和义务总是同时存在的,相互适应和相互制约的,在合同关系中,当事人甲方的权利是当事人乙方的义务,而当事人甲方的义务又是当事人乙方的权利,只享有权利而不承担义务或只承担义务而不享有权利的法律关系是不存在的。

1.2 土木工程合同管理的目标及作用

1.2.1 土木工程合同的类型及特点

伴随着市场经济的深入发展,我国的土木工程建设市场也得到充分地培育和发展。我国制定的《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》等都已颁布实施。在土木工程建设市场已推行招标投标制、承发包合同制、建设监理制和建设项目法人制。这些措施既是相互独立的,又是密切联系的,它们共同构成了土木工程建设市场,确定了市场经济体制的有机整体,形成了各方之间的合同关系,为合同法律制度在建设市场的系统化奠定了至关重要的基础。

1.2.1.1 土木工程合同的主要类型

(1) 建设工程合同 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。建设工程合同应当要用书面形式。

(2) 承发包合同 建设工程的招标投标活动,应当依照有关部门法律的规定公开、公平、公正地进行。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。

(3) 工程分包合同 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。

1.2.1.2 建设工程合同内容

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。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。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。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《合同法》中的委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。

1.2.1.3 土木工程合同的特点

合同周期长、工程价款大、合同变更更多、风险高、涉及面广、社会影响力强。

1.2.2 土木工程合同管理的作用

- (1) 土木工程合同中确立了工程项目的三大目标,即工程工期、工程规模和质量、工程价格;
- (2) 土木工程合同可以调节业主与承包商双方的关系;
- (3) 土木工程合同是工程双方的最高行为准则;
- (4) 土木工程合同是工程双方解决争端的依据;
- (5) 业主通过土木工程合同委托和管理,实现对工程项目目标的监控。

改革开放以来,我国的土木工程建设事业取得了长足发展。由于土木工程建设中较早地采用了招标投标制、承包合同制及施工监理制,以后又推行了建设项目法人制,因而在土木工程质量和工期和造价上取得了良好的效果。特别是一些世界银行贷款项目,如京津塘高速公路、鲁布革水电站等工程项目,由于采用了严格的招标投标制度、FIDIC 条款及施工监理制度,保证了合同的正常履行和工程的投资效益。FIDIC 条款是国际咨询工程师联合会颁发的土木工程施工合同条件,由于其内容具有公平合理、严密、权责明确及可操作性强的特点,因而得到许多国家认可和使用。我国的世行贷款项目都采用 FIDIC 条款作为合同通用条款,一些由国家投资的公路建设项目,也在合同条款中逐步引进了 FIDIC 条款的内容。FIDIC 条款的推广使用,促进了承包合同制的完善。

1.2.3 土木工程合同法律制度的现状与管理的目的

1.2.3.1 土木工程合同管理存在的问题

尽管业主项目法人负责制、工程监理制和承包合同制在土木工程建设中得到了全面推行,但还存在不同程度地影响合同正常履行的问题,妨碍了合同公平与工程的正常进展。主要存在的问题为:

- (1) 立法和执法还不健全,有法不依;
- (2) 土木工程市场竞争激烈,合同双方地位不平等;
- (3) 土木工程市场运行不规范;
- (4) 整体工程与合同管理水平较低,合同履行与管理困难;
- (5) 索赔与反索赔意识不强。

1.2.3.2 加强土木工程合同管理

健全与完善土木工程合同法律制度是适应社会主义市场经济运行的需要,我国现行的经济合同制度是 20 世纪 80 年代初开始建立的,应该说已取得了较大的成绩,但同时还需进一步加强管理和完善。

(1) 加强合同法制观念

合同法制观念是现代市场经济运行的重要精神支柱和约束力量。但由于历史和社会的种种原因,我国国民的合同法制观念普遍不强。据统计全国近年企业合同平均履约率不足 70%,北京地区也仅有 80% 左右,全国企业之间违约拖欠贷款高达三千多亿元,而且利用合同进行诈骗的违法案件发生率呈上升趋势。这种合同或契约关系中的严重不正常情况,不仅影响到我国市场经济的发育和成长,而且也阻碍了国民经济的正常循环或运行。因此,加强合同法律观念,信守合同原则是建立社会主义市场经济体制,健全经济合同法律制度,实现经济关系合同化的一项基础工程,但这绝非一朝一夕之事,要看到我国经济关系合同化进程的艰巨性、长期性和复杂性,并将其看做是一个系统工程,尚需全社会各个方面的努力,才能逐步完成。

(2) 保障合同主体的独立性

建立与完善现代企业制度,赋予企业独立的法律地位与资格,是经济关系合同化的重要前提。所以,在国家各项宏观改革措施出台的同时,应加快现代企业制度改革的进程。改革目标是在明确产权关系的前提下,建立企业法人财产制度,使企业真正做到自主经营、自负盈亏;同时保障投资者的资产收益、重大决策和选择经营者的权利,从而实现所有权与经营权的彻底分离。这样,保障企业能以独立的法律人格,在自主自愿、平等互利、协商一致的原则下签订与履行合同。

(3) 合同法律制度的进一步完善,提高工程合同的履约率

加快与完善合同立法,特别是统一合同法的制定与实施,将有利于创造良好的市场运行法制环境,为市场经济条件下的合同关系的建立、普及和发展,提供新的土壤。

然而,合同或契约观念的树立,合同主体的形成与发展,各项合同法律制度的健全与完善,又是相互依存、相互作用的。从某种意义上说,合同与法律的完善有待于市场经济的发育、成长与发展,离开了市场经济这个大环境,任何东西都将成为无本之木,无源之水。总之,合同法律制度的健全与完善,社会经济关系合同化或契约化的实现在我国将是长期而艰巨的任务,而其真正实现之日,也就是我国市场经济体制完善之时。

1.2.3.3 土木工程合同管理的目的

- (1) 保证工程三大目标(工期、费用、质量)的实现;
- (2) 合同双方或多方都较满意,争端较少,有矛盾均用协商一致方法解决;
- (3) 发展和完善社会主义土木建筑市场经济;
- (4) 有利于建立现代企业制度;
- (5) 有利于规范土木建筑市场主体、市场价格和市场交易行为,以形成有效的合同法律关系,有利于促进了我国土木工程管理与建设市场的繁荣与健康发展。

1.2.4 土木工程合同管理的内容与分类

土木工程合同管理属于一般合同管理的范畴。合同管理一词在不同的场合有不同的涵义,概括起来,合同管理是指依据合同规定对当事人的权利和义务进行监督管理的过程。

1.2.4.1 土木工程合同管理的分类

合同管理可分为宏观的合同管理和微观的合同管理。宏观合同管理是指国家和政府机关为建立和健全合同制度所开展的管理工作,包括立法工作、行政执法工作、行政监督工作等等;微观的合同管理是指企业对合同的管理工作。就土木工程合同而言,微观合同管理按主体的不同可分为业主的合同管理,承包商的合同管理以及监理单位的合同管理。同时,微观的合同管理又可分为广义的合同管理和狭义的合同管理,广义的合同管理是指以合同为依据所开展的所有合同管理工作,甚至包括招标投标工作。狭义的合同管理主要是指合同在变更过程中所开展的有关管理工作,包括处理工程变更、工程延期、费用索赔、审批工程分包等事宜。

与土木工程项目相关各方的合同管理为:

- (1) 司法行政部门对合同的管理:制定合同管理的法规、程序,保障公平、公正、公开地签订和履行合同。
- (2) 律师对合同的管理:帮助合同的一方进行合同的合法性审查,解决合同争端。
- (3) 业主的合同管理:主要对合同进行总体策划和总控制,为合同实施创造条件。
- (4) 承包商的合同管理:从投标报价、合同谈判、实施合同、解决合同矛盾等进行一系列的管理。
- (5) 监理工程师的合同管理:站在第三方的公正立场上,起草合同文件、解释合同、监督合同的执行、协调业主、承包商、供应商等之间的合同关系。

1.2.4.2 土木工程合同管理的目标责任制

土木工程合同管理的目标责任制是一个动态管理的过程。现在不少企业把合同管理模式从部门管理转向过程管理。过程管理需要利用计算机网络系统,打破部门界限,按照重新设计的工作流程,建立企业网络化的工作模式。其全过程管理为:

- (1) 土木工程合同订立前的管理;
- (2) 土木工程合同订立时的管理;
- (3) 土木工程合同履行中的管理;
- (4) 土木工程合同发生纠纷时的管理。

本书的土木工程合同管理主要是依据合同所组织的各项管理工作,重点是在土木工程合同签订、履行、变更过程中的合同管理。