

工程招投标 与合同管理

◎主 编 陈 正

◎副主编 余克俭

◎参 编 杨庆丰 吴茂松 颜 安

◎主 审 李启明

GAODENGZHIYEJIAOYUJIANZHUGONGCHENGJISHUZHUANYEJINENGXINGXILIEJIAOCAI



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

高等职业教育建筑工程技术专业(技能型)系列教材

工程招投标与合同管理

主 编 陈 正

副主编 余克俭

参 编 杨庆丰 吴茂松 颜 安

东南大学出版社

内 容 提 要

本书较为系统地阐述了工程招标投标与合同管理的主要内容,共分十章,包括三大部分:合同法基础知识、招标投标管理、合同管理。本书结合作者多年工程实践与教学经验,特别是全国注册监理工程师、一级建造师执业资格考试的考前培训经验,以大量的示例对招标投标与合同管理涉及的问题予以清晰说明,使读者更容易理解与掌握理论知识与实践操作程序。同时,对国内、国际的建设工程招标投标和最新版的 FIDIC 施工合同也予以介绍。

本书不仅可以作为土建类院校学生的教学或参考用书,也可作为法律类、经管类专业学生选修课的教学用书;同时,对工程管理人员,特别是建造师、监理工程师等也具有参考价值。对于即将参加建造师、监理工程师考试的人员来说,本书也是一本较好的复习资料。

图书在版编目(CIP)数据

工程招标投标与合同管理/陈正主编. —南京:东南大学出版社, 2005. 12

(高等职业教育建筑工程技术专业(技能型)系列教材)

ISBN 7-5641-0211-X

I. 招... II. 陈... III. ①建筑工程-招标-高等学校:技术学校-教材 ②建筑工程-投标-高等学校:技术学校-教材 ③建筑工程-合同-管理-高等学校:技术学校-教材 IV. TU723

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 153030 号

出版发行:东南大学出版社

社 址:江苏省南京市四牌楼 2 号(210096)

出 版 人:宋增民

经 销:江苏省新华书店

印 刷:溧阳市晨明印刷有限公司

版 次:2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:16

字 数:389 千字

印 数:1~4000

定 价:27.00 元

(若有印装质量问题,请与读者服务部联系。电话:025—83792328)

高等职业教育建筑工程技术专业(技能型)

系列教材编委会名单

(以姓氏笔画为序)

主 任	李宏魁	黄珍珍	
副主任	仇学南	吴承霞	周 平
委 员	丁宪良	王立新	王立霞
	仇学南	许 红	汤金华
	刘志宏	刘晓庆	李宏魁
	宋 建	吴承霞	陈 正
	周 平	韩国平	殷凡勤
	黄珍珍	熊明安	

序

改革开放二十余年,我国职业教育获得了长足发展。当前,我国经济建设突飞猛进,许多行业紧缺大量的技能型职业人才,而高水平的职业教育是新时期我国实现新型工业化和建设小康社会宏伟目标的重要前提,作为国民经济主要产业的建设行业更是如此。2004年教育部、建设部颁发了《关于实施职业院校建设行业技能型紧缺人才培养培训工程的通知》,《通知》明确提出了建设行业的四个紧缺专业,同时,提出高等职业教育的基本学制将由现行的三年逐步调整为两年。

笼统地讲,职业教育是以行业和职业需求为主要价值取向的教育,而高等职业教育则是把面向生产一线的高技能专门人才作为培养目标。因此,职业学校的学生不仅需要具备一定的知识结构,更应具有一定的职业技能水平。要落实我国现阶段“职业教育以服务为宗旨、以就业为导向”的方针,就要求职业学校在人才培养目标、知识技能结构、教学课程设置等方面下工夫,克服传统的重知识轻技能、重理论轻实训、重动脑轻动手、重结果轻过程的教学模式,要把学生职业技能的培养放在教与学的突出位置上,从而实现毕业生的“零距离”上岗。

本套教材正是按照《通知》精神,依据教育部、建设部关于《高等职业教育建设行业技能型紧缺人才培养培训指导方案》的要求,从调整课程设置和教学内容入手而做的有益尝试。教材以工程“实用”、“够用”为度,同时适应建筑业相应工种职业资格的岗位要求;以工程实例为主线,通过实训、实习和现场教学,将学生实践能力的培养贯穿于每个教学过程的始终。打破传统的学科体系,按照建筑企业实际的工作任务、工作过程和工作情境组织教学,从而形成围绕企业工作过程的新型教学模式。

鉴于建设行业技能型紧缺人才培养培训工程刚刚起步,其课程设置又是一个全新的体系,教材的编写者对于教学指导方案的理解需要不断加深,加之水平有限,错误之处敬请批评指正。

丛书编委会

2005.4

前 言

本书从高职高专职业技术教育实际出发,以“必需”、“够用”为原则,以讲清概念、政策、强化应用为重点,以让学生真正掌握实践技能为目的,不拘泥于理论的完整性。本书在编写过程中力求做到内容创新,结构新颖独特,体现鲜明的时代气息。

本书的特点:

1. 内容新颖,前瞻性强。本书充分吸收近年来招投标与合同管理领域里最新科研成果,采用最新法规政策(截止日期为2005年6月),力图反映我国最新立法动向,努力做到新理论、新法规与目前工程实践相结合。

2. 参考了建造师、监理工程师、经济师、法律工作者等考试的有关要求和知识结构。

3. 理论联系实际,突出实践。

本书可作为高等职业教育(含中专)、高等专科学校教育、成人高等教育建筑工程类、经管类、法律类等有关专业的教材,同时可作为建造师、监理工程师、经济师等考前辅导参考书。

本书由陈正主编,余克俭为副主编,杨庆丰、吴茂松、颜安参编。本书各章执笔人员是:陈正第二章、第七章、第八章、第九章,余克俭第三章、第四章,杨庆丰第一章、第十章,吴茂松第六章,颜安第五章。

在本书编写过程中,作者参考了大量相关资料和论著,并吸收了其中一些研究成果,在此谨向所有文献的作者致谢。

由于学识水平有限,加上时间仓促,有疏漏和不足之处,恳请读者批评指正。

编者
2005.7

目录

1	合同法律基础	1
1.1	经济法律关系	1
1.2	代理	6
1.3	诉讼时效	10
2	合同法律制度	15
2.1	合同的订立与效力	15
2.2	合同的履行与担保	29
2.3	违约责任	42
3	工程项目招标	47
3.1	概述	47
3.2	工程项目施工招标程序	51
3.3	工程施工招标文件的编制	59
3.4	无标底招标	86
4	工程施工投标	91
4.1	投标组织与施工投标程序	91
4.2	投标的决策与技巧	92
4.3	投标施工组织设计	96
4.4	投标过程	100
5	施工项目投标报价	107
5.1	投标报价的组成和计算	107
5.2	标底与投标报价计价模式	115
5.3	投标报价的决策	117

6	施工合同的签订和审查	122
6.1	合同的谈判和签订	122
6.2	合同的审查	130
7	施工合同管理	137
7.1	履约管理	137
7.2	风险管理	156
8	施工合同索赔	170
8.1	工程索赔起因	170
8.2	索赔的程序与依据	174
8.3	索赔费用	178
8.4	承包人在施工索赔中的注意问题	183
8.5	反索赔	186
9	工程合同争议处理	195
9.1	工程合同常见的争议	195
9.2	工程合同争议的解决方式	199
9.3	工程合同争议的处理	216
10	国际建设工程承包合同管理	221
10.1	FIDIC 合同条件概述	221
10.2	FIDIC 土木工程施工合同(红皮书)	224
10.3	国际土木工程合同管理案例	238
	参考文献	245

1 合同法律基础

1.1 经济法律关系

1.1.1 经济法律关系概述

1) 经济法律关系的概念

经济法律关系,是指人与人之间的社会关系被经济法律规范调整时,所形成的权利和义务关系。

人们在社会生活中结成各种社会关系,当某一社会关系被法律规范所调整,并在这一关系的参与者之间形成一定的权利和义务关系时,即构成法律关系。因此,法律关系是诸多社会关系中的一种特殊的社会关系。

社会关系的不同方面需要不同的法律规范去调整,由于各种法律规范所调整的社会关系和规定的权利、义务不同,因而形成了内容和性质各不相同的法律关系,如行政法律关系、民事法律关系、合同法律关系、经济法律关系等。经济法律关系是根据经济法律规范产生的,经济法主体之间在国家管理与协调经济过程中形成的权利和义务关系。

2) 经济法律关系的特征

(1) 经济法律关系是人们有意识、有目的地形成的特定的社会关系,属于思想社会关系。它与经济关系不同,经济关系是物质社会关系,经济法律关系是建立在社会客观规律基础之上的。

(2) 经济法律关系是主体之间法律上的权利和义务关系。经济法律规范中规定的权利和义务是抽象的、可能的,而经济法律关系中权利和义务是具体的、现实的。经济法律关系是由国家强制力保障实施的社会关系。

(3) 经济法律关系是以经济法律规范的存在为前提建立的。法律规范是法律关系产生的前提,权利义务关系是依据相应的法律法规而形成的,任何主体不享有法律规定以外的权利,不承担法律规定以外的义务。

1.1.2 经济法律关系的主体

1) 经济法律关系主体的概念和种类

(1) 经济法律关系主体的概念

经济法律关系的主体,是在经济法律关系中,依法享有权利、承担义务的当事人或参加

者,简称经济法主体。

(2) 经济法律关系主体的种类

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有生命的人。自然人作为合同法律关系的主体应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。

a. 民事权利能力。民事权利能力是指民事主体参加具体的民事法律关系,享有具体的民事权利,承担具体的民事义务资格。自然人的民事权利能力始于出生,终于死亡,是国家法律直接赋予的。

b. 民事行为能力。民事行为能力是指民事主体以自己的行为参与民事法律关系,取得民事权利和承担民事义务的能力。

② 法人。我国《民法通则》规定:法人是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。由此可见,法人是指按照法定程序成立,设有一定的组织机构,拥有独立的财产或独立经营管理的财产,能以自己的名义在社会经济活动中享有权利和承担义务,并能在法院起诉和应诉的社会组织。

③ 其他组织。其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产但不具备法人资格的组织。其他组织主要包括:个人独资企业、合伙企业;法人之间的合伙型联营企业;未取得法人资格,但依法登记并领取了我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业;法人依法设立并领取营业执照的分支机构;中国人民银行、各专业银行、中国人民保险公司设在各地的分支机构;等等。

④ 个体工商户、农村承包经营户。个体工商户、农村承包经营户是自然人作为民事主体的特殊形式。《中华人民共和国民法通则》规定,自然人在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。农村集体经济组织的成员,在法律允许范围内,按照承包合同规定从事商品经营的,为农村承包经营户。

2) 法人制度

(1) 法人制度概述

在我国,确立法人制度具有十分重要的意义。法人制度尽管是私有制和商品经济的产物,但是,我们同样可以运用这种法律形式为发展社会主义市场经济服务。

我国确立法人制度的意义主要表现在以下三个方面:

首先,实行法人制度有利于加深改革和落实政企分开、两权分离的经济体制,保证具有法人条件的各种社会组织独立地享有民事权利和承担民事义务,以增强企业活力,搞活整个国民经济。

其次,法人制度有利于维护社会主义经济秩序,加速社会主义市场经济的发展。实行法人制度,可以保障市场经济即法制经济的健康发展。国家主管机关和工商行政管理机关通过审批、核准、登记等法定程序,确认法人的法律地位、权利能力和行为能力,并依法监督法人的各种活动,保护其合法权益,制止或制裁其违法行为,以保证社会主义市场经济秩序的正常运行。

再次,法人制度有利于适应涉外经济活动的需要。在发展对外经济贸易活动中,认真贯彻执行法人制度是一项十分重要的经济法制工作。在对外经贸或工程承包活动中,我国的国有企业是独立的企业法人,依法独立地享有民事权利和承担民事义务,从而可以消除某些外国经贸伙伴的误解,即我国的“国有企业”由国家承担无限连带责任,而产生不应有的经济

纠纷。此外,为了更好地吸引外资,引进先进技术,开设“三资”企业,以及签订涉外经济技术合同,都需要有法人制度方面的法律规范加以调整和制约。

(2) 法人的条件

法人是相对于自然人而言的社会组织,是法律上的“拟制人”。作为一个社会组织,必须具备法定条件才能成为法人。法人应具备以下四个条件:

① 依法成立。法人必须是按照法定程序成立的社会组织。社会组织要取得法人资格,应向国家主管机关提出申请,将本组织的性质、宗旨、章程、资金和经费、负责人以及活动范围和方式等如实报告,经审查批准后,才能取得法人资格。例如,企业法人经国家主管机关批准后,还应根据国务院发布的《中华人民共和国企业法人登记管理条例》的规定,经工商行政管理机关登记获准后,方能开展经济活动。

② 有必要的财产或经费。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。财产是法人开展工作和进行生产经营活动的物质基础,也是法人享有经济权利和承担经济义务的先决条件。所谓独立支配的财产,是指法人享有独立支配权的财产或者独立所有权的财产。

企业法人还必须是实行自负盈亏、独立经营与独立核算的社会组织。而工厂的车间、企业或事业单位的职能部门则不能成为法人。

③ 有自己的名称、组织机构和场所。法人依法享有名称权。因此,法人要有自己的正式名称,以标明其身份。法人是法律上人格化的社会组织,是一个有机结合的整体。因此,法人必须设有一定的组织机构。在对外、对内活动中,法人的常设领导机构或法定代表人,依据法律和法人组织章程的规定行使管理权和履行职责。法人要有固定的场所作为其享有权利和承担义务的法定住所,以利于国家主管机关进行监督和管理或者企业开展生产经营和服务等活动。

④ 能够独立承担民事责任。法人必须是能以自己的名义享有权利和承担义务,并能独立地参与起诉、应诉的社会组织。法人对其行为所产生的法律后果应承担法律责任。法人的分支机构或者其所属的经济实体不能履行义务时,由该法人组织承担法律责任。

(3) 法人的权利能力和行为能力

法人作为“人格化”的经济法律关系的主体,依法也应具有权利能力和行为能力。

① 法人的权利能力。法人的权利能力是指法律赋予法人参与经济活动时,依法享有经济权利和承担经济义务的资格。法人的权利能力根据其成立的宗旨、章程的规定和注册的经营范围等要件而具有单位的特殊性。例如,企业法人的权利能力表现为其经营活动只能根据法定登记的营业范围进行,不得擅自超越或违反,否则,不受法律保护。法人的权利能力自核准成立之日起开始具有;企业法人资格自领取企业法人营业执照或批准筹建之日起具有;法人终止时,其权利能力即告消灭。

法人的权利能力与自然人的权利能力既有相同点,又有不同点。对此,参与经济活动的当事人应予以注意。

② 法人的行为能力。法人的行为能力是指法人能以自己的行为参与经济活动,依法享有经济权利和承担经济义务,从而引起经济法律关系发生、变更、终止的资格。

法人的行为能力与其权利能力同时产生,同时消灭。法人的行为能力的范围与其权利能力的范围是一致的。自然人具有权利能力时,并不都具有行为能力。自然人的行为能力

因年龄(智力发育程度)或精神状态的差异,在法律上分别规定为有完全行为能力、限制行为能力和无行为能力者。

法人的行为能力由法人领导机构或法定代表人行使。法人实行集体负责制的,由管委会或董事会行使;实行单一负责制的,由厂长、经理等法定代表人行使。我国《民法通则》还规定:企业法人对其法定代表人和其他工作人员的经营活动承担法律责任。

(4) 法人的产生、变更和终止

法人是经济法律关系的主要主体。它的产生、变更和终止,既关系到维护正常的社会经济秩序,又关系到保障法人的合法权益。因此,国家法律关于法人的产生、变更和终止都做出了专门的规定。

① 法人的产生。法人产生的形式有三种:一是依照国家法律规定或者国家机关行政命令的程序而成立的机关和社会组织;二是经国家行政机关核准登记而成立的工商企业等;三是根据国家公布的规范性文件的程序而成立的专门经济组织、学术组织的社会团体等。

② 法人的变更。法人的变更是指法人依法成立后,在组织机构上、宗旨上以及业务范围方面的重大变更。如企业改变名称、法定代表人,组织分立或者改变经营性质、范围、方式等。

③ 法人的终止。法人的终止是指在法律上终止法人的资格。法人终止的原因是多方面的,如依据法律、法令或行政机关的命令而撤销;法人完成了规定的使命或任务;法人法定存在期限届满;法人依法被撤销或宣布解散;法人依法宣告破产等。

法人终止时,应向原登记机关办理注销登记手续,并依法妥善处理善后事宜。

1.1.3 经济法律关系的客体

1) 经济法律关系客体的概念

经济法律关系的客体,是指法律关系主体的权利和义务所指向的对象。在法律关系中,主体之间的权利义务之争总是围绕着一一定的对象所展开的,没有一定的对象,也就没有权利义务之分,当然也就不会存在法律关系了。

2) 经济法律关系客体的种类

(1) 物

物是指可为人们控制和支配的、具有一定经济价值的、可通过具体物质形式表现存在的物品。物包括自然存在的物品和人类劳动生产的产品,以及固定充当一般等价物的货币和有价值证券等。物是经济法律关系最广泛的客体。

根据不同的标准,可把物分为许多种类。例如,生产资料和生活资料,固定资产和流动资产,流通物和限制流通物(后者法律规定不得自由转让),原物和孳息物(即由原物产生的天然或法定收益),特定物(有单独特征、不能以其他物代替的物)和种类物(有共同特征、可以其他同类物代替的物),动产(经移动不损害其经济价值和用途的物)和不动产(不能移动或经移动会严重损害其经济价值和用途的物),可分物(经分割不损害其经济价值和用途的物)和不可分物(分割后会丧失或显著降低其经济与使用价值的物),主物(独立存在即可满足人们需要的物)和从物(只有配合主物才能满足人们需要的物)等等。

(2) 经济行为

经济行为,在这里是指经济主体为达到一定经济目的,实现其权利和义务所进行的经济活

动。它包括经济管理行为、提供劳务行为和完成工作行为等,如义务人向权利人支付一定的货币,交付一定的物,完成一定的工作,提供一定的劳务等,还包括权利人对其所有物的支配行为。作为经济法律关系客体的经济行为,仅指具有法律意义,即为实现权利和义务的行为。

(3) 智力成果

智力成果又称精神财富,是指经济法主体从事智力劳动所创造取得的成果,如科学发明、技术成果、艺术创作成果、学术论著等。智力成果本身不直接表现为物质财富,但可以转化为物质财富。智力成果作为经济法律关系的客体,其法律表现形式主要为商标权、专利权、专有技术、著作权等。

1.1.4 经济法律关系的内容

1) 经济权利

经济权利是指经济法律允许权利人为满足其利益而采取的、由他人法律义务保证的法律手段。经济权利具有以下特征:

- (1) 经济权利源于经济法律规范的规定,即权利法定,并得到国家强制力保障;
- (2) 经济权利是保障经济法主体实现其利益的法律手段;
- (3) 经济权利与经济义务密切相关、相辅相成,以相应的义务为保证;
- (4) 经济权利界定经济法主体合法行为的范围,经济法主体可依据其权利做出或不做出一定行为,或要求义务人做出或不做出一定行为。

2) 经济义务

经济义务是指法定义务人应当依照经济权利人要求做出一定行为或不做出一定行为,以满足权利人利益的法律手段。经济义务具有以下特征:

- (1) 经济义务以法律规定为界定范围,不履行义务者要承担相应法律责任,受到国家强制力的制裁;
- (2) 义务人履行义务的方式包括做出一定行为和不做出一定行为两种方式,应按权利人的要求进行。

经济权利与经济义务相依而存,具有相对性、对等性。在经济法律关系中,一个经济法主体享有一定权利,必定以其他经济法主体负有一定义务为前提,没有对应义务主体时,权利主体的权利便没有保障,是不可能实现的。同时,经济权利与经济义务具有对等性。马克思指出:“没有无义务的权利,也没有无权利的义务。”权利与义务是统一的。

1.1.5 合同法律事实

1) 合同法律事实的概念

合同法律关系的产生、变更与消灭是由一定的客观情况引起的。由合同法律规范确认并能够引起合同法律关系产生、变更与消灭的客观情况即是法律事实。

(1) 合同法律关系的产生

合同法律关系的产生是指由于一定的客观情况的存在,合同法律关系主体之间形成一定的权利义务关系,如业主与承包商协商一致,签订了建设工程合同,就产生了合同法律关系。

(2) 合同法律关系的变更

合同法律关系的变更是指已经形成的合同法律关系,由于一定的客观情况的出现而引

起合同法律关系的主体、客体、内容的变化。合同法律关系的变更不是任意的,它要受到法律的严格限制,并要严格依照法定程序进行。

(3) 合同法律关系的消灭

合同法律关系的消灭是指合同法律主体之间的权利义务关系不复存在。法律关系的消灭可以是因为主体履行了义务,实现了权利而消灭;可以是因为双方协商一致而消灭;可以是发生不可抗力而消灭;还可以是主体的消亡、停业、转产、破产、严重违约等原因而消灭。

2) 法律事实的分类

法律规范规定的法律事实是多种多样的,总的可以分为两大类,即事件和行为。

(1) 事件

事件是指不以法律关系主体的主观意志为转移的一种客观事实。事件可分为自然事件、社会事件和意外事件。

① 自然事件。自然事件是指由于自然现象所引起的客观事实,如地震、水灾、台风、虫灾等破坏性自然现象。

② 社会事件。社会事件是指由于社会上发生了不以个人意志为转移的、难以预料的重重大事变所形成的客观事实,如战争、暴乱、政府禁令、动乱、罢工等。

③ 意外事件。意外事件是指突发的、难以预料的客观事实,如爆炸、触礁、失火等。

(2) 行为

行为是指法律关系主体有意识的活动,它是以人们的意志为转移的法律事实。行为可分为合法行为与违法行为。

① 合法行为。合法行为是指符合国家法律、法规的行为,合同法律关系的产生、变更与消灭都是由合法行为引起的。合法行为又可分为民事法律行为、司法行为、立法行为和行政行为。

② 违法行为。违法行为是指行为人违反法律规定,做出侵犯国家或其他法律关系主体的权利的行为,如胁迫或欺诈订立的合同。违法行为不能产生行为人所期待的法律后果,而引起的法律责任要受到追究。

1.2 代理

1.2.1 代理的概念和代理的法律特征

1) 代理的概念

代理,是指代理人以被代理人的名义,并在其授权范围内独立向第三人作出意思表示,所产生的权利和义务直接由被代理人享有和承担的法律行为。

2) 代理的法律特征

(1) 代理是代理人为被代理人从事民事法律行为。

民法上的代理,并非一切事物都可以代理,可代理的只有民事法律行为。但也不是一切民事法律行为都可以由代理人代理,有些民事法律行为由于法律的规定或行为的性质不适于代理的,也不能由代理人代理。如结婚登记,依婚姻法的规定,必须由婚姻当事人自己办理,因此,不适于由代理人代理。

(2) 代理行为是代理人以被代理人的名义实施的民事法律行为。

代理人的任务就是替被代理人进行民事、经济法律行为。代理人只有以被代理人的名义进行代理活动,才能为被代理人设定权利和义务,代理行为所产生的后果,才能归属于被代理人。如果代理人不是以被代理人的名义而是以自己的名义替他人从事某种法律行为,则不属于代理行为,而是行纪行为。

(3) 代理人在被代理人的授权范围内独立作出意思表示。

代理行为是法律行为,而法律行为的核心则是意思表示。当代理人以被代理人的名义并在其授权范围内与第三人进行法律活动时,当然要反映被代理人的意志。这个意志表现为委托人的授权内容。代理人不能用自己的意志替代授权的内容,但代理人的代理行为是把授权的内容通过自己的思考和决策而做出独立的、发挥主观能动性的意思表示。正是这一特征,使得代理人与居间人、传达人区别开来。

(4) 代理人的代理行为所产生的法律后果直接归属被代理人。

代理人虽是自己独立地进行民事、经济法律行为,但由于民事、经济法律行为所发生的权利义务并不归属于代理人,而是直接归属于被代理人。所谓直接归属于被代理人,就是代理人与被代理人之间,不经过权利义务转移的过程,与被代理人自己进行法律行为一样,由被代理人直接取得权利和承担义务,其中也包括代理人在执行代理活动中所造成的损失责任。

1.2.2 代理的种类

1) 委托代理

委托代理,是指按照被代理人的委托授权而产生代理权的一种代理。被代理人向代理人授予代理权的意思表示,称为授权行为。授权行为通常是采取委托的形式。因此,这种代理称为委托代理。

委托代理是依据一定的法律关系产生的。在这种法律关系中,对于委托人和受托人双方的权利和义务都应有明确的规定。《民法通则》规定,民事法律行为的委托代理,可以用书面形式,也可用口头形式。法律规定书面形式的,应当用书面形式。

2) 法定代理

法定代理,是指依据法律的直接规定而产生代理权的一种代理。这种代理行为不需要被代理人委托,而是直接由法律根据一定社会关系的存在加以确定的代理关系。法定代理的特点是“法定”,具体表现为代理关系是法定的,代理人和被代理人是法定的,代理权的内容也是法定的。当事人的意志对代理关系的存在与否不起作用。

3) 指定代理

指定代理,是指根据人民法院或有关主管机关指定,而产生代理权的一种代理。指定代理关系中的被代理人只能是公民,而且是无行为能力或限制行为能力的公民,如人民法院为无行为能力又无法定代理人的诉讼当事人指定代理人。

1.2.3 代理权的行使

代理人在行使代理权时,应注意以下几个问题:

(1) 代理人应在代理权限范围内进行代理活动。

如果代理人没有代理权、超越代理权限范围或代理权终止后进行活动,即属于无权代

理。倘若被代理人不予以追认的话,则由行为人承担法律责任。

(2) 代理人应亲自进行代理活动。

代理关系中,被代理人的委托授权是基于对代理人的信任,委托代理就是建立在这种人身信任的基础上。因此,代理人必须亲自进行代理活动,完成代理任务。

(3) 代理人应认真履行职责。

代理人接受了委托,就有义务尽职尽责地完成代理工作。如果不履行或不认真履行代理职责而给被代理人造成损害的,代理人应承担赔偿责任。

(4) 不得滥用代理权

滥用代理权表现为:

① 以被代理人的名义同自己实施法律行为。如果以被代理人的名义同自己订立合同,就属于此种情形。

② 代理双方当事人实施同一个法律行为。例如,在同一诉讼中,律师既代理原告,又代理被告,这就很可能损害一方或双方当事人的利益。因此,此种情形为法律所禁止。

③ 代理人与第三人恶意串通损害被代理人的利益。例如,代理人与第三人相互勾结,在订立合同时给第三人以种种优惠,而损害了被代理人的利益,对此,代理人、第三人要承担连带责任。

④ 代理人在民事、经济法律活动中,进行违法活动或损害社会公共利益。

1.2.4 无权代理

1) 无权代理

无权代理,是指行为人没有代理权而进行的“代理”活动。《合同法》第48条明确规定:“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的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担。”

2) 无权代理的表现形式

(1) 无合法授权的“代理”行为。代理权是代理人进行代理活动的法律依据,不享有代理权的行为人却以他人名义进行“代理”活动,则属于最主要的无权代理的形式。通常表现为下列两种情况:第一,无合法的授权而以他人名义进行“代理”活动;第二,假冒法定代理人的身份代理未成年人或丧失行为能力人参与民事活动等。

(2) 代理人超越代理权限所为的“代理”行为。在代理关系产生过程中,关于代理人的代理权范围都有所界定,特别是在委托代理中,代理权的权限范围必须明确地加以规定,代理人应依据代理权限进行代理活动,超越代理权限进行的活动就属于越权代理。代理人越权代理所进行的民事行为是没有法律依据的。因此,代理人越权代理行为属于无权代理。

(3) 代理权终止后的“代理”行为。代理人在代理权已经终止的情况下,仍以他人的名义进行代理活动,也属于无权代理。在实践中,无论委托代理还是法定代理,代理人的代理权总是在特定时间范围内有效的。因此,代理权终止后,代理人的身份也就相应地消灭了,所以原代理人也就无权再进行“代理”活动。

3) 无权代理的法律后果

(1) “被代理人”的追认权

“被代理人”的追认权,是指“被代理人”对无权代理行为所产生的法律后果表示同意和

认可。“被代理人”行使追认权是一项重要的民事法律行为,当其做出追认的意思表示后,无权代理便产生了与合法的代理行为相同的法律后果。

(2) “被代理人”的拒绝权

“被代理人”的拒绝权,指“被代理人”为了维护自身的合法权益,对无权代理行为及其所产生的法律后果,享有拒绝的权利。被拒绝的无权代理行为所产生的法律后果,由行为人承担民事责任。

此外,在无权代理活动中,无权代理行为人也享有一定的权利,即催告权和撤回权。无权代理行为人在做出无权代理行为后,可以向“被代理人”催告,催问他对上述行为是追认有效还是拒绝追认,并限期做出答复。如果“被代理人”在限期内未作答复的,则视为拒绝。无权代理行为人还享有撤回权,即向“被代理人”提出撤回以前曾做出的“代理”表示的法律行为。但如果“被代理人”已经追认了其所做的无权代理行为,该行为人就不得再进行撤回。若该行为人已经行使撤回权,则“被代理人”就不能行使追认权。

1.2.5 代理权终止

我国《民法通则》中对委托代理终止、法定代理和指定代理终止分别作了专门的规定。在建筑业活动中,主要发生的是委托代理,我们仅就委托代理的终止事由作叙述。

(1) 代理期间届满或者代理事务完成,代理权终止。

在委托代理中,被代理人根据委托代理事项的需要,在其授权时明确表示代理权的有效期间,当有效期间届满,代理关系即告终止,代理权亦即终止。如若被代理人在其授权时明确表示委托的专项事务,代理人在行使代理权的过程中,依约完成了受委托的事务,其代理使命即告完成,代理关系亦即终止。

(2) 被代理人取消委托或者代理人辞去委托,代理权终止。

委托代理关系的成立,是基于被代理人的委托授权和代理人接受授权,这种关系所具有的单方法律行为的属性,决定了被代理人在授权后根据自己的意志有权取消委托。同样,代理人在接受代理权后无意继续进行委托事项而有权辞去代理。因此,被代理人取消委托或者代理人辞去委托,即发生终止代理关系的法律效力。实践中,代理权的取消和辞去,都应事先通知对方,以防止给对方造成经济损失。对于代理权终止前代理人实施的代理行为,代理人不能因代理权的取消或辞去而拒绝承担责任。

(3) 代理人死亡,代理权终止。

代理关系是具有严格人身属性的法律关系。代理人与被代理人之间的彼此了解,相互信赖是委托代理关系的基础。因此,代理人死亡,作为代理关系的一方主体不存在了,代理权也不能以继承的方式转承给他的继承人,代理权即随之消灭。

(4) 代理人丧失民事行为能力,代理权终止。

代理人的任务就是代替被代理人实施民事法律行为,这就要求代理人应具有民事行为能力,若代理人丧失民事行为能力,便无法以自己的行为履行代理人的职责,委托代理关系即告终止。

(5) 作为被代理人或者代理人的法人终止,导致代理权终止。

法人作为依据法定条件成立的社会组织,可以成为代理关系中的被代理人或代理人。法人的存在是以一个具有独立的民事主体的身份委托他人或者代理他人参与民事活动为前