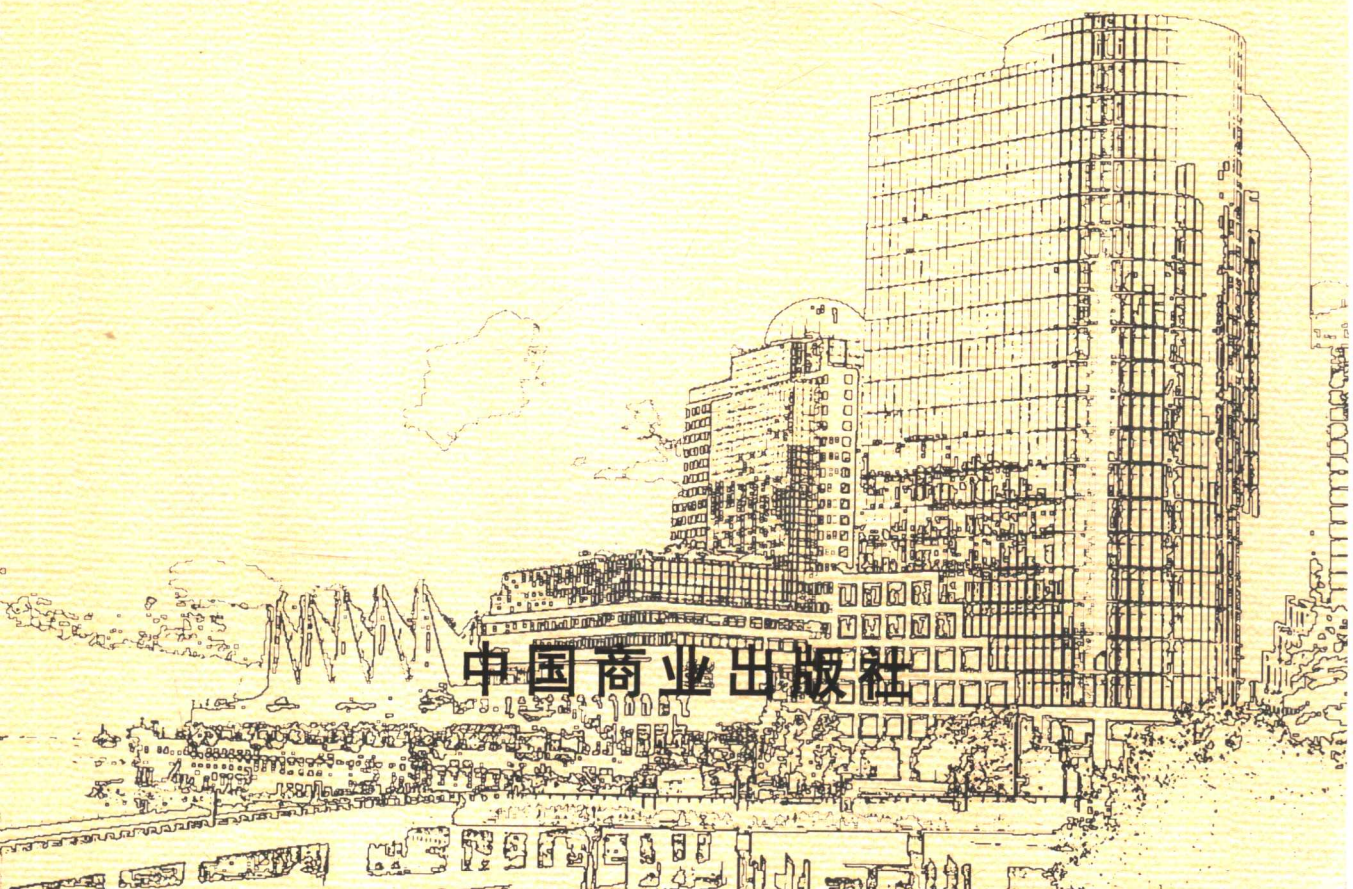


工程招标投标概论

主编：金波 沈先荣



中国商业出版社

图书在版编目(CIP)数据

工程招投标概论/金波,沈先荣主编. —北京:中国商业出版社,2006.4

ISBN 7-5044-5634-9

I.工… II.①金…②沈… III.①建筑工程—招标②建筑工程—投标 IV.TU723

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 036669 号

责任编辑:唐伟荣

中国商业出版社出版发行

(100053 北京广安门内报国寺1号)

新华书店总店北京发行所经销

杭州电子工业学院印刷厂印刷

*

787×1092毫米 16开 17印张 397千字

2006年5月第1版 2006年5月第1次印刷

定价:25.00元

* * * *

(如有印装质量问题可更换)

前 言

《工程招投标概论》作为建筑工程管理专业系列教材之一,全面介绍了工程建设领域的招标投标与合同管理,重点放在招标投标与合同管理的理论和实践的应用方面。全书以市场经济理论为基础,依据《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国合同法》以及国家有关部门最新颁布的招标投标及合同管理方面的法律、法规的规定,全面反映了招标投标及合同管理的国际惯例和我国法律、法规的新变化,紧密结合招标投标活动的特点,系统阐述了招标投标与合同管理的理论、法律知识和操作方法。读者通过研读本书,能够基本掌握招标投标与合同管理的一般规律和技巧。

本书可作为工程管理专业“工程招投标概论”课程的教材,同时可供工程管理专业人员阅读,还可作为各类从事招标投标与合同管理人员的参考书及培训教材。

参加本书编写的有杭州广播电视大学吕文晓(第一、第二章),付刚辉(第三章),沈先荣(第四、第五章),金波(第六、第七章),程俊杰(第八章)。全书由金波、沈先荣担任主编。

本书在编写过程中进行了系统的资料检索,主要参考了国家有关部门最新颁布的招标投标与合同管理方面的法律、法规,以及近年来出版的教材及大量的互联网资料,谨此向作者和资料提供者致以衷心谢意。

由于编写时间仓促、水平有限,教材中难免存在不少缺点和错误,我们殷切地期望读者批评和指正。

编 者

2006年5月

目 录

第一章 概述	1
第一节 工程建设的概念和工程建设的参与者	1
第二节 建设工程承发包与我国建筑市场的发展	3
第三节 工程建设中的基本法律制度	8
复习思考题	15
第二章 建设工程法律基础	16
第一节 合同法原理	16
第二节 合同的订立和效力	19
第三节 合同的履行	26
第四节 合同的变更和转让	28
第五节 合同的终止	29
第六节 合同的担保和合同争议的解决	31
第七节 履约违约责任	36
第八节 工程建设其他重要相关法律	38
复习思考题	47
第三章 建设项目招标	49
第一节 建设工程招标	49
第二节 工程招标代理机构	66
第三节 建筑工程施工招投标案例	74
复习思考题	85
第四章 建设项目投标	86
第一节 投标组织与程序	86
第二节 投标准备工作	89
第三节 投标决策	97
第四节 投标技巧	100
第五节 投标报价	104
第六节 投标文件的编制与递送	115
复习思考题	122
第五章 开标、评标和中标	123
第一节 开标	123
第二节 评标	126
第三节 中标	138
复习思考题	144

第六章 建设工程施工合同	145
第一节 概述	145
第二节 施工合同的谈判和订立	146
第三节 《建设工程施工合同(示范文本)》简介	155
第四节 施工合同的履行	156
第五节 施工合同风险管理	161
第六节 施工索赔	171
复习思考题	192
第七章 建设工程其他合同	193
第一节 建设工程勘察、设计合同	193
第二节 建设工程委托监理合同	198
第三节 建筑材料采购合同	203
第四节 设备采购合同	205
复习思考题	208
第八章 FIDIC 施工合同条件	209
第一节 FIDIC 施工合同条件简介	209
第二节 FIDIC 合同条件中涉及权利义务的条款	213
第三节 FIDIC 合同条件中涉及费用管理的条款	218
第四节 FIDIC 合同条件中涉及进度控制的条款	224
第五节 FIDIC 合同条件中涉及质量控制的条款	228
复习思考题	233
附录一: 中华人民共和国合同法	234
附录二: 中华人民共和国招标投标法	249
附录三: 建设工程施工合同	257

第一章 概 述

学习目标

1. 理解工程建设的概念,建筑市场的概念,建筑市场中的主体和客体。
2. 理解法人制度和代理制度。
3. 了解建筑市场的发展,土地法和我国的招投标制度。

学习重点

1. 工程建设的参与者,建筑市场的特征。
2. 法人、法人制度和代理制度。
3. 诉讼时效的规定。

第一节 工程建设的概念和工程建设的参与者

一、工程建设的概念

工程建设也称工程建设活动或简称工程,是对土木建筑工程的建造和线路管道、设备安装及与之相关的其他建设工作的总称。

土木建筑工程包括矿山、铁路、公路、道路、隧道、桥梁、堤坝、电站、码头、飞机场、运动场、房屋等工程。

工程建设活动的对象是建设项目,工程建设活动的成果是建设产品,房屋建筑是最常见的建设产品。

二、工程建设的参与者

工程建设活动是一个系统性的工作,根据我国现行法规,除了政府的管理部门(如行政管理、质量监督等部门)、金融机构及建筑材料、设备供应商之外,我国从事建设活动的单位主要有建设单位、房地产开发企业、工程总承包企业、工程勘察设计企业、工程监理单位、建筑企业以及工程咨询服务单位等。

(一)建设单位

建设单位是指拥有相应的建筑资金,办妥工程建设手续,以建成该项目达到其经营使用为目的的政府部门、事业单位、企业单位或个人。在国际上,通常适用业主一词,在我国国内建筑市场上,建设单位实际上就是类似于业主的角色。

在我国,建设单位对建设项目进行自行管理的,其组成人员应符合一定的要求并向建设行政主管部门进行申报。工程项目管理单位的主要负责人和技术负责人,应掌握和熟悉国家有关工程建设的方针、政策、法规和建设程序,应有工程建设实际经验和组合、指挥能力,参加管理过相应等级的工程建设项目;技术负责人同时应是在职的高级工程师;建筑安装、设备材料、工艺、水电等工程管理及经济管理专业技术人员必须配套,且符合有关规定数量要求;具有较强的审查设计、审核概预算以及工程质量检查能力。不具备规定条件的或按规定应当实施工程监理的建设项目,必须委托具备相应资质等级的工程监理单位实行监理。

(二) 房地产开发企业

房地产开发企业是指在城市及村镇从事土地开发、房屋及基础设施和配套设施开发经营业务,依法取得相应资质等级证书,具有企业法人资格的经济实体。

房地产开发企业的资质等级,按照其拥有的注册资本、专业技术人员和开发业绩等条件划分为分一、二、三、四共四个等级。

一级资质等级房地产开发企业的条件如下:

(1)注册资本不低于5000万元;(2)从事房地产开发经营5年以上;(3)近三年房屋建筑面积累计竣工30万平方米以上,或者累计完成与此相当的房地产开发投资额;(4)连续五年建筑工程质量合格率达100%;(5)上一年房屋建筑施工面积15万平方米以上,或者完成与此相当的房地产开发投资额;(6)有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于40人,其中具有中级以上职称的管理人员不少于20人,持有资格证书的专职会计人员不少于4人;(7)工程技术、财务和统计等业务负责人具有相应专业中级以上职称;(8)具有完善的质量保证体系,商品住宅销售中实行了《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》制度;(9)未发生过重大工程质量事故。

各资质等级企业应当在规定的业务范围内从事房地产开发经营业务,不得越级承担任务。

在工程建设中,房地产开发企业的角色与一般建设单位类似。

(三) 工程监理单位

工程监理单位,是指取得监理资质证书,具有法人资格的单位。它属于工程咨询类企业,“监理”是我国特有的称呼。在我国,建设监理是一项制度,监理单位接受业主的委托和授权,根据有关工程建设法律法规,经建设主管部门批准的工程项目建设文件、监理合同和其他工程建设合同,对工程建设项目实施阶段进行专业化监督与管理,业主和承包商之间与建设合同有关的联系活动要通过监理单位进行。工程监理企业按照其拥有的注册资本、专业技术人员和工程监理业绩等资质条件申请资质,相应的资质等级划分为甲级、乙级和丙级。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工程监理活动。

(四) 建筑业企业

建筑业企业,也称工程施工企业,是指从事土木工程、建筑工程、线路管道设备安装工程、装饰工程的新建、改建、扩建活动的企业,在国际上常称为承包商。

在我国,建筑业企业按照其拥有的注册资本、净资产、专业技术人员、技术装备和已完成的工程业绩等条件申请资质。建筑业企业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。

建筑业企业可分为施工总承包、专业承包和劳务分包三个序列,各序列又分为不同等级,各等级均规定了相应的承包工程范围。

获得施工总承包资质的企业,可以对工程实行施工总承包或者对主体工程实行施工承包。承担施工总承包的企业可以对所接的工程全部自行施工,也可以将非主体工程或者劳务作业分包给具有相应专业承包资质或者劳务分包资质的其他建筑业企业。

获得专业承包资质的企业,可以承接施工总承包企业分包的专业工程或者业主按照规定发包的专业工程。专业承包企业可以对所承接的工程全部自行施工,也可以将劳务作业分包给具有相应劳务分包资质的劳务分包企业。

获得劳务分包资质的企业,可以承接施工总承包或者专业承包企业分包的劳务作业。

(五)工程勘查设计企业

工程勘查设计企业是指依法取得资格,从事工程勘查、工程设计活动的单位。一般情况下,工程勘查企业和工程设计企业是业务各自独立的企业。

建设工程勘查,是指根据建设工程的要求,查明、分析、评价建设场地的地质地理环境特征和岩土工程条件,编制建设工程勘查文件的活动。它包括初步勘查和详细勘查两个阶段。

建设工程设计,是指根据建设工程的要求,对建设工程所需要的技术、经济、资源、环境等条件进行综合分析、论证,编制建设工程设计文件的活动。

建设工程勘查、设计资质分为工程勘查资质、工程设计资质。工程勘查资质又分为工程勘查综合资质、工程勘查专业资质和工程勘查劳务资质。工程设计资质又分为工程设计综合资质、工程设计行业资质和工程设计专项资质。

国家对从事建设工程勘查、设计活动的专业技术人员,实行执业资格注册管理制度。

(六)总承包企业

总承包企业是指对项目从立项到交付使用的全过程进行承包的企业。在我国,总承包企业包括设计单位(或以设计单位为主体的设计工程公司)和工程总承包企业。

总承包企业可以实行项目建设全过程的总承包,也可以分阶段承包,可独立进行总承包,也可以与其他单位联合总承包。

(七)工程咨询和服务单位

工程咨询和服务单位主要向业主提供工程咨询和管理等智力型服务。除了勘查设计单位和监理单位外,从事工程咨询和服务的单位还有工程咨询、信息咨询、工程造价咨询、工程质量检测、工程招标代理、房地产中介、房地产测绘单位等。

工程咨询和服务单位一般应当取得相应的工程咨询单位资质证书,或者是拥有规定数量执业人员的独立法人资格的经济组织,并在核定的范围内从事工程咨询服务。

第二节 建设工程承发包与我国建筑市场的发展

一、我国工程建设项目管理体制的演变

我国工程建设项目管理自建国以来经历了数次大的演变,建立、否定、发展,成螺旋状上升状态。在这里,依据时间分两个阶段介绍。

(一)改革开放以前,我国建设项目管理体制的三次较大变化

1. 1949~1952年,即国家“一五”期间。在总结了国民经济恢复时期的经验教训后,加强了建设项目的前期工作管理,建立了设计院及施工企业(建筑安装工程公司),条、块分离局面已经基本形成,许多项目推行了“甲、乙方承发包制”。甲方是指项目建设单位,即投资单位,乙方指施工企业,也有人将设计院称为丙方的。但这种承包制还只是指派方式,并未实行招投标。

2. 1958~70年代末。这一时期,左倾思潮占据上风,在经济知识思想上也出现了否定经济规律的现象,否定了甲乙方承包制,取消了甲乙方。虽然这一时期有过短时间整顿,但就整个时期而言,许多项目违背客观规律,大搞“三边”工程(边勘查、边设计、边施工)。

3. 70年代末~80年代初。在工程建设管理上大多采用指挥部制,各方职责不清,只靠

行政命令,不搞经济核算,其结果不仅是工期延长,质量没有保证,而且预算和开支也一再追加。

(二)改革开放以后我国建设项目管理体制的完善

改革开放以后,工程建设管理也逐渐步入正轨。1982年建设领域进行体制改革,主要改革措施是把原来由主管部门分配工程任务改为建设单位采用招投标等方式发包,使工程设计和施工进入市场,由建筑企业投标竞争承包。之后,各项规章制度逐渐建立,加强经济核算,恢复承发包制,推行招标投标制、建设监理制,加强合同管理,建立项目负责人制,建设项目管理的各项法规逐步健全。1983年8月8日国务院发布了《建筑安装工程承包合同条例》,1983年6月7日,原城乡建设环境保护部颁发了《建筑安装工程招标投标方法》。1984年9月18日,国务院做出了《关于改革建筑业和基本建设管理体制若干问题的暂行规定》,1984年11月20日,国家计委、原城乡建设环境保护部联合制定了《建设和工程招标投标暂行规定》,倡导建设工程招投标。1985年6月14日,国家计委、原城乡建设环境保护部联合印发了《工程设计招标投标暂行办法》。1991年6月13日,原国家物资部印发了《建设工程设备招标投标暂行规定》。1992年12月30日,建设部颁发了《工程建设施工招标投标管理办法》。

二、建设工程承包与发包的概念和方式

建设工程承包与发包是指建设单位或者总承包单位(发包方)通过合同委托施工企业、勘察设计单位等(承包方)为其完成某一工程的全部或其中一部分工作的交易方式,双方当事人权利义务通过合同规定。

实行建设工程承包与发包制度,能够鼓励竞争,防止垄断,择优选择承包单位。从各地的实践来看,这一制度有力地促进了工程建设按程序和合同进行,提高了工程质量,能够严格的控制工程造价和工期。在市场经济中,建设工程承包与发包制度是建筑设计的基本制度之一。

建设工程承包与发包的方式有两种,即招标投标方式和直接发包方式。

三、建筑市场的管理

为加强建筑设计管理,保护建筑经营活动当事人的合法权益,维护建筑市场的正常秩序,1994年12月建设部和国家经济体制改革委员会联合印发了《全面深化建筑市场体制改革的意见》,文件除对强化建筑市场管理起了较大作用外,其主要意义在于注重建筑市场管理的环境治理,如转变政府职能、建立现代企业制度、建立市场形成价格机制、发挥市场中介服务作用、完善社会保障、加强建筑市场法制建设等,尤其明确提出大力推行招标投标,强化市场竞争机制。

(一)建筑市场的特点

建筑市场是整个国民经济大市场的有机组成部分,建筑市场可从广义和狭义两个方面来理解。狭义的建筑市场是指以建筑产品为交换内容的场所。广义的建筑市场则是指与建筑产品有关的一切供求关系的总和,具体来说它是一个市场体系,包括勘察设计市场、建筑产品市场、生产资料市场、劳动力市场、资金市场、技术市场等,即广义的建筑市场除建筑产品市场外,还包括与建筑产品有关的勘察设计、中间产品和要素市场。

与一般市场相比较,建筑市场有许多特征,主要表现在以下几个方面:

1. 建筑市场交易的直接性

在一般工业品市场中,由于交换的产品具有间接性、可替换性和可移动性,如电冰箱、洗衣机等,供给者可以预先进行生产然后通过批发、零售环节进入市场。建筑产品则不同,只能按照客户的具体要求,在指定的地点为他建造某种特定的建筑物,因此,建筑市场上的交易只能由需求者和供给者直接见面,进行预先订货式的交易,先成交,后生产,无法经过中间环节。

2. 建筑产品的交易过程持续时间长

众所周知,一般商品的交易基本上是“一手交钱,一手交货”,除去建立交易条件的时间内,实际交易过程则较短。建筑产品的交易则不然,由于不是以具有实物形态的建筑产品作为交易对象,无法进行“一手交钱,一手交货”式的交易方式,而且,由于建筑产品的周期长,价值巨大,供给者也无法以足够资金投入生产,大多采用分阶段按实施进度付款,待交货后再结清全部款项。因此,双方的交易就表现为一个很长的过程。

3. 建筑市场有着显著的地区性

这一特点是由建筑产品的地域特性所决定的。无论建筑产品是作为生产资料还是作为消费性资料,建在哪里,就只能在哪里发挥功能。对于建筑产品的供给者来说,他无权选择特定建筑产品的具体生产地点,但他可以选择自己的经营在地理上的范围。由于大规模的流动势必造成增加生产成本,因而建筑产品的生产经营通常总是相对集中于一个相对稳定的地理区域。这使得供给者和需求者之间的选择存在一定的局限性,通常只能在一定范围内确定相互之间的交易关系。

但是,建筑市场的区域性特征并非是不可改变的。当建筑产品的规模增大时,所需技术也复杂,对施工组织、设备等方面的要求更高,因而只能由大企业来承建。这就是说,小型建筑企业受建筑市场区域特征影响更为明显,而大型企业则受其影响较弱。

4. 建筑市场的风险较大,不仅对供给者有风险,而且对需求者也有风险

从建筑产品的供给者方面来看,建筑市场的风险主要表现在:

(1)定价风险。由于建筑市场中的供给方面的可替代性很大,故市场的竞争主要表现为价格的竞争,定价过高就意味着竞争失败,招揽不到生产任务;定价过低则导致企业亏损,甚至破产。

(2)建筑产品是先定价,后生产,生产周期长,不确定因素多,如气候、地质、环境的变化,需求者的支付能力,以及国家的宏观经济形势等,都可能对建筑产品的生产产生不利的影响,甚至是严重的不利影响。

(3)需求者支付能力的风险。建筑产品的价值大,其生产过程中的干扰因素可能使生产成本和价格升高,从而超过需求者的支付能力;或因贷款条件而使需求者筹措资金发生困难,甚至有可能需求者一开始就不具备足够的支付能力。凡此种种,都有可能出现需求者对生产者已完成的阶段产品或部分产品拖延支付,甚至中断支付的情况。

从建筑产品需求者来看,建筑市场的风险主要表现在:

(1)价格与质量的矛盾。如上所述,建筑产品的需求者往往希望在产品功能和质量一定的条件下价格尽可能低。但是,这种“一定”的质量要求和标准是模糊的,难以严格界定。从而,又可能使需求者和供给者对最终产品的质量产生理解上的分歧,而当建筑产品的内容相对复杂时,分歧的概率更大。

(2)价格与交货时间的矛盾。建筑产品的需求者往往对建筑产品生产周期中的不确定因素估计不足,提出的交货日期有时并不现实。而供给方为达成交易,当然也接受这一不公平条件,但却会有相应的对策,如抓住发包人未能完全履行合同义务的漏洞,从而竭力将合同条件变得有利于自己。

(3)预付工程款的风险。由于建筑产品的价值巨大,且多为转移价值部分,供给者一般无力垫付巨额生产资金。需求者向供给者预付一笔工程款已形成一种惯例和制度。这可能给那些既无信誉又无经营实力的企业带来有机可乘的机会,甚至卷款而逃,给需求者带来严重的经济损失。

5. 建筑市场竞争激烈

由于建筑市场生产要素的集中程度远远低于资金、技术密集型产业,使其不可能采取生产要素高度集中的生产方式,而是采用生产要素相对分散的生产方式,致使大型企业的市场占有率较低。因此,在建筑市场中,建筑产品生产者之间的竞争较为激烈。而且,由于建筑产品的不可替代性,生产者基本上是被动地去适应需求者的要求,需求者相对而言处于主导地位,甚至处于相对垄断地位,这自然加剧了建筑市场竞争的激烈程度。建筑产品生产者之间的竞争首先表现为价格上的竞争。由于不同的生产者在专业特长、管理和科技水平、生产组织的具体方式、对建筑产品所在地各方面情况的了解、市场熟练程度以及竞争策略等方面有较大的差异,因而他们之间的生产价格会有较大差异,从而使价格竞争更加剧烈。

(二)建筑市场的运行模式

实行市场经济后,建筑市场的运行模式应由政府为主体转向企业和个人为主体的格局,企业、个人应成为决策执行主体和利益主体;决策风险也应由政府和社会承担;企业由依附政府型转向自主自我发展型;价格由行政性定价向市场定价转变,建立起以市场形成价格的价格机制,政府依法定价,对低价投标高价抬标者依法管理。

建筑市场的运行模式可概括如下:

运行主体——建筑企业;

运行基地——建筑市场;

调节主体——国家;

调节对象——市场活动。

这一运行模式即为“国家调控市场,市场引导企业”的体现,是以企业为本,以市场为基础,以国家为指导,实行国家——市场——企业双向调节的社会主义市场运行机制。在此市场中,具有如下特点:

(1)建筑企业成为真正独立的具有自负盈亏、自主经营、自我约束、自我发展能力的商品生产者,成为市场主体。

(2)建筑市场体系完善,市场组织健全,市场发育程度高。国家实行有效的宏观调控,市场法制化体系完善。行政行为有法规的约束,竞争性企业必须与政府脱钩。

(三)建筑市场中各主体组织之间的关系

建筑市场不同于其他商品市场,市场中的各方存在着既互相对立、又相对统一,既交叉重叠、又互为因果的特殊关系。平等的交易伙伴关系是他们之间关系最基本的性质,这也是社会主义市场经济体制的基础。没有这种平等的关系,就没有平等互利、等价有偿、协商一致的交易原则,市场机制就无法发挥作用,也就不可能起到优化资源配置的基础作用。

1. 承发包双方关系的变化过程

解放初期,工程建设多数属于自营性质,承发包双方同属于一个组织内,工程费用实报实销,这种做法对我们在经济和管理水平较低、法制不健全的情况下,进行突击式的恢复建设起了一定的作用。但是随着经济的不断发展变化,这种做法的弊端也逐渐暴露出来。第一,施工质量的好坏,工期的快慢,人力、物力投入的多少,与其自身的经济利益没有直接的关系,积极性得不到激励发挥,行为得不到约束监督;第二,对工程的造价双方都没有明确的责任,谁也不关心工程成本的核算,造成工程施工中严重的浪费现象,效益越来越差;第三,承发包双方权利不清楚,职责不明确,工作中互相推诿扯皮,拖延了进度,出了问题也难以分清责任。随着改革的不断发展,建筑企业逐渐走向独立自主、自负盈亏的经营模式,逐渐改变了与发包人单位之间的从属关系。随着施工任务的取得由行政分配转变为市场竞争和市场经济的发育成熟,承发包双方逐渐成为平等的交易伙伴。

2. 承发包双方关系的相对统一

承发包双方作为独立的商品生产单位,都具有独立的利益。为了自身发展,他们必然都要追求自己最大的经济利益。这是走向市场经济的必然结果,是市场竞争中的合理现象,是促进经济发展的动力。发包人要追求自己的最大经济利益,必然希望以最低的造价、最短的时间,得到质量等级最高、使用功能最全的建筑产品。承包方则希望以最少的人力、物力投入,得到尽可能多的收益。质量标准的提高,必然要增加人力、物力的投入,一般把工程质量从合格提高到优良,工程造价要增加10%左右;减少投入超过合理的限度,也会因偷工减料破坏工程的质量;工期的缩短超过了一定的限度,也会使造价增加,还可能损害工程的质量;而工期的拖延,也同样会造成机械、人工、管理费用和贷款利息的增加,使发包方不能得到预定的收益;工程造价上双方利益的冲突则更直接、更明显,数量也更多;在施工中,双方都希望享有更多的权利和更少的义务。这种相对对立的关系,形成了双方之间的互相制约和互相监督,有助于保证工程的质量、工期和控制工程造价。随着这种对立关系的不断强化,签订施工合同的重要作用也就越来越明显。加强合同管理、提高合同履行,搞好调解与仲裁,减少争议和纠纷造成的损失,是承发包双方和市场管理部门的一项重要工作。

3. 承发包双方权利义务关系的复杂性和长期性

承发包双方的权利义务关系从施工生产开始之前的签订合同以后开始,到工程在完工后一定的时间结束,有的在交付工程、进行结算后结束,有的要在保修期满后结束。在这样长的时间里有许多难以预料的情况可能发生,包括国家政策的变化、经济形势的变化、环境气候的变化、地质条件的变化等等。这些变化必然引起双方权利义务的增加、减少或改变,需要双方协商后以补充协议的形式做出新的约定。有些变化难以预料,后果也比较严重,就需要对双方应作的工作和承担责任的原则事先做出约定,进行风险管理。

4. 承发包双方权利义务的交叉性、重叠性

由于施工过程的复杂性等特点,一方履行义务时常要以另一方义务的履行为条件。如承包方履行开始施工的义务必须以发包人提供具备施工条件的场地为条件;发包人履行支付工程价款的义务,要以承包方按照约定的工期和质量标准完成约定的工程数量为条件。任何一方不能按照约定的时间和要求履行自己的义务,都可能影响另一方履行自己的义务。任何一方行使自己的权利,也必须受另一方相应权利的制约。如发包人有权对工程进行检查监督,承包方应接受检查并提供便利,但他也有权要求保证施工生产的正常进行;在确有

必要时,发包人有权要求承包方暂停施工,承包方应按要求停工,妥善保护好已完工程,但也有权要求发包人在约定的时间内发出修改或复工的指令。

5. 中介服务方与承发包双方的关系

中介服务方可以为双方中的任何一方服务,他们与其服务对象之间,是委托与被委托的关系,是平等的交易关系。中介组织与委托方之间是由合同约定的、市场中的交易关系,受市场机制的调节和市场法规的制约。

建设监理单位受发包人的委托,行使发包人在交易中的权力。当然,这种权力的行使必须经过承包方的同意,并在合同中作出约定。虽然合同中约定承包方必须接受监理工程师的检查,按照监理工程师的要求工作,但是,这并未改变他们之间平等交易的关系。监理工程师是相对公正的,一是因为他相对独立于承发包双方之外(双方的盈利或亏损一般不影响他的收入);二是他以合同为依据工作,而合同是双方协商签订的,应当是公正的;三是他必须受到行业管理组织的约束,以取得行业组织的保护、指导和对其资质的证明;四是如果他不能保持公正,他将受到承包单位的抵制。

(四)建筑市场管理机构的职责

1. 各级人民政府建设行政主管部门的主要职责

各级人民政府建设行政主管部门负责建筑市场的管理,履行下列主要职责:

- (1)贯彻国家有关工程建设的法规和方针、政策,会同有关部门草拟建设管理法规;
- (2)总结交流建筑市场管理经验,指导建筑市场的管理工作;
- (3)根据工程建设任务与设计、施工力量,建立平等竞争的市场环境;
- (4)审核工程发包条件与承包方的资质等级,监督检查建筑市场管理法规和工程建设标准(规范、规程)的执行情况;
- (5)依法查处违法行为,维护建筑市场秩序。

2. 各级人民政府工商行政管理机关的主要职责

各级人民政府工商行政管理机关负责建筑市场的监督管理,履行下列主要职责:

- (1)会同建设行政主管部门草拟或制定建筑市场管理法规,宣传并监督执行有关建筑市场管理的工商行政管理法规;
- (2)依据建设行政主管部门颁发的资质证书,依法核发勘察设计和施工企业的营业执照;
- (3)根据《中华人民共和国合同法》的有关规定,处理无效工程合同,并根据当事人双方的申请或地方人民政府的规定,对工程合同进行鉴证;
- (4)依法审查建筑经营活动当事人的经营资格,确认经营活动的合法性;
- (5)依法查处违法行为,维护建筑市场秩序。

第三节 工程建设中的基本法律制度

一、合同法律关系的概念

1. 法律关系的概念

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。人们在社会生活中结成各种社会关系,当某一社会关系为法律规范所调整并在这一关系的

参与者之间形成一定权利义务关系时,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。

2. 法律关系的特征

(1)法律关系是一种思想社会关系,是建立在一定经济基础之上的上层建筑。

(2)法律关系是以法律上的权利和义务为内容的社会关系。

(3)法律关系是由国家强制力保证的社会关系。

(4)法律关系的存在,必须以相应的现行法律规范的存在为前提. 法律关系不过是法律规范在实际生活中的体现

3. 合同法律关系的概念

合同法律关系,是指由合同法律规范调整的当事人在民事流转过程中形成的权利义务关系。

合同法律关系同其他法律关系一样,都是由主体、内容和客体三个不可缺少的部分组成,对此称之为法律关系的构成要素。

二、合同法律关系的主体

1. 自然人

自然人自出生时起到死亡时止都具备民事权利能力。所谓民事权利能力就是依法享有民事权利、承担民事义务。但不是所有的具有民事权利能力的公民都具有民事行为能力,按民法通则的规定,应根据其不同的年龄、不同的精神健康状况,划分为“有完全民事行为能力”、“限制民事行为能力”和“无民事行为能力”三种。

所谓法定代理人,是给无民事行为能力人或限制民事行为能力人设立的代理人,无民事行为能力人和限制民事行为能力人的监护人是法定代理人,根据民法通则的直接规定而发生代理关系。

工会依法代理会员签订的集体劳动合同和参加有关劳动争议的诉讼也属于法定代理。

2. 法人

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。法人是与自然人相对应的概念,是法律赋予社会组织具有人格的一项制度。这一制度为保障社会组织的权利、便于社会组织独立承担责任提供了基础。

法人包括企业法人以及机关、事业单位和团体等法人,法人要取得法人资格必须满足四个条件:

(1)依法成立;

(2)要有符合规定的财产或者经费;

(3)要有自己的名称、组织机构和场所;

(4)能独立承担民事责任。

法人从成立或者注册登记时起,就具有民事权利能力;但法律往往对法人和其他组织规定了各自的经营活动范围,换言之,法律对法人和其他社会组织的民事行为能力是有限制的。法人和其他组织超越经营活动范围所订立的合同则属于越权合同,越权合同有可能导

致合同无效。

三、合同法律关系客体

1. 客体的概念

合同法律关系的客体,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. 合同法律关系客体的种类

(1) 行为

行为,在这里是指人们在主观意志支配下所实施的具体活动,包括作为和不作为。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。

(2) 财

财,一般是指货币资金,也包括有价证券,它是生产和流通过程中停留在货币形态上的那部分资金,如借款合同的信贷资金。

(3) 物

物是指可为人们控制,具有使用价值和价值的生产资料 and 消费资料。我们所说的物即是合同中的标的,其种类和范围均由法律加以规定。

(4) 智力成果

智力成果亦称非物质财富,它是指脑力劳动的成果。如专利权、商标权和著作权等。

四、合同法律关系内容

合同法律关系的内容,即是合同一般条款所规范的主体的权利和义务。

1. 权利

权利,是指权利主体依据法律规定和约定,有权按照自己的意志作出某种行为,同时要求义务主体作出某种行为或者不得作出某种行为,以实现其合法权益。当权利受到侵犯时,法律将予以保护。一方面,权利受到国家保护,如果一个人的权利因他人干涉而无法实现或受到了他人的侵害时,可以请求国家协助实现其权利或保护其权利;另一方面,权利是有行为界限的,超出法律规定,非分的或过分的要求就是不合法的或不被视为合法的权利。权利主体不能以实现自己的权利为目的而侵犯他人的合法权利或侵犯国家和集体的利益。

2. 义务

义务,是指义务主体依据法律规定和权利主体的合法要求,必须作出某种行为或不得作出某种行为,以保证权利主体实现其权益,否则要承担法律责任。一方面,义务人履行义务是权利人享有权利的保障,所以,法律规范都针对保障权利人的权利规定具体的法律义务。尤其是强制性规范,更是侧重了对义务的规定,而不是对权利的规定,另一方面,法律义务对义务人来说必须是必须履行的,如果不履行,国家就要依法强制执行,因不履行造成后果的还要追究其法律责任。

五、合同法律关系的产生、变更与消灭

1. 法律事实

合同法律关系的产生、变更与消灭是因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的解除而消灭;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

事件是指不以合同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。一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,是指合同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,作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。

六、代理制度

(一) 代理的概念和特征

代理是代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施的,其民事责任由被代理人承担的法律行为。代理具有以下特征:

1. 代理人必须在代理权限范围内实施代理行为。无论代理权的产生是基于何种法律事实,代理人都不得擅自变更或扩大代理权限,代理人超越代理权限的行为不属于代理行为,被代理人对此不承担责任。在代理关系中,委托代理中的代理人应根据被代理人的授权范

围进行代理,法定代理和指定代理中的代理人也应在法律规定或制定的权限范围内实施代理行为。

2. 代理人以被代理人的名义实施代理行为。代理人只有以被代理人的名义实施代理行为,才能为被代理人取得权利和设定义务。如果代理人是以自己的名义实施法律行为,这种行为是代理人自己的行为而非代理行为。这种行为所设定的权利与义务只能由代理人自己承受。

3. 代理人在被代理人的授权范围内独立地表现自己的意志。在被代理人的授权范围内,代理人以自己的意志去积极地为实现被代理人的利益和意愿进行具有法律意义的行为。具体表现为代理人有权自行解决他如何向第三人做出意思表示,或者是否接受第三人的意思表示。

4. 被代理人对代理行为承担民事责任。代理是代理人以被代理人的名义实施的法律行为,所以在代理关系中所设定的权利义务,当然应当直接归属被代理人享受和承担。被代理人对代理人的代理行为承担民事责任,既包括对代理人执行代理任务的合法行为承担民事责任,也包括对代理人不当代理行为承担民事责任。

(二)代理的种类

以代理权产生的依据不同,可将代理分为委托代理、法定代理和指定代理。

1. 委托代理。委托代理是基于被代理人对代理人的委托授权行为而产生的代理。委托代理关系的产生,需要代理人与被代理人存在基础法律关系,如委托合同关系、合伙合同关系、工作隶属关系等,但只有在被代理人对代理人进行授权后,这种委托代理关系才真正建立。

在委托代理中,被代理人所作出的授权行为属于单方的法律行为,仅凭被代理人一方的意思表示,即可发生授权的法律效力。被代理人有权随时撤销其授权委托,代理人也有权随时辞去所受委托。但代理人辞去委托时,不能给被代理人 and 善意第三人造成损失,否则应负赔偿责任。

在工程建设中涉及的代理主要是委托代理,如项目经理作为施工企业的代理人等。

2. 法定代理。法定代理是根据法律的直接规定而产生的代理。法定代理主要是为维护无民事行为能力人或限制民事行为能力人的利益而设立的代理方式。

3. 指定代理。指定代理是根据人民法院和有关部门的指定而产生的代理。指定代理只有在没有委托代理人和法定代理人的情况下适用。在指定代理中,被指定的人称为指定代理人,依法被指定为代理人的,如无特殊原因不得拒绝担任代理人。

(三)无权代理

无权代理是指行为人没有代理权而以他人名义进行民事、经济活动。无权代理包括以下几种情况:

- (1)没有代理权而实施代理行为;
- (2)超越代理权限实施代理行为;
- (3)代理权终止后实施代理行为。

对于无权代理行为,“被代理人”当然可以不承担法律责任。《民法通则》规定,无权代理行为“只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任”,但“本人知道他人以自己的名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。”