

建设工程合同管理 与案例评析

朱昊 主编

Jianshe Gongcheng Hetong Guanli
Yu Anli Pingxi



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



TU723.1/27

2008

建设工程合同管理与案例评析

朱 昊 主编

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同管理与案例评析 / 朱昊主编. — 北京: 机械工业出版社, 2008.1

ISBN 978-7-111-24527-2

Ⅰ. 朱… Ⅱ. 朱… Ⅲ. 建设工程合同—案例—中国—教材

W. TU723.1

中国版本图书馆(CIP)数据核字(2008)第078203号

机械工业出版社(北京市百万庄大街22号 邮政编码100037)

责任编辑: 张晶 封面设计: 张晶

版式设计: 张晶

三河市京南印务有限公司印刷

2008年6月第1版(CIP数据核字(2008)第078203号)

184mm×260mm 1/16 北京市百万庄大街22号 邮政编码100037

张晶 责任编辑: 张晶

定价: 35.00元

凡购本书, 请向本社索取样书

机械工业出版社

地址: 北京市百万庄大街22号

机械工业出版社

封面设计: 张晶

本书从《中华人民共和国合同法》的基本知识入手,介绍了工程合同管理的相关内容,主要有合同法基础知识;建设工程合同管理;工程招标投标合同管理;勘察、设计合同管理;建设工程监理合同管理;工程施工合同管理;FIDIC 合同条件;工程索赔管理和建设工程合同纠纷的解决等。另外,为加深理解,本书还收集了 20 个建设工程合同管理方面的案例,供读者参考。

本书的编写注重理论与实际相结合,具有较强的理论性、实践性和可操作性。

本书可作为高等学校建筑工程、工程管理及相关专业教学用书,也可供从事工程技术、管理等人员参考和使用。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同管理与案例评析/朱昊主编. —北京:机械工业出版社, 2008.6

ISBN 978-7-111-24276-5

I. 建… II. 朱… III. 建筑工程—经济合同—管理
IV. TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008)第 078203 号

机械工业出版社 (北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)

策划编辑:张 晶 责任编辑:张 晶

责任印制:杨 曦

三河市宏达印刷有限公司印刷

2008 年 6 月第 1 版·第 1 次印刷

184mm×260mm·18 印张·433 千字

标准书号:ISBN 978-7-111-24276-5

定价:32.00 元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换

销售服务热线电话:(010)68326294

购书热线电话:(010)88379639 88379641 88379643

编辑热线:(010)68327259

封面无防伪标均为盗版

本书编委会

主任委员 朱 昊

副主任委员 常春光 李闫岩 白 庶 马世骁

委 员 孙艳丽 张 嵩 傅国忠 岳文赫

席秋红 段 涛 陈晓华 平 辉

董 岩

前 言

在我国改革开放不断深入和经济快速发展中,工程建设的投资占我国经济建设投资的比重越来越大。其项目之多,投资额巨大也是前所未有的。同时,面对知识经济时代的经济全球化、产业国际化、市场一体化发展趋势,尤其是我国加入 WTO 后,给我国建筑业带来的机遇与挑战,都对我国建筑业的发展提出了更高的要求。因此,在工程建设活动中,依据合同对工程质量、进度、投资进行控制,确保高效、优质、低耗是工程项目的参与者,特别是业主与承包商共同遵守的规则和追求的目标。这就要求必须不断地提高工程管理的水平。

工程管理的核心内容就是对工程合同的管理。这是从工程实践中总结出的经验。从我国一些大型工程如“小浪底”等工程来看,无不把工程合同管理放在重要位置。在国际工程承包中更是如此,工程合同被视为业主与承包商之间最高的法律文件,也被称之为“圣经”。因此,要管理好工程项目,特别是对业主、承包商和工程咨询单位而言,要求其必须搞好工程合同的管理。

就合同而言,随着我国市场经济的不断发展和逐步完善,为保障在经济活动中公开、公正、公平竞争,保护当事人的合法权益,维护公平的原则,国家也在不断完善合同方面的法律制度。同时,国家有关行政主管部门为了维护建筑市场的正常秩序,也颁布了许多合同示范文本。从事各种经济活动中的主体也越来越重视合同的作用,通过合同来明确当事人双方的权利和义务,并约定合同主体一方违约所应承担的责任及纠纷解决的办法等。这是市场经济发展的必然。

工程合同的内容主要包括法律和合同管理两方面,但由于建筑工程活动的复杂性和投资大、周期长、风险大,所涉及的关系多等特点,决定了工程合同往往涉及到法律、技术、经济、质量与安全、管理与信息、国际惯例等诸多方面的知识。这就需要有一大批懂得这方面知识的优秀的合同管理人才。而我们恰恰还缺少这样优秀的合同管理人才。因此,培养优秀的合同管理人才,尤其对业主、承包商和工程咨询单位而言都是非常重要的任务。这不但是国内建筑市场发展的需要,也是我国建筑企业增强国际工程承包竞争能力的迫切需要。

工程合同的实施可分为合同的签订和履行两阶段。合同的签订应严谨周密,基本要求是完备、准确与一致。因此,熟悉我国有关合同方面的法律规定与国际惯例、研究各种规范性合同文件、掌握合同的内容是搞好工程合同管理的必备条件。签订合同的目的是为了履行合同,而履行合同应严格。只有这样,合同才能起到维护当事人合法权益的保障作用。

在我国建筑活动中,每年仍然有大量的工程合同纠纷发生,其造成的经济损失也较严重。究其原因主要为:

1. 合同管理意识不强。
2. 合同本身存在问题,漏洞较多,无法弥补。
3. 管理水平低。
4. 法律观念淡薄,甚至无视或规避法律的规定,造成合同无效。

5. 商业信誉差,不讲诚信或者利用本身的优势条件,迫使对方与之签订显失公平的合同和不按合同的约定履行义务。

6. 有的行政主管部门不能严格执行国家的法律。

鉴于工程合同在工程建设活动中的重要作用和存在的问题,我们编写了本书,供工程项目管理者、工程管理专业的师生与有关人士参考,为提高工程合同的管理水平尽一份微薄之力。

参加本书编写的人员主要是沈阳建筑大学管理学院的教师,他们多数具有博士与硕士学位及律师资格,且长期从事建设法规、工程合同管理的教学与研究以及法律服务工作,具有扎实的理论知识与丰富的实践经验。另外,绍兴文理学院土木工程系的段涛、淮海工学院商学院的陈晓华和淮海工学院土木工程学院的平辉也参加了本书的编写。

本书第1、6章由朱昊、张嵩编写;第2章由朱昊、岳文赫编写;第3章由常春光、傅国忠、董岩编写;第4、5章由白庶、平辉、席秋红编写;第7、10章由李闫岩、马世骁编写;第8章由白庶、陈晓华编写;第9章由白庶、段涛编写;第11章由朱昊、孙艳丽编写。

由于编者水平有限,本书难免有不当和错误之处,恳请读者批评指正。

编 者

目 录

前言

第一章 合同法基础知识	1
第一节 一般规定	1
一、合同的概念与适用范围	1
二、合同的种类	2
三、合同法的基本原则	3
第二节 合同的订立	4
一、合同成立的概念	4
二、订立合同当事人的主体资格	4
三、应遵守要约与承诺程序	4
四、要约	4
五、承诺	6
六、合同成立的时间与地点	7
七、合同条款	8
八、缔约过失责任	9
第三节 合同的效力	10
一、合同效力的概念	10
二、合同生效的要件	10
三、合同生效后的法律约束力	11
四、附条件合同和附期限的合同	11
五、合同效力待定	12
六、无效合同	12
七、可变更与撤销的合同	13
八、合同无效或者被撤销后的法律后果	13
九、合同中解决争议条款的效力	13
第四节 合同的履行	14
一、合同履行的概念	14
二、合同履行的原则	14
三、关于提前履行和部分履行	14
四、合同履行中的抗辩权	15
五、合同履行中的其他法律规定	15
六、关于第三人债权与债务	16

第五节 合同的保全	16
一、代位权	16
二、撤销权	17
第六节 合同的变更和转让	17
一、合同的变更	17
二、合同的转让	18
三、合同转让中的第三人	19
第七节 合同的权利义务终止	19
一、合同权利义务终止的概念	19
二、合同的解除	19
三、关于后合同义务的规定	20
第八节 违约责任	20
一、违约责任的概念和条件	20
二、违约行为的分类	20
三、承担违约责任的主要形式	21
四、免责事由	22
思考题	23
第二章 建设工程合同管理	24
第一节 概述	24
一、建设工程合同管理的概念和特征	24
二、建设工程合同管理的意义	25
三、建设工程合同管理的基本要求	26
四、建设工程合同管理的分类	26
第二节 工程前期阶段的合同管理	27
一、招标人的主要工作	27
二、投标人的主要工作	29
第三节 工程合同的风险管理	30
一、建筑工程风险的概念和特征	30
二、风险的种类	31
三、风险的管理	34
第四节 工程合同的担保管理	38
一、担保的概念	38
二、担保方式	38
三、担保合同	38
四、保证	38
五、抵押	40
六、质押	43
七、留置	45

八、定金	45
第五节 工程合同的保险管理	45
一、保险的概念	46
二、保险的种类	46
三、保险合同	46
四、建筑工程一切险	48
五、安装工程一切险	52
六、施工单位的保险责任	53
思考题	54
第三章 工程招标投标阶段合同管理	55
第一节 概述	55
一、建设工程招标投标的概念	55
二、我国建设工程招标投标制的特点	55
三、我国招标投标相关法律及法规	56
四、工程招标投标阶段合同总体分析	57
第二节 工程招标与合同管理实务	59
一、工程项目招标方式	59
二、工程项目招标资质条件	59
三、工程项目招标程序	59
四、工程项目招标文件组成	64
五、工程项目招标文件的编制	72
六、合同的规划	73
第三节 工程投标与合同管理实务	73
一、投标人与投标的组织	73
二、工程项目投标条件	74
三、工程项目投标程序	74
四、工程项目投标文件组成	75
五、工程项目投标文件编制	76
六、投标人合同的规划	77
第四节 清单计价模式下标底编制与投标报价	77
一、清单计价模式下标底的编制	77
二、清单计价模式下的投标报价	80
思考题	92
第四章 勘察、设计合同管理	93
第一节 概述	93
一、建设工程勘察、设计合同基本概念	93
二、建设工程勘察、设计合同的类型	94

三、建设工程勘察、设计合同的法律依据	94
四、建设工程勘察、设计合同示范文本	94
第二节 建设工程勘察、设计合同的主要内容	95
一、建设工程勘察合同的主要内容	95
二、建设工程设计合同的主要内容	98
第三节 建设工程勘察、设计合同管理	101
一、勘察、设计合同的主体资质管理	101
二、建设工程勘察、设计合同订立	102
三、勘察、设计合同的履行管理	103
四、施工图设计文件审查	106
思考题	108
第五章 建设工程监理合同管理	109
第一节 概述	109
一、建设工程监理合同的基本概念	109
二、建设监理合同管理的法律依据	110
三、监理合同的构成	110
四、监理合同示范文本	111
第二节 监理合同的主要内容	112
一、词语定义、适用范围和法规	112
二、监理人的权利、义务和责任	114
三、委托人的权利、义务和责任	116
四、监理及相关服务报酬	117
五、合同生效、变更与终止	120
六、争议的解决	121
第三节 监理合同管理	121
一、建设监理合同主体资质管理	121
二、监理合同的订立	123
三、委托人对监理合同履行的管理	125
四、监理人对监理合同履行的管理	125
五、监理合同的违约责任	127
思考题	128
第六章 工程施工合同管理	129
第一节 概述	129
一、概念	129
二、特征	129
三、签订施工合同的法律依据	130
四、施工合同的种类	130

五、工程施工合同示范文本	130
第二节 建设工程施工合同示范文本	131
一、协议书	131
二、通用条款	133
第三节 建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题	149
一、关于无效合同及处理	149
二、关于合同解除	150
三、关于垫资和垫资利息	150
四、关于工程质量	150
五、关于工期	150
六、关于工程价款	151
七、关于争议解决	151
八、关于保修责任	152
思考题	152
第七章 工程相关(其他)合同管理	153
第一节 买卖合同	153
一、买卖合同概述	153
二、买卖合同的主要内容	154
三、买卖合同当事人的义务	155
第二节 借款合同	157
一、借款合同概述	157
二、借款合同的内容	158
三、借款合同当事人的权利和义务	159
第三节 租赁合同	160
一、租赁合同概述	160
二、租赁合同的主要内容	161
三、租赁合同当事人的义务	162
第四节 承揽合同	164
一、承揽合同概述	164
二、承揽合同的主要内容	165
三、当事人的义务	165
第五节 运输合同	167
一、运输合同概述	167
二、当事人的权利和义务	167
第六节 保管合同	169
一、保管合同概述	169
二、当事人的义务	170
第七节 仓储合同	172

一、仓储合同概述	172
二、当事人的义务	172
第八节 委托合同	174
一、委托合同概述	174
二、当事人的义务	175
思考题	177
第八章 FIDIC 合同条件	178
第一节 概述	178
一、FIDIC 简介	178
二、新版 FIDIC 合同条件(1999)介绍	179
三、FIDIC 合同条件的应用	180
第二节 新红皮书	181
一、新版 FIDIC 施工合同文本格式	181
二、部分重要定义	182
三、合同各方的工作责任与权利	186
四、质量管理条款及内容	191
五、进度管理条款及内容	195
六、支付管理条款及内容	198
七、保险与不可抗力条款及内容	202
八、索赔与争议解决条款及内容	204
第三节 新黄皮书	205
一、概述	205
二、一般设计义务	205
三、承包人文件	207
四、合同中技术标准和规章	207
五、合同中培训、竣工文件和操作、维修、保养手册	207
六、竣工后检验	208
思考题	208
第九章 工程索赔管理	210
第一节 概述	210
一、工程索赔的起因	210
二、工程索赔的概念	211
三、工程索赔管理的特点和原则	213
四、工程索赔的作用	214
五、工程索赔的步骤	215
六、工程索赔的分类	216
第二节 工期索赔	219

一、工期延误的分类	219
二、工期延误的合同规定	222
三、工期索赔的处理原则和程序	223
四、工期延误的分析与计算	225
第三节 费用索赔	228
一、费用索赔的概念及分类	228
二、索赔费用的构成	229
三、索赔费用的计算方法	233
第四节 反索赔	238
一、反索赔含义及作用	238
二、反索赔内容	240
三、反索赔的步骤	243
四、反索赔总结内容	244
思考题	244
第十章 建设工程合同纠纷的解决	245
第一节 概述	245
一、建设工程合同纠纷的概念	245
二、建设工程合同纠纷产生的原因	245
三、建设工程合同常见纠纷	246
四、建设工程合同纠纷的解决途径和方法	247
第二节 建设工程合同纠纷诉讼	248
一、建设工程合同纠纷行政诉讼	248
二、建设工程合同纠纷民事诉讼	250
第三节 建设工程合同纠纷仲裁	256
一、建设工程合同仲裁的概念	256
二、建设工程合同仲裁的原则和基本制度	256
三、建设工程合同仲裁的受案范围	256
四、建设工程合同仲裁机构	257
五、建设工程合同仲裁程序	257
思考题	258
第十一章 建设工程合同管理案例评析	259
参考文献	275

合同法基础知识

本章提示 《合同法》是工程合同管理的法律基础。为此,本章重点介绍《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)总则部分的内容。主要包括合同法的基本原则、合同订立的程序、合同有效条件、无效合同的处理、缔约过失责任、合同履行中的抗辩权、合同的变更和转让、合同的违约责任等内容。

重点问题

- 合同法的原则
- 合同有效的条件
- 缔约过失责任
- 无效合同
- 合同无效或者被撤销后的法律后果
- 合同履行中的抗辩权
- 合同的变更和转让
- 合同的违约责任

第一节 一般规定

一、合同的概念与适用范围

(一)合同的概念

合同又称契约。广义泛指发生一定权利和义务的协议。狭义专指双方或多方当事人关于设立、变更、终止民事法律关系的协议。《合同法》第2条规定:“合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。”

(二)合同适用范围

(1)只适用于平等主体之间。平等主体主要指当事人之间无领导与被领导的关系;无管理与被管理的关系;无隶属关系。

(2)只调整有关的财产关系。《合同法》属于民法的范畴。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法规则》)规定,我国民法只调整财产和人身两种法律关系,而《合同法》只调整其中的有关财产关系,主要是交易关系。因此,《合同法》第二条规定,婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。

二、合同的种类

(一)按性质分类

1. 指令与非指令合同

指令合同是指根据国家下达指令而订立的合同;不以国家指令为合同订立的前提是非指令合同也称普通合同。

2. 双务合同与单务合同

缔约双方互负义务为双务合同。仅由当事人一方负担义务,而他方只享有权利的合同为单务合同。如赠与合同、无息借贷合同、无偿保管合同等。

3. 有偿合同与无偿合同

当事人因取得权利需付出一定代价的合同为有偿合同。只取得利益,不付出代价的合同为无偿合同。

4. 要式合同与非要式合同

要式合同指合同成立须依一定方式始为有效的合同,否则为非要式合同。

5. 诺成合同与实践合同

诺成合同指以当事人双方意思表示一致合同即告成立的合同。除当事人意思表示一致外,还须以实物给付合同始能成立,为实践合同。

6. 主合同与从合同

主合同为不依他种合同的存在为前提而能独立成立的合同。从合同为必须以主合同的存在为前提始能成立的合同。

7. 有名合同与无名合同

有名合同又称典型合同或列名合同,指法律上已确定一定名称及规则的合同。《合同法》分则规定的 15 大类合同就是有名合同。无名合同又称非典型合同,指法律上未定一定名称及规则的合同。《合同法》分则规定的 15 大类合同以外的涉及财产关系的合同就属于无名合同。

(二)按行为分类

是指《合同法》分则规定的 15 大类合同及保险合同、担保合同、专利合同等无名合同。

(三)按订立形式分类

合同的形式,指的是合同的表现方式。《合同法》第 10 条规定:“当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”

1. 口头合同

是以口头的(包括电话等)意思表示方式而订立的合同。它的主要优点是简便迅速,缺点是发生纠纷时难于举证和分清责任。因此,应限制使用口头形式。

2. 书面合同

书面合同即以文字的意思表示方式(包括书信、电报、契卷等)而订立的合同。《合同法》第

11 条规定:“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”书面合同的优点是把合同条款、双方责任均笔之于书,有利于分清是非责任,有利于督促当事人履行合同。《合同法》第 270 条规定:“建设工程合同应当采用书面形式。”

3. 其他形式合同

(1)合同公证。是国家公证机关根据合同当事人的申请,依法定程序,对合同的真实性及合法性所做的证明。经公证机关予以证明的合同具有较强的证据效力,可作为法院判决或强制执行的依据。对于依法和依约定须经公证的合同,不经公证则无效。

(2)合同鉴证。是国家工商行政管理机关应合同当事人的申请,依照法定程序,对合同的真实性和合法性进行认定,对合同内容的合理性、可行性进行审查监督。鉴证认为合同内容有修改的必要时,有权要求当事人重新协商,予以改正。鉴证还有监督合同履行的权利;故鉴证具有行政监督的作用。

(3)合同的批准。指按照国家法律、法规的规定,必须经主管机关或上级机关的批准才能生效的合同。

三、合同法的基本原则

(一)遵守法律、法规原则

签订合同的双方当事人的主体资格要合法;订立的合同条款不能违反法律、行政法规的强制性规定,否则所签订的合同无效。订立合同的程序和形式要合法。《合同法》第 13 条规定:“当事人订立合同,采取要约、承诺方式;合同订立的形式也必须合法,即法律、行政法规规定采用书面形式的,就应当采用书面形式。”

(二)自愿原则

《合同法》第 4 条规定:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”

(三)平等、公平原则

所谓平等,其含义为:合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。而遵循公平原则就是要求合同双方在权利、义务的安排上大致相等,合同一方不得利用对方没有经验而签订显失公平的合同。

(四)诚信原则

所谓诚实,就是订立合同的当事人的意思表示要真实、合法,不歪曲或隐瞒事实真相,不欺骗对方。

所谓信用,就是信守合同条款,严格履行双方约定的合同条款,不失信,不违约。坚持诚实信用原则,有利于合同当事人权益实现,确保社会经济秩序稳定。

(五)等价有偿原则

(六)不损害社会公共利益和扰乱社会经济秩序的原则

《合同法》第 7 条规定:“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。”

第二节 合同的订立

一、合同成立的概念

合同成立指当事人对合同主要条款达成一致意见而使合同生效。在工程建设中,合同是否成立的意义非常重要,它关系到以下重大问题:

(1)合同是否存在。

(2)所承担的责任。如果合同成立且有效,当事人一方违约,就应承担违约责任;如合同应成立而未成立,有过错的当事人一方就应承担缔约过失责任。

(3)合同生效。《合同法》第44条规定:“依法成立的合同,自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。”

为维护公平与当事人的合法权益,《合同法》还规定了以合同书形式订立的合同成立要件,第32条规定:“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。”

二、订立合同当事人的主体资格

《合同法》第9条规定:“当事人订立合同,应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。”

民事权利能力:指法律赋予民事主体享有的民事权利和承担民事义务的资格。

民事行为能力:指民事主体通过自己的行为取得民事权利和设定民事义务的资格。

在建筑工程活动中,发包人与承包人的主体资格必须合格,特别是承包人必须具备法人资格,否则所签订的工程合同无效。

三、应遵守要约与承诺程序

《合同法》第13条规定:“当事人订立合同,采取要约、承诺方式。”要约与承诺是订立任何合同不可少的程序,是合同订立的基本规则。《合同法》对要约与承诺有详尽的规定,包括要约的生效、撤回、撤销和失效,承诺的生效,迟延的承诺,变更的承诺等。

建设工程招标与投标,实质上就是要约与承诺的一种具体方式,也是合同成立的过程。

四、要约

(一)要约的概念

要约又称发盘、出盘、发价、出价、报价。《合同法》第14条规定:“要约是希望和他人订立合同的意思表示,该意思表示应当符合下列规定:

(1)内容具体确定。

(2)表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。”

(二)要约的特征

根据《合同法》第14条、16条、21条的规定,要约的特征是:

(1)是特定的要约人向特定的相对人发出的缔结合同的意思表示。