

GONGCHENGSHIGONG
ZHAOTUBIAO

工程施工招标投标

黄景瑗 编著



人民交通出版社
China Communications Press

Gongcheng Shigong Zhaotoubiao

工 程 施 工 招 投 标

黄景瑗 编著

人 民 交 通 出 版 社

内 容 提 要

本书是根据《招标投标法》,以及国家发展改革委员会截至2004年年底前,根据国务院的授权,会同有关行政主管部门拟订的《招投标》配套法规、综合性政策等编写的,是本书作者在为公路工程的监理工程师、造价工程师、项目经理等培训时的讲义稿,辑成一册,供参加资格考试的考生备考之用,也可作为大专院校相关专业使用的教材。

图书在版编目(CIP)数据

工程施工招投标 / 黄景瑗编著. —北京: 人民交通出版社, 2005.7

ISBN 7-114-05630-3

I. 工… II. 黄… III. ① 建筑工程—工程施工—
招标②建筑工程—工程施工—投标 IV.TU723

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第069917号

书 名: 工程施工招投标
著 作 者: 黄景瑗
责任编辑: 孙 玺
出版发行: 人民交通出版社
地 址: (100011) 北京市朝阳区安定门外外馆斜街3号
网 址: <http://www.ccpres.com.cn>
销售电话: (010) 85285838, 85285995
总 经 销: 北京中交盛世书刊有限公司
经 销: 各地新华书店
印 刷: 北京宝莲鸿图科技有限公司
开 本: 787×1092 1/16
印 张: 16.25
插 页: 1
字 数: 406 千
版 次: 2005年8月第1版
印 次: 2005年8月第1次印刷
书 号: ISBN7-114-05630-3
印 数: 0001~4000 册
定 价: 30.00 元

(如有印刷、装订质量问题的图书由本社负责调换)

前言

FOREWORD

鉴于自《招标投标法》公布实施以来,国家发展改革委员会已经根据国务院的授权,单独或会同有关行政主管部门拟订了一系列的与招标投标相配套的法规、综合性政策的文件,为了正确地理解和使用有关招标投标方面的法律、法规,以满足各种资格认证考试的需要,本人在教学之余将讲义手稿整理成此书稿,幸得人民交通出版社的支持,得以面世。

正如国务院办公厅《关于进一步规范招标投标活动的若干意见》中所指出的:“2000年1月《中华人民共和国招标投标法》实施以来,我国招标投标市场发展总体是好的,招标投标活动日趋普及,招标投标领域不断扩大,已经成为经济生活的重要内容。但是,招标投标活动中仍然存在一些不容忽视的问题,妨碍了《招标投标法》的实施,扰乱了市场经济秩序,滋生了腐败现象。为深入贯彻党的十六届三中全会精神,整顿和规范市场经济秩序,创造公开、公平、公正的市场经济环境,推动反腐败工作的深入开展,必须加强和改进招标投标行政监督,进一步规范招标投标活动”。提出了七个方面的改进措施。

要规范招标投标活动,就有必要系统地普及有关招标投标的法律知识,培训合格的合同管理、招标投标方面的执行和管理人才。本书就是为了普及与培训两个目的而编写的。

“按照深化投资体制改革的要求,逐步探索通过招标投标引入竞争机制,改进项目的建设和管理。对经营性的、有合理回报和一定投资回收能力的公益事业、公共基础设施项目建设,以及具有垄断性的项目,可逐步推行项目法人招标制,进一步探索采用招标等竞争性方式选择工程咨询、招标代理等投资服务中介机构的做法。对政府投资的公益项目,可以通过招标选择项目管理单位对项目建设进行专业化管理。”(摘自《关于进一步规范招标投标活动的若干意见》)。在我国目前,招标投标活动的重点还是着重于关注工程建设中的施工承包、施工监理的招标投标。

本书的内容只涉及建设工程项目的招标投标,不涉及政府采购招标投标、药品采购招标投标、科研课题招标投标等;在工程建设的招标投标中又只着重于公路工程的施工招标投标,兼顾其他行业,兼顾工程建设中的咨询(含设计、监理)。

在我国加入WTO以后,应当提倡在招标投标活动中招标、投标、中介各方都应当而且也只应当享受国民待遇,也就是说大家都应当按照已经正式公布的法

律、法规行事。为此本书在内容的选材上注重:①严格来自中国的现行法律、法规,和来自世界银行公布的各种指南;②已经公开发行的招标文件范本。但必须说明,通过本人的转述以后,确实可以起到将内容加以系统化和帮助读者理解的作用;但另一方面,转述后的文字,也只能是代表本人对法律、法规的理解,必然会受到个人的水平和阅历的限制。为此,希望读者在阅读本书时,一定要对照书末附录一中附上的《招标投标法》及与之相关联的法规。

本人也在书中的某些个别地方对某些规章、范本的某些规定,或以夹述夹议的方式或以加注注释的方式表示了个人的意见,这些表示个人意见的文字应该是不难分辨的,我想我在行文中是注意到不要与法规、规章、范本的规定混淆的;但读者应当注意,在实际工作中,必须遵照法律、法规、规章执行;我的个人意见对读者理解法规、规章应当是必要的、有帮助的,我想有关的主管部门今后修改这些规章时也是可以参考的。但必须强调我的个人意见,在未经有法律效力的文件采纳前,是不能执行的。

本书是按照招标投标的“法定程序”,从总采公告(招标公告)一直到合同的签署,以及签署后的合同效力的顺序先后,作为章节编排顺序来叙述的,没有采取国内、国际规定分开叙述的方式。这样,使脉络更加清晰,更便于招标投标的实际操作,也可以缩小篇幅,避免过多的重复。

本书是以三个文件(招标文件、投标文件、合同文件)为线索,将内容贯穿起来的,对三个文件中涉及到的名词、概念均尽可能地给出解释。凡国内的规定与国际的规定(主要是世界银行的规定)一致的,书中一律不再加以说明,凡两者规定不一致的,则同时指出其分别是怎样规定的,读者可以依据自己项目的资金来源,采用什么范本就取用谁的规定。

感谢邵慧根高级工程师在编写的过程中,为本书提供收集资料、校勘文字等所给予的帮助。

黄景瑗

2005年3月11日

代 序

国务院办公厅

关于进一步规范招标投标活动的若干意见

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

2000年1月《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）实施以来，我国招标投标市场发展总体是好的，招标投标活动日趋普及，招标投标领域不断扩大，已经成为经济生活的重要内容。但是，招标投标活动中仍然存在一些不容忽视的问题，妨碍了《招标投标法》的实施，扰乱了市场经济秩序，滋生了腐败现象。为深入贯彻党的十六届三中全会精神，整顿和规范市场经济秩序，创造公开、公平、公正的市场经济环境，推动反腐败工作的深入开展，必须加强和改进招标投标行政监督，进一步规范招标投标活动。经国务院同意，现就有关工作提出以下意见：

一、充分认识进一步规范招标投标活动的重要意义

进一步规范招标投标活动，是完善社会主义市场经济体制的重要措施。当前，招标投标活动中存在着严重问题，一些部门和地方违反《招标投标法》，实行行业垄断、地区封锁；少数项目业主逃避招标、虚假招标，不按照法定程序开标、评标和定标；有的投标人串通投标，以弄虚作假和其他不正当手段骗取中标，在中标后擅自转包和违法分包；有关行政监督部门对违法行为查处不力；工程建设招标投标活动中存在行贿受贿、贪污腐败现象，一些政府部门和领导干部直接介入或非法干预招标投标活动。这些问题需要通过健全制度、完善机制、强化监督、规范行为来切实加以解决。

进一步规范招标投标活动，是维护公平竞争的市场经济秩序、促进全国统一市场形成的内在要求。规范的招标投标活动有利于鼓励竞争，打破地区封锁和行业保护，促进生产要素在不同地区、部门、企业之间自由流动和组合，为招标人选择符合要求的供货商、承包商和服务商提供机会。

进一步规范招标投标活动，是深化投资体制改革、提高国有资产使用效益的有效手段。在政府投资领域引入竞争机制，严格执行招标投标制度，有助于提高投资决策的科学化和民主化水平，促使企业增强市场意识，改善经营管理，这对于保障国有资金有效使用、提高投资效益具有重要意义。

进一步规范招标投标活动,是加强工程质量管理、预防和遏制腐败的重要环节。工程质量是百年大计,直接关系到建设项目的成败和广大人民群众的生命、财产安全。我国这些年来发生的重大工程质量事故和重大腐败案件,大多与招标投标制度执行不力、搞内幕交易、虚假招标有关。认真贯彻《招标投标法》,严格规范招标投标程序,将招标投标活动的各个环节置于公开透明的环境,能够有效地约束招标投标当事人的行为,从源头上预防和治理腐败,保证项目建设质量。

二、打破行业垄断和地区封锁,促进全国市场统一

招标投标制度必须保持统一和协调。各地区、各部门要加快招标投标规章和规范性文件的清理工作,修改或废止与《招标投标法》和《行政许可法》相抵触的规定和要求,并向社会公布。坚决纠正行业垄断和地区封锁行为,不得制定限制性条件阻碍或者排斥其他地区、其他系统投标人进入本地区、本系统市场;取消非法的投标许可、资质验证、注册登记等手续;禁止以获得本地区、本系统奖项等歧视性要求作为评标加分条件或者中标条件;不得要挟、暗示投标人在中标后分包部分工程给本地区、本系统的承包商、供货商。鼓励推行合理低价中标和无标底招标。

三、实行公告制度,提高招标投标活动透明度

为保证投标人及时、便捷地获取招标信息,依法必须招标的工程建设项目招标公告,必须严格按照《招标投标法》规定在国家或省、自治区、直辖市人民政府指定的媒介发布,在招标人自愿的前提下,可以同时在其他媒介发布。任何单位和个人不得违法指定或者限制招标公告的发布地点和发布范围。除国家另有规定外,在指定媒介发布依法必须招标项目的招标公告,不得收取费用。对非法干预招标公告发布活动的,依法追究领导和直接责任人责任。

加快招标投标信息公开的步伐,提高政府监管和公共服务能力。要公布招标事项核准、招标公告、中标候选人、中标结果、招标代理机构代理活动等信息,及时公告对违规招标投标行为的处理结果、招标投标活动当事人不良行为记录等相关信息,以利于社会监督。

四、完善专家评审制度,提高评标活动公正性

加强对评标专家和评标活动的管理和监督,保证招标投标活动的客观公正。为切实保证评标专家独立、公正地履行职责,要逐步对现有分散的部门专家库进行整合,吸纳一定比例的跨部门、跨地区的专家组建评标专家库,专家的抽取和管理按照《招标投标法》执行。

建立健全评标专家管理制度,严格评标专家资格认定,加强对评标专家的培训、考核、评价和档案管理,根据实际需要和专家考核情况及时对评标专家进行更换或者补充,实行评标专家的动态管理。严格执行回避制度,项目主管部门和行政监督部门的工作人员,不得作为专家和评标委员会成员参与评标。严明评标纪律,对评标专家在评标活动中的违法、违规行为,要严肃查处,视情节依法给予警告、没收收受的财物、罚款等处罚;情节严重的,取消其评标委员会成员资格,并不得参加任何依法必须进行招标项目的评标;同时建议主管单位给予相应的政纪处分,构成犯罪的,要依法追究刑事责任。

五、规范代理行为,建立招标投标行业自律机制

依法整顿和规范招标代理活动。招标代理机构必须与行政主管部门脱钩,并不得存在任何隶属关系或者其他利益关系。凡违反《招标投标法》和《行政许可法》规定设立和认定招标代理机构资格的行为,一律无效。建立健全招标代理市场准入和退出制度。招标代理机构应当依法经营、平等竞争,对严重违法、违规的招标代理机构,要取消招标代理资格。招标代理机构可以依法跨区域开展业务,任何地方和部门均不得以登记备案等方式变相加以限制。

建立和完善招标投标行业自律机制,推动组建跨行业、跨地区的招标投标协会。由协会制

定行业技术规范和行为准则，通过行业自律，维护招投标活动的秩序。

六、积极引入竞争，进一步拓宽招投标领域

按照深化投资体制改革的要求，逐步探索通过招投标引入竞争机制，改进项目的建设和管理。对经营性的、有合理回报和一定投资回收能力的公益事业、公共基础设施项目建设，以及具有垄断性的项目，可逐步推行项目法人招标制。进一步探索采用招标等竞争性方式选择工程咨询、招标代理等投资服务中介机构的办法。对政府投资的公益项目，可以通过招标选择项目管理单位对项目建设进行专业化管理。

大力推行和规范政府采购、科研课题、特许经营权、土地使用权出让、药品采购、物业管理等领域的招投标活动。

七、依法实施管理，完善招投标行政监督机制

有关行政监督部门应当严格按照《招标投标法》和国务院规定的职责分工，各司其职，密切配合，加强管理，改进招投标行政监督工作。

发展改革委要加强对招投标工作的指导和协调，加强对重大建设项目建设过程中工程招投标的监督检查和工业项目招投标活动的监督执法。水利、交通、铁道、民航、信息产业、建设、商务部门，应当依照有关法律、法规，加强对相关领域招投标过程中泄露保密资料、泄露标底、串通招标、串通投标、歧视和排斥投标等违法活动的监督执法。加大对转包、违法分包行为的查处力度，对将中标项目全部转让、分别转让，或者违法将中标项目的部分主体、关键性工作层层分包，以及挂靠有资质或高资质单位并以其名义投标，或者从其他单位租借资质证书等行为，有关行政监督部门必须依法给予罚款、没收违法所得、责令停业整顿等处罚，情节严重的，由工商行政管理机关吊销其营业执照。同时，对接受转包、违法分包的单位，要及时清退。

有关行政监督部门不得违反法律、法规设立审批、核准、登记等涉及招投标的行政许可事项，已经设定的一律予以取消。加快职能转变，改变重事前审批、轻事后监管的倾向，加强对招投标全过程的监督执法。项目审批部门对不依照核准事项进行招标的行为，要及时依法实施处罚。建立和完善公正、高效的招投标投诉处理机制，及时受理投诉并查处违法行为。任何政府部门和个人，特别是各级领导干部，不得以权谋私，采取暗示、授意、打招呼、递条子、指定、强令等方式，干预和插手具体的招投标活动。各级行政监察部门要加强对招投标执法活动的监督，严厉查处招投标活动中的腐败和不正之风。地方各级人民政府应当依据《行政许可法》的要求，规范招投标行政监督部门的工作，加强招投标监督管理队伍建设，提高依法行政水平。

各省、自治区、直辖市人民政府和国务院各有关部门要加强对招投标工作的领导，及时总结经验，不断完善政策，协调、处理好招投标工作中的新矛盾、新问题。

中华人民共和国国务院办公厅
二〇〇四年七月十二日

目 录

CONTENTS

第一章 有关的法律基础知识	1
第一节 经济法律关系的三要素	1
第二节 合同的法律定义	2
一、《合同法》给合同一词所下的定义	2
二、合同的主体	3
三、合同的客体	6
四、《合同法》的基本原则	6
第三节 合同订立中的要约和承诺	8
第四节 工程建设合同的含义、施工承包合同的特点	9
一、工程建设合同的含义	9
二、施工承包合同的特点	10
第二章 招标投标概念与关联的法规、规章	16
第一节 工程建设项目招标投标的基本概念	16
第二节 招标投标的法律特征	16
第三节 《招标投标法》所规定的招投标方式	17
一、公开招标	17
二、邀请招标	18
第四节 工程建设项目招标范围和规模标准	18
一、必须进行招标的工程建设项目(《招标投标法》第三条)	18
二、经批准后可以邀请招标的项目	19
三、经批准后可以不进行招标的项目	20
第五节 世界银行《采购指南》所规定的采购方式	20
第六节 《招标投标法》的基本原则	22
第七节 工程建设项目招标投标程序及其流程框图	23
第八节 与《招标投标法》相关联的法规、规章	25
第三章 施工承包合同的招标人及招标文件的编制	26
第一节 合同示范文本、招标文件范本在法律上的地位	26
第二节 招标人、招标代理	27

一、招标人	27
二、招标代理	29
第三节 我国国内几个行业的招标文件范本	30
一、公路工程国内招标文件范本	30
二、内河航运建设土建工程招标文件范本	30
三、世界银行项目的各种招标文件范本	30
第四节 分标打捆	31
第五节 招标文件的组成及其解释顺序、招标文件的审批	33
一、招标文件的组成及其解释顺序	33
二、招标文件范本中的各主要组成文件的作用	34
三、招标文件中各文件的分类	38
四、使用各种招标文件范本的重要性和优越性	39
第六节 资格审查	40
一、综述	40
二、资格预审	40
三、资格后审	46
第七节 发售招标文件、参考资料	46
一、发售招标文件	46
二、发售参考资料	46
第八节 招标禁则	47
第四章 施工承包合同的投标人与投标文件	48
第一节 投标人	48
第二节 国际惯例对以联营体联合投标的规则	50
第三节 投标文件的组成及其解释顺序	50
第四节 《投标人须知》中关于编制投标文件的一些规定	51
第五节 投标文件的合成、密封与递交(含开标一览表)	68
第六节 投标禁则	69
第五章 投标人编制施工投标文件的工作要点	70
第一节 投标人进行投标工作的特点	70
一、特点	70
二、投标人的投标工作的参考程序	71
第二节 投标人在投标前的准备工作	71
一、投标人获得投标信息的途径	71
二、重视投标班子的搭建	72
第三节 在获取到招标信息之后、购买招标文件之前的合同接触与决策	72
一、采用合适的调查手段从而尽量透彻地了解招标项目的情况	73
二、投标人向业主调研和宣传自己	74
三、决定是否聘请投标代理	75
第四节 购买了招标文件之后、递交投标文件之前的合同接触与决策	75
一、研究招标文件	75

二、准备迎接业主对投标人的考察	80
三、做好现场勘察的准备	81
四、购买了招标文件以后需要决策或办理的几个问题	82
第五节 投标报价的编制	82
一、概述	82
二、投标报价参考的工作程序	84
三、投标文件的编写、合成	84
四、投标报价中单价的构成	86
五、单价分析	88
六、采用不平衡报价技巧	88
七、关于报价的合理性与竞争性分析	90
八、投标报价的宏观审查	91
九、根据评标办法确定投标报价的策略	92
第六章 公开开标	93
一、基本规定	93
二、具体规定	93
第七章 评标委员会与评标规则	97
第一节 评标	97
第二节 评标委员会	97
一、评标委员会的组建	97
二、评标委员会成员的职责	98
三、评标专家库管理	98
第三节 评标规则	100
第四节 确定中标人、签发中标通知书	112
一、确定中标人	112
二、中标通知书	112
三、合同文件的组成及其解释顺序	113
四、合同签署、履约保证金保函与合同生效	113
第五节 施工招标的中标禁则	114
第八章 合同效力与合同违约处理办法	115
第一节 合同的成立与生效	115
第二节 合同效力	116
第三节 合同的“鉴证”与“公证”	117
第四节 三种不同类型的合同违约及其承担违约责任的方式	118
第五节 处理施工承包合同违约的补充规定	122
第九章 其他工程建设项目的招标	125
第一节 国内有关行业的招投标规章	125
一、通讯建设项目招标投标管理暂行规定(摘要)	125
二、机电产品国际招标投标实施办法(摘要)	126
三、外国政府贷款项目采购公司招标办法(摘要)	128



四、国家科研计划课题招标投标管理暂行办法(摘要)	130
五、房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法(摘要)	134
六、水利工程项目招标投标管理规定(摘要)	138
七、铁路建设工程招标投标实施办法(摘要)	143
第二节 世界银行项目中的几种其他招标	149
一、货物采购国际竞争性招标	150
二、货物采购国内竞争性招标	159
三、世界银行项目的咨询服务合同	161
第十章 监督、投诉、法律责任	166
第一节 招标投标活动的行政监督	166
第二节 投诉	167
第三节 违反《招标投标法》的法律责任	169
一、招标人违反《招标投标法》的法律责任	169
二、招标代理机构违反《招标投标法》的法律责任	169
三、投标人违反《招标投标法》的法律责任	170
四、评标委员会成员收受投标人财物或者其他好处的法律责任	170
五、中标人违反《招标投标法》的法律责任	170
六、恶意串通的法律责任	170
七、利用职权干预招标的法律责任	171
八、行政监督机构工作人员的法律责任	171
九、其他	171
附录一 《招标投标法》及关联法规	172
附录 1-1 招标投标法	172
附录 1-2 关于国务院有关部门实施招标投标活动 行政监督的职责分工意见	178
附录 1-3 工程建设项目招标范围和规模标准规定	179
附录 1-4 评标委员会和评标方法暂行规定	181
附录 1-5 评标专家和评标专家库管理暂行办法	187
附录 1-6 工程建设项目施工招标投标办法	189
附录 1-7 工程建设项目招标投标活动投诉处理办法	201
附录 1-8 招标投标公证程序细则	204
附录 1-9 工程建设项目勘察设计招标投标办法	205
附录 1-10 工程建设项目货物招标投标办法	212
附录二 招投标文件的应用格式	222
附录 2-1 资格预审公告格式	222
附录 2-2 招标邀请书格式(适用于《公路工程国内招标文件范本》)	224
附录 2-3 招标邀请书(适用于世界银行项目)	224
附录 2-4 投标书的格式	225
附录 2-5 法人授权书的格式	228
附录 2-6 投标担保格式	228

附录 2-7 项目经理(FIDIC 条款称承包人代表)委任书的格式 230

附录 2-8 工程量清单及其格式 230

附录 2-9 投标书附表格式 236

附录 2-10 合同协议书格式 240

附录 2-11 履约担保格式 242

附录 2-12 施工组织设计建议书格式 243

附录 2-13 资格审查资料应包括的内容 244



第一章 有关的法律基础知识

第一节 经济法律关系的三要素

经济法律关系是发生在特定的主体之间的、经过相关的“经济法”调整以后所形成的商品经济关系在法律上的体现。“经济法”是在经济运行中用以调整和规范所发生的经济关系的法律、法规的总称。它是由包括经济管理关系的法律法规、市场运行关系的法律法规、涉及经济组织方面的法律法规、涉外经济方面的法律法规等一系列的经济法律和法规所构成的一整套的法律群体。目前:

(1) 涉及经济管理方面的法律、法规有《计划法》、《预算法》、《税法》、《自然资源法》、《环境保护法》、《能源法》、《土地法》、《投资法》、《价格法》、《审计法》、《海商法》、《会计法》、《农业法》等。

(2) 涉及市场运行关系的法律、法规有《合同法》、《招标投标法》、《商标法》、《专利法》、《广告法》、《证券法》、《消费者权益保护法》、《反不正当竞争法》等。

(3) 涉及经济组织方面的法律、法规有《公司法》、《破产法》等。

(4) 涉及涉外经济方面的法律、法规有《对外贸易法》、《中外合资经营法》、《中外合作经营法》、《外资企业法》以及我国认可的国际公约、条约、协定等。

经济法律关系是由主体、客体和内容三种要素构成的。

1. 主体

经济法律关系的主体又称之为“权益主体”,它所指的是经济法律关系的当事人,是经济权利的享受者,也是经济义务的承担者,是经济法律关系中最积极的因素。

当泛指一切经济法律关系时,经济法律关系的主体包含有:

(1) 国家机关 含国家权力机关和国家行政机关。国家机关作为经济法律关系的主体资格,直接来自宪法和有关的组织法。

①国家权力机关指全国人大、地方人大、中央及地方政府。

②国家行政机关指中央的各部、委、办、局、各省、自治区、直辖市的厅、局等。

在不同的经济法律的领域里,国家机关的主体地位是不完全一样的。

例如,国家行政机关是行使国家行政权力的组织,是管理和调控国民经济活动的专门机关,在国民经济活动中的许多情形下,它是以国家的名义行使经济管理权的。此时,它与经济组织、其他社会组织、个体工商户、农村经营户、公民等主体的关系是领导与被领导、管理与被管理之间的非平等主体之间的行政关系。

在市场经济的运行中,如政府机关购买办公用品或生活用品时,则是以社会团体名义从事

的民事法律关系,它这时与其他主体之间的法律关系是法律地位完全平等的合同关系。

(2)经济组织 指从事生产经营活动的或服务活动的经济实体,它包括企业法人和其他经济实体两种。

①企业法人是指具备法人条件、享有法人资格的企业。

②其他经济实体则是指不具备法人条件、不享有法人资格的团体。

经济组织作为经济法律关系的主体,它一方面要以赢利为目的,与别的经济组织、自然人、其他社会组织之间签订基于民事法律关系的“合同”,进行生产经营活动,建立民事的合同关系;另一方面,在生产经营活动中又要与国家机关形成管理与被管理、领导与被领导的行政法基础上的经济法律关系。

(3)其他社会组织 是指以从事文化教育、医疗卫生等公益性专业活动为目的的组织。这些组织为了实现自身的社会职能,也必须参与一系列的经济活动,例如物资采购、基本建设等事宜,而成为了经济法律关系的主体。

2. 客体

经济法律关系中的客体又称之为“标的”,是指经济法律关系主体所确立的权利、义务所指向的“事”或“物”,包括有形财物(如货物、商品等)、经济行为(如招标代理、施工监理、信托等)、智力成果(如设计、科研、著作、发明等),也就是交易中一方要卖的而同时又是对方要买的同一事物。

3. 内容

指经济法律关系中的主体各方所确立的权利与义务。

当事人的权利、义务是相互联系、相互依存、相互制约、相互对应、同时并存的,权利是一种资格;义务是一种必须自觉履行的责任。这种资格与责任,必须由经济法律关系主体各方在协议中加以明确;按照协议的约定,义务主体一方用一定的行为实现权利主体一方的经济利益和要求。在协议中规定某种权力归谁所有,谁就是这项经济权利的权利主体(债权人),相对而言,另一方就成为了义务主体(债务人),协议双方各自有各自的权利也各自有各自的义务。往往这一方的权力就是另一方的义务。所谓资格就是指如果义务主体不履行或者不全面履行时,享有权利的一方有权请求有关的司法机关强制执行的资格。

第二节 合同的法律定义

一、《合同法》给合同一词所下的定义

《合同法》给合同一词所下的定义是:“平等主体自然人、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”。

合同具有以下四个法律特征。

1. 具有民事法律约束力的特征

签订合同是民事主体在自愿的意思表示基础之上,按照法律的规定所实施的、能够引起民事法律关系产生、变更和终止的合法民事行为。合同虽然不是法律,但它是具有约束力的法律文件。签订和履行合同是建立在自愿约定基础上的、在债权债务范围内的民事法律行为。

2. 具有设立民事权利、义务的特征

当事人订立合同的目的是为设立、变更、终止民事权利关系的。设立——形成某种民事法

律关系,从而使当事人享有权利、履行义务;变更——当事人在保持原有的合同的基础之上,通过订立补充合同使合同内容发生变化;终止——当事人通过补充合同使原来的合同关系解除。

3. 是两个以上的意思表示达成的合意

合同必须是两个以上的意思表示达成“合意”的结果。即:①合同必须至少有处于彼此利害相反的双方当事人;②合同当事人必须相互作出意思表示,前一个意思表示称之为“要约”,后一个意思表示称之为“承诺”;③双方的意思表示必须达成一致,即达成了一致就形成了协议。

4. 合同双方当事人法律地位一律平等

由于合同是双方当事人意思表示一致的产物,因此,当事人必须是在平等、自愿的基础上进行的协商,才能够使意思表示达成一致,如果不存在平等、自愿,就不可能有真正的“合意”。

即使在民事关系中,对于婚姻、收养、监护等有关身份关系等,虽然也采用协议的形式,但是它不是放在债权、债务关系中规定的,所以也不在《合同法》所定义的范围之内,不使用《合同法》所定义的范围,这类民事协议应使用其他法律的规定。

《合同法》所指的合同是私法合同,是“民商法”的一个组成部分,是建立在民事原则基础之上的,属于民法的范畴,不涉及到基于行政法关系所签订的公法合同。在有政府参加的合同中,凡属于行政管理方面的协议,如综合治理、计划生育、环境保护、财政拨款、征购、征用等,属于行政管理关系,是行政法合同的范围,不适用《合同法》所定义的“合同”。凡是政府依法维护经济秩序的管理活动,都属于管理与被管理、领导与被领导的关系,也都不适用于《合同法》所定义的范围。

当政府机关是作为平等主体与对方签订合同(如购买办公用品、生活用品)时,则属于民事的合同关系。国家为了保证国防重点建设,以及保证国家战略物资储备等的需要而下达的指令性计划或国家定货任务时,应依照有关的法律和行政法规签订行政性合同。

在本书中,合同一词前后有两种含义,当所叙述的内容引用于《合同法》时,合同一词的涵义是按以上定义所规定的;当在叙述施工合同条件或引自《FIDIC 合同条件》时,则其含义是按《FIDIC 合同条件》所定义的,指“构成施工承包合同的具体合同文件(Contract Document),即是指全部合同文件内容,或指其中的任何子文件(Files)”。

凡是当事人负有的尚未完成的合同义务都可以看成是“债”。因此“债”是指“特定的当事人”之间请求对方必须自觉履行的“特定法律责任”的行为。享有权利的一方称之为“债权人”,负有义务的一方称之为“债务人”。由合同所确定的债权、债务受到法律的保护。

二、合同的主体

合同是民事行为,所强调的是当事人的法律地位一律平等。显然,在经济法律关系中,国家机关所参与的管理与领导的经济活动,不属于民事活动,因此国家机关不能以国家机关的名义成为民事合同的主体。

根据民事合同的定义,在我国只有自然人、法人、其他组织才能够成为合同的主体。

(一) 自然人

应注意它与公民一词的区别。

①自然人是不强调当事人的国籍的,也就是意味着,不仅具有中国国籍的公民可以在我国签订合同,外国人乃至无国籍的自然人都是可以在中国与别人签订合同成为合同当事人的。

②不像公民那样强调他与国家之间存在的义务(公民是要对国家履行义务的),反映自然人与任何他人(包括法人、其他组织,甚至于国家)的法律地位是一律平等的。

(二)法人

法人是指被法律赋予人格化了的社会组织,《民法通则》第三十六条给法人定义为:“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承担民事义务的组织。”《民法通则》第三十七条规定法人应具备下列条件:

- 第一,依法成立;
- 第二,有必要的财产和经费;
- 第三,有自己的名称、组织机构和办事场所;
- 第四,能够独立承担民事责任。

1. 法定代表人

《民法通则》第三十八条规定:“依照法律或者法人组织章程规定,代表法人行使职权的负责人是法定代表人(简称法人代表)”。只有法人代表才能代表法人进行生产经营活动、参与招标投标、签订经济合同。法人代表的这种权力受到法律的保护,其他人未经法人代表的授权,是不能代表法人进行生产经营活动的。

2. 代理与代理制度

(1)代理的定义

《民法通则》第六十三条规定:“公民可以通过代理人实施民事法律行为”。“代理人在代理权限范围内,以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为承担民事责任”。但同时规定:“依照法律规定或者按照约定,凡属应当由当事人本人实施的民事法律行为,不得代理”。

(2)代理的种类

代理包括委托代理、法定代理、指定代理。合同管理中出现的代理多数为委托代理。

①委托代理

法人代表可以委托其他人(或组织)代为实施民事法律事务,这种代为处理事务的行为可表述为:“委托代理人以被代理人的名义,在被代理人的授权范围内,同第三人所做的意思表示或接受第三人的意思表示,且其法律后果直接归属于被代理人的法律行为”。它是按照被代理人的委托而发生的代理关系。

招标单位委托招标公司代为招标,业主与监理工程师签订委托监理合同委托监理工程师代为管理施工承包合同等都属于委托代理行为。

②法定代理

法定代理人是法律给无民事行为能力人或限制民事行为能力人设立的代理关系。凡是无民事行为能力人(或限制民事行为能力人)的监护人即是该“无民事行为能力人”或“限制民事行为能力人”的法定代理人。

③指定代理

指定代理是在司法诉讼的过程中产生的,如果诉讼当事人自己不聘请律师,由法院为当事人指定诉讼律师,为诉讼当事人提供诉讼代理服务的,即为指定代理行为。指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定才能行使代理权。

3. 委托代理有效的要件和无权代理

(1)《民法通则》第六十五条规定:“民事法律行为的委托代理,可以用书面形式,也可以用