

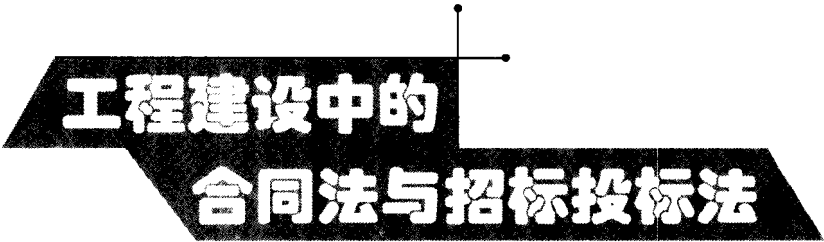
工程建设中的 合同法与招标投标法

GONGCHENG JIANSHEZHONG DE
HETONGFA YU ZHAOBIAO TOUBIAOFA

何红锋 著



中国计划出版社



工程建设中的 合同法与招标投标法

何红锋 著

中国计划出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

工程建设中的合同法与招标投标法/何红锋著. —北京: 中国计划出版社, 2002. 6
ISBN 7-80177-078-1

I. 工… II. 何… III. ①基本建设项目—经济合同—合同法—中国②基本建设项目—
招标—经济法—法规—中国③基本建设项目—投标—经济法—法规—中国
IV. ①D923.6②D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 027279 号

工程建设中的合同法与招标投标法

何红锋 著

☆

中国计划出版社出版

(地址: 北京市西城区木樨地北里甲 11 号国宏大厦 C 座 4 层)

(邮政编码: 100038 电话: 63906413 63906414)

新华书店北京发行所发行

三河富华印刷包装有限公司印刷

787 × 1092 毫米 1/16 15.75 印张 390 千字

2002 年 6 月第一版 2002 年 6 月第一次印刷

印数 1—4000 册

☆

ISBN 7-80177-078-1/TU · 047

定价: 25.00 元

序

工程建设事关国计民生，既与国家的经济建设直接相关，又与公民的工作、生活息息相关。因此，我国一直十分重视建设工程相关法律制度的健全完善。在建立健全社会主义市场经济中，继《中华人民共和国建筑法》后，《中华人民共和国合同法》与《中华人民共和国招标投标法》对建筑市场的发育完善有着重要的意义。在我国加入 WTO 后，市场化的程度将不断提高，这两部法律将进一步发挥重要作用。

在市场经济中，财产的流转主要依靠合同。特别是工程项目，标的大、履行时间长、协调关系多，合同尤为重要。因此，建筑市场中的各方主体，包括建设单位、勘察设计单位、施工单位、咨询单位、监理单位、材料设备供应单位等都要依靠合同确立相互之间的关系。在市场经济条件下，工程建设的应当严格按照法律和合同进行。推行建设领域的合同管理制，有关部门做了大量的工作，从立法到实际操作都在不断的完善之中。1981 年颁布的《经济合同法》就将建设工程承包合同列为独立的一类合同，1983 年国务院又分别发布了《建设工程勘察设计合同条例》和《建筑安装工程承包合同条例》，1993 年建设部发布了《建设工程施工合同管理办法》，1996 年建设部和国家工商行政管理局发布了《建设工程勘察设计合同管理办法》。特别是 1999 年 10 月 1 日实施《合同法》后，建设部又及时与国家工商行政管理局联合颁布了《建设工程施工合同（示范文本）》、《建设工程勘察合同（示范文本）》、《建设工程设计合同（示范文本）》、《建设工程委托监理合同（示范文本）》，对完善建设工程合同管理制度起到了极大的推动作用。但是，有关单位及其人员的合同意识尚有待提高，违反《合同法》的情况也常有发生。其中既有勘察、设计、施工单位转包、违法分包和不认真执行工程建设强制性标准、偷工减料、忽视工程质量的问题，也有监理单位监理不到位的问题，还有建设单位不认真履行合同、特别是拖欠工程款的问题。另外，建设工程合同的某些理论问题也需要进一步研究，如合同的担保（《合同法》第 286 条的规定引发的争论，承包人的权利难以兑现）。因此，从事工程建设的同志仍需进一步学习和研究《合同法》。

招标投标是市场经济中的竞争性交易方式，随着建筑市场的日趋完善，应该招标投标的工程应通过招标投标方式确定承包人。招标投标能够体现建筑市场交易中的公平、公开、公正，也有助于提高工程建设的质量、控制工程造价。党的十一届三中全会之后，我国的建筑施工企业最先参与国际市场竞争，以投标方式在中东、亚洲、非洲和港澳地区开展国际承包工程业务。1980 年 10 月，国务院颁布了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，指出“对一些适宜于承包的生产建设项目和经营项目，可以试行招标、投标的办法。”自此之后，招标活动在我国境内得到了重视。建设领域是我国较早推行招标投标制的领域，也是招标投标推行的比较好的领域。1984 年 11 月 20 日国家计委、建设部发布《建设工程招标投标暂行规定》，提出改变行政手段分配建设任务，实行招标投标，大力推行工程招标投标制，招标投标得到了广泛的推广。从 1992 年建设部第 23 号令《工程

建设施工招标投标管理办法》的发布到1998年正式施行《建筑法》，从部分省、自治区、直辖市的《建筑市场管理条例》、《工程建设招标投标管理条例》到许多地方政府制定的有关办法，都对规范建设工程招标投标行为起到极大的推动作用。2000年1月1日，《招标投标法》正式施行，招标投标进入了一个新的发展阶段。《招标投标法》颁布后，有关部委又相继出台了与之配套的部门规章，招标投标的法制不断完善。建设工程交易中心的健全和完善，也将对规范建筑市场和招标投标活动起到重要作用。当然，《招标投标法》的有些内容也待进一步完善。

何红锋同志长期从事建设工程招标投标和合同管理的教学与研究，作为兼职律师和仲裁员，也接触和处理过大量的建设工程合同与招标投标的纠纷。本书是他多年教学与研究的成果，在理论上作了有益的探讨。该书能够结合工程建设中的实际问题进行研究与讨论，有助于从事工程建设的同志对《合同法》和《招标投标法》的理解与掌握，也可供从事相关内容教学与研究人员参考。

朱中一（原建设部法规司巡视员兼副司长，
现任建设部办公厅巡视员兼副主任）

目 录

序

第一章 概述	(1)
第一节 建设工程承发包与我国建筑市场的发展	(1)
第二节 建设法律关系	(3)
第三节 工程项目建设程序	(5)
第四节 工程建设中的基本法律制度	(8)
第五节 工程建设重要相关法律	(16)
第六节 健全建设工程合同管理与招标投标制度	(23)
第二章 合同法原理	(27)
第一节 合同法概述	(27)
第二节 合同的订立和效力	(29)
第三节 合同的履行、变更和转让	(39)
第四节 合同的终止	(43)
第五节 合同的担保	(45)
第六节 违约责任	(50)
第三章 招标投标法概论	(54)
第一节 招标投标的概念、产生与发展	(54)
第二节 招标投标法概述	(65)
第三节 招标投标的性质	(69)
第四章 建设项目招标	(73)
第一节 概述	(73)
第二节 招标方式	(76)
第三节 建设项目招标程序	(80)
第四节 建设工程开标、评标和中标	(86)
第五节 世界银行贷款项目采购程序	(97)
第五章 建设项目投标	(109)
第一节 投标前的准备	(109)
第二节 编制和送达投标文件	(117)
第三节 联合体共同投标	(120)

第四节	建设项目投标人的担保	(120)
第六章	建设工程合同总论	(124)
第一节	概述	(124)
第二节	建设工程勘察、设计合同	(126)
第三节	建设工程监理合同	(131)
第四节	建设工程涉及的其他合同	(136)
第七章	建设工程施工合同	(145)
第一节	概述	(145)
第二节	施工合同双方的一般权利和义务	(148)
第三节	施工合同的质量控制条款	(151)
第四节	施工合同的投资控制条款	(159)
第五节	施工合同的进度控制条款	(170)
第六节	施工合同的管理	(174)
第八章	FIDIC 施工合同条件	(183)
第一节	FIDIC 施工合同条件简介	(183)
第二节	FIDIC 合同条件的权利义务条款	(187)
第三节	FIDIC 合同条件中涉及费用管理的条款	(192)
第四节	FIDIC 合同条件中涉及进度控制的条款	(197)
第五节	FIDIC 合同条件中涉及质量控制的条款	(201)
第六节	FIDIC 合同条件中涉及法规性的条款	(205)
附录一	中华人民共和国合同法	(210)
附录二	中华人民共和国招标投标法	(224)
附录三	招标公告发布暂行办法	(232)
附录四	工程建设项目招标范围和规模标准规定	(234)
附录五	工程建设项目自行招标试行办法	(236)
附录六	评标委员会和评标方法暂行规定	(238)
	主要参考文献	(244)

第一章 | 概 述

第一节 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经历了数次演变，我们将其分为改革开放前后两个阶段进行介绍。

（一）改革开放以前我国建设项目管理体制的演变

改革开放以前，我国建设项目管理体制曾有三较大变化：

1949～1952年，即国民经济恢复时期。这一阶段建设体制主要采用“建设单位自营制”，即修复和建设工程均由建设单位自行设计、自行组织队伍施工。这种短平快的方式适应了当时百废待兴的生产力状况，但在管理上产生了许多问题。

1953～1957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、块分立局面基本形成（条指国务院工业部系统，块指地方政府系统）。许多项目推行了“甲、乙方承发包制”。甲方指项目建设单位，乙方指施工企业，也有人将设计院称为丙方。但这种承包制也还是指派方式，未实行招投标。

1958～70年代末。这一时期，左倾思潮占据上风，在经济指导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的整顿，但就整个时期而言，许多项目违背客观规律，大搞“三边”（边勘察、边设计、边施工）工程。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，其结果是不但工期拖长、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标投标等方式发包，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，建立项目法人负责制，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办法》。1984年9月18日，国务院作出了《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又印发了《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

部发布了《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、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，双方当事人的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，能够严格地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市场的基本制度之一。

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

（一）概述

建筑市场管理是指各级人民政府建设行政主管部门、工商行政管理机关等有关部门，按照各自的职权，对从事各种房屋建筑、土木工程、设备安装、管线敷设等勘察设计、施工（含装饰装修）、建设监理，以及建筑构配件、非标准设备加工生产等发包和承包活动的监督、管理。

在建设领域，我国较早就引进了市场机制。但是，由于改革的不同步、不配套，在建筑市场的形成过程中产生了许多问题。首先是遇到了地方保护主义和部门保护主义带来的阻力，这种阻力是巨大的，使得跨地区、跨部门的承包十分困难；其次是乡镇建安企业利用投标之际，纷纷竞相压价，并出现了许多越级承包、无证经营的现象，使包袱沉重、机制不灵的国有大中型施工企业步履维艰；第三，由于压价现象，使所有企业都不约而同地、不同程度地偷工减料或转包；第四，工程招投标受到了部门或地方行政长官的“行政干预”，使竞争变成灰色的以至于出现明显的不公平竞争。自1986年起，国家对建筑市场进行了多次整顿。通过多年的整顿，各级建筑主管部门产生了一个共识：建筑市场的管理必须依法进行。

为加强建筑市场管理，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，1991年11月，建设部和国家工商行政管理局联合印发了《建筑市场管理规定》。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。

（二）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, 依法核发勘察设计单位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。

第二节 建设法律关系

一、建设法律关系的概念和特征

(一) 建设法律关系的概念

法律关系是一定的社会关系在相应的法律规范的调整下形成的权利义务关系。法律关系的实质是法律关系主体之间存在特定的权利义务关系。

建设法律关系是指由建设法律规范所确认的, 在工程建设和工程建设的不管理过程中所产生的权利、义务关系。

(二) 建设法律关系的特征

1. 综合性。在工程建设活动中, 应当适用的法律规范具有多样性, 因此产生的法律关系也是复杂的, 具有明显的综合性。建设行政主管部门在对建设活动进行管理时要产生建设行政法律关系, 如国家建设行政主管部门行使组织、管理、监督的职权, 就会产生建设行政法律关系, 这种法律关系是以建设行政主管部门行使国家行政管理权力、有关民事主体对指令的服从为特征。平等的民事主体在建设活动中会产生建设民事法律关系, 如建设单位和承包单位通过订立合同产生工程承包合同关系, 建设单位与建设材料和设备的供应商通过订立合同产生买卖合同关系等。在建设活动和建设的管理中如果触犯了刑律, 还会产生建设刑事法律关系。

2. 计划性。建设法律关系是以受国家计划制约的建设管理、建设过程中形成的权利和义务为内容的。国家制定的建设项目计划是指令性的, 是有关各方进行工程建设的基础。建设单位及承包单位都必须严格遵守国家的建设计划, 国家对一个建设项目从资金落实到勘察设汁、施工、安装等都有严格的计划管理。

二、建设法律关系的构成要素

建设法律关系是由建设法律关系主体、建设法律关系客体和建设法律关系内容三要素构成的。这三要素构成了建设法律关系, 缺少其中任何一个要素都不能构成建设法律关

系。

（一）建设法律关系主体

建设法律关系主体是参加建设活动或者建设管理活动，受有关法律法规规范和调整，享有相应权利、承担相应义务的当事人。建设法律关系主体包括国家机关、社会组织、公民个人。

1. 国家机关。能够成为建设法律关系主体的国家机关，包括国家权力机关和行政机关。国家机关一般是由于进行建设管理活动而成为建设法律关系主体的。对建设活动进行管理的主要是行政机关。作为建设法律关系主体的行政机关，则包括国家建设行政主管部门、国家计划主管部门、国家建设监督机关、国家各业务的主管部门等。国家权力机关则由于对国家建设计划和国家预决算进行审查和批准，制定和颁布建设法律法规，因而成为建设法律关系的主体。

2. 社会组织。国家的建设活动主要是由社会组织完成的，因而社会组织是最广泛、最主要的建设法律关系主体。参加建设法律关系的社会组织一般应当是法人，但有时非法人机构也可以成为建设法律关系的主体，如联合体投标。作为建设法律关系主体的社会组织包括建设单位、勘察设计单位、施工单位、监理单位等。

3. 公民。建设活动不仅包括社会组织的建设活动，也应包括公民个人的建设活动。公民个人的建设活动也应接受国家的管理，从而成为建设法律关系的主体。随着公民个人建设活动的增加，对公民个人的建设管理也将逐步完善。

（二）建设法律关系的客体

建设法律关系客体，是指参加建设法律关系的主体享有的权利和承担的义务所共同指向的对象。建设法律关系的客体主要包括物、行为、智力成果。

1. 物。法律意义上的物是指可为人们控制、并具有经济价值的生产资料和消费资料。如建筑材料、建筑设备、建筑物等都可能成为建设法律关系的客体。

2. 行为。法律意义上的行为是指人的有意识的活动。在建设法律关系中，行为多表现为完成一定的工作，如勘察设计、施工安装等，这些行为都可以成为建设法律关系的客体。

3. 智力成果。智力成果是通过人的智力活动所创造出的精神成果，包括知识产权、技术秘密及在特定情况下的公知技术。如专利权、工程设计等，都有可能成为建设法律关系的客体。

（三）建设法律关系的内容

建设法律关系的内容是指建设权利和建设义务。建设法律关系的内容是建设单位的具体要求，决定了建设法律关系的性质，它是连接主体的纽带。

1. 建设权利。建设权利是指建设法律关系主体在法定范围内，根据国家建设管理要求和自己的业务活动需要有权进行的各种建设活动。权利主体可要求其他主体作出一定的行为和不为一定的行为，以实现自己的有关权利。

2. 建设义务。建设义务是指建设法律关系主体必须按法律规定或约定承担应负的责任。建设义务和建设权利是相互对应的，相应主体应自觉履行相对应的义务。

三、建设法律事实

（一）建设法律事实的概念

建设法律关系并不是由建设法律规范本身产生的，建设法律关系只有在具有一定的情

况和条件下才能产生、变更和消灭。能够引起建设法律关系产生、变更和消灭的客观现象和事实，就是建设法律事实。建设法律事实包括行为和事件。

建设法律关系是不会自然而然地产生的，也不能仅凭法律规范规定就可在当事人之间发生具体的建设法律关系。只有一定的法律事实存在，才能在当事人之间发生一定的建设法律关系，或使原来的建设法律关系发生、变更、消灭。

（二）行为

行为是指法律关系主体有意识的活动，能够引起法律关系发生、变更、消灭的行为，它包括作为和不作为两种表现形式。

行为还可分为合法行为和违法行为。凡符合国家法律规定或为国家法律所认可的行为是合法行为，如：在建设活动中，当事人订立合法有效的合同，会产生建设工程合同关系；建设行政管理部门依法对建设活动进行的管理活动，会产生建设行政管理关系。凡违反国家法律规定的行为是违法行为，如：建设工程合同当事人违约，会导致建设工程合同关系的变更或者消灭。

此外，行政行为和发生法律效力的法院判决、裁定以及仲裁机关发生法律效力的裁决等，也是一种法律事实，也能引起法律关系的发生、变更、消灭。

（三）事件

事件是指不以建设法律关系主体的主观意志为转移而发生的，能够引起建设法律关系产生、变更、消灭的客观现象。这些客观事件的出现与否，是当事人无法预见和控制的。

事件可分为自然事件和社会事件两种。自然事件是指由于自然现象所引起的客观事实，如地震、台风等；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、罢工、禁运等。无论自然事件还是社会事件，它们的发生都能引起一定的法律后果，即导致建设法律关系的产生或者迫使已经存在的建设法律关系发生变化。

第三节 工程项目建设程序

工程项目建设程序是指基本建设全过程中各项工作必须遵循的法定顺序。它不是人们主观臆造的，是工程项目建设过程的客观规律的反映。工程项目建设程序的性质，与工程项目建设自身所具有的技术经济特点有密切的联系，是规定工程项目建设程序的基础。工程项目建设具有以下特点：任何建设项目，都要根据各自的使用目的，结合不同功能，先设计，后施工；建设的工程项目位置固定，而施工却是流动的；工程项目建设耗资巨大，工期长，建设环境复杂多变，不可预见因素多，稍有失误则损失惊人。由此可见，在整个工程项目建设中，前一段的工作是后一段工作的基础，我们必须严格遵守工程项目建设程序。诸如“边设计、边施工、边生产”等的建设方式是违反客观规律的。

一、立项批准，编制设计任务书

立项是建设工程程序的第一步，立项被批准后，则要编制设计任务书。

（一）立项的主要内容

立项的主要内容包括：建设项目提出的必要性和依据；拟建规模和建设的初步设想；建设条件及可能性的初步分析；投资估算和资金筹措的设想；项目的进度安排；经济效益

和社会效益的估计。

(二) 工程项目的审查权限

工程项目由计划部门审查。大中型的工程项目，由国家发展计划委员会负责审查；小型项目的工程项目按隶属关系，由国务院主管部门的计划管理机构或省、市、自治区发展计划委员会审查。

(三) 可行性研究

工程项目被批准后，应当进行可行性研究。可行性研究的目的是对建设项目在技术、工艺、经济上是否合理和可行，进行全面分析、论证，做出方案比较，提出评价意见，为编制和审批设计任务书提供可靠依据。可行性研究一般包括：项目提出的背景；投资的必要设备选型；单项工程及辅助、配套工程的构成；总体方案；建设工期和进度；投资估算和资金筹措方式及偿还能力；投资的经济效益和社会效益等。

可行性研究由项目主管部门或建设单位委托或指定有资格的咨询、设计单位进行，这些单位要对工作成果的可靠性、准确性承担责任，保证研究成果的客观性和公正性。

(四) 建设地点的选择

建设地点的选择，要按照产业布局、经济合理和节约用地的原则，考虑战备和环境保护的要求，认真调查原料、能源、交通、水文、地质等建设条件，在综合研究和进行多方案比较的基础上，提出选点报告。凡在城市辖区内选点的，要取得城市规划部门的同意，并且要有协议文件。

(五) 编制勘察任务书和设计任务书

勘察任务书和设计任务书是确定工程项目，编制勘察设计文件的主要依据。勘察任务书和设计任务书的主要内容，是明确列出可行性研究报告的要点、结论和报送单位的意见。上报勘察任务书和设计任务书，应附审查的可行性研究报告，环境保护和城市规划部门、外部协作单位的意见，以及选点报告等。

(六) 勘察设计任务书的审批

大中型项目，按照隶属关系，由国务院主管部门或省、市、自治区提出审查意见，报国家发展计划委员会审批。其中有些重大项目，由国家发展计划委员会报国务院批准。小型项目，按隶属关系，由国务院主管部门或省市、自治区审批，报国家发展计划委员会备案。

二、编制勘察设计文件

勘察设计文件是安排工程项目和组织工程施工的主要依据。工程项目的设计任务书和选点报告批准后，建设单位应通过招标、竞选，委托勘察设计单位，按勘察设计任务书规定的内容，认真编制勘察设计文件。勘察设计任务书拟定的建设规模、工程地址、建设标准和投资数额等控制性指标和内容，不得随意修改或变更。需要修改和变更时，应重新报批。勘察设计单位要对勘察设计质量负责到底。

设计工作分阶段进行。大中型建设项目一般采用两阶段设计，既初步设计和施工图设计。技术复杂的和有特殊要求的项目，可增加技术设计阶段。小型项目中技术要求和建设条件比较简单的，经批准可直接编制施工图设计或采用标准设计。初步设计的内容一般应包括：设计的指导思想、建设规模、产品方案或纲领、总体布置、工艺流程、设备选型、主要设备清单和材料用量、劳动定员、主要技术经济指标、运输、能源、主要建筑物和构

筑物、公用辅助设施、综合利用、“三废”处理、生活区建设、占地面积和征地数量、建设工期、总概算等文字说明和图纸。大中型项目的初步设计，现已下放给各部门和各省、市、自治区审批。小型项目的审批权则由各部门或省、市、自治区自行规定。

三、施工安装

(一) 工程开工的准备

大中型建设项目设计任务书批准之后，建设单位可根据计划要求的建设进度和工作的实际情况，组成精干的班子，负责建设准备工作。建设准备工作的主要内容有：工程、水文、地质勘察；收集设计基础资料；组织设计文件编审；根据经过批准的基建计划和设计文件，提报物质申请计划，组织大型专用设备，预先安排特殊材料预订货，落实地方建筑材料的供应；办理征地、拆迁手续；落实水、电等外部条件和施工力量。

(二) 计划安排

建设项目必须有经过批准的初步设计和总概算，进行综合平衡后，才能列入年度计划。所有建设项目都必须纳入国家计划，大中型项目由国家批准，小型项目按隶属关系，在国家批准的投资总额内，由各部门和省、市、自治区自行安排，自筹资金的项目，要在国家控制的指标内安排计划。

建设项目要根据经过批准的总概算和工期，合理地安排分年投资，年度计划投资的安排要与长远规划的要求相适应，年度计划安排的建设内容，要和当年分配的投资、材料、设备相适应。配套项目要同时安排，相互衔接。

(三) 组织施工、安装

工程准备工作就绪，由建设单位与施工单位共同提出开工报告，按初步设计审批权限报批，经批准后方可开工。

组织施工是工程项目建设的实施阶段。施工单位应按建筑安装承包合同规定的权利、义务进行。施工安装必须严格按照施工图进行，如需变动，应取得设计单位同意。施工安装单位应按照施工安装顺序合理组织施工安装，施工安装过程中要严格遵守设计要求和施工安装验收规范及操作标准，保证工程质量。对不符合质量要求的，要及时地采取措施、不留隐患，按期全面完成工程任务量。

四、竣工验收

竣工验收，是工程项目建设程序的最后环节，它是全面考核工程项目建设成果，检验设计和施工质量的重要环节。所有建设项目，按批准的设计文件所规定的内容建成后，都必须组织竣工验收。

生产性项目，经投料试车或带负荷运转合格，形成生产能力，并能正常生产合格产品的；非生产性项目符合设计要求，能正常使用的，都应立即组织验收，办理移交固定资产手续。对于具备分期建设、分期受益条件的建设项目，部分建成后，只要相应的辅助设施配合得当，具备生产合格产品的条件，就应分期组织验收，交付生产，同时移交固定资产，不必等到整个项目全部建成后集中一次办理。

建设项目验收前，建设单位应组织设计、施工等单位进行初验。在验收过程中提出竣工验收报告，并系统整理技术资料。施工单位应向建设单位提交竣工图、隐蔽工程施工记录和其他有关资料文件，以便在核实工作中使用，并成为投产后检修和将来改、扩建的基

础资料。建设单位要认真清理所有财产和物资，编制工程竣工决算，报上级主管部门审查。

验收应由国家规定的机构负责进行。大型建设项目由国家计委组织验收，中、小型建设项目按隶属关系分别由主管部、委以及省、自治区、直辖市人民政府负责组成验收委员会进行验收。验收委员会或小组是由负责验收的单位吸收建设单位、设计单位、施工单位、银行、统计部门、环保部门、劳动部门以及其他有关部门组成。验收合格后，由发包人和承包人签订竣工验收书，并由验收委员会或小组签署验收鉴定书。

竣工验收过程中，如发现工程内容或工程质量不符合设计规定时，施工单位应负责限期补修、返工或重建，由此所需的各种费用和材料消耗，由施工单位负责。凡是符合验收和移交固定资产手续，不及时办理手续的，其一切费用不准从工程项目建设投资中支付，并由银行冻结工程项目建设拨款或停止贷款。不经验收就进行生产使用的，施工单位不再承担提前使用造成的工程质量责任。

五、交付使用

交付使用是工程项目建设实现建设目的的过程。工程项目竣工验收后即交付使用，创造经济效益和社会效益。工程项目未经验收，不得提前使用。在使用过程中若发生质量问题，应及时通知有关的承包单位修理，并随时将使用中存在的问题告知施工、安装单位，工程项目交付使用在法定保修期限内，由于质量问题造成的经济损失由承包单位负责。

第四节 工程建设中的基本法律制度

一、法人制度

(一) 法人的概念

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。

(二) 法人应当具备的条件

1. 依法成立。法人不能自然产生，它的产生必须经过法定的程序。法人的设立目的和方式必须符合法律的规定，设立法人必须经过政府主管机关的批准或者核准登记。
2. 有必要的财产或者经费。有必要的财产或者经费是法人进行民事活动的物质基础，它要求法人的财产或者经费必须与法人的经营范围或者设立目的相适应，否则不能被批准设立或者核准登记。
3. 有自己的名称、组织机构和场所。法人的名称是法人相互区别的标志和法人进行活动时使用的代号。法人的组织机构是指对内管理法人事务、对外代表法人进行民事活动的机构。法人的场所则是法人进行业务活动的所在地，也是确定法律管辖的依据。
4. 能够独立承担民事责任。法人必须能够以自己的财产或者经费承担在民事活动中的债务，在民事活动中给其他主体造成损失时能够承担赔偿责任。

二、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指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为法律行为，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活动，具体表现为代理人有权自行解决他如何向第三人作出意思表示，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，既包括对代理人在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，即可以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。法定代理是指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) 没有代理权而为代理行为；
- (2) 超越代理权限为代理行为；
- (3) 代理权终止为代理行为。

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”。

(四) 代理关系的终止

1. 委托代理关系的终止。委托代理关系可因下列原因终止：

- (1) 代理期间届满或者代理事项完成；
- (2) 被代理人取消委托或代理人辞去委托；
- (3) 代理人死亡或代理人丧失民事行为能力；
- (4) 作为被代理人或者代理人的法人终止。

2. 指定代理或法定代理关系的终止。指定代理或法定代理可因下列原因终止：

- (1) 被代理人取得或者恢复民事行为能力；
- (2) 被代理人或代理人死亡；
- (3) 指定代理的人民法院或指定单位撤销指定；
- (4) 监护关系消灭。

三、财产所有权和债权

财产所有权与债权是两项基本民事权利，也是大多数经济活动的基础和目的，在工程建设过程中也不例外。工程建设的最终目的是由建设单位取得工程的所有权，施工单位在施工过程中对工程的占有权也是源自于建设单位的所有权。在工程建设过程中也会涉及许多债权问题，如合同、不当得利、无因管理、侵权等。

(一) 财产所有权

1. 财产所有权的概念。财产所有权是指财产的所有人依照法律对其财产享有占有、使用、收益和处分的权利。所有权具有绝对性，所有人无须其他人的积极协助就可实现其所有权，其权利可以对抗其他任何人。所有权是一种最全面、最充分的物权，其他物权，如抵押权、经营权等，只能享有所有权中的部分权能。

2. 财产所有权的权能。财产所有权的权能是指所有人对其所有的财产依法享有的权利，包括占有权、使用权、收益权、处分权。

(1) 占有权。占有权是指对财产实际掌握、控制的权能。占有权是行使物的使用权的前提条件，是所有人行使财产所有权的一种方式。占有权可以根据所有人的意志和利益分离出去，由非所有人享有。如，根据货物运输合同，承运人对托运人的财产享有占有权。

(2) 使用权。使用权是指对财产的实际利用和运用的权能。通过对财产实际利用和运用满足所有人的需要，是实现财产使用价值的基本渠道。使用权是所有人所享有的一项独立权能，所有人可以在法律规定的范围内，以自己的意志使用其所有物。

(3) 收益权。收益权是指收取由原物产生出来的新增经济价值的权能。原物新增的