



高等职业教育建筑类教材

Bidding and contract management of construction project

主 编 / 余春宜

副主编 / 周艳冬 韩玉麒 何 浪

主 审 / 林 洁



建设工程招标投标与合同管理



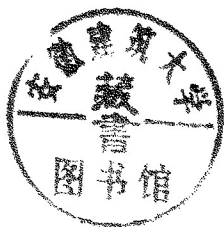
重庆大学出版社

<http://www.cqup.com.cn>

高等职业教育建筑类教材

建设工程招投标与合同管理

主 编 余春宜
副主编 周艳冬 韩玉麒 何 浪
主 审 林 洁



重庆大学出版社

内容提要

本书共 8 章,前 7 章主要介绍招标与投标的相关规定及实际应用、合同管理的基础知识及实务,第 8 章根据岗位技能要求附有相应的能力实训。

本书突出职业教育特点,采用最新工程招投标与合同管理方面的相关国家规范,将相应案例编入本书,体例新颖、案例丰富,各章均附有教学目标、教学要求、知识链接、特别提示、习题等,从而达到教、学、练同步的目的。同时,本书用案例讲解知识点的应用,内容精练,重点突出,通俗易懂。

本书可作为高职高专建筑工程技术、工程造价、工程监理、工程管理、公路工程、市政工程等专业的教材,也可作为招标代理员岗位培训教材和注册招标师等相关技术人员的自学参考书。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程招投标与合同管理/余春宜主编. —重庆:
重庆大学出版社,2016.8
高等职业教育建筑类教材
ISBN 978-7-5689-0013-3

I. ①建… II. ①余… III. ①建筑工程—招标—高等
职业教育—教材②建筑工程—投标—高等职业教育—教材
③建筑工程—经济合同—管理—高等职业教育—教材
IV. ①TU723

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 173266 号

高等职业教育建筑类教材 建设工程招投标与合同管理

主 编 余春宜

副主编 周艳冬 韩玉麒 何 浪

策划编辑:刘颖果

责任编辑:文 鹏 姜 凤 版式设计:刘颖果

责任校对:关德强 责任印制:赵 晟

*

重庆大学出版社出版发行

出版人:易树平

社址:重庆市沙坪坝区大学城西路 21 号

邮编:401331

电话:(023) 88617190 88617185(中小学)

传真:(023) 88617186 88617166

网址:<http://www.cqup.com.cn>

邮箱:fxk@cqup.com.cn(营销中心)

全国新华书店经销

万州日报印刷厂印刷

*

开本:787mm×1092mm 1/16 印张:14 字数:332千

2016 年 8 月第 1 版 2016 年 8 月第 1 次印刷

印数:1—3 000

ISBN 978-7-5689-0013-3 定价:29.00元

本书如有印刷、装订等质量问题,本社负责调换

版权所有,请勿擅自翻印和用本书

制作各类出版物及配套用书,违者必究

前 言

招投标与合同管理工作在企业整个经营管理活动中具有十分重要的地位和作用。本书依据高等职业教育人才培养目标、培养规格、培养模式及与之相适应的知识、技能和素质结构编写而成。同时,为进一步增强学生的职业能力,培养高端技能型专业人才,本书贯彻理论与实务相结合的指导思想,坚持以任务为导向的编写方式,进一步增强了本书的可操作性和趣味性。

本书共 8 章,每一章节除学生必须掌握的基本理论知识外,根据岗位技能要求还在第 8 章附有相应的能力实训。本书的理论知识注重实用性,内容编排以必须和够用为原则,采用国家颁布实施的《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)、《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《招标投标法实施条例》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》);各部委出台的配套标准施工招标文件适用于各行业的标准文本;住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局联合制定颁布的《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2013-0201)等新规范,并与相应的职业资格标准相衔接,同时选编大量结合工程实例的例题。

本书由重庆建筑工程职业学院余春宜主编;河南建筑职业技术学院周艳冬,重庆工程职业技术学院韩玉麒、何浪担任副主编。重庆建筑工程职业学院教授、建设管理与房地产系主任林洁担任主审。全书由余春宜负责统稿及定稿。

在本书编写过程中,参考了许多工程项目招投标和合同管理方面的著作、论文和资料,并得到了许多单位和读者的支持与帮助,在此表示衷心的感谢!

由于工程项目招投标与合同管理的内容随着工程实践发展而不断丰富,加之编者水平有限,书中疏漏之处在所难免,敬请各位读者、同行提出批评和改进建议,以臻完善。

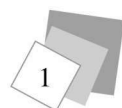
编 者

2016 年 6 月



目 录

第 1 章	工程招投标与合同管理法律基础	1
1.1	法与法律关系	1
1.2	合同法律基础	7
1.3	招投标法律基础	12
	本章小结	17
	习题	17
第 2 章	工程建设项目招标	19
2.1	建设工程发承包	19
2.2	建筑市场	23
2.3	建设工程施工招标的程序及内容	31
2.4	建设工程施工招标文件的编制	39
2.5	建设工程施工招标文件实例	49
	本章小结	80
	习题	80
第 3 章	建设工程施工投标	82
3.1	建设工程施工投标的程序及内容	82
3.2	建设工程施工投标报价	87
3.3	建设工程施工投标策略与技巧	89
3.4	建设工程施工投标文件的编制与递交	95
3.5	投标行为的限制性规定	99
3.6	建设工程施工投标文件实例	100
	本章小结	112
	习题	113
第 4 章	建设工程施工开标、评标、定标及签订合同	116
4.1	建设工程施工开标	116



4.2	建设工程施工评标	119
4.3	建设工程施工定标及签订合同	129
4.4	建设工程施工招标评标实例	133
	本章小结	134
	习题	134
第 5 章	建设工程合同	137
5.1	建设工程合同概述	137
5.2	建设工程合同体系	140
5.3	建设工程施工合同	143
	本章小结	165
	习题	165
第 6 章	合同策划与施工合同管理	168
6.1	工程合同策划	168
6.2	工程合同体系协调	175
6.3	建设工程施工合同的管理	177
	本章小结	186
	习题	186
第 7 章	建设工程施工索赔	187
7.1	建设工程施工索赔概述	187
7.2	施工索赔的原则及处理过程	191
7.3	施工索赔值的计算	194
7.4	承包商施工索赔的管理	202
	本章小结	204
	习题	204
第 8 章	模拟实训	207
8.1	模拟工程项目编制招标文件	207
8.2	模拟工程项目编制投标文件	208
8.3	模拟工程项目开标、评标和定标	208
8.4	模拟施工合同的签订	208
附录	中华人民共和国招标投标法	209
	参考文献	217

第 1 章 工程招投标与合同管理法律基础

【教学目标】

通过本章的学习,了解法与法律的基本关系、合同法基础,掌握招投标法律基础以及招标投标法的适用范围,从而培养学生观察建筑市场形势和把握建筑市场动态的能力。

【教学要求】

能力目标	知识要点	权 重
了解法与法律的基本关系	法律的概念 法律部门概述 法律关系的概念	30%
了解合同法基础	合同的概念与特征 合同的订立、履行与变更 合同效力	25%
熟悉招投标法律基础	招投标活动的基本原则 招投标活动中的主体与基本程序 招投标活动中的时限	45%

1.1 法与法律关系

1.1.1 法律的概念、渊源与实施

1) 法律的概念

法律是国家的产物,是指统治阶级为了实现统治并管理国家的目的,经过一定立法程序,所颁布的基本法律和普通法律。法律是全体国民意志的体现、国家的统治工具,由享有立法权的立法机关,依照法定程序制定、修改并颁布(在我国,是由全国人民代表大会和全国人民代

表大会常务委员会行使国家立法权),并由国家强制力保证实施的基本法律和普通法律的总称。

法,可划分为宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。

宪法是高于其他法律部门(法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例)的国家根本大法,它规定国家制度和社会制度最基本原则,公民基本权利和义务、国家机构的组织及其活动的原则等。法律是从属于宪法的强制性规范,是宪法的具体化。宪法是国家法的基础与核心;法律则是国家法的重要组成部分。

法律可划分为基本法律(如刑法、刑事诉讼法、民法通则、民事诉讼法、行政诉讼法、刑事诉讼法、行政法、商法、国际法等)和普通法律(如商标法、文物保护法等)。

行政法规是国家行政机关(国务院)根据宪法和法律制定的行政规范的总称。

地方性法规是由省、自治区、直辖市和设区的市人民代表大会及其常务委员会,根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下制定,由大会主席团或者常务委员会用公告公布施行的文件。地方性法规在本行政区域内有效,其效力低于宪法、法律和行政法规。

自治条例和单行条例,是民族自治地方反映本地政治、经济、文化和其他方面的特殊情况,行使自治权发展民族自治地方各相关事业,从本地特殊情况出发实施宪法、法律的首要的、尤其重要的法的形式。自治条例和单行条例可以作为民族自治地方的司法依据。

2) 法律渊源

法律渊源(法律形式)是指那些来源不同(制定法与非制定法、立法机关制定与政府制定等)因而具有法的不同效力意义和作用的法的外在表现形式。

作为一个法学术语,主要在以下3种语义上使用:

①历史渊源。历史渊源即指引起特定法律规范产生的过去的行为、事件和法律。换句话说,法律的历史渊源是指特定法律规范与历史上出现过的行为、事件有什么联系,或从历史上某种法律中汲取了什么内容或受到了什么样的影响。

②理论渊源。理论渊源即指特定法律规范(包括法律原则)的理论源泉。这些理论提出并论证了某种社会行为或法律原则的合理性,并得到了掌握政权的阶级的普遍认同,成为特定法律规范(包括法律原则)的理论基础。

③本质渊源。本质渊源即从本质上说法律来源于什么。

当代中国法律渊源是以宪法为核心的制定法形式,我国社会主义法律渊源可分为以下几类:

①宪法:是由全国人民代表大会依特别程序制定的具有最高效力的根本法。宪法是集中反映统治阶级的意志和利益,规定国家制度、社会制度的基本原则,具有最高法律效力,其主要功能是制约和平衡国家权力,保障公民权利。宪法是我国的根本大法,在我国法律体系中具有最高的法律地位和法律效力,是我国最高的法律渊源。宪法主要由两个方面的基本规范组成,一是《中华人民共和国宪法》;二是其他附属的宪法性文件,主要包括:主要国家机关组织法、选举法、民族区域自治法、特别行政区基本法、国籍法、国旗法、国徽法、保护公民权利法及其他

宪法性法律文件。

②法律:是指由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定颁布的规范性法律文件,即狭义的法律,其法律效力仅次于宪法。法律分为基本法律和一般法律(非基本法律、专门法)两类。基本法律是由全国人民代表大会制定的调整国家和社会生活中带有普遍性的社会关系的规范性法律文件的统称,如刑法、民法、诉讼法以及有关国家机构的组织法等法律。一般法律是由全国人民代表大会常务委员会制定的调整国家和社会生活中某种具体社会关系或其中某一方面内容的规范性文件的统称。其调整范围较基本法律小,内容较具体,如商标法、文物保护法等。

③行政法规:是国家最高行政机关——国务院根据宪法和法律就有关执行法律和履行行政管理职权的问题,以及依据全国人大特别授权所制定的规范性文件的总称。其法律地位和法律效力仅次于宪法和法律,但高于地方性法规和法规性文件。

④地方性法规:是指依法由有地方立法权的地方人民代表大会及其常务委员会就地方性事务以及根据本地区实际情况执行法律、行政法规的需要所制定的规范性文件。有权制定地方性法规的地方人大及其常务委员会,包括省、自治区、直辖市人大及其常务委员会,较大的市的人大及其常务委员会。较大的市是指省、自治区人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大市。地方性法规只在本辖区内有效。

⑤规章:国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,以及省、自治区、直辖市人民政府和较大的市的人民政府所制定的规范性文件称为规章。内容限于执行法律、行政法规、地方法规的规定,以及相关的具体行政管理事项。

⑥自治法规:根据《中华人民共和国宪法》和《民族区域自治法》的规定,民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化特点,制定自治条例和单行条例。其适用范围是该民族自治地方。

⑦经济特区的经济法规:宪法规定“国家在必要时得设立特别行政区”。特别行政区根据宪法和法律的规定享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。特别行政区同中央的关系是地方与中央的关系。但特别行政区享有一般地方所没有的高度自治权,包括依据全国人大制定的特别行政区基本法所享有的立法权。特别行政区的各类法的形式,是我国法律的一部分,是我国法律的一种特殊形式。特别行政区立法会制定的法律也是我国法的渊源。

⑧国际条约与协定:国际条约是指我国与外国缔结、参加、签订、加入、承认的双边、多边的条约、协定和其他具有条约性质的文件(国际条约的名称,除条约外还有公约、协议、协定、议定书、宪章、盟约、换文和联合宣言等)。这些文件的内容除我国在缔结时宣布持保留意见不受其约束的以外,都与国内法具有一样的约束力,因此也是我国法的渊源。

行政协定是指两个或两个以上的政府相互之间签订的有关政治、经济、贸易、法律、文件和军事等方面的内容的协议。

国际条约和行政协定的区别在于:前者以国家名义签订,后者以政府名义签订。注:我们国家和政府一旦与外国或外国政府签订了条约或协定,所签订的条约和协定对国内的机关、组织和公民同样具有法律约束力。

⑨其他:中国不是普通法法系国家,也不存在判例法的形式,但中国最高司法机关选择、确

认和公布的典型判例,在法律实际生活中是起到法的渊源作用的。习惯是无论何种法律文化背景下都存在的一种法的渊源。法律规则中有不少规则来自于习惯。立法机关可根据习惯形成制定法规。司法机关往往从习惯中抽取某些规则,据以处理某些案件。这些都是没有疑义的。一般来说,习惯在历史上比之现今时代,在法的渊源体系中的地位更重要。道德规范和正义观念也是一种普遍认可的法的渊源。古今自然法学派者就特别强调这种法的渊源,他们中的许多人不仅把这些因素视为最主要的法的渊源,甚至要把这些因素直接视为法的形式。在中国传统的文化下,道德规范以及其相关联的正义观念,成为中国自古以来的一种法的渊源。学说也是古今资源性法的渊源之一。历史上和现实中,有关学说甚至担当着法制和法治的指导思想的角色。中国封建时代的儒家学说是法的渊源。随着社会的发展,不得不重视法律学说,特别是科学而权威的法律学说,并以之作为重要的资源性渊源。

3) 法律实施

法律实施也称为法的实施,是指法在社会生活中被人们实际施行,包括执法、司法、守法和法律监督。法是一种行为规范,法在被制定出来后付诸实施之前,只是一种书本上的法律,处在应然状态;法的实施,就是使法律从书本上的法律变成行动中的法律,使它从抽象的行为模式变成人们的具体行为,从应然状态到实然状态。

法律实施是实现法的作用与目的的条件。法律实施与法的制定相对。法律本身反映了统治者或立法者通过法律调整社会关系的愿望与方法,反映了立法者的价值追求。法律实施是实现立法者目的、实现法律作用的前提,是实现法的价值的必由之路,正如有的学者指出的,法律的生命在于它的实行。

法律实施是指通过一定的方式使法律规范的要求和规定在社会生活中得以贯彻和实现的活动,包括法律适用和法律执行。

1.1.2 法律部门

1) 法律部门概述

法律部门又称部门法。部门法所指的同类法律,不包括国际法,如国际公法、国际私法和国际经济法等,它仅指国内法,不包括已经失效的法;它仅指现行法,也不包括将要制定但尚未制定的法律,它仅指已经颁布生效的法律。我国法律体系大体上分为以下门类:宪法及宪法相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法。

部门法或法律部门具有自己的如下特征:

首先,一个法律体系的所有部门法是统一的,各个部门法之间是协调的。

其次,各个部门法又是相对独立的,因为它们各自所调整的社会关系不同,每一个法律部门都调整一定的社会现象所反映的社会关系,如民法调整的是平等主体之间的人身和财产关系;刑法调整的是国家社会的统治秩序和社会规范与犯罪行为之间的社会关系;商法调整的是市场经济下商主体和商行为之间的关系;民事诉讼法调整的是民事诉讼活动和民事诉讼关系的法律规范。调整劳动关系的法律规范的总和构成劳动法部门;调整婚姻关系和家庭关系的法律规范的总和构成婚姻法律部门等。

再次,法律部门是基本确定的,又是不断变化的,在一法律部门确定后,会持续保持相对一段时间,同时随着社会的发展,法律部门间也可能出现融合或分立的现象。

最后,法律部门是主客观的统一,法律部门的划分是人根据一定的客观事实将法律以主观的形式加以区分的。

2) 法律部门划分的标准

(1) 依照法律规范所调整的社会关系划分

法律是调整社会关系的行为准则,任何法律都有其调整的社会关系,否则,就不能称其为法律。

(2) 依照法律规范的调整方法划分

法律规范所调整的社会关系虽是划分法律部门的基础或是最重要的标准,但是仅仅以此为标准还是不够的,因此,还需将法律规范的调整方法作为划分标准。

3) 我国的法律部门划分

我国的法律部门主要包括以下几个方面:

(1) 宪法

宪法是集中表现各种政治力量的对比关系,规定国家制度和社会制度的基本原则,保障公民基本权利和义务的国家根本大法。宪法是一个国家法律体系的基础和核心。

(2) 行政法

行政法是指行政主体在行使行政职权和接受行政法制监督过程中而与行政相对人、行政法制监督主体之间发生的各种关系,以及行政主体内部发生的各种关系的法律规范的总称,包括国家安全法、城市居民委员会组织法、村民委员会组织法、监狱法、高等教育法、食品卫生法、药品管理法、海关法等。

(3) 民商法

民商法是调整平等民事主体的自然人、法人及其他非法人组织之间人身关系和财产关系的法律规范的总称,包括物权、债权、知识产权、婚姻、家庭、收养和继承方面的法律法规,以及公司破产、证券、期货、保险、票据、海商等方面的法律法规。

(4) 刑法

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律,是掌握政权的统治阶级为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益,根据自己的意志,规定哪些行为是犯罪并应当负何种刑事责任,给予犯罪人何种刑事处罚的法律规范的总称。

(5) 经济法

经济法是关于国民经济和社会发展规划、计划和政策的法律,包括预算法、审计法、会计法、统计法、农业法、企业法、银行法、市场秩序法、税法、土地管理法等。

(6) 程序法

程序法是正确实施实体法的保障。审判活动则是实体法和程序法的综合运用。作为实体法的对称,不能简单地把程序法与诉讼法或者审判法相等同,因为程序法是一个大概念,既包括行政程序法、立法程序法和选举规则、议事规则等非诉讼程序法,也包括行政诉讼法、刑事诉讼法、民事诉讼法等。

(7) 社会法

社会法即保护弱势群体的法律规范,如未成年人保护法、老年人权益保障法等;维护社会稳定的法律规范,如劳动法与社会保障法;保护自然资源和生态环境的法律规范,如环境保护法、能源法、自然资源保护法、生态法等;促进社会公益的法律规范,如社区服务法、彩票法、人体器官与遗体捐赠法、见义勇为资助法等;促进科教、文卫、体育事业发展的法律规范,如教师法、科技进步法、义务教育法、教育法、卫生法等。

(8) 军事法

军事法即有关军事管理和国防建设的法律、法规,是调整国防建设和军事方面法律关系的法律规范的总和,包括兵役法、国防法、解放军军官军衔条例、军事设施保护法、中国人民解放军现役军官服役条例、中国人民解放军现役士兵服役条例、香港特别行政区驻军法、军人抚恤优待条例等。

1.1.3 法律关系

1) 法律关系的概念

法律关系是指法律在调整人们行为的过程中形成的特殊的权利和义务关系。或者说,法律关系是指被法律规范所调整的权利与义务关系。法律关系是以法律为前提而产生的社会关系,没有法律的规定就不可能形成相应的法律关系。法律关系是以国家强制力作为保障的社会关系,当法律关系受到破坏时,国家会动用强制力进行矫正或恢复。

法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系:第一,法律规范是法律关系产生的前提。如果没有相应的法律规范存在,就不可能产生法律关系。第二,法律关系不同于法律规范调整或保护的社会关系本身。社会关系是一个庞大的体系,其中有些领域是法律所调整的(如政治关系、经济关系、行政管理关系等),也有些是不属于法律调整或法律不宜调整的(如友谊关系、爱情关系、政党社团的内部关系),还有些是法律所保护的对象,这些被保护的社会关系不属于法律关系本身(如刑法所保护的关系不等于刑事法律关系)。即使那些受法律法规调整的社会关系,也并不能完全视为法律关系。例如,民事关系(财产关系和身份关系)也只有经过民法的调整(即立法、执法和守法的运行机制)之后,才具有法律的性质,成为一类法律关系(民事法律关系)。第三,法律关系是法律规范的实现形式,是法律规范的内容(行为模式及其后果)在现实社会生活中得到具体的贯彻。换言之,人们按照法律规范的要求行使权利、履行义务并由此而发生特定的法律上的联系,这既是一种法律关系,也是法律规范的实现状态。在此意义上,法律关系是人与人之间的合法(符合法律规范的)关系,这是它与其他社会关系的根本区别。

从实质上看,法律关系作为一定社会关系的特殊形式,正在于它能体现国家的意志。这是因为法律关系是根据法律规范有目的、有意识地建立的。所以法律关系像法律规范一样必然体现国家的意志。在这个意义上,破坏了法律关系,其实也违背了国家意志。

但法律关系毕竟又不同于法律规范,它是现实的、特定的法律主体所参与的具体社会关系。因此,特定法律主体的意志对于法律关系的建立与实现也有一定的作用。有些法律关系的产生,不仅要通过法律规范所体现的国家意志,而且要通过法律关系参加者的个人意志表示

一致(如多数民事法律关系)。也有很多法律关系的产生,往往基于行政命令而产生。总之,每一个具体的法律关系的产生、变更和消灭是否要通过它的参加者的意志表示,呈现出复杂的情况,不可一概而论。法律关系是以法律上的权利、义务为纽带而形成的社会关系,它是法律规范(规则)“指示”(行为模式、法律权利和义务)的规定在事实社会关系中的体现。没有特定法律关系主体的实际法律权利和法律义务,就不可能有法律关系的存在。在此,法律权利和义务的内容是法律关系区别于其他社会关系(社团组织内部的关系)的重要标志。

2) 法律关系的构成

法律关系由三要素构成,即法律关系的主体、法律关系的客体和法律关系的内容。

(1) 主体

法律关系的主体是法律关系的参加者,是指参加法律关系、依法享有权利和承担义务的当事人,即在法律关系中,一定权利的享有者和一定义务的承担者。在每一具体的法律关系中,主体的涉及多少各不相同,在大体上都属于相对应的双方:一方是权利的享有者,称为权利人;另一方是义务的承担者,称为义务人。在我国,法律关系主体一般包括国家、机构和组织以及公民。

(2) 客体

法律关系的客体是法律形式。任何外在的客体,一旦它承载了某种利益价值,就可能成为法律关系客体。法律关系建立的目的,总是为了保护某种利益、获取某种利益或分配、转移某种利益。法律关系的客体一般包括物、行为、人身和非物质财富等。

(3) 内容

法律关系的内容是指法律关系主体所享有的权利和承担的义务。权利义务是一对表征关系和状态的范畴,是法学范畴体系中的最基本的范畴。从本质上看,权利是指法律保护的某种利益;从行为方式的角度看,其表现为要求权利相对人可以怎样行为、必须怎样行为或不得怎样行为。

1.2 合同法律基础

1.2.1 合同的概念与特征

1) 合同概念

合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

(1) 合同是一种协议

协议是双方(或多方)当事人因某一事务经过协商所达成的一致意见,在法律上能够发生权利、义务的效果和拘束力。在法律生活中,合同是社会成员之间进行交往,安排生产、交换和消费的基本法律工具,是法律上的主体相互联系的纽带。

(2)《合同法》上的合同是民事合同中的财产合同

民事合同有广义和狭义之分。广义的民事合同既包括财产合同也包括人身权合同,前者如买卖合同、租赁合同;后者又分为身份合同和身体合同。身份合同如收养协议、离婚协议中关于解除夫妻身份关系的协议;身体合同如医疗合同中关于身体器官的切除、移植协议等。狭义的民事合同,仅指财产合同。

2) 合同特征

合同具有下述法律特征:

(1) 合同属于民事法律行为

民法上的行为有民事法律行为和事实行为的区分。合同是民事主体设立、变更和终止民事权利义务的行为,是依行为人双方一致意思表示的内容发生法律效力行为,以行为人的意思表示为要素,因此属于民事法律行为。

(2) 合同是双方或多方的民事法律行为

合同绝大多数是双方法律行为,双方当事人的意思表示达成一致,即形成合意,合同即成立;也有一些合同是多方法律行为,如三人或三人以上的合伙合同、有限责任公司发起人协议和公司章程。

(3) 合同的内容是设立、变更、终止特定民事权利义务关系

合同的目的在于设立、变更、终止特定民事权利义务关系。同时,合同当事人之所以实施合同行为,自是为了其特定的权利义务。例如,买卖合同不同于租赁合同,也不同于赠与合同。即便是买卖,在具体合同中,买卖的标的物,价金,履行的时间、地点、方式等也不尽相同而各具特色。

1.2.2 合同的订立、履行与变更

1) 合同的订立

合同的订立是指各方当事人或者其代理人为了实现一定的民事生活目的,就合同的各项主要条款,通过要约、承诺的方式进行意思表示,协商明确当事人之间民事权利义务关系的设立、变更、终止的过程。由此概念可知,合同的订立具有下述特征:

(1) 合同订立的主体是各方当事人或者其代理人

当事人是指具有相应的民事权利能力和民事行为能力,为实现一定的民事生活目的而订立合同,并享受合同权利、承担合同义务的人。当事人可自己订立合同,也可委托代理人代订合同。代理人以被代理人,即当事人的名义,在代理权限范围内,为被代理人的利益独立进行意思表示,与对方协商,由此订立的合同产生的权利义务由被代理人,即合同当事人承受。

(2) 合同订立的内容是合同的主要条款

合同的内容是明确当事人设立、变更、终止民事权利义务。合同条款是合同订立过程中当事人意思表示的内容。合同的订立过程就是对合同的各项主要条款达成一致的过程。只有对合同的各项主要条款达成合意,合同才能够依法成立。

(3) 合同订立的方式是通过要约、承诺的方式进行意思表示

各方当事人意思表示的方式就是要约和承诺。要约是一方当事人希望他方当事人与自己订立合同的意思表示,要约方要向对方表达订立合同的意图,就合同主要条款有明确具体的内容,以便对方能够答复。承诺则是受要约一方当事人对要约内容完全同意的意思表示。要约得到对方的承诺,合同就成立。如果受要约人不完全同意要约的内容,提出修改和补充的意见,就不是承诺,而是一个新的要约。这时,受到新要约的当事人,可以对新要约作出承诺或者再提出新要约。合同订立的过程就是这样由要约到承诺,或者由要约到新要约多次反复直至承诺的过程,是当事人各方不断进行意思表示的过程。其目标就是意思表示的一致,即合同的成立。

(4) 合同订立所追求的效果

合同订立所追求的效果就是合同的成立,即明确当事人设立、变更或者终止民事权利义务的协议的达成。合同的订立与合同的成立是密切联系而又各不相同的概念。合同的订立是当事人进行意思表示,实施合同法律行为的过程,这个过程追求的目标就是合同的成立。合同的成立则是合同法律行为的成立,是以当事人意思表示的一致而终结合同订立的过程。合同订立表明合同处于产生的过程之中,还没有形成合同;合同成立则表明合同在客观事实上已经存在,即特定当事人之间已经存在设立、变更或者终止民事权利义务的协议。合同成立在本质上是各方当事人对合同的标的、数量等主要条款的意思表示的一致,在形式上是承诺的生效。合同的成立作为一种法律事实的存在,具有重要的法律意义,会引起相应的民事法律效果,如果符合法律的规定,即在当事人之间产生他们欲求的民事权利义务的设立、变更和终止;如违反了法律和行政法规的强制性规定,则会产生合同无效的法律后果。

2) 合同的履行及其原则

合同的履行是指合同当事人按照合同的约定或者法律的规定履行合同义务,使债权人的权利得以实现的过程。

知识链接

《合同法》第60条规定:“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”

合同履行的原则包括:

(1) 全面适当履行原则

全面适当履行是指合同当事人双方应当按照合同约定全面履行自己的义务,即按合同约定的标的、数量、质量、价款、地点、期限、方式等履行各自的义务。按照约定履行自己的义务,既包括全面履行义务,也包括正确适当履行义务。按照全面适当履行原则,当事人应对合同内容作出明确具体的约定。但是,如果合同生效后,双方当事人就质量、价款,或者报酬、履行地点等内容没有约定或约定不明确的,可以协议补充,不能达成补充协议的,按照《合同法》第62条执行。

(2) 诚实信用原则

诚实信用原则的基本内容是指合同当事人善意的心理状况,它要求当事人进行民事活动时不为欺诈行为,守信用、尊重交易习惯,不得回避法律和歪曲合同条款,正当竞争、反对垄断,尊重社会公共利益,不得滥用权力等。诚实信用原则是《合同法》的一项十分重要的原则,它贯穿于合同的订立、履行、变更、终止等过程。在合同履行过程中,当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密义务,当事人双方应关心合同的履行情况,发现问题及时协商解决,并为对方履行创造条件。在合同履行过程中应信守商业道德,保守商业秘密。

抗辩权是指当事人双方在合同履行过程中都应履行自己的债务,一方当事人不履行或者有可能不履行时,另一方当事人可据此拒绝对方的履行要求。《合同法》规定了同时履行抗辩权、先履行抗辩权和后履行抗辩权。

①同时履行抗辩权:是指当事人履行合同义务没有约定先后顺序,应当同时履行。当对方当事人未履行合同义务时,一方当事人可以拒绝履行合同义务的权利。同时履行抗辩权包括两种情形:一是—方在对方履行之前有权拒绝其履行要求;二是—方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行要求。同时履行抗辩权有阻止对方请求权的效力,没有消灭对方请求权的效力。

②先履行抗辩权:也称不安抗辩权,是指当事人双方在合同中约定了履行的先后顺序,合同成立后,先履行债务的当事人掌握了后履行债务的当事人丧失或者可能丧失履行债务能力的确切证据时,暂时停止履行其到期债务的权利。设立不安抗辩权的目的在于预防合同成立后,情况发生变化而损害合同另一方的利益。行使先履行抗辩权应以当先履行合同的一方有确切证据证明对方当事人有下列情形之一:经营状况严重恶化;转移财产、抽逃资金、逃避债务;丧失商业信誉;有丧失或者可能丧失履行能力的其他情形为条件。

③后履行抗辩权:是指当事人双方在合同中约定了债务履行的先后顺序,当先履行的一方未按约定履行债务时,后履行的一方可拒绝履行其合同债务的权利。后履行抗辩权也包括两种情形:一是当事人互负债务,有先后履行顺序,先履行一方未履行的,后履行一方有权拒绝其履行要求;二是先履行一方履行债务不符合约定的,后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

3) 合同的变更

合同的变更是指对双方当事人已经发生法律效力,但尚未履行或者尚未完全履行的合同,依法经过协商进行修改或补充所达成的协议。合同的变更必须针对有效合同,协商一致是合同变更的必要条件,合同任何一方都不得擅自对合同进行变更。合同的变更一般不涉及已履行的合同内容,对于有些需要有关部门批准或者登记的合同的变更,需要重新进行审批或者登记,有效的合同变更必须要有明确的合同内容的变更,如果当事人对合同的变更约定不明确,视为没有变更。合同变更后,当事人应按变更后的合同履行,未变更部分继续原有的效力。合同变更的内容主要包括以下几个方面:

- ①标的物数量增减、品质的改变或规格的变更;
- ②履行期限、履行方式、履行地点的变更;
- ③结算方式的变更;
- ④合同担保的变更;

⑤附条件及附期限合同中条件及期限的变更等。

1.2.3 合同效力

合同效力是指法律赋予依法成立的合同具有拘束当事人各方的强制力。合同效力是法律效力的表现和结果。依法成立的合同,具有法律上的效力,即发生法律上债的效果。合同一旦依法生效,法律即以其强制力迫使合同当事人必须按照其相互之间的约定完成一定行为。

1) 合同生效

合同生效是指合同产生法律上的约束力。合同产生法律上的约束力主要是针对合同双方当事人来讲的。合同一旦生效,合同当事人即享有合同中所约定的权利和要承担合同中所约定的义务。

知识链接

《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。”

已经成立的合同,必须具备一定的生效要件,才能产生法律约束力。合同生效要件是判断合同是否具有法律效力的评价标准。合同生效要件包含下述几项内容:

(1) 订立合同的当事人必须具有相应的民事权利能力和民事行为能力

知识链接

《合同法》第9条第1款规定:“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。”

主体不合格,所订立的合同不能发生法律效力。

具有民事权利能力是自然人获得参与民事活动的资格,但能不能运用这一资格,还受自然人的理智、认识能力等主观条件的制约。有民事权利能力者,不一定具有民事行为能力。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第10条规定:“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”这是有关法人权利能力和行为能力的直接规定,即法人在不违反法律、行政法规强制性规范时,即使超越经营范围签订合同也认定有效。

关于法人之外其他组织权利能力和行为能力,在特定情况下,不具有法人资格的其他组织可以自己名义签订合同,如领取营业执照的法人分支机构具有缔约资格。

(2) 意思表示真实

所谓意思表示真实,是指表意人的表示行为真实反映其内心的效果意思,即表示行为应当与效果意思相一致。意思表示真实是合同生效的重要构成要件。在意思表示不真实的情况