

交通运输部公路工程监理工程师执业资格考试用书

2009年

公路工程监理工程师执业资格考试

〈合同管理〉应试辅导



重庆交通大学 黄显贵 魏道升 范智杰 黄显君 主编



人民交通出版社
China Communications Press

公路工程监理工程师执业资格考试
〈合同管理〉应试辅导

黄显贵 魏道升 范智杰 黄显君 主编

人民交通出版社

内 容 提 要

本书依托最新考试大纲,对各部分考试内容进行了考点分析,给出了部分例题。同时书中附有综合复习题、模拟试题、历年考题以及参考答案,供考生考前复习与模拟。

本书可供参加交通运输部公路工程监理工程师执业资格考试的考生进行考前培训和复习备考之用。

图书在版编目(CIP)数据

公路工程监理工程师执业资格考试<合同管理>应试辅导/
黄显贵等主编. —3版. —北京:人民交通出版社,2009.7
ISBN 978-7-114-07883-5

I.公... II.黄... III.①道路工程-工程施工-监督管理-资格考核-自学参考资料②道路工程-经济合同-管理-资格考核-自学参考资料 IV.U415.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 121237 号

Gonglu Gongcheng Jianli Gongchengshi Zhiye Zige Kaoshi<Hetong Guanli>Yingshi Fudao

书 名:公路工程监理工程师执业资格考试<合同管理>应试辅导

著 作 者:黄显贵 魏道升 范智杰 黄显君

责任编辑:陈志敏 王 霞

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)59757969, 59757973

总 经 销:北京中交盛世书刊有限公司

经 销:各地新华书店经销

印 刷:北京鑫正大印刷有限公司

开 本:787×1092 1/16

印 张:9.75

字 数:235千

版 次:2006年11月 第1版

2007年6月 第2版

2009年7月 第3版

印 次:2009年7月 第1次印刷 累计第6次印刷

书 号:ISBN 978-7-114-07883-5

定 价:23.00元

(如有印刷、装订质量问题的图书由本社负责调换)

出版说明

公路工程监理工程师执业资格考试,是我国交通建设工程监理执业资格管理体制改
革的一项重大举措,其目的是为了规范公路工程监理工程师执业资格管理,通过科学、公
正、客观、合理地考核应考者的工程专业技术与管理水平、监理知识及分析解决工程实际
问题的能力,以选拔监理人才,提高交通建设监理队伍的整体素质。

为满足广大考生复习备考的需要,人民交通出版社特委托重庆交通大学组织有多年
培训经验的专家,编写了公路工程监理工程师执业资格考试应试辅导系列丛书。

本丛书第一版于 2006 年正式出版,此前作为重庆交通大学监理考试培训讲义编写使
用,一直受到广大考生的欢迎,平均销量达 20000 套。作为一套经典的复习备考用书,本
丛书能够帮助考生提高复习效率,切中考试要点,帮助工作繁忙、缺少复习时间的考生们
以最短的时间复习备考并通过考试。

2009 年交通运输部公路水运监理工程师过渡考试大纲颁布后,根据最新考试大纲和
最新出版的监理培训教材,以及最新的规范、规程和近两年的考生反馈意见、考试特点、命
题思想、历年试题,编者对本丛书进行了全面修订,正式推出第三版。

本丛书各分册从考试大纲入手,总结了考试要点,列出了常见的出题点,给出了大量
的复习题,并附历年考题和考前模拟题,供考生复习和考前训练。

我们衷心希望本套丛书能够帮助考生顺利通过考试。

人民交通出版社

2009 年 7 月

目 录

第一部分 法律基础知识	1
一、考试大纲要求	1
二、考点分析与例题	1
第二部分 合同法	10
一、考试大纲要求	10
二、考点分析与例题	10
第三部分 招标投标管理	39
一、考试大纲要求	39
二、考点分析与例题	39
第四部分 《公路工程国内招标文件范本》(2003 年版)	52
一、考试大纲要求	52
二、考点分析与例题	52
第五部分 合同管理中的工作程序及方法	64
一、考试大纲要求	64
二、考点分析与例题	64
第六部分 公路工程施工监理合同	75
一、考试大纲要求	75
二、考点分析	75
第七部分 综合分析题例题	81
附录 1 综合复习题及参考答案	89
附录 2 模拟试题一及参考答案	100
附录 3 模拟试题二及参考答案	107
附录 4 2004 年公路工程监理工程师执业资格考试《合同管理》试卷及参考答案	113
附录 5 2005 年公路工程监理工程师执业资格考试《合同管理》试卷及参考答案	120
附录 6 2006 年公路水运工程监理工程师执业资格考试《合同管理》试题(A 卷)	127
附录 7 《公路工程施工监理招标文件范本》第三篇合同通用条款	133

第一部分 法律基础知识

一、考试大纲要求

熟悉:合同与法律的关系,代理的基本概念与基本特征,合同代理的基本形式与要求。

掌握:合同法律关系的构成要素,主体、客体、内容。

二、考点分析与例题

(一)考点 1 合同

1. 合同的概念(参见公路工程监理培训教材《合同管理》第 1 页)^①

合同又称契约、合约,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。

2. 合同的特征

(1)合同是两个或两个以上当事人的法律行为。

(2)合同因双方当事人的意思表示一致而成立。

(3)合同是当事人在平等自愿的基础上,且具有意思表示的一致性和真实性的协议。

(4)合同须具有合法性、确定性和可履行性。

3.《中华人民共和国合同法》调整的范围仅仅调整债权合同

民法中的合同有广义和狭义之分。广义的合同是指两个以上的民事主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议;狭义合同是指债权合同,即两个以上的民事主体之间设立、变更、终止债权关系的协议。广义的合同除了民法中债权合同之外,还包括物权合同、身份合同,以及行政法中的行政合同和劳动法中的劳动合同等。我国《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)中所称的合同,是指狭义上的合同。此外,《合同法》第二条第二款还明确规定,“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”。

《合同法》分则中列出了:买卖合同,供用电、水、气、热力合同,赠与合同,借款合同,租赁合同,融资租赁合同,承揽合同,建设工程合同,运输合同,技术合同,保管合同,仓储合同,委托合同,行纪合同,居间合同等 15 种有名合同。

【例题】

(1)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(A)的协议。

A. 民事权利义务关系

B. 劳动权利义务关系

C. 领导关系

D. 监督管理关系

^①《合同管理》,雒应主编,人民交通出版社,2007。

(2)不属于《合同法》调整范围的合同是(A)。

A. 监护合同 B. 买卖合同 C. 技术合同 D. 委托合同

(3)《合同法》规定,建设工程合同中没有规定的,适用(A)的有关规定。

A. 委托合同 B. 技术合同 C. 承揽合同 D. 买卖合同

(4)由其他法律进行规范,不适合用《合同法》的规定有(BCD)。

A. 货物买卖 B. 劳动合同 C. 婚姻协议 D. 监护协议 E. 工程合同

(二)考点 2 法律

1. 法律的概念

法律是一种具有强制力的特殊行为规范。即是体现统治阶级意志,由国家制定或认可,依靠国家的强制力来保证实施的行为规范。

2. 合同与法律的关系

(1)合同的效力是以服从法律为前提的。

(2)合同是一种法律手段。

(3)合同关系实际上是一种法律关系。

(三)考点 3 合同法律关系的构成要素

1. 合同法律关系主体

1)概念

通常称为当事人,它是合同权利的享有者(债权人)和合同义务的承担者(债务人)。

2)合同法律关系主体的种类

(1)自然人

是指基于出生而成为民事法律关系主体的有生命的人。包括本国、外国人和没有国籍的人。自然人作为合同法律关系的主体应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)中将人分为完全民事行为能力人、限制民事行为能力人和无民事行为能力人三种。

第十一条 18周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。16周岁以上不满18周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

第十二条 10周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。不满10周岁的未成年人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。

第十三条 不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。

第十四条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

注意区别:“自然人”与“公民”的概念。

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他人签订合同成为合同当事人。

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(也就是说所签订

合同属于民事范畴,不是行政法范畴的)。

(2)法人

①法人的概念(参见公路工程监理培训教材《合同管理》第7页):我国《民法通则》第36条规定,“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。”

②法人成立的必备条件(参见公路工程监理培训教材《合同管理》第7页):法人必须依法成立,有必要的财产或者经费,有自己的名称、组织机构和场所,能够独立承担民事责任。

③区别“法人”、“法定代表人”、“法人代表”、“自然人”概念(参见公路工程监理培训教材《合同管理》第7~8页)。

(3)其他组织

其他组织是指依法成立的,虽不具备法人资格,但能以自己的名义参与民事活动的经济实体或者法人的分支机构等社会组织。根据我国现行法律、法规规定,其他组织主要包括以下几种:

- ①联营企业;
- ②不具备法人资格的集体企业;
- ③不具备法人资格的联营企业;
- ④不具备法人资格的社会团体;
- ⑤其他不具备法人资格的组织。

2. 合同法律关系客体

1)客体的含义

又称为合同的标的,是指合同法律关系主体的权利和义务共同所指向的对象。

2)合同法律关系客体的种类

(1)行为: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。

(2)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。

(3)物:是指可为人们控制的、具有使用价值和价值的生产资料 and 消费资料。

(4)智力成果:又称非物质财富,是指脑力劳动的成果,如专利权、著作权和商标权等。

3. 合同法律关系内容

在合同一般条款中所确定的合同主体各方的权利和义务,就是合同法律关系的内容。

1)权利

所谓权利,是指权利主体依据法律规定和合同约定,有权按照自己的意志做出某种行为,同时要求义务主体做出某种行为或者不得做出某种行为,以实现自己的合法权益。当其权利受到侵犯时,法律将予以保护。

2)义务

所谓义务,是指义务主体依据法律规定和权利主体的合法要求,必须做出某种行为或不得做出某种行为,以保证权利主体实现其合法权益,否则要承担法律责任。

【例题】

1. 选择题

(1)可以代表法人进行生产经营活动、参与招标投标、签订经济合同的是(B)。

- A. 监护人 B. 法人代表 C. 法定代理人 D. 自然人

- (2)民法通则第 38 条给法人代表所下的定义是(B)。
- A. 法院指定的代理人
 - B. 依照法律或者法人组织章程的规定代表法人行使职权的负责人
 - C. 法人就是法定代表人
 - D. 被法律赋予人格化了的 社会组织
- (3)法律关系的主体是指(B)。
- A. 法律关系中当事人的权利和义务
 - B. 法律关系的当事人
 - C. 权利义务所共同指向的“事”或“物”
 - D. 国家颁布的法律、法规
- (4)合同法律关系的客体是(C)。
- A. 承包商
 - B. 监理工程师
 - C. 标的
 - D. 合同条款
- (5)建设工程设计合同法律关系的客体表现为(C)。
- A. 财
 - B. 物
 - C. 行为
 - D. 非物质财富
- (6)某建设单位拖欠了某施工单位的工程款,则这笔工程款是工程建设法律关系的(B)。
- A. 主体
 - B. 客体
 - C. 内容
 - D. 内容中的义务
- (7)某甲和某乙与某建筑公司签订了劳动合同,则下面说法正确的是(B)。
- A. 某甲和某乙是民事法律关系主体中的社会组织
 - B. 某甲和某乙是民事法律关系主体中的自然人
 - C. 某甲和某乙是民事法律关系中的客体
 - D. 某甲和某乙是民事法律关系的内容
- (8)下列可以作为法律关系主体的有(ABC)。
- A. 国家机关
 - B. 法人或其他组织
 - C. 自然人
 - D. 建设资金
 - E. 生产资料
- (9)法律关系的客体表现为(ABCE)。
- A. 财
 - B. 物
 - C. 行为
 - D. 物质财富
 - E. 非物质财富
- (10)关于自然人与公民论述正确的是(C)。
- A. 公民是有国籍的,自然人是没有国籍的
 - B. 公民是有国籍的,自然人是专指没有国籍的人
 - C. 公民是有国籍的,自然人是不强调他有没有国籍的
 - D. 公民和自然人都有国籍
- (11)法律关系由(ABC)这几个要素构成。
- A. 法律关系主体
 - B. 法律关系客体
 - C. 法律关系内容
 - D. 法律事实
 - E. 权利和义务
- (12)法律关系内容是法律关系的构成要素之一,其内涵有(AC)。
- A. 权利
 - B. 责任
 - C. 义务
 - D. 利益
 - E. 行为
- (13)法人应当具备的条件包括(ACDE)。
- A. 依法成立
 - B. 具有民事行为能力
 - C. 有必要的财产或者经费
 - D. 有自己的组织机构
 - E. 能够独立承担民事责任

2. 判断题

(1)法人与自然人都是有生命的人。 (×)

(2)某甲到菜市场买大米,则卖大米的小商贩和某甲就是法律关系的主体;大米就是法律关系的客体;如果某甲对小商贩限定了条件,要求他将大米送货上门,这对某甲来说是应该享有的权利,对小商贩来说是应该承担的义务,权利和义务就构成了法律关系的内容。 (✓)

(3)公民是自然人,自然人也一定是公民。 (×)

(四)考点4 代理制度

1. 代理的概念

是指代理人以被代理人的名义,并在其授权范围内向第三人做出意思表示或接受第二人的意思表示,所产生的权利和义务直接由被代理人享有和承担的法律行为。

2. 代理的法律特征(参见公路工程监理培训教材《合同管理》第8页,注意一些关键的字眼!)

(1)代理活动本身是一种法律行为,是代理人为被代理人从事民事法律的行为;

(2)代理行为是代理人以被代理人的名义实施的民事法律行为;

(3)代理人在被代理人的授权范围内独立地做出意思表示;

(4)代理人的代理行为所产生的法律后果直接归属于被代理人。

3. 代理关系

由于代理行为的存在,则构成了代理关系,即通过代理的活动而在被代理人、代理人及第三人之间发生的相互关系。表现为:

(1)代理人与被代理人之间的关系是代理与被代理关系。属代理权关系,为代理的内部关系。

(2)代理人与第三人之间的关系是间接的民事法律关系。属代理行为关系,为代理的外部关系。

(3)第三人与被代理人之间的关系是直接的民事法律关系。属代理行为效果关系,是代理的外部关系。

所谓第三人,是相对代理人和被代理人之间的代理关系而言的。如某乙受某甲的委托,代理某甲同某丙订立买卖合同。这样就形成了两个法律关系:一个是某甲和某乙之间的代理关系;另一个是某甲和某丙的买卖合同关系。某丙虽然是买卖合同的当事人,但相对某甲和某乙之间的代理关系而言,则是第三人。

4. 代理的种类

1) 委托代理

(1)概念(参见公路工程监理培训教材《合同管理》第12页):《民法通则》第65条第1、2款规定:“民事法律行为的委托代理,可以用书面形式,也可以用口头形式。法律规定用书面形式的,应当用书面形式。书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间,并由委托人签名或者盖章。”代签工程建设合同必须采用书面形式。

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)委托代理必须满足以下三个要件后才能成立,代理人才可以代表被代理人进行生产经营活动;同样,这种代理人代表被代理人进行的生产经营活动也受到法律的保护。

第一,必须事先取得委托证明;第二,必须在授权的范围内设立权利和义务;第三,必须以

被代理人的名义设立权利和义务。

(3)委托代理具有以下四个特征：

①代理的后果特征：代理行为必须是能够产生法律后果、具有法律意义。凡是不产生法律意义的行为，一律不能称其为代理。

②代理的目的特征：代理人的行为目的是为被代理人设立某种权利义务，因此，只有代理人以被代理人的名义进行的代理行为，才能够为被代理人取得权利、设立义务；如果代理人以自己的名义所实施的法律行为，则其所设立的权利义务就只能由行为人自己负责，所以代理人以自己的名义所设立的权利和义务（如“自身代理”、“双方代理”等），不能称其为代理行为。

③代理的权限特征：代理人只能在被代理人授权的范围内实施行为，代理人在未经授权、超越代理权限，或者代理权限终止后所进行的代理行为，都属于无权代理行为；除非被代理人对无权代理进行过追认外，原则上被代理人对于无权代理行为的后果不承担法律责任。

④代理的责任特征：代理人在被代理人授权的范围内从事的活动，由被代理人承担法律责任。

2)法定代理

所谓法定代理，是指依据法律的直接规定而产生代理权的一种代理。

3)指定代理

所谓指定代理，是指根据人民法院或有关主管机关指定而产生代理权的一种代理。指定代理关系中的被代理人只能是公民，而且一般是无行为能力或限制行为能力的公民。

5. 无效代理及其法律后果

(1)有下列情形之一的，属无效代理行为：

①无权代理：通常指代理人未经被代理人授权、超越代理权限或者代理权限消灭以后所进行的，且没有经过被代理人追认的代理行为。无效代理从事的活动，由代理人自负其责。

②自身代理：代理人以自己的名义，同被代理人所签订的合同。

③双方代理：指代理人以被代理人的名义同自己所代理的另一被代理人所签订的合同。

④恶意串通：代理人与对方串通，签订损害被代理人利益的合同。

(2)无效代理的法律后果，应分别按以下几种不同情形区别对待：

①对无权代理的追认与追认后的法律后果：当被代理人认为无权代理行为虽非自己委托，但其结果却符合自己的意愿和利益时，则有权追认，无权代理一经追认，便转为有效代理。被代理人行使追认权力的方式既可以用书面的形式，也可以用口头的形式，也可以用实际履行合同的行为表示追认，甚至于规定被代理人本人知道他人以本人名义实施代理行为而不做否认也一律视为已经被“追认”。

②对无权代理的拒绝与拒绝后的法律责任：当被代理人认为无权代理违背了自己的意愿和利益时，有权拒绝，但拒绝必须以口头或书面形式，被代理人做出否认表示的，被代理人不承担法律责任。凡不做或没有做出否认表示的，法律视为已经被追认（行使追认权与拒绝权的“时效”为一个月）。

③因代理人不履行职责给被代理人造成损失的，代理人应当承担民事责任。

④代理人与第三人串通损害被代理人利益的，由代理人和第三人负连带责任。

⑤非善意的第三人的法律连带责任：明知代理人的行为属于没有代理权、超越代理权、代理权限终止后代理的，但仍与该代理人实施民事行为（包括订立合同）的第三人，一概属于法律

中规定的“非善意的第三人”。凡是“非善意的第三人”与代理行为人实施的代理结果,对他人造成损害时,“非善意的第三人”与代理行为人要负法律上的连带责任。

⑥出现“表见代理”时,法律保护善意第三人的合法权益。在无权代理的情况下,凡属于因为代理人与被代理人之间具有某种密切的关系,在客观上足以使得相对人(或称第三人)有正当的理由相信行为人是具有代理权的,这种有理由相信但实际上却没有代理权的代理现象,法律上称为“表见代理”。“表见代理”中的相对人则被称为善意的第三人。法律保护善意第三人的合法权益。

⑦代理人知道被代理行为是违法的仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的,由代理人或被代理人负连带责任。

⑧委托授权不明的:凡是委托授权不明的,被代理人应当向第三人承担民事责任,代理人负连带责任。

(3)有下列情形之一的,委托代理终止:

- ①代理期间届满或者代理事务完成;
- ②被代理人取消委托或者代理人辞去委托;
- ③代理人死亡;
- ④代理人丧失民事行为能力;
- ⑤作为被代理人或者代理人的法人地位终止的。

【例题】

1. 选择题

(1)某建筑公司法定代表人由于有事需要外出,不能亲自参加建设工程承包合同的签字,于是他在上飞机前给自己公司的副经理打了个电话,委托他去签字,则下面说法正确的是(D)。

- A. 这种代理属于委托代理,签字有效
- B. 这种代理属于法定代理,签字有效
- C. 这种代理属于指定代理,签字无效
- D. 这种代理属于委托代理,签字无效

(2)某主管采购材料的项目副经理某甲委托某乙去采购劣质钢材用于该工程建设,则对于这种代理行为说法正确的是(D)。

- A. 该委托代理行为有效
- B. 该代理行为的后果应由被代理人承担
- C. 该代理行为的后果应由代理人承担
- D. 该代理行为的后果应由代理人与被代理人共同承担连带责任

(3)明知代理人的行为没有代理权、超越代理权、属于代理权限终止后的代理,但仍与该代理人实施民事行为(包括订立合同)的第三人属于法律中规定的“非善意的第三人”。凡是“非善意的第三人”与代理行为人签订的合同,对他人造成损害时,“非善意的第三人”要负法律上的(B)。

- A. 主要责任
- B. 连带责任
- C. 不承担责任
- D. 道义上的责任

(4)在无权代理的情况下,凡属于因为代理人与被代理人之间具有某种密切的关系,在客观上足以使得相对人(或称第三人)有正当的理由相信行为人是具有代理权的,这种有理由相信但实际上却没有代理权的代理现象,法律上称为“表见代理”。对于“表见代理”中的相对人则被称为善意的第三人。法律对善意第三人的合法权益采取(C)。

- A. 追究善意第三人连带责任
- B. 由善意第三人承担主要责任

C. 法律保护善意第三人的合法权益 D. 由被代理人承担全部责任

(5) 委托代理人与第三人签订合同的法律特征表现为(C)。

- A. 以代理人的名义与对方谈判
- B. 商签的合同内应有代理人权利义务条款
- C. 代理人在合同谈判中基于授权范围自主地提出自己的要求
- D. 合同生效后,委托人和代理人共同履行合同

(6) 代理是一种民事法律行为,通常分为以下哪三种类型(D)。

- A. 法定代理、指定代理、合法代理 B. 委托代理、委派代理、民间代理
- C. 委托代理、法定代理、民间代理 D. 委托代理、法定代理、指定代理

(7) 某企业法人代表委托甲代理人代签某工程合同,甲代理人超越授权范围签订了该工程合同,事后获得法人代表同意,此代理行为应认定为(B)。

- A. 无效代理行为 B. 有效代理行为
- C. 无权代理行为 D. 无法律效力行为

(8) 现实生活中,委托代理应注意的问题有(ABE)。

- A. 慎选代理人 B. 委托授权范围明确
- C. 委托时限明确 D. 委托人利益明显
- E. 代理事项必须合法

(9) 属于无权代理行为的有(ABE)。

- A. 未经被代理人授权的代理行为 B. 超越代理权限的代理行为
- C. “双方代理”产生的代理行为 D. 恶意串通的代理行为
- E. 代理权限消灭以后所进行的代理行为

(10) 不可以追认、属于绝对无效的代理行为有(CDE)。

- A. 未经被代理人授权的代理行为 B. 超越代理权限的代理行为
- C. “双方代理”产生的代理行为 D. 恶意串通的代理行为
- E. 自身代理的代理行为

(11) 委托代理必须满足以下(ACD)条件后,才可以代表被代理人进行生产经营活动。

- A. 必须以被代理人的名义设立权利和义务
- B. 必须是法人单位的职工
- C. 必须在授权的范围内设立权利和义务
- D. 必须事先取得委托证明
- E. 必须具有法人资格

(12) 关于无权代理,正确的叙述包括(ABC)。

- A. 被代理人认为无权代理行为虽非自己委托,但其结果却符合自己的意愿和利益时,则有权追认
- B. 当被代理人认为无权代理违背了自己的意愿和利益时,有权拒绝
- C. 拒绝必须以口头或书面形式,凡不做或没有做出否认表示的,法律视为已经被追认
- D. 被代理人知道代理人的代理行为违法没有表示反对的,被代理人可以不负责任
- E. 凡因委托授权不明给他人造成损失的,由代理人负责任,被代理人可以不承担责任

2. 判断题

(1) 委托代理人按照被代理人的委托行使代理权,法定代理人依照法律的规定行使代理权,指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。(✓)

(2) 因委托书授权不明给第三人造成损失的,被代理人应当向第三人承担民事责任,代理人负连带责任。(✓)

(3) 代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的,由被代理人 and 代理人负连带责任。(✓)

(4) 父母作为监护人代理未成年人进行民事活动就是属于法定代理。(✓)

(5) 人民法院指定一名律师作为离婚诉讼中丧失行为能力而又无其他法定代理人的一方当事人的代理人,属于指定代理。(✓)

(6) 法定代理和指定代理都主要是针对无民事行为能力人或限制民事行为能力人的。(✓)

(7) 代理人和第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人和第三人负连带责任。(✓)

第二部分 合 同 法

一、考试大纲要求

了解:合同的概念及类别,格式条款,抗辩权,保全措施,合同终止,合同解释,建设工程合同的要求。

熟悉:合同成立与合同效力,合同的主要条款,无效合同和可撤销合同,效力待定合同,合同的担保,缔约过失责任,合同的鉴证与公证,不可抗力及免责,建设工程合同和委托监理合同的有关规定。

掌握:《合同法》的基本原则,合同的订立、履行、变更与解除,违约责任,合同纠纷的处理方式。

二、考点分析与例题

(一) 考点 1 合同的类别(参见公路工程监理培训教材《合同管理》第 10 页)

合同的类别是指按照一定的标准将合同划分成不同的类型。合同的主要类别有:

1. 有名合同与无名合同(或称典型合同与非典型合同)

有名合同即典型合同,是指法律、行政法规规定了具体名称和调整规范合同。如:建设工程合同、借款合同、委托合同等。

无名合同即非典型合同,是指法律、行政法规尚未规定其名称的合同。

2. 双务合同与单务合同

双务合同是当事人双方都享有权利并承担义务的合同,如买卖合同、租赁合同、承揽合同、建设工程合同等。单务合同是指一方只享有权利而不承担义务,另一方只承担义务而不享有权利的合同,如赠与合同等。

3. 有偿合同与无偿合同

4. 诺成合同与实践(要物)合同

诺成合同也叫不要物合同,是指当事人意思表示一致即告成立的合同,如买卖合同、承揽合同、租赁合同、建设工程合同等。

而实践合同又叫要物合同,是以交付标的物为成立要件的保管合同、运输合同等。

5. 要式合同与不要式合同

6. 主合同与从合同

凡是该种合同的成立和存续必须以它种合同的存在为前提并为之服务,而其自身不能独立存在的合同为从合同。不以它种合同的存在为前提而可以单独成立和存在的合同为主合同。例如普通债权债务合同是主合同,而为担保该合同的履行所订立的保证合同、抵押合同等则是从合同。

注意 1:建设工程合同应当采用书面形式。

注意 2:《合同法》第 269 条第 2 款规定:“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”而施工合同又可分为建筑工程合同与安装工程合同。

(二)考点 2 合同法的基本原则

《合同法》第 3~8 条规定了以下基本原则:

1. 平等原则——合同法第 3 条

这一原则体现在三个方面:

- (1)合同当事人的法律地位一律平等;
- (2)合同中的权利义务对等;
- (3)合同当事人必须就合同条款充分协商,取得一致,合同才能成立。

2. 自愿原则——合同法第 4 条

自愿原则体现了民事活动的基本特征,是区别民事关系与行政法律关系、刑事法律关系的特有的原则。

3. 公平原则——合同法第 5 条

(1)在订立合同时,要根据公平原则确定双方的权利和义务,不得滥用权利,不得欺诈,不得假借订立合同恶意进行磋商;

(2)根据公平原则确定风险的合理分配;

(3)根据公平原则确定违约责任。

4. 诚信原则——合同法第 6 条

诚实信用原则要求当事人在订立、履行合同,以及合同终止后的全过程中,要诚实、讲信用、相互协作。这条原则更注重对履行合同的约束,按此原则:

(1)在订立合同时,不得有欺诈或其他违背诚实信用的行为,否则可能导致合同无效;

(2)在履行合同义务时,当事人应当遵循诚实信用的原则,根据合同的性质、目的、交易习惯来履行及时通知、协助、提供必要的条件、防止损失扩大、保密等义务;

(3)合同终止后,当事人也应当遵循诚实信用的原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

5. 合法原则——合同法第 7 条

遵守法律原则是合同法的一项重要基本原则。具体包括四个方面:

(1)当事人订立合同和履行合同必须符合法律和行政法规规定,例如当事人必须在经营范围内签订合同、合同标的物不是法律限制或者禁止流通物品、订立合同目的和合同内容合法、履行合同要符合法律规定等,否则,合同无效。这里所说的法律不仅指《合同法》,而是包括所有相关法律。

(2)当事人订立合同和履行合同,必须遵守社会公德。

(3)当事人订立合同和履行合同不得扰乱社会经济秩序。

(4)当事人订立合同和履行合同不得损害社会公共利益。如销售伪劣产品、环境污染等,这些行为不仅不受法律保护,而且还要受到惩治,如果合同包含这些内容,合同无效。

6. 法律约束力原则——合同法第 8 条

将上述几个《合同法》明文规定的基本原则归纳合并(平等原则与自愿原则合并后并称为基本原则;公平原则与诚实信用原则合并后并称为最高准则)后可以得到《合同法》的四个基本原则:

(1)平等、自愿原则(基本原则)。将平等与自愿放在一起,是因为他们是相辅相成的。在此原则下合同当事人有以下权利:①订不订自愿;②与谁签订合同自愿;③自愿约定合同的内容(即合同的权利和义务);④在合同履行的过程中合同当事人可以协议补充、协议变更合同;⑤双方有权协议解除合同;⑥双方可以在合同中自愿选择解决合同争端的方式。

(2)公平、诚实信用原则(最高准则)。这一原则是民事活动(也是合同法)中应遵循的最高原则。

(3)守法、不损害社会公共利益原则(前提原则)。这一原则是确定合同内容的前提原则,一般情况下国家对当事人通过协商决定相互权利义务关系的权利不加干涉,但是,对于发生违反法律法规强制性规定,损害社会公共利益,扰乱社会经济秩序的合同行为,国家司法机关理所当然地应当宣判其为无效合同,并依法按无效合同进行处理。

(4)依法成立的合同对合同当事人具有法律的约束力,不得擅自变更和解除的原则(安全原则)。法律约束力指的是当事人应当按照合同的约定履行自己的合同义务,除法律规定或取得对方的同意,不得擅自变更、解除,如果不履行合同义务或者所履行的义务不符合合同的约定,就要承担履约违约的法律责任,如果受损方向法院(或仲裁机构)起诉,法院就要依法保护当事人的合法权益。

(三)考点3 合同的订立

1. 合同当事人的主体资格问题

《合同法》第9条对合同当事人的主体资格做如下规定:“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。当事人依法可以委托代理人订立合同。”

(1)合同当事人包括自然人、法人以及其他组织。

(2)合同当事人的民事权利能力和民事行为能力。

(3)法人或其他组织必须依法订立合同:法人和其他组织订立合同,必须按照依法具有的权利能力行事,方能产生有效的合同。

(4)委托代理人订立合同:法律规定,当事人在订立合同时,由于主观或客观的原因,不能由法人的法定代表人、其他组织的负责人亲自签订时,可以依法委托代理人订立合同。

2. 合同的形式和内容

1)书面形式包括的内容(参见公路工程监理培训教材《合同管理》第10页)

合同的形式,是指合同当事人各方对合同的内容(条款)经过协商,做出共同的意思表示的具体方式。

《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。”《合同法》第270条规定:“建设工程合同应当采用书面形式。”

《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。”合同书,是指记载合同内容的文书。合同书有标准合同书(又称格式合同)与非标准合同书之分。标准合同书指合同条款由当事人一方预先拟定,相对方只能表示全部同意或者不同意的合同书;非标准合同书指合同条款完全由当事人各方通过协商,达成一致意见后所签订的合同书。信件,是指当事人各方就要约与承诺所作的意思表示的普通文字信函。数据电文,是指运用现代通信技术进行联系的方式,包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等。