

■ 谢文秀 刘 喆

装备合同管理

ZHUANGBEI HETONG GUANLI



国防工业出版社
National Defense Industry Press



装备合同管理

谢文秀 刘 喆 编著

国防工业出版社

· 北京 ·

内 容 简 介

本书内容包括:装备合同的内涵与分类;装备合同管理的概念、特征、原则及机制构建;装备合同草案文本的结构、拟制合同草案文本的原则、依据及要求;装备合同订立的基本程序、订立方式的选择及合同生效条件;装备合同履行中的质量监督、服务保障和经费支付;装备合同的变更、解除与终止;装备合同违约责任与免除;装备合同纠纷的解决;装备合同风险管理;装备合同信息管理及外军装备合同管理等。内容注重理论的系统性、实践的指导性及发展的前瞻性,对装备合同管理工作的开展有较好的指导作用。

本书既可作为装备合同管理工作者的工具书,也可作为军队任职教育院校装备采购管理干部的培训教材。

图书在版编目(CIP)数据

装备合同管理 / 谢文秀, 刘喆编著. —北京:国防工业出版社, 2012. 6

ISBN 978-7-118-08071-1

I. ①装... II. ①谢... ②刘... III. ①武器装备—经济合同—管理 IV. ①E144

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 055430 号

※

国防工业出版社出版发行

(北京市海淀区紫竹院南路 23 号 邮政编码 100048)

北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

新华书店经售

*

开本 710×960 1/16 印张 18¼ 字数 321 千字

2012 年 6 月第 1 版第 1 次印刷 印数 1—3000 册 定价 56.00 元

(本书如有印装错误,我社负责调换)

国防书店:(010)88540777

发行邮购:(010)88540776

发行传真:(010)88540755

发行业务:(010)88540717

前 言

当今社会,合同已经成为公民和组织进行经济联系和社会联系的重要方式和手段。随着装备采购制度改革不断推进,用合同形式采购武器及维修保障服务将成为装备采购的重要方式。装备合同在形式上就是军方作为合同一方当事人与承制方签订的购买武器装备或维修服务的协议。装备合同的性质和任务决定了装备合同的特殊性,即装备合同是民事经济合同的一种特殊形式,受《合同法》的约束与规范。同时,由于装备合同经费来源于国家财政,其支出属于公共支出范畴。所以,必须强化对经费使用过程的动态监管;又由于装备合同行为的目的直接服务于国防现代化建设,此项活动与国家安全密切相关。因此,军方装备合同管理部门具有装备合同监管的优益权。

早在2005年9月,《装备合同管理》作为内部试用教材受到了《政府采购法》起草人、著名民商法专家于安教授较高的评价,成为装备采购干部任职教育培训教材和硕士研究生教材并试用至今,在培养我军装备合同管理人才、指导装备合同管理实践等方面发挥了积极作用。但装备合同的特殊性问题比较多,尚需要在实际运用中逐步完善。教材试用至今已有六年多时间,试用中遇到了诸多新情况和新问题。本次撰写的《装备合同管理》无论在理论体系的系统性和实践的针对性上均有所提高,同时,在撰写过程中也吸纳了近期一些学者的有益见解,以期出版后给读者带来更加切实的指导。

《装备合同管理》一书的编著,旨在为装备管理领域从事采购和合同管理的人员提供一本理论学习和实践指导书。为了实现这一写作目标,编著者结合国内外相关文献和近年来我军装备合同管理实践,将理论体系的完整性与管理活动的实践性有机地结合起来,确立了以装备合同管理活动过程为主线的框架设

计及大纲编写思路。

本书首先对装备合同管理的内涵进行了界定,分析了装备合同文本结构、拟制的基本原则及依据;在此基础上对装备合同的订立、履行、变更、解除、终止及违约责任进行了系统阐述;此外,还对装备合同纠纷的解决、装备合同风险管理、装备合同信息管理及外军装备合同管理进行了系统的介绍。

全书由10章和附录A、附录B组成,均由谢文秀教授和刘喆副教授精心撰写并统稿。本书在编写过程中参考了大量的文献资料,并吸取了近年来出版的同类书籍的精华,在参考文献中尽可能详细地一一列出,在此向文献作者表示感谢。另外,张丽叶博士为本书第十章撰写提供了大量的资料,李红军讲师为本书定稿提出了很好的修改建议,在此一并表示衷心感谢。

本书从选题到定稿历时近两年。在这两年的时间里,我们一直忐忑不安,深感拙笔难于跟上实践发展的速度,难于将我军装备建设的经验忠实地加以记录,并升华到理论层面,但出于我们自身对理论探求的激情,虽困难重重,但还是坚持下来了。

对于本书中的疏漏、错误之处,恳请读者指正!

编著者

目 录

第一章 装备合同管理概述	1
第一节 装备合同的内涵与分类	1
一、装备合同的内涵	1
二、装备合同的分类	6
第二节 装备合同管理的概念与特征	14
一、装备合同管理的概念	14
二、装备合同管理的特征	14
第三节 装备合同管理的原则与作用	16
一、装备合同管理的原则	16
二、装备合同管理的作用	18
第四节 装备合同管理范畴及机制建设	19
一、装备合同管理范畴	19
二、装备合同管理机制的构建	21
第二章 装备合同草案文本拟制	23
第一节 装备合同草案文本拟制的依据和原则	23
一、装备合同草案文本拟制的依据	23
二、装备合同草案文本拟制的原则	24
第二节 装备合同草案文本拟制的基本要求	25
一、结构体系清晰	25
二、功能模块完备	26
三、内容约定合法	27
四、合同条款实用	27
五、权利义务明确	28
第三节 装备合同草案文本结构与条款	29
一、装备合同草案文本结构	29
二、装备合同草案文本条款	30

第三章 装备合同订立管理	35
第一节 装备合同订立的基本程序	35
一、发布装备采购项目信息	35
二、审查并选择装备承制单位	37
三、合议装备合同草案文本	40
四、审定合议的装备合同	42
五、签订装备合同	43
六、装备合同的签章与备案	43
第二节 订立方式的选择	44
一、影响订立方式选择的因素	44
二、订立方式选择的参考标准	47
第三节 招标方式订立合同管理	48
一、公开招标	48
二、邀请招标	49
三、招标准备	51
四、投标	52
五、开标与评标	53
六、审查与签约	54
第四节 谈判方式订立合同管理	54
一、谈判方式订立合同的类型	54
二、谈判的组织	55
三、谈判的原则与要求	56
四、谈判的策略与艺术	60
五、谈判备忘录	65
第五节 装备合同的效力	66
一、装备合同的生效	67
二、装备合同的无效	67
三、装备合同被确认无效的法律后果	69
第四章 装备合同履行管理	72
第一节 概述	72
一、装备合同履行的特点	72
二、建立装备合同顺利履行的制度体系	72
三、装备合同履行的原则	73
第二节 装备合同履行中的质量监督	74

一、装备研制过程质量监督	74
二、装备生产过程质量监督	79
三、装备交付的检验验收	82
第三节 装备合同履行中的服务保障	84
一、技术培训	85
二、提供技术资料	87
三、提供零备件	88
四、现场技术服务	88
五、处理产品质量问题	89
六、战时和紧急专项任务的技术保障	90
第四节 装备合同履行中的经费管理	90
一、装备经费的分类及管理办法	91
二、装备合同价格及付款管理	93
第五章 装备合同变更、解除与终止	96
第一节 装备合同的变更	96
一、装备合同变更的原因	96
二、装备合同变更的构成要件	97
三、装备合同变更程序	98
四、装备合同变更的效力	99
第二节 装备合同的解除	100
一、装备合同解除的类型	100
二、装备合同解除的原因	101
三、装备合同解除的程序	104
四、装备合同解除的效力	105
第三节 装备合同的终止	106
一、装备合同终止的情形	106
二、装备合同终止的效力	107
第六章 装备合同违约责任与免除	109
第一节 装备合同违约责任	109
一、装备合同违约的法律特征	109
二、装备合同违约的类型	109
第二节 违约责任的归责原则	112
一、违约责任归责原则的内涵与作用	112
二、装备合同违约责任的归责原则	112

第三节 装备合同违约责任的承担方式	114
一、继续履行	114
二、损害赔偿	115
三、支付违约金	118
四、其他承担方式	119
第四节 装备合同违约责任的免除	120
一、违约责任免责事由	120
二、“不可抗力”免责规定	121
三、“其他免责事由”规定	123
第七章 装备合同纠纷的解决	125
第一节 装备合同纠纷概述	125
一、装备合同纠纷的含义	125
二、装备合同纠纷产生的原因	125
三、装备合同纠纷的类型	126
四、装备合同纠纷的特点	127
第二节 装备合同纠纷的协商	128
一、协商的内涵	128
二、协商的程序	129
三、协商注意的事项	129
第三节 装备合同纠纷的调解	129
一、调解的内涵	129
二、调解的程序	130
三、调解的注意事项	130
第四节 装备合同纠纷的仲裁	131
一、仲裁的内涵	131
二、仲裁的特点	131
三、仲裁的适用范围	132
四、仲裁的类型	132
五、仲裁的基本程序	133
第五节 装备合同纠纷的诉讼	134
一、诉讼的概念与特点	135
二、诉讼的管辖	135
三、举证责任的分配规则	137

四、诉讼参与人	138
五、审判程序	140
第八章 装备合同风险管理	144
第一节 风险管理概述	144
一、风险的内涵与特征	144
二、风险管理的基本步骤	147
第二节 装备合同风险的识别与评估	148
一、装备合同风险的识别	148
二、装备合同风险的评估	150
第三节 装备合同风险的防范	152
一、装备合同签订前的风险防范	152
二、装备合同订立中的风险防范	153
三、装备合同履行中的风险防范	155
第九章 装备合同信息管理	158
第一节 概述	158
一、装备合同信息管理的概念与作用	158
二、装备合同信息管理的主要内容	159
三、装备合同信息管理的基本要求	160
第二节 装备合同信息管理的条件建设	162
一、装备合同信息管理的基础条件	162
二、装备合同信息管理的制度与机构建设	163
三、装备合同信息管理的网络基础建设	164
四、装备合同信息管理的人才储备建设	166
第三节 装备合同信息管理系统构建与设计	166
一、装备合同信息管理系统的构建	166
二、装备合同信息管理系统的功能	167
三、装备合同信息管理系统的设计	169
第十章 外军装备合同管理简介	172
第一节 美国装备合同管理	172
一、美国装备合同管理的特点	172
二、美国装备合同管理的原则	177
三、美国装备合同管理的内容与方式	179
四、美国国防部装备采办合同管理指南简介	186
第二节 俄罗斯装备合同管理	189

一、俄罗斯装备合同管理的特点	189
二、俄罗斯装备合同管理的原则	190
三、俄罗斯装备合同管理的方式	191
第三节 日本装备合同管理	192
一、日本装备合同管理的特点	192
二、日本装备合同管理的原则	197
三、日本装备合同管理的内容与方式	199
附录 A 装备合同文本示例	201
一、装备预先研究合同	202
二、装备研制合同	209
三、装备采购合同基准文本	215
四、装备研制采购合同	221
五、装备维修合同	235
附录 B 政府采购相关法规	244
《中华人民共和国政府采购法》	244
第一章 总则	244
第二章 政府采购当事人	245
第三章 政府采购方式	247
第四章 政府采购程序	248
第五章 政府采购合同	250
第六章 质疑与投诉	251
第七章 监督检查	251
第八章 法律责任	252
第九章 附则	254
《政府采购货物和服务招标投标管理办法》	256
第一章 总则	256
第二章 招标	257
第三章 投标	259
第四章 开标、评标与定标	260
第五章 法律责任	266
第六章 附则	269
《政府采购信息公告管理办法》	270
第一章 总则	270
第二章 政府采购信息公告范围与内容	271

第三章	政府采购信息公告管理.....	272
第四章	政府采购信息指定媒体管理.....	273
第五章	法律责任.....	273
第六章	附则.....	274
	《政府采购供应商投诉处理办法》	275
第一章	总则.....	275
第二章	投诉提起与受理.....	275
第三章	投诉处理与决定.....	276
第四章	法律责任.....	278
第五章	附则.....	278
参考文献		279

第一章 装备合同管理概述

第一节 装备合同的内涵与分类

一、装备合同的内涵

随着社会主义市场经济的不断完善,装备采购基本完成了采购任务的计划分配向采购项目合同管理的转变。

目前,对装备合同内涵及其本质的认识存在不同的观点:第一种观点认为,装备合同属于民事经济合同范畴。即装备合同是军方与承制单位双方当事人意思表示一致的结果,合同的订立基于市场竞争原则,合同条款及其履行以等价有偿和平等互利为基础,在装备合同关系中,双方当事人的权利、义务基本对等,权责对应。第二种观点认为,装备采购行为虽然具有民事经济行为的许多特征,但又不同于一般的民事经济行为,它本质上属于行政行为的范畴,具有行政行为的许多特征,因此,因装备采购而订立的合同实质上是一种行政合同。第三种观点认为,装备合同是军队利用市场机制实现国家安全战略的工具,具有维护公共利益、实现公共职能和在市场中等有偿交易的双重特征,认为装备合同既不是单纯的民事经济合同,也不是单纯的行政合同。第四种观点对第三种观点进行了一定的延伸和界定,其认为装备合同兼具民事合同和行政合同的性质,具体来说是“行政+经济”的经济合同,本质上是国家或军队在经济活动或者经济管理中,将其意志直接体现到民事契约关系中,这种意志的体现既非单纯的民事经济活动,也非不顾及市场因素的行政行为。

要准确把握装备合同的内涵及其本质,辨别以上四种观点的真伪,需要准确理解和把握民事合同及行政合同的内涵与特征。

(一) 民事合同的内涵与法律特征

合同有广义和狭义之分。广义的合同指任何确定权利与义务为内容的协议。其内涵既包括民事经济法律中的合同,也包括行政法上的行政合同,还包括国际法上的国家合同以及婚姻合同等。显然,广义的合同所规制的法律关系不具有同质性,实际上包括了所有法律部门中的合同关系,概括了各种不同的法律关系,如财产关系,人身权中的身份关系、行政关系、劳动关系等。狭义的合同是

指平等主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。我国立法采用了狭义的概念,《民法通则》第八十五条规定:“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同,受法律保护。”

我国《合同法》的立法遵循了《民法通则》的立法原则,采用的是狭义合同的定义,属于民事经济合同的范畴,也称其为经济合同,其法律特征如下。

1. 合同是一种民事法律行为

民事法律行为是民事主体实施的能够引起民事权利义务的产生、变更、终止的合法行为。合同是平等民事主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。因此,合同是一种民事法律行为,当事人所作出的意思表示必须是合法的,才具有法律的约束力,并受到国家法律的保护。如果当事人作出了违法的意思表示,即使达成协议,也不能产生合同效力。合同作为民事法律行为,在本质上属合法行为。合同既然是一种民事法律行为,则在性质上不同于事实行为。事实行为是指不以意思表示为要件,不能产生当事人预期法律效果的行为,如侵权行为、拾得遗物等。

由于合同是一种民事法律行为,因此,民法中关于民事法律行为的一般规定均适用于合同。

2. 合同以设立、变更或终止民事权利和民事义务关系为目的

民事法律行为是以达到行为人预期的民事法律后果为目的的行为。就合同而言,这种预期的民事法律后果就是设立、变更、终止合同关系。所谓设立民事权利义务关系,是当事人之间合同关系的达成或确认,也就是当事人之间先前没有这种合同关系,通过设立合同权利义务关系,当事人通过规范的要约和承诺订立程序,双方达成意思表示一致,接受合同的约束,从而具体享有民事权利,承担民事义务;所谓变更合同权利义务关系,是当事人就合同数量、质量、履行期限、履行地点和履行方式等条款内容进行修改和补充所达成的协议,变更合同关系通常是在继续保护合同关系效力的前提下变更合同的内容;所谓终止合同权利义务关系,是指当事人依据法律终止合同的直接规定,或者是通过订立旨在消灭或解除原合同关系的协议。

3. 合同是当事人协商一致的产物

任何民事合同都必须是订约双方当事人意思表示一致的产物,是双方合意的结果。因此,合同必须包括以下要素:第一,必须存在双方当事人,具有两个以上的合同主体;第二,双方当事人从各自追求的合同目的出发,作出成立合同和接受合同约束的意思表示;第三,意思表示(要约和承诺)必须达成一致;第四,当事人达成一致的意思表示必须是在平等、自愿和意思自由的基础上形成的合意。合同是反映交易的法律形式,任何交易都必须通过交易当事人的合意才能

完成,所以,合同必须是当事人协商后意思表示一致的协议。

（二）行政合同的内涵与法律特征

行政合同也叫行政契约,指行政机关为达到维护与增进公共利益,实现行政管理目标的目的,与相对人之间经过协商一致达成的协议。在行政合同之中,行政机关不是以民事法人的身份而是以行政主体的身份与行政相对人订立关于民事权利义务关系的协议,以合同的方式来实现行政管理的目标。

行政合同具有如下法律特征:

(1) 行政合同的当事人必须有一方是行政主体,享有行政权力。当事人中必须有一方主体是行政主体。没有行政主体的参加,不能称为行政合同。

(2) 行政合同的目的是实施行政管理,具有实现行政管理目标的目的。行政主体签订行政合同的目的是实现行政管理职能,维护公共利益,而不是为了自身的经济利益,如为了修建道路、桥梁、机场等公共设施,行政主体与企业签订的共同投资建设合同等。

(3) 行政主体对于行政合同的履行享有行政优益权。与民事合同不同,行政主体签订行政合同不是为了自身利益,而是基于公共利益和社会利益的需要,为了达成行政管理的目标。因此,行政主体对行政合同的履行享有民事合同主体不享有的行政优益权,具体体现为对合同履行的监督权、指挥权、单方变更和解除权。当然,行政主体只有在合同订立后出现了由于公共利益的需要或法律政策的重大调整,必须变更或解除时,才能行使单方变更、解除权,由此造成相对人合法权益损害的,应予以补偿。

(4) 行政合同双方当事人因为履行行政合同发生争议,受行政法调整,根据行政法的相关原则,通过行政救济方式解决。

（三）民事合同与行政合同的联系与区别

行政合同与民事合同具有一定的联系,同时在合同原理方面存在着较大的区别。

1. 联系

第一,合法性原则是民事合同和行政合同共同遵循的原则。无论是民事合同还是行政合同都要求合同主体、内容必须合法,合同双方权利义务的行使必须依据法律、符合法律,不得与法律相抵触,其区别在于对“依法行政”的理解。在当代,“依法行政”有“消极行政”和“积极行政”或“服务行政”之分,“消极行政”就是没有法律规范就不能行政;而“积极行政”或“服务行政”就是法无明文禁止就能行政。

第二,从一定角度来讲,契约自由原则也是民事合同和行政合同共同遵循的原则。民法中的契约自由原则虽不能完全适用于行政合同,但对确立行政合同

的基本原则却具有十分重要的借鉴作用。我国合同法第四条规定:“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”。行政合同以守法和符合公益为限,双方有偿,强调公平自愿。具有“有限的自由”,但签约双方必须自愿,行政主体不能强迫相对人或滥用权力,因此,合同法的“自愿原则”是可以适用行政合同的。

第三,合理性原则也是民事合同和行政合同共同遵循的原则。民事合同的内容要客观、合乎理性,行政合同除了合同的内容要客观、合乎理性外,其合理性原则还体现在“行政自由裁量权”上。行政自由裁量权是指在法律规定的条件下,行政机关根据其合理的判断,决定作为或者不作为,以及如何作为的权力。

2. 区别

一方面,行政合同必须是行政机关以行政主体身份订立的合同。行政机关具有双重身份:即行政主体和民事主体。当行政机关以民事主体身份签订的合同,如与家具厂签订的购买办公设备合同,该合同是民事合同;当行政机关以行政主体身份签订合同时,该合同才是行政合同。

另一方面,应急性原则是行政合同特有原则。在某些特殊紧急情况下,出于国家安全、社会秩序和公共利益的需要,行政主体可以采取没有法律依据或与法律相抵触的措施。这一原则也是行政法治原则的重要内容。一般而言,行政应急性权力的行使应符合以下几个条件:①存在明确无误的紧急危险;②非法定机关行使了紧急权力,事后应由有权机关予以确认;③行政机关作出应急行为应受有权机关的监督;④应急权力的行使应该适当,应将负面损害控制在最小的程度和范围内。从广义上讲,行政应急性原则是合法性原则和合理性原则的非常原则,应急性原则并没有脱离行政法治原则。就行政合同而言,行政主体运用应急性原则及应急权力,必然引发合同责任的免除。在合同法中,与此相对应的是有关不可抗力(或合同目的落空)的规定。作为合同责任免责事由的不可抗力则指合同成立后所发生的、当事人无法预见、无法抗拒、不能克服、不能避免并导致合同债权债务不履行的客观情况。民法中不可抗力原则或合同目的落空原则,对于正确界定紧急危险、确认应急权力以及划分行政合同责任,都具有很好的借鉴作用。

(四) 装备合同内涵的界定

在深入理解民事经济合同和行政合同的内涵及其法律特征的基础上,可以准确界定装备合同的内涵,正确认识装备合同的性质和特征。

一般认为,装备合同是指装备机关或总装备部授权的单位与承包商订立的获取武器装备技术成果、科研产品和维修保障服务等合同。

装备合同的特殊性表现在:①装备合同的经费来源于国家财政拨款,装备合

同的性质属于政府采购合同的范畴,加之装备合同标的的特殊性,更需对装备合同的全过程进行监管,从而确保经费支出的合法性,确保装备质量、进度目标的实现。②装备合同同国防建设密切相关,它关系着一个国家的国防安全,装备合同的订立更多的是追求国防效益。国防效益涵盖两方面的含义,其一是装备合同的订立既要考虑装备采购方的性价比因素,其二是注重装备市场的培育,即要重视装备供给方的后续研发能力和经济利益。③装备合同具有保密性,由于装备合同同一个国家国防建设与发展密切相关,因此,装备合同具有很强的保密性特征。④装备合同管理具有军方主导性,装备合同主管部门必须加强装备合同全过程的监管,达到追求装备建设国防效益的最大化目标。此外,随着国防战略的不断变化,军方会因此调整装备合同执行的时间和技术指标,甚至终止装备采购。

由于装备合同的经费开支性质是公共的国防消费,这就要求对装备合同进行全过程监管,也就是说军队装备合同管理部门必须对装备合同的拟制、签订、履行进行全程监管。很显然,这是普通民事经济合同主体双方均不能采取的行为。但是,作为行政合同,由于行政主体利用行政合同的手段实施行政活动具有公权力的性质,行政主体必须对行政合同的履行进行全程监管。也就是说军方与行政主体方都负有对装备合同与行政合同进行全程监管的责任。而且,装备合同在执行过程中,除了具有全程监管责任以外,随着国家武器装备建设战略任务的变化,军方装备合同管理部门还拥有单方面变更、解除甚至终止装备合同的权利,在行政合同中这种权力是由行政主体一方享有优益权及其行政管理中的应急原则来体现的。民事经济合同主体双方均不享有单方面变更、解除甚至终止合同的权利。

国防效益最大化和保密性特征是装备合同自身特有的特征,这一特征也是装备合同与民事经济合同及行政合同最大的区别。

尽管装备合同与行政合同的经费均来源于国家财政,但装备合同主体一方的军方不具备行政主体的性质,其签订合同的目的是以行政为目的,而是以民事主体身份同相关装备承制单位签订合同。显然,其主体资格属于民事资格,其签订的合同应该属于民事合同的范畴。但是由于国防消费又属于公共消费,所以不影响其优益权的行使,这种优益权出现的根本原因是为了确保装备建设资金的合理使用,防止经费使用过程中出现的违法、违纪行为。

对于由行政优益权而衍生出来的应急原则而产生的变更、终止甚至解除合同的单方面权利,可用《合同法》中的由于国家政策变化而产生的合同不可抗力进行解释。再者,我国《合同法》对“公权利”和“私权利”没有区分,也就是说我国《合同法》所调整的是所有法律地位平等的合同主体,在市场经济行为中不管