

建设工程施工合同的 应用

徐崇录

一九九一年六月

目 录

第一讲 经济合同的一般常识.....	(1)
第二讲 施工合同的特点	(21)
第三讲 施工合同的作用	(52)
第四讲 施工合同示范文本的内容及应用	(63)
第五讲 施工合同的公证、履行、变更、解除及仲裁 ...	(153)
第六讲 施工合同的管理.....	(165)
附录一、《经济合同法》	(181)
附录二、《建筑安装工程承包合同条例》	(198)
附录三、《经济合同仲裁条例》	(204)
附录四、《公证暂行条例》	(212)
附录五、《民法通则》(摘录)	(218)
附录六、《民事诉讼法》(摘录)	(223)
附录七、《关于经济合同鉴证的暂行规定》	(231)

第一讲 经济合同的一般常识

一、经济合同的概念

要了解经济合同的概念,首先应了解合同的概念,我国《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。”这条规定明确指出的民事关系,也就是民事法律关系。而这种关系有三个不可缺少的组成部分:即权利主体、权利客体和内容。

(一) 权利主体是指依法享有权利和承担义务的法律关系的参加者,从合同角度,也就是签订合同的双方当事人。权利主体包括自然人和法人。

(二) 权利客体是指权利主体的权利和义务所指的对象。它包括(1)物;(2)权利人和义务人的行为;(3)精神产品。

(三) 内容是指权利义务。从合同角度来讲,也就是签订合同的双方当事人的权利和义务。

经济合同是合同的一种。我国的经济合同法第二条规定:“经济合同是法人之间为实现一定的经济目的,明确相互权利义务关系的协议。”这条规定所指的“法人”,也就是经济合同的权利主体,即签订经济合同的双方当事人;所指的“一定的经济目的”也就是经济合同的权利客体,即签订经济合同的标的物;“明确相互权利义务关系”也就是经济合同的内容。

经济合同最大的特征,就是签订合同的双方或多方当事人为实现一定的经济目的,而明确各方权利和义务关系的协议。在商品经济中为实现生产、交换等经济目的,社会各类经济组织或商品经营者之间,必然要发生经济往来,经济合同就是这种经济往来的联系形式。经济合同当事人通过签订、履行合同来实现各自预期的经济目的。合同的履行过程,就是签订合同当事人双方或多方进行经济活动的过程;经济合同规定当事人的权利和义务的实现,也就是合同当事人双方或多方经济目的的实现。因此,为实现一定的经济目的,是经济合同的主要特征。

经济合同中的“权利义务关系”,是指当事人之间由于合同的签订而产生的一种社会关系,这种社会关系一旦被民法调整,即被赋予民事法律上的权利义务性质。这种社会关系受到法律的制约和调整,成为合同当事人之间一种法律上的权利和义务关系,是国家以强制力保证其实现的社会关系。合同上规定的权利受到法律的保护;合同上规定的义务,受到法律的监督。合同当事人双方或多方必须按合同规定,履行其应承担的一切义务,才能享有相应的权利。因此,合同当事人的法律地位是平等的。

我国的社会主义经济是公有制基础上的有计划的商品经济。因而,经济合同必须为发展社会主义有计划商品经济服务,它调整签订经济合同当事人双方的法律关系,在保证国家计划的执行和维护社会主义经济秩序前提下,保护当事人的合法权益,提高全社会的经济效益,促进社会主义现代化建设的发展。

二、经济合同的本质和作用

我国的社会主义经济，是公有制基础上的有计划的商品经济。这种商品经济，同私有制基础上基本由市场自发调节的资本主义商品经济，有着本质的区别。在不同所有制基础上建立的经济合同制度其本质也完全不同。私有制基础上建立的经济合同制度，是用来无偿占有他人劳动的工具。建立在公有制基础上的经济合同制度，完全适应了社会主义的商品生产和商品交换的需要，它成为联系产、供、销的纽带，落实国家计划的工具。建立经济合同制度的目的是为了**满足人民日益增长的物质、文化生活上的需求**，它是维护社会主义公有制和为劳动人民服务的工具。正是因为经济合同在社会主义制度下具有这种社会主义的本质，所以应当在国民经济各个领域内推广经济合同制度，使其在社会主义经济建设中，发挥越来越重要的作用。

社会主义的经济合同有着如下的作用：

(一) 保证国民经济计划的执行

我国社会主义经济是建立在生产资料公有制基础上，这就为在全社会范围内，对国民经济从总体上自觉实行有计划的管理，提供了可能。国民经济计划是社会主义国家组织管理国民经济，这一国家职能的主要方法和手段。但是，国民经济计划的制定怎样才能建立在切实可靠的基础上，怎样才能使计划具体化并保证其实现，怎样调整计划中的缺欠之处，如何及时发现计划执行中所发生的问题，所有这一切都说明，社会主义经济能否健康正常地发展，除了制定计划外，还需要有一系列的重要手段与计划工作相配合。经济合同就是配合计划

工作的重要手段之一，社会主义国家将经济合同以法律形式确立下来，作为国家管理经济的一个重要辅助手段。首先，经济合同是落实国家经济计划的重要工具；其次，国家通过对大量经济合同的签订和履行的分析、综合，可以有效的掌握经济活动的动态和其重要经济指标，这就为准确地编制国民经济计划提供参考依据。

（二）组织专业化协作的纽带

技术进步引起社会生产分工和协作的发展，生产专业化越发展，生产者之间分工越来越细。而国民经济是一个有机整体，各部门、各生产者之间又需要互相依存、互相补充。因此，现代化的社会大生产必须实行专业化协作。专业化协作要求产、供、销和运输各个环节必须相互配合，否则社会再生产就难于正常运转。这就需要运用法律强制力来巩固专业化的协作关系，而经济合同正是有效地组织、协调产、供、销和运输的法律形式。通过经济合同法律关系，可以把各类组织，特别是经济组织有机地联系在一起，把产、供、销和运输各环节承担的任务衔接起来，明确各个环节具体单位的权利义务和经济责任，使其形成一个坚强而灵活的经济协作的有机整体，并依靠法律确保这种协作关系，使各个方面的经济活动协同一致，从而保证国民经济活动的正常进行。经济合同不仅起着组织专业化协作的纽带作用，还会促进社会主义社会化大生产的进一步发展。

（三）促进企业加强经营管理，提高企业经济效益

《全民所有制工业企业法》第三十五条规定：“企业必须履行依法订立的合同。”这一规定不仅适用于全民所有制工业企业，也适用一切企业。

企业重视经济合同的签订、履行和管理，对加强企业经营

管理和提高经济效益有着重要意义。

第一,加强经营计划性,避免产、供、销的盲目性。生产经营计划是企业全面计划管理的核心内容。过去,在经济管理体制改革以前,生产经营计划只要按照国家下达的品种、产量、产值或供、销量任务安排生产或供销,而现在则必须根据有计划的商品经济特点,灵活调整品种结构,适应市场变化情况,社会需要什么,就生产什么,供应什么。企业通过与需求者签订经济合同,就可以有的放矢地安排生产经营计划,做到按需生产和供应,就可以避免产、供、销上的盲目性,造成产品大量积压和浪费。

第二,促进企业加强经济核算、降低成本,提高经济效益。企业经济核算主要包括资金核算、成本核算和利润核算。企业通过改善经营管理,提高经济合同履约率,按期或提前履行经济合同,及时收回货款,可以加速流动资金的周转;在经济合同内即定的产品价格的前提下,企业在生产或经营过程中,努力减少人力、物力、财力的消耗,提高设备利用率,不断降低成本,就可以使企业的产品物美价廉,从而获得较高的利润。

第三,健全企业严格的生产责任制,调动职工生产积极性。由于经济合同不仅把企业在经济往来中的权利义务确定下来。同时还明确规定不能按合同内容认真履行,要承担经济赔偿,甚至被追究法律责任。因而经济合同一经签订生效,就给生产经营企业带来了一定的外部压力。这就要求企业以健全经济责任制为核心,全面改善企业经营管理。把经济合同承担的各项义务,分解到企业的各个部门,各个职工岗位上,按照企业的生产责任制要求;使每个职工都了解自己在履行经济合同中的责任,了解到如期履行合同,企业可以提高经济效益;不认真履行经济合同,企业就有亏损的可能。这样,经济合同的

法律效力,就把企业经营的好坏同企业职工切身利益挂起钩来,促使企业健全严格的生产责任制,从而使企业职工增强责任心,提高生产、经营积极性。

第四,促使企业重视信誉。竞争是商品经济的必然产物。社会主义商品经济中仍然存在着竞争的客观必然性,商品经济的竞争条件下,“优存劣汰”是必然规律。企业为了在竞争中立于不败之地,除了建立良好的经营机制外,重要的一条就是树立企业的社会信誉。做到这一点,需要努力提高经济合同的履约率,通过开展重合同守信用活动,增强企业的法律意识,促使企业树立依法签约、依法经营的思想,自觉遵守社会主义企业的职业道德规范,减少经济纠纷,全面完成合同约定的义务,树立良好的社会信誉,促使企业在竞争中稳操胜券。

(四)发展对外经济,扩大国际经济交流和对外贸易的法律手段。

随着我国经济不断对外开放,国际经济交流和对外贸易日益发展,就产生了和不同国家或地区之间的经济往来和贸易关系,和不同国家或地区之间的法人、自然人之间的相互交往也就日趋频繁。这种和不同国家或不同地区之间法人、自然人相互间的经济往来,是超越一个国家或地区界限的各种财产关系和其他一些经济关系。同时随着社会经济的日益发展,他们之间的财产关系和其他各种经济关系,也日趋密切和复杂。如何按照平等互利的原则处理好这种复杂的经济关系,签订经济合同则是最好的办法。我国《涉外经济合同法》第四条规定:“订立合同,必须遵守中华人民共和国法律,并不得损害中华人民共和国的社会公共利益。”这就充分体现了对外经济合同在国际经济往来中的有效法律手段的作用。根据这个原则,在国际经济交流和对外贸易中签订经济合同,既可以维护

我国的国家主权和经济权益,又可以尊重和维护外商的合法经济权益,从而可以促进对外经济合作事业的发展。

三、经济合同的种类和主要内容

经济合同种类很多,凡为实现一定经济目的签订的合同都是经济合同。从各种不同角度对经济合同大体分类如下:

(一)以经济合同受计划制约角度,区分为计划合同和非计划合同;

(二)从经济合同签订形式,区分为书面合同和口头合同;

(三)以是否转移财产为依据,区分为转移财产经济合同和劳务服务性经济合同;

(四)以经济合同履行期长短,区分为长期合同和短期合同。

经济合同按照不同标准或角度,仍可有若干分类方法,在此不一一例举。

经济合同的主要内容,也就是经济合同的主要条款。根据《经济合同法》的规定,经济合同应具备的主要条款:

(一)标的(指货物、劳务、工程项目等);

(二)数量和质量;

(三)价款或者酬金;

(四)履行的期限、地点和方式;

(五)违约责任。

除了上述内容外,《经济合同法》还规定:“根据法律规定的或按经济合同性质必须具备的条款,以及当事人一方要求必须规定的条款,也是经济合同的主要条款。”根据上述这些规定,经济合同主要条款可以分为三类:

第一、是《经济合同法》内对一切经济合同都应具备的一般主要条款；

第二、是《经济合同法》以外的法律、法规等规定或某一类经济合同的性质所决定，必须具备的主要条款；

第三、是签订合同当事人一方要求必须规定的主要条款。

下面就经济合同都应具备的主要条款阐述如下：

(一)标的。权利客体，即签订经济合同当事人双方的权利和义务所共同指向的对象。没有标的或标的不明的经济合同，既无法履行，也不能成立。经济合同的标的，依其性质大体可划分以下四类：

第一类：标的为各种财产的所有权或占有、使用权的，如购销合同中的购销对象；供用水、电、气合同中的水、电、气；财产租赁合同中的租赁对象；借款合同中的款项，技术成果转让合同中的技术成果等；

第二类：标的为工作成果的，如建设工程承包合同中的工程设计图纸或建筑物；加工承揽合同中的加工承揽对象；科技协作合同中的科技协作内容等；

第三类：标的为劳务的，如货物运输合同中的货物；仓储保管合同中的保管对象等；

第四类：标的为其他的，如财产保险合同中的被保对象。

(二)数量和质量。数量是标的在量的方面的限度。数量的计量单位，应根据国家法定的统一计量单位，在合同中明确规定，不能只有数字，而没有计量单位，也不能用非法定计量单位。质量是标的的具体性质。质量包括规格、性能和质量标准。一般讲，产品质量都有标准，国家颁布的称为国家标准，产品业务主管部门制定颁布的称为行业标准，地区制定公布的称为地方标准；企业制定经主管部门批准的称为企业标准。在

缺少以上标准时,签订经济合同双方可共同协商一个质量标准,按商定的标准履行。有些非标准产品,双方还可以根据实际情况,以样品为标准。在质量标准中,还应规定等级品率,即规定不同等级质量的标的物在合同成交数量总额中所占的比例。数量和质量是经济合同的重要内容。没有明确的数量和质量标准,合同规定的权利和义务就成为抽象的和不确定的。

(三)价款或酬金。是收受标的一方给付标的一方所应支付的代价。在规定价款或酬金条款时,要写明支付合同价款的结算方式和日期,以及开户银行、帐户名称和帐号等,以便于履行合同。价款或酬金,是签约双方的权利义务关系中的重要条款,也是经济合同的核心内容。

(四)履行的期限、地点和方式。是指合同履行起止时间、履行地点等,因为经济合同会涉及这些方面,如合同内某些条款,需按地方法规签订;合同从何时开始生效等,都是直接关系到经济合同如何全面履行的问题,因而被列为经济合同的主要条款。

(五)违约责任。是指签订经济合同双方当事人的任何一方,在违反合同条款时应负的经济责任。违约责任的规定是保证合同履行的重要条款,既能对双方当事人起到约束作用,防止发生违约纠纷,又能在发生违约纠纷时,按规定追究违约者的责任。违约责任一般由条件和处置两部分组成。条件是指追究违约责任的条件,也就是说发生了什么样的违约行为,可以追究违约责任。处置是指对于违约行为怎样处理,也就是说怎样追究违约责任。条件和处置两部分都要写清楚,二者相辅相成,缺一不可。合同中规定违约责任,要双方对等,不能只规定一方违约时要追究责任,而对另一方却不作规定,或者对一方规定得严,对另一方规定得宽。这方面的规定更需要体现合

同当事人之间的平等互利。

四、经济合同的签订程序

(一)签订经济合同的原则。为了使签订的经济合同,确实有效,确能使签订合同当事人双方的合法权益受到法律的保护,订立经济合同时就要遵循下列原则:

(1)守法的原则。《经济合同法》第四条规定:“订立经济合同,必须遵守国家法律,必须符合国家和计划的要求。”订立经济合同的守法原则其具体涵义包括:

第一、签订经济合同当事人的资质应当合法。《经济合同法》第二条规定:“经济合同是法人之间为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系的协议。”这一规定明确了签订经济合同的当事人双方应当是“法人”也就是必须拥有独立支配的财产,经过国家主管机关核准或登记,能够以自己的名义参加经济活动,承担经济和民事责任的组织机构。除了“法人”之外,《经济合同法》第五十四条规定:“个体经营户、农村社员同法人之间签订经济合同。应参照本法执行。”但是,个体经营户或农民作为签订合同的当事人,则需具备《民法通则》内规定的可以独立进行民事活动,具有完全民事行为能力的人。

第二、从某种意义上讲,签订经济合同就是一项属于执行法令、规章的活动。也就是说签订经济合同当事人双方都必须依法签订合同。这里所指的依法,不仅是要依据《经济合同法》及依其原则制定的各种经济合同条例外,还包括国家立法机关依照立法程序制定和颁布的法律、法令,也包括国家行政机关发布的行政法规、条例、规章、办法等等。这些法律、规章都是保障国家利益和广大人民群众利益的,因此在签订合同

时,其内容必须是合法的。只有依法签订的合同,才受国家法律保护。

第三、《经济合同法》第三条规定。“经济合同,除即时清结者外,应当采用书面形式。”这条规定从法律上明确了除即时清结者的经济活动,都要采取书面形式签订合同。

除了以上几点外,在订立经济合同程序上,也要遵守有关规定。只有按规定程序签订的合同,才是有效合同。

(2)计划的原则。我国的社会主义经济是公有制基础上的有计划的商品经济,这就为在全社会范围内,对国民经济从总体上自觉实行有计划的管理,提供了可能。国家经济计划,分为指令性计划和指导性计划。指令性计划是强制性计划,签订这类经济合同的当事人双方,都必须严格按计划要求办事。而指导性计划可供签订经济合同当事人双方参考。不论何种情况都不允许利用合同破坏国家计划,损害国家利益和社会公共利益。

(3)平等原则。《民法通则》第三条规定:“当事人在民事活动中的地位平等。”签订经济合同是具有民事法律事实的活动。而当事人是指与某法律事实有直接关系的人。签订合同由当事人则指与经济合同有直接关系的双方。因而按民法规定,签订经济合同的双方,都具有平等的法律地位。这就意味着,签订合同双方权利能力都是平等的,他们都有权平等地同其他当事人签订经济合同,有资格享受权利和承担义务。签订合同时,任何一方都不得强迫对方承受不平等的条件。即使是有隶属关系的上下级单位,在签订经济合同时其地位也是平等的。任何上级也不得利用行政权力,迫使下级单位在经济合同中承受不平等条件。

(4)自愿、协商一致、等价有偿原则。《民法通则》第四条规

定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”《经济合同法》第五条则规定：“订立经济合同，必须贯彻平等互利、协商一致、等价有偿的原则。”

自愿签订经济合同，是指在法律规定范围内，签订合同当事人双方有权根据自己的意愿，自主地签订经济合同。不允许签订合同任何一方以威胁或变相威胁强迫对方签订非自愿条件的合同。

协商一致，是指经济合同必须是当事人双方真实意思的表示，是经过认真协商一致达成的协议。签订合同的任何一方，都不应该损害对方的利益。只有经过充分协商、反复协商，签订合同双方对各自的利益进行周密的考虑，在对方能够接受的条件下，向其提出合理要求，以期达成一致协议。这样，合同才能真正反映当事人的意愿，体现协商一致的原则。

等价有偿，是指签订经济合同当事人双方在经济方面的权利和义务必须是对等的，任何一方从对方得到利益时，都要付出相应的经济代价。这是商品经济关系在民事活动中的直接体现，也就是要求民事法律关系中涉及经济的内容，应不违背商品等价交换原则。

诚实信用，是指在签订经济合同过程中，应当真诚老实，实事求是，不允许采用蒙骗欺诈手段签订合同。

签订经济合同必须遵循以上几个原则，才是有效合同。违反以上原则，则所签合同为无效合同。《经济合同法》对违反法律和国家政策、计划的合同；采取欺诈、胁迫等手段所签订的合同；违反国家利益或社会公共利益的经济合同都规定为无效合同。

(二)签订经济合同的程序。签订经济合同要履行一定的程序，一般是要经过要约与承诺两个步骤。

要约,是当事人一方以缔结合同为目的而向对方提出的意思表示。也叫订约提议,是指提出要求签订合同一方向对方提出具备主要条件的合同草案。要约人提出的合同草案,必须符合签订经济合同的诸原则;必须包括经济合同应具备的主要条款和具体条件。

要约通常是由要约提出人向特定人发出。也有一些情况,是向非特定人发出,如招标文件中的合同要约就是向所有参加投标者发出。

要约中一般规定承诺期限,要约人在承诺期限内受其要约的约束。要约人向特定人发出的要约,在规定承诺期限内,不得与第三者签订同样内容的合同。要约期满,而对方未作答复时,则可另向他人提出相同要约。

承诺,向要约人表示同意与其缔结合同的意思表示。和要约同为合同缔结的必要程序和合同成立的必要条件,又称接受提议。也就是合同当事人另一方对提出要约的一方所提出的要约作出完全同意的意思表示,是接受了要约人提出的合同草案的全部条件。

承诺必须在要约规定的有效期限内向要约人作出。书面承诺生效的时间,一般应以承诺通知在承诺有效期限内到达要约人时为准。超过有效承诺限期到达者,不发生承诺效力。

承诺人其承诺内容必须与要约完全一致,不得任意扩大或缩小,否则视为拒绝要约或提出新要约。

承诺是一种法律行为,承诺人作出承诺后,要受到法律的约束。因为要约一经承诺人完全承诺,也就意味着当事人双方已经对合同内容达成一致意见,根据《经济合同法》第九条规定:“当事人双方依法就经济合同的主要条款经过协商一致,经济合同就成立。”合同宣告成立后,除法律对成立的合同有

其它要求(如需公证、鉴证)外,合同一经成立也就同时生效。因此承诺人不得终止已经发生效力的承诺,否则应承担法律责任。

(三)经济合同的形式。经济合同是一种法律行为,而这种法律行为必须通过某种形式反映出来。通常订立的经济合同形式有两种:一种是口头形式,另一种是书面形式。

口头形式,双方当事人用对话方式协商一致达成的协议。一般多在当面拍板成交,即时清结的现货交易中采用。其优点是直接、快捷、简便,但其缺点是口头经济合同缺乏文字依据,一旦发生纠纷,难于佐证。所以《经济合同法》第三条规定:“经济合同,除即时清结者外,应当采用书面形式。”这条规定就严格的限定了只有“即时清结”的经济活动,才允许用口头形式订立经济合同。

书面形式,签订经济合同的当事人以一定格式,用书面文字表达双方依法通过协商一致达成的协议。书面形式的经济合同的内容是双方达成一致的全部条款。因为书面合同形式有根有据,明确肯定,便于管理和监督,有利于合同的履行。同时,由于举证方便,对预防和处理可能发生的违约情况和纠纷具有重要的意义。除了双方签订的书面合同外,双方签订的补充协议或合同,有关执行合同的书信、电报等都是组成书面合同的文件。

书面形式的经济合同,根据其内容繁简、执行期长短,涉及法律、法规面的多少,其格式分为表格式、表格和条文相结合式、条文填空式和固定条文式。由于各种经济合同格式不规范,条款不完备,漏洞、问题较多,给经济合同履行带来很大困难。为了解决这个问题,国家工商行政管理局经过国务院同意,在全国范围内逐步推行经济合同示范文本制度。推行这一

制度主要是对各类经济合同的主要条款、式样等制定出规范的、指导性的文本，在全国范围内积极提倡、宣传，逐步引导当事人在签订经济合同时采用，以实现经济合同签订的规范化。

经济合同示范文本制度，正在全国范围内陆续实行。

(四)签订经济合同应注意的问题。

签订经济合同时，除了要遵循签订经济合同的原则和经济合同条款应当齐全外，还必须注意以下两点：

第一、文字明确。对合同的各项条款的规定，在文字表达上应当严密、明确，不能模棱两可，含糊其辞。必须非常具体肯定，要求清楚，否则会造成合同履行时的困难和产生纠纷。

第二、逻辑性强。经济合同各条款之间是相辅相成的。签订经济合同时，必须注意其逻辑性，各条款之间应融会贯通，不应前后矛盾，相互抵触，否则同样不利于合同的履行。

五、经济合同的履行

经济合同一经签订之后，即具有法律上的效力，签订合同的双方，必须坚决履行合同规定的内容，不得违反。我国《民法通则》第八十八条规定：“合同当事人应当按照合同的规定，全部履行自己的义务。”《经济合同法》第六条规定：“经济合同依法成立，即具有法律约束力，当事人必须全面履行合同规定的义务，任何一方不得擅自变更或解除合同。”这些规定都指明了履行合同的严肃性。

经济合同的履行应当遵守一定的原则，这些原则是对当事人履行合同的基本要求。履行合同原则包括实际履行原则和全面履行原则。

实际履行原则，是指按照合同规定的标的不折不扣地实