

全国高职高专水利水电类专业规划教材

水利工程合同管理

王胜源 张身壮 赵旭升 主编
杨道富 主审



黄河水利出版社

全国高职高专水利水电类专业规划教材

水利工程合同管理

主 编	王胜源	张身壮	赵旭升
副主编	刘宏丽	马竹青	石玉东
主 审	杨道富		

黄河水利出版社

· 郑州 ·

内 容 提 要

本书是全国高职高专水利水电类专业规划教材,是根据全国水利水电高职教研会制定的水利工程合同管理课程教学大纲编写完成的。本书以《中华人民共和国合同法》、《水利水电土建工程施工合同条件》(GF—2000—0208)及水利工程建设相关法规为依据,结合水利工程招投标、合同管理实际,介绍水利工程招投标及合同管理的基本理论和方法。主要内容包括:水利工程合同管理基础、水利工程施工招标与投标、水利工程施工合同管理、水利工程变更与索赔管理、水利工程施工合同纠纷处理、水利工程担保与保险、国际工程施工承包合同管理等。本书编写注重理论与实践的结合,具有较强的理论性和可操作性。

本书可作为高职高专院校水利工程类专业的教材或教学参考书,也可作为水利工程管理人员培训或工作的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

水利工程合同管理/王胜源,张身壮,赵旭升主编. —郑州:黄河水利出版社,2009.8

全国高职高专水利水电类专业规划教材

ISBN 978 - 7 - 80734 - 692 - 0

I. 水… II. ①王… ②张… ③赵… III. 水利工程 - 经济合同 - 管理 - 高等学校:技术学校 - 教材 IV. TV51

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 141951 号

组稿编辑:王路平 电话:0371 - 66022212 E-mail:hhsllwp@163.com

马 翀

66026749

machong2006@126.com

出版社:黄河水利出版社

地址:河南省郑州市顺河路黄委会综合楼 14 层 邮政编码:450003

发行单位:黄河水利出版社

发行部电话:0371 - 66026940,66020550,66028024,66022620(传真)

E-mail:hhsllcbs@126.com

承印单位:河南新华印刷集团有限公司

开本:787 mm × 1 092 mm 1/16

印张:15.5

字数:360 千字

印数:1—4 100

版次:2009 年 8 月第 1 版

印次:2009 年 8 月第 1 次印刷

定价:28.00 元

前 言

本书是根据《教育部、财政部关于实施国家示范性高等职业院校建设计划,加快高等职业教育改革与发展的意见》(教高[2006]14号)、《教育部关于全面提高高等职业教育教学质量的若干意见》(教高[2006]16号)等文件精神,由全国水利水电高职教研会拟定的教材编写规划,在中国水利教育协会指导下,由全国水利水电高职教研会组织编写的第二轮水利水电类专业规划教材。第二轮教材以学生能力培养为主线,具有鲜明的时代特点,体现出实用性、实践性、创新性的教材特色,是一套理论联系实际、教学面向生产的高职高专教育精品规划教材。

在水利工程项目管理中,相对三大目标管理而言,合同管理是核心。工程质量、进度、投资的控制是合同履行的主要内容,合同文件则是工程质量、进度、投资控制的主要依据之一。要做好水利工程合同管理工作,应先做好招投标工作,二者均要求具有一定的综合能力及工程管理经验。

为满足高职高专院校教学教材建设的需要,培养从事水利工程招标投标及合同管理人才,提高水利工程技术人员的管理水平,故编写本教材。本教材的编写力求理论结合实际,期望通过本书的学习,掌握一定的招标投标技能、合同管理手段,能初步胜任建设单位、招标代理单位的招标与合同管理工作,监理、施工单位的投标与合同管理工作。

本书共分七章。第一章主要阐述水利工程合同管理基础;第二章主要阐述水利工程施工招标与投标;第三章主要阐述水利工程施工合同管理;第四章主要阐述水利工程变更与索赔管理;第五章主要阐述水利工程施工合同纠纷处理;第六章主要阐述水利工程担保与保险;第七章主要阐述国际工程施工承包合同管理。

本书编写人员及编写分工如下:广东水利电力职业技术学院王胜源编写第一章、第七章,沈阳农业大学高等职业技术学院刘宏丽编写第二章,华北水利水电学院水利职业学院马竹青编写第三章,沈阳农业大学高等职业技术学院石玉东编写第四章、第七章,安徽水利水电职业技术学院张身壮编写第五章,杨凌职业技术学院赵旭升编写第六章。本书由王胜源、张身壮、赵旭升担任主编,刘宏丽、马竹青、石玉东担任副主编,全书由黄河水利职业技术学院杨道富担任主审。

本书在编写过程中,参考和引用了有关文献中的部分内容,在此,对参考文献的作者致以衷心感谢!

由于编者水平有限,书中难免有不足之处,欢迎读者批评指正!

编 者

2009年5月

目 录

前 言

第一章 水利工程合同管理基础	(1)
第一节 合同管理概述	(1)
第二节 建设法规体系	(5)
第三节 合同法概述	(6)
第四节 水利工程合同管理类型	(21)
第五节 水利工程建设市场的资质管理	(26)
小 结	(32)
复习思考题	(32)
第二章 水利工程施工招标与投标	(34)
第一节 概 述	(34)
第二节 水利工程施工招标	(39)
第三节 水利工程施工投标	(44)
第四节 开标、评标和中标	(52)
小 结	(59)
复习思考题	(59)
第三章 水利工程施工合同管理	(61)
第一节 水利工程施工合同管理概述	(61)
第二节 水利工程施工合同的投资目标控制	(74)
第三节 水利工程施工合同的质量目标控制	(86)
第四节 水利工程施工合同的进度目标控制	(99)
小 结	(105)
复习思考题	(105)
第四章 水利工程变更与索赔管理	(109)
第一节 水利工程变更的管理	(109)
第二节 施工索赔的概念和分类	(113)
第三节 索赔的起因及依据	(117)
第四节 施工索赔的程序	(122)
第五节 工期索赔分析及计算	(125)
第六节 经济索赔分析及计算	(131)
第七节 索赔报告及其编写	(139)
第八节 索赔管理的关键因素	(143)
第九节 反索赔	(146)

第十节 监理人对索赔的处理	(147)
第十一节 水利工程变更与索赔的关系	(151)
小 结	(153)
复习思考题	(153)
第五章 水利工程施工合同纠纷处理	(155)
第一节 合同纠纷的概念	(155)
第二节 合同纠纷的和解与调解	(156)
第三节 合同纠纷的仲裁与诉讼	(159)
小 结	(166)
复习思考题	(167)
第六章 水利工程担保与保险	(168)
第一节 水利工程担保	(168)
第二节 水利工程风险与保险	(172)
小 结	(179)
复习思考题	(179)
第七章 国际工程施工承包合同管理	(180)
第一节 国际工程施工承包合同的管理概述	(180)
第二节 FIDIC《施工合同条件》的管理	(181)
小 结	(198)
复习思考题	(198)
附 录 水利水电土建工程施工合同条件	(199)
参考文献	(241)

第一章 水利工程合同管理基础

知识点

水利工程合同管理的概念、地位、内容;合同法律关系的主体、客体,建设法规体系,合同法的基本知识,发包人、承包人的主要合同关系,合同管理类型,水利工程监理、施工单位资质等级和业务范围,专业技术人员资格。

教学目标

通过本章的学习,学生能判定合同当事人资格是否合格,能自己查找、运用法规及比较法规的效力,能判定合同内容是否规范,能初步使用法规知识分析解决工程实际问题。

第一节 合同管理概述

一、水利工程合同管理的概念

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。水利工程合同管理是指各级工商行政管理机关、水行政主管部门以及工程各参与方,包括发包人(建设单位)、监理单位、勘察设计单位、施工单位、材料设备供应单位等,依据合同、法律法规、规章制度、技术标准等,对合同关系进行组织、指导、协调及监督,保护合同当事人的合法权益,处理施工合同纠纷,防止违约行为,保障合同按约定履行实现合同目标的一系列活动。既包括各级工商行政管理机关、水行政主管部门对水利工程合同进行宏观管理,也包括合同当事人对合同进行微观管理。

二、合同管理在工程项目建设中的地位

(一) 合同管理贯穿于工程项目建设的全过程

《水利工程建设程序管理暂行规定》规定水利工程基本建设程序一般分为:项目建议书、可行性研究报告、初步设计、施工准备(包括招标设计)、建设实施、生产准备、竣工验收、后评价等阶段。各阶段工作都要通过合同约定并按约定履行,因此在整个建设过程中的每一个阶段都贯穿了合同管理工作。通过合同管理落实基本建设管理体制,即发包人责任制、招标投标制、建设监理制。

(二) 合同管理是各种管理工作的核心

工程质量、进度、投资的控制是合同履行的主要内容,合同文件则是工程质量、进度、投资控制的主要依据之一,相对三大目标管理而言,合同管理是项目的核心,作为其他管理工作的指南,对整个工程建设的实施起总控与总保证的作用。

三、水利工程合同管理类型

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 269 条规定:建设工程合同是承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。因此,水利工程合同管理类型主要包括勘察、设计、施工合同管理。

四、水利工程合同管理的内容

水利工程合同管理的内容包括合同签订前的管理(有合同策划、风险分析及防范等工作)(详见第六章)、合同订立的管理(有招标投标的管理、合同谈判与签约等工作)(详见第二章)、合同实施的管理(有合同分析、合同交底、合同实施的控制、合同档案管理等工作)(详见第三章)、工程变更与索赔的管理(详见第四章)、合同纠纷的处理(详见第五章)、国际工程施工承包合同的管理(详见第七章)。

五、合同风险及防范

合同风险包括合同主体风险、合同内容风险、合同内涵风险。防范原则:预先进行风险分析,对发生概率高、损失大的风险制定相应防范措施。

(一)合同主体风险及防范

合同主体风险表现在合同当事人签订合同后不履行或不按约定履行合同。防范措施包括:①对合同当事人进行资信审查。包括银行资信等级、近年财务状况、过去合同履行情况等。例如,在工程项目招投标中,对投标人主体风险防范,进行资格预审,建设主管部门对有不良行为记录的投标单位实施暂停投标处罚;对招标人主体风险防范,要求有立项批文,有资金到位证明等。②要求合同担保。担保方式包括:提交履约保函,在签订合同前提交商业银行签署的履约保函,被保证人不履行合同时,由保证人代为履行(支付或赔偿);提供财产抵押,抵押人不履行合同时,抵押权人对抵押财产进行变卖并优先受偿;交付定金,交付定金一方不履行合同,定金不能收回,接受定金一方不履行合同,定金双倍返还;行使留置权,一方违约,对方可对违约方财产行使留置权,实施扣押、变卖并优先受偿;交付保证金、约定违约金,一方违约,对方可将违约方保证金用于抵扣自身因对方违约造成的损失,或要求对方支付约定违约金。

(二)合同内容风险及防范

合同内容风险表现在标的、履约地点及时间表述不清。防范措施:标的应表述准确,例如,招标范围、内容应准确;履约地点应具体、明确,达到合同当事人外的第三方都非常清楚;时间应写明上下限。

(三)合同内涵风险及防范

合同内涵风险表现在无约定时的风险责任划分、合同无效导致的风险。防范措施:①无约定时的风险责任划分导致的风险。例如,买卖合同的标的损毁,有约定时按约定执行,无约定时按法律推定由所有权人承担,具体以所有权转移实际交付为依据。要防范该风险,应在签订合同前进行风险分析,在合同中约定风险划分。②合同无效导致的风险。防范措施:尽量采用示范文本。虽然示范文本是一种惯例,不是法律,不能强制使用(否

则违反合同自愿原则),但是示范文本是经行业协会组织专家研究制定的,已对合同风险进行过分析,采用示范文本可降低合同风险,合同当事人对示范文本中条款有异议时可在其基础上协商修改。

合同当事人应防范合同风险,关于工程担保与保险详见第六章。

六、合同法律关系

合同法律关系的内容是指合同约定和法律规定的权利和义务。权利是指合同法律关系主体在法定范围内,按照合同约定有权按照自己的意志做出某种行为。权利主体也可以要求义务主体做出一定的行为或不做出一定的行为,以实现自己的有关权利。当权利受到侵害时,有权得到法律的保护。义务是指合同法律关系主体必须按法律的规定或合同约定承担应负的责任。义务和权利是相互对应的,相应主体应自觉履行相应的义务;否则,义务人应承担相应的法律责任。合同法律关系的内容是合同的具体要求,决定了合同法律关系的性质,它是连接合同主体的纽带。

(一)合同法律关系的主体

合同法律关系的主体是指以自己的名义订立并履行合同、具有相应的民事权利能力和民事行为能力、享受一定权利并承担一定义务的人。依据《合同法》,其主体可以是自然人、法人或其他组织。订立合同首先遇到的就是当事人的合法资格问题,这一问题直接关系到合同是否成立、是否合法以及能否顺利履行。《合同法》第9条规定:“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。”本条规定了合同主体的资格。民事权利能力是参与民事活动、享有民事权利、承担民事义务的资格。民事行为能力是指以自己的意思进行民事活动、取得权利和承担义务的资格。合同当事人订立合同,应当具有合法的主体资格。

(1)自然人的民事权利能力和民事行为能力。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。自然人从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利、承担民事义务。自然人的民事权利能力一律平等。任何公民,无论年龄、性别、职业、贫富等,都享有法律赋予的平等的民事权利能力,享有范围完全相同。自然人的民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力三种。

《中华人民共和国民法通则》规定:①18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。②16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。③10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;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;其他的民事活动由他的法定代理人代理或者应征得他的法定代理人的同意。④不满10周岁的未成年人和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。

代理是代理人在代理权限范围内,以被代理人的名义实施的,其民事责任由被代理人承担的民事法律行为。也就是说,代理人以被代理人的名义对外所实施的民事法律行为,只有在代理权限范围内才能对被代理人有效。无权代理的行为对被代理人不产生效力,

但经被代理人追认的,仍对被代理人产生效力。代理的种类,《中华人民共和国民法通则》规定,以代理权产生的依据不同,将代理分为委托代理、法定代理和指定代理三种。①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,只有在被代理人以书面或者口头的形式对代理人进行授权后,这种委托代理关系才真正建立。如果法律法规规定应当采用书面形式的,则应当采用书面形式。②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限制民事行为能力人或无民事行为能力人的利益而设立的代理方式。③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和法定代理的情况下适用。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。投标单位的法定代表人经常通过授权委托代理人办理工程项目投标、签订合同等工作。

(2)法人的民事权利能力和民事行为能力。法人作为合同当事人,也要具有相应的民事权利能力和民事行为能力。法人是与自然人相对的民事权利主体,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。《中华人民共和国民法通则》将法人分为两类:一类是企业法人,另一类是机关、事业单位和社会团体法人。

法人应当具备以下条件:①依法成立;②有必要的财产和经费;③有自己的名称、组织机构和场所;④能够独立承担民事责任。

法人的民事权利能力是指法人依法可以享受何种权利的资格;法人的民事行为能力是指法人依法可以从事何种行为的资格;从其成立时产生,到其终止时消灭。法人的民事权利能力是同法律、行政法规的规定和工商行政管理部门核准登记的业务范围以及其内部章程一致的;法人的民事行为能力是由法人机关或其授权委托的业务人员来实现的。在承担财产责任上,全民所有制企业法人以国家授予其经营管理的财产承担责任,集体所有制企业法人以其所有的财产承担责任。

(3)其他组织。其他组织是指依法成立,有一定的组织机构和财产,但不具备法人资格的组织。其包括法人的分支机构、不具备法人资格的联营体、合伙企业、个人独资企业、个体工商户、农村承包经营户等。其他组织与法人相比,其复杂性在于民事责任的承担比较复杂。

《中华人民共和国招标投标法》规定建设工程项目的招标人、投标人必须是法人或其他组织。水利工程实行发包人负责制,在可行性研究报告中拟定发包人筹备方案,批准立项后成立发包人(建设单位)。

【例 1-1】 某建设单位经招标确定了施工中标单位,在签订合同时,应核验中标单位法人资格的(A、B)原件。

A. 营业执照 B. 资质证书 C. 中标通知书 D. 投标文件

(二)合同法律关系的客体

合同法律关系的客体,即合同的标的,是指合同当事人双方或者多方享有的合同权利和承担的合同义务所共同指向的对象。合同法律关系的客体主要包括物、工程项目、服务、成果等。

【例 1-2】 工程建设单位与某设计单位签订合同,设计单位按合同完成设计任务并提交设计图纸,该合同法律关系的客体是(D)。

A. 物 B. 财 C. 行为 D. 智力成果

第二节 建设法规体系

一、建设法规体系

根据《中华人民共和国立法法》有关立法权限的规定,我国建设法规体系由五个层次组成,即法律、行政法规、部门规章、地方性法规和地方规章。

(1)法律。指由全国人民代表大会及其常务委员会通过并以国家主席令的形式颁布的有关工程建设方面的各项法律,它们是建设法规体系的核心和基础。与水利工程合同管理有关的法律包括《合同法》、《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国刑法》等。

(2)行政法规。指由国务院依法制定并以总理令的形式颁布的有关工程建设方面的各项法规。其效力低于建设法律,在全国范围内有效。行政法规常以“条例”、“办法”、“规定”、“规章”等名称出现。与水利工程合同管理有关的行政法规包括《建设项目环境保护管理条例》、《建设工程质量管理条例》、《国务院批转国家计委、财政部、水利部、建设部关于加强公益性水利工程建设管理若干意见的通知》等。

(3)部门规章。指由国务院建设主管部门依法制定并以部长令的形式颁布的各项规章,或其与国务院其他相关部门联合制定并颁布的规章。与水利工程合同管理有关的部门规章包括《水工程建设规划同意书制度管理办法(试行)》、《水利建设工程项目实行发包人责任制的若干意见》等。

水利部政策法规网址:<http://www.mwr.gov.cn/zcfg/index.aspx>。

中国水利工程协会网址:<http://www.cweun.com.cn/>。

(4)地方性法规。指由省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会结合本地区实际情况依法制定颁行的或经其批准颁行的由下级人民代表大会或其常务委员会制定的,只能在本区域有效的建设方面的法规。如《广东省实施〈中华人民共和国招标投标法〉办法》。

(5)地方规章。指由省、自治区、直辖市人民政府依法制定颁行的或经其批准颁行的由其所在城市人民政府制定的建设方面的规章。

建设法律的法律效力最高,层次越往下的法规的法律效力越低(但可操作性越高),时间越后的法律效力越高。法律效力低的建设法规不得与比其法律效力高的建设法规相抵触,否则,其相应规定将被视为无效,在此基础上,应按法律效力由低到高的次序指导实际工作,如水利工程施工招投标按《水利建设工程项目招标投标管理规定》具体实施。项目管理人员,尤其是从事招投标、合同管理的人员,应定期浏览国务院及各部委网站动态跟踪法规的变化,比较涉及类似内容的法律效力,如《评标委员会和评标方法暂行规定》(国家计委、水利部等七部委令第12号,2001年7月5日起施行)规定评标委员会人数为

5人以上单数,《水利工程项目招标投标管理规定》(水利部令第14号,2002年1月1日起施行)规定评标委员会人数为7人以上单数,根据时间越后法律效力越高原则,水利工程评标委员会人数按7人以上单数组成。

按水利工程基本建设程序各阶段制定的法规如下:①《水利工程建设程序管理暂行规定》(水建[1998]16号);②《国家计委关于重申严格执行基本建设程序和审批规定的通知》(计投资[1999]693号);③《水工程建设规划同意书制度管理办法(试行)》(水利部令第31号);④《水利基本建设投资计划管理暂行办法》(水规计[2003]344号)、《工程建设项目可行性研究报告增加招标内容和核准招标事项暂行规定》(国家计委令第9号);⑤《水利工程项目实行项目法人责任制的若干意见》(水建[1995]129号)、《关于实行建设项目法人责任制的暂行规定》(计建设[1996]673号)、《关于在建水利工程实行项目法人责任制整改工作的通知》(水建管综[1999]3号);⑥《招标公告发布暂行办法》(计委令第4号)、《评标委员会和评标方法暂行规定》(国家计委、水利部等七部委令第12号)、《水利工程项目招标投标管理规定》(水利部令第14号)、《水利工程项目监理招标投标管理办法》(水建管[2002]587号)、《建设工程监理与相关服务收费管理规定》(发改价格[2007]670号)、《水利工程建设监理单位资质管理办法》(水利部令第29号)、《工程建设项目施工招标投标办法》(国家计委、水利部等七部委令第30号)、水利水电工程施工总承包企业资质等级标准、《水利建设工程施工分包管理规定》(水建管[2005]304号);⑦《水利工程质量监督管理规定》(水建[1997]339号)、《水利工程质量管理规定》(水利部令第7号)、《水利工程质量事故处理暂行规定》(水利部令第9号)、《关于印发〈水利水电工程施工企业主要负责人、项目负责人和专职安全生产管理人员安全生产考核管理暂行规定〉的通知》(水建管[2004]168号)、《水利工程建设安全生产管理规定》(水利部令第26号)、《水利工程项目验收管理规定》(水利部令第30号)、《水利基本建设项目竣工决算审计暂行办法》(水利部水监[2002]33号)。要求按上述顺序自学。

二、水利工程建设技术标准

水利工程建设技术标准分为国家、行业、地方和企业四级标准。下级的标准不得与上级的标准相抵触,因此优先使用下级标准指导实际工作。如《水利水电工程等级划分及洪水标准》(SL 252—2000)、《水利水电建设工程验收规程》(SL 223—2008)、《水利水电工程施工质量检验与评定规程》(SL 176—2007)、广东省水利水电工程概预算2006定额。根据工程项目招标内容,选择合适的技术标准,制定合同技术条款。

水利部2009年第1号公告《现行有效水利技术标准公告》附有现行有效水利技术标准清单。网址为 http://www.cweun.com.cn/html/biaozhun_guifan/152722705.htm。

第三节 合同法概述

为了理顺合同管理的各方关系,需要介绍合同法中与工程建设合同管理相关的主要

内容。

一、合同法的基本原则

合同法的基本原则是指贯穿于合同法始终,立法、司法与当事人在合同活动中均应遵守的体现合同法宗旨的原则。其主要包括以下几个方面:

(1)合同当事人法律地位平等原则。《合同法》第3条规定:“合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。”根据平等原则,当事人在订立、履行、变更、转让、解除、承担违约责任等涉及合同的活动中的法律地位是平等的。

(2)当事人自愿订立合同原则。《合同法》第4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。”合同自愿原则体现了民事活动的基本特征。

(3)公平原则。《合同法》第5条规定:“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”从而确立了合同法中的公平原则。

(4)诚实信用原则。《合同法》第6条规定:“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”

(5)遵守法律、尊重社会公德、不损害社会公共利益原则。《合同法》第7条规定:“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”

二、合同当事人的主体资格

合同当事人的主体合格是合同得以有效成立的前提条件之一。《合同法》第9条规定:“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。”

三、合同的形式

《合同法》第270条规定:“建设工程合同应当采用书面形式。”

四、合同的一般条款

我国《合同法》第12条规定了合同的一般条款:①当事人的名称或者姓名和住所;②标的;③数量;④质量;⑤价款或者报酬;⑥履行期限、地点和方式;⑦违约责任;⑧解决争议的方法。

国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的,有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。当事人可以参照政府有关部门以及行业自律机构编制的各类合同示范文本订立合同。例如,水利工程大中型项目合同示范文本为《水利水电土建工程施工合同条件》(GF—2000—0208),广东省建筑、市政工程采用《广东省施工合同范本(2006)》。

五、合同的订立

《合同法》第13条规定:“当事人订立合同,采取要约、承诺方式。”因此,合同的订立

过程包括要约和承诺两个阶段。

(一) 要约

(1) 要约的概念。所谓要约是指希望与他人订立合同的意思表示。根据《合同法》第14条规定,要约的构成要件包括:第一,要约的内容具体确定。由于要约一经受要约人承诺,合同即为成立,所以要约必须是能够决定合同主要内容的意思表示。要约的内容首先应当确定,不能含糊不清;其次还应当完整和具体,应包含合同得以成立的必要条款。第二,表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。即要约是具有法律约束力的。要约人在要约有效期间要受自己要约的约束,并负有与作出承诺的受要约人签订合同的义务。要约一经要约人发出,并经受要约人承诺,合同即告成立。例如,投标文件是要约,投标人是要约人,招标人是受要约人。

(2) 要约邀请。要约邀请不同于要约。《合同法》第15条规定,要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示,也称要约引诱。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。如招标人发出的招标公告。

(3) 要约的生效。要约于到达受要约人时生效。要约自生效时起对要约人产生约束力。

(4) 要约的撤回与撤销。《合同法》第17条规定,要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。例如,投标文件在开标前可撤回。第18条规定,要约还可以被受要约人撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。要约因被撤销而不再生效。为了保护受要约人的正当权益,第19条规定,有下列情形之一的,要约不得撤销:①要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;②受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同做了准备工作。例如,开标后投标文件不得撤销。

(5) 要约失效。《合同法》第20条规定了要约失效的若干情形:①拒绝要约的通知(如未中标通知书)到达要约人;②要约人依法撤销要约;③承诺期限(如投标文件有效期限)届满,受要约人未作出承诺;④受要约人对要约的内容作出实质性变更。

(二) 承诺

(1) 承诺的概念。《合同法》第21条规定,承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺的构成要件包括:第一,承诺必须由受要约人作出。如果要约是向特定人发出的,特定的受要约人具有承诺资格。第二,承诺的内容应当与要约的内容一致。根据《合同法》第30条和第31条的规定,受要约人对要约的内容作出实质性变更的,为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。如中标通知书为承诺。

(2) 承诺的方式。《合同法》第22条规定:“承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可通过行为作出承诺的除外。”

(3) 承诺的期限。《合同法》第23条规定:“承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。”对于迟延的承诺,《合同法》第28条规定:“受要约人超过承诺期限发出承诺的,除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外,为新要约。”对于迟到的承诺,《合同法》第29

条规定：“受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。”

(4) 承诺的撤回。《合同法》第 27 条规定：“承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。”但是，承诺不得撤销。

(5) 承诺生效的时间。《合同法》第 26 条规定：“承诺通知到达要约人时生效。”

六、合同的成立

《合同法》第 25 条规定：“承诺生效时合同成立。”

(1) 合同成立的时间。《合同法》第 32 条和第 33 条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”

(2) 合同成立的地点。《合同法》第 34 条和第 35 条规定：“承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。”“当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。”

七、格式条款

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款，如房地产开发商拟定的《购房合同》。《合同法》第 39 条至第 41 条规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。格式条款具有《合同法》第 52 条（关于合同无效的条款）和第 53 条（关于无效的免责条款）规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

八、缔约过失责任

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

(1) 假借订立合同，恶意进行磋商。

(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。

(3) 有其他违背诚实信用原则的行为。

(4) 当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

九、合同的效力

(一) 合同效力的含义

合同效力是指依法成立的合同对当事人具有法律约束力。具有法律效力的合同不仅表现为对当事人的约束,同时在合同有效的前提下,当事人可以通过法院获得强制执行的法律效果。《合同法》第8条规定:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同,受法律保护。”

合同成立与合同生效是两个不同的概念,《合同法》第25条和第44条分别就合同成立和合同生效作出了规定。合同的成立是合同生效的前提。已经成立的合同如不符合法律规定的生效要件,仍不能产生法律效力。

(二) 合同生效的时间

合同法律效力发生的时间就是合同生效的时间。合同的成立和生效在时间上不尽一致。《合同法》第44条至第46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,在办理了相应的批准、登记手续后生效。当事人对合同的效力可以约定附条件和附期限。对于附生效条件的合同,自条件成熟时生效;对于附生效期限的合同,自期限截止时生效。

(三) 有效合同

有效合同即依法成立并符合合同生效条件的合同。合同的生效要件就是指已经成立的合同产生法律效力应当具备的条件。合同的生效要件是判断合同是否具有法律约束力的标准。这些要件包括:第一,合同的主体合格;第二,意思表示真实;第三,不违反法律和社会公共利益。

(四) 效力待定合同

效力待定合同是指合同虽然已经成立,但因并不完全符合有关合同生效要件的规定,因此其能否生效,尚未确定,一般须经有权人追认才能生效的合同。效力待定合同的种类包括:

(1) 限制民事行为能力人订立的合同。

(2) 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后订立的合同。《合同法》第48条规定,这类合同未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任。同时,《合同法》也赋予了相对人催告权和撤销权。相对人可以催告被代理人在1个月内予以追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认。被代理人的追认必须以明示的、积极的方式作出。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。在被代理人追认之后,善意相对人不再享有撤销权。撤销应当以通知的方式作出,即撤销通知也应当以明示的、积极的方式作出。《合同法》第49条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。”第50条规定:“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。”如果法定代表人、负责人超越权限与相对人订立合同,相对人善意并且无过失地相信对方没有超越权限的,则该法定代表人、负

责人的代表行为有效。所订立的合同符合法律规定的成立要件的,可依法成立。该法人或者其他组织是合同一方的当事人,应承担合同产生的法律后果。但是,如果相对人知道或者应当知道法定代表人或者负责人超越权限的,则不能适用上述规则,法人或者其他组织不承担合同产生的法律后果,由法定代表人或者负责人与相对人自行承担合同责任。

(3)无处分权的行为人订立的合同。处分权是所有权的一项权能,在一般情况下,处分权的主体是所有权人或其授权者。在特定情况下,行为人可以基于法律的规定取得处分权。例如,抵押权人、质押权人、留置权人处分抵押物、质押物、留置物的权利。无处分权人订立合同处分他人财产的,属于效力待定合同。我国《合同法》第51条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”

(五)无效合同

(1)无效合同的概念。无效合同具有以下特征:第一,违法性。无效合同是违反了法律和行政法规的强制性规定和社会公共利益。第二,自始无效。无效合同从订立之时就不具有法律约束力,即自始无效。

(2)无效合同的种类。《合同法》第52条规定,有下列情形之一的,合同无效:①一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;②恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;③以合法形式掩盖非法目的;④损害社会公共利益;⑤违反法律、行政法规的强制性规定。

(3)无效的免责条款。《合同法》第53条规定,合同中的下列免责条款无效:①造成对方人身伤害的;②因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

(六)可变更及可撤销的合同

《合同法》第54条规定,下列合同:①因重大误解订立的;②在订立合同时显失公平的;③一方以欺诈、胁迫手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。

可撤销的合同自撤销权消灭之时起,即为有效合同,享有撤销权的一方无权再请求人民法院或者仲裁机构撤销合同。

有下列情形之一的,撤销权消灭:

(1)具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内没有行使撤销权。自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权。

(2)具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

(七)合同被确认无效或被撤销后的处理

合同被确认无效或者被撤销后,自始没有法律约束力。因此,应当将当事人之间的关系恢复到没有订立合同的状态,具体的处理方法见《合同法》第57、58条和第59条规定:合同无效、被撤销或者终止的,不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的,因此