

★ 服务热线: 400-615-1233
★ 配套精品教学资料包
★ www.huatengedu.com.cn

G ONGCHENG ZHAOTOU BIAO
YU HETONG GUAN LI

工程招投标 与合同管理

高等职业教育土建系列创新教材
「互联网+」新形态教材

工程招投标与合同管理

主编 张萍

高等职业教育土建系列创新教材
「互联网+」新形态教材

G ONGCHENG ZHAOTOU BIAO
YU HETONG GUAN LI

工程招投标 与合同管理

主编 张萍
主审 王文汇

策划编辑: 刘建
责任编辑: 秦晓霞 贺兰晚
封面设计: 黄燕美



定价: 42.00元

中国石油大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF PETROLEUM PRESS

中国石油大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF PETROLEUM PRESS

高等职业教育土建系列创新教材
“互联网+”新形态教材

GONGCHENG ZHAOTOU BIAO
YU HETONG GUANLI

工程招投标 与合同管理

主 编 张 萍
副主编 李远航 沈 犁 张广程
主 审 王文汇

 中国石油大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF PETROLEUM PRESS

山东·青岛

图书在版编目(CIP)数据

工程招投标与合同管理 / 张萍主编. -- 青岛 : 中国石油大学出版社, 2021. 11(2023. 3 重印)

ISBN 978-7-5636-7309-4

I. ①工… II. ①张… III. ①建筑工程—招标 ②建筑工程—投标 ③建筑工程—经济合同—管理 IV. ①TU723

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 226085 号

如有印装质量问题,请与中国石油大学出版社发行部联系。

服务电话:400-615-1233

书 名: 工程招投标与合同管理

GONGCHENG ZHAOTUBIAO YU HETONG GUANLI

主 编: 张 萍

副 主 编: 李远航 沈 犁 张广程

主 审: 王文汇

策划编辑: 刘 建

责任编辑: 秦晓霞 贺兰晔

责任校对: 高 宇

封面设计: 黄燕美

出 版 者: 中国石油大学出版社

(地址:山东省青岛市黄岛区长江西路 66 号 邮编:266580)

网 址: <http://cbs.upc.edu.cn>

电子邮箱: uppbook@upc.edu.cn

排 版 者: 华腾教育排版中心

印 刷 者: 大厂回族自治县聚鑫印刷有限责任公司

发 行 者: 中国石油大学出版社(电话 010-88433760)

开 本: 787 mm×1 092 mm 1/16

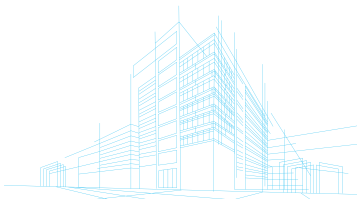
印 张: 14

字 数: 341 千字

版 印 次: 2021 年 11 月第 1 版 2023 年 3 月第 2 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5636-7309-4

定 价: 42.00 元



Preface

前言

当前,我国各行业和各领域均在推进全面深化改革,建筑业也开启了前所未有的深化改革之路。住房和城乡建设部相继出台了一系列的改革政策,要求建筑市场主体的行为更加法治化、规范化,并逐步与国际惯例接轨。建设工程合同不仅约定了建设工程各参与方的权利和义务,同时也是各参与方进行市场交易的主要依据。因此,随着建筑市场的不断变化和建设管理体制改革的深化,建筑业相关企业将越来越重视合同管理在企业经营和工程项目管理中的地位和作用。培养具有较好的法律和合同意识、系统掌握建设工程招标投标与合同管理的理论和方法、具备招标投标与合同管理实践能力的相关工程管理专业人才,成为职业院校工程管理及其相关专业的的主要任务之一。

“工程招标投标与合同管理”课程是工程管理、工程造价、工程技术等专业的主要课程之一,工程招标投标与合同管理工作也是工程项目管理中的一个重要环节。工程招标投标工作的最直接结果表现为选择哪些单位参与到工程项目中来,工程招标投标工作是对工程项目的前期咨询、勘察设计、施工安装、监理、材料设备采购等具体项目任务的实施单位的落实,同时还涉及工程项目的承发包模式、工程项目的合同条件等诸多重要问题,将直接影响项目的实施与成败。高质量的工程项目招标投标工作是保证工程项目顺利完成的必要环节。

本书推荐学时安排见下表:

模 块	内 容	学 时
1	建筑市场与相关法规	4
2	工程施工招标	6
3	工程施工投标	6
4	国际工程承包	4
5	施工合同管理	6
6	建设工程相关合同管理	4
7	工程施工索赔管理	6
	总计	36





本书在编写过程中,力求体现如下一些特色:

(1)以引例导入,同时针对引例提出思考问题,让学生带着问题学习知识,能更加深入地理解知识。

(2)在编写过程中充分考虑我国现阶段工程行业实际情况,内容选取秉持“科学、实用”的原则。

(3)设置“职业技能实践”栏目,辅助教师课后实践,助力学生理解。

本书由辽宁地质工程职业学院张萍任主编,由辽宁地质工程职业学院李远航、沈犁、张广程任副主编,辽宁北方建筑设计院有限责任公司赵阳参与编写。本书由辽宁地质工程职业学院王文汇教授主审。

由于编者水平有限,书中难免存在疏漏和不足之处,敬请广大读者批评指正。

编 者



Contents

目录

模块 1	建筑市场与相关法规	1
1.1	建筑市场	1
1.2	相关建设工程管理的法律法规	4
1.3	合同法律制度	5
1.4	工程担保和保险制度	12
	职业技能实践	15
	复习思考题	15
模块 2	工程施工招标	16
2.1	工程招标投标概述	16
2.2	工程招标概述	21
2.3	工程施工招标文件的编制	28
2.4	工程施工招标标底的编制	31
2.5	开标、评标和定标	34
	职业技能实践	39
	复习思考题	39
模块 3	工程施工投标	40
3.1	工程施工投标的程序与工作内容	40
3.2	工程施工投标决策的意义和分类	45
3.3	工程施工投标报价策略与投标技巧	47
3.4	工程施工投标前的准备工作	51
3.5	工程施工投标文件的编制	55
	职业技能实践	59
	复习思考题	60
模块 4	国际工程承包	61
4.1	国际工程合同概述	61



4.2	国际工程招标	65
4.3	国际工程投标	72
4.4	FIDIC 合同条件	85
	职业技能实践	91
	复习思考题	92
模块 5	施工合同管理	93
5.1	施工合同概述	93
5.2	施工合同的主要内容	100
5.3	施工合同的管理办法及注意事项	116
5.4	施工合同示范文本	119
5.5	施工合同的风险管理	122
	职业技能实践	129
	复习思考题	129
模块 6	建设工程相关合同管理	130
6.1	建设工程勘察、设计合同的订立、履行及管理	130
6.2	建设工程委托监理合同管理	139
6.3	其他相关合同管理	151
	职业技能实践	153
	复习思考题	153
模块 7	工程施工索赔管理	154
7.1	工程施工索赔概述	154
7.2	工程施工索赔的分类和原则	159
7.3	工程施工索赔的原因和依据	161
7.4	工程施工索赔的程序及计算	166
7.5	工程师对索赔的管理	174
7.6	反索赔	180
	职业技能实践	182
	复习思考题	182
附 录		183
附录 I	中华人民共和国招标投标法实施条例	183
附录 II	中华人民共和国招标投标法	194
附录 III	建设工程施工合同(示范文本)	201
参考文献		217

1

模块

建筑市场与相关法规

学习描述

教学内容 本模块主要介绍建筑市场的概念及分类、建筑市场的主体、建筑市场的客体、相关建设工程管理的法律制度、合同法律制度、工程担保和保险制度等内容。

教学要求 本模块让学生了解建筑市场、相关建设工程管理的法律制度、合同法律制度、工程担保和保险制度等内容。

实践环节 熟练进行建筑市场的分类,熟悉合同终止与合同解除的区别,熟悉工程担保和保险制度。

1.1 建筑市场

引例

2019年房屋建筑市场逆势增长,一季度房屋施工面积累计同比增长8.74%,达近年来最高水平。但市场分化明显,表现为住宅建筑市场明显升温,工业建筑市场急转直下。截至2019年5月,伴随着房地产投资市场的繁荣,100个大中城市住宅用地成交规划建筑面积持续增长,累计规划面积同比增长58%;而受制于制造业投资疲软,100个大中城市工业用地成交规划面积表现欠佳,累计规划面积同比减少31.5%。

思考

- (1)什么是建筑市场?
- (2)什么是有形建筑市场和无形建筑市场?

1.1.1 建筑市场的概念及分类

1. 建筑市场的概念

建筑市场是建设工程市场的简称,是进行建筑商品和相关要素交换的市场。建筑市场





是固定资产投资转化为建筑产品的交易场所。

建筑市场有狭义和广义之分。狭义的建筑市场是指交易建筑商品的场所。由于建筑商品体形庞大、无法移动,不可能集中在一定的地方进行交易,所以一般意义上的建筑市场为无形市场,没有固定的交易场所。它主要通过招标、投标等手段,完成建筑商品的交易。当然,交易场所随建筑工程的建设地点和成交方式的不同而变化。我国许多地方提出了建筑市场有形化的概念。这种做法增强了招标投标活动的透明度,有利于实现竞争的公开性和公正性,对于规范建筑市场有着积极的意义。广义的建筑市场是指建筑商品供求关系的总和,包括狭义的建筑市场、建筑商品的需求程度、建筑商品交易过程中形成的各种经济关系等。

由发包人、承包人及为双方服务的咨询服务者和市场组织管理者组成的市场主体,以建筑产品和建筑生产过程为对象的市场客体,以招标投标为主要交易形式的市场竞争机制,以资质管理为主要内容的市场监督管理体系,以及我国特有的有形建筑市场等,共同构成了完整的建筑市场体系,如图 1-1 所示。



微课
建设工程市场
概述

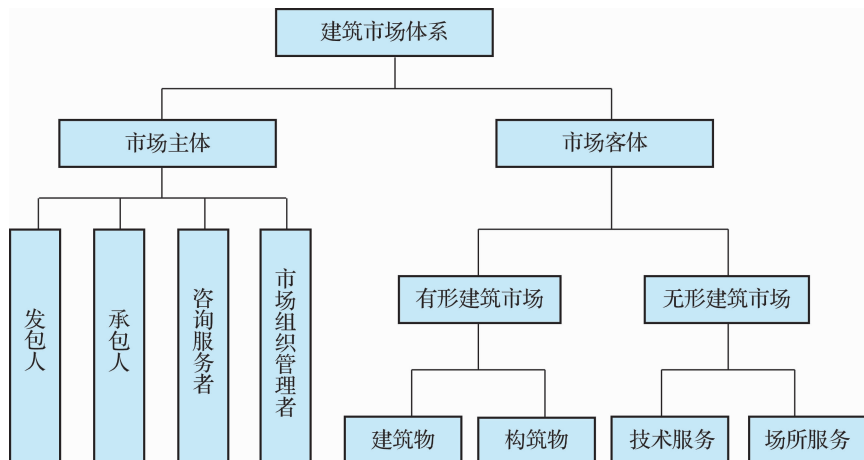


图 1-1 建筑市场体系

2. 建筑市场的分类

(1)建筑市场按其交换范围或地理场所可分为国际建筑市场(亦称海外承包市场)和国内建筑市场,国内建筑市场又可分为城市、农村、部门、地区等建筑市场,或分为宏观建筑市场和微观建筑市场。

(2)建筑市场按产品特性和形态可分为实物形态建筑产品市场和非实物形态建筑产品市场。

(3)建筑市场按市场性质可分为简单建筑商品市场(指手工作坊时期的)、资本主义建筑市场和社会主义建筑市场。

1.1.2 建筑市场的主体

建筑市场的主体是指参与建筑生产交易的各方。建筑市场的主体包括在建筑市场中发

包工程项目勘察、设计、施工任务并最终得到建筑产品,达到其经营使用目的的政府部门、企事业单位和个人;承担工程勘察设计、施工监理任务的承包人,混凝土构配件及非标准预制件的生产厂家,商品混凝土供应站,建筑机械租赁单位及专门提供建筑劳务的企业;还有为市场主体服务的各种中介机构。

我国建筑市场的主体主要包括业主、承包人和中介机构。



微课

建筑市场的主体和客体

1. 业主

业主是指既有进行某项工程建设的需求,又具有该项工程建设相应的资金和各种准建手续,在建筑市场中发包建设任务,并最终得到建筑产品达到其投资目的的法人、其他组织和个人。业主可以是学校、医院、工厂、房地产开发公司,可以是政府及政府委托的资产管理部门,也可以是个人。在我国工程建设中常将业主称为建设单位或甲方、发包人。市场主体是一个庞大的体系,包括各类自然人和法人。在市场生活中,不论哪类自然人和法人,总是要购买商品或接受服务,同时销售商品或提供服务。其中,企业是最重要的一类市场主体。因为企业既是各种生产资料和消费品的销售者,又是资本、技术等生产要素的提供者,还是各种生产要素的购买者。

2. 承包人

承包人是指具有一定生产能力、技术装备和流动资金,以及承包工程建设任务的营业资格,在建筑市场中能够按照业主要求提供不同形态的建筑产品,并获得工程价款的建筑业企业。按照他们进行生产的主要形式的不同,承包人分为勘察设计公司,建筑安装企业,混凝土构配件、非标准预制件等的生产厂家,商品混凝土供应站,建筑机械租赁单位,以及专门提供建筑劳务的企业等;按照承包方式的不同,承包人分为施工总承包企业、专业承包企业、劳务分包企业。在我国工程建设中,承包人又称为乙方。

3. 中介机构

中介机构是指具有一定注册资金和相应的专业服务能力和持有从事相关业务的执照,能为工程建设提供估算测量、管理咨询、建设监理等智力型服务或代理,并取得服务费用的咨询服务机构和其他为工程建设服务的专业中介组织。中介机构作为政府、市场、企业之间联系的纽带,具有政府行政管理不可替代的作用。在此种情况下诞生的造价通等建材询价网站,大大方便了造价信息的查询。发达的市场中介机构是市场体系成熟和市场经济发达的重要表现。

1.1.3 建筑市场的客体

市场客体是指一定量的可供交换的商品和服务,它包括有形的物质产品和无形的服务,以及各种商品化的资源要素,如资金、技术、信息和劳动力等。市场活动的基本内容是商品交换,若没有交换客体,就不存在市场。具备一定量的可供交换的商品,是市场存在的物质条件。

建筑市场的客体一般被称作建筑产品,它包括有形的建筑产品——建筑物和无形的产品——各种服务。客体凝聚着承包人的劳动,业主以投入资金的方式取得它的使用价值。





在不同的生产交易阶段,建筑产品表现为不同的形态。它可以是中介机构提供的咨询报告、咨询意见或其他服务,也可以是勘察设计单位提供的设计方案、设计图纸、勘察报告,还可以是生产厂家提供的混凝土构配件、非标准预制件等产品,更可以是施工企业提供的最终产品——各种各样的建筑物和构筑物。

1.2 相关建设工程管理的法律法规

引例

《中华人民共和国建筑法》经 1997 年 11 月 1 日第八届全国人大常委会第 28 次会议通过,根据 2011 年 4 月 22 日第十一届全国人大常委会第 20 次会议《关于修改〈中华人民共和国建筑法〉的决定》进行第一次修正,根据 2019 年 4 月 23 日第十三届全国人大常委会第十次会议《关于修改〈中华人民共和国建筑法〉等八部法律的决定》进行第二次修正。

思考

- (1)《中华人民共和国建筑法》是行政法规吗?
- (2)抢险救灾及其他临时性房屋建筑的建筑活动适用于《中华人民共和国建筑法》吗?

建筑工程是指通过对各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动所形成的工程实体。

建筑工程的相关法律法规包括如下一些:

(1)法律:《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)、《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)、《中华人民共和国土地管理法》《中华人民共和国城市规划法》《中华人民共和国城市房地产管理法》《中华人民共和国环境保护税法》《中华人民共和国环境影响评价法》。

(2)行政法规:《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》《建设工程勘察设计管理条例》《中华人民共和国土地管理法实施条例》。

(3)部门规章:《工程监理企业资质管理规定》《注册监理工程师管理规定》《建设工程监理范围和规模标准规定》《建筑工程设计招标投标管理办法》《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》《评标委员会和评标方法暂行规定》《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》《建筑工程施工许可管理办法》《实施工程建设强制性标准监督规定》《房屋建筑工程质量保修办法》《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》《建设工程施工现场管理规定》《建筑安全生产监督管理规定》《工程建设重大事故报告和调查程序规定》《城市建设档案管理规定》。

1.3 合同法律制度

引例

A 房地产公司(下称 A 公司)与 B 建筑公司(下称 B 公司)在 2019 年 1 月达成一项协议,由 B 公司为 A 公司承建一栋商品房。合同约定,标的总额 6 000 万元,8 个月交工,任何一方违约,按合同总标的额的 20% 支付违约金。合同签订后,为筹集工程建设资金,A 公司用其建设用地使用权作抵押向甲银行贷款 3 000 万元,乙公司为此笔贷款承担保证责任,但对保证方式未做约定。

B 公司未经 A 公司同意,将部分施工任务交给丙建筑公司完成,该公司由张×、李×、王×三人共同出资组成。施工中,工人刘某手中的砖头不慎掉落,将路过工地的行人陈某砸成重伤,花去医药费 5 000 元。

A 公司在施工开始后即进行商品房预售。丁某购买了 1 号楼 101 号房屋,预交了 5 万元房款,双方约定将该笔款项作为定金。但不久,A 公司又与汪某签订了一份购房合同,将上述房屋卖给了汪某,并在房屋竣工后为汪某办理了该房的产权证。而汪某对该房已经被卖给丁某的事实完全不知情。

汪某入住后,全家人出现皮肤瘙痒、流泪、头晕目眩等不适症状。经检测发现室内甲醛等化学指标严重超标。但购房合同中未对化学指标做明确约定。

因 A 公司不能偿还甲银行的贷款,甲银行欲对 A 公司开发的商品房行使抵押权。同时,A 公司不能向 B 公司支付工程款。

此外,B 公司延期交付工程半个月,A 公司以此提起诉讼,要求支付合同总标的额的 20% 即 1 200 万元的违约金。

思考

- (1)汪某是否可以向法院起诉,提出解除合同、退房并赔偿损失的诉讼请求?
- (2)当 A 公司不能向 B 公司支付工程款时,B 公司是否可向 A 公司主张违约责任或者就建设工程款对建设工程主张优先权?

合同是以设立、变更和终止民事权利义务关系为目的的民事法律行为。民事主体之间订立合同是具有一定的目的和宗旨的,即订立合同的最终目的是设立、变更、终止民事权利义务关系。合同是平等主体在平等自愿基础上意思表示相一致的协议。《民法典》第四百六十四条规定:合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。第四百六十五条规定:依法成立的合同,受法律保护。依法成立的合同,仅对当事人具有法律约束力,但是法律另有规定的除外。

1.3.1 合同的分类

1.《民法典》规定的典型合同

《民法典》第二分编中列出了典型合同的类型:买卖合同,供用电、水、气、热力合同,赠与



合同,借款合同,保证合同,租赁合同,融资租赁合同,保理合同,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,物业服务合同,行纪合同,中介合同,合伙合同。

2. 其他分类

1) 有偿合同与无偿合同

有偿合同是指当事人一方享有合同规定的权益,须向对方当事人偿付相应代价的合同。有偿合同是商品交换最典型的法律形式,实践中常见的买卖、租赁、运输、承揽等合同,均属有偿合同。

无偿合同是指一方当事人向对方给予某种利益,对方取得该利益时不支付任何代价的合同。无偿合同不是典型的交易形式,实践中主要有赠与合同、无偿借用合同、无偿保管合同等。在无偿合同中,一方当事人不支付对价,但要承担义务,如无偿借用他人物品,借用人负有正当使用和按期返还的义务。

2) 双务合同与单务合同

双务合同是指缔约双方相互负担义务,双方的义务与权利相互关联、互为因果的合同,如买卖合同、承揽合同等。在双务合同中,当事人双方均承担合同义务,并且双方的义务具有对应关系,一方的义务就是对方的权利,反之亦然。从另一个角度说,双务合同也就是当事人双方互享债权的合同。双务合同是合同的主要形态,民法典所规定的多数合同均为双务合同。

单务合同是指仅由当事人一方负担义务,而他方只享有权利的合同。如赠与、无息借贷、无偿保管等合同均为典型的单务合同。在单务合同中,当事人双方不存在对待给付关系,一方仅承担义务而不享有权利,另一方则相反。单务合同有两种情况:一种是只有单方承担义务的情况,如在借用合同中,只有借用人负有按约定使用并按期返还借用物的义务,出借人不负合同义务;另一种情况是一方承担合同的主要义务,另一方只承担附属义务,双方的义务不存在对待给付关系。例如,《民法典》允许赠与附义务,但赠与人交付赠与财产与对方的附属义务之间不存在对价关系,因而赠与合同仍属于单务合同。

3) 诺成合同与实践合同

诺成合同是指以缔约当事人意思表示一致为充分成立条件的合同,即一旦缔约当事人的意思表示达成一致即告成立的合同。

实践合同是指除当事人意思表示一致以外尚需交付标的物才能成立的合同。在这种合同中仅有当事人的合意,合同尚不能成立,还必须有一方实际交付标的物的行为或其他给付,才能成立合同关系。实践中,大多数合同均为诺成合同,实践合同仅限于法律规定的少数合同,如保管合同、自然人之间的借款合同。

4) 要式合同与不要式合同

要式合同是指根据法律规定必须采取特定形式的合同。对于一些重要的交易,法律常要求当事人必须采取特定的方式订立合同。例如,中外合资经营合同经双方当事人签字盖章后必须经过政府主管部门批准后才成立,此“批准”即法定形式。

不要式合同是指当事人订立的合同依法并不需要采取特定的形式,当事人可以采取口

头方式,也可以采取书面形式。除法律有特别规定以外,合同均为不要式合同。

5)有名合同与无名合同

有名合同是指法律对某类常见合同冠以名称并为其设定具体规则的合同。无名合同是指法律未规定名称,也就无从为其设定具体规则的合同。有名合同是常见合同、典型合同,无名合同是非典型合同。

6)主合同与从合同

凡不依赖于其他合同的存在而能独立存在的合同都是主合同。例如,对于保证合同而言,设立主债务的合同就是主合同。

从合同是以主合同的存在为存在前提的合同。由于从合同要依赖主合同的存在而存在,所以从合同又被称为附属合同。主合同的无效、终止将导致从合同的无效、终止,但从合同的无效、终止不能影响主合同。例如为担保借款合同而订立的抵押合同,主合同为借款合同,从合同为抵押合同。

1.3.2 合同当事人的主体资格

订立合同的当事人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. 民事权利能力

公民的民事权利能力是法律赋予公民享受权利和承担义务的资格。如法律规定,国家保护公民的财产所有权,则每一个公民都享有行使财产所有权的权利能力。

民事权利能力有以下特点:

(1)民事权利能力是一种资格,而不是实际权利;是法律赋予民事主体享有民事权利和承担民事义务的一种可能性,还没有为民事主体带来实际利益,但是它是获得民事权利的前提。

(2)民事权利能力包括民事主体取得民事权利和承担民事义务的资格。

(3)民事权利能力的内容和范围由法律加以规定,与民事主体的个人意志没有直接关系。法律赋予公民的民事权利能力一律平等。

(4)民事权利能力与民事主体人身的存在是不可分离的,民事主体不能转让或放弃,他人也无权限制或剥夺这种民事权利能力。

2. 民事行为能力

民事行为能力以自然人的意思能力为前提,即判断行为后果的能力。自然人的民事行为能力指自然人得通过自己的独立行为取得和行使权利、设定和履行义务的资格。

自然人的行为能力分三种情况:完全民事行为能力、限制民事行为能力、无民事行为能力。

法人的民事行为能力是法律赋予法人独立进行民事活动的资格。法人的民事行为能力不仅包括法人的民事法律行为能力,也包括承担民事责任的责任能力。

法人的民事行为能力有以下特点:

(1)法人的民事行为能力与民事权利能力同时产生,同时消灭。

(2)法人的民事权利能力与其民事行为能力完全一致。

(3)法人的民事行为能力须由其法定代表人或代理人代理才可实现。





3. 民事权利能力与民事行为能力的区别

民事权利能力是自然人享有权利、承担义务的能力或资格。民事行为能力是能够以自己的行为取得权利,承担义务的能力或资格。两者之间最根本的区别体现在民事行为能力强调是以自己的行为来取得权利,承担义务。

1.3.3 合同法律关系的客体

在法律关系中,主体间的权利与义务之争总是围绕着一一定的对象展开的,没有一定的对象,也就没有权利、义务之分,当然也就不存在法律关系。合同法律关系的客体(又称标的、目的)主要包括行为、物和智力成果。

1. 行为

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。行为主要是提供劳务、服务一类行为,如勘察设计、施工安装、运送货物、加工承揽、完成工作等。

2. 物

物是指可为人们控制,并具有经济价值的生产资料 and 消费资料。物可分为动产和不动产,流通物、限制流通物和禁止流通物。我们所说的物,即合同中的标的,其种类和范围均由法律加以规定。物一般包括以下内容:

(1)有形物,如土地、房屋、建筑材料、建筑设备等物质性事物。

(2)有形物的无形分割凭证,包括有形物的权利凭证(如货币及股票、债券、票据、提单等有价证券)和对有形物的部分权利(如租用、监督等)。

3. 智力成果

智力成果又称非物质财富,它是指脑力劳动的成果,如专利权、商标权、著作权、发明创造、文学作品等。智力成果是一种无形财产,是知识产权法律关系的客体。

1.3.4 无效合同

无效合同是已经成立的合同,是欠缺生效要件,不具有法律约束力的合同,不受国家法律保护。无效合同自始无效,合同一旦被确认无效,就产生溯及既往的效力,即自合同成立时起不具有法律的约束力,以后也不能转化为有效合同。即使当事人已经履行,或者已经履行完毕,都不能改变合同无效的状态。无效合同是当然无效。由于无效合同是违反国家法律、行政法规和社会公共利益,所以它为法律上的当然无效,即无效,无须当事人主张即产生无效的法律后果。

1. 无效合同的分类

《民法典》第一百四十三条规定,“具备下列条件的民事法律行为有效:(一)行为人具有相应的民事行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗。”

第一百四十四条规定:无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。第一百四十六条规定:行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐

藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。第一百五十三条规定:违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。第一百五十四条规定:行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。

第四百六十四条规定:合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。第五百零五条规定:当事人超越经营范围订立的合同的效力,应当依照《民法典》第一编第六章第三节和第三编的有关规定确定,不得仅以超越经营范围确认合同无效。第五百零八条规定:第三编对合同的效力没有规定,适用《民法典》第一编第六章的有关规定。

第一千二百六十条规定:《民法典》自2021年1月1日起施行。《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国继承法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国民法总则》同时废止。

因此,《民法典》实施后,《合同法》和《民法总则》失效。《民法典》第一编(总则)是对《民法总则》的继承,《民法典》对合同效力的规定与《民法总则》相同。根据《民法典》第一编(总则),可以得出合同无效有以下几种情形:

- (1)无民事行为能力人签订的合同。
- (2)合同双方以虚假的意思签订的合同。
- (3)违反法律、法规强制性规定的合同。
- (4)违背公序良俗的合同。
- (5)恶意串通,损害他人合法权益的合同。

2. 无效合同的认定机构

无效合同的确认权归属人民法院或仲裁机构,合同当事人或其他任何机构均无权认定合同无效。

3. 无效合同的法律后果

1) 返还财产

返还财产是指合同被确认为无效或被撤销后,当事人因该行为取得的财产应当返还给受损失的一方。如果一方取得,取得方应该将该财产返还给对方;如果双方取得,双方相互返还。返还财产的范围,以全部返还为原则。

2) 赔偿损失

赔偿损失是指合同被确认无效或被撤销后,对合同无效或被撤销有过错的一方应当赔偿对方因此所受的经济损失;双方都有过错的,依各自过错大小相抵后赔偿对方损失。实践中,通常是将依双方过错确定的损失承担额与各自的损失相抵后,对仍有损失的一方进行赔偿。

3) 追缴财产归为国有

追缴财产是指双方恶意串通,实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的,应当追缴双方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还第三人。追缴财产的目的,一方面使不法行为人受到经济上的制裁,另一方面使被追缴的财产转归受损害的国家、集体或





者第三人,使之获得经济上的补偿。

1.3.5 可变更、可撤销合同

《民法典》第一百四十七条(基于重大误解实施的民事法律行为的效力)规定:基于重大误解实施的民事法律行为,行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。第一百四十八条(以欺诈手段实施的民事法律行为的效力)规定:一方以欺诈手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。第一百五十条(以胁迫手段实施的民事法律行为的效力)规定:一方或者第三人以胁迫手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。第五百四十三条(协议变更合同)规定:当事人协商一致,可以变更合同。

1. 撤销权及撤销权的消灭

1) 撤销权

债权人对债务人的财产并无直接支配的权利,只能对债务人请求给付,债务人可自由支配其财产。但当债务人与他人实施某种行为,使其作为债权担保的责任财产不当减少,因而害及债权人的利益,致使债权有不能实现的危险情形时,债权人可申请法院撤销债务人与他人之间的法律关系,恢复债务人的责任财产,使债权得到确保。

因撤销原因不同,撤销权人也不同。重大误解中,误解人是撤销权人;显失公平中,遭受明显不公的人是撤销权人;欺诈、胁迫中,受欺诈、受胁迫的人是撤销权人。撤销权是诉权,只能通过法院或仲裁机构行使。

2) 撤销权的消灭

有下列情形之一的,撤销权消灭:

(1)当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权。

(2)当事人受胁迫,自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权。

(3)当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。

当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的,撤销权消灭。

2. 可变更、可解除合同的认定机构

只有人民法院或者仲裁机构有权变更或者解除合同。可变更或可解除合同不同于无效合同,当事人提出请求是合同是否变更和解除的前提,人民法院或仲裁机构不能主动变更或撤销合同。当事人如果只要求变更,人民法院或者仲裁机构不能解除其合同。

3. 合同被撤销后的法律后果

合同被撤销后的法律后果与无效合同的法律后果一样,也是返还财产、赔偿损失和追缴财产收归国有。

1.3.6 合同的终止

《民法典》第五百六十六条(合同解除的效力)规定:合同解除后,尚未履行的,终止履行;

已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施,并有权请求赔偿损失。合同因违约解除的,解除权人可以请求违约方承担违约责任,但是当事人另有约定的除外。主合同解除后,担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任,但是担保合同另有约定的除外。

第五百六十七条(合同终止后有关结算和清理条款效力)规定:合同的权利义务关系终止,不影响合同中结算和清理条款的效力。

第五百五十七条(债权债务终止情形)规定,“有下列情形之一的,债权债务终止:(一)债务已经履行;(二)债务相互抵销;(三)债务人依法将标的物提存;(四)债权人免除债务;(五)债权债务同归于一人;(六)法律规定或者当事人约定终止的其他情形。合同解除的,该合同的权利义务关系终止。”

第五百五十八条(债权债务终止后的义务)规定:债权债务终止后,当事人应当遵循诚信等原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。第五百五十九条(债权的从权利消灭)规定:债权债务终止时,债权的从权利同时消灭,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

1.3.7 合同的解除

合同一经有效成立,就具有法律效力,当事人双方都必须严格遵守,适当履行,不得擅自变更或解除。这是中国法律所规定的重要原则。只是在主客观情况发生变化使合同履行成为不必要或不可能的情况下,合同继续存在已失去积极意义,将造成不适当的结果,才允许解除合同。

1. 约定解除

(1)当事人协商一致,可以解除合同。指合同当事人双方都同意解除合同,而不是单方行使解除权。

(2)约定一方解除合同条件的解除。指当事人在合同中约定解除合同的条件,在合同成立之后,全部履行之前,由当事人一方在某种情形出现后享有解除权,从而终止合同关系。

约定解除是根据当事人的意思表示产生的,其本身具有较大的灵活性,在复杂的事物面前,它可以更确切地适应当事人的需要。当事人采取约定解除的目的虽然有所不同,但主要是考虑到当主客观上的各种障碍出现时,可以从合同的拘束下解脱出来,给废除合同留有余地,以维护自己的合法权益。

2. 合同法定解除

有下列情形之一的,当事人可以解除合同:

- (1)因不可抗力致使不能实现合同目的。
- (2)在履行期限届满前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。
- (3)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行。
- (4)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。





(5)法律规定的其他情形。

当事人一方依法主张解除合同的,应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方对解除合同有异议的,任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。

合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状或者采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。

合同的权利义务关系终止,不影响合同中结算和清理条款的效力。

1.3.8 合同终止与合同解除的区别

1. 适用范围不同

合同终止只适用于继续性合同,即债务不能一次履行完毕而必须持续履行方能完成的合同,如租赁合同、承揽合同、建设工程合同,以及大部分以提供劳务为标的的合同;而合同的解除原则上只能适用于非继续性合同。

2. 适用的条件不同

合同终止既适用于一方违反合同的情况,也适用于没有违反合同的情况;而合同解除主要适用于当事人一方不履行合同的情况。

3. 法律后果不同

合同终止只是使合同关系向将来消灭,并不溯及既往的效力,因此不能产生恢复原状的法律后果;而合同解除可使合同关系发生既往消灭的效力,具有溯及既往的效力,因而能产生恢复原状的法律后果。

1.4

工程担保和保险制度

引例

2019年,北京市住宅工程质量潜在缺陷保险制度正式落地实施,今后新建、改建、扩建的商品住房、政策性住房项目建设单位在办理施工许可手续前要投保缺陷保险。北京市住房和城乡建设委员会相关负责人介绍,保险范围基本涵盖了地基基础、主体结构、防水、保温工程等影响主体结构安全和主要使用功能的质量缺陷,特别是将北京市易发、多发且投诉较多的保温层破损、脱落,屋面、外墙、地下、厕浴间渗漏等质量通病问题纳入投保范围,基本全面涵盖住宅工程主要质量缺陷。

思考

- (1)为什么要给建筑工程投保?
- (2)工程保险制度和工程监理是一回事吗?

改革开放以来,我国经过积极的探索逐步形成了一套行之有效的工程建设组织管理模式,它对保证工程质量,促进建设市场的发展发挥了很好的作用。但是随着我国加入世界贸易组织(world trade organization, WTO),社会主义市场经济的深入发展和建筑业全球化需要的增加,现有模式已经暴露出明显的不足,主要表现在以下几个方面:

一是混淆了政府与企业的职能,削弱了建设行为主体的质量责任意识。政府介入每项建筑产品的生产过程,不仅是行政责任主体,而且也是具体的技术责任主体之一。

二是对业主的行为缺乏有效监督。业主利用在建设市场中居于买方地位的优势,无理压价、要求垫资及拖欠承包人工程款,严重扰乱了建筑市场。

三是建筑市场管理手段单薄。目前对建筑市场的管理主要靠政府的行政推动,缺少运用工程担保和工程保险等经济手段对建筑市场进行调整。

四是建筑市场的运作缺少中介组织有效介入。

为切实改革现行的工程建设组织管理模式,建立新的适应社会主义市场经济要求的工程建设组织管理模式,要求我们在转变政府职能的同时,积极引进工程担保和工程保险制度,让担保人和保险人从自身经济利益出发,参与工程的监督,并严格责任索赔,以进一步增强各行为主体的质量责任意识和风险意识。

工程担保制度引入保证人作为第三方,对建设工程中一系列合同的履行进行监督并对违约情况担责,利用经济手段促使参与工程建设的各方守信履约。工程担保制度的设立进一步完善了我国工程建设领域风险管理机制,建立起工程保险、工程担保两位一体的风险转移框架。

建设工程保险是工程风险转移的主要手段,其针对建设工程在建造与使用全寿命周期中可能出现的自然灾害和意外事故而造成的物质损失,以及对第三者造成的人身伤亡和财产损失而设立,是涵盖财产保险、人身保险、责任保险等的综合性险别。

1.4.1 风险对象

按照风险能否用保险加以管理,建设工程风险可分为可保风险与不可保风险两类,如图 1-2 所示。相对应地,风险转移也可以分为保险转移(工程保险)和非保险转移(又称合同转移,即通过签订合同的方式将风险转移给非保险人的对方当事人)两种。

工程保险多针对“天灾”设立。其以建设工程风险中的可保风险为标的,仅承保自然和物理等因素(如自然灾害、意外事故等)所导致的意外损失风险和职业责任风险,即投保人无法控制的、偶然的、意外的风险。也就是说,投保人的故意行为属于除外责任,不属于工程保险的承保范围。

工程担保多针对“人祸”设立。其以不可保风险中的信用风险为标的,仅承保被保证人违约或失误所导致的风险。如投标担保保证责任中的投标截止后,投保人未经被保险人同意或者违反《建设工程招标文件》的规定撤销投标文件,中标后未按《建设工程招标文件》的要求签署《建设工程施工合同》的情形,都属于被保证人主观违约。

工程保险转移项目合同风险,工程担保转移合同一方的信用风险。此外,两者的风险责任也截然不同。



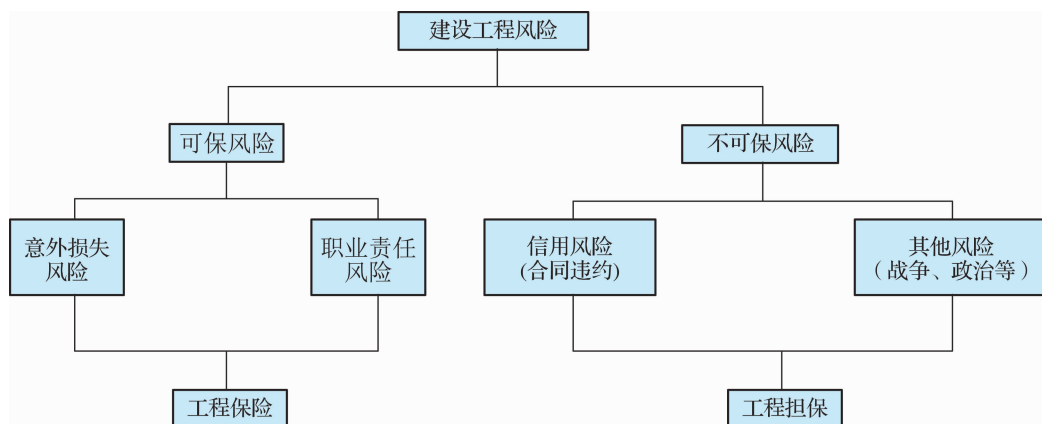


图 1-2 建设工程风险

1.4.2 风险责任

工程保险的风险承担人为保险人。作为风险的唯一责任人,保险人在理赔(根据保险合同赔偿全部或部分损失)后无权对投保人予以经济追偿。

工程担保的风险承担人为被担保人。担保人在风险转移过程中扮演代偿角色,其在代偿后可以通过反担保实现(担保人)对被担保人的追偿权,即有权向被担保人追索(担保人)为履约所支付的全部费用。反担保能保证担保人很快追回部分或全部损失:只有当被担保人已将所有资产都付给担保人,但仍无法还清担保人为履约所支付的全部费用时,担保人才会蒙受损失。

也就是说,工程保险将可保风险自被保险人转移给保险人,其目的是降低风险损失;工程担保将信用风险转移回风险源,亦即自债权人转移给债务人,其目的是促使债务人增加履约自律。这一区别决定了两者在保前风险审查环节的不同设置。

1.4.3 风险审查

工程保险在承保前的风险审查中,仅根据工程建设项目本身的风险来决定是否予以承保。也就是说,投保人在工程保险前“一律平等”,保险人对投保人无限制、无选择。

工程担保在承保前的风险审查中,除评估项目风险外,还会重点审查申请人的资金状况、信用记录、技术水平、管理能力等,然后在综合评估的基础上确定是否予以担保。

这意味着,工程担保除了是风险管理机制外,还是构建市场信用机制的重要环节:将建筑市场信用评价结果应用于工程担保,不仅可以为信用状况良好的企业提供便利,降低担保费用,简化担保程序,而且更易形成“他律→自律”的良性循环。

1.4.4 风险预期

工程保险是在对风险有预期的情况下给予保险,会按照大数法则预期有损失。由于建设工程存在高风险特性,对于保险人而言单独承保或组建共保体共同承保都是不小的风险

挑战,因此保险公司往往会对风险进行纵向转嫁,在再保险人的帮助下合理分散风险。

工程担保是在对风险无预期的情况下给予担保,在核保时往往持“零风险预期”。其中,为实现“零风险预期”,以保险公司为代表的担保主体往往还倾向于聘请专业的第三方风险管理机构参与全流程风险管理。

1.4.5 工程担保中的特殊形式

从风险对象、风险责任、风险审查和风险预期来看,工程保险和工程担保截然不同。而2015年以来,以保险公司为工程担保主体的工程保证保险,成功架起了两种风险转移机制的桥梁。

这种由被保证人根据权利人的要求,请求保险人担保自己信用的保险,将保险优势嫁接到工程担保中,如依托风险控制机制进一步降低信用风险,凭借担保实力进一步提高担保效益,等等。

职业技能实践

学生分别参观当地房地产管理部门和房地产交易所,找出两者的区别和特点,初步了解建筑市场,为未来合同管理的学习奠定基础。

1. 实践目标

通过参观了解,学生会明白房地产管理部门是代表政府行使房地产行政管理职能的单位,其特点是管理。而房地产交易所是从事房地产交易管理的单位,其特点是服务。通过实践,培养合同管理的感性认知能力,从而激发学习热情。

2. 实践方式

分组进行,5~6人为一组,安排好各组组长。布置参观路线,每人写一篇参观日记,并记录当地房价情况。

3. 实践要求

撰写一篇不少于3000字的参观日记或当地房价的调研总结。

复习思考题

1. 建筑市场的分类方式有哪几种?
2. 与建设工程相关的法律法规有哪些?
3. 什么是无效合同?
4. 无效合同的法律后果是什么?
5. 合同终止与合同解除的区别是什么?
6. 工程担保和保险制度的区别是什么?