



普通高等教育“十一五”国家级规划教材



工程管理类主干课程系列教材

工程合同法律制度 与工程合同管理

余立中 编著



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS



普通高等教育“十一·五”国家级规划教材



工程管理类主干课程系列教材

工程合同法律制度 与工程合同管理

余立中 编著

中国图书馆书号 CIP 数据核字 (2008) 第 113405 号

明

北京理工大学出版社
北京市海淀区中关村大街40号
邮编 100081
电话 010-58810000
网址 http://www.bupt.edu.cn

010-5881118
800-810-0238
http://www.bupt.edu.cn
http://www.bupt.com.cn
http://www.bupt.com.cn
http://www.widaba.com

北京理工大学出版社
北京理工大学出版社

2008年8月第1版
2008年8月第1次印刷
29.20元

787×1092
16.25
370千字



高等教育出版社

Higher Education Press

内容提要

本书为普通高等教育“十一五”国家级规划教材。

本书以《中华人民共和国合同法》为依据,结合建设工程合同管理的实际,全面系统地介绍了工程合同管理的基本理论和方法。全书共分十二章,内容包括:合同法律基础,合同法总则,合同法分则,工程合同概述,工程勘察、工程设计合同及管理,工程施工招投标,工程施工合同,FIDIC 施工合同条件,施工合同的前期策划及管理,施工合同履行中的管理,工程索赔,工程合同争议的解决等。

本书的编写注重理论知识与工程实际的结合,具有较强的理论性、实用性和可操作性。可以作为高等院校管理类和工程专业类的本科教材,也可作为土木工程技术、经济、管理人员的培训和工作参考用书。

图书在版编目(CIP)数据

工程合同法律制度与工程合同管理/余立中编著. —北京:高等教育出版社,2008.8
ISBN 978-7-04-024691-9

I. 工… II. 余… III. ①建筑工程-经济合同-合同法-中国-高等学校-教材②建筑工程-经济合同-管理-高等学校-教材 IV. D923.6 TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 113405 号

策划编辑 童 宁 责任编辑 李江泓 封面设计 杨立新
版式设计 张 岚 责任校对 胡晓琪 责任印制 尤 静

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100120
总 机 010-58581000
经 销 蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 北京京科印刷有限公司

购书热线 010-58581118
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landraco.com>
<http://www.landraco.com.cn>
畅想教育 <http://www.widedu.com>

开 本 787×960 1/16
印 张 19.75
字 数 370 000

版 次 2008年8月第1版
印 次 2008年8月第1次印刷
定 价 29.80 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 24691-00

前 言

随着我国市场经济体制的发展和完善,对工程项目管理提出了更高的要求,而合同管理是工程项目管理的核心。为适应我国经济社会发展需要,保证高等学校人才培养的质量,要求工程管理专业的学生必须适应这种新的形势和要求,提高自身的法律意识、合同管理素质和依法办事的能力,具体体现在应当具备在工程管理实践中依法订立、审查和正确、有效履行相关合同的基本能力。

《工程合同法律制度与工程合同管理》课程是管理科学与工程类学科工程管理专业主干课程。本书是按照教育部高等教育司颁布的最新教学基本要求编写的。

随着社会和经济的发展,我国工程领域不断有新的法律法规出台,工程合同管理的实践经验也在不断丰富,本书是在本人编写的教材《建设工程合同管理》、《建设法律制度及实例精选》和专著《大型集群工程项目合同管理研究与实践运作》的基础上完成的。本书具有以下特点:一是以我国现行的合同法律制度为基础,同时针对国际上通行的 FIDIC 合同条件涉及的相关合同法律制度作了介绍;二是结合建设工程合同管理的实际,全面系统地介绍了工程合同管理的基本理论和方法;三是注重理论知识与工程实际的结合,具有较强的理论性、实用性和可操作性。

本书在编写过程中参考了许多专家学者的论著,汲取了他们的研究成果,同时得到一些同行有益的意见和建议,在此一并表示深深的敬意和感谢!

感谢广州大学、高等教育出版社对本书编写和出版的帮助和支持!

感谢家人的支持、理解和帮助,尤其是在编写本书的时候正是孩子准备高考的高三期间,在完成本书初稿之时,收到了儿子被北京大学录取的通知书。

感谢读者将本书作为工程合同管理的学习用书,工程合同管理是一项复杂的系统工程,由于作者学术水平有限,书中疏漏之处在所难免,欢迎读者批评指正,对此不胜感激。

编著者

2008年1月于广州中海蓝湾

目 录

第一章 合同法律基础	1
第一节 合同法律关系	1
第二节 相关的民事法律制度	4
第三节 工程合同的法律适用	14
第二章 合同法总则	29
第一节 合同与合同法	29
第二节 合同的订立和成立	33
第三节 合同的效力	38
第四节 合同的履行	43
第五节 合同的变更和转让	46
第六节 合同的权利义务终止	48
第七节 违约责任	51
第八节 合同的法律适用与合同争议的解决	55
第三章 合同法分则	57
第一节 转让财产所有权的合同	57
第二节 使用财产的合同	64
第三节 完成工作的合同	67
第四节 提供服务的合同	71
第五节 技术合同	80
第四章 工程合同概述	86
第一节 建设工程合同的法律规定	86
第二节 工程的联合承包、带资承包、转包和挂靠	94
第三节 与工程建设管理相关的合同	100
第五章 工程勘察、设计合同及管理	117
第一节 工程勘察、设计的内容	117
第二节 工程勘察、设计招标投标管理	120
第三节 工程勘察、设计合同的内容	124

第四节	工程勘察、设计合同的管理	131
第六章	工程施工招投标	139
第一节	工程招投标概述	139
第二节	工程施工招投标程序	143
第三节	工程施工招投标文件的编制	153
第七章	施工合同	163
第一节	施工合同概述	163
第二节	《建设工程施工合同(示范文本)》简介	169
第三节	施工合同的通用条款	172
第八章	FIDIC 施工合同条件	192
第一节	FIDIC 施工合同条件概述	192
第二节	重要概念与相关规定	196
第三节	“三控制”部分的合同管理	204
第四节	工程变更与竣工验收管理	212
第九章	施工合同的前期策划及管理	220
第一节	合同的类型与选择	220
第二节	投标决策和策略	224
第三节	合同的风险与防范	229
第四节	施工合同的分析与签订	234
第十章	施工合同履行中的管理	242
第一节	工程施工阶段的合同管理概述	242
第二节	合同的实施控制	245
第三节	工程变更	249
第四节	工程建设监理	257
第十一章	工程索赔	263
第一节	工程索赔的基本理论	263
第二节	施工索赔与反索赔	271
第三节	工程延期索赔	276
第四节	工程费用索赔	281
第十二章	工程合同争议的解决	286
第一节	合同争议的和解	286
第二节	合同争议的调解	289
第三节	经济仲裁制度	294
第四节	经济诉讼制度	300
	参考文献	308

第一章 合同法律基础

合同法律关系



本章学习目标：

掌握合同法律关系的概念和要素以及合同法律关系的确立；熟悉相关的民事法律制度，如法人制度、代理制度、财产所有权和债权制度、担保制度、时效制度等；了解《建筑法》^①、《招标投标法》以及《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》中与建设工程合同相关的法律规定。

第一节 合同法律关系

一、合同法律关系的概念和要素

(一) 合同法律关系的概念

法律关系是由法律规范所确认的人与人之间以权利和义务为内容的社会关系。

合同法律关系是指由合同法律规范所调整的、在民事流转过程中所产生的权利义务关系。

(二) 合同法律关系的要素

合同法律关系的要素是构成合同法律关系不可缺少的必要因素。合同法律关系同其他法律关系一样，由主体、客体和内容三部分构成，是三个相互联系不可缺少的方面，少一个就不能构成合同法律关系，变更其中任何一部分，就不再是原来的合同法律关系。

主体是合同法律关系的参与者，是在合同法律关系中享有权利和承担义务的当事人，是合同法律关系产生的先决条件。没有主体，就谈不上客体，更谈不上权利义务。客体是合同法律关系的重要因素，没有客体，享有权利履行义务的主体便失去了目标。内容是主体享有的权利和承担的义务，是合同法律关系的实质。合同法律关系的三要素是密切联系、不可分割的有机组成部分。

^① 为行文方便，本书中出现的法律法规名称一般用简称。

1. 合同法律关系的主体

合同法律关系的主体,是指合同法律关系的参加者或当事人,即参加合同法律关系,在法律上享有相应权利、承担相应义务的当事人。合同法律关系的主体可以是自然人、法人和其他组织。

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。作为合同法律关系主体的自然人必须具备相应的民事权利能力和民事行为能力。民事权利能力是民事主体依法享有民事权利和承担民事义务的资格。自然人的民事权利能力始于出生,终于死亡。民事行为能力是民事主体通过自己的行为取得民事权利和履行民事义务的资格。根据自然人的年龄和精神健康状况,可以将自然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。《民法通则》在民事主体中使用的是“公民”一词,公民是指取得一国国籍并根据该国法律规定享有权利和承担义务的自然人。自然人既包括公民,也包括外国人和无国籍人,他们都可以作为合同法律关系的主体。

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。法人是与自然人相对应的概念,是法律赋予社会组织以人格的一项制度。这一制度为确立社会组织权利、义务,便于社会组织独立承担责任提供了基础。作为法人的组织应当具备下列条件:第一,依法成立;第二,有必要的财产或者经费;第三,有自己的名称、组织机构和场所;第四,能够独立承担民事责任。法人可以分为企业法人和非企业法人两大类,非企业法人包括行政法人、事业法人、社团法人。企业法人依法经工商行政管理机关核准登记后取得法人资格。

法人以外的其他组织也可以成为合同法律关系主体,主要包括:法人的分支机构,不具备法人资格的联营体、合伙企业、个人独资企业等。这些组织是指依据有关法律规定,能够独立从事一定范围生产经营或服务活动,但不具备法人条件的经济组织。它们也依法享有一定的权利,承担一定的义务,从而成为经济法律关系的主体。其他组织与法人相比,其复杂性在于民事责任的承担较为复杂。

2. 合同法律关系的客体

合同法律关系的客体,是指合同法律关系主体享有的权利和承担的义务所共同指向的对象,包括物、行为和智力成果。

物是由人们所控制和支配的具有经济价值的物质财富,其中包括天然存在的实物和人类劳动制造的产品,以及充当一般等价物的货币和有价证券等。物是最广泛的合同法律关系的客体。

行为是合同法律关系主体为达到一定的目的所进行的活动。具体而言,作为合同法律关系的客体的行为主要是:完成一定的工作和提供一定劳务的行为,如进行勘察设计、建筑安装、加工承揽、技术开发工作,提供货物运输、仓储保管、

技术咨询服务等。

智力成果是属于人们脑力劳动创造的非物质财富。它可以适用于生产,转化为生产力,主要包括商标、专利、非专利技术等。它们虽不是物质形态,但具有重要的经济价值和社会价值,一旦与社会生产相结合,便可以创造出巨大的物质财富。智力成果可有偿转让。

3. 合同法律关系的内容

合同法律关系的内容,是指合同法律关系主体享有的权利和承担的义务。

权利是指合同法律关系主体在一定条件下实现其意志或利益的资格。它主要包括以下三方面的含义:合同法律关系的主体,可在法律规定的范围内根据自己的意思表示为一定的行为;可要求负有义务的人为一定的行为,包括作为和不作为,以实现自己的权利;因他人的行为而使自己的权利不能得到正确行使时,有要求司法机关保护的權利。

义务是指合同法律关系主体根据法律规定,为满足其他权利主体的要求而履行的行为。它主要包括以下含义:负有义务的主体,必须进行或不进行一定的经济活动,以不影响对方行使权利或使对方的权利得以实现;只在法定范围内进行或不进行一定的活动,而不是无限度的;经济义务具有强制性,受国家强制力的监督和保障。

二、合同法律关系的确立

合同法律关系的发生、变更和消灭,都是以一定的法律事实为根据的。

1. 法律事实的概念

法律事实是指能够引起法律关系发生、变更和消灭的客观现象。但这些客观现象必须是由法律规范所确认的。否则,不能认为是法律事实。

合同法律关系是不会自然而然产生的,也不能仅凭法律规范规定就可在当事人之间发生具体的合同法律关系。只有一定的法律事实存在,才能在当事人之间发生一定合同法律关系,或使原来的合同法律关系发生变更或消灭。

2. 法律事实的分类

法律事实分为两类:

(1) 行为。即能够引起法律关系发生、变更或消灭的有意识的活动。其中包括法律关系主体的积极行为和消极行为,前者即指作为,后者即指不作为,它们的共同特点是根据法律的规定所为的有意识的行为。

(2) 事件。即不以法律关系主体主观意志为转移的客观现象。它既包括自然现象,如自然灾害、人的死亡等,又包括某种社会现象,如战争、政府禁令、暴乱等。

第二节 相关的民事法律制度

一、法人制度

1. 法人的概念

法人是与自然人相对称的,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。法人是我国重要的民事主体之一。法人应当具备以下条件:

(1) 依法成立。尽管由于法人的性质、业务范围不同,法人的设立程序也有区别,但法人都必须依法定程序设立。主要包括,一是法人设立的目的和方式必须符合法律法规的具体规定和要求;二是法人设立必须经过国家有关机关和主管机关的批准或核准登记。社会组织只有依法成立,才能取得法人资格。

(2) 有必要的财产或者经费。法人必须具有必要的财产或独立经营管理活动的经费,这是法人参与经济活动、完成法人任务、从事经营管理活动的物质基础,也是法人独立承担经济责任的前提。它要求法人的财产或者经费必须与法人的经营范围和设立目的相适应,否则不能被批准设立或核准登记。

(3) 有自己的名称、组织机构和场所。法人的名称或字号是代表法人的符号,是使法人特定化、区别于其他法人的标志。法人只有以自己名义进行经济活动才能为自己取得经济权利,设定经济义务。法人的组织机构是指对内管理法人事务,对外代表法人进行民事活动的机关或部门。法人应当有健全的组织机构,包括法人的决策机构、执行机构、监督机构以及内部业务活动机构等。这些机构相互配合,相互制约,组成一个有机的整体。场所是指法人从事生产、经营活动的固定地点,法人要有固定的场所作为其享有权利和承担业务的法定住所地,也利于开展生产经营和服务活动。

(4) 能够独立承担民事责任。这要求法人能够以自己拥有的全部财产或经费承担它在民事活动中的债务,以及法人在民事活动中给他人造成损失时的赔偿责任。除法律有特别规定外,法人的发起人、股东对法人的债务不承担无限连带责任。

法人可以分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人等。企业法人经主管机关核准登记,取得法人资格。有独立经费的机关从成立之日起,具有法人资格。具备法人条件的事业单位、社会团体,依法不需要办理法人登记的,从成立之日起,具有法人资格;依法需要办理法人登记的,经核准登记,取得法人资格。

2. 法人的民事权利能力和行为能力

法人的权利能力是指国家赋予法人参加民事活动,享有民事权利,承担民事义务的资格。法人的权利能力取决于法人的业务范围,由于各法人之间的生产经营条件不同,决定了它们各自的业务范围不同,因此,法人只能按照成立时的条例、章程规定的业务范围内享有权利能力。

法人的行为能力是指法人以自己的行为独立取得民事权利和承担民事义务的能力。法人的行为能力与法人的权利能力是一致的。法人的权利能力和行为能力同时产生,同时消灭。法人的行为能力是通过法定代表人来行使的。

3. 法定代表人

法定代表人是指依照法律或法人的组织章程的规定,代表法人行使民事权利、承担民事义务的负责人。法人作为一个组织是不能直接实施行为的,而必须通过法定代表人的行为,或依其职权和法律要求而授权他人(即法人代表)的行为才能完成。所以,法定代表人是法人实施行为的第一载体。

法定代表人一般为法人内部的正职行政负责人,如厂长、经理等,或在没有正职行政负责人情况下的主持法人工作的副职人员,如副厂长、副经理等,或法人内部没有明确正副职务时,主持法人工作的行政负责人等。法定代表人有权代表法人对外行使职权,法定代表人的行为就是法人的行为,其执行职务时的行为所产生的一切法律后果,均由法人承担。法人更换法定代表人不影响法人所实施行为的法律效力,但应及时办理变更登记手续。

二、代理制度

民事法律行为通常是行为人亲自进行,但在现代社会中,民事活动越来越复杂,各种民事活动都由公民、法人亲自完成是不可能的,这就需要由他人代为完成一些行为。因此,法律规定公民、法人可以通过代理人实行民事法律行为。

1. 代理的概念和特征

代理是代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施的、其民事责任由被代理人承担的法律行为。

代理具有以下特征:

(1) 代理人以被代理人的名义实施代理行为。代理人只有以被代理人的名义实施代理行为,才能为被代理人取得权利和设定义务。如果代理人是以自己的名义为法律行为,这种行为不是代理行为,而是行纪行为。行纪行为是行纪人以自己的名义为委托人进行民事活动,行纪办理购销、寄售等事务并收取手续费,如委托商行、信托公司、贸易货栈等。

(2) 代理人行为必须是具有法律意义的行为,必须是能够发生法律上的权利和义务的行为。即代理人的行为能够产生某种法律后果,使得被代理人与第

三人之间设立、变更、终止民事权利和民事义务。代理的这一特征,使它与委托代办具体事务相区别,比如为他人修理器物、整理资料、校阅文稿、清理账目的事务,则不属于法律上的代理。

(3) 代理人在被代理人的授权范围内独立地表现自己的意志。代理权是代理人进行代理活动的法律依据。无论代理权的产生是基于何种法律事实,代理人都不得擅自变更或扩大代理权限,代理人超越代理权限的行为不属于代理行为,被代理人对此不承担责任。在被代理人的授权范围内,代理人以自己的意志去积极地为实现被代理人的利益和意愿进行具有法律意义的活动。它具体表现为代理人有权自行解决他如何向第三人作出意思表示,或者是否接受第三人的意思表示。这就与居间人、传达人、中介人相区别。

(4) 被代理人对代理行为承担民事责任。代理是代理人以被代理人的名义实施的法律行为,所以在代理关系中所设定的权利义务,当然应当直接归属被代理人享有和承担。被代理人对代理人的代理行为承担民事责任,既包括对代理人在执行代理任务的合法行为承担民事责任,也包括对代理人的不当代理行为承担民事责任。

2. 代理的种类

以代理权产生的依据不同,可将代理分为委托代理、法定代理和指定代理。

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,需要代理人与被代理人之间存在基础法律关系,如委托合同关系、合伙合同关系、工作隶属关系等,但只有在被代理人对代理人进行授权后,这种委托代理关系才真正建立。

在委托代理中,被代理人所作出的授权行为属于单方的法律行为,仅凭被代理人一方的意思表示,即可以发生授权的法律效力。被代理人有权随时撤销其授权委托。代理人也有权随时辞去所受委托。但代理人辞去委托时,不能给被代理人 and 善意第三人造成损失,否则应负赔偿责任。

法定代理是指根据法律的直接规定而产生的代理。与被代理人有一定的社会关系存在是此种代理权产生的根据。法定代理主要是为维护无行为能力或限制行为能力人的利益而设立的代理方式。在我国,法定代理人的范围和顺序与监护人的范围和顺序基本相同。

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人和法定代理人的情况下适用。当无人代理或法定代理人之间为代理而发生纠纷时,人民法院和主管单位可依法指定。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。

3. 无权代理

无权代理是指行为人没有代理权而以他人名义进行民事、经济活动。无权代理包括以下几种情况:

(1) 没有代理权的代理行为。

(2) 超越代理权限的代理行为。

(3) 代理权终止后的代理行为。

对于无权代理行为,“被代理人”当然可以不承担法律责任。《民法通则》规定,无权代理行为“只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任”,但“本人知道他人以自己的名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意”。

4. 代理关系的终止

由于代理的种类不同,代理关系终止的原因也不尽相同。

委托代理关系的终止原因:代理期间届满或者代理事项完成;被代理人取消委托或代理人辞去委托;代理人死亡或代理人丧失民事行为能力;作为被代理人或者代理人的法人终止。

法定代理或指定代理关系的终止原因:被代理人或代理人死亡;代理人丧失民事行为能力;被代理人取得或者恢复民事行为能力;指定代理的人民法院或指定单位撤销指定;由于其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

三、财产所有权和债权制度

财产所有权与债权是两项基本民事权利,也是大多数经济活动的基础和目的。

(一) 财产所有权

1. 财产所有权的概念

财产所有权,是指财产的所有人依照法律对其财产享有占有、使用、收益和处分的权利。所有权具有绝对性,所有人无须其他人的积极协助就可实现其所有权,其权利可以对抗其他任何人。所有权是一种最全面、最充分的物权,其他物权,如抵押权、经营权等,只能享有所有权中的部分权能。

2. 财产所有权的内容

财产所有权的内容,是指所有人对其所有的财产依法享有的权利,包括占有、使用、收益、处分的权利。

占有是指对财产的实际掌握、控制。占有权是行使物的使用权的前提条件,是所有人行使财产所有权的一种方式。占有可以是所有人占有和非所有人占有;非所有人的占有又有合法占有和非法占有;非法占有还分为善意占有和恶意

占有。

使用是指对财产的实际利用和运用。通过对财产实际利用和运用满足所有人的需要,是实现财产使用价值的基本渠道。使用和占有一样,既可以是所有人使用,也可以将其转让给非所有人使用。

收益是指收取由原物产生出来的新增经济价值。原物新增的经济价值包括由原物直接派生出来的果实、由原物所产生出来的租金和利息、对原物直接利用而产生的利润等。收益往往是因为使用而产生的,因此收益权也往往与使用权联系在一起。但是,收益权本身是一项独立的权能,使用权并不能包括收益权。有时所有人虽不行使对物的使用权,但仍可以享有对物的收益权,而非所有人根据法律和合同的规定可以仅仅享有使用权而不享有收益权。收益也称孳息,分为天然孳息和法定孳息。

处分是指依法对财产进行处置,决定财产在事实上或法律上的命运。处分权的行使决定着物的归属。处分权是所有人的最基本的权利,它是所有权内容的核心。所有人可以将财产自行消费,使所有权消灭;也可以将财产赠与或出卖,使所有权转让他人;还可以通过出租、寄托等合同,将财产的占有权、使用权转移。处分权通常由所有人行使,但在特殊情况下,也可由非所有人行使,如法院对破产人的财产依法拍卖等。

3. 所有权的取得

根据所有权的取得是否依赖于原所有人的所有权与意志为根据,所有权的取得可以分为原始取得和继受取得两类。

原始取得,是指根据法律的规定直接取得财产所有权,不以所有人的权利和意志为转移,如没收、生产、收益、添附、无主财产等。

继受取得,又称传来取得,是指根据原所有人的意志,接受原所有人转移的所有权,如买卖、借贷、赠与、继承等。

4. 所有权的消灭

所有权的消灭是指通过某种法律事实,使所有权丧失或与所有人脱离的法律现象。所有权消灭的原因有以下几种:

- (1) 所有权客体消灭。
- (2) 所有权转让。
- (3) 所有权抛弃。
- (4) 因强制手段而消灭。
- (5) 所有权主体的消灭。

5. 所有权的行使

所有人实际行使所有权的各项权能,称为所有权的行使。所有人在法律允许的范围内,有权独立地行使其所有权,不受任何其他人意志的支配和干涉。但

是所有人行使所有权时必须符合国家法律的规定,不得损害国家利益、社会公共利益、他人利益。不动产的相邻各方,应当按照有利生产、方便生活、公平合理的精神,正确处理好财产的相邻关系。

(二) 债权

1. 债的概念和法律特征

债是按照合同的约定或者按照法律规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。即债权人有权请求债务人为一定行为或不为一定行为的权利,债务人有满足债权人请求的义务。在这种法律关系中,享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。债是特定当事人之间的法律关系,债权人只能向特定的人主张自己的权利,债务人也只需向享有该项权利的特定人履行义务。

债的法律特征表现为:债权主体的特定性,债权内容的复杂性,债权客体的广泛性。

2. 债的产生

债的产生,是指特定当事人之间债权债务关系的产生。引起债产生的一定的法律事实,就是债产生的根据。债产生的根据有:

(1) 合同。在当事人之间因产生了合同法律关系,也就是产生了权利义务关系,设立了债的关系。任何合同关系的设立,都会在当事人之间发生债权债务的关系。合同引起债的关系是债发生的最主要、最普遍的依据。因合同产生的债被称为合同之债。

(2) 侵权。侵权是指公民或法人没有法律依据而侵害他人的财产权利或人身权利的行为。侵权行为一旦发生,即在侵权行为人和被侵权人之间形成的债的关系。因侵权行为产生的债被称为侵权之债。

(3) 无因管理。无因管理是指管理人员和服务人员没有法律上的特定义务,也没有受到他人委托,自觉为他人管理事务或提供服务。无因管理在管理人员或服务人员与受益人之间形成了债的关系。因无因管理产生的债被称为无因管理之债。

(4) 不当得利。不当得利是指没有法律上或者合同上的依据,有损于他人利益而自身取得利益的行为。由于不当得利造成他人利益的损害,因此在得利者与受害者之间形成债的关系。得利者应当将所得的不当利益返还给受损失的人。因不当得利产生的债被称为不当得利之债。

(5) 债的其他发生根据。包括遗赠、扶养以及因行政关系发生的债。

3. 债的种类

(1) 单一之债和多数人之债。债权人、债务人各为一人的,称为单一之债。债权人和债务人一方或双方均为两人或两人以上的称之为多数人之债。

共公(2) 按份之债和连带之债。按份之债是指多数人之债中,几个债权人各自对自己的份额享有请求权或几个债务人各自对自己的份额负有清偿的义务。前者称为按份债权,后者称为按份债务。连带之债是指在多数人之债中,债权人中任何人都有权请求债务人向其履行全部债务或债务人中的任何一人都负有向债权人清偿全部债务的义务。前者称为连带债权,后者称为连带债务。

(3) 特定物之债和种类物之债。特定物之债是指以特定物为标的之债,其标的物在债产生时,已经存在并被特定化,不能用他物替代。种类物之债是指以种类物为标的之债,其标的物在债的产生时还未被确定,只是到交付时才被具体确定。

(4) 不可选择之债和可选择之债。凡债的内容明确规定债务人只能为一种行为的债是不可选择之债。凡债的内容明确规定债的履行行为或标的可供一方选择的债是可选择之债。

四、担保制度

1. 合同担保的概念

合同担保是确保合同得到履行的一种法律制度,是指当事人根据法律的规定或合同的约定,为确保债务履行和债权实现而采取的法律保障方法。合同担保一般也要采取合同的形式,即通过订立担保合同来设定担保法律关系。被担保合同与担保合同属于主从合同关系,前者为主合同,后者为从合同。担保合同以主合同的存在为前提,它本身不能独立存在。主合同法律关系消灭,担保法律关系亦随之消灭;主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。

2. 合同担保的形式

根据有关法律的规定,在我国,法定的担保形式有保证、抵押、质押、留置和定金五种。

(1) 保证。保证是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。在我国,凡是具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民,都可以作保证人。依据《担保法》的有关规定,国家机关不得作为保证人,但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外;学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得作为保证人;企业法人的分支机构、职能部门不得作为保证人。但企业法人的分支机构有法人书面授权的,可以在授权范围内提供保证。

根据《担保法》的规定,保证有两种方式:一般保证和连带责任保证。一般保证是指当事人在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任。一般保证中的保证人享有先诉抗辩权,即当债权人向保证人请求履行保证债务时,保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执

行仍不能履行债务前,对债权人享有拒绝承担保证责任的权利。连带责任保证是指当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的保证。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的,债权人既可以要求债务人履行债务,也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。可见,连带责任保证之保证人不享有先诉抗辩权。需要明确的是,如果当事人在保证合同中对保证方式没有约定或约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。

(2) 抵押。抵押是指债务人或者第三人不转移对用于抵押物的特定财产的占有,而将该财产作为债权的担保,债务人不履行债务时,债权人有权依法规定以该财产折价或以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。在抵押法律关系中,提供特定担保财产的债务人或者第三人称抵押人;接受抵押担保合同的债权人称抵押权人;用来抵押的财产称抵押物。抵押权的成立不以转移抵押物的占有为条件,这与质权成立以转移质物占有为条件不同。

抵押物是指用于抵押的财产。作为抵押财产,通常需要具备以下几种性质:第一,抵押财产应具有流通性;第二,抵押财产须是抵押人有权处分的财产;第三,抵押财产的价值应当大于或等于其所担保的债权。根据《担保法》的规定,可以用于抵押的财产有:抵押人所有的房屋和其他地上定着物;抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产;抵押人依法有权处分的国有土地使用权、房屋和其他地上定着物;抵押人依法有权处分的国有机器、交通运输工具和其他财产;抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒地的土地使用权;依法可以抵押的其他财产。抵押人可以将上述财产一并抵押。根据《担保法》的规定,下列财产不得用于抵押:土地所有权;耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,但抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的使用权以及以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押时其占用范围内的土地使用权除外;学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施;所有权、使用权不明或者有争议的财产;依法被查封、扣押、监管的财产;依法不得抵押的其他财产。

抵押担保债权可优于一般债权先受清偿,但若同一抵押物上设置两个以上抵押权时,应遵守以下原则:第一,抵押合同已登记生效的,按照抵押物登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿。第二,抵押合同自签订之日起生效的,该抵押物已登记的,按照登记的先后顺序清偿;未登记的,按照合同生效时间的先后顺序清偿,顺序相同的,按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

(3) 质押。根据我国担保法的规定,质押有动产质押和权利质押两种类型。动产质押是指债务人或者第三人将其特定动产移交债权人占有,将该动产