

建设工程合同管理

(第二版)

● 余立中 编著

华南理工大学出版社

建设工程合同管理

(第二版)

余立中 编著

华南理工大学出版社

· 广州 ·

内 容 提 要

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,介绍了建设工程合同管理的基本理论和方法。其主要内容包括:合同法律基础、合同法总则、建设工程合同概述、建设工程勘察设计合同及管理、建设工程施工招投标、建设工程施工合同、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、建设工程合同争议的解决等。

本书编写注重理论知识与工程实践的结合,具有较强的理论性、实用性和可操作性。可以作为高等院校土木工程、工程管理及相关专业的教材和教学参考书,也可作为工程技术、经济、管理人员的培训和工作参考书。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同管理/余立中编著. —2版. —广州:华南理工大学出版社, 2005.7
(2007.2 重印)

ISBN 978-7-5623-1661-9

I. 建… II. 余… III. 建设工程-工程施工-合同-管理 IV. TU723.1

总发行: 华南理工大学出版社(广州五山华南理工大学17号楼, 邮编 510640)

营销部电话: 020-87113487 87110964 87111048 (传真)

E-mail: scutc13@scut.edu.cn

<http://www.scutpress.com.cn>

责任编辑: 吴兆强

印刷者: 湛江日报社印刷厂

开 本: 787mm×1092mm 1/16 印张: 16.75 字数: 418 千

版 次: 2005年7月第2版 2007年2月第8次印刷

定 价: 23.50 元

再版说明

随着我国市场经济体制的发展和完善以及加入“WTO”，对工程项目管理提出了更高的要求。合同管理是工程项目管理的核心，因此，合同管理人员必须适应这种新的形势和要求。提高自身的法律意识和合同素质，具体体现在熟悉合同内容，掌握合同管理的手段，依据合同对工程质量、进度和投资等进行控制，从而在工程建设和管理中发挥重要作用。

本书初版深受广大读者的欢迎，但近年来，随着社会和经济的发展，我国工程建设领域又有新的法律法规出台，工程合同管理的实践经验不断丰富，因此，原教材的一些内容需要补充和完善。对此，本书在初版的基础上，依照新的教学大纲做适当的修订。与原教材相比，新版教材具有以下特点：一是体现了现行的法律法规；二是体现理论体系的完整性；三是注重实用性和可操作性。

本书在修订中坚持了第一版中注重理论知识与工程实际相结合的理念。本书的内容主要包括三大部分，第一部分包括一、二、三章，这部分介绍了合同管理的法律基础和依据；第二部分包括四、五、六、七章，这部分介绍了工程合同的形成和内容；第三部分包括八、九、十、十一章，这部分介绍了工程合同不同阶段的管理。

本书可以作为高等院校土木工程、工程管理及相关专业的教材和教学参考书，也可作为工程技术、经济、管理人员的培训和工作参考书。

作 者

2005年5月

目 录

第一章 合同法律基础	(1)
第一节 经济法概述	(1)
第二节 经济法律关系	(3)
第三节 相关的民事法律制度	(6)
第二章 合同法总则	(16)
第一节 合同与合同法	(16)
第二节 合同的订立和成立	(19)
第三节 合同的效力	(23)
第四节 合同的履行	(27)
第五节 合同的变更和转让	(29)
第六节 合同的权利义务终止	(31)
第七节 违约责任	(34)
第八节 合同的法律适用与合同争议的解决	(36)
第三章 建设工程合同概述	(39)
第一节 建设工程合同的法律规定	(39)
第二节 建设工程的联合承包、带资承包、转包和挂靠	(45)
第三节 与建设工程合同相关的法律法规	(50)
第四章 建设工程勘察、设计合同及管理	(58)
第一节 工程勘察、设计的内容	(58)
第二节 工程勘察、设计招标投标管理	(60)
第三节 建设工程勘察、设计合同的内容	(64)
第四节 建设工程勘察、设计合同的管理	(70)
第五章 建设工程施工招投标	(76)
第一节 建设工程招投标概述	(76)
第二节 建设工程施工招投标程序	(79)
第三节 建设工程施工招投标文件的编制	(87)
第六章 建设工程施工合同	(92)
第一节 施工合同概述	(92)

第二节 《建设工程施工合同（示范文本）》简介	(97)
第三节 施工合同的通用条款	(99)
第七章 FIDIC 施工合同条件	(116)
第一节 FIDIC 施工合同条件概述	(116)
第二节 重要概念与相关规定	(119)
第三节 “三控制”部分的合同管理	(126)
第四节 工程变更与竣工验收管理	(133)
第八章 施工合同的前期策划及管理	(139)
第一节 合同的类型与选择	(139)
第二节 投标决策和策略	(143)
第三节 合同的风险与防范	(146)
第四节 施工合同的分析与签订	(150)
第九章 施工合同履行中的管理	(157)
第一节 工程施工阶段的合同管理概述	(157)
第二节 合同的实施控制	(159)
第三节 工程变更	(163)
第四节 工程建设监理	(169)
第十章 工程索赔	(174)
第一节 工程索赔的基本理论	(174)
第二节 索赔与反索赔	(180)
第三节 工程延期索赔	(185)
第四节 工程费用索赔	(189)
第十一章 建设工程合同争议的解决	(193)
第一节 合同争议的和解	(193)
第二节 合同争议的调解	(196)
第三节 经济仲裁制度	(200)
第四节 经济诉讼制度	(204)
附录 FIDIC《施工合同条件》（通用条件）	(212)

第一章 合同法律基础

第一节 经济法概述

一、经济法的概念和调整对象

1. 经济法的概念

经济法是调整经济管理和经济协作以及市场经济运行过程中产生的经济关系的法律规范的总称。

改革开放以来，国家对经济立法工作极为重视，现已基本形成了我国的经济法体系，具体包括规范市场经济主体的法律、规范市场运行的法律、规范宏观调控的法律和规范社会保障体系的法律。

2. 经济法的调整对象

经济法主要调整以下四个方面的经济关系：

(1) 国民经济管理关系。这是指各级国家机关之间，国家机关与经济组织、公民之间在国民经济管理活动中产生的经济关系。它体现了国家对国民经济的领导、组织和调控的职能，具有行政隶属的性质，也称之为纵向经济关系，例如计划管理关系，市场主体管理关系，固定资产投资管理关系，国有资产管理关系，价格管理关系，金融管理关系，税收管理关系，产品质量管理关系，授予、维持和保护知识产权中产生的管理关系，房地产管理关系，自然资源和能源管理关系，证券发行和交易管理关系等等。

(2) 经济协作关系。这是指法人、各种经济组织、农村承包经营户以及其他公民相互之间在经济往来中产生的经济关系。由于法人、各种经济组织及公民在协作与竞争中地位平等，遵循平等、自愿、公平、诚实信用等原则，也称之为横向经济关系，例如合同当事人之间的经济关系，注册商标使用许可和商标权转让中产生的经济关系，土地使用权出让、转让和房地产交易中产生的经济关系，证券交易、期货交易和票据使用中产生的经济关系，公司股东之间的经济关系，农业生产者股份合作关系，各种经济实体、公民相互之间在经济技术联合经营中产生的经济关系等等。

(3) 社会组织内部发生的经济关系。这种经济关系包括在对社会组织内部管理过程中发生的经济关系和生产协作中发生的经济关系。这两种经济关系常常互相交织在一起，例如企业、农业集体经济组织及其他经济组织在内部经济管理中的经济关系。这种经济关系是经济组织内部贯彻实行经济责任制过程中产生的经济关系。

(4) 涉外经济关系。即国家机关、企业、其他经济组织和公民与外商（外国企业、其他经济和个人）之间的经济关系。涉外经济关系包括涉外经济管理关系和涉外经济协作关

系，主要是国家通过主管机构，如税务机关、外汇管理机关、工商行政管理部门等与外商发生的经济管理关系；中国的企业和其他经济组织与外商在合资经营、合作经营、技术进出口、货物贸易、来料加工、来件装配、来样订货和补偿贸易等方面产生的涉外经济协作关系。

经济管理关系、经济协作关系和经济组织内部经济关系及涉外经济关系，相互区别又相互联系，共同构成我国经济法完整的、统一的调整对象。

二、经济法律规范的效力

法律规范的效力是指法律规范在什么地方、什么时间、对什么人具有约束力，也就是法律的空间、时间和对人的效力。当前我国经济建设的发展速度较快，决定了法律变化情况较大，新法不断出台，旧法也随之淘汰；加之经济发展的地域不平衡，又造成了各地法律状况有所差异。因此，解决这个问题，有助于正确地适用法律。

1. 法律的空间效力

宪法、法律、行政法规和部门规章，在我国全部领土范围内生效；地方性法规、地方规章、自治条例、单行条例，只在相应的行政区划和管辖的范围内有效。法律法规明确规定了特定适用范围的，则在该范围内有效。

2. 法律的时间效力

包括法律何时开始生效、何时停止生效以及法律的溯及力。通常从公布之日起生效；多数法律都规定了生效时间，有时在发布法律的命令中宣布生效日期。法律失效一般有三种情况：新法律生效，旧法律则失效；法律本身规定有失效日期，或者法律已完成了历史任务、已失去存在条件而自行失效；国家明令宣布废除某项法律及废除日期。法律的溯及力是指新法律颁布施行后，对它生效以前的事件和行为是否适用。新法一般不具有溯及力，但法律另有规定的除外。

3. 对人的效力

即法律对哪些人有约束力。在我国有如下几种情况：我国公民在我国领域内，一律适用我国法律；外国人、无国籍人在我国领域内除法律有特别规定的以外，一律适用我国法律；我国公民在我国领域以外，原则上也适用我国法律。

三、经济法的作用

(1) 有利于市场主体的培育。活跃的市场主体是市场经济的必要条件和重要特点，社会主义市场经济是公有制为主体的市场经济，经济法对在公有制经济领域转换企业经营机制、增强企业活力、确保国有资产保值增值等起着重大作用；同时，经济法确立了各种性质企业的法律地位，为他们真正享有完整的生产经营自主权提供了保障，使他们在市场中独立地享有权利和履行义务，积极开展各种经济活动，既求得自身的发展，又促进整个市场的繁荣和社会经济的增长。

(2) 有利于培育统一、开放的市场体系。发挥市场机制在资源配置中的基础性作用，除了保障市场主体有广泛的独立自主权和行为自由的法律外，要打破地区、部门的分割、封锁，要建立正常的市场进入、市场竞争和市场交换秩序，也必须有完善的经济法，从而形成统一、开放的市场体系，使所有生产要素都能在市场上自由流动，实现资源的优化配

置。

(3) 有利于保证国家对市场经济的宏观调控。在市场经济条件下, 政府管理经济的主要职能是制定和执行宏观调控政策。宏观调控的主要任务是, 保持经济总量的基本平衡, 促进经济结构的优化, 引导市场经济健康发展。即通过计划、财政、金融、税收、物价等从宏观上调节经济的运行。国家宏观调控政策的法律化就是经济法。它克服了市场调节的弱点和局限性, 同时也是深化改革的有力保障。

(4) 有利于对市场经济的运行进行有效的管理。在市场经济条件下, 由于赋予了市场主体以充分自由, 市场主体活跃起来, 在市场经济活动中有进行生产经营的积极性和主动性, 但为防止在物质利益驱使下市场主体可能有各种不正当行为, 如不正当竞争行为、损害公共利益行为、欺诈行为和非法垄断行为等等, 就必须制定和贯彻经济法对市场运行进行有效管理, 保护公平竞争, 使市场活而不乱、繁荣有序。

(5) 有利于进一步扩大对外开放, 加强国际经济技术合作。对外开放是加快我国经济建设战略措施; 对外开放也已成为世界各国经济建设和改革的一项重要内容。中国改革开放以来, 在吸引外商投资、技术引进、对外贸易、税收、金融、经济特区、沿海开放城市和开发区等方面, 通过制定大量的涉外经济法律、法规, 为利用国外资金、资源、技术和管理经验, 为开拓国际市场、建立适应市场经济要求的、符合国际贸易规范的新型外贸体制, 提供了法律保障, 发挥了极为重要的作用。

总之, 充分发挥经济法的作用既是发展社会主义市场经济的迫切要求, 也是把中国建设成为社会主义法治国家的必不可少的重要因素。中国已经制定了规范宏观经济管理和规范微观经济行为的经济法律、法规, 并在进一步完善和加快经济立法。经济法体系已经初步形成, 它必将对中国社会主义市场经济体制的建立与完善起着重要的保护和促进作用。

第二节 经济法律关系

一、经济法律关系的概念和构成要素

(一) 经济法律关系的概念

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。

经济法律关系是指由经济法律规范所确认的在经济管理和经济协作过程中所产生的权利、义务关系。

(二) 经济法律关系的要素

经济法律关系的要素是构成经济法律关系不可缺少的必要因素。经济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, 少一个就不能构成经济法律关系, 变更其中任何一部分, 就不再是原来的经济法律关系。

主体是经济法律关系的参与者, 是在经济组织和经济活动中享有权利和承担义务的当事人, 是经济法律关系产生的先决条件。因此没有主体, 就谈不上客体, 更谈不上权利义务。客体是经济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。内容是主体所享有的经济权利和承担的经济义务, 是经济法律关系的实质。经济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. 经济法律关系的主体

经济法律关系的主体，是指经济法律关系的参加者或当事人。即参加经济管理、经济协作和经济内部活动，在法律上享有经济权利、承担经济义务的当事人。我国种类众多的经济主体，构成了一个完整的经济法律关系主体体系，其中包括：

(1) 国家。中华人民共和国是全民所有制财产所有权的惟一主体，又是国民经济的领导、组织管理者。

(2) 国家机关。包括国家权力机关和国家行政机关，它们是经济法律关系的重要主体。特别是国家经济管理机关，在行使国家领导、管理和组织经济的职能过程中，在经济法律关系中体现得最为广泛、直接。国家权力机关是全国人民代表大会及其常务委员会；国家行政机关是指国务院及其所属的部、委、局、办和地方政府的相应机构。

(3) 法人。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。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。法人包括机关法人、事业单位法人、社会团体法人和企业法人。法人之间以及法人与其他经济法律关系的主体之间经常发生大量的经济关系，因此法人特别是企业法人，是经济法律关系中数量最多、范围最广泛的主体。

(4) 其他经济组织。它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经济权利，承担一定的经济义务，从而成为经济法律关系的主体。

(5) 经济组织内部单位。它们在经济组织内部落实经济责任制的经济关系中是重要的主体。

(6) 公民。在经济法律关系中，主要是指个体工商户、农村承包经营户、专利权人、个人所得税纳税人等。在市场经济条件下，公民越来越多地参与经济活动，成为经济法律关系的主体。

(7) 外国经营者。它是指与中国进行经济技术合作和交往的外国企业、公司和其他经济组织及个人。包括在中国进行投资、与中国企业和其他经济组织进行合资、合作经营或者进行独资经营的外国经营者；与中国企业、其他经济组织和公民进行货物贸易、技术贸易及其他经济往来的外国经营者；依法在中国纳税的外国经济组织和个人等。它们与中国有关经济管理机关发生经济管理关系，与中国企业、公司和其他经济组织发生经济协作关系。

2. 经济法律关系的客体

经济法律关系的客体，是指经济法律关系主体享有的经济权利和承担的经济义务所共同指向的对象，包括物、行为和智力成果。

(1) 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值证券等。物是最广泛的经济法律关系的客体。

(2) 行为。是经济法律关系主体为达到一定的目的所进行的活动。具体而言，作为经济法律关系的客体的行为主要是：经济管理行为，如金融管理、税收征收管理行为；生产经营行为；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。

(3) 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。智力成果可进行有偿转让。

3. 经济法律关系的内容

经济法律关系的内容,是指经济法律关系主体享有的经济权利和承担的经济义务。

(1) 经济权利是指经济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:经济法律关系的主体,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,以实现自己的经济权利;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权力。

(2) 经济义务是指经济法律关系主体根据法律规定,为满足其他权利主体的要求,在经济活动中履行的行为。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、经济法律关系的确立和保护

(一) 经济法律关系的确立

经济法律关系的发生、变更和消灭,都是以一定的法律事实为根据的。

1. 经济法律事实的概念

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

2. 经济法律事实的分类

经济法律事实分为两类:

(1) 行为。即能够引起经济法律关系发生、变更或消灭的有意识的活动。其中包括经济法律关系主体的积极行为和消极行为,前者即是作为,后者即是不作为,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。即不以经济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。

(二) 经济法律关系的保护

经济法律关系的保护是通过法律手段确保法律关系中经济权利的实现和经济义务的履行。这需要依靠经济权利主体和经济义务主体自觉遵守国家经济法律法规,更要依靠国家通过强制力对经济法律关系予以保护。奖励制度是经济法的一项重要制度,有赏有罚,赏罚分明,赏罚得当,对于保护经济法律关系是极为必要的。

1. 奖励

奖励是国家行政机关或其他单位依法对贯彻执行经济法、履行经济义务做出显著成绩的单位或个人采取的鼓励措施。奖励可分为物质奖励和荣誉奖励。物质奖励主要指经济鼓励措施;荣誉奖励主要指精神鼓励措施。两者可以单独适用,也可以同时适用。奖励既可

针对单位也可针对个人。

2. 制裁

制裁是对不履行或不正确履行经济管理义务、不履行经济协作义务和其他违反经济法的行为给予惩治和处罚。制裁可采用经济制裁、民事制裁、行政制裁和刑事制裁等多种形式。每种形式的制裁可以单独使用，也可以根据情况同时使用。

(1) 经济制裁。对违反经济法的经济组织和公民的经济制裁措施有以下几种：赔偿经济损失；偿付违约金；罚款；强制收购；没收非法所得。对违反经济法律规定、不依法行使经济管理职权的行政机关的经济制裁措施主要有罚款和支付赔偿金两种。

(2) 民事制裁。民事制裁的方式主要有：停止侵害，排除妨碍，消除危险，返还财产，恢复原状，修理、重做、更换，消除影响，恢复名誉，赔礼道歉。

(3) 行政制裁。行政制裁是由国家行政机关对违反法律的有关单位和个人依法采取的行政处罚措施。对企业和经济组织可采取通报批评、警告、限期改正、停业整顿、吊销营业执照、撤销注册商标、吊销许可证书等方法；对国家行政机关的工作人员和经济组织的职工可采取批评、警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、开除留用察看、开除等处理方法；对公民和个体经营者，可采取批评、警告、责令具结悔过、责令停业、扣缴或吊销营业执照和其他许可证书、行政拘留等方法。

(4) 刑事制裁。刑事制裁是对触犯国家刑律的犯罪分子依法给予刑事处罚。包括生产、销售伪劣商品罪；走私罪；妨害对公司、企业的管理秩序罪；破坏金融管理秩序罪；金融诈骗罪；危害税收征管罪；侵犯知识产权罪；扰乱市场秩序罪等各种犯罪行为的构成要件，为在全国范围内更有力地打击各种经济犯罪活动提供了明确的法律依据。

在我国，经济法律关系保护的监督管理机构有行政机关和司法机关。行政机关对违反经济法的组织或公民，依行政程序加以处理，以保护法律关系主体的合法权利。这类行政机关主要有：经济组织的上级主管机关、工商行政管理机关、产品质量监督管理机关、专利管理机关、税务机关和审计机关等。司法机关主要是指人民法院和人民检察院，它们在法律关系的保护中起着重要作用。

第三节 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；二是设立法人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,享受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相一致的。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人代表来行使的。

3. 法人代表

法人代表即“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。

法人代表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。法人代表有权代表法人对外行使职权,法人代表的行为就是法人的行为,其执行职务时的行为所产生的一场法律后果,由法人承担。法人更换法人代表不影响法人所实施行为的法律效力。

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,这就需要将一些行为由他人代为完成。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受和承担。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。

(1) 委托代理。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，需要在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。

(2) 法定代理。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。

(3) 指定代理。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。

(1) 委托代理关系的终止原因：

- ①代理期间届满或者代理事项完成。
- ②被代理人取消委托或代理人辞去委托。
- ③代理人死亡或代理人丧失民事行为能力。
- ④作为被代理人或者代理人的法人终止。

(2) 法定代理或指定代理关系的终止原因：

- ①被代理人或代理人死亡。
- ②代理人丧失行为能力。
- ③被代理人取得或者恢复民事行为能力。
- ④指定代理的人民法院或指定单位撤销指定。
- ⑤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。

(1) 占有。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。

(2) 使用。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。

(3) 收益。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,因而使用权并不能包括收益权。有时所有人并不行使对物的使用权,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。

(4) 处分。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。

(1) 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。

(2) 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

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。侵权行为一经发生，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。

(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