



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

高等学校工程管理专业系列教材

# 工程合同法律制度 与工程合同管理

(第二版)

○ 余立中 编著

高等教育出版社



6  
10



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

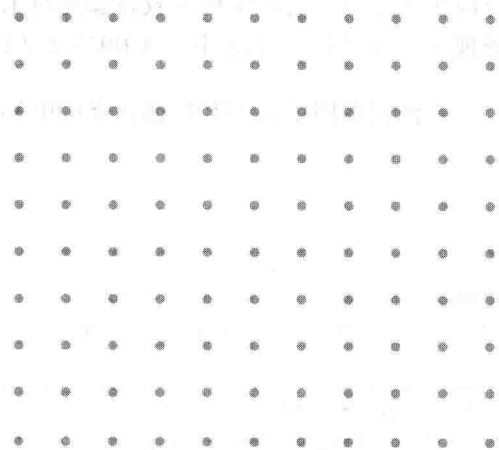
高等学校工程管理专业系列教材

# 工程合同法律制度 与工程合同管理

(第二版)

○ 余立中 编著

GONGCHENG HETONG FALU ZHIDU YU  
GONGCHENG HETONG GUANLI



高等教育出版社·北京

## 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、设计合同及管理,工程施工招投标,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。可以作为高等院校土木工程、工程管理及相关专业的本科生教材,也可作为工程技术、经济、管理人员的培训和工作的参考用书。

## 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

. -- 2 版. -- 北京 : 高等教育出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-04-044027-0

I. ①工… II. ①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. ①D923.6②TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 247174 号

策划编辑 杨世杰      责任编辑 杨世杰      封面设计 张 志      版式设计 马敬茹  
插图绘制 邓 超      责任校对 高 歌      责任印制 尤 静

出版发行	高等教育出版社	网 址	<a href="http://www.hep.edu.cn">http://www.hep.edu.cn</a>
社 址	北京市西城区德外大街 4 号		<a href="http://www.hep.com.cn">http://www.hep.com.cn</a>
邮政编码	100120	网上订购	<a href="http://www.landaco.com">http://www.landaco.com</a>
印 刷	北京四季青印刷厂		<a href="http://www.landaco.com.cn">http://www.landaco.com.cn</a>
开 本	787mm × 1092mm 1/16	版 次	2008 年 8 月第 1 版
印 张	18.5		2015 年 12 月第 2 版
字 数	440 千字	印 次	2015 年 12 月第 1 次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	34.80 元
咨询电话	400-810-0598		

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 44027-00

## 第二版前言

为了适应我国经济社会发展需要,近些年来我国关于建设工程的新政策、新法规不断出台,建设工程合同示范文本、建筑业企业资质等级等一些新的规范、规程陆续颁布实施。同时,工程合同管理的理论和实践经验也在不断发展,相关的研究成果也在不断丰富。为使教材的内容与现行法律法规相一致,并吸收最新的研究成果,本书在第一版的基础上,依照新的教学大纲做了修订。

作为普通高等教育“十一五”国家级规划教材,本书在修订中坚持注重理论知识和工程实际相结合的理念,继续体现本书原有的系统性、完整性和实用性等特点。此次修订,我们在每章后设置了二维码即测即评栏目,读者可以通过扫描二维码在移动终端上进行自测自评,检查自己对本章知识点的掌握程度,查漏补缺,巩固所学知识。

全书由广州大学余立中负责总体修订方案并进行总纂。研究生王磊磊参与了本书第四章及第七章的修订。感谢广州大学、高等教育出版社对本教材的修订给予的大力支持。

编著者

2015年7月于广州大学城馨园

# 第一版前言

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

## 普通高等学校管理科学与工程类学科核心课程及 专业主干课程系列教材

### 管理科学与工程类学科核心课程教材

管理学(第二版)  
管理运筹学(第四版)  
管理信息系统(第二版)——原理、方法与应用  
管理信息系统  
应用统计学(第二版)  
管理统计学

李垣  
韩伯棠  
陈国青  
乔东亮  
刘思峰  
胡培

### 信息管理 with 信息系统专业主干课程教材

管理信息系统(第五版)  
信息系统分析与设计(第二版)  
管理信息学(第二版)  
信息管理学(第三版)  
信息资源管理(第二版)  
信息资源管理(第二版)  
信息检索(多媒体)教程(第三版)  
信息存储与检索(第二版)  
信息经济学(第三版)  
商务智能  
商务智能应用教程  
管理系统模拟  
信息法教程(第二版)  
信息系统技术概论

黄梯云  
陈禹  
杨善林  
李兴国  
马费成 赖茂生  
薛华成  
沈固朝  
张帆  
谢康 肖静华  
李一军  
陈进  
陈国青  
朱庆华  
陈福集

### 管理科学专业主干课程教材

运筹学(第二版)  
系统工程导论  
决策理论与方法(第二版)  
预测方法与技术(第二版)  
质量管理与可靠性  
技术管理

朱道立  
陈宏民  
郭立夫  
刘思峰  
罗国勋  
李垣

### 工程管理专业主干课程教材

工程项目管理	王雪青
建设工程成本计划与控制	孙慧
工程经济学(第二版)	洪军
工程合同法律制度与工程合同管理(第二版)	余立中
项目管理	张连营
现代项目管理(第二版)	戴大双
不动产估价	虞晓芬

### 房地产开发与管理专业主干课程教材

房地产经济学(第二版)	张永岳
房地产法(第二版)	钱品石
房地产价格评估	崔裴
房地产金融与投资概论	龙胜平
房地产市场营销(第二版)	彭加亮
房地产企业经营管理	吴伟良
房地产企业会计	李岚
物业管理理论与实务(第三版)	王青兰
物业管理学	韩朝
物业管理学案例集	韩朝

### 工业工程专业主干课程教材

基础工业工程	阚树林
工业工程基础	张正祥
物流工程	齐二石
人因工程	廖建桥
人因工程	孙林岩
人因工程学	张宏林
质量工程与管理	罗国勋
设施规划与物流系统设计	马汉武
生产管理(第二版)	张群
生产计划与控制	叶春明
先进制造与管理	但斌
系统建模与仿真	罗国勋

## 教学支持说明

建设立体化精品教材,向高校师生提供系列化教学解决方案和教学资源,是高等教育出版社(集团)“服务教育”的重要方式。为支持相应课程的教学,我们配套出版了本书的教学课件,向采用本书作为教材的教师免费提供。

为保证该课件仅为教师获得,烦请授课教师填写如下开课情况证明。

我们的联系办法:

邮址: 100029 北京市朝阳区惠新东街4号

高等教育出版社

高等文科出版中心管理分社

电话: (010)58556042

E-mail: yangshj@ hep. com. cn

---

## 证 明

兹证明 \_\_\_\_\_ 大学 \_\_\_\_\_ 系/院 \_\_\_\_\_ 学期(学年)开设的 \_\_\_\_\_ 课程,采用高等教育出版社出版的 \_\_\_\_\_ (书名和作者)作为本课程教材,授课教师为 \_\_\_\_\_,学生 \_\_\_\_\_ 个班共 \_\_\_\_\_ 人。

授课教师需要与本书配套的教学课件。

邮编和地址: \_\_\_\_\_

电话: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_

系/院主任: \_\_\_\_\_ (签字)

(系/院办公室盖章)

20 \_\_\_\_ 年 \_\_\_\_ 月 \_\_\_\_ 日



## 郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人将承担相应的民事责任和行政责任；构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人进行严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话 (010)58581897 58582371 58581879

反盗版举报传真 (010)82086060

反盗版举报邮箱 dd@hep.com.cn

通信地址 北京市西城区德外大街4号 高等教育出版社法务部

邮政编码 100120

# 目 录

第一章 合同法律基础 .....	1	第三节 工程勘察、设计合同的 内容 .....	102
第一节 合同法律关系 .....	1	第四节 工程勘察、设计合同的 管理 .....	108
第二节 相关的民事法律制度 .....	3	第六章 工程施工招投标 .....	114
第三节 工程合同的法律适用 .....	11	第一节 工程招投标概述 .....	114
第二章 合同法总则 .....	23	第二节 工程施工招投标程序 .....	117
第一节 合同与合同法 .....	23	第三节 工程施工招投标文件的 编制 .....	125
第二节 合同的订立和成立 .....	26	第七章 施工合同 .....	133
第三节 合同的效力 .....	30	第一节 施工合同概述 .....	133
第四节 合同的履行 .....	34	第二节 《建设工程施工合同 (示范文本)》简介 .....	138
第五节 合同的变更和转让 .....	37	第三节 施工合同的通用合同 条款 .....	141
第六节 合同的权利义务终止 .....	39	第八章 FIDIC 施工合同条件 .....	186
第七节 违约责任 .....	41	第一节 FIDIC 施工合同条件 概述 .....	186
第八节 合同的法律适用与合同 争议的解决 .....	44	第二节 重要概念与相关规定 .....	190
第三章 合同法分则 .....	46	第三节 “三控制”部分的合同 管理 .....	196
第一节 转让财产所有权的 合同 .....	46	第四节 工程变更与竣工验收 管理 .....	203
第二节 使用财产的合同 .....	52	第九章 施工合同的前期策划及 管理 .....	209
第三节 完成工作的合同 .....	54	第一节 合同的类型与选择 .....	209
第四节 提供服务的合同 .....	57	第二节 投标决策和策略 .....	212
第五节 技术合同 .....	64	第三节 合同的风险与防范 .....	216
第四章 工程合同概述 .....	70	第四节 施工合同的分析与签订 .....	220
第一节 建设工程合同的法律 规定 .....	70	第十章 施工合同履行中的管理 .....	227
第二节 工程的联合承包、带资 承包、转包和挂靠 .....	76	第一节 工程施工阶段的合同 管理概述 .....	227
第三节 与工程建设管理相关的 合同 .....	81		
第五章 工程勘察、设计合同及管理 .....	97		
第一节 工程勘察、设计的内容 .....	97		
第二节 工程勘察、设计招标投标 管理 .....	99		

第二节 合同的实施控制 .....	229	第四节 工程费用索赔 .....	259
第三节 工程变更 .....	233	<b>第十二章 工程合同争议的解决</b> .....	263
第四节 工程建设监理 .....	239	第一节 合同争议的和解 .....	263
<b>第十一章 工程索赔</b> .....	244	第二节 合同争议的调解 .....	266
第一节 工程索赔的基本理论 .....	244	第三节 经济仲裁制度 .....	270
第二节 施工索赔与反索赔 .....	251	第四节 经济诉讼制度 .....	274
第三节 工程延期索赔 .....	255	<b>参考文献</b> .....	282

# 第一章 合同法律基础

## 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》<sup>①</sup>《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、在民事流通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. 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

<sup>①</sup> 为行文方便,本书中出现的法律法规名称一般用简称。

利和承担民事义务的主体。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主体。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主体。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的权利、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权力。

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应的,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义务的法定住所地,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。

(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,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,不能给被代理人和善意第三人造成损失,否则应负赔偿责任。

(2) 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 and 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) 占有是指对财产的实际掌握、控制。占有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。

(4) 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。