

JIAN SHE GONG CHENG HE TONG GUAN LI

高等学校省级规划教材
——土木工程专业系列教材

建设工程合同管理

JIAN SHE GONG CHENG HE TONG GUAN LI



◎ 陈 燕 主 编
杨兴荣 副主编
张劲松
丁克伟 主 审

合肥工业大学出版社

高等学校省级规划教材

——土木工程专业系列教材

建设工程合同管理

陈 燕 主 编

杨兴荣 副主编
张劲松

丁克伟 主 审

合肥工业大学出版社

内 容 提 要

《建设工程合同管理》是安徽省高等学校省级规划教材——土木工程专业系列教材之一。全书共 10 章,分别阐述了建设工程合同法律基础;建设工程合同体系;建设工程招标管理;介绍了国家最新修订的建设工程合同示范文本和建设工程委托监理合同示范文本;并介绍了国际工程合同条件,重点介绍了 FIDIC《施工合同条件》(1999 年第 1 版)的内容;阐述了工程索赔中发生索赔最集中、处理难度最复杂的施工索赔的管理。

本书可作为土木工程、工程管理、道路与桥梁等专业的教材,同时可作为有关部门岗位培训用书,也可作为业主、承包商、工程咨询和监理公司的工程管理人员的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同管理/陈燕主编. —合肥:合肥工业大学出版社,2009.7

高等学校省级规划教材·土木工程专业系列教材

ISBN 978-7-81093-991-1

I. 建… II. 陈… III. 建筑工程—经济合同—管理—高等学校—教材 IV. TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 105983 号

建设工程合同管理

主编:陈 燕

责任编辑:陈淮民

出 版 合肥工业大学出版社

地 址 合肥市屯溪路 193 号

邮 编 230009

电 话 总编室:0551-2903038

发行部:0551-2903198

网 址 www.hfutpress.com.cn

E-mail press@hfutpress.com.cn

版 次 2009 年 7 月第 1 版

印 次 2009 年 7 月第 1 次印刷

开 本 787 毫米×1092 毫米 1/16

印 张 16.5 字 数 392 千字

发 行 全国新华书店

印 刷 合肥学苑印务有限公司

主编信箱 Chenyanedu@qq.com 责编信箱 Chenhm30@163.com

ISBN 978-7-81093-991-1

定价:28.00 元

如果有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

安徽省高校土木工程系列规划教材

编 委 会

主 任：程 桦 干 洪 方潜生（常务）

副主任：朱大勇 王建国 汪仁和 丁克伟

沈小璞

委 员：（按姓氏笔画排列）

马芹永 戈海玉 卢 平 李长花

刘安中 孙 强 张光胜 吴 约

完海鹰 邵 艳 柳炳康 姚传勤

宣以琼 夏 勇 柴阜桐 殷和平

高荣誉 曹成茂 黄 伟

前 言

建设工程合同管理是工程项目管理的核心。业主、承包商、监理工程师都必须熟悉建设工程合同的相关内容,掌握合同管理的手段,依据合同对工程质量、投资、进度进行管理。目前,我国建设工程合同管理人员缺乏,根据社会需求,“建设工程合同管理”成为高等院校土木工程、工程管理、道路与桥梁等专业的主干课程。本书以系统的观点,全面阐述了建设工程合同管理的内容,从合同法律基础、建设工程合同体系、建设工程委托监理合同、勘察设计合同,到建设工程施工合同等全过程的合同管理工作。在编写过程中,力求做到理论联系实际,把合同管理理论方法与我国工程合同管理实际相结合。本书以最新的法律、法规为依据,增强操作性和通用性,其目的是培养学生掌握一定的建设工程合同管理的理论和方法,具有从事工程项目合同管理的能力。

本书共分10章,第1章和第2章是合同管理的法律依据;第3章的招标管理是建设工程合同的形成;第4章至第9章分别叙述了不同类型的建设工程合同的管理,重点叙述了我国目前正在推行的《建设工程施工合同(示范文本)》、《建设工程勘察合同(示范文本)》、《建设工程设计合同(示范文本)》、《建设工程委托监理合同(示范文本)》、《建设工程施工专业分包合同(示范文本)》、《建设工程施工劳务分包合同(示范文本)》的合同管理;第10章为国际工程合同条件,叙述了国际工程常用的合同条件和亚洲地区使用的合同条件,重点叙述了FIDIC施工合同条件(1999年第1版)的合同管理。

本书可作为土木工程、工程管理、道路与桥梁等专业教材,同时可作为有关部门的岗位培训教材,也可作为业主、承包商、工程咨询和监理公司的工程管理人员的工作参考书。

本书由陈燕担任主编,杨兴荣、张劲松担任副主编。具体分工如下:第1章、第2章(部分)由安徽建筑工业学院王媛编写,第2章(部分)、第3章(部分)由安徽理工大学彭兴强编写,第3章(部分)由安徽建筑工业学院何夕平编写,第4章、第6章(部分)、第7章、第8章由安徽建筑工业学院陈燕编写,第6章(部分)由安徽建筑工业学院杨兴荣编写、第6章(部分)由安徽理工大学韩佳编写,第5章、第9章由安徽建筑工业学院何长全编写,第10章由合肥学院张劲松和王艳丽编写。全书由陈燕负责统稿,由丁克伟教授主审。

本书在编写过程中参考了大量近年出版的有关建设工程合同管理的书籍,吸收了建设工程合同管理的最新内容和科研成果。在此,谨向这些著作的编著者致以诚挚的谢意。同时,向编者所在各院校的领导和对本书的编写给予的大力支持和帮助表示衷心的感谢。由于编者的学术水平有限,书中难免存在缺点和不足,恳请广大读者批评指正。

编 者

2009年6月

目 录

第 1 章 建设工程合同管理法律基础	1
1.1 建设工程合同管理概述	1
1.2 合同法律关系	5
1.3 合同的担保	9
1.4 工程保险	15
1.5 合同的公证和鉴证法律制度	23
思考题	25
第 2 章 合同法律制度	26
2.1 《合同法》概述	26
2.2 合同的订立	29
2.3 合同的效力	33
2.4 合同的履行、变更和转让	38
2.5 合同的终止	48
2.6 违约责任	53
2.7 合同争议的解决	55
思考题	59
第 3 章 建设工程招标投标管理	60
3.1 建设工程招标投标概述	60
3.2 建设工程监理招标投标管理	74
3.3 勘察设计招标投标管理	79
3.4 施工招标投标管理	84
3.5 物资设备采购招标投标管理	94
思考题	100
第 4 章 建设工程委托监理合同的管理	101
4.1 监理合同概述	101

4.2 监理合同的订立	104
4.3 监理合同的履行管理	106
思考题	114
第5章 建设工程勘察设计合同管理	115
5.1 勘察设计合同概述	115
5.2 勘察设计合同的订立	119
5.3 勘察设计合同的履行管理	122
思考题	130
第6章 建设工程施工合同管理	131
6.1 建设工程施工合同概述	131
6.2 建设工程施工合同的订立	136
6.3 施工合同进度管理	140
6.4 施工合同质量管理	144
6.5 施工合同造价管理	152
6.6 施工合同安全管理	155
6.7 不可抗力的管理	160
6.8 合同的解除	161
思考题	162
第7章 建设工程物资采购合同管理	163
7.1 建设工程物资采购合同概述	163
7.2 材料采购合同管理	164
7.3 大型设备采购合同管理	169
思考题	176
第8章 建设工程施工分包合同管理	177
8.1 施工专业分包合同的订立	177
8.2 施工专业分包合同的履行管理	181
8.3 施工劳务分包合同的管理	188
思考题	190

第 9 章 建设工程施工索赔	191
9.1 施工索赔概述	191
9.2 施工索赔程序	199
9.3 工程师的施工索赔管理	203
思考题	210
 第 10 章 国际工程合同条件	211
10.1 国际工程常用合同条件概述	211
10.2 FIDIC 合同条件概述	215
10.3 FIDIC 施工合同条件(1999 年第 1 版)	223
思考题	251
 参考文献	253

第 1 章 建设工程合同管理法律基础

1.1 建设工程合同管理概述

建设工程合同管理 (Construction Contract Management) 是工程项目管理 (Project Management) 的核心。在市场经济条件下, 财产的流转主要依靠合同来完成, 尤其是建设工程项目, 其标的 (Subject Matter) 大、工期长、涉及主体多、过程复杂, 必须依靠合同来确定各主体之间的权利义务关系, 才能保证项目按预定目标完成。建设项目的实施就是通过签订一系列的合同来实现的。

1.1.1 建设工程合同的狭义和广义两个概念

狭义的建设工程合同是指“承包人 (Contractor) 进行工程建设, 发包人 (Party Issuing Contract) 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” (《中华人民共和国合同法》(《Contract Law of the People's Republic of China》) 第二百六十九条, 这是《中华人民共和国合同法》中的 15 个列名合同之一)。

广义的建设工程合同概念则包括与建设工程项目有关的所有合同, 除勘察、设计、施工合同外, 还包括工程咨询合同、工程招标代理合同、工程监理合同、建筑材料/设备采购合同、各种技术合同等等。

建设工程合同管理是对广义的概念而言。

1.1.2 建设工程合同管理的两个层次

建设工程合同管理包括两个层次上的管理, 一个层次是政府行政主管部门对合同的管理, 一个层次是合同当事人 (Party) 对合同的管理。

1. 政府行政主管部门对合同的管理

建设工程合同的行政管理部门主要是各级建设行政主管部门和工商行政管理部门。为了进一步加强建设工程合同的宏观监督管理, 许多地方建设行政主管部门会同工商行政管理机构, 成立了建设工程合同管理的专门机构, 负责本地区建设工程合同的审查、鉴证及监督管理工作。行政主管部门的管理主要是从法律和市场管理的角度进行合同的管理, 包括宣传贯彻国家有关合同方面的法律、法规和方针政策; 组织推行和指导使用建设工程合同示范文本 (Demonstration Text); 组织培训合同管理人员, 指导合同管理工作, 总结交流工作经验; 对施工合同签订进行审查, 监督检查合同履行, 依法处理存在的问题, 查处违法的行为; 制订签订和履行合同的考核指标, 并组织考核; 表彰先进的合同管理单位; 确定损失赔偿范围; 以及调解合同纠纷等。

2. 合同当事人对合同的管理

合同当事人对合同的管理是指合同签订各方从合同当事人的角度出发, 对合同依法进行的策划、订立、履行、变更、索赔、终止等一系列行为的总称。

1.1.3 建设工程合同管理的法律基础

规范建设工程合同管理,不但需要规范合同本身的法律法规的完善,也需要相关法律体系的完善。和建设工程合同管理直接相关的主要法律有:

1. 《中华人民共和国民法通则》(《Law of Succession of the People's Republic of China》)(以下简称《民法通则》)。《民法通则》是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系的基本法律。合同关系是一种财产(债)关系,因此,合同当事人必须遵守《民法通则》中的原则性规定。

2. 《中华人民共和国合同法》(《Contract Law of the People's Republic of China》)(以下简称《合同法》)。《合同法》是规范我国市场经济财产流转关系的基本法,建设工程合同是其中15个列名合同之一。此外,在建设工程合同的履行过程中,必然会涉及大量的其他合同,如买卖合同、租赁合同等,也要遵守《合同法》的规定。

3. 《中华人民共和国招标投标法》(《Law of Tendering and Bidding of the People's Republic of China》)(以下简称《招标投标法》)。《招标投标法》是规范建筑市场竞争的主要法律,能够有效地实现建筑市场的公开、公平、公正的竞争。通过招标投标确定承包人时,发包人和承包人的合同行为必须遵守《招标投标法》的有关规定。

4. 《中华人民共和国建筑法》(《Construction Law of the People's Republic of China》)(以下简称《建筑法》)。《建筑法》是我国建筑业的根本大法,它对建立健全有形建筑市场,加强建筑安全生产管理,强化建筑质量管理等做了明确规定。建设工程合同管理是一种建筑活动,因此也必须遵守《建筑法》的相关规定。

5. 另外,建设工程合同的订立和履行还涉及其他一些法律法规,则需要遵守相应的法律法规的规定。例如:如果在建设工程合同的订立和履行中需要提供担保(Security)的,则应当遵守《中华人民共和国担保法》(《Security Law of the People's Republic of China》)的规定;如果在建设工程合同的订立和履行中需要投保(Insure)的,则应当遵守《中华人民共和国保险法》(《Insurance Law of the People's Republic of China》)的规定;如果合同在履行过程中发生了争议,则应按照《中华人民共和国仲裁法》(《Arbitration Law of the People's Republic of China》)的规定进行仲裁(Arbitration),或者按照《中华人民共和国民事诉讼法》(《Civil Litigation Law of the People's Republic of China》)的规定进行民事诉讼(Civil Litigation)等等。

1.1.4 建设工程合同管理的目的

1. 发展和完善社会主义市场经济

我国《宪法》规定,“国家实行社会主义市场经济”,“国家加强经济立法,完善宏观调控”。建立社会主义市场经济,就是要建立完善的社会主义法制经济。培育和发展建筑业市场,是我国建筑业系统建立社会主义市场经济体制的一项十分重要的工作。

我国《建筑法》第一条“为了加强对建筑活动的监督管理,维护建筑市场秩序,保证建筑工程的质量和安全,促进建筑业健康发展,制定本法。”上述规定也即建设工程合同管理的根本目的。在工程建设领域中,首先要加强建筑市场的法制建设,健全建筑市场法规体系,以保障建筑市场的繁荣和建筑业的发展。要达到这目的,必须加强对工程建设合同的法律调整和管理,贯彻落实《合同法》、《招标投标法》、《建筑法》等有关法律、行政

法规,以及推行合同示范文本制度,以保证建设工程合同订立的合法性、全面性、准确性和完整性,依法严格地履行合同,并强化工程项目承发包双方及有关第三方的合同法律意识,认真做好建设工程合同管理工作。

2. 全面提高建设工程的管理水平

建设工程管理水平的提高体现在工程质量 (Quality)、工程进度 (Rate of Progress)、工程成本 (Cost) 的三大控制目标的实现情况上,这三大目标的控制水平体现在合同中。在建设工程合同文本中,对三大控制目标、对当事人各方的权利、义务和责任均作了明确、完善的规定和约定,从而可以防止当事人主观上的疏漏和外来因素的干扰,有利于合同的正常履行,预防违约 (Breach of Contract) 现象的出现,防止纠纷 (Dispute) 的发生,从而保证工程建设项目的顺利建成,工程的质量能够得到有效的保障,进度和投资的控制目标能够实现。因此,工程建设项目合同管理能够有效地提高建设工程的管理水平。

3. 建立完善的建筑市场体系

建立完善的建筑市场体系和有形的建筑市场,是一项经济法制建设工程。它要求对建筑市场主体、市场价格和市场交易等方面的经济关系加以法律调整和合同制约。

建筑市场主体进入建筑市场进行交易,其目的就是为了开展和实现工程项目承发包活动,即建立工程建设项目合同法律关系。有关各方主体必须具备和符合法定主体资格,即具有订立建设工程合同的权利能力和行为能力,方可签订建设工程承包合同。

建筑产品价格,是一种市场经济中的特殊商品价格。在我国,正在逐步建立“政府宏观指导,企业自主报价,竞争形成价格,加强动态管理”的建筑市场价格机制。因此,建筑市场主体必须依据有关规定,通过招标投标竞争,运用合同形式,调整彼此之间的建筑产品价格管理关系。

建筑市场交易,是指建筑产品的交易通过工程建设项目招标投标的市场竞争活动,最后采用订立建设工程合同的法定形式确定,只有建筑市场主体依据《招标投标法》和《合同法》的规定行事,方能形成有效的建设工程合同法律关系。

因此,加强工程建设合同管理能够有效做到公开、公平、公正,有效地将建筑市场的交易行为置于公开的环境之中,约束权力滥用行为,有效地避免建筑领域的经济违法和犯罪,从而保证了建筑市场体系的进一步完善。

4. 加强建设工程合同管理努力开拓国际建筑市场

当今,国际工程市场日益扩大,各国承包商都在密切注视和分析跨国工程承包动态和信息,国际工程建设市场竞争十分激烈。发展我国建筑业,努力提高其国际建筑工程市场中的份额,十分有利于发挥我国建筑工程的技术优势和人力资源优势,推动国民经济的迅速发展。在开拓和开放国际工程承发包活动中,我们贯彻“平等互利,形式多样,讲求实效,共同发展”的经济合作方针和“守约、保质、薄利、重义”的经营原则,在国际工程承包市场上树立了信誉,并学习了先进的工程管理经验,建筑业和工程承包活动出现了新局面。但是,国际工程管理的科学知识和经验,我们尚不完全熟悉,尤其是国际工程承包市场中的工程招投标与合同管理知识和技能,有待于进一步掌握。根据世界银行的有关规则,引用国际通用合同文本,努力提高工程合同管理人员的素质,对“开拓和开放”工程建设市场,发展建筑业,为国家创汇和节省建设资金,全面提高工程管理水平具有重要意义。

1.1.5 加强工程建设合同管理的手段

1. 普及合同法制教育，培训合同管理人才

《合同法》是调整自然人（Natural Person）、法人（Legal Person）、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的基本法律。建设工程合同是《合同法》中十五种列名合同之一，作为建筑市场主体的法定代表人或负责人及各级管理人员都应认真学习和熟悉必要的合同法律知识，以便合法地参与建筑市场经济活动。《建筑法》明确规定，建筑工程的发包单位与承包单位应当依法订立书面合同，明确双方的权利和义务。发包单位和承包单位应当全面履行合同约定的义务，不按照合同约定履行义务的，应依法承担违约责任。这就要求对工程建设领域的从业人员应当普及相关法律知识，培训合同管理人才，增强合同概念和合同意识，努力作好建设工程合同的管理工作。

2. 设立专门合同管理机构 and 配备合同管理人员

加强工程合同管理工作，应当设立专门的合同管理机构，配备合同管理人员。各地区根据具体情况和特点，经有关建设主管部门批准，设立地区性的建设工程合同管理机构，承担建设工程合同的登记、审查等监督工作任务。合同管理机构的职能具有服务性和监督性的双重属性，可保障建设工程合同主体订立、履行、协调合同等事宜顺利进行。

项目法人单位和建筑企业内部的合同管理工作，是工程建设项目全面管理的重要组成部分，也是考核项目管理水平的重要指标之一。设立建设工程项目的合同管理机构或者配备合同管理专职人员，建立合同台账、统计、检查和报告制度，可以使工程建设合同的订立、履行、变更和终止等活动的结果，成为法定代表人做出工程建设项目管理决策的科学依据，从而提高建设工程合同管理水平。

3. 积极推行合同示范文本制度

《合同法》第12条规定：“当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”合同示范文本是将各类合同的主要条款、式样等制定出规范的、指导性的文本，在全国范围内积极宣传和推广，引导当事人采用示范文本签订合同，以实现合同签订的规范化。我国推行合同示范文本制度已经有10多年了，在1990年国务院办公厅转发国家工商行政管理总局《关于在全国逐步推行经济合同示范文本制度请示》的通知之后，各类合同示范文本纷纷出台，逐步推行。推行合同示范文本的实践证明，示范文本使当事人订立合同更加认真、更加规范，对于当事人在订立合同时明确各自的权利义务、减少合同约定缺款少项、防止合同纠纷，起到了积极的作用。

在建设工程领域，自1991年起就陆续颁布了一些示范文本。1999年10月1日实施《合同法》后，中华人民共和国住房和城乡建设部及国家工商行政管理总局联合颁布了《建设工程施工合同（示范文本）》、《建设工程勘察合同（示范文本）》、《建设工程设计合同（示范文本）》、《建设工程委托监理合同（示范文本）》、《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》、《建设工程施工劳务分包合同（示范文本）》等，这些示范文本符合市场经济的要求，对完善建设工程合同管理制度起到了极大的推动作用。

4. 建立合同管理的微机信息系统

合同管理在工程建设项目管理中具有十分重要的作用，随着工程建设项目规模扩大，合同标的日趋庞大，涉及合同的内容、条款日益复杂，国内采用的传统合同管理手段和方法，已经无法适应现代化大、中型工程项目动态管理的要求。微机信息系统在管理中有其

独特的优势，建立以微机数据库系统为基础的合同管理，在数据收集、整理、存贮、处理和分析等方面，可以满足决策者在合同管理方面的信息需求，提高管理水平。因此，借助于微机处理系统为合同管理人员提供支持，已经成为必然趋势，且有成效，应当广泛推广。

5. 借鉴和采用国际通用规范和先进经验

现代工程建设活动，正处在日新月异的发展时期，工程承包活动的国际性是一项重要特征。国际工程市场吸引着各国的业主和承包商参与其流转活动。这就要求我国的工程建设项目的当事人要学习、熟悉国际工程市场的运行规范和操作惯例。例如，国际咨询工程师联合会编制的《FIDIC 合同条件》；美洲国家、中东地区国家和东南亚国家在开拓国际工程承包市场中，结合本地区和本国客观情况，创造和总结出的工程建设项目合同管理的先进经验等，对于完善我国建设工程项目的合同管理制度和适应国际工程建设市场开发的需要，都会产生十分重要的作用。

1.2 合同法律关系

1.2.1 合同法律关系的概念

法律关系是指人与人之间的一定社会关系在相应的法律规范的调整下形成的权利义务关系，法律关系的实质是法律关系主体之间存在的特定权利义务关系。人与人之间的社会关系的不同方面需要不同的法律规范去调整，由于各种法律规范所调整的社会关系和规定的权利义务不同，因而形成了内容和性质各不相同的法律关系，如行政法律关系、民事法律关系、经济法律关系等。

合同法律关系是指由合同法律规范调整的、在民事流转过程中所产生的权利义务关系。合同是一种普遍存在、典型而重要的法律关系。

1.2.2 合同法律关系的构成要素

合同法律关系同其他法律关系一样，都是由主体、客体和内容三个不可缺少的部分组成，称之为法律关系的三个构成要素。

1. 合同法律关系的主体

合同法律关系的主体是指参加合同法律关系，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、其他组织。

(1) 自然人

自然人是基于自然规律而产生的有生命的人。作为合同法律关系的主体的自然人必须具有相应的民事权利能力和民事行为能力。所谓民事权利能力是指国家法律直接赋予民事主体从事民事活动，享有民事权利和承担民事义务的资格；所谓民事行为能力是指民事主体能够依法以自己的意志行为行使权利和履行义务的资格。

由于自然人有着年龄、精神、健康状况的差异，因而不一定都有民事权利能力和行为能力。按照自然人的年龄和精神健康状况不同，将自然人分为：完全民事行为能力的人、限制民事行为能力的人、无民事行为能力的人。

（2）法人

法人是指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。

法人是相对于自然人而言的社会组织，是法律上的“拟制人”，法人应具备以下四个条件：

- ① 依法成立——程序合法；
- ② 有必要的财产或经费——实体要件，也是承担责任的基础；
- ③ 有自己的名称、组织机构和场所——外在表现；
- ④ 能独立承担民事责任——最本质的条件。

法人的法定代表人是自然人，他依照法律或它的组织章程规定，代表法人行使职权。法人以它的主要办事机构所在地为住所。

法人可以分为企业法人、非企业法人。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，企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更时，应当向登记机关办理登记并公告。非企业法人包括行政法人、事业法人、社团法人。

（3）其他组织

是指依法成立，但不具备法人资格，而能以自己的名义参与民事活动的经营实体或者法人的分支机构等社会组织。如法人的分支机构、不具备法人资格的联营体、合伙企业、个人独资企业等。

2. 合同法律关系的客体

合同法律关系的客体是指参加合同法律关系的主体享有的权利和承担的义务所共同指向的对象。民事法律关系的客体决定了民事主体活动的目的性。如果没有客体，主体的权利义务就无法体现、无法落实。合同法律关系的客体主要包括物、行为和智力成果。

（1）物

物是指可为人们控制、并具有经济价值的生产资料和消费资料，如建筑材料、建筑设备、建筑物等。作为合同法律关系客体的物可以是天然物，也可以是劳动创造物，但它不仅具有物理属性，而且具有法律属性，即《合同法》上的物一般应当具有财产的性质。

大多数合同法律关系都是以物即财产为客体（如买卖、租赁、借贷等法律关系的客体均为物）。在《合同法》上，客体也可称“标的”，如果客体为物，则习惯上可称之为“标的物”。

（2）行为

行为是指人的有意识的活动。在合同法律关系中，多表现为完成一定的工作，如勘察设计、施工安装等。

（3）智力成果

智力成果是指知识产权、技术秘密等。

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的主体所享有的民事权利和负有的民事义务，即合同约定的和法律规定的权利义务，也是合同的具体要求，它决定了合同法律关系的性质，也是联结合同主体的纽带。

1.2.3 合同法律关系的产生、变更和消灭

1. 法律事实的含义

法律事实 (Legal Facts) 是法律所规定的、能够引起民事法律关系产生、变更和消灭的现象。

合同法律关系并不是根据合同法律规范本身而直接形成的, 合同法律关系的产生、变更和消灭需要具备三个基本的条件: 法律规范、合同主体和法律事实。其中, 法律规范和合同主体是法律关系产生的抽象条件, 而法律事实则是民事法律关系产生的具体条件。只有在一定的法律事实发生后, 民事法律关系才能产生, 并因一定的法律事实的发生而变更或消灭。

2. 法律事实的分类

根据客观事实是否与主体的意志有关, 法律事实可以分为事件和行为两大类。

(1) 事件

又称为自然事实, 是指与主体的意志无关, 能够引起民事法律后果的客观现象, 例如, 人的死亡、物的灭失, 都属于事件, 它们一旦发生就能够引起婚姻关系、所有权关系的消灭等。

(2) 行为

是指受主体意志支配、能够引起民事法律后果的活动, 包括作为和不作为两种表现形式。按其是否符合法律的要求, 行为可以分为合法行为和非法行为。

3. 法律事实出现时产生的法律后果

(1) 法律关系的产生

例如, 签订了买卖合同, 买方有请求卖方交付出卖物的权利和支付价款的义务, 卖方有请求买方支付价款的权利和向买方交付出卖物的义务。正是由于一定的法律事实的发生, 才使得民事法律所规定的抽象权利义务, 转化为当事人实际享有的权利和承担的义务。

(2) 法律关系的变更

法律关系的变更, 就是已存在的民事法律关系的要素变化的状态, 包括民事法律关系的主体变更、内容变更和客体变更。例如, 由于法人的合并和分立, 导致债的关系中的主体发生变更。

(3) 法律关系的消灭

法律关系的消灭, 就是主体之间的权利义务不再存在的状态, 也称为法律关系的绝对消灭。法律关系的消灭有两种情形, 一是一定法律事实的出现导致某一法律关系的消灭, 并且在当事人之间不会因此而产生其他民事法律关系, 例如, 所有物被消费, 所有权关系因此被消灭。二是一定法律事实的出现导致某一法律关系的消灭, 同时在当事人之间因此而产生其他民事法律关系, 例如, 所有物被他人毁灭, 所有权关系消灭, 同时原所有权人和侵害人之间产生债的关系。

1.2.4 代理关系

1. 代理的概念

代理 (Agency) 是指代理人 (Agent) 在代理权限范围内, 以被代理人的名义独立实

施的法律行为，由此产生的法律效果直接归属于被代理人的法律制度。

在代理关系（Agency Relation）中，以他人的名义为他人实施法律行为的人，是代理人；借助代理人的代理行为设立、变更或终止法律关系的人，是被代理人，也称为本人；而由于代理人的代理行为与本人设立、变更或终止民事法律关系的人，称为相对人或第三人。

2. 代理关系的特征

（1）代理人须向相对人进行或接受意思表示。代理人可以为了被代理人的利益而为独立意思表示，与相对人成立各种法律行为。这一特征也使得代理制度有别于委托。委托关系只发生在委托人和受托人之间，由受托人处理委托人事务，而与相对人并没有必然的联系，例如委托保管物品。

（2）代理人必须以被代理人（本人）的名义进行法律行为。代理人在对外进行民事活动时表明代理人身份，并以被代理人名义进行。

（3）代理行为必须在代理权限内进行。代理人以本人的名义表示或受领意思的事项和期限是由本人所决定的，这些事项和期限构成了代理人活动的范围。代理人在代理权限之外的活动如果没有得到被代理人的追认，则应视为他自己的活动，由代理人自己承担行为后果。

（4）代理行为的法律效果必须归属于被代理人。代理人在代理权限内行为一旦生效，即在相对人与被代理人间形成法律关系，由被代理人享受或承担该法律关系确定的权利和义务。

3. 代理的种类

根据代理权产生的原因的不同，可分为委托代理（Agency by Agreement）、法定代理（Legal Agency）和指定代理（Appointed Agency）。

（1）委托代理

基于被代理人的授权行为而发生的代理。委托代理发生的原因很多，主要是委托授权行为，即被代理人以委托的意思表示将代理权授予代理人的行为，是委托代理产生的直接根据。

委托代理的授权行为可以用书面形式，也可以用口头形式。

（2）法定代理

代理人根据法律的直接规定而享有代理权的代理，即称为法定代理。法定代理的特点就是法定，代理关系的成立是法定的，被代理人是法定的，代理权的内容也是法定的。当事人的意志对代理关系的存在是不起决定作用的。

我国民法通则关于法定代理的规定，主要是在公民民事行为能力和监护制度中。

（3）指定代理

是指按照人民法院或者有关部门的指定行为而发生代理。无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人或者虽有法定代理人但不能行使代理权的，需要指定代理人。另外，在诉讼尤其是刑事诉讼中，具有完全行为能力的当事人缺乏理解诉争法律关系的专门知识，又没有经济条件聘请律师的，人民法院就应当为其指定诉讼代理人。

1.3 合同的担保

合同的担保 (Security) 是指依照法律规定, 或由当事人双方经过协商一致而约定的, 为促使一方履行合同义务, 保障他方合同债权得以实现的一种法律措施。根据《中华人民共和国物权法》(《Real Right Law of the People's Republic of China》)(以下简称《物权法》) 和《中华人民共和国担保法》(《Guarantee Law of the People's Republic of China》)(以下简称《担保法》) 的规定, 债权人在借贷、买卖等民事活动中, 为保障实现其债权, 需要担保的, 可以依法设立担保物权。担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的, 按照约定。第三人为债务人向债权人提供担保的, 可以要求债务人提供反担保。担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形, 依法享有就担保财产优先受偿的权利, 但法律另有规定的除外。

设立担保物权, 应当依照《物权法》和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同, 主债权债务合同无效, 担保合同无效, 但法律另有规定的除外。担保合同被确认无效后, 债务人、担保人、债权人有过错的, 应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

设定合同担保的根本目的, 是保证合同的切实履行, 既保障合同债权人实现其债权, 也促使合同债务人履行其债务。担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则, 以维护参加担保各方当事人的合法权益。

根据《物权法》和《担保法》的规定, 合同担保的方式主要包括保证 (Guarantee)、抵押 (Mortgage)、质押 (Pledge)、留置 (Lien) 和定金 (Deposit) 五种方式。

1.3.1 保证

1. 保证和保证人

《担保法》第6条规定: “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。”

保证这种担保方式主要是在借款合同中采用, 例如: 甲把钱贷给乙, 甲为了能按期收回贷款的本息, 就要求乙找保证人, 乙找到丙, 由丙向甲保证, 当乙不能按期偿还贷款本息的时候, 由丙偿还或者承担保证责任。这种担保方式就叫保证。甲叫债权人, 乙叫债务人, 也叫被保证人, 丙叫保证人。保证人必须是主合同当事人以外的第三人, 不能是债务人, 债务人不能自己作自己的保证人, 否则, 等于是没有保证。那么哪些人可以作保证人呢? 《担保法》第7条规定: 具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民, 可以作保证人。但也并非所有的组织都可以作保证人, 有三种组织不能作保证人: ①国家机关; ②以公益为目的的事业单位、社会团体; ③企业法人的分支机构、职能部门。因为国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体的财产是国家的预算拨款, 如果允许它们以预算拨款为他人作保证的话, 当被保证人不履行合同时, 就要用国家拨款清偿债务, 这样就将使国家机关失去执行国家机关职能的物质基础、财力基础。以公益为目的的事业单位和社会团体也会失去进行公益活动的物质基础。但国家机关 “经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织的贷款进行转贷的除外。” 也就是说, 国家机关一般是不能作保证人的,