

国家改革和发展示范学校建设项目

课程改革实践教材

全国土木类专业实用型规划教材

建筑法规

JIANZHU FAGUI

主编 安德锋 陈立峰



哈尔滨工业大学出版社
HARBIN INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

国家改革和发展示范学校建设项目

课程改革实践教材

全国土木类专业实用型规划教材

建筑法规

JIANZHU FAGUI

主 编 安德锋 陈立峰

副主编 郑 杰 李文娟

编 者 陈春惠 卢 雷 谈建智



哈尔滨工业大学出版社
HARBIN INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

内 容 简 介

本书顺应传统人才培养模式向技能型人才培养模式的发展趋势,配合国家改革与发展示范院校建设进程,采用项目启发式教学的思路编写。在内容编排上,以理论够用、实践灵活为准则。全书分为 11 个项目,涵盖了建设工程基本法律知识,从业资格制度,承包与发包制度,招标投标,合同法规,监理法规,环境、文物保护及节约能源法律制度,质量和安全管理法规,房地产法规,与工程建设相关的其他法律法规,以及解决建设工程纠纷法律制度等内容。本书于课堂理论讲述之外,将大量工程建设法规案例导入教材,引导学生发散性思维,增强学生的实际操作能力。

本书可作为各级职业院校、函授院校和职业培训机构土木类专业的教材,也可供从事建筑法规相关工作的专业人士参考。

图书在版编目(CIP)数据

建筑法规/安德锋,陈立峰主编. —哈尔滨:哈尔滨工业大学出版社,2015.1

全国土木类专业实用型规划教材

ISBN 978-7-5603-5026-4

I. ①建… II. ①安… ②陈… III. ①建筑法-中国-高等学校-教材 IV. ①D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 279049 号

责任编辑 苗金英

出版发行 哈尔滨工业大学出版社

社 址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006

传 真 0451-86414749

网 址 <http://hitpress.hit.edu.cn>

印 刷 三河市越阳印务有限公司

开 本 850mm×1168mm 1/16 印张 14.5 字数 405 千字

版 次 2015 年 1 月第 1 版 2015 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5603-5026-4

定 价 32.00 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

PREFACE

前

言

2014年3月,教育部提出,要将全国50%的本科院校改制转变为职业类院校,国家的教育目标从理论研究型向技术应用型转变,职业教育在我国教育界的地位凸显重要。

建筑业作为我国的支柱产业,职业教育建筑专业如何才能培养出社会真正需要的合格人才?首先要让学生掌握过硬的建筑应用技术,提高施工管理水平,其次要培养学生具有良好的职业道德和健全的法律意识。

2014年10月,中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议提出全面推进依法治国的“五个坚持”,即坚持中国共产党的领导;坚持人民主体地位;坚持法律面前人人平等;坚持依法治国和以德治国相结合;坚持从中国实际出发。因此,在当前建筑业发展的过程中,建筑法律法规的教学愈显重要。本书编写老师依据职业教育的培养目标,根据学生的具体基础情况,本着从法律的基本知识、基本原理出发,由浅入深,由易到难不断深化的教学理念,同时结合建筑施工的阶段划分,讨论本书的法律知识体系的编排,力求本书的知识布局更为合理,重点更为突出,中间尽量多地穿插实际案例,让理论与实践紧密地结合起来。

本书按照职业教育建筑专业的建筑法规教学大纲要求,根据现行工程建设领域相关法律法规编写,全面系统地反映建设工程全生命周期各阶段相关法律制度。本书从建设工程基本法律知识,建设工程从业资格制度,建设工程承包与发包制度,建设工程招标投标,建设工程合同法规,建设工程监理法规,建设工程环境、文物保护及节约能源法律制度,建设工程质量和安全管理法规,房地产法规,与工程建设相关的其他法律法规,解决建设工程纠纷法律制度等方面进行了较为全面的介绍,并从法理角度进行系统阐述。

本书由江苏联合职业技术学院徐州技师分院安德锋、陈立峰任主编,郑杰、李文娟任副主编,陈春惠、卢雷参与了编写,淮安技师学院谈建智参与了本书资料的整理工作。本书可作为各级职业院校、函授院校及职业培训机构土木类的专业教材,也可供从事建筑法规相关工作的专业人士参考。

本书在编写过程中,参阅了国内同行相关著作,部分中高职和大中专院校的老师提出了很多宝贵意见,在此,向他们表示衷心的感谢!

由于编者水平有限,难免有疏漏或不妥之处,恳请广大读者指正,以便修订时进一步完善。

编者

目 录

CONTENTS

项目 1 建设工程基本法律知识

- 001 项目目标
- 001 课时建议
- 002 1.1 法的概念、本质和特征
- 003 1.2 建筑法规的概念
- 004 1.3 建筑法规的表现形式与效力
- 007 1.4 建筑工程法律制度
- 014 1.5 建筑工程法律责任制度
- 021 基础同步
- 022 实训提升

项目 2 建设工程从业资格制度

- 023 项目目标
- 023 课时建议
- 024 2.1 从业资格制度概述
- 025 2.2 从业单位资质管理
- 031 2.3 专业人员执业资格管理
- 041 基础同步
- 043 实训提升

项目 3 建设工程承包与发包制度

- 044 项目目标
- 044 课时建议
- 045 3.1 建设工程程序法规
- 049 3.2 建设工程项目报建
- 050 3.3 建设工程施工许可制度
- 053 3.4 建设工程发包与承包
- 057 基础同步
- 059 实训提升

项目 4 建设工程招标投标

- 060 项目目标
- 060 课时建议
- 061 4.1 建设工程招标投标立法概述
- 064 4.2 建设工程招标
- 068 4.3 建设工程投标
- 070 4.4 开标、评标和定标
- 074 4.5 建设工程招标投标的管理与监督
- 076 基础同步
- 077 实训提升

项目5 建设工程合同法规

078	项目目标
078	课时建议
079	5.1 建设工程合同制度
083	5.2 建设工程合同的订立
090	5.3 建设合同的履行
092	5.4 建设工程合同的解除、变更和终止
096	5.5 FIDIC《施工合同条件》简介
099	基础同步
100	实训提升

项目6 建设工程监理法规

101	项目目标
101	课时建议
102	6.1 工程建设监理法规概述
106	6.2 建设工程监理制度
110	6.3 工程建设监理合同
114	6.4 监理资质
115	基础同步
116	实训提升

项目7 建设工程环境、文物保护及节约能源法律制度

118	项目目标
118	课时建议
119	7.1 施工现场环境保护
127	7.2 施工文物保护制度
129	7.3 施工节约能源制度
131	基础同步
132	实训提升

项目8 建设工程质量和安全管理法规

133	项目目标
133	课时建议
134	8.1 建设工程质量管理制度
143	8.2 建设工程安全生产管理
155	基础同步
156	实训提升

项目9 房地产法规

157	项目目标
157	课时建议
158	9.1 房地产法规概述
159	9.2 建设用地法律制度
164	9.3 房地产交易与产权产籍
171	基础同步
172	实训提升

项目10 与工程建设相关的其他法律法规

173	项目目标
173	课时建议
174	10.1 消防法
176	10.2 建设工程标准化法
179	10.3 劳动法
189	10.4 档案法
195	基础同步
196	实训提升

项目11 解决建设工程纠纷法律制度

197	项目目标
197	课时建议
198	11.1 建设工程纠纷主要种类和法律解决途径
204	11.2 民事诉讼制度
214	11.3 仲裁制度
223	基础同步
224	实训提升
225	参考文献

项目1

建设工程基本法律知识

项目 目标



【知识目标】

1. 熟悉法律、法规及相关的基本概念；
2. 熟悉法的形式和效力；
3. 了解法律体系的概念和基本框架构成；
4. 掌握建筑工程法律、法规的概念、地位和作用；
5. 熟悉建筑工程相关的物权制度、法人制度、担保制度和代理制度；
6. 了解建筑活动中的债权制度、保险制度等。

【技能目标】

1. 能熟练应用所学的法律知识，解决在工作和生活中所遇到的问题；
2. 能准确认识不同建筑活动中不同的法律责任。

【课时建议】

6~8 课时

2014年10月23日,中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。全面建成小康社会、实现中华民族伟大复兴的中国梦,全面深化改革、完善和发展中国特色社会主义制度,提高党的执政能力和执政水平,必须全面推进依法治国。

全面推进依法治国,总目标是建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家。这就是,在中国共产党领导下,坚持中国特色社会主义制度,贯彻中国特色社会主义法治理论,形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系,形成完善的党内法规体系,坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,促进国家治理体系和治理能力现代化。

实现这个总目标,必须坚持以下原则:

- ①坚持中国共产党的领导。
- ②坚持人民主体地位。
- ③坚持法律面前人人平等。
- ④坚持依法治国和以德治国相结合。
- ⑤坚持从中国实际出发。

中国共产党第十八次全国代表大会提出中国法制的核心内容为:中国共产党领导人民治理国家的基本方略。依法治国,就是广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事务,管理社会事务,保证国家各项工作依法进行,逐步实现社会主义民主政治的规范化、程序化和法制化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。

随着我国市场经济的高速发展和制度的不断完善,建筑业作为国民经济的重要支柱产业得到了长足的发展。在工程建设活动中,建筑法规在规范从业者行为的同时,也保护着从业者的利益,提高了工程建设人员的素质,规范了施工管理行为,保证了工程质量和施工安全。在党和国家提倡依法治国的大背景下,建筑领域全面贯彻执行建筑法律法规各项制度显得更加重要。

1.1 法的概念、本质和特征

法是由国家制定、认可并由国家强制力保证实施的,以权利和义务为调整机制,以人的行为及行为关系为调整对象,反映由特定的社会物质生活条件所决定的统治阶级意志,它规定了人们在一定社会中的权利和义务,从而确认、保护和发展统治阶级所期望的社会关系和价值目标为目的的行为规范体系。

从法的概念上可以看出法具有如下特征:①调整行为关系的规范。②由国家专门机关制定、认可和解释,并具有普遍约束力的社会规范。③以权利和义务双向规定为调整机制。④依靠国家强制力保证实施。

法是一种规范,它确定了人的行为的自由度,即在法律界限之内,人们可以自由地行动;一旦超越了法律规定的界限,就要被国家强制力所制约,行为人就要因为自己的超越而付出经济、名誉、人身自由或生命等方面一个或多个的代价。

从本质上看,法是统治阶级意志的表现,法体现的是整个统治阶级的意志而不是统治阶级中的个别或少数人的意志,同时也不是统治阶级每个成员个体意志的简单相加。我国是人民当家做主,我国的法律体现的是全体人民的共同意志。

法和法律从严格意义上讲是有区别的。法律强调的是具体的、明确的规范,法则是这些具体规范的总和。所以法是抽象的、伦理性的事;法律是具体的、应用性的事。

1.2 建筑法规的概念

建筑法规是指由具有立法权的国家机关或其授权的行政机关制定的,旨在调整政府部门、企事业单位、社会团体、其他经济组织以及公民个人在建筑活动中相互之间所发生的各种社会关系的法律规范的总称。其中建筑活动是指各类房屋及附属设施的建造和与其配套的管道、线路、设备的安装活动。建筑法规不是一部单行法律,也不是一个独立的法律部门,它是分散于各个法律部门、各级行政法规和规章中的有关建设活动的法律、法规和各种技术或管理规范的总和。

1.2.1 建筑法规的特征

建筑法规具备行政性、政策性、技术性和经济性特征,这是由建筑产品的特殊性所决定的。

行政性是指建设法规大量使用行政手段作为调整工具,如授权、命令、禁止、许可、免除、确认、计划、撤销等,如项目开工前建设单位要取得建设行政主管部门的许可即取得施工许可证方可开工。因为建设活动关系到广大人民的生命财产安全,国家必须通过大量使用行政手段以达到对建设活动进行有效控制的目的。

建筑法规必须具有很强的政策性。这是由于工程建设活动深刻地影响着社会当前的和长远的经济发展,所以工程建设活动一方面取决于工程投资者和建设者的意愿,另一方面还必须依据国家的宏观经济政策。

工程建设产品的质量与人民的生命财产安全紧密相连,因此强制性遵守的标准、规范非常重要。大量建设法规是以规范、标准形式出现的,其技术性特征十分明显。

工程建设活动的重要目的之一就是要实现经济效益,能直接为社会创造财富,建筑业是可以为国家增加财富积累的一个重要产业部门。因此,调整工程建设活动的建设法规的经济性是十分明显的。

1.2.2 建筑法规的作用

建设活动是一个国家最基本的经济活动之一,完善合理的建筑法规体系可以规范工程建设活动,使建筑市场有序运转,使建筑业健康发展,为国家增加积累,使人们安居乐业。建筑业是与社会进步、国家强盛、民族兴衰紧密相连的一个行业。它所从事的活动,不仅为人类自身的生存发展提供一个最基本的物质环境,而且反映各个历史时期的社会面貌,反映各个地区、各个民族科学技术、社会经济和文化艺术的综合发展水平。建筑产品是人类精神文明发展史的一个重要标志。

具体来讲,建筑法规的作用主要有:规范指导建筑行为;保护合法建筑行为;处罚违法建筑行为。

1. 规范指导建筑行为

人们所进行的各种具体行为必须遵循一定的准则。只有在法律规定的范围内进行的行为才能得到国家的承认和保护,才能实现行为人预期的目的。从事各种具体的建筑活动所应遵循的行为规范即建筑法律规范。建筑法律规范对人们建筑行为的规范性表现为:

①义务性的建筑行为,即有些建筑行为依据法律规定必须做。如《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)第五十八条规定“建筑企业必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工”,即义务性的建筑行为规定。

②禁止性的建筑行为,即有些建筑行为禁止做。如《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)第三十二条规定“投标人不得相互串通投标报价,不得排挤其他投标人的公平竞争,损害招标人或者其他投标人的合法权益”,即禁止性的建筑行为规定。

③授权性的建筑行为,即法律规定人们有权选择某种建筑行为。它既不禁止人们做出这种建筑行为,也不要求人们必须做出这种建筑行为,而是赋予了一个权利,做与不做都不违反法律,由当事人自己决定。如《建筑法》第二十四条规定“建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位,也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或多项发包给一个工程总承包单位”就是属于授权性的建筑行为。

正是由于有了上述法律的规定,建筑行为主体才明确了自己可以为、不得为和必须为的一定的建筑行为,并以此指导和制约自己的行为,体现出建筑法规对具体建筑行为的规范和指导作用。

2. 保护合法建筑行为

建筑法规的作用不仅在于对建筑主体的行为加以规范和指导,还应对一切符合法规的建筑行为给予确认和保护,这种确认和保护一般是通过建筑法规的原则规定反映的。如《建筑法》第四条规定“国家扶持建筑业的发展,支持建筑科学技术研究,提高房屋建筑设计水平,鼓励节约能源和保护环境,提倡采用先进技术、先进设备、先进工艺、新型建筑材料和现代管理方式”,第五条规定“任何单位和个人都不得妨碍和阻挠依法进行的建筑活动”即属于保护合法建筑行为的规定。

3. 处罚违法建筑行为

建筑法规要实现对建筑行为的规范和指导作用,必须对违法建筑行为给予应有的处罚。否则,建筑法规所确定的法律制度由于得不到实施过程中强制手段的法律保障,就会变成毫无意义的规范。如《建筑法》第七十二条规定“建设单位违反本法规定,要求建筑设计单位或建筑施工企业违反建筑工程质量、安全标准,降低工程质量的,责令改正,可以处以罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任”即属于处罚违法建筑行为的规定。

技术点睛

2012年,全国建筑业总产值达137 217.86亿元,占当年全国GDP的26.41%;2013年,全国建筑业总产值达159 312.95亿元,占当年全国GDP的28%。由此可见,建筑业是国民经济的支柱产业。建筑业的法制化水平影响着整个国民经济的发展水平。

1.3 建筑法规的表现形式与效力

1.3.1 建筑法规的表现形式

建筑法规的表现形式有:宪法、法律、行政法规、部门规章、地方性法规与规章、最高人民法院司法解释规范性文件、国际公约等。

1. 宪法

宪法是我国的根本大法,具有最高的法律地位和效力,任何其他法律、法规都必须符合宪法的规定,而不得与之相抵触。宪法是建筑业的立法依据,同时又明确规定国家基本建设的方针和原则。中华人民共和国宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。因此宪法也是建筑业的立法依据。我国的宪法是由我国的最高权力机关——全国人民代表大会通过特别程序制定和修改的。

2. 法律

作为建筑法规表现形式的法律,其法律地位和效力仅次于宪法,在全国范围内具有普遍的约束力。如《建筑法》《招标投标法》等,它是建设法律体系的核心。

法律分为广义上的法律和狭义上的法律。广义上的法律,泛指《中华人民共和国立法法》调整的各类法的规范性文件;狭义上的法律,仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。在这里,我们仅指狭义上的法律。

全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权,全国人民代表大会通过普通程序制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。

3. 行政法规

行政法规是指作为国家最高行政机关的国务院制定和颁布的有关行政管理的规范性文件。行政法规在我国立法体制中具有重要地位,其效力低于宪法和法律,在全国范围内有效,一般行政法规名称后面都用“某某条例”,如《建设工程质量管理条例》《建设工程勘察设计管理条例》等。

4. 部门规章

部门规章是指国务院各部门(包括具有行政管理职能的直属机构)根据法律和国务院的行政法规、决定、命令在本部门的权限范围内按照规定的程序所制定的规定、办法、暂行办法、标准等规范性文件的总称。部门规章的法律地位和效力仅次于宪法、法律和行政法规。一般部门规章的名称后面都用“某某规定”“某某办法”,如《注册建造师管理规定》《建筑业企业资质管理规定》《招标公告发布暂行办法》等。

5. 地方性法规与规章

地方性法规是指省、自治区、直辖市以及省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会,在其法定权限内制定的法律规范性文件。地方性法规具有地方性,只在本辖区内有效,其效力低于法律和行政法规。地方性规章是指由省、自治区、直辖市以及省级人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的地方政府制定颁布的规范性文件。地方性规章的法律地位和效力低于上级和本级的地方性法规。

部门规章之间、部门规章和地方性法规之间具有同等的效力,在各自的权限范围内施行。

6. 最高人民法院司法解释规范性文件

最高人民法院对于法律的系统性解释文件和对法律适用的说明,对法院审判有约束力,具有法律规范的性质,在司法实践中具有重要的地位和作用。在民事领域,最高人民法院制定的司法解释文件有很多,如《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》等。

7. 国际公约

国际公约是指我国作为国际法主体同外国缔结的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。我国加入的或者与外国签订的调整经济关系的国际公约和双边条约,以及国际惯例、国际上通用的建筑技术规程等都属于建筑法规的范畴,都应当遵守与实施。如FIDIC《土木工程施工合同条件》非常复杂,它涉及有形贸易、无形贸易、信贷、委托、技术规范、保险等诸多法律关系。这些法律关系的调整必须遵守我国承认的国际公约、国际惯例及国际通用的技术规程和标准。

技术点睛

我国现行的建筑法规主要是:1998年3月1日起施行的《中华人民共和国建筑法》,2000年1月1日起施行的《中华人民共和国招标投标法》,2000年1月30日起施行的《建设工程质量管理条例》,2000年9月25日起施行的《建设工程勘察设计管理条例》,2004年2月1日起施行的《建设工程安全生产管理条例》。除此之外,还包括所有调整建筑活动的法律规范,这些法律规范分布在我国宪法、法律、行政法规、部门规章、地方性法规与规章、技术法规以及国际公约、国际惯例、国际标准之中。

1.3.2 建筑法规的效力层级及如何适用

①宪法至上。宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。

②上位法优于下位法。中央立法优于地方立法。当中央立法与地方立法发生冲突时,中央立法处于优位、上位,地方立法无效。在法律效力等级问题上,中央立法构成上位法,地方立法构成下位法。因此,全国人民代表大会及其常委会制定的基本法律以及国务院制定的行政法规高于地方立法机关制定的地方性法规(省、自治区、直辖市人民代表大会及其常委会以及较大的市人民代表大会及其常委会制定的地方性法规)和地方政府规章(省、自治区、直辖市人民政府以及较大的市人民政府制定的政府规章)。同级权力机关的立法高于同级行政机关的立法。同类型的立法根据其立法主体的地位确立法律位阶关系。权力机关(这里仅指人民代表大会)及其组成的常设机构(人民代表大会常委会)之间,人民代表大会制定的法规性文件效力等级高于其常设机构即人民代表大会常委会制定的法规性文件。

在我国法律体系中,上位法对下位法做出具体的、可操作性的实施性规定不仅必要而且重要,地方性法规更是如此。有学者谈到地方性法规的“实施性规定”必要性时提到:“法律、行政法规作为最高国家权力机关和最高国家行政机关进行的中央立法,其效力高于地方性法规,各地方都应当遵循。但也要看到,由于我国是一个大国,幅员辽阔,各地情况差异很大,东南沿海地区和中西部地区,城市和农村,情况很不相同,因此,法律、行政法规的有些规定往往只能比较概括,以适用各地方的不同情况,这就为地方性法规留下了很大的空间。”

③特别法优于一般法。

④新法优于旧法。

⑤需有关机关裁决适用的特殊情况。

法律之间对同一事项新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。

行政法规之间对同一事项新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。

地方性法规、规章之间不一致时,由有关机关依照下列规定权限做出裁决:同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决;地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为适合地方性法规的,就应当决定在该地方适用地方性法规;国务院认为适合部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决;部门规章之间、部门规章与地方性规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决。

1.4 建筑工程法律制度

1.4.1 建筑工程法人制度

法人(Legal Person)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。

1. 法人成立具备的条件

- ①依法成立。
- ②有必要的财产和经费。
- ③有自己的名称、组织机构和场所。
- ④能够独立承担相应的民事责任。

2. 法人的分类

企业法人和非企业法人(行政法人、社团法人、事业法人)由工商行政管理机关核准登记后成立;企业法人分立、合并或者其他重要的事项变更,应向登记机关办理登记并公告。非企业法人,不需要办理法人登记的,从成立之日起,具有法人资格;需要办理法人登记的,依法办理登记核准后,取得法人资格。

3. 法人在建设工程中的地位和作用

(1) 地位

监理、施工、设计勘察单位都具有法人资格,建设单位一般也有法人资格,但有的也没有(法人是出于需要,由法律拟制为自然人,以确定团体利益的归属,即所谓的“拟制人”)。

(2) 作用

- ①建设工程中的基本主体。
- ②建设领域国有企业经营权和产权的分立。

4. 企业法人与项目经理部的法律关系

项目经理部是施工企业为了完成某项建设工程任务而设立的组织,是项目经理与技术、生产、材料、成本等管理人员组成的管理班子,是一次性具有弹性的现场生产组织机构;项目经理部不具备法人资格;项目经理是企业法人授权的项目管理者,项目经理部行为的法律后果由企业法人承担。

【案例实解】

A市某设计院承担了坐落在B市的某项“设计—采购—施工”承包任务。该设计院将工程的施工任务分包给B市的某施工单位。设计院在施工现场派驻了包括甲在内的项目管理班子,施工单位则由乙为项目经理组成了项目经理部。施工任务完成后,施工单位以设计院尚欠施工款为由向仲裁委员会申请仲裁,主要依据是有甲签字确认的所增加的工程量。设计院认为甲并不是该项目的设计院方的项目经理,不承认甲签字的效力。经查实,甲既不是合同中约定的设计院的授权负责人,也没有设计院的授权委托书。但合同中约定的授权负责人基本没有去过该项目现场。事实上,该项目一直由甲实际负责,且有设计院曾经认可甲签字付款的情形。

问题:

设计院是否应当承担付款责任,为什么?

案例分析:

设计院派甲作为设计项目管理班子,但甲既不是合同中约定的设计院授权负责人,也没有设计院的授权委托书,但由于合同中约定的授权负责人基本没有去过项目现场,项目一直由甲实际负责,且设计院曾经认可甲签字付款的情形。施工任务完成后,施工单位以设计院尚欠工程款为由申请仲裁,依据是有甲签字确认的增加的工程量。

答案:

设计院应当承担付款责任。因为,由于设计院方面的管理原因,让施工单位认为甲具有签字付款的权力,致使本案付款纠纷的出现。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第四十三条规定:“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任。”由于种种原因,我国目前经常存在着名义上的项目负责人经常不在现场的情况。本案的真实背景是设计院认为甲被施工单位买通而拒绝付款。本案对施工单位的教训是:施工单位需要让发包或总包单位签字时,一定要找其授权人;如果发包或总包单位变更授权人的,应当要求发包单位完成变更的手续。

1.4.2 建筑工程代理制度**1. 代理**

代理是指代理人于代理权限内,以被代理人的名义向第三人进行意思表示或受领意思表示,该意思表示直接对本人生效的民事法律行为。

2. 代理的法律特征

①代理是一种法律行为。

②代理是代理人以被代理人的名义进行的,即代替被代理人进行的法律行为。

③代理是代理人在授权范围内进行的独立意思表示。

④代理人在代理授权范围内进行代理的法律后果由被代理人承担。代理人与第三人确立的权利义务关系(甚至于代理的不良后果和损失),均由被代理人承受,从而在被代理人和第三人之间确立了法律关系。

3. 代理的种类**(1) 委托代理**

委托代理是指代理人的代理权根据被代理人的委托授权行为而产生。因委托代理中,被代理人是以意思表示的方法将代理权授予代理人的,故又称“意定代理”或“任意代理”。

(2) 法定代理

法定代理是指根据法律规定,代理无诉讼行为能力的当事人进行诉讼,直接行使诉讼代理权的人。无诉讼行为能力的公民进行诉讼活动只能由其监护人为法定代理人代理其进行行政诉讼活动。当被代理人死亡后,依然有效的代理行为有:

①代理人不知道被代理人死亡而继续进行代理行为的。

②委托书中约定待某一代理事项完成后代理关系终止,而在被代理人死亡时,该事项尚未完成的,代理人的继续代理活动。

③被代理人的继承人全体承认的代理行为。

④被代理人死亡前已经进行而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的代理活动。

(3) 指定代理

指定代理是指代理人的代理权根据人民法院或其他机关的指定而产生。例如,根据我国《民法通则》第十六、十七条的规定,人民法院及村民委员会等有权为未成年人或精神病人指定监护人,也就是指定法定代理人。由于指定代理人的机关及代理权限都是由法律直接规定的,因此,指定代理不过是法定代理的一种特殊类型。

4. 《民法通则》对有关行为和责任的规定

①无代理权、超越代理权或代理权已终止仍进行代理的,均为无权代理,均由行为人承担民事责任;如被代理人追认,则由被代理人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不做否认表示的,视为同意。

②代理人不履行代理职责而给被代理人造成损害的,应当承担民事责任。

③代理人知道被委托事项违法而仍然进行代理活动,或者被代理人知道代理人代理行为违法却不表示反对,由代理人和被代理人负连带责任。

④委托代理转托时,应事先取得被代理人同意,或事后及时告知被代理人取得其同意,否则,由代理人负民事责任。但在紧急情况下为保护被代理人的利益而转托的不在此限。

5. 代理的终止

代理关系终止的共同原因有两个:

①被代理人死亡。

②代理人死亡或者丧失行为能力。

1.4.3 建筑工程物权制度

1. 物权的概念及特征

物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。物权是和债权对应的一种民事权利,它们共同组成民法最基本的财产权形式。与债权相比,物权具有如下特征:

①物权的权利主体特定,义务主体不特定。物权是指特定主体所享有的排除权利主体外的一切其他人侵害的财产权利。作为一种绝对权和对世权,权利人以外的任何其他人都负有不得非法干涉和侵害物权的义务。而债权只是发生在债权人和债务人之间,权利主体和义务主体都是特定的。债权人的请求权只对特定的债务人发生效力,因此被称为对人权。

②物权内容是直接支配一定的物并排除他人干涉。所谓直接支配,是权利人无须借助他人的行为就能够行使自己的权利。权利人可以依据自己的意志直接依法占有、使用其物,或采取其他支配方式。所谓排除他人干涉,是指物具有不容他人侵犯的性质。

2. 物权的分类

(1) 所有权与他物权

所有权是指所有人依法可以对物进行占有、使用、收益和处分的权利。所有权是物权中最完整、最充分的权利。

他物权是指所有权以外的物权,也称限制物权、定限物权。他物权是所有权的部分权能与所有性发生分离,由所有权人以外的主体对物享有一定程度的直接支配权。他物权与所有权一样,具有直接支配物并排斥他人干涉的性质。

(2) 用益物权和担保物权

根据设立物权的目的不同,传统民法将其分为用益物权和担保物权。

用益物权是指以物的使用收益为目的的物权,包括土地使用权、土地承包经营权、地役权等。

担保物权是指在借贷、买卖等民事活动中,债务人或者第三人将自己所有的财产作为履行债务的担保。债务人未履行债务时,债权人依照法律规定的程序就该财产优先受偿的权利。担保物权包括抵押权、质权和留置权,主要是以确保债务的履行为目的的物权。两者的区别表现在:第一,用益物权注重物的使用价值;担保物权注重物的交换价值。第二,用益物权一般是在不动产上成立的物权。虽然《中华人民共和国物权法》为动产的用益物权留下了发展的空间,但物权法规定的具体的用益物权只是在不动产上设立的;担保物权既可以在不动产上设立,也可以在动产上设立。第三,用益物权除地役权外,均为主物权;担保物权是从物权,需以主债权的存在为前提。

(3) 动产物权和不动产物权

动产物权和不动产物权是按物权客体的不同进行的分类。如住房是不动产物权,汽车是动产物权。

3. 物权的设立、变更、转让、消灭和保护

①不动产的设立、变更、转让、消灭依法律规定登记,自记载于不动产登记簿时发生效力。依法登记发生效力,不登记,不发生效力,但法律另有规定的除外,如依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记。

②动产的设立、转让,动产物权以占有和交付为公示手段。动产物权的设立与转让以交付日发生效力。但法律另有规定的除外,如船舶、航空器、机动车辆的物权未经登记,不得对抗善意的第三人。

③物权的保护,可以通过协商、调解、和解、诉讼、仲裁等途径解决;侵害物权,除承担相应的民事责任外,违反行政规定的,应承担相应的行政责任,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

1.4.4 建筑工程债权制度

1. 债的概念及特征

根据《民法通则》的规定,债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。例如,在建设工程合同关系中,承包人有请求发包人按照合同约定支付工程价款的权利,而发包人则相应地有按照合同约定向承包人支付工程价款的义务。又如,根据《民法通则》的有关规定,在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等,没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的,施工人依法应当承担赔偿损失等民事责任,而受害人则相应地具有依法要求施工人赔偿损失的权利。这些都是特定当事人之间的民事法律关系,都是债的关系。

2. 债的法律关系

债是按照合同约定或法律规定,在当事人之间产生的特定权利和义务关系;享有权利的是债权人,负有义务的是债务人;债权人有权要求债务人按照合同约定或者法律规定履行义务。债的内容,是指主体双方的权利与义务,即债权人享有权力,债务人负有义务,即债权与债务;债权为请求特定人为特定行为作为与不作为的权利。债权与物权不同,物权是绝对权,债权是相对权。相对性的内涵为:①债权的主体相对性;②债权的内容相对性;③债权的责任相对性。

3. 债的发生依据

(1) 合同

合同是平等主体的自然人、法人和其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。当事人之间通过订立合同设立的以债权债务为内容的民事法律关系,称为合同之债。

(2) 不当得利

不当得利是指没有合法依据,取得不当利益,造成他人损失。当发生不当得利时,由于一方取得的利益没有法律或合同根据且给他人造成损害,在这种情况下,受损失一方依法有请求不当得利人返还其所得利益的权利,而不当得利人则依法负有返还义务。这样,在当事人之间即发生债权债务关系,这种因不当得利所发生的债,称为不当得利之债。

(3) 无因管理

无因管理是指没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失而进行管理或者服务的行为。无因管理发生后,管理人依法有权要求受益人偿付因其实施无因管理而支付的必要费用。这种由于无因管理而产生的债,称为无因管理之债。

(4) 侵权行为

侵权行为是指侵害他人财产或人身权利的违法行为。在民事活动中,一方实施侵权行为时,法律规定,受害人有权要求侵害人承担赔偿责任等责任,而侵害人则有负责赔偿的义务,因此,侵权行为会引起侵害人和受害人之间的债权债务关系。这种因侵权行为而产生的债,称为侵权行为之债。

4. 建设工程之债常见的类型

建设工程之债常见的类型有:施工合同债、买卖合同债及侵权之债。

1.4.5 建筑工程知识产权制度

知识产权法律制度是保护科学技术和文化艺术成果的重要法律制度,它伴随着人类文明与商品经济的发展而诞生,并日益成为各国保护智力成果、促进科学技术和社会经济发展、进行国际竞争的有力措施。知识产权制度作为一种保护智力成果的法律制度,其保护对象十分广泛,其内涵、外延也随着科学技术和文化事业的发展不断拓展。

1. 知识产权的基本特征

① 财产权和人身权的双重属性。

② 专有性。

③ 地域性。

④ 期限性。

2. 知识产权的内容

(1) 版权法律制度

版权法律制度即著作权法律制度。著作权包括人身权和财产权两大类。人身权是指与作者本身密不可分的权利,又称精神权利。它包括:发表权、署名权、修改权和保护作品完整权。财产权是指作者对于自己所创作的作品享有使用和获得报酬的权利,也称经济权利。它是指以复制、表演、广播、出租、展览、发行、放映、摄制、信息网络传播或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的权利,以及许可他人以上述方式使用作品,并由此获得报酬的权利。

(2) 专利法律制度

受专利制度保护的发明创造包括:发明专利、实用新型和外观设计专利等。《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)是专利制度的核心。专利制度就是国家运用法律手段,通过《专利法》的实施,借助授予发明创造以专利权来鼓励和保护发明创造,从而促进科技进步、促进经济发展的法律制度。在关于《中华人民共和国专利法(草案)》的说明中,把专利制度概括为“国际上通行的一种利用法律的和经济的手段促进技术进步的管理制度。这个制度的基本内容是依据专利法,对申请专利的发明,经过审查