

建筑工程

法律责任风险与 管理要点精析



◎ 陈津生 主 编
◎ 曾永光 副主编

- ✓ 要点精讲与精析
- ✓ 精选典型案例全面解读



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS

法律风险是一种不同于自然风险、商业风险的特殊风险，必须引起企业的高度重视。

企业在工程项目建设经营活动中将面临哪些法律风险？如何对其进行有效的管理和防范？这是本书试图阐述的问题。书中内容涵盖招标投标、工程质量、安全生产、施工合同、侵权责任、劳务分包和起重机械安全生产等方面常见的法律风险问题。

本书可作为建设工程施工单位、建设单位（包括房地产开发企业、基建单位）、招标投标代理机构、工程监理公司、安全质量监管机构、建筑机械租赁安装公司等有关人员进行法律风险管理学习的培训用书；也可作为高等院校相关专业师生的教学参考与辅导读物。



建筑工程法律责任风险与管理要点精析

陈津生 主 编

曾永光 副主编

机械工业出版社

法律风险是一种不同于自然风险、商业风险的特殊风险,必须引起企业的高度重视。企业在工程项目建设经营活动中将面临哪些法律风险?如何对其进行有效的管理和防范?这是本书试图阐述的问题。书中内容涵盖招标投标、工程质量、安全生产、施工合同、侵权责任、劳务分包和起重机械安全生产等方面常见的法律风险问题。

本书可作为建设工程施工单位、建设单位(包括房地产开发企业、基建单位)、招标投标代理机构、工程监理公司、安全质量监管机构、建筑机械租赁安装公司等有关人员法律风险管理的学习培训用书;也可作为高等院校相关专业师生的教学参考与辅导读物。

图书在版编目(CIP)数据

建筑工程法律责任风险与管理要点精析/陈津生主编. —北京:机械工业出版社, 2011. 5

ISBN 978-7-111-34221-2

I. ①建… II. ①陈… III. ①建筑工程—法律责任—风险管理—研究—中国 IV. ①D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 072725 号

机械工业出版社(北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)

策划编辑:关正美 责任编辑:关正美

责任校对:王欣 封面设计:张静

责任印制:乔宇

三河市国英印务有限公司印刷

2011 年 6 月第 1 版第 1 次印刷

184mm×260mm·17.5 印张·434 千字

标准书号:ISBN 978-7-111-34221-2

定价:58.00 元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换

电话服务

网络服务

社服务中心:(010)88361066

门户网:<http://www.cmpbook.com>

销售一部:(010)68326294

销售二部:(010)88379649

教材网:<http://www.cmpedu.com>

读者购书热线:(010)88379203

封面无防伪标均为盗版

前 言

近二十年来,随着建筑市场规模的不断扩大,市场竞争的不断加剧和市场交易规则的日趋复杂,法制的不断健全,政府监管的不断加强,作为规范工程项目建设活动的准则,法律对施工企业的影响力越来越大,违反法律的后果也越来越严重。

法律责任风险发生后不仅会给工程项目建设带来直接经济损失,而且会严重影响施工企业的品牌和形象,并且会导致企业被建设主管部门处以降低企业资质等级、被工商管理部门处以吊销营业执照等行政处罚,在情况严重时甚至导致犯罪而让企业法人或执业人员承担刑事责任。

主动地识别、分析工程项目建设所面临的法律责任风险,在施工企业进行重大决策和工程项目建设经营活动时,提前考虑到相关的法律责任风险,权衡商业利益与法律责任风险之间的关系,在深度把握法律责任风险的情况下开展各项建设经营管理活动,已经成为世界级企业的制度性做法。

正如杰克·韦尔奇先生所说:“企业管理人员有责任像管理商业风险一样去管理法律风险。”法律责任风险管理的好坏,在某种程度上决定着工程项目建设成败,乃至施工企业的生死存亡。将法律工作从日常经营管理的辅助性、边缘性、被动性状态中解脱出来,使其全面介入建设工程经营管理的各个环节,是建设工程风险管理发展的必然趋势。

法律责任风险管理是一项系统工程,涉及施工企业的各个部门、层面和工程项目建设各个环节之中。近年来的实践证明,法律责任风险管理不能只靠企业的法律部门,单纯依靠法律顾问或法律专业人员进行,必须动员施工企业全员参与其中,将其融入到工程项目建设管理的每个环节之中,才能收到事半功倍的效果。而全员参与的关键又在于人才的培养和法律知识的普及,要培养一大批既懂得商业风险管理,又懂得法律风险管理的全面型人才。为此,普及法律责任风险管理知识,提高建设管理从业人员对法律责任风险的识别、监控和防范能力,是当前建立和完善企业法律责任风险管理机制的一项十分紧迫的任务。

本书从工程项目建设实际出发,较为系统地介绍了建设工程法律责任风险的管理知识,内容涉及招标投标、建筑质量、安全生产、施工合同、侵权风险、劳务分包、起重机械以及环境污染、消防、节能等方面。每一篇中都对有关的法律焦点、重点、难点问题进行了剖析,结合司法判例系统归纳和梳理了常见法律责任风险,并对管理要点做了阐述,供读者参考。

参加本书编写的有:陈津生、曾永光、王慎柳、田玉蓉、杨红,全书由陈津生负责统稿。由于我国法律责任风险管理的实践时间较短,可供参考的资料不多,可能挂一漏万,希望读者给予批评指正,以利于再版修正,满足广大读者对法律责任风险管理知识的需要。在本书编写的过程中,参考了部分文献资料和引用了一些法律纠纷判例,在此向这些文献资料的作者表示衷心的感谢。

本书编者

目 录

前言

第1篇 建筑工程法律责任风险与管理要点概述

第1章 建筑工程法律责任风险基本知识	1
1.1 法律责任风险	1
1.2 行政法律责任	3
1.3 民事法律责任	4
1.4 刑事法律责任	6
第2章 建筑法律风险管理的原则与程序	7
2.1 法律责任风险管理特征	7
2.2 法律责任风险管理原则	8
2.3 法律责任风险管理策略	10
2.4 法律责任风险管理流程	12
2.5 法律责任风险管理计划	15

第2篇 建筑工程招标投标法律责任风险与管理要点

第1章 招标投标常见法律责任风险	17
1.1 规避招标——应招标项目未招标引起的法律纠纷	17
1.2 自愿招标——非强制招标项目招标引起的法律纠纷	18
1.3 先斩后奏——不具备招标条件而招标引发的法律纠纷	19
1.4 恶意串标——招标人与投标人相互串标而引发的法律纠纷	20
1.5 标外定标——在推荐名单外定标而引发的法律纠纷	20
1.6 单方毁标——招标人改变中标结果而引发的法律纠纷	21
1.7 借鸡下蛋——借用他人资质投标而引发的法律纠纷	23
1.8 擅自弃标——投标方中标后拒签合同而引发的法律纠纷	25
1.9 阴阳合同——签订背离合同实质性内容协议而引起的法律纠纷	26
第2章 招标投标法律责任风险管理要点	28
2.1 招标准备阶段法律风险管理	28
2.2 招标投标阶段法律风险管理	29
2.3 开标阶段法律风险管理	35

2.4 评标阶段法律风险管理	37
2.5 定标阶段法律风险管理	39

第3篇 建筑工程质量法律责任风险与管理要点

第1章 建筑工程质量常见法律责任风险	41
1.1 万丈高楼由此起——勘察设计失误而引发的质量法律纠纷（一）	41
1.2 提供图纸不合格——勘察设计失误而引发的质量法律纠纷（二）	42
1.3 自作主张增楼层——擅自改变设计而引发的质量法律纠纷	43
1.4 转包责任难推托——非法转包而引发的建筑工程质量法律纠纷	45
1.5 质量缺陷不担责——未经验收擅自使用而引发的质量法律纠纷（一）	46
1.6 基础结构缺陷有说法——未经验收擅自使用而引发的质量法律纠纷（二）	47
1.7 合同无约也保修——建筑质量保修而引发的法律责任纠纷（一）	48
1.8 质量保修有期限——建筑质量保修而引发的法律责任纠纷（二）	49
第2章 建筑工程质量法律风险管理要点	51
2.1 建筑工程质量承发包法律风险管理	51
2.2 合同质量条款法律风险管理	52
2.3 对施工分包商的法律风险管理	53
2.4 引入工程质量保险管理模式	54
2.5 工程质量诉讼法律风险管理	55

第4篇 建筑施工安全法律责任风险与管理要点

第1章 建筑施工安全常见法律责任风险	66
1.1 不问出处——发包人审核失职而引发生产安全事故	66
1.2 盲目施工——违反施工规范而引发的生产安全事故（一）	68
1.3 未定方案——违反施工规范而引发的生产安全事故（二）	69
1.4 偷工减料——违反强制性标准而引发的生产安全事故	71
1.5 钢结构屋架固定不规范——违章指挥、违规操作而引发的生产安全事故	74
1.6 模板支撑不合格——专项方案缺陷而引发的施工安全事故	75
第2章 建筑施工安全法律风险管理要点	78
2.1 认真落实建筑安全生产管理制度	78
2.2 强化施工现场安全教育培训工作	81
2.3 引入施工安全生产目标管理机制	84
2.4 加强施工全过程细节安全管理	86

第5篇 建筑施工合同法律责任风险与管理要点

第1章 建筑施工合同法律责任认定	91
1.1 建筑施工合同法律效力的识别	91

1.2	有效合同法律责任认定与处理	94
1.3	无效合同产生的主要原因与处理	96
1.4	施工合同纠纷诉讼主体的确定	101
第2章	建筑施工合同常见法律风险	102
2.1	无证承揽起纠纷——违法分包而引发的合同法律纠纷	102
2.2	移花接木惹祸端——借用资质而引发的合同法律纠纷	104
2.3	概括承受招非议——合同转让而引发的合同法律纠纷	106
2.4	先断后问担责任——发包人过失而引发的合同法律纠纷	109
2.5	一明一暗谁为准——阴阳合同引发的合同法律纠纷	111
2.6	似是而非找麻烦——价款约定不清引发的合同法律纠纷	113
2.7	履约不力谁之过——工期延误引发的合同法律纠纷	114
第3章	建筑施工合同法律风险管理要点	118
3.1	签订合同前的法律风险管理	118
3.2	合同洽谈时的法律风险管理	122
3.3	履行合同期间法律风险管理	124
3.4	垫资施工合同责任风险管理	127
3.5	合同纠纷法律救济管理	129
第6篇 建筑工程侵权法律责任风险与管理要点		
第1章	建筑工程侵权行为法律责任剖析	131
1.1	不同合同关系的侵权赔偿责任	131
1.2	违法承发包关系的侵权赔偿责任	133
1.3	建筑工程常见的特殊侵权责任	134
1.4	侵权责任与违约责任竞合	142
第2章	建筑工程侵权常见法律责任风险	145
2.1	一人受伤状告八方——总承包、承包关系中的侵权责任	145
2.2	雇员受伤责任谁来负——雇佣关系中的侵权责任（一）	148
2.3	伤及第三人雇主有责任——雇佣关系中的侵权责任（二）	150
2.4	承揽人受伤害定作人有连带——承揽关系中的侵权责任	151
2.5	公路塌陷致伤责任由谁当——建筑物及人工构筑物的侵权责任	154
2.6	施工不设防伤害谁赔偿——公共场所施工的侵权责任	155
2.7	城门失火殃及池鱼——相邻关系中的侵权责任（一）	157
2.8	影响采光如何赔偿——相邻关系中的侵权责任（二）	159
2.9	临时用地未复原是否算侵权——相邻关系中的侵权责任（三）	161

第3章 建筑工程侵权法律责任风险管理要点	162
3.1 施工现场侵权责任风险管理	162
3.2 建筑公众侵权法律责任风险管理	166
3.3 施工相邻关系侵权风险管理	168

第7篇 建筑施工劳务分包法律责任风险与管理要点

第1章 建筑施工劳务分包法律问题辨析	170
1.1 建筑施工劳务分包的法律界定	170
1.2 劳务分包组织模式的法律剖析	172
1.3 施工劳务分包中的法律关系	174
第2章 建筑施工劳务分包常见法律风险	176
2.1 合同无效工程白干——层层分包而引发的劳务分包法律纠纷（一）	176
2.2 转包欠款发包有责——层层分包而引发的劳务分包法律纠纷（二）	178
2.3 是90元？还是135元——未签订合同而引发的劳务分包法律纠纷（一）	179
2.4 劳务分包还是工程分包——未签订合同而引发的劳务分包法律纠纷（二）	180
2.5 协议、承诺对对碰——一份承诺书引发的施工劳务分包法律纠纷	185
2.6 权限过期代理无效——表见代理引发的施工劳务分包法律纠纷	186
第3章 建筑施工劳务分包法律风险管理要点	189
3.1 施工前的劳务分包法律风险管理	189
3.2 施工中对劳务承包单位的管理	194
3.3 施工后期劳务分包法律风险管理	197

第8篇 建筑起重机安全法律责任风险与管理要点

第1章 起重机生产安全法律责任分析	199
1.1 建筑起重机租赁合同中的法律问题	199
1.2 起重机械使用过程的法律问题辨析	205
第2章 建筑起重机生产安全法律风险	208
2.1 设备瑕疵——租赁单位安全生产责任事故	208
2.2 无证上岗——安装单位安全生产责任事故（一）	210
2.3 违规操作——安装单位安全生产责任事故（二）	212
2.4 违章指挥——安装单位安全生产责任事故（三）	213
2.5 无证驾驶——使用单位安全生产责任事故（一）	214
2.6 违规操作——使用单位安全生产责任事故（二）	216
2.7 吊装超载——使用单位安全生产责任事故（三）	217
2.8 监管失职——使用单位安全生产责任事故（四）	218
第3章 建筑起重机安全生产法律风险管理要点	220

3.1 建筑起重机安全生产责任制度	220
3.2 建筑起重机全过程责任管理	223
3.3 总承包单位起重机安全风险管理	227
3.4 建筑起重机安全事故应急管理	231

第9篇 建筑工程其他法律责任风险与管理要点

第1章 环境污染法律责任风险与管理要点	237
1.1 环境污染法律诉讼概述	237
1.2 环境污染常见法律责任风险	242
1.3 环境污染法律责任风险管理	246
第2章 建筑工程节能责任风险与管理要点	248
2.1 建筑节能法律责任与法律诉讼	248
2.2 建筑节能的法律诉讼	250
2.3 建筑节能常见的法律责任风险	251
2.4 建筑节能法律责任风险管理	255
第3章 建筑消防安全法律风险与管理要点	257
3.1 建筑消防安全法律风险概述	257
3.2 建筑消防安全常见法律风险	261
3.3 建筑消防安全法律风险管理	269
参考文献	272

第1篇 建筑工程法律责任风险 与管理要点概述

第1章 建筑工程法律责任风险基本知识

1.1 法律责任风险

1.1.1 法律责任的定义与特征

“责任”两字自古有之，具有多种含义：第一种含义是指职责、职务。如《新唐书·王珪薛收等传赞》：“观太宗之责任也，谋斯从，言斯听，才斯奋，洞然不疑。”《续资治通鉴·宋英宗治平三年》：“陛下能责任将帅，令疆场无事，即天下幸甚。”第二种含义是指分内应做的事情。如司马光（宋）《谏西征疏》：“所愧者圣恩深厚，责任至重。”李渔（清）《玉搔头·止兵》：“曾与老爷当面说过，内患不除，是老爷的责任。”第三种含义是指由于没有做好分内的事，而应承担的后果。如陈登科《风雷》第1部第59章：“俺黄泥乡，戴上这么一顶落后的帽子，你们全没有责任哪？”

本书的“责任”是指第三种含义。什么是法律责任呢？法律责任即行为人（或法人）因违犯国家法律、法规或者其他规章制度导致承担的法律后果，例如责任追究、责任处罚。法律责任的概念具有以下特征：

1. 法律责任与法律义务是对应的关系

法律责任表示一种因违反法律上的义务关系而形成的责任关系，这种责任关系派生于法律上规定的义务关系，是因为违反了法律上的义务规定，才导致责任关系的产生。

法律责任以法律为依据，取决于责任者的行为是否超出法律法规约定的范围。超出了法律规定的范围，责任主体就要受到法律惩罚。否则，就不存在责任风险。由此可知，法律责任是由法律而非人为制造的，或者说是因为法律规定而引起的。

2. 法律责任不同于道德责任

道德责任的判断依据是社会道德规范，道德规范是社会行为主体的一种内在思想约束，失德的后果只能是受到社会舆论的谴责和良心的诘问。而法律责任不同，法律责任判断的依据是法律法规，是对社会行为主体的一种外在法律制度制约，其后果是违法主体将要受到法律惩罚。

3. 法律责任表示一种责任方式

即承担或追究对法律的否决性、不利性的后果。法律责任方式是由法律所规定的，通常

有两种方式：补偿与制裁。补偿是指法律责任主体通过采取各种措施，对违法行为所造成的损失进行恢复、挽回或补救。制裁是指由于违法行为主体造成了损失，所以利用法律规定的各种形式，对责任人进行惩罚。

4. 法律责任追究的强制性

法律责任的追究和执行是由国家强制执行或潜在保证的。所谓强制追究或执行是指由有关国家机关依法定职权和程序，采取直接强制手段予以实施。但这并不等于一切法律责任的实现都要由国家强制力介入。比如说，民事责任可以由当事人自行协商或承担，如果责任人没有承担民事责任，才出现国家强制保证实施责任的追究和执行，“潜在保证”就是从这个意义上讲来的。

1.1.2 法律责任风险的定义与特征

“法律责任风险”简称“法律风险”。在我国，“法律风险”的概念最早是由国资委下发的《国有企业法律顾问管理办法》（国资委令6号）文件提出的。

但什么是“法律风险”？该文件并未给予界定。2005年，国资委副主任黄淑和在“国有企业法律风险防范国际论坛”上的讲话中指出，企业风险按照不同的属性具有多种类型。从企业作为独立法人实体的角度来看，我们认为企业风险主要有自然风险、商业风险和法律风险等。其中，前两种风险分别以不可抗力和市场因素为特征，而法律风险是以势必承担法律责任为特征的。由此可见，“法律风险”与我们所说的“法律责任风险”是同义语。

那么，什么是法律责任风险呢？中国政法大学教授曲新久认为：“法律风险是指因违犯国家法律、法规或者其他规章制度导致承担法律责任或者受到法律制裁的风险。”按照该定义，对于建筑工程法律责任风险的定义描述如下：建筑工程法律责任风险是指建设行为人（或法人）违反社会或建设领域法律、法规或者其他规章制度导致承担法律责任的风险。建筑工程法律责任风险与其他行业法律责任风险不同，具有以下显著特征：

1. 法律责任风险的高发性

建筑工程营造周期长，风险跨度大；隐蔽工程多，不易发现安全隐患；施工工艺复杂，危险因素集结。另外，参与主体较多，组织实施复杂，空中作业、交叉作业频繁，合同关系错综复杂，一旦建筑施工现场管理不当，极容易导致法律责任事故的发生。因此，高发性成为建筑工程责任风险的首要特点。据有关部门调查统计，在我国责任事故发生率排位中，建筑是仅次于煤炭的高发行业。因此，施工责任风险成为责任主体在建设活动中的一种损失幅度越来越大、频率越来越高的风险，施工法律责任风险正在逐渐加重，成为建设主体乃至社会、公众十分关注的一类风险。

2. 法律责任风险的关联性

建筑工程法律责任风险往往与其他种类的风险具有一定的关联性，与工程的实物风险、金融风险、人力资源风险、施工管理风险、工程技术风险等有一定的联系。例如，建筑工程质量责任风险的发生与责任者的管理或技术风险往往交织在一起，由于施工技术不精深、业务水平不高、施工组织管理不善而导致工程质量责任事故发生。还可能是由于其他责任主体的不轨行为导致施工质量降低。例如，建设单位、设计单位的人为干预和施压，降低工程质量，导致施工质量降低，发生质量责任事故。

3. 法律责任风险的综合性

当发生法律责任事故,给工程带来损失时,一般按照“谁造成,谁负责”的原则,由责任方承担相应的损失责任。在判断责任时,需要识别风险源,进行因果分析等,以此判断是谁造成的工程损失,确定责任者。但是,由于建设工程施工过程复杂,责任主体众多,有些风险责任往往是交织在一起的。

例如,施工图由设计承包商提供,建筑材料由材料供应商提供,施工机械由机械承包商提供,施工由总承包商、分承包商参与,业主负责采购,还有监理单位、质量监督检测单位的参与,有些项目还要涉及提供贷款的银行和担保公司等。因此,一项工程的责任风险可能涉及多方责任主体。比如,在建工程发生局部倒塌时,可能是由于设计不当造成的,也可能是因为施工技术不达标,还可能是因为建筑材料不合格,又或许是由上述原因共同造成的。总之,工程责任风险通常涉及多个责任主体。

4. 法律责任风险的严重性

建筑工程责任风险事故一旦发生,后果会很严重,特别是在人口居住活动密集的市区、城中村,一旦发生工程坍塌、倾倒、火灾、爆炸等安全事故,受到损失的范围不仅仅是施工场所,也包括周边已有的建筑、市政基础设施(如供水、电力、燃气、通信等),直接威胁着这些建筑、公用设施的使用和居民人身安全等重大公共公众利益,甚至影响整个城市的社会稳定,其危害是极大的。

5. 违约责任风险占较大比例

由于工程建设是一项系统工程,参与主体较多,需要多部门、多专业的合作,因此,在工程建设过程中,合同关系呈现复杂而多变的状态,一旦在合同管理中出现缺陷,将会导致合同双方当事人的合同纠纷。为此,违约责任风险成为建设工程法律责任风险中较为常见的一类风险,例如,工程质量纠纷、延误工期纠纷、三角债链的形成、拖欠工程款纠纷等。

6. 主要是产品责任风险

建筑行业是为社会提供优质建筑产品的行业。为此,建筑企业的法律责任主要体现在产品法律责任范畴。产品责任包括两部分内容:即产品的质量责任与安全生产的责任。国家或行政主管部门制定的法律法规主要是围绕着质量与安全责任做出规定的,体现出建筑法律责任风险的产品责任特性。建筑工程质量和安全生产是建筑工程责任风险产生的主要来源,也是建筑工程法律责任风险管理的两大主题。

1.2 行政法律责任

1.2.1 行政责任的定义

行政责任是指行政主体或行政相对人在履行行政法律义务过程中,因违反国家行政管理法律、法规或者其他规章而应承担的行政法律后果。建筑工程行政责任集中体现在建设行政主体或行政相对人在履行行政法律义务中,因违反建筑工程市场行政规则、建筑工程质量和安全生产的有关法律法规,根据建设行政法规规定,应负有的法律责任。理解行政责任的概念应把握以下几点:

1) 行政责任是行政法律关系的主体,包括行政主体和行政相对人,因违反了行政法律

规范，侵害了行政法律规范保护的社会关系，并造成了一定的危害，而依法应承担的法律责任。

2) 行政责任是与行政违法相对应的。如果行政主体和行政相对人不存在行政违法行为，就不存在行政责任。

3) 产生行政责任的原因是行为人的违法行为和法律规定的特殊情况。有些情况实行过错归责，而一些特殊情况实行严格责任，即无过错责任。行政责任具有政治性、义务性、制度性和监督性的特征。

1.2.2 行政责任构成要件

行政主体和行政相对人具备以下几个条件，责任主体就应该承担行政责任：

1) 在执行行政义务中，存在行政违法的行为。所谓行政违法是指行政法律关系主体违反行政法律规范，侵犯受法律保护的行政法关系，对社会造成一定程度的危害，尚未构成犯罪的行为。无行政违法行为，不承担行政责任。

2) 存在承担责任的法律依据。现代法治社会，不仅要求权力（权利）、职责（义务）的法定，而且要求对责任的承担也必须有法律依据。因此，承担行政责任的方式、内容等都应当由法律规定，否则承担责任就很难做到。

3) 有些行政责任要具备主观上有过错的要件，无过错，无责任。哪些情况适用过错责任，则由具体的行政法律法规而定。

1.2.3 行政责任承担主体

建筑工程行政责任承担主体大体可以分为以下四类：

1) 建筑工程执业人员（或企业法人）违反国家建设行政管理法律、法规或规章而应承担的法律责任。

2) 建筑工程执业人员（或企业法人）承担的无过错行政责任。

3) 建设行政机关及其工作人员在执行行政义务时，因违法失职行为而应承担的法律责任。

4) 建设行政机关及其工作人员在行政败诉后而产生的行政责任，这种行政责任是对行政违法与行政不当的救济。

1.2.4 行政责任承担方式

对行政相对人而言，行政处罚与行政处分是建筑行业最为常见的行政责任承担方式。《行政处罚条例》和《中华人民共和国行政监察法》（以下简称《行政监察法》）是规范和调整行政处罚、行政处分的设定和实施的法律依据。

1.3 民事法律责任

1.3.1 民事责任的定义

建筑工程民事责任是指建筑行为人（或法人）因违反国家民事法律、法规或者建筑工

程合同的规定,导致侵害他人人身、财产权益而应承担的法律责任。

民事责任、行政责任都是法律责任,但具有不同的特征。民事责任的主要目的不在于惩罚侵害人,而在于恢复受损人的权利,弥补权利人受到的损害。这种目的决定了民事法律责任具有强制性、财产性、补偿性和相对性的特征。民事责任可以由当事人双方协商解决。

1.3.2 民事责任的分类

1. 侵权责任

狭义的侵权行为是指由于行为主体的过错或过失而侵害他人的人身或者财产权益,应当承担民事责任的行为,即一般侵权行为;广义的侵权行为则包括一般侵权行为和特殊侵权行为,特殊侵权行为是指根据法律的特别规定,无论行为主体有无过错或过失,行为人都应对侵害他人的人身或财产权益而承担民事责任的行为。

2. 违约责任

违约责任又称违约行为或合同责任,违约责任是从民事责任中衍生出来的责任,违约责任是指订立合同的当事人违反合同,不履行或不按合同规定的条件履行义务(质量、数量、时间、地点等)的行为所应承担的赔偿责任风险。

1.3.3 民事责任构成要件

1. 行为人的主观过错

任何违反民事法律的行为都是受行为人主观心理活动支配的。在法律上,行为人的主观心理活动被划分为两种状态:一为过错,二为非过错。行为人主观上有过错,是民事责任的一般构成要件之一。

2. 责任主体存在违法行为

民事责任是违反民事义务的法律后果。因此,如果民事主体没有实施违反民事义务的行为,就谈不上追究民事责任。在实践中,我们在掌握该要件时必须明确以下三点:

1) 违反民事义务的行为有两种表现式,即作为和不作为。

2) 损害行为必须具有违法性。如果损害行为合法,行为人就不应该承担民事责任。

3) 损害行为必须违背了民事实体法。如果损害行为违背的只是其他法律规范,对行为人就不能追究民事责任,而只能追究其他法律责任。

3. 存在责任损害事实

责任损害事实是指主体的行为发生后,受害人(国家或个人)受到伤害和损失的事实,包括经济的、人身的、财产的、精神的损失和伤害。在追究民事责任时,必须考虑违反民事义务的行为是否给相对人造成了民事权利损害。如果只有损害行为而没有造成损害结果,就谈不上追究民事责任。因为,法律设定民事责任制度的目的在于补救遭受分割的民事权利,既然没有出现受害的结果,当然也就无需追究民事责任。

4. 行为与后果的因果关系

一定的原因引起一定的结果,一定的结果由一定的原因所产生,原因与结果之间的内在联系,就叫做因果关系。按照我国民法的规定,一个民事主体只能对自己的损害行为所造成的损害事实负民事责任。因此,当损害事实已经发生,要使某一民事主体对这一损害事实负民事责任,就必须查明该主体的行为同损害事实之间有因果关系,即损害事实是该主体所实

施损害行为的必然结果，如果损害不是违法行为直接造成的，责任者就不应承担相应的责任。

以上四要素是相互联系、相互制约、不可分割、缺一不可的统一整体。如果只强调违法的客观方面，必然会导致“客观归罪”。同样，如果只注重违法的主体主观方面而忽视了违法的客观要素，自然也会产生“主观归罪”。

1.3.4 民事责任承担方式

建筑工程民事责任大多来源于两个方面：一是由于工程施工质量缺陷或发生安全生产事故，造成人身伤亡或财产损失，责任人应担负对受害人的民事赔偿责任；二是由于建筑施工单位违反工程合同的约定，造成合同当事人一方的经济损失，责任人应承担的民事赔偿责任。违反工程合同约定在建筑工程领域民事责任案件中，占有相当大的比例。建筑工程的民事责任主要采取修理、重做、更换、赔偿损失、支付违约金等承担方式。

1.4 刑事法律责任

1.4.1 刑事责任的定义

刑事责任，是依据国家刑事法律规定，对犯罪分子依照刑事法律的规定追究的法律责任。“犯罪”是指具有社会危害性、刑事违法性并应受到刑事处罚的违法行为。刑事责任与行政责任、民事责任有以下几点不同：

1) 追究的违法行为不同：追究行政责任的是一般行政违法行为；追究民事责任的是民事违法行为；而追究刑事责任的是犯罪行为。

2) 追究责任的机关不同：追究行政责任的是国家特定的行政机关；追究民事责任的是司法机构或劳动仲裁机构；而追究刑事责任的只能是司法机关。

3) 承担法律责任的后果不同：追究刑事责任是最严厉的制裁，可以判处死刑，比追究行政责任、民事责任严厉得多。刑事责任具有：强制性、严厉性、专属性、准据性的特征。

1.4.2 刑事责任构成要件

按照我国一般犯罪构成的理论，刑事责任必须具备以下四个要件：

(1) 犯罪的客体方面 犯罪客体是指《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）所保护的而被犯罪所侵害的社会关系。《刑法》第13条和分则的规定具体指明了刑法所保护的社会关系的种类。例如《刑法》第37条规定的工程重大事故罪，侵害的是公共安全和国家有关工程建设管理法律制度。

(2) 犯罪的客观方面 犯罪的客观方面是指刑法所规定的构成犯罪在客观上必须具备的危害社会的行为和由这种行为所引起的危害社会的结果。该要件说明了犯罪客体在什么样的条件下，通过什么样的危害而受到什么样的侵害。因此，犯罪的客观方面也是犯罪构成不可缺少的要件。

(3) 犯罪的主体方面 犯罪主体是指实施了犯罪行为，依法应当承担刑事责任的人。

《刑法》对犯罪主体的规定包含了两种人：一种是达到了刑事责任年龄，具有行使能力，实施了犯罪行为的自然人；另一种是实施了犯罪行为的企业事业单位、国家机关、社会团体等单位。

(4) 犯罪的主观方面 犯罪的主观方面是指犯罪主体对自己实施危害社会行为及其结果所持有的心理态度。根据《刑法》规定，一个人只有在故意或过失地实施某种危害社会的行为时，才负有刑事责任。所以，故意或过失作为犯罪的主观方面，也是构成犯罪必不可少的要件之一。

与民事责任不同，刑事责任不存在无过错责任的问题。同时，行为人在主观上是故意还是过失，以及故意或过失的形式和程度，对刑事责任的有无、刑事责任的种类与大小都有重要意义。

1.4.3 刑事责任承担方式

根据《刑法》第32条规定：刑事责任的承担方式分为主刑和附加刑。主刑只能单独适用，不能附加适用。一个罪只能适用一个主刑，不能同时适用两个以上主刑。附加刑是指补充主刑适用的刑罚方法。附加刑可以附加主刑适用，也可以单独适用。主刑包括：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑；附加刑包括：罚金、没收财产和剥夺政治权利。

涉及建设工程的刑事责任有：《刑法》第134条及刑法修正案规定的“重大安全管理责任事故罪”；《刑法》第135条规定的“重大劳动安全事故罪”、《刑法》第137条规定的“工程重大质量安全事故罪”、《刑法》第139条规定的“重大违反消防法规事故罪”。

第2章 建筑法律风险管理的原则与程序

2.1 法律责任风险管理特征

2.1.1 法律责任风险管理的从属性

建筑工程风险从企业法人角度可分为自然风险、商业风险和法律风险。前两者与自然或市场因素有关，法律责任风险则是与法律有关的风险，由于其本身具有广泛的关联性，与其他风险紧密相连，因此是工程风险管理内容中的一个重要组成部分，它是对行为主体因违反有关国家法律、行政法规或者其他规章而依法应承担的法律责任风险的监控与管理活动。建筑工程法律责任风险的管理应放在建筑工程整个风险管理计划中加以考虑，而不是将其与其他风险的管理分裂开来。

2.1.2 法律责任风险管理的全员性

建筑工程法律责任风险管理不只是由建筑企业法律部门邀请一个法律顾问，不只是建筑