

业“十三五”规划教材

JIAN SHE FAGUI

建设法规

主编 卢 林 胡佳宵 何善能 冯春菊

中国矿业大学出版社

China University of Mining and Technology Press

规划教材

建设法规

主 编	卢 林	胡佳宵	何善能	冯春菊
副主编	吴茜婷	邱妮斐	申春梅	胡 伦
	王洪亮	朱菊梅		
参 编	孟 娜	徐 敏		



倩

中国矿业大学出版社

内 容 提 要

本书依据我国房屋建筑行业适用的相关法律法规进行编写,内容涉及《民法总则》、《建筑法》、《招标投标法》、《安全生产法》、《合同法》、《劳动合同法》、《节约能源法》、《环境保护法》、《特种设备安全法》、《民事诉讼法》、《仲裁法》、《建设工程安全生产管理条例》、《安全生产许可证条例》、《建设工程质量管理条例》等与房屋建设行业相关的法律法规,叙述了与房屋建筑工程相关的法律法规的内涵和要求,并考虑工程实际,对一些常见的法律风险进行阐述和分析,介绍了针对这些风险的防范方法,使本教材更具有实用性和现实性。

本书既可作为工程建设相关专业的教材,也可作为相关专业技术人员的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

建设法规/卢林等主编. —徐州:中国矿业大学出版社,2017.9

ISBN 978-7-5646-3656-2

I. ①建… II. ①卢… III. ①建筑法—中国 IV.

①D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 187599 号

书 名 建设法规

主 编 卢 林 胡佳宵 何善能 冯春菊

责任编辑 何晓明 何 戈

出版发行 中国矿业大学出版社有限责任公司

(江苏省徐州市解放南路 邮编 221008)

营销热线 (0516)83885307 83884995

出版服务 (0516)83885767 83884920

网 址 <http://www.cumtp.com> E-mail: cumtpvip@cumtp.com

印 刷 北京市彩虹印刷厂

开 本 787×1092 1/16 印张 16.5 字数 412 千字

版次印次 2017 年 9 月第 1 版 2017 年 9 月第 1 次印刷

定 价 45.00 元

(图书出现印装质量问题,本印刷厂负责调换)

前 言

房屋建筑行业是工程建设行业中的一个重要组成部分。此行业责任重大、任务艰巨,关系到人民群众的切身利益。从事这一专业技术工作,要求每个从业人员必须坚持原则,处处事事以法律为准绳严格要求自己,做法律法规的忠实执行者和捍卫者。特别是对于相关专业的在校学生,对法律法规的学习显得尤为重要。为此,我们参考目前我国房屋建筑行业相关的法律法规,经过认真准备和研究,组织编写了本书,希望广大读者通过对房屋建筑行业相关法律法规的学习,能够深刻领会这些法律法规的内涵和要求,懂得法律法规的重要性,识别建设工程中法律方面的风险,并能够很好地防范这类风险的发生,在以后的工程实际中,能切实运用法律的武器保护自己和企业的合法权益。

本书内容涉及《民法总则》、《建筑法》、《招标投标法》、《安全生产法》、《合同法》、《劳动合同法》、《节约能源法》、《环境保护法》、《特种设备安全法》、《民事诉讼法》、《仲裁法》、《建设工程安全生产管理条例》、《安全生产许可证条例》、《建设工程质量管理条例》等与房屋建筑行业相关的法律法规,叙述了与房屋建筑工程相关的法律法规的内涵和要求,并考虑到工程实际,对一些常见的法律风险进行了阐述和分析,介绍了针对这些风险的防范方法,使本教材更具有实用性和现实性。

本书通俗易懂,内容全面,每一单元都确立了学习目标,其后附有复习思考题,更加便于学生的思考和复习。本书也可以作为建设工程相关专业技术人员的参考书籍。

本书由卢林、胡佳宵、何善能、冯春菊担任主编,由吴茜婷、邱妮斐、申春梅、胡伦、王洪亮、朱菊梅担任副主编,孟娜、徐敏、蔡帅军、王倩参编。其中,卢林、邱妮斐负责全书的编写策划、整理和审核工作。

本书在编写过程中,参考了相关教材和资料的内容,在此,对这些教材和资料的编者表示衷心的感谢!

由于我们水平及时间和条件的限制,本教材难免有疏漏之处,敬请各位读者及时给予批评和指正。

编 者

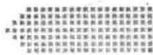
2017年3月

目 录

第一章 建设工程基本法律知识	1
第一节 建设工程法律体系	1
第二节 建设工程法人制度	5
第三节 建设工程代理制度	7
第四节 建设工程物权制度	9
第五节 建设工程债权制度	12
第六节 建设工程知识产权制度	14
第七节 建设工程担保制度	17
第八节 建设工程保险制度	21
第九节 建设工程法律责任制度	23
第二章 施工许可法律制度	26
第一节 建设工程施工许可制度	26
第二节 施工企业从业资格制度	30
第三节 建设工程专业人员执业资格的准入管理	33
第四节 建筑工程许可制度中的法律风险及防范	39
第三章 建设工程发承包法律制度	44
第一节 建设工程招标投标制度	44
第二节 建设工程承包制度	57
第三节 建筑市场信用体系建设	63
第四章 建设工程合同和劳动合同法律制度	68
第一节 合同的订立	68
第二节 合同的效力	76
第三节 合同的履行、变更、转让和终止	79
第四节 合同的履行	81
第五节 建设工程合同的违约责任	84



第六节 劳动合同及劳动关系制度	89
第七节 相关合同制度	102
第五章 建设工程施工环境保护、节约能源和文物保护法律制度	113
第一节 施工现场环境保护制度	113
第二节 施工节约能源制度	123
第三节 施工文物保护制度	130
第六章 建设工程安全生产法律制度	137
第一节 施工安全生产许可证制度	137
第二节 施工安全生产责任和安全生产教育培训制度	140
第三节 施工现场安全防护制度	153
第四节 施工安全事故的应急救援与调查处理	165
第五节 建设单位和相关单位的建设工程安全责任制度	174
第七章 建设工程质量法律制度	187
第一节 工程建设标准	187
第二节 施工单位的质量责任和义务	195
第三节 建设单位及相关单位的质量责任和义务	202
第四节 建设工程竣工验收制度	213
第五节 建设工程质量保修制度	223
第八章 建筑工程中纠纷的处理	228
第一节 建筑工程纠纷处理的基本要求	228
第二节 和解与调解	231
第三节 仲裁	239
第四节 诉讼	247
参考文献	258



第一章 建设工程基本法律知识



学习目标

1. 在各种民事活动中,能够正确选择适用的法律法规,并且正确地解读和领会其内涵。
2. 懂得法律关系成立的要件、诉讼时效、债权、代理制度、建筑工程许可制度、建筑工程发承包制度及工程监理制度的具体规定和要求,并能够正确识别其风险和应对防范。
3. 在工程实际中,能够正确运用相关的法律规定,切实保护自己和企业的合法权益。

建设工程行业是我国国民经济中一个支柱型产业。它涉及的范围较广、部门较多、人员繁杂,如果没有一定的规则约束,势必会给我国的经济建设、社会和谐稳定等带来较大的影响。为此,在中华人民共和国成立初期,特别是改革开放后,国家相关机关就一直特别重视我国工程建设行业的法律体系建设。目前,我国已经建立了较为完善的工程建设领域的法律法规,这为规范我国的建设工程市场体系,保障国家、集体和个人的合法权益起着决定性的作用。所以,作为一名从事工程建设的技术人员,必须要认真领会相关法律法规的内涵,并在生活和工程实际中能够用法律的武器保护国家、集体和个人的合法权益。

第一节 建设工程法律体系

法律体系,法学中有时也称为“法的体系”,是指由一国现行的全部法律规范按照不同的法律部门分类组合而形成的一个呈体系化的有机联系的统一整体。简单地说,法律体系就是部门法体系。部门法,又称法律部门,是根据一定标准、原则所制定的同类规范的总称。

中国特色社会主义法律体系,是指适应我国社会主义初级阶段的基本国情,与社会主义的根本任务相一致,以宪法为统帅和根本依据,由部门齐全、结构严谨、内部协调、体例科学、调整有效的法律及其配套法规所构成的,保障我国沿着中国特色社会主义道路前进的各项法律制度的有机的统一整体。

建设工程法律体系是指根据《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)的规定,制定和公布施行的旨在调整国家及其有关机构、企事业单位、社会团体、公民之间,有关建设工程活动和建设行政管理活动中所发生的各种社会关系的各项法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、部门规章和地方政府规章的统称。

一、法律体系的基本框架

我国的法律体系由宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等七个法律部门组成。





（一）宪法

现代国家的法律体系以宪法为基石，中国特色社会主义法律体系亦不例外。宪法是国家政权合法存在的基础，是凝聚国家的意识形态、体现国民的价值和利益追求、塑造经济制度和社会制度等各项法律制度的基础，是整个法律体系赖以建立的基础。

宪法规范一般由一部成文化的法典表达出来。宪法规范的内容极为根本，宪法典的条款较为原则、抽象，而且因社会发展、变迁，宪法的内容需要更新、调整，因此，在宪法典之外，与宪法制度相关而由法律细化或补充的事项，就形成了宪法性法律。宪法性法律具有宪法的意义和重要性，以法律的形式而存在，其价值与立法原则必须符合宪法。

（二）民法商法

民法是调整平等民事主体的自然人、法人及其他非法人组织之间人身关系和财产关系的法律规范的总称。民法既包括形式上的《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》），也包括单行的民事法律和其他法律、法规中的民事法律规范，如《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）、《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）、《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）、《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）、《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）和《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）等。

商法，又称为商事法，是指以商事关系或商事行为为调整对象的法律规范的总称。调整商事关系或商事行为，实际上就是调整基于商事关系产生的权利和义务。如《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）、《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）、《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》）等。我国实行的是“民商合一”的原则，商法虽然是一个独立的法律部门，但民法的许多规定也通用于商法。

民法和商法是相联系的，二者调整的都是平等主体之间关系。民法是调整一切平等主体关系的一般性规则，而商法则是调整某些平等主体关系的特殊性规则。例如，民法的民事主体制度关于公民、法人的权利能力和行为能力的规定，民法的法律行为制度、物权制度、债权制度和民事责任制度，对于商事组织（公司、合伙、独资企业），对商事交易，都具有一般的规范作用。关系都是比较而言的，在这里民法是关于民事法律的基本法，商法是民事法律的特别法，特别法优先，对于商事法律关系，商法有规定的，优先适用商法的规定；商法无规定的，适用民法的规定。

（三）经济法

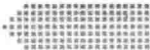
经济法是指调整国家在管理与协调经济运行过程中发生经济关系的法律规范的总称。如《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）、《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）、《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）、《中华人民共和国税法》（以下简称《税法》）等。

经济法是公法，体现国家的主动干预。商法是商事主体之间追求利润的活动，主要是商事主体自己的意思表示起作用，是私法。可以说，公法就是国家以国家的意志为核心，就是命令与服从的关系，没有讨价还价的余地，比如处罚措施，我们不能商量，给我们什么处罚。私法，就是平等协商的关系，当事人可以讨价还价的，你要100元，我还价60元。这就是商法和经济法的区别。

（四）行政法

行政法调整的是国家行政主体在行使行政职权和接受行政法制监督过程中而与行政相对人、行政法制监督主体之间发生的各种关系。如《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称





《行政处罚法》)、《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)、《中华人民共和国行政复议法》(以下简称《行政复议法》)等。

(五) 社会法

社会法是调整劳动关系、社会保障和社会福利关系的法律规范的总称。社会法是我国目前所独有的一种法律部门。社会法是以保护社会弱势群体的利益为目标,以保护公民生存的基本人权为自己的价值追求。一般包括劳动法与社会保障法和自然资源与环境保护法等。如《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)、《中华人民共和国安全生产法》(以下简称《安全生产法》)、《中华人民共和国职业病防治法》(以下简称《职业病防治法》)等。

(六) 刑法

刑法是规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。如《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》),一些单行法律、法规的条款也会规定刑法规范。

(七) 诉讼与非诉讼程序法

诉讼法(又称诉讼程序法),是有关各种诉讼活动的法律,其作用在于从程序上保证实体法的正确实施。诉讼法主要包括《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)、《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)、《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)等。

非诉讼程序法是指有关各种非诉讼活动的法律。如《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)、《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)、《中华人民共和国法官法》(以下简称《法官法》)、《中华人民共和国检察官法》(以下简称《检察官法》)等。

二、法的形式和效力层级

(一) 法的形式

法的形式,指法律创制方式和外部表现形态,主要是法由何种国家机关制定或认可,具有何种表现形式或效力等级来确定。我国建设工程法律体系主要由建设工程法律、建设工程行政法规、建设工程地方性法规、建设工程规章、技术法规、国际公约等组成,其中建设工程规章又包括部门规章和地方政府规章。

1. 建设工程法律

广义的建设工程法律是涵盖各种建设工程法律法规的规范性文件,而狭义的建设工程法律是指由全国人民代表大会及其常务委员会通过的规范工程建设活动的法律规范,由国家主席签署主席令予以公布。如《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》等。

2. 建设工程行政法规

建设工程行政法规是指由国务院根据宪法和法律制定的规范工程建设活动的各项法规,由国务院总理签署国务院令予以公布。如《建设工程质量管理条例》、《生产安全事故报告和调查处理条例》等。

3. 建设工程部门规章

建设工程部门规章是指住房和城乡建设部按照国务院规定的职权范围,独立或同国务院有关部门联合根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,制定的规范建设工程活动的各项规章制度。属于住房和城乡建设部制定的由部长签署住房和城乡建设部令予以公布。如《注册监理工程师管理规定》等。

法律的效力高于行政法规;行政法规的效力高于部门规章。

4. 地方性法规

地方性法规,即地方立法机关制定或认可的,其效力不能及于全国,而只能在地方区域内发生法律效力。在当代中国,地方性法规是一种数量最大的法律渊源,包括一般地方性法规与特殊地方性法规。省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。如《江苏省劳动保护条例》等。

较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。

5. 地方政府规章

地方政府规章是指由省、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的规范性文件。根据宪法和地方组织法的规定,地方政府规章的内容不得与法律法规相违背,其效力不仅从属于宪法与法律,而且还从属于行政法规与地方性法规,其任务主要是将中央立法与地方权力机关的立法具体化、细化。因此,地方政府规章是最直接面对社会关系,最详细规定行政法律主体权利与义务的,是法律体系中最贴近实践,也最便于操作的规范性文件。如《河南省建筑市场诚信行为信息记录和公示管理办法》等。

地方性法规与部门规章的法律效力低于宪法、法律、行政法规。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,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,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、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决。地方政府规章可以规定的事项包括:为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;属于本行政区域具体行政管理的事项。

6. 技术法规

技术法规是国家制定或认可的,在全国范围内有效的技术规程、规范、标准、定额、方法等技术文件。它们是建筑业工程技术人员从事经济技术作业、建筑管理的依据。如预算定额、设计规范、施工规范、验收规范等。

7. 国际公约、国际惯例、国际标准

我国参加或与外国签订的调整经济关系的国际公约和双边条约,还有国际惯例、国际上通用的建筑技术规程都属于建设法规的范畴,都应当遵守与实施。如《建筑业安全卫生公约》等。

(二) 法的效力层级

1. 宪法至上

宪法是具有最高法律效力的根本大法,作为根本法和母法,宪法是其他立法活动的最高法律依据,具有最高的法律效力。





2. 上位法优于下位法

在我国法律体系中,法律的效力是仅次于宪法而高于其他法的形式。行政法规的法律地位和法律效力仅次于宪法和法律,高于地方性法规和部门规章。地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。省(自治区)人民政府制定的规章的效力,高于本行政区域内的较大的市人民政府制定的规章。部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力,在各自的权限范围内施行。

3. 特别法优于一般法

《立法法》规定,同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致,适用特别规定。

4. 新法优于旧法

新法、旧法对同一事项有不同规定时,新法的效力优于旧法。

5. 需要由有关机关裁决适用的特殊情况(如地方性法规和规章不一致时,由机关依照规定的权限作出裁决)

同一机关制定新的新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,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请人民代表大会常务委员会裁决。

部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决。

6. 备案和审查

行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的30日内,依照《立法法》的规定报有关机关备案。

第二节 建设工程法人制度

一、法人应具备的条件

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)规定,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。

(一) 法人应当具备的条件

1. 依法成立

法人不能自然产生,它的产生必须经过法定的程序。设立法人必须经过政府主管机关的批准或者核准登记。

2. 有必要的财产或者经费

这要求法人的财产或者经费必须与法人的经营范围或者设立目的相适应,否则将不能被批准设立或者核准登记。

3. 有自己的名称、组织机构和场所

法人的名称是法人相互区别的标志和法人进行活动时使用的代号。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构。法人的场所则是法人进行业务活动的所在地,也是确定法律管辖的依据。



4. 能够独立承担民事责任

法人必须能够以自己的财产或者经费承担在民事活动中的债务,在民事活动中给其他主体造成损失时能够承担赔偿责任。

5. 法人的法定代表人是自然人

法定代表人依照法律或者法人组织章程的规定,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。

(二) 法人的分类

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。企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更,应当向登记机关办理登记并公告。企业法人分立、合并,其权利和义务由变更后的法人享有和承担。

有独立经费的机关从成立之日起,具有法人资格。具有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。

二、法人在建设工程中的地位和作用

(一) 法人在建设工程中的地位

在建设工程中,大多数建设活动的主体都是法人。施工单位、勘察设计单位、监理单位通常是具有法人资格的组织。建设单位一般也应当具有法人资格。但有时候,建设单位也可能是没有法人资格的其他组织。

法人在建设工程中的地位,表现在其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,方能承担民事责任。

(二) 法人在建设工程中的作用

(1) 法人是建设工程中的基本主体。在市场经济中,每个法人都是独立的,可以独立开展建设活动。

实行法人制度,一方面可以保证企业在民事活动中以独立的“人格”享有平等的法律地位,不再受来自行政主管部门的不适当干涉;另一方面使作为法人的企业也不得以自己的某种优势去干涉其他法人的经济活动,或者进行不等价的交换。

(2) 确立建设领域国有企业的所有权和经营权的分离。

三、企业法人与项目经理部的法律关系

(一) 项目经理部的概念和设立

项目经理部不具备法人资格,是施工企业根据建设工程施工项目而组建的非常设的下属机构。项目经理根据企业法人的授权,组织和领导本项目经理部的全面工作。

(二) 项目经理是企业法人授权在建设工程施工项目上的管理者

施工企业的项目经理,是受企业法人的委派,对建设工程施工项目全面负责的项目管理者,是一种施工企业内部的岗位职务。

建设工程项目上的生产经营活动,必须在企业制度的制约下运行,其质量、安全、技术等活动,必须接受企业相关职能部门的指导和监督。推行项目经理责任制,绝不意味着可以搞



“以包代管”。过分强调建设工程项目承包的自主权,过度下放管理权限,将会削弱施工企业的整体管理能力,给施工企业带来诸多经营风险。

(三) 项目经理部行为的法律后果由企业法人承担

由于项目经理部不具备独立的法人资格,无法独立承担民事责任。所以,项目经理部行为的法律后果将由企业法人承担。例如,项目经理部没有按照合同约定完成施工任务,则应由施工企业承担违约责任;项目经理签字的材料款,如果不按时支付,材料供应商应当以施工企业为被告提起诉讼。

第三节 建设工程代理制度

一、代理制度概述

(一) 代理的含义

代理是代理人在代理权限内,以被代理人的名义,在其授权范围内向第三人做出意思表示,所产生的权利和义务直接由被代理人享有和承担的法律行为。

公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。代理人在代理权限内,以被代理人名义实施民事法律行为,对被代理人发生效力。

依照法律规定或者按照双方当事人约定,应当由本人实施的民事法律行为,不得代理。

代理涉及三方当事人,分别是被代理人、代理人和代理关系的第三人。

行为人没有代理权、超越代理权,或者代理权终止后,仍然实施代理行为,未经被代理人追认的,对被代理人不发生效力。

(二) 代理的种类

根据《民法通则》第六十四条第一款的规定:“代理包括委托代理、法定代理和指定代理。”

1. 委托代理

委托代理是指代理人根据被代理人授权而进行的代理。

民事法律行为的委托代理,可以用书面形式,也可以用口头形式。法律规定用书面形式的,应当用书面形式。书面委托代理的授权委托书应当载明下列事项:

- (1) 代理人的姓名或者名称。
- (2) 代理事项、权限和期间。
- (3) 委托人签名或者盖章。

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。法定代理主要是为了维护限制民事行为能力人或者无民事行为能力人的合法权益而设计的。法定代理不同于委托代理,属于全权代理,法定代理人原则上应代理被代理人的有关财产方面的一切民事法律行为和其他允许代理的行为。

3. 指定代理

指定代理是根据人民法院或者有关机关的指定而产生的代理。例如,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第六十七条的规定:“在诉讼中,无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。事先没有确定监护

人的,可以由有监护资格的人协商确定,协商不成的,由人民法院在他们之间指定诉讼之中的法定代理人。”

指定代理在本质上也属于法定代理,其与法定代理的区别在于前者的代理无须指定,而后者则需要有指定的过程。

(三) 代理的终止

1. 委托代理的终止

有下列情形之一的,委托代理终止:

- (1) 代理期间届满或者代理事务完成。
- (2) 被代理人取消委托或者代理人辞去委托。
- (3) 代理人死亡。
- (4) 代理人丧失民事行为能力。
- (5) 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的终止

有下列情形之一的,法定代理或者指定代理终止:

- (1) 被代理人取得或者恢复民事行为能力。
- (2) 被代理人或代理人死亡。
- (3) 代理人丧失民事行为能力。
- (4) 指定代理的人民法院或者指定单位取消指定。
- (5) 由其他原因引起的被代理人 and 代理人之间的监护关系消灭。

二、委托代理中的风险及防范

(一) 无权代理的法律风险及防范

《民法通则》第六十六条规定:“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,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。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。”

在工程建设中,无权代理的行为时有发生。针对这些无权代理行为,首先侵害的是被代理人的形象和权益;其次,对第三人也是一种欺骗和权益的侵害,并且往往这些权益被侵害后,还得不到法律的保护。另外,无权代理人也面临承担法律责任的风险。

防范这类风险,应当首先要建立公开的社会诚信平台,并建立完善的惩处机制,让无权代理人由于行使了无权代理行为而面临终身的惩罚;其次,就是要让无权代理人明白,行使了无权代理行为所付出的代价是巨大的,甚至是终身的。另外,对于第三人,在从事相应的民事活动中,认清对方是否属于无权代理,是否具有法律所赋予的相应权益,这不仅仅是切实保护了自己的合法权益,也是对其他第三人权益的保护,对社会正常秩序的维护。当然,对于工程建设行业,政府监管部门也应当对无权代理行为加大监管力度,因为这种行为损人利己,同时对社会的危害也较大。

(二) 代理人不履行职责的法律风险及防范

《民法通则》第六十六条规定:“代理人不履行职责而给被代理人造成损害的,应当承担民事责任。代理人 and 第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人 and 第三人负连带责任。”

这类法律的风险主要是会给被代理人带来利益的损失。例如,某些监理单位不履行监理职责,甚至与施工单位串通,损害建设单位的利益,就会给建设单位带来巨大的利益损失。



防范这类风险,主要是被代理人在选择代理人时应当慎重,既要考察代理人的能力和水平,更重要的应当考察代理人的诚信信息。同时,在签订代理授权合同时,应当包括由于代理人不履行职责的责任承担条款。在代理过程中,被代理人应当及时审核代理人的代理行为是否符合被代理人的要求,是否严格履行了代理的职责,如果发现问题,应当及时处理。

(三) 代理事项违法的法律风险及防范

《民法通则》第六十七条规定:“代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的,由被代理人 and 代理人负连带责任。”

代理事项违法主要是指代理人所代理事项违反法律法规的规定,如雇凶杀人等。这类风险往往会给社会和个人带来极大的危害,是国家明令禁行的。

防范这类风险,主要是被代理人 and 代理人应当明确这样的行为是违法的,是不可为的,否则必然会受到法律的制裁,应当通过合法的方法解决相应的问题。

(四) 转托他人代理的法律风险及防范

《民法通则》第六十八条规定:“委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的,应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的,应当在事后及时告诉被代理人,如果被代理人不同意,由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任,但在紧急情况下,为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。”

在社会生活和工程实际中,由于相应的事由需要转托他人代理的事项时有发生。这类风险主要是行为人没有合法的代理身份,并且没有限定其职责,其结果并不一定满足被代理人的要求,还可能给被代理人带来不必要的利益损失或其他损失。

防范这类风险,主要是要求委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的,应当事先取得被代理人的同意。或者,由被代理人另外委托其他代理人代理相关事宜。

第四节 建设工程物权制度

一、物权的法律特征和主要种类

(一) 物权的法律特征

《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第二条规定:“本法所称物权,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。”所有民事主体都能够成为物权权利人,包括法人、法人以外的其他组织、自然人。物权的客体一般是物,包括不动产和动产。不动产,是指土地以及房屋、林木等地上定着物。

物权具有以下特征:

(1) 物权是支配权

物权是权利人直接支配的权利,即物权人可以依自己的意志就标的物直接行使权利,无须他人的意思或义务人的行为介入。

(2) 物权是绝对权

物权的权利人可以对抗一切不特定的人。物权的权利人是特定的,义务人是不特定的,且义务内容是不作为,即只要不侵犯物权人行使权利就履行义务。

(3) 物权是财产权

物权是一种具有物质内容的、直接体现为财产利益的权利。财产利益包括对物的利用、物的归属和就物的价值设立的担保。

(4) 物权具有排他性

物权人有权排除他人对于他行使物权的干涉。而且同一物上不许有内容不相容的物权并存,即“一物一权”。

(二) 物权的种类

物权包括所有权、用益物权和担保物权。

1. 所有权

所有权是所有人依法对自己财产(包括不动产和动产)所享有的占有、使用、收益和处分的权利。

(1) 占有权

占有权是指对财产实际掌握、控制的权能。例如,根据货物运输合同,承运人对托运人的财产享有占有权。

(2) 使用权

使用权是指对财产的实际利用和运用的权能。使用权是所有人所享有的一项独立权能。

(3) 收益权

收益权是指收取由原物产生出来的新增经济价值的权能。收益权本身是一项独立的权能,而使用权并不能包括收益权。

(4) 处分权

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,是所有权内容的核心。

2. 用益物权

用益物权是权利人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利。用益物权包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权。

国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源,单位、个人依法可以占有、使用和收益。此时,单位或者个人就成为用益物权人。

3. 担保物权

担保物权是与用益物权相对应的他物权,指的是为确保债权的实现而设定的,以直接取得或者支配特定财产的交换价值为内容的权利。

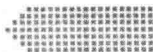
担保物权包括抵押权、质权和留置权。

(1) 抵押权

抵押权是债务人或第三人向债权人提供不动产或动产,作为清偿债务的担保而不转移占有所产生的担保物权。当债务人到期不履行债务时,抵押权人有权就抵押财产的价金优先受偿。他可以申请法院变卖抵押财产抵偿其债权;如有剩余应退还抵押人,如有不足仍可向债务人继续追索。但对不能强制执行的财产不能设定抵押权。

(2) 质权

质权是指债务人或第三人将动产或一定的财产权利移交给债权人作为担保,当债务人不履行到期债务或发生当事人约定的事由时,债权人可就该动产或财产权利享有优先受偿的权利。其中,以动产出质的为动产质权,以财产权利出质的为权利质权。



(3) 留置权

留置权是债权人对已占有的债务人的动产,在未清偿前加以留置作为担保的权利。

二、土地所有权、建设用地使用权和地役权

(一) 土地所有权

土地所有权是国家或农民集体依法对归其所有的土地所享有的具有支配性和绝对性的权利。我国实行土地的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。

全民所有即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。农民集体所有的土地由本集体经济组织的成员承包经营,从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。耕地承包经营期限为30年。农民的土地承包经营权受法律保护。在土地承包经营期限内,对个别承包经营者之间承包的土地进行适当调整的,必须经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府和县级人民政府农业行政主管部门批准。

国家实行土地用途管制制度。国家编制土地利用总体规划,规定土地用途,将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地总量,对耕地实行特殊保护。

城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。

(二) 建设用地使用权

1. 建设用地使用权的概念

建设用地使用权是因建造建筑物、构筑物及其附属设施而使用国家所有的土地的权利。建设用地使用权只能存在于国家所有的土地上,不包括集体所有的农村土地。

2. 建设用地使用权的设立

建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权,不得损害已设立的用益物权。

设立建设用地使用权,可以采取出让或者划拨等方式。工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的,应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。

设立建设用地使用权的,应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。建设用地使用权人不得改变土地用途;需要改变土地用途的,应当依法经有关行政主管部门批准。

3. 建设用地使用权的流转、续期和消灭

建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押,但法律另有规定的除外。建设用地使用权人将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押,应当符合以下规定:①当事人应当采取书面形式订立相应的合同。使用期限由当事人约定,但不得超过建设用地使用权的剩余期限。②应当向登记机构申请变更登记。③附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。

住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期。

(三) 地役权

地役权是指为使用自己不动产的便利或提高其效益而按照合同约定利用他人不动产的权利。从性质上说,地役权是按照当事人的约定设立的用益物权。