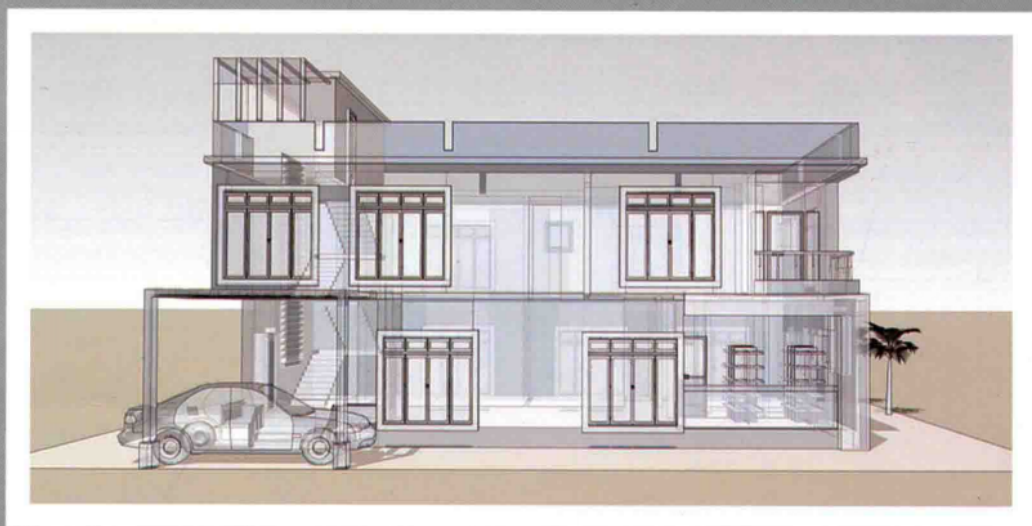


JIANSHE GONGCHENG FALV FAGUI

建设工程法律法规



◎主 编 赵建中 冯 清



 **北京理工大学出版社**
BEIJING INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

建设工程法律法规

主 编 赵建中 冯 清

副主编 张玉林 罗丹霞



北京理工大学出版社

BEIJING INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

内 容 提 要

本书共9章,主要包括建设工程基本法律知识,施工企业人员从业资格制度,建设工程发承包法律制度,建设工程合同制度,劳动合同及劳动关系制度,建设工程安全生产法律制度,建设工程质量相关法律制度,建设工程施工环境保护、节约能源和文物保护法律制度,建设工程纠纷和法律解决途径等内容。

本书可作为高等院校土木工程、工程管理、工程造价等相关专业的教材,也可作为从事各类工程建设的相关人员以及参加国家一级、二级注册建造师执业资格考试人员的参考用书。

版权专有 侵权必究

图书在版编目(CIP)数据

建设工程法律法规 / 赵建中, 冯清主编. —北京: 北京理工大学出版社, 2017. 1

ISBN 978-7-5640-6429-7

I. ①建… II. ①赵… ②冯… III. ①建筑法—中国—高等学校—教材

IV. ①D922. 297. 9

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第317572号

出版发行 / 北京理工大学出版社有限责任公司

社 址 / 北京市海淀区中关村南大街5号

邮 编 / 100081

电 话 / (010)68914775(总编室)

(010)82562903(教材售后服务热线)

(010)68948351(其他图书服务热线)

网 址 / <http://www.bitpress.com.cn>

经 销 / 全国各地新华书店

印 刷 / 北京紫瑞利印刷有限公司

开 本 / 787毫米×1092毫米 1/16

印 张 / 18.5

字 数 / 446千字

版 次 / 2017年1月第1版 2017年1月第1次印刷

定 价 / 55.00元

责任编辑 / 赵丽娟

文案编辑 / 赵丽娟

责任校对 / 王素新

责任印制 / 边心超

图书出现印装质量问题, 请拨打售后服务热线, 本社负责调换

前 言

本书编写的主要依据是最新建设行业的法律法规、高等院校土木工程类相关专业的人才培养方案和建设工程类从业人员执业资格考试（国家一级、二级注册建造师考试，全国注册监理工程师、注册造价工程师考试，咨询工程师考试）的相关规定和考试大纲，并结合高等院校的教学特点，按工程建设的先后顺序进行编写。

本书力求做到教材内容采用最新的法律法规知识，语言表达通俗易懂，案例接近社会生活实际。学生通过本课程的学习，既可以熟悉建设工程的各种法律法规，同时也为毕业后能顺利通过建设工程类执业资格考试打下基础。

本书内容新颖，案例颇多，习题多为历年建设工程类执业资格考试真题。书后所附综合练习题对全书的主要内容进行测试，以方便老师教学和帮助读者巩固所学知识。

本书在编写过程中参考了国家一级、二级注册建造师执业资格考试、注册监理工程师执业资格考试的法规教材和其他建设工程法规教材，在此向这些作者表示诚挚的感谢！

由于编辑者水平有限，书中难免错误之处，恳请广大读者和专家老师批评指正。

编 者

目 录

第一章 建设工程基本法律知识..... 1

第一节 法律基础..... 1

- 一、法律体系..... 1
- 二、法律体系的基本框架..... 1
- 三、法的形式和效力层级..... 2

第二节 建设工程法律基础..... 4

- 一、建设法的定义..... 4
- 二、建设法律、行政法规与行政法的关系..... 5
- 三、建设法律、行政法规与民法商法的关系..... 5
- 四、建设工程法人制度..... 5
- 五、企业法人和项目经理部的法律关系..... 6

第三节 建设工程代理制度..... 6

- 一、代理的法律特征..... 7
- 二、代理的主要种类..... 7
- 三、建设工程代理行为的设立和终止..... 7
- 四、代理人和被代理人的权利、义务及法律责任..... 8

第四节 建设工程物权制度..... 11

- 一、物权的法律特征..... 11
- 二、物权的种类..... 11
- 三、物权的设立、变更、转让、消灭和保护..... 12

第五节 建设工程债权制度..... 14

- 一、债的概念..... 14
- 二、债的内容..... 14
- 三、建设工程债的发生根据..... 14
- 四、建设工程债的常见种类..... 15

第六节 建设工程知识产权制度..... 16

- 一、知识产权的基本类型及法律特征..... 16
- 二、专利权..... 16

- 三、商标权..... 19

- 四、著作权..... 20

- 五、建设工程知识产权的保护..... 21

第七节 建设工程担保制度..... 22

- 一、保证的基本法律规定..... 22
- 二、建设工程施工常用的担保种类..... 24

第八节 建设工程保险制度..... 26

- 一、保险概述..... 26
- 二、保险索赔..... 27
- 三、建设工程保险的主要种类和投保权益..... 27

第九节 建设工程法律责任制度..... 30

- 一、法律责任的基本种类和特征..... 30
- 二、建设工程民事责任的种类及承担方式..... 30
- 三、建设工程行政责任的种类及承担方式..... 31
- 四、建设工程刑事责任的种类及承担方式..... 31

第十节 施工许可法律制度..... 32

- 一、施工许可证的适用范围..... 32
- 二、施工许可证的申请主体..... 33
- 三、施工许可证的法定批准条件..... 33
- 四、实行开工报告制度的建设工程..... 36
- 五、延期开工, 核验和重新办理批准的规定..... 37
- 六、违法行为应承担的法律责任..... 38

本章练习题..... 40

第二章 施工企业及人员从业资格制度..... 45

第一节 施工企业从业资格制度..... 45

- 一、企业资质的法定条件和等级..... 45
- 二、施工企业的资质序列、类别和等级..... 48
- 三、施工企业的资质许可..... 49

四、施工企业资质证书的申请、延续和变更.....50	四、建设工程合同.....86
五、禁止无资质或越级承揽工程的规定.....51	五、合同的要约与承诺.....86
六、禁止以其他企业或其他企业以本企业名义承揽工程的规定.....52	六、建设工程施工合同的法定形式和内容...87
七、施工企业资质违法行为应承担的主要法律责任.....52	第二节 建设工程施工合同.....89
第二节 建造师执业资格制度.....54	一、建设工程施工合同的内容.....89
一、建设工程专业人员执业资格的准入管理.....54	二、建设工程施工合同发承包双方的主要义务.....90
二、建造师考试和注册的规定.....55	三、建设工程工期.....90
三、建造师执业资格的考核认定.....58	四、工程价款的支付.....91
四、建造师的受聘单位和执业岗位范围.....58	五、解决工程价款结算争议的规定.....93
五、建造师的基本权利和义务.....60	六、建设工程赔偿损失的规定.....94
六、注册机关的监督管理.....61	七、无效合同和效力待定合同的规定.....96
七、建造师及建造师工作中违法行为应承担的主要法律责任.....62	八、合同的履行、变更、转让、撤销和终止.....97
本章练习题.....63	九、合同的解除.....100
	十、违约责任.....101
	十一、建设工程合同示范文本.....102
	本章练习题.....104
第三章 建设工程发承包法律制度... 65	第五章 劳动合同及劳动关系制度... 106
第一节 建设工程招标投标制度.....65	第一节 劳动合同基本知识.....106
一、建设工程必须招标的范围、规模和招标方式.....65	一、订立劳动合同应当遵守的原则.....106
二、招标基本程序和禁止肢解发包的规定...66	二、劳动合同的种类.....106
三、投标文件的法定要求和投标保证金.....67	三、劳动合同的基本条款.....107
四、禁止投标人实施不正当竞争行为.....68	四、订立劳动合同应当注意的事项.....108
五、联合体投标.....68	五、集体合同.....109
六、中标的法定条件.....69	六、劳动合同的履行、变更、解除和终止.....109
七、招投标中的违法行为应承担的法律 责任.....70	第二节 用工模式的规定.....112
第二节 建设工程承包制度.....74	一、“包工头”用工模式.....112
一、建设工程总承包的规定.....74	二、劳务派遣.....113
二、联合共同承包.....75	三、劳务分包企业.....114
三、建设工程分包.....75	第三节 劳动保护的规定.....115
四、违法行为应承担的法律责任.....76	一、劳动者的工作时间和休息休假.....115
本章练习题.....79	二、劳动者的工资.....117
	三、劳动安全卫生制度.....117
	四、女职工和未成年工的特殊保护.....118
	五、社会保险与福利.....118
第四章 建设工程合同制度..... 83	第四节 劳动争议的解决.....121
第一节 合同法基本知识.....83	一、劳动争议的范围.....121
一、合同的法律特征.....83	二、劳动争议的解决方式.....121
二、合同的订立原则.....83	三、集体合同争议的解决.....122
三、合同的分类.....84	第五节 工伤处理的规定.....122

一、工伤认定·····	122
二、劳动能力鉴定·····	124
三、工伤保险待遇·····	124
第六节 违法行为应承担的法律责任·····	125
一、合同订立中违法行为应承担的法律 责任·····	125
二、劳动合同履行、变更、解除和终止中 违法行为应承担的法律责任·····	126
三、劳动保护违法行为应承担的法律 责任·····	126
四、工伤处理违法行为应承担的法律 责任·····	127
第七节 建设工程相关合同·····	127
一、承揽合同·····	127
二、买卖合同的法律規定·····	129
三、借款合同的法律規定·····	134
四、租赁合同的法律規定·····	135
五、融资租赁合同的法律規定·····	138
六、运输合同的法律規定·····	140
七、仓储合同的法律規定·····	143
八、委托合同的法律規定·····	144
本章练习题·····	146

第六章 建设工程安全生产法律 制度····· 152

第一节 施工单位安全生产法律制度·····	152
一、施工安全生产许可证制度·····	152
二、申请领取安全生产许可证的条件·····	152
三、安全生产许可证的申请·····	153
四、安全生产许可证有效期及变更·····	153
五、政府监管·····	153
六、违法行为应当承担的法律责任·····	153
七、施工安全生产责任和安全生产教育 培训制度·····	154
八、施工现场安全防护制度·····	160
第二节 建设单位和相关单位建设工程安全 责任制度·····	170
一、建设单位的安全责任·····	170
二、勘察、设计单位相关的安全责任·····	173
三、工程监理、检验检测单位相关的安全 责任·····	174
四、机械设备等单位相关的安全责任·····	175
五、政府部门安全监督管理的相关规定·····	176

本章练习题·····	177
-------------------	------------

第七章 建设工程质量相关法律 制度····· 182

第一节 施工单位的质量责任和义务·····	182
一、总分包单位的质量责任·····	182
二、按照工程设计图纸和施工技术标准 施工的规定·····	183
三、对建筑材料、设备等进行检验检测的 规定·····	183
四、施工质量检验制度·····	185
五、违法行为应承担的法律责任·····	186
第二节 建设单位及勘察、设计单位的质量 责任和义务·····	187
一、建设单位相关的质量责任和义务·····	187
二、勘察、设计单位相关的质量责任和 义务·····	189
第三节 工程监理单位的质量责任和义务·····	190
一、依法承担工程监理业务·····	190
二、对有隶属关系或其他利害关系的 回避·····	190
三、监理工作的依据和监理责任·····	191
四、工程监理的职责和权限·····	191
五、工程监理的形式·····	191
六、工程监理单位质量违法行为应承担的 法律责任·····	192
第四节 政府部门工程质量监督管理的相关 规定·····	192
一、我国的建设工程质量监督管理体制·····	192
二、政府监督检查的内容·····	192
三、禁止滥用权力的行为·····	193
四、建设工程质量事故报告制度·····	193
五、有关质量违法行为应承担的法律 责任·····	193
第五节 建设工程竣工验收制度·····	193
一、建设工程竣工验收的主体·····	194
二、工程竣工验收应当具备的法定条件·····	194
三、施工单位应提交的档案资料·····	194
四、规划、消防、节能、环保等验收的 规定·····	195
五、竣工结算、质量争议的规定·····	196
六、竣工工程质量争议的处理·····	198
七、竣工验收备案制度·····	199

八、质量保修制度·····	199
九、质量责任的损失赔偿·····	200
本章练习题·····	201

第八章 建设工程施工环境保护、节约能源和文物保护法律制度·· 209

第一节 施工现场环境保护制度·····	209
一、环境噪声污染的防治·····	209
二、大气污染的防治·····	212
三、水污染的防治·····	213
四、施工现场固体废物污染防治的规定··	215
五、违法行为应承担的法律责任·····	216
第二节 施工节约能源制度·····	219
一、施工中合理使用与节约能源的规定··	220
二、合理使用与节约能源的一般规定····	220
三、建筑节能的规定·····	220
四、施工节能的规定·····	221
五、违法行为应承担的法律责任·····	224
第三节 施工文物保护制度·····	225
一、国家保护文物的范围·····	225
二、水下文物的保护范围·····	225
三、文物保护单位和文物的分级·····	225
四、属于国家所有的文物范围·····	226
五、属于集体所有和私人所有的文物保护范围·····	226
六、在文物保护单位保护范围和建设控制地带施工的规定·····	226
七、施工发现文物报告和保护的規定····	229
八、违法行为应承担的法律责任·····	229
本章练习题·····	232

第九章 建设工程纠纷和法律解决途径····· 235

第一节 建设工程纠纷·····	235
一、建设工程民事纠纷·····	235

二、民事纠纷的法律解决途径·····	236
三、建设工程行政纠纷·····	237
四、行政纠纷的法律解决途径·····	238
第二节 民事诉讼制度·····	239
一、民事诉讼的法院管辖·····	239
二、民事诉讼当事人和代理人的规定····	241
三、民事诉讼证据的种类、保全和应用··	242
四、民事诉讼时效·····	244
五、诉讼时效中止和中断·····	246
第三节 民事诉讼的审判程序·····	246
一、一审程序·····	246
二、二审程序·····	247
三、审判监督程序·····	248
四、民事诉讼的执行程序·····	249
第四节 仲裁制度·····	252
一、仲裁协议的规定·····	252
二、仲裁的申请和受理·····	253
三、仲裁的开庭和裁决·····	254
四、仲裁裁决的执行·····	255
第五节 调解与和解制度·····	256
一、调解的规定·····	256
二、和解的规定·····	257
第六节 行政复议和行政诉讼制度·····	258
一、行政复议范围·····	258
二、行政诉讼受案范围·····	259
三、行政复议申请·····	259
四、行政复议受理·····	259
五、行政复议决定·····	260
六、行政诉讼的法院管辖、起诉和受理··	260
七、行政诉讼的审理、判决和执行·····	261
本章练习题·····	262

综合训练题一····· 267

综合训练题二····· 277

参考文献····· 286

第一章 建设工程基本法律知识

本章学习要求

掌握我国法律体系的基本框架，法的形式和效力层级，代理的概念、种类及责任划分，债的分类方法，知识产权相关概念，建设工程常用的担保方式及适用场合，建设工程保险的种类，建设工程法律责任概念，建设工程施工许可的相关规定。结合本章习题，将知识融会贯通，灵活应用。

本章学习重点及难点

法的形式和效力层级，表见代理、表见代表、无权代理的判定及责任划分，债的分类，建设工程法律责任。

第一节 法律基础

一、法律体系

法律体系通常指由一个国家现行的各个部门法构成的有机联系的统一整体。在我国法律体系中，根据所调整的社会关系性质不同，可以划分为不同的部门法。部门法是根据一定标准、原则所制定的同类法律规范的总称。

建设工程法律体系，是指把已经制定的和需要制定的建设工程方面的法律、行政法规、部门规章和地方法规、地方规章有机结合起来，形成的一个相互联系、相互补充、相互协调的完整统一的体系。

二、法律体系的基本框架

1. 宪法

宪法是国家的根本大法，是特定社会政治经济和思想文化条件综合作用的产物，集中反映各种政治力量的实际对比关系，确认革命胜利成果和实现民主政治，规定国家的根本任务和根本制度，即社会制度、国家制度的原则和国家政权的组织以及公民的基本权利义务等内容。

2. 民法商法

民法是规定并调整平等主体的公民之间、法人之间及公民与法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。

商法是调整市场经济关系中商人及其商事活动的法律规范的总称。

我国采用的是民商合一的立法模式。商法被认为是民法的特别法和组成部分。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)、《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)、《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)、《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)、《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)等属于民法商法。

3. 行政法

行政法是调整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,以及行政主体内部发生的各种关系的法律规范的总称。

行政法的调整对象是行政关系,主要包括行政管理关系、行政法制监督关系、行政救济关系、内部行政关系。《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国行政复议法》(以下简称《行政复议法》)、《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)、《中华人民共和国城乡规划法》(以下简称《城乡规划法》)、《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)等属于行政法。

4. 经济法

经济法是调整国家在协调本国经济运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称。如:《中华人民共和国统计法》《中华人民共和国土地管理法》《中华人民共和国标准化法》《中华人民共和国税收征收管理法》《中华人民共和国预算法》《中华人民共和国审计法》《中华人民共和国节约能源法》《中华人民共和国政府采购法》《中华人民共和国反垄断法》等属于经济法。

5. 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。社会法是在国家干预社会生活过程中逐渐发展起来的一个法律门类,所调整的是政府与社会之间、社会不同部分之间的法律关系。《中华人民共和国残疾人保障法》《中华人民共和国矿山安全法》《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国职业病防治法》《中华人民共和国安全生产法》《中华人民共和国劳动合同法》等属于社会法。

6. 刑法

刑法是关于犯罪和刑罚的法律规范的总称。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)是这一法律部门的主要内容。

7. 诉讼与非诉讼程序法

诉讼法指的是规范诉讼程序的法律的总称。我国有三大诉讼法,即《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国行政诉讼法》。非诉讼的程序法主要是《中华人民共和国仲裁法》。

三、法的形式和效力层级

1. 法的形式

法的形式是指法律创制方式和外部表现形式。它包括四层含义:①法律规范创制机关的性质及级别;②法律规范的外部表现形式;③法律规范的效力等级;④法律规范的地域效力。法的形式取决于法的本质。

我国法的形式可分为以下七类:

(1)宪法。宪法是由全国人民代表大会依照特别程序制定的具有最高效力的根本法。宪法是集中反映统治阶级的意志和利益,规定国家制度、社会制度的基本原则,具有最高法律效力的根本大法。在我国法律体系中具有最高的法律地位和法律效力,是我国最高的法律形式。

(2)法律。法律是指由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定颁布的规范性法律文件,即狭义的法律。法律分为基本法律和一般法律(又称专门法)两类。

基本法律是由全国人民代表大会制定的调整国家和社会生活中带有普遍性的社会关系的规范性法律文件的统称,如刑法、民法、诉讼法等法律。

一般法律是由全国人民代表大会常务委员会制定的调整国家和社会生活中某种具体社会关系或其中某一方面内容的规范性文件的统称。例如,《城乡规划法》《建筑法》《城市房地产管理法》《民法通则》《合同法》《行政许可法》等。

(3)行政法规。行政法规是国家最高行政机关国务院根据宪法和法律就有关执行法律和履行行政管理职权的问题,以及依据全国人民代表大会及其常务委员会特别授权所制定的规范性文件的总称。如《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》《建设工程勘察设计管理条例》《城市房地产开发经营管理条例》等。

(4)地方性法规、自治条例和单行条例。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,在与宪法、法律、行政法规不相抵触的前提下,可以制定地方性法规。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,在与宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不相抵触的前提下,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(较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市)。如《北京市建筑市场管理条例》《天津市建筑市场管理条例》《新疆维吾尔自治区建筑市场管理条例》等。

(5)部门规章。国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,以及省、自治区、直辖市人民政府和较大的市的人民政府所制定的规范性文件统称规章。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。

(6)地方规章。省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定地方规章。如《重庆市建设工程造价管理规定》《安徽省建设工程造价管理办法》《宁夏回族自治区建设工程造价管理规定》《宁波市建设工程造价管理办法》等。

(7)国际条约。国际条约是指我国与外国缔结、参加、签订、加入、承认的双边、多边的条约、协定和其他具有条约性质的文件。国际条约的名称,除条约外,还有公约、协议、协定、议定书、宪章、盟约、换文和联合宣言等。除我国在缔结时宣布持保留意见不受其约束的以外,这些条约的内容都与国内法具有一样的约束力,所以也是我国法的形式。

2. 法的效力层级

由于制定的主体、程序、时间、适用范围等的不同,各种法具有不同的效力,形成法的效力等级体系。

(1)宪法至上。宪法是具有最高法律效力的根本大法。宪法作为根本法和母法,还是其他立法活动的最高法律依据。任何法律、法规都必须遵循宪法而产生,无论是维护社会稳定、保障社会秩序,还是规范经济秩序,都不能违背宪法的基本准则。

(2)上位法优于下位法。在我国的法律体系中,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。自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。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。特别法优于一般法,是指公法权力主体在实施公权力行为中,当一般规定与特别规定不一致时,优先适用特别规定。《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的,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。《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,新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。

(5)需要由有关机关裁决适用的特殊情况。法律之间对同一事项的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的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的权限作出裁决:①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。②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。根据授权制定的法规与法律规定不一致,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。

第二节 建设工程法律基础

一、建设法的定义

建设法是调整国家行政管理机关、法人、法人以外的其他组织、公民在建设活动中产生的社会关系的法律规范的总称。建设法律和建设行政法规构成了建设法的主体。建设法是以市场经济中建设活动产生的社会关系为基础,规范国家行政管理机关对建设活动的监管、市场主体之间经济活动的法律法规。

二、建设法律、行政法规与行政法的关系

建设法律、行政法规在调整建设活动中产生的社会关系时，会形成行政监督管理关系。行政监督管理关系是指国家行政机关或者其正式授权的有关机构对建设活动的组织、监督、协调等形成的关系。

我国政府一直高度重视对建设活动的监督管理。在国务院和地方各级人民政府都设有专门的建设行政管理部门，对建设活动的各个阶段依法进行监督管理，包括立项、资金筹集、勘察、设计、施工、验收等。国务院和地方各级人民政府的其他有关行政管理部门，也承担了相应的建设活动监督管理的任务。行政机关在这些监督管理中形成的社会关系就是建设行政监督管理关系。建设行政监督管理关系是行政法律关系的重要组成部分。

三、建设法律、行政法规与民法商法的关系

建设法律、行政法规在调整建设活动中产生的社会关系时，会形成民事商事法律关系。建设民事商事法律关系，是建设活动中由民事商事法律规范所调整的社会关系。建设民事商事法律关系有以下特点：

- (1)建设民事商事法律关系是主体之间的民事商事权利和民事商事义务关系。
- (2)建设民事商事关系是平等主体之间的关系。

四、建设工程法人制度

《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。法人是与自然人相对应的概念，是法律赋予社会组织具有法律人格的一项制度。这一制度为确立社会组织的权利、义务，为社会组织独立承担责任提供了基础。

1. 法人应当具备的条件

(1)依法成立。法人的设立目的和方式必须符合法律的规定，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。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。必要的财产或者经费是法人进行民事活动的物质基础。

(3)有自己的名称、组织机构和场所。

(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。

法人的法定代表人是自然人。他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。

2. 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。

3. 法人在建设工程中的地位和作用

在建设工程中，大多数建设活动主体都是法人。施工单位、勘察设计单位、监理单位都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。

五、企业法人项目经理部的法律关系

从项目管理的理论上说，各类企业都可以设立项目经理部，但施工企业设立的项目经理部具有典型意义。

1. 项目经理部

项目经理部是施工企业为了完成某项建设工程施工任务而设立的组织。项目经理部是由一个项目经理与技术、生产、材料、成本等管理人员组成的项目管理班子，是一次性的具有弹性的现场生产组织机构。对于大中型施工项目，施工企业应当在施工现场设立项目经理部；小型施工项目，可以由施工企业根据实际情况选择适当的管理方式。施工企业应当明确项目经理部的职责、任务和组织形式。项目经理部不具备法人资格，而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。

2. 项目经理

施工企业法人的法定代表人，其职务行为可以代表企业法人。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，须接受企业相关职能部门的指导和监督。

3. 项目经理部行为的法律后果

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。

第三节 建设工程代理制度

《民法通则》规定，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，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。

代理是指代理人在被授予的代理权限范围内，以被代理人的名义与第三人实施法律行为，而行为后果由该被代理人承担的法律制度。代理涉及三方当事人，即被代理人、代理人和代理关系所涉及的第三人。

一、代理的法律特征

1. 代理人必须在代理权限范围内实施代理行为

代理人实施代理活动的直接依据是代理权。因此，代理人必须在代理权限范围内与第三人或相对人实施代理行为。代理人实施代理行为时有独立进行意思表示的权利。如果仅是代为传达当事人的意思表示或接受意思表示，而没有任何独立决定意思表示的权利，则不是代理。

2. 代理人应该以被代理人的名义实施代理行为

《民法通则》规定，代理人应以被代理人的名义对外实施代理行为。代理人如果以自己的名义实施代理行为，则该代理行为产生的法律后果只能由代理人自行承担。那么，这种行为是自己的行为而非代理行为。

3. 代理行为必须是具有法律意义的行为

代理人为被代理人实施的是能够产生法律上的权利义务关系，产生法律后果的行为。如果是代理人请朋友吃饭、聚会等，不能产生权利义务关系，就不是代理行为。

4. 代理行为的法律后果由被代理人承担

代理人在代理权限内，以被代理人的名义同第三人进行的具有法律意义的行为，由被代理人对代理人的代理行为承担民事责任。

二、代理的主要种类

代理包括委托代理、法定代理和指定代理。

1. 委托代理

委托代理指按照被代理人的委托行使代理权。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的规定而发生的代理。例如，《民法通则》规定，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。法定代理人依照法律的规定行使代理权。

3. 指定代理

指定代理是根据人民法院或有关部门的指定而发生的代理，常发生在诉讼中。例如，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中的法定代理人。

三、建设工程代理行为的设立和终止

建设工程活动中涉及的代理行为比较多，如工程招标代理、材料设备采购代理以及诉讼代理等。

1. 建设工程代理行为的设立

建设工程活动不同于一般的经济活动，其代理行为不仅要依法实施，有些还要受到法

律的限制。

不得委托代理的建设工程活动：《民法通则》规定，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。《建筑法》规定，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。

须取得法定资格方可从事的建设工程代理行为。某些建设工程代理行为必须由具有法定资格的组织实施。如《招标投标法》规定，招标代理机构是依法设立、从事招标代理业务并提供相关服务的社会中介组织。招标代理机构应当具备下列条件：①有从事招标代理业务的营业场所和相应资金；②有能够编制招标文件和组织评标的相应专业力量；③有符合本法规定条件、可以作为评标委员会成员的技术、经济等方面的专家库。《招标投标法》还规定，从事工程建设项目招标代理业务的招标代理机构，其资格由国务院或者省、自治区、直辖市人民政府的建设行政主管部门认定。

民事法律行为的委托代理。建设工程代理行为多为民事法律行为的委托代理。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。但是，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代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由委托人签名或者盖章。委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事责任，代理人负连带责任。

2. 建设工程代理行为的终止

《民法通则》规定，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。

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被代理人或者代理人死亡；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和代理人之间的监护关系消灭。

四、代理人和被代理人的权利、义务及法律责任

1. 代理人在代理权限内以被代理人的名义实施代理行为

《民法通则》规定，代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为承担民事责任。

2. 转托他人代理应当事先取得被代理人的同意

《民法通则》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。

3. 无权代理与表见代理

《民法通则》规定，无权代理是没有代理权、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。

(1)无权代理。无权代理是指行为人没有代理权，但以他人的名义与第三人进行法律行为。无权代理一般存在三种表现形式：①自始未经授权；②超越代理权；③代理权已终止。被代理人对无权代理人实施的行为如果予以追认，则无权代理可转化为有权代理，产生与有权代理相同的法律效力，并不会发生代理人的赔偿责任。如果被代理人不予追认的，对被代理人不发生效力，则无权代理人需承担因无权代理行为给被代理人 and 善意第三人造成的损失。

(2)表见代理。表见代理是指行为人虽无权代理，但由于行为人的某些行为，造成了足以使善意第三人相信其有代理权的表象，而与善意第三人进行的、由被代理人承担法律后果的代理行为。《合同法》规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

表见代理需具备以下特别构成要件：①必须存在足以使相对人相信行为人具有代理权的事实或理由。这是构成表见代理的客观要件。它要求行为人与本人之间应存在某些事实上或法律上的联系，如行为人持由本人发出的委任状、已加盖公章的空白合同书或者有关显示本人向行为人授予代理权的通知函告等证明类文件。②本人存在过失。其过失表现为本人表达了足以使第三人相信有授权意思的表示，或者实施了足以使第三人相信有授权意义的行为，发生了外表授权的事实。③相对人为善意。这是构成表见代理的主观要件。如果相对人明知行为人无代理权而仍与之实施民事行为，则相对人为主观恶意，不构成表见代理。

(3)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。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。这是一种被称为默示方式的特殊授权。由此，他人以其名义实施法律行为的后果应由本人承担。

【案例 1】

(1)背景：常鑫瓷质砖有限公司委托公司干部罗新在苏州市设立办事处，并租用一间仓库。价值 20 余万元的瓷质砖存放在苏州仓库内。罗新结识苏州市钢铜雕刻有限公司的负责人陈鸿玉，联营未获同意。罗新又结识苏州市保达贸易商行承包人贾金龙，进行过业务洽谈，生意未做成。2000 年 1 月 20 日罗新准备回九江过春节，考虑到春节期间苏州会有已订合同的客户要求发货，委托陈鸿玉代为保管货物及帮助发货。后来陈鸿玉与贾金龙签订了一份代销常鑫公司瓷质砖协议，并于 2000 年 2 月 3 日至 5 日从罗新租用的仓库中运走价值人民币 101 836.25 元的多种规格的瓷质砖。苏州市保达贸易商行仅付给陈鸿玉货款 28 500 元，且该款已被陈鸿玉用于开办公司。常鑫瓷质砖有限公司向江西省九江市中级人民法院递交了起诉状。

原告常鑫瓷质砖有限公司以代理权纠纷起诉，要求被告罗新、陈鸿玉及第三人苏州市保达贸易商行赔偿损失。

(2)问题：人民法院能否支持原告的诉讼请求？为什么？

(3)分析：被告陈鸿玉与第三人所签订的代销瓷质砖协议，是在其超越代理权的情况下签订的，所以该协议依法无效。且双方均知道协议标的物——瓷质砖系原告所有，为被告罗新所保管，因此在返还标的物的同时，双方应连带承担赔偿责任。

被告罗新擅自将仓库钥匙交给陈鸿玉，违反了企业内部制度规定，系严重失职行为，不属超越代理权行为，应由企业内部处理。

江西省九江市中级人民法院作出判决：

(1)被告陈鸿玉与第三人苏州市保达贸易商行签订的代销瓷质砖协议无效。