

徐 雷 / 著

《中华人民共和国建筑法》 立法修订研究



ZHONGHUA RENMIN GONGHEGUO JIANZHUF
LIFA XIUDING YANJIU



法律出版社 LAW PRESS

徐 雷 / 著

《中华人民共和国建筑法》 立法修订研究



ZHONGHUA RENMIN GONGHEGUO JIANZHUF
LIFA XIUDING YANJIU



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

《中华人民共和国建筑法》立法修订研究 / 徐雷著:
—北京:法律出版社,2017.1
ISBN 978-7-5197-0393-6

I. ①中… II. ①徐… III. ①建筑法—研究—中国
IV. ①D922.297.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 296328 号

《中华人民共和国建筑法》立法修订研究
徐 雷 著

编辑统筹 法商出版分社
责任编辑 慕雪丹 章 雯
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 A5
印张 6.625
字数 175 千
版本 2017 年 1 月第 1 版
印次 2017 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0393-6

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)经 1997 年 11 月 1 日第八届全国人大常委会第二十八次会议通过,自 1998 年 3 月 1 日起施行。《建筑法》的颁布实施具有重要的意义,它是我国建筑业步入依法发展轨道的标志和历史新起点。

《建筑法》在建设法律法规体系中的层级位置和基础性地位,决定了其立法质量的水平对建筑业能否实现健康发展,建设工程质量安全以及建筑业市场交易秩序能否得到切实保障和规范等,均有着重大而广泛的作用,故建筑业市场各方主体以及建设行政主管部门无不热切期盼《建筑法》能够成为一部良法,发挥其作为建设法律法规体系中最重要的一部法律应有的关键性的积极作用。

但是,一个事实却是,有关各方特别是工程界要求修订《建筑法》的呼声一直不断,且有高涨之势。虽然《建筑法》根据 2011 年 4 月 22 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议《关于修改〈中华人民共和国建筑法〉的决定》进行了修正,但只涉及一个条款。换言之,此次修正并未全面而实质地触及《建筑法》立法缺陷的本质。

上述要求全面修订《建筑法》的呼声已经引起全国人大、国务院及有关行政主管部门的关注和重视。但同时,因种种原因,《建筑法》的全面修订时至今日仍未实现。随着我国经济社会的变迁和建筑业自身的发展需要,要求修订《建筑法》的共识在今天更趋一致和牢固,《建筑法》的全面修订已经到了必须着手实施的历史时期。2016 年,国务院在当年立法工作计划中将《建筑法》(修订)列入“研究项目”中,可以进一步说明《建筑法》进行修订的必要性、紧迫性和重要性。

就已有的关于《建筑法》立法修订的研究成果看,有以下几个特点。

第一,要求修订《建筑法》的态度很坚决。第二,研究者多来自于工程界,法律界对《建筑法》立法修订研究的关注较少。第三,研究者的理论工具应用和发现问题的视域比较单一和狭窄。以工程界为例,研究多从工程实务和经验中提取问题,多从工程管理规则、规律等角度对《建筑法》立法之不足进行分析,并进而寻求修订之思路 and 解决之方案。相应的,得出的研究结论也就缺乏法学理论的应有指引。第四,研究多针对某个或某几个条款出发,来分析《建筑法》立法之不足,较少从修订研究应当涉及的一些深层次理论层面和法律内容整体角度,对《建筑法》之缺陷进行较深刻的、系统化的分析。

上述研究特点的形成,其根本原因在于《建筑法》立法修订涉及的理论、工具方法其实有赖于法律学科理论知识和工程学科理论知识的交融、协调和互补的交叉应用,而因这两个学科的知识鸿沟和壁垒的客观存在,显然,科学地、深刻地进行《建筑法》立法修订研究就成为一项艰巨的工作。

基于上述分析,在笔者进行《建筑法》立法修订研究,即分析探究《建筑法》立法不足的成因、表现、负面作用以及修订理论、方法、思路,并最终提出具体修订条款内容的研究过程中,较为重视以下几个方面的问题。第一,力求对建筑活动涉及的各方关系的分析、调整和规范,不只囿于工程经验、工程方法,而是始终注意法律思维、法学理论、法律方法的运用。第二,注重从立法原则、立法理念等层面,对《建筑法》立法不足的形成原因、外在表现和治理路径进行理论性的深入探究。第三,不坐而论道,强调立法修订应有的问题意识和问题导向,增强研究的实用性和针对性。聚焦建筑业存在的实际问题,特别是建筑业发展面临的若干重点和难点问题,如农民工有关问题、建筑市场信用管理薄弱、建筑市场交易秩序较为混乱以及建设工程合同纠纷颇多等若干问题,并结合建筑业发展的新需要,以及建筑活动的特点、规则、规律等,力求从多视角探明现行《建筑法》实然效果和建筑业需要之应然状态之间的偏差和轨迹形成。第四,始终注意法学和工程学两大学科知识理

论,在《建筑法》立法修订中应有的交融呼应、沟通互补的研究方法。简言之,在笔者看来,《建筑法》立法修订要成功,《建筑法》要成为良法,其立法理论、技术和方法的选择和运用,就不能是片面的。相反的,它必须是两大学科理论、方法的共济交叉式的一个最优集合。第五,力争研究扎实细致,具有可操作性。《建筑法》立法修订最终要通过诸多条款反映修订的思想、结论和成果。因此,本书在重构《建筑法》章节框架的前提下,在最后提出了数百条的具体条款修订建议内容以供参考。

虽然笔者关注《建筑法》立法修订有关问题时日较长,但下决心撰写成长文,对其加以系统、深入、全面的论述,主要源于2014年笔者申报的有关《建筑法》立法修订研究的课题获得住房和城乡建设部的立项批准。因此,本书如果能够为我国建筑业依法治理和《建筑法》修订起到绵薄之力的话,首先要感谢住房和城乡建设部的支持。另外,在成书过程中,还得到西安建筑科技大学管理学院金维兴教授,土木工程学院李慧民教授,建筑学院刘加平院士,“长江学者奖励计划”特聘教授杨柳女士,陕西省高级人民法院曹建国副院长,陕西省建筑法学会秘书长、西安建筑科技大学文学院法学系刘莉教授,西安交通大学法学院丁卫副教授,西安建筑科技大学土木工程学院武乾教授、黄莺副教授,中建西安投资发展有限公司仲丛利总经理,陕西省恒达律师事务所陈贞学律师、杨建生律师,陕西普迈律师事务所李大雄律师,国家电力投资集团中国电力国际有限公司总法律顾问徐薇女士等专家、领导、同仁的指导、建议和有关研究资料的提供,笔者在此向他们表示诚挚的感谢。同时,对本书列出的参考文献的作者,笔者也表示真诚的敬意。

《建筑法》立法修订研究因其必需的多元化的不同知识理论工具存在的差异性,以及涉及的有关各方利益的广泛性和复杂性,为研究工作在客观上增添了难度。更为主要的是笔者能力有限,故研究之方法、思路和结论难免存有错误和不当之处,诚盼学界专家和有关各方人士不吝赐教,提出宝贵的批评意见和建议。

第一篇 对现行《建筑法》立法缺陷
及其成因的分析

第一章 基于立法原则角度对《建筑法》立法不足的分析

分析

003

一、基于立法合宪性原则和保障人权目的对《建筑法》

立法不足的分析

003

二、基于法制统一性原则对《建筑法》立法不足的分析

014

三、基于立法民主性原则对《建筑法》立法不足的分析

021

四、基于立法科学性原则对《建筑法》立法不足的分析

022

第二章 基于立法理念角度对《建筑法》立法不足的分析

分析

043

一、工程质量观的改进——《建筑法》应树立以人为本

立法理念的一个新理由

044

二、《建筑法》立法修订应加强私法理念的合理渗透和

融合

045

三、《建筑法》缺乏遵循市场经济规律的立法理念和

相应法律制度方法建构

052

第三章 基于建筑业行业问题及建设工程实施规律对《建筑法》立法不足的分析	062
一、《建筑法》对建筑业较突出的行业问题缺乏完备而针对性的立法规制	063
二、《建筑法》缺乏基于工程建设全过程管理原则的立法设计	064
三、《建筑法》工程质量管理责任制度立法规范的科学性存在不足	065
四、《建筑法》针对建设工程项目不同控制目标的立法内容严重失衡	068
五、《建筑法》对建设工程管理中重要而基本的合同管理制度缺乏立法规范	070
 第四章 基于立法技术角度对《建筑法》立法不足的分析	 071
一、《建筑法》内容结构不完备	071
二、《建筑法》法律规范逻辑结构不严谨	074
三、《建筑法》立法语言技术较为粗糙	075
四、《建筑法》配套立法技术应用不充分	079

第二篇 《建筑法》立法修改建议

第一章 对《建筑法》立法修改涉及的几个重点问题的总结说明	087
一、《建筑法》立法修改的总体思路概要	087
二、《建筑法》立法修改应遵循的立法原则	088

三、《建筑法》立法修改应强化的立法理念	089
四、《建筑法》立法目的应在新的立法理念指引下 予以调整充实	089
五、《建筑法》修订应扩展法律调整范围	090
六、《建筑法》章节内容结构的重构	091
 第二章 《建筑法》立法修改建议的具体内容	 092
 参考文献	 196

第一篇 对现行《建筑法》立法缺陷 及其成因的分析

本篇将从不同角度对《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)的立法缺陷及其成因进行分析,以期为立法修订提供理论基础、主攻方向、重点任务及思路方法。

第一章 基于立法原则角度对 《建筑法》立法不足的分析

本章将主要基于立法的合宪性原则、法制统一性原则、民主性原则、科学性原则四个角度,对现行《建筑法》立法不足的表现、成因展开分析,进而提出有关立法修订建议。

一、基于立法合宪性原则和保障人权目的对 《建筑法》立法不足的分析

一切立法权的存在和行使都应当有法的依据,立法活动的绝大多数环节都要依法运行,社会组织或成员应当以立法主体的身份进行活动,其行为应当以法为规范,行使法定职权,履行法定职责。在立法需要遵循的法的根据中,宪法是最高规格的依据。^[1]

《宪法》修正案(2004年)第5条中规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”《宪法》修正案(2004年)第33条中规定:“国家尊重和保障人

权。”《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第3条中规定:“立法应当遵循宪法的基本原则。”因此,《建筑法》理应通过立法落实贯彻国家尊重和保障人权的宪法精神和要求。

2014年中国人权白皮书中强调:“在这条人权发展道路上,中国坚持中国共产党的领导,确保人权事业发展的正确方向;坚持人权普遍性原则与中国现实国情相结合,在更高层次上保障好人民的生存权、发展权;坚持依法治国,把人权发展纳入法治化制度化轨道。”

而结合《建筑法》的立法目的及内容来看,现行《建筑法》在保障人民的生存权与发展权方面存在以下两个重要不足。

(一)《建筑法》缺失对农民居住安全权的立法保障

现行《建筑法》第2条规定:“在中华人民共和国境内从事建筑活动,实施对建筑活动的监督管理,应当遵守本法。本法所称建筑活动,是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”据此,《建筑法》的适用范围自当覆盖中国境内所有城市和乡村的各类建筑,自当保障包括农民在内的所有人的居住安全权。但问题是,《建筑法》第83条中又明确规定“农民自建低层住宅的建筑活动,不适用本法”。至此,理应受到《建筑法》保障的广大农民的居住安全权及其相应的有关权益就产生了立法缺失。

这一看似自相矛盾的立法形成的主要原因在于,1997年通过《建筑法》时,我国的国民经济总量、政府财力、农民收入以及广大农民对自建房屋的质量要求等还处在相对较低的水平。同时,“中国人大网”对《建筑法》第83条中“农民自建低层住宅的建筑活动,不适用本法”的有关法律释义为:“农民在农村自建的低层住宅,量大面广、情况千差万别,目前仍以较为简易的居多,要将这类农村自建住宅都纳入国家的行政管理之中,目前难以做到,从执法成本考虑,也没有大的必要。”客观地看,“要将这类农村自建住宅都纳入国家的行政管理之中”,在立法当时的确是“难以做到”的。而“没有大的必要”这一结论的形成,主要是出

于立法者“从执法成本考虑”的结果。这样,这种偏重从行政监管执法的角度出发的立法考虑,就使得广大农民应享有居住安全权的立法保障问题被相对地忽视了。

这一立法不足潜含的严重风险,经过2008年汶川大地震得到一次集中而深刻的暴露。汶川大地震中,由于房屋倒塌造成大量的死亡与失踪人口。而这些倒塌的房屋主要是农民自建房屋,它们大都没有经过正规的设计和规范的施工,缺乏政府监管,建筑质量偏低,抗震性能差,遇到地震等自然灾害很难有效避难。因此,汶川大地震大部分的死伤人员是生活在乡村的农民。^[1]

诚然,不能将这场灾祸简单地归结于《建筑法》的立法缺陷上。但在依法治国的今天,回顾这场灾难,居于我国建筑法律法规体系核心地位和具有最高效力的《建筑法》就不应无所作为。同时,我国是一个多地震国家,由于地处亚欧板块的东南部,受西环太平洋地震带和喜马拉雅—地中海地震带活动的影响,地震活动不仅频度高,强度大,而且地震活动的分布范围很广,几乎全国各省均发生过强震,故加强农民民居建设质量管理问题就具有了普遍性和现实性。正如习近平总书记指出的,我国经济实力和综合国力显著增强,具备了支撑城乡发展一体化物质技术条件。因此,《建筑法》补上对农民自建低层住宅建筑活动相关法律规范缺失的重要短板就十分必要,而且也具备了现实条件。

实际上,特别是自党的十八大以来,党中央、国务院已经出台了不少政策,加强对农民新建自用住房和危房改造的全方位帮扶力度。例如,设立了中央农村危房改造补助专项资金,显著加快了贫困地区农村危房改造的推进速度和成效。而国务院有关行政主管部门,如住房和城乡建设部也发布了一系列部门规范性文件,加强了对农民新建自用

[1] 这一结论,笔者不仅是对文献分析而得到的,更重要的是,在汶川大地震后,笔者所在的西安建筑科技大学受住房和城乡建设部(以下简称住建部)委托,先后派出三批教师前往四川省绵竹市进行抗震救灾及灾后危房调查。我作为其中一员,在绵竹的近十个日夜里,最深刻的感受就是必须加强对农村自建民居的质量管理。

住房和危房改造的有关技术规范、工匠培训等事项的行政管理和服务力度。

正如《中共中央 国务院关于打赢脱贫攻坚战的决定》中指出的,“消除贫困、改善民生、逐步实现共同富裕,是社会主义的本质要求,是我们党的重要使命”,“到2020年,稳定实现农村贫困人口不愁吃、不愁穿,义务教育、基本医疗和住房安全有保障”。因此,《建筑法》立法修订的一个重要任务就是,结合我国农村实际和农民现实需要,既务实又扎实有效地对农民自建住房和危房改造等建筑活动予以立法规范,切实加强广大农民居住安全权的法律保障。

(二)《建筑法》对农民工人权保障存在立法缺陷

农民工是指户籍仍在农村,却在城市从事非农产业的劳动者。^[2]

国家统计局发布的2015年农民工监测调查报告显示,2015年农民工总量为27747万人,其中本地农民工10863万人,外出农民工16884万人。农民工在第二产业中从业的比重为55.1%,高于在第一、第三产业中的从业人数比重。其中在第二产业中从事建筑业的农民工比重为21.1%,人数达到5854万人,仅次于从事第二产业中制造业的农民工人数。同时,从建筑业行业发展实际看,绝大多数项目的施工阶段都需要大量的建筑业农民工在一线作业。

简言之,建筑业农民工人数巨大,并且是施工企业进行项目施工的基本力量和劳务主力军。

1.《建筑法》对农民工生命健康权保护的立法不足

《中华人民共和国民法通则》第98条规定:“公民享有生命健康权。”生命权在各项人格权中居于首要地位,由于生命是最高的法益,所以应当在具体人格权的设计中将生命权作为首要的人格权和首要的民事权利来加以规定,只有在确认了生命权之后才能构建一个完整的民事权利体系。^[3]健康权是与生命权存在密切关系的一项宪法权利。宪法意义上的健康权的基本含义是政府对公民健康负有责任,即国家以

一定的作为或不作为来保障公民所享有和应当享有的保持其躯体生理机能正常、精神状态完满并由此对社会适应的权利。^[4]

在《建筑法》中,与保护职工、作业人员生命健康权相关的法律规定主要集中在第五章“建筑安全生产管理”和第七章“法律责任”中。例如,第五章第46条规定:“建筑施工企业应当建立健全劳动安全生产教育培训制度,加强对职工安全生产的教育培训;未经安全生产教育培训的人员,不得上岗作业。”第五章第47条中规定:“作业人员有权对影响人身健康的作业程序和作业条件提出改进意见,有权获得安全生产所需的防护用品。作业人员对危及生命安全和人身健康的行为有权提出批评、检举和控告。”第五章第48条规定:“建筑施工企业应当依法为职工参加工伤保险缴纳工伤保险费。鼓励企业为从事危险作业的职工办理意外伤害保险,支付保险费。”第七章第71条规定,“建筑施工企业违反本法规定,对建筑安全事故隐患不采取措施予以消除的,责令改正,可以处以罚款;情节严重的,责令停业整顿,降低资质等级或者吊销资质证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任。建筑施工企业的管理人员违章指挥、强令职工冒险作业,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,依法追究刑事责任”等。

随着我国社会主义市场经济体制的深化改革,建筑业从业企业的形态遵循社会分工的规律正在日益多元化。就施工总承包企业而言,其履行与建设单位缔约的施工合同主要是依靠专业承包企业,特别是施工劳务企业。换言之,《建筑法》中的“职工”、“作业人员”等,从人员构成上看,绝大多数其实就是农民工。而因为农民工的农民身份和流动性,加之施工管理分包模式的普遍存在,建筑市场信用建设、保障仍有不足等原因,对农民工各项事务管理的主体责任和相互关系就变得较为复杂,其结果就是建筑业企业保护自有固定的职工,如企业的管理人员各项权益的力度,要远高于其对所雇用的农民工权益保护的力度。

就生命健康权保护而言,上述不公平甚至歧视性的情况也一样存在。虽然《建筑法》对“职工”、“作业人员”等有关安全生产及劳动保护

的权利做了规定,但建筑施工企业对这些规定经常是选择性执行的。特别是在有关行政监管相对薄弱的情况下,加之安全生产管理需要投入较多资金的实际情况,建筑施工企业就经常地在实际用工中不把“农民工”这一在一线从事辛苦的施工劳动且人数最广大的“职工”视为《建筑法》所称的“职工”。这样,《建筑法》规定的“职工”在劳动保护、工伤保险等方面的权益,也就在实际上很难充分地被“农民工”所享有。

结合建筑业生产特点,一线农民工数量巨大,且大多从事存在较高安全风险的体力劳动工作(这一点与从事制造业加工的农民工劳动存在较突出的区别)。而且,从实际看,一线施工作业人员生产安全事故率和死伤人数仍未根本性降低。同时,与从事制造业的农民工近些年来心理健康水平改善较为明显的情况相对比,建筑业农民工的心理健康水平几无变化。^[5]这些客观事实都要求我们必须对农民工的生命健康权保护问题加以重视。就建筑业自身变化看,农民工,特别是新生代农民工对生命健康权等自身人权的自觉意识、维护意识明显提高。在人口红利已经开始消退的今天,《建筑法》加强对农民工生命健康权的立法保障,不仅是以人为本发展理念法治化的需要,也是建筑业适应自身劳动力结构转型升级、应对农民工劳动力的供给减少趋势的客观需要。

因此,《建筑法》立法修订应当对“农民工”的概念予以明确,并对这一弱势群体的劳动安全权益作出专门的、有针对性的立法保护。

2.《建筑法》对农民工经济权保护的立法不足

经济权利对于公民权利的发展来说既是基础性的,也是核心性的。^[6]狭义的经济权就是工作权,又称劳动权,是指具有劳动力的公民能够得到有保障并有适当报酬的工作权利。^[7]简言之,劳动者的工资权又是劳动权的核心内容。

拖欠农民工工资的情况甚为严重而普遍,其原因是:从微观上来看,用人单位与农民工之间的劳动关系无论是在理论上还是在实践中都反映出农民工处于弱势地位。在理论上,劳动关系虽然具有平等性