

工学结合·基于工作过程导向的项目化创新系列教材
国家示范性高等职业教育土建类“十二五”规划教材

建筑

工程法规

JIANZHU
GONGCHENG FAGUI

主 编 陈万鹏 陈宗丽

华中科技大学出版社

工学结合·基于工作过程导向的项目化创新系列教材
国家示范性高等职业教育土建类“十二五”规划教材

建筑工程法规

主 编 陈万鹏 陈宗丽
副主编 石凌栋 傅为华 温 欣 姜 涛

华中科技大学出版社
中国·武汉

内 容 简 介

本书根据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国劳动法》《建设工程安全生产管理条例》《建设工程质量管理条例》等相关法律法规,结合相关职业资格考试内容,对建设工程基本法律知识、建设工程许可法律制度、建设工程发包与承包法律制度、建设工程合同与劳动合同法律制度、建设工程施工环境法律制度、建设工程安全生产法律制度、建设工程质量法律制度,以及解决建设工程纠纷的法律制度等八章内容进行了较系统的阐述,并配置了大量针对性训练题。通过本书的学习,读者能够综合掌握建设工程法律法规基本知识及实际应用的案例。

本书具有两个显著特征:第一,新颖性,本书以最新颁布或修改的法律法规为依据;第二,实用性,本书体系和内容与学生将要参加的建造师考试相衔接,并有针对性地引入大量案例,在每章内容后配置大量训练题目,帮助学生进行各个知识点的巩固。

本书适合于全国高职院校建设类专业学生使用,也可作为建设行业职工培训学习教材。

图书在版编目(CIP)数据

建筑工程法规/陈万鹏 陈宗丽 主编. —武汉:华中科技大学出版社,2013.7
ISBN 978-7-5609-8550-3

I. 建… II. ①陈… ②陈… III. 建筑法-中国-高等职业教育-教材 IV. D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 290699 号

建筑工程法规

陈万鹏 陈宗丽 主编

策划编辑:康 序

责任编辑:赵巧玲

封面设计:李 嫚

责任校对:张 琳

责任监印:张正林

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)81321915

录 排:华中科技大学惠友文印中心

印 刷:武汉中远印务有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:18.5

字 数:481 千字

版 次:2013 年 7 月第 1 版第 1 次印刷

定 价:37.00 元



本书若有印装质量问题,请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线:400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

前言



本书根据《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》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)、《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)、《建设工程安全生产管理条例》《建设工程质量管理条例》和《中华人民共和国环境保护法》(以下简称《环境保护法》),以及其他与建设工程相关的法律法规,结合相关执业资格考试内容要求编写而成。

本书在内容上共分九个部分:建设工程基本法律知识、建设工程许可法律制度、建设工程发包与承包法律制度、建设工程合同与劳动合同法律制度、建设工程施工环境法律制度、建设工程安全生产法律制度、建设工程质量法律制度、解决建设工程纠纷的法律制度,以及综合训练。内容全面充实,系统地阐述了建设工程涉及的法律法规知识。本书在编写过程中,聘请建设行业企业专家共同研究,在编写提纲时,结合建设行业企业技术领域的实际和职业岗位(群)任职要求,参照建造师执业资格考试标准,尽量做到与本书各章内容紧密结合。

本书主要针对全国高职高专院校土木建筑类专业学生教学需要,也可以作为建设行业培训参考教材;本书力求结合学生将来可能从事的工作的性质和需要来选择内容,结合行业培训需要,突出行业特点,力求与相关执业资格考试相衔接,突出本书的针对性和实用性;努力关注建设法规的前沿动态,渗透最新的法律思想,吸收最新的法律内容,尽量使学生接受新观点,阅读新内容,突出新颖性;在结构体系上,以“法理、法条、法案”为主体,以规范建设活动的建设法规为基础,以法律为主线,以行政法规、部门规章为补充,对建设工程法律法规进行系统阐释。

本书具有两大特点:第一,新颖性,全书以最新颁布或修改的法律法规为依据;第二,实用性,本书体系和内容与学生将要参加的相关执业资格考试相衔接,并有针对性地引入大量案例,在每章内容后配置大量训练题目,帮助学生进行各个知识点的巩固。

本书由常州工程职业技术学院陈万鹏、陈宗丽主编,由义乌工商职业技术学院傅为华、建东职业技术学院石凌栋、唐山工业职业技术学院温欣和黑龙江农业职业技术学院姜涛任副主编,全书由陈万鹏统稿。

由于编者水平有限,加上时间仓促,书中难免有疏漏之处,敬请广大读者和同行批评指正。

编 者

2013 年 1 月

目录



- 第 1 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 (6)
 - 第三节 建设工程代理制度 (8)
 - 第四节 建设工程物权制度 (11)
 - 第五节 建设工程债权制度 (14)
 - 第六节 建设工程知识产权制度 (16)
 - 第七节 建设工程担保制度 (21)
 - 第八节 建设工程保险制度 (25)
 - 第九节 建设工程法律责任制度 (29)
- 第 2 章 建设工程许可法律制度 (35)
 - 第一节 建设工程施工许可制度 (35)
 - 第二节 施工企业从业资格制度 (41)
- 第 3 章 建设工程发包与承包法律制度 (52)
 - 第一节 建设工程招标投标制度 (52)
 - 第二节 建设工程承包制度 (65)
 - 第三节 建筑市场信用体系建设 (72)
- 第 4 章 建设工程合同与劳动合同法律制度 (81)
 - 第一节 建设工程合同制度 (81)
 - 第二节 劳动合同及劳动关系制度 (99)
 - 第三节 相关合同 (119)
- 第 5 章 建设工程施工环境法律制度 (143)
 - 第一节 施工现场环境保护制度 (143)
 - 第二节 施工节约能源制度 (152)
 - 第三节 施工文物保护制度 (156)
- 第 6 章 建设工程安全生产法律制度 (166)
 - 第一节 施工安全生产许可证制度 (166)
 - 第二节 施工安全生产责任和安全生产教育培训制度 (168)
 - 第三节 施工现场安全防护制度 (177)
 - 第四节 施工安全事故的应急救援与调查处理 (184)
 - 第五节 建设单位和相关单位的建设工程安全责任制度 (192)



第 7 章 建设工程质量法律制度 (203)

 第一节 工程建设标准 (203)

 第二节 施工单位的质量责任和义务 (209)

 第三节 建设单位及相关单位的质量责任和义务 (216)

 第四节 建设工程竣工验收制度 (223)

第 8 章 解决建设工程纠纷的法律制度 (235)

 第一节 建设工程纠纷主要种类和法律解决途径 (235)

 第二节 民事诉讼制度 (238)

 第三节 仲裁制度 (249)

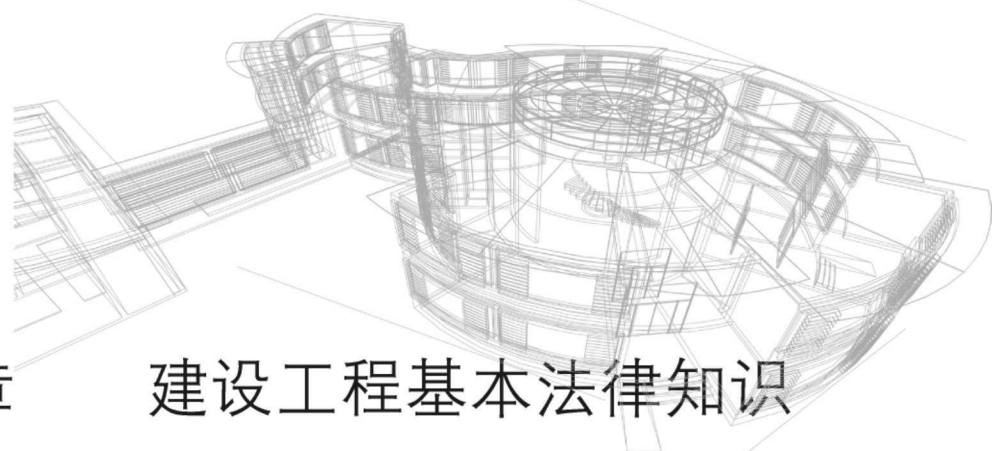
 第四节 调解、和解制度与争议评审 (253)

 第五节 行政复议和行政诉讼制度 (255)

综合训练 1 (263)

综合训练 2 (276)

参考文献 (289)



第1章 建设工程基本法律知识

【学习目标】

1. 知识目标

- (1) 了解法律法规的概念与特征;
- (2) 了解我国法律体系的构成;
- (3) 熟悉我国建设工程相关法律法规。

2. 能力目标

- (1) 能掌握基本的建设法律法规;
- (2) 能利用基本建设法律知识进行简单的法律分析。

“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”是我国社会主义法制建设的基本原则。作为一名建造师,必须增强法律意识和法治观念,做到学法、懂法、守法和用法,这是新时期对建造师从事执业活动的基本要求。

第一节 建设工程法律体系

法律体系也称法的体系,通常指由一个国家现行的各个部门法构成的相互有机联系的整体。我国的法律体系,根据所调整的社会关系性质的不同,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。

建设工程法律具有综合性的特点,虽然主要是经济法的组成部分,但还包括行政法、民法、商法等的内容。建设工程法律同时又具有一定的独立性,具有自己的完整体系。建设工程法律体系,是指把已经制定的和需要制定的建设方面的法律、行政法规、部门规章和地方性法规、地方规章有机结合起来,形成一个相互联系、相互补充、相互协调的完整统一的体系。

一、法律体系的基本框架

1. 宪法及宪法相关法

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现实的民主政治,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。

宪法相关法,是指《中华人民共和国全国人民代表大会组织法》(以下简称《全国人民代表大会组织法》)、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称

《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》(以下简称《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》)、《中华人民共和国国籍法》(以下简称《国籍法》)、《中华人民共和国国务院组织法》(以下简称《国务院组织法》)、《中华人民共和国民族区域自治法》(以下简称《民族区域自治法》)等法律。

2. 民法商法

民法是规定并调整平等主体的公民间、法人间及公民与法人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。《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。

《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》)、《中华人民共和国环境影响评价法》(以下简称《环境影响评价法》)、《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下简称《城市房地产管理法》)、《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

经济法是调整在国家协调、干预经济运行的过程中发生的经济关系的法律规范的总称,《中华人民共和国统计法》(以下简称《统计法》)、《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)、《中华人民共和国标准化法》(以下简称《标准化法》)、《中华人民共和国审计法》(以下简称《审计法》)、《中华人民共和国节约能源法》(以下简称《节约能源法》)、《中华人民共和国政府采购法》(以下简称《政府采购法》)、《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《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。

《中华人民共和国残疾人保障法》(以下简称《残疾人保障法》)、《中华人民共和国矿山安全法》(以下简称《矿山安全法》)、《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)、《中华人民共和国职业病防治法》(以下简称《职业病防治法》)、《中华人民共和国安全生产法》(以下简称《安全生产法》)、《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)等属于社会法。

二、法的形式和效力层级

1. 法的形式

在世界历史上存在过的法律形式主要有:制定法、习惯法、宗教法、判例、规范性法律文件、国际惯例、国际条约等。在我国,习惯法、宗教法、判例不是法的形式。

我国法的形式是制定法形式,具体可分为以下七类。

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。其主要功能是制约和平衡国家权力,保障公民权利。

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,以及有关国家机构的组织法等法律。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。

依照《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)的规定,下列事项只能制定法律:①国家主权的事项;②各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;③民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;④犯罪和刑罚;⑤对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;⑥对非国有财产的征收;⑦民事基本制度;⑧基本经济制度,以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;⑨诉讼和仲裁制度;⑩必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。

有关建设的法律既包括专门的法律,也包括相关的其他法律。例如,前者有《城乡规划法》、《建筑法》、《城市房地产管理法》等,后者有《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。

现行的建设行政法规主要有《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,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规、自治条例和单行条例。

目前,各地方都制定了大量的规范建设活动的地方性法规、自治条例和单行条例,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

部门规章是国务院各部门、各委员会、审计署等根据法律和行政法规的规定和国务院的决定,在本部门的权限范围内制定和发布的调整本部门范围内的行政管理关系的、并不得与宪法、法律和行政法规相抵触的规范性文件。其名称可以是“规定”、“办法”和“实施细则”等。目前,大量的建设法规是以部门规章的方式发布的,如住房和城乡建设部发布的《房屋建筑和市政基础设施工程质量监督管理规定》、《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》、《市政公用设施抗灾设防管理规定》,国家发展和改革委员会发布的《招标公告发布暂行办法》、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》等。

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条例》《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。例如,我国加入 WTO(世界贸易组织)后, WTO 中与工程建设有关的协定也对我国的建设活动产生约束力。

2. 法的效力层级

法的效力层级,是指法律体系中的各种法的形式,由于制定的主体、程序、时间、适用范围等的不同,具有不同的效力,从而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,具有最高的法律效力。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不能违背宪法的基本准则。

(2) 上位法优于下位法。

在我国法律体系中,法律的效力是宪法最高,其他法律次之,行政法规又次之,然后才是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,高于下一级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。

(5) 需要由有关机关裁决适用的特殊情况。

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。③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。

国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。其他国家机关和社会团体、企业事业组织,以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。

全国人民代表大会专门委员会在审查中认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向制定机关提出书面审查意见;也可以由法律委员会与有关的专门委员会召开联合审查会议,要求制定机关到会说明情况,再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在两个月内研究提出是否修改的意见,并向全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会反馈。

全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会审查认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触而制定机关不予修改的,可以向委员长会议提出书面审查意见和予以撤销的议案,由委员长会议决定是否提请常务委员会会议审议决定。

三、建设法和相关法律的关系

1. 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。

建设法与所有的法律都有一定的关系,比较重要的是与行政法、民法商法、社会法的关系。

2. 建设法与行政法的关系

建设法在调整建设活动中产生的社会关系多为行政监督管理关系。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、协调形成的关系。建设活动事关国计民生,与国家、社会的发展,与公民的工作、生活,以及生命财产的安全等都有直接的关系。因此,国家必然要对建设活动进行监督和管理。古今中外,概莫能外。

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。

3. 建设法与民法商法的关系

建设法与民法商法的关系,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。第一,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。第二,建设民事商事法律关系是平等主体之间的关系。民法商法调整平等主体之间的财产关系和人身关系,这就决定了参加民事商事法律关系的主体地位平等,相互独立、互不隶属。第三,建设民事商事法律关系主要是财产关系。民法商法以财产关系为其主要调整对

象。第四,建设民事商事法律关系的保障措施。民法商法调整对象的平等性和财产性,即民事商事责任以财产补偿为主要内容,惩罚性和非财产性责任不是主要的民事商事责任形式。

建设民事商事法律关系是民事商事法律关系的重要组成部分。

4. 建设法与社会法的关系

建设法在调整建设活动中产生的社会关系时,会形成社会法律关系。例如,施工单位应当做好员工的劳动保护工作,建设单位也要提供相应的保障;建设单位、施工单位、监理单位、勘察设计公司都会与自己的员工建立劳动关系。建设行业中的社会关系是社会法律关系的重要组成部分。

第二节 建设工程法人制度

法人是建设工程活动中的主体。作为建造师,应该了解法人的定义、应具备的条件,以及法人在建设工程中的地位和作用,特别要熟悉企业法人与项目经理部的法律关系。

一、法人应当具备的条件

《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。

1. 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,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。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。

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。企业法人分立、合并,其权利和义务由变更后的法人享有和承担。

二、法人在建设工程中的地位和作用

1. 法人在建设工程中的地位

在建设工程中,大多数建设活动主体都是法人。施工单位、勘察设计公司、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。在法人制度产生以前,只有自然人才具有民事权

利能力和民事行为能力。随着社会生产活动的扩大和专业化水平的提高,许多社会活动必须由自然人合作完成。因此,法人是出于需要,由法律将其拟制为自然人以确定团体利益的归属,即所谓“拟制人”。法人是社会组织在法律上的人格化,是法律意义上的“人”,而不是实实在在的生命体。

2. 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

在计划经济时期,从事建设活动的各企事业单位实际上是行政机关的附属,是不独立的。但在市场经济中,每个法人都是独立的,可以独立开展建设活动。

法人制度有利于企业或者事业单位根据市场经济的客观要求,打破地区、部门和所有制的界限,发展各种形式的横向经济联合,在平等、自愿、互利的基础上建立起新的经济实体。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。这样,可以使企业发挥各自优势,进行正当竞争,按照社会化大生产的要求,加快市场经济的发展。

2) 确立了建设领域国有企业的所有权和经营权的分离

建设领域曾经是以国有企业为主体的。确认企业的法人地位,明确法人的独立财产责任并建立起相应的法人破产制度,这就真正在法律上使企业由国家行政部门的“附属物”变成了自主经营、自负盈亏的商品生产者和经营者,从而进一步促进企业加强经济核算和科学管理,增强企业在市场竞争中的活力与动力,为我国市场经济的发展和工程建设的顺利实施创造更好的条件。

三、企业法人与项目经理部的法律关系

1. 项目经理部的概念和设立

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。

建设工程项目中的生产经营活动,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。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。

3. 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

在建设工程活动中,通过代理实施民事法律行为的情形较为常见。因此,了解和熟悉有关代理的基本法律知识是十分必要的。

一、代理的法律特征和主要种类

《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。

所谓代理,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。

1. 代理的法律特征

代理具有如下的法律特征:

- (1) 代理人必须在代理权限范围内实施代理行为;
- (2) 代理人应该以被代理人的名义实施代理行为;
- (3) 代理行为必须是具有法律意义的行为;
- (4) 代理行为的法律后果归属于被代理人。

2. 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

委托代理按照被代理人的委托行使代理权。

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。

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,《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 67 条规定: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中的法定代理人。

指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。

二、建设工程代理行为的设立和终止

1. 建设工程代理行为的设立

1) 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。

建设工程的承包活动不得委托代理。《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。

2) 须取得法定资格方可从事的建设工程代理行为

一般的代理行为可以由自然人、法人担任代理人,对其资格并无法定的严格要求。即使是诉讼代理人,也不要求必须由具有律师资格的人担任。如《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第58条规定:“律师、当事人的近亲属,有关的社会团体或者所在单位推荐的人,经人民法院许可的其他公民,都可以被委托为诉讼代理人。”

但是,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有符合本法第三十七条第二款规定条件、可以作为评标委员会成员人选的技术、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。

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。

建设工程代理行为的终止,主要是第①、②、⑤三种情况。

三、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。

代理人为处理代理事务,为被代理人选任其他人进行代理被称为复代理。复代理所基于的代理称为本代理,由本代理中的代理人转托的代理人称为复代理人。

3. 无权代理与表见代理

《民法通则》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。

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。

表见代理除需符合代理的一般条件外,还需具备以下特别构成要件。①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。它要求行为人与被代理人之间存在某些事实上或法律上的联系,如行为人持由被代理人发出的委任状、已加盖公章的空白合同书,或者有显示被代理人向行为人授予代理权的通知函告等证明类文件。②被代理人存在过失。其过失表现为被代理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。

4. 不当或违法行为应承担的法律责任

1) 委托书授权不明应承担的法律责任

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) 损害被代理人利益应承担的法律责任

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。代理人和第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人和第三人负连带责任。

3) 第三人故意行为应承担的法律责任

第三人知道行为人没有代理权、超越代理权,或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的,由第三人和行为人负连带责任。

4) 违法代理行为应承担的法律责任

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,由被代理人和代理人负连带责任。

【案例 1-1】

1. 背景

2002 年 7 月,甲建筑公司(以下简称甲公司)中标某大厦工程,负责施工总承包。2003 年 5 月,甲公司将该大厦装饰工程施工分包给乙装饰公司(以下简称乙公司)。甲公司驻该项目的项目经理为李某;乙公司驻该项目的项目经理为王某。李某与王某是大学校友,一向私交不错。2003 年 6 月,甲公司在该项目上需租赁部分架管、扣件,但资金紧张。李某听说王某与丙材料租赁站(以下简称丙租赁站)关系密切,便找到王某帮忙赊租架管、扣件。王某答应了李某的请求。随后,李某将盖有甲公司合同专用章的空白合同书及该单位的空白介绍信交给王某。同年 7 月 10 日,王某找到丙租赁站,出具了甲公司的介绍信(已填上租赁架管、扣件等内容)和空白合同书。丙租赁站经过审查,认为王某出具的介绍信与空白合同书均盖有公章,真实无误,确信其有授权,于是签订了租赁合同。丙租赁站依约将架管、扣件等送至施工地点,但王某将其中一部分用到了由他负责的其他装修工程上。后甲公司与丙租赁站结算价款时发生争议,丙租赁站多次催要无果后,将甲公司诉至人民法院。

2. 问题

- (1) 王某的行为属无权代理还是表见代理,为什么?
- (2) 表见代理的法律后果是什么?

3. 分析

(1) 王某的行为构成表见代理。因为,王某虽然是乙公司的项目经理,但他向丙租赁站出具了甲公司的介绍信及空白合同书,使丙租赁站相信其有权代表甲公司租赁架管、扣件。

(2) 根据《合同法》第49条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或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。”表见代理的后果是由被表见代理人来承担的。因此,甲公司对丙租赁站请求的租赁费用应承担给付义务。当然,对于自己的损失,甲公司可以追究王某的侵权责任。

第四节 建设工程物权制度

《物权法》是规范财产关系的民事基本法律。其立法目的是维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发挥物的效用,保护权利人的物权。

物权是一项基本民事权利,也是大多数经济活动的基础和目的。在建设工程活动中涉及的许多权利都是源于物权。建设单位对建设工程项目的权利来自物权中最基本的权利——所有权,施工单位的施工活动是为了形成《物权法》意义上的物——建设工程。

一、物权的法律特征和主要种类

1. 物权的法律特征

《物权法》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。

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,无须他人的意思表示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。

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”。

2. 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