

2Z200000

全国二级建造师执业资格考试用书

建设工程法规及相关知识

● 全国二级建造师执业资格考试用书编写委员会 编写

2.297
9

中国建筑工业出版社

全国二级建造师执业资格考试用书

建设工程法规及相关知识

全国二级建造师执业资格考试用书编写委员会 编写

中国建筑工业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程法规及相关知识 / 全国二级建造师执业
资格考试用书编写委员会编写. —北京: 中国建筑
工业出版社, 2004

全国二级建造师执业资格考试用书

ISBN 7-112-06525-9

I. 建… II. 全… III. 建筑法—中国—建筑师—
资格考试—自学参考资料 IV. D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 095171 号

本书为全国二级建造师执业资格建设工程法规及相关知识考试用书,
主要内容包括建设工程法律制度和合同法律基本制度。本书对考试大纲要
求掌握、熟悉、了解的相关内容作了准确、详尽的解释, 是参加建造师执
业资格考试的应试人员必备的考试学习用书。

本书适合参加全国二级建造师执业资格考试和相关专业的工程管理人
员学习, 也可供大中专院校相关专业师生教学参考。

* * *

责任编辑: 封 毅

责任设计: 孙 梅

责任校对: 李志瑛 张 虹

全国二级建造师执业资格考试用书

建设工程法规及相关知识

全国二级建造师执业资格考试用书编写委员会 编写

中国建筑工业出版社出版、发行 (北京西郊百万庄)

新华书店经销

北京中科印刷有限公司印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张 7½ 字数: 180 千字

2004 年 10 月第一版 2004 年 10 月第一次印刷

印数: 1—150000 册 定价: 30.00 元 (含光盘)

ISBN 7-112-06525-9

TU·5943 (11772)

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)

本社网址: <http://www.china-abp.com.cn>

网上书店: <http://www.china-building.com.cn>

请读者识别、监督:

本书环衬用含有中国建筑工业出版社专用的水印防伪纸印制, 封
底贴有中国建筑工业出版社专用的防伪标; 否则为盗版书, 欢迎
举报监督! 举报电话: (010) 68394711; 传真: (010) 68321361

全国二级建造师执业资格考试用书

编 写 委 员 会

名 誉 主 任：金德钧 王素卿

主 任 委 员：王早生

副 主 任 委 员：丁士昭 江见鲸 缪长江

委 员：(按姓氏笔画排序)

丁士昭	王早生	王秀娟	王晓峥
王燕鸣	乌力吉图	石中柱	刘伊生
江见鲸	孙宗诚	杨卫东	李传德
李清立	李慧民	何佰洲	张之强
陈建平	赵泽生	贺 铭	贺永年
骆 涛	顾慰慈	徐义屏	唐 涛
唐江华	焦凤山	蔡耀恺	缪长江

办 公 室 主 任：缪长江

办 公 室 副 主 任：王秀娟

成 员：张国鑫 杨智慧 魏智成 陈向阳

邢国飞

序

随着我国建设事业的迅速发展,为了加强建设工程项目管理,提高工程项目总承包及施工管理专业技术人员素质,规范施工管理行为,保证工程质量和施工安全,根据《中华人民共和国建筑法》、《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》和国家有关执业资格考试制度的规定,国家人事部、建设部联合颁发了《建造师执业资格制度暂行规定》,对从事建设工程项目总承包及施工管理的专业技术人员实行建造师执业资格制度。

建造师是以专业技术为依托、以工程项目管理为主的执业注册人士。建造师注册受聘后,可以担任建设工程总承包或施工管理的项目经理,从事其他施工活动管理,从事法律、行政法规或国务院建设行政主管部门规定的其他业务。实行建造师执业资格制度后,我国大中型项目的建筑业企业项目经理将逐步由取得注册建造师资格的人士担任,以提高项目经理素质,保证工程质量。建造师执业资格制度的建立,将为我国拓展国际建筑市场开辟广阔的道路。

本书编委会依据人事部、建设部联合发布的《二级建造师执业资格考试大纲》,组织具有较高理论水平和丰富实践经验的专家、教授,本着解放思想、求真务实、与时俱进、开拓创新的精神,组织编写了《全国二级建造师执业资格考试用书》(以下简称《考试用书》)。在编撰过程中,编写人员始终遵循《二级建造师执业资格考试大纲》的总体精神,力求使《考试用书》重点体现“四特性、五结合”的原则,即综合性、实践性、通用性和前瞻性;与现行的中等学历教育相结合,与二级项目经理队伍的实际状况相结合,与一级建造师考试大纲的内容、结构和体例相结合,与现行的工程建设法律法规及标准相结合,与中小型规模工程建设的需要相结合。

本套考试用书共13册,书名分别为《建设工程施工管理》、《建设工程法规及相关知识》、《房屋建筑工程管理与实务》、《公路工程管理与实务》、《水利水电工程管理与实务》、《电力工程管理与实务》、《矿山工程管理与实务》、《冶炼工程管理与实务》、《石油化工工程管理与实务》、《市政公用工程管理与实务》、《机电安装工程管理与实务》、《装饰装修工程管理与实务》、《建设工程法律法规选编》。本套考试用书既可作为全国二级建造师执业资格考试学习用书,也可供其他从事工程管理的有关人员使用,以及大中专院校相关专业师生教学参考。

《考试用书》编撰者为大专院校、行政管理、行业协会和施工企业等方面的专家和学者。在此,谨向他们表示衷心感谢。

在《考试用书》的编写过程中,虽经反复推敲核证,仍难免有不妥甚至疏漏之处,恳请广大读者提出宝贵意见。

全国二级建造师执业资格考试用书编写委员会

2004年10月

全国二级建造师执业资格考试用书
《建设工程法规及相关知识》

编 写 委 员 会

主 编：丁士昭

编委委员：（以下按姓氏笔画为序）

丁士昭 王雪青 曲修山 刘伏生

孙继德 李启明 何佰洲 陈建国

沈朋研 林知炎 范运林

前 言

二级建造师执业资格考试大纲由综合知识和能力考试大纲和专业工程管理与实务考试大纲两个部分组成,其中综合知识和能力考试大纲包括两个科目,即:建设工程施工管理和建设工程法规及相关知识。二级建造师考试用书系列的《建设工程施工管理》和《建设工程法规及相关知识》两个分册的编写依据是相应的考试大纲和人事部与建设部颁布的《建造师执业资格制度暂行规定》(人发[2002]111号)。

二级建造师考试用书不同于一般的系统阐述一门学科的教材,其章、节、目和条的编码与考试大纲完全保持一致,以便查阅,其内容主要是针对考试大纲的知识点逐条进行概要性的解释,以帮助应考生理解考试大纲的要求。若应试考生阅读了该考试用书,而对有些概念和内容的理解还有困难,则应查阅有关的教材和书籍。

《建设工程施工管理》包括施工管理概论、施工成本控制、施工进度控制、施工质量控制、建设工程职业健康安全与环境管理、合同管理和建设工程项目信息管理。《建设工程法规及相关知识》包括建设工程法律制度和合同法律基本制度。

为编写二级建造师考试用书的《建设工程施工管理》和《建设工程法规及相关知识》两个分册,特组建了编写委员会,编写委员会由丁士昭、陈建国、王雪青、沈朋研、林知炎、范运林、刘伏生、孙继德、何佰洲、李启明、曲修山组成,丁士昭任主编。在写作过程中编写委员会组织召开了多次会议,听取了建设部建筑市场管理司的指导意见和施工企业的意见;讨论了该两本书的体系、提纲、内容、结构和格式;并组织了编委内部互审与外部专家对书稿的审阅。

《建设工程施工管理》的施工管理概论由丁士昭编写,施工成本控制由王雪青和陈建国编写,施工进度控制由丁士昭编写,施工质量控制由林知炎和沈朋研编写,建设工程职业健康安全与环境管理由范运林和刘伏生编写,施工合同管理由孙继德编写,建设工程项目信息管理由丁士昭编写。《建设工程法规及相关知识》的建设工程法律制度由何佰洲编写,合同法律基本制度由李启明编写。

对建设部建筑市场管理司给予编写工作的指导;王承继、王瑞芝、江见鲸、刘伊生、汤德刚、杨卫东、李华一、张宏森、陆建中、国中河和赵大利等对二级建造师考试大纲提出宝贵意见,以及对这两个分册的部分章节内容参与审稿;孙继德协助主编参与统稿和编写的组织工作;丁杰和张立军参与书稿编写的协调工作,特致谢忱。

感谢建设部建造师办公室的同志们和中国建筑工业出版社对书稿编写和出版工作的支持。

本书谬误之处在所难免,恳请提出宝贵意见为感。

目 录

2Z201000 建设工程法律制度	1
2Z201010 掌握建造师的基本条件、执业范围和执业要求	1
2Z201020 掌握民事法律与工程建设相关的基本知识	2
2Z201030 掌握建筑法关于施工许可的主要内容	13
2Z201040 掌握建筑法关于建筑工程发承包的主要内容	15
2Z201050 掌握建筑法关于建设工程监理的主要内容	16
2Z201060 掌握招标投标法关于招标的主要规定	18
2Z201070 掌握招标投标法关于投标的主要规定	23
2Z201080 掌握招标投标法关于开标、评标和中标的主要规定	27
2Z201090 掌握安全生产法与工程建设相关的内容	33
2Z201100 掌握建设工程安全生产管理条例的主要内容	41
2Z201110 掌握安全生产许可证条例与工程建设相关的内容	50
2Z201120 掌握建设工程质量管理条例的有关内容	52
2Z201130 掌握工程建设标准实施的有关规定	57
2Z201140 熟悉消防法和劳动法与工程建设相关的主要内容	59
2Z201150 熟悉工程建设从业资格制度	65
2Z201160 熟悉建设工程民事责任、行政责任和刑事责任种类	66
2Z201170 了解建设工程法律责任的构成要件	73
2Z201180 了解保险法与工程建设相关的主要内容	74
2Z202000 合同法律基本制度	80
2Z202010 掌握合同效力的法律规定	80
2Z202020 掌握合同履行、违约责任形式及违约的免责规定	84
2Z202030 掌握合同变更、转让和终止的规定	87
2Z202040 掌握施工合同纠纷的处理和防范措施	92
2Z202050 熟悉合同形式及合同的订立	99
2Z202060 了解合同的种类和担保形式	103

2Z201000 建设工程法律制度

2Z201010 掌握建造师的基本条件、执业范围和执业要求

2Z201011 建造师基本条件

二级建造师的执业技术能力如下：

- (1) 了解工程建设的法律、法规、工程建设强制性标准及有关行业管理的规定；
- (2) 具有一定的施工管理专业知识；
- (3) 具有一定的施工管理实践经验和资历，有一定的施工组织能力，能保证工程质量和安全生产。

建造师必须定期接受继续教育，更新知识，不断提高业务水平。

2Z201012 建造师执业范围

- (1) 担任建设工程项目施工的项目经理；
- (2) 从事其他施工活动的管理工作；
- (3) 法律、行政法规或国务院建设行政主管部门规定的其他业务。

人事部和建设部 2002 年 12 月 5 日联合发布《建造师执业资格制度暂行规定》（人发[2002] 111 号）第 29 条规定：按照建设部颁布的《建筑业企业资质等级标准》，二级建造师可以担任二级及以下建筑业企业资质的建设工程项目施工的项目经理。

上述第(3)条中的法律是指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件，例如，《中华人民共和国建筑法》由第八届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过，由中华人民共和国主席令第 91 号公布，属于法律的范畴。行政法规是指由国家最高行政机关即国务院所制定的规范性文件，《建设工程安全生产管理条例》由中华人民共和国国务院令第 393 号颁布，属于行政法规的范畴。行政法规和法规是两个不同的概念：法规包括行政法规和地方性法规。地方性法规是指省、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依法制定的在本行政区域内具有法律效力的规范性文件。《上海市建筑市场管理条例》由上海市第十届人民代表大会常务委员会第三十九次会议通过，属于地方性法规的范畴。

2Z201013 建造师执业要求

1. 建造师执业前提

取得建造师执业资格证书的人员，必须经过注册登记，方可以建造师名义执业。取得建造师执业资格，未经注册的，不得以建造师名义从事建设工程施工项目的管理工作。

建设部或其授权的机构为一级建造师执业资格的注册管理机构。省、自治区、直辖市建设行政主管部门或其授权的机构为二级建造师执业资格的注册管理机构。

申请注册的人员必须同时具备以下条件：

- (1) 取得建造师执业资格证书；
- (2) 无犯罪记录；
- (3) 身体健康，能坚持在建造师岗位上工作；
- (4) 经所在单位考核合格。

一级建造师执业资格注册，由本人提出申请，由各省、自治区、直辖市建设行政主管部门或其授权的机构初审合格后，报建设部或其授权的机构注册。准予注册的申请人，由建设部或其授权的注册管理机构发放由建设部统一印制的《中华人民共和国一级建造师注册证》。

二级建造师执业资格的注册办法，由省、自治区、直辖市建设行政主管部门制定，颁发辖区内有效的《中华人民共和国二级建造师注册证》，并报建设部或其授权的注册管理机构备案。

建造师执业资格注册有效期一般为3年，有效期满前3个月，持证者应到原注册管理机构办理再次注册手续。在注册有效期内，变更执业单位者，应当及时办理变更手续。

经注册的建造师有下列情况之一的，由原注册管理机构注销注册：

- (1) 不具有完全民事行为能力的；
- (2) 受刑事处罚的；
- (3) 因过错发生工程建设重大质量安全事故或有建筑市场违法违规行为的；
- (4) 脱离建设工程施工管理及其相关工作岗位连续2年(含2年)以上的；
- (5) 同时在2个及以上建筑业企业执业的；
- (6) 严重违反职业道德的。

建设部和省、自治区、直辖市建设行政主管部门应当定期公布建造师执业资格的注册和注销情况。

2. 建造师执业基本要求

建造师在工作中，必须严格遵守法律、法规和行业管理的各项规定，恪守职业道德。

3. 建造师执业专业划分

一级建造师执业划分为14个专业：房屋建筑工程、公路工程、铁路工程、民航机场工程、港口与航道工程、水利水电工程、电力工程、矿山工程、冶炼工程、石油化工工程、市政公用工程、通信与广电工程、机电安装工程、装饰装修工程。

二级建造师执业划分为10个专业：房屋建筑工程、公路工程、水利水电工程、电力工程、矿山工程、石油化工工程、市政公用工程、冶炼工程、机电安装工程、装饰装修工程。

注册建造师应在相应的岗位上执业。同时鼓励和提倡注册建造师“一师多岗”，从事国家规定的其他业务。

2Z201020 掌握民事法律与工程建设相关的基本知识

2Z201021 民事法律关系的构成要素

法律关系是指由法律规范调整一定社会关系而形成的权利与义务关系。法律关系是由

法律关系主体、法律关系客体和法律关系内容三个要素构成,缺少其中一个要素就不能构成法律关系。由于三要素的内涵不同,则组成不同的法律关系,诸如民事法律关系、行政法律关系、劳动法律关系、经济法律关系等等。同样,变更其中一个要素就不再是原来的法律关系。

1. 民事法律关系主体

民事法律关系主体是指参加民事活动,受民事法律规范调整,在法律上享有权利、承担义务的自然人、法人和其他组织。

(1) 自然人

自然人是基于出生而依法成为民事法律关系主体的人。在我国的民法通则中,公民与自然人在法律地位上是一样的。但实际上,自然人的范围要比公民的范围广。公民是指具有本国国籍,依法享有宪法和法律所赋予的权利并承担宪法和法律所规定的义务的人。在我国,公民是社会中具有我国国籍的一切成员,包括成年人、未成年人和儿童。自然人则既包括公民,又包括外国人和无国籍的人。各国的法律一般对自然人都没有条件限制。

自然人在工程建设活动中也可以成为工程建设法律关系的主体。如施工企业工作人员(建筑工人、专业技术人员和注册执业人员等)同企业签订劳动合同时,即成为工程建设法律关系主体。

(2) 法人

法人与自然人相对,它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。法人的存在必须具备如下几个条件:依法成立;有必要的财产或者经费;有自己的名称、组织机构和场所;能够独立承担民事责任。

依据法人是否具有营利性,把法人分为如下两大类。

① 企业法人。企业法人是指以从事生产、流通、科技等活动为内容,以获取利润和增加积累、创造社会财富为目的的营利性的社会经济组织。从我国实际社会经济生活来看,企业法人有国有企业法人、集体企业法人、私营企业法人、联营企业法人、中外合资企业法人、中外合作企业法人、外资企业法人、股份有限公司法人和有限责任公司法人等。

在工程建设活动中,企业法人的主要表现形式即施工企业。施工企业是指从事土木工程、建筑工程、线路管道设备安装工程、装修工程的新建、扩建、改建活动的企业。

关于施工企业的资质,建设部第87号令《建筑业企业资质管理规定》已于2001年4月18日发布,自2001年7月1日起开始实施。新资质将施工企业资质分为施工总承包、专业承包和劳务分包三大序列:施工总承包序列企业资质设特级、一、二、三共四个等级,分为12个资质类别;专业承包序列企业资质设二至三个等级,60个资质类别;劳务分包序列企业资质设一至二个等级,13个资质类别。

② 非企业法人。非企业法人是为了实现国家对社会的管理及其他公益目的而设立的国家机关、事业单位或者社会团体。包括:机关法人(国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关、政党机关等),事业单位法人(文化、教育、卫生、体育、科学、新闻、广播、电视等事业单位),社会团体法人(协会、学会、联合会、研究会、基金会、联谊会、促进会、教会、商会等具备法人条件并经核准登记,都可以成为社会团体法人)。

(3) 其他组织

指依法或者依据有关政策成立,有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的各类组织。这些组织在我国社会的政治、经济、文化、教育、卫生等方面具有重要作用。赋予这些组织以合同主体的资格,有利于保护其合法权益,规范其外部行为,维护正常的社会经济秩序,促进我国各项事业的健康发展。

在现实生活中,这些组织也被称为非法人组织,包括非法人企业,如不具备法人资格的劳务承包企业、合伙企业、非法人私营企业、非法人集体企业、非法人外商投资企业、企业集团、个体工商户、农村承包经营户等;非法人机关、事业单位和社会团体,如附属性医院、学校等事业单位和一些不完全具备法人条件的协会、学会、研究会、俱乐部等社会团体。

2. 民事法律关系客体

民事法律关系客体是指参加民事法律关系的主体享有的权利和承担的义务所共同指向的事物。在通常情况下,民事主体都是为了某一客体,彼此才设立一定的权利、义务,从而产生民事法律关系,这里的权利、义务所指向的事物,便是民事法律关系的客体。

法学理论上,客体一般表现为财、物、行为和非物质财富。民事法律关系客体也不外乎这四类:

(1) 表现为财的客体。财一般指资金及各种有价证券。在工程建设法律关系中表现为财的客体主要是建设资金,如工程建设贷款合同的标的,即一定数量的货币。

(2) 表现为物的客体。法律意义上的物是指可为人们控制的并具有经济价值的生产资料 and 消费资料。在工程建设法律关系中表现为物的客体,主要是建筑材料,如钢材、木材、水泥及其构成的建筑物,还有建筑机械等设备。某个具体基本建设项目即是工程建设法律关系中的客体。

(3) 表现为行为的客体。法律意义上的行为是指人的有意识的活动。在工程建设法律关系中,行为多表现为完成一定的工作,如勘察设计、施工安装、检查验收等活动。工程建设勘察设计合同的标的,即完成一定的勘察设计任务;工程建设施工合同的标的,即按期完成一定质量要求的施工行为。

(4) 表现为非物质财富的客体。法律意义上的非物质财富是指人们脑力劳动的成果或智力方面的创作,也称智力成果。在工程建设法律关系中,如果设计单位提供的是具有创造性的设计图纸,该设计单位依法可以享有专有权,使用单位未经允许不能无偿使用。

3. 民事法律关系的内容

民事法律关系的内容即民事权利和民事义务。民事法律关系的内容是民事主体的具体要求,决定着民事法律关系的性质,它是联结主体的纽带。

(1) 民事权利。民事权利是指民事法律关系主体在法定范围内有权进行各种民事活动。权利主体可要求其他主体作出一定的行为或抑制一定行为,以实现自己的民事权利,因其他主体的行为而使民事权利不能实现时有权要求国家机关加以保护并予以制裁。

(2) 民事义务。民事义务是指民事法律关系主体必须按法律规定或约定承担应负的责任。民事义务和民事权利是相互对应的,相应主体应自觉履行民事义务,义务主体如果不履行或不适当履行,就要受到法律制裁。

2Z201022 民事法律关系的产生、变更与终止

1. 民事法律关系的产生

民事法律关系的产生是指民事法律关系的主体之间形成了一定的权利和义务关系。如某单位与其他单位签订了合同,主体双方产生了相应的权利和义务。此时,受民事法律规范调整的民事法律关系即告产生。

2. 民事法律关系的变更

民事法律关系的变更是指构成民事法律关系的三个要素发生变化。

(1) 主体变更。主体变更可以表现为民事法律关系主体数目增多或减少,也可以表现为主体改变。在民事合同中,客体不变,相应权利义务也不变,此时主体改变也称为合同转让。

(2) 客体变更。客体变更是指民事法律关系中权利义务所指向的事物发生变化。客体变更可以是其范围变更,也可以是其性质变更。

(3) 内容变更。民事法律关系主体与客体的变更,将会导致相应的权利和义务,即内容的变更。民事法律关系主体与客体不变,内容也可以变更,它表现为双方权利或义务的增加或减少。

3. 民事法律关系的终止

民事法律关系的终止是指民事法律关系主体之间的权利义务不复存在,彼此丧失了约束力。

(1) 自然终止。民事法律关系自然终止是指某类民事法律关系所规范的权利义务顺利得到履行,取得了各自的利益,从而使该法律关系达到完结。

(2) 协议终止。民事法律关系协议终止是指民事法律关系主体之间协商解除某类法律关系所规范的权利义务,致使该法律关系归于消灭。

(3) 违约终止。民事法律关系违约终止是指民事法律关系主体一方违约,或发生不可抗力,致使某类民事法律关系规范的权利不能实现。

4. 法律事实

民事法律关系只有在一定的情况下才能产生,而这种法律关系的变更和终止也由一定情况决定的。这种引起民事法律关系产生、变更和终止的情况,即是人们通常说的法律事实。法律事实即是民事法律关系产生、变更和终止的原因。

法律事实按是否包含当事人的意志分为两类。

(1) 事件

事件是指不以当事人意志为转移而产生的自然现象、社会现象等。

当工程建设法律规范规定把某种自然现象和建设权利义务关系联系在一起的时候,这种现象就成为法律事实的一种,即事件。这就是工程建设法律关系的产生、变更或消灭的原因之一。如洪水灾害导致工程施工延期,致使某建筑安装合同不能履行。事件产生大致有三种情况。

- ① 自然事件。自然现象引起的,如地震、台风、水灾、火灾等自然灾害等。
- ② 社会事件。社会现象引起的,如战争、暴乱、政府禁令等。
- ③ 意外事件。即突发事故,如失火、爆炸、触礁等。

(2) 行为

行为是指人的有意识的活动。包括积极的作为或消极的不作为,都能引起工程建设法律关系的产生、变更或消灭。行为通常表现为以下几种。

① 民事法律行为。民事法律行为是指基于法律规定或有法律依据,受法律保护的行为。如根据设计任务书进行的初步设计的行为、依法签订工程建设承包合同的行为。

② 违法行为。违法行为是指受法律禁止的侵犯其他主体的建设权利和建设义务的行为。如违反法律规定或因过错不履行工程建设合同;没有国家批准的建设,擅自动工建设等行为。

③ 行政行为。行政行为是指国家授权机关依法行使对建设业的管理权而发生法律后果的行为。如国家建设管理机关下达基本建设计划,监督执行工程项目建设程序的行为。

④ 立法行为。立法行为是指国家权力机关在法定权限内通过规定的程序,制定、修改、废止工程建设法律的活动。如国家制定、颁布工程建设法律、法规、条例等行为。

⑤ 司法行为。司法行为是指国家司法机关的法定职能活动。它包括各级检察机关所实施的法律监督,各级审判机构的审判、调解活动等。如人民法院对工程建设纠纷案件作出判决的行为。

2Z201023 民事法律行为的成立要件

1. 法律行为主体具有相应的民事权利能力和行为能力

民事权利能力是指能够参加民事活动,享有民事权利和负担民事义务的法律资格。民事行为能力是指通过自己行为取得民事权利和负担民事义务的资格。法律行为主体只有取得了相应的民事权利能力和行为能力以后作出的民事行为法律才能认可。

2. 行为人意思表示真实

意思表示真实就是指行为人表现于外部的表示与其内在的真实意志相一致。

3. 行为内容合法

根据《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)的规定,行为内容合法首先表现为不违反法律和社会公共利益、社会公德。行为内容合法首先不得与法律、行政法规的强制性或禁止性规范相抵触。其次,行为内容合法还包括行为人实施的民事行为不得违背社会公德,不得损害社会公共利益。

4. 行为形式合法

民事法律行为的形式也就是行为人进行意思表示的形式。民事法律行为所采用形式可分为要式民事法律行为和不要式民事法律行为。凡属要式的民事法律行为,必须采用法律规定的特定形式才为合法,而不要式民事法律行为,则当事人在法律允许范围选择口头形式、书面形式或其他形式作为民事法律行为的形式皆为合法。

2Z201024 代理制度的基本内容

1. 代理的概念

代理是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。由此可见,在代理关系中,通常涉及三个人,即被代理人、代理人和第三人。如甲委托乙去丙处为自己购买机床一台,在这个代理关系中,甲为被代理人,乙为代理人,丙为第三人。

2. 代理的种类

代理有委托代理、法定代理和指定代理三种形式。

(1) 委托代理

委托代理是指根据被代理人的委托而产生的代理。如公民委托律师代理诉讼即属于委托代理。

委托代理可采用口头形式委托,也可采用书面形式委托,如果法律明确规定必须采用书面形式委托的,必须采用书面形式,如代签工程建设合同就必须采用书面形式。

在实际生活中,委托代理应注意下列问题:

① 被代理人应慎重选择代理人。因为代理活动要由代理人来实施,且实施结果要由被代理人承受,因此,如果代理人不能胜任工作,将会给被代理人带来不利的后果,甚至还会损害被代理人的利益。

② 委托授权的范围要明确。由于委托代理是基于被代理人的委托授权而产生的,所以,被代理人的授权范围一定要明确。如果由于授权不明确而给第三人造成损失的,则被代理人要向第三人承担责任,代理人承担连带责任。

③ 委托代理的事项必须合法。被代理人自己不能亲自进行违法活动,也不能委托他人进行违法活动;同时,代理人也不能接受此类的委托,否则,被代理人、代理人要承担连带责任。

(2) 法定代理

法定代理是基于法律的直接规定而产生的代理。如父母代理未成年人进行民事活动就属于法定代理。法定代理是为了保护无行为能力的人或限制行为能力的人的合法权益而设立的一种代理形式,适用范围比较窄。

(3) 指定代理

指定代理是指根据主管机关或人民法院的指定而产生的代理。这种代理主要是为无行为能力的人和限制行为能力的人而设立的。如人民法院指定一名律师作为离婚诉讼中丧失行为能力而又无其他法定代理人的一方当事人的代理人,就属于指定代理。

3. 代理人在代理活动中应注意的几个问题

(1) 代理人应在代理权限范围内进行代理活动;

(2) 代理人应亲自进行代理活动;

(3) 代理人应认真履行职责;

(4) 不得滥用代理权。

4. 代理权的终止

由于代理的种类不同,代理关系终止的原因也不尽相同。

(1) 委托代理的终止

① 代理期限届满或代理事务完成;

② 被代理人取消委托或代理人辞去委托;

③ 代理人死亡或丧失民事行为能力;

④ 作为被代理人或代理人的法人组织终止。

(2) 法定代理或指定代理的终止

① 被代理人或代理人死亡；

② 代理人丧失行为能力；

③ 被代理人取得或恢复民事行为能力；

④ 指定代理的人民法院或指定单位取消指定；

⑤ 由于其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

2Z201025 财产权的基本内容

1. 债权

(1) 债的概念

债是按照合同约定或依照法律规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。

(2) 债与物权的区别

债与物权都是与财产有密切联系的法律关系，但它们却有着明显的不同。

① 债与物权的主体不同。债权的权利主体和义务主体都是特定的，是对人权；物权的权利主体是特定的，义务主体则为不特定的，是对世权。

② 债与物权的内容不同。债权的实现需要义务主体的积极行为的协助，是相对权；物权的实现则不需要他人的协助，是绝对权。

③ 债与物权的客体不同。债权的客体可以是财、物、行为和智力成果；物权的客体则只能是物。

(3) 债的发生根据

根据我国《民法通则》以及相关的法律规范的规定，能够引起债的发生的法律事实，即债的发生根据，主要有以下几种。

① 合同

合同是指民事主体之间关于设立、变更和终止民事关系的协议。合同是引起债权债务关系发生的最主要、最普遍的根据。

② 侵权行为

侵权行为是指行为人不法侵害他人的财产权或人身权的行为。因侵权行为而产生的债，在我国习惯上也称之为“致人损害之债”。

③ 不当得利

不当得利是指没有法律或合同根据，有损于他人而取得的利益。它可能表现为得利人财产的增加，致使他人不应减少的财产减少了；也可能表现为得利人应支付的费用没有支付，致使他人应当增加的财产没有增加。不当得利一旦发生，不当得利人负有返还的义务。因而，这是一种债权债务关系。

④ 无因管理

无因管理是指既未受人之托，也不负有法律规定的义务，而是自觉为他人管理事务的行为。无因管理行为一经发生，便会在管理人和其事务被管理人之间产生债权债务关系，其事务被管理者负有赔偿管理者在管理过程中所支付的合理费用及直接损失的义务。

⑤ 其他

除前述几种外, 遗赠、扶养、发现埋藏物等, 也是债的发生根据。

(4) 债的消灭

债因一定的法律事实的出现而使既存的债权债务关系在客观上不复存在, 叫做债的消灭。债因以下事实而消灭。

① 债因履行而消灭

债务人履行了债务, 债权人的利益得到了实现, 当事人间设立债的目的已达到, 债的关系也就自然消灭了。

② 债因抵销而消灭

抵销是指同类已到履行期限的对等债务, 因当事人相互抵充其债务而同时消灭。用抵销方法消灭债务应符合下列的条件:

- 必须是对等债务;
- 必须是同一种类的给付之债;
- 同类的对等之债都已到履行期限。

③ 债因提存而消灭

提存是指债权人无正当理由拒绝接受履行或其下落不明, 或数人就同一债权主张权利, 债权人一时无法确定, 致使债务人一时难以履行债务, 经公证机关证明或人民法院的裁决, 债务人可以将履行的标的物提交有关部门保存的行为。

提存是债务履行的一种方式。如果超过法律规定的期限, 债权人仍不领取提存标的物的, 应收归国库所有。

④ 债因混同而消灭

混同是指某一具体之债的债权人和债务人合为一体。如两个相互订有合同的企业合并, 则产生混同的法律效果。

⑤ 债因免除而消灭

免除是指债权人放弃债权, 从而解除债务人所承担的义务。债务人的债务一经债权人解除, 债的关系自行解除。

⑥ 债因当事人死亡而解除

债因当事人死亡而解除仅指具有人身性质的合同之债, 因为人身关系是不可继承和转让的, 所以, 凡属委托合同的受托人、出版合同的约稿人等死亡时, 其所签订的合同也随之终止。

2. 物权

(1) 物权的概念

物权是民事主体依法对特定的物进行管理支配, 享有利益并排除他人干涉的权利。

(2) 物权的种类

传统民法规定的物权有所有权、地上权、永佃权、地役权、抵押权、质权和留置权。我国《民法通则》规定的使用权、经营权, 也属于物权。物权可按如下划分:

① 根据物权的权利主体是否为财产的所有人划分。

自物权。又称所有权, 是指权利人对自已的所有物享有的物权。

他物权。是指在他人的所有物上设定的权利。如我国《民法通则》规定的使用权, 留