

21世纪全国高等院校土建类专业应用型规划教材

城乡 规划与建设工程 法规应用教程

CHENGXIANG GUIHUA YU JIANSHE GONGCHENG
FAGUI YINGYONG JIAOCHENG

◎ 甘华银 编著

西南交通大学出版社
Http://press.swjtu.edu.cn

SWJUP

21 世纪全国高等院校土建类专业应用型规划教材

城乡规划与建设工程法规应用教程

甘华银 编著

西南交通大学出版社

· 成 都 ·

图书在版编目 (C I P) 数据

城乡规划与建设工程法规应用教程 / 甘华银编著.
—成都: 西南交通大学出版社, 2012.8
21 世纪全国高等院校土建类专业应用型规划教材
ISBN 978-7-5643-1830-7

I. ①城… II. ①甘… III. ①城乡规划法 - 中国 - 高等学校 - 教材②建筑法 - 中国 - 高等学校 - 教材 IV.
① D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 176397 号

21 世纪全国高等院校土建类专业应用型规划教材

城乡规划与建设工程法规应用教程

甘华银 编著

责任编辑	郭发仔
特邀编辑	孟秀芝
封面设计	墨创文化
出版发行	西南交通大学出版社 (成都二环路北一段 111 号)
发行部电话	028-87600564 028-87600533
邮政编码	610031
网 址	http://press.swjtu.edu.cn
印 刷	成都中铁二局永经堂印务有限责任公司
成品尺寸	185 mm × 260 mm
印 张	26.5
字 数	801 千字
版 次	2012 年 8 月第 1 版
印 次	2012 年 8 月第 1 次
书 号	ISBN 978-7-5643-1830-7
定 价	48.50 元

图书如有印装质量问题 本社负责退换
版权所有 盗版必究 举报电话: 028-87600562

前 言

《建设工程法规》是高等院校土建类专业学生必修的专业基础课，建设工程相关法律法规也是土建类各种注册工程师执业资格考试必考的主要内容，在考试中所占比例逐年加大。在建设工程领域，相关主管行政机关、建设单位、建筑业企业及其从业人员严格依法从事建筑行为，依法进行工程事务管理，对于建设社会主义法治国家具有非常重要的意义。

本书主要针对高等院校土建类各相关专业教学而设计，结合建设工程法律事务的实际需要，以全国注册建造师、注册造价工程师、注册监理工程师、注册建筑师、注册城市规划师等相关建筑工程师执业资格考试大纲和考试内容为依据进行编写。本书根据《中华人民共和国城乡规划法》、《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》、《中华人民共和国安全生产法》、《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、行政法规、部门规章，对城乡规划法律规范、建设工程许可制度、建设工程发包承包管理制度、建设工程招标投标管理制度、建设工程合同制度、建设工程监理制度、建设工程安全管理制度、建设工程质量管理制度、建设工程装饰装修管理制度、劳动合同与工伤保险制度等内容进行了较为系统的阐述。

在编写内容上，本书力求与建设工程实际相结合，与学生未来从业岗位群相对接，结合行业培训，突出行业特点；在相关法律法规的选择上，密切关注建设工程法律法规的前沿动态，吸收最新法律法规内容。在编写结构体例上，本书遵循从案例到法理，从法理到法条，从法条再到实务案例的编写思路，同时在每章学习内容之后附上同注册建造师、监理工程师、造价工程师、城市规划师、安全师等执业资格考试内容和题型相一致的巩固练习。

本书可作为建筑工程技术、工程造价、工程监理、城市规划、装饰装修等专业的法律基础课程。在本书最后附有注册建造师、注册造价工程师、注册建筑师、注册监理工程师、注册城市规划师等执业资格考试大纲，各专业在教学中可参照相关考试大纲进行适当取舍。建议本课程安排 90 至 120 学时为宜，可分两个学期授课，以便学生有充足的时间能更好地理解、掌握各相关知识点。

本书由广安职业技术学院法学副教授、四川信和信律师事务所律师甘华银编著。由于编者水平及时间有限，书中难免有不当之处，敬请读者和同行不吝指正，以便下次修订时能够采摭众言。

我自 2008 年以来，开始构思编著一本能涵盖土建类多个专业的法律法规教材，本书得以付梓，得益于多方的支持与帮助。在此，感谢我的学生曾怡瓶女士、女儿甘茂霖女士等为本书部分章节的稿件录入与校对做了大量工作，感谢西南交通大学出版社为本书出版付出的辛勤劳动和帮助。

甘华银

2012 年 3 月 31 日于广安

目 录

第一章 法律基础与建设工程法规概述	1
第一节 法律基础知识.....	1
第二节 建设工程法规的概念、特征与作用.....	6
第三节 工程建设法律关系.....	8
第四节 公民的基本权利与义务.....	16
巩固练习.....	19
第二章 建设规划、立项与用地制度	22
第一节 城乡建设规划制度.....	22
第二节 工程建设项目立项管理制度.....	31
第三节 建设用地法律制度.....	40
巩固练习.....	46
第三章 建设工程许可制度	51
第一节 行政许可概述.....	51
第二节 建设工程报建.....	53
第三节 建设工程施工许可.....	55
第四节 从业单位资格许可.....	60
第五节 专业技术人员执业资格许可制度.....	71
巩固练习.....	98
第四章 建设工程发包与承包制度	100
第一节 建设工程发包与承包概述.....	100
第二节 建设工程发包.....	101
第三节 建设工程承包.....	103
第四节 建设工程分包与承包的法律责任.....	106
巩固练习.....	112
第五章 建设工程招标投标管理制度	115
第一节 建设工程招标投标概述.....	115
第二节 工程建设项目招标.....	118
第三节 工程建设项目投标.....	123
第四节 建设工程项目的开标、评标和定标（中标）.....	129
巩固练习.....	134
第六章 建设工程合同制度	136
第一节 合同的一般原理.....	136
第二节 建设工程合同概述.....	141

第三节	建设工程合同订立	143
第四节	建设工程合同的效力	153
第五节	建设工程合同履行	161
第六节	建设工程合同的解除	172
第七节	建设工程合同的担保	176
第八节	建设工程合同违约责任	182
第九节	FIDIC《土木工程施工合同条件》简介	186
巩固练习		188
第七章	建设工程索赔与纠纷处理	192
第一节	建设工程合同的索赔	192
第二节	建设工程民事纠纷概述	202
第三节	建设工程民事纠纷的处理方式	205
第四节	行政复议与行政诉讼	231
巩固练习		237
第八章	建设工程监理制度	239
第一节	建设工程监理概论	239
第二节	建设工程监理范围、依据和内容	241
第三节	建设工程监理合同	244
第四节	建设工程监理法律责任	252
第五节	建设工程监理各方关系	256
巩固练习		258
第九章	建设工程安全生产管理制度	260
第一节	建设工程安全生产管理概述	260
第二节	建设工程安全生产监督管理制度	261
第三节	建设工程安全生产责任制度	263
第四节	建设工程安全认证制度	270
第五节	建设工程安全生产教育培训制度	271
第六节	建筑安全生产劳动保护制度	272
第七节	生产安全事故的应急救援和调查处理	275
第八节	建设工程安全生产许可制度	279
第九节	建设工程安全生产法律责任	281
巩固练习		284
第十章	建设工程质量管理制度	287
第一节	建设工程质量管理概述	287
第二节	建设工程质量标准化制度	288
第三节	建设工程质量体系认证制度	291
第四节	建设工程质量监督制度	293
第五节	建设工程质量检测制度	295
第六节	建筑材料使用许可制度	298
第七节	建设工程质量责任制度	299

第八节 建设工程质量竣工验收制度	303
第九节 建设工程质量奖励制度	305
第十节 建设工程质量保修制度	306
巩固练习	309
第十一章 建设工程装饰装修管理制度	311
第一节 建设工程装饰装修概述	311
第二节 建筑装饰装修资质管理制度	313
第三节 建筑住宅室内装饰装修管理制度	318
第四节 建筑装饰装修合同管理制度	321
巩固练习	324
第十二章 劳动合同与工伤保险制度	325
第一节 劳动法	325
第二节 劳动合同法法律制度	328
第三节 工伤保险制度	344
巩固练习	353
第十三章 建设工程其他相关法律制度	355
第一节 节约能源法律制度	355
第二节 建设工程环境保护制度	357
第三节 档案法律制度	362
第四节 税收法律制度	366
第四节 建设工程消防管理制度	372
巩固练习	375
第十四章 建设工程法律责任概述	377
第一节 法律责任概述	377
第二节 建设工程民事责任	380
第三节 建设工程行政责任	384
第四节 建设工程刑事责任	388
巩固练习	399
附录 注册工程师执业资格相关法律法规部分考试大纲	401
二级注册建造师执业资格考试《建设工程法规及相关知识》考试大纲	401
全国注册造价工程师执业资格考试大纲	405
注册监理工程师执业资格考试部分科目考试大纲	407
全国注册城市规划师执业资格《城市规划管理与法规》考试大纲	410
二级注册建筑师第四考试科目考试大纲	415
参考文献	416

第一章 法律基础与建设工程法规概述

学习目标与要求

[了解] 相关法律基础知识；工程建设法律法规的基本概念和基本原则。

[熟悉] 建设工程法律关系的概念、特征、构成要素及其产生、变更和终止的原因；公民的基本权利与义务。

[掌握] 我国法律体系和建设工程法的表现形式。

第一节 法律基础知识

一、法的概念与特征

法是由一定的物质生活条件所决定的统治阶级意志的反映，由国家制定或认可，以人与人之间的权利和义务为调整内容，并由国家强制力保障实施的社会行为规范体系。法具有如下特征：

1. 法的社会规范性

法是调整人的行为的社会规范。这一特征有以下要点：

(1) 法是一种规范、一种制度、一种标准、一种尺度，是社会组织和个人都要遵照执行的，属于制度范畴。法是一种实在性的东西，不是观念、理论、思想精神性的东西。

(2) 法不同于技术规范 and 自然法则。技术规范，它的调整对象是人与自然的关系，是规定人们如何使用自然的力量和生产工具以有效地利用自然的行为准则。自然法则，是自然现象之间的联系。

社会规范，是调整人与人之间的社会关系的，而法是社会规范中的一种规范。

(3) 法不同于其他社会规范。法要解决的是主体的行为问题，而不是解决思想问题、观念问题。相应地，道德规范不仅解决行为问题，还解决思想品德问题。法是同公共权力相联系的，是以公共权力为保障来得以实现的。

2. 法的正式性

法的正式性，又称法的官方性、国家性，是指由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范，是国家意志的体现，是代表国家而存在和运行的。

(1) 社会规范大体上可以分为两类：一类是在长期的社会演变过程中自发地、自然地形成发展起来的，比如，道德、习惯等；另一类是人为地、自觉地形成的，比如法。

(2) 法同其他社会规范是不同的。法形成于公共权力机构，而其他社会规范通常不是由公共权力机构形成的。

(3) 法律的形成有两种基本方式：一种是制定法律，即享有国家立法权的机关，按照一定的权限划分，依照法定的程序将掌握政权阶级的意志转化为法律。例如，宪法、物权法等。另一种是通过国家认可的方式形成法律，这种形成法律的方式是对社会中已有的社会规范（如习惯、道德、宗教教义、政策）赋予法的效力。例如，1950年婚姻法有一条规定“三代以内旁系血亲能否结婚依从习惯”，国家通过立法机关，用法律的形式规定，表兄、表妹能够结婚，当地习惯允许结婚就可以结婚；当地习惯不允许就不可以结婚。

3. 法的普遍性

也就是说,法是具有普遍性的社会规范。法的普遍性具有三层含义:

(1) 普遍有效性,即在法自己的效力范围内,法具有普遍效力或约束力。

(2) 近代以来,法的普遍性也表现为普遍平等对待性,即要求平等地对待一切人,要求法律面前人人平等。

(3) 普遍一致性,即:一方面,法本身要具有一致性,不能互相矛盾和冲突;另一方面,法与其所调整的社会关系之间也应保持协调,法应是适用社会生活需要,能够推进社会生活发展的、积极有效的。

4. 法的权利义务性

权利和义务是法的主要内容,但不是全部内容。法还可以有其他内容,如指导思想、基本原则的规定,有关名词术语的解释等,但这些内容都不是法的主要内容。因此可以这样表述:法是以权利义务为主要内容的社会规范。

(1) 法是通过设定以权利义务为内容的行为模式的方式,指引人的行为。

(2) 法不仅对公民个人是适用的,对国家机构、社会组织同样适用。

(3) 一定的主体按照法律权利和义务的作为、不作为具有正当性、合法性。

(4) 在具备一定条件时,人们可以从事或者不从事某种行为,必须做或者必须不做某件事。

5. 法的程序性

法以国家强制力为后盾,但必须通过法律程序来保证法的实现。法的程序性是法区别于其他社会规范的重要特征。

(1) 所有的社会规范都具有强制力,社会道德规范、企业章程、学校纪律、家规家法都是有强制性的。法不同于其他规范的强制力,是国家强制力。

(2) 法的强制力不是一般的强制力而是特殊的强制力。国家强制力是以军队、警察、法庭、监狱等为物质设施的强制力,而其他社会规范没有。

(3) 法的强制力的实现是不以被强制者的认同与否为转移的。在生活中,有大量的社会规范的强制力的实现程度在很大程度上取决于被强制者是否接受和认同,如企业章程、家规家法、道德强制(谴责)。而法律的强制是没有商量的强制,是必须接受的强制。

(4) 法的强制力的实现是一定要通过特定程序的,其他行为规范不是这样的。法的强制力不是随意加以施行的,而是必须按照严格的法定程序加以规范。

6. 法的可诉性

法是可诉的规范体系,具有可诉性。法的可诉性是指法律具有被任何人(包括公民和法人)在法律规定的机构(尤其是法院和仲裁机构)中通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用维护自身权益的可能性。

二、法的作用

1. 法的作用的概念

法的作用是指法对社会主体和社会关系所具有的影响力。理解法的作用时必须注意:①法的作用体现在法与社会的交互影响中,不是孤立存在的。②法的作用直接表现为国家权力的行使。③法的作用本质上是社会自身力量的体现。

2. 法的作用分类

法的作用可以分为规范作用与社会作用。

规范作用是对主体行为提供标准、指引方向的。社会作用是法对社会关系的影响力。法的规范作

用和社会作用是相互联系、相互作用的。法要实现对一定社会关系的调整,就需要对一定社会主体的行为加以规范。通过对主体行为加以规范,从而达到固化一定的社会关系、解决一定的社会问题的目的。法要对主体行为加以规范,一定要对一定社会环境之下的主体的行为加以规范。社会主体是不能离开社会环境的基本条件的。

3. 法的规范作用

法的规范作用的主要有五种体现:指引作用、评价作用、教育作用、预测作用和强制作用。首先,最直接体现的是法的强制作用。

(1) 指引作用,是指法对本人的行为具有指引性。可以分为个别性指引、规范性指引,还可以分为确定性指引、不确定的指引。

(2) 评价作用,是指法作为一种行为标准,具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用。

(3) 教育作用,是指通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响。

(4) 预测作用,是凭借法律的存在,可以预先估计到人们相互之间会如何行为。社会主体可以事先预测到,假如我们要做一件事情或拒绝做一件事情,会产生什么样的后果,从而决定是否做这件事情。

(5) 强制作用,是指可以通过制裁违法犯罪行为强制人们遵守法律。

4. 法的社会作用

法的社会作用是从法的本质和目的这一角度出发确定法的作用。

法的社会作用主要涉及三个领域和两个方向。三个领域即社会经济生活、政治生活、思想文化生活领域;两个方向即政治职能(通常说的阶级统治的职能)和社会职能(执行社会公共事务的职能)。

5. 法并非万能

法不是万能的,原因在于:① 法律是以社会为基础的,因此法律不可能超出社会发展需要“创造”社会或改变社会;② 法律是社会规范之一,必然受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约;③ 法律规制和调整社会关系的范围和深度是有限的,有些社会关系(如情感关系,友谊关系)不适宜由法律来调整,法律也就不应涉足其间;④ 法律自身条件的制约,如语言表达力的局限。在实践中,法律必须结合自身特点发挥作用。

三、法律体系和法的形式

(一) 法律体系

法律体系也称部门法体系,是指一国的全部现行法律规范,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。我国的法律体系主要包括以下部门法:

1. 宪法

宪法是整个法律体系的基础,主要表现形式是《中华人民共和国宪法》。此外,宪法部门还包括立法法、主要国家机关组织法、选举法、民族区域自治法、特别行政区基本法、授权法、国籍法等附属层次的法律。

2. 民法

民法是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产和人身关系的法律,主要由《中华人民共和国民法通则》(以下称《民法通则》)和单行民事法律组成。单行民事法律包括合同法、担保法、专利法、商标法、著作权法和婚姻法等。

3. 商法

商法是调整平等主体之间的商事关系或商事行为的法律,主要包括公司法、证券法、保险法、票据法、企业破产法、海商法等。我国实行“民商合一”的原则,商法虽为相对独立的法律部门,但民

法的许多概念、规则和原则也适用于商法。

4. 经济法

经济法是调整国家在经济管理活动中发生的经济关系的法律,包括建筑法、招标投标法、房地产管理法、产品质量法、反不正当竞争法、反垄断法、食品安全法、税法等。

5. 行政法

行政法是调整国家行政管理活动中各种社会关系的法律规范的总和。主要包括《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政监察法》、《公务员法》、《治安管理处罚法》等。

6. 劳动法与劳动保障法

劳动法是调整劳动关系的法律,主要包括《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)、《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》);社会保障法是调整有关社会保障、社会福利的法律,包括《中华人民共和国安全生产法》(以下简称《安全生产法》)、《中华人民共和国消防法》(以下简称《消防法》)等。

7. 自然资源与环境保护法

自然资源与环境保护法是关于自然资源 and 环境保护、防治污染和其他公害的法律。自然资源法主要包括土地管理法、节约能源法等;环境保护方面的法律主要包括环境保护法、环境影响评价法、噪声污染环境保护法等。

8. 刑法

刑法是规定犯罪和刑罚的法律,主要是《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)和一些单行刑法规范,在其他法律中也可能附属规定刑法规范。

9. 诉讼法

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。诉讼法主要包括民事诉讼法、行政诉讼法、刑事诉讼法。仲裁法、律师法、法官法、检察官法等法律的内容也大部分属于诉讼程序法的范畴。

(二) 法的形式

法的形式在理论上又称为法的效力渊源,是指不同级别的国家机关制定或认可的具有不同效力等级法律规范的表现形式。在理论上,法的效力渊源分为正式渊源和非正式渊源。根据我国《宪法》和《立法法》的有关规定,我国法的形式主要包括:

1. 当代中国法的正式渊源

(1) 宪法。

宪法是作为每一个民主国家最根本的法的渊源,在我国作为法的渊源意义上的宪法指的是《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)。宪法具有下列显著特点:① 宪法是最重要的法,它是综合性的规定国家生活、社会生活、公民生活当中带有根本性、全局性的事项;② 法律地位和效力等级最高。一般情况下,其他任何形式的法都不能与宪法相抵触,否则无效;③ 宪法是更严格的法。制定、修改宪法都要有严格的程序,必须由全国人民代表大会经过法定程序制定和修改,有三分之二以上的全国人大代表同意方能通过。

(2) 法律。

法律有广义和狭义之分。广义的法律泛指《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)调整的各类法的规范性文件;狭义的法律仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。在这里,仅指狭义上的法律。

法律的效力仅次于宪法,在全国范围内一般具有普遍的约束力。在建设工程法规体系中,这方面的法主要有:《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》)、《中华人民共和国城乡规划法》(以下简称《城乡规划法》)、《安全生产法》等。

(3) 行政法规。

行政法规是由作为最高行政机关的国务院依据宪法和相关法律制定的规范性文件,在全国具有普遍的约束力,行政法规的效力低于宪法和法律,不得与宪法和法律相抵触。在建设工程方面,行政法规主要有:《建设工程质量管理条例》、《建设工程勘察设计管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《安全生产许可证条例》和《建设项目环境保护管理条例》等。

(4) 部门规章。

部门规章是指由国务院各职能部门(部、委、局)或国务院的直属机构根据法律和国务院的行政法规、决定、命令在本部门的职责权限内按照法定程序所制定或认可的规定、办法、暂行办法、标准等规范性文件的总称。部门规章的法律地位和效力低于宪法、法律和行政法规。在建设工程方面的部门规章很多,例如:国家发改委等七部委联合制定的《工程建设项目招标投标办法》(2003年3月8日)和《评标委员会和评标方法暂行规定》(2001年7月5日)、住建部《建筑业企业资质管理规定》(2001年4月18日)、《建筑工程施工许可管理办法》(2001年7月4日)、《注册监理工程师管理规定》(2006年1月26日)等。部门规章的效力范围及于全国。

(5) 地方性法规。

地方性法规是指省、自治区、直辖市以及省、自治区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在其权限范围内制定的规范性文件,如:《四川省安全生产条例》、《四川省城市房屋拆迁补偿评估管理办法》、《四川省水利工程管理条例》、《四川省〈中华人民共和国土地管理法〉实施办法》、《重庆市招标投标条例》、《重庆市建筑管理条例》、《内蒙古自治区管理条例》、《深圳经济特区建筑工程施工招标投标条例》、《成都市城乡规划条例》、《成都市城市建筑垃圾管理规定》等。地方性法规的效力低于宪法、法律和行政法规,但高于同一级别的地方政府规章,地方性法规仅在本辖区内有效。

(6) 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、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府所制定颁布的规范性文件。如:《四川省城市房屋拆迁补偿评估管理办法》、《重庆市城乡建设档案管理办法》。地方政府规章的效力低于同级和上级的地方性法规。

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。根据《立法法》第86条,地方性法规、规章之间不一致时,由有关机关按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。

(7) 最高人民法院司法解释规范性文件。

最高人民法院对于法律的系统性解释文件和对法律适用的说明,对法院审判具有约束力,具有法律规范的性质,在司法实践中具有重要的地位和作用。在民事领域,最高人民法院制定的司法解释文件很多,例如:《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)、《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》等。

(8) 国际条约。

国际条约是指我国作为国际法主体同外国缔结的双边或多边协议和其他具有条约、协定性质的文件,如《建筑业安全卫生公约》等。国际条约是我国法的一种形式,对所有国家机关、社会组织和公民具有约束力。根据《民法通则》第142条第二款的规定,中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条

款除外。

此外，民族自治地方的自治条例、单行条例和特别行政区法律等，也属我国法的形式。

2. 当代中国法的主要的非正式渊源

不同国家的法的非正式的渊源的种类不同，在当今的中国，法的非正式渊源主要包括：

(1) 习惯。① 最初的法就是从习惯转化而来的。② 习惯是重要的普通的社会习惯。能够作为法的非正式渊源的惯只能是指社会习惯，特别是那些与重要的社会事务密切相关，为了确保令人满意的集体社会而必须完成的各种相关的习惯，因为后者往往与人们的一些具体义务和责任相关。

(2) 判例。① 在中国，判例在司法、立法和法学研究方面也是具有重要作用的。② 只有最高人民法院确定的判例才是中国的非正式法的渊源。

(3) 政策。① 政策作为法的非正式渊源，在改革开放以前，政策具有很重要的作用。现在，政策在我国的作用依然很重要，如对房地产价格的调控。但法的重要性正不断被强化。② 执政党的政策通常是通过转化为国家政策的方式作为法的非正式渊源。只有在法律没有规定的情况下，政策才能作为法的渊源。

第二节 建设工程法规的概念、特征与作用

一、建设工程法规的概念

建设工程法规是指有立法权的国家机关或其授权的行政机关制定颁布的，旨在调整政府部门、企事业单位、社会团体、其他经济组织以及公民个人在建设工程活动中相互之间发生的各种社会关系的法律规范的总称。

二、建设工程法规的特征

建设工程法规作为法的一部分，具有法的一般特性，但也具有其独有的特征。

1. 经济性

建设工程法规是经济法的重要组成部分，带有很强的经济性特征。建筑业和房地产业等工程建设活动，是当今世界许多国家的重要经济活动，如房地产开发、商品房销售、建设工程勘察设计、施工安装等都是直接为国家、为社会创造和积累财富。随着建筑业和房地产业的发展和在国民经济中的地位日显突出，许多国家把建筑业和房地产业看成是国民经济的强大支柱产业之一，我国当今亦是如此。

2. 行政性

建设工程法规与其他法律规范相区别的主要特征之一就是它具有很强的行政性。建设工程活动投入量大，需要消耗大量的人力、物力、财力以及土地等社会资源，涉及面广，影响大而持久，且建设工程产品的质量关系着广大人民群众的生命和财产安全，故而国家对建设工程活动的监督管理相较于其他行业而言，更为严格。建设行业自身的特殊性决定了建设工程法律法规必然要采用直接体现行政权力活动的调整方法，也就是主要以行政指令为方式调整建设工程法律关系。

在建设工程法律规范中，调整方式的特点主要体现为行政强制性，其调整方式有授权、命令、禁止、许可、免除、确认、计划和撤销等。

3. 广泛性

建设工程法规调整的是工程建设领域的各种社会关系，这种关系既有行政机关或被授权组织与建设单位、勘察设计单位、施工单位、监理单位等“行政相对人”之间行政管理与被管理的关系，又有

国家在协调经济运行过程中发生的经济关系,还包括建筑业企事业组织管理关系(即企业设立、变更、终止和企业内部管理过程中发生的经济关系)、市场管理关系、社会经济保障关系、平等主体之间的民事与商事关系等。

4. 技术性

工程建设与人们的生存、进步和发展息息相关,而建设工程产品的质量与人们的生命财产密切相关。这就要求用大量的诸如《建筑设计规范》、《城镇燃气管网抢修与维护技术规程》、《生活饮用水水质标准》等标准、规范和规程来对工程建设的各个方面进行规范,这些规范被称为技术规范或技术标准。技术规范或技术标准一般不属于法的范畴,因为它们调整的是人与自然的关系,而不是社会关系,并不必然涉及人们的相互关系。但是,如果不遵守技术规范或操作规程,则极有可能因其造成伤亡事故、降低生产效率、危及生产和生活秩序,或造成其他严重危害。为避免此类行为的发生,国家有权机关就会通过制定或认可的方式,将这些技术规范或技术标准或操作规程上升为法律规范,强制人们予以遵守。这既是人们常说的“技术法规”,技术法规属于建设工程法规的范畴。除技术法规外,还需要大量的管理性法规来规范工程建设行为,这些管理法规中也存在大量的技术性条文。

三、建设工程法规的作用

一般认为,法的作用可以分为规范作用与社会作用。规范作用是对主体行为提供标准、指引方向的作用,社会作用是法对社会关系的影响力。法的规范作用和社会作用是相互联系、相互作用的。法要实现对一定社会关系的调整,就需要对一定社会主体的行为加以规范。通过对主体行为加以规范,从而达到固化一定的社会关系、解决一定的社会问题的目的。法要对主体行为加以规范,一定要对一定社会环境之下的主体的行为加以规范。建设工程法规的主要作用有三个方面:

1. 规范指导工程建设行为

人们进行各种具体行为必须遵循一定的准则,只有在法律规定的范围内进行的行为,才能得到国家的承认与保护,从事各种具体的工程建设行为必须遵循相应的工程建设法律规范。建设工程法规的规范性主要表现为以下三种类型:

(1) 命令性规范。也就是某些工程建设法律关系主体必须履行的行为规范,命令性规范有时被称为义务性规范。如《建筑法》第 58 条规定,“建筑施工企业必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工”,这就是典型的命令性建设工程法律规范。这类规范通常在法条中冠以“必须”或“应当”等字眼。

(2) 禁止性规范。也就是法律法规禁止人们实施某些行为的规范。如《招标投标法》第 32 条规定,“投标人不得相互串通投标报价,不得排挤其他投标人的公平竞争,损害招标人或者其他投标人的合法权益”,“投标人不得与招标人串通投标,损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益”,“禁止投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标”。在这类规范中,通常用上“不得”或“禁止”之类的文字表述。

命令性规范和禁止性规范又一起被称为强制性规范。

(3) 授权性规范。授权性规范就是指用法律规则的方式规定一定的主体有权为一定行为、可以为一定行为,法律文本中权利性的规则都是授权性规范。授权性规范为人们提供了某些行为的选择权,它既不禁止人们作出这种行为,也不要求人们必须做出这种行为,所以这类规范又称为任意性规范。如《建筑法》第 24 条规定“建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位,也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位”。这类规范往往在法条表述中运用“可以”或“有权”这类文字。

2. 保护合法工程建设行为

建设工程法规的作用不仅在于对工程建设主体的行为进行规范和指引,还表现在对一切符合法规的工程建设行为给予确认和保护。这种确认和保护大多通过相关的法律原则来反映。如《建筑法》第4条“国家扶持建筑业的发展,支持建筑科学技术研究,提高房屋建筑设计水平,鼓励节约能源和保护环境,提倡采用先进技术、先进设备、先进工艺、新型建筑材料和现代管理方式”;第5条“任何单位和个人都不得妨碍和阻挠依法进行的建筑活动”。

3. 处罚违法工程建设行为

建设工程法规要实现对工程建设行为的指引和规范,实现对合法建设行为的有效保护,还必须对违法的工程建设行为予以应有的惩罚。否则,建设工程法规所规定的相关制度就会因为得不到实施过程中的强制手段的法律保障,而成为一纸空文。对违法的工程建设行为之处罚可以通过民事责任、行政责任和刑事责任等法律责任的方式来加以实现。例如,《建筑法》的第64~74条对有关违法建筑行为的处罚做出了明确的规定。

第三节 工程建设法律关系

一、工程建设法律关系的概念

人与人之间形成的各种关系统称为社会关系,如朋友关系、恋爱关系、亲属关系、管理关系、合同关系等。如果某种社会关系被法律所调整,这种关系就转化为法律关系。法律关系是指被法律规范调整的人与人之间的权利义务关系。工程建设法律关系就是指由建设工程法律规范所确认和调整,在工程建设活动中形成的权利义务关系。

二、工程建设法律关系的构成要素

【案例分析训练】

某建筑公司与某学校签订了一份教学楼施工合同,明确施工单位要保质、保量、保工期地完成学校的教学楼施工任务。工程竣工后,承包方向学校提交了竣工报告。学校为了不影响学生上课,还没组织验收就直接投入了使用。在使用过程中,校方发现了教学楼存在的质量问题,要求施工单位修理。施工单位认为工程未经验收,学校提前使用出现质量问题,施工单位不应再承担责任。

请问:本案例中建设工程法律关系的三要素分别是什么?

任何一种法律关系都要由法律关系主体、法律关系客体和法律关系内容三大要素组成,工程建设法律关系也不例外。

(一) 工程建设法律关系的主体

根据《民法通则》的有关规定,法律关系主体是指在法律关系中享有权利、承担义务的人,这里的人包括自然人、法人和其他组织。要掌握工程建设法律关系主体,必须掌握自然人、法人、权利能力、行为能力等概念。

1. 自然人

自然人是指一切具有自然生命形式的人,包括本国公民、外国人和无国籍人。公民是指具有某国

国籍并依该国宪法和法律享有权利和承担义务的自然人的自然人。《中华人民共和国宪法》规定，凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。外国人和无国籍人不具有中华人民共和国国籍，不是中国公民，但这并不妨碍他们成为我国民事法律关系的主体，享有权利和承担义务。

2. 法人

法人是指具有民事权利能力和民事行为能力，依法享有权利和承担义务的组织。根据《民法通则》第37条的规定，法人立应当具备下列4个条件：① 依法成立；② 有必要的财产或者经费；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。

所谓独立承担民事责任，是指法人依法以其经营管理或所有的财产对法人债务承担责任，而不是由其成员或者其他组织承担或连带承担责任。

3. 非法人组织

非法人组织是指法人之外的其他组织。根据《合同法》及相关法律的规定，法人以外的其他组织也可以成为民事法律关系的主体，称为非法人组织。

4. 民事权利能力

民事权利能力是指民事主体依法享有民事权利、承担民事义务的资格。

自然人的民事权利能力，指自然人依法享有民事权利、承担民事义务的资格。自然人的权利能力始于出生，终于死亡。具有民事权利能力是自然人享有主体地位的标志，所有自然人，无论年龄、性别、职业等差别，其民事权利能力一律平等。即使是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，也享有同样的民事权利能力。

法人的民事权利能力从法人成立时产生，法人终止时消灭。

自然人与法人的权利能力的范围有所不同。自然是生命体，因此其权利能力的范围较广，包括一些与自然人的生命不可分离的人身权，如生命权、肖像权等。而法人是组织体，因此无法享有这些特殊的权利能力。

5. 民事行为能力

民事行为能力是指能够以自己的行为取得民事权利，承担民事义务的资格。

(1) 自然人的民事行为能力。

自然人的民事行为能力是指自然人能以自己的行为取得民事权利，承担民事义务的能力。它以自然人的意思能力为前提，即以是否能够判断行为后果的能力为前提。从我国目前的理论来看，无民事行为能力人原则上无意思能力。

(2) 自然人的民事行为能力的种类。

《民法通则》根据行为人年龄与智力状况的不同，将自然人的民事行为能力分为三类：

① 完全民事行为能力。

《民法通则》第11条规定，18周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。当然，这里还要求自然人精神健康、智力健全，不属于《民法通则》第13条规定的精神病人。

需要明确的一点是，法律确定年满18周岁为完全民事行为能力人，主要考虑的是自然人的智力状态，而不考虑自然人的经济状况。因此年满18周岁的自然人没有经济收入的，仍然属于完全民事行为能力人，如在校学习的大学生。这些人如果因为违法行为需要承担民事责任的，首先由本人承担民事责任；本人没有收入的，由抚养人垫付。

16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。所谓“以自己的劳动收入为主要生活来源”，根据《民通意见》第2条规定，是指“能够以自己的劳动取得收入，并能维持当地群众一般生活水平”。将这些人视为完全民事行为能力人，有利于他们从事生产经营活动，有利于保护他们的合法权益。

不满 16 周岁,以自己的劳动收入为主要生活来源的,不可以视为完全民事行为能力人,如不满 16 周岁的体育运动员、文艺演员。

需要注意的是,16 周岁以上不满 18 周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,只要是已经参加工作的人,都应当视为完全民事行为能力人。另外只要被视为完全民事行为能力人,即使后来失去工作,也仍然属于完全民事行为能力人。

② 限制民事行为能力。

限制民事行为能力人包括两类:10 周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为后果的精神病人。《民法通则》第 12 条第一款规定,10 周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动。《民法通则》第 13 条第 2 款规定,不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他精神健康状况相适应的民事活动。

限制民事行为能力人具有部分民事行为能力。他们具有一定的智力水平,对事物有一定的识别和判断能力,因此他们可以从事一些民事法律行为。但是由于他们的智力水平和判断能力的影响,因此法律对他们的行为能力给予必要和适当的限制,一些重要的民事法律行为必须由其法定代理人代理或者征得法定代理人的同意。

另外在学理上通常认为,如果限制民事行为能力人使用诈术使他人相信其为完全民事行为能力人的,其独立实施的民事行为有效。

根据法律规定,限制民事行为能力人依法不能独立进行的民事行为,应与其法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意后独立进行。法定代理人由监护人担任。

③ 无民事行为能力。

无民事行为能力人也包括两类:《民法通则》第 12 条第 2 款规定,不满 10 周岁的未成年人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动;《民法通则》第 13 条第 1 款规定,不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。无民事行为能力人签订的合同通常无效。

无民事行为能力人不能以自己的法律行为取得民事权利和承担民事义务。他们要从事民事活动,必须由其法定代理人代理。无民事行为能力人的法定代理人由监护人担任。

(3) 自然人行为能力的例外性规定。

对于涉及民事行为能力的問題,还要注意两个例外:① 无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬,他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由,主张以上行为无效。这样规定的目的在于保护未成年人和精神病人的利益,避免其在从事民事行为时的利益受损。② 行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为无效。

(4) 法人的民事行为能力。

与自然人相比,法人的民事行为能力主要具有以下特点:

① 法人的行为能力和权利能力同时产生、同时终止。当法人具备相应的成立条件,并经由设立程序取得法人资格后,即开始享有权利能力,也同时开始具备行为能力。当法人被撤销或解散时,其权利能力和行为能力都随之终止。而自然人从出生之时起即享有权利能力,但行为能力则是要达到一定年龄并且精神健康方可完全具备。自然人的权利能力要到其死亡时才终止,但行为能力却有可能在此之前因精神失常而暂时中止。

② 法人的行为能力通常是由法人机关或者法人机关委托的代理人来实现。法人机关的行为,视同法人的行为。法人机关还可以委托其他法人、自然人或其他组织作为法人的代理人,以法人的名义进行民事活动。而自然人的行为能力由自然人自己完成,也可由其他人代理。

(5) 工程建设法律关系主体的具体类型。

建设法律关系主体是指建设活动的参加者,是受建设工程法律规范调整,在法律上享有权利、承担义务的当事人。在工程建设活动中,可能出现的法律关系的主体主要有以下几个类型。