

国家高校网络教育系列教材
(工程管理专业)

建设法规

洪琳 编著

中国建筑工业出版社

国家高校网络教育系列教材（工程管理专业）

建设法规

洪琳 编著

中国建筑工业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

建设法规/洪琳编著. —北京: 中国建筑工业出版社, 2012. 8

国家高校网络教育系列教材 (工程管理专业)

ISBN 978-7-112-14519-5

I. ①建… II. ①洪… III. ①建筑法-基本知识-中国 IV. ①D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 166755 号

本书涵盖了工程管理专业必备的工程法律知识的内容, 在工程管理专业教育知识体系总体框架下组织法律基础、工程建设及相关法律等知识单元, 以《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国招标投标法》等相关法律为主线, 系统介绍了建设许可法律制度、城乡规划法律制度、建设用地法律制度、建设工程合同法律制度、建设工程发包与承包法律制度、建设工程安全生产与质量管理法律制度等内容。

本书内容简明扼要、重点突出, 可作为高等院校工程管理及相关专业学生的教学用书及工程建设管理人员的参考用书。

* * *

责任编辑: 王 梅 杨 允

责任设计: 李志立

责任校对: 刘梦然 党 蕾

国家高校网络教育系列教材 (工程管理专业)

建设法规

洪 琳 编著

*

中国建筑工业出版社出版、发行 (北京西郊百万庄)

各地新华书店、建筑书店经销

北京红光制版公司制版

北京市书林印刷有限公司印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 16 字数: 398 千字

2013 年 1 月第一版 2013 年 1 月第一次印刷

定价: 35.00 元

ISBN 978-7-112-14519-5

(22597)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)

前 言

社会主义市场经济的实质是法制经济，加强建设立法、普及建设法律知识，以法律来规范工程建设活动，对我国工程建设事业的发展和建设市场的完善具有重要意义。

在高等院校工程管理本科专业的教学计划中，“建设法规”是一门重要的专业课程。本教材涵盖了工程管理专业必备的工程法律知识，在工程管理专业教育知识体系总体框架下组织法律基础、工程建设及相关法律等知识单元，以《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国城乡规划法》、《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》、《中华人民共和国招标投标法》等为主线，系统介绍了建设许可法律制度、城乡规划法律制度、建设用地法律制度、建设工程合同法律制度、建设工程发包与承包法律制度、建设工程安全生产与质量管理法律制度等内容。教材的编写以适用、够用为原则，力求简明扼要、重点突出，可作为高等院校工程管理及相关专业学生的教学及工程建设管理人员的培训用书。

本书的编写参阅了有关教材和同行专家、学者的论文论著，在此向各位表示真诚的感谢。由于编者水平有限，不妥之处在所难免，望广大读者提出宝贵意见。

洪 琳

2012 年 5 月

tjhonglin@163.com

目 录

第 1 章 建设法律基础	1
1.1 法律概述	1
1.2 民法基础	5
1.3 建设法律关系	14
第 2 章 城乡规划法律制度	20
2.1 城乡规划的制定	20
2.2 城乡规划的实施与管理	24
2.3 城乡规划的公众参与	27
第 3 章 土地管理法律制度	30
3.1 土地的所有权和使用权	30
3.2 建设用地管理	32
第 4 章 建设工程发包与承包法律制度	38
4.1 概述	38
4.2 建设工程招标	40
4.3 建设工程投标	47
4.4 开标、评标、中标	51
第 5 章 建设工程合同法律制度	55
5.1 建设工程合同的订立	55
5.2 建设工程合同的效力	58
5.3 建设工程合同的履行	62
5.4 建设工程合同的变更和终止	68
第 6 章 建设许可法律制度	72
6.1 安全生产许可	72
6.2 施工许可	74
6.3 企业资质许可	77
6.4 专业人员执业资格管理	88

第 7 章 建设工程质量法律制度	91
7.1 工程质量责任和义务	91
7.2 建设工程质量保修制度	99
7.3 工程质量监督管理	101
第 8 章 工程安全法律制度	105
8.1 安全生产管理基本制度	105
8.2 工程安全责任	106
8.3 安全生产监督管理	113
8.4 生产安全事故的处理	114
第 9 章 城市房地产管理法律制度	119
9.1 概述	119
9.2 房地产开发用地	121
9.3 房地产转让	123
9.4 商品房销售	126
9.5 房地产抵押	130
9.6 房屋租赁	132
9.7 房地产权属登记	135
9.8 物业管理	136
第 10 章 其他法律法规	142
10.1 环境保护法律制度	142
10.2 风景名胜区法律制度	152
第 11 章 建设争议解决制度	156
11.1 民事诉讼法律制度	156
11.2 行政诉讼法律制度	163
11.3 仲裁法律制度	166
11.4 行政复议法律制度	172
第 12 章 建设法律责任	177
12.1 法律责任概述	177
12.2 建设法律责任的认定与处理	183
附录 1 中华人民共和国城乡规划法	200
附录 2 中华人民共和国建筑法	207
附录 3 中华人民共和国招标投标法	214
附录 4 中华人民共和国合同法（节选）	220

附录 5 建设工程勘察设计管理条例	230
附录 6 建设工程质量管理条例	234
附录 7 建设工程安全生产管理条例	241
参考文献	249

第1章 建设法律基础

1.1 法律概述

1.1.1 法律及其体系

1. 法律

法是一种规范，它确定了人的行为的自由程度，即在法律界限之内，人可以自由地活动；超越了界限，不论是“左”或是“右”，必然要被矫正。对于法的本质，在法学研究史上曾有过多种不同的观点，如古罗马的法学家赛尔苏斯认为，法是“善良公正之术”；英国法学家边沁认为，法是“主权者的命令”；马克思主义法学家认为，法是由一定的国家机关制定或认可，并由国家强制力保障实施的行为规则的总和，法的本质是国家意志，是国家利益的集中反映。

广义的“法律”一词是与“法”通用的，狭义的“法律”则仅仅是指有立法权的国家机构颁布的规范性文件，是具体的行为规范，而法是这些具体规范的总和。法是抽象的、伦理性的；法律是具体的、应用性的。从应用角度看，更应该侧重于了解法律。

法律存在形式包括：习惯法（也称不成文法），即法律是以传统习惯的方式而不是以国家公布的文件方式存在；成文法（也称制定法），指法律通过国家权力机关制定，并公布实施；判例法，即法律以法官判例方式存在。

2. 法律体系

社会生活的纷繁复杂，决定了法律需要规范的行为种类和需要调整的社会关系类型也是复杂多样的，并相应形成了各类法律部门。不同法律部门相互补充，相互协调，构成多层次的完整统一的有机体，即为法律体系。

例如，我国的法律体系从横向分，包括宪法、民法、刑法、行政法、经济法、国家赔偿法、诉讼法等法律部门；从纵向分，包括根本大法宪法、刑法、合同法、劳动法等基本法以及行政法规、地方法规等级别不同、效力不一的法律法规。

3. 法系

法系是按照法的历史传统和形式上的特点对各国法律所作的分类。一般包括：

（1）大陆法系。又称民法法系、法典法系，是指以法国民法典为代表建立起来的成文法体制，例如法国、德国、日本等国家的法律属于该类。

（2）英美法系。又称普通法系，是指以英国判例法为代表建立起来的判例法体制。例如英国、美国、加拿大、新加坡、澳大利亚、新西兰等国家的法律属于该类。

另外，一些国家或地区的法律，如菲律宾、南非、英国的苏格兰、美国的路易斯安那州以及加拿大的魁北克省，由于各自的历史原因，民法法系和普通法法系的特征交织存

在；而北欧各国的法律具有独特的历史传统，但它与民法法系的关系要比与普通法系的关系更为密切。

4. 法制

法制通常在两种意义上使用，一是泛指国家的法律和制度。法律既包括以规范性文件形式出现的成文法，如宪法、法律和各种法规，也包括经国家机关认可的不成文法，如习惯法和判例法等。制度指依法建立起来的政治、经济、文化等方面的各种制度。

二是特指统治阶级按照民主原则把国家事务制度化、法律化，并严格依法进行管理的一种方式。这种意义上的法制与民主政治联系密切，即民主是法制的前提，法制是民主的体现和保证，只有使民主制度化、法律化，并严格依法办事，以确立一种正常的法律秩序的国家，才是真正的法制国家。

1.1.2 法律规范

1. 法律规范的概念

法律规范是由国家机关制定或认可并由国家强制力保证其实施的具体行为规范。

法律规范与法律是个体与整体的关系，前者是后者的具体化，法律规范是法律的基本构成单位，调整某类行为的不同法律规范组成了法律，如调整建筑活动中各种社会关系的法律规范组成了“建筑法”。

法律规范的表现形式是法律文件。法律文件公布实施后，法律规范方能生效，具有法律效力。

2. 法律规范的构成要素

法律规范规定的是具体的行为，因而其表达方式必须有一个严谨的逻辑结构，任何一个法律规范都必须由假定、处理、制裁三部分组成，法学上称为法律规范的三要素。

(1) 假定。是指在法律规范中，确定适用该规范的条件和环境的部分，它指明了法律规范在什么时间、地点或者条件下可以适用。例如，《建筑法》第 22 条“建筑工程实行直接发包的，发包单位应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位”，这里的“建筑工程实行直接发包的”就是法律规范中的假定部分。

(2) 处理。是指行为规则的本身，是法律规范确定的允许做什么，禁止做什么，要求做什么的部分，如上述法律规范中“发包单位应当将建筑工程发包给具有相应资质条件的承包单位”就是法律规范的处理部分。

(3) 制裁。是法律规范的后果部分，它说明的是违反法律规范时，将依法承担的后果，即法律规范的强制措施。如《建筑法》第 65 条“发包单位将工程发包给不具有相应资质条件的承包单位的，责令改正，处以罚款”，就是法律规范的制裁部分。

需注意的是，在很多情况下，法律规范的假定、处理与制裁三部分不在同一法条中，而一个完整的法律规范必须具备假定、处理与制裁三要素，缺一不可。

3. 法律规范的种类

按法律规范所确定行为规则的性质，法律规范分为禁止性规范、义务性规范和授权性规范。

(1) 禁止性规范，要求行为人不得作出某种行为。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”，即为禁止性规范。

(2) 义务性规范，要求行为人必须作出某种行为。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”，即为义务性规范。

(3) 授权性规范，规定行为人可选择是否作出某种行为。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，也可以将建筑工程的勘察、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”，就属于授权性规范。

禁止性规范和义务性规范又统称为强制性规范，在法律条文中这类规范普遍使用“应当”、“必须”、“不得”、“禁止”等关联词；授权性规范则往往使用“可以”做关联词。

4. 法律规范的解释

由于表现法律规范的法律条文经常使用专门名词和术语，且其产生的政治、历史背景不同，因而必须对其做必要的说明。这种对法律内容和含义所作的分析和说明，称为法律规范的解释。法律规范的解释从效力上可以分为有权解释和无权解释。

(1) 有权解释。也称正式解释，是指有权的国家机关和公职人员基于法律赋予的职权，对法律规范所作的解释，包括立法机关的立法解释、最高人民法院和最高人民检察院的司法解释、国家行政机关（指国务院及其各部委）对特定事务的行政解释等。

(2) 无权解释。也称非正式解释，是不具有法律约束力的解释，即这种解释具有任意性，不论解释的内容是否符合法律实质，均不作法律使用。例如：公民、法人和诉讼当事人对法律的理解和解释（即任意解释）；专家、学者在研究、著作和教学过程中对法律规范的解释（即学理解释）等。

5. 法律规范的效力

法律规范的效力是指法律规范的有效范围，即法律在什么时间、地点、对哪些人有效。法律规范的效力包括时间效力、空间效力和对人的效力。

(1) 时间效力。时间效力是指法律生效或失效的时间，以及法律或法规对它颁布前的事项和行为有无溯及力的问题。一般地，法律以公布时间或公布的特定时间为生效时间；终止则以决议或命令宣布废止，或者随着新法律的公布，旧法律自然失效；我国法律规范效力采取无溯及力或从轻溯及的原则。

(2) 空间效力。空间效力是指法律生效的地域范围，即法律在哪些地方有效。

(3) 对人的效力。对人的效力是指法律对什么样的人有效。

1.1.3 法律关系

1. 法律规范与法律关系

(1) 法律关系是根据法律规范产生的、主要以主体之间的权利与义务关系的形式表现出来的特殊的社会关系。

社会关系是人们在相互交往的过程中所形成的人与人之间的联系，社会关系需要法律加以调整，法对社会关系的调整是通过制定各种法律规范来进行的，法律规范为人们设定各种权利与义务、权力与责任，并且由国家的强制力来保证这种权利的行使与义务的履

行，权力的行使与责任的承担。法律规范是法律关系产生的前提，如果没有相应的法律规范的存在，就不可能产生法律关系。比如友谊关系，爱情关系，政党、社会团体的内部关系，一般不由法律调整，不存在相应的法律规范，所以也就不存在法律关系；还有些社会关系领域，虽然应该得到法律调整，但由于种种原因还没有形成法律规范，法律调整缺乏法律根据，因此也不能产生法律关系。只有被法律规范所调整的社会关系才是法律关系，比如合同关系、税收关系等，法律关系是—定法律规范调整—定社会关系的结果。

(2) 法律规范与法律关系都包含着主体的权利与义务，但其表现形式不同。

在法律规范中，主体的权利与义务只是一种可能性，是主体能做和应该做的行为，并不是现实的行为，是在假定某种事实发生的情况下，设定主体有什么权利和义务，并不表明主体实际已经有了某种权利和义务。而在法律关系中，主体的权利与义务是现实的，法律规范所假定的事实已经发生，从而使主体之间产生实际的权利与义务关系。因此，法律规范中的权利与义务属于可能性的领域，而法律关系中的权利与义务属于现实性的领域。同时，在法律规范中，主体的权利与义务是针对同一类人、同一类行为的，凡是出现法律规范所假定的事实，具有法律规范所规定的资格的主体，都享有同一类权利并承担同一类义务。而在法律关系中，法律所规定的事实情况、主体、权利与义务及其所指向的对象都是具体的。因此，法律规范中的权利与义务是抽象的，而法律关系中的权利与义务是具体的，法律关系是使法律规范的规定具体化的工具。

(3) 依据《牛津法律大辞典》的分类，法律关系是由法律规范调整—定社会关系而形成的权利与义务关系、权力与责任关系、特权与无权利关系、豁免与无资格豁免关系。任何法律关系均由主体、客体、内容三要素构成。法律关系的法律内容是权利、权力，社会经济内容是法律承认和保护的利益，以及与其相对应的财产。

权利的对应词是义务，体现平等主体间的关系；权利与义务关系是私法范畴法律关系的内容，权利—权利关系是以民事法律关系为代表的私法法律关系内容的概括；权力的对应词是责任或服从，体现拥有权力的国家机关与公民、法人间不平等关系，即公民、法人的私利必须服从国家的公权力，公法范畴的法律关系内容体现的是权力与责任的关系。法律关系内容分别体现在权利—权利、权利—权力、权力—权力三种关系中，民法学从权利—权利关系入手，概括民事法律关系内容；行政法学从权利—权力和权力—权利关系入手，概括行政法律关系内容；诉讼法学从权力—权利和权力—权力关系入手，概括诉讼法律关系内容。建设法律关系具有行政法律关系和民事法律关系两种属性。

2. 法律事实

法律事实是法律规范所规定的、能够引起法律后果即法律关系产生、变更和消灭的现象。

(1) 法律关系的产生、变动和消灭必须有法律规范所规定的某种法律事实的出现。法律关系的产生、变更和消灭的条件包括：法律规范，即法律关系产生、变更和消灭的法律依据；权利主体，即权利与义务的承担者；法律事实，即出现法律规范所假定出现的那种情况。其中法律规范和权利主体是法律关系产生的抽象的、一般的条件，而法律事实则是法律关系产生的具体条件。法律关系只有在—般与具体的条件都具备的情况下才能产生。

(2) 由于法律事实的出现产生的法律后果包括：法律关系的产生，如取得某项财产的所有权，订立合同；法律关系的变更，比如由于企业兼并，造成原有法律关系主体变更；

法律关系的消灭，如由于买方支付价款，卖方交付货物，原有的买卖合同消灭，等等。

(3) 法律事实按是否以权利主体的意志为转移分为事件和行为两类。事件是指不以当事人的意志为转移的客观情况，行为是以权利主体的意志为转移、能够引起法律后果的法律事实。

1) 事件分为绝对事件和相对事件。

①由某种自然原因而引起的法律事件为绝对事件，例如人的自然死亡和出生，人的死亡引起婚姻法律关系消灭，劳动法律关系消灭；人的出生引起父母与子女的法律关系产生，等等。

②由人的行为而引起的法律事件为相对事件，但它的出现在该法律关系中并不以权利主体意志为转移。例如，死亡可能由于自然死亡，也可能由于凶杀所致，但它都是人的生命的终止。就中止死者与其生前所在单位的劳动法律关系而言，都是不以权利主体意志为转移的事件。

相对事件表明，行为与事件之间的界限不是绝对的。以人的意志为转移的法律事实，对于由行为人直接引起的法律后果来讲属于行为；而对不是行为人直接引起的法律后果来讲则属于事件。例如，交通事故，对于由肇事者所直接引起的保护性法律关系而言是行为，肇事者应该承担相应的法律责任；但对由于交通事故而死亡，从而使死者与其生前所在单位的劳动法律关系解除而言，则属于相对事件。

2) 行为可以分为合法行为和非法行为。

①合法行为是与法律规范的要求相一致的行为，即实施了法律所要求或允许的行为，或者没有实施法律所禁止的行为，会产生积极的法律后果。

②非法行为是与法律规范的要求不一致的行为。非法行为不能产生行为人所预期的法律后果，按《民法通则》的规定，属于无效的民事行为，从行为开始就没有法律约束力，不能产生调整性法律关系。但非法行为（违法行为）以行为人主观上有过错作为其构成要件，能产生保护性法律关系，是承担法律责任的依据。

1.2 民法基础

1.2.1 自然人和法人

1. 自然人（公民）

自然人是基于出生而依法成为民事法律关系主体的人，包括公民、外国人和无国籍人。公民包括成年人、未成年人和儿童。根据我国《宪法》、《民法通则》的规定，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，外国人和无国籍人作为自然人也可以依法成为我国的民事主体，享有民事权利，承担民事义务。

公民的民事权利能力一律平等。《民法通则》第9条规定，公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。

民事行为能力，是指民事主体通过自己的行为取得民事权利、承担民事义务的资格。公民的民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力、无民事行为能力三种。

(1) 完全民事行为能力

①《民法通则》第11条规定，十八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。

②十六周岁以上不满十八周岁的公民，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。

(2) 限制民事行为能力

①《民法通则》第12条规定，十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；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

②《民法通则》第13条规定，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，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

(3) 无民事行为能力

①不满十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。

②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。

2. 法人

《民法通则》第36条规定，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) 法人的条件

《民法通则》第37条规定，法人应当具备下列条件：

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。

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

根据《民法通则》的规定，法人分为企业法人和非企业法人两大类，非企业法人又可分为机关法人、事业单位法人和社会团体法人。企业法人是指以营利为目的的法人，是法人中数量最多的一种。

(2) 法定代表人

《民法通则》第38条规定，依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。第43条规定，企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。

《民法通则》第49条规定，企业法人有下列情形之一的，除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任：

①超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营的；

②向登记机关、税务机关隐瞒真实情况、弄虚作假的；

③抽逃资金、隐匿财产逃避债务的；

④解散、被撤销、被宣告破产后，擅自处理财产的；

⑤变更、终止时不及时申请办理登记和公告，使利害关系人遭受重大损失的；

⑥从事法律禁止的其他活动，损害国家利益或者社会公共利益的。

1.2.2 民事法律行为

《民法通则》第54条规定，民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

1. 民事法律行为的条件

《民法通则》第55条规定，民事法律行为应当具备下列条件：

①行为人具有相应的民事行为能力；

②意思表示真实；

③不违反法律或者社会公共利益。

《民法通则》第56条规定，民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。

2. 无效的民事行为

《民法通则》第57条规定，民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。

《民法通则》第58条规定，下列民事行为无效：

①无民事行为能力人实施的；

②限制民事行为能力人依法不能独立实施的；

③一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；

④恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；

⑤违反法律或者社会公共利益的；

⑥经济合同违反国家指令性计划的；

⑦以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

1.2.3 代理制度

1. 代理的含义

《民法通则》第63条规定，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。

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。

2. 代理的种类

《民法通则》第64条规定，代理包括委托代理、法定代理和指定代理。

(1) 委托代理

委托代理人按照被代理人的委托行使代理权。《民法通则》第65条规定，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。法律规定用书面形式的，应当用书面形式。

(2) 法定代理

法定代理人依照法律的规定行使代理权，为了维护限制民事行为能力人或者无民事行为能力人的合法权益，《民法通则》第 14 条规定，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。

法定代理不同于委托代理，属于全权代理，法定代理人原则上应代理被代理人的有关财产方面的一切民事法律行为和其他允许代理的行为。

(3) 指定代理

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。例如，根据最高人民法院《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 条的规定，在诉讼中，如果无民事行为能力人、限制民事行为能力人事先没有确定监护人，有监护资格的人又协商不成的，由人民法院在他们之间指定的人担任诉讼中的代理人。

指定代理在本质上也属于法定代理。其与法定代理的区别在于前者的代理无需指定，而后者则需要有指定的过程。

3. 代理人与被代理人的责任承担

(1) 授权不明确的责任承担

《民法通则》第 65 条规定，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) 无权代理的责任承担

《民法通则》第 66 条规定，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。

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。

(3) 代理人不履行职责的责任承担

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 and 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。

(4) 代理事项违法的责任承担

《民法通则》第 67 条规定，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 and 代理人负连带责任。

(5) 转托他人代理的责任承担

《民法通则》第 68 条规定，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。

4. 表见代理

表见代理是指虽无代理权，但表面上有足以使人相信有代理权而须由被代理人负授权之责的代理。

(1) 表见代理的构成要件

① 行为人没有代理权；

- ②没有代理权的代理人实施了代理的行为；
- ③善意相对人有正当理由相信行为人有代理权。

(2) 表见代理的法律后果

为了保护善意相对人的合法权益,《合同法》第49条规定,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。

5. 代理的终止

(1) 委托代理的终止

《民法通则》第69条规定,有下列情形之一的,委托代理终止:

- 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;
- ④代理人丧失民事行为能力;
- ⑤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

《民法通则》第70条规定,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。

1.2.4 物权制度

1. 物权的概念和基本原则

根据《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)的规定,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。

《物权法》第4条规定,国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。

第5条规定,物权的种类和内容,由法律规定。

第6条规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。

第7条规定,物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。

2. 物权的种类

(1) 所有权

《物权法》第39条规定,所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利。

第40条规定,所有权人有权在自己的不动产或者动产上设立用益物权和担保物权。用益物权人、担保物权人行使权利,不得损害所有权人的权益。

第42条规定,为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。征收单位、个人的房屋及其他不动产,应当依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。

(2) 用益物权

《物权法》第117条规定,用益物权人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利。

物权法第120条规定,用益物权人行使权利,应当遵守有关保护和合理开发利用资源的规定。所有权人不得干涉用益物权人行使权利。

第121条规定,因不动产或者动产征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的,用益物权人有权依法获得相应补偿。

(3) 担保物权

《物权法》第170条规定,担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,依法享有就担保财产优先受偿的权利。

1) 担保范围

《物权法》第173条规定,担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的,按照约定。

第174条规定,担保期间,担保财产毁损、灭失或者被征收等,担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的,也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

2) 物的担保与人的担保

《物权法》第176条规定,被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。

3) 担保物权消灭的情形

《物权法》第177条规定,有下列情形之一的,担保物权消灭:

- ①主债权消灭;
- ②担保物权实现;
- ③债权人放弃担保物权;
- ④法律规定担保物权消灭的其他情形。

3. 物权的保护

《物权法》第32条规定,物权受到侵害的,权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决。

(1) 请求确认物权

《物权法》第33条规定,因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。

(2) 请求排除妨碍