

1.1 建设法规的概念、体系

导入案例

依据《光伏发电工程验收规范》(GB/T 50796—2012)的规定,光伏发电工程是指利用光伏组件将太阳能转换为电能,并与公共电网有电气连接的工程实体,由光伏组件、逆变器、线路等电气设备、监控系统和建(构)筑物组成。

问题:光伏发电工程是否属于《中华人民共和国建筑法》的管辖范围?

1. 建设法规概述

1) 建设法规的概念

建设法规是指国家权力机关或其授权的行政机关制定的,旨在调整国家及其有关机构、企事业单位、社会团体、公民在建设活动中或建设行政管理活动中相互之间发生的各种社会关系的法律规范的总称。

2) 建设法规的调整对象

建设法规的调整对象,就是发生在各种建设活动和建设管理活动中的社会关系。具体如下。

(1) 建设活动中的行政管理关系

国家在建设工程的规划、立项、资金筹集、设计、施工、验收等阶段均进行严格的监督管理,从而形成建设活动中的行政管理关系。例如,施工企业的资质管理制度,建设项目开工的施工许可制度,建设工程项目的竣工验收备案制度,还有关系到个人的注册建筑师、注册建造师、注册监理工程师、注册造价工程师、注册结构工程师等执业资格制度,都体现了国家对建设行业中的单位和个人的行政管理关系。这种相应的管理与被管理的关系,要由有关的建设法规来调整。这是建设主管部门依法行政的具体依据和规范。具体来说,这种关系有两个相互关联的方面:一方面是规划、指导、协调与服务;另一方面是检查、监督、控制与调节。

(2) 建设活动中的民事关系

建设活动中的民事关系既涉及国家、社会利益,又直接关系着企业、公民个人的权益和自由。具体来说,这种关系主要包括:在建设活动中因人身损害而发生的损害赔偿关系;建设活动参与单位的名称权、名誉权等人格权和知识产权保护等法律关系;建设活动从业人员的人身关系,建设单位、施工单位的财产保险法律关系,等等。因此必须按照民法和建

设法规中的民事法律规范予以调整。

(3) 建设活动中的经济协作关系

在各项建设活动中,不同的单位主体会产生经济协作关系。例如,投资主体(建设单位)同勘察设计单位、建筑安装施工单位等发生的勘察设计和施工关系。这是一种平等自愿、互利互助的横向协作关系,一般以合同的形式确定。

建设法规的上述三种具体调整对象既互相关联,又有各自的属性。它们都是因从事建设活动而形成的社会关系,都必须以建设法律法规来加以规范和调整。不能或不应当撇开建设法律法规来处理建设活动中发生的各种关系。这是其共同点或相互关联之处。但它们适用的范围不同,适用规范的法律后果也不相同。从这个意义上说,它们既不能混同,也不能相互取代。在承认建设法律法规统一调整的前提下,应当侧重适用它们各自所属的调整规范。

3) 建设法规的作用

根据行为主体的不同,法律的规范作用具体可以分为引导作用和强制作用。

(1) 引导作用

引导作用是指建设法律规范对人的行为具有引导作用。通过法律的规定,可以明确工程建设行为的正确方向,可以引导工程建设从业人员按照正确的行为规范进行活动。如《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)规定,提倡对建筑工程实行总承包。

(2) 强制作用

强制作用是指建设法律规范可以对人们不遵守法律的行为予以惩罚。如《建筑法》第二十八条规定:“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。”《建筑法》第六十七条规定:“承包单位将承包的工程转包的或者违反本法规定进行分包的,责令改正,没收违法所得,并处罚款,可以责令停止整顿,降低资质等级;情节严重的,吊销资质证书。”

2. 建设法规体系

1) 建设法规体系的概念

法规体系,通常指由一个国家的全部现行法律规范分类组合为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体。简单地说,法规体系就是部门法体系。部门法,又称法律部门,是根据一定标准、原则所制定的同类规范的总称。任何一个国家的各种现行法律规范,虽然所调整的社会关系的性质不同,具有不同的内容和形式,但都是建立在共同的经济基础上,反映同一阶级的意志,受共同的原则指导,具有内在的协调一致性,从而构成一个有机联系的统一整体。在统一的法规体系中,各种法律规范,根据其所调整的社会关系的性质不同,划分为不同的法的部门,如《中华人民共和国宪法》《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国经济法》《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国行政法》等。在各个法的部门内部或几个法的部门之间,又包括各种法律制度,如所有权制度、合同制度、公开审理制度、辩护制度等。部门与部门之间,制度与制度之间,既存在差别,又相互联系,相互制约,于是形成了一个统一整体。

建设法规体系,是指全部建设法律规范构成的一个相互联系、相互协调的完整统一体系。

2) 建设法规体系的构成

我国建设法规的体系构成包括宪法、法律、行政法规、行政规章、地方性法规、司法解释文件及国际条约等。

(1) 宪法

当代中国法的渊源主要是以宪法为核心的各种制定法。宪法是每一个民主国家最根本的法的渊源,其法律地位和效力是最高的。

(2) 法律

这里所说的法律是指狭义的法律,按照法律规定的机关及调整的对象和范围不同,法律可分为基本法律和一般法律。

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《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国合同法》等。

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。其调整范围比基本法律小,内容较具体,如《建筑法》《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)、《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)和《中华人民共和国安全生产法》(以下简称《安全生产法》)等。

(3) 行政法规

行政法规是最高国家行政机关即国务院制定的规范性文件,如《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。

行政法规的效力低于宪法和法律。

(4) 行政规章

行政规章是由国家行政机关制定的法律规范性文件,包括部门规章和地方政府规章。

部门规章是由国务院各部委制定的法律规范性文件,如《必须招标的工程项目规定》(2018年3月27日中华人民共和国国家发展和改革委员会令第16号)、《评标委员会和评标方法暂行规定》(2001年7月5日7部委令第12号)、《建筑业企业资质管理规定》(2015年1月22日中华人民共和国住房和城乡建设部令第22号)等。

部门规章的效力低于法律、行政法规。

地方政府规章是由省、自治区、直辖市以及省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人民政府所制定的法律规范性文件。

地方政府规章的效力低于法律、行政法规,低于同级或上级地方性法规。

(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委会,在其法定权限内制定的法律规范性文件,如《湖南省建筑市场管理条例》《长沙市政府投资工程建设项目招标代理机构库管理办法》《长沙市建设工程施工招标投标管理办法》《深圳经济特区建设工程施工招标投标条例》等。

地方性法规只在本辖区内有效,其效力低于法律和行政法规。

《中华人民共和国立法法》第八十五条规定,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。国务院认为应该适用地方性法规的,应该决定在该地方适用地方性法规规定;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) 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有很多,如《最高人民法院关于民事执行中财产调查若干问题的规定》《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)》《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。

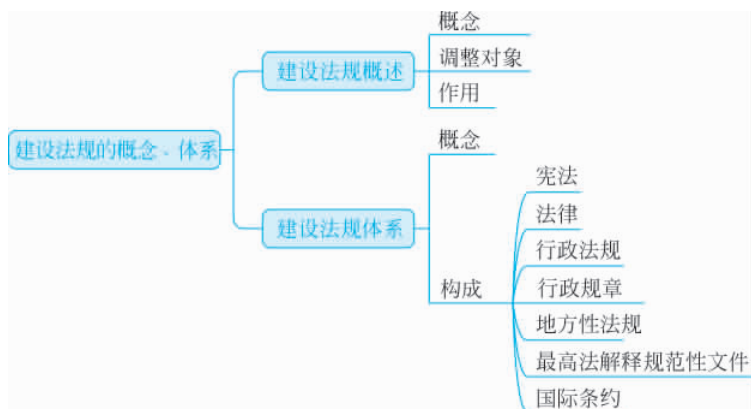
(7) 国际条约

国际条约是指我国作为国际法主体同外国缔结的双边、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,具有法律效力。我国法规体系的构成如图 1-1 所示。



图 1-1

小结



1.2 建设法律关系

导人案例

2016年年底,长沙梅溪湖国际文化艺术中心大剧院牵手北京保利剧院管理有限公司,举行梅溪湖国际文化艺术中心大剧院合作运营项目签约仪式。梅溪湖国际文化艺术中心是湖南湘江集团下属全资子公司梅溪湖投资(长沙)有限公司打造的重点文化产业项目。北京保利剧院管理有限公司是国内首家行业内形成产业链规模的演出剧院管理企业。双方约定签约后,梅溪湖国际文化艺术中心大剧院(包括大剧场和小剧场)将由长沙梅溪湖文化管理有限公司与北京保利剧院管理有限公司合作运营。在运营中将结合北京保利剧院管理有限公司优质的剧院演出、原创剧目制作资源和丰富的剧院管理经验,以“一流的运营、一流的营销、一流的品牌、一流的节目”为目标,将长沙梅溪湖国际文化艺术中心大剧院打造成“世界的艺术殿堂、人民的艺术天地”。

问题:在此项目中,建设法律关系的主体、客体和内容分别是什么?

1. 建设法律关系的概念

法律关系是指法律规范调整一定社会关系而形成的人与人之间的权利与义务关系。一定的法律关系是以一定的法律规范为前提的,是一定的法律规范调整一定的社会关系的结果。

建设法律关系则是指由建设法律规范所确认和调整的,在建设活动过程中产生的权利、义务关系。

建设法律关系是建设法律规范在建设领域中实施的结果,只有当建设活动的参与者按照建设法律规范进行建设活动或建设活动管理,形成具体的权利和义务关系时,才构成建设法律关系。

2. 建设法律关系的构成要素

建设法律关系的构成要素是指建设法律关系不可缺少的组成部分。任何法律关系都是由法律关系主体、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。三个要素的内涵不同,组成的法律关系也不同,如民事法律关系、行政法律关系、劳动法律关系等。

1) 建设法律关系主体

建设法律关系主体是指参加建设活动,受建设法律规范调整,在法律上享有权利、承担义务的当事人,也就是建设活动的参与者。

(1) 国家机关

参加建设法律关系的国家机关如下。

① 国家发展和改革委员会以及各级地方人民政府发展和改革委员会。其职权是负责编制长、中期和年度建设计划,组织计划的实施,督促各部门严格执行工程建设程序等。

② 国家建设主管部门,主要指住房和城乡建设部以及各级地方人民政府建设行政主管部门。其职权是制定建设法规,对城市建设、村镇建设、工程建设、建筑业、房地产业、市政公用事业进行组织管理和监督。如管理基本建设勘察设计部门和施工队伍;进行城市规划;

制定工程建设的各种标准、规范和定额；监督勘察、设计、施工安装的质量，规范房地产开发；市政建设等。

③ 国家建设监督部门。它主要包括国家财政机关、中国人民银行、国家审计机关、国家统计局机关等。

④ 国家建设各业务主管部门，负责本部门、本行业的建筑管理工作，如交通运输部、水利部等。

(2) 社会组织

作为建设法律关系主体的社会组织一般应为法人。法人是指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。在建设活动中，不具备法人资格的社会组织也可以参与建设活动，如总公司与分公司之间的内部承包关系，分公司可以作为承包合同的主体；不具备法人资格的合伙人设立的建筑设计事务所可以承揽一定范围的设计业务，与委托方签订设计合同等。具有营业执照的分公司，作为总公司的授权单位可以对外签订合同，但总公司对合同的履行承担连带责任。

作为法人资格的建设活动主体，主要有如下几种。

① 建设单位。建设单位是指进行工程投资建设的国家机关、企业或事业单位。由于建设项目的多样化，作为建设单位的社会组织也是种类繁多，有工业企业、商业企业、文化教育部门、医疗卫生单位、国家各机关等。

建设单位作为建设活动权利主体，是从设计任务书批准开始的。任何一个社会组织，在它的建设项目设计任务书没有批准，建设项目尚未被正式确认时，它是不能以权利主体资格参加建设活动的。当建设项目编有独立的总体设计并单独列入建设计划，获得国家批准时，这个社会组织方能成为建设单位，以已经取得的法人资格及自己的名义对外进行经济活动和法律行为。建设单位作为工程的需要方，是建设投资的支配者，也是工程建设的组织者和监督者。

② 勘察设计单位。勘察设计单位是指从事工程勘察设计工作的各类设计院、所等。我国有勘察设计与设计合一的机构，也有分立的勘察和设计机构。

③ 建设工程监理单位。建设工程监理单位是受建设单位的委托，代表建设单位对工程承包单位在建筑工程进度、工程质量和工程投资等方面进行监督和管理组织。

④ 施工企业。施工企业是指由主管部门批准并在国家工商行政管理机关登记注册的从事建设工程施工安装活动的组织。

勘察、设计、施工单位等对外签订建设工程合同以及监理单位签订监理合同时，还应当具备相应的资质等级。

(3) 公民个人

公民个人作为建筑市场的主体参与建设活动的领域已经相当广泛。如公民作为注册建筑师、注册建造师、注册房地产估价师、注册房地产经纪人等参与建筑活动、房地产经营活动。公民个人提供具有个人知识产权的设计软件、预决算软件等与建设参与单位确立法律关系。建设企业职工同企业单位签订劳动合同时，即成为建设法律关系主体。

2) 建设法律关系客体

建设法律关系客体是指参加建设法律关系的主体享有的权利和承担的义务所共同指向的对象。法律关系中的客体习惯上也称为标的。在通常情况下，建设主体都是为了某一客体，彼此才设立一定的权利、义务，从而产生建设法律关系。

法学理论上,一般客体分为物、财、行为和非物质财富,建设法律关系客体也是这四类。

(1) 物

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、水泥等,及其构成的建筑物,还有建筑机械设备等。

(2) 财

财,一般指资金及各种有价证券。在建设法律关系中表现为财的客体主要是建设资金,如基本建设贷款合同的标的,即一定数量的货币。

(3) 行为

法律意义上的行为是指人的有意识的活动。在建设法律关系中,行为多表现为完成一定的工作,如勘察设计、施工安装、监理活动、代理招标等活动。如建筑工程施工合同的标的,即按期完成一定质量要求施工项目的施工行为。

(4) 非物质财富

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。在建设法律关系中,如设计单位提供的具有创造性的设计成果,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。如个人开发的预决算软件,开发者对之享有版权(著作权)。

3) 建设法律关系的内容

建设法律关系的内容即建设活动参与者具体享有的权利和应当承担的义务。建设法律关系的内容是建设主体的具体要求,决定着建设法律关系的性质,它是连接主体的纽带。

(1) 建设权利

权利是指建设法律关系主体在法定范围内,根据国家建设管理要求和自已业务活动的需要,有权进行各种工程建设活动。权利主体可要求其他主体做出一定的行为或抑制一定的行为,以实现自己的权利,因其他主体的行为而使其权利不能实现时,有权要求国家机关加以保护并对该其他主体予以制裁。

(2) 建设义务

义务是指工程建设法律关系主体必须按法律规定或合同约定承担应负的责任。义务和权利是相互对应的,相应主体应自觉履行义务,义务主体如果不履行或不适当履行,就要承担相应的法律责任。

3. 建设法律关系的产生、变更与终止

1) 建设法律关系的产生

建设法律关系的产生,是指因一定的建设法律事实出现,建设法律关系主体之间形成了一定的权利和义务关系。例如,某建设单位与施工单位签订了建设工程承包合同,主体双方产生了相应的权利和义务;建设行政主管部门对建设单位的建筑工程的质量和安全依法实施监督,对违法行为依法实施行政处罚时,主体双方产生了相应的权利和义务。

2) 建设法律关系的变更

法律关系的变更,是指法律关系的三个要素发生变化。

(1) 主体变更

主体变更,是指法律关系主体数目增多或减少,也可以是主体改变。在合同中,客体不

变,相应权利和义务也不变,此时主体改变也称合同转让。

(2) 客体变更

客体变更,是指法律关系中权利义务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

法律关系主体与客体的变更,必然导致相应的权利和义务,即内容变更。

3) 建设法律关系的终止

法律关系的终止,是指法律关系主体之间的权利和义务不复存在,彼此丧失了约束力。

(1) 自然终止

法律关系自然终止,是指某类法律关系所规范的权利和义务顺利得到履行,取得了各自的利益,从而使该法律关系完结。

(2) 协议终止

法律关系协议终止,是指法律关系主体之间协商解除某类工程建设法律关系规范的权利和义务,致使该法律关系归于终止。

(3) 违约终止

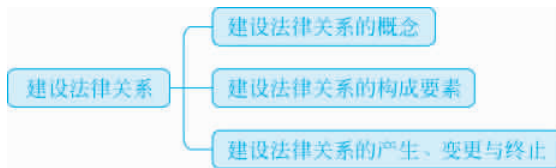
法律关系违约终止,是指法律关系主体一方违约,或发生不可抗力,致使某类法律关系规定的权利不能实现。

法律关系只有在一定的情况下才能产生,同样法律关系的变更和终止也由一定的情况决定。这种引起法律关系产生、变更和终止的情况,即人们通常所称的法律事实。法律事实是法律关系产生、变更和终止的原因。

法律事实按是否包含当事人的意志为依据分为以下两类。

- ① 事件:指不以当事人意志为转移的法律事实,包括自然事件、社会事件、意外事件。
- ② 行为:指人的有意识的活动。行为包括积极的作为和消极的不作为。

小结



1.3 建设工程代理制度

导入案例

A 是一家建筑公司,承建了 B 某的一项建筑工程,并把此工程承包给了 C 某,C 某作为 A 公司的副总,并且担当本项目的项目经理。在工程的建设过程中由于资金的不足,C 某就

向D某(自然人)借了50万元人民币,并且欠条上明确写着此款是用于建设这一工程,但是没有加盖A公司印章。后来D某向C某要钱,C某一直没还钱,在此种情况下,D某就把C某及A公司告上了法庭,要求A公司和C某一起承担这笔债务。而A公司却说借款行为是C某个人行为,不承担此笔债务。

问题:A公司的抗辩成立吗?

1. 代理的概念

代理,是指代理人在代理权限内,以被代理人的名义与第三人实施民事法律行为。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。

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,则必须采用书面形式,如代签建设工程合同就必须采用书面形式。

2) 法定代理

法定代理,是指基于法律的直接规定而产生的代理。如父母作为监护人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。这种代理也主要是为无行为能力的人和限制行为能力的人设立的。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. 无权代理

1) 无权代理的概念

无权代理,是指行为人没有代理权或超越代理权限而进行的“代理”活动。

2) 无权代理的表现形式

无权代理的表现形式具体有以下几种。

- ① 无合法授权的“代理”行为。
- ② 代理人超越代理权限所为的“代理”行为。
- ③ 代理权终止后的“代理”行为。

3) 无权代理的法律后果

(1) “被代理人”的追认权

“被代理人”的追认权,是指“被代理人”对无权代理行为所产生的法律后果表示同意和认可。按照法律规定,无权代理行为对被代理人不发生法律效力,但是如果被代理人认为无权代理行为对自己有利,则有权追认。“被代理人”行使追认权是一项重要的民事法律行为,当其作出追认的意思表示后,无权代理便产生了与合法的代理行为相同的法律后果。

(2) “被代理人”的拒绝权

“被代理人”的拒绝权,是指“被代理人”为了维护自身的合法权益,对无权代理行为及其所产生的法律后果,享有拒绝的权利。被拒绝的无权代理行为所产生的法律后果,由行为人承担民事责任。

此外,在无权代理活动中,无权代理行为人也享有一定的权利,即催告权和撤回权。无权代理行为人在作出无权代理行为后,可以向“被代理人”催告,催告其对上述行为是追认有效还是拒绝追认,并限期作出答复。如果“被代理人”在限期内未作出答复的,则视为拒绝。无权代理行为人还享有撤回权,即向“被代理人”提出撤回以前曾作出的“代理”表示的法律行为。但如果“被代理人”已经追认了其所作的无权代理行为,该行为人就不得再撤回。若该行为人已经行使撤回权,则“被代理人”就不能行使追认权。

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需由被代理人负授权之责的代理。表见代理是广义无权代理的一种。

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。

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第四十九条规定:“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。”

4. 代理人与被代理人的责任承担

1) 委托代理采用书面形式

《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第一百六十五条规定:委托代理授权采用书面形式的,授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间,并由被代理人签名或者盖章。

2) 无权代理的责任承担

《民法总则》第一百七十一条规定:行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后,仍然实施代理行为,未经被代理人追认的,对被代理人不发生效力。

相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认。行为人实施的行为被追认前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

行为人实施的行为未被追认的,善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿,但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。

相对人知道或者应当知道行为人无权代理的,相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

3) 代理事项违法的责任承担

《民法总则》第一百六十七条规定:代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为,或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的,被代理人 and 代理人应当承担连带责任。