

# 模块 1 建设工程基本法律知识

## 学习目标

- 了解我国建设工程法律基本框架体系。
- 熟悉建设工程项目法人制度。
- 掌握建设工程代理制度、物权制度、债权制度和工程担保制度。
- 了解建设工程知识产权和工程监理制度。

## 引例

### 地方性法规与部门规章规定不一致,如何处理?

在道路运输管理行政处罚中,相对人没有道路运输经营许可证而擅自从事道路运输经营活动,既违反了交通部《道路运输行政处罚规定》,也违反了江苏省人大常委会制定的《江苏省道路运输市场管理条例》。对此类违法行为的处罚,交通部《道路运输行政处罚规定》第8条规定的罚款幅度是5 000元至10 000元,而《江苏省道路运输市场管理条例》第32条规定,无道路运输经营许可证从事道路运输经营活动的,责令停止经营;有违法所得的,没收违法所得,处以违法所得2倍以上10倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足2万元的,处以3万元以上10万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。对这种情况是适用交通部规章还是江苏省地方性法规存在两种不同意见。第一种意见认为,应直接适用《江苏省道路运输市场管理条例》。第二种意见认为,部门规章是全国统一执行的,不能简单地排除适用交通部《道路运输行政处罚规定》。请问这种情况下应如何适用法律?

答:地方性法规与部门规章规定不一致时,应逐级上报最高人民法院送请国务院。对于上述问题,最高人民法院[2003]行他字第4号《关于道路运输市场管理的地方性法规与部门规章规定不一致的法律适用问题的答复》指出:“在国家尚未制定道路运输市场管理的法律或者行政法规之前,人民法院在审理有关道路运输市场管理的行政案件时,可以优先选择适用本省根据本地具体情况和实际需要制定的有关道路运输市场管理的地方性法规。”人民法院在审理这类行政案件时,应当按照该答复办理。

## 1.1 建设工程法律体系

法律体系通常是指一个国家现行的各个部门法构成的有机联系的整体。建设工程法律具有综合性的特点,同时又具有一定的独立性和完整性,具有自己的完整体系。建设工程法律体系,是指有关建设工程方面的法律、行政法规、部门规章和地方性法规、地方规章有机结合起来,形成的一个相互联系、相互补充、相互协调的完整统一的体系。

### 1.1.1 法律体系的基本框架

#### 1. 宪法及宪法相关法

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》。宪法相关法是指《全国人民代表大会组织法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》、《中华人民共和国民族区域自治法》、《中华人民共和国香港特别行政区基本法》、《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》、《中华人民共和国立法法》、《中华人民共和国国籍法》等附属的低层次的法律。

#### 2. 民法商法

民法是调整作为平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律,主要由《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》<sup>①</sup>)和单行民事法律组成,单行法律主要包括《合同法》、《招标投标法》、《担保法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》、《婚姻法》等。

商法是调整平等主体之间的商事活动或商事行为的法律,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,商法虽然是一个相对独立的法律部门,但民法的许多概念、规则和原则也通用于商法。

#### 3. 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《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政监察法》、《建筑法》、《环境保护法》、《环境影响评价法》、《治安管理处罚法》等。

#### 4. 经济法

经济法是调整国家在经济管理中发生的经济关系的法律,包括《土地管理法》、《节约能源法》、《统计法》、《反垄断法》、《税法》等。

#### 5. 社会法

社会法是在国家干预社会生活过程中逐渐发展起来的一个法律门类,它是调整劳动关系、社会保障和社会福利关系的法律规范的总称,主要包括《劳动法》、《劳动合同法》、《安全生产法》、《消防法》等。

---

<sup>①</sup> 本书中为了方便将《中华人民共和国×××法》简称为《×××法》,以下若无特殊情况均视此,如《中华人民共和国合同法》简称《合同法》。

## 6. 刑法

刑法是规定犯罪和刑罚的法律规范的总称,主要是《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》),也包括一些单行法律、法规的有关条款。

## 7. 诉讼及非诉讼程序法

诉讼法(又称诉讼程序法),是有关各种诉讼活动的法律规范的总称,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》。非诉讼程序法则有《仲裁法》、《律师法》、《法官法》、《检察官法》等。

### 1.1.2 法的表现形式和效力层级

#### 1. 法的表现形式

法的表现形式是指法律创制方式和外部表现形式,它包括四层含义:法律规范创制机关的性质及级别,法律规范的外部表现形式,法律规范的效力等级,法律规范的地域效力。法的形式决定于法的本质。在世界历史上存在过的法律形式主要有:习惯法、宗教法、判例、规范性法律文件、国际惯例、国际条约等。我国法的形式是制定法形式,主要可分为七类。

##### 1) 宪法

宪法是由我国的最高权力机关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。一切法律、行政法规和地方性法规都不得与宪法相抵触。

##### 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(又称非基本法律、专门法)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。法律由国家主席签署主席令予以公布。

建设法律既包括专门的建设领域的法律,也包括与建设活动相关的其他法律。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。行政法规的效力低于宪法和法律。行政法规由国务院总理签署国务院令予以公布。

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

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,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和

本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。目前,设区的市也都给了一定范围的地方立法权。

地方性法规具有地方性,只在本辖区内有效,如《江苏省建筑市场管理条例》、《北京市招标投标条例》、《深圳经济特区建设工程施工招标投标条例》、《徐州市工程建设监理条例》等。

### 5) 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《工程建设项目施工招标投标办法》、《评标委员会和评标方法暂行规定》、《建筑业企业资质管理规定》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、直辖市以及较大的市的人民政府所制定的法律规范性文件。

### 6) 最高人民法院司法解释规范性文件

最高人民法院司法解释规范性文件是最高人民法院对法律的系统性解释或对法律的适用情况的说明,对法院审判有约束力,具有法律规范的基本性质,在我国司法实践中具有非常重要的地位和作用。在民事司法领域中,最高人民法院的司法解释文件有很多,如《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》、《最高人民法院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) 国际公约

国际公约是指国际间有关政治、经济、文化、技术等方面的多边条约。公约通常为开放性的,非缔约国可以在公约生效前或生效后的任何时候加入。有的公约由专门召集的国际会议制定,如《保护工业产权的巴黎公约》、《建筑业安全卫生公约》等。

## 2. 法的效力层级

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。宪法是我国的根本大法。在我国法律体系中具有最高的法律地位和法律效力,是我国最高的法律形式。

(2) 上位法优于下位法。在我国法律体系中,法律的效力是仅次于宪法而高于其他法的形式。行政法规的法律地位和法律效力仅次于宪法和法律,高于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,高于本行政区域内的较大的市人民政府制定的规章。

(3) 特别法优于一般法。

(4) 新法优于旧法。

(5) 特殊情况。地方性法规、规章之间不一致时,由有关机关应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,应当作出在该地方适用地方性法规的规定;国务院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。



## 案例

### 一、背景

2009年7月,上海市A房产经纪事务所(以下简称A所)与购房人谢某签订了购房经纪协议,代房屋出售方顾某向谢某收取了2万元定金。在该协议中,甲方为房屋出售方顾某,乙方为购房人谢某,丙方为A所。其中,丙方签字处仅有打印好的A所名称和公章,没有A所执业经纪人员的签名。经查,刘某是A所唯一的执业经纪人,甲乙丙三方签订购房经纪协议时刘某并不在场且不知情。

《上海市经纪人条例》和《经纪人管理办法》均规定,对经纪组织在经纪合同中不附执业经纪人签名的行为应予处罚,但二者规定的罚款数额不同,前者为500元至1000元,后者为10000元以下。

### 二、问题

对A所的行为,应该适用哪项法规?为什么?

### 三、分析说明

根据《立法法》第86条第1款第2项规定,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。本案中,《上海市经纪人条例》属于地方性法规,《经纪人管理办法》属于部门规章,二者产生冲突时,按照上述规定,应当先由国务院提出意见,国务院认为应当适用《上海市经纪人条例》的,适用《上海市经纪人条例》;认为应当适用《经纪人管理办法》的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。

## 1.1.3 建设法律、行政法规和相关法律的关系

### 1. 建设法的定义

建设法是调整国家行政管理机关、法人、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。建设法律和建设行政法规构成了建设法的主体。建设法律、行政法规与所有的法律部门都有一定的关系,其中,与行政法、民法商法、社会法的关系更为重要。

### 2. 建设法律、行政法规与行政法的关系

建设法律、行政法规在调整建设活动中产生的社会关系时,会形成行政监督管理关系。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。

我国政府一直高度重视对建设活动的监督管理,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管理,包括立项、资金筹集、勘察、设计、施工、验收等各个环节。

### 3. 建设法律、行政法规与民法商法的关系

建设法律、行政法规在调整建设活动中产生的社会关系,会形成民事商事法律关系。建设民事商事法律关系有以下特点。①建设民事商事关系是平等主体之间的关系,主体地位

平等,相互独立;②建设民事商事关系主要是财产关系,财产关系为其主要调整对象;③建设民事商事关系的保障措施具有补偿性和财产性,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。在建设活动中,各类民事商事主体,如建设单位、施工单位、勘察设计单位、监理单位等,都是通过合同建立起相互的关系,合同关系就是一种民事商事关系。



测试

### 4. 建设法律、行政法规与社会法的关系

建设法律、行政法规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、监理单位都会与自己的员工建立劳动关系。

## 1.2 建设工程法人制度

法人是建设工程活动中最主要的主体。作为未来的建筑工程师,应该了解法人的定义、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。

### 1.2.1 法人应具备的条件

《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。法人是与自然人相对应的概念,是法律赋予社会组织具有法律人格的一项制度。这一制度为确立社会组织的权利、义务,便于社会组织独立承担责任提供了基础。根据《民法通则》第37条的规定,法人应当具备四个条件。

(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。

(2)有必要的财产或者经费。这是法人进行民事活动的物质基础。

(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。法人必须能够以自己的财产或者经费承担在民事活动中的债务,在民事活动中给其他主体造成损失时能够承担赔偿责任。

法人的民事行为能力是法律赋予法人独立进行民事活动的能力,其行为能力总是有限的,由其成立的宗旨和业务范围所决定。法人的行为能力始于法人的成立而止于法人的撤销。法人的法定代表人是自然人,他依照法律或者法人组织章程的规定,代表法人行使职权。法人以它的主要办事机构所在地为住所。

### 1.2.2 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、勘察设计单位、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,甚至可能是进行住宅建设的公民个人。

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,只有这样,方能独立承担民事责任。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。建设工程规模浩大,需要众多的自然人合作完成,法人制度的产生,使这种合作成为常态,这是建设工程发展到当今的规模

和专业程度的基础。

### 1.2.3 企业法人项目经理部的法律关系

项目经理部是施工企业为了完成某项建设工程施工任务而设立的组织。项目经理部是由一个项目经理与技术、生产、材料、成本等管理人员组成的项目管理班子,是一次性的具有弹性的现场生产组织机构。

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。

(1)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。

企业法人的法定代表人,其职务行为可以代表企业法人。由于施工企业同时会有数个、数十个甚至更多的建设工程施工项目在组织实施,导致企业法定代表人不可能成为所有施工项目的直接负责人。因此,在每个施工项目上必须有一个经企业法人授权的项目经理。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。

(2)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。



测试

#### 案例

##### 一、背景

地处某市的某设计院承担了坐落在M市的某项“设计—采购—施工”承包任务。该设计院将工程的施工任务分包给M市的某施工单位。设计院在施工现场派驻了包括甲在内的项目管理班子,施工单位则由乙为项目经理组成了项目经理部。施工任务完成后,施工单位以设计院尚欠工程款为由向仲裁委员会申请仲裁。主要依据是甲签字确认的所增加的工程量。设计院认为甲并不是该项目的经理,不承认甲签字的效力。经查实,甲既不是合同中约定的设计院的授权负责人,也没有设计院的授权委托书。但合同中约定的授权负责人基本没有去过该项目现场。事实上,该项目一直由甲实际负责,且有设计院曾经认可甲签字付款的情形。

##### 二、问题

设计院是否应当承担付款责任,为什么?

##### 三、分析说明

设计院应当承担付款责任。因为,由于设计院方面的管理原因,让施工单位认为甲具有签字付款的权力,致使本案付款纠纷出现。《民法通则》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。”由于种种原因,我国目前存在着名义上的项目负责人经常不在现场的情况。本案的真实背景是设计院

认为甲被施工单位买通而拒绝付款。本案对施工单位的教训是：施工单位需要让发包或总包单位签字时，一定要找其授权人；如果发包或总包单位变更授权人的，应当要求发包单位完成变更的手续。

## 1.3 建设工程代理制度

在建设工程活动中，通过委托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。

### 1.3.1 代理的含义和主要种类

#### 1. 代理的含义

根据《民法通则》，代理是指代理人以被代理人的名义，在代理权限内与第三人实施民事行为，其法律后果直接由被代理人承受的民事法律制度。

代理涉及三方当事人，分别是被代理人、代理人和代理关系的第三人。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. 代理的种类

根据《民法通则》第64条，代理包括委托代理、法定代理和指定代理。

(1) 委托代理。委托代理是代理人根据被代理人的委托授权而进行的代理。

(2) 法定代理。法定代理是根据法律的直接规定而产生的代理。法定代理主要是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而设计的。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。指定代理是根据人民法院或者有关机关的指定而产生的代理。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一人担任诉讼之中的代理人。

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。

### 1.3.2 建设工程代理行为的设立和终止

建设工程活动中涉及的代理行为比较多，如工程招标代理、材料设备采购代理以及诉讼代理等。

#### 1. 建设工程代理行为的设立

建设工程活动不同于一般的经济活动，其代理行为不仅要依法实施，有些还要受到法律的限制。

建设工程的承包活动不得委托代理。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。

建设工程代理行为多是民事法律行为的委托代理。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。但是,法律规定用书面形式的,应当用书面形式。

书面委托代理的授权委托书应当载明下列事项:代理人的姓名或者名称;代理事项、权限和期间;委托人签名或者盖章。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. 建设工程代理行为的终止

一般发生下列情形之一时,建设工程的代理行为终止:代理期间届满或者代理事务完成;被代理人取消委托或者代理人辞去委托;作为被代理人或者代理人的法人终止。

发生下列情况之一时,法定代理或指定代理终止:被代理人取得、恢复民事行为能力;被代理人或代理人死亡;代理人丧失民事行为能力;指定代理的人民法院或者指定单位取消指定;监护关系消灭。

## 1.3.3 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。这是代理人与被代理人基本权利和义务的规定,即代理人必须取得代理权,并依据代理权限,以被代理人的名义实施民事法律行为;被代理人要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

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。

### 3. 无权代理

没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的代理行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的代理行为,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。

### 4. 表见代理

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,足以使善意第三人相信其有代理权,而与善意第三人进行的、由本人承担法律后果的代理行为。

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)须存在足以使相对人相信行为人具有代理权的事实或理由,如行为人持由本人发出的委任状、已加盖公章的空白合同书或者显示本人向行为人授予代理权的通知函告等证明类文件。

(2)须本人存在过失。

(3)须相对人为主观善意,这是构成表见代理的主观要件,如果相对人明知行为人无代理权而仍与之实施民事行为,则相对人为主观恶意,不构成表见代理。



《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。

### 5. 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而给他人造成损害的,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 and 代理人负连带责任。



测试

## 案例

### 一、背景

2008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。2009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。2009年6月,甲公司在该项目上需租赁部分脚手架、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,便找到王某帮忙租脚手架、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往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(已填上租赁脚手架、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。丙租赁站依约将脚手架、扣件等送至施工地点,但王某将其中一部分用到了由他自己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。

### 二、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?

### 三、分析说明

(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脚手架、扣件。

(2)根据《合同法》第49条:“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。

## 1.4 建设工程物权制度

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,建设工程活动中涉及的许多权利都源于物权。建设单位对建设工程项目的权利来自于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。

### 1.4.1 物权的法律特征和主要种类

#### 1. 物权的法律特征

《物权法》规定的物权,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。

(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,即只要不侵犯物权人行使权利就属于履行了义务。

(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、收益和处分的权利,它是一种财产权,又称财产所有权。所有权是物权中最重要也最完全的一种权利,包括占有权、使用权、收益权和处分权。

(1)占有权,是指对财产实际掌握、控制的权能。占有权是行使物的使用权的前提条件,是所有人行使财产所有权的一种方式。占有权可以根据所有人的意志和利益分离出去,由非所有人享有。例如,根据货物运输合同,承运人对托运人的财产享有占有权;根据塔吊租赁合同,施工单位对所租赁的塔吊财产享有占有权。

(2)使用权,是指对财产的实际利用和运用的权能。通过对财产实际利用和运用满足所有人的需要,是实现财产使用价值的基本渠道。使用权是所有人所享有的一项独立权能,所有人可以在法律规定的范围内,以自己的意志使用其所有物。

(3)收益权,是指收取由原物产生出来的新增经济价值的权能。原物新增的经济价值,包括由原物直接派生出来的果实、由原物所产生出来的租金和利息、对原物直接利用而产生的利润等。

(4)处分权,是指依法对财产进行处置,决定财产在事实上或法律上命运的权能。处分

权的行使决定着物的归属,处分权是所有人的最基本的权利,是所有权内容的核心。

### 2)用益物权

用益物权是权利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,用益物权包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权。

### 3)担保物权

担保物权是权利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。债权人在借贷、买卖等民事活动中,为保障实现其债权,需要担保的,可以依照《物权法》和其他法律的规定设立担保物权。

## 案例

### 一、背景

2009年底,吴某与该市某房地产开发公司签订一份商品房买卖合同,以24.46万元购买一处商品房。房地产开发公司将房屋的钥匙直接交给吴某,但未办理房产登记手续。后吴某将此房出租给一家投资公司,定期收取出租金。

2011年8月,吴某发现自己的房子居然没有登记在自己名下,原来房地产开发公司竟“一女二嫁”,又将该房屋私下转卖给第三人,并已在房产局办好该房屋的所有权登记手续。经多次沟通无果,吴某遂诉至法院。

### 二、问题

(1)原、被告间签订的房屋买卖合同是否合法有效?

(2)吴某依法是否能够取得房产的物权?

### 三、分析说明

(1)原、被告间签订的房屋买卖合同合法有效。在原告付清房款的前提下,被告实际未交付房屋,应承担违约责任。现被告将房屋转卖于第三人,导致双方签订的原合同目的不能实现,原告作为房屋买受人,可以要求解除合同、返还房款,并可以要求被告承担不超过已付房款一倍的赔偿。

(2)吴某依法不能取得房产的物权,根据我国相关法律规定,房屋所有权的设立变更转让必须办理登记手续,本案中吴某虽已经订立了合同,但未办理登记,故不能取得房屋所有权;房屋已经登记到第三人名下,因此房屋所有权归第三人所有。

## 1.4.2 土地所有权、建设用地使用权和地役权

### 1. 土地所有权

土地所有权是国家或农民集体依法对归其所有的土地所享有的具有支配性和绝对性的权利。土地所有权是一项专有权,其权利主体具有特定性,我国实行土地的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制,其他任何单位或个人都不享有土地所有权。

全民所有土地即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。农民集体所有的土地由本集体经济组织的成员承包经营,耕地承包经营期限为30年。

国家实行土地用途管制制度。国家编制土地利用总体规划,规定土地用途,将土地分为农用地、建设用和未利用地。严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地总量,对耕地实行特殊保护。

城市市区的土地属于国家所有;农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。

## 2. 建设用地使用权

(1)建设用地使用权是因建造建筑物、构筑物及其附属设施而使用国家所有的土地的权利。建设用地使用权只能存在于国家所有的土地上,不包括集体所有的农村土地。

(2)建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立,新设立的建设用地使用权,不得损害已设立的用益物权。

(3)设立建设用地使用权,可以采取出让或者划拨等方式。工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的,应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。国家严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。

(4)设立建设用地使用权的,应当向登记机构申请建设用地使用权登记,建设用地使用权自登记时设立,登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。

(5)住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期。非住宅建设用地使用权期间届满后的续期,依照法律规定办理。

## 3. 地役权

地役权是指为使用自己不动产的便利或提高其效益而按照合同约定利用他人不动产的权利。他人的不动产为供役地,自己的不动产为需役地。从性质上说,地役权是按照当事人的约定设立的用益物权。

当事人应当采取书面形式订立地役权合同,地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的,可以向登记机构申请地役权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。

# 1.4.3 物权的设立、变更、转让、消灭和保护

## 1. 不动产物权的设立、变更、转让、消灭

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,自记载于不动产登记簿时发生效力;未经登记,不发生效力,但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记。

## 2. 动产物权的设立和转让

动产物权以占有和交付为公示手段。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。动产物权的设立和转让,自交付时发生效力,但法律另有规定的除外。船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭,未经登记,不得对抗善意第三人。

## 3. 物权的保护

物权的保护,是指通过法律规定的方法和程序保障物权人在法律许可的范围内对其财产行使占有、使用、收益、处分的权利。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。



测试

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。对于无权占有不动产或者动产的行为,权利人可以请求返还原物。对于妨害物权或者可能妨害物权的行为,权利人可以请求排除妨害或者消除危险。造成不动产或者动产毁损的,权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。侵害物权造成权利人损害的,权利人可以请求损害赔偿,也可以请求其承担其他民事责任。

### 案例

#### 一、背景

某甲房地产开发公司拍得某市区河畔一块土地,准备以“观景”为理念设计并建造一所高层观景商品住宅楼。但该地前面有一平房制衣厂,为了该住宅楼业主能在房间里欣赏河畔风景,双方约定:制衣厂在30年内不得在该土地上兴建三层高以上建筑;作为补偿,甲每年向制衣厂支付20万元。三年后,制衣厂将该土地使用权转让给乙公司,乙公司在该土地上动工修建高层电梯公寓。甲公司得知后,便要求乙公司立即停止兴建。但遭到拒绝,甲于是向法院提起诉讼,请求法院判决乙公司停止施工,并同时要求制衣厂承担违约责任。

#### 二、问题

- (1) 甲公司和制衣厂之间地役权合同是否生效?
- (2) 该地役权合同能否约束乙公司?

#### 三、分析说明

(1) 甲公司与制衣厂之间的约定符合《物权法》第156条“地役权人有权按照合同约定,利用他人的不动产,以提高自己的不动产的效益。前款所称他人的不动产为供役地,自己的不动产为需役地”和第159条“供役地权利人应当按照合同约定,允许地役权人利用其土地,不得妨害地役权人行使权利”的规定。所以甲与制衣厂之间设立了地役权,合同生效。制衣厂违反合同的约定,理应承担违约责任。

(2) 甲与制衣厂之间的地役权合同没有到登记机构登记,不能对抗善意的第三人乙公司,作为受让供役地人的乙公司没有义务遵守地役权合同的约定,乙公司可以在不妨碍相邻权人的相邻权的情况下任意使用该土地,包括修建高层电梯公寓。

最终法院判决由制衣厂承担违约责任,驳回甲公司要求乙公司停止施工的诉讼请求。

## 1.5 建设工程债权制度

### 1. 债的基本法律关系

根据《民法通则》的规定,债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。如在建设工程合同关系中,承包人有请求发包人按照合同约定支付工程价款的权利,而发包人则相应的有按照合同约定向承包人支付工程价款的义务。这些都是特定当事人之间的民事法律关系,因此都是债的关系。

债的内容,是指债的主体双方间的权利与义务,即债权人享有的权利和债务人负担的义



务,即债权与债务。债权为请求特定人为特定行为作为或不作为的权利。

## 2. 建设工程债的发生根据

建设工程债的产生,是指特定当事人之间债权债务关系的产生。引起债产生的一定的法律事实,就是债产生的根据。建设工程债产生的根据主要有以下四种。

(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。

当事人之间通过订立合同设立的以债权债务为内容的民事法律关系,称为合同之债。建设工程施工合同的签订,就在建设单位和施工单位之间建立了互负“债”的法律关系。

(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,便会在管理人和事务被管理人之间产生债权债务关系,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的费用及直接损失的义务。

## 3. 建设工程债的常见种类

(1)施工合同债。施工合同债是发生在建设单位和施工单位之间的债,施工合同的义务主要是完成施工任务和支付工程款。对于完成施工任务,建设单位是债权人,施工单位是债务人;对于支付工程款,则相反。

(2)买卖合同债。在建设工程活动中,会产生大量的买卖合同,主要是材料设备买卖合同。材料设备的买方有可能是建设单位,也可能是施工单位。

(3)侵权之债。在侵权之债中,最常见的是施工单位的施工活动产生的侵权。如施工噪声或者废水废弃物排放等,可能对工地附近的居民构成侵权。此时,居民是债权人,施工单位或者建设单位是债务人。

### 案例

#### 一、背景

某市重型汽车厂的在建厂房工程是当地重点建筑工程,工程质量要求很高,超过1 000 m<sup>2</sup>的建筑面积须使用高性能的建筑胶水。而在2008年6月,该市质量技术监督局执法人员对上述建筑工地进行了检查,查扣假冒DC建筑胶500支。当时已经完工的建筑面积达400 m<sup>2</sup>,据此可以认定已经使用的假冒产品达300多支。后经确认本次工地承建商在工程招标中使用真品竞标,中标后又使用假冒产品。

#### 二、问题

施工单位应当承担何种债?为什么?

#### 三、分析说明

施工单位在工程招标中使用真品竞标,在中标后又使用假冒产品,应当承担侵权

之债。据此,某市质监局对施工工程的建设商和材料供应商做出了处罚:责令停工,对已施工部分进行检查,对已经使用的假冒产品的部分进行拆除;给予行政罚款。随后,侵权人进一步向 DC 公司做出了补偿:公开道歉;支付经济赔偿;购买正品进行重新施工。

#### 4. 建设工程债的消灭

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。建筑工程之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,债的关系也就自然消灭了。

(2) 债因抵消而消灭。抵消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。

(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下落不明,或数人就同一债权主张权利而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。例如,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,从而免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,委托合同的受托人死亡时,其所签订的合同也随之解除。



测试

### 案例

#### 一、背景

某施工项目在施工过程中,施工单位与甲材料供应商订立了材料买卖合同,但施工单位误将应支付给甲材料供应商的货款支付给了乙材料供应商。

#### 二、问题

(1) 乙材料供应商是否应当返还材料款? 应当返还给谁? 为什么?

(2) 如果乙材料供应商拒绝返还材料款,甲材料供应商应当如何保护自己的权利? 为什么?

#### 三、分析说明

(1) 乙材料供应商应当返还材料款,其材料款应当返还给施工单位。因为,乙材料供应商获得的这一材料款,没有法律上或者合同上的依据,且有损于他人利益,属于

不当得利之债,应当返还。该债是建立在施工单位与乙材料供应商之间的,故应当返还给施工单位。

(2)甲材料供应商应当向施工单位要求支付材料款来保护自己的权利。因为,由于施工单位误将应支付给甲材料供应商的货款支付给了乙材料供应商,意味着施工单位没有完成应当向甲材料供应商付款的义务。但是,乙材料供应商与甲材料供应商之间并无债权债务关系,因此,甲材料供应商无权向乙材料供应商主张权利。

## 1.6 建设工程担保制度

### 1.6.1 担保的基本概念

担保是指法律为确保特定的债权人实现债权,以债务人或第三人的信用或者特定财产来督促债务人履行债务的制度。在建设工程中存在大量的担保行为。

担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

《担保法》规定,担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

### 1.6.2 保证担保的方式和责任

在建设工程活动中,保证是最为常用的一种担保方式。所谓保证,是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民,可以作保证人。但在建设工程活动中,由于担保的标的额较大,保证人往往是银行,也有信用较高的其他担保人,如担保公司。银行出具的保证通常称为保函,其他保证人出具的书面保证一般称为保证书。

#### 1. 保证合同

保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同,也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

保证合同应当包括以下内容:①被保证的主债权种类、数额;②债务人履行债务的期限;③保证的方式;④保证担保的范围;⑤保证的期间;⑥双方认为需要约定的其他事项。保证合同不完全具备以上规定内容的,可以补充。

#### 2. 保证方式

保证的方式有一般保证和连带责任保证两种。

(1)一般保证。一般保证是指当事人在保证合同中约定债务人不能履行债务时由保证人承担保证责任。

(2)连带责任保证。连带责任保证是指当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债

务承担连带责任。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的,债权人可以要求债务人履行债务,也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。

### 3. 保证人资格

具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民,可以作为保证人。但是,以下组织不能作为保证人:①国家机关;②学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体;③企业法人的分支机构、职能部门。企业法人的分支机构有法人书面授权的,可以在授权范围内提供保证。

## 1.6.3 抵押权、质权、留置权、定金的规定

### 1. 抵押权

抵押是指债务人或者第三人不转移对财产的占有,将该财产作为债权的担保,债务人不履行债务时,债权人有权以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿的担保方式。

债权人就是抵押权人。将财产用于抵押的债务人或者第三人就是抵押人。用于抵押的财产就是抵押物。《物权法》规定,可以将在建工程作为抵押物,同时规定,以正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记,抵押权自登记时设立。

#### 1) 抵押财产的确定

经当事人书面协议,企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,债权人有权就实现抵押权时的财产优先受偿。

可以作为抵押物的财产有:①抵押人所有的房屋和其他地上定着物;②抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产;③抵押人依法有权处分的国有土地使用权、房屋和其他地上定着物;④抵押人依法有权处分的国有机器、交通运输工具和其他财产;⑤抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权;⑥依法可以抵押的其他财产。

不得抵押的财产有:①土地所有权;②耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权;③学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施;④所有权、使用权不明或者有争议的财产;⑤依法被查封、扣押、监管的财产;⑥依法不得抵押的其他财产。

#### 2) 抵押权对第三人的效力

(1)对买受人的效力。《物权法》规定,经当事人书面协议,将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押的,不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

(2)对承租人的效力。订立抵押合同前抵押财产已出租的,原租赁关系不受该抵押权的影响;抵押权设立后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

建设用地使用权抵押后,该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时,应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分,但新增建筑物所得的价款,抵押权人无权优先受偿。

### 2. 质押权

质押是指债务人或者第三人将其动产或权利移交给债权人占有,将该动产作为债权的

担保,债务人不履行债务时,债权人有权以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿的担保方式。

债权人就是质权人。将动产或权利用于质押担保的债务人或者第三人就是出质人。移交的动产或权利就是质物。质押分为动产质押和权利质押。

#### 1) 质权人的权利和义务

质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质,质权人放弃该质权的,其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任,但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

质权人不得擅自使用、处分质押财产,不得擅自转质。质权人在质权存续期间,未经出质人同意,擅自使用、处分质押财产,给出质人造成损害的,应当承担赔偿责任。

#### 2) 出质人的权利

出质人可以请求质权人在债务履行期限届满后及时行使质权;质权人不行使的,出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。出质人请求质权人及时行使质权,因质权人怠于行使权利造成损害的,由质权人承担赔偿责任。

### 3. 留置权

留置权是指债权人按照合同约定占有债务人的动产,债务人不按照合同约定的期限履行债务的,债权人有权以该财产折价或者以变卖、拍卖该财产的价款优先受偿的担保方式。

由于留置是一种比较强烈的担保方式,必须依法行使,不能通过合同约定产生留置权。《担保法》规定,因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权,债务人不履行债务的,债权人享有留置权。法律规定可以留置的其他合同,适用以上规定。当事人可以在合同中约定不得留置的物。

债权人就是留置权人,动产被留置的债务人就是留置人,被留置的财产就是留置物。

#### 1) 留置权人的权利

(1) 收取留置财产的孳息。留置权人有权收取留置财产的孳息,收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

(2) 留置权人的优先受偿权。同一动产上已设立抵押权或者质权,该动产又被留置的,留置权人优先受偿。

#### 2) 留置权的实现

留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间;没有约定或者约定不明确的,留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间,但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的,留置权人可以与债务人协议以留置财产折价,也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。留置财产折价或者变卖的,应当参照市场价格。

### 4. 定金

《担保法》规定,当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的,无权要求返还定金;收受定金的一方不履行约定的债务的,应当双倍返还定金。

定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同是实践合同,从实际交付定金之日起生效。定金的数额由当事人约定,但不得超过主合同标的额的20%。超过20%的部分为预付款项,预付款项不受定金罚则的约束。



测试



## 案例

### 一、背景

甲公司与乙公司签订了一份买卖合同。双方约定:乙公司供给甲公司限量生产的 X 型号的建筑工程专用混凝土高频振动器 1 000 台,每台单价 1 000 元;甲公司应交付定金 30 万元;如果一方违约,则应支付总价款的 20% 作为违约金。合同签订后,甲公司立即将 30 万元定金交付乙公司,并很快与丙公司就同一批货物签订了一份买卖合同,每台单价 1 200 元。后乙公司没有按期履行合同,导致甲公司无法履行与丙公司之间的合同,为此甲公司向丙公司支付违约金 20 万元。现甲公司要求乙公司双倍返还定金 60 万元、赔偿甲公司支付给丙公司的违约金 20 万元损失。乙公司则以定金条款无效为由主张合同无效。

### 二、问题

- (1) 定金条款是否无效?
- (2) 如果定金条款无效,是否会导致合同全部无效? 为什么?
- (3) 甲公司是否可以要求乙公司既承担违约金责任,又承担定金责任?
- (4) 丙公司能否直接要求乙公司对自己承担违约责任? 为什么?

### 三、分析说明

(1) 定金不能超过主债务的 20%, 超过部分无效, 简单地讲就是定金条款有效, 但定金是 20 万。

(2) 定金条款无效不影响合同的效力。合同成立的有效条件是主合同条款有效, 从合同是否有效不影响主合同的效力。

(3) 甲公司不可以要求乙公司既承担违约金责任, 又承担定金责任。因为定金和违约金只可择一使用。

(4) 丙公司不可以直接要求乙公司对自己承担违约责任。因为乙丙之间不存在法律上的合同关系。

## 1.7 建设工程知识产权制度

《建筑法》第 4 条规定:“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。”据此,在工程建设活动中将产生大量的知识产权。

### 1.7.1 知识产权的法律特征

知识产权是指民事主体对智力成果依法享有的专有权利,具有如下的特征。

(1) 人身权和财产权的双重性质。人身权是指与民事主体的人身不可分离的,不具有直接财产内容的民事权利,人身权是财产权的对称。财产权是指民事主体所享有的具有一定物质内容并直接体现为经济利益的权利。如作者的署名权即是人身权,而获得稿费的权利

即是财产权。

(2) 专有性。知识产权的权利主体依法享有独占使用智力成果的权利,他人不得侵犯。例如,未经专利权人许可不得使用其专利就体现了专利权的专有性。

(3) 地域性。知识产权只有在特定国家或地区的地域范围内有效,一国的知识产权要获得他国的法律保护,必须依照有关国际条约、双边协议或按互惠原则办理。

(4) 期限性。通常情况下,依法成立的知识产权只有在法律规定的期限内有效,超过法定保护期后,该权利将不受法律保护。

## 1.7.2 建设工程知识产权的常见种类

### 1. 著作权

著作权又称版权,是指文学、艺术和科学作品的作者及其相关主体依法对作品所享有的人身权利和财产权利。

#### 1) 著作权的保护对象

著作权法保护的客体是作品,即文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。根据《著作权法》及其实施条例,作品的种类很多,其中,在工程建设领域较为常见的如下。

(1) 文字作品。对于施工单位而言,施工单位编制的投标文件等文字作品、项目经理完成的工作报告等,都会享有著作权。建设单位编制的招标文件等文字作品也享有著作权。

(2) 建筑作品。建筑作品是指以建筑物或者构筑物形式表现的有审美意义的作品。

(3) 图形作品。图形作品是指为施工、生产绘制的工程设计图、产品设计图以及反映地理现象、说明事物原理或者结构的地图、示意图等作品。

(4) 模型作品。模型作品是指为展示、试验或者观测等用途,根据物体的形式和结构,按照一定比例制成的立体作品。

#### 2) 著作权主体

著作权的主体是指从事文学、艺术、科学等领域的创作出作品的作者及其他享有著作权的公民、法人或者其他组织。在特定情况下,国家也可以成为著作权的主体。

在建设工程活动中,有许多作品属于单位作品。由法人或者其他组织主持,代表法人或者其他组织意志创作,并由法人或者其他组织承担责任的作品,法人或者其他组织视为作者。例如,招标文件、投标文件往往就是单位作品。单位作品的著作权完全归单位所有。

在建设工程活动中,有些作品属于委托作品。一般情况下,勘察设计文件都是勘察设计单位接受建设单位委托创作的委托作品。受委托创作的作品,著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的,著作权属于受托人。

#### 3) 著作权的保护期

著作权的保护期由于权利内容以及主体的不同而有所不同:作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制;作者的作品发表权、使用权和获得报酬权的保护期,为作者终生及其死后 50 年。

## 案例

### 一、背景

某建设单位委托某设计院进行一个建设工程项目的设计工作,合同中没有约定工程设计图的归属。设计院委派张某等完成了这一设计任务。该项目完成后,建设单位没有经过设计院同意,将该设计图纸用于另一类似项目。但由于地质条件的差别,工程出现质量问题,给建设单位造成了一定的损失。

### 二、问题

- (1)建设单位未经设计院同意,能否将该设计图纸用于另一类似项目?为什么?
- (2)建设单位应当向设计院还是向张某等设计人员主张赔偿?这一赔偿请求能否获得支持?为什么?

### 三、分析说明

(1)建设单位未经设计院同意,不得将该设计图纸用于另一类似项目。该设计图纸对于设计院和建设单位而言,属于委托作品,建设单位是委托人,设计院是受托人。如果双方合同未作明确约定的,著作权属于受托人,即设计院。因此,如果建设单位要再次使用该设计图纸,应当经过设计院同意。

(2)建设单位应当向设计院主张赔偿。因为,虽然这一设计任务是张某等设计人员完成的,但这一职务作品属于“主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作,并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图”。张某等设计人员只享有署名权,著作权的其他权利由法人或者其他组织享有,因此,建设单位应当向设计院主张赔偿。但这一赔偿请求不能获得支持,因为,建设单位将图纸使用于另一工程没有经过设计院的同意,设计院不但不用承担责任,反而有权向建设单位要求赔偿。

## 2. 专利权

### 1) 专利权的概念

专利权是指权利人在法律规定的期限内,对其发明创造所享有的制造、使用和销售的专有权。国家授予权利人对发明创造享有专有权,能保护权利人的利益,使其公开其发明创造的技术内容,有利于发明创造的应用。在建设工程活动中,不断有新技术产生。其中有许多新技术是取得了专利权的,若使用这些新技术,需要取得专利权人的许可,并支付相应的费用。

### 2) 专利法保护的客体

专利法保护的客体就是专利权的客体,对此,各国规定各不相同。我国《专利法》保护的是发明创造专利权,并规定发明创造是指发明、实用新型和外观设计。

(1)发明是指产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。这是专利权保护的最主要对象。发明应当具备以下条件:①必须是一种能够解决特定技术问题作出的创造性构思;②必须是具体的技术方案;③必须是利用自然规律的结果。

(2)实用新型是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。它与发明相似,都是一种新的技术方案,但发明专利的创造性水平要高于实用新型。因此,实用新型被称为“小发明”。

我国实用新型保护的客体必须具有一定的形状或者结构,或者两者的结合。如果是方法,不能获得实用新型专利。即使是产品,如果没有固定的形状或者是材料本身,也不能成为实用新型的客体。

(3)外观设计是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。外观设计必须具备以下条件:①是形状、图案、色彩或者其结合的设计;②是对产品的外表所作的设计;③具有美感;④是适合于工业上应用的新设计。

### 3)专利权的期限

发明专利权的期限为20年,实用新型专利权和外观设计专利权的期限为10年,均自申请日起计算。

## 3. 商标权

随着社会和经济发展,在建设工程活动中,商标与商标权越来越受到工程建设各方的关注,特别是一些大型房地产企业、大型施工总承包企业、建筑装饰类企业都非常重视自身的商标注册与保护工作。

### 1)商标与商标专用权的概念

商标是指企业、事业单位和个体工商业者,为了使其生产经营的商品或者提供的服务项目有别于他人的商品或者服务项目,用具有显著特征的文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合,或上述要素的组合来表示的标志。商标可以分为商品商标和服务商标两大类。

商标专用权是指企业、事业单位和个体工商业者对其注册的商标依法享有的专用权。

由于商标有表示质量和信誉的作用,他人使用商标所有人的商标,有可能对商标所有人的信誉造成损害,必须严格禁止。

### 2)商标专用权的内容以及保护对象

商标专用权是指商标所有人对注册商标所享有的具体权利。同其他知识产权不同,商标专用权的内容只包括财产权,商标设计者的人身权受著作权法保护。

商标专用权的保护对象是经过国家商标管理机关核准注册的商标,未经核准注册的商标不受商标法保护。使用注册商标应当标明“注册商标”或者注册标记。

### 3)注册商标的有效期限与续展注册

注册商标的有效期限为10年,自核准注册之日起计算。但是,商标与其他知识产权的客体不同,往往使用时间越长越有价值,商标的知名度较高往往也是长期使用的结果。因此,注册商标可以无数次提出续展申请,其理论上的有效期是无限的。注册商标有效期满,需要继续使用的,应当在期满前12个月内按照规定办理续展手续;在此期间未能提出申请的,可以给予6个月的宽展期;宽展期满仍未提出申请的,注销其注册商标。每次续展注册的有效期限为10年。



测试

## 案例

### 一、背景

2006年12月,湖北某大学新建的体育馆,因为屋顶使用了一种具有强吸声功能的压型彩板屋面,陷入了一场专利纠纷案。

胡某是这项“屋面”专利的持有人,他在请求书中称,他发明的一种名为“吸声、保温、隔热、防水压型彩板屋面”产品,于2001年3月16日获得国家专利。2006年年初,他来武汉考察市场时,发现在建的湖北某大学体育馆的屋面结构侵犯了专利。2006年,胡某向武汉市知识产权局行政执法处提出调查处理请求。他认为,湖北某大学体育馆的发包方、设计方、施工方未经许可,擅自实施专利权的行为已违反了专利法,构成专利侵权,要求三方停止侵权,并赔偿经济损失50万元。

体育馆发包方湖北某大学、施工方江苏某公司和设计方南方某设计院都认为自己没有构成侵权。

发包方认为,自己既不是工程的设计单位也不是建设施工单位,而且自己的使用不是以生产经营为目的,不可能实施专利侵权行为。设计方认为,胡某的专利是一种材料,而设计院的产品是以图纸呈现的,是虚拟的东西,不可能侵权。另外,设计方在体育馆的建造过程中,不是制造者,也不是使用者,因此不应成为侵权的主体。施工方则认为,施工设计图纸是经过相关部门审查的,他们没有审查侵权的义务。此外,他们所使用的板材也是由江苏一厂家直接供货的,而非在施工过程中自己加工而成。

## 二、问题

- (1)本案例中,建设单位、设计单位和施工单位分别处于什么样的法律地位?
- (2)建设单位以“使用不是以生产经营为目的”来做不侵权抗辩是否成立?

## 三、分析说明

(1)处理建设工程设计、施工中侵犯专利权问题应当根据建设工程合同的内容确定侵犯专利权的民事责任。建设工程设计、施工合同本质上属于承揽合同。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第10条规定:“承揽人在完成工作过程中,对第三人造成损害或造成自身损害的,定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的,应承担相应的赔偿责任”。在工程建设中,建设单位相当于定作人的法律地位,施工单位相当于承揽人的法律地位。除非受到建设单位的明确指示,否则设计单位、施工单位自己决定设计施工全过程的,应当由设计单位、施工单位自行承担侵犯专利权的民事责任。因此,可以说设计、施工合同的内容以及实际履行情况,决定了建设单位、设计单位和施工单位在侵犯专利权案件中的法律地位和民事责任。

(2)专利法中的“为生产经营目的”不等同于“以营利为目的”或“以赢(盈)利为目的”。本案中的建设单位招生入学按物价部门、教育部门规定收取学杂费,该体育馆项目被批准“所需资金采取学校自筹、申请银行贷款等方式解决”;设计单位作为国家建筑行业甲级设计资质的设计单位,按合同约定进行设计并收取设计费;施工单位依合同进行施工并收取工程价款。上述有关行为均明确表明是“为生产经营目的”,他们的不侵权抗辩理由缺乏事实和法律依据。



## 1.8 建设工程监理制度

建设工程监理制度是我国建设领域中项目管理的重大改革举措之一。实践表明,实行建设工程监理制度可以有效地控制建设工期,确保工程质量,控制建设投资,从而促进工程建设水平和投资效益的提高。

### 1.8.1 建设工程监理概述

#### 1. 工程监理的含义

监理即监督和管理。建设工程监理是指针对工程项目建设,社会化、专业化的工程建设监理单位接受业主的委托和授权,根据国家批准的工程项目建设文件、有关工程建设的法律、法规、技术标准、设计文件和工程建设施工合同以及其他工程建设合同所进行的旨在实现项目投资目的的微观监督管理活动。

根据《建筑法》的有关规定,建设单位与其委托的工程监理单位应当订立书面委托合同。工程监理单位应当根据建设单位的委托,客观、公正地执行监理业务。建设单位和工程监理单位之间是一种委托代理关系,适用《民法通则》有关代理的法律规定。

#### 2. 实行强制监理的建设工程范围

并不是所有的工程都需要实行监理,《建筑法》、《建设工程质量管理条例》、《建设工程监理范围和规模标准规定》等相关法律条例规定以下的建设工程必须实行监理。

##### 1) 国家重点建设工程

国家重点建设工程是指依据《国家重点建设项目管理办法》所确定的对国民经济和社会发展有重大影响的骨干项目。

##### 2) 大中型公用事业工程

大中型公用事业工程是指项目总投资额在3 000万元以上的工程项目,主要有:①供水、供电、供气、供热等市政工程项目;②科技、教育、文化等项目;③体育、旅游、商业等项目;④卫生、社会福利等项目;⑤其他公用事业项目。

##### 3) 成片开发建设的住宅小区工程

建筑面积在50 000 m<sup>2</sup>以上的住宅建设工程必须实行监理;50 000 m<sup>2</sup>以下的住宅建设工程,可以实行监理,具体范围和规模标准由省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门规定。

##### 4) 利用外国政府或者国际组织贷款、援助资金的工程

这主要包括:①使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款资金的项目;②使用国外政府及其机构贷款资金的项目;③使用国际组织或者国外政府援助资金的项目。

##### 5) 国家规定必须实行监理的其他工程

(1)项目总投资额在3 000万元以上,关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目,主要有:①煤炭、石油、化工、天然气、电力、新能源等项目;②铁路、公路、管道、水运、民航以及其他交通运输业等项目;③邮政、电信枢纽、通信、信息网络等项目;④防洪、灌溉、排涝、发电、引(供)水、滩涂治理、水资源保护、水土保持等水利建设项目;⑤道路、桥梁、地铁和轻轨

交通、污水排放及处理、垃圾处理、地下管道、公共停车场等城市基础设施项目；⑥生态环境保护项目；⑦其他基础设施项目。

(2)学校、影剧院、体育场馆项目。

### 1.8.2 建设工程监理的性质

工程建设监理是市场经济的产物，是一种特殊的工程建设活动，它具有以下性质。

#### 1. 服务性

(1)监理单位是智力密集型企业，它本身不是建设产品的直接生产者和经营者，它为建设单位提供的是智力服务，相应的监理工程师的工作也是服务性的。一方面，监理工程师通过工程建设活动进行组织、协调、监督和控制，保证建设合同的顺利实施，达到建设单位的建设意图；另一方面，监理工程师在工程建设合同的实施过程中，有权监督建设单位和承包单位遵守国家有关建设标准和规范，贯彻国家的建设方针和政策，维护国家利益和公众利益。

(2)监理单位的劳动与相应的报酬是技术服务性的。监理单位与工程承包公司、房屋开发公司、建筑施工企业不同，它不像这类企业那样承包工程造价，不参与工程承包的利润分配，它是按其支付脑力劳动量的大小而取得相应的监理报酬。

#### 2. 独立性

建设工程监理独立性的要求是一项国际惯例。按照独立性要求，工程监理单位在监理过程中，与承建单位不得有隶属关系和其他利害关系；在开展工程监理过程中，必须建立自己的组织，按照自己的工作计划、程序、流程、方法、手段，根据自己的判断，独立地开展工作。

#### 3. 公正性

公正性是社会公认的职业道德准则，是监理行业能够长期生存和发展的基本职业道德准则。在开展建设工程监理的过程中，工程监理企业应当排除各种干扰，客观、公正地对待监理的委托单位和承建单位。特别是当这两方发生利益冲突或者矛盾时，工程监理企业应以事实为依据，以法律和有关合同为准绳，在维护建设单位的合法权益时，不损害承建单位的合法权益。例如，在调解建设单位和承建单位之间的争议，处理工程索赔和工程延期，进行工程款支付控制以及竣工结算时，应当尽量客观、公正地对待建设单位和承建单位。

#### 4. 科学性

科学性是监理单位区别于其他一般服务性组织的重要特征，也是其赖以生存的重要条件。监理单位必须具有发现和解决工程设计和承建单位所存在的技术与管理方面问题的能力，能够提供高水平的专业服务，所以它必须具有科学性。

科学性必须以监理人员的高素质为前提。按照国际惯例，监理单位的监理工程师都必须具有相当的学历，并有长期从事工程建设工作的丰富实践经验，精通技术与管理，通晓经济与法律，经权威机构考核合格并经政府主管部门登记注册发给证书后，才能取得公认的合法资格。监理单位不拥有一定数量这样的人员，就不能正常开展业务，也是没有生命力的。

社会监理单位的独立性和公正性是科学性的基本保证。《建筑法》明确指出，工程监理企业应当根据建设单位的委托，客观、公正地执行监理任务。《工程建设监理规定》和《建设

《工程监理规范》要求工程监理企业按照“公正、独立、自主”原则开展监理工作。

### 1.8.3 建设工程监理的实施

#### 1. 工程监理的依据

根据《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》的有关规定，工程监理的依据包括以下几方面。

##### 1) 法律法规

施工单位的建设行为是受很多法律法规制约的，如不可偷工减料、不可违法分包等。工程监理在监理过程中首先就要监督检查施工单位是否存在违法行为，因此法律法规是工程监理单位的依据之一。

##### 2) 有关的技术标准

技术标准分为强制性标准和推荐性标准。强制性标准是各参建单位都必须执行的标准，而推荐性标准则是可以自主决定是否采用的标准。通常情况下，建设单位如要求采用推荐性标准，应当与设计单位或施工单位在合同中予以明确约定。经合同约定采用的推荐性标准，对合同当事人具有同样的法律约束力，设计或施工未达到该标准，将构成违约行为。

##### 3) 设计文件

施工单位的任务是按图施工，也就是按照施工图设计文件进行施工。如果施工单位没有按照图纸的要求去修建工程就构成违约，如果是擅自修改图纸则构成了违法。因此，设计文件就是监理单位的依据之一。

##### 4) 建设工程承包合同

建设单位和承包单位通过订立建设工程承包合同明确双方的权利和义务。合同中约定的内容要远远大于设计文件的内容。例如，进度、工程款支付等都不是设计文件所能描述的，而这些内容也是当事人必须履行的义务，工程监理单位有权利也有义务监督检查承包单位是否按照合同约定履行这些义务。因此，建设工程承包合同也是工程监理的一个依据。

#### 2. 工程监理的内容

工程监理在本质上是项目管理，是代表建设单位而进行的项目管理，因此，监理的内容与项目管理的内容是一致的，包括三控制、三管理、一协调。

##### 1) 三控制

三控制是指进度控制、质量控制和投资控制。通常情况下，对任一建设工程而言，其质量、进度与投资往往是相互矛盾但又统一的，三者一般不可能同时达到最佳状态。

##### 2) 三管理

三管理是指安全管理、合同管理和信息管理。

(1) 安全管理已经成为监理的重要工作内容。安全是工程质量的前提条件，而工程质量的好坏，也是为了安全。如果说质量是业主所追求的最终目标，那么安全则是实现这一目标的基本环境条件，而安全管理则是这一环境条件的保护神。

(2) 合同管理的主要内容包括工程变更、工程延期、费用赔偿、争端与仲裁、违约、工程分包、工程保险等方面。理解和熟悉合同的主要内容，对监理工程师十分重要，是实现三大控制的主要手段。

(3)建设工程监理的主要方法是控制,控制的基础是信息,信息管理是工程监理工作的主要内容之一。及时掌握准确、完整的信息,可以使监理工程师耳聪目明,可以更加卓有成效地完成监理任务。信息管理工作的的好坏,将会直接影响着监理工作的成败。监理工程师应重视建设工程项目的信息管理工作,掌握信息管理方法。

### 3)一协调

一协调是指协调参与项目建设各方的工作关系。监理工作实际上是技术管理工作,管理的过程就是协调与妥协的反复过程。监理的任务就是在这种协调的过程中,运用所掌握的专业知识,使用恰当的沟通协调方法,促使工程各方团结一致实现项目目标。监理需要协调最多的关系有监理与业主的关系、监理与施工单位的关系、业主与施工单位的关系。

由于监理单位是接受建设单位的委托、代表建设单位进行项目管理的,其权限将取决于建设单位的授权,因此,其监理的内容也将不尽相同。《建筑法》第33条规定:“实施建筑工程监理前,建设单位应当将委托的工程监理单位、监理的内容及监理权限,书面通知被监理的建筑施工企业。”

## 3. 工程监理的权限与义务

### 1)权限

工程监理人员认为工程施工不符合工程设计要求、施工技术标准和合同约定的,有权要求建筑施工企业改正。

### 2)义务

工程监理人员发现工程设计不符合建筑工程质量标准或者合同约定的质量要求的,应当报告建设单位要求设计单位改正。

## 4. 工程监理任务的承接

(1)不能超越资质许可范围承揽工程。工程监理单位应当在其资质等级许可的监理范围内承担工程监理业务。

(2)不得转让工程监理业务。建设工程委托监理合同通常是建立在信赖关系的基础上,具有较强的人身性。工程监理单位接受委托后,应当自行完成工程监理工作,不得转让监理业务,也不得分包监理业务。

## 案例

### 一、背景

某监理单位承担了国内某工程的施工监理任务,该工程由甲施工单位总包,经业主同意,甲施工单位选择了乙施工单位作为分包单位。

监理工程师在审图时发现,基础工程的设计有部分内容不符合国家的工程质量标准,因此,总监理工程师立即致函设计单位要求改正,设计单位研究后,口头同意了总监理工程师的改正要求,总监理工程师随即将更改的内容写成监理指令通知甲施工单位执行。

在施工到工程主体时,甲施工单位认为,变更部分主体设计可以使施工更方便、质量更易得到保证,因而向监理工程师提出了设计变更的要求。

## 二、问题

- (1)请指出上述总监理工程师行为的不妥之处并说明理由。
- (2)监理工程师应按什么程序处理施工单位提出的设计变更要求?

## 三、分析说明

(1)总监理工程师不应直接致函设计单位,因为本案的监理承担的是施工监理任务,并未承担设计监理任务。总监理工程师发现问题应向业主报告,由业主向设计单位提出更改要求。总监理工程师不应在取得设计变更文件之前签发变更指令,也无权代替设计单位进行设计变更。

(2)收到施工单位的设计变更要求后,总监理工程师应组织专业监理工程师对变更要求进行审查,通过后报业主转交设计单位。当变更涉及安全、环保等内容时,应经有关部门审定。取得设计变更文件后,总监理工程师应结合实际情况对变更费用和工期进行评估。总监理工程师应就评估情况和业主、施工单位协调后签发变更指令。

## 1.9 建设工程法律责任制度

建设工程法律责任主要包括民事责任、行政责任和刑事责任。不适当的工程建设行为的后果可能涉及这三种责任中的一种或几种。因此,建设工程从业人员必须很好地掌握建设工程法律责任的内容,以便能预见自己的建设行为所产生的后果,进而规范自己的建设行为。

### 1.9.1 建设工程中的民事责任

民事责任是指民事主体在民事活动中,因实施了民事违法行为,根据民法所应承担的对其不利的民事法律后果或者基于法律特别规定而应承担的民事法律责任。民事责任的功能主要是一种民事救济手段,使受害人被侵犯的权益得以恢复。

民事责任主要是财产责任,如《合同法》规定的损害赔偿、支付违约金等;但也不限于财产责任,此外还有恢复名誉、赔礼道歉等非财产责任。

#### 1. 民事责任的种类

民事责任可以分为违约责任和侵权责任两类。

违约责任是指合同当事人违反法律规定或合同约定的义务而应承担的责任。侵权责任是指行为人因过错侵害他人的财产权和人身权而依法应当承担的责任,以及虽没有过错但造成了损害而依法应当承担的责任。

侵权行为可分为一般侵权行为与特殊侵权行为。

一般侵权行为是指行为人基于主观过错实施的,应适用侵权责任一般构成要件和一般责任条款的致人损害的行为。如故意侵占、毁损他人财物,诽谤他人名誉等。特殊侵权行为是指由法律直接规定,在侵权责任的主体、主观构成要件、举证责任的分配等方面不同于一般侵权行为,应适用民法上特别责任条款的致人损害的行为。



《民法通则》第121~127条规定了特殊侵权行为,其中,与工程建设密切相关的有以下几条。

(1)违反国家保护环境防止污染的规定,污染环境造成他人损害的特殊侵权行为,行为人应当依法承担民事责任。

(2)在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等,没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的特殊侵权行为,施工人应当承担民事责任。

(3)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的特殊侵权行为,它的所有人或者管理人应当承担民事责任,但能够证明自己没有过错的除外。

### 2. 承担民事责任的方式

根据《民法通则》第134条和《侵权责任法》第15条,承担侵权民事责任的方式主要有以下几种。

(1)停止侵害。这是指侵害人终止其正在进行或者延续的损害他人合法权益的行为,其目的在于及时制止侵害行为,防止损失的扩大。

(2)排除妨碍。这是指侵害人排除由其行为引起的妨碍他人权利正常行使和利益实现的客观事实状态。其目的在于保证他人能够行使自己的合法权益。

(3)消除危险。这是指侵害人消除由其行为或者物件引起的现实存在的某种有可能对他人的合法权益造成损害的紧急事实状态,其目的在于防止损害或妨碍的发生。

(4)返还财产。这是指侵害人将其非法占有或者获得的财产转移给所有人或者权利人。返还的财产包括三种情形:因不当得利所获得的财产;民事行为被确认无效或者被撤销而应当返还的财产;非法侵占他人的财产。

(5)恢复原状。这是指使受害人的财产恢复到受侵害之前的状态。使用这种责任形式需要具有两个前提条件:财产恢复的可能性与财产恢复的必要性。

(6)修理、重作、更换。这主要适用于违反合同质量条款的民事责任形式。修理是指使受损害的财产或者不符合合同约定质量的标的物具有应当具备的功能、质量。重作是指重新加工、制作标的物。更换是指以符合质量要求的标的物替代已交付的质量不符合要求的标的物。修理和重作可以适用于种类物或者特定物,而更换只能适用于种类物<sup>①</sup>。

(7)赔偿损失。赔偿损失是指行为人因违反民事义务致人损害,应以财产赔偿受害人所受的损失。对于违约责任,赔偿额应当相当于对方因违约造成的损失;对于侵权责任,赔偿额应包括对方的财产损失和精神损失。

(8)支付违约金。违约金是指按照当事人的约定或者法律规定,一方当事人违约的,应向另一方当事人支付的金钱。

(9)消除影响、恢复名誉。消除影响是指加害人在其不良影响所及范围内消除对受害人的不利后果。恢复名誉是指加害人在其侵权后果所及范围内使受害人的名誉恢复到未曾受损害的状态。

(10)赔礼道歉。赔礼道歉是指加害人以口头或者书面的方式向受害人承认过错、表示

---

<sup>①</sup> 种类物是指具有共同特征,用品种、数量、质量规格,即通过度、量、衡加以确定的物。种类物经过选择、购买、给付也可以特定化而成为特定物。

歉意。赔礼道歉一般应当公开进行,否则不足以消除影响。但是,受害人不要公开进行的,也可以秘密进行。由法院判决加害人承担赔礼道歉责任的,赔礼道歉的内容应当经法院审查同意。

以上承担侵权责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。在建设工程知识产权侵权的民事责任中,最主要的还是赔偿损失。赔偿损失的数额有四种确定方法。

(1)侵权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定。

(2)实际损失难以确定的,可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。

(3)权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该知识产权许可使用费的倍数合理确定。

(4)权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的,人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素,确定给予一定数额的赔偿。例如,侵犯的是建设工程专利权,应当为1万元以上100万元以下的赔偿;侵犯的是建设工程著作权和商标权,应当是50万元以下的赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

## 案例

### 一、背景

某纸箱厂于2006年10月在某市黄河路建成一栋七层家属楼(一楼为商店),在该楼四单元南侧阳台下修建一乒乓球台。该楼窗户玻璃安装存在质量问题,使用中曾数次发生玻璃坠落之事,住户普遍提出意见,但该纸箱厂未及时给予修缮。2008年8月11日下午7时许,居住在该楼四单元六楼南侧的汤某酒后关阳台南边窗户时,玻璃破碎,玻璃碎片下落插入当时正在打乒乓球的戴某头顶,致戴某当场昏迷。戴某的家长闻讯后与汤某的妻子将戴某送省医学院附属医院脑外科抢救,诊断为:开放性颅脑损伤、脑水肿、急性脑膨出、颅内异物。经手术治疗后脱险。

### 二、问题

此事件为何种侵权行为?应该由谁承担侵权责任?

### 三、分析说明

此事件为特殊侵权行为,责任人要承担侵权责任。《民法通则》第126条规定:建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的,它的所有人或者管理人应当承担民事责任,但能够证明自己没有过错的除外。本案例中,应当由坠落玻璃的所有人汤某承担侵权责任。若汤某能证明窗户安装有质量问题,或怀疑窗户安装有质量问题,可以通过司法途径向法院起诉,要求施工单位或纸箱厂承担相应责任。

## 1.9.2 建设工程的行政责任

行政责任,是指违反有关行政管理的法律规范的规定,但尚未构成犯罪的行为依法应当受到的法律制裁。行政责任主要包括行政处罚和行政处分。

### 1. 行政处罚

行政处罚是指国家行政机关及其他依法可以实施行政处罚权的组织,对违反经济、行政

管理法律、法规、规章,尚不构成犯罪的公民、法人及其他组织实施的一种法律制裁。

在我国工程建设领域,对于建设单位,勘察、设计单位,施工单位,工程监理单位等参建单位而言,行政处罚是很常见的行政责任形式。《行政处罚法》是规范和调整行政处罚的设定和实施的法律依据。

根据《行政处罚法》第8条,行政处罚的种类包括:①警告;②罚款;③没收违法所得、没收非法财物;④责令停产停业;⑤暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;⑥行政拘留;⑦法律、行政法规规定的其他行政处罚。

### 2. 行政处分

行政处分是国家行政机关依照行政隶属关系对违法失职的公务员给予的惩戒。国家公务员有《公务员法》所列违纪行为尚未构成犯罪的,或者虽然构成犯罪但是依法不追究刑事责任的,应当给予行政处分;违纪行为情节轻微,经过批评教育后改正的,也可以免于行政处分。

行政处分具有如下特点。

(1)行政处分是国家行政法律规范规定的责任形式。这一点与一般的纪律处分不同。纪律处分是组织内部依照组织章程、决议等作出的。

(2)行政处分的主体是公务员所在的行政机关、上级主管部门或监察机关。

(3)行政处分是一种内部责任形式,不涉及行政相对人的利益。

依据《公务员法》,行政处分分为:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。公务员在受处分期间不得晋升职务和级别,其中,受记过、记大过、降级、撤职处分的,不得晋升工资档次;受撤职处分的,按照规定降低级别。公务员受开除以外的处分,在受处分期间有悔改表现,并且没有再发生违纪行为的,处分期满后,由处分决定机关解除处分并以书面形式通知本人。解除处分后,晋升工资档次、级别和职务不再受原处分的影响。但是,解除降级、撤职处分的,不视为恢复原级别、原职务。

## 1.9.3 建设工程中的刑事责任

### 1. 犯罪构成

犯罪是指具有社会危害性、刑事违法性并应受到刑事处罚的违法行为。犯罪构成则是指认定犯罪的具体法律标准,是我国刑法规定的某种行为构成犯罪所必须具备的主观要件和客观要件的总和。按照我国犯罪构成的一般理论,我国刑法规定的犯罪都必须具备犯罪客体、犯罪的客观方面、犯罪主体、犯罪的主观方面这四个共同要件。

#### 1) 犯罪客体

犯罪客体是指我国刑法所保护而被犯罪所侵害的社会关系。例如,《刑法》第137条规定的工程重大安全事故罪,犯罪客体是公共安全和国家有关工程建设管理的法律制度。

#### 2) 犯罪的客观方面

犯罪的客观方面是指刑法所规定的构成犯罪在客观上必须具备的危害社会的行为和由这种行为所引起的危害社会的结果。该要件说明了犯罪客体在什么样的条件下,通过什么样的危害行为而受到什么样的侵害。

#### 3) 犯罪主体

犯罪主体是指实施了犯罪行为,依法应当承担刑事责任的人。我国《刑法》对犯罪主体

的规定包含了两种人：一种是达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力，实施了犯罪行为的自然人；另一种是实施了犯罪行为的企业事业单位、国家机关、社会团体等单位。

#### 4) 犯罪的主观方面

犯罪的主观方面，是指犯罪主体对自己实施的危害社会行为及其结果所持的心理态度。根据我国《刑法》规定，一个人只有在故意或过失地实施某种危害社会的行为时，才负刑事责任。所以，故意或过失作为犯罪的主观方面是构成犯罪必不可少的要件之一。

## 2. 刑罚种类

根据我国《刑法》第32条规定，刑罚分为主刑和附加刑。主刑只能单独适用，不能附加适用。一个罪只能适用一个主刑，不能同时适用两个以上主刑。附加刑(从刑)是指补充主刑的刑罚。附加刑可以附加主刑适用，也可以单独适用。

### 1) 主刑

根据《刑法》第33条的规定，主刑有以下几种。

(1)管制。管制是对罪犯不予关押，但限制其一定自由，由公安机关执行和群众监督改造的刑罚方法。管制具有一定的期限，为3个月以上2年以下，数罪并罚时不得超过3年。

(2)拘役。拘役是短期剥夺犯罪人自由，就近实行劳动改造的刑罚方法。拘役的期限为1个月以上6个月以下，数罪并罚时不得超过1年。

(3)有期徒刑。有期徒刑是剥夺犯罪人一定期限的自由，实行强制劳动改造的刑罚方法。有期徒刑的犯罪人拘押于监狱或其他执行场所。有期徒刑的基本内容是对犯罪人实行劳动改造。

(4)无期徒刑。无期徒刑是剥夺犯罪人终身自由，实行强制劳动改造的刑罚方法。无期徒刑的基本内容也是对犯罪人实施劳动改造。无期徒刑不可能孤立适用，即对于被判处无期徒刑的犯罪分子，应当附加剥夺政治权利终身。

(5)死刑。死刑是剥夺犯罪人生命的刑罚方法，包括立即执行与缓期两年执行两种情况。死刑是刑法体系中最为严厉的刑罚方法。

### 2) 附加刑

根据《刑法》第34条的规定，附加刑有以下几种。

(1)罚金。罚金是人民法院判处犯罪分子向国家交纳一定数额金钱的刑罚方法。《刑法》第52条规定，判处刑罚，应当根据犯罪情节决定罚金数额。

(2)剥夺政治权利。剥夺政治权利是指剥夺犯罪人参加管理国家和政治活动的权利的刑罚方法。

(3)没收财产。没收财产是将犯罪人所有财产的一部分或者全部强制无偿收归国有的刑罚方法。没收财产与没收犯罪物品有本质区别，没收财产是没收犯罪人合法所有并且没有用于犯罪的财产。

## 3. 工程建设领域犯罪构成

### 1) 重大责任事故罪

根据《刑法》第134条及《刑法修正案》(六)的相关规定，重大责任事故罪，是指在生产、作业中违反有关安全管理的规定，或者强令他人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。重大责任事故罪的犯罪构成及其特征如下。



(1) 犯罪客体是生产安全。

(2) 犯罪的客观方面表现为在生产、作业中违反有关安全管理的规定,或者强令他人违章冒险作业,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。

(3) 犯罪主体是一般主体,包括建筑企业的安全生产从业人员,安全生产管理人员,对安全事故负有责任的包工头,无证从事生产、作业的人员等。

(4) 犯罪的主观方面表现为过失。这种过失不论是表现为疏忽大意,还是表现为过于自信,行为人在主观上的心理状态都是一样的,即在主观上都不希望发生危害社会的严重后果。但行为人对于在生产、作业中违反有关安全管理的规定,或者强令他人违章冒险作业行为本身,则可能是故意的。

### 2) 重大劳动安全事故罪

根据《刑法》第 135 条及《刑法修正案》(六)的相关规定,重大劳动安全事故罪,主要指安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。重大劳动安全事故罪的犯罪构成及其特征如下。

(1) 犯罪客体是劳动安全。

(2) 犯罪的客观方面表现为安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。

(3) 犯罪主体是特殊主体,即直接负责的主管人员和其他直接责任人员。其中,直接负责的主管人员包括生产经营单位的负责人、生产经营的指挥人员、实际控制人、投资人。其他直接责任人员包括对安全生产设施、安全生产条件负有提供、维护、管理职责的人。

(4) 犯罪的主观方面表现为过失,即在主观上都不希望发生危害社会的严重后果,但行为人对安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定,则可能是故意的,也可能是过失。

### 3) 工程重大安全事故罪

根据《刑法》第 137 条的规定,工程重大安全事故罪,是指建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定,降低工程质量标准,造成重大安全事故的行为。工程重大安全事故罪的犯罪构成及其特征如下。

(1) 犯罪客体是公共安全和国家有关工程建设管理的法律制度。

(2) 犯罪的客观方面表现为违反国家规定,降低工程质量标准,造成重大安全事故的行为。

(3) 犯罪主体是特殊主体,仅限于建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位。

(4) 犯罪的主观方面表现为过失,但行为人违反国家规定、降低质量标准,则可能是故意,也可能是过失。



测试

## 案例

### 一、背景

2007 年 11 月 3 日,根据工程进度,某建筑公司所属的机电班根据某工程项目部的安排拆卸工地 3 号塔吊。上午 7 时许,该工程专职安全生产管理员张××组织拆卸作业负责人李×甲、当天带班班长李×乙和拆卸作业人员刘×甲、蒋××等相关人



员进行具体拆卸工作。开完塔式起重机拆卸安全技术交底会后,李×乙在现场安排拆卸作业。下午4时51分,在拆卸第七个标准节的过程中,因刘×甲违规操作爬升架,致使南侧爬爪处于非正常位置。此时,操作液压系统的蒋××未注意到液压表处于非正常值,继续操作,致使塔吊上部结构失去稳定,在重力作用下坠落。由此产生巨大冲击,致使驾驶室脱落,在驾驶室内操作的江××随驾驶室坠落地面死亡。在平台上的蒋××、刘×乙随平台坠落死亡,在平台上的刘×甲等7人因抓住塔台边缘未坠地,但由于强烈震动受到不同程度的损伤。事故造成直接经济损失94.6万元。

事发时,拆卸塔台作业负责人李×甲在其他工地现场,当天带班班长李×乙未请假即外出购买拆卸螺丝用的扳手,专职安全生产管理员张××在工地其他地方,现场生产负责人刘×丙外出办事,项目经理郭××在公司开会,项目总监理工程师尹××在工地其他地方检查工作,均未在拆卸现场。

另外,上述操作工人全部属于无证操作。张××未参加塔吊拆除前的技术交底会,且在事故发生后伪造技术交底单。项目总监理工程师尹××在塔吊拆卸前虽对某建筑公司报送来的10个操作工人的证件进行了查看,但在具体拆卸时未进行人证核对,导致被掉包,任凭没有操作证件的工人实施高危险性工作,同时也未指派监理人员进行现场监理。

## 二、问题

- (1)此案应该追究哪些人的法律责任?
- (2)应该以何种罪名对这些人定罪?

## 三、分析说明

(1)根据《刑法》第134条,本案应追究拆卸作业人员刘×甲、拆卸作业负责人李×甲、带班班长李×乙、专职安全生产管理人员张××和项目总监理工程师尹××重大责任事故罪。

拆卸作业人员刘×甲在特种作业资格证书过期的情况下,仍然从事有要求的高空危险作业,在操作过程中出现失误,系造成事故的直接原因。

拆卸作业负责人李×甲、带班班长李×乙作为塔吊拆卸工作主要的现场负责人,未按照制度要求在拆卸现场组织、指挥,造成现场施工混乱,多名无资格工人从事高空危险作业,系造成事故的主要原因之一。

专职安全生产管理员张××未按照规定在塔吊拆除前进行技术交底,在施工过程中疏于履行职责,没有在现场进行安全监督,并在事故发生后伪造技术交底单。

总监理工程师尹××在塔吊拆卸施工中未尽到审核监理的职责,审查塔吊拆卸方案时未能核实施工人员名单及资格,轻信施工人员能够避免危险发生,造成施工单位使用多名无资格工人从事高空危险作业,也是发生事故的重要原因之一。

(2)本案事故死亡3人,受伤7人,属于重大伤亡事故,刘×甲、李×甲、李×乙、张××和尹××的行为均已构成重大责任事故罪。

 思考练习

1. 建设法规有哪些表现形式？它有何作用？我国现行的建设法规主要由哪些规范组成？
2. 建设企业法人应当具备哪些基本条件？建设企业法人与项目经理部是一种什么样的法律关系？
3. 代理有哪些基本种类？与建设工程建设活动密切相关的代理有哪些？
4. 在我国，如何取得建设用地使用权？
5. 建设工程债的发生根据主要有哪几种？建设工程之债会因为何种原因而消灭？
6. 一般保证与连带责任保证的区别与联系是什么？
7. 留置权担保与一般的担保形式相比，有哪些特殊之处？
8. 建设工程知识产权的常见种类有哪些？
9. 工程监理的实施依据主要包括哪些？
10. 民事责任的种类有哪些？若侵犯了建设工程知识产权，应承担侵权民事责任的方式有哪些？
11. 行政处罚与行政处分的区别与联系是什么？
12. 简述犯罪构成的四个共同要件。
13. 如何区分重大劳动安全事故罪和工程重大安全事故罪？

## 模块 2 建设许可法规

### 学习目标

- 熟悉我国建设工程许可相关法律制度。
- 掌握建造师注册执业制度。
- 掌握工程施工许可制度。
- 掌握施工企业从业资格制度。

### 引例

#### 去年你拖欠下游企业工程款,今年沈阳不欢迎你了!

建设单位在工程项目签订合同和申请施工许可时,要出具工程款支付担保函,如果没有支付担保函可不发施工许可。

2008年,新浪网报道:沈阳将逐步推行担保制,建设企业、工程分包企业在开工前必须出示工程款支付担保函,以防止拖欠下游企业工程款。

根据沈阳市建委下发的《关于进一步解决我市建设领域拖欠工程款问题的通知》,建设工程担保制中最重要的是建设项目业主工程款支付担保制度,建设单位特别是房地产开发企业在工程项目签订合同和申请施工许可时,要出具有担保资格单位的工程款支付担保函,如果没有支付担保函可不发施工许可。

沈阳市建委表示,施工企业在施工前有专业担保单位的工程款支付担保,说明企业的资金实力没有问题,这也可以从源头上解决拖欠工程款的问题。

## 2.1 建设工程报建制度

建设许可制度是指建设行政主管部门根据建设单位和从事建设活动的单位、个人的申请,依法准许建设单位开工或确认单位、个人具备从事建设活动资格的行政行为。单位或个人的申请是许可的必要条件,没有申请,就没有许可。

建设工程报建制度是指建设单位在工程项目通过立项、可行性研究、项目评估、立项审批、建设用地等前期筹备工作结束之后,向建设行政主管部门报告工程筹备结束,申请转入工程建设的实施阶段;建设行政主管部门依法对建设工程是否具备发包条件进行审查,对符合条件的,准许工程进行发包的一项管理制度。

为了防止不具备发包条件的工程项目进入建筑市场,有效地控制建设规模,规范工程建设的程序管理,原建设部于1994年8月13日发布了《工程建设项目报建管理办法》,就报建的内容、程序、时间、范围等做出了相应的规定。

### 2.1.1 建设工程报建的内容和程序

#### 1. 建设工程报建的内容

建设工程报建的主要内容包括工程名称、建设地点、投资规模、资金来源、当年投资额、工程规模、开工日期、竣工日期、发包方式、工作筹建情况。

#### 2. 建设工程报建的程序

(1)建设单位或项目法人以及工程管理的代理机构,到建设行政主管部门或授权机构领取《工程建设项目报建表》。

(2)根据相关规定和要求,填写《工程建设项目报建表》。

(3)向建设行政主管部门或授权机构报送《工程建设项目报建表》,同时提交相关证明文件和资料,如立项文件、规划设计方案、建设用地许可等,并按要求进行招标准备。

(4)接受报建的建设行政主管部门或授权机构,对报建文件、资料进行核验、审查,合格后,发给工程发包许可文件。

### 2.1.2 建设工程报建的时间和范围

#### 1. 建设工程报建的时间

建设工程报建的时间是在工程建设项目的可行性研究报告或其他立项文件批准后、建设工程施工发包前,由建设单位或其代理机构向工程所在地的建设行政主管部门或授权机构进行报建。

#### 2. 建设工程报建的范围

所有的工程建设项目都必须报建。各类房屋建筑、土木工程、设备安装、管道线路敷设、装饰装修等固定资产投资的新建、改造、扩建以及技术改造,统称为工程建设项目。凡在我国境内投资的工程建设项目,包括外国独资、合资、合作的项目,都必须实行报建制度,接受当地建设行政主管部门或其机构的监督管理。

## 2.2 建设工程施工许可

施工许可制度是由国家授权的有关行政主管部门,在建设工程开工之前对其是否符合法定的开工条件进行审核,对符合条件的建设工程允许其开工建设的法定制度。

《建筑法》规定,建筑工程开工前,建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证;但是,国务院建设行政主管部门确定的限额以下的小型工程除外。按照国务院规定的权限和程序批准开工报告的建筑工程,不再领取施工许可证。

### 2.2.1 施工许可证和开工报告的适用范围

我国目前对建设工程开工条件的审批,存在着颁发“施工许可证”和批准“开工报告”两种形式。多数工程是办理施工许可证,部分工程则为批准开工报告。

#### 1. 需要办理施工许可证的建设工程

《建筑工程施工许可管理办法》规定,在中华人民共和国境内从事各类房屋建筑及其附属设施的建造、装修装饰和与其配套的线路、管道、设备的安装,以及城镇市政基础设施工程的施工,建设单位在开工前应当依照本办法的规定,向工程所在地的县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证。

#### 2. 不需要办理施工许可证的建设工程

(1)限额以下的小型工程。按照《建筑法》的规定,国务院建设行政主管部门确定的限额以下的小型工程,可以不申请办理施工许可证。据此,《建筑工程施工许可管理办法》规定,工程投资额在30万元以下或者建筑面积在300 m<sup>2</sup>以下的建筑工程,可以不申请办理施工许可证。

(2)抢险救灾、军用房屋建筑工程、临时性建筑工程和农民自建两层以下(含两层)的住宅工程不适用《建筑工程施工许可管理办法》。其中军事房屋建筑工程施工许可的管理,按国务院中央军事委员会制定的办法执行。

#### 3. 不重复办理施工许可证的建设工程

为避免同一建设工程的开工由不同行政主管部门重复审批的现象,《建筑法》规定,按照国务院规定的权限和程序批准开工报告的建筑工程,不再领取施工许可证。这里有两层涵义:一是实行开工报告批准制度的建设工程,必须符合国务院的规定,其他任何部门的规定无效;二是开工报告与施工许可证不要重复办理。

### 2.2.2 申请主体和法定批准条件

#### 1. 施工许可证的申请主体

《建筑法》规定,建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证。这是因为,建设单位(又称业主或项目法人)是建设项目的投资者。如果建设项目是政府投资,则建设单位为该建设项目的管理单位或使用单位。



为建设工程开工和施工单位进场做好各项前期准备工作,是建设单位应尽的义务。因此,施工许可证的申请领取,应该是由建设单位负责,而不是施工单位或其他单位。

### 2. 施工许可证的法定批准条件

《建筑法》规定,申请领取施工许可证,应当具备下列条件:①已经办理该建筑工程用地批准手续;②在城市规划区的建筑工程,已经取得规划许可证;③需要拆迁的,其拆迁进度符合施工要求;④已经确定建筑施工企业;⑤有满足施工需要的施工图纸及技术资料;⑥有保证工程质量和安全的具体措施;⑦建设资金已经落实;⑧法律、行政法规规定的其他条件。

#### 1) 已经办理该建筑工程用地批准手续

根据《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)的有关规定,任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用土地。其中需要使用国有建设用地的,应当向有批准权的土地行政主管部门申请,经其审查,报本级人民政府批准。

如果没有办理用地批准手续,意味着将没有合法的土地使用权,自然是无法开工的,因此,不能颁发施工许可证。

#### 2) 在城市规划区的建筑工程,已经取得规划许可证

《中华人民共和国城乡规划法》对于建设用地规划许可证作出了如下规定。

(1)以划拨方式提供国有土地使用权的建设项目用地规划许可证。在城市、镇规划区内以划拨方式提供国有土地使用权的建设项目,经有关部门批准、核准、备案后,建设单位应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门提出建设用地规划许可申请,由城市、县人民政府城乡规划主管部门依据控制性详细规划核定建设用地的位置、面积、允许建设的范围,核发建设用地规划许可证。建设单位在取得建设用地规划许可证后,方可向县级以上地方人民政府土地主管部门申请用地,经县级以上人民政府审批后,由土地主管部门划拨土地。

(2)以出让方式提供国有土地使用权的建设项目用地规划许可证。在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的,在国有土地使用权出让前,城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划,提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件,作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块,不得出让国有土地使用权。以出让方式取得国有土地使用权的建设项目,在签订国有土地使用权出让合同后,建设单位应当持建设项目的批准、核准、备案文件和国有土地使用权出让合同,向城市、县人民政府城乡规划主管部门领取建设用地规划许可证。

如果没有取得规划许可证,意味着拟建的工程属于违章建筑。这种情况下,自然不能颁发施工许可证。

#### 3) 需要拆迁的,其拆迁进度符合施工要求

很多工程都涉及拆迁,如果拆迁工作进展不顺利,就意味着后续工作无法进行。因此,开始修建工程之前,必须首先解决拆迁的问题。但是,解决拆迁的问题并不意味着必须要拆迁完毕才能施工,只要拆迁的进度能够满足后续施工的要求就可以了。这样可以形成拆迁与施工的流水作业,缩短总工期。

## 4)已经确定建筑施工企业

只有确定了建筑施工企业,才具有了开工的可能。如果建筑施工企业尚未确定,显然就没有满足开工的条件,自然不能颁发给施工许可证。

### 案例

#### 一、背景

2007年6月,某建筑公司与某商贸公司签订建设工程施工合同,合同约定,某建筑公司承包某商贸公司营业楼的室内外装修工程,合同签订后,建筑公司给付商贸公司50万元定金。但某商贸公司在签订合同后却一直未取得施工许可证,建筑公司多次催促其办理,但某商贸公司始终未办理。于是建筑公司起诉至法院,要求法院判决某商贸公司双倍返还定金100万元。商贸公司抗辩称,由于该工程未取得施工许可证,因此双方签订的施工合同是无效合同,故不同意建筑公司的诉讼请求。

#### 二、问题

- (1)施工合同是否有效?
- (2)哪一方有过错责任?

#### 三、分析说明

(1)双方所签订的合同真实有效。本案是装饰装修合同纠纷案,不属于招标法规定的必须招标的项目。本案涉及的工程虽然没有办理施工许可手续,但不影响合同的效力。商贸公司在签订施工合同后,应当积极履行义务,办理相关的手续。

(2)商贸公司未办理施工许可证的行为构成违约,应当承担责任,因此法院判决商贸公司双倍返还建筑公司定金100万元。

本案例的焦点在于建设单位未取得建设工程施工许可证时,所签订的工程施工合同是否有效。

建设工程施工许可证,是建设施工单位符合各种施工条件、允许开工的批准文件,是建设单位进行工程施工的法律凭证,但未办理施工许可证并不导致建设施工合同无效。因为办理建设工程施工许可证是建设单位履行施工合同的法定义务。该义务是否履行属于行政管理范畴,与建设工程合同本身的效力无关。建设单位取得施工许可证是应当履行合同义务的行为,不能取得施工许可证的行为是违反合同义务的行为。因此,建设单位没有按照规定取得施工许可证,导致合同不能履行,应当承担违约责任。

## 5)有满足施工需要的施工图纸及技术资料

施工单位的责任是按图施工,如果没有满足施工需要的施工图纸和技术资料,施工单位显然是无法施工的。

《建筑工程施工许可管理办法》第4条进一步规定,建设单位在申请领取施工许可证时,除了应当“有满足施工需要的施工图纸及技术资料”外,还应满足“施工图设计文件已按规定进行了审查”。

### 6) 有保证工程质量和安全的具体措施

《建设工程安全生产管理条例》第10条第1款规定：“建设单位在领取施工许可证时，应当提供建设工程有关安全施工措施的资料”，第42条第1款规定：“建设行政主管部门在审核发放施工许可证时，应当对建设工程是否有安全措施进行审查，对没有安全施工措施的，不得颁发施工许可证。”

据此，《建筑工程施工许可管理办法》中对“有保证工程质量和安全的具体措施”作了进一步的规定，施工企业编制的施工组织设计中有根据建筑工程特点制定的相应质量、安全技术措施，专业性较强的工程项目编制了专项质量、安全施工组织设计，并按照规定办理了工程质量、安全监督手续。

施工组织设计的编制是施工准备工作的中心环节，其编制的好坏直接影响建设工程质量和安全生产，影响施工组织能否顺利进行。因此，施工组织设计须在开工前编制完成。施工组织设计的主要内容就是要有保证建设工程质量和安全的具体措施。施工组织设计由施工企业负责编制，并按照其隶属关系及建设工程的性质、规模和技术等进行审批。

### 7) 按照规定应该委托监理的工程已委托监理

由于工程监理单位接受建设单位的委托，代表建设单位去进行项目管理，因此，可以说委托监理单位去进行监理本身就是建设单位保证质量和安全的又一项具体措施。同时，监理单位在监理过程中也是很多具体保证质量和安全措施的执行者，因此，《建筑工程施工许可管理办法》对于申请施工许可证的条件又在《建筑法》的基础上进一步延伸，规定了“按照规定应该委托监理的工程已委托监理”，这也是发给施工许可证的一个限制性条件。

### 8) 建设资金已经落实

建筑活动需要较多的资金投入，建设单位在建筑工程施工过程中必须拥有足够的建设资金。这是预防拖欠工程款，保证施工顺利进行的基本经济保障。对此，《建筑工程施工许可管理办法》第4条进一步具体规定为：建设工期不足一年的，到位资金原则上不得少于工程合同价的50%，建设工期超过一年的，到位资金原则上不得少于工程合同价的30%。建设单位应当提供银行出具的到位资金证明，有条件的可以实行银行付款保函或者其他第三方担保。

### 9) 法律、行政法规规定的其他条件

建筑工程申请领取施工许可证，除了应当具备以上八项条件外，还应当具备其他法律、行政法规规定的有关建筑工程开工的条件。这样规定的目的是为了同其他法律、行政法规的规定相衔接。例如，根据《中华人民共和国消防法》，对于大型的人员密集场所和其他特殊建设工程，建设单位应当将其消防设计图纸报送公安消防机构审核；未经审核或者经审核不合格的，建设行政主管部门不得发给施工许可证，建设单位不得施工。

## 案例

### 一、背景

2005年4月22日，贵州甲工厂（建设单位）与湖南乙公司（施工单位）订立了《建设工程施工合同》，约定由乙公司承建甲工厂第一生产线的主厂房及烧成车间等配套工程的土建项目，开工日期为2005年5月15日。建筑材料由甲工厂提供，乙公司垫资150万元人民币，在合同订立15日内汇入甲工厂账户。乙公司付给甲工厂10万元保证金，进场后再付10万元押图费，待图纸归还甲工厂后再予退还等。

甲工厂在与乙公司订立合同和工程施工时,尚未取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证,没有到相关部门领取施工许可证。合同订立后,乙公司于同年5月前后付给甲工厂103万元,甲工厂退还13万元,实际占用90万元。其中10万元为押图费,80万元为垫资款,比约定的垫资款少付70万元。同年5月乙公司进场施工。后因乙公司未按约定支付全部垫资款及工程质量存在问题,双方产生纠纷;乙公司于同年7月停止施工。甲工厂于同年11月向贵州省高级人民法院起诉。

## 二、问题

- (1) 施工合同是否有效?
- (2) 双方各有何过错?

## 三、分析说明

(1) 根据《招标投标法》,本工程属于必须招标的工程范围,甲工厂未经招标而与乙公司订立合同,违反法定程序,而且甲工厂在与乙公司订立合同时,尚未取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证,并在合同中设立垫资施工的条款,综上所述该《建设工程施工合同》应属无效。

(2) 导致本案合同无效的主要过错是甲工厂不具备发包条件而发包,乙公司未审查发包方的条件而与之签约,且其签约时也未办理跨省施工手续,也有一定的过错。这是值得当事人尤其承包商注意的。尽管有关法律法规规定申请领取施工许可证是业主或建设单位的责任,但承包商不经审查而签订了合同,也要承担一定的责任。

## 2.2.3 施工许可证的管理

### 1. 施工许可证废止的条件

《建筑法》第9条规定:“建设单位应当自领取施工许可证之日起3个月内开工。因故不能按期开工的,应当向发证机关申请延期;延期以两次为限,每次不超过3个月。既不开工又不申请延期或者超过延期时限的,施工许可证自行废止。”

### 2. 重新核验施工许可证的条件

在建的建筑工程因故中止施工的,建设单位应当自中止施工之日起一个月内,向发证机关报告,并按照规定做好建筑工程的维护管理工作,以防止建设工程在中止施工期间遭受不必要的损失,保证在恢复施工时可以尽快启动。

所谓中止施工,是指建设工程开工后,在施工过程中因特殊情况的发生而中途停止施工的一种行为。中止施工的原因很复杂,如地震、洪水等不可抗力,以及宏观调控压缩基建规模、停建缓建建设工程等。

建筑工程恢复施工时,建设单位应当向发证机关报告恢复施工的有关情况。中止施工满一年的工程恢复施工前,建设单位应当报发证机关核验施工许可证,查看工程是否仍具备组织施工的条件,经核验符合条件的,应允许恢复施工,施工许可证继续有效;经核验不符合条件的,应当收回其施工许可证,不允许恢复施工,待条件具备后,由建设单位重新申领施工许可证。



测试

### 3. 重新办理开工报告的条件

按照国务院规定办理开工报告的工程是施工许可制度的特殊情况。对于这类工程的管理,《建筑法》第 11 条规定:“按照国务院有关规定批准开工报告的建筑工程,因故不能按期开工或者中止施工的,应当及时向批准机关报告情况。因故不能按期开工超过 6 个月的,应当重新办理开工报告的批准手续。”

#### 案例

##### 一、背景

黄河某灌区节水改造工程为 2008 年度政府项目,并由省水利厅办理了开工报告,但是,开工报告被批准后,该项目因故未能按时开工,该水利管理局分别于 2008 年 3 月 10 日、5 月 10 日两次向省水利厅报告工程项目开工准备的进展情况,一直到 2008 年 7 月 1 日才进行开工建设。

##### 二、问题

该项目是否需要重新办理开工报告的批准手续?为什么?

##### 三、分析说明

该项目不需要重新办理开工报告的批准手续。在本案例中,该项目开工报告从被批准到开工建设,虽然一再拖延开工,但是该水利管理局于 2008 年 3 月 10 日、5 月 10 日两次向省水利厅报告工程项目开工准备的进展情况,且延迟开工的期间并未超过 6 个月,因此,按照《建筑法》第 11 条规定,不需要重新办理开工报告的批准手续。

## 2.3 施工企业从业资质管理制度

施工企业的资质等级是施工单位人员素质、资金数量、技术装备、管理水平、工程业绩等综合能力的体现,反映了该施工企业从事某项施工活动的资格和能力,是国家对建设市场准入管理的重要手段。为此,我国的法律规定施工企业除应具备企业法人营业执照外,还应取得相应的资质证书,并严格在其资质等级许可的经营范围内从事施工活动。

### 2.3.1 企业资质的法定条件和等级

#### 1. 施工企业资质的法定条件

根据中华人民共和国住房和城乡建设部颁布的《建筑业企业资质管理规定》和 2015 年 1 月 1 日起施行的《建筑业企业资质标准》的规定,建筑业企业应当按照其拥有的资产、主要人员、已完成的工程业绩和技术装备等条件申请建筑业企业资质,经审查合格,取得建筑业企业资质证书后,方可在资质许可的范围内从事建筑施工活动。

##### 1) 具有满足本标准要求资产

资产指企业拥有或控制的能以货币计量的经济资源,包括各种财产、债权和其他权利。企业进行生产经营活动,都必须具备一定数量和种类资产,而企业的资产从其来源看不外



乎两个渠道:一是由企业债权人提供;二是由企业的所有者提供(包括企业生产经营过程中所取得的属于所有者但尚未分配的利润)。即:资产=负债+所有者权益。

所有从事工程建设施工活动的企业组织,都必须具备基本的责任承担能力,能够担负与其承包施工工程相适应的财产义务。这既是法律上权利与义务相一致、利益与风险相一致原则的体现,也是维护债权人利益的需要。因此,施工企业的资产必须能够适应从事施工活动的需要,不得低于最低限额。

以建筑工程施工总承包企业为例,按照《建筑业企业资质标准》、《施工总承包企业特级资质标准》的规定,特级企业净资产3.6亿元以上;一级企业净资产1亿元以上,二级企业净资产4000万元以上,三级企业净资产800万元以上。

2)具有满足要求的注册建造师及其他注册人员、工程技术人员、施工现场管理人员和技术工人

工程建设施工活动是一种专业性、技术性很强的活动。因此,从事工程建设施工活动的企业必须拥有足够的专业技术人员,其中一些专业技术人员还须有通过考试和注册取得的法定执业资格。以建筑工程施工总承包企业为例,按照《建筑业企业资质标准》的规定,要求如下。

(1)一级资质的企业对人员的要求有:

①建筑工程、机电工程专业一级注册建造师合计不少于12人,其中建筑工程专业一级注册建造师不少于9人。

②技术负责人具有10年以上从事工程施工技术管理工作经历,且具有结构专业高级职称;建筑工程相关专业中级以上职称人员不少于30人,且结构、给排水、暖通、电气等专业齐全。

③持有岗位证书的施工现场管理人员不少于50人,且施工员、质量员、安全员、机械员、造价员、劳务员等人员齐全。

④经考核或培训合格的中级工以上技术工人不少于150人。

(2)二级资质的企业对人员的要求有:

①建筑工程、机电工程专业注册建造师合计不少于12人,其中建筑工程专业注册建造师不少于9人。

②技术负责人具有8年以上从事工程施工技术管理工作经历,且具有结构专业高级职称或建筑工程专业一级注册建造师执业资格;建筑工程相关专业中级以上职称人员不少于15人,且结构、给排水、暖通、电气等专业齐全。

③持有岗位证书的施工现场管理人员不少于30人,且施工员、质量员、安全员、机械员、造价员、劳务员等人员齐全。

④经考核或培训合格的中级工以上技术工人不少于75人。

(3)三级资质的企业对人员的要求有:

①建筑工程、机电工程专业注册建造师合计不少于5人,其中建筑工程专业注册建造师不少于4人。

②技术负责人具有5年以上从事工程施工技术管理工作经历,且具有结构专业中级以上职称或建筑工程专业注册建造师执业资格;建筑工程相关专业中级以上职称人员不少于6人,且结构、给排水、电气等专业齐全。

③持有岗位证书的施工现场管理人员不少于15人,且施工员、质量员、安全员、机械员、造价员、劳务员等人员齐全。

④经考核或培训合格的中级工以上技术工人不少于 30 人。

⑤技术负责人(或注册建造师)主持完成过本类别资质二级以上标准要求的工程业绩不少于 2 项。

3)具有满足要求的工程业绩

工程建设施工活动是一项重要的实践活动,有无承担过相应工程的经验及其业绩的好坏,是衡量其实际能力和水平的一项重要标准。以建筑工程施工总承包企业为例,按照《建筑业企业资质标准》的规定,要求如下。

(1)一级资质的企业对工程业绩的要求有:

近 5 年承担过下列 4 类中的 2 类工程的施工总承包或主体工程承包,工程质量合格。

①地上 25 层以上的民用建筑工程 1 项或地上 18~24 层的民用建筑工程 2 项。

②高度 100 米以上的构筑物工程 1 项或高度 80~100 米(不含)的构筑物工程 2 项。

③建筑面积 3 万平方米以上的单体工业、民用建筑工程 1 项或建筑面积 2 万~3 万平方米(不含)的单体工业、民用建筑工程 2 项。

④钢筋混凝土结构单跨 30 米以上(或钢结构单跨 36 米以上)的建筑工程 1 项或钢筋混凝土结构单跨 27~30 米(不含)(或钢结构单跨 30~36 米(不含))的建筑工程 2 项。

(2)二级资质的企业对工程业绩的要求有:

近 5 年承担过下列 4 类中的 2 类工程的施工总承包或主体工程承包,工程质量合格。

①地上 12 层以上的民用建筑工程 1 项或地上 8~11 层的民用建筑工程 2 项。

②高度 50 米以上的构筑物工程 1 项或高度 35~50 米(不含)的构筑物工程 2 项。

③建筑面积 1 万平方米以上的单体工业、民用建筑工程 1 项或建筑面积 0.6 万~1 万平方米(不含)的单体工业、民用建筑工程 2 项。

④钢筋混凝土结构单跨 21 米以上(或钢结构单跨 24 米以上)的建筑工程 1 项或钢筋混凝土结构单跨 18~21 米(不含)(或钢结构单跨 21~24 米(不含))的建筑工程 2 项。

企业首次申请或增项申请资质,应当申请最低等级资质,不考核工程业绩。

4)具有必要的技术装备

随着工程建设机械化程度的不断提高,大跨度、超高层、结构复杂的建设工程越来越多,如果没有相应的技术装备,将无法从事建设工程的施工活动。因此,施工单位必须拥有与其从事施工活动相适应的技术装备。当然,随着我国机械租赁市场的发展,许多大中型机械设备都可以采用租赁的方式取得,这有利于提高机械设备的使用率,降低施工成本。

## 2. 施工企业可承包工程范围

以建筑工程施工总承包企业为例,按照《建筑业企业资质标准》的规定。

一级资质企业可承担单项合同额 3 000 万元以上的下列建筑工程的施工:

(1)高度 200 米以下的工业、民用建筑工程。

(2)高度 240 米以下的构筑物工程。

二级资质企业可承担下列建筑工程的施工:

(1)高度 100 米以下的工业、民用建筑工程。

(2)高度 120 米以下的构筑物工程。

(3)建筑面积 4 万平方米以下的单体工业、民用建筑工程。

(4)单跨跨度 39 米以下的建筑工程。

三级资质企业可承担下列建筑工程的施工：

- (1) 高度 50 米以下的工业、民用建筑工程。
- (2) 高度 70 米以下的构筑物工程。
- (3) 建筑面积 1.2 万平方米以下的单体工业、民用建筑工程。
- (4) 单跨跨度 27 米以下的建筑工程。

### 3. 施工企业的资质序列、类别和等级

#### 1) 施工企业的资质序列

《建筑业企业资质管理规定》中规定，建筑业企业资质分为施工总承包资质、专业承包资质、施工劳务资质三个序列。

施工总承包工程应由取得相应施工总承包资质的企业承担。取得施工总承包资质的企业可以对所承接的施工总承包工程内各专业工程全部自行施工，也可以将专业工程依法进行分包。对设有资质的专业工程进行分包时，应分包给具有相应专业承包资质的企业。施工总承包企业将劳务作业分包时，应分包给具有施工劳务资质的企业。

设有专业承包资质的专业工程单独发包时，应由取得相应专业承包资质的企业承担。取得专业承包资质的企业可以承接具有施工总承包资质的企业依法分包的专业工程或建设单位依法发包的专业工程。取得专业承包资质的企业应对所承接的专业工程全部自行组织施工，劳务作业可以分包，但应分包给具有施工劳务资质的企业。

取得施工劳务资质的企业可以承接具有施工总承包资质或专业承包资质的企业分包的劳务作业。取得施工总承包资质的企业，可以从事资质证书许可范围内的相应工程总承包、工程项目管理等业务。

#### 2) 施工企业的资质类别和等级

施工总承包资质、专业承包资质按照工程性质和技术特点分别划分为若干资质类别，各资质类别按照规定的条件划分为若干资质等级。

施工总承包序列，划分为建筑工程、公路工程、铁路工程、港口与航道工程、水利水电工程、电力工程、矿山工程、冶金工程、石油化工工程、市政公用工程、通信工程、机电工程等 12 个类别。每个资质类别划分 3~4 个资质等级，即特级、一级、二级或特级、一级至三级。

专业承包序列，划分为地基基础工程、起重设备安装工程、预拌混凝土等 36 个类别。每个资质类别分为 1~3 个资质等级或者不分等级。

施工劳务资质不分类别与等级。

## 2.3.2 施工企业在资质范围内承揽工程的规定

### 1. 禁止无资质承揽工程

《建筑法》规定，承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。

《建设工程质量管理条例》也规定，施工企业应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。《建设工程安全生产管理条例》进一步规定，施工单位从事建设工程的新建、扩建、改建和拆除等活动，应当具备国家规定的注册资本、专业技术人员、技术装备和安全生产等条件，依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。

## 2. 联合共同承包的有关法律规定

《建筑法》规定,两个以上不同资质等级的单位实行联合共同承包的,应当按照资质等级低的单位的业务许可范围承揽工程。

联合共同承包是国际工程承包的一种通行的做法,一般适用于大型或技术复杂的建设工程项目。也就是说,一些中小型工程以及结构不复杂的工程不可以采取联合承包工程的方式。对于什么是大型建筑工程和结构复杂的建筑工程,应以国务院、地方政府或者国务院有关部门确定的标准为准。一般来说大型建筑工程的划分应当以建筑面积或者总造价来划分;结构复杂的建筑工程应是结构的专业性较强的建筑工程。采用联合承包的方式,可以优势互补,增加中标机会,并可降低承包风险。但是,施工单位应当在资质等级范围内承包工程,这同样适用于联合共同承包。联合承包各方都必须具有与其承包工程相符合的资质条件,不能超越资质等级去联合承包。如果几个联合承包方的资质等级不一样,则须以低资质等级的承包方为联合承包方的业务许可范围。

## 3. 分包工程的有关法律规定

《建筑法》规定,禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》进一步规定,分包工程承包人必须具有相应的资质,并在其资质等级许可的范围内承揽业务。

在分包工程活动中,较为常见的越级承揽工程的现象,就是采取所谓“扩大劳务分包”的方式,即建设工程承包企业将超越劳务企业资质等级或超越劳务范围的工程分包给劳务企业,双方并就此签订劳务分包合同。



测试

### 案例

#### 一、背景

某工程项目由甲施工企业总承包,该企业将工程的土石方工程分包给乙分包公司,乙分包公司又与社会上的刘某签订任务书,约定由刘某组织人员负责土方开挖、装卸和运输,负责施工项目的管理、技术指导和现场安全,单独核算,自负盈亏。

#### 二、问题

该分包公司与刘某签订土石方工程任务书的行为应当如何定性,该作何处理?

#### 三、分析说明

本案例中,分包企业允许刘某以工程任务书形式承揽土石方工程,并将现场全权交由刘某负责,该项目施工中的技术、质量、安全管理及核算人员均由刘某自行组织,而非该分包公司的人员。按照《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第15条的规定,这种情况应视同允许他人以本企业名义承揽工程。

《建设工程质量管理条例》第61条规定:“违反本条例规定,勘察、设计、施工、工程监理单位允许其他单位或者个人以本单位名义承揽工程的,责令改正,没收违法所得。对勘察、设计单位和工程监理单位处合同约定的勘察费、设计费和监理酬金1倍以上2倍以下的罚款;对施工单位处工程合同价款2%以上4%以下的罚款。可以责令停业整顿,降低资质等级;情节严重的,吊销资质证书。”据此,应当对该分包公司作出相应的处罚。



## 2.4 建造师注册执业资格许可

执业资格制度是指对具有一定专业学历和资历并从事特定专业技术活动的专业技术人员,通过考试和注册确定其执业的技术资格,获得相应文件签字权的一种制度。对从事建设活动的专业技术人员实行执业资格制度是非常必要的。《建筑法》第14条对此做出了规定:“从事建筑活动的专业技术人员,应当依法取得相应的执业资格证书,并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动。”

目前,我国对从事建筑活动的专业技术人员已建立了多种执业资格制度。主要有:注册建造师、注册建筑师、注册结构工程师、注册监理工程师和注册造价工程师等执业资格制度。这里重点介绍注册建造师执业资格制度。

### 2.4.1 建设工程专业人员执业资格的准入管理

建造师执业资格制度起源于1834年的英国,近三十年在美国得到进一步深化和发展。目前,世界上成立了国际建造师协会,成员有美国、英国、印度、南非、智利、日本、澳大利亚等17个国家和地区。

原人事部、原建设部于2002年12月5日联合发布了《关于印发〈建造师执业资格制度暂行规定〉的通知》(人发[2002]111号),规定必须取得建造师资格并经注册,方能担任建设工程项目总承包及施工管理的项目施工负责人。该暂行规定为我国推行建造师制度奠定了基础。

建造师执业资格制度的实施工作由人力资源和社会保障部与住房和城乡建设部共同负责,两个部门在具体实施工作中既有合作,又有分工,《关于印发〈建造师执业资格制度暂行规定〉的通知》中明确规定了两个部门相应的职责与分工。

建造师管理体制遵循“分级管理、条块结合”的原则。住房和城乡建设部负责对全国注册建造师实行统一的监督管理;国务院各专业部门按照职责分工,负责对本专业注册建造师监督管理;各省建设厅和同级的各专业部门负责本省和本专业的二级注册建造师监督管理。

建造师执业资格制度遵循“分级别、分专业”的原则。根据我国现行行政管理体制实际情况,结合现行的施工企业资质管理办法,将建造师划分为两个级别,每个级别划分若干个专业。其中,一级注册建造师设置10个专业,分别为: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、市政公用工程、通信与广电工程、矿业工程和机电工程。二级注册建造师设置6个专业,分别为:建筑工程、公路工程、水利水电工程、市政公用工程、矿业工程和机电工程。

### 2.4.2 建造师考试和注册的规定

#### 1. 考试管理

我国建造师执业资格分一级建造师和二级建造师两个级别。一级建造师执业资格考试实行“统一大纲、统一命题、统一组织”的考试制度,由国家统一组织,人力资源和社会保障部、住房和城乡建设部共同负责具体组织实施。一级建造师考试实行“三加一”考试制度,三门综合科目包括建设工程经济、建设工程项目管理、建设工程法规及相关知识,另一门专业管理与实务考试科目由考生根据工作需要选择10个专业的其中一个专业参加考试。



二级建造师执业资格实行全国统一大纲,各省、自治区、直辖市组织命题考试的制度。同时,考生也可以选择参加二级建造师执业资格全国统一考试。全国统一考试由国家统一组织命题和考试。凡遵纪守法并具备工程类或工程经济类中等专科以上学历并从事建设工程项目施工管理工作满2年,可报名参加二级建造师执业资格考试。

二级建造师考试实行“二加一”考试制度,两门综合科目包括建设工程施工管理、建设工程法规及相关知识,另一门专业管理与实务考试科目由考生根据工作需要选择6个专业的其中一个专业参加考试。

### 2. 注册管理

注册建造师是指通过考核认定或考试合格取得中华人民共和国建造师资格证书,并经过注册,取得中华人民共和国注册建造师注册执业证书和执业印章,担任施工单位项目负责人及从事施工管理相关活动的专业技术人员。

建造师的注册分为初始注册、延续注册、变更注册和增项注册四类。注册证书和执业印章是注册建造师的执业凭证,由注册建造师本人保管、使用。

初始注册证书与执业印章有效期为3年。延续注册的,注册证书与执业印章有效期也为3年。变更注册的,变更注册后的注册证书与执业印章仍延续原注册有效期。

多专业注册的注册建造师,其中一个专业注册期满仍需以该专业继续执业和以其他专业执业的,应当及时办理续期注册。

因变更注册申报不及时影响注册建造师执业、导致工程项目出现损失的,由注册建造师所在聘用企业承担责任,并作为不良行为记入企业信用档案。

### 3. 继续教育

注册建造师在每一个注册有效期内应当达到国务院建设主管部门规定的继续教育要求。

注册建造师在每一注册有效期内应接受120学时继续教育,包括:必修课60学时,其中,30学时为公共课、30学时为专业课;选修课60学时,其中,30学时为公共课、30学时为专业课。注册两个及以上专业的,除接受公共课的继续教育外,每年还应接受相应注册专业的专业课各20学时的继续教育。

注册建造师继续教育证书可作为申请逾期初始注册、延续注册、增项注册和重新注册的证明。

## 2.4.3 建造师的受聘单位和执业岗位范围

### 1. 建造师的受聘单位

《建造师执业资格制度暂行规定》中规定,建造师的执业范围包括担任建设工程项目施工的项目经理,从事其他施工活动的管理工作,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。

一级建造师可以担任特级、一级建筑业企业资质的建设工程项目施工的项目经理;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。

《注册建造师管理规定》进一步规定,取得资格证书的人员应当受聘于一个具有建设工程勘察、设计、施工、监理、招标代理、造价咨询等一项或者多项资质的单位,经注册后方可从事相应的执业活动;担任施工单位项目负责人的,应当受聘并注册于一个具有施工资质的企业。据此,建造师不仅可以在施工单位担任建设工程施工项目的项目经理,也可以在勘察、

设计、监理、招标代理、造价咨询等单位或具有多项上述资质的单位执业。但是,如果要担任施工单位的项目负责人即项目经理,其所受聘的单位必须具有相应的施工企业资质,而不能是仅具有勘察、设计、监理等资质的其他企业。

## 2. 执业岗位范围

一级注册建造师可在全国范围内以一级注册建造师名义执业。通过二级建造师资格考核认定,或参加全国统考取得二级建造师资格证书并经注册的人员,可在全国范围内以二级注册建造师名义执业。

建设工程施工活动中形成的有关工程施工管理文件,应当由注册建造师签字并加盖执业印章。施工单位签署质量合格的文件上,必须有注册建造师的签字盖章。注册建造师签章完整的工程施工管理文件才能有效。

注册建造师执业工程规模标准依据不同专业设置为多个工程类别,不同的工程类别又进一步细分为不同的项目。这些项目依据相应的、不同的计量单位分为大型、中型和小型工程。大中型工程项目施工负责人必须由本专业注册建造师担任,其中大型工程项目负责人必须由本专业一级注册建造师担任。

### 案例

#### 一、背景

某市政工程有限公司为贯彻执行好注册建造师规章制度,在公司内开展了一次注册建造师相关制度办法执行情况的专项检查。在检查中发现下述情况。

公司第一项目经理部承接一庭院工程,合同金额为853万元,其中有古建筑修缮分部工程。施工项目负责人持有二级市政公用工程注册建造师证书。

公司第二项目经理部负责人是二级市政公用工程注册建造师,承接的是轻轨交通工程,合同金额为2850万元,其中轨道铺设工程分包给专业队伍。该项目已处于竣工验收阶段。在查阅分包企业签署的质量合格文件中,只查到了分包企业注册建造师的签章。

#### 二、问题

(1)指出第一项目经理部负责人执业范围的错误之处,并说明理由。

(2)第二项目经理部负责人能承担该轻轨交通工程吗?为什么要将轨道铺设工程分包出去?

(3)指出并改正分包企业质量合格文件签署上的错误。

#### 三、分析说明

(1)第一项目经理部负责人执业范围的错误之处:庭院工程包括古建筑修缮分部工程。理由:二级市政公用工程注册建造师不可以承接古建筑修缮分部工程。

(2)第二项目经理部负责人能承担该轻轨交通工程。因为二级市政公用工程注册建造师可以承接单项工程合同额小于3000万元的轻轨交通工程,但不包括轨道铺设工程,所以要把轨道铺设工程分包出去。

(3)分包企业质量合格文件签署上的错误:分包企业注册建造师的签章。

正确做法:分包工程施工管理文件应当由分包企业注册建造师签章;分包企业签署质量合格的文件,必须由担任总包项目负责人的注册建造师签章。

 思考练习

1. 简述建设工程报建的内容、时间和范围。
2. 简述施工许可证的申领时间、范围和程序。
3. 建设单位领取施工许可证必须具备哪些必要的条件？
4. 简述施工许可证的有效期和延期的处理方式。
5. 中止施工后,施工单位和建设单位分别应该做好哪些相应的工作? 恢复施工时,建设单位要办理哪些手续?
6. 国家对建筑从业企业的资质等级从哪些方面做出了限制?
7. 我国建筑施工企业分为哪几个资质序列?
8. 对于联合共同承包的,有哪些法律规定?
9. 对注册建造师的受聘单位有什么要求和限制?
10. 请从执业区域、签署文件、工程类别方面谈一谈注册建造师的执业范围要求。

## 模块 3 建设工程发承包法规

### 学习目标

- 熟悉我国建设工程发承包法律制度。
- 了解招标投标活动的原则及适用范围。
- 熟悉招标的基本程序。
- 掌握投标的相关要求与规定及中标条件。

### 引例

#### 招标人、投标人、招标代理机构串通？

2005年初,某房地产开发公司欲开发新区第三批商品房,同年4月,某市电视台发出公告,房地产开发公司作为招标人就该工程向社会公开招标,择其优者签约承建该项目。此公告一发,在当地引起不小反响,先后有20余家建筑单位投标。原告A建筑公司和B建筑公司均在投标人之列。A建筑公司基于市场竞争激烈等因素,经充分核算,在标书中作出全部工程造价不超过500万元的承诺,并自认为依此数额,该工程利润已不明显。房地产开发公司组织开标后,B建筑公司投标数额为450万元。两家的投标均低于标底,最后B建筑公司因价格更低而中标,并签订了总价包死的施工合同。该工程竣工后,房地产开发公司与B建筑公司实际结算的款额为510万元。A建筑公司得知此事后,认为房地产开发公司未依照既定标价履约,实际上侵害了自己的权益,遂向法院起诉要求房地产开发公司赔偿在投标过程中的支出等损失。

本案争议的焦点是:经过招标投标程序而确定的合同总价能否再行变更。

本案通过招标投标方式所签订的建筑工程合同是固定总价合同,该合同的特征在于:通过竞争决定的总价不因工程量、设备及原材料价格等因素的变化而改变。当事人自行变更总价就从实质上剥夺了其他投标人公平竞价的权利并势必纵容招标人与投标人之间的串通行为,因而这种行为是违反公开、公平、公正原则的行为,构成对其他投标人权益的侵害,所以A建筑公司的主张应予支持。

### 3.1 建设工程发包与承包

建设工程发承包是指在经济活动中,作为交易一方的建设单位,将需要完成的建设工程勘察、设计、施工等工作全部或部分交给交易的另一方(勘察、设计、施工单位)去完成,并按照双方的约定支付报酬的行为。其中,建设单位作为发包人,一般又称为甲方;而完成发包方交给的建设工程勘察、设计、施工等工作任务的单位是承包方,又称为乙方。

《建筑法》规定,建筑工程实行招标发包的,发包单位应当将建筑工程发包给依法中标的承包单位。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。

承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照,以本企业的名义承揽工程。

按照合同约定,建筑材料、建筑构配件和设备由工程承包单位采购的,发包单位不得指定承包单位购入用于工程的建筑材料、建筑构配件和设备或者指定生产厂、供应商。

#### 3.1.1 建设工程总承包的规定

总承包通常分为工程总承包和施工总承包两大类。

《建筑法》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。

工程总承包是指从事工程总承包的企业受建设单位的委托,按照工程总承包合同的约定,对工程项目的勘察、设计、采购、施工、试运行(竣工验收)等实行全过程或若干阶段的承包。施工总承包是指发包人将全部施工任务发包给具有施工总承包资质的建筑业企业,由施工总承包企业按照合同的约定向建设单位负责,承包完成施工任务。

##### 1. 工程总承包的方式

工程总承包是国际通行的工程建设项目组织实施方式。它有利于充分发挥那些在工程建设方面具有较强的技术力量、丰富的经验和组织管理能力的大承包商的专业优势,综合协调工程建设中的各种关系,强化对工程建设的统一指挥和组织管理,保证工程质量和进度,提高投资效益。在建设工程发承包中采用总承包的方式,对那些缺乏工程建设方面的专门技术力量,难以对建设项目实施具体组织管理的建设单位来说,更具有明显的优势,也符合社会化大生产专业分工的要求。

按照《关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》的规定,工程总承包主要有下列方式。

##### 1) 设计采购施工(EPC)/交钥匙总承包

设计采购施工(engineering procurement construction)总承包是指工程总承包企业按照合同约定,承担工程项目的设计、采购、施工、试运行服务等工作,并对承包工程的质量、安



全、工期、造价全面负责。

交钥匙总承包是设计采购施工总承包业务和责任的延伸,最终是向建设单位提交一个满足使用功能、具备使用条件的工程项目。

#### 2)设计-施工总承包(D-B)

设计-施工总承包(design-build)是指工程总承包企业按照合同约定,承担工程项目设计和施工,并对承包工程的设计和施工的质量、安全、工期、造价负责。

#### 3)设计-采购总承包(E-P)

设计-采购总承包(engineering-procurement)是指工程总承包企业按照合同约定,承担工程项目设计和采购工作,并对工程项目设计和采购的质量、进度等负责。

#### 4)采购-施工总承包(P-C)

采购-施工总承包(procurement-construction)是指工程总承包企业按照合同约定,承担工程项目的采购和施工,并对承包工程的采购和施工的质量、安全、工期、造价负责。

### 2. 总承包单位的责任

《建筑法》规定,建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责,分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责,总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。

《建设工程质量管理条例》进一步规定,建设工程实行总承包的,总承包单位应当对全部建设工程质量负责;建设工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项实行总承包的,总承包单位应当对其承包的建设工程或者采购的设备的质量负责。总承包单位依法将建设工程分包给其他单位的,分包单位应当按照分包合同的约定对其分包工程的质量向总承包单位负责,总承包单位与分包单位对分包工程的质量承担连带责任。

据此,不论是工程总承包还是施工总承包,由于承包合同的双方主体是建设单位和总承包单位,总承包单位均应按照承包合同约定的权利义务向建设单位负责。如果分包工程发生问题,总承包单位不得以分包工程已分包为由推卸自己的总承包责任,而应与分包单位就分包工程承担连带责任。

总承包单位和分包单位就分包工程承担连带责任,就是当分包工程发生了质量责任或者违约责任时,建设单位可以向总承包单位请求赔偿,也可以向分包单位请求赔偿。总承包单位或分包单位进行赔偿后,有权依据分包合同对于不属于自己责任的赔偿向另一方进行追偿。当然,连带责任也不仅限于连带赔偿责任,还有其他履行工程义务的连带责任。因此,总承包单位除应加强自行完成工程部分的管理外,还有责任强化对分包单位分包工程的监管。

### 3.1.2 建设工程共同承包的规定

共同承包是指由两个以上具备承包资格的单位共同组成非法人的联合体,以共同的名义对工程进行承包的行为。在国际工程发承包活动中,由几个承包方组成联合体进行工程承包是一种通行的做法。

#### 1. 共同承包的适用范围

《建筑法》规定,大型建筑工程或者结构复杂的建筑工程,可以由两个以上的承包单位

联合共同承包。这是因为,大型建筑工程或结构复杂的建筑工程,一般投资额大、技术要求复杂,建设周期长、潜在风险较大,采取联合共同承包的方式,可以更好发挥各承包单位在资金、技术、管理等方面优势,增强抗风险能力,有利于保证工程质量和工期,提高投资效益。

至于一般的中小型工程或结构不复杂的工程,完全可以由一家承包单位顺利完成,无需采用共同承包的方式。这样可有效避免由于共同承包过多而造成管理上的混乱。

### 2. 共同承包的资质要求

我国对承包单位依法实施资质管理制度,承包单位必须在资质等级范围内承包工程。这也同样适用于共同承包。共同承包各方本身都必须具有与其所承包的工程相符合的资质条件,不能超越资质等级的规定去联合承包。《建筑法》规定,两个以上不同资质等级的单位实行联合共同承包的,应当按照资质等级低的单位的业务许可范围承揽工程。

### 3. 共同承包的责任

《招标投标法》规定,联合体中标的,联合体各方应当共同与招标人签订合同,就中标项目向招标人承担连带责任。

共同承包各方应签订联合承包协议,明确约定各方在承包合同中的权利、义务以及相互合作、违约责任的承担等条款。对承包合同的履行,各承包方共同对建设单位承担连带责任。共同承包各方均应共担风险、共负盈亏。如果出现赔偿责任,建设单位有权向共同承包的任何一方请求赔偿,被请求方不得拒绝,但在赔偿后可以依据联合承包协议及各方过错大小,对于超过自己应赔偿的那部分份额,有权向共同承包的其他方进行追偿。这对于避免共同承包各方相互推诿责任,加强各方的协作与配合,维护建设单位的合法权益,是很有必要的。

## 3.1.3 建设工程分包的规定

工程分包是指工程承包单位将所承包工程中的部分工程或劳务分包给其他工程承包单位完成的活动。

### 1. 分包工程的范围

建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位,但不得将其承包的全部建筑工程转包给他人,也不得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。

《招标投标法》也规定,中标人按照合同约定或者经招标人同意,可以将中标项目的部分非主体、非关键性工作分包给他人完成。中标人不得向他人转让中标项目,也不得将中标项目肢解后分别向他人转让。

据此,总承包单位承包工程后,可以采取两种方式完成合同:一种是全部自行完成,另一种是将其中的部分工程分包给其他承包单位完成。采取后一种方式的,依法只能是分包部分工程,而且是非主体、非关键性工作;如果是施工总承包,其主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。

## 2. 分包单位的条件与认可

工程分包单位必须持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。不具备资质条件的单位不仅不可以进行工程承包,也不得承接分包工程。严禁个人承揽分包工程业务。

总承包单位进行分包应当经过建设单位的认可。这是因为,建设单位将工程发包给某一总承包单位并签订合同,表明建设单位对这一单位的资质水平及承包能力的认可,并信任其能较好地完成工程项目的建设 and 保证工程质量。认可的方式有两种:①在总承包合同中规定分包的内容;②在总承包合同中没有规定分包内容的,应当事先征得建设单位的同意。但是,劳务作业分包由劳务作业发包人与劳务作业承包人通过劳务合同约定,可不经建设单位认可。

需要注意的是,分包工程须经建设单位认可,不等于建设单位可以直接指定分包人。《建设工程项目施工招标投标办法》规定:“招标人不得直接指定分包人。”《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》也规定:“建设单位不得直接指定分包工程承包人。”对于建设单位推荐的分包单位,总承包单位有权作出拒绝或者采用的选择。

## 3. 分包单位不得再分包

《建筑法》规定,禁止分包单位将其承包的工程再分包。《招标投标法》也规定,接受分包的人不得再次分包。

这主要是防止层层分包,以规范市场行为,保证工程质量。因此,按照《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》的规定,除专业承包企业可以将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业外,专业分包工程承包人和劳务作业承包人都必须自行完成所承包的任务。

## 4. 转包和违法分包的界定

按照我国法律的规定,转包是完全禁止的,而工程分包是允许的,但必须依法进行。违法分包同样是法律禁止的行为。

《建设工程质量管理条例》规定,违法分包是指下列行为:①总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的;②建设工程总承包合同中未有约定,又未经建设单位认可,承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的;③施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的;④分包单位将其承包的建设工程再分包的。

转包是指承包单位承包建设工程后,不履行合同约定的责任和义务,将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。

## 5. 分包单位的责任

总承包单位在分包工程时,应当同分包单位签订分包合同;分包单位要根据分包合同的约定,对总承包单位承担责任。同时,分包单位与总承包单位还要就分包工程承担连带责任。



测试

**案例****一、背景**

某市 A 服务公司因建办公楼与 B 建设工程总公司签订了建筑工程承包合同。其后,经 A 服务公司同意,B 建设工程总公司分别与 C 建筑设计院和 D 建筑工程公司签订了建设工程勘察设计合同和建筑安装合同。建筑工程勘察设计合同约定由 C 建筑设计院对 A 服务公司的办公楼水房、化粪池、给水排水、空调及煤气外管线工程提供勘察、设计服务,做出工程设计书及相应施工图纸和资料。建筑安装合同约定由 D 建筑工程公司根据 C 建筑设计院提供的设计图纸进行施工,工程竣工时依据国家有关验收规定及设计图纸进行质量验收。

合同签订后,C 建筑设计院按时做出设计书并将相关图纸资料交付 D 建筑工程公司,D 建筑公司依据设计图纸进行施工。工程竣工后,发包人会同有关质量监督部门对工程进行验收,发现工程存在严重质量问题,主要是由于设计不符合规范所致。原来 C 建筑设计院未对现场进行仔细勘察即自行进行设计,导致设计不合理,给发包人带来了重大损失。由于设计人拒绝承担责任,B 建设工程总公司又以自己不是设计人为由推卸责任,发包人遂以 C 建筑设计院为被告向法院起诉。

**二、问题**

- (1)本案例中,发包人、承包人、分包人如何确认?
- (2)承包人与分包人应该如何承担责任?

**三、分析说明**

(1)本案中,A 服务公司是发包人,B 建设工程总公司是总承包人,C 建筑设计院和 D 建筑工程公司是分包人。

(2)应追加 B 建设工程总公司为共同被告,让其与 C 建筑设计院一起对工程建设质量问题承担连带责任。

对工程质量问题,B 建设工程总公司作为总承包人应承担责任,而 C 建筑设计院和 D 建筑工程公司也应该依法分别向发包人承担责任。总承包人以不是自己勘察设计和建筑安装的理由企图不对发包人承担责任,以及分包人以与发包人没有合同关系为由不向发包人承担责任是没有法律依据的。

## 3.2 建设工程招标与投标

建设工程招标投标,是在市场经济条件下进行建设工程项目的发包与承包时所采用的一种交易方式。采用招标投标方式进行交易活动的最显著特征,是将竞争机制引入到交易过程中,它具有公平竞争、减少或杜绝行贿受贿和不正当交易行为、节省和合理使用资金、保证建设项目质量等明显的优越性。

### 3.2.1 招标投标活动原则及适用范围

#### 1. 招标投标活动所应遵循的基本原则

《招标投标法》第5条规定：“招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。”

##### 1) 公开原则

招标投标活动应当遵循公开原则,这是为了保证招标活动的广泛性、竞争性和透明性。公开原则首先要求招标信息公开,其次还要求招标程序、招标投标过程公开。

##### 2) 公平原则

公平原则要求给予所有投标人平等的机会,使其享有同等的权利,履行同等的义务,招标人不得以任何理由排斥或者歧视任何投标人。招标文件不得要求或者标明特定的生产供应者以及含有倾向或者排斥潜在投标人的其他内容。招标人不得向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量以及可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况。招标人不得限制投标之间的相互竞争。所有投标人都有权参加开标会议。所有在投标截止时间前收到的投标文件都应当在开标时当众拆封、宣读。

对于招投标双方来说,在工程采购活动中双方的地位平等,任何一方不得向另一方提出不合理的要求,不得将自己的意志强加给另一方。

##### 3) 公正原则

公正原则要求招标人在招标投标活动中应当按照统一的标准衡量每一个投标人的优劣,评标结果要公正。评标时要对所有的投标人一视同仁,严格按照事先公布的标准和规则统一对待各投标人。不得向任何投标人泄露标底或者其他可能妨碍公平竞争的信息。任何单位和个人不得非法干预、影响评标过程和结果。

##### 4) 诚实信用原则

诚实信用原则是我国民事活动所应当遵循的一项重要基本原则。招标投标活动作为订立合同的一种特殊方式,同样应当遵循诚实信用原则。它要求在招投标活动中,招标人或招标代理机构、投标人等均应以诚实、善意的态度参与招投标活动,严格按照法律的规定行使自己的权利和义务,坚持良好的信用,不得弄虚作假,欺骗他人,牟取不正当利益,不得损害对方、第三者或者社会的利益。对于违反诚实信用原则,给他方造成损失的,要依法承担相应的责任。

#### 2. 必须招标的项目范围和规模标准

##### 1) 必须招标的工程项目范围

强制招标是指法律、法规规定的某些特定类型的采购项目,凡达到规定的规模标准的,必须通过招标方式进行采购活动,否则,采购单位要承担法律责任。根据《招标投标法》第3条第1款规定,在中华人民共和国境内进行下列工程项目,包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:①大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目;②全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;③使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。



### 2) 必须招标项目的规模标准

《工程建设项目招标范围和规模标准规定》中规定的上述各类工程建设项目,包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,达到下列标准之一的,必须进行招标:①施工单项合同估算价在 200 万元人民币以上的;②重要设备、材料等货物的采购,单项合同估算价在 100 万元人民币以上的;③勘察、设计、监理等服务的采购,单项合同估算价在 50 万元人民币以上的;④单项合同估算价低于上述三项规定的标准,但项目总投资额在 3 000 万元人民币以上的。

### 3. 可以不进行招标的工程建设项目

《招标投标法》规定,涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况,不适宜进行招标的项目,按照国家有关规定可以不进行招标。

《招标投标法实施条例》还规定,除《招标投标法》规定可以不进行招标的特殊情况外,有下列情形之一的,可以不进行招标:(1)需要采用不可替代的专利或者专有技术;(2)采购人依法能够自行建设、生产或者提供;(3)已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供;(4)需要向原中标人采购工程、货物或者服务,否则将影响施工或者功能配套要求;(5)国家规定的其他特殊情形。

此外,对于依法必须招标的具体范围和规模标准以外的建设工程项目,可以不进行招标,采用直接发包的方式。

### 4. 建设工程招标方式

《招标投标法》规定,招标分为公开招标和邀请招标。

#### 1) 公开招标

公开招标是指招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或者其他组织投标。招标人是依法提出招标项目进行招标的法人或者其他组织。依法必须进行招标的项目的招标公告应当通过国家指定的报刊、信息网络或者其他媒介发布。

#### 2) 邀请招标

邀请招标是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。为了保证邀请招标的竞争性,《招标投标法》规定,招标人采用邀请招标方式的,应当向三个以上具备承担招标项目的的能力、资信良好的特定的法人或者其他组织发出投标邀请书。

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,对于应当公开招标的建设工程招标项目,有下列情形之一的,经批准可以进行邀请招标:①项目技术复杂或有特殊要求,只有少量几家潜在投标人可供选择的;②受自然地域环境限制的;③涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾,适宜招标但不宜公开招标的;④拟公开招标的费用与项目的价值相比,不值得的;⑤法律、法规规定不宜公开招标的。

### 5. 两阶段招标

对技术复杂或者无法精确拟定技术规格的项目,招标人可以分两阶段进行招标。第一阶段,投标人按照招标公告或者投标邀请书的要求提交不带报价的技术建议,招标人根据投标人提交的技术建议确定技术标准和要求,编制招标文件。第二阶段,招标人向在第一阶段提交技术建议的投标人提供招标文件,投标人按照招标文件的要求提交包括最终技术方案

和投标报价的投标文件。

### 3.2.2 招标基本程序

建设工程招标的基本程序主要包括：落实招标条件、委托招标代理机构、编制招标文件、发布招标公告或投标邀请书、资格审查、开标、评标、中标和签订合同等环节。

#### 1. 落实招标条件

《招标投标法》规定，招标项目按照国家有关规定需要履行项目审批手续的，应当先履行审批手续，取得批准。招标人应当有进行招标项目的相应资金或者资金来源已经落实，并应当在招标文件中如实载明。

《工程建设项目施工招标投标办法》进一步规定，依法必须招标的工程建设项目，应当具备下列条件才能进行施工招标：①招标人已经依法成立；②初步设计及概算应当履行审批手续的，已经批准；③招标范围、招标方式和招标组织形式等应当履行核准手续的，已经核准；④有相应资金或资金来源已经落实；⑤有招标所需的设计图纸及技术资料。

#### 2. 委托招标代理机构

《招标投标法》规定，招标人具有编制招标文件和组织评标能力的，可以自行办理招标事宜。任何单位和个人不得强制其委托招标代理机构办理招标事宜。依法必须进行招标的项目，招标人自行办理招标事宜的，应当向有关行政监督部门备案。

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。按照《招标投标法》的规定，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有符合该法定条件、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。

招标代理机构应当在招标人委托的范围内承担招标事宜。招标代理机构可以在其资格等级范围内承担下列招标事宜：①拟订招标方案，编制和出售招标文件、资格预审文件；②审查投标人资格；③编制标底；④组织投标人踏勘现场；⑤组织开标、评标，协助招标人定标；⑥草拟合同；⑦招标人委托的其他事项。

招标代理机构与行政机关和其他国家机关不得存在隶属关系或者其他利益关系，也不得无权代理、越权代理，不得明知委托事项违法而进行代理，招标代理机构不得接受同一招标项目的招标代理和投标咨询业务。未经招标人同意，不得转让招标代理业务。

#### 3. 编制招标文件

《招标投标法》规定，招标人应当根据招标项目的特点和需要编制招标文件。招标文件应当包括招标项目的技术要求、对投标人资格审查的标准、投标报价要求和评标标准等所有实质性要求和条件以及拟签订合同的主要条款。国家对招标项目的技术、标准有规定的，招标人应当按照其规定在招标文件中提出相应要求。

《招标投标法》还规定，招标文件不得要求或者标明特定的生产供应者以及含有倾向或者排斥潜在投标人的其他内容。招标人对已发出的招标文件进行必要的澄清或者修改的，应当在招标文件要求提交投标文件截止时间至少15日前，以书面形式通知所有招标文件收受人，该澄清或者修改的内容为招标文件的组成部分。

招标人应当确定投标人编制投标文件所需要的合理时间；但是，依法必须进行招标的项

目,自招标文件开始发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止,最短不得少于 20 日。

### 4. 发布招标公告或投标邀请书

招标公告应当载明招标人的名称和地址、招标项目的性质、数量、实施地点和时间以及获取招标文件的办法等事项。投标邀请书也应当载明招标人的名称和地址、招标项目的性质、数量、实施地点和时间以及获取招标文件的办法等事项。

招标人可以根据招标项目本身的要求,在招标公告或者投标邀请书中,要求潜在投标人提供有关资质证明文件和业绩情况,并对潜在投标人进行资格审查,招标人不得以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人,不得对潜在投标人实行歧视待遇。

招标人设有标底的,标底必须保密,招标人根据招标项目的具体情况,可以组织潜在投标人踏勘项目现场。

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,招标人应当按招标公告或者投标邀请书规定的时间、地点出售招标文件,自招标文件出售之日起至停止出售之日止,最短不得少于 5 个工作日。对招标文件的收费应当合理,不得以营利为目的。招标人在发布招标公告、发出投标邀请书后或者售出招标文件或资格预审文件后不得擅自终止招标。

### 5. 资格审查

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,资格审查分为资格预审和资格后审两种形式。资格预审是指在投标前对潜在投标人进行的资格审查。资格后审是指在开标后对投标人进行的资格审查。进行资格预审的,一般不再进行资格后审,但招标文件另有规定的除外。

采取资格预审的,招标人可以发布资格预审公告,在资格预审文件中载明资格预审的条件、标准和方法。采取资格后审的,招标人应当在招标文件中载明对投标人资格要求的条件、标准和方法。招标人不得改变载明的资格条件或者以没有载明的资格条件对潜在投标人或者投标人进行资格审查。

资格预审不合格的潜在投标人不得参加投标。资格后审不合格的投标人的投标应作废标处理。

### 6. 开标

《招标投标法》规定,开标应当在招标文件确定的提交投标文件截止时间的同一时间公开进行,开标地点应当为招标文件中预先确定的地点。

开标由招标人主持,邀请所有投标人参加。开标时,由投标人或者其推选的代表检查投标文件的密封情况,也可以由招标人委托的公证机构检查并公证。经确认无误后,由工作人员当众拆封,宣读投标人名称、投标价格和投标文件的其他主要内容。招标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前收到的所有投标文件,开标时都应当当众予以拆封、宣读。开标过程应当记录,并存档备查。

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,投标文件有下列情形之一的,招标人不予受理:①逾期送达的或者未送达指定地点的;②未按招标文件要求密封的。

### 7. 评标

《招标投标法》规定,评标由招标人依法组建的评标委员会负责。招标人应当采取必要

的措施,保证评标在严格保密的情况下进行。任何单位和个人不得非法干预、影响评标的过程和结果。

依法必须进行招标的项目,其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成,成员人数为5人以上单数,其中技术、经济等方面的专家不得少于成员总数的2/3。与投标人有利害关系的人不得进入相关项目的评标委员会。评标委员会成员的名单在中标结果确定前应当保密。

评标委员会应当按照招标文件确定的评标标准和方法,对投标文件进行评审和比较;设有标底的,应当参考标底。评标委员会完成评标后,应当向招标人提出书面评标报告,并推荐合格的中标候选人。评标委员会经评审,认为所有投标都不符合招标文件要求的,可以否决所有投标。依法必须进行招标的项目的所有投标被否决的,招标人应当依法重新招标。

招标项目设有标底的,招标人应当在开标时公布。标底只能作为评标的参考,不得以投标报价是否接近标底作为中标条件,也不得以投标报价超过标底上下浮动范围作为否决投标的条件。有下列情形之一的,评标委员会应当否决其投标:(1)投标文件未经投标单位盖章和单位负责人签字;(2)投标联合体没有提交共同投标协议;(3)投标人不符合国家或者招标文件规定的资格条件;(4)同一投标人提交两个以上不同的投标文件或者投标报价,但招标文件要求提交备选投标的除外;(5)投标报价低于成本或者高于招标文件设定的最高投标限价;(6)投标文件没有对招标文件的实质性要求和条件作出响应;(7)投标人有串通投标、弄虚作假、行贿等违法行为。

投标文件中有含义不明确的内容、明显文字或者计算错误,评标委员会认为需要投标人作出必要澄清、说明的,应当书面通知该投标人。投标人的澄清、说明应当采用书面形式,并不得超出投标文件的范围或者改变投标文件的实质性内容。评标委员会不得暗示或者诱导投标人作出澄清、说明,不得接受投标人主动提出的澄清、说明。

评标完成后,评标委员会应当向招标人提交书面评标报告和中标候选人名单。中标候选人应当不超过3个,并标明排序。评标报告应当由评标委员会全体成员签字。对评标结果有不同意见的评标委员会成员应当以书面形式说明其不同意见和理由,评标报告应当注明该不同意见。评标委员会成员拒绝在评标报告上签字又不书面说明其不同意见和理由的,视为同意评标结果。

## 8. 中标

《招标投标法》规定,招标人根据评标委员会提出的书面评标报告和推荐的中标候选人确定中标人。招标人也可以授权评标委员会直接确定中标人。

中标人确定后,招标人应当向中标人发出中标通知书,并同时 will 将中标结果通知所有未中标的投标人。中标通知书对招标人和中标人具有法律效力,中标通知书发出后,招标人改变中标结果的,或者中标人放弃中标项目的,应当依法承担法律责任。

《工程建设项目施工招标投标办法》还规定,招标人不得向中标人提出压低报价、增加工作量、缩短工期或其他违背中标人意愿的要求,不得以此作为发出中标通知书和签订合同的条件。



## 9. 签订合同

《招标投标法》规定,招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起 30 日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

为了防止出现“阴阳合同”,《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》中规定:“订立书面合同后 7 日内,中标人应当将合同送工程所在地的县级以上地方人民政府建设行政主管部门备案。”《最高人民法院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》第 21 条规定:“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”招标人与中标人另行签订合同的行为属违法行为,所签订的合同是无效合同。

### 案例

#### 一、背景

某重点工程项目计划于 2004 年 12 月 28 日开工,由于工程复杂,技术难度高,一般施工队伍难以胜任,业主自行决定采取邀请招标方式。于 2004 年 9 月 8 日向通过资格预审的 A、B、C、D、E 五家施工承包企业发出了投标邀请书。该五家企业均接受了邀请,并于规定时间 9 月 20~22 日购买了招标文件。招标文件中规定,10 月 18 日下午 4 时是招标文件规定的投标截止时间,11 月 10 日发出中标通知书。

在投标截止时间之前,A、B、D、E 四家企业提交了投标文件,但 C 企业于 10 月 18 日下午 5 时才送达,原因是中途堵车;10 月 21 日下午由当地招投标监督管理办公室主持进行了公开开标。

评标委员会成员共有 7 人组成,其中当地招投标监督管理办公室 1 人,公证处 1 人,招标人 1 人,技术经济方面专家 4 人。评标时发现 E 企业投标文件虽无法定代表人签字和委托人授权书,但投标文件均已由项目经理签字并加盖了公章。评标委员会于 10 月 28 日提出了评标报告。B、A 企业分别综合得分第一、第二名。由于 B 企业投标报价高于 A 企业,11 月 10 日招标人向 A 企业发出了中标通知书,并于 12 月 12 日签订了书面合同。

#### 二、问题

- (1)企业自行决定采取邀请招标方式的做法是否妥当?为什么?
- (2)C 企业和 E 企业投标文件是否有效?为什么?
- (3)请指出开标工作的不妥之处,说明理由。
- (4)请指出评标委员会成员组成的不妥之处。

#### 三、分析说明

(1)根据《招标投标法》第 11 条规定,省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目中不适宜公开招标的项目,要经过省、自治区、直辖市人民政府批准,方可进行邀请招标。因此,本案业主自行对省重点工程项目决定采取邀请招标的做法是不妥的。



(2)根据《招标投标法》第28条第2款规定,在招标文件要求提交投标文件的截止时间后送达的投标文件,招标人应当拒收。本案C企业的投标文件送达时间迟于投标截止时间,因此该投标文件应被拒收。

根据《招标投标法》和《评标委员会和评标方法暂行规定》,投标文件若没有法定代表人签字和加盖公章,则属于重大偏差。本案E企业投标文件没有法定代表人签字,项目经理也未获得委托人授权书,无权代表本企业投标签字,尽管有单位公章,仍属存在重大偏差,应作废标处理。

(3)根据《招标投标法》第34条规定,开标应当在投标文件确定的提交投标文件的截止时间公开进行。本案招标文件规定的投标截止时间是10月18日下午4时,但迟至10月21日下午才开标,是不妥之处一。根据《招标投标法》第35条规定,开标应由招标人主持,本案由属于行政监督部门的当地招投标监督管理办公室主持,是不妥之处二。

(4)根据《招标投标法》和《评标委员会和评标方法暂行规定》,评标委员会由招标人或其委托的招标代理机构熟悉相关业务的代表,以及有关技术、经济等方面的专家组成,并规定项目主管部门或者行政监督部门的人员不得担任评标委员会委员。一般而言公证处人员不熟悉工程项目相关业务,当地招投标监督管理办公室属于行政监督部门,显然招投标监督管理办公室人员和公证处人员担任评标委员会成员是不妥的。《招标投标法》还规定评标委员会技术、经济等方面的专家不得少于成员总数的2/3。本案技术、经济等方面的专家比例为4/7,低于规定的比例要求。

### 3.2.3 投标文件的法定要求和投标保证金

《招标投标法》规定,投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织。投标人应当具备承担招标项目的能力;国家有关规定对投标人资格条件或者招标文件对投标人资格条件有规定的,投标人应当具备规定的资格条件。

#### 1. 投标文件

##### 1) 投标文件的内容要求

《招标投标法》规定,投标人应当按照招标文件的要求编制投标文件。投标文件应当对招标文件提出的实质性要求和条件作出响应。招标项目属于建设施工项目的,投标文件的内容应当包括拟派出的项目负责人与主要技术人员的简历、业绩和拟用于完成招标项目的机械设备等。

投标文件一般包括下列内容:①投标函;②投标报价;③施工组织设计;④商务和技术偏差表。投标人根据招标文件载明的项目实际情况,拟在中标后将中标项目的部分非主体、非关键性工作进行分包的,应当在投标文件中载明。

响应招标文件的实质性要求是投标的基本前提。凡是不能满足招标文件中的任何一项实质性要求和条件的投标文件,都将被拒绝。实质性要求和条件主要是指招标文件中有关招标项目的价格、期限、技术规范、合同的主要条款等内容。

### 2) 投标文件的修改与撤回

《招标投标法》规定,投标人在招标文件要求提交投标文件的截止时间前,可以补充、修改或者撤回已提交的投标文件,并书面通知招标人。补充、修改的内容为投标文件的组成部分。

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,在提交投标文件截止时间后到招标文件规定的投标有效期终止之前,投标人不得补充、修改、替代或者撤回其投标文件。投标人补充、修改、替代投标文件的,招标人不予接受;投标人撤回投标文件的,其投标保证金将被没收。

### 3) 投标文件的送达

《招标投标法》规定,投标人应当在招标文件要求提交投标文件的截止时间前,将投标文件送达投标地点。招标人收到投标文件后,应当签收保存,不得开启。投标人少于3个的,招标人应当依法重新招标。在招标文件要求提交投标文件的截止时间后送达的投标文件,招标人应当拒收。

### 4) 投标有效期

投标有效期是从投标人提交投标文件截止之日起计算,一般应在招标文件中明确投标有效期天数。在此期限内,所有招标文件均保持有效。一般项目投标有效期是60~90天,大型项目是120天左右。

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,招标文件应当规定一个适当的投标有效期,以保证招标人有足够的时间完成评标和与中标人签订合同。

在原投标有效期结束前,出现特殊情况的,招标人可以书面形式要求所有投标人延长投标有效期。投标人同意延长的,不得要求或被允许修改其投标文件的实质性内容,但应当相应延长其投标保证金的有效期;投标人拒绝延长的,其投标失效,但投标人有权收回其投标保证金。因延长投标有效期造成投标人损失的,招标人应当给予补偿,但因不可抗力需要延长投标有效期的除外。

## 2. 投标保证金

投标保证金是指投标人按照招标文件的要求向招标人出具的,以一定金额表示的投标责任担保。其实质是为了避免因投标人在投标有效期内随意撤回、撤销投标或中标后不能提交履约保证金和签署合同等行为而给招标人造成损失。

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,招标人可以在招标文件中要求投标人提交投标保证金。投标人不按招标文件要求提交投标保证金的,该投标文件将被拒绝,作废标处理。

### 1) 投标保证金的形式与金额

《招标投标法实施条例》规定,招标人在招标文件中要求投标人提交投标保证金的,投标保证金不得超过招标项目估算价的2%。投标保证金有效期应当与投标有效期一致。依法必须进行招标的项目的境内投标单位,以现金或者支票形式提交的投标保证金应当从其基本账户转出。招标人不得挪用投标保证金。实行两阶段招标的,招标人要求投标人提交投标保证金的,应当在第二阶段提出。

### 2) 投标保证金的退还

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,招标人与中标人签订合同后5个工作日内,应当向未中标的投标人退还投标保证金。但是,有下列情形之一的,投标保证金将被没收:

①在提交投标文件截止时间后到招标文件规定的投标有效期终止之前,投标人撤回投标文件的;②中标通知书发出后,中标人放弃中标项目的,无正当理由不与招标人签订合同的,在

签订合同时向招标人提出附加条件或者更改合同实质性内容的,或者拒不提交所要求的履约保证金的。

### 案例

#### 一、背景

某投标人投标时,在投标截止时间前递交了投标文件,但投标保证金递交时间晚于投标截止时间三分钟送达。招标人均进行了受理,同意其投标文件参与开标。其他投标人对此提出异议,认为招标人违背了相关规定。

#### 二、问题

(1)招标人应怎样处理该份投标文件,投标保证金晚于投标截止时间三分钟送达,招标人是否可以接受?

(2)该投标人的投标文件是否有效?是否应为废标?

#### 三、分析说明

(1)本案中,该投标人的投标文件已经在投标截止时间前送达,招标人也进行了受理,故应依法在开标会议当众进行拆封、宣读。但是,由于投标保证金晚于投标截止时间三分钟送达,招标人对其投标保证金不能受理。

(2)本案中,该投标人的投标文件是在招标文件要求提交投标文件的截止时间前送达的,因而是有效投标文件。但是该投标人的投标保证金晚于投标截止时间三分钟送达,属于不按照招标文件要求提交投标保证金的情形。因而,该投标文件应被拒绝,作废标处理。

### 3.2.4 禁止投标人实施不正当竞争行为的规定

在建设工程招标投标活动中,投标人的不正当竞争行为主要是:投标人相互串通投标、投标人与招标人串通投标、投标人以行贿手段谋取中标、投标人以低于成本的报价竞标、投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假骗取中标。

#### 1. 投标人相互串通投标

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,下列行为均属投标人串通投标报价,应严厉禁止:①投标人之间相互约定抬高或降低投标报价;②投标人之间相互约定,在招标项目中分别以高、中、低价位报价;③投标人之间先进行内部竞价,内定中标人,然后再参加投标;④投标人之间的其他串通投标报价行为。

#### 2. 投标人与招标人串通投标

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,下列行为均属招标人与投标人串通投标,应严厉禁止:①招标人在开标前开启投标文件,并将投标情况告知其他投标人,或者协助投标人撤换投标文件,更改报价;②招标人向投标人泄露标底;③招标人与投标人商定,投标时压低或抬高标价,中标后再给投标人或招标人额外补偿;④招标人预先内定中标人;⑤其他串通投标行为。

### 3. 投标人以行贿手段谋取中标

投标人以行贿手段谋取中标是一种严重的违法行为,对其他参与竞争的投标人不公平,其法律后果是中标无效。同时,有关责任人和单位还要承担相应的行政责任或刑事责任;给他人造成损失的,还应当承担民事赔偿责任。

### 4. 投标人以低于成本的报价竞标

《反不正当竞争法》规定,经营者不得以排挤竞争对手为目的,以低于成本的价格销售商品。《招标投标法》则规定,投标人不得以低于成本的报价竞标。这是因为,低于成本的报价竞标不仅是不正当竞争行为,还容易导致中标后的偷工减料,影响工程质量。

### 5. 投标人以他人名义投标或以其他方式弄虚作假骗取中标

以他人名义投标,指投标人挂靠其他施工单位,或从其他单位通过转让或租借的方式获取资格或资质证书,或者由其他单位及其法定代表人在自己编制的投标文件上加盖印章和签字等行为。《反不正当竞争法》与《招标投标法》等法律法规都明令禁止这种以他人名义投标或以其他方式弄虚作假骗取中标的行为。

## 3.2.5 联合体投标的规定

### 1. 联合体投标的含义

联合体投标指的是某承包单位为了承揽不适于自己单独承包的工程项目而与其他单位联合,以一个投标人的身份去投标的行为。

《招标投标法》第31条规定,两个以上法人或者其他组织可以组成一个联合体,以一个投标人的身份共同投标。

### 2. 联合体各方资质条件

根据《招标投标法》第31条的规定,对联合体各方资质条件要求如下:①联合体各方均应当具备承担招标项目的相应能力;②国家有关规定或者招标文件对投标人资格条件有规定的,联合体各方均应当具备规定的相应资格条件;③由同一专业单位组成的联合体,按照资质等级较低的单位确定资质等级。

### 3. 共同投标协议

联合体各方应当签订共同投标协议,明确约定各方拟承担的工作和责任,并将共同投标协议连同投标文件一并提交招标人。

共同投标协议约定了组成联合体各成员单位在联合体中各自所承担的工作范围,这个范围的确定也为建设单位判断该成员单位是否具备相应的资格条件提供了依据。共同投标协议也约定了组成联合体各成员单位在联合体中所承担的各自的责任,这也为将来可能引发的纠纷的解决提供了必要的依据。所以,共同投标协议对于联合体投标这种投标的形式是非常必要的,也正是基于此,《工程建设项目施工招标投标办法》第50条将没有附有联合体各方共同投标协议的联合体投标确定为废标。

#### 1) 履行共同投标协议中约定的责任

共同投标协议中约定了联合体中各方应该承担的责任,各成员单位必须要按照该协议

的约定认真履行自己的义务,否则将对对方承担违约责任。

同时,共同投标协议中约定的责任承担也是各成员单位最终的责任承担方式。

#### 2)就中标项目承担连带责任

如果联合体中的一个成员单位没能按照合同约定履行义务,招标人可以要求联合体中任何一个成员单位承担不超过总债务的任何比例的债务,而该单位不得拒绝。该成员单位承担了被要求的责任后,有权向其他成员单位追偿其按照共同投标协议不应当承担的债务。

#### 3)不得重复投标

联合体各方签订共同投标协议后,不得再以自己名义单独投标,也不得组成新的联合体或参加其他联合体在同一项目中投标。

#### 4)不得随意改变联合体的构成

联合体参加资格预审并获通过的,其组成的任何变化都必须在提交投标文件截止之日前征得招标人的同意。如果变化后的联合体削弱了竞争,含有事先未经过资格预审或者资格预审不合格的法人或者其他组织,或者使联合体的资质降到资格预审文件中规定的最低标准以下,招标人有权拒绝。

#### 5)必须有代表联合体的牵头人

联合体各方必须指定牵头人,授权其代表所有联合体成员负责投标和合同实施阶段的主办、协调工作,并应当向招标人提交由所有联合体成员法定代表人签署的授权书。

联合体投标的,应当以联合体各方或者联合体中牵头人的名义提交投标保证金。以联合体中牵头人名义提交的投标保证金,对联合体各成员具有约束力。

## 案例

### 一、背景

某建设工程招标公告中,对投标人资格条件要求为:①主项资质为房屋建筑工程施工总承包二级及以上资质;②有三个及以上同类工程业绩,并在人员、设备、资金等方面具有相应的施工能力;③本次招标接受联合体投标。在招标公告发出后,包括甲、乙两公司在内的一些建筑公司都想参加此次投标。甲建筑公司具有房屋建筑工程施工总承包一级资质,且具有多个同类工程业绩;乙建筑公司具有房屋建筑工程施工总承包二级资质,但同类工程业绩较少。但甲建筑公司目前资金比较紧张,而乙建筑公司则担心由于自己的业绩一般,在投标中会处于劣势。因此,两公司协商组成联合体进行投标,在评标过程中,该联合体的资质等级被确定为房屋建筑工程施工总承包二级;评标办法中将资质等级列为一项计算得分的项目。根据评标办法中的计算方法,该联合体得分略低于另外一家一级资质投标人,遗憾地失去了中标机会。该联合体不服,就资质等级问题提出异议。甲公司认为中标的那家公司在以往业绩和业内影响等均不如本公司。

### 二、问题

(1)甲、乙两公司组成的联合体双方的权利义务是什么?



(2)法律对联合体投标的资格有何规定?联合体的资质等级如何确定?

### 三、分析说明

(1)甲、乙公司组成联合体去投标,双方应当签订共同投标协议,明确约定各方拟承担的工作和责任,并将共同投标协议连同投标文件一并提交招标人。若甲、乙公司联合体中标,则双方应当共同与招标人签订合同,就中标项目向招标人承担连带责任。

(2)《招标投标法》第31条规定:“联合体各方均应当具备承担招标项目的相应能力。国家有关规定或者招标文件对投标人资格条件有规定的,联合体各方均应当具备规定的相应资格条件。由同一专业的单位组成的联合体,按照资质等级较低的单位确定资质等级。”据此,甲、乙公司组成联合体,只能是按照相同专业资质等级较低的单位即乙公司的资质等级,确定为房屋建筑工程施工总承包二级资质。因此,按照该评标办法中的计算方法,其得分肯定会作相应减少。

## 3.2.6 中标的法定条件

### 1. 确定中标人

#### 1) 中标人的确定范围

《招标投标法》规定,招标人根据评标委员会提出的书面评标报告和推选的中标候选人确定中标人,招标人也可以授权评标委员会直接确定中标人。

《工程建设项目施工招标投标办法》进一步规定,招标人应当接受评标委员会推荐的中标候选人,不得在评标委员会推荐的中标候选人之外确定中标人。依法必须进行招标的项目,招标人应当确定排名第一的中标候选人为中标人。排名第一的中标候选人放弃中标,因不可抗力提出不能履行合同,或者招标文件规定应当提交履约保证金而在规定的期限内未能提交的,招标人可以确定排名第二的中标候选人为中标人。排名第二的中标候选人因前述规定的同样原因不能签订合同的,招标人可以确定排名第三的中标候选人为中标人。

#### 2) 中标人的确定条件

《招标投标法》规定,中标人的投标应当符合下列条件之一:①能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准;②能够满足招标文件的实质性要求,并且经评审的投标价格最低,但是投标价格低于成本的除外。

对于投标价格低于成本的认定,《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》规定,有下列情形之一的,评标委员会可以要求投标人作出书面说明并提供相关材料:①设有标底的,投标报价低于标底合理幅度的;②不设标底的,投标报价明显低于其他投标报价,有可能低于其企业成本的。该《管理办法》还规定,经评标委员会论证,认定该投标人的报价低于其企业成本的,不能推荐为中标候选人或者中标人。

#### 3) 中标人的确定期限和中标候选人公示

《工程建设项目施工招标投标办法》规定,评标委员会提出书面评标报告后,招标人一般应当在15日内确定中标人,但最迟应当在投标有效期结束日30个工作日前确定。

《招标投标法实施条例》规定,依法必须进行招标的项目,招标人应当自收到评标报告之

日起3日内公示中标候选人,公示期不得少于3日。对于拖延确定中标人、随意更换中标人、向中标人提出额外要求甚至无正当理由拒不与中标人签署合同的招标人,要依法予以处理。

## 2. 报告招标投标情况

《招标投标法》规定,依法必须进行招标的项目,招标人应当自确定中标人之日起15日内,向有关行政监督部门提交招标投标情况的书面报告。

《工程建设项目施工招标投标办法》进一步规定,依法必须进行施工招标的项目,招标人应当自发出中标通知书之日起15日内,向有关行政监督部门提交招标投标情况的书面报告,书面报告至少应包括下列内容:①招标范围;②招标方式和发布招标公告的媒介;③招标文件中投标人须知、技术条款、评标标准和方法、合同主要条款等内容;④评标委员会的组成和评标报告;⑤中标结果。

## 3. 履约保证金

《招标投标法》规定,招标文件要求中标人提交履约保证金的,中标人应当提交。

《工程建设项目施工招标投标办法》进一步规定,招标文件要求中标人提交履约保证金或者其他形式履约担保的,中标人应当提交;拒绝提交的,视为放弃中标项目。

招标人要求中标人提供履约保证金或其他形式履约担保的,招标人应当同时向中标人提供工程款支付担保。招标人不得擅自提高履约保证金,不得强制要求中标人垫付中标项目建设资金。

《招标投标法实施条例》规定,履约保证金不得超过中标合同金额的10%。标人应当按照合同约定履行义务,完成中标项目。

## 4. 招投标过程中的异议与投诉

### 1) 异议的规定

《招标投标法实施条例》规定,潜在投标人或者其他利害关系人对招标文件有异议的,应当在投标截止时间10日前提出。招标人应当自收到异议之日起3日内作出答复;作出答复前,应当暂停招标投标活动。

潜在投标人或者其他利害关系人对资格预审文件有异议的,应当在提交资格预审申请文件截止时间2日前提出。招标人应当自收到异议之日起3日内作出答复;出答复前,应当暂停招标投标活动。

投标人对开标有异议的,应当在开标现场提出,招标人应当当场作出答复,并制作记录。

投标人或者其他利害关系人对依法必须进行招标的项目的评标结果有异议的,应当在中标候选人公示期间提出。招标人应当自收到异议之日起3日内作出答复;作出答复前,应当暂停招标投标活动。

### 2) 投诉的规定

《招标投标法实施条例》规定,投标人或者其他利害关系人认为招标投标活动不符合法律、行政法规规定的,可以自知道或者应当知道之日起10日内向有关行政监督部门投诉。投诉应当有明确的请求和必要的证明材料。

但是,对资格预审文件、招标文件、开标以及对依法必须进行招标项目的评标结果有异议的,应当依法先向招标人提出异议,其异议答复期间不计算在以上规定的期限内。



测试

 思考练习

1. 建设工程发包有哪些方式？各适用于什么情况？
2. 建设工程的承包单位应当具备哪些基本条件？
3. 什么是建设工程总承包制度？总承包的方式有哪些？
4. 什么是共同承包制度？共同承包的前提条件有哪些？
5. 何谓违法分包？何谓转包？法律为什么要禁止违法分包和转包行为？
6. 必须招标的工程建设项目有哪些？
7. 我国的招标投标方式有哪几种？它们有什么主要的区别？
8. 工程建设项目招标代理机构的资格如何认定？
9. 招标文件一般应载明哪些主要内容？
10. 对潜在投标人或者投标人的资格审查内容主要有哪些方面？
11. 可以按废标处理的主要有哪些情形？
12. 什么情况下，招标人可以没收投标的投标保证金？
13. 投标有效期和投标保证金的有效期是如何规定的？二者之间有什么关联？