

2Z200000

全国二级建造师执业资格考试用书

建设工程法规及相关知识

● 全国二级建造师执业资格考试用书编写委员会 编写

中国建筑工业出版社

全国二级建造师执业资格考试用书

建设工程法规及相关知识

全国二级建造师执业资格考试用书编写委员会 编写

中国建筑工业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

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

全国二级建造师执业资格考试用书
ISBN 7-112-06525-9

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 095171 号

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

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

* * *

责任编辑: 封毅

责任设计: 孙梅

责任校对: 李志瑛 张虹

全国二级建造师执业资格考试用书

建设工程法规及相关知识

全国二级建造师执业资格考试用书编写委员会 编写

*

中国建筑工业出版社出版、发行 (北京西郊百万庄)

新华书店经销

北京二二〇七工厂印刷

*

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 7½ 字数: 180 千字

2004 年 10 月第一版 2005 年 10 月第七次印刷

印数: 310001—350000 册 定价: 30.00 元 (含光盘)

ISBN 7-112-06525-9

TU·5943 (11772)

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)

本社网址: <http://www.china-abp.com.cn>

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

请读者识别、监督:

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

全国二级建造师执业资格考试用书

编写委员会

名誉主任：金德钧 王素卿

主任委员：王早生

副主任委员：丁士昭 江见鲸 缪长江

委员：（按姓氏笔画排序）

丁士昭 王早生 王秀娟 王晓峥

王燕鸣 乌力吉图 石中柱 刘伊生

江见鲸 孙宗诚 杨卫东 李传德

李清立 李慧民 何佰洲 张之强

陈建平 赵泽生 贺 铭 贺永年

骆 涛 顾慰慈 徐义屏 唐 涛

唐江华 焦凤山 蔡耀恺 缪长江

办公室主任：缪长江

办公室副主任：王秀娟

成 员：张国鑫 杨智慧 魏智成 陈向阳

邢国飞

序

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

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

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

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

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

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

全国二级建造师执业资格考试用书编写委员会

2004年10月

全国二级建造师执业资格考试用书
《建设工程法规及相关知识》

编 写 委 员 会

主 编：丁士昭

编委委员：（以下按姓氏笔画为序）

丁士昭 王雪青 曲修山 刘伏生

孙继德 李启明 何佰洲 陈建国

沈朋研 林知炎 范运林

前 言

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

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

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

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

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

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

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

本书谬误之处在所难免,恳请提出宝贵意见为感。

目 录

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

2Z201000 建设工程法律制度

2Z201010 掌握建造师的基本条件、执业范围和执业要求

2Z201011 建造师基本条件

二级建造师的执业技术能力如下：

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

建造师必须定期接受继续教育，更新知识，不断提高业务水平。

2Z201012 建造师执业范围

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

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

上述第(3)条中的法律是指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件，例如，《中华人民共和国建筑法》由第八届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过，由中华人民共和国主席令第 91 号公布，属于法律的范畴。行政法规是指由国家最高行政机关即国务院所制定的规范性文件，《建设工程安全生产管理条例》由中华人民共和国国务院令第 393 号颁布，属于行政法规的范畴。行政法规和法规是两个不同的概念：法规包括行政法规和地方性法规。地方性法规是指省、自治区、直辖市以及省级人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要依法制定的在本行政区域内具有法律效力的规范性文件。《上海市建筑市场管理条例》由上海市第十届人民代表大会常务委员会第三十九次会议通过，属于地方性法规的范畴。

2Z201013 建造师执业要求

1. 建造师执业前提

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

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

申请注册的人员必须同时具备以下条件:

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

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

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

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

经注册的建造师有下列情况之一的,由原注册管理机构注销注册:

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

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

2. 建造师执业基本要求

建造师在工作中,必须严格遵守法律、法规和行业管理的各项规定,恪守职业道德。

3. 建造师执业专业划分

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

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

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

2Z201020 掌握民事法律与工程建设相关的基本知识

2Z201021 民事法律关系的构成要素

法律关系是指由法律规范调整一定社会关系而形成的权利与义务关系。法律关系是由

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

1. 民事法律关系主体

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

(1) 自然人

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

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

(2) 法人

法人与自然人相对,它是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人的存在必须具备如下几个条件:依法成立;有必要的财产或者经费;有自己的名称、组织机构和场所;能够独立承担民事责任。

依据法人是否具有营利性,把法人分为如下两大类。

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

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

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

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

(3) 其他组织

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

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

2. 民事法律关系客体

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

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

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

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

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

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

3. 民事法律关系的内容

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

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

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

2Z201022 民事法律关系的产生、变更与终止

1. 民事法律关系的产生

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

2. 民事法律关系的变更

民事法律关系的变更是指构成民事法律关系的三个要素发生变化。

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

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

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

3. 民事法律关系的终止

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

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

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

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

4. 法律事实

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

法律事实按是否包含当事人的意志分为两类。

(1) 事件

事件是指不以当事人意志为转移而产生的自然现象、社会现象等。

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

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

(2) 行为

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

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

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

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

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

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

2Z201023 民事法律行为的成立要件

1. 法律行为主体具有相应的民事权利能力和行为能力

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

2. 行为人意思表示真实

意思表示真实就是指行为人表现于外部的表示与其内在的真实意志相一致。

3. 行为内容合法

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

4. 行为形式合法

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

2Z201024 代理制度的基本内容

1. 代理的概念

代理是代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理

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

2. 代理的种类

代理有委托代理、法定代理和指定代理三种形式。

(1) 委托代理

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

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

在实际生活中,委托代理应注意下列问题:

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

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

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

(2) 法定代理

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

(3) 指定代理

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

3. 代理人在代理活动中应注意的几个问题

- (1) 代理人应在代理权限范围内进行代理活动;
- (2) 代理人应亲自进行代理活动;
- (3) 代理人应认真履行职责;
- (4) 不得滥用代理权。

4. 代理权的终止

由于代理的种类不同,代理关系终止的原因也不尽相同。

(1) 委托代理的终止

- ① 代理期限届满或代理事务完成;
- ② 被代理人取消委托或代理人辞去委托;
- ③ 代理人死亡或丧失民事行为能力;

④ 作为被代理人或代理人的法人组织终止。

(2) 法定代理或指定代理的终止

① 被代理人或代理人死亡；

② 代理人丧失行为能力；

③ 被代理人取得或恢复民事行为能力；

④ 指定代理的人民法院或指定单位取消指定；

⑤ 由于其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

2Z201025 财产权的基本内容

1. 债权

(1) 债的概念

债是按照合同约定或依照法律规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。

(2) 债与物权的区别

债与物权都是与财产有密切联系的法律关系，但它们却有着明显的不同。

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

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

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

(3) 债的发生根据

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

① 合同

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

② 侵权行为

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

③ 不当得利

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

④ 无因管理

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

⑤ 其他

除前述几种外, 遗赠、扶养、发现埋藏物等, 也是债的发生根据。

(4) 债的消灭

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

① 债因履行而消灭

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

② 债因抵销而消灭

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

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

③ 债因提存而消灭

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

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

④ 债因混同而消灭

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

⑤ 债因免除而消灭

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

⑥ 债因当事人死亡而解除

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

2. 物权

(1) 物权的概念

物权是民事主体依法对特定的物进行管理支配, 享有利益并排除他人干涉的权利。

(2) 物权的种类

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

① 根据物权的权利主体是否为财产的所有人划分。

自物权。又称所有权, 是指权利人对自已的所有物享有的物权。

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

置权等。

② 依据设立目的的不同划分。

用益物权。是指对他人所有物使用和收益的权利。外国民法规定的地上权、地役权、永佃权等，都是用益物权。我国《民法通则》规定的全民所有制企业经营权、国有土地使用权、采矿权等也属用益物权。

担保物权。是指为了担保债的履行而在债务人或第三人特定的物或权利上所设定的权利。如抵押权、质权、留置权等都是担保物权。

③ 按物权的客体是动产还是不动产划分。

动产物权。是指以能够移动的财产为客体的物权。如外国民法中规定的质权和我国《民法通则》中规定的留置权。

不动产物权。是指以土地、房屋等不动产为客体的物权。如外国民法规定的地上权、永佃权、地役权和我国《民法通则》中规定的土地使用权。

(3) 物权的保护方法

物权的保护方法有刑法、民法、行政法之分，这里仅介绍民法的保护方法。

① 请求确认物权

当物权归属不明或是发生争执时，当事人可以向法院提起诉讼，请求确认物权。请求确认物权包括请求确认所有权和请求确认他物权。

② 请求排除妨碍

当他人的行为非法妨碍物权人行使物权时，物权人可以请求妨碍人排除妨碍，也可请求法院责令妨碍人排除妨碍。排除妨碍的请求所有人、用益物权人都可行使。

③ 请求恢复原状

当物权的标的物因他人的侵权行为而遭受损坏时，如果能够修复，物权人可以请求侵权行为人加以修理以恢复物之原状。恢复原状的请求所有人、合法使用人都可以行使。

④ 请求返还原物

当所有人的财产被他人非法占有时，财产所有人或合法占有人，可以依照有关规定请求不法占有人返还原物，或请求法院责令不法占有人返还原物。

⑤ 请求损害赔偿

当他人侵害物权的行为造成物权人的经济损失时，物权人可以直接请求侵害人赔偿损失，也可请求法院责令侵害人赔偿损失。

3. 知识产权

知识产权又称为智慧财产权，是指人们对其智力劳动成果所享有的民事权利。

我国承认并以法律形式加以保护的主要知识产权为：

① 著作权；

② 专利权；

③ 商标权；

④ 商业秘密；

⑤ 其他有关知识产权。

知识产权四大基本特征如下：

- ① 具有人身权和财产权的双重性质;
- ② 专有性(独占性或排他性);
- ③ 地域性;
- ④ 时间性。

(1) 著作权法

著作权是指文学、艺术和科学作品的作者依法所享有的权利。著作权属于民事权利,是知识产权的组成部分。

著作权作为一种财产权,其法律性质和特征既不同于作为普通财产权的物权和债权,也和作为知识产权的另一部分的工业产权有区别。

著作权的主体包括作者与著作权人;合作作品的著作权人;职务作品著作权人;编辑作品的著作权人;委托作品的著作权人;视听作品的著作权人。

著作权的客体就是著作权法的保护对象,著作权是基于作品而发生的民事权利。作品指文学、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。著作权法保护的作品表现形式有:文字作品;口述作品;音乐作品;戏剧作品;曲艺作品;舞蹈作品;杂技艺术作品;美术作品;建筑作品;摄影作品;电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品;图形作品;模型作品。

侵犯著作权是指公民或法人等未经著作权人许可,擅自使用其著作权的行为。根据著作权法的规定,实施侵犯著作权的行为应当承担相应的法律责任,我国著作权法对侵犯著作权行为规定有民事责任、行政责任和刑事责任制度。

(2) 专利法

专利权是指国家专利主管机关依法授予专利申请人及其继承人在一定期间内实施其发明创造的独占权。专利是指对于公开的发明创造所享有的独占权。

专利法就是国家制定的用以调整因确认发明创造的所有权和因发明创造的利用而产生的各种社会关系的法律规范的总称。

专利制度是国际上通行的一种利用法律和经济的手段保护和鼓励发明创造,推动技术进步的管理制度。

专利权的主体包括发明人或设计人;社会组织;合法受让人;外国人与外国组织。

专利权的客体包括发明、实用新型、外观设计。

专利权的保护包括专利权保护范围的确定和专利侵权行为的确定。专利纠纷的解决包括请求地方专利管理机关调解和向人民法院起诉。

(3) 商标法

商标是生产经营者在其生产、制造、加工、拣选或者经销的商品或者服务上采用的,区别商品或者服务来源的,由文字、图形或者其组合构成的,具有显著特征的标志。

商标权的主体是企业、事业单位和个体工商户,自然人也可以为商标权主体。

商标权的客体是商标。

商标侵权及其法律责任包括:非法使用他人注册商标的;销售明知是假冒他人注册商标的商品的;伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的商标标识的;给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为。由工商行政管理机关或人民法院严格依照商标法及其实施细则的规定处理。

2Z201026 诉讼时效的有关规定

1. 时效的概念

时效是指一定事实状态在法律规定期间内的持续存在,从而产生与该事实状态相适应的法律效力。时效一般可分为取得时效和消灭时效。

关于时效,《中华人民共和国民事诉讼法》作了专门规定。在我国只承认消灭时效制度,不承认取得时效制度。消灭时效就是我们所说的诉讼时效。

2. 诉讼时效的概念

诉讼时效是指权利人在法定期间内,未向人民法院提起诉讼请求保护其权利时,法律规定消灭其胜诉权的制度。

3. 诉讼时效的效力

(1) 胜诉权消灭

民法通则第135条规定,向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年,法律另有规定的除外。法律规定中,将诉讼时效期间届满所消灭的权利限定为是“向人民法院请求保护”的民事权利,即诉讼时效期间届满时,权利人丧失的是胜诉权,而非实体权利。

(2) 实体权利不消灭

民法通则第138条规定,超过诉讼时效期间,当事人自愿履行的,不受诉讼时效限制。债务人自愿履行义务后,不得请求返还。

4. 诉讼时效的种类

(1) 普通诉讼时效

向人民法院请求保护民事权利的期间。普通诉讼时效期间通常为2年。

(2) 短期诉讼时效

下列诉讼时效期间为1年:

- 身体受到伤害要求赔偿的;
- 延付或拒付租金的;
- 出售质量不合格的商品未声明的;
- 寄存财物被丢失或损毁的。

(3) 特殊诉讼时效

法律对诉讼时效另有规定的,依照法律规定。例如《中华人民共和国合同法》第129条规定“因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为四年,自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。”

(4) 权利的最长保护期限

诉讼时效期间从知道或应当知道权利被侵害时起计算。但是,从权利被侵害之日起超过20年的,人民法院不予保护。这就是说,权利人不知道或不能知道权利已被侵害,自权利被侵害之日起经过20年的,其权利也失去法律的强制性保护。

5. 诉讼时效的起算

诉讼时效的起算,也即诉讼时效期间的开始,它是从权利人知道或应当知道其权利受到侵害之日起开始计算,即从权利人能行使请求权之日开始算起。

6. 诉讼时效的中止

诉讼时效的中止是指在时效进行中,因一定法定事由的出现,阻碍权利人提起诉讼,法律规定暂时中止诉讼时效期间的计算,待阻碍诉讼时效的法定事由消失后,诉讼时效继续进行,累计计算。我国《民法通则》第139条规定,在诉讼时效期间的最后六个月,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止。从中止诉讼时效的原因消除之日起,诉讼时效期间继续计算。

7. 诉讼时效的中断

诉讼时效的中断是指在时效进行中,因一定法定事由的发生,阻碍时效的进行,致使以前经过的诉讼时效期间统归无效,待中断事由消除后,其诉讼时效期间重新计算。我国《民法通则》第140条规定,诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起,诉讼时效期间重新计算。

2Z201030 掌握建筑法关于施工许可的主要内容

2Z201031 施工许可制度

建设单位必须在建设工程立项批准后,工程发包前,向建设行政主管部门或其授权的部门办理报建登记手续。未办理报建登记手续的工程,不得发包,不得签订工程合同。新建、扩建、改建的建设工程,建设单位必须在开工前向建设行政主管部门或其授权的部门申请领取建设工程施工许可证。未领取施工许可证的,不得开工。已经开工的,必须立即停止,办理施工许可证手续。否则由此引起的经济损失由建设单位承担责任,并视违法情节,对建设单位作出相应处罚。

《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)第7条规定:“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。”

1999年10月15日建设部令第71号发布,并于2001年7月4日重新修订的《建筑工程施工许可管理办法》第2条规定:“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(以下简称发证机关)申请领取施工许可证。”

工程投资额在30万元以下或者建筑面积在300平方米以下的建筑工程,可以不申请办理施工许可证。省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门可以根据当地的实际情况,对限额进行调整,并报国务院建设行政主管部门备案。”

2Z201032 申请领取施工许可证的条件

1. 《建筑法》关于申请领取施工许可证的条件

《建筑法》第8条规定,申请领取施工许可证应具备下列条件:

- (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。

2. 《建筑工程施工许可管理办法》关于申请领取施工许可证的条件

《建筑工程施工许可管理办法》第4条规定:建设单位申请领取施工许可证,应当具备下列条件,并提交相应的证明文件:

- (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,已经取得建设工程规划许可证。
- (3) 施工场地已经基本具备施工条件,需要拆迁的,其拆迁进度符合施工要求。
- (4) 已经确定施工企业。按照规定应该招标的工程没有招标,应该公开招标的工程没有公开招标,或者肢解发包工程,以及将工程发包给不具备相应资质条件的,所确定的施工企业无效。
- (5) 有满足施工需要的施工图纸及技术资料,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。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的专项质量、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。
- (7) 按照规定应该委托监理的工程已委托监理。
- (8) 建设资金已经落实。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。

2Z201033 施工许可证的颁发和管理

1. 申请办理施工许可证的程序

- (1) 建设单位向发证机关领取《建筑工程施工许可证申请表》。
- (2) 建设单位持加盖单位及法定代表人印鉴的《建筑工程施工许可证申请表》,并附规定的证明文件,向发证机关提出申请。
- (3) 发证机关在收到建设单位报送的《建筑工程施工许可证申请表》和所附证明文件后,对于符合条件的,应当自收到申请之日起15日内颁发施工许可证;对于证明文件不齐全或者失效的,应当限期要求建设单位补正,审批时间可以自证明文件补正齐全后作相应顺延;对于不符合条件的,应当自收到申请之日起15日内书面通知建设单位,并说明理由。

建筑工程在施工过程中,建设单位或者施工单位发生变更的,应当重新申请领取施工许可证。

2. 施工许可证的管理

- (1) 建设单位申请领取施工许可证的工程名称、地点、规模,应当与依法签订的施工

承包合同一致。施工许可证应当放置在施工现场备查。

(2) 施工许可证不得伪造和涂改。建设单位申请领取施工许可证的工程名称、地点、规模,应当与依法签订的施工承包合同一致。

3. 领取施工许可证后的规定

(1) 建设单位应当自领取施工许可证之日起三个月内开工。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,每次不超过三个月。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) 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。建筑工程恢复施工时,应当向发证机关报告;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。

(3) 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六个月的,应当重新办理开工报告的批准手续。

2Z201034 未领取施工许可证擅自开工的法律责任

违反《建筑法》规定,未取得施工许可证或者开工报告未经批准擅自施工的,责令改正,对不符合开工条件的责令停止施工,可以处以罚款。

2001年7月4日《建设部关于修改〈建筑工程施工许可管理办法〉的决定》规定,对于未取得施工许可证或者为规避办理施工许可证将工程项目分解后擅自施工的,由有管辖权的发证机关责令改正,对于不符合开工条件的责令停止施工,并对建设单位和施工单位分别处以罚款。

所处罚款,法律、法规有幅度规定的从其规定。无幅度规定的,有违法所得的处5000元以上30000元以下的罚款,没有违法所得的处5000元以上10000元以下的罚款。

2Z201040 掌握建筑法关于建筑工程发承包的主要内容

2Z201041 承揽工程的有关规定

(1) 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。

(2) 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。联合共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。

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(同一专业)的单位的业务许可范围承揽工程。

2Z201042 分包工程的有关规定

(1) 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。

(2) 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；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。实行施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。

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。

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。禁止分包单位将其承包的工程再分包。

2Z201043 工程发包与承包法律责任的规定

(1) 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，或者违反《建筑法》规定将建筑工程肢解发包的，责令改正，处以罚款。

承包单位超越本单位资质等级承揽工程的，责令停止违法行为，处以罚款，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；有违法所得的，予以没收。

未取得资质证书承揽工程的，予以取缔，并处罚款；有违法所得的，予以没收。

以欺骗手段取得资质证书的，吊销资质证书，处以罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

(2) 建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，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。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。

(3) 承包单位将承包的工程转包的，或者违反《建筑法》规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。

承包单位有前款规定的违法行为的，对因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准造成的损失，与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。

(4) 在工程发包与承包中索贿、受贿、行贿，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，分别处以罚款，没收贿赂的财物，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处分。

对在工程承包中行贿的承包单位，除依照前款规定处罚外，可以责令停业整顿，降低资质等级或者吊销资质证书。

2Z201050 掌握建筑法关于建设工程监理的主要内容

2Z201051 建设工程监理的依据和内容

1. 建设工程监理的基本规定

国家推行建设工程监理制度。国务院可以规定实行强制监理的建筑工程的范围。

实行监理的建筑工程，由建设单位委托具有相应资质条件的工程监理单位监理。建设单位与其委托的工程监理单位应当订立书面委托监理合同。

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。

2. 工程建设监理的依据

- ① 有关法律、行政法规、规章以及标准、规范;
- ② 有关工程建设文件;
- ③ 建设单位委托监理合同以及有关的建设工程合同。

建筑工程监理应当依照法律、行政法规及有关的技术标准、设计文件和建筑工程承包合同,对承包单位在施工质量、建设工期和建设资金使用等方面,代表建设单位实施监督。工程监理单位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。工程监理单位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。

3. 工程建设监理的内容

工程监理的主要内容可以概括为:“三控制、两管理、一协调”。“三控制”是指工程监理对建设工程的投资、工期和质量进行控制。“两管理”是指建设工程监理对建设工程进行的合同管理、信息管理。“一协调”是指建设工程监理要协调好与有关单位的工作关系。

此外,根据《建设工程安全生产管理条例》及相关法律、法规的规定,安全管理也是监理工作的重要工作内容。

2Z201052 对建设工程监理单位的限制性规定

国家对工程监理单位实行资质许可制度。《建设工程质量管理条例》第34条第1款规定:“工程监理单位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担工程监理业务。”同时,该条还规定:“禁止工程监理单位超越本单位资质等级许可的范围或者以其他工程监理单位的名义承担工程监理业务。禁止工程监理单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承担工程监理业务。工程监理单位不得转让工程监理业务。”

根据《中华人民共和国建筑法》、《建设工程质量管理条例》,建设部于2001年8月29日颁布了建设部令第102号《工程监理企业资质管理规定》,规定工程监理企业应当按照其拥有的注册资本、专业技术人员和工程监理业绩等资质条件申请资质,经审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事工程监理活动。工程监理企业的资质等级分为甲级、乙级和丙级,并按照工程性质和技术特点划分为若干工程类别。

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。工程监理单位应当根据建设单位的委托,客观、公正地执行监理任务。工程监理单位与被监理工程的承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位不得有隶属关系或者其他利害关系。

工程监理单位不得转让工程监理业务。

2Z201053 建设工程监理单位的法律责任

工程监理单位与建设单位或者建筑施工企业串通,弄虚作假、降低工程质量的,责令改正,处以罚款,降低资质等级或者吊销资质证书;有违法所得的,予以没收;造成损失的,承担连带赔偿责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

工程监理单位转让监理业务的，责令改正，没收违法所得，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。

2Z201060 掌握招标投标法关于招标的主要规定

2Z201061 招标投标活动的基本原则

《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《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”。这些原则是招标投标活动的基本准则。

1. 公开原则

招标投标活动的公开原则首先要求招标活动的信息要公开。

采用公开招标方式的，应当发布招标公告。依法必须进行招标的项目的招标公告，必须通过国家指定的报刊、信息网络或者其他公共媒介发布。无论是招标公告、资格预审公告，还是投标邀请书，都应当载明可供潜在投标人决定是否参加投标竞争所需要的信息。

另外，开标的程序、评标标准和程序、中标结果等都应当公开。

但是，信息的公开也是相对的，对于一些需要保密的事项是不可以公开的。例如，评标委员会成员的名单在确定中标结果之前就不可以公开。

2. 公平原则

招标投标活动的公平原则，要求招标人或评标委员会严格按照规定的条件和程序办事，平等地对待每一个投标竞争者，不得对不同的投标竞争者采用不同的标准。招标人不得以任何方式限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标。

3. 公正原则

在招标投标活动中招标人或评标委员会行为应当公正。对所有的投标竞争者都应平等对待，不能有特殊。特别是在评标时，评标标准应当明确、严格，对所有在投标截止日期以后送到的投标书都应拒收，与投标人有利害关系的人员都不得作为评标委员会的成员。招标人和投标人双方在招标投标活动中的地位平等，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对方。

公正的原则与公平的原则有共同点也有不同点。其共同之处在于创造一个公平合理、平等竞争的投标机会。其不同之处在于二者的着眼点不同，公平原则更侧重于从投标者的角度出发，考察是不是所有的投标人都处于同一个起跑线上。而公正原则更侧重于从招标人和评标委员会的角度出发，考察是不是对每一个投标人都给予了公正的待遇。

4. 诚实信用原则

诚实信用是民事活动的一项基本原则，招标投标活动是以订立采购合同为目的的民事活动，当然也适用这一原则。诚实信用原则要求招标投标各方都要诚实守信，不得有欺骗、背信的行为。例如，在投标的过程中，如果投标人假借别的企业的资质，弄虚作假来投标即违反了这一原则。由于招标投标的活动是处于订立合同的过程中，按照《中华人民共和国合同法》的规定，如果一方在订立合同的过程中违背了诚实信用的原则并给对方造成了实际的损失，责任方将承担缔约过失责任。

2Z201062 建设工程项目招标范围和规模标准的规定

1. 工程建设项目招标范围

(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。

根据原国家发展计划委员会 2000 年 5 月 1 日发布的第 3 号令《工程建设项目招标范围和规模标准规定》，关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目的范围包括：

- ① 煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源项目；
- ② 铁路、公路、管道、水运、航空以及其他交通运输业等交通运输项目；
- ③ 邮政、电信枢纽、通信、信息网络等邮电通讯项目；
- ④ 防洪、灌溉、排涝、引(洪)水、滩涂治理、水土保持、水利枢纽等水利项目；
- 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、公共停车场等城市设施项目；

⑥ 生态环境保护项目；

⑦ 其他基础设施项目。

关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：

- 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、旅游等项目；
- ④ 卫生、社会福利等项目；
- ⑤ 商品住宅，包括经济适用住房；
- ⑥ 其他公用事业项目。

(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资金的项目。

2. 工程建设项目招标规模标准

《工程建设项目招标范围和规模标准规定》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第(1)、(2)、(3)项规定的标准，但项目总投资额在 3000 万元人民币以上的。

3. 可以不进行招标的项目范围

《招标投标法》第 66 条规定：“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，按照国家规定可以不进行招标。”

《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第 8 条还规定：“建设项目的勘察、设计采用特定专利或者专有技术的，或者其建筑艺术造型有特殊要求的，经项目主管部门批准，可以不进行招标。”

2003年3月8日国家发展和改革委员会等7部委令第38号发布的《工程建设项目施工招标投标办法》第12条规定下列项目可不进行招标：

- (1) 涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾而不适宜招标的；
- (2) 属于利用扶贫资金实行以工代赈需要使用农民工的；
- (3) 施工主要技术采用特定的专利或者专有技术的；
- (4) 施工企业自建自用的工程，且该施工企业资质等级符合工程要求的；
- (5) 在建工程追加的附属小型工程或者主体加层工程，原中标人仍具备承包能力的；
- (6) 法律、行政法规规定的其他情形。

2Z201063 招标程序

1. 成立招标组织，由建设单位自行招标或委托招标

应当招标的工程建设项目在办理报建登记手续后，已满足招标条件的，均应成立招标组织，组织招标，办理招标事宜。根据招标人是否具有招标的条件与能力，可以将组织招标分为自行招标和委托招标两种情况。

(1) 招标人自行招标

由于建设工程招标是一项经济性、技术性很强的专业活动，因此，招标人自己组织招标，应具备一定的条件。在满足一定条件后，可以自行招标。

(2) 招标人委托招标

招标人不具备自行招标能力的，应当委托具备相应资质的招标代理机构代为办理招标事宜。《招标投标法》第12条规定：“招标人有权自行选择招标代理机构，委托其办理招标事宜。任何单位和个人不得以任何方式为招标人指定招标代理机构。”

(3) 招标备案手续

《招标投标法》第12条规定：“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。”

(4) 招标申请

计划招标的项目在招标之前需要进行招标申请。招标申请书是招标人向政府主管机构提交的要求开始组织招标、办理招标事宜的一种文书。其主要内容包括：招标单位的资质、招标工程具备的条件、拟采用的招标方式和对投标人的要求等。

2. 编制招标文件和标底

(1) 招标文件的内容

《招标投标法》第19条规定：“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。

招标项目需要划分标段、确定工期的，招标人应当合理划分标段、确定工期，并在招标文件中载明。”

在具体实践中，工程建设项目种类和招投标活动实施的阶段不同，招标文件的内容也不同。

《工程建设项目施工招标投标办法》第24条规定,招标人应根据施工招标项目的特点和需要编制招标文件。招标文件一般包括下列内容:投标邀请书;投标人须知;合同主要条款;投标文件格式;采用工程量清单招标的,应当提供工程量清单;技术条款;设计图纸;评标标准和方法;投标辅助材料。

(2) 编制招标文件应当注意的事项

- ① 招标文件的编制应遵循公平原则;
- ② 招标文件的内容应当完备、准确;
- ③ 如果设有标底,招标人须对标底保密;
- ④ 不得随意变更修改已经发售的招标文件。

3. 发布招标公告或发出投标邀请书

(1) 发布招标公告

《招标投标法》第16条规定:“招标人采用公开招标方式的,应当发布招标公告。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) 发出投标邀请书

① 受邀单位的数量和资质。《招标投标法》第17条第1款规定:“招标人采用邀请招标方式,应当向三个以上具备承担招标项目的能力、资信良好的特定的法人或者其他组织发出投标邀请书。”根据上述规定,采用邀请招标的方式,除对受邀单位的数量有强制性规定以外,更重要的是对受邀单位的能力、资信的限定。

② 投标邀请书的内容。根据《招标投标法》第17条第2款规定,投标邀请书的内容包括以下事项: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。

4. 对投标单位进行资质审查,并将审查结果通知各申请投标者

《招标投标法》第18条规定:“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;国家对投标人的资格条件有规定的,依照其规定。”

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。”

资格预审文件一般应当包括资格预审申请书格式、申请人须知,以及需要投标申请人提供的企业资质、业绩、技术装备、财务状况和拟派出的项目经理与主要技术人员的简历、业绩等证明材料。

经资格预审后,招标人应当向资格预审合格的投标申请人发出资格预审合格通知书,告知获取招标文件的时间、地点和方法,并同时向资格预审不合格的投标申请人告知资格预审结果。

在资格预审合格的投标申请人过多时,可以由招标人从中选择不少于7家资格预审合格的投标申请人。

《工程建设项目施工招标投标办法》第19条规定:经资格预审后,招标人应当向资格预审合格的潜在投标人发出资格预审合格通知书,告知获取招标文件的时间、地点和方法,并同时向资格预审不合格的潜在投标人告知资格预审结果。资格预审不合格的潜在投

标人不得参加投标。经资格预审不合格的投标人的投标应作废标处理。

5. 发售招标文件

招标文件、图纸和有关技术资料发放给通过资格预审获得投标资格的投标单位。不进行资格预审的，发放给愿意参加投标的单位。投标单位收到招标文件、图纸和有关资料后，应当认真核对，核对无误后以书面形式予以确认。

《工程建设项目施工招标投标办法》第15条规定，对招标文件或者资格预审文件的收费应当合理，不得以营利为目的。对于所附的设计文件，招标人可以向投标人酌收押金；对于开标后投标人退还设计文件的，招标人应当向投标人退还押金。

6. 组织投标单位踏勘现场，并对招标文件答疑

《招标投标法》第21条规定：“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。”

(1) 招标人工作

招标文件发售，招标人要在招标文件规定的时间内组织投标人踏勘现场并对潜在投标人针对招标文件及现场提出的问题进行答疑。招标人组织投标人进行踏勘现场的主要目的是让投标人了解工程现场和周围环境情况，获取必要的信息。

(2) 投标人工作

投标人拿到招标文件后，应进行全面细致的调查研究。若有疑问或不清楚的问题需要招标人予以澄清和解答的，应在收到招标文件后的一定期限内以书面形式向招标人提出。为获取与编制投标文件有关的必要的信息，投标人要按照招标文件中注明的现场踏勘和投标预备会的时间和地点，积极参加现场踏勘和投标预备会。

投标人在去现场踏勘之前，应先仔细研究招标文件有关概念的含义和各项要求，特别是招标文件中的工作范围、专用条款以及设计图纸和说明等，然后有针对性地拟订出踏勘提纲，确定重点需要澄清和解答的问题，做到心中有数。

(3) 对投标人疑问的解答

投标人对招标文件或者在现场踏勘中如果有疑问或有不清楚的问题，应当用书面的形式要求招标人予以解答。招标人收到投标人提出的疑问或不清楚的问题后，应当给予解释和答复，并将解答同时发给所有获取招标文件的投标人。

7. 确定投标人编制投标文件所需要的合理时间

《招标投标法》第24条规定：“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。”

8. 签收投标文件

为了保证招标投标活动的公正和有序，招标人签收投标文件必须严格遵守法律的规定。

《招标投标法》第28条还规定，招标人收到投标文件后，应当签收保存，不得开启。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。

《工程建设项目施工招标投标办法》第38条规定，投标人应当在招标文件要求提交投标文件的截止时间前，将投标文件密封送达投标地点。招标人收到投标文件后，应当向投标人出具标明签收人和签收时间的凭证，在开标前任何单位和个人不得开启投标文件。

提交投标文件的投标人少于3个的，招标人应当依法重新招标。重新招标后投标人仍少于3个的，属于必须审批的工程建设项目，报经原审批部门批准后可以不再进行招标；其他工程建设项目，招标人可自行决定不再进行招标。

2Z201064 招标人的法律责任

(1) 必须进行招标的项目而不招标的，将必须进行招标的项目化整为零或者以其他方式规避招标的，责令限期改正，可以处项目合同金额5%以上10%以下的罚款；对全部或者部分使用国有资金的项目，可以暂停项目执行或者暂停资金拨付；对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

(2) 招标人以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人的，对潜在投标人实行歧视待遇的，强制要求投标人组成联合体共同投标的，或者限制投标人之间竞争的，责令改正，可以处1万元以上5万元以下的罚款。

(3) 依法必须进行招标的项目的招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况的，或者泄露标底的，给予警告，可以并处1万元以上10万元以下的罚款；对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。上述所列行为影响中标结果的，中标无效。

(4) 依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的，给予警告，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。上述所列行为影响中标结果的，中标无效。

(5) 招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的，依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的，中标无效。责令改正，可以处中标项目金额5%以上10%以下的罚款；对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

(6) 招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，责令改正；可以处中标项目金额5%以上10%以下的罚款。

2Z201070 掌握招标投标法关于投标的主要规定

2Z201071 投标的要求和程序

1. 投标人的资格要求

投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织。《招标投标法》第26条规定：“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。”

2. 投标程序

(1) 组织投标机构

投标人应建立一个精干高效的投标工作机构。投标工作机构在平时要注意投标信息资料的收集与分析，研究投标策略。当有招标项目时，则承担起选择投标对象，研究招标文

件和勘查现场，确定投标报价，编制投标文件等工作，中标后负责或参与合同谈判、合同条款的起草及合同的签订等工作。

(2) 编制投标文件

经过现场踏勘和投标预备会后，投标人可以着手编制投标文件。投标人在编制投标文件时，应遵守下列要求和步骤：

- ① 结合现场踏勘和投标预备会的结果，进一步分析招标文件；
- ② 校核招标文件中的工程量清单；
- ③ 根据工程类型编制施工规划或施工组织设计；
- ④ 根据工程价格构成进行工程估价，确定利润方针，计算和确定报价；
- ⑤ 形成投标文件。

《工程建设项目施工招标投标办法》第36条规定：“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。”

投标文件一般包括下列内容：

- 投标函；
- 投标报价；
- 施工组织设计；
- 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编制投标文件，拟在中标后将中标项目的部分非主体、非关键性工作分包的，应当在投标文件中载明。

(3) 提交投标文件

投标文件的送达是整个招标投标活动中一项重要的法律行为，与投标人的利益密切相关。投标人在送达投标文件时应注意以下事项。

- ① 投标截止日期前送达投标文件；
- ② 要求招标人签收投标文件；
- ③ 投标文件的补充、修改和撤回。

《招标投标法》第29条规定：“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。”

在投标过程中，如果投标人投标后，发现在投标文件中存在有严重错误或者因故改变主意，可以在投标截止时间前撤回已提交的投标文件，也可以修改、补充投标文件，这是投标人的法定权利。

撤回投标文件的书面通知应当在投标截止时间之前送达，投标人在投标截止日期后修改或撤回投标文件的，招标人有权没收其投标保证金。

3. 投标担保

(1) 投标担保的概念

投标担保，是指招标人为防止投标人不审慎进行投标活动而设定的一种担保形式。因为招标人不希望投标人在投标有效期内随意撤回标书或中标后不能提供履约保证和签署合同。

(2) 投标担保的形式和有效期限

《工程建设项目施工招标投标办法》第36条规定：“招标人可以在招标文件中要求投标人提交投标保证金。投标保证金除现金外，可以是银行出具的银行保函、保兑支票、银行汇票或现金支票。

投标保证金一般不得超过投标总价的2%，但最高不得超过80万元人民币。投标保证金有效期应当超出投标有效期30天。

投标人应当按照招标文件要求的方式和金额，将投标保证金随投标文件提交给招标人。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。”

(3) 投标保证金被没收的几种情形

① 投标人在投标有效期内撤回其投标文件；

② 中标人未能在规定期限内提交履约保证金或签署合同协议。

2Z201072 联合体投标

《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。”

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。具体体现在以下三个方面：

(1) 联合体各方均应具有承担招标项目必备的条件如相应的人力、物力、资金等；

(2) 国家或招标文件对招标人资格条件有特殊要求的，联合体各个成员都应当具备规定的相应资格条件；

(3) 同一专业的单位组成的联合体，应当按照资质等级较低的单位确定联合体的资质等级。如在三个投标人组成的联合体中，有一个是甲级资质等级，另两个是乙级资质等级，则联合体资质只能定为乙级。

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。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。所谓连带责任，是指在同一债权债务关系中两个以上的债务人中，任何一债务人都负有向债权人履行债务的义务。债权人可以向其中任何一个或者多个债务人请求履行债务，可以请求部分履行，也可以请求全部履行，负有连带责任债务人不得以债务人之间对债务分担比例有约定来拒绝部分或全部履行债务。连带债务人中一个或者多人履行了全部债务后，其他连带债务人对债权人的履行义务即行解除。但是，对连带债务人内部关系而言，根据其内部约定，债务人清偿债务超过其应承担份额的，有权向其他连带债务人追偿。

在工程实践中，尤其是在国际工程承包中，联合投标是实现不同投标人优势互补，跨越地区和国家市场屏蔽的有效方式。

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。

《工程建设项目施工招标投标办法》第43条规定：“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。”

《工程建设项目施工招标投标办法》第44条规定：“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。”

《工程建设项目施工招标投标办法》第45条规定：“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。”

2Z201073 投标的禁止性规定

1. 禁止串通招标投标

根据《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》），国家工商行政管理局于1998年1月6日发布了第82号令《关于禁止串通招标投标行为的暂行规定》，根据该规定，串通招标投标，是指招标人与投标者之间或者投标者与投标者之间采用不正当手段，对招标投标事项进行串通，以排挤竞争对手或者损害招标投标者利益的行为。

（1）投标人之间串通投标

《招标投标法》第32条第1款规定：“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。”

（2）投标人与招标人之间串通投标

《招标投标法》第32条第2款规定：“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。”

2. 投标人不得以行贿的手段谋取中标

《招标投标法》第32条第3款规定：“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。”

投标人以行贿的手段谋取中标是违背招标投标法基本原则的行为，对其他投标人是不公平的。投标人以行贿手段谋取中标的法律后果是中标无效，有关责任人和单位应当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。

3. 投标人不得以低于成本的报价竞标

《招标投标法》第33条规定，投标人不得以低于成本的报价竞标。投标人以低于成本的报价竞标，其目的主要是为了排挤其他对手。投标人企图通过低于成本的价格，满足招标人的最低价中标的目的以争取中标，从而达到占领市场和扩大市场份额目的。

这里的成本应指投标人的个别成本。投标人的报价一般由成本、利润和税金三部分组成。当报价为成本价时，企业利润为零。如果投标人以低于成本的报价竞标，就很难保证工程的质量，各种偷工减料、以次充好等现象也随之产生。因此，投标人以低于成本的报价竞标的手段是法律所不允许的。

4. 投标人不得以非法手段骗取中标

《招标投标法》第33条规定，投标人不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标。在工程实践中，投标人以非法手段骗取中标的现象大量存在，主要表现在如下几方面：

- (1) 非法挂靠或借用其他企业的资质证书参加投标；
- (2) 投标文件中故意在商务上和技术上采用模糊的语言骗取中标，中标后提供低档劣质货物、工程或服务；
- (3) 投标时递交假业绩证明、资格文件；
- (4) 假冒法定代表人签名，私刻公章，递交假的委托书等。

上述不正当竞争行为对招标投标市场的秩序构成严重危害，为《招标投标法》所严格禁止，同时也是《反不正当竞争法》所不允许的。

2Z201074 投标人的法律责任

(1) 投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，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的，中标无效，处中标项目金额 5% 以上 10% 以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额 5% 以上 10% 以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，取消其 1~2 年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格，并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。

(2) 投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的，中标无效，给招标人造成损失的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。依法必须进行招标的项目的投标人有上述所列行为尚未构成犯罪的，处中标项目金额 5% 以上 10% 以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额 5% 以上 10% 以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，取消其 1~3 年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照。

2Z201080 掌握招标投标法关于开标、评标和中标的主要规定

2Z201081 开标程序

《招标投标法》第 34 条规定：“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。”

开标是招标人按照招标公告或者投标邀请书规定的时间、地点，当众开启所有投标人的投标文件，宣读投标人名称、投标价格和投标文件的其他主要内容的过程。《招标投标法》第 35 条规定：“开标由招标人主持，邀请所有投标人参加。”

招标人作为整个招标活动的发起者和组织者，应当负责开标的举行。开标应当按照规定的时间、地点公开进行并且通知所有的投标人参加。投标人参加开标是自愿的，但是招标人必须通知其参加，否则将因程序不合法而引起争议，甚至承担赔偿责任。招标人不得只通知一部分投标人参加开标。

《招标投标法》第 36 条规定：“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。”

1. 开标过程应当记录，并存档备查

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。招标人委托公证机构公证的，应当遵守司法部 1992 年 10 月 19 日制定实施的《招标投标公证程序细则》的有关规定。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。开标过程应当记录，并存档备查。在宣读投标人名称、投标价格和投标文件的其他主要内容时，招标主持人对公开开标所读的每一项，按照开标时间的先后顺序进行记录。开标机构应当事先准备好开标记录的登记表册，开标填写后作为正式记录，保存于开标机构。开标记录的内容包括：项目名称、招标号、刊登招标公告的日期、发售招标文件的日期、购买招标文件的单位名称、投标人的名称及报价、截标后收到投标文件的处理情况等。

2. 开标时，投标文件无效的几种情形

根据《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》第 35 条的规定，在开标时，投标文件出现下列情形之一的，应当作为无效投标文件，不得进入评标：

- (1) 投标文件未按照招标文件的要求予以密封的；
- (2) 投标文件中的投标函未加盖投标人的企业及企业法定代表人印章的，或者企业法定代表人委托代理人没有合法、有效的委托书(原件)及委托代理人印章的；
- (3) 投标文件的关键内容字迹模糊、无法辨认的；
- (4) 投标人未按照招标文件的要求提供投标保函或者投标保证金的；
- (5) 组成联合体投标的，投标文件未附联合体各方共同投标协议的。

《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》关于开标时应作为无效投标文件处理的几种情形的规定，是对《招标投标法》的必要补充。在工程实践中，当出现上述情形时，投标人应当根据《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》第 35 条的规定保护自己的合法权益。

《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，由评标委员会初审后按废标处理：

- (1) 无单位盖章并无法定代表人或法定代表人授权的代理人签字或盖章的；
- (2) 未按规定的格式填写，内容不全或关键字迹模糊、无法辨认的；
- (3) 投标人递交两份或多份内容不同的投标文件，或在一份投标文件中对同一招标项目报有两个或多个报价，且未声明哪一个有效，但招标文件规定提交备选投标方案的除外；
- (4) 投标人名称或组织结构与资格预审时不一致的；
- (5) 未按招标文件要求提交投标保证金的；
- (6) 联合体投标未附联合体各方共同投标协议的。

2Z201082 评标委员会和评标程序

1. 评标委员会

《招标投标法》第 37 条第 1 款明确规定：“评标由招标人依法组建的评标委员会负责。”

- (1) 评标委员会的组成

① 评标委员会由招标人依法组建，负责评标活动，向招标人推荐中标候选人或者根据招标人的授权直接确定中标人。

② 评标委员会成员名单一般应于开标前确定。评标委员会成员名单在中标结果确定前应当保密。

③ 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，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三分之二。

④ 评标委员会设负责人的，评标委员会负责人由评标委员会成员推举产生或者由招标人确定。评标委员会负责人与评标委员会的其他成员有同等的表决权。

(2) 评标委员会成员和有关工作人员的保密义务

评标委员会成员和与评标活动有关的工作人员不得透露对投标文件的评审和比较、中标候选人的推荐情况以及与评标有关的其他情况。与评标活动有关的工作人员，是指评标委员会成员以外的因参与评标监督工作或者事务性工作而知悉有关评标情况的所有人员。

2. 评标程序

《招标投标法》第 38 条规定：“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。”

评标活动具有保密性和独立性。为保证评标的公正，保证评标委员会的成员免受外界压力或影响，评标工作应该在严格保密情况下进行。

(1) 评标的准备与初步评审

《评标委员会和评标方法暂行规定》第三章对评标的准备与初步评审作出了详细规定。

① 编制表格，研究招标文件

② 投标文件的排序和汇率风险的承担

评标委员会应当按照投标报价的高低或者招标文件规定的其他方法对投标文件排序。以多种货币报价的，应当按照中国银行在开标日公布的汇率中间价换算成人民币。招标文件应当对汇率标准和汇率风险作出规定。未作规定的，汇率风险由投标人承担。

③ 投标文件的澄清、说明或补正

评标委员会可以书面方式要求投标人对投标文件中含义不明确、对同类问题表述不一致或者有明显文字和计算错误的内容作必要的澄清、说明或者补正。澄清、说明或者补正应以书面方式进行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。投标文件中的大写金额和小写金额不一致的，以大写金额为准；总价金额与单价金额不一致的，以单价金额为准，但单价金额小数点有明显错误的除外；对不同文字文本投标文件的解释发生异议的，以中文文本为准。

④ 应作为废标处理的几种情况

- 以虚假方式谋取中标；
- 低于成本报价竞标；
- 不符合资格条件或拒不对投标文件澄清、说明或改正；
- 未能在实质上响应的投标。

⑤ 投标偏差

评标委员会应当根据招标文件，审查并逐项列出投标文件的全部投标偏差。投标偏差

分为重大偏差和细微偏差。下列情况属于重大偏差：

- 没有按照招标文件要求提供投标担保或者所提供的投标担保有瑕疵；
- 投标文件没有投标人授权代表签字和加盖公章；
- 投标文件载明的招标项目完成期限超过招标文件规定的期限；
- 明显不符合技术规格、技术标准的要求；
- 投标文件载明的货物包装方式、检验标准和方法等不符合招标文件的要求；
- 投标文件附有招标人不能接受的条件；
- 不符合招标文件中规定的其他实质性要求。

投标文件有上述情形之一的，为未能对招标文件作出实质性响应，作废标处理。招标文件对重大偏差另有规定的，从其规定。

细微偏差是指投标文件在实质上响应招标文件要求，但在个别地方存在漏项或者提供了不完整的技术信息和数据等情况，并且补正这些遗漏或者不完整不会对其他投标人造成不公平的结果。细微偏差不影响投标文件的有效性。评标委员会应当书面要求存在细微偏差的投标人在评标结束前予以补正。拒不补正的，在详细评审时可以对细微偏差作不利于该投标人的量化，量化标准应当在招标文件中规定。

⑥ 有效投标不足的法律后果

评标委员会根据上述规定否决不合格投标或者界定为废标后，因有效投标不足3个使得投标明显缺乏竞争的，评标委员会可以否决全部投标。投标人少于3个或者所有投标被否决的，招标人应当依法重新招标。

(2) 详细评审

经初步评审合格的投标文件，评标委员会应当根据招标文件确定的评标标准和方法，对其技术部分和商务部分作进一步评审、比较。评标方法包括经评审的最低投标价法、综合评估法或者法律、行政法规允许的其他评标方法。

(3) 推荐中标候选人和定标

① 评标报告

评标委员会完成评标后，应当向招标人提出书面评标报告，并抄送有关行政监督部门。评标报告由评标委员会全体成员签字。对评标结论持有异议的评标委员会成员可以书面方式阐述其不同意见和理由。评标委员会成员拒绝在评标报告上签字且不陈述其不同意见和理由的，视为同意评标结论。评标委员会应当对此作出书面说明并记录在案。

② 中标候选人

评标委员会推荐的中标候选人应当限定在1~3人，并标明排列顺序。在确定中标人之前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。中标人的投标应当符合下列条件之一：

- 能够最大限度满足招标文件中规定的各项综合评价标准；
- 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。

根据《工程建设项目施工招标投标办法》第58条：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。

招标人可以授权评标委员会直接确定中标人。国务院对中标人的确定另有规定的, 从其规定。

2Z201083 中标通知书

1. 发出中标通知书

中标通知书是指招标人在确定中标人后向中标人发出的通知其中标的书面凭证。《招标投标法》第 45 条第 1 款规定: “中标人确定后, 招标人应当向中标人发出中标通知书, 同时通知未中标人。”

2. 中标通知书的法律效力

《招标投标法》第 45 条第 1 款规定: “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。”

(1) 中标通知书是承诺

建设工程招标投标是以订立建设工程合同为目的的民事活动。从合同法意义上讲, 招标人发出招标公告或投标邀请书, 是吸引潜在投标人向自己投标的意思表示, 属于要约邀请。投标人提交投标文件, 是投标人希望与招标人就招标项目订立合同的意思表示, 属于要约。招标人发出中标通知书, 则是招标人同意接受中标的人的投标条件, 即同意接受该投标人的要约的意思表示, 属于承诺。

(2) 缔约过失责任

中标通知书发出后产生承诺的法律效力, 对招标人和中标人产生法律约束力。《工程项目施工招标投标办法》第 60 条规定: “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。”

因中标人不与招标人订立合同, 或者招标人无正当理由不与中标人签订合同, 应当承担缔约过失责任。所谓缔约过失责任, 按照《合同法》的规定, 是指当事人在订立合同过程中, 因违背诚实信用原则而给对方造成损失的损害赔偿赔偿责任。缔约过失责任与违约责任最大的区别在于, 前者适用于合同成立前, 而后者适用于合同成立后。招标人无正当理由不与中标人签订合同, 给中标人造成损失的, 除应当退还投标保证金(如有)外, 招标人应当给予赔偿。但这里不应适用《担保法》有关双倍定金返还的规定。因为从法律性质上讲, 定金罚则属于违约责任范畴, 其适用前提条件是合同成立并生效。而投标保证金发生在建设工程合同成立前, 其法律性质与定金有本质区别, 因此不能适用定金双倍返还的规定, 而只能适用缔约过失责任的返还规定。

3. 中标无效的法律规定

根据《招标投标法》第五章法律责任的规定, 中标无效有如下几种情况:

(1) 招标代理机构违反本法规定, 泄露应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料, 或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益, 影响中标结果的, 中标无效;

(2) 依法必须进行招标的项目的招标人向他人透漏已获取招标文件的潜在投标人的名

称、数量或者可能影响公平竞争的其他情况，或者泄漏标底，影响中标结果的，中标无效；

(3) 投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，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的，中标无效；

(4) 投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的，中标无效；

(5) 依法必须进行招标的项目，招标人违反法律规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，影响中标结果的，中标无效；

(6) 招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的，依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的，中标无效。

依法必须进行招标的项目违反《招标投标法》规定，中标无效的，应当依照规定的中标条件从其余投标人中重新确定中标人或者按照《招标投标法》重新进行招标。

《评标委员会和评标方法暂行规定》、《工程建设项目施工招标投标办法》中关于无效投标的规定比《招标投标法》更具体、更严格，也更有利于约束招标人的行为和保护投标人的合法权益。有关当事人应综合运用上述法律、规章保护自己的合法权益。

《招标投标法》第46条规定：“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。招标人与中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”

招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当提交。”

中标人不按照招标文件的规定提交履约担保的，将失去订立合同的资格，其提交的投标保证金不予退还。

2Z201084 评标委员会及中标人的法律责任

1. 评标委员会法律责任

(1) 评标委员会成员在评标过程中擅离职守，影响评标程序正常进行，或者在评标过程中不能客观公正地履行职责的，给予警告；情节严重的，取消担任评标委员会成员资格，不得再参加任何依法必须进行招标项目的评标，并处1万元以下的罚款。

(2) 评标委员会成员收受投标人的财物或者其他好处的，评标委员会成员或者参加评标的有关工作人员向他人透露对投标文件的评审和比较、中标候选人的推荐以及与评标有关的其他情况的，给予警告，没收收受的财物，可以并处3000元以上5万元以下的罚款，对有所列违法行为的评标委员会成员取消担任评标委员会成员资格，不得再参加任何依法必须进行招标的项目的评标；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 中标人法律责任

(1) 中标人将中标项目转让给他人的，将中标项目肢解后分别转让给他人的，违反《招标投标法》规定将中标项目的部分主体、关键性工作分包给他人的，或者分包人再次分包的，转让、分包无效，处转让、分包项目金额5%以上10%以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；可以责令停业整顿；情节严重的，由工商行政管理机关吊销营业执照。

(2) 中标人不履行与招标人订立的合同的，履约保证金不予退还，给招标人造成的损失超过履约保证金数额的，还应当对超过部分予以赔偿；没有提交履约保证金的，应当对招标人的损失承担赔偿责任。

(3) 中标人不按照与招标人订立的合同履行义务,情节严重的,取消其2~5年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告,直至由工商行政管理机关吊销营业执照。

2Z201090 掌握安全生产法与工程建设相关的内容

2Z201091 安全生产法的适用范围

《中华人民共和国安全生产法》(以下简称《安全生产法》)规定:“在中华人民共和国领域内从事生产经营活动的单位的安全生产,适用本法;有关法律、行政法规对消防安全和道路交通安全、铁路交通安全、水上交通安全、民用航空安全另有规定的除外。”

所以,工程安全管理属于《中华人民共和国安全生产法》调整范围。

2Z201092 工程建设单位的安全生产保证

工程建设单位即《安全生产法》所指的生产经营单位。

1. 生产经营单位保障安全生产的必备条件

生产经营单位应当具备《安全生产法》和有关法律、行政法规和国家标准或者行业标准规定的安全生产条件才能从事生产经营活动。

2. 生产经营单位主要负责人的安全生产职责

- (1) 建立、健全本单位安全生产责任制;
- (2) 组织制定本单位的安全生产规章制度和操作规程;
- (3) 保证本单位安全生产投入的有效实施;
- (4) 督促、检查本单位的安全生产工作,及时消除生产安全事故隐患;
- (5) 组织制定并实施本单位的生产安全事故应急救援预案;
- (6) 及时、如实报告生产安全事故。

3. 生产经营单位安全生产的基本要求

(1) 生产经营单位安全生产投入

① 生产经营单位应当具备的安全生产条件所必需的资金投入。

② 矿山、建筑施工单位和危险物品的生产、经营、储存单位,应当设置安全生产管理机构或者配备专职安全生产管理人员。

③ 生产经营单位应当安排用于配备劳动防护用品、进行安全生产培训的经费。

④ 生产经营单位必须依法参加工伤社会保险,为从业人员缴纳保险费。

(2) 生产经营单位安全培训

① 危险物品的生产、经营、储存单位以及矿山、建筑施工单位的主要负责人和安全生产管理人员,应当由有关主管部门对其安全生产知识和管理能力考核合格后方可任职。

② 生产经营单位的主要负责人和安全生产管理人员必须具备与本单位所从事的生产经营活动相应的安全生产知识和管理能力。

③ 生产经营单位应当对从业人员进行安全生产教育和培训,保证从业人员具备必要的安全生产知识,熟悉有关的安全生产规章制度和安全操作规程,掌握本岗位的安全操作技能。未经安全生产教育和培训合格的从业人员,不得上岗作业。

④ 生产经营单位采用新工艺、新技术、新材料或者使用新设备,必须了解、掌握其安全技术特性,采取有效的安全防护措施,并对从业人员进行专门的安全生产教育和培训。

⑤ 生产经营单位的特种作业人员必须按照国家有关规定经专门的安全作业培训,取得特种作业操作资格证书,方可上岗作业。

⑥ 特种作业人员的范围由国务院负责安全生产监督管理的部门会同国务院有关部门确定。

⑦ 生产经营单位应当教育和督促从业人员严格执行本单位的安全生产规章制度和安全操作规程;并向从业人员如实告知作业场所和工作岗位存在的危险因素、防范措施以及事故应急措施。

⑧ 生产经营单位必须为从业人员提供符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品,并监督、教育从业人员按照使用规则佩戴、使用。

(3) 安全生产“三同时”

① 生产经营单位新建、改建、扩建工程项目(以下统称建设项目)的安全设施,必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。安全设施投资应当纳入建设项目概算。

② 矿山建设项目和用于生产、储存危险物品的建设项目,应当分别按照国家有关规定进行安全条件论证和安全评价。

③ 建设项目安全设施的设计人、设计单位应当对安全设施设计负责。

④ 矿山建设项目和用于生产、储存危险物品的建设项目的安全设施设计应当按照国家有关规定报经有关部门审查,审查部门及其负责审查的人员对审查结果负责。

⑤ 矿山建设项目和用于生产、储存危险物品的建设项目的施工单位必须按照批准的安全设施设计施工,并对安全设施的工程质量负责。

⑥ 矿山建设项目和用于生产、储存危险物品的建设项目竣工投入生产或者使用前,必须依照有关法律、行政法规的规定对安全设施进行验收;验收合格后,方可投入生产和使用。验收部门及其验收人员对验收结果负责。

(4) 安全生产规程

① 生产经营单位应当在有较大危险因素的生产经营场所和有关设施、设备上,设置明显的安全警示标志。

② 安全设备的设计、制造、安装、使用、检测、维修、改造和报废,应当符合国家标准或者行业标准。

③ 生产经营单位必须对安全设备进行经常性维护、保养,并定期检测,保证正常运转。维护、保养、检测应当作好记录,并由有关人员签字。

④ 生产经营单位使用的涉及生命安全、危险性较大的特种设备,以及危险物品的容器、运输工具,必须按照国家有关规定,由专业生产单位生产,并经取得专业资质的检测、检验机构检测、检验合格,取得安全使用证或者安全标志,方可投入使用。检测、检验机构对检测、检验结果负责。

⑤ 涉及生命安全、危险性较大的特种设备的目录由国务院负责特种设备安全监督管理的部门制定,报国务院批准后执行。

⑥ 生产经营单位不得使用国家明令淘汰、禁止使用的危及生产安全的工艺、设备。

⑦ 生产、经营、运输、储存、使用危险物品或者处置废弃危险物品的，由有关主管部门依照有关法律、法规的规定和国家标准或者行业标准审批并实施监督管理。

⑧ 生产经营单位生产、经营、运输、储存、使用危险物品或者处置废弃危险物品，必须执行有关法律、法规和国家标准或者行业标准，建立专门的安全管理制度，采取可靠的安全措施，接受有关主管部门依法实施的监督管理。

⑨ 生产经营单位对重大危险源应当登记建档，进行定期检测、评估、监控，并制定应急预案，告知从业人员和相关人员在紧急情况下应当采取的应急措施。

⑩ 生产经营单位应当按照国家有关规定将本单位重大危险源及有关安全措施、应急措施报有关地方人民政府负责安全生产监督管理的部门和有关部门备案。

⑪ 生产、经营、储存、使用危险物品的车间、商店、仓库不得与员工宿舍在同一座建筑物内，并应当与员工宿舍保持安全距离。

⑫ 生产经营场所和员工宿舍应当设有符合紧急疏散要求、标志明显、保持畅通的出口。禁止封闭、堵塞生产经营场所或者员工宿舍的出口。

⑬ 生产经营单位进行爆破、吊装等危险作业，应当安排专门人员进行现场安全管理，确保操作规程的遵守和安全措施的落实。

2Z201093 从业人员安全生产中的权利义务

1. 从业人员安全生产中的权利

(1) 知情权。从业人员有权了解其作业场所和工作岗位存在的危险因素、防范措施和事故应急措施。

(2) 建议权。从业人员有权对本单位的安全生产工作提出建议。

(3) 批评权和检举、控告权。从业人员有权对本单位安全生产管理工作中存在的问题提出批评、检举、控告。

(4) 拒绝权。从业人员有权拒绝违章作业指挥和强令冒险作业。

(5) 紧急避险权。从业人员发现直接危及人身安全的紧急情况时，有权停止作业或者在采取可能的应急措施后撤离作业场所。

(6) 依法向本单位提出要求赔偿的权利。

(7) 获得符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品的权利。

(8) 获得安全生产教育和培训的权利。

2. 从业人员安全生产中的义务

(1) 自律遵规的义务。从业人员在作业过程中，应当遵守本单位的安全生产规章制度和操作规程，服从管理，正确佩戴和使用劳动防护用品。

(2) 自觉学习安全生产知识的义务。要求从业人员掌握本职工作所需的安全生产知识，提高安全生产技能，增强事故预防和应急处理能力。

(3) 危险报告义务。从业人员发现事故隐患或者其他不安全因素时，应当立即向现场安全生产管理人员或者本单位负责人报告。

2Z201094 安全生产的监督管理

建设工程安全生产的行政监督管理，是指各级人民政府建设行政主管部门及其授权的

建设工程安全生产监督机构,对建设工程安全生产所实施的行政监督管理。

我国现行对建设工程(含土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程)安全生产的行政监督管理是分级进行的,建设行政主管部门因级别不同具有的管理职责也不完全相同。

国务院建设行政主管部门负责建设工程安全生产的统一监督管理,并依法接受国家安全生产综合管理部门的指导和监督。国务院铁道、交通、水利等有关部门按照国务院规定职责分工,负责有关专业建设工程安全生产的监督管理。

县级以上地方人民政府建设行政主管部门负责本行政区域内的建设工程安全生产管理。县级以上地方人民政府交通、水利等有关部门在各自的职责范围内,负责本行政区域内的专业建设工程安全生产的监督管理。县级以上地方人民政府建设行政主管部门和地方人民政府交通、水利等有关部门应当设立建设工程安全监督机构负责建设工程安全生产的日常监督管理工作。

2Z201095 安全生产责任事故的处理

1. 事故报告

(1) 生产经营单位发生生产安全事故后,事故现场有关人员应当立即报告本单位负责人。

施工单位发生生产安全事故,应当按照国家有关伤亡事故报告和调查处理的规定,及时、如实地向负责安全生产监督管理的部门、建设行政主管部门或者其他有关部门报告;特种设备发生事故的,还应当同时向特种设备安全监督管理部门报告。接到报告的部门应当按照国家有关规定,如实上报。

实行施工总承包的建设工程,由总承包单位负责上报事故。

(2) 负有安全生产监督管理职责的部门接到事故报告后,应当立即按照国家有关规定上报事故情况。负有安全生产监督管理职责的部门和有关地方人民政府对事故情况不得隐瞒不报、谎报或者拖延不报。

(3) 事故报告单位

特重大事故发生后,省、自治区、直辖市人民政府应当按照国家有关规定迅速、如实发布事故信息。

2. 迅速抢救伤员、保护事故现场

(1) 安全生产责任事故应急救援体系

① 县级以上地方各级人民政府应当组织有关部门制定本行政区域内特大生产安全事故应急救援预案,建立应急救援体系。

② 施工单位应当制定本单位生产安全事故应急救援预案,建立应急救援组织或者配备应急救援人员,配备必要的应急救援器材、设备,并定期组织演练。

③ 施工单位应当根据建设工程施工的特点、范围,对施工现场易发生重大事故的部位、环节进行监控,制定施工现场生产安全事故应急救援预案。实行施工总承包的,由总承包单位统一组织编制建设工程生产安全事故应急救援预案,工程总承包单位和分包单位按照应急救援预案,各自建立应急救援组织或者配备应急救援人员,配备救援器材、设备,并定期组织演练。

(2) 抢救行动的实施

有关地方人民政府和负有安全生产监督管理职责的部门的负责人接到重大生产安全事故报告后,应当立即赶到事故现场,组织事故抢救。

发生生产安全事故后,施工单位应当采取措施防止事故扩大,保护事故现场。需要移动现场物品时,应当做出标记和书面记录,妥善保管有关证物。如因抢救伤亡和排除险情而必须移动现场的构件时,还应准确作出标记,最好拍出不同角度的照片,为事故调查提供可靠的原始事故现场。特大事故发生后,有关地方人民政府应当迅速组织救护,有关部门应当服从指挥、调度,参加或者配合救助,将事故损失降到最小限度。

3. 事故调查

企业接到事故报告后,经理、主管经理、业务部领导和有关人员应立即赶赴现场组织抢救,并迅速组织调查组开展调查。

① 发生人员轻伤、重伤事故,由企业负责人或指定的人员组织施工生产、技术、安全、劳资、工会等有关人员组成事故调查组进行调查。

② 死亡事故由企业主管部门会同现场所在市(或区)劳动部门、公安部门、人民检察院、工会组成事故调查组进行调查。

③ 重大伤亡事故应按企业的隶属关系,由省、自治区、直辖市企业主管部门或国务院有关主管部门,公安、监察、检察部门、工会组成事故调查组进行调查。也可邀请有关专家和技术人员参加。

④ 特大事故发生后,按照事故发生单位的隶属关系,由省、自治区、直辖市人民政府或者国务院归口管理部门组织特大事故调查组,负责事故的调查工作;涉及军民两个方面的特大事故,组织事故调查的单位应当邀请军队派员参加事故的调查工作;国务院认为应当由国务院调查的特大事故,由国务院或者国务院授权的部门组织成立事故调查组;特大事故调查组应当根据所发生事故的具体情况,由事故发生单位的归口管理部门、公安部门、监察部门、计划综合部门、劳动部门等单位派员组成,并应当邀请人民检查机关和工会派员参加;特大事故调查组根据调查工作的需要,可以选聘其他部门或者单位的人员参加,也可以聘请有关专家进行技术鉴定和财产损失评估。

⑤ 有关县(市、区)、市(地、州)和省、自治区、直辖市人民政府及政府有关部门应当配合、协助事故调查,不得以任何方式阻碍、干涉事故调查。

特大事故调查工作应当自事故发生之日起 60 日内完成,并由调查组提出调查报告;遇有特殊情况的,经调查组提出并报国家安全生产监督管理机构批准后,可以适当延长时间。

4. 现场勘察

调查组成立后,应立即对事故现场进行勘察。现场勘察是项技术性很强的工作,它涉及广泛的科学技术知识和实践经验。因此勘察必须及时、全面、细致、准确、客观地反映原始面貌,其勘察的主要内容有:

- (1) 制作笔录;
- (2) 实物拍照;
- (3) 现场绘图。

5. 事故调查分析及结论

- (1) 安全生产责任事故调查处理的要求

① 事故调查处理应当按照实事求是、尊重科学的原则,及时、准确地查清事故原因,查明事故性质和责任,总结事故教训,提出整改措施,并对事故责任者提出处理意见。事故调查和处理的具体办法由国务院制定。

② 生产经营单位发生生产安全事故,经调查确定为责任事故的,除了应当查明事故单位的责任并依法予以追究外,还应当查明对安全生产的有关事项负有审查批准和监督职责的行政部门的责任,对有失职、渎职行为的,追究法律责任。

③ 任何单位和个人不得阻挠和干涉对事故的依法调查处理。

④ 县级以上地方各级人民政府负责安全生产监督管理的部门应当定期统计分析本行政区域内发生生产安全事故的情况,并定期向社会公布。

(2) 事故调查的步骤和要求

① 通过详细的调查,查明事故发生的经过。弄清事故的各种产生因素,如人、物、生产和技术管理、生产和社会环境、机械设备的状态等方面的问题,经过认真、客观、全面、细致、准确地分析,确定事故的性质和责任。

② 事故分析时,首先整理和仔细阅读调查材料,按 GB6411—86 标准附录 A,对受伤部位、受伤性质、起因物、致害物、伤害方法、不安全行为和不安全状态等七项内容进行分析。

③ 事故原因分析时,应根据调查所确认的事实,从直接原因入手,逐步深入到间接原因。通过对原因的分析,确定出事故的直接责任者和领导责任者,根据在事故发生中的作用找出主要责任者。

④ 确定事故性质。工地发生伤亡事故的性质通常可分为责任事故、非责任事故和破坏事故。事故的性质确定后,也就可以采取不同的处理方法和手段了。

⑤ 根据事故发生的原因,找出防止发生类似事故的具体措施,并应定人、定时间、定标准,完成采取相应措施的全部内容。

(3) 事故调查结论

事故调查组在查明事故情况以后,如果对事故的分析和事故责任者的处理不能取得一致的意见,劳动管理部门有权提出结论性意见;如仍有不同意见,应当报上级劳动管理部门或者有关部门处理;仍不能达成一致意见的,报同级人民政府裁决,但不得超过事故处理工作时限。

6. 施工伤亡事故处理

(1) 事故调查组提出的事故处理意见和防范措施建议,由发生事故的企业及其主管部门负责处理。

(2) 因忽视安全生产、违章指挥、违章作业、玩忽职守或者发现事故隐患、危害情况而不采取有效措施以致造成伤亡事故的,由企业主管部门或者企业按照国家有关规定,对企业负责人和直接责任人员给予行政处分;构成犯罪的,由司法机关依法追究刑事责任。

(3) 违反规定,在伤亡事故发生后隐瞒不报、谎报、故意延迟不报、故意破坏事故现场,或者无正当理由,拒绝接受调查以及拒绝提供有关情况 and 资料的,由有关部门按照国家有关规定,对有关单位负责人和直接责任人员给予行政处分;构成犯罪的,由司法机关依法追究刑事责任。

(4) 在调查、处理伤亡事故中玩忽职守、徇私舞弊或者打击报复的,由其所在单位按

照国家有关规定给予行政处分；构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

(5) 伤亡事故处理工作应当在 90 日内结案，特殊情况不得超过 180 日。伤亡事故处理结案后，应当公开宣布处理结果。对于特大安全事故，省、自治区、直辖市人民政府应当自调查报告提交之日起 30 日内，对有关责任人作出处理决定；必要时，国务院可以对特大安全事故的有关责任人员作出处理。

(6) 建设部对事故的审理和结案的要求

① 事故调查处理结论报出后，须经当地有关有审批权限的机关审批后方能结案。并要求伤亡事故处理工作在 90 日内结案，特殊情况也不得超过 180 日。

② 对事故责任者的处理，应根据事故情节轻重、各种损失大小、责任轻重加以区分，予以严肃处理。

③ 处理资料进行专案存档。事故调查和处理资料是用鲜血和教训换来的，是对职工进行教育的宝贵资料，也是伤亡人员和受到处罚人员的历史资料，因此应完整保存。

2Z201096 生产经营单位及从业人员的法律责任

(1) 生产经营单位的决策机构、主要负责人、个人经营的投资人不依照《安全生产法》规定保证安全生产所必需的资金投入，致使生产经营单位不具备安全生产条件的，责令限期改正，提供必需的资金；逾期未改正的，责令生产经营单位停产停业整顿。

有上述违法行为，导致发生生产安全事故，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，对生产经营单位的主要负责人给予撤职处分，对个人经营的投资人处 2 万元以上 20 万元以下的罚款。

(2) 生产经营单位的主要负责人未履行《安全生产法》规定的安全生产管理职责的，责令限期改正；逾期未改正的，责令生产经营单位停产停业整顿。

生产经营单位的主要负责人有上述违法行为，导致发生生产安全事故，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，给予撤职处分或者处 2 万元以上 20 万元以下的罚款。

生产经营单位的主要负责人依照上述规定受刑事处罚或者撤职处分的，自刑罚执行完毕或者受处分之日起，5 年内不得担任任何生产经营单位的主要负责人。

(3) 生产经营单位有下列行为之一的，责令限期改正；逾期未改正的，责令停产停业整顿，可以并处 2 万元以下的罚款：

① 未按照规定设立安全生产管理机构或者配备安全生产管理人员的；

② 危险物品的生产、经营、储存单位以及矿山、建筑施工单位的主要负责人和安全生产管理人员未按照规定经考核合格的；

③ 未按照《安全生产法》第 21 条、第 22 条的规定对从业人员进行安全生产教育和培训，或者未按照《安全生产法》第 36 条的规定如实告知从业人员有关的安全生产事项的；

④ 特种作业人员未按照规定经专门的安全作业培训并取得特种作业操作资格证书，上岗作业的。

(4) 生产经营单位有下列行为之一的，责令限期改正；逾期未改正的，责令停止建设或者停产停业整顿，可以并处 5 万元以下的罚款；造成严重后果，构成犯罪的，依照刑法

有关规定追究刑事责任:

① 矿山建设项目或者用于生产、储存危险物品的建设项目没有安全设施设计或者安全设施设计未按照规定报经有关部门审查同意的;

② 矿山建设项目或者用于生产、储存危险物品的建设项目的施工单位未按照批准的安全设施设计施工的;

③ 矿山建设项目或者用于生产、储存危险物品的建设项目竣工投入生产或者使用前,安全设施未经验收合格的;

④ 未在有较大危险因素的生产经营场所和有关设施、设备上设置明显的安全警示标志的;

⑤ 安全设备的安装、使用、检测、改造和报废不符合国家标准或者行业标准的;

⑥ 未对安全设备进行经常性维护、保养和定期检测的;

⑦ 未为从业人员提供符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品的;

⑧ 特种设备以及危险物品的容器、运输工具未经取得专业资质的机构检测、检验合格,取得安全使用证或者安全标志,投入使用的;

⑨ 使用国家明令淘汰、禁止使用的危及生产安全的工艺、设备的。

(5) 未经依法批准,擅自生产、经营、储存危险物品的,责令停止违法行为或者予以关闭,没收违法所得,违法所得 10 万元以上的,并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款,没有违法所得或者违法所得不足 10 万元的,单处或者并处 2 万元以上 10 万元以下的罚款;造成严重后果,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任。

(6) 生产经营单位有下列行为之一的,责令限期改正;逾期未改正的,责令停产停业整顿,可以并处 2 万元以上 10 万元以下的罚款;造成严重后果,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任:

① 生产、经营、储存、使用危险物品,未建立专门安全管理制度、未采取可靠的安全措施或者不接受有关主管部门依法实施的监督管理的;

② 对重大危险源未登记建档,或者未进行评估、监控,或者未制定应急预案的;

③ 进行爆破、吊装等危险作业,未安排专门管理人员进行现场安全管理的。

(7) 生产经营单位将生产经营项目、场所、设备发包或者出租给不具备安全生产条件或者相应资质的单位或者个人的,责令限期改正,没收违法所得;违法所得 5 万元以上的,并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足 5 万元的,单处或者并处 1 万元以上 5 万元以下的罚款;导致发生生产安全事故给他人造成损害的,与承包方、承租方承担连带赔偿责任。

生产经营单位未与承包单位、承租单位签订专门的安全生产管理协议或者未在承包合同、租赁合同中明确各自的安全生产管理职责,或者未对承包单位、承租单位的安全生产统一协调、管理的,责令限期改正;逾期未改正的,责令停产停业整顿。

(8) 两个以上生产经营单位在同一作业区域内进行可能危及对方安全生产的生产经营活动,未签订安全生产管理协议或者未指定专职安全生产管理人员进行安全检查与协调的,责令限期改正;逾期未改正的,责令停产停业。

(9) 生产经营单位有下列行为之一的,责令限期改正;逾期未改正的,责令停产停业整顿;造成严重后果,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任:

① 生产、经营、储存、使用危险物品的车间、商店、仓库与员工宿舍在同一座建筑内，或者与员工宿舍的距离不符合安全要求的；

② 生产经营场所和员工宿舍未设有符合紧急疏散需要、标志明显、保持畅通的出口，或者封闭、堵塞生产经营场所或者员工宿舍出口的。

(10) 生产经营单位与从业人员订立协议，免除或者减轻其对从业人员因生产安全事故伤亡依法应承担的责任的，该协议无效；对生产经营单位的主要负责人、个人经营的投资人处 2 万元以上 10 万元以下的罚款。

(11) 生产经营单位的从业人员不服从管理，违反安全生产规章制度或者操作规程的，由生产经营单位给予批评教育，依照有关规章制度给予处分；造成重大事故，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。

(12) 生产经营单位主要负责人在本单位发生重大生产安全事故时，不立即组织抢救或者在事故调查处理期间擅离职守或者逃匿的，给予降职、撤职的处分，对逃匿的处 15 日以下拘留；构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。

生产经营单位主要负责人对生产安全事故隐瞒不报、谎报或者拖延不报的，依照上述规定处罚。

(13) 有关地方人民政府、负有安全生产监督管理职责的部门，对生产安全事故隐瞒不报、谎报或者拖延不报的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。

(14) 生产经营单位不具备《安全生产法》和其他有关法律、行政法规和国家标准或者行业标准规定的安全生产条件，经停产停业整顿仍不具备安全生产条件的，予以关闭；有关部门应当依法吊销其有关证照。

(15) 《安全生产法》规定的行政处罚，由负责安全生产监督管理的部门决定；予以关闭的行政处罚由负责安全生产监督管理的部门报请县级以上人民政府按照国务院规定的权限决定；给予拘留的行政处罚由公安机关依照治安管理处罚条例的规定决定。有关法律、行政法规对行政处罚的决定机关另有规定的，依照其规定。

(16) 生产经营单位发生生产安全事故造成人员伤亡、他人财产损失的，应当依法承担赔偿责任；拒不承担或者其负责人逃匿的，由人民法院依法强制执行。

生产安全事故的责任人未依法承担赔偿责任，经人民法院依法采取执行措施后，仍不能对受害人给予足额赔偿的，应当继续履行赔偿义务；受害人发现责任人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。

2Z201100 掌握建设工程安全生产管理条例的主要内容

2Z201101 建设工程安全生产管理基本制度

2003 年 11 月 24 日《建设工程安全生产管理条例》(国务院令 第 393 号)颁布实施，该条例依据《中华人民共和国建筑法》和《中华人民共和国安全生产法》的规定进一步明确了建设工程安全生产管理基本制度。

1. 安全生产责任制度

安全生产责任制度是建筑生产中最基本的安全管理制度，是所有安全规章制度的核

心。安全生产责任制度是指将各种不同的安全责任落实到负责安全管理的人员和具体岗位人员身上的一种制度。这一制度是安全第一、预防为主方针的具体体现,是建筑安全生产的基本制度。在建筑活动中,只有明确安全责任,分工负责,才能形成完整有效的安全管理体系,激发每个人的安全责任感,严格执行建筑工程安全的法律、法规和安全规程、技术规范,防患于未然,减少和杜绝建筑工程事故,为建筑工程的生产创造一个良好的环境。

安全责任制度的主要内容包括:

(1) 从事建筑活动主体的负责人的责任制

建筑施工企业的法定代表人要对本企业的安全负主要的安全责任。

(2) 从事建筑活动主体的职能机构或职能处室负责人及其工作人员的安全生产责任制
建筑企业根据需要设置的安全处室或者专职安全人员要对安全负责。

(3) 岗位人员的安全生产责任制

岗位人员必须对安全负责。从事特种作业的安全人员必须进行培训,经过考试合格后方能上岗作业。

2. 群防群治制度

群防群治制度是职工群众进行预防和治理安全的一种制度。这一制度也是“安全第一、预防为主”的具体体现,同时也是群众路线在安全工作中的具体体现,是企业进行民主管理的重要内容。这一制度要求建筑企业职工在施工中应当遵守有关生产的法律、法规和建筑行业安全规章、规程,不得违章作业;对于危及生命安全和身体健康的行为有权提出批评、检举和控告。

3. 安全生产教育培训制度

安全生产教育培训制度是对广大建筑干部职工进行安全教育培训,提高安全意识,增加安全知识和技能的制度。安全生产,人人有责。只有通过广大职工进行安全教育、培训,才能使广大职工真正认识到安全生产的重要性、必要性,才能使广大职工掌握更多更有效的安全生产的科学技术知识,牢固树立安全第一的思想,自觉遵守各项安全生产和规章制度。分析许多建筑安全事故,一个重要的原因就是有关人员安全意识不强,安全技能不够,这些都是没有搞好安全教育培训工作的后果。

4. 安全生产检查制度

安全生产检查制度是上级管理部门或企业自身对安全生产状况进行定期或不定期检查的制度。通过检查可以发现问题,查出隐患,从而采取有效措施,堵塞漏洞,把事故消灭在发生之前,做到防患于未然,是“预防为主”的具体体现。通过检查,还可总结出好的经验加以推广,为进一步搞好安全工作打下基础。安全检查制度是安全生产的保障。

5. 伤亡事故处理报告制度

施工中发生事故时,建筑企业应当采取紧急措施减少人员伤亡和事故损失,并按照国家有关规定及时向有关部门报告的制度。事故处理必须遵循一定的程序,做到三不放过(事故原因不清不放过、事故责任者和群众没有受到教育不放过、没有防范措施不放过)。通过对事故的严格处理,可以总结出教训,为制定规程、规章提供第一手素材,做到亡羊补牢。

6. 安全责任追究制度

建设单位、设计单位、施工单位、监理单位,由于没有履行职责造成人员伤亡和事故损失的,视情节给予相应处理;情节严重的,责令停业整顿,降低资质等级或吊销资质证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

2Z201102 建设单位安全生产管理的主要责任和义务

1. 建设单位应当向施工单位提供有关资料

《建设工程安全生产管理条例》第6条规定,建设单位应当向施工单位提供施工现场及毗邻区域内供水、排水、供电、供气、供热、通信、广播电视等地下管线资料,气象和水文观测资料,相邻建筑物和构筑物、地下工程的有关资料,并保证资料的真实、准确、完整。

建设单位因建设工程需要,向有关部门或者单位查询上述规定的资料时,有关部门或者单位应当及时提供。

2. 不得向有关单位提出影响安全生产的违法要求

《建设工程安全生产管理条例》第7条规定,建设单位不得对勘察、设计、施工、工程监理等单位提出不符合建设工程安全生产法律、法规和强制性标准规定的要求,不得压缩合同约定的工期。

3. 建设单位应当保证安全生产投入

《建设工程安全生产管理条例》第8条规定,建设单位在编制工程概算时,应当确定建设工程安全作业环境及安全施工措施所需费用。

4. 不得明示或暗示施工单位使用不符合安全施工要求的物资

《建设工程安全生产管理条例》第9条规定,建设单位不得明示或者暗示施工单位购买、租赁、使用不符合安全施工要求的安全防护用具、机械设备、施工机具及配件、消防设施和器材。

5. 办理施工许可证或开工报告时应当报送安全施工措施

《建设工程安全生产管理条例》第10条规定,建设单位在申请领取施工许可证时,应当提供建设工程有关安全施工措施的资料。

依法批准开工报告的建设工程,建设单位应当自开工报告批准之日起15日内,将保证安全施工的措施报送建设工程所在地的县级以上人民政府建设行政主管部门或者其他有关部门备案。

6. 应当将拆除工程发包给具有相应资质的施工单位

《建设工程安全生产管理条例》第11条规定,建设单位应当将拆除工程发包给具有相应资质等级的施工单位。

建设单位应当在拆除工程施工15日前,将下列资料报送建设工程所在地的县级以上地方人民政府建设行政主管部门或者其他有关部门备案:

- (1) 施工单位资质等级证明;
- (2) 拟拆除建筑物、构筑物及可能危及毗邻建筑的说明;
- (3) 拆除施工组织方案;
- (4) 堆放、清除废弃物的措施。

实施爆破作业的,还应当遵守国家有关民用爆炸物品管理的规定。根据《民用爆炸物品管理条例》第 27 条的规定,使用爆破器材的建设单位,必须经上级主管部门审查同意,并持说明使用爆破器材的地点、品名、数量、用途、四邻距离的文件和安全操作规程,向所在地县、市公安局申请领取《爆炸物品使用许可证》,方准使用。根据《民用爆炸物品管理条例》第 30 条的规定,进行大型爆破作业,或在城镇与其他居民聚居的地方、风景名胜区和重要工程设施附近进行控制爆破作业,施工单位必须事先将爆破作业方案,报县、市以上主管部门批准,并征得所在地县、市公安局同意,方准爆破作业。

2Z201103 建设工程监理企业安全生产管理的主要责任和义务

1. 安全技术措施及专项施工方案审查义务

《建设工程安全生产管理条例》第 14 条第 1 款规定,工程监理单位应当审查施工组织设计中的安全技术措施或者专项施工方案是否符合工程建设强制性标准。

2. 安全生产事故隐患报告义务

《建设工程安全生产管理条例》第 14 条第 2 款规定,工程监理单位在实施监理过程中,发现存在安全事故隐患的,应当要求施工单位整改;情况严重的,应当要求施工单位暂时停止施工,并及时报告建设单位。施工单位拒不整改或者不停止施工的,工程监理单位应当及时向有关主管部门报告。

3. 应当承担监理责任

工程监理单位和监理工程师应当按照法律、法规和工程建设强制性标准实施监理,并对建设工程安全生产承担监理责任。

2Z201104 施工企业安全生产管理的主要责任和义务

1. 施工单位应当具备的安全生产资质条件

《建设工程安全生产管理条例》第 20 条规定,施工单位从事建设工程的新建、扩建和拆除等活动,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. 施工总承包单位与分包单位安全责任的划分

《建设工程安全生产管理条例》第 24 条规定,建设工程实行施工总承包的,由总承包单位对施工现场的安全生产负总责。

总承包单位应当自行完成建设工程主体结构的施工。

总承包单位依法将建设工程分包给其他单位的,分包合同中应当明确各自的安全生产方面的权利、义务。总承包单位和分包单位对分包工程的安全生产承担连带责任。

分包单位应当接受总承包单位的安全生产管理,分包单位不服从管理导致生产安全事故的,由分包单位承担主要责任。

3. 施工单位安全生产责任制度

《建设工程安全生产管理条例》第 21 条规定,施工单位主要负责人依法对本单位的安全生产工作全面负责。施工单位应当建立健全安全生产责任制度和安全生产教育培训制度,制定安全生产规章制度和操作规程,保证本单位安全生产条件所需资金的投入,对所承担建设工程进行定期和专项安全检查,并做好安全检查记录。

施工单位的项目负责人应当由取得相应执业资格的人员担任,对建设工程项目的安全施工负责,落实安全生产责任制度、安全生产规章制度和操作规程,确保安全生产费用的有效使用,并根据工程的特点组织制定安全施工措施,消除安全事故隐患,及时、如实报告生产安全事故。

4. 施工单位安全生产基本保障措施

(1) 安全生产费用应当专款专用

《建设工程安全生产管理条例》第22条规定,施工单位对列入建设工程概算的安全作业环境及安全施工措施所需费用,应当用于施工安全防护用具及设施的采购和更新、安全施工措施的落实、安全生产条件的改善,不得挪作他用。

(2) 安全生产管理机构及人员的设置

《建设工程安全生产管理条例》第23条规定,施工单位应当设立安全生产管理机构,配备专职安全生产管理人员。

专职安全生产管理人员负责对安全生产进行现场监督检查。发现安全事故隐患,应当及时向项目负责人和安全生产管理机构报告;对违章指挥、违章操作的,应当立即制止。

(3) 编制安全技术措施及专项施工方案的规定

《建设工程安全生产管理条例》第26条规定,施工单位应当在施工组织设计中编制安全技术措施和施工现场临时用电方案,对下列达到一定规模的危险性较大的分部分项工程编制专项施工方案,并附具安全验算结果,经施工单位技术负责人、总监理工程师签字后实施,由专职安全生产管理人员进行现场监督:

- ① 基坑支护与降水工程;
- ② 土方开挖工程;
- ③ 模板工程;
- ④ 起重吊装工程;
- ⑤ 脚手架工程;
- ⑥ 拆除、爆破工程;
- ⑦ 国务院建设行政主管部门或者其他有关部门规定的其它危险性较大的工程。

对上述工程中涉及深基坑、地下暗挖工程、高大模板工程的专项施工方案,施工单位还应当组织专家进行论证、审查。

施工单位还应当根据施工阶段和周围环境及季节、气候的变化,在施工现场采取相应的安全施工措施。施工现场暂时停止施工的,施工单位应当做好现场防护,所需费用由责任方承担,或按照合同约定执行。

(4) 对安全施工技术要求的交底

《建设工程安全生产管理条例》第27条规定,建设工程施工前,施工单位负责项目管理的技术人员应当对有关安全施工的技术要求向施工作业班组、作业人员做出详细说明,并由双方签字确认。

(5) 危险部位安全警示标志的设置

《建设工程安全生产管理条例》第28条第1款规定,施工单位应当在施工现场入口处、施工起重机械、临时用电设施、脚手架、出入通道口、楼梯口、电梯井口、孔洞口、桥梁口、隧道口、基坑边沿、爆破物及有害危险气体和液体存放处等危险部位,设置明显

的安全警示标志。安全警示标志必须符合国家标准。

(6) 对施工现场生活区、作业环境的要求

《建设工程安全生产管理条例》第 29 条规定, 施工单位应当将施工现场的办公、生活区与作业区分开设置, 并保持安全距离; 办公、生活区的选址应当符合安全性要求。职工的膳食、饮水、休息场所等应当符合卫生标准。施工单位不得在尚未竣工的建筑物内设置员工集体宿舍。

(7) 环境污染防护措施

《建设工程安全生产管理条例》第 30 条规定, 施工单位对因建设工程施工可能造成损害的毗邻建筑物、构筑物和地下管线等, 应当采取专项保护措施。

施工单位应当遵守有关环境保护法律、法规的规定, 在施工现场采取措施, 防止或减少粉尘、废气、废水、固体废物、噪声、振动和施工照明对人和环境的危害和污染。

(8) 消防安全保障措施

消防安全是建设工程安全生产管理的重要组成部分, 是施工单位现场安全生产管理的工作重点之一。《建设工程安全生产管理条例》第 31 条规定, 施工单位应当在施工现场建立消防安全责任制度, 确定消防安全责任人, 制定用火、用电、使用易燃易爆材料等各项消防安全管理制度和操作规程, 设置消防通道、消防水源, 配备消防设施和灭火器材, 并在施工现场入口处设置明显标志。

(9) 劳动安全管理规定

《建设工程安全生产管理条例》第 32 条规定, 施工单位应当向作业人员提供安全防护用具和安全防护服装, 并书面告知危险岗位的操作规程和违章操作的危害。

作业人员有权对施工现场的作业条件、作业程序和作业方式中存在的安全问题提出批评、检举和控告, 有权拒绝违章指挥和强令冒险作业。

在施工中发生危及人身安全的紧急情况时, 作业人员有权立即停止作业或者在采取必要的应急措施后撤离危险区域。

《建设工程安全生产管理条例》第 33 条规定, 作业人员应当遵守安全施工的强制性标准、规章制度和操作规程, 正确使用安全防护用具、机械设备等。

《建设工程安全生产管理条例》第 38 条规定, 施工单位应当为施工现场从事危险作业的人员办理意外伤害保险。

意外伤害保险费由施工单位支付。实行施工总承包的, 由总承包单位支付意外伤害保险费。意外伤害保险期限自建设工程开工之日起至竣工验收合格止。

(10) 安全防护用具及机械设备、施工机具的安全管理

《建设工程安全生产管理条例》第 34 条规定, 施工单位采购、租赁的安全防护用具、机械设备、施工机具及配件, 应当具有生产(制造)许可证、产品合格证, 并在进入施工现场前进行查验。

施工现场的安全防护用具、机械设备、施工机具及配件必须由专人管理, 定期进行检查、维修和保养, 建立相应的资料档案, 并按照国家有关规定及时报废。

《建设工程安全生产管理条例》第 35 条规定, 施工单位在使用施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设施前, 应当组织有关单位进行验收, 也可以委托具有相应资质的检验检测机构进行验收; 使用承租的机械设备和施工机具及配件的, 由施工总承包

单位、分包单位、出租单位和安装单位共同进行验收。验收合格的方可使用。

5. 安全教育培训制度

(1) 特种作业人员培训和持证上岗

《建设工程安全生产管理条例》第 25 条规定, 垂直运输机械作业人员、安装拆卸工、爆破作业人员、起重信号工、登高架设作业人员等特种作业人员, 必须按照国家有关规定经过专门的安全作业培训, 并取得特种作业操作资格证书后, 方可上岗作业。

(2) 安全管理人员和作业人员的安全教育培训和考核

《建设工程安全生产管理条例》第 36 条规定, 施工单位的主要负责人、项目负责人、专职安全生产管理人员应当经建设行政主管部门或者其他有关部门考核合格后方可任职。

施工单位应当对管理人员和作业人员每年至少进行一次安全生产教育培训, 其教育培训情况记入个人工作档案。安全生产教育培训考核不合格的人员, 不得上岗。

(3) 作业人员进入新岗位、新工地或采用新技术时的上岗教育培训

《建设工程安全生产管理条例》第 37 条规定, 作业人员进入新的岗位或者新的施工现场前, 应当接受安全生产教育培训。未经教育培训或者教育培训考核不合格的人员, 不得上岗作业。

施工单位在采用新技术、新工艺、新设备、新材料时, 应当对作业人员进行相应的安全生产教育培训。

2Z201105 建设工程相关单位安全生产管理的主要责任和义务

1. 机械设备和配件供应单位的安全责任

《建设工程安全生产管理条例》第 15 条规定, 为建设工程提供机械设备和配件的单位, 应当按照安全施工的要求配备齐全有效的保险、限位等安全设施和装置。

2. 机械设备、施工机具和配件出租单位的安全责任

《建设工程安全生产管理条例》第 16 条规定, 出租的机械设备和施工工具及配件, 应当具有生产(制造)许可证, 产品合格证。

出租单位应当对出租的机械设备和施工工具及配件的安全性能进行检测, 在签订租赁协议时, 应当出具检测合格证明。

禁止出租检测不合格的机械设备和施工工具及配件。

3. 起重机械和自升式架设设施的安全管理

(1) 在施工现场安装、拆卸施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施, 必须由具有相应资质的单位承担。

(2) 安装、拆卸施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施, 应当编制拆装方案, 制定安全施工措施, 并由专业技术人员现场监督。

(3) 施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施安装完毕后, 安装单位应当自检, 出具自检合格证明, 并向施工单位进行安全使用说明, 办理验收手续并签字。

(4) 施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施的使用达到国家规定的检验检测期限的, 必须经具有专业资质的检验检测机构检测。经检测不合格的, 不得继续使用。

(5) 检验检测机构对检测合格的施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设

设施,应当出具安全合格证明文件,并对检测结果负责。

2Z201106 施工企业及相关各方的法律责任

(1) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定,县级以上人民政府建设行政主管部门或者其他有关行政管理部门的工作人员,有下列行为之一的,给予降级或者撤职的行政处分;构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任:

- ① 对不具备安全生产条件的施工单位颁发资质证书的;
- ② 对没有安全施工措施的建设工程颁发施工许可证的;
- ③ 发现违法行为不予查处的;
- ④ 不依法履行监督管理职责的其他行为。

(2) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定,建设单位未提供建设工程安全生产作业环境及安全施工措施所需费用的,责令限期改正;逾期未改正的,责令该建设工程停止施工。

建设单位未将保证安全施工的措施或者拆除工程的有关资料报送有关部门备案的,责令限期改正,给予警告。

(3) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定,建设单位有下列行为之一的,责令限期改正,处20万元以上50万元以下的罚款;造成重大安全事故,构成犯罪的,对直接责任人员,依照刑法有关规定追究刑事责任;造成损失的,依法承担赔偿责任:

① 对勘察、设计、施工、工程监理等单位提出不符合安全生产法律、法规和强制性标准规定的要求的;

② 要求施工单位压缩合同约定的工期的;

③ 将拆除工程发包给不具有相应资质等级的施工单位的。

(4) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定,工程监理单位有下列行为之一的,责令限期改正;逾期未改正的,责令停业整顿,并处10万元以上30万元以下的罚款;情节严重的,降低资质等级,直至吊销资质证书;造成重大安全事故,构成犯罪的,对直接责任人员,依照刑法有关规定追究刑事责任;造成损失的,依法承担赔偿责任:

① 未对施工组织设计中的安全技术措施或者专项施工方案进行审查的;

② 发现安全事故隐患未及时要求施工单位整改或者暂时停止施工的;

③ 施工单位拒不整改或者不停止施工,未及时向有关主管部门报告的;

④ 未依照法律、法规和工程建设强制性标准实施监理的。

(5) 注册执业人员未执行法律、法规和工程建设强制性标准的,责令停止执业3个月以上1年以下;情节严重的,吊销执业资格证书,5年内不予注册;造成重大安全事故的,终身不予注册;构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任。

(6) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定,为建设工程提供机械设备和配件的单位,未按照安全施工的要求配备齐全有效的保险、限位等安全设施和装置的,责令限期改正,处合同价款1倍以上3倍以下的罚款;造成损失的,依法承担赔偿责任。

(7) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定,出租单位出租未经安全性能检测或者经检测不合格的机械设备和施工机具及配件的,责令停业整顿,并处5万元以上10万元以下的罚款;造成损失的,依法承担赔偿责任。

(8) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定, 施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施安装、拆卸单位有下列行为之一的, 责令限期改正, 处5万元以上10万元以下的罚款; 情节严重的, 责令停业整顿, 降低资质等级, 直至吊销资质证书; 造成损失的, 依法承担赔偿责任:

- ① 未编制拆装方案、制定安全施工措施的;
- ② 未由专业技术人员现场监督的;
- ③ 未出具自检合格证明或者出具虚假证明的;
- ④ 未向施工单位进行安全使用说明, 办理移交手续的。

施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施安装、拆卸单位有前款规定的第①项、第③项行为, 经有关部门或者单位职工提出后, 对事故隐患仍不采取措施, 因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果, 构成犯罪的, 对直接责任人员, 依照刑法有关规定追究刑事责任。

(9) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定, 施工单位有下列行为之一的, 责令限期改正; 逾期未改正的, 责令停业整顿, 依照《中华人民共和国安全生产法》的有关规定处以罚款; 造成重大安全事故, 构成犯罪的, 对直接责任人员, 依照刑法有关规定追究刑事责任:

- ① 未设立安全生产管理机构、配备专职安全生产管理人员或者分部分项工程施工时无专职安全生产管理人员现场监督的;
- ② 施工单位的主要负责人、项目负责人、专职安全生产管理人员、作业人员或者特种作业人员, 未经安全教育培训或者经考核不合格即从事相关工作的;
- ③ 未在施工现场的危险部位设置明显的安全警示标志, 或者未按照国家有关规定在施工现场设置消防通道、消防水源、配备消防设施和灭火器材的;
- ④ 未向作业人员提供安全防护用具和安全防护服装的;
- ⑤ 未按照规定在施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设设施验收合格后登记的;
- ⑥ 使用国家明令淘汰、禁止使用的危及施工安全的工艺、设备、材料的。

(10) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定, 施工单位挪用列入建设工程概算的安全生产作业环境及安全施工措施所需费用的, 责令限期改正, 处挪用费用20%以上50%以下的罚款; 造成损失的, 依法承担赔偿责任。

(11) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定, 施工单位有下列行为之一的, 责令限期改正; 逾期未改正的, 责令停业整顿, 并处5万元以上10万元以下的罚款; 造成重大安全事故, 构成犯罪的, 对直接责任人员, 依照刑法有关规定追究刑事责任:

- ① 施工前未对有关安全施工的技术要求作出详细说明的;
- ② 未根据不同施工阶段和周围环境及季节、气候的变化, 在施工现场采取相应的安全施工措施, 或者在城市市区内的建设工程的施工现场未实行封闭围挡的;
- ③ 在尚未竣工的建筑物内设置员工集体宿舍的;
- ④ 施工现场临时搭建的建筑物不符合安全使用要求的;
- ⑤ 未对因建设工程施工可能造成损害的毗邻建筑物、构筑物和地下管线等采取专项防护措施的。

施工单位有前款规定第④项、第⑤项行为，造成损失的，依法承担赔偿责任。

(12) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定，施工单位有下列行为之一的，责令限期改正；逾期未改正的，责令停业整顿，并处 10 万元以上 30 万元以下的罚款；情节严重的，降低资质等级，直至吊销资质证书；造成重大安全事故，构成犯罪的，对直接责任人员，依照刑法有关规定追究刑事责任；造成损失的，依法承担赔偿责任：

① 安全防护用具、机械设备、施工机具及配件在进入施工现场前未经查验或者查验不合格即投入使用的；

② 使用未经验收或者验收不合格的施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设施的；

③ 委托不具有相应资质的单位承担施工现场安装、拆卸施工起重机械和整体提升脚手架、模板等自升式架设施的；

④ 在施工组织设计中未编制安全技术措施、施工现场临时用电方案或者专项施工方案的。

(13) 违反《建设工程安全生产管理条例》的规定，施工单位的主要负责人、项目负责人未履行安全生产管理职责的，责令限期改正；逾期未改正的，责令施工单位停业整顿；造成重大安全事故、重大伤亡事故或者其他严重后果，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。

作业人员不服管理、违反规章制度和操作规程冒险作业造成重大伤亡事故或者其他严重后果，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。

施工单位的主要负责人、项目负责人有前款违法行为，尚不够刑事处罚的，处 2 万元以上 20 万元以下的罚款或者按照管理权限给予撤职处分；自刑罚执行完毕或者受处分之日起，5 年内不得担任任何施工单位的主要负责人、项目负责人。

(14) 施工单位取得资质证书后，降低安全生产条件的，责令限期改正；经整改仍未达到与其资质等级相适应的安全生产条件的，责令停业整顿，降低其资质等级直至吊销资质证书。

(15) 《建设工程安全生产管理条例》规定的行政处罚，由建设行政主管部门或者其他有关部门依法定职权决定。

违反消防安全管理规定的行为，由公安消防机构依法处罚。有关法律、行政法规对建设工程安全生产违法行为的行政处罚决定机关另有规定的，从其规定。

2Z201110 掌握安全生产许可证条例与工程建设相关的内容

2Z201111 安全生产许可证条例的适用范围

《安全生产许可证条例》(2004 年 1 月 13 日国务院令第 397 号发布)第 1 条规定：“为了严格规范安全生产条件，进一步加强安全生产监督管理，防止和减少生产安全事故，根据《中华人民共和国安全生产法》的有关规定，制定本条例。”

同时，《安全生产许可证条例》第 2 条规定：“国家对矿山企业、建筑施工企业和危险化学品、烟花爆竹、民用爆破器材生产企业(以下统称企业)实行安全生产许可制度。

企业未取得安全生产许可证的，不得从事生产活动。”

2Z201112 安全生产许可证的颁发和管理

(1) 国务院安全生产监督管理部门负责中央管理的非煤矿矿山企业和危险化学品、烟花爆竹生产企业安全生产许可证的颁发和管理。

省、自治区、直辖市人民政府安全生产监督管理部门负责国务院安全生产监督管理部门职责以外的非煤矿矿山企业和危险化学品、烟花爆竹生产企业安全生产许可证的颁发和管理,并接受国务院安全生产监督管理部门的指导和监督。国家煤矿安全监察机构负责中央管理的煤矿企业安全生产许可证的颁发和管理。在省、自治区、直辖市设立的煤矿安全监察机构负责前款规定以外的其他煤矿企业安全生产许可证的颁发和管理,并接受国家煤矿安全监察机构的指导和监督。

(2) 国务院建设主管部门负责中央管理的建筑施工企业安全生产许可证的颁发和管理。

省、自治区、直辖市人民政府建设主管部门负责国务院建设主管部门职责以外的建筑施工企业安全生产许可证的颁发和管理,并接受国务院建设主管部门的指导和监督。

(3) 国务院国防科技工业主管部门负责民用爆破器材生产企业安全生产许可证的颁发和管理。

2Z201113 安全生产许可证的取得条件

1. 企业取得安全生产许可证应具备的安全生产条件

企业取得安全生产许可证,应当具备下列安全生产条件:

- (1) 建立、健全安全生产责任制,制定完备的安全生产规章制度和操作规程;
- (2) 安全投入符合安全生产要求;
- (3) 设置安全生产管理机构,配备专职安全生产管理人员;
- (4) 主要负责人和安全生产管理人员经考核合格;
- (5) 特种作业人员经有关业务主管部门考核合格,取得特种作业操作资格证书;
- (6) 从业人员经安全生产教育和培训合格;
- (7) 依法参加工伤保险,为从业人员缴纳保险费;
- (8) 厂房、作业场所和安全设施、设备、工艺符合有关安全生产法律、法规、标准和规程的要求;
- (9) 有职业危害防治措施,并为从业人员配备符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品;
- (10) 依法进行安全评价;
- (11) 有重大危险源检测、评估、监控措施和应急预案;
- (12) 有生产安全事故应急救援预案、应急救援组织或者应急救援人员,配备必要的应急救援器材、设备;
- (13) 法律、法规规定的其他条件。

2. 建筑施工企业取得安全生产许可证应具备的安全生产条件

建筑施工企业取得安全生产许可证,应当具备下列安全生产条件:

- (1) 建立、健全安全生产责任制,制定完备的安全生产规章制度和操作规程;

- (2) 保证本单位安全生产条件所需资金的投入;
- (3) 设置安全生产管理机构, 按照国家有关规定配备专职安全生产管理人员;
- (4) 主要负责人、项目负责人、专职安全生产管理人员经建设主管部门或者其他有关部门考核合格;
- (5) 特种作业人员经有关业务主管部门考核合格, 取得特种作业操作资格证书;
- (6) 管理人员和作业人员每年至少进行一次安全生产教育培训并考核合格;
- (7) 依法参加工伤保险, 依法为施工现场从事危险作业的人员办理意外伤害保险, 为从业人员交纳保险费;
- (8) 施工现场的办公、生活区及作业场所和安全防护用具、机械设备、施工机具及配件符合有关安全生产法律、法规、标准和规程的要求;
- (9) 有职业危害防治措施, 并为作业人员配备符合国家标准或者行业标准的安全防护用具和安全防护服装;
- (10) 有对危险性较大的分部分项工程及施工现场易发生重大事故的部位、环节的预防、监控措施和应急预案;
- (11) 有生产安全事故应急救援预案、应急救援组织或者应急救援人员, 配备必要的应急救援器材、设备;
- (12) 法律、法规规定的其他条件。

2Z201114 施工企业违反安全生产许可证条例的法律责任

(1) 未取得安全生产许可证擅自进行生产的, 责令停止生产, 没收违法所得, 并处 10 万元以上 50 万元以下的罚款; 造成重大事故或者其他严重后果, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

(2) 安全生产许可证有效期满未办理延期手续, 继续进行生产的, 责令停止生产, 限期补办延期手续, 没收违法所得, 并处 5 万元以上 10 万元以下的罚款; 逾期仍不办理延期手续, 继续进行生产的, 依照《安全生产许可证条例》第 19 条的规定处罚。

(3) 转让安全生产许可证的, 没收违法所得, 处 10 万元以上 50 万元以下的罚款, 并吊销其安全生产许可证; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任; 接受转让的, 依照《安全生产许可证条例》第 19 条的规定处罚。

冒用安全生产许可证或者使用伪造的安全生产许可证的, 依照《安全生产许可证条例》第 19 条的规定处罚。

(4) 《安全生产许可证条例》施行前已经进行生产的企业, 应当自条例施行之日起 1 年内, 依照条例的规定向安全生产许可证颁发管理机关申请办理安全生产许可证; 逾期不办理安全生产许可证, 或者经审查不符合本条例规定的安全生产条件, 未取得安全生产许可证, 继续进行生产的, 依照条例第 19 条的规定处罚。

2Z201120 掌握建设工程质量管理条例的有关内容

2Z201121 工程质量监督管理制度

政府质量监督作为一项制度, 以法规的形式在《建设工程质量管理条例》(以下简称

《质量条例》)中加以明确,强调了工程质量必须实行政府监督管理。《质量条例》对加强工程质量监督管理的一系列重大问题做出了明确的规定:一是对业主的行为进行了严格规范。二是对建设单位、勘察设计单位、施工单位和监理单位的质量责任及其在实际工作中容易出问题的重要环节做出了明确的规定。

政府对工程质量的监督管理主要以保证工程使用安全 and 环境质量为主要目的,以法律、法规和强制性标准为监督的依据,以地基基础、主体结构、环境质量和与此有关的工程建设各方主体的质量行为为监督的主要内容,以施工许可制度和竣工验收备案制度为监督的主要手段。

建设工程质量监督管理制度具有以下几个特点:

第一,具有权威性。建设工程质量监督体现的是国家意志,任何单位和个人从事工程建设活动都应当服从这种监督管理。

第二,具有强制性。这种监督是由国家的强制力来保证的,任何单位和个人不服从这种监督管理都将受到法律的制裁。

第三,具有综合性。这种监督管理并不局限于某一个阶段或某一个方面,而是贯穿于建设活动的全过程,并适用于建设单位、勘察单位、设计单位、施工单位、工程建设监理单位。

第四,具有宏观性。政府监督不同于社会监理。社会监理主要是对某一具体工程实行监理,具有微观性。而政府监督则从整个社会建设的大局出发来进行监督管理,体现了宏观性。

2Z201122 建设单位的质量责任和义务

(1) 建设单位应当将工程发包给具有相应资质等级的单位,不得将工程肢解发包。

(2) 建设单位应当依法对建设工程项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购进行招标。

(3) 建设单位必须向有关的勘察、设计、施工、工程监理等单位提供与建设工程有关的原始资料。原始资料必须真实、准确、齐全。

(4) 建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标,不得任意压缩合理工期。

(5) 建设单位不得明示或者暗示设计单位或者施工单位违反工程建设强制性标准,降低建设工程质量。

(6) 施工图设计文件未经审查批准的,建设单位不得使用。

(7) 对必须实行监理的工程,建设单位应当委托具有相应资质等级的工程监理单位进行监理。

(8) 建设单位在领取施工许可证或者开工报告之前,应当按照国家有关规定办理工程质量监督手续。

(9) 按照合同约定,由建设单位采购建筑材料、建筑构配件和设备的,建设单位应当保证建筑材料、建筑构配件和设备符合设计文件和合同要求。建设单位不得明示或者暗示施工单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备。

(10) 涉及建筑主体和承重结构变动的装修工程,建设单位要有设计方案。

(11) 建设单位应按照国家有关规定组织竣工验收, 建设工程验收合格的, 方可交付使用。

2Z201123 施工单位的质量责任和义务

(1) 施工单位应当依法取得相应资质等级的证书, 并在其资质等级许可的范围内承揽工程。

(2) 施工单位不得转包或违法分包工程。

(3) 施工单位对建设工程的施工质量负责, 总承包单位与分包单位对分包工程的质量承担连带责任。

(4) 施工单位必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工, 不得擅自修改工程设计, 不得偷工减料。

(5) 施工单位必须按照工程设计要求、施工技术标准 and 合同约定, 对建筑材料、建筑构配件、设备和商品混凝土进行检验, 未经检验或检验不合格的, 不得使用。

(6) 施工单位必须建立、健全施工质量的检验制度, 严格工序管理, 作好隐蔽工程的质量检查和记录。隐蔽工程在隐蔽前, 施工单位应当通知建设单位和建设工程质量监督机构。

(7) 施工人员对涉及结构安全的试块、试件以及有关材料, 应在建设单位或工程监理单位监督下现场取样, 并送具有相应资质等级的质量检测单位进行检测。

(8) 建设工程实行质量保修制度, 承包单位应履行保修义务。

2Z201124 建设工程监理单位的质量责任和义务

(1) 工程监理单位应当依法取得相应资质等级的证书, 并在其资质等级许可的范围内承担工程监理业务, 不得转让工程监理业务。

(2) 工程监理单位不得与被监理工程的施工承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位有隶属关系或者其他利害关系。

(3) 工程监理单位应当依照法律、法规以及有关技术标准、设计文件和建设工程承包合同, 代表建设单位对施工质量实施监理, 并对施工质量承担监理责任。

(4) 工程监理单位应当选派具备相应资格的总监理工程师和监理工程师进驻施工现场。监理工程师应当按照工程监理规范的要求, 采取旁站、巡视和平行检验等形式, 对建设工程实施监理。

2Z201125 建设工程质量保修的有关规定

建设工程质量保修制度是指建设工程在办理竣工验收手续后, 在规定的保修期限内, 因勘察、设计、施工、材料等原因造成的质量缺陷, 应当由施工承包单位负责维修、返工或更换, 由责任单位负责赔偿损失。建设工程实行质量保修制度是落实建设工程质量责任的重要措施。《建筑法》、《建设工程质量管理条例》、《房屋建筑工程质量保修办法》(2000年6月30日建设部令第80号发布)对该项制度的规定主要有以下几方面内容:

(1) 建设工程承包单位在向建设单位提交竣工验收报告时, 应当向建设单位出具质量保修书。质量保修书中应当明确建设工程的保修范围、保修期限和保修责任等。保修范围

和正常使用条件下的最低保修期限为：

① 基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；

② 屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为 5 年；

③ 供热与供冷系统，为 2 个采暖期、供冷期；

④ 电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为 2 年。

其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。因使用不当或者第三方造成的质量缺陷，以及不可抗力造成的质量缺陷，不属于法律规定的保修范围。

(2) 建设工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的，施工单位应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任。

对在保修期限内和保修范围内发生的质量问题，一般应先由建设单位组织勘察、设计、施工等单位分析质量问题的原因，确定维修方案，由施工单位负责维修。但当问题较严重复杂时，不管是什么原因造成的，只要是在保修范围内，均先由施工单位履行保修义务，不得推诿扯皮。对于保修费用，则由质量缺陷的责任方承担。

2Z201126 施工单位、建设单位和监理单位的法律责任

1. 施工单位的质量责任

(1) 施工单位在施工中偷工减料的，使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备的，或者有不按照工程设计图纸或者施工技术标准施工的其他行为的，责令改正，处工程合同价款 2% 以上 4% 以下的罚款；造成建设工程质量不符合规定的质量标准的，负责返工、修理，并赔偿因此造成的损失；情节严重的，责令停业整顿，降低资质等级或者吊销资质证书。

(2) 施工单位未对建筑材料、建筑构配件、设备和商品混凝土进行检验，或者未对涉及结构安全的试块、试件以及有关材料取样检测的，责令改正，处 10 万元以上 20 万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，降低资质等级或者吊销资质证书；造成损失的，依法承担赔偿责任。

(3) 施工单位不履行保修义务或者拖延履行保修义务的，责令改正，处 10 万元以上 20 万元以下的罚款，并对在保修期内因质量缺陷造成的损失承担赔偿责任。

(4) 涉及建筑主体或者承重结构变动的装修工程，没有设计方案擅自施工的，责令改正，处 50 万元以上 100 万元以下的罚款；房屋建筑使用者在装修过程中擅自变动房屋建筑主体和承重结构的，责令改正，处 5 万元以上 10 万元以下的罚款。

有上述所列行为，造成损失的，依法承担赔偿责任。

(5) 施工单位超越本单位资质等级承揽工程的，责令停止违法行为，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；有违法所得的，予以没收。

未取得资质证书承揽工程的，予以取缔，依照上述规定处以罚款；有违法所得的，予以没收。

以欺骗手段取得资质证书承揽工程的，吊销资质证书，依照本条第一款规定处以罚

款；有违法所得的，予以没收。

(6) 施工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。

(7) 承包单位将承包的工程转包或者违法分包的，责令改正，没收违法所得，对施工单位处工程合同价款 0.5% 以上 1% 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。

2. 建设单位法律责任

(1) 建设单位将建设工程发包给不具有相应资质等级的勘察、设计、施工单位或者委托给不具有相应资质等级的工程监理单位的，责令改正，处 50 万元以上 100 万元以下的罚款。

(2) 建设单位将建设工程肢解发包的，责令改正，处工程合同价款 0.5% 以上 1% 以下的罚款；对全部或者部分使用国有资金的项目，并可以暂停项目执行或者暂停资金拨付。

(3) 建设单位有下列行为之一的，责令改正，处 20 万元以上 50 万元以下的罚款：

- ① 迫使承包方以低于成本的价格竞标的；
- ② 任意压缩合理工期的；
- ③ 明示或者暗示设计单位或者施工单位违反工程建设强制性标准，降低工程质量的；
- ④ 施工图设计文件未经审查或者审查不合格，擅自施工的；
- ⑤ 建设项目必须实行工程监理而未实行工程监理的；
- ⑥ 未按照国家规定办理工程质量监督手续的；
- ⑦ 明示或者暗示施工单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备的；
- ⑧ 未按照国家规定将竣工验收报告、有关认可文件或者准许使用文件报送备案的。

(4) 建设单位未取得施工许可证或者开工报告未经批准，擅自施工的，责令停止施工，限期改正，处工程合同价款 1% 以上 2% 以下的罚款。

(5) 建设单位有下列行为之一的，责令改正，处工程合同价款 2% 以上 4% 以下的罚款；造成损失的，依法承担赔偿责任：

- ① 未组织竣工验收，擅自交付使用的；
- ② 验收不合格，擅自交付使用的；
- ③ 对不合格的建设工程按照合格工程验收的。

《建设工程质量管理条例》第 59 条规定：“违反本条例规定，建设工程竣工验收后，建设单位未向建设行政主管部门或者其他有关部门移交建设项目档案的，责令改正，处 1 万元以上 10 万元以下的罚款。”

3. 工程监理单位法律责任

(1) 工程监理单位超越本单位资质等级承揽工程的，责令停止违法行为，处合同约定的监理酬金 1 倍以上 2 倍以下的罚款；情节严重的，吊销资质证书；有违法所得的，予以没收。

未取得资质证书承揽工程的，予以取缔，依照上述规定处以罚款；有违法所得的，予以没收。

以欺骗手段取得资质证书承揽工程的, 吊销资质证书, 依照本条第一款规定处以罚款; 有违法所得的, 予以没收。

(2) 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, 对工程监理单位处合同约定的监理酬金 1 倍以上 2 倍以下的罚款; 情节严重的, 吊销资质证书。

(3) 工程监理单位转让工程监理业务的, 责令改正, 没收违法所得, 处合同约定的监理酬金 25% 以上 50% 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。

(4) 工程监理单位有下列行为之一的, 责令改正, 处 50 万元以上 100 万元以下的罚款, 降低资质等级或者吊销资质证书, 有违法所得的, 予以没收; 造成损失的, 承担连带赔偿责任:

① 与建设单位或者施工单位串通, 弄虚作假, 降低工程质量的;

② 将不合格的建设工程、建筑材料、建筑构配件和设备按照合格签字的。

(5) 工程监理单位与被监理工程的施工承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位有隶属关系或者其他利害关系承担该项建设工程的监理业务的, 责令改正, 处 5 万元以上 10 万元以下的罚款, 降低资质等级或者吊销资质证书; 有违法所得的, 予以没收。

2Z201130 掌握工程建设标准实施的有关规定

2Z201131 工程建设标准的种类

1. 工程建设标准的概念

工程建设标准是指建设工程设计、施工方法和安全保护的统一的技术要求及有关工程建设的技术术语、符号、代号、制图方法的一般原则。

2. 工程建设标准的划分

(1) 根据标准的约束性划分

① 强制性标准。保障人体健康、人身财产安全的标准和法律、行政法规规定强制性执行的国家和行业标准是强制性标准; 省、自治区、直辖市标准化行政主管部门制定的工业产品的安全、卫生要求的地方标准在本行政区域内是强制性标准。

对工程建设业来说, 下列标准属于强制性标准:

- 工程建设勘察、规划、设计、施工(包括安装)及验收等通用的综合标准和重要的通用的质量标准;
- 工程建设通用的有关安全、卫生 and 环境保护的标准;
- 工程建设重要的术语、符号、代号、量与单位、建筑模数和制图方法标准;
- 工程建设重要的通用的试验、检验和评定等标准;
- 工程建设重要的通用的信息技术标准;
- 国家需要控制的其他工程建设通用的标准。

② 推荐性标准。其他非强制性的国家和行业标准是推荐性标准。推荐性标准国家鼓励企业自愿采用。

(2) 根据标准的内容划分

① 设计标准。设计标准是指从事工程设计所依据的技术文件。

② 施工及验收标准。施工标准是指施工操作程序及其技术要求的标准。验收标准是指检验、接收竣工工程项目的规程、办法与标准。

③ 建设定额。建设定额是指国家规定的消耗在单位建筑产品上活劳动和物化劳动的数量标准,以及用货币表现的某些必要费用的额度。

(3) 根据标准的属性划分

① 技术标准。技术标准是指对标准化领域中需要协调统一的技术事项所制定的标准。

② 管理标准。管理标准是指对标准化领域中需要协调统一的管理事项所制定的标准。

③ 工作标准。工作标准是指对标准化领域中需要协调统一的工作事项所制定的标准。

(4) 根据标准的等级划分

① 国家标准。国家标准是对需要在全国范围内统一的技术要求制定的标准。

② 行业标准。行业标准是对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求所制定的标准。

③ 地方标准。地方标准是对没有国家标准和行业标准而又需要在该地区范围内统一的技术要求所制定的标准。

④ 企业标准。企业标准是对企业范围内需要协调、统一的技术要求、管理事项和工作事项所制定的标准。

2Z201132 执行工程建设强制性条文的规定

1. 工程建设强制性标准监督检查的内容

(1) 应对建设单位、设计单位、施工单位和监理单位是否组织有关工程技术人员对工程建设强制性标准的学习和考核进行监督检查。

(2) 应对本行政区域内的建设工程项目,根据各建设工程项目实施的不同阶段,分别对其规划、勘察、设计、施工、验收等阶段监督检查,对一般工程的重点环节或重点工程项目,应加大监督检查的力度。

(3) 对建设工程项目采用的建筑材料、设备,必须按强制性标准的规定进行进场验收,以符合合同约定和设计要求。

(4) 在建设工程项目的整个建设过程中,严格执行工程建设强制性标准,确保工程项目的质量和安全,建设单位作为责任主体,负责对工程建设各个环节的综合管理工作。

(5) 为了便于工程设计和施工的实施,社会上编制了各专业工程的导则、指南、手册、计算机软件等,它们为工程设计和施工提供了具体、辅助的操作方法和手段,但是,它们应遵照而不得擅自修改工程建设强制性标准和有关技术标准中的有关规定。

2. 工程建设强制性标准监督检查方式

(1) 重点检查。一般是指对于某项重点工程,或工程中某些重点内容进行的检查。

(2) 抽查。一般指采用随机方法,在全体工程或某类工程中抽取一定数量进行检查。

(3) 专项检查。是指对建设项目在某个方面或某个专项执行强制性标准情况进行的检查。

2Z201133 违反工程建设强制性条文实施的法律責任

1. 建设单位法律責任

建设单位有下列行为之一的，责令改正，并处以 20 万元以上 50 万元以下的罚款：

- (1) 明示或者暗示施工单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备的；
- (2) 明示或者暗示设计单位或者施工单位违反工程建设强制性标准，降低工程质量的。

2. 施工单位法律責任

施工单位违反工程建设强制性标准的，责令改正，处工程合同价款 2% 以上 4% 以下的罚款；造成建设工程质量不符合规定的质量标准的，负责返工、修理，并赔偿因此造成的损失；情节严重的，责令停业整顿，降低资质等级或者吊销资质证书。

3. 工程监理单位法律責任

工程监理单位违反强制性标准规定，将不合格的建设工程以及建筑材料、建筑构配件和设备按照合格签字的，责令改正，处 50 万元以上 100 万元以下的罚款，降低资质等级或者吊销资质证书；有违法所得的，予以没收；造成损失的，承担连带赔偿责任。

4. 主管部门法律責任

建设行政主管部门和有关行政主管部门工作人员，玩忽职守、滥用职权、营私舞弊的，给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

5. 处罚规定

(1) 违反工程建设强制性标准造成工程质量、安全隐患或者工程事故的，按照《建设工程质量管理条例》有关规定，对事故责任单位和责任人进行处罚。

(2) 有关责令停业整顿、降低资质等级和吊销资质证书的行政处罚，由颁发资质证书的机关决定；其他行政处罚，由建设行政主管部门或者有关部门依照法定职权决定。

2Z201140 熟悉消防法和劳动法与工程建设相关的主要内容

2Z201141 消防法关于工程建设活动火灾预防的规定

1. 机关、团体、企业、事业单位应当履行的消防安全职责

- (1) 制定消防安全制度、消防安全操作规程；
- (2) 实行防火安全责任制，确定本单位和所属各部门、岗位的消防安全责任人；
- (3) 针对本单位的特点对职工进行消防宣传教育；
- (4) 组织防火检查，及时消除火灾隐患；
- (5) 按照国家有关规定配置消防设施和器材，设置消防安全标志，并定期组织检验、维修，确保消防设施和器材完好、有效；
- (6) 保障疏散通道、安全出口畅通，并设置符合国家规定的消防安全疏散标志。

居民住宅区的管理单位，应当依照《中华人民共和国消防法》（以下简称《消防法》）第 14 条的规定，履行消防安全职责，做好住宅区的消防安全工作。

2. 在设有车间或者仓库的建筑物内，不得设置员工集体宿舍

在设有车间或者仓库的建筑物内，已经设置员工集体宿舍的，应当限期加以解决。对

于暂时确有困难的，应当采取必要的消防安全措施，经公安消防机构批准后，可以继续使用。

3. 生产、储存、运输、销售或者使用、销毁易燃易爆危险物品的单位、个人，必须执行国家有关消防安全的规定

生产易燃易爆危险物品的单位，对产品应当附有燃点、闪点、爆炸极限等数据的说明书，并且注明防火防爆注意事项。对独立包装的易燃易爆危险物品应当贴附危险品标签。

进入生产、储存易燃易爆危险物品的场所，必须执行国家有关消防安全的规定。禁止携带火种进入生产、储存易燃易爆危险物品的场所。禁止非法携带易燃易爆危险物品进入公共场所或者乘坐公共交通工具。

储存可燃物资仓库的管理，必须执行国家有关消防安全的规定。

4. 禁止在具有火灾、爆炸危险的场所使用明火

因特殊情况需要使用明火作业的，应当按照规定事先办理审批手续。作业人员应当遵守消防安全规定，并采取相应的消防安全措施。

进行电焊、气焊等具有火灾危险的作业的人员和自动消防系统的操作人员，必须持证上岗，并严格遵守消防安全操作规程。

2Z201142 劳动合同的主要内容

1. 劳动合同的概念

劳动合同又称劳动契约，是指劳动者与用人单位之间为确立劳动关系，依法协商达成的双方权利和义务的书面协议。

劳动法规定建立劳动关系应当订立劳动合同，并应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。

2. 劳动合同的订立要求

(1) 当事人具有合法的资格

(2) 劳动合同内容合法

劳动合同应当以书面形式订立，并具备以下条款：

- ① 劳动合同期限；
- ② 工作内容；
- ③ 劳动保护和劳动条件；
- ④ 劳动报酬；
- ⑤ 劳动纪律；
- ⑥ 劳动合同终止的条件；
- ⑦ 违反劳动合同的责任。

(3) 劳动合同形式合法

(4) 订立劳动合同的程序合法

3. 劳动合同的履行

(1) 劳动合同履行的要求

劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。

(2) 履行劳动合同的原则

- ① 亲自履行的原则；
- ② 权利义务相统一的原则；
- ③ 全面履行的原则；
- ④ 协作履行的原则。

4. 劳动合同的变更

(1) 劳动合同变更的涵义

劳动合同变更，是指当事人双方对依法成立、尚未履行的劳动合同条款所作的修改或增减。劳动合同的变更，只限于劳动合同条款内容的变更，不包括当事人的变更。

(2) 劳动合同变更的条件

- ① 订立劳动合同时所依据的法律、法规已经修改或者废止；
- ② 用人单位转产或者调整生产任务、改变工作任务；
- ③ 用人单位严重亏损或者发生自然灾害，确实无法履行劳动合同规定的义务；
- ④ 当事人双方协商同意；
- ⑤ 法律允许的其他情况；
- ⑥ 在劳动合同没有变更的情况下，用人单位不得安排职工从事合同规定以外的工作，但下列情况除外：

- 发生事故或遇灾害，需要及时抢修或救灾；
- 因工作需要而临时调动工作；
- 发生短期停工；
- 法律允许的其他情况。

(3) 劳动合同变更的程序

- ① 及时提出变更合同的要求；
- ② 按期作出答复；
- ③ 双方达成书面协议。

5. 劳动合同的解除

(1) 劳动合同解除的涵义

劳动合同的解除，是指当事人双方提前终止劳动合同的法律效力，解除双方的权利义务关系。

(2) 劳动合同解除的分类

- ① 法定解除，是指因发生法律、法规或劳动合同规定的情况，提前终止劳动合同的法律效力；
- ② 协商解除，是指当事人双方因某种原因，协商同意提前终止劳动合同的法律效力。

(3) 用人单位可以随时解除劳动合同的情形

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- ① 在试用期间被证明不符合录用条件的；
- ② 严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；
- ③ 严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；
- ④ 被依法追究刑事责任的。

(4) 用人单位可以解除劳动合同, 但应提前通知劳动者的情形

有下列情形之一的, 用人单位可以解除劳动合同, 但是应提前 30 日以书面形式通知劳动者本人:

① 劳动者患病或者非因工负伤, 医疗期满后, 不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的;

② 劳动者不能胜任工作, 经过培训或者调整工作岗位, 仍不能胜任工作的;

③ 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化, 致使原劳动合同无法履行, 经与当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。

(5) 用人单位不得解除劳动合同的情形

① 患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的;

② 患病或者负伤, 在规定的医疗期内的;

③ 女职工在孕期、产假、哺乳期内的;

④ 法律、行政法规规定的其他情形。

(6) 劳动者解除合同

劳动者解除劳动合同, 应当提前 30 日以书面形式通知用人单位。有下列情形之一的, 劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同:

① 在试用期内的;

② 用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的;

③ 用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的。

6. 劳动合同的终止

(1) 劳动合同的终止的概念

劳动合同终止, 是指终止劳动合同的法律效力。

(2) 劳动合同的终止条件

① 劳动合同期限届满;

② 约定终止条件出现;

③ 合同目的实现;

④ 劳动者退休或者死亡;

⑤ 用人单位消灭。

2Z201143 劳动保护的主要内容

1. 劳动保护的概念

劳动保护是国家为了劳动者在生产过程中的安全与健康而采取的各项保护措施, 是保证职工肌体不受伤害, 保持和提高劳动者持久的劳动能力的组织和技术措施的总称。

2. 劳动保护的主要内容

(1) 安全及劳动卫生规程

① 用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度, 严格执行国家劳动安全卫生规程和标准, 对劳动者进行劳动安全卫生教育, 防止劳动过程中的事故, 减少职业危害。

② 劳动安全卫生设施必须符合国家规定的标准。新建、改建、扩建工程的劳动安全卫生设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。

③ 用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品,对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。

④ 从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。

⑤ 劳动者在劳动过程中必须严格遵守安全操作规程。劳动者对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业,有权拒绝执行;对危害生命安全和身体健康的行为,有权提出批评、检举和控告。

⑥ 国家建立伤亡事故和职业病统计报告和处理制度。县级以上各级人民政府劳动行政部门、有关部门和用人单位应当依法对劳动者在劳动过程中发生的伤亡事故和劳动者的职业病状况,进行统计、报告和处理。

(2) 女工和未成年工特殊保护

① 根据妇女生理特点组织劳动就业,实行男女同工同酬。

② 禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

③ 不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。

④ 不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕七个月以上的女职工,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

⑤ 女职工生育享受不少于 90 天的产假。

⑥ 不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

⑦ 不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

⑧ 用人单位应当对未成年工定期进行健康检查。

2Z201144 施工企业及从业人员违反消防法、劳动法的法律责任

1. 违反消防法的法律责任

(1) 违反《消防法》的规定,有下列行为之一的,责令限期改正;逾期不改正的,责令停止施工、停止使用或者停产停业,可以并处罚款:

① 建筑工程的消防设计未经公安消防机构审核或者经审核不合格,擅自施工的;

② 依法应当进行消防设计的建筑工程竣工时未经消防验收或者经验收不合格,擅自使用的。

(2) 违反《消防法》的规定,擅自降低消防技术标准、使用防火性能不符合国家标准或者行业标准的建筑构件和建筑材料或者不合格的装修、装饰材料施工的,责令限期改正;逾期不改正的,责令停止施工,可以并处罚款。

单位有违反《消防法》第 42 条的行为,依照该款的规定处罚,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处警告或者罚款。

(3) 机关、团体、企业、事业单位违反《消防法》的规定,未履行消防安全职责的,责令限期改正;逾期不改正的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分或者处警告。

(4) 违反《消防法》的规定,有下列行为之一的,处警告、罚款或者 10 日以下拘留:

- ① 违反消防安全规定进入生产、储存易燃易爆危险物品场所的;
- ② 违法使用明火作业或者在具有火灾、爆炸危险的场所违反禁令,吸烟、使用明火的;
- ③ 阻拦报火警或者谎报火警的;
- ④ 故意阻碍消防车、消防艇赶赴火灾现场或者扰乱火灾现场秩序的;
- ⑤ 拒不执行火场指挥员指挥,影响灭火救灾的;
- ⑥ 过失引起火灾,尚未造成严重损失的。

(5) 违反《消防法》的规定,有下列行为之一的,处警告或者罚款:

- ① 指使或者强令他人违反消防安全规定,冒险作业,尚未造成严重后果的;
- ② 埋压、圈占消火栓或者占用防火间距、堵塞消防通道的,或者损坏和擅自挪用、拆除、停用消防设施、器材的;
- ③ 有重大火灾隐患,经公安消防机构通知逾期不改正的。

单位有违反《消防法》第 48 条的行为,依照该款的规定处罚,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处警告或者罚款。

有违反《消防法》第 48 条第一款第二项所列行为的,还应当责令其限期恢复原状或者赔偿损失;对逾期不恢复原状的,应当强制拆除或者清除,所需费用由违法行为人承担。

2. 违反劳动法的法律责任

(1) 用人单位制定的劳动规章制度违反法律、法规规定的,由劳动行政部门给予警告,责令改正;对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

(2) 用人单位违反规定,延长劳动者工作时间的,由劳动行政部门给予警告,责令改正,并可以处以罚款。

(3) 用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的,由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿,并可以责令支付赔偿金:

- ① 克扣或者无故拖欠劳动者工资的;
- ② 拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的;
- ③ 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的;
- ④ 解除劳动合同后,未依照本法规定给予劳动者经济补偿的。

(4) 用人单位的劳动安全设施和劳动卫生条件不符合国家规定或者未向劳动者提供必要的劳动防护用品和劳动保护设施的,由劳动行政部门或者有关部门责令改正,可以处以罚款;情节严重的,提请县级以上人民政府决定责令停产整顿;对事故隐患不采取措施,致使发生重大事故,造成劳动者生命和财产损失的,对责任人员比照刑法第 187 条的规定追究刑事责任。

(5) 用人单位强令劳动者违章冒险作业,发生重大伤亡事故,造成严重后果的,对责任人员依法追究刑事责任。

(6) 用人单位非法招用未满 16 周岁的未成年人的,由劳动行政部门责令改正,处以罚款;情节严重的,由工商行政管理部门吊销营业执照。

(7) 用人单位违反《劳动法》对女职工和未成年工的保护规定,侵害其合法权益的,由劳动行政部门责令改正,处以罚款;对女职工或者未成年工造成损害的,应当承担赔偿责任。

(8) 用人单位有下列行为之一的,由公安机关对责任人员处以 15 日以下拘留、罚款或者警告;构成犯罪的,对责任人员依法追究刑事责任:

- ① 以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的;
- ② 侮辱、体罚、殴打、非法搜查和拘禁劳动者的。

(9) 由于用人单位的原因订立的无效合同,对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

(10) 用人单位违反《劳动法》规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同的,由劳动行政部门责令改正;对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

(11) 用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者,对原用人单位造成经济损失的,该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。

(12) 用人单位无故不缴纳社会保险费的,由劳动行政部门责令其限期缴纳,逾期不缴的,可以加收滞纳金。

(13) 用人单位无理阻挠劳动行政部门、有关部门及其工作人员行使监督检查权,打击报复举报人的,由劳动行政部门或者有关部门处以罚款;构成犯罪的,对责任人依法追究刑事责任。

(14) 劳动者违反《劳动法》规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项,对用人单位造成经济损失的,应当依法承担赔偿责任。

(15) 劳动行政部门或者有关部门的工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊,构成犯罪的,依法追究刑事责任;不构成犯罪的,给予行政处分。

(16) 国家工作人员和社会保险基金经办机构的工作人员挪用社会保险基金,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(17) 违反《劳动法》规定侵害劳动者合法权益,其他法律、法规已规定处罚的,依照该法律、行政法规的规定处罚。

2Z201150 熟悉工程建设从业资格制度

2Z201151 从业单位资质管理

从事建筑工程活动的企业或单位,应当向工商行政管理部门申请设立登记,并由建设行政主管部门审批后,颁发资质证书。

从事建筑工程活动的经济组织包括:建筑施工企业、勘察、设计单位和工程监理企业,以及法律、法规规定的其他企业或单位(如工程招标代理机构、工程造价咨询机构等)。以上组织应具备下列条件:

- (1) 有符合国家规定的注册资本;
- (2) 有与其从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员;
- (3) 有从事相关建筑活动所应有的技术装备;
- (4) 法律、行政法规规定的其他条件。

2Z201152 专业技术人员执业资格管理

从事建筑工程活动的人员,要通过国家任职资格考试、考核,由建设行政主管部门注册并颁发资格证书。

建筑工程的从业人员目前主要包括:注册建筑师、注册结构工程师、注册监理工程师、注册造价工程师、注册咨询工程师、注册建造师、注册房地产估价师以及法律、法规规定的其他人员。

严禁出卖、转让、出借、涂改和伪造建筑工程从业者的资格证件。违反上述规定的,将视具体情节,追究法律责任。建筑工程从业者资格的具体管理办法,由国务院建设行政主管部门另行规定。

2Z201160 熟悉建设工程民事责任、行政责任和刑事责任的种类

2Z201161 建设工程民事责任的种类

1. 民事责任概念

民事责任是指按照民法规定,民事主体违反民事义务时所应承担的法律责任。以产生责任的法律基础为标准,民事责任可分为违约责任和侵权责任。

2. 违约责任

违约责任是违反合同的民事责任的简称,是指合同当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合合同约定所应承担的民事责任。

(1) 违约责任具有以下特征:

- ① 违约责任是一种民事责任;
- ② 违约责任是违约的当事人一方对另一方承担的责任;
- ③ 违约责任是当事人不履行或不完全履行合同的责任;
- ④ 违约责任具有补偿性和一定的任意性。

(2) 违约责任的构成要件

违约责任的构成要件有两个,一是要有违约行为,二是无免责事由。前者称为违约责任的积极要件,后者称为违约责任的消极要件。

(3) 违约行为的概念与分类

① 违约行为,是指当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的行为。这一定义表明:

- 违约行为的主体是合同当事人。
- 违约行为是一种客观的违反合同的行为。
- 违约行为侵害的客体是合同对方的债权。

② 根据不同标准,可将违约行为作以下分类:

- 单方违约与双方违约。双方违约,是指双方当事人分别违反了自己的合同义务。《合同法》第120条规定:当事人双方都违反合同的,应当各自承担相应的责任。可见,在双方违约情况下,双方的违约责任不能相互抵消。
- 根本违约与非根本违约。以违约行为是否导致另一方订约目的不能实现为标准,

违约行为可作此分类。其主要区别在于，根本违约可构成合同法定解除的理由。

- 不履行、不完全履行与迟延履行。
- 预期违约与实际违约。

(4) 预期违约

预期违约也称先期违约，是指在合同履行期限到来之前，一方无正当理由明确表示其在履行期到来后将不履行合同，或者其行为表明其在履行期到来后将不可能履行合同。其特点是：

- ① 是当事人在合同履行期到来之前的违约；
- ② 侵害的是对方当事人期待的债权而不是现实的债权；
- ③ 与实际违约后果不同(主要造成对方信赖利益的损害)。

(5) 实际违约

实际违约，即实际发生的违约行为。实际违约的具体形态包括：

- ① 不履行；
- ② 迟延履行；
- ③ 不适当履行。

(6) 违约的免责事由

免责事由也称免责条件，是指当事人即使违约也不承担责任的事由。合同法上的免责事由可分为两大类，即法定免责事由和约定免责事由。法定免责事由是指由法律直接规定、不需要当事人约定即可援用的免责事由，主要指不可抗力；约定免责事由是指当事人约定的免责条款。有人认为，抗辩权也可成为免责事由。其实，行使抗辩权并不构成违约，因而无责可免。

(7) 违约责任的形式

违约责任的形式，即承担违约责任的具体方式。对此，《民法通则》第 111 条和《合同法》第 107 条作了明文规定。《合同法》第 107 条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。据此，违约责任有三种基本形式，即继续履行、采取补救措施和赔偿损失。当然，除此之外，违约责任还有其他形式，如违约金和定金责任。具体参见本书 2Z202022 违约责任承担的形式。

3. 侵权责任

(1) 侵权行为的概念和特征

侵权行为是民事主体违反民事义务，侵害他人合法的民事权益，依法应承担法律责任的行为。《民法通则》第 106 条第 2、3 款规定：公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。侵权行为的特征表现在：

- ① 侵权行为是违法行为；
- ② 侵权行为的侵害对象是绝对权；
- ③ 侵权行为是行为人有意识的行为。

侵权行为与犯罪行为具有一定的联系又存在显著的区别。其联系表现在：侵权行为与犯罪行为往往会发生竞合，如杀人、放火等行为既构成侵权又构成犯罪，因而在追究其刑

事责任后,并不排斥继续追究其民事侵权责任。其区别表现在,侵权行为是对民事主体人身或财产权利的侵害,其后果是对受害人的补救;犯罪行为是对社会秩序与公共利益的侵害,其结果是对行为人实施惩罚。

侵权行为与违约行为虽然都是民事违法行为,但亦存在显著区别:其一,侵权行为违反的是法定义务,违约行为违反的是合同中的约定义务;其二,侵权行为侵犯的是绝对权,违约行为侵犯的是相对权即债权;其三,侵权行为的法律责任包括财产责任和非财产责任,违约行为的法律责任仅限于财产责任。

(2) 侵权行为的分类

侵权行为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。例如故意侵占、毁损他人财物、诽谤他人名誉等诸如此类的行为。

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。

(3) 侵权责任

侵权责任是指行为人不法侵害社会公共财产或者他人财产、人身权利而应承担的民事责任。《民法通则》第134条规定,民事责任的责任形式有10种,除了支付违约金与修理、重作、更换适用于违约责任外,其他方式均可适用于侵权责任:

- ① 停止侵害;
- ② 排除妨碍;
- ③ 消除危险;
- ④ 返还财产;
- ⑤ 恢复原状;
- ⑥ 赔偿损失;
- ⑦ 消除影响、恢复名誉;
- ⑧ 赔礼道歉。

2Z201162 建设工程行政责任的种类

1. 行政责任概念

行政责任是指因违反行政管理法律和法规而必须承担的法律后果。它包括两种情况:一种是公民和法人因违反行政管理法律、法规的行为而应承担的行政处罚;另一种是国家工作人员因违反政纪或在执行职务时违反行政法规的规定而受到的行政处分。

2. 违反建筑市场管理法律、法规责任认定与处理

(1) 建设单位未取得施工许可证或者开工报告未经批准擅自施工的,责令停止施工,限期改正,处工程合同价款1%以上2%以下罚款。

(2) 建设单位将工程发包给不具有相应资质条件的承包单位的,或者将建筑工程肢解分包的,责令改正,处以50万元以上100万元以下的罚款。超越本单位资质等级承揽工程的,责令停止违法行为,处以罚款,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;有违法所得的,予以没收。未取得资质证书承揽工程的,予以取缔,并处

罚款；有违法所得的，予以没收。以欺骗手段取得资质证书的，吊销资质证书，处以罚款。

(3) 施工单位、监理单位超越本单位资质等级承揽工程的，责令停止违法行为，对监理单位处合同约定的监理酬金 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，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书；有违法所得的，予以没收。未取得资质证书承揽工程的，予以取缔，处以罚款；以欺骗手段取得资质证书承揽工程的，吊销资质证书，处以罚款。

(4) 施工单位允许其他单位或个人以本单位名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，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。

(5) 承包单位将承包的工程转包的，或者违反法律规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，对施工单位处工程合同价款 0.5% 以上 1% 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。

(6) 在工程发包与承包中索贿、受贿、行贿尚未构成犯罪的，分别处以罚款，没收贿赂的财物，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处分。对行贿的单位除依照上述的规定处罚外，可以责令停业整顿，降低资质等级或者吊销资质证书。

(7) 违反法律规定，涉及建筑主体或者承重结构变动的装修工程擅自施工的，责令改正，处以罚款。

3. 违反建设工程质量管理法律、法规责任认定与处理

(1) 工程监理单位与建设单位或者建筑施工企业串通，弄虚作假，降低工程质量的；或者将不合格的建设工程、建筑材料、建筑构配件和设备按照合格签字的，责令改正，处 50 万元以上 100 万元以下的罚款，降低资质等级或者吊销资质证书；有违法所得的，予以没收。工程监理单位转让监理业务的，责令改正，没收违法所得，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。工程监理单位与该监理工程的施工承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位有隶属关系或者其他利害关系承担该项建设工程的监理业务的，责令改正，处 5 万元以上 10 万元以下的罚款，降低资质等级或者吊销资质证书；有违法所得的，予以没收。

(2) 建设单位违反规定，要求建筑施工企业违反建筑工程质量、安全标准，降低工程质量的，责令改正，可以处 20 万以上 50 万以下的罚款。

(3) 施工单位在施工中偷工减料的，使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备的，或者有其他不按照工程设计图纸或者施工技术标准施工的行为的，责令改正，处合同价款 2% 以上 4% 以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，降低资质等级或者吊销资质证书。施工单位未对建筑材料、建筑构配件、设备和商品混凝土进行检验，或者未对涉及结构安全的试块、试件以及有关材料取样监测的，责令改正，处 10 万元以上 20 万元以下的罚款，情节严重的，则令停业整顿，降低资质等级或者吊销资质证书。

(4) 建筑施工企业违反规定，不履行保修义务或者拖延履行保修义务的，责令改正，可以处以 10 万以上 20 万以下的罚款。

(5) 涉及建筑主体或承重结构变动的装修工程，没有设计方案擅自施工的，责令改正，处 50 万元以上 100 万元以下的罚款；房屋建筑使用者在装修过程中擅自变动房屋建

筑主体和承重结构的,责令改正,处5万元以上10万元以下的罚款。

(6)发生重大工程质量事故隐瞒不报、谎报或者拖延报告期限的,对直接负责的主管人员和其他责任人员依法给予行政处分。

(7)注册建造师、注册结构工程师、注册监理工程师等注册执业人员因过错造成质量事故的,责令停止执业1年;造成重大质量事故的,吊销执业资格证书,5年以内不予注册,情节特别恶劣的,终身不予注册。

(8)建设、施工、工程监理单位的工作人员因调动工作、退休等原因离开该单位后,被发现在该单位工作期间违反国家有关建设工程质量管理规定,造成重大工程质量事故的,仍应当依法追究法律责任。

4. 违反建设工程安全管理法律、法规责任认定与处理

(1)对造成重大事故承担直接责任的建设单位,由其上级主管部门或当地建设行政主管部门,根据调查组的建议,令其限期改善工程建设技术安全措施,并依据有关法规予以处罚。

(2)建筑施工企业安全生产规章制度不落实或者违章指挥、违章作业的;不按照建筑安全生产技术标准施工或者构配件生产,存在严重事故隐患或者发生伤亡事故的;不按照规定提取和使用安全技术措施费,安全技术措施不落实,连续发生伤亡事故的;连续发生同类伤亡事故或者伤亡事故连年超标,或者发生重大死亡事故的;对发生重大伤亡事故抢救不力,致使伤亡人数增多的;对于伤亡事故隐匿不报或者故意拖延不报的;由县级以上人民政府建设行政主管部门分别给予警告、通报批评、责令限期改正、限期不准承包工程或者停产整顿、降低企业资质等级的处罚。

(3)负责行政审批的政府部门或者机构对不符合法律、法规和规章规定的安全条件予以批准的;不对取得批准的单位和个人实施严格监督检查,或者发现其不再具备安全条件而不立即撤销原批准的;对发现或者举报的未依法取得批准而擅自从事有关活动的,不予查封、取缔,不依法给予行政处罚;工商行政管理部门不予吊销营业执照的;对部门或者机构的正职负责人,根据情节轻重,给予降级、撤职直至开除公职的行政处分。

(4)市(地、州)、县(市、区)人民政府依照规定应当履行职责而未履行,或者未按照规定的职责和程序履行,本地区发生特大安全事故的,对政府主要领导人,根据情节轻重,给予降级或者撤职的行政处分。

(5)发生特大安全事故,社会影响特别恶劣或者性质特别严重的,由国务院对负有领导责任的省长、自治区主席、直辖市市长和国务院有关部门正职负责人给予行政处分。

5. 行政责任的承担方式

(1)行政处罚。即由国家行政机关或授权的企事业单位、社会团体,对公民和法人违反行政管理法律和法规的行为所实施的制裁,主要有警告、罚款、拘留、没收、停止营业等。

(2)行政处分。即由国家机关、企事业单位对其工作人员违反行政法规或政纪的行为所实施的制裁,主要有警告、记过、记大过、降职、降薪、撤职、留用察看、开除等。

2Z201163 建设工程刑事责任的种类

1. 刑事责任概念

刑事责任是指犯罪主体因违反刑法的规定,实施了犯罪行为时所应承担的法律责任。

2. 工程建设活动中常见的刑事犯罪

(1) 重大责任事故罪

重大责任事故罪是指工厂、矿山、林场、建筑企业或其他企业、事业单位的职工，由于不服管理，违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果，危害公共安全的行为。

重大责任事故罪属过失犯罪，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

(2) 重大劳动安全事故罪

重大劳动安全事故罪是指工厂、矿山、林场、建筑企业或其他企业、事业单位的劳动安全设施不符合国家规定，经有关部门或者单位职工提出后，其直接责任人员对事故隐患仍不采取措施，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果，危害公共安全的行为。

重大劳动安全事故罪属过失犯罪，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

(3) 工程重大安全事故罪

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，危害公共安全行为。

工程重大安全事故罪属过失犯罪，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；后果特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

(4) 公司、企业人员受贿罪

公司、企业人员受贿罪是指公司、企业的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

公司、企业人员受贿罪是故意犯罪，犯本罪，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

(5) 向公司、企业人员行贿罪

向公司、企业人员行贿罪是指为谋取不正当利益，给予公司、企业的工作人员以财物，数额较大的行为。

向公司、企业人员行贿罪是故意犯罪，犯本罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，可以并处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员或其他责任人员作出相应处罚。

(6) 贪污罪

贪污罪是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

贪污罪是故意犯罪，犯本罪，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

(7) 介绍贿赂罪

介绍贿赂罪，是指向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的行为。

介绍贿赂罪是故意犯罪，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。介绍贿赂人在被

追诉前主动交待介绍贿赂行为的,可以减轻处罚或者免除处罚。

(8) 单位行贿罪

单位行贿罪,是指公司、企业、事业单位、机关、团体为谋取不正当利益而行贿,或者违反国家规定,给予国家工作人员以回扣、手续费,情节严重的行为。

单位行贿罪是故意犯罪,犯本罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处5年以下有期徒刑或者拘役。

(9) 签订、履行合同失职罪

国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪,是指国家机关工作人员在签订、履行合同过程中,因严重不负责任被诈骗,致使国家利益遭受重大损失的行为。

国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪是过失犯罪,犯本罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役;致使国家利益遭受特别巨大损失的,处3年以上7年以下有期徒刑。

(10) 非法低价出让国有土地使用权罪

非法低价出让国有土地使用权罪,是指国家机关工作人员徇私舞弊,违反土地管理法规,非法低价出让国有土地使用权,情节严重的行为。

非法低价出让国有土地使用权是故意犯罪,犯本罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役;致使国家或者集体利益遭受特别重大损失的,处3年以上7年以下有期徒刑。

(11) 强迫职工劳动罪

强迫职工劳动罪,是指用人单位违反劳动管理法规,以限制人身自由方法强迫职工劳动,情节严重的。

强迫职工劳动罪是故意犯罪,犯本罪的,实行单罚制,即对用人单位的直接责任人员,处3年以下有期徒刑或者拘役;并处或单处罚金。

(12) 挪用公款罪

挪用公款罪,是指国家工作人员利用职务上的便利,挪用公款归个人使用,进行非法活动的,或者挪用公款数额较大、进行营利活动的,或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的行为。

挪用公款罪是故意犯罪,犯本罪的,处5年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处5年以上有期徒刑;挪用公款数额巨大不退还的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

(13) 重大环境污染事故罪

重大环境污染事故罪是指违反国家规定,向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物,造成重大环境污染事故,致使公共财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的行为。

重大环境污染事故罪是过失犯罪,犯本罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;后果特别严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯本罪的,对单位判处罚金,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

3. 刑事责任的承担方式

(1) 刑事责任的承担方式是刑事处罚。刑事处罚有两种:

① 主刑,包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑。

② 附加刑,包括罚金、没收财产和剥夺政治权利。

(2) 有些刑事责任可以根据犯罪的具体情况而免除刑事处罚。对免除刑事处罚的罪

犯,有关部门可以根据法律的规定使其承担其他种类法律责任,如对贪污犯可以给予开除公职的行政处分等。

2Z201170 了解建设工程法律责任的构成要件

2Z201171 工程法律责任的一般构成要件

法律责任的一般构成要件由以下四个条件构成,它们之间互为联系、互为作用,缺一不可。

1. 有损害事实发生

损害事实就是违法行为对法律所保护的社会关系和社会秩序造成的侵害。

事实发生具有客观性,即已经存在,没有存在损害事实,则不构成法律责任。

损害事实不同于损害结果。损害结果是违法行为对行为指向的对象所造成的实际损害。

2. 存在违法行为

法律规范中规定法律责任的目的就在于让国家的政治生活和社会生活符合统治阶级的意志,以国家强制力来树立法律的威严,制裁违法行为,减少犯罪。

如果没有违法行为,就无需承担法律责任,而且合法的行为还应受到法律的保护。

行为没有违法,即使造成了一定的损害结果,也不承担法律责任。

3. 违法行为与损害事实之间有因果关系

违法行为与损害事实之间的因果关系,指的是违法行为与损害事实之间存在着客观的、必然的因果关系。就是说,一定损害事实是该违法行为所引起的必然结果,该违法行为正是引起损害事实的原因。

4. 违法者主观上有过错

所谓过错,是指行为人对其行为及由此引起的损害事实所抱的主观态度,包括故意和过失。如果行为在主观上既没有故意也没有过失,则行为人对损害结果不必承担法律责任。如企业在施工中遇到严重的暴风雨,造成停工,从而延误了工期,在这种情况下,停工行为和延误工期造成损失的结果并非出自施工者的故意和过失,而属于不可抗力,因而不应承担法律责任。

2Z201172 工程法律责任的特殊构成要件

特殊构成要件是指由法律特殊规定的法律责任的构成要件,它们不是有机地结合在一起的,而是分别同一般要件构成法律责任。

1. 特殊主体

在一般构成要件中对违法者即承担责任的主体没有特殊规定,只要具备了相应的行为能力即可成为责任主体。而特殊主体则不同,它是指法律规定违法者必须具备一定的身份和职务时才能承担法律责任。主要指刑事责任中的职务犯罪,如贪污、受贿等,以及行政责任中的职务违法,如徇私舞弊、以权谋私等。不具备这一条件时,则不承担这类责任。

2. 特殊结果

在一般构成要件中,只要有损害事实的发生就要承担相应的法律责任,而在特殊结果

中则要求后果严重、损失重大,否则不能构成法律责任。如质量监督人员对工程的质量监督工作粗心大意、不负责任,致使应当发现的隐患而没有发现,造成严重的质量事故,那么他就要承担玩忽职守的法律责任。

3. 无过错责任

一般构成要件都要求违法者主观上必须有过错,但许多民事责任的构成要件则不要求行为者主观上是否有过错,只要有损害事实的发生,那么,行为人就要承担一定的法律责任。这种责任,主要反映了法律责任的补偿性,而不具有法律制裁意义。

4. 转承责任

一般构成要件都是要求实施违法行为者承担法律责任,但在民法和行政法中,有些法律责任则要求与违法者有一定关系的第三人来承担。如未成年人将他人打伤的侵权赔偿责任,应由未成年人的监护人来承担。

2Z201180 了解保险法与工程建设相关的主要内容

2Z201181 建筑工程一切险

建筑工程一切险承保各类民用、工业和公用事业建筑工程项目,包括道路、水坝、桥梁、港埠等,在建造过程中因自然灾害或意外事故而引起的一切损失。

建筑工程一切险往往还加保第三者责任险,即保险人在承保某建筑工程的同时,还对该工程在保险期限内因发生意外事故造成的依法应由被保险人负责的工地及邻近地区的第三者的人身伤亡、疾病或财产损失,以及被保险人因此而支付的诉讼费用和事先经保险人书面同意支付的其他费用,负赔偿责任。

1. 建筑工程一切险的投保人与被保险人

(1) 建筑工程一切险的投保人

根据《保险法》,投保人是指与保险人订立保险合同,并按照保险合同负有支付保险费义务的人。

我国《建设工程施工合同(示范文本)》在通用条款中规定:

① 工程开工前,发包人为建设工程和施工场地内的自有人员及第三人人员生命财产办理保险,支付保险费用。

② 运至施工场地内用于工程的材料和待安装设备,由发包人办理保险,并支付保险费用。

③ 发包人可以将有关保险事项委托承包人办理,费用由发包人负担。

④ 承包人必须为从事危险作业的职工办理意外伤害保险,并为施工场地内自有人员生命财产和施工机械设备办理保险,支付保险费用。

⑤ 保险事故发生后,发包人、承包人有责任尽力采取必要的措施,防止或者减少损失。

⑥ 具体投保内容和相关责任,发包人承包人可以在专用条款中约定。

(2) 建筑工程一切险的被保险人

被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障,享有保险金请求权的人,投保人可以为被保险人。

在工程保险中,除投保人外,保险公司可以在一张保险单上对所有参加该项工程的有关各方都给予所需的保险。即:凡在工程进行期间,对这项工程承担一定风险的有关各方,均可作为被保险人。

建筑工程一切险的被保险人可以包括:

- ① 业主;
- ② 总承包商;
- ③ 分包商;
- ④ 业主聘用的监理工程师;
- ⑤ 与工程有密切关系的单位或个人,如贷款银行或投资人等。

2. 建筑工程一切险的承保范围

(1) 建筑工程一切险适用范围

建筑工程一切险适用于所有房屋工程和公共工程,尤其是:

- ① 住宅、商业用房、医院、学校、剧院;
- ② 工业厂房、电站;
- ③ 公路、铁路、飞机场;
- ④ 桥梁、船闸、大坝、隧道、排灌工程、水渠及港埠等。

(2) 建筑工程一切险承保的内容

① 工程本身。

指由总承包商和分包商为履行合同而实施的全部工程。包括:预备工程,如土方、水准测量;临时工程,如引水、保护堤;全部存放于工地,为施工所必需的材料。

包括安装工程的建设项目,如果建筑部分占主导地位的话,也就是说,如果机器、设施或钢结构的价格及安装费用低于整个工程造价的50%,亦应投保建筑工程一切险。如果安装费用高于工程造价的50%,则应投保安装工程一切险。

② 施工用设施和设备。

包括活动房、存料库、配料棚、搅拌站、脚手架,水电供应及其他类似设施。

③ 施工机具。

包括大型陆上运输和施工机械、吊车及不能在公路上行驶的工地用车辆,不管这些机具属承包商所有还是其租赁物资。

④ 场地清理费。

这是指在发生灾害事故后场地上产生了大量的残砾,为清理工地现场而必须支付的一笔费用。

⑤ 第三者责任。

系指在保险期内,对因工程意外事故造成的、依法应由被保险人负责的工地上及邻近地区的第三者人身伤亡、疾病或财产损失,以及被保险因此而支付的诉讼费用和事先经保险公司书面同意支付的其他费用等赔偿责任。但是,被保险人的职工的人身伤亡和财产损失应予除外(属于意外伤害保险)。

⑥ 工地内现有的建筑物。

指不在承保的工程范围内的、所有人或承包人所有的工地内已有的建筑物或财产。

⑦ 由被保险人看管或监护的停放于工地的财产。

(3) 建筑工程一切险承保危险与损害

建筑工程一切险承保的危险与损害涉及面很广,凡保险单中列举的除外情况之外的一切事故损失全在保险范围内,尤其是下述原因造成的损失:

- ① 火灾、爆炸、雷击、飞机坠毁及灭火或其他救助所造成的损失。
- ② 海啸、洪水、潮水、水灾、地震、暴雨、风暴、雪崩、地崩、山崩、冻灾、冰雹及其他自然灾害;
- ③ 一般性盗窃和抢劫;
- ④ 由于工人、技术人员缺乏经验、疏忽、过失、恶意行为或无能力等导致的施工拙劣而造成的损失;
- ⑤ 其他意外事件。

建筑材料在工地范围内的运输过程中遭受的损失和破坏,以及施工设备和机具在装卸时发生的损失等亦可纳入工程险的承保范围。

3. 建筑工程一切险的除外责任

按照国际惯例,属于除外的情况通常有以下几种:

- (1) 由于军事行动、战争或其他类似事件,以及罢工、骚动、民众运动或当局命令停工等情况造成的损失(有些国家规定投保罢工骚乱险);
- (2) 因被保险人的严重失职或蓄意破坏而造成的损失;
- (3) 因原子核裂变而造成的损失;
- (4) 由于合同罚款及其他非实质性损失;
- (5) 因施工机具本身原因即无外界原因情况下造成的损失(但因这些损失而导致的建筑事故则不属除外情况);
- (6) 因设计错误(结构缺陷)而造成的损失;
- (7) 因纠正或修复工程差错(例如因使用有缺陷或非标准材料而导致的差错)而增加的支出。

4. 建筑工程一切险的保险期和保险金额

(1) 建筑工程一切险的保险期

建筑工程一切险自工程开工之日或在开工之前工程用料卸放于工地之日开始生效,两者以先发生者为准。开工日包括打地基在内(如果地基亦在保险范围内)。施工机具保险自其卸放于工地之日起生效。

保险终止日应为工程竣工验收之日或者保险单上列出的终止日。同样,两者也以先发生者为准。实践中,建筑工程一切险的保险终止通常有三种情况:

- ① 保险标的工程中有一部分先验收或投入使用,则自该验收或投入使用日起,自动终止该部分的保险责任,但保险单中应注明这种部分保险责任自动终止条款。
- ② 含安装工程项目的建筑工程一切险的保险单,通常要规定试车期,一般为一个月。
- ③ 工程验收后一般还有一个质量保修期,《工程建设质量管理条例》对最低保修期限作出了规定。大多数情况下,建筑工程一切险的承保期可以包括为期一年的质量保证期(不超过质量保修期),但需加缴一定的保险费。质量保证期的保险合同自工程临时验收或投入使用之日起生效,直到规定的保证期满终止。

(2) 建筑工程一切险的保险金额

保险金额是指保险人承担赔偿责任或者给付保险金责任的最高限额。保险金额不得超过保险标的的保险价值,超过保险价值的,超过的部分无效。

5. 建筑工程一切险的免赔额

工程保险还有一个特点,就是保险公司要求投保人根据其不同的损失,自负一定的责任。这笔由被保险人承担的损失额称为免赔额。工程本身的免赔额为保险金额的0.5%~2.0%;施工机具设备等的免赔额为保险金额的5%;第三者责任险中财产损失的免赔额为每次事故赔偿限额的1%~2%,但人身伤害没有免赔额。

保险人向被保险人支付为修复保险标的遭受损失所需的费用时,必须扣除免赔额。支付的赔偿额极限相当于保险总额,但不超过保险合同中规定的每次事故的保险极限之和或整个保险期内发生的全部事故的总保险极限。

2Z201182 安装工程一切险

1. 安装工程一切险的概念和特点

(1) 安装工程一切险的概念

安装工程一切险属于技术险种,其目的在于为各种机器的安装及钢结构工程的实施提供尽可能全面的专门保险。

安装工程一切险主要适用于安装各种工厂用的机器、设备、储油罐、钢结构、起重机、吊车以及包含机械工程因素的各种工程建设。

(2) 安装工程一切险的特点

安装工程一切险与建筑工程一切险有着重要的区别:

① 建筑工程保险的标的从开工以后逐步增加,保险额也逐步提高,而安装工程一切险的保险标的一开始就存放于工地,保险公司一开始就承担着全部货价的风险,风险比较集中。在机器安装好之后,试车、考核所带来的危险以及在试车过程中发生机器损坏的危险是相当大的,这些危险在建筑工程险部分是没有的。

② 在一般情况下,自然灾害造成建筑工程一切险的保险标的损失的可能性较大,而安装工程一切险的保险标的多数是建筑物内安装及设备(石化、桥梁、钢结构建筑物等除外),受自然灾害(洪水、台风、暴雨等)损失的可能性较小,受人为事故损失的可能性较大,这就要督促被保险人加强现场安全操作管理,严格执行安全操作规程。

③ 安装工程在交接前必须经过试车考核,而在试车期内,任何潜在的因素都可能造成损失,损失率要占安装工期内的总损失的一半以上。由于风险集中,试车期的安装工程一切险的保险费率通常占整个工期的保费的三分之一左右,而且对旧机器设备不承担赔偿责任。

总的来讲,安装工程一切险的风险较大,保险费率也要高于建筑工程一切险。

2. 安装工程一切险的投保人与被保险人

安装工程一切险的投保人和建筑工程一切险一样,可以由承包商投保,也可以由业主投保。安装工程一切险的被保险人除承包商外还包括:

- (1) 业主;
- (2) 制造商或供应商;
- (3) 技术咨询顾问;

- (4) 安装工程的信贷机构;
- (5) 待安装构件的买受人等。

3. 安装工程一切险的责任范围及除外责任

(1) 安装工程一切险的保险标的

① 安装的机器及安装费,包括安装工程合同内要安装的机器、设备、装置、物料、基础工程(如地基、座基等)以及为安装工程所需的各种临时设施(如水电、照明、通讯设备等)等。

② 安装工程使用的承包人的机器,设备。

③ 附带投保的土木建筑工程项目,指厂房、仓库、办公楼、宿舍、码头、桥梁等。这些项目一般不在安装合同以内,但可在安装险内附带投保;如果土木建筑工程项目不超过总价的 20%,整个项目按安装工程一切险投保;介于 20%和 50%之间,该部分项目按建筑工程一切险投保;若超过 50%,整个项目按建筑工程一切险投保。

安装工程一切险也可以根据投保人的要求附加第三者责任险,这与建筑工程一切险是相同的。

(2) 安装工程一切险承保的危险和损失

安装工程一切险承保的危险和损害除包括建筑工程一切险中规定的内容外,还包括:

- ① 短路、过电压、电弧所造成的损失;
- ② 超压、压力不足和离心力引起的断裂所造成的损失;
- ③ 其他意外事故,如因进入异物或因安装地点的运输而引起的意外事件等。

(3) 安装工程一切险的除外责任

安装工程一切险的除外情况主要有以下几种:

- ① 由结构、材料或在车间制作方面的错误导致的损失;
- ② 因被保险人或其派遣人员蓄意破坏或欺诈行为而造成的损失;
- ③ 因功力或效益不足而遭致合同罚款或其他非实质性损失;
- ④ 由战争或其他类似事件,民众运动或因当局命令而造成的损失;
- ⑤ 因罢工和骚乱而造成的损失(但有些国家却不视为除外情况);
- ⑥ 由原子核裂变或核辐射造成的损失等。

4. 安装工程一切险的保险期限

(1) 安装工程一切险的保险责任的开始和终止

安装工程一切险的保险责任,自投保工程的动工日(如果包括土建任务的话)或第一批被保险项目卸至施工地点时(以先发生为准),即行开始。其保险责任的终止日可以是安装完毕验收通过之日或保险物所列明的终止日,这两个日期同样以先发生者为准。安装工程一切险的保险责任也可以展延至为期一年的维修期满日。

在征得保险人同意后,安装工程一切险的保险期限可以延长,但应在保险单上加批并增收保费。

(2) 试车考核期

安装工程一切险的保险期内,一般应包括一个试车考核期。考核期的长短应根据工程合同上的规定来决定。对考核期的保险责任一般不超过 3 个月,若超过 3 个月,应另行加收费用。安装工程一切险对于旧机器设备不负考核期的保险责任,也不承担其维修期的保

险责任。如果同一张保险单同时还承保其他新的项目,则保险单仅对新设备的保险责任有效。

(3) 关于安装工程一切险的保险期限应注意的问题

① 部分工程验收移交或实际投入使用。这种情况下,保险责任自验收移交或投入使用之日即行终止,但保单上须有相应的附加条款或批文。

② 试车考核期的保险责任期(一般定为三个月),系指连续时间,而不是断续累计时间。

③ 维修期应从实际完工验收或投入使用之日起算,不能机械地按合同规定的竣工日起算。

④ 安装工程一切险的保险金额的组成

安装工程一切险的保险金额包括物质损失和第三者责任两大部分。

如果投保的安装工程包括土建部分,其保额应为安装完成时的总价值(包括运费、安装费、关税等);若不包括土建部分,则设备购货合同价和安装合同价加各种费用之和为保额;安装建筑用机器、设备、装置应按安装价值确定保额。通常对物质标的部分的保额先按安装工程完工时的估定总价值暂定,到工程完工时再根据最后建成价格调整。第三者责任的赔偿限额按危险程度由保险双方商定。

除强制保险与自愿保险的分类方式外,《中华人民共和国保险法》把保险种类分为人身保险和财产保险。自该法施行以来,在工程建设方面,我国除了已尝试过财产保险中的建筑工程一切险、安装工程一切险外也尝试过意外伤害保险。

意外伤害险是指被保险人在保险有效期间,因遭遇非本意的、外来的、突然的意外事故,致使其身体蒙受伤害而残疾或死亡时,保险人依照合同规定给付保险金的保险。

《建筑法》第48条规定:“建筑施工企业必须为从事危险作业的职工办理意外伤害保险,支付保险费。”

2Z202000 合同法律基本制度

在建设项目全寿命周期过程中，为了完成项目的总体目标，众多的项目参与方之间（如业主、承包商、设计单位、监理单位、供应商等），形成了大量的合同法律关系，如工程勘察合同、设计合同、监理合同、施工合同、材料设备供应合同等，用合同形式来规定和明确当事人各方的权利、义务和责任。对于每一份具体的工程合同，都存在从合同成立、生效、履行到终止的合同寿命周期。众多独立而又相互联系的各个合同的圆满完成，就意味着建设项目的成功。合同法律基本制度，作为施工项目合同管理的法律基础，主要包括以下基本理论知识及其应用：

- (1) 合同的基本概念和种类；
- (2) 合同的订立和效力；
- (3) 合同的履行和担保；
- (4) 合同的变更、转让和终止；
- (5) 违反合同的责任；
- (6) 合同纠纷的处理和防范等。

2Z202010 掌握合同效力的法律规定

2Z202011 有效合同的成立要件

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”合同的成立只是意味着当事人之间已经就合同的内容达成了一致，但是合同能否产生法律效力还要看它是否符合法律规定。合同生效是指已经成立的合同因符合法律规定而受到法律保护，并能够产生当事人所预想的法律后果。合同生效应当具备以下要件：

- (1) 合同当事人应具有相应的民事权利能力和民事行为能力

合同当事人必须具有相应的民事权利能力和民事行为能力以及缔约能力，才能成为合格的合同主体。如果合同主体不合格，合同不能产生法律效力。

- (2) 合同当事人意思表示自愿和真实

当事人意思表示自愿是指行为人在自由状态下内心愿望的自我表述和外化；意思表示真实是指当事人的内在愿望和外在表示相一致，表示行为客观地反映内心的效果意思。当合同背离行为人的真实意图，出现欺诈、胁迫及重大误解、显失公平等情形时，合同的有效性将会受到影响。

- (3) 合同不违反法律或者社会公共利益

合同不违反法律和社会公共利益，主要包括两层含义：一是合同的内容合法，即合同条款约定的权利、义务、标的等，应符合法律的规定和社会公共利益的要求；二是合同的

目的合法，不存在以合法形式达到非法目的等规避法律的事实。

(4) 具备法律、行政法规规定的合同生效必须具备的形式要件

所谓形式要件是指法律、行政法规对合同形式的要求，合同可以是书面形式、口头形式和其他形式。只有法律、行政法规有特别规定时，合同才是一种要式行为，合同依法采用书面形式，或经批准或登记才能生效。

2Z202012 无效合同的种类及处理

1. 无效合同的概念

无效合同是指合同虽然已经成立，但因违反法律、行政法规的强制性规定或者社会公共利益，自始不能产生法律约束力的合同。

2. 无效合同的类型

按照《合同法》第 52 条规定，有下列情形之一的，合同无效：

(1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益

欺诈是指一方当事人故意告之对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误的意思表示的行为。欺诈行为具有以下构成要件：欺诈方有欺诈的故意；欺诈方实施欺诈的行为；相对人因受到欺诈而作出错误的意思表示。胁迫是指以将来发生的损害或以直接加以损害相威胁，使对方产生恐惧并因此而订立合同。胁迫行为具有以下构成要件：胁迫人具有胁迫的故意；胁迫人实施了胁迫行为；胁迫必须是非法的；受胁迫人产生了恐惧而作出了不真实的意思表示。

(2) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益

恶意串通是指明知合同违反了法律规定，或者会损害国家、集体或他人利益，合同当事人还是非法串通在一起，共同订立某种合同，造成国家、集体或者第三者利益的损害。

(3) 以合法形式掩盖非法目的

即采用法律允许的合同类型，掩盖其非法的合同目的。如签订赠予合同，以转移财产等。这种行为必然导致市场经济秩序混乱，因此是无效合同。

(4) 损害社会公共利益

《合同法》第 7 条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”因此，当事人订立的合同必须符合社会公共利益。否则，只能是无效合同。

(5) 违反法律、行政法规的强制性规定

所谓法律的强制性规定，是指规范义务性要求十分明确，而且行为人必须履行，不允许以任何方式加以变更或者违反的法律规定。

3. 合同中免责条款无效的法律规定

免责条款是指合同当事人在合同中预先约定的，旨在限制或免除其未来责任的条款。《合同法》第 53 条规定，合同中的下列免责条款无效：

- 造成对方人身伤害的；
- 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

法律之所以规定以上两种情况的免责条款无效，一是因为这两种行为都具有一定的社

会危害性和法律的谴责性；二是这两种行为都可以构成侵权行为，即使当事人之间没有合同关系，当事人也可以追究对方当事人的侵权行为责任，如果当事人约定这种侵权行为为免责的话，等于以合同的方式剥夺了当事人的合同以外的法定权利，违反了民法的公平原则。

2Z202013 可撤销合同

1. 可变更或可撤销合同的概念

可变更或可撤销合同是指合同当事人订立的合同欠缺生效条件时，一方当事人可以按照自己的意思，请求人民法院或者仲裁机构作出裁定，从而使合同的内容变更或使合同的效力归于消灭的合同。可撤销合同具有以下的特点：

- 可撤销合同是当事人意思表示不真实的合同；
- 可撤销合同在未被撤销之前，仍然是有效合同；
- 对可撤销合同的撤销，必须由撤销人请求人民法院或者仲裁机构作出；
- 当事人可以撤销合同，也可以变更合同的内容，甚至可以维持原合同保持不变。

2. 可变更或可撤销合同的法律规定

《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：

- 因重大误解订立的；
- 在订立合同时显失公平的。

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订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

3. 撤销权的消灭

《合同法》第55条规定，有下列情况之一的，撤销权消灭：

- 具有撤销权的当事人自知道或应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；
- 具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

4. 无效合同与可撤销合同的法律后果

无效合同与可撤销合同一经确认，即可决定合同的处置方式，但并不说明合同当事人的权利义务关系全部结束。其处置原则为：

(1) 合同无效或者被撤销后，合同自始没有法律效力。无论确认合同无效或者被撤销的时间是在合同履行前，还是履行过程中，或者是在履行完毕，该合同一律从合同成立之时就不具备法律效力，当事人即使进行了履行行为，也不能取得履行结果。

(2) 合同部分无效并不影响其他部分效力，其他部分仍然有效。合同部分无效时会产生两种不同的法律后果：

① 因无效部分具有独立性，没有影响其他部分的法律效力，此时，其他部分仍然有效；

② 无效部分内容在合同中处于至关重要的地位，从而导致整个合同无效。

(3) 合同无效或者被撤销并不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

(4) 以返还财产为原则，折价补偿为例外。合同无效或者被撤销后，自始就没有法律效力，因此，当事人根据合同取得的财产就应当返还给对方；如果所取得的财产不能返还或者没有必要返还的，则应当折价补偿。

(5) 对无效合同，有过错的当事人除了要承担民事责任以外，还可能承担行政责任甚至刑事责任。

2Z202014 效力待定合同

1. 效力待定合同的概念

效力待定合同是指合同虽然已经成立，但因其不完全符合合同的生效要件，因此其法律效力能否发生还不能确定，一般须经权利人确认才能生效的合同。

2. 效力待定合同的类型

(1) 限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同

根据民法通则规定，限制民事行为能力人只能实施某些与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事行为，如接受奖励、赠与、报酬等，其他民事活动应当由其法定代理人代理或者在征得其法定代理人同意后实施。

(2) 无民事行为能力人订立的合同

一般来讲，无民事行为能力人只能由其法定代理人代理签订合同，不能自己订立合同，否则合同无效。如果订立合同，该合同必须经过其法定代理人的追认，合同才能产生法律效力。

(3) 无权代理人订立的合同

无权代理是指行为人没有代理权或超越代理权限而以他人的名义进行民事、经济活动。其表现形式为：

- ① 无合法授权的代理行为；
- ② 代理人超越代理权限而为的代理行为；
- ③ 代理权终止后的代理行为。

《合同法》第48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的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。”无权代理将产生下列法律后果：①被代理人的追认权；②被代理人的拒绝权；③无权代理人的催告权；④无权代理人的撤回权；⑤相对人的催告权；⑥善意相对人的撤销权。

如果善意相对人有理由相信无权代理人具有代理权，且据此而与无权代理人订立合同，根据《合同法》第49条规定，该代理行为有效。

(4) 法定代表人、负责人超越权限订立的合同

《合同法》第50条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”

(5) 无权处分财产人订立的合同

无权处分财产人订立的合同，是指不享有处分财产权利的人处分他人财产权利而订立

的合同。因无权处分行为而订立的合同，如果经权利人追认或者无权处分人在订立合同后取得处分权，则合同有效；否则，该合同无效，如果合同相对人善意且有偿取得财产，则合同相对人能够享有财产所有权，原财产所有权人的损失，由擅自处分人承担赔偿责任。

2Z202020 掌握合同履行、违约责任形式及违约的免责规定

2Z202021 合同履行的一般规定

1. 合同履行的概念

合同履行是指合同当事人双方根据合同条款的规定，实现各自享有的权利，并承担各自负有的义务。合同订立并生效后，合同便成为约束和规范合同当事人行为的法律依据。合同当事人必须按照合同约定的条款全面、适当地完成合同义务，如交付标的物、提供服务、支付报酬或者价款、完成工作等。合同的履行是合同当事人订立合同的根本目的，也是实现合同目的的最重要和关键的环节，直接关系到合同当事人的利益。

2. 合同履行基本原则

根据《合同法》第 60 条规定，在合同履行过程中必须遵循两个基本原则。

(1) 全面履行原则

全面履行是指合同当事人应当按照合同的约定全面履行自己的义务，包括履行义务的主体、标的、数量、质量、价款或者报酬以及履行的方式、地点、期限等，都应当按照合同的约定全面履行，不能以单方面的意思改变合同义务或者解除合同。

(2) 诚实信用原则

诚实信用原则是指在合同履行过程中，合同当事人讲究信用，恪守信用，以善意的方式履行其合同义务，不得滥用权利及规避法律或者合同规定的义务。合同的履行应当严格遵循诚实信用原则。一方面要求当事人除了应履行法律和合同规定的义务外，还应当履行依据诚实信用原则所产生的各种附随义务，包括相互协作和照顾义务、瑕疵的告知义务、使用方法的告知义务、重要情事的告知义务、保密义务等。另一方面，在法律和合同规定的内容不明确或者欠缺规定的情况下，当事人应当依据诚实信用原则履行义务。

3. 合同履行中约定不明情况的处置

(1) 合同生效后，合同的主要内容包括质量、价款或者报酬、履行地点等没有约定或者约定不明确的，当事人可以通过协商确定合同的内容。不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

(2) 如果合同当事人双方不能达成一致意见，又不能按照合同的有关条款或者交易习惯确定，可以按照《合同法》第 62 条适用下列规定：

① 质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。所谓的通常标准是指在同类的交易中，产品应当达到的质量标准；符合合同目的的特定标准是指根据合同的目的，产品的性能，产品的用途等因素确定质量标准。

② 价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地市场价格履行；依法执行政府定价或者政府指导价的，按照规定执行。此处所指的市场价格是指市场中的同类交易的平均

价格。对于一些特殊的物品，由国家确定价格的，应当按照国家的定价来确定合同的价款或者报酬。

③ 履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

④ 履行期限不明确，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

⑤ 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

⑥ 履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

4. 合同中执行政府定价或者政府指导价的法律规定

《合同法》第63条规定：“执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。”

2Z202022 违约责任承担的形式

1. 违约责任的概念

违约责任是指合同当事人因违反合同约定所应当承担的责任。违约行为是违约责任产生的根本原因，没有违约行为，合同当事人一方就不应当承担违约责任。违约行为可分为预期违约和实际违约两种形式，预期违约又可分为明示毁约和默示毁约，明确地向对方表示不履行的为明示毁约，以自己的行为表明不履行的为默示毁约；实际违约可分为不履行合同义务和履行合同义务不符合约定。

2. 违约责任的构成要件

违约责任的构成要件，是指合同当事人因违约必须承担法律责任的法定要素，包括主观要件和客观要件。

(1) 主观要件，是指作为合同当事人，在合同履行中不论其主观上是否有过错，即主观上是否有故意或过失，只要造成违约的事实，均应承担违约的法律责任。根据《合同法》规定，违约责任采取严格责任原则，即无过错责任原则，只有不可抗力才能免责。而缔约过失、无效合同或者可撤销合同，则采取过错责任原则，由有过错一方向受损害方承担损失赔偿责任。

(2) 客观要件，是指合同依法成立、生效后，合同当事人一方或双方未按照法定或约定全面履行应尽的义务，即出现了客观的违约事实，则应承担违约的法律责任。此外《合同法》还有预期违约责任制度的规定，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前，请求其承担违约责任。

3. 违约责任的承担形式

(1) 继续履行

继续履行，是指违约当事人无论是否已经承担损害赔偿责任或者违约金责任，都必须根据对方的要求，并在能够履行的情况下，按照约定继续履行合同义务。要求违约方继续履行是合同法赋予债权人的一种权利，其目的主要是为了维护债权人的合法权益，保证债权人在违约方违约的前提下，还可以实现订立合同的目的。

《合同法》第110条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

- 法律上或者事实上不能履行；
- 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- 债权人在合理期限内未要求履行。

(2) 采取补救措施

补救措施是指在发生违约行为后，为防止损失的发生或者进一步扩大，违约方按照法律规定或者约定以及双方当事人的协商，采取修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬、补充数量、物资处置等手段，弥补或者减少非违约方的损失的一种违约责任形式。

(3) 赔偿损失

赔偿损失是指违约方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定而给对方造成损失时，按照法律规定或者合同约定，违约方应当承担受损害方的违约损失的一种违约责任形式。

《合同法》第113条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的部分要求赔偿。

(4) 违约金

违约金是指当事人在合同中或订立合同后约定的，或者法律直接规定的，违约方发生违约行为时向另一方当事人支付一定数额的货币。违约金具有约定性、预定性、赔偿性和惩罚性等特点。

《合同法》第114条规定：“约定的违约金低于造成的损失时，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”

(5) 定金

定金是指合同双方当事人约定的，为担保合同的顺利履行，在订立合同时，或者订立后履行前，按照合同标的的一定比例，由一方当事人向对方给付一定数额的货币或者其他替代物。定金具有双重作用：首先定金是合同的一种担保形式，如果给付定金的一方不履行合同义务，则无权要求对方返还定金；同时，定金也是一种违约责任，接受定金一方在对方违约时可以没收定金，相反，如果接受定金一方违约，则应当双倍返还定金。

(6) 价格制裁

价格制裁是指执行政府定价或者政府指导价的合同当事人，由于逾期履行合同义务而遇到价格调整时，在原价格和新价格中执行对违约方不利的价格。

《合同法》第63条规定，逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；遇价格下降时，按照原价格执行。

(7) 违约责任各种形式相互之间的适用情况

① 继续履行与采取补救措施。继续履行与采取补救措施是两种相互独立的违约责任

承担方式，在实际操作中，一般不被同时适用。继续履行适用于债务人不履行合同义务的情形；采取补救措施主要适用于债务人履行合同义务不符合约定的情形，尤其是质量达不到约定的情况。

② 继续履行(或采取补救措施)与赔偿损失(违约金或定金)。违约金主要适用于当违约方的违约行为给非违约方造成损害时而提供的一种救济手段，这与继续履行(或采取补救措施)并不矛盾，所以在承担违约责任时，赔偿损失(或违约金)可以与继续履行(或采取补救措施)同时采用。定金(或违约金)也可以与继续履行(或采取补救措施)同时采用。

③ 赔偿损失与违约金。在违约金的性质体现赔偿性的情况下，违约金被视为是损害赔偿额的预定标准，其目的在于补偿债权人因债务人的违约行为所造成的损失。因此，违约金可以替代损失赔偿金，当债务人支付违约金以后，债权人不得要求债务人再承担支付损失赔偿金的责任。

④ 定金与违约金。当定金属于违约定金时，其性质与违约金相同。因此，两者不能同时并用。《合同法》第116条规定：“当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。”

2Z202023 违约的免责规定

1. 违约责任的免除

违约责任的免除，是指合同生效后，当事人之间因不可抗力事件的发生，造成合同不能履行时，依法可以免除责任。

2. 不可抗力及其责任规定

不可抗力，是指当事人在订立合同时不能预见、对其发生和后果不能避免并不能克服的客观情况。不可抗力事件一般包括两大类：一类是自然事件，如水灾、火灾、地震、飓风等；另一类是社会事件，如战争、动乱、暴乱、罢工等。

《合同法》第117条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。”

不可抗力事件发生后，当事人一方应及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并且应当在合理的期限内提供证明。及时通知对方，是当事人的首要义务，目的在于避免给对方造成更大的损失，如果当事人通知不及时，而给对方造成损失的扩大，则对扩大的损失不能免除责任。

2Z202030 掌握合同变更、转让和终止的规定

2Z202031 合同变更

1. 合同变更的概念

合同变更是指合同依法成立后，在尚未履行或尚未完全履行时，当事人依法经过协商，对合同内容进行修订或调整所达成的协议。

2. 合同变更的条件

(1) 当事人之间原已经存在合同关系

合同的变更是新合同对旧合同的替代,所以必然在变更前就存在合同关系。如果没有这一作为变更基础的现存合同,就不存在合同变更。另外,原合同必须是有效合同,如果原合同无效或者被撤销,则合同自始就没有法律效力,不发生变更问题。

(2) 合同变更必须有当事人的变更协议

当事人达成的变更合同的协议也是一种民事合同,因此也应符合《合同法》有关合同的订立与生效的一般规定。合同变更应当是双方当事人的自愿与真实的意思表示。

(3) 原合同内容发生变化

合同变更仅为合同内容的变更,所以合同的变更应当能起到使合同的内容发生改变的效果,否则不能认为是合同的变更。合同变更包括合同性质、标的物;履行条款、合同担保、合同所附条件的变更等。

(4) 合同变更必须按照法定的方式

合同当事人协议变更合同,应当遵循自愿互利原则,当事人对合同的变更不得危及到他人、国家和社会利益。《合同法》第77条规定,法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记手续的,当事人必须办理。否则合同变更不发生法律效力。

3. 合同变更的效力

合同变更后双方当事人应当按照变更后的合同履行。合同变更后有下列效力:

(1) 变更后的合同部分,原有的合同失去效力,当事人应当按照变更后的合同履行。

(2) 合同的变更只对合同未履行部分有效,不对合同中已经履行部分产生效力,除了当事人约定以外。即合同的变更不产生追溯力。

(3) 合同的变更不影响当事人请求损害赔偿的权利。合同变更以前,一方因可归责于自己的原因而给对方造成损害的,另一方有权要求责任方承担赔偿责任,但是合同变更协议已经对受害人的损害给予处理的除外。合同的变更本身给一方当事人造成损害的,另一方当事人也应当对此承担赔偿责任。

4. 合同变更内容约定不明的法律规定

合同变更内容约定不明是指当事人对合同变更的内容约定含义不清,令人难以判断约定的新内容与原合同的内容的本质区别。《合同法》第78条规定:“当事人对合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更。”

2Z202032 合同转让

1. 合同转让的概念

合同转让是指合同成立后,当事人依法可以将合同中的全部或部分权利(或者义务)转让或者转移给第三人的法律行为。合同转让是合同主体发生了变化,由新的合同当事人代替了原合同当事人,而合同的内容没有改变。合同转让可分为权利转让和义务转移。

2. 债权人转让权利

(1) 债权转让的概念及法律特征

债权转让即合同权利转让,是指合同的债权人通过协议将其债权全部或者部分转移给第三人的行为。债权转让的法律特征有:

- 合同权利的转让是在不改变合同权利内容的基础上,由原合同的债权人将合同权利转移给第三人;

- 合同债权的转让只能是合同权利，不应包括合同义务；
- 合同债权的转让可以是全部转让也可以是部分转让；
- 转让的合同债权必须是依法可以转让的债权，否则不得进行转让，转让不得进行转让的合同债权的协议无效。

(2) 债权转让的构成条件

债权转让的成立与生效的条件包括：

- 让与人与受让人达成协议。债权转让实际上就是让与人与受让人之间订立了一个合同，让与人按照约定将债权转让给受让人。合同当事人包括债权人与第三人，不包括债务人。该合同的成立、履行及法律效力必须符合法律规定，否则不能产生法律效力，转让合同无效。合同一旦生效，债权即转移给受让人，债务人对债权让与同意与否，并不影响债权让与的成立与生效。
- 原债权有效存在。转让的债权必须具有法律上的效力，任何人都不能将不存在的权利让与他人。所以，转让的债权应当是为法律所认可的具有法律约束力的债权。对于不存在或者无效的合同债权的转让协议是无效的，如果因此而造成受让人利益损失，让与人应当承担赔偿责任。
- 让与的债权具有可转让性。并非所有的债权都可以转让，必须根据合同的性质、遵循诚实信用原则以及具体情况判断是否可以转让。其标准为是否改变了合同的性质，是否改变了合同的内容，增加了债务人的负担等。
- 履行必须的程序。《合同法》第 80 条规定：“债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。”此外法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

(3) 债权转让的限制

《合同法》第 79 条规定，债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：

- 根据合同性质不得转让；
- 按照当事人约定不得转让；
- 依照法律规定不得转让。

3. 债务人转移义务

(1) 债务转移的概念

债务转移又称为债务承担或合同义务转让，是指经债权人同意，债务人将义务全部或部分转移给第三人的法律行为。

(2) 债务转移的构成条件

债务转移的生效与成立条件包括：

- 承担人与债务人订立债务转移合同；
- 存在有效债务；
- 拟转移的债务具有可转移性，即性质上不能进行转让，或者法律、行政法规禁止转让的债务，不得进行转让；
- 合同债务的转移必须取得债权人的同意。

其中，转移必须经债权人同意是债务承担生效条件，也是债务承担与债权让与最大的

不同。因为债务承担直接影响到债权人的利益。债务人的信用、资力是债权人利益得以实现的保障,如果债务人不经债权人同意而将债务转移,则债权人的利益将难以确定,有可能会因为第三人履行债务能力差而使债权人的利益受损。所以,为保护债权人的利益,债务承担必须事先征得债权人的同意。

4. 债权债务的概括转移

(1) 债权债务概括转移的概念

债权债务的概括转移是指由原合同的当事人一方将其债权债务一并转移给第三人,由第三人概括地继受这些权利和义务的法律行为。

债权债务的概括转移一般由合同当事人一方与合同以外的第三人通过签订转让协议,约定由第三人取代合同转让人的地位,享有合同中转让人的一切权力并承担转让人在合同中的一切义务。

(2) 债权债务的概括转移成立条件

- 转让人与承受人达成合同转让协议,这是债权债务的概括转移的关键。
- 原合同必须有效。原合同无效不能产生法律效力,更不能转让。
- 原合同为双务合同。只有双务合同才可能将债权债务一并转移,否则只能为债权让与或者是债务承担。
- 必须经原合同对方当事人的同意。

(3) 债权债务概括转移的发生条件

- 债权债务因合并而发生概括转移。当事人的合并是指合同当事人与其他的民事主体合成一个民事主体。合并有两种形式,一是新设合并,即由原来的两个以上的民事主体合并成为一个新的民事主体。另一种方式是吸收合并,即两个以上的民事主体,由其中的一个加入到另一个中去。合同当事人与其他民事主体发生合并的,由合并后的民事主体承担原合同中的债务,同时享有原合同当事人的权利。
- 债权债务因分立而发生概括转移。当事人的分立是指当事人由一个分成为两个或者两个以上的民事主体。分立也分为两种情况,一是由原来的主体分出另外一个民事主体而原主体并不消灭;另一种则是消灭原主体而形成两个新的民事主体。当事人订立合同后分立的,除了债权人与债务人另有约定的以外,由分立的法人或者其他组织对合同的权利义务享有连带债权,承担连带债务。

2Z202033 合同终止

1. 合同终止的概念

合同终止,又称为合同的消灭,是指合同关系不再存在,合同当事人之间的债权债务关系终止,当事人不再受合同关系的约束。合同的终止也是合同效力的完全终结。

2. 合同终止的条件

《合同法》第91条规定,有下列情形之一的,合同的权利义务终止:

- 债务已经按照约定履行;
- 合同被解除;
- 债务相互抵消;

- 债务人依法将标的物提存；
- 债权人免除债务；
- 债权债务归于一人；
- 法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

3. 合同解除

(1) 合同解除的概念

合同解除是指合同的一方当事人按照法律规定或者双方当事人约定的解除条件使合同不再对双方当事人具有法律约束力的行为或者合同各方当事人经协商消灭合同的行为。合同的解除是合同终止的一种非正常的方式。合同解除有两种方式，一种是约定解除，即双方当事人通过协议解除合同；另一种方式是法定解除，即在合同有效成立以后，由于产生法定事由，当事人依据法律规定行使解除权而解除合同。

(2) 合同解除的要件

- 存在有效合同并且尚未完全履行。合同解除是因合同有效成立以后、履行完毕之前的期间内发生了异常情况，或者因一方当事人违约，以及发生了影响合同履行的客观情况，致使合同当事人可以提前终止合同。因此，合同解除的前提是合同有效并且尚未完全履行。
- 具备了合同解除的条件。合同有效成立后，对双方当事人产生法律约束力，任何人不得擅自变更或者解除合同。但是，如果出现了符合法律规定或者合同当事人之间约定的解除条件的事由，则当事人可以行使解除权而解除合同。
- 有解除合同的行为。解除合同需要一方当事人行使解除权，合同才能解除。
- 解除产生消灭合同关系的效果。合同解除将使合同效力消灭。如果合同并不消灭，则不是合同解除而是合同变更或者合同中止。

(3) 约定解除

按照达成协议的时间的不同，约定解除可以分为两种形式：

- 约定解除。即在合同订立时，当事人在合同中约定合同解除的条件，在合同生效后履行完毕之前，一旦这些条件成就，当事人则享有合同解除权，从而可以以自己的意思表示通知对方而终止合同关系。
- 协议解除。即在合同订立以后，且在合同未履行或者尚未完全履行之前，合同双方当事人原合同之外，又订立了一个以解除原合同为内容的协议，使原合同被解除。这不是单方行使解除权而是双方都同意解除合同。

(4) 法定解除

法定解除就是直接根据法律规定的解除权解除合同。《合同法》第94条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- 因不可抗力致使不能实现合同目的；
- 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- 当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- 法律规定的其他情形。

(5) 解除权的行使

- 解除权行使的方式。解除合同原则上只要符合合同解除条件，一方当事人只需向对方当事人发出解除合同的通知，通知到达对方时即发生解除合同的效力。如果法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记手续的，还必须按照规定执行。如果使用通知的方式解除合同而对方有异议的，应当通过法院或者仲裁机构确认解除的效力。
- 解除权行使的期限。《合同法》第 95 条规定：“法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。”

(6) 合同解除后的法律后果

- 合同尚未履行的，终止履行。尚未履行合同的状况与合同订立前的状态基本相同，因而解除合同仅仅只是终止了合同的权利义务。但是，除非合同解除是因不可归责于双方当事人的事由或者不可抗力所造成的，否则，对合同解除有过错的一方，应当对另一方承担相应的损害赔偿赔偿责任。
- 合同已经履行的，要求恢复原状。恢复原状是指恢复到订立合同以前的状态，它是合同解除具有溯及力的标志和后果。恢复原状一般包括如下内容：返还原物；受领的标的物为金钱的，应当同时返还自受领时起的利息；受领的标的物有孳息的，应当一并返还；就应当返还之物支出了必要的或者有益的费用，可以在对方得到返还时所得利益限度内，请求返还；应当返还之物因毁损、灭失或者其他原因不能返还的，应按该物的价值以金钱返还。
- 合同已经履行的，采取其他补救措施。这种情形的发生，可能有三方面原因：合同的性质决定了不可能恢复原状；合同的履行情况不适合恢复原状；当事人对清理问题经协商达成协议。这里所说的补救措施主要是指要求对方付款、减少价款的支付或者请求返还不当得利等。
- 合同解除后的损失赔偿。如果合同解除是由于一方当事人违反规定或者构成违约而造成的，对方在解除合同的同时，可以要求损害赔偿。
- 合同终止后的结算和清理。《合同法》第 98 条规定：“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。”

2Z202040 掌握施工合同纠纷的处理和防范措施

2Z202041 施工合同纠纷的成因

施工合同纠纷，是指施工合同当事人对合同条款的理解产生异议或因当事人违反合同约定，不履行合同应承担的义务等原因而产生的纠纷。产生施工合同纠纷的原因十分复杂，主要是目前建筑市场不规范、建设法律法规不完善等外部环境，市场主体行为不规范、合同意识和诚信履约意识薄弱等主体问题，施工项目的特殊性、复杂性、长期性和不确定性等项目环境以及施工合同本身的复杂性和易出错性等众多原因导致的。

2Z202042 施工合同纠纷的处理方式和程序

根据《合同法》第128条规定：当事人可以通过和解或者调解解决合同争议。当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的，可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁。当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向人民法院起诉。施工合同争议解决的方式主要有和解、调解、仲裁和诉讼四种。

1. 和解

和解是指在合同发生争议后，合同当事人在自愿互谅基础上，依照法律、法规的规定和合同的约定，自行协商解决合同争议。和解是解决合同争议最常见的一种简便、有效和经济的方法。采用和解方式，由于没有第三方的介入，有利于维护合同双方的友好合作关系，使合同能更好地得到履行。但和解协议不具有强制执行的效力，和解协议的执行依靠当事人的自觉履行。发生合同争议后，应当提倡双方当事人进行广泛的、深入的协商，争取通过和解解决争议。和解应遵循合法原则、自愿原则、平等原则和互谅互让原则。

2. 调解

调解是指在合同发生争议后，在第三人的参加与主持下，通过查明事实，分清是非，说服劝导，向争议的双方当事人提出解决方案，促使双方在互谅互让的基础上自愿达成协议从而解决争议的活动。调解一般应遵循自愿原则、合法原则和公平原则。调解的方式一般有：

(1) 行政调解，是指工程合同发生争议后，根据双方当事人的申请，在有关行政主管部门主持下，双方自愿达成协议的解决合同争议的方式。工程合同争议的行政调解人一般是一方或双方当事人的业务主管部门。

(2) 人民(民间)调解，是指合同发生争议后，当事人共同协商，请有威望、受信赖的第三人，包括人民调解委员会、企事业单位或其他经济组织、一般公民以及律师、专业人士等作为中间调解人，双方合理合法地达成解决争议的协议。民间调解无论是书面的还是口头的调解协议，均没有法律约束力，靠当事人自觉履行。

(3) 法院调解或仲裁调解，是指在合同争议的诉讼或仲裁过程中，在法院或仲裁机构的主持和协调下，双方当事人进行平等协商，自愿达成协议，并经法院或仲裁机构认可从而终结诉讼或仲裁程序的活动。调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力，如果一方不履行时，另一方当事人可以向人民法院申请强制执行。

3. 仲裁

(1) 仲裁的概念

仲裁是指由合同双方当事人自愿达成仲裁协议、选定仲裁机构，由仲裁机构对合同争议依法作出有法律效力的裁决的解决合同争议的方法。

(2) 仲裁的基本原则

- 独立的原则。仲裁委员会是由政府组织有关部门和商会统一组建，但仲裁机关不是行政机关，也不是司法机关，属于民间团体。仲裁机构在仲裁合同争议时，依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。
- 自愿的原则。仲裁必须是完全自愿的，这种自愿原则体现在许多方面，例如当事人是否选择仲裁的方式解决争议，选择哪一个仲裁机构进行仲裁，仲裁是否公开

进行,在仲裁的过程中是否要求调解、是否进行和解、是否撤回仲裁申请等,都是由当事人自愿决定的,并且应该得到仲裁机构的尊重。如果双方当事人同意选择仲裁的方式解决争议,应在争议发生前或后达成仲裁协议。没有书面的仲裁协议,仲裁机构就无权受理对该争议的处理。

- 或裁或审的原则。《仲裁法》第5条规定:“当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉的,人民法院不予受理,但仲裁协议无效的除外。”《民事诉讼法》第111条第(2)款规定:“依照法律规定,双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、不得向人民法院起诉的,告知原告向仲裁机构申请仲裁。”这两部法律均明确了合同争议实行或裁或审制度。
- 一裁终局的原则。《仲裁法》第9条规定:“仲裁实行一裁终局制的制度。”一裁终局是指裁决作出之后,当事人就同一争议再申请仲裁或者向法院起诉的,仲裁委员会或者法院不应受理。但是当事人对仲裁委员会作出的裁决不服时,并提出足够的证明、证据,可以向法院申请撤销裁决,裁决被法院依法裁定撤销或者不予执行的,当事人可以就已裁决的争议重新达成仲裁协议申请仲裁或向法院起诉。如果撤销裁决的申请被法院裁定驳回,仲裁委员会作出的裁决仍然要执行。
- 先行调解的原则。先行调解就是仲裁机构先于裁决之前,根据争议的情况或双方当事人自愿而进行说服教育和劝导工作,以便双方当事人自愿达成调解协议,解决合同争议。

(3) 仲裁的一般程序

① 仲裁申请和受理。仲裁申请和受理主要有以下三个重要环节:

- 仲裁协议。只有当事人在合同内订立仲裁条款或以其他书面形式在争议发生前或者争议发生后达成了请求仲裁的协议,仲裁委员会才会受理仲裁申请。仲裁协议应当具有以下主要内容:请求仲裁的意思表示;仲裁事项;选定的仲裁委员会。
- 仲裁申请。申请是指当事人向仲裁委员会依照法律的规定和仲裁协议的约定,将争议提请约定的仲裁委员会予以仲裁。当事人申请仲裁必须符合下列条件:有仲裁协议;有具体的仲裁请求和事实、理由;属于仲裁委员会的受理范围。
- 仲裁受理。受理是指仲裁委员会依法接受对争议的审理。仲裁委员会在收到仲裁申请书之日起5日内,认为符合受理条件的,应当受理,并通知当事人;认为不符合受理条件的,应当书面通知当事人不予受理,并说明理由。

② 组成仲裁庭。仲裁委员会受理仲裁申请后,应当组成仲裁庭进行仲裁活动。仲裁庭不是一种常设的机构,其组成的原则是一案一组庭。仲裁庭有两种组成方式:

- 仲裁庭由三名仲裁员组成,即合议制的仲裁庭。采用这种方式,应当由当事人双方各自选择或者各自委托仲裁委员会主任指定一位仲裁员。第三名仲裁员即首席仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任选定;
- 仲裁庭由一名仲裁员组成,即独任制的仲裁庭。这名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。

③ 开庭和裁决。开庭是指仲裁庭按照法定的程序,对案件进行有步骤有计划的审理。在仲裁过程中,原则上应由当事人承担对其主张的举证责任。证据应当在开庭时出示,当事人可以质证。当事人在仲裁过程中有权进行辩论。仲裁庭在作出裁决前,可以先行调

解,当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解;当事人不愿调解或调解不成的,仲裁庭应当进行裁决。调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书。仲裁裁决是指仲裁机构经过当事人之间争议的审理,依据争议的事实和法律,对当事人双方的争议作出的具有法律约束力的判定。裁决书自作出之日起发生法律效力。

④ 执行仲裁裁决。仲裁裁决具有强制执行力,对双方当事人都有约束力,当事人应该自觉履行。我国《仲裁法》规定,一方当事人不履行仲裁裁决的,另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行,受申请的人民法院应当执行。

4. 诉讼

(1) 诉讼的概念

诉讼是指合同当事人依法请求人民法院行使审判权,审理双方之间发生的纠纷,作出由国家强制保证实现其合法权益,从而解决纠纷的审判活动。合同双方当事人如果未达成仲裁协议,则只能以诉讼作为解决纠纷的最终方式。

(2) 第一审普通程序

① 起诉与受理。起诉是指合同争议当事人请求法院通过审判保护自己合法权益的行为。起诉必须符合下列条件:原告是与案件有直接利害关系的公民、法人和其他组织;有明确的被告;有具体的诉讼请求和事实、理由;请求的事由属于法院的收案范围和受诉法院管辖;原、被告之间没有约定合同仲裁条款或达成仲裁协议。起诉应在诉讼时效内进行。起诉原则上采用书面形式,即原告向人民法院提交起诉状。起诉状是原告表示诉讼请求和事实根据的一种诉讼文书。受理是指法院对符合法律条件的起诉决定立案审理的诉讼行为。法院接到起诉状后,经审查,认为符合起诉条件的,应当在7日内立案,并通知当事人;认为不符合起诉条件的,应当在接到起诉状之日起6日内裁定不予受理;原告对裁定不服的,可以提起上诉。

② 审理前的准备。法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本送达被告;被告在收到之日起15日内提出答辩状。法院在收到被告答辩状之日起5日内将答辩状副本送达原告,被告不提出答辩状的,不影响审判程序的进行。如被告对管辖权有异议的,也应当在提交答辩状期间提出,逾期未提出的,视为被告接受受诉法院管辖。法院受理案件后应当组成合议庭,合议庭至少由三名审判员或至少由一名审判员和两名陪审员组成,不包括书记员。合议庭组成后,应当在3日内将合议庭组成人员告知当事人。

③ 开庭审理。开庭审理是指在法院审判人员的主持下,在当事人和其他诉讼参与人的参加下,法院依照法定程序对案件进行口头审理的诉讼活动,开庭审理是案件审理的中心环节。审理合同争议案件,除涉及国家秘密或当事人的商业秘密外,均应公开开庭审理。主要有以下程序:

- 宣布开庭。法院应在3日前将通知送达当事人及有关人员。对公开审理的案件3日前应贴出公告。开庭前,由书记员查明当事人和其他诉讼参与人是否到达法庭及其合法身份,同时宣布法庭纪律。开庭审理时,由审判长或独任审判员宣布开始,同时核对当事人并告知当事人诉讼权利和义务。
- 法庭调查。这是开庭审理的核心阶段,主要任务是审查、核对各种证据,以查清案情认定事实。其顺序是:当事人陈述,先由原告陈述,再由被告陈述;证人作证,法庭应告知证人的权利义务,对未到庭的证人应宣读其书面证言;出示书

证、物证和视听资料；宣读鉴定结论；宣读勘验笔录。当事人在法庭上可以提供新证据，可以要求重新调查、鉴定或勘验，是否准许，由法院决定。

- 法庭辩论。法庭辩论是由当事人陈述自己的意见，通过双方的言词辩论，使法院进一步查明事实，分清是非。其顺序是：原告及其诉讼代理人发言；被告及其诉讼代理人答辩；第三人及其诉讼代理人发言或者答辩；互相辩论。法庭辩论终结，由审判长按照原告、被告、第三人的先后顺序征询各方最后意见。
- 评议审判。法庭辩论结束后，由合议庭成员退庭评议，按照少数服从多数原则作出判决。评议中的不同意见，必须如实记入笔录。评议除对工程合同争议案件作出处理决定外，还应对物证的处理、诉讼费用的负担作出决定。判决当庭宣告的，由审判长宣判，并在 10 日内向当事人发送判决书。定期宣判的，审判长可当庭告知双方当事人定期宣判的时间和地点，也可以另行通知。定期宣判后，立即发给判决书。宣判时应当告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉法院。

④ 法院调解。经过法庭调查和法庭辩论后，在查清案件事实的基础上，当事人愿意调解的，可以当庭进行调解，当事人不愿调解或调解不成的，法院应当及时裁决。当事人也可以在诉讼开始后至裁决作出之前，随时向法院申请调解，法院认为可以调解时也可以随时调解。当事人自愿达成调解协议后，法院应当要求双方当事人在调解协议上签字，并根据情况决定是否制作调解书。对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由争议双方当事人、审判人员、书记员签名或盖章后，即具有法律效力。多数情况下，法院应当制作调解书，调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。调解书应由审判人员、书记员签名，加盖法院印章，送达双方当事人。

(3) 第二审程序

第二审程序是指诉讼当事人不服第一审法院判决、裁定，依法向上一级法院提起上诉，由上一级法院根据事实和法律，对案件重新进行审理的程序。其审理范围为上诉请求的有关事实和适用的法律。上诉期限，不服判决的为 15 日，不服裁定的为 10 日。逾期不上诉的，原判决、裁定即发生法律效力。当事人提起上诉后至第二审法院审结前，原审法院的判决或裁定不发生法律效力。

第二审法院应当组成合议庭开庭审理，但合议庭认为不需要开庭审理的，也可以直接进行判决、裁定。第二审法院对上诉或者抗诉的案件，经审理后依不同情况分别处理：

- 原判决认定事实清楚、适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判；
- 原判决适用法律错误的，依法改判；
- 原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清、证据不足，裁定撤销原判决，发回原审法院重审，或者查清事实后改判；
- 原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审法院重审。当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

(4) 审判监督程序

① 审判监督程序是指法院对已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误需要纠正而进行的再审程序。具体有以下三种情况：

- 各级法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，认为需要提起再审的，应当提交审判委员会讨论决定；

- 最高法院对地方各级法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，有权提审或指令下级法院再审；
- 上级法院对下级法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，有权提审或指令下级法院再审。

② 当事人对已经生效的判决、裁定认为有错误，可以向原审法院或上级法院申诉，要求再审，但不停止原判决、裁定的执行。当事人的申请符合下列情形之一的，法院应当再审：

- 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- 原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；
- 原判决、裁定适用法律确有错误的；
- 法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；
- 审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

(5) 执行程序

执行是法院依照法律规定的程序，运用国家强制力，强制当事人履行已生效的判决和其他法律文书所规定的义务的行为，又称强制执行。对于已经发生法律效力的判决、裁定、调解书、支付令、仲裁裁决书、公证债权文书等，当事人应当自动履行。一方当事人拒绝履行的，另一方当事人有权向法院申请执行。

依照《民事诉讼法》规定，强制执行措施有：法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入；有权向银行等金融机构查询被执行人的存款情况，冻结、划拨被执行人的存款，但不得超出被执行人应履行义务的范围；查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产；对被执行人隐匿的财产进行搜查；执行特定行为等。

2Z202043 施工合同纠纷的防范措施

施工合同纠纷的处理会花费双方当事人大量的时间、精力和金钱，影响双方的合作基础和未来的合作关系，并会影响施工项目最终目标的顺利实现。因此施工合同双方当事人必须采取有效的防范措施，避免和减少施工合同纠纷的产生，或以最小的代价合理处理施工合同纠纷。

1. 施工合同当事人对合同纠纷的总体防范措施

施工合同当事人对合同纠纷的总体防范措施主要有如下方面：

- 认真学习、理解和遵守合同及建设工程相关的法律、法规；
- 提高和强化合同意识和诚信履约意识；
- 建立和完善企业合同管理体系和合同管理制度；
- 设立相应的合同管理机构，配备专门的合同管理人员；
- 正确和合理使用《建设工程施工合同示范文本》或建立企业标准的合同文本系列；
- 提高施工合同风险管理能力和水平等。

2. 常见施工合同纠纷的具体防范措施

施工合同履行过程中常见的纠纷主要涉及到主体资格纠纷、工程款纠纷、施工质量和保修纠纷、工期纠纷、合同分包与转包纠纷、合同变更和解除纠纷、竣工验收纠纷及合同

审计与审价纠纷等方面。常见施工合同纠纷的成因及其具体防范措施参见表 2Z202043。

常见施工合同纠纷的成因及其具体防范措施

表 2Z202043

施工合同纠纷种类	施工合同纠纷的成因	施工合同纠纷的防范措施
施工合同主体纠纷	● 发包方存在主体资格问题 ● 承包方无资质或资质不够 ● 因联合体承包导致的纠纷 ● 因“挂靠”问题产生的纠纷 ● 因无权(表见)代理导致的纠纷	● 加强对发包方主体资格的审查 ● 加强对承包方资质和相关人员资格的审查 ● 联合体承包应合法、规范、自愿 ● 避免“挂靠” ● 加强对授权委托书和合同专用章的管理
施工合同工程款纠纷	● 建筑市场竞争过分激烈 ● 合同存在缺陷 ● 工程量计算不正确及工程量增减 ● 单价和总价不匹配 ● 因工程变更导致的纠纷 ● 因施工索赔导致的纠纷 ● 因价格调整导致的纠纷 ● 工程款恶意拖欠	● 加强风险预防和管理能力 ● 签订权责利清晰的书面合同 ● 加强工程量的计算和审核,避免合同缺项 ● 避免总价和分项工程单价之和的不符 ● 加强工程变更管理 ● 科学规范地进行施工索赔 ● 正确签订和处理调价条款 ● 利用法律手段保护自身合法权益
施工合同质量及保修纠纷	● 违反建设程序进行项目建设 ● 不合理压价和缩短工期 ● 设计施工中提出违反质量和安全标准的不合理要求 ● 将工程肢解发包或发包给无资质单位 ● 施工图设计文件未经审查 ● 使用不合格的建筑材料、构配件和设备 ● 未按设计图纸、技术规范施工以及施工中偷工减料 ● 不履行质量保修责任 ● 监理制度不严格,监理不规范、不到位	● 严格按照建设程序进行项目建设 ● 对造价和工期的要求应符合客观规律 ● 遵守法律、法规和工程质量、安全标准要求 ● 合理划分标段,不能随意肢解发包工程 ● 施工图设计文件必须按规定进行审查 ● 加强对建筑材料、构配件和设备的管理 ● 应当按设计图纸和技术规范等要求进行施工 ● 完善质量保修责任制度 ● 严格监理制度,加强质量监督管理
施工合同工期纠纷	● 合同工期约定不合理 ● 工程施工进度计划有缺陷 ● 施工现场不具备施工条件 ● 工程变更频繁和工程量增减 ● 不可抗力影响 ● 征地、拆迁遗留问题及周围相邻关系影响工期	● 合同工期约定应符合客观规律 ● 加强施工进度计划管理 ● 施工现场应具备通水、电、气等施工条件 ● 加强工程变更管理 ● 避免、减少和控制不可抗力的不利影响 ● 加强外部关系的协调和处理
施工合同分包与转包纠纷	● 因资质问题导致的纠纷 ● 因承包范围不清产生的纠纷 ● 因转包导致的纠纷 ● 因对分包管理不严产生的纠纷 ● 因配合和协调问题产生的纠纷 ● 因违约和罚款问题产生的纠纷	● 加强对分包商资质的审查和管理 ● 明确分包范围和履约范围 ● 严格禁止转包 ● 加强对分包的管理 ● 加强有关各方的配合和协调 ● 避免违约和罚款

续表

施工合同纠纷种类	施工合同纠纷的成因	施工合同纠纷的防范措施
施工合同变更和解除纠纷	● 合同存在缺陷 ● 工程本身存在不可预见性 ● 设计与施工存在脱节 ● “三边工程”导致大量变更 ● 因口头变更导致纠纷 ● 单方解除施工合同	● 避免合同缺陷 ● 做好工程的预见性和计划性 ● 避免设计和施工的脱节 ● 避免“三边工程” ● 规范口头变更 ● 规范单方解除合同
施工合同竣工验收纠纷	● 因验收标准、范围和程序等问题导致的纠纷 ● 隐蔽工程验收产生的纠纷 ● 未经竣工验收而提前使用导致的纠纷	● 明确验收标准、范围和程序 ● 严格按规范和合同约定对隐蔽工程进行验收 ● 避免工程未经竣工验收而提前使用
施工合同审计和审价纠纷	● 有关各方对审计监督权的认识偏差 ● 审计机关的独立性得不到保证 ● 因工程造价的技术性问题导致的纠纷 ● 因审计范围、时间、结果和责任承担而产生的纠纷	● 正确认识审计监督权 ● 确保审计机关的独立性 ● 确保审计的科学和合理 ● 规范审计工作

2Z202050 熟悉合同形式及合同的订立

2Z202051 合同形式

《合同法》第 10 条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”除即时清结的合同或内容简单的合同可用口头形式外，其他应当采用书面形式。但法律、行政法规规定，或当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

《合同法》第 11 条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”

建筑工程合同所涉及的内容特别复杂，合同履行期较长，为便于明确各自的权利和义务，减少履行困难和争议，《合同法》第 270 条规定，建设工程合同应当采用书面形式。

2Z202052 合同的主要条款

《合同法》遵循合同自由原则，仅仅列出合同的主要条款，具体合同的内容由当事人约定。主要条款一般包括以下条款：

(1) 当事人的名称或者姓名和场所

当事人的名称或者姓名和场所是指自然人的姓名和住所以及法人和其他组织的名称和住所。合同中记载的当事人的姓名或者名称是确定合同当事人的标志，而住所则在确定合同债务履行地、法院对案件的管辖等方面具有重要的法律意义。

(2) 标的

标的即合同法律关系的客体，是指合同当事人权利义务指向的对象。

合同中的标的条款应当标明标的的名称,以使其特定化,并能够确定权利义务的范围。合同的标的因合同类型的不同而变化,总体来说,合同标的的包括有形财物、行为和智力成果。

(3) 数量

合同标的的数量是衡量合同当事人权利义务大小的尺度。因此,合同标的的数量一定要确切,应当按照国家标准或者行业标准中确定的或者当事人共同接受的计量方法和计量单位。

(4) 质量

合同标的的质量是指检验标的的内在素质和外观形态优劣的标准。它和标的的数量一样,是确定合同标的的具体条件,是这一标的区别于同类另一标的的具体特征。因此,在确定合同标的的质量标准时,应当按照国家标准或者行业标准。如果当事人对合同标的的质量有特别约定时,在不违反国家标准和行业标准的前提下,可根据合同约定确定标的的质量要求。合同中的质量条款包括标的的规格、性能、物理和化学成分、款式和质感。

(5) 价款和报酬

价款和报酬是指物、行为和智力成果为标的的有偿合同中,取得利益的一方当事人作为取得利益的代价而应向对方支付的金钱。价款是取得有形标的物应支付的代价,报酬是获得服务所应支付的代价。

(6) 履行的期限、地点和方式

履行的期限是指合同当事人履行合同和接受履行的时间。它直接关系到合同义务的完成时间,涉及到当事人的期限利益,也是确定违约与否的因素之一。

履行地点是指合同当事人履行合同和接受履行的地点。履行地点是确定交付与验收标的的地点的依据,有时是确定风险由谁承担的依据,以及标的物所有权是否转移的依据。

履行方式是合同当事人履行合同和接受履行的方式,包括交货方式、实施行为方式、验收方式、付款方式、结算方式、运输方式等。

(7) 违约责任

违约责任是指当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时应当承担的民事责任。违约责任是促使合同当事人履行债务,使守约方免受或者少受损失的法律救济手段,对合同当事人的利益关系重大,合同对此应予明确。不过,由于违约责任是法定责任,即使合同中未明确规定,违约方也不能因此而免除责任。

(8) 解决争议的方法

解决争议的方法是指合同当事人解决合同纠纷的手段、地点。合同订立、履行中一旦产生争执,合同双方应通过协商、仲裁、诉讼解决其争议,有利于合同争议的管辖和尽快解决,并最终从程序上保障了当事人的实体性权益。

2Z202053 要约与承诺

1. 要约

(1) 要约的概念

要约是指希望和他人订立合同的意思表示。即一方当事人以缔结合同为目的,向对方当事人提出合同条件,希望对方当事人接受的意思表示。构成要约必须具备以下条件:

- 要约必须是特定人所为的意思表示；
- 要约必须向相对人发出；
- 要约的内容应当具体确定；
- 要约必须具有缔约目的。

(2) 要约的法律效力

要约的法律效力是指要约的生效及对要约人、受约人的约束力。它包括：

- 对要约人的拘束力。即指要约一经生效，要约人即受到要约的拘束，不得撤回、随意撤销，或者对要约加以限制、变更和扩张，从而保护受约人的合法权益，维护交易安全。不过，为了适应市场交易的实际需要，法律允许要约人在一定条件下，即在受约人承诺前有限度地撤回、撤销要约或者变更要约的内容。
- 对受约人的拘束力。是指受约人在要约生效时取得承诺的权利，即取得依其承诺而成立合同的法律地位。正是因为这种权利，所以受约人可以承诺，也可以不予承诺。这种权利只能由受约人行使，不能随意转让，否则承诺对要约人不产生法律效力；
- 要约的生效时间。即要约产生法律约束力的时间。《合同法》第16条规定，要约到达受要约的人时生效。

(3) 要约邀请

要约邀请是指希望他人向自己发出要约的意思表示，其目的在于邀请对方向自己发出要约。如寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、商业广告等为要约邀请。在工程建设中，工程招标即为要约邀请，投标属于要约，中标通知书则是承诺。

(4) 要约的撤回与撤销

① 要约的撤回。要约的撤回是指在要约发生法律效力之前，要约人取消要约的行为。根据要约的形式拘束力，任何一项要约都可以撤回，只要撤回的通知先于或者与要约同时到达受约人，都能产生撤回的法律效力。

② 要约的撤销。要约的撤销是指在要约生效后，要约人取消要约，使其丧失法律效力的行为。但《合同法》第19条规定，有下列情况之一的，要约不得撤销：

- 要约中确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；
- 受约人有理由认为要约是不可撤销的，并且已经为履行合同作了准备工作。

(5) 要约的失效

要约失效，即要约丧失了法律拘束力，不再对要约人和受约人产生约束。《合同法》第20条规定，有下列情形之一的，要约失效：

- 拒绝要约的通知到达要约人；
- 要约人依法撤销要约；
- 承诺期限届满，受要约人未作出承诺；
- 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

2. 承诺

(1) 承诺的概念

承诺是指受约人同意接受要约的全部条件的意思表示。承诺的法律效力在于要约一经受约人承诺并送达要约人，合同便宣告成立。承诺必须具备以下条件，才能产生法律

效力：

① 承诺必须是受约人发出。根据要约所具有的法律效力，只有受约人才能取得承诺的资格，因此，承诺只能由受约人发出。如果要约是向一个或者数个特定人发出时，则该特定人具有承诺的资格。受约人以外的任何人向要约人发出的都不是承诺而只能视为要约。如果要约是向不特定人发出时，则该不特定人中的任何人都具有承诺的资格。

② 承诺应当在确定的或者合理的期限内到达要约人。如果要约规定了承诺的期限，则承诺应当在规定的期限内作出；如果要约中没有规定期限，则承诺应当在合理的期限内作出。如果承诺人超过了规定的期限作出承诺，则视为承诺迟到，或者称为逾期承诺。一般来说，逾期承诺被视为新的要约，而不是承诺。

③ 承诺的内容应当与要约的内容一致。因为承诺是受约人愿意按照要约的全部内容要与要约人订立合同的意思表示，即承诺是对要约的同意，其同意内容必须与要约内容完全一致，合同才能成立。具体表现在承诺必须是无条件的承诺，不得限制、扩张或者变更要约内容，否则不构成承诺。

(2) 承诺的方式、期限和生效

① 承诺的方式，是指受约人通过何种形式将承诺的意思送达给要约人。《合同法》第22条规定：“承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”“通知”方式是指以口头或者书面的形式将承诺明确告知要约人的意思表示。“行为”方式是指根据交易习惯或者要约的条款能够为要约人确认承诺人接受要约内容作出的意思表示。

② 承诺的期限。《合同法》第23条规定，承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

- 要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；
- 要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

③ 承诺的生效，是指承诺何时产生法律效力。根据《合同法》规定，承诺在承诺通知到达要约人时生效。承诺生效时合同成立。

(3) 对要约内容实质性变更和非实质性变更的处理

① 受要约人对要约内容的实质性变更。受要约人如果对要约的内容进行实质性变更，此时，不能构成承诺而应该视为新的要约。有关合同的标的、数量、质量、价款和酬金、履行期限、履行地点和方式、违约责任和争议解决的方法的变更，是对要约内容的实质性变更。

② 承诺对要约内容的非实质性变更。《合同法》第31条规定：“承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。”对要约的非实质性内容的更改包括：

- 对非主要条款作出了改变；
- 承诺人在同意要约的主要条款的基础上，又添加了一些建议或者表达了一些愿望，如果在这些建议和意见中并没有提出新的合同成立条件，则认为承诺有效；
- 如果承诺中添加了法律规定的义务，承诺仍然有效。

2Z202060 了解合同的种类和担保形式

2Z202061 合同概念及种类

1. 合同的概念

合同是指平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

合同的含义非常广泛。广义上的合同是指以确定权利、义务为内容的协议，除了包括民事合同外，还包括行政合同、劳动合同等。民法中的合同即民事合同是指确立、变更、终止民事权利义务关系的协议，它包括债权合同、身份合同等。

债权合同是指确立、变更、终止债权债务关系的合同。法律上的债是指特定当事人之间请求对方做特定行为的法律关系，就权利而言，为债权关系；从义务方面来看，为债务关系。

身份合同是指以设立、变更、终止身份关系为目的，不包含财产内容或者不以财产内容为主要调整对象的合同。如结婚、离婚、收养、监护等协议。这种合同为我国《民法通则》及《婚姻法》等法律中的相关内容所规范。而上述的行政合同、劳动合同分别为《行政法》、《劳动法》所规范。

由此可见，我国的《合同法》的调整对象为除了身份合同以外的所有民事合同。

2. 合同的种类

在市场经济活动中，交易的形式千差万别，合同的种类也各不相同。根据性质的不同，合同有以下几种分类方法：

(1) 书面合同、口头合同及默示合同

按照合同的表现形式，合同可以分为书面合同、口头合同及默示合同。

书面合同是指当事人以书面文字有形地表现内容的合同。传统的书面合同的形式为合同书和信件，随着科技的进步和发展，书面合同的形式也越来越多，如电报、电传、传真、电子数据交换以及电子邮件等已成为高效快速的书面合同的形式。书面合同有以下优点：①它可以作为双方行为的证据，便于检查、管理和监督，有利于双方当事人以约执行；当发生合同纠纷时，有凭有据，举证方便。②可以使合同内容更加详细、周密。当事人在将其意思表示通过文字表现出来时，往往会更加审慎，对合同内容的约定也更加全面、具体。

口头合同是指当事人以口头语言的方式(如当面对话、电话联系等)达成协议而订立的合同。口头合同简便易行，迅速及时。但缺乏证据，当发生合同纠纷时，难于举证。因此，口头合同一般只适用于即时清结情况。

默示合同是指当事人并不直接用口头或者书面形式进行意思表示，而是通过实施某种行为或者以不作为的沉默方式进行意思表示而达成的合同。如房屋租赁合同约定的租赁期满后，双方并未通过口头或者书面形式延长租赁期限，但承租人继续交付租金，出租人依然接受租金，从双方的行为可以推断双方的合同仍然有效。

建设工程合同所涉及的内容特别复杂，合同履行期较长，为便于明确各自的权利和义务，减少履行困难和争议，《合同法》第270条规定，建设工程合同应当采用书面形式。

（2）转移财产合同、完成工作合同和提供服务合同

按照给付内容和性质的不同，合同可以分为转移财产合同、完成工作合同和提供服务合同。

转移财产合同是指以转移财产权利，包括所有权、使用权和收益权为内容的合同。此合同标的为物质客体。《合同法》规定的买卖合同、供电水气热合同、赠予合同、借款合同、租赁合同和部分技术合同等均属于转移财产合同。

完成工作合同是指当事人一方按照约定完成一定的工作并将工作成果交付给对方，另一方接受成果并给付报酬的合同。《合同法》规定的承揽合同、建设工程合同均属于此类合同。

提供服务合同是指依照约定，当事人一方提供一定方式的服务，另一方给付报酬的合同。《合同法》中规定的运输合同、行纪合同、居间合同和部分技术合同均属于此类合同。

（3）双务合同和单务合同

按照当事人是否相互负有义务，合同可以分为双务合同和单务合同。

双务合同是指当事人双方相互承担对待给付义务的合同。双方的义务具有对等关系，一方的义务即另一方的权利，一方承担义务的目的是为了获取对应的权利。《合同法》中规定的绝大多数合同如买卖合同、建设工程合同、承揽合同和运输合同等均属于此类合同。

单务合同是指只有一方当事人承担给付义务的合同。即双方当事人的权利义务关系不对等，而是一方享有权利而另一方承担义务，不存在具有对待给付性质的权利义务关系。

（4）有偿合同和无偿合同

按照当事人之间的权利义务关系是否存在对价关系，合同可以分为有偿合同和无偿合同。

有偿合同是指当事人一方享有合同约定的权利必须向对方当事人支付相应对价的合同，如买卖合同、保险合同等。

无偿合同是指当事人一方享有合同约定的权利无须向对方当事人支付相应对价的合同。如赠予合同等。

（5）诺成合同和要物合同

按照合同的成立是否以递交交付物为必要条件，合同可分为诺成合同和要物合同。

诺成合同是指只要当事人双方意思表示达成一致即可成立的合同，它不以标的物的交付为成立的要件。我国《合同法》中规定的绝大多数合同都属于诺成合同。

要物合同是指除了要求当事人双方意思表示达成一致外，还必须实际交付标的物以后才能成立的合同。如承揽合同中的来料加工合同在双方达成协议后，还需要由供料方交付原材料或者半成品，合同才能成立。

（6）主合同和从合同

按照相互之间的从属关系，合同分为主合同和从合同。

主合同是指不以其他合同的存在为前提而独立存在和独立发生效力的合同，如买卖合同、借贷合同等。

从合同又称附属合同，是指不具备独立性，以其他合同的存在为前提而成立并发生效

力的合同。如在借贷合同与担保合同中,借贷合同属于主合同,因为它能够单独存在,并不因为担保合同不存在而失去法律效力;而担保合同则属于从合同,它仅仅是为了担保借贷合同的正常履行而存在的,如果借贷合同因为借贷双方履行完合同义务而宣告合同效力解除后,担保合同就因为失去存在条件而失去法律效力。主合同和从合同的关系为:主合同和从合同并存时,两者发生互补作用。主合同无效或者被撤消,从合同也将失去法律效力;而从合同无效或者被撤消一般不影响主合同的法律效力。

(7) 要式合同和不要式合同

按照法律对合同形式是否有特别要求,合同可分为要式合同和不要式合同。

要式合同是指法律规定必须采取特定的形式的合同。《合同法》中规定,法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。

不要式合同是指法律对形式未作出特别规定的合同。合同究竟采用何种形式,完全由双方当事人自己决定,可以采用口头形式,也可以采用书面形式、默示形式。

(8) 有名合同和无名合同

按照法律是否为某种合同确定了一个特定的名称,合同可分为有名合同和无名合同。

有名合同又称为典型合同,是指法律确定了特定名称和规则的合同。如《合同法》分则中所列出的十五种基本合同即为有名合同,包括买卖合同;供用电、水、气、热力合同;赠与合同;借款合同;租赁合同;融资租赁合同;承揽合同;建设工程合同;运输合同;技术合同;保管合同;仓储合同;委托合同;行纪合同;居间合同。无名合同又称非典型合同,是指法律没有确定一定的名称和相应规则的合同。

2Z202062 合同担保的形式

担保是债权人与债务人或者第三人根据法律规定或约定而实施的,以保证债权得以实现为目的的民事法律行为。在担保法律关系中,债权人称为担保权人,债务人称为被担保人,第三人称为担保人。《担保法》规定的担保形式有保证、抵押、质押、留置和定金五种。

1. 保证

(1) 保证的概念

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。

(2) 保证人

为了能够保障债权得到实现,保证人必须是具备相应民事行为能力的法人、自然人或其他组织。下述单位不可以作保证人:

- 国家机关不得为保证人,但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外;
- 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人;
- 企业法人的分支机构除非有法人书面授权,不得为保证人。

(3) 保证合同

保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。保证合同应当包括内容:

- 被保证的主债权种类、数量;

- 债务人履行债务的期限；
- 保证的方式；
- 保证担保的范围；
- 保证的期限；
- 双方认为需要约定的其他事项。

(4) 保证的方式

保证方式有一般保证和连带保证。一般保证是指债权人和保证人约定，在债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的保证方式。一般保证的保证人对债权人享有先诉抗辩权。债权人在被担保的债权未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，保证人可以拒绝承担保证责任。连带保证是指保证人和主债务人对债权人承担连带清偿责任。在主债务人不能履行债务时，债权人可以请求主债务人履行债务，也可以请求保证人承担保证责任。连带保证一般发生与当事人的约定，但是，如果当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按连带保证承担保证责任。

(5) 保证责任范围

保证责任范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。当事人对保证无约定或约定不明确的，保证人应对全部债权承担责任。

(6) 保证期间

一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。在合同约定的保证期间或上述规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任；债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定。连带保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起6个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定或法律规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。

2. 抵押

(1) 抵押的概念

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

(2) 可以抵押的财产

抵押可以设定于动产、不动产以及不动产财产权利之上。但是，抵押权并非可以设定于任何财产之上。根据《担保法》规定，下列财产可以抵押：

- 抵押人所有的房屋和其他地上定着物；
- 抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；
- 抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；
- 抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；
- 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；
- 依法可以抵押的其他财产。

《担保法》同时规定，以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押；以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。由此可见，在我国土地使用权和其上的房屋不能分别抵押。

(3) 禁止抵押的财产

- 土地所有权；
- 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但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及以乡村企业等建筑物抵押的除外；
- 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、医疗设施和其他社会公益设施；
- 所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- 依法被查封、扣押、监管的财产；
- 依法不得抵押的其他财产。

(4) 抵押权设定的形式

按照我国法律规定，抵押权应当依照当事人订立的抵押合同而设定，即以抵押作为履行合同的担保，应当依据法律规定订立抵押合同并办理抵押登记。抵押合同应当包括的内容如下：

- 被担保的主债权种类、数额；
- 债务人履行债务的期限；
- 抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；
- 抵押担保的范围；
- 当事人认为需要约定的其他事项。

法律规定，以无地上定着物的土地使用权、城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物、林木、航空器、船舶、车辆、企业的设备和其他动产作为抵押物时，当事人应到有关主管登记部门办理抵押物登记手续，抵押合同自登记之日起生效；当事人以其他财产抵押的，抵押合同自签订之日起生效，但当事人可以自愿办理抵押物登记。

(5) 抵押权的实现

债务履行期届满抵押权人的债权未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿：

- 抵押合同以登记生效的，按照抵押物登记的先后顺序清偿。顺序相同的，按照债权比例清偿。
- 抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按照上述规定的顺序清偿。未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

3. 质押

(1) 质押的概念

质押是指债务人或第三人将动产或财产权利移交债权人占有，将该动产或财产权利作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依法以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。质押动产或权利的债务人或者第三人为出质人，获得该担保的债权人为质权人，移交的动产为质物。质押与抵押的主要区别在于出质人向质权人转移质物的占有，而抵押物在抵押期间仍由抵押人占有。

(2) 质押的种类

质押包括动产质押和权利质押。动产质押是指债务人或第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权。权利质押是指出质人将其法定的可以质押的权利凭证交付质权人，以担保质权人的债权得以实现的法律行为。《担保法》规定可以质押的权利凭证包括：

- 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；
- 依法可以转让的股份、股票；
- 依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；
- 依法可以质押的其他权利。

(3) 质押合同

质押合同的主要内容包括：

- 被担保的主债权种类、数额；
- 债务人履行债务的期限；
- 质物的名称、数量、质量、状况；
- 质押担保的范围；
- 质物移交的时间；
- 当事人认为需要约定的其他事项。

质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定执行。质权人有权收取质物所生的孳息。

动产质押合同自质物移交于质权人占有时生效。以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质押合同自权利凭证交付之日起生效。以依法可以转让的股票出质的，当事人应向证券登记机构办理出质登记，质押合同自登记之日起生效。以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，当事人应向其管理部门办理出质登记，质押合同自登记之日起生效。

4. 留置

(1) 留置的概念

留置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，债权人有权依法留置该财产，以该财产折价或以拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿。留置主要应用于保管合同、运输合同和加工承揽合同。

(2) 留置担保范围

留置担保范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。

(3) 留置期限

债权人与债务人应在合同中约定债权人留置财产后，债务人应在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人未在合同中约定的，债权人留置债务人的财产后，应确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。

5. 定金

(1) 定金的概念及法律特征

定金是指当事人一方为了担保合同的履行，在履行债务前按照合同约定向对方支付一定数额的货币。定金具有以下法律特征：

- 定金是合同成立的证明。给付和收受定金的事实，是认定合同成立的依据。
- 定金具有双向担保性。给付定金一方不履行合同的，无权请求返还定金；接受定金一方不履行合同的，应当双倍返还定金。
- 定金是一种预先给付，具有预付款的性质。如果合同得以正确履行，定金可以充抵应付款的一部分，也可以收回。但定金与单纯的预付款是有本质的区别，预付款不是合同的担保形式，不具有定金的法律意义。

(2) 定金合同

定金应以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限和数额。定金合同从实际交付定金之日起生效；定金数额最高不得超过主合同标的额的 20%。

定金合同系主合同的从合同，可以在主合同之外另外订立，也可以在主合同中单列条款进行约定。

(3) 定金的生效时间

定金合同是一种实践合同，当事人双方依法签订合同后，必须交付定金后合同才能生效，当事人之间的定金担保法律关系才依法确定。

《全国二级建造师执业资格考试光盘》介绍

本光盘采用先进的交互式多媒体技术设计完成，功能强大，操作简单，界面友好。

一、主要内容

采用问答形式对本书重点知识进行了概括、补充，帮助读者复习理解，掌握全书重点。

二、运行环境

操作系统	中文 Windows 9x/2000/XP 操作系统
CPU	主频 500MHz 以上
内存	128MB 以上
硬盘	1GB 以上
光盘驱动器	8×CD-ROM 以上
彩色显示器	1024×768 标准字体模式

三、使用说明

1. 本光盘为自启动运行光盘，把光盘放入计算机光驱后，自动运行，启动软件。
2. 在“我的电脑”中，鼠标双击光盘所在盘符，即可启动软件。

四、注意事项

1. 本软件为光盘版软件，使用时，必须将光盘放入光盘驱动器中。
2. 由于本光盘采用了加密技术，在软件启动时，系统等待时间可能会稍长。
3. 必须在 1024×768 显示分辨率模式下，软件才能正常显示。

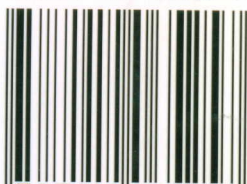
详尽的使用说明请见光盘主界面的“帮助”

技术支持邮箱：bjxzsjsupport@vip.sina.com

全国二级建造师执业资格考试用书

- 2Z 100000 建设工程施工管理
2Z 200000 建设工程法规及相关知识
2A 300000 房屋建筑工程管理与实务
2B 300000 公路工程管理与实务
2F 300000 水利水电工程管理与实务
2G 300000 电力工程管理与实务
2H 300000 矿山工程管理与实务
2 I 300000 冶炼工程管理与实务
2 J 300000 石油化工工程管理与实务
2K 300000 市政公用工程管理与实务
2M 300000 机电安装工程管理与实务
2N 300000 装饰装修工程管理与实务
建设工程法律法规选编

ISBN 7-112-06525-9



9 787112 065257 >

(11772)定价:30.00 元 (含光盘)

