

《建筑法》有待跨越的五大障碍 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/172/2021\\_2022\\_\\_E3\\_80\\_8A\\_E5\\_BB\\_BA\\_E7\\_AD\\_91\\_E6\\_c41\\_172565.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/172/2021_2022__E3_80_8A_E5_BB_BA_E7_AD_91_E6_c41_172565.htm)

障碍之一：工程担保“法力”不够 我国近年来已经意识到建立建筑工程担保机制的重要性，遗憾的是目前我国建筑市场工程担保机制运行得并不令人满意，其最重要的原因在于：目前的法律框架之下，建筑工程担保存在法律障碍。即：法律强制的效力不够。《立法法》规定，重要民事制度必须以法律的形式制定，工程担保制度属于重要的民事制度。目前仅由国务院立法（行政法规）部门立法（部门规章）引导，显然不能作为确定工程担保效力的依据。建筑工程担保从属于建筑活动，其与建筑工程相关的方面应当由《建筑法》来调整。只有如此，现行的部门规章才有法律（狭义）依据。

障碍之二：“环境与健康”过于薄弱 现行《建筑法》仅在“第五章 建筑安全生产管理”若干条文中有一些与此相关的规定。然而，对建筑活动中“环境与健康”的重视，已经成为国际普遍关注的话题。工程建设的目标体系已经由传统的“成本/造价--质量--工期”体系，转向“成本/造价--质量--工期--环境与健康”体系。国际标准化组织也已制定了ISO14000环境管理体系。此外，由英国国家标准化协会和爱尔兰国家标准局等13个组织制定的职业健康安全评价体系OHSAS18000标准也很有影响。我国加入WTO后，已等同采用了ISO14000，并颁布了GB/T28000职业健康安全管理体系。《建筑法》在修改时应当及时反映这一趋势，改变现行《建筑法》这方面规定过于薄弱的局面。

障碍之三：总、分包法律责任似有不妥 为适应国际建筑市场形

势，我国鼓励管理型项目公司的成长，《建筑法》确立了“提倡对建筑工程实行总承包”的立法政策或立法指导思想。值得思考的是，首先，在此情况下，关于主体工程不得分包的规定是否可以适当松绑？其次，关于不分具体情况对再分包的一律禁止也有不妥之嫌。此外，《建筑法》第29条对分承包企业与总包企业课以连带责任，增大了分承包企业的赔偿责任，却没有相应增加其权利的规定，这样权利与义务的关系似乎失去了平衡。保护弱势群体已是现代立法的趋势。另外笔者还认为，应当明确确立这样一个制度：对建筑劳务承包人价款的支付，不应以建筑劳务发包人是否已经得到相关价款作前提。事实上，这对于维护社会稳定、维护劳动者利益都是有意义的。

障碍之四：对建设单位的规制太弱 建筑市场秩序要靠建筑市场各方主体共同维护。建设单位与承包商作为建筑市场的两个最主要的主体，他们的资格和行为应当受到法律的平等规制。然而，现行《建筑法》对承包商的规制比对建设单位的规制要多得多，也严得多，有比例失衡之嫌。笔者认为，《建筑法》如果采用统一立法体例的话，还应当规定除房地产开发单位以外其他建设单位的资格。在建设单位行为方面，《建筑法》应当特别规定建设单位在履行建设合同过程中必须实施何种行为和禁止实施何种行为，并规定对违反建设工程合同的行政责任。这种考虑是基于建设工程合同特殊性，并非是对合同自由原则的破坏。实际上，对建设单位进行法律规制，已经成为业内共识。

障碍之五：合同备案制怎样改变政府行政格局 行政管理审批制度改革实践提出了行政审批合理性原则，建设行政主管部门应当由过去“对建筑市场主体行为实行一般禁止”的做法（事前审批或

许可)，过渡到"对建设市场各方主体行为的一般允许"（登记或事后备案）。在这个背景下，《建筑法》应当明确确立建设工程合同备案制度，并设立违反备案制度的行政责任。这种考虑也是基于建设工程合同特殊性的。这项制度应当是一项强制性制度，它将改变建设行政主管部门对建筑市场和建设活动行政管理难以有所作为的局面。同时，也将保障"建设工程合同应当采用书面形式"的切实实现。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)