

工程管理丛书
gongcheng guanli congshu

工程合同法律制度

主 编 臧漫丹



同济大学出版社

gongcheng he tong da xue fa li zhi du

工程管理丛书

工程合同法律制度

主 编 臧漫丹

同济大学出版社

内 容 提 要

本书共十章,主要介绍了工程合同相关的法律基础和法律制度。本书主要内容包括法学基本知识、民法基础知识、合同法律制度、工程担保法律制度、工程保险法律制度、建设工程合同、劳动法律制度、建设工程安全生产法律制度和环境保护法律制度等。

本书以工程合同为线索,内容简明、实用,并尽量做到基础性、系统性与实践性相结合。

本书可作为高等院校工程管理专业及土木工程等相关专业的教材,也可供各类工程管理人员参考。

图书在版编目(CIP)数据

工程合同法律制度/臧漫丹主编. —上海:同济大学出版社,2005.9

(工程管理丛书)

ISBN 7-5608-3133-8

I. 工… II. ①臧… III. 建筑工程—经济合同—合同法—中国 IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 077893 号

工程管理丛书

工程合同法律制度

主 编 臧漫丹

责任编辑 李炳钊 责任校对 杨江淮 封面设计 李志云

出 版 同济大学出版社
发 行

(上海四平路 1239 号 邮编 200092 电话 021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 同济大学印刷厂印刷

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 17.5

字 数 448000

印 数 1—3100

版 次 2005 年 9 月第 1 版 2005 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5608-3133-8/D·87

定 价 24.00 元

本书若有印装质量问题,请向本社发行部调换

前 言

随着我国建筑业和建筑市场的发展,工程合同作为项目建设过程中协调各方关系的纽带,工程项目管理的核心内容和市场经济条件下配置项目资源的重要手段,越来越引起项目各参建单位的重视。

在建筑市场中,各种工程合同纠纷时有发生,建筑业从业者对工程合同法律知识的了解缺少系统性,特别是在工作中如何防止和减少合同纠纷问题,显得尤其重要。

本书立足于建立一套较为系统的工程合同相关的法律知识体系,以法学基本知识、民法基础知识为基础,对与工程合同相关的各法律制度进行系统地介绍,努力使广大工程合同管理者建立起较为系统的合同法律知识。编者结合我国市场经济条件下工程合同的管理现状,吸收了工程合同管理的工作实践和教学体会,介绍了与工程合同相关的法律制度,并注重理论性、系统性和实践性。

本书由同济大学经济与管理学院建设管理与房地产系臧漫丹主编。全书分为10章,具体编写分工如下:第1、2、3、5、6章,臧漫丹;第4、8章,曹吉鸣;第9章,贾广社;第7、10章,高显义;其中,徐建新参加了第6、8章的部分编写。全书最后由臧漫丹统纂定稿。

本书可作为高等学校工程管理专业及土木工程类相关专业的教材,也可作为各类工程合同管理人员的参考书。由于编者的学术水平和实践经验有限,书中难免有错误之处,恳请读者给予批评指正。

在本书编写过程中,得到同济大学经济与管理学院建设管理与房地产系教师、同济大学出版社及有关单位的大力支持,在此一并表示衷心的感谢!

编 者

2005年7月于同济大学

目 录

前 言

第1章 法学基本知识	(1)
1.1 法的特征	(1)
1.2 法律规范	(2)
1.3 法的渊源与分类	(3)
1.3.1 法的渊源的概念	(3)
1.3.2 当代中国法的渊源	(3)
1.3.3 法的分类	(5)
1.4 法律体系	(6)
1.4.1 法律体系与法律部门(部门法)的概念	(6)
1.4.2 当代中国的法律部门	(7)
1.5 法律关系	(8)
1.5.1 法律关系的概念	(8)
1.5.2 法律关系主体	(9)
1.5.3 法律关系的内容	(11)
1.5.4 法律关系客体	(12)
1.5.5 法律关系的产生、变更和消灭	(13)
1.6 法律行为	(13)
1.6.1 法律行为的概念和种类	(13)
1.6.2 合法行为	(14)
1.6.3 违法行为	(15)
1.7 法律责任与法律制裁	(16)
1.7.1 法律责任	(16)
1.7.2 法律制裁	(18)
第2章 民法基础知识	(21)
2.1 民法概述	(21)
2.1.1 民法的含义	(21)
2.1.2 民法的调整对象	(21)
2.1.3 民法的渊源	(22)
2.2 民事法律关系	(23)
2.2.1 民事法律关系的概念和特征	(23)
2.2.2 民事法律关系的要素	(23)

2.2.3 民事权利、民事义务和民事责任	(24)
2.2.4 民事法律事实	(28)
2.2.5 自然人	(28)
2.2.6 法人	(30)
2.3 民事法律行为	(35)
2.3.1 民事法律行为的概念	(35)
2.3.2 民事法律行为的特征	(35)
2.3.3 意思表示	(36)
2.3.4 民事法律行为的成立	(39)
2.3.5 民事法律行为的生效	(40)
2.3.6 无效民事行为	(40)
2.3.7 可变更、可撤销的民事行为	(42)
2.3.8 效力未定的民事行为	(43)
2.4 代理	(45)
2.4.1 代理的概念	(45)
2.4.2 代理的特征	(45)
2.4.3 代理的类型	(46)
2.4.4 无权代理	(48)
2.4.5 表见代理	(49)
2.5 诉讼时效	(49)
2.5.1 时效与诉讼时效	(49)
2.5.2 诉讼时效的特征	(49)
2.5.3 除斥期间	(50)
2.5.4 普通诉讼时效期间	(50)
2.5.5 特殊诉讼时效期间	(51)
2.5.6 诉讼时效期间的起算	(51)
2.5.7 诉讼时效中止	(51)
2.5.8 诉讼时效中断	(52)
2.5.9 诉讼时效期间延长	(53)
2.6 债	(53)
2.6.1 债的要素	(53)
2.6.2 债的发生原因	(55)
第3章 合同法律制度	(57)
3.1 合同概述	(57)
3.1.1 合同的概念和特征	(57)
3.1.2 合同的分类	(57)
3.1.3 合同法内容简介	(59)
3.1.4 合同法的基本原则	(59)

3.2 合同的订立	(60)
3.2.1 合同订立的一般程序	(60)
3.2.2 合同的特殊订立方式	(65)
3.2.3 订立合同的当事人资格	(66)
3.2.4 合同的形式	(66)
3.2.5 合同的内容	(67)
3.2.6 合同成立的时间、方式和地点	(69)
3.2.7 格式条款合同	(70)
3.2.8 合同的解释	(71)
3.3 合同的效力	(73)
3.3.1 合同效力的概念	(73)
3.3.2 合同生效	(73)
3.3.3 合同生效的时间	(74)
3.3.4 无效合同	(74)
3.3.5 可撤销合同	(75)
3.3.6 效力待定合同	(77)
3.4 合同的履行	(79)
3.4.1 合同履行概述	(79)
3.4.2 向第三人履行和第三人代为履行	(80)
3.4.3 合同履行中的抗辩权	(81)
3.4.4 代位权	(82)
3.4.5 撤销权	(83)
3.5 合同的变更和转让	(83)
3.5.1 合同变更	(83)
3.5.2 合同转让	(84)
3.6 合同的终止	(86)
3.6.1 合同终止的情形	(86)
3.6.2 合同解除	(87)
3.7 合同责任	(89)
3.7.1 违约责任	(89)
3.7.2 缔约过失责任	(94)
3.8 合同争议的解决方式	(95)
3.9 工程建设相关合同	(96)
3.9.1 承揽合同	(96)
3.9.2 建设工程合同	(97)
3.9.3 委托合同	(99)

第4章 招标投标法律制度 (101)

4.1 招标投标法立法宗旨和适用范围	(101)
--------------------	-------

4.1.1	招标投标法制定与颁布	(101)
4.1.2	招标投标法立法宗旨	(102)
4.1.3	招标投标法的适用范围和对象	(103)
4.2	招标投标法总则	(105)
4.2.1	招标投标活动的基本原则	(105)
4.2.2	招标手续和条件	(106)
4.2.3	招标方式	(107)
4.2.4	招标代理	(108)
4.3	招标投标程序	(110)
4.3.1	招标信息发布	(110)
4.3.2	资格审查组织	(111)
4.3.3	招标文件编制及其要求	(112)
4.3.4	项目现场踏勘	(114)
4.3.5	投标文件编制	(115)
4.3.6	开标基本过程	(116)
4.3.7	评标	(117)
4.3.8	中标及签订合同	(119)
4.4	法律责任	(121)
4.4.1	规避招标行为的法律责任	(121)
4.4.2	招标代理机构的法律责任	(122)
4.4.3	中标无效	(123)
4.4.4	招标人泄露行为	(124)
4.4.5	串通投标和行贿行为	(125)
4.4.6	违法谈判和订立协议的行为	(126)
4.4.7	评标委员会成员的违法行为	(127)
第5章	工程担保法律制度	(128)
5.1	债的担保	(128)
5.2	保证	(128)
5.2.1	保证的概念	(128)
5.2.2	保证的设立	(129)
5.2.3	无效保证	(131)
5.2.4	保证责任的免除	(132)
5.3	抵押	(133)
5.3.1	抵押的概念	(133)
5.3.2	抵押物	(133)
5.3.3	抵押合同	(134)
5.3.4	抵押登记	(134)
5.3.5	抵押担保的范围	(135)

5.3.6 抵押当事人的权利	(135)
5.3.7 抵押权的实现	(136)
5.4 质押	(137)
5.4.1 质押的概念	(137)
5.4.2 动产质押	(137)
5.4.3 权利质押	(139)
5.5 留置	(140)
5.5.1 留置的概念	(140)
5.5.2 留置权的取得	(140)
5.5.3 留置当事人的权利义务	(141)
5.6 定金	(142)
5.6.1 定金的概念和种类	(142)
5.6.2 定金的成立	(142)
5.6.3 定金的效力	(143)
5.7 担保在建设工程中的应用	(143)
第6章 工程保险法律制度	(145)
6.1 保险的概念和特征	(145)
6.2 保险法的概念、内容与原则	(146)
6.3 保险合同	(147)
6.3.1 保险合同的概念	(147)
6.3.2 保险合同的特征	(147)
6.3.3 财产保险合同与人身保险合同	(148)
6.3.4 保险合同的当事人和关系人	(149)
6.3.5 保险合同的条款	(150)
6.3.6 保险合同的订立与效力	(151)
6.3.7 保险合同的变更、解除、终止、中止与复效	(152)
6.3.8 保险合同的履行	(154)
6.3.9 保险法中的代位求偿权	(157)
6.4 财产保险合同	(157)
6.4.1 财产保险合同的概念和特征	(157)
6.4.2 财产损失保险合同	(157)
6.4.3 责任保险合同	(158)
6.5 工程保险	(159)
6.5.1 建筑工程一切险	(159)
6.5.2 安装工程一切险	(162)
第7章 建设工程合同	(164)
7.1 建设工程合同概述	(164)

7.1.1	建设工程合同的概念	(164)
7.1.2	建设工程合同的特征	(164)
7.1.3	建设工程合同的主体	(164)
7.1.4	建设工程合同的标的	(165)
7.1.5	建设工程合同的分类	(166)
7.1.6	建设工程合同与承揽合同的区别	(167)
7.2	建设工程合同的订立	(167)
7.2.1	合同示范文本制度	(167)
7.2.2	施工招标中的缔约过失	(168)
7.2.3	有关投标人的法律禁止性规定	(168)
7.3.4	中标	(170)
7.3.5	挂靠	(171)
7.3.6	联合承包	(172)
7.3	建设工程合同的效力	(174)
7.3.1	合同成立与合同有效的区别	(174)
7.3.2	无效建设工程合同的认定	(174)
7.3.3	无效建设工程合同的后果	(175)
7.3.4	建设工程合同无效的行政责任	(176)
7.4	建设工程合同的履行	(177)
7.4.1	工程分包	(177)
7.4.2	转包	(179)
7.4.3	建设工程合同的违约责任	(180)
7.4.4	建设工程合同承包人的优先受偿权	(182)
第8章	劳动法律制度	(184)
8.1	劳动法概述	(184)
8.1.1	劳动法的概念	(184)
8.1.2	劳动法的基本原则、目的和作用	(184)
8.1.3	劳动法简史	(185)
8.1.4	劳动关系	(186)
8.1.5	劳动法的主要内容	(187)
8.2	劳动合同	(187)
8.2.1	劳动合同概述	(187)
8.2.2	劳动合同的内容	(189)
8.2.3	劳动合同的订立、变更、解除、终止	(192)
8.2.4	劳动合同的履行和责任	(195)
8.2.5	争议的处理	(197)
8.3	劳动工时与工资	(198)
8.3.1	劳动工时	(198)

8.3.2 劳动工资	(201)
8.4 职业培训和保险	(205)
8.4.1 职业培训概述	(205)
8.4.2 职业培训法的原则	(207)
8.4.3 职业标准和职业鉴定	(208)
8.4.4 社会保险法	(209)
8.5 劳动监察和法律责任	(212)
8.5.1 劳动监察法的概念	(212)
8.5.2 劳动监察的作用与任务	(212)
8.5.3 劳动监察的意义	(213)
8.5.4 劳动监察的内容	(214)
8.5.5 法律责任	(215)
第9章 建设工程安全生产法律制度	(218)
9.1 建设工程安全生产法的体系	(218)
9.1.1 法律	(218)
9.1.2 行政法规	(218)
9.1.3 部门规章	(219)
9.1.4 工程建设标准	(219)
9.1.5 国际条约	(219)
9.2 建设工程安全生产法律相关内容	(220)
9.2.1 建筑法的主要内容	(220)
9.2.2 安全生产法的主要内容	(220)
9.2.3 劳动法有关安全生产的内容	(221)
9.2.4 刑法有关安全生产的内容	(221)
9.2.5 消防法有关安全生产的内容	(222)
9.2.6 行政处罚法的有关内容	(222)
9.2.7 行政复议法有关内容	(222)
9.2.8 行政诉讼法有关内容	(223)
9.3 建设工程安全生产行政法规相关内容	(223)
9.3.1 建设工程安全生产管理条例的主要内容	(223)
9.3.2 安全生产许可证条例的主要内容	(225)
9.3.3 企业职工伤亡事故报告和处理规定的主要内容	(226)
9.3.4 特别重大事故调查程序暂行规定的规定的主要内容	(226)
9.3.5 国务院关于特大安全事故行政责任追究的规定的主要内容	(227)
9.4 建设工程安全生产部门规章相关内容	(228)
9.4.1 工程建设重大事故报告和调查程序规定的主要内容	(228)
9.4.2 建设工程施工现场管理规定的规定的主要内容	(229)
9.4.3 建设行政处罚程序暂行规定的规定的主要内容	(229)

9.4.4 实施工程建设强制性标准监督规定的主要内容	(230)
9.5 工程建设标准相关内容	(231)
9.5.1 建筑施工安全检查标准的主要内容	(231)
9.5.2 施工企业安全生产评价标准的主要内容	(231)
9.6 建设工程安全生产法律责任	(232)
9.6.1 建设工程安全生产法律责任的种类	(232)
9.6.2 建设工程安全生产法律责任内容	(233)
9.6.3 违反建设工程安全生产管理条例的相关法律责任	(236)
9.6.4 违反工程建设强制性标准的相关法律责任	(239)
第10章 环境保护法律制度	(240)
10.1 概述	(240)
10.1.1 环境保护法的概念和特点	(240)
10.1.2 环境保护法的体系	(240)
10.1.3 环境保护法的基本原则	(241)
10.2 环境保护法的基本制度	(242)
10.2.1 环境规划制度	(242)
10.2.2 清洁生产制度	(242)
10.2.3 环境影响评价制度	(242)
10.2.4 “三同时”制度	(243)
10.2.5 排污收费制度	(243)
10.2.6 总量控制制度	(244)
10.2.7 环境保护许可证制度	(244)
10.2.8 限期治理制度	(244)
10.2.9 环境标准制度	(244)
10.3 环境法律责任	(245)
10.3.1 环境行政责任	(245)
10.3.2 环境民事责任	(246)
10.3.3 环境刑事责任	(247)
附件一 中华人民共和国合同法(节选)	(248)
附件二 最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)	(262)
附件三 最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释	(265)
参考书目	(268)

第1章 法学基本知识

1.1 法的特征

(1) 法是调整人的行为的社会规范

社会规范是指人与人相处的准则。社会是由人与人的关系构成的,社会规范则是维系人们之间交往行为的基本准则。

法律就是社会规范之一,又不同于其他社会规范。法律是一种以公共权力为后盾、具有特殊强制性的社会规范。而习惯、道德、宗教、政策等社会规范则建立在人们的信仰或确信的基础上,大体上通过社会舆论、传统的力量、社团内部的组织力或人们的内心发生作用。

(2) 法是由公共权力机构制定或认可的具有特定形式的社会规范

社会规范大体上可以分为两类:一类是在长期的社会演变过程中自发形成的,如道德、习俗、礼仪等;另一类社会规范则主要是人为形成的,如宗教规范、政治规范(政策等)、职业规范(纪律等)。其他人为形成的社会规范或出于某一社会组织,或出于某一宗教团体,或出于某一生产生活单位,都不具有普遍的公共性特征。而法律则出自于形式上的公共权力机构。这种公共权力机构是建立在一定的“合法性”基础上的政权。

法律的形成有两种基本方式:一种是制定法律,即享有国家立法权的机关,按照一定的权限划分,依照法定的程序将掌握政权阶级的意志转化为法律。通过制定方式形成的法律就是成文法或制定法。它一般具有系统的条文化的逻辑结构,形式上,类似于自上而下的统治者的命令体系。另一种是通过国家认可的方式形成法律,这种形成法律的方式是对社会中已有的社会规范(如习惯、道德、宗教教义、政策)赋予法的效力。国家“认可”有两种情况:一种是国家立法者在制定法律时将已有的不成文的零散的社会规范系统化、条文化,使其上升为法律;另一种是立法者在法律中承认已有的社会规范具有法的效力,但却未将其转化为具体的法律规定,而是交由司法机关灵活掌握,如有关“从习惯”、“按政策办”等规定。

(3) 法是具有普遍性的社会规范

法的普遍性具有三层涵义:一是普遍有效性,即在国家权力所及的范围内,法具有普遍效力或约束力;二是普遍平等对待性,即要求平等地对待一切人,要求法律面前人人平等;三是普遍一致性,即法律虽然与一定的国家紧密联系,具有民族性、地域性,但是,法律的内容始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向。

(4) 法是以权利义务为内容的社会规范

法是通过设定以权利义务为内容的行为模式的方式,指引人的行为,将人的行为纳入统一的秩序之中,以调节社会关系。法所规定的权利义务,不仅是对公民而言的,而且也是针对一切社会组织、国家机构的。法不仅规定义务,而且赋予权利。法的存在,意味着人们谋求自身利益的行为的正当性,意味着现实的有生命的个人追求现实利益的正当性。这是法的重要特点和价值。

(5) 法是以国家强制力为后盾,通过法律程序保证实现的社会规范

规范都具有保证自己实现的力量。不同的社会规范,其强制措施的方式、范围、程度、性质是不同的。法律强制是一种国家强制,是以军队、宪兵、警察、法官、监狱等国家暴力为后盾的强制。因此,法律就一般情况而言是一种最具有外在强制性的社会规范。同时,国家暴力还是一种“合法”的暴力。所谓“合法的”一般意味着是“有根据的”,而且,也意味着国家权力必须合法行使,包括符合实体法尤其是程序法两个方面的要求。

1.2 法律规范

(1) 法律规范的含义

法律规范是由国家制定或者认可的、反映国家意志的、具体规定权利义务及法律后果的行为准则。法律规范是对人们的行为自由及其限度的规定,是对人们的行为自由的认可与对人们行为责任的设定。法律规范与其他社会规范相比,有以下特征:

① 法律规范是由国家制定或者认可,并以国家强制力保证实施的,因而具有国家意志和国家权力的属性。它是以国家的名义发出的一种命令或指示,每个人都必须遵守。

② 法律规范是以规定法律权利和法律义务为内容;是具有完整逻辑结构的特殊行为规范。它提供了一个多次适用的一般模式,明确地规定了人们可以怎样行为和应该怎样行为,以及遵守或者违反的法律后果。

③ 法律规范具有普遍约束力,并且对任何在其效力范围内的主体的行为指导和评价,使用同一标准。

(2) 法律规范与法律条文

法律规范是行为规则本身或法的主体,而法律条文则是法律规范的外部表现形式。法律规范是法的基本构成要素,而法律条文则是法律内容的文字表述,以“条”为基本单位。

法律条文可以分为规范性条文和非规范性条文。规范性条文是表述法律规范的条文,即规定具体权利、义务的条文。非规范性条文是指并不具体设置权利、义务的条文。一般是在规范性文件的总则和附则条文中,或者是在开头的几“条”中表述立法的根据、目的、任务、原则、概念和技术性规定等的条文。

(3) 法律规范与规范性法律文件

规范性法律文件通常是若干法律规范的集合体,即将关于某一类或相近的几类社会关系的规定集中于有一个总名称、贯穿了共同原则的法律文本中,这些规定在这一文本中有着较严密的逻辑关系。规范性法律文件除了以法律规范为主体外,还包括诸如规定法的原则、概念、技术性规定等内容的非规范性条文。

法律文件除了规范性文件外,还有非规范性文件。非规范性文件是指适用法律规范的规定于社会生活中的行为所产生的具有法律效力的文件,如判决书、裁定书、搜查证、逮捕证、结婚证书、公证书、委任书、起诉书、行政决定书等。非规范性文件与规范性法律文件最大的区别在于:非规范性文件只是针对具体的人和事,其法律效力只对特定的对象,没有普遍适用的规范性,不能反复适用;而规范性法律文件规定了人们普遍的权利义务,对一般人、一般事有效。

1.3 法的渊源与分类

1.3.1 法的渊源的概念

(1) 法的渊源的涵义

法的渊源,是指法律规范的来源,即法之源。法的渊源一般有实质意义和形式意义两种不同的解释。在实质意义上,法的渊源指法的内容的来源,如法渊源于经济或经济关系。形式意义上的法的渊源,也就是法的效力渊源,指一定的国家机关依照法定职权和程序制定或认可的具有不同法律效力和地位的法的不同表现形式,即根据法的效力来源不同,而划分法的不同形式,如制定法(包括宪法、法律、行政法规等)、判例法、习惯法、法理等。在我国,对法的渊源的理解,一般指效力意义上的渊源,主要是各种制定法。

(2) 法的正式渊源与非正式渊源

法的渊源多种多样,可以从不同的角度作不同的分类。法的正式渊源与非正式渊源是根据是否表现于国家制定的法律文件中的明确条文形式而进行的分类。法的正式渊源是指那些可以从体现于国家制定的规范性法律文件中的明确条文形式中得到的渊源,如宪法、法律、法规等,主要为制定法,即不同国家机关根据法定职权和程序制定的各种规范性文件。法的非正式渊源则是指那些具有法律意义的准则和观念,这些准则和观念尚未在正式法律中得到权威性的明文体现,如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯等。

1.3.2 当代中国法的渊源

当代中国法的渊源主要是以宪法为核心的各种制定法,包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件、特别行政区的法律法规和规章、国际条约、国际惯例等。

(1) 宪法

宪法是每一民主国家最根本的法的渊源,其法律地位和效力是最高的。它是国家最高权力的象征或标志,宪法的权威直接来源于人民。

宪法规定了当代中国的根本的社会、经济和政治制度、根本任务,各种基本原则、方针、政策,公民的基本权利和义务,各主要国家机关的组成和职权、职责等,涉及社会生活各个领域的最根本、最重要的方面,而一般法律只规定社会或国家生活中一方面的问题。宪法是由我国最高权力机关——全国人民代表大会制定和修改的,宪法的地位决定了其制定和修改的程序极其严格,不同于一般法律。宪法的修改必须由全国人大常委会或1/5以上的全国人大代表提议,并由全国人大以全体代表的2/3以上多数通过。宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。在中国,全国人大监督宪法的实施,全国人大常委会解释并监督宪法的实施,对违反宪法的行为予以追究。

(2) 法律

法律有广义、狭义两种理解。广义上讲,法律泛指一切规范性文件;狭义上讲,仅指全国人大及其常委会制定的规范性文件,此处指狭义。在当代中国法的渊源中,法律的地位和效力仅次于宪法。

法律由于制定机关的不同可分为两大类,一类为基本法律,即由全国人大制定和修改的刑事、民事、国家机构和其他方面的规范性文件,如刑法、刑事诉讼法等;另一类为基本法律以外

的其他法律,即由全国人大常委会制定和修改的规范性文件,如文物保护法、商标法等。在全国人大闭会期间,常委会也有权对全国人大制定的法律在不与该法律基本原则相抵触的条件下进行部分补充和修改。

全国人大及其常委会作出的具有规范性的决议、决定、规定、办法等,也属于“法律”类法的渊源。

(3) 行政法规

行政法规是指作为国家最高行政机关的国务院所制定的规范性文件,其法律地位和效力仅次于宪法和法律。国务院所发布的决定和命令,凡属于规范性的,也属于法的渊源之列。

国务院制定的行政法规,不得与宪法和法律相抵触。因此,全国人大常委会有权撤销国务院制定的与宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。

行政法规调整的范围包括为了执行法律而进行的国家行政管理活动中涉及的各种社会关系,如关于国家行政机关在行政管理活动中的职权、职责,国家行政机关在行政管理活动中同其他国家机关、社会组织、企业事业单位和公民之间的关系等。

我国行政法规的名称,按照2001年11月国务院发布的《行政法规制定程序条例》第4条的规定为“条例”、“规定”、“办法”。

(4) 地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件

这三类都是由地方国家机关制定的规范性文件。

地方性法规是一定的地方国家权力机关,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。根据宪法和1986年修改后的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定,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委会有权制定地方性法规。此外,地方各级国家权力机关及其常设机关、执行机关所制定的决定、命令、决议,凡属规范性者,在其行政区域内,也都属于法的渊源之列。地方性法规及其他规范性文件,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下才有效。

我国的地方性法规,一般采用“条例”、“规则”、“规定”、“办法”等名称。

民族区域自治是我国的一项基本政治制度。根据宪法和《民族区域自治法》,民族自治地方的自治机关除行使宪法第3章第5节规定的地方国家机关的职权外,同时依照宪法和有关法律行使自治权。

民族自治地区的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化特点,制定自治条例和单行条例,但应报上一级人民代表大会常委会批准之后才生效。自治条例是一种综合性法规,内容比较广泛。单行条例是有关某一方面事务的规范性文件,一般采用“条例”、“规定”、“变通规定”、“变通办法”等名称。

经济特区是指我国在改革开放中为发展对外经济贸易,特别是利用外资、引进先进技术而实行某些特殊政策的地区。1981年全国人大常委会授权广东省、福建省人大及其常委会制定所属经济特区的各项单行经济法规。1988年全国人大授权海南省人大及其常委会制定在海南经济特区实施的法规。1992年全国人大授权深圳市人大和深圳市政府分别制定法规和规章,在深圳经济特区实施。经济特区的这些规范性文件,是由全国人大及其常委会授权制定的,其法律地位和效力不同于一般的法规、规章,因而是当代中国法的渊源之一。

(5) 特别行政区的法律

宪法规定：国家在必要时设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。这是“一个国家、两种制度”的构想 在宪法上的体现。特别行政区实行不同于全国其他地区的经济、政治、法律制度，即在若干年内保持原有的资本主义制度和生活方式，因而在立法权限和法律形式上也有特殊性，特别行政区的法律、法规在当代中国法的渊源中成为单独的一类。全国人民代表大会已于 1990 年和 1993 年先后通过了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》。

(6) 规章

规章是行政性规范，从其制定机关而言可分为：一是由国务院组成部门及直属机构在他们的职权范围内制定的规范性文件；另一种是省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府依照法定程序制定的规范性文件。

(7) 国际条约、国际惯例

国际条约是指我国作为国际法主体同外国缔结的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。条约生效后，根据“条约必须遵守”的国际惯例，对缔约国的国家机关、团体和公民就具有法律上的约束力，因而国际条约也是当代中国法的渊源之一。国际条约的名称很多，如条约、公约、和约、协定、宣言、公报、议定书、盟约、换文、宪章等。

我国全国人大常委会于 1990 年通过了《中华人民共和国缔结条约程序法》，其中规定中央人民政府即国务院，同外国缔结条约和协定；全国人大常委会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除；中华人民共和国主席根据全国人大常委会决定，批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。同时还规定加入多边条约和协定，分别由全国人大或国务院决定；接受多边条约和协定由国务院决定。

国际惯例是指以国际法院等各种国际裁决机构的判例所体现或确认的国际法规则和国际交往中形成的共同遵守的不成文的习惯。国际惯例是国际条约的补充。

我国国内法中还规定了国际条约和国际惯例的法律效力，如民法通则 142 条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”

此外，习惯、政策也应视为我国法的非正式渊源。习惯是指人们在长期的生产、生活中约定俗成所形成的一种行为规范。我国幅员辽阔，历史悠久，各地有许多良好的习惯和传统。各民族特别是少数民族的习惯与现行法律、法规和社会公共利益不相抵触，经国家认可后，就具有法的渊源的意义。政策是国家或政党为完成一定时期任务而规定的活动准则。根据我国民法通则第 6 条“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的遵守国家政策”的规定，政策也是当代中国法的非正式渊源之一。

1.3.3 法的分类

根据不同的标准，可以对法作不同的分类，主要有如下几种：

(1) 国内法与国际法

按照法的创制与适用主体的不同，法可以分为国内法与国际法。

国内法是由特定国家创制并适用于该国主权管辖范围内的法，包括宪法、民法、诉讼法等。国内法的主体一般为公民、社会组织和国家机关，国家只能在特定的法律关系中成为主体。国际法是指在国际交往中，由不同的主权国家通过协议制定或公认的、适用于国家之间的法。国