



“十二五”职业教育国家规划教材
经全国职业教育教材审定委员会审定

(第三版)

建筑工程法规

张培新 主 编
王加胜 李丕明 副主编



中国电力出版社
CHINA ELECTRIC POWER PRESS



“十二五”职业教育国家规划教材
经全国职业教育教材审定委员会审定

(第三版)

建筑工程法规

主 编	张培新	
副主编	王加胜	李丕明
编 写	薛 雷	李海全
	高一飞	朱 琳
主 审	王 平	张正磊



中国电力出版社
CHINA ELECTRIC POWER PRESS

内 容 提 要

本书为“十二五”职业教育国家规划教材,在第二版书的基础上,结合新颁布的《招标投标法实施细则》、《建设工程施工合同(示范文本)》和《建设工程监理规范》做了全面修订,增加了房屋征收与补偿、施工图审查制度、竣工验收备案制度等相关内容。

全书共十四章,主要内容包括:建筑工程法规导论、建筑工程立项决策阶段的法律制度、城乡规划法律制度、建筑工程用地与房屋征收法律制度、建筑工程勘察设计法律制度、建筑许可的法律制度、建筑工程的发包与招投标、建筑工程合同、建设工程监理法律制度、建筑工程质量管理法律制度、建筑安全生产与环境保护、建筑工程纠纷与法律服务、建筑工程相关法律制度、国外及港台地区建筑工程相关法律综述等。

本书主要作为高职高专土建施工类、建筑设备类、建筑设计类专业教材,也可供相关工程技术管理人员参考。

图书在版编目(CIP)数据

建筑工程法规/张培新主编. —3版. —北京:中国电力出版社,2014.9

“十二五”职业教育国家规划教材

ISBN 978-7-5123-6158-4

I. ①建… II. ①张… III. ①建筑法-中国-职业教育-教材
IV. ①D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 145581 号

中国电力出版社出版、发行

(北京市东城区北京站西街 19 号 100005 <http://www.cepp.sgcc.com.cn>)

汇鑫印务有限公司印刷

各地新华书店经售

*

2004 年 5 月第一版

2014 年 9 月第三版 2014 年 9 月北京第 17 次印刷

787 毫米×1092 毫米 16 开本 21.75 印张 528 千字

定价 43.00 元

敬告读者

本书封底贴有防伪标签,刮开涂层可查询真伪

本书如有印装质量问题,我社发行部负责退换

版权专有 翻印必究



前 言

党的“十八大”以来，“全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家”已成为共识，为确保2020年“依法治国基本方略全面落实，法治政府基本建成，司法公信力不断提高，人权得到切实尊重和保障”目标实现，法治建设步伐再次提速，新法层出不穷，旧法修订不断。据统计，自2009年以来，仅全国人大常委会就废止了8部法律和有关法律问题的决定，对59部法律作出修改；国务院废止了7部行政法规，对107部行政法规作出修改；地方人大及其常委会共废止地方性法规455部，修改地方性法规1417部。工程建设及相关领域立法、修法工作也在加速，《建筑法》修订，三大诉讼法修订，房屋拆迁条例废止，《招标投标法实施细则》出台，建设工程合同相关法律法规不断完善，建设项目立项投资体制发生重大变化，等等。为适应新形势下高职高专建筑工程法规教育的需要，本书做了较为全面的修订。

本次修订的主要内容有：第二章修订了立项程序和立项审批内容，增加了第四节建设项目申请报告；第三章修订了城乡规划编制、实施内容；第四章删除了原第六节城市房屋拆迁管理，增加了房屋征收与补偿内容；第五章增加了施工图审查制度；第七章结合新的《招标投标法实施细则》做了全面修订；第八章结合新的《建设工程施工合同（示范文本）》做了全面修订；第九章结合新的《建设工程监理规范》和《建设工程施工合同（示范文本）》做了全面修订；第十章修订了建筑工程质量监督制度，增加了竣工验收备案制度；第十二章修订了仲裁及诉讼内容；第十三章修订了消防法、建筑工程税收管理的相关内容。

本次修订主要由山东城市建设职业学院张培新、王加胜，山东省高速公路有限责任公司李丕明等共同完成。具体分工如下：第二章至第十一章由张培新修订；第一章、第十二章由王加胜修订；第十三章、第十四章由李丕明修订。

编 者

2014年7月



第一版前言

根据国务院《关于大力推进职业教育改革与发展的决定》和教育部《关于“十五”期间高等教育教材建设与改革的意见》精神,中国电力教育协会组织制订了高职高专“十五”教材规划,《建筑工程法规》是规划教材之一。本书正是按照上述精神及中国电力教育协会的统一部署,并结合工程造价管理专业(三年及五年制)的特点和要求编写而成。

本教材以建筑工程领域的《建筑法》、《招标投标法》、《建设工程质量管理条例》等基本法律、法规为基础,以建筑工程的基本建设程序为主线,结合相关的法律、法规、规章和司法解释,同时考虑工程实践和教学的需要,力求做到前瞻性、针对性、实用性、灵活性和系统性的统一。书中有大量案例及评析,书后附有建筑工程常用法律条文;另外,本书还对世界其他一些国家及港台地区与建筑工程相关的法律做了综述,以方便读者学习、比较和参考。

本书主要适用于建筑类高职高专工程造价管理专业及其他相关专业的课程教学,也可作为其他建筑类院校的参考教材。对于从事建筑工程管理、勘察设计、施工、监理等的管理、技术人员也极具参考价值。全书由山东省城市建设学校张培新、王加胜、薛雷、李海全,山东省高速公路有限责任公司李丕明等同志共同编写而成。张培新任主编,王加胜、李丕明为副主编,北京建筑工程学院王平主审。具体编写分工如下:

张培新 第一章的二、三、四节及第二、四、六、十、十一、十四章

王加胜 第一章的第一节及第十二、十三章

李丕明 第七、九章

薛 雷 第三章

李海全 第五、八章

本教材不足之处,欢迎读者批评指正。

编 者

2003年12月1日

第三版前言

“十一五”以来,我国的法治建设持续快速向前发展,社会主义民主更加完善,社会主义法制更加完备,依法治国基本方略得到全面落实,立法机关新颁布实施了一系列法律法规和规章制度。尤其是《物权法》、《城乡规划法》、《节约能源法》、《劳动合同法》等法律的颁布实施对工程建设领域产生了深远的影响。根据教育部及中国电力教育协会的要求,对本书进行了全面修订。

本次修订的主要内容有:第三章城乡规划法律制度,第四章的土地使用权的出让与划拨制度,第五章的工程勘察设计单位资质管理、工程勘察设计市场经营管理,第六章的建筑业企业的资质管理,第八章的劳动合同制度,第九章的工程建设监理单位资质管理,第十章的建设工程质量监督制度,第十一章的建筑安全生产管理制度,第十二章的仲裁、民事诉讼及律师实务,第十三章的标准化法、劳动法、建筑消防、建筑业税收管理等。同时,在第三章中增加了第五节“历史文化名城名镇名村保护”,第十三章中增加了第六节“建筑节能”,第五章中增加了“勘察设计发承包管理”的内容。另外,调整了部分章节的典型案例分析,增删了附件中的部分法律、法规。全书的体系、篇幅变化不大。

本次修订、编写由山东城市建设职业学院张培新、王加胜、薛雷、李海全、高一飞;山东省高速公路有限责任公司李丕明;济南信息工程学校朱琳等共同完成。具体分工如下:第六章、第十章、第十一章、第十四章张培新;第一章、第十二章王加胜;第九章李丕明;第三章薛雷;第五章、第八章李海全;第四章、第七章高一飞;第二章、第十三章朱琳。

编者

2008年5月

目 录

前言	
第一版前言	
第二版前言	
第一章 建筑工程法规导论	1
第一节 法律基础知识	1
第二节 建筑工程法规的基本概念	15
第三节 建筑工程立法概况	18
第四节 学习建筑工程法规的目的和意义	20
第二章 建筑工程立项决策阶段的法律制度	22
第一节 立项决策阶段的基本程序	22
第二节 建设项目建议书	25
第三节 建设项目的可行性研究	26
第四节 建设项目申请报告	28
典型案例	29
第三章 城乡规划法律制度	31
第一节 城乡规划法概述	31
第二节 城乡规划的制定	34
第三节 城乡规划的实施	43
第四节 城乡规划的修改	50
第五节 历史文化名城、名镇、名村保护	53
典型案例 1	57
典型案例 2	57
第四章 建筑工程用地与房屋征收法律制度	59
第一节 土地管理概述	59
第二节 土地所有权和使用权制度	61
第三节 工程建设用地与土地用途管制	67
第四节 土地使用权的出让与划拨	72
第五节 土地使用权的转让、出租与抵押	77
第六节 房屋征收与补偿	82
典型案例	86
第五章 建筑工程勘察设计法律制度	88
第一节 工程勘察设计法概述	88
第二节 工程勘察设计资质资格管理	89
第三节 工程勘察设计发承包管理	99

第四节 工程勘察设计质量管理	103
典型案例	108
第六章 建筑许可的法律制度	110
第一节 建筑许可制度概述	110
第二节 建筑工程从业单位的资质管理	111
第三节 建筑工程从业人员的资格管理	118
第四节 建筑工程施工许可	124
典型案例 1	128
典型案例 2	128
第七章 建筑工程的发承包与招投标	130
第一节 建筑工程的发包与承包	130
第二节 招投标立法概述	133
第三节 建筑工程招标	135
第四节 建筑工程投标	139
第五节 建筑工程的开标、评标和中标	143
典型案例 1	145
典型案例 2	146
第八章 建筑工程合同	148
第一节 建筑工程合同概述	148
第二节 建筑工程施工合同	154
第三节 建筑工程涉及的其他合同	158
第四节 FIDIC 合同条件	165
典型案例 1	172
典型案例 2	173
第九章 建筑工程监理法律制度	175
第一节 工程建设监理概述	175
第二节 工程建设监理资质资格管理	179
第三节 工程建设监理的实施	187
第四节 工程建设监理合同管理	193
典型案例	196
第十章 建筑工程质量管理法律制度	199
第一节 建筑工程质量监督与检测制度	199
第二节 建筑工程质量体系认证制度	205
第三节 建筑工程的竣工验收与质量保修制度	207
第四节 建筑工程质量责任制度	212
典型案例 1	214
典型案例 2	215
第十一章 建筑安全生产与环境保护	218
第一节 建筑安全生产管理	218

第二节 建筑工程安全事故的处理	225
第三节 建筑工程中的环境保护	228
典型案例 1	232
典型案例 2	234
第十二章 建筑工程纠纷与法律服务	235
第一节 建筑工程纠纷概述	235
第二节 建筑工程纠纷的仲裁	236
第三节 建筑工程纠纷的行政复议	240
第四节 建筑工程纠纷的诉讼	244
第五节 建筑工程律师实务	247
典型案例	251
第十三章 建筑工程相关法律制度	253
第一节 房地产法	253
第二节 标准化法	257
第三节 劳动法	262
第四节 消防法	267
第五节 建筑工程税收管理	271
第六节 建筑节能	283
第十四章 国外及港台地区建筑工程相关法律综述	288
第一节 世界各国法律制度简介	288
第二节 大陆法系国家建筑法律制度	290
第三节 英美法系国家建筑工程相关法律制度	298
第四节 港台地区建筑法律制度	303
附录	311
附录一 中华人民共和国建筑法	311
附录二 中华人民共和国招标投标法	317
附录三 建设工程质量管理条例	322
附录四 建设工程安全生产管理条例	328
主要参考文献	336

第一章 建筑工程法规导论

第一节 法律基础知识

一、法的概念与作用

(一) 法的含义

什么是法? 如何界定法的概念? 在法学发展史上, 哲学家们和法学家们对这一问题的争论, 从国家和法律产生之时起即已开始, 延续几千年, 至今尚无统一的解释。在中国, “法”一词的衍生意义甚为广泛。在哲理意义上, “法”与“理”、“常”通用, 指“道理”、“天理”或“常行”的范型和标准。在古代汉语中, 抽象的“天命”、“天志”、“礼”、“法度”、“道”、“彝”、“理”, 都是“法”。同时, “法”又在典章制度意义上使用, 与“律”、“法律”、“法制”等相通解。《唐律疏义·名例篇》曰: “律之与法, 文虽有殊, 其义一也”。中国秦汉以后的法律文件采用过许多名称, 如律、令、典、敕、格、式、科、比、例等, 它们都是国法意义上的“法”与哲理意义上的“法”不能完全等同。清末民初, 由于受日本的影响, 国法意义上的“法”则逐渐由“法律”一词代替。

我们所要研究的法的概念, 笼统地讲, 乃是指“国法”(国家的法律)。其外延包括: ①国家专门机关(立法机关)制定的“法”(成文法); ②法院或法官在判决中创制的规则(判例法); ③国家通过一定方式认可的习惯法。

(二) 法的特征

1. 法是调整人们行为或社会关系的规范

法作为社会规范, 像道德规范、宗教规范一样, 具有规范性。所谓法的规范性, 是指法具有规定人们行为模式、指导人们行为的性质。它作为法的一个基本特征, 在区别不同的法律文件的效力时是非常有意义的, 法律文件有规范性文件与非规范性文件之分。法的表现形式往往是规范性法律文件, 具有普遍的效力。而非规范性法律文件, 如判决书、公证书、委任书、结婚证书等, 虽然也是由一定的机关发布的, 但因其内容不是规定人们的一般行为模式和标准, 所以不具有普遍的效力, 仅对特定的当事人有效。

2. 法是由国家制定或认可的社会规范

一切法的产生, 大体上都是通过制定和认可这两种途径。所谓法的制定, 就是国家立法机关按照法定程序创制规范性文件的活动。通过这种方式产生的法, 称为制定法或成文法, 即具有一定文字表现形式的规范性文件, 如中国的各种法律(宪法、刑法、民法通则等)即属此类。所谓法的认可, 是指国家通过一定的方式承认其他社会规范(道德、宗教、风俗、习惯等)具有法律效力的活动。

3. 法是由国家强制力保证实施的社会规范

一切社会规范(道德、纪律、习惯等)都具有强制性, 即借助一定的社会力量强迫人们遵守的性质。然而, 法不同于其他社会规范, 它具有特殊的强制性, 即国家强制性。法是以国家强制力为后盾, 由国家强制力保证实施的。在此意义上, 所谓法的国家强制性就是指法依靠国家强制力保证实施、强迫人们遵守的性质。也就是说, 不管人们的主观愿望如何, 人

们都必须遵守法律, 否则将招致国家强制力的干涉, 受到相应的法律制裁。

(三) 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。国际法的主体一般是国家, 在一定条件下或一定范围内, 类似国家的政治实体以及由一定国家参加和组成的国际组织也可以成为国际法的主体。

2. 根本法与普通法

按照法的效力、内容和制定程序的不同, 法可以分为根本法与普通法。根本法是宪法的别称, 它规定了国家基本的政治制度和社会制度、公民的基本权利和义务、国家机关的设置、职权等内容, 在一个国家中占据最高的法律地位, 具有最高的法律效力, 是其他法律制定的依据。普通法是指宪法以外的其他法, 它规定了国家的某项制度或调整某一方面的社会关系。在制定和修改程序上, 根本法比普通法更为严格。

3. 一般法与特别法

按照法的效力范围的不同, 法可以分为一般法与特别法。一般法是指在一国范围内, 对一般的人和事有效的法。特别法是指在一国的特定地区、特定期限或对特定事件、特定公民有效的法, 如戒严法、兵役法、特别行政区法、教师法等。一般情况下, 法律适用遵循特别法优于一般法的原则。

4. 实体法与程序法

按照法规定的具体内容不同, 法可以分为实体法与程序法。实体法是规定主要权利和义务(或职权和职责)的法, 如民法、刑法、行政法等。程序法是指为保障权利和义务的实现而规定的程序的法, 如民事诉讼法、刑事诉讼法等。当然, 这种划分并不是绝对的, 实体法中也可能有少数程序问题。实体法与程序法有着密切的关系, 实体法是主要的, 一般称为主法; 程序法保障实体法的实现, 称为辅助法。

5. 成文法与不成文法

按照法的创制和表达形式的不同, 法可以分为成文法和不成文法。成文法是指由特定国家机关制定和公布, 以文字形式表现的法, 故又称制定法。不成文法是指由国家认可的不具有文字表现形式的法。不成文法主要为习惯法。随着法的发展, 成文法日益增多, 已成为法的主要组成部分。

(四) 法的作用

1. 法的作用的概念

法的作用是指法对人们行为和社会生活发生的影响。法是统治阶级或人民按照自己的意志调整人们行为的工具, 用以控制、变革或发展社会, 进而建立并维护有利于统治阶级和人民自己的社会关系、社会秩序和社会进程。在本质上, 法的作用意味着法作为一种社会工具对主体的用途、功能, 或对主体的需要的某种满足。

2. 法的规范作用

根据行为主体的不同,法的规范作用可以分为:指引、评价、教育、预测和强制作用。

(1) 指引作用。法的指引作用是指法律作为一种行为规范,为人们提供了某种行为模式,指引人们可以这样行为,必须这样行为或不这样行为。法的指引作用的对象是人的行为。法的指引作用有两种表现形式,即确定的指引和有选择的指引。确定的指引是指人们必须根据法律规范的指引而行为(包括作为及不作为)。法律通过设定否定性的法律后果实现确定性的指引。义务性规范代表确定的指引。有选择的指引是指人们对法律规范所指引的行为模式有选择余地,法律允许人们自行决定是否这样行为。法律通过规定肯定性的法律后果实现有选择的指引。授权性规范代表有选择的指引。

(2) 评价作用。法的评价作用是指法律具有判断、衡量他人行为是否合法或违法以及违法性质和程度的作用。评价作用的对象是他人的行为。法律是一种判断标准,一种评价尺度。在对他人的行为进行判断或评价时,离不开一定的判断标准或评价尺度。道德、宗教以及政党的政策都具有一定的评价作用。与其他社会规范相比,法律具有概括性,公开性和稳定性,所以法律的评价更客观、更明确、更具体。法的评价作用及其优点,使法为人们提供了一种维护社会秩序、促进社会发展的可靠的评价工具。如果说法的指引作用可以视为法的一种自律功能的话,法的评价作用则可以视为法的一种他律功能。法的这种他律功能是建立完善法律监督体系、建设法治社会的前提。

(3) 预测作用。预测作用是指当事人可以根据法律预先估计到他们相互将如何行为以及某种行为在法律上的后果。预测作用的对象是人们相互的行为。法律的预测作用也称为法律的可预测性,它可以分为两种情况,即行为人依据法律调整相互关系和行为人依据法律预测国家对某种行为的态度。在第一种情况下,当事人可以相互预测对方的行为,是指由于法律规范的存在,一定法律关系中的当事人可以预先估计到对方应当如何行为,从而使自己采取相应的行为。例如,在合同关系中,甲方在履行自己的合同义务时,可以合理地预计对方也会履行的合同义务;如果任何一方违约,违约方也会估计到另一方将采取哪些求偿行为。在第二种情况下,是指人们可以依据法律,预先估计到国家会对某种行为采取的态度,预见到某种行为是合法还是违法;在法律上是有效还是无效,国家会予以肯定、保护或奖励,还是否定或制裁。

(4) 教育作用。教育作用是指通过法律的实施对一般人今后的行为所产生的影响。这种作用的对象是一般人的行为。可以有不同的方式实现法的教育作用。首先,对违法行为实施法律制裁,对包括违法者本人在内的一般人来说都具有教育和警戒作用;其次,对合法行为加以保护、赞许或者奖励,对所有人都有鼓励和示范作用;再次,平等、有效地实施法律,可以在更高层次上实现法律的教育作用,根据法律程序来处理事情和接受法律判决的压力,可能比直接惩罚的威胁还要微妙;最后,一种法律能否真正实现这种作用以及这种作用的程度,归根到底取决于法律规定的内容是否真正体现绝大多数社会成员的利益。

(5) 强制作用。法的强制作用是指法律对违法行为具有制裁、惩罚的作用。强制作用的对象是违法者的行为。法的强制作用有时通过制裁违法犯罪行为直接显现出来;有时则作为某种威慑力量,起着预防违法犯罪行为,增进社会成员的社会安全感的作用。

3. 法的社会作用

法的社会作用是指法具有维护有利于一定阶级的社会关系和社会秩序的作用。这是从法的本质和法的目的出发来分析法的作用。在阶级对立的社会中,法的社会作用大体上可归纳为以下两个方面:维护阶级统治和执行社会公共事务。

(1) 法在维护阶级统治方面的作用。在阶级对立社会中,社会的基本矛盾是对立阶级之间的冲突和斗争。为了维护自己的统治,统治阶级必须把阶级冲突和斗争控制在一定的秩序范围内。国家是一种表面上凌驾于社会之上,实质上是掌握在经济上和政治上居统治地位的阶级手中的政治机器。统治阶级利用国家来控制阶级冲突和阶级斗争,即利用国家制定并实施法律来使自己在社会生活中的统治地位合法化,使这些冲突和斗争保持在统治阶级的根本利益所允许的限度内,建立起有利于统治阶级的社会秩序和社会关系。

法在维护阶级统治方面的作用表现在许多方面。首先,统治阶级用法律在经济上确认和维护以生产资料私有制为基础的社会经济制度;在政治上维护统治阶级对被统治阶级的政治统治;在思想、道德方面,维护统治阶级意识形态的支配地位。其次,统治阶级通过规定一些保护被统治阶级利益的条款,向被统治阶级被迫让步,以缓和阶级斗争,稳定自己的统治。再次,法在调整统治阶级成员内部和统治阶级与其同盟者之间的关系方面 also 具有重要作用。为了维护统治阶级的根本利益和整体统治,法律也约束统治阶级成员的行为,统治阶级中的个别成员也可能因违法犯罪而受到惩处。对于严重腐败、滥用权力以及公开蔑视统治秩序的极端行为,危及统治秩序的,统治阶级的法律也要严惩不贷。同时,法律也被用来调整统治阶级各个利益集团之间的经济利益冲突和政治矛盾。

(2) 法在执行社会公共事务方面的作用。社会公共事务是指与维护阶级统治相对应的活动。这些事务与阶级统治并无直接联系,在客观上有利于全体社会成员。在阶级对立的社会,社会公共事务及其有关法律可以概括为以下几个方面:

1) 维护人类社会的基本生活条件。这些基本生活条件包括一定限度的社会治安,社会成员的基本人身安全,食品卫生,环境保护,生态平衡,交通安全等。公共安全法规,人权保障法规,食品卫生法规,资源与环境保护法规、交通及通讯法规等都具有这些方面的作用。

2) 维护生产和交换条件。其中包括确定生产管理的法规,规定基本劳动条件的法规,有关各种交易行为的法律规范等。这些法律往往反映了生产和交换过程的内在必然性。实施这些法律,可以减少经济活动中的偶然性和任意性,保证交易安全,减少交易风险,降低交易成本,提高效率。

3) 组织社会化生产。社会化生产及其发展,是人类经济活动及其发展的重要组成部分,如兴修水利、修筑道路。国家作为社会的公共管理机关,要通过一系列法律规划、组织社会化的经济活动。

4) 促进教育、科学和文化的发展。教育、科学和文化的发展是一个民族或一个社会生存与发展的重要条件。国家通过法律规定教育、科学和文化从业人员的法律地位,保护他们从事这些事业及其智力成果的合法权利,以及有关机构和人员的法律义务,促进教育、科学和文化事业的发展。在近现代社会,有关专利、商标和著作权保护的知识产权法、义务教育法、科技进步法,随着科学技术的进步和人类文明的发展而日益发展并在社会生活中发挥着越来越重要的作用。

二、法的形式与效力

(一) 法的形式

1. 法的形式概念

法的形式即法的渊源,是指法律规范的来源,即法之源。法的渊源一般有实质意义与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。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. 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、经济特区的规范性文件、特别行政区的法律法规、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,而一般法律如民法等只规定社会或国家生活中某一方面的问题。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。

(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。我们这里仅用狭义。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,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;另一类为非基本法律,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。

(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。目前我国行政法规的数量远远超过全国人大和全国人大常委会制定的法律的数量。

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同宪法、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,内容较为广泛。

(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。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。民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例,但应报上一级人民代表大会常务委员会批准之后才生效。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。民族自治法规只在本自治区域有效。

(5) 规章。规章是行政性规范,从其制定机关而言可分为:一种是由国务院组成部门及直属机构在它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。

(6) 特别行政区的法律。宪法规定,国家在必要时得设立特别行政区。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。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》。

(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、协定等。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。

(二) 法的效力

1. 法的效力的概念

法的效力,通常有广义和狭义两种理解。广义上的法的效力,泛指法的约束力和法的强制性。狭义上的法的效力,是指法的生效范围或适用范围,即法在什么时间、什么地方和对什么人适用,包括法的时间效力、法的空间效力、法对人的效力。正确理解法的效力问题,是适用法的重要条件。本书所讲的法的效力,是就狭义而言的。

2. 法的时间效力

法的时间效力,是指法何时生效和何时终止效力,以及法对其颁布实施以前的行为和事件有无溯及力的问题。

(1) 法的生效时间。法的生效时间,一般根据该法的具体性质和实际需要来决定。通常有以下几种情况:①自法律公布之日起生效;②由该法明文规定具体的生效时间;③规定法公布后到达一定期限开始生效。

(2) 法的终止效力。法的终止效力,即法被废止,绝对地失去其拘束力。一般分为明示的废止和默示的废止两种方式。明示的废止,是在新法或其他法规中明文规定对旧法加以废止。这种终止法的效力的方式直接用语言文字明确表示,被称为“积极的表示方式”,是世界上大多数国家普遍采用的方式。

(3) 法的溯及力。法的溯及力,指法溯及既往的效力,即法颁布施行后,对其生效前所

发生的事件和行为是否适用的问题。如果适用,该法就有溯及力;如果不适用,该法就不具有溯及力。由于人们不可能根据尚未颁布实施的法处理社会事务,因此近代以来各国的立法一般采用法不溯及既往的原则。

3. 法的空间效力

法的空间效力,是指法生效的地域范围,即法在哪些地方具有拘束力。根据国家主权原则,一国的法在其主权管辖的全部领域有效,包括陆地、水域及其底土和领空。此外,还包括延伸意义上的领土,即本国驻外大使馆、领事馆,在本国领域外的本国船舶和飞行器。

对各个具体的法来说,由于制定的机关和法的内容的不同,其空间效力有所不同。法的空间效力一般分为法的域内效力和法的域外效力两方面。

4. 法对人的效力

法对人的效力,是指法对哪些人具有拘束力,即法对什么样的自然人和法人适用。根据我国法律的规定,法对人的效力包括以下两个方面:

(1) 对中国人的法律效力。我国宪法和法律规定,我国法律适用于中国领域内的所有公民、国家机关、武装力量、政党、社团、企事业单位,法律面前人人平等。中国人在中国领域外的法律适用问题比较复杂,其原则上仍受中国法律的保护,并履行中国法律所规定的义务。但由于各国法律规定不同,既要尊重所在国司法主权,又要遵守国际条约或惯例,因而往往发生法律适用的冲突。对此,既要维护中国的主权,又要尊重他国主权,原则性与灵活性相结合,协商解决。

(2) 对外国人的法律效力。根据国家主权原则,外国人在中国领域内,除法律另有规定者外,均适用中国法律,特别在刑事方面。我国《宪法》第32条规定:“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益,在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。”外国人在中国领域外适用中国法问题,主要在刑事方面。我国《刑法》第8条规定:“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”进行这样的规定,其目的是保护中国的国家利益,保障中国驻外工作人员、留学生、侨民的合法利益。

三、法律体系

(一) 法律体系的概念

法律体系,也称为部门法体系,是指一国的全部现行法律规范,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。法律体系是一国国内法构成的体系,不包括完整意义的国际法,即国际公法。法律体系又是一国现行法构成的体系,反映一国法律的现实状况,它不包括历史上已经废止的不再有效的法律,也不包括尚待制定、或没有生效的法律。

(二) 法律部门的概念及当代中国的法律部门

法律体系可以划分为不同的相对独立的部分,这就是法律部门。法律部门,也叫部门法,是根据一定标准和原则所划定的调整同一类社会关系的法律规范的总称。

由于社会关系复杂交错,彼此联系,因此法律部门之间往往很难截然分开。事实上,有的社会关系需要由几个法律部门来调整,如经济关系就需要由经济法、民法、行政法、劳动法等调整。

当代中国的法律部门通常包括下列部门：宪法、行政法、民法、商法、经济法、刑法、诉讼法、劳动法与社会保障法、环境法。

1. 宪法

宪法作为一个法律部门，在当代中国的法律体系中具有特殊的地位，是整个法律体系的基础。它不仅反映了当代中国法的本质和基本原则，也确定了其他法律部门的指导原则。宪法规定我国的各种基本制度、原则、方针、政策，公民的基本权利和义务，各主要国家机关的地位、职权和职责等。宪法部门最基本的规范，主要反映在《中华人民共和国宪法》这样的规范性文件中。

2. 行政法

行政法是调整国家行政管理活动中各种社会关系的法律规范的总和。它包括规定行政管理体制的规范，确定行政管理基本原则的规范，规定行政机关活动的方式、方法、程序的规范，规定国家公务员的规范等。行政法包括一般行政法和特别行政法，涉及范围很广，如治安、民政、工商、文教、卫生、税务、财政、交通、环境、边境等各方面的行政管理法规。

我国一般行政法方面的规范性文件较少，主要有《行政复议法》、《公务员法》等。特别行政法方面有《食品卫生法》、《药品管理法》、《治安管理处罚法》、《邮政法》、《海关法》、《集会游行示威法》、《铁路法》等。随着改革开放的深入进行，我国在行政管理领域要求国家行政机关及其工作人员认真依法行政，坚持法治原则，并接受各方面监督。

3. 民法

民法是调整作为平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律。财产关系是人们在占有、使用和分配物质财富过程中所发生的社会关系，民法并非调整所有的财产关系，而只是调整平等主体之间发生的财产关系，如所有权关系、债权债务关系等。

我国民法部门主要由《民法通则》和单行民事法律组成。《民法通则》是民法部门的基本法。单行民事法律主要有《物权法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《合同法》、《商标法》、《专利法》、《著作权法》、《担保法》等。此外还包括一些单行的民事法规，如《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》、《铁路货物运输合同实施细则》等。

4. 商法

在明确提出建立市场经济体制以后，商法在法律部门的地位才为人们所认识。商法是调整平等主体之间的商事关系或商事行为的法律。我国的商法包括《企业破产法》、《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》等。商法是一个法律部门，但民法规定的有关民事关系的很多概念、规则和原则也适用于商法。从这一意义讲，我国实行了“民商合一”的原则。

5. 经济法

经济法是调整国家在经济管理中发生的经济关系的法律。作为法律部门的经济法是随着商品经济的发展和市场经济体制的逐步建立，适应国家对宏观经济实行间接调控的需要而发展起来的一个法律部门。经济法这一法律部门主要包括有关企业管理的法律规范，如《全民所有制工业企业法》、《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《中外合作经营企业法》、《乡镇企业法》等；有关财政、金融和税务方面的法律、法规，如《中国人民银行法》、《增值税暂行条例》、《税收征收管理法》等；有关宏观调控的法律、法规，如《预算法》、《统计法》、《会计法》、《计量法》等；有关市场主体、市场秩序的法律、法规，如《反不正当竞争法》、