

工程招投标与合同管理

董巧婷 刘家兵 沈英明 编著

工程招标投标与合同管理

董巧婷 刘家兵 沈英明 编 著

中国铁道出版社

2008年·北京

内容简介

本书是结合作者十多年教学和工程合同管理实践经验编写而成。全书共分十一章,以施工合同管理为主,兼顾勘察设计合同管理和监理合同管理,重点介绍了工程合同管理相关法律法规,建设工程市场,合同策划,工程招标、投标,工程施工投标,建设工程合同的审查、谈判与签订,建设工程合同的履行管理、索赔管理、合同归档管理以及合同条件等相关内容。

本书以工程合同管理的程序为线索,内容简明,知识体系完备,理论与实践结合紧密,具有较强的可操作性和实用性。

本书供政府建设主管部门、建设单位、工程咨询及监理单位、设计单位、施工单位等有关工程管理人员参考,也可作为高等院校工程管理专业、土木工程专业和其他相关专业教材或教学参考书。

图书在版编目(CIP)数据

工程招投标与合同管理/董巧婷,刘家兵,沈英明编著. —北京:中国铁道出版社,2008. 8

ISBN 978-7-113-08967-2

I. 工… II. 董… III. ①建筑工程-招标②建筑工程-投标③建筑工程-合同-管理 IV. TU723

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 129732 号

书 名:工程招投标与合同管理

作 者:董巧婷 刘家兵 沈英明 编著

责任编辑:徐 艳

电话:(010)51873065 电子信箱:xy810@tyou.com

编辑助理:曹艳芳

封面设计:冯龙彬

责任校对:张玉华

责任印制:李 佳

出版发行:中国铁道出版社(100054,北京市宣武区右安门西街8号)

网 址:<http://www.tdpress.com>

印 刷:北京鑫正大印刷有限公司

版 次:2008年8月第1版 2008年8月第1次印刷

开 本:787 mm×1 092 mm 1/16 印张:15 字数:372 千

印 数:0 001~3 000 册

书 号:ISBN 978-7-113-08967-2/TU·947

定 价:28.00 元

版权所有 侵权必究

凡购买铁道版的图书,如有缺页、倒页、脱页者,请与本社读者服务部调换。

电 话:市电(010)51873170 路电(021)73170(发行部)

打击盗版举报电话:市电(010)63549504 路电(021)73187

前 言

随着我国市场经济体制的不断发展和完善,建筑业和建筑市场的市场化程度逐步提高,工程合同作为项目建设过程中联结参建各方关系的纽带及工程项目管理的核心所在,在项目管理过程中越来越突现其无可替代的重要作用,引起项目参建各方的高度重视。

项目管理过程中的基本目标,如质量控制、进度控制、投资(或成本)控制等,都要依据合同来实现。因此,掌握正确的合同管理理论和方法体系,对于项目参建各方做好合同管理工作有着重要的意义。

本书立足于构建一套较为系统的工程合同管理知识体系,以工程合同管理相关法律法规、建设工程市场为基础,分别从合同的签订管理:合同策划,工程招标、投标,工程施工投标,建设工程合同的审查、谈判与签订;合同的履行管理:建设工程合同的履行管理和索赔管理;合同归档管理三个合同管理层次以及合同条件等相关内容进行阐述,将工程合同管理的理论与实践紧密结合,具有很强的实用性和可操作性。

本书由石家庄铁道学院董巧婷、沈英明和上海铁路局刘家兵共同编著,参编人员有:刘芳、陈志君、李明、李前进、王岩、宋宁。还要感谢中国铁道出版社的相关工作人员,他们在本书的出版过程中付出了大量的辛勤劳动。

本书的编写,除了依托作者多年来的教学和实践工作经验外,还参考了国内外许多同行、专家、学者的论著,在此向他们表示诚挚的谢意。

由于作者的学术水平及实践经验有限,书中难免有不当之处,敬请各位读者批评指正,不胜感激。

作者

2008年7月于石家庄

目 录

第一章 绪 论	1
第一节 建设工程合同概述	1
第二节 建设工程合同管理	4
第二章 工程合同法律基础	7
第一节 法律体系	7
第二节 合同法律制度	12
第三章 建设工程市场	33
第一节 建筑市场体系	33
第二节 有形建筑市场	34
第四章 合同策划	43
第一节 合同策划概述	43
第二节 合同策划的基本理论	44
第三节 合同的总体策划	50
第五章 工程招标投标	55
第一节 工程招投标概述	55
第二节 招投标程序	57
第三节 常用评标办法介绍	73
第六章 工程施工投标	75
第一节 施工投标主要环节	75
第二节 投标竞争战略与策略	86
第三节 投 标 报 价	89
第七章 建设工程合同的审查、谈判与签订	97
第一节 合同的审查	97
第二节 合同的谈判与签订	103
第八章 建设工程合同的履行管理	113
第一节 合同履行管理概述	113
第二节 合同交底	117
第三节 合同分析	119
第四节 合同履行控制	126
第五节 合同变更	133
第六节 工程施工合同风险管理	139
第九章 索赔管理	146
第一节 索赔概述	146

第二节 索赔的处理.....	151
第三节 索赔值的计算.....	157
第十章 合同档案管理.....	167
第一节 合同档案管理概述.....	167
第二节 合同档案管理的内容.....	169
第三节 合同归档整理规范.....	173
第十一章 合同条件.....	177
第一节 合同条件概述.....	177
第二节 标准施工招标文件.....	178
第三节 FIDIC《土木工程施工合同条件》.....	208
参考文献.....	231

第一章 绪 论

第一节 建设工程合同概述

一、建设工程合同的概念

建设工程合同是承包人进行工程建设、发包人支付价款的合同,具体包括勘察、设计和施工合同。建设工程合同是一种诺成合同,合同订立生效后双方应当严格履行。建设工程合同也是一种双务、有偿合同,当事人双方在合同中都有各自的权利和义务,在享有权利的同时必须履行义务。

从合同理论上说,建设工程合同是广义的承揽合同的一种,也是承揽人(承包人)按照定作人(发包人)的要求完成工作(工程建)、交付工作成果(竣工工程)、定作人给付报酬的合同。但由于工程建设合同在经济活动、社会生活中的重要作用,以及在国家管理、合同标的等方面均有别于一般的承揽合同,我国一直将建设工程合同列为单独的一类重要合同。考虑到建设工程合同毕竟是从承揽合同中分离出来的,《中华人民共和国合同法》(以下简称“合同法”)规定,建设工程合同中没有规定的,适用承揽合同的有关规定。

根据合同法的规定,建设工程合同包括三种:勘察合同、设计合同和施工合同,建设工程委托监理合同则属于委托合同的范畴。这一归类的原因在于勘察合同、设计合同和施工合同的标的物是产生的新物质或信息成果,属于广义的加工承揽合同的一种;而监理合同的标的是服务,即监理工程师凭借自己的知识、经验、技能受业主委托,为其所签订的其他合同的履行实施监督和管理。

在本章介绍过程当中,为方便教材编写和大家阅读,特将建设工程委托监理合同放入建设工程合同部分一起介绍。

二、建设工程合同的特征

(一)合同主体要求严格

建设工程合同发包人可以是具备法人资格的国家机关、事业单位、国有企业、集体企业、私营企业、经济联合体和社会团体,也可以是依法登记的个人合伙、个体经营户或个人。与发包人合并的单位、兼并发包人的单位,购买发包人合同和接受发包人出让的单位和人员(即发包人的合法继承人),均可成为发包人,履行合同规定的义务,享有合同规定的权利。发包人既可以是建设单位,也可以是取得建设项目总承包资格的项目总承包单位。

承包人应是具备与工程相应资质和法人资格并被发包人接受的合同当事人及其合法继承人。但承包人不能将工程转包或出让,如进行分包,应在合同签订前提出并征得发包人同意。

(二)合同客体特殊

建设工程合同的标的是各类建筑产品。建筑产品通常是与大地相连的,建筑形态多种多样,建筑产品的单件性及固定性等自身的特性,决定了建筑工程合同标的的特殊性。

（三）合同内容多、涉及范围广

以施工合同为例，合同的内容构成一般包括合同协议书、中标书、投标函及投标函附录、合同条件、标准规范、设计文件、工程量清单、报价表等，范围涉及进度控制、质量控制、安全控制、经济条款、双方权利义务和责任、变更、索赔、纠纷处理等。

（四）合同履行期限长

建筑工程由于结构复杂、体积大、建筑材料类型多、工作量大、投资巨大，使得建设工程的生产周期与一般工业产品的生产相比相对较长，这导致建设工程合同履行期限较长。而且，因为投资的巨大，建设工程合同的订立和履行一般都需要较长的准备期，同时，在合同的履行过程中，还可能因为不可抗力、工程变更、材料供应不及时等原因而导致合同期限的延长。

（五）投资和程序上的严格性

由于工程建设对国家的经济发展、国民的工作和生活都有重大的影响，因此，国家对工程建设在投资和程序上有严格的管理制度。订立建设工程合同一般必须以国家批准的投资计划为前提，即使是国家投资以外的、以其他方式筹集的投资也要受到当年的贷款规模和批准限额的限制，纳入当年投资规模的控制，并经过严格的审批程序。建设工程合同的订立和履行还必须遵守国家关于基本建设程序的规定。

（六）合同形式要求特殊

建设工程合同的签订，一般通过招投标的手段实现，需要利用有关的招标文件范本和合同范本来签订，而且要求书面签订。

三、建设工程合同的种类

建设工程合同可以从不同的角度进行分类。

（一）从承发包的工程范围进行划分

从承发包的不同范围和数量进行划分，可以将建设工程合同分为建设工程总承包合同、建设工程承包合同、分包合同。发包人将工程建设的全过程发包给一个承包人的合同即为建设工程总承包合同。发包人如果将建设工程的勘察、设计、施工等的每一项分别发包给一个承包人的合同即为建设工程承包合同。经合同约定和发包人认可，从工程承包人承包的工程中承包部分工程而订立的合同即为建设工程分包合同。

（二）从完成承包的内容进行划分

从完成承包的内容进行划分，建设工程合同可以分为建设工程勘察合同、建设工程设计合同和建设工程施工合同三类。

（三）从付款方式进行划分

以付款方式不同进行划分，建设工程合同可分为总价合同、单价合同和成本加酬金合同。

（四）与建设工程有关的其他合同

与建设工程有关的合同类型很多，主要有买卖合同、运输合同、保险合同、租赁合同、承揽合同等，都需要工程合同管理人员熟悉。

四、建设工程合同的基本内容

建设工程合同根据不同的分类标准有不同的分类方法，在此介绍以“从完成承包项目的内容”为标准进行的分类。双方当事人订立建设工程合同时，一般采取利用合同条件订立合同的方法，因而当事人所订立合同的内容，视其采用的合同条件而异；又因为一般情况下合同文件

是由业主方负责起草,所以合同文件的内容构成又因不同的项目、不同的业主而异。在此介绍一般情况下的合同文件的内容构成,特作说明。

(一)建设工程勘察、设计合同

建设工程勘察、设计合同的签订,依据的是建设部、国家工商行政管理局于2000年3月1日发布的建设工程勘察、设计合同示范文本《建设工程勘察合同示范文本》(一)GF—2000—0203,适用于岩土工程勘察、水文地质勘察(含凿井)、工程测量、工程物探。《建设工程勘察合同示范文本》(二)GF—2000—0204,适用于岩土工程勘察、治理监测。《建设工程设计合同示范文本》(一)GF—2000—0209,适用于民用工程设计合同。《建设工程设计合同示范文本》(二)GF—2000—0210,适用于专业建设工程设计合同。

以上四个文本均采用填空式文本,文本中已将勘察、设计中共性的内容抽象出来,编写成固定的条款,而对于一些需要在具体的勘察、设计任务中明确的内容,则留下空格让双方签订合同时填写。

1. 合同主体资格

根据《建设工程勘察设计合同管理办法》的规定,勘察设计合同的发包人(以下简称甲方)应当是法人或者自然人,承接方(以下简称乙方)必须具有法人资格。甲方是建设单位或项目管理部门,乙方是持有建设行政主管部门颁发的工程勘察资质证书、工程勘察收费资格证书和工商行政部门核发的企业法人营业执照的工程勘察单位。

2. 合同的一般内容

合同的一般内容如下:

(1)订立合同的依据;(2)发包人义务;(3)承包人义务;(4)发包人权利;(5)承包人权利;(6)发包人责任;(7)承包人责任;(8)合同的生效、变更和终止;(9)勘察、设计取费;(10)争议的解决及其他。

(二)监理合同

监理合同是建设工程委托监理合同的简称,它是委托合同的一种,是工程建设单位聘请监理单位对工程建设实施监督,明确双方权利、义务关系的协议。

建设监理可以是对工程建设的全过程进行监理,也可以是分阶段进行勘察监理、设计监理、施工监理等。目前我国工程实践中大多是施工监理。

在我国,目前监理合同的签订,一般依据的是建设部、国家工商行政管理局2000年2月17日颁布的《建设工程委托监理合同(示范文本)》(GF—2000—0202)。《建设工程委托监理合同(示范文本)》由建设工程委托监理合同、建设工程委托监理合同标准条件和建设工程委托监理合同专用条件三部分组成。

监理合同的一般内容如下:

(1)合同所涉及的词语定义和遵循的法规;(2)监理人的义务;(3)委托人的义务;(4)委托人的权利;(5)监理人的义务;(6)监理人的责任;(7)委托人的责任;(8)合同生效、变更和终止;(9)监理报酬;(10)争议的解决及其他。

(三)建设工程施工合同

建设工程施工合同是业主(或建设管理单位)与施工单位之间为完成一定的工程项目的建设而订立的明确彼此之间权利义务关系的协议。

目前我国建设工程施工合同的订立,主要依据的是《标准施工招标文件》(九部委[2007]56号)。为了规范施工招标文件编制活动,提高招标文件编制质量,促进招标投标活动的公开、公

平和公正,国家发展和改革委员会、财政部、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、民用航空总局、广播电影电视总局联合编制了《标准施工招标资格预审文件》和《标准施工招标文件》(简称“标准文件”),自 2008 年 5 月 1 日起在政府投资项目中试行。

根据标准文件中合同通用条款的规定,合同文件(或称合同)是指合同协议书、中标通知书、投标函及投标函附录、专用合同条款、通用合同条款、技术标准和要求、图纸、已标价工程量清单以及其他合同文件。其中合同协议书指承包人按中标通知书规定的时间与发包人签订合同协议书。除法律另有规定或合同另有约定外,发包人和承包人的法定代表人或其委托代理人在合同协议书上签字并盖单位章后,合同生效。中标通知书是指发包人通知承包人中标的函件。投标函是指构成合同文件组成部分的由承包人填写并签署的投标函。投标函附录是指附在投标函后构成合同文件的投标函附录。技术标准和要求是指构成合同文件组成部份的名为技术标准和要求文件,包括合同当事人双方约定对其所作的修改或补充。图纸是指包含在合同中的工程图纸,以及由发包人按合同约定提供的任何补充和修改的图纸,包括配套的说明。已标价工程量清单是指构成合同文件组成部分的由承包人按照规定的格式和要求填写并标明价格的工程量清单。其他合同文件是指经合同当事人双方确认构成合同文件的其他文件。

(四)与建设工程有关的其他合同

比如买卖合同(购销合同)、货物运输合同、加工承揽合同、机械设备租赁合同、保险合同、担保合同等,都需要工程合同管理人员熟悉,具体可参照合同法和其他相关法律、法规和规章性文件的有关规定。

第二节 建设工程合同管理

一、合同管理的层次

合同管理分为第一层次的合同管理和第二层次的合同管理。

(一)第一层次的合同管理

第一层次的合同管理指的是各级人民政府的工商行政管理部门和其他有关主管部门,依法对合同的订立、履行等进行指导、监督、检查和处理利用合同进行违法活动的行为。通过对合同进行行政管理,督促当事人依法订立合同、切实履行合同,以使合同法得到全面贯彻。

1. 工商行政管理部门对合同的管理

县级以上工商行政管理部门是统一的合同管理机关,其主要职责是:

- (1)管理和监督检查所属地区合同的订立和履行情况;
- (2)根据当事人双方的申请,对合同进行签证;
- (3)查处危害国家利益、社会公共利益的违法合同。

2. 有关行政主管部门对合同的管理

有关行政主管部门既是本系统所属企事业单位的国家行政管理机关,又是本系统所属单位合同的管理机关,有权对所属单位订立及履行合同的情况进行监督检查,其主要职责是:

- (1)监督检查所属单位或系统内合同的订立及履行情况;
- (2)指导所属单位建立合同管理机构,健全合同管理制度;
- (3)协调所属单位之间的关系,调解合同纠纷;
- (4)查处利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为。

(二)第二层次的合同管理

第二层次合同管理指的是各合同的构成主体对各自所签订合同的订立、履行等所做的全面管理工作,包括建立专门的合同管理机构、设置专业的合同管理人员、建立健全的合同管理制度,对合同的争端解决、索赔、风险等作系统的管理。

本书对合同管理的介绍以第二层次的合同管理为主,主要是从订立合同双方的主体资格,合同的内容构成,合同履行过程依据的法律、法规,合同中建设管理单位的义务等方面进行介绍。

二、工程合同管理的构成

工程合同管理的系统内容构成,可从横向和纵向两个方向进行。

(一)横向

从横向进行划分,也就是依据工程合同并列的三类:勘察合同、设计合同和施工合同,工程合同管理可分为勘察合同管理、设计合同管理和施工合同管理。本书在内容上以施工合同管理为主,兼顾勘察合同、设计合同,另外也对监理合同管理作简要的介绍。

(二)纵向

本书内容的编排,基本上按照工程合同纵向管理的三个阶段顺序进行。

1. 合同签订管理

建设工程合同签订管理的主要实现手段是招标和投标,可用一个流程图来表示工程合同的签订管理,见图 1-1。

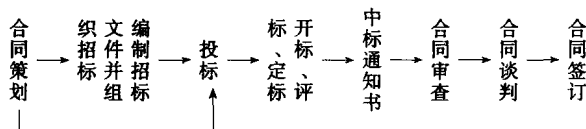


图 1-1 建设工程合同签订管理流程图

按照我国现行的工程招标投标管理现状,由于工程招标、投标活动主要在有形建设市场——工程交易中心进行,而且招标、投标和合同管理过程涉及大量的法律、法规和规范性文件,因此,本书在合同策划一章前介绍工程合同管理法律基础和建设市场。

2. 合同履行管理

建设工程项目管理是一个系统过程,是一个统一的整体,工程合同管理贯穿项目实施管理全过程,因而也应该是一个系统的整体。但目前我国的工程项目管理实践,由于专业化分工或其他原因,往往被人为地划分成招标投标和项目实施两个甚至更多阶段,而且两个或多个阶段不能实现很好对接,使得工程项目合同纵向管理缺乏系统性,增加了项目失败的风险。结合我国现行的工程合同管理现状,我们提出了更加系统的合同履行管理程序,如图 1-2 所示。

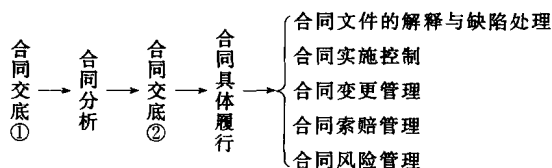


图 1-2 建设工程合同履行管理流程图

注:图中合同交底①为企业的经营部门对项目部交底(如果项目招标投标和项目实施管理分离的话存在①;合同交底②为工程项目部内部各个层次的交底。

3. 合同档案管理

合同档案管理包括广义的档案管理和狭义的档案管理。本书的档案管理以广义的档案管理为主,不仅包括一般意义上的合同档案管理,还包括合同归档过程中的合同分析、相关事件处理和经验、教训的宣贯和积累等,具体内容见本书“合同档案管理”一章。

三、工程建设项目的合同体系构成

工程建设项目的合同体系构成见图 1-3。

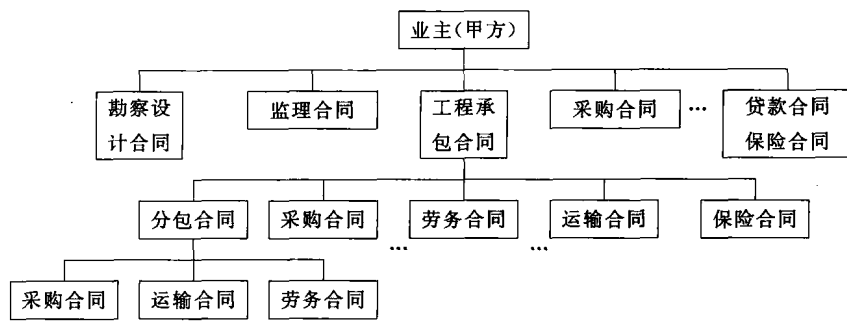


图 1-3 工程建设项目合同体系图

四、项目管理合同

按照我国现行的项目管理模式,当建筑施工企业经过投标竞争获得工程项目施工承包资格后,建筑施工企业内部可以通过内部招标或委托方式,选聘项目经理,组建项目经理部,为实施施工项目管理,形成以项目经理部为中心的辐射管理体制。项目经理部将以内部的项目管理合同的方式明确其与相关部门的责任、权利和义务。

项目管理合同是企业内部进行经营管理的合同,是法人与自然人之间或自然人之间订立的合同。它明确了企业和项目经理或项目经理与其他当事人之间的权利和义务,是企业内部工程项目承包的法律依据。

项目管理合同的种类通常有以下几种:

工程项目总承包合同。是企业法人代表与项目经理之间签订的合同。

栋号作业承包合同。是以栋号作业队为承包单位与施工项目经理部之间签订的承包合同。

建筑安装工程内部分包合同。是施工项目经理部与企业内部的水电、机械、运输、装饰分公司之间,为完成相应任务而签订的承包合同。

其他合同。指施工项目经理部为完成施工项目所需的机械租赁、周转料的租赁、内部银行资金的使用、劳务使用等所签订的合同。这类合同不同于施工企业与外部生产要素市场各主体签订的合同,它是企业内部生产要素的供求关系而形成的合同,因此目前无统一的固定要求和标准合同格式。

第二章 工程合同法律基础

第一节 法律体系

一、法律体系的涵义

法律体系是指由一国全部法律部门构成的、具有内在联系的整体,如果把法律体系整体看成宏观结构,那么法律体系的宏观结构是由公法、私法和社会法三方面构成。而公法、私法和社会法三方面各自又都有自己的结构,它们就是各个法律部门,所以法律体系的中观结构要素是法律部门。而法律规范则是法律体系的微观结构要素。由此可见,法律体系、法律部门和法律规范三者之间是层次从属的关系。

法律体系是一种客观存在的社会生活现象,反映了法的统一性和系统性。法律体系的形成是某一国家的法学工作者对现行法律规范进行科学抽象和分类的结果,具有主观性。同时法律体系必须与一国经济文化状况相适应,必须符合法律自身的发展规律,因而又有客观性。法律体系的形成还受到各国的法律传统、法的历史发展的影响。

(一)公法与私法

关于什么是公法,什么是私法,历来存在争议,一般来说,所谓公法主要是指关于国家或国家与个人之间权利义务关系的法律部门的总和,包括行政法、组织法、财政法、刑法等;所谓私法主要是指关于个体与个体之间权利义务关系的法律部门的总和,包括民法、商法、家庭法等。把法律体系要素分为公法与私法,是从社会经济生活的本源上进行的——公法与权力强行干预相适应,私法与市场自行调节相适应。无论是简单商品经济社会,还是现代复杂的市场经济社会,法律内部本身应当存在这两种差异,也就是说,这个分类具有客观性,它们的区别不是人为所能加以混淆或掩盖的。

(二)社会法的出现

公法作用的增强意味着国家权力的强化,容易导致对个人利益、市场自由的损害,于是对传统公法进行一定的调整,使国家权力在法治的必要范围内运行。由于传统两大结构要素存在不适应现代社会的情况,所以法律体系发生了重大变革,这就是在现代市场经济社会里出现了第三种法律体系结构要素——社会法。在现代法律体系中,出现了经济法、劳动法、社会保障法等等,它们是以传统公法要素与私法要素为基本框架,以传统公法和私法的调整方法为原形混合而成的第三种结构要素。我们称之为社会法。它是法律社会化的结果。现代法律体系之所以划分为三块结构要素,是现代市场经济的需要。社会法的确立是以经济法(最早是以反垄断法为代表)的出现为标志的,由经济法、劳动法和社会保障法作为主干部门法来构成。

(三)公法、私法与社会法的区别

1. 调整对象

私法的主要调整对象是个人(法人)与个人(法人)的利益关系,公法的调整对象主要是国家与个人(法人)的利益关系,社会法的调整对象是社会经济生活中的市场主体与社会间的关

系。西方法学上所谓“强者”与“弱者”的关系(即强大的市场主体与社会弱者诸如消费者和劳动者的关系),只不过是市场主体与社会间关系中的一种典型形式而已。我国法学界认为经济法还调整政府与经济主体的关系,这是对政府作为社会利益代表的身份的曲解。

2. 调整方式

私法与市场的自行调节相适应,保证市场主体的权利、自由和平等。私法的方式以个人自行调节为主,“私权自治”或“私法自治”实际上就是指私法的自行调节方式。由于市场的“效益最大化”准则的弊端,国家权力的干预成为必要,于是公法为宏观调控起到依据的作用,一方面保证权力的正常运转,另一方面也防止权力滥用,公法的方式以国家的强行干预为主。事实上,正是国家传统的公法和私法都已经无法达到调整社会关系的目的,才使经济法出现在法制历史舞台。私法的自行调节已无法满足控制垄断的不正当竞争的要求,而公法的强行干预会影响市场竞争主体的自由和平等,只有将两者的特殊作用结合在一起产生一种崭新的法律调整方式,方能适应垄断时期市场经济的要求。社会法与市场经济的竞争性所带来的社会公害、风险因素相关,主要功效在于限制市场不公平竞争,限制市场引起的公害,使风险分散、转移,让公众来承担风险以减少损失,体现社会互助合作精神,保障社会公共利益。社会法结合了上述两种调节方式,以社会性的平衡为特征形成了“政策平衡”的独特方式。它既不是简单的国家直接干预方式,也不是完全的自发性调节方式,而是从社会总体妥当性角度利用市场结构和机制本身的态势进行宏观调节。正因为如此,我们会感觉到经济法是民法与行政法的结合产物。

3. 法的本位

公法一般以国家为本位,私法一般以个人为本位。但是,社会法既不以国家为本位,也不以个人为本位,社会法的权利(利益)主体已经明显不是私法上的“人”(私人),而是具体的社会化的“人”,它包括工商业经营者及其联合体、消费者、劳动者等作为社会阶层和群体的主体——群体利益。因而经济法、劳动法和社会保障法等社会法常常被认为是以社会利益为本位的法。

4. 价值目标

传统公法与私法在价值取向方面往往对某一方面有所偏好和倾向,传统公法偏重于秩序与公平,传统私法偏重于自由、效益。在近代社会,由于国家与市民社会相分离,因而公法与私法也存在分离状态,这就造成两者没有全面兼顾法律所应追求的价值。社会法比较周全地体现社会整体利益和要求,这符合现代法的理性价值观念。以经济法为例,考察西方经济法的历史和现实,我们完全可以得知,经济法一方面负有维持自由经济的使命,另一方面又负有规范市场竞争秩序的任务,用法律价值来归纳,那么经济法所追求的价值是双重性或混合型的,它既追求自由、效率,又以秩序、公平为目标,较理性地体现了社会整体的利益。

二、法律部门的概念

法律部门,也称部门法,是指根据一定的标准和原则划分的同类法律规范的总和。法律部门与法律规范的关系是从属关系,因为最初是根据一定标准和原则把同类法律规范组合在一起,形成法律部门,非同类法律规范不可能组合成法律部门。另外,法律部门与法律制度的关系,是每一个部门法中包含了许多法律制度,比如民法这个法律部门,包括所有权制度、合同制度、债权制度等等。法律制度是由若干个法律规范组成的,一般来说,法律制度的范围比法律部门要小,可以说法律部门包含了许多法律制度。

法律部门的划分具有重要意义。对于立法来说,法律部门的划分有助于从立法上完善法律体系、协调法律体系内部关系;对于执法来说,法律部门的划分有助于执法机关和执法人员明确各自的工作特点、职责任务,并准确适用法律;对于法学研究来说,使研究范围有相对独立的领域,使法学学科分工专业化。

当代中国法律体系是在宪法的统领下,由三个结构要素(公法、私法和社会法)构成,并划分为若干个法律部门,主要包括政治法、行政法、刑法、民法、商法、经济法、社会保障法、环境与资源法等。

(一)政治法

现代政治是民主政治,民主政治是法治政治。随着政治的民主化和法治化,政治法应运而生。所谓政治法是指调整政治关系的法律规范的总和,包括组织法、选举法、中央与地方关系法、立法决策法、监督法、国籍法和公民基本权利法、军事法。

(二)行政法

行政法是调整国家行政管理活动产生的社会关系的法律规范的总和,包括行政法总则、行政主体法、行政程序法、行政复议法、行政诉讼法以及专门行政法。由于行政法调整对象极为广泛,所以很难形成系统单一的行政法典。前述除专门行政法外均为一般行政法。专门行政法是指规定各专门行政职能部门管理活动的法律和法规。国外一般也只有行政程序法、行政诉讼法、行政主体法和专门行政法。

(三)刑法

刑法是关于犯罪和刑罚的法律规范的总和,包括刑事实体法与刑事程序法。

(四)民法

民法是调整作为平等主体的公民之间、法人之间以及公民与法人之间的财产与人身关系的法律规范的总和。我国民法部门的规范性法律文件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合同法、担保法、婚姻法、继承法、收养法、商标法、专利法、著作权法等,此外,还包括一些单行的民事法规,如著作权法实施条例、商标法实施细则等。

(五)商法

在明确提出建立市场经济体制以后,商法作为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。从表现形式看,我国的商法包括公司法、证券法、票据法、保险法、企业破产法、海商法等。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、规则和原则也通用于商法。从这一意义上讲,我国实行“民商合一”的原则。

(六)经济法

经济法是调整国家宏观经济调控活动中形成的经济关系的法律规范的总和。关于经济法的调整对象历来有争议。在我国计划经济体制下,经济法被作为经济行政管理法,把计划法作为经济法的龙头。事实上,经济法是与市场经济、宏观调控密切相关的,没有市场经济宏观调控,就不存在真正的经济法。

(七)劳动与社会保障法

劳动法是调整劳动关系的法律,社会保障法是调整有关社会保障、社会福利的法律。这一法律部门的法律包括有关用工制度和劳动合同方面的法律规范,有关职工参加企业管理、工作时间和劳动报酬方面的法律规范,有关劳动卫生和劳动安全的法律规范,有关劳动保险和社会福利方面的法律规范,有关社会保障方面的法律规范,有关劳动争议的处理程序和办法的法律

法规等。劳动法与社会保障法这一法律部门的主要规范性文件包括劳动法、工会法、矿山安全法、安全生产法等。

(八) 自然资源与环境保护法

自然资源与环境保护法是关于保护环境和自然资源、防治污染和其他公害的法律,通常分为自然资源法和环境保护法。自然资源法主要是指对各种自然资源的规划、合理开发、利用、治理和保护等方面的法律。环境保护法是保护环境、防治污染和其他公害的法律。这一法律部门的规范性文件,属于自然资源法方面的,有森林法、草原法、渔业法、矿产资源法、土地管理法、水法、野生动物保护法等;属于环境保护方面的,有环境保护法、海洋环境保护法、水污染防治法、大气污染防治法、环境影响评价法等。

三、法的一般分类

(一) 成文法和不成文法

这是以法的创制方式和表达形式为标准对法进行的分类。成文法是指由国家特定机关制定和公布并以成文形式出现的法律。不成文法是指由国家认可其法律效力但又不具有成文形式的法,一般指习惯法。不成文法还包括同制定法相对应的判例法,即由法院通过判决所确定的判例和先例,这些判例和先例对其后的同类案件具有约束力,但它又不是以条文(成文)形式出现的法,因此也是不成文法的主要形式之一。

(二) 实体法和程序法

这是以法律规定内容的不同为标准对法的分类。实体法是指以规定和确认权利和义务或职责为主的法律,如民法、刑法、行政法等。程序法是指以保证权利和义务得以实施或职权和职责得以履行的有关程序为主的法律,如民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法、立法程序法等。实体法和程序法的分类是就其主要方面的内容而言,它们之间也有一些交叉,实体法中也可能涉及到一些程序规定,程序法中也可能有一些涉及到权利、义务、职权、职责等内容的规定。

(三) 根本法和普通法

这是以法律的地位、效力、内容、制定主体、程序的不同为标准而对法的分类。这种分类通常只适用于成文宪法国家。在成文宪法国家,根本法即宪法,它在一个国家中享有最高的法律地位和最高的法律效力,宪法的内容、制定主体、制定程序及修改程序都不同于普通法,而是有比较高的、严格的程序要求。普通法指宪法以外的法律,其法律地位和法律效力低于宪法,其制定主体和制定程序不同于宪法,其内容一般涉及调整某一类社会关系,如民法、刑法、商法、诉讼法、行政法等等。

(四) 一般法和特别法

这是按照法的适用范围的不同对法所作的分类。一般法是指针对一般人、一般事、一般时间、在全国普遍适用的法;特别法是指针对特定人、特定事或特定地区、特定时间内适用的法。

一般法和特别法这一法的分类是相对而言的,具有相对性。如以针对人来讲,民法典是适用于一般人的法,它的适用主体是一般主体,而与民法典相对应的继承法则是适用于特定人——继承人与被继承人主体的法律。以针对事来讲,民法典适用于一般民事法律行为和事件,而收养法则针对收养这一特殊的民事法律行为和事件。以针对地区来讲,宪法、组织法、选举法等是适用于全国的法,而特别行政区基本法和法律,经济特区法规和规章则只适用于特别行政区和经济特区。以针对时间而言,一般法如宪法、刑法、民法等在它们的修改和废止以前

一直有效,而有些特别法如戒严令等仅在特定的戒严时期内有效。

(五)国内法和国际法

这是以法的创制主体和适用主体的不同而作的分类。国内法是指在一主权国家内,由特定国家法律创制机关创制的并在本国主权所及范围内适用的法律;国际法则是由参与国际关系的国家通过协议制定或认可的,并适用于国家之间的法律,其形式一般是国际条约和国际协议等。国内法的法律主体一般是个人或组织,国家仅在特定法律关系中(为国家财产所有人)成为主体,而国际法的国际法律关系主体主要是国家。

四、我国法律的层次

我国的法律体系,可根据颁布的主体不同、法规的效力不同,而从纵向上划分成若干个相互关联的层次。不仅包括法律,还包括各种行政法规、地方法规;不仅包括建设领域的,还包括其他领域的法律和法规,如税法、会计法、外汇管制法、公司法。

根据《中华人民共和国立法法》的规定,我国法律体系可分为如下几个层次:

(一)法律

指由全国人民代表大会及其常务委员会审议通过,并以中华人民共和国主席令的形式颁布的法律,如宪法、民法、民事诉讼法、合同法、仲裁法、文物保护法、土地管理法、会计法、招标投标法等。

(二)行政法规

指由国务院依据宪法和法律制定,以中华人民共和国总理令的形式颁布的法规,如《建设工程安全生产管理条例》、《建设工程质量管理条例》、《建设工程勘察设计管理条例》、《环境噪声污染防治条例》、《公证暂行条例》等。

(三)地方性法规、自治条例和单行条例

地方性法规:省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。较大的市(指省、自治区人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市)的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定,制定法规,在经济特区范围内实施。

地方性自治条例和单行条例: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。自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或者行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

(四)规章

部门规章:国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合