

法律版

1. 法理学·法制史·宪法·司法制度和法律

职业道德 焦洪昌 淳于闻/著

2. 刑法(附光盘) 阮齐林/著

3. 刑事诉讼法(附光盘) 刘玫 卫跃宁/著

4. 行政法与行政诉讼法(附光盘) 张树义/著

5. 民法(附光盘) 李仁玉/著

6. 民事诉讼法与仲裁制度(附光盘) 杨秀清/著

7. 商法·经济法·知识产权法(附光盘) 张海峡/著

8. 国际法·国际私法·国际经济法

杜新丽 朱子勤/著

司法考试名师讲义

法理学·法制史·宪法·司法制度和法律职业道德

2009全新版

法律考试中心/组编

焦洪昌 淳于闻/著

牵手名师 成功司考



法律出版社

司法考试名师讲义

法理学·法制史·宪法· 司法制度和法律职业道德

(2009 全新版)

法律考试中心/组编

焦洪昌 淳于闻/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学·法制史·宪法·司法制度和法律职业道德:
司法考试名师讲义 2009 年全新版/法律考试中心组编.
北京:法律出版社,2008.11

(2009 年司法考试名师讲义)

ISBN 978-7-5036-9058-7

I. 法… II. 法… III. 法律工作者—资格考核—中国—
自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 187954 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/17.75 字数/375 千

版本/2008 年 12 月第 1 版

印次/2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-9058-7

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

精华要点导引

司法考试科目很多,对于参加司法考试的考生而言,准确高效地复习备考,是成功的关键,而慎选一本好的教材更是十分必要。

为了节省考生的时间,经过广泛调研,充分借鉴司法考试高分通过者的经验,按照备考规律及应试要求,约请全国司法考试辅导领域名师,以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,整理整合,编写体例简洁清晰,彰显实用效果。

本书主要内容如下:

一、导读。

简介学科构架,指点复习方法与应试技巧。

二、内容提要及体系表。

提示重要内容,明晰学科体系,对最新修正、修改和重要法律法规、司法解释的相关条文对比列表或加以说明,参照记忆。

三、重点讲解。

(一)在保持学科体系完整的前提下,突出考点;重点讲解、辨析考试要点及难点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

(二)对最近6年司法考试考查的知识点进行统计,罗列在各考点之下,一目了然。

四、实例演练。

每一重要知识点均设例题及答案解析,解疑释惑,辨析法理,实现从理论知识到解题能力的迅捷转化。

每一位司法考试考生都渴望得到名师的口传心授,悉心点拨,在此意义上,把他们亲力亲为的倾心之作编辑出版,无疑是广大考生的福音。同时,这种集大成“一站式”教科书的出版,也是我们根据司法考试最新变化,及时满足考生备考需求,更好地服务考生一贯宗旨的最新奉献。

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

法 理 学

导读——枯燥的法理学可以这样学	(1)
第一讲 法的本体	(3)
一、法律部门与法律体系	(4)
二、法的渊源	(6)
三、法的要素	(15)
四、法的概念	(22)
五、法的效力	(27)
六、法律关系	(30)
七、法律责任	(34)
八、法的价值	(36)
第二讲 法的运行	(41)
一、立法	(42)
二、法的实施	(43)
三、法适用的一般原理	(47)
四、法律推理	(50)
五、法律解释	(52)
第三讲 法的演进	(58)
一、法的起源	(59)
二、法的发展	(59)
三、法的传统	(60)
四、法的现代化	(62)
五、法治理论与社会主义法治理念	(63)
第四讲 法与社会	(67)
一、法与社会的一般理论	(68)
二、法与经济	(69)
三、法与政治	(71)
四、法与道德	(72)

五、法与宗教	(74)
--------------	--------

法 制 史

第一讲 中国法制史	(77)
一、西周至秦汉、魏晋时期的法制	(78)
二、唐宋至明清时期的法制	(87)
三、清末、民国时期的法律	(98)
第二讲 外国法制史	(104)
一、罗马法	(105)
二、英美法系	(109)
三、大陆法系	(112)

宪 法

导读——如何备考司法考试中的宪法	(117)
第一讲 宪法基本理论	(120)
一、宪法的概念	(121)
二、宪法的历史发展	(125)
三、宪法的基本原则	(131)
四、宪法在建设社会主义法治国家中的作用	(133)
五、宪法的渊源与宪法典的结构	(135)
六、宪法规范	(138)
七、宪法效力	(140)
第二讲 国家的基本制度(上)	(141)
一、人民民主专政制度	(144)
二、国家的基本经济制度	(145)
三、国家的基本文化制度	(147)
第三讲 国家的基本制度(下)	(149)
一、人民代表大会制度	(150)
二、选举制度	(151)
三、国家结构形式	(155)
四、民族区域自治制度	(157)
五、特别行政区制度	(159)
第四讲 公民的基本权利与义务	(165)
一、概述	(166)
二、我国公民的基本权利	(168)

三、我国公民的基本义务	(175)
第五讲 国家机构	(176)
一、国家机构概述	(179)
二、全国人民代表大会及其常务委员会	(180)
三、中华人民共和国主席	(187)
四、国务院	(189)
五、中央军事委员会	(192)
六、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府	(192)
七、人民法院与人民检察院	(199)
第六讲 宪法的实施及其保障	(205)
一、宪法的修改	(206)
二、宪法的解释	(207)
三、宪法的实施保障	(209)

司法制度和法律职业道德

第一讲 司法制度和法律职业道德概述	(214)
第二讲 审判制度	(217)
第三讲 检察制度	(227)
第四讲 律师制度	(233)
第五讲 公证制度	(240)
第六讲 法官职业道德和职业责任	(248)
第七讲 检察官职业道德和职业责任	(256)
第八讲 律师职业道德和职业责任	(262)
第九讲 公证员职业道德和职业责任	(272)

法理学

导 读

——枯燥的法理学可以这样学

(一)“凡是处过朋友(谈过恋爱)或者见过别人处朋友(谈恋爱)的人(结过婚的就更不用说了)就一定能够学好法理学!”

(二)司法考试所涉及的法理学内容,归根结底就是认识一个名字叫做“法律”的人——“法律”是谁?“法律”是什么?

(三)体现在我们的考试大纲中,就是“江湖五大门派”分别以自己的独门武功由五个视角对于一个问题“法律是什么”的解答之综合。

(四)具体的认知路径则与给人介绍朋友(与人相识相知)的过程相同。

◎五大门派

(1)分析法学派 第一讲 法的本体	着重于法的自然面貌(包括外在形象及躯体结构)	一、法律部门与法律体系
		二、法的渊源
		三、法的要素
		四、法的概念
		五、法的效力
		六、法律关系
		七、法律责任
(2)自然法学派	着重于法的内在精神(心灵)	八、法的价值
(3)现实主义法学派 第二讲 法的运行	着重于法的日常(现实)活动	一、立法
		二、法的实施
		三、法适用的一般原理
		四、法律推理
		五、法律解释
(4)历史法学派 第三讲 法的演进	着重于法的历史表现	一、法的起源
		二、法的发展
		三、法的传统
		四、法的现代化
		五、法治理论与社会主义法治理念

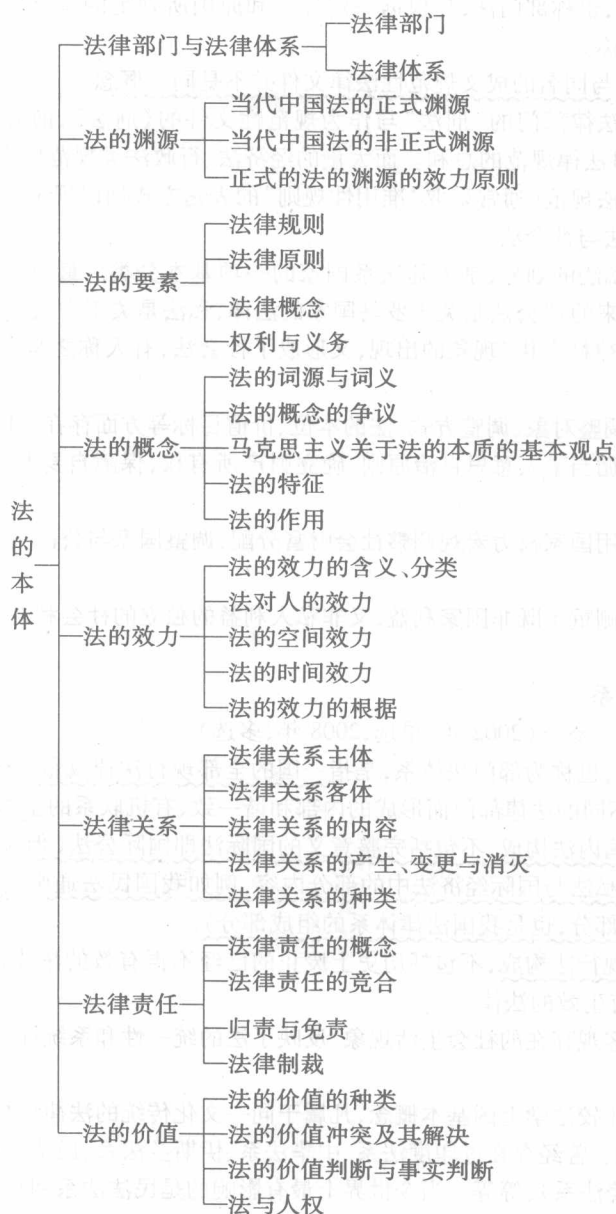
续表

(5) 社会法学派 第四讲 法与社会	着重于法的社会关系	一、法与社会的一般理论
		二、法与经济
		三、法与政治
		四、法与道德
		五、法与宗教

[注意:只是可以近似地认为,因为司法考试大纲与教材中所涉及的内容与这五大法学派的学术观点只能说是近似。也就是说,这种类比只是为了大家学习上的方便,同时,对于法律的认识与对于一个人的了解,也还是有着相当大的差异的。]

第一讲 法的本体

【体系表】



一、法律部门与法律体系

(一) 法律部门

1. 法律部门,也称部门法,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。

2. 法律部门与同名的成文规范性法律文件并不是同一概念。

如作为一个法律部门的“刑法”与作为规范性文件的《刑法》,前者并不仅指刑典,而是所有刑事法律规范的总和。而大量的经济法、行政法类规范性文件中都含有规定刑事责任的刑法规范(通常采取“准用性规则”的表达方式加以规定)。

3. 公法、私法与社会法:

(1) 公法与私法的划分,是大陆法系国家的一项基本分类。最早是由古罗马法学家乌尔比安提出来的:“公法是关于罗马国家的法律,私法是关于个人利益的法律。”随着社会发展,“法律社会化”现象的出现,又形成了社会法,有人称之是介于公法和私法之间的法律。

(2) 三者在调整对象、调整方式、法的本位、价值目标等方面存在不同:

① 私法。遵循当事人意思自治原则,确立财产所有权,保障自身利益的追求,如民法、商法等。

② 公法。利用国家权力宏观调整社会财富分配,调整国家与公民关系的法律,如行政法、刑法等。

③ 社会法。侧重于既非国家利益,又非私人利益的独立的社会利益保护,如社会保障法等。

(二) 法律体系

[考查频率] ☆☆(2002年,单选;2008年,多选)

1. 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。

(1) 由一国国内法构成,不包括完整意义的国际法即国际公法(但包括不完整意义的国际法即国际私法与国际经济法中的部分内容,例如我国民法通则的涉外部分既是国际私法的组成部分,也是我国法律体系的组成部分)。

(2) 由一国现行法构成,不包括历史上废止的已经不再有效的法律,一般也不包括尚待制定、还没有生效的法律。

(3) 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。

2. 法系:

(1) 法系是比较法学上的基本概念,凡属于同一文化传统的法律就构成一个法系。

(2) 在历史上,曾经存在过印度法系、中华法系、伊斯兰法系、民法法系(大陆法系)和普通法系(英美法系),等等。当今世界上最有影响的是民法法系和普通法系。

(3) 西方国家两大法系:

民法法系	是指以古罗马法、特别是以 19 世纪初《法国民法典》为传统产生和发展起来的法律的总称。由于该法系的影响范围主要是在欧洲大陆国家,特别是法国和德国,所以又称大陆法系、罗马—德意志法系;主要法律的表现形式均为法典,又称法典法系
	①属于这一法系的除了欧洲大陆国家外,还有曾是法国、德国、葡萄牙、荷兰等国殖民地的国家及因其他原因受其影响的国家
	②此外还包括某些英美法系国家内的部分地区,例如加拿大的魁北克省,美国的路易斯安那州,英国的苏格兰等
普通法系	是指以英国中世纪的法律、特别是以普通法为基础和传统产生与发展起来的法律的总称。由于主要渊源于英国普通法,又被称为普通法法系、英国法系;以判例法为法的主要表现形式,又称为判例法系;由于在现代是由英国法与美国法两大分支构成,又称英美法系
	这一法系的范围,除了英国(苏格兰除外)以外,主要是曾为英国殖民地、附属国的许多国家和地区,如美国、加拿大、印度、澳大利亚、新西兰以及非洲的个别国家、地区等

〔例〕 法系是法学上的一个重要概念。关于法系,下列哪些选项是正确的?(2008 年试卷一第 55 题)

A. 法系是一个比较法学上的概念,是根据法的历史传统和外部特征的不同对法所作的分类

B. 历史上曾经存在很多个法系,但大多都已经消亡,目前世界上仅存的法系只有民法法系和普通法系

C. 民法法系有编纂成文法典的传统,因此,有成文法典的国家都属于民法法系^①

D. 法律移植是一国对外国法的借鉴、吸收和摄取,因此,法律移植是法系形成和发展的重要途径^②

〔答案〕 AD

(4) 法学上的成文法与不成文法的区分,不完全看是否有文字表现形式,而要看是否有规范化的成文形式。不成文法不仅包括习惯法,也包括判例法等。判例法有文字形式,但没有一般制定法的规范化成文形式;英国宪法有文字表现形式,如自由大宪章、人身保护法等,也被列为不成文宪法,原因也在于它不是以规范化的即集中的成文宪法典形式表现出来的。

〔例〕 下列有关成文法和不成文法的表述,哪些不正确?(2005 年试卷一第 51 题)

A. 不成文法大多为习惯法

① 在法典编纂方面:a. 民法法系的主要发展阶段都有代表性的法典,特别是近代以来,进行了大规模的法典编纂活动。b. 普通法系在都铎王朝时期曾进行过较大规模的立法活动,近代以来制定法的数量也在增加,但从总体上看,不倾向进行系统的法典编纂。

② 详见第三讲“法的演进”中“法的发展”之“法的移植”。

B. 判例法尽管以文字表述,但不能视为成文法

C. 不成文法从来就不构成国家的正式法源

D. 中国是实行成文法的国家,没有不成文法

[答案及解析] CD。判例法在英美法系即为法的正式渊源,C错;中国也有习惯法等不成文法,D错。

二、法的渊源

从法律人的角度看,所谓法的渊源,就是指特定法律共同体所承认的具有法的约束力或具有法律说服力并能够作为法律人的法律决定之大前提^①的规范或准则来源的某些资料,如制定法、判例、习惯、法理等。

根据是否表现于国家制定的法律文件中的明确条文形式,法的渊源可分为:(实践中,法的渊源最主要的分类)①正式的法的渊源:可以从体现于国家制定的规范性文件中的明确条文形式中得到的渊源,主要为各种制定法。

②非正式的法的渊源:尚未在正式法律文件中得到权威性的明文体现的准则和观念,如公共政策、习惯等。

(一)当代中国法的正式渊源

[考查频率] ☆☆☆(2002年,单选;2003年,单选;2006年,不定项)

当代中国法的渊源主要为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、规章、国际条约、国际惯例等。

1. 宪法。

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。

2. 法律。

狭义仅指全国人大及其常委会制定的规范性文件,这里仅用狭义,又分为基本法律和基本法律以外的其他法律两大类。

(1)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;

(2)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。

(3)在全国人大闭会期间,全国人大常委会也有权对全国人大制定的法律在不同该法律基本原则相抵触的条件下进行部分补充和修改。

(4)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

^① 演绎推理是从大前提和小前提中必然地推导出结论或结论必然地蕴涵在前提之中的推论,其经典的方法是三段论。所谓大前提是因为该命题代表整体,所谓小前提则代表整体中的人或事。例如,“所有的人都会死”是大前提,“苏格拉底是人”是小前提,“苏格拉底会死”是结论。

“法律”类法的渊源。

(5)《立法法》第8条——下列事项只能制定法律：“

(一)国家主权的事项；

(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；

(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；

(四)犯罪和刑罚；

(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；

(六)对非国有财产的征收；

(七)民事基本制度；

(八)基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；

(九)诉讼和仲裁制度；

(十)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”

(6)《立法法》第9条——前述事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度、有关犯罪和刑罚等事项除外。

〔例〕 根据我国《立法法》的规定，下列哪一项属于地方性法规可以规定的事项？（2003年试卷一第3题）

A. 本行政区域内市、县、乡政府的产生、组织和职权的规定

B. 本行政区域内经济、文化及公共事业建设

C. 对传染病人的强制隔离措施

D. 国有工业企业的财产所有制

〔答案〕 B

3. 行政法规。

(1)行政法规是指国家最高行政机关即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。

(2)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。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。

(3)行政规章——在其权限范围内施行。

①部门规章：由国务院组成部门及直属机构在各自职权范围内制定的规范性文件。

②地方政府规章：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和人民政府依照法定程序制定的规范性文件。

(4)行政规章是否属于法的正式的渊源存在争议。如果认为行政规章属于法的正式渊源，就与我国行政诉讼法第53条相冲突，该条规定：人民法院审理行政案件，参照行政规章。

4. 地方性法规——在本辖区内有效。

(1) 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。

(2) 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,凡属规范性文件者,在其行政区域内,也都属于法的渊源之列。

(3) 地方性法规可以就下列事项作出规定:为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。

5. 民族自治法规——在本辖区内有效。

(1) 民族自治地方(自治区、自治州、自治县)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,但应报全国或省级人民代表大会常委会批准之后才生效。(注意:只有人大,不含人大常委会。)

(2) 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。

(3) 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。

[例] 根据宪法和法律,下列哪些表述是正确的?(2002年试卷一第41题)

- A. 特别行政区立法会行使国家立法权
- B. 自治区的人大及常委会行使地方立法权
- C. 全国人大常委会行使国家立法权
- D. 自治州的人大常委会行使民族立法权

[答案] BC

6. 经济特区的规范性文件——在本辖区内有效。

(1) 经济特区的规范性文件,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。从理论上说,假如经济特区制定并适用的规范性文件与上一位阶的规范性文件有不同规定的,并不一定因此而被宣布无效或撤销。

(2) 经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。

7. 特别行政区的法律。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。

8. 国际条约、国际惯例:(1)《中华人民共和国缔结条约程序法》中的相关规定:

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：

①中央人民政府即国务院，同外国缔结条约和协定
②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
③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
④加入多边条约和协定，分别由全国人大或国务院决定
⑤接受多边条约和协定由国务院决定

(2) 国际条约、国际惯例在中国国内的适用问题：

国际条约	目前我国宪法没有作出 <u>统一明确的规定</u> ，存在三种情况	① <u>条约的直接适用</u>	例：《民事诉讼法》第 238 条：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外”
		② <u>条约与相关国内法并行适用</u>	例：《维也纳外交关系公约》、《维也纳领事关系公约》与《外交特权与豁免条例》、《领事特权与豁免条例》
		③ <u>条约须经国内立法转化才能适用</u>	例：《香港特别行政区基本法》第 39 条：《公民权利和政治权利国际公约》、《经济社会文化权利国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定仍然有效，通过香港特别行政区的法律予以实施
	一般认为，在民商事范围内，中国缔结或参加的条约与国内法有不同规定，条约可以优先适用。但声明保留的条款除外		
	民商事以外的条约则需要根据与该条约相关的法律规定，结合条约本身的情况进行具体考察才能作出恰当的结论。例如，WTO 协议在国内的实施就主要采取“转化”的方式，排除了 WTO 协议文件在中国法院的直接适用性		
国际习惯和惯例	民商事范围的国际习惯和惯例在国内适用时没有作区分，它们的适用次序排在国内法和条约之后， <u>作为对国内法和条约的一种补充</u>		
	对民商事惯例的适用作了 <u>公共利益限制和保留</u>		

9. 军事法规、军事规章。《立法法》第93条规定：“中央军事委员会根据宪法和法律，制定军事法规。中央军事委员会各总部、军兵种、军区，可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令，在其权限范围内，制定军事规章。军事法规、军事规章在武装力量内部实施。军事法规、军事规章的制定、修改和废止办法，由中央军事委员会依照本法规定的原则规定。”

实例演练

甲公司是瑞士一集团公司在中国的子公司。该公司将 SNS 柔性防护技术引入中国,在做了大量的宣传后,开始被广大用户接受并取得了较大的经济效益。原甲公司员工古某利用工作之便,违反甲公司保密规定,与乙公司合作,将甲公司的 14 幅摄影作品制成宣传资料向外散发,乙公司还在其宣传资料中抄袭甲公司的工程设计和产品设计图、原理、特点、说明,由此获得一定的经济利益。甲公司起诉后,法院根据《中华人民共和国著作权法》、《伯尔尼保护文学艺术作品公约》的有关规定,判决乙公司立即停止侵权、公开赔礼道歉、赔偿损失 5 万元。针对本案和法院的判决,下列何种说法是错误的?

- A. 一切国际条约均不得直接作为国内法适用
- B. 《伯尔尼保护文学艺术作品公约》可以视为中国的法律渊源
- C. 《伯尔尼保护文学艺术作品公约》不是我国法律体系的组成部分,法院的判决违反了“以法律为准绳”的司法原则
- D. 《中华人民共和国著作权法》和《伯尔尼保护文学艺术作品公约》分属不同的法律体系,法院在判决时不应同时适用

【答案】 ACD

(二)当代中国法的非正式渊源

1. 任何国家的法的正式渊源都不可能为法律实践中的每个法律问题都提供一个明确答案。例如,当法律出现漏洞,法官无法寻找到正式法律渊源作为直接的合法性基础的时候,这些非正式的法律渊源就会为法官寻找间接的合法性基础提供支持。

2. 不同国家的法的非正式的渊源的种类不同,在当今的中国,法的非正式渊源主要包括:

(1) 习惯。

能够作为法的非正式的渊源的习惯只是指社会习惯。习惯之所以能够成为法的非正式的渊源,是因为它是特定共同体的人们在长久的生产生活实践中自然而然形成的,是该共同体的人们的事实上的共同情感和要求的体现,也是他们的共同理性的体现。

(2) 政策。①在我国,中国共产党的政策属于法的非正式渊源。②《民法通则》第 6 条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”

(3) 判例。判例在英美法系属于法的正式渊源,在当今的大陆法系以及中国,判例的重要性也被人们普遍承认。

判例之所以在法的适用中具有重要性,是因为它可以弥补制定法的不足。

①具体地说,任何判例都是法官结合特定案件事实将具有一般性和抽象性的制定法规范具体化的一种结果,也就是说判例不再是一般的和抽象的了,这至少为将来的法官运用该制定法解决具体案件提供了思路、经验和指导。

②同理,任何判例都是法官针对具体案件事实将具有模糊性和歧义性的制定法进行解释而得到的一种结果,也就是说任何判例都在一定程度上消除了语言的模糊性和歧义性,使制定法的语言的外延和内涵在一定程度上得到厘清。