

2010在职法硕

在职攻读法律硕士联考 专业综合考试考点大串讲

张曙光 胡锦涛 赵晓耕 白文桥 刘守芬 ◎ 主编

 中国人民大学出版社



在职攻读法律硕士联考 专业综合考试考点大串讲

张曙光 胡锦涛 赵晓耕 白文桥 刘守芬 主编

中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

在职攻读法律硕士联考专业综合考试考点大串讲/张曙光等主编. 4 版
北京: 中国人民大学出版社, 2010
ISBN 978-7-300-12448-3

- I. ①在…
- II. ①张…
- III. ①法律-研究生-入学考试-自学参考资料
- IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 133367 号

在职攻读法律硕士联考专业综合考试考点大串讲

张曙光 胡锦涛 赵晓耕 白文桥 刘守芬 主编

Zaizhi Gongdu Falu Shuoshi Liankao Zhuanye Zonghe Kaoshi Kaodian Dachuanjiang

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.lkao.com.cn> (中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫霸印务有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2007 年 7 月第 1 版

2010 年 7 月第 4 版

印 张 53.25

印 次 2010 年 7 月第 1 次印刷

字 数 1 170 000

定 价 99.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



前言

为了帮助在职考生掌握考试大纲精要,以便有针对性地进行复习和应试,本串讲按照在职法硕考试大纲要求的科目编排顺序分为五个部分:法理学、中国宪法学、中国法制史、民法学和刑法学,各学科在考试试卷中所占的分值依次为60分、50分、40分、75分、75分,分数总计300分,答题时间为3个小时。

从题型上看,包括单项选择题、多项选择题、案例分析题和论述题。其中,选择题属于各学科必考题型,案例分析题仅限于对民法学和刑法学的考查,论述题则针对法理学、中国宪法学和中国法制史进行考查。

综观近几年在职法律硕士入学考试,在职法硕的基本命题规律为:选择题考查的知识点不仅较为简单,而且属于重要的知识点。案例分析题有一定难度,一般而言,民法的案例题集中在合同法、物权法和侵权行为,其中,合同法出题频率最高;刑法的案例题则集中在行为性质的认定、定罪量刑、处断原则以及重要罪名的考查上。论述题一般考查重要理论问题,且论述题的答案都能够在考试教程中找到。从论述题的考查对象上分析,法理学集中在法与各种社会现象之间的关系、法律原则、法治与民主、法制、法律意识、立法、执法和司法。可见,法理学论述题考查的范围比较宽泛。中国宪法学论述题集中在宪法理论和公民基本权利和义务上。中国法制史论述题集中在西周、战国、汉、唐、明、清末、中华民国南京临时政府和南京国民政府的法律制度上。

总之,我们希望考生在阅读本书之前,能够对考试的基本情况有一个大致的了解,做到有的放矢。

参与本书资料收集及编写工作的人员还有:刑法学:林岚、李瑞生、王炜、杨磊;中国宪法学:胡超宏、王瑞、王瑾、刘楠楠、黄若谷、杜柄亮、孙志敞;中国法制史:史永丽、王平原、马晓莉、易清、刘涛、张璐;民法学:赵志云、刘文忠、周海平。在此表示感谢。

目 录

法理学

第一章 导论	3
第二章 法与法律	7
第三章 法律渊源	17
第四章 法律要素	29
第五章 法律关系	37
第六章 权利和义务	45
第七章 法律责任	51
第八章 法律演进	61
第九章 法律价值	69
第十章 法制与法治	79
第十一章 立法原理	88
第十二章 司法原理	96
第十三章 法律职业	102
第十四章 法律程序	109
第十五章 法律方法	116
第十六章 法律与社会	124

中国宪法学

第一章 宪法基本理论	139
第二章 国家基本制度	162
第三章 公民基本权利和义务	184
第四章 国家机构	204
第五章 宪法监督	230

中国法制史

第一章 中国法制发展史概述	245
第二章 夏商、西周、春秋战国法律制度	247

第三章	秦汉三国两晋南北朝法律制度	266
第四章	隋唐宋法律制度	292
第五章	元明清法律制度	314
第六章	清末、中华民国法律制度	335
第七章	革命根据地法律制度	363

民法学

第一章	导论	381
第二章	民事法律关系	386
第三章	自然人	393
第四章	法人与非法人组织	405
第五章	民事法律行为	413
第六章	代理	426
第七章	时效	436
第八章	物权法总论	444
第九章	所有权	455
第十章	用益物权	470
第十一章	担保物权	478
第十二章	债权概述	492
第十三章	合同	501
第十四章	人身权	539
第十五章	知识产权	543
第十六章	婚姻家庭和继承	553
第十七章	民事责任	575

刑法学

第一章	导论	613
第二章	犯罪概念	622
第三章	犯罪构成	627
第四章	故意犯罪停止形态	646
第五章	共同犯罪	657
第六章	一罪与数罪	665
第七章	正当防卫与紧急避险	673
第八章	刑罚的概念和种类	680
第九章	量刑	687
第十章	刑罚执行制度	700
第十一章	刑罚消灭制度	709

第十二章	刑法各论概述	715
第十三章	危害国家安全罪	720
第十四章	危害公共安全罪	724
第十五章	破坏社会主义市场经济秩序罪	740
第十六章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	757
第十七章	侵犯财产罪	776
第十八章	妨害社会管理秩序罪	794
第十九章	贪污贿赂罪	815
第二十章	渎职罪	829

法 理 学

第一章 导论

本章内容串讲

第一节 法学概述

一、法学释义

1. 法学词源

“法学”这一用语的拉丁文为 *jurisprudentia*，至少在公元前 3 世纪末罗马共和国时代就已经出现，表示系统的法律知识或学问。随着罗马法的复兴，这一用语在欧洲各国得到广泛传播，并且内容不断丰富。

有关法律问题的学问，在我国先秦时期被称为“刑名法术之学”或“刑名之学”。自汉代开始，就有了“律学”这门学问，主要是对现行律例进行注释。我国古代“法学”一词最早出现于南北朝时期，但它出现后，很少为人所用。在表示法律学问时，人们一般仍使用“律学”一词。

现代意义上的汉语“法学”一词，最早由日本传入中国。日文汉字“法学”一词由日本法学家用来对应翻译英文 *jurisprudence*, *science of law* 等词汇，该词于“戊戌变法”运动前后传入我国。到清末法制改革时，“法学”一词已大量出现，广为传播。

2. 法学的研究对象

法学，又称法律学，是研究法律现象及其发展规律的一门学问。

法律现象是人类社会发展到一定阶段产生的一种特殊的社会现象，主要是指具有法律意义，并受法律调整的社会现象。法学不仅要研究法律现象本身，还要通过对法律现象的综合分析来研究它们的发展规律。法学研究的对象不仅有静态的法律，而且还包括动态的法律。虽然其他社会科学也会不同程度地涉及法律现象，但它们对法律现象的研究只是辅助性和边缘性的，一般并不研究法律规律问题。同时，法学围绕法律现象这一中心，也要研究法律与经济、政治、道德、宗教等其他社会现象的关系。

3. 法学体系

法学体系是由法学的各个分支学科组成的相互联系、相互制约的有机整体或系统。法学体系具有系统性、层次性、现实性和开放性等特征。

法学体系不同于法学学科。法学学科并非整体性、系统性的概念，它并不强调法学学科下的各分支学科的内在的必然的联系；而法学体系则强调构成法学体系的各法学分支学科是有机联系的整体，它是整体性、系统性的概念。

法学体系也不同于法学课程体系。虽然构成法学体系的各法学分支学科也可作为法学课程开设，但法学体系和法学课程体系并不完全重合。

法学体系包括理论法学、应用法学、法律史学、比较法学和边缘法学五大类。

理论法学是以法律现象的共同问题和一般规律为研究对象的法学学科。理论法学的基本特征为：高度抽象性、高度概括性、理论的基础性、普遍适用性和指导性。

应用法学是以直接服务于法律实践为目的并具有较强的现实针对性的法学分支学科的总称。其特征是：较强的实用性、较高的针对性、学科的广泛性。

法律史学是研究法律现象和法律思想的历史及其发展规律的法学分支学科。法律史学内含法律制度史学、法律思想史学、法学史学等分支学科。其基本特征是：历史真实性、历史规律性、文献资料性。

比较法学是采用比较方法研究不同国家和地区的法律现象的一门法学分支学科。比较法学的价值在于它适应社会发展和法律演进的需要，带来了各国法律文明的交流和融合。

边缘法学是法学和其他学科因部分研究对象的交叉重合而形成的法学分支学科的总称。

当然，法学体系内在组成部分的紧密联系，决定了各类别之间不可能进行完全清晰的划分；由于法学体系的内在联系，也不排除有些法学分支学科既可归入这一类，也可归入另一类。这是法学学科自身学术发展的生命力的体现，没有学科界限的束缚才能使法学研究有更广阔的发展空间。

二、法学功能

所谓法学功能，不是“法学面向法律”的功能，而是“法学面向人类社会”的功能，是指法学作为一个局部对于作为整体的人类社会所作的贡献。

法学功能可以简要地概括为三个层面：寻找社会规则，促进社会共识，树立社会正义。其中，寻找社会规则是法学在人类社会中承担的初级功能，促进社会共识是法学在人类社会中承担的高级功能，树立社会正义是法学在人类社会中承担的终极功能。

三、法学教育

法学教育是培养法律人才的专门教育，是社会教育体系的重要组成部分。其价值目标的定位使之呈现出与其他教育不同的特点：

第一，法学教育以传授法律知识和培养法律技能为主要内容。全面的法律知识，是从事法律工作的基础。但只有法律知识是不够的，运用法律处理社会问题的能力也

是必需的。对这种能力的培养,也是法学教育的重要内容。

第二,法学教育注重法律理念、法律意识和法律职业道德的培养。法律作用的实现与法律人才有密切的关联:法律人才是否有正确的法律理念和强烈的法律意识,是否有忠于法律的职业操守,对法律作用的实现关系重大。法学教育应该是法律及相关知识教育、法律技能训练和法律职业道德的三位一体。

第三,法学教育是综合性教育。法律存在于社会之中,法律问题往往也是社会问题。法律问题的解决,对其他科学与技术有着相当程度的依赖,因此,法学教育必须而且应当是综合性教育。

第四,法学教育注重培养学生的实践能力,是知识教育和职业训练的统一,教学实习在法学教育中占有极其重要的地位。

第二节 法理学概述

一、法理学释义

法理学是以作为整体的法律的共同性问题和一般性问题为研究对象的一门理论法学,着重揭示法律的基本原理。法律现象千变万化,而法之“理”在一定意义上乃是具有恒久性的,法变而理不变。法理学的任务,就是尽可能准确、全面地把法之“理”揭示出来,以指导法律实践。法律落后,可以依法理加以改进;而法理学落后,则法律必有实质性的缺陷。

关于法理学体系问题,中外学者认识不完全相同。

从学习的角度,可以把法理学分为“初阶”与“进阶”两个部分。“法理学初阶”主要涉及有关法学、法律及法治的知识性基本问题,具体包括“法学基本问题”、“法律基本问题”和“法治基本问题”;而“法理学进阶”则主要涉及法律的原理性基本问题,具体由“法律本体论”、“法律价值论”、“法律方法论”和“法律社会论”等部分构成。

二、法理学与法学其他分支学科的关系

法理学与法学其他分支学科的关系:一方面,法理学不仅仅是法学中的基础性学科,它还是对古今中外各种法律现象及其发展规律的概括和抽象,主要承载着解决人们法治观念层面问题的功能,由此指导各个部门法学的发展。另一方面,法理学的研究也离不开部门法学。法理学从来都不仅仅是法理学家自己的事业,而是整个法学界的事业。实际上,我们完全可以找到法理学与法律实践的结合点。具有抽象性特征的法理学,虽不能像部门法学那样以立竿见影的功效直接服务于法律实践,但法理学的抽象性并非空想性,而是具有源自丰富法律实践的坚实基础,对于社会法律实践具有强劲的指导功能。

本章同步练习

论述题

1. 简述法学体系。
2. 简述法理学与其他分支学科的关系。

同步练习答案及解析

论述题

1. 法学体系是由法学的各个分支学科组成的相互联系、相互制约的有机整体或系统。法学体系具有系统性、层次性、现实性和开放性等特点。

第一，法学体系与法学学科和法学课程体系的区别。法学体系不同于法学学科。法学学科并非整体性、系统性的概念，它并不强调法学学科下的各个分支学科的内在的必然的联系；而法学体系则强调构成法学体系的各个法学分支学科是有机联系的整体，因此它是整体性、系统性的概念。法学体系也不同于法学课程体系。虽然构成法学体系的各个法学分支学科也可作为法学课程开设，但法学体系并不和法学课程体系完全重合。

第二，法学体系的内容。法学体系包括理论法学、应用法学、法律史学、比较法学和边缘法学五大类。

2. 法理学与法学其他分支学科的关系：一方面，法理学不仅仅是法学中的基础性学科，它还是对古今中外各种法律现象及其发展规律的概括和抽象，主要承载着解决人们法治观念层面问题的功能，由此指导各个部门法学的发展。另一方面，法理学的研究也离不开部门法学。部门法学所承载的是对各种具体法律制度的分析功能，法理学的基本原理需要广泛地得到部门法学原理和具体法律规范、法律事例（包括案例）的支持与佐证，法理学中的法理同部门法中的法理应当互相贯通和依托。

第二章 法与法律

本章内容串讲

第一节 法和法律的语义分析

1. 汉语中的“法”及相关概念

从语源上看,汉字的“法”古体为“灋”。《说文解字》中释义:“灋,刑也。平之如水,从水;廌所以触不直者去之,从去。”这一解释有三层含义:第一,“法”与“刑”是通用的。古代的“刑”字含刑戮、罚罪之意,也有“规范”(模范)的意义。第二,法者平之如水,含有“公平”之意。第三,法从廌去,所以触不直者去之,含有“明断曲直”之意。

“法”又在典章制度意义上使用,与“律”、“法律”、“法制”等相通解。在后世,“法”、“律”亦常分开使用,但在国法(人定法)意义上,二者通义。清末,由于受日本的影响,国法意义上的“法”,逐渐被“法律”一词代替。

2. 西语中的“法”及相关概念

在欧洲大陆国家,同样也有表示哲理意义上的“法”与国法(人定法)意义上的“法”(法律)之不同名词。真正在国法意义上使用的“法”(法律),通常是另一类词,如拉丁文 lex。在英语国家,法的名称统一以“law”表示,另外“law”还具有规律和法则之义。这与汉语中“法”的含义基本上是一样的。

3. 关于法与法律的概念的争议

根据不同的思想家和法学家对法和道德之间关系的不同理解和主张,我们可以将人们对法的概念的争议分为两种基本立场:自然法或非法实证主义和法实证主义。自然法主张法或法律与道德是不可分离的,坚持以内容的正确性作为法概念的核心定义要素。法实证主义认为应以权威性的制定或发布、社会效果作为法概念的核心定义要素。

法律实证主义者以两个要素作为定义法概念的核心要素。大致上,我们可以将法

实证主义者的法概念分为两类：首要地以权威性的制定或发布为定向的法概念和首要地以社会效果为定向的法概念。法社会学家和现实主义法学学者的法概念是首要地以社会效果为定向的法概念，如马克斯·韦伯、卢曼、霍姆斯；分析主义法学家的法概念是首要地以权威性的制定或发布为定向的法概念，如奥斯汀、凯尔森、哈特。

4. “国法”及其外延

我们所要研究的法的概念，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（不成文法）；（4）其他执行国法职能的法（如教会法）。

第二节 法律的特征

1. 法律的规范性

所谓法律的规范性，是指法所具有的规定人们的行为模式并以此指引人们行为的性质。法律规范规定了人们的一般行为模式和法律后果，从而为人们的交互行为提供一个模型、标准或方向。法所规定的行为模式包括三种：（1）人们可以怎样行为（可为模式）；（2）人们不得怎样行为（勿为模式）；（3）人们应当或必须怎样行为（应为模式）。法律的规范性表现在其对人们行为方式的规定和指引两方面。就对人们行为方式的规定而言，其特点在于：（1）法在规范内容上具有更大的确定性；（2）法律规范语句具有更强的命令性；（3）法律规范作为（法官）裁判标准具有权威性和独断性；（4）法律规范语句具有实证性。就指引人们行为的方式而言，法作为人们的行为规范不仅具有（依据法律权利的）可选择的指引的作用，而且也具有（依据法律义务的）确定性的指引的作用。

2. 法律的国家意志性

国家的存在是法律存在的前提条件。法律表现为什么形式，其规范的内容如何，均由国家意志决定。法律的产生大体上通过制定和认可这两种途径。法律的制定，就是国家立法机关按照法定程序创制规范性文件的活动。法律的认识，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，主要有明示认可和默示认可。

3. 法律的国家强制性

所谓强制性，就是指各种社会规范所具有的、借助一定的社会力量强迫人们遵守的性质。法律具有特殊的强制性——国家强制性。法律是以国家强制力为后盾，由国家强制力保证实施的。

4. 法律的普遍性

法律的普遍性有两个方面：其一，法律的效力对象的广泛性。在一国范围之内，

任何人的行为都无一例外地受法律的约束。其二，法律的效力的重复性。这是指法对人们的行为有反复适用的效力。

5. 法律的程序性

法律是强调程序、规定程序和实行程序的规范。也可以说，法是一个程序制度化的体系或制度化解问题的程序。法律的程序性表现在：一方面，法在本质上要求实现程序化；另一方面，程序的独特性质和功能也为保障法律之效率和权威提供了条件。从功能上看，程序的规定实际上是对人们行为的随意性（恣意性）、随机性的限制和制约。法治发展的程度取决于法律制度程序化的程度及人们对法律程序的遵守和服从的程度。

6. 法律的可诉性

“可诉性”包括两个方面：（1）可争讼性，即任何人均可以将法律作为起诉和辩护的根据。（2）可裁判性（可适用性）。法律能否用于裁判、作为法院适用的标准是判断法律有无生命力、有无存续价值的标志。

第三节 法律的作用

一、法律的作用释义

法律的作用是指法作为一种特殊的社会规范对人们的行为和社会生活所产生的影响和结果。第一，法律作用的对象首先是人们的行为；第二，法律作用主要表现为对人的外部活动产生影响和结果，而对人的情感、信仰、思想等内心世界也可能产生间接的影响。

法律作用可分为法律的规范作用与法律的社会作用。

二、法律的规范作用

根据作用的主体范围和方式的不同，法律的规范作用分为指引作用、评价作用、预测作用、教育作用和强制作用。

（1）指引作用。法律的指引作用表现为：法律为人们提供某种行为模式，通过规定人们的权利和义务来实现法律的作用。包括：①有选择性的指引。这是一种按照权利性规则而产生的指引作用。②确定性的指引。它是指人们必须根据法律规范的指示而行为。

（2）评价作用。法律对人们的行为是合法还是违法及其违法程度，具有判断、衡量的作用。

（3）预测作用。人们根据法律规范的规定可事先估计到当事人双方将如何行为及行为的法律后果：①对如何行为的预测。②对行为后果的预测。

（4）教育作用。法律规范对人们今后的行为发生直接或间接的诱导影响。包括：

①反面教育，即通过对违法行为实施制裁，对包括违法者本人在内的一般人均起到警示和警戒的作用。②正面教育，即通过对合法行为加以保护、赞许或奖励，对一般人的行为起到表率、示范作用。

(5) 强制作用。法为保障自己得以充分实现，运用国家强制力制裁、惩罚违法行为。法律的强制作用是法律的其他作用的保证。

三、法律的社会作用

法律的社会作用表现为以下几个方面：

(1) 维护社会秩序与和平。在市场经济领域，国家通过法律规范市场主体、创建市场、限定市场范围、约束国家宏观调控从而维护市场即自由交易和契约自由；在政治领域，通过国家的有关政治方面的法律法规规范参与政治活动的主体、限定政治行为。

(2) 推进社会变迁。法律对单个主体的行为模式可以施以直接的影响，因为法律可以通过对单个主体强加法律上的义务来改变个人的行为。法律对其他层次的社会变迁的影响往往是间接的。这种间接作用主要体现为：依据法律形成各种社会制度，通过它们来直接影响社会变迁的性质和速率；建立政府机关内部的各种组织机构以扩大对社会变迁的影响。

(3) 保障社会整合。整合功能通过维持社会的存在，避免导致分裂性的冲突，达到人际关系和群体关系的和谐团结。社会整合功能主要由法律制度完成。法律规范确定了人与人之间、制度与制度之间的标准关系，一旦冲突发生，法律系统是避免社会解体的保证。

(4) 控制、解决社会纠纷和争端。国家和法律的基本作用之一就是将人类社会的纠纷和争端控制在一定的程度内，在一定的秩序范围内和平地解决，从而减少它们的危险性和危害性。

(5) 促进社会价值目标的实现。法律可以促进制定和实施它的人所主张的价值目标的实现。任何国家的法律制度都不可能脱离该社会的道德或价值观念的影响而发挥作用。

四、法律的局限性

法律的局限性主要体现在以下几个方面：(1) 法律作用的范围不是无限的，有一部分人类行为和社会关系是不能用法律来调整的，只能由其他社会控制手段来调整。(2) 法律只是调整社会关系的一种方法，如果没有其他的社会控制手段和方式的配合，法律的作用也不能很好地发挥。(3) 法律与事实之间的对应难题也不是法律所能够完全解决的。法律是否适用所对应的事实有时是难以确定的。(4) 法律自身的缺陷也影响其发挥作用。现实的法律自身总是存在一定的缺陷：第一，由于人的理性的有限性，总会存在一定的社会事实没有被法律所覆盖的情形，即“立法空白”。第二，国家的法律一经制定就具有一定的稳定性，而法律所调整的社会关系是不断发展变化的。因此，在法律实践中总会出现一些法律没有规定的新型案件，即“法律的滞后性”。第三，国家的法律规范具有一般性和抽象性特征，而法律所要解决的案件是个别的、具体的。因