

目 录

法理学 / 1

法制史 / 12

宪法 / 20

经济法

竞争法 / 28

消费者法 / 35

商业银行法 / 40

证券法 / 42

财税法 / 48

土地法 / 54

房地产法 / 59

环境保护法 / 62

劳动法 / 64

国际经济法 / 68

国际法 / 77

国际私法 / 90

法律职业道德 / 99

刑法 / 107

刑事诉讼法 / 159

行政法基本理论 / 195

行政诉讼法 / 199

国家赔偿法 / 215

行政处罚法 / 222

行政复议法 / 227

民法通则 / 230

合同法 / 257

法 理 学

法理学在每年司法考试命题中的分值为 10 分左右,但所考查的知识点十分庞杂,考查角度较偏,甚至细微到教材中重点词句。本书根据历届司法考试考查法理学的知识点的分布特征,总结出比较重要的几个知识群,并将这些知识群的重要考点详尽列出,以供读者在复习中参考、掌握。

一、法的历史类型、法系、法的继承、法的移植

就法理学而言,法的历史类型、法系、法的继承、法的移植四项理论都是司法考试的热点。同时这四项理论之间又存在极其密切的内在联系。故我们将其放在一起,集中论述。

命题角度主要在于:

1. 法系与法的历史类型划分的区别与联系。
2. 法的继承和移植的概念及二者的区别与联系。

[重点掌握]

1. 关于法的继承、法的移植、两大法系的区别的知识点

项目	法的继承的知识点
含义	法的继承是不同历史类型的法律制度之间的延续和继受,一般表现为旧法对新法的影响和新法对旧法的承接和继承。法的继承性并不排斥法的阶级性,也就是说法的阶级性的存在并不能否定法的继承性。
根据和理由	(1)社会生活条件的历史延续性决定了法的继承性; (2)法的相对独立性决定了法的发展过程的延续性和继承性; (3)法作为人类文明成果决定了法的继承的必要性; (4)法的发展的历史事实验证了法的继承性,如法国资产阶级以奴隶时代的罗马法为基础制定出《法国民法典》。
主要内容	法的继承的内容十分广泛,在当代,主要有: (1)法律术语、技术、形式; (2)有关社会公共事务的法律规定; (3)反映市场经济规律的法律原则和规范; (4)反映法的一般价值的原则。

项目	法的移植的知识点
含义	法的移植是指在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、消化外国法,使之成为本国法律体系的有机组成部分,它反映一个国家对同时代的其他国家法律制度或国际法律和惯例的吸收和借鉴。
类型	(1)经济、文化和政治处于相同或基本相同发展阶段和发展水平的国家相互吸收对方的法律,以至融合和趋同; (2)落后国家或发展中国家直接采纳先进国家或发达国家的法律; (3)区域性法律统一和世界性法律统一(法律全球化)。
与法的继承的区别	法的继承体现时间上的先后关系,法的移植则反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴,法的移植的范围除了外国的法律外,还包括国际法律和惯例。

项目	英美法系(普通法系)	大陆法系(民法法系)
判例的地位	判例是法的重要渊源。	在法律上不被认为是具有正式意义上的渊源,但可被认为是具有说服力的渊源。
法律渊源	以判例法为主要渊源,以解决诉讼为目的。	以制定法为主要渊源,法被理解为抽象规范。
法的分类	基本由普通法与衡平法组成。	基本分类为公法、私法的划分,公法主要指宪法、行政法、刑法、诉讼法,私法主要指民法和商法。
法典编纂	不倾向于法典形式,制定法往往为单行法律、法规。	一般采用法典形式。
诉讼程序和判决程序	采用对抗制,实行当事人主义,法官一般充当中立的裁判者角色,判决时首先要考虑以前的判例。	一般采用审理方式,奉行干涉主义,诉讼中法官居于主导地位,判决时法官首先要考虑制定法的规定。

注:资本主义国家的两大法系指的是大陆法系(又称为罗马法系、民法法系、法典法系)和英美法系(又称为海洋法系、普通法法系)。前者以法国和德国为典型代表,包括意、比、西、葡、荷、瑞士、奥地利等欧洲大陆国家和日本、泰国、土耳其等亚洲国家;后者以英国为典型代表,包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉、新西兰、澳大利亚、新加坡等国。

2. 掌握制定法的概念

制定法,系指由国家机关依照一定程序制定颁布的,通常以条文形式表现出来的规范性法律文件。制定法有时也被称为成文法,主要包括各种法律、行政法规以及地方法规。判例法是制定法的对称,二者有显著区别。制定法由立法机关以及其他有创制权的国家机关制定,而判例法则由法官在司法判决中创制;制定法表现为各种规范性法律文件,判例法存在于法院的个案判决中。因此,制定法与法院判例有明显不同,尽管二者同为法的渊源。衡平法是普通法系中与普通法相对称的一个重要概念。普通法指的是诺曼人征服英国后通过法院判决而逐步形成的适用于整个英格兰的法律。衡平法则是大法官法院的法官为了弥补普通法的僵化而根据公平正义原则对普通法进行修正、补充而发展起来的一种特殊的法律规则。由此可见,衡平法也不同于由立法机关或其他有法律创制权的机关制定的法律。习惯法是经有权的国家机关以一定方式认可,赋予其法律效力的习惯或惯例,它不同于国家制定颁布的规范性法律文件。因而,习惯法汇编也不属于制定法。至于家法族规,则根本就不是法律,它只是社会组织规范的一种,与国家制定或认可的法律有本质区别。

3. 注意法的历史类型、法的继承、法的移植相互间的关系

法的历史类型是按照法律制度赖以产生的生产关系的类型和反映的阶级意志的不同而对历史和现实的不同国家和地区的法律制度进行的分类。历史上存在过的法律制度包括四种历史类型,即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。不同类型的法在历史发展过程中

存在着历史的连续性和继承性。法律制度的继承性表现在法律规则、法律实践、法律意识、法律技术、概念等方面。此外,不同社会形态的国家法律制度之间可以相互借鉴、吸收和移植。法的继承性说明了不同类型的法之间的历史联系,而法律移植说明的则是同一时代不同地区或国家在法律制度上的吸收、借鉴,二者不应混同。

[理解应用]

1. 大陆法系和英美法系的主要区别表现在哪些方面?

- A. 法律渊源
- B. 法的分类
- C. 法典编纂
- D. 诉讼程序和判决程序

主题分析:

法系也是频繁出现的考点,应着重掌握资本主义国家的两大法系的特点及其所包括的国家。资本主义国家的两大法系指的是大陆法系(又称为罗马法系、民法法系、法典法系)和英美法系(又称为海洋法系、普通法法系)。前者以法国和德国为典型代表,包括意、比、西、葡、荷、瑞士、奥地利等欧洲大陆国家,还包括日本、泰国、土耳其等国;后者以英国为典型代表,包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉、新西兰、澳大利亚、新加坡等国。

答案与讲解: A、B、C、D

A、B、C、D项都是大陆法系和英美法系的主要区别。本题十分简单,并无什么干扰性。大陆法系和英美法系的主要区别还有一个方面是法律术语、概念上也有许多差别。需要注意的是,尽管两大法系的差别有这么多,但这些差别都是相对的,两大法系相互融合,差异日渐缩小。

2. 法的移植是一项十分复杂的工作,应该注意下列哪些方面?

- A. 法律体系的系统性
- B. 适当的超前性
- C. 供体与受体之间存在共同性
- D. 时间的先后性

主题分析:

不同类型的法在历史发展过程中存在着历史的连续性和继承性。法律制度的继承性表现在法律规则、法律实践、法律意识、法律技术、概念等方面。此外,不同社会形态的国家法律制度之间可以相互借鉴、吸收和移植。法的继承性说明的是不同类型的法之间的历史联系,而法律移植说明的则是同一时代不同地区或国家在法律制度上的吸收、借鉴,二者不应混同。

答案与讲解: A、B、C

法的移植是指在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国法,使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用。A、B、C项均是法律移植应当注意的方面,而D项是法的继承的特点。

二、法与几个范畴的关系

法与原始社会规范、道德、国家、政策等范畴的区别,也是司法考试的热点之一。本主题列表比较法与以上几个范畴的区别,供考生复习时参考、掌握。

命题角度主要在于:

1. 题干中列出法与某个范畴的区别点,让考生判断出符合题意的选项。
2. 法的特征。往往结合法的概念及本质来综合出题。

[重点掌握]

1. 法与原始社会规范的区别

区别点	法	原始社会规范
产生方式	由国家制定或认可。	人们在长期共同生产和生活中自发形成。
保证实施的力量	以国家强制力保障实施。	通过社会舆论、氏族首领的威望及传统力量保证实施。
适用范围	一般为属地主义。	属人主义。
二者关系	二者都是调整人们社会关系、维护社会秩序的行为规范,均具有普遍约束力,最初的法的内容由氏族习惯规则构成,即习惯法。	

2. 法与道德的区别

区别点	法与道德的区别
起源时间	道德在原始社会(或初民的社会)作为独立的或与宗教、习俗(习惯)相混合的形态而存在。但国家的实在法(国法、法律)只是随着一定的条件的成就,如生产力的发展、生产关系的变化、阶级和国家的产生、语言文字发达等等,才在一定的社会阶段出现。
表现形式	道德通常是约定俗成的,存在于人们的思想和观念之中,即使通过文字表述,以诸如社团章程、公约、守则、决议等形式存在,其内容也是比较原则、抽象的,其制定、修改和废除程序也很不严格。法律是作为国家制定或认可的规范而存在的,其成文形态多为法典、法规等具体的规范性文件,它们的制定、修改和废除都有严格的程序规定。
具体内容规定	一般地说,法律的内容比较具体、明确、肯定,既规定人们的义务,也规定人们的权利,而且通常以权利义务的一致性作为条件。道德的内容则不同,它侧重于人们的义务而不是权利,也不要求体现权利和义务的一致性。因此,在法学上有一种看法,说法律具有“两面性”(既重权利又重义务),而道德仅具有“一面性”(只重视义务)。
实现的方式和手段	道德的实施,不是凭借国家的强制力,而主要是依靠社会舆论和传统的力量以及人们的自觉维护。可见,道德的强制是一种精神上的强制,道德正是以此来调整人们的行为的。法律则不同,它的实施,必须依靠国家强制力保证,以国家机器为后盾,通过外在的强制(法律制裁)来强迫人们遵守。
调整的范围	从深度看,道德调整的对象不仅是人们现实的行为,而且还包括人们的思想、品格和行为的动机。在此方面,尽管法律在惩罚违法犯罪罪时也考虑人们的主观过错,但它不能惩罚这种主观过错本身。从广度上看,道德比法律调整的范围要广泛得多。一般地说由法律调整的关系,大多也由道德调整。但也并非所有的法律事项和问题都是道德评价或调整的对象。有些问题,如法律技术、程序的规定,与道德评价就没有直接的关系。

3. 法与国家的关系

法与国家的关系	
国家是法存在的政治基础,法离不开国家,依附于国家;没有国家就没有法律。	法是实现国家职能的规范,国家也离不开法律,无法律不成其为国家。
(1)法律的存在离不开国家的存在。法律是国家意志的体现,这就意味着法律的存在以国家的存在为前提。 (2)法律的实施离不开国家的强制力。法的基本特征之一在于它是由国家强制力保证实施的规范。 (3)法律的性质,直接取决于国家的性质。有什么性质的国家,就有什么性质的法。 (4)法律的特征、表现形式和内容也还受国家的特征、形式、传统、职能等方面的影响。	(1)法律是确认国家权力的一种重要的表现形式。任何政治统治,都必须运用法律来确认掌权阶级的统治地位及社会其他各阶级在法律上的地位,建立国家的经济制度、政治制度和管理形式。 (2)法律是执行国家职能的有效工具。国家为了实现其对内和对外职能,就必须制定和实施法律。 (3)法律是完善国家制度所必需的手段。这包括两个方面的内容:一方面,法律能够维护和巩固一定的社会关系和社会秩序,以保障国家制度不受破坏;另一方面,法律在进一步完善和健全国家制度方面具有重要作用。

4. 法与政策的关系

(1)法与政策的区别

法与政策的区别主要表现在:

第一,制定的机关和程序不同:法律是由国家专门的立法机关依法定程序创制的,而政策的制定则出自于多种机关、部门,制定程序也不严格。

第二,表现形式不同:在现代国家,法律通常采用制定法形式,而政策通常采用纲领、决议、指示、宣言、命令、声明等形式。

第三,调整的范围、方式不同:政策的调整范围比法律广泛;从方式上看,法律偏重于对现在的社会关系的确认、保护或控制,而政策偏重于采取灵活多样的措施,以适用社会情势的不断变化。

第四,稳定性不同:法律具有较大的稳定性,政策具有较大的灵活性。

(2)法与政策的联系

第一,法与政策相互依存、相互配合、相互作用。具体表现在:①法律以政策为指导,政策是法律制定的依据,同时对法律的执行也有指导作用;②政策依靠法律贯彻实施,法律是政策的定型化、条文化,法律的实施成为实现国家或执政党的政策的最为重要的手段。

第二,在实践中,法与政策的实际地位和效力可能会存在某种冲突和矛盾。不过,从近现代国家治国方式发展变化的总趋势看,法律日益成为最主要的社会调整手段。当然,重视法治,也不能忽视政策的作用。

5. 法的一般特征

区别法与几个范畴的关系时,应牢牢把握法的一般特征,此处司法考试曾多次考查过,是法理学部分最基本的知识点。

与相近的其他社会现象(如道德、宗教、政策等)相比,法具有如下一些特征:

(1)法是调整人们的行为或社会关系的规范,具有规范性

从形态上看,法是一种社会规范,调整的是人与人之间的相互关系或交互行为;而技术规范调整的是人与自然之间的关系。法作为社会规范,具有规范性,即法具有规定人们的行为模式,指导人们行为的性质。

(2)法是国家制定或认可的,体现了国家对人们行为的评价,具有国家意志性

法与道德规范、宗教规范、行业规范等相比,其特殊性主要体现在法所具有的国家意志性。法的国家意志性表现在:①法是由国家制定或认可的;②体现国家意志的法具有统一性和权威性,即从体现国家意志的角度上说,法总是一元的;③法是实现国家意志的重要手段。

(3)法是由国家强制力为最后保证手段的规范体系,具有国家强制性

一切社会规范都有强制性,但是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,是法的实施的最后的保障手段。法之所以要由国家强制力保证实施,原因在于:①法不能始终为人们自愿地遵守,需要通过国家强制力强迫遵守;②法不能自行实施,“徒法不足以自行”,需要国家专门机关予以适用。

但是还需要注意:①国家强制力是有一定限度的,而不是无限的,并不是每个法的实施活动或实施过程都需要借助国家政权及其暴力系统;②国家强制力也不是保障法的实施的惟一力量。

(4)法是国家权力管辖范围内普遍有效的社会规范,具有普遍性

法的普遍性,也称“法的普遍适用性”,即效力对象的广泛性和效力的重复性(法对人们的行为有反复适用的效力)。要注意,法的规范性与普遍性之间的关系:前者是后者的前提和基础,后者是前者的发展和延伸。

(5)法是按严格的程序制定的规范,具有程序性

从形式化的意义上看,法与其他社会规范的最后一个区别就在于,法是强调程序、规定程序和实行程序的规范。法具有程序性,其理由表现在:①法律在本质上要求实现程序化;②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。

【理解应用】

1. 下列关于法与道德、宗教、科学技术和政治关系的选项中,哪一项表述不成立?

- A. 宗教宣誓有助于简化审判程序,有时也有助于提高人们守法的自觉性
- B. 法具有可诉性,而道德不具有可诉性
- C. 法与科学技术在方法论上并没有不可逾越的鸿沟,科学技术对法律方法论有重要影响
- D. 法的相对独立性只是对经济基础而言的,不表现在对其他上层建筑(如政治)的关系之中

2. 下列有关法的阶级本质的表述中,哪些体现了马克思主义法学关于法的本质的学说?

- A. 一国的法在整体上是取得胜利并掌握国家政权的阶级意志的体现
- B. 历史上所有的法律仅仅是统治阶级的意志的反映
- C. 法的本质根源于物质的生活关系
- D. 法所体现的统治阶级的意志是统治阶级内部各党派、集团及每个成员意志的相加

主题分析:

法的特征和法的本质都属于法的基本范畴的内容。对法的特征,考生应有所了解。就法的本质而言,应注意:马克思主义法学认为,法的物质制约性和法的阶级意志性是法的不同层

次的本质属性,这两个方面是矛盾的统一体。

答案与讲解:

1.D

其实这更是一个哲学问题。法具有相对独立性,法的这种相对独立性既表现为对经济基础的相对独立性,也表现在对其他上层建筑(如政治)的关系之中,因此 D 选项说法错误而当选。其他三项都是正确的说法。

2.A、C

马克思主义法学强调,法体现统治阶级的意志,要经历一个复杂的过程,取决于统治阶级与被统治阶级的阶级斗争状况,也取决于统治阶级内部各阶层、集团或个人的矛盾和斗争。法的内容可以反映全社会各阶级、阶层的共同利益,也可能存在统治阶级作一定让步,体现一些被统治阶级的利益。法律是根源于统治阶级所处的社会物质的生活关系的。因此 A、C 是正确的;而 B、D 项是错误的,其中 D 项,法所体现的统治阶级的意志不是统治阶级内部各党派、集团及每个成员意志的相加,而是统治阶级内部各党派、集团及每个成员意志的斗争和调和。

三、几个具体制度

法的适用、法律关系、法律责任、法律制裁、法律监督、法律意见、法律解释也都是司法考试的热点,应为考生所重视。

本主题中我们详列以上 7 个制度的考点,望考生准确把握。

命题角度主要在于:

- 1. 举出几个关系,让考生判断哪些属于法律关系。
- 2. 结合实例分析法律事件与法律行为的区别。
- 3. 举出某一机关的某一行为,让考生判断是否属于法的适用行为。
- 4. 社会法律意识的含义。
- 5. 我国现行法律解释体制中有权解释包括哪些。
- 6. 法律责任的特点及法律责任与法律制裁的关系。

[重点掌握]

1. 法律关系

概念	在法律规范调整一定社会关系的过程中所形成的人们之间的权利义务关系。
特点	(1)根据法律规范建立的一种合法的社会关系; (2)体现国家意志性的特殊社会关系; (3)特定法律关系主体之间的权利义务关系。
主体	(1)公民(自然人)。 (2)各种机构和组织。包括:①国家机关;②企事业组织;③政党和社会团体。 (3)国家。
内容	法律权利;法律义务。
客体	(1)物;(2)人身;(3)精神产品;(4)行为结果。

2. 法的适用

概念	指国家司法机关根据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动。
特点	(1)法的适用是由特定的国家机关及其公职人员、按照法定职权实施法律的专门活动; (2)法的适用是司法机关以国家强制力为后盾实施法律的活动,具有国家强制性; (3)法的适用是司法机关依照法定程序所进行的活动,具有严格的程序性; (4)法的适用是司法机关运用法律处理案件的活动,具有合法性; (5)法的适用必须有表明法的适用结果的法律文书,如判决书、裁定书和决定书等。这些法律文书具有法律约束力。
原则	(1)公民在法律面前一律平等; (2)以事实为依据,以法律为准绳; (3)司法机关依法独立行使职权。

3. 法律意识

法律意识是人们关于法律和法律现象的思想观点、知识和心理的总称,包括人们对法的起源、本质、作用的想法,对现行法律的要求和态度,对法的评价和解释,对人们行为是否合法的评价,以及法律知识和法制观念等。

法律意识按不同标准可分为以下几类:

(1)按人们对法律现象认识的阶段的不同,法律意识可以分为法律心理和法律思想体系两部分。

(2)按意识主体的不同,法律意识可分为个人法律意识、群体法律意识和社会法律意识。

4. 法律解释

(1)全国人大常委会独享法律解释权。

(2)了解法律需要解释的两种情形,是选择题的命题素材(《立法法》第 42 条)。法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:

第一,法律的规定需要进一步明确具体含义的;

第二,法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。

(3)提出法律解释要求的六大有权主体(《立法法》第 43 条):中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会。

(4)法律解释案表决规则同法律相同(《立法法》第 40、46 条):由常务委员会全体组成人员的过半数通过,但公布者是常委会而非国家主席。

(5)注意法律解释的效力为何(《立法法》第 47 条):全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。

5. 法律责任与法律制裁

(1)法律责任是指由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果。

(2)与其他责任相比,法律责任的两个特点:①承担法律责任的最终依据是法律;②法律责任具有国家强制性。

(3)法律责任的本质:国家对违反法定义务、超越法定权利或滥用权利的违法行为所作的否定性评价。以补偿救济合法权益,恢复被破坏的法律关系与法律秩序。

(4)法律制裁,是指由特定国家机关对违法者依其法律责任而实施的强制性惩罚措施。其种类有:①民事制裁;②刑事制裁;③行政制裁;④违宪制裁。

6. 法律监督

广义的法律监督,是指由所有国家机关、社会组织和公民对各种法律活动的合法性所进行的监察、督促和督导。

(1)国家监督是指国家机关的监督,包括国家权力机关、行政机关和司法机关的监督。

(2)社会监督是指各政党、社会组织和人民群众依照宪法和法律,对各种法律活动的合法性进行的监督,包括共产党、社会组织和人民团体、社会舆论和人民群众的监督。

7. 法的作用

法的作用可以分为规范作用与社会作用两类。一方面,法是调整人们行为或社会关系的规范,所以法具有规范作用;另一方面,法是一定的人们的意志的体现,反映了他们的利益要求,所以法具有社会作用。法的两种作用之间是手段与目的的关系,规范作用是手段,社会作用是目的。

(1)法的规范作用

根据法在社会生活中发挥作用的形式和内容,法的作用分为规范作用和社会作用。从法是社会规范看,法具有规范作用;从法的本质和目的看,法具有社会作用(此为法的目的)。

法的规范作用具有以下五种。任何社会的法律都具有此五种规范作用,但是不同的社会,法的规范作用的实现程度各不相同。

第一,指引作用:法对本人的行为具有的引导作用。指引有两种形式:个别性(针对个案)指引和规范性(普遍性)指引;从立法技术上看,法律对人的行为的指引通常有两种方式:确定的指引和不确定(选择性)的指引。

第二,评价作用:法律作为一种行为标准,具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用。注意这里的对象是他人的行为。

第三,教育作用:通过法的实施使法律对一般人的行为产生示警和示范影响。

第四,预测作用:通过法律人们可以预先估计相互之间如何行为,以及行为的后果。

第五,强制作用:法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律。强制作用的对象是违法行为人的行为。

(2)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,大体上包括维护阶级统治和执行社会公共事务两方面。前者表现为:第一,调整统治阶级与被统治阶级的关系;第二,调整统治阶级内部成员之间的关系;第三,调整统治阶级与其盟友之间的关系。后者主要表现在维护人类社会基本生活条件,维护生产和交换关系,促进公共设施建设、组织社会化大生产,确认和执行技术规范,促进教育、科学文化的发展等方面。

[理解应用]

1. 法的指引作用可以分为确定的指引和有选择的指引,下列哪些表述属于有选择的指引?

A. 宪法规定,公民的人格尊严不受侵犯

- B. 合同法规定,当事人协商一致,可以变更合同
- C. 刑法规定,故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑
- D. 民法通则规定,公民对自己的发明或其他科技成果,有权申请领取荣誉证书,奖金或者其他奖励

2. 下列哪些情况会导致法律责任?

- A. 保安员曲某收 5 元自行车停车费,并不给收据
- B. 姜某向报社写信揭露某纪录片造假,报社没有刊登
- C. 冯某经公共汽车售票员提醒后仍不给抱小孩的乘客让座,小孩被拥挤受伤
- D. 塑胶五金厂要求工人一天至少工作 15 小时,加班费为每小时 1.5 元

3. 甲因乙不能偿还欠款将其告上法庭,并称有关证据被公安机关办理其他案件时予以扣押,故不能提供证据。法官负责任地到公安机关调查,并复制了相关证据材料。此举使甲最终胜诉。从法理学角度看,对该案的下列说法,哪些可以成立?

- A. 本案的承办法官对“以事实为根据,以法律为准绳”原则有着正确的理解
- B. 法官在审理此案时,违背了法官中立原则
- C. 本案的承办法官对司法公正的认识有误,法律职业素养有待提高
- D. 本案的审理比较好地体现了通过审判保障公民权利的司法功能

主题分析:

法的作用也称法的功能或职能,它分为法的规范作用和法的社会作用。法的规范作用又分为指引、评价、教育、预测和强制五种作用。人们按照法律的指引来决定自己的行为,是为法的指引作用。人们按照法律判断、衡量他人行为是否合法或有效,是为法的评价作用。法律通过其实施而给一般人以威慑或为一般人的行为树立典范,是为法的教育作用。人们通过法律预先估计彼此间的行为,是为法的预测作用。法律制裁、惩罚违法犯罪行为,是为法的强制作用。

一般而言,法的指引作用的对象是本人的行为,法的评价作用的对象是他人的行为,法的教育作用的对象是一般人的行为,法的预测作用的对象是人们相互的行为,法的强制作用的对象是违法者的行为。

在阶级对立社会中,法的社会作用主要有两个方面,即维护阶级统治和执行社会公共事务。

答案与讲解:

1. B、C、D

法的指引作用表现为:法律作为一种行为规范,为人们提供某种行为模式,指引人们可以这样行为,必须这样行为或不得这样行为,从而对行为者本人的行为产生影响。从另一个角度看,法的指引作用是通过规定人们的权利和义务来实现的。因此,法对人们行为的指引,也相应有两种方式:(1)确定的指引。它是指人们必须根据法律规范的指示而行为:法律要求人们必须从事一定的行为,而为人们设定积极的义务(作为义务);法律要求人们不得从事一定的行为,而为人们设定消极义务(不作为义务)。若人们违反这种确定的指引,法律通过设定违法后果(否定式的法律后果)来予以处理,以此来保障确定性指引的实现。(2)有选择的指引。它的涵义是指:法律规范对人们的行为提供一个可以选择的模式,根据这种指引,人们自行决定是这样行为或不这样行为。这是一种按照权利性规则而产生的指引作用。依此,B、C、D 项都属

于有选择的指引,而 A 项属于确定的指引。

2. A、D

法律责任,是指行为人由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利法律后果。由此看来,法律责任的存在必须是以违法行为、违约行为或者法律的明确规定。本题中,四个选项都没有法律的特别规定而产生的法律责任,那就要看是否有违法行为或者是违约行为。

《消费者权益保护法》第 21 条:“经营者提供服务,应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具服务单据。”据此,A 项属于违法行为,会导致法律责任。

依据《劳动法》第 37 条、第 44 条和第 90 条的规定,D 项也属于违法行为,依法应当承担法律责任。

B 项中,报社没有刊登的义务,无违法和违约行为,不产生法律责任。C 项中,冯某并没有让位的法律义务,因此冯某对小孩的受伤不承担法律责任。

3. A、D

其实本题考查的关键在于法官依申请调查取证是否合法。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 17 条:“符合下列条件之一的,当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据:

(一)申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料;

(二)涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料;

(三)当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。”本题中的情形当属于第一项规定的情形,人民法院根据当事人的申请调取证据的做法是合法的。那么此行为也就不违背法官中立原则,也不妨碍司法公正,因此当选 A、D 项,而不选 B、C 项。本题迷惑项非常简单,两两成对,因此判断一个即可答对本题。

法 制 史

法制史包括中国法制史和外国法制史两部分的内容,2003年首次列入司法考试大纲的范围,分值占10分。根据司考大纲的要求,在法制史部分,要求考生了解历史史实内容,前后系统记忆,并能够对相关法律材料和案例,运用传统法律知识进行综合分析。鉴于本内容的特殊性,预计进行深度考查的可能性是比较小的。所以,建议考生还是将重点放在记忆上。

【重点掌握】

一、中国历史上具有代表性的封建法典及其主要内容

1.《法经》

《法经》是中国历史上第一部比较系统的封建成文法典,充分反映了新兴地主阶级的意志与利益。《法经》共六篇:《盗法》、《贼法》、《网法》、《捕法》、《杂法》、《具法》。其中《盗法》、《贼法》是关于惩罚危害国家安全、危害他人及侵犯财产的法律规定。《网法》又称《囚法》,是关于囚禁和审判罪犯的法律规定;《捕法》是关于追捕盗贼及其他犯罪者的法律规定;《网》、《捕》二篇多属于诉讼法的范围。《杂法》是关于“盗贼”以外的其他犯罪与刑罚的规定。《具法》是关于定罪量刑中从轻从重法律原则的规定,起着“具其加减”的作用,相当于近代刑法典中的总则部分。

《法经》具有重要历史地位。首先,《法经》是战国时期政治变革的重要成果,是战国时期封建立法的典型代表和全面总结。其次,《法经》的体例和内容,为后世封建成文法典的进一步完善奠定了基础。

2.《魏律》、《晋律》、《北齐律》

(1)《魏律》又称《曹魏律》,对秦汉旧律有较大改革

首先,将《法经》中的“具律”改为“刑名”置于律首。

其次,将“八议”制度正式列入法典。“八议”制度是对封建特权人物犯罪实行减免处罚的法律规定。它包括议亲(皇帝亲戚)、议故(皇帝故旧)、议贤(有传统德行与影响的人)、议能(有大才能)、议功(有大功勋)、议贵(贵族官僚)、议勤(为朝廷勤劳服务)、议宾(前代皇室宗亲)。

最后,进一步调整法典的结构与内容,使中国封建法典在系统化和科学安排体例方面又前进了一大步。

(2)《晋律》颁行与张杜注律

西晋晋武帝诏颁《晋律》,又称《泰始律》。与魏律相比,在“刑名律”后增加“法例律”,丰富了刑法总则的内容。同时对刑律分则部分重新编排,向着“刑宽”、“禁简”的方向迈进了一大步。律学家张斐、杜预为《晋律》作注,总结了历代刑法理论与刑事立法经验,经晋武帝批准颁行,与《晋律》具有同等法律效力。注意这里的“注”的法律效力。

(3)《北齐律》

《北齐律》中首次规定“重罪十条”,是对危害统治阶级根本利益的十种重罪的总称。《北齐律》规定:“其犯此十者,不在八议论赎之限。”

3.《唐律疏议》

(1)概说

《永徽律疏》又称《唐律疏议》，是唐高宗永徽年间完成的一部极为重要的法典。疏议对全篇律文所作权威性的统一法律解释，给实际司法审判带来便利。《永徽律疏》的完成，全面体现了中国古代法律制度的水平、风格和基本特征，标志着中国古代立法达到了最高水平，成为中华法系的代表性法典。《永徽律疏》成为中国历史上迄今保存下来的最完整、最早、最具有社会影响的古代成文法典。唐律是中国传统法典的楷模与中华法系形成的标志，具有以下特点：“礼法合一”；科条简要与宽简适中；立法技术完善。

(2)十恶

“十恶”是隋唐以后历代法律中规定的严重危害统治阶级根本利益的常赦不原的十种最严重犯罪，渊源于北齐律的“重罪十条”。唐律中十恶的具体内容包括——谋反：即谋危社稷，指谋害皇帝、危害国家的行为；谋大逆：指图谋破坏国家宗庙、皇帝陵寝以及宫殿的行为；谋叛：即背国从伪，指背叛本朝、投奔敌国的行为；恶逆：指殴打或谋杀祖父母、父母等尊亲属的行为；不道：指杀一家非死罪三人及肢解人的行为；大不敬：指盗窃皇帝祭祀物品或皇帝御用物、伪造或盗窃皇帝印玺、调配御药误违原方、御膳误犯食禁，以及指斥皇帝、无人臣之礼等损害皇帝尊严的行为；不孝：指控告祖父母、父母，未经祖父母、父母同意私立门户、分异财产，对祖父母、父母供养有缺，为父母尊长服丧不如礼等不孝行为；不睦：指谋杀或卖五服（缌麻）以内亲属，殴打或控告丈夫大功以上尊长等行为；不义：指杀本管上司、受业师及夫丧违礼的行为；内乱：指奸小功以上亲属等乱伦行为。

唐律中“十恶”制度所规定的犯罪大致可以分为两类，一为侵犯皇权与特权的犯罪，一为违反伦理纲常的犯罪。唐律规定凡犯十恶者，不适用八议等规定，且为常赦所不原，此即俗语所谓“十恶不赦”的渊源。

(3)六杀

《唐律》贼盗、斗讼篇中依犯罪人主观意图区分了“六杀”，即所谓的“谋杀”、“故杀”、“斗杀”、“误杀”、“过失杀”、“戏杀”等。唐律的“谋杀”指预谋杀杀人；“故杀”指事先虽无预谋，但情急杀人时已有杀人的意念；“斗杀”指在斗殴中出于激愤失手将人杀死；“误杀”指由于种种原因错置了杀人对象；“过失杀”指“耳目所不及，思虑所不至”，即出于过失杀人；“戏杀”指“以力共戏”而导致杀人。

(4)六赃

六赃指《唐律》规定的六种非法获取公私财物的犯罪。唐律要求官吏廉洁奉公，严惩利用职权牟取私利或贪赃枉法的行为。在量刑上，对于官吏以权谋私、贪赃枉法的行为，唐律中均规定了较常人犯财产罪更重的刑罚。六赃具体包括以下罪名：一是“受财枉法”，指官吏收受财物导致枉法裁判的行为。二是“受财不枉法”，指官吏收受财物，但未枉法裁判行为。三是“受所监临”，指官吏利用职权非法收受所辖范围内百姓或下属财物的行为。四是“强盗”，指以暴力获取公私财物的行为。五是“窃盗”，指以隐蔽的手段将公私财物据为己有的行为。六是“坐赃”，指官吏或常人非因职权之便非法收受财物的行为。

(5)保辜

指对伤人罪后果不是立即显露的，规定加害方在一定期限内对被害方伤情变化负责的一项特别制度。

(6)唐律中的五刑

唐律承用隋《开皇律》中所确立的五刑即笞、杖、徒、流、死(分斩、绞二等)五种刑罚,作为基本的法定刑,其具体规格与《开皇律》稍有不同。

4.《宋刑统》

全称《宋建隆详定刑统》,简称《宋刑统》,是历史上第一部刊印颁行的法典。在具体编纂上,仍以传统的刑律为主,同时将有关敕、令、格、式和朝廷禁令、州县常科等条文,都分类编附于后,使其成为一部具有统括性和综合性的法典。

《宋刑统》和《唐律疏议》相比有这样一些特点:一是两者的篇目、内容大体相同。二是《宋刑统》分为 213 门,将性质相同或相近的律条及有关的敕、令、格、式、起、请等条文作为一门。三是《宋刑统》收录了五代时通行的部分敕、令、格、式,形成一种律令合编的法典结构。四是《宋刑统》删去《唐律疏议》每篇前的历史渊源部分,因避讳对个别字也有改动,如将“大不敬”的“敬”字改为“恭”等。

5.《大明律》

《大明律》是明太祖朱元璋在建国初年开始编修,于洪武三十年完成并颁行天下的法典,共计 7 篇 30 卷 460 条。它一改传统刑律体例,更为名例、吏、户、礼、兵、刑、工七篇格局,用以适应强化中央集权的需要。明律的制定经过了四个阶段。

6.《大清律例》

《大清律例》是中国历史上最后一部封建成文法典。《大清律例》以《大明律》为蓝本,是中国传统封建法典的集大成者。《大清律例》的结构、形式、体例、篇目与《大明律》基本相同,共分名例律、吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律 7 篇。注意后世各朝只是不断增修律文之后的“附例”。

[理解应用]

1.《唐律疏议》又称《永徽律疏》,是唐高宗永徽年间完成的一部极为重要的法典。下列关于《唐律疏议》的表述哪些是正确的?

- A.《唐律疏议》是由张斐、杜预完成的法律注释
- B.《唐律疏议》引用儒家经典作为律文的理论依据
- C.《唐律疏议》奠定了中华法系的传统
- D.《唐律疏议》对唐代的《武德律》等法典有很深的影响

2.《法经》在中国法律制度史上具有重要的地位。下列有关《法经》的表述哪一项是不准确的?

- A.《法经》为李悝所制定
- B.《盗法》、《贼法》两篇列为《法经》之首,体现了“王者之政莫急于盗贼”的思想
- C.《法经》的篇目为秦汉律及以后封建法律所继承并不断发展
- D.《法经》系中国历史上第一部成文法典

答案与讲解:

1. B、C

唐高宗下令召集律学通才和一些重要臣僚对《永徽律》进行了逐条逐句的解释,与《永徽律》合编在一起。而律学家张斐、杜预是给《晋律》作解释,而非给《永徽律》作解释,因此 A 是不正确的。《武德律》是唐朝的首部法典,先于《永徽律疏》制定,因此 D 项明显是错误的。B、C 项都是正确的说法。

2.D

《法经》是中国历史上第一部比较系统的封建成文法典。在此之前,春秋时期铸刑书是中国历史上第一次公布成文法的活动,铸刑鼎是中国历史上第二次公布成文法的活动。因此,D选项显然是不准确的。其他三项说法都是正确的。

《法经》是中国历史上一部极为重要的法典,当然为司法考试的考查重点。与此类似的商鞅变法是战国时期法制发展过程中的又一次意义重大的法制变革,也是需要注意的。其中变法的主要内容是值得掌握的。

二、西周时期的婚姻继承制度

1. 婚姻制度

第一,婚姻缔结的三大原则:一夫一妻制、同姓不婚、父母之命。注意“同姓不婚”的理由,主要有两点:首先,长期的经验证明,同姓男女为婚会影响整个民族的发展。其次,禁止同姓为婚,多与异姓通婚,是为了“附远厚别”,即通过联姻加强与异姓贵族的联系,进一步巩固家天下与宗法制度。

第二,“六礼”。西周时期“六礼”是婚姻成立的必要条件。六礼的内容是:纳采:男家请媒人向女方提亲;问名:女方答应议婚后男方请媒人问女子名字、生辰等,并卜于祖庙以定凶吉;纳吉:卜得吉兆后即与女家订婚;纳征:男方送聘礼至女家,故又称纳币;请期:男方携礼至女家商定婚期;亲迎:婚期之日男方迎娶女子至家。至此婚礼始告完成,婚姻也最终成立。“六礼不备谓之奔”,“奔”即现在所谓的私奔。

在这里要注意将“六礼”与“五礼”相区别。西周时期具体的礼仪形式主要有五个方面,通称“五礼”:吉礼(祭祀之礼)、凶礼(丧葬之礼)、军礼(行兵仗之礼)、宾礼(迎宾待客之礼)、嘉礼(冠婚之礼)。

第三,“七出”、“三不去”制度,此是宗法制度下夫权专制的典型反映。所谓“七出”,又称“七去”,是指女子若有下列七项情形之一的,丈夫或公婆即可休弃之,即不顺父母去、无子去、淫去、妒去、恶疾去、多言去、盗窃去。

按照周代的礼制,“三不去”就是夫家不能离异休弃的几种情形:有所娶而无所归,不去;与更三年丧,不去;前贫贱后富贵,不去。其中,“有所娶而无所归”是指女子出嫁时有娘家可依,但休妻时已无本家亲人可靠,若此时休妻则置女子于无家可归之地,故不能休妻。“与更三年丧”是指女子嫁入夫家后与丈夫一起为公婆守过三年孝,如此已尽子媳之道,不能休妻。“前贫贱后富贵”是指娶妻时贫贱,但以后变得富裕。按礼制夫妻应为一体。贫贱时娶之,富贵时休之,义不可取,故不能休妻。

2. 继承制度

西周时期,在宗法制下已经形成了嫡长子继承制。

三、中国封建刑罚的类型及其变迁

1. 秦代的刑罚

秦代的刑罚主要包括以下8大类:笞刑、徒刑、流放刑、肉刑、死刑、羞辱刑、经济刑、株连刑;其中前5类相当于现代的主刑,后3类相当于现代的附加刑。

2. 文帝、景帝废肉刑

直接起因是缇萦上书。文帝、景帝时期的刑制改革,为结束奴隶制肉刑制度,建立封建刑罚制度奠定了重要基础。

3. 魏晋南北朝时期的刑罚制度改革

规定绞、斩等死刑制度、流刑制度、鞭刑与杖刑制度,废除宫刑制度。

4. 宋元时期的刑罚变化

主要表现在:折杖法、配役(配役的一种为刺配,对后世刑罚制度影响极坏,是刑罚制度上的一种倒退)、凌迟(死刑的一种)的出现。

5. 明清时期的刑罚变化

在流刑外增加充军刑,即强迫犯人到边远地区服苦役。

四、中国封建社会的司法制度

1. 西周至秦汉、魏晋时期的司法制度

第一,司法机关

西周时期设司寇。周天子是最高裁判者。中央设大司寇,负责实施法律法令,辅佐周王行使司法权。大司寇下设小司寇,辅佐大司寇审理具体案件。秦汉时期设廷尉。皇帝掌握最高审判权;廷尉为中央司法机关的长官,审理全国案件。汉承秦制,廷尉仍是中央司法长官。北齐时期正式设置大理寺,以大理寺卿和少卿为正副长官。大理寺的建立增强了中央司法机关的审判职能,也为后世王朝健全这一机构奠定了重要基础。除此之外,还存在御史制度。

第二,诉讼制度

(1)西周时期的“狱”与“讼”之分。民事案件称为“讼”,刑事案件称为“狱”,审理民事案件称为“听讼”,审理刑事案件叫做“断狱”。

(2)西周时期的“五听”、“五过”与“三刺”制度。

“五听”制度指判案时判断当事人陈述真伪的五种方式。具体内容是:辞听、色听、气听、耳听、目听。

“五过”是西周有关法官责任的法律规定。“五过”的具体内容是:惟官,畏权势而枉法;惟反,报私怨而枉法;惟内,为亲属裙带而徇私;惟货,贪赃受贿而枉法;惟来,受私人请托而枉法。凡以此五者出入人罪,皆以其罪罪之。

“三刺”制度的具体内容是:西周时凡遇重大疑难案件,应先交群臣讨论,群臣不能决断时,再交官吏们讨论,还不能决断的,交给所有国人商讨决定。

(3)秦律中的“公室告”与非“公室告”。“公室告”,官府对此必须受理。非“公室告”,官府不予受理。子女强行告诉的,还要给予处罚。

(4)汉代的《春秋》决狱。这是法律儒家化在司法领域的反映。其特点是依据儒家经典——《春秋》等著作中提倡的精神原则审判案件,而不是仅仅依据汉律审案。强调审断时应重视行为人在案情中的主观动机,在着重考察动机的同时,还要依据事实,区分首犯、从犯和既遂、未遂。

(5)汉代的“秋冬行刑”。汉代对死刑的执行,实行“秋冬行刑”制度。汉统治者根据“天人感应”理论,规定春、夏不得执行死刑。

2. 唐宋至明清时期的司法制度

第一,唐宋时期的司法机关

唐代沿袭隋制,皇帝以下设置大理寺、刑部、御史台三大司法机构,执行各自司法职能。宋沿唐制,在中央设置大理寺、刑部、御史台,分掌中央司法审判职权。

第二,明清时期的司法机关