目摇摇录

第一章 宪法学

摇 第一节摇外国宪法案例部分 …… (员)
第二节摇中国宪法案例部分 …… (员远)

第二章 行政法学

摇 第一节摇行政法概述 …… (圆缘)
一、行政法的概念和特点 辕缘
二、行政法的基本原则 辕员员
三、行政法律关系 辕员愿
第二节摇行政组织法 …… (源远)
一、行政机关 辕源远
二、国家公务员 辕缘源
第三节摇行政行为法 …… (缘愿)
一、行政行为法的概念和内容 辕缘愿
二、行政立法 辕远愿
三、行政处罚法 辕苑缘
四、行政复议 辕员员

需要全本请访问 www.ertongbook

第三章 刑法学

摇 第一节摇刑法的适用范围 …… (9)
一、刑法的空间效力 (9)
二、刑法的时间效力 (10)
第二节摇犯罪 …… (11)
一、犯罪的概念 (11)
二、犯罪构成 (12)
三、排除社会危害性的行为 (14)
四、犯罪形态 (15)
五、共同犯罪 (17)
第三节摇刑罚 …… (19)
一、刑罚的概念 (19)
二、刑罚的种类 (19)
三、量刑 (21)

第四章 民法学

摇 第一节摇民法概述 …… (23)
一、民法的概念 (23)
二、民法的基本原则 (23)
三、民事法律关系 (24)
四、民事法律关系主体 (25)
五、民事行为和代理 (26)
六、民事责任和诉讼时效 (27)

第二节摇财产所有权 …… (员愿)
一、财产所有权的概念和内容 (员愿)
二、共有关系和相邻关系 (员苑)
第三节摇债权 …… (员怨)
一、债的概念 (员怨)
二、债的发生根据 (员怨)
第四节摇人身权 …… (员苑)
第五节摇财产继承权 …… (员苑)
一、财产继承权概述 (员苑)
二、法定继承 (员苑)
三、遗嘱继承 (员愿)
第六节摇婚姻家庭法 …… (圆员)
一、婚姻法的基本原则 (圆员)
二、婚姻关系 (圆苑)
三、家庭关系 (圆远)
四、无效婚姻和可撤销婚姻 (圆苑)

第五章 民事诉讼法学

摇 第一节摇民事诉讼法概述…… (圆愿)
一、民事诉讼、民事诉讼法 (圆愿)
二、民事诉讼法的效力 (圆怨)
三、民事诉讼法律关系 (猿员)
四、民事诉讼法的基本原则和基本制度 (猿员)
五、民事诉讼保障制度 (猿猿)
六、法院裁判 (猿苑)

第二节摇民事诉讼管辖 …… (圆愿)
一、主管 辖圆愿
二、管辖 辖圆怨
第三节摇诉和民事诉讼证据 …… (圆缘)
一、诉 辖圆缘
二、民事诉讼证据 辖圆缘
第四节摇诉讼参加人 …… (圆远)
一、当事人 辖圆远
二、共同诉讼人 辖圆愿
三、诉讼代表人 辖圆怨
四、第三人 辖猿园
第五节摇民事诉讼程序 …… (猿园)

第一章摇宪法学

第一节摇外国宪法案例部分

案摇例

马伯里诉麦迪逊案

摇摇员愿园员年年初联邦党人在总统和国会选举中全面失败。即将卸任的亚当斯总统做出了一连串的政治安排。由于行政权和立法权均已丧失,联邦党人惟一可能继续控制的阵地就是不受大选结果直接影响的司法领地。因此,亚当斯总统立刻提名他的年轻有为的国务卿、坚定的联邦党人马歇尔出任首席大法官,这得到了其控制的国会参院的认可。

紧接着,即将卸任的国会还采取了一系列动作,于 员愿园员年 圆月 员猿日和 圆苑日先后通过了《巡回法院法》和《哥伦比亚特区组织法》,对美国的法院系统进行了重大的调整。前一法令将联邦巡回法院的数量从 猿个增加到 远个,并因此新设了 员远名巡回法院法官;又在华盛顿这一对最高政治可能有重大影响的特区增加了 缘

需要全本请访问 www.ertongbook

个地区法院,在每个地区增设一名检察官和一名联邦执法官。最后,又在人口稀少但邻近首都的各县设立了 [illegible] 名任期 [illegible] 年的治安法官。这一任期将跨越下一届总统选举,新任总统如果想替换其中一位的话,除修改立法别无他法。[illegible] 年 [illegible] 月 [illegible] 日,亚当斯总统在离任前认命了 [illegible] 名治安法官。这些法官是在 [illegible] 月 [illegible] 日午夜以前经参议院同意、总统签署后生效的。

一切都已准备停当,一个意外事件却打乱了联邦党人的如意算盘,新任命的法官没有全部接到委任状。当太阳再次升起时,有 [illegible] 份治安法官的委任状仍滞留在国务院。新上任的杰弗逊总统对联邦党人的这些做法早就气愤之极,得知这一消息后,他立即指令国务卿麦迪逊拒绝发送这些已经签署封印的委任状,并将这些委任状都"如同办公室的废纸、垃圾一样处理了"。与此同时,以共和党人为主的新国会立即引入法案并于 [illegible] 年 [illegible] 月 [illegible] 日成功地废除了《巡回法院法》,但没有撤销增设治安法官的《哥伦比亚特区组织法》。为了防止马歇尔控制下的最高法院挑战国会的行动,新国会还进一步以法令形式迫使最高法院关闭了 [illegible] 个月。当最高法院再次开庭时,已经是 [illegible] 年了。未能获得委任状的 [illegible] 人之一的威廉·马伯里万般无奈,他依据 [illegible] 年《司法法》第十三款所规定的联邦最高法院管辖权提出诉讼,要求最高法院向新任国务卿麦迪逊发出训令,命令他递交委任状。

联邦最高法院受理了此案。在该案判决中,最高法院院长、首席大法官马歇尔从以下三个问题入手:[illegible] 马伯里是否有权获得委任状;[illegible] 如果马伯里有该权利但其权利被侵犯了,法律上是否可以给予救济;[illegible] 如果法律上可以给予救济,是否可以由最高法院发出强制执行令。

关于第一个问题,马歇尔认为,任命状一经总统签署并加盖国

玺即发生法律效力,而且这一任命有不受行政机关干预的权利,这项任命是不可撤销并受法律保护的。第一个问题的解决为第二个问题的解决提供了前提。马伯里是有权利的。任何阻碍马伯里的任命的行为是没有法律依据的,而且是侵犯法律权利的行为。既然权利受到了侵犯,当事人就有权要求法律为其提供救济。但是法律将如何给他以救济,是否应按当事人提出的由联邦最高法院向国务卿麦迪逊发出强制执行令?这牵涉到司法权与行政权的关系问题,即法院是否有权审查行政部门的行为的合法性?马歇尔认为,行政首脑的行为的合法性是否可以在法院受到审查,必须以该行为的性质而定。就总统任命官员这一问题来看,这是宪法授予的重要的政治权力。总统在行使这一权力时,可以运用自由裁量权。这种行政裁量权力的主体是政治性的,与国家有关,而与单独的个人权利无关。所以,总统的决定是最终的决定,不能由法院审查。换个角度说,马伯里能否要求最高法院下达强制执行令而得到法律救济也完全取决于他的请求的性质。马伯里请求确认前总统的认命有效,他享有治安法官的资格。但马歇尔说:"法院的惟一职责是裁决个人权利,而不应调查行政部门或行政官员是如何运用自由裁量权履行其职责的问题。这种问题在性质上是政治问题,根据宪法和法律应由行政部门处理,不应由法院审理。"(《宪法教学案例》,中国政法大学出版社,[illegible]年版,第[illegible]页)

但是,马伯里所依据的是[illegible]年的《司法法》第十三款,这一款规定最高法院对这类问题有一审管辖权,因此可以向麦迪逊发出训令。虽然马歇尔上述的推论与这一法律规定有些矛盾,然而,马歇尔调动了他的全部智慧机智地回答了这一问题。他说,依据美国宪法第三条,马伯里的案件不属于宪法规定的联邦最高法院一审管辖之内,[illegible]年的《司法法》显然没有得到宪法的授权,它

实际上扩大了最高法院的管辖权。美国宪法第三条第二款规定："在一切有关大使、公使、领事以及州为一方当事人的案件，最高法院有初审管辖权。在上述所有其他案件中，最高法院有关于法律和事实的上诉管辖权，但须依照国会所定的例外和规程。"马歇尔认为，马伯里案件属于宪法所指的其他案件，这样的话，最高法院对此种案件只有上诉管辖权，没有初审管辖权。因此，宪法与《司法法》之间在这一问题上的规定相互抵触。

那么，当宪法和普通立法有冲突时，马歇尔指出，必须服从宪法，因为宪法是最高的法律，不允许国会以一般立法来改变其内容。确定法律规定的含义当然是司法部门的领地和责任；如果发现两个规则有冲突，必须由法院来决定谁有效。与宪法相背的法律就是违宪的，也因此是无效的。因此，尽管马伯里享有权利，尽管麦迪逊不送达委任状侵犯马伯里的权利，尽管马伯里应当得到法律救济，但是，最高法院对此问题没有管辖权。

马歇尔的观点通过马伯里一案判决中的一致多数意见得到确认，从此马歇尔确立了美国宪法中的司法审查原则的不可动摇的地位，并且通过马伯里一案，马歇尔一方面加强了联邦司法部门作为与其他两部门抗衡的独立部门的地位，另一方面增加了联邦最高法院作为一个政府机构的威望与声誉。从此，将由联邦最高法院来作为宪法含义的最终裁断者。

（案例来源于《宪法教学案例》，中国政法大学出版社，2002年版）

研摇讨

摇摇美国的违宪审查，在美国的法律术语中又称为"司法审查"。

这一用语在世界各国是通用的,但在美国有其特殊意义。其大意是:普通法院(实际上是指联邦最高法院)有权审查联邦的立法或各州的宪法和立法是否符合联邦宪法。(《比较法研究》,沈宗灵著,北京大学出版社,[illegible]年版,第[illegible]页)[illegible]年的马伯里诉麦迪逊案让最高法院大法官马歇尔有机会使联邦司法部门具有了违宪审查权。在该案的判决中,马歇尔阐述了联邦最高法院享有违宪审查权的理由。他认为,宪法是国家的最高法律。起草宪法的人,必须以宪法作为国家最高法律,在成文宪法之下,法律违宪当然无效。在三权分立之下,法院有解释宪法的权力。"显然,司法部门有责任去阐明什么是法,适用法规与个别案件者,必须先解释该法规。如果两个法规相互冲突,法院必须决定各个法律的效力。"(《司法改革研究》,王利明著,法律出版社,[illegible]年版,第[illegible]页)依此类推,如果法律与宪法相抵触,而且法律与宪法都可以适用于同一案件,这时就有是舍弃宪法还是舍弃法律的选择问题。但是按照美国联邦宪法第六条的规定,联邦司法权可管辖联邦宪法规范之下所发生的一切案件,也就是说法院在审理案件时不可能不考虑宪法的作用。因此,宪法是至上的,法院享有的违宪审查的权力、最高法院的管辖权不能因议会立法而改变。

司法审查权的设立为保障宪法基本原则的实施,为制衡行政和立法机关稳定宪制,保障公民基本权利和自由的实现起到了重要作用。当然,这并不是说司法审查权行使上就可以漫无边际,可以发挥无限的裁判权能。相反,在近[illegible]年的发展中,联邦最高法院在行使司法审查权时也形成了一系列的自我约束原则,如政治问题不受审查的原则。所谓政治问题不受审查是指如果一个案件所争论的问题属于政治问题,则只能由国会和行政部门解决,而不能通过司法途径解决。司法机关应充分尊重政治部门的意见,不

干预政治。政治问题的裁决不属于司法机关的权限。那么,如何判断一个问题是政治问题,司法机关不能染指,主要采用两个标准:"第一,宪法是否已明确规定将此问题交给立法或行政部门处理,如国会议员选举中出现的争议,已由宪法明确规定由国会负责处理。第二,是否缺乏具体可行的标准来做出合理的司法判决。否则,该问题也只能由立法或行政部门处理。"

马伯里诉麦迪逊案所确立的违宪审查制不仅在美国不断发展和完善,对资本主义各国的宪政也发生了重大影响,而且对美国产生了统一法制、平衡权力的作用,对世界各国宪法监督机制的构建也起到了推波助澜的作用。

案摇例

普莱西诉弗格森案

员愿园年,美国路易斯安那州公民普莱西从新奥尔良乘火车前往柯利顿。普莱西坐在白人车厢。因为他认为自己有苑/愿的白人血统,外貌酷似白人。但当列车长查票时,他命令普莱西到黑人车厢去坐。而普莱西坚持不去黑人车厢。相持之下,列车长叫来乘警,要求将普莱西逮捕,交由法院判罪。

在联邦刑事地方法院,法官根据员愿园年路易斯安那州通过的一项法案对普莱西做出了有罪判决。该法案第一节规定:本州的所有铁路公司在运送旅客时,都必须为白人和有色种族提供平等但隔离的设施,可以为每列客车设两节以上的车厢,也可以把一节车厢分为两部分,以保证设施的隔离。但是本节规定不适用于市内有轨电车。任何人都不得占用不属于其种族的座位。该法案第

二节规定:该类旅客列车的工作人员有权也有责任安排旅客到其种族所应乘坐的车厢或位置去就座。任何旅客如果拒绝到其种族所应乘坐的车厢或位置去就座则将被处以[illegible]美元的罚款,或被处以不超过[illegible]天的监禁。任何旅客列车的工作人员如果坚持安排旅客到其种族所不允许乘坐的车厢或位置就座,则将被处以[illegible]美元的罚款,或被处以不超过[illegible]天的监禁。如果旅客拒绝按照工作人员的安排就座,则列车工作人员有权拒绝该旅客乘车,对所造成的损失,工作人员和铁路公司概不负责。

普莱西不服法院对他的有罪判决。他认为,他是美国公民,应享有美国公民所享有的一切社会、政治、经济平等权。而法官损害了他所享有的联邦公民的权利,剥夺了他应得的司法救济的权利。特别是法官在判决中违背了联邦宪法第十三条修正案的规定。于是,普莱西以法官弗格森为被告,控告其行为违宪。该案几经周折,最终也没有达到普莱西的预期后果。最后,普莱西上诉到联邦最高法院。

联邦最高法院受理了此案,理由是该案涉及宪法基本权利。联邦最高法院认为,路易斯安那州"隔离但平等"的法令不违反联邦宪法关于废除奴隶制的第十三条修正案。该州的法令并没有剥夺黑人的自由地位。该法令只是注意到了白人和有色人种之间肤色的差别。这种差别是客观存在的,"一部指明这种肤色差别的法规,并不损害两个民族的法律地位,也不会建立起一种奴役性的服务状况"。(《宪法教学案例》中国政法大学出版社,[illegible]年版,第[illegible]页。)当然确立两个种族在法律面前的完全平等并不意味着"强迫实施两个种族有可能互相接触时,法律允许甚至要求把两个种族在空间上隔离,这并不意味着一个种族在地位上低于另一个种族(同上)。"

需要全本请访问 www.ertongbook

研摇讨

摇摇美国联邦最高法院所确立的“隔离但平等”原则不是一个单纯的法律原则。它的出台有着深刻的社会历史背景,包括为废除奴隶制做出卓越贡献的美国总统阿伯拉罕·林肯,他在同道格拉斯法官辩论时就说:“我和道格拉斯法官的意见一致,他(那个黑人)在许多方面不与我们平等——在肤色上是确定不平等的,大概在道德或知识的禀赋方面也是不平等的。”他还说:“我还愿意说,白种人和黑种人之间有肉体上的差别,我相信,这种差别将永远禁止两个种族在社会和政治平等的条件下生活在一起。”(《人类精神文明发展史》中国青年出版社,圆圆圆版,第猿卷,第圆源页。)

从法律角度看,联邦最高法院受理这一案件的目的主要是审查种族隔离是否合乎美国的宪法。经过审理,联邦最高法院的大法官们得出了一个经典的判决:隔离但平等原则符合美国宪法第十三条、第十四条修正案。美国宪法所保护的平等并不是指人人在社会上的平等,宪法也不能使人人在社会上一样平等。美国宪法保护的平等是政治上的平等,而非社会上的平等。对宪法平等权的这一限制性解释对美国后来的政治、经济、社会生活产生了巨大影响。特别是对教育活动的影响更为巨大。它不仅使以前的种族隔离学校合法化,而且为以后实施隔离但平等的公立教育提供了法律依据。这一理论在以后的半个多世纪里成为美国教育平等权保护的主导理论,直到员怨缘源年黑人学生根斯诉密苏里州州立林肯大学一案,隔离但平等原则才受到真正的挑战,改写了美国宪法历史。

(案例来源于《宪法教学案例》,中国政法大学出版社,员怨怨缘年版)

案例

西岸宾馆诉帕里什案

1933年至1937年美国罗斯福政府在第一次新政之后，开始第二次新政。这次新政的重点是社会改革，先后通过和批准了《社会保障法》、《劳工关系法》、《财产税法》和《工资与工时法》等一系列社会改革的法律。在这种社会背景下，华盛顿州也通过了《妇女最低工资法》，以保护妇女和未成年人免受在有损健康与道义的工作条件下工作，将州内任何行业雇佣妇女和未成年人在有损健康和道义的工作条件下从事工作的行为，包括以不足维持生计的低工资雇佣妇女从事工作的行为，均规定为违法，并确立了妇女和未成年人最低工资以及劳动条件的基本标准。根据当时这部法律的规定，妇女和未成年人的最低工资标准应为每周48小时共14.50美元。

本案的当事人帕里什（Parrish）是当时一家名为西岸宾馆的女雇员，因为实际所得的工资低于上述法律所规定的有关标准，遂向州地方法院提起诉讼，要求雇主将所差工资补回，但遭法院驳回。于是帕里什提起上诉。州最高法院支持了帕里什的诉讼请求，同时否定了西岸宾馆所提出的有关华盛顿州《妇女最低工资法》构成违宪的主张，裁定该法律合宪。西岸宾馆对此表示不服，仍以华盛顿州的《妇女最低工资法》违反联邦宪法第十四条修正案中的有关正当程序条款为由向联邦最高法院提起上诉。

联邦最高法院于1937年3月29日做出判决，该判决认为，联邦宪

法关于保障自由的正当程序条款并未确指为仅对合同自由的保护,而只是禁止非经正当的法律程序对自由所进行的剥夺。西岸宾馆主张,州法规定妇女和未成年人的最低工资制,违反了联邦宪法中保障合同自由的有关正当程序条款显然是曲解了宪法的含义。宪法保障的自由,应是针对危害人们的健康、安全、道德以及福利而有必要在法律上加以保护的社会共同体中的自由。因此,宪法上的自由必然受到正当程序的制约。从严格的意义上说,美国联邦宪法上的正当程序条款,实为公权力对自由的限制必须受到正当程序的制约,而不是宪法上的自由必须受到正当程序的制约。当然,自由也必然要受到一定的制约。

按照华盛顿州的州法所支付的最低工资,乃是经过劳资双方以及公益代表人充分审议而决定的。保护妇女乃是州行使其权限的一个正当目的,"州的立法机关显然有权考虑她们的立场和处境,有权采用相应的措施以去除以那种仅够吃饭的低薪榨取劳工的所谓'血汗体制'(sweating system)的弊端,有权把最低工资的要件看成是实施劳工保护政策中的重要良策"。据此,联邦最高法院判决帕里什胜诉。

(案例来源于法理与判例网)

研摇讨

摇摇从宪法原理角度讲,宪法上的权利,应当指的是个人针对国家、政府所享有的自由权利,即不能被公权力任意侵犯的自由权利。这些自由权利主要包括人身自由、经济自由和精神自由。在这个权利体系中,经济自由乃是轴心,它又具体包括财产所有权、债权、择业自由、社会帮助权等多项权利,甚至包括迁徙自由,而日

常经济生活中的合同自由自然也应成为题中之义。

世界各国宪法包括美国宪法上都没有直接表明保护合同自由的条款,但美国宪法第一条第十款中规定,任何州不得制定任何“侵害合同义务的法律”。由宪法对州法律中关于订立合同问题作出规定,本身就说明这里所说的合同应包含以州一方为当事人的合同,这也恰恰符合“权利针对权力”的立宪主义精神。具体来说,在有关合同的诉讼中应包括针对州修改或拒不履行本身与普通市民所签订的各种合同的有关争诉。当然,这一条款与民法这一调整财产关系的法律所保护的那种严格意义上的合同自由还是有严格区别的。因此,随着 20世纪末实体正当程序理论的兴起,美国宪法第一条第十款规定的内容就逐渐被纳入正当程序条款之中。

这样,有关劳资双方之间订立雇佣合同的自由,就可以宪法上的正当程序条款为保护,联邦和州的公共权力不得任意干涉。联邦和州的有关最低工资、工作时间等的法律,都必须受到宪法上的制约。

在本案中,帕里什受雇于西岸宾馆,二者之间在法律上自然存在着一个依据双方的自由意思所达成的雇佣合同。这种合同当然是一种私人之间的合同,是确认双方权利义务关系的协议,与任何公权力无涉。但是,当公民的基本权利受到侵害时,基本法就不得不对个人的诸权利与基本自由做出明示的确认,做出保护性的规定,特别是当公民的私权利受到公权力侵害时也不得不针对某个特定的公权力持有者可能施行的侵犯进行约束。这一原理早在立宪主义展开过程的初期就已得到认识。与权力的分割和限制的原则相对应,一般的政治权力不能侵入公民的私权利领域,这正是宪法的核心。

本案中华盛顿州《妇女最低工资法》就是旨在矫正公权力对私权利侵犯的弊端,当然它是公权力通过立法这一手段来对个人的合同自由所进行的一种干预,这与宪法规制这一行为形成了对抗,为此便有待于受到立宪主义立场的叩问。因此,西岸宾馆提出该法违反了宪法上的正当程序条款也不无道理。

然而,本案的判决却推翻了传统的实体正当程序这一理论,其关键的论理脉络是:"宪法保护自由,但这个自由是否包括合同自由,宪法则没有明确规定;即使宪法保护合同自由,它也不是一种绝对毫无界限的自由,因为它不能有损人们的健康、安全、道德以及福利。"判决从这里得出了一个恰好与此前的实体正当程序理论南辕北辙的命题,本案的判决虽然否定了实体正当程序理论,但这并不意味着它同时否定了这一理论曾经力图所保障的各种权利的实体,更不意味着否定了整个传统立宪主义的根本精神。简言之,它仅仅否定的是合同自由的绝对性,而不是全部的合同自由本身;或且说,它仅仅只是给合同自由的有效范围设定了宪法上的合理框架,但并不等于容忍公权力可以任意地或全面地介入私人之间合同自由的整个领域。

(案例来源于法理与判例网)

案摇例

布什诉戈尔案

2000年美国总统大选。候选人也可以说是竞争双方,是代表

共和党的布什和代表民主党的戈尔。当最终的官方的选举团选举结果揭晓时，布什已掌握有 圆苑张选票，戈尔有 圆苑张选票。按照美国有关选举的法律规定，当选总统所需的最少的选举团代表票数必须超过 圆苑票，而且在选举团中任一州的选举票数不得少于猿票。这样的话，只要任何一个州的选举团代表的选票由支持布什转投戈尔，戈尔将当选美国总统。偏偏在这时，竞争双方对选票数的公正性、准确性产生了争议。发生争议的是弗罗里达州，它一共有 圆缘张选举团选票，如果戈尔赢得这些选票，他将稳操胜券，相对轻松地赢得大选的胜利。

但是，在美国的联邦制下每一个州都有宪法赋予的权力，即通过法律来决定选举团代表的产生方式。而且选举团代表的构成关系到这个州的投票方向，具体来说，关系到谁能胜出。换句话说，美国总统选举的决定权不在民众的普选，而在官方的选举团的投票结果。员园多年来，美国各个州的法律都规定州选举团代表由所在州的人民选举产生。所以，当选民在选票上选择戈尔或布什时，实际上是在选择将代表自己投票给我的候选人的选举团的成员。当总统候选人赢得这个州的选民普选后，他将赢得该州的所有选举团代表的选票，这也就意味着他将在今后的决定性选举中赢得这些选票。

然而由于佛罗里达州选民普选的结果倾向性过于强烈，导致州法律所规定的自动的、机器的重新计票程序启动。在第一次重新计票后，布什仍然保持领先。戈尔对此次重新计票的结果非常不满。因为有数据表明最初的投票结果显示布什领先戈尔不到圆园园票，并且 还园万张海外选票尚未计算，这也就意味着布什的领先优势减少为不到 员园园票。而且戈尔认为在佛罗里达州的选举过程中没有严格地按照法律程序走，存在很多不规范的地方。

需要全本请访问 www.ertongbook