

2006



人大司考丛书



2006

国家司法考试 重要法条与考点大串讲

2006

Guojia Sifa
Kaoshi Zhongyao
Fatieao Yu Kaodian
Dachuanjiang

浓缩万国串讲精华, 分享一线教师授课智慧

北京万国学校
组编

中国人民大学出版社



人大司考丛书

国家司法考试 重要法条与考点大串讲

北京万国学校 组编

主 编 骆 勇

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

马 特	王小龙	王 锴
李 毅	林鸿潮	郑其斌
房保国	姚海放	袁登明
淳于闻		

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试重要法条与考点大串讲/北京万国学校组编. 5 版

北京: 中国人民大学出版社, 2006

(人大司考丛书)

ISBN 7-300-03937-5

I. 国…

II. 北…

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 (2006) 第 065885 号

人大司考丛书

国家司法考试重要法条与考点大串讲

北京万国学校 组编

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)

010-62511239 (出版部)

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.net> (中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫鑫印务有限公司

规 格 185×260mm 16 开本

版 次 2002 年 8 月第 1 版

2006 年 7 月第 5 版

印 张 28.25 插页 1

印 次 2006 年 7 月第 1 次印刷

字 数 630 000

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

写在前面的话

本书是北京万国学校第一本拥有完全知识产权和创新成果的司考辅导书，也是历年来我们力推、主推的一本辅导书，同时也是与万国学校一线教学结合最密切的辅导书之一。更难能可贵的是，自本书面世以来的五年间，虽然作者每年都有变化，但主体作者都一直坚持下来，并且每年的作者都认真地根据当年及往年的一线授课经验、心得乃至教训而及时地将本书的相应内容加以修改、增删，从而永葆了本书的青春与生命力。

本书之使用效果，亦颇得近年来万国学员与考生朋友的肯定，这恐怕也是本书作者努力修正使之臻于完善的最大动力来源吧。

言归正传，国家司法考试是一种具有相当难度的职业资格考试，其难就难在：一是复习量极大，知识体系极其复杂；二是重点难点比比皆是，难以突出；三是综合性强，体系性强；四是对理论修养与应用能力要求并重。本书之最大出发点，即在于舍末求本，以体系化的知识点为轴，删繁就简，立足减负，将重点难点一一突出。

司法考试作为一种成熟的考试，具有相对固定化的命题套路。知己知彼，方能百战不殆。故考生有必要了解这一套路。就司法考试题型而言，大致可以分为以下三种：

1. 纯法条题。是指可依据法条直接作答的题，不需要特别运用有关法学理论，也不需要知识点的体系性，只要知道法条的规定，就能得出答案。这种题在司法考试中占有一定的比例，尤其是在诉讼法、商法、经济法部分。

对付这种题目，考生必须在平时的复习中，把握可考法条，找到考查侧面，做到准确记忆。列入《国家司法考试法律法规汇编》的法条数量是巨大的，真正能在司法考试中考查的法条，毕竟是少数，考生必须根据司法考试的特点，找到可能考查的法条。对于可能考查的法条，其考查的角度很多，考生还必须注意最可能考查的角度，以便能够掌握重点，提高针对性。本书力图在这个方面有所突破。

2. 纯理论题。法理学、法制史属于纯理论的学科，其题目绝大多数为纯理论题。纯理论题直接与教材中的有关理论阐述有关，与现行法没有直接关联，没有明确的法条支撑。这种题目在宪法中也存在，在其他学科（如民法、民事诉讼法）中也存在少量的题目。

法理学、法制史、宪法因为没有法条或者法条较少且分值较低，所以这三个学科的题目以判断型选择题为主。判断型选择题的题干一般表述为“下列哪些说法是正确的（错误的、不成立的）”，而其选项则可能针对的是不同的知识点，也可能是同一知识点的不同侧面。这种题目考查的知识点具有相当大的迷惑性，其中一个选项判断错误，即“全军覆没”。为此，必须综合把握有关知识点。本书的法理学、法制史、宪法部分，力图在这个方面针对司法考试可能重点考查的知识点，帮助考生进行一次大的突破。

3. 案例与论述题。司法考试第四卷属于案例型与论述型主观题，其重要性不言而喻，其难度也众所周知。在前三卷的客观题部分，对于那些有法条背景的学科，比如民商法、

经济法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法，绝大多数的题目为案例型选择题。

案例与论述题，要求考生运用现行法，甚至结合有关理论对案例中的有关问题进行分析，以得出结论。案例与论述题综合考查考生的应用能力和对于法条、法理的深度理解与法学理论修养。在做案例与论述题时，首先要求考生能够从生动具体的案情中找到关键信息，并根据该信息选取应当适用的法条和有关理论。这就要求考生在平时能够充分把握法条之间的联系和区别，熟悉法条与有关理论之间的连结点。为此，本书将相关的可能混淆的法条，以及可能在同一案例中同时运用的法条，进行综合分析，以提高考生运用法条和相关理论解决问题的能力。

本书的风格就是“串”。“串”就是将法条与法条进行结合，将法条与理论结合，将理论与理论结合。这种以“串”为形式的结合其实就是一场举一反三式的深度复习。例如，在“串讲”复习《刑法》第263条的抢劫罪（该知识点是年年必考点，只不过考查的方式不同而已）时，最起码要帮助大家完成这样几项任务：一是分析抢劫罪构成要件的核心——抢劫的手段特征；二是抢劫罪的八种加重构成问题；三是指出本罪与其他易混淆的罪如敲诈勒索罪等的关键区别点；四是归纳出刑法条文中“准抢劫”或曰转化的抢劫罪之规定（共三个地方即第267条第2款、第269条、第289条）；五是总结关于本法条的相关司法解释。从方法论的角度，本部分串讲遵循着“纵横交错”、“举一反三”的规律，如第一个大标题与最后一个大标题基本都是从纵向的角度梳理刑事法条，而其他大部分标题基本上都是从横向的角度对有规律性、有共性的知识点进行总结与归纳。

本书是在以往版本的基础上，根据最新大纲和国家司法考试的发展趋向，修改而成。本书是万国的经典之作，也是其问世以来的第五版，已趋成熟，自成体系，独具特色，简练隽永，值得推荐！

骆勇

2006年6月于北京

目 录

第一讲 法理学	(1)
第一部分 分析法学派(法的本体)	(3)
第二部分 自然法学派(法的价值)	(7)
第三部分 现实主义法学派(法的运行)	(9)
第四部分 历史法学派(法的演进)	(13)
第五部分 社会法学派(法与社会)	(16)
第二讲 国际法学(含国际公法学、国际私法学、国际经济法学)	(19)
基本理论题	(19)
法条题	(33)
单纯记忆类知识点	(35)
原理类题	(38)
结合题	(42)
对比识记类知识点	(43)
生僻知识点	(47)
近年新增重要知识点	(49)
第三讲 中外法制史	(56)
第一部分 中国古代法制	(56)
第二部分 清末、民国时期的法制	(63)
第三部分 外国法制	(64)
第四讲 宪法学	(68)
第一部分 理论	(68)
第二部分 宪法总纲、宪法修正案和公民基本权利义务	(70)
第三部分 民族自治地方和特别行政区	(71)
第四部分 国家机构	(73)
第五部分 选举、罢免、辞职和质询	(77)
第六部分 立法法	(80)

第七部分 提案人	(82)
第五讲 商事法学、经济法学、知识产权法学	(84)
第一部分 商事法学	(84)
第二部分 经济法学	(121)
第三部分 知识产权法学	(151)
第六讲 刑法学	(166)
第七讲 民法学	(202)
第一部分 民法的基本构架——以部门法为线索的重点、难点解析	(202)
第二部分 理论专题归纳	(267)
第三部分 若干重要民法司法解释问题——与民法相关法条的对应	(280)
第八讲 行政法学(含行政诉讼法学)	(283)
第一部分 主体	(283)
第二部分 范围	(293)
第三部分 关系	(297)
第四部分 程序	(301)
第五部分 行为	(307)
第六部分 期限	(315)
第九讲 民事诉讼法学	(319)
民事诉讼法概述	(319)
基本制度与基本程序	(320)
考点指导	(346)
易混诸点集萃	(357)
重点法条与对应司法解释	(363)
关于法律文书的考查	(367)
第十讲 刑事诉讼法学	(372)
第一部分 原理与原则篇	(373)
第二部分 制度篇	(375)
第三部分 程序篇	(394)
第四部分 对其他易考点的特别归纳	(420)
第十一讲 司法制度与法律职业道德	(423)
第一部分 司法制度	(423)
第二部分 法律职业道德	(432)

第一讲

法理学

司法考试所要求把握的法理学内容，归根结底就是了解“法律是什么”“法律是谁”？体现在考试大纲中，就是四章二十四节、五大学派、五个视角对于一个问题“法律是什么”的解说之综合。

这五大学派是：（1）分析法学派，着重于法的自然面貌；（2）自然法学派，着重于法的内在精神；（3）现实主义法学派，着重于法的日常（现实）活动；（4）历史法学派，着重于法的历史表现；（5）社会法学派，着重于法的社会关系。

具体的认知路径则与给人介绍对象的过程相同（注意：只是可以近似地认为，因为司法考试大纲和教材中所涉及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记忆上的方便，同时对于法律的认识与对于一个人的了解是有着相当大的差异的）。具体而言，介绍对象的过程是：首先是自然面貌，包括外在形象（特征）、内在精神两个部分；其次是日常活动；再次是历史表现；最后是社会关系。

首先是“第一章 法的本体”，讲法的自然面貌，包括外在形象（特征）、内在气质两个部分：分别为分析法学派（特色就是“分析”——“分”解与剖“析”）与自

然法学派（特色是在法律规范之外寻找某种“自然”先在的精神）所侧重；就如同给人介绍对象，一般的过程都是先给看看照片，瞧瞧这个小伙（或者姑娘）的外观长相，然后肯定还要说不光是人长得帅（俊），而且心眼好使，非常懂事。

前者表现在“第五节 法律部门与法律体系”——将法律规范共同体纵向“分解”为各个部门法，与“第四节 法的渊源与分类”——将法律规范共同体横向“分解”为各个不同位阶层次（这两节内容纵横交错共同编织了一张疏而不漏的恢恢“法网”），再到第一节里的“法的特征”部分，共同描述了法律规范的具体形象——各种标准像、艺术照，相当于人的五官相貌；然后是进一步的专业“分解”——“第三节 法的要素”，将所有的法律规范都“分解”为“法律规则、法律原则、法律概念”以及其间所体现的“权利与义务”，也就是法的内部结构，大体上可以理解为人的肌肉、骨骼、血液循环系统等；其后就是第一节里的“法的作用”，法律肌体功能和社会作用；再后是这些作用的具体生效范围——“第六节 法的效力”，以及法的这些不同作用在人类社会中的具体展现，也就是对于众多（注意：不是全部）

社会关系的调整——“第七节 法律关系”；最后，在法律不能正常发挥作用时的强行矫正——“第八节 法律责任”。以上这些内容主要是分析法学派做出的理论贡献，通过对于法律规范的“分析”，即“分解”与“剖析”，从而正确地把握“法律是什么”。

但就如了解一个人不能仅仅是记住他（她）外在的相貌、体态，还要关注其内在心灵一样，自然法学派就认为：仅具有法的外在特征，却缺乏法律内在的精神意蕴者，不可以称之为法律。其中的道理很简单：“这家伙太缺德了，没人性，根本就不是人！”“缺德的家伙不是人，白白长了个人样子”（“恶法非法”）。体现在司法考试大纲和教材中，就是“第二节 法的价值”（还应该包括第四章的“第六节 法与人权”）。以上是对于“第一章 法的本体”的内容简介。

其次是“第二章 法的运行”，是讲法的日常活动，这是现实主义法学派（特色是注重法的“现实”活动）的观点，他们认为，说认识一个人只是知道长相、心灵美丑还不够，还得知道在日常生活中是上班的，还是求学的？做工的，还是务农的？抽不抽烟？喝不喝酒？……一句话，了解一个人就必须对他（她）现实生活中的所作所为有一个全方位的把握。具体在法律的认识方面，就是日常生活中的各种法律活动，包括：“立法（第一节）”、“执法与司法（第二节）”、“守法与违法（第三节）”、“法律监督（第四节）”以及在以上各个环节都会发生的“法律解释与法律推理（第五节）”（也就是法律的创立、法律的执行……）。

再次是“第三章 法的演进”，在这个方向上进行研究的主要是历史法学派（特色是专注于法的“历史”表现）。他们认

为对于一个人的了解无论是他（她）的外貌、内心，还是日常活动，这些都只是一个现时态的把握，而真正认识一个人，还必须关注他（她）的历史表现，换言之，就是要了解他（她）的成长轨迹，有无前科，他（她）是如何通过一步步的努力取得了今天的成就，或者说堕落到今天的地步，从而把握他（她）的性格，认识他（她）的发展规律，预测其未来的发展方向，从而对其予以引导或限制。体现在司法考试大纲和教材中就是“法的起源与发展（第一节与第二节）”、“法的传统与现代化（第三节与第四节）”。至于“第五节 法治理论”，也是对于这种“法的传统与现代”区分的继续，其中的主要内容就在于对传统“法制”与现代“法治”的辨析。

最后是“第四章 法与社会”。按理说，通过前面的三章介绍，对于“法律是什么”，我们不仅有了现时态的，包括分析法学派、自然法学派的静态认识，以及现实主义法学派的动态了解，还有了历史法学派的把握，应该说已经有了一个比较全面的认识了，但是在社会法学派（特色是考察法的“社会”关系）看来，还是不够。因为以上的种种认识，有一个通病：都仅是就法律而言法律。而了解法律，就要全面考察“法与经济（第二节）”、“法与政治（第三节）”、“法与道德（第四节）”、“法与宗教（第五节）”的相互关系，以及“法与社会的一般理论”，从而全面地认识“法律究竟是什么”（对于本章“第六节 法与人权”，似乎是放在“第一章第二节 法的价值”部分，作为法的一种内在精神更为合适一些）。

以上就是司法考试法理部分我们所要掌握的全部内容的一个概观。

第一部分 分析法学派（法的本体）

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。

（1）法律部门之间往往很难截然分开。

（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。

2. 法律部门的划分标准。

（1）主要标准是法律所调整的不同社会关系，即调整对象。

（2）其次是法律调整方法。

（二）法律体系

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。

（三）当代中国法律体系

1. 公法与私法的划分最早是由古罗马法学家乌尔比安提出来的，随着社会的发展，“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. 我国主要法律部门。

（1）宪法；（2）行政法；（3）民法；（4）商法；（5）经济法；（6）劳动法与社会保障法；（7）自然资源与环境保护法；（8）刑法；（9）诉讼法。

二、法的渊源与分类

（一）法的渊源

1. 在我国，对法的渊源的理解，一般是指形式意义上法的渊源（也就是法的效力渊源），主要是各种制定法。

2. 根据是否表现为国家制定的法律文件中的明确条文形式（实践中，法的渊源

最主要的分类）分为：

（1）正式渊源：可以从体现于国家制定的规范性法律文件中的明确条文形式中得到的渊源，如宪法、法律、法规等，主要为制定法，即不同国家机关根据具体权力和程序制定的各种规范性文件。

（2）非正式渊源：具有法律意义的准则和观念，这些准则和观念尚未在正式法律中得到权威性的明文体现，如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯等。

（二）当代中国法的渊源

1. 正式渊源包括：（1）宪法；（2）法律（广义上泛指一切规范性文件，狭义上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）；（3）行政法规；（4）地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件；（5）特别行政区的法律；（6）规章（包括部门规章、地方政府规章）；（7）国际条约、国际惯例；（8）军事法规与军事规章（在武装力量内部实施）。

2. 非正式渊源包括：（1）国家政策；（2）习惯。

3. 判例不是当代中国法的渊源。

4. 司法解释从严格意义上讲不是当代中国法的渊源。

（三）规范性法律文件的规范化与系统化

1. 法律汇编，也叫法规汇编，不是国家的立法活动，仅是一项技术意义上的工作。既有官方的汇编，也有民间的汇编。

2. 法典编纂是国家的立法活动之一，只能由国家的立法机关进行，其他任何机关、团体和个人均无权进行。

3. 法律清理也是规范性法律文件系统化的一种方法。

(四) 法的分类

1. 按照法的创制与适用主体的不同分为：(1) 国内法；(2) 国际法。

2. 按照法的效力、内容和制定程序的不同分为：(1) 根本法（宪法的别称）；(2) 普通法（宪法以外的其他法）。

3. 按照法的效力范围的不同分为：(1) 一般法；(2) 特别法（一般情况下，在同一领域，法律适用遵循特别法优于一般法的原则）。

4. 按照法规定的具体内容不同分为：(1) 实体法；(2) 程序法。

5. 按照法的创制和表达形式的不同分为：(1) 成文法；(2) 不成文法。

三、法的要素

(一) 法律规则

1. 法律规则是指采取一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应法律后果的行为规范。

2. 法律规则的逻辑结构包括：(1) 假定条件；(2) 行为模式（是任何法律规则的核心部分）；(3) 法律后果。

3. 法律规则和法律条文：法律规则是法律条文的内容，法律条文是法律规则的表现形式，并不是所有的法律条文都直接规定法律规则，也不是每一个条文都完整地表述一个规则或只表述一个法律规则。

4. 法律规则的分类：

(1) 按照规则的内容规定不同分为：①授权性规则；②义务性规则。

(2) 按照规则内容的确定性程度不同分为：①确定性规则；②委任性规则；③准用性规则。

(3) 按照规则对人们行为规定和限定的范围或程度不同分为：①强行性规则（义务性规则、授权性规则中的职权性规则都属于强行性规则）；②任意性规则。

(二) 法律原则

1. 法律原则的种类

(1) 按照法律原则产生的基础不同分为：①公理性原则；②政策性原则。

(2) 按照法律原则对人的行为及其条件之覆盖面的宽窄和适用范围大小分为：①基本法律原则；②具体法律原则。

(3) 按照法律原则涉及的内容和问题不同分为：①实体性原则；②程序性原则。

2. 法律原则与法律规则的区别

(1) 在内容上，法律规则的规定是明确具体的，法律原则较为笼统；

(2) 在适用范围上，法律规则只适用于某一类型的行为，法律原则具有更大的覆盖面和抽象性，适用范围比法律规则广；

(3) 在适用方式上，法律规则是以“全有或全无的方式”应用于个案，不同强度甚至相互冲突的法律原则可以同时适用。

(三) 权利与义务的相互联系

(1) 结构上的相关关系：两者紧密联系、不可分割，它们的存在和发展都必须以另一方的存在和发展为条件。

(2) 数量上的等值关系：两者的总量是相等的。

(3) 产生和发展上的统分关系：两者经历了一个从浑然一体到分裂对立再到相对一致的过程。

(4) 价值上的主次关系：一般而言，在等级特权社会往往强调义务本位，权利处于次要的地位；而在民主法治社会则强调权利本位，权利是第一性的，义务是第二性的，义务设定的目的是为了保障权利的实现。

(四) 法律概念

法律概念是对各种法律现象或法律事实加以描述、概括的概念。法律概念本身不是法律规则或法律原则，而是表述规则和原则之内容的工具。在这个意义上，法律概念不是完全独立的法的要素，而是依

附于法律规则或法律原则。

四、法的定义

(一) 马克思主义关于法的本质的基本观点

1. 法的正式性（又称法的官方性、国家性）指法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。

2. 法的阶级性是指在阶级对立的社会，法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志（注意：是统治阶级整体意志，而不是统治阶级的某个阶层、某个领导人的意志或每一个统治阶级成员的意志的简单相加）。

3. 法的物质制约性是指法的内容受社会存在这个因素的制约，其最终也是由一定社会物质生活条件决定的。

(二) 法的特征

1. 规范性：法是调整人的行为的社会规范；

2. 国家意志性：法是由公共权力机构制定或认可的具有特定形式的社会规范；

3. 普遍性：法是具有普遍性的社会规范（主要指在国家权力所及的范围内，法具有普遍效力或约束力）；

4. 强制性：法是以国家强制力为后盾的社会规范；

5. 程序性：法是通过法律程序保证实现的社会规范。

同时，法是以权利义务为内容的社会规范。

(三) 法的作用

1. 法的规范作用是法律必备的，任何社会的法律都具有，可分为指引作用、评价作用、教育作用、预测作用和强制作用五种。其中的指引作用依对人的行为的指引有两种形式：个别性指引与规范性指引；从立法技术上看，可分为确定的指引与不确定的指引。教育作用具体表现为示范作

用和示范作用。

2. 法的社会作用发挥于三个领域：社会经济生活、政治生活、思想文化生活领域；两个方向：政治职能（通常说的阶级统治的职能）、社会职能（执行社会公共事务的职能）。

3. 法在社会生活中具有重要作用，但法律不是万能的，具有局限性。

五、法的效力

(一) 法的效力的含义

法的效力，即法的约束力，指人们应当按照法律规定的行为模式来行为，必须予以服从的一种法律之力。

(二) 法的效力的分类

1. 规范性法律文件的效力，也叫狭义的法效力，指法律的生效范围或适用范围，即法律对什么人、什么事、在什么地方和什么时间有约束力。

2. 非规范性法律文件的效力，指判决书、裁定书、逮捕证、许可证、合同等的法的效力。这些文件在经过法定程序之后也具有约束力，任何人不得违反。但是，非规范性法律文件是适用法律的结果而不是法律本身，因此不具有普遍约束力。

(三) 法的时间效力

1. 法的生效时间：（1）自法律公布之日起生效；（2）由该法律规定具体生效时间；（3）规定法律公布后符合一定条件时生效。

2. 法终止生效的时间：（1）明示的废止；（2）默示的废止。

3. 法的溯及力（也称法溯及既往的效力，是指法对其生效以前的事件和行为是否适用。如果适用，就具有溯及力；如果不适用，就没有溯及力）：（1）有关侵权、违约的法律和刑事法律，一般以法不溯及既往为原则。（2）法不溯及既往并非绝对。目前各国通例是“从旧兼从轻”原则，也称为“有利原则”。（3）在某些有关民事权

利的法律中，法律有溯及力。

六、法律关系

(一) 法律关系的含义

法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务关系，是根据法律规范建立的、体现意志性的特殊社会关系。

(二) 法律关系的种类

1. 按照法律关系产生的依据、执行的职能和实现规范的内容不同：(1) 调整性法律关系，是基于合法行为而产生的，不需要适用法律制裁；(2) 保护性法律关系，是由于违法行为而产生，需要适用法律制裁。

2. 按照法律主体在法律关系中的地位不同：(1) 纵向（隶属）的法律关系，是在不平等的法律主体之间所建立的权力服从关系（旧法学称“特别权力关系”），法律主体之间的权利与义务具有强制性。(2) 横向法律关系，是指平权法律主体之间的权利义务关系。法律主体的地位是平等的，权利和义务的内容具有一定程度的任意性。

3. 按照法律主体的多少及权利义务是否一致：(1) 单向（单务）法律关系，是法律关系体系中最基本的构成要素，一切法律关系均可分解为单向的权利义务关系；(2) 双向（双边）法律关系；(3) 多向（多边）法律关系，又称“复合法律关系”或“复杂的法律关系”。

4. 按照相关的法律关系作用和地位的不同：(1) 第一性法律关系（主法律关系），是人们之间依法建立的不依赖其他法律关系而独立存在的或在多向法律关系中居于支配地位的法律关系；(2) 由第一性法律关系产生的、居于从属地位的法律关系，就是第二性法律关系或从法律关系。一切相关的法律关系均有主次之分。

(三) 法律关系的内容

法律关系的内容就是法律关系主体之

间的法律权利和法律义务，是法律规范的指示内容（行为模式、法律权利与法律义务的一般规定）在实际社会生活中的具体落实，是法律规范在社会关系中实现的一种状态。法律关系的内容不同于作为法律规范内容的权利和义务（法律上规定的权利和义务）。

(四) 法律事实

1. 法律事实就是法律规范所规定的、能够引起法律关系产生、变更或消灭的客观情况或现象。

2. 依是否以人们的意志为转移为标准，可以将法律事实大体上分为两类，即法律事件和法律行为。

3. 关于法律事实，我们还应注意：(1) 同一个法律事实（事件或者行为）可以引起多种法律关系的产生、变更或消灭；(2) 两个或两个以上的法律事实可引起同一个法律关系的产生、变更或消灭。在法学上，把两个或两个以上的法律事实所构成的一个相关的整体，称为“事实构成”。

七、法律责任

(一) 法律责任的含义和种类

1. 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的法律后果。

2. 以引起责任的行为性质为标准，分为：(1) 刑事责任；(2) 民事责任；(3) 行政责任；(4) 违宪责任；(5) 国家赔偿责任。

(二) 法律责任的竞合

1. 法律责任的竞合，是指由于某种法律事实的出现，导致两种或两种以上的法律责任产生，而这些责任之间相互冲突，但又不能同时追究，只能追究其一，这种情况即是法律责任的竞合。法律责任竞合是法律上竞合的一种，它既可发生在同一法律部门内部，如民法上侵权责任和违约责任的竞合，也可发生在不同的法律部门

之间,如民事责任、行政责任和刑事责任等之间的竞合。

2. 产生原因。

不同的法律规范从不同角度对社会关系加以调整,而由于法律规范的抽象性以及社会关系的复杂性,不同的法律规范在调整社会关系时可能会产生一定的重合,使得一个行为同时触犯了不同的法律规范,面临数种法律责任,从而引起法律责任的竞合问题。

3. 处理。

(1) 对于不同法律部门间法律责任的竞合,一般来说,应按重者处之。如果相对较轻的法律责任已经被追究,在追究较重的法律责任时应适当考虑折抵。

(2) 目前在实践中,法律责任的竞合较多的是指民事上的侵权责任与违约责任的竞合。对这种法律责任竞合的性质及法律上如何处理,理论上存在争议,各国的法律规定也有所不同:①有的国家禁止竞合,规定不得将违约行为视为侵权行为,因而不产生责任竞合问题。②有的国家允许或有限制地允许竞合,而赋予当事人选择请求权。如我国《合同法》第122条规定,在发生违约责任和侵权责任竞合的情

况下,允许受害人选择其中一种责任提起诉讼。

(三) 归责与免责

1. 在我国,归责的原则主要可以概括为:责任法定原则、公正原则、效益原则和合理性原则。

2. 法律责任的免除,也称“免责”(以“有责任”为前提,区别于“无责任”),是指法律责任由于出现法定条件被部分或全部地免除。在我国,主要存在以下几种免责形式:(1)时效免责;(2)不诉及协议免责;(3)自首、立功免责;(4)因履行不能而免责(是基于人道主义考虑的免责形式,不同于民法中的履行不能)。

3. 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。与上述法律责任的种类相对应,可以将法律制裁分为:(1)刑事制裁;(2)民事制裁;(3)行政制裁;(4)违宪制裁(承担违宪责任,承受违宪制裁的主体主要是国家机关及其领导人员。制裁形式主要有:撤销或改变同宪法相抵触的法律与决定、行政法规、地方性法规,罢免违宪的国家机关领导成员和人大代表等)。

第二部分 自然法学派(法的价值)

一、法的价值

(一) 法的价值判断与事实判断

1. 对于法律问题的判断也可以分为两类:

(1) 价值判断,即法律所拟定的原则、规则、制度等客观存在(客体),人们必须从它们能否体现和满足人们的需要,能否有更为理想的原则、规则、制度存在等角度来分析法律,从而涉及法律的应然状态和理想追求问题。(2) 事实判断,即对客

观存在的法律原则、规则、制度等所进行的客观分析与判断。主要解决客观存在的法律究竟是怎样的这一问题,它并不主张或者说根本抵制从“应然”的角度追问法律应当怎样的问题。

2. 代表事实判断的研究方法主要有三类:(1)规范分析方法,强调研究法律规范本身存在的机制、蕴含的意义、解决的问题等,这可以凯尔森的纯粹分析法学为代表;(2)社会实证方法,法社会学所采

用的正是这种方法；(3) 历史实证方法，历史法学派正是通过这种方法来研究现行法律的制定问题。

3. 法学上价值判断与事实判断在判断的取向、判断的维度、判断的方法以及判断的真伪标准等方面都有着重大的差别。

(二) 法的价值的种类(自由、秩序、利益、正义)

1. 自由。从价值上而言，法律是自由的保障。法律可以承载多种价值，但其最本质的价值是“自由”，它以“自由”为最高的价值目标。

2. 秩序。(1) 秩序是法的其他价值的基础。诸如自由、平等、效率等法的价值表现，同样也需要以秩序为基础。没有秩序，这些价值的存在就会受到威胁或缺乏必要的保障，其存在也就没有现实意义了。(2) 秩序虽然是法的基础价值，但秩序本身又必须以合乎人性、符合常理作为其目标。现代社会所言的“秩序”还必须接受“正义”的规制。

3. 利益。(1) 法对社会的控制和调整主要是通过对利益的调控而实现的。法对利益的调控，具体表现为两种情况：①利益表达；②利益平衡。(2) 在法治社会中，法对利益加以适当的调控，必须处理好三种利益关系：①公共利益与私人利益；②短期利益和长远利益；③物质利益和精神利益。

4. 正义。正义标准在法律上的实现，包括：(1) 正义是法的基本标准，法律只有合乎正义的准则时，才是真正的法律；(2) 正义是法的评价体系。

(三) 法的价值冲突及其解决

1. 价值位阶原则，适用于不同位阶的法的价值发生冲突时，在先的价值优于在后的价值。例如：自由优先于正义，正义优先于秩序。

2. 个案平衡原则，适用于同一位阶上

的法的价值之间发生冲突时。

3. 比例原则，是指“为保护某种较为优越的法的价值须侵及一种法益时，不得逾越此目的所必要的程度”。

二、法与人权

(一) 人权的概念

1. 人权的主体是人的个体(自然人)和群体(包括团体、集体等范畴)。

(1) 人权从其本来的意义上讲，就是“人的权利”，即所有人都可以享受的权利。

(2) 个体人权与集体人权是统一的。

(3) 一般说来，个体人权是集体人权的基础，集体人权是个体人权的保障。因此，必须把个体人权和集体人权统一起来，国家和国际社会对这两类人权都应予以高度重视和切实保障。

2. 自由是人权的内容要素，平等是人权的形式要素。

(二) 人权的层次

1. 应有权利。人权首先是一种道德权利，属于应有权利的范畴，即基于人的本性和本质所应该享有的权利。

2. 法律权利。人的“应有权利”只有法律确认为“法定权利”后才有实现的可能。

3. 实有权利。人权作为一种道德权利与法律权利，仅仅为人权的实现提供一种可能性与资格，人权还必须是一种实有权利，一种实实在在的现实权利。

(三) 法与人权的一般关系

1. 人权可以作为判断法律善恶的标准；

2. 法是人权的体现和保障。

(四) 人权的法律保护

1. 人权的法律保护在实践中主要表现为国内法的保护；

2. 第二次世界大战以后，人权保护形成了国际法的一个重要部门；

3. 我国政府已经签署了《经济、社会、文化权利国际公约》与《公民权利和

政治权利国际公约》。其中,《经济、社会、文化权利国际公约》业已被批准。

第三部分 现实主义法学派(法的运行)

一、立法

(一) 立法的含义

立法是指一定的国家机关依照法定职权和程序,制定、修改和废止法律和其他规范性文件及认可法律的活动,是将一定阶级的意志上升为国家意志的活动,是对社会资源、社会利益进行第一次分配的活动。立法是对个人行为自由与行为限制的界定,个体自然性与社会性的最优化统一。

(二) 立法体制

1. 立法体制,主要为立法权限的划分。

2. 立法权是一定的国家机关依法享有的制定、修改、废止法律等规范性文件的权力,是国家权力体系中最重要、核心的权力。

3. 立法体制的性质与形式:

(1) 立法体制的性质是与国家的性质相一致的。

(2) 立法体制的形式是与国家的结构形式和管理形式密切联系的。主要有一元制、二元制两类。

(3) 当代中国是单一制国家,根据我国宪法的规定,我国的立法体制是一元性的立法体制,全国只有一个立法体系;同时又是多层次的。立法法对立法权限进行了具体的规定。

(三) 立法原则

立法法规定为:

1. 立法应当遵循宪法的基本原则;
2. 立法应当依照法定的权限和程序;
3. 立法应当体现人民的意志;

4. 立法应当从实际出发,科学合理地规定权利与义务、权力与责任,即应遵循法治原则、民主原则、科学原则。

二、法的实施与法的实现

(一) 法的实施

1. 法的实施,是指法在社会生活中被人们实际施行。就是使法律从书本上的法律变成“行动中的法律”,使它从抽象的行为模式变成人们的具体行为,从应然状态进到实然状态。

2. 法的实施方式可分为三种:①法的遵守;②法的执行;③法的适用。

(二) 法的实现

1. 法的实现是指法的要求在社会生活中被转化为现实。

(1) 与法的实施不同,法的实施是人们施行法律,使法从应然状态到实然状态的过程和活动。

(2) 法的实现也不同于法的实效,法的实效是法律被人们实际施行的状态和程度,侧重于结果。

(3) 法的实现是将法的实施的过程性与法的实效的结果性结合的一个概念。

2. 法的实现有着重要意义:

(1) 法作为一种通过规定人们的权利、义务关系来调整人们行为或社会关系的社会规范,只有将抽象的行为模式转化为人们现实的权利、义务关系,才能发挥其应有的功能。

(2) 法的实施并不必然意味着法的功能的实现,只有将法的实施与对法的实效的追求结合起来,使法真正得到实现,才能发挥法在社会生活中应有的作用。

(三) 法的实现的标准

1. 人们按照法律规定的行为模式行为的程度, 是否能够按照授权性规范行使权利, 按照义务性规范履行义务, 是否能够根据法律设定的法律后果追究违法者的法律责任;

2. 刑事案件的发案率、案件种类、破案率及对犯罪分子的制裁情况;

3. 各类合同的履约率与违约率, 各种民事或经济纠纷的发案率及结案率, 行政诉讼的立案数及其审结情况;

4. 普通公民和国家公职人员对法律的了解程度, 他们的法律意识及法治观念的提高或提高的程度;

5. 与其他国家或地区的法律实施情况进行对比;

6. 社会大众对社会生活中安全、秩序、自由、公正、公共福利等法的价值的切身感受;

7. 法律的社会功能和社会目的是否有效实现及实现程度;

8. 有关法律活动的成本与收益的比率。

三、执法

(一) 执法的含义

执法, 又称法的执行。

1. 广义的执法, 是指所有国家行政机关、司法机关及其公职人员依照法定职权和程序实施法律的活动。“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”, 就是讲的广义的执法。

2. 狭义的执法, 专指国家行政机关及其公职人员依法行使管理职权、履行职责、实施法律的活动。称行政机关为执法机关时, 即为狭义。

(二) 执法的特点

1. 执法是以国家的名义对社会进行全面管理, 具有国家权威性。

2. 执法的主体, 是国家行政机关及其

公职人员。

3. 执法具有国家强制性, 行政机关执行法律的过程同时是行使执法权的过程。

4. 执法具有主动性和单方面性。对于国家行政机关而言, 执行法律既是职权, 也是职责。因此国家行政机关应当以积极的行为主动执行法律、履行职责, 而不一定需要行政相对人的请求和同意; 如果不主动执法并因此给国家或社会造成损失, 就构成失职, 要承担法律责任。

(三) 执法的基本原则

1. 依法行政的原则。是指行政机关必须根据法定权限、法定程序和法治精神进行管理, 越权无效。这是现代法治国家行政活动的一条最基本的原则。

2. 讲求效能的原则。

3. 公平合理的原则。

四、司法

(一) 司法的含义

司法, 又称法的适用, 通常是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, 是实施法律的一种方式。

(二) 司法的特点

1. 司法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, 具有国家权威性。

(1) 在我国, 人民法院和人民检察院是代表国家行使司法权的专门机关, 其他任何国家机关、社会组织和个人都不得从事这项工作。

(2) 在中国, 司法权包括审判权和检察权。

(3) 司法机关依照法律代表国家独立行使职权, 不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

2. 司法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. 司法是司法机关依照法定程序、运