

★
1
★



三|公|律|博|考|研|必|读|系|列

中国政法大学 法|学|硕|士|考|研|笔|记

FAXUE SHUOSHI KAOYAN BIJI

法(理)学 宪(法)学

三公律博法学教育中心◎编



中国政法大学出版社



三|公|律|博|考|研|必|读|系|列

中国政法大学 法|学|硕|士|考|研|笔|记

FAXUE SHUOSHI KAOYAN BIJI

法(理)学

宪(法)学

三公律博法学教育中心◎编



中国政法大学出版社

2013·北京

- 声 明**
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

中国政法大学法学硕士考研笔记 / 三公律博法学教育中心组编. —北京：中国政法大学出版社，2013.9

ISBN 978-7-5620-4984-5

I. ①中… II. ①三… III. ①法学—研究生—入学考试—自学参考资料 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 203723 号

- 出版者** 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 80.5
字 数 1980 千字
版 次 2013 年 9 月第 1 版
印 次 2013 年 9 月第 1 次印刷
定 价 168.00 元

目 录

法理学

考试说明	1
引 论	3
第一章 法	7
第二章 法的内容与形式	17
第三章 法的渊源与法的分类	28
第四章 法的效力	40
第五章 法律规范	46
第六章 法律体系	54
第七章 法律行为与法律意识	59
第八章 法律关系	63
第九章 法律责任与法律制裁	73
第十章 立 法	82
第十一章 法的实施	89
第十二章 法律推理	96
第十三章 法律解释	101
第十四章 法的实现与法律秩序	111
第十五章 法的产生与演进	113
第十六章 法与其他社会现象	118
第十七章 法与其他社会规范	122
第十八章 法制与法治	127

宪法学

考试说明	131
第一章 宪法的基本理论（上）	133
第二章 宪法的基本理论（下）	148
第三章 宪法的历史	160
第四章 国家性质	171
第五章 国家形式	177
第六章 选举制度	195
第七章 政党制度	204
第八章 公民基本权利的一般原理	208
第九章 我国公民的基本权利和义务	212
第十章 国家机构（上）	228
第十一章 国家机构（下）	250
第十二章 基层群众自治制度	280
附 录	285

法理学

考试说明

法理学（欧陆国家多称之为法哲学）是理论法学色彩最为浓厚的一门法学学科。与其他部门法学比较起来，法理学的重大特点是没有直接的法条，对于考生而言，无法条的法理学无形中增加了它的学习难度。

简单地讲，法理学的基本内容是有关法学的基础知识，包括诸如法的特征、法的作用、法的内容、法的形式、法的渊源、法的分类、法的效力、法律规范、法律部门、法律体系、法律关系、法律责任、法律制裁、法律推理、法律解释、法的运行（立法、执法、司法、守法等）以及法与社会（法的产生、法的演进、法与道德、法与宗教、法与政策等）。这些内容表达着法学的整体形象，也是进一步学习其他学科的理论基础。

法理学考试的范围包括三编十九章（含引论），除了第七章、第十四章、第十八章不属于考试的重点以外，其余各章均占有一席之地，其中第五章、第八章、第十二章、第十三章又属于重中之重的部分，尤其应该引起考生的注意。总结2005年以来的历年真题可以发现，它们不单是选择题的命题点，也是主观题的集中命题点。

目前法理学的试题类型包括三种，即单项选择题（每题1.5分，共15分）、简答题（每题5分，共10分）和分析题（案例分析题1题，共15分）。单项选择题的重复率非常高，不仅有同一考点的重复，也有同一试题的反复再现。可以毫不夸张地讲，考生只要把2005年以来历年所有的单项和多项选择题吃透吃熟，就基本可以应付当年考研的单项选择题了。一般地说，考生在单项选择题上得分的差距较小，直接决定考生之间法理学得分高低的是简答题和分析题。与单项选择题不同，简答题和分析题重复的可能性非常低，难度也比前者大一些，考虑到它们在法理学中的分值比重，建议考生把简答题和分析题作为法理学复习的第一重点来对待。

在法理学的复习上，根据笔者多年授课和辅导的经验，需要提醒考生尤其重视以下三点：第一，抓准重点，勤背重点。考研就是考重点，试卷上的偏题、怪题很少，即使不会也无关系紧要，考生对此无须担心。第二，重视真题，多做练习。在某种程度上，复习历年真题就是在预习考研真题。考生一定要多做选择题、简答题、分析题，寻找题感，找对方向，最终才会在考场上得心应手、轻车熟路。第三，结合案例，加深理解。法理学的知识比较抽象、枯燥，只有把它和有关案例结合起来才可能有一个深入的了解。

最后，笔者还想啰嗦几句，以方便考生对本书的使用。本书依据法理学教材（舒国滢主编）编撰而成。每章开篇均有本章概述，列举了重要考点，并提示了主观题命题点。在具体内容上，以节为单位提炼考点，配以例题（主要取自于历年真题）说明强调。考点之后标注★符号的表示重要考点，对于历年真题中的主观题考点和可能成为主观题命题点的考点也已使用★符号注明。

引 论

本章概述

本章共三节，重要考点包括法学的性质、法学思维、法学方法、法理学以及法理学的地位，其中可能成为主观题命题点的是法理学的地位。

引论部分是舒国滢教授编写，反映其个人的法学立场与观点，有几处（例如法学思维部分）直接来源于其学术论文，需要考生辨识。为考试计，望考生在理解基础上记忆。

第一节 法 学

一、法学的概念

1. 法学是研究法律现象的知识体系，是一门以特定的概念和原理来探求法律问题之答案的学问。也可以说，法学是以法律现象为研究对象的各种研究活动和认识成果的总称。

2. 法学是一门实践知识和实践学问，即通过实践之思获取的知识。按照古老的知识分类，人类的知识可以分为理论知识和实践知识，后者包括宗教知识、伦理知识、政治知识以及法律知识等。

3. 一般认为，法学属于社会科学。社会科学是以社会现象为研究对象的科学，它的任务是研究与阐述各种社会现象及其发展规律，涵盖的学科包括经济学、政治学、法学、社会学、管理学、人类学等。

4. 古罗马法学家乌尔比安指出：“法学是神事和人事的知识，正义和非正义的科学。”

5. 现代法学的知识范式是西方学者确立的，当下的中国法学在理论框架、基本概念和方法等方面也大体上来自于西方。

(1) 美国学者库恩在1962年提出科学研究的“范式”概念。他认为，多数科学家在多数时候都是在一定的理论框架内从事解决具体疑难问题的活动，这样的理论框架叫做范式，它是一个时期科学共同体的科学实践的前提，是该共同体一致信从的基本理论、信念、方法、标准等构成的集合。

(2) 法学范式是法律共同体经过多年的法律实践积淀而成并通过职业教育传授的基本法律理论、法律信念、法律方法以及规范标准等。法学范式是伴随着职业法律家阶层的形成而逐渐形成的，它并非完全由所谓法学理论家所创造，也并非仅由法学理论家予以信奉和遵守，而是由整个法律人共同体共同创造并加以遵从的。

梁洪明（1981—），男，汉族，河南永城人，法学博士。现供职于丽水学院，挂职于丽水市中级人民法院。在京求学期间，先后就读于中国政法大学国际法学院、中国政法大学法学院、清华大学法学院。曾在三公律博法大考研培训中心、政法英杰司考培训中心、四联法硕考研培训中心等教育机构主讲法学、法理学课程。编著有《2012年国家司法考试卷一考点预警110》、《2012年国家司法考试卷四考点预警110》等书。

【例题】下列关于法学的表述，正确的是：()

A. 人类社会自从有了法或法律现象，就有了研究这一社会现象的法学

B. 法学在西方发源于古希腊，古罗马共和国时期已经有了专门的法学家阶层

C. 我国早在春秋战国时期就出现了法家、儒家等许多专门研究法律问题的法学派别

D. 马克思主义法学与以往法学的一个重要区别，在于前者承认法是永恒的和超历史的

答案 B

解析 法家和儒家不是专门研究法律问题的法学派别，所以 C 项错误，不当选。

二、法学的性质 (★主观题考点：2005 年已考简答题) [1]

1. 法学的研究总是指向法律现象或法律问题。故此，法学的兴衰注定与一个国家法律制度的发展相关联：法制兴则法学繁荣，法制衰则法学不振。

2. 法学具有务实性。法学必须关注和面向社会的世俗生活，为人们在社会生活中的困惑、矛盾和冲突寻找到切实的法律解决方案，确立基本的原则，或为法律决定做出合理而有说服力的论证。

3. 法学是反映人的经验理性的学问，是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。

4. 法学是职业性知识体系，它使用的语言是冷静的、刚硬的、简洁的、合逻辑的，是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言，与人们日常语言存在一定的差别。在许多场合，法学的语言对外行人来讲是非常陌生的，如无因管理、不可抗力等等。

5. 法学不同于自然科学，它研究的是一种价值性事实，即反映人类的价值观、价值倾向和价值意义的社会事实。

历年真题选编及解析

下列有关法学特点的表述，哪些是正确

的？() (2007 - 多选 - 52)

A. 法学的语言是独特的

B. 法学具有实践性

C. 法学的兴衰取决于法律制度的建设

D. 法学思想不能用文学作品表达

答案 ABC

解析 法学的语言 (主要指的是一些基本概念、术语) 虽然是独特的，但是法学思想可以用文学作品来表达。法律与文学运动的兴起证明此点。

三、法学的研究对象

1. 法律制度问题。离开了法律制度这个研究对象，法学将无以存在。

2. 社会现实或社会生活关系问题。社会现实或社会生活关系本身是复杂多样的，并非所有的社会现实或社会生活关系都具有法律意义或法律制度的关联性。

3. 法律制度与社会现实之间如何对应的问题。

第二节 法学思维与法学方法

一、法学思维 (★主观题考点：2008 年已考简答题) [2]

1. 法学思维是法学者在研究法律现象时所持的思考立场、态度、观点、价值和方法。

2. 法学思维的特点。

(1) 法学思维是实践思维。法学区别于自然科学，原因在于它不是纯思，它不追求纯粹的知识，而是实践的知识。

(2) 法学思维是以实在法为起点的思维。法律人的思考始终不能完全游离于各个时代发生效力的实在法，实在法为法律人提供了思考的起点和工作的平台，同时也限制了法律人提问的立场和思考问题的范围。

(3) 法学思维是问题思维。法学思维是

[1] 法律科学具有哪些特点？

[2] 简述法学思维的特点。

针对法律问题而进行的思维，它可能是立法问题，也可能是执法问题、司法问题、守法问题；可能是法律解释问题，也可能是法律推理问题。

(4) 法学思维是论证的思维、说理的思维。法学思考遵循着理由优先于结论的规则。也就是说，法学的结论必须是有论证理由的结论，是对法学思考者本人以及其他人均有说服力的结论。

(5) 法学思维是评价性思维。法学思维所追求的价值目标与其他学问是有所不同的，如果说经济学思维追求效益最大化，伦理学思维追寻道德之善，政治学思维寻求合目的性或权宜之计，法学思维则以正义和公正的价值为主要取向。

【例题】 下列有关法学思维特点的表述，哪些是正确的？（ ）

- A. 法学思维是实践思维
- B. 法学思维是问题思维
- C. 法学思维是评价性思维
- D. 法学思维是以自然法为起点的思维

答案 ABC

解析 法学思维是以实在法（而非自然法）为起点的思维。

二、法学方法（★主观题考点：2012年已考简答题）^{〔1〕}

1. 从广义上说，法学方法包括法学建构的方法、法学研究的方法和法律适用的方法。从狭义上说，法学方法主要是指法律适用的方法，如法律解释、法律推理和法律论证等。

2. 法学方法的主要任务是指导法官和其他法律从业者发现法律，即从有效的法律中获得法，为其所面临的法律问题或纠纷找到裁判的根据。

历年真题选编及解析

关于法学思维与法学方法，下列说法哪个是不正确的？（ ）（2013 - 单选 - 1）

- A. 法学思维追求“实践的知识”
- B. 法学思维主要关注的不是真假判断
- C. 法学方法的主要任务是为裁判寻找依据
- D. 法律适用时若不存在成文法，法学方法就无法起作用

答案 D

解析 法学方法在判例法（不成文法之一种）制度下是起作用的。英美判例法国家的法官同样重视并在司法过程中运用法律解释、法律推理等方法。

第三节 法理学

一、法理学★

1. 法理学是指以整个法律现象的共同发展规律和共同性问题为研究对象的法学学科。

(1) 法理学的研究对象主要是法和法学的一般原理（哲理）、基本的法律原则、基本概念和制度以及这些法律制度运行的机制。就制度层面而言，法理学是一门研究所有法律制度中的一般问题、原理、原则和制度的学问。

(2) 法理学不关心每一具体制度、法律的具体操作问题（这属于部门法研究的对象），而是对每一法学学科中带有共同性、根本性的问题和原理作横断面的考察。

(3) 法理学的研究范围是法哲学方向、法社会学方向和法的理论（或形式法学）方向的结合。

2. 汉语中的法理学一词来自日语。1881年，日本法学家穗积陈重在东京帝国大学法学部讲授“法论”时，认为法哲学一词过于抽象，从而提出法理学这个译名，并在日本历史上第一次开设法理学课程。

【例题】 下列关于法理学的表述，能够成立的是：（ ）

- A. 法理学与部门法学的关系是一般与特

〔1〕 简述法学方法论所研究的主要问题。

殊的关系

- B. 法理学为部门法学的研究提供了立场、观点和方法
- C. 法理学属于应用法学和国内法学
- D. 法理学只研究现行有效的法律规范

答案 AB

二、法学体系

1. 法学体系,也称法学分科的体系,即由法学各个分支学科构成的有机联系的整体。它的中心问题是关于法学内部各分支学科的划分或法学学科的分类。

2. 中国的法学学科大体上可以划分为如下六大门类:

(1) 理论法学:包括法理学、中国法律思想史、外国法律思想史等。

(2) 法律史学:包括中国法制史、外国法制史。

(3) 国内应用法学:①对一个国家的各个法律部门进行研究所形成的学科,包括宪法学、行政法学、民法学、经济法学、刑法学、婚姻法学、劳动法学、环境保护法学、诉讼法学、军事法学等;②研究法律的制定或实施过程而形成的各种学科,包括立法学、法律解释学、法律社会学等。

(4) 外国法学和比较法学:包括外国法学概论、比较法总论以及各外国部门法学或比较法学。

(5) 国际法学:包括国际公法学、国际私法学、国际经济法学、国际刑法学等。

(6) 边缘法学:包括法医学、刑事侦查学、司法鉴定学、犯罪心理学、证据学、法律统计学、法律精神病学等。

历年真题选编及解析

下列有关法学和法学体系的说法,哪些是不正确的?() (2006-多选-46)

- A. 法学的产生总是以近代法治国家为前

提条件

- B. 法学体系等同于法律学说体系
- C. 法学具有实践性和职业性
- D. 法学的发展规律与文学、哲学的发展规律完全相同

答案 ABD

三、法理学的地位 (★主观题考点)

1. 法理学总是要站在法学学科发展的最前沿来追踪、吸纳人文科学、社会科学和自然科学的成就,反思法的基本问题,同时也从法学的角度对各种人文思潮做出回应。

2. 从法学体系的内部关系看,法理学在整个法学体系中具有基础理论的地位。它是建立在诸应用法学之上的具有普遍意义、属性和职能的法学学科,其内容具有基础性、根本性、一般性、普遍性和抽象性,从而对各种应用法学给予理论上的指导,法理学是沟通法学诸学科的桥梁。法理学研究的不发达,必然会对法学其他学科的研究产生不良的后果。

历年真题选编及解析

下列有关法理学的表述,哪一个是正确的?() (2006-单选-1)

- A. 法理学是一门理论法学,因而没有实践价值
- B. 汉语中法理学一词来自于日语,与法哲学没有任何关系
- C. 法理学既是沟通法学诸学科的桥梁,也是法学与其他学科联系的纽带
- D. 法理学在整个法学体系中具有基础地位,因此部门法学对法理学的研究没有影响

答案 C

解析 法理学需要回应部门法学提出的问题,特别是部门法难以解决的问题。故选项D错。

第一章 法

本章概述

本章共四节，重要考点包括自然法与实在法、法的规范性、法的普遍性、法的可诉性、法的规范作用以及法的作用的局限性，其中可能成为主观题命题点的是自然法与实在法和法的普遍性。

第一节 法的名称

一、中国历史上的法的名称

1. 古代汉语中法即是刑。

(1) 古人所说的法、刑、律三词是相通的，核心是刑。

(2) 我国古代的法与西方的法具有不同的涵义，古代汉语中的法完全不以权利为基础的，而只是帝王统治的工具。

2. 清末民初，由于受到日本的影响，国法意义上的法逐渐由法律一词代替。

二、西方历史上的法的名称

1. 在拉丁文中，法兼有权利、正义、公平等含义。

2. 英语中法与权利是用不同的词语表达的：law 与 right。

历年真题选编及解析

下列有关法的表述，哪一个是不正确的？
() (2006-单选-2)

A. 在汉语中，法不仅指成文法，也包括

不成文法

B. 在西方，无论哪一个民族的语言中法，都有法、权利二义

C. 中国近代以来，国法意义上的法逐渐由法律一词所代替

D. 国法中也包括判例法

答案 B

解析 在英语中，法是 law，权利是 right，所以应该选 B 项。

【例题】 在谈到法的词源和含义时，几位法律界人士分别发表了如下看法，你认为哪些说法是正确的？()

A. 甲说，通过考察法的词源，我们可以在一定程度上理解一个民族的法律文化

B. 乙说，古代中国法、刑、律只是不同时期指称同一现象的不同语词，三者的核心是刑

C. 丙认为，中国古代法的名称从刑到律的变化，表明了中国法律的根本性变迁

D. 丁认为，在欧洲，法与正义有联系，并存在法律二元论的观念

答案 ABD

解析 中国法律的根本性变迁始于清末沈家本修律，中华法系从此转向大陆法系。

第二节 法概念的争议

一、应然法与实然法

1. 应然法，是指应该是怎么样的法，即根据其自身的特性而应达到某种理想或理念状态的法，也可以称之为理想法或理念法。

2. 实然法，是指实际上是怎么样的法，即在现实中实际存在、实际发生效力、对人们的行为实际产生作用的法律，也可以称之为实际的法或实践的法。

二、自然法与实在法（★主观题考点）

1. 回顾西方法学发展的历史，我们可以用自然法理论与法律实证主义两个名称来命名对于法概念争议的两个相互对立的立场。

2. 自然法。

(1) 自然法理论否认法自身的独立性，进而认为法必然从属于更为高级的行为标准（主要是指道德），因此违反这个更高标准的法就不再是法了。这个更高的标准被称为高级法。用一句话概括就是：自然法坚持恶法非法。

(2) 自然法理论发展的四个阶段。①古希腊罗马的哲学自然法；②中世纪的神学自然法；③古典的自然法；④现代的自然法。

(3) 自然法的代表人物主要有西塞罗、格劳秀斯、普芬道夫、洛克、孟德斯鸠和卢梭等。

3. 法律实证主义。

(1) 法律实证主义认为，法是人类社会的产物，是人们有意识创造出来的行为准则，法与其他的行为准则之间并没有必然的关系，因此与某些行为准则的矛盾不能成为否认法之法律属性的标准。用一句话概括就是：法律实证主义认为恶法亦法。

(2) 法律实证主义强调实在法的自足性，认为法就是法，并不受制于法以外的其他更为高级的标准，无论这些标准是事物的本质、神意、还是人的理性。即使实在法与

上述标准相违背，也不能成为否定实在法之法律性质的理由，人们依然具有服从这种法律的义务。所以，法律实证主义其实是对法实际上是什么之问题的研究。

(3) 法律实证主义的代表人物主要有约翰·奥斯丁、汉斯·凯尔森与哈特等。

4. 在一定意义上，西方法学的发展史就是自然法理论与法律实证主义之间反复发生的论战史。两者之间的论战始终围绕着如何回答法是什么的问题并加以展开。不同的思想家基于各自不同的立场，给出了不同的答案。到目前为止，有关法的定义的争论并未终结，人们还在为寻找法的恰当定义进行努力。甚至可以说，寻求法的定义就是法学永恒的使命。

历年真题选编及解析

下列有关法的价值的表述，哪一些是不正确的？（ ）（2005 - 多选 - 43）

- A. 法律规定制裁表现着法律对秩序价值的追求
- B. 在现代司法实践中，为了实现实质主义，可以违背程序主义
- C. 历史上所有的法律均追求平等的价值
- D. 所有的法学家均坚持这样一种观点：恶法不是法律

答案 BCD

关于自然法和实在法及其理论的说法，正确的是哪些？（ ）（2008 - 多选 - 53）

- A. 在历史上，人们对自然法概念的认识没有争议
- B. 任何实在法都不可能体现自然法的内容
- C. 国法主要是从实在法意义上来理解的
- D. 无论自然法学派还是实证主义法学派都承认法具有规范性

答案 CD

解析 学者们对何谓自然法是有争议的，中国古代存不存在自然法即是一例。

三、国法及其外延

1. 国法即国家的法律，或者说是国家制定和认可的法律。

2. 国法的外延。

(1) 成文法（制定法）。

(2) 不成文法：①判例法；②习惯法。

(3) 其他执行国法职能的法，如教会法。

第三节 法的特征

一、法的六个特征

1. 法的规范性。

2. 法的国家意志性。

3. 法的国家强制性。

4. 法的普遍性。

5. 法的程序性。

6. 法的可诉性。

历年真题选编及解析

下列不属于法的特征的是哪一个？
() (2008 - 单选 - 1)

A. 法是由国家制定或者认可的，具有国家意志性

B. 法是可被法院等机构加以适用的，具有可诉性

C. 法是正义的体现，具有超历史性

D. 法是由严格的程序规定的，具有程序性

答案 C

解析 按照马克思主义法学的观点，法具有历史性，不同的社会形态（如奴隶社会、封建社会等）具有不同历史类型的法。

二、法的规范性（★主观题考点：2013年已考简答题）^{〔1〕}

1. 规范。

(1) 规范是指人们行为的标准或规则，其含义与标准、尺度、准则、规矩、模式等相似。

(2) 规范有很多种，如思维规范、语言规范、技术规范和社会规范等。

(3) 法属于规范。

2. 社会规范。

(1) 社会规范调整的是人与人之间的相互关系或交互行为。

(2) 社会规范也有很多种，如道德规范、宗教规范、政策、纪律、法律等。

(3) 法属于社会规范。

3. 法的调整对象。

(1) 法的调整对象仅仅是人们的行为，而不涉及人的内心世界、思想、灵魂；而宗教规范和道德规范等不但调整人的行为，更多地调整人的内心世界。

(2) 法的调整对象不是单个人的行为，而是人们的交互行为。

(3) 法的调整对象不仅包括作为，而且包括不作为。

4. 法与自然法则、技术规范以及其他社会规范的区别。

(1) 法不同于自然法则。自然法则是自然现象之间的联系，其存在与人的思维和行动无关，不具有文化意蕴，法则是一种文化现象。

(2) 法不同于技术规范。技术规范调整人与自然之间的关系，是规定人们如何使用自然力量和生产工具以有效利用自然的行为准则；而法调整人与人之间的关系，违反法律规范会招致来自社会的惩罚。

(3) 法也不同于其他社会规范。法是以公共权力为后盾的、具有特殊强制性的社会规范；而习惯、宗教、道德、政策等社会规范则建立在人们的信仰和确信的基础上，大体上通过社会舆论、传统力量、社团内部的组织力或人们的内心发生作用。

5. 法的规范性。

(1) 法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。法凭借规范性而为人们的行为提供了一个用

〔1〕 简述法的规范性的特点。

以遵循的模式、标准或方向。

(2) 法所规定的行为模式包括三种:

①可为模式——人们可以怎样行为,属于权利模式;②勿为模式——人们不得怎样行为,属于义务模式;③应为模式——人们应当或必须怎样行为,属于义务模式。

(3) 法的规范性的特殊之处表现在对人们行为方式的规定和指引人们行为的方式两方面。就前者而言,包括四点:第一,规范内容上的确定性;第二,规范语句上的命令性;第三,规范语句上的实证性;第四,裁判标准上的权威性。就后者而言,法作为人们的行为规范不仅具有可选择的指引,而且也具有确定性的指引(或不可选择的指引)。

三、法的国家意志性

1. 法是国家制定或者认可的,体现了国家对于人们行为的评价,因而具有国家意志性。

2. 法律与国家的关系。

(1) 国家是法律存在的基础。法律是由国家制定或认可的,没有国家就没有法律;法律的实施以国家政权的运行为必要条件;国家的政权组织形式和结构形式影响法律的形式。

(2) 法律保障国家职能的实现。法律确认和宣告国家权力的合法性,组织和完善国家权力机构体系;法律促进国家职能的实现;法律制约和监督国家权力的运行。

3. 国家意志可以表现为多种形式,例如法、政策等。

4. 制定和认可是创制法的两种重要方式。

(1) 法的制定。指享有立法权的立法机关,依照一定的权限划分和法定程序而创制法的活动,通过制定方式形成的法叫成文法或制定法。

(2) 法的认可。指公共权力机关对已有的社会规范赋予法的效力,将之认可为法律。法的认可又有两种具体形式:其一,明示认可,即在规范性法律文件中明确规定哪种道德或者习惯等规范具有法律上的约束力。其二,默示认可,即法并没有明确授予某些道德规范或者习惯规范以法律效力,但是允许

法官在审理相关案件时,援引这些规范作为裁判标准。

5. 从法是国家意志的体现这一角度来说,法总是一元的。

【例题】 下列关于法律与国家关系的表述,能够成立的有:()

- A. 法律是国家存在和发展的政治基础
- B. 法律决定国家的性质
- C. 法律保障国家职能的实现
- D. 法律确认国家的政权组织形式

答案 CD

解析 法体现国家的意志,国家的存在是法存在的前提条件,故A、B错误。

四、法的国家强制性

1. 一切社会规范都具有强制性,即借助一定力量强迫人们遵守的性质。

2. 法具有强制性,其特殊之处在于法是以国家强制力为最后保障手段的规范体系,具有国家强制性。

3. 作为国家意志的体现,法必然具有国家强制性。原因在于:

(1) 法的遵守不能始终或者主要依赖于行为人的自愿,基于各种各样的原因,社会生活中违反法律规定的行为始终会存在。

(2) 法不能自行实施,因此必须由特定国家机关加以执行。

4. 国家强制力只是保证法得以实现的后盾,即法的实现并不都要动用国家强制力,只有在行为人拒绝履行法所设定的义务时,国家强制力才会体现出来。在很多情况下,它只是一种潜在的力量,是保证法律实施的最后力量,而非唯一力量。

5. 国家强制力的使用必须要合法,合法意味着国家强制力的使用要符合实体法的规定,同时也要符合程序法的规定——无程序即无正义,因而国家强制力的运用必须要严格遵循程序法的规定。

五、法的普遍性(★主观题考点)

1. 法作为一种规范,必然具有普遍性特征。

2. 法是针对不特定主体提出或者设定的行为规范。作为抽象、概括的规定,它所适用的对象当然是一般的人或者一般的事,而不是特定的人或事。换言之,法不是为了特殊人而创制的。

3. 法的普遍性,也称法的普遍适用性、法的概括性,是指法律作为一般的行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力和特性。它包括三层含义:

(1) 法律效力对象的广泛性。在一国范围之内,任何人的合法行为都无一例外地受法律保护,任何人的违法行为也都无一例外地受法制裁。

(2) 法律效力的重复适用性。即每一个具有约束力的法律规定,在其生效期间对于同类案件可以反复应用,并不因为一次适用就使法的效力归于消灭。

(3) 法的普遍性还包含另外一层含义:相同的事项和相同的主体适用相同的法。在同等适用这种意义上,无论什么样的法,都是具有普遍性的。

4. 法的普遍性不等于法的绝对性与无限性。法并非对于所有事项都具有约束力,它不可能约束所有人类的行为;因此,只有在其约束的范围之内,它才具有普遍性的约束效果。

历年真题选编及解析

法通常是为一一般的人、抽象的人而不是为某个特定的人制定并提供行为标准的。下列哪一项概括了法的这一特征?() (2005-单选-15)

- A. 普遍性与规范性
- B. 强制性与国家意志性
- C. 规范性与程序性
- D. 权利性与义务性

答案 A

下列有关法的普遍性的理解,哪些是不正确的?() (2006-多选-54)

- A. 判例法是由法院对具体的人、具体的案件所作的判决形成的,只对特定当事人有效
- B. 在我国,地方性法规也在全国范围内

具有效力

C. 法在时间上的适用效力是普遍的,不存在时间的限制

D. 法在有效期内能够反复适用

答案 ABC

解析 判例法实行遵循先例原则,不只对特定当事人有效。

下列有关法的普遍性的表述,哪些是错误的?() (2007-多选-51)

A. 所有法律、法规在全国范围内普遍有效

B. 相同的事项、相同的法律主体适用相同的法律、法规

C. 法律、法规不应只针对特定的个人

D. 法的普遍性与其他社会规范的普遍性相同

答案 AD

解析 凡是规范都具有普遍性,法的普遍性与其他社会规范的普遍性有所不同,它与国家权力管辖范围密切相连。

六、法的程序性

1. 法是强调程序、严格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决问题的程序。

2. 法治发展的程度,事实上取决于一个国家法律制度程序化的程度及对法律程序的遵守和服从的状态。一个没有程序或不严格遵守和服从程序的国家,不会是一个法治国家。

3. 法律所规定的程序本身具有约束力。违反程序规定,尽管实质结果正确,同样可以认定不合法,有关的责任人应当承担由于违反程序而产生的不利后果。

历年真题选编及解析

下列有关法的程序性的表述,哪些是不正确的?() (2009-多选-47)

A. 历史上所有的法律都严格规定执行程序

B. 法具有程序性,所以所有的法律都可

以称为程序法

C. 所有的法学派别都专门论述和强调法的程序性

D. 违反程序就是违反法律

答案 ABC

七、法的可诉性 (★主观题考点: 2008年已考分析题)^[1]

1. 法作为一种规范人们外部行为的规则具有可以被任何人(特别是公民和法人)在法律规定的机构(特别是法院和仲裁机构)通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用的可能性。

2. 德国法学家坎特洛维奇认为:“法律是规范外部行为并可被法院适用于具体程序的社会规则的总和。”

3. 法的可诉性包括以下两层含义:

(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,即法律可以被法院等机构用作裁判案件的依据。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。依此,缺乏可裁判性的法律仅仅是一些具有象征意义、宣示意义或叙述意义的法律,其即使不是完全无用的法律或死的法律,至少也是不符合法律之形式完整性和功能健全性之要求的法律。我们可以把这样的法律称为有缺损的、有瑕疵的法律。

4. 判断一种规范是否属于法律,可以从可诉性的角度加以观察。但是,不能将可诉性绝对化。例如,我国宪法学界对宪法是否可诉存在争议。但是,宪法作为法律无疑问。

历年真题选编及解析

下列有关法的可诉性的说法,哪些是不正确的?() (2008-多选-54)

A. 可诉性是一切法律规范的根本特征

B. 没有可诉性,法律可能仅仅是书本上的法律

C. 德国法学家坎特洛维奇提出:法律必须是可诉的

D. 法律不可诉,就没有法的效力

答案 AD

解析 可诉性是现代法律的一个重要特征,所以A项错误,应当选。

【例题】下列哪一选项体现了法律的可诉性特征?()

A. 下一级的规范性法律文件因与上一级的规范性法律文件冲突而被宣布无效

B. 公民和法人可以利用法律维护自己的权利

C. “一国两制”原则体现在《香港特别行政区基本法》的制定过程中

D. 道德规范上升为法律规范

答案 B

第四节 法的作用

一、法的作用的含义

1. 法的作用是指法律作为一种特殊的社会规范对人们的行为和社会生活(社会关系)所产生的影响和结果。

2. 法的作用的对象首先是人们的行为,其次是社会关系。

3. 法的作用与法的调整之区别。

(1) 法的作用虽然主要表现为对人们的外部活动产生影响和结果,但是同时也间接影响到人们的内心世界,如公民守法观念的增强。

(2) 法的调整意味着法只调整人们的外部行为和社会关系。例如:①马克思说:“对于法律来说,除了我的行为之外,我是根本不存在的。”②黑格尔说:“须承担法律后果

[1] 案情:2001年蒋某看到某报纸刊登《某银行招录行员启事》,其中第一条规定:“(招录对象)男性身高在168公分,女性身高在155公分以上。”蒋某遂以该规定侵犯宪法上的平等权为由向某法院提起诉讼。试从法理学的角度分析此一案例。