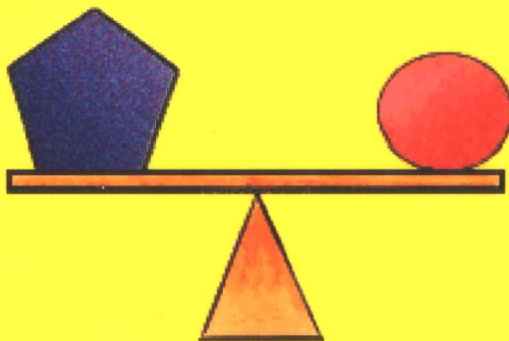


法律版

2004 年国家司法考试应试指导

司法考试考点举要

北京万国学校 编



本书按照2004年司法考试大纲要求的考点及试卷学科顺序编写，对各个部门法相对分散和凌乱的重点知识系统归纳，一是简化内容；二是突出重点；三是有利于形成清晰牢固的基础知识体系。全书简明扼要，考点、难点尽在掌握。



法律出版社

2004 年国家司法考试应试指导

司法考试考点举要

北京万国学校 编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法考试考点举要/北京万国学校编. —北京:法律出版社,2004.5

(2004年国家司法考试应试指导)

ISBN 7-5036-4879-1

I. 司… II. 北… III. 法律工作者—资格考核—中国—自学参考资料 IV. D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 028900 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王西光

装帧设计/胡欣

出版/法律出版社

编辑/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×1092毫米 1/16

印张/21.75 字数/677千

版本/2004年4月第1版

印次/2004年4月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939638

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4879-1/D·4597

定价:35.00元

编写说明

如何才能在有限的时间内掌握应试知识,达到应试要求,是每一位考生都迫切需要解决的问题。应当承认,任何事物都有其规律可循,司法考试也不例外,考生如果能把握复习备考规律,便会收到事半功倍的效果。

所有成功者的经验告诉我们,复习备考的关键在于:一是准确判断和把握考试重点;二是注意将零散知识点系统化,融会贯通,了然于胸。抓住这两点,就等于找到了复习备考的捷径。正是在此意义上,我们编写了本书。

本书严格按照司法考试大纲要求的考点编写,针对考试命题,以部门法为分类基础,对各部门法进行了解析。在各部门法下主要包括以下内容:

一、对每个部门法的考试情况进行了提纲挈领的综述。旨在通过宏观地分析每一个部门法的考试情况,使考生对每一个部门法在考试中所占的地位和分量有一个整体的了解,让其明确在考试复习中每一个部门法应当投入的时间和精力,在复习中做到全面复习又要突出重点。其内容包括对各部门法历年考试试题分值的分析,对考试题型进行总结,并且指出了考试重要知识点在本法中的分布。

二、将若干相对分散和凌乱的重点知识有机地系统地归纳,使之成为较为完整的体系,既在宏观上把握完整的知识体系,又要对重点的知识做到心中有数。这是本书的核心所在。本部分根据司法考试的考点,将重点内容与法律法规有机结合,从应试的角度对重点的具体法律制度进行讲解,并以此为主线,将重点内容串连起来,做到点面结合。这样,一是简化了内容,帮助考生把书读薄,减轻了复习的负担;二是突出复习的重点,应当说本书所列举出的内容均属考试重点;三是有利于考生形成脉络清晰的基础知识体系,从宏观上把握全局。

总的说来,本书具有两个重要的特点:

第一,把握考试重点。本书就是将各部门法的重点内容按照一定的体例编排,将法条和重点内容拎出来,并有机结合予以剖析,指出其考点何在,题眼何在,命题角度何在。

第二,突破考生的弱点。建立适合司法考试的知识体系对于大多数考生都是比较困难的,即使对于法学科班出身的考生,面对其他非本专业的其他部门法要建立其科学的知识体系也并非易事。本书在此的意义在于以重点法条为主线将相关内容进行纵横的串连、归纳,更重要的是将易混淆项全部列举出来,从而在读者头脑中构建起系统的知识点体系。

本书的使用方法建议:

第一,对于经济法、商事法、宪法、行政法部分,可径直阅读本书,基本无须其他辅导教材。因为这部分的重点内容较为突出,某种意义上具有绝对性,哪些内容要考,哪些内容不考,基本上泾渭分明。根据多年的试题分析可以看出,命题基本上限于某些内容,而其他的内容却无涉及的机会。因此,对于此部分,阅读本书对于考生的意义极大。

第二,对于民法、刑法部分,建议考生在通读司法部国家司法考试中心编审《国家司法考试辅导用书》(2004年版)和法律法规的基础上,再阅读本书,本书的意义在于指引考生把握

目 录

法理学	(1)
法制史	(14)
宪法	(25)
经济法	(36)
竞争法	(36)
反不正当竞争法	(36)
拍卖法	(39)
招标投标法	(41)
消费者法	(43)
消费者权益保护法	(43)
产品质量法	(46)
银行业法	(48)
商业银行法	(48)
银行业监督管理法	(50)
证券法	(54)
税法	(58)
劳动法	(61)
土地法和房地产法	(65)
土地管理法	(65)
城市房地产管理法	(69)
环境保护法	(71)
国际法	(73)
国际私法	(84)
国际经济法	(92)
法律职业道德	(102)
刑法	(105)
刑事诉讼法	(138)
行政法与行政诉讼法	(168)
行政法基本理论	(168)
行政许可	(171)
行政处罚	(172)
政府采购	(175)
行政复议	(177)
行政诉讼	(181)
国家赔偿	(191)
民法	(197)
民法通则	(197)
合同法	(215)

担保法.....	(237)
商标法.....	(245)
专利法.....	(249)
著作权法.....	(254)
婚姻法.....	(260)
继承法.....	(264)
商法.....	(267)
公司法.....	(267)
合伙企业法.....	(279)
个人独资企业法.....	(282)
外商投资企业法.....	(284)
票据法.....	(291)
保险法.....	(299)
海商法.....	(305)
民事诉讼法与仲裁制度.....	(311)
民事诉讼法.....	(311)
仲裁法.....	(337)

法 理 学

在2003年司法考试中,本部分分值为12分。近三年来法理学内容基本稳定在10分左右,年际分值波动不大,但根据有关考试精神,此部分有加强的趋势。

从题型分布来看,本法只以选择题的形式出现。在选择题型中,多选题与单选题平分秋色。由于卷一的不定项选择不再强调案例形式,因此法理学部分也存在不定项选择题。

对于法理学部分,司法考试较为侧重的考点包括:

1. 法的一般理论:法的特征,分类,作用,效力,法律关系,法律体系和法律部门。
2. 法的运行:立法,法的适用,法律解释和法律推理,法律监督等。
3. 法的演进:法的历史类型,法的继承和移植,法系。
4. 法与国家,法与道德,法与政策等。
5. 重要的法学思潮与法学流派。

另外我们将《立法法》列在本章“立法”部分讲述。《立法法》的内容程序性较强,类似的条文较多,而且各类立法主体、头绪较多,所以不容易完全清楚地掌握。与此相适应,有关该法的试题多为非此即彼的判断性叙述。一方面,命题者寻找迷惑项、干扰项比较容易;另一方面,若考生掌握住了该法条文特点,有意识地在复习中多加比较、区别许多条文的相异点、相似点,那么在作答时也会较灵便地识别出干扰、迷惑点所在。

从《立法法》的条文看,其可考性颇强。从第2章到第5章的86个条文(第7—92条)均可作为命题对象,但重点内容还是相对突出的,尤以第4、5章两个章节为要。

一、法的特征

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,法是一种规范,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上,国家意志是法的内核。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,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。国家的强制力是法的实施的最

后保障手段。法之所以要由国家强制力保证实施,取决于下面两个原因:(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行;(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。任何社会规范都具有约束力。而法的约束力的独特性表现在:(1)范围不同。法对国家权力管辖范围的一切成员,不分阶级、阶层、社会地位、民族、性别等的差别而一律平等适用;(2)形式不同。法的约束力与法的国家强制性相连,以国家强制力为后盾,以相应的法律制裁措施来保证。

从这个意义上理解,法具有普遍性,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. 法是严格的程序规定的规范,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力提供了条件。

二、法的作用

1. 法的作用概述。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。法的两种作用之间具有手段与目的关系,规范作用是手段,社会作用是目的。

2. 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。

(1)指引作用:法对本人的行为具有引导作用。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。

(2)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。

(3)教育作用:通过法的实施法律对一般人的行为产生示警和示范影响。

(4)预测作用:人们通过法律可以预先估计人们相互之间如何行为,以及行为的后果。

(5)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。

3. 法的社会作用。如果说法的规范作用取决于法的特征,那么,法的社会作用是由法的内容决定的。法的社会作用主要涉及三个领域和两个方向。三个领域即社会经济生活、政治生活、思想文化生活领域;两个方向即政治职能(通常说的阶级统治职能)和社会职能(执行社会公共事务的职能)。

三、法的要素

法的要素是指构成法的整体而相互作用的基本元素,包括法的原则、法的概念、法律规则和法的技

术性规定。

(一)法律规则的基本概念

法律规则是采取一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应的法律后果的行为规范。有关法律规则的内容为司法考试的重点。

1. 法律规则的逻辑结构。对此,学界有不同的认识,主要有“三要素说”和“两要素说”。对此虽然一直存在不同认识,但是却常为考试所考及。现在新的“三要素说”成为了较为有力的学说。该说认为任何法律规则包括假定条件、行为模式和法律后果三个部分组成。

(1)假定条件是指法律规则发生作用的条件,包括法律规则的适用条件和行为主体的行为条件。

(2)行为模式,指法律规则中规定人们如何具体行为之方式的部分。分为三种:可为模式、应为模式和禁止模式。

(3)法律后果,指法律规则中规定人们在作出符合或不符合行为模式的要求时应承担相应的结果的部分。包括合法后果和违法后果。

必须要注意此为法律规则的逻辑结构,而不是法律条文的结构。任何一个完整的法律规则都包含以上部分,但是并不是每一个法律条文都包含每个部分。这就引出了法律规则和法律条文的区别。

2. 法律规则和法律条文。法律条文是我们在规范性法律文件中所看见的内容,是规范性法律文件的基本构成单位。从内容的角度,法律条文分为两种:一为规范性条文(直接表述法律规范);一为非规范性条文(规定法律技术内容,如法律术语界定、公布机关、生效日期等)。法律规则和法律条文两者之间具有如下关系:

(1)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;但也需要注意,习惯法、不成文法的法律规则不是通过法律条文来表现的。

(2)并不是所有的法律条文都直接规定法律规则。

(3)并不是每一个条文都完整表述一个规则或只表述一个规则。有这样几种情形:

①数个条文表述一个规则。注意此数个条文可能是同一规范性文件,也可能是不同规范性文件(如《民法通则》和《刑法》中的几个条文表述同一规则)。

②一个条文只规定法律规则的某个要素或若干要素。其实这是①的翻版(如《产品质量法》第27、54条)。

③一个条文规定了不同的法律规则或不同法律规则中的要素(如《刑法》常常在一个条文规定数个犯罪)。

(二) 法律规则的分类

1. 授权性规则、命令性规则与禁止性规则。按照法律规则的内容,法律规则可以分为授权性规则、命令性规则和禁止性规则。授权性规则是指示法律关系主体可以作出或要求别人作出一定行为的规则,是关于主体权利的规定,特点是具有任意性。命令性规则和禁止性规则都是义务性规则。命令性规则是要求法律关系主体应当从事一定行为即必须为一定行为的规则;禁止性规则是规定法律关系主体不应当从事一定行为即必须不为一定行为的规则。两者的内容是确定的,具有强制性。命令性规则和禁止性规则又可合称为义务性规则。

2. 强行性规则与任意性规则。这是按规则对人们行为规定或限定的范围或程度来划分的。强行性规则规定人们必须为一定行为或不为一行为,其对人的行为要求十分单一、明确,无选择性。所有规定人们义务的规则都是强行性规则。任意性规则规定一定范围,允许人们在这一范围内自行选择或协商确定为与不为、为的方式以及法律关系的具体内容等。任意性规则大都是国家赋予法律关系主体某种权利和自由的规则。

3. 调整性规则和构成性规则。调整性规则的功能在于控制人们的行为,使之符合该规则所确定的行为模式;构成性规则具有开创意义,其功能在于组织人们按照规则授予的权利去活动。

4. 确定性规则、委任性规则、准用性规则。根据规则内容的确定性程度,法律规则还可分为确定性规则和非确定性规范。没有明确的行为模式或具体的法律后果,而需要引用其他法律规范来说明或补充的为非确定性规则,又包括委任性规则和准用性规则。

(三) 法律原则

1. 法律原则和法律规则。两者的区别主要在于内容、适用范围、适用方式和作用上,他们是两种不同的法律规范。

2. 法律原则的种类。(1)公理性原则和政策性原则:按照法律原则产生的基础不同划分;(2)基本原则和具体原则: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的大小划分;(3)实体性原则和程序性原则:按照法律原则涉及的内容和问题的不同划分。

四、法律体系和法律部门

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、原则,划分为不同的法律部门而形成的内容和谐一致的、有机联系的

整体。法律体系是一国国内法构成的,不包括完整意义上的国际法即国际公法,也不包括尚待制定,还没有制定生效的法律以及历史上废止的已经不再有效的法律。

法律部门,也叫部门法,是根据一定的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。法律制度虽然也是调整同类社会关系的法律规范的总称,但其范围比法律部门窄,它往往按其调整的社会关系的主导性质从属于某个法律部门,同时又分属其他几个法律部门。

一般认为,划分法律部门的主要标准是法所调整的不同社会关系即调整对象和法律调整方法。法律调整方法主要是指实施法律制裁的方法以及确定法律关系主体不同地位和权利义务的方法。

五、法的渊源

1. 概念。法的渊源一般有实质意义上法的渊源和形式意义上的法的渊源两种解释。这里是从形式意义上理解,它指一定的国家机关依照法定职权和程序,制定或认可的具有不同法律效力和地位的法的不同表现形式,如制定法、判例法、习惯、法理等。

现代中国法的渊源主要为以宪法为核心的各种制定法,包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件、规章、特别行政区的法律、国际条约和国际惯例等。

2. 法律汇编与法典编纂。法律汇编与法典编纂是规范性文件系统化的两种基本方法。规范性文件的系统化是指采用一定的方式,对已经制定颁布的法律、法规等规范性文件进行归类、整理或编纂,使之集中起来作有系统的排列的活动,它可以是一种立法性质的活动。

法律汇编,也叫法规汇编,是对已经颁布的规范性文件按照一定的目的或标准进行系统的排列,汇编成册。它不改变汇编的规范性文件,不是国家的立法活动。目的是便于人们查阅各种法律法规。

法典编纂是指对散见于不同的规范性文件中的属于某一部门法的全部现行法律规范,进行审查、修改和补充,编纂成具有完整结构的统一的法典的活动。它是国家的法的制定活动之一,只能由国家的立法机关进行。

六、法律关系

(一) 概述

1. 法律关系的特征。

(1) 法律关系是根据法律规范建立的一种社会

关系,具有合法性。

(2)法律关系是体现国家意志性特征的社会关系。

(3)法律关系是特定的法律关系主体之间的权利义务关系。

2. 法律关系的种类。

(1)调整性法律关系和保护性法律关系: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划分。

(2)纵向(隶属)的法律关系和横向(平权)的法律关系:按照法律关系主体在法律关系中的地位不同划分。

(3)单向(单务)法律关系、双向(双边)法律关系和多向(多边)法律关系:按照法律关系主体的多少及其权利义务是否一致为依据划分。

(4)第一性法律关系(主法律关系)和第二性法律关系(从法律关系):按照相关的法律关系的作用和地位的不同划分。

(二)法律关系的客体

由于权利义务类型的不断丰富,法律关系的客体的范围和种类有不断扩大和增多的趋势,归纳起来,有以下几类:

1. 物。物理意义上的物要成为法律关系的客体,需具备以下条件:(1)应得到法律之认可;(2)应为人类所认识和控制;(3)能够为人们带来某种物质利益,具有经济价值;(4)需具有独立性。

2. 人身。人身只是在一定范围内可以成为法律关系的客体。

3. 精神产品。

4. 行为后果。

(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。它是法律规范的指示内容在实际社会生活中的具体落实。

1. 法律规范中的权利义务。

(1)分类。①基本权利义务和普通权利义务——根本法还是普通法作出的规定;②绝对权利义务和相对权利义务——相对应的主体范围,绝对权利义务,也称对世权和对世义务,是对应于不特定主体的权利和义务。相对权利义务也称对人权和对人义务,是对应特定的法律关系主体的权利和义务;③个人权利义务、集体权利义务和国家权利义务——主体的性质。

(2)权利义务的相互关系。①结构上紧密联系,不可分割;②数量上,总量相等;③产生和发展上,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,权利义务代表了不同的法律精神,在不同国家的法律体系中地位有主次之分。在现代法治国家中,权利是第一性的,义务是第二性的。

2. 法律关系的内容与作为法律规范的权利义务的不同。

(1)所属领域不同:作为法律规范的内容的权利义务是应有的、有待实现的权利义务;而法律关系中的权利义务是实有的、具有现实性的权利义务。

(2)针对的主体不同:作为法律规范的内容的权利义务针对的是法律效力范围内的不特定的主体;而法律关系中的权利义务主体是特定的。

(3)法的效力不同:作为法律规范内容的权利义务具有一般的、普遍的法的效力;而法律关系中的权利义务仅对特定的法律主体有效。

(四)法律关系的产生、变更和消灭

法律关系的产生、变更和消灭的重要条件有二:法律规范和法律事实。

法律事实是指法律规范所规定的、能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观现象和情况。依是否以人的意志为转移为标准,可以将法律事实大体分为两类:事件和行为。

1. 事件:法律规范规定的不以当事人的意志为转移而引起法律关系形成、变更或消灭的客观事实。法律事件又分为社会事件和自然事件。

2. 行为:以人的意志为转移、能够引起法律后果的法律事实。依其与法律规范的要求是否一致可以分为合法行为和非法的行为。

七、立法

(一)基本问题

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法律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。这里“一定的国家机关”既包括国家最高权力机关及其常设机关,也包括有权的国务院各部门和地方权力机关,还包括国务院和有权的国务院各部门和地方行政机关。狭义的法的制定仅指国家最高权力机关及其常设机关依法制定、修改和废止宪法和法律的活动。

立法必须以享有立法权为前提,根据享有立法权的主体和形式的不同,立法权可以划分为国家立法权、地方立法权、行政立法权、授权立法权等。立法权限的划分,特别是中央和地方立法权限的划分,即立法体制是法的制定方面的重要内容。

我国立法体制是一元性的立法体制。在我国,

根据宪法的规定,全国人大及常委会行使国家立法权,制定宪法和法律;国务院根据宪法和法律制定行政法规,国务院下属的部委根据法律和行政法规制定规章;省、直辖市的人民代表大会及其常委会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规;民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族地区的政治、经济和文化的特点制定自治条例和单行条例;省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规;省、自治区、直辖市人民政府及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府,可以根据法律和国务院的行政法规,制定规章。此外,按“一国两制”的原则,特别行政区的立法制度,由全国人大以法律规定。

我国宪法规定,宪法的修改由全国人民代表大会以全体代表2/3以上的多数通过;法律草案要经过全国人大或全国人大常委会以全体代表或委员的过半数通过;中华人民共和国主席根据全国人大的决定或全国人大常委会的决定公布法律。

(二)立法权限

1. 全国人大与全国人大常委会是我国立法机关,二者的立法权限分工是:

(1)全国人大制定、修改基本法律;

(2)全国人大常委会制定、修改基本法律以外的法律;

(3)全国人大常委会可以部分补充、修改基本法律。

2. 掌握只能制定法律的事项,尤其是《立法法》第8条第(4—9)项:

(1)国家主权的事项;

(2)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;

(3)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;

(4)犯罪和刑罚;

(5)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;

(6)对非国有财产的征收;

(7)民事基本制度;

(8)基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;

(9)诉讼和仲裁制度;

(10)必须由全国人民代表大会及其常务委员会

制定法律的其他事项。

3. 授权立法。对于《立法法》第8条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,进行立法。必须注意以下几点:

(1)不可以授权的事项:有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项不能授权国务院立法;

(2)国务院根据该授权制定的规范性法律文件的形式是行政法规,效力低于全国人大及其常委会自己制定的法律;

(3)被授权机关不得将该项权力转授给其他机关;

(4)授权的终止:授权立法事项,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,由全国人民代表大会及其常务委员会及时制定法律。法律制定后,相应立法事项的授权终止。

4. 行政法规。

(1)立法机关。国务院根据宪法和法律,制定行政法规。

(2)事项。行政法规可以就下列事项作出规定:

①为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;

②《宪法》第89条规定的国务院行政管理职权的事项;

③《立法法》第9条规定的授权立法情形。

5. 地方性法规。

(1)立法机关。

①省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。

②较大的市(指省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市)的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。

注意:

第一,省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规,无须报批即可生效。而较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规,须报批才可生效。

第二,省、自治区的人民代表大会常务委员会对较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地

方性法规的审批程序:

①省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查;

②该地方性法规同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在4个月内予以批准;

③在对报请批准的较大的市的地方性法规进行审查时,发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的,应当作出处理决定。

第三,地方性法规的立法机关是地方人大及其常委会,不是政府;行政法规的立法机关是国务院。

第四,规定本行政区域特别重大事项的地方性法规,应当由人民代表大会通过。

(2)立法事项。地方性法规可以就下列事项作出规定:

①为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;

②属于地方性事务需要制定地方性法规的事项;

③除《立法法》第8条规定的事项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。注意这里必须是《立法法》第8条规定的事项以外的事项。

(3)经济特区的授权立法。

①立法机关:经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会(不是政府)。规定本行政区域特别重大事项的地方性法规,应当由人民代表大会通过;

②根据全国人民代表大会的授权决定,制定法规;

③在经济特区范围内实施;

④效力的特殊性:该法规对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在该经济特区内适用经济特区的规定。

6. 自治条例和单行条例。

(1)立法机关:民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特點,制定自治条例和单行条例。注意只有人民代表大会,而没有其常委会。

(2)报批机关:①自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效;②自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。

(3)变通规定的限制:自治条例和单行条例可以

依照当地民族的特点,对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或者行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

7. 规章。规章包括部门规章和地方政府规章。

(1)部门规章。

①立法机关:国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章;

②部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。

(2)地方政府规章。

①省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。

②地方政府规章可以就下列事项作出规定:为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;属于本行政区域的具体行政管理事项。

(三)立法程序

我国立法法对全国人民代表大会及其常务委员会的立法程序作了基本规定,其他的立法程序一般参照进行。这里主要介绍全国人民代表大会及其常务委员会的立法程序。

1. 法律案的提出。

(1)有权向全国人民代表大会提出法律案的主体。

①全国人民代表大会主席团可以向全国人民代表大会提出法律案,由全国人民代表大会会议审议;

②全国人民代表大会常务委员会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会,可以向全国人民代表大会提出法律案,由主席团决定列入会议议程;

③一个代表团或者30名以上的代表联名,可以向全国人民代表大会提出法律案,由主席团决定是否列入会议议程,或者先交有关的专门委员会审议、提出是否列入会议议程的意见,再决定是否列入会议议程。

向全国人民代表大会提出的法律案,在全国人民代表大会闭会期间,可以先向常务委员会提出。

以上还要注意是否直接列入审议,因提出法律案的主体不同而不同的。

(2)有权向全国人民代表大会常务委员会提出

法律案的主体。

①委员长会议可以向常务委员会提出法律案，由常务委员会会议审议；

②国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会，可以向常务委员会提出法律案；

③常务委员会组成人员 10 人以上联名，可以向常务委员会提出法律案。

2. 法律案的审议

(1)全国人大的审议。注意以下几点：

①列入全国人民代表大会会议议程的法律案，由法律委员会对法律案进行统一审议，向主席团提出审议结果报告和法律草案修改稿，对重要的不同意见应当在审议结果报告中予以说明；

②列入全国人民代表大会会议议程的法律案，在交付表决前，提案人要求撤回的，应当说明理由，经主席团同意，并向大会报告，对该法律案的审议即行终止；

③法律案在审议中有重大问题需要进一步研究的，经主席团提出，由大会全体会议决定，可以授权常务委员会根据代表的意见进一步审议，作出决定，并将决定情况向全国人民代表大会下次会议报告；也可以授权常务委员会根据代表的意见进一步审议，提出修改方案，提请全国人民代表大会下次会议审议决定。

(2)全国人大常委会的审议。

①三读通过：列入常务委员会会议议程的法律案，一般应当经三次常务委员会会议审议后再交付表决；

②特殊情形下的例外：列入常务委员会会议议程的法律案，各方面意见比较一致的，可以经两次常务委员会会议审议后交付表决；部分修改的法律案，各方面的意见比较一致的，也可以经一次常务委员会会议审议即交付表决；

③列入常务委员会会议议程的法律案，在交付表决前，提案人要求撤回的，应当说明理由，经委员长会议同意，并向常务委员会报告，对该法律案的审议即行终止；

④法律案经常务委员会三次会议审议后，仍有重大问题需要进一步研究的，由委员长会议提出，经联组会议或者全体会议同意，可以暂不交付表决，交法律委员会和有关的专门委员会进一步审议；

⑤列入常务委员会会议审议的法律案，因各方面对制定该法律的必要性、可行性等重大问题存在较大意见分歧搁置审议满两年的，或者因暂不交付表决经过两年没有再次列入常务委员会会议议程审

议的，由委员长会议向常务委员会报告，该法律案终止审议。

3. 表决与通过。全国人民代表大会审议的法律草案，由法律委员会提出法律草案表决稿，由主席团提请大会全体会议表决，由全体代表的过半数通过。其中宪法的修改必须由全体代表的 2/3 以上多数通过。

经全国人民代表大会常务委员会会议审议的法律草案，由法律委员会提出法律草案表决稿，由委员长会议提请常务委员会全体会议表决，由常务委员会全体组成人员的过半数通过。

4. 公布。全国人民代表大会及其常务委员会通过的法律由国家主席签署主席令予以公布。

5. 其他法律文件的公布。

(1)行政法规由总理签署国务院令公布(《立法法》第 61 条)；

(2)省、自治区、直辖市的人民代表大会制定的地方性法规由大会主席团发布公告予以公布；

(3)省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会制定的地方性法规由常务委员会发布公告予以公布；

(4)较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规报经批准后，由较大的市的人民代表大会常务委员会发布公告予以公布；

(5)自治条例和单行条例报经批准后，分别由自治区、自治州、自治县的人民代表大会常务委员会发布公告予以公布(以上参见《立法法》第 69 条)；

(6)部门规章由部门首长签署命令予以公布。地方政府规章由省长或者自治区主席或者市长签署命令予以公布(《立法法》第 76 条)；

(7)全国人大常委会的法律解释，由常务委员会发布公告予以公布。注意这与全国人大常委会制定的法律是不同的(《立法法》第 46 条)。

6. 有关法律文件的适用与备案。立法法对于所有法律文件的备案和适用还作了特别规定，需要掌握。

(1)法律文件的效力层次。宪法具有最高的法律效力。法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济

特区法规的规定。

部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力,在各自的权限范围内施行。

(2)有关冲突解决。

①同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。

②法律之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。行政法规之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。

③地方性法规、规章之间不一致时,由有关机关依照下列规定的权限作出裁决:

A. 同一机关制定的新的—般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决;

B. 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决;

C. 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决;

D. 根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。

(3)改变与撤销。

①适用情形。法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章有下列情形之一的,由有关机关依照规定的权限予以改变或者撤销:

超越权限的;下位法违反上位法规定的;规章之间对同一事项的规定不一致,经裁决应当改变或者撤销一方的规定的;规章的规定被认为不适当,应当予以改变或者撤销的;违背法定程序的。

②法定权限。改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限(一定要注意是改变或撤销,还是仅有撤销)是:

A. 全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律,有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和《立法法》第66条第2款规定的自治条例和单行条例;

B. 全国人民代表大会常务委员会有权撤销行政法规、地方性法规以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和《立法法》第

66条第2款规定的自治条例和单行条例;

C. 国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章;

D. 省、自治区、直辖市的人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的和批准的不适当的地方性法规;

E. 地方人民代表大会常务委员会有权撤销本级人民政府制定的不适当的规章;

F. 省、自治区的人民政府有权改变或者撤销下一级人民政府制定的不适当的规章;

G. 授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规,必要时可以撤销授权。

对以上改变和撤销的区别有个诀窍:自治条例和单行条例、经授权制定的法规,只能撤销;全国人大常委会对地方性法规只能撤销;除此之外,同系统的可以改变和撤销,不是同系统的只能撤销而不能改变。

(4)备案(《立法法》第89条)。行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的30日内依照下列规定报有关机关备案:

①行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案;

②省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案;较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规,由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案(注意这里的间接报送备案);

③自治州、自治县制定的自治条例和单行条例,由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案(注意这里的间接报送备案);

④部门规章报国务院备案;地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会和国务院备案;较大的市的人民政府制定的规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会、省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府、国务院备案;

⑤根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案。

(四)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:(1)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(2)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。

(五)违宪审查制度

1. 提出违宪审查要求的有权主体有五个,即国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人大常委会,提出违宪审查建议的主体则广泛得多,包括除以上五个主体以外的任何法律主体(《立法法》第90条第1、2款)。

2. 注意违宪审查的机关是全国人大常委会。

八、司法

国家行政机关执行法律是法的实施的重要方面,称为执法。与之相平行的一个重要概念是司法。

司法,通常是指国家司法机关根据法定职权、依照法定程序,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。它具有如下一些特点:(1)它以实施法律为内容,且只能由特定的国家机关及其公职人员(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)依法定职权进行,具有国家权威性;(2)以国家强制力为后盾,具有国家强制性;(3)必须依照法定程序、运用法律进行,有严格的程序性和合法性;(4)必须有表明法的适用结果的法律文书。

当代中国,为了保证法律正确适用,我国宪法和法律规定了司法机关适用法律(司法)必须遵循的原则。这些原则主要是:司法公正;公民在法律面前一律平等;以事实为根据,以法律为准绳;司法机关依法独立行使职权。

司法机关依法独立行使职权这项原则的基本含义是:(1)司法权的专属性,即国家的司法权由国家各级审判机关和检察机关统一行使,其他任何机关、团体和个人都无权行使此项权力;(2)行使职权的独立性,即人民法院、人民检察院依法独立行使自己的职权,不受行政机关、社会团体和个人的非法干涉;(3)行使职权的合法性,即司法机关审理案件必须严格依照法律规定、正确适用法律。

九、违法与法律责任

1. 违法的概念。广义的违法行为,指所有违反法律的行为,包括犯罪行为和狭义的违法行为。狭义的违法行为,也可以称为一般侵权行为,包括民事侵权行为和行政侵权行为。大量的法律责任是由违法行为所产生。

2. 违法行为的构成要件。一般来说,违法行为的构成要件包括五个方面:(1)违法行为以违反法律为前提;(2)必须是违反法律规定的行为,包括作为和不作为;(3)必须在不同程度上侵犯法律所保护的社会关系;(4)行为人主观上有过错,即故意或过失;(5)行为人必须具有法定责任能力或法定行为能力。这五个要件,包括主观与客观两个方面,只有同时具有这些要件,才构成违法行为。

3. 法律责任。

(1)种类:依引起责任的行为性质为标准,可以将法律责任分为刑事责任、民事责任、行政责任、违宪责任和国家赔偿责任;

(2)归责原则:我国的归责原则主要有责任法定(合法)、公正、效益和合理性原则;

(3)免责条件:主要有这些情形:时效免责、不诉及协议免责、自首及立功免责、因履行不能免责。

十、法律解释

1. 概念。法律解释是指特定的人或组织对特定法律规定的意义的说明。法律解释在促进法律的实施,弥补法律规定的不完善,解决法律的稳定性与社会发展之间的矛盾等方面有重要作用。

2. 分类。

(1)正式解释和非正式解释——解释主体和解释的效力。正式解释,又称法定解释,是指特定的国家机关、公职人员或其他有解释权的人对法律作出的具有法律上的约束力的解释。根据解释的机关不同,又可分为立法、司法、行政解释。非正式解释,也称学理解释,没有法律约束力。

注意这里的法律约束力是指普遍的法律约束力,如果仅仅是针对个案有效,那就不是这里所说的法律约束力。

(2)字面解释、限制解释、扩充解释——解释尺度的不同,即所作解释与条文文字面含义相比是原意、窄还是宽。

3. 我国的立法解释。参见立法的规定。

十一、法律推理的基本方法

1. 演绎推理。(1)识别一个权威性的大前提;

(2)明确表述一个真实的小前提;以及(3)推出一个可靠的结论。

2. 归纳推理。

3. 辩证推理。

(1)适用场合。首先,法律规定本身的意义模糊;其次,出现了“法律空隙”或叫“法律漏洞”,即在法律中对有关主题没有直接的明文规定;再次,同一位阶的法律规定之间有抵触;最后,某些法律规定明显严重落后于社会发展情势,严重不公正。即出现通常所说的“合法”与“合理”的矛盾。在出现上述情况时,在原有的法律修改之前或者新法律制定出来之前,一个法院在受理一个在其管辖范围内的案件时就需要辩证推理。

(2)辩证推理的方法。辩证推理的方法有:类比推理;司法解释;论辩;劝说;推定;拟制。类比推理是常用的一种辩证推理方法。类比推理在法律适用过程中的公式大体上是:一个规则适用于甲案件;乙案件在实质上与甲案件类似,因此,这个规则也可以适用于乙案件。美国法学家伯顿认为类比推理要求三个步骤:①识别一个权威性的基点或判例;②在判例和一个问题案件间识别事实上的相同点和不同点;③判断是事实上的相同点还是不同点更为重要,并因此决定是依照判例还是区别判例。

十二、法律监督

1. 法律监督概述。在我国,法律监督的主体为三类:国家机关,社会组织和公民。广义的监督客体包括从事各种法律活动的所有国家机关、社会组织和公民;狭义的监督客体是立法、司法和执法机关及其工作人员进行的公务活动。总之,法律监督客体的重点在于国家机关及其工作人员的各种公务活动。法律监督的内容是监督客体行为的合法性问题。实施法律监督,要依法进行,即要有法定的监督权,要依法定的程序进行。

2. 当代中国的法律监督体系。根据监督主体的不同,可以将当代中国的法律监督体系分为两大类:国家监督与社会监督。

国家监督指国家机关的监督,包括国家权力机关、行政机关和司法机关的监督。这类监督是依照一定的法定程序,以国家的名义进行的具有国家强制力的法律监督,是我国法律监督体系的核心。

社会监督,即非国家机关的监督,是指由各政党、各社会组织和人民群众依照宪法和有关法律,对各种法律活动的合法性所进行的监督,具有广泛性和人民性。根据其主体不同,它可以分为中国共产党的监督、社会组织和人民团体的监督、社会舆论的

监督、人民群众的监督。

十三、法的产生和历史类型

1. 法的起源的各种学说。

(1)神创说——法是神为人类创造的。西塞罗和奥古斯丁有此种观点;

(2)暴力说——法是暴力斗争的结果,是暴力统治的产物。韩非子:“人民众而财货寡,事力劳而供养薄,故民争。”有斗争有暴力就需要规则;

(3)契约说——人们相互之间缔结契约,组成政府。17、18世纪的古典自然法学家;

(4)发展说——有两种:人的能力发展说和精神发展说(黑格尔);

(5)合理管理说——因合理性管理的需要而发展起来(美国塞尔茨尼克)。

2. 法的产生过程。

(1)法产生的根源。

①私有制和商品经济的发展是法产生的经济根源;

②阶级的产生是法产生的阶级根源;

③社会的发展是法产生的社会根源。

(2)法产生的主要标志。

①特殊权力系统即国家的产生;

②权利和义务观念的形成;

③法律诉讼和司法的出现。

(3)法与原始社会规范的区别。

①产生方式不同:法是国家制定或认可的;原始社会规范是自发形成的;

②反映的利益和意志不同:法反映统治阶级的利益和意志;原始社会规范反映的是原始社会全体成员的利益和意志;

③保证实施的力量不同:法以国家强制力保证实施;原始社会规范依靠社会舆论、传统和氏族部落首领的威信保证实施;

④适用范围的不同:法适用于国家主权所及的地域内的所有居民;原始社会规范只适用于本氏族部落成员。

(4)法产生的一般规律。

①法的产生经历了从个别调整到规范性调整、一般规范性调整到法的调整的过程;

②法的产生经历了从习惯到习惯法、再由习惯法到制定法的发展过程;

③法的产生经历了法与宗教规范、道德规范浑然一体到法与宗教规范、道德规范的分化、法的相对独立的过程。

3. 法的历史类型是按照法所据以产生和赖以

存在的经济基础的性质和体现的阶级意志不同对人类社会的法所作的分类。凡是建立在相同的经济基础上,体现相同的阶级意志的法,就属于同一历史类型。法的历史类型的更替是法的发展的特殊形式。据此,人类社会存在四种历史类型的法:奴隶制法、封建制法、资本主义和社会主义法。

法的历史类型的更替是不以人的意志为转移的历史的必然,社会基本矛盾的运动是法的历史类型更替的根本原因。这种更替必须斗争和社会革命来实现。

十四、法的继承与法的移植

1. 法的继承。法的继承是指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继。法的继承性并不排斥法的阶级性。

法的继承的根据和理由主要表现为:(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的性质决定了法的继承的必要性;(4)法的发展的历史事实又验证了法的继承性。

法的继承的内容相当广泛,主要有:(1)法律术语、技术、形式;(2)有关社会公共事务的规定;(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。

2. 法的移植。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,它反映一个国家同时对其他国家的法律制度或国际法律和惯例的吸收和借鉴。

法的移植的必要性和必然性在于:社会发展和法的发展不平衡决定了法的移植的必然性,市场经济的客观规律和基本特征决定了法的移植的必要性;法的移植也是法制现代化和社会现代化的必然需要,已成为一个国家对外开放的应有内容。

十五、法系

1. 法系的概念与类别。一般认为法系是根据法的历史传统对法所作的分类,凡属于同一历史传统的法就构成一个法系,因此法系是某些国家和地区的法的总称。西方法学界认为,当代世界主要法系有三个:大陆法系、英美法系、以前苏联和东欧国家的法律为代表的社会主义法系。对资本主义影响最大的是大陆法系和英美法系。

2. 大陆法系与英美法系的比较。大陆法系,又

称民法法系、罗马法系、法典法系、罗马—德意志法系,是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。它最早产生于欧洲大陆,以民法为典型,以法典化的成文法为主要形式。旧中国属于这一法系。英美法系,又称普通法系、英国法系,是以英国自中世纪以来的法律,特别是以它的普通法为基础而发展起来的法律的总称。两个法系由于其形成的历史渊源不同,所以在形式和内容上有许多差别,主要表现在:

(1)法的渊源不同。大陆法系国家,正式的法的渊源只指制定法;在英美法系国家,制定法和判例法都是正式的法的渊源。

(2)法的分类不同。大陆法系国家,法的基本分类是公法和私法。私法主要指民法和商法;公法主要指宪法、行政法、刑法、诉讼法。英美法系国家,法的基本分类是普通法和衡平法。

(3)法典编纂不同。大陆法系国家一般采用法典形式;而英美法系国家不倾向于法典形式,其制定法往往是单行法律、法规。

(4)诉讼程序和判决程序不同。大陆法系国家一般采用审理方式,奉行干涉主义,诉讼中法官居于主导地位。英美法系国家采用对抗制,实行当事人主义,法官一般充当中立的裁判者角色。判决时,前者首先要考虑制定法的规定,而后者首先要考虑以前的判例。

(5)法的思维方式不同。大陆法系属演绎型思维,普通法系属归纳型思维。

十六、法与社会

1. 法与经济。法与经济的基本关系为:法是由经济基础决定的,而法对经济又有能动的反作用。我国法律在两个方面对建设社会主义市场经济中具有重要的作用:

(1)建设市场经济外部法律环境方面,主要包括三个方面:维护政治稳定,建设政治文明;发展科学教育事业,促进文化建设;加强社会公共事务的管理等。

(2)建设市场经济内部法律环境方面,主要体现在:确认市场经济的基本走向和基本原则;确认和维护各种市场主体的法律地位,规范市场主体微观经济行为;通过法律培育市场体系,维护市场秩序;运用法律解决社会保障问题;运用法律对市场经济进行宏观调控,矫正市场经济的弊端,引导市场经济的良性运行。

2. 法与政治。法与政治是不同的,两者也是不可分离的,相互依赖和影响。这是法与政治的一般关系。法与政治的关系还表现在: