

国家司法考试命题研究组 编著

司法考试辅导丛书



2004年

国家司法考试 重点、疑点和难点精讲

清华大学出版社

1200464336
国家司法考试命题研究组 编著

8

司法考试辅导丛书

2004年 国家司法考试 重点、疑点和难点精讲



1200464336



D9
236

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

司法考试的知识体系特别庞杂,内容繁多,法律法规更是让许多考生感到头痛。为了让考生能有的放矢,直击考点,我们倾力推出这本《2004年国家司法考试重点、疑点和难点精讲》。本书共分十五章,紧密结合最新的国家司法考试大纲,将考试的重点、疑点和难点总结出来,串联在一起,给考生提供了一个复习考试的有效框架,同时也给考生提供了一条复习的最好线索。每章后面都将历年已考法条和重点法条提炼出来,让考生能针对考试重点,抓住关键环节,赢得高分。

本书适用于参加2004年国家司法考试的广大考生。

图书在版编目(CIP)数据

2004年国家司法考试重点、疑点和难点精讲/国家司法考试命题研究组编著. —北京:清华大学出版社,2004
(司法考试辅导丛书)

ISBN 7-302-08687-7

I. 2… II. 国… 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(2004)第 048515 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客户服务: 010-62776969

组稿编辑: 方 洁

文稿编辑: 王巧珍

封面设计: 常雪影

印 刷 者: 北京市清华园胶印厂

装 订 者: 三河市金元装订厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 185×260 印张: 36.5 字数: 840 千字

版 次: 2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-08687-7/D·119

定 价: 39.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770175-3103 或(010)62795704。

前言

国家司法考试(原律师资格考试)是选拔高素质的法律职业人才,培养高素质的法律职业队伍的重要考试形式。律师资格考试已经举行了十几年,为国家培养了一大批高素质的律师队伍。高素质的法律职业队伍是加强社会主义法制建设,推进社会主义民主化进程和法律制度文明的重要的、决定性的力量,是发展和完善我国法律制度建设的实践主体。要想成为高素质的法律家队伍中的一员,首先必须通过国家的司法考试,必须全面掌握法律的基本知识,了解现行法律的具体规定与最新动态和精神。国家司法考试是我国目前考试难度最大、通过率最低的一种法律职业资格考试。每年都有几十万人参加考试,可是,每年的通过率都不足10%,正可谓趋之者若鹜,过江之鲫者鲜寡。在我国举行的各种职业资格考试中,司法考试独占几项之最(报考的人数最多,报考者素质最高,通过率最低,考试的公平程度也是最高)。以2002年为例,全国有36万多人报名参加司法考试,但实际只有不到2500多人通过,获取法律职业资格。可见,司法考试对社会各个阶层的吸引力和对我国法界精英的震撼力。

司法考试的知识体系特别庞杂,内容繁多,法律法规更是让许多考生感到头痛。要想全面系统地掌握纷繁而庞杂的知识点并非易事。解决问题的关键之所在就是以最新的国家司法考试大纲为依据,将重点、疑点和难点总结出来,让考生能有的放矢,直击考点。鉴于此,我们倾力推出这本《2004年国家司法考试重点、疑点和难点精讲》。

这本《2004年国家司法考试重点、疑点和难点精讲》紧密结合最新的国家司法考试大纲,将考试的重点、疑点和难点总结出来,串联在一起,给考生提供了一个复习考试的有效框架,同时也给考生提供了一条复习的最好线索。每章后面都将历年已考法条和重点法条提炼出来,让考生能针对考试重点,抓住关键环节,赢得高分。通过这本《2004年国家司法考试重点、疑点和难点精讲》的复习,考生的复习效率必将大大提高,事半功倍。

在进行国家司法考试复习时,考生应该制定一个周密的计划,合理安排自己的复习时间。在制定复习计划和安排自己的复习时间前,应该对照大纲检测一下自己对于各部分知识的掌握程度,对自己已经掌握了的知识可以少看或者不看,对自己生疏的知识点则应多看,直到记住和理解为止。如此不断反复的记忆,可以使你省去大量的重复阅读的时间,大大提高复习的效率,并且不断巩固自己的复习成果。考试如同上战场,运筹帷幄之中,方能决胜千里之外。考生既要均衡复习,避免某个方面缺位,影响整体的水平,同时也要重点突出,扬长补短,这样在考试中就能考出理想的成绩。

国家司法考试是一个系统工程,完成这个工程需要每一位考生的辛勤耕耘和智慧。周密的计划、结合技巧和巧妙的复习方法加上敏捷的思维,必定能让考生在风雨之后见到彩虹,顺利地通过国家司法考试。

本书在编写过程中得到了清华大学法学院、北京大学法学院和中国政法大学部分专家和教授的大力支持,在此表示衷心的感谢。

由于时间仓促,水平有限,不当之处在所难免,望广大读者和专家同仁批评指正。

编 者

2004 年 4 月于北京

目 录

第一章 法理学·····	1
第二章 宪法学 ·····	18
第三章 行政法与行政诉讼法 ·····	51
第四章 国家赔偿法·····	109
第五章 民法学·····	132
第六章 知识产权法·····	182
第七章 合同法·····	193
第八章 刑法学·····	217
第九章 民事诉讼法·····	308
第十章 仲裁法·····	344
第十一章 刑事诉讼法·····	357
第十二章 商法与经济法·····	398
第十三章 海商法与劳动法·····	485
第十四章 国际法、国际私法与国际经济法 ·····	498
第十五章 法律职业道德·····	570

第一章 法 理 学

【法理学重点、疑点和难点提示】

法的外延与内涵、法的本质、法的特征、法的作用、法律部门和法律体系、法律规范、法律规则、法律原则、权利和义务、法律责任、法律制裁、立法、法的渊源与分类、法律汇编和法律编纂、法的效力、法律关系、法律解释和法律推理、法律意识、法律监督和法律秩序、法的继承和法的移植、法系

重点、疑点和难点精讲

一、法的外延与内涵

(一) 法的外延

(1)国家立法机关制定的法律,即成文法;(2)国家通过一定方式所认可的习惯法,即不成文法;(3)法院或法官在司法实践中创制的规范、规则;(4)其他执行国家职能的法,如教会法等。

(二) 法的内涵

法是国家制定或认可,并由国家强制力保障实施的,以确认、保护和发展有利于统治阶级实现阶级统治的社会关系和社会秩序为目的的行为规范体系。

二、法的本质

法的本质是法的根本性质,是指法这一事物自身组成要素之间相对稳定的内在联系,是由法本身所具有的特殊矛盾构成的。

马克思主义认为:法是统治阶级意志的体现;法所体现的统治阶级意志的内容是由统治阶级的物质生活条件所决定的;法是统治阶级整体意志和共同利益的体现;法是被奉为国家意志的统治阶级意志的体现。

关于法的本质的学说有:神意说、民族精神说、意志说、理性说、主权命令说、自由说及利益说等。

三、法的特征

(一)法是调整人们行为和社会关系的规范,具有规范性。它所调整的是人们之间的相互关系或交互行为。从效力上看,法这种规范所适用的对象是不特定的,而且在生效时间上也是反复适用的。

(二) 法是国家制定或认可并以国家强制力保证实施的社会规范。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。法的国家意志性表现在:(1)国家意志是法的核心;(2)法由国家制定或认可;(3)法必须以国家强制力为后盾而保证得以实施。

(三) 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。一切社会规范都具有强制性。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。法不能自行实施,需要国家专门机关予以适用。国家运用强制力保证法的实施,应受法律规范的约束。

(四) 法是国家权力管辖范围内普遍有效的社会规范。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。法的约束力与法的国家强制性相关联,以国家强制力为后盾,以相应的法律制裁措施来保证。

(五) 法是有严格的程序规定的规范,具有程序性,法之所以具有程序性特征,主要是因为法律在本质上要求实现程序化,而且程序的独特性质和功能也为保障法律的效率和权威提供了条件。

四、法的作用

法的作用可以分为规范作用与社会作用两类。法是调整人的行为或社会关系的规范,所以法具有规范作用;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的关系,规范作用是手段,社会作用是目的。

(一) 法的规范作用

法的规范作用可以分为指引、评价、教育、预测和强制的作用。

1. 评价作用

法律具有判断、衡量他人行为是否违法以及违法性质和程度的作用。法的评价作用的对象是他人的行为。法律是一种判断标准,一种评价尺度。

2. 指引作用

法律作为一种行为规范,为人们提供某种行为模式,从而指导人们的行为。法的指引作用有两种表现形式:确定的指引和有选择的指引。确定的指引,是指人们必须根据法律规范的指引而行为(包括作为及不作为),义务性规范代表确定的指引。有选择的指引,是指人们对法律规范提供的行为模式有选择余地,法律允许人们自行决定是否这样行为,授权性规范代表有选择的指引。

3. 预测作用

即当事人可以根据法律预先估计到他们相互将如何行为以及某种行为的法律后果,它又叫法律的可预测性,其对象是人们相互的行为。

4. 教育作用

即通过法律的实施对一般人今后的行为所发生的影响,其对象为一般人的行为。其形式有:其一,对违法行为实施法律制裁而对一般人起到警示作用;其二,对合法行为加以

保护或奖励,对所有人起鼓励和示范作用。

5. 强制作用

即对违法行为具有制裁的惩罚作用,其对象是违法行为。

(二) 法的社会作用

法的社会作用是法为实现一定的社会目的而发挥的作用。法的社会作用主要表现在两个方面:

1. 在执行社会公共事务方面的作用

(1)维护人类社会的基本生活条件;(2)维护生产和交换条件;(3)促进公共设施建设,组织社会化大生产;(4)确认和执行技术规范;(5)促进教育、科学和文化事业。

2. 在维护阶级统治方面的作用

(1)调整统治阶级与被统治阶级之间的关系;(2)调整统治阶级内部的关系;(3)调整统治阶级与其同盟者之间的关系。

五、法律部门和法律体系

(一) 划分法律部门的标准和原则

法律部门是根据一定标准和原则所划定的调整同类社会关系的法律规范的总称。法律部门如何划分,这是研究法的体系的核心问题。划分法律部门的主要标准是法律所调整的不同社会关系;其次是法律调整方法。不同的社会关系决定要由不同的法律规范来调整,当某些构成调整对象的社会关系在性质上属于同一类时,调整这些社会关系的法律规范就可以构成一个法律部门或法律制度。法律调整对象即社会关系是划分法律部门的主要标准,但不是惟一的标准。因为构成调整对象的社会关系是极其多种多样的,如果仅仅以对象划分的话,必然会产生无数部门。法律部门的划分的另一个标准就是法律调整方法。法律调整方法是作用于一定社会关系的特殊的法律手段和方法的总和,法律调整的方法指明了某种社会关系是怎样被调整的,这使得各部门法得以区别。划分法律部门的原则主要有以下几个方面:

1. 划分法律部门时应注意粗细之间保持适当平衡。

2. 在划分法律部门时要考虑有关法律、法规的多寡,如果有些社会关系与领域中法律规范数量众多,则应分别划分为几个法律部门。

3. 划分法律部门既要有一定的逻辑根据,不必过于拘泥,从实际出发,考虑正在制定或即将制定的法律,把握法律的发展趋势;还要善于区别各法律部门之间必要的交错和不应有的重复以免混乱,善于使逻辑与实用兼顾。

(二) 法律体系

1. 法律体系的涵义

法律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。法律体系是一国现行法构成的体系,反映

一国法律的现实状况,它不包括历史上已经废止的不再有效的法律,一般也不包括尚待制定生效的法律。

2. 法律体系与法学体系

法律体系在一个国家中一般只有一个,而法学体系在一个国家中会出现多个体系并存的情况。法学体系的范围比法律体系要广泛。

3. 法律体系与立法体系

法律体系指的是历史地形成的法的内部结构,而立法体系则指法的外在表现形式的系统。二者的区别有:法律体系指的是历史地形成的法的内部结构。而立法体系则是指法的外在表现形式的系统,二者是内容与形式的关系。法律体系的横向结构是分为不同的部门制度;立法体系的横向结构则是不同法律部门的规范性法律文件。立法不可能包括所有的法律规范,因为除制定法外,还有习惯和立法解释,并且立法体系中还有一些过时或失效的规定。而法律体系不仅包括习惯和立法解释,而且只能指一国现行法构成的体系。

4. 当代中国法律体系

(1) 当代中国的法律部门

当代中国的法律体系通常包括下列部门:宪法、行政法、民法、商法、经济法、劳动法与社会保障法、自然资源与环境保护法、刑法、诉讼法等。

(2) “一国两制”与当代中国法律体系

特别行政区的法律虽然分属于不同的法系,但法系背景的差异不影响一国法律体系的统一。在“一国两制”之下,我国的国家主权和立法权都是统一的。尽管内地与港、澳、台地区在具体享有和行使立法权上有些不同,但我国制定国家根本大法的最高立法权是惟一的。由于香港、澳门基本法是根据宪法制定的,而宪法是我国全部法律统一的中心和出发点,这决定了我国的法律体系是统一的。这表明虽然特别行政区的法律制度与内地的法律制度有很大差异,但并不意味着我国法律体系的矛盾。

六、法律规范

(一) 法的内容

法的内容是指构成法的各种内在要素,包括法律规范内容和法律技术内容两大部分。法律规范内容的核心部分就是法律权利和法律义务。法律技术内容主要包括法的各种概念、术语和法的内在逻辑及其联系等。

(二) 法的形式

法的形式是法的内容的表现方式,是法的内容要素的外在结构和组织形态,可以分为三个层次,即“法律条文”、“规范性法律文件”和“规范性法律文件体系”。

(三) 法律规范

法律规范指国家通过制定或认可的方式形成法律规则和法律原则来调整人们行为的

规范。

（四）法律条文

法律条文可以分为规范性条文和非规范性条文两类。规范性条文是指直接表述法律规范的条文；非规范性条文是指不直接规定法律规范，而规定某些法律内容的条文。

（五）法律规范的分类

1. 授权性规范、命令性规范与禁止性规范

根据法律规范的内容，法律规范可以分为授权性规范、命令性规范和禁止性规范。命令性规范和禁止性规范都是义务性规范。命令性规范，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范；禁止性规范，是规定法律关系主体不应当从事一定行为即不为一定行为的规范。两者的内容是确定的，具有强制性。授权性规范，是指法律关系主体可以作出或要求别人作出一定行为的规范，是关于主体权利的规定，特点是具有任意性。

2. 强行性规范与任意性规范

按照规范对人们行为规定或限定的范围或程度，可以将法律规范分为强行性规范与任意性规范。任意性规范规定一定范围，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。任意性规范大都是国家赋予法律关系主体某种权利和自由的规范。强行性规范规定人们必须为一定行为或不为一定行为，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范都是强行性规范。

3. 调整性规范和构成性规范

按照法律规范所调整的行为是否先于法律规范而存在，可以分为调整性规范和构成性规范。

调整性规范所调整的行为方式和社会关系在规范被制定出来之前就存在，如交通、民事活动、婚姻关系等。调整性规范的主要作用是按照一定价值和标准对这些行为进行区分和选择，把某种既存的行为方式规定为权利或义务，从而纳入法律调整的轨道。

构成性规范以该规范的规定作为某种行为产生的前提条件。所调整的行为在逻辑上依赖于该规范。例如，在税法颁布之前，不会产生合法的征税行为，也不会产生具体的征收法律关系。再如，没有诉讼程序方面的规定，也就不会产生诉讼活动中的权利和义务关系。

4. 确定性规范、委任性规范和准用性规范

根据规范内容的确定性程度，法律规范还可分确定性规范、委任性规范和准用性规范。确定性规范是指其内容已作明确规定，无需援用其他规则来确定、说明其内容的规范。委任性规范，是指其内容只是规定某种概括性指示，尚未作明确性规定，需经有关机关规定、确认其内容的法律规范。准用性规范，是指其内容尚未作明确规定，需要援用其他规则来说明其内容的法律规范。

七、法律规则

(一) 法律规则的概念

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。

(二) 法律规则的逻辑结构

法律规则的逻辑结构是指法律规则从逻辑的角度看是由哪些部分或要素来组成的,以及这些部分或要素之间是如何联结在一起的。综合法学界关于法律规则逻辑结构的“三要素说”(假定、处理和制裁)和“两要素说”(行为模式和法律后果),我们提出了“新三要素说”。即法律规则均由假定条件、行为模式和法律后果三部分构成。所谓假定条件,是指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分,法律规则在什么时间、其间对什么人适用以及在什么情况下法律规则对人的行为有约束力的问题。它包含法律规则的适用条件和行为主体的行为条件两个方面。所谓行为模式,是指法律规则中规定人们如何具体行为之方式或类型的部分,法律规则的行为模式有可为模式(权利行为模式)、应为模式和勿为模式(义务行为模式)三种。它们的内容是法律规则的核心部分。所谓法律后果,是指法律规则中规定人们在做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,是法律规则对人们具有法律意义的行为的态度。

(三) 法律规则与法律条文

法律规则和法律条文是既有联系又有区别的两个概念,法律规则和法律条文的联系表现在: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;二者是内容与形式的关系。但是并不是所有的法律条文都直接规定法律规则的,也不是每一个条文都能完整地表述一个规则或只是表述一个法律规则的。

(四) 法律规则的分类

1. 授权性规则和义务性规则

按照规则的内容不同,法律规则可以分为授权性规则和义务性规则。授权性规则是指规定人们有权做一定行为或不做一定行为的规则,是规定人们的“可为模式”的规则。它又可分为权利性规则和职权性规则。权利性规则是规定一般的主体行使权利之规则。职权性规则,是指规定国家机关及其工作人员行使职权之规则。义务性规则,是指在内容上规定人们的法律义务,是有关人们应当做出某种行为的规则。

2. 确认性规则、委任性规则和准用性规则

按照规则内容的确定性程度,可以把法律规则分为确定性规则、委任性规则和准用性规则。确定性规则是指内容本已明确肯定,无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则,在法律条文中规定的绝大多数法律规则属于此种规则。委任性规则,是指内容尚未确定,而只规定某种概括性指示,由相应国家机关通过相应途径和程序加以规定和加

以确定的法律规则。准用性规则,是指内容本身没有规定人们的具体行为模式,而是加以援引或参照其他相应内容来规定的规则。

3. 强行性规则和任意性规则

按照规则对人们行为规定和限定的范围或程度不同,可以把法律规则分为强行性规则和任意性规则。强行性规则,是指内容规定是有强制性质的,不允许人们随便加以更改的法律规则。任意性规则,是指规定在一定范围内,允许人们自行选择或协商确定为与不为、为的方式以及法律关系中的权利义务内容的法律规则。

八、法律原则

(一) 法律原则的概念及其与法律规则的区别

(1) 法律原则,是为法律规则提供某种基础或根源的综合性的、指导性的价值准则或规范,是法律诉讼、法律程序和法律裁决的确认规范。法律规则着眼于主体行为及各种条件的共性;其明确的目的是削弱或防止法律适用上的“自由裁量”。法律原则的着眼点不仅限于行为及条件的共性,而且关注它们的个别性。其要求比较笼统、模糊,它不预先设定明确的、具体的假定条件,更没有设定明确的法律后果。

(2) 法律规则由于内容具体明确,它们只适用于某一类型的行为。而法律原则对人的行为及其条件有更大的覆盖面和抽象性,它们是对从社会生活或社会关系中概括出来的某一类行为,某一法律部门甚至全部法律体系均通用的价值准则,具有宏观的指导性,其适用范围比法律规则宽广。

(3) 法律规则是以“全有或全无的方式”应用于个案当中的,而法律原则的适用则不同,它不是以“全有或全无的方式”应用于个案当中的,因为不同的法律原则是具有不同的强度的,而且这些不同强度的原则甚至冲突的原则都可能存在于一部法律之中。

(4) 法律规则具有比法律原则强度大的显示性特征,即相对于原则,法官更不容易偏离规则做出裁决。因此,可以说,法律规则形成了法律制度中坚硬的部分,没有规则,法律制度就缺乏硬度。但另一方面,法律原则也是法律制度规范中必不可少的部分,它们是法律规则的本源和基础;它们可以协调法律体系中规则之间的矛盾,弥补法律规则的不足与缺陷,它们甚至直接作为法官裁判的法律根据;同时,法律原则通过在法律运行中引入“自由裁量”因素,不仅能够保证个案的个别正义,避免法律规则“一律适用”可能造成实质不公正,而且使法律制度具有一定的弹性活力,在更大程度上使法律制度保证安定性和稳定性。总之,法律制度在法律原则的支持下,能够比制度的全部规则化具有更强的硬度和适应性。

(二) 法律原则的种类

(1) 公理性原则和政策性原则。

(2) 基本原则和具体原则。

(3) 实体性原则和程序性原则,实体性原则是指直接涉及实体法问题的原则。

九、权利和义务

法律权利是国家通过法律规定对法律关系主体可以自主决定作出某种行为的许可和保障手段。权利是为保护一定的利益所采取的法律手段。权利总是与义务人的义务相关联的。离开了义务,权利就不能得以保障。权利的本质是由法律规范所决定,得到国家的认可和保障的。当人们的权利受到侵犯时,国家应当通过制裁侵权行为以保证权利的实现。义务是国家通过法律规定对法律主体的行为的一种约束手段,是法律规定人应当和不得作出某种行为的界限。

(一) 权利和义务的分类

1. 基本权利义务与普通权利义务。
2. 绝对权利义务与相对权利义务。
3. 个人权利义务、集体权利义务和国家权利义务。

(二) 权利和义务的相互关系

1. 从结构上看,两者是紧密联系、不可分割的。
2. 从数量上看,两者的总量是相等的。从社会整体上看,权利和义务的绝对值数量是等同的。
3. 从价值上看,它们在历史上受到重视的程度有所不同,因而两者在不同国家的法律体系中的地位是有主次之分的。

十、法律责任

(一) 法律责任的涵义

法律责任的涵义指的是行为人做某种事或不做某种事所应承担的后果。即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。

(二) 法律责任的特点

- (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。

(三) 法律责任与权力、权利义务的关系

1. 法律责任与权力的关系

责任的认定、归结与实现都离不开国家司法、执法机关的权力。责任规定了行使权力的界限以及越权的后果。

2. 法律责任与权利义务的关系

法律责任规范着法律关系主体行使权利的界限,以否定的法律后果防止权利行使不当或滥用权利;在权利受到妨害,以及违反法定义务时,法律责任又成为救济权利,强制履行义务或追加新义务的依据;法律责任是国家强制责任人做出一定行为或不做出一定行

为,救济受到侵害或损害的合法利益和法定权利的手段,是保障权利与义务实现的手段。

(四) 法律责任的种类

1. 刑事责任

刑事责任是指行为人因其犯罪行为所必须承受的,由司法机关代表国家所确定的否定性法律后果。

2. 民事责任

民事责任是指由于违反民事法律、违约或者由于民法规定所应承担的一种法律责任。

3. 行政责任

行政责任是指因违反行政法或因行政法规定而应承担的法律责任。

4. 违宪责任

违宪责任是指由于有关国家机关制定的某种法律和法规、规章,或者有关国家机关、社会组织或公民从事的与宪法规定相抵触的活动而产生的法律责任。

十一、法律制裁

法律制裁是被动承担法律责任,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。法律制裁是承担法律责任的一个重要方式。法律责任是前提,法律制裁是结果或体现。法律责任不等于法律制裁,有法律责任不等于一定有法律制裁。

法律制裁的种类如下:

1. 刑事制裁:是司法机关对于犯罪者根据其刑事责任所确定并实施的强制性惩罚措施。

2. 民事制裁:是由人民法院所确定并实施的,对民事责任主体给予的强制性惩罚措施。

3. 行政制裁:是指国家行政机关对行政违法者依其行政责任所实施的强制性惩罚措施。

4. 违宪制裁:是根据宪法的特殊规定对违宪行为所实施的一种强制措施。

十二、立法

(一) 立法的涵义

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。

立法的特点:第一,立法是以国家的名义进行的活动;第二,立法是一项国家职能活动,其目的是为了国家和社会生活的有效调控;第三,立法是以一定的客观经济关系为基础的人们的主观意志活动,并且受其他社会因素的影响;第四,立法是产生具有规范性、国家强制性的普遍行为规则的活动;第五,立法是依照法定职权和程序进行的专门活动;第六,立法是对有限的社会资源进行制度性的分配,是对社会资源的第一次分配。反映了社会的利益倾向性。

（二）立法体制

立法体制包括立法权限的划分、立法机关的设置和立法权限行使等各方面的制度,主要为立法权限的划分。

（三）当代中国的立法体制

在我国,根据宪法的规定,全国人民代表大会及其常务委员会行使国家立法权,制定法律;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务委员会在不与宪法、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。

（四）当代中国立法的原则

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。由此可以认为当代中国立法的原则为法治原则、民主原则、科学原则。

十三、法的渊源与分类

1. 我国对法的渊源的认识

在实质意义上,法的渊源是指法的内容的来源。形式意义上的法的渊源,也就是法的效力渊源,是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,即根据法效力来源不同,而划分的法的不同形式。

2. 法的正式渊源与非正式渊源

法的正式渊源是指那些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。法的非正式渊源则是指那些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。

3. 当代中国法的渊源

当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、规章、民族自治法规、地方性法规、经济特区的规范性文件、特别行政区的法律法规、国际条约和国际惯例等。

十四、法律汇编和法律编纂

(一) 法律汇编

法律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。法律汇编不改变汇编的规范性法律文件的内容,不制定新的法律规范,因而不是国家的立法活动,仅是一项技术意义上的工作。

(二) 法律编纂

法律编纂是指见于不同规范性法律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、统一法典的活动。

(三) 法律汇编和法律编纂的联系和区别

法律汇编和法典编纂的联系表现在:二者都是规范性法律文件系统化的方法,二者都具有一定的系统性。法律汇编和法典编纂的区别表现在:①法律汇编不是国家的立法活动,仅是一项技术意义上的工作。②法律汇编的目的是便于人们查阅各种法律法规,以利于法的遵守和适用;而法律编纂的目的是为了删除已经过时或不正确的内容,消除其中矛盾重叠的部分。③法律汇编有官方汇编和非官方汇编两种,而法律编纂则只能由国家的立法机关进行。④法律编纂在立法技术上的要求要比法律汇编高。

十五、法的效力

(一) 法的效力的概念

法的效力,即法律的约束力,是指人们应当按照法律规定的那样行为,必须服从。通常,法的效力分为规范性法律文件的效力和非规范性法律文件的效力。规范性法律文件的效力,也叫狭义的法的效力,是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。非规范性法律文件的效力,是指判决书、裁定书、逮捕证、许可证、合同等的法律效力。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。

(二) 法的效力层次

我国法的效力层次可以概括为:

(1)上位法的效力高于下位法,即规范性法律文件的效力层次决定于其制定主体的法律地位,行政法规的效力高于地方性法规;(2)在同一位阶的法律之间,特别法优于一般法,即同一事项,两种法律都有规定的,特别法比一般法优先,应优先适用特别法;(3)新法优于旧法。