

全国律师资格考试 **过关速成**

律考指定用书

命题重点与预测训练

主编：中国人民大学 孙明

- 命题重点内容归纳
- 厚书薄读节省时间
- 讲练结合抓住重点
- 预测训练轻松过关

光明日报出版社

全国律师资格考试**过关速成**

律考指定用书

命题重点与预测训练

主编：中国人民大学 孙明

- ★命题重点笔记归纳
- ★厚书薄读节省时间
- ★讲练结合抓住重点
- ★预测训练轻松过关

光明日报出版社

责任编辑:茹新平
封面设计:红枫叶设计室

图书在版编目(CIP)数据

全国律师资格考试过关速成/阿甲、于洋等组编. —北京:
光明日报出版社, 2001. 4
ISBN 7-80145-418-9

I. 全... II. 于... III. 律师-资格考核-中国-
自学参考资料 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 19911 号

全国律师资格考试过关速成
光明日报出版社
北京市宣武区永安路 106 号

新华书店经销
北京市朝阳新源印刷厂印刷
787 毫米×1092 毫米 16 开 40 印张 800 千字
2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷
印数:1—5000 册
全套(共二册)定价:130.00 元
本册:65.00 元

前言

全国律师资格考试的竞争已愈演愈烈,但“律师梦”仍然是许多人追寻的梦想。在这些追梦人中,大多是学业、事业、家庭、社会的重担承担者。本套“**全国律师资格考试过关速成**”丛书正是在努力地探求一条为考生减轻学习负担,选择最佳学习方法和应试技巧的道路,但愿它能让您事半功倍。

新修订的《律师资格考试办法》第十六条明文规定:“全国律师资格考试科目包括:宪法、法学基础理论、行政法、刑法、民法、商法、经济法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法、国际法、国际私法、国际经济法、律师制度与实务。试卷命题的范围,以司法部公布的《律师资格考试大纲》为限。”因此本套丛书的章节科目均围绕以上14门法律学科为体例编写。本丛书包括两个分册:之一是**《律考指定用书命题重点与预测训练》**;之二是**《律考网络自助资料导览》**(附赠光盘)。

《律考指定用书命题重点与预测训练》一书,作者们首先将律考的命题重点用读书笔记的方式浓缩归纳。使14门学科的要点清晰在目,无疑是教您一种厚书薄读的技巧,同时各学科又配以最精练的预测性训练,讲练结合中抓住重点,书中还提供两套跨学科的综合性训练题,培养您综合运用知识的能力。书中涉及的知识点溶入了许多新修订的法律法规,如《产品质量法》、《专利法》、《担保法》等。有些不仅考虑新法规,甚至对新的司法解释也有所总结,目的是想指导考生抓住重点、抓住热点,等于也就抓住了考点。

《律考网络自助资料导览》一书是一批律考专家凝聚在因特网上的智慧结晶。他们创办的“律师资格考试自助排档”在互联网上十分受欢迎。也曾获得《中国律师报》、《法制日报》、《中国检察报》等多家报纸的推荐。这本书是用网络高手和律考专家的笔力对历届试题作精选与分类透析,对律考心得作总结,对2001年律考作精彩预测,附赠的光盘,方便考生查阅各种律考法规。此书的主要作者们不仅多年来从事律考研究和辅导工作,还多次亲自参加律考以总结律考经验,如林晓晞,网名“公民阿甲”,律师资格考试自助排档创史人,就曾于1994、1998两度通过律考;魏晓林,也于1996、1999年两度通过律考;于洋,政法大学博士,则是1996—2000年四度通过律考。

《全国律师资格考试过关速成》丛书为了给考生多一些宝贵的学习时间,提前收集相关信息和着手编辑,因此尽量以第一时间出版。虽然本丛书已将目前修订的法律法规及相关精神溶于各有关内容,但目前我国的立法活动十分活跃,因此考生还是要关注一些有可能涉及到的变化。不过,本书最大的好处是专家网上在线指导!我们不仅会随时更新有关内容,还将补充更新内容,详情请读者参看书后记。

本书不足之处,欢迎读者及有关专家批评指导。

祝愿本书的读者们都能圆一个律师梦!

本书编者

2001年4月

目 录

第一部分 法理学	(1)
命题重点.....	(1)
预测训练与答案诠释	(59)
第二部分 宪法学	(67)
命题重点	(67)
预测训练与答案诠释	(81)
第三部分 刑法学	(88)
命题重点	(88)
预测训练与答案诠释.....	(127)
第四部分 刑事诉讼法	(141)
命题重点.....	(141)
预测训练与答案诠释.....	(170)
第五部分 民法学	(185)
命题重点.....	(185)
预测训练与答案诠释.....	(249)
第六部分 民事诉讼法与仲裁法学	(269)
命题重点.....	(269)
预测训练与答案诠释.....	(300)
第七部分 商事法学	(315)
命题重点.....	(315)
预测训练与答案诠释.....	(351)
第八部分 经济法学	(368)
命题重点.....	(368)
预测训练与答案诠释.....	(394)

第九部分 行政法学	(410)
命题重点	(410)
第十部分 行政诉讼法	(439)
命题重点	(439)
预测训练与答案诠释	(451)
第十一部分 国际私法学	(467)
命题重点	(467)
预测训练与答案诠释	(483)
第十二部分 国际经济法学	(490)
命题重点	(490)
预测训练与答案诠释	(518)
第十三部分 国际法学	(530)
命题重点	(530)
预测训练与答案诠释	(581)
第十四部分 律师制度与律师实务	(584)
命题重点	(584)
预测训练与答案诠释	(597)
综合训练	
跨科目综合性训练题(一)	(605)
跨科目综合性训练题(二)	(620)

第一部分 法理学

命题重点

第一章 法的概念

第一节 法的概念

一、法的概念定义

法是以国家政权意志形式出现的,作为司法机关办案依据的,具有普遍性、明确性和肯定性的,以权利和义务为主要内容的,首先和主要体现执政阶级意志并最终决定于社会物质生活条件的,各种社会规范的总称。

二、具体的法与一般的法

法首先是具体的。对不同的人来说,法是不同的事物或现象,这些事物或现象,在一定程度上都体现着法,抑或都可以指称法——具体法。

但是,法不仅是具体的。作为这些具体的法的总和而存在的,还有一个一般的法。法的概念便是由具体的法出发而提炼升华的一般的法的概念。

三、真实的法与理想的法

法的概念问题,实际上包含着两个方面;其一,法是什么?其二,什么是法?这两个方面的问题,就是真实的法与理想的法的问题,就是实然的法与应然的法的问题。

法是什么的问题,就是认识和解说实际生活中真实的法究竟是什么样的问题;什么是法的问题,就是探索和描绘在人类社会生活中发生重要作用的法,应是什么样的问题。

要在坚持真实与理想相统一而以真实为主导、应然与实然相统一而以实然为主导的原则基础上揭示法的概念。

从西塞罗的所谓“法是自然所固有的最高理性”,凯尔苏斯的所谓“法是善良和公正的艺术”,自然法学派的所谓“法是社会契约的产物”,西方许多思想家、法学家的所谓“法是理性的体现”,到卢梭的所谓“法是公意的体现”,康德、黑格尔的所谓“法是自由意志的体现”,一直到中国许慎《说文解字》将法喻为公平、平等、正直、正义的体现,所有这些界说,都是或主要是理想主义的观点。

四、完整的法与局部的法

要把握法的完整性,就要注意在全面把握法的外延和内涵的基础上理解法的概念。

法的外延是指适合于法这个概念的一切对象。要全面把握法的外延,在寻求适合说明各种法具有的共同特征的基础上揭示法的概念。

法的内涵是反映于法的概念中的法的本质属性的总和。要全面把握法的内涵,在综合法的各种本质属性的基础上揭示法的概念。

五、本质的法与形式的法

要全面把握法的本质和形式,在坚持法的本质和形式相结合的基础上揭示法的概念。不能只注意本质、以本质代替形式,或者相反。

第二节 法的特征

一、法是为人们提供行为标准的社会规范

法是为人们提供行为标准的社会规范,这是它的首要特征。由于具有这一特征,法才与上层建筑中的国家、军队和其他种种现象区别开来。

二、法以国家政权意志的形式出现

1. 从法的产生和变动途径看

法是由有立法权或立法性职权的国家政权机关制定、认可、修改、补充和废止的。

2. 从法的实施方法看

法是以国家政权的强制力为后盾来保证其实施的。

任何一种社会规范都有一定的强制力,但法的强制力与其他社会规范的强制力不同,它是以国家政权的名义所表现出来的强制力。

三、法是司法机关办案的主要依据

一种社会规范,不能作为司法机关的办案依据,不能在办案中加以适用,就不是法。这一点才使法与其他社会规范在强制力问题上彻底区别开来。

当然,强调法是司法机关的办案依据,不等于说所有可作办案依据的东西都可列入法的范畴。司法机关的办案依据并非只有法,其他一些社会规范,如道德、政策等,有时也可作为司法机关办案依据。

四、法具有普遍性、明确性和肯定性

1. 法的适用对象和运用范围具有普遍性。

2. 法的形式和分类具有明确性、肯定性。

五、法以权利和义务为主要内容

第三节 法的本质

一、法首先和主要体现执政阶级意志

法体现执政阶级意志,是指也只能是指体现阶级对抗社会统治阶级整个阶级的共同意志或社会主义社会人民的共同意志,而不是统治阶级或人民中的个别人或个别集团的意志,更不是个别人的任性。

法应体现执政阶级的共同意志,并不等于任何法在实际上都能体现执政阶级的共同意志。

法体现执政阶级意志,具有阶级性,并非意味着法不具有社会性,法也具有社会性,是阶级性和社会性的统一。

法的阶级性主要是指:

(1)法的兴亡同阶级的存废相一致。

(2)法首先和主要是执政阶级意志的体现,阶级性是法的本质属性。

法的社会性主要是指:

(1)法是一种社会现象,不是超社会的、从来就有的、永恒不灭的自然现象。

(2)法是一种普遍性的社会规范。

(3)法具有广泛的社会作用。

法是阶级性和社会性的统一,原因在于:

(1)法的产生和发展与阶级的产生和发展紧密相关。法是为调整有利于执政阶级的社会关系而产生和发展的,法的阶级性是通过法对社会关系的调整来实现的,因而法在具有阶级性的同时也具有社会性。

(2)任何法都有政治职能和社会职能这两种职能。前者表现为充当调整各阶级关系的工具,后者表现为充当管理社会生产、管理社会公共事务和维护社会公共秩序的角色。

二、法最终决定于社会物质生活条件

法决定于社会物质生活条件表现在两方面:

(1)社会物质生活条件的各个侧面如物质生活方式、地理环境、人口状况等,对法都具有作用,其中物质生活方式具有决定性作用,地理环境和人口状况等具有重要作用。

(2)法的诸多侧面,如法的产生、特征、本质、作用、价值、发展等许多环节,都决定于社会物质生活条件。

第四节 法的要素

一、法的要素的含义和种类

法的要素,是指构成法的整体的各个主要组成部分。

法的要素的种类有如下几种:

(1)社会法学派庞德的律令、技术、理想三要素说。

(2)新分析法学派哈特的主要规则、次要规则模式。

(3)新自然法学派德沃金的规则、原则、政策模式。

(4)规则、原则、概念模式。中国法律学即采此模式。

二、规则

1. 法的规则界说

法的规则是社会规则的一种,它是国家政权中的有权机关制定或认可的,规定社会主体的法定权利和义务的,旨在建立和维护法的秩序的特定的行为准则。

2. 法的规则的逻辑结构

法的规则的逻辑结构,就是指从逻辑意义上说由哪些要素构成了法的规则整体,以及构成法的规则整体的各要素之间的逻辑关系。

法的规则的逻辑结构主要包括行为模式和后果模式。

行为模式是法的规则中为主体如何行为提供标准或准则的范式。基本的模式有三种:(1)可以这样行为的模式(授权性法的规则);(2)应当这样行为的模式(命令性法的规则);(3)不应当这样行为的模式(禁止性法的规则)。

后果模式是法的规则中对主体与法的行为模式发生关系的行为所表示的态度。后果模式大体分为两类:(1)肯定性后果,即法承认这种行为合法、有效,并予以保护或奖励;(2)否定性后果,即法

不承认这种行为或禁止这种行为,并对这种行为予以撤销或制裁。

法的规则逻辑结构中的行为模式和后果模式,可体现在同一个法的规则、同一个法的条文或同一个法中,也可体现在不同的规则、不同的条文或不同的法中。

3. 法的规则和种类

法的规则一般分为以下种类:

(1) 权利规则、义务规则和权义复合规则

权利规则。又称授权性规则,是规定主体可为或不可为一定行为以及要求其他主体为一定行为或不为一定行为的规则。权利规则是主体的法定权利的资源或根据。

义务规则。这是明确主体必须为一定行为或不为一定行为的规则。义务规则是以法定义务形式为主体设定的社会责任。义务规则不同于权利规则的主要特点在于它具有强制性而不具有可选择性,主体对自己的法定义务只能履行而不能拒绝。义务规则可分两类:一是命令性规则,即规定主体必须作为的义务,亦称积极义务。二是禁止性规则,即规定主体不得作为的义务,亦称消极义务。

权义复合规则。在法的规则中,有的规则从形式上看是权利规则或义务规则,但实际行使权利也是一种不可转移、放弃或推脱的义务,履行这种义务也是一种特有的权利。

(2) 强行性规则和任意性规则。按法的规则的效力强弱或刚性程度的不同,可将法的规则分为这两类。强行性规则指不问主体的意愿如何而必须加以适用的规则。义务规则通常属于强行性规则。

任意性规则指适用与否由主体自行选择的规则。权利规则多属任意性规则。

(3) 确定性规则、委托性规则和准用性规则。按法的规则内容的确定性程度的不同,可将法的规则分为这三类。

确定性规则是指明确规定了行为规则的内容而不必再援用其他规则来确定本规则内容的规则。这是法的规则最常见的形式。

委托性规则是没有明确规定具体的规则内容(如行为模式或后果模式)而委托(授权)有关主体规定具体的规则内容的规则。

准用法规则是本身没有明确规定具体的规定内容,但明确规定可以或应当依照、援用、参照其他规则来使本规则的内容得以明确的规则。

三、原则

1. 法的原则界说

法的原则是指称法中所存在的可作法的规则的基础或本源的综合性、稳定性的原则和准则。

法的原则与法的规则的区别:

(1) 调整的方式不同。原则一般较为抽象,通常是指明一个方向。原则不具体规定权利、义务和行为模式、后果模式,而是为它们设定基本精神或准则。只是在少数情况下,原则是具体的,如任何人不能作自己案件审判者的原则。规定是具体的,它是解决具体问题的直接依据。

(2) 适用的范围不同。原则是从广泛的现实的社会生活中概括出来的行为标准,它具有宏观指导作用,其适用范围比规则广泛。规则具有微观调控作用,只适用于某个或某种类型的行为或事项,只在这种特定范围有效。

(3) 发生效力的方式不同。原则发生效力时未必有具体的针对性,往往在相同场合涉及到多种原则的效力,或是在多种场合涉及到多种原则的效力交错。适用了这一个原则,并不意味着与之发生冲突的别的原则便是无效的。规则发生效力的情形则不同。当同一个案件涉及到两个或两个以

上规则并且它们之间存在矛盾或冲突的,只能选择一个适用,被选择适用的是有效的,未被选择适用的是无效的。

2. 法的原则的种类

法的原则主要可有以下种类的划分:

(1)政策性原则与公理性原则。就法的原则的渊源或来源的不同,可将法的原则分为这两种。

政策性原则。这是国家为达一定目的而依据长远目标、结合当前情况或历史条件所制定的实际行动准则即国家政策,在法律、法规中的原则性反映。政策性原则在宪法和宪法性法律中有更多的体现。政策性原则比之公理性原则,其针对性较强而稳定性较弱。

公理性原则。这是在社会生活和社会关系中产生的,经由立法者选择和认可的公理,在法律、法规中的原则性反映。公理性原则在私法中有更多的体现。公理性原则比之政策性原则,有更大的普遍性和稳定性。

(2)基本原则与具体原则。按法的原则的位阶和具体程度不同,可将法的原则分为这两种。

基本原则。这是体现法的基本精神和基本价值取向的原则,是法的原则体系中的上位阶原则。不仅宪法中体现着诸多法的基本原则,而且每个法都有自身的基本原则。

具体原则。这是以基本原则为基础,相对于基本原则而言适用范围具体一些的法的原则。在法的原则体系中,具体原则是数量更多的原则。具体原则不得与基本原则相抵触。

基本原则与具体原则的划分具有明显的相对性。有些原则兼有基本原则和具体原则的两重性。

(3)实体性原则与程序性原则。依法的内容的不同,可将法的原则分为实体性原则与程序性原则两种。

实体性原则是关涉实体权利和义务或职权和职责的原则,如契约自由原则、罪刑法定原则。

程序性原则是关涉实体性权利和义务或职权和职责实现程序的原则,如司法独立原则、回避原则、诉讼中当事人地位平等原则。

四、概念

1. 法的概念界说

法的结构三要素中,规则是主体性要素,原则是品格性要素,而概念则是基本性和技术性要素。

法的概念注重对各种法的现象作定性分析,从而为法的规则和法的原则的适用确定范围和提供前提。

2. 法的概念的种类

(1)专业概念与日常概念。从法的概念的渊源看,法的概念有专业概念和日常概念的区分。

专业概念。这是在法的理念抽象和实际运作中逐渐产生的仅适用于说明、反映法的现象的专门概念。

日常概念。这是将日常生活中的某些概念移到法的领域以反映有关法的现象的概念。像父母、子女、故意、过失、过错、公平、金融、证券这种概念,便属于日常概念。

(2)主体概念、客体概念、内容概念、事实概念。从法的概念表现法的关系的分工看,法的概念可有这样的区分。

主体概念。这是表现法的关系主体概念。

客体概念。这是表现法的关系客体即法的关系主体的权利、义务所指向的对象的概念。

内容概念。这是表现法的关系主体的权利、义务关系的概念。

事实概念。这是表现能够引起法的关系发生、变更和消灭的原因亦即法的事实的概念。

第二章 法的价值

第一节 法的价值概述

一、法的价值的概念

法的价值是指社会全体成员根据自己的需要而认为、希望法所应具有的最基本的性状和属性。

1. 法的价值主体的普遍性

对法的价值的讨论最重要的是要以全体社会成员为价值主体,以全体社会成员共同具有的最基本的需要为出发点。

2. 法的价值对法的附从性

法的价值是指法自身即将或应具有的性状、属性。法的价值不可能是一种与法无关的性状、属性或作用。法的价值归根结底要体现在法自身的性状、属性上。

3. 法的价值的应有性

法的价值是指人们所希望的、法自身所应具有的性状、属性。这种意义上的法的价值不是客观指向意义上的法的价值的描述,而是在主观指向意义上对法所应具有的性状、属性、作用的探索。

二、法的价值名目体系

法的价值名目是指人们在主观指向意义上所重视、珍视的法的各种性状、属性、作用的具体名称。法的价值名目体系是指主观指向意义上的法的各种具体的价值名目及其相对关系和相互联系。

法的价值名目包括:“秩序”、“正义”这两大基本价值。

秩序,是法所追求的或人们希望法所体现的社会形式性状,或者说是人们企图利用法来实现某种社会形式性状。由于这种社会形式性状是要靠人们遵守法来实现的,所以,法首先要体现这种性状,于是这就成为法自身的价值名目。这是法的形式价值。

正义,是指法所追求的、人们企图利用法来实现的某种社会实质性状。

秩序这种法的形式价值要与正义这种法的实质价值互为表里。

在正义这一基本价值中,又包含安全、自由、平等、效率这四大主要价值。

第二节 法律秩序

一、秩序与法律秩序

1. 秩序、自然秩序和社会秩序

秩序分为两种,一种是自然秩序,另一种是社会秩序。

自然秩序由各种各样的自然规则或称自然法则、自然规律、自然定律所构成。

社会秩序是指社会所表现的一种状态,在这种状态中,人的社会活动、社会行为具有一致性、连续性、确定性。

社会秩序在形式上能给人们提供安全、自由、平等、效率的满足。所以,秩序本身具有形式正义的特征。

2. 秩序的形成方式

就人类社会秩序的形成方式而言,大体上有自发形成和自觉创设这两种。

自发形成社会秩序,是指人们在共同的生产、生活中,分散地、个别地寻找、创设规则的秩序形成方式。在国家出现之前,社会秩序主要是自发地形成的。

自觉创设社会秩序,是指国家出现以后,借助于公开、统一的立法形式,人们直接地、有目的地设定行为规则,并要求人们遵照规则行事,从而形成社会秩序。在现代各文明国家,自觉的成文立法成为进行社会秩序创设的重要手段。

3. 法律秩序的概念

法律秩序是指人们在社会生活中依照既定的法的规则、原则行事,从而在行为上体现着规则性的社会状态。

对法律秩序概念应把握以下几个要点:(1)法律秩序是社会秩序中的一种特殊的秩序形式,是社会秩序中的一个组成部分。(2)法律秩序是社会生活的一些重要领域、重要活动方面的秩序形式。(3)法律秩序并非仅指法的规则、原则、制度本身,而是指一种社会状态。

二、法律秩序与规则

1. 法的规则必须具有普遍性

所谓普遍性是指法的规则对主体规定的普遍性和对行为规定的普遍性。法不能是对特定人的特定行为的命令。

2. 法的规则必须具有明确性

法的规则的明确性包括两方面要求:法的规则描述的明确性;法的语言、文字的明确性。

3. 法的规则必须具有统一性

法的规则的统一性是指一国法的规则具有整体性、一致性,不应允许其存在相互冲突,一旦发现其中存在相互冲突,则可以依据一种准则来解决这种相互冲突问题。

4. 法自身必须具有稳定性

法的稳定性是指法的规则在较长时间内的不变性。除非实践证明,法的某项规则或某些规则对社会有害,以致要通过一定的程序加以修改,否则,既定的规则不能轻易废改。

5. 法的规则必须具有先在性

法的规则的先在性有两方面含义。一方面,它是指当国家要求人们守法时,从逻辑上看,应是法的规则对人们的行为规定在先,而人们的守法行为在后。另一方面,它是指当国家企图指责一个人的行为并企图追究这个人的行为责任时,它必须是根据已制定出来的法的规则来作这种指责和追究。

6. 法的规则必须具有可行性

这是指法的规则对人的行为的要求必须是人们可以做到的。这一原则也包含两方面的意思。首先,法对人的要求必须是人的能力所能做到的。其次,法对人的要求必须基本符合人的本性,或者说不违反人的本性。

7. 法的规则必须具有公开性

法应具有公开性已成为当代社会公认的法治社会的法所应具有的最基本性状。法必须被公布才能被人们所知晓,也只有如此才能被人们所遵从。

三、法律秩序与正义的联系

具有上述特征的法的规则系统,在被人们遵守、且被国家适用的情况下,就可以形成法律秩序。但人们是否遵守这些规则,不取决于规则是否具备上述特征,而取决于规则系统是否具有正义的性质。

法律秩序的形成最终有赖于法或法的规则系统的正义性。

第三节 法律正义

一、正义和法律正义的含义

1. 正义和含义

正义是指个人的品行、个体(个人或集体)的行为、人们的行为规则、社会制度和社会状态在最广泛的主体范围内具有可接受性、可赞同性,因而具有普适性。

2. 法律正义的含义

作为法的价值目标的正义就是法自身作为行为规则系统的正义,即法的规则系统在最广泛的主体范围内符合人们的理想性要求,具有可接受性,具有普适性。

由于法的规则总和也构成社会制度,所以,法的规则系统的正义也就是社会制度的正义、社会正义。

由于法的规则系统被人们所遵守也就形成法律秩序,所以,法的规则自身的正义也就是秩序的正义。

二、法律正义的内容

法律正义的最基本内容,是安全、平等、自由和效率这四大性状的结合。

法律正义,是在人类社会历史上已有的关于社会正义追求的观念和实践所构成的文化积淀的基础上,是现代社会现状背景下所提出的理想中的社会正义原则。它不是一种永恒的原则,它只是人们所认为的、在人们现代社会的现实背景下所应追求的原则。

三、保障安全

安全是指社会的成员的生命、人身、财产得到保护,不容许侵犯。任何法律首先要以安全为目的指向。

四、维护平等

作为法自身性状的平等有如下含义:

1. 法律平等作为一种义务和权利分配原则

法律平等作为一种义务和权利分配原则,是指为了维护个人和社会的安全,每个社会成员承担基本义务的平等和为了个人追求幸福每个社会成员享有基本权利的平等。

2. 法律平等作为实际利益的分配原则

法律平等作为实际利益的分配原则,是指每个人的获得与其付出的平等。

付出与获得的平等原则进一步体现在对受损害者给予经济救济的场合。

3. 法律平等作为一种惩罚原则

法律平等作为一种惩罚原则,是指付出与获得的平等。

法为追求这种平等,在刑法中通过罪刑相适应原则、以及在这一原则下制定的各种具体罪刑规则来体现。

4. 法律平等作为机会均等和对全体有利的原则

当社会的有些资源既不能平等分配,也不可能按每个人的付出分配时,这些资源就应按这样的原则来分配:这些资源的获得对每个人来说机会都是均等的;获得这些资源的附加条件,使获得这些资源的少数人在运用这些资源时对社会全体成员都比因其他附加条件而获得这些资源者,在运用这些资源时对社会全体成员有利。

五、保证自由

法所保证的自由是一种正当的自由。

所谓正当的自由,是指自己要接受一定的约束条件,这种约束条件对每个人的自由与他人自由的和谐共存是必要的。因此,法要追求正当的自由,就是要提供为保证个人的自由与他人自由的和谐共存的约束条件。

在解决不同种类的正当自由之间的权利冲突时,应坚持如下原则:一般利益优先于特殊利益;兼顾特殊利益。

六、促进效率

法所追求的效率价值包括两种意义上的效率:法以外的效率与法自身的效率。

1. 法以外的效率

所谓法以外的效率是指在法的规则体系所构成的基本制度框架下,人们所从事的经济活动的效率。

法要做的就是,通过规范设定来保证经济市场处于或尽可能处于安全自由竞争状态。

(1)法要保证各经济活动主体具有完全自由、平等的初始地位和资格,由此保证市场的“完全自由竞争”的初始条件。

(2)法还要针对在市场竞争中所形成的破坏自由竞争的要素进行规范调节。

2. 法自身的效率

法自身的效率是指法律机制运作中的简便、快捷、省时、省力。在对法自身效率的追求中,应以正义为价值先导,兼顾效率。

(1)就法律规则的形成而言,在追求正义的同时要兼顾效率。立法上要在追求正义的同时兼顾效率。

(2)就法的规则的内容而言,在要求人们的行为具有正义性的同时,要兼顾对人们行为效率的要求。

(3)就司法行为而言,在追求司法正义的同时,要兼顾司法的效率。

第三章 法的起源和发展

第一节 法的起源

一、法不是从来就有的

法不是从来就有的,而是人类社会的物质生活条件发展到一定历史阶段的产物。人类历史上曾经有过不知法和国家为何物的社会,这就是原始社会;只是随着生产力的发展,私有制的出现,在阶级和国家产生的同时,才产生了法。

二、原始社会的社会组织和社会规范

1. 没有国家也没有法的原始社会

在原始社会,没有阶级的划分和国家的存在,也就不可能存在以国家意志表现出来的法。

2. 原始社会的社会组织

在原始社会,社会组织的发展经历了原始群和氏族两个阶段。

氏族作为原始社会组织的基本单位,具有以下特征:

(1)从形成的方式说,它是以血缘关系为纽带组成的集团,而不是按地域划分的。

(2)从性质说,它是氏族全体成员共同劳动、共同消费的生产组织和经济单位,是全体氏族成员共同进行管理的自治组织。

(3)从组织形式说,氏族的最高权利属于氏族成员大会,一切有关氏族重大利益的事务,都由氏族大会决定。

3. 原始社会的社会规范

原始社会的社会规范主要有三种:一是习惯。二是宗教规范。三是道德规范。它们往往是三位一体的。

原始社会的社会规范是与当时的生产力水平和文化水平相适应的。它的最大的特点是不以特殊的强制机关来保证其执行,而主要是靠人们自觉遵守。这主要是由原始社会规范的性质决定的。原始社会规范反映全体氏族成员的意志和利益,人们没有必要违反它。也是由原始社会的社会性质决定的。

三、法的起源的原因和规律

1. 法的起源的根本原因

(1)法的起源的经济根源。法是社会经济发展到一定历史阶段的产物。

(2)法的起源的阶级根源。社会经济的发展引发私有制和阶级的出发,也是法的起源的根本原因。法是在产生了私有制,出现了阶级,在阶级矛盾不可调和的基础上产生的。

2. 法的起源的一般规律

(1)法的起源经历了由氏族习惯到习惯法、又由习惯法到成文法的发展过程。

(2)法的起源的过程受到道德和宗教的极大影响。

四、法与原始社会规范的异同

法与原始社会规范的共同点主要表现在:两者都属于上层建筑范畴,都由经济基础决定并为其服务;都是调整人们行为的准则和调整人们相互关系的社会规范,都是人们必须遵守的,都具有普遍约束力。

但法与原始社会规范毕竟是两种社会现象,它们之间有根本的区别:

(1)产生的途径不同。法是由国家制定和认可的,它的产生是一个比较自觉的过程,除了习惯法或来源于习惯法的立法以外,国家制定、修改或废除法,都是执政者基于维护和发展一定的利益而有意识进行的。原始社会规范不是由特殊的权力机关制定和认可的,而是由原始人在长期的共同劳动和共同生活的过程中自发形成、世代相传而来的,它的产生是一个自发的过程。

(2)基础和本质不同。法是在阶级社会的经济基础之上产生和存在的上层建筑,首先和主要体现一定阶级的意志,维护和发展有利于执政阶级的社会关系和社会秩序。而原始社会规范是在原始公有制的经济基础之上产生和存在的上层建筑,体现全体氏族成员的意志,反映全体氏族成员的平等关系,维系氏族的血缘关系和氏族内部的社会秩序,不具有阶级属性。

(3)适用的范围不同。法的适用范围是以属地主义为基础的,它适用于一国或一定地区中所有的居民,即适用于国家权力管辖范围内的所有居民。而原始社会规范的适用范围以属人主义为基础,它只适用于本氏族或本部落的成员,只适用于同一血缘的所有成员,一般不以地域为准。

(4)实施的方式不同。法是由国家强制力保证实施的,具有特殊的强制力,离开了国家这一特殊的强制机关来保证其实施,法就难起作用。特别是私有制社会的法更是如此。而原始社会规范不是由特殊的强制机关保证实施,它主要依靠社会成员自觉遵守,通过社会舆论、氏族首领的威信、传统的力量和人们内心信念的驱使等因素来保证实施。

第二节 法的历史类型

一、法的历史类型的概念

法的历史类型,是指将人类历史上存在过的以及现实中依然存在着的法,按照其阶级本质和经济基础所作的基本分类。

凡是建立在相同的经济基础上、具有相同的本质并由同一性质的国家所制定的法,便属于同一历史类型的法。

人类社会迄今为止依次出现了四种不同历史类型的法,即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。前三种历史类型的法统称为私有制社会的法。

二、法的历史类型更替的规律

1 更替的根本原因是社会基本矛盾和运动

社会的生产关系和生产力之间、上层建筑和经济基础之间的矛盾构成社会的基本矛盾。这个基本矛盾贯穿在整个人类社会中,决定着一种社会向另一种社会的转化。

生产关系的发展一定要适合生产力的性质。历史上任何一种生产关系的出现,归根结底都是由社会生产力的发展状况决定的。

(1)法的历史类型的更替,是指法的性质的变化。在法的发展过程中有两种变化,一是质的变化,即历史类型的更替。二是量的变化,即在同一社会中,在生产关系不发生根本变革的情况下,法随着经济、政策以及其他社会情况的变化而发生相应变化,亦即法的修改、补充或废止。后一种变化不是法的类型的更替。

(2)法的历史类型随着生产关系的更替而更替,但法的历史类型的更替只能是在生产关系变更以后才能发生的。

(3)社会主义类型的法代替旧的历史类型的法,在方式上有其特殊性。社会主义生产关系不是在旧社会内部产生的,而是在利用自己的国家政权和法消灭旧的生产关系后建立起来的。

2. 更替的基本途径是社会革命

社会基本矛盾运动推动着法的历史类型的更替。但这种更替不是自发地实现的,而是要通过社会革命的途径才能实现的。

第三节 法系

一、法系的概念

法系,既不同于法的体系,也不同于法的历史类型。法系主要是根据法的内容和形式上的某些特点、法的传统和法的源流关系的差异,对法所作的分类。法系这一概念所注重的是根据法的某些外部联系对法所进行的划分,这种划分并不揭示法的本质。

当代世界的法系可以分为四类:(1)罗马日耳曼法系,即民法法系或大陆法系;(2)普通法法系,即英国法系或英美法系;(3)社会主义法系;(4)其他法系,包括伊斯兰法、印度法、远东法(中国法和日本法)、马达加斯加和非洲各国法。其中民法法系、英美法系和社会主义法系是最主要的法系。按照另外许多学者的观点,整个世界的法系可以分为五个:(1)中华法系;(2)印度法系;(3)伊斯兰法系;(4)民法法系;(5)普通法法系。其中中华法系、印度法系、伊斯兰法系基本上是法制史上的概念,例如中华法系主要是指中国封建制法。而民法法系和普通法法系则是至今仍然影响很大的两