

中国法制版

2003 国家司法考试辅导丛书

国家司法考试知识要点及真题解析

法理学、宪法学和 行政法学

主编：胡田野 李磊

中国法制出版社

2003 国家司法考试辅导丛书

国家司法考试知识要点及真题解析

法理学、宪法学 和行政法学

主 编：胡田野 李 磊

撰稿人：（以姓氏笔划为序）

车千里	卢小山	台运启
邢 钢	刘忠锋	孙 蓓
朱 峰	张 刚	李 元
李 磊	李红勃	邹 治
庞魁霞	郑春乃	胡田野
郭跃辉		

中国法制出版社

责任编辑 舒宁

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试知识要点及真题解析/胡田野 李磊编.
—北京: 中国法制出版社, 2002.11

ISBN 7-80182-028-2

I. 国… II. ①胡…②李… III. 法律-资格考核
- 自学参考资料 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 075985 号

国家司法考试知识要点及真题解析 法理学、宪法学和行政法学

FALIXUE XIANFAXUE HE XINGZHENGFA XUE

主编/胡田野 李磊

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2002 年 11 月第 1 版

印张/15.75 字数/406 千

2002 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-028-2/D·994

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

定价: 25.00 元

发行部电话: 66062752

邮购部电话: 66033288

编辑部电话: 66032924

读者俱乐部电话: 66026596

丛书说明

随着改革开放的深入和我国加入 WTO, 各行各业对法律人才的需求日益迫切, 越来越多的有志之士志愿从事法律职业。然而, 要从事法律职业就必须通过司法考试, 这已成为一种不可避免的现实。

纵观近年来的各种考试, 司法考试(律师考试)以其报名人数多、竞争激烈而被誉为中国资格考试的大考。刚刚结束的第一届司法考试报名人数达 36 万人, 其人数之多超过往届律师考试, 但通过比例仅为 7%, 低于往年的 10%。不难看出, 司法考试的难度有加强的趋势。

如何准备司法考试? 这是许多考生想问的问题。

根据我们对司考(律考)通过者的调查, 一般每人手中都必备三本辅导书, 一本历年真题、一本重点法条、一本知识要点。但这三类书又同时存在着各自的局限性。按照年份来编写的真题分析, 很难同每个章节的知识点结合起来; 单纯的重点法条, 由于本身的枯燥性, 记忆起来有一定难度; 而单纯的知识要点书, 缺乏同实战的结合, 也影响了记忆的效果。如果将这三者结合起来, 将会极大的提高复习效率。将真题按照考点分配到各章节中去, 同知识要点结合起来, 使考生对重点内容一目了然, 并且使记忆更牢固。而将重点法条分配到各章节中去, 增强了其逻辑性, 更有利于考生记忆。为此, 我们本着认真负责的态度编写了这本“三合一”丛书, 相信会对考生顺利通过司法考试带来事半功倍的效果, 帮助考生实现自己的梦想。

本套丛书包括:《国家司法考试知识要点及真题解析·民法学、民事诉讼法学和仲裁制度》、《国家司法考试知识要点及真题解析·刑法学、刑事诉讼法学》、《国家司法考试知识要点及真题解析·法理学、宪法学和行政法学》、《国家司法考试知识要点及真题解析·国际法学》、《国家司法考试知识要点及真题解析·商事法学、经济法学》、《国家司法考试知识要点及真题解析·法律职业道德和职业责任、法律文书写作》。

每册书在体例上分为三个部分:

1. **知识要点** 将重点内容、常考内容从庞杂的教材中提炼出来, 一方面, 可以帮助考生减轻复习的重担; 另一方面, 可以使考生的复习有的放矢, 争取在有限的时间内达到最佳效果。

2. **重点法条** 司法考试的法条有 12000 多条, 其中重点法条有 2000 个左右, 而每年对重点法条的考查占全部分数的 80% 以上。为了便于理解, 我们将重点法条分解到各章节中去, 帮助考生将重点法条和知识要点融会贯通。

3. **真题解析** “以史为鉴, 可以知得失”, 通过近五年的真题, 我们可以体味考试重点、难点、常考点, 并且能够把握命题风格、题型及各章节在司法考试中的分值比重。

尽管我们为编写本书付出了艰辛的努力, 但仍不能排除内容上有疏漏不当之处, 敬请广大读者批评指正, 联系人: 胡田野, fieldhu@hotmail.com; 李磊, lilylei02@sosu.com。

最后祝大家顺利通过司法考试。

2002 年 11 月 1 日

目 录

第一部分 法理学

关于《法理学》的特别说明	(1)
第一章 法的基本概念	(2)
第一节 法	(2)
第二节 法律规范	(7)
第三节 法律部门和法律体系	(11)
第四节 法的渊源和分类	(13)
第五节 法的效力	(16)
第六节 法律关系	(18)
第七节 法律责任与法律制裁	(23)
第二章 法的运行	(26)
第一节 立法	(26)
第二节 执法与司法	(31)
第三节 守法与违法	(34)
第四节 法律解释和法律推理	(35)
第五节 法律意识、法律监督和法律秩序	(37)
第三章 法的演进	(38)
第一节 法的起源	(39)
第二节 法的发展	(40)
第三节 法系	(41)
第四章 法与道德、国家、政策、经济	(44)
第一节 法与道德	(44)
第二节 法与国家	(45)
第三节 法与政策	(46)
第四节 法与经济	(46)
第五章 法制与法治	(47)
第一节 法 制	(47)
第二节 法 治	(48)

第二部分 宪法学

第一章 宪法基本理论	(50)
第一节 宪法的概念	(50)
第二节 宪法的历史发展及其分类	(53)

第三节 宪法的基本原则	(57)
第四节 宪法的作用	(58)
第五节 宪法的渊源与宪法的结构	(59)
第六节 宪法规范	(61)
第七节 宪法关系	(61)
第八节 宪法与宪政	(62)
第二章 国家的基本制度 (上)	(63)
第一节 人民民主专政制度	(63)
第二节 国家的基本经济制度	(65)
第三节 社会主义精神文明建设	(69)
第三章 国家的基本制度 (下)	(70)
第一节 人民代表大会制度	(70)
第二节 选举制度	(72)
第三节 我国是单一制的社会主义国家	(79)
第四节 民族区域自治制度	(80)
第五节 特别行政区制度	(82)
第四章 公民的基本权利与义务	(86)
第一节 公民的基本权利与义务概述	(87)
第二节 我国公民的基本权利	(88)
第三节 我国公民的基本义务	(94)
第四节 我国公民基本权利和义务的主要特点	(95)
第五章 国家机构	(96)
第一节 国家机构概述	(96)
第二节 全国人民代表大会及其常务委员会	(98)
第三节 中华人民共和国主席	(104)
第四节 国务院	(105)
第五节 中央军事委员会	(107)
第六节 地方国家机构	(107)
第七章 宪法的实施及其保障	(114)
第一节 宪法实施概述	(114)
第二节 宪法的解释	(116)
第三节 宪法的修改	(116)
第四节 宪法的实施保障	(117)

第三部分 行政法学

第一章 行政法概述	(119)
第一节 行政法的基本概念	(119)
第二节 行政法的基本原则	(121)
第三节 行政法的法源	(122)
第二章 行政主体	(123)
第一节 行政主体概述	(123)

第二节 行政主体与行政机关	(124)
第三节 其他行使行政职权的组织	(126)
第四节 行政主体与国家公务员	(128)
第三章 行政行为概述	(130)
第一节 行政行为的概念和特征	(130)
第二节 行政行为的内容	(131)
第三节 行政行为的分类	(131)
第四节 行政行为的成立、生效与有效	(134)
第四章 行政立法	(136)
第一节 行政立法概述	(136)
第二节 行政法规与规章的制定	(137)
第三节 行政立法的效力与监督	(138)
第五章 行政处理	(140)
第一节 行政处理概述	(140)
第二节 行政处理的形式	(140)
第三节 行政处理的效力	(142)
第四节 行政处理的程序	(143)
第六章 行政处罚	(144)
第一节 行政处罚概述	(144)
第二节 行政处罚的种类与设定	(147)
第三节 行政处罚的管辖与运用	(150)
第四节 行政处罚的程序	(152)
第七章 行政合同	(156)
第一节 行政合同概述	(156)
第二节 行政合同行为	(157)
第八章 行政复议	(158)
第一节 行政复议概述	(158)
第二节 行政复议范围	(160)
第三节 行政复议参加人和行政复议机关	(163)
第四节 行政复议申请与受理	(166)
第五节 行政复议的审理、决定和执行	(167)
第九章 行政诉讼概述	(171)
第一节 行政诉讼与行政诉讼法	(172)
第二节 行政诉讼的基本原则和基本制度	(172)
第十章 行政诉讼的受案范围	(173)
第一节 概述	(173)
第二节 受理的案件	(174)
第三节 不受理的抗件	(180)
第十一章 行政诉讼的管辖	(183)
第一节 行政诉讼管辖	(183)
第二节 级别管辖	(183)
第三节 地域管辖	(185)

第四节	裁定管辖	(187)
第十二章	行政诉讼参加人	(188)
第一节	行政诉讼参加人的概念	(189)
第二节	行政诉讼的原告	(189)
第三节	行政诉讼的被告	(192)
第四节	共同诉讼人	(196)
第五节	行政诉讼的第三人	(197)
第六节	诉讼代理人	(198)
第十三章	诉讼程序	(199)
第一节	起诉与受理	(199)
第二节	行政诉讼的第一审程序	(203)
第三节	行政诉讼的第二审程序	(205)
第四节	行政诉讼审判监督程序	(206)
第十四章	行政诉讼的特殊制度与规则	(207)
第一节	行政诉讼证据	(207)
第二节	行政诉讼的法律适用	(210)
第三节	行政案件审理中特殊制度	(212)
第十五章	行政诉讼的结案	(214)
第一节	行政诉讼的判决、裁定与决定	(214)
第二节	行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	(219)
第十六章	国家赔偿概述	(223)
第一节	国家赔偿与国家赔偿法	(223)
第二节	国家赔偿责任	(224)
第十七章	国家赔偿的范围	(225)
第一节	国家赔偿范围概述	(225)
第二节	行政赔偿的范围	(226)
第三节	刑事赔偿的范围	(228)
第十八章	国家赔偿主体	(231)
第一节	国家赔偿主体概述	(231)
第二节	行政赔偿义务机关	(232)
第三节	刑事赔偿义务机关	(234)
第十九章	国家赔偿程序	(236)
第一节	行政赔偿程序	(237)
第二节	刑事赔偿程序	(239)
第二十章	国家赔偿方式与计算标准	(240)
第一节	国家赔偿的方式	(241)
第二节	国家赔偿的计算标准	(242)

第一部分 法理学

关于《法理学》的特别说明

细心的读者在复习的过程中将会发现,在统一司法考试所涉及的所有科目中,《法理学》是其中较为特殊的一个,它的内容,它的体系,以及与此相关的它的复习重点和复习方法等,都表现出与众不同的一面。而这一点,是我们在复习之初就应当注意的。

那么,《法理学》和其他的部门法学之间究竟存在什么样的差异和区别呢?总结起来有这么几点:(1)在司法考试的全部科目中,唯有《法理学》是理论学科和基础学科,其余的则是应用性的部门法学科。这就是说,法理学研究的是一般的法,既包括各部门法,又不仅限于部门法,既研究现行有效的法,又研究已经废止的法,既研究国内的法,又研究世界的法,既研究法的静态,亦研究它的运动,既研究法的制度,又研究法的文化。所以,在整个法学体系中,《法理学》的视野是最为开阔,因而也是较为难以把握的。(2)与其他学科不同,法理学欠缺制度性骨架,而主要是法律思想的结合。我们注意到,其他学科都有一部或一系列法律制度作为其基础和对象,比如,宪法学以我国宪法典及相关规定为依托,而民法学是建立在《民法通则》、《婚姻法》、《合同法》、《继承法》、知识产权方面的单行法的基础上的。但是《法理学》除了个别问题上会与某些法律如《立法法》有接触外,基本上是欠缺法律制度的支撑的。从某种意义上讲,如果说其他科目是硬性的,那么《法理学》则是软性的。(3)与前面两点相联系,《法理学》上的许多问题在答案和结论上有时不具有绝对正确性和唯一性,也就是说,对一个问题,并不一定是某个答案就一定对而另一答案就绝对错,可能两者都有道理,只不过是一个比另一个更全面,因而更具说服力罢了。(4)《法理学》应试教材每年因作者的不同而对同一问题之看法及解释会有差异甚至相反,这一点务必警惕,在答题时必须以本年度教材为基准。

基于以上特点,《法理学》成为司法考试中较为独特和难于掌握的一科,尽管它的分数比例并不高,一般不会超过10分,但是要全部拿到或大部分拿到则不太容易。而且大家应该意识到,《法理学》中的许多内容对其他科目的解题会有间接甚至直接的作用,比如法律关系、法律效力、法律解释及法律推理,这些对解部门法的案例题和对司法文书写作均具指导价值。作为法学基础和法学前提,作为司法考试的第一科,我们应该全面掌握它。

针对《法理学》的特点和地位,我们在复习中要注意做到这么几点:(1)要保持思维的开放性。《法理学》问题是关于一般法的问题,所以在拿到问题时,思维不要局限于某一部门法之内或局限于中国当代现行法之内。如果是在谈法的普通性问题,则应当是既适用于刑法也适用于民法,既适用于实体法也适用于程序法的。欠缺这种普遍性,则可能就是不正确的。(2)识记某些基本概念和历史资料。《法理学》中一部分内容是需要记忆的,这包括某些基本概念,如法的要素、法系、法的溯及力等,还包括一些历史事实和资料,如亚里士多德关于法治的论

断, 乌尔比安的公法和私法之分, 以及几大法学流派的代表人物及基本观点等。(3) 理解《法理学》上的基本命题和观点争鸣。《法理学》欠缺法律制度的支撑, 它是许多理论许多思想的有机联系体。一种观点或命题, 可以有多种表达方式。涉及到基本理论时, 出题人不大会照教材原样搬出问题和答案, 而是换一种方式来表达和提问, 尤其在一些重大问题上更是如此, 比如法的本质, 法与道德的关系、法治等。所以, 在《法理学》的基本问题和学派争鸣等方面, 一定要注意理解, 而不是死记硬背。(4) 注意分析问题的立场、态度和方法。这个问题谈起来空洞, 但在答题时却确实存在。我们一定要站在当代中国法治的初级阶段这个基础上来分析和回答法律问题。在遇到观点分歧时, 应该以教材所持观点为准。

答好《法理学》试题, 需要基础知识和方法技巧的结合。我们在本书的“知识要点”栏目下, 将每一章节的全部必考内容作了归纳和总结, 这些是应试的材料储备和知识积淀, 需要全部掌握。而在“真题解析”栏目下, 我们演示如何分析题干和寻找答案的思维过程, 这里是上述方法和技巧的具体应用。在统一阅读教材之后, 大家应将精力放在“知识要点”的掌握和对“真题解析”的分析上。

这便是我们对《法理学》科目所做的特别说明。希望对大家会有帮助。

第一章 法的基本概念

考点分布

考 点 \ 年 份	2002 年	2000 年	1999 年	1998 年	1997 年
第一节 法	1 多, 1 不定	1 多	1 单, 1 多	1 单	2 多
第二节 法律规范	1 不定		1 多	1 单	
第三节 法律部门和法律体系	1 单		1 多	1 多	1 多
第四节 法的渊源与分类		1 多	1 单, 1 多	1 多	1 判 1 多
第五节 法的效力			1 单		
第六节 法律关系	1 单	1 多	1 单	1 单, 1 多	1 多
第七节 法律责任与法律制裁	1 多	1 单, 1 多			
总 计	6 分	5 分	8 分	6 分	6 分
说明: 本表格中的数字表示分值, 单 = 单项选择题, 多 = 多项选择题, 不定 = 不定项选择题, 判 = 判断题					

说明: 以上统计显示, 法的基本概念的分值近几年稳定在 6 分上下, 考点的分布较广泛; 分析考题, 可以发现主要考察对基本概念的理解和比较。可以预计, 未来法的基本概念一章的分值将稳定在 5-10 分左右。

第一节 法

知识要点

一、法的外延

“法”一词 的含义很广泛, 它既指一种实在的社会现象, 又指描述这样一个社会现

象的概念或名称。我们这里要研究的“法”, 乃是指“国法”, 即国家的法律。其外延包括, (1) 国家专门机关(立法机关)制定的“法”(成文法); (2) 法院或法官在判决中创

制的规则（判例法）；（3）国家通过一定方式认可的习俗（不成文法）；（4）其他执行国法职能的法（如教会法）。

二、法的特征

1. 法的规范性

法的规范性，是指法所具有的规定人们的行为模式，指导人们行为的性质。

它表现在：法律规范规定了人们的一般行为模式、从而为人们的交互行为提供一个模型、标准或方向，法所规定的行为模式包括三种：（1）人们可以怎样行为（可为模式）；（2）人们不得怎样行为（勿为模式）；（3）人们应当或必须怎样行为（应为模式）。从效力上看，具有规范性的法，不是为某个特定的人而制定的，它所适用的对象是不特定的人；它不仅仅适用一次，而是在其生效期间内反复适用的。

“法的规范性”作为法的一个基本特征，在区别不同的法律文件的效力时是非常有意义的，法律文件有规范性文件与非规范性文件之分，法的表现形式往往是规范性法律文件，具有普遍的效力。而非规范法律文件，如判决书、公证书、委任书、结婚证书等，虽然也是由一定的机关发布的，但因其内容不是规定的一般行为模式和标准，所以不具有普遍的效力，而仅对特定的当事人有效。

2. 法的国家意志性

法的国家意志性体现在两个方面。一方面，法体现着国家意志。法作为一种特殊的社会规范，它必然是由国家制定或认可的。因此，国家的存在是法存在的前提条件。一切法的产生，大体上都是通过制定或认可这两种途径。

所谓法的制定，就是国家立法机关按照法定程序创制规范性文件的活动。通过这种方式产生的法，称为制定法或成文法，即具有一定文字表现形式的规范性文件，如中国的各种法律（宪法、刑法、民法通则）属此类。所谓法的认可，是指国家通过一定的方式承认其他社会规范（道德、宗教、风俗习惯等）具有法律效力的活动。法的认可主要有两种方式：（1）明示认可，即在规范性文

件中明确规定哪些已有的道德或习惯等规范具有法律上的效力，这种认可的规范往往构成规范性文件的内容。例如，中国《婚姻法》第15条规定：“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。”这一规定不过是“养老抚幼”的道德在法律上的明示认可。（2）默示认可，即国家没有明文规定哪些社会规范是法律，而是通过法院判决时援引的方式存在的法，往往是通行于一定地区、一定民族之间有习惯法，如经国家认可的家法族规、村落规约（乡规民约）、行业（行会）规范等。

另一方面，法又是实现国家意志的重要手段。没有法，国家也就不成其为国家。但法并不等同于国家意志。国家意志的表现形式是多方面的，法只是其中的一个方面。

3. 法的国家强制性

一切社会规范都具有强制性，所谓强制性是指各种社会规范所具有的，借助一定的力量强迫人们遵守的性质。法的强制性是由国家赋予的，它以国家强制力为后盾由国家强制力保证实施，法所以要由国家强制力保证实施，取决于两个原因：其一，法不能始终为人们自愿遵守，需要通过国家强制力强迫遵守，其二，法不能自行实施，需要国家专门机关予以适用。

但是，国家强制力并非无限的。一方面，国家适用强制力保证法的实施，必须依法进行，受法律规范的约束，另一方面，并非每个法的实施都需借助国家力量，在一定程度上，法的实施也要依靠社会舆论，道德观念和法制观念等多种手段来保证。

4. 法的普遍性

法的普遍性是指法作为行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力的特性。它包含两方面内容：其一，法的效力对象的普遍性和广泛性；其二，法的效力具有重复性。

法的普遍性与法的规范性密切相关，正因为法具有规范性，它也就同时具有普遍性；法的规范性是普遍性的前提和基础，而法的普遍性则是其规范性的发展与延伸。

法的普遍性并不等于绝对性和无限性。首先,法的效力空间范围以国家权力管辖范围为界;其次,法调整的对象也是有限度的。

法的普遍性还包括一层含义:相同的事项和相同的法律主体适用相同的法。在同等适用意义上,无论什么样的法,都具有普遍性。

5. 法的程序性

法是强调程序、规定程序和实行程序的规范。法在本质上要求实现程序化,而程序的独特性质和功能也保障了法的效率和权威。

三、法的定义

法是通过规定法律权利和法律义务来调整社会关系,维护社会秩序的一种具有规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性和程序性的社会规范和行为规范。

四、法的本质

1. 法的本质各种学说

在历史上思想家和法学家们曾对法的本质问题进行过认真的思考,提出过各种各样的法的本质的学说。这主要包括:(1)神意说。托马斯·阿奎那认为:神的智慧是一切法律的渊源。上帝是万物的创造者,又是智慧的化身。神的智慧本身具有法律性质。(2)理性说。古罗马思想家西塞罗指出:法是最高的理性;理性在人类理智中稳定而充分发展之时,就是法律。古罗马五大法学家之一的盖尤斯更明确地说:在所有的人中确立的、并得到全人类平等遵守的自然理性,就是万国适用的法。(3)主权命令说。英国思想家托马斯·霍布斯说:国法(civil laws)对每一个臣民来讲,是那些由国家通过口头、文字或其他足以表示意志的方式下达给他的规则,离开主权权力的命令,便不可能有是与非、正义与非正义。(4)意志说。法国思想家让·卢梭指出:法律是人民自己意志的记录,人民服从法律就是服从自己的意志。(5)自由说。德国哲学家康德认为:法就是那些使任何人的有意识的行为按照普遍的自由法则确实能与别人有意识的行为相协调的全部条件的综合。黑格尔指出,任何定在,只要是自由意志的定在,主是法;法就是作为理念的

自由。(6)事物性质说。法国学者孟德斯鸠认为:从最广泛的意义来说,法是由事物的性质产生出来的必然关系。“事物的性质”就是法的精神。(7)民族精神说。德国历史法学派创立人卡尔·冯·萨维尼指出:法是民族精神、民族特性和民族共同意识的体现。法随着民族的成长而成长,随着民族的加强而加强,最后随着民族个性的消亡而消亡。(8)利益说。德国法学家鲁道夫·冯·耶林较为强调法的目的,认为:法是以强制作为保障的社会目的的体系。而法的目的就是社会利益,社会利益是法的创造者,是法的唯一根源,所有的法都是为了社会利益的目的而产生。

2. 马克思主义法的本质学说

马克思主义法学认为,法最终是由一定的社会物质生活条件所决定的国家意志和统治阶级意志的体现;因此,法具有物质制约性和阶级意志性两个不同层次的本质属性,两者具有辩证统一的关系。不能把二者割裂开来、截然对立起来,片面强调法的阶级意志性,则可能导致法律的“唯意志论”;片面强调法的物质制约性,甚至以物质制约性否定阶级意志性,则将导致法律的“宿命论”。只有全面理解它们之间的矛盾关系,才能正确理解法的本质。

五、法的作用

(一)法的作用可分规范作用与社会作用两类。规范作用是手段,社会作用是目的。

1. 法的规范作用

(1) 法的指引作用

法的指引作用表现为:法律作为一种行为规范,为人们提供某种行为模式进而指导人们的行为。法的指引作用是通过规定人们的权利和义务来实现的。与此相对应,法对人们行为的指引也有两种方式,确定的指引和有选择的指引。其中确定的指引对应于义务的规定,它要求人们必须从事一定的行为;而有选择的指引对应于权利的规定,人们可自行决定是这样行为或不这样行为。

(2) 法的评价作用

法的评价作用表现在法律对人们的行为是否合法或违法及其程度,具有判断、衡量

的作用,法的评价作用具有概括性、公开性和稳定性。法的评价作用和指引作用密切相关,与规范作用的自律作用相比,法的评价作用更多的是一种律他作用。

(3) 法的预测作用

法的预测作用表现在:人们可以根据法律规范的规定事先预测当事人双方将如何行为及行为的法律后果。

(4) 法的强制作用

法的强制作用表现为法运用国家强制力制裁、惩罚违法行为以保障法的作用的实现。法的强制作用是其他作用的保证。

(5) 法的教育作用

法的教育作用表现在:通过法律的实施,法律规范对人们今后行为发生直接或间接的诱导影响。法的教育作用可通过正面教育和反面教育两种方式实现。

2. 法的社会作用

法的社会作用是法为实现一定的社会目的(尤其是维护一定阶级的社会关系和社会秩序)而发挥的作用。法的规范作用是从法自身来分析法的作用,而法的社会作用则是从法的目的和本质的角度来考察的。按照马克思主义法学观点看,在阶级对立的社会中,法的社会作用大体上表现在两个方面:

(1) 法在维护阶级统治方面的作用。

法主要是通过调整统治阶级与被统治阶级,统治阶级与其同盟者以及统治阶级内部的关系来实现维护阶级统治的作用的。

(2) 法在执行社会公共事务方面的作用。

主要表现为:法维护人类社会的基本生活条件 and 生产交换条件;促进公共设施建设 and 教育科学文化事业的发展等。

(二) 法的作用的重要性

1. 法是国家的最主要的社会调整手段。

2. 法是社会运动和发展的最重要的稳定和平衡的工具,它以其稳定性和可预测性为社会生活确定相对稳固的规范基础。

3. 法是重建社会基本结构和秩序的最为有利的武器。

(三) 法的作用的有限性

1. 法只是众多社会调整手段的一种,处理

复杂的社会问题时,法并非唯一考虑的因素。

2. 法作用的范围是有限的。

3. 法自身特点所产生的有限性。首先,法是规范,不是规律本身,它总会存在着某种不合理、不科学的地方。其次,法是概括性的规范,它不能在一切问题上都做到天衣无缝、缜密周延,也不能处处做到个别正义。第三、法具有稳定性和保守性,它总是落后于现实生活的变化。第四,法是讲究程序的规范,缺乏对社会事件的及时应对和处理,最后,法的作用的实际发挥,还有赖于物质和精神条件。

真题解析

1. 法的指引作用可以分为确定的指引和有选择的指引,下列哪些表述属于有选择的指引?(2002年多选题)

A. 宪法规定,公民的人格尊严不受侵犯
B. 合同法规定,当事人协商一致,可以变更合同

C. 刑法规定,故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑

D. 民法通则规定,公民对自己的发明或者其他科技成果,有权申请领取荣誉证书、奖金或者其他奖励

答案:BCD

解析:本题考查法的指引作用的分类。法的指引作用是通过规定人们的权利和义务来实现的。与权利和义务相对应,法对人们行为的指引可分为确定的指引和有选择的指引。其中有选择的指引对应于权利的规定,指人们可自行决定是这样行为或不这样行为;而确定的指引对应于义务的规定,它要求人们必须从事一定的行为。

2. 下列有关法的阶级本质的表述中,哪些体现马克思主义法学关于法的本质学说?(2002年不定项选择题)

A. 一国的法在整体上是取得胜利并掌握国家政权的阶级意志的体现

B. 历史上所有的法律仅仅是统治阶级的意志的反映

C. 法的本质根源于物质的生活关系

D. 法所体现的统治阶级意志是统治阶级

内部各党派、集团及每个成员意志的相加

答案：AC

解析：马克思主义法学认为：法具有物质制约性和阶级意志性两个不同层次的本质属性，两者具有辩证统一的关系。法所体现的阶级意志性具有整体性，是统治阶级的整体意志、共同意志和根本意志，而绝非个别意志或个别意志的简单相加。同时，法有时还反映被统治阶级以及统治阶级同盟阶级的某些要求和愿望。

3. 下列有关法的特征的表述哪些是正确的？(2000年多选题)

- A. 历史上的一切法的规定都是明确、肯定的
- B. 法是司法机关办案的主要依据
- C. 法律以外的其他社会规范，也可作为司法机关裁判案件的根据
- D. 法是以国家政权意志的形式出现的

答案：BCD

解析：本题考查法的特征。法具有规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性和程序性的特点。其中法的规范性表现在法规定了人们的一般行为模式，从而为人们的交互行为提供了模型、标准和方向；法的国家意志性表现在：一方面法律体现着国家意志，国家的存在是法存在的前提条件；另一方面，法又是实现国家意志的重要手段。法的程序性要求法注重简洁和明确的特征。

4. 历史法学派是19世纪兴起的一个法学派别，下列哪个选项代表该学派观点？(1999年单选题)

- A. 法是一种历史现象，是阶级社会的产物
- B. 法像语言、风俗、政制一样，是随着民族的成长而成长的
- C. 法是由事物的性质产生出来的必然关系
- D. 法是在所有的人中确立的，并得到全人类平等遵守的自然理性

答案：B

解析：本题考查关于法的本质的各种学说，在历史上，思想家和法学家曾对法的本质提出了各种学说。其中历史法学派提出的是“民族精神说”，该派认为法是民族精神、

民族特性和民族共同意志的体现。选项A体现了马克思主义关于法的本质的看法；选项C反映的是“事物性质说”而选项D反映的是“理性说”。

5. 学者们认为，法律不是万能的，其作用是有限的，其理由在于：①法律重视程序，不讲效率；②法律调整外在行为，不干预人的思想观念；③法律强调稳定性，避免灵活性；④法律反映客观规律，不体现人的意志。下列哪些选项是正确的？

- A. ④③①
- B. ①④②
- C. ②
- D. ③

答案：CD

解析：本题考查法的作用的有限性，法的作用的有限性，主要表现在三个方面：1. 法只是社会调整方法中的一种；2. 法的作用范围也是有限的，对有关人们的信仰、思想等问题，就不宜采用法律手段。3. 法由于自身特点所具有的有限性：(1) 法具有主观意志性，法律不等于客观规律。由于人的认识能力的限制，法在被制定出来时总会存在不合理、不科学的地方；(2) 法具有概括性，将抽象的、具有概括性的行为规范适用于人们的具体行为时，总有不适应的地方；(3) 法具有稳定性，不能朝令夕改，总有不适应不停发展的社会生活方面；(4) 法律讲究程序，有时可能会使人们不能及时地解决问题。

6. 《中华人民共和国继承法》第16条第2款规定：“公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。”从法的规范作用看，该项规定属于下列哪一情况？(1998年单选题)

- A. 个别指引
- B. 确定的指引
- C. 有选择的指引
- D. 非规范性指引

答案：C

解析：本题考查法的指引作用。详见第1题的解析。

7. 某林区村民于小林为盖房欲去山上伐几棵国有林木。父亲对儿子说，未经许可去伐国有林木属乱砍滥伐，是违反《森林法》

的。于小林依从了父亲的劝导。该事说明法的哪些功能。(1997年多选题)

- A. 引导功能 B. 评价功能
C. 教育功能 D. 强制功能

答案: AB

解析: 本题考查法的规范作用。法的规范作用有: 指引作用、评价作用、预测作用、强制作用和教育作用。其中, 指引作用表现为法为人们的行为提供行为模式和标准进而指导人们的行为。评价作用表现在法对人们的行为是否合法或违法及其程度, 具有判断、衡量的功能。教育作用表现在通过法律的实施对人们今后的行为发生直接或间接的诱导影响。强制作用表现在法运用国家强制力制裁惩罚违法行为以保障法的实现。预测作用表现在人们可根据法来事先预测人们将如何行为及行为的法律后果。

8. 对法与国家的关系有如下几种表述, 其中哪几项是正确的?(1997年多选题)

- A. 法律形式直接受国家形式的影响
B. 国家的存在以法为前提条件
C. 法律规定国家的性质组成, 国家的性质决定法律的性质
D. 国家机构必须依靠法律组织、建立和发展

答案: ACD

解析: 本题考查法与国家的关系。马克思主义法学认为, 法与国家关系密切, 法从属于国家, 与国家不可分离。法律的产生、存在和发展, 以国家为前提条件; 法律的性质、特征直接由国家性质与特征决定, 法律形式直接受国家形式的影响; 法律的贯彻实施必须以国家强制力为后盾。国家离不开法, 没有法也就没有国家。法律规定国家性质及其组成, 是实现国家职能的工具; 国家机构必须依靠法律组织、建立和发展; 法律能有效巩固所保护的国家制度。

第二节 法律规范

知识要点

一、法的内容

所谓“法的内容”, 就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。就法律规范内容而言, 其核心部分就是法律权利和法律义务。从结构上看, 法的内容又可分为三个层次, 其最低层次为“法律规范”, 次则为“法律部门”, 最后为一国的法律规范的整体, 即“法律体系”。就法律技术内容言, 其主要包括法的各种概念、术语, 法的内在逻辑及其联系等。法律技术从来不是作为独立的内容存在的, 它总是依附于法律规范内容的, 离开法律规范的纯粹法律技术内容是没有的。

二、法的形式

所谓“法的形式”, 就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。就成文法来讲, 其表现形式与内容相对应, 也可分为三层次, 即“法律条文”、“规

律性法律文件”和“规范性法律文件体系(立法体系)”。

三、法律规范

所谓法律规范, 就是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。它不仅包含法律规则, 而且包含法律原则。法律规范与法律条文既有区别, 又有联系。法律规范是法律条文的主要内容, 法律条文是法律规范的表现形式。法律条文可以分为规范性条文和非规范性条文。规范性条文是直接表述法律规范(法律规则和法律原则)的条文, 非规范性条文是指不直接规定法律规范, 而规定某些法律技术内容(如专门法律术语的界定、公布机关和时间、法律生效日期等)的条文。这些非规范性条文不可能是独立存在的, 它们总是附属于规范性法律文件中的规范性法律条文的。

四、法律规则

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。法律规则具有特定的逻辑结构。一般来说,法律规则均由假定条件、行为模式和法律后果三个部分构成。

所谓假定条件,指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分,即法律规则在什么时间、空间、对什么人适用以及在什么情境下法律规则对人的行为有约束力的问题。它包含两个方面:(1)法律规则的适用条件。其内容有关法律规则在什么时间生效,在什么地域生效以及对什么人生效等。(2)行为主体的行为条件。其往往是法律关系产生、变更或消灭的事实规定,内容包括行为主体的资格构成(行为主体的国籍、权利能力、行为能力、免责条件等)和行为的情境条件(行为的时间、地点、程序和状态等)。

所谓行为模式,指法律规则中规定人们如何具体行为之方式或范型的部分。它是从人们大量的实际行为中概括出来的法律行为要求,根据行为要求的内容和性质不同,法律规则中的行为模式分为三种:(1)可以模式。指在什么假定条件下,人们“可以如何行为”的模式。(2)应为模式。指在什么假定条件下,人们“应当或必须如何行为”的模式。(3)勿为模式。在什么假定条件下,人们“禁止或不得如何行为”的模式。从另一个角度看,可为模式亦可称为权利行为模式,而应为模式和勿为模式又可称为义务行为模式。它们的内容是任何法律规则的核心部分。

所谓法律后果,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。根据人们对行为做出的实际行为的不同,法律后果又分为两种:(1)合法后果,又称肯定式的法律后果,是法律规则中规定人们按照行为模式的要求行为而在法律上予以肯定后果,它表现为法律规则对人们行为的保护、许可或奖励。(2)违法后果,又称否定式的法律后果,是法律规则中规定人们不按照行为模式的要求行为而在法律上予以否定的后果,它表现为法律

规则对人们行为的制裁、不予保护、撤销、停止,或要求恢复、补偿等。法律后果是任何法律规则都不可缺少的要素,但在立法实践中,法律条文一般不明确表述合法的后果,因为根据行为模式,人们(包括法官)可以直接推知该法律后果;但违法的后果,由于它实际上是规定人们违反法律所应承担法律责任的后果,它必须在立法上予以明文规定。

五、法律规则与法律条文

法律规则与法律条文是有区别的。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。一般而言,在法律条文中表述法律规则的情形有以下几种:

1. 一个完整的法律规则由数个法律条文来表述。
2. 法律规则的内容分别由不同规范性法律文件的法律条文来表述。
3. 一个法律条文表述不同法律规则或要素。
4. 法律条文仅规定法律规则的某个要素或若干要素。

六、法律规则的分类

1. 授权性规则和义务性规则。按照规则的内容规定不同,法律规则可以分为授权性规则和义务性规则。

所谓授权性规则,是指规定人们有权做一定行为或不做的一定行为规则,即规定人们的“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(如公民和法人)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,由于职权兼有权利和职责(义务)的性质,职权性规则亦兼具授权性规则和义务性规则的特征。

所谓义务性规则,是指在内容上规定人们的法律义务,即有关人们应当做出或不做某种行为的规则。它也分为两种:(1)命令性规则,是指规定人们的积极义务,即人们必须或应当做出某种行为的规则。(2)禁止性规则,是指规定人们的消极义务(不作为义务),即禁止人们做出一定行为的规则。

2. 确定性规则、委任性规则和准用性规

则。按照规则内容的确定性程度不同,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。

所谓确定性规则,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,在法律条文规定绝大多数法律规则属于此种规则。

所谓委任性规则,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或程序加以确定的法律规则。

所谓准用性规则,是指内容本身没有规定人们具体的行为模式,而是可以援引或参照其他相应内容规定的规则。

3. 强行性规则和任意规则。按照规则对人们行为规定和限定范围或程度不同,可以把法律规则分为强行性规则和任意性规则。

所谓强行性规则,是指内容规定具有强制性,不允许人们随便加以更改的法律规则。

所谓任意性规则,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。在权利性规则中,有些属于任意性规则。

七、法律原则和法律规则的区别

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。法律原则与法律规则在内容、适用范围、适用方式和作用上存在区别。

1. 从内容上看,法律规则的规定是明确具体的,它着眼于主体行为及各种条件的共性,而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。其要求比较笼统和含糊。

2. 从适用范围上看,法律原则的适用范围比法律规则要宽广。法律规则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。具有宏观的指导性。

3. 从适用方式上看,法律规则是以要么有效,要么无效的方式适用。当人们运用规则时,人们要么遵守,要么违反。当规则间

发生冲突和矛盾时,其中必定有一个规则无效,一个规则有效,不会发生需要调和的状态。而法律原则不是以要么有效,要么无效的方式适用的。当原则间发生矛盾时,人们往往根据具体情况决定哪一个原则更合理。当适用其中一个原则时,并不意味着另一个原则或其他原则是无效的,而只意味着在该案中适用的原则比其他原则更有份量。

4. 从作用上看,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作出裁决。而法律原则可以协调法律体系中规则间的矛盾,弥补法律规则的不足与局限,从而使法律制度保持合理的弹性与张力。更好地实现公平和正义。

八、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,可以把法律原则分为公理性原则和政策性原则。公理性原则,即由法律原理(法理)构成的原则,是由法律上之事理推导出来的法律原则,是严格意义的法律原则。政策性原则是一个国家或民族出于政策考量而制定的一些原则,政策性原则具有针对性、民族性和时代性。

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大小,可以把法律原则分为基本原则和具体原则。基本法律原则是整个法律体系或某一法律部门所适用的、体现法的基本价值的原则,如宪法所规定的各项原则。具体法律原则是在基本原则指导下适用于某一法律部门中特定情形的原则。

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不同,可以把法律原则分为实体性原则和程序性原则。实体性原则是直接指涉实体法问题(实体性权利和义务等)的原则。程序性原则是直接指涉程序法(诉讼法)问题的原则。

九、权利和义务的概念

权利和义务是法的最核心的内容和要素,是贯穿于法的各个领域、环节、法律部门和整个法的运动过程的法律现象。

权利一词可以在不同的意义上使用,这