

2004年版

国家司法考试推荐用书

国家司法考试复习指南

国家司法考试命题研究组 审定

焦洪昌 李元起 史彤彪 魏敬森 谢海霞 王进喜 著

法理学 法制史 宪法 经济法 国际法
国际私法 国际经济法 法律职业道德

1

本书三大特色

权威突破

本书作者均为法大、人大、工商大学、首都贸易大学教授，王牌考试专家，各学科内容均由签名作者本人亲自编写。

质量突破

浓缩四校名师面授讲义精华，真正做到重点明确。2003年版的测试题预测准确，与2003年国家司法考试原题相同或相近似高达100分。

创新突破

全书按照国家司法考试四张试卷分布的考试科目，分为三卷编写。各卷荟萃名师讲义精华、名师预测试题、试题参考答案诠释，全力打造司法考试权威精品。

编著(作者亲笔签名)

焦洪昌 李元起 史彤彪
魏敬森 张今 王进喜
常英 李元起 王进喜 谢海霞
张敬 王进喜 陈敏 史彤彪

人民日报出版社

1(1)

2004 年版国家司法考试推荐用书

(代再版前言) 0-882 2/23

国家司法考试复习指南

(全三卷)

审 定 国家司法考试命题研究组
编 著 阮齐林 卫跃宁 李仁玉 赵金山
张树义 张 今 吴景明 魏敬霖 谢海霞
焦洪昌 王进喜 史彤彪 李元超 陈 敦

人民日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

2004 年国家司法考试复习指南/阮齐林等编著.

—北京:人民日报出版社,2002.11

ISBN 7-80153-548-0

I.2...

II.阮...

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(2002)第 078655 号

(卷三全)

书 名:2004 年国家司法考试复习指南

责任编辑:郑秉宏

选题策划:朱小平

出 版 者:人民日报出版社(北京金台西路 2 号/邮编:100733)

发 行 者:新华书店

印 刷 者:北京市白帆印务有限公司

字 数:1840 千字

开 本:787×1092 1/16

印 张:71.75

印 数:10000

印 次:2004 年 2 月 第 2 次印刷

书 号:ISBN 7-80153-548-0/D·091

定 价:120.00 元

目 录

第一卷

法理学

【名师讲义精华】	(1)
第一章 法的本体	(1)
第二章 法的运行	(22)
第三章 法的演进	(28)
第四章 法与社会	(33)
【名师预测试题】	(35)
【参考答案】	(51)

法制史

【名师讲义精华】	(53)
第一章 中国法制史	(53)
第二章 外国法制史	(70)
【名师预测试题】	(79)
【参考答案】	(83)

宪 法

【名师讲义精华】	(85)
第一章 宪法基本理论	(85)
第二章 国家的基本制度(上)	(87)
第三章 国家的基本制度(下)	(88)
第四章 公民的基本权利与基本 义务	(91)

第五章 国家机构	(93)
第六章 宪法的实施及其保障	(95)
【名师预测试题】	(97)
【参考答案】	(119)

经济法

【名师讲义精华】	(132)
第一章 竞争法	(132)
第二章 消费者法	(140)
第三章 商业银行法	(144)
第四章 证券法	(145)
第五章 财税法	(149)
第六章 劳动法	(152)
第七章 土地法和房地产法	(155)
第八章 环境保护法与自然 资源法	(161)
【名师预测试题】	(161)
【参考答案】	(204)

国际法

【名师讲义精华】	(228)
第一章 国际法导论	(228)
第二章 国际法主体	(230)
第三章 国际法律责任	(233)
第四章 国际法上空间划分	(235)
第五章 国际法上的居民	(238)
第六章 外交和领事关系法	(240)
第七章 条约法	(244)
【名师预测试题】	(247)

【参考答案】·····	(261)
-------------	-------

国际私法

【名师讲义精华】·····	(276)
【名师预测试题】·····	(289)
【参考答案】·····	(301)

国际经济法

【名师讲义精华】·····	(313)
【名师预测试题】·····	(327)
【参考答案】·····	(343)

法律职业道德

【名师讲义精华】·····	(363)
第一章 法律职业道德和职业 责任概述·····	(363)
第二章 法官、检察官职业道德 和职业责任·····	(364)
第三章 律师职业道德和职业 责任·····	(369)
【名师预测试题】·····	(376)
【参考答案】·····	(387)

第二卷

刑法

【名师讲义精华】·····	(397)
上 编 刑法总论·····	(398)
下 编 罪刑各论·····	(413)
第一章 危害国家安全罪·····	(414)
第二章 危害公共安全罪·····	(414)

第三章 破坏社会主义市场 经济秩序罪·····	(419)
第四章 侵犯公民人身权利、 民主权利罪·····	(422)
第五章 侵犯财产罪·····	(423)
第六章 妨害社会管理 秩序罪·····	(424)
第七章 危害国防利益罪·····	(427)
第八章 贪污贿赂罪·····	(427)
第九章 渎职罪·····	(429)
第十章 军人违反职责罪·····	(430)
【名师预测试题】·····	(431)
【参考答案】·····	(506)

刑事诉讼法

【名师讲义精华】·····	(542)
第一章 概 述·····	(543)
第二章 刑事诉讼中的专门 机关和诉讼参与人·····	(543)
第三章 刑事诉讼法的基本 原则·····	(543)
第四章 管 辖·····	(545)
第五章 回 避·····	(547)
第六章 辩护与代理·····	(548)
第七章 刑事诉讼证据·····	(550)
第八章 强制措施·····	(553)
第九章 附带民事诉讼·····	(556)
第十章 期间、送达·····	(557)
第十一章 立 案·····	(559)
第十二章 侦 查·····	(560)
第十三章 起 诉·····	(562)
第十四章 第一审程序·····	(563)
第十五章 第二审程序·····	(566)
第十六章 死刑复核程序·····	(569)
第十七章 审判监督程序·····	(570)
第十八章 执 行·····	(572)
【名师预测试题】·····	(574)
【参考答案】·····	(649)

行政法与行政诉讼法

【名师讲义精华】	(662)
第一章 行政主体	(662)
第二章 行政行为	(663)
第三章 行政许可	(664)
第四章 行政复议	(670)
第五章 行政诉讼	(672)
第六章 国家赔偿	(682)
【名师预测试题】	(685)
【参考答案】	(704)

第三卷

民法

【名师讲义精华】	(729)
第一章 民法总论	(729)
第二章 物权法	(741)
第三章 人身权、亲属权、继承权及侵权责任	(746)
【名师预测试题】	(751)
【参考答案】	(771)

合同法

【名师讲义精华】	(794)
第一章 债法总论	(794)
第二章 合同总论	(801)
第三章 合同分论	(804)
【名师预测试题】	(810)
【参考答案】	(831)

知识产权法

【名师讲义精华】	(850)
第一章 知识产权概述	(850)
第二章 著作权	(852)
第三章 专利权	(858)
第四章 商标权	(862)
【试题回顾】	(866)
【名师预测试题】	(871)
【参考答案】	(888)

商 法

【名师讲义精华】	(901)
第一章 公司法	(901)
第二章 合伙企业法	(913)
第三章 个人独资企业法	(917)
第四章 中外合资经营企业法	(919)
第五章 中外合作经营企业法	(921)
第六章 外资企业法	(924)
第七章 票据法	(927)
第八章 保险法	(930)
【名师预测试题】	(934)
【参考答案】	(979)

民事诉讼法与仲裁制度

【名师讲义精华】	(1018)
第一章 民事诉讼和民事诉讼法	(1018)
第二章 民事诉讼的基本原则和基本制度	(1019)
第三章 主管和管辖	(1023)
第四章 诉	(1028)
第五章 当事人	(1030)
第六章 诉讼代理人	(1036)
第七章 民事证据	(1036)

法理学

名师讲义精华

从总体上讲,法理学复习的重点主要应当放在以下章节:(1)第一章;(2)第二章第一节(结合《立法法》相关内容),第四节;(3)第三章第一节,第三节;(4)第四章第二节,第三节。这些章节的内容应当充分理解并掌握。其他章节虽然相对次要,但是每一章、节也都各有其重点内容,应当分别理解掌握。

具体地讲,各章节应当重点掌握的内容如下:

第一章 法的本体

第一节 法的定义

本节应当重点掌握法的本质、法的特征和法的作用三个问题。对法律职业、法的现象等内容可参照教材大概了解即可。

一、法的现象与本质

应当掌握关于法的本质的主要学说和马克思主义关于法的本质的学说。

把握法的现象与法的本质的区别和联系,是掌握马克思主义法学理论特点的一个关键。法的现象是指能够经验的、凭借直观的方式可以认识的法的外部联系的总和,是直观的感性对象,即法本身。

1. 关于法的本质的主要学说。应当明确思想家、法学家与其学说的对应关系,即:

(1)神意说。以托马斯·阿奎那为代表;

(2)理性说。以古罗马思想家西塞罗和古罗马五大法学家之一的盖尤斯为代表;

(3)主权命令说。以英国思想家托马斯·霍布斯为代表;

(4)意志说。以法国思想家让·卢梭为代表;

(5)自由说。以德国哲学家康德和黑格尔为代表;

- (6)事物性质说。以法国学者孟德斯鸠为代表;
- (7)民族精神说。以德国历史法学派创立人卡尔·冯·萨维尼为代表;
- (8)利益说。以德国法学家鲁道夫·冯·耶林为代表。

2. 马克思主义关于法的本质的基本观点。

应掌握以下内容:首先,马克思主义法的本质学说认为,法律是统治阶级的意志的体现。法体现的统治阶级意志具有整体性,即法所体现的统治阶级意志不是统治阶级内部的各党派、集团及每个成员的个别意志,也不是这些个别意志的简单相加,而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。这种共同意志或根本意志是阶级作为一个整体在政治、经济上的根本利益的反映。

其次,马克思主义法学强调,在一定情况下,法的内容不仅反映统治阶级的意志,而且同时又反映被统治阶级以及统治阶级的同盟阶级的某些要求和愿望。这包括:

(1)法的内容规定对全社会都有利。不同程度地反映全社会各阶级、阶层的共同利益(如各种技术法规)。

(2)在阶级斗争激烈对抗的条件下,统治阶级为了缓和与被统治阶级的某些矛盾,把被统治阶级的反抗控制在一定的范围和限度内,而在立法中对被统治阶级作出一定的让步,规定一些符合被统治阶级利益、反映其某些愿望和要求的内容。但从本质上看,这一部分规范或条款仍然是通过统治阶级所掌握的政权机关来制定或认可的,它仅具有局部的意义,并不能改变一国法律的整体性质。

再次,马克思主义法学还指明:不仅统治阶级意志的内容,而且包括法本身,都是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。

二、法的特征

应当掌握法的规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性和程序性五个特征及每个特征的具体含义。

1. 规范性。

应当掌握所谓规范乃是指人们行为的标准或规则。在日常生活中,有各种各样的规范,如思维规范、语言规范、技术规范和社会规范等。思维规范是人们进行思维活动时所应遵循的规则;语言规范是人们表达思想的文字、语言规则;技术规范是人们利用自然力、生产工具、交通工具等应遵守的技术标准;社会规范是人类社会内部调整人们相互关系的行为规则,包括政治规范、道德规范、宗教规范、社会团体的规章、民族的习俗礼仪等。

法不是一般的规范,而是一种社会规范。其特点乃在于它所调整的是人们之间的相互关系(社会关系)或交互行为,在这一点上,法作为社会规范,不同于思维规范、语言规范,也不同于技术规范。但不同的规范之间在一定的条件下可以相互转化,如技术规范调整的对象是人与自然的关系,并不必然涉及人们的交互行为。如果不遵守技术规范,则可能引起伤亡事故,导致生产效率低下,危及生产秩序和交通秩序,或造成其他严重的损害。此时,不遵守技术规范的行为,就是一个有害的交互行为。为了避免此类行为的发生,有时需要将技术规范上升为法律规范,强迫人们予以遵守。这种由技术规范构成的法,在法学上被称为“技术法规”。

“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。而非规范性法律文件,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. 国家意志性。

不仅要认识到国家意志性是法的特征之一,还要进一步认识到:法是由国家制定或认可的,国家的存在是法存在的前提条件;法的认可包括明示认可和默示认可;体现国家意志的法具有统一性和权威性,是一元的;法是实现国家意志的重要手段而不是唯一手段等。

3. 普遍性。

首先应当掌握任何社会规范都是有约束力的。法与其他社会规范相比较,其约束力有自己的特点:

(1)范围不同。法的约束力的范围是国家权力管辖范围内的一切成员,在形式上不分阶级、阶层、个人社会地位、民族、性别等方面的差别而要求一律平等适用。其他社会规范只对国内的一部分人有效。

(2)形式不同。法的约束力以国家强制力为后盾,以相应的法律制裁来保证,是一种以外在强制为特征的约束。而其他规范则以内在强制为主要特征。

其次应当掌握,法的普遍性包含两个方面的内容:

(1)法的效力对象的广泛性。即在一国领域内,任何人的合法行为都无一例外地受法的保护,任何人的违法行为都无一例外地受法的制裁。

(2)法的效力的重复性。即法在同样的情况下可以反复适用,而不仅适用一次。

再次应当掌握,法具有普遍性,并不等于说法具有绝对性和无限性。法的效力的空间范围主要以国家权力管辖范围为限,同是法所调整的对象也是有限度的,即使在国家权力管辖范围内,法也只调整人们之间的一定社会关系或社会关系的某个方面,而不可能规范人们的一切行为。

应当注意的是,说法在国家权力管辖范围内普遍有效,是从法的属性上来讲的。就一个国家的具体法律的效力而言,则不可一概而论。有些法律是在全国范围内生效的,有些则是在部分地区或仅对特定主体有效的。

最后还应当记住,法的普遍性还包含另外一层涵义:相同的事项和相同的法律主体适用相同的法。

4. 国家强制性。

首先要掌握所谓强制性,就是指各种社会规范所具有的、借助一定的社会力量强迫人们遵守的性质。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。所谓法的国家强制性就是指法依靠国家强制力保证实施、强迫人们遵守的性质。也就是说,不管人们的主观愿望如何,人们都必须遵守法律,否则将招致国家强制力的干涉,受到相应的法律制裁。国家的强制力是法实施的最后保障手段。

其次要掌握,国家强制力是有一定限度的,而不是无限的。法依靠国家强制力保证实施,是从最终意义上来讲的,并不是说每个法的实施活动或实施过程,都必须借助国家政权及其暴力系统,由系统化的暴力介入其间。

再次还要掌握,国家强制力也不是保证法实施的唯一力量,法的实施还要依靠社会舆论、人们的道德观念和法制观念、思想教育等多种手段来保证。

5. 程序性。

应当掌握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。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。因此,在一个现代社会,如果要有节制的自由、有组织的民主、有保障的人权、有制约的权威,那么就必须使其法律有正当的程序。程序是社会制度化的最重要的基石,程序性也是法的一个重要特征。

三、法的作用

首先应当了解法具有规范作用和社会作用,法的这两种作用之间的关系,是一种手段和目的的关系:规范作用是手段,社会作用是目的。其次,应当结合实际事例掌握法的五个规范作用 and 两个社会作用。再次,应当正确认识法的作用,了解法的作用的有限性。

1. 规范作用。

即法自身表现出来的、对人们的行为或社会关系的可能影响,也称为“法的功能”。法的规范作用,可以分为:

(1)指引作用。即法律作为一种行为规范,为人们提供某种行为模式,指引人们可以这样行为,必须这样行为或不得这样行为,从而对行为者本人的行为产生影响。它有确定的指引和有选择的指引两种方式,是一种自律作用。

(2)评价作用。即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,它是一种他律作用。

(3)预测作用。即人们可以根据法律规范的规定事先估计到当事人双方将如何行为及行为的法律后果。它分为对如何行为的预测和对行为后果的预测两种情况。

(4)强制作用。即法为保障自己得以充分实现,运用国家强制力制裁、惩罚违法行为。法的强制作用是任何法律都不可或缺的一种重要作用,是法的其他作用的保证。

(5)教育作用。即通过法律的实施,法律规范对人们今后的行为发生直接或间接的诱导影响。它有反面教育和正面教育两种方式。

2. 社会作用。

即法为实现一定的社会目的而发挥的作用。按照马克思主义法学观点,在阶级对立的社会中,法的社会作用大体上表现在两个主要方面:

(1)法在维护阶级统治方面的作用:调整统治阶级与被统治阶级之间的关系;调整统治阶级内部的关系;调整统治阶级与其同盟者之间的关系。

(2)法在执行社会公共事务方面的作用:维护人类社会的基本生活条件;维护生产和交换条件;促进公共设施建设,组织社会化大生产;确认和执行技术规范;促进教育、科学和文化事业。

3. 正确认识法的作用和法的作用的局限性。

在认识法的作用时,必须注意“两点论”:

(1)对法的作用既不能夸大,也不能忽视;既认识到法不是无用的,又要认识到法不是万能的;

(2)既要反对“法律无用论”,又要防止“法律万能论”。

法的作用的局限性表现在:

(1)法只是众多社会调整手段中的一种;

(2)法作用的范围不是无限的,而是有限的;

(3)法自身特点而产生的有限性。

第二节 法的价值

本节应当重点掌握平衡价值冲突的规则。

一、法的价值的种类

大概了解自由、秩序、正义的含义即可。

二、法的价值冲突

1. 价值位阶原则。

这是指在不同位阶的法的价值发生冲突时,在前的价值优于在后的价值。

2. 个案平衡原则。

这是指在处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时,必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益,以使得个案的解决能够适当兼顾双方的利益。

3. 比例原则。

这是指为保护较为优越的法的价值须侵及一种法益时,不得逾越此目的所必要的程度。

第三节 法的要素

本节应当重点掌握法律规则的逻辑结构、法律规则与法律条文的关系、法律规则的分类、法律原则及权利和义务等问题。

一、法律规则的逻辑结构

应当掌握关于法律规则逻辑结构的“两要素说”、“老三要素说”和“新三要素说”的基本内涵,尤其是要结合法律条文理解“新三要素”的三个组成部分。

1. “老三要素说”和“两要素说”。

“老三要素说”认为,每一法律规则通常由假定、处理和制裁三个要素构成。“两要素说”认为,法律规则是由行为模式和法律后果两部分构成的。“老三要素说”和“两要素说”的区别在于:“老三要素说”承认法律后果只有一种即制裁;而“两要素说”不仅承认有否定式的法律后果(制裁等),而且承认有肯定式的法律后果(如奖励);“老三要素说”认为有独立的假定,而“两要素说”则把假定包含在行为模式这一要素之中。

2. “新三要素说”。

“新三要素说”认为,任何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;

(2)行为主体的行为条件。

在立法实践中,立法者有可能省略假定条件这一要素,以求文字表达简明扼要。

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。它可以分为三种情况:

(1)可为模式;

(2)应为模式;

(3)勿为模式。

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。

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。它分为两种情况:

(1)合法后果,又称肯定式的法律后果;

(2)违法后果,又称否定式的法律后果。

二、法律规则与法律条文

应当结合法律条文准确理解法律规则与法律条文的相互关系,牢记法律规则与法律条文不能等同。

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。二者的关系大致有以下几类情形:

(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)一个条文表述不同法律规则或其要素;

(4)法律条文仅规定法律规则的某个要素或若干要素。

三、法律规则的分类

应当结合有关法律规定正确理解法律规则的三种分类,牢记每一种分类的标准、种类,尤其要注意委任性规则与准用性规则、强行性规则与任意性规则之间的关系,应特别注意提问的前提条件。

1. 按照内容规定不同,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一定行为的规则,即规定人们的“可为模式”的规则。它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,它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出某种行为的规则。它可以分为命令性规则和禁止性规则。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;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. 按照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;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. 按照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。

所谓强行性规则,是指内容规定具有强制性质,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。

四、法律原则

应当结合法律有关规定掌握法律规则与法律原理。法律原则的区别,牢记哪些原则是政策性原则或公理性原则,弄清基本原则与具体原则的关系。

1. 法律规则与法律原理的区别。

前者是被确认为法律规范内容一部分的准则;后者是对法律上之事理所作的具有说服力的、权威性的阐述,是法律的公理或法律的教义、信条。法律原理可以构成法的非正式渊源,但只有被实在法接受为法律规范内容的法律原理才属于法律原则。另外,法律原则中包含的政策性原则未必全都属于或符合法律原理。

2. 法律原则与法律规则的区别。

二者的区别是:

(1)在内容上,法律规则的规定是明确具体的,着眼于主体行为及各种条件的共性;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。

(2)在适用范围上,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,适用范围比法律规则宽广。

(3)在适用方式上,法律规则是以“全有或全无的方式”;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,当两个原则在具体的个案中冲突时,法官必须根据案件的具体情况及有关背景在不同强度的原则间作出权衡。

(4)在作用上,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。

3. 法律原则的分类。

(1)按照产生的基础不同,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,例如法律平等原则、诚实信用原则、等价有偿原则、无罪推定原则、罪刑法定原则等;政策性原则是一个国家或民族出于一定的政策考量而制订的一些原则,如我国宪法中规定的“四项基本原则”,“依法治国,建设社会主义法治国家的原则”,“国家实行社会主义市场经济的原则”,婚姻法中“实行计划生育”的原则等。

(2)按照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,如(英美)契约法中的要约原则和承诺原则等。

(3)按照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,如诉讼法中规定的“一事不再理”原则、辩护原则、非法证据排除原则、无罪推定原则等。

五、权利及义务

应当掌握权利的四个特点和三个要素,义务的两种性质和两个部分,权利义务的种类及相

互关系。

1. 权利的含义、特点及构成要素。

权利,就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。其特点在于:

(1)权利的本质是由法律规范所决定,得到国家的认可和保障;

(2)权利是权利主体按照自己的愿望来决定是否实施的行为,具有一定程度的自主性;

(3)权利是为了保护一定的利益所采取的法律手段;

(4)权利总是与义务人的义务相联系,离开了义务,权利就不能得以保障。在结构上,法律权利由自由权、请求权和诉权三要素构成,是这三要素的统一。

2. 义务的含义、性质及结构。

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,是法律规定人们应当作出和不得作出某种行为的界限。义务的性质表现在两点:

(1)义务所指出的,是人们的“应然”行为或未来行为,而不是人们事实上已经履行的行为;

(2)义务具有强制履行的性质,义务人对于义务的内容不可随意转让或违反。

义务在结构上包括两个部分:

(1)义务人必须根据权利的内容作出一定的行为,即“作为义务”或“积极义务”;

(2)义务人不得作出一定行为的义务,即“不作为义务”或“消极义务”。

3. 权利和义务的种类。

(1)根据法律规定不同,可以将权利义务分为基本权利义务和普通权利义务。

基本权利义务是宪法所规定的人们在国家政治生活、经济生活、文化生活和社会生活中的根本权利和义务;普通权利义务是宪法以外的普通法律所规定的权利和义务。

(2)根据相对应的主体范围可以将权利义务分为绝对权利义务和相对权利义务。

绝对权利和义务,又称“对世权利”和“对世义务”,是相对应不特定的法律主体的权利和义务;相对权利和义务又称“对人权利”和“对人义务”,是对应特定的法律主体的权利和义务。

(3)根据权利义务主体的性质,可以将权利义务分为个人权利义务、集体(法人)权利义务和国家权利义务。

个人权利义务是指公民个人(自然人)在法律上所享有的权利和应履行的义务;集体(法人)权利义务是国家机关、社会团体、企事业组织等的权利和义务;国家权利和义务是国家作为法律关系主体在国际法和国内法上所享有的权利和承担的义务。

4. 权利和义务的关系。

二者之间的关系可以从以下方面来分析:

(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;

(3)从产生和发展看,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)从价值上看,权利和义务代表了不同的法律精神,它们在历史上、在不同国家的法律体系中受到重视的程度有所不同,地位有主次之分。

第四节 法的渊源与分类

本节应当掌握的重点主要有法的渊源的一般知识、当代中国法的渊源、法律汇编与法律编纂和法的分类。

一、法的渊源的一般知识

首先应当了解不同国家或不同时期的法的渊源,其次应当了解法的渊源的分类。

1. 不同国家或不同历史时期的法的渊源。

(1)古希腊最早的法的渊源是神谕,这是早期的习惯法;最主要最常见的法的渊源是民众大会决议。

(2)古罗马的法的渊源则有人民大会决议、平民大会决议、元老院决议、皇帝敕令等;共和时代还有一种法律渊源,即所谓裁判官法;罗马帝国时期,有皇帝的命令和法学家的解答。

(3)中世纪欧洲的法的渊源,主要有王室法令、习惯法、罗马法、教会法、普通法和衡平法、诏令等。

(4)近代以来西方国家的法的渊源,在英美法系国家主要是判例法,如普通法、衡平法,20世纪以来也开始重视制定法;在大陆法系国家,制定法成为主要的法的渊源,但判例和司法解释越来越有影响力。

(5)中国先秦时代法的渊源有作为习惯法的礼和刑、律、令等。西汉时法的渊源有律、令、科、比。后汉魏晋,有一种特别的法律渊源,即“法律章句”。隋唐时的法的渊源有律、令、格、式。宋代的法的渊源除律、令、格、式外,还开始出现例、敕。中国历代封建王朝的法的渊源,总的来说,以制定法、成文法为主,也包括习惯法、法理等,具体渊源则包括律、令、格、式、典、敕、比、例等。自清末沈家本修订法律以来,近代中国在法的渊源方面也以大陆法系国家为模式,以制定法为主。在南京国民政府时期,判例和解释例为重要的法的渊源。

2. 法的渊源分类。

(1)根据法的渊源的载体形式的不同,可将法的渊源分为成文法渊源与不成文法渊源,表现为文字形式的制定法等为成文法渊源,不表现为文字形式的为不成文法渊源。

(2)从法的渊源与法规范关系的角度,可将法的渊源分为直接渊源与间接渊源。制定法等与法规范、法条文直接相关的渊源为法的直接渊源,学说等与法规范、法条文间接相关的渊源为法的间接渊源。

(3)根据是否经过国家制定程序,法的渊源可以分为制定法渊源与非制定法渊源。

(4)根据法的渊源的相对地位而分为主要渊源与次要渊源。

(5)根据是否表现于国家制定的法律文件中的明确条文形式分为正式渊源和非正式渊源。法的正式渊源是指那些体现于国家制定的规范性法律文件的渊源;非正式渊源则指那些具有法律意义,但尚未在正式法律中得到权威性的明文体现的准则和观念,如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯等。

二、当代中国的法的渊源

应当了解当代中国法的渊源主要有哪些,其次应当了解每一种法的渊源所包含的具体表现形式,最后还应当记住政策和习惯也是中国法的非正式渊源。

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、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、国际条约国际惯例等。

1. 宪法。

宪法是我国的根本大法,规定了当代中国的根本的社会、经济和政治制度,各种基本原则、方针、政策,公民的基本权利和义务,各主要国家机关的组成和职权、职责等,涉及社会生活各

个领域的最根本、最重要的方面。宪法的修改必须由全国人大常委会或 1/5 以上的全国人大代表提议,并由全国人大以全体代表的 2/3 以上多数通过。宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。全国人大监督宪法的实施,全国人大常委会解释并监督宪法的实施,对违反宪法的行为予以追究。

2. 法律。

法律指全国人大及其常委会制定的规范性文件,其地位和效力仅次于宪法。法律由于制定机关的不同可分为两大类:一类为基本法律,即由全国人大制定和修改的刑事、民事、国家机构和其他方面的规范性文件;另一类为基本法律以外的其他法律,即由全国人大常委会制定和修改的规范性文件。全国人大及其常委会作出的规范性的决议、决定、规定、办法等,也属于“法律”类法的渊源。

3. 行政法规。

行政法规是指作为国家最高行政机关的国务院所制定的规范性文件,其法律地位和效力仅次于宪法和法律。国务院所发布的决定和命令,凡属于规范性的,也属于法的渊源之列。国务院制定的行政法规,不得与宪法和法律相抵触,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。行政法规的名称,按照 1987 年 4 月国务院办公厅发布的《行政法规制定程序暂行条例》第 3 条的规定为“条例”、“规定”、“办法”。

4. 地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件。

(1) 地方性法规是一定的地方国家权力机关,根据本行政区域的具体情况和实际需要,依法制定的在本行政区域内具有法律效力的规范性文件。

根据宪法和 1986 年修改后的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》和《立法法》的规定,省、自治区、直辖市,省级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委会有权制定地方性法规。地方性法规,一般采用“条例”、“规则”、“规定”、“办法”等名称。

(2) 民族自治法规是民族自治地方的人大制定的规范性文件。

根据《宪法》和《民族区域自治法》的有关规定,民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例,报上一级人民代表大会常务委员会批准之后生效。自治条例是一种综合性法规。单行条例是有关某一方面事务的规范性文件,一般采用“条例”、“规定”、“变通规定”、“变通办法”等名称。

经济特区的规范性法律文件是由有关国家机关根据全国人大或其常委会的授权制定的适用于经济特区的规范性文件。1981 年全国人大常委会授权广东省、福建省人大及其常委会制定在其所属经济特区实施的单行经济法规。1988 年全国人大授权海南省人大及其常委会制定在海南经济特区实施的法规。1992 年全国人大授权深圳市人大和深圳市政府分别制定法规和规章,在深圳经济特区实施。2000 年颁布的《立法法》明确规定经济特区及经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会有权根据全国人民代表大会的授权制定法规。这些根据授权制定的在经济特区适用的法规、规章,地位和效力不同于一般的法规、规章,也是当代中国法的渊源之一。

5. 规章。

规章一种是由国务院组成部门及直属机构在它们的职权范围内制定的规范性文件;另一种是省、自治区、直辖市人民政府,省、自治区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政府依照法定程序制定的规范性文件。