

中国政法大学出版社国家司法考试辅导用书编写组 编写

2007年

国家司法考试 复习精要

第4册



中国政法大学出版社

D92

Z660.1

2007 年国家司法考试复习精要

(第四册)

中国政法大学出版社

国家司法考试辅导用书编写组 编写

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

2007 年国家司法考试复习精要.第 4 册/中国政法大学出版社国家司法
考试辅导用书编写组编.——北京:中国政法大学出版社, 2007.2

ISBN 978-7-5620-3009-6

I .2... II .中... 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(2007)第 013008 号

书 名 2007 年国家司法考试复习精要(第四册)
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787×1092 1/16
印 张 19.25
字 数 530 千字
版 本 2007 年 2 月第 1 版 2007 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3009-6/D·2969
定 价 26.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

司法考试已成为我国竞争最为激烈的主要考试之一,如何安排复习成为困扰大多数考生的难题。合理的复习安排和科学的考试方法与考试成绩密切相关,而科学的复习不是试图掌握每一个知识点去获得满分,而是利用有限的复习资源(时间、精力等),按照考试几率的顺序,去尽可能多地掌握被考频度高、分值高的知识点。阅读有价值的辅导用书,是科学、合理复习的应有之意,以使考生达到事半功倍的效果。本书的宗旨正是在于深入了解考生的需求,秉持对考生认真负责的态度,使考生既能全面掌握考点,又能节省时间,记忆牢固,进行更加有效的复习。

本书的内容和特点如下:

1. 以大纲为线索,以教材为参考,全面覆盖考点,详略得当的阐述知识点。如果以指定教材为准,一个认真备考的人,试卷上90%以上的考点都能复习到。所以,本书以大纲为线索对考点进行整理和提炼,尽可能全面地覆盖所有考点,但在内容的阐述上又根据考试的需要有所取舍,帮助考生直击考点,只对考试需要掌握的知识点加以论述和分析。所采用的法理均为目前的通说,对个别异议也予以了标注,供考生了解。

2. 相关知识点下配以司考真题和解析,及时进行实战训练。司考真题的解析历来是司考复习的主要参考之一。本书收录了2002年至2006年共5届司考的真题,这样可以直观地反映出该知识点的重要程度和历年考试情况,使考生深刻体会司法考试的出题思路和命题范式,训练考生的实战能力和应试技巧。

3. 内容结构逻辑性强,层次清晰简练,并运用多种醒示手段,易于记忆,极具可读性。仅仅阅读教材来复习,在几百万字里面寻觅记忆区区几十万字的考点,确实是一条低效而费时的弯路。本书根据最佳记忆理论,采取提纲式逻辑结构,运用符号标示、附注提示等特色编写手段把句子和段落中蕴含的“题眼”专门加以强调提示,使内容层次清晰简练,文体形式活泼鲜明,去除平板乏味之感,增强了记忆的联系性和突出性。书中各种提示方式的含义:

(1)下划线:段中必须特别重视的句子。

(2)“注意”:对重要但易忽视的知识点予以单独强调。

(3)“特别提示”:对部分内容的总结性提示。

4. 针对不同部门法的特点,让作者充分发挥自己的学科优势,选择最有力的编写体例,利用图表、归纳和对比等方式凸显考点,深化记忆,提高复习效率。利用归纳和对比方式,对易混淆知识点进行比较,非常易于考生记忆和运用。

5. 书中所选用的法条均为目前的有效法条,对因法条修订而导致的不同结论亦进行了提示和说明,并对新修订的法规内容予以标注。

6. 为进一步方便读者学习,我们特提供作者的电子邮箱,可以直接与之交流沟通。

当然,由于篇幅所限,书中有些知识点未能详尽展开。但是瑕不掩瑜,本书无论是在早期复习阶段,还是考试冲刺阶段,考生均可适用,尤其是对那些复习时间实在有限的考生来说,使用本书更会起到事半功倍之效。本书的编写是编著者为广大考生提供有价值服务的一种努力,这种努力的效果如何,有待考生评判,但有一点考生们可以确信:编著者的努力是真诚的,也是扎实的。

编 者

2007年1月

目 录

宪 法 学

复习方法谈	(1)
第一章 宪法基本理论	(4)
第二章 国家的基本制度(上)	(16)
第三章 国家的基本制度(下)	(19)
第四章 公民的基本权利与义务	(31)
第五章 国家机构	(38)
第六章 宪法实施	(59)

行政法与行政诉讼法

复习方法谈	(64)
第一章 行政法概述	(66)
第二章 行政组织与国家公务员	(68)
第三章 抽象行政行为	(76)
第四章 具体行政行为概述	(81)
第五章 行政许可	(85)
第六章 行政处罚	(96)
第七章 行政强制	(107)
第八章 行政合同	(111)
第九章 政府采购	(113)
第十章 行政应急	(117)
第十一章 对行政的监督与权利救济概述	(120)

第十二章	行政复议	(127)
第十三章	行政诉讼的受案范围	(140)
第十四章	行政诉讼的管辖	(148)
第十五章	行政诉讼参加人	(151)
第十六章	行政诉讼程序	(159)
第十七章	行政诉讼的特殊制度与规则	(168)
第十八章	行政案件的裁判与执行	(180)
第十九章	国家赔偿概述	(188)
第二十章	行政赔偿	(191)
第二十一章	司法赔偿	(199)
第二十二章	国家赔偿方式、标准和费用	(206)

经 济 法

复习方法谈	(210)
第一章 反不正当竞争法、消费者权益保障法、产品质量法	(211)
第二章 劳动法、拍卖法、招标投标法	(222)
第三章 银行法、证券法	(245)
第四章 税法、会计法、审计法	(261)
第五章 环境保护法、自然资源法、土地管理法、房地产管理法	(278)

宪法学

复习方法谈*

一、宪法学的主要内容和特点

宪法学是法学知识体系中的重要组成部分,在总体上分为宪法基本理论、国家性质、政治组织形式、公民基本权利和义务、国家机构、选举制度等几个主要方面的内容。从宪法学体系看,公民的基本权利和义务以及国家机构是其重点内容,所以也是司法考试的重点。另外还涉及到宪法的基础理论。具体而言,其知识点有:

宪法作为根本法的特点;宪法发展史上的标志性事件;我国的经济制度;行政区划;特别行政区制度;公民基本权利;国家机构的性质、组成、职权;四次宪法修正案。

在司法考试中,宪法学同法理学一样分布在第一卷中,所占分值在律师资格考试时代一般为10分左右。2002年开始实行统一的司法考试,由于试题卷面结构的调整,分值有所增加。2003年后由于增加了法制史内容,宪法学的考试内容受到一定影响,分值有所减少,近几年一直是20分左右。但不论怎样,不可因其分值小而轻视。古人云:不积溪流无以至江河,不积跬步无以至千里。每年考试因只少一两分不过而后悔莫及的考生大有人在。作为明智的后来者是不应重蹈前人覆辙的。而要想复习好宪法学,抓住这本并不难抓住的20多分,掌握必要的复习方法与技巧就显得尤为重要,能达到事半功倍的效果。而这其中首要的就是掌握司法考试中的宪法学的特点:

(1)由于中国宪法并没有实质性地进入司法实践,所以在司法考试中不会有案例题出现。除第4卷中的论述题可能会涉及到宪法学知识外,所有宪法题主要集中在第一卷中,以选择题的形式进行考察。近几年开始在选择题中是以小案例的形式出现,但还是比较简单,一般通过对案例材料的阅读就会非常明显地感觉到其欲考察的知识点。所以在复习时重点是放在对宪法和其他相关法律条文的理解上,在理解的基础上着重记忆。

(2)宪法学的考分虽然不多,但考试时所涉及的法规却有不断增加的趋势。从开始的惟一的宪法典到现在的10多个法律,表明考生必须扩大复习面。但是,重点仍然是宪法典本身,其他法律中总体上涉及的分值还是比较少的。所以在复习时既要面面俱到,又要有所侧重。另外,由于宪法典的内容毕竟有限,从近一两年来试题来看,一些宪法性法律的考察点也在增多,而且有逐渐细化的趋势。如2006年试卷一的第3题、第60题、第61题都表明了这一特点。

(3)由于宪法的主要功能在于限制国家权力与保障公民权利,所以国家权力部分和公民权利部分是宪法法条的主要内容,也是司法考试中的主要内容。所以考生对宪法典中的第二章和第三章要给予重点关注。

(4)要纠正一种认识上的偏差。很多司法考试的辅导书中都认为宪法学试题中只考法条题,所以

* 作者联系方式:yaoguojian010@sina.com

只看法条,将重点部分知识背下来即可。但事实并非如此。每年的试题里都有一些宪法学基础理论或宪法史的题,如2006年试卷一中有关《人权宣言》和制宪权理论的考察,而这些是在法条上找不到答案的。但这些基础理论或宪法史的题目并不难。所以建议大家抽出一定的时间将教材的这些问题看一下,记住主要内容。

二、复习要领

(一)命题规律与趋势

1. 如何掌握命题趋势。分析历年考题是必要的和有效的,有人统计,司法考试中有些部门法的知识重复率在80%以上,所以如果将以前考试的内容加以总结,则能迅速抓住考试重点,掌握命题规律,赢得时间。但这一规律在宪法学中并没有得到体现。可以看出,宪法学考题重复率并不高。但这也不意味着无法通过分析往年考题的重复率来总结考核重点。事实上,一门学科的重点知识是能够科学地总结出来的。可以这样认为,司法考试的出题老师在设计考题时,一般会主要考虑两个因素:第一是本学科的重点知识;第二是知识的可考性,即该知识点比较适合于设计成考题,尤其是宪法学考题只能以选择题形式出现,所以哪些知识点以及哪些法条较易设计成选择题也是重要的考量因素。作为考生而言,在掌握本学科的重点知识基础上,可以进行错位思考,将自己设想成出考题的老师,将重点知识予以认真研究、分析,思考自己会如何出题,从而进行有针对性的复习。

2. 司法考试的制度设计初衷之一是希望通过建立统一的国家考试制度提高我国法律职业的门槛,从而提升法律从业人员的整体素质。所以,司法考试试题的整体趋势是加强理论性。这一趋势在宪法学命题中的体现是:命题的理论化色彩日渐浓厚,对考生知识综合化、系统化的要求日益突出。主要表现是涉及宪法基础理论的题目数量在增加;将宪法典和其他法律如立法法、选举法结合起来考察。较之于过去单纯地对单个法条考查而言,这些题具有更强的迷惑性与更高的难度。

3. 由于中国宪法对社会规范作用明显不如其他法律显著,以至于“宪法无用论”的观点在社会中广为流传。但随着中国社会民主政治的发展,宪法的规范作用也逐步显现。伴随着这一趋势,宪法中的程序性条款,尤其是有关国家机关权力运行的程序如立法程序、会议程序条款以及选举程序条款,出现在司法考试中的频率也在不断增加。所以,在复习对这些问题应予重点关注。

4. 有相当部分的内容最终都落实到法条上。作为宪法和其他宪法性法律的法条,重点法条与非重点法条的区分是比较明显的,重点的内容也将是复习的重点。另外,现在考题的综合性趋势在增强,即一个题目不会只考查一个知识点,而是将相关的知识点放在一起考察,每个选择项都是一个单独的知识点,所以,在复习法条时,要注意法条之间的关联性和相关法条的区别。

(二)复习方法与技巧

俗话说“磨刀不误砍柴工”、“工欲善其事,必先利其器”,复习和记忆方法直接影响考试的成绩,但是很多人并不在这方面多做努力,拿着教材闷头去学,不去探寻命题规律,不知考试重点或是对重点内容似是而非,不求甚解,在考试时就极易陷入出题人的陷阱。因此,面对近十本教材,一万多必读法律法规,近460万字的内容,可以说,方法是否得当,是能否顺利通过的关键。明确司法考试复习的方向对初次参加考试的人来说尤其需要。“抓牢必考的、掌握常考的、了解可考的,剔除不考的”,明白命题意图或用以迷惑考生的“陷阱”,找准复习的方向,就会事半功倍。就宪法学的复习而言,介绍几种方法和考试中一些应注意的问题,以供参考,对于更好的应试是有帮助的。

1. 反复练习和揣摩近年来的宪法学的真题。只有通过真题的反复练习,才能真正感悟前述的种种趋势,才能把握考试的重点、热点,培养命题思维方式,即读完题干所直接明示或隐含的信息后,即可猜出出题人的意图,迅速抓住本题考核的知识点。

2. 加强理论学习,力求对宪法学有全面系统地把握。单纯地背诵法条固然可以答对那些与单个法条相对应的题目,但这些题目的数量在呈递减趋势。司法考试题目的理论性和综合性在加强,所以掌

握一些本学科的基本原理有助于分析和解决问题。宪法学中需要掌握的基本原理有:宪法的最高性与至上性;宪法起始于资本主义社会,目的是防止国家权力对公民权利的侵犯;我国的政体是人民代表大会制度,人民代表大会是国家权力机关,它产生并监督其他国家机关,如行政机关、审判机关和检察机关;我国经济制度的基础是社会主义公有制;公民权利的保障是宪法的重要内容,其限制应由国家以法律的形式明确规定,并且须基于保障社会公共秩序和他人的合法权益的目的等。

3. 采用综合和比较的方法复习。宪法中有很多知识是可以归结为同一大类型的,但其中又有细微的区别。将这些知识进行归类并注意到这些差别有助于准确的掌握,能达到事半功倍的效果。如我国经济制度中的所有制形式有国有经济、集体经济和非公有制经济。这些经济成分的宪法地位与国家对其政策就有很强的可比性,也容易混淆,将它们放在一起复习比分散地复习更有利于准确的把握。类似的内容在宪法学里还有很多。如全国人大和全国人大常委会的地位、权力、提案主体、会议形式与制度;全国人大常委会的组成与地方各级人大常委会组成的比较、国家领导人任期限制的具体类型等。

4. 必须熟读法规,尤其是宪法典,也包括法律汇编中涉及到的一些宪法性法律,如《立法法》等。司法考试中的宪法题有相当部分最终都得以条文为其归宿。如果说复习的前一阶段的主要任务是夯实理论基础的话,到了后半段,就该以法条理解为主了。尤其是在考试前,再看最后一眼宪法条文,会有不少收获的。

5. 多做习题也是必要的。做题有两个效果:①通过练习,可以不断加深对理论和法律法规的理解,尤其是可以分清那些平时看书容易混淆的内容;②通过做题,可以揣摩老师的命题思维方式,养成良好的解题思路。司法考试采用的主要是标准化试题,做题就是在快速审题的前提下准确捕捉关键信息,然后进行推理并作出准确的判断。尤其是宪法学部分,试题主要集中在试卷一,反复演练和琢磨历届试题并重视对答案的分析和总结尤其重要。但不应搞题海战术,做题不在多,而在有效果,也就是凡是做过的题中所涉及到的知识点能够保证以后尤其是在正式考试中不再出错。另外需要注意的是做题之前对题目的质量应有一个基本的了解,选择那些质量较高的试题作为自己练习的对象,那些质量较差的试题不仅会耗费宝贵的复习时间,更严重的是会给学习造成误导。

第一章 宪法基本理论

第一节 宪法的概念

一、宪法的词源

尽管古代的中国和西方都曾有“宪法”这一词语,但它们的内涵却与近现代的“宪法”迥然不同。

在中国古代的典籍中,曾出现过“宪”、“宪法”、“宪令”、“宪章”等词语,其含义主要有三种情况:一是指一般的法律、法度。二是指优于刑法等一般法律的基本法律。三是指颁布法律、实施法律。这些与近现代宪法的涵义完全不同。在中国,“宪法”一词指代国家根本法始于19世纪80年代。

在古代西方,“宪法”一词也是在多重意义上使用:一是指有关规定城邦组织与权限方面的法律;二是指皇帝的诏书、谕旨;三是指有关确认教会、封建主以及城市行会势力特权的文件,以及他们与国王等的相互关系的法律。同样,这些都与近现代宪法的涵义不同。宪法词义发生质的变化,始于17、18世纪欧洲文艺复兴时期。近代资产阶级革命的成功,近现代意义的宪法才最终形成。

注意:无论是在中国还是在西方,宪法词源的出现并不代表国家根本法意义上的宪法的出现。国家根本法意义上的宪法是进入资本主义社会以后才出现的,所以,宪法只有近代宪法与现代宪法之分。

下列有关宪法的论述正确的有

- A. 中国古代即存在作为国家根本法意义上的宪法
- B. 近代西方宪法是资产阶级革命的产物
- C. “宪法”一词的含义在古代和近代发生了质的变化
- D. 词源意义上的宪法在中国古代已有之

【答案及解析】BCD。根据“古代虽有‘宪法’一词,但并无‘宪法’这一法律”的基本判断,可以肯定后三项都是正确的,只有第一项是不正确的。

二、宪法的特征

(一)宪法是国家的根本法

宪法作为国家的根本法是宪法在法律上的特征,也是宪法与普通法律最重要的区别。宪法的根本法地位取决于三个方面的因素:

1. 在内容上,宪法规定国家最根本、最重要的问题,如国家的性质、政权组织形式和国家结构形式、公民的基本权利和义务、国家机构组织及其职权等。

2. 在法律效力上,宪法的法律效力最高。所谓法律效力是指法律所具有的约束力和强制力。在成文宪法的国家中,宪法的法律效力高于一般的法律,在国家法律体系中处于最高地位的法律地位(宪法序言)。^{〔1〕}宪法的最高法律效力表现在两个方面:①宪法是制定普通法律依据。一切法律、行政法规和地方性法规等都不得同宪法相抵触;(宪法5条)^{〔2〕}②宪法是一切国家机关、社会团体和全体公民

〔1〕 宪法序言规定:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。”

〔2〕 宪法第5条第3款规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”

的最高行为准则(宪法序言)。^[1]

注意:宪法第5条规定的是“法律、行政法规、地方性法规”不得同宪法相抵触,要注意这三个名词,分清这三种法律渊源的制定主体。

特别提示:2000年制定的《立法法》第78条规定:“宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”这与我国宪法第5条的规定并不完全一致。应试时应注意题目说的是“根据宪法”还是“根据宪法和法律。”

(2005年试卷一第11题)宪法是国家根本法,具有最高法律效力。下列有关宪法法律效力的哪一项表述是正确的?

- A. 在不成文宪法的国家中,宪法的法律效力高于其他法律
- B. 在我国,任何法律法规都不得与宪法规范、宪法基本原则和宪法精神相抵触
- C. 宪法的法律效力主要表现为对公民的行为约束
- D. 宪法的法律效力不具有任何强制性

【答案及解析】B。宪法的最高法律效力是就成文宪法而言的,在不成文宪法国家,宪法的效力与其他法律是一致的。所以A项是错误的。宪法的价值在于保障人权,其针对的对象主要是国家权力,而不是公民,所以C项是错的。宪法作为法的一种,其效力具有强制性,否则宪法规范就会与道德规范一样,难以得到真正的实施。

3. 在制定和修改的程序上,宪法比其他法律更加严格。①制定和修改宪法的机关,是特别成立的,而非普通立法机关。如我国于1953年1月13日成立了宪法起草委员会等。②通过或批准宪法或者其修正案的程序,往往严于普通法律,一般要求由制宪机关或者立法机关成员的2/3或3/4以上的多数表决通过,才能颁布施行,而普通法律只要立法机关成员的过半数通过即可。我国宪法的修改,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2/3以上的多数通过(宪法第64条)。^[2]

注意:我国宪法修改程序是一个重点。

特别提示:①我国宪法修改的提案权只属于全国人大常委会和1/5以上的全国人大代表,中共中央不可以直接向全国人大提出宪法修正案,而只能是向全国人大常委会提出修改宪法的“建议”,全国人大常委会接受建议后以自己的名义向全国人大提出正式议案。②全国人大通过宪法修正案是以“全体代表”而不是以“出席会议代表”绝对多数通过。

(二)宪法是公民权利的保障书

宪法最主要、最核心的价值在于,它是公民权利的保障书。1789年的法国《人权宣言》宣布,凡权利无保障和分权未确立的社会就没有宪法。列宁也曾指出:宪法就是一张写着人民权利的纸。

在历史上,宪法或者宪法性文件最早是资产阶级在反对封建专制制度的斗争中,为了确认取得的权利,以巩固胜利成果而制定出来的。在基本内容上,宪法主要包括国家权力的行使和公民权利的保障。然而,这两部分并非地位平行的两部分。就其关系来说,公民权利的保障居于支配地位。因此,在国家法律体系中,宪法不仅是全面规定公民基本权利的法律,而且其基本出发点就在于保障公民的权利和自由。

(三)宪法是民主事实法律化的基本形式

近代意义的宪法是资产阶级革命取得胜利、有了民主事实之后的产物,是资产阶级民主事实的法

[1] 宪法序言规定:“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”

[2] 宪法第64条规定:“宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者1/5以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的2/3以上的多数通过。”

律化。

社会主义宪法也是如此。从1918年《苏俄宪法》的制定,到东欧和亚洲等一系列国家的社会主义立宪运动都可看出,无产阶级民主事实是社会主义宪法的前提条件,而社会主义宪法则是无产阶级民主事实的法律化。

所以,宪法与民主紧密相连,民主主体的普遍化,或者说民主事实的普遍化,是宪法得以产生的前提;而且基于宪法在整个国家法律体系中的根本法地位,以及宪法确认的基本内容主要是国家权力的行使和人权的保障,可以说,宪法是民主事实法律化的基本形式。

三、宪法的本质

宪法的本质在于,它是各种政治力量对比关系的集中表现。

特别提示:有一些老版本的宪法教材认为宪法的本质在于它集中体现统治阶级的意志,但现在主流观点已经不这样认为了。

第二节 宪法的历史发展及其分类

一、近代意义宪法的产生

(一)近代意义的宪法是西方国家资产阶级革命的产物

近代意义宪法的产生须具备经济、政治和思想文化等三个方面的条件。

1. 近代宪法的产生,是资本主义商品经济发展的必然结果。一旦商品经济得到普遍发展而成为资本主义社会的基本经济形态时,自由竞争与平等交换的经济要求必然要通过宪法所确立的政治制度反映出来。

2. 资产阶级革命的胜利、资产阶级国家政权的建立和以普选制、议会制为核心的民主制度的形成,为近代宪法的产生提供了政治条件。资产阶级只有掌握国家政权后才有可能制定宪法。

3. 资产阶级启蒙思想家提出的民主、自由、平等、人权和法治等理论,为近代宪法的产生奠定了思想基础。为了铲除“君权神授”等封建思想观念的影响,资产阶级启蒙思想家如洛克、卢梭、孟德斯鸠等人提出了以自然法理论为基础的社会契约论,并进而提出了民主、自由、平等、人权、分权制衡等学说,阐述了通过制定宪法来规范国家权力以保障公民的权利和自由等立宪主义思想。

注意:宪法是资产阶级革命的产物,所以一般认为人类社会只有在进入资本主义社会以后才出现的,在这之前的奴隶社会和封建社会是没有宪法的,宪法也只有近代宪法与现代宪法之分,而一般不认为还有古代宪法。

特别提示:①一般而言,近代宪法所需要的经济、政治、思想三个条件在各个国家都是共同的。②在宪法产生的思想条件中,注意代表性人物和相关思想的对应关系,如洛克和孟氏主要是分权思想,卢梭主要是人民主权思想等。③“君权神授”思想不是宪法产生的思想根源。

(二)早期主要资本主义国家宪法的产生

1. 英国宪法的产生。在资本主义国家中,英国是最早发生资产阶级革命的国家,也是最早产生宪法的国家。在形式上,英国宪法是不成文宪法。即在英国,宪法虽然已有300多年的历史,但从来没有制定过统一的宪法典。所谓英国宪法,实际上是由不同历史时期颁布的宪法性法律和不同历史时期逐步形成的宪法惯例、宪法判例所构成。从英国宪法的发展来看,具有影响的主要是在各个时期由议会制定的涉及国家根本问题的宪法性法律。

注意:英国宪法有两个值得关注的地方:①是最早产生的宪法,英国由此被称为“宪政母国”;②是不成文宪法,但不是说没有书面的法律,只是没有统一的宪法典。

2. 美国宪法的产生。1787 年的美国宪法是世界上第一部成文宪法。美国宪法的产生,经历了从《独立宣言》到制定各州宪法和《邦联条例》,再到制定《联邦宪法》这样一个发展过程。1776 年第二届大陆会议通过的《独立宣言》是世界宪政史上重要的历史文献,马克思称之为世界上“第一个人权宣言”,它对美国宪法的产生和宪政体制的确立产生了直接影响。1787 年费城制宪会议制定的《美国宪法》,由序言和 7 条宪法正文组成。自 1789 年美国宪法生效以来,至今已通过了 27 条宪法修正案。

注意:①美国宪法是世界上最早的成文宪法。②《独立宣言》不是美国的正式宪法,但被马克思称为世界上“第一个人权宣言”。

3. 法国宪法的产生。在欧洲大陆,最早制定成文宪法的国家是法国。1789 年,法国制定通过了《人权宣言》。《人权宣言》是法国资产阶级在反封建的革命斗争中颁布的著名纲领性文件,它充分反映了资产阶级的基本要求,宣布了资产阶级的自由、平等原则,提出了“主权在民”、“权力分立”的主张,确立了“法律面前人人平等”、“罪刑法定”、“无罪推定”等资产阶级法制原则,对法国乃至整个世界宪法的发展都产生了深远影响。

《人权宣言》制定后,国民议会于 1791 年制定了法国的第一部宪法。这部宪法以《人权宣言》为序言,废除各种封建制度。尽管如此,这部宪法确立的却是君主立宪制,不少条文甚至公然违背了《人权宣言》提出的一些资产阶级民主原则。

注意:法国宪法是欧洲大陆的第一部成文宪法;《人权宣言》也不是法国的正式宪法,但它对法国宪法的影响是巨大的。

特别提示:英国宪法虽然是最早的宪法,但它不是成文宪法;美国宪法虽然不是最早的宪法,但它是最早的成文宪法;被马克思称为“世界上第一个人权宣言”的是美国的《独立宣言》,而不是法国的《人权宣言》。

在英国、美国和法国资产阶级革命和立宪运动的影响下,欧美各国相继发生了资产阶级革命,革命胜利后制定了自己的宪法。1917 年俄国十月社会主义革命胜利后,建立了第一个无产阶级专政的社会主义国家,1918 年制定了世界上第一部社会主义宪法,即《苏俄宪法》。

注意:世界上第一部社会主义宪法是《苏俄宪法》,而不是《苏联宪法》。

二、我国的现行宪法

1949 年 9 月中国共产党召开了中国人民政治协商会议,制定了起临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》。1954 年,第一届全国人大第一次全体会议在《共同纲领》的基础上制定了我国第一部社会主义类型的宪法,即 1954 年宪法。1975 年颁布的第二部宪法是一部内容很不完善并有许多错误的宪法。1978 年颁布的第三部宪法,虽经 1979 年和 1980 年两次局部修改,但从总体上说仍然不能适应新时期的需要。因此,1982 年 12 月 4 日,第五届全国人民代表大会第五次会议通过了新中国的第四部宪法,即现行宪法。

注意:①《共同纲领》不是新中国的正式宪法,其性质是“起临时宪法作用的文件”。新中国的第一部正式宪法是 1954 年宪法。②一般认为,1954 年宪法是新中国制定的惟一宪法,后来的三部宪法都是在修改前部宪法的基础上形成的。

特别提示:①1954 年宪法虽然规定了一些过渡性质的措施,如在所有制形式方面仍然保留了资本家所有制,但它仍然是社会主义类型的宪法;②1975 年宪法虽然有很多错误,但其性质仍是社会主义类型的宪法。

现行宪法颁布实施后,共进行了四次修改,分别是 1988 年七届全国人大一次会议、1993 年八届全国人大一次会议、1999 年九届全国人大二次会议和 2004 年十届全国人大二次会议对宪法进行的修改。其中 2004 年的修宪内容较多。主要有:①将“三个代表”重要思想规定为我国宪法的指导思想;规定我国进行政治文明建设,坚持三个文明协调发展;增加“社会主义事业的建设者”是爱国统一战线的对象。

②建立对土地征收和征用的补偿制度。③规定国家对非公有制经济的政策是“鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”④加强对公民私有财产权的保护,规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”⑤规定国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。⑥规定“国家尊重和保障人权”。⑦规定全国人大代表由各省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。这是对香港和澳门回归后全国人大组成发生变化这一客观事实的确认。⑧将全国人大常委会、国务院和国家主席有关“戒严”的权力改为“进入紧急状态”的权力。⑨增加国家主席的权力,规定国家主席有权代表国家“进行外事活动”;将乡级人大的任期改为5年。这样,我国各级人大的任期都已统一为5年。⑩规定《义勇军进行曲》是我国的国歌。

注意:①2004年修宪中的有些内容是以前修改过的,这次是在以前的基础上重新修改,主要是对私营经济的问题。②这次修宪中有关保障公民权利和国家主席权力增加较为重要;③将国歌纳入宪法,使得国旗、国徽、国歌和首都四个国家标志在宪法中都有了。

特别提示:2004年宪法修改的内容较多,有些还没有考过,需要注意将现行宪法实施以来四次修改的内容综合起来考察,如历次修宪中关于经济体制的修改、对国家机构的修改内容、有关公民权利的修改内容等。

1988年和2004年全国人大通过的宪法修正案对我国的土地制度进行了修正。关于这些修正,下列哪些说法是错误的?

- A. 禁止土地的使用权转让
- B. 2004年通过的宪法修正案将土地专属于国家所有修改为土地既可以为国家所有也可以为集体所有
- C. 确立了农民的土地所有权
- D. 明确了国家对土地实行征收或者征用的公共目的和补偿义务

【答案及解析】ABC。1988年宪法修正案规定土地的使用权可以转让,所以第一项表述是错误的。土地既可属于国家所有也可属于集体所有是1982年宪法制定就这样规定的,而农民是没有土地所有权的,所以B和C项表述也是错误的。D项中的规定是2004年宪法修改时增加的,是正确的。所以,答案是ABC。

三、宪法的分类

(一)资产阶级学者的宪法分类

资产阶级学者的宪法分类既包括传统的宪法分类,也包括现代的宪法分类。在此我们主要阐述传统的宪法分类,或者说是形式上的宪法分类。

1. 成文宪法与不成文宪法。这是英国学者蒲莱士于1884年首次提出的宪法分类。这种宪法分类所依据的标准为宪法是否具有统一的法典形式。成文宪法是指具有统一法典形式的宪法,特征在于法律文件上既明确表述为宪法,又大多冠以国名。如《日本国宪法》、《中华人民共和国宪法》、《美宪法》等。

不成文宪法是不具有统一法典的形式,而且散见于多种法律文书、宪法判例和宪法惯例的宪法。不成文宪法的特征在于,虽然各种法律文件并未冠以宪法之名,却发挥着宪法的作用。英国是典型的不成文宪法国家,其主体即由各个不同历史时期颁布的宪法性文件构成。

2. 刚性宪法与柔性宪法。刚性宪法与柔性宪法也是英国学者蒲莱士最早提出来的。以宪法有无严格的制定、修改机关和程序为标准,将宪法分为刚性宪法和柔性宪法。刚性宪法是指制定、修改的机关和程序不同于一般法律的宪法。成文宪法往往也是刚性宪法。

柔性宪法是指制定、修改的机关和程序与一般法律相同的宪法。在柔性宪法国家中,由于宪法和法律由同一机关根据同样的程序制定或者修改,因而它们的法律效力并无差异。不成文宪法往往是柔性宪法,英国即其典型。

3. 钦定宪法、民定宪法和协定宪法。这是以制定宪法的机关为标准对宪法所作的分类。钦定宪法是由君主或以君主的名义制定和颁布的宪法,它奉行“主权在君”的原则,往往产生于封建势力还很强大,资产阶级虽有一定力量但还不能占据优势的情况下。1814 法国国王路易十八颁布的宪法、1889 年日本明治天皇颁布的宪法和 1908 年中国的《钦定宪法大纲》等都属于钦定宪法。民定宪法奉行人民主权原则,因而至少在形式上强调以民意为依托,以民主政体为价值追求。当今世大多数国家的宪法都属于民定宪法。协定法则指由君主与国民或者国民的代表机关制定的宪法,它往往是阶级妥协的结果。如法国 1830 年宪法就是在 1830 年革命中,国会同国王菲力浦共同颁布的。

特别提示:形式的宪法分类是需要注意的;尤其是当给你一部宪法时,能够对它进行归类。如 1946 年日本宪法的归类问题,要能够知道它是成文宪法、刚性宪法、民定宪法(虽然它保留了君主制)。

(2006 年试卷一第 10 题)根据宪法制定的机关不同,可以把宪法分为民定宪法、钦定宪法和协定宪法。下列哪一部宪法是协定宪法?

- A. 1830 年法国宪法 B. 1779 年美国《邦联条例》
C. 1889 年日本宪法 D. 1919 年德国魏玛宪法

【答案及解析】A。美国邦联条例和 1919 年德国魏玛宪法是民定宪法,1889 年日本宪法是钦定宪法。

(二)马克思主义学者的宪法分类

马克思主义宪法学者以国家的类型和宪法的阶级本质为标准,把宪法分为资本主义类型的宪法和社会主义类型的宪法。这种分类方法最鲜明的特点在于揭示了宪法的本质,反映了宪法的阶级属性,因此是科学的分类。

注意:①宪法分类问题从分类标准、分类形式、各种形式含义以及代表性的宪法等四个方面掌握。

②一般认为,资产阶级学者对宪法的分类是不科学的,只有马克思主义对宪法的分类是科学的。

第三节 宪法的基本原则

宪法的基本原则主要有人民主权原则、基本人权原则、权力制约原则和法治原则。

一、人民主权原则

权是指国家的最高权力。人民主权是指国家中绝大多数人拥有国家的最高权力,人民是国家最高权力的来源,国家是自由的人民根据契约协议的产物,而政府的一切权力都是人民授予的。因此,人民是国家的主人,治理者只是受人民委托,因而主权只能属于人民。人民主权学说是资产阶级反对封建专制主义的思想武器,是资产阶级民主思想的核心。因此,从 1776 年美国《独立宣言》宣布人的天赋权利不可转让、1789 年法国《人权宣言》宣布整个主权的本原主要是寄托于国民以来,西方国家在形式上一般都承认人民主权,并将其作为资产阶级民主的一项首要原则,而且在宪法中明确规定主权在民。

各社会主义国家的宪法都规定“一切权力属于人民”的原则,这是无产阶级在创建自己的政权过程中,批判性地继承资产阶级民主思想的基础上,对人民主权原则的创造性运用和发展,“一切权力属于人民”实质上也就是主权在民。

注意:①人民主权原则是资产阶级提出的,社会主义国家一般表述为“一切权力属于人民”;②人民主权原则解决的是国家权力的来源和正当性问题,即只有在国家权力来自于人民的授权时才具有正

当性。

特别提示:人民主权原则是现代各国宪法普遍奉行的原则,它与封建社会的“君权神授”原则是相对的,所以,“君权神授”原则不是宪法的基本原则。

二、基本人权原则

人权是指作为一个人所应该享有的权利,在本质上属于应有权利、道德权利。

人权是在17、18世纪首先由西方资产阶级启蒙思想家提出的。

在奴隶社会和封建社会,公开推行等级特权和不平等。封建社会末期,新兴的资产阶级强烈要求摧毁君权神授学说,建立以自由、平等为核心的社会秩序。因此,17、18世纪的西方资产阶级启蒙思想家提出了“天赋人权”学说,强调人人生而享有自由、平等、追求幸福和财产的权利。在启蒙思想家提出的天赋人权学说和人权口号的指导下,资产阶级开始进行了争取人权的斗争。在资产阶级革命过程中以及革命胜利后,人权口号逐渐被政治宣言和宪法确认为基本原则。

社会主义国家宪法也确认了基本人权原则。社会主义宪法中有关“公民基本权利”的规定,实质上就是对基本人权的确认。而且,社会主义国家政权的本质特征就是人民当家作主,而公民基本权利和自由则是人民当家作主最直接的表现,因此,如果宪法不对基本权利加以规定,那么,人民当家作主就只能是抽象的原则。

注意:①人权原则在社会主义国家和资本主义国家有着不同的理解。②人权原则解决的是宪法学中公民权利的来源和正当性问题。

特别提示:基本人权原则和人民主权原则是两个不同的概念,其内涵亦差别很大,不要混为一谈。

三、法治原则

法治是相对于人治而言的政府治理形式,是指按照民主原则把国家事务法律化、制度化,并依法进行管理的一种方式,是17、18世纪资产阶级启蒙思想家所倡导的重要原则,其核心思想在于依法治理国家,法律面前人人平等,反对任何组织和个人享有法律之外的特权。宪法本身就是国家实行法治的标志。

社会主义国家的宪法不仅宣布宪法是国家根本法,具有最高的法律效力,是一切国家机关和全体公民最高的行为准则,而且还规定国家的立法权属于最高的人民代表机关。这样,在社会主义国家中,宪法和法律具有广泛深厚的民主基础,所有机关、组织和个人都必须严格依法办事。

特别提示:法治原则所要解决的问题是国家权力如何运作的问题,主要是从权力来源的合法性和权力行使的合法性两个角度对国家权力提出要求。

(1999年试卷一第62题)1999年我国宪法修正案明确规定:“依法治国,建设社会主义法治国家。”根据宪法的这一规定,下列关于“依法治国”的表述,有哪些是正确的或适当的?

A. 依法治国是发展社会主义市场经济的客观需要,是社会文明进步的重要标志,是国家长治久安的重要保障

B. 依法治国的最终目标在于实现形式意义的法治

C. 依法治国要求逐步实现社会主义民主的制度化、法制化

D. 依法治国把坚持中国共产党的领导、发扬人民民主和严格依法办事统一起来

【答案及解析】ACD。市场经济本质上是法治经济,依法治国目标是在我国建设社会主义市场经济的大背景下提出的。同时,法治的基础是民主,法治反过来又规范和约束民主,脱离法治的民主是一种大民主和无序的民主,因而,依法治国就必须实现社会主义民主的制度和法制化。当然,我国的法治建设必须在党的领导下进行,它是坚持党的领导、发扬人民民主和严格依法办事结合起来。依法治国的最终目标是实现实质意义的法治。所以,本题中第2项是错误的,其他均是对依法治国的正确理解。