

最新全国统一司法考试指导教材

热点·难点·重要考点大串讲

全国统一司法考试命题研究组 编
全国统一司法考试培训中心

法

西安交通大学出版社

最新全国统一司法考试指导教材

热点·难点·重要考点大串讲

全国统一司法考试命题研究组 编
全国统一司法考试培训中心

西安交通大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

热点·难点·重要考点大串讲/全国司法考试命题研究组编. —西安:西安交通大学出版社,2003.1

最新全国统一司法考试指导教材

ISBN 7-5605-1617-3

I. 热… II. 全… 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 091480 号

*

西安交通大学出版社出版发行
(西安市兴庆南路 25 号 邮政编码:710049 电话:(029)2668315)
陕西宝石兰印务有限责任公司印装
各地新华书店经销

*

开本:787mm×1 092mm 1/16 印张:38.625 字数:956 千字
2003 年 2 月第 1 版 2003 年 2 月第 1 次印刷
印数:0 001~3 000 定价:58.00 元

发行科电话:(029)2668357,2667874

《最新全国统一司法考试指导教材》系列丛书总序

2002年1月1日开始实施的《国家司法考试实施办法(试行)》中明确规定:初任法官、初任检察官和取得律师资格必须通过国家统一司法考试。司法统一考试制度的确立,对保证和提高法律职业人员素质,进一步完善我国司法体制将发挥重大作用,同时它也对广大应试人员提出了更高的要求。

为帮助广大考生全面把握国家司法考试最新内容,顺利通过2003年国家统一司法考试,全国统一司法考试命题研究组和培训中心的知名法学专家、法学教授编写了最新国家统一司法考试指导教材系列丛书——《重要法律法规选编及重点法条指引》、《热点、难点、重要考点大串讲》、《精选案例解析》及《全真模拟试题集》。在编写的过程中,严格依照《国家司法考试实施办法(试行)》和《国家司法考试大纲》最新精神,并结合2002年首次国家统一司法考试的命题特点与最新的法律、法规及司法解释的有关规定,比如自2002年9月1日起施行的《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》;自2002年9月1日起施行的《医疗事故处理条例》;自2002年9月15日起施行的《中华人民共和国商标法实施条例》;自2002年9月15日起施行的《中华人民共和国著作权法实施条例》;自2002年10月1日起施行的《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》;自2002年10月16日起施行的《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》;自2002年10月15日起施行的《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》;2002年10月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修改的新的《中华人民共和国保险法》;自2003年1月1日起施行的《中华人民共和国政府采购法》等最新内容在本系列丛书中均有反映,力求客观、准确、全面地反映2003年国家统一司法考试的重点与难点。同时,为了使广大考生朋友的学习效率更高,学习效果更好,本丛书采用了独特、实用、科学的编写格式和体系,希望大家在使用时参照每分册的使用说明。

本丛书的编写与出版得到了西安交通大学出版社的大力支持,同时也得到了过去长期从事律师资格考试命题研究、培训工作的部分老专家的精心指点,在此一并表示感谢。

由于时间紧、任务重,加之我们的水平有限,书中不足之处在所难免,敬请广大读者和专家同仁不吝赐教,批评指正。一份耕耘、一份收获,相信广大考生朋友在本书的指导与帮助下,在短暂的时间内一定会达到事半功倍的学习效果。最后预祝考生朋友们取得优异的成绩!

全国统一司法考试命题研究组

全国统一司法考试培训中心

2003年1月

本 册 前 言

打开智慧的窗户 开启成功的钥匙

最新全国统一司法考试指导教材《热点·难点·重要考点大串讲》一书,是在总结首次全国统一司法考试命题特点,并对过去多年律师资格考试题潜心研究的基础上精编而成的一本司法考试指导教材。该书最大的特点在于避免了传统司法考试指导教材内容庞杂的现象,将全国统一司法考试所涉及的主要考点进行了浓缩,对一些特别重要的考点进行了强调,力争使广大考生朋友在最短的时间内全面掌握司法考试的主要考点,达到事半功倍的学习效果,从而顺利通过考试,取得优异的成绩。

建议大家在本书的使用过程中配合我们所编写的其他三本系列丛书,这样会将司法考试所涉及的考点掌握得更全面、更彻底。由于编写时间仓促,加上编者水平有限,书中难免有不妥之处,敬请广大读者及同仁批评指正,以使我们在再版时改正。最后再次预祝广大考生朋友考试圆满成功!

全国统一司法考试命题研究组
全国统一司法考试培训中心
2003年1月

目 录

第一讲	法理学部分	1
第二讲	宪法学部分	14
第三讲	行政法学与行政诉讼法学部分	34
第四讲	国家赔偿法部分	81
第五讲	民法学部分	88
第六讲	婚姻法部分	133
第七讲	继承法部分	139
第八讲	知识产权法部分	144
第九讲	合同法部分	162
第十讲	刑法学部分	211
第十一讲	民事诉讼法学部分	317
第十二讲	仲裁法学部分	360
第十三讲	刑事诉讼法学部分	369
第十四讲	经济法学部分	416
第十五讲	海商法部分	486
第十六讲	劳动法部分	494
第十七讲	国际法学部分	498
第十八讲	法律职业道德与职业责任部分	592
附	主要司法文书写作格式	604

第一讲 法理学部分

【2002 年国家统一司法考试法理学部分所占分值与考点知识分布评析】

2002 年国家统一司法考试法理学部分占 15 分,其中单项选择题占 4 分,多项选择题占 7 分,不定项选择题占 4 分。

该部分考点内容以教材为主,考题主要涉及到法的作用、法的阶级本质、法律体系的概念与历史、大陆法系与英美法系的区别、法律权利与法律义务的关系、法律权利的内容、法的移植、法的实现的评价标准、违法行为的界定、法的解释权限范围、辩证推理的适用范围、法律秩序和道德与法律的关系等十三个方面。

【2003 年国家统一司法考试法理学部分热点、难点及重要考点大串讲】

一、法的内涵与外延

(一)法的内涵

马克思主义法学认为,法是指由国家制定或认可并由国家强制力保障实施的,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级的意志,以权利和义务为内容,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)法的外延

(1) 成文法,即指国家立法机关制定的法律;(2) 不成文法,即指国家通过一定方式所认可的习惯法;(3) 判例法,即指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、法的本质

法的本质,又称为法的根本性质,是法学最核心的问题。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。

马克思主义关于法的本质学说:(1) 法是统治阶级意志的体现;(2) 法是统治阶级整体意志和共同利益的体现;(3) 法是被奉为国家意志的统治阶级意志的体现;(4) 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。(如 2002 年第一卷第 81 题)

下列有关法的阶级本质的表述中,哪些体现了马克思主义法学关于法的本质学说?

- 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的意志是统治阶级内部各党派、集团及每个成员意志的相加

【解析】马克思主义法学认为:法的关系既不能从他们本身来理解,也不能从人类精神的一般发展来理解,相反,他们都根源于物质的生活关系。法律是统治阶级或取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志和表现。然而,法所体现的统治阶级的意志具有整体性,它不是统治阶级内部的各个党派、集团及每个成员的个别意志,也不是这些个别成员意志的简单相加,而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。法律体现统治阶级意志,要经历一个复杂的过程。它取决于统治阶级与被统治阶级的阶级斗争情况,也取决于统治阶级内部各阶层、集团或个人的矛盾和斗

争。在一定情况下,法的内容规定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。但从本质上看,这些规范和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。选项B的错误之处在于其过于绝对化,忽略了在一定情况下,法所体现的被统治阶级或同盟阶级的愿望和要求。选项D的错误之处在于否定了法所体现的统治阶级的整体意志性。所以正确答案为:AC。

当代中国法的本质是工人阶级和广大人民群众整体意志和利益的体现。

三、法的特征

与相近的其他社会现象(如道德、宗教、政策等)相比,法具有如下一些特征:

1. 法是调整人们的行为或社会关系的规范

从形态看,法是一种规范,一种社会规范,调整的是人与人之间的相互关系或交互行为;而技术规范调整的是人与自然之间的关系。法作为社会规范,具有规范法,即法具有的规定人们的行为模式,指导人们行为的性质。

2. 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。

3. 法是国家权力管辖范围内普遍有效的社会规范

任何社会规范都具有约束力。而法的约束力的独特性表现在:(1)范围不同。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。(2)形式不同。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。从这个意义上理解,法具有普遍性,即效力对象的广泛性和效力的重要性(对人们的行为有反复适用的效力)。

4. 法是有严格的程序规定的规范,具有程序性

即法是严格按照规定的程序制定、修改、废止和执行的规范。

四、法的作用

(一)法的作用概述

法的作用可以分为规范作用与社会作用两类。一方面,法是调整人们行为或社会关系的规范,所以法具有规范作用;另一方面,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。

(二)法的规范作用

根据行为主体的不同,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. 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,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,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。(如2002年第一卷第32题)

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?

- 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

[解析] 本题主要考点是法的有选择的指引与确定的指引的区别。A项属于法律要求人们不得从事一定的行为的确定规范。B项是赋予合同当事人自行决定是否变更合同的权利,因此属于有选择的指引。C项的规定,当事人没有选择是否适用的权利,因此是确定的指引。D项赋予当事人是否申请的权利,因此属于有选择的指引。故正确答案为BD。

2. 评价作用

即法律具有判断、衡量他人行为是否违法以及违法性质和程度的作用。与指引作用的对象是本人的行为不同,法的评价作用的对象是他人的行为。在此意义上而言,法律是一种判断标准,一种评价尺度。

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。

(三)法的社会作用

法的社会作用是指法具有维护有利于一定阶级的社会关系和社会秩序的作用,大体上包括维护阶级统治和执行社会公共事务两方面。前者表现为:(1)用法律在政治、经济上确定和维护统治阶级的经济和政治统治;(2)调整统治阶级内部成员之间及其盟友之间的关系;(3)调和统治阶级与被统治阶级的矛盾。后者主要表现为:维护人类社会基本生活条件,维护生产和交换关系、组织社会化大生产,促进教育、科学文化的发展等方面。

五、法的历史类型

法的历史类型是按照法所据以产生和赖以存在的经济基础的性质和体现的阶级意志不同对人类社会的法所作的分类。凡是建立在相同的经济基础上,体现相同的阶级意志的法,就属于同一历史类型。法的历史类型的更替是法的发展的特殊形式。据此,人类社会存在四种历史类型的法:即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。

法的历史类型的更替是不以人的意志为转移的历史的必然,社会基本矛盾的运动是法的历史类型更替的根本原因。这种更替必须通过斗争和社会革命来实现。

六、法的继承

法的继承,是指不同历史类型的法律制度之间的延续和继受,一般表现为旧法对新法的影响

和新法对旧法的承继。

法的继承的根据主要表现为:

(1)社会生活条件的历史延续性决定了法的继承性。经济基础决定上层建筑,人类社会的经济发展具有连续性,作为上层建筑重要组成部分的法也必然前后相继。

(2)法的相对独立性决定了法的继承性。法受一定的经济基础制约,同时也对经济基础具有能动的反作用。经济基础的改变,并不能导致法律制度和法律观念的全部消失,新兴的统治阶级可不同程度地予以利用。

(3)立法以及法作为人类文明成果的性质决定了法的继承性。在法的发展过程中,不同历史类型的法所形成的法律术语、概念等成为人类历代相传的共同文化遗产。法在继承中发展的历史事实又进一步验证了法的继承性。

法的继承的内容相当广泛,主要有:(1)法律术语、技术、形式;(2)有关社会公共事务的规定;(3)反映市场经济规律的法律原则和规范;(4)反映法的一般价值的原则。

需要注意的是,法的继承性并不排斥法的阶级性。

七、法的移植

法的移植,是指在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、消化外国法,使之成为本国法律体系的有机组成部分,它反映一个国家对同时代的其他国家法律制度或国际法律和惯例的吸收和借鉴。社会发展和法的发展不平衡决定了法的移植的必然性,市场经济的客观规律和基本特征决定了法的移植的必要性和可能性。法制现代化和社会现代化的需要使得法的移植成为一个国家对外开放的必有内容。(如2002年第一卷第35题)

法的移植是一项十分复杂的工作,应该注意下列哪些方面?

- A. 法律体系的系统性
- B. 适当的超前性
- C. 供体与受体之间存在共同性
- D. 时间的先后性

[解析] 本题主要考点是法的移植应注意的问题。A、B、C三项都是法的移植的注意点,D项则属于法的继承的内容。故正确答案为ABC。

八、法系

(一)法系的概念与类别

一般认为法系是根据法的历史传统对法所作的分类,凡属于同一历史传统的法就构成一个法系,因此法系是某些国家和地区的法的总称。西方法学界认为,当代世界主要法系有三个:即大陆法系、英美法系、以前苏联和东欧国家的法律为代表的社会主义法系。对资本主义影响最大的是大陆法系和英美法系。

(二)大陆法系与英美法系

大陆法系,又称民法法系、罗马法系、法典法系、罗马-德意志法系,是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。它最早产生于欧洲大陆,以民法为典型,以法典化成文法为主要形式。旧中国属于这一法系。

英美法系,又称普通法系、英国法系,是以英国自中世纪以来的法律,特别是以它的普通法为基础而发展起来的法律的总称。

两个法系由于其形成的历史渊源不同,所以在形式和内容上有许多差别,主要表现在以下几方面:

第一,法的渊源不同。大陆法系国家,正式的法的渊源只指制定法;在英美法系国家,制定法和判例法都是正式的渊源。

第二,法的分类不同。大陆法系国家,法的基本分类是公法和私法。私法主要指民法和商法;公法主要指宪法、行政法、刑法、诉讼法。英美法系国家,法的基本分类是普通法和衡平法。

第三,法典编纂不同。大陆法系国家一般采用法典形式;而英美法系国家不倾向于法典形式,其制定法往往是单行法律、法规。

第四,诉讼程序和判决程序不同。大陆法系国家一般采用审理方式,奉行干涉主义,诉讼中法官居于主导地位。英美法系国家采用对抗制,实行当事人主义,法官一般充当中立的裁判者角色。判决时,前者首先要考虑制定法规定,而后者首先要考虑以前的判例。(如2002年第一卷第37题)

大陆法系和英美法系的主要区别表现在哪些方面?

- A. 法律渊源
- B. 法的分类
- C. 法典编纂
- D. 诉讼程序和判决程式

[解析] 从前面有关大陆法系与英美法系区别的描述中,可以看出A、B、C、D四项的表述均属于二者的差异。故正确答案为ABCD。

九、法与道德、国家、政策

(一)法与道德的关系

1. 两者的区别

(1)起源的时间不同:道德在原始社会就已存在,法随生产力发展、生产关系的变化、阶级和国家的产生而出现。(2)表现形式不同:道德通常存在于人们的思想与观念之中;法为国家制定或认可,其成文形态多为法典、法规等具体的规范性文件。(3)两者的具体内容规定不完全相同:道德侧重于规定义务也不要求体现权利义务的一致性;而一般说来,法律的内容比较具体、明确、肯定,既规定权利又规定义务,权利义务具有一致性。(4)两者实现的方式和手段不同:道德靠社会舆论、传统力量和人们的自觉维护,法律必须依靠国家强制力保证实施。(5)调整范围不尽相同:道德调整的对象不仅是人们的行为,还包括人的思想、品格和行为的动机,范围比法律调整的对象广。

2. 法与统治阶级道德的关系

两者相互依存、相互渗透、协调发展。具体表现在:(1)法律是传播道德的有效手段;(2)道德是法律的评价标准和推动力量,具体而言,法律必须有道德作为价值基础,道德状况制约立法的发展,同时,道德在促进法的实施和弥补法的缺陷方面也起着重要作用。(如2002年第一卷第4题)

道德与法律都属于社会规范的范畴,都具有规范性、强制性和有效性,道德与法律既有区别又有联系。下列有关法与道德的几种表述中,哪种说法是错误的?

- A. 法律具有既重权利又重义务的“两面性”,道德具有只重义务的“一面性”
- B. 道德的强制是一种精神上的强制
- C. 马克思主义法学认为,片面强调法的安定性优先是错误的
- D. 法律所反映的道德是抽象的

【解析】 本题主要考点是法与道德的关系。从前面的描述中可以看出,D项的表述是错误的。因为法律作为国家制定或认可的行为规范,其所反映的道德是具体的,而不是抽象的。故正确的答案为D。

(二)法与国家的关系

法与国家是上层建筑中关系最为密切的两种现象,它们有着共同的产生和发展的规律。第一,国家是法存在的政治基础。这表现在:(1)法律的存在离不开国家的存在;(2)法的实施需要国家强制力;(3)法律的性质直接取决于国家的性质;(4)法律的特征、表现形式和内容要受国家的特征、形式、传统和职能的影响。第二,法是实现国家职能的规范。这表现在:(1)法律是确认国家权力的一种重要表现形式;(2)法律是执行国家职能的有效工具;(3)法律是完善国家制度所必需的手段。必须看到,法和国家是两种不同的社会现象,它们不能相互代替,更不能完全等同。另外,国家也是一种法律主体,是一定的法律权利的享有者和一定的法律义务的承担者。

(三)法与政策的关系

1. 法与政策的区别主要表现在

(1)制定的机关和程序不同:法律是由国家专门的立法机关依法定程序创制,而政策的制定则出自于多种机关、部门,制定程序也不严格。(2)表现形式不同:在现代国家,法律通常采用制定法形式,而政策通常采用纲领、决议、指示、宣言、命令、声明等形式。(3)调整的范围、方式不同:政策的调整范围比法律广泛;从方式上看,法律偏重于对现在的社会关系的确认、保护或控制,而政策偏重于采取灵活多样的措施,以适应社会情势的不断变化。(4)稳定性程度不同:法律具有较大的稳定性,政策具有较大的灵活性。

2. 法与政策的联系

第一,法与政策相互依存、相互配合、相互作用。具体表现在:(1)法律以政策为指导,政策是法律制定的依据,同时对法律的执行也有指导作用;(2)政策依靠法律贯彻实施,法律是政策的定型化、条文化,法律的实施成为实现国家或执政党的政策的最为重要的手段。第二,在实践中,法与政策的实际地位和效力可能会存在某种冲突和矛盾。不过,从近现代国家治国方式发展变化的总趋势看,法律日益成为最主要的社会调整手段。当然,重视法治,也不能忽视政策的作用。

十、法治

法治,是一个极其复杂和学说纷纭的概念,其复杂性不仅表现在其内涵的丰富上,而且也表现在其用语的不统一上。古希腊学者亚里士多德最早论述法治问题。他认为:“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制订良好的法律。”当代学者普遍认为:法治包括两个部分,即形式意义的法治和实质意义的法治,是两者的统一体。形式意义的法治,强调“依法治国”、“依法办事”的治国方式、制度及运行机制。实质意义的法治,强调“法律至上”、“法律主治”、“制约权力”、“保障权利”的价值、原则和精神。形式意义的法治应当体现实质意义的法治的价值、原则和精神,而实质意义的法治也必须通过法治的形式化制度和运行机制予以实现,两者均不可缺少。

社会主义法治也包括形式意义的法治和实质意义的法治,是工人阶级及其政党领导全体人民依法治国、实行依法办事的原则、制度及其运行机制的总称。其中“依法治国”是其外在形式;“依法办事”是其基本要素;“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、组织都必需在宪法和法律范围内活动”,是其要体现的基本价值、精神和原则;建成在高度民主基础

上的“社会主义法治(法制)国家”,是社会主义法治所要达到的目标。

十一、法的制定

从广义上讲法的制定,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法律文件的活动,是将一定阶段的意志上升为国家意志的活动。这里“一定的国家机关”既包括国家最高权力机关及其常设机关,也包括有权的国务院各部门和地方权力机关,还包括国务院和有权的国务院各部门和地方机关。狭义的法的制定,仅指国家最高权力机关及其常设机关依法制定、修改和废止宪法和法律的活动。

制定法必须以享有立法权为前提,根据享有立法权的主体和形式的不同,立法权可以划分为国家立法权、地方立法权、行政立法权、授权立法权等。立法权限的划分,特别是中央和地方立法权限的划分,即立法体制是法的制定方面的重要内容。

我国立法体制是一元性的立法体制,在我国,根据宪法的规定,全国人大及其常委会行使国家立法权,制定宪法和法律;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委会在不同宪法、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委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的前提下,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。此外,按“一国两制”的原则,特别行政区的立法制度,由全国人大以法律规定。

十二、法的渊源与分类

(一)概念

法的渊源一般有实质意义上法的渊源和形式意义上的法的渊源两种解释。这里是从形式意义上去理解,它指一定国家机关依照法定职权和程序,制定或认可的具有不同表现形式,如制定法、判例法、习惯、法理等。

现代中国法的渊源主要是以宪法为核心的各种制定法,具体包括宪法、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、国际条约和国际惯例等。

(二)法律汇编与法典编纂

法律汇编与法典编纂是规范性文件系统化的两种基本方法。规范性文件的系统化,是指采用一定的方式,对已经制定颁布的法律、法规等规范性文件进行归类、整理或编纂,使之集中起来作有系统的排列的活动,它可以是一种立法性质的活动。

法律汇编,也叫法规汇编,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。它不改变汇编的规范性文件的内容,不是国家的立法活动。目的是便于人们查阅各种法律法规。

法典编纂,是指对散见于不同的规范性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的法典的活动。它是国家的法的制定活动之一,只能由国家的立法机关进行。

(三)法的分类

1. 法的一般分类

(1)按照法的地位、效力、内容和制定程序的不同,法分为根本法与普通法。根本法即宪法,规定国家的根本政治、经济、文化、社会制度、公民的基本权利和义务、国家机关的设置、职权等内容,在一个国家中具有最高法律效力,是其他法律制定的根据。普通法即宪法以外的其他法律,主要规定国家的某项制度或调整某一方面的社会关系。

(2)按照法的效力范围的不同,法可分为一般法和特别法。一般法,是指在一国范围内,对一般人、事具有法律约束力的法。特别法,是指在一国特定地区、特定期限或对特定事件、特定公民具有法律约束力的法。

(3)按照创制和表达形式的不同,法可分为成文法与不成文法。成文法(制定法),是指由特定国家机关制定、公布并以书面文字形式表现的法。不成文法,是指由认可的不具有书面文字形式表现的法,主要表现为习惯法。

(4)按照法规定的具体内容不同,法可分为实体法和程序法。实体法,是指规定法律关系主体权利、义务的法。程序法,是指为保障实体法规定的法律关系主体权利、义务的实现而制定的有关程序的法。

(5)按照法的创制与适用主体的不同,分为国内法与国际法。国内法,是指由特定国家创制并适用于该国主权管辖范围内的法,其主体一般为公民、法人和其他组织。国际法,是指在国际交往中由不同主权国家通过协议制定或确认的适用于国家之间的法,其主体一般为国家、国际组织以及类似国家的政治实体。

2. 法的特殊分类

(1)公法和私法。这是大陆法系国家按照法的调整对象和调整主体范围的不同对法进行的分类。最初由古罗马法学家乌尔比安提出。他主张,凡是以保护公共利益为目的的法律即为公法。以保护私人利益为目的的法律即为私法。

(2)普通法和衡平法。这是英美法系国家对法进行的分类,二者均为判例法。普通法,是指诺曼人征服英国后,由法官通过司法判例形式逐步形成的适用于全英格兰境内的一种法律。衡平法,是指英国在中世纪基于对普通法的修正、补充而出现的一种法律。

十三、法律体系和法律部门

法律体系,也称为部门法体系,是指一国的全部现行法律规范,按照一定的标准、原则,划分为不同的法律部门而形成的内容和谐一致的、有机联系的整体。法律体系是一国国内法构成的,不包括完整意义上的国际法即国际公法,也不包括尚待制定,还没有制定生效的法律。(如2002年第一卷第1题)

法律体系是一个重要的法学概念,人们尽可以从不同的角度、不同的侧面来理解、解释和适用这一概念,但必须准确地把握这一概念的基本特征。下列关于法律体系的表述中哪种说法未能准确地把握这一概念的基本特征?

- A. 研究我国的法律体系必须以我国现行国内法为依据
- B. 在我国,近代意义的法律体系的出现是在清末沈家本修订法律后
- C. 尽管香港的法律制度与大陆的法律制度有较大差异,但中国的法律体系是统一的
- D. 我国古代法律是“诸法合体”,没有部门法的划分,不存在法律体系

[解析] 本题主要考点是法律体系的含义与特征。A、B、C三项的表述是正确的,而D项是

一种错误的说法。因为我国古代法律的总体特征虽然是“诸法合体”,但仍然存在着民事、刑事等法律部门,存在着法律体系。故正确答案为D。

法律部门,也叫部门法,是根据一定的标准和原则所划定的调整同一类社会关系法律规范的总称。法律制度虽然也是调整同类社会关系的法律规范的总称,但其范围比法律部门窄,它往往按其调整的社会关系的主导性质从属于某个法律部门,同时又分属其他几个法律部门。一般认为,划分法律部门的主要标准是法所调整的不同社会关系即调整对象和法律调整方法。法律调整方法主要是指实施法律制裁的方法以及确定法律关系主体不同地位和权利义务的方法。

十四、法律规范

(一)法律规范的概念

法律规范是由国家制定或认可的、反映国家意志的、具体规定权利义务及其法律后果的行为准则。它具有以下特征:(1)它由国家制定或认可,并以国家强制力保证实施;(2)以规定法律权利和法律义务的内容,具有完整的逻辑结构;(3)具有普遍的约束力。

法律规范不同于法律条文。法律规范是行为规则本身,而法律条文则是法律规范的表现形式。前者是法律构成要素,后者是法律内容的文字表述。

(二)法律规范的结构

对法律规范的结构,学术界主要有“三要素说”、“两要素说”和“新三要素说”三种观点。

依“三要素说”,每一法律规范通常由假定、处理、制裁三要素组成。假定,就是法律规范中关于适用该规范的条件和情况的部分;处理,就是法律规范中具体规定人们如何行为的部分,包括可以如何行为,禁止如何行为;制裁,是指法律规范中规定违反规范时,将要承担什么样的法律后果的部分。一个法律规范的三要素可以通过一个条文来表述,也可以通过几个条文来表述;既可出现在一个规范性文件中,又可规定在不同的规范性文件之中。

“两要素说”认为法律规范是由行为模式和法律后果两部分构成的。行为模式,相当于“三要素说”中的假定、处理部分,即在什么情况可以这样行为、应该这样行为和不应该这样行为,这是前提条件和具体要求的统一体;法律后果是指人们在做出符合或违背法律规范的行为时,应当承担的相应的法律上的后果,包括肯定式法律后果和否定式法律后果两方面。“新三要素说”认为法律规范是由假定条件、行为模式和法律后果三部分组成。其中,假定条件、行为模式是法律后果的前提,法律后果是对人们遵守或违反假定条件和行为模式的认定或态度。

(三)法律规范的分类

1. 授权性规范、命令性规范与禁止性规范

按照法律规范的内容,法律规范可以分为授权性规范、命令性规范和禁止性规范。授权性规范,是指指示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。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。

2. 强行性规范与任意性规范

这是按规范对人们行为规定或限定的范围或程度来划分的。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。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。

3. 调整性规范和构成性规范

调整性规范的功能在于控制人们的行为,使之符合该规范所确定的行为模式;构成性规范具有开创意义,其功能在于组织人们按照规则授予的权利去活动。

4. 根据规范内容的确定性程度,法律规范还可分为确定性规范、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。

十五、法的适用

(一)法的适用的概念

法的适用,一般是指国家司法机关根据法定职权,依照法定程序具体内容应用法律处理案件的专门活动,是实施法律的一种方式。

(二)法的适用的特点

(1) 它以实施法律为内容,且只能由特定的国家机关及其公职人员依法定职权进行;(2) 以国家强制力为后盾;(3) 必须依照法定程序进行,有严格的程序性;(4) 必须有表明法的适用结果的法律文书。

(三)法的适用的原则

当代中国,为了保证法律正确适用,我国宪法和法律规定了司法机关适用法律必须遵循的原则。这些原则主要是:公民在法律面前一律平等的原则;以事实为根据,以法律为准绳原则;司法机关依法独立行使职权原则。

司法机关依法独立行使职权这项原则的基本含义是:(1)司法权的专属性,即国家的司法权由国家各级审判机关和检察机关统一行使,其他任何机关、团体和个人都无权行使此项权力;(2)行使职权的独立性,即人民法院、人民检察院依法独立行使自己的职权,不受行政机关、社会团体和个人的非法干涉;(3)行使职权的合法性,即司法机关审理案件必须严格依照法律规定、正确适用法律。

十六、法律解释和法律推理

(一)法律解释的概念

法律解释,是指特定的人或组织对特定法律规定的意义的说明。法律解释在促进法律的实施,弥补法律规定的不完善,解决法律的稳定性与社会发展之间的矛盾等方面有重要的作用。

(二)法律解释的分类

(1)根据解释主体和解释效力的不同,法律解释可分为正式解释和非正式解释两种。正式解释也叫法定解释、有权解释,是指由特定的国家机关和有解释权的人对法律作出的具有法律上约束力的解释,可分为立法解释、司法解释和行政解释。

我国的立法解释,是指全国人大常委会对宪法和法律(狭义)的解释,其方式有:通过决定、决议进行有针对性的解释;通过创制新的法律条文对原有法律规定作出具有补充性质的解释。司

法解释,是国家最高司法机关在适用法律过程中对具体应用法律问题所做的解释,包括审判解释和检察解释两种。在我国,有权进行行政解释的机关包括:制定行政法规的国务院以及制定行政规章的部委、制定规范性文件的国家机关授权的下级机关。

非正式解释,也叫学理解释,一般是指由学者或其他个人组织对法律规定所解释做出的学术性和常识性的解释,这种解释没有法律约束力。

(2)根据解释的尺度不同,分为限制解释、扩充解释与字面解释三种。限制解释,是指为了符合立法原意,对法律条文所作的窄于其字面含义的解释。扩充解释,是指为了符合立法原意,对法律条文所作的广于其字面含义的解释。字面解释,是指严格按照法律条文的字面含义所进行的解释,既不缩小,也不扩大。

(3)根据解释的效力范围的不同,可分为规范性解释和个别性解释。规范性解释,是指对于实施法律规范的一切场合、情况、对象都具有普遍约束力的解释。个别性解释,是指根据具体情况、对象和场合进行的虽有法律约束力,但无普遍约束力的解释。

此外,根据解释方法的不同,法律解释可分为文法解释、历史解释、系统解释和逻辑解释四种。

(三)我国的立法解释体制

根据我国《立法法》的规定,我国的法律解释权属于全国人大常委会。法律有下列情况之一的,由全国人大常委会解释:(1)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(2)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。

需要注意的是,全国人大常委会的法律解释同法律具有同等效力。

(四)法律推理

1. 概念

法律推理,是指以法律与事实两个已知的判断为前提运用科学的方法和规则为法律适用结论提供正当理由的一种逻辑思维活动。

2. 法律推理的基本方法

法律推理的基本方法主要有演绎推理、归纳推理和辩证推理三种。

演绎推理是从一般到特殊的推理;归纳推理是从特殊到一般的推理,其典型是判例法制度;辩证推理,又称实质推理,是指当作为推理的前提是两个或两个以上的相互矛盾的法律命题是,借助于辩证思维从中选择出最佳的命题以解决法律问题。辩证推理主要适用于以下情况:(1)法律规定本身的意义不明确;(2)缺乏对有关问题的法律明文规定,即出现法律空隙或法律漏洞;(3)同一位阶的法律规定之间相矛盾、抵触;(4)同一法律的某些规定之间有抵触;(5)某些法律规定明显落后于社会发展,施行时导致严重不公正。(如 2002 年第一卷第 83 题)

法律推理的基本方法包括演绎推理的方法、归纳推理的方法和辩证推理的方法。在下列何种情况下需要采用辩证推理的方法?

- A. 法律规定本身的意义模糊
- B. 出现法律空隙或法律漏洞
- C. 同一位阶的法律规定之间存在抵触
- D. 某些法律规定明显落后于社会发展

[解析] 本题主要考点是辩证推理的适用范围问题。其正确答案应为 ABCD。

十七、法律行为

(一)合法行为的概念与构成

合法行为,是指符合法律规定、与法律规范的要求一致的行为,实质上,它还包括无害于社会