

全国统一司法考试辅导用书

北京“三校名师”司法考试命题研究组/编

2002年
司法考试
考前考点举要

法律出版社



□ 国家统一司法考试辅导用书

2002 年司法考试考前考点举要

北京“三校名师”司法考试命题研究组 编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2002 年司法考试考前考点举要/北京“三校名师”司法考试命题研究组编. —北京:法律出版社, 2001. 12
(国家司法考试辅导用书)
ISBN 7-5036-3627-0

I. 2… II. 北… III. 法律工作者—资格考核—中国—自学参考资料 IV. D926.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 089505 号

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/民族印刷厂
经销/新华书店
责任印制/李跃

开本/787×1092 毫米 1/16
印张/18.5
字数/600 千
版本/2001 年 12 月第 1 版
2002 年 1 月第 3 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414893(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

出版声明/版权所有, 侵权必究。
书号: ISBN 7-5036-3627-0/D·3262
定价: 30.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

把握重点 突破弱点

——兼评《2002年司法考试考前考点举要》

在司法考试辅导中我们发现许多考生在庞杂而繁重的复习任务面前不知如何是好,他们经常向我们提出这样的疑问——如何才能在有限的时间内掌握司法考试所要求的内容,以达到考试所要求的标准。的确,司法考试所涉及的内容十分广泛,几乎涉及了所有的法律法规,并且要求考生在掌握法律法规的基础上对其灵活运用。故而应当承认,在司法考试的复习中,考生面临着艰巨的复习任务。但是,任何事物都有其自身的规律,如果能够准确的把握规律,那么一切问题都能迎刃而解,司法考试也不例外,考生如果能把握司法考试的规律,掌握考试的重点,就能顺利的通过考试,否则只会事倍功半。

一、如何能顺利通过考试

我们先分析一下司法考试试题与指定教材和法律法规汇编的关系。集多年全国律师资格考试辅导以及最近司法考试辅导的经验,我们认为要想成功通过考试熟练灵活掌握司法考试考点的内容至关重要。因为从考试命题方面来看,司法考试考点是考试命题的依据和基础,是考试出题的源泉。然而,司法考试的考点是通过“司法考试指定教材”与“法律法规汇编”体现出来的。因此,对于广大考生来说,熟练掌握“司法考试指定教材”与“法律法规汇编”应当是复习应考的根本和基础。指定教材和法律法规汇编都是必备的考试用书,司法考试所要求的应试内容几乎所有的内容都是源于指定教材或者法律法规汇编。

但是,考试指定教材有《民法》、《刑法》等近十本书,还有一本必备的《法律法规汇编》,就字数而言,指定教材和必读法律法规汇编合计达到460万字,其中法条有万余条。一定程度上,指定教材只是法律法规汇编的重复(法理学、国际法部分除外),但当然不是简单的重复,而是给以具体的阐释。众所周知,如果考生只是通读一遍教材和法条,面对综合性加强、难度加大的司法考试远远是不够的,我们就以通读三遍为限,那么最低的阅读量就是近1400万字,这个数字实在是惊人的。复习量如此之大,考生要在有限的时间内对“司法考试指定教材”与“法律法规汇编”熟练掌握并非易事。

如前所述,法律法规汇编的法条内容有法律法规160个,其中法律法规(狭义)有110个,明确列入的司法解释有50个,计1万多条。但是值得关注的是《法律法规汇编》的页码越来越多,法条的个数越来越多,但是考试所涉及的部门法规却越来越少,1999年律师资格考试共涉及部门法规47个,2000年涉及的法规为44个,其中2000年310道主客观题直接考查的法条共为547条,体现的分值为364分(其他36分为法理学和国际法试题)。如果从1986年到2000年的律师资格考试的试题来看,通过严格的统计分析,其间15次律师资格考试涉及的法条总共不超过1800条。我们预测,在首届司法考试命题中,对于160个法律法规,仅会涉及50个左右,而1万余条法条,只有20%是必考的,15%是可能考的,65%是绝对不考的。指定教材作为法理和法条的系统阐述,其在编写过程中为了保持体系的完整性必然有许多并不是司法考试所能够考查的但是必须写进去的内容,毋庸多言,其中直接被司法考试考查的

知识点十分有限。

也许大家都知道司法考试中并不是每一内容都能被考到的,复习备考需要区别重点内容和非重点内容。但对于大多数考生,尤其是大多第一次参加考试的考生来说,要将重点与非重点区别开来并非易事。有许多考生在抓不住重点的情形下,眉毛胡子一把抓,我们认为这是相当不可取的,这样的面面俱到的复习不但会花费大量宝贵的时间,更危险的是容易在繁重的复习中无从把握复习和考试的重点。

复习迎考的过程中,还会出现的一个问题是知识点零散。司法考试的重点知识点较为突出,往年的许多考生将这些知识点都牢固于心,但是考试中却每每败北。更有甚者是,每次考完以后,考生自我感觉很好,成绩下来后却大失所望,自称“法条、教材,我都烂熟于心,到头来为什么如此下场呢?”这些考生下的功夫,我们不能不承认,但是我们也不能不遗憾,我们认为其失败于只是把握了零散的知识点,而忘了知识的系统性。只有单个音符,即使其再优美,也不能奏出华美的乐章。面对司法考试考查的内容越来越深入,越来越系统,考生在复习过程中,不仅应当掌握重点知识点,而且更应该往深处挖掘,只有在将知识点系统化、体系化,有机结合、融会贯通以后,才能无所畏惧的迎战司法考试。

二、本书的内容结构

面对以上两个考生在复习过程中经常遇到的普遍性的问题,我们总结了多年来的律师资格考试和司法考试辅导经验,并结合对 2002 年首次统一司法考试的预测,编写了这本只有不到 300 页的《2002 年司法考试考前考点举要》。本书严格按照司法考试的考点编写,针对考试命题,以部门法为分类基础,对各部门法进行了解析。在各部门法下主要包括以下内容:

【本法概述】本部分用 200—1500 字左右的篇幅对每个部门法的考试情况进行了提纲挈领的综述。旨在通过宏观的分析每一个部门法的考试情况,使考生对每一个部门法在考试中所占的地位和份量有一个整体的了解,让其明确在考试复习中每一个部门法应当投入的时间和精力,在复习中做到全面复习又要突出重点。其内容包括对各部门法历年考试试题分值的分析,对考试题型进行总结,并且指出了考试重要知识点在本法中的分布及复习方法。

【重点内容串讲】所谓串讲是将若干相对分散和凌乱的知识有机的系统的归纳,使之成为较为完整的体系,即在宏观上把握完整的知识体系,对重点的知识做到心中有数。该栏目也是本书的精髓之所在。本部分根据司法考试的考点,将“考试指定教材”中的重点内容与“法律法规汇编”有机结合,从应试的角度对重点的具体法律制度进行讲解,并以此为主线,将重点内容(包括指定教材的内容和相关法条)串连起来,做到点面结合。这样,一是简化了教材和法条的内容,帮助考生把近十本书读薄,减轻了复习的负担;二是突出复习的重点,应当说本书所举出的内容均属考试重点;三是有利于考生形成了脉络清晰的基础知识体系,从宏观上把握全局。

【重点法条指引】“法律法规汇编”中涉及到 100 多个法规,大约 150 万字。如前所述,就历年的考试出题规律来看,有些法律法规在考试中大量重复出现,而有的内容出现的频率又低一些,有的部分甚至很少出现,因此可以忽略不计。因此,考生在复习中应该有所为也应该有所不为,对于重点法条应当重点复习之,而对出现机会很少的法条可以忽略不计以节省宝贵的复习时间,以达到复习效果的最大化。本部分根据考试命题的规律和特点,指出重点法条,考生可以根据列出的重点法条有的放矢地复习,以取得良好的复习效果。

三、2002 年试题特点预测与本书的内容特色

本书编写的重要特色在于将书读薄,同时将知识点系统化、体系化。我们在此对 2002 年

司法考试四卷的内容作一个初步的预测。卷一部分“题眼”范围增大,理论性会更强,具有法理意义的题会增多;卷二部分直接应用司法解释的题呈上升趋势,但本卷的重点法条的密度最大(法条共有 3216 条,重点法条达 1200 条),也最为重要,同时本卷的重点法条也是卷四的重点法条;卷三命题具有高度概括性的趋势,但是本卷重点法条密度较小(法条计有 4167 条,但重点法条只有约 416 条)。前三卷为客观题,具有“考点分布面广、盲点多难点少、单选好作多选易失、题型题数固定、卷面不断增大”的总体特点,同时具有题干长、障碍多、阅读量大的淘汰赛特点,每个选择题几乎都是一个案例,涉及若干个知识点,一般设置两个以上的障碍,这一部分考查越来越重视综合性。卷四依然是案例分析题,本部分的重点与前三卷,尤其与卷二有重复,具有题量大、综合性强、考点明确等特点,每道大题涉及 8-10 个考点,交叉性越来越强。面对这样的司法考试形势,本书的编写着重于瞄准考试重点,突破考生弱点。

几乎所有的从事司法考试辅导和考试复习的人都在强调考试重点,但是何为司法考试重点,如何判断考试重点?正是因为司法考试的命题已经科学化,我们才能判断考试重点,而判断的依据只能是对历届考试的试题分析。据我们统计,近年来的每届律师资格考试试题与以前的考试内容重复率达到 80% 以上,而在经济法学、商事法学、行政法学等部门法,这一比例更高,甚至达到 100%。也就是说,今后的司法考试只是在以不同的形式考查早已考过甚至数次考过的内容,当然经过修改的重点法条往往是不折不扣的重点。如果考生能将历届试题的所考查的重点内容以及经修改的重点法条一一掌握,也即抓住了司法考试的重点,也就牢牢地扼住了司法考试之喉。所谓司法考试复习捷径也就是在科学详实的分析基础上明确什么是常考内容,什么是偶尔考及的,什么是绝对不可能考的。无疑,了解了所有的法律制度中孰重孰轻,就等于把握了考试的复习捷径,有了司法考试复习的导航灯,它将指引你将最宝贵的时间用在司法考试的重点内容之上,而不致于在复习中犯方向性的错误。

本书就是将各部门法的重点内容按照一定的体例编排,将法条和教材的重点内容拎出来,并有机结合予以剖析,指出其考点何在,题眼何在,命题角度何在。其中,除了法理学、国际法等理论性较强的考试内容以外,本书以法条规定的法律制度为主线,更着重于对于法条的阐释并与指定教材融会贯通,指出此法条及其相关法条规定的是什么法律制度,其中有几层意思;相关易混淆的法条或制度是什么,区别在于哪里;与相关的规定同一内容而有冲突的法条的适用问题;命题者可能从哪个角度下手,考生应把握的关键点和易犯错误的地方何在。另外需要指出的是本书原则上只涉及重点,并没有特别注重部门法内部内容的完整性,即使有些不得不交代的非重点内容,本书也给予了提示。

本书的第二大特色和功能是突破考生的弱点。根据我们的分析,在司法考试的复习过程中知识点的串连,知识体系的建立尤为重要,而这正是考生的弱点,此点前已有述。建立适合司法考试的知识体系对于大多数考生都是比较困难的,即使对于法学科班出身的考生,面对其他非本专业的其他部门法要建立起科学的知识体系也并非易事。本书在此的意义在于以重点法条为主线将相关内容进行纵横的串连、归纳,更重要的是将易混淆项全部列举出来,让您看个清楚。比如说,就法人制度,我们把有关法人制度的法条和相关理论全部引出,并进行系统地分析。对合同生效制度,我们将《合同法》第 8 条、第 44 条、《合同法解释(一)》第 9 条、《城市房地产管理法》第 53 条放在一起,系统地分析其中的关系、意义、适用范围等等。诉讼法制度与实体法制度相比,其知识点应当是较为零散而且相当复杂的,在刑事诉讼法中,本部门负责人审批、报上级批准(是上一级还是上级)与最高级机关审批,法院、检察院与公安机关;民事诉讼法与仲裁法中,民事诉讼法与民法通则、合同法等实体法以及与仲裁法的关系,

61

国内仲裁与国际仲裁,民商事仲裁与劳动争议仲裁;三大诉讼法之间的关系等等,都是极易混淆而不易掌握的问题,本书将其以相关的法条为线索,系统分析其中的内容,比较其中的异同,从而在读者头脑中构建起系统的、清晰的知识点体系。

四、本书的使用方法建议

本书定位于“将厚书读薄”的2002年司法考试辅导读物,阅读量相对较小,但司法考试的内容和形式相当复杂,我们在此对读者使用本书表明自己的一些建议。

对于本书的【本法概述】部分,我们认为考生在着手复习时就应当首先予以了解,知悉本部门法在司法考试中的地位和题型情况、重点内容,以确定自己在本部门法的复习战略。

【重点内容串讲】是本书的核心内容,也是考生应当仔细阅读的部分。首先应当明确本书并没有面面俱到的涉及司法考试指定教材和法律法规汇编的全部内容,而是择其重点。但是面对司法考试命题的灵活性,我们建议考生在此部分的阅读上分情况对待:

第一,对于经济法学、商法学、宪法学、行政法学部分,可径直阅读本书,基本无需其他辅导教材。因为这部分的重点内容较为突出,某种意义上具有绝对性,哪些内容要考,哪些内容不考,基本上泾渭分明。根据多年的试题分析可以看出,命题基本上限于某些内容,而其他的内容却无涉及的机会。因此,对于此部分,阅读本书对于考生的意义极大。

第二,对于民法、刑法部分,建议考生在通读指定教材和法律法规汇编的基础上,再阅读本书,本书的意义在于指引考生把握重点和难点,系统理解相关制度,将知识体系化。因为此部分内容是司法考试的大头,所谓的重点具有一定的相对性,本书所列举的重点只能是在考试中占有绝对重要地位的内容以及易忽略、易混淆内容等等,所以考生在掌握本书指出的重点以外,对于其他内容也不能完全忽略。本书已指出的体系化建构,考生尤要注意。

第三,对于诉讼法学和仲裁法、律师制度部分,建议考生仔细阅读本书,本书在此的重要意义在于将诉讼法学的零散的知识点串起来,目的在于让考生在答题时能做到思考全面,消除盲点。

第四,就法理学、国际法学的部分,本书基本上是在把握重点的基础上对于指定教材的消减与简化,指出了司法考试在本部分的考查重点,但是同样,其内容相当庞杂和零散,并且时代性强,对于本书没有提及的内容,考生也不要完全忽略。

概括而言,结合本书的内容特色,本书的使用特点可以概括为:一是阶段性,建议考生在应考复习的中后期使用本书;二是指引性,本书宗旨并不在于提供全方位的复习服务,而是指引考生把握重点和难点,帮助考生快速、有效、精确的掌握司法考试必备知识;三是减压性,本书在确保考试有效性的同时将复习内容减少到最小,方便考生在最短的时间内复习应考;四是可信性,本书是在总结多年的辅导经验,科学分析历年的考试试题内在规律并对2002年司法考试预测的基础上编成的,往年的此项工作经过了考试真题的检验,从而确保了本书的有效和准确。

本书的编写是对考试重点和考生弱点的再次总结和把握,是对以前的成果的去粗取精、去伪存真的过程,殊为不易。本前言既是对本书的介绍,更是对于考生复习应考的建议,希望本前言能给您一点有益的启示,更希望本书能帮助您在首届司法考试中取得成功。

北京“三校名师”司法考试命题研究组

2001年12月

目 录

法理学	(1)
宪法学	(8)
选举法	(16)
立法法	(18)
行政法基本理论与行政诉讼法	(20)
国家赔偿法	(30)
行政处罚法	(36)
行政复议法	(39)
律师法与律师制度	(43)
民法通则	(48)
担保法	(62)
婚姻法	(69)
继承法	(74)
合同法	(77)
商标法	(100)
专利法	(107)
著作权法	(113)
民事诉讼法	(121)
仲裁法	(143)
刑法	(147)
刑事诉讼法	(170)
公司法	(198)
合伙企业法	(206)
个人独资企业法	(211)
三资企业法	(213)
企业破产法(试行)	(217)
票据法	(221)
保险法	(225)
海商法	(229)
反不正当竞争法	(235)
消费者权益保护法	(237)
产品质量法	(241)
商业银行法	(243)

证券法	(245)
税法	(248)
土地管理法	(250)
城市房地产管理法	(253)
环境保护法	(255)
劳动法	(257)
国际公法	(260)
国际私法	(269)
国际经济法	(275)
法官法与检察官法	(285)

法 理 学

〔本法概述〕

就往年考题来说,近4届律考有关法理学部分的试题总分为41分,年均分值为10分强。近三年来则稳定在10分左右,年际分值波动不大。从题型分布来看,主要以选择题为主,在选择题中,多选题与单选题平分秋色。

在本部分考试较为侧重的考点包括:

1. 法的一般理论:法的定义,分类,作用,功能,法与国家,法与道德,法与政策等。
2. 资本主义法:法的历史发展,法系,法律体系和法律部门,法的渊源等。
3. 社会主义法:法的制定,效力,法律规范,法的适用,法律解释,法律关系,法律监督等。
4. 法学思潮与法学流派。

〔重点内容串讲〕

一、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,具有规范性,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复性(法对人们的行为有反复适用的效力)。

要注意,法的规范性与普遍性之间的关系:前者是后者的前提和基础,后者是前者的发展和延伸。

二、法的作用

1. 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关系,规范作用是手段,社会作用是目的。

2. 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。有选择的指引是指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。

(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:一是对违法行为实施法律制裁而对一般人起到警示作用;一是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。

3. 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。后者主要表现在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。

三、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:奴隶制法、封建制法、资本主义和社会主义法。

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。这种更替必须斗争和社会革命来实现。

四、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。法的继承的根据有:社会生活条件的历史延续性;法的相对独立性以及法作为人类文明成果的性质。而法的发展的历史事实又验证了法的继承性。法的继承的内容相当广泛,主要有:法律术语、技术、形式;有关社会公共事务的规定;反映市场经济规律的法律原则和规范;反映法的一般价值的原则。法的继承性并不排斥法的阶级性。

五、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。

六、法系

1. 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: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。

2. 大陆法系与英美法系的比较

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,以法典化的成文法为主要形式。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:

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法的渊源。

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的规定,而后者首先要考虑以前的判例。

七、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。

(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、表现形式和内容也要受国家的特征、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的表现形式;(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

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的,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. 法与政策的关系

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。

八、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得良好的法律。”

当代学者普遍认为:法治包含两个部分,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、制度及其运行机制。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,两者切不可缺少。

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。

九、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文件的活动,是将一定阶级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行政机关。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 and 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。

我国宪法规定,宪法的修改由全国人民代表大会以全体代表三分之二以上的多数通过;法律草案要经过全国人大或全国人大常委会以全体代表或委员的过半数通过;中华人民共和国主席根据全国人大的决定或全国人大常委会的决定公布法律。

十、法的渊源

1. 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,它指一定的国家机关依照法定职权和程序,制定或认可的具有不同法律效力和地位的法的不同表现形式,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、国际条约和国际惯例等。

2. 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,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。

十一、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。

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的法律规范的总称。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。

十二、法律规范

(一)法律规范的概念和结构

1. 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。前者是法律的基本构成要素,后者是法律内容的文字表述。

2. 结构

对法律规范的结构,学术界有“三要素说”和“两要素说”的两种观点。

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,应当如何行为,禁止如何行为;制裁是指法律规范中规定违反该规范时,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。

(二)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必须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。

另外,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和非确定性规范。没有明确的行为模式或具体的法律后果,而需要引用其他法律规范来说明或补充的非确定性规范包括委任性规范和准用性规范。

十三、法的适用

法的适用,一般是指国家司法机关根据法定职权、依照法定程序具体应用法律处理案件的专门活动,是实施法律的一种方式。它具有如下一些特点:(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。

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。

十四、法律解释

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作用。

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

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。

十五、法律行为

1. 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的行为。

合法行为由客体、客观方面、主体、主观方面等四方面要素构成。

合法行为的客体是合法行为维护其实现的法律调整和保护的社会关系,即法律所保护的权益。其客观方面指行为人作出了符合法律规定的、具有法律意义的行为,包括作为与不作为。

合法行为的主体包括可以作出合法行为的自然人、法人、国家机关及其工作人员。法人作为主体,受其章程和经营范围限制,国家机关及其工作人员作为主体,受其宗旨与职能限制。合法行为的主观方面是指行为人实施合法行为时的心理状态。一般情况下,无须考虑主观动机和目的,但在某些领域,要区分行为人的主观心理态度。

2. 违法行为的概念、构成和种类

违法行为,又称违法,是指人们违反法律的、具有社会危害性的、主观上有过错的活动。其构成要件包括四个方面:(1)必须是侵犯了法律所保护的权益的行为;(2)必须是违反法律规定的行为;(3)行为人主观上有过错,即故意或过失;(4)行为人必须具有法定责任能力的自然人、法人、国家机关及其工作人员。这四个要件,包括主观与客观两个方面,只有同时具有四个要件,才构成违法行为。

违法行为可分为刑事违法行为、民事违法行为、行政违法行为和违宪行为四种。

十六、法律监督

1. 法律监督概述

在我国,法律监督的主体为三类:国家机关,社会组织和人民群众。广义的监督客体包括从事各种法律活动的所有国家机关、社会组织和公民;狭义的监督客体是立法、司法和执法机关及其工作人员进行的公务活动。总之,法律监督客体的重点在于国家机关及其工作人员的各种公务活动。法律监督的内容是客体行为的合法性问题。实施法律监督,要依法进行,即要有法定的监督权,要依法定的程序进行。

2. 当代中国的法律监督体系

根据监督主体的不同,可以将当代中国的法律监督体系分为两大类:国家监督与社会监督。

国家监督指国家机关的监督,包括国家权力机关、行政机关和司法机关的监督。这类监督是依照一定的法定程序,以国家的名义进行的具有国家强制力的法律监督,是我国法律监督体系的核心。

(1)国家权力机关的监督。它包括各级人民代表大会及其常委会对由它产生的国家机关实施法律的监督,其客体包括:各级人民政府、人民法院和人民检察院及其组成人员。就全国人大而言,还包括国家主席、中央军事委员会及其组成人员。

国家权力机关的监督包括法律上的监督和工作监督两个方面的内容。法律上的监督是指全国人大及其常委会对宪法、法律实施的监督。工作监督主要指对政府、检察机关和审判机关工作的监督,其方式主要是:听取和审议工作报告、提出质询案、对重大问题进行调查处理等。

(2)行政机关的监督。指国家行政系统内部上下级之间存在的以及行政系统内部专门设立的机关所进行的法律监督,包括一般行政监督和专门行政监督。在我国,专门行政监督包括行政监察和审计监督两种。

(3)司法机关的监督包括检察机关的监督和审判机关的监督两种。检察机关的监督可分为:法纪监督、经济监督、调查监督、审判监督和监所、狱政监督五种。人民法院的监督主要表现在以下几个方面:人民法院系统内的监督;人民法院对检察机关的监督;人民法院对行政机关的监督。

社会监督,即非国家机关的监督,是指由各政党、各社会组织和人民群众依照宪法和有关法律,对各种法律活动的合法性所进行的监督,具有广泛性和人民性。根据其主体不同,它可以分为中国共产党的监督、社会组织和人民团体的监督、社会舆论的监督、人民群众的监督。

宪法学

〔本法概述〕

自 1993 年以来,宪法的年均考试分值约为 11 分,低于合同法等七大部门法典,与公司法、仲裁法相当。从其题型看,历来只限于选择题,从未有案例分析题出现。

从法典整体结构看,宪法条文的可考性逐年加强,主要考点集中在第 2 章“公民的基本权利和义务”和第 3 章“国家机构”上。另外还涉及到有关宪法基本原理和宪政基础法理知识,这不是法典本身所能包容的,考生可参考有关教材的论述来掌握。若从具体宪法制度考察,以下几个部分为历届考试所青睐:

1. 宪法与法律的关系;
2. 行政区划;
3. 特别行政区制度;
4. 公民的基本权利和义务;
5. 国家机构;
6. 历届宪法修正案修正内容;
7. 有关外国宪法的基础理论。

其中,以第 4、5 项最为重要。

从历届试题考查的知识点来看,对考生掌握法条的精确度要求极高,尤其是第 3 章“国家机构”选择题部分干扰项的迷惑性极强。为此,考生在复习相关法条时应力求精益求精,努力提高辨识干扰信息的能力。

〔重点内容串讲〕

一、宪法的分类

1. 成文宪法与不成文宪法。这种分类的依据和标准是宪法是否具有统一的法典形式。除英国宪法外,大多数国家的宪法都是成文宪法。

2. 刚性宪法与柔性宪法。分类的依据和标准是宪法的效力和制定修改程序。制定和修改宪法的程序比普通法律更为严格、具有最高法律效力的宪法为刚性宪法。制定、修改程序以及法律效力同于普通法律的宪法为柔性宪法,如英国、意大利、加拿大国家的宪法。

3. 君主宪法和共和宪法。分类标准为国家政体。规定由君主独揽国家统治权的宪法为君主宪法;规定由民选的国家机关掌握国家权力的宪法为共和宪法。

4. 原始宪法和派生宪法。分类标准为是否具有创制性。在宪法内容上具有创制性的宪法,如英、法及苏俄宪法叫原始宪法;模仿其他国家宪法中所规定的制度而制定的宪法叫派生宪法。

二、宪法监督制度

宪法监督制度是指特定的国家机关依照一定的程序,审查和裁决法律、法规和行政命令等规范性文件是否符合宪法,以维护宪法权威,保障宪法实施和公民宪法权利的制度。当代意义上的宪法监督制度源于美国 1803 年的马伯里诉麦迪逊案。

现代国家主要有三类宪法监督制度:最高国家权力机关监督制(如法国等),司法机关监督制(英美法国家)、特设机关(如宪法法院、宪法委员会)监督制(以德国为代表的大陆法国家)。

我国采用最高国家权力机关监督制。根据现行宪法规定,全国人大及其常委会监督宪法的实施,全国人大有权撤销或改变全国人大常委会的不适当的决定;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,有权撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相