

2002 年国家统一司法考试复习专用教材

国家司法考试 复习指南

国家统一司法考试命题研究组 编写
中国政法大学 常英 教授 主编

中国物价出版社

2002 年国家司法考试复习专用教材

国家司法考试复习指南

国家司法考试命题研究组 编写
中国政法大学 常英教授 主编

中国物价出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试复习指南/常英编. —北京:中国物价出版社, 2001.12

ISBN 7-80155-316-0

I. 国... II. 常... III. 法律—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 075450 号

出版发行/中国物价出版社(邮政编码:100837)

地址:北京市西城区月坛北小街 2 号院 3 号楼

电话:读者服务部 68022950 发行部 68033577)

经销/新华书店

印刷/北京怀柔红螺印刷厂

开本/787×1092 毫米 16 开 印张/43.75 字数/1400 千字

版本/2001 年 12 月第 1 版 印次/2001 年 12 月第 1 次印刷

印数/5000 册

书号/ISBN 7-80155-316-0/D·26

定价/85.00 元

17603/07

出版前言

国家司法考试是国家统一组织的从事特定法律职业的资格考试,初任法官、检察官和取得律师资格必须通过此项考试,通过后由司法部颁发《法律职业资格证书》。

根据最高人民法院、最高人民检察院和司法部颁布的“联合公告”及“国家司法考试实施办法(试行)”的相关精神,首次国家司法考试定于2002年年初举行,考试内容包括:理论法学、应用法学、现行法律规定、法律实务和法律职业道德。为帮助广大考生复习迎考、顺利通过考试,我们特组织相关部门、院校的专家教授精心编写了这本《国家司法考试复习指南》一书。

全书共分十六部分编写,重点体现考试要点,编配适量同步测试题,具有较高水平的指导性、综合性、典型性、前瞻性。本书体现了考试大纲的最新变化,内容上完全依据最新的法律、法规、司法解释进行编写,如新近修订、通过的《法官法》、《检察官法》、《法官职业道德基本准则》、《婚姻法》、《著作权法》、《商标法》、《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》、《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》、《专利法实施细则》、《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《中外合资经营企业法实施条例》、《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的若干规定》、《最高人民法院关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》等等,这些都将是今年国家司法考试命题必用的法律法规和司法解释,请考生务必引起重视,复习时一定要掌握新旧法的区别和变化!

由于编写时间仓促,不当之处在所难免,敬请广大考生谅解,并不吝指正。

最后,我们预祝广大考生顺利通过国家司法考试!

本书编委会

2001年11月

国家司法考试实施办法(试行)

第一章 总 则

第一条 为建立和规范国家统一司法考试制度,提高和保障法官、检察官、律师队伍素质,根据《中华人民共和国法官法》、《中华人民共和国检察官法》、《中华人民共和国律师法》制定本办法。

第二条 国家司法考试是国家统一组织的从事特定法律职业的资格考试。

初任法官、初任检察官和取得律师资格必须通过国家司法考试。

第三条 国家司法考试应当公平、公正。

第四条 司法部会同最高人民法院、最高人民检察院组成国家司法考试协调委员会,就国家司法考试的重大事项进行协商。

第五条 国家司法考试由司法部负责实施。

第二章 考 试

第六条 国家司法考试每年举行一次。具体考试时间在举行考试3个月前向社会公布。

第七条 国家司法考试主要测试应试人员所应具备的法律专业知识和从事法律职业的能力。

国家司法考试的内容包括:理论法学、应用法学、现行法律规定、法律实务和法律职业道德。

第八条 国家司法考试实行全国统一命题。

国家司法考试的命题范围以司法部制定并公布的《国家司法考试大纲》为准。

第九条 国家司法考试采用闭卷的方式。

第十条 国家司法考试实行全国统一评卷,成绩由司法部公布。

第三章 考试组织

第十一条 司法部设立专门机构具体承办国家司法考试工作。

国家司法考试的报名、考场设置、考试纪律、监考、评卷等考务事项,由司法部依据本办法另行规定。

第十二条 各省、自治区、直辖市司法厅(局)应设立专门机构具体负责本辖区内的具体考务工作。

第四章 报名条件

第十三条 符合以下条件的人员,可以报名参加

国家司法考试:

(一)具有中华人民共和国国籍;

(二)拥护《中华人民共和国宪法》,享有选举权和被选举权;

(三)具有完全民事行为能力;

(四)符合《法官法》、《检察官法》和《律师法》规定的学历、专业条件;

(五)品行良好。

第十四条 有下列情形之一的,不能报名参加考试,已经办理报名手续的,报名无效:

(一)因故意犯罪受过刑事处罚的;

(二)曾被国家机关开除公职,或曾被吊销律师执业证的;

(三)依照本办法第十八条的规定,曾被处以2年内或终身不得报名参加国家司法考试处理的。

第五章 资格授予

第十五条 国家司法考试每年度的通过数额及合格分数线由司法部商最高人民法院、最高人民检察院后公布。

第十六条 通过国家司法考试的人员,由司法部颁发《法律职业资格证书》。

第十七条 违反本办法规定取得《法律职业资格证书》的,由司法部确认无效。

第六章 责 任

第十八条 应试人员有作弊等违纪行为的,视情节、后果分别给予警告、确认考试成绩无效、2年内或终身不得报名参加国家司法考试的处理。具体处理办法由司法部规定。

第十九条 考试工作人员有违纪行为的,视情节、后果给予相应的处理;情节特别严重,构成犯罪的,由司法机关处理。具体办法由司法部规定。

第七章 附 则

第二十条 根据需要,可以在少数民族地区使用民族语言文字试卷进行考试。

第二十一条 本办法的修改和解释由司法部商最高人民法院、最高人民检察院后,司法部公布。

第二十二条 本办法自2002年1月1日起施行。

目 录

国家司法考试实施办法(试行)	(1)
第一部分 法理学	(1)
【复习要点指南】	(1)
第一章 法的基本概念	(1)
第二章 法的运行	(8)
第三章 法的演进	(12)
第四章 法与道德、国家、政策、经济	(14)
第五章 法制与法治	(15)
【综合测试题】	(16)
【练习题参考答案】	(19)
第二部分 宪 法	(20)
【复习要点指南】	(20)
第一章 宪法基本原理	(20)
第二章 国家的基本制度(上)	(24)
第三章 国家的基本制度(下)	(27)
第四章 公民的基本权利与义务	(32)
第五章 国家机构	(36)
第六章 宪法的实施及其保障	(41)
【综合测试题】	(43)
【练习题参考答案】	(46)
第三部分 行政法与行政诉讼法	(47)
【复习要点指南】	(47)
第一章 行政法概述	(47)
第二章 行政主体	(48)
第三章 行政行为概述	(50)
第四章 行政立法	(51)
第五章 行政处理	(53)
第六章 行政处罚	(55)
第七章 行政合同	(58)
第八章 行政复议概述	(60)
第九章 行政复议条件	(61)
第十章 行政复议程序与规则	(63)
第十一章 行政诉讼概述	(66)
第十二章 受案范围	(67)
第十三章 行政诉讼的管辖	(69)
第十四章 行政诉讼参加人	(71)
第十五章 诉讼程序	(74)
第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则	(77)
第十七章 行政诉讼的结案	(80)

第十八章 国家赔偿概述	(82)
第十九章 国家赔偿的范围	(83)
第二十章 国家赔偿主体	(84)
第二十一章 国家赔偿程序	(86)
第二十二章 国家赔偿方式与计算标准	(87)
【综合测试题】	(89)
【练习题参考答案】	(99)
第四部分 刑 法	(102)
【复习要点指南】	(102)
第一章 刑法概述	(102)
第二章 犯罪概说	(105)
第三章 犯罪构成	(106)
第四章 排除犯罪的事由	(112)
第五章 故意犯罪形态	(114)
第六章 共同犯罪	(117)
第七章 罪 数	(119)
第八章 刑罚概说	(122)
第九章 刑罚的体系	(123)
第十章 刑罚的裁量	(127)
第十一章 刑罚的执行	(131)
第十二章 刑罚消灭	(133)
第十三章 罪刑各论概说	(135)
第十四章 危害国家安全罪	(137)
第十五章 危害公共安全罪	(139)
第十六章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(144)
第十七章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(160)
第十八章 侵犯财产罪	(167)
第十九章 妨害社会管理秩序罪	(170)
第二十章 危害国防利益罪	(184)
第二十一章 贪污贿赂罪	(186)
第二十二章 渎职罪	(189)
第二十三章 军人违反职责罪	(192)
【综合测试题】	(194)
【练习题参考答案】	(205)
第五部分 民 法	(208)
【复习要点指南】	(208)
第一章 民法概述	(208)
第二章 自然人	(211)
第三章 法 人	(215)
第四章 物与有价证券	(218)
第五章 民事法律行为	(219)
第六章 代 理	(224)
第七章 诉讼时效与期限	(227)
第八章 物权概述	(229)

第九章 所有权	(231)
第十章 共有	(234)
第十一章 用益物权	(235)
第十二章 担保物权	(237)
第十三章 债权概述	(240)
第十四章 债的履行	(241)
第十五章 债的保全和担保	(242)
第十六章 债的移转和消灭	(244)
第十七章 合同的概述	(247)
第十八章 合同的订立	(248)
第十九章 双务合同履行中的抗辩权	(250)
第二十章 合同的变更和解除	(251)
第二十一章 合同责任	(253)
第二十二章 转移财产权利的合同	(254)
第二十三章 完成工作成果的合同	(259)
第二十四章 提供劳务的合同	(261)
第二十五章 技术合同	(265)
第二十六章 不当得利和无因管理之债	(268)
第二十七章 知识产权概述	(270)
第二十八章 著作权	(271)
第二十九章 专利权	(276)
第三十章 商标权	(280)
第三十一章 亲属	(283)
第三十二章 继承概述	(286)
第三十三章 法定继承	(288)
第三十四章 遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	(290)
第三十五章 遗产的处理	(293)
第三十六章 人身权	(295)
第三十七章 侵权行为	(298)
【综合测试题】	(302)
【练习题参考答案】	(307)
第六部分 刑事诉讼法	(308)
【复习要点指南】	(308)
第一章 概述	(308)
第二章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(309)
第三章 刑事诉讼法的基本原则	(313)
第四章 管辖	(318)
第五章 回避	(320)
第六章 辩护与代理	(321)
第七章 刑事诉讼证据	(324)
第八章 强制措施	(329)
第九章 附带民事诉讼	(331)
第十章 期间、送达	(332)
第十一章 立案	(333)

第十二章 侦查	(335)
第十三章 起诉	(337)
第十四章 第一审程序	(339)
第十五章 第二审程序	(345)
第十六章 死刑复核程序	(347)
第十七章 审判监督程序	(349)
第十八章 执行	(350)
【综合测试题】	(352)
【练习题参考答案】	(377)
第七部分 民事诉讼法	(382)
【复习要点指南】	(382)
第一章 民事诉讼与民事诉讼法	(382)
第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度	(383)
第三章 诉讼主管与管辖	(384)
第四章 诉	(388)
第五章 当事人	(389)
第六章 民事诉讼证据	(393)
第七章 期间、送达	(394)
第八章 法院调解	(395)
第九章 财产保全和先予执行	(396)
第十章 对妨害民事诉讼行为的强制措施	(397)
第十一章 诉讼费用	(398)
第十二章 普通程序	(398)
第十三章 简易程序	(401)
第十四章 第二审程序	(401)
第十五章 特别程序	(403)
第十六章 审判监督程序	(405)
第十七章 督促程序	(407)
第十八章 公示催告程序	(408)
第十九章 破产程序	(409)
第二十章 民事裁判	(412)
第二十一章 执行程序	(413)
第二十二章 涉外民事诉讼程序	(415)
【综合测试题】	(416)
【练习题参考答案】	(421)
第八部分 仲裁法	(423)
【复习要点指南】	(423)
第一章 仲裁与仲裁法概述	(423)
第二章 仲裁委员会和仲裁协会	(424)
第三章 仲裁协议	(424)
第四章 仲裁程序	(426)
第五章 申请撤销仲裁裁决	(428)
第六章 仲裁裁决的执行与不予执行	(429)
第七章 涉外仲裁	(429)

【综合测试题】	(430)
【练习题参考答案】	(431)
第九部分 律师制度	(432)
【复习要点指南】	(432)
第一章 律师制度概述	(432)
第二章 律师资格与律师执业	(434)
第三章 律师事务所	(437)
第四章 律师业务和权利义务	(442)
第五章 律师协会	(446)
第六章 法律援助制度	(447)
第七章 律师执业的法律责任	(448)
第八章 律师职业道德和执业纪律规范	(451)
【综合测试题】	(453)
【练习题参考答案】	(463)
第十部分 国际法	(465)
【复习要点指南】	(465)
第一章 国际法导论	(465)
第二章 国际法主体	(466)
第三章 国际法律责任	(468)
第四章 国际法上的空间划分	(469)
第五章 国际法上的居民	(473)
第六章 外交关系法与领事关系法	(475)
第七章 条约	(476)
第八章 国际争端的和平解决	(478)
【综合测试题】	(479)
【练习题参考答案】	(490)
第十一部分 国际私法	(495)
【复习要点指南】	(495)
第一章 国际私法概述	(495)
第二章 法律冲突、冲突规范和准据法	(497)
第三章 适用冲突规范的制度	(500)
第四章 国际民商事法律适用	(502)
第五章 国际民商事争议的解决	(508)
【综合测试题】	(511)
【练习题参考答案】	(516)
第十二部分 国际经济法	(517)
【复习要点指南】	(517)
第一章 国际经济法总论	(517)
第二章 国际货物买卖	(518)
第三章 国际货物运输与保险	(521)
第四章 国际贸易支付	(524)
第五章 对外贸易的政府管理措施	(526)
第六章 世界贸易组织	(528)
第七章 国际经济法领域的其他法律制度	(531)

【综合测试题】	(537)
【练习题参考答案】	(543)
第十三部分 商 法	(545)
【复习要点指南】	(545)
第一章 公司法	(545)
第二章 合伙企业法	(551)
第三章 个人独资企业法	(554)
第四章 外商投资企业法	(555)
第五章 企业破产法	(557)
第六章 票据法	(560)
第七章 保险法	(566)
第八章 海商法	(567)
【综合测试题】	(569)
【练习题参考答案】	(580)
第十四部分 经济法	(582)
【复习要点指南】	(582)
第一章 竞争法	(582)
第二章 消费者权益保护法	(585)
第三章 银行法	(587)
第四章 证券法	(588)
第五章 财税法	(592)
第六章 土地法与城市房地产管理法	(599)
第七章 环境保护法与自然资源法	(601)
第八章 劳动法与社会保障法	(603)
【综合测试题】	(606)
【练习题参考答案】	(614)
第十五部分 法官法和法官职业道德	(615)
【复习要点指南】	(615)
第一章 总 则	(615)
第二章 职 责	(615)
第三章 义务和权利	(615)
第四章 法官的条件	(616)
第五章 任 免	(616)
第六章 任职回避	(617)
第七章 法官的等级	(617)
第八章 考 核	(617)
第九章 培 训	(617)
第十章 奖 励	(618)
第十一章 惩 戒	(618)
第十二章 工资保险福利	(618)
第十三章 辞职辞退	(619)
第十四章 退 休	(619)
第十五章 申诉控告	(619)
第十六章 法官考评委员会	(619)

第十七章 附 则	(620)
第十八章 法官职业道德	(620)
【综合测试题】	(622)
【练习题参考答案】	(624)
第十六部分 检察官法	(625)
【复习要点指南】	(625)
第一章 总 则	(625)
第二章 职责	(626)
第三章 义务和权利	(627)
第四章 检察官的条件	(627)
第五章 任免	(628)
第六章 任职回避	(629)
第七章 检察官的等级	(630)
第八章 考核	(630)
第九章 培训	(631)
第十章 奖励	(631)
第十一章 惩戒	(631)
第十二章 工资保险福利	(632)
第十三章 辞退	(632)
第十四章 退休	(633)
第十五章 申诉控告	(633)
第十六章 检察官考评委员会	(633)
第十七章 附 则	(634)
【综合测试题】	(634)
【练习题参考答案】	(635)
附录 以往法官、检察官考试试题及答案	(636)

第一部分 法理学

【复习要点指南】

第一章 法的基本概念

第一节 法

一、法的名称界定

“法”首先是指一种实在的社会现象,其次是指描述这样一个社会现象的概念或名称。

历史上,对“法”有不同理解。我们所要研究法的概念,笼统地讲,乃是指“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惯法(不成文法);(4)其它执行国法职能的法(如教会法)。“国法”是法理学上的一个核心问题,而其他种种所谓的“法”,都不过是学者们基于对国法的认识而提出来的。

二、法的特征

1. 法是调整人们的行为或社会关系的规范,具有规范性。

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。

法作为社会规范,像道德规范、宗教规范一样,具有规范性。所谓法的规范性,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。

2. 法是由国家制定或认可的,体现了国家对人们行为的评价,具有国家意志性。

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和认可这两种途径。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)即属此类。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;(2)默示认可。

“法由国家制定或认可”还意味着:体现国家意志的法具有统一性和权威性。也就是说,一个国家只能有一个总的法律体系,而且该法律体系内部各规范之间不能相互矛盾。

3. 法是由国家强制力为最后保证手段的规范体系,具有国家强制性。

一切社会规范都具有强制性,都有其保证实施的社会力量。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民遵守的性质。例如,道德规范主要依靠社会舆论、传统习惯以及人们的内心信仰等来加以维持,违反道德规范不仅要受到社会

舆论直接或间接地蔑视和批评,承受相应的道德责任和道德制裁,而且也将受到自我良心的谴责,由此而在一定程度上和一定范围内制约着人们的行为。宗教规范的实施主要是通过精神强制的方式,但也必须依靠清规戒律、惩罚制度来保证教徒的遵守。

法不同于其它社会规范,它具有特殊的强制性,即国家强制性。法是以国家强制力为后盾,由国家强制力保证实施的。在此意义上,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。国家的强制力是法的实施的最后的保障手段。

4. 法在国家权力管辖范围内普遍有效,因而具有普遍性。

任何社会规范都是有约束力的。所谓约束力,就是指规范的效力。法与其它社会规范相比较,其约束力有自己的特点,表现在:(1)范围不同;(2)形式不同。

在此意义上,法具有普遍性。所谓法的普遍性,也称“法的普遍适用性”,“法的概念性”,就是指法作为一般的行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力和特性。具体而言,它包含两方面的内容:其一,法的效力对象的广泛性,在一国范围之内,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,也都无一例外地受法的制裁。其二,法的效力的重复性。这是指法对人们的行为有反复适用的效力。

法具有普遍性,在国家权力管辖范围内普遍有效,这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,则呈现出不同的情况,不可一概而论。有些法律是在全国范围内生效的(如宪法、民法、刑法),有些则是在部分地区或仅对特定主体生效(如地方性法规、军事法规)。因此,不能将法的普遍性作片面的理解。

5. 法是有严格的程序规定的规范,具有程序性。

法是强调程序、规定程序和实行程序的规范。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。

说法律具有程序性,其理由表现在:一方面,法律在本质上要求实现程序化;另一方面,程序的独特性质和功能也为保障法律之效率和权威提供了条件。在一定意义上可以说,法治发展的程度,事实上取决于一个国家法律制度程序化的程度及对法律程序的遵守和服从的状态。

通过以上对法的外在特征的分析,我们看到:法是

一种特殊的社会规范,即具有规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性和程序性的社会规范或行为规范。从结构上看,法这种社会规范又是一个由各具体的法律规范(规则)所构成的相互联系的整体(体系),其内容规定的主要是人们相互交往的行为模式,即人们的法律权利和法律义务。法通过权利与义务的规定来调整一定的社会关系,维护一定的社会秩序。

三、法的本质

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学说。

马克思主义法的本质学说认为:

1. 法的关系既不能从它们本身来理解,也不能从人类精神的一般发展来理解,相反,它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的表现。

2. 法体现统治阶级意志,要经历一个复杂的过程。它取决于统治阶级同被统治阶级的阶级斗争状况,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。

3. 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。

四、法的作用

法的作用是指法对人们的行为、社会生活和社会关系发生的影响。法的作用可以分为规范作用与社会作用两类。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。

(一)法的规范作用

法的规范作用是法自身表现出来的、对人们的行为或社会关系的可能影响。

1. 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,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。

2. 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。

3. 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估计到当事人双方将如何行为及行为的法律后果。

4. 强制作用。法的强制作用表现在: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

为。

5. 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的行为发生直接或间接的诱导影响。

(二)法的社会作用

法的社会作用是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

(1)调整统治阶级与被统治阶级之间的关系。(2)调整统治阶级内部的关系。(3)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

其特征是:这些事务的直接目的并不表现为维护政治统治,而在客观上对全社会的一切成员均有利,具有“公益性”。这在本质上与法在维护阶级统治方面的作用并不矛盾。因为,至少从统治阶级的角度看,调整和维护社会公共事务方面的法律,在根本上与维护政治统治是一致的。

(三)正确认识法的作用

1. 法的作用的重要性

首先,自从有了国家之后,法律在人类社会中扮演的角色愈来愈重要,逐渐代替了宗教、道德、习俗等社会规范在调整人们的行为和社会关系中原有的影响力,成为最主要的社会调整手段。其次,法律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激变的社会生活确立相对稳固的规范基础。再次,法律具有其他社会规范所不具有的优点,例如它的国家强制性、权威性、公开性、程序性等等。

2. 法的作用的有限性

法并非无所不能,它也有其有限性,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 法律规范

一、法的内容和形式

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。就法律技术内容而言,其主要包括法的各种概念、术语,法的内在逻辑及其联系等。

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。仅就成文法来讲,其表现形式可分为三层次,即“法律条文”、“规范性法律文件”和“规范性法律文件体系”(立法体系)。

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。

法律规范与法律条文既有联系,又有区别。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。从内容来看,法律条文可以分为规范性条文和非规范性条文。

二、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。

(一)法律规则的逻辑结构

法律规则的逻辑结构,指法律从逻辑的角度看是由哪些部分或要素来组成的,以及这些部分或要素之间是如何联结在一起的。

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况下法律规则对人的行为有约束力的问题。

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。它分为三种:(1)可为模式。(2)应为模式。(3)勿为模式。

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。法律后果又分为两种:(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

我们在法律条文中所看到其表述法律规则的情况也是颇为不同的,具体而言,大致有以下几类突出的情形:

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

1. 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。

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。它分为两种:(1)命令性规则。(2)禁止性规则。

2. 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. 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。

三、法律原则

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。

(一)法律原则和法律规则的区别

1. 在内容上不同。
2. 在适用范围上不同。
3. 在适用方式上不同。
4. 在作用上不同。

(二)法律原则的种类

1. 公理性原则和政策性原则。
2. 基本原则和具体原则。
3. 实体性原则和程序性原则。

四、权利和义务

(一)权利和义务的概念

1. 权利的概念

所谓法律权利,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。

2. 义务的概念

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。

(二)权利和义务的分类

1. 基本权利义务与普通权利义务
2. 绝对权利义务与相对权利义务
3. 个人权利义务、集体权利义务和国家权利义务

(三)权利和义务的相互联系

第一,从结构上看,两者是紧密联系、不可分割的。第二,从数量上看,两者的总量是相等的。第三,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。第四,从价值上看,权利和义务代表了不同的法律精神,它们在历史上受到重视的程度有所不同,因而两者在不同国家的法律体系中的地位是有主、次之分的。

第三节 法律部门和法律体系

一、法律部门

法律部门,也叫部门法,是根据一定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。法律部门离不开成文的规范性法律文件,但两者并不是一个概念。

建立一国法律体系的关键问题是划分法律部门的根据,即标准是什么。一般认为划分法律部门的主要标准是法律所调整的不同社会关系,即调整对象;其次是法律调整方法。

二、法律体系

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,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。法律体系是一国国内法构成的体系,不包括完整意义的国际法即国际公法。法律体系是一国现行法构成的体系,它不包括历史上废止的已经不再有效的法律,一般也不包括尚待制定、还没有制定生效的法律。

法律体系与立法体系是不同的。

法律体系与法学体系不能等同。

法律体系与法系是两个不同的概念。

三、当代中国法律体系

(一)当代中国法律部门

当代中国的法律体系通常包括下列部门:宪法、行政法、民法、商法、经济法、劳动法与社会保障法、自然资源与环境保护法、刑法、诉讼法。

(二)“一国两制”与当代中国法律体系的构建

在“一国两制”之下,中国的法律虽然有着大陆与香港、澳门、台湾地区的种种差异,但仍然可以看作是一个法律体系,中国不存在两个或两个以上法律体系并存的情形。

第四节 法的渊源与分类

一、法的渊源的概念

法的渊源,也就是法的效力渊源,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,即根据法的效力来源不同,而划分的法的形式,如制定法(包括宪法、法律、行政法规等)、判例法、习惯法、法理等。法的渊源分为正式渊源与非正式渊源,在我国,对法的渊源的理解,一般指效力意义上的渊源,即正式渊源,主要是各种制定法。

二、当代中国法的渊源

1. 宪法

2. 法律

法律狭义上讲,仅指全国人大及其常委会制定的规范性文件。我们这里仅用狭义。在当代中国法的渊源中,法律的地位和效力仅次于宪法。分为两大类:一类为基本法律;另一类为基本法律以外的其他法律。

全国人大及其常委会作出的具有规范性的决议、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。

4. 地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件

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。

民族自治法规包括自治条例与单行条例。民族自治法规只在本自治区域有效。

经济特区的规范性文件,是由全国人大及其常委会授权制定的,其法律地位和效力不同于一般的法规、规章。

5. 规章

规章是行政性法律规范文件,从其制定机关而言可分为:一种是部门规章;另一种是地方政府规章。

省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区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依照法定程序制定的规范性文件。

6. 特别行政区的法律

7. 国际条约、国际惯例

政策也是当代中国法的渊源之一。

此外,在法学上一般也认为,习惯应视为我国法的非正式渊源。在当代中国,不采用判例法制度,判例不具有拘束力,不是法的正式渊源之一。但我国应当重视判例的作用。

三、法律汇编和法律编纂

(一)法律汇编

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。法律汇编不改变汇编的规范性文件的内容,不是国家的立法活动,仅是一项技术意义上的工作。

(二)法律编纂

法律编纂是指对散见于不同规范性法律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。法律编纂是以制定法典为目的,因而也称为法典编纂。它是国家的立法活动之一。

四、法的分类

(一)法的一般分类

1. 国内法与国际法
2. 根本法与普通法
3. 一般法与特别法
4. 实体法与程序法
5. 成文法与不成文法

(二)法的特殊分类

1. 公法与私法
2. 普通法与衡平法
3. 联邦法与联邦成员法

第五节 法的效力

一、法的效力的层次和范围

(一)法的效力。即法律的约束力,指人们应当按照法律规定的行为,必须服从。通常,法的效力指规范性文件法律效力,即法律的生效范围或适用范围,也就是说法律对什么人、什么事、在什么地方和什