

葵花

国家司法考试高阶教程

法理学·法制史·宪法·法律职业道德

付英 王丰 著



国家司法考试高阶教程

法理学·法制史·宪法·法律职业道德

付英 王丰 著

社址：北京东黄城根北街19号
 邮编：100029
 电话：(010) 83908408
 网址：<http://www.claw.com.cn>
 发行：(010) 83908408
 印刷：(010) 83908408
 装订：(010) 83908408
 开本：787×1092毫米 1/16
 字数：280千字
 印张：22.2
 版次：2002年4月第1版
 印次：2002年4月第1次印刷
 书号：ISBN 7-80112-957-9/D·308
 定价：48.00元

版权所有，侵权必究。未经许可，不得转载。
 如有印刷质量问题，可向承印厂联系。

图书在版编目(CIP)数据

法理学·法制史·宪法·法律职业道德/付英,王丰著.
—北京:当代世界出版社,2005.4
葵花国家司法考试高阶教程(2005)
ISBN 7-80115-927-6

I.法... II.①付...②王... III.①法理学—法律工作者—资格考核—自学参考资料②法制史—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料③宪法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料④法律工作者—职业道德—中国—资格考核—自学参考资料 IV.D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 017232 号

书 名:法理学·法制史·宪法·法律职业道德
出版发行:当代世界出版社
地 址:北京市复兴路4号(100860)
网 址:<http://www.worldpress.com.cn>
编务电话:(010) 83908403
发行电话:(010) 83908410(传真)
(010) 83908408
(010) 83908409
经 销:新华书店
印 刷:天津新华印刷一厂
开 本:787×1092 毫米 1/16
印 张:27.5
印 数:880 千字
版 次:2005 年 4 月第 1 版
印 次:2005 年 4 月第 1 次印刷
书 号:ISBN 7-80115-927-6/D·208
定 价:48.00 元

如发现印装质量问题,请与承印厂联系调换。
版权所有,翻印必究;未经许可,不得转载!

葵花系列司法考试丛书最早的雏形是付英和王丰两位老师合作编著的《国家律师资格考试纲要》，曾于1997年至2000年在北京内部印行，在首都考生中引起热烈追捧。在广大考生的强烈要求下，于2003年正式出版发行。后由两位老师亲自执笔主持修订，已再版多次。

葵花系列司法考试丛书，是以科学的编排体例为指导思想，是一套无论针对司法考试还是指导司法实践都非常适用的丛书。付英、王丰两位老师编写本丛书最核心的动因，就是要在为数众多的考试读物中，以自己的深厚学识彰显其著作“严谨求实”的个性和提高教材应对考试的有效性。本书从主体内容编排、到体例的设计以及唯美主义的装帧风格，无不让广大考生爱不释手，让众多出版者纷纷效仿。

丛书之一《国家司法考试高阶教程》虽以“教程”为名，但其所具有的开拓性编排体系和极丰富的知识含量，非一般考试辅导用书所能比拟，其专业性足以作为高校法学教材。如果同学们能扎扎实实地学习本书，积累知识，不但对付司法考试得心应手，更重要的是对于今后从事法律工作也能打下良好的专业基础，因为本书在将法律知识传授给同学们的时候，已经潜移默化地通过其独特的结构体例、叙事说理的方法将一个法律人最为可贵的法律思维传递给了同学们。

部分同学抱怨本套丛书的分量太足，恐怕难以承受阅读量。须知司法考试的难度逐年俱增，早已不是数年前的律师资格考试了，在此情况下，是很难靠短期突击就能侥幸通过的。如果不在学习上下苦功夫，而寄希望于找到一本单纯点“精华”、提“重点”的书，经过短期的突击就想通过考试，这无异于走上歧路。两位老师并没有迎合、助长考生的这种错误心理，而是以科学的精神、务实的态度继续向大家奉献自己的心血力作，葵花系列丛书虽被称为“葵花宝典”，却无一丝投机取巧之处。

《国家司法考试高阶教程》包括《民法》、《刑法》、《民事诉讼法与仲裁法》、《刑事诉讼法》、《行政法与行政诉讼法》、《国际法·国际私法·国际经济法》、《商法与经济法》、《法理学·法制史·宪法·法律职业道德》（共八本），是以国家司法考试大纲为线索，以法律法规及配套司法解释为依据，按照学科分类编写。全书内容采用学术通说，创造性地将每一学科章节的编排体例分为以下四个层次：

第一层次：考点精要——将本节相对重要的考点逐一列出。

考点精要的精辟之处在于直指本节的重点，以简单的语言点明法学的内在逻辑体系，串联成一个完整系统的学习框架，使同学们明白应该在复习中汲取哪些知识来补充这个框架，使其变成被自己牢固记忆的知识体系。万丈高楼，皆始于此，如果没有这个层次，就直接跨入学习“重点”，此种方式的效果堪忧，这正是本书考点精要的意义所在。

第二层次：相关法条——汇集可能被考查到的重要法条，科学编排、关联记忆。

相关法条这一层次，将与本节相关的可能考查到的法条，根据其重要性，按考点进行编排。所引用的法条不但包括一般《司法考试法律法规汇编》中所能考到的法条，还包括了其从不提及的，但是对于解答特殊问题和理解相关立法原意都极为重要的部分，如“高法批复”、“高法函告”等。

全面搜集法律法规和那些不引人注目却又非常重要的“批复”、“函告”等等，是一项浩大的工程，所以一般的司法考试辅导用书引用的仅是《司法考试法律法规汇编》中的条文，而忽略了同样重要甚至理解起来更加容易，且在实践中广泛运用的高法“批

复”、“函告”等，付英、王丰两位老师敏锐地对这部分内容给予了充分的重视。另外，在某个具体法律制度下，除了安排该具体制度的相关法律法规外，对于关系密切、容易混淆、可能作为考点出现的属于其他法律制度下的法律法规也予以了充分重视，让同学们能够通过对比，举一反三、相互关联记忆重要知识，起到事半功倍的复习效果。

上述努力，使“相关法条”这一层次在内容上比普通“重点法条”书籍更为丰富、全面。同时，又远比一般通用的《法律法规汇编》更为精练，完全可以替代《重点法条》与《法律法规汇编》。

第三层次：法条评述——是对本节相关法条的解读。

法条评述是基于上面相关法条的内容，以权威的论述全面阐述法条的真实含义，避免同学们对法条的误解，进而钻牛角尖走入学习的死胡同；同时以一挂万，结合各相关条文来点明在学习中容易混淆和出错的地方，使同学们不但能够将法条的规定刻进自己的记忆，更能理解法条的精髓所在，带着对法条的理解去记忆和运用法条，怎能无往不利？

第四层次：本节解谜——充分理解立法原意、命题者出题思路，进一步阐释法条之间的联系及应用。

本节解谜是本丛书最精华的部分，对于每节内容的考点提炼、考查方向的分析、为什么会以这个角度命题、如何才能更有效地复习本节内容、如何在复习本节内容的同时将相关的知识点和不容易引人注目，却又很重要的知识点都能复习到位，这些在书中都有精辟的论述。同时，在该层次下，配有用黑体字标明的“应当注意”的内容，明确指出该知识点中易误解、易忽略、易混淆的内容。

本丛书除了充分吸收其他司法考试书籍的优点、避免流弊之外，两位老师更是在语言组织、叙述风格上独辟蹊径，采用平实无华却又条理分明的语言来阐释难解之法律问题，其能力着实令人惊叹，让看过本丛书的同学了解到法律原来不是常人眼中所看、常人书中所写的那般晦涩难解，而是一个充满智慧光芒和使命召唤、引人入胜的神圣领域。

另外，也是很重要的一点，如果您在学习本书的过程中遇有疑难问题，可登录两位老师主持的葵花法律论坛（葵花宝典司考论坛 www.khbd.com.cn），您的问题会得到及时权威的免费解答。在葵花法律论坛里集合了一大批充满热情的法律人，这是一个奋发向上、团结互助、充满希望的团体，期待您的加入。

二零零五年四月

关于高阶教程《法理学·法制史·宪法·法律职业道德》一书的几点说明

1. 本书中论述的《选举法》、《宪法》等法律均为最新修正，同学们在学习过程中应注意对修改部分内容的掌握，另外，《反分裂国家法》（2005年3月14日施行）已收入本书。

2. 对于法理学、法制史、宪法的学习，因理论性较强，不易记忆，建议配合葵花《同步经典题库详解》、《全真题库分类详解》进行习题演练。对这部分内容，《同步经典题库详解》给出了大量练习题，并在解析中进行了细致的归纳总结。

3. 对于法律职业道德部分，根据对历年真题的分析，这部分内容大多直接考查法律条文，故宜直接通过阅读相关法条及法条评述，再配合题库进行习题演练即可。

作者简介

付英、王丰，青年法学家，多年潜心研究法学，专注司法考试，治学严谨，经验丰富。近年来著有近2千余万字的葵花系列丛书：《国家司法考试高阶教程》、《国家司法考试同步经典题库详解》、《国家司法考试全真题库分类详解》、《案例解谜》、《考点必背》、《司法疑难解答》等作品；仅2003至2004年，在最高人民法院主办的《人民法院报》、最高人民检察院主办的《检察日报》等专业权威报媒上发表文章就达60余万字。限于篇幅现仅列举部分文章目录：

- 《司法考试考前答疑（上、下）》
- 《迎司考百问答疑》（一至十）
- 《司法考试疑难问题百问解答》（一至十）
- 《司考全真分类题解》（一至十）
- 《民法疑案精析30例》
- 《刑法疑案精析30例》
- 《案例题的答题技巧》
- 《刑法的基本哲学》
- 《中止犯论》
- 《民法的基础观念》
- 《法学教育改革对策》
- 《国家司法考试论》
- 《定金与损害赔偿可以并存吗》
- 《闯红灯，证据合法吗》
- 《顺势踹了一脚，怎么算——兼评今年司考试题理论与实务考查并重特点》
- 《买卖合同中风险和孳息转移的界限》
- 《国家司法考试试题评析》（一至十）
- 《购买盗版光盘受“消法”保护吗》
- 《放走被拐卖妇女能算犯罪中止吗》
- 《从四个方面把握刑事责任年龄》
- 《关于共同犯罪试题的全真分析》
- 《司法考试复习疑难题解》
- 《司法考试刑法分类题解》（一至十）
- 《司考疑难问题解答》（一至十）
- 《司考试题答案解析》
- 《骑车人犯病撞了人谁赔》
- 《赌博罚金交假币应定两罪》
- 《病人因输血而死，医生该当何罪》
- 《丙、丁构成犯罪了吗》
- 《买卖合同中的违约担责》
- 《司法考试刑法分类题解》（一至五）
- 《司法考试全真案例题解》（一至五）
- 《寻找〈刑法〉的考点》
- 《积极备考系统复习》
- 《自家墙被刷广告可要求精神赔偿吗》
- 《行政法学考题争议》（一至五）
- 《乘车让人给撞了该找谁赔》
- 《妻子收受财物构成受贿罪吗》
- 《父亲把钱捐了，母亲能请求撤销吗》
- 《非法采集供应血液罪的认定》
- 《骗取登记的婚姻是否有效》
- 《过失致人死亡还是故意杀人》
- 《该现场笔录能否作为证据》
- 《该旅客损失应由谁承担》
- 《获取试卷四“案例题”高分的技巧》
- 《司考民法全真分类精解》（一至十）
- 《刑事诉讼法试题》（一至五）
- 《刑法：寻找考点》（一至五）
- 《分析试题掌握考点》
- 《司考如何选书》
-

目录

第I编 法理学

第1章 法的基本概念	1	第五节 法律解释、法律推理、法律思维、法律意识与法律秩序	104
第一节 法的定义	6	第3章 法的演进	113
第二节 法的价值	18	第一节 法的起源	113
第三节 法的要素	25	第二节 法的历史发展	119
第四节 法的渊源与分类	33	第三节 法与传统	126
第五节 法律部门和法律体系	42	第四节 法的现代化	131
第六节 法的效力	48	第五节 法治理论	136
第七节 法律关系	52	第4章 法与社会	141
第八节 法律责任	62	第一节 法与经济	141
第2章 法的运行	68	第二节 法与政治	144
第一节 立法	69	第三节 法与道德	149
第二节 执法与司法	89	第四节 法与宗教	153
第三节 守法与违法	95	第五节 法与人权	156
第四节 法律监督	99		

第II编 法制史

第1章 中国法制史	161	第二节 唐宋至明清时期的法制	177
第一节 夏、商、西周至秦汉、魏晋时期的法制	162	第三节 清末、民国时期的法律	192
		第2章 外国法制史	200

第III编 宪法

第1章 宪法基本理论	209	第二节 国家结构形式	238
第一节 宪法的概念和本质	212	第三节 国家象征	241
第二节 宪法的历史发展	214	第4章 公民的基本权利和义务	242
第三节 宪法的作用与基本原则	217	第一节 公民的基本权利和义务概述	242
第四节 宪法关系	219	第二节 我国公民的基本权利	243
第五节 宪法与宪政	220	第三节 我国公民的基本义务	253
第六节 宪法渊源、宪法结构与宪法规范	221	第5章 选举制度	255
第七节 宪法的创制及其实施保障	223	第6章 国家机构	266
第2章 国家性质	228	第一节 国家机构概述	266
第一节 人民民主专政制度	228	第二节 全国人民代表大会及其常委会	268
第二节 国家基本经济制度	230	第三节 中华人民共和国主席	288
第三节 国家的精神文明建设	236	第四节 国务院	290
第3章 国家形式	237	第五节 中央军事委员会	293
第一节 政权组织形式	237		

第六节 地方各级人大和地方 各级人民政府	294
第七节 民族自治地方的自治机关	313

第八节 人民法院和人民检察院	318
第九节 特别行政区机关	324

第IV编 法律职业道德

第1章 法律职业道德概述	341
第2章 法官职业道德	345
第3章 检察官职业道德	367

第4章 律师职业道德	389
反分裂国家法	432
后 记	

本章注意:

本章主要阐述有关法的基本理论,涉及八个方面:法的定义→法的价值→法的要素→法的渊源与分类→法律部门与法律体系→法的效力→法律关系→法律责任。

1. 对于法的定义部分的学习,应掌握法律职业与法的定义,法的本质以及法的本质与法的关系;重点理解法的特征和法的作用。

法,是指由国家制定或认可并由国家强制力保障实施的、体现执政阶级意志并最终决定于社会物质生活条件的各种社会规范的总称。

(1) 法的特征有:规范性、国家意志性、普遍性、以权利义务为内容、国家强制性和程序性。

①法的规范性,是指法所具有的规定人们行为模式、指导人们行为的性质。

②国家意志性,是指法是国家制定或认可的具有特定形式的社会规范,因此法是国家意志的体现。

③一般地,法的普遍性是指法律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。

④法是以权利义务为内容的社会规范,法是通过设定和运行权利义务的方式来调整人的行为和社会关系的。法通过权利义务来调整社会关系,这是法所特有的。法之所以可以通过权利义务来调整社会关系,是因为权利义务具有利导性(利益导向性)。

⑤法的国家强制性,是指法具有依靠国家强制力保证实施,强迫人们遵守的性质。

⑥法的程序性,是指法的运行是通过时间、空间上的步骤和方式而得以进行的。

(2) 对于法的本质,掌握三个层次:国家性、阶级性和物质制约性。

①法的国家性,是指法是由国家制定或者认可的并由国家强制力保证实施的正式的、官方确定的行为规范,这具体体现在形成方式、实施方式和表现形式三方面。

②法的阶级性,是指在阶级对立的社会、法所体现的国家意志是统治阶级的意志。

③法的本质最终体现为法的物质制约性。法的物质制约性是指法的内容和法所体现的统治阶级意志最终是由一定社会物质生活条件决定的。

(3) 根据法在社会生活中发挥作用的形式和内容,法的作用分为规范作用和社会作用。

①规范作用,是指法基于其规范性而对人的行为产生的影响;社会作用是指法作为社会关系调整器对社会所产生的影响。规范作用与社会作用的区别主要有:

A. 考察基点不同。法的规范作用是基于法的规范性(法的主体部分是法律规范)进行考察的;法的社会作用是基于法的本质、目的和实效进行考察的。

B. 作用对象不同。法的规范作用的对象是人的行为;法的社会作用的对象是社会关系。

C. 存在方式不同。法的规范作用是一切法所共同具有的,不管是哪一种类型的法都具有的规范作用;而法的社会作用则依不同的类型、不同的国家、同一国家的不同时期而形成差别。

D. 所处的层面不同。这是由两者的考察基点不同所决定的,规范作用是社会作用的手段;社会作用则是规范作用的目的;规范作用具有形式性和表象性,而社会作用则具有内容性和本质性。

E. 发挥作用的前提不同。实现规范作用的前提是颁布法律；而实现社会作用的前提是法律被运用、被实施。前者是在静态中发生的，后者是在动态中发生的。

②根据法的规范作用的不同对象，即不同的行为，规范作用包括指引、评价、预测、教育和强制五种作用。

A. 指引作用，是指法（主要是法律规范）对本人行为起到导向、引路的作用。指引作用对象是每个人自己的行为。

根据法律规范的行为模式（义务模式和权利模式），分确定的指引和有选择的指引。义务模式对人们行为的指引是确定的指引；权利模式对人们行为的指引是有选择的指引或不确定的指引。

B. 评价作用，是指法律作为人们对他人行为的评价标准所起的作用。评价作用对象是他人的行为。

C. 预测作用，是指人们根据法律可以预先估计人们相互间将怎样行为以及行为的后果等，从而对自己的行为做出合理的安排。预测作用的对象是人们的相互行为。

D. 法的教育作用，是指通过法律的实施，使法律对一般人的行为产生影响。教育作用的对象是一般人的行为。

E. 法的强制作用，是指法可以用来制裁、强制、约束违法犯罪行为。强制作用的对象是违法犯罪者的行为。法的强制作用是法律其他规范作用的保证。

③法的社会作用大致包括两个方面：一是政治职能，即维护阶级统治；二是社会职能，即执行社会公共事务。法的社会作用的这两大方面是一致的。

④法在社会生活中具有重要作用。在现代民主法治社会中，法是社会最主要的调整方式。但是法的作用是有限的，这体现在以下几方面：

A. 法律并不调整所有的社会关系，其调整范围是有限的；

B. 法律只是社会调整方法的一种，必须综合运用道德、规章等各种调整方法和社会控制手段；

C. 法的作用受到自身条件的制约：

法是人创制的，这使得法总会存在某种不合理、不科学之处；

法是概括性的规范，这使得法不可能涵盖所有应当由法加以调整的方面；

法是一般性的规范，这要求同等情况同等适用，这可能牺牲个别正义；

法具有稳定性和保守性，它总是落后于现实生活的变化；

法律是讲究程序的规范，缺乏对社会事件的及时应对和处理。

2. 对于法的价值部分的学习，应掌握法的价值的含义以及法的价值判断与事实判断。

(1) 法的价值，是指法这个客体满足主体的需要的性能，体现了主体与客体之间的关系，包括对实然法的认识和对应然法的追求。法的价值不同于法的作用。法的作用是法的价值得以形成的基础和条件。

(2) 法的价值判断是人们对客观价值现象，即一定主、客体间价值关系的反映，它表达的是人们关于价值的意识、思想或观念等，因此，从某种意义上说，主体的法的价值评价具有主观性，必然地与主体的情感、态度等相关。

(3) 事实判断，是指对客观存在的法律原则、规则、制度等所进行的客观分析与判断。

(4) 法的价值判断与事实判断在判断取向、中立性、主要功能、判定真假的依据等方面都存在不同，主要区别在于：

①判断的取向不同。

②判断的中立性（维度）不同。

③判断的方法不同。

④判断真伪的依据不同。

(5) 自由、秩序、正义等是法的最基本的价值，除此之外，还有效率、利益等其他价值形式存在。

处理法的价值冲突，通常有以下主要原则：价值位阶原则、个案平衡原则、比例原则。

①价值位阶原则，是指在不同位阶的法的价值发生冲突时，在先的价值优于在后的价值（一般地讲，基本价值优于其他价值，基本价值中，自由最先，正义次之，秩序再后，即自由 > 正义 > 秩序）。

②个案平衡原则，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。简言之，兼顾各方利益。

③比例原则，是指“为保护某种较为优越的法价值须侵及一种法益时，不得逾越此目的所必要的程度”。简言之，不得逾越目的所必要的程度，在因某种价值牺牲另外一种价值时，应将损害的程度降至最低。

3. 对于法的要素部分的学习，应重点掌握法律规则的分类以及划分标准、法律权利和法律义务的概念、相互关系以及权利和义务的分类和划分标准；掌握法律规则的逻辑结构、法律规则与法律条文的区别、法律原则的概念、法律原则与法律规则的区别、法律概念。

(1) 法律规则，是指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则。

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

①任何法律规则是由假定条件、行为模式和法律后果三个部分构成的。

②假定条件，是指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分。

③行为模式，是指法律规则中规定人们如何具体行为的部分。行为模式包括可为模式、应为模式和勿为模式。前者即权利行为模式；后两者都属于义务行为模式。行为模式是任何法律规则的核心部分。

④法律后果，是指法律规则中规定人们在做出符合或者不符合行为模式的行为时应当承担的相应的结果部分，是法律规则对人们具有法律意义的行为的态度。法律后果包括合法后果和违法后果。

(2) 法律规则的分类。

①根据规则内容规定的不同，分授权性规则与义务性规则。

A. 授权性规则，是指规定人们可为或不可为一定行为以及要求其他人为或不为一行为的规则。授权性规则可以分为职权性规则和权利性规则。

职权性规则，是规定国家机关职权的规则。国家机关的职权，对于国家机关而言，既是其权利（职权），也是其义务（职责），必须行使和履行。

权利性规则，是规定自然人、法人或者其他组织权利的规则，此种权利，自然人、法人或者其他组织一般可以行使，也可以不行使。

B. 义务性规则，是指规定人们应为或勿为一定行为的规则。义务性规则可分为命令性规则和禁止性规则。

命令性规则，是规定人们应为一定行为的规则；

禁止性规则，是规定人们勿为一定行为的规则。

②根据规则内容的确定性程度的不同，分确定性规则、委任性规则、准用性规则：

A. 确定性规则，是指内容已经明确规定人们具体的行为模式，无须再援引或者参照其他规则来确定其内容的法律规则。

B. 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。

C. 准用性规则，是指内容本身没有规定人们具体的行为模式，而是援引或者参照其他相应内容规定的法律规则。

③根据规则对人们行为规定和限定的范围和程度的不同，分强行性规则和任意性规则：

A. 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。

B. 任意性规则,是指规定在一定范围内,允许人们自行选择或者协商确定为与不为、为的方式以及法律关系中的权利义务内容的法律规则。

权利性规则,大多为任意性规则,但也存在强制性规则;职权性规则和义务性规则通常属于强制性规则。

(3) 法律原则是为法律规则提供某种基础或者本源的综合性的、指导性的价值准则或规范。法律原则不预先设定具体的事实状态,也不直接包含具体的权利、义务和法律后果等内容。

①根据法律原则产生的基础不同,分公理性原则和政策性原则:

A. 公理性原则,是由法律原理(法理)构成的原则,是由法律上的事理推导出来的法律原则,是严格意义上的法律原则;

B. 政策性原则,是一个国家或者民族出于一定的政策考量而制定的原则。

公理性原则在国际范围内具有较大的普适性;政策性原则具有针对性、民族性和时代性。

②根据法律原则对人的行为及其条件的覆盖面的宽窄和适用范围大小,基本原则和具体原则:

A. 基本原则,是整个法律体系或者某一法律部门所适用的、体现法的基本价值的原则。

B. 具体原则,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。

基本原则与具体原则是相对而言的,罪刑法定是刑法的基本原则,但在整个法律体系中则属于具体原则。

③根据法律原则涉及的内容和问题的不同,实体性原则和程序性原则:

A. 实体性原则是直接涉及实体法问题的原则;

B. 程序性原则是直接涉及程序法问题的原则。

(4) 法律规则与法律原则最根本的区别在于:前者有严密的逻辑结构,而后者没有,具体而言:

A. 在内容上,法律规则是明确、具体的,它预先设定了明确、具体的假定条件、行为模式和法律后果;而法律原则比较笼统、模糊,只对行为或者裁判设定一些概括性的要求或者标准,而且没有具体确定实现或者满足这些要求或者标准的方式。

B. 在适用范围上,法律规则只适用于某一类型的行为;而法律原则则是某一类行为、某一法律部门或者甚至是整个法律体系均适用的价值准则。

C. 在适用方式上,法律规则以“全有或全无”的方式适用,即对于特定案件,某一法律规则是要么适用的,要么不适用的;而法律原则不以“全有或全无”的方式适用,对于特定案件,具有不同强度甚至冲突的法律原则可以同时适用,只不过它们发挥的指导作用有所不同。

(5) 法律概念是对各种法律现象或法律事实加以描述、概括的概念。法律概念是表述规则和原则内容的工具,故法律概念不是完全独立的法的要素,而依附于法律规则或法律原则。法律概念可以分为:

①主体概念,表述法律主体;

②关系概念,表述法律关系主体间权利义务关系;

③客体概念,表述权利义务指向的对象;

④事实概念,表述法律事实。

4. 对于法的渊源与法的分类部分的学习,应重点掌握法的渊源的含义、法的效力渊源、法的正式渊源与非正式渊源、法的渊源的分类以及划分标准、当代中国法的渊源、规范性文件规范化和系统化、法的分类以及划分标准。

(1) 法的效力渊源,是指一定的国家机关依照法定职权和法定程序制定和认可的具有不同法律效力和地位的法的不同表现形式。根据法的效力来源的不同,可将法分为不同的形式,如制定法、判例法、习惯法和法理等。

(2) 我国法的渊源主要包括宪法、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、国际条约、国际惯例等。

(3) 法的分类: 根据法的创制与适用主体的不同, 可以将法划分为国内法与国际法。根据法的效力、内容和制定程序的不同, 可以将法划分为根本法和普通法。根据法的效力范围的不同, 可以将法划分为一般法和特别法。根据法规定的具体内容不同, 可以将法划分为实体法和程序法。根据法的创制和表达形式的不同, 可以将法划分为成文法和不成文法。

5. 对于法律部门与法律体系部分的学习, 应重点掌握法律部门的含义以及划分标准和原则、法律体系的含义以及当代中国的法律体系。

(1) 法律部门, 也叫部门法, 是指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。如民法、刑法、行政法等即为不同的部门法。

(2) 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相互联系的整体。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, 反映一国法律的现实状况, 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。

6. 对于法的效力部分的学习, 应重点掌握法的效力的含义、法的效力范围以及法对人的效力、法的空间效力以及法的时间效力。应结合我国相关法律的规定, 在理解的基础上侧重实际运用。

(1) 法的效力, 也就是法律的约束力, 可分为规范性法律文件的效力和非规范性法律文件的效力。

①规范性法律文件的效力, 也叫狭义的法的效力, 是指法律的生效范围或适用范围, 即法律对什么人、什么事、在什么地方和什么时间有约束力。

②非规范性法律文件的效力, 是指判决书、裁定书、逮捕证、许可证等的法律效力。这些文件在经过法定程序之后也具有约束力。

(2) 法的效力范围, 是指法的生效范围或适用范围, 即法律规范对人的效力、空间效力、时间效力。

7. 对于法律关系部分的学习, 应掌握法律关系的含义与特征、法律关系的种类、法律关系主体的含义与种类、权利能力和行为能力、法律关系的内容、法律关系客体的含义和种类、法律关系的产生、变更与消灭。

(1) 法律关系, 是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的主体之间的权利和义务关系。

(2) 法律关系主体是法律关系的参加者, 即在法律关系中权利的享有者和义务的承担者, 享有权利的一方称为权利人, 承担义务的一方称为义务人。

(3) 权利能力。权利能力是指权利主体享有权利和承担义务的能力, 它是权利主体取得享有权利和承担义务的法律资格。各种具体权利的产生必须以主体的权利能力为前提。

(4) 行为能力。行为能力是指权利主体能够通过自己的行为取得权利和承担义务的能力。

(5) 法律关系客体, 是指法律关系主体之间权利和义务所指向的对象。

(6) 法律事实, 是指法所规定的、能够引起法的后果, 即法律关系产生、变更和消灭的现象。依据是否以人们的意志为转移作标准, 可以将法律事实分为法律事件和法律行为。

①法律行为。法律行为是以权利主体的意志为转移、能够引起法律后果的法律事实。行为按其与法律规范的要求是否一致可以分为合法行为和不合法行为。

②法律事件。法律事件是法律规范规定的、不以当事人的意志为转移而引起法律关系形成、变更或消灭的客观事实。法律事件又分成社会事件和自然事件两种。

8. 对于法律责任部分的学习, 应掌握法律责任的含义、特点、种类, 法律责任与权利、义务的关系、法律责任的归责原则以及法律责任的免责条件、法律制裁的含义与种类, 重点在于分析、解决实际法律问题。

(1) 法律责任, 是指行为人由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果。根据引起法律责任的行为性质的不同, 将法律责任划分为: 刑事责任、民事责

任、行政责任与违宪责任。

①刑事责任，是指行为人因违反刑法规定所应承担的一种法律责任。

②民事责任，是指由于违反民事法律、违约或者由于民法规定所应承担的一种法律责任。

③行政责任，是指因违反行政法或因行政法规定而应承担的法律责任。

④违宪责任，是指由于有关国家机关制定的某种法律和法规、规章，或者有关国家机关、社会组织或公民从事的与宪法规定相抵触的活动而产生的法律责任。在我国，监督宪法实施的权力属于全国人民代表大会及其常务委员会。

承担法律责任应遵循的基本原则是：责任法定原则、公正原则、效益原则及合理性原则，即合法、公正、有效、合理、及时。

(2) 法律制裁，是指国家司法机关和国家授权的专门机关对违法者依其所应当承担的法律责任而采取的惩罚措施。根据法律责任的种类，可以将法律制裁分为刑事制裁、民事制裁、行政制裁和违宪制裁。

第一节 法的定义

考点精要： ■法律职业与法的定义（□法律职业□法律方法□法律思维）

■法的现象与法的本质（□法的本质◎正式性◎阶级性◎社会性□法的本质与法的现象的关系）

■法的特征

□法是调整人的行为的社会规范

□法是由公共权力机构制定或认可的具有特定形式的社会规范

□法是具有普遍性的社会规范

□法是以权利义务为内容的社会规范

□法是以国家强制力为后盾，通过法律程序保证实现的社会规范

■法的作用

□法的规范作用◎指引◎评价◎教育◎预测◎强制

□法的社会作用

□法的作用的局限性

相关法条：（略）

法条评述：

法的定义属于实然领域，解决法是什么的问题；法的价值属于应然的领域，解决的是法应该是什么的问题。

法理学是研究一般法的学科。法是什么、应该是什么，是法理学必须首先分析的问题。

区分本质与现象是马克思主义认识论的基本观点。马克思主义法学既把握法的现象，揭示法的特征，也通过法的现象分析法的本质，把握法的根本。

马克思主义法学不是简单地从法本身把握法，而是从法与其他社会现象的关系角度理解法律现象。马克思恩在寻找“法是什么”的答案时，关注社会中法的作用，以及社会需要的法的价值。

本节解谜：

一、法律职业与法的定义

1. 法律职业

法律职业，是指受过专门的法律教育、具备法律规定的任职条件、取得国家规定的任职资格而专门从事法律工作的一种社会角色。它有两个基本含义：

第一,法律职业与其他需要以专业知识为基础的工作一样,是一种专门的行业,是工作;第二,从事法律职业的人需要拥有专门的法律知识和技能。而专门的法律知识与法律的独立化相联系,即法律从其他社会规范中逐渐分离出来,成为独立的社会规范,法律工作才可能作为一种职业而存在。所以,法律职业与法的范围,进而与法的定义关系密切。

2. 法律方法和法律思维

不同职业的人可能从不同角度来对待和定义法律现象,法律职业者作为专门的法律工作者或法律人,必须用一种职业的方式来对待法律,这就是法律方法和法律思维。它具有三个特点:

(1) 用说理的方式而非简单的暴力解决问题。法律离不开暴力,但法律的强制根本上是为了保证说理活动的正常进行;

(2) 必须根据法律来说理及判断和解决法律问题;

(3) 必须在程序的范围内,通过相应的法律程序确定和解决法律问题。

其中,根据法律说理是核心。对于法律职业者来说,是否能够忠于法律,是其最大的职业道德和操守问题。

3. 法的定义

(1) 法律人忠于法律的前提是法律必须具有一种明确清晰的概念及其对象,这就涉及法的定义问题。

一方面,法律必须发展为独立的规范体系和制度形式,才可能成为法律职业者行为的准则;

另一方面,法律职业者又必须提高自己的知识能力和法律思维水平,从而准确地把握法律。

故对于法律职业者而言,既要根据法律思考问题,又要形成自己关于法律的基本观点和立场;既要了解法律的种种表现形式,又要深入理解法律的内在根据,从而确立正确的法律观念和理念。

(2) 法是一种名称、一种标签,有两个含义。

①法是指一个实在的社会现象,是指一种客观存在的、在现实生活中发挥影响的这样一种东西;

②法是描述社会现象的一种名称,是一种主观的认识,也就是一种概念、一种名称,是人们对这种客观存在的社会现象认识的一种结果。

(3) 法有国法意义上的法与哲理意义上的法的区分。

国法意义上的法,在我国古代有一个表述,在西方也有一个表述;哲理意义上的法,在我国古代有一个表述,在西方也有一个表述。天命、天志、礼、法、度、道、义、理,这些都是中国传统社会里面用来表示法的概念,这是从哲理意义上说的,故法并不仅为国法意义上的法。一般总认为国法上的法往往跟国家机构相结合,法理学强调一种多元性,而不是单向性。在西方特别在欧洲大陆国家,有主观法和客观法,所谓客观法就是相当于国法意义上的法,主观法往往是指道德法、理念法等,是一种自然法。

虽然法的名称很多,古往今来法的名称有人法、自然法、永恒法等,法的客观现象是惟一的,但对这种客观现象的认识是多元的。每种学说都有其解说的空间和背景,应从中理解法的多元性和相对性。马克思可以去认识,孔子也可以去认识,关键在于这种认识是否更接近客观现象真实本身,不少流传下来的对法的认识有影响的观点比其他的学说更有说服力和解释力,因为人们认为这种客观认识的本身更符合客观实际。

二、法的现象与法的本质

这是讨论法的内在方面。关于法的本质方面有许多学说,根据国内外法学界关于法的定义的各种观点大致可分为马克思主义与非马克思主义两大类。

1. 以往的法律理论从方法论的角度看可分为以下三类:

(1) 从法本身理解法律,认为法律产生、发展、变化的根源在于法的自身。这种观点的特点是囿于法的现象来讨论法的问题;

(2) 虽是从法的外部解释法律的根源,又都直接或间接地把这种根源归结为某种精神力量,将法视为人类精神一般发展的产物;

(3) 从社会现象的相互作用的角度把握法的定义。

2. 从人类精神的一般发展角度概括法

(1) 神意论。在世界各国解释法律现象的理论中,历史上最早出现的观点,几乎都是神学的法律思想,直接或间接地将法归结为神的意志。

(2) 意志论。许多非马克思主义法学都是从人的意志、理性、人性的角度规定法、理解法的,例如:黑格尔关于法是自由意志的体现的观点。

(3) 正义论。把法归结为正义的思想同样是源远流长的。古罗马法学家塞尔苏士认为:“法乃善良公正之术。”

3. 从法本身理解法

(1) 规则论。该种观点一般认为法是一个逻辑上自我满足的规则体系。

(2) 命令论。该种观点与规则论相同之处在于都将法视为一种规则体系,所不同的是,规则论认为法律规则的效力来源于该体系内部,而命令论则认为法律规则的效力源于主权者的命令。

(3) 判决论或预测论。该种观点认为法就是对法官的判决的预测,认为法不是写在规范性法律文件中的东西,而是法官的倾向和意见,法官关于案件的处理意见才是真正的法。至于法律、判例、习惯等不过是法的渊源。

4. 从法与其他社会现象的关系角度理解法律现象

19世纪末,尤其是20世纪初以来,西方法学界许多学者开始将法置于一定的社会现象领域加以研究。这种观点总体上看,不再将法律视为孤立的、与社会脱节的现象,而是作为社会的组成部分,作为一种与其他社会现象交互作用的产物。

5. 本质与现象相区别是马克思主义认识论的一个重大问题

马克思主义法律理论是在吸收前人优秀理论成果的基础上形成的,它与非马克思主义法学之间当然存在一定的历史联系。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。

在马克思主义看来,本质是事物的内在联系,是决定客观事物存在的根据;现象则是事物的外在表现和外部联系,是本质的表现形式。根据这个基本原理,区分法的现象与法的本质是法学认识的前提:

(1) 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——法本身。

(2) 法的本质,是指深藏于法的现象背后以至凭借直观的方式无法把握的法的内在联系,是人们对可感知的法的外部联系的真实本源的一种主观把握和理性抽象。

(3) 法的现象和法的本质是法学认识的统一对象的不同方面:

①在认识法的本质时,必须首先揭示法的现象。

法的现象是具体的、活生生的、无限丰富的,在具体的社会与历史条件下,在不断的发展运动中,各国各民族创造出了丰富多彩的法的表现形式。只有深入到法现象领域,揭示法的现象之间的联系,才可能正确认识法的本质。

②法学研究又不能仅仅停留在现象阶段(尽管现象本身同样具有研究价值),而是必须揭示法的本质。抓住了法的本质,就抓住了法的根本。

应当注意:以下几种学说非常重要:

★神意论学说。这是最古老的一种学说,主要代表人物是托马斯·阿奎那,欧洲中世纪的著名学者,他强调法的本源是神(如观世音的智慧),即人世间世俗社会的法律,不是人类自己创造的,而是由一种高于人类、无所不在、无所不能的力量规定的,这是一种法的二元论,是神人二元论。

★理性说。强调的是人类社会的法的二元论,如西塞罗他们强调法是人类理性的体现、人类本性的体现,西方的自然法学家基本上都是持这种观点的。自然法学家强调二元论,有一个国家的法实在法,另外有一种高于实在法并且指导实在法的自然法,如果实在法违反了自然法,那么实在法就应该是无效的。这一学说强调法的应有价值,在西方社会影响很大。

★主权命令说。主要是由奥斯丁创立的分析法学派的学者所主张的,认为法律是由掌握国家权力的人发布的一种命令。

★民族精神说。这是德国的历史法学派的观点,德国的萨维尼认为法是具有个性的体现,是民族精神的体现。

★社会控制说。揭示法与社会利益的相关性,认为法的目的就是维护社会利益,社会利益是法的创造者。

上述五种学说涉及到法的本质的主要的观点。在整个西方法学发展史上对法的本质进行论述的主要学派

有：自然法学派、历史法学派、分析法学派。分析法学派是奥斯丁提出来的，他们不承认在国家的法律之外，有一种外在的力量，他强调法律就是法律、就是主权者的命令，故他们有一个很著名的观点就是“恶法亦法”，很坏的法律，只要是经过有权机关按照法定程序制定的，就具有效力，就应该遵守。另外还有社会法学派，认为法律作为一种社会控制工具，强调法与社会利益、与社会目的等的联系。中国古代关于法的本质的学说也很多。

★我们的主流学说是马克思主义学说，该学说认为上述这些观点都从一定程度上看到了法的实质性的方面，其特点之一是批判吸收了以往的很多学说的精华，但更多地强调了法的阶级性。该学说认为：

☆法的本质是非常复杂的，以前的这些学者都没有真正的看到法的本质，而只看到法的现象。

☆法的关系不能从他们本身来理解，也不能从人的精神的一般发展来理解，相反必须从它的物质生活关系来理解：

一方面，法律体现统治阶级的意志；

另一方面，法律所体现的统治阶级意志的内容是由统治阶级所处的社会物质生活条件决定的。在他们看来，法是客观见之于主观的东西，是人的主观对客观的反映，故马克思主义认为法首先是国家意志性和阶级意志性的，这就是主观方面的体现；同时法还有它的物质制约性，这是客观方面的体现，故提出主观和客观方面的结合是马克思主义法学的基本观念。

换言之，马克思主义法的本质学说包括：

其一，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。不仅包括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。

其二，法律是统治阶级在阶级斗争中取得胜利，并掌握国家政权的阶级意志的表现，统治阶级利用掌握国家政权这一政治优势，有必要也有可能将本阶级的意志上升为国家意志，然后体现为国家的法律。

其三，法体现的统治阶级意志具有整体性，主要是指：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、根本意志。

其四，法体现统治阶级意志要经历一个复杂过程，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。

6. 法的本质的表现

法的本质富有层次性：

(1) 法的本质最初表现为法的正式性。

法的正式性又称法的官方性、国家性，是指法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。无论就形成方式、实施方式或表现形式来看，法都是正式的国家制度的组成部分。法的正式性反映了法的现象的特征，是法的本质的表现。

①法的正式性体现在法总是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的。

现代世界各国，法律越来越具有严格的形式化特征。这种形式化不仅要求法律要出自国家机关，而且要求法律出自法定的国家机关——通常是经普选产生的立法机关。而非经法定机关按程序产生的文件，不具有法的效力。

②法的正式性还体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现。一般而言，法的实现主要依靠社会成员的自觉遵守，但国家强制是不可缺少的。

③法的正式性也体现在法总是借助于正式的表现形式予以公布。人类早期社会曾经历过一定的神秘法时期，但在法的发展历史上，法一般都以官方文件的方式加以公布。

近代以来，法的表现形式日益趋于规范化，包括法律文件的格式、名称、术语、结构都有一定的规格和要求。法的正式性表明法律与国家权力存在密切联系，法律直接形成于国家权力，是国家意志的体现。

(2) 法的本质其次反映为法的阶级性。

法的阶级性，是指在阶级对立的社会，法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志。法所体现的国家意志：

①从表面上看，具有一定的公共性、中立性。这种意志由于形成于与社会相脱离的国家，故具有统摄全