



2003年

国家
司法考试
冲刺

各科重点难点
精粹及命题预测

中国方正出版社

D9
2

P

2003 年国家司法考试冲刺各科 重点、难点精粹及命题预测

中国高级律师、高级公证员培训中心 组织编写

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2003 年国家司法考试冲刺各科重点、难点精粹及命题预测/中国高级律师、高级公证员培训中心编写.
—北京: 中国方正出版社, 2003

ISBN 7-80107-462-9

I .2… II .中… III .国家-司法考试-中国-自学参考资料 IV .D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 12867 号

2003 年国家司法考试冲刺指导

2003 年国家司法考试冲刺各科重点、难点精粹及命题预测

中国高级律师、高级公证员培训中心 组织编写

责任编辑: 王相国

责任校对: 丁新丽

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 83085204 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: wxg@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 中国农业出版社印刷厂

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

印 张: 59.75

字 数: 1822 千字

版 次: 2003 年 4 月第 1 版 2003 年 4 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-462-9

定价: 95.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

前言

依法治国,建设社会主义法治国家,是我国宪法确立的一项重大的国家发展目标,也是实现国富民强和公平正义以及维护社会稳定发展的必由之路。而实现法治目标,建设法治国家和法治社会,都离不开神圣和严肃的法官、检察官和律师等法律职业。这样,作为实现法治目标中坚力量的法官、检察官和律师的水准如何,直接关乎法治目标能否实现以及实现的速度和质量。在社会主义市场经济条件下,我国通过国家司法考试的方式遴选法官、检察官和律师,既保证了法官、检察官和律师的高水准,又突出了法律职业的尊严和神圣感。同时,在我国这样一个缺乏法治传统的国度,这种方式还具有超出其本身的深远影响。它体现了市场竞争的公开、公平和公正的原则,有助于转变传统的法律观念,有助于增强社会公众的法律意识,有助于化解社会不满,深厚国民的法感情。

2002年3月,我国举行了第一次国家司法考试。为了帮助广大考生准备这次考试,法学理论和实务部门的工作者陆续编辑出版了一批辅导教材。然而,通过对司法考试试题的观察和分析,我们发现,这些辅导教材都有这方面或者那方面的缺陷。有的虽然具有一定的指导意义,但是由于大部分教材体系庞杂,内容纷繁,考生在三到四个月时间里全面掌握其的全部内容既无必要,也不可能。因此,其“指南”的作用大打折扣。有的尽管具有一定的模拟演练性质,却由于众多题目的片面性以及答案的错误,这些试题的难度和质量都不及司法考试试题。因此,其“模拟”作用不但难以发挥,而且很可能误导考生,降低考生的应试水平。有鉴于此,并为了满足广大考生对高质量辅导教材的渴求,我们组织了司法部高级律师、高级公证员培训中心对相关专业有深厚造诣的中青年专家学者,编写了《2003年国家司法考试冲刺指导》系列丛书。展现在读者面前的是丛书之一的《2003年国家司法考试冲刺各科重点、难点精粹及命题预测》,本书参考2003年国家司法考试大纲,吸收最新颁行的有关法律法规和司法解释,主要具有以下特点:

第一,逻辑严密清晰。根据法学思维和考生的复习思考习惯,本书作者巧夺天工,以“命题”为中心,精心设计出了命题重点提示、命题要点讲述、命题难点分析和命题倾向预测等四个层次的编写体例,逻辑严密而清晰,可使考生在准备考试时得心应手。

第二,重点提示突出。在对2002年司法考试和历年律师资格考试、法官和检察官资格考试进行深入细致研究和分析的基础上,本书作者对上述考试命题的热点进行了整理,并在每一法律制度的第一部分将命题重点罗列出来,可使考生有重点地进行复习。

第三,要点讲述准确。本书作者各自在相关法学领域都具有较深的造诣,他们本着对考生高度负责的态度,无论在基本概念、基本知识和前后内容的衔接上,还是在涉及各项法律法规的具体内容的把握方面,均坚持准确性。考虑到广大考生复习时间的有限性,本书力求突出应试特点,将丰富的内容体现于简洁实用的行文表达之中,同时,本书作者从考试范围及考题类型出发,对于理论性、历史性及争议性的知识不作介绍,即使属于考试

范围内的内容亦区别出题的概率而在份量上有所侧重。

第四, 难点分析实用。基于对 2002 年司法考试和历年律师资格考试、法官和检察官资格考试中的常见应试错误类型进行的梳理, 本书作者针对考生在考试中容易出现错误进行了有创见性地分析, 既点明了应试错误的根源, 又区分了相关内容, 无疑有益于考生对复习内容的融会贯通。

第五, 倾向预测经典。本书作者殚精竭虑, 潜心挖掘出了为数不多但质量经典的应试倾向, 并据此设计了高质量的预测题。考生在复习后, 不但会有耳目一新的感觉, 而且在参加正式考试后也会发现本书对命题的预测高屋建瓴, 居高临下。

最后, 愿本书成为考生通过本年度司法考试的良师益友。

编者

2003 年 1 月

目 录

第一编 法学基础理论与宪法学

第一章 法学基础理论	(1)	第二章 宪法学	(33)
一、命题重点提示	(1)	一、命题重点提示	(33)
二、命题要点讲述	(1)	二、命题要点讲述	(33)
三、命题难点分析	(24)	三、命题难点分析	(55)
四、命题倾向预测	(28)	四、命题倾向预测	(64)

第二编 行政法学

第一章 行政法导论	(69)	三、命题难点分析	(133)
一、命题重点提示	(69)	四、命题倾向预测	(135)
二、命题要点讲述	(69)	第四章 行政处罚法	(136)
三、命题难点分析	(76)	一、命题重点提示	(136)
四、命题倾向预测	(80)	二、命题要点讲述	(136)
第二章 行政诉讼法	(82)	三、命题难点分析	(141)
一、命题重点提示	(82)	四、命题倾向预测	(143)
二、命题要点讲述	(82)	第五章 国家赔偿法	(146)
三、命题难点分析	(113)	一、命题重点提示	(146)
四、命题倾向预测	(123)	二、命题要点讲述	(146)
第三章 行政复议法	(129)	三、命题难点分析	(162)
一、命题重点提示	(129)	四、命题倾向预测	(165)
二、命题要点讲述	(129)		

第三编 刑事法学

第一章 刑法法	(169)	第二章 刑事诉讼法学	(352)
一、命题重点提示	(169)	一、命题重点提示	(352)
二、命题要点讲述	(171)	二、命题要点讲述	(353)
三、命题难点分析	(258)	三、命题难点分析	(392)
四、命题倾向预测	(326)	四、命题倾向预测	(402)

第四编 民事法学

第一章 民法通则	(421)	第五章 商标法	(528)
一、命题重点提示	(421)	一、命题重点提示	(528)
二、命题要点讲述	(422)	二、命题要点讲述	(528)
三、命题难点分析	(462)	三、命题难点分析	(533)
四、命题倾向预测	(470)	四、命题倾向预测	(533)
第二章 合同法	(476)	第六章 专利法	(534)
一、命题重点提示	(476)	一、命题重点提示	(534)
二、命题要点讲述	(478)	二、命题要点讲述	(534)
三、命题难点分析	(497)	三、命题难点分析	(540)
四、命题倾向预测	(502)	四、命题倾向预测	(540)
第三章 担保法	(507)	第七章 婚姻法	(542)
一、命题重点提示	(507)	一、命题重点提示	(542)
二、命题要点讲述	(507)	二、命题要点讲述	(542)
三、命题难点分析	(510)	三、命题难点分析	(549)
四、命题倾向预测	(512)	四、命题倾向预测	(549)
第四章 著作权法	(514)	第八章 继承法	(551)
一、命题重点提示	(514)	一、命题重点提示	(551)
二、命题要点讲述	(514)	二、命题要点讲述	(551)
三、命题难点分析	(525)	三、命题难点分析	(561)
四、命题倾向预测	(526)	四、命题倾向预测	(561)

第九章 民事诉讼法	(563)	第十章 仲裁法	(642)
一、命题重点提示	(563)	一、命题重点提示	(642)
二、命题要点讲述	(564)	二、命题要点讲述	(642)
三、命题难点分析	(622)	三、命题难点分析	(650)
四、命题倾向预测	(635)	四、命题倾向预测	(653)

第五编 商事法学

第一章 公司法	(655)	第五章 破产法	(685)
一、命题重点提示	(655)	一、命题重点提示	(685)
二、命题要点讲述	(655)	二、命题要点讲述	(685)
三、命题难点分析	(666)	三、命题难点分析	(692)
四、命题倾向预测	(666)	四、命题倾向预测	(693)
第二章 合伙企业法	(668)	第六章 票据法	(694)
一、命题重点提示	(668)	一、命题重点提示	(694)
二、命题要点讲述	(668)	二、命题要点讲述	(695)
三、命题难点分析	(670)	三、命题难点分析	(696)
四、命题倾向预测	(671)	四、命题倾向预测	(696)
第三章 个人独资企业法	(673)	第七章 保险法	(698)
一、命题重点提示	(673)	一、命题重点提示	(698)
二、命题要点讲述	(673)	二、命题要点讲述	(698)
三、命题难点分析	(675)	三、命题难点分析	(702)
四、命题倾向预测	(676)	四、命题倾向预测	(702)
第四章 外商投资企业法	(677)	第八章 海商法	(704)
一、命题重点提示	(677)	一、命题重点提示	(704)
二、命题要点讲述	(677)	二、命题要点讲述	(704)
三、命题难点分析	(683)	三、命题难点分析	(713)
四、命题倾向预测	(683)	四、命题倾向预测	(714)

第六编 经济法学

第一章 反不正当竞争法	(717)	第七章 证券法	(752)
一、命题重点提示	(717)	一、命题重点提示	(752)
二、命题要点讲述	(717)	二、命题要点讲述	(752)
三、命题难点分析	(720)	三、命题难点分析	(761)
四、命题倾向预测	(720)	四、命题倾向预测	(762)
第二章 拍卖法	(721)	第八章 税法	(764)
一、命题重点提示	(721)	一、命题重点提示	(764)
二、命题要点讲述	(721)	二、命题要点讲述	(764)
三、命题难点分析	(727)	三、命题难点分析	(774)
四、命题倾向预测	(727)	四、命题倾向预测	(775)
第三章 招标投标法	(728)	第九章 海关法	(776)
一、命题重点提示	(728)	一、命题重点提示	(776)
二、命题要点讲述	(728)	二、命题要点讲述	(776)
三、命题难点分析	(735)	三、命题难点分析	(779)
四、命题倾向预测	(735)	四、命题倾向预测	(779)
第四章 产品质量法	(736)	第十章 会计法	(781)
一、命题重点提示	(736)	一、命题重点提示	(781)
二、命题要点讲述	(736)	二、命题要点讲述	(781)
三、命题难点分析	(738)	三、命题难点分析	(783)
四、命题倾向预测	(739)	四、命题倾向预测	(783)
第五章 消费者权益保护法	(741)	第十一章 审计法	(784)
一、命题重点提示	(741)	一、命题重点提示	(784)
二、命题要点讲述	(741)	二、命题要点讲述	(784)
三、命题难点分析	(743)	三、命题难点分析	(785)
四、命题倾向预测	(744)	四、命题倾向预测	(785)
第六章 商业银行法	(745)	第十二章 土地管理法	(786)
一、命题重点提示	(745)	一、命题重点提示	(786)
二、命题要点讲述	(745)	二、命题要点讲述	(786)
三、命题难点分析	(750)	三、命题难点分析	(791)
四、命题倾向预测	(750)	四、命题倾向预测	(792)

第十三章 城市房地产管理法	(793)	第十五章 环境保护法	(809)
一、命题重点提示	(793)	一、命题重点提示	(809)
二、命题要点讲述	(793)	二、命题要点讲述	(809)
三、命题难点分析	(795)	三、命题难点分析	(818)
四、命题倾向预测	(795)	四、命题倾向预测	(818)
第十四章 自然资源法	(796)	第十六章 劳动法	(820)
一、命题重点提示	(796)	一、命题重点提示	(820)
二、命题要点讲述	(796)	二、命题要点讲述	(820)
三、命题难点分析	(807)	三、命题难点分析	(826)
四、命题倾向预测	(808)	四、命题倾向预测	(827)

第七编 国际法学

第一章 国际公法	(829)	三、命题难点分析	(881)
一、命题重点提示	(829)	四、命题倾向预测	(882)
二、命题要点讲述	(829)		
三、命题难点分析	(863)	第三章 国际经济法学	(886)
四、命题倾向预测	(866)	一、命题重点提示	(886)
		二、命题要点讲述	(886)
第二章 国际私法	(872)	三、命题难点分析	(911)
一、命题重点提示	(872)	四、命题倾向预测	(913)
二、命题要点讲述	(872)		

第八编 法律职业道德与职业责任

第一章 法律职业道德与职业责任概述 (917)	第二章 法官职业道德和职业责任 ... (923)
一、命题重点提示 (917)	一、命题重点提示 (923)
二、命题要点讲述 (917)	二、命题要点讲述 (923)
三、命题难点分析 (922)	三、命题难点分析 (926)
四、命题倾向预测 (922)	四、命题倾向预测 (926)

第三章 检察官职业道德和职业责任

- (408) (927)
- (408) 一、命题重点提示 (927)
- (818) 二、命题要点讲述 (927)
- (818) 三、命题难点分析 (928)
- 四、命题倾向预测 (929)

- (058) 去 部 考 章六十第
- (058) 示 对 点 重 题 命 一
- (058) 示 对 点 要 题 命 二
- (058) 示 对 点 难 题 命 三
- (058) 示 对 点 倾 题 命 四

第四章 律师职业道德和职业责任 ... (930)

- (407) 一、命题重点提示 (930)
- (407) 二、命题要点讲述 (930)
- (207) 三、命题难点分析 (938)
- (207) 四、命题倾向预测 (938)

- (007) 去 部 考 章四十第
- (007) 示 对 点 重 题 命 一
- (007) 示 对 点 要 题 命 二
- (007) 示 对 点 难 题 命 三
- (007) 示 对 点 倾 题 命 四

考 试 国 家 司 法

- (188) 示 对 点 重 题 命 三
- (888) 示 对 点 倾 题 命 四
- (888) 示 对 点 重 题 命 章三第
- (888) 示 对 点 重 题 命 一
- (888) 示 对 点 要 题 命 二
- (110) 示 对 点 难 题 命 三
- (010) 示 对 点 倾 题 命 四

- (808) 去 公 司 国 章一第
- (808) 示 对 点 重 题 命 一
- (808) 示 对 点 要 题 命 二
- (808) 示 对 点 难 题 命 三
- (808) 示 对 点 倾 题 命 四
- (808) 去 部 考 章二第
- (808) 示 对 点 重 题 命 一
- (808) 示 对 点 要 题 命 二

升 责 业 职 司 法 司 考 试 国 家

- (050) ... 升 责 业 职 司 法 司 考 试 国 家 章二第
- (050) 示 对 点 重 题 命 一
- (050) 示 对 点 要 题 命 二
- (050) 示 对 点 难 题 命 三
- (050) 示 对 点 倾 题 命 四

- 升 责 业 职 司 法 司 考 试 国 家 章一第
- (010) 示
- (010) 示 对 点 重 题 命 一
- (010) 示 对 点 要 题 命 二
- (030) 示 对 点 难 题 命 三
- (030) 示 对 点 倾 题 命 四

第一编 法学基础理论与宪法学

第一章 法学基础理论

一、命题重点提示

掌握法学基础理论，是学习法律应用法律的基础。因此，一个律师如果没有扎实的法学基础理论，他很难能够真正掌握好和运用好法律知识。由于法学基础理论的抽象性和体系性，在复习法学基础理论时应着重理解，而不重死记硬背。但一般地，仍应重点掌握好以下常考内容：

1. 法的一般理论知识 法的本质和特征；资本主义法。
2. 法产生的规律。
3. 法的历史类型 封建制法；资本主义法。
4. 法系的类别 大陆法系；英美法系。
5. 法与道德、国家的关系。
6. 法治的含义。
7. 法律创制 立法法的主要内容；当代中国的主要法律部门；法的要素；法律规范。
8. 法律关系 法律关系的概念；法律关系的内容；法律事实。
9. 法律行为 法律行为的概念与种类；法律意识；法律责任。
10. 法的适用 法的适用的概念；法律解释。
11. 《立法法》相关内容。

二、命题要点讲述

(一) 法的一般理论

1. 法、法律、法学的概念

(1) 法的概念

法是最终由统治阶级的物质生活条件所决定的统治阶级意志的体现，是由国家制定或认可，并由国家强制力保证实施的行为规范体系；它通过规定保障社会关系主体在法律上的权利和义务，确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。

(2) 法律的概念

对“法律”一词可以有广义和狭义两种理解。广义的“法律”与“法”含义相同，是指由国家制定或认可，并由国家强制力保证实施的行为规范的总称。狭义的“法律”是指法律规范的渊源形式（或表现形式）之一，即由享有国家立法权的国家机关按法定程序制定颁布的规范性文件。在我国，只有全国人大及其常委会有权制定颁布狭义的“法律”，而其他国家机关制定的具有法律效力的规范性文件则称为“行政法规”、“地方性法规”或“规章”等。

(3) 法学的概念

法学又称为法律科学，是指以法和法律现象及其发展规律为专门研究对象的一切学科的总称。

法学可以分为理论法学和应用法学，理论法学着重研究法律现象的一般问题，如法的概念、本质、特点和功能，法与其它社会现象的关系，法和法律现象发展变化的一般规律等等。应用法学侧重研究法律的具体运作，如各具体部门法的原则、规范及其应用、立法与司法的活动过程及其原则、方法等等。

法学属于社会科学，具有鲜明的阶级性，任何

法学理论体系都体现着一定阶级的政治观点和法律要求。为一定阶级的利益服务。马克思主义法学是为工人阶级和广大人民群众的利益服务的,它建立在辩证唯物主义和历史唯物主义的基础上,是科学地认识法律现象的有力武器。

2. 法的本质、基本特征和法的作用

(1) 法的本质

马克思和恩格斯在《共产党宣言》一文中一针见血地指出了资产阶级法的本质,指出:“你们的法不过是奉为法律的你们那个阶级的意志,……这个意志的内容是由你们那个阶级的物质生活条件来决定的。”这一论述对于我们认识法的本质具有普遍意义。

按照马克思主义法学的原理,法的本质至少应当从以下四个方面把握:

①法是统治阶级意志的体现,而不是被统治阶级或社会共同意志的体现。只有在经济上和政治上占统治地位的阶级,才能掌握国家政权,才能通过国家政权把它们的意志、愿望和要求制定或认可为法律。

②法是统治阶级整体利益和共同意志的体现。而不是统治阶级中个别人、个别集团或派别意志的体现。个别集团的意志如果不符合或不能反映统治阶级整体的利益,他们的执政地位就会被取代。因此从法的发展的全过程、从总体上看,法体现的是统治阶级的整体意志。

③法是被奉为“国家意志”的统治阶级意志。统治阶级意志有许多表现形式,如统治阶级的政策、道德、理论观点等,它们并不都表现为法律。只有通过统治阶级掌握的国家政权的制定或认可,这些愿望和要求才能转化为国家意志,上升为法律。

④法所体现的统治阶级意志的内容最终是由统治阶级的物质生活条件所决定的。统治阶级的意志不是凭空产生的,而是来自他们的社会实践,来自他们的物质生活条件。这个物质生活条件包括多方面因素。如社会生产力和生产关系状况和性质、地理条件、历史传统等等。其中对法的本质起直接决定作用的是社会生产关系的性质和状况,它直接决定着统治阶级在社会生活中的经济地位,决定着他们的根本利益和价值观。也就是说,统治阶级的意志内容来源于他们的物质生活条件,受其物质生活条件的制约。

(2) 法的基本特征

法的基本特征表明法作为一种特殊的行为规则

独具的特点,说明法与其他社会行为规则的基本区别。

①法具有国家意志性。即法这种行为规则是由国家制定和认可的,在形式上表现为国家的意志。制定或认可是国家机关创制法的两种形式。制定是指有权创制法的国家机关按一定程序把统治阶级的意志制定为具有一定形式的规范性文件,如宪法、法律、行政法规等。认可是指国家立法机关或适用法的机关以一定方式赋予已经存在的某种行为规则(如习惯)以法律效力,使之上升为法律。

只有通过国家机关的制定或认可,一定行为规则才能上升为法律,具有国家意志的属性,获得全体居民一体遵行的普遍效力。法的国家意志性是其其他行为规则都不具备的基本特征。

②法具有国家强制性。任何行为规范都有一定强制作用,如组织纪律、习惯,甚至道德,它们都可以使人们迫于某种压力而不得不遵守。法的特点在于它的实施有国家强制力的保证,以军队、监狱、警察、法庭等国家暴力机关作为法律实施的特殊保障。

③法以主体的权利和义务作为主要内容。法通过为主体规定一定行为模式来体现统治阶级的意志,这种行为模式表现为主体之间在法律上的一系列权利和义务关系。法律上的权利指法律赋予主体的行为自由或权能,如所有权、人身权等。法律上的义务指法律规定人们必须履行的某种责任,如纳税义务、不侵犯他人财产所有权的义务等。同时应当注意的是,法律规定的权利和义务是由国家确定的,而且有国家强制力的保证,任何主体违反法律规定,侵犯他人的权利或不履行法定义务的行为,都将会受到法律的制裁。这使主体在法律上的权利义务与道德、宗教或其他权利义务区别开来。

④法是明确的、普遍的规范。任何行为规则都具有规范性和概括性,规范性是指作为一种规则、范例,任何行为规则都会给人们提供一定的行为标准或尺度。概括性是指行为规则的适用范围在时间、空间和对象上具有普遍性,它提供的行为标准不是针对某个具体主体或具体场合,而是某一类主体或某一类场合,而且同一行为规则在一定时期内、在同样条件下可以反复适用。行为规则所具有的规范性和概括性,可以保障它所确认和维护的社会关系得以稳定化和有序化。

法律也有规范性,作为一种特殊的行为规则,它提供的行为标准较之其他行为规则更加明确、具体。它规定了人们在一定场合可以如何行为、应当

如何行为,以及违法行为应当承担的法律责任,对主体的各种权利与义务和法律责任之间都有较为严格的界定。

法的概括性表现为法律规范所提供的行为标准是抽象的,一般的,可以适用于广泛的主体、而不是某个特定主体;法律规范在其制定机关管辖的范围内具有普遍效力,而且可以反复适用。由于法具有国家意志的性质,它的普遍性比其他行为规则更为广泛,这一特点使得法成为维护稳定与秩序的有效手段。

(3) 法的作用

法的作用是法对人们行为和社会生活发生的影响,是国家权力运行过程的体现,法的作用归根结底是社会经济基础也即生产关系自身力量的体现。法的作用可以从不同的方面和层次来考察和分类,最常见的是分为法的规范作用和社会作用。

法的规范作用和社会作用是法发生作用的两个不同层次,二者是手段和目的的关系。法的规范作用是实现其社会职能的手段,而法的社会作用则是其规范主体行为的目的。

① 法的规范作用

法的规范作用是指法直接对社会关系主体的行为发生的作用和影响,主要表现在以下方面:

指引作用,即通过规定权利和义务,为人们提供行为模式,指导主体的行为。

评价作用,即作为一种行为标准和尺度,判断和衡量人们的行为。

预测作用,指根据法律的规定,人们可以预先知晓人们相互之间将如何行为,其彼此的行为后果,以及国家对于这种相互行为的态度,据此作出正确的选择。

强制作用,即法以国家强制为后盾,对违法行为进行制裁,保障主体合法权利和功能。

教育作用,一方面是指法可以通过其规定向人们灌输占统治地位的意识形态,另一方面也指法的制定和实施能够对人们今后的行为发生影响作用。

② 法的社会作用

法的社会作用是指法通过规范人们的行为对社会关系和社会秩序所发生的作用和影响。法的社会作用也可以从不同方面和角度来认识,如法对于社会经济关系、政治关系、婚姻家庭关系等社会关系的确认、组织、调整和保障作用。最常见的方法是把法的社会作用分为法的阶级统治职能和社会公共职能。

法的阶级统治职能又称法的政治职能,指统治

阶级运用国家和法律处理各种政治力量之间的关系,把自己的统治合法化、制度化,把阶级之间的矛盾和斗争控制在统治阶级的根本利益许可的范围以内,维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。法的政治职能主要表现在以下方面,一是处理统治阶级与敌对的阶级、集团之间的关系;二是处理统治阶级与其同盟者之间的关系;三是处理统治阶级内部的个人、集团和整体之间的关系。

法的社会公共职能是指法在调整政治关系以外的其他关系,执行和处理各种社会公共事务方面的作用,例如维护社会治安,保障自然资源的合理开发和利用,维护环境和生态平衡,促进教育和科学技术发展等等。

法的阶级统治职能和社会公共职能的根本目的是是一致的,执行社会公共职能是实现阶级统治的基础,维护统治阶级的统治是执行社会公共职能的根本目的。在私有制社会,法的阶级统治职能和社会公共职能在一定条件下可能发生冲突,而社会主义法的阶级统治职能与社会公共职能则是高度统一的。

4. 法的渊源、法的基本分类

(1) 法的渊源

法的渊源在广义上指法的来源,如经济的、政治的、历史的来源。但在法学研究中作为专门术语,它主要指法的形式意义上的来源,也就是法的“形式渊源”,即由法的不同创制方式所决定的法律规范的不同表现形式和效力等级的类别。法律规范的创制方式不同,其表现形式、法律地位和效力等级也有不同。

法的渊源与法的本质有一定联系。不同历史类型的法,其渊源形式往往也有差别。如在实行等级制的奴隶制和封建制国家,君主的命令是最重要的法源,具有最高的法律效力。而在现代国家,立法机关制定的宪法和法律则是法的基本渊源。

法的渊源还取决于不同国家或地区的法律文化传统及其发展变化。最早出现的法都是不成文的习惯法,随着法律文化的发展,成文法和判例法逐渐占据主导地位。又如,同为资本主义法,大陆法系的法律渊源主要是制定法,而英美法系则主要是判例法。因此,我们在认识一国法律制度的本质时,必须深入考察法所维护的生产关系性质和体现的阶级意志,不能只看法的表现形式。

(2) 法的基本分类

根据不同的标准,可以对法作出不同的分类,例如按照法律制度的经济基础和阶级本质,可以将

法分为不同的历史类型。这里介绍的主要是根据法在外部形式、结构及调整范围等方面的某些特点所作的分类:

第一,国际法和国内法。国际法主要调整国家间的相互关系,主体一般是国家。国内法调整国内的社会关系,其主体主要是该国的公民和法人等,国家作为一个整体仅在某些法律关系中作为主体。

第二,根本法和普通法。根本法即宪法,它规定国家和社会生活中最根本、最重要的问题,如国家的政治经济制度、公民的基本权利义务、国家机构的组织及活动原则等,具有最高的法律效力,现代国家宪法的制定和修改一般都须经过特殊的程序。普通法指宪法以外的其他法律,它规定的内容只限于社会关系的某一方面,如民事关系、行政管理关系等。普通法的法律效力低于宪法,制定普通法必须以宪法为依据,其内容是宪法原则在某一方面的具体化。

第三,一般法和特别法,这是根据法律效力范围的不同划分的。在效力范围上具有普遍性的法律,即对一般人、一般事项有效,在全国范围内有效,或没有规定特定生效期限,因而在其修改或废止前任何时间均有效的法律,称为一般法。反之在效力范围上不具有普遍性的法律,如只适用于特定主体、特定区域或规定了特定生效期限的法律,称为特别法。

第四,实体法和程序法。规定主体在实际社会生活中权利与义务的法律称为实体法,如民法、刑法、行政法等。规定实现实体法中的权利义务所必需的有关诉讼程序或手续的法律称为程序法,如民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等。程序法规定的主要内容是主体在诉讼过程中的权利或义务。

第五,成文法和不成文法,这是指法的不同渊源形式。成文法亦称制定法,是指享有法律规范创制权的国家机关依照法定程序制定和颁布的,表现为条文或规范性文件形式的法律。不成文法是指国家机关以一定方式认可的、不具有条文或规范性文件形式的法律规范,一般指习惯法。判例法也是特定意义上的不成文法。

第六,公法和私法。公法与私法是罗马法学家最早采用的划分方法。关于二者的划分标准,目前仍无统一论。有的观点认为划分标准取决于法律所保护的利益,凡以保护公用利益为目的的法律即是公法,反之,以保护私人利益为目的的法律则是私法;还有的观点认为划分标准应是法律关系的范围和特点,凡法律关系主体各方都是自然人或法人

的法律就是私法,而法律关系主体的一方或双方是国家的法律则是公法。尽管划分的标准不同,但西方学者一般都将宪法、刑法、行政法等部门法视为公法,而将民商法、婚姻法、继承法等划归私法。

5. 法与其他社会现象的关系

(1) 法与经济的关系

①法与经济基础

经济基础对法的决定作用:

第一,社会经济基础的性质决定法的本质,一定社会经济基础的性质决定着哪一个阶级能够在社会生活中居于统治地位,从而决定着国家政权和法律的根本性质。

第二,社会经济基础的内容决定法的内容。“法是生产关系的法律表现”(马克思语),法律把社会生产关系的要求以及与此相适应的其他社会关系的要求转化为主体在法律上的权利和义务关系,法律的内容来自经济基础。

第三,社会经济基础的发展决定法的发展。经济基础性质的变化,决定了法的历史类型的变更;在同一社会形态中,经济基础的局部变化,也会引起法律内容的相应变化。

法对经济基础的反作用:

第一,创建作用。法最终是由社会经济基础决定的,但法在社会经济基础发展的过程中并不总是被动的。在新的经济关系建立的过程中,可以运用法律摧毁或削弱旧的经济关系,创立新型的经济关系,从而促进新的经济基础形成。

第二,确认和巩固作用。法可以把一定经济关系的要求以法律形式肯定下来,使之确定化、普遍化、规范化。

第三,保护作用。法律可以运用国家强制力,抑制和打击敌对势力的破坏,制裁违法行为,保护社会经济基础不受侵害。

此外也应注意到,法对经济基础的反作用不是自发的,而是通过人们,特别是立法者有意识的活动而实现的,因而,这种反作用可能具有两面性。当法能够正确反映经济基础的客观要求时,法对经济基础的反作用就是积极的,而当法不能正确反应经济基础的客观要求时,它的反作用就是消极的。

②法与社会生产力

社会生产力水平及其发展对法的最终决定作用:

生产力的发展是人类推动整个人类社会发展的终极因素。一定社会的生产力水平最终决定着人们在生产活动中的相互关系,即生产关系性质和状况

决定着整个社会上层建筑,包括法的性质和状况。

在一定形态的社会内部,生产关系的性质没有发生根本变化的情况下,社会生产力的发展也会对法的发展产生一定的影响。例如,生产力的发展会引起一些新的生产关系产生,不断对法律调整提出新的要求;又如,生产力的发展使原本不那么普遍和重要的生产关系上升为占主导地位的生产关系,从而扩大了法律调整的范围。

需要指出的是,科学技术在现代生产力中具有重要地位,是第一生产力。科学技术对法律调整的要求十分突出,它对法的发展的推动作用,表现在扩大法律调整的范围,为法律调整过程提供物质条件和工具等许多方面。

法对社会生产力的反作用:

法对生产力的作用,一般要通过生产关系的中介。一定的生产力要求与其相适应的生产关系。法律把适合生产力发展要求的生产关系和其他社会关系确认下来,转化为社会关系参加者之间在法律上的权利义务关系,并以国家强制力加以保护,促进了生产力的发展。

法对于生产力的保护和促进作用主要表现在两个方面,一是确认和维护适应生产力发展需要的生产关系,制裁破坏这种关系的行为。二是抑制或改造与生产力发展不相适应的经济关系,创建适合生产力发展要求的新的经济关系,例如在经济体制改革中发布直接贯彻改革措施的法律,有力地促进了生产力的发展。

除了通过调整基本经济关系保障生产力的发展以外,还有些法律规范的内容是直接涉及生产力的,例如自然资源的保护及合理开发利用、人口的计划与控制,以及直接体现自然规律要求的法律技术规范等等。随着科学技术的发展,法律中的这类规范将会日益增加。

(2) 法与国家的关系

①国家是法产生、存在和发生作用的政治基础。

第一,法律规范的产生要经过国家机关的制定或认可,没有国家的制定或认可,任何行为规则都不能上升为国家意志。

第二,法律的贯彻实施以国家强制力为后盾,凡违法行为,都必须承担法律责任,受到法律制裁。为此,国家有一系列专门负责保证法律实施的机关和人员。离开国家强制力的保障,法律就成为一纸空文。

②法是组织国家权力,实现国家职能的重要手

段。法对国家的作用主要表现在以下方面:

第一,法律确认国家政权的性质和基本国家制度。统治阶级的政权要通过法律的确认而使之合法化,国家政权的社会政治属性要表现为一系列基本制度,如经济制度、政治制度。现代社会中,有关国家基本制度的规定必须由法律确认并体现。

第二,法律执行国家的各项职能。国家的职能有多种表现,既包括阶级统治职能,也包括社会公共职能;既包括管理国家内部事务的职能,也包括处理对外关系的职能。所有这些职能,都必须通过法律来实现并获得保障。

第三,法律规定国家机关和公职人员的职权范围、活动准则和方式。首先,法律规定国家机关的组织和活动原则,包括国家机关的构成、职权范围和相互关系,公职人员的任免及考核方式,使统治阶级能够有效地组织自己的国家机关体系并发挥其效能。其次,法律规定社会生活的基本制度,为国家机关及其工作人员行使职权提供了标准和尺度。再次,法律为国家机关和公职人员行使职权提供程序和方法。最后,为防止国家机关和公职人员滥用职权或营私舞弊,法律还规定了一系列检查和监督措施,国家机关和公职人员的违法行为,必须依法承担相应法律责任。

(3) 法与道德的关系

在阶级社会中,道德可以分为统治阶级道德和被统治阶级道德。法与统治阶级道德的联系极为密切,二者相互影响、相互渗透,共同调整并维护着有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。而被统治阶级的道德则体现被统治阶级的愿望和要求,在本质上是现行法律制度的否定因素。作为两种基本的社会行为规范,法律和道德又有如下区别:

①一般说来,道德作为评价善恶、是非、美丑的伦理价值标准,可以存在于整个人类社会,包括阶级社会和无阶级社会;而法律则只是阶级社会的产物。

②在阶级社会的同一社会形态中,统治阶级和被统治阶级都有体现和维护自己利益的道德观;而法律体系则只有一个,只有掌握着国家政权的统治阶级能够运用国家政权把自己的意志制定为法律。

③统治阶级道德与法律的作用方向是一致的,法律所维护的是有利于统治阶级的社会关系和社会秩序;而被统治阶级道德与法律的作用方向是相反的,对现行法律制度从根本上持否定态度。当然,这也不排除被统治阶级道德对现行法的一些具体规定如执行社会公共职能的规范予以肯定。

④统治阶级道德虽然与现行法律制度具有内在的一致性,但二者在产生方式、实施方式、调整范围等方面也存在许多区别,不能简单混同。

(4) 法与科学技术的关系

①科学技术对法的发展的影响:

第一,科学技术对整个法律体系发展具有推动作用。科学技术促进社会生产力的发展,对法律调整不断提出新的要求,推动着法的发展。一是促使法律调整的范围不断扩大,产生了许多新的部门法,如有关资源、环境、经济和科技管理的法律;二是要求对相关领域社会关系所进行的法律调整日益精确、深入和完善,这就促使部门法体系在横向和纵向两个方面都不断向前发展。

第二,科技的发展使得法律实践与科学技术的联系日趋紧密,立法、执法和司法活动越来越依赖于现代科技成果。一方面,许多与科技有关的具体立法都必须有相应的科技理论和技术知识作为依据;另一方面,执法和司法实践中也往往要大量采用现代科学技术方法和成果。因此,不仅要求法律工作者不断更新和完善知识结构,而且要求不同领域的科技专家参与立法和司法活动。

第三,科学技术的发展为法律实践和法学研究的发展提供新的条件,包括各种新的方法、工具和手段,如各种有关资料、数据、证据等各种信息和收集、存贮、检验、处理等。现代科技方法和手段的采用,不仅大大提高了法律实践和法学研究工作的效率,而且使它们日益科学化、现代化。

②法律对科学技术发展的推动和保障作用:

第一,组织管理科技活动,协调科技活动中的各种社会关系,如确定科研管理体制,规定科研组织的法律地位、机构和权能,确认科技发展方向和规划等。

第二,鼓励和保护发明创造,如以法律手段确认和保护发明者的人身和财产权利,规定对做出重大科学发现者的奖励措施等。

第三,促进科技成果的推广和应用,确认从科技成果的审查鉴定、知识产权制度直接到技术市场的交易规则和管理方式等一系列相关制度,推动和保障科技成果的转化和应用。

第四,协调和处理因科技发展引起的各种社会矛盾和问题,抵制和防范科技发展可能产生的消极后果。

(二) 法的起源和历史发展

1. 法的起源

(1) 法产生的历史过程

法的产生有深刻的经济根源和阶级根源,是原始社会后期社会基本矛盾发展的必然结果。

①生产力的发展,剩余产品的出现,一方面促进了分工和交换的发展,另一方面使得占有他人的劳动成为可能,最终导致了私有制的出现和阶级分化,人类历史进入了阶级社会。

②社会的分裂破坏了原始氏族成员之间的平等关系,社会陷入了尖锐的阶级矛盾和冲突。为了防止相互冲突的阶级在无休止的斗争中同归于尽,就需要一种在表面上凌驾于社会之上的力量,通过专门的组织和普遍规则把冲突控制在符合统治阶级利益的秩序范围以内,把人们的行为以法定权利和义务的方式肯定下来,使其普遍化、神圣化,并以特殊强制力加以保障。于是,国家与法便同时产生了。

(2) 法产生的一般规律

恩格斯指出:“在社会发展的某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换商品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。与法律产生的同时,就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力,即国家。在社会进一步发展的过程中,法律便发展成为或多或少广泛的立法。”恩格斯的论述,集中概括了法产生的一般规律。具体表现为:

①随着带有偶然性的社会关系在发展过程中逐步普遍化和定型化,人们调整社会关系的方式也由对行为的个别性调整逐渐向一般性、规范性的调整方式转变。这种调整方式的转变为人们的行为提供了相对稳定的标准和可预测的行为模式,使人们开始摆脱偶然性、任意性的支配。

②法的产生经历了由习惯转变为习惯法,又由习惯法转变为成文法的过程,这标志着人类社会调整方式的发展是从自发向自觉的演进。

③法的产生与国家有紧密的联系,二者基于相同的原因产生,相互依存,不可分割,离开任何一方,另一方都无法单独存在。

此外,法的产生也是社会调整方式不断分化的产物。早期的习惯是混沌一体的,随着社会生活的复杂化和多样化和调整文化的不断积累,道德、宗教和法律逐渐从习惯中分化出来,形成了各具特色的调整措施,构成社会调整系统。

法产生的主要标志是权利和义务的分离、国家的产生和诉讼与司法的出现。

2. 法的历史发展