

北大英华全国统一 司法考试辅导丛书

2009

法理学 宪法学 法制史 法律职业道德

FALIXUE XIANFAXUE
FAZHISHI FALÜ ZHIYE DAODE

北京英华法律培训学校 组编
北大英华国家司法考试教研中心 审定

- 不求面面俱到，但求重点突出
- 不求机械记忆，但求融会贯通
- 不求空洞理论，但求务实准确

 人民出版社

北大英华全国统一 司法考试辅导丛书

2009

法理学 宪法学 法制史 法律职业道德

FALIXUE XIANFAXUE
FAZHISHI FALÜ ZHIYE DAODE

北京英华法律培训学校 组编
北大英华国家司法考试教研中心 审定

- 不求面面俱到，但求重点突出
- 不求机械记忆，但求融会贯通
- 不求空洞理论，但求务实准确



人民出版社

策划编辑:李春林

责任编辑:姜冬红

封面设计:肖 辉

图书在版编目(CIP)数据

法理学 宪法学 法制史 法律职业道德/北京英华法律培训学校组编 北大英华

国家司法考试教研中心审定

—北京:人民出版社,2009.4 第三版

(北大英华全国统一司法考试辅导丛书)

ISBN 978-7-01-006155-9

I. 法… II. 北… III. ①法理学-法律工作者-资格考核-自学参考资料 ②宪法-法的理论-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料 ③法制史-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 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 045769 号

法理学 宪法学 法制史 法律职业道德

FALIXUE XIANFAXUE FAZHISHI FALÜ ZHIYE DAODE

北京英华法律培训学校 组编

北大英华国家司法考试教研中心 审定

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新华印刷厂印刷 新华书店经销

2009 年 4 月第 3 版 2009 年 4 月第 3 次印刷

开本:787 毫米×1092 毫米 1/16 印张:19.75

字数:474 千字 印数:10,001-14,000 册

ISBN 978-7-01-006155-9 定价:33.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有 侵权必究

前 言

浩如烟海的法条如何记忆?纷繁复杂的法律事件怎样分析?灵活多样的题型如何把握?刁钻古怪的陷阱怎样避让?……这些问题是摆在所有参加司法考试的考生面前的一道道难坎。

为了帮助考生越过这一道道难坎,达到理想的彼岸,北大英华组织北京大学、中国人民大学、中国政法大学等高等院校的教授和最高人民法院、最高人民检察院以及律师界的知名司法考试的教授、专家,精心编写了这套丛书。丛书的作者均为国内某一法律领域的知名教授或专家,具有丰富的司法考试辅导经验,深谙司法考试的命题特点,熟悉司法考试的复习规律,掌握司法考试的应试技巧。他们将自己的缜密、睿智以这套丛书为载体,同各位考生见面。本丛书必将以其权威性和新颖性给广大考生带来徐徐春风。

内容总览、重点透视、难点例题和例题解析,这四个视角独特的栏目,清楚地向各位考生显示了本丛书的特点。不求面面俱到,但求重点突出;不求机械记忆,但求融会贯通;不求空洞理论,但求务实准确。相信各位考生通过本丛书的学习,一定能够提高法律专业水平,掌握答题技巧,增强应试能力。总之一句话,本丛书将为您在司法考试复习的跑道上插上腾飞的翅膀!

为使本丛书和教学内容紧扣司法考试命题脉络,并向考生传授高效率的学习方法,使考生尽快进入司考的良好预备状态,北大英华还组建和运行了国家司法考试教研部和研发中心,进行了历届国家司法考试命题形式及规律、当年国家司法考试命题预测、司法考试教材研究及教程编写、司法考试远程教育课件技术开发及课件制作、司法考试培训教学方法研究、司法考试复习方法等项课题的研究,并将有关成果运用到本丛书中。

本丛书是英华法律培训学校的专用教材,也是广大考生的必读书目。我们衷心希望在您通过司法考试的成绩单中能够见到本丛书的影子。

尽管我们竭尽心智,力求完美,但由于时间紧迫,书中缺点和错误在所难免,敬请批评指正。

最后,衷心地祝愿各位考生在司法考试中取得优异成绩。

北京英华法律培训学校
2009年3月

目 录

法 理 学

第一章 法的本体	(1)
内容总览	(1)
重点透视	(1)
难点例题	(17)
例题解析	(20)
第二章 法的运行	(22)
内容总览	(22)
重点透视	(22)
难点例题	(32)
例题解析	(35)
第三章 法的演进	(38)
内容总览	(38)
重点透视	(38)
难点例题	(51)
例题解析	(54)
第四章 法与社会	(57)
内容总览	(57)
重点透视	(57)
难点例题	(62)
例题解析	(65)

宪 法 学

第一章 宪法基本理论	(67)
内容总览	(67)
重点透视	(67)
难点例题	(78)
例题解析	(81)

第二章 国家的基本制度(上)	(84)
内容总览	(84)
重点透视	(84)
难点例题	(87)
例题解析	(90)
第三章 国家的基本制度(下)	(92)
内容总览	(92)
重点透视	(92)
难点例题	(101)
例题解析	(104)
第四章 公民的基本权利与义务	(107)
内容总览	(107)
重点透视	(107)
难点例题	(114)
例题解析	(116)
第五章 国家机构	(119)
内容总览	(119)
重点透视	(119)
难点例题	(138)
例题解析	(141)
第六章 宪法的实施及其保障	(145)
内容总览	(145)
重点透视	(145)
难点例题	(150)
例题解析	(153)
法 制 史	
第一章 中国法制史	(155)
内容总览	(155)
重点透视	(155)
难点例题	(166)
例题解析	(168)
第二章 外国法制史	(172)
内容总览	(172)
重点透视	(172)
难点例题	(180)
例题解析	(182)

法律职业道德

第一章 法律职业道德概述	(186)
内容总览	(186)
重点透视	(186)
难点例题	(190)
例题解析	(191)
第二章 法官职业道德	(193)
内容总览	(193)
重点透视	(193)
难点例题	(202)
例题解析	(205)
第三章 检察官职业道德	(209)
内容总览	(209)
重点透视	(209)
难点例题	(216)
例题解析	(219)
第四章 律师职业道德	(222)
内容总览	(222)
重点透视	(222)
难点例题	(227)
例题解析	(230)
2003 年国家司法考试法理试题和答案	(234)
2004 年国家司法考试法理试题和答案	(237)
2005 年国家司法考试法理试题和答案	(241)
2006 年国家司法考试法理试题和答案	(245)
2007 年国家司法考试法理试题和答案	(249)
2008 年国家司法考试法理试题和答案	(253)
2003 年国家司法考试宪法试题和答案	(257)
2004 年国家司法考试宪法试题和答案	(260)
2005 年国家司法考试宪法试题和答案	(264)
2006 年国家司法考试宪法试题和答案	(268)
2007 年国家司法考试宪法试题和答案	(271)
2008 年国家司法考试宪法试题和答案	(274)
2003 年国家司法考试法制史试题和答案	(278)
2004 年国家司法考试法制史试题和答案	(280)
2005 年国家司法考试法制史试题和答案	(282)
2006 年国家司法考试法制史试题和答案	(284)

法 理 学

第一章 法的本体



内容总览

法的本体是指法的现象存在的根据,是法的现象产生、发展、变化的决定性力量和根本出发点,它包括法的定义、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、法律责任等方面的内容。法的定义是与法律职业、法的现象与法的本质、法的特征、法的作用等范畴相联系的。法的价值是指法的规范体系中为人们所珍视的性状、属性和作用。法的要素包括法律规则、法律原则、法律概念、权利与义务等。法的渊源是指法的来源,历史上法的渊源有着不同的含义,我们现在通常所说的法的渊源是形式意义上的法的渊源,或称法的效力渊源,它是指特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的地位和效力的法的不同表现形式。法的分类是多样的,根据不同的标准可以对法作不同的分类,我们现在通常所说的法的分类是法的一般分类,它在世界各国都基本适用,包括国内法与国际法、根本法与普通法、一般法与特别法、实体法与程序法、成文法与不成文法等几种。法律部门是指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。法律体系是指一个国家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所构成的和谐一致、有机联系的整体。法的效力是指人应当按照法律的规定行为,对法律必须服从。法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务关系。法律责任是指行为人由于违法行为、违约行为或者法律规定而应承担的某种不利的法律后果。



重点透视

一、法的概念

1. 法的概念的争议

到目前为止,中外法学家没有取得一个大家所一致同意的法的概念。围绕着法的概念争论的中心问题是关于法与道德之间的关系。依据人们在定义法的概念对法与道德的关系的不同主张,我们大致上可以将那些形形色色的法的概念区分为两种基本立场,即实证主义的法的概念和非实证主义或自然法的概念。

所有的实证主义理论都主张,在定义法的概念时,没有道德因素被包围在内,即法和道德是分离的。具体来说,实证主义认为,在法和道德之间,在法律命令什么与正义要求什么之间,在“实际上是怎样的法”与“应该是怎样的法”之间,不存在概念上的必然联系。非实证主义理

论则相反。

法实证主义者是以下列两个要素定义法的概念的：权威性制定和社会实效。法实证主义者的法的概念可以分为两类：以社会实效为首要第一要素的法的概念，以权威性制定为首要定义因素的法的概念。后者的主要代表是分析主义法学，如奥斯丁、哈特和凯尔森等。

非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要的定义要素。非实证主义的法的概念中不仅以内容的正确性作为定义要素，同时可以包括社会实效性要素和权威性制定要素。非实证主义者的法的概念可以分为：以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素，以内容的正确性与权威性制定和社会实效性要素同时作为法的概念的定义要素。前者以传统的自然法理论为代表，后者以超越自然法与法实证主义之争的所谓第三条道路的那些法学理论为代表，例如阿列克西。

2. 法的定义

关于法的定义的各种观点大体可以分为马克思主义与非马克思主义两大类。

以往的法的定义从方法论的角度可以分为三类：

第一类是从法本身理解法律，认为法律产生、发展、变化的根源在于法的自身。这类观点的特点是：局限于法的现象来讨论法的问题。这类观点主要包括三种：(1)规则论。即认为法是一个逻辑上自我满足的规则体系。(2)命令论。这种观点与规则论的相同之处在于都认为法律是一种规则体系。不同的是，规则论认为法的效力来源于该体系内部，命令论则认为法律规则的效力来源于权力。(3)判决论或预测论。即认为法就是对法官判决的预测，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，法律、判例、习惯等只是法的渊源。

第二类是虽然从法的外部解释法律的根源，但又都直接或间接地把这种根源归结为某种精神力量，即认为法是人类精神一般发展的产物。这类观点主要包括三种：(1)神意论。即直接或间接地将法归结为神的意志，这种观点在世界各国解释法律现象的理论历史上几乎是最早出现的。(2)意志论。即从人的意志、理性、人性的角度规定法、理解法，许多非马克思主义法学都持这种观点，例如黑格尔认为法是自由意志的体现。(3)正义论。即把法归结为正义，这种观点同样有着相当的历史，例如古罗马法学家塞尔苏士认为“法乃善良公正之术”。

第三类是从社会现象的交互作用的角度把握法的定义。这类观点总体上不再将法律视为孤立的、脱离社会的现象，而是将法律作为社会的一部分，作为一种与其他社会现象交互作用的事物。19世纪末20世纪初以来，西方法学界中的许多学者开始将法置于一定的社会现象领域中进行研究。

马克思主义法律理论是在批判继承前人优秀理论成果的基础上形成的。因此，一方面它与非马克思主义法律理论之间必然存在一定的历史联系；另一方面它又有着鲜明的特点，其关键在于：把握法的现象与法的本质的区别与联系。

法的现象是指能够依据经验，凭借直观方式可以认知的法的外部联系的总和，是直观的感性对象，即法本身。

3. 马克思主义关于法的本质的基本观点

法的本质是深藏于法的现象背后，凭借直观方法无法认识的法的内在联系，是人们对可感知的法的外部联系的真实本源的主观把握和理性抽象。法的本质是在法的本体论追问过程中呈现出来的，法的本质的展现过程反映出法的本质的层次性。

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官方确定的行为规范。理解法的正式性,要把握三个问题:(1)法的正式性体现为法是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的。(2)法的正式性体现为法是依靠正式的权力机制保证实现的。(3)法的正式性体现为法是借助于正式的表现形式予以公布的。法的正式性表明法律与国家权力存在着密切的联系,法律直接形成于国家权力,是国家意志的体现。

法的本质其次表现为法的阶级性。法的阶级性是指在阶级对立的社会中法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志。理解法的阶级性,要把握两个问题:(1)法所体现的国家意志,从表面上看,具有一定的公共性,中立性。(2)按照马克思主义的观点,国家形成于阶级矛盾不可调和的历史时期,它必然反映阶级对立时期的阶级关系,因此法所体现的国家意志是统治阶级意志,国家意志就是法律化的统治阶级意志。

法的本质最终表现为法的物质制约性。法的物质制约性是指法的内容是受一定社会存在这个因素制约的,最终也是由一定社会物质生活条件决定的。理解法的社会性,要把握以下几个问题:(1)法律是社会的组成部分,是社会关系的反映。社会关系的核心是经济关系,经济关系的中心是生产关系;生产关系是由生产力决定的,生产力是不断发展变化的;生产力的不断发展最终导致包括法律在内的整个社会的发展变化。(2)国家不是在创造法律,而只是在表述法律。

国家将社会中客观存在的生产关系、阶级关系、亲属关系等各种社会关系以及相应的社会规范和社会需要上升为法律,并运用国家权威进行保护,法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件之间的对立统一的关系中。

法的现象和法的本质是法学认识的统一对象的不同方面。理解这一点需要把握两个问题:(1)认识法的本质时必须首先提示法的现象。只有深入到法的现象领域,揭示法的现象之间的联系,才可能正确认识法的本质。(2)法学研究不能仅仅停留在现象阶段,而必须揭示法的本质,抓住了法的本质才是抓住了法的根本。

4. 法的特征

法的特征包括如下几个方面:

第一,规范性。即法是调整人的行为的社会规范。

理解法的规范性,要把握三个问题:(1)法律是社会规范之一。社会规范是维系人们之间交往行为的基本准则,也是维系社会本身存在的制度和价值,社会规范既具有社会性又具有个人性。(2)法律作为社会规范,不同于技术规范 and 自然法则。技术规范的调整对象是人与自然的关系,技术规范规定人们如何有效地利用自然。法律作为社会规范,其调整对象是人与人之间的社会,违反社会规范会导致社会的惩罚而不是自然的惩罚。自然法则是自然现象之间的联系,自然现象的存在与人的思维和行动无关。法律作为社会规范,是无数思维着的理性个人行动的结果。(3)法律这种社会规范不同于习惯、道德、宗教、政党政策等其他社会规范。这主要是因为法律是一种以公共权力为后盾的、具有特殊强制性的社会规范,而习惯、道德、宗教、政党政策等只是以信仰或确认为基础的社会规范。

第二,国家意志性。即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。

理解法的国家意志性,要把握三个问题:(1)社会规范大体可以分为两类,一类是社会演变过程中自发形成的,另一类则主要是人为的、自觉的形成的,法律属于后者。(2)法律与其

他人为形成的社会规范的主要区别在于,法律形成于公共权力机构,其他人为形成的社会规范或出于社会组织、或出于宗教团体、或出于生产生活单位,因而不具有普遍的公共性特征。(3)国家形成法律有两种基本方式,一种是制定法律,即由享有国家立法权的机关按照一定的权限依照法定的程序将统治阶级的意志转化为法律,另一种是通过认可的方式形成法律,即对已有的社会规范赋予法律效力。国家认可又有两种情况,一种情况是国家立法者在制定法律时将已有的零散的不成文的社会规范系统化,条文化;另一种情况是国家立法者在法律中承认已有的社会规范具有法的效力,但并不转化为具体的条文,而是使用“从习惯”、“按政策办”等表述。

第三,普遍性。即法是具有普遍性的社会规范。理解法的普遍性,要把握三个问题:(1)在国家权力所及的范围内,法具有普遍效力或约束力。(2)近代以来,法的普遍性要求平等对待一切人,即法律面前人人平等。(3)近代以来,法律虽具有民族性、地域性,但法律的内容具有与人类的普遍要求相一致的趋向。

第四,强制性。即法律是以国家强制力为后盾的社会规范。理解法律的强制性,要把握三个问题:(1)法律强制是一种国家强制,是以军队、警察、监狱等国家暴力为后盾的强制。(2)国家暴力是一种“合法”的暴力,即“有根据的”。(3)国家权力必须合法行使,包括符合实体法和程序法两个方面。

第五,程序性。即法律是通过法律程序保证实现的社会规范。理解法的程序性,要把握三个问题:(1)法律的制定和实施必须遵守法律程序。(2)法律职业者必须在程序范围内思考、处理和解决问题。(3)法的程序性是法律区别于其他规范的重要特征。

第六,可诉性。法的可诉性是指法律具有被任何人(包括公民和法人)在法律规定的机构(尤其是法院和仲裁机构)中通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用以维护自身权利的可能性。不同的社会规范,具有不同的实现方式。法律的实现方式不仅表现为以国家暴力为后盾,更表现为在以一种制度化的争议解决机制为权利人提供保障,通过权利人的行动,启动法律与制度的运行,进而凸显法律的功能。所以,判断一种规范是否属于法律,可以从可诉性的角度加以观察。

第七,法是以权利义务为内容的社会规范。法是通过设定以权利义务为内容的行为模式的方式,指引人的行为,将人的行为纳入统一的秩序之中,以调节社会关系。法不仅规定义务,而且赋予权利。法的存在,意味着人们谋求自身利益的行为的正当性。可见,国家法律与自然法则是不同的。

5. 法的作用
法的作用可以分为规范作用和社会作用。从法是一种社会规范的角度来看,法具有规范作用,法的规范作用包括指引、评价、教育、预测和强制五种,这是法作用于社会的特殊形式。

指引作用,是指法对本人的行为具有引导作用。指引有两种形式:(1)个别性指引,即通过具体指示形成对具体人的具体情况的指引。(2)规范性指引,即通过一般规则对同类人或行为的指引。指引有两种方式:(1)确定的指引,即通过设置法律义务,使社会成员明确自己必须从事和不得从事的行为界限。(2)不确定的指引,又称选择的指引,即通过告知法律权利,使社会成员明确自己可以选择的行为范围。

评价作用,是指法律作为一种行为标准,具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用。

教育作用,是指通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响。
预测作用,是指凭借法律的存在,可以预先估计到人们相互之间会如何行为。
强制作用,是指法可以通过制裁违法犯罪行为而迫使人们遵守法律。

从法的本质和目的的角度来看,法具有社会作用,法的社会作用涉及经济生活、政治生活和思想文化生活三个领域,同时涉及政治职能和社会职能两个方向。这是法规范社会关系的目的。

法具有局限性。原因包括:(1)法律是以社会为基础的,因此,法律不可能超出社会发展需要“创造”或改变社会;(2)法律是社会规范之一,必然受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约;(3)法律规制和调整社会关系的范围和深度是有限的,有些社会关系(如人们的情感关系、友谊关系)不适宜由法律来调整,法律就不应涉足其间;(4)法律自身条件的制约,如语言表达力的局限。

二、法的价值

1. 法的价值的含义

法的价值是指法的规范体系中为人们所珍视的性状、属性和作用。

理解法的价值的含义,需要把握三个问题:(1)法的价值体现的是一种主客体之间的关系,即人对作为客体的法律的认识。因而,不是人受制于法律,而是法律的内容和目的必须符合人的需要,这是法的价值概念存在的基础。(2)法的价值体现的是法律对于人们的正面意义,即法的价值代表人们对美好事物的追求。(3)法的价值既包括对实然法的认识,也包括对应然法的追求。

2. 法的价值的种类

(1) 秩序

秩序作为法的价值,是指通过法律机构、法律规范、法律权威所形成的法律状态。法律必然为一定的秩序服务,问题在于为谁的秩序或者怎样的秩序服务。秩序成为法的价值的原因包括:①任何社会统治的建立都意味着一定统治秩序的形成。②这是秩序本身的性质决定的。秩序是人们社会生活中相互作用的正常结构、过程或变化模式,任何时代的人们都期望着行为的安全性。③秩序是法的其他价值的基础与必要保障。秩序本身必须合乎人性和常理,现代社会的秩序必须接受正义的规制。

(2) 自由

自由作为法的价值,意味着法以确认并保障人的按照自己的意志进行活动的能力为己任,力求使主体与客体之间能够达到一种和谐的状态。

自由是法的最高的、最本质的价值目标。自由是一种评价标准,任何不符合自由要求的法律都不能称为真正意义上的法律,而只能是仅具有法的形式恶法。自由体现了人性最深刻的需要,法律只有体现自由的价值,才能具有提升人的价值、维护人的尊严的重大意义。

(3) 正义

正义作为法的价值,是指在人与人之间的相互交往之中“把各人应得的东西归于各人”,它在实质内容上又体现为平等、公正等具体形态。

法律实现正义这一价值标准的方式包括:①正义是法的基本标准。法律只有合乎正义的准则才是真正的法律,否则只是推行专制的工具。②正义是法的评价体系。其一,正义是法律

必须弘扬与实现的价值。其二,正义可以成为独立于法之外的价值评判标准,可以用来衡量法律是“良法”还是“恶法”。③正义推动着法律的进化。

3. 法的价值冲突及其解决
法的价值包括自由、秩序、正义三种基本价值,以及效率、利益这些非基本价值等多种,它们之间有时会发生冲突。

法的价值冲突出现的场合包括:(1)个体之间的价值冲突。(2)共同体之间的价值冲突。(3)个体与共同体之间的价值冲突。

平衡法的价值冲突的原则包括:
第一,价值位阶原则。即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。一般而言,自由处于法的价值的顶端;正义是自由的外化,是处于自由之下制约其他价值的标准;秩序则必须接受自由、正义标准的约束。

第二,个案平衡原则。即处于同一位阶上的法的价值发生冲突时,必须考虑个案中的特定情形以兼顾双方的利益。

第三,比例原则。即某种价值的实现必须以侵害其他价值为代价时,应当使这种侵害减少至最小的程度。

三、法的要素

1. 法律规则

(1) 法律规则的含义
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。

(2) 法律规则的逻辑结构

法律规则的逻辑结构,是指法律规则诸要素的逻辑联结方式,即法律规则的组成要素和这些要素如何联结。法律规则的组成要素包括假定条件、行为模式和法律后果。

假定条件,是指法律规则中有关适用条件和情况的部分,它包含两个方面:①法律规则的适用条件。②行为主体的行为条件。

行为模式,是指法律规则中规定人们具体行为的方式或范型的部分,它包括三种类型:①可为模式。②应为模式。③勿为模式。其中可为模式又称为权利行为模式;应为模式和勿为模式又称为义务行为模式。

法律后果,是指法律规则中规定人们在做出符合或不符合行为模式要求的行为时应当承担的结果的部分,它包括两种类型:①合法后果。②违法后果。

(3) 法律规则与法律条文的区别
法律规则与法律条文的区别在于:①法律规则是法律条文的内容,法律条文是法律规则的表现形式。②并不是所有的法律条文都直接规定法律规则,并不是一个条文都完整地表述一个规则或只表述一个规则。

(4) 法律规则的分类

按照不同的标准可以对法律规则进行不同的分类:①授权性规则与义务性规则,这是按照内容规定不同而进行的分类。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。义务性规则,是指规定人们应当做出或不做某种行为的规则,它又包括两种:命令性

规则;禁止性规则。②确定性规则、委任性规则和准用性规则,这是按照法律规则的内容确定性不同而进行的分类。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。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。准用性规则,是指内容本身没有规定具体的行为模式,而是可以援引或者参照其他相应内容规定的法律规则。③强制性规则和任意性规则,这是按照规则对人们行为规定和限定的范围和程度不同而进行的分类。强制性规则,是指内容规定具有强制性质,不允许人们加以更改的法律规则。任意性规则,是指允许人们在一定范围内自行选择或协商以确定为与不为、为的方式以及权利义务内容的法律规则。

2. 法律原则

(1) 法律原则的含义、种类

法律原则,是指为法律规则提供某种基础或本源的综合性、指导性的价值准则或规范,是法律程序、法律诉讼和法律裁决的确认规范。

法律原则的种类,按照不同的标准可以对法律原则进行不同的分类:①公理性原则和政策性原则,这是按照法律原则产生的基础不同而进行的分类。公理性原则,是由法律原理构成的原则,是由法律上的事理推导出来的法律原则,是真正的法律原则。政策性原则,是一个国家或民族出于一定的政策考量而制定的原则,具有针对性、民族性和时代性。②基本原则和具体原则。这是按照对人的行为及其条件之覆盖面的宽窄和适用范围大小对法律原则进行的分类。基本原则,是指整个法律体系或某一法律部门所适用的、体现法的基本价值的原则。具体原则,是指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。③实体性原则和程序性原则。这是按照涉及的内容和问题不同对法律原则进行的分类。实体性原则,是指直接涉及实体法问题的原则。程序性原则,是指直接涉及程序法问题的原则。

(2) 法律原则与法律规则的区别

法律原则与法律规则的区别,包含以下三个方面:①在内容上,法律规则的规定是明确具体的,着眼于主体行为和各种条件的共性;法律原则的规定是比较笼统、模糊的,不仅着眼于主体行为和条件的共性,同时关注它们的个性。②在适用上,法律规则只适用于某一类型的行为;法律原则是对某一类行为、某一法律部门或者全部法律体系均通用的价值准则,具有宏观的指导性。③在适用方式上,法律规则是以“全有或全无的方式”应用于个案中;法律原则具有不同的强度,当两个原则在具体的个案中冲突时,法官必须根据案件的具体情况和有关背景在不同强度的原则间做出权衡。

3. 法律规则与法律原则的适用

现代法理学一般都认为法律原则可以克服法律规则的僵硬性缺陷,弥补法律漏洞,保证个案正义,在一定程度上缓解了规范与事实之间的缝隙,从而能够使法律更好地与社会相协调一致。但由于法律原则内涵高度抽象,外延太宽泛,不像法律规则那样对假定条件和行为模式有具体明确的规定,所以当法律原则直接作为裁判案件的标准发挥作用时,会赋予法官较大的自由裁量权,从而不能完全保证法律的确信性和可预测性。为了将法律原则的不确定性减小到一定程度之内,需要对法律原则的适用设定严格的条件:

(1) 穷尽法律规则,方得适用法律原则。这个条件要求,在有具体的法律规则可供适用时,不得直接适用原则。即使出现了法律规则的例外情况,如果没有非常强的理由,法官也不能以一定的原则否定既存的法律规则。只有出现无法律规则可以适用的情形,法律原则才可

以作为弥补“规则漏洞”的手段发挥作用。这是因为法律规则是法律中最具有硬度的部分,最大程度地保持法律的安定性和权威性,避免司法者滥用自由裁量权,保证法治的最起码的要求得到实现。

(2)除非为了实现个案正义,否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。这个条件要求,如果某个法律规则适用于某个具体案件,没有产生极端的人们不可容忍的不正义的裁判结果,法官就不得轻易舍弃法律规则而直接适用法律原则。这是因为任何时候特定国家的法律人首先应当崇尚的是法律的确定性。在法律的安定性和合目的性之间,法律首先要保证的是法的安定性。

(3)没有更强理由,不得径行适用法律原则。在判断何种规则在何时及何种情况下极端违背正义,其实难度很大,法律原则必须为适用第二个条件规则提出比适用原法律规则更强的理由,否则上面第二个条件规则就难以成立。德国当代法学家、基尔大学法哲学与公法学教授罗伯特·阿列克西(1945—)对此曾做过比较细致的分析。他指出,当法官可能基于某一规则P而欲对某一规则R创设一个例外规则R'时,对R'的论证就不仅是P与在内容上支持R的原则R_p之间的衡量关系而已。P也必须在形式层面与支持R的原则R_{pf}作衡量。而所谓有在形式层面支持R之原则,最重要的就是“由权威机关所设立之规则的确定性”。要为R'创设例外规则R',不仅P要有强过R_p的强度,P还必须强过R_{pf}。或者说,基于某一原则所提供的理由,其强度必须强到足以排除支持此规则的形式原则,尤其是确定性和权威性。而且,主张适用法律原则一方(即主张例外规则的一方)负有举证(论证)的责任。显然,在已存有相应规则的前提下,若通过法律原则改变既存之法律规则或者否定规则的有效性,却提出比适用该规则分量相当甚至更弱的理由,那么适用法律原则就没有逻辑证明力和说服力。

4. 权利与义务

(1) 权利、义务的含义

权利,是指国家通过法律规定对法律关系主体可以自主决定做出某种行为的许可和保障手段。权利的特点包括:①权利的本质由法律规范所决定,得到国家的认可和保障。②权利是权利主体按照自己的愿望来决定是否实施行为,权利具有一定程度的自主性。③权利是为了保护一定的利益所采取的法律手段。

义务,是指人们必须行为的尺度,必须履行一定作为或不作为的法律约束,实施某种行为的必要性。义务的特点包括:①义务所指出的是人们的应然行为或未来行为。②义务具有强制履行的性质。

(2) 权利、义务的分类

根据不同的标准可以对权利义务进行不同的分类。①基本权利义务与普通权利义务,这是根据根本法与普通法规定的不同对权利义务进行的分类。基本权利义务是宪法所规定的人们在国家政治生活、经济生活、文化生活和社会生活中的根本权利和义务。普通权利义务是宪法以外的普通法律规定的权利和义务。②绝对权利义务与相对权利义务,这是根据相对应的主体对权利义务进行的分类。绝对权利义务是相对应不特定的法律主体的权利和义务。相对权利义务是相对应特定的法律主体的权利和义务。③个人权利义务、集体权利义务和国家权利义务,这是根据主体性质对权利义务进行的分类。个人权利义务是自然人所享有的权利和承担的义务。集体权利义务是国家机关、社会团体和企事业单位的权利和义务。国家权利义务是国家作为法律关系主体在国际法和国内法上所享有的权利和承担的义务。

(3) 权利、义务的相互关系

权利和义务的相互关系包含以下四个方面:①在结构上,两者是紧密联系不可分割的。②在数量上,两者总量是相等的。③在产生和发展上,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。④在价值上,两者代表了不同的法律精神,在历史上受到重视的程度有所不同。

四、法的渊源

1. 法的渊源的概念

法的渊源,是指法的源泉、来源、源头。在历史上,学者们通常将法的渊源分为历史渊源、本质渊源、思想理论渊源、效力渊源、文件渊源、形式渊源等加以认识。

法的效力渊源,是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效力和地位的法的不同表现形式。

2. 正式的法的渊源与非正式的法的渊源

法的渊源多种多样,可以从不同的角度作不同的分类:

(1) 成文法渊源与不成文法渊源,这是根据法的渊源的载体形式的不同而进行的分类。

(2) 直接渊源与间接渊源,这是根据法的渊源与规范的关系进行的分类。制定法等与法规范、法条文直接相关的渊源为法的直接渊源,学说等与法规范、法条文间接相关的渊源为法的间接渊源。

(3) 制定法渊源和非制定法渊源,这是法的渊源的最主要的分类。根据是否经过国家制定程序进行的分类。

(4) 主要渊源与次要渊源,这是根据法的渊源的相对地位进行的分类。

(5) 正式渊源与非正式渊源,这是法的渊源的最主要的分类,是根据是否表现于国家制定的法律文件中的明确条文形式而进行的分类。正式的法的渊源是指那些可以从国家制定的规范性法律文件中的明确条文中得到的渊源,如宪法、法律、法规等,主要为制定法,即不同国家机关根据具体职权和程序的各种规范性文件。非正式的法的渊源则指那些具有法律意义的准则和观念,这些准则和观念尚未在正式法律中得到权威性的明文体现,如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯等。

3. 当代中国法的正式渊源

当代中国法的渊源主要是以宪法为核心的各种制定法,主要包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例,此外,还包括经济特区的规范性文件、特别行政区的法律、法规、规章、国际条约和国际惯例等。

宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。宪法由全国人民代表大会制定和修改。

法律是指由全国人大及其常委会制定的规范性文件,法律分为两大类:基本法律,即由全国人大制定的规范性文件;基本法律以外的其他法律,即由全国人大常委会制定的规范性文件。我国《立法法》第8条规定,下列事项只能制定法律:国家主权;各级人民代表大会、人民政府、人民法院、人民检察院的产生、组织和职权;民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;犯罪和刑罚;对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;对非国有财产的征收;民事基本制度;基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;诉讼