

2007年司法考试法理学重点难点（四）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/249/2021_2022_2007_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_249691.htm 专题一：法的起源（第一节）

一、法的起源的各种学说及其与法的本质学说之间的关系1、法的起源的各种学说：（1）神创说：这一学说认为法是人格化的超人类力量的创造物，各种各样的神为人类创造法。

（2）暴力说：这一学说认为法是暴力斗争的结果，是暴力统治的产物。（3）契约说：人类在进入政治社会之前处于自然状态，后来为了安全，为了生产发展，为了社会安定和发展等原因，人们相互间缔结契约，通过缔结契约人们放弃、

让与部分自然权利，组成政府，这最初的契约是法律。（4）发展说。（5）合理管理说。马克思主义认为，法是随着生产力的发展、社会经济的发展，私有制和阶级的产生、国家出现而产生的，经历了一个长期的渐进的过程。2、法的起源的各种学说及其与法的本质学说之间的关系：具有内在的一致和对应关系。

二、原始社会的社会组织和社会规范马克思主义认为，法不是从来就有的，也不是永恒存在的，而是人类社会发展到一定历史阶段才出现的社会现象。在原始社会，通过道德规范、宗教规范特别是习惯来调整人与人之间的社会关系，氏族习惯是人们在长期的共同生产和生活中逐渐形成和演化，世代相传，成为氏族成员内在需要和外在自觉的行为模式或行为惯性。原始社会以习惯为主的社会规范体现了全体氏族成员的共同利益和意志，依靠氏族部落领袖的威信、社会舆论和人们的自觉遵守来保证其实施。因此，马克思主义认为原始社会的社会规范与阶级社会的法是根本

不同的。三、法产生的过程与标志

- 1、法产生的根源。
 - (1) 私有制和商品经济的产生是法产生的经济根源。
 - (2) 阶级的产生是法产生的阶级根源。
 - (3) 社会的发展是法产生的社会根源。
- 2、法产生的主要标志：
 - (1) 特殊公共权力系统即国家的产生。
 - (2) 权利和义务观念的形成。
 - (3) 法律诉讼和司法的出现。
- 3、法与原始社会规范的主要区别。法与原始社会规范都是一定社会经济基础之上的上层建筑，两者有着许多共同点：两者都属于社会规范；都要求人们普遍遵守，并且有一定约束力；都根源于一定的社会物质生活条件，由各自的经济基础所决定；都是调整一定社会关系和社会秩序的重要手段。但两者又有根本的区别，主要表现在：
 - (1) 两者产生的方式不同。
 - (2) 两者反映的利益和意志不同。
 - (3) 两者保证实施的力量不同。
 - (4) 两者适用的范围不同。

四、法产生的般规律。

- 1、法的产生经历了从个别调整到规范性调整、一般规范性调整到法的调整的发展过程。
- 2、法的产生经历了习惯到习惯法，再由习惯法到制定法的发展过程。
- 3、法的产生经历了法与宗教规范、道德规范的浑然一体到法与宗教规范、道德规范的分化，法的相对独立的发展过程。

专题二：法的历史发展（第二节）

- 一、法的历史类型(法的历史类型的概念 法的历史类型的更替)法的历史类型：马克思主义法学认为，与人类进入阶级社会后的社会形态的划分相一致，人类社会存在四种历史类型的法，即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。前三种法是以私有制为基础的剥削阶级社会的法，体现少数剥削者的利益和意志，通称为剥削阶级类型法。社会主义法体现工人阶级领导的广大人民群众意志，是新的、最高历史类型的法。
- 二、关于法的

历史阶段的其他划分方式

- 1、梅因的划分：身份的法和契约的法。
- 2、庞德的划分：原始的法、严格的法、衡平法和自然法、成熟的法、社会化的法、世界的法。
- 3、韦伯的划分：形式不合理的法、实质不合理的法、形式合理的法等。
- 4、昂格尔：习惯法、官僚法、法秩序。
- 5、田中成明：自治型法、普遍主义型法、管理型法等。
- 6、我国的分类：自然经济类型的法和商品经济类型的法；义务本位的法和权利本位的法；人治的法和法治的法；专制的法和民主的法。

三、资本主义法(封建社会中后期资本主义因素的法 资本主义法的产生 资本主义法的发展)

- 1、封建社会中后期带有资本主义因素的法律的出现：
 - (1) 商法的兴起；
 - (2) 罗马法的复兴；
 - (3) 资本主义原始积累法的出现。
- 2、资本主义法的产生。资本主义法产生的具体形式：英国、美国、法国、德国、日本。资本主义法的基本特点：
 - (1) 维护以剥削雇佣劳动为基础的资本主义私有制，确立了"私有财产神圣不可侵犯"、"契约自由"、"过错责任"等原则。
 - (2) 维护资产阶级专政和代议制政府，规定资产阶级民主制、政党制、代议制等法律制度。
 - (3) 维护资产阶级自由、平等和人权，确立法律面前人人平等原则，保障资产阶级法治。
- 3、资本主义法的发展。除了法西斯时期的法律的特殊发展外，资本主义法的发展主要表现为从自由竞争时期到垄断时期的变化。垄断资本主义时期法的发展表现为：
 - (1) 法律基本原则的变化：第一，关于私有制财产神圣不可侵犯。第二，关于契约自由。
 - (2) 法与政府、社会的关系上：不仅仅只是"看守人"、"守夜人"，国家、政府通过法律来干预经济：法律规定国家直接拥有企业、事业，也即执行资产阶级的"国有化"。
 - (3) 法的运行方面变化：第

一，委托立法、授权立法的出现，行政机关权力日益扩大；第二，准法院组织的出现，如美国出现一些行政裁判所。第三，对司法组织和程序进行改革，加强法官解释法律的权力。（4）两大法系逐步靠拢，国际立法增多，出现了像欧共体法律那样的超国家组织的法律。

四、社会主义法(社会主义法产生的一般规律 新中国法产生的特点)

1、社会主义法是在推翻旧政权、摧毁旧法体系基础上建立起来的。社会主义法产生的形式存在差异，但本质和根本任务是相同的：以工人阶级领导的广大人民群众共同意志和根本利益的体现，是维护社会秩序、推动社会进步的工具。

五、法的继承与法的移植(法的继承的含义与根据 法的继承的内容 法的移植的含义)

1、法的继承。法的继承是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接和继受，法的继承是客观存在的，法就是在继承中发展的。法的继承的根据和理由主要表现为以下几方面：(1)社会生活条件的历史延续性决定了法的继承性。(2)法的相对独立性决定了法的发展过程的延续性和继承性。(3)法作为人类文明成果决定了法的继承的必要性。(4)法的发展的历史事实验证了法的继承性，如法国资产阶级以奴隶制时代的罗马法为基础制定《法国民法典》。法的继承的内容是十分广泛的，主要有：(1)法律术语、技术、形式。(2)有关社会公共事务的法律规定。(3)反映市场经济规律的法律原则和规范，如关于市场主体、市场要素、市场行为、市场调控的法律规定有不少就值得借鉴。(4)反映法的一般价值的原则，如法律面前人人平等原则、无罪推定原则、罪刑法定原则、公开审判原则、法治原则等，这些是可以继承的。

2、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、采纳、摄取，同化外国法，使之成为本国法律体系的有机组成部分，为本国所用。法的移植有其必然性和必要性：(1)社会发展和法的发展的不平衡性决定了法的移植的必然性，比较落后的国家为促进社会的发展，有必要移植先进国家的某些法律。(2)市场经济的客观规律和根本特征决定了法的移植的必要性，市场经济要求冲破一切地域的限制，使国内市场与国际市场接轨，把国内市场变成国际市场的一部分，从而达到生产、贸易、物资、技术国际化。一个国家能否成为国际统一市场的一员在很大程度上取决于该国的法律环境。因而就要求借鉴和引进别国的法律，特别是世界各国通行的法律原则和规范。(3)法制现代化既是社会现代化的基本内容，也是社会现代化的动力，而法的移植是法制现代化的一个过程和途径，因此法的移植是法制现代化和社会现代化的必然需要。(4)法的移植是对外开放的应有内容。法的移植有以下几种类型：第一，经济、文化和政治必须相同或基本相同发展阶段和发展水平的国家相互吸收对方的法律，以至融合和趋同；第二，落后国家或发展中国家直接采纳先进国家或发达国家的法律；第三，区域性法律统一运动和世界性法律统一运动或法律全球化。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com