

2007年司法考试法理学复习指导：法的继承和法的移植 PDF
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/466/2021_2022_2007_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c67_466668.htm

(一) 法的继承是指不同时代间法律的前后承继关系。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。例题：下列关于法的继承的说法，正确的是：(多选) A、法的继承是不同类型的法律制度之间的影响和渗透 B、法的相对独立性决定了法的发展过程延续性和继承性 C、反映法的一般价值的原则，是法的继承内容之一 D、社会主义的法和资本主义的法之间是不会存在有继承关系【答案】BC【命题目的】考对法的继承的含义、根据及内容的认识。【解题关键】熟悉相关知识，对关键的字、词运用要准确。【错解剖析】A项是错的，“不同类型的法律制度之间的影响和渗透”的说法很不准确，“影响和渗透”既可以是纵向的，也可以是横向的；既可单向，也可双向。而法的继承只能是纵向的，单向的，即它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。从表述上，应当说“法的继承是不同类型的法律制度之间的延续和继受”。D是错的，法作为一种文化现象，其发展表现为文化积累的过程，其继承是不可避免的。法的阶级性并不排斥法的继承性，因此，法的继承有同

质法的继承和异质法的继承之分。社会主义的法继承、借鉴资本主义的法属于异质法的继承。法的继承是客观存在的，其根据为：1) 社会生活条件的历史延续性决定了法的继承性；2) 法对经济基础具有反作用，因此有其独立发展的道路。这种相对的独立性，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。法律形式、术语、概念、典籍等著作等都是人类共同的文化遗产；4) 法的发展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了《法国民法典》。

法的继承的内容主要有：1) 法律术语、技术、形式；2) 有关社会公共事务的法律规定（包括技术规范）；3) 反映市场经济规律的法律原则和规范；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。

(二) 法的移植强调的是对一个国家对同时代的其他国家的法律制度的借鉴和吸收。法的继承体现时间上的先后关系，法的移植则反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴，法的移植的范围除了外国的法律外，还包括国际法律和惯例。继承体现时间上的先后关系，移植是一个空间上的，强调空间上的关系。法的移植有其必然性和必要性：(1) 社会发展和法律发展的不平衡性决定了法的移植的必然性；(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；(3) 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。法的移植的三种类型：第一，经济、文化和政治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。法律移植是一项十分复杂的工作，要避免不加选择地盲目移植，选择优秀的、适合本国国情和需要的法律进行移植，注意国外法与本国法之间的同构性和兼容性，注意法律体系的系统性，同时法律移植要有适当的超前性。例题：1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》均是以罗马法为基础编纂而成的。从《法国民法典》、《德国民法典》和罗马法的本质和渊源上看，下列选项中的哪些表述是正确的？A.三者都归属于同一法的历史类型；B.法的发展过程具有历史延续性；C.法律概念、技术和原则具有继承性；D.它们之间存在着相互移植的关系。【答案】BC。A项表述是不正确的，罗马法属于奴隶制法，而《法国民法典》、《德国民法典》则属于资本主义法。B项是正确的。C项也是正确的。D项“它们之间存在相互移植的关系”显然不正确。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