

文都敏行 2020 考研法硕考前必备知识

壹 总则

1. 三种机能。抓人的是保护机能，放人的（或把罪变轻的）是保障机能，群众不干某种坏事了是规制机能。

2. 罪刑法定与刑法解释：对刑法分则条文的解释，必须同时符合两个要求：一是不能超出刑法用语可能具有的含义，二是必须符合分则条文的目的。可以适当扩大、缩小解释。只有对于性质相同，但情节更轻或者更重的情形才能适用当然解释。

3. 空间效力：任何人在中国（属地管辖原则）、中国人在外国（属人管辖原则）、外国人在外国损害我国（保护管辖原则）、外国人在外国，且与我国无关（普遍管辖原则）。

4. 时间效力：从旧兼从轻。

5. 不作为犯罪：（1）必须具有法定的作为义务——道德的归道德，法律的归法律。（2）实质的作为义务：1）创设了危险的人，2）和没有创设危险，但具有保护、救助法益的法律义务的人。（3）不作为犯罪是否纯正，其判断依据是该行为构成的犯罪有几种行为方式——纯不纯，看罪名。

6. 刑法上的因果关系：（1）原则：如果无论有无前行为，后行为都会合法则（即合乎规律）地导致结果发生，那么可以直接认定后行为才与结果具有因果关系。（2）例外：如果后行为是前行为必然或者通常会导致的的行为，则因果关系并不中断。

7. 正当防卫：本质是（1）制止（2）正在进行的（3）人的（4）不法侵害，被防卫者不必具有责任能力。假想防卫是以正当防卫的意图损害了合法权益。处理：（1）排除故意犯罪；（2）有过失，认定为过失犯罪；（3）无过失，认定为意外事件。

8. 紧急避险：本质是为了躲避正在发生的危险，而不得已伤及他人（或其财物）的行为。所保护的利益必须大于所损害的利益，方为不过当的紧急避险。

9. 被害人承诺：有效的承诺必须是有权、真实、有承诺能力的承诺。

10. 14-15岁：8种罪（含转化过来的，犯其他犯罪时犯的）。原因自由行为要负责。

11. （1）直接故意和间接故意：直接故意追求危害结果的发生。（2）过于自信和疏忽大意：过于自信预见到了危害结果可能发生。（3）间接故意和过于自信：危害结果发生的概率不同。前者大。（4）疏忽大意和意外事件：意外事件的人是无法预见到危害结果的。

12. 事实认识错误：通说是法定符合说。（1）客体错误：犯罪构成不同。（2）对象错误：犯罪构成相同。（3）打击错误：犯罪构成可能相同，也可能不同，但其是因为打偏了而未打中犯罪对象，不是认错了犯罪对象。（4）手段错误：构成犯罪未遂。（5）因果关系错误：按照实际的结果认定。事前的故意：认定为犯罪既遂。

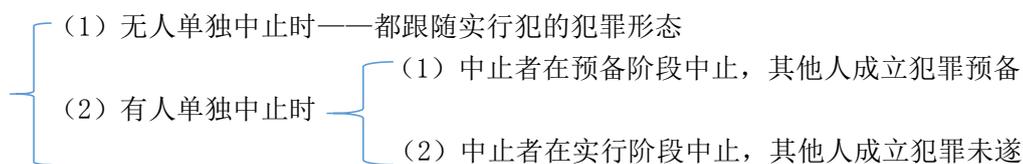
13. 对法律的认识错误：3种错误均不影响定罪。

14. 犯罪预备、未遂、中止的认定。（1）在犯罪结束，明显呈现终局形态时，即使将未死亡的被害人送往医院，且救活的，也不能构成犯罪中止。（2）不能只看结果，必须分析具体的因果过程。人死了，也可能是犯罪中止；得到钱了，也可能是犯罪未遂。

15. 共同犯罪：（1）二人以上共同故意犯罪。共同过失犯罪，不以共同犯罪论处。（2）部分犯罪共同说。（3）教唆犯与间接正犯。前者成立共同犯罪，后者单独成立犯罪。（4）教唆犯与帮助犯：前者使人产生犯意，后者加固人的犯意。（5）部分行为全部责任。（6）

承继的共犯：对自己加入以前的犯罪行为不承担刑事责任。（7）销售行为、运输行为等生活中的行为何时成立犯罪：明知对方在犯罪还提供帮助。（8）教唆行为独立于实行行为。

16. 共犯与犯罪形态



17. 共犯脱离：（1）共犯脱离后，原来的共同犯罪即不复存在。后面的行为是后面的人的单独犯罪。（2）要成立脱离，要么主动消除自己的行为与危害结果的因果关系，要么自己的行为与危害结果的因果关系被意志以外的原因切断。

18. 罪数：（1）想象竞合：事实的竞合、偶然的竞合，一个罪名不能评价所有的犯罪结果。

（2）法条竞合：法律的竞合、固定的竞合，一个罪名能够评价所有的犯罪结果。

（3）吸收犯：一个目的，两个行为，两个犯罪，极其密切的关系。即前行为是后行为发展的必经阶段，后行为是前行为发展的当然结果。

（4）牵连犯：一个目的，两个行为，两个犯罪，不太密切的关系。即同一个犯罪的手段行为或者结果行为，与目的行为或者原因行为分别触犯不同罪名。牵连关系必须具有通常性、类型性。

（5）法律拟制的犯罪：转化的抢劫、刑讯逼供致人死亡定故意杀人罪等。

（6）不可罚的事后行为与可罚的事后行为：不可罚的条件：（1）没有侵害新的法益 OR（2）不具有期待可能性。可罚的条件：（1）侵害了新的法益 AND（2）具有期待可能性。

19. 刑罚的体系：（1）死刑的限制条件；（2）限制减刑的对象及期限；（3）死缓的 4 种法律后果；（4）罚金可以在未来被追缴，没收财产不能在未来被追缴。（5）罚金与没收财产的并罚：由于二者是不同种类的附加刑，因此必须分开执行，不能合并执行。钱不够交时，先交罚金，后交没收财产。

20. 刑罚的裁量：（1）没收违法所得不是刑罚。违法所得如果是被害人的财产，必须返还被害人。

21. 累犯。一般累犯和特别累犯的构成要件不同。

22. 自首。一般自首：自动投案+如实供述。特别自首（准自首）：因 A 罪被抓获+主动供述 B 罪。

23. 坦白制度：人是被抓的，犯罪行为是办案机关已经掌握的。

24. 立功制度：（1）一般立功，可以从轻或者减轻处罚；（2）重大立功，可以减轻或者免除处罚。

25. 数罪并罚：（1）宣判前数罪：混合原则；（2）漏罪：先并后减（以前犯的罪）；（3）新罪：先减后并（现在犯的罪）

26. 缓刑制度：一般缓刑：拘役或 3 年以下；适用缓刑不致再危害社会；不是累犯和犯罪集团的首要分子（修八新增）。法律后果：一般缓刑，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行。

撤销条件：十分重要，要熟记。在缓刑考验期内①又犯新罪或者②发现漏罪或者③违反法律、行政法规或者国务院有关部门（含执行社区矫正的部门）有关缓刑的监督管理规定，情节严重的。

27. 假释禁止：“对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。”

28. 缓刑考验期满，原判刑罚就不再执行；假释考验期满，就认为原判刑罚已经执行完毕——对计算累犯有用。

29. 最低执行时间：拘役（1/2）、有期（1/2）、无期（13）、死缓（2+15）、死缓限减（2+20 or 2+25）。

30. 追诉时效：按照犯罪相应档次的法定最高刑计算。对本人立案后，本人逃跑的，才属于“逃避侦查或审判”。

贰 分则

1. 法律拟制：特别规定。与普通规定的构成要件不同。
2. 各种犯罪的既遂：本罪的法益受到破坏。
3. 具体危险犯和抽象危险犯。具体危险犯的法条要求有具体的危险；抽象的仅要求有行为。
4. 以危险方法危害公共安全罪：放任危害公共安全结果的发生；不能认定为其他具体罪名。
5. 触犯危险驾驶罪的可能同时触犯以危险方法危害公共安全罪或交通肇事罪。
6. 交通肇事罪：对危害结果具有刑法上的责任，且是全部责任或者主要责任的，才成立犯罪。
7. 伪造货币和变造货币。掺一点非货币原料就是伪造货币。
8. 使用假币罪：直接置于流通领域。将假币送给不知情的人使用也成立本罪。
9. 信用卡诈骗罪：“机器不能被诈骗”不适用于本罪。
10. 集资诈骗和非法吸收公众存款罪：都具有犯罪对象的公众性。但前者有非法占有目的，后者没有。
11. 非法拘禁、绑架、抢劫、敲诈勒索：绑架和抢劫的区别：打算向谁要钱。绑架和非法拘禁的区别：要的什么钱。有无非法占有目的。敲诈勒索：被敲诈者尚有意志自由。
12. 绑架、抢劫能包容直接故意杀人。但仍然可以说：该行为触犯了故意杀人罪。但是，不能择一重罪论处。
13. 诈骗罪和招摇撞骗罪、冒充军人招摇撞骗是想象竞合的关系。
14. 诈骗与盗窃（有无处分行为）、盗窃与侵占（财物由谁占有）、三角诈骗（欺骗甲，使甲处分乙的财产）。编造、隐瞒未来的事实也是隐瞒事实真相，可能构成诈骗罪。
15. 区分三种类型的抢劫。263 条：标准抢劫。267 条：携带凶器抢夺。269 条：事后抢劫。注意：为了继续获得财物而杀害被害人的构成第 263 条类型的抢劫罪。
16. “修九”修改、新增的罪名。
修改的 5 个罪名（本文列举的是新罪名）：（1）帮助恐怖活动罪、（2）强制猥亵、侮辱罪、（3）伪造、变造、买卖身份证件罪（对证件本质的变更是伪造）、（4）盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪、（5）非法生产、买卖、运输制毒物品罪。这些都是“修九”修改的。这些修改之处都是考试的重点。
新增的 10 个罪名：（1）准备实施恐怖活动罪、（2）侵犯公民个人信息罪（不要求牟利、出售）、（3）虐待被监护、看护人罪、（4）组织考试作弊罪、（5）非法出售、提供试题答案罪、（6）代替考试罪、（7）非法利用信息网络罪（发布犯罪信息，售卖枪支、毒品信息等）、（8）帮助信息网络犯罪活动罪（择一重）、（9）编造、故意传播虚假信息罪（灾情、警情、疫情）、（10）对有影响力的人行贿罪。
17. 本犯不构成赃物、洗钱、伪证、包庇等犯罪。也不构成这些犯罪的教唆犯、帮助犯。
18. 国家工作人员的认定：村委会主任可以成为国家工作人员、国有医院的副院长也可以成为非国家工作人员。
19. 贪污罪：监守自盗。利用职务管理上（保管、看管也属于管理）的便利将自己管理、

看管的财物据为己有的，构成贪污罪或者职务侵占罪。贪污未来的财产的也是贪污。

20. 对有影响力的人行贿罪：行贿目的是利用受贿人的影响力为自己谋取不正当利益。

21. 利用影响力受贿罪：国家工作人员的身边人背着国家工作人员受贿。双方可以是友好关系，也可以是要挟关系。与国家工作人员通谋的，双方构成受贿罪共犯。

22. 贪污、职务侵占、受贿的既遂：个人得到钱，不是花掉钱。受贿、挪用公款、挪用资金：同理。

23. 挪用公款罪：钱的用途不同，构成犯罪的要件不同。

24. 渎职罪与受贿罪的并罚：除了刑法第 399 条以外，其他受贿又渎职的、又进行其他犯罪的，都是数罪并罚。例外：受贿后，又构成执行判决、裁定滥用职权罪的，也是择一重罪（立法解释）。

25. 徇私枉法罪与民事、行政枉法裁判罪：第 399 条规定的两个犯罪。前者发生在整个刑事诉讼中，后者发生在民事、行政审判中。

26. 斡旋受贿与利用影响力受贿的区别：前者利用的国家工作人员自己的职务上的影响力。协警受贿呢？

27. 《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》中需要注意的问题。

(1) 国家工作人员出于贪污、受贿的故意，非法占有公共财物、收受他人财物之后，将赃款赃物用于单位公务支出或者社会捐赠的，不影响贪污罪、受贿罪的认定，但量刑时可以考虑。

(2) 国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，为他人谋取利益，同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。

(3) 有下列情形之一的，应当认定为“为他人谋取利益”，构成犯罪的，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚：1) 实际或者承诺为他人谋取利益的；2) 明知他人有具体请托事项的；3) 履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。

(4) 国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。

(5) 《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 16 条规定：“特定关系人索取、收受他人财物，国家工作人员知道后未退还或者上交的，应当认定国家工作人员具有受贿故意”。丙只有向特定关系人行贿的故意，所以其构成对有影响力的人行贿罪。

28. 贪污罪、受贿罪的追诉时效问题：从旧兼从轻。

民法

诉讼时效与除斥期间总结

一、诉讼时效（3134 长）

3 年诉讼时效。2017 年 10 月 1 日施行的《中华人民共和国民法总则》第一百八十八条对诉讼时效的规定：向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为 3 年。

1 年诉讼时效。身体受到伤害要求赔偿的、出售质量不合格的商品未声明的、延付或拒付租金的、寄存财物被丢失或毁损的。（民法通则 136 条）

3 年诉讼时效。因环境污染损害赔偿提起诉讼的。（环境保护法 42 条）

4 年诉讼时效。因国际货物买卖合同和技术进出口合同提出诉讼或仲裁的。（合同法 129 条）

最长诉讼时效。从权利受侵害之日起 20 年。（民法通则 137 条）

二、财产保全与证据保全

财产保全	证据保全
<p>诉前财产保全。法院应在 48 小时内作出裁定，裁定保全的，应立即执行（申请人必须提供担保）。申请人应该在采取保全措施后 30 日内起诉。（民诉 101 条）</p>	<p>诉前证据保全。商标法 58 条规定，法院必须在接到申请后 48 小时内作出裁定，裁定证据保全的，应立即执行，申请人应在采取保全措施后 15 日内起诉。（商标法 58 条）</p>
<p>诉中财产保全。情况紧急的，法院应在 48 小时内作出裁定，裁定保全的，应该立即执行。（民诉 100 条）</p> <p>对财产不全或先予执行裁定不服的，可申请复议一次（民诉 108 条）</p>	<p>诉中证据保全。民诉没有规定诉讼前证据保全，诉中申请证据保全，应当在举证期限届满前 7 日提出。</p> <p>证据保全未规定当事人有权申请复议。（证据规定 23 条）</p>

三、其他时间规定

1. 立案

法院应当在收到起诉状或口头起诉后 7 日内立案，立案庭应在决定立案的三日内移送审判庭（审限若干规定第 6、7 条）

2. 公告送达

国内：公告送达自发出公告之日起，经过 60 日，即视为送达。（民诉 92 条）

涉外：不能用法律明确规定方式送达的，公告送达，自公告之日起满三个月，即视为送达。（民诉 267 条）

3. 答辩期

国内：法院应在立案之日起 5 日内将起诉状副本送达被告，被告收到之日起 15 日内提交答辩状。（民诉 125 条）

涉外：答辩期 30 日，并可申请延长。（民诉 268 条）

4. 管辖权异议

管辖权异议应当在提交答辩状期间提出，其时限即为 15 日，法院应当在收到异议 15 日内作出书面裁定，对该裁定不服的，可以向上级法院提出上诉，上级法院应在 30 日内审结。（民诉 127 条）

除斥期间总结

除斥期间是指法律规定某种民事实体权利存在的期间，权利人在此期间内不行使相应的民事权利，则在法定期间届满时导致该民事权利的消灭，且该除斥期间不发生法律上中止、中断的效力。

1、60 日 股东撤销权

《公司法》第二十二条第二款 | 股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。

2、2 个月 受遗赠权

《继承法》第二十五条 | 受遗赠人应当在知道受遗赠后 2 个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃遗赠。

3、3 个月 合同解除/债务抵销异议权

《合同法》司法解释二第二十四条 | 当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

4、6 个月 继承人/法定代理人的赠与撤销权

《合同法》第一百九十三条 | 赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起 6 个月内行使。

5、遗失物认领权

《物权法》第一百一十三条 | 遗失物自发布招领公告之日起 6 个月内无人认领的，归国家所有。

6、保证责任追偿权（未约定保证期间）

《担保法》第二十六条 | 连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。

7、工程款优先受偿权

关于建设工程价款优先受偿权问题的批复 | 工程款优先受偿权的主张期限为 6 个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

8、未参加诉讼的第三人的诉权

《民事诉讼法》第五十六条 | 对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。

对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。

前两款规定的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。

9、再审申请权

《民事诉讼法》第二百零五条 | 当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出；有本法第二百条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出。

《民事诉讼法》司法解释第三百八十四条 | 当事人对已经发生法律效力的调解书申请再审，应当在调解书发生法律效力后六个月内提出。

《民事诉讼法》司法解释第四百零一条 | 人民法院准许撤回再审申请或者按撤回再审申请处理后，再审申请人再次申请再审的，不予受理，但有民事诉讼法第二百条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形，自知道或者应当知道之日起六个月内提出的除外。

《民事诉讼法》司法解释第四百二十二条 | 必须共同进行诉讼的当事人因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由未参加诉讼的，可以根据民事诉讼法第二百条第八项规定，自知道或者应当知道之日起六个月内申请再审，但符合本解释第四百二十三条规定情形的除外。

人民法院因前款规定的当事人申请而裁定再审，按照第一审程序再审的，应当追加其为当事人，作出新的判决、裁定；按照第二审程序再审，经调解不能达成协议的，应当撤销原判决、裁定，发回重审，重审时应追加其为当事人。

《民事诉讼法》司法解释第四百二十三条 | 根据民事诉讼法第二百二十七条规定，案外人对驳回其执行异议的裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其民事权益的，可以自执行异议裁定送达之日起六个月内，向作出原判决、裁定、调解书的人民法院申请再审。

10、利害关系人的特别程序异议权

《民事诉讼法》司法解释第三百七十四条 | 适用特别程序作出的判决、裁定，当事人、利害关系人认为有错误的，可以向作出该判决、裁定的人民法院提出异议。人民法院经审查，异议成立或者部分成立的，作出新的判决、裁定撤销或者改变原判决、裁定；异议不成立的，裁定驳回。

对人民法院作出的确认调解协议、准许实现担保物权的裁定，当事人有异议的，应当自收到裁定之日起十五日内提出；利害关系人有异议的，自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起六个月内提出。

11、1 年 合同撤销权

《合同法》第五十五条 | 有下列情形之一的，撤销权消灭：具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内没有行使撤销权。

12、赠与撤销权

《合同法》第一百九十二条 | 赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起 1 年内行使。

13、未申报的公示催告利害关系人的诉权

《民事诉讼法》第二百二十三条（公示催告程序） | 利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的，自知道或者应当知道判决公告之日起一年内，可以向作出判决的人民法院起诉。

14、2 年 遗失物返还请求权

《物权法》第一百零七条 | 所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者

向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。

15、保证责任追偿权（约定不明）

《担保法》司法解释第三十二条|保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。

16、5年 债权人撤销权

《合同法》第七十五条|撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。注意：本条中前一个1年系诉讼时效，后一个5年是除斥期间。

17、债权人提存物领取权

《合同法》第一百零四条|债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

18、20年 继承权纠纷的诉权

《继承法》第八条|继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。

数罪并罚情形大讨论

(1) 亲告罪：告诉才处理的犯罪（被害人可以撤诉）

- ①侮辱罪（严重危害社会秩序和国家利益的除外）
- ②诽谤罪（严重危害社会秩序和国家利益的除外）
- ③暴力干涉婚姻自由罪（致使被害人死亡的除外）
- ④虐待罪（致使被害人重伤、死亡的除外）
- ⑤侵占罪

(2) 结果加重犯情形：

- 1. 抢劫致人重伤、死亡的；
- 2. 强奸致人重伤的、死亡的；
- 3. 非法行医致人重伤、死亡的；
- 4. 非法拘禁致人重伤、死亡，虐待致人重伤、死亡的；
- 5. 暴力干涉婚姻自由致人死亡的；
- 6. 绑架致人死亡的；
- 7. 拐卖妇女、儿童造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的；

8. 放火、爆炸、投毒、破坏电力设备等造成人身伤亡或者重大财产损失的；**(3) 法律拟制为故意伤害致人重伤或者死亡、故意杀人的情形**

- ①非法拘禁使用暴力致人伤残、死亡的
- ②刑讯逼供或暴力取证致人伤残、死亡
- ③虐待被监管人员致人伤残、死亡
- ④聚众“打砸抢”致人伤残、死亡的
- ⑤聚众斗殴致人重伤、死亡的
- ⑥组织或强迫他人卖血致人重伤的

其他犯罪行为事实里面能够分析出故意伤害重伤、故意杀人

- ①绑架杀害被绑架人的
- ②拐卖妇女、儿童造成被拐卖妇女、儿童重伤或者死亡的
- ③劫持航空器致人重伤或者死亡的
- ④以暴力强迫他人劳动致人重伤的

(4) 常考法定从重处罚情节：

- (1)教唆不满 18 周岁人犯罪
- (2)累犯
- (3)伪造货币并出售或者运输伪造货币的
- (4)奸淫幼女的
- (5)冒充警察招摇撞骗的（冒充军警人员抢劫的，是加重处罚情节）
- (6)引诱未成年人参加聚众淫乱的（区别与引诱未成年人聚众淫乱罪）
- (7)走私、贩卖、运输、制造毒品罪中利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品或者向未成年人出售毒品的
- (8)强迫吸食、注射毒品罪中引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的
- (9)传播淫秽物品罪中向未成年人传播淫秽物品的
- (10)挪用公款罪中将用于救灾、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物挪用于个人使用的
- (11)受贿罪中索取贿赂的
- (12)非法拘禁具有殴打、侮辱情节的
- (13)武装掩护普通走私（武装掩护毒品走私为加重处罚情节）
- (14)司法工作人员滥用职权犯非法搜查罪或非法侵入住宅罪的
- (15)司法工作人员犯妨害作证罪，帮助毁灭、伪造证据罪的
- (16)国家机关工作人员犯非法拘禁罪、诬告陷害罪的
- (17)违规发放贷款罪中向关系人发放贷款的

(5) 常考法律拟制数罪并罚情形：

- 1.组织、领导、参加恐怖活动组织，并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，数罪并

罚(120 条第 2 款);

2.以暴力、威胁方法抗拒缉私的,以走私罪和妨害公务罪数罪并罚(第 157 条第 2 款);

3.出售、运输假币构成犯罪,同时有使用假币行为的,以出售、运输假币罪和使用假币罪数罪并罚(《伪造货币案解释》第 2 条第 2 款);

4.犯保险诈骗罪,投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故,或者投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病,同时构成其他犯罪的,数罪并罚(第 198 条第 2 款);

5.纳税人缴纳税款后,采取假报出口或者其他欺骗手段,骗取国家出口退税的,以偷税罪定罪处罚;骗取税款超过所缴纳的税款部分的,以骗取出口退税罪处罚,并且要以偷税罪和骗取出口退税罪数罪并罚(《刑法》第 204 条第 2 款);

6.收买被拐卖的妇女,又强奸被拐卖的妇女的,数罪并罚(《刑法》第 241 条第 4 款);

7.收买被拐卖的妇女、儿童,又有非法拘禁、伤害、侮辱等犯罪行为的,数罪并罚(《刑法》第 241 条第 4 款);

8.为实施其他犯罪盗窃机动车辆的,以盗窃罪和所实施的其他犯罪实行数罪并罚。为实施其他犯罪,偷开机动车辆当犯罪工具使用后,将所偷开的机动车辆送回原处或者停放到原处附近,车辆未丢失的,按照其所实施的犯罪从重处罚(《盗窃案解释》第 12 条);

9.组织、领导、参加黑社会性质组织,或者境外的黑社会组织的人员到中国境内发展组织成员,又有其他犯罪行为的,数罪并罚(《刑法》第 294 条第 3 款);

10.组织他人偷越国(边)境,运送他人偷越国(边)境,对被组织人、被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为的,数罪并罚(《刑法》第 321 条第 3 款);

11.因为挪用公款而受贿,或者挪用公款后又使用挪用的公款犯其他罪的,数罪并罚(《挪用公款案解释》第 7 条);

12.实施《刑法》第 140 条至 148 条规定的犯罪,又以暴力、威胁方法抗拒查处,构成其他犯罪的,数罪并罚(《生产、销售伪劣商品案解释》第 11 条)。

法理

一、新增必考

1、新增考点

(1) 义务性规则和权义复合性规则。权义复合性规则是指兼具授予权利、设定义务两种性质的法律规则。法律授予公权力的规则通常是权义复合性规则。

(2) 当代中国法律体系的发展与完善。

2014 年,党的十八届四中全会提出“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系,加强宪法实施”的重大任务。2017 年,党的十九大再次提出“坚定不移走中国特色社会主义法治道路,完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系,建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家”的战略任务。”

(3) 法律实施的主要基础与动力。

第一, 法律的人民性是法律实施的根本基础与动力。法律实施需要人民的拥护和信赖。我国宪法法律秉持以人为本的基本理念,以尊重人民主体地位、增进人民利益福祉、促进人的全面发展、保障和改善民生、确保改革成果的广泛公平分享为核心价值,必将获得人民群众发自内心的拥护和支持,进而不断增强宪法法律实施的内生动力,提升宪法法律实施的水平和效果。

第二, 法律的公正性是法律实施的前提基础。公正是法律的生命线,保障和维护社会公正是法治的核心价值。法律公正是良法善治的基本标志,也是法律有效实施的基本前提。只有公正的法律才能获得人民群众的认可、接受和遵守。在法治的范畴内,法律公正主要包括权利公平、机会公平、规则公平等。

第三, 法律的权威性是法律实施的根本保障和动力。法律的权威性是指在国家生活中法律应当有至上的效力和尊严,宪法和法律拥有足够的力量规范权力运行、制约权力任性,维护宪法法律秩序,维护国家制度安全。法律权威的重要标志和基本保障在干,法律由国家强制力保证实施。

改革开放以来,我国法律实施的情况不断变好但仍存在一些问题和不足:保证宪法实施的监督机制和具体制度还不健全:有法不依、执法不严.违法不究的现象在一此地方和部门仍然存在;关系人民群众切身利益的食品药品安全、环境保护问题还比较突出:滥用职权、失职渎职、执法犯法甚至徇私枉法,严重损害国家法律权威。

(5) 立法程序具有以下特点 :

第一, 立法程序是法律规定的程序。立法程序法定既体现了立法活动的严肃性,也保证了立法活动的合法性,只有以法律形式确定立法程序,才能对立法活动具有高度的约束力。

第二, 立法程序规定了立法步骤和方法。立法步骤是对立法活动先后顺序的具体安排,立法方式是对立法活动运作方法的规定,立法程序具有确定工作顺序和固定活动步骤的功能。

第三, 立法程序是所有立法环节必须遵守的程序。立法活动的工作程序大多不需要由法律加以规定,可以在具体立法活动中进行调整甚至省略。但立法程序则由法律明确规定,是一切有立法权的国家机关在所有立法环节中必须遵循的程序。

(4) 数据信息。

作为法律关系客体的数据信息,是指以数据形式存在的有价值的情报或资讯,如工商业情报、国家机密、个人信息等,其中既有人工处理的数据信息,也包括很多自然生成的数据信息。因此它既不是物,也不等同于智力成果。随着以互联网、物联网、数码存储和处理技术的发展为主要表征的信息新时代的到来,数据信息作为法律关系客体的地位将愈加重要。

2、表述内容的修改

(1) “四、法具有国家强制性和正当程序性”修改为“四、法具有国家强制性和**程序性**”。

(2) 法律移植是指在鉴别、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中的有机组成部分,为本国所用。法律移植反映了一国对**同时代** (删去了)其他国家法律制度的吸收与借鉴。

(3) 根据我国《宪法》和《立法法》的规定,省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常委会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规; **设区的市的人民代表大会及其常委会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规;自治州的人民代表大会及其常委会可以行使设区的市制定地方性法规的职权。【修改】**

(4) “二是省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府根据行政法规和本省、自治区和直辖市的地方性法规制定的规章”修改为“ **二是省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。**”

(5) “第四,立法是特定国家机关运用专门技术的活动。立法作为国家的一项专门活动,与其他国家活动相比,有自身的特殊规律,立法者要制定出符合社会发展需要的法律规则,必须运用专门的技术,即立法技术。立法技术运用的高低,不仅仅是外在的形式问题,而且直接关系到立法效果的好坏。”修改为:“**立法者要制定出符合社会发展需要的法律规则,必须运用专门的技术,即立法技术。立法技术运用的高低,不仅影响法律的形式表达,而且直接关系到立法效果的好坏。**”

(6) 删除“三、我国行政法规的制定程序”的全部内容。

(7) 法官和检察官的义务。法官应当履行下列义务:(一)严格遵守宪法和法律;(二)秉公办案,不得徇私枉法;(三)维护不得徇私枉法;(三)依法保障当事人和其他诉讼人的诉讼权利;(四)维护国家利益、社会公共利益,维护个人和组织的合法权益;(五)保守国家秘密和检察工作秘密,对履行职责中知悉的商业秘密和个人隐私予以保密;(六)依法接受法律监督和人民群众监督;(七)通过依法办理案件以案释法,增强全民法治观念,推进法治社会建设;(八)法律规定的其他义务。 **【同检察官】**

(8) 法律关系的主体:“根据年龄和精神健康状况的不同.....属无民事行为能力人”修改为:例如,我国《民法总则》根据年龄,将自然人的民事行为能力划分为三种情况。一是已满 18 周岁的自然人具有完全的民事行为能力;二是已满 8 周岁的未成年人,具有限制民事行为能力;三是未满 8 周岁的未成年人无民事行为能力。”

(9) 法律关系的客体:“精神产品(非物质财物)”“精神产品”修改为“智力成果”;删除“西方学者称之为‘无体(形)物’。我国法学界常称为‘智力成果’或‘无体财产’。”

(10) 法与科技:“激发人们为科技发展作出贡献的热情”后增加“当然,科学技术本身具有两面性,法律也要防范其负面作用。如通过确立一些重要的科技伦理原则来规范科技行为。”

宪法

关键词一：宪法实施

1. 宪法修改程序

(1) 机关：全国人大

(2) 提议：中国共产党中央委员会建议，全国人大常委会或 1/5 以上全国人大代表提议

(3) 通过：全国人大全体代表 2/3 以上通过

(4) 公布：全国人大

2. 宪法解释

(1) 主体：全国人大常委会

(2) 程序：未规定

3. 违宪审查

(1) 审查机关：全国人大（未规定程序）+ 全国人常（3 种方式）

(2) 审查对象：行政法规+地方性法规+自治条例；单行条例+经济特区法规+最高院司法解释；最高检司法解释+军事法规

(3) 主动审查：专门委员会

(4) 审查要求：国务院+中央军委+最高院+最高检+省人常

(5) 审查建议：其他国家机关、社会团体、企事业组织、公民

(6) 新增：国家监察委员会有权制定监察法规

4. 法律审查

(1) 制定主体：全国人大+全国人常

(2) 是否批准：无需批准

(3) 备案主体：无需备案

(4) 撤销方式：全国人大改变、撤销全国人常法律

5. 行政法规审查

(1) 制定主体：国务院

(2) 是否批准：无需批准

(3) 备案主体：全国人常

(4) 撤销方式：全国人常撤销行政法规

6. 部门规章审查

(1) 制定主体：国务院各部委

(2) 是否批准：无需批准

(3) 备案主体：国务院

(4) 撤销方式：国务院改变、撤销各部委部门规章

7. 省级地方性法规审查

(1) 制定主体：省级人大+省级人常

(2) 是否批准：无需批准

(3) 备案主体：国务院+全国人常

(4) 撤销方式：全国人常撤销省级地方性法规+省级人大改变、撤销省级人常地方性法规

8. 市级地方性法规审查

(1) 制定主体：市级人大+市级人常

(2) 是否批准：报省级人常批准后生效

(3) 备案主体：国务院+全国人常

(4) 撤销方式：全国人常撤销市级地方性法规+省级人大改变、撤销市级地方性法规

9. 省政府规章审查

(1) 制定主体：省政府

(2) 是否批准：无需批准

(3) 备案主体：省级人常+国务院

(4) 撤销方式：省级人常撤销省政府规章+国务院改变、撤销省政府规章

10. 市政府规章审查

(1) 制定主体：市政府

(2) 是否批准：无需批准

(3) 备案主体：市级人常+省政府+省级人常+国务院

(4) 撤销方式：市级人常撤销市政府规章+省政府改变、撤销市政府规章+国务院改变、撤销

市政府规章

11. 自治区自治条例、单行条例审查

(1) 制定主体：自治区人大

(2) 是否批准：报全国人常批准后生效

(3) 备案主体：无需备案

(4) 撤销方式：全国人大撤销自治区自治条例、单行条例

12. 自治州、自治县自治条例、单行条例审查

(1) 制定主体：自治州人大+自治县人大

(2) 是否批准：报省、自治区人常批准后生效

(3) 备案主体：国务院+全国人常

(4) 撤销方式：全国人常撤销自治州、自治县自治条例、单行条例

13. 违宪审查制度的完善

(1) 违宪审查权的行使过于分散；

(2) 法律、规章等法律形式的违宪审查缺乏明确规定；

(3) 关于违宪审查的启动程序、审理程序和审理结果方面的规定相对比较抽象。

关键词二：选举制度

1. 直接选举程序

(1) 选区划分：选区可以按居住状况划分，也可以按生产单位、事业单位、工作单位划分；选区大小按照每一选区选 1 名至 3 名代表划分，每一选区每一代表所代表的人口数大体相等；

(2) 选民登记：原则是一次登记、长期有效；

(3) 选民登记异议：选民名单应在选举日的 20 日以前公布，对公布的选民名单有不同意见的，可以在选民名单公布之日起 5 日内向选举委员会提出申诉。选举委员会对申诉的意见，应当在 3 日内作出处理决定。申诉人如果不服，可以在选举日的 5 日前向人民法院起诉，人民法院应在选举日前作出判决。人民法院的判决就是最后的决定；

(4) 代表候选人产生：各政党、各人民团体，可以联合或者单独推荐代表候选人；选民 10 人以上联名，也可以推荐代表候选人；提名不得超过本选区或者选举单位应选代表的名额；

选举委员会汇总所推荐的代表候选人后，将代表候选人名单及代表候选人的基本情况于选举日的 15 日以前公布；如果所提代表候选人人数超过应选代表名额的一倍，由

选举委员会交各该选区的选民小组讨论、协商，根据较多选民的意见，确定正式代表候选人名单；正式代表候选人不能形成较为一致意见的，进行预选，根据预选时得票多少的顺序，确定正式代表候选人名单；正式代表候选人名单及代表候选人基本情况应当于选举日的 7 日以前公布；正式代表候选人产生后，选举委员会应当向选民介绍代表候选人的情况，但是在选举日必须停止代表候选人的介绍；

(5) 投票选举：由选举委员会主持投票选举工作，并通过召开选举大会，设立投票站和流动票箱的方式进行投票；选民如果在选举期间外出，经选举委员会同意，可以书面委托其他选民代为投票。每一选民接受的委托不得超过三人，并应当按照委托人的意愿代为投票；

(6) 公布选举结果：双过半当选；选举结果由选举委员会定是否有效，并予宣布。

2.间接选举程序

(1) 代表候选人提名：各政党、各人民团体，可以联合或者单独推荐代表候选人；代表 10 人以上联名，也可以推荐代表候选人；

(2) 确定正式候选人：各级人大主席团将各政党、各人民团体和代表依法提出的代表候选人名单及代表候选人的基本情况印发全体代表，提交全体代表酝酿、讨论；如果所提代表候选人人数超过应选代表名额的 1/2，进行预选，根据预选时得票多少的顺序，确定正式代表候选人名单，进行投票选举；

(3) 介绍候选人：正式代表候选人产生后，人大主席团应当向代表介绍代表候选人的情况，但是在选举日必须停止代表候选人的介绍；

(4) 投票选举：由该级人大主席团主持；

(5) 公布结果：单过半当选；选举结果由人大主席团定是否有效，并予宣布。

3.选举主持机构

(1) 间接选举组织机构：在实行间接选举的地方，由本级人大常委会主持；

(2) 直接选举组织机构：在实行直接选举的地方，设立选举委员会主持本级人大选举；不设区的市、市辖区、县、自治县的选举委员会受本级人大常委会领导；乡、民族乡、镇的选举委员会受不设区的市、市辖区、县、自治县的人大常委会领导。

4.选举委员会的职责

(1) 划分选举本级人大代表的选区，分配各选区应选代表的名额；

(2) 进行选民登记，审查选民资格，公布选民名单；受理对于选民名单不同意见的申诉，并作出决定；

(3) 确定选举日期；

(4) 了解核实并组织介绍代表候选人的情况；根据较多选民的意见，确定和公布正式候选人的名单；

(5) 主持投票选举；

(6) 确定选举结果是否有效，公布当选代表名单；

(7) 及时公布选举信息

5.破坏选举责任

(1) 贿选：以金钱或者其他财物贿赂选民或者代表，妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权的，通过贿选方式当选代表的其当选无效；

(2) 暴力妨害：以暴力、威胁、欺骗或者其他非法手段妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权；

(3) 虚报选票：伪造选举文件、虚报选举票数或者其他违法行为；

(4) 报复：对于控告、检举选举中违法行为的人，或者对于提出要求罢免代表的人进行压制、报复。

6.代表权利

(1) 全国人大代表有出席全国人大会议，发表意见，参与表决，共同决定中央国家机关领导人的人选和国家生活中的重大问题的权利；

(2) 依照法律规定的程序提出议案、建议和意见的权利；

(3) 依照法律规定的程序提出质询案的权利；

(4) 依照法律规定的程序提出罢免案的权利；

(5) 人身特别保护权：在全国人大开会期间，非经全国人大会议主席团的许可，在全国人大闭会期间，非经全国人大常委会的许可，全国人大代表不受逮捕或刑事审判。如果因为全国人大代表是现行犯而被拘留的，执行拘留的公安机关必须立即向全国人大会议主席团或者立即向全国人大常委会报告；

(6) 言论免责权：全国人大代表在全国人大各种会议上的发言和表决不受法律追究，以此保证能够真实地代表和反映人民意志，为制定法律规范提供客观的依据；

(7) 物质保障权：全国人大代表在履职时，所在单位根据实际需要予以时间保障和工资福利保障；无固定工资收入的代表执行代表职务，国家应当予以适当补贴和物质上的补助。

7.代表义务

(1) 模范地遵守宪法和法律，在代表参加的生产、工作和社会活动中，宣传法治并协助宪法和法律的实施；

(2) 与原选举单位和人民保持密切联系，接受原选区选民或原选举单位的监督，原选举单位有

权罢免其选出的代表；

(3) 保守国家秘密；

(4) 出席全国人民代表大会会议，认真参与对国家事务的讨论和决定，积极参加代表的视察活动。

8. 罢免代表

(1) 县级人大代表，原选区选民 50 人以上联名；乡级人大代表，原选区选民 30 人以上联名，可以向县级人大常委会书面提出罢免要求。罢免须经原选区选民过半数通过；

(2) 县级以上的地方各级人民代表大会举行会议的时候，主席团或者 1/10 以上代表联名，可以提出对选出的上一级人民代表大会代表的罢免案。在人民代表大会闭会期间，县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会主任会议或者常务委员会 1/5 以上组成人员联名，可以向常务委员会提出对由该级人民代表大会选出的上一级人民代表大会代表的罢免案。罢免须经各该级人民代表大会过半数的代表通过；在代表大会闭会期间，须经常务委员会组成人员的过半数通过；

(3) 罢免要求应当写明罢免理由。被提出罢免的代表有权提出申辩意见，也可以书面提出申辩意见；

(4) 罢免的决议，须报送上一级人民代表大会常务委员会备案、公告。

9. 代表辞职

(1) 全国人民代表大会代表，省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会代表，可以向选举他的人民代表大会的常务委员会书面提出辞职。常务委员会接受辞职，须经常务委员会组成人员的过半数通过；

(2) 县级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会常务委员会书面提出辞职，县级的人民代表大会常务委员会接受辞职，须经常务委员会组成人员的过半数通过；

(3) 乡级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会书面提出辞职，乡级的人民代表大会接受辞职，须经人民代表大会过半数的代表通过。

10. 代表补选

(1) 代表在任期内，因故出缺，由原选区或者原选举单位补选。县级以上的地方各级人民代表大会闭会期间，可以由本级人民代表大会常务委员会补选上一级人民代表大会代表；

(2) 补选出缺的代表时，代表候选人的名额可以多于应选代表的名额，也可以同应选代表的名

额相等。



关键词三：人民代表大会制度

1.全国人大会议制度

(1) 组成：全国人民代表大会由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。各少数民族都应当有适当名额的代表；全国人民代表大会任期届满的两个月以前，全国人民代表大会常务委员会必须完成下届全国人民代表大会代表的选举；

(2) 召集：全国人大每年举行 1 次会议，由全国人大常委会召集。全国人大常委会应当在全国人大会议举行 1 个月前，将开会日期和建议大会讨论的主要事项通知全国人大代表。每届全国人大第一次会议，在本届全国人大代表选举完成后两个月内由上届全国人大常委会召集；

(3) 提出议案：全国人大主席团+全国人大常委会+全国人大各专门委员会+国务院+中央军委+最高人民法院+最高人民检察院+一个代表团+30 名以上全国人大代表

(4) 审议议案：由主席团决定是否列入大会议程；

(5) 表决通过议案：议案经审议后，由主席团决定提交大会表决，并由主席团决定采用无记名投票方式或者举手表决方式或其他方式通过，宪法修正案由全国人大全体代表 2/3 以上多数通过，法律和其他议案由全国人大全体代表过半数通过；

(6) 公布：法律议案通过后即成为法律，由国家主席签署主席令予以公布。

2.全国人常会议制度

(1) 组成：全国人民代表大会常务委员会由下列人员组成：委员长，副委员长若干人，秘书长，委员若干人；委员长、副委员长连续任职不得超过两届。全国人民代表大会常务委员会的组成人员不得担任国家行政机关、监察机关、审判机关和检察机关的职务；

(2) 召集：全国人大常委会全体会议，一般两个月举行一次，由委员长召集主持；

(3) 提出议案：全国人大常委会委员长会议+全国人大各专门委员会+国务院+中央军委+最高人民法院+最高人民检察院+常委会组成人员 10 名

(4) 审议议案：由委员长会议决定提请常委会会议审议；

(5) 表决通过议案：议案经审议后，由常委会会议表决通过，常委会的决议由常委会以全体委员的过半数通过；

(6) 公布：法律议案通过后即成为法律，由国家主席签署主席令予以公布。

(7) 立法解释的启动：国务院+中央军委+最高院+最高检+专门委员会+省级人大常委会

3.全国人大预备会议

(1) 主持：全国人大常委会

(2) 职责：选举主席团+选举秘书长+通过会议议程

4.全国人大临时会议

全国人大常委会+1/5 全国人大代表

5.全国人大秘密会议

(1) 提议：全国人大主席团

(2) 决定：代表团团长会议

6.全国人大延长任期

如果遇到不能进行选举的非常情况，由全国人民代表大会常务委员会以全体组成人员的三分之二以上的多数通过，可以推迟选举，延长本届全国人民代表大会的任期。在非常情况结束后一年内，必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。

7.地方人大会议制度

(1) 时间：每年至少举行一次；

(2) 召集：县级以上地方各级人大会议由本级人大常委会召集，乡级人大会议由上一次的人大会议主席团负责召集；

(3) 出席：地方各级人大举行会议时由主席团主持，县级以上地方各级人民政府组成人员和人民法院院长、人民检察院检察长、乡级人民政府领导人列席本级人大会议；

(4) 提案：地方各级人大会议的主席团、人大常委会、专门委员会、本级人民政府及县以上人大代表 10 人以上和乡镇人大代表 5 人以上联名，可以提出属于本级人大职权范围内的议案，由主席团决定是否提交大会审议；

(5) 通过：全体代表的过半数通过。

8.地方人常会议制度

(1) 时间：每两个月至少举行一次；

(2) 召集：地方各级人大常委会的会议由主任召集；

(3) 提案：地方各级人大常委会主任会议、各专门委员会、本级人民政府、市级以上人大常委会组成人员 5 人以上联名和县级人大常委会组成人员 3 人以上联名，可以提出属于本级人常职权范围内的议案；

(4) 通过：全体组成人员的过半数通过。

9.人民代表大会制度的特点

- (1) 人民代表大会制度的目标是规范国家权力和保障公民权利；
- (2) 人民代表大会在国家机关体系中居最高的地位，其他机关由它产生，对它负责，受它监督；
- (3) 人民代表大会制实行的是一院制；
- (4) 人民代表是兼职代表；
- (5) 在人民代表大会中设立常务委员会作为常设机关

10.人民代表大会制度是我国的根本政治制度

- (1) 人民代表大会制度直接全面地反映了我国的阶级本质；
- (2) 人民代表大会制度产生于我国的革命斗争中，是其他制度赖以建立的基础；
- (3) 人民代表大会制度反映了我国政治生活的全貌，是人民实现民主管理的最好方式。

11.人民代表大会制度组织原则——民主集中制

- (1) 各级国家权力机关由民主选举产生，对人民负责、受人民监督；
- (2) 其他国家机关由人民代表大会产生，对人民代表大会负责，受人民代表大会监督；
- (3) 在中央与地方的关系上，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性和积极性的原则。

12.人民代表大会制度的优越性

- (1) 便于人民参加国家管理；
- (2) 便于集中统一行使国家权力；
- (3) 能保证中央统一领导下充分发挥地方的主动性和积极性。

13.人民代表大会制度的完善

- (1) 进一步理顺党与人大的关系，改善党对人大的领导，理顺党与人大的关系，最主要是明确党的职能与国家的职能的界限；
- (2) 进一步完善以人民代表大会制度为基础的宪制；
- (3) 进一步加强人大的自身建设；
- (4) 进一步规范权力运用的具体程序。

法制史

绪论【新增】

第一题：中国传统法制的主要特征

第一，法自君出，重权隆法。君主享有最高的立法权，决定法律的创制和变迁。法律也以维护君权为要务。君主和统治集团重视制定和运用法律，巩固政权稳定，维护社会秩序。这种传统是古代农耕文明的特性所决定的，具有深刻的社会、历史和文化的根源。

第二，诸法并存，民刑有分。中国古代的典籍编纂保持“诸法合体、民刑不分”的体例，但是在法律体系上，则是诸法并存，民刑有分的，即法律体系是由刑法、民法、行政法、诉讼法等法律部门构成的。“诸法并存民刑有分”是从法律所调整的社会关系的特殊性和具体性以及由此而形成的法律体系而言的，至于“诸法”是否都发展成独立的部门法，需要结合历史发展的进程予以具体分析。

第三，家族本位，伦理法制。中国古代是沿着由家而国的途径进入文明时代的，因此宗法血缘关系对于社会和国家的诸多方面都有着强烈的影响，尤其是宗法与政治的高度结合，造成了家国一体、亲贵合一的特有体制。儒家所倡导的伦理道德成为法律的重要内容和基本精神。法律维护家族本位的社会结构及其经济基础，历经数千年依然保持稳定。道德法律化和法律道德化的交融发展，成为传统法制的重要特征。

第四，调处息争，无讼是求。无讼是中国古代法制建设的价值取向，调处是实现息讼、无讼的重要手段。调处适用的对象是民事案件与轻微的刑事案件，调处的主持者包括地方州县官、基层小吏和宗族尊长。调处息争适应封闭的小农经济基础的深厚地缘关系，依赖的是宗族势力和基层国家权力，凭借的是礼与法相结合的多种法律渊源，维护的是三纲五常的伦理秩序，形成了一整套的完备制度。

【口诀：君；法；家；讼】

第二题：中国法制历史的优秀传统

第一，德配王命，民贵君轻。民本主义是中国古代法制与法文化的基础。西周时期就确立了“以德配天”的观念，即天授王权取决于君王的德性，体现为“敬天保民”的统治政策。儒家进一步提出民贵君轻、民为国本的思想。这一传统对于中国古代法律有着深远的影响，可以说，传统法律的各个层面都表现出浓厚的民本主义色彩，如德主刑辅，注重教化；摆脱神判，重视证据；宽仁慎刑，爱惜人命等。

第二，礼法结合，综合为治。礼法结合是中国古代法律最主要的传统；礼法相互为用，实现社会综合治理是中华法系最鲜明的特征。礼法互补，以礼为主导，以法为准绳；以礼为内涵，以法为形式；以礼行法促进法律的实施，以法明礼增添礼的权威；以礼入法，使法律道德化，法由止恶而兼劝善；以法附礼，使道德法律化，出礼而入于刑。

第三，体系完备，律例并行。中国古代法的渊源经历了从先秦礼制与刑书，到《唐六典》与律令格式的长期发展，逐渐形成了以政典为组织法，以律典为基本法律，令格式为管理制度，并以廷行事、决事比、判例等为必要补充的完备体系。较好地解决了法部门分类，法效力层级划分的机制问题，并兼顾了法的稳定性和适应性。

第四，以法治官，明职课责。以法治官是中国古代法制的悠久传统，其主要内容包括：明确官吏的职、权、责；规定官吏的行为方式与自我约束的机制；实行考选、考课、监察等一系列制度，促其奉公守法，为君尽责。随着社会文明的进步，职官法不断充实完善，使官吏职责明确，有法可依，是古代法律体系中的重要组成部分。

第五，法尚公平，执法原情。先秦诸子在释法时，常以度量衡为比喻，强调法的公平。公平成为法律的基本价值追求。法尚公平不仅体现在立法的内容上，也讲求执法原情，达致天理、国法、人情的允协。

【口诀：德礼体官平】**第一章 夏商西周春秋战国法律制度****第一节 夏商法律制度****(1) 简述中国法律起源的特点**

在中国古代文明起源的过程中，原有的血缘关系纽带并未因氏族制度的瓦解而削弱，而是以转化为家族与宗族制度的形式保留下来，并愈加牢固和强韧。

第一，古代法的起源与宗法等级制度紧密结合，具有明显的宗法伦理性质。象征国家政权的王权与族权高度统一，呈现出**家国一体**的格局。因此，中国古代法在形成时兼有国法和宗法的双重性质，既适用于占统治地位的各支宗族内部，又适用于整个国家。

第二，古代法的起源主要是以“刑始于兵”和“礼源于祭祀”的形式完成。古代法制主要由礼与刑两部分组成，并始终贯穿礼刑并用的原则：一方面运用礼发挥其调整社会关系的基本职能；另一方面又以刑维护礼，对违礼者实行制裁。中国古代法制在形成时便具有了德礼刑兼备的特色。

第三，古代法的起源以自给自足的自然经济结构为基础。家庭是农业的基本生产单位，强调家族、宗族、国家利益和集体协作精神，早期的社会分工由宗族组织内部统一调节，故其内部的社会分工比较发达，形成自给自足的自然经济结构，而商品经济不够发达。同时，家长权、族权和王权遮掩乃至湮没了个人权利，导致古代社会刑事、行政立法等公法体系发达，而私法不够发达。

(2) 简述奴隶制五刑（墨，劓，剕(刖)，宫，大辟）

五刑起源的记载最早见之于《尚书》，其中认为五刑最早源于苗民的说法较为流行，形成了墨、劓、剕、宫、大辟等五种刑罚，并使之成为常用的刑罚体系。

墨刑，又称黥刑，是在罪人面上或额头刺刻后再涂上墨，留下痕迹作为受刑人的标志。墨刑既是刻人肌肤的肉刑，又使受刑人蒙受耻辱。墨刑是上古五刑中最轻的刑罚，后来的刺字刑即是这一刑罚的变种。

劓刑，即割鼻之刑，较墨刑为重。

剕刑，也作刖刑、髡刑、臙刑，秦汉时称为斩趾，此刑或断人之足，或剔去膝盖骨，使人丧失行走能力。夏商时代此刑已成为主要刑种，隋唐以前刖刑与宫刑均为次死之刑。

宫刑，又称淫刑、腐刑，源于苗民的椽刑，是破坏生殖器官的刑罚。对男性为去势，对女性为幽闭。宫刑早先适用于“男女不以义交者”，后来逐渐扩大适用，成为五刑中除死刑外最为残酷的刑罚。汉以后作为代死之刑，至北齐天统五年(569年)才从法律上最终废止。

大辟在甲骨文中是灾祸之意，后作为死刑的总称，其执行方法主要是斩首。夏商周三代死刑方法多样，手段残酷，商末还出现了炮烙、醢、脯等特别残忍的酷刑。

第二节 西周法律制度**(3) 简述西周的宗法制度**

宗法制度是一种以血缘为纽带，家族组织与国家政权相结合，以维护贵族世袭统治的制度。宗法制度由氏族社会的父家长制发展而来。西周初年为保证周族家天下的稳固，实行“封邦建国”的分封制。周天子对王畿之外的土地实行“授民授疆土”，即把土地、人民封赐给各级诸侯，各级诸侯又把自己封国内的部分土地封赐给卿大夫，卿大夫再把自己采邑内的部分土

地给其臣属(“土”),这样层层分封,形成了周天子、诸侯、卿大夫、士之间严密的等级结构。分封主要以父亲的直系血缘关系为依据,由此构成了以周天子为中心的家天下的宗法制度。

其一,周天子、诸侯、卿大夫、士的宗祧都实行嫡长子继承制。西周的宗法制着眼于从长远解决周天子及各级贵族的爵封继承和宗祧继承问题。

其二,大宗与小宗权利义务关系明确,相辅相成。分封体制下天子及嫡传后代相对封国而言是大宗,封国国君相对于天子是小宗;诸侯国君及嫡传后代在本国是大宗,卿大夫为小宗,依此类推,形成等级、主从明确的亲族关系。小宗服从大宗,诸弟服从嫡长兄。小宗有义务向大宗纳贡、帮助出兵征伐;大宗有义务保护小宗,调解小宗之间的纠纷。

其三,家国一体,亲贵合一,等级秩序分明。各级诸侯、卿大夫、士既是一种家族组织,又各自构成一级国家政权,共同向最高宗子周天子负责。这种宗法统治的特征在于家族组织与国家制度合而为一,家族观念、家族道德与国家法律、意识形态互为表里。周天子既是国王,又是家族中的大家长。宗法制度构成了西周的基本政治模式,成为确立社会等级秩序、维护贵族世袭统治的工具。

(4) 论述西周的礼与刑的关系

西周礼制的内容和规模空前发展,上至国家政权组织制度,下至社会成员的衣食住行,都与礼密切相关,受到礼的严格制约,礼被认为是“经国家,定社稷,序民人,利后嗣”的最主要规范,所谓“夫礼,天之经也,地之义也,民之行也”。

古代的礼有两层含义:一是抽象的精神原则,二是具体的礼仪形式。抽象的精神原则主要可归纳为“亲亲”与“尊尊”。所谓“亲亲”,是要求在家族范围内,人人皆亲其亲,长其长,做到父慈、子孝、兄友、弟恭、夫义、妇听。所谓“尊尊”,即要求在社会范围内,君臣、上下、贵贱应该恪守名分,所有臣民皆应以君主为中心,即所谓“尊尊君为首”。西周时期的礼仪内容可分为五个方面,通称为“五礼”,即吉礼、凶礼、军礼、宾礼、嘉礼。

“礼”与“刑”的关系几乎贯穿中国古代法制史的始终,西周时期两者的关系更为密切,可谓互为表里,相辅相成,共同构成上古法制的完整体系。但是礼和刑的作用并不相同,礼是要求人们自觉遵守的积极规范,侧重于预防;刑则是对犯罪行为的制裁,侧重于事后的处罚。正所谓“礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后”,礼强调道德教化,刑则着重于惩罚制裁。若道德教化不成,对于严重违礼的行为则要适用刑罚,即所谓“礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里者也”。

另一方面,礼与刑的适用原则不同。《礼记·曲礼》中说“礼不下庶人,刑不上大夫”,体现的是宗法体制下的等级特权制度,也是法律的重要原则。所谓“礼不下庶人”,是指庶人日日忙于生产劳动,不具备贵族的身份和礼所要求的物质条件,因而不可能按贵族的礼仪行事,礼也主要不是为他们设立的。但这绝不意味着庶人可以不受礼的约束,任何越礼的行为都要受到惩罚,对庶人更是如此。所谓“刑不上大夫”,首先是指刑罚的目的主要不是针对贵族,而是防范和制裁庶人;其次是指贵族犯罪在适用刑罚上可以享有某些特权,一般犯罪能够获得宽宥。贵族若有严重犯罪,也可以被放逐乃至赐死,但不在市朝行刑,以体现贵族“可杀不可辱”的尊严。

第三节 春秋法律制度

(5) 简述成文法公布的历史意义

春秋时期是“礼崩乐坏”的社会剧烈转型期,新兴地主阶级反对旧贵族垄断法律,强烈要求将成文法公布于众,以保障他们的私有财产和既得权益,摆脱宗法等级制度的羁绊。春秋时期

成文法公布是中国法律史上一次划时代的变革，其意义在于：

首先，公布成文法是对旧的法律观念、法律制度以及社会秩序的一种否定，打破了“刑不可知，则威不可测”的信条，结束了法律的秘密状态，使法律制度逐步走向公开化，开创了古代法制建设的新纪元。

其次，公布成文法在客观上为法律制度的进一步发展，为罪和刑对应的成文法典的出现提供了条件，也为各种新型社会关系的产生和发展提供了可靠保证。

最后，春秋时期公布成文法，开辟了一种全新的集权制的统治模式，为战国至秦统一时期“法治”取代“礼治”拉开了序幕，也为后世法律制度的发展与完善积累了经验。

第四节 战国法律制度

(6) 简述战国时代立法指导思想

战国时期法家的“法治”理论突出反映了新兴地主阶级的法律观，并成为当时各国法制的指导思想。

1、“一断于法”。法家主张“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”，将法律作为治理国家的基本手段。要求打破“刑不上大夫”的壁垒，将法作为衡量任何人行为的客观标准，取消旧贵族在法律上享有的一切特权。

2、刑无等级。在法律的适用上，法家反对宗法制时代的“礼有等差”，主张“刑无等级”“法不阿贵”。要求制定公正、平等的法律，在保障国家和君主利益的基础上，平等地适用法律，使全社会都在法律的约束下生活。无论贵贱一律平等，即“刑过不避大臣，赏善不遗匹夫”“赏当其功，刑当其罪”“志存公道，人有所犯，一一于法”。实际上是以一种新的等级制代替旧的奴隶制等级制。

3、轻罪重刑。法家主张“轻罪重刑”，用严刑峻罚达到以法治国的目的。法家认为，“行刑，重其轻者，轻者不生，则重者无从至矣”。只有通过重刑酷法，才能使臣民畏法和服法，达到“禁奸止过”和预防犯罪的目的，即“以刑去刑”“以杀止杀”。

4、法布于众。与“以法治国”等原则的要求相适应，法家主张“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也”，即向全社会公布成文的法律，让全体臣民皆“知所避就”，从而否定了法律的秘密状态。

(7) 简述《法经》的内容、特点和历史地位

在篇目结构上，《法经》共有六篇：《盗法》《贼法》《网法》《捕法》《杂法》《具法》。

《盗法》是侵犯官私财产所有权犯罪的法律规定，《贼法》是关于人身伤害、破坏社会秩序的法律规定。《荀子·修身》解释：“窃货曰盗”，“害良曰贼”。李悝认为“王者之政，莫急于盗贼”，所以将《盗法》和《贼法》列在法典之首。《网法》也称《囚法》，是关于囚禁和审判罪犯的法律规定，《捕法》是关于追捕盗、贼及其他犯罪者的法律规定，《网法》《捕法》二篇属于诉讼法的范围。《杂法》是关于“盗贼”以外的其他犯罪与刑罚的规定，主要规定了“六禁”，即淫禁、狡禁、城禁、嬉禁、徙禁、金禁等。据《晋书·刑法志》载：“其轻狡、越城、博戏、借假不廉、淫侈、逾制，以为《杂律》一篇”。《具法》是关于定罪量刑中从轻从重等法律原则的规定，起着“具其加减”的作用，相当于近代法典中的总则部分。《法经》规定了各种罪名、刑罚及相关的法律适用原则，涉及的内容比较广泛，其基本目的在于维护国家政权和保护私有财产，全篇贯彻了法家“轻罪重刑”的思想。

《法经》作为历史上第一部比较系统、完整的成文法典，在中国立法史上具有重要地位。

《法经》的特点是：内容上，以惩治盗贼为首要任务，反对旧贵族的等级特权，体现重刑主

义精神。体例上,出现了先开列罪名再规定刑罚的罪刑法定倾向:相当于法典总则的《具法》列在最后且适用于其他各篇。《法经》的体例和内容,为后世成文法典的编纂奠定了重要基础。《法经》六篇为秦、汉直接继承,成为秦、汉律的主要篇目。

第二章 秦汉三国两晋南北朝法律制度

第一节 秦朝法律制度

(8) 简述秦朝的主要法律形式:律,令,法律答问,《封诊式》,廷行事

第一,律。律是秦朝法律的主体,是通过正式立法程序制定、颁布、实施的法律条文,具有稳定性、规范性与普遍适用性。

第二,令。令是皇帝针对某些具体事项临时发布的命令,具有最高的法律效力。自始皇二十六年改命为制,改令为诏起,“制”“诏”成为正式的法律形式。

第三,法律答问。是对法律条文、术语、律义作出的具有法律效力的解释,因采用问答的形式,故称为“法律答问”。

第四,封诊式。是司法机关有关审判原则、治狱程式以及对案件进行调查、勘验、审讯、查封等方面的法律规定和文书程式,包括了一些具体案例。

第五,廷行事。是司法机关判案的成例(判例),在律文无相关规定时,可作为司法实践中同类案件判决的依据。

除上述几种外,秦朝的法律形式还包括课、程等。

第二节 汉朝法律制度

(9) 简述汉朝的主要法律形式:律、令、科、比

两汉时期,以律、令、科、比为主要法律形式。

律是汉代的基本法律形式,包括以刑事规范为主的具有普遍性和稳定性的成文法。如前述汉律60篇以及《左官律》《酎金律》《上计律》等大量单行法律。

令是皇帝随时发布的诏令或由臣下提出经皇帝批准的立法建议,涉及面广,法律效力高于律,是汉朝重要的法律形式。令可以对律起到增补和修改的作用。由于诏令的发布往往比较任意,其数量不断增多。“前主所是著为律,后主所是疏为令。”

科从“课”发展而来,是律以外规定犯罪与刑罚以及行政管理方面的单行法规,也称“事条”“科条”。至东汉,大量种类繁多的科条,造成“科条无限”的混乱局面。

比又称决事比,是指在律无正条时比照援引典型判例作为裁断案件的依据。由于比具有灵活性和针对性,故被广泛应用。“所欲活则傅生议,所欲陷则予死比”。

(10) 简述文景时期的刑制改革

促成汉文帝进行刑制改革的直接原因是**缇萦上书**。文帝十三年(公元前167年)下令除肉刑,把黥刑(墨刑)改为髡钳城旦舂,改劓刑为笞刑三百,改斩左趾为笞刑五百,改斩右趾为弃市刑,意在从法律上废除肉刑,减轻刑罚的残酷程度。但在司法实践中弊端很多:一是扩大了死刑范围,如斩右趾改为弃市死刑;二是出现变相死刑,劓刑、斩左趾因笞数太多,受刑者难保性命,造成“外有轻刑之名,内实杀人”的后果。景帝在文帝改革的基础上进一步改革,其一,两次减少笞刑数目:第一次,将笞三百改为笞二百,笞五百改为笞三百。第二次,又分别减笞三百为二百,笞二百为一百。其二,颁定《箠令》,规定笞杖规格、受刑部位以及行刑不得中途换人等。

文景时期的刑制改革顺应了历史发展,使以肉刑为主的刑制摆脱了原始形态,刑罚的残酷程度大为减轻,刑罚制度趋于规范,为后世五刑体系的建立奠定了基础。

经过刑制改革,汉代的刑罚种类大体上包括:死刑(执行方法主要是殊死,即斩首、枭首、腰斩和弃市)、肉刑(主要是宫刑和东汉初恢复的斩右趾)、笞刑、徒刑、徙边、禁锢(终身不得为官)、赎刑、罚金等。此外,还增设“女徒顾山”,属于赎刑的范围,即允许被判徒刑的女犯回家,但需每月缴纳官府三百钱,由官府雇人上山砍伐木材或从事其他劳作,以代替女犯的劳役刑。汉朝还继承了西周以来的矜老恤幼原则,对老人、孩童、妇女、残疾人等生理上之弱势群体在定罪量刑上给予特殊宽宥。

(11) 简述汉代官吏管理制度

汉代选拔和任用官吏以**荐举和考试**为主要方法,具体包括:

第一,察举。察举制度始于西汉而盛于东汉,由皇帝下诏责成中央和地方各级长官每年向朝廷推荐贤能之士为官。被举荐人的条件和选拔科目,往往因时因事的需要而定。主要有“孝廉”“秀才”“贤良方正”“孝悌力田”“明经”“明法”“文学”等。

第二,征召。征召有两种:一是皇帝诏令各郡推举“贤良方正能直言极谏者”,经过皇帝对策(面试)后任用为官,称为**诏举**,也叫“举贤良文学”;另一种是皇帝**特诏征用**有特殊才能或德高望重之士,这是选拔特殊人才任官的制度,由皇帝派遣专使以特诏聘书“辟书”聘请。

第三,辟举。也称辟除,是高级主管官吏或地方郡守以上官吏对其辖内有名望和才德之士,向中央举荐或自选为属吏的制度。**【新增】征召和辟举合称“征辟”,皆为自上而下直接选拔官吏的制度。**

第四,任子。即两千石以上官吏,任满三年可保举子孙宗室一人为郎。

第五,太学补官。汉武帝以后中央设立太学,招收贤俊好学子弟学习儒家经典,经考试成绩优良者,可以补官。

第三节 三国两晋南北朝法律制度

(12) 简述律学的内容

三国两晋南北朝时期是中国传统律学发展的重要阶段。汉代引经注律,章句众多,但并未摆脱对于经学的附庸地位。魏晋之际,律学开始从经学的束缚中解脱出来,发展成为独立的学科。研究的对象也不再仅仅是对古代法律的起源、本质与作用的一般论述,而是侧重于立法技术、法律运用、刑名原理、定罪量刑原则以及法律术语的规范化解释,律学研究趋于规范化、科学化。这一时期先后出现了一批著名的律学家,如陈群、刘劭、钟繇、张斐、杜预等。张斐著《律解》《汉晋律序注》,杜预著《律本》,贾充、杜预合著《刑法律本》,是这一时期律学成就的代表。

张斐晋律注称“律始于《刑名》者,所以定罪制也”;“《刑名》所以经略罪法之轻重,正加減之等差,明发众篇之多义,补其章条之不足,较举上下纲领”。这说明律学家对于《刑名》作为法典总则的性质、内容与地位,已经有了明确的认识和清晰的阐释。

张斐还对20个法律概念及其含义作了精要的表述:“其知而犯之谓之故,意以为然谓之失,违忠欺上谓之谩,背信藏巧谓之诈,亏礼废节谓之不敬,两讼相趣谓之斗,两和相害谓之戏,无变斩击谓之贼,不意误犯谓之过失,逆节绝理谓之不道,陵上僭贵谓之恶逆,将害未发谓之戕,唱首先言谓之造意,二人对议谓之谋,制众建计谓之率,不和谓之强,攻恶谓之略,三人谓之群,取非其物谓之盗,货财之利谓之赃。凡二十者,律义之较名也。”这些罪名概念的界定,基本符合各项罪名的主要构成要件,反映了犯罪学理论取得了较高水

平，对后世注律产生了深远影响。

(13) 简述新五刑的初步形成

自汉文帝废除肉刑始，以肉刑为中心的五刑体系逐渐退出了历史舞台，而新的能够适应时代需要的刑罚体系也开始酝酿。曹魏恢复五刑之名，其刑罚体系为：“其死刑有三，髡刑有四，完刑、作刑各三，赎刑十一，罚金六，杂抵罪七，凡三十七名，以外律首。”晋代定律以死、徒、笞、罚金、赎刑当古之五刑，为南朝各国所沿用。北魏始定制以死、流、徒、鞭、杖为五刑，初步形成了以劳役刑为中心的五刑体系。北周五刑体系的排列改由轻递重，为杖、鞭、徒、流、死，又首创按道里远近划分流刑为五等的制度。

三国两晋南北朝时期的刑罚制度日趋规范和文明：限制族刑，逐步缩小缘坐范围；肉刑日趋减少，并最终废除宫刑；酷刑的使用逐渐减少，死刑的执行方法逐渐集中为少数几种；定流刑为减死之刑，等等。新的五刑体系初步形成。

第三章 隋唐宋法律制度

第一节 隋朝法律制度

(14) 简述《开皇律》的主要成就

1、体例。《开皇律》以《北齐律》为基础，调整了篇目内容，确定了名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱，共12篇500条。《开皇律》标志着古代法典体例由繁到简过程的完成，显示了立法技术的进步与成熟。

2、内容。《开皇律》删除了前代酷刑，刑罚定型为死、流、徒、杖、笞五刑。其中笞刑从笞十至笞五十，杖刑从杖六十至杖一百，各分五等；徒刑从一年至三年五等，各以半年相差；流刑从一千里至两千里三等，各以五百里相差；死刑为绞、斩两等。新五刑体系自此正式确立，并一直沿用至清末。《开皇律》在北齐“重罪十条”的基础上正式确立了“十恶”罪名。“十恶”是指谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不义、内乱十种最严重的犯罪行为。《开皇律》完善了“八议”和“官当”制度。“八议”是对亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾八种人犯罪，须按特别程序认定，并依法减免处罚的制度。“官当”是指官员犯罪至徒刑、流刑者，可以官品高低折抵刑罚，并因所犯私罪、公罪有所区别的制度。“八议”和“官当”制度的完善，使古代特权法走向系统化和固定化。

3、历史影响

《开皇律》代表了隋朝立法的最高成就；其继承了秦汉以来的历代立法经验，删繁就简，补充完善，为唐代立法奠定了基础；《开皇律》的篇目、体例及变革内容多为唐代立法继承，成为后世立法的模板。

第二节 唐朝法律制度

(15) 简述唐朝的主要法律形式：律、令、格、式及其相互关系

唐朝法律形式主要为律、令、格、式四种：律是关于定罪量刑的基本法典；令是有关国家政权组织制度与行政管理活动的法规，涉及的范围较为广泛；格用以“禁违止邪”，是皇帝针对“百官有司之所常行之事”临时颁发的各种敕令，经过汇编后上升为普遍适用的法律，称为“永格”；式是国家机关的公文程式和活动细则，具有行政法规性质。

律、令、格、式彼此既相互联系，又发挥着不同的作用，对复杂的社会关系起到了综合调整的重要作用。其中，令、格、式是从积极方面规定国家机关和官民人等应当遵行的制度、

准则和规范，律则从消极方面规定违反令、格、式以及其他一切犯罪的刑罚制裁，即“一断于律”。几种法律形式并用，使法律的运用既有相对稳定性，又有一定灵活性，形成一个周密的法律体系。

（16）简述唐律的特点与历史地位

1、唐律的特点主要包括：

第一，“一准乎礼”。唐律内容“一准乎礼”，真正实现了礼与法的统一。正如唐太宗所说：“失礼之禁，著在刑书。”唐律无论是其律条，还是对律条的注疏，都集中体现了儒家的礼治精神，全面贯彻礼的核心内容——三纲五常。

第二，科条简要、繁简适中。秦汉法律向以繁杂著称，西晋、北齐修律得以精简。唐朝在前律的基础上再行精简，定律12篇，共502条。凝练概括，又严密周详。

第三，用刑持平。唐律规定的刑罚比以往各代大为轻省，死刑、流刑大为减少。除涉及礼教的犯罪外，比后世明清律的处刑为轻。

第四，立法技术空前完善。唐律的篇章结构井然有序，法律形式相得益彰，概念精练明确，用语确切简要，逻辑严谨缜密，疏议得当精深，显示立法技术的高度成熟与发达。

2、唐律的历史地位表现为：

其一，唐律是目前为止保存下来最早、最完整的中国古代法典。它产生于经济、政治和文化鼎盛发展的唐朝，承袭秦汉的立法成果，吸取汉晋律学的成就，表现出高度的成熟性。因而成为传统法典的楷模，在法制史上具有继往开来、承前启后的重要地位，对宋、元、明、清法律产生了深刻影响。

其二，唐律作为中华法系的典型代表，其影响力远远超越国界，对亚洲特别是东亚各国产生了重大影响。如朝鲜《高丽律》的篇章内容皆取法于唐律，日本《大宝律令》也以唐律为蓝本，越南李太尊时期的《刑书》也大都参用唐律。可见，唐律在世界法制史上亦占有重要地位。

（17）简述唐朝的五刑制度

隋律确立五刑制度后，唐律沿袭之，只是在流刑上有所改变。具体内容为：

第一，死刑。分为绞与斩两等，较前代轻缓了很多。

第二，流刑。唐律规定在隋制基础上里程各提高一千里，形成流两千里、两千五百里和三千里三等，皆劳役一年。另外增设加役流，即流三千里，劳役三年，作为某些死刑的宽宥处理。

第三，徒刑。分为五等：徒一年、一年半、二年、二年半和三年。

第四，杖刑。分为五等：杖六十、七十、八十、九十和一百。

第五，笞刑。分为五等：笞十、二十、三十、四十和五十。

五刑共二十等，律文称加、减若干等，指从某一刑等起上下推算。但《名例》规定：“二死、三流各同为一减。”即斩、绞两等死刑和三等流刑在递减量刑时都作为一等计算。此外还规定，除非律条有特别规定，一般递加不加至死刑，加入绞者，不加至斩。

（18）简述唐朝的十恶制度

“十恶”是包括直接危害皇权统治秩序以及严重破坏家庭伦常关系的重大犯罪行为。在《北齐律》“重罪十条”基础上，《开皇律》正式确立十恶制度，唐律沿袭之。犯十恶者，“为常赦所不原”。十恶具体指：

一曰谋反，即图谋反对皇帝，推翻君主政权。

二曰谋大逆，即图谋毁坏宗庙、陵寝及宫阙。

三曰谋叛，即图谋背叛朝廷，投奔外国。

四曰恶逆，即殴打或谋杀祖父母、父母、伯叔父母等尊长。

五曰不道，即杀一家非死罪三人和肢解人；造畜蛊毒、厌魅。

六曰大不敬，即盗大祀神御之物，盗窃、伪造御宝，指斥乘舆，情理切害，以及对捍制使，无人臣之礼等方面的犯罪。

七曰不孝，即告发或咒骂祖父母、父母，祖父母、父母在世而别籍异财者等。

八曰不睦，即谋杀或卖缌麻以上亲，殴打或告发丈夫及大功以上尊长等。

九曰不义，即闻夫丧匿不举哀、作乐、释服从吉、改嫁，以及杀本属府主、刺史、县令、现授业师等方面的犯罪。侵害对象为非血缘的有等级从属关系者。

十曰内乱，即奸小功以上亲或父、祖妾，以及亲属内的通奸。

对犯十恶者处刑的特点是：(1)大多处以死刑或其他重刑，谋反、谋大逆、谋叛罪一般要实施连坐。(2)对谋反、谋大逆、谋叛罪处刑没有首从之分，一律重惩。(3)贯彻纲常伦理原则，以违礼为刑事责任的依据，并依尊卑而同罪异罚。(4)对于即使享有议、请、减、赎、当特权者，若犯十恶，也取消一切优免。

(19) 简述唐朝的六杀制度

对于杀人罪，唐代在《斗讼律》中区分了“六杀”，即所谓的“谋杀”“故杀”“斗杀”“误杀”“过失杀”“戏杀”。“谋杀”指预谋杀人；“故杀”指事先虽无预谋，但情急杀人时已有杀人的意念；“斗杀”指在斗殴中出于激愤失手将人杀死；“误杀”指由于种种原因杀错了对象；“过失杀”指“耳目所不及，思虑所不至”而杀人；“戏杀”指“以力共戏”而导致杀人。基于上述区别，唐律规定了不同的处罚原则：谋杀一般减故杀罪数等处罚，但奴婢谋杀主，子孙谋杀尊亲属则处以死刑。故杀一般处以斩刑。误杀、斗杀减故杀罪一等处罚。戏杀则减斗杀二等处罚。过失杀一般“以赎论”。“六杀”的设定，反映了唐代刑法的完备与立法技术的提高。

(20) 简述唐朝的六赃制度

《杂律》篇首次就“坐赃致罪”设“六赃”专条，称一切不法所得为“赃”，把受财枉法、受财不枉法、受所监临财物、强盗、窃盗和坐赃六种犯罪称为“六赃”。除前五种外的所有赃罪均可归入“坐赃”。六赃涵盖了侵犯官私财产的所有犯罪行为。其中强盗与窃盗的罪犯为一般主体，而受财枉法、受财不枉法、受所监临财物和坐赃的罪犯是各级官吏。强盗罪是指“以威若力而取其财”，即以暴力或暴力威胁而取他人财物，不论“先强后盗”，还是“先盗后强”“俱为强盗”。盗窃罪是指“潜形隐面而取”，即秘密占有不属于自己的官私财物。受财枉法罪指“受有事人财而为曲法处断”，即收受当事人贿赂而利用职权曲法枉断，为其牟取不正当利益，或为其开脱罪责。受财不枉法罪是指“虽受有事人财，判断不为曲法”的行为。受所监临财物罪是指“监临之官不因公事而受监临内财物”的行为，一般是主管官员私下接受所监管的吏民的财物。坐赃罪是指监临主司以外的其他官员“因事受财”构成的犯罪。六赃的处罚原则是：(1)以赃值定量刑标准；(2)受刑之外，犯罪人还必须退还赃款赃物；(3)官吏犯赃，还要“官除名，吏罢役”。

(21) 简述唐朝的“三司推事”

唐朝中央设置大理寺、刑部、御史台三大司法机构。大理寺以正卿和少卿为正副长官，下

设正、丞、司直等，职掌中央司法审判权，审理中央百官与京师徒刑以上案件，对刑部移送的地方死刑案件有重审权；对徒、流重罪的判决，须送刑部复核；死刑案件须奏请皇帝批准。刑部是中央司法行政机关，其正副长官为尚书和侍郎，职掌案件复核权，即负责复核大理寺判决的徒、流刑案件，以及州县判决的徒刑以上案件。在审核中如有可疑，可驳令原机关重审，也可直接改判；死刑案件移交大理寺重审。御史台作为监察机关，也是中央法律监督机构，其正副长官为御史大夫和御史中丞。御史台掌纠察弹劾百官违法之事，同时负责监督大理寺和刑部的司法审判活动，也参与对重大案件的审判。

中央或地方发生重大疑难案件时，皇帝特诏大理寺、刑部、御史台的长官会同审理，称“三司推事”。必要时皇帝还命令刑部会同中书、门下二省集议，以示慎重。次要的案件或地方上的大案不便解送京城，则派遣大理寺评事、刑部员外郎、监察御史组成“三司使”，前往审理。

第三节 宋朝法律制度

(22) 简述宋朝的不动产买卖契约的成立条件

不动产买卖契约的成立要件有如下几项：

首先，“先问亲邻”，即业主欲出卖不动产时，须先询问房亲和邻人有无购买意愿。换言之，房亲和邻人对不动产有优先购买权。法律还规定了亲邻的顺序：“凡典卖物业，先问房亲；不买，次问四邻。其邻以东南为上，西北次之，上邻不买，递问次邻。四邻俱不买，乃外召钱主。”

其次，“输钱印契”，即不动产买卖必须缴纳契税(输钱)，并由官府在契约上加盖官印(印契)。加盖了官印的契约称“赤契”“红契”，具有一定的公证意义；未缴纳契税、加盖官印的契约称“白契”。

再次，“过割赋税”，即在买卖田宅的同时，必须将附着其上的赋税义务转移给新业主。

最后，“原主离业”，即转移标的实际占有，卖方须脱离产业，不动产买卖契约才最终成立。以上四个要件成为后世不动产买卖契约的基本内容。

第四章 元明清法律制度

第一节 元朝法律制度

(23) 简述元朝的监察制度的发展

元朝政权很重视监察制度的建设，目的在于通过对官员尤其是汉族官员的监督，来防止他们拥权自重。通过总结和吸取历史经验教训，元朝建立和发展了颇具特色的监察制度。

首先，加强监察立法，使监察有法可依，有章可循。元世祖时曾颁布了一系列监察法规，以指导和规范监察机关的工作。仁宗时期编纂的《风宪宏纲》，更是元朝监察法律的集大成者。

其次，监察体制设置严密，并且赋予其较大的权限。在机构设置上，中央一级为御史台(中台)，它与中书省互不隶属，地位相同。在地方则设立两个行御史台(行台)——江南(南台)和陕西(西台)，作为中央的派出机构。在中台和行台之下，分二十二道监察区，每道设肃政廉访司。中台、行台与肃政廉访司相衔接，构成了全国范围的垂直监察系统。

其三，重视加强对监察官本身的监督。元政府重视加强对肃政廉访使的领导，对监察官员实行严格监督，规定了详密的行为规范和奖惩措施。肃政廉访使对所辖各地的冤滞如果“举劾失当”，则“并坐之”。对监察官员的犯赃行为加等治罪，即使并未枉法，也予以除名的

处罚。行御史台虽为区域性监察机构，但设官品秩与职权皆与御史台相同。

其四，体现民族歧视政策。为便于对汉族官员进行监察，监察制度中也贯彻了民族歧视政策。终元一世，御史大夫一职“非国姓不以授”，只能由蒙古贵族担任。一般情况下，汉族官吏连充任地方监察机关书吏的资格都不具备。

第二节 明朝法律制度

(24) 简述明朝的中央司法机关：刑部，大理寺，都察院

明朝中央司法机关的名称、职掌均与唐宋有所不同。大理寺、刑部、都察院组成明中央“三法司”。“**刑部受天下刑名，都察院纠察，大理寺驳正。**”刑部是中央司法行政机关，主司审判，下设十三清吏司，分掌各省上诉案件，审核地方上的重案和审理中央百官及京师地区的案件。刑部有权处决流刑以下的案件，但定罪以后须将人犯连同案卷送大理寺复核，死刑案件复核后须奏请皇帝批准。大理寺是复核机关，“**掌审谳平反刑狱之政令**”。对于判决不当的案件则驳令改判，判决得当者才允准具奏行刑。都察院的监察组织和职权有所扩大，负责纠举弹劾全国上下官吏的违法行为，并且参与重大疑难案件的审判工作，监督法律的执行。都察院附设监狱，关押皇帝直接交办的重要案犯。都察院的监察御史还定期巡按地方，对地方司法审判进行监督。为加强司法审判，重大疑难案件实行三法司共同会审，称“三司会审”。

(25) 简述明朝诉讼制度的特点

明朝诉讼制度主要有以下特点：

第一，严厉制裁诬告行为。历朝的法律都视诬告为严重犯罪，诬告者反坐。明律进一步加重处罚，规定诬告加等反坐。

第二，严禁越诉。明律规定：“凡军民词讼，皆须自下而上陈告。若越本管官司辄赴上司称诉者，笞五十。”

第三，军官、军人诉讼一般不受普通司法机构管辖。

第四，明确地域管辖的原则。对于被告不在同一州县，或被告分居数州县诉讼案件的管辖，明律规定了“原告就被告”“轻囚就重囚”“少囚就多囚”“后发就先发”的原则。

第五，强调以民间半官方组织调解“息讼”。

(26) 简述明朝审判制度的特点

明朝审判制度较前朝有较大发展，表现在创设了一套对疑难、重大以及死刑复核案件进行会官审录的会审制度。明朝的会审主要包括以下几种：

第一，三司会审和九卿会审(又称“圆审”)。明继承唐“三司推事”制，遇有重大、疑难案件由三法司长官共同审理，称“三司会审”，最后由皇帝裁决。对于特别重大的案件或已判决但因犯仍翻供不服之案，则由皇帝令六部尚书及通政使司的通政使、都察院左都御史、大理寺卿会审，称为“圆审”，但判决仍须奏请皇帝批准。

第二，朝审。朝审是对已决在押囚犯的会官审理，是古代录囚制度的延续和发展。洪武年间令五军都督府、六部、都察院、六科给事中、通政司、詹事府以及驸马都尉等共同审理大狱，死罪及冤案奏闻皇帝，其他依律判决。英宗时命每年霜降之后，三法司会同公、侯、伯，在吏部或户部尚书主持下会审重案囚犯，从此形成制度。清代秋审、朝审即渊源于此。

第三，大审。大审是一种定期由皇帝委派宦官会同三法司官员审录囚徒的制度，始于英宗正统年间，至宪宗成化十七年(1481年)成为定例，每五年举行一次。在京师由大理寺主持，在地方则由布政使和巡按御史主持。审录范围很广，凡监押囚犯及诉冤者均在大审之列，是

一次全面的狱案清理工作。此制为明朝独有。

第四，热审。即每年暑天小满后十余天，由宦官、锦衣卫会同三法司会审囚犯，一般轻罪决罚后立即释放，徒流罪减等发落，重囚可疑及枷号者则请旨定夺。热审始于成祖永乐二年(1404年)，是在暑热天气来临前决遣和清理在押未决犯及对现监囚犯减等发落的制度。

第三节 清朝法律制度

(27) 简述清朝的民事主体的变化

随着经济的发展以及农民的反抗，清朝的人身依附关系有所削弱，具体表现为：

第一，废除匠籍制度。明将手工业工人列为“匠籍”，子孙相继强制服役，匠户没有人身自由，脱籍者将受严惩。清初废除了这种制度，以雇募工匠代之，手工业工人的人身权利得到了一定保障。

第二，雇工人的地位有所改善。清律中规定的雇工人不列贱籍，但对雇主有很强的人身依附关系，法律地位与雇主显著不平等。雇工人侵犯雇主及其期亲要加等处罚，而雇主侵犯雇工人则比照“凡人相犯”减罪三等。

第三，部分贱籍豁免为良。雍正元年下令，将名列贱籍的陕西、山西的“乐户”，河南的“丐户”，浙江的“惰户”，广东的“疍户”，豁免贱籍，除贱为良，一同编入甲户，不得借端欺凌。此外，还陆续将江南的“丐户”，徽州的“伴当”，宁国府的“世仆”等，开豁为良，三代以后子孙准许应试科考。

第四，奴婢可以开户为民。康熙五十三年(1714年)规定，“凡于康熙四十三年以后所买奴婢，若给原价，仍准赎出为民”。乾隆二十四年(1759年)制定的《八旗家人赎身律》规定：凡八旗户下家人，不分年代，只要本主情愿放出为民，即可呈明本旗，经过官府，而后收入民籍。但本人不准应考出仕，其子孙则无所限制。

此外，清代还禁止将佃户“欺压为奴”“随田买卖”，并禁止债权人强迫债务人“役身折酬”。

第五章 清末民初的法律制度

第一节 清末法律制度

(28) 简述《钦定宪法大纲》

《钦定宪法大纲》是清王朝于1908年颁布的宪法性文件。它由宪政编查馆编订，是清政府“预备立宪”的一个步骤，也是中国历史上的第一个宪法性文件。《钦定宪法大纲》共23条，分为正文“君上大权”和附录“臣民权利义务”两部分。第一部分共14条。规定了皇帝至高无上的地位，“大清皇帝统治大清帝国，万世一系永永遵戴”“君上神圣尊严，不可侵犯”。君主在立法、行政、司法、统率军队、宣布战争与媾和、宣布戒严等方面拥有绝对权力，并在许多条文之后加上“议院不得干涉”“皆非议院所得干预”等词语，以保障皇权、限制议会的权力。第二部分有9条。规定了臣民纳税、服兵役、遵守法律诸项义务以及抄自日本宪法中的一些臣民权利。但对于每项臣民权利，均以“在法律范围内”作为限制语，并规定“皇帝得以诏令限制臣民之自由”。《钦定宪法大纲》基本上以1889年《大日本帝国宪法》的前两章为蓝本。

《钦定宪法大纲》无论在结构形式上还是条文内容上，都体现了“大权统于朝廷”的精神。其最突出的特点就是皇帝专权，人民无权。其实质在于给君主专制制度披上“宪法”的外衣。但《钦定宪法大纲》对于皇权的“法定”和关于臣民权利与义务的第一次明确规定，对于启发民智，培养近代法律意识具有一定的意义。

(29) 简述《十九信条》

《十九信条》全称《宪法重大信条十九条》，是清政府于辛亥革命爆发后制定的又一个宪法性文件。1911年10月，武昌起义爆发，风暴很快席卷大半个中国，南方各省纷纷宣布独立，清王朝的统治处于土崩瓦解之中。资政院仅用三天时间即拟定《宪法重大信条十九条》，11月3日由清政府公布。《十九信条》在形式上被迫缩小了皇帝的权力，相对扩大了国会和内阁总理的权力，它虽仍然强调“大清帝国皇统万世不易”“皇帝神圣不可侵犯”，但已无实质意义。对于人民的权利只字未提。《十九信条》作为一种应急的政治策略，显然并不可能挽回清王朝大厦将倾的败局。

(30) 简述《大清现行刑律》的主要内容

《大清现行刑律》是清政府于1910年5月15日颁行的一部过渡性法典，它在《大清律例》的基础上作局部调整删改而成，共36卷，389条，另有附例1327条，并附《禁烟条例》12条和《秋审条例》165条。

与《大清律例》相比，《大清现行刑律》的变化主要是：取消了《大清律例》中按吏、户、礼、兵、刑、工六部名称而分的六律总目，将法典各条按其性质分隶30门；关于继承、分产、婚姻、田宅、钱债等纯属民事性质的条款不再科刑；设置了新的刑罚体系，删除了凌迟、枭首、戮尸、刺字等残酷刑罚和缘坐制度，将主体刑罚确定为死刑(斩、绞)、遣刑、流刑、徒刑、罚金等五种；增加了一些新罪名，如妨害国交罪、妨害选举罪、私铸银元罪以及破坏交通、电讯的犯罪等。对于律例合编的模式以及“十恶”重罪等内容未作更改。可见《大清现行刑律》只是在局部和形式上对《大清律例》进行修改，无论在表现形式、法典结构以及具体内容上都仍是一部传统性质的法典。

(31) 简述《大清新刑律》的主要内容(2006-综-66)

《大清新刑律》(原称《钦定大清刑律》)是清政府于1911年1月公布的中国历史上第一部近代意义上的专门刑法典。《大清新刑律》分为总则和分则两编，共53章，411条，另附有《暂行章程》5条。同《大清律例》和《大清现行刑律》相比较，《大清新刑律》在形式和内容上都有比较大的改动：

第一，在体例上抛弃了以往旧律“诸法合体”的编纂形式，采用近代西方刑法典的体例，将法典分为总则与分则两部分。总则17章，规定了犯罪和刑罚的一般原则及法的适用范围；分则36章，以罪名为章名，规定了犯罪的构成和法定量刑幅度。

第二，采用近代刑罚体系，规定刑罚分为主刑和从刑两种。主刑包括死刑(仅绞刑一种)、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金，从刑包括褫夺公权和没收两种。

第三，引入了西方的刑法原则和刑法学的通用术语。如罪刑法定主义原则，“法律面前人人平等”原则，取消了十恶、八议、官当以及按官秩、良贱、服制等刑律适用原则；采用西方国家通用的既遂、未遂、缓刑、假释、时效、正当防卫等制度和术语。在各省设感化院，对少年犯改用惩治教育。

第四，调整了部分罪名。如将谋反罪改为内乱罪，新增有关国交、外患、电讯、交通、卫生等罪名。

《大清新刑律》是近现代意义上的专门刑法典，是清末修律的代表作。其后，因“礼法之争”而作出妥协，附录《暂行章程》5条，具有浓厚礼教色彩。《大清新刑律》公布后不久清王朝即告覆亡，该律并未正式施行。

(32) 简述《大清民律草案》的主要特点

清末在民商法的立法体例上采取民商分立的原则,《大清民律草案》的制定由修订法律馆与礼学馆共同承担:修订法律馆委托日本法学家松冈义正起草民律草案前三编总则、债权、物权,后两编亲属与继承由修订法律馆会同礼学馆制订。于1911年10月完成。草案全文共36章,1569条。因武昌起义爆发,该草案未及正式颁布。《大清民律草案》遵循的立法原则主要有以下三个方面:采纳各国通行的民法原则;以最新最合理的法律理论为指导;充分考虑中国特定的国情民风,确定最适合中国风俗习惯的法则,并适应社会演进的需要。其特点如下:

第一,民律前三编以“模范列强”为主。在起草者松冈义正的影响下,以日、德、瑞士民法典为参照,体例结构取自德国民法典。在总则编中,采取了私有财产所有权不可侵犯、契约自由、过失致人损害应予赔偿等基本原则。债权编规定了债权的标的、效力、让与、承认、消灭以及各种形式债的意义和有关当事人的权利义务等。物权编主要规定了对各种形式的财产权的法律保护及财产使用内容等。

第二,民律后两编以“固守国粹”为主。根据民律草案的起草原则,所有涉及亲属关系以及与亲属关系相关联的财产关系,均以中国传统为主。这两编主要参照现行法律、经义和道德,虽也采纳了一些资产阶级的法律规定,但更注重吸收中国传统社会历代相沿的礼教民俗。亲属编对亲属关系的种类和范围、家庭制度、婚姻制度、未成年人和成年人的监护、亲属间的抚养等作了规定。继承编规定了自然继承的范围及顺位、遗嘱继承的办法和效力以及对债权人和受赠人利益的法律保护。

《大清民律草案》不仅前三编与后两编风格迥异,而且亦与当时中国实际严重脱节。《大清民律草案》虽然不太成熟,但作为中国历史上第一部民法典草案,对以后的民事立法产生了重要影响。

(33) 论述礼法之争

礼法之争,是指在清末变法修律过程中,以张之洞、劳乃宣为代表的“礼教派”与以修订法律大臣沈家本为代表的“法理派”,围绕《大清新刑律》等新式法典的修订原则产生的论争。沈家本、杨度等人基于对清朝所面临的社会危机及对西方国家政治法律制度的深入理解,主张大力引进西方近代法律理论与制度。而以张之洞、劳乃宣为代表,包括地方督抚在内的清廷上层官僚、贵族,认为修订新律应“浑道德与法律于一体”,尤不应偏离中国数千年相传的“礼教民情”。

法理派与礼教派争论的焦点主要集中在:

其一,关于“干名犯义”条存废。“干名犯义”专指子孙控告祖父母、父母的行为。法理派从西方国家通行的法理出发,提出“干名犯义”属“告诉之事,应于编纂判决录时,于诬告罪中详叙办法……不必另立专条”。而礼教派则认为“中国素重纲常,故于干名犯义之条,立法特为严重”,不能在新刑律中没有反映。

其二,关于“存留养亲”。沈家本等人认为,“古无罪人留养之法”“存留养亲”不编入新刑律草案,“似尚无悖于礼教”。礼教派认为,“存留养亲”是宣扬“仁政”、鼓励孝道的重要方式,不能排除在新律之外。

其三,关于“无夫奸”及“亲属相奸”等。礼教派认为“奸非”严重违反传统道德,故传统刑律予以严厉处罚。“亲属相奸”更是“大犯礼教之事,故旧律定罪极重”。新律中也应有专门规定。法理派则认为,“无夫妇女犯奸,欧洲法律并无治罪之文”。“此事有关风化,当于教育

上别筹办法，不必编入刑律之中”。至于亲属相奸，“此等行同禽兽，固大乖礼教，然究为个人之过恶，未害及社会，旧律重至立决，未免过严”。因此依“和奸有夫之妇”条款处以三等有期徒刑即可，“毋庸另立专条”。

其四，关于“子孙违犯教令”。礼教派认为，“子孙治罪之权，全在祖父母、父母，实为教孝之盛轨”。法理派则指出：“此全是教育上事，应别设感化院之类，以宏教育之方。此无关于刑事，不必规定于刑律中也。”

其五，关于子孙卑幼能否对尊长行使正当防卫权。礼教派认为，“天下无不是之父母”，子孙对父母祖父母的教训、惩治，最多像舜帝那样“大杖则走，小杖则受”，绝无“正当防卫”之说。法理派则认为，“国家刑法，是君主对于全国人民的一种限制。父杀其子，君主治以不慈之罪；子杀其父，则治以不孝之罪”，惟有如此“方为平允”。

“礼法之争”的结局是法理派的退让和妥协。清廷在新刑律后附加五条《暂行章程》，规定了无夫妇女通奸罪；对尊亲属有犯不得适用正当防卫；加重卑幼对尊长、妻对夫杀伤等罪的刑罚；减轻尊长对卑幼、夫对妻杀伤等罪的刑罚等。礼法之争在客观上对传播近代法律思想和理论起到了一定的积极作用。

(34) 简述清末修律的主要特点(2014-综-66)

第一，在立法指导思想，清政府迫于激变的时局，不得不“改弦更张”“参酌各国法律”进行变法修律，但在根本问题上又坚持修律应“不戾乎中国数千年相传之礼教民情”。因此，借用西方近现代法律制度的形式，坚持中国固有的制度内容，即成为清朝统治者变法修律的基本宗旨。

第二，在内容上，一方面，清末修律坚持君主专制及伦理纲常“不可率行改变”，在新修新订的法律中继续保持肯定和维护专制统治的传统；另一方面，又标榜“吸收世界各国大同之良规、兼采近世最新之学说”，大量引入西方法律理论、原则、制度和法律术语，使得保守的内容与先进的近代法律形式同时显现于新订法律法规之中。

第三，在法典编纂形式上，修律改变了中国传统的“诸法合体”的形式，明确了实体法之间、实体法与程序法之间的差别，分别制定、颁行或起草了有关宪法、刑法、民法、商法、诉讼法、法院组织法等方面的法典或法规，形成了近代法律体系的雏形。

第四，在实质上，修律是在保持君主政体的前提下进行的，既不能反映人民群众的要求和愿望，也没有真正的民主形式。

(35) 简述清末修律的影响：

首先，修律导致中华法系走向解体。随着修律过程中一系列新的法典、法规的出现，不仅传统的“诸法合体”的形式被抛弃，而且中华法系“依伦理而轻重其刑”的特点也受到了极大的冲击。

其次，修律为中国法律的近代化奠定了基础。通过清末大规模的立法，参照西方资产阶级法律建立起来的一整套法律制度和司法体制，对后世特别是北洋政府和南京国民政府近代法律制度的发展提供了条件。

再次，修律在一定程度上引进和传播了西方近现代法律学说和法律制度。修律第一次全面而系统地向国内介绍和传播了西方法律学说和资本主义法律制度，使得近现代法律知识在中国得到一定程度的普及，从而促进近代法治观念的逐步形成。

最后，修律在客观上有助于推动中国资本主义的发展和法学教育的近代化。

(36) 简述清末的领事裁判权制度。(2010-综-66)

(1)领事裁判权指一国通过其驻外领事对在另一国领土上的本国国民按照本国法律行使司法管辖权，属于“治外法权”的一种。(2分)

(2)清末领事裁判权制度确立于1843年的《中英五口通商章程》及其后的《虎门条约》，并在随后签订的一系列不平等条约中得以扩充。至20世纪20年代，相继有20多个国家与中国签订了相关条约。1864年清政府在上海租界内设立外国领事馆官员可参与会审的专门审判机构，会审公廨制度正式形成。这一制度是领事裁判权制度的延伸。(3分)

(3)外国在华领事裁判权的主要内容是：中国人与享有领事裁判权国家侨民之间的刑事民事案件，均依被告主义原则适用法律和实行司法管辖；享有领事裁判权国家的侨民间的刑事民事案件，由所属国领事法院或者相应机关审理，中国官员不得过问；不同国家侨民之间的争讼，一般均适用被告主义原则；享有领事裁判权国家的侨民与非享有领事裁判权国家的侨民之间的争讼案件，若前者是被告，则适用被告主义原则，若后者是被告，则由中国法院管辖。领事裁判权是帝国主义列强干涉中国内政、操纵中国司法的重要手段，严重破坏了中国的司法主权。(3分)

(37) 简述清末司法组织体制改革的主要内容。(2011-法综-33)

清末对传统的司法组织体制进行了较大调整：

其一，改刑部为法部，掌管全国司法行政事务，以使行政与司法分立，并改省按察使司为提法使司，负责地方司法行政工作及司法监督。

其二，改大理寺为大理院，作为全国最高审判机关。在地方设立高级审判厅、地方审判厅和初级审判厅，形成新的司法系统。

其三，实行审检合署，在各级审判厅内设置相应的检察厅，对刑事案件进行侦查、提起公诉、实行审判监督，并可参与民事案件的审理，充当诉讼当事人或公益代表人。

(38) 简述清末诉讼审判制度的改革的主要内容。(2016-法综-33)

清末引进了一系列西方近代诉讼审判原则和具体制度，包括：

第一，在诉讼程序上实行四级三审制度。

第二，规定了刑事案件的公诉制度、附带民事诉讼制度、民事案件的自诉及代理制度、证据制度、保释制度等，并承认律师辩护的合法性。

第三，在审判制度上，允许辩论，实行回避、审判公开等，明确了预审、合议、公判、复审等程序，并吸收了西方国家一系列司法原则，如司法独立、辩护制度等，但并未能真正实施。

第四，初步规定了法官及检察官考试任用制度。

第五，改良监狱及狱政管理制度。

第二节 南京临时政府法律制度

(39) 简述《中华民国临时政府组织大纲》(2012-法综-33) (2017-法综-33) (2017-综-66)

《中华民国临时政府组织大纲》(以下简称《临时政府组织大纲》)是辛亥革命胜利后备省都督府代表会议通过的关于筹建中华民国临时政府的纲领性文件，于1911年12月3日通过，1912年1月2日修订，共4章21条。它第一次以法律形式宣告废除封建帝制，以美国的国家制度为蓝本，确立了中华民国的基本政治体制，实行三权分立原则；临时政府为总统制共和

政体,临时大总统为国家元首和政府首脑,统率军队并行使行政权力;立法权由参议院行使,参议院由各省都督府委派3名参议员组成。在参议院成立以前,暂时由各省都督府代表会议代行其职权;临时中央裁判所作为行使最高司法权的机关,由临时大总统取得参议院同意后设立。

《临时政府组织大纲》是资产阶级共和国的第一个宪法性文件,其历史意义在于用法律的形式肯定了辛亥革命的成果,为以孙中山为首的中华民国南京临时政府的成立提供了法律依据。《临时政府组织大纲》虽然在形式上并不十分完备,但它第一次以法律的形式确认共和政体的诞生,宣告废除帝制,因而具有进步意义,并成为制定《中华民国临时约法》的基础。

(40) 简述《中华民国临时约法》的制定和主要内容(2013-综-66)(2013-法综-33)

《中华民国临时约法》(以下简称《临时约法》)是在辛亥革命后南北议和的过程中制定的。1912年1月下旬,各省都督府代表会议先后召开两次约法起草会议,议定关于中央政体均采用总统制。至2月上旬,南北议和即将告成,孙中山依前议要辞去临时大总统职位,由袁世凯接任。为了以法律手段防止袁世凯擅权,临时参议院在2月9日审议约法草案时,决定将原来的总统制改为责任内阁制。3月8日,《临时约法》在参议院三读通过,并于袁世凯在北京就任临时大总统的次日——3月11日由孙中山正式公布,共7章,56条。

《临时约法》具有中华民国临时宪法的性质,在正式宪法实施前,具有与宪法相等的效力。作为一部资产阶级民主共和国性质的宪法文件,具有革命性和民主性。它也有立法技术的问题,尤其是训《临时约法》带有因人立法的局限性,体现了资产阶级革命派的宪政理想主义和现实软弱性。其主要内容包括:

其一,明确宣示中华民国为统一的民主共和国。“中华民国由中华人民组织之”;“中华民国之主权,属于国民全体”。

其二,确立了资产阶级民主共和国的政治体制和国家制度。实行三权分立的政府组织原则,采用责任内阁制,规定临时大总统、副总统和国务员行使行政权力,参议院是立法机关,法院是司法机关,并规定了其他相应的组织与制度。

其三,规定人民享有广泛的权利及应尽之义务。《临时约法》规定人民享有人身、财产、居住、迁徙、言论、出版、集会、结社、通信、信教等项自由和选举、被选举、考试、请愿、诉讼等权利。

其四,确认保护私有财产的原则。以法律的形式破除清王朝束缚私人资本主义发展的各种桎梏。

(41) 简述《中华民国临时约法》的特点及其历史意义

《临时约法》的主要特点就是对袁世凯加以限制和防范。主要表现在:

其一,改总统制为责任内阁制,以限制袁世凯的政治权力。

其二,扩大参议院的权力。《临时约法》规定参议院除了拥有立法权外,还有对总统决定重大事件的同意权和对总统、副总统的弹劾权。临时大总统对参议院议决事项复议时,如有2/3的参议员仍坚持原议,大总统必须公布施行。

其三,规定特别修改程序。《临时约法》规定,约法的增删修改,须由参议院议员2/3以上或临时大总统之提议,经参议员4/5以上之出席,出席议员3/4以上之赞成方可进行,

以防止袁世凯擅自修改变更约法。

《临时约法》作为近代第一部全面的资产阶级宪法文件，肯定了辛亥革命的成果，彻底否定了中国数千年来的君主专制制度，肯定了资产阶级民主共和制度和民主自由原则，在全国人民面前树立起“民主”“共和”的形象。它所反映的资产阶级的愿望和意志，在当时条件下是符合中国社会发展趋势的，也在一定程度上反映了广大人民群众的主张。但由于历史条件的限制，《临时约法》也存在明显的不足和严重的缺陷，其中既有立宪观念的问题，也有具体条文和立法技术的问题，但这些并不影响其历史意义。

(42) 简述有关保障民权、发展经济、文化教育、社会改革等的法令

南京临时政府在其存在的短短3个月时间内，颁布了一系列革命法令，旨在保障民权，发展经济，促进文化教育和社会改革。择其要者分述如下：

其一，保障民权的法令。《保护人民财产令》是孙中山督责内务部发布的重要法令，共5条。该法令以保护人民财产为急务，确认财产权为基本民权之一，是人民赖以生存的基础。同时对清政府及其官吏的财产规定了不同的处理办法，体现了分化瓦解清朝官吏的政策和策略。孙中山还先后发布了《大总统令内务部禁止买卖人口文》《大总统令广东都督严行禁止贩卖猪仔文》《大总统通令开放棚户惰民等许其一体享有公权私权文》《大总统令外交部妥筹禁绝贩卖猪仔及保护华侨办法》等，禁止买卖人口，废除各种贱民身份，切实保护海外华侨的利益。

其二，发展经济的法令。为适应民族资产阶级发展民族经济的迫切要求，颁布了一些保护人民营业权利和振兴实业、发展经济的法规和法令，鼓励兴办实业，奖励农垦，鼓励华侨在国内投资。如临时大总统发布的《慎重农事令》，实业部曾拟定《商业注册章程》和《商业银行暂行则例》等法规。

其三，文化教育方面的法令。以“启文明而速进化”作为拟定教育方案、颁布教育法规的指导方针，采取措施发展文化教育。颁布《普通教育暂行办法及课程标准》《禁用前清各书通告各省电文》等法令，规定奖励女学，实行男女同校，废止读经，禁用前清学部颁行的教科书，并要求各种教科书的内容“务合乎共和国宗旨”。高等学校虽可暂依旧章办理，但《大清会典》《大清律例》《皇朝掌故》《国朝事实》及其他有碍民国精神的书籍，一律废止，前清御批等书亦一律禁止使用。教育部通电各省，要求废除有碍民国精神的科目，还明令各省筹办“共和宣讲社”，宣传革新事实、共和国民之权利义务以及尚武、鼓励实业等新的社会风尚，注重公民道德。

其四，社会改革方面的法令。颁布了一系列社会改革法令，旨在革除社会陋习，移风易俗，振奋民族精神，提倡近代文明，改进社会风尚。法令主要内容涉及禁烟、禁赌、剪辫、劝禁缠足、改革称呼旧制等。

(43) 简述南京临时政府司法改革的主要措施(2007-综-66)

第一，确立司法独立的原则。《临时约法》第51条规定：“法官独立审判，不受上级官厅之干涉。”为保证法官独立行使审判权，第52条专门规定：“法官在任中不得减俸或转职，非依法律受刑罚宣告，或应免职之惩戒处分，不得解职。”

第二，禁止刑讯。临时大总统于1912年3月初发布“禁止刑讯令”，在历数刑讯制度的种种罪恶后，严令：“不论行政司法官署及何种案件，一概不准刑讯；鞫狱当视其证据之充实与否，不当偏重口供；其此前不法刑具，悉令焚毁。”

第三，禁止体罚。临时政府颁布“禁止体罚令”，规定：“不论司法行政各官署审理及判

决刑民案件，不准再用笞杖、枷号及他项不法刑具，其罪当笞杖、枷号者，悉改科罚金、拘留。”并申明俟日后制定法典时再订详制。

第四，试行公开审判及陪审制。《临时约法》第50条规定：“法院之审判，须公开之；但有认为妨害安宁秩序者，得秘密之。”湖北军政府《临时上诉审判所暂行条例》也规定：“诉令之辩论及判断之宣告，均公开法庭行之。但有特别事件，可宣示理由，停止公开。”陪审员参与审判活动也开始出现。

第五，试行律师制度。辛亥革命之后，苏、沪、杭等地区纷纷成立律师组织，并向政府申请领证注册。孙中山在《大总统令法制局审核呈复律师法草案文》中肯定律师制度与司法独立相辅为用，为文明各国通行的制度。

第三节 北洋政府法律制度

(44) 简述北洋政府立法活动的特点(2016-综-66)

第一，采用、删改清末新订之法律。清末新订的法律具有近代意义，是中国法律的近代转型。1912年3月10日，袁世凯在就任临时大总统时即下令：“现在民国法律未经议定颁布，所有从前施行之法律及《(大清)新刑律》，除与民国国体抵触各条应失效外，余均暂行采用，以资遵守。”以后北洋政府制定法律，多以清末新订的法律为蓝本。

第二，采用西方资本主义国家的某些立法原则。辛亥革命后，民主共和的思想日渐深入人心，而且不可抗拒和逆转。发展资本主义日益成为社会的潮流。北洋军阀统治者为了求得自身的生存与发展，不得不采取民主共和制形式与西方国家近代法律的某些原则和内容。

第三，制定颁布众多单行法规。在沿用清末法律的同时，北洋政府制定颁布了一系列单行法规。刑事、治安方面的，如《戒严法》《惩治盗匪法》《治安警察条例》《陆军刑事条例》《海军刑事条例》等；民事、商事方面的，如《公司条例》《矿业条例》《商人通例》等。在这些单行法规中，有大量属于立法程序简单、针对性强、便于补充修改的特别法，其效力高于普通法。北洋政府大理院的判例明确宣布：“特别法应先于普通法，必特别法无规定者，始运用普通法。”

第四，判例和解释例成为重要的法律渊源。所谓判例，就是大理院判决的典型案列；所谓解释例，是大理院对法律的解释，或者对各级法院提出的疑难问题的解释。北洋政府广泛运用判例与解释例，使之成为审判案件的重要依据，既补充了成文法的“未备”，又便于发挥成文法所不易发挥的作用。

(45) 简述《中华民国宪法草案》(“天坛宪草”)

《中华民国宪法(草案)》是北洋政府时期的第一部宪法草案，于1913年10月31日由国会宪法起草委员会三读通过。由于该委员会主要是在北京天坛祈年殿进行起草活动，故称这部宪法草案为“天坛宪草”。“天坛宪草”共11章113条，采用资产阶级三权分立的宪法原则，确认了民主共和制度，体现了国民党等在野派势力通过制宪限制袁世凯权力的意图。

首先，在政权体制上，“天坛宪草”继续肯定**责任内阁制**，国务总理的任命须经众议院的同意，国务员对众议院负责，而不是对总统负责。行政权力实际由总理和各部部长行使，总统处于虚权国家元首的地位。

其次，“天坛宪草”规定了国会对总统行使诸如解散国会、任命总理等重大权力的牵制权，国会不仅有立法权，而且有弹劾权和对被弹劾的大总统、副总统及国务员的审判权。**为防止总统利用紧急处分权实行独裁，增设国会的常设机关国会委员会。**

再次，严格限制总统任期，规定大总统任期5年，只能连选连任一次。

最后，设立独立于行政机关的审计院，负责审核国家财政收入和支出的决算，核准国家岁出之支付命令。审计员由参议院选举产生，总统无权任免。

这部宪法草案，为一心独揽权力的袁世凯无法容忍，遂制造借口下令解散国民党，并最终于 1914 年 1 月解散国会，“天坛宪草”因此被废弃。

这部宪法草案，为一心独揽权力的袁世凯无法容忍，遂制造借口下令解散国民党，并最终于 1914 年 1 月解散国会，“天坛宪草”因此被废弃。

(46) 简述《中华民国约法》(“袁记约法”)

北洋政府于 1914 年 5 月 1 日公布的《中华民国约法》，因系袁世凯一手操纵和炮制，故又称“袁记约法”，共 10 章 68 条。它是军阀专制全面确立的标志。《中华民国约法》与《临时约法》有着根本性的差别，主要表现在：

其一，以根本法的形式彻底否定了《临时约法》所确立的民主共和制度，代之以袁世凯的个人独裁。它的出笼使辛亥革命的成果丧失殆尽，是对《临时约法》的全面反动。

其二，完全否定和取消了责任内阁制，实行总统独裁的政治体制，赋予总统形同专制帝王一样至高无上的地位和权力。

其三，取消了国会制，设立有名无实的立法院。在立法院成立前，由纯属总统咨询机关的参议院代行立法院的职权。

其四，规定了人民的基本权利与义务，但无一例外地设定了“于法律范围内”或“依法律所定”等前提条件，有关人民基本权利的规定实际上成为一纸空文。

1914 年 12 月，参议院炮制了《修正大总统选举法》。规定大总统的任期为 10 年，可连选连任；现任大总统可以推荐继承人，不限制荐贤、荐子，实际上承认了总统可以世袭。这部法律的制定公布为袁世凯复辟帝制提供了跳板。

(47) 简述《中华民国宪法》(“贿选宪法”)

北洋政府于 1923 年 10 月 1 日公布的《中华民国宪法》，因系曹锟为掩盖“贿选总统”丑名而授意炮制，故又被称作“贿选宪法”，是中国近代宪政史上公布的第一部正式宪法。这部宪法共 141 条，分为 13 章：国体，主权，国土，国民，国权，国会，大总统，国务院，法院，法律，会计，地方制度，宪法之修正解释及效力。《中华民国宪法》的特点主要表现在：

其一，条文完备，形式民主。该宪法以 1913 年“天坛宪草”为底本，吸纳了宪法学者近十年以来的研讨成果，立法技术较为成熟。宪法规定“中华民国永远为统一民主国”“中华民国主权属于全体国民”。这是对复辟帝制和各种专制政体的彻底否定。该宪法还规定了人民广泛的民主权利，以及代议制、责任内阁制、司法独立、财政审计制度等。这些条文对民主制度的建构，形式上已颇为完备。

其二，名义上实行地方自治，实则确认国内军阀的势力范围。为了平衡各派军阀和大小军阀之间的关系，巩固曹锟、吴佩孚控制的中央大权，对“国权”和“地方制度”作了专门规定，实际上宪法成了大小军阀实现利益分配的账单。

第六章 南京国民政府及革命根据地法律制度

第一节 南京国民政府法律制度

(48) 简述《六法全书》(2009-综-66)

南京国民政府建立之初即开始仿照大陆法系国家建构中国的以法典为核心的法律体系。

1928—1937年期间,国民政府先后公布实施了六个门类的法律法规:宪法(《训政时期约法》)、民法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、行政法,建立起国民政府法律体系的基本框架。

以这些大类法规中的基本法典(行政法除外)为中心,各有一整套的关系法规,即低位阶的法律、条例、通则、规程、规则、细则、办法、纲要、标准、准则以及判例、解释例等不同层次和性质的法律,组成一个严密的、层次分明的法律系统。国民政府采取“以法典为纲、以相关法规为目”的方式,将法典及相关法规汇编成《六法全书》。《六法全书》的编纂标志着国民政府六法体系的建构完成,实现了法律形式上的近代化。长期以来,人们在习惯上把南京国民政府的法律制度简称为“六法全书”或“六法”。

六法体系包括以下几个层次:

其一,基本法典。构成六法体系核心的是宪法、民法、刑法和程序法等基本法典(行政法例外)。

其二,相关法规。即围绕基本法典而制定的低位阶法规,如条例、命令、细则、办法等。这些相关法规作为补充,与各部门的基本法典一起构成了完整的法律部门。

其三,判例、解释例。即最高法院依照法定程序作出的判例和司法院大法官会议作出的解释例和决议。把判例和解释例作为重要的法律渊源,是南京国民政府对北洋政府法律遗产的继承和发展,它们是成文法的重要补充,可以对成文法加以引申或进行实质意义上的修正。最高法院的判决例,经“采为判例,纳入判例要旨”,并报司法院核定者,具有法律效力。若最高法院各庭之间就某一判例有争议,则由司法院之变更判例会议作出决定。司法院大法官会议则拥有解释宪法、法律的权力,其作出的解释例或决议,具有与宪法或法律同等的效力。

(49) 简述南京国民政府法律制度的主要特点(2011-综-66, 2018-综-53,

2018-法综-38)

1. 以孙中山的“遗教”为立法的根本原则。《训政纲领》开宗明义地说,“实施总理三民主义,依照建国大纲”是纲领的制定宗旨。《中华民国训政时期约法》也标榜“国民政府大革命之三民主义、五权宪法,以建设中华民国”。《中华民国宪法》更声称“中华民国国民大会受全体国民之付托,依据孙中山先生创立中华民国之遗教,为巩固国权,保障民权,奠定社会安宁,增进人民福利,制定本宪法,颁行全国永矢咸遵”。

2. 特别法多于普通法,其效力往往也高于普通法。国民政府鉴于制定特别法简单方便,因而大量颁行特别法,尤其是刑事特别法。这些特别法破坏了国民党在普通成文法典立法中所树立的建设民主、法制国家的形象,使国家法律在实质和形式意义上产生强烈的反差与冲突。

3. 形成了以《六法全书》为标志的国家成文法律体系。国民政府的立法是清末政府和北洋政府立法的继续和发展,它采用大陆法系以成文法为主的法律体系,同时也是中国法律文化在继受外来法和保留固有法道路上寻求妥协和调和的进一步探索。六法体系的建立,标志着中国法律近代化在形式上达到了顶点。

4. 不成文法在法律体系中占据重要地位。国民政府最高法院的判例、司法院的解释例、司法机关认可的习惯以及法理,都可作为司法机关行使审判权的依据。

(50) 简述《训政纲领》

《训政纲领》是《中国国民党训政纲领》的简称,于1928年10月由国民党中央常务会议通过,是国民党政权“训政”时期的纲领性文件。《训政纲领》确立了训政时期国民党“一党治国,以党训政”的施政方针,共6条。规定在训政时期由中国国民党全国代表大会代表国民大会领

导国民行使政权。在其闭会期间，则由国民党中央执行委员会行使政权。国民政府从属于国民党中央机关。在国民党与人民的关系上，体现了“训政保姆论”的精神，即国民党是人民的政治保姆，训练幼稚的国民行使政权。《训政纲领》确认国民党为最高训政者，把国民党全国代表大会及中央执行委员会规定为国家最高权力机关，把中央政治会议变为政府的直接领导机关，从而建立了国民党一党专政的政治制度。

(51) 简述《中华民国训政时期约法》(2014-法综-33)

《中华民国训政时期约法》于1931年5月5日由“国民会议”制定，同年6月1日由南京国民政府公布施行，共8章，89条。主要内容是：**以根本法的形式确认《训政纲领》的“党治”原则，建立国民党一党专政的国家制度；规定五院制的政府组织形式；罗列一系列公民权利与自由，但又多加限制；利用国家的名义，发展官僚资本。**

(52) 简述《中华民国宪法》

1946年11月，蒋介石撕毁“双十协定”和政协决议，召开国民大会，于12月25日通过《中华民国宪法》，定于1947年1月1日公布，12月25日施行。该法共14章，依次是总纲，人民之权利义务，国民大会，总统，行政，立法，司法，考试，监察，中央与地方之权限，地方制度，选举、罢免、创制、复决，基本国策，宪法之施行及修改，共175条。基本精神与《训政时期约法》和“五五宪草”一脉相承，但基于政协通过的“宪法修改原则”12条(即实行国会制、内阁制、省自治、司法独立、保护人民权利等)的重大影响，又不得不在具体条文上有所变动。

《中华民国宪法》的主要内容包括：

第一，依三民主义、五权宪法确定国体与政体。

第二，规定国民大会为全国最高政权机关，但对其职权加以限制。

第三，形式上采用总统制，但总统的权力受立法院、行政院、监察院的制约。

第四，规定人民各项民主自由权利及必要的宪法义务。

第五，采取中央与地方分权体制，形式上赋予省、县两级地方政府以自治权。

1947年《中华民国宪法》的颁行，标志着国民政府训政时期之结束，宪政正式肇始。同时，又仿效美国的司法审查制度，赋予司法院以解释宪法和统一解释法律及命令之权。司法院设立大法官会议负责该项权力行使。从宪法条文看，《中华民国宪法》可以算得上近代中国最为民主的宪法之一。这与第二次世界大战后民主进步力量的发展是分不开的。《中华民国宪法》是中国近代立宪史上内容较为系统、完整的一部宪法，也是中国法制近代化的主要成果之一。

(53) 简述《中华民国刑法》(1935年)主要特点。(2008-综-66)

1935年1月1日公布修订第二部《中华民国刑法》，通称“新刑法”。与旧刑法相比，新刑法吸收了西方最新的刑法理论和立法经验，作了较大的修改：由“客观主义”改为“侧重于主观主义”，强调犯罪性质而非客观后果；由“报应主义”改为“侧重于防卫社会主义”，强调“保全与教育机能”，引进保安处分制度。

新刑法分总则、分则两编，共357条。总则12章，为法例、刑事责任、未遂犯、共犯、刑名、累犯、数罪并罚、刑之酌科及加减、缓刑、假释、时效、保安处分；分则35章，规定各种罪名及刑罚。新刑法的主要特点是：

其一，继受西方国家通行的刑事法律原则，注重采纳与传统宗法伦理原则相适应的法律制度。在立法原则方面，继受了罪刑法定、罪刑相适应以及刑罚人道主义等原则；在罪名

体系和刑罚制度方面，一准西方国家通行良规。为适应传统的宗法伦理精神，刑法典还注重吸纳西方刑事立法中对亲属犯罪的特别规定，如对侵害直系尊亲属的犯罪行为，采取加重处罚原则。为继承传统的宗法伦理精神，刑法典保留了更多传统中国刑法的痕迹，如对侵害直系尊亲属的犯罪行为，采取加重处罚原则；同居相为隐原则得到一定的体现，如规定罪犯的配偶、五亲等内之血亲或姻亲犯便利犯人逃脱、藏匿犯人、湮灭证据等犯罪，可以减轻或免除处罚；亲族间犯盗可以免于处罚、适用亲告；纵容纳妾。刑法典设有重婚罪，但纳妾不属于重婚范围。最高法院在判例中明确指出：“所谓重婚及相婚，均指正式婚姻而言，如未正式结婚，纵令事实上有同居关系，仍难以成立该罪。”

其二，在时间效力上取“从新从轻主义”，但保安处分取“从新主义”和裁判后的“附条件从新主义”。在空间效力上以属地主义为主，属人主义为辅，兼取特定犯罪的保护主义和世界主义。

其三，采取社会防卫主义，增设保安处分。刑罚分主刑和从刑，分别为死刑、无期徒刑、有期徒刑和褫夺公权、没收。保安处分增设专门一章，是受西方国家社会防卫主义主流刑法思想和立法实践影响的体现。保安处分是用来补充或替代刑罚以预防犯罪、维护社会秩序的强制性措施，其适用对象是未成年的少年犯及有犯罪或妨碍社会秩序嫌疑之人。有拘禁(拘于一定场所实施感化教育)和非拘禁(监视、限制活动自由)两种方式。作为刑罚的补充，保安处分有其合理性。

(54) 简述《中华民国民法》(2012-综-66)(2010-法综-33)

《中华民国民法》是分编草拟分期公布的：总则编于1929年5月公布，债及物权两编于同年11月公布，亲属和继承两编于1930年12月公布。民法典沿袭《大清民律草案》和北洋政府的《民律草案》，采德国民法编制体例结构。第一编总则，分法例、人、物、法律行为、期日及期间、消灭时效、权利之行使7章；第二编债，分通则、各种之债2章；第三编物权，分通则、所有权、地上权、永佃权、地役权、抵押权、质权、典权、留置权、占有10章；第四编亲属，分通则、婚姻、父母子女、监护、扶养、家、亲属会议7章；第五编继承，分遗产继承人、遗产之继承、遗嘱3章。法典由5编29章1 225条组成，是中国历史上第一部正式颁行的民法典。主要内容和特点包括：

其一，采用社会本位的立法原则。民法典采取社会本位，在民法的基本价值方面摒弃个人主义，转而注重社会公共利益，对私人所有权、契约自由、遗产继承加以一定的限制，强调只有个人利益不违背社会公益，始予保护。同时确立无过失损害赔偿责任。

其二，在具体制度上，将外国民法之最新学理、最新立法例加以吸纳、整合，萃成本国民法。民法典以旧民律草案为基础对其做了大量修正，着力参照苏联、德国、日本、瑞士等国民法，表现出新的历史条件下继受法与固有法结合的特点。

其三，采取民商合一的编纂体例。只编纂民法典，不单独编纂商法典。

其四，重在维护私有财产所有权及地主土地经营权。尤以物权编规定最详，占法典全部29章中的10章，即1/3强。对所有权的取得、保护，土地所有权及经营权均详细规定。

其五，婚姻家庭制度体现浓厚的固有法色彩。民法典肯定包办买卖婚姻及传统习惯，维护夫妻间的不平等和家长制。如夫妻财产由夫管理，子女从父姓，家置家长，双方合意的买卖婚姻有效等。

总括而言，民法典前三编引进了德国、日本、瑞士民法的大量条文，后两编带有较多的传统色彩。南京国民政府虽然制定了形式上先进的民法典，却并未真正解决民生问题。因为无论是民法典，还是各项民事单行法，皆以维护有产者的权利为主旨，从未切实推行过“耕

者有其田”“节制大资本”的社会改革政策。《中华民国民法》基本达到世界近代民法典的水准，是中国实现民事立法近代化的重要标志之一。

（55）简述南京国民政府的诉讼制度的特点

国民政府的诉讼法在一定程度上采纳了资产阶级的诉讼原则，如公开审判原则、律师辩护原则、合议审判原则等，具有进步意义。

1. 采取严密的侦查制度。按照刑事诉讼法和有关法规的规定，国民政府中行使刑事侦查的机构很多，检察官、司法警察、宪兵、军士、特务等都有刑事侦查权力。特别是检察官，权力很大，几乎可以动用一切的人力物力，侦查或处分任何人或事。

2. 实行“自由心证”的诉讼原则。南京国民政府的《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》都规定，在证据制度中采取“自由心证”的原则。也就是说，在诉讼过程中，证据的证明力及其是否被采用，由法官的内心信念，即依“心证”来自由判断和取舍。

3. 实行秘密审判制度和陪审制度。《法院组织法》规定，对于所谓“妨害公共秩序”的案件，即政治案件，实行秘密审判。对于违犯《戡乱时期危害国家紧急治罪条例》的刑事案件，经秘密审理后作出的裁判，当事人不得上诉或抗告。这种名曰“陪审制”实际上是党内审判制度。

4. 扩大并强化军事和军法机关的审判。国民政府通过颁布刑事特别法，在诉讼制度方面不断扩大和强化军事和军法机关的审判。如第三次国内革命战争时期修正公布的《戒严法》规定：戒严时期在接战地域内，不但地方司法事务归该地最高司令官掌管，司法官受该地司令官指挥，而且刑法上的“内乱罪”“外患罪”“妨害秩序罪”“公共危险罪”“抢夺强盗及海盗罪”等以及违犯其特别刑法规定之罪者，军事机关得自行审判；在无法院或与管辖的法院交通断绝时，其他刑事和民事案件，由该地军事机关审判。这些规定，不仅使军事机关直接参与司法，而且实际上使司法机关直接处于军事机关的操纵之下。

5. 维护帝国主义在华军队的特权。国民政府在1946年6月5日下令延长适用在抗日战争时期颁行的《处理在华美军人员刑事案件条例》，规定在华美军人员在中国境内犯罪的刑事案件，归美军军事法庭及军事当局裁判。这就从诉讼程序上为开脱美在华军队所犯罪责提供了方便。

第二节 革命根据地法律制度

（56）简述《中华苏维埃共和国宪法大纲》

1931年11月《宪法大纲》包括序言和17条正文对人民民主专政的基本问题作出了明确规定：

其一，规定苏维埃国家性质是工人和农民的民主专政国家。政权属于以工人阶级为领导的劳苦大众，剥夺军阀、官僚、地主、资本家、豪绅、僧侣及一切剥削人的人和反革命分子的政治权利。

其二，规定苏维埃国家政治制度是工农兵代表大会。全国工农兵代表大会及其中央执行委员会为保证工农大众参加国家管理，便于工人阶级及其政党的领导，实行民主集中制和议行合一原则。

其三，规定并保障苏维埃国家公民的权利和义务。工农及一切劳苦民众享有广泛的民主权利及人身自由。各级政府采取切实有效的措施，提供力所能及的物质保障条件。

其四，规定苏维埃国家的外交政策。宣布中华民族完全自主与独立，不承认帝国主义在中国的一切特权，废除一切不平等条约。对受迫害的世界革命者给予保护，对居住在苏区

从事劳动的外国人给予法定的政治权利。

《宪法大纲》具有重要的历史意义，它是第一部由劳动人民制定、确保人民民主制度的基本法，是中国共产党领导人民反帝反封建的工农民主专政的纲领。《宪法大纲》是“中国共产党领导人民反帝反封建的工农民主专政的纲领”；它是人民自己制宪的最初尝试”。但由于缺乏宪政经验和受到“左”倾思想的影响，《宪法大纲》也存在一定的缺陷，如混淆民主革命与社会主义的界限；阶级路线上搞“左”倾关门主义和国家结构问题上照搬苏联经验等。

(57) 简述《中华苏维埃共和国土地法》

《中华苏维埃共和国土地法》于1931年11月由中华工农兵苏维埃第一次全国代表大会通过，其主要内容包括：

第一，规定没收一切地主、富农、反革命分子及农村公共土地，没收一切地主豪绅、军阀的所有财产，宣布废除一切债务契约。

第二，规定对于没收来的土地财产的分配，按照最有利于贫雇农、中农利益的原则进行，具体方法是，以乡为单位，贫雇农、中农按人口平均分配，或按人口与劳动力的混合标准平均分配。富农如果不参加反革命活动，并且能够自食其力，可以分得较坏的田。

第三，规定了土地所有权问题，即现阶段不禁止土地的出租与买卖，同时规定在条件具备的时候实行土地国有制。

这部土地法仍有极其严重的“左”倾错误，如在土地分配上实行“地主不分田，富农分坏田”的政策。

(58) 简述《陕甘宁边区施政纲领》

1941年11月颁布的《陕甘宁边区施政纲领》，是抗日民主政权制定的最具代表性的宪法性文件。其主要内容包括：

其一，明确阐述抗日民主政权的主要任务，是《抗日救国十大纲领》确定的“抗日”“团结”“民主”：发扬民主，团结边区各社会阶层、各抗日党派，发动一切人力、物力、财力、智力，为保卫边区、保卫中国、驱逐日本帝国主义而战。

其二，加强政权民主建设，规定根据地政权的人员构成实行“三三制”原则，即共产党员占1/3，非党左派进步人士占1/3，中间派占1/3。实行普遍、直接、平等、无记名投票的选举制度，保障一切抗日人民的选举权、被选举权及其他人权、财权及各项自由。

其三，改进司法制度，厉行廉洁政治。如坚决废除肉刑，重证据不重口供；明确公务人员是人民公仆，严惩贪污和假公济私行为，实行以俸养廉等。

其四，规定边区的基本文化经济政策。从“发展经济，保障供给”的总方针出发，发展农、林、牧、手工和工业，奖励扶助私人企业，保障经营自由。贯彻统筹统支的财政制度，征收统一累进税，维护法币，巩固边币。创办各类学校，普及免费义务教育。尊重知识分子，提高边区人民的政治文化水平。

《陕甘宁边区施政纲领》以反对日本帝国主义，保护抗日人民，调节各抗日阶级利益，改善工农生活，镇压汉奸反动派为基本出发点，全面、系统地反映了抗日民族统一战线的要求和抗战时期的宪政主张。

(59) 简述抗日时期的土地立法

1937年8月颁布的《抗日救国十大纲领》确立了“减租减息”的原则。以陕甘宁边区为代表，抗日民主政权土地立法的主要内容包括：

第一，保护土地所有权。明确宣布在已经过土改的地区，参加抗日的人员可以同等分配土地；在未经土改的地区，保护私有土地所有权人在法定范围内自由使用、收益、处分(买卖、典当、抵押、赠与、继承)的权利。

第二，减租交租。按照“二五减租”原则，在未经土改的地区，地主出租土地的地租必须比抗战以前原租额减轻25%。收租人不得多收、预收、收取押租及欠租作息；承租人不得短少租额。

第三，保障佃权。除法定的收回租地的条件外，承认累世承租者有永佃权，出租人不得随意撤佃。

第四，减轻债务利息。现存债务付息过本一倍，停利还本；过本两倍，本利停付；规定借贷年利率不得超过10%或15%；禁止一切利息外剥削，以限制高利贷。

抗日民主政权土地立法激发了农民的抗日积极性，调整了农村阶级关系，加强了各革命阶级团结，为争取民族抗战的胜利奠定了基础。

(60) 简述抗日时期的刑事立法

第一，镇压与宽大相结合的原则。对汉奸分子除不愿悔改者外，不问过去行为如何，一律实行宽大政策，给予政治上、生活上的出路。对不愿悔改者，依法严办，绝不放任。在实施中区分首要与胁从，惩办主要施于首要分子，宽大主要施于胁从分子。

第二，贯彻平等保障人权的原则。纠正了第二次国内革命战争时期在刑法适用上“唯成分论”的“左”倾错误，不再因被告人的本人成分或家庭出身而加重或减轻处罚。

第三，反对威吓报复，实行感化教育。反对简单的惩办主义和报复主义，减少罪犯痛苦，以利于其安心守法、彻底改造。各边区刑事立法确定的主要罪名有：其一，汉奸罪。其二，破坏坚壁财物罪。其三，贪污罪。

(61) 简述马锡五审判方式

马锡五在担任陕甘宁边区陇东专署专员兼边区高等法院陇东分庭庭长期间，他在巡回审判中贯彻群众路线，深入农村，调查研究，实事求是地了解案情；依靠群众，教育群众，尊重群众意见；方便群众诉讼，手续简便，不拘形式。他依靠群众纠正错案，解决疑难案件，被人民群众誉为“马青天”。他的审判工作经验被总结为“马锡五审判方式”。马锡五审判方式是把中国共产党群众路线的工作方针创造性地运用到审判工作中去的司法民主的崭新形式。

“他的审判工作经验被总结为“马锡五审判方式”。”后增加“戏剧《刘巧儿》的原型封芝琴和张柏的婚姻案，就是马锡五审理的典型案列。

(62) 简述《陕甘宁边区宪法原则》

《陕甘宁边区宪法原则》分为政权组织、人民权利、司法、经济和文化五部分，共24条。其主要内容是：

第一，采取人民代表会议制的政权组织形式，以保证人民管理政权机关。规定边区、县、乡人民代表会议为人民管理政权机关，各级政权形式上开始由参议会过渡为人民代表会议制度，为新中国的基本政治制度奠定了基础。

第二，保障人民享有广泛的民主权利。边区人民不分民族一律平等，少数民族聚居区享有民族区域自治的权利。

第三，确立边区的人民司法原则。各级司法机关独立行使职权，不受任何干涉。除司法机关、公安机关依法执行职务外，任何机关、团体不得有逮捕审讯行为。人民有权以任何

方式控告失职的公务员。

第四，确立边区的经济文化政策。经济上采取公营、合作、私营三种方式，组织一切人力、财力促进经济繁荣，为消灭贫穷而斗争。保障耕者有其田，劳动者有职业，企业者有发展机会。普及提高人民的文化水平。

(63) 简述《中国土地法大纲》

1947年10月10日，党中央召开全国土地会议，制定公布了《中国土地法大纲》，共16条，其主要内容是：

第一，宣布废除封建、半封建性剥削的土地制度，实行耕者有其田。

第二，规定土地改革须遵守的原则是依靠贫雇农，团结中农，保护工商者，正确对待地主富农。

第三，确定以乡村为单位、按人口平均分配一切土地的分配办法。在土地数量上抽多补少，质量上抽肥补瘦。地主及其家属、国民党官兵家属也可分得与农民同样的土地和财产。

第四，确认人民对所分得土地的所有权。政府发放土地证，允许土地所有人自由经营、买卖及在特定情况下出租土地。

第五，确定土地改革的执行机关为乡村农民大会、贫农团大会、区县省级农民代表大会。对一切违抗或破坏土地改革的罪犯，组成人民法庭予以审判。

第六，确认保护工商业的原则。

《中国土地法大纲》总结了中国共产党二十多年来土地革命的基本经验教训，修正了第二次国内革命战争以来土地立法的错误，调动了农民革命与生产的积极性，对保证解放战争的胜利起了决定性作用。