2001年研究生入学考试应试指导丛书

2001 法律硕士入学考试

综合考试应试指导

李　力　主编

北京大学出版社
北　京

需要全本请访问 www.ertongbook.com

图书在版编目(CIP)数据

2001 年法律硕士入学考试综合考试应试指导/ 李力主编 .—北京:北京大学出版社,2000 .4
(2001 年研究生入学考试应试指导丛书)
ISBN 7-301-04492-5

Ⅰ 2… Ⅱ 李… Ⅲ .法律-研究生-入学考试-自学参考资料
Ⅳ .D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 03860 号

书　　名:**2001 年法律硕士入学考试综合考试应试指导**
著作责任者:李　力　主编
责 任 编 辑:林君秀　符丹
标 准 书 号:ISBN 7-301-04492-5/ G·576
出　版　者:北京大学出版社
地　　址:北京市海淀区中关村北京大学校内　100871
网　　址:http:/ / cbs .pku .edu .cn/ cbs .htm
电　　话:出版部 62752015　发行部 62754140　编辑室 62752027
电 子 信 箱:zpup@pup .pku .edu .cn
排　版　者:北京大学出版社激光照排中心
印　刷　者:
发　行　者:北京大学出版社
经　销　者:新华书店
850 毫米×1168 毫米　32 开本　18.375 印张　458 千字
2000 年 4 月第一版　2000 年 4 月第一次印刷

定　　价:23.00 元

第一部分　法理学

第一章　法的特征

第一节　法、法律的词义

一、汉语“法”与“法律”的演变

了解法律的词源和词意对于理解法律实质很有必要。汉字“法”的古体为“ ”。据《说文解字》解释:，刑也，平之如水，从水，所以触不直者去之，从去。”“ ”是一种神兽，它“性知有罪，有罪触，无罪则不触”。由此可知，在中国古代，法与刑紧密结合，刑就是法；在古代，法就有公平的象征意义；同时，神明裁判在古代法中具有重要地位。汉字“律”与法在一定意义上同义。史书言:“商鞅传授，改法为律。”《说文解字》中解释为:“律，均布也。”“均布”是古代调音律的工具，把律解释为均布，着重体现规范的含义。段玉裁注言:“律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布也。”《尔雅·释诂》称:“法，常也；律，常也。”这种同义从其他文献中也可以了解到，在秦汉时期，“法”与“律”二字已基本同义。到唐朝，在法律上对此直接予以言

明。《唐律疏议》称:“法亦律也,故谓之为律。”而把“法”和“律”连用为“法律”,则迟至清末才出现,据考证是由日本传入的。

二、法与法律在西语中的区分

在西文中,除英语的law同汉语中的“法律”对应外,欧洲大陆的各民族语言中都用两个词把“法”和“法律”分别加以表达。比如拉丁文的jus和lex,法文中的droit和loi,德文中的recht和gesetz,意大利语中的diritto和legge,西班牙语中的derecho和ley,等等。与汉语有别的是西文中的jus、droit、recht等词既表示“法”,又兼有“权利”、“公平”、“正义”等富有道德意味的抽象含义。而lex等词通常指具体规则,其词义明确、具体、技术性强。

三、我国当代“法”与“法律”的使用

我国当代的法学理论,在使用“法律”一词时,通常有广义与狭义上的区别。广义的法律指法的整体,包括法律、有法律效力的解释及行政机关为执行法律而制定的规范性文件(如规章)。而狭义的法律则专指有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性文件。另外,法与法律之间也有所区别。

相应地,在我国现代法律制度中,法律也有广狭两层含义:一是指包括宪法、行政法规在内的一切规范性法律文件;一是指全国人民代表大会及其常委会制定的基本法律以及基本法律以外的法律。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第二节　法的形式特征

所谓法律的形式特征，是法律区别于其他事物和现象的征象和标志所在。了解法律的特征是为了更好地把握法律的性能、作用，把握法律的自身规律。由于法律的特征是法律固有的、确定的东西，人们无法主观想像，任意编造，只能科学地予以认识和分析。法律的一般特征可以归纳为四个基本方面，即：是调整行为关系的规范；由国家专门机关制定和认可；以权利义务双向规定为调整机制；通过国家强制力保证实施。

一、调整行为关系的规范

(一) 行为关系是法律的调整对象

法律通过对行为的作用来调整社会关系。法律不是通过对人们思想的调整来调整社会关系的。人的行为才使人与人之间的关系得以建立和存在，这种“社会关系”是以行为为条件的，并形成“行为关系”的。行为关系是社会关系中的一种，它是一种表现于外部的通过人们行为而发生的社会关系。达成社会控制的有效途径是通过对人们行为的调整进而对社会关系进行调整。另外，在法律上，行为是极为重要的。法律一般不以主体作为区分标准，而是以行为作为区分标准。法律是针对行为而设立的，因而它首先对行为起作用，首先调整人的行为。对于法律来说，不通过行为控制就无法调整社会关系。这是法律区别于其他社会规范的重要特征之一。

(二) 法律的规范性

法律是一种行为规范，之所以说它具有规范性，是因为：

(1) 法律具有概括性。它是一般的、概括的规则，不针对具体的人和事，可以反复适用。这一点又使法律同非规范性法律文件(如判决书) 区别开来。(2) 法律的构成要素中以法律规范为主。这不仅表现在法律规范在量方面占主导地位，而且法律概念、法律原则等要素是为法律规范服务的。(3) 法律同其他社会规范有着显著的区别，一般的规范都不具有这种严密的逻辑结构。法律的规范性决定了它的效率性。法律是抽象的、概括的，它无须像个别指引那样对具体的人和事作出具体的指引，只要通过规范的安排和指引，即规范性调整，它就能对一切同类主体和同类行为起到作用，每个人只须根据法律采取行为，不必事先经过任何人的批准，因而其作用是高效率的。

二、由国家专门机关制定和认可

(一) 制定和认可是法律创制的主要方式

制定是指国家机关通过立法活动产生新规范。认可是国家对既存的行为规则予以承认，并赋予其法律效力。

制定的情况和条件是特定的，法律的认可通常有三种情况: (1) 赋予社会上已存在的习惯、经验、道德、宗教、习俗、礼仪等一般社会规则予必要的认可，使之具有法律效力; (2) 认可国际法规范，其方式是通过加入国际组织、承认或签订国际条约等; (3) 特定国家机关对具体案件的裁决，由此概括产生规则或原则，并赋予这种规则或原则以法律效力。其中，最常见的是第一种情况。

(二) 法律的国家性

法律由国家制定或认可，具有国家性，这包括三层意义: 其一，它是以国家的名义创制的。虽然说法律是统治阶级意志的体现，但在特定意义上它超出了这一范围。法律具有“ 一种表面上

凌驾于社会之上的力量”，它需要在全国范围内实施，这就要求以国家名义来制定和颁布。其二，法律的适用范围是以国家主权为界域的，这是区别于以血缘关系为范围的原始习惯的重要特征。其三，法律是由国家强制力为保证的。以上是法律区别于其他社会规范的重要特征。其内容从本质上说是统治阶级的意志，但从形式上必须表现为国家意志。只有经过国家制定或认可的统治阶级意志才是国家意志。

(三) 法律的普遍性

由于法律是国家制定或认可的，从而它体现出“普遍性”的特征。一般来说，法律在一国全部地域范围内对一切人和组织发生效力。但是我们应当看到法律的“普遍性”的程度是不一样的，因为不同的法律在空间、时间和对人的效力上是不一样的。法律在空间上的效力取决于这个规范是在全国范围内普遍生效，还是只在某一规定的地区内生效，或是预先规定在国外生效。

三、以权利义务双向规定为调整机制

(一) 法律以权利和义务为内容

(1) 法律的要素以法律规范为主，而法律规范中的行为模式是以授权、禁止和命令的形式规定权利和义务；法律规范中的法律后果则是对权利义务的再分配。(2) 法律对人们行为的调整主要是通过权利义务的设定和运行来实现的，因而法律的内容主要表现为权利和义务。(3) 权利义务是主体法律地位的体现，不管法律是怎样的法律，不管这种法律以权利为本位还是以义务为本位，权利和义务总是被立法者所充分重视，也受社会各成员关注。法律上的权利和义务规定具有确定性和可预测性的特点，它明确地告诉人们该怎样行为，不该怎样行为以及必须怎样行为；人们根据法律来预先估计自己与他人之间该怎样行为，并预见到

行为的后果以及法律的态度。

(二) 法律的利导性

法律利导性是从法律是社会各利益关系的调整机制而派生的特征。法律通过规定人们的权利和义务来分配利益，影响人们的动机和行为，进而影响社会关系。法律的利导性取决于法律上的权利和义务的规定是双向的。“双向”表现在：权利和义务是两个截然不同的事物，一个表征利益，一个表征负担；一个是主动的，一个是被动的，它们是两个互相排斥的对立面。义务是权利的范围和界限，权利是义务的范围和界限；法律只要规定了权利就必须规定或意味着相应的义务。权利以其特有的利益导向和激励机制作用于人的行为，并且权利可以诱使利己动机转化为合法行为并产生有利于社会的后果。义务也具有利导性，因为许多义务本质上意味着利益负担以及责任后果，所以它能促使人们不做法律禁止并且最终不利于自己的事，而履行法律规定的积极义务。义务以其特有的约束机制和强制机制作用于人的行为，使人们从有利于自身利益出发来选择行为。通过义务对行为和社会关系进行调整的规范很早以前就出现，如道德、宗教规范，但它们都不采用利导的机制，不承认利益，只提倡对社会、对他人的责任和义务。法律是具有利导性的，只有法律是通过权利和义务的双向规定来影响人们的意识并调节有意识的活动的。

四、通过国家强制力保证实施

(一) 法律以国家强制力保证实施

法律的实施由国家强制力保证，如果没有国家强制力作后盾，那么法律在许多方面就变得毫无意义，违反法律的行为得不到惩罚，法律所体现的意志也就得不到贯彻和保障。国家强制力是指国家的军队、警察、法庭、监狱等有组织的国家暴力。尽管

许多社会规范也有强制力，但是其他社会规范的强制力不具有国家性。国家强制力是法律与其他社会规范的重要区别。但是，(1) 法律的强制力不等于纯粹的暴力。法律的强制力以法定的强制措施和制裁措施为依据。(2) 法律的强制力具有潜在性和间接性。这种强制性只在人们违反法律时才会降临到行为人身上。法律的强制力并不意味着法律实施过程的任何时刻都需要直接运用强制手段。当人们自觉遵守法律时，法律的强制力并不显露出来，而只是间接地起作用。(3) 国家强制不是法律实施的惟一保证力量。法律的实施还依靠诸如道德、经济、文化等方面的因素。

(二) 法的程序性

法律的实施虽然是强制进行的，但它是由专门的机关依照法定程序执行的。所谓法的程序性，即法律的强制实施都是通过法定时间与法定空间上的步骤和方式而得以进行的。从历史上看，法律的强制实施都或多或少是通过程序进行的。古代法也十分重视程序以保证法律的实施，只不过这种程序的出发点、程序的标准与现代法的程序有区别罢了。近现代法律只是对法的程序标准加以正当化，使法律实施的方式更科学、更理性。

第三节　法的本质特征

一、如何认识法的本质

马克思主义法学运用辩证唯物主义和历史唯物主义，科学地阐明了法的本质。

(一) 鉴别“本质”与“现象”

所谓本质，与现象相对，指事物的内部联系，而现象是事物的外部联系。本质总要通过现象来表现，现象又总是本质的外化。法的现象是法的外部联系和表面特征，是外露的、变化的。它是通过经验的、感性的认识就能够了解到的。法的本质则是法的内部联系，它深藏于法的现象背后，是深刻的、稳定的，它需要通过抽象思维才能把握。法的本质和现象有时还互相渗透、互相转化。

(二) 界定“内容”与“形式”

内容是形式的内容，形式是内容的形式，二者又可相互转化。在一种关系中是内容，在另一种关系中可能就是形式。我们不可能从法的形式上去认识和把握法的本质，而应当从法的内容方面来认识和把握法的本质。但是由于法的内容具有多个方面，因此认识法本质的角度是多方面的。

(三) 区分“实然”与“应然”

“实然”是指事物的实际状态，它回答的问题是“事实是什么”;“应然”是指事物的理想状态，它回答的问题是“应当是什么”。法也具有这种特点，在法的实然与应然之间存在一定的距离。实际存在的法与人们期待的法总会有这样那样的差异。用法学方法论来说明，这也就是实证分析与价值分析的差异。在运用实证方法的时候，我们只看到法的实际状况，当我们同时运用实证与价值分析方法的时候，我们既可以看到法的实际面貌，又从最根本的——人的需要出发，确立了一种法所追求的价值目标。

法的本质特征是法理学的一个重要的本体论问题。历史上许多法学家、思想家对法本质问题都作过探讨，由于他们各自研究角度、分析方法以及指导思想的差异，因此他们对法本质的认识复杂而多样。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

二、法的意志性与规律性

(一) 法律的意志性

历史上对于法律的本质问题进行过相当多的探讨，其中多认为法律是一种意志，即具有意志性。而它是何种意志，则众说纷纭。神意论把法律解释为神的意志，其典型代表是中世纪经院主义神学家托马斯·阿奎那。理性论把法律解释为人的理性，其中也往往将法律作为人的意志的体现来阐述。卢梭认为:“法律乃是公意的行为。”法国大革命中诞生的《人权宣言》中称:“法律是公共意志的体现。”马克思主义创始人并不否认法律是人的意志的体现，但马克思主义认为，这种人的意志是统治阶级的意志。法律作为人类创造的一种行为规则，必须渗透着人类的需要和智慧。法律的意志性表现在法律对社会关系的一定的需要、理想和价值。比如需要秩序与安全，那么这种秩序与安全就是人类对法律所寄予的希望，体现了人的意志。法律的意志性是不可否定的，但是并不是说法律的这种意志性具有任意性。自然法观念认为，悬于实在法之上还存在一个自在的客观的法，即自然法。自然法不是被制定出来的。立法者的任务并不是创造法律，而是揭示和发现自然法。

(二) 法的规律性

马克思主义法学认为，法的内容是由社会物质生活条件决定的，它必然被客观法律制约。无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。在所有的客观规律中最重要的是客观存在的经济生活，即一定的经济关系。所以，法必然具有规律性，它是在对客观规律的认识和把握的基础上制定的。

虽然法具有明显的规律性，我们也不能把法律与规律等同起

来。规律是客观的，而法律不完全是客观的。尊重规律和反映规律，不等于把客观规律完全照搬到法律里面。立法者根据一定的意志，除了客观地规定一些规律之外，也可能有意识地为克服规律而规定一些内容。

三、法的阶级性与共同性

法律是阶级统治和社会管理的手段。

法学思想史上存在过一种把法律理解为公共意志的理论，也有一种把法律理解为民族精神的理论。我们不能把法律绝对化为公共意志或者民族精神。绝对的“公共意志论”抹杀了法律的阶段性，绝对的“民族精神论”掩盖了法律的人类共同性。马克思主义法学一方面认为法律具有阶级性，另一方面又承认法具有共同性。阶级性，即法律是在政治、经济和文化方面占统治地位的阶级意志的体现，是统治阶级进行阶级统治的工具。统治阶级意志通过国家机关的立法活动，上升为国家意志，从而使法律与该阶级统治的政策、道德区别开来。

共同性，即某些法律内容、形式、作用效果并不以阶级为界限，而是带有相同或相似性。比如：不同性质的国家，其统治阶级制定的法律有某些相同或者相似性；同一国家历史上的不同阶段的法律存在相同或相似性；统治阶级的法律对于被统治阶级也有利。这是因为：(1) 法律的规律性影响法律的共同性。既然法律是对客观规律的反映，而客观规律是不以人的意志为转移的客观存在，所以法律反映规律也就决定了不同法律的某些共同性。(2) 法律是社会公共管理的手段。法律中有某些执行社会公共事务的规定，而且这类规定在近现代法律中日益增多。(3) 法律具有某些特殊的形式，所以，就有了诸如法规程序、法律语言、适用技术等方面的共同性。(4) 人类交往增多也是法律共同性的一

个重要影响因素。法律在现代社会不仅是调整国内关系的工具，也成为国际交往的桥梁和纽带、一种国际对话的渠道。

四、法的利益性与正义性

从应然意义上讲，法律是为实现社会正义而调整各种利益关系的工具。

法律与法学史上有不少思想家把法律与利益、正义结合起来进行考察，并认为法律是一种利益的体现，也有人认为法律就是正义。马克思主义法学从来不否认法律与利益、正义的关系，马克思主义法学主张法律所体现的阶级意志是由该阶级的利益所决定的；法律应当是正义的；但不存在抽象的利益和抽象的正义。马克思主义法认为法律的制定必然反映特定的利益，法律的意志内容就是由统治阶级的利益所决定的。

无论从“实然”还是从“应然”来说，法律都具有利益性。法律所调整的是一种社会利益关系，根据利益内容来分，存在经济利益、政治利益和精神利益；根据利益主体来分，存在国家、社会、集体和个人的利益；根据阶级来分，存在统治阶级利益与被统治阶级利益；根据整体与局部关系来分，存在整体利益和局部利益（比如中央与地方利益)。各种利益之间存在矛盾和冲突，因此法律才成为必要。法律作为社会控制的手段，必须规定各种利益的分配，平衡各种利益关系，有时法律还是各种利益的相互平衡与妥协的产物；法律也必须对社会实际利益关系进行调整。从应然来说，法律应当具有正义性，否则就是“恶法”。正义，在不同的场合有不同表现形态，如公平、公正、正当和合理，它是人类共同向往的理想和境界。从实质上讲，正义是一种观念形态，是一定经济基础上的上层建筑。但是正义又是活生生的、实践着的，它具有客观和具体的特点。立法可以说是法律对利益的

第一次分配，它应当符合并体现正义；法律实施可以说是法律对利益的第二次分配，它也应当符合并体现正义。

同步练习题

一、填空题

1. 汉字____与法在一定意义上同义。史书言:“商鞅传授,改法为律。”《_____》中解释为:“律,均布也。”

2. 在西文中,除英语的 law 同汉语的“法律”对应外,欧洲大陆的各民族语言中都用两个词把“_____”和“_____”分别加以表达。

3. 在我国现代法律制定中,法律也有广狭两层含义:一是指包括宪法、行政法规在内的_____;一是指_____制定的基本法律以及基本法律以外的法律。

4. 法律的实施由_____保证,如果没有_____作后盾,那么法律在许多方面就变得毫无意义,违反法律的行为得不到惩罚,法律所体现的意志也就得不到贯彻和保障。

5. 所谓本质,与现象相对,指事物的_____,而现象是事物的____。

6. 到唐朝,在法律上对此直接予以言明。_____称:“法亦律也,故谓之为律。”

7. 与汉语有别的是西文中的 Jus、droit、recht 等词既表示“法”,又兼有_____、_____、_____等富有道德意味的抽象含义。

8. 法律的要素以法律规范为主,而法律规范中的_____是以授权、禁止和命令的形式规定了_____。

9. 法律上的权利和义务规定具有_____和_____的特点，它明确地告诉人们该怎样行为，不该怎样行为以及必须怎样行为。

10. 法律的强制力是以_____和_____为依据。

11. 法律的强制力具有_____和_____。这种强制性只在人们违反法律时才会降临在行为人身上。

12. 法律的强制力并不意味着法律实施过程的任何时刻都需要直接运用强制手段，当人们_____时，法律的强制力并不显露出来，而只是_____起作用。

二、判断题

1. 在周朝时，“法”与“律”二字已基本同义。而把“法”和“律”连用为“法律”，则迟至清末才出现，据考证是由日本传入的。

2. 马克思主义法学认为，法的内容是由社会物质生活条件决定的，它必然被客观规律制约。

3. 马克思说：只有毫无历史知识的人才不知道，君主们在任何时候都不得不服从经济条件，并且从来不能向经济条件发号施令。

4. 法必然具有规律性，它是在对客观规律的认识和把握的基础上制定的。

5. 无论是政治的立法或市民的立法，都不只是表明和记载经济关系的要求。

6. 法律规范中的法律后果则是对权利的再分配。

7. 法律对人们行为的调整主要是通过权利义务的设定和运行来实现的，因而法律的内容主要表现为权利和义务。

8. 法律的强制力等于纯粹的暴力。

9. 国家强制是法律实施的惟一保证力量。

需要全本请访问 www.ertongbook.com