

2005年

法律硕士联考名师讲义系列丛书

法律硕士联考 名师讲义·综合课

法理学 高其才
宪法学 胡锦涛
法制史 赵晓耕
● 编著

● 紧扣大纲 ● 辅以案例
● 突破难点 ● 准确扣题

法律硕士联考名师讲义·综合课

法理学:高其才

宪法学:胡锦涛 张献勇

法制学:赵晓耕

中国经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律硕士联考名师讲义·综合课/胡锦涛,高其才,赵晓耕编著.

—北京:中国经济出版社,2004.7

(法律硕士联考辅导)

ISBN 7-5017-6396-8

I. 法… II. ①胡…②高…③赵… 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(2004)第 021632 号

出版发行:中国经济出版社(100037·北京市西城区百万庄北街3号)

网 址:WWW.economyph.com

责任编辑:王希(电话:010-68319110 13521584710)

责任印制:石星岳

封面设计:北京华子图文设计公司

经 销:各地新华书店

承 印:北京人民文学印刷厂

开 本:787mm×1092mm 1/16 印 张:18.25 字 数:418千字

版 次:2004年7月第1版 印 次:2004年7月第1次印刷

印 数:0—5,000册

书 号:ISBN 7-5017-6396-8/D-425 定 价:36.00元

版权所有 盗版必究 举报电话:68359418 68319282

服务热线:68344225 68353507 68341876 68341879 68353624

中国法律硕士专业学位研究生入学联考介绍

法律硕士专业学位(JM)是从美国、英国等西方国家的法律人才培养方式中引进而来的。为适应我国社会主义市场经济和依法治国对高层次应用型法律人才的需要,加快与国际法律教育接轨,1996年,经国务院学位委员会批准,中国人民大学、北京大学、中国政法大学等八所院校首批试点招收法律硕士研究生,招生规模逐年扩大,目前全国有39所高校招收法律硕士研究生,考生可以同时报考两所院校,在联考学校之间可以调剂。全国试办法律硕士专业学位的39所学校为:北京大学、中国人民大学、清华大学、对外经济贸易大学、中国政法大学、中国人民公安大学、中国社会科学院研究生院、南开大学、山西大学、辽宁大学、吉林大学、黑龙江大学、复旦大学、华东政法学院、上海交通大学、南京大学、苏州大学、南京师范大学、浙江大学、安徽大学、厦门大学、江西财经大学、山东大学、烟台大学、郑州大学、河南大学、武汉大学、中南财经政法大学、湘潭大学、湖南大学、中山大学、海南大学、西南政法大学、四川大学、西南财经大学、贵州大学、云南大学、西北政法学院、兰州大学。

法律硕士专业学位研究生教育的培养目标是按法学一级学科和法律职业的基本要求确定的,课程设置覆盖了法律二级学科的主要内容,与法学硕士学位研究生教育处在同一层次上,两者相比各有所侧重,前者主要培养应用型、复合型高级法律人才,后者则侧重于培养学术型、专业型高级法律人才。从长远来看,随着法律研究生教育的发展,教学、科研人才应主要通过法学博士生教育来培养,法学硕士将逐渐减少,最终与法律硕士并轨。法律硕士专业学位研究生教育将起到承上启下的作用,一方面为法律各部门输送人才,另一方面也为法学博士生教育提供宽广的生源基础。

由于历史原因,我国法律人才专业口径~~经过窄~~、人才规格单一,加上招生方法及培养模式均不适于高层次的复合型、应用型法律人才的培养,难以满足现代化建设特别是政法队伍建设的迫切需要。目前高质量的法律人才不足,尤其是社会急需的高层次的应用型、复合型法律人才更为缺乏,因此,法律硕士毕业生就业前景广阔。

从2000年起,法律硕士专业学位研究生入学考试专业课实行全国联考(统一命题、统一阅卷),并只招收具有国民教育序列大学本科学历(或具有本科同等学力)的非法律专业毕业生。不得报考法律硕士专业学位的13个专业包括:法学、经济法、国际法、国际经济法、劳动改造法、商法、公证、法律事务、行政法、律师、涉外经济与法律、知识产权法、刑事法。加强对从事法律工作相关能力和发展潜力的考查,是联考的一个突出特点和基本思路。根据法律硕士专业学位培养的目标,联考更强调考生运用基本知识和原理的能力、运用法律语言的能力及进行逻辑分析、推理、论证的能力。

2003年起,法律硕士联考共考四门,政治理论(文科,使用全国统考试卷,100分)、外国语(使用全国统考试卷,100分)、专业基础课(含刑法学、民法学,150分)、综合课(含法理学、宪法学和中国法制史,150分)。

目 录

法 理 学

第一章 法的本质与特征·····	(1)
第二章 法律的起源与演进·····	(10)
第三章 法律作用·····	(18)
第四章 法律制定·····	(24)
第五章 法律体系·····	(33)
第六章 法律要素·····	(39)
第七章 法律渊源与法律分类·····	(45)
第八章 法律实施·····	(54)
第九章 法律解释与法律推理·····	(67)
第十章 法律关系·····	(73)
第十一章 法律责任·····	(81)
第十二章 法治·····	(88)
第十三章 法律与社会·····	(93)

中 国 法 学

第一章 宪法基本理论·····	(107)
第二章 宪法的创制、实施和保障·····	(120)
第三章 国家基本制度·····	(130)
第四章 公民的基本权利和义务·····	(155)
第五章 国家机构·····	(171)

中国宪法制史

第一章 夏商周春秋法律制度·····	(197)
第二章 战国秦汉三国两晋南北朝法律制度·····	(207)
第三章 隋唐宋法律制度·····	(224)

第四章 元明清法律制度·····	(240)
第五章 清末、中华民国法律制度 ·····	(254)
第六章 革命根据地法律制度 ·····	(272)

附录

科教园法律硕士辅导名师介绍

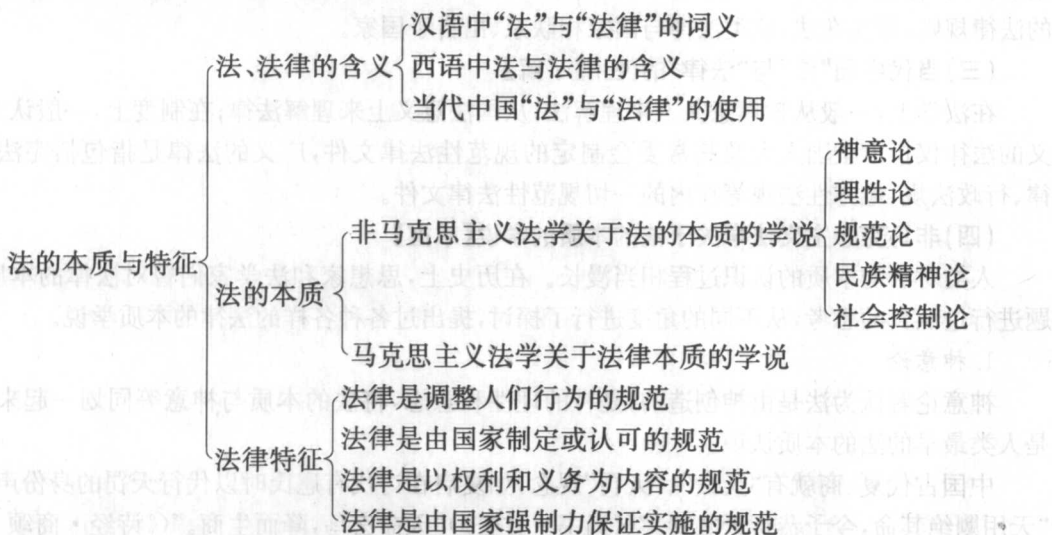
科教园法律硕士培训中心简介

第一章 法的本质与特征

一、本章提示

法的本质与特征属于法理学基本内容,也是考试的重要内容。重要的知识点包括:法与法律的含义;非马克思主义法学关于法的本质的学说;马克思主义法学关于法律本质的学说;法律特征。

二、本章知识结构



三、本章要点及难点

(一)汉语中“法”与“法律”的词义【了解】

在中国,“法”一词涵义较为广泛。从语源上看,汉字的“法”古体为“灋”。根据我国第一部字书、由东汉文字学家许慎所著的《说文解字》中的释义,它大体有三层涵义:第一,“法”与“刑”是通用的。古代的“刑”字,含刑戮、罚罪之意,也还有“规范”的意义。第二,法者平之如水,含有“公平”之意;第三,法含有“明断曲直”之意。同时,古代的法具有神明裁判的特点。

不过,中国古代“法”在典章制度意义和在哲理意义两方面使用。“法”在典章制度意义上与“律”、“法律”、“法制”等相通解。《管子·七臣七主篇》:“法律政令者,吏民规矩绳墨也。”《唐律疏义·名例篇》曰:“律之与法,文虽有殊,其义一也。”中国古代秦汉以后的法律文件,采用过

许多名称,如律、令、典、敕、格、式、科、比、例等,它们都是典章制度意义上、国法意义上的“法”。在哲理意义上,汉语的“法”,与“理”、“常”通用,指“道理”、“大理”或常行的范型和标准。《尔雅·释诂》:“法,常也。”具体而言,抽象的“天命”、“天志”、“礼”、“理”、“天理”、“法度”、“道”等,都属于“法”的范畴。

清末民初,由于受日本的影响,国法意义上的“法”,则逐渐由“法律”一词代替。

(二)西语中法与法律的含义【了解】

在西文中,“法”也在典章制度意义上、国法意义上和哲理意义上使用。在英语国家,法的名称虽然统一以“law”表示,但在具体的场合则要通过单复数或冠词的变化来表达“法”的一般意义和特殊意义。在欧洲大陆国家,同样也有表示哲理意义上的“法”与国法(人定法)意义上的“法”(法律)之不同名词。在拉丁文中,jus 就是一个具有哲理意义的模糊概念,其语义不仅是指“法”,也兼指“权利”、“正义”、“公平”等。后世衍生的欧洲文字,如德语 Recht,法语 droit,俄语 право,大抵上与 jus 具有相同的用法。在西文中,真正在国法意义上使用的“法”(法律),通常是另一类词,如拉丁文 lex,法文 loi,德文 Gesetz,俄文 закон,等等。因此,有学者认为,法指永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理,即自然法;法律指由国家机关制定和颁布的具体的法律规则,即实在法,这类法律与国家相联系、出自于国家。

(三)当代中国“法”与“法律”的使用【了解】

在法学上,一般从哲理意义上来理解法,从国法意义上理解法律;在制度上,一般认为狭义的法律仅指由全国人大及其常委会制定的规范性法律文件,广义的法律是指包括宪法、法律、行政法规、地方性法规等在内的一切规范性法律文件。

(四)非马克思主义法学关于法的本质的学说【掌握】

人类对法的本质的认识过程相当漫长。在历史上,思想家和法学家们曾对法律的本质问题进行过认真的思考,从不同的角度进行了探讨,提出过各种各样的法律的本质学说。

1. 神意论

神意论者认为法是由神创造的,是神的理性和意志,将法的本质与神意等同划一起来,这是人类最早的法的本质认识。

中国古代夏、商就有“天命”、“天罚”观念,如夏启在讨伐有扈氏时以代行天罚的身份声称:“天用剿绝其命,今予恭行天之罚。”(《尚书·甘誓》)“天命玄鸟,降而生商。”(《诗经·商颂·玄鸟》)商汤伐夏时,指责“夏氏有罪”,“予畏上帝,不敢不正,……尔尚辅一人,致天之罚。”(《尚书·汤誓》)商王每事必卜,无日不卜,刑人杀人都要告之于天,征求天的意见。古印度的《摩奴法典》声称《摩奴法典》是自在神(梵天)之子摩奴制定的。古巴比伦王国制定的《汉谟拉比法典》(迄今所发现的最早的一部完整保留下来的成文法典)也强调是遵照神的旨意进行的,即“发扬正义于世,消灭不法邪恶之人”,篇首用很长的篇幅强调法典是国王受地神、天神、众神之王、巴比伦守护神之命而发布的。

在西欧中世纪,罗马天主教教会占据统治地位,正如恩格斯在《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》中所指出的:“中世纪把意识形态的其它一切形式——哲学、政治、法学,都合并到神学中,使它们成为神学中的科目。”

作为西欧中世纪最大的神学家、经院主义哲学家,托马斯·阿奎那的神学中就包括了当时最为系统的神学法思想。阿奎那将法律分为四种:永恒法即上帝的法律,是最高的法律;自然

法是勾通上帝和人的桥梁,其首要原则是“行善避恶”;神法是上帝通过《圣经》所赋予的法律,用以补充比较抽象的自然法;人定法,通常包括世俗统治者制定的法律。在阿奎那看来,法律是种种有关公共幸福事项的合理安排,由任何负有管理社会之责的人予以公布。“公共幸福”、“合理”等他都作了神学上的解释。在他看来,上帝是万物的创造者,又是智慧的化身。神的智慧本身具有法律性质。这种学说更为系统和完整,有其独有的概念和解释体系,有一定的内在逻辑性,理论形态较为完美。

以后又有新托马斯主义法学(新经院主义法学)。他们继承和发展中世纪托马斯·阿奎那的学说。如法国的雅克·马里旦提倡以基督教教义改造社会为核心的新人道主义或人格主义;主张国家应为人服务,最终为人能参与上帝生活这一目的服务;自然法是对上帝的永恒法的参与,是人权的哲学基础。他认为“阿奎那不是中世纪的一个遗迹,不单纯是研究历史和学问的一个对象。他完完全全是当代使徒的体现。”他试图使神学的灵光环绕在体现西方资产阶级民主的政治、法律制度上。

2. 理性论

这种学说在西方具有很大影响,它把法理解为一种理想、一种价值、一种道德,认为存在着一种高于实在法、并指导实在法的普遍原则,即自然法,宇宙运行不变之自然法则。

这种学说大致可分为三个发展阶段:古代自然法说、古典自然法学、新自然法学。

(1) 古代自然法说

古希腊是自然法观念的发源地。古希腊较早地摆脱了原始宗教神学的束缚,而致力于从自然本原探索法产生的原因。不少人认为,国家法就如同山川河流一样是一种自然现象,因而应当从“自然”着手,把握国家和法的真谛,形成了早期的自然法观念。亚里士多德提出了自然正义和法律正义(约定正义)或普通的法律和特殊的法律,即自然法和实在法的区分问题。

罗马共和国末期的哲学家、政治家西塞罗,在西方思想史上首先比较系统地提出了自然法的学说。“真正的法律是和自然一致的正当理性,它是普遍适用的、不变的和永恒的,它命令人尽本分,禁止人们为非作歹”(《国家篇》III22);自然法早在任何成文法或国家产生以前就已存在;它对整个人类,不分国家、不分时期都普遍有效,任何人都不得违反、改变或取消这种法律;所有残暴的法令根本不能称为法律,而只是一群暴徒在集会中通过的规则而已。他相信自然理性是宇宙的主宰力量,认为法的本质是正义,但正义不是柏拉图所说的“天然秩序”而是作为自然界组成部分的人所固有的人性。

在西欧中世纪时,自然法观念也成为神学法律思想的一个工具,阿奎那对法律分类时就有自然法。

(2) 古典自然法说

商品经济和科学技术的发展唤醒了个性意识,人们开始用理性来追寻法的本源。

在近代,自然法观念发展到高峰,17、18世纪的古典自然法派是新兴资产阶级用以反对封建压迫、民族压迫和教会神学的法律思想。主要代表人物有:荷兰的格劳秀斯,英国的霍布斯、洛克,法国的孟德斯鸠、卢梭,德国的普芬道夫,意大利的贝卡利亚等。

他们从人的理性出发,认为存在一个“自然状态”,在这一状态下人们享有由自然法保障的天赋自然权利,国家是人们通过社会契约建立的;自然法体现了永恒的正义。他们认为自然法代表人类的理性或本性,是最高法律。自然法是“真正理性的命令”,连上帝也要受它的支

配,是永恒的。法是以普通的人性为基础的,因而法是全体人民的共同意志而且同样适用于每一个社会成员,因而每个人不论其阶级地位、财富状况、社会地位等,在法律上都是平等的,都是有同样的自由、权利。

古典自然法学为美国《独立宣言》、法国《人权宣言》以及近代资产阶级民主、法治理论提供了理论基础,成为反对封建专制制度、指导资产阶级革命建立资产阶级法制的理论武器。劳特派特在《奥本海国际法》中指出:“如果没有自然法体系和自然法先知者的学说,近代宪法和近代国际法都不会有今天这个样子。在自然法的帮助下,历史教导人类走出中世纪的制度而进入近代的制度。”

(3)新自然法学

自然法学在19世纪中期至20世纪初期衰落后,在20世纪中期又开始复兴。主要代表人物有美国的朗·富勒和约翰·罗尔斯、德沃金等。富勒的思想是在反对英国哈特的法律实证主义中形成和发展起来的,他认为法律与道德是不可分的,法律的外在道德是指法律的实体目标,即实体自然法;法律的内在道德是指法律的解释和执行的方式问题,即一种特殊的、扩大意义上的程序问题,即程序自然法,有8个法律原则(法律的普遍性、法律的公布、适用于将来而非溯及既往的法律、法律的明确性、避免法律中的矛盾、法律不应要求不可能实现的事情、法律的稳定性、官方行动和法律的一致性)。富勒更多的是把自然法看成是提供一种方法的理论,而这种方法是法律程序为达到某种社会组织形式的目的所必须运用的,主要讲程序自然法。

3. 民族精神论

这一学说首先在19世纪的德国兴起,法国资产阶级革命胜利后,在整个欧洲实现了一股思潮,矛盾直接指向法国的启蒙学说,竭力维护在欧洲残存的封建统治,在法学界的表现就是历史法学派的产生。

当时德国半封建的君主专制在政治上处于分裂状态,资产阶级已经形成,但其力量弱小;法律制度极为混乱,罗马法与日耳曼法同时存在,并经常发生冲突;各邦的法律也相互矛盾,这种政治上的分裂和法律上的混乱,既不利于资产阶级成长,又阻碍经济的发展。为改变这种状况,实现国家和法律的统一,海德尔堡大学教授蒂鲍于1814年提出了制定统一民法典的建议,但遭到了萨维尼等人的坚决反对,发表了《论当代在立法和法理学方面的使命》;萨维尼还与艾希霍恩创办了《历史法学杂志》,在创刊号上他们指出:历史法学的任务与其说是研究法的历史,不如说首先主要是重新把法学理解为立足在历史基础上的科学。萨维尼在论战中系统地阐述了历史法学派的基本观点。

萨维尼等认为古典自然法学派所谓体现人类理性的自然法仅仅是一种假设,不能说明法律的渊源和本质,这种观点只能是幻想;法律像语言、风俗、政制一样,具有民族特性,是“民族精神”的体现,它“随着民族的成长而成长,民族的壮大而壮大,当这一民族丧失其个性时即趋于消逝”;一个民族的法律制度,就像艺术和音乐一样,是其文化的自然体现,在民族内部力量推动下形成的,只有“民族精神”或“民族意识”才是实在法的真正创造者,每个民族的共同信念才是法律的真正渊源。

在他看来,法律主要体现为习惯法,习惯法是法律的真正基础,因为习惯法最能体现“民族精神”,它是最有生命力的,其地位远超过立法;而且德国当时也无能力制定更好的法典。

到19世纪末20世纪初,历史法学派作为一种研究方法,已融化在分析法学或社会学中。

4. 规范论

这一学说曾长期在英国法学界占统治地位,创始人是英国法学家奥斯丁。英国资产阶级革命是以妥协告终的,这种革命的不彻底性在法律方面的直接后果,是旧的诉讼程序被继续运用,封建法律被虔诚地保存下来,这使得当时英国的法律显得杂乱无章,重迭牵制,互相矛盾。但奥斯丁认为,造成英国法律混乱状态的原因,并不在于法律的历史传统,而是因为混乱而散漫的思想方法,尤其是因为古典自然法学说的传播。因此他给自己规定的任务,是把法律和法学从自然法学说中解放出来,通过对法律的逻辑分析提供一套共同的原则、概念和特征,明确它们彼此之间的逻辑关系,形成有条理的法律体系,以完善资产阶级法制,提高统治效能。

奥斯丁认为,法学的对象仅限于实在法,“实际上是这样的法律”,通过对实在法的分析找出它们共同的原则,而这些共同原则实际上都建立在功利的基础之上;法律或严格意义上的法律,是命令,是以制裁作为保证的一种命令,是政治优势者的命令(“我们所说的优势者,是指他在社会地位、财富和品德等方面的优越性超过其他人。”)。

他强调,法律和道德是无关的,至少没有必然的联系,一个不道德、不正义的法,只要是合法地制定的,就应该认为具有法律效力,即“恶法亦法”。在《法理学的范围》中,奥斯丁指出:“法律的存在是一回事,它的功过是另一回事;它是否这样是一个问题,它是否符合一个假定的标准是另一个问题。一个实际上存在的法律是一个法律,尽管我们碰巧讨厌它,或因为它不同于我们用以表示赞成与否的、教科书中所讲的东西。”

规范论以后为凯尔逊的纯粹法学和哈特的新分析法学等所继承和发展。

5. 社会控制论

这一学说以社会学观点和方法研究法律现象,注重探讨法律在社会中的实际运作,把法律作为社会控制的工具。它研究法律与其它社会因素的相互作用,特别是要研究法律的社会目的和效果。

在国内外各种矛盾不断加剧的情况下,资产阶级要求充分利用国家权力,加强法律对社会生活的统治特别是经济生活的干预,以缓和社会矛盾,并为加强暴力镇压提供法律依据,维护资本主义的社会关系和社会秩序。

为说明资产阶级法律的变化,从理论上指导资产阶级法律制度的完善,社会法学派逐步形成。法国的狄骥通过把法律与“社会连带关系”联系起来,进而说明法的本质问题。美国的庞德主张从社会控制论着手,站到一个更高的层次来理解法的概念,认为法是一种社会控制的制度,是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制。在他看来,在人类本性中存在着与人的社会性相对应的自我扩张的本性,尽管个人也往往对它采取摈弃的态度,但不可能排除它潜在的存在,这种本性有时以不同方式、被不同程度地激发出来,这就要求存在一种强有力的控制工具,在现代社会,只有法律才能完成这个任务。法律通过对人们自我扩张的本性的控制来保证和实现社会利益。

庞德强调法律的社会效果和作用,认为法律是一种社会工程,是社会控制工具之一或首要工具,其任务在于调整各种相互冲突的利益。20世纪的法律是法律社会化的阶段。

(五)马克思主义法学关于法律本质的学说【掌握】

马克思主义法律的本质学说认为:法律的关系既不能从它们本身来理解,也不能从人类精神的一般发展来理解,相反,它们都根源于物质的生活关系。

马克思主义认为,由于根本利益的不同,在阶级对立的社会里不能形成统一的全社会意志,而只有统治阶级意志才能上升为国家意志。法律是统治阶级或取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的体现。统治阶级利用掌握国家政权这一政治优势,有必要、也有可能将本阶级的意志上升为国家意志,然后体现为国家的法律。然而,法律体现的统治阶级意志具有整体性。法律体现的统治阶级意志不是统治阶级内部成员意志的简单相加,也不是少数人的任性。而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。这种共同意志或根本意志是阶级作为一个整体在政治、经济上的根本利益的反映。或者说,体现为法律的统治阶级意志是与统治阶级的政治统治、根本经济利益相关联的意志。但就个别意志而言,不仅对立阶级之间的意志是矛盾的,而且即使在统治阶级内部,其各个人、党派、集团之间的意志也可能存在冲突和摩擦。在某些情况下,个别意志甚至与统治阶级的整体意志相抵触,危及整个统治阶级的根本利益。此时,统治阶级就会通过惩罚的手段,迫使与整体意志冲突的个别意志服从统治阶级的根本利益。因此,法律具有意志性、主观性,是阶级统治的工具。

马克思主义法学强调,法律体现统治阶级意志,要经历一个复杂的过程。它取决于统治阶级同被统治阶级的阶级斗争状况,也取决于统治阶级内部各阶层、集团或个人的矛盾和斗争。在一定情况下,法律的内容规定不仅反映统治阶级的意志,而且同时又反映被统治阶级以及统治阶级的同盟阶级的某些要求和愿望。这包括:(1)法律的内容规定对全社会都有利,不同程度地反映全社会各阶级、阶层的共同利益(如各种技术法规)。(2)在阶级斗争激烈对抗的条件下,统治阶级为了缓和与被统治阶级的某些矛盾,把被统治阶级的反抗控制在一定的范围和限度内,而在立法中对被统治阶级作出一定的让步,规定一些符合被统治阶级利益、反映其某些愿望和要求的内容,例如,在资产阶级法律中也往往有一些保护劳动人民利益的条款,诸如限制劳动时间、劳动保护、最低工资、失业救济、罢工自由等。这些条款是劳动人民同有产阶级进行长期斗争所取得的成果。从这个意义上,我们可以说法律具有共同性,是社会管理的手段。但从本质上看,这一部分规范或条款仍然是通过统治阶级所掌握的政权机关来制定或认可的,它仅具有局部的意义,并不能改变一国法律的整体性质。

马克思主义法学同时指出:不仅统治阶级意志的内容,而且包括法律本身,都是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。这里的所谓“社会物质生活条件”,是指人类社会包括地理环境、人口、物质资料的生产方式诸方面,其中主要指统治阶级赖以建立其政治统治的经济基础。从根本上说,法律决定于一定的经济关系(经济基础)。法律的产生、变更和消灭都取决于一定的经济关系(基础)的产生、变更和消灭。这也意味着,法律不是统治阶级任性和专横的表现,它不应当违背客观历史条件,违背客观规律。否则,它就没有生命力,终将被修改、废除或取消,从而失去法律效力。所以,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,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。”因而,法律具有物质制约性、客观性、规律性。

因此,马克思主义认为法律是意志性与规律性统一、主观性与客观性的统一、阶级性与社会性的统一,两者具有辩证统一的关系。不能把二者割裂开来、截然对立起来。只有全面理解它们之间的矛盾关系,才能正确理解法律的本质。

(六) 法律特征【掌握并运用】

法律的特征,是法律区别于其他社会规范的征象和标志。任何事物的特征都是在与其它事物的比较中表现出来的。通过认识法律的特征,把握法律外部的特殊性,有助于我们理解法律的性质、作用,认识法律的自身规律。

1. 法律是调整人们行为的社会规范

法律是一种规范,是人们行为的标准和模式。法律不是通过调整人们的内心观念、思想来调整社会关系的。这是法律区别于其他社会规范的重要特征之一。

法律不是一般的规范,而是一种社会规范。法律调整人与人之间的相互关系,即具有社会意义的行为。马克思说过:对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。法律是针对行为而设立的。

作为社会规范,法律具有规范性。法律规范性,是指为人们行为提供了一个模式、标准、方向。它表现在:法律规范规定了人们的一般行为模式、从而为人们的相互行为提供一个模型、标准或方向,法律所规定的行为模式包括三种:(1)人们可以怎样行为(可为模式);(2)人们不得怎样行为(勿为模式);(3)人们应当或必须怎样行为(应为模式)。同时,法律具有概括性,法律的规定抽象,它的对象是一般的人,而不是特定的人,它是反复适用的而不是仅仅一次适用的。法律也具有效率性,每个人可以根据法律而行为,不必事先经过任何人核准。

2. 法律是由国家制定或认可的社会规范

法律是一种特殊的社会规范,是因为法律是由国家制定和认可的,体现了国家意志。没有国家,就不可能有法律。国家的存在是法律存在的前提条件。

国家造法的方式主要有:

(1)制定:制定是立法机关或立法机关授权的机关创制法律的行为。通过这种方式产生的法律,称为制定法,即具有一定文字表现形式的规范性文件,如中国的各种法律(宪法、刑法、民法通则)就属于此类。

(2)认可:指国家立法机关或立法机关授权的机关赋予社会上已经有的某种行为规范以法律效力。通过这种方式产生的法律,一般称为习惯法,如经过国家认可的宗规族约、村规民约、行会行业规范等。

此外,国家与其他国家或国际组织签订条约的行为也是国家造法的方式。通过这种方式产生的法律,为国际法。

有的国家,国家的惯常行为受到社会承认,惯常行为所形成的模式就成为法律,国家在其后的类似行为中有遵守的义务。如英国作为宪法渊源之一的宪法性惯例就是由国家惯常行为所形成的。

法律是由国家制定和认可,具有国家意志性。法律具有国家意志性,这是法律与其他社会规范的区别之一。宗教教规、风俗礼仪、道德规范虽然都具有一定的规范性,但由于都不是国家或以国家的名义制定或认可的,因而不具有国家意志的属性。这也表明了法律的权威性。从外在形式上看,国家表现为最有权威的社会组织。

同时,法律具有普遍性。法律在国家主权所及范围内普遍有效,具有普遍约束力。法律的效力对象具有广泛性,在一国范围之内,任何人的合法行为都无一例外地受法的保护;任何人

的违法行为,也都无一例外地受法律的制裁。法律不是为特别保护个别人的利益而制定,也不是为特别约束个别人的行为而设立。

当然,不同性质、级别、类型的法律,其约束力的范围有差异,普通法大于特别法,全国性法律的范围大于地方性法。法律具有普遍性并不等于说法律具有绝对性和无限性。

3. 法律是以权利和义务为内容的社会规范

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了权利和义务。法律既规定了权利,也规定了义务,法律规定了公民、法人的权利、义务,也规定了国家、国家机构、国家机构工作人员的权利、义务(职权、职责)。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,法律的内容主要表现为权利和义务。

从一般意义上说,权利表征利益,义务表征负担,法律通过规定权利义务对社会资源进行分配,对各种利益关系进行调整,因而具有利导性(利益导向性)。通过法律的规定,影响人们的动机和行为,从而调整社会关系。

4. 法律是由国家强制力保证实施的社会规范

一切社会规范都具有强制性,都有其保证实施的社会力量。所谓强制性,就是指各种社会规范所具有的、借助一定的社会力量强迫人们遵守的性质。

法律是以国家强制力为后盾,由国家强制力保证实施的,因而具有国家强制性。由于法律调整利益冲突双方,引起一方的抵制或反对;同时,法律有可能遭到人们的破坏,违法犯罪现象也就不可避免。法律要对侵犯他人权利方作出否定性反应,必须以强制力为后盾。对违法犯罪行为的制裁,靠任何个人的力量或社会舆论,是不可能有保障的,而必须通过国家强制力才能得以实现。法律具有国家强制性主要是一种威慑,具有间接性和潜在性。国家的强制力是法律实施的最后的保障手段。国家强制力也不是保证法律的实施的唯一力量。在一定程度上,法律的实施,也还要依靠社会舆论、人们的道德观念和法制观念、思想教育等多种手段来保证。

法律具有国家强制性还意味着法律具有程序性。国家强制力并不等于纯粹的暴力。国家运用强制力保证法律的实施,也必须依法进行,应受法律规范的约束。国家强制力在什么情况下、由哪些机关按照什么样的程序以及如何制裁各种违法行为,也是必须由法律予以规定的。这意味着:国家强制力是有一定限度的,而不是无限的,必须根据法定程序进行。近现代法律更对法律的程序标准加以正当化,使法律实施的方式更科学、更富有理性和公正性。

四、主观题预测及答题要点

(一)简答题

法律与其他社会规范的不同表现在哪些方面?

【答题要点】 见本章要点及难点部分之法律特征。注意回答简答题时应回答概念,并应对主体内容略加说明,不可只是简单的几条梗概。

(二)论述题

1. 试论马克思主义法学关于法律本质的主要观点。

【答题要点】 (1)法律是统治阶级的国家意志的体现;(2)法律所体现的意志由一定的物质生活条件所决定;(3)法律所体现的意志也受经济以外诸多因素的影响。

回答论述题需要注意概念准确、内容全面、结构清楚、表述通顺,并需要一定的阐述。

2. 非马克思主义法学关于法的本质的学说主要有哪些?

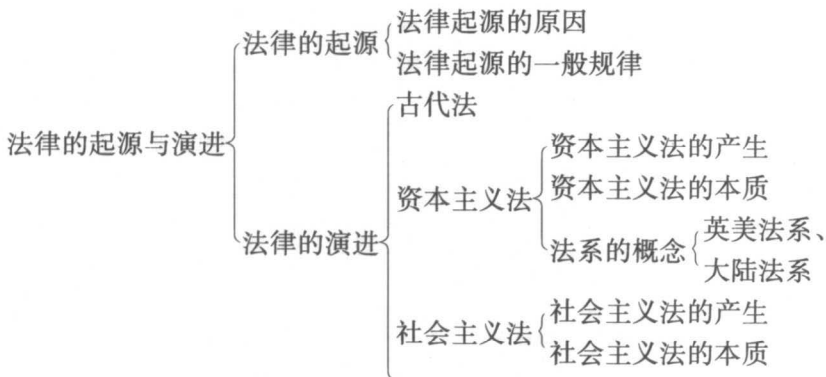
【答题要点】 (1)神意论认为法即神意;(2)理性论认为法是人的理性的体现,自然法高于实在法;(3)民族精神论认为法是民族精神的体现;(4)规范论认为法是主权者的命令,是以制裁为后盾的行为规则;(5)社会控制论认为法是社会控制的工具。

第二章 法律的起源与演进

一、本章提示

法律的起源与演进比较多的考选择题、简答题。重要的知识点包括：法律起源的原因；法律起源的一般规律；古代法；资本主义法；法系；社会主义法。

二、本章知识结构



三、本章要点及难点

(一) 法律起源的原因【掌握】

马克思主义认为，法律不是从来就有的，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。随着生产力的发展，产品有了剩余，出现了私有制和阶级剥削，原始社会的氏族联盟和氏族习惯就为国家和法律所代替。法的产生有着经济的、阶级的根源，同产品的生产、分配、交换以及私有制和阶级的出现、社会的发展是分不开的。恩格斯曾指出：“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样一种需要，把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。”

1. 私有制和商品经济的产生是法律产生的经济根源

从法的最初起源看，正是私有制和商品经济的产生导致了法的产生。原始公社制度解体以前，生产资料是公有的，产品实行平均分配，当时没有形成各种脱离氏族而独立的不同利益的经济主体，个人与集体浑然一体。利益上的基本一致使得他们只需依靠传统习惯就可以把

经济关系调整好了。在原始社会后期,随着劳动生产率的提高,发生了三次社会大分工,出现了个人劳动产品的交换,逐渐促进了生产资料私有制的形成和发展,促进了财富向少数人的积累。后来到了父系氏族公社时期,随着公有制的解体,私有制的产生,出现了各种不同形式的所有制。例如,不仅存在着逐渐瓦解的公有制,而且在私有制中又有个体劳动者所有制和奴隶主所有制;在奴隶主所有制当中,又有土地贵族奴隶主所有制、工商业奴隶主所有制等。在这些所有制的背后,存在着各种不同利益的集团,其中在对抗性的所有制经济关系中,还存在着两个对抗性的社会利益集团——奴隶主阶级和奴隶。各个不同利益的社会集团为了自身利益而进行着保护一种所有制和反对另一种所有制的斗争,这就使社会的经济秩序陷入混乱之中,如何才能调整这些经济关系呢?如何才能迫使广大劳动者——奴隶服从当时奴隶主所有制的劳动条件进行生产呢?靠原来的习惯显然是不行了。经济上占统治地位的奴隶主阶级为了维护自己赖以生存的经济条件,同时也是为了避免社会各集团在毫无限制的冲突和争夺中同归于尽,于是就根据本阶级的利益和意志,制定或认可一些特殊的并依靠国家强制力保证实施的行为规则,来维持社会秩序,以保护奴隶制经济的发展,限制甚至消灭那些不利于奴隶制发展的经济,这种特殊的社会规范就是法。可见,法律是为了维护某种所有制、调整一定经济关系和秩序的需要而产生的。

2. 阶级的产生是法律产生的阶级根源

原始社会母系氏族公社以前,人们的关系是平等、互助的关系,那时的习惯也是符合氏族公社全体成员利益的,人们能自觉遵守。后来到了父系氏族公社时期,随着公社制度的解体,私有制和阶级开始产生。私有制的发展促使私有者吸收更多的劳动为他创造剩余产品,战俘不再被杀死而是作为奴隶保留下来,奴隶制开始萌芽了,随着个体劳动发展成为普遍现象,产生了个体家庭私有制和子女继承制,社会逐渐向两极分化:一些氏族部落首领通过剥削和掠夺而成为贵族和奴隶主,而广大自由民由于货币、高利贷以及土地所有权和抵押的开始出现而沦为债务人,进而沦为奴隶,社会逐渐分裂为奴隶主与奴隶、贵族与贫民、剥削者与被剥削者,它们由于根本利益冲突而进行着不可调和的斗争。在这种情况下,原来的习惯已不能调整它们之间的矛盾和关系了,奴隶主阶级为了维护它的统治地位,除了组织国家镇压被剥削阶级的反抗外,还把它阶级意志制定为法,把被统治阶级的活动约束在一定范围内,并调整统治阶级内部矛盾以及统治者与同盟者的关系。显然,这种维护统治阶级根本利益的特殊社会规范,没有国家强制力作后盾是不行的。私有制和阶级的形成需要有表现为凌驾于社会之上的力量来调整新的社会关系,需要一种特殊公共权力来确定和维护社会成员的权利和义务,于是法律就应运而生了。可见,法律是为了维护和调整一定阶级关系的需要而产生的,它是阶级矛盾不可调和的产物和表现。

(二) 法律产生的一般规律【掌握】

法律的产生是一个长期的社会历史过程,有其独特的发展规律,这主要表现在以下几方面:

1. 法律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律调整的发展过程

原始社会初期的社会调整往往是个体调整,即针对具体人、具体行为所进行的只适用一次的调整。当某些社会关系发展为经常性、较稳定的现象时,人们为提高效率、节约成本而为此类社会关系提供行为模式,于是个别调整便发展为规范性调整,即统一的、反复适用的调整。以后随着社会的发展,社会形成两个利益对立的阶级,统治阶级需要一种特殊的社会规范来维