

主 编 郑 禄

全国律师资格 统考应考 训练教程

(上)

96年

中国
人事

926.5

7

:1

中国人事出版社

主 编 陈 明

全国高等院校 自学考试 英语专业 英语课程

第 1 册

上海外语教育出版社



96 年全国律师资格统考应考 训 练 教 程

主 编 郑 禄

副主编 康万福 周建海

审定 中央政法管理干部学院教材编审委员会

撰稿人(以姓氏笔划为序)

巴 音 邓耀华

冯建仓 刘 冰

许冰梅 任学良

闫尔宝 李 敏

陆伟丰 张 超

邓 禄 周建海

陈海光 姜小川

姜登峰 郭宏斌

寇广平 康万福

魏艳芳

中 国 人 事 出 版 社

(京)新登字 099 号

图书在版编目(CIP)数据

96 年全国律师资格统考应考训练教程/郑禄主编. —北京:中国人事出版社,1996. 6

ISBN 7-80076-878-3

I. 96… II. 郑… III. 律师-资格考核-中国-教材 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 07748 号

中国人事出版社出版

(100028 北京朝阳区西坝河南里 17 号楼)

新华书店经销

河北省涿州市印刷厂印刷

1996 年 5 月 第 1 版 1996 年 5 月第 1 次印刷

开本:787×1092 毫米 1/16 印张 27

字数:620 千字 印数 1—20000

定价:40.00 元(上下册)

前 言

为适应全国律师资格考试的需要,我们根据司法部审定的《全国律师资格考试大纲》的规定和中国律师资格考试中心审定的《全国律师资格考试复习指南》的精神,编写了这部《全国律师资格统考应考能力训练教程》。

本教程以律师资格应考的朋友为服务对象,以强化考生应考能力为主旨,以国家规定的统考科目为范围,以基本概念、基本知识、基本理论、基本技能(“四基”)为核心,以重点、难点、考核点(“三点”)判断作举一反三的训练提示,以检举、启发为主要的教学方法,尽可能地调动“教”与“学”的两个积极性,刻意寻求一条科学、高效通达彼岸的应考途经。

由于篇幅的限制,教程中的“四基”只能是各个统考科目的主体脉络,“三点”的判断只能是仅就各个统考科目一般意义上的典型问题而言。“四基”和“三点”均在力图坚持“少而精”的原则,意在通过此种训练,引导学生善于抓住各个统考科目的主要矛盾或者矛盾的主要方面,从而达到强化训练考生应考能力的目的。

出于如上的考虑,教程创意之初就曾有过精心的设计,即将“四基”、“三点”以章下的同一序号为起始,在同一页码上分别以左 2/3 和右 1/3 的篇幅顺序编排,以增强教学中的对应效果。但因某种难于排解的技术因素,编排改为现在的这种模式。为此我们提请朋友们,只要您稍加注意各章前后不同的字型标识,本教程的使用效果可不致受到影响。

以教科书的方式为读者服务,这在律师资格统考中还是个尝试性的工作。由于时间紧迫,此前可资镜鉴的经验尚少,加之水平方面的问题,书中纰漏之处恐料所不及。幸蒙中央政法管理干部学院教材编审委员会的支持,肯于付梓之前予以严格审定,这对本书的质量保障具有重要的意义。对此,我们谨致以诚挚的谢意。

目 录

第一部分 法学基础能力训练	(1)
第一编 综合科目	(1)
第一章 法学基础理论.....	(1)
第二章 宪法、行政法、行政处罚法.....	(13)
第三章 国际法.....	(31)
第四章 国际私法.....	(41)
第五章 国际经济法.....	(50)
第二编 实体法科目	(63)
第六章 刑法总则.....	(63)
第七章 刑法分则.....	(75)
第八章 民法通则.....	(83)
第九章 知识产权.....	(104)
第十章 婚姻法.....	(114)
第十一章 收养法.....	(119)
第十二章 继承法.....	(123)
第十三章 经济法概述.....	(128)
第十四章 企业法、公司法.....	(133)
第十五章 反不正当竞争法、产品质量法和消费者权益保护法.....	(155)
第十六章 税法.....	(165)
第十七章 金融法.....	(179)
第十八章 土地管理法.....	(185)
第十九章 经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法.....	(190)
第二十章 劳动法.....	(206)
第二十一章 会计法、审计法.....	(216)
第三编 程序法科目	(220)
第二十二章 刑事诉讼法.....	(220)
第二十三章 民事诉讼法.....	(232)
第二十四章 行政诉讼法.....	(254)
第二十五章 仲裁法.....	(260)
第二十六章 国家赔偿法.....	(264)
第二部分 律师业务能力训练	(269)
第四编 律师制度及律师实务科目	(269)
第二十七章 律师制度概述.....	(269)
第二十八章 律师民事代理、经济代理和涉外代理.....	(277)
第二十九章 律师刑事辩护与代理.....	(283)
第三十章 律师行政诉讼代理.....	(290)

第三十一章	法律顾问工作.....	(294)
第三十二章	律师非诉讼法律事务代理.....	(298)
第三十三章	律师法律咨询与代书.....	(303)
第三十四章	律师文书习作.....	(314)
第三十五章	律师职业道德与执业纪律.....	(324)
第三部分	临场应对能力训练.....	(331)
第五编	应考易见错误分析及水平自测.....	(331)
第三十六章	应考易见错误分析.....	(331)
第三十七章	应考水平自测训练.....	(357)



第一部分 法学基础能力训练

第一编 综合科目

第一章 法学基础理论

基本概念 基本知识 基本理论 基本技能

一、法的一般理论

(一)法、法律、法学的概念。法是由一定的物质生活条件所决定的统治阶级意志的体现,是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的规范体系,它通过对人们的权利与义务的规定,确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。一般对于法律的理解有广义和狭义之分。广义上的法律与法的含义相同,是指法律的整体,即抽象意义上的法律。狭义上的法律就是指由具有立法权的国家机关按照一定的程序制定和颁布的规范性文件,这是具体意义上的法律,法律是法的主要表现形式。法学又称为法律学或法律科学,是以法或法律现象及其发展规律作为研究对象的一门社会科学。在阶级社会中,法学是一门具有鲜明阶级性的科学。它主要研究法的本质、形式、特征和作用;研究法的产生、发展和消亡的规律;研究法律同其他社会现象的关系;研究法律规范的制定和执行,以及如何运用法律为统治阶级服务等问题。无产阶级的法学即社会主义的法学,是代表工人阶级领导的广大人民利益的一门社会科学,是为工人阶级领导的广大人民的政治、经济利益服务的。

(二)法与氏族习惯的区别。法与原始氏族习惯都是用来调整人们社会关系,维护社会秩序的行为规范,都具有普遍的约束力,都是建立在特定经济基础之上的上层建筑的重要组成部分。所以在一定条件下,原始氏族习惯能够转化为法,它们之间存在着历史的连续性。但是,法并非原始氏族习惯的简单延续和发展,它们之间存在着本质的不同,主要表现在以下几点:1. 反映的意志不同。法体现统治阶级的意志,反映统治阶级的利益,确认维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序,具有鲜明的阶级性。在阶级社会里,统治阶级和被统治阶级之间存在着根本的利害冲突。而原始社会的氏族习惯则反映氏族全体成员的意志和利益,反映原始社会公有制的生产关系和氏族全体成员的平等关系,不具有阶级性。2. 产生的方式不同,法是由国家制定或认可的,它的创制是一个自觉的过程,是统治阶级基于自己的阶级利益并出于维护和发展这种利益的目的而有意识地创制的,而原始社会的氏族习惯则是全体氏族成员在长期的共同生活中逐渐地、自发地形成并世代相传和发展的,它的产生和发展不经由特殊的权力机关,而是一个自发的过程。3. 实施的方式不同。法是以国家强制力保证实施的。而氏族习惯除了靠氏族成员自觉遵守外,主要依靠舆论、氏族首领的威信,传统的信念等因素保证实施。4. 调整的目的不同。法调整社会关系的目的在于建立、维护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序,实现其阶级统治;而原始社会的氏族习惯调整社会关系的目的在于维护原始社会人们之间相互团结平等互助的社会关系和社会秩序。5. 作用范围不同。法适用于按地域标准划分

的全体居民,即适用于国家权力管辖范围内的所有居民。而原始社会的氏族习惯则适用于按血缘关系划分的氏族成员,即适用于本氏族或本部落的成员。6. 调整社会关系的目的不同。法是统治阶级进行阶级统治的重要工具,其调整社会关系的目的在于建立、维护和发展的利于统治阶级的社会关系和社会秩序,巩固统治阶级的政治地位和经济利益。而原始社会的氏族习惯调整社会关系的目的则在于维系氏族的血缘关系和氏族内部的社会秩序,保证氏族内部生产和生活的正常进行,维护人们之间平等互助的社会关系及全体氏族成员的利益。

(三)法的本质、基本特征、职能。1. 法的本质。法是统治阶级意志的体现。法是被奉为国家意志的统治阶级意志。法所体现出来统治阶级意志的内容最终是由统治阶级的物质生活条件决定的。2. 法的基本特征:(1)法具有国家意志性。法是由国家制定或认可的行为规范。制定和认可是国家创制法律的两种方式。(2)法具有国家强制性。法是由国家强制力保证实施的。如果没有相应的军队、警察、法庭、监狱等国家暴力机关,即国家强制力作保障,法就不可能在全社会的范围内得到实施。(3)法是以权利与义务为其主要内容。法是通过规定人们的权利与义务来实现统治阶级意志的,通过规定权利与义务,把一定的行为规范具体化,指引人们的行为,调整社会关系。(4)法是明确的,普遍的规范。法作为一种社会规范,具有规范性和概括性的特征。这种规范性和概括性是严格、具体、明确的。它规定人们可以这样行为,应该这样行为或不应该这样行为,对何种行为予以保护,对何种行为予以制裁等,从而为人们的行为规定出一个模式。3. 法的职能,也称为法的功能,是指法所承担的任务或作用,也就是指法对社会发生影响的体现。(1)政治功能。统治阶级运用法律确认和维护其经济上和政治上的统治地位,把被统治阶级的活动控制在统治秩序所允许的范围内,迫使其服从现在的经济、政治关系和整个社会秩序;同时,统治阶级为维护其整体的统治秩序,还运用法律来调整其内部关系。此外,法在调整统治阶级与其同盟者之间的关系方面也具有一定功能。(2)对经济的功能。作为社会上层建筑主要组成部分的法,必须为巩固和发展自己赖以存在的经济基础服务,以促进社会生产力的发展。法的这种固有的功能,在任何一种社会历史类型的法律中都能体现出来。(3)执行社会公共事物的功能。统治阶级必须运用法律手段对全社会的公共事务进行管理,从而保证社会生产和生活在其统治下有序地进行。因为,政治统治都是以执行某种社会职能为基础,而且政治统治只有在执行了它的这种社会职能时,才能进行下去。社会公共事务是与阶级统治相对称的活动,执行这些活动的法律大体包括:保护人类社会基本生活条件的法律,如有关自然资源、环境保护、基本社会秩序等法律;有关生产力和科学技术组织的法律;有关技术规范和生产管理方面的法律等。

(四)法的渊源、基本分类和分类的标准。1. 法的渊源,是指法的各种表现形式,也称为法律形式。在法学中,一般是指法律的形式意义上的来源,即主要指根据法律效力来源或法律地位的不同而形成的不同法律类别。2. 法的基本分类和分类标准:根据法律的形式分类主要有以下几种:(1)国际法和国内法。这是以法律关系的主体为标准划分的。在国际法律关系中,国际法的主体主要是国家。在国内法律关系中,主体主要是该国公民、法人,国家作为一个整体仅在特殊的法律关系中充当主体。(2)根本法和普通法。这是根据法律地位、法律效力、内容和制定程序的不同而划分的。根本法即宪法,它规定国家的政治制度、经济制度、公民的基本权利与义务,国家机构等国家最主要、最根本的问题,具有最高的法律地位和效力。普通法即除了宪法以外的其它法律,它所规定的内容只限于某一专门社会关系方面的问题。普通法的制定必须依据宪法确立的基本原则,不得与宪法抵触,其法律地位和效力低于宪法。(3)一般法和特别法。这是根据法律效力范围的不同进行划分的。对一般人、一般事项有效,或对全国有效,或在法律

修改和废除之前的任何时间内均有效的法律是一般法。而仅适用于特定的主体或仅对特定的事项、特定的地域或特定的时间有效的法律,是特别法。(4)成文法和不成文法。这是以法律的创制方式、表达形式为标准划分的。成文法是指具有立法权的国家机关依照一定的程序以条文形式制定和颁布实施的法律,也称为制定法;不成文法是由国家机关认可的、不具有条文形式的法律,也称为非制定性,又称为习惯法。判例法也是在特定意义上的不成文法。(5)实体法和程序法。这是以法律规定的内容为标准划分的。具体规定人们权利与义务的法律是实体法;为保证实体法规定的人们的权利与义务得以实施所需的程序或手续的法律,就是程序法。(6)公法与私法。有的人认为,应当以法律所保护的利益的性质为标准划分公法与私法,凡是以保护公共利益为目的的法律,就是公法;凡是以保护私人利益为目的的法律,就是私法。还有的人认为应当以法律关系主体为划分公法与私法的标准,法律关系的主体双方都是自然人或法人的法律是私法;法律关系主体的一方或双方是国家的法律,则是公法。西方学者一般是把宪法、行政法、刑法等划归为公法;把民法、商法等划归为私法。

(五)法与经济基础、国家、政治、道德、科技的关系。1. 法与经济基础的关系,法是建立在一定经济基础之上的,并且是由经济基础决定的,有什么样的经济基础就有什么样的法,经济基础的性质,决定着法本质的性质。法的发展变化,法的历史类型的更替,也是由经济基础决定的。法对经济基础具有能动的反作用。其主要表现在:限制、削弱和推毁旧的经济基础,积极地保护和促进有利于统治阶级的经济关系和经济秩序的形成、巩固和发展;镇压敌对阶级和一切敌对势力对现存的经济基础的破坏;反映客观经济规律,保证人们按客观经济规律办事,推动生产力的发展。2. 法和国家的关系。法和国家都是阶级社会特有的现象,是阶级矛盾不可调和的产物和表现。二者的关系极为密切。首先,法离不开国家,没有国家就没有法。其次,国家也离不开法,没有法也就没有国家。3. 法和政治的关系。法和政治关系密切、相辅相成。(1)法反映统治阶级的政治要求。(2)法是为统治阶级政治服务的。法与政治的关系往往体现为法与政策的关系。具体表现为,政策是法的依据,对法起指导作用;法是政策的条文化、定型化。4. 法和道德的关系。道德也是社会规范中重要的一种,在一定范围内约束着人们的行为,对人们的生活发生一定的影响。法与道德是密切联系的,但这种联系是具体化的,不同阶级的道德同法的联系是不同的。5. 法与科学技术的关系。科学技术的发展对法律产生了重大影响,同时法律对科技的发展也起着重大作用。首先,现代科技的发展对法律的影响有以下几个方面:(1)科技的发展促进了法律的部门的横向和纵向发展,扩大了法律的调整范围。(2)科技知识及其物质成果被大量运用到立法和司法实践中。在许多具体立法中都必须有科技知识作为根据;在司法实践中,在各种诉讼中都必须运用科技知识去鉴别和认定有关物证。(3)科技的发展直接影响立法体制和立法工作方式。当立法涉及到科技方面的专门问题时,国家立法机关就需要把这类立法工作委托或授权给专门机构及有关专门人员。可见立法机关的工作要与有关专业的科技部门的工作结合。(4)科技的发展为立法、司法、法律服务和法学研究提供了新的工作手段。其次法律对科技的发展也起着重要的作用:(1)法律在组织管理科技活动,协调由此而引起的各种社会关系,促进这些活动并且决定这些活动的发展方向等方面,具有重要作用。(2)科学法在规范科研工作的机构设置、组织原则、科研组织的法律地位、权限职能、活动方式,以及国家科技发展计划,投资方向和重点等方面,发挥着重要的作用。(3)科学法疏通:“科学—技术—生产”的循环渠道,保证科技研究成果的转化和应用。(4)科技的发展引起了一系列社会问题,例如,进行科技研制需用巨额开支与人们生活水平的矛盾,科技的迅猛发展与人类生理适应能力和社会生活习惯的矛盾等,都需用法律进行调整。

二、资本主义的法

(一)资本主义法的产生、特征。1. 资本主义法的产生:在封建社会中后期的西欧,大约自11世纪至17世纪上半期,随着资本主义经济关系的产生和成长,在一定条件下,出现了带有资本主义经济因素的法律。但这不是完全意义上的资本主义法律。只有在资产阶级建立自己的国家政权后,才能产生完全意义上的资本主义法律。英国资产阶级革命的特征是资产阶级和新贵族的妥协,因而在法律制度上表现为大量的封建法律被继承,特别是诉讼程序的继承。美国的资产阶级政权是在反对英国的殖民统治斗争胜利后建立起来的。各州宪法及联邦宪法都采取成文法形式,19世纪开始,又恢复英国法律传统,同英国法一起被称为英美法系。法国资产阶级革命的彻底性,制定了具有历史意义的1804年《法国民法典》,德国于1871年统一后制定了1871年的《帝国宪法》,以及1896年的《德国民法典》。2. 资本主义法的特征:(1)维护以剥削雇佣劳动为基础的资本主义私有制,公开确认和有财产神圣不可侵犯的原则,保护资本家的私有财产权。(2)维护资产阶级专政和代议制政府。资本主义法律在维护资产阶级专政的作用方面,主要体现在它的宪法、行政法、国家机构组织法、选举法、刑法等公法上。(3)资本主义法律维护资产阶级的自由平等和人权,宣布“法律面前人人平等”。(4)标榜“契约自由”。这是早期资本主义法律的一项重要原则。(5)宣扬法律至上,第一次提出了现代意义上的,同民主相联系的法律原则。

(二)资本主义两大法系及其之间的差别。1. 资本主义国家两大法系。法系是西方法学家根据法律的历史传统对法律进行的分类,属于同一传统的具有某种共性的法律就构成一个法系。大陆法系和英美法系是资本主义法律的两种传统。2. 大陆法系与英美法系之间的主要差别:(1)从法律构成看,大陆法系国家一般都是制定法,即制定法是其主要的法律渊源。在法律上或理论上,判例一般不被认为是正式的法律的一种渊源。英美法系国家主要采用判例法形式,但也有制定法,主要是单行法规。(2)从立法上看,大陆法系国家采用较系统的法典形式,制定出一系列的系统的法典,法典的体系和内容是包罗万象的。英美法系国家一般不倾向于制定成文法典。(3)从司法上看,大陆法系国家的法官审理案件时,除了确定事实外,首先是依据和服从成文法典,法官只能适用法律,不能创造法律。在处理案件时,法官首先考虑制定法规定的一般法律准则,然后依据该法律准则处理案件。英美法系国家的法官审理案件时,除了确定事实外,首先研究过去类似案件的判决,并从中抽出适用于手边案件的一般法律准则,然后按照该准则处理各个案件。(4)从诉讼程序上看,大陆法系国家采用审讯制,法院判决书的推理方式是演绎法,即大前提、小前提,然后是结论。英美法系国家采用辩论制,法院判决书的推理方式是归纳法,即从以前的案例和有关制定法中归纳出一般的原则,然后对本案作出结论。此外两大法系的区别还表现在其他方面,例如,在司法机构的设置上,在法律概念、术语上,立法风格上均有差别。

(三)资本主义法的渊源和分类。1. 资本主义法的渊源一般有以下几种:立法机关制定的宪法和法律、授权立法、行政法规、条约、经认可的习惯和司法判例等。在大陆法系国家中,判例在法律上不被认为是正式意义,即有约束力的渊源,但可被认为是非正式意义的,即具有说服力的渊源。宪法是国家根本法,其地位和效力高于一般法或普通法,这一原则对成文宪法制国家普遍适用,而对不成文宪法制国家则有所不同。立法机关制定的法律是仅次于宪法的一种渊源。广义的制定法是与判例法相对称的所有成文法,包括制宪会议、立法和行政机关分别制定的宪法、法律和行政法规;狭义的制定法仅指立法机关制定的法律。在英美法系国家判例法与广义上的制定法并列成为两大类法律渊源。2. 资本主义法的分类,从不同角度对资本主义法

可有各种分类,主要有以下几种:(1)成文法与不成文法;(2)根本法与普通法;(3)一般法与特别法;(4)实体法与程序法;(5)国内法与国际法;(6)公法与私法。

三、社会主义法的理论

(一)社会主义法的特征、功能。1. 社会主义法的特征:(1)贯彻了社会主义原则和民主原则。(2)体现了阶级性与人民性的统一。(3)体现出国家强制性与人民守法自觉性的统一。(4)贯彻了公民权利与义务的一致性。(5)体现了阶级性与科学性的统一。(6)贯彻了法制统一的原则。依据我国宪法的规定,国家维护社会主义法制的统一和尊严。2. 社会主义法的功能。社会主义法的功能具有两种:一是规范功能,一是社会功能。规范功能有:(1)指引功能。法律在调整人们的行为时,规定人们可以这样行为,应该这样行为或不应该这样行为,为人们的行为提供了三种模式。(2)评价功能。法律作为一种社会规范具有判断衡量他人行为是合法还是违法的评价功能。(3)教育功能。教育功能是指通过法律的实施,对一般人今后的行为所发生的影响。(4)预测功能。(5)强制功能。法律的强制功能主要是制裁惩罚违法犯罪行为,以及预防违法犯罪行为。3. 法的社会功能有:(1)在实现人民民主专政方面的功能;(2)在组织经济,促进物质文明建设方面的功能;(3)在保障和促进社会主义精神文明建设方面的功能;(4)在调整公共事务方面的功能;(5)在对外交往方面的功能。

(二)社会主义法与共产党的政策、社会主义道德的关系。1. 社会主义法与共产党政策是既有联系又有区别的。它们的共同点是:(1)两者建立的经济基础相同。(2)体现的阶级意志相同。(3)指导思想相同。(4)政治任务和历史使命相同。在特定的条件下,党和国家联合发布某项决议和规定,即是党的政策,又是国家法律;它们之间的区别有以下几点:①制定机关和程序不同。②实施方式不同。③表现形式不同。④调整社会关系的范围不完全相同。⑤稳定性不同。总之,政策是法律的依据和指导,法律是政策的规范化、法律化,是实现党的政策的工具。2. 社会主义法与社会主义道德的关系。社会主义法与社会主义道德具有一致性:(1)它们都是社会主义上层建筑的组成部分,都产生在社会主义经济基础之上,并为这种基础服务。(2)它们维护的都是以社会主义公有制为基础的社会主义经济制度,都是工人阶级为领导的广大人民群众共同意志和利益的体现,都反映着社会主义经济发展的客观需要;(3)二者都以保护和发展生产力,建设社会主义和实现共产主义为使命。(4)它们有着共同的马列主义理论基础;(5)凡是社会主义法所禁止的行为,也是社会主义道德所谴责的行为;凡是社会主义法所允许和鼓励的行为,也是社会主义道德所提倡的行为。社会主义法与社会主义道德的区别:①产生的历史条件不同。社会主义法是在人民民主专政的国家政权确立后产生的。社会主义道德是在无产阶级夺取国家政权之前就已产生了。②实施的方式不同。社会主义法的实施体现了国家的强制力。社会主义道德的维护和遵守,是依靠社会舆论和社会评价的力量以及人们的信念、习惯传统等。③表现形式不同。社会主义法是肯定的、明确的、普遍的规范,具有正式的、严谨的表现形式。而社会主义道德规范只存在于人们的社会意识、社会舆论之中。④调整的范围不同。⑤历史命运不同。

(三)社会主义法对经济体制改革的作用。1. 经济体制改革必须在宪法和法律范围内进行,这是由改革的性质决定的。经济体制改革是在坚持社会主义制度的前提下进行的。改革生产关系和上层建筑中不适应生产力发展的一系列环节和方面,是社会主义制度在自身发展过程中的自我完善和发展,改革的根本目的基本出发点是为建立适应社会主义市场经济发展的新体制,在促进社会生产力发展的基础上不断提高人民的物质文化生活。改革的目的是性质决定了必须要运用法制保障社会的安定,保证改革有秩序地进行。因此,改革必须在宪法和

法律的指导下进行。2. 从社会主义法的本质、目的或整体上看,它要促进经济体制改革,为改革服务。经济体制改革不断促进社会主义市场经济的发展,市场经济的建立和完善,迫切需要建立与之相适应的法律体系,用以规范市场主体、规范市场主体行为、规范市场经济秩序,以及制定有关市场经济宏观调控和社会保障方面的法律。这就要求不断加强促进经济体制改革和市场经济发展的立法工作,制定与之相适应的各部门法律,逐步建立和健全与我国社会主义市场经济发展相适应的法律体系。3. 社会主义法能够指导改革的发展。为使法律适应改革的需要,使其充分发挥指导改革、促进改革和巩固改革成果的作用,一般可通过三种方式来处理立法与改革的关系:一是边改革边立法;二是先改革后立法;三是在某些方面可以超前立法,有利于指导改革顺利进行。4. 运用法律打击违法犯罪活动,排除对改革的阻力,保证和促进改革的顺利进行。

(四)社会主义民主与法制的关系、社会主义民主与法制是社会主义上层建筑整体中不可分割的两个方面,二者相辅相成,相互依存,相互作用,二者关系极为密切。1. 社会主义民主是社会主义法制的前提。2. 社会主义法制是社会主义民主的体现和保障。

(五)社会主义法律意识对法制建设的作用。1. 法律意识的概念:法律意识是人们关于法律和法律现象的思想观点、知识和心理的总称。2. 社会主义法律意识对法制建设的作用:(1)社会主义法律意识是完善立法工作的重要条件。(2)社会主义法律意识是正确适用法律的必要因素。(3)社会主义法律意识是公民遵守法律的重要保证。

(六)社会主义法的渊源。1. 法律渊源的概念及我国社会主义法律渊源的分类:(1)法律渊源又称法律形式,是指法的各种具体表现形式。我国社会主义法律渊源是指我国社会主义法的表现形式之一,即我国最高国家权力机关和其他有权机关制定的各种规范性文件所表现的不同形式。(2)我国法律渊源的分类:①宪法,是我国的根本大法,是我国法律最主要,最高的渊源,具有最高的法律效力。②法律,是由国家最高权力机关全国人民代表大会及其常委会制定,颁布的规范性文件的总称。其法律地位和效力仅次于宪法。③行政法规,它是国家最高行政机关国务院依据宪法和法律制定的有关国家行政管理活动的规范性文件,包括决议、决定、指示、命令、条例、章程等。④地方性法规和其他规范性法律文件。它们是指省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常委会依据宪法、法律和行政法规,结合本辖区具体情况制定和发布的,只在本辖区有效力的规范性文件。此外,省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市人大及其常委会也可在一定条件下制定出本市需要的地方法规。⑤民族自治地方的自治条例和单行条例。它们是由民族自治地方人民代表大会制定的规范性文件,它同地方性法规具有同等的地位和法律效力。⑥特别行政区的法律和规范性文件。它们包括全国人大制定的有关特别行政区基本法,以及由特别行政区的有关立法机关以基本法为依据制定的各种具有规范性的法律文件等。⑦我国同外国缔结或加入的国际条约。我国同外国缔结的和平友好的条约,解决边界问题的条约、贸易、经济、科技、文化交流等协议,或是我国加入的并已生效的国际条约,都是我国的法律渊源之一。2. 法律汇编、法典编纂及其之间的区别。(1)法律汇编是指在不改变内容的前提下,把现行的规范性文件按照一定的目的或标准,或按照颁布的时间顺序,或按照一定的部门分类,或按照发布的机关作出系统的排列,加以整理,汇编成册。(2)法典编纂是指对现行的法律规范进行整理、加工,它不仅要整理现有的法律文件,而且要对其内容进行修改补充,要删除其中已不适用的内容,修改相互矛盾、冲突或重叠的部分,补充必要的新的规范,填补空白,协调法规之间的关系,使之形成一个从某些共同原则出发的、有内在联系的、和谐一致的统一体。(3)法规汇编与法典编纂之间的区别。前者不改变现行规范性文件的内容。

不属于国家的立法活动。后者则是使法律规范系统化的一种立法活动。只能由国家立法机关进行。

(七)社会主义法律规范和法律关系。1. 法律规范的概念、逻辑结构种类;权利性规范与义务性规范的区别:(1)法律规范的概念、逻辑结构。法律规范是由国家制定或认可,反映统治阶级意志,并以国家强制力保证实施的一种行为规范。其逻辑结构有:①假定;②处理;③制裁。(2)法律规范的种类。法律规范可以根据不同的标准进行分类:①按照法律规范表现形式的不同,可以分为义务性规范、授权性规范和禁止性规范。②按照法律规范表现形式不同,还可分为强制性规范和任意性规范。③按照法律规范内容的确定性与否,分为确定性规范和非确定性规范。(3)权利性规范与义务性规范的区别。权利性规范是即不要求作出某种行为,也不禁止作出某种行为的法律规范,它是授予人们或组织可作出某种行为的权利。人们或组织可作出也可不作出这种行为,无论作还是不作都是合法的。义务性规范则不同,它规定必须作出某种行为,即承担一定义务;它规定必须作或不准做,否则就是违法或犯罪。2. 法律关系的概念、特征;法律关系的主体、客体、内容;“我国社会主义法律关系主体、客体的种类;权利能力和行为能力。(1)法律关系的概念、特征。法律关系是指法律规范在调整人们行为的过程中形成的权利与义务关系。特征有三点:①法律关系是以法律上的权利义务为内容的社会关系;②法律关系是一种思想社会关系,属于上层建筑的范畴;③法律关系是由国家强制保证执行的社会关系;④某种法律关系的存在总是以相应的现行法律为前提。(2)法律关系的主体、内容、客体。法律关系的主体,也称权利主体或权利义务主体,是指法律关系的参加者在法律关系中依法享有权利和承担义务的人或组织。法律关系的客体,也称权利客体,是指法律关系主体的权利与义务所指向的对象。法律关系的内容即权利与义务。(3)我国社会主义法律关系主体、客体的种类。主体包括以下几种:一是公民;二是国家机关、企事业单位和社会团体;三是国家。我国社会主义法律关系的客体有三种:一是物;二是行为;三是与人身相联系的非物质财富。(4)权利能力和行为能力。权利能力是指法律规范现定的,能够参加一定的法律关系,享有一定的权利和承担相应义务的能力。公民的权利能力始于公民出生;法人的权利能力始于法人成立时。行为能力是指法律规范承认的,法律关系主体能够按照自己的意志并通过自己的行为依法行使一定权利和承担一定义务的能力。公民的行为能力必须达到一定的年龄,并通过自己的意志对自己的行为性质后果等能辨认和控制时,才能取得;法人的行为能力始于成立,终于撤销或解散。3. 法律事实及其种类。法律事实是指法律规范规定的,能够直接引起法律关系的产生、变更和消灭的条件或依据。

(八)社会主义法律体系。1. 法律体系和部门法的概念。法律体系是指一个国家在一定历史阶段上,以现行的和即将制定的法律规范为基础,以宪法为主体,由不同的部门法律组成的一个内容和谐一致、形式完整统一的有机整体。部门法,又称为法律部门,部门法是根据一定的标准和原则所制定的同类法律规范的总称。2. 划分部门法的标准、原则以及我国主要的部门法。我国划分部门法的标准就是依据法律所调整的社会关系即调整对象和调整方法的不同来进行划分的。划分部门法应遵循以下几项原则:(1)要明确划分的目的是为了让我们掌握我国现行的全部法律;(2)要考虑到现实社会关系的广泛程序以及与此相关的法律规范的多少。(3)不仅要以现行法律,法规为基础,同时也要考虑到正在或者即将制定的法律。(4)要注意各部门法之间调整范围大小的平衡。(5)当有些法律从不同角度可将其列入不同部门法时,应当依其主导因素而划入某一部门法中。

(九)法律解释和法律类推。1. 法律解释的概念和种类:(1)法律解释是对特定法律规定的

具体内容和含义所作出科学、准确的阐释和说明,是法律适用的重要前提。(2)法律解释的分类:①按解释的主体与效力的不同,可分为正式解释和非正式解释。②按照解释的方法不同,可分为文法解释、逻辑解释、历史解释、系统解释。③依照法律解释的尺度不同,可分为字面解释、扩充解释、限制解释。2. 法律类推适用的概念及类推适用的条件。法律的类推适用,又称“比照适用”,是指司法机关在处理某一具体案件时,对在法律上没有明文规定的,可以在一定条件下比照适用最相类似的法律条文进行审理和作出处理决定。法律类推必须具备以下条件:(1)依照类推定罪的行为必须区别犯罪的程序;(2)这种行为必须是刑法分则中的有明文规定的行为;(3)必须比照适用刑法分则中最相类似的条文;(4)必须报请最高人民法院核准。

(十)社会主义法的适用。1. 法的实施、适用的概念;法适用的要求和基本原则。(1)法的实施、适用。法的实施,是指法律规范在社会生活中的具体运用和实现,它包括执法、司法、守法和法律监督。法的适用,是指国家司法机关和有权的国家行政机关及其公职人员,根据法定职权和法定程序,以国家的名义把法律规范应用于具体的人或组织,使法律规范得以实现的国家职能活动。一般有广义和狭义两种解释。(2)适用的要求和基本原则。我国社会主义法适用的基本要求是:准确、合法、及时。我国社会主义法适用的基本原则有:①以事实为根据,以法律为准绳;②公民在法律面前一律平等;③司法机关独立行使职权;④专门机关工作同群众相结合;⑤坚持实事求是,有错必纠。2. 法律效力概念和分类、法律溯及力:(1)法律效力的概念和分类。法律效力这一概念有两种含义:从狭义上说是指法律生效的范围或适用的范围,即法律规范对什么人,在什么时候,什么地点发生效力;从广义上说,是泛指法律的约束力和强制性,即不论是规范性法律文件,还是非规范性法律文件,对人们的行为都产生法律上的约束和强制作用,但是前者具有普遍约束力,而后者不具有普遍约束力。我国社会主义法分为对人的效力、空间效力和时间效力。对人的效力是指法律适用于什么人,对什么样的人生效。空间效力是指法律所适用的地域范围,也就是法律在哪些地域范围内有效。时间效力是指它从何时起开始生效,到何时终止效力,以及法律对其公布生效以前的事件和行为是否具有溯及力的问题。(2)法律的溯及力。法律的溯及力又称法律溯及既往的效力,是指法律颁布后对其生效以前发生的事件和行为是否适用,如果适用,就有溯及力;如果不适用,就没有溯及力。

(十一)社会主义法的遵守。1. 违法的概念、构成要素和种类:(1)违法的概念:违法是指国家机关及其公职人员、政党、武装力量、社会团体、企事业单位,公民违反国家现行法律、法规的规定,造成某种危害社会的,有过错的行为。(2)违法必须具备四个要素。(3)违法行为的种类:①刑事违法行为;②民事违法行为;③行政违法行为;④经济违法行为;⑤违宪行为。2. 法律责任、法律制裁及其种类、法律监督。(1)法律责任:它是同违法行为联系在一起的,即指实行某种违法行为的公民、公职人员或法人所应当对国家及受受害者承担相应的法律后果。它分为刑事法律责任、民事法律责任、经济法律责任、行政法律责任。(2)法律制裁及其种类。法律制裁是由特定的国家机关对违法者依法追究法律责任而采取的强制惩罚措施。法律制裁的种类是依据违法行为的性质,情节和社会危害后果,以及实施法律制裁的机关、方法不同而划分的。一般分为两大类:一类是司法制裁;另一类是行政制裁。3. 法律监督。法律监督是国家为保证法律统一实施的一项法律制度。根据我国的情况,法律监督主要有以下几种:一是国家权力机关的监督,特别是最高权力机关的监督。国家权力机关的监督主要是通过全国人大及其常委会对宪法和法律实施的监督,以及对政府、检察、审判工作的监督;二是行政机关的监督;三是司法机关的监督,包括审判机关的监督和检察机关的监督;四是社会监督,是指广大人民群众以多种形式,手段和途径广泛参与对法律实施的监督;五是党的监督。它首先是监督党员和各级党的

组织模范地执行和遵守宪法和法律。党的纪律检查机关对党员和党的组织活动实行全面的监督。

重点 难点 考核点判断

一、法的一般理论

①法的概念、法律的含义、法的本质、法的基本特征、法的渊源、分类、法与国家、法与道德等内容是本部分的重点和考核点。

②法律的定义包含以下几种含义：1. 法律是行为规范，规范即指约定俗成或明文规定的一种标准，准则；2. 法律是一种特殊的行为规范，是由国家机关制定或认可的，具有国家意志性。3. 法律是以国家强制力保证实施的行为规范，以国家强制力为后盾保障。

③法的本质：关于法的本质的三点内容可以这样理解，整体性是指：这种意志并不是统治阶级内部的各党派、集团及每个成员的意志的简单相加。法体现的意志是统治阶级的整体意志，具有整体性，即反映统治阶级的整体意志和根本利益，而不是统治阶级成员的个别意志和个别利益。国家意志性是指法是统治阶级意志的体现，但并不是说统治阶级的意志都表现为法。只有以国家意志表现出来的统治阶级意志才是法。物质制约性：物质生活条件包括社会生产和生活需要的产品状况，但主要是指生产关系。统治阶级意志的内容和性质，就是以这种所有制为核心的经济关系，以及由其决定的阶级利益的概括。所以，法是以一定的经济关系为基础。统治阶级有什么样的物质生活条件，就会有什么样的意志作为法的内容。

④法的基本特征一般可以这样理解，制定和认可是国家创制法律的两种方式。国家制定或认可的法律规范都是国家意志的表现，法律具有国家意志的属性，是其他社会规范所不具有的。法的国家强制性是靠军队、警察、法庭、监狱等国家暴力机关保障的。法所规定的权利与义务同其他社会规范，例如，道德规范、宗教规范、政治规范等规定的权利与义务，有着性质上的区别。法规定的权利义务是由国家确认并予以保证实现的。同时，法律具体规定了侵犯这种权利和拒绝履行义务所应受到的法律制裁。法的概括性是指它的对象是抽象的、一般的，并非是特定的具体的人；它在同样的条件下可以反复地适用。法的普遍性是指在国家权力管辖和法所界定的范围内，具有普遍的约束力。在这个范围内，任何人的合法行为都要受到法律保护，任何人的违法行为都要受到法律制裁。这就是说，在法所及范围之内，它对社会的全体成员都具有约束力和保障力同时法的约束力还体现在法律制裁和法律监督方面。

⑤法的渊源：不同历史类型的法律以及同一类型的法律在不同的国家，法律渊源也不相同。在不同的国家或同一国家的不同历史时期，由于经济、政治、法律制度以及文化传统、习惯等方面的不同，其法律形式也有所不同。从历史上看，阶级本质相同的法律在法律形式上可以相同，也可以不同；阶级本质不同的法律在法律形式上可以不同，也可以相同。因此，我们要正确地认识和理解法律本质，不能只看法律形式是否相同。法的分类应注意：根据法律的本质分类，一般分为两种性质，四种类型的法律。这是根据马克思主义法律观对法律所作的分类。划分标准是阶级本质和经济基础。凡是建立在同一经济基础之上的，体现同一阶级本质的法律，就属于同一种历史类型的法律。人类社会自从阶级和国家产生以来，先后产生了四种不同历史类型的法律，即奴隶制的法，封建制的法，资本主义法和社会社会主义法。前三种都是建立在私有制经济基础之上的法律，因而属于剥削阶级类型的法，它们都是只体现少数剥削阶级的意志和利益。社会主义法是建立在公有制经济基础之上的上层建筑，体现了占人口绝大多数的工人阶级领导的广大人民的意志和利益。

⑥法与国家的关系：一方面法是通过国家机关制定或认可的，法的存在是以国家的存在为前提条件的，没有国家，法就制定不出来，任何阶级只有掌握了国家政权，才有可能把自己的意志转化为国家意志。法是以国家强制力保证实行的，否则法便会失去存在的意义，成为一纸空文。国家的性质直接决定着法的性质。有什么性质的国家，就会有什么性质的法，每一种历史类型的法律都是与同一类型的国家相适应的。如果国家的性质变了，法的性质也会跟着变化。另一方面，国家也离不开法。法是组成国家政权的章程。没有一定的法律制度，就不可能组成国家，也就无法开展正常的国家活动。法是国家权力经常的、有系统的、有组织的表现，没有国家权力就不能经常地表现出来，国家也就不可能巩固。法是实现国家职能的重要武器。无论是实现国家的对内职能、还是对外职能，都离不开法。

⑦法与道德的关系：法与统治阶级的道德是相辅相成的，法对统治阶级的道德起着保护作用，促进这一道德体系的形成和发展。统治阶级的道德对法是一种重要的补充，它对于培养人们的法律意识，增强人们的法制观念，也起着重要作用。被统治阶级的道德对法则是一种对抗的力量，因此，被统治阶级的道德总是破坏着现行法律的实施，而法又总是在为消灭被统治阶级的道德观念作不懈的努力。

二、资本主义的法

①资本主义法的产生、资本主义两大法系、资本主义法的渊源是本部分的重点和难点。

②资本主义法的产生主要有以下三种：一是11世纪意大利出现了海商法，主要是那不勒斯城附近的阿马尔非城制定的《阿马尔非法典》以及在15世纪西班牙巴塞罗那城的海商法典等。二是12至16世纪期间，罗马法在欧洲大陆复兴。罗马法在西欧大陆中世纪中后期趋于复兴，因为在当时的各种法律中，只有罗马法才适应资本主义发展的需要。三是16世纪英国的资本主义原始积累的法律。这种法律是在资本主义原始积累过程中出现的带有资本主义因素的法律。这一过程从15世纪末开始，以英国为典型。以上三种法律是带有资本主义因素的法律。

③资本主义两大法系：大陆法系也称罗马法系，民法法系、法典法系，或称罗马—日尔曼法系。大陆法系是以古代罗马法，特别是以19世纪初《法国民法典》为传统而产生和发展的法律的总称。它在内容上继承了罗马法的基本原则，在形式上采取了古罗马成文法典形式，德国1896年制定的《德国民法典》与《法国民法典》一脉相承。大陆法系以法国和德国法律为代表。英美法系也称英国法系，或称普通法系、判例法系。它是以英国中世纪至资本主义时期的法律作为传统而产生和发展的法律总称。又因为美国独立后继续沿用英国法律，故称英美法系。

④资本主义法的渊源：在大陆法系国家中，宪法、立法机关制定的法律，包括制宪会议、立法机关和行政机关分别制定的宪法、法律和行政法规都是资本主义法的渊源。“授权立法”或“委任立法”是现代资本主义国家法律的重要渊源，是指立法机关在其制定的一项原则立法中规定将某些具体立法权授予行政部门、专门设立的机关或司法部门。在英美法系国家中，判例法与广义上的制定法并列成为两大类法律渊源。

三、社会主义法的理论

①本部分的重点和难点是：社会主义法的特征、社会主义民主与法制的关系、法律意识的概念、法律渊源及分类、法律编纂、法规汇编、法律关系、法律规范结构、法律事实、法律体系、部门法、法律解释、法的实施、概念、法适用的基本要求、法律效力、违法的要素、法律监督等。

②社会主义法的特征：社会主义制度是我国的根本制度，社会主义法要确认和保护社会主义制度，我国的宪法和法律贯彻了这一原则。我国社会主义法是工人阶级领导的广大人民群众意志的体现，即表明社会主义法具有鲜明的阶级性，又表明社会主义法同人民相结合，有着最