

中国政法大学全国律师资格考试辅导教材

全国律师资格考试指定用书重点练习

中国政法大学培训中心 审定

现代出版社·北京·

· 图书在版编目(CIP)数据

全国律师资格考试指定用书重点练习/中国政法大学培训中心审定.

北京:现代出版社.1999.5

ISBN 7-80028-421-2

I. 全 ...

I. 中 ...

Ⅱ. 律师-资格考试-自学参考资料

IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 13849 号

责任编辑:姜秀云 封面设计:陈 改

全国律师资格考试辅导教材

全国律师资格考试指定用书重点练习(全新版)

QUANGUO LUSHI ZIGE KAOSHI ZHIDING YONGSHU ZHONGDIAN LIANXI

出版发行/现代出版社

社址/北京市安定门外安华里 504 号(邮编:100011)

电话/64258085 64215031 转 3101

经销/各地新华书店

印刷/北京医科大学印刷厂

出版声明/版权所有,侵权必究

开本/787×1092 毫米 开本 1/16 印张/40 字数/1000 千

版本/2001 年 5 月第 1 版 2001 年 5 月第 1 次印刷

印数/0001—8000

书号:ISBN7-80028-421-2/D·020

定价:56.00 元

写给考生的话

为了帮助您实现成功的跨越,中国政法大学培训中心推出全新版《全国律师资格考试指定用书重点练习》。本版《全国律师资格考试指定用书重点练习》包括考生必备的四方面知识:一是指出《全国律师资格考试指定用书》中的基本考点,也就是律师资格考试的出题点。考生掌握了这些出题点,也就掌握了律师资格必考的基本内容。二是对1996年至2000年五年律师资格考试试题进行了分类归纳,给出答案、考点和参考的法律条文。这五年的律考题囊括了律考出题人对律师资格应必备的知识的重点和难度的理解和选择。考生如果熟悉了这五年的律考题,也就基本掌握了律师资格要求的知识条件。通过考题的列举,考生可以了解和掌握哪些内容是年年必考的,哪些内容已出过题,还有哪些考点尚未出过题,做到心中有数。三是配送由我中心律考辅导班内部使用的《临考模拟试题》。这套试题从内容难度到出题形式都与今年律考试题相当,并包含我校律考辅导教师对今年律考出题点的理解。四是配送由我中心律考辅导班内部使用的《考前重点提示》,目的是帮助考生临阵高效磨枪。

本版《全国律师资格考试指定用书重点练习》是我中心十几年举办律考辅导班以及积历年律考辅导经验而编撰的最集中囊括考生需要的律考辅导书。考生手中只要有一套《指定用书》,再有一套由指定用书编写人员编撰的《测试题解》,再有一本《重点练习》,有这三本书足矣!考生在复习中可先看考点讲解,再看历年律考题,如果想再扩充一下,再看指定用书中的相关内容或法规条文,然后试做一些测试题。这样做下去,应该说该部分内容也就基本掌握了。如果考生时间紧,也可以只看本版《重点练习》。

祝一切立志于我国律师事业的考生都顺利通过律师资格考试!尤其祝愿那些多年参加律考的具有律考最低学历考生今年实现这一跨越!中国政法大学培训中心辅导教师和工作人员衷心祝愿您们如愿以偿!

中国政法大学培训中心

中国政法大学全国律师资格考试面授辅导班

历年主要授课教师名单

(按姓氏笔划为序)

- 马登民 中国政法大学刑法学教授、刑法学硕士研究生导师组组长,中国法学会理事,中国刑法学研究会干事。
- 王启富 中国政法大学常务副校长、法理学教授。
- 王昌硕 中国政法大学法学教授,中国劳动法学研究会副会长。
- 江 平 中国政法大学民商法学教授、民商法学博士生导师,原全国人大法制委员会副主任、中国政法大学校长。
- 许 清 中国政法大学宪法学教授、原宪法教研室主任、宪法学研究生导师组组长。
- 朱维究 中国政法大学行政法学教授、比较法学研究所所长。
- 张树义 中国政法大学行政法学教授、行政法学硕士研究生导师、行政法教研室主任。
- 应松年 国家行政学院法学部主任,原中国政法大学行政法学教授。
- 巫昌桢 中国政法大学民法学教授,全国政协委员,中国法学会副会长,中国婚姻法学研究会会长。
- 李显东 中国政法大学民商法学教授、民商法学硕士研究生导师。
- 杨荣新 中国政法大学民事诉讼法学教授、诉讼法学博士生导师,中国公证员协会理事,中国诉讼法学研究会理事,北京人民调解员协会副会长。
- 杨振山 中国政法大学民商法学教授、民商法学博士生导师,中国民法、经济法学会秘书长。
- 严振声 中国政法大学经济法学教授,中国税法研究会副会长。
- 费安玲 中国政法大学民商法学教授、民商法学硕士研究生导师、民商法教研室副主任。
- 赵相林 中国政法大学国际私法学教授、副校长,中国国际私法学研究会副会长。

梁淑英 中国政法大学国际法学教授、国际法教研室主任、国际法学研究生导师组组长,中国国际法学会理事、海洋法学会理事。

夏国强 中国政法大学经济法学教授、经济法系合同法教研室主任、经济法学硕士研究生导师。

黄勤南 中国政法大学经济法学教授,中国知识产权研究会常务理事,北京市经济法学研究会副会长。

焦宏昌 中国政法大学宪法学教授、宪法学硕士研究生导师组组长。

樊崇义 中国政法大学刑事讼诉法学教授、刑事讼诉法教研室主任、诉讼法学博士生导师,教育部全国法学教育指导委员会委员,北京市诉讼法学会副会长,海峡两岸法律问题研究会理事。

中国政法大学培训中心举办的律考培训,至今已有十几年的历史,得到全国十多万次考生的认可。为酬谢广大考生对本中心律师资格考试培训工作的支持,以及对律考培训教材《全国律师资格考试指定用书重点练习》的厚爱,应广大考生的要求,我中心对今年购买《全国律师资格考试指定用书重点练习》的考生,赠送由我中心举办的全国律师资格考试辅导班内部使用的《临考模拟试题》和《考前重点提示》。

具体办法如下:

凡购买本书的考生请填写下列回执二份,连同 10 元邮费于 2001 年 8 月 15 日前邮到我处,我处将及时为您寄出《临考模拟试题》和《考前重点提示》。

我处联系地址:北京市海淀区西土城路 25 号 中国政法大学 18 号信箱

邮 编:100088

联系人:徐海燕

电 话:(010)62229060 62228847

.....沿虚线剪下.....

<table border="1"><tr><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td></tr></table>						
北京市海淀区西土城路 25 号 中国政法大学 18 号信箱(100088)						

邮编:
地址:
姓名:
购买地点:
是否满意:
有何建议:

目 录

第一部分 法学基础理论、宪法	(I -1)
法学基础理论考点讲解	(I -1)
宪法考点讲解	(I -26)
第二部分 刑事法学	(I -1)
刑法考点讲解	(I -1)
刑事诉讼法考点讲解	(I -67)
第三部分 民事法学	(II -1)
民法通则考点讲解	(II -1)
合同法考点讲解	(II -50)
知识产权法考点讲解	(II -97)
婚姻法考点讲解	(II -119)
继承法考点讲解	(II -123)
民事诉讼法考点讲解	(II -130)
仲裁法考点讲解	(II -179)
第四部分 行政法学	(IV -1)
行政法考点讲解	(IV -1)
行政处罚法考点讲解	(IV -8)
行政复议法考点讲解	(IV -15)
国家赔偿法考点讲解	(IV -21)
行政诉讼法考点讲解	(IV -32)
第五部分 商事法学·经济法学	(V -1)
公司法考点讲解	(V -1)
合伙企业法考点讲解	(V -20)
个人独资企业法考点讲解	(V -27)
外商投资企业法考点讲解	(V -28)

企业破产法考点讲解	(V-36)
票据法考点讲解	(V-42)
保险法考点讲解	(V-48)
海商法考点讲解	(V-54)
反不正当竞争法考点讲解	(V-64)
消费者权益保护法考点讲解	(V-68)
产品质量法考点讲解	(V-74)
银行法考点讲解	(V-77)
证券法考点讲解	(V-81)
税法考点讲解	(V-88)
土地管理法考点讲解	(V-94)
自然资源法考点讲解	(V-100)
环境保护法考点讲解	(V-102)
劳动法考点讲解	(V-104)
第六部分 国际私法、国际经济法、国际法	(VI-1)
国际私法考点讲解	(VI-1)
国际经济法考点讲解	(VI-16)
国际法考点讲解	(VI-48)
第七部分 律师制度与律师实务	(VI-1)
律师法考点讲解	(VI-1)
律师职业道德与执业纪律规范考点讲解	(VI-10)
律师实务考点讲解	(VI-16)
律师业务文书参考格式	(VI-26)

第一部分 法学基础理论、宪法

法学基础理论考点讲解

一、法的特征

法是由一定的物质生活条件所决定的,由国家制定或认可并由国家强力保证实施的具有普遍效力的行为规范体系。法的特征是:

(1)法是为人们提供行为标准的社会规范。

(2)法以国家政权意志的形式出现。

①法是由国家制定或认可的社会规范。一切法的产生,大体上都是通过制定和认可这两种途径。所谓法的制定,就是国家立法机关按照法定程序创制规范性文件的活动。通过这种方式产生的法,称为制定法或成文法,即具有一定文字表现形式的规范性文件,如中国的各种法律即属此类。所谓法的认可,是指国家通过一定的方式承认其他社会规范(如道德、宗教、风俗、习惯等)具有法律效力的活动。

②法是由国家强制力保证实施的社会规范。

(3)法有普遍性、明确性和肯定性。

所谓法的普遍性,也称法的普遍适用性、法的概括性,就是指法作为一般的行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力和特性。它包含两方面的内容:①法的效力对象的广泛性,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的制裁。法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。②法的效力的重复性。这是指法对人们的行为有反复适用的效力。在同样的情况下,法可以反复适用,而不仅适用一次。法不能为某一特殊事项或行为而制定,也不能因为一次性适用而终止生效。

(4)法以权利和义务为主要内容。

(5)法是司法机关办案的主要依据。

历年律考相关题解

1. 2000年多项选择题:下列有关法的特征的表述哪些是正确的?

- A. 历史上的一切法的规定都是明确、肯定的
- B. 法是司法机关办案的主要依据
- C. 法律以外的其他社会规范,也可作为司法机关裁判案件的根据
- D. 法是以国家政权意志的形式出现的

正确答案:BCD 考点:法的特征

2. 1998年多项选择题:下列哪些内容不属于制定法?

- A. 家法族规
- B. 衡平法
- C. 法院判例
- D. 习惯法汇编

正确答案:ABCD 考点:制定法

二、法的本质

在历史上,思想家和法学家们曾对法的本质问题提出过各种各样的学说。如:德国历史法

学派创立人卡尔·冯·萨维尼指出,法是民族精神、民族特性和民族共同意识的体现。法随着民族的成长而成长,随着民族的加强而加强,最后随着民族个性的消亡而消亡。

马克思主义法的本质学说认为:法的本质从主观方面看,法是国家意志和统治阶级意志的体现;法所体现的统治阶级意志不是统治阶级内部的各党派、集团及每个成员的个别意志,也不是这些个别意志的简单相加,而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。从客观方面看,法的内容是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。

律考相关题解

1999年单项选择题:历史法学派是19世纪兴起的一个法学派别,下列哪个选项代表该学派的观点?

- A、法是一种历史现象,是阶级社会的产物
- B、法像语言、风俗、政治制度一样,是随着民族的成长而成长的
- C、法是由事务的性质产生出来的必然关系
- D、法是在所有的人中确立的,并得到全人类平等遵守的自然理性

正确答案:B 考点:历史法学派的观点

三、法的作用

1. 法的规范作用

(1)指引作用。法的指引作用是指法律作为一种行为规范,为人们提供了某种行为模式,指引人们可以这样行为,必须这样行为或不得这样行为。法的指引作用的对象是本人的行为。法的指引作用有两种表现形式,即确定的指引和有选择的指引。确定的指引是指人们必须根据法律规范的指引而行为(包括作为及不作为)。有选择的指引是指人们对法律规范所指引的行为模式有选择余地,法律允许人们自行决定是否这样行为。

(2)评价作用。法的评价作用是指法律具有判断、衡量他人行为是否合法或违法以及违法性质和程度的作用。评价作用的对象是他人的行为。

(3)预测作用。法的预测作用是指当事人可以根据法律预先估计到他们相互将如何行为以及某种行为在法律上的后果。预测作用的对象是人们相互的行为。法律的预测作用分为两种情况:①行为人依据法律调整相互关系,可以相互预测对方的行为。由于法律规范的存在,一定法律关系中的当事人可以预先估计到对方应当如何行为,从而自己采取相应的行为。例如,在合同关系中,甲方在履行自己的合同义务时,可以合理地预计对方也会履行合同义务;如果任何一方违约,违约方也会估计到另一方将采取哪些求偿行为。②行为人依据法律预测国家对某种行为的态度,预见到某种行为是合法还是违法,在法律上是有效还是无效,国家会予以肯定、保护、奖励,还是否定、制裁。当然,人们也可以预先知道该种行为是否属于法律干预的范畴。

(4)教育作用。法的教育作用是指通过法律的实施对一般人今后的行为所发生的影响。教育作用的对象是一般人的行为。对违法行为实施法律制裁,对包括违法者本人在内的一般人来说都具有教育和警诫作用;对合法行为加以保护、赞许或者奖励,对所有人都有鼓励和示范作用。

(5)强制作用。法的强制作用是指法律对违法行为具有制裁、惩罚的作用。强制作用的对象是违法者的行为。法的强制作用有时通过制裁违法犯罪行为直接显现出来,有时则作为一种威慑力量,起着预防违法犯罪行为、增进社会成员的社会安全感的作用。

2. 法的作用的有限性

(1)法的作用范围不是无限的,在有些社会生活领域中,对有些社会关系或有些问题,比如有关人们的信仰、思想或一般私生活的问题,采用法律手段是不适宜的。

(2)法自身特点所带来的有限性:①法具有主观意志性,法律不等于客观规律。由于人的认识能力的限制,法在被制定出来时总会存在某种不合理、不科学的地方。②法具有概括性,法律规范是对人们行为的抽象。将这种抽象的、具有概括性的行为规范适用于千姿百态的社会生活及人们具体的行为时,总会有不适应社会实践的地方,不可能作到天衣无缝。③法具有稳定性,不能朝令夕改、频繁改变,而社会生活是不停发展的,将相对稳定的法适用于发展着的社会实践时,也有可能出现法落后于实践的地方。④法律讲究程序,包括立法程序和法律实施程序。因此有时可能会使人们不能及时、迅速地解决问题。

(3)实施法律受人员与物质条件的制约。

历年律考相关题解

1. 1999年多项选择题:学者们认为,法律不是万能的,其作用是有限的。其理由在于:①法律重视程序,不讲效率;②法律调整外在行为,不干预人的思想观念;③法律强调稳定性,避免灵活性;④法律反映客观规律,不体现人的意志。下列哪些选项是正确的?

A、①③④

B、①②④

C、②

D、③

正确答案:CD 考点:法的作用的有限性

2. 1998年单项选择题:《中华人民共和国继承法》第16条第2款规定:“公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承”。从法的规范作用看,该项规定属于下列哪一种情况?

A、个别指引

B、确定的指引

C、有选择的指引

D、非规范性指引

正确答案:C 考点:法的作用

3. 1997年多项选择题:某林区村民于小林为盖房欲去山上伐几棵国有林木。父亲对儿子说,未经许可去伐国有林木属乱砍乱伐,是违反《森林法》的。于小林依从了父亲的劝导,该事例说明法的哪些功能?

A、引导功能

B、评论功能

C、教育功能

D、强制功能

正确答案:AB 考点:法的作用

四、法律规范

1. 法的要素

法的要素是指构成法的整体的各个主要组成部分。法的要素一般包括:

(1)法的原则。法的原则是指作为法律规范的基础的综合性、稳定性的原理和准则。如我国刑法规定了罪刑法定原则、罪刑均衡原则、刑法面前人人平等原则。

(2)法的概念。如“公民”、“法人”、“法定代理人”、“侵权”、“过失”、“正当防卫”、“回避”、“标的”、“票据”、“时效”、“管辖范围”等。

(3)法的技术性规定。法的技术性规定是指有关法的生效时间、解释权、修改程序等事项的法律规定。法的技术性规定一般都规定在法律、法规的最后部分,有的则在附则、附录之中。

(4)法律规范。法律规范是由国家制定或者认可的、反映国家意志的、具体规定权利义务及

法律后果的行为准则,是法的要素的重要组成部分。

法律规范与法律条文是既有联系又有区别的两个概念。法律规范是行为规则本身或法的主体,而法律条文则是法律规范的外部表现形式。法律规范是法的基本构成要素,而法律条文则是法律内容的文字表述,以“条”为基本单位。法律规范并不都是通过法律条文的一条来表述的,有的往往通过几条来表述。

法律规范与规范性法律文件也并不等同。规范性法律文件通常是若干法律规范的集合体,规范性法律文件除了以法律规范为主体外,还包括诸如规定法的原则、概念、技术性规定等内容的非规范性条文。

2. 法律规范的结构

法律规范总是通过一定的结构表现出来。法律规范的结构即从逻辑角度看法律规范是由哪些部分组成的,每一个法律规范必须具备的构成要素有哪些。

对法律规范的结构,学术界主要有“三要素说”和“两要素说”两种观点。

“三要素说”认为,每一法律规范通常由假定、处理、制裁三个要素组成。假定就是法律规范中关于适用该规范的条件和情况的部分;处理是法律规范具体要求人们如何行为的部分,包括可以如何行为、应该如何行为、禁止如何行为;制裁是指法律规范中规定的违反该规范时,将要承担什么样的法律后果的部分。并不是法律规范的三个要素都能明确表述出来,有些法律规范的“假定”部分就经常省略,有的法律规范没有“处理”部分。

“两要素说”认为法律规范是由行为模式和后果模式两部分构成的。行为模式,相当于传统三要素说的假定、处理两部分,即在什么情况下可以这样行为、应该这样行为和不应该这样行为;后果模式是指人们在做出符合或违背法律规范的行为时,应当承担的相应的法律上的后果。

3. 法律规范的分类

(1)按照规范的内容,法律规范可以分为授权性规范、命令性规范和禁止性规范。

授权性规范,又称权利规范,是指示法律关系主体可以作出或要求别人作出一定行为的规范。授权性规范赋予人们一定的权利去建立或改变他们的法律地位和法律关系。授权性规范的特点是具有任意性,既不强令人们必须作出一定行为,也不禁止人们不得作出一定行为。人们有行为选择的自由。

命令性规范和禁止性规范都是义务规范。命令性规范是要求法律关系主体应当从事一定行为的规范,即规定必须为一定行为的义务规范。禁止性规范是规定法律关系主体不应当从事一定行为的规范,即规定必须不为一定行为的义务规范。命令性规范和禁止性规范规定的行为规范的内容是确定的,不允许主体一方或双方任意改变或违反,具有强制性。如果不履行,就要受到法律的一定制裁。

(2)按照规范对人们行为规定或限定的范围或程度,法律规范可以分为强行性规范和任意性规范。

强行性规范是规定人们必须为一定行为或不为一定行为的规范。它所规定的内容不允许法律关系主体一方或双方随意更改。强行性规范对人们的行为要求十分单一、明确、无可选择、无可替代。所有规定人们义务的规范都是强行性规范。强行性规范不允许有个人意思表示,如当事人之间订立了规定其他行为条件的协议,则该项协议被认为是无效的。

任意性规范是指规定一定范围,允许人们在这一范围内自行选择或协商确定为与不为、为的方式、法律关系中的权利义务具体内容等的规范,任意性规范大都是国家赋予法律关系主体

的某种权利与自由。因此,法律关系主体对这些权利与自由,只要按照法律规定,就不会受到非法的干扰和侵犯。

(3)如根据规范内容的确定性程度,法律规范可以分为确定性规范与非确定性规范,确定性规范是指规范的内容明确、结构完整、可以直接适用的规范,非确定性规范是指规范没有明确的行为模式或具体的法律后果,而需要引用其他法律规范来说明或补充的规范,包括委任性规范和准用性规范。委任性规范是没有明确规定具体的内容(如行为模式或后果模式)而委托(授权)有关主体规定具体的内容,法律、法规中关于有关事项的具体实施细则由某机关制定的规定,即为这类规范。准用性规范是本身没有明确规定具体的内容,但明确规定可以或应当依照、援用、参照其他规范来使本规范的内容得以明确的规范。

历年律考相关题解

1. 1999年任意项选择题:学生甲和学生乙就法、法律规范的概念展开讨论。学生甲的论点是:

①法与法律规范的概念完全相同,因为法的构成要素等同于法律规范的构成要素;②所有的法和法律规范都是通过法律条文来表述的;③表述法和法律规范内容的文件被称为“规范性法律文件”。学生乙的论点是:①法的要素不能等同于法律规范的构成要素;②并不是所有的法都表现为法律条文形式,但所有的法律规范都是通过法律条文来表述的;③同一个法律规范可以通过一个法律条文来表述,也可以通过若干法律条文来表述。对上述论点进行分析,下列选项哪些是正确的?

A、学生甲的论点①和论点②

B、学生甲的论点③和学生乙的论点③

C、学生乙的论点①

D、学生乙的论点②

正确答案:BCD 考点:法的要素、法律规范

2. 1998年单项选择题:我国刑法规定:“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任”。该条款的内容属于哪些规范?

A、授权性规范

B、义务性规范

C、命令性规范

D、禁止性规范

正确答案:A 考点:法律规范的分类

五、法与原始社会氏族习惯的区别

(1)产生的途径不同。法是由国家制定和认可的,它的产生是一个比较自觉的过程;氏族习惯不是由特殊的权力机关制定和认可的,而是由原始人在长期的共同劳动和共同生活的过程中自发形成、世代相传而来的,它的产生是一个自发的过程。

(2)基础和本质不同。法是在阶级社会的经济基础之上产生和存在的上层建筑,首先和主要体现一定阶级的意志,维护和发展有利于执政阶级的社会关系和社会秩序。而氏族习惯是在原始公有制的经济基础之上产生和存在的上层建筑,体现全体氏族成员的意志,反映全体氏族成员的平等关系,维系氏族的血缘关系和氏族内部的社会秩序,不具有阶级属性。

(3)适用的范围不同。法的适用范围是以属地主义为基础的,它适用一国或一定地区中所有的居民,即适用于国家权力管辖范围内的所有居民。而氏族习惯的适用范围以属人主义为基础,它只适用于本氏族或本部落的成员,只适用于同一血缘的所有成员,一般不以地域为准。

(4)实施的方式不同。法是由国家强制力保证实施的,具有特殊的强制力。而氏族习惯不是特殊的强制机关保证实施的,它主要依靠社会成员自觉遵守,通过社会舆论、氏族首领的威信、传统的力量和人们内心信念的驱使等因素来保护实施。

1998 年多项选择题:原始社会的氏族习惯之所以不能称为“法”,原因在于哪些方面?

- A. 它与宗教规范、道德规范浑然一体
- B. 它不是由国家制定或认可的
- C. 它不是用语言或文字表达
- D. 它不是依靠法院、警察、监狱等机关来保证实施的

正确答案:BD 考点:法与氏族习惯的区别

六、法系

法系是根据各国法的特点、法的历史传统对法所作的分类,凡属于同一历史传统的法就构成一个法系,因此法系是某些国家和地区的法的总称。当代世界主要法系有三个:大陆法系、英美法系、以前苏联和东欧国家的法律为代表的社会主义法系。其他的法系还有伊斯兰法系、印度法系、中华法系等。对资本主义法影响最大的是大陆法系和英美法系。

(1)大陆法系:又称民法法系、罗马法系、法典法系等,是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。大陆法系最先产生于欧洲大陆,以罗马法(奴隶制法)、法国民法典、德国民法典为渊源,以法典化的成文法为主要形式;其中,罗马法深受日耳曼法、教会法、地方习惯法、商法的影响。

大陆法系包括法国法系和德国法系。法国法系是以 1804 年《法国民法典》为蓝本建立起来的,它以强调个人权利为主导思想,反映了自由资本主义时期社会经济的特点。德国法系是以 1900 年《德国民法典》为基础建立起来的,强调社会利益,是垄断资本主义时期法的典型。

属于大陆法系的国家和地区除了法国、德国外,还包括意大利、西班牙、荷兰、奥地利、比利时、瑞士、葡萄牙、日本、土耳其、埃塞俄比亚等,国民党统治时期的旧中国也属于这一法系。

(2)英美法系:又称普通法法系、英国法系,是以英国自中世纪以来的法律,特别是它的普通法为基础而发展起来的法律的总称。英美法系首先导源于 11 世纪诺曼底人入侵英国后逐步形成的以判例形式出现的普通法。英美法系以普通法、衡平法、制定法(成文法)为渊源。

英美法系的范围,除英国、美国外,主要是曾是英国殖民地、附属国的国家和地区,如印度、巴基斯坦、新加坡、缅甸、加拿大、澳大利亚、新西兰、马来西亚等。

(3)两大法系的比较

①法的渊源不同。在大陆法系国家,正式的法的渊源只是指制定法,即宪法、法律等。法院的判例、法理等,没有正式的法律效力。在英美法系国家,制定法和判例法都是正式的法的渊源,遵循前例是英美法系的一个重要原则,承认法官有创法的职能。

②法的分类不同。大陆法系国家法的基本分类是公法和私法。英美法系国家无公法和私法之分,法的基本分类是普通法和衡平法。

③法典编纂的不同。大陆法系国家一般采用法典形式,而英美法系国家通常不倾向法典形式,制定法往往是单行法律、法规。即使后来英美法系国家逐步采用法典形式,也主要是判例法的规范化。

④诉讼程序和判决程式不同。大陆法系国家一般采用审理方式,奉行干涉主义,诉讼中法官居于主导地位;法官审理案件除了案件事实外,首先考虑制定法如何规定,随后按照有关规定来判决案件。英美法系国家采用对抗制,实行当事人主义,法官一般充当消极的、中立的裁定者的角色;法官首先要考虑以前类似案件的判例,将本案的事实与以前案件事实加以比较,然后从以前判例中概括出可以适用于本案的法律规则。

需要注意的是,两大法系之间的差别是相对的。进入 20 世纪后,这两种法系已相互靠拢,它们之间的差别已逐渐缩小,但某些历史上形成的不同传统还将长期地存在。

历年律考相关题解

1. 2000 年单项选择题:下列哪项不属于大陆法系的渊源?

- A. 法国民法典和德国民法典
- B. 自由大宪章
- C. 教会法
- D. 罗马法

正确答案:B 考点:大陆法系的渊源

2. 1999 年多项选择题:下列哪些选项属于英美法系的特征?

- A. 法院的判例、法理等,没有正式的法律效力
- B. 在法的基本分类中有普通法与衡平法之分
- C. 在诉讼程序上采取当事人主义
- D. 成文法是法的渊源之一

正确答案:BC 考点:英美法系

3. 1998 年单项选择题:从日本现行法律制度看,其主要传统、渊源和风格属于下列哪一法系?

- A. 中华法系
- B. 罗马法系
- C. 印度法系
- D. 英美法系

正确答案:B 考点:日本的法系

七、法的继承与移植

1. 法的继承

法的继承是不同历史类型的法律制度之间的延续和继受,一般表现为旧法对新法的影响和新法对旧法的承接和继受。

法的继承的内容主要有:①法律术语、技术、形式。如基本的法律概念、法律解释方法、法律机构的设置等;②有关社会公共事务的法律规定,如有关交通、自然资源、环境保护、人口、卫生、水利、城市建设等的法律规定;③反映市场经济规律的法律原则和规范;④反映法的一般价值的原则,如法律面前人人平等原则、无罪推定原则、公开审判原则、法治原则等。

2. 法的移植

法的移植是指在鉴别、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的有机组成部分,为本国所用。法的继承体现时间上的先后关系,法的移植则反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴,法的移植的范围除了外国的法律外,还包括国际法律和惯例。

法的移植有以下几种类型:①经济、文化和政治处于相同或基本相同发展阶段和发展水平的国家相互吸收对方的法律,以至融合和趋同;②落后国家或发展中国家直接采纳先进国家或发达国家的法律。

律考相关题解

1998 年多项选择题:1804 年的《法国民法典》和 1900 年的《德国民法典》均是以罗马法为基础编纂而成的。从《法国民法典》、《德国民法典》和罗马法的本质和渊源上看,下列选项中的哪些表述是正确的?

- A. 三者都属于同一个法的历史类型
- B. 法的发展过程具有历史延续性
- C. 法律概念、技术和原则具有可继承性

D、它们之间存在着相互移植的关系

正确答案:BC 考点:法的继承、法的移植、法的历史类型

八、法与国家

1. 国家是法存在的政治基础

(1)法的存在离不开国家的存在。法的存在以国家的存在为前提。

(2)法的制定、实施离不开国家的强制力。

(3)法的性质直接取决于国家的性质。

(4)法的特征、表现形式和内容受国家的特征、形式、传统、职能等方面的影响。

2. 法是实现国家职能的规范

(1)法是确认国家权力的一种重要的表现形式。国家离不开法律,无法律不成其为国家。任何政治统治,都必须运用法律来确认掌权阶级的统治地位及社会其他各阶级在法律上的地位,只有将政权法律化、制度化,才能实现对全社会的国家领导。

(2)法律规定国家性质,规定各阶级在国家中的地位,规定国家的各项基本制度,是执行国家职能、组织国家机构、确定国家体制的有效工具。

(3)法是巩固、完善国家制度所必需的手段。

律考相关题解

1997年多项选择题:对法与国家的关系有如下几种表述,其中哪几项是正确的?

A、法律形式直接受国家形式的影响

B、国家的存在以法为前提条件

C、法律规定国家的性质及组成,国家的性质决定法律的性质

D、国家机构必须依靠法律组织、建立和发展

正确答案:ACD 考点:法与国家的关系

九、立法

1. 当代中国立法体制

我国的立法体制是一元性的立法体制,全国只有一个立法体系;同时又是多层次的,全国人大及其常委会制定国家法律,国务院及其所属部委分别制定行政法规和部门规章,一般地方制定地方性法规和地方政府规章。

(1)法律的制定。全国人大和全国人大常委会行使国家立法权。全国人大制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。全国人大常委会制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律;在全国人大闭会期间,对全国人大制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触。

下列事项只能制定法律:①国家主权的事项;②各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;③民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;④犯罪和刑罚;⑤对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;⑥对非国有财产的征收;⑦民事基本制度;⑧基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;⑨诉讼和仲裁制度等。上述事项尚未制定法律的,全国人大及其常委会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。

(2)行政法律的制定。国务院根据宪法和法律,制定行政法规。行政法规报全国人大常委会备案。

应当由全国人大及其常委会制定法律的事项,国务院根据全国人大及其常委会的授权决定先制定的行政法规,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,国务院应当及时提请全国人大及其常委会制定法律。

(3)地方性法规、自治条例、单行条例的制定

省、自治区、直辖市的人大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,并报全国人大常委会和国务院备案。

较大的市的人大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,可以制定地方性法规,报省、自治区的人大常委会批准后施行,并由省、自治区的人大常委会报全国人大常委会和国务院备案。

地方性法规可以就下列事项作出规定:①为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;②属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。

除必须由法律规定的项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。

经济特区所在地的省、市的人大及其常委会根据全国人大的授权决定,制定法规,在经济特区范围内实施。

民族自治地方的人大有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例,报全国人大常委会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省、自治区、直辖市的人大常委会批准后生效,并报全国人大常委会备案和国务院备案。自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或者行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

(4)规章的制定。国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定部门规章。部门规章报国务院备案。

省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,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,制定地方政府规章。地方政府规章报国务院和本级人大常委会备案,其中,较大的市的人民政府制定的规章应当同时报国务院、省、自治区的人大常委会和人民政府及本级人大常委会备案。

(5)按照“一国两制”的原则,特别行政区实行的制度(包括立法制度),由全国人民代表大会以法律规定。

2. 当代中国法律的制定程序

(1)全国人民代表大会立法程序

全国人大主席团、全国人大常委会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人大各专门委员会、一个代表团或者30名以上的代表联名,可以向全国人大提出法律案。向全国人大提出的法律案,在全国人大闭会期间,可以先向全国人大常委会提出。

法律由全国人大全体代表的过半数通过。

(2)全国人民代表大会常务委员会立法程序

全国人大常委会委员长会议、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人大各专门委员会、常务委员会组成人员10人以上联名,可以向常务委员会提出法律案。