

2014年

**在职攻读法律硕士联考
命题分析及考点解析**

白文桥 ◎ 主编

2014 年在职攻读法律硕士联考 命题分析及考点解析 (第7版)

白文桥 主编

中国人民大学出版社
• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

2014 年在职攻读法律硕士联考命题分析及考点解析/白文桥主编. —7 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 3

ISBN 978-7-300-18931-4

I. ①2… II. ①白… III. ①法律-研究生-入学考试-自学参考资料 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 038721 号

2014 年在职攻读法律硕士联考命题分析及考点解析

白文桥 主编

2014 Nian Zaizhi Gongdu Falü Shuoshi Liankao Mingti Fenxi ji Kaodian Jiexi

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.lkao.com.cn>(中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 北京市鑫霸印务有限公司

版 次 2008 年 7 月第 1 版

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

2014 年 3 月第 7 版

印 张 27

印 次 2014 年 3 月第 1 次印刷

字 数 663 000

定 价 66.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

前 言

对于考生来说，透彻分析历年考试真题，掌握其所容纳的考点，研究和把握考点中的难点和重点，是考试成败的关键。

为了尽可能帮助考生顺利通过考试，我们特组织专家对在职法律硕士联考的历年真题进行了详细的归类解析，对其中蕴涵的考点和重点、难点进行了梳理和概括。

本书的核心理念是：以考试真题为原点，以解析真题为根本，在拓展相关考点的基础上，充分挖掘重点和难点。本书的结构体例是：列出真题，给出答案并配以精细的解析，在此基础上，详细阐述真题所涉及的知识点。这些知识点，不仅有利于考生巩固复习成果，而且也有利于考生把握命题规律和命题重点。相信考生只要认真研习本书，一定会有较大的收获。

需要说明的是，本书主要是针对性地收集了比较典型的试题，并没有全部罗列以往所有试题。这样做的目的是突出常考点。

衷心祝愿考生顺利通过考试。

编者

2014 年 1 月

目 录

第一部分 法理学	1
一、法学和法理学	1
二、法与法律	2
三、法律渊源	10
四、法律要素	18
五、法律关系	24
六、权利和义务	26
七、法律责任	31
八、法律演进	37
九、法律价值	44
十、法制与法治	47
十一、立法原理	53
十二、司法原理	62
十三、法律职业	66
十四、法律程序	67
十五、法律方法	71
十六、法律与社会	77
第二部分 中国宪法学	87
一、宪法释义	87
二、宪法结构	89
三、宪法的制定、修改和解释	92
四、宪法关系	95
五、宪法的历史发展	96
六、国体（国家性质）和政体（政权组织形式）	99
七、我国的基本经济制度和三个文明建设	105
八、选举制度	108
九、国家结构形式	113
十、公民基本权利和义务的一般原理	120
十一、我国公民的基本权利和义务	124
十二、国家机构概述	129
十三、全国人大及其常委会	130

十四、其他国家机构	137
十五、宪法监督	143
第三部分 中国法制史	154
一、夏商西周法律制度	154
二、春秋战国时期的法律制度	158
三、秦汉时期的法律制度	160
四、三国两晋南北朝法律制度	165
五、隋唐的法律制度	168
六、宋朝法律制度	175
七、元朝法律制度	179
八、明朝法律制度	180
九、清朝法律制度	182
十、清末法律制度	186
十一、中华民国南京临时政府和北洋政府的法律制度	193
十二、中华民国南京国民政府法律制度	196
十三、革命根据地法律制度	198
第四部分 民法学	202
一、导论	202
二、民事法律关系	204
三、自然人	207
四、法人和非法人组织	214
五、民事法律行为	216
六、代理	218
七、时效	222
八、物权法总论	227
九、所有权	233
十、用益物权	241
十一、担保物权	245
十二、债权概述	254
十三、合同	260
十四、人身权	288
十五、知识产权	291
十六、婚姻家庭和继承	301
十七、民事责任	312
第五部分 刑法学	326
一、导论	326
二、犯罪概念	329

三、犯罪构成	330
四、故意犯罪的停止形态	338
五、共同犯罪	342
六、一罪和数罪	346
七、正当防卫和紧急避险	350
八、刑罚的概念和种类	353
九、量刑	359
十、刑罚执行制度	370
十一、刑罚消灭制度	373
十二、刑法各论概述	374
十三、危害国家安全罪	375
十四、危害公共安全罪	376
十五、破坏社会主义市场经济秩序罪	381
十六、侵犯公民人身权利、民主权利罪	391
十七、侵犯财产罪	399
十八、妨害社会管理秩序罪	409
十九、贪污贿赂罪	415
二十、渎职罪	422

第一部分

法 理 学

一、法学和法理学

本部分内容包括法学释义、法学功能、法学教育、法理学释义、法理学与其他分支学科的关系等内容。考查方式主要是选择题，涉及论述题的可能性不大；命题要点比较分散，重点不突出，一般而言，命题主要围绕法学词源、功能和法学的分类展开。



试题归类详解

（2011年单选题）“由法学的各个分支学科组成的相互联系、相互制约的有机整体”，在法学概念中称为（ ）。

- A. 法律体系 B. 立法体系 C. 法学体系 D. 部门法体系

【答案】C

【精解】考查要点是法学体系的含义和法学体系与法律体系、立法体系、部门法体系的区别。法学体系是由法学的各个分支学科组成的相互联系、相互制约的有机整体或系统。可见，选C项。法律体系是指由一国现行的全部法律规范按照不同的法律部门分类组合而形成的一个呈体系化的有机联系的统一整体。法学体系不同于法律体系，概而言之，二者的区别表现在：①法学体系是一个国家有关法律的学科体系；法律体系是指一国现行的法律规范体系。②法学体系的内容和范围要广于法律体系。③法律体系在主权国家该主权范围内发生效力；法学体系具有跨国性。可见，不选A项。立法体系是指法的外在表现形式的系统，因而又称为规范性法律文件体系或法律渊源体系。从立法体系的内涵可以看出立法体系和法学体系的区别，故不选C项。部门法体系是指一国全部部门法所构成的体系或系统。从部门法体系的内涵可以看出部门法体系和法学体系的区别，故不选D项。



命题精要

1. 法学词源

“法学”这一用语最早出现于古罗马时期。有关法律问题的学问，在我国先秦时期被称为“刑名法术之学”或“刑名之学”，现代意义上的“法学”一词，是从日本翻译过来的，并在清末法制改革后得以广泛传播。

2. 法学的分类

法学体系包括理论法学、应用法学、法律史学、比较法学和边缘法学五大类。

3. 法学的研究对象

法学是以法律现象及其发展规律作为研究对象的, 法学围绕法律现象这一中心, 研究法律与经济、政治、道德、宗教等其他社会现象的关系。

二、法与法律

本部分内容包括法和法律的语义分析、法律的特征、作用和分类等内容, 考查方式包括选择题和论述题, 但考查的侧重点不同。就选择题而言, 本部分考查要点一般集中在法律思想、法律规范的分类标准及其判定、法律的分类标准上, 有时, 有关法的规范作用的具体内容, 也是出选择题的依据, 而法的社会作用及法的局限性, 一般为论述题的考查方向, 在选择题方面考查较少。就论述题而言, 主要涉及三道论述题: ①试论法律的基本特征。②试论法律的社会作用及其与规范作用的关系。③试论法律的局限性。



试题归类详解

1. (2006 年单选题) 法律所具有的规定人们的行为模式及以此指导人们行为的属性是指 ()。

- A. 法律的普遍性
- B. 法律的规范性
- C. 法律的可诉性
- D. 法律的程序性

【答案】B

【精解】考查要点是法律的规范性特征。法律作为社会规范, 像道德规范、宗教规范一样, 具有规范性。所谓法律的规范性, 是指法所具有的规定人们的行为模式并以此指引人们行为的性质。可见, 这里的规范性是指法律的明确性、标准性、统一性、尺度性等, 即法律为人们的行为提供一个标准和尺度。它表现在: 法律规范规定了人们的一般行为模式和法律后果, 从而为人们的交互行为提供一个模型、标准或方向。法所规定的行为模式包括可为模式(人们可以怎样行为)、勿为模式(人们不得怎样行为)和应为模式(人们应当或必须怎样行为)三种。故选 B 项。法律的普遍性, 也称“法律的普遍适用性”、“法律的概括性”, 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。普遍性强调的是法律效力的普遍适用性, 而不是标准、尺度, 故排除 A 项。可诉性是现代国家法律的一个重要特征, 可诉性表明法律具有可以作为诉讼或者仲裁依据的特征, 故排除 C 项。法律是强调程序、规定程序和实行程序的规范。也可以说, 法是一个程序制度化的体系或制度化解决问题的程序, 它和随意性相对应, 故排除 D 项。

2. (2006 年多选题) 下列有关法学思想的表述, 正确的说法是 ()。

- A. 自然法学主张法律与道德的分离
- B. 实证主义法学的概念是“实证法”的概念
- C. 社会法学和现实主义法学强调法律的社会效果
- D. 经济分析法学运用价值分析的方法

【答案】BC

【精解】考查要点是法学思想。自然法学认为, 法和道德是不可分离的, 强调“没有道德的法律不是法律, 法律要体现道德的要求”, 坚持从法的内容的正确性上来解释法律。

这不同于实证主义法学，因为实证主义法学认为法律与道德是分离的。可见，A项表述错误。实证主义法学的概念是“实证法”的概念，具体而言，实证主义法学是从“实际怎样或者实际是什么”的角度来定义法的概念的。可见，B项表述正确。社会法学和现实主义法学特别强调法律的社会效果，并从社会效果的角度来解释法律。可见，C项表述正确。自然法学一般运用价值分析的方法来阐释法，而经济分析法学一般运用经济分析的方法来阐释法。可见，D项表述错误。综上，本题选B、C项。

3. (2006年多选题) 法律的可诉性特征是指()。

- A. 法律可以成为人们起诉的根据
- B. 法律可以成为人们辩护的根据
- C. 法律可以成为法官裁判的根据
- D. 法律可以成为人们行为的准则

【答案】AC

【精解】考查要点是法律的可诉性特征。可诉性是现代国家法律的一个重要特征。法律必须是“可诉的”，它是规制人们的外部行为并可以被法院适用于具体程序的社会规则的总和。因此，判断法律是“书本上的法律”还是“行动中的法律”，关键在于考察这些法律是否具有被任何人（特别是公民和法人）在法律规定的机构中（特别是法院和仲裁机构）通过争议解决程序（特别是诉讼程序）加以运用的可能性。可诉性在事实上包括两个方面：(1) 可争讼性。即任何人均可以将法律作为起诉和辩护的根据。法律必须是明确的、确定的规范，才能担当起作为人们争讼标准的角色。(2) 可裁判性（可适用性）。法律能否适用于裁判、作为法院适用的标准是判断法律有无生命力、有无存续价值的标志。依此，缺乏可裁判性（可适用性）的法律仅仅是一些具有象征意义、宣示意义或叙述意义的法律，其即使不是完全无用的法律或“死的法律”，至少也是不符合法律之形式完整性和功能健全性之要求的法律。我们可以把这样的法律称为有缺损的、有瑕疵的法律。它们减损甚至歪曲了法律的本性。可见，法律的可诉性仅体现为可以诉讼性和可以裁判性两个方面，故选A、C项。

4. (2007年单选题) 强调法的理性和价值倾向，主张从“应该怎样或应该是什么”的角度定义法的概念的是()。

- A. 分析主义法学家
- B. 法律实证主义者
- C. 自然法学家
- D. 法社会学家

【答案】C

【精解】考查要点是自然法学家关于法的概念的观点。自然法学家强调法的理性和价值倾向，认为法的概念是“应然法”的概念，从“应当怎样或应该是什么”的角度来定义法。可见，选C项。分析主义法学家首要地是从权威性的制定或者发布来定义法的概念的。可见，不选A项。法律实证主义学者的法的概念不是应然法的概念，而是实然法的概念，法律实证主义者是从“实际怎样或者实际是什么”的角度来定义法的概念的。可见，不选B项。法社会学家首要地是从社会效果出发来定义法的概念的。可见，不选D项。

5. (2007年单选题) 法律之所以有预测作用除了法律的规范性因素，还因为法律具有()。

- A. 确定性
- B. 程序性
- C. 公正性
- D. 专门性

【答案】A

【精解】考查要点是法律具有预测作用的原因。法律之所以有预测作用，除了法律的

规范性因素外,还因为法律具有确定性特征。法律规范的确定性,使人们可以预见到自己的行为是合法的,还是非法的,在法律上是有效的,还是无效的,是会受到鼓励、奖励、保护,还是会受到撤销、否定或制裁。如果法律是不确定的,人们就无法预见自己的行为及其后果,从而无法作出合理的预期。可见,选 A 项。法律具有程序性,法律也体现公正的要求,法律应当由国家专门机关制定,但是这些和法律的预测作用没有必然的联系,因此,不选 B、C、D 项。

6. (2007 年单选题) 关于法律的分类,下列表述中能够成立的是 ()。

- A. 实体法与程序法是按照法律适用范围的不同对法律所作的划分
- B. 普通法与衡平法是 11 世纪以后就在英格兰出现的一种法律分类
- C. 不成文法包括习惯法和判例法两种
- D. 在社会主义国家,一般不主张公法与私法的划分

【答案】C

【精解】考查要点是法律的分类。实体法和程序法的分类标准是法律规定的内容不同;一般法和特别法的分类标准是法律适用范围的不同。可见,A 项表述错误。普通法和衡平法是普通法法系国家对法的一种分类,普通法专指英国在 11 世纪“诺曼征服”之后由法官通过判决形式逐渐形成的适用于英格兰全境的一种判例法;而衡平法是指英国在 14 世纪后通过对普通法的修正和补充而出现的一种判例法。可见,在 11 世纪“诺曼征服”之后,还没有出现衡平法,因此也就不会立刻出现普通法和衡平法的分类。故 B 项表述错误。不成文法包括习惯法和判例法两种,可见,C 项表述正确。公法和私法是大陆法系国家对法的一种分类,在社会主义国家,也存在公法和私法的划分,只不过在理论上存在是否引进这种分类的争议。可见,D 项表述是错误的。

7. (2008 年单选题) 法律适用对象是一般的人而不是特定的人,法律可以反复适用而不是仅适用一次,这表明法律具有 ()。

- A. 规范性
- B. 可诉性
- C. 国家意志性
- D. 利导性

【答案】A

【精解】考查要点是法的规范性特征。法律之所以反复适用,在于其具有规范性,具体而言,从效力上看,法律不是为某个特定的人而制定的,它所适用的对象是不特定的人;它不是仅仅适用一次,可以在其生效期间内反复适用。可见,选 A 项。法律的可诉性是指法律具有可争讼性和可裁判性;法律的国家意志性是指法律体现的是国家意志;法律的利导性是指法律可以引导人们实现自己的利益。法律的规范性、可诉性、国家意志性和利导性都属于法的特征,但它们所体现的内容是不同的。故排除 B、C、D 项。

8. (2009 年单选题) 传统西方法学将自然法与实在法区分开来,自然法是指 ()。

- A. 由国家机关制定和颁布的具体的法律规则
- B. 普遍有效的正义原则和道德公理
- C. 法学家们的学说
- D. 不是调整人类社会,而是调整自然界的法则

【答案】B

【精解】考查要点是自然法的内涵。自然法坚持以内容的正确性作为核心要素,因此,自然法是普遍有效的正义原则和道德公理,这区别于实在法,因为实在法是以权威性的制定和颁布的具体法律规则作为其核心要素的,故选 B 项,排除 A 项。C、D 项表述与自然

法和实在法没有任何关联，纯属干扰项。

9. (2009 年单选题) 普通法法系中的普通法是指 ()。

- A. 英国历史上的普通法
- B. 除根本法以外的其他法律
- C. 罗马帝国的万民法
- D. 具有普遍约束力的法律

【答案】A

【精解】考查要点是英美法系中普通法的含义。普通法有两种含义，一种是英美法系的普通法，一种是除根本法（宪法）以外的其他法律。英美法系的普通法专指英国在 11 世纪“诺曼征服”之后由法官通过判决形式逐渐形成的适用于英格兰全境的一种判例法。本题考的是第一种含义，可见，应选 A 项，排除 B 项。罗马帝国的万民法是现行国际私法的语源，而不是指英美法系的普通法，故排除 C 项。D 项表述则仅指的是一般法律。

10. (2009 年单选题) 成文法和不成文法的分类标准是 ()。

- A. 法律规定的内容的不同
- B. 法律的地位、效力的不同
- C. 法律的创制方式和表现形式的不同
- D. 法律的适用范围的不同

【答案】C

【精解】考查要点是法律的分类。根据法律的创制方式和表现形式的不同，可以将法律分为成文法和不成文法。可见，选 C 项。A 项表述是实体法和程序法的分类标准；B 项表述是根本法（宪法）和普通法的分类标准；D 项表述是一般法和特别法的分类标准。

11. (2010 年单选题) 下列关于“法”、“法律”的含义的说法，错误的是 ()。

- A. 东汉学者许慎在《说文解字》中把中国古代“法”字解释为“刑”
- B. 欧洲大陆国家的民族语言中，大多用两个不同的字来表示“法”和“法律”
- C. 拉丁文中的“Jus”，不仅指“法”，而且指“权利”、“公平”、“正义”等含义
- D. 《管子·七臣七主》：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”此乃“法律”作为独立合成词的开始

【答案】D

【精解】考查要点是汉语和西语中“法”和“法律”的含义。东汉学者许慎在《说文解字》中释义：“灋，刑也。平之如水，从水；廌所以触不直者去之，从去”。该解释有三层含义：第一，法与刑通用；第二，法含有“公平”之意；第三，法含有“明断曲直”之意。可见，A 项表述正确。在欧洲大陆国家的民族语言中，“法”和“法律”的含义是不同的，欧洲大陆国家一般在哲理意义上使用“法”，在国法（国家意义上的法律）意义上使用“法律”一词。可见，B 项表述正确。在拉丁文中，“Jus”是一个哲理意义上的概念，也兼指“权利”、“公平”、“正义”等含义。可见，C 项表述正确。《管子·七臣七主》：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”这是“法”、“律”连用的最早记载，但“最早记载”不等于说就是独立合成词的开始，故 D 项表述错误。

12. (2010 年单选题) 法的指引作用的对象是 ()。

- A. 每个人自己的行为
- B. 他人的行为
- C. 人的相互行为
- D. 人的思想动机

【答案】A

【精解】考查要点是法律指引作用的对象。法律作用分为指引作用、评价作用、预测作用、教育作用和强制作用，它们的作用对象是不同的。指引作用的对象是每个人自己的行为（本人的行为），评价作用的对象是他人的行为，预测作用的对象是人们的相互行为，

教育作用的对象是一般人的行为,强制作用的对象是违法、犯罪者的行为。可见,选 A 项。

13. (2010 年多选题) 法律的作用存在其局限性, 其原因是 ()。

- A. 有的社会关系领域不适宜法律的调整
- B. 法律具有较强的抽象性、稳定性, 与具体多变的现实生活之间总是存在矛盾
- C. 法律是国家意志的象征, 是统治阶级的工具
- D. 法律本身存在漏洞

【答案】ABD

【精解】考查要点是法律存在局限性的原因。法是调整社会关系的重要手段, 但并不是唯一手段。而且并非所有的问题都由法律调整, 在有些社会关系中, 法只能作为调整的辅助手段, 有些社会关系, 如人们的思想、信仰、私生活等问题, 就不适宜用法律来调整。可见, 应选 A 项。法的特性与社会生活的现实之间存在着矛盾。法律作为一种规范, 具有抽象性、稳定性等特征, 而现实生活中的问题却是具体的、千姿百态的和多变的, 因此法律的特征与社会生活的现实之间总是存在着矛盾。可见, 应选 B 项。法律自身的缺陷也影响其发挥作用, 例如, 由于人的理性的有限性, 任何国家的法律都不可能是一个包罗万象的体系, 总会存在漏洞和立法空白。可见, 法律本身存在漏洞也是法律作用存在局限性的原因, 故选 D 项。不选 C 项, 因为 C 项表述属于法律本身的属性或特征, 而不是法律作用存在局限性的原因。

14. (2011 年单选题) 法律的“可诉性”是现代国家法律的一个重要特征, 较具体地提出这个概念的是 ()。

- A. 奥斯丁
- B. 维辛斯基
- C. 梁启超
- D. 坎特洛维奇

【答案】D

【精解】考查要点是具体提出“可诉性”概念的法学家。“可诉性”是法律的重要特征之一。首先提出“可诉性”概念的是德国法学家赫尔曼·坎特洛维奇 (1877—1940)。坎特洛维奇认为, 法律必须是“被视为可诉的”, 它是规制人们的外部行为并可以被法院适用于具体程序的社会规则的总和。法律的可诉性表明法律具有可争讼性和可裁判性。可见, 应选 A 项。奥斯丁 (1790—1859) 是英国分析实证主义法学派的代表人物, 在法的本质上, 奥斯丁是“命令说”的代表人物之一。维辛斯基 (1883—1954) 是苏联法学家, 他曾对法做出一个定义。梁启超 (1873—1929) 是中国近代思想家, 维新派的代表人物之一, 曾在光绪帝支持下进行“戊戌变法”。

15. (2011 年单选题) 14 世纪以后, 在英国出现的, 由王室顾问、大法官根据公平原则对普通法加以修正和补充而形成的判例法称为 ()。

- A. 普通法
- B. 自然法
- C. 实在法
- D. 衡平法

【答案】D

【精解】考查要点是普通法法系中衡平法的含义。普通法法系 (英美法系) 对法最基本的分类就是普通法和衡平法。普通法专指英国 11 世纪后由法官通过判决形式逐渐形成的适用于全英格兰的一种判例法; 衡平法是指英国在 14 世纪后由王室顾问、衡平法院的大法官通过判决形式对普通法律的修正和补充而出现的一种判例法。可见, 应选 D 项, 不选 A 项。在法学中, 自然法和实在法是对应的。自然法是指在自然状态中固有的正义法则, 以及在解决冲突的自然过程中显现的规律; 实在法即强调现实中实际存在的法律, 即

国家制定的法律。自然法和实在法并不是法律的分类，而是两种相对应的学说，故不选B、C项。

16. (2012年单选题) 下列表述错误的是()。

- A. 奥斯丁是分析实证主义法学的代表人物
- B. 自然法学强调法与自然界的密切关系
- C. 我国先秦时期就有“刑名法术之学”
- D. 法律的出现是法学产生与发展的前提

【答案】B

【精解】本题是对法理学知识的综合考查。奥斯丁是英国分析实证主义法学派的代表人物，该学派是在实在法材料的基础上进行概念分析、逻辑分析等种种分析的法学派别。可见，A项表述正确。自然法学派强调的是法与道德的密切联系，认为法律及其观念应当与人们的道德观念相一致，而不是强调法与自然界的密切联系。可见，B项表述错误。我国先秦时期就有“刑名法术之学”或“刑名之学”。可见，C项表述正确。法学的出现晚于法律，法学的产生至少应当具备两个条件：首先，要有关于法律现象的材料的一定积累；其次，要有专门从事研究法律现象的学者阶层的出现。可见，法律的出现是法学产生与发展的前提，故D项表述正确。

17. (2012年单选题) 法律所具有的规定人们行为模式并以此指导人们行为的属性，是指()。

- A. 法律的普遍性
- B. 法律的规范性
- C. 法律的可诉性
- D. 法律的程序性

【答案】B

【精解】考查要点是法律规范性的含义。法律具有规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性、程序性和可诉性等特征。其中，法律的规范性是指法所具有的规定人们的行为模式并以此指引人们行为的性质。可见，应选B项。法律的普遍性是指法律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。法律的可诉性是指法律是可以通过争议解决程序加以运用的性质。法律的程序性是指法律是强调程序、规定程序和实行程序的特征和属性。



命题精要

1. 法律的概念

本部分考查方式一般为选择题，命题要点一般集中在各法学流派对法的概念的理解和主张上。

(1) 根据不同思想家和法学家对法和道德之间关系的不同理解和主张，可以将对法的概念的争议分为两种立场：自然法，非法实证主义和法实证主义。

(2) 持自然法立场的思想家和法学家主张法或法律与道德是不可分离的，坚持以内容的正确性作为法的概念的核心定义要素。持实证主义法学立场的思想家和法学家主张法或法律与道德是分离的，认为定义法的概念不需要或不应该以内容的正确性作为核心要素，而应以权威性的制定或发布、社会效果作为法的概念的核心定义要素。

(3) 根据实证主义法学者定义法的概念的核心要素的不同，可以将实证主义法学者的法的概念分为两类：首要的以权威性的制定或发布为定向的法的概念和首要的以社会

效果为定向的法概念。一般来说,社会法学家和现实主义法学学者的法概念是首要的以社会效果为定向的法概念,如马克斯·韦伯、卢曼、霍姆斯等人;分析主义法学家的法概念是首要的以权威性的制定或发布为定向的法概念,如奥斯汀、凯尔森、哈特等人。

(4) 自然法学者的法概念是应然法的概念,是从“应该怎样或应该是什么”的角度定义法的概念。实证主义法学者的法概念是实然法的概念,是从“实际怎样或实际是什么”的角度定义法的概念。

2. 法律的特征

法律的特征包括法律的规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性、程序性和可诉性。本部分一般是通过选择题的方式实施考查的,命题方向一般集中在这些特征的内涵或具体表现上。

(1) 法律的规范性。法律规范和道德规范、宗教规范一样具有规范性,从而为人们的交互行为提供一个模型、标准或方向。法律的规范性不同于其他社会规范的特点表现在四点:①法在规范内容上具有更大的确定性;②法律规范语句具有更强的命令性;③法律规范作为法官裁判标准具有权威性和独断性;④法律规范语句具有实证性。

(2) 法律的国家意志性。法律体现的是国家意志,体现国家意志的法律形成的方式包括制定和认可两种方式。但要注意:法律体现国家意志,但国家意志并不总是通过法律体现,国家意志还可以通过纲领、政策等体现。

(3) 法律的国家强制性。一切社会规范都具有强制性,但法律不同于其他社会规范,它具有特殊的强制性,即国家强制性,法律是以国家强制力保证实施的,国家强制力是法律实施的最后保障手段。但要注意:法律由国家强制力保证实施,但国家强制力的运用也必须依法进行,受到法律的约束。

(4) 法律的普遍性。法律在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力,具体表现在两个方面:①法律效力对象的广泛性。②法律效力的重复性。法律有反复适用的效力,而且不仅适用一次,可以多次反复适用。

(5) 法律的程序性。法律是强调、规定和实现程序的规范,正当的程序是法律的一个重要特征,其他社会规范不像法律那样具有严格的程序。法的本质要求法律实现程序化,法律的程序性不仅为保障法律的效率和权威提供了前提,而且为法治国家的实现创造了条件。

(6) 法律的可诉性。法律具有可诉性,即法律关系主体可以通过诉讼程序来运用法律、解决争议,其他社会规范则不具有可诉性,可诉性是现代国家法律的一个重要特征。法律的可诉性包括两点内容:①可争讼性。即任何人均可以将法律作为起诉和辩护的根据。法律必须是明确的、确定的规范,才能担当起作为人们争讼标准的角色。②可裁判性(可适用性)。法律能否用于裁判、作为法院适用的标准是判断法律有无生命力、有无存续价值的标志。

3. 法律作用

(1) 法律作用的分类。法律作用可以分为规范作用和社会作用。从法是一种社会规范看,法具有规范作用;从法的本质和目的看,法具有社会作用。这两种作用是手段与目的的关系,其中,法的规范作用是手段,法的社会作用是目的,法的规范运行的目的就是实现法的社会作用。

(2) 法律的规范作用。法律的规范作用包括指引作用、评价作用、预测作用、教育作用和强制作用。①指引作用。法作为一种社会规范,为人们提供一种行为规范,为人们提供某种行为模式,指引人们可以这样行为、必须这样行为或不得这样行为,从而对本人的行为产生影响。指引作用分为确定的指引和有选择的指引,其作用的对象是每个人自己的行为。②评价作用。法律对人们的行为是否合法或违法及其程度,具有判断及衡量的作用。评价作用的对象是他人的行为。③预测作用。预测作用是指人们根据法可以预先估计人们相互间将怎样行为以及行为的后果等,从而对自己的行为作出合理的安排。预测作用的对象是人们的相互行为。④教育作用。通过法律的实施,法律规范对人们今后的行为发生直接或间接的诱导影响。教育作用的对象是一般人的行为。⑤强制作用。法律为保障自身得以充分实现,运用国家强制力制裁、惩罚违法行为。强制作用的对象是违法、犯罪者的行为。

(3) 法律的社会作用。①维护社会秩序与和平。②推进社会变迁。③保障社会整合。④控制、解决社会纠纷和争端。⑤促进社会价值目标的实现。

4. 法律的分类

法律的分类属于选择题考查的重点,命题要点一般集中在法律分类的标准上,因此,考生一定要熟记法律分类的标准。

(1) 法律的一般分类。这种分类适用于世界上所有国家。①根据法的创制方式和表达形式的不同,或者说,根据法律是否以规范化的条文形式作为其存在状态,可以将法律分为成文法和不成文法。成文法是指有立法权或立法性职权的国家机关以国家的名义,依照特定程序创制的,以规范化的条文形式存在的规范性法律文件的总称,又称为制定法。不成文法是指由国家有权机关认可的、不具有文字形式或虽有文字形式但不具有规范化条文形式的法律的总称。不成文法包括习惯法和判例法两种。②根据法律效力、内容和制定程序的不同,可以将法律分为根本法和普通法(并非英美法系中的普通法概念——编者注)。在成文宪法的国家,根本法即宪法,普通法即宪法以外的法律。③根据法律规定内容的不同,可以将法律分为实体法和程序法。实体法一般是指规定主体的主要权利和义务(或职权和职责)的法律。程序法一般是指规定保证权利和义务得以实施的程序的法律。④根据法律适用范围的不同,可以将法律分为一般法和特别法。一般法是指针对一般人、一般事、一般时间、在全国普遍适用的法。特别法是指针对特定人、特定事、特定地区,在特定时间有效的法律。⑤根据法律的创制和适用主体的不同,可以将法律分为国内法和国际法。国内法是指由特定国家机关创制并适用于本国主权所及范围内的法律。国际法是由参与国际关系的国家通过协议制定或公认的,适用于国家之间的法律。

(2) 法律的特殊分类。这种分类仅适用于某一类国家或地区。①公法与私法。这是民法法系的一种分类。古罗马法学家乌尔比安首次提出该种分类。一般认为,凡涉及公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法,即为公法,如行政法、刑法、诉讼法;凡涉及个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法即为私法,如民法和商法。②普通法与衡平法。这是普通法法系国家的一种分类。这里的普通法,不同于法律的一般分类中的普通法概念,而是专指英国在11世纪后由法官通过判例形式逐渐形成的适用于全英格兰的一种判例法。衡平法是指英国在14世纪后通过对普通法的修正和补充而形成的一种判例法。

5. 法律的社会作用和法的局限性

本部分一般属于论述题的考查方向，以选择题方式实施考查的可能性不大。

法律的社会作用表现为以下五个方面：(1) 维护社会秩序与和平。(2) 推进社会变迁。(3) 保障社会整合。(4) 控制、解决社会纠纷和争端。(5) 促进社会价值目标的实现。

法律的局限性表现在以下四个方面：(1) 法律作用的范围不是无限的。对于那些不能由法律来调整的人类行为和社会关系，只能由其他社会控制手段来调整，如道德、宗教、纪律、政策等。(2) 法律只是调整社会关系的手段之一。(3) 法律与事实之间的对应难题也不是法律所能够完全解决的。(4) 法律自身的缺陷也影响其发挥作用。第一，由于人的理性的有限性，任何国家的法律都不可能是一个包罗万象的体系。第二，法律规范的稳定性往往引发法律的滞后性。第三，法律规范的一般性、抽象性与个案的具体情况有矛盾。第四，法律概念存在解释不统一的局面，影响了法律作用的发挥。

总之，在认识法律的作用时，必须注意两点论：对法律的作用既不能夸大，也不能忽视；既要认识到法不是无用的，又要认识到法不是万能的；既要反对法律无用论，又要防止法律万能论。

三、法律渊源

本部分内容包括法律渊源的涵义、种类，当代中国的法律渊源和法律效力等内容，考查方式偏重于选择题，考查方向一般集中在法律渊源的内涵，我国法律渊源的体系，广义和狭义的法律效力以及法律效力所遵循的原则上。法律渊源属于在职法律硕士入学考试常考的知识点。



试题归类详解

1. (2005 年单选题) 下列选项中不属于当代中国正式法律渊源的是 ()。

- A. 判决书 B. 地方性法规 C. 自治条例 D. 军事法规

【答案】A

【精解】考查要点是当代中国正式的法律渊源。当代中国的法律渊源分为正式的法律渊源和非正式的法律渊源。正式的法律渊源主要包括宪法、法律、行政法规、军事法规和军事规章、地方性法规、自治条例和单行条例、部门规章和地方政府规章等。除了制定法以外，中国缔结、承认和加入的国际条约和批准的国际协定也是正式的法律渊源。当代中国的非正式法律渊源一般有政策、判例和习惯三种。但要注意，国际惯例也属于当代中国的非正式法律渊源。判决书属于判例的一种表现形式，因而属于非正式法律渊源，故选 A 项。

2. (2006 年单选题) 法律对其生效前的事件和行为是否适用在法学上称为 ()。

- A. 法律的拘束力 B. 法律的溯及力
C. 法律的继承性 D. 法律的对事效力

【答案】B

【精解】考查要点是法律的溯及力。法律的溯及力，即法律溯及既往的效力，是指法