

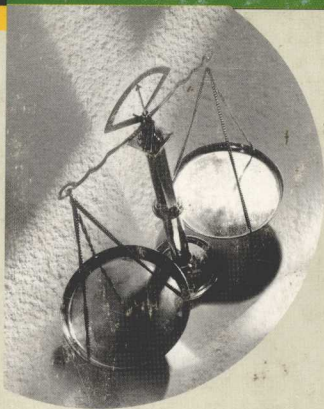
2

005年 [修订版]

国家司法考试辅导用书

Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu

第一卷



法律出版社

国家司法考试辅导用书

(2005 年修订版)

第一卷

法律出版社

2005 年修订版说明

根据司法部制定颁布的《2005 年国家司法考试大纲》和现行有效的法律、法规及司法解释,我们对《国家司法考试辅导用书(2004 年修订版)》的相关章节及内容进行了修订和增补。在此,向参与本套用书编写、修订工作的专家学者表示感谢。

由于时间仓促,本书疏漏或不当之处,敬请广大读者批评指正。

法律出版社
2005 年 4 月

修订再版说明

为帮助广大应试人员备考 2004 年国家司法考试,我社约请参加《国家司法考试辅导用书(2003 年版)》及《2004 年国家司法考试大纲》编写工作的有关专家学者,对原由司法部国家司法考试中心编审的《国家司法考试辅导用书(2003 年版)》进行了修订,现予出版发行,供广大应试人员使用。

本次修订以司法部制定颁布的《2004 年国家司法考试大纲》和现行有效的法律、法规及司法解释为根据,对相关章节及内容进行了修订和增补。

鉴于本套用书系修订再版,为体现对原编写人员的尊重,仍保留了原序、原编写人员等内容。借此机会,向参与本套用书编写、修订工作的专家学者表示感谢。

由于时间仓促,本书疏漏或不当之处,敬请广大应试人员和读者批评指正。

法律出版社

2004 年 5 月 20 日

说 明

为了适应国家司法考试的需要,根据广大应试人员的要求,我们编辑出版了这套《国家司法考试辅导用书》(2003年版)。

这套用书在撰写时力求反映和体现国家司法考试的特点,在注意学科科学性、系统性的同时,注重法学基本理论和法律实务的结合,对应试人员应当掌握的各学科基本理论结合实际进行了系统阐释,有较强的指导性和适用性。在体例编排和内容安排上,为方便应试人员复习考试,本套用书根据司法考试的试卷内容范围分卷成册,共分3册。即:第一卷包括法理学、法制史、宪法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法和法律职业道德;第二卷包括刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法;第三卷包括民法、商法、民事诉讼法与仲裁制度。另外,还编辑了一本《2003年国家司法考试法律法规汇编》(截止日期为2003年4月30日)。

2003年国家司法考试命题将以本套辅导用书和现行法律法规汇编为依据,应试人员在使用本套用书时应当注意掌握了解与之相关的法律法规和司法解释。

本套用书由司法部国家司法考试中心组织编辑,约请北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、武汉大学、西北政法学院、外交学院、北京汉华律师事务所等院校和单位的知名学者和对司法考试有一定研究的专家担纲撰写。全书初稿完成后由法学界资深学者进行了审定。这些专家、学者都担负着繁重的教学、科研任务,他们对本套用书的出版付出了自己的智慧和辛勤的劳动,在此表示衷心的感谢。

本套用书在编写过程中,得到了最高人民法院、最高人民检察院和中华全国律师协会及前述有关单位的大力支持和帮助,在此一并致以深切的谢意。本书疏漏或不当之处,敬请广大应试人员和读者批评指正。

编 者

2003年4月

国家统一司法考试制度的建立和完善

(代序言)

2001年6月30日,九届全国人大常委会第22次会议审议、通过了《中华人民共和国法官法》和《中华人民共和国检察官法》修正案。两法修正案中最引人注目的是在附则里做出了一条规定:“国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度,国务院司法行政部门会同最高人民法院、最高人民检察院共同制定司法考试实施办法,由国务院司法行政部门负责实施。”同年12月29日,全国人大常委会第25次会议审议通过的《中华人民共和国律师法》修正案亦规定,“取得律师资格应当经过国家统一司法考试”。上述三法的修改并通过,标志着国家统一司法考试制度在我国正式确立。

国家统一司法考试制度在我国的确立,立即在国内外引起了广泛关注和强烈反响,一致认为这一制度的确立是近年来我国法制建设的一件大事,是司法改革的一项重大举措,具有里程碑的意义。国家统一司法考试制度作为法律规定的我国法律职业新的统一准入标准,作为保障我国司法公正的一项基础性制度,是国家司法制度的重要内容和基础环节,其确立并实施是我国全面推进依法治国,建设社会主义法治国家的必然要求,不仅为建设我国高素质的司法队伍和律师队伍提供了重要的制度保障,同时对于确保司法公正和效率,对于推进我国司法制度的进一步改革和完善,推进依法治国进程乃至整个社会文明和进步都将产生积极的影响。因此,我认为国家统一司法考试制度的建立是我国法制的进步,社会的进步,意义重大而深远。

修改后的《法官法》、《检察官法》、《律师法》于2002年1月1日起施行,以三法为依据建立的国家统一司法考试制度也随之付诸实施。根据法律关于“由国务院司法行政部门负责实施”的规定和授权,为切实履行法律赋予的职责,司法部迅速组织力量启动了国家统一司法考试制度的组织实施工作,在较短时间内顺利地完成了国家统一司法考试制度的政策研究论证、总体方案设计、基本制度和基本规范建设、机构建设以及筹备首届国家司法考试等一系列工作。

在各方面的大力支持和配合下,经过精心准备,2002年3月30、31日,首届国家司法考试在全国统一举行。全国共有36万多人报名,31万多人参加考试。考试期间,全国共设置了317个考区、418个考点、12860个考场,动用考试工作人员4万余人。根据司法部确定的合格分数线(总分240分,放宽地区235分),约24800多人通过考试,合格率约为7%。考试期间,因考试违纪有500多人分别受到警告、取消单科成绩、取消本次考试成绩和两年内不得参加考试的处罚。截止至2002年11月,全国首届国家司法考试合格者的《法律职业资格证书》全部发放完毕,首届国家司法考试组织实施工作顺利结束。

2002年国家司法考试,是我国国家统一司法考试制度建立以后举行的首次考试。从考试之后各方面的反映来看,应该说是顺利的、成功的,社会各界给予了很高评价。我认为其中最值得肯定的有两点:

首先,首届国家司法考试的成功举办,为建立、实施我国国家统一司法考试制度开了一个好头,标志着我国国家统一司法考试制度已经成功付诸实施。在此之前,我国对于法律职业人员的准入实行的是分别的考试制度,法官、检察官和执业律师的选任、选拔由法院系统、检察院系统和司法行政部门分别组织考试,三种考试性质不同,门槛不一,三种资格不通用,三种职业也互不流动,这种选拔法律职业人员的制度存在缺陷。正因如此,国家统一司法考试制度的确立才引起广泛关注和强烈反响,一致公认实行国家统一司法考试是近年来我国司法改革最重要的成果之一。在首届司法考试的设计和实施过程中,司法部紧紧围绕推进司法改革这个重点,严格把握司法考试的职业性、资格性和权威性这一定位,努力实现选拔高素质、精英化法律职业人员这一宗旨,进行制度框架设计:诸如考试的名称表述;考试的性质、目标、效力、方式、方法;考试组织管理体制等等。同时,在实施过程中,对于三种考试的整合、对报名学历条件的掌握、对合格分数线和录取名额的划定等,都坚持了高起点和高水准。从考试的结果看,36万考生通过考试的只有2.4万多人,录取率为7%。对此,社会各界是普遍认同的,认为国家司法考试就应该是这样的。同时,也认为首届考试的成功举办,为我国国家统一司法考试制度的实施开好了头,起好了步。

其次,首届司法考试的成功举办,不仅为今后组织实施好考试工作提供了宝贵的经验,也为国家统一司法考试制度的不断健全完善创造了条件、打下了基础。为保证国家司法考试的顺利实施,司法部提出了将国家司法考试办成“最权威、最规范、最严密、最廉洁”的“四最”目标和组织实施工作中做到“组织严密、程序严谨、标准严格、纪律严明”的“四严”要求。为此,从筹备阶段到实施阶段,大力加强了规章制度建设,经过一系列调研论证,两院一部共同制定了《国家司法考试实施办法》,这是组织实施司法考试的基本规范。同时制定出台了一系列与实施办法相配套的规章、规范性文件,涉及报名管理、命题准则、考务组织、评卷工作、违纪行为处理以及法律职业资格证书管理等,使国家司法考试的组织实施工作初步形成了一个较完整的体系。现在看,首届考试以“四严”保“四最”的目标已基本实现。在实践中建立起来的规章制度、成功做法,不仅为今后国家司法考试的实施工作提供了宝贵的经验,也为国家统一司法考试制度的不断健全和完善打下了坚实基础。

虽然首届司法考试的成功举行,得到了社会各方面的一致认可和高度评价,但是作为国家司法考试的实施部门,我们也清醒地认识到,国家统一司法考试制度作为一项制度创新,才刚刚建立,尚处于初创阶段,我们在认识和组织实施考试方面还不够深入、不够系统。在理论研究方面,对于司法考试的整体框架设计还来不及深入研究,缺乏较为成熟的理论支撑。在制度建设方面,对于国家统一司法考试制度的定位与组成,考试的性质、目标、效力,考试的实施与管理等方面还有待于进一步加深认识。在考试模式选择方面,首届司法考试为保证制度的稳定,实现平衡过渡,基本沿袭了原律师资格考试的模式。因此,客观地讲,首届国家司法考试还是一次过渡性、衔接性的考试。为了促进这一制度的进一步健全和完善,司法部在首次考试结束之后,即着手开展了大量扎实有效的工作,进行了深入的调查和研究、论证,包括:广泛听取各方面意见和建议,总结首届考试的经验和不足,考察、收集并研究国外考试制度的相关做法和情况,开展课题研究等。

经过一个阶段的研究,我们取得了初步的成果,提出了我国国家统一考试制度发展设想、阶段目标和实现途径。我们认识到,国家统一司法考试制度是一项与法学教育相衔接的,适应

法律职业需要并与法律职业部门录用制度相配套的,选拔、培养、任用合格法律职业人员的制度。从司法考试的这一基本定位出发,我国国家统一司法考试制度的建立,其目的不仅仅是考试制度本身,或为考试而考试,其最终目标应当是,国家通过一系列有效的制度和措施,选拔、培养、任用一批具有共同法律观念、共同法律意识、共同职业道德和共同专业素养的高素质的司法人员队伍和律师队伍,进而从制度上、根本上提高法律职业人员的整体素质,维护司法公正,保障国家法制的统一和权威。

因此,要实现我国国家统一司法考试的长远目标,还需要一个较长的过程,这就要求我们,必须将我国的国家统一司法考试制度定位于一个制度体系、系统工程上,纳入到国家法律职业者选拔、培养制度体系中来加以考虑,并从国家统一司法考试制度建立的依据入手,深入研究其定位、目标及制度组成,分析司法考试的性质、功能、效力,解决好司法考试与法学教育、法律职业的关系,在比较、借鉴国外相关制度的基础上,完善考试模式,建立与国家统一司法考试制度相衔接的统一的职前培训(研修)制度、选拔录用制度、职业交流制度及考试组织实施机构的调控和管理制度,逐步形成选拔、培养、任用、管理相配套的完善的国家统一司法考试制度体系和实施体系。同时,从实际出发,提出我国国家统一司法考试的发展目标和发展阶段,有计划、有步骤加以健全和完善。在条件成熟时,将国家司法考试的实践经验、成功做法通过立法确认下来,使之规范化、制度化。

具体的设想是,针对我国国家统一司法考试制度目前所处的阶段和我们所具备的条件,司法部将对今后的国家司法考试进行循序渐进的改革和逐步的调整。对于今后的国家司法考试,我们在方案的总体设计上,要以逐步健全和完善国家统一司法考试制度为根本出发点,以制度设计的科学性、合理性为目标,兼顾创新性、稳定性和可操作性;在考试目标上,要注重对应试人员知识和能力的综合考查,突出国家司法考试在选拔优秀法律后备人才方面的需求和权威性;在考试内容上,适应各用人部门对特定法律职业后备人才的特殊要求,进一步强调对应试人员实际工作能力的考查力度,增加以能力考查为目标的考试内容;在考试方式上,适应考试目标和考试内容变化,在条件成熟的前提下,对考试的次数和考试方式进行相应的调整,克服一次考试的弊端和局限性,实行一次考试多个阶段或多次考试;在实施和管理上,继续从推进国家法治建设大局的高度,从推进司法改革的高度,来认识实施国家司法考试的重要意义和深远影响,高度重视,加强领导,维护国家司法考试的权威性、严肃性和公正性。

总之,我们的目标和发展方向是,要通过各方面的努力,建立起既具有中国特色,又为世界所公认的健全的国家统一司法考试制度。

司法部副部长

刘飏

注:本文系司法部主管国家司法考试工作的刘飏副部长在接受《中国法律》杂志社专访时的谈话,原载于《中国法律》杂志2003年第2期。刘飏副部长在文中不仅对我国国家统一司法考试制度建立和首届国家司法考试实施的过程进行了回顾,同时还提出了今后进一步健全和完善这一制度的目标和发展方向,是对目前我国国家统一司法考试制度一个较为全面的概括。根据本套辅导用书的出版需要并经本人同意,我们将其略做改动,以为序。

目 录

法 理 学	第一章 法的本体	1
	第一节 法的概念	1
	第二节 法的价值	6
	第三节 法的要素	11
	第四节 法的渊源与分类	16
	第五节 法律部门与法律体系	20
	第六节 法的效力	23
	第七节 法律关系	24
	第八节 法律责任	31
	第二章 法的运行	35
	第一节 立法	35
	第二节 执法与司法	39
	第三节 守法与违法	43
	第四节 法律监督	46
	第五节 法律解释与法律推理	48
	第三章 法的演进	53
	第一节 法的起源	53
	第二节 法的历史发展	56
	第三节 法的传统	59
	第四节 法的现代化	62
	第五节 法治理论	64
	第四章 法与社会	68
	第一节 法与社会的一般理论	68
	第二节 法与经济	69
	第三节 法与政治	72
	第四节 法与道德	75
	第五节 法与宗教	77
	第六节 法与人权	79
法 制 史	第一章 中国法制史	83
	第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制	83

	第二节 唐宋至明清时期的法制	92
	第三节 清末、民国时期的法律	103
	第二章 外国法制史	109
	第一节 罗马法	109
	第二节 英美法系	112
	第三节 大陆法系	116
宪 法	第一章 宪法基本理论	124
	第一节 宪法的概念	124
	第二节 宪法的历史发展	129
	第三节 宪法的基本原则	133
	第四节 宪法的作用	135
	第五节 宪法的渊源与宪法的结构	138
	第六节 宪法规范	140
	第七节 宪法关系	141
	第八节 宪法与宪政	142
	第二章 国家的基本制度(上)	144
	第一节 人民民主专政制度	144
	第二节 国家的基本经济制度	146
	第三节 国家的基本文化制度	149
	第三章 国家的基本制度(下)	152
	第一节 政权组织形式	152
	第二节 选举制度	155
	第三节 国家结构形式	158
	第四节 民族区域自治制度	160
	第五节 特别行政区制度	162
	第四章 公民的基本权利与义务	165
	第一节 公民基本权利与义务概述	165
	第二节 我国公民的基本权利	167
	第三节 我国公民的基本义务	175
	第四节 我国公民基本权利和义务的主要特点	176
	第五章 国家机构	178
	第一节 国家机构概述	178
	第二节 全国人民代表大会及其常务委员会	180
	第三节 中华人民共和国主席	185
	第四节 国务院	186
	第五节 中央军事委员会	188
	第六节 地方国家机构	189
	第七节 人民法院与人民检察院	193
	第六章 宪法的实施及其保障	200
	第一节 宪法实施概述	200

225	第二节 宪法的解释	203
226	第三节 宪法的修改	204
227	第四节 宪法的实施保障	206
228	第一章 竞争法	208
229	第一节 反不正当竞争法	208
230	第二节 拍卖法	217
231	第三节 招标投标法	224
232	第二章 消费者法	232
233	第一节 消费者权益保护法	232
234	第二节 产品质量法	238
235	第三章 银行业法	245
236	第一节 商业银行法	245
237	第二节 银行业监督管理法	263
238	第四章 证券法	270
239	第一节 证券法概述	270
240	第二节 证券发行	272
241	第三节 证券交易	275
242	第四节 证券上市	278
243	第五节 上市公司收购制度	281
244	第六节 证券机构	282
245	第七节 证券投资基金法律制度	285
246	第八节 违反证券法的法律责任	289
247	第五章 财税法	294
248	第一节 税法	294
249	第二节 会计法	307
250	第三节 审计法	310
251	第六章 劳动法	313
252	第一节 劳动法概述	313
253	第二节 劳动合同	315
254	第三节 集体合同	321
255	第四节 劳动基准法	322
256	第五节 劳动争议	327
257	第七章 土地法和房地产法	331
258	第一节 土地管理法	331
259	第二节 城市房地产管理法	340
260	第八章 环境保护法	345
261	第一节 概述	345
262	第二节 环境保护法的基本制度	348
263	第三节 环境法律责任	352
264	第四节 环境纠纷的处理程序	354

国际法	第一章 导论	356
	第一节 国际法的概念	356
	第二节 国际法的渊源与编纂	358
	第三节 国际法与国内法的关系	360
	第四节 国际法基本原则	363
	第二章 国际法主体	367
	第一节 国际法主体概述	367
	第二节 国家	368
	第三节 国际组织	374
	第三章 国际法律责任	379
	第一节 国际责任的构成	379
	第二节 国际责任的形式	381
	第三节 国际责任制度的新发展	382
	第四章 国际法上的空间划分	384
	第一节 领土	384
	第二节 海洋法	388
	第三节 国际航空法	395
	第四节 外层空间法	397
	第五节 国际环境保护法	399
	第五章 国际法上的个人	402
	第一节 国籍	402
	第二节 外国人的法律地位	404
	第三节 引渡和庇护	407
	第四节 国际人权法	408
	第六章 外交关系法与领事关系法	411
	第一节 概述	411
	第二节 外交关系法	412
	第三节 领事关系法	418
	第七章 条约法	422
	第一节 概述	422
	第二节 条约成立的实质要件	423
	第三节 条约的缔结	424
	第四节 条约的效力	427
	第五节 条约的解释和修订	428
	第六节 条约的终止和暂停施行	429
	第八章 国际争端的和平解决	432
	第一节 国际争端与解决方法	432
	第二节 政治方法和国际组织解决国际争端	433
	第三节 国际争端的法律解决方法	435

022	第九章 战争与武装冲突法	439
222	第一节 战争与战争法	439
222	第二节 战争状态与战时中立	440
222	第三节 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护	445
222	第四节 战争犯罪	449
国际私法	第一章 国际私法概述	452
222	第一节 国际私法的概念	452
222	第二节 国际私法的范围	455
222	第三节 国际私法的渊源	458
122	第二章 国际私法的主体	463
122	第一节 自然人	463
122	第二节 法人	466
000	第三节 国家	470
000	第四节 国际组织	472
000	第五节 外国人的民商事法律地位	474
210	第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	479
210	第一节 法律冲突	479
010	第二节 冲突规范	484
010	第三节 准据法	487
210	第四章 适用冲突规范的制度	492
010	第一节 识别	492
010	第二节 反致	493
010	第三节 外国法的查明和解释	496
010	第四节 公共秩序保留	499
010	第五节 法律规避	501
010	第五章 国际民商事法律适用	503
240	第一节 权利能力和行为能力	503
240	第二节 物权	505
040	第三节 债权	506
120	第四节 商事关系	509
220	第五节 家庭	511
220	第六节 继承	515
220	第六章 国际民商事争议的解决	518
120	第一节 国际民商事争议概述	518
020	第二节 协商和调解	519
120	第三节 国际商事仲裁	520
120	第四节 国际民事诉讼	531
100	第七章 区际法律问题	540
070	第一节 区际法律冲突与区际冲突法	540
	第二节 区际司法协助	544

国际经	第一章 导论	550
济法	第二章 国际货物买卖	553
	第一节 概述	553
	第二节 《国际贸易术语解释通则》	558
	第三节 《联合国国际货物销售合同公约》	562
	第三章 国际货物运输与保险	573
	第一节 国际海上货物运输	573
	第二节 其他方式的国际货物运输	582
	第三节 国际货物运输保险	586
	第四章 国际贸易支付	591
	第一节 国际贸易的支付工具	591
	第二节 国际贸易的支付方式	594
	第五章 我国的对外贸易管理制度	603
	第一节 我国对外贸易管理制度概述	603
	第二节 中国的贸易救济措施	607
	第六章 世界贸易组织与中国	615
	第一节 世界贸易组织概述	615
	第二节 世界贸易组织的运行机制	616
	第三节 世界贸易组织的基本法律制度	619
	第四节 争端解决机制	623
	第五节 中国在世界贸易组织中的权利义务	626
	第七章 国际经济法领域的其他法律制度	629
	第一节 国际知识产权法	629
	第二节 国际投资法	636
	第三节 国际金融法	639
	第四节 国际税法	643
法律职	第一章 法律职业道德概述	648
业道德	第一节 法律职业道德的概念和特征	648
	第二节 法律职业道德的基本原则	649
	第三节 加强法律职业道德建设的必要性和作用	651
	第四节 法律职业责任概述	652
	第二章 法官职业道德	654
	第一节 法官职业道德的概念	654
	第二节 法官职业道德的基本内容	654
	第三节 法官职业责任	659
	第三章 检察官职业道德	664
	第一节 检察官职业道德的概念	664
	第二节 检察官职业道德的基本内容	664
	第三节 检察官职业责任	670

第四章 律师职业道德	676
第一节 律师职业道德概述	676
第二节 委托代理关系的建立和终止	676
第三节 律师的保密	678
第四节 律师收费与财物保管规范	679
第五节 利益冲突	680
第六节 执业推广	681
第七节 律师同行之间的行为规范	682
第八节 律师在执业机构中的行为规范	683
第九节 律师与律师行业管理或行政管理机构关系中的行为规范	684
第十节 律师在诉讼与仲裁中的行为规范	684
第十一节 律师执业机构的行为规范	685
第十二节 律师的职业责任	686

法理学

第一章 法的本体

第一节 法的概念

一、法律职业与法的定义

法律职业是指以专业法律知识为基础的法律工作。它有两个基本涵义：第一，法律职业与其他需要以专业知识为基础的工作一样，是一种专门的行业，是专业化的工作；第二，从事法律职业的人需要拥有专门的法律知识和技能。而专门的法律知识与法律的独立化相联系，即法律从其他社会规范中逐渐分离出来，成为独立的社会规范，法律工作才可能作为一种职业而存在。所以，法律职业与法的概念及对法概念的理解关系密切。

不同职业的人可能从不同角度来对待和定义法律现象。法律职业者作为专门的法律工作者或法律人，必须用一种职业的方式来对待法律，这就是法律方法和法律思维。法律方法和法律思维具有三个特点：第一，用说理的方式而非简单的暴力解决问题。法律离不开暴力，但是，法律的强制根本上是为了保证说理活动的正常进行。第二，必须根据法律来说理及判断和解决法律问题。第三，必须在程序的范围内，通过相应的法律程序确定和解决法律问题。这其中，根据法律说理是核心。因此，对于法律职业者来说，是否能够忠于法律，就是他最大的职业道德和操守问题。

法律人忠于法律的前提是法律必须具有一种明确清晰的概念及其对象。这就涉及法的定义问题。一方面，法律必须发展为独立的规范体系和制度形式，才可能成为法律职业者行为

的准则；另一方面，法律职业者又必须提高自己的知识能力和法律思维水平，从而准确地把握法律。所以，对于法律职业者来说，既要根据法律思考问题，又要形成自己关于法律的基本观点和立场；既要了解法律的种种表现形式，又要深入理解法律的内在根据，从而确立正确的法律观念和法律理念。

二、法的现象与法的本质

国内外法学界关于法的定义有各种观点，概括起来说，大体可以分为马克思主义与非马克思主义两大类。在我国，这一划分具有重要意义。

以往的法律理论从方法论的角度看，可以分为三类：第一类是从法本身理解法律，认为法律产生、发展、变化的根源在于法的自身。这种观点的特点是囿于法的现象来讨论法的问题；第二类虽然是从法的外部解释法律的根源，又都直接或间接地把这种根源归结为某种精神力量，将法视为人类精神一般发展的产物；第三类则是从社会现象的交互作用的角度把握法的定义。

从人类精神的一般发展角度概括法，有如下几种：(1)神意论。在世界各国解释法律现象的理论中，历史上最早出现的观点，几乎都是神学的法律思想，即直接或间接地将法归结为神的意志。(2)意志论。许多非马克思主义法学都是从人的意志、理性、人性的角度规定法、理解法的，如黑格尔关于法是自由意志的体现的观点。(3)正义论。把法归结为正义的思想同样是源远流长的。例如，古罗马法学家塞尔苏士认为：“法乃善良公正之术。”

从法本身理解法,有如下几种:(1)规则论。这种观点一般认为法是一个逻辑上自治的规则体系。(2)命令论。这种观点与规则论相同之处在于都将法视为一种规则体系,所不同的是,规则论认为法律规则的效力来源于该体系内部,而命令论则认为法律规则的效力源于主权者的命令。(3)判决论或预测论。这种观点认为法就是对法官的判决的预测。持这种观点的人认为,法不是写在规范性法律文件中的东西,而是法官的倾向和意见,法官关于案件的处理意见才是真正的法。至于法律、判例、习惯等不过是法的渊源。

从法与其他社会现象的关系角度理解法律现象:19世纪末,尤其是20世纪初以来,西方法学界许多学者开始将法置于一定的社会现象领域加以研究。这种观点总体上看,不再将法律视为孤立的、与社会脱节的现象,而是作为社会的组成部分,作为一种与其他社会现象交互作用的产物。

马克思主义法律理论是在吸收前人优秀理论成果的基础上形成的,因此,它与非马克思主义法学之间当然存在一定的历史联系。不过,把握法的现象与法的本质的区别和联系,是掌握马克思主义法学理论特点的一个关键。

在马克思主义看来,本质是事物的内在联系,是决定客观事物存在的根据;现象则是事物的外在表现和外部联系,是本质的表现形式。本质与现象相区别是马克思主义认识论的一个重大问题。

根据这个基本原理,区分法的现象与法的本质也就是法学认识的前提。法的现象是指能够经验的、凭借直观的方式可以认识的法的外部联系的总和,是直观的感性对象——法本身;法的本质则是深藏于法的现象背后以至凭借直观的方式无法把握的法的内在联系,是人们对可感知的法的外部联系的真实本源的一种主观把握和理性抽象。法的现象和法的本质是法学认识的统一对象的不同方面。在认识法的本质时,必须首先揭示法的现象。法的现象是具体的、活生生的、无限丰富的。在具体的社会与历

史条件下,在不断的发展运动中,各国各民族创造出了丰富多彩的法的表现形式。只有深入到法现象领域,揭示法的现象之间的联系,才可能正确认识法的本质。其次,法学研究又不能仅仅停留在现象阶段(尽管现象本身同样具有研究价值),而是必须揭示法的本质。抓住了法的本质,就抓住了法的根本。

什么是法?对这一问题的回答,构成了法的本体论追问,即从现象到本质以揭示法存在之根本理由的追问。法的本质就是在法的本体论追问过程中呈现出来的,而法的本质的展现过程,则反映了法的本质的层次性。

首先,法的本质表现为法的正式性。法的正式性又称法的官方性、国家性,指法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。无论就形成方式、实施方式或表现形式来看,法都是正式的国家制度的组成部分。法的正式性反映了法的现象的特征,是法的本质的表现。法的正式性体现在法总是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的。现代世界各国,法律越来越具有严格的形式主义特征。这种形式主义不仅要求法律要出自国家机关,而且要求法律出自法定的国家机关——通常是经普选产生的立法机关。而非经法定机关按程序创制的文件,不具有法的效力。法的正式性还体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现。一般而言,法的实现主要依靠社会成员的自觉遵守,但是,国家强制是不可缺少的。法的正式性也体现在法总是借助于正式的表现形式予以公布。人类早期社会曾经历过一定的神秘法时期,但在法的发展历史上,法一般都以官方文件的方式加以公布。近代以来,法的表现形式日益趋于规范化,包括法律文件的格式、名称、术语、结构都有一定的规格和要求。法的正式性表明法律与国家权力存在密切联系,法律直接形成于国家权力,是国家意志的体现。

其次,法的本质反映为法的阶级性。法的阶级性是指:在阶级对立的社会,法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志。法所体现的