

1997

律师资格考试
复习指导
配套教材(之一)

律师资格考试 复习指南

专家点评

主编
中国人民大学法学院
王作富 教授

1997 年全国律师资格考试复习指导配套教材之一

《1997 年全国律师资格考试复习指南》

专 家 点 评

主 编：中国人民大学法学院	王作富	教 授
副主编：中国人民大学法学院	贾林青	副教授
	王新清	副教授

世界图书出版公司

北京·广州·上海·西安

图书在版编目(CIP)数据

《1997 年全国律师资格考试复习指南》专家点评/王作富, 贾林青, 王新清编. - 北京: 世界图书出版公司北京公司, 1997.6

ISBN 7-5062-3339-8

I. 97… II. ①王… ②贾… ③王… III. 律师-资格考核-中国-自学参考资料 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 10725 号

《1997 年全国律师资格考试复习指南》专家点评

主编 中国人民大学法学院 王作富

世界图书出版公司北京公司出版

地址: 北京朝阳门内大街 137 号

邮政编码: 100010

香河县胶印厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经销

* * *

1997 年 6 月第 1 版 开本: 850×1168 1/16

1997 年 6 月第 1 次印刷 印张: 29.6

印数: 1-5000 册 字数: 68.34 万字

ISBN 7-5062-3339-8/Z·125

定价: 42.50 元

前 言

一年一度的全国律师资格考试即将举行,许多有志从事律师工作的同志都在摩拳擦掌,准备在考场上一搏,争取榜上有名。考场如战场,兵马未动粮草先行。对于报考人员来讲,这“粮草”就是为考生提供应试所需要阅读的复习指导用书。

为了帮助报考人员搞好考前复习,近几年来司法部律师司等部门组织有关法学专家学者编写出版了《全国律师资格考试大纲》及《全国律师资格考试复习指南》等复习用书,后者对大纲规定的内容进行了重点、扼要的论述。现在,为了帮助报考人员作好更充分的知识准备,我们编写了这本《〈1997 全国律师资格考试复习指南〉专家点评》。所谓“点评”,并非对《指南》进行评论,更非批评,而是为了使读者更好地掌握《考试大纲》及《指南》的内容,对其所论及的问题,以及应当注意和强调的问题,作进一步有重点地、补充性、启发性地讲解,力求使读者对有关问题能够理解得更清晰、更充实。我们觉得,这对于提高读者的理论水平和考试的准备是有所裨益的。

本书在论述每一学科内容的开头,对以往考试命题的情况以及答题中应注意的问题等,作了简要的分析与说明,书的最后编写的《全国律师资格考试英语复习指导》作为附录,供读者参考。

参加本书编写的人员主要是中国人民大学法学院从事多年法学教学的教员和科研人员,以及参与律师资格考试辅导班教学的相关教员。具体有:

主 编:王作富 刑法学教授、博士生导师

副主编:贾林青 民商法学副教授

王新清 诉讼法学副教授

其他撰稿人(以姓氏笔划为序):

尹 立 国际经济法学讲师

刘文召 英语专业讲师

肖中华 刑法学博士生

单国军 诉讼法学博士生

胡锦涛 宪法学副教授

高文英 行政法学讲师

赫兴旺 刑法学博士、讲师

史彤彪 法理学副教授

李艳芳 经济法学副教授

吴宏伟 经济法学副教授

赵秀文 国际经济法学副教授

郭 禾 知识产权法学副教授

徐青森 国际私法学讲师

樊学勇 诉讼法学博士生

目 录

前言	1
----	---

第一部分 法学综合知识

第一章 法学基础理论	1
第二章 宪法	19
第三章 国际私法	37
第四章 国际经济法	46

第二部分 律师实务与律师职业道德和执业纪律

第一章 律师制度概述	60
第二章 律师的民事诉讼代理和经济诉讼代理	66
第三章 律师的刑事辩护与刑事代理	71
第四章 律师在行政诉讼中的代理	76
第五章 律师担任法律顾问	78
第六章 律师办理非诉讼法律事务	81
第七章 律师的法律咨询和律师代书	84
第八章 律师业务习作	86
第九章 律师职业道德和执业纪律	88

第三部分 实体法(一)

第一章 刑法	89
第二章 民法通则	152
第三章 知识产权制度	192
第四章 婚姻法	209
第五章 继承法	223

第四部分 实体法(二)

第一章 经济法概论	236
第二章 企业法律制度	241
第三章 反不正当竞争、产品质量和消费者权益保护法律制度	255
第四章 税收法律制度	268
第五章 金融法律制度	278
第六章 保险法律制度	287

第七章	土地管理法律制度	296
第八章	经济和技术合同法律制度	304
第九章	劳动法	320

第五部分 程序法

第一章	刑事诉讼法	327
第二章	民事诉讼法	349
第三章	仲裁法律制度	394
第四章	行政诉讼法	409
第五章	行政处罚法	434
第六章	国家赔偿法	444
附录	全国律师资格考试英语复习指导	460

(一) 刑事诉讼法 分值三章

98	第一章	第一章
121	第二章	第二章
191	第三章	第三章
200	第四章	第四章
231	第五章	第五章

(二) 民事诉讼法 分值四章

241	第一章	第一章
221	第二章	第二章
208	第三章	第三章
275	第四章	第四章
285	第五章	第五章

第一部分 法学综合知识

第一章 法学基础理论

历年律师考试的回顾与分析

历年律师资格考试题中涉及本章内容的题型,主要有判断、选择、名词解释和简答。

判断题和选择题面较广,但一般从联系和区别,概念和广、狭义理解,种类分类这几个角度出题,考生在复习时应予注意。

名词解释题已考过的有:法律规范(1988)、法律行为(1990)、社会主义法律意识(1992)、法律制裁(1993)等。出题主要涉及基本概念,没有出现较偏的名词。

简答题已考过的有:我国社会主义法适用的基本原则(1986)、法与国家的关系(1993)、法的基本特征(1994)、法律责任的含义及其分类(1995)等。考生在回答简答题时,不要只答要点,还应简单作出解释。

一、法的一般理论

在复习《指南》有关法的一般理论的论述时,应当注意理解以下要点。

(一)法、法律、法学的概念

1. 法的概念

对于概念题,许多考生觉得挠头。背来背去,过几天就忘。原因就在于没有掌握应有的方法。对一个概念,先搞清有几层意思,知道先说什么后说什么,用几个关键字眼组成的话串起来即可,省时省力,还不容易忘。

法的概念包含下列几层含义:

(1)阶级意志性。

(2)意志从哪儿来的(决定性)。

(3)怎么产生和实施。

(4)如何约束人的行为。

(5)为什么约束。

把这几个方面用话串起来,概念就不容易错了。关键词:“统治阶级的”、“物质生活条件”、“国家强制力”、“规范体系”、“权利义务”、“社会关系和社会秩序”。

2. 法律的概念

考生在复习时注意“法律”一词有广义和狭义两种用法,应作明确区分。掌握判断和选择题型。

(1)广义的法律。指法律的整体,也就是不论地位高低、效力范围的大小,只要由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的行为规范,都统称为法律。例如就我国现在的法律而论,它包括作为根本法的宪法、全国人大及其常委会制定的法律、国务院制定的行政法规、某些地方

国家机关制定的地方性法规等。

(2)狭义的法律。仅指国家最高权力机关按照法定程序(法律议案的提出、法律草案的审议和讨论、法律的通过、法律的公布)制定和颁布的规范性文件,即全国人大和人大常委会制定的法律。我国宪法第33条“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”,其中的“法律”就是广义用法。第62条和67条分别规定全国人大和常委会有权制定法律,这两条中所讲的“法律”就是狭义用法。为了加以区别,有的法学教材、著作,把广义的法律称为法,或把法与法律看成是内容和形式的关系。但在很多场合下,人们大多根据约定俗成原则,统称为法律,即有时作广义解,有时作狭义解。

3. 法学的概念

对这一概念,复习时主要注意三点:

(1)法学的研究对象,掌握其选择题型。

(2)法学也有阶级性。

(3)法律与法学这两者产生的先后关系。

一般地说,法学是随着法的出现而出现的,但也不是一有了法就有法学。法学是在法发展到一定阶段才产生的。从历史看,法的起源经历了“习惯——习惯法——成文法”的过程。同时,法学意味着有研究法律的人,这种人开始很少,以后逐渐增多,最后形成一批职业法学家。因此,法学只有在以下两个前提都具备的情况下,才能够产生和存在:①立法已发展到相当复杂和广泛的程度。②社会上已出现了一个职业法学家的集团。

(二)法与原始社会习惯的区别

对于“……的联系及区别”这种题,可从判断、选择和简答题三个角度去出题。考生在复习时不要上来就背,应该先找出其中最主要的(决定性)区别,从它与其他区别的关系展开,就能收到不枯燥、容易记的效果。

1. 两者的关系

(1)都是行为规范。

(2)都具有约束力(或强制性)。

(3)两者具有历史的联系,即法由习惯发展而来(习惯法)。

2. 两者的区别。《指南》列了六个区别,不要孤立地对待。其中,第二和第三两个区别是最重要的,决定了其他几个区别。考生在复习时可顺着这样的思路来掌握。

(1)法:正是由于法建立在私有制基础上,体现的是统治阶级(少数人)的意志,它的实现肯定要受到被统治阶级(大多数人)的阻挠,因而只得主要依靠国家暴力来强制推行(实现方式);要想在较大范围内更好地贯彻实现本阶级的愿望,统治阶级就有意识地对社会关系进行选择,挑出那些对他们来说利害悠关的、不能放任人们去行为的方面,用明确的形式固定下来(产生方式);这样一来,就能使法成为一种对社会成员来说毫无例外地加以遵循的行为标准(调整范围);每个人都按照法来行事,规规矩矩,统治阶级就能把江山攥在自己的手心里(调整目的)。

(2)习惯:(与法恰好相反),由于氏族习惯建立在纯粹的公有制之上,反映氏族全体成员的共同意志,人们认识到只有生活在氏族中才是安全的,习惯的实现自然一般不需要特殊的强制(实现方式);由于当时生产力低下,人们头脑简单,关系单纯,就不需要对社会关系加以选择并调整,沿用先辈留下的习惯就可以了(产生方式);氏族成员间靠血缘为纽带而相处,这就决定

了习惯只作用于本氏族的全体居民而不能扩大到其他氏族的成员,不能以地域为准(作用范围);通过调整人们的行为使其形成相互协作、平等互助的社会关系和秩序(调整目的)。

(三)法的本质、基本特征、功能

1. 法的本质

法的本质,是法理学中最核心的问题,也是理解、掌握其他问题的关键。考生在复习时,应掌握其原理,不要单纯靠背功。下面从另一个角度作一些分析,可与《指南》对照掌握。

(1)法是统治阶级意志的体现。在理解时注意,这并不意味着被统治阶级的斗争对立法没有影响。面对被统治者的强烈反抗,统治者为了长远统治也可能作出某种让步,在自己的法律中规定一些保护被统治阶级利益的条款。但让不让步、让到什么程度,最终还是由掌握国家政权的统治阶级说了算。从这种意义上说,在认识法的本质时,只能把法与统治阶级利益联系起来。

(2)法是统治阶级整体利益和共同意志的表现。法律只体现统治阶级成员意志中相互一致的那部分即共同意志,而排斥任何个别集团、个别人的与共同意志相违背的意志。具体表现在,为了维护统治阶级的统治,统治阶级中个别成员也可能因违法犯罪而受到惩治,历史上皇亲国戚、高官大臣和贪官污吏受到制裁的事实,充分说明了这个道理。

(3)法是被奉为国家意志的统治阶级意志。对这一层次理解时,注意法与统治阶级意志的关系:法是统治阶级意志的体现,但并不意味着统治阶级意志都表现为法。统治阶级只有把自己的共同意志变成国家意志,即经过国家的正式立法程序并赋予国家强制力,才能成为法律,获得人人必须承认和遵守的一般形式。统治阶级的意志除通过法律来表现外,还有诸如风俗习惯、伦理道德、宗教信条等,它们虽然也是统治阶级意志甚至共同意志的体现,但由于没有经过政权机关的正式立法程序使之取得一般表现形式,因而就不是国家意志,不是法律。

(4)法所体现的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。任何意志包括国家意志都表现着人的愿望和追求,因而都具有能动的、自由的属性。但绝不因此把意志看作是随心所欲的东西。相反,意志是要受到其本身赖以产生和存在的客观条件的制约。所谓国家意志,无非就是统治阶级所希求的最大的利益即社会经济关系方面的利益。离开这种经济利益,法律便不会产生,产生了也没有存在的价值。统治阶级虽然有权制定法律,但法律的内容却不能任性规定。否则,这种法律不仅在实践中行不通,而且制定这种法律的人也会从统治宝座上滚落下来。

这就表明法并没有创造现实的经济关系,而是以经济关系为基础;任何统治者在立法时都应注意现实的经济条件以及相应的经济规律。

从法由经济条件所决定这一点来说,法具有某种客观性。但这种客观性丝毫不意味着法和现实经济条件及其经济规律等同起来,丝毫不意味着将以下两个事物混为一谈:一个是不以人们意志为转移的客观过程;另一个则是通过人们的意志加工创造出来并以国家名义发布的法。

2. 法的基本特征

许多考生觉得简答题要点多,背起来麻烦,特别是“……的特征”这类题,弄不好答案顺序颠三倒四,甚至漏掉一个或两个答案。这主要是由于孤零零地看问题所造成的。要知道,一个事物的基本特征是通过与其他事物相比较才得出来的。在理解法的特征时,应该从比较的角

度,把法这种行为规范与其他规范如道德、宗教、党、团规章等加以比较,这样一来,便能举一反三,理解一遍就不容易忘,除能应付简答题外,象选择、判断题也能较好地把握。

(1)法具有国家意志的属性。在所有的社会规范中,只有法是由国家制定和认可的。制定和认可是国家创制法的两种方式。相比之下,由于不同的阶级、阶层存在着不同的道德观,国家无法将它们统一起来,不可能出现一种通行于全社会的道德规范;宗教规范则是在长期生活中由教派创立,人们自发接受而产生的;党、团规章是由党、团组织加以确立的。

(2)法具有国家强制性。在理解时要注意,如果认为只有法才具有强制力是错的,因为道德、宗教、党团规章也都具有某种程度的强制力。但可以肯定的是,除了法以外,没有一种社会规范是以国家强制力来保证其实施的。法既然只反映统治阶级的意志和利益,这就必然会遭到被统治阶级的抵制和反对。统治阶级为了保证法的实施,就必须依靠国家暴力(军队、警察、法庭、监狱),迫使社会全体成员毫无例外地遵守。否则,法就会成为一纸空文。

(3)法以权利和义务为主要内容。法律上所设定的权利,同时也就意味着相对方应当承担的义务,反之亦然。因此,法是权利与义务的统一体。而其他社会规范并不都以权利与义务相对应为条件,如道德、宗教规范,基本上是义务性的。党、团规章虽包括权利与义务,但不受国家强制力保障。

(4)法是明确的、普遍的规范。道德则有一定的模糊性,没有统一的表现形式,在解释和理解上缺乏一致标准,在约束力范围上不能象法那样普遍;宗教教义往往只可意会不可言传,自然缺少明确性,其约束力只能局限于同一教派的人们;党、团规章有些虽较明确,但只能约束属于同一个党、团组织的人,与法律相比其约束力范围要小得多。

法具有规范性和概括性。规范性指法为人们的行为提供了一个基本的界限,在这一范围内他们可以自由行动。

概括性主要包括以下三种含义:

①法是一种抽象的规定,其适用的对象是一般的人而不是特定的人。

②法在生效期间是反复适用的,而不是仅适用一次的。

③意味着同样情况享受同样待遇,也就是通常所说的“法律面前人人平等”的原则。正由于法的规范性不同于法的概括性,对有权制定法律规范的国家机关所发布的文件,要区别开规范性文件和非规范性文件。前者属于法的范围,后者虽然也有一定法律效力,但不属于法的范围,只是适用一定法律规范的产物,如委任令、逮捕证、营业执照、判决书等。

3. 法的功能

法的功能(作用)主要包括三个方面:

(1)政治功能(维护阶级统治)。

(2)经济功能。

(3)执行社会公共事务的功能(简称社会职能)。

在理解法的功能时,注意处理好两个方面的关系:

(1)法的政治功能和社会功能并不是对立的,而是统一的。这种统一性不仅表现在两者都服从于建立和维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序这一根本目的,而且还在于法律的社会功能归根到底是为了更好地实现法的政治功能。

(2)执行政治功能和执行社会功能的法律之间存在着明显的差别:

①调整对象不同。前一种法律的对象是阶级统治,后一种是阶级统治以外的事务。这两种法律都调整社会关系(人与人之间的关系),但其保护对象是不同的。

②有利于不同的阶级。前一种法律当然仅有利于统治阶级,对被统治阶级,则是剥夺和压迫;后一种法律,至少从客观上说,有利于全社会而不是只有利于统治阶级一个阶级。

③借鉴的程度不同。前一种法律在不同社会制度下,很难借鉴;后一种法律却往往是相似的,是可以相互借鉴的。

(三)法的渊源和基本分类

1. 法的渊源的概念

法的渊源即法律渊源,是指法的各种表现形式,也称法律形式。在法学上,主要指由什么国家机关制定或认可,因而具有不同法律效力或法律地位的各种法律类别(如宪法、法律、行政法规等制定法、判例法等)。

2. 法的基本分类

从不同角度或标准出发,可以对法作不同分类。一般地说,法的分类主要有形式分类和本质分类两种。

(1) 法律的形式分类。

对这一分类,要明确其分类的标准,注意标准和分类结果的对应性,一定要很熟练、很准确,切勿张冠李戴。否则在做选择题和判断题这两种题型时会很被动。

(2) 法律的本质分类。这一分类就是把法律划分为不同的历史类型,根据的标准是阶级本质和经济基础。有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、社会主义法。

(四)法与经济、国家、政治、道德、科技的关系

1. 法与经济基础的关系

法属于社会上层建筑现象,是同经济基础密不可分的。两者的相互关系是:经济基础决定法;法又反作用于经济基础。

(1) 经济基础决定法。主要表现在:

①经济基础的性质决定着法的性质。

②经济基础决定着法的内容及其发展变化。

在理解时需要注意的是,法由经济基础所决定,并不意味着经济基础是唯一决定的因素。除经济外,政治制度、伦理、宗教、文化传统等这些因素,都对法发生不同程度的影响。正因为如此,处于同一经济基础和相同生产力发展水平之上的不同国家,法往往呈现千差万别的情况。当然,这种交互作用都是在经济因素最终起决定作用的情况下发生的。

(2) 法反作用于经济基础。

法对经济基础的反作用主要体现在三个方面(见《指南》)。但需要明确的是,法对经济基础的作用不等于法对生产力的作用。生产力是一切社会发展的最终决定力量。生产关系和上层建筑只有适应生产力的状况,才能促进生产力的发展。法对经济基础始终具有反作用,但这种反作用的客观效果却不相同:

①当法所服务的经济基础适应社会生产力发展要求时,对社会发展起着促进的进步作用。

②当法所服务的经济基础已成为生产力发展的桎梏时,则对社会发展起着阻碍的反动作

用。因此,认为“法在任何时候,任何情况下对经济基础的服务作用和对社会生产力乃至整个社会发展的作用都是积极的”这种观点是不正确的。

2. 法与国家的关系

法与国家的关系较为密切,主要表现在以下两个方面:

(1)法有赖于国家。

(2)国家必须有法。考生在复习法与国家关系时应注意以下两点:

①法与国家这种密切关系在不同情况下有不同表现。从法对国家的依赖性说,私有制社会的法对国家的依赖性较之社会主义法对国家的依赖性要大得多,因为私有制社会的法首先和主要反映少数占有生产资料者的意志和利益,它要在社会获得一体遵行,就特别需要借助国家强制力;社会主义法首先是占人口绝大多数的人民群众意志和利益的反映,它在实施过程中对国家强制力的依赖性要小。

②法与国家是相互依存、相互作用的关系,但国家政权是一切政治问题的中心和焦点。当然,不能由此简单得出结论说国家大于法,一般说,在君主、专制和法西斯统治下,国家政权就是一切,大大地大于法;在民主制、共和制下,国家权力要依法行使。在法与国家关系问题上,片面强调法的地位和作用,主张“法律万能论”,是不切实际的、幼稚的、有害的;片面强调国家的地位和作用,从而对法采取虚无主义态度,或只是形式上而不是真正重视法制,同样是有害的。就中国现阶段具体情况看,主要不是防止过高估计法的地位,而是需要切实地提高法的地位。

3. 法与政治的关系

法与政治的关系主要体现在两个方面:

(1)政治是法的依据。

(2)法为政治服务,是实现统治阶级政治的重要工具。

考生在复习中需要注意法与政治的关系是不同社会现象的关系,两者是有区别的(掌握以后回答判断、选择题):

(1)政治的外延大于法。法反映政治,但政治并不仅仅反映在法上,还反映在上层建筑的其他部分上。如果把法与政治当成一回事,就会将丰富的政治生活内容局限到法这一个圈子中,妨碍其展开。

(2)法反映政治,但并不是每一具体的法都有相应的政治内容或都反映某种政治要求。法还有其执行社会公共事务的职能,不能把法调整的一切社会关系都归结为政治关系。

(3)法在反映政治内容时是一种政治措施,但它不是一般的政治措施,而是有特殊强制力的政治措施。如果把法与政治混淆起来,有可能忽视法的强制作用,看不到它在实现政治要求时比其他措施更有力,因而不重视法制建设;或者是有可能把其他政治措施例如某些方针、政策也当成法,使它们具有特殊强制性,结果带来社会弊病。

4. 法与道德的关系

对于法与道德的关系,《指南》基本上作了较完整的分析。在这里,只强调二点:

(1)不能笼统地说,法与道德相互渗透、相互影响。因为道德有统治阶级的道德观和被统治阶级的道德观之分,而被统治阶级的道德观对现行法律制度是一种对抗力量,只有统治阶级的道德观与法律才是相辅相成关系。

(2)除《指南》所列的两者在存在时间和性质、体系、目的、适用范围四个方面有所区别外,一般认为,还应包括以下区别:

①属于上层建筑不同的范畴。就上层建筑的各组成部分来说,有的属于制度范畴,有的则属于意识形态范畴。法律就属于制度范畴,单纯法律意识还不意味着就是法律;而道德则属于社会意识形态范畴,一种道德观念的形成,也就意味一种用以调整人们行为的道德规范。

②规范的内容不同。法律规范的内容既规定权利也规定义务,而且通常是以权利和义务相对应条件的,即在一方为权利,在另一方即为义务。而道德规范的内容主要侧重个人对社会和他人履行的义务(应当做或不做什么),这种义务的履行并不意味着他方享有相应的权利,也不以义务履行者本身取得某种权利为条件。

③规范的结构不同。法律规范的构成是很严谨的,它不仅规定行为要求,而且对违法行为规定具体制裁措施,因而人们可以预知自己的行为后果。而道德规范一般只指行为要求,且比较原则,对违反道德规范的行为,一般并不规定具体的制裁措施。

④保证实施的力量不同。法主要依靠国家强制力保证实施;而道德是通过人们内心的信念、模范人物的影响、宣传教育以及公共舆论的谴责等方式,保证人们对法律的遵守。

5. 法与科学技术的关系

在这个问题上,指南已作清楚的说明。见《指南》

二、资本主义法

(一)资本主义法的产生

在复习中,对于资本主义法的产生,应注意三点:

(1)《阿马尔非法典》的性质,属于带有资本主义经济因素的法。

(2)资产阶级法与以往剥削阶级类型之间的法的继承关系有英国的和法国的两种形式,掌握时,不要死记硬背,如联系英国资产阶级革命的特点(不彻底性、妥协性)和法国的资产阶级革命的特点(彻底性)加以理解,效果更好。

(3)英、法两国法的产生代表这种继承关系的两种形式,但并不代表一切资本主义国家法的产生形式。例如,美国资本主义法的产生兼有以上两种形式;德、日两国资本主义法的产生,并不存在是否继承旧政权法律的效力问题,而是在现有政权领导下使原先的封建制法逐步改造为资本主义法。

(二)资本主义国家两大法系及其区别

1. 资本主义国家两大法系

法系、大陆法系、英美法系的概念《指南》写得已比较清楚,复习时应做到熟练、准确。同时,还应注意法系与法律体系、法的历史类型的区别,即分类的标准不同。法系和法的历史类型是当代法学中对法律制度进行分类最常用的两个概念。

(1)法系是按照法律制度的历史传统、法在形式上和结构上的特征、法律实践的特点等因素,对不同国家和地区的法律制度进行划分,如欧洲的大陆法系和英美的普通法系。

(2)法的历史类型则是按照法律制度赖以产生的关系、类型(经济基础)和反映阶级意志的不同,对历史和现实的不同国家和地区的法律制度进行的分类,如奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。

(3)法律体系往往仅指一个国家的各部门法的总称,并不涉及他国的法律制度。

2. 两大法系之间的主要差别

对于两大法系的主要差别这一问题,一般不会从大题型(简答题)的角度去出题,重点放在理解上,对《指南》所列的四个差别要很熟练,以应付选择和判断这两种题型。

除《指南》所列的差别外,一般认为还有下列三个方面的差别:

(1)法律分类方面的差别。大陆法系国家法律的基本分类是公法和私法。公法主要指宪法、行政法和刑法,诉讼程序在一般也属于公法;和私法主要指民法和商法。进入20世纪后,又有兼有公私法两种成分的法律,如社会法、经济法和劳动法等。英美法系国家法律的基本分类是普通法和衡衡法,在分类上并无公法和私法之分。

(2)概念、术语方面的差别。这一法系所使用的一些重要概念、术语,在另一法系中是没有的。例如,大陆法系民法中所讲的“债”是英美法系中所没有的;英美法系合同中所讲的“约因”是大陆法系中所没有的。或者同一个概念、术语,在两个法系中却具有不同含义。

(3)哲学倾向方面的差别。一般地说,大陆法系较倾向理性主义;英美法系较倾向经验主义。

(三)资本主义法的渊源

《指南》对此已作一些介绍,但应该说又不够清晰。在这里,我们作一个简单的说明,帮助考生掌握有关内容。

在资本主义国家中,法的渊源一般可分为正式意义上(即有约束力)的渊源和非正式意义上(即虽无约束力却具有一定程度的说服力)的渊源。

正式意义上的渊源一般包括制定法、条约、经认可的习惯。制定法主要包括宪法、法律、法规等。“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。在英美法系国家,判例被认为是正式意义上的法律渊源之一(注意不能扩大到大陆法系国家)。

非正式意义上的渊源,除大陆法系的判例外,主要指权威性法学著作、正义和公平观念、政策等。在运用法律时,如果在正式意义上的法律渊源中没有规定;规定有矛盾或是含糊,特别在一些重大的疑难案件中,就需要依靠这些非正式意义上的法律渊源,即它们虽没有法律上的约束力但对法庭有不同程度的说服力。

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

《指南》已作详细说明。

2. 社会主义法的功能

社会主义法具有规范功能和社会功能。规范功能,指法具有调整人们行为的作用。社会功能,指法具有调整社会关系的作用。前者反映法的外部特征,后者体现法的本质和目的,两者具有手段和目的的关系。

(1)社会主义法的规范功能。主要有5个方面的功能。《指南》已作了相关解释。复习时应做到既能掌握其面上的东西(如简答),又能掌握具体东西(如选择和判断),尤其注意每一种功能的对象是什么。

在这里,仅对指引功能和预测功能作些补充。

①指引功能。法律规范分为授权性规范和义务性规范两种。这两种规范分别代表了法律

规范两种指引形式。义务性规范代表确定指引,即法律规定:人们应该这样行为(如应履行合同)或不应该这样行为(如在履行合同时不应有欺诈行为),并且一般还规定,如果违反这种规定,就应承担某种否定性的法律后果(如国家不予承认、加以撤销或予以制裁等)。授权性规范代表一种有选择的指引,即法律规定:人们可以这样行为(如选举),而且一般还规定,如果人们这样行为,将带来某种肯定性法律后果(如国家承认其有效、合法并加以保护或奖励等)。

因此,就确定的指引来说,法律的目的是防止人们做出违反法律指引的行为;而就有选择的指引来说,法律的目的一般是鼓励人们至少是容许人们从事法律所指引的行为。

②预测功能。即依靠作为社会规范的法律,人们可以预先估计到他们相互间将如何行为。例如,一个打算从事工商业经营的人,总会考虑到所有有关的人会有什么行为,也总会考虑到主管部门是否能为自己的申请核准登记并发给营业执照。一个诉讼当事人总会考虑到其他诉讼当事人、证人会有什么行为,也总会考虑到法院对自己案件会作出什么判决。这些考虑如果以法律作为根据的话,就意味着法的预测功能。

(2)社会主义法的社会功能。主要体现在五个方面(见《指南》)。

(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的政策

《指南》对两者的共同点和区别都作了分析说明。相比较而言,两者的区别更显得重要一些,考生复习时多注意一些。

另外,还应强调的是,要正确理解两者相关系。一般认为:

法与政策既有联系又有区别,两者相辅相成。因此,不能把两者对立起来或割裂开来,也不能在它们之间区分高低和大小,或简单地将两者等同起来。忽视政策对法的指导作用和忽视法对政策的制约作用,都是错误的。就我国目前情况来说,更应注意反对或防止只强调党的政策的作用而忽视以至否认法的作用的错误思想,更应注意党的政策与法、党纪与国法的区分。

2. 社会主义法与社会主义道德

对于两者的一致性、区别《指南》已作较充分的说明。复习时注意理解两者的区别,要做到熟练、准确,掌握以后可用来做判断题和单项选择题。同时,由于社会主义道德是社会主义精神文明的组成部分,因而社会主义法与社会主义道德相互之间的作用显得较为重要,复习时应加注意。

在理解社会主义法与社会主义道德的区别时,除第4个区别外,应该是比较容易理解的。因此,这里只对“两者调整的范围不完全相同”作些补充说明。

从调整的范围来看,社会主义道德规范调整的范围比社会主义法律广。

法所调整的只是道德调整的社会关系的一部分,即从统治阶级的观点来看是最重要的那部分,要求有国家评价和保证的部分。在要求明确规定权利义务的场合,在没有国家强制就不能保证个人或局部的利益服从社会 and 整体利益的地方,法律调整就是必要的。但有些关系,既不需要也不应该进行法律调整,如一般的家庭关系、友谊关系、同志关系等。

应该说,需要法律调整的社会关系,往往同时需要道德的评价和调整。但道德也不能调整所有的社会关系,而是调整那些可以给予伦理、道德评价的关系,当人们的行为不能进行伦理或道德评价时,就超出了道德调整的领域。如法律技术规范、规定不同机关隶属关系的规范、

规定会计文件形式要件的规范就属于没有道德评价的规范。所以一般说,违反社会主义法律的行为,受到社会主义法律制裁的行为,大都同时要受到社会主义道德的谴责。而违反社会主义道德的行为,却不一定是违法行为。法律上的无过错,并不一定在道德上无可指责;反之,不道德的行为,并不都是违法。

(三)社会主义法对经济体制改革的作用

这个问题,《指南》已作详细说明,不再赘述。

(四)社会主义民主与法治的关系

这个问题,《指南》作了较详细说明。为帮助考生复习和掌握,我们作一个简明的概括。

社会主义民主与法治相辅相成,相互依存,相互作用,二者关系极为密切。概括地说,社会主义民主是法治的必要前提和基础,社会主义法治是对民主的确认和保障。

(1)社会主义民主是社会主义法治的必要前提和基础。

①社会主义民主,是社会主义法治产生的依据,并决定社会主义法治的性质和内容。

②社会主义民主是社会主义法治的基础。社会主义民主是社会主义法律制度、适用和遵守的基础。

(2)社会主义法治是对社会主义民主的确认和保障。①宪法确认人民当家作主的国家制度这一最根本的民主成果,使其固定化、合法化;②以法律形式组织国家权力,依法建立国家管理形式,确认和保障公民的权利及其相应的义务。③社会主义法治是同破坏社会主义民主的违法犯罪行为作斗争的重要工具。运用法治打击和制裁侵犯人民民主权利的违法犯罪行为,保障公民的民主权利和其他各项合法权益。

(五)社会主义法律意识对法治建设的作用

1. 法律意识的概念

在掌握法律意识和社会主义法律意识这两个概念的同时,注意法律意识在分类上有两个标准,以此有不同的分类结果,复习时不要搞混。

2. 社会主义法律意识对法治建设的作用

主要有三点:

(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。复习时注意其多选和简答题型。

(六)社会主义法的渊源

1. 社会主义法律渊源的概念

我国社会主义法律渊源是指社会主义法的表现形式之一,即由不同国家机关依法制定的具有不同法律效力、不同类别的规范性文件,具体地说,是指我国最高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。

为了更准确地理解这一概念,这里对规范性文件作一补充。

规范性文件是规范性法律文件的简称,是指由国家机关制定并发布的、具有普遍约束力的法律文件。它通常具备以下特点:

①规范性文件只能由国家机关或者国家机关授权的单位或组织制定和发布,因此它体现

的是国家意志。

②规范性文件中必须含有一定的行为规则或行为模式。

③规范性文件具有普遍约束力,是国家适用法的机关进行个别性调整的规范性根据。

在理解这一概念时,注意各种国家机关制定的规范性法律文件是主要的社会主义法的渊源,而不是唯一的。习惯只有在国家认可后才被认为是法的一种渊源。

2. 我国社会主义法律渊源的分类

《指南》列了7类。这里只对以下几种加以强调和补充:

(1)法律。根据宪法的规定,法律又可以分为基本法律和非基本法律。

基本法律较全面地规定了国家和社会生活某一方面的基本问题,如刑法、民法、诉讼法以及有关国家机构的组织等法律。基本法律由全国人民代表大会制定和修改。同时宪法也规定,全国人大常委会在全国人民代表大会闭会期间,有权对全国人民代表大会制定的基本法律作部分的修改和补充,但不得同该法律的基本原则相抵触。

非基本法律(也称基本法律以外的其他法律),涉及问题的重要性稍轻些,其规定通常也稍具体一些,如《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国文物保护法》,等等。非基本法律由全国人大常委会制定。

(2)行政法规。复习时要注意,制定主体不能扩大到国务院各部委,国务院各部委制定的规范性文件叫做部门规章。

(3)地方性法规。不能笼统地认为所有的地方国家权力机关都能制定地方性法规。地方性法规是省、自治区和直辖市的人民代表大会和人大常委会制定的规范性法律文件。根据宪法和有关组织法的规定,省、自治区和直辖市的人民代表大会和人大常委会在不同宪法、法律和行政法规相抵触的前提下,可以制定和发布适用于本地区的地方性法规,并报全国人民代表大会和国务院备案;省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会在不同宪法、法律、行政法规和本省、本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民代表大会和国务院备案。

(4)自治条例和单行条例。都是民族地方自治法规,但二者又有一定区别。从立法实践来看,自治条例是民族自治地方的综合性法规,涉及的内容比较全面。而单行条例则往往是就某些特定方面的问题如婚姻、继承等所作的单项规定。

自治区的自治条例和单行条例。报全国人民代表大会常务委员会批准后生效,自治州、县的自治条例和单行条例报省或自治区的人大常委会批准后生效。

3. 法规汇编、法典编纂

两者的概念在《指南》中已作解释。在掌握概念的同时,注意两者的区别(可出选择、判断题)。

两者的区别:法规汇编不属于国家的立法活动,不必一定由立法机关依法定程序进行;法典编纂是一种立法活动,只能由国家立法机关依法定程序进行。

(七)社会主义法律规范和法律关系

1. 法律规范

(1)概念