



人大司考丛书

wan^{guo}万国法源

国家司法考试 重要法条与考点大串讲

北京万国学校 组编



浓缩万国串讲精华
分享一线教师授课智慧

 中国人民大学出版社

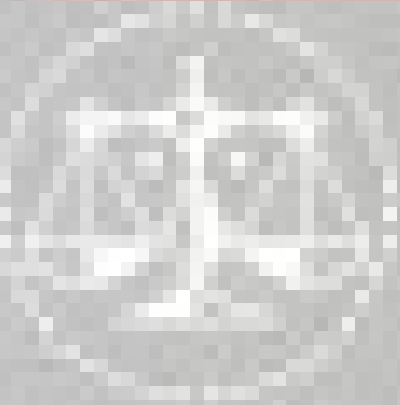




中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

国家司法考试 重要法条与考点大串讲

张明楷 主编



中国政法大学
司法考试命题研究组

中国政法大学出版社



人大司考丛书

国家司法考试
重要法条与考点大串讲

北京万国学校 组编

撰稿人 (以姓氏拼音为序)

卜开明 楚道文 淳于闻

韩友谊 季 宏 杨长庚

张进德 张雨泽

中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试重要法条与考点大串讲/北京万国学校组编. —14 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 4

(人大司考丛书)

ISBN 978-7-300-19220-8

I. ①国… II. ①北… III. ①法律工作者-资格考试-中国-自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 077524 号

人大司考丛书

国家司法考试重要法条与考点大串讲

北京万国学校 组编

Guojia Sifa Kaoshi Zhongyao Fatiao yu Kaodian Dachuanjiang

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		010—62511770 (质管部)
电 话	010—62511242 (总编室)		010—62514148 (门市部)
	010—82501766 (邮购部)		010—62515275 (盗版举报)
	010—62515195 (发行公司)		
网 址	http: //www. crup. com. cn		
	http: //www. lkao. com. cn (中国 1 考网)		
经 销	新华书店	版 次	2002 年 8 月第 1 版
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		2014 年 5 月第 14 版
规 格	185 mm×260 mm 16 开本	印 次	2014 年 5 月第 1 次印刷
印 张	33. 5	定 价	59. 00 元
字 数	744 000		

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

| 前 言 |

本书是北京万国学校第一本拥有完全知识产权和创新成果的司考辅导书，也是历年来我们力推、主推的一本辅导书，同时也是与万国学校一线教学结合最密切的辅导书之一。更难能可贵的是，自本书面世十多年来，虽然作者每年都有变化，但主体作者都一直坚持下来，并且每年的作者都认真地根据当年及往年的一线授课经验、心得乃至教训及时地将本书的相应内容加以修改、增删，从而永葆本书的生命力。

2014年版的修订，不仅体现在内容上的更新，更重要的是体现在理念上的传承与创新！

本书之使用效果，亦颇得近年来万国学员与考生朋友的肯定，这恐怕也是本书作者努力修正使之臻于完善，在2014年创造更大辉煌的最大动力来源吧！

言归正传。国家司法考试是一种具有相当难度的职业资格考试，其难点在于：一是复习量极大，知识体系极其复杂；二是重点难点比比皆是，难以突出；三是综合性强，体系性强；四是对理论修养与应用能力要求并重。本书之最大出发点，即在于舍末求本，以体系化的知识点为轴，删繁就简，立足减负，将重点难点一一突出，用“红线”把知识点“串”下来。

司法考试作为一种成熟的考试，具有相对固定化的命题套路。知己知彼，方能百战不殆。故考生有必要了解这一套路。就司法考试题型而言，大致可以分为以下三种：

1. 纯法条题。指可依据法条直接作答的题，不需要特别运用有关法学理论，也不需要知识点的体系性，只要知道法条的规定，就能得出答案。这种题在司法考试中占有一定的比例，尤其是在诉讼法、商法、经济法部分。

应对这种题目，考生必须在平时的复习中，把握可考法条，找到考查侧面，做到准确记忆。列入《国家司法考试法律法规汇编》的法条众多，真正能在司法考试中考查的法条，毕竟是少数，考生必须根据司法考试的特点，找到可能考查的法条。对于可能考查的法条，其考查的角度很多，考生还必须注意最可能考查的角度，以便能够掌握重点，提高针对性。本书力图在这个方面有所突破，所以选取最重要的法条，并且进行不同法规间的“串”！

2. 纯理论题。社会主义法治理念、法理学、法制史属于纯理论的知识内容，其题目绝大多数为纯理论题。纯理论题直接与教材中的有关理论阐述有关，与现行法没有直接关联，没有明确的法条支撑。这种题目在宪法中也存在，在其他学科（如民法、民事诉讼法）中也存在少量的题目。

法理学、法制史、宪法没有法条或者法条较少且分值较低，所以这三个学科的题目以

判断型选择题为主。判断型选择题的题干一般表述为“下列哪些说法是正确的（错误的、不成立的）”，而其选项则可能针对不同的知识点，也可能是同一知识点的不同侧面。这种题目考查的知识点具有相当大的迷惑性，其中一个选项判断错误，即“全军覆没”。为此，必须综合把握有关知识点。本书的法理学、法制史、宪法部分，力图在这个方面针对司法考试可能重点考查的知识点，帮助考生进行一次大的突破。

3. 案例与论述题。司法考试第四卷属于案例型与论述型主观题，重要性不言而喻，难度也众所周知。在前三卷的客观题部分，对于那些有法条背景的学科，比如民商法、经济法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法，绝大多数的题目为案例型选择题。

案例与论述题，要求考生运用现行法，甚至结合有关理论对案例中的有关问题进行分析，以得出结论。案例与论述题综合考查考生的应用能力和对法条、法理的深度理解与法学理论修养。在做案例与论述题时，首先要求考生能够从生动具体的案情中找到关键信息，并根据该信息选取应当适用的法条和有关理论。这就要求考生在平时能够充分把握法条之间的联系和区别，熟悉法条与有关理论之间的连结点。为此，本书将相关的可能混淆的法条，以及可能在同一案例中同时运用的法条，进行综合分析，以提高考生运用法条和相关理论解决问题的能力。

本书的理念就是一个字：“串”！

“串”既是将法条与法条结合，也是将法条与理论结合，将理论与理论结合。这种以“串”为形式的结合其实就是一场举一反三的深度复习。

“串”在一起的“红线”，可以任意选取，不作强求。只要这个红线串起来的知识点，是司法考试关注的。比较“粗”的红线，甚至可以细化为“细”红线，并通过该细红线进一步串起比较细节的知识点。对于串起来的知识点，一定要比较其中的共同点，也要点出其中的不同点。

串讲知识点，可以打破大纲的章节次序，关键的是能够帮助考生把握司考的重要法条和考点。串讲知识点，不求全面，只求“重点”，也就是说，所串起来的知识点是2014年很可能考查的知识点。例如，在“串讲”复习《刑法》第263条的抢劫罪（该知识点是年年必考点，只不过考查的方式不同而已）时，最起码要帮助考生完成这样几项任务：一是分析抢劫罪构成要件的核心——抢劫的手段特征；二是抢劫罪的八种加重构成问题；三是指出本罪与其他易混淆的罪如敲诈勒索罪等的关键区别点；四是归纳出刑法条文中“准抢劫”或曰转化的抢劫罪之规定（共三个地方即第267条第2款、第269条、第289条）；五是总结关于本法条的相关司法解释。从方法论的角度，本部分串讲遵循着“纵横交错”、“举一反三”的规律，如第一个大标题与最后一个大标题基本都是从纵向的角度梳理刑事法条，而其他大部分标题基本上都是从横向的角度对有规律性、有共性的知识点进行总结与归纳。

本书是在以往版本的基础上，根据国家司法考试的发展趋向修改而成。本书既是万国学校的经典之作，也是其问世以来的第十四次出版，其“串”的理念已趋成熟，自成体系，独具特色，简练隽永，值得推荐！

本书作者

| 目 录 |

第一讲 社会主义法治理念	1
第一部分 社会主义法治理念的基本理论	1
第二部分 社会主义法治理念的基本内涵与基本要求	2
第二讲 法理学	4
第一部分 分析法学派（法的本体）	5
第二部分 自然法学派（法的价值）	11
第三部分 现实主义法学派（法的运行）	12
第四部分 历史法学派（法的演进）	17
第五部分 社会法学派（法与社会）	20
第三讲 法制史	23
第一部分 中国法制史	23
第二部分 外国法制史	31
第四讲 宪法学	36
第一部分 宪法概述	36
第二部分 公民	38
第三部分 国家	40
第五讲 国际法学	52
第一部分 国际公法	52
第二部分 国际私法	63
第三部分 国际经济法	75
第六讲 司法制度与法律职业道德	87
第一部分 司法制度和法律职业道德概述	87
第二部分 审判制度和法官职业道德	91
第三部分 检察制度和检察官职业道德	93
第四部分 律师制度和律师职业道德	96

第五部分 公证制度和公证员职业道德	103
第七讲 刑法学	107
第一部分 刑法概论	107
第二部分 犯罪论	110
第三部分 刑罚论	126
第四部分 罪刑各论	133
第八讲 刑事诉讼法学	150
第一部分 刑事诉讼基本理论	151
第二部分 刑事诉讼基本原则	152
第三部分 刑事诉讼基本制度	155
第四部分 刑事诉讼基本程序	175
第九讲 行政法学	204
第一部分 行政法基本原则	204
第二部分 行政组织	205
第三部分 公务员	207
第四部分 抽象行政行为	210
第五部分 具体行政行为概述	212
第六部分 行政处罚与行政许可	213
第七部分 行政强制	219
第八部分 政府信息公开	224
第九部分 行政复议和行政诉讼	225
第十部分 国家赔偿	242
第十讲 民法学	246
第一部分 民法的基本构架	246
第二部分 理论专题归纳	341
第三部分 若干重要民法司法解释问题	346
第十一讲 商事法学、经济法学、知识产权法学	349
商事法学	350
经济法学	413
知识产权法学	459
第十二讲 民事诉讼法学	476

第一讲

社会主义法治理念

第一部分 社会主义法治理念的基本理论

一、社会主义法治理念的基本概念

1. 法治，即通过法律治理国家，就是通过法律使权力和权利得到合理配置的社会状态。

2. 我国的社会主义法治理念是马克思主义法律思想中国化的最新成果，是社会主义法治的精髓和灵魂，是我国社会主义法治事业必须长期遵循的指导思想。其基本内涵集中概括为“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”五个方面。

(1) 依法治国是社会主义法治的核心内容；

(2) 执法为民是社会主义法治的本质要求；

(3) 公平正义是社会主义法治的价值追求；

(4) 服务大局是社会主义法治的重要使命；

(5) 党的领导是社会主义法治的根本保证。

二、社会主义法治理念的本质属性

1. 坚持党的领导、人民当家作主、依

法治国三者有机统一，是社会主义法治理念的本质属性。“三者有机统一”贯穿于社会主义法治理念之中，是社会主义法治理念的核心与灵魂。

2. 坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上，是坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一的必然要求。

三、社会主义法治理念的理论渊源

1. 马克思主义法律思想是社会主义法治理念的主要理论源脉。

2. 毛泽东思想、中国特色社会主义理论体系是社会主义法治理念的重要理论依据。

3. 中国传统文化、尤其是传统法律思想为社会主义法治理念提供了重要参照。

4. 西方资本主义法治思想为社会主义法治理念提供了一定的借鉴。

四、社会主义法治理念的实践基础

1. 社会主义法治理念建立于对我国社会主义初级阶段基本国情的深刻

把握。

2. 社会主义法治理念建立于对我国社会发展阶段性特征的正确判断。

3. 社会主义法治理念建立于对我国所处国际地位及国际环境的准确认知。

4. 社会主义法治理念建立于对我国法

治建设经验教训的系统总结。

五、社会主义法治理念的地位和作用

1. 社会主义法治理念是马克思主义法律思想中国化的最新成果。

2. 社会主义法治理念是我国社会主义法治事业必须长期遵循的指导思想。

第二部分 社会主义法治理念的基本内涵与基本要求

第一节 依法治国理念的基本内涵与基本要求

一、依法治国理念的基本内涵

1. 依法治国是社会主义法治的核心内容。

2. 依法治国是我们党在治国理政方略上作出的重大抉择。

3. 依法治国方略的实施是一项浩瀚庞大、复杂而艰巨的系统工程。

(1) 构建和完善中国特色社会主义法律体系。

(2) 坚持依法行政。

(3) 实现公正高效权威的司法。

(4) 普遍、严格遵循法律。

(5) 构建权力制约监督体系与机制。

二、依法治国理念的基本要求

1. 充分发挥依法治国方略在全面推进中国特色社会主义事业中的重大作用。

(1) 充分运用法律手段，保障我国经济的全面协调可持续发展。

(2) 充分运用法律手段，推动我国社会建设事业的进一步完善。

(3) 充分运用法律手段，不断创新社会管理。

2. 实现法律手段与其他社会治理手段和方式的有机结合。

第二节 执法为民理念的基本内涵与基本要求

一、执法为民理念的基本内涵

1. 执法为民是社会主义法治的本质要求。

2. 执法为民体现了党的根本宗旨和国家的社会主义性质。

执法为民，就是要把我们党全心全意为人民服务的宗旨，通过各种具体的法治活动，进一步贯彻落实到国家治理过程之中。

3. 构建以社会成员为主体、以人民利益为核心的权利保护体系。

二、执法为民理念的基本要求

1. 自觉践行执法为民理念。

2. 坚持国家利益、社会利益和个人利益的高度统一。

第三节 公平正义理念的基本内涵与基本要求

一、公平正义理念的基本内涵

1. 公平正义是社会主义法治的价值追求。

2. 公平正义是一个历史性范畴。

3. 公平正义是我国社会主义各项事业的价值基础。

4. 坚持公平正义的基本原则。

(1) 坚持法律面前人人平等原则。

(2) 坚持以事实为根据,以法律为准绳的原则。

(3) 坚持不偏不倚、不枉不纵、秉公执法原则。

二、公平正义理念的基本要求

1. 正确处理法理与情理的关系。

2. 正确处理程序与实体的关系。

3. 正确处理公正与效率的关系。

4. 正确处理普遍与特殊的关系。

5. 正确处理司法与其他社会纠纷解决手段的关系。

第四节 服务大局理念的基本内涵与基本要求**一、服务大局理念的基本内涵**

1. 服务大局是社会主义法治的重要使命。

社会主义法治的各项事业都必须紧紧围绕党和国家的中心任务和大政方针而开展,社会主义法治的各项工作都必须服从和服务于党和国家的根本利益以及社会发展的总体要求,社会主义法治的各种具体实践活动都必须充分考虑和高度重视对社会发展和社会运行全局的影响。

2. 服务大局理念揭示了我国社会主义法治的科学性和实践性。

3. 充分认识和正确把握我国社会主义条件下大局的基本特征。

(1) 认识大局的根本性。

(2) 坚持大局的统领性。

(3) 适应大局的历史性。

(4) 分辨大局的层次性。

二、服务大局理念的基本要求

1. 法治实践活动要坚持围绕中心、服务大局。

(1) 坚持在法治实践中全面贯彻党和国家的大政方针。

(2) 高度重视法治实践活动的社会效果。

(3) 注重和强调各地方、各部门以及各机构的协调与配合。

2. 依法正确履行职责。

第五节 党的领导理念的基本内涵与基本要求**一、党的领导理念的基本内涵**

1. 党的领导是社会主义法治的根本保证。

2. 深刻认识坚持党对社会主义法治事业的领导的客观必然性。

3. 准确把握党对社会主义法治事业的领导作用。

(1) 党是我国社会主义法治事业的积极倡导者。

(2) 党是我国社会主义法治事业的主要推动者。

(3) 党是我国社会主义法治事业的坚定维护者。

4. 党的领导在法治事业中的集中体现。

(1) 思想领导。

(2) 政治领导。

(2) 组织领导。

二、党的领导理念的基本要求

1. 注重突出和维护党中央的领导地位与权威。

2. 始终坚持依法领导。

3. 充分重视科学领导。

| 第 二 讲 |

法 理 学

司法考试所要求把握的法理学内容，归根结底就是了解“法律是什么”。我们可以近似地认为就是江湖五大门派各以其独门武功从五个不同视角出发，对于“法律是什么”这一问题的解答之综合。

首先是“法的本体”，讲法的自然面貌，包括外在形象（特征）、内在气质两个部分：分别为分析法学派（本门武功特色就是“分析”——“分”解与剖“析”）与自然法学派（本门武功特色是在法律规范之外寻找某种“自然”先在的精神）所侧重。

前者表现在“法律部门与法律体系”——将法律规范共同体纵向“分解”为各个部门法，与“法的渊源与分类”——将法律规范共同体横向“分解”为各个不同位阶层次（这两项内容纵横交错共同编织了一张疏而不漏的恢恢“法网”），再到“法的特征”部分，共同描述了法规范的具体形象；然后是进一步的专业“分解”——“法的要素”，将所有的法规范都“分解”为“法律规则、法律原则、法律概念”以及其间所体现的“权利与义务”，也就是法的内部结构；其后就是“法的作用”，法律机体功能以及社会作用，这些作用的具体生效范围——“法的效力”，

以及法的这些不同作用在人类社会中的具体展现，也就是对于众多（注意：但不是全部）社会关系的调整——“法律关系”；最后，在法律不能正常发挥作用时的强行矫正——“法律责任”。以上这些内容主要是分析法学派作出的理论贡献，通过对于法律规范的“分析”，即“分解”与“剖析”，从而把握“法律是什么”。

但正如了解一个人不能仅仅是记住他（她）外在的相貌、体态，还要关注其内在心灵一样，自然法学派认为：仅具有法的外在特征，却缺乏法律内在的精神意蕴者，不可以称之为法律：恶法非法。体现在教材中，就是“法的价值”。以上是对于“法的本体”的内容简介。

其次是“法的运行”，是讲法的日常活动，这是现实主义法学派（本门武功特色是注重法的“现实”活动）的观点，具体在法律的认识方面，就是日常生活中的各种法律活动，包括：“法的制定”、“法的实施”、“法的适用”以及“法律的解释与推理”。

再次是“法的演进”，在这个方向上的强调主要是历史法学派（本门武功特色是专注于法的“历史”表现）。体现在教材中就是“法的起源与发展”、“法的传统与现

代(化)。“法治理论”的主要内容就在于对传统“法制(刀制观)”与现代“法治(水治观)”的辨析。

最后是“法与社会”。按理说,通过前面的介绍,对于“法律是什么”,我们不仅有了现时态的,包括分析法学派、自然法学派的静态认识,以及现实主义法学派的动态了解,还有了历史法学派历时态的把握,应该说已经有了一个比较全面的

认识了,但是在社会法学派(本门武功特色是考察法的“社会”关系)看来,还是不够。这一学派认为,了解法律,就要全面考察“法与经济”、“法与政治”、“法与道德”、“法与宗教”的相互关系,以及“法与社会的一般理论”,从而全面地认识“法律究竟是什么”。

以上就是司法考试法理部分我们所要掌握的全部内容的一个概述。

第一部分 分析法学派(法的本体)

一、法律部门与法律体系

(一) 法律部门

1. 法律部门,也称部门法,是根据一定标准和原则所划定的调整同一类社会关系的法律规范的总称。例如民法、行政法、刑法等。

(1) 法律部门之间往往很难截然分开。

(2) 法律部门与同名的成文规范性法律文件并不是同一概念。

2. 法律部门的划分标准:

(1) 主要标准是法律所调整的不同社会关系,即调整对象。

(2) 其次是法律调整方法。

(二) 法律体系

法律体系,也称为部门法体系,是指一国的全部现行法律规范,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。

二、法的渊源与分类

(一) 法的渊源

在我国,对法的渊源的理解,一般是指形式意义上法的渊源(也就是法的效力渊源),主要是各种制定法。根据是否表现为国家制定的法律文件中的明确条文形式(实践中,法的渊源最主要的分类)分为:

(1) 正式的法的渊源:是指具有明文

规定的法律效力并且直接作为法律人的法律决定的大前提的规范来源的那些资料,如宪法、法律、法规等,主要为制定法,即不同国家机关根据具体职权和程序制定的各种规范性文件。对于正式法源而言,法律人必须予以考虑;或者说,法律人有法律义务适用它们。

(2) 非正式的法的渊源:是指不具有明文规定的法律效力,但具有法律说服力并能够构成法律人的法律决定的大前提的准则来源的那些资料,如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯等。

(二) 当代中国法的渊源

1. 正式渊源包括:(1) 宪法;(2) 法律(广义上泛指一切规范性文件,狭义上仅指全国人大及其常委会制定的规范性文件,这里仅用狭义);(3) 行政法规;(4) 地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件;(5) 特别行政区的法律;(6) 规章(包括部门规章、地方政府规章);(7) 国际条约、国际惯例;(8) 军事法规与军事规章(在武装力量内部实施)。

2. 非正式渊源包括:(1) 习惯;(2) 政策;(3) 判例。

(三) 正式的法的渊源的效力原则

1. 不同位阶的法的渊源之间的冲突原

则包括：(1) 宪法至上原则；(2) 法律高于法规原则；(3) 法规高于规章原则；(4) 行政法规高于地方性法规原则等。

2. 同一位阶的法的渊源之间的冲突原则，主要包括：(1) 全国性法律优先原则；(2) 特别法优先原则（即特别法优先于一般法）；(3) 后法优先或新法优先原则；(4) 实体法优先原则；(5) 国际法优先原则；(6) 省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内较大的市的人民政府制定的规章。此外，法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力，在各自的权限范围内施行。

3. 位阶出现交叉时的法的渊源之间的

三、立法监督

(一) 事前监督——批准

监督主体	监督对象		监督内容	监督方式
全国人大常委会	自治区的自治条例、单行条例	民族自治法规	合法性	批准/不批准
省级人大常委会	自治州、自治县的自治条例、单行条例 较大的市的地方性法规			

(二) 事后监督——撤销或改变

1. 主动撤销或改变

	监督主体	监督内容	监督方式
领导关系	人大对本级人大常委会	适当性（合法性+合理性）	撤销或改变
	上级行政机关对下级行政机关		
非领导关系	全国人大常委会对“一府两院”（国务院+“两高”）及下级权力机关	合法性	撤销
	地方人大常委会对本级政府及下级权力机关	适当性	

监督主体	监督对象	监督内容	监督方式
全国人大	全国人大常委会制定的法律	适当性	撤销或改变
省级人大	自己的常委会制定的地方性法规		
国务院	部门规章和地方政府规章		
省级政府	下一级政府规章		

冲突原则，我国《立法法》主要规定：

(1) 同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决。

(2) 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。

(3) 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。

(4) 根据授权制定的法规与法律规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

全国人大	自治区人大制定的自治条例和单行条例 [全国人大常委会批准]	合法性	撤销
全国人大常委会	自治州、自治县人大制定的自治条例、单行条例 [省级人大常委会批准]		
	(国务院) 行政法规		
	(地方人大及其常委会) 地方性法规		
地方人大常委会	本级政府规章与下级人大及其常委会的决议	适当性	撤销
省级人大	较大的市的地方性法规 [省级人大常委会批准]	适当性	撤销或改变
授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规，必要时可以撤销授权			

2. 被动撤销或改变

监督主体	监督对象	监督内容	监督方式
全国人大常委会	行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例	合法性	国务院（中央政府）、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会书面提出进行监督的要求
			其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民书面提出进行监督的建议

(三) 备案 [高层路线、人大不算、规章只到国务院]①

《立法法》第 89 条：行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的 30 日内依照下列规定报有关机关备案：	
行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案	
省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案〔若自治区人大制定的是单行条例、自治条例，则须报全国人大常委会批准〕	
较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案	须事先报省级人大常委会批准
自治州、自治县制定的自治条例和单行条例，由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案	
部门规章和地方政府规章报国务院备案；地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会备案；较大的市的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府备案	
根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案	

四、法的要素

(一) 法律规则

1. 法律规则是指采取一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应法律后果的行为规范。

2. 法律规则的逻辑结构包括：(1) 假定条件；(2) 行为模式（任何法律规则的核心部分）；(3) 法律后果。

3. 法律规则和法律条文的关系：法律规则是法律条文的内容，法律条文是法律规则的表现形式，并不是所有的法律条文都直接规定法律规则，也不是每一个法律条文都完整地表述一个法律规则或只表述一个法律规则。

4. 法律规则的分类：

(1) 按照规则规定的内容不同分为：

① 高层路线：要向比自己级别高（不管是否具有领导关系）的机关备案；人大不算：各级人大不接受备案；规章只到国务院：部门规章和地方政府规章备案时的最高级别为国务院。

①授权性规则；②义务性规则。

(2) 按照规则内容的确定性程度不同分为：①确定性规则；②委任性规则；③准用性规则。

(3) 按照规则对人们行为规定和限定的范围或程度不同分为：①强行性规则（义务性规则、授权性规则中的职权性规则属于强行性规则）；②任意性规则。

5. 法律规则与法律语言。

(1) 一切法律规范都必须以法律语句的形式表达出来，因此具有语言的依赖性。而语言的意义又具有歧义性和模糊性，所以法律需要解释，同时这也表明法律是开放的而不是封闭的。

(2) 法律人适用法律解决具体案件时，适用的不是“法律语句”自身，而是“法律规范”——法律语句所表达的意义。因此，我们要将法律规则与表达法律规则的语句予以区分。

(3) 表达法律规则的语句往往是一种规范语句，根据所运用的助动词的不同，规范语句可以被区分为命令句（使用道义助动词“必须”、“应该”、“禁止”）和允许句（使用道义助动词“可以”）。但并不是所有的法律规则都是以规范语句表达的，也可以使用陈述句。

（二）法律原则

1. 法律原则的分类

(1) 按照法律原则产生的基础不同分为：①公理性原则；②政策性原则。

(2) 按照法律原则对人的行为及其条件之覆盖面的宽窄和适用范围大小分为：①基本法律原则；②具体法律原则。

(3) 按照法律原则涉及的内容和问题不同分为：①实体性原则；②程序性原则。

2. 法律原则与法律规则的区别

(1) 在内容上，法律规则的规定是明确具体的，法律原则较为笼统。

(2) 在适用范围上，法律规则只适用于

某一类型的行为，法律原则具有更大的覆盖面和抽象性，适用范围比法律规则宽广。

(3) 在适用方式上，法律规则是以“全有或全无的方式”应用于个案，不同强度甚至相互冲突的法律原则可以同时适用。

3. 法律规则与法律原则的适用

(1) 穷尽法律规则，方得适用法律原则。

(2) 除非为了实现个案正义的目的，不得直接适用法律原则。

(3) 没有更强理由，不得适用法律原则。

（三）权利与义务

1. 权利与义务是一切法律规范、法律部门（部门法），甚至整个法律体系的核心内容。法的运行和操作的整个过程和机制（如立法、执法、司法、守法、法律监督等），始终是围绕权利和义务这两个核心内容和要素而展开的。

2. 权利和义务的相互联系。

(1) 结构上的相关关系：两者紧密联系、不可分割，它们的存在和发展都必须以另一方的存在和发展为条件。

(2) 数量上的等值关系：两者的总量是相等的。

(3) 产生和发展上的统分关系：两者经历了一个从浑然一体到分裂对立再到相对一致的过程。

(4) 价值上的主次关系：一般而言，在等级特权社会往往强调义务本位，权利处于次要的地位；而在民主法治社会则强调权利本位，权利是第一性的，义务是第二性的，义务设定的目的是为了保障权利的实现。

（四）法律概念

法律概念是对各种法律现象或法律事实加以描述、概括的概念。法律概念本身不是法律规则或法律原则，而是表述规则和原则之内容的工具。在这个意义上，法律概念不是完全独立的法的要素，而依附于法律规则或法律原则。

五、法的概念

(一) 法的概念的争议

实证主义	法实证主义者以下列两个要素定义法的概念：权威性制定和社会实效	
	(1)	以权威性制定为首要定义要素的主要代表是分析主义法学，如 J. 奥斯丁、凯尔森和哈特等
	(2)	以社会实效为首要定义要素的主要代表是法社会学和法现实主义
非实证主义	非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要要素。这就意味着这类法的概念中不排除社会实效性要素和权威性制定要素	

(二) 法的特征

- 1. 规范性：法是调整人的行为的社会规范。
- 2. 国家意志性：法是由公共权力机构制定或认可的具有特定形式的社会规范。
- 3. 普遍性：法是具有普遍性的社会规范（主要指在国家权力所及的范围内，法具有普遍效力或约束力）。
- 4. 强制性：法是以国家强制力为后盾的社会规范。
- 5. 程序性：法是通过法律程序保证实现的社会规范。
- 6. 可诉性：法律具有被任何人（包括公民和法人）在法律规定的机构（尤其是法院和仲裁机构）中通过争议解决程序（特别是诉讼程序）加以运用以维护自身权利的可能性。

(三) 法的作用

- 1. 法的规范作用是法律必备的，任何社会的法律都具有，可分为指引、评价、教育、预测和强制五种。
其中的指引作用依对人的行为的指引分为两种形式：个别性指引与规范性指引；从立法技术上看，有确定的指引与不确定的指引。教育作用具体表现为示警作用和示范作用。
- 2. 法的社会作用发挥于三个领域：社会经济生活领域、政治生活领域、思想文化生活领域；两个方向：政治职能（通常说的阶级统治的职能）、社会职能（执行社会公共事务的职能）。

3. 法在社会生活中具有重要作用，但法律不是万能的，具有局限性。

(四) 马克思主义法学关于法的本质的基本观点

- 1. 法的正式性（又称法的官方性、国家性）是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。
- 2. 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（注意：是统治阶级整体意志，而不是统治阶级的某个阶层、某个领导人的意志或每一个统治阶级成员的意志的简单相加）。
- 3. 法的物质制约性是指法的内容受社会存在这个因素的制约，其最终也是由一定社会物质生活条件决定的。

六、法的效力

(一) 法的效力的含义

法的效力，即法的约束力，指人们应当按照法律规定的行为模式来行为，必须予以服从的一种法律之力。

(二) 法的效力的分类

- 1. 规范性法律文件的效力，也叫狭义的法效力，指法律的生效范围或适用范围，即法律对什么人、什么事、在什么地方和什么时间有约束力。
- 2. 非规范性法律文件的效力，指判决书、裁定书、逮捕证、许可证等的法的效力。这些文件在经过法定程序之后也具有约束力，任何人不得违反。但是，非规范性法律文件是适用法律的结果而不是法律