

THE NATIONAL JUDICIAL EXAMINATION

# 国家司法考试

中律司考 (LG400) 培训辅导用书



★ 附赠 配套题库 “司考星”

(详见封底)

2013年  
司法考试

400分

## 过关讲义

中律LG400名师/组编

顾问: 李仁玉 刘 玫 吴 鹏 陈永生  
杨秀清 杨 帆 张海峡

浓缩精华 化繁为简

Concentrated essence of simplified

依据国家司法考试辅导用书体例编写

Accordance with the National Judicial Examination

Counseling books prepared Style

中律司考培训指定教学辅导用书

Zhonglv LG400 Training School

Judicial Examination designated teaching counselling books

2013年司法考试过关必备

2013 the National Judicial Examination

Clearance necessary

大纲、教材同步版

(详见封底)



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

# 2013 年司法考试 400 分过关讲义

中律 LG400 名师/组编

顾问:李仁玉 刘 玫 吴 鹏 陈永生 杨秀清 杨 帆 张海峡

编撰:中律 LG400 名师

统筹:李恒源 张 冬 杨大康

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

2013 年司法考试 400 分过关讲义 / 中律 LG400 名师组  
编. —北京:法律出版社,2012. 12  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4392 - 0

I. ①2… II. ①中… 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(2012)第 298156 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

封面制作/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/35.75 字数/1134 千

版本/2013 年 1 月第 1 版

印次/2013 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书 号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4392 - 0

定价:90.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 前言

《2013 年司法考试 400 分过关讲义》，是对司法部指定的《国家司法考试辅导用书》（俗称“三大本”）的考点精要编写，由在国内享有盛誉的司法考试培训学校“中律 LG400 司法考试培训”（中律 LG400）组织国家司法考试命题研究团队的知名教授、一线授课老师，根据司法考试辅导用书体系，结合命题规律及近年高频考点、备考心得呕心著成！

## 一、选择《2013 年司法考试 400 分过关讲义》的理由

### 1. 《2013 年司法考试 400 分过关讲义》的应运而生。

长达 400 多万字的“三大本”、数以万计的法条、11 年 11 套 3000 多道真题以及形形色色的各种参考书……如何在备考的数月时间之内尽揽于胸？这是 40 多万考生所面临的困惑。我们认为：司考用书在精不在多！大多数过关考生都明白“三大本”的不平凡意义：第一卷的理论法部分（如社会主义法治理念、法理学、法制史、国际法等）和第二、三卷如刑法、民法等大法的总则理论部分中，大量的原句以及所举范例在真题中直接作为题干或题支出现，因此，“三大本”成为考生通过司法考试首当其冲且必须翻越的白峨雪山。中律 LG400 针对此专门推出了以讲解“三大本”为主的精品班，本书正是该班的精华。

### 2. 《2013 年司法考试 400 分过关讲义》的精辟概括。

本书各章之前有编者对本章考情、复习策略以及所占分值进行的分析。正文部分是根据“三大本”的体例，结合国家司法考试近 5 年真题所涉及的必考点、重点和难点而特别编纂的。本书覆盖了“三大本”90% 以上的精华内容，是一本难得的司法考试权威教学用书，是一个以全力减轻考生负担为目标的宝藏。

### 3. 《2013 年司法考试 400 分过关讲义》反映司法考试最新的命题趋势。

编者对近三年司法考试真题进行分析后发现，不仅是历来强调考查知识系统掌握的第一卷，就连一向以难度大、司法实务色彩浓的第二、三卷对知识点的考查也往大而全的方向发展。本书是对“三大本”知识点进行提炼的基础上形成的，正是反映司法考试命题趋势的上乘之作！

### 4. 《2013 年司法考试 400 分过关讲义》获多项第一。

No. 1 真正紧扣“三大本”，涵盖了更多、更全、最具可考性的精要考点；

No. 1 依托近 5 年真题，真正将真题与考点链接，方便考生学习时举一反三；

No. 1 将重点法条与考点结合起来，方便考生理解与记忆，实现融会贯通；

No. 1 以考点直击的形式，将考点的考查次数、所占分值等直观地表现出来，重点、次重点一目了然。

## 二、《2013 年司法考试 400 分过关讲义》的受众群体

本书适合参加 2013 年国家司法考试的考生使用，特别是对没有系统复习过司法考试的考生，本书可以方便大家在首轮——全面掌握考点阶段的学习，以正确梳理知识点，掌握出题方向；本书同样适用于没有过多时间复习司法考试的考生，能使其在较短时间内掌握司法考试重要考点，使本书成为考前突击（集中快速命中考点）的必备工具。

司法考试被考生戏说有三难：“理解难以透彻；记忆难以长久；做题难以准确。”我们认为，针对这“三难”，只要有本书在手，一定会事半功倍，一一克服。

越来越多通过司法考试考生的成功经验告诉我们，备战司考最重要的是抓住核心考点，懂得适当放弃。愿具有高度概括的知识体系、精选核心考点的本书为你开道、指引你到达成功的彼岸！

凡有知识点含混不清待解以及其他问题的读友，均可登录 [www.lg400.com](http://www.lg400.com) 网站或垂电 010-62227168。同时，凡购书者即获赠 2013 年中律 LG400 开发学习平台“司考星”试用版，帮您轻松完成考点向考分的转换。中律 LG400 学校祝您成功！

编者

# 目 录

|                   |         |
|-------------------|---------|
| 社会主义法治理念 .....    | ( 1 )   |
| 法理学 .....         | ( 7 )   |
| 法制史 .....         | ( 34 )  |
| 宪法 .....          | ( 57 )  |
| 经济法 .....         | ( 86 )  |
| 国际法 .....         | ( 117 ) |
| 国际私法 .....        | ( 142 ) |
| 国际经济法 .....       | ( 159 ) |
| 司法制度和法律职业道德 ..... | ( 176 ) |
| 刑法 .....          | ( 186 ) |
| 刑事诉讼法 .....       | ( 263 ) |
| 行政法与行政诉讼法 .....   | ( 320 ) |
| 民法 .....          | ( 385 ) |
| 商法 .....          | ( 464 ) |
| 民事诉讼法与仲裁制度 .....  | ( 502 ) |

# 社会主义法治理念

**【考情分析】** 社会主义法治理念从2008年到2012年五年考查分值都在20分以上,2009年到2012年单独成编,加大了选择题的数量,2011年开始出现了社会主义法治理念和部门法结合的出题方式且分值进一步增加到35分,2012年考查分值是31分。近五年试卷四主观题以每年20分的分值来考查该部分知识点,占整个试卷四分值的13%左右。考生要想在该部分拿到理想分数,不仅要识记知识点,还要对知识点在理解的基础上做到灵活运用。

| 分值比例(2007~2011年) | 考查特点                             |
|------------------|----------------------------------|
| 20~35分           | 考查的内容比较集中,重点考查简答题,要求考生识记和理解相关知识点 |

**【复习策略】** 复习该部分要求考生熟读教材,识记和理解相关知识点,该部分大多是常规性题目,重要知识点重复考查率高,复习时要注意重点明确;该部分与时事联系较大,考生对当年新增知识点和与该部分相联系的时事要特别关注;注意该部分与部门法结合的出题方式,以2011年、2012年真题为鉴。

**【考点直击】**

| 考点                  | 考查次数 |
|---------------------|------|
| 社会主义法治理念的核心内容及其基本内涵 | 8    |
| 对社会主义法治理念的实践运用      | 6    |
| 社会主义法治理念的渊源         | 2    |
| 社会主义法治理念的基本特征       | 2    |
| 社会主义法治理念的作用         | 1    |
| “三个至上”              | 1    |
| 社会主义法治理念的地位         | 1    |
| 马克思主义中国化的四次理论创新     | 1    |
| 审判方式                | 1    |

**【所占分值】** 20~35分

## 第一章 社会主义法治理念的基本理论

### 第一节 社会主义法治理念的基本概念和本质属性

#### 一、社会主义法治理念的基本概念

##### (一)法治

法律之治,即通过法律治理国家;同时,法治又是指通过法律使权力和权利得到合理配置的社会状态。

##### (二)法治理念

是对法治的性质、功能、目标方向、价值取向和实现途径等重大问题的系统化认识和反映,它根植于一国法治实践之中,反映法治现实,对法治实践起着指导和推动作用。在法治国家建设过程中,法治理念是法治发展的内在动力。法治理念的正确与否,直接影响着一国法治事业的兴衰成败。

##### (三)社会主义法治理念

是中国特色社会主义的法治理念,它反映和指引着社会主义法治的性质、功能、目标方向、价值取向和实现途径,是社会主义法治的精髓和灵魂,也是立法、执法、司法、守法和法律监督的指导思想。

包含五个方面的基本内涵:“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导。”这五个方面,

是一个相辅相成,不可分割的有机整体,构成了社会主义法治理念的完整理论体系。

体现了:(1)马克思主义的指导地位,坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,贯彻落实科学发展观,符合社会主义核心价值体系的要求;(2)社会主义先进生产力、先进文化和社会发展的要求,反映了社会主义市场经济和法治建设的内在本质与规律;(3)人民民主,维护人民当家作主的地位和最广大人民群众的根本利益;(4)坚持党的领导,确保法治建设的正确方向。

**二、社会主义法治理念的本质属性★★(真题链接 12-1-1、09-1-1)**

(一)坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的统一,是社会主义法治理念的本质属性

坚持“三个统一”是社会主义法治的根本原则,是贯穿于社会主义法治理念的主线和灵魂,也是区别于西方资本主义法治理念的根本和关键。“三者统一”作为社会主义法治理念的本质属性,既是我国民主法治建设经验教训的总结,也是历史和现实的必然要求。坚持“三者统一”,社会主义法治理念五个方面的基本内容才能浑然一体,从而具有生命力和强大活力。

(二)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、人民当家作主和依法治国“三者统一”的必然要求

从社会主义法治理念的主要内容来看:(1)坚持党的领导,包含了坚持党的事业至上的基本要求。(2)坚持执法为民、公平正义与服务大局,是人民利益至上的必然要求。(3)坚持依法治国,是坚持宪法法律至上的内在要求。

坚持“三个至上”是坚持“三者统一”的内在需要,是社会主义法治理念的实践要求。

## 第二节 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础

**一、社会主义法治理念的理论渊源★★(真题链接 11-1-6、09-1-2)**

马克思主义法律思想是其重要理论基础,中国传统法律思想是其重要文化资源,西方资本主义法治思想是其有益借鉴。

(一)马克思主义法律思想是社会主义法治理念的主要理论渊源

1. 马克思、恩格斯关于法的本质是统治阶级意志的体现,法是阶级统治的工具,以及法作为上层建

筑必须服务于经济基础的思想,正是我国社会主义法治理念中依法治国、服务大局理念的理论渊源。

2. 马克思、恩格斯关于人民主权和人民民主思想,以及人权和实现“每个人全面而自由发展”的思想,正是我国社会主义法治理念中执法为民、公平正义理念的理论基础。

3. 列宁关于无产阶级专政与社会主义法治的思想,关于执政党的领导地位的思想,也正是我国社会主义法治理念中党的领导理念的重要理论根据。

(二)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★(真题链接 09-1-5)

1. 毛泽东的法治思想是毛泽东思想中关于政权建设理论的重要内容。毛泽东法治思想主要总结了近代以来宪政运动的历史,指明了新民主主义宪政的实质及其向社会主义发展的历史必然性,特别强调民主对于国家建立的重要意义。特别是毛泽东、董必武等老一辈无产阶级革命家的宪政理论、人民民主专政理论、专门工作与群众路线相结合、健全法制和依法办事等思想,是社会主义法治理念的重要理论渊源。

2. 中国特色社会主义理论体系,是包括邓小平理论、“三个代表”重要思想以及科学发展观等重大战略思想在内的科学理论体系。

(三)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

中国传统法律文化中包括着民为邦本,公正执法,以法治国,礼法并用的思想,它们可以古为今用。中国特色社会主义法治不是中国传统法律文化的直接延续,而是在批判地吸收、扬弃的基础上的借鉴其有益的成分。

(四)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

社会主义法治理念与资本主义法治思想有本质的区别,又有一定的历史联系。

资本主义法治思想的某些观点甚至个别理论也为社会主义法治理念提供了有益的借鉴。比如人民主权论、基本人权论、权力制约论、法律面前人人平等论、法律至上论,等等。

### 二、社会主义法治理念的实践基础

社会主义法治理念具有深厚的实践基础,这一基础赋予了社会主义法治理念强大的生命力。

(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。

### 第三节 社会主义法治理念的地位和作用

一、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★(真题链接 09-1-4)

早在新民主主义革命时期,马克思主义法律思想中国化的进程就已经开始。新中国成立以来,这一进程又分四个阶段:

| 创新  | 代表人物 | 方针                         | 成果         |
|-----|------|----------------------------|------------|
| 第一次 | 毛泽东  | 提出并实施“民主建国”                | 1954 宪法    |
| 第二次 | 邓小平  | “有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”十六字方针 |            |
| 第三次 | 江泽民  | 提出“依法治国,建设社会主义法治国家”并将其入宪   | 1999 宪法修正案 |
| 第四次 | 胡锦涛  | 提出“社会主义法治理念”命题             |            |

二、社会主义法治理念是我国社会主义法治建设必须长期遵循的指导思想

社会主义法治理念的形成并提出,是几十年来我国社会主义法治事业所取得的最为重要的成果,它科学回答了“什么是社会主义法治国家”和“怎样建设社会主义法治国家”这一重大理论和实践问题,标志着我们党对建设中国特色社会主义法治国家有了更为全面而系统的认识和把握,对中国共产党执政规律、执政方略有了更为深刻而成熟的认识和把握,是马克思主义法律思想中国化的最新成果,是我国社会主义法治建设必须长期遵循的指导思想。

## 第二章 依法治国

### 第一节 依法治国理念的基本内涵★★ (真题链接 12-1-2、10-1-3)

一、依法治国是社会主义法治的核心内容

依法治国是法治国家的基本特征,从而也是社会主义法治的核心内容。依法治国,就是广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律的规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事务,管

理社会事务,保证国家各项工作都依法进行,逐步实现社会主义民主的制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人看法和注意力的改变而改变。

二、依法治国是我们党在治国理政方略上作出的重大抉择

三、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★★(真题链接 11-1-8、10-1-1)

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:(1) 合法行政。(2) 合理行政。(3) 程序正当。(4) 高效便民。(5) 诚实守信。(6) 权责统一。
3. 实现公正高效权威的司法:(1) 要坚持司法公正。(2) 要实现司法高效。(3) 要树立司法权威。
4. 自觉学法、知法、信法、守法、用法。
5. 构建权力制约监督体系与机制。

### 第二节 依法治国理念的基本要求 (真题链接 12-1-3)

一、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。

二、实现法律手段与其他社会治理手段和方式的有机结合

社会主义法治理念不认同“法律万能”的思维偏向。社会主义法治理念的这一特征,与西方资本主义法治理论中片面、绝对化的“法律中心主义”具有重要区别。

## 第三章 执法为民★★★★ (真题链接 12-1-7、11-1-2、7、10-1-2、4)

### 第一节 执法为民理念的基本内涵

一、执法为民是社会主义法治的本质要求★  
(真题链接 11-1-6)

执法为民的实质就是法治为民。执法为民的基本涵义是:立法机关的立法活动、行政机关的执法活



动、司法机关的司法活动等社会主义法治实践活动,都必须以广大人民的根本利益为出发点,反映广大人民的意志与愿望,体现广大人民的情感与要求,切实维护人民群众的正当利益,为人民群众有效地行使民主权利,参与国家和社会管理,自主地从事各种正当的经济、社会、文化活动,合理地追求生存和生活状态的改善,提供法律上的支持与保护。

## 二、执法为民体现了党的根本宗旨和国家的社会主义性质

1. 执法为民是党的根本宗旨在法治事业中的具体贯彻。

2. 执法为民是我国社会主义性质的必然要求和实际体现。

3. 执法为民是新时期我国民主政治实践创新的必由之路和重要内容。

4. 执法为民是我国社会主义法治事业顺利推进的重要动力。

## 三、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

1. 保障和维护人民民主权利。

2. 保障和维护公民基本权利和自由。

3. 保障和维护广大人民群众经济、社会、文化权利。

4. 保障和维护少数民族、妇女、儿童、老年人和残疾人合法权益。

## 第二节 执法为民理念的基本要求

### 一、自觉践行执法为民理念

1. 坚持以人为本。

2. 着眼于保障和改善民生。

3. 倡导和注重理性文明执法。

4. 切实做到便民利民。

### 二、坚持国家利益、社会利益和个人利益的高度统一

## 第四章 公平 正 义

### 第一节 公平正义理念的基本内涵

#### 一、公平正义是社会主义法治的价值追求★ (真题链接 11-1-5)

公平正义是人类社会的共同理想,是和谐社会的基本内容和特征。公平的朴素含义是公允持平,不偏不倚、办事公道、利益均衡;正义则意味着惩恶

扬善、激浊扬清、是非清楚、道义分明。

#### 二、公平正义是一个历史性范畴★(真题链接 12-1-4)

不同社会条件下,公平正义的实际内容及其实现方式和手段具有重要差异。社会主义法治理念中的公平正义,体现了人类文明、理性与中国国情的高度统一,体现了个体特殊利益与社会整体利益的高度统一,体现了社会价值追求过程中理想与现实的高度统一。

#### 三、公平正义是我国社会主义各项事业的价值基础

1. 公平正义是我国社会主义社会所倡导和维护的主流价值。

2. 公平正义是广大人民群众의强烈愿望与迫切要求。

3. 公平正义是构建社会主义和谐社会的必由之路。

4. 公平正义是树立和强化法治权威的必要前提与保证。

#### 四、坚守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。

## 第二节 公平正义理念的基本要求

### 一、正确处理法理与情理的关系

1. 社会主义法治公平正义的实现,必须注重法理与情理的相互统一,用法理为情理提供正当性支持,以情理强化法理施行的社会效果。

2. 在执法和司法过程中,既要遵循法律、法规的相关规定,也要参考其他社会规范,同时适当考虑人民群众的普遍性情感,在不违反法律基本原则,不损害法律权威的前提下,能动地运用法律技术和法律手段,兼顾法理与情理的要求,寻求相关利益的平衡与妥协,使这类特殊问题的解决更趋于实质上的公正。

### 二、正确处理程序与实体的关系

要正确处理好程序与实体的关系:(1)应当切实保证程序的公正;(2)不应极端化地强调程序而忽略实体上的公正,反对那种“只要程序公正,实体则必然公正”,以及“只要程序正确,实体则可以在所不问”观念和做法。

### 三、正确处理公正与效率的关系

一方面,不能为片面追求效率而损伤实质公正;另一方面,公平正义的实现,离不开法治活动效率的

不断提高。

#### 四、正确处理普遍与特殊的关系

维护法律及其实施的普遍性,是实现公平正义的必要前提。为此,必须强调法制的统一性,坚持法律面前人人平等,以体现对法律这种普遍性的尊重。同时,在法律制定以及适用中,对特殊地域以及特殊群体或个体要作出必要的区别化对待,特别是为不发达地区、困难群体或个体提供更多的发展机遇,给予更为完善的法律保护。

#### 五、正确处理司法与其他社会纠纷解决手段的关系

司法是解决社会纠纷、保证公平正义的最后一道防线。要正确处理司法与其他社会纠纷解决手段的关系,构建多元化的社会矛盾纠纷化解机制,运用多方面社会资源解决矛盾和纠纷。

## 第五章 服务大局

### 第一节 服务大局理念的基本内涵

#### 一、服务大局是社会主义法治的重要使命★

(真题链接 12-1-6)

服务大局的核心内容是: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。

#### 二、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

1. 服务大局是对马克思主义法律思想的实践诠释。
2. 服务大局是对法治运行实际状况和客观规律的深刻认知和正确把握。
3. 服务大局是对我国社会发展总体格局和态势的必要配合和积极回应。

#### 三、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。要认真学习 and 理解党和国家的大政方针,从中认知大局;就要把握社会发展的主要趋势,从中把握大局;就要善于在纷繁复杂的社会实践中,分清主流与支流,弄清现象与本质,从中感悟大局。
2. 坚持大局的统领性。主要体现于,强调社会

各方面对大局利益和要求的自觉服从,防止和杜绝一切有违大局要求、危害大局利益的行为。

3. 适应大局的历史性。

4. 分辨大局的层次性。

### 第二节 服务大局理念的基本要求

★(真题链接 12-1-6)

#### 一、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。

#### 二、依法正确履行职责

法治机关及其工作人员要充分履行职责,以高度负责的精神,恪尽职守,爱岗敬业,不折不扣地完成职责范围内的各项事务;要正确履行职责,要求法治机关及其工作人员在法治实践中始终保持科学的态度、严谨的作风和求真务实的精神,遵从法治运行的客观规律,坚守法律的基本原则;要能动履行职责,特别是在处理各种案件时,要善于把社会发展和社会治理的总体要求导入到案件的处理之中,通过能动的执法和司法,有效践行社会主义法治服务大局的重要使命。

## 第六章 党的领导

### 第一节 党的领导理念的基本内涵

★(真题链接 12-1-8)

#### 一、党的领导是社会主义法治的根本保证

中国共产党是社会主义事业的领导核心。坚持党对法治事业的领导,是我国社会主义法治的主要特色,也是我国社会主义法治的根本保证。

#### 二、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

1. 党在长期革命建设中逐步形成的历史地位决定了社会主义法治事业必须坚持党的领导。
2. 社会主义法治事业的实际推行必须依靠党的领导。
3. 改善党的执政方式、提高党的执政能力、推进党的各项事业,必须加强党对法治事业的领导。

#### 三、准确把握党在社会主义法治事业中的定位

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。

#### **四、党对法治事业领导的集中体现**

1. 思想领导。党对法治事业的思想领导,是保持我国法治社会主义方向的根本和关键所在。

2. 政治领导。党对法治事业的政治领导,是社会主义法治与其他各项社会主义事业相互促进、共同发展,实现党对社会全面领导的重要保证。

3. 组织领导。党对法治事业的组织领导,是实现党的思想领导和政治领导的必要方式和手段,也是我国社会主义法治体系中组织构造的重要特色。

## **第二节 党的领导理念的基本要求**

### **一、注重突出和维护党中央的领导地位与权威**

党对法治事业的领导,主要体现于总揽法治事业的全局,在于为法治事业谋大局、定战略、把方向、主大事。

### **二、始终坚持依法领导**

党对法治事业的领导,同样需要在宪法和法律规定的范围内进行。

### **三、充分重视科学领导**

科学领导,是加强和改善党对法治事业领导的一个重要方向,主要体现于规范化领导、集体领导和理性化领导。

# 法 理 学

**【考情分析】** 法理学属于部门法的基础理论,指导着部门法的发展,同时也对考生理解和学习其他法律学科提供理论支持。2008~2012 年法理学的平均分值达到 20 分以上(主观题除外)。

| 分值比例(2008~2012 年) | 考查特点          |
|-------------------|---------------|
| 23~48 分           | 重点明确知识点重复考查率高 |

**【复习策略】** 法理学的考查多为常规性题目,知识点不偏,复习时要注意重点明确;大纲中当年新增的内容要给予高度关注;对大纲中的相似概念要能够区分;研习历年真题。

## 第一章 法的本体

### 【考点直击】

| 考点          | 考查次数 |
|-------------|------|
| 法的渊源        | 12   |
| 法律关系        | 7    |
| 权利和义务的概念及关系 | 6    |
| 法律关系        | 6    |
| 法的本质学说      | 5    |
| 法的价值及其冲突    | 5    |
| 法律规则        | 4    |
| 法律原则        | 4    |
| 法律责任        | 4    |
| 法与法律规范      | 3    |
| 当代中国法律部门    | 3    |
| 法的效力        | 3    |
| 权利能力        | 1    |
| 法律规范的冲突及解决  | 1    |
| 调解的效力       | 1    |
| 法律意识        | 1    |

**【所占分值】** 8~18 分

### 第一节 法的概念

#### 一、法的概念的争议

围绕着法的概念争论的中心问题是关于法与道

德之间的关系。依据人们在定义法的概念时对法与道德的关系的不同主张,可将法的概念区分出两种基本立场,即实证主义的法的概念和非实证主义(自然法)的法的概念。

#### (一) 实证主义的法的概念

1. 基本主张:在定义法的概念的时候,没有道德因素被包括在内,即法和道德是分离的。具体说来,实证主义认为,在法与道德之间,在法律命令什么与正义要求什么之间,即实然法和应然法之间,不存在概念上的必然联系。

#### 2. 法律实证主义关于法的概念的分类。

法律实证主义是以下列两个要素定义法的概念的:权威性制定与社会实效。以社会实效为首要定义要素的法的概念,如法社会学和法现实主义;以权威性制定为首要定义因素的法的概念,如分析主义法学。

#### (二) 非实证主义或自然法的法的概念

1. 基本主张:所有的非实证主义理论都主张,在定义法的概念时,道德因素被包括在内,即法与道德是相互联接的。

#### 2. 非实证主义关于法的概念的分类。

非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要因素,同时也包括社会实效性要素和权威性制定要素。

以这三个要素的不同联接为标准,非实证主义的法的概念可以分为两类:以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素,以传统的自然法理论为代表。以三要素同时作为法的定义的要素,代表人为阿列克西。

关于两者的内容与分类,详见下表:

| 类型       | 内容                                             | 分类                                             |
|----------|------------------------------------------------|------------------------------------------------|
| 法律实证主义理论 | 所有法律实证主义理论都主张,在定义法的概念的时候,没有道德因素被包括在内,即法和道德是分离的 | 以社会实效为首要定义要素的法的概念,如法社会学和法现实主义                  |
|          |                                                | 以权威性制定为首要定义因素的法的概念,如分析主义法学                     |
| 非实证主义理论  | 所有的非实证主义理论都主张,在定义法的概念时,道德因素被包括在内,即法与道德是相互联接的   | 以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素,以传统的自然法理论为代表              |
|          |                                                | 以内容的正确性、社会实效性和权威性制定这三要素同时作为法的定义的要素。其学说代表人为阿列克西 |

## 二、马克思主义关于法的本质的基本观点

马克思主义法学与其他法学流派不同的地方在于马克思主义法学不仅仅把法的本质归结为某一个方面,而是认为法的本质有三个层次:法的正式性、法的阶级性、法的社会性。

### (一)法的正式性

也叫做法的官方性、国家性,指法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。法的正式性体现在:

1. 法是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的,非经法定机关按照法定程序创制的文件,不具有法的效力。

2. 法总是依靠正式的权力机制保证实现的。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。

3. 法总是借助于正式的表现形式予以公布的。人类社会早期曾经是秘密法,法律不公布,因为“法不可知,则威不可测”,但是到了一定历史阶段则进行了成文法的公布。

### (二)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是统治阶级的意志。

关于法的阶级性应该注意的是:

第一,法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、共同意志或者根本意志。第二,在一定情况下,法还同时反映被统治阶级或同盟阶级的某些要求和愿望。第三,法所体现的统治阶级意志具有高度统一性和极大权威性,故法律也具有统一性和权

威性。

### (三)法的社会性

法律是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。立法者只是把由一个社会物质生活条件所决定的规则表述出来而已,正是在这个意义上马克思主义法学认为:“立法者不是在创造法律,而是在表述法律。”但是考生应当注意的是:虽然法律由物质生活条件所决定,但是并不是说法律完全处于从属地位,相反,法律无论是对经济基础还是对政治都有一定的反作用,具有相对的独立性。

## 三、法的特征★(真题链接 09-1-08,08-1-1)

法的特征,一般从以下六个方面把握:

(一)法是调整人的行为的社会规范即法的规范性

1. 规范性的意思是:针对的对象是不特定的大多数人;针对规范制定生效后发生的行为有效;在其有效期限内,针对同样的情况反复适用。

2. 法律调整的对象仅仅是人们的行为,而不涉及离开行为单纯的人的内心世界、思想、灵魂。而宗教规范和道德规范不但调整人的行为,更多地调整人的内心世界。

3. 法律调整的行为不是单个人的行为,而是人们的交互行为。

4. 法与自然法则、技术规范、其他社会规范的区别:

第一,法不同于自然法则。自然法则是自然现象之间的联系,其存在与人的思维和行动无关,不具有文化意蕴;与此相比,法律规范是一种文化现象。

第二,法律不同于技术规范。技术规范调整人与自然之间的关系,是规定人们如何使用自然力量和生产工具以有效利用自然的行为准则;而社会规范调整人与人之间的关系,违反社会规范会招致来自社会的惩罚。

第三,法律不同于其他社会规范。法律是以公共权力为后盾的、具有特殊强制性的社会规范。而习惯、宗教、道德、政策等社会规范则建立在人们的信仰和确信的基础上,大体上通过社会舆论、传统的力量、社团内部的组织力或人们的内心发生作用。

(二)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即法的国家意志性

1. 公共权力机构是建立在一定合法性基础之上的政权,其最一般的表现形式是国家。由公共权力机构来创制法,这是法区别于其他社会规范的一个重要方面,因而法具有普遍性和以公共权力为基

础的特殊强制性,其他社会规范往往由某一宗教组织、社会团体制定,不具有社会普遍性。而且,法具有特定的表现形式,主要以制定法的形式存在,且法律规范内部具有特定的逻辑结构。

2. 制定或认可是创制法的两种重要方式。

(三)法是具有普遍性的社会规范即法的普遍性

法的普遍性包括三重含义:一是在一国主权范围内,法具有普遍效力,所有人都要遵守;二是在民主法治国家里,法律对同样的事和人同样适用,即法律面前人人平等;三是近代以来,法是一国主权范围内的事,具有地域性、民族性。这里所讲的“法的普遍性”主要是指第一种。但一国法的内容与人类的普遍要求相一致。

(四)法是以权利和义务为内容的社会规范

1. 宗教、道德等社会规范,其内容主要是对主体的义务性要求。

2. 法作为一种特殊的社会规范,不仅为社会主体设定义务,也赋予其相应的权利,义务和权利紧密相连,正是通过这种设定,法才成为调整人们行为的社会规范。法律具有既关注权利也关注义务的两面性。

(五)法是以国家强制力为后盾,通过法律程序保证实现的社会规范即国家强制性★(真题链接12-1-54)

1. 国家强制力只是保证法得以实现的后盾,即法的实现并不都要动用国家强制力,只有在行为人拒绝履行法所设定的义务时,国家强制力才会体现出来,很多情况下,它只是一种潜在的力量,是保证法律实施的最后力量,而非唯一力量。

2. 国家强制力的使用必须要合法,合法意味着国家强制力的使用要符合实体法的规定,同时也要符合程序法的规定,无程序即无正义,因而国家强制力的运用,必须要严格遵循程序法的规定。

(六)法是可诉的规范体系,具有可诉性亦即法的程序性

1. 法律作为一种规范人们外部行为的规则,可以被任何人在法律规定的机构中通过争议解决程序加以运用的可能性。

2. 法的可诉性有两层含义:

第一,可争讼性。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,才能担当作为人们争讼标准的角色。

第二,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。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。我们径直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。

3. 判断一种规范是否属于法律,可以从可诉性的角度加以观察。

#### 四、法的作用★(真题链接10-1-92)

##### (一)规范作用

凡社会规范都具有规范作用,法律作为一种社会规范当然也具有规范作用,而法律规范包含法律规则和法律原则,故法律规则和法律原则都具有规范作用,即指引、评价、预测、教育和强制五种作用。

1. 指引作用,是指法(主要是法律规范)对本人行为起到导向、引路的作用。指引作用对象是每个人自己的行为。

2. 评价作用,是指法律作为人们对他人行为的评价标准所起的作用。评价作用对象是他人的行为。

3. 预测作用,是指人们根据法律可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。预测作用对象是人们的相互行为。

4. 教育作用,是指通过法律的实施,使法律对一般人的行为产生影响。教育作用对象是一般人的行为。

5. 强制作用,是指法可以用来制裁、约束违法犯罪行为。法的强制作用是法律其他规范作用的保证。其作用对象是违法犯罪者的行为。

##### (二)社会作用

法的社会作用大致包括两个方面:一是政治职能,即维护阶级统治;二是社会职能,即履行社会公共事务。法的社会作用的这两大方面是基本一致的。

##### (三)法的作用的局限性★(真题链接09-1-6)

法在社会生活中具有重要作用,但法的作用是有限的,这主要体现在以下几点:

1. 法律是以社会为基础的,法律不可能超出社会发展需要创造或改变社会。

2. 法律作为一种社会规范,受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约。

3. 法律规制和调整社会关系的范围和深度也是有限的,有些社会关系,比如友谊、感情关系就不适宜用法律来调整,法律也不应该涉足其间。

4. 法律自身也有其局限性,比如法律语言表达的局限性,在实践中,法律也必须结合自身的特点发挥作用。

## 第二节 法的价值★★

(真题链接 11-1-13、  
10-1-92)

### 一、法的价值的含义

所谓法的价值,简单地讲就是指法对人的有用性。

### 二、法的价值判断与事实判断

1. 事实判断是一种描述性判断,是关于客体实际上是什么的判断,而价值判断是一种规范性判断,是关于客体应该是什么的判断。

2. 客观世界是由事实构成的,价值是判断者附加在客体之上的,不同的主体其价值观不同,故对同一客体会做出不同的价值判断,因此,价值判断具有主观性。

3. 法律作为一种规范,它是立法者从自己的价值体系出发,做出的关于人应该如何行为的判断,所以,法律规范为价值判断。

4. 根据三段论的推理规则,如果大前提是价值判断结论必然为价值判断,故在法律实施过程中,一定主体依据法律规范所作出的实体结论为价值判断。

5. 在法律的实施过程中,对案件事实的认定总体上属于事实判断,但是认定案件事实离不开证据,一个证据有无证明力以及证明力大小需要相关主体做价值判断。

### 三、法的价值的种类

#### (一)秩序

秩序是法的基本价值之一,这主要是因为:

第一,任何社会统治的建立都意味着一定统治秩序的形成。法律的根本而首要的任务就是确保统治秩序的建立,因而秩序对于法律来说,无疑是基本的价值。

第二,秩序本身的性质决定了秩序是法的基本价值。秩序是人们在社会生活中相互作用的正常结构、过程或变化模式,它是人们相互作用的状态和结果。任何时代的社会,人们都期望着行为安全与行为的相互调适,这就要求通过法律确立惯常的行为模式。

第三,秩序是法的其他价值的基础。自由、平等、效率等法的价值,同样也需要以秩序为基础。然而,秩序虽然是法的基础价值,但是秩序本身又必须以合乎人性、符合常理作为其目标。从这个意义上说,现代社会所言的秩序还必须接受正义的规制。

#### (二)自由★(真题链接 08-1-2)

自由的定义学说众多,各家意见也不尽统一,考生应当重点掌握自由和法律之间的关系。以下两点考生应该予以注意:

第一,法律是自由的保障,自由是判断法律善恶的标准之一。良法应当是自由之法。

第二,自由也是有限度的、有范围的,而这个限度和范围由法律来设立。对于公民个人而言法无禁止即自由。

#### (三)正义

正义是在涉及利害关系的场合,要求平等地对待他人的观念形态,即把个人应得的东西归与个人。从实质内容看,正义体现为平等、公正等具体形态。正义有实体正义和程序正义之分。实体正义是指,案件事实真相的发现和实体法的正确适用。程序正义是指,司法程序具有正当性和合理性,当事人在司法过程中受到公平的对待。

### 四、法的价值冲突及其解决★(真题链接 08-1-3)

#### (一)法的价值冲突的三个层面

第一,个体之间法律所承认的价值发生冲突:行使个人自由可能导致他人利益的损失;

第二,共同体之间价值发生冲突:国际人权与一国人权之间可能出现的冲突;

第三,个体与共同体之间的价值冲突:个人自由与社会秩序的冲突。

#### (二)平衡价值冲突的原则

##### 1. 价值位阶原则。

不同位阶的价值发生冲突时,在先的价值优于在后的价值,即各种不同价值之间存在主次关系。具体而言:自由>正义>秩序。

##### 2. 个案平衡原则。

处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时,必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益,以使得个案的解决能够适当兼顾双方的利益。如民法中承担法律责任中的公平责任原则。简单地讲就是:兼顾各方利益。

##### 3. 比例原则。

比例原则,是指为保护某种较为优越的法价值须侵害另一种法益时,不得逾越此目的所需要的程度,也就是说,为维护较为优越的价值,必要时可以侵害另一价值,但应尽可能实现最小损害或最少的限制。

## 第三节 法的要素

法的要素是指法的各种组成成分,包括:法律规则、法律原则、法律概念。

### 一、法律规则★★★★(真题链接 12-1-53、87,10-1-12,08-1-54)

1. 法律规则是指具有一定结构形式,并以规定

权利义务和相应法律后果为内容的行为规范。

2. 法律规则的逻辑结构为:假定条件、行为模式和法律后果。

所谓假定条件,是指一个法律规则中关于该法律规则适用情况的部分,包括法在什么地方、什么情况下、对什么人适用。

所谓行为模式,是指一个法律规则中规定人们具体行为的部分,是法律规则的核心部分。

所谓法律后果,是指法律规则中行为人的行为符合或不符合行为模式的要求时,行为人在法律上所得到的评价或应承担的后果,包括合法后果和违法后果。合法后果,即行为人的行为符合法律规则关于行为模式的规定,就会得到法律上的肯定性评价,具体表现为对行为人的保护、许可或奖励。违法后果,即行为人的行为不符合法律规则关于行为模式的规定,就会得到法律上的否定性评价,具体表现为对行为人行为的制裁、不予保护、撤销、停止,或要求恢复、补偿等。

3. 法律规则可按不同的标准分类:★(真题链接 11-1-9)

| 分类标准               | 类 别   | 举 例                                     |
|--------------------|-------|-----------------------------------------|
| 规则的内容规定(主要是行为模式)不同 | 权利性规则 | 有权……,享有……的权利;可以……                       |
|                    | 义务性规则 | 命令性规则<br>有……义务,须得……,要……,应……,必须……        |
|                    |       | 禁止性规则<br>禁止……,不准……,不得……,不应当……,严禁……,不要…… |
|                    | 确定性规则 | 无须援引或参照其他规则                             |
| 规则内容的确定性程度不同       | 委任性规则 | 由其他机关制定规则                               |
|                    | 准用性规则 | 把规则的内容指向了其他规则,参照……                      |
| 对人们行为规定和限定的范围或程度不同 | 强行性规则 | 内容具有强制性,不容许更改                           |
|                    | 任意性规则 | 允许自行选择、协商确定行为的模式                        |

4. 法律规则与法律语言

法律规则具有语言依赖性:离开了语言,法律就无法表达、记载、解释和发展。法律人就是每时每刻与语言打交道的工作者。语言的作用:“语言不仅是理解不语的客体的之当然实用工具,其本身也是法律工作者的核心对象——他要理解法律,描述事实行为,根据规范对案件进行推论。”表达法律规则的特定语句往往是一种规范语句:根据规范语句所运用的助动词的不同,规范语句可以被区分为命令句和允许句。

但是这并不意味着所有法律规则的表达都是以规范语句的形式表达而是可以用陈述语气或陈述句表达。《物权法》第116条规定,天然孳息,由所有权人取得;既有所有权人又有用益物权人的,由用益物权人取得。当事人另有约定的,按照约定。法定孳息,当事人有约定的,按照约定取得;没有约定或者约定不明的,按照习惯取得。区分法律规则和法律语言的意义:法律规则是通过特定的语句进行表达的,但是法律人适用法律解决具体案件适用的是语句本身或语句所包含的字和词的本身,而适用的是语句表达的或语句背后的意义。

二、法律原则★(真题链接 08-1-51)

1. 法律原则是法的构成要素之一,为法律规则提供基础性的、指导性的价值准则或规范。

2. 按不同的标准,可对法律原则作不同的分类:

| 分类标准                        | 类别    | 特征                                  | 举例                           |
|-----------------------------|-------|-------------------------------------|------------------------------|
| 产生的基础                       | 公理性原则 | 由法律原理构成,是由法律上之事实推导出来的法律原则           | 法律平等、诚实信用、无罪推定、罪刑法定          |
|                             | 政策性原则 | 一个国家或民族出于一定的政策考虑制定的原则,具有时代性、民族性、针对性 | 四项基本原则、计划生育原则、建设社会主义市场经济的原则等 |
| 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 | 基本原则  | 整个法律体系或某一法律部门所适用的、体现法的基本价值的原则       | 宪法中的各种原则                     |
|                             | 具体原则  | 适用某一法律部门中特定情形的原则                    | 英美契约法中的要约原则和承诺原则             |
| 法律原则涉及的内容和问题不同              | 实体性原则 | 涉及实体问题的原则                           | 民法、刑法等实体法中的原则                |
|                             | 程序性原则 | 涉及程序法问题的原则                          | “一事不再理”;辩护原则;非法证据排除;无罪推定     |

3. 法律原则与法律规则的区别:

|    | 法律规则                                                                      | 法律原则                                                                                                           |
|----|---------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 内容 | 一般由假定条件、行为模式、法律后果三部分构成,其内容明确而又具体,法律规则着眼于主体行为及各种条件的共性,目的是防止或削弱法律适用上的“自由裁量” | 法律原则着眼点不仅限于行为及条件的共性,而且关注它们的个别性,其要求比较笼统模糊,它不预先设定明确的、具体的假定条件,更没有设定明确的法律后果。它只对行为或裁判设定一些概括性的要求或标准,为法官的自由裁量留下了一定的余地 |



续表

|      | 法律规则                          | 法律原则                                                                                        |
|------|-------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| 适用范围 | 某一类行为                         | 对人的行为及其条件有更大的覆盖面和抽象性,它们是对从社会生活或社会关系中概括出来的某一类行为、某一法律部门甚至全部法律体系均通用的价值准则,具有宏观的指导性,其适用范围比法律规则宽广 |
| 适用方式 | 以“全有或全无”的方式适用于个案当中,要么适用,要么不适用 | 不以全有或全无之方式应用于个案,不同的法律原则具有不同的强度,而这些不同强度的原则甚至冲突的原则可能存在于一部法律之中                                 |

#### 4. 法律原则适用的条件和方式:

为了保障法律的客观性和确定性,必须对法律原则的适用设定严格的条件。具体来讲,法律原则的适用必须符合下列条件:

第一,“穷尽规则”。在通常情况下,法律适用的基本要求是:有规则依规则。当出现无法律规则可以适用的情况下,法律原则才可以作为弥补“规则漏洞”的手段发生作用。所以,从技术的层面看,若不穷尽规则的适用就不应适用法律原则。

第二,“实现个案正义”。如适用法律规则可能导致个案的极端不公的后果,那么此时就需要对法律规则的正确性进行实质审查,首先,通过立法手段;其次,通过法官之“法律续造”的技术和方法选择法律原则作为适用的标准。

第三,“更强理由”。在判断何种规则在何时及何种情况下极端违背正义,其实难度很大,法律原则必须为适用第二个条件规则提出比适用原法律规则更强的理由,否则上面第二个条件规则就难以成立。

### 三、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,而是表述法律规则和原则之内容的工具。它附属于法律规则或法律原则。

### 四、法律权利与法律义务★★★(真题链接 12-1-15,10-1-6,7)

法律权利与义务之间的联系:

1. 结构上两者紧密联系、不可分割,一方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

民主法治社会则为权利本位,权利是第一性的,义务是第二性的,义务设定的目的是保障权利的实现。

## 第四节 法的渊源★★★

(真题链接 12-1-10,86,87)

### 一、正式渊源与非正式渊源

1. 分类标准:是否具有国家制定的法明文规定的法律效力。

2. 正式法源是指,具有明文规定的法的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。对于正式法源法律人有义务适用它们。

3. 非正式的法的渊源则指,不具有明文规定的法律效力,但具有法律说服力并能构成法律人的法律决定的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、乡规民约、社团规章、权威性法学著作,还有外国法等。

4. 在司法实践中,在法源的选取上遵循的原则是:“先正式渊源,后非正式渊源”。

### 二、当代中国法的正式渊源

当代中国法的渊源主要为以宪法为核心的各种制定法。这是由中国国家和法的本质决定的。

1. 宪法。宪法由全国人大制定和修改,具有最高的法律效力。

2. 法律。

法律根据制定机关的不同可以分为基本法律和基本法律以外的其他法律。前者由全国人大制定和修改。后者由全国人大常委会制定和修改。

全国人大常委会作出的具有规范性的决议、决定、规定、办法等,也属于法律渊源,和法律具有同等的效力。

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。

7. 国际条约、国际惯例。

### 三、当代中国法的非正式渊源★★(真题链接 10-1-9,11)

(一)非正式法源对于正式法源局限性的弥补作用

任何国家的法的正式渊源都不可能是一个包罗万象的体系,也就是说,它不可能为法律实践中的每个法律问题都提供一个明确的答案,即总会有一些