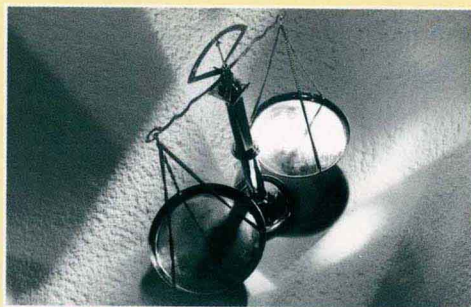


2012_年

国家司法考试

教材精读笔记



李好明/编著

对2012版新大纲全面解构

新增考点79个 新增法规14件

与2012版新教材完全一致

社会主义法治理念新编 刑事诉讼法修改

将三大本400万字高度浓缩

90万字规模 有省略也有精讲

读精读笔记 不用记笔记



2012 年国家司法考试 教材精读笔记

李好明/编著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2012 年国家司法考试教材精读笔记 / 李好明编著

—北京:法律出版社,2012.5

ISBN 978-7-5118-3454-6

I. ①2… II. ①李… 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 074309 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀 胡 欣

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/涿州市星河印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/32.5 字数/894 千

版本/2012 年 5 月第 1 版

印次/2012 年 5 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

第一法律书店/010-639397

88843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/10

34456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118

8.00 元

图书有限公司负责退换)

前言

对于司法考试来说,好的指导用书能让你事半功倍。本书自 2005 年出版以来,深受考生欢迎。广大考生通过邮件或 BBS 等方式对本书给予了积极评价,希望能够继续出版,并提出进一步完善的建议,为今年的修订提供了很好的参考。本书的坚实之处正是在于深入了解考生的需求,秉持对考生认真负责的态度。而如何进行更加有效的复习,既能全面掌握考点,又能节省时间,记忆牢固,正是本书要达到的目标。

本书具有以下特点:

一、以大纲为线索,以教材为参考,全面覆盖考点。如果以指定教材为准,一个认真备考过的人,试卷上 90% 以上的考点都能复习到。所以,本书以大纲为线索对考点进行整理和提炼,尽可能全面地覆盖所有考点。内容精练,直击考点,并对需要理解的考点加强论述和分析。另外,本书不赞同过分强调区分重点与非重点,特别是从对近几年的试题分析来看,倒是未被视为重点甚至是考点的知识点在题目中频频出现,如果复习中太过偏重,难免要栽跟头。需要强调的是,对于 2012 年司考教材的新增内容和新颁布实施的法律及司法解释等,本书也进行了全面收录,以方便考生使用。

二、内容结构逻辑性强,层次清晰简练,并运用多种文字醒示手段,易于记忆,极具可读性。复习中最大的问题是,知识点记过了,但一到考试才发现记得不够牢固和准确,也就是说,大概意思记住了,但没记在“刀刃”上。仅仅通过阅读教材来复习,在几百万字里寻觅记忆区区几十万字的考点,确实是一条低效而费时的弯路。本书根据考生做笔记的习惯和最佳记忆理论,采取提纲式逻辑结构,运用不同字体效果、符号标示、附注提示等特色编排手段,把句子和段落中蕴涵的“题眼”专门加以强调提示,使内容层次清晰简练,文体形式活泼鲜明,去除平板乏味之感,增强了记忆的联系性和突出性。书中各种提示方式的含义:

1. 段中字加粗:对段中关键词语的强调。
2. 粗下划线:段中必须特别重视的句子。
3. 曲下划线:段中需要略加重视的句子。
4. “注意”:对重要但易忽视知识点的单独强调。
5. “特别提示”:对部分内容的总结性提示。
6. “★”标注与斜体部分:2012 年司法考试教材最新增补内容。
7. “✚”标注:刑法分则部分的重点罪名。

三、针对不同部门法的特点,利用图表、归纳和对比等方式凸显考点,深化记忆,提高复习效率。部门法之间且不说,每一部门法内部,对比无处不在。如《公司法》,我们完全可以利用一个表格把有限责任公司、股份有限公司、国有独资公司、中外合资企业等的主要知识点容纳进来,对比记忆。再如《刑法》分则,各种罪名二百多个,但从复习角度来看,每一个罪名不外乎由“犯罪主体”、“主观方面”、“客观方面”、“刑罚适用”、“重点提示”等分项构成,我们同样可以把分则所有的具体罪名组织在一个表格里面,一目了然,轻松记忆,而且实践证明效果很好。再如《法制史》,历史上出现过很多的“第一”,对此我们可以进行归纳记忆。在一些部门法后面的附录中,更是利用归纳和对比方式,对易混淆知识点进行跨

部门法的比较,例子不胜枚举,读者还是去书中徜徉体会吧。

对于使用这本书,提出如下建议,如果你已经参加过一次司法考试,或者有了一定的复习基础,直接使用本书即可。如果你没有法律基础,建议与指定教材配合使用。本书无论是在早期复习阶段,还是考试冲刺阶段,考生均可使用,尤其是对那些复习时间实在有限的考生来说,使用本书更会起到事半功倍之效。

最后,衷心感谢刘琳、林涛、冯京梅、芦超、王刚等多位考生的协助,是他们的支持和实践验证了我的想法和判断,他们的认可给了我很大的动力,催生我写作这本书的念头。我最大的初衷就是希望通过对普通考生的复习经历、考试感悟的分析研究,使后来的考生有所借鉴,坚信这本凝聚了本人心血和诸多考生智慧的书能够实现我的这个心愿,衷心希望它能成为你复习中的“红宝书”,让你轻松搭乘司法考试直通车!

李好明

2012年5月

目 录

社会主义法治理念

第一章 社会主义法治理念的基本理论	(1)
★第二章 依法治国	(1)
★第三章 执法为民	(1)
★第四章 公平正义	(2)
★第五章 服务大局	(2)
★第六章 党的领导	(2)

法理学

第一章 法的本体	(3)
第二章 法的运行	(9)
第三章 法的演进	(12)
第四章 法与社会	(15)

法制史

第一章 中国法制史	(18)
第二章 外国法制史	(23)
附表 法制史中的“历史之最”	(26)

宪法

第一章 宪法基本理论	(28)
第二章 国家的基本制度(上)	(31)
第三章 国家的基本制度(下)	(31)
第四章 公民的基本权利与义务	(34)
第五章 国家机构	(35)
第六章 宪法的实施及其保障	(38)

经济法

第一章 竞争法	(41)
第二章 消费者法	(45)
第三章 银行业法	(50)
第四章 财税法	(52)
第五章 劳动法	(56)

第六章	土地法和房地产法	(62)
第七章	环境保护法	(67)
国际法		
第一章	导论	(69)
第二章	国际法的主体与国际法律责任	(69)
第三章	国际法上的空间划分	(73)
第四章	国际法上的个人	(78)
第五章	外交关系法与领事关系法	(79)
第六章	条约法	(82)
第七章	国际争端的和平解决	(84)
第八章	战争与武装冲突法	(85)
国际私法		
第一章	国际私法概述	(88)
第二章	国际私法的主体	(88)
第三章	法律冲突、冲突规范和准据法	(90)
第四章	适用冲突规范的制度	(93)
第五章	国际民商事关系的法律适用	(94)
第六章	国际民商事争议的解决	(99)
第七章	区际法律问题	(102)
国际经济法		
第一章	导论	(105)
第二章	国际货物买卖	(105)
第三章	国际货物运输与保险	(108)
第四章	国际贸易支付	(112)
第五章	对外贸易管理制度	(114)
第六章	世界贸易组织	(117)
第七章	国际经济法领域的其他法律制度	(119)
司法制度和法律职业道德		
第一章	司法制度和法律职业道德概述	(124)
第二章	审判制度与法官职业道德	(125)
第三章	检察制度与检察官职业道德	(129)
★第四章	律师制度与律师职业道德	(130)
第五章	公证制度与公证员职业道德	(136)
刑法		
第一章	刑法概说	(141)
第二章	犯罪概说	(142)
第三章	犯罪构成	(143)
第四章	犯罪排除事由	(148)

附表 正当防卫与紧急避险	(151)
第五章 犯罪未完成形态	(151)
第六章 共同犯罪	(153)
第七章 单位犯罪	(155)
第八章 罪数形态	(156)
第九章 刑罚概说	(158)
第十章 刑罚种类	(158)
第十一章 刑罚裁量	(160)
第十二章 刑罚执行	(165)
第十三章 刑罚消灭	(167)
第十四章 罪刑各论概说	(168)
第十五章 危害国家安全罪	(170)
第十六章 危害公共安全罪	(170)
第十七章 破坏社会主义市场经济秩序罪(1):生产、销售伪劣商品罪	(172)
第十八章 破坏社会主义市场经济秩序罪(2):走私罪	(173)
第十九章 破坏社会主义市场经济秩序罪(3):妨害对公司、企业的管理秩序罪	(174)
第二十章 破坏社会主义市场经济秩序罪(4):破坏金融管理秩序罪	(176)
第二十一章 破坏社会主义市场经济秩序罪(5):金融诈骗罪	(178)
第二十二章 破坏社会主义市场经济秩序罪(6):危害税收征管罪	(179)
第二十三章 破坏社会主义市场经济秩序罪(7):侵犯知识产权罪	(180)
第二十四章 破坏社会主义市场经济秩序罪(8):扰乱市场秩序罪	(181)
第二十五章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(182)
第二十六章 侵犯财产罪	(185)
第二十七章 妨害社会管理秩序罪(1):扰乱公共秩序罪	(187)
第二十八章 妨害社会管理秩序罪(2):妨害司法罪	(189)
第二十九章 妨害社会管理秩序罪(3):妨害国(边)境管理罪	(190)
第三十章 妨害社会管理秩序罪(4):妨害文物管理罪	(191)
第三十一章 妨害社会管理秩序罪(5):危害公共卫生罪	(191)
第三十二章 妨害社会管理秩序罪(6):破坏环境资源保护罪	(192)
第三十三章 妨害社会管理秩序罪(7):走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(193)
第三十四章 妨害社会管理秩序罪(8):组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(194)
第三十五章 妨害社会管理秩序罪(9):制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(195)
第三十六章 危害国防利益罪	(195)
第三十七章 贪污贿赂罪	(196)
第三十八章 渎职罪	(197)
第三十九章 军人违反职责罪	(199)

★刑事诉讼法

第一章 刑事诉讼法概述	(200)
第二章 刑事诉讼法的基本原则	(200)
第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(201)
第四章 管辖	(203)
第五章 回避	(204)

第六章 辩护与代理	(205)
第七章 刑事证据	(207)
第八章 强制措施	(211)
第九章 附带民事诉讼	(215)
第十章 期间、送达	(217)
第十一章 立案	(220)
第十二章 侦查	(221)
第十三章 起诉	(225)
第十四章 刑事审判概述	(227)
第十五章 第一审程序	(230)
第十六章 第二审程序	(235)
第十七章 死刑复核程序	(237)
第十八章 审判监督程序	(239)
第十九章 执行	(242)
第二十章 未成年人刑事案件诉讼程序	(245)
第二十一章 当事人和解的公诉案件诉讼程序	(246)
第二十二章 犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序	(246)
第二十三章 依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序	(247)
第二十四章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	(247)

行政法与行政诉讼法

第一章 行政法概述	(249)
第二章 行政组织与公务员	(249)
第三章 抽象行政行为	(252)
第四章 具体行政行为概述	(253)
第五章 行政许可	(255)
第六章 行政处罚	(257)
★第七章 行政强制	(260)
第八章 行政合同与行政给付	(262)
第九章 行政程序与政府信息公开	(262)
第十章 行政复议	(264)
第十一章 行政诉讼概述	(267)
第十二章 行政诉讼的受案范围	(268)
第十三章 行政诉讼的管辖	(269)
第十四章 行政诉讼参加人	(270)
第十五章 行政诉讼程序	(273)
第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则	(274)
第十七章 行政案件的裁判与执行	(279)
第十八章 国家赔偿概述	(283)
第十九章 行政赔偿	(284)
第二十章 司法赔偿	(287)
第二十一章 国家赔偿方式、标准和费用	(290)

民法

第一章 民法概述	(292)
第二章 自然人	(295)
第三章 法人	(298)
第四章 民事法律行为	(301)
第五章 代理	(307)
第六章 诉讼时效与期限	(309)
第七章 物权概述	(312)
第八章 所有权	(316)
第九章 共有	(321)
第十章 用益物权	(322)
第十一章 担保物权	(325)
第十二章 占有	(332)
第十三章 债的概述	(334)
第十四章 债的履行	(336)
第十五章 债的保全和担保	(338)
第十六章 债的移转和消灭	(344)
第十七章 合同的订立和履行	(348)
第十八章 合同的变更和解除	(351)
第十九章 合同责任	(352)
第二十章 转移财产权利的合同	(355)
第二十一章 完成工作成果的合同	(358)
第二十二章 提供劳务的合同	(359)
第二十三章 技术合同	(362)
第二十四章 不当得利、无因管理	(364)
第二十五章 著作权	(367)
第二十六章 专利权	(374)
附表 发明、实用新型、外观设计专利权知识要点对比表	(378)
第二十七章 商标权	(378)
第二十八章 婚姻家庭	(381)
第二十九章 继承概述	(388)
第三十章 法定继承	(389)
第三十一章 遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	(390)
第三十二章 遗产的处理	(392)
第三十三章 人身权	(393)
第三十四章 侵权责任概述	(395)
第三十五章 各类侵权行为与责任	(397)
附一 关于离婚案件的特殊规定	(401)
附二 关于未成年人、盲聋哑人、精神病人的特殊规定	(402)
附三 关于承揽合同、建筑工程合同和招标投标合同中分包问题的比较	(403)

商法

第一章 公司法	(404)
---------------	-------

附表 股份有限公司、有限责任公司、国有独资公司、中外合资经营公司主要知识点对比表

.....	(416)
第二章 合伙企业法	(417)
第三章 个人独资企业法	(420)
第四章 外商投资企业法	(422)
第五章 企业破产法	(425)
第六章 票据法	(432)
第七章 证券法	(438)
第八章 保险法	(447)
第九章 海商法	(454)

民事诉讼法与仲裁制度

第一章 民事诉讼与民事诉讼法	(461)
第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度	(461)
第三章 主管与管辖	(462)
第四章 诉	(465)
第五章 当事人	(466)
第六章 诉讼代理人	(469)
第七章 民事证据	(470)
第八章 民事诉讼中的证明	(472)
第九章 期间、送达	(476)
第十章 法院调解	(478)
第十一章 财产保全和先予执行	(479)
第十二章 对妨害民事诉讼的强制措施	(480)
第十三章 普通程序	(481)
第十四章 简易程序	(484)
第十五章 第二审程序	(485)
第十六章 特别程序	(487)
第十七章 审判监督程序	(489)
第十八章 督促程序	(492)
第十九章 公示催告程序	(493)
第二十章 民事裁判	(495)
附表 判决、裁定与决定的区别	(496)
第二十一章 执行程序	(496)
第二十二章 涉外民事诉讼程序	(499)
第二十三章 仲裁与仲裁法概述	(500)
第二十四章 仲裁委员会和仲裁协会	(501)
第二十五章 仲裁协议	(501)
第二十六章 仲裁程序	(503)
第二十七章 申请撤销仲裁裁决	(506)
第二十八章 仲裁裁决的执行与不予执行	(507)
第二十九章 涉外仲裁	(508)
附表 诉讼法易混淆知识点比较	(509)

社会主义法治理念

第一章 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

(一) 法治

(二) 法治理念

(三) 社会主义法治理念

1. 是中国特色社会主义的法治理念,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,是我国社会主义法治事业必须长期遵循的指导思想。

2. 包含着“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”五个方面的基本内涵,相辅相成、不可分割,构成了社会主义法治理念的完整理论体系。

二、社会主义法治理念的本质属性

(一) 坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一,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。

(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“三者有机统一”的必然要求

三、社会主义法治理念的理论渊源

(一) 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

(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

(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

(四) 西文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

(一) 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

(二) 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

(三) 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

(四) 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

(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

(二) 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

★第二章 依法治国

一、依法治国理念的基本内涵

(一) 依法治国是社会主义法治的核心内容

(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

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。包括合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一。

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

(一) 充分发挥依法治国方略在全国推进中国特色社会主义事业中的重大作用

(二) 实现法律手段与其他社会治理手段和方式的有机结合

★第三章 执法为民

一、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

(二) 执法为民体现了党的根本宗旨和国家的社会主义性质

(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

二、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

一、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

(二) 公平正义是一个历史性范畴

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,人类社会不存在普适于一切国度、完全相同一致的公平正义的标准。

(三) 公平正义是我国社会主义各项事业的价值基础

(四) 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

(一) 正确处理法理与情理的关系

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。

(二) 正确处理程序与实体的关系

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

(四) 正确处理普遍与特殊的关系

(五) 正确处理司法与其他社会纠纷解决手段的关系

★第五章 服务 大局

一、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

(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。
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

(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

★第六章 党的 领导

一、党的领导理念的基本内涵

(一) 党的领导是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

(三) 准确把握党对社会主义法治事业的领导作用

(四) 党的领导在法治事业中的集中体现包括思想领导、政治领导和组织领导。

二、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

(二) 始终坚持依法领导

(三) 充分重视科学领导

法理学

第一章 法的本体

第一节 法的概念

一、马克思主义关于法的本质的基本观点

- (一)法的本质最初表现为法的正式性
- (二)其次表现为法的阶级性
- (三)最终体现为法的物质制约性

国家不是在创造法律,而只是在表述法律;法的本质存在于国家与社会的对立统一关系之中。

二、法的特征

- (一)法是调整人的行为的社会规范
- (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
- (三)法是具有普遍性的社会规范
- (四)法是以权利义务为内容的社会规范
- (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
- (六)法是具有可诉性的社会规范

三、法的作用

(一)法的规范作用

1. 指引:从形式上看分为个别指引和规范性指引,从立法技术上看分为确定的指引和不确定的指引(又叫选择的指引)。

2. 评价:判断、衡量他人行为合法与否的一种行为标准。

3. 教育:通过法的实施对一般人的行为产生影响。

4. 预测:凭借法律的存在预先估计到人们相互之间会如何行为。

5. 强制:通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律。

(二)法的社会作用

1. 涉及三个领域:社会经济生活、政治生活、思想文化生活。

2. 涉及两个方向:政治职能(阶级统治的职能)和社会职能(执行社会公共事务的职能)。

第二节 法的价值

一、含义

(一)法的价值体现了一种主客体之间的关系
法律无论其内容或者目的,都必须符合人的需要,这是法的价值概念存在的基础。

(二)法的价值表明了法律对于人们而言所拥有的正面意义,体现了其属性中为人们所重视、珍惜的部分

法的价值意味着它能够满足人们的需要,代表着人们对美好事物的追求。

(三)法的价值既包括对实然法的认识,更包括对应然法的追求

二、法的价值的种类

(一)秩序

秩序是法的基本价值,是法的其他价值的基础;
法律根本而首要的任务就是确保统治秩序的建立。

(二)自由

任何不符合自由意蕴的法律,都不是真正意义上的法律;自由是评价法律进步与否的标准,法律是自由的保障。自由是法律最本质的价值,“法典就是人民自由的圣经”(马克思),就法的本质而言,“自由”是最高价值目标。

(三)正义

1. 正义是法的基本标准。

2. 正义是法的评价体系。

3. 正义极大地推动着法律的进化。

注意:秩序、自由和正义是法的最基本的价值;效率、利益等其他价值为一般价值。

三、法的价值冲突

(一)价值位阶原则

在先的价值优于在后的价值,自由、秩序与正义的位阶顺序为:自由>正义>秩序。

(二)个案平衡原则

在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,以使个案的解决能够适当兼顾双方的利益。

(三)比例原则

即使某种价值的实现必然会以其他价值的损

害为代价,也应当使被损害的价值减低到最小限度。

第三节 法的要素

一、法律规则

(一)含义

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

(二)逻辑结构

1. 假定条件:(1)法律规则的适用条件;
(2)行为主体的行为条件。

2. 行为模式:指法律规范中规定人们如何具体行为之方式或规范的部分,是任何法律规则的核心部分。根据行为要求的内容和性质不同法律中的行为模式可以分为:

(1)可为模式,即人们可以如何行为的模式。

(2)应为模式,指人们应当或必须如何行为的模式。

(3)勿为模式,即人们禁止或不得如何行为的模式。

3. 法律后果:分为合法后果(又称肯定式的法律后果)和违法后果(又称否定式的法律后果)。

(三)法律规则与语言

1. 一切法律规范都必须以作为“法律语句”的语句形式表达出来,具有语言的依赖性。

2. 要将法律规则与表达法律规则的语句予以区分。

3. 表达法律规则的特定语句往往是一种规范语句,可以被区分命令句和允许句。除此之外也可以用陈述语气或陈述句表达。

(四)法律规则与法律条文

1. 法律条文:

(1)规范性法律条文:直接表述法律规范(法律规则和法律原则)的条文。

(2)非规范性法律条文:不直接规定法律规范,而规定某些法律技术内容的条文,如专门法律术语等。非规范性法律条文不能独立存在,总是附属于规范性法律条文。

2. 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。

3. 并非所有的法律条文都直接规定法律规

则,也不是一个条文都完整地表述一个规则或只表述一个法律规则。有以下情形:

(1)一个完整的法律规则由数个法律条文来表述。

(2)法律规则的内容分别由不同规范性法律文件的法律条文来表述。

(3)一个条文表述不同法律规则或其要素。

(4)法律条文仅规定法律规则的某个要素或若干要素。

(五)法律规则的分类

1. 按照规则内容规定的不同分为:

(1)授权性规则:指人们有权做一定行为或不做一定行为的规则,即可为模式的规则。

(2)义务性规则:指在内容上规定人们的法律义务;又可以分为命令性规则(人们必须或应当作出某种行为的规则)和禁止性规则(禁止人们作出一定行为的规则)。

2. 按照规则内容确定性程度不同分为:

(1)确定性规则:内容本身已明确肯定,无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则。

(2)委任性规则:内容尚未确定,而只规定某种概括性指示,由相应国家机关通过相应途径或程序加以确定的法律规则。

(3)准用性规则:内容本身没有规定人们具体的行为模式而是可以援引其他相应内容规定的规则。

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:内容规定具有强制性性质,不允许人们随便加以改变的法律规范。

(2)任意性规则:在一定范围内,允许人们自行选择或协商为或不为、为的方式以及法律关系中的权利义务内容的法律规则。

二、法律原则

(一)种类

1. 按法律原则产生的基础不同分为:

(1)公理性原则:法律上之事理推导出来的法律原则,是严格意义的法律原则,如法律平等原则、诚实信用原则、罪刑法定原则等。

(2)政策性原则:一个国家或民族出于一定的政策考量而制定的一些原则,具有民族性、针对性、时代性,如我国婚姻法中的“实行计划生育”的原则。

2. 按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的大小分为:

(1) 基本原则。

(2) 具体原则。

3. 按法律原则涉及的内容和问题不同可以分为:

(1) 实体性原则: 涉及实体法问题的原则。

(2) 程序性原则: 涉及程序性(诉讼法)问题的原则。

(二) 法律原则与法律规则的区别

项目	法律原则	法律规则
内容	内容笼统、模糊,对主体行为及条件的共性和个性均予以关注,适用具有较大的选择余地	内容规定明确具体,着眼于主体行为及各种条件的共性,防止“自由裁量”
适用范围	具有通用性,属宏观指导	只适用于某一类型的行为
适用方式	不同的法律原则具有不同的强度,在同一个案件中两个法律原则可能产生冲突,由法官根据具体情况决定强度大小	以“全有或全无的方式”应用于个案

(三) 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:在有具体的法律规则可供适用时,不得直接适用法律原则。

2. 除非为了实现个案正义,否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。

3. 没有更强理由,不得径行适用法律原则。

三、权利和义务

把握二者的关系:

(一) 从结构上看,二者紧密联系、不可分割

马克思说:“没有无义务的权利,也没有无权利的义务。”

(二) 从数量上看,二者的总量是相等的

(三) 从产生和发展看,二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

1. 原始社会中二者是浑然一体的。

2. 阶级社会中二者是分裂对立的。

3. 社会主义社会中二者是相对一致的。

(四) 从价值上看,二者代表了不同的法律精神,在历史上受到重视的程度有所不同,因而在不同国家的法律体系中的地位有主次之分

第四节 法的渊源和分类

一、法的渊源的概念

(一) 含义

我国对法的渊源的理解一般指效力意义(即形式意义)上的渊源,主要是指各种制定法。

(二) 分类

最主要的分类是正式渊源和非正式渊源:是否表现为国家制定的法律文件中的明确条文形式。

1. 正式的法的渊源:宪法、法律、法规等。

2. 非正式的法的渊源:正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯等。

二、当代中国法的正式渊源

宪法;法律;行政法规;行政规章;地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件;特别行政区的法律;国际条约、国际惯例。

三、正式的法的渊源的效力原则

(一) 不同位阶的法的渊源之间的冲突原则

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。

(二) 同一位阶的法的渊源之间的冲突原则

1. 全国性法律优先原则;

2. 特别法优先原则;

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的较大的市的人民政府制定的规章。

注意:(1) 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。

(2) 行政法规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,由国务院裁决。

(三) 位阶出现交叉时的法的渊源之间的冲突原则

1. 自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。

2. 经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。

3. 地方性法规、规章之间不一致时:

(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。

四、当代中国法的非正式渊源

(一) 前提

1. 正式的法的渊源完全不能为法律决定提供大前提;

2. 适用某种正式的法的渊源会与公平正义的基本要求、强制性要求和占支配地位的要求发生冲突;

3. 一项正式的法的渊源可能会产生出两种解释的模棱两可性和不确定性。

(二) 在当今的中国法的非正式渊源

1. 习惯。能够作为法的非正式的渊源的习惯只是指社会习惯,特别是那些与重要的社会事务,即为了确保令人满意的集体社会而必须完成的各相关习惯。

2. 判例。

3. 政策。在我国,中国共产党的政策属于法的非正式渊源。我国《民法通则》第6条明确规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”

第五节 法律部门与法律体系

一、法律部门

(一) 含义

法律部门也叫**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。

(二) 划分法律部门的标准

划分的主要标准包括**调整对象**和**调整方法**。目前,对法律部门一个公认的大分类是公法(如宪法和行政法)、私法(如民商法)和社会法(如社会保障法),社会法介于公法和私法之间。

二、法律体系

也叫**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。

注意:(1)是由一国国内法构成的体系,不包括完整意义的国际法即国际公法;(2)是一国现行法构成的体系,反映一国法律的现实状况,不包括历史上废止的已经不再有效的法律,一般也不包括尚待制定、还没有被制定生效的法律。

三、当代中国的法律体系

中国特色社会主义法律体系包括七个门类,即宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法。

第六节 法的效力

一、概念

(一) 概念

法的效力也称法的约束力,分为规范性法律文件的效力和非规范性法律文件的效力,后者是指判决书、裁定书、逮捕证、许可证、合同等的法的效力。

(二) 法的效力的根据

1. 法的效力来自于法律。
2. 法的效力来自于道德。
3. 法的效力来自于社会。

二、法对人的效力

(一) 世界各国法律实践中采用过的对人的效力的原则

1. 属人主义:只适用于本国公民,不论其身在国内还是国外。

2. 属地主义:适用于该国管辖地区内所有人,不论其是否是本国公民。

3. 保护主义:以维护本国利益作为是否适用本国法律的依据。

4. 以属地主义为主,与属人主义、保护主义