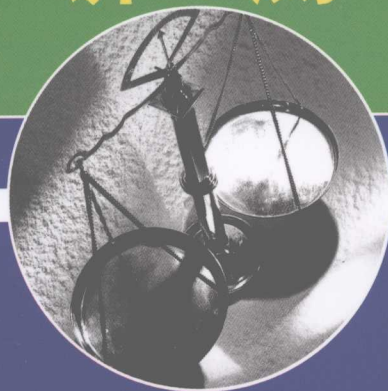


2009^年

国家司法考试

教材完全解读

讲与测



法律考试中心/组编

精华摘编法 同步模测版



2009 年国家司法考试 教材完全解读——讲与测

法律考试中心/组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2009 年国家司法考试教材完全解读:讲与测/法律考
试中心组编. —北京:法律出版社,2009. 5
ISBN 978-7-5036-9502-5

I. 2… II. 法… III. 法律工作者—资格考核—中国—
自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 059548 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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/25.75 字数/650 千

版本/2009 年 5 月第 1 版

印次/2009 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 978-7-5036-9502-5

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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 社会主义法治理念的基本内涵	2
	★第三章 社会主义法治理念的基本要求	4
法 理 学	第一章 法的本体	5
	第二章 法的运行	12
	第三章 法的演进	14
	第四章 法与社会	15
法 制 史	第一章 中国法制史	17
	第二章 外国法制史	22
宪 法	第一章 宪法基本理论	25
	第二章 国家的基本制度(上)	32
	第三章 国家的基本制度(下)	33
	第四章 公民的基本权利与义务	38
	第五章 国家机构	40
	第六章 宪法的实施及其保障	42
经 济 法	第一章 竞争法	43
	第二章 消费者法	46
	第三章 银行业法	50
	第四章 财税法	50
	第五章 劳动法	53
	第六章 土地法和房地产法	61
	第七章 环境保护法	63
国 际 法	第一章 导论	65
	第二章 国际法律责任	66
	第三章 国际法上的空间划分	71
	第四章 国际法上的个人	75
	第五章 外交关系法与领事关系法	77
	第六章 条约法	78
	第七章 国际争端的和平解决	79
	第八章 战争与武装冲突法	80
国际私法	第一章 国际私法概述	81
	第二章 国际私法的主体	81
	第三章 法律冲突、冲突规范和准据法	82

国际经济法

第四章	适用冲突规范的制度	83
第五章	国际民商事关系的法律适用	85
第六章	国际民商事争议的解决	90
第七章	区际法律问题	93
第一章	导论	96
第二章	国际货物买卖	96
第三章	国际货物运输与保险	102
第四章	国际贸易支付	106
第五章	对外贸易管理制度	108
第六章	世界贸易组织	110
第七章	国际经济法领域的其他法律制度	111

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	114
第二章	审判制度与法官职业道德	114
第三章	检察制度与检察官职业道德	118
第四章	律师制度与律师职业道德	119
第五章	公证制度与公证员职业道德	123

刑 法

第一章	刑法概说	126
★第二章	犯罪概说	129
★第三章	构成要件该当性	129
★第四章	违法性	129
★第五章	有责性	132
第六章	犯罪的未完成形态	136
第七章	共同犯罪	138
第八章	单位犯罪	141
第九章	罪数	142
第十章	刑罚概说	143
第十一章	刑罚的体系	143
第十二章	刑罚的裁量	147
第十三章	刑罚的执行	152
第十四章	刑罚的消灭	153
第十五章	罪刑各论概说	153
第十六章	危害国家安全罪	153
第十七章	危害公共安全罪	153
第十八章	破坏社会主义市场经济秩序罪(1):生产、销售伪劣商品罪	154
第十九章	破坏社会主义市场经济秩序罪(2):走私罪	154
第二十章	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	155
第二十一章	破坏社会主义市场经济秩序罪(4):破坏金融管理 秩序罪	156
第二十二章	破坏社会主义市场经济秩序罪(5):金融诈骗罪	157
第二十三章	破坏社会主义市场经济秩序罪(6):危害税收征管罪	158

刑事诉讼法

第二十四章	破坏社会主义市场经济秩序罪(7):侵犯知识产权罪	159
第二十五章	破坏社会主义市场经济秩序罪(8):扰乱市场秩序罪	160
第二十六章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	161
第二十七章	侵犯财产罪	167
第二十八章	妨害社会管理秩序罪(1):扰乱公共秩序罪	171
第二十九章	妨害社会管理秩序罪(2):妨害司法罪	171
第三十章	妨害社会管理秩序罪(3):妨害国(边)境管理罪	172
第三十一章	妨害社会管理秩序罪(4):妨害文物管理罪	172
第三十二章	妨害社会管理秩序罪(5):危害公共卫生罪	172
第三十三章	妨害社会管理秩序罪(6):破坏环境资源保护罪	172
第三十四章	妨害社会管理秩序罪(7):走私、贩卖、运输、制造毒品罪	172
第三十五章	妨害社会管理秩序罪(8):组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	173
第三十六章	妨害社会管理秩序罪(9):制作、贩卖、传播淫秽物品罪	173
第三十七章	危害国防利益罪	173
第三十八章	贪污贿赂罪	174
第三十九章	渎职罪	178
第四十章	军人违反职责罪	178
第一章	刑事诉讼法概述	179
第二章	刑事诉讼法的基本原则	179
第三章	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	180
第四章	管辖	181
第五章	回避	185
第六章	辩护与代理	187
第七章	刑事证据	190
第八章	强制措施	193
第九章	附带民事诉讼	198
第十章	期间、送达	201
第十一章	立案	201
第十二章	侦查	202
第十三章	起诉	204
第十四章	刑事审判概述	207
第十五章	第一审程序	207
第十六章	第二审程序	212
第十七章	死刑复核程序	215
第十八章	审判监督程序	217
第十九章	执行	219
第二十章	未成年人刑事案件诉讼程序	220
第二十一章	涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	220
第一章	行政法概述	221
第二章	行政组织与公务员	221

行政法与 行政诉讼法

第三章 抽象行政行为	222
第四章 具体行政行为概述	224
第五章 行政许可	224
第六章 行政处罚	227
第七章 行政强制	229
第八章 行政合同与行政给付	229
第九章 行政程序与政府信息公开	229
第十章 行政复议	229
第十一章 行政诉讼概述	233
第十二章 行政诉讼的受案范围	233
第十三章 行政诉讼的管辖	234
第十四章 行政诉讼参加人	236
第十五章 行政诉讼程序	238
第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则	240
第十七章 行政案件的裁判与执行	243
第十八章 国家赔偿概述	245
第十九章 行政赔偿	245
第二十章 司法赔偿	248
第二十一章 国家赔偿方式、标准和费用	250
第一章 民法概述	253
第二章 自然人	254
第三章 法人	256
第四章 民事法律行为	256
第五章 代理	258
第六章 诉讼时效与期限	260
第七章 物权概述	262
第八章 所有权	264
第九章 共有	266
第十章 用益物权	268
第十一章 担保物权	269
第十二章 占有	274
第十三章 债的概述	274
第十四章 债的履行	274
第十五章 债的保全和担保	275
第十六章 债的移转和消灭	280
第十七章 合同的订立和履行	281
第十八章 合同的变更和解除	284
第十九章 合同责任	284
第二十章 转移财产权利的合同	286
第二十一章 完成工作成果的合同	290
第二十二章 提供劳务的合同	291

商 法

第二十三章 技术合同	292
第二十四章 不当得利、无因管理	292
第二十五章 著作权	294
★第二十六章 专利权	297
第二十七章 商标权	300
第二十八章 婚姻家庭	301
第二十九章 继承概述	305
第三十章 法定继承	307
第三十一章 遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	308
第三十二章 遗产的处理	308
第三十三章 人身权	308
第三十四章 侵权行为	309
★附:《专利法》2008 年修订重要新旧法条对照表	313
第一章 公司法	316
第二章 合伙企业法	327
第三章 个人独资企业法	333
第四章 外商投资企业法	334
第五章 企业破产法	336
第六章 票据法	338
第七章 证券法	340
★第八章 保险法	344
第九章 海商法	348
★附:《保险法》2009 年修订重要新旧法条对照表	349
第一章 民事诉讼与民事诉讼法	354
第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度	354
第三章 主管与管辖	355
第四章 诉	361
第五章 当事人	362
第六章 诉讼代理人	367
第七章 民事证据	368
第八章 民事诉讼中的证明	370
第九章 期间、送达	373
第十章 法院调解	373
第十一章 财产保全和先予执行	374
第十二章 对妨害民事诉讼的强制措施	375
第十三章 普通程序	377
第十四章 简易程序	380
第十五章 二审程序	382
第十六章 特别程序	384
第十七章 审判监督程序	384
第十八章 督促程序	387

民事诉讼法 与仲裁制度

第十九章	公示催告程序	388
第二十章	民事裁判	390
第二十一章	执行程序	390
第二十二章	涉外民事诉讼程序	392
第二十三章	仲裁与仲裁法概述	393
第二十四章	仲裁委员会和仲裁协会	394
第二十五章	仲裁协议	394
第二十六章	仲裁程序	396
第二十七章	申请撤销仲裁裁决	398
第二十八章	仲裁裁决的执行与不予执行	399
第二十九章	涉外仲裁	400

★社会主义法治理念

★第一章 社会主义法治理念的基本理论

考点 社会主义法治理念的基本理论

教材精要

一、社会主义法治理念的概念和特征

1. 社会主义法治理念:引导社会主义法治国家建设的理性化观念体系。社会主义法治理念由依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导五个方面的主要内容构成。

2. 特征。包括:政治性、人民性、科学性和开放性。

二、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理论基础,主要包括马克思、恩格斯、列宁的法律思想和中国特色社会主义理论体系中的法治思想。

2. 中国特色社会主义法治理论的理论构成:

(1)坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一,这是中国特色社会主义法治的核心和精髓。

(2)坚持党的事业至上、人民利益至上和宪法法律至上,这是中国特色社会主义法治的基本原则。

(3)坚持依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导,这是中国特色社会主义法治的基本理念。

(4)坚持人民代表大会制度,这是中国特色社会主义法治的政治基础。

(5)建设公正高效权威的社会主义司法制度,这是中国特色社会主义法治的重要保障。

三、社会主义法治理念的本质属性

(一)“三个至上”的提出

2007年12月26日,胡锦涛总书记在全国政法工作会议上第一次正式提出了“三个至上”,即“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的重要观点。

(二)坚持“三个至上”的重大意义

1. “三个至上”从三个方面概括了社会主义

法治理念的精神实质,在法律思想史上第一次划清了社会主义法治理念与资本主义法治理念的原则界限,为社会主义民主法治建设指明了政治方向、明确了历史使命、提供了科学方法、奠定了思想基础,是马克思主义法律思想中国化的最新发展。

2. “三个至上”是坚持中国特色社会主义政治发展道路,坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一的本质要求。

3. “三个至上”是社会主义法治的根本原则,是社会主义法治理念的本质属性。

(三)“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的精神实质

1. 党的事业本质上就是人民的事业。

2. 坚持人民利益至上,实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益。

3. 坚持宪法法律至上,树立和维护宪法法律权威。

(四)“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的内在关系

在实质上,党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上乃是一个有机统一体,共同构成社会主义民主政治的鲜明标志,共同反映社会主义法治建设的必然要求。

四、社会主义法治理念的地位

1. 社会主义法治理念是马克思主义法律观中国化的最新成果。

2. 社会主义法治理念是中国特色社会主义理论体系的重要组成部分。

3. 社会主义法治理念是社会主义法治建设的指导思想。

五、社会主义法治理念的作用

1. 社会主义法治理念是我国一切立法活动的思想先导。

2. 社会主义法治理念是确保我国行政机关及其公职人员严格公正文明执法、实现法律效果与社会效果有机统一的思想基础。

3. 社会主义法治理念是确保我国司法坚持正确方向、实现司法公正的思想保障。

4. 社会主义法治理念是建设社会主义法治文化、增强全社会法律意识的价值指引。

5. 社会主义法治理念是推动法学研究繁荣和发展的重要保障。

完全解读

准确理解“三个至上”的精神实质：

1. 党的事业本质上就是人民的事业。党的事业至上是党的性质决定的，是实现好、维护好、发展好人民利益的根本保证，必须坚定不移地予以坚持。

2. 坚持人民利益至上，实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益。最大多数人的根本利益是最紧要和最具有决定性的因素。坚持人民利益至上，必须要深入贯彻落实科学发展观，把实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益作为党和国家一切工作的出发点和落脚点，尊重人民主体地位，发挥人民首创精神，保障人民各项利益，走共同富裕道路，促进人的全面发展，做到发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享。坚持人民利益至上，必须兼顾不同利益，必须着力解决人民最关心、最直接、最现实的利益问题。

3. 坚持宪法法律至上，树立和维护宪法法律权威。宪法法律至上是人类社会特别是近代社会巨大进步的思想结晶，是对治国规律的宝贵总结，

是建设法治国家题中应有之义。“三个至上”的提出，肯定了宪法法律至上这一现代法治文明的合理内核，是中国共产党总结和探索执政规律的重要成果，标志着党在思想认识上完成了领导方式和执政方式的重大转变。

冲刺练习

如何理解社会主义法治理念是社会主义法治建设的指导思想。

【答题思路】 胡锦涛总书记指出：“我国的法治是社会主义的法治，社会主义法治必须以社会主义法治理念为指导。”社会主义法治理念作为指导社会主义法治实践，保证社会主义法治国家建设顺利进行的思想和观念体系，对中国特色社会主义法治建设具有重大而深远的影响。

社会主义法治理念，是社会主义民主法治建设的内在精神和灵魂。树立社会主义法治理念，关系到依法治国基本方略的落实，关系到社会主义民主法治建设的盛衰，关系到人民利益和公民权利的切实保障，也关系到党的执政地位的巩固。只有坚持社会主义法治理念，实行依法治国，才能保证从法律制度上把坚持党的领导、发扬人民民主和严格依法办事统一起来，保证党的基本路线、基本纲领的贯彻落实；才能保证民主的法制化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变；才能保证人民群众在党的领导下，依法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，真正当家作主。

★第二章 社会主义法治理念的基本内涵

考点 社会主义法治理念的基本内涵

教材精要

一、依法治国

（一）依法治国是社会主义法治的核心内容

1. 依法治国是我们党治国理政观念的重大转变。

2. 依法治国是实现国家长治久安的重要保障。

3. 依法治国是发展社会主义民主政治的必然要求。

（二）依法治国的基本内涵

1. 人民民主。

2. 法制完备。

3. 树立宪法法律权威。

4. 权力制约。

二、执法为民

（一）执法为民是社会主义法治的本质特征

1. 执法为民是中国共产党始终坚持立党为公、执政为民宗旨的必然要求。

2. 执法为民是“一切权力属于人民”的宪法原则的具体体现。

3. 执法为民是社会主义法治始终保持正确政治方向的根本保证。

（二）执法为民的基本内涵

1. 以人为本。

2. 保障人权。

3. 文明执法。

三、公平正义

(一) 公平正义是社会主义法治的价值追求

1. 公平正义是社会主义法治建设的根本目标。

2. 公平正义是新时期广大人民群众强烈愿望。

3. 公平正义是立法、执法和司法工作的“生命线”。

4. 公平正义是社会主义和谐社会的基本特征。

(二) 公平正义的基本内涵

1. 法律面前人人平等。

2. 合法合理。

3. 程序正当。

4. 及时高效。

四、服务大局

(一) 服务大局是社会主义法治的重要使命

1. 服务大局是社会主义法律的本质要求。

2. 服务大局是法治工作的地位和性质所决定。

3. 服务大局是社会主义法治实践的经验总结。

(二) 服务大局的基本内涵

1. 把握大局。

2. 围绕大局。

3. 立足本职。

五、党的领导

(一) 党的领导是社会主义法治的根本保证

1. 坚持党的领导是党的先进性决定的。

2. 坚持党的领导是人民的历史选择。

3. 坚持党的领导是法治建设的艰巨性决定的。

(二) 党的领导的基本内涵

1. 党对社会主义法治的思想领导。

2. 党对社会主义法治的政治领导。

(1) 要坚持走中国特色社会主义法治发展道路。

① 必须坚持中国特色社会主义的国家制度。

② 必须以党对中国国情的科学判断为依据。

③ 必须积极借鉴和吸收古今中外各种优秀法律文化成果,尤其不可忽视本国法律文化传统。

(2) 要坚持和完善中国特色社会主义司法

制度。

(3) 要坚持党的路线、方针、政策。

中国特色社会主义司法制度。

(1) 在司法制度的本质上,坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一;

(2) 在司法权的来源上,司法权来自人民,属于人民;

(3) 在司法权的配置上,侦查权、检察权、审判权、执行权既相互制约,又相互配合;

(4) 在司法权的行使上,审判机关、检察机关既依法独立公正行使职权,又自觉接受党的监督、人大监督、政协监督、群众监督;

(5) 在司法权的运行方式上,坚持专门机关工作与群众路线相结合,等等。

冲刺练习

材料:

(1) 建国六十年来,我国法治建设不断进步和完善,1999年《宪法修正案》规定:中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

2000年公布的《立法法》第1条规定:为了规范立法活动,健全国家立法制度,建立和完善有中国特色社会主义法律体系,保障和发展社会主义民主,推进依法治国,建设社会主义法治国家,根据宪法,制定本法。

(2) 2009年3月9日,全国人大常委会委员长吴邦国向十一届全国人大二次会议作全国人大常委会工作报告。吴邦国指出,深化政治体制改革,绝不照搬西方那一套,绝不搞多党轮流执政、“三权分立”、两院制。吴邦国说,改革开放以来,经过各方面共同努力,到十届全国人大任期届满,以宪法为核心,以涵盖七个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等三个层次法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经基本形成,国家经济、政治、文化、社会生活各个方面基本做到有法可依,有力地保障和推动了中国特色社会主义事业发展。

(3) 有个别学者认为,在中国,只有实行西方的那一套“三权分立”,才能实现真正的民主。

问题:结合上述材料,试述为何要坚持走中国特色社会主义法治发展道路。

[答题思路] 我国的国情和社会主义制度决定了

我们必须坚持中国特色社会主义法治发展道路,而不是其他发展道路。

首先,必须坚持中国特色社会主义的国家制度。党领导人民设计的国家制度是法治建设的基本框架,讲法治不应当也不可能离开国家制度这个政治的核心问题。以人民民主专政和人民代表大会制度为主要内容的我国国家制度,是党的政治领导和人民当家作主的具体体现,也是推进法治建设必须遵循的基本制度。我国宪法规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。”只有把国家建设的政治方向作为法治建设的正确方

向,把国家制度优势转化为法治建设的优势,才是中国特色社会主义法治建设的正确道路。

其次,必须以党对中国国情的科学判断为依据。处于并将长期处于社会主义初级阶段是我国的基本国情,人民日益增长的物质文化需要同落后社会生产之间的矛盾是社会主要矛盾。法治建设必须立足我国的经济制度、经济社会发展现状,充分考虑立法、执法、守法等环节的成本效益,充分考虑社会承受能力,循序渐进发展,不能超越阶段提出过高要求。

最后,必须积极借鉴和吸收古今中外各种优秀法律文化成果,尤其不可忽视本国法律文化传统。

★ 第三章 社会主义法治理念的基本要求(略)

第一章 法的本体

考点 1 法的本质

教材精要

一、马克思主义关于法的观点

1. 法的本质最初表现为法的正式性,又称法的官方性、国家性。

2. 法的本质反映为法的阶级性。

3. 法的本质最终体现为法的物质制约性。

二、法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件之间的对立统一关系中

完全解读

1. 法在总体上是统治阶级意志的体现,但也反映被统治阶级的局部要求。

2. 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、共同意志或根本意志。

3. 在一定情况下,法不仅反映统治阶级的意志,而且同时反映被统治阶级或同盟阶级的某些要求和愿望。

4. 并不能说凡是国家意志都是法,只有规范性文件的国家意志才是法。

冲刺练习

1. 下列各项关于法的本质说法正确的有:

A. 法的本质是在法的本体论追问过程中呈现出来的,法的本质的展现过程反映了法的本质的层次性

B. 法的本质最初表现为法的正式性,又称为法的官方性、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

C. 法的本质最终反映为法的阶级性,即在阶级对立的社会中,法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志

D. 法的本质在第二层次上体现为法的社会性,即法的内容是受一定的社会因素制约的,最终也是由一定的社会物质生活条件决定的

[答案及解析] AB。法的本质具有层次性:法的本质最初表现为法的正式性,即B项所述内容,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,现代世界各国的法律越来越具有严格的形式主义特征;法的本质其次反映为法的阶级性,法体现国家意志,而统治阶级的意志则通过国家意志来体现,并因为法律的形式而具有高度的统一性和极大的权威性,统治阶级总是把自己的共同意志和根本利益通过法律加以确认;法的最终本质为法的社会性,法的本质存在于国家与社会的对立统一的关系之中。可知,CD两项是在法的层次性上犯了错误。

2. “普通所谓正义,就在于不违背一个人作为公民生于其中的那个国家的任何法律条文。因此,一个人如果在证人面前尊崇法律,而在没有证人独自一人时又尊崇自然的法则,那么,他就是在最有利于自己的方式下实现正义了。这个原因在于:法律的规则是外在的,而自然的规则是不可避免的;其次还在于法律的规则是依契约制定的,而非由自然产生的。”这段引言所表达的法律思想是:

A. 表达了自然法思想和社会契约思想

B. 国家制定法源于社会契约,其基础是正义

C. 制定法与自然法不同,但二者在本质上是一致的

D. 公民必须尊崇国家的法律,但可以不尊崇自然法,因为后者无人监督

[答案及解析] ABC。本段引言摘自古希腊哲学家安提丰的《真理论》,讲述了自然法与人定法的表现形式的不同,而它们的本质却统一于正义,明显流露出自然法思想和社会契约思想。

考点 2 法的价值

教材精要

一、法的基本价值

即人们根本的、共同的、基本的需要,主要包括秩序、自由和正义。

二、法的价值冲突及其解决

法的各种价值之间有时会发生矛盾,从而导致价值之间的相互抵牾。解决法的价值冲突,通常有以下主要原则:

1. 价值位阶原则:一般地讲,基本价值优于其他价值,基本价值中,自由最先,正义次之,秩序最后。

2. 个案平衡原则:公共利益并不一定高于个人利益,而是结合具体情形寻找两者间的平衡点。
3. 比例原则:在因某种价值牺牲另外一种价

值时,应将损害的程度降至最低。

完全解读

法的价值种类:

法的价值	含 义	名人名言
秩序	(1)秩序是法的基本价值,是法的其他价值的基础; (2)法律的根本而首要的任务就是确保统治秩序的建立	法律就是秩序,有好的法律才有好的秩序。——亚里士多德
自由	(1)任何不符合自由的法律,都不是真正意义上的法律; (2)自由是法追求的最高价值,是评价法律进步与否的标准,法律是自由的保障	法典就是人民自由的圣经。——马克思
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	法律不能使人人平等,但在法律面前人人是平等的。——波洛克

冲刺练习

1. 下列表述正确的选项有哪些?

A. 自由在法的价值中的地位,表现在它不仅是评价法律进步与否的标准,更重要的是它体现了人性最深刻的需要

B. 效率与公平有时会发生冲突

C. 要保证社会的正义的实现,在很大程度上就必须以牺牲效率作为代价

D. 公平是法的基本标准,是法的评价体系,同时也极大地推动着法律的进化

【答案及解析】 ABC。ABC项都是关于法律价值的正确表述,正义极大地推动着法律的进化,形成了法律精神上进化的观念源头,使自由、民主、平等、人权等价值观念深入人心,所以D项错误。

2. 下列哪一选项的说法不能成立?

A. 法律通过划定自由权利的界限,为普遍自由的实现提供前提

B. 古罗马法学家乌尔比安在《学说汇纂》中指出:法来自于“正义”。实际上法是善良和公正的艺术

C. 由于阶级的多样性和政治的复杂性,因而法律价值之间会发生一定的冲突

D. 法律担负着实现资源最大限度地优化使用与配置的社会新使命

【答案及解析】 C。阶级的多样性和政治的复杂性,并不导致法律价值之间会发生一定的冲突;由于利益的多样性和复杂性以及法律价值的多元性,法律价值之间会发生一定的冲突。

3. 关于秩序,下列哪些说法是正确的?

A. 在秩序问题上,根本就不存在法律是否服务于秩序的问题。所存在的问题仅在于法律服务于谁的秩序、怎样的秩序

B. 作为法律价值,秩序是低层次的法律价值,即是工具性的法律价值、非实质性的法律价值,本身没有目标性内容

C. 相对来说秩序主要关系社会生活的形式方面,而难以涉及社会的实质方面

D. 秩序在法的价值中的地位表现在它不仅是评价法律进步与否的标准,更重要的是它体现了人性最深刻的需要

【答案及解析】 ABC。D项中的表述并非秩序所体现的,而是自由的特征,自由才是评价法律进步与否的标准,体现了人性最深刻的需要。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,自由、平等、效率等法的价值表现都需要以秩序为基础。C项中现代社会所言的秩序还必须接受正义的规则。因此,相对来说,秩序主要关系社会生活的形式方面,而难以涉及社会的实质方面。

考点 3 法律规则与法律原则

教材精要

一、法律规则

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。法律规则的构成要素包括假定条件、行为模式、法律后果。

(一)法律规则的分类

1. 根据行为模式的不同,分为授权性规则和义务性规则;

2. 根据法律规则的确定性程度,分为确定性规则、委任性规则和准用性规则;

3. 按照法律规范对人们行为的强制性程度和效力强弱程度的不同,分为强行性规则和任意性规则。

(二) 法律规则与法律条文

1. 法律条文是法律规则的文字表现,法律规则是法律条文的具体内容;

2. 一个条文可以表述不同法律规则或其要素,法律规则的内容可以由不同规范性法律文件的法律条文来表述。

二、法律原则

法律原则是为法律规则提供某种基础或本源的综合性的、指导性的价值准则或规范,是法律诉讼、法律程序和法律裁决的确认规范。法律原则分为:公理性原则和政策性原则;基本原则和具体原则;实体性原则和程序性原则。

完全解读

1. 注意区分委任性规则和准用性规则,委任性规则是指内容尚未确定,而只规定某种概括性指示,由相应的国家机关通过相应途径或程序加以确定的法律规则。准用性规则是指内容本身没有规定人们具体的行为模式,而是援引或者参照其他相应内容规定的法律规则。

2. 法律原则和法律规则都是国家规定的指导人们行为的基本准则,但它们是不同的:

(1) 内容不同:法律规则明确具体,着眼于主体行为及各种条件的共性;法律原则不具体规定人们的权利义务,不仅限于行为及条件的共性,而且关注它们的个别性。

(2) 适用范围不同:法律规则是微观调控,它们只适用于某一类型的行为;法律原则是宏观指导,适用范围广泛。

(3) 适用方式不同:法律规则以“全有或全无”应用于个案中;法律原则的适用则不同。

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: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。如果某个法律规则适用于某个具体案件,没有产生极端的人们不可容忍的不正义的裁判结果,法官就不得轻易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。

冲刺练习

1. 下列选项中不属于法律原则的是:

A. 我国《刑法》规定:“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”

B. 我国《宪法》规定:“依法治国,建设社会主义法治国家”

C. 我国《刑事诉讼法》规定:“对于同一标的的,经过法院审理且生效的案件,当事人没有新的理由不得再次起诉”

D. 我国《婚姻法》规定:“现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意”

[答案及解析] D. 选项D属于法律规则,法律原则是为法律规则提供某种基础或本源的综合性的、指导性的价值准则或规范。ABC三项都属于法律原则,为法律规则提供某种基础或本源的、综合性的、指导性的价值准则或规范,是法律诉讼、法律程序和法律制裁的确定规范。

2. 下列各项符合法律规则中有关“法律后果”这一要素规定的是:

A. 某地领导受人请托在其职权范围内批项目,该领导向请托人索要20万元

B. 崔某见义勇为,与歹徒搏斗,保护了陌生人的财产安全

C. 李某的科研成果荣获国家一类大奖,赢得奖金80万元

D. 甲、乙二人签订大宗蔬菜、水果买卖合同

[答案及解析] AD。“法律后果”指法律规则中规定人们在做出符合或不符合行为模式的要求时应承担相应的结果的部分,是法律规则对人们具有法律意义的行为的态度,包括合法后果和违法后果两类。A项为犯罪行为,D项为民事行为,前者构成违法后果,后者构成合法后果。BC两项不是法律行为,故不能适用法律调整,没有构成法律后果。

3. 下列各项中属于义务性法律规则的是:

A. “禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家和集体的财产”

B. “任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民”

C. “任何单位和个人实施他人专利的,应当与专利权人订立书面实施许可合同,向专利权人支付专利使用费。被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利”

D. “妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等方面享有与男子平等的权利”

[答案及解析] ABC。义务性法律规则是指在内

容上规定人们的法律义务,即有关人们应当做出或不做出某种行为的规则,包括命令性规则和禁止性规则两种,本题中A项为命令性规则,旨在规定人们的积极义务,即人们必须或应当做出某种行为的规定;BC两项为禁止性规则,用来规定人们的消极义务,即禁止人们做出一定行为的规则。D项属于授权性规则,旨在规定人们有权为一定的行为或不为一定行为的规则。

考点 4 法的渊源

教材精要

一、法的渊源的概念

形式意义上的法的渊源,也就是法的效力来源,指一定的国家机关依照法定职权和程序制定或认可的具有不同法的效力和地位的法的不同表现形式。

二、法的渊源的分类

根据法的效力的来源不同,法的渊源分为正式渊源和非正式渊源:

1. 正式渊源:来源于国家机关,由国家的立法机关或行政机关制定的法律法规,一般是成文法或制定法,用文字表现出来,如宪法、法律、法规。

2. 非正式渊源:来源于国家机关以外或者来源于国家司法机关,如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯等。

三、当代中国法的渊源

1. 正式渊源:主要是以宪法为核心的各种制定法,包括宪法、法律、行政法规、行政规章、地方性法规、民族自治地区的单行条例和自治条例、经济特区的规范性文件、特别行政区的法律法规、规章、国际条约、国际惯例等。

2. 非正式渊源:主要包括判例、政策、习惯。

四、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,包括:

- (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。

3. 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。

4. 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。

完全解读

1. 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,由有关机关依照下列规定的权限作出裁决:

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。

2. 地方性法规的制定机关包括两大类:

(1) 省、自治区、直辖市人大及其常委会;

(2) 较大的市人大及其常委会。较大的市包括省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。

3. 经济特区法规属于授权立法,是根据全国人大的授权决定制定的,经济特区法规制定后,无须报请批准即可实施。同时经济特区法规属于特