

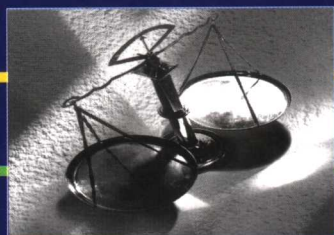
2008^年

国家司法考试

教材完全解读

讲与测

法律考试中心/组编



科学阅读法 完全解读版
把教材读薄、读透！



D9/78

:2008

2008

2008 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

2008 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,2008.5
ISBN 978-7-5036-8371-8

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(2008)第 046811 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀

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/29 字数/739 千

版本/2008 年 4 月第 1 版

印次/2008 年 4 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 978-7-5036-8371-8

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

法 理 学	第一章 法的本体	1
	第二章 法的运行	8
	第三章 法的演进	10
	第四章 法与社会	12
法 制 史	第一章 中国法制史	14
	第二章 外国法制史	19
宪 法	第一章 宪法基本理论	24
	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	47
	第三章 银行业法	49
	第四章 证券法	51
	第五章 财税法	55
	第六章 劳动法	57
	第七章 土地法和房地产法	65
	第八章 环境保护法	67
国 际 法	第一章 导论	69
	第二章 国际法律责任	70
	第三章 国际法上的空间划分	76
	第四章 国际法上的个人	81
	第五章 外交关系法与领事关系法	83
	第六章 条约法	84
	第七章 国际争端的和平解决	86
	第八章 战争与武装冲突法	88
国际私法	第一章 国际私法概述	89
	第二章 国际私法的主体	89
	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	92
	第五章 国际民商事关系的法律适用	93

国际经济法	第六章	国际民商事争议的解决	99
	第七章	区际法律问题	103
	第一章	导论	104
	第二章	国际货物买卖	104
	第三章	国际货物运输与保险	111
	第四章	国际贸易支付	118
	第五章	对外贸易管理制度	120
司法制度和 法律职业道德	第六章	世界贸易组织	122
	第七章	国际经济法领域的其他法律制度	125
	第一章	司法制度和法律职业道德概述	128
	第二章	审判制度	128
	第三章	检察制度	130
	第四章	律师制度	130
	第五章	公证制度	132
刑 法	第六章	法官职业道德和职业责任	134
	第七章	检察官职业道德和职业责任	136
	第八章	律师职业道德和职业责任	138
	第九章	公证员职业道德和职业责任	140
	第一章	刑法概说	142
	第二章	犯罪概说	145
	第三章	犯罪构成	145
	第四章	排除犯罪的事由	151
	第五章	犯罪的未完成形态	153
	第六章	共同犯罪	156
	第七章	单位犯罪	160
	第八章	罪数	161
	第九章	刑罚概说	162
	第十章	刑罚的体系	162
	第十一章	刑罚的裁量	166
	第十二章	刑罚的执行	171
	第十三章	刑罚的消灭	172
	第十四章	罪刑各论概说	172
	第十五章	危害国家安全罪	172
	第十六章	危害公共安全罪	172
	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	174
	第十八章	破坏社会主义市场经济秩序罪(2):走私罪	174
	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	175
	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	175

第二十一章	破坏社会主义市场经济秩序罪(5):金融诈骗罪	176
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	177
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	178
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	179
第二十五章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	180
第二十六章	侵犯财产罪	187
第二十七章	妨害社会管理秩序罪(1):扰乱公共秩序罪	192
第二十八章	妨害社会管理秩序罪(2):妨害司法罪	192
第二十九章	妨害社会管理秩序罪(3):妨害国(边)境管理罪	193
第三十章	妨害社会管理秩序罪(4):妨害文物管理罪	193
第三十一章	妨害社会管理秩序罪(5):危害公共卫生罪	193
第三十二章	妨害社会管理秩序罪(6):破坏环境资源保护罪	193
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	195
第三十八章	渎职罪	200
第三十九章	军人违反职责罪	200
刑事诉讼法		
第一章	刑事诉讼法概述	201
第二章	刑事诉讼法的基本原则	201
第三章	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	202
第四章	管辖	203
第五章	回避	209
第六章	辩护与代理	210
第七章	刑事证据	213
第八章	强制措施	218
第九章	附带民事诉讼	224
第十章	期间、送达	226
第十一章	立案	226
第十二章	侦查	227
第十三章	起诉	230
第十四章	刑事审判概述	234
第十五章	第一审程序	234
第十六章	第二审程序	239

行政法与
行政诉讼法

第十七章	死刑复核程序	242
第十八章	审判监督程序	245
第十九章	执行	246
第二十章	未成年人刑事案件诉讼程序	247
第二十一章	涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	247
第一章	行政法概述	248
第二章	行政组织与公务员	248
第三章	抽象行政行为	250
第四章	具体行政行为概述	253
第五章	行政许可	253
第六章	行政处罚	256
第七章	行政强制	258
第八章	行政合同与行政给付	258
第九章	行政程序与政府信息公开	258
第十章	行政复议	258
第十一章	行政诉讼概述	262
第十二章	行政诉讼的受案范围	262
第十三章	行政诉讼的管辖	264
第十四章	行政诉讼参加人	266
第十五章	行政诉讼程序	268
第十六章	行政诉讼的特殊制度与规则	270
第十七章	行政案件的裁判与执行	273
第十八章	国家赔偿概述	275
第十九章	行政赔偿	275
第二十章	司法赔偿	279
第二十一章	国家赔偿方式、标准和费用	282
第一章	民法概述	284
第二章	自然人	286
第三章	法人	287
第四章	民事法律行为	287
第五章	代理	292
第六章	诉讼时效与期限	293
第七章	物权概述	293
第八章	所有权	295
第九章	共有	297
第十章	用益物权	300
第十一章	担保物权	301
第十二章	占有	307
第十三章	债的概述	307
第十四章	债的履行	307
第十五章	债的保全和担保	309

民 法

商 法

第十六章	债的移转和消灭	315
第十七章	合同的订立和履行	316
第十八章	合同的变更和解除	320
第十九章	合同责任	320
第二十章	转移财产权利的合同	322
第二十一章	完成工作成果的合同	327
第二十二章	提供劳务的合同	328
第二十三章	技术合同	329
第二十四章	不当得利、无因管理	329
第二十五章	著作权	332
第二十六章	专利权	335
第二十七章	商标权	338
第二十八章	婚姻家庭	340
第二十九章	继承概述	345
第三十章	法定继承	347
第三十一章	遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	348
第三十二章	遗产的处理	349
第三十三章	人身权	349
第三十四章	侵权行为	350
第一章	公司法	355
第二章	合伙企业法	370
第三章	个人独资企业法	378
第四章	外商投资企业法	379
第五章	企业破产法	382
第六章	票据法	384
第七章	保险法	387
第八章	海商法	391
第一章	民事诉讼与民事诉讼法	393
第二章	民事诉讼法的基本原则与基本制度	393
第三章	主管与管辖	394
第四章	诉	400
第五章	当事人	402
第六章	诉讼代理人	408
第七章	民事证据	409
第八章	民事诉讼中的证明	411
第九章	期间、送达	414
第十章	法院调解	414
第十一章	财产保全和先予执行	416
第十二章	对妨害民事诉讼的强制措施	418
第十三章	普通程序	419
第十四章	简易程序	424

民事诉讼法 与仲裁制度

第十五章	二审程序	425
第十六章	特别程序	428
第十七章	审判监督程序	428
第十八章	督促程序	432
第十九章	公示催告程序	433
第二十章	民事裁判	435
第二十一章	执行程序	436
第二十二章	涉外民事诉讼程序	441
第二十三章	仲裁与仲裁法概述	443
第二十四章	仲裁委员会和仲裁协会	444
第二十五章	仲裁协议	444
第二十六章	仲裁程序	446
第二十七章	申请撤销仲裁裁决	448
第二十八章	仲裁裁决的执行与不予执行	450
第二十九章	涉外仲裁	451

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. “无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”马克思这句话的含义表明:

A. 法是由生产力水平决定的

B. 法作为上层建筑的重要内容,是由经济基础决定的

C. 法所体现的统治阶级意志的内容是由统治阶级的物质生活条件决定的

D. 法不反映统治阶级的意志

[答案及解析] BC。马克思这句话的含义是:任何统治阶级都不能不顾一定经济条件的要求肆意制定法律。法就其阶级本质而言,是在生产关系中占统治地位、从而也掌握了国家政权的统治阶级意志的法。

3. “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
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
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
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

注意:根据教材的最新修订,法的价值删
去了利益。

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:法它来自于“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、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《民事诉讼法》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的,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. 学生甲和学生乙就法和法律规范的概念展开讨论。学生甲的论点是:①法与法律规范的概念完全相同,因为法的构成要素等同于法律规范的构成要素;②所有的法和法律规范都是通过法律条文来表述的;③表述法和法律规范内容的文件被称为“规范性法律文件”。学生乙的论点是:①法的要素不能等同于法律规范的构成要素;②并不是所有的法都表现为法律条文形式,但所有的法律规范都是通过法律条文来表述的;③同一个法律规范可以通过一个法律条文来表述,也可以通过若干个法律条文来表述。对上述论点进行分析,下列选项哪些是正确的?

- A. 学生甲的论点①和论点②
- B. 学生甲的论点③和学生乙的论点③
- C. 学生乙的论点①
- D. 学生乙的论点②

【答案及解析】 BCD。(1)法的要素是指构成法的整体而相互作用的基本元素,包括法律原则、法律概念及法律规则。所以学生甲的论点①是错的,选项A不正确;学生乙的论点①是正确的,选项C正确。(2)规范性法律文件通常是若干法律规范的集合体,即将关于某一类或相近的几类社会关系的规定集中于有一个总名称、贯穿了共同原则的法律文本中,这些规定在这一文本中有着较严密的逻辑关系。规范性法律文件除了以法律规范为主体外,还包括诸如规定法的原则、概念、技术性规定等内容的非规范性条文。所以学生甲的论点③是正确的。(3)法律规范是行为规则本身和法的主体,而法律条文则是法律规范的外部表现形式,法律规范的表述有时是通过几个法律条文一起完成的。所以学生乙论点③是正确的,选项B正确。(4)有些习惯法并不是以法律条文的形式出现,所以学生乙的论点②正确,选项D是正确的。

3. 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。

4. 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殊立法,可以根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定,其效力优于法律、行政法规、地方性法规,自然也优于部门规章和地方政府规章。

冲刺练习

1. 普遍认为,罗马法是现代西方大陆法系的法律渊源。这里的“渊源”指的是:

- A. 法的形式渊源
- B. 法的效力渊源
- C. 法的思想理论渊源
- D. 法的文件渊源

[答案及解析] C。罗马法是现代西方大陆法系的思想理论渊源,后者对前者的精神实质进行了继承,是一种实质意义上的渊源而不是形式和效力上的渊源,更不是文件渊源。

2. 下列有关“法的渊源”的表述,哪些是正确的?

- A. 法的主要渊源形式大致有制定法、判例法、习惯法。而学说和法理从来不是法的渊源
- B. 在我国,宪法、法律、行政法规、地方性法规等主要是根据其所调整的社会关系而做出的分类
- C. 根据“条约必须遵守”的原则,我国参加的国际条约和国际惯例均构成当代我国法的渊源之一
- D. 根据有关法律规定,国家政策可以作为我

国法院审理案件时的判决依据

【答案及解析】 BC。学说和法理也曾经是法的渊源,但现今直接将其作为法的渊源的情况已不多见。不得混淆国家政策与法,国家政策可能上升为法,但其本身不是法,不能作审判依据。

考点 5 法律关系

教材精要

一、法律关系的分类

1. 调整性法律关系和保护性法律关系。
2. 纵向法律关系和横向法律关系。
3. 单向法律关系、双向法律关系和多向法律关系。单向法律关系是指在一个法律关系中,权利人只享受权利,义务人只承担义务。双向法律关系是指互为权利义务关系。
4. 第一性法律关系和第二性法律关系。

二、法律关系的主体

法律关系的主体是法律关系的参加者,即在法律关系中一定权利的享有者和一定义务的承担者,包括公民(自然人)、机构和组织(法人)、国家。公民和法人要能够成为法律关系的主体,享有权利和承担义务,就必须具有权利能力和行为能力。

三、法律关系的内容

法律关系的内容就是法律关系主体之间的法律权利和法律义务。它是法律规范的指示内容(行为模式、法律权利与法律义务的一般规定)在实际社会生活中的具体落实,是法律规范在社会关系中实现的一种状态。

四、法律关系的客体

法律关系的客体是指法律关系主体之间权利和义务所指向的对象,是一定利益的法律形式。法律关系客体的种类一般包括:物、人身、精神产品和行为结果。

五、法律关系的产生、变更与消灭

法律关系处在不断的生成、变更和消灭的运动过程中。其变化主要需满足两个条件:一是法律规范;二是法律事实。

完全解读

1. 在民法上,10 周岁以上的未成年人,不能完全辨认自己行为的精神病人是限制行为能力人,刑法上将已满 14 周岁不满 16 周岁的公民视为限制行为能力人。

在民法上,不满 10 周岁的未成年人、完全的精神病人是无行为能力人;在刑法上,不满 14 周岁的未成年人和精神病人被视为无刑事责任能力人。

2. 法律关系产生、变更与消灭的主要条件有二:一是法律规范;二是法律事实。

3. 法律事实就是法律规范所规定的能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况或现象。法律事实分为两种:

(1) 法律事件。不以当事人的意志为转移的法律事实,包括自然事件、社会事件。

(2) 法律行为。以当事人的意志为转移的法律事实,包括合法行为、违法行为。

4. 同一个法律事实可以引起多种法律关系的产生、变更与消灭,两个或两个以上的法律事实可以引起同一个法律关系的产生、变更与消灭。在法学上,人们常常把两个或两个以上的法律事实所构成的一个相关的整体,称为“事实构成”。

冲刺练习

1. 依照“法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系”这一命题,下列说法中正确的有:

A. 如果没有相应的法律规范的存在,就不可能产生法律关系

B. 社会关系是一个庞大的体系,其中受到法律法规调整保护的便是法律关系

C. 法律关系是法律规范的实现形式,是法律规范的内容在现实社会生活中的具体落实贯彻

D. 法律关系是人与人之间的一种合法关系

【答案及解析】 ACD。B 项的错误在于法律关系不同于法律规范调整或保护的社会关系本身,并不能将受法律保护的社会关系完全视为法律关系。

2. 下列哪些情况不属于法律关系范畴?

A. 限制行为能力人之间的法律权利和义务关系

B. 奴隶主对奴隶之占有使用关系

C. 政党社团章程所规定的权利义务关系

D. 无效的合同关系

【答案及解析】 CD。限制行为能力人之间的法律权利和义务关系符合法律关系的条件和要求。奴隶主对奴隶的占有使用关系是奴隶制社会中由奴隶制法调整的社会关系,是根据奴隶制法律规范体现奴隶制国家意志的、符合奴隶制法的

社会关系,是奴隶主与奴隶之间权利义务关系,因此这种占有使用关系是法律关系。党社团章程规定的权利义务关系不是根据法律规范建立的,也不是在法律规范调整社会关系过程中形成的权利义务关系,因此不是法律关系。无效的合同关系由于其不合法,因此不是法律关系,而是与法律适用相关联的、具有法律意义的事实关系。

3. 下列关于法律关系分类的说法正确的是:

A. 调整性法律关系是由于违法行为而产生的、旨在恢复被破坏的权利和秩序的法律关系,是法的实现的非正常形式

B. 纵向法律关系的特点是:法律主体处于不平等的地位;法律主体之间的权利与义务具有强制性

C. 单项法律关系是法律关系体系中最基本的构成要素,一切法律关系均可以分解为单项的权利义务关系

D. 一切相关的法律关系均有主次之分,人们之间依法建立的不依赖其他法律关系而独立存在或在多向法律关系中居于支配地位的法律关系是第一性法律关系

【答案及解析】 BCD。A项阐述的是保护性法律关系的概念和性质,而不是调整性法律关系。

考点 6 法律责任

教材精要

一、法律责任的概念

法律责任是指行为人由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果,包括刑事责任、民事责任、行政责任、违宪责任和国家赔偿责任。

二、法律制裁的概念

法律制裁是指由特定国家机关对违法者依其法律责任而实施的强制性惩罚措施,包括刑事制裁、民事制裁、行政制裁和违宪制裁。

三、法律责任归责原则

1. 责任法定原则;
2. 公正原则;
3. 效益原则;
4. 合理性原则。

四、法律责任免责形式

1. 时效免责;
2. 不诉免责;
3. 协议免责,只在民事方面;
4. 自首、立功;

5. 因履行不能而免责,也叫人道主义免责;

6. 补救免责。

完全解读

1. 违法行为是法律责任产生的主要原因但不是唯一原因,法律责任也可能产生于法律规定,因此,有违法行为必然产生法律责任,但是有法律责任,未必是由违法行为导致的。

2. 权利行使不当或滥用权利,义务的不履行或不完全履行导致法律责任的产生,权利受到妨碍,违反法定义务时,法律责任可以保证权利、义务的顺利实现。

3. 法律责任的归责一般不允许法的类推适用和溯及既往。

冲刺练习

1. 下列说法中不正确的是:

A. 刑事责任是一种惩罚性责任,民事责任是一种救济责任,不执行惩罚的功能

B. 民事责任主要是一方当事人对另一方当事人的责任,在法律允许的条件下,多数民事责任可以由当事人协商解决

C. 产生行政责任的原因是行政相对人的行政违法行为和法律规定的特定情况

D. 对于违反宪法规范的行为可以通过追究刑事责任、民事责任或行政责任来预防和制止

【答案及解析】 ACD。民事责任有时也执行惩罚功能,产生行政责任的原因是行为人的行政违法行为而不是行政相对人的行为,不能通过其他性质的责任形式来预防和制止违宪行为。

2. 下列哪些情况会导致法律责任?

A. 保安王某向车主收5元停车费,不给收据

B. 唐某向报社写信揭露某纪录片造假,报社没有刊登

C. 李某经公共汽车售票员提醒后仍不给抱小孩的乘客让座,结果小孩被拥挤受伤

D. 某工厂要求工人一天至少工作15小时,加班费为每小时1.5元

【答案及解析】 AD。法律责任有两个特点:(1)承担法律责任的最终依据是法律。(2)法律责任具有国家强制性。根据相关法律的规定,收取金钱应给予收据,保安员王某收取金钱却不给予收据,由此可形成民事法律责任;某工厂违反了劳动法的规定,可形成民事法律责任。而在选项B和C中,没有相关的法律规定,因此形不成法律责任。做对本题要把握住形成法律责任的关键在于法律的规定。

第二章 法的运行

考点 1 执法与司法

教材精要

一、法的实施与实现

1. 法的实施,也叫法律的实施,是指法在社会生活中被人们实际实施。以实施法律的主体和法的内容为标准,可以将法的实施方式分为三种:法的遵守、法的执行、法的适用。

2. 法的实现是指法的要求在社会生活中被转化为现实。法的实现是将法的实施的过程性与法的实效的结果性结合的一个概念,法的实现有其相应的各项标准。

二、执法

1. 执法的特点:

(1) 执法是以国家的名义对社会进行全面加强管理,具有国家权威性;

(2) 执法的主体,是国家行政机关及其公职人员;

(3) 执法具有国家强制性,行政机关执行法律的过程同时是行使执法权的过程;

(4) 执法具有主动性和单方面性。

2. 执法的基本原则:

(1) 依法行政原则;

(2) 讲求效能原则;

(3) 公平合理原则。

三、司法

1. 司法的特点:

(1) 只有司法机关才能行使司法权,我国的司法机关是人民法院和人民检察院。

(2) 并不是司法机关所有的活动都是司法活动,只有司法机关以国家强制力为后盾实施法律的活动是司法活动。

(3) 司法是司法机关依照法定程序,运用法律处理案件的活动,具有严格的程序性和合法性。

(4) 司法必须有表明法的适用结果的法律文书。

2. 司法的原则:

(1) 司法公正;

(2) 公民在法律面前一律平等;

(3) 以事实为根据,以法律为准绳;

(4) 司法机关依法独立行使职权。

完全解读

1. 以事实为依据是指司法机关审理一切案件,都只能以与案件有关的客观事实为依据,不以主观想象推测、臆断为依据,应当认真地查清事实真相,使法律适用有的放矢。

以法律为准绳,要严格依照法律规定办事,切实做到有法必依、执法必严、违法必究。

2. 司法机关依法独立行使职权包括:司法权只能由人民法院和人民检察院行使;司法机关独立行使职权,不受行政机关和其他社会团体的非法干涉;司法机关必须依法行使职权。

冲刺练习

1. 下列属于法的适用的有:

A. 某市人民检察院依法对其立案侦查的犯罪嫌疑人王某做出不起诉的决定

B. 某市中级人民法院依法对周某诉王某侵犯名誉权案做出判决

C. 某监狱依法对其关押的罪犯张某的涉嫌犯罪行为立案侦查

D. 某市工商局依法对扰乱市场经济秩序的赵某予以行政处罚

[答案及解析] ABC。法的适用,其主体是国家司法机关,而不是行政机关;并且,法的适用是根据法定职权和法定程序,具体运用法律处理案件的专门活动。

2. 下列关于司法与执法的论说正确的有:

A. 司法与执法的主体不同

B. 司法的内容远比执法广泛得多

C. 执法活动的程序性规定没有司法活动的程序性规定严格和细致

D. 司法活动具有被动性,而执法活动具有较强的主动性

[答案及解析] ACD。司法活动的对象是案