

The National Judicial Examination

国家司法考试

中律司考 (LG400) 培训辅导用书



2010年司法考试

400分过关讲义

中律LG400名师/组编

顾问：李仁玉 洪道德 张 锋 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

中律司考指定教学辅导用书

Zhonglv LG400 Training School

Judicial Examination designated teaching counselling books

2010年司考过关必备

2010 the National Judicial Examination

Clearance necessary



法律出版社

2010 年司法考试 400 分过关讲义

中律 LG400 名师/组编

顾问:李仁玉 洪道德 张 锋 陈永生 杨秀清 杨 帆 张海峡
编撰:刘建伟 迟克春 曹研因 马纵横 李 超 张美娜 钱晓天 陈 奇
统筹:李恒源 张 冬 李 超

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2010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,2010.4
ISBN 978-7-5118-0439-6

I. ①2… II. ①中… III. ①法律工作者—资格考核
—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第027454号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

封面制作/独角兽工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/787×1092mm 1/16
版本/2010年3月第1版

印张/34.75 字数/1058千
印次/2010年3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 978-7-5118-0439-6

定价:80.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

《2010年司法考试400分过关讲义》，是对司法部指定《国家司法考试辅导用书》（俗称“三大本”）的考点精要编写，由国内盛誉司法考试培训学校“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，根据参与编写教材、命题的经验和近年高频考点呕心著成！

《2010年司法考试400分过关讲义》精辟概括

本书是依据《国家司法考试辅导用书》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辅导教材。本书覆盖了“三大本”90%以上的精华内容，是一本难得的司考权威教学用书，是一个以全力减轻考生负担为目标的宝藏。

《2010年司法考试400分过关讲义》应运而生

长达354.7万字的“三大本”、数以万计的法条、8年9套近3000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内尽揽于胸？是40多万司考考生所困惑的问题，更迫切希望找到解决办法！司考资料，在精不在多！大多数过关考生都很明白“三大本”的不平凡意义，对于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、司法制度和法律职业道德）和第二、三卷如刑法、民法等大法的总则理论部分，大量的原句以及所举范例直接成为考试题干或题枝，进行考查。“三大本”成为考生通过司法考试必须翻越且首当其冲的白峨雪山。中律LG400专门推出了讲解“三大本”为主的精品班次，本书正是该班次的精华。

《2010年司法考试400分过关讲义》多项第一

- NO.1 首本真正密切紧扣“三大本”，涵盖更多、更全精确考点，减少盲点；
- NO.1 首本依托近5年真题，真正将题与考点链接，方便考生学习时举一反三；
- NO.1 首本将重点法条与考点结合起来，增加理解与记忆，融会贯通；
- NO.1 首本以考点直击的形式，将考点考查次数、所占分值，直观表现出来，重点、次重点一目了然。

《2010年司法考试400分过关讲义》受众群体

本书适合参加2010年国家司法考试的考生使用，尤其是没有系统学习过司考的考生，方便大家在首轮学习，全面掌握考点时备用，以实现正确梳理知识点、掌握出题方向的目标。

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”，而我们认为，“本书在手，事半功倍”，备战司法考试更多的是技巧，愿高度概括知识体系、精选核心考点的本书为你开道，指引你到达成功的彼岸！

本书作者：中律引导司考培训方向

- 第一家 开设签约保证不过关退费班次的培训机构（2003年）；
- 第一个 推出三个月超长辅导班次的机构（2003年）；
- 第一个 突破传统单一教学，创立六阶段系统培训之模式（2003年）；
- 第一家 成功组建名师教授与应试辅导专家强强联合的师资团队（2004年）；
- 第一家 成立命题研究团队，科学总结命题规律和必考点的机构（2004年）；
- 第一家 推出考前信息资料《2:1预测报告》、《卷四预测报告》的机构（2004年）；
- 第一家 拥有吃住学一体化封闭式教学培训基地的机构（2004年）；
- 第一家 推出“三大本精讲班”的学校（2010年）；
- 第一家 推出“日式家教”模式教学服务的学校（2010年）。

凡有知识点含混不清待解及其他相关问题读友，均可登录 www.lg400.com 网站或垂电 010-62227168，中律LG400学校愿助你成功！是为序。

目 录

社会主义法治理念	(1)
法理学	(6)
法制史	(33)
宪法	(56)
经济法	(85)
国际法	(113)
国际私法	(137)
国际经济法	(152)
司法制度和法律职业道德	(169)
刑法	(179)
刑事诉讼法	(255)
行政法与行政诉讼法	(310)
民法	(374)
商法	(450)
民事诉讼法与仲裁制度	(489)

社会主义法治理念

【考情分析】 社会主义法治理念从2007年到2009年连续三年考查分值都在20分以上,在2009年更是单独成编,并加大了选择题的数量,其在司法考试中的重要性有增无减;考查的知识点也逐渐细化,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(2007~2009年)	考查特点
20~25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,该部分都是常规性题目,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。

【考点直击】

考点	考查次数
社会主义法治理念的地位和作用	3
对社会主义法治理念的认识	3
社会主义法治理念的理论渊源	2
“三个至上”	2
社会主义法治理念的核心内容及其内涵	1
马克思主义中国化的四次重大理论创新	1

【所占分值】 20~25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特征

一、社会主义法治理念的基本概念★(真题链接07-1-51)

(一)法治:依法合理配置权力与权利的社会状态

法治的字面意义就是法律之治,即通过法律治理国家。在法治状态下,所有公民与社会组织皆依法行事,公民个人享有宪法和法律保障的广泛权利,同时也负有相应的法律义务;立法、司法、行政等权

力部门都在法律框架内有序运行,依法律产生,受法律约束,对法律负责,国家的权力与公民的权利都通过法律得到了合理配置。所谓法治,就是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:法治的理性化观念

法治理念是关于法治的本质属性、基本内涵和根本要求的思想观念。其是根植于一国法治实践中,反映法治现实,对法治实践起指导和推动作用的思想载体。

(三)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

社会主义法治理念是指导我国建设社会主义法治国家的思想观念体系,它反映了社会主义法治的性质、功能、价值取向和实现途径,是社会主义法治体系的精髓和灵魂,是立法、执法、司法、守法和法律监督的指导思想。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。

二、社会主义法治理念的特征

(一) 政治性

社会主义法治理念与社会主义民主政治有着密切的关系,民主政治首先就是民主法治,只有通过民主的程序,社会主义法治才能真正代表人民的利益。

(二) 人民性

社会主义法治理念反映和坚持了人民民主专政的国体,以社会主义国家全体公民为主体,具有彻底的人民性。

(三) 科学性

社会主义法治理念以马克思主义法律思想为指导,从我国国情出发,系统地回答了什么是社会主义法治,如何建设社会主义法治国家等一系列问题,具有科学性。

(四) 开放性

社会主义法治理念能够与时俱进,随着法治的不断完善,社会主义法治理念的内涵也会更具时代性、规律性与创造性。

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 09-01-02)

1. 马克思、恩格斯、列宁的法治思想:

(1) 马克思、恩格斯的社会主义法治理念的方法论,人民主权思想、法的本质和功能的思想、法律权威的思想等,构成了社会主义法治理念的理论基础和源头。

(2) 列宁丰富和发展了马克思和恩格斯的法治思想,解决了社会主义法治中的一系列重大理论问题。列宁关于社会主义法治的探索和论述不仅构成了社会主义法治理念的理论基础,而且标志着社会主义法治实践的开端。

2. 中国特色社会主义法治思想包括毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观中的法治思想。

3. 中国传统法律思想是社会主义法治理念的重要来源,外国法治思想也为社会主义法治理念提供了有益的借鉴。

二、社会主义法治理念的实践基础

社会主义法治理念的提出,是在总结我国社会主义法治实践的基础上,借鉴其他国家法治实践经验教训,经过几代中国共产党领导人的不断凝练,逐

步形成的指导社会主义法治建设的重大理论成果。

第三节 社会主义法治理念的本质属性

一、“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”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”的重要观点。

二、深刻认识坚持“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的重大意义

1. 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线,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、人民当家做主、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。坚持“三个至上”,必须体现在社会主义法治理念的各个方面,必须贯穿于社会主义法治建设的各个领域,必须落实到发展社会主义民主政治的各个环节和全部工作之中。

三、准确理解“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、正确把握“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的内在关系

1. “党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”是高度统一、不可分割的整体。

2. 中国共产党是中国特色社会主义事业的领导核心,始终代表中国先进生产力的发展要求,代表中国先进文化的前进方向,代表中国最广大人民的根本利益,党的事业就是维护好、发展好人民利益。

3. 中国共产党领导人民制定宪法和法律,也领导人民遵守和执行宪法和法律,宪法和法律是党的主张和人民意志相统一的体现,中国共产党作为执政党必须树立、维护和尊重宪法法律的权威。人民制定宪法法律就是为了协调、保障和发展自己的利

益,人民利益就是宪法和法律的最高价值。

4. 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。

第四节 社会主义法治理念的地位和作用

一、社会主义法治理念的地位★(真题链接 09-01-04)

(一)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

1. 新民主主义革命时期。

在新民主主义革命时期,在中国共产党领导的陕甘宁边区政府的司法实践中,逐步确立了平等与正义、“共产党员有犯法者从重治罪”等司法原则。

2. 新中国成立后。

第一,以毛泽东同志为主要代表的第一代中央领导集体提出并实施“民主建国”,制定第一部《中华人民共和国宪法》(1954年9月20日通过),实现了马克思主义法律观中国化的第一次重大创新。

第二,以邓小平同志为主要代表的第二代中央领导集体,创造性地阐释了一系列具体而明确的法律思想,提出了社会主义法制建设“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的“十六字方针”,实现了马克思主义法律观中国化的第二次重大创新。

第三,以江泽民同志为主要代表的第三代中央领导集体,正式确定“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,实现了马克思主义法律观中国化的第三次重大创新。

第四,以胡锦涛同志为总书记的中央领导集体,提出了“社会主义法治理念”这一崭新命题,解决了建设什么样的法治国家、如何建设社会主义法治国家的重大问题,实现了马克思主义法律观中国化的第四次重大创新。社会主义法治理念的提出,是对前三次马克思主义法律观中国化成果的继承、发展和升华,它标志着我们党对建设中国特色社会主义法治国家的规律、中国共产党执政规律有了更加深刻的认识和把握。

(二)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

1. 邓小平。★(真题链接 09-01-05)

邓小平同志阐述的法律思想。法制建设要从初级阶段的基本国情出发;“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”社会主义法制建设“十六字方针”;用法律措施维护安定团结的政治局面;党和国家领导制度的改革;坚决打击经济犯罪活动;“死刑不能废除”;“一手抓建设和改革,一手抓法制”;把“一国两制”的构想法律化;市场经济是法制经济。

2. 江泽民。

江泽民同志特别明确提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略,把社会主义与法治国家结合起来,是中国特色社会主义理论和实践的又一创举。

3. 胡锦涛。

胡锦涛同志提出社会主义法治理念这一重大理论命题。牢固树立社会主义法治理念,反映了贯彻科学发展观的基本要求,一方面,它是科学发展观落实到社会主义法治建设领域内的具体体现;另一方面,它又从政治法律领域更加丰富和深化了科学发展观的科学内涵。

(三)社会主义法治理念是社会主义法治建设的指导思想

二、社会主义法治理念的作用

社会主义法治理念的作用主要为:

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。

第二章 社会主义法治理念的基本内涵

一、依法治国:社会主义法制的核心内容

1. 人民民主。人民民主的本质就是人民当家做主,国家的一切权利属于人民。人民民主是依法治国的政治基础和政治前提。

2. 法制完备。包括形式意义上的完备和实质意义上的完备。

3. 树立宪法法律权威。依法治国的核心是树立宪法法律权威,坚持宪法法律至上。

4. 权力制约。权利制约是依法治国的关键环节,没有权利制约,依法治国便无从谈起。

二、执法为民:社会主义法制的本质特征

1. 以人为本。以人为本是科学发展观的核心,是执法为民的本质要求,以人为本就是以最广大人民群众的根本利益为本。

2. 保障人权。保障人权是执法为民的重要内容,执法机关必须树立宪法和法律观念,严格遵守法律,尊重和保障人权。

3. 文明执法。文明执法是执法机关和执法人员执法文明进步的状态,是执法为民的本质要求和外在表现。

三、公平正义:社会主义法治的价值追求

1. 法律面前人人平等。法律面前人人平等,是我国宪法明确规定的社会主义法治的基础原则,是公平正义的首要内涵,也是实现公平正义的方式、载体和支撑。

2. 合法合理。合法就是合乎宪法和法律的规定,合理就是合乎理性。

3. 程序正当。是指立法、执法、司法机关的活动必须严格遵守法定程序。

4. 及时高效。及时高效,以公平正义为前提和基础,要求以最小的成本投入和最低的资源消耗实现最大程度的公平正义。

四、服务大局:社会主义法治的重要使命

1. 把握大局。认识大局、把握大局是服务大局的前提。

2. 围绕大局。坚持决策部署以大局为方向,执行落实以大局为准则。

3. 立足本职。社会主义法治服务大局的要求,落实到具体部门、单位和个人上,就是要立足本职,切实履行好岗位职责,发挥好职能作用。

五、党的领导:社会主义法治的根本保证

1. 党对社会主义法治的思想领导。坚持党对社会主义法治的思想领导,就是要坚持马克思主义在法治意识形态领域的指导地位。

2. 党对社会主义法治的政治领导。一是坚持走中国特色社会主义法治发展道路。二是坚持和完善中国特色社会主义司法制度。三是坚持党的路线、方针、政策。

3. 党对社会主义法治的组织领导。主要是通过推荐重要干部,充分发挥党组织的作用,推动党的路线、方针、政策的贯彻落实。

第三章 社会主义法治理念的基本要求

一、健全完善立法

1. 科学立法。科学立法是社会主义法治理念的必然要求,只有在立法工作中坚持科学立法,立法的目的才能真正实现,才能满足人民对法律的需求。

2. 民主立法。是指在立法的过程中要坚持群众路线,体现人民的意志和要求,确保人民的利益。

3. 法制统一。从立法层面而言,一是一切法律、法规不得与宪法相抵触;二是下位法不能与上位法相抵触;三是相同位阶的法之间不能相抵触。

4. 体系完备。主要是继续制定和完善框架性法律,修改、完善法律和制定配套法规,并进行法律清理和法典的编纂工作。

二、坚持依法行政

1. 行政要合法。也就是合法行政,指行政机关实施行政行为,应依照法律、法规、规章的规定进行。

2. 行政要合理。也就是合理行政,指行政机关实施行政行为,应遵循公平、公正原则,不偏私、不歧视。

3. 行政要高效便民。指行政机关实施行政管理,应遵守法定时限,提高办事效率,最大限度地地为公民、法人和其他组织提供方便。

4. 权责要统一。指行政机关拥有的职权应当与其承担的职责相适应。

5. 政务要公开。指行政机关在行政管理过程中,以一定形式,依法将政务信息等主动及时向社会公众公开,以便群众的知晓和监督。

6. 依法行政能力和职业道德水平要不断提高。

三、严格公正司法

1. 切实维护司法公正。司法人员必须自觉用司法公正理念指导司法工作,维护实体和程序公正。

2. 不断提高司法效率。司法机关必须不断提高司法效率,努力实现司法公正,正确处理公正与效率的关系。

3. 努力树立司法权威。司法公正、司法效率和司法权威是相互作用的统一体,没有司法权威就难以实现司法公正和司法效率。

4. 充分发扬司法民主。司法民主是指在司法活动中体现和保障人民当家做主的权利,包括主体民主、程序民主和目的民主三个方面。

四、其他基本要求

1. 加强制约监督。党的十七大报告提出,要完

善制约和监督机制,保证人民赋予的权力始终用来为人民谋利益,社会主义法治理念的深化研究和实践,必须充分体现制约监督的要求。

2. 自觉诚信守法。自觉守法是实现依法治国的重要保证,是现代法治国家的重要标志。

3. 繁荣法学事业。法学研究和法学教育是为

社会主义法治建设提供理论支撑和人才支持的重要阵地,在法学研究和法学教育中开展社会主义法治理念教育意义重大。

4. 实施正确领导。党的正确领导能够指明法治建设的方向,规划法治建设的路径,凝聚法治建设的力量,保证法治建设的成效。

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。法理学本身的分值稳步提高,其在司法考试中的重要性日渐凸显。

分值比例(2005~2009年)	考查特点
41~56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
法的要素	15
法律关系	8
法的渊源	7
法的概念	5
法的价值	5
法的效力	3
法律责任	3
法律部门与法律体系	2

【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害,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,即法与道德是相互连接的	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★ (真题链接 04-01-01)

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、08-1-01)

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

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★(真题链接 07-1-07)

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。

第三,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

(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 09-1-06)

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度的,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. 法律自身也有局限,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

一、法的价值的含义

所谓法的价值,简单地说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 08-1-02)

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 08-1-03)

(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:国际人权与一人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 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:

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	有……义务,须得……,要……,应……,必须……
		禁止性规则	禁止……,不准……,不得……,不应当……,严禁……,不要……
规则内容的确定性程度不同	确定性规则	无须援引或参照其他规则	
	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	

二、法律原则★★(真题链接 08-1-51、06-1-52)

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、诚实守信、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:★★(真题链接 07-1-02、07-1-03)

	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,而且关注他们的个别性,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
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,他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同一部法律之中

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正的后果,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 05-1-06)

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

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. 正式渊源是指,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★(真题链接 07-1-06)

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 05-1-54)

(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,即总会有一些问题不可能从正式的法的渊源中寻找确定的大前提。这包括下列情况:

第一,正式的法源完全不能为法律决定提供大前提;

第二,使用某种正式的法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;

第三,一项正式的法渊源可能会产生两种解释的模棱两可性和不确定性。

在以上三种情况下,法律人为了给法律问题提供一个合理的法律决定就要诉诸法的非正式的渊源。

(二)当代中国法的非正式渊源

1. 习惯。

习惯中为国家认可的那部分具有正式法的渊源的意义,其他部分则是我国法的非正式渊源。习惯成为法律渊源必须具备三个要件:

一是客观要件,必须是一定区域内长期存在的、为民众一直遵守且反复适用的惯行;二是主观要件,参与这一惯行的社会成员,对于该惯行的适法性产生确信;三是形式要件,该习惯以法律的形式表现出来。

2. 判例。

判例在英美法系属于法的正式渊源。

3. 政策。

第五节 法律部门与法律体系

一、法律部门

(一)法律部门的含义

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某一类社会关系的法律规范的总称。

(二)划分法律部门的标准

一般而言,划分法律部门的主要标准首先是法律所调整的不同社会关系,即调整对象;其次是法律调整方法。

(三)公法、私法与社会法

公法与私法的划分是大陆法系国家的一种分类方法。最早由古罗马法学家乌尔比安提出。公法与私法部门的具体划分仍存争议,但现在公认的公法部门包括宪法和行政法等,私法包括民法和商法等。

二、法律体系

法律体系,是指一国的部门法体系,即一国现行的全部法律规范根据一定的标准和原则划分成不同的法律部门,并由这些法律部门所构成的具有内在联系的统一整体。

1. 法律体系是一国现行国内法所构成的体系,不包括本国历史上已经宣布废止的法律,也不包括尚未制定或者虽然制定颁布但还尚未生效的法律。

2. 法律体系是由一国现行的全部法律规范所组成的不同类别的部门法(或称法律部门)所构成的体系,不包括完整意义的国际法。

3. 法律体系是一种客观存在的社会生活现象,反映了法的统一性和系统性。

4. 尽管当代中国实行“一国两制”,存在不同法域和不同法系的法,但当代中国的法律体系是统一的。

三、当代中国的法律体系

当代中国的法律体系,主要由以下法律部门和法律规范构成:

法律部门是:宪法、行政法、民法、商法、经济法、劳动法与社会保障法、自然资源与环境保护法、刑法、诉讼法;法律规范是:法律,行政法规,地方性法规、自治条例和单行条例。

第六节 法的效力

一、法的效力的含义

法的效力也称法律的适用范围,是指法律对哪些人,在什么空间、时间范围内有效。一般认为,法律效力包括对人的效力、空间效力和时间效力三个方面。法的效力可以分为规范性法律文件的效力和非规范性法律文件的效力。

二、法律效力的根据

1. 出于习惯:因为人们从小接受这样的教育要尊重父母、知识、权威,同时也包括法律,因此守法成为了人们心理中的一种习惯和组成要素,自然而然地会遵守法律。

2. 合法认识:是人们对国家法律及其裁决的合法性的认同,由于法律或裁决是出自人们选择的政权通过法定的立法机关依据法定程序所产生,使人们对它有合法性的认识,相信并认同,于是会加以遵守。

3. 畏惧心理:法律是具有强制性的国家暴力,任何违法行为都将受到惩罚,对法律具有的惩罚性的恐惧,使人们被迫服从法律,予以遵守。

4. 社会压力:人是生活在一定的社会之中的,社会有相应的行为模式,是人们所共同依赖的,一旦有人违反,将会损害到其他依赖和服从这些行为模式的人或组织,彼此之间的行为依赖构成了一定的社会压力迫使人们服从法律。

5. 个人利益:公民之所以服从法律是因为守法相对于其他选择而言,是对行为者最为有利的结果,出于理性的考虑,会选择守法。这在学上说是一种功利论的观点。

6. 道德信念:守法是合乎道德的,是社会公平的