

法律版|<<<<

2010年国家司法考试应试指导

小学科专题精讲



法律考试中心/编

- ★ 卷一 高分秘籍
- ★ 提炼 常考重点
- ★ 图表 直观记忆
- ★ 真题 强化自测



2010 年国家司法考试应试指导

小学科专题精讲

法理学·法制史·宪法·国际法·国际私法·
国际经济法·司法制度和法律职业道德

法律考试中心/组编

编写人员:王丽君 郝维华 任端平 沈跃冬
王 磊 郭湫君 潘春娟 王峰峰
丁 敏

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

小学科专题精讲/法律考试中心编. —北京:法律出版社, 2009. 12

(2010 年国家司法考试应试指导)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0178 - 4

I. ①小… II. ①法… 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(2009)第 218954 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

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/14 字数/430 千

版本/2009 年 12 月第 1 版

印次/2009 年 12 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 - 0178 - 4

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

在司法考试中,学科分大小,复习有轻重。学科不同,所占的分值就不同,复习中投入的时间和精力也就不同。虽然与民法民诉、刑法刑诉、行政法与行政诉讼法等大的学科相比,法理学、法制史、宪法、国际法、国际私法、国际经济法、司法制度和法律职业道德在司法考试中所占分值少,属于小分值学科,但所占分值也在百分左右,占司法考试总分的 $1/6$;而且它们有一个共同的特点:受法条变动的影响较小,具有一定的稳定性。如何在有限的时间和精力制约下,突破小学科,少丢分,甚至不丢分,也是考生非常关注的问题。

本书不是知识的简单堆砌,而是采用专题的形式,突出重点和难点,并配以真题自测。本书编写人员皆有教学或司法考试辅导经验,他们从专业的角度对小学科提出新意,采用做表、做图等多种方法和符号整合知识点,为广大考生编出一本简洁易懂、便于记忆和练习的考试用书。

司法考试试卷一除了包括本书的内容外,还有经济法部分,主要有:竞争法、消费者法、银行业法、财税法、劳动法、土地法和房地产法、环境保护法。本部分内容较为庞杂,知识点零散,本书没有收录,建议考生通过研习历年真题和法条的方法予以掌握。

相信通过对本书的研习,可以帮助考生合理分配复习时间,在小学科上拿高分,事半功倍,顺利通过司法考试。关于本书的任何问题,请发邮件至 lawpress@sina.com。

编者

目 录

法 理 学

专题一 社会主义法治理念	(1)
专题二 法的概念和法的价值	(5)
专题三 法的要素	(6)
专题四 法的渊源	(8)
专题五 法律关系、法律责任、法的效力	(10)
专题六 立法、法适用	(13)
专题七 执法、司法、法律监督	(15)
专题八 法律解释与法律推理	(16)
专题九 法系	(18)
专题十 法治理论	(19)
专题十一 法的发展	(20)
专题十二 法与社会、经济、科技	(21)
专题十三 法与政治、政策、人权	(23)
专题十四 法与道德、宗教	(24)

法 制 史

一、中国法制史	(27)
专题一 中国法制史中的法律思想——以立法思想为主的重要法制思想	(29)
专题二 中国法制史中的立法的延续与变迁	(30)
专题三 中国封建法律中的罪与罚：罪名与刑罚制度的变化	(41)
专题四 中国法制史中的司法机关和司法制度的变迁	(45)
专题五 中国法制史中的民事法律内容：契约、婚姻和继承	(52)
二、外国法制史	(54)
专题一 古代罗马法	(54)
专题二 近代法律中的英美法系	(58)
专题三 大陆法系	(60)

宪 法

专题一 宪法基本理论(上)	(63)
专题二 宪法基本理论(下)	(65)
专题三 国家的基本制度(上)	(67)
专题四 国家的基本制度(下)	(68)
专题五 公民的基本权利和义务	(75)
专题六 国家机构	(79)
专题七 宪法的实施及其保障	(90)

国 际 法

专题一 国际法基本理论	(93)
-------------------	--------

专题二	国际法主体	(94)
专题三	国际法律责任	(96)
专题四	国际法上的空间划分	(97)
专题五	海洋法	(98)
专题六	国际航空法	(102)
专题七	国际环境法	(103)
专题八	国际法上的个人	(104)
专题九	外交关系法和领事关系法	(107)
专题十	条约法	(111)
专题十一	国际争端的和平解决	(115)
专题十二	战争与武装冲突法	(118)

国 际 私 法

专题一	国际私法概述	(119)
专题二	国际私法的主体	(120)
专题三	法律冲突、冲突规范和准据法	(123)
专题四	适用冲突规范的制度	(125)
专题五	国际民商事法律适用	(127)
专题六	国际民商事争议的解决	(133)
专题七	区际法律问题	(141)

国际经济法

专题一	国际货物买卖	(145)
专题二	国际货物运输与保险	(152)
专题三	国际贸易支付	(159)
专题四	对外贸易管理制度	(164)
专题五	世界贸易组织	(170)
专题六	国际经济法领域的其他法律制度	(178)

司法制度与法律职业道德

专题一	司法制度与法律职业道德概述	(189)
专题二	审判制度与法官职业道德	(192)
专题三	检察制度与检察官职业道德	(200)
专题四	律师制度与律师职业道德	(205)
专题五	公证制度与公证员职业道德	(213)

专题一 社会主义法治理念

重点精讲

(一) 社会主义法治理念

社会主义法治理念由依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导五个方面的主要内容构成

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

特征:1. 政治性;2. 人民性;3. 科学性;4. 开放性

(二) 社会主义法治思想

中国特色社会主义理论体系中的法治思想,即中国特色社会主义法治理论,主要由以下几个方面构成:

一是坚持党的领导、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

二是坚持党的事业至上、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根本原则

坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上的有机统一,要正确处理政治效果、社会效果和法律效果之间的关系,坚持政治效果、社会效果和法律效果的有机统一

具体执法活动,法律效果是首要的基本标准,社会效果、政治效果是最终的根本标准

同时,也要防止和反对只讲社会效果、政治效果而不讲法律效果,甚至违法执法、违法司法,损害法治原则和权威

三是坚持依法治国、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

四是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

五是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

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,是新中国成立以来中国共产党领导集体把马克思主义法治思想应用于治国理政的实践,并在实践中丰富和发展马克思主义法治思想的结晶,是马克思主义法治思想中国化的重要成果

【真题自测】 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。有关这一表述,下列哪一说法是不成立的? [09/1/4]^①

A. 社会主义法治理念是马克思主义法律观同中国国情和现代化建设实际逐渐结合的产物

B. 马克思主义法律观的中国化进程从新中国成立以后才开始

C. 1954年《中华人民共和国宪法》的制定实现了马克思主义法律观中国化的第一次重大创新

D. 社会主义法治理念的提出,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

(三) 社会主义法治理念的本质属性

“三个至上”,即“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、依法治国有机统一的本质要求,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

1. 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

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

坚持“人民利益至上”,维护人民权益,这是党全心全意为人民服务的根本宗旨的体现,也是社会主义宪法法律的最高价值,是社会主义法治的目的。最大多数人的根本利益是最紧要和最具有决定性的因素

(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,体现在宪法法律面前一律平等,体现在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。必须树立宪法法律权威,努力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

2. 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

续表

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	
(1)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	
(2)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,必须树立、维护和尊重宪法法律的权威	
(3)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	

【真题自测】2007年12月26日,中共中央总书记胡锦涛提出“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的重要观点。有关“三个至上”中“宪法法律至上”的理解,下列哪一选项是正确的? [09/1/1]①

- A. “宪法法律至上”是指宪法和法律在效力上地位相同,都具有最高效力
- B. “宪法法律至上”仅仅强调实现法律效果,是增强全社会法律意识的价值指引
- C. 肯定“宪法法律至上”是执政党在思想认识上的一个重大转变
- D. “宪法法律至上”是我国宪法明确规定的原则,一切国家机关、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

(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

续表

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

【真题自测】关于社会主义法治理念的理解,下列哪一选项是正确的? [09/1/3]②

- A. 社会主义法治理念与中国传统法律文化有本质区别,它与后者之间不存在继承关系
- B. 社会主义法治理念主要以马克思主义的剩余价值学说为基础
- C. 社会主义法治理念是建设社会主义法治文化的价值指引
- D. 社会主义法治理念本身属于社会主义法治的制度体系

(六)社会主义法治理念的基本内涵

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。这五个方面相辅相成,体现了党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一	(1)依法治国是社会主义法治的核心内容
	(2)执法为民是社会主义法治的本质特征
	(3)公平正义是社会主义法治的价值追求
	(4)服务大局是社会主义法治的重要使命
	(5)党的领导是社会主义法治的根本保证

1. 依法治国

(1)依法治国是社会主义法治的核心内容。依法治国是我们党在总结长期的治国理政经验教训基础上提出的治国基本方略,是实现国家长治久安的重要保障,是发展社会主义民主政治的必然要求。

(2)依法治国的基本内涵:

人民民主	人民民主的本质就是人民当家作主,国家的一切权力属于人民。人民民主是依法治国的政治基础和政治前提。法治是实现人民当家作主的重要制度保证。只有健全社会主义法制,实行依法治国,才能切实保障人民的主人翁地位,保证公民享有广泛的权利与自由
法制完备	依法治国,建设社会主义法治国家的基础和前提是完善中国特色社会主义法律体系

续表

树立宪法法律权威	依法治国的核心就是树立宪法法律权威,坚持宪法法律至上。树立宪法法律权威,是指宪法和法律在国家和社会生活中享有崇高的威望,得到普遍的遵守和广泛的认同;宪法和法律在调控社会生活方面发挥基础和主导的作用,一切国家权力和其他社会规范只能在宪法和法律的支配下发挥作用
权力制约	权力制约是依法治国的关键环节。根据民主法治的原则,建立健全决策权、执行权、监督权既相互制约又相互协调的权力结构和运行机制,是建设社会主义法治国家的基本要求和特征

2. 执法为民

(1) 执法为民是社会主义法治的本质特征。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,是“一切权力属于人民”的宪法原则的具体体现,是社会主义法治始终保持正确政治方向的根本保证。

(2) 执法为民的基本内涵:

以人为本	以人为本,是科学发展观的核心,就是以最广大人民群众的根本利益为本,是执法为民的本质要求
保障人权	我国宪法规定,国家尊重和保障人权。执法工作中尊重和保障个人人权,就是要尊重和保障执法当事人的合法权利,包括尊重和保障行政管理相对人的合法权利,尊重和保障犯罪嫌疑人、被告人、罪犯的合法权利,尊重和保障被害人的合法权利等。执法机关在执法活动中,要严格遵守有关法律规定,对于未成年人、妇女、老年人、残疾人等弱势群体给予特殊保护,对特殊群体给予更多关爱,使他们的权利得到切实保障
文明执法	文明执法是指执法机关和执法人员以社会主义法治理念为指导,以文明的方式去执行法律,以高度的热情服务社会,是执法为民的本质要求和外在体现

3. 公平正义

(1) 公平正义是社会主义法治的价值追求:作为社会主义法治理念的公平正义,是指社会全体成员能够按照宪法和法律规定的方式公平地实现权利和义务,并受到法律的保护。公平正义是社会主义法治建设的根本目标,是新时期广大人民群众强烈愿望,是立法、执法和司法工作的生命线,是社会主义和谐社会的基本特征。

(2) 公平正义的基本内涵:

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本原则,是公平正义的首要内涵
合法合理	合法合理,是公平正义的内在要求。一切组织或个人追求的公平正义和实现公平正义的实现方式只有既合法,又合理,反映社会整体价值观和公众利益,才能为社会公众所认可和接受
程序正当	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的规定。正义不仅应当实现,而且应当以人们看得见的方式实现。程序是运送正义的方式
及时高效	迟来的正义为非正义。及时高效,要求以公平正义为前提和基础,以最短的时间,以最小的成本投入、最低的资源消耗实现最大程度的公平正义

4. 服务大局

(1) 服务大局是社会主义法治的重要使命:

服务大局是社会主义法律的本质要求,作为国家治理方式,法治必然服务于国家的根本任务和根本利益。依法治国、建设社会主义法治国家,是中国特色社会主义事业的重要内容。法治工作是党和国家工作的重要组成部分,社会主义法治必然在中国特色社会主义事业这一整体和全局的统率与主导下展开,并推动自身发展

(2) 服务大局的基本内涵:

把握大局	把握大局,深刻认识大局的特征,是服务大局的首要前提
围绕大局	围绕大局,就是要坚持决策部署以大局为目标方向,执行落实以大局为行为准则
立足本职	服务大局不是一个空洞抽象的概念,而应是具体行为的表现,就是要立足本职,切实履行好岗位职责,发挥好职能作用

5. 党的领导

(1) 党的领导是社会主义法治的根本保证。坚持党的领导是我国宪法确定的一项基本原则,是社会主义法治的根本保证。这是由党的先进性以及法治建设的艰巨性所决定的,也是中国人民的历史选择。

(2) 党的领导的基本内涵:

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。 <u>中国社会主义法治建设必须坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,绝不能搞指导思想多元化</u>
---------------	---

续表

党对社会主义法治的政治领导	党的政治领导,核心是路线、方针和政策的领导。只有在政治上始终坚持党的领导,才能确保法治建设的正确方向
	①坚持走中国特色社会主义法治发展道路。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
	②坚持和完善中国特色社会主义司法制度
	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
	在司法权的来源上,司法权来自人民,属于人民
	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
	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
党对社会主义法治的组织领导	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
	我国法治发展的实践证明,中国特色社会主义司法制度符合中国国情,顺应了人类社会发
党对社会主义法治的政治领导	展规律和社会主义建设规律,保障、促进了中国特色社会主义事业的发展进步
	③坚持党的路线、方针、政策。在我国,党的政策和国家法律本质上高度一致,必须正确把握党的路线方针政策和国家法律的关系,克服把党的路线方针政策与国家法律割裂开来、对立起来或完全等同错误观念,不断增强贯彻落实党的方针政策的自觉性和坚定性,不断增强严格执行国家法律的自觉性和坚定性
党对社会主义法治的组织领导	党的组织领导,主要就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

(七)社会主义法治理念的基本要求

健全完善立法	1. 科学立法
	2. 民主立法
	3. 法制统一
	4. 体系完备
坚持依法行政(执法)	1. 行政要合法
	2. 行政要合理
	3. 行政要高效便民
	4. 权责要统一
	5. 政务要公开
	6. 依法行政能力和职业道德水平要不断提高
严格公正司法	1. 切实维护司法公正
	2. 不断提高司法效率
	3. 努力树立司法权威
	4. 充分发扬司法民主
其他基本要求	1. 加强制约监督
	2. 自觉诚信守法
	3. 繁荣法学事业
	4. 实施正确领导

专题二 法的概念和法的价值

一、重点精讲

(一) 法的三层本质

第一层(初级)	法的国家性(正式性):法是由国家制定或认可的、由国家强制力保障实施的、正式的、官方确定的行为规范
第二层	法的阶级性
第三层(最终本质)	法的物质制约性:法是由一定社会物质生活条件所决定的

【真题自测】 根据马克思主义法学的基本观点,下列表述哪一项是正确的? [04/1/1]①

- A. 法在本质上是社会成员公共意志的体现
- B. 法既执行政治职能,也执行社会公共职能
- C. 法最终决定于历史传统、风俗习惯、国家结构、国际环境等条件
- D. 法不受客观规律的影响

(二) 法的规范作用

指引作用	指法对本人的行为具有引导作用;有确定性指引(以设置法律义务的方式明确指引)和不确定性指引(以宣告法律权利的方式给人一定的选择范围)两种
评价作用	指法具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用
教育作用	指通过法的实施,使法律对一般人的行为产生影响。具体表现为警示作用和示范作用两种
预测作用	指依凭法律,可以预先估计到人们相互之间会如何行为
强制作用	指法律可以通过制裁违法犯罪行为的方式,来强制人们遵守法律

二、难点突破

1. 法的基本特征

形式特定	指法是由公共权力机构制定或认可的、有着特定形式的社会规范(区别于政策、道德、宗教教义等其他社会规范)
------	--

续表

普遍性	具体指:普遍有效性、普遍平等对待性、普遍一致性(指法律的内容始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向)
以权利义务为内容	法以设定权利和义务为内容的形式,来规范人的行为(不同于道德——主要以义务要求为内容)
以国家强制力为后盾	法律强制是一种国家强制,通过法律程序来实现(区别道德、宗教教义、纪律等的保障方式)
可诉性	指法律具有被任何人(包括公民和法人),在法律规定的机构中(尤其是法院和仲裁机构),通过争议解决程序(特别是诉讼程序)的运用,来维护自身权利的可能性

【真题自测】 下列哪一选项体现了法律的可诉性特征? [07/1/7]②

- A. 下一级的规范性法律文件因与上一级的规范性法律文件冲突而被宣布无效
- B. 公民和法人可以利用法律维护自己的权利
- C. “一国两制”原则体现在《香港特别行政区基本法》的制定过程中
- D. 道德规范上升为法律规范

2. 法的价值冲突及其解决原则

法的价值有秩序、自由、正义、利益、效率等,各个价值之间有时会发生冲突,冲突场合主要有三种:一是个体之间,比如个人自由导致他人利益受损;二是共同体之间,比如国家主权与国际人权的矛盾;三是个体与共同体之间,比如个人自由与社会秩序的冲突。

价值冲突之间的协调平衡,可以通过法律规则的形式具体规定,但立法不可能穷尽社会生活的一切形态,必须形成一些指导原则,以适用于法的价值冲突场合。主要的解决原则见下表:

价值位阶原则	该原则适用于不同价值的冲突。自由是法的价值的顶端;正义是自由的外化,地位仅次于自由;秩序是落实自由和正义的价值,因此必然接受自由和正义的约束。这是一般的位阶排列顺序
--------	--

续表

个案平衡原则 ✓	该原则适用于处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时。 在这种场合,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
比例原则 ✓	含义是:为保护某种较为优越的法的价值必须侵及一种法益时,不得逾越此目的所必要的程度。 比如:实行交通管制时,应尽可能实现“最小损害”或“最少限制”

【真题自测】我国《刑法》第二十一条规定,为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险,不得已采取的紧急避险行为,造成损害的,不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。该条文中的价值平衡,适用的是下列哪一项原则? [08/1/3]①

- A. 价值位阶原则 B. 个案平衡原则
C. 比例原则 D. 功利原则

专题三 法的要素

一、重点精讲

(一) 法律规则的逻辑结构

学术界有“二要素说”和“三要素说”两种,前者认为法律规则由行为模式和法律后果两部分构成,后者是主导性的学说,认为法律规则由假定条件、行为模式和法律后果三部分构成。

假定条件 ✓	1. 指法律规则在什么时间、什么空间、对什么人适用以及在什么情景下法律规则对人的行为有约束力。 2. 有两个方面:法律规则的适用条件;行为主体的适用条件
行为模式 ✓	1. 指法律规则中规定人们如何具体行为之方式的部分。 2. 有三种:“可为模式”(指人们可以如何行为)、“应为模式”(指人们应当或必须如何行为)、“勿为模式”(指人们被禁止如何行为)
法律后果 ✓	1. 指法律规则中规定人们在作出符合或不符合行为模式的要求时,应当承担的相应的结果部分。 2. 有两种:“合法后果”(肯定式的法律后果,表现为许可、保护、奖励,等等)、“违法后果”(否定式的法律后果,表现为不予保护、停止、撤销、制裁、恢复原状、要求补偿,等等)

【真题自测】关于法律规则的逻辑结构与法律条文,下列哪些选项是正确的? [08/1/54]②

- A. 假定部分在法律条文中不能省略

- B. 行为模式在法律条文中可以省略
C. 法律后果在法律条文中不能省略
D. 法律规则三要素在逻辑上缺一不可

(二) 授权性规则、义务性规则

按照规则的内容规定不同,法律规则可以分为授权性规则和义务性规则。见下表:

授权性规则	是指规定人们有权作一定行为或不作一定行为的规则,即规定人们的“可为模式”的规则
义务性规则	是指在内容上规定人们的法律义务,即有关人们应当作出或不作出某种行为的规则。它分为两种:(1)命令性规则,是指规定人们的积极义务,即人们必须或应当作出某种行为的规则;(2)禁止性规则,是指规定人们的消极义务(不作为义务),即禁止人们作出一定行为的规则

(三) 确定性规则、委任性规则、准用性规则

按照规则内容的确定性程度不同,可以把法律规则分为确定性规则、委任性规则和准用性规则。见下表:

确定性规则	是指内容本已明确肯定,无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则
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,而是可以援引或参照其他相应内容规定的规则

(四) 强行性规则、任意性规则

按照规则对人们行为规定和限定的范围或程度不同,可以把法律规则分为强行性规则和任意性规则。见下表:

强行性规则	是指内容规定具有强制性性质,不允许人们随便加以更改的法律规则
任意性规则	是指规定在一定范围内,允许人们自行选择或协商确定为与不为、为的方式以及法律关系中的权利义务内容的法律规则

【真题自测】《劳动争议调解仲裁法》第5条规定:“发生劳动争议,当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的,可以向调解组织申请调解;不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,除本法另有规定的外,可以向人民法院提起诉讼。”关于这一规定,下列哪一说法是错误的? [09/1/0]^①

- A. 从法的要素角度看,该规定属于任意性规则
- B. 从法的适用角度看,该规定在适用时不需要法官进行推理
- C. 从法的特征角度看,该规定体现了法的可诉性特点
- D. 从法的作用角度看,该规定为行为人提供了不确定的指引

(五) 法律原则

1. 法律原则是为法律规则提供某种基础或本源的综合性和指导性的价值准则或规范,是法律诉讼、法律程序或法律裁决的确规范。

2. 法律原则具有弥补法律漏洞,评价、预测法律行为,制裁违法行为,指导司法审判等作用。

【真题自测】20世纪90年代初,传销活动在中国流行时,法律法规对此没有任何具体规定。当时,执法机关和司法机关对这类案件的处理往往依据《民法通则》第7条。该条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”这说明法律原则具有哪些作用? [06/1/52]^②

- A. 法律原则具有评价作用
- B. 法律原则具有裁判作用
- C. 法律原则具有预测作用
- D. 法律原则具有强制作用

(六) 公理性原则、政策性原则

按照法律原则产生的不同基础,可以分为公理性原则和政策性原则。见下表:

公理性原则	指由法律上之事理推导出来的原则,是严格意义上的法律原则,具有普适性,如平等原则、罪刑法定原则、无罪推定原则、诚实信用原则
政策性原则	指因为一个国家或民族,出于一定的政策考量而制定的一些原则,具有针对性、时代性和地域性,如我国的计划生育原则

【真题自测】我国《宪法》第26条第1款规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。”下列哪一选项是正确的? [07/1/2]^③

- A. 该条文体现了国家政策,是典型的法律规则
- B. 该条文既是法律原则,也体现了国家政策的要求
- C. 该条文是授权性规则,规定了国家机关的职权
- D. 该条文没有直接规定法律后果,但仍符合法律规则的逻辑结构

(七) 基本原则、具体原则

按照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,可以分为基本原则和具体原则。见下表:

基本原则	指为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,如平等原则、权利保障原则,等等
具体原则	指在基本原则指导下,适用于某一法律部门中特定情形的原则,如物权公示公信原则、无罪推定原则

【真题自测】《中华人民共和国民法通则》第7条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”对这条规定,下列哪些理解不正确? [05/1/56]^④

- A. 这一条的内容是法律规则
- B. 一切民事案件均可以优先适用这一条文
- C. 这一条的内容所反映的是正义的价值
- D. 在处理民事案件时可以采取“个案平衡原则”适用这一条文

(八) 实体性原则、程序性原则

按照法律原则涉及的内容和问题不同,可以分为实体性原则和程序性原则。见下表:

实体性原则	指直接涉及实体法问题的原则,如刑法中的罪刑法定原则、罪刑相适应原则,等等
程序性原则	指直接涉及程序法问题的原则,如刑事诉讼法中规定的无罪推定原则、非法证据排除原则、辩护原则,等等

(九)绝对权利义务、相对权利义务

1. 法律权利,是指国家通过法律规定,对法律关系主体可以自主决定作出某种行为的许可和保障手段。其构成要素有三种:自由权,即可自由决定作出某种行为的权利要素;请求权,即请求他人为或不为一定行为的权利要素;胜诉权,即在权利受到侵害,提起诉讼后,赢得诉讼的权利要素。法律权利是以上三种权利要素的统一。

2. 法律义务,是指法律所规定的强制人们必须履行一定作为或不作为的约束;有积极义务(作为义务)和消极义务(不作为义务)之分。

3. 按照相对应的主体范围,可以把权利义务分为绝对权利义务和相对权利义务。见下表:

绝对权利义务	有绝对权利(对世权利)和绝对义务(对世义务)两种,前者权利主体特定而义务主体不特定(如民法上的物权),后者义务主体特定而权利主体不特定(如刑法上规定的禁止性义务)
相对权利义务	有相对权利(对人权利)和相对义务(对人义务)两种,权利主体和义务主体均特定,典型的如债权

二、难点突破

权利与义务是法的核心内容和要素,它们之间的连接方式和结构关系非常复杂,主要有:

(1)从结构上看,权利和义务是紧密联系、不可分割的。权利和义务都不可能孤立地存在和发展,它们的存在和发展都必须以另一方的存在和发展为条件。

(2)从数量上看,两者的总量是相等的,但具体到某个人时,他所享有的权利与承担的义务不一定相等。

(3)从产生和发展上看,两者经历了一个从浑然一体——在原始社会中,到分裂对立——在阶级社会中,再到相对一致——在社会主义社会中——的过程。

(4)从价值上看,权利和义务代表了不同的法律精神,它们在历史上受到重视的程度有所不同,两者在不同国家的法律体系中的地位是有主、次之分的。在等级特权社会,法律制度强调以义务为本位,权利处于次要地位;在民主法制社会,法律制度较为重视对个人权利的保护,权利是第一性的,义务是第二性的,义务的设定目的是为了保障权利的实现。

专题四 法的渊源

一、重点精讲

(一)法的渊源

1. 法的渊源有实质意义上的和形式意义上的两种类型。

2. 法的渊源多种多样,主要分类有:(1)正式的法的渊源和非正式的法的渊源,其划分根据为是否表现为国家制定的法律文件中的明确条文形式,前者如宪法、刑法、诉讼法等,后者主要有习惯、判例、政策;(2)成文法渊源和不成文法渊源,其划分根据为是否以文字形式表现出来。

【真题自测】 关于法律语言、法律适用、法律条文和法律渊源,下列哪一选项不成立? [07/1/6]①

- A. 法律语言具有开放性,因此法律没有确定性
- B. 法律适用并不是适用法律条文自身的语词,而是适用法律条文所表达的意义
- C. 法律适用的过程并不是纯粹的逻辑推理过程,而有法律适用者的价值判断
- D. 社会风俗习惯作为非正式的法律渊源,可以支持

对法律所作的解释

(二)法律体系

1. 法律体系,又称为部门法体系,是指一国的全部现行国内法律规范,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。

2. 法律体系不包括完全意义的国际法(即国际公法),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、还没有生效的法律。法律体系是一种客观存在的社会生活现象。

3. 我国大陆和香港、澳门、台湾地区的法律制度分别属于不同的法系,由于“一国两制”的实行,出现了不同社会制度、不同基本性质和不同法系的法律并行的情况,但这并不意味着两个以上法律体系的并存。

二、难点突破

当代中国法的渊源,主要是以宪法为核心的成文法,有宪法、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、特别行政区的法律法规、国际条约、国际惯例等。见下表:

宪法	(1) 宪法是我国的根本大法,规范着国家最根本、最重要的制度,一切法律、行政法规、地方性法规都不得同宪法相抵触,其制定和修改的程序极其严格。 (2) 在中国,全国人民代表大会监督宪法的实施,全国人大常委会解释并监督宪法的实施,对违反宪法的行为予以追究
法律	(1) 从狭义上讲,法律仅指全国人民代表大会及其常委会制定的规范性文件。这里仅用狭义。 (2) 在当代中国法的渊源中,法律的地位和效力仅次于宪法。 (3) 法律可以分为两大类:一类为基本法律,即由全国人大制定和修改的刑事、民事、国家机构和其他方面的规范性文件;另一类为基本法律以外的其他法律,即由全国人大常委会制定和修改的规范性文件。在全国人大闭会期间,全国人大常委会也有权对全国人大制定的法律在不同该法律基本原则相抵触的条件下进行部分补充和修改。 (4) 全国人大及其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”类法的渊源
行政法规	(1) 行政法规是指作为国家最高行政机关的国务院所制定的规范性文件;国务院发布的决定和命令,属于规范性的,也属于法的渊源之列。 (2) 其法律地位和效力仅次于宪法和法律。 (3) 我国行政法规的名称,有“条例”、“规定”和“办法”三种
地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件	(1) 地方性法规是一定的地方国家权力机关,根据本行政区域的具体情况和实际需要,依法制定的在本行政区域内具有法律效力的规范性文件。根据《宪法》和 1986 年修改后的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《立法法》的规定,各自治区、直辖市以及省级人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会有权制定地方性法规。我国的地方性法规,一般采用“条例”、“规则”、“规定”和“办法”等名称。 (2) 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例,但应报上一级人大常委会批准之后才生效。自治条例是一种综合性法规,内容比较广泛。单行条例是有关某一方面事务的规范性文件,一般采用“条例”、“规定”、“变通规定”、“变通办法”等名称。民族自治法规只在本自治区域有效。 (3) 经济特区是指我国在改革开放中为发展对外经济贸易,特别是利用外资、引进先进技术而实行某些特殊政策的地区。经济特区的这些规范性文件,是由全国人大及其常委会授权制定的,其法律地位和效力不同于一般的法规、规章。假如经济特区的规范性文件与上一位阶的规范性文件有不同规定的,并不一定因此被宣布无效或撤销
行政规章	行政规章是行政性法律规范文件,从其制定机关而言可分为两类:一类是部门规章,其规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项;另一类是地方政府规章,各自治区、直辖市人民政府以及各自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市和人民政府依照法定程序制定的规范性文件
特别行政区的法律	特别行政区依法享有高度的自治权,除外交、国防事务属中央人民政府管理外,特别行政区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权,其现行的法律法规基本不变,在当代中国法的渊源中成为单独的一类
国际条约、国际惯例	(1) 国际条约是指我国作为国际法主体同外国缔结的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。条约生效后,对缔约国的国家机关、团体和公民具有法律上的约束力,因此国际条约也是当代中国法的渊源之一。 (2) 国际惯例是指以国际法院等各种国际裁决机构的判例所体现或确认的国际法规则和国际交往中形成的共同遵守的不成文的习惯。国际惯例是国际条约的补充。 (3) 我国的有些国内法还规定了国际条约和国际惯例的法律效力。比如《民法通则》第 142 条

注意:(1)作为国家或政党为完成一定时期任务而规定的活动准则,政策是当代中国法的非正式渊源之一。(2)理论一般认为,习惯应被视为我国法的非正式渊源。(3)在当代中国,不采用判例法制度,判例不具有拘束力,不是法的正式渊源之一。

【真题自测】 某国跨国甲公司发现中国乙公司申请注册的域名侵犯了甲公司的商标权,遂起诉要求乙公

司撤销该域名注册。乙公司称,商标和域名是两个领域的完全不同的概念,网络域名的注册和使用均不属中国

《商标法》的调整范围。法院认为,两国均为《巴黎公约》成员国,应当根据中国法律和该公约处理注册纠纷。法院同时认为,对驰名商标的权利保障应当扩展到网络空间,故乙公司的行为侵犯了甲公司的商标专用权。据此,下列表述正确的是:[08/1/92]^①

A. 法律应该以社会为基础,随着社会的发展而变化

B. 科技的发展影响法律的调整范围,而法律可以保证科技的发展

C. 国际条约可以作为我国法的渊源

D. 乙公司的辩称和法院的判断表明:法律决定的可预测性与可接受性之间存在着一定的紧张关系

专题五 法律关系、法律责任、法的效力

一、重点精讲

(一) 法律关系

1. 法律关系,是指在法律规范调整社会关系的过程中,所形成的人与人之间的权利义务关系。法律关系由主体、客体和内容构成。

【真题自测】“在法学家们以及各个法典看来,各个个人之间的关系,例如缔结契约这类事情,一般是纯粹偶然的现象,这些关系被他们看作是可以随意建立或不建立的关系,它们的内容完全取决于缔约双方的个人意愿。每当工业和商业的发展创造出新的交往形式,例如保险公司等的时候,法便不得不承认它们是获得财产的新方式。”据此,下列表述正确的是:[09/1/91]^②

A. 契约关系是人们有意识、有目的地建立的社会关系

B. 各个时期的法都不得不规定保险公司等新的交往形式和它们获得财产的新方式

C. 法律关系作为一种特殊的社会关系,既有以人的意志为转移的思想关系的属性,又有物质关系制约的属性

D. 法律关系体现的是当事人的意志,而不可能是国家的意志

2. 根据不同的标准,可以把法律关系分为四类:调整性法律关系和保护性法律关系,纵向法律关系和横向法律关系,单向法律关系、双向法律关系、多向法律关系,第一性法律关系、第二性法律关系。

(二) 调整性法律关系、保护性法律关系

按照法律关系产生的依据、执行的职能和实现规范的内容不同,可以把法律关系分为调整性法律关系和保护性法律关系。见下表:

调整性法律关系	调整性法律关系是基于人们的合法行为而产生的、执行法的调整职能的法律关系。它所实现的是法律规范(规则)的行为规则(指示)的内容。
---------	---

续表

调整性法律关系	调整性法律关系不需要适用法律制裁,法律主体之间即能够依法行使权利,履行义务,如各种依法建立的民事法律关系、行政合同关系等
保护性法律关系	保护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。它执行着法的保护职能,所实现的是法律规范(规则)的保护规则(否定性法律后果)的内容,是法的实现的非正常形式。 它的典型特征是一方主体(国家)适用法律制裁,另一方主体(通常是违法者)必须接受这种制裁,如刑事法律关系

(三) 纵向法律关系、横向法律关系

按照法律主体在法律关系中的地位不同,可以把法律关系分为纵向(隶属)法律关系和横向(平权)法律关系。见下表:

纵向法律关系	1. 它是指在不平等的法律主体之间建立起来的权力服从关系。 2. 其特点是:法律主体处于不平等的地位,比如上级权力机关与下级权力机关、亲权关系中的父母与子女;法律主体之间的权利与义务具有强制性,不能随意转让和任意放弃
横向法律关系	1. 它是指在平等法律主体之间建立起来的权利义务关系。 2. 其特点是:法律主体之间的地位平等;权利和义务的内容具有一定程度的任意性,比如民事财产关系、民事诉讼关系,等等

(四) 单向法律关系、双向法律关系、多向法律关系

按照法律主体的多少及其权利义务是否一致,可以把法律关系分为单向(单务)法律关系、双向(双边)法律关系、多向(多边)法律关系。见下表:

单向法律关系	它是指权利人仅享有权利,义务人仅履行义务,两者之间不存在相反的联系,比如无条件的赠与关系
双向法律关系	它是指在特定的双方法律主体之间,存在着两个密不可分的单向权利义务关系,一方的权利对应于另一方的义务,反之亦然。比如买卖合同法律关系
多向法律关系	它是三个或三个以上相关法律关系的复合体,既包括单向法律关系,又包括双向法律关系,比如担保法律关系

(五) 第一性法律关系、第二性法律关系

按照相关的法律关系作用和地位的不同,可以把法律关系分为第一性法律关系(主法律关系)和第二性法律关系(从法律关系)。见下表:

第一性法律关系	它是指人们之间依法建立的、不依赖其他法律关系而独立存在的,或者在多向法律关系中居于支配地位的法律关系
第二性法律关系	它是指由第一性法律关系产生的、居于从属地位的法律关系。比如,在担保法律关系中,债权债务关系就是第一性法律关系,而担保法律关系就是依此而生,一旦债权债务关系消失,它也不复存在

【真题自测】孙某的狗曾咬伤过邻居钱某的小孙子,钱某为此一直耿耿于怀。一天,钱某趁孙某不备,将孙某的狗毒死。孙某掌握了钱某投毒的证据之后,起诉到法院,法院判决钱某赔偿孙某600元钱。对此,下列哪一选项是正确的? [08/1/7]^①

- A. 孙某因对其狗享有所有权而形成的法律关系属于保护性法律关系
- B. 由于孙某起诉而形成的诉讼法律关系属于第二性的法律关系
- C. 因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系属于纵向的法律关系
- D. 因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系中,孙某不得放弃自己的权利

(六) 法律事件

1. 法律事件是法律事实的一种,法律事实是指由法律规定的、能够引起法律关系发生、变更、消灭的客观情

况,有法律事件和法律行为两种。所谓法律事件是指由法律规定的、不以当事人的意志为转移的、引起法律关系发生、变更、消灭的客观事实。

2. 法律事件可以分为社会事件和自然事件两种,前者有战争、革命动荡等,后者有自然灾害、人的生老病死等。

3. 同一个法律事实,可以引起多种法律关系的产生、变更或消灭,比如,某人的被害,可能会引起刑事法律关系的产生、财产关系的变更、婚姻关系的消灭等。两个或两个以上的法律事实,也可以引起一个法律关系的产生、变更或消灭,比如,抵押权法律关系的产生,就需要债权债务关系、抵押人与被抵押人等的存在,等等。

【真题自测】郝某的父亲死后,其母季某将郝家住宅独自占用。郝某对此深为不满,拒绝向季某提供生活费。季某将郝某告上法庭。法官审理后判决郝某每月向季某提供生活费300元。对此事件,下列哪一种理解是正确的? [05/1/6]^②

- A. 该事件表明,子女对父母只承担法律义务,不享有法律权利
- B. 法官作出判决本身是一个法律事实
- C. 法官的判决在原被告之间不形成法律权利与法律义务关系
- D. 子女赡养父母主要是道德问题,法官判决缺乏依据

(七) 法律行为

法律行为是指能够引起法律关系发生、变更和消灭的、由人的意志支配的身体活动。法律行为有合法行为和违法行为之分。

(八) 法律责任

- 1. 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法律后果。正义是法的价值之一,而非唯一价值(法的价值包括自由、正义、秩序和利益等)。法律责任的设定未必是正义的实现。
- 2. 法律责任的特点是:(1)承担法律责任的具体原因可能有很多,而且各不相同,但其最终依据是法律;(2)法律责任的履行,由国家强制力作保证。

【真题自测】法律格言说:“紧急时无法律。”关于这句格言含义的阐释,下列哪一选项是正确的? [09/1/6]^③

- A. 在紧急状态下是不存在法律的
- B. 人们在紧急状态下采取紧急避险行为可以不受法律处罚
- C. 有法律,就不会有紧急状态
- D. 任何时候,法律都以紧急状态作为产生和发展的根本条件

(九) 法律制裁

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、强制性的惩罚措施。承担法律责任,可以主动承担,也可以被动承担,而法律制裁是被动承担法律责任的一种方式。

【答案】①B ②B ③B