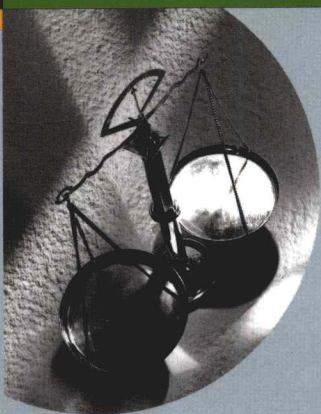


TOP
268

考前冲刺30天 司法考试必考考点精讲

Sifa Kaoshi Bikao Kaodian Jingjiang



法律考试中心 / 组编
北京中天培训学校

据统计，最常考的**268**个司考考点涵盖了
历年司法考试近**50%**的内容。

用最短的时间掌握最重要的知识



法律出版社

考前冲刺 30 天

TOP268
——司法考试必考考点精讲

法律考试中心 北京中天培训学校 组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

TOP268——必考考点精讲/法律考试中心,北京中天
培训学校组编. —北京:法律出版社,2005.4
ISBN 7-5036-5562-3

I. T… 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(2005)第 035438 号

©法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏 卞学琪

装帧设计/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/北京外文印刷厂

责任印制/张宇东

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/22.5 字数/542 千

版本/2005 年 5 月第 1 版

印次/2005 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

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5562-3/D·5279

定价:38.00 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

一、法治理论——必考指数:6 *	(1)
二、法的渊源——必考指数:6 *	(1)
三、法的适用——必考指数:6 *	(2)
四、法的本质学说——必考指数:6 *	(3)
五、法的效力——必考指数:5 *	(4)
六、法的移植——必考指数:5 *	(5)
七、权利与义务的概念及关系——必考指数:5 *	(6)
八、两大法系的比较——必考指数:4 *	(7)
九、法与法律规范——必考指数:4 *	(7)
十、法律关系——必考指数:4 *	(9)
十一、法的解释——必考指数:3 *	(10)
十二、法的制定机关及权限——必考指数:3 *	(10)
十三、法与道德的关系——必考指数:2 *	(12)
十四、法的作用——必考指数:2 *	(12)

法 制 史

一、永徽律疏——必考指数:2 *	(14)
二、罗马法的复兴——必考指数:2 *	(15)

宪 法

一、特别行政区的高度自治权——必考指数:6 *	(16)
二、宪法所保护的公民的基本权利——必考指数:6 *	(17)
三、全国人大及其常委会的职权——必考指数:5 *	(18)
四、民族区域自治制度——必考指数:5 *	(20)
五、国家主席的替补制度——必考指数:4 *	(21)

经 济 法

一、免纳个人所得税的所得——必考指数:7 *	(23)
二、环保民事责任、环保民事纠纷的处理程序——必考指数:6 *	(24)
三、经营者的义务——必考指数:5 *	(25)
四、经营者对三包的民事责任——必考指数:5 *	(26)
五、劳动者单方解除劳动合同权——必考指数:5 *	(27)
六、劳动法的适用范围——必考指数:5 *	(28)
七、劳动争议的解决方案——必考指数:5 *	(29)
八、分包的法律规定——必考指数:4 *	(30)
九、消法的适用范围——必考指数:4 *	(31)
十、产品责任的诉讼时效——必考指数:4 *	(32)
十一、证券公司的业务范围——必考指数:3 *	(33)
十二、劳动争议的认定——必考指数:3 *	(33)
十三、用人单位单方解除劳动合同权——必考指数:3 *	(34)

国 际 法

一、国家不当行为——必考指数:5 *	(36)
二、引渡——必考指数:5 *	(37)
三、国家领土——必考指数:4 *	(37)
四、国家继承——必考指数:4 *	(39)
五、外交人员管辖豁免例外——必考指数:4 *	(40)
六、外交机关的地位、外交人员的范围——必考指数:3 *	(41)
七、条约的效力——必考指数:3 *	(42)
八、公海航行制度、登临权——必考指数:2 *	(42)

国际私法

一、家庭——必考指数:7 *	(44)
二、继承——必考指数:6 *	(45)
三、外国人的民事诉讼地位——必考指数:6 *	(46)
四、国际民事案件管辖权——必考指数:6 *	(47)
五、冲突规范——必考指数:5 *	(48)
六、反致——必考指数:5 *	(49)
七、国际司法协助——必考指数:4 *	(50)
八、外国判决的承认与执行——必考指数:4 *	(52)
九、外国法的查明——必考指数:3 *	(53)

国际经济法

一、国际货物运输承运人的责任——必考指数:7 *	(54)
二、国际货物买卖合同的订立——必考指数:6 *	(57)
三、世界贸易组织争端解决机制——必考指数:6 *	(58)
四、《国际货物销售合同公约》的适用范围——必考指数:5 *	(59)
五、信用证的银行责任——必考指数:5 *	(62)
六、《对外贸易法》的适用范围——必考指数:5 *	(63)
七、提单的种类——必考指数:4 *	(63)
八、倒签提单——必考指数:4 *	(63)
九、反倾销——必考指数:3 *	(64)

法律职业道德

一、律师的不正当竞争行为——必考指数:6 *	(67)
二、律师在职业活动中应当保守的秘密事项——必考指数:5 *	(68)
三、检察官的任职回避——必考指数:4 *	(69)
四、律师事务所的赔偿责任——必考指数:3 *	(70)

刑 法

一、盗窃罪——必考指数:10 *	(72)
二、诈骗罪——必考指数:10 *	(77)
三、犯罪构成的主观方面——必考指数:10 *	(79)
四、抢劫罪——必考指数:10 *	(81)
五、犯罪的未遂形态——必考指数:9 *	(83)
六、故意杀人罪——必考指数:9 *	(85)
七、绑架罪——必考指数:9 *	(88)
八、共同犯罪的成立条件——必考指数:8 *	(89)
九、犯罪的中止状态——必考指数:8 *	(91)
十、正当防卫——必考指数:8 *	(93)
十一、犯罪的既遂形态——必考指数:8 *	(95)
十二、共同犯罪的实施过限——必考指数:8 *	(96)
十三、各共同犯罪人的分工与地位、处罚原则——必考指数:8 *	(97)
十四、数罪并罚——必考指数:8 *	(98)
十五、非法拘禁罪——必考指数:8 *	(100)
十六、抢夺罪——必考指数:8 *	(102)
十七、侵占罪——必考指数:8 *	(104)
十八、窝藏、包庇罪——必考指数:8 *	(105)
十九、受贿罪——必考指数:8 *	(108)

二十、挪用资金罪——必考指数:7 *	(111)
二十一、强奸罪——必考指数:7 *	(113)
二十二、拐卖儿童罪——必考指数:7 *	(116)
二十三、犯罪的预备形态——必考指数:7 *	(117)
二十四、认识错误——必考指数:6 *	(118)
二十五、未成年人的刑事责任——必考指数:6 *	(120)
二十六、累犯——必考指数:6 *	(122)
二十七、自首——必考指数:6 *	(123)
二十八、假释——必考指数:6 *	(125)
二十九、缓刑——必考指数:6 *	(127)
三十、走私罪——必考指数:6 *	(129)
三十一、敲诈勒索罪——必考指数:6 *	(132)
三十二、挪用公款罪——必考指数:6 *	(133)
三十三、滥用职权罪——必考指数:6 *	(135)
三十四、共同犯罪的部分中止——必考指数:5 *	(136)
三十五、出售、运输、购买假币罪——必考指数:5 *	(137)
三十六、贪污罪——必考指数:5 *	(138)
三十七、走私、贩卖、运输、制造毒品罪——必考指数:5	(140)
三十八、因果关系——必考指数:4 *	(141)
三十九、非法出租、出借枪支罪——必考指数:4 *	(142)
四十、死刑的判决与执行——必考指数:3 *	(143)
四十一、职务侵占罪——必考指数:3 *	(145)
四十二、玩忽职守罪——必考指数:3 *	(146)

刑事诉讼法

一、自诉案件的处理——必考指数:9 *	(148)
二、级别管辖——必考指数:9 *	(151)
三、上诉不加刑原则——必考指数:9 *	(152)
四、对不追究刑事责任的情形的处理方式——必考指数:8 *	(153)
五、执行——必考指数:7 *	(155)
六、简易程序的适用范围——必考指数:6 *	(157)
七、立案管辖——必考指数:5 *	(158)
八、指定辩护——必考指数:5 *	(160)
九、书证与物证的区别——必考指数:5 *	(161)
十、刑事诉讼证据的分类——必考指数:5 *	(162)
十一、补充侦查——必考指数:5 *	(163)
十二、审查起诉——必考指数:5 *	(164)
十三、逮捕的批准与执行——必考指数:5 *	(165)
十四、回避的决定权——必考指数:4 *	(166)
十五、二审程序——必考指数:4 *	(167)

十六、全面审查原则——必考指数:4 *	(169)
十七、不批准逮捕——必考指数:4 *	(170)
十八、地域管辖——必考指数:3 *	(171)
十九、专门管辖——必考指数:3 *	(172)
二十、刑事附带民事诉讼赔偿责任人的范围——必考指数:3 *	(172)
二十一、抗诉的提起——必考指数:3 *	(173)
二十二、应当延期审理的情形——必考指数:2 *	(174)
二十三、应当中止审理的情形——必考指数:2 *	(174)
二十四、刑事诉讼辩护人的资格——必考指数:2 *	(175)

行政法与行政诉讼法

一、行政诉讼的受案范围——必考指数:10 *	(176)
二、行政诉讼的适格被告——必考指数:10 *	(180)
三、行政诉讼的证据制度——必考指数:10 *	(181)
四、行政复议的受案范围——必考指数:9 *	(183)
五、刑事赔偿的义务机关——必考指数:9 *	(185)
六、国家赔偿的范围——必考指数:9 *	(186)
七、行政诉讼的原告资格——必考指数:9 *	(189)
八、行政复议机关——必考指数:8 *	(190)
九、行政赔偿义务机关——必考指数:8 *	(192)
十、一事不再罚原则——必考指数:8 *	(194)
十一、法规、规章的冲突适用——必考指数:7 *	(196)
十二、行政诉讼的判决——必考指数:7 *	(198)
十三、请求国家赔偿的时效——必考指数:6 *	(200)
十四、精神损害的补救方式——必考指数:6 *	(201)
十五、请求赔偿的救济程序——必考指数:6 *	(201)
十六、行政行为的成立和生效要件——必考指数:6 *	(204)
十七、行政诉讼的复议前置——必考指数:5 *	(205)
十八、行政诉讼案件的管辖权——必考指数:5 *	(207)
十九、被告取证权的限制——必考指数:4 *	(209)
二十、行政诉讼原告与第三人——必考指数:4 *	(211)
二十一、行政行为的分类——必考指数:3 *	(213)
二十二、行政强制执行的措施——必考指数:3 *	(214)
二十三、非具体行政行为致害的赔偿程序——必考指数:3 *	(216)

民法

一、无因管理——必考指数:10 *	(218)
二、效力待定合同——必考指数:10 *	(219)
三、标的物风险责任的承担——必考指数:10 *	(221)

四、质押合同的生效——必考指数:10 *	(223)
五、合伙关系的认定及合伙人的连带责任——必考指数:10 *	(224)
六、表见代理——必考指数:9 *	(227)
七、代位权及其诉讼——必考指数:9 *	(229)
八、违约责任——必考指数:9 *	(231)
九、侵犯专利权的表现——必考指数:9 *	(235)
十、宣告死亡——必考指数:8 *	(236)
十一、不当得利——必考指数:9 *	(238)
十二、饲养动物致人损害的民事责任的承担——必考指数:8 *	(239)
十三、债权人的撤销权——必考指数:8 *	(240)
十四、租赁合同当事人的权利义务关系——必考指数:8 *	(242)
十五、客运合同中造成旅客伤亡的责任承担——必考指数:8 *	(243)
十六、善意取得——必考指数:8 *	(244)
十七、无权代理——必考指数:7 *	(245)
十八、共同侵权——必考指数:7 *	(247)
十九、无民事行为能力、限制民事行为能力人造成他人损害的民事责任的承担	
——必考指数:7 *	(249)
二十、违约责任的承担——必考指数:7 *	(250)
二十一、要约与承诺——必考指数:7 *	(251)
二十二、可撤销合同——必考指数:7 *	(253)
二十三、保管合同——必考指数:7 *	(254)
二十四、违约责任与侵权责任竞合情况下的处理——必考指数:7 *	(255)
二十五、不安抗辩权——必考指数:7 *	(257)
二十六、继承开始后继承人、受遗赠人未做表示的法律后果——必考指数:6 *	(258)
二十七、合伙负责人处分合伙财产的效力——必考指数:6 *	(259)
二十八、共有人对共有物的处分及优先购买权——必考指数:6 *	(259)
二十九、产品缺陷致人损害的侵权责任——必考指数:6 *	(261)
三十、债权的转让——必考指数:6 *	(262)
三十一、定金、违约金及损害赔偿金三者之间的关系——必考指数:6 *	(263)
三十二、主合同变动对保证责任的影响——必考指数:6 *	(265)
三十三、连带责任保证——必考指数:6 *	(266)
三十四、民事诉讼当事人的确定——必考指数:5 *	(267)
三十五、抵押合同的效力——必考指数:5 *	(269)
三十六、无效合同——必考指数:5 *	(270)
三十七、赠与合同——必考指数:5 *	(271)
三十八、共同诉讼人的关系——必考指数:5 *	(272)
三十九、留置权——必考指数:5 *	(273)
四十、同一债权既有保证又有物的担保的处理——必考指数:5 *	(275)
四十一、侵犯注册商标权的情形——必考指数:5 *	(276)
四十二、专利实施的强制许可——必考指数:5 *	(277)
四十三、夫妻财产的归属——必考指数:5 *	(278)

四十四、撤销权行使的期间——必考指数:4 *	(279)
四十五、第三人代为履行的责任承担——必考指数:4 *	(280)
四十六、不定期租赁——必考指数:4 *	(281)
四十七、运输合同民事责任的主体——必考指数:4 *	(281)
四十八、担保物权竞合下的处理——必考指数:4 *	(282)
四十九、合同的分类——必考指数:3 *	(283)
五十、当事人分立后的债务承担——必考指数:3 *	(284)
五十一、格式条款的解释——必考指数:3 *	(285)

商 法

一、合伙企业债务的清偿——必考指数:6 *	(287)
二、保险合同的受益人——必考指数:6 *	(288)
三、公司转投资的对象——必考指数:6 *	(288)
四、国有企业改建为股份有限公司的发起人数和设立方式——必考指数:5 *	(289)
五、须经全体合伙人同意的合伙企业事务——必考指数:5 *	(290)
六、个人独资企业的投资人的责任——必考指数:5 *	(291)
七、破产债权——必考指数:5 *	(292)
八、债券的发行主体——必考指数:4 *	(293)
九、有限责任公司的出资形式——必考指数:4 *	(294)
十、公司的新股发行——必考指数:4 *	(295)
十一、股份转让的法定限制——必考指数:4 *	(296)
十二、持有本公司股份的禁止规定——必考指数:4 *	(296)
十三、以非货币出资应办理的手续——必考指数:4 *	(297)
十四、合伙企业与第三人的关系——必考指数:4 *	(298)
十五、追索权的对象及行使原因——必考指数:4 *	(299)
十六、董事的消极资格——必考指数:3 *	(300)
十七、股份有限公司认股人可以抽回股本的情形——必考指数:3 *	(300)
十八、上市公司终止上市的情形——必考指数:3 *	(301)
十九、股东不足额缴纳所认缴出资的责任——必考指数:3 *	(302)
二十、人身保险合同的中止——必考指数:3 *	(302)
二十一、海难救助——必考指数:3 *	(303)
二十二、公司设立登记的机关和应提交的文件——必考指数:2 *	(304)
二十三、单独海损和共同海损的区分——必考指数:1 *	(304)

民事诉讼法与仲裁制度

一、特殊地域管辖——必考指数:6 *	(306)
二、被告的确定——必考指数:8 *	(308)
三、代位诉讼中当事人的确定——必考指数:8 *	(310)
四、委托诉讼代理人——必考指数:8 *	(311)

五、举证责任的分配——必考指数:8 *	(312)
六、被执行人到期债权的执行——必考指数:7 *	(313)
七、起诉时未申明有仲裁协议情况的处理——必考指数:7 *	(314)
八、撤销仲裁裁决——必考指数:6 *	(315)
九、诉讼代理人——必考指数:6 *	(317)
十、已过诉讼时效的案件——必考指数:6 *	(318)
十一、撤诉——必考指数:6 *	(320)
十二、离婚案件的再审——必考指数:5 *	(322)
十三、破产还债程序——必考指数:5 *	(323)
十四、简易程序——必考指数:5 *	(327)
十五、督促程序——必考指数:5 *	(328)
十六、仲裁协议约定不明确情况的处理——必考指数:5 *	(329)
十七、仲裁协议选择仲裁机构不存在情况的处理——必考指数:5 *	(330)
十八、仲裁的审理方式——必考指数:5 *	(330)
十九、仲裁裁决的作出——必考指数:5 *	(331)
二十、协议管辖——必考指数:4 *	(331)
二十一、选择管辖——必考指数:4 *	(332)
二十二、指定管辖——必考指数:4 *	(333)
二十三、移送管辖——必考指数:4 *	(333)
二十四、起诉的条件——必考指数:4 *	(334)
二十五、二审中对反诉的处理——必考指数:4 *	(335)
二十六、延期审理、诉讼中止以及诉讼终结——必考指数:4 *	(336)
二十七、执行和解——必考指数:4 *	(338)
二十八、仲裁裁决的执行、不予执行、中止执行、终结执行和恢复执行——必考指数:4 *	(338)
二十九、第三人——必考指数:4 *	(339)
三十、无民事行为能力人的诉讼当事人资格——必考指数:3 *	(341)
三十一、继承案件中原告确定——必考指数:3 *	(341)
三十二、调解结案案件的再审——必考指数:3 *	(341)
三十三、执行法院的确定——必考指数:3 *	(342)
三十四、留置送达——必考指数:3 *	(343)
三十五、仲裁协议的效力——必考指数:3 *	(343)
三十六、仲裁庭的组成——必考指数:3 *	(344)
三十七、仲裁员的回避——必考指数:3 *	(345)
三十八、法定民事证据的种类——必考指数:2 *	(346)
三十九、证据证明力——必考指数:2 *	(346)
四十、中止执行与终结执行——必考指数:2 *	(347)
四十一、仲裁案件的受理范围——必考指数:2 *	(348)

法理学

一、法治理论——必考指数:6 *

(一) 考点概念分析

1. 法治的概念

法治是良好的法律及其体系制度在社会生活中协调、管理各个独立人以及各个不同的势力的运作状态。它既是动态概念,又是静态概念。

社会主义法治,是指一切国家机关、各政党、武装力量、各社会团体、各企事业单位和全体公民都必须在宪法和法律的范围内活动,不允许任何人、任何组织凌驾于法律之上。

2. 社会主义法治国家

法治国家的基本涵义是国家权力,特别是行政权力必须依法行使。法治国家的主要衡量标准是:(1)通过法律保障人权,限制公共权力的滥用;(2)良法的治理;(3)通过宪法确立分权与权力制约的国家权力机关;(4)赋予广泛的公民权利;(5)确立普遍的司法原则,司法独立。

社会主义法治国家的基本标志有两方面:

(1)社会主义法治国家的制度条件。①具备完备的法律和系统的法律体系;②拥有独立的司法系统和高素质的司法队伍;③相对平衡的权力制约机制;④健全的律师制度。

(2)社会主义法治国家的思想条件。①法律至上,即法律在社会规范体系中具有最高权威;②权利平等,承认社会成员平等的法律地位;③权力制约;④权利本位,即在国家权力和人民权利中,人民权利是决定性的;法律权利与法律义务中,法律权利是主导性的。

(二) 难点、易混点分析

社会主义法治与法制的区别

1. 法治明确了法律在社会生活中的最高权威;法制没有明确将法律作为治理国家的核心。

2. 法治显示了法律介入社会生活的广泛性,表明在全部国家生活和社会生活中都必须依法办事;法制主要强调法律和制度及其实施,而对实施范围没有明确界定。

3. 法治蕴涵了法律调整社会生活的正当性;法制所包含的法律和制度,其涵义是中性的。

(三) 练习题

下列有关法治国家的特征表述哪些是正确的?()

- A. 通过法律保障人权,限制公共权力的滥用
- B. 通过宪法确立分权与权力制约的国家权力机关
- C. 赋予广泛的公民权利
- D. 确立普遍的司法原则,司法独立

【答案】 ABCD

二、法的渊源——必考指数:6 *

(一) 考点概念分析

1. 法的渊源的概念

法的渊源是指法的源泉、来源、源头。

2. 法的渊源的分类

(1)根据法的载体不同,分为成文法渊源和不成文法渊源。

(2)根据是否经过国家制定程序,分为制定

法渊源和非制定法渊源。

(3)根据是否表现于国家制定的法律文件中的明确条文形式,分为法的正式渊源和非正式渊源。法的正式渊源是指可以从体现于国家制定的规范性法律文件中的明确条文形式中得到的渊源,主要是制定法;法的非正式渊源是指那些具有法律意义的准则和观念,但尚未在正式法律中得到权威性的明文体现。

3、当代中国法的渊源

当代中国法的渊源主要是以宪法为核心的各种制定法。包括:

(1)宪法。宪法是每一个民主国家最根本的法的渊源。我国宪法规定了当代中国的根本的社会、经济和政治制度。宪法是由我国最高权力机关——人民代表大会制定和修改。

(2)法律。根据制定机关的不同,法律可以分为两类,即基本法律和其他法律。基本法律是由全国人民代表大会制定的,其他法律是由全国人大常委会制定的,但是两者的效力都一样。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的基本原则相冲突的前提下进行部分补充和修改。法律的效力低于宪法,不能同宪法相抵触。

只能由法律进行规定的事项包括:国家主权的事项;各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;犯罪和刑罚;对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;对非国有财产的征收;民事基本制度;基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;诉讼和仲裁制度;必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。

(3)行政法规。是指国务院制定颁布的规范性文件,其法律地位和效力仅次于宪法和法律,不得同宪法和法律相抵触。全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。

(4)地方性法规、民族自治法规及经济特区的规范性文件。地方性法规的效力低于宪法、法律和行政法规。

(5)规章。根据制定机关的不同,规章可以分为两类:一是由国务院的组成部门和直属机构在它们的职权范围内制定的规范性文件,称为部门规章。行政规章要服从宪法、法律和行政法规,其与地方性法规处于一个级别。另一种规章是地方行政规章,由省、自治区和直辖市人民政府,以及省人民政府所在地的市的人民政府和国务院批准的较大的市的人民政府制定的规范性文件。地方政府规章除了服从宪法、法律和行政法规外,还要服从地方性法规。

(6)特别行政区的法律。是指香港、澳门特别行政区所颁布的规范性文件,这些规范性文件只在其管辖的范围内有效。

(7)国际条约和国际惯例。我国加入的国际条约是当代中国法的渊源之一。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者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,也是我国法的渊源之一。

(二)难点、易混点分析

1. 需要指出的是,政策也是当代中国法的渊源之一,是非正式渊源之一。一般认为,习惯也是我国法的非正式渊源。

2. 我国不采用判例法律制度,判例不是法的渊源。但是,判例在我国也有很重要的地位。

(三)练习题

下列选项中,哪些是我国的法律渊源?
()

- A. 国际惯例
- B. 自治条例和单行条例
- C. 特别行政区法
- D. 司法判例

【答案】 ABC

三、法的适用——必考指数:6 *

(一)考点概念分析

1. 法的适用的概念

法的适用,就是我们通常说的司法,是指国

家司法机关根据法定的职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动。

2. 法的适用的特点

(1)法的适用具有国家权威性。在中国,司法权包括审判权和检察权,人民法院和人民检察院是代表国家行使司法权的专门机关。

(2)法的适用具有国家强制性。由于法的适用总是与法律争端、违法的出现相联系,总是伴随着国家的干预、争端的解决和对违法者的法律制裁,没有国家强制性,就无法进行上述活动。

(3)法的适用具有严格的程序性及合法性。法定程序是保证司法机关正确、合法、及时地适用法律的前提,是实现司法公正的重要保证;同时,司法机关对案件的处理,应当有相应的法律依据,否则无效。

(4)法的适用必须有表明法的适用结果的法律文书,如判决书、裁定书和决定书等。这些法律文书具有法律的约束力。

3. 法的适用的原则

(1)司法公正。既包括实质公正,也包括形式公正。

(2)公民在法律面前一律平等。所有的公民享有同等的权利,承担同等的义务,受到法律同等的保护。

(3)以事实为根据,以法律为准绳。

(4)司法独立。第一,司法权具有专属性,即国家的司法权只能由国家各级审判机关和检察机关统一行使,其他任何机关、团体和个人都无权行使此项权利;第二,行使职权的独立性,即人民法院、人民检察院依照法律独立行使自己的职权,不受行政机关、社会团体和个人的非法干涉;第三,行使职权的合法性,即司法机关审理案件必须严格依照法律规定,正确适用法律,不得滥用职权,枉法裁判。

(二)难点、易混点分析

1. 司法与执法的区别

(1)主体不同。司法的主体是国家司法机关;执法的主体是国家行政机关。

(2)内容不同。司法活动的内容主要是处理涉及法律问题的纠纷与争议;执法活动的内

容主要是国家对社会的行政管理,涉及社会生活的方方面面,内容范围远远大于司法活动。

(3)主动性不同。司法活动往往表现出被动性;行政活动是主动实施的。

2. 注意:公安机关进行侦查活动也属于法的适用。

(三)练习题

下列哪一行为属于法的适用?()

A. 当事人根据国家有关法律规定,签订房屋买卖协议

B. 海关工作人员认为某人有走私嫌疑而查办该案件

C. 检察机关根据群众检举对某人的受贿行为进行侦查

D. 法院院长召开关于提高审判员办案质量的工作会议

【答案】 C

四、法的本质学说

——必考指数:6 *

(一)考点概念分析

1. 法的本质的概念

法的本质是法的根本性质,是指法这一事物自身组成要素之间相对稳定的内在联系,是由法本身所具有的特殊矛盾构成的。

2. 法的本质的各种学说

传统上,关于法的本质学说主要分为两大类:

(1)从法本身理解法。包括:①主权命令说;②规则说;③判决说。

(2)从人类精神解释法。包括:①神意说;②意志说;③民族精神说。

在我国,一般将法的本质学说分为马克思主义说和非马克思主义说两类。

3. 马克思主义法的本质学说

马克思主义经典作家认为,法的关系既不能从它们本身来理解,也不能从人类精神的一

般发展来理解,相反,它们都根源于物质的生活关系。这一论断指出:

(1)法是统治阶级意志的体现。

(2)法是统治阶级整体意志和共同利益的体现,但是统治阶级的共同意志和利益不是它们各个成员的个人意志和利益的简单相加。

(3)法是被奉为国家意志的统治阶级意志。法是统治阶级意志的体现,但不是说统治阶级的意志都表现为法,只有以国家意志表现出来的统治阶级意志才体现为法。

(4)法所体现的统治阶级意志的内容是由统治阶级物质生活条件所决定的。

(二)难点、易混点分析

当代的中国马克思主义法学研究,关于法本质的理论,要注意三对概念:

1. 法律是意志与规律的结合。

2. 法律是阶级统治和社会管理的手段。

3. 法反映了统治阶级的利益,也符合并体现了正义。

(三)练习题

下列命题正确的是()。

A. 统治阶级的意志就是法

B. 统治阶级的统治规则就是法

C. 被奉为法律的统治阶级的意志就是法

D. 统治阶级的行为规则就是法

【答案】 C

五、法的效力——必考指数:5 *

(一)考点概念分析

1. 法的效力的概念

法的效力,即法律的约束力,指人们应当按照法律规定行为,必须服从法律。

法的效力有广义和狭义之分,广义上的法的效力是指法律的约束力和强制力,指人们应当按照法律规定行为,必须服从法律的规定;狭义的法的效力是指国家制度和颁布的规范性法律文件的效力,包括法的效力层次和法的效力范围。

2. 法的效力层次

法的效力层次是指规范性法律文件之间的效力等级关系。根据我国《立法法》的有关规定,我国法的效力层次可以概括为:

(1)上位法的效力高于下位法,即规范性法律文件的效力层次决定于其制定主体的法律地位,行政法规的效力高于地方性法规。

(2)同一位阶的法律之间,特别法优于一般法,即同一事项,两种法律都有规定的,特别法比一般法优先,优先适用特别法。

(3)新法优于旧法。

3. 法的效力范围

法的效力范围包括四个方面:对人的效力、对事的效力、空间效力和时间效力。

(1)法律对人的效力

法律对人的效力,是指法律对谁有效力,适用于哪些人。在世界各国的法律实践中先后采用过四种对人的效力的原则:属人主义、属地主义、保护主义和以属地主义为主,与属人主义、保护主义相结合的原则这四种原则。属人主义,即法律只适用于本国公民,不论其身在国内还是国外,非本国公民即使身在该国领域内也不适用。属地主义,法律适用于该国管辖地区内的所有人,不论是否是本国公民,都受法律约束和法律保护,本国公民不在本国,则不受本国法律的约束和保护。保护主义,即以维护本国利益作为是否适用本国法律的依据,任何侵害了本国利益的人,不论其国籍和所在地域,都要受该国法律的追究。以属地主义为主,与属人主义、保护主义相结合的原则,即既要维护本国利益,坚持本国主权,又要尊重他国主权,照顾法律适用中的实际可能性。

根据我国法律,对人的效力包括两个方面:

①对中国公民的效力。中国公民在中国领域内一律适用中国法律,在中国境外的中国公民,也应遵守中国法律并受中国法律保护。但是,这里存在着适用中国法律与适用所在国法律的关系问题。对此,应当根据法律区分情况,分别对待。

②对外国人和无国籍人的效力。外国人和无国籍人在中国领域内,除法律另有规定外,适

用中国法律。外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪,也有可能适用中国法律。

(2) 法律对事的效力

法律对事的效力,指法律对什么样的行为有效力,适用于哪些事项。这种效力范围的意义在于:第一,告诉人们什么行为应当做、什么行为不应当做、什么行为可以做。第二,指明法律对什么事项有效,确定不同法律之间调整范围的界限。

(3) 法律的空间效力

法律的空间效力,指法律在哪些地域有效力,适用于哪些地区,一般来说,一国法律适用于该国主权范围所及的全部领域,包括领土、领水及其底土和领空,以及作为领土延伸的本国驻外使馆、在外船舶及飞机。

(4) 法律的时间效力

法律的时间效力,指法律何时生效、何时终止效力以及法律对其生效以前的事件和行为有无溯及力。

①法的生效时间。法律的生效时间主要有三种:a. 自法律公布之日起生效;b. 由该法律规定具体生效时间;c. 规定法律公布后符合一定条件时生效;

②法终止效力的时间。法律终止效力一般分为明示的废止和默示的废止两类。明示指在新法或其他法律规范中明文规定废止旧法;默示指在法律适用中,新法与旧法冲突时,适用新法,从而在事实上废止旧法。

4. 法的溯及力

法的溯及力,也称法律溯及既往的效力,是指法律对其生效以前的事件和行为是否适用。如果适用,就具有溯及力;如果不适用,就没有溯及力。法律是否具有溯及力,不同法律规范之间的情况是不同的。关于法律的溯及力问题,一般通例是“从旧兼从轻”的原则。

(二) 难点、易混点分析

1. 注意,新的一般法与旧的特别法之间的效力层次。一般认为,旧的特别法应当优先适用。

2. 在某些有关民事权利的民事法律规范中,法律有溯及力。

(三) 练习题

新颁布实施的法律对生效前发生的事件和行为是否适用的问题属于下列哪项的表述?

()

- A. 对人的效力问题
- B. 空间效力问题
- C. 法的地域效力问题
- D. 法的溯及力问题

【答案】 D

六、法的移植——必考指数:5 *

(一) 考点概念分析

1. 法的移植的概念

法的移植,是指在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国法,使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用。

2. 法的移植的范围

法的移植范围包括外国法律、国际法律和惯例。

(二) 难点、易混点分析

1. 区别法的移植与法的继承

法的移植反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴;法的继承则反映一个国家对本国不同历史类型的法律制度的延续和继受,一般表现为新法对旧法的继受。

2. 法的移植是一项复杂工作,要注意外国法与本国法之间的同构性和兼容性,注意法律体系的系统性,同时法的移植要有适当的超前性。

(三) 练习题

法的移植是一项复杂工作,要注意哪些方面的问题?()

- A. 国外法与本国法之间的同构性和兼容性
- B. 法律体系的系统性
- C. 适当的超前性
- D. 法的阶级性

【答案】 ABC

七、权利与义务的概念及 关系——必考指数:5 *

(一) 考点概念分析

1. 权利与义务的概念

(1) 权利的概念。所谓法律权利,就是国家通过法律规定对法律关系主体可以自主决定做出某种行为的许可和保障手段。

(2) 义务的概念。义务是国家通过法律规定对法律主体的行为的一种约束手段,是法律规定人应当和不得做出某种行为的界限。义务在结构上包括两个部分:第一,义务人必须根据权利的内容做出一定的行为,被称为“作为义务”或“积极义务”;第二,义务人不得做出一定行为的义务,被称为“不作为义务”或“消极义务”。

2. 权利义务的分类

(1) 基本权利与义务与普通权利与义务。这是根据根本法与普通法规定不同,对权利与义务所作的分类。基本权利与义务是宪法所规定的人们在国家政治生活、经济生活、文化生活和社会生活中的根本权利和义务。普通权利与义务是宪法以外的普通法律所规定的权利和义务。

(2) 绝对权利与义务与相对权利与义务。这是根据相对应的主体范围对权利和义务所作的分类。绝对权利与义务,又称“对世权利”和“对世义务”,是相对应不特定的法律主体的权利和义务。绝对权利对应不特定的义务人;绝对义务对应不特定的权利人。相对权利与义务又称“对人权利”和“对人义务”,是对应特定的法律主体的权利和义务。“相对权利”对应特定的义务人;“相对义务”对应特定的权利人。

(3) 个人权利与义务、集体权利与义务和国家权利与义务。这是根据权利与义务主体的性质所作的分类。个人权利与义务是指公民个人(自然人)在法律上所享有的权利和应履行的义务。集体(法人)权利与义务是国家机关、社会团体、企事业

组织等的权利和义务。国家权利与义务是国家作为法律关系主体在国际法和国内法上所享有的权利和承担的义务。

3. 权利与义务的相互关系

权利和义务的关系表现为如下几个方面:

(1) 从结构上看,两者是紧密联系、不可分割的。

(2) 从数量上看,两者的总量是相等的。从社会整体上看,权利和义务的绝对值数量是等同的。

(3) 从产生和发展看,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。在原始社会,权利和义务界限不明,是浑然一体的,随着阶级社会、国家的出现和法律的产生,权利和义务发生分离。社会主义法律制度确立后,权利和义务才达到相互一致并达到了一个新的阶段。

(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,因而两者在不同国家的法律体系中的地位是有主、次之分的。在特权社会,往往强调义务本位,在民主法治国家,则往往强调权利本位,义务处于次要地位,法律制度较为重视对个人权利的保护,此时,权利是第一性的,义务是第二性的,义务设定的目的是为了保障权利的实现。

(二) 难点、易混点分析

法律权利的内容实际上是三种权利要素——自由权、请求权和诉权的统一。其中自由权是核心基础,请求权是内容,诉权是程序保障。

(三) 练习题

下列哪些权利要素是法律权利的内容?

()

- A. 生存权
- B. 自由权
- C. 请求权
- D. 制裁权

【答案】 BC