

飞跃版

2012

国家司法考试 400分过关笔记

GUOJIA SIFAKAOSHI SIBAFEN GUOGUANBIJI

谢志强 ◎ 编

第一册 理论法学

(社会主义法治理念·法理学·法制史·宪法·经济法·国际法·司法制度与法律职业道德)

● 本书三大特点:

1. 通过表格、图表的形式梳理提炼司法考试重点、难点、“永恒考点”，帮助考生减负。
2. 跨类比较、跨法比较、易混知识点比较，帮助考生理解记忆、举一反三。
3. 融会司法考试经典教材，帮助考生冲刺阶段查漏补缺、强化记忆。

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2012 国家司法考试 400 分过关笔记

(一)

理论法学

社会主义法治理念·法理学·法制史·宪法
经济法·国际法·司法制度与法律职业道德

图书在版编目 (CIP) 数据

2012 国家司法考试 400 分过关笔记: 强化记忆版/ 谢志强编著.

—北京: 中国法制出版社, 2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3703 - 5

I. ①2… II. ①谢… III. ①法律工作者 - 资格考试 - 中国 - 自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 079761 号

责任编辑 斐 岳

封面设计 杨泽江

2012 国家司法考试 400 分过关笔记 (强化记忆版)

2012 GUOJIA SIFA KAOSHI 400FEN GUOGUAN BIJI (QIANGHUA JIYI BAN)

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本 / 787 × 1092 毫米 16

版次 / 2012 年 5 月第 1 版

(全四册) 总印张 / 44 字数 / 894 千

2012 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3703 - 5

定价: 98.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66054911

邮购部电话: 66033288

前言

司法考试很难通过吗？这个问题仁者见仁智者见智，可能大多数人会说很难，但本书作者要在这里告诉大家，通过认真学习本书，读者自己会找到答案：司法考试其实并没有想象中的那么难，只要掌握学习的方法和技巧，通过司法考试即水到渠成的事情。这也就是本书作者的心愿，让广大考生轻松地掌握司法考试的内容，顺利地通过司法考试。

一、关于学习态度

1. 学习心态很重要，不要给自己过大的压力。适当的压力是促进学习的动力的，但是压力过大却会影响学习的效率。

2. 一定要重视司法考试，有不少学习成绩不错的同学，对司法考试掉以轻心，结果可想而知。司法考试是一门应用型的考试，不需要那么多花架子，考生要学会用最直接最简单的办法过关，理论功底固然重要，但对于司法考试来说，更侧重于具体知识的应用。

3. 关于司法考试，本书作者认为最重要的两点就是细心和勤奋，而且，细心比勤奋更重要，因为如果不够细心的话，是很容易就做错题的，相信很多考生都会有这感觉，题目看起来不难，知识点也都挺熟的，但就是做错了，一看答案，原来就是那么一两个字没有仔细看清楚或者说没有理解透。

二、关于本书的特点及使用

1. 框架结构。本书在框架结构上有自己独特的风格，总体上是按照司法考试大纲的思路编排，但不囿于司法考试大纲的体例，具体章节上有灵活变化的地方，从方便归类、比较记忆的角度上，对体例进行了局部调整。

2. 内容。本书的内容是经过作者最近几年的司法考试潜心研究而作，查阅大量资料，精心比较而成。本书作者具备理工科知识背景，有着不同于其他司法考试书籍作者的理性思维，全书逻辑性强，条理清楚、思路明晰。分别从纵向和横向两个方向打通读者的学习思路，引领读者更深入洞察司考精髓：纵向上逻辑连贯，独特的编排体系；横向上跨类比较、跨法比较、易混知识点比较。在写到每一个知识点的时候，都会竭尽所能地去思考其相关联、相近似的知识点。

3. 形式。形式上，用表格配合文字，表格为主，文字为辅。用表格形式能非常清楚地把知识点展现在读者面前，而且对于许多相近的知识点进行比较与归纳，在表格的后边，附加有部分重要的零散知识点。文字部分主要是针对比较零散的知识点，而且又比较重要，并非所有的知识点都要用表格展现，否则就会有些牵强。但考虑到知识的连贯性和全面性，又不能舍弃。

4. 加脚注。表格归类知识点，突出的优点是清晰明了，但是致命的弱点就是不够全面，要么舍弃一些需要注意的提示，要么就把那些注意事项或者提示一起硬性地归入表格中，使

表格更加臃肿复杂，这也是当前其他许多表格形式的辅导书的通病，要么删节了许多东西，要么非常繁琐，而本书却用脚注就将此问题迎刃而解，将一些概念、说明、提示、法条来源等等，用脚注进行标注。如此一来，表格既明晰，又不丢内容。因此，本套书不但内容全面、细化，而且由于把细枝末叶的内容以及一些相关的说明、提示都用脚注标明在页末了，没有混到正文内容中去，便于读者阅读和复习，尤其是后期的强化和冲刺阶段，只要本套书在手，就能对整个司法考试的内容了然于胸。

5. 重点标注。对于关键词加黑，这也是本书特点之一。很多人考试做错题，看了答案之后就恍然大悟，觉得不难，其实就是咬文嚼字，有时候就是考的关键词，看有没有真正抓住核心词，因而本书作者将容易忽略、混淆的字词或者知识点加黑以示醒目。

最后，我要感谢广大读者对本书的支持与鼓励，如有不当或疏漏之处，还望读者批评指正！同时也希望大家多多反馈意见，提供宝贵的建议！

谢志强

2012年5月

目 录

Contents

理论法学

第一章 社会主义法治理念	(1-1)
第一节 社会主义法治理念的基本理论	(1-1)
第二节 社会主义法治理念的基本内容	(1-3)
第三节 社会主义法治理念的基本要求	(1-4)
第二章 法理学	(1-4)
第一节 法的本体	(1-4)
第二节 法的运行	(1-12)
第三节 法的演进	(1-14)
第四节 法与社会	(1-15)
第三章 法制史	(1-17)
第一节 中国法制史	(1-17)
第二节 外国法制史	(1-27)
第四章 宪法	(1-31)
第一节 宪法基本理论	(1-31)
第二节 国家的基本制度	(1-33)
第三节 公民的基本权利与义务	(1-41)
第四节 国家机构	(1-44)
第五节 宪法的实施及其保障	(1-53)

经济法

第一章 反垄断法	(1-55)
----------------	--------

第二章 反不正当竞争法	(1-56)
第三章 消费者权益保护法	(1-59)
第四章 产品质量法	(1-60)
第五章 食品安全法	(1-61)
第六章 银行业法	(1-61)
第七章 财税法	(1-65)
第八章 劳动法	(1-70)
第九章 土地法和房地产法	(1-79)
第十章 环境保护法	(1-84)

国际法

第一章 国际法	(1-87)
第一节 导 论	(1-87)
第二节 国际法律责任	(1-88)
第三节 国际法上的空间划分	(1-92)
第四节 国际法上的个人	(1-98)
第五节 外交关系法与领事关系法	(1-101)
第六节 条约法	(1-105)
第七节 国际争端的和平解决	(1-105)
第八节 战争与武装冲突法	(1-107)
第二章 国际私法	(1-110)
第一节 国际私法的主体	(1-110)
第二节 法律冲突、冲突规范和准据法	(1-112)
第三节 适用冲突规范的制度	(1-113)
第四节 国际民商事关系的法律适用	(1-114)

第五节	国际民事争议的解决·····	(1 - 119)
第六节	区际法律问题·····	(1 - 123)
第三章	国际经济法 ·····	(1 - 128)
第一节	国际货物买卖·····	(1 - 128)
第二节	国际货物运输与保险·····	(1 - 131)
第三节	国际贸易支付·····	(1 - 136)
第四节	对外贸易管理制度·····	(1 - 138)
第五节	世界贸易组织·····	(1 - 140)
第六节	国际经济法领域的其他 法律制度·····	(1 - 142)

司法制度和法律职业道德

第一章 审判制度与法官职业

	道德·····	(1 - 144)
第二章	检察制度与检察官职业	
	道德·····	(1 - 145)
第三章	律师制度与律师职业	
	道德·····	(1 - 147)
第四章	公证制度与公证员职业	
	道德·····	(1 - 148)

理论法学

第一章 社会主义法治理念

第一节 社会主义法治理念的基本理论

一、基本特征和本质属性

基本特征	鲜明的政治性；彻底的人民性；系统的科学性；充分的开放性。
本质属性	(1) 坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的统一，是社会主义法治理念的本质属性。 坚持“三者统一^①”，是社会主义法治的根本原则，也是区别于西方资本主义法治理念的根本和关键。 (2) 坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上，是坚持“三者统一”的必然要求。 (3) 切实把“三个至上^②”的要求落实到社会主义法治的各个方面。 党的事业是关键，人民利益是根本，宪法法律是保障。

二、社会主义法治理念的理论渊源

理论基础	马克思主义法治思想是社会主义法治理念的理论基础。	
	马克思 恩格斯	马克思法学以唯物史观为理论基础，科学地揭示法的本质，系统地论证了法的起源、功能和作用，精辟地回答了法律实践中提出的有关问题。
	列 宁	(1) 丰富和发展了马克思和恩格斯的法治思想，探讨了无产阶级专政与社会主义法治，党的领导方式与法律权威，党的领导和公平正义，法律的普遍约束力与制度构建等问题。 (2) 关于社会主义法治的探索和论述是初步的，也是重要的。 (3) 为社会主义法治理念的形成奠定了重要基础，开启了社会主义法治实践的道路。
	毛泽东	宪政理论、人民民主专政理论、专门工作与群众路线相结合、健全法制和依法办事等思想。

① 本书将“党的领导、人民当家作主和依法治国的统一”简称为“三者统一”。

② 本书将“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”简称为“三个至上”。

理论基础	中国特色	中国特色社会主义法治思想，包括邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观中的法治思想，由以下几个方面构成。	
		根本原则 ^①	坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一。
		根本要求	坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上。
		重要内容	强调依法治国，以人为本、执法为民、严格公正执法、维护公平正义，服务大局，党的领导。
		政治基础	坚持人民代表大会制度。
		重要保障	建设公正高效权威的社会主义司法制度。
文化资源	中国传统法律思想是社会主义法治理念的文化资源。		
	民为邦本的思想；公正执法的思想；以法治国的思想；礼法并用的思想。		
有益借鉴	西方资本主义法治思想为社会主义法治理念提供了有益的借鉴。		
	人民主权论、基本人权论、权力制约论、法律面前人人平等论、法律至上论。		

三、社会主义法治理念的地位

最新成果	社会主义法治理念是马克思主义法治思想中国化的最新成果②。	
	毛泽东	“民主建国”。
	邓小平	“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。
	江泽民	“依法治国，建设社会主义法治国家”。
	胡锦涛	(1) 提出了“社会主义法治理念”这一崭新命题； (2) 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； (3) 社会主义法治理念的提出，是对前三次马克思主义法治思想中国化成果的继承、发展和升华。
重要组成部分	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。	
指导思想	社会主义法治理念是社会主义法治建设的指导思想。	

^① 是指“社会主义法治”的根本原则，下列四个同理。

^② 下列所述为马克思主义法治思想中国化进程的四个阶段，共四次重大创新。

第二节 社会主义法治理念的基本内容

	地 位	意 义	基本内涵
依法治国	核心内容 ^①	(1) 是我们党治国理政观念的重大转变; (2) 是实现国家长治久安的重要保障; (3) 是发展社会主义民主政治的必然要求。	(1) 人民民主是依法治国的政治基础; (2) 法制完备 ^② 是法治国家的重要标志; (3) 树立宪法和法律权威是依法治国的必然要求; (4) 权力制约是依法治国的关键环节。
执法为民 ^③	本质要求	(1) 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) 是“一切权力属于人民”的宪法原则的具体体现; (3) 是社会主义法治始终保持正确政治方向的根本保证。	(1) 以人为本是执法为民的根本出发点 ^④ ; (2) 保障人权是执法为民的基本要求; (3) 文明执法是执法为民的客观需要。
公平正义	价值追求	(1) 是社会主义法治建设的根本目标; ^⑤ (2) 是新时期广大人民群众의 强烈愿望; (3) 是立法、行政和执法司法工作的生命线 ^⑥ 。	(1) 法律面前人人平等是公平正义的首要内涵; (2) 合法合理是公平正义的内在品质; (3) 程序正当是实现公平正义的方式与载体; (4) 及时高效是衡量公平正义的重要标尺。
服务大局	重要使命	(1) 是社会主义法律的必然要求; (2) 是法治工作的性质和地位所决定; (3) 是社会主义法治实践的经验总结。	(1) 把握大局是服务大局的前提条件; (2) 围绕大局是服务大局的根本保证; (3) 立足本职是服务大局的基本要求。
党的领导	根本保证	(1) 是党的先进性决定的; (2) 是历史的选择、人民的选择; (3) 是法治建设的艰巨性决定的。	坚持党对社会主义法治的思想领导、政治领导、组织领导。

① 是指“社会主义法治”的核心内容，下列四个同理。

② 法制完备首先是指形式意义上的完备，即法律制度的类别齐全、规范系统、内在统一；实质意义上的完备，指法律制度适应社会发展的需要，满足社会发展的客观要求，同时符合公平正义的价值要求。

③ 这里的“执法”，是指社会主义法治实践的全部活动，而不仅仅局限于行政机关或者司法机关的执法司法行为。

④ 坚持以人为本，就是在执法的目的上要以维护最广大人民群众的根本利益为本，在执法标准上以人民满意为本，在执法方式上充分依靠人民群众，实行专门机关和群众路线相结合。

⑤ 公平正义是衡量法治实现程度的重要标尺。

⑥ 立法是公平正义的起点，司法是公平正义的最后一道防线。

第三节 社会主义法治理念的基本要求

	基本要求
健全完善立法	(1) 坚持科学立法； (2) 坚持民主立法； (3) 坚持法制统一； (4) 坚持体系完备。
坚持依法行政	(1) 合法行政是依法行政的根本要求； (2) 合理行政是依法行政的重要补充； (3) 高效便民是依法行政的价值体现； (4) 权责统一是依法行政的必然要求； (5) 政务公开是依法行政的重要保障； (5) 不断提高依法行政能力和职业道德水平。
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	(1) 加强制约监督； (2) 自觉诚信守法； (3) 繁荣法学事业； (4) 坚持依法执政。

第二章 法理学

第一节 法的本体

一、法的概念与特征

(一) 法的概念的争议

	实证主义	非实证主义
基本主张	(1) 法和道德是分离； (2) 恶法亦法。	(1) 法与道德是相互联结的； (2) 恶法非法。
定义法的要素	(1) 权威性制定； (2) 社会实效性。	(1) 内容的正确性； (2) 权威性制定； (3) 社会实效性。

（二）法的特征

调整人的行为的一种社会规范 ^①	(1) 法是调整人的行为的一种社会规范； (2) 对象是不特定的大多数人； (3) 针对规范制定生效后发生的行为有效； (4) 在其有效期限内，针对同样的情况反复适用。
国家意志性	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。 (1) 法是国家制定或认可的，因此法是自觉的结果，而非自发的结果； (2) 法是国家意志的体现，但并不是说国家意志均体现为法，国家意志也可以其他形式表现出来，比如国家政策； (3) 法是国家意志的体现，而国家意志是统一的，因此法是一元的； (4) 国家意志就是法律化的统治阶级意志，而不是社会成员的公共意志。
普遍性	(1) 在国家权力所及的范围内，法具有普遍效力或约束力； (2) 法律面前人人平等； (3) 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	(1) 法是通过设定和运行权利义务的方式来调整人的行为和社会关系； (2) 通过设定权利义务来调整社会关系是法特有的方式； (3) 权利义务具有利益导向性。
国家强制性和程序性	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。 (1) 其他社会规范也具有强制性，但只有法具有国家强制性； (2) 法是最具外在强制性的社会规范； (3) 法依靠国家强制力保证实施，但国家强制力并不是保证法律实施的唯一力量； (4) 并不是说法律实施的任何过程均需要国家强制力的介入，法的国家强制力具有潜在性和间接性； (5) 法依靠国家强制力保证实施，并不意味着国家强制力可以超越法律，不受法律约束。
可诉性	法律具有被任何人（包括公民和法人）在法律规定的机构（尤其是法院和仲裁机构）中通过争议解决程序（特别是诉讼程序）加以运用以维护自身权利的可能性。

二、法的价值与作用

（一）法的价值的冲突解决规则

1. 价值位阶原则——在先的价值优于在后的价值，自由 > 正义 > 秩序。
2. 个案平衡原则（兼顾各方利益）。
3. 比例原则——即使某种价值的实现必然会以其他价值的损害为代价，也应当使被损害的价值减低到最小限度。

^① 规范性并不是法律所特有的，其他社会规范也具有规范性。

(二) 法的规范作用^①

	含 义	对 象	表现形式		
指引作用	对本人的行为具有引导作用。	本人的行为	形式上	个别性指引	通过一个具体的指示形成对具体的人的具体情况指引。
				规范性指引	通过一般的规则对同类的人或行为的指引。
			立法技术上	确定的指引	通过设置法律义务，要求人们作出或抑制一定行为，使社会成员明确自己必须从事或不得从事的行为界限。义务模式。
				不确定的指引	又称选择的指引，是指通过宣告法律权利，给人们一定的选择范围。权利模式。
评价作用	判断、衡量他人行为合法与否。	他人的行为	法律作为一种判断标准和评价尺度，被用来评价、判断他人行为的法律性质。		
教育作用	通过法的实施对一般人的行为产生影响。	一般人的行为	(1) 示警作用。对违法行为实施制裁，对一般人有教育警戒作用。 (2) 示范作用。对合法行为加以保护、赞许、奖励、对所有的人有示范鼓励作用。		
预测作用	凭借法律的存在，可以预先估计到人们相互之间会如何行为。	相互的行为	(1) 一定法律关系中当事人可以预先估计到对方会如何行为，使行为入可依据法律调整相互关系。 (2) 人们可以依据法律，预先估计到国家对某种行为所持的态度，预见某种行为的法律性质。		
强制作用	法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律。	违法犯罪者的行为	(1) 通过制裁违法犯罪行为直接显现出来。 (2) 作为一种威慑力量，起预防违法犯罪行为的作用。		

(三) 法的作用的局限性

1. 法律并不调整所有的社会关系，其调整范围是有限的。
2. 法是概括性的规范，不可能涵盖所有应当由法加以调整的方面。
3. 法律只是社会调整方法的一种，必须综合运用道德、规章等各种调整方法和社会控制手段。
4. 法是人创制的，总会存在某种不合理、不科学之处。
5. 法是一般性的规范，要求同等情况同等适用，这可能牺牲个别正义。
6. 法具有稳定性和保守性，总是落后于现实生活的变化。
7. 法律是讲究程序的规范，缺乏对社会事件的及时应对和处理。

^① 法的规范作用是指法基于其规范性而对人的行为产生的影响。

三、法的要素^①

(一) 法律规则^②三要素

	含 义	类型及表现形式		
假定条件	法律规则在什么时间、空间、对什么人适用以及在什么情境下对人的行为有约束力。	(1) 法律规则的适用条件。其内容有关法律规则在什么时间、在什么地域以及对什么人生效等。 (2) 行为主体的行为条件。		
行为模式	法律规则中规定人们如何具体行为的方式。	可为模式	指在什么假定条件下，人们“可以如何行为”的模式。	权利行为模式
		应为模式	指在什么假定条件下，人们“应当或必须如何行为”的模式。	义务行为模式
		勿为模式	指在什么假定条件下，人们“禁止或不得如何行为”的模式。	
法律后果	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承担相应的结果。	合法后果	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	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。	

(二) 法律规则与法律原则的区别

	法律规则	法律原则
内 容	内容上明确具体, 着眼于主体行为及各种条件(或情况)的共性, 目的是削弱或防止法律适用的“自由裁量” ^③ 。	着眼点不仅限于行为及条件的共性, 而且关注它们的个别性, 比较笼统、模糊, 概括性, 适用时有较大的余地供法官选择和灵活应用 ^④ 。
适用范围	只适用于某一类型的行为。	对某一类行为、某一法律部门甚或全部法律体系均通用的价值准则, 有宏观指导性。
适用方式	以“全有或全无的方式”应用于个案当中。	不同强度的原则甚至冲突的原则都可能存在于一部法律之中, 强度较强的原则对案件有指导性作用, 更有分量, 但另一原则并不因此无效, 也并不因此被排除在法律制度之外。有些原则自始就是最强的。

① 法律是由法律规范组成的, 法律规范被区分为法律规则与法律原则。法的三要素: 规则、原则、概念。法律概念本身不是法律规则或法律原则, 而是表述规则和原则之内容的工具, 因此法律概念不是完全独立的法的要素, 而依附于法律规则或法律原则。法律概念本身不能单独适用。

② 法律规则是指采取一定的结构形式, 具体规定人们的法律权利和义务以及相应的法律后果的行为规范。

③ 这在一定程度上体现了法律规则的僵硬性缺陷。

④ 在法律存在漏洞, 没有明确的法律规则可用的情况下, 可以以法律原则作为裁判的依据, 克服法律规则的僵硬性缺陷。

其 他	法律规则有严密的逻辑结构，而法律原则没有。	与法律规则相比，法律原则缺少具体性和确定性，只是提供一个方向性的指导，而不能像法律规则那样具有最大限度的可预测性。
-----	-----------------------	---

(三) 法律原则的适用条件

- 1. 穷尽法律规则。
- 2. 除非为了个案正义，否则不得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。
- 4. 一般情况下，不优先适用法律原则，只有在穷尽法律规则或者法律规则难以实现个案平衡时，才适用法律原则，即法律原则在一定条件下是可以适用于个案之中的。

(四) 权利与义务的联系

- 1. 两者紧密联系、不可分割，它们的存在和发展都必须以另一方的存在和发展为条件。马克思说：“没有无义务的权利，也没有无权利的义务。”
- 2. 权利和义务的总量是相等的。
- 3. 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. 权利和义务在不同历史时期和国家的法律体系中的地位是有主次之分的，两者代表了不同法律精神，等级特权社会遵循义务本位，民主法治社会遵循权利本位。
- 5. 基本权利义务是宪法所规定的，普通权利义务是宪法以外的普通法律所规定的。

四、法的渊源^①与效力

(一) 正式的法的渊源^②

	制定机关	内 容	
宪 法	全国人大	(1) 民主国家最根本的法的渊源，其法律地位和效力是最高的。 (2) 全国人大监督宪法的实施，全国人大常委会解释并监督宪法的实施。	
法 律	全国人大	基本法律	由全国人大制定和修改的刑事、民事、国家机构等方面的法律。
	全国人大常委会	基本法律以外的其他法律	在全国人大闭会期间，常委会也有权对人大制定的法律在不同该法律基本原则相抵触下进行部分补充和修改。
行政法规	国务院	(1) 其法律地位和效力仅次于宪法和法律。 (2) 国务院所发布的决定和命令，凡属于规范性的，也属于法的渊源。	

① 法的渊源，就是指特定法律共同体所承认的具有法的约束力或具有法律说服力并能够作为法律人的法律决定之大前提的规范或准则来源的那些资料，如制定法、判例、习惯、法理等。

② 正式的法的渊源，是指具有明文规定的法律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，主要为各种制定法。

行政规章 ^①	国务院部委	部门规章	由国务院组成部门及直属机构在各自职权范围内制定。
	省市政府	地方政府规章	省级政府及其所在的市和经国务院批准的较大的市的政府依照法定程序制定的规范性文件。
地方性法规	省市人大及其常委会	(1) 省、自治区、直辖市以及省级政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大及其常委会有权制定地方性法规^②。 (2) 地方性法规可以就下列事项作出规定：为执行法律、行政法规的规定，需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项；属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。 (3) 地方各级国家权力机关及其常设机关、执行机关所制定的决定、命令、决议，凡属规范性者，在其行政区域内，也属于法的渊源。	
民族自治法规	民族自治地方人大	(1) 民族自治地方（自治区、自治州、自治县）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，但应报全国或省级人民代表大会常委会批准之后才生效^③。（注意：只有人大才能制定，人大常委会无权制定）。 (2) 自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得对《宪法》和《民族区域自治法》的规定作出变通规定，不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对其他有关法律、行政法规中专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。	
经济特区的规范性文件	经济特区省市人大及其常委会 ^④	(1) 是由全国人大及其常委会授权制定，其法律地位和效力不同于一般的法规、规章。从理论上说，假如经济特区制定并适用的规范性文件与上一位阶的规范性文件有不同规定的，并不一定因此而被宣布无效或撤销。 (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。	
特别行政区的法律	全国人大	特别行政区实行不同于全国其他地区的经济、政治、法律制度，即在若干年内保持原有的资本主义制度和生活方式，因而在立法权限和法律形式上也有特殊性。	
国际条约国际惯例	全国人大及其常委会、国务院	(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。国际惯例是指以国际法院等各种国际裁判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。 (2) 在民商事范围内，中国缔结或参加的条约与国内法有不同规定，条约	

① 行政规章是否属于法的正式渊源存在争议。行政规章包括国务院部门规章、省级政府规章、省级政府所在地的市及国务院批准的较大市政府的规章。如果认为行政规章属于法的正式渊源，就与我国《行政诉讼法》第53条相冲突，该条规定：人民法院审理行政案件，参照行政规章。从该条看来，仅仅只是参照而已，并非能直接依据行政规章作出裁决。

② 其中，省级人大及其常委会制定的地方性法规，须报全国人大常委会和国务院备案，但无需经过批准。省府城市、较大的市人大及其常委会制定的地方性法规，须报省级常委会批准，并由其报全国人大常委会和国务院备案。

③ 自治区的报全国人大常委会批准，自治州、自治县的报省级人大常委会批准。

④ 制定机关具体包括：广东省、福建省、海南省人大及其常委会；深圳市人大和深圳市政府。

国际条约 国际惯例	可以优先适用。但声明保留的条款除外。 (3) 我国法律和缔结或参加的国际条约没有规定的, 可以适用国际惯例。 (4) 加入多边条约和协定, 分别由人大或国务院决定; 接受多边条约和协定由国务院决定。
--------------	---

(二) 法的效力等级及冲突解决原则

1. 同一位阶的法的渊源之间的效力

- (1) 全国性法律优先原则。
- (2) 特别法优先原则 (即特别法优先于一般法)。
- (3) 新法优于旧法。
- (4) 实体法优先原则。
- (5) 国际法优先原则。
- (6) 省级政府规章效力高于本行政区域内较大的市的政府规章。
- (7) 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时, 由全国人大常委会裁

决。

- (8) 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时, 由国务院裁决。

2. 位阶出现交叉时的法的渊源之间的效力

- (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) 地方性法规和部门规章之间对同一事项的规定不一致时, 由国务院提出处理意见, 国务院认为应当适用地方性法规的, 应当适用地方性法规, 国务院认为应当适用部门规章的, 应当提请全国人大常委会裁决。

- (3) 较大的市的地方性法规与省级人民政府的规章不一致, 由省级人大常委会做出处理决定。

- (4) 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项规定不一致, 由国务院裁决。

- (5) 根据授权制定的法规与法律规定不一致时, 由全国人大常委会裁决。

五、法律关系

(一) 法律关系种类

1. 法律关系的种类

分类标准	种 类	含 义	举 例
法律关系产生的依据、执行的职能和实现规范的内容	调整性法律关系	(1) 基于人们的合法行为而产生的、执行法的调整职能。 (2) 不需要使用法律制裁, 法律主体之间即能够依法行使权利、履行义务。	民事法律关系
	保护性法律关系	(1) 基于违法行为而产生的、旨在恢复被破坏的权利和秩序, 执行法的保护规则, 是法实现的非正常形式。 (2) 其典型特征是一方主体 (国家) 使用法律制裁, 另一方主体 (违法者) 必须接受制裁。	刑事法律关系