

2008年国家司法考试

• 政法英杰司考通系列 • 主编/常 英

第五册



理论法学

杨 帆 张瀚文 • 编著

中国政法大学出版社

2008 年国家司法考试

政法英杰司考通系列 常英 主编

第 五 册
理 论 法 学

杨 帆 张瀚文 编著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

理论法学.第5册/杨帆,张瀚文编著. —北京:中国政法大学出版社,2008.4

ISBN 978-7-5620-3200-7

I.理... II.①杨...②张... III.法的理论-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料 IV.D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 048830 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 21印张 415千字

2008年4月第1版 2008年4月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3200-7/D·3160

定 价:36.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1.版权所有,侵权必究。

2.如有缺页、倒装问题,由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序 言

司法考试难在哪里？

浩如烟海的法条如何记忆？

纷繁复杂的法律事件怎样剖析？

灵活多样的题型如何解析？

刁钻古怪的陷阱怎样破解？

为什么许多考生皓首穷经，却不能破解司法考试之谜？

为什么有些考生能够一试中的，犹如囊中取物，从此平步青云？……

为了帮助广大考生更好地驾驭司法考试，北京政法英杰培训中心特编著此套名师过关辅导用书。

本套丛书是由中国政法大学常英教授主编，由政法英杰一线授课名师亲自编写，集名师讲义、考点精讲、历年真题、易混易错、重点法条、经典习题于一体，囊括历年司法考试的考点、重点和难点，以“讲、评、练”的形式集中展现，既将高频考点逐一作出梳理，又对新增法规进行详细解读，既有利于考生扎实掌握基础理论，又可强化实战经验，从而迅速提高其得分能力。本书具有以下特点：

1. **突显讲义。**集政法英杰名师多年司考辅导经验的名师讲义，突显各学科的理论重点，通过梳理理论脉络，对理论体系形成公式化的理解，紧扣司考大纲，全面梳理大纲涉及内容，集中高频考点，强调重点，突破难点，解析疑点，具有较强的渗透性和方向性，帮助学员在较短时间内把握命题思路，建立学习框架，对知识点进行较好的归纳总结，夯实理论基础。

2. **浓缩考点。**我们将历年真题做了深刻的剖析，浓缩教材，解析重点，解惑难点，探讨疑点，助考生全面掌握命题趋势及司考真谛，又快又好地达到复习效果。

3. **名师精练。**集各位司法考试辅导名师之历年经验，精简各门学科，减轻复习负担；通过对真题和习题的逐一评析，让考生体味司考之特点，准确把握命题的风格、题型以及各个学科所占比例，巧妙破解陷阱；全面掌握解题技巧、剖析出题目的，从而加强应试能力。

4. **易混易错。**将历年考题进行分析，对容易出现混淆、易错的试题择编出来，适用于中期复习；抓住命题规律和出题要点，避免应试中出现的种种问题。

5. **历年真题、重点法条、司法解释通讲。**旨在破译命题规律，透析2008年司考命题方向，司法考试唯有年年有新意，才能考倒人，也才能真正地选拔出精英。

我们相信，本书能够为您提供准确且权威的信息，帮助您解密司法考试命题思路，为您复习司法考试“画龙点睛”。在本书即将付梓之际，政法英杰全体教师祝愿各位考生2008年都能心想事成，鸿运当头，金榜题名！

中国司法考试协会
政法英杰培训中心

2008年4月

目 录

序 言	(1)
-----------	-----

法理学

上篇 讲 义	(1)
下篇 考 点 精 讲	(15)
第一章 法的定义	(15)
第二章 法的内容：要素、部门、体系、权利与义务	(24)
第三章 法的形式：条文、规范性法律文件、渊源与分类	(31)
第四章 法律效力、法律关系和法律责任	(38)
第五章 法的创制：立法	(49)
第六章 法的实施：执法、司法与守法	(53)
第七章 法的演进	(66)
第八章 法与社会	(81)

法制史

上篇 讲 义	(94)
下篇 考 点 精 讲	(110)
第一章 西周至秦汉、魏晋时期的法制	(110)
第二章 唐宋至明清时期的法制	(124)

第三章	清末、民国时期的法制	(139)
第四章	罗马法	(146)
第五章	英美法系	(154)
第六章	大陆法系	(162)

宪法学

上篇	讲 义	(174)
下篇	考 点 精 讲	(188)
第一章	宪法基本理论	(188)
第二章	国家的基本制度	(197)
第三章	公民的基本权利与义务	(218)
第四章	国家机构	(227)
第五章	宪法的实施及其保障	(235)

司法职业道德

上篇	讲 义	(244)
下篇	考 点 精 讲	(261)
第一章	司法制度和法律职业道德概述	(261)
第二章	审判制度与法官职业道德、职业责任	(265)
第三章	检察制度与检察官职业道德、职业责任	(279)
第四章	律师制度与律师职业道德、职业责任	(286)
第五章	公证制度与公证员职业道德、职业责任	(309)
附 录		(324)

法理学

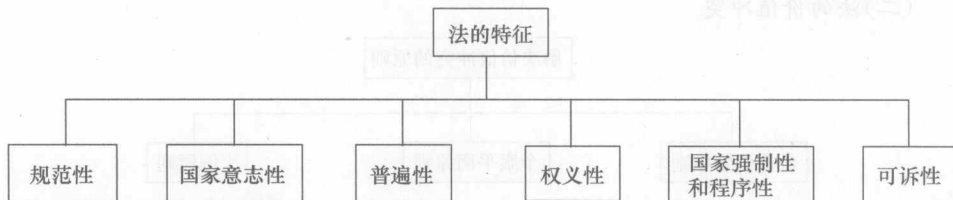
上篇 讲义

第一章 法的定义

一、法的本质

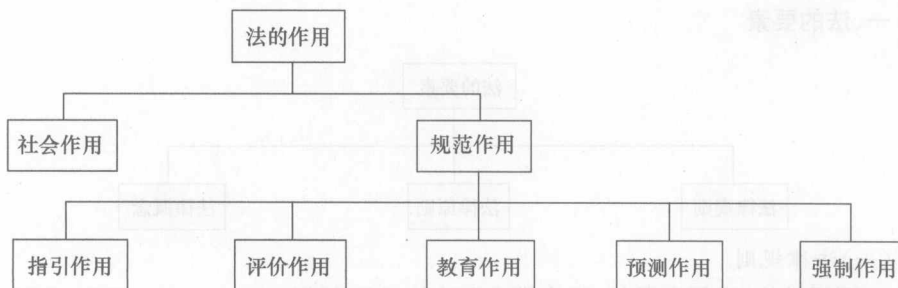


二、法的特征

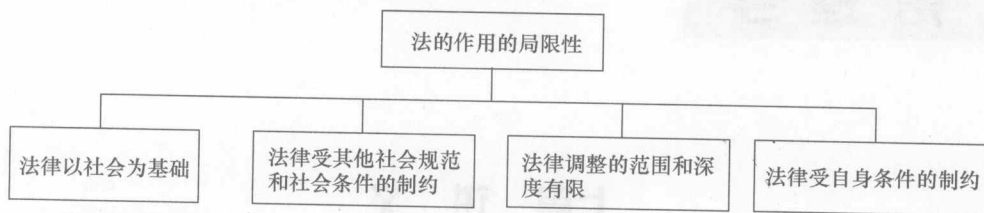


三、法的作用

1. 法的作用的分类

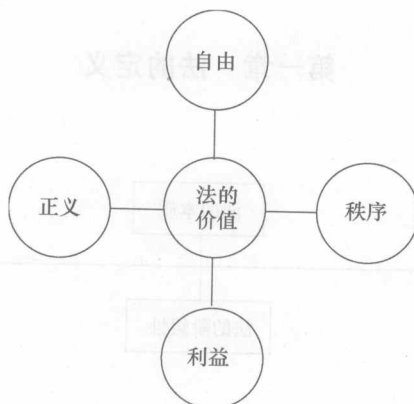


2. 正确理解法的作用,法的作用具有局限性

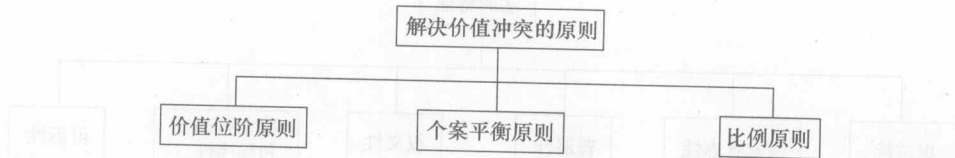


四、法的价值

(一) 法的价值的种类



(二) 法的价值冲突



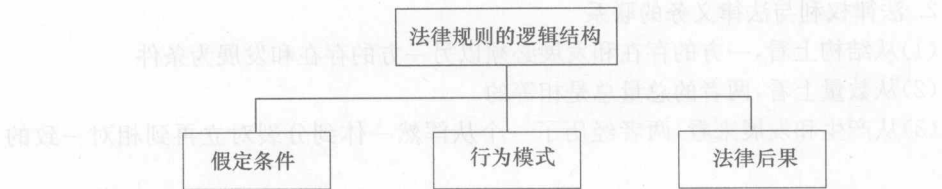
第二章 法的内容:要素、部门、体系、权利与义务

一、法的要素

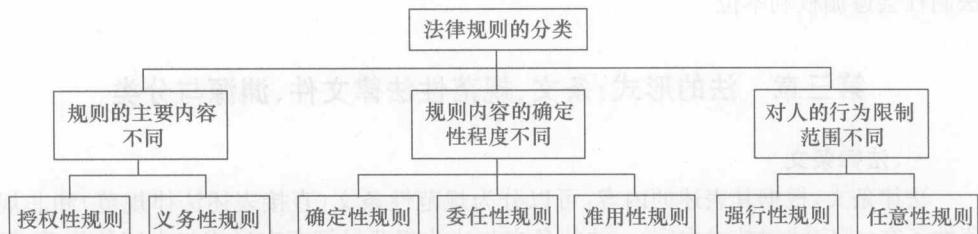


(一) 法律规则

1. 逻辑结构(由假定条件、行为模式和法律后果构成)



2. 法律规则的分类



(二) 法律原则



二、法律部门

1. 法律部门,也叫部门法,划分标准是调整对象(主要标准)和调整方法(次要标准)
2. 划分的原则主要有:粗细恰当、多寡合适、主题定类和逻辑与实用兼顾
3. 当代中国的法律部门有:宪法、行政法、民商法、刑法、经济法、劳动与社会保障法、自然资源与环境保护法、诉讼法等

三、法律体系

1. 法律体系是一国国内法构成的体系,不包括完整意义上的国际公法
2. 法律体系是一国现行法构成的体系,不包括已经废止的不再有效的法律,一般也不包括尚待制定以及已经制定但还没有生效的法律
3. 尽管我国存在不同的社会制度、不同属于性质的法律 and 属于不同法系的法律,但法律体系是统一的

四、法律权利和法律义务

1. 权利和义务的地位
 - (1) 权利和义务是一切法律规范、法律部门,甚至整个法律体系的核心内容
 - (2) 法的运行和操作的整个过程和机制都是围绕权利和义务展开的

2. 法律权利与法律义务的联系

- (1)从结构上看,一方的存在和发展必须以另一方的存在和发展为条件
- (2)从数量上看,两者的总量总是相等的
- (3)从产生和发展来看,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
- (4)从价值上看,两者代表了不同的法律精神。等级特权社会遵循义务本位,民主法制社会遵循权利本位

第三章 法的形式:条文、规范性法律文件、渊源与分类

一、法律条文

法律条文,根据其表述的内容,可以分为规范性条文(直接表述法律规范)和非规范性条文(规定法律技术内容)。法律条文与法律规范尽管存在形式与内容的关系,但不是一一对应的关系。

二、规范性法律文件

1. 规范性法律文件与非规范性法律文件。二者的区分在于是否具有规范性。规范性的含义包括对象的不特定性和反复适用性

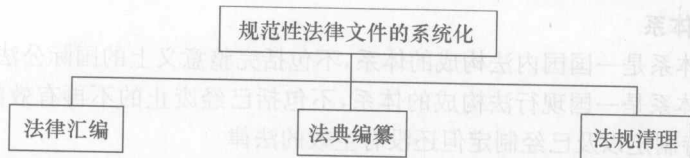
2. 规范性法律文件性与法律部门的关系:不是一一对应的关系

3. 规范性法律文件的规范化与系统化

(1)规范性法律文件的规范化,是指有权的国家机关在制定规范性法律文件时,必须遵循有关要求,使规范性法律文件符合一定的规格和标准,从而使一国的规范性法律文件成为内部和谐、外部协调的整体

(2)规范性法律文件的系统化,是指采取一定的方式,对已制定颁布的法律、法规等规范性文件进行归类、整理和编纂,使之集中起来的一种系统排列的活动

系统化有下列三种方式,前两种是基本方法



①法律汇编不是立法活动,可以由官方进行,也可以由民间进行;不改变汇编的规范性文件的内容

②法典编纂属于立法活动,只能由国家立法机关进行;可以改变原来规范的内容

③法规清理,是指有关国家机关按照一定的程序,对一定时期和一定范围的由其制定的规范性文件进行审查,并重新确定其法律效力的活动

三、法律渊源

1. 法律渊源的涵义。法律渊源,一般是从形式意义上的法的渊源(即法的效力渊源)理解的。对法的效力渊源,必须从三个层次把握:①它是法的表现形式;②这种法的表现形式是由立法产生的;③这种法的表现形式具有法的效力

2. 法的正式渊源/法的非正式渊源:①分类标准:是否表现于国家制定的法律文件中的明确条文。②法的正式渊源主要包括宪法、法律(包括基本法律和一般法律)、法规(包括行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例和经济特区法规)、规章(包括部门规章和地方政府规章)、特别行政区的法律、国际条约和国际惯例。③法的非正式渊源有国家政策和习惯。④判例不是法的渊源。⑤司法解释从严格意义上不属于法的渊源

四、法的分类

1. 按照法的创制与适用主体的不同,法可以分为国内法与国际法。

2. 按照法的效力、内容和制定程序的不同,法可以分为根本法与普通法。在制定和修改程序上,根本法比普通法更为严格。

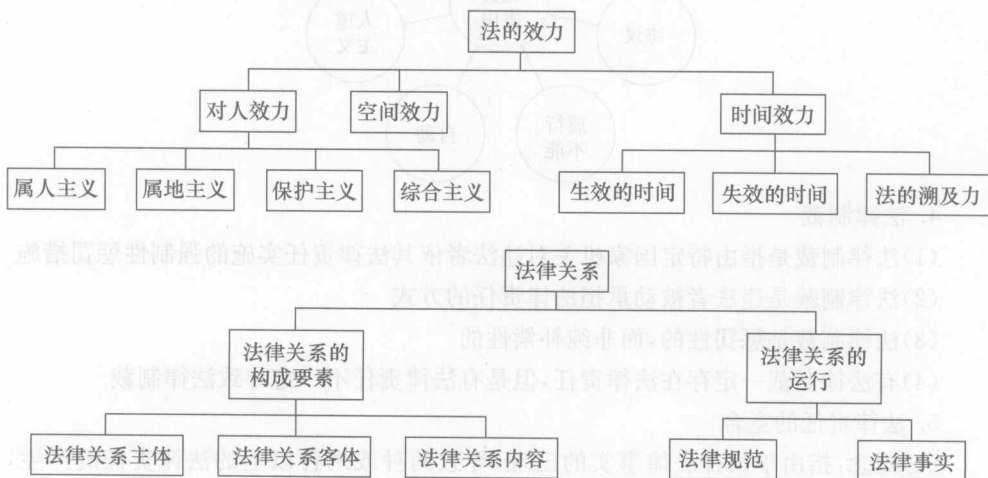
3. 按照法的效力范围的不同,法可以分为一般法与特别法。一般情况下,在同一领域,法律适用遵循特别法优于一般法的原则。

4. 按照法规定的具体内容不同,法可以分为实体法与程序法。

5. 按照法的创制和表达形式的不同,法可以分为成文法与不成文法。

第四章 法的效力、法律关系和法律责任

一、法的效力、法律关系

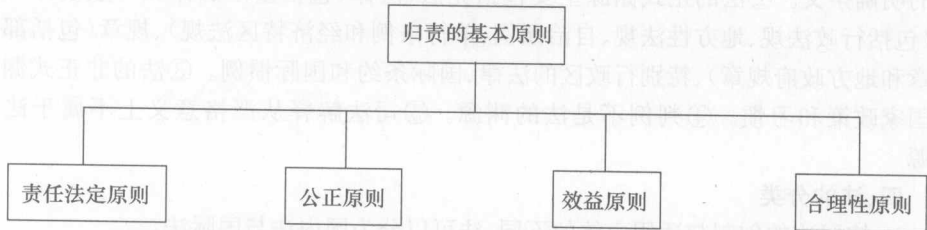


二、法律责任

1. 法律责任与违法行为(包括违约行为)的关系

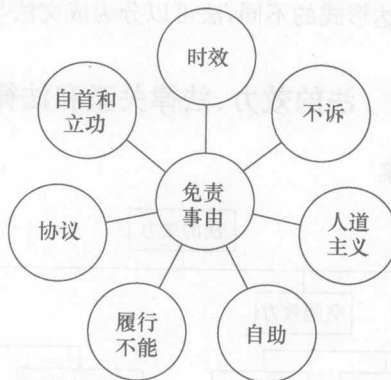
- (1)有违法行为,必然有法律责任
- (2)有法律责任,未必有违法行为

2. 归责的基本原则



3. 法律责任的免除

- (1)免责是以法律责任的存在为前提的
- (2)免责是指法律责任由于法定条件被部分或者全部免除,包含了责任的从轻、减轻、不予追究
- (3)免责事由主要有



4. 法律制裁

- (1)法律制裁是指由特定国家机关对违法者依其法律责任实施的强制性惩罚措施
- (2)法律制裁是违法者被动承担法律责任的方式
- (3)法律制裁是惩罚性的,而非纯补偿性的
- (4)有法律制裁一定存在法律责任,但是有法律责任不一定导致法律制裁

5. 法律责任的竞合

- (1)概念:指由于某种法律事实的出现,导致两种或两种以上的法律责任的产生,而这些责任之间有相互冲突的现象

(2)特点 (根据新立宪法和基本法律制定其他法律)和根据宪法制定行政法规、

①数个法律责任的主体为同一法律主体

②责任主体实施了一个行为

③该行为符合两个或两个以上法律责任的构成要件

④数个法律责任之间相互冲突

(3)产生法律责任竞合的原因。不同的法律规范从不同的角度对社会关系加以调整,而由于法律规范的抽象性以及社会关系的复杂性,不同的法律规范在调整社会关系时可能产生一定的重合,使得一个行为同时触犯了不同的法律规范,面临数种法律责任,从而引起法律责任的竞合问题

(4)法律责任竞合的处理。对于不同法律部门间法律责任的竞合,一般来说,应按重者处之。如果相对较轻的法律责任已被追究,再追究较重的法律责任应考虑折抵

第五章 法的创制:立法

一、立法的含义

1. 立法不仅包括制定,还包括认可

2. 立法是对社会资源、社会利益进行第一次分配的活动

3. 立法有广义与狭义之分

(1)狭义上的立法是国家立法权意义上的概念,仅指享有国家立法权的国家机关的立法活动

(2)广义上的立法是立法法意义上的立法

二、立法体制

1. 立法体制,主要是立法权限的划分

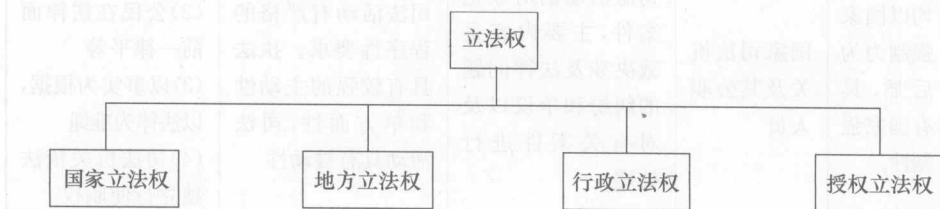
2. 立法体制的性质是与国家的性质相一致,立法体制的形式则是与国家的结构形式和管理形式密切联系的

3. 我国的立法体制是一元多层次的

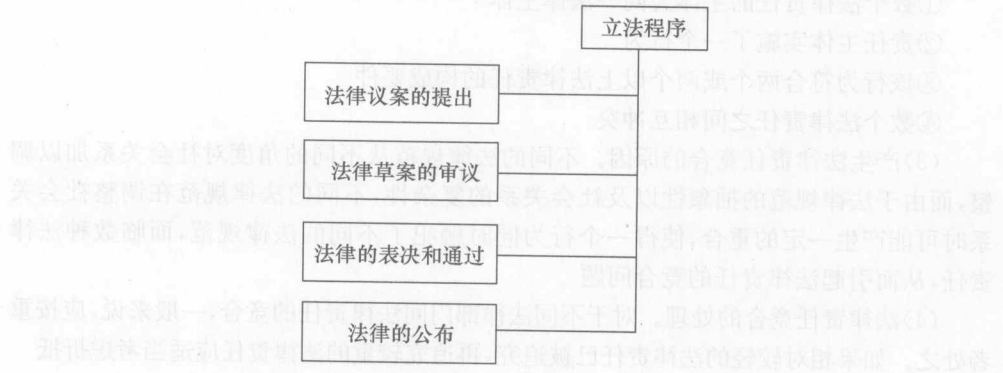
三、立法权

1. 立法权是国家权力体系中最重要、最核心的权力

2. 立法权的种类。根据享有立法权的主体和形式的不同,立法权可以划分为以下几种



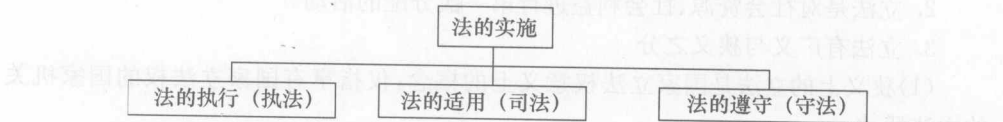
四、当代中国立法的程序(主要指全国人大及其常委会的立法程序)



第六章 法的实施:执法、司法与守法

一、法的实施的方式(执法、司法与守法)

1. 分类



2. 执法与司法的比较如下

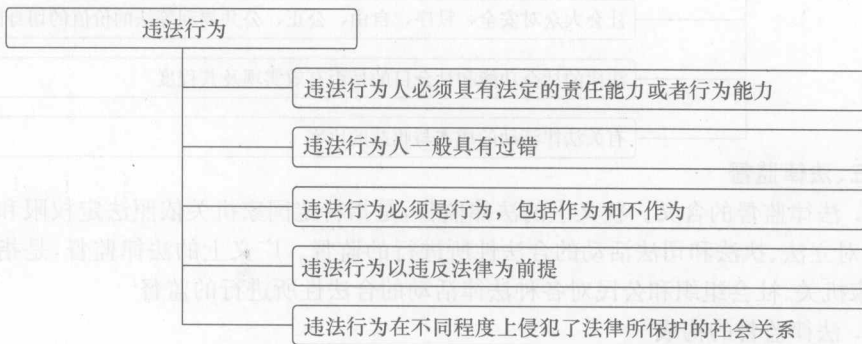
	相同点	不同点			
		主体	内容	程序性要求	基本原则
执法	均以国家的名义进行,具有国家权威性	国家行政机关及其公职人员	执法是以国家的名义对社会进行全面管理。行政管理的事务涉及社会生活方方面面,其内容远比司法广泛	基于执法效能的要求,执法活动的程序性规定没有司法活动那样严格和细致	(1)依法行政 (2)讲求效能
司法	均以国家强制力为后盾,具有国家强制性。	国家司法机关及其公职人员	司法活动的对象是案件,主要内容是裁决涉及法律问题的纠纷和争议以及对有关案件进行处理	司法活动有严格的程序性要求。执法具有较强的主动性和单方面性,司法活动具有被动性	(1)司法公正 (2)公民在法律面前一律平等 (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

3. 守法



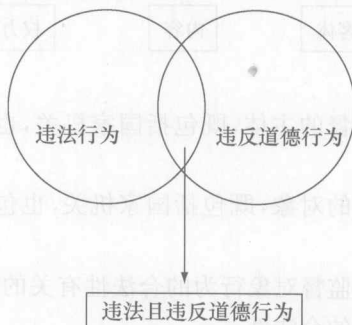
4. 违法

(1) 违法的构成



(2) 违法行为与违反道德的行为、法律上无效的行为的区别

①违法行为不一定是违反道德的行为,违反道德的行为也不一定是违法行为。

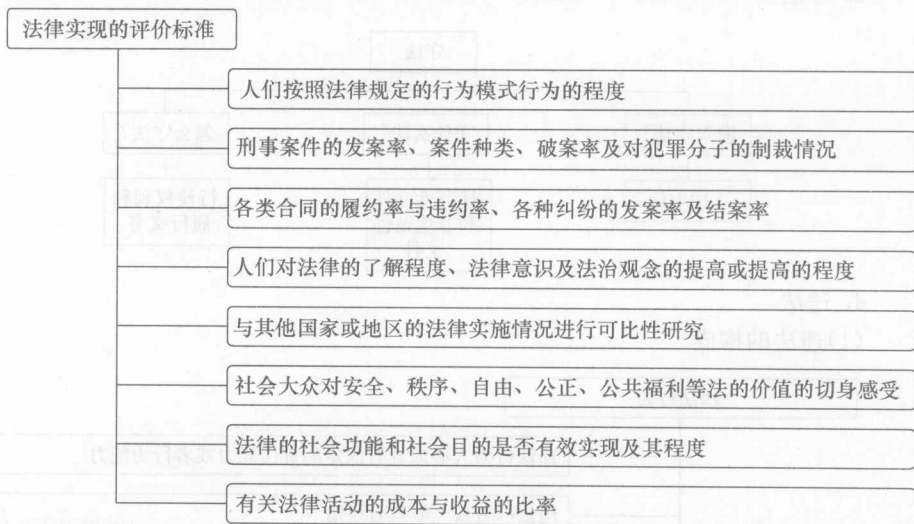


②违法行为不一定是无效行为,法律上的无效行为并不都是违法行为。

二、法的实现

法的实现是指法律的要求在社会生活中被转化为现实。法的实现不同于法的实施,法的实施侧重于过程和活动;法的实现不同于法的实效,法的实效是指法律被人们实际履行的状态和程度,侧重于结果。法的实现是将法的实施的过程性与法的实效的

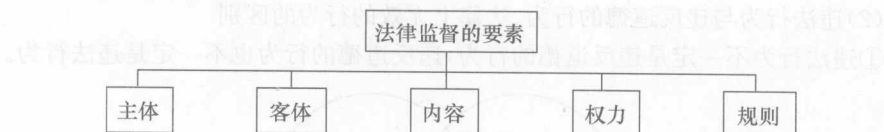
结果性结合的一个概念。法律实现的评价标准具有复杂性,大体上包括以下几方面:



三、法律监督

1. 法律监督的含义。狭义上的法律监督,是指特定国家机关依照法定权限和法定程序,对立法、执法和司法活动的合法性所进行的监督。广义上的法律监督,是指由所有国家机关、社会组织和公民对各种法律活动的合法性所进行的监督

2. 法律监督的构成



【注意】

(1) 监督主体,即实施监督的主体,既包括国家机关,也包括非国家机关的社会组织和个人。

(2) 监督客体,即被监督的对象,既包括国家机关,也包括非国家机关的社会组织和个人。

(3) 监督内容,包括与被监督对象行为的合法性有关的所有问题。在我国,监督的重点是司法行为和行政行为的合法性。

3. 法律监督体系

