



上律·指南针教育
SURELY EDUCATION

(2015 “命题方向”精品书系)

国家司法考试攻略

GUOJIASIFAKAOSHI GONGLUE

8

理论法攻略 (第四版)

LILUNFA GONGLUE

杜洪波◇著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编

最精准的理论法学参考书

- 归纳总结：夯实理论基础
- 梳理脉络：建立知识框架
- 深入浅出：道破法理真谛
- 理论精准：浓缩精确权威



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

2015“命题方向”精品书系

国家司法考试攻略

理论法攻略

(第四版)

杜洪波 著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

上律指南针教育理论法攻略 / 上律指南针司法考试
命题研究中心组织编写;杜洪波著. —北京:法律出
版社,2015.3
(国家司法考试攻略 2015“命题方向”精品书系)
ISBN 978-7-5118-7705-5

I. ①上… II. ①上… ②杜… III. ①教育法—中国
—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV.
①D922.16

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 054479 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘旭

装帧设计/汪奇峰

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/固安华明印业有限公司

责任印制/沙磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/22.75 字数/463 千

版本/2015 年 6 月第 1 版

印次/2015 年 6 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 978-7-5118-7705-5

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



前言

一、本书的修订概况

这应该是本年度出版时间最晚的基础类司考教材了。也正因为如此,它也是唯一一本完全按照新大纲编写的司考教材。对广大考生而言,可直接学习新增内容,直击考点,少走弯路。

另外,本教材在体例上也做了重大修订,增加了近 100 幅思维导图,利于考生建立理论体系;同时,还大量采用了表格化表述,利于提升理论的清晰度,也迎合了“90 后不愿看纯文字”的学习习惯。

二、本书使用中的注意事项

下边将结合理论法的学科特点,谈一谈本书在使用时应注意的问题。

与刑法、民法等学科相比,理论法是离生活最远的学科。你可能每天都实践着合同法的规定,你也可能经常听到老师“对强奸罪的独到见解”,但我相信,你不可能每天都去思考实证主义与非实证主义,去思考宪政发展趋势,更不可能像法制史那样,回到西周去——当然,看穿越剧的除外,以至于经常有学生聊天时告诉我,“要不是为了考试,我才不会看他一眼呢”!

的确,理论法不但内容枯燥,而且学科繁杂,给考生带来痛苦的折磨。在这几年的教学实践中,我深切感受到理论法学的教学之艰和备考之难。如何能化繁为简,化枯燥为生动?这个问题一直萦绕在耳边,也是我每次备课都要反复自问的问题。本书就是这种自问的结果。

本书在使用时需要注意以下几点:

首先,对于法理学和宪法学,由于这两科是理论法学科目中最为抽象和繁杂的学科,并且所占分值在 60 分以上。鉴于此,在这两部分增加了大量的思维导图和表格化表述,考生在学习每个考点时,可先概览思维导图,形成初步体系;在学习完正文后,还可再依照思维导图,对本考点项下内容进行复习。

其次,对于中国特色社会主义法治理论,这部分在选择题中占 10 分左右,在案例分析题及论述题中占 15 分左右,可以说是非常重要。但由于其政治属性较强,命题不会深入挖掘背后的法理学原理,所以这部分内容偏重记忆,因此在体例设计上完全采用表格形式,使考试内容一目了然。需要特别指出的是,本部分内容中有大量的“非常具体的制度设计”,而此



类制度设计在新的立法中(立法法、民诉法解释、行政诉讼法,等)已经加以规定,考生对于这部分内容,完全不需要硬背,在部门法中掌握即可。

再次,对于法律职业道德,这是一个被严重低估的科目。该学科虽然每年直接考查12分左右,但该学科中关于“司法原理”的内容,实际上能够应付近十年来所有的论述题;该学科内容虽然看似繁杂厚重让人厌烦,但只要按照我整理的精简表格和命题分析来复习,必能披荆斩棘,我对2015年的考生提出的最低要求是:将表格阅读一遍并将历年真题做一遍。

最后,对于法制史,由于考察较细,故没有采用表格形式;又由于所占分值较低(10分),故没有必要再绘制框架图,而是保留了原书中的重点内容,考生直接进行背诵即可。

三、本书的“四轮学习规划”

1. 考生应该在6月底之前完成本书的第一轮学习(结合指南针官网的免费配套课程1来学习),要求是至少看完一遍,做完一遍真题。

2. 在7月份,要适度加大针对卷一学科的背诵量,理论法也不例外,要以背诵的方式对本书进行第二轮学习,并做完第二遍的真题。

3. 在8月份,进行第三轮的强化背诵,尤其要指出的是,8月份属于背诵月,必须偏向“背多分”学科,尤其不能再死守刑法、民法——所谓“得民刑者得天下”误导了很多考生。民刑只能做到不拉分而已,想得高分?还是要靠理论法、经济法、三国法及刑诉、民诉——在8月份的学习规划中,一定要重视卷一及两诉!

4. 考前,把我专门命制的模拟题做2遍。同时查漏补缺,再进行最后的背诵。按照这四步走,理论法拿下八成的分数根本不是难事。

需要说明的是,在将本书学习完1-2遍后,在7月份开始背诵时,可使用杨帆、邓金华和我合编的《卷一突破120分》,该书属于表格化的背诵版,每章后边还专门命制了配套模拟题,非常适合突击背诵和题目检验。

另外,考生们在制定“考前百天”学习计划时,根据我多年的经验,每学科花费的时间,计算标准基本是0.8分—1分/小时,具体可围绕这个标准进行调整;照此推算,我的学科需要10天(100小时),其中,法理宪法共需要60小时左右,法治理论需要20-30小时,法制史及法律职业道德各需要10小时左右。

经常有学生问我,从事司法培训有什么理想。我的理想很简单,也很纯粹,就是以绵薄之力,解通关之难!

关于本书的问题交流:新浪微博@法学理论杜洪波。

杜洪波

2015年6月1日



目录

第一编 法理学

第一讲 法的概念与本质	(3)
一、法的概念的争议	(3)
二、西方主要法哲学流派	(5)
三、马克思主义论法的本质	(5)
第二讲 法的形式与特征	(7)
一、法的形式	(7)
二、法的特征	(8)
第三讲 法的作用和价值	(13)
一、法的作用	(13)
二、法的价值	(16)
第四讲 法的要素	(20)
一、法律规则	(20)
二、法律原则	(26)
三、权利与义务	(29)
第五讲 法的渊源	(32)
一、法的渊源的概念和分类	(32)
二、当代中国法的正式渊源	(33)
三、正式法的渊源的效力原则	(36)
四、当代中国法的非正式渊源	(38)
第六讲 法律体系	(40)
一、法律部门	(40)
二、法律体系	(42)



第七讲 法的效力	(44)
一、法的效力的含义	(44)
二、法的效力的根据	(44)
三、法的效力体现	(45)
第八讲 法律关系	(48)
一、法律关系的特征	(48)
二、法律关系的种类	(49)
三、法律关系的要素	(51)
四、法律关系变动的条件:法律事实	(54)
第九讲 法律责任	(57)
一、法律责任含义	(57)
二、法律责任的竞合	(57)
三、法律责任的承担原则	(58)
四、法律责任的免除	(59)
五、法律制裁	(60)
第十讲 法的制定	(63)
一、立法概述	(63)
二、立法原则	(64)
三、全国人大及常委会的立法程序	(67)
第十一讲 法的实施	(72)
一、法的实施的概念	(72)
二、执法	(73)
三、司法	(73)
四、守法	(74)
五、法律监督	(75)
第十二讲 法律适用的一般原理	(76)
一、法律适用的目标	(76)
二、法律适用的步骤	(77)
三、事实判断、价值判断	(78)
四、法律证成	(79)
第十三讲 法律推理与法律解释	(82)
一、法律推理	(82)
二、法律解释	(84)

第十四讲 法的产生与发展	(94)
一、法的产生	(94)
二、法的发展	(95)
三、法律发展的方式	(96)
第十五讲 中国法的传统与法的现代化	(99)
一、中国的法传统和现代化	(99)
二、法律意识	(101)
第十六讲 法与社会	(102)
一、本讲思维导图	(102)
二、法与社会的一般关系	(102)
三、法与经济	(103)
四、法与政治	(104)
五、法与道德	(106)
六、法与人权	(109)

第二编 中国特色社会主义法治理论

第一讲 中国特色社会主义法治建设基本原理	(115)
一、全面推进依法治国的重大意义	(115)
二、推进依法治国的指导思想和总目标	(116)
三、全面推进依法治国的基本原则	(116)
第二讲 法治工作的基本格局	(119)
一、完善中国特色社会主义法律体系,加强宪法实施	(119)
二、深入推进依法行政,加快建设法治政府	(123)
三、保证公正司法,提高司法公信力	(126)
四、增强全民法治观念,推进法治社会建设	(130)
第三讲 法治工作的重要保障	(133)
一、加强法治工作队伍建设	(133)
二、加强和改进党对全面推进依法治国的领导	(135)

第三编 宪法学

第一讲 宪法的渊源与分类	(141)
一、宪法渊源	(141)



二、宪法分类	(143)
第二讲 宪法特征与宪法原则	(145)
一、宪法特征	(145)
二、宪法规范与宪法原则	(146)
第三讲 宪法的产生与发展	(149)
一、宪法的产生	(149)
二、宪法的发展	(149)
三、中国宪法的产生与发展	(150)
第四讲 宪法的实施与保障	(155)
一、宪法的解释和保障机关	(155)
二、宪法保障的方式	(155)
三、我国宪法的保障方式	(156)
第五讲 宪法的效力与作用	(160)
一、宪法的效力	(160)
二、宪法的作用	(161)
第六讲 当代中国的国家结构	(162)
一、我国的单一制国家结构	(162)
二、我国的行政区划	(162)
第七讲 我国的基本政治制度	(165)
一、人民民主专政的内涵	(165)
二、我国人民民主专政的特色	(165)
第八讲 我国的基本经济制度	(167)
一、经济制度的概念	(167)
二、我国的市场经济体制	(167)
第九讲 我国的基本文化制度	(170)
一、文化制度在各国宪法中的表现	(170)
二、我国宪法对基本文化制度的规定	(170)
第十讲 我国的基本社会制度	(172)
一、社会制度的概念及特征	(172)
二、我国宪法关于社会制度的规定	(172)
第十一讲 我国的民族区域自治制度	(174)
一、民族区域自治的概念	(174)

二、民族自治机关	(174)
三、民族自治权	(174)
第十二讲 我国的基层群众自治制度	(177)
一、基层群众性组织概述	(177)
二、村民委员会	(178)
三、村民会议	(180)
四、村民代表会议	(181)
第十三讲 我国的特别行政区制度	(183)
一、中央对特别行政区的管理权限	(183)
二、特别行政区的高度自治权	(184)
三、特别行政区的政治体制	(186)
第十四讲 我国的选举制度	(191)
一、选举的基本原则	(191)
二、选举程序	(193)
三、人大代表的离职	(198)
四、代表资格的暂停与终止	(199)
五、人大代表的补选	(200)
六、人大代表的权利	(201)
第十五讲 我国的法律监督制度	(204)
一、听取专项工作报告	(204)
二、审查和批准决算,听取和审议国民经济和社会发展规划、预算的执行情况 报告,听取和审议审计工作报告	(206)
三、法律法规实施情况检查	(208)
四、询问和质询	(210)
五、撤职案(仅限地方各级常委会,不包括全国常委会)	(211)
第十六讲 全国人大及其常委会	(213)
一、全国人大及其常委会的性质和组成	(213)
二、全国人大及其常委会的下设组织	(214)
三、全国人大及其常委会职权	(219)
四、全国人大及其常委会的工作制度	(222)
第十七讲 国务院	(225)
一、组成及任期	(225)
二、国务院的职权	(225)



第十八讲 国家主席	(227)
一、国家主席的地位和任职资格	(227)
二、国家主席的职权	(227)
三、国家主席、副主席的缺位	(228)
第十九讲 地方国家机关	(229)
一、地方人大和常委会	(229)
二、地方政府	(232)
第二十讲 公民的基本权利与义务	(234)
一、基本权利的分类	(234)
二、基本权利的内容	(234)

第四编 法制史

第一讲 西周至秦汉、魏晋时期的法制	(241)
一、西周的法治思想与法律	(241)
二、春秋、战国时期的法律	(245)
三、秦代时期的法律	(248)
四、汉代法制	(250)
五、魏晋南北朝法制	(254)
第二讲 唐宋至明清时期的法制	(257)
一、《永徽律疏》与中华法系	(257)
二、宋代的法律	(263)
三、明朝的法律	(267)
四、清朝时期的法律	(269)
第三讲 清末、民国时期的法制	(273)
一、清末“预备立宪”	(273)
二、清末主要修律内容	(275)
三、清末司法体制的变化	(276)
四、民国时期的宪法	(278)
第四讲 罗马法	(281)
一、《十二表法》	(281)
二、罗马法的发展	(281)
三、罗马法的渊源和分类	(282)
四、罗马私法的基本内容	(283)

五、罗马法的历史地位	(284)
第五讲 英美法系	(287)
一、英国法的形成与发展	(287)
二、美国法	(289)
第六讲 大陆法系	(291)
一、法国法	(291)
二、德国法律	(294)
三、日本法	(297)

第五编 司法制度与法律职业道德

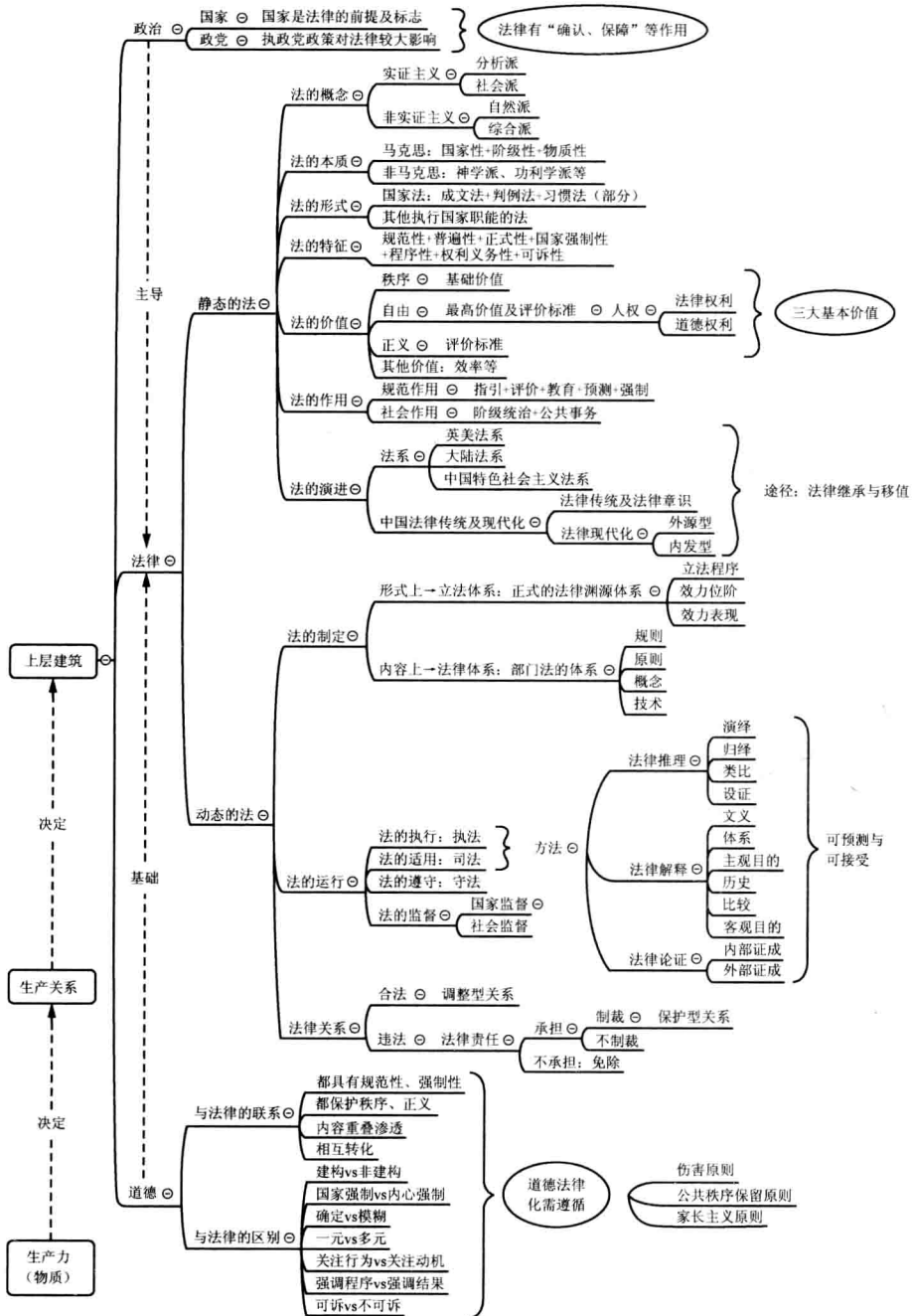
第一讲 司法制度概述	(301)
一、司法的概念和特征	(301)
二、司法的功能	(302)
三、司法制度	(303)
四、司法公正	(304)
五、司法效率	(305)
六、司法独立	(306)
第二讲 法律职业道德概述	(308)
一、法律职业的概念与特征	(308)
二、法律职业道德概述	(309)
第三讲 审判制度	(311)
一、审判制度概述	(311)
二、审判组织	(312)
第四讲 法官职业道德	(314)
一、法官概述	(314)
二、法官职业道德	(316)
第五讲 检察制度与检察官职业道德	(323)
一、检察制度概述	(323)
二、检察官职业道德	(325)
第六讲 律师制度	(327)
一、律师制度概述	(327)
二、律师	(327)



第七讲 律师事务所和律师执业行为规范	(332)
一、律师事务所概述	(332)
二、律师事务所的管理和制度	(332)
三、律师职业道德	(333)
四、律师执业行为规范	(333)
第八讲 法律援助制度	(339)
一、法律援助制度概述	(339)
二、法律援助的对象	(340)
三、法律援助义务的免除	(341)
第九讲 公证制度与公证员职业道德	(342)
一、公证制度概述	(342)
二、公证员	(342)
三、公证的业务范围	(343)
四、不予办理公证和终止公证	(344)

第一编 法理学

导论：法理学的框架及结构



第一讲 法的概念与本质

特 别 提 示

本讲内容属于法理学最基本的理论,在司法考试中每年均有涉及,在选择题中直接考查的分值为2分左右;但论述题、简答题往往会用到本讲的理论,因此需要重点学习。2015年备考需要重点掌握的考点有:实证主义与非实证主义的区别、法律的社会性和物质制约性、主要法学流派的观点。

一、法的概念的争议

【思维导图】



“什么是法?”这是最根本的法律问题。因为法的概念不同,决定了法律的范围不同,从而导致我们要遵守的规定也是不同的。有些规定虽然是国家制定的,但违反人类道德(例如希特勒时期的《种族法》宣扬种族灭绝),那它还是不是法?或者说,如果某人按照《种族法》的规定实施了种族灭绝行为,那么对该行为是不是应该承担“法律责任”呢?答案取决于什么是法。

整体而言,关于法的概念有两大立场:“实证主义”和“非实证主义”。二者分类的依据是:是否认为法与道德之间有本质、必然联系。

(一)实证主义法学派

1. 基本立场。

实证主义法学派认为,法的概念并不必然包括道德因素,即法律和道德在概念上没有必然联系,或者说,“实际上是怎样的法”和“应该是怎样的法”之间没有必然联系。

按照这种观点,人们只需要遵守“实然的法律(即实际存在的法律)”,而不需要遵守“应然的法律(即道德的应然要求)”。因此,即便某个实际制定出来的法律违反了道德,人们仍然需要遵守。“恶法亦法”即是这个意思。

2. 具体种类。

(1)以“权威性制定”作为定义法的首要因素。即只要是由有立法权的机关制定的特定规则都是法律,不管它是否违反道德。这是分析法学派的基本观点,代表人物有奥斯丁、哈



特和凯尔森。

(2)以“社会实效”作为定义法的首要因素。即只要某种规则在社会中实际有效,它就是法,而不管它是不是权威机关制定的,也不管它是不是违反道德,这是社会法学派的基本观点,代表人物有埃利希、庞德。

(3)还有些法实证主义者,将“权威制定”和“社会实效”结合来定义法的概念,即只要是由立法机关制定,并且在社会中实际得到人们的遵守,这就是法。

(二)非实证主义法学派

1. 基本立场。

非实证主义法学派认为,内容的正确性(即道德性)是法的必要因素。因此,如果某个法律违反道德,那它就不再是真正的法,人们可以不用遵守。“恶法非法”即是这个意思。根据非实证主义的立场,希特勒《种族法》的规定违反道德,因此不是真正的法,不应该遵守。

2. 具体种类。

(1)自然法学派主张,内容的正确性是法概念的唯一要素。

(2)以内容的正确性与权威性制定、社会实效性同时作为法概念定义的要素,如综合法学派以及著名法学家阿列克西的观点。

【例解】实证主义和非实证主义由于立场不同,导致在特定案件中的结论也是不同的:张某在开车上班途中,发现赵某被汽车撞伤,昏倒在地。张某将赵某扶进自己的汽车,闯过三个红灯,将赵某及时送到医院抢救。对于张某闯红灯的行为是否处罚?交通警察面临两种选择:

(1)实证主义立场。依据我国《道路交通安全法》第90条规定:“机动车驾驶人违反道路交通安全法律、法规关于道路通行规定的,处警告或者二十元以上二百元以下罚款。”对张某进行处罚。

(2)非实证主义立场。张某虽然违反《道路交通安全法》,但由于其目的是为了挽救人的生命,是高尚的道德行为,因此,对张某不进行处罚。

【例1-1】(2013年·卷一·88题)关于实证主义法学和非实证主义法学,下列说法不正确的是:^①

A. 实证主义法学认为,在“实际上是怎样的法”与“应该是怎样的法”之间不存在概念上的必然联系

B. 非实证主义法学在定义法的概念时并不必然排除社会实效性要素和权威性制定要素

C. 所有的非实证主义法学都可以被看作是古典自然法学

D. 仅根据社会实效性要素,并不能将实证主义法学派、非实证主义法学派和其他法学派(比如社会法学派)在法定义上的观点区别开来

^① 答案:C。非实证主义法学包括自然法学还包括综合法学。A正确:实证主义认为实定法与道德(应然法)无本质必然联系;B正确:综合法学派就没有排除实效和权威制定,排除实效和权威制定的仅是自然法学派;D正确:根据是否与道德有必然联系,才能将实证、非实证区分开来。