



上律指南针®
SURELY COMPASS

[2018版]国家法律职业资格考试

背诵版

理论法攻略

杜洪波 著 上律指南针出品

杜洪波

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

[2018版]国家法律职业资格考试

背诵版

理论法攻略

杜洪波 著 上律指南针出品

图书在版编目 (CIP) 数据

国家法律职业资格考试理论法攻略: 背诵版: 2018 版 / 杜洪波著. —北京: 中国法制出版社, 2018. 6

ISBN 978-7-5093-9508-0

I. ①国… II. ①杜… III. ①法的理论—中国—资格考试—自学参考资料 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 117051 号

策划编辑: 胡 斌 李连宇

责任编辑: 李连宇

封面设计: 海阔天空

国家法律职业资格考试理论法攻略: 背诵版: 2018 版

GUOJIA FALÜ ZHIYE ZIGE KAOSHI LILUNFA GONGLÜE; BEISONGBAN: 2018BAN

著者 / 杜洪波

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市华润印刷有限公司

开本 / 787 毫米×1092 毫米 16 开

版次 / 2018 年 7 月第 1 版

印张 / 10 字数 / 205 千

2018 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9508-0

定价: 31.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66026587

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

目 录

法理学

第一章 法的概念与本质	/ 1
第二章 法的形式与特征	/ 3
第三章 法的价值	/ 5
第四章 法的作用	/ 7
第五章 法的构成要素	/ 9
第六章 法律渊源	/ 14
第七章 法律体系	/ 19
第八章 法的效力	/ 21
第九章 法律关系	/ 22
第十章 法律责任	/ 25
第十一章 法律适用	/ 27
第十二章 法律推理和法律解释	/ 29
第十三章 法律漏洞填补	/ 34
第十四章 法的演进	/ 35
第十五章 法与社会	/ 38

宪法学

导论：宪法体系图	/ 41
第一章 宪法的分类与特征	/ 42
第二章 宪法的结构、渊源与原则	/ 44
第三章 宪法的产生与发展	/ 47



第四章 宪法的效力与保障	/ 53
第五章 公民的基本权利	/ 55
第六章 中国的国家结构	/ 58
第七章 中国的政治、经济、文化和社会制度	/ 60
第八章 民族区域自治制度	/ 65
第九章 基层群众性自治组织	/ 67
第十章 特别行政区制度	/ 69
第十一章 中国的选举制度	/ 74
第十二章 当代中国的立法制度	/ 79
第十三章 当代中国的法律监督制度	/ 84
第十四章 中国各级人大及其常委会	/ 86
第十五章 国务院及地方政府	/ 94
第十六章 国家主席	/ 97
第十七章 监察委员会	/ 98

司法制度与法律职业道德

第一章 司法原理	/ 99
第二章 法律职业道德概述	/ 104
第三章 审判制度与法官职业道德	/ 106
第四章 检察制度	/ 113
第五章 律师制度	/ 116
第六章 律师事务所和律师执业行为规范	/ 120
第七章 法律援助制度	/ 124
第八章 公证制度及公证员职业道德	/ 127
第九章 其他法律职业人员的职业道德	/ 131

中国特色社会主义法治理论

第一章 中国特色社会主义法治建设基本原理	/ 133
一、全面推进依法治国的重大意义、指导思想及总目标	/ 133
二、全面推进依法治国的基本原则	/ 134

第二章 法治工作的基本格局	/ 136
一、完善中国特色社会主义法律体系，加强宪法实施	/ 136
二、深入推进依法行政，加快建设法治政府	/ 140
三、保证公正司法，提高司法公信力	/ 143
四、增强全民法治观念，推进法治社会建设	/ 147
第三章 法治工作的重要保障	/ 150
一、加强法治工作队伍建设	/ 150
二、加强和改进党对全面推进依法治国的领导	/ 152

法理学

第一章 法的概念与本质

[背诵精华]

表 1：法的概念的争议

区分标准	法与道德是否具有 <u>概念上的（本质的/必然的）联系</u>	
实证主义——关注实在法：“ <u>实际是</u> <u>怎么样的法</u> ”	社会派（法社会学/法现实主义）： <u>以社会实效为首要</u>	恶法亦法
	分析派：以权威性制定为 <u>首要</u>	
非实证主义——关注应然法：“ <u>实际</u> ”与“ <u>应然</u> ”有 <u>必然联系</u> ”	自然派：以内容的正确性（ <u>道德</u> ）为 <u>唯一</u>	恶法非法
	第三条道路：道德+权威性制定或者道德+社会实效	
实证主义的分裂	包容性的实证主义： <u>依据承认规则</u> ，道德可能构成法的效力的条件，以哈特、凯尔森为代表	
	排他性的实证主义：绝对不承认道德与法律存在必然关系，以拉兹为代表	

重点提示：划分标准；分析法学派；自然法学派；第三条道路；包容性的实证主义。

背诵提示：分析找权威，社会看实效；自然仅道德，第三要结合。

[即学即练]

1. 实证主义法学派认为，在“实际上是怎样的法”与“应该是怎样的法”之间存在概念上的必然联系。^①
2. 非实证主义法学派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。^②
3. 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

① 错误。这是非实证主义观点。

② 正确。



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

4. 根据社会法学派的看法，法的实施可以不考虑法律的社会实效。^②

5. 根据分析实证主义法学派的观点，内容正确性并非法的概念的定义要素。^③

[背诵精华]

表 2：马克思主义论法的本质

正式性 (官方性、形式性)	国家制定或认可、国家强制力保证实施的、正式的官方文件
阶级性	<u>统治阶级意志</u> 的体现；也考虑被统治阶级的利益，具有 <u>表面的中立性</u> ；统治阶级意志还体现为 <u>国家政策</u>
物质制约性	1. 几乎所有法学家都承认：社会是法律的前提和基础
	2. 马克思进一步认为， <u>法律最终由物质生活条件决定</u> ，这是马克思的根本观点
	3. 马克思还看到了 <u>物质因素之外的影响</u>

重点提示：马克思主义法律观的根本观点在于“统治阶级意志与物质根本性”；并看到了物质因素之外的影响。

[即学即练]

1. 强调法律以社会为基础，这是马克思主义法学与其他派别法学的根本区别。^④

2. 法律在本质上是社会共同体意志的体现。^⑤

3. 马克思主义的法律观认为，法律产生的根本原因在于社会资源有限与人的欲求无限之间的矛盾。^⑥

① 正确。

② 错误。“社会实效”是社会法学派界定法律的首要要素。

③ 正确。

④ 错误。绝大多数法学家均承认社会的基础地位；马克思的根本观点在于：物质根本性、统治阶级意志。

⑤ 错误。统治阶级意志。

⑥ 错误。物质生活条件。

第二章 法的形式与特征

[背诵精华]

表 3：法的形式（又称“国法”“实定法”，包括四种形态）

“国法”即国家的法律，指特定国家现行有效的法		
成文法	国家 <u>立法机关</u> 制定的法	统称为“国家法”，即由国家特定机关产生的法
判例法	司法机关在 <u>判决中</u> 创制的规则	
不成文法	国家 <u>认可</u> 的习惯法	
其他 (如教会法)	其他执行“国法”职能的法	这类法不一定由国家机关产生，但实际执行着国家职能

重点提示：判例法与习惯法的概念。

[即学即练]

1. “国法”是国家法的另一种说法。^①
2. “国法”仅指国家立法机关创制的法律。^②
3. 无论自然法学派，还是实证主义法学派，都可能把“国法”看作实在法。^③

[背诵精华]

表 4：法的特征

规范性：调整一般人行为的 <u>社会规范</u>	调整人的意志行为		“ <u>法律不问思想</u> ”——法律不纯粹调整思想
			“ <u>法律不问琐碎之事</u> ”——只调整有重要社会意义的行为
			法律具有规范性，不同于“非规范性法律文件”
			备注： <u>道德、政策等也有规范性</u>
国家性：由公共权力机构 <u>制定或认可</u> ，具有特定形式	形成于公共权力机构		区别于“民间习惯”（即民间习惯不是法）
	形成方式	制定	成文法或制定法（具有条文化的逻辑结构）
		认可	明示（立法认可）：将已有社会规范条文化，上升为法律

① 错误。国法大于国家法。

② 错误。国法包括成文法（制定法）、判例法、习惯法、教会法等。

③ 正确。对自然法学派而言，如果某项法律符合“道德”，那么它就是实在法；反之就不是实在法。



续表

国家性：由公共权力机构制定或认可，具有特定形式	形成方式	认可	默示（司法认可）：承认某种规范具有法的效力，但却不规定具体内容，而是交司法机关灵活掌握（“从习惯”“按政策办”）	
普遍性	普遍有效性	在国家权力所及的范围内，法具有普遍效力		
	普遍平等对待性	法律面前人人平等	近代之后的法律原则	
			允许合理差别	
			无法消除事实不平等	
	普遍一致性	法的内容始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向		
以国家强制力为后盾	1. 任何规范都具有保证实现的力量；但法律的强制力属于“国家暴力”			
	2. 国家强制力仅是最终保障力量			
程序性	与道德、政策相比，法律更加强调程序			
可诉性	即违反法律会启动司法程序；但需要注意：立法领域的事项不具有可诉性			

重点提示：规范性；普遍性；国家强制性；可诉性。

背诵提示：国家（强制力）饭（社会规范）制定（或认可）成（程序性）扑（普遍性）克（可诉性）。



[即学即练]

1. 人们在紧急状态下采取紧急避险措施可以不受法律处罚。^①
2. 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，这表明法具有可诉性。^②
3. 每个人在法律面前事实上是平等的。^③
4. 法律具有程序性，这是它区别于其他社会规范的重要特征。^④
5. 法律具有保障自己得以实现的力量。^⑤
6. 按照马克思主义法学的观点，法律主要依靠国家暴力作为内在强制的力量。^⑥

① 正确。紧急避险已经不属于正常的意志控制范围，因此不承担责任。

② 错误。立法事项不具有可诉性。

③ 错误。法律上是平等的，但事实上不平等。

④ 正确。区分的特征主要包括：国家强制性、程序性、普遍性、可诉性。

⑤ 正确。即国家暴力。

⑥ 错误。国家强制力是对的；但国家强制力属于外在强制力。

第三章 法的价值

 [背诵精华]

表 5：法的四大基本价值（还有效率、利益等）

秩序	1. 是法的 <u>基础价值和首要任务</u>	
	2. 秩序本身不是目的：如果为了秩序而牺牲自由或正义，要充分论证	
自由	1. 是人的本质，是法的 <u>评价标准</u>	
	2. 自由的外化受法律的保障，也受法律限制—— <u>法律会减损自由</u>	
	3. 法律限制自由时一般要遵循的原则	(1) <u>伤害主义</u> ：伤害别人合法权益时，才需要限制
		(2) <u>道德主义</u> ：冒犯到社会公共道德时，才需要限制
人权	(3) <u>家长主义</u> ：过分伤害自己时，才需要限制	
	1. 人权是人作为人应该有的权利， <u>在逻辑上先于国家和法律</u> ，是法的评价标准	
	2. 人权属于应然权利、道德权利，但又具有 <u>历史性</u> （由物质生活条件决定）	
	3. 人权需要法律化（不是所有人权都能法律化）， <u>法律化的人权同时具有道德性和法律性</u>	
正义	1. 包括个人正义和社会正义，其中社会正义具有重要意义；正义是法的评价标准	
	2. <u>正义的主要表现</u>	(1) 平等：所有的人都平等地享有权利、履行义务
		(2) 差别：按贡献分配利益
		(3) 平衡：照顾弱势，限制强势

重点提示：法律限制自由的原则；人权的双重属性；正义的表现。

 [即学即练]

1. 限制自由的法律不是真正的法律。^①
2. 从实证的角度看，一切法律都是自由的法律。^②
3. 法律是“人的实际的自由存在”的条件。^③
4. 姓名权既是道德权利也是法定权利。^④
5. 我国《残疾人保障法》对残疾人规定了多种优惠待遇，从价值上看，这主要是为了自由价值。^⑤

① 错误。没有不受限制的自由。
② 错误。从“实证”角度看，有些法律并不一定真正地保障自由。
③ 正确。
④ 正确。
⑤ 错误。主要是正义价值。



[背诵精华]

表 6：法的价值冲突解决原则

价值位阶原则	判断标准： <u>不同位阶</u> 的法的价值发生冲突时进行排序。需要关注的可能是法条的价值，也可能是法律部门乃至整个法律制度的价值
个案中的比例原则	判断标准： <u>伤害最小</u> 的价值要优先保护

重点提示：结合案例判断实际使用何种冲突解决原则。

[即学即练]

1. 在某急救案件中，为了挽救患者生命，经医院院长批准，医生在没有得到家属签字（不在场）的情况下实施了手术。该案运用了个案中的比例原则。^①

2. 宽严相济是我国的基本刑事政策，要求法院对于危害国家安全犯罪、恐怖组织犯罪、“黑恶”势力犯罪等严重危害社会秩序和人民生命财产安全的犯罪分子，尤其对于极端仇视国家和社会，以不特定人为侵害对象，所犯罪行特别严重的犯罪分子，该依法重判的坚决重判，该依法判处死刑立即执行的绝不手软。对于解决公共秩序、社会安全、犯罪分子生命之间存在的法律价值冲突，该政策遵循了价值位阶原则。^②

① 错误。价值位阶原则。

② 正确。

第四章 法的作用

 [背诵精华]

表 7：法的规范作用与社会作用

规范作用： 针对人的行为	<u>指引</u> ：本人的行为	个别性指引	非规范性法律文件（如判决书、逮捕证）
		规范性指引	确定的指引：设置义务
			不确定的指引（选择的指引）：宣告权利
	<u>评价</u> ：他人的行为		合法/违法
	<u>教育</u> ：一般人的行为	示警	反面教育
		示范	正面教育
	<u>预测</u> ：人们 <u>将会</u> 如何行为或结果如何		
	<u>强制</u> ：制裁违法犯罪		
社会作用： 针对社会运行	政治职能：维护阶级统治		二者 <u>相辅相成，不可偏废</u>
	社会职能：推进社会公共服务		

重点提示：规范作用与社会作用的分类；规范作用的分类；指引作用的分类。

背诵提示：教（教育）育（预测）抢（强制）瓶（评价）子（指引）。

 [即学即练]

1. 陈法官依据诉讼法规定主动申请回避，体现了法的教育作用。^①
2. 法院判决王某的行为构成盗窃罪，体现了法的指引作用。^②
3. 林某参加法律培训后开始重视所经营企业的法律风险防控，反映了法保护自由价值的作用。^③
4. 王某因散布谣言被罚款 300 元，体现了法的强制作用。^④
5. 解决社会冲突、分配社会资源、维持社会秩序属于法的规范作用。^⑤

① 错误。指引作用。
② 错误。评价作用。
③ 错误。教育作用、保护秩序价值。
④ 正确。
⑤ 错误。这是社会作用。



[背诵精华]

表 8：法的局限性

1. 法律以社会为基础， <u>法律与社会发展具有一致性</u> ，法律不可能超越社会发展阶段
2. 法律受 <u>其他社会规范</u> 制约，尤其是道德、政策
3. 法律的调整 <u>范围和深度</u> 有局限性
4. 法律具有 <u>语言表达</u> 上的局限性
5. <u>法律与事实有对应难题</u> ，需要提升法律职业水平

[即学即练]

1. 法律可以适度超越社会发展阶段。^①
2. 我们必须倡导“法律中心主义”的法治观。^②
3. 语言具有模糊性，因此，法律都是模糊的。^③
4. 社会不是以法律为基础，相反，法律应以社会为基础。^④
5. 法律的起源与社会发展的进程相一致。^⑤
6. 法是社会的产物，也是时代的产物，国家的法以社会的法为基础。^⑥

① 错误。不能超越社会发展阶段。

② 错误。反对“法律中心主义”。

③ 错误。法律整体上具有确定性。

④ 正确。

⑤ 正确。

⑥ 正确。

第五章 法的构成要素

[背诵精华]

表 9：法的四种构成要素（一般了解即可）

法律规则	逻辑上完整包含假定条件、行为模式及法律后果的规定	1. 这四大要素往往以“ <u>法律条文</u> ”的形式呈现出来 2. 在英美法系，这四大要素也以“ <u>判例法</u> ”的形式呈现出来
法律原则	宏观设定法律的基本精神、基本准则的规定	
法律概念	界定法律专门术语的规定	
法律技术	法的操作技巧类规定（例如：伤情鉴定）	

[背诵精华]

表 10：法律规则

法律规则的逻辑结构（ <u>逻辑结构在规则中缺一不可，但写成条文时往往可以省略若干</u> ）	假定条件	即法律适用的前提条件	
	行为模式	权利模式	可为模式（可以……）
		义务模式	应为模式（应当/必须……）
			勿为模式（禁止/不得……）
	法律后果	肯定后果（合法后果，即无需承担法律责任）	
否定后果（违法后果，即承担法律责任）			
法律规则与语句	一切法律规范都必须以“ <u>法律语句</u> ”表达，具有语言的依赖性		
	法律人适用的不是语句本身，而是其 <u>所表达的意义</u>		
	表达法律规则时， <u>往往使用规范语句（句中包<u>含“道义助动词”</u>）</u>	命令句：“应当”或“禁止”	
		允许句：“可以”	
	表达法律规则时， <u>还可以使用描述句</u>	描述句省略了道义助动词	
<u>描述句可以改写为规范句</u>			
法律规则与条文	规则与条文是内容与形式的关系	一般而言，法律规则与法律条文 <u>并不是一一对应的关系</u> ：不是所有的法条都规定法律规则，也不是所有的规则都写成条文；即便写成条文，也并不意味着一个条文会完整地表述一个规则或只表述一个法律规则	



续表

法律规则 与条文	规则与条文是内容与形式的关系	1. 一个规则由同一规范性法律文件的数个法条表述 2. 法律规则的内容分别由不同规范性文件的法律条文来表述 3. 一个法条表述数个规则或要素 4. <u>一个法条仅规定法律规则的某个或若干要素</u>	
法律规则的分类	内容规定不同	授权性规则	权利性规则：往往用“可以”“有权”
		义务性规则	<u>命令性规则</u> ：往往用“应当”“必须”
			<u>禁止性规则</u> ：往往用“禁止”
	内容确定程度不同	确定性规则：不符合委任性、准用性特征，即为确定性规则	
		委任性规则：“ <u>由某部门另行制定</u> ”	
		准用性规则：“ <u>适用某法的规定</u> ”	
	对人们行为限定的程度不同	强行性规则：不允许人们随便加以更改；强行≈义务	
		任意性规则：允许人们自行选择；授权≈任意	

重点提示：结合法条判断逻辑结构和规则分类；规范句与描述句的区分；法律规则与法律条文的关系。

[即学即练]

1. 假定条件与行为模式均可以在法律条文中省略。^①
2. 法律规则以“规范语句”的形式表达。^②
3. 所有表述法律规则的语句都可以带有道义助动词。^③
4. “甲从乙家盗走 1500 元并杀死乙”，这表述的是法律规则中的假定条件。^④
5. “公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。”该条文是以规范句的形式表达的法律规则。^⑤
6. “家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。”这是规范句，规定的是确定性规则、义务性规则、任意性规则。^⑥

① 正确。

② 正确。

③ 正确。

④ 错误。这是案件事实。

⑤ 错误。描述句。

⑥ 错误。强行性规则。

7. “执法人员与当事人有直接利害关系的，应当回避。”该条文省略了法律后果，属于规范句，规定的是命令性规则、强行性规则、确定性规则。^①

 [背诵精华]

表 11：法律原则

公理性原则与 政策性原则	公理性原则指由法律原理（法理）构成的原则	
	政策性原则指一个国家或民族出于一定的政策考量而制定的一些原则（注意： <u>政策性原则属于法律</u> ，这一点与政策不同）	
法律原则与 法律规则 的区别	最明显区别：法律规则“明确而具体”；法律原则“抽象而模糊”	
	法律原则	法律规则
	1. 一般不规定 <u>具体</u> 的行为模式或 法律责任	1. 行为模式及法律责任比较具体
	2. 适用时不是“ <u>全有或全无</u> ”	2. 适用时是“全有或全无”
	3. 对自由裁量权的限制较 <u>宽松</u>	3. 对自由裁量权的限制较严格
	4. 范围比较宽泛，着眼于 <u>个别性</u>	4. 范围比较窄，着眼于行为的共性
	5. 法律原则侧重实现法治的 <u>可接受性</u>	5. 法律规则侧重实现法治的可预测性
法律原则 适用条件	法律规则明确具体，可最大限度 实现可预测性和确定性，一般要 优先适用法律规则。但特殊情况 下，可优先适用法律原则	1. <u>穷尽法律规则</u> ，方得适用法律原则 2. 为了 <u>个案正义</u> ，可以优先适用法律 原则 3. 舍弃法律规则而适用法律原则时， 应当进行充分论证，提供 <u>更强的理由</u>
	“法官不得拒绝审判”：法官不得以法律没有规定为由拒绝受理案件	

重点提示：法律原则与法律规则的区别；法律原则的适用条件。

 [即学即练]

1. “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。”这是政策性原则。^②

2. 与法律规则相比，法律原则能最大限度实现法的确定性和可预测性。^③

3. 法律原则的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和特殊性。^④

4. 法律原则是以“全有或全无”的方式适用于个案当中。^⑤

① 正确。
② 正确。
③ 错误。法律规则实现的是确定性、可预测性；法律原则实现的是正当性、可接受性。
④ 正确。
⑤ 错误。法律规则适用时是“全有或全无”。