

理论法笔记攻略

杜洪波 著 上律指南针出品

杜洪波

理论法笔记攻略

杜洪波 著 上律指南针出品

图书在版编目 (CIP) 数据

2017 年国家司法考试理论法笔记攻略 / 杜洪波著. —北京: 中国法制出版社, 2017. 6

ISBN 978-7-5093-8567-8

I. ①2… 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 (2017) 第 108003 号

策划编辑: 李连宇 胡 斌

责任编辑: 耿旭冉

封面设计: 海阔天空

2017 年国家司法考试理论法笔记攻略

2017NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI LILUNFA BIJI GONGLÜE

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

版次 / 2017 年 6 月第 1 版

印张 / 10.5 字数 / 217 千

2017 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8567-8

定价: 25.00 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: 010-66033393

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66066324

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

目录

法理学

第一章	法的概念与本质	/ 1
	一、本章必背考点	/ 1
	二、本章必做金题	/ 2
第二章	法的形式与特征	/ 3
	一、本章必背考点	/ 3
	二、本章必做金题	/ 4
第三章	法的价值	/ 5
	一、本章必背考点	/ 5
	二、本章必做金题	/ 5
第四章	法的作用	/ 7
	一、本章必背考点	/ 7
	二、本章必做金题	/ 7
第五章	法的构成要素	/ 9
	一、本章必背考点	/ 9
	二、本章必做金题	/ 11
第六章	法律渊源	/ 13
	一、本章必背考点	/ 13
	二、本章必做金题	/ 17
第七章	法律体系	/ 18
	一、本章必背考点	/ 18
	二、本章必做金题	/ 19
第八章	法的效力	/ 20
	一、本章必背考点	/ 20
	二、本章必做金题	/ 20



第九章	法律关系	/ 21
	一、本章必背考点	/ 21
	二、本章必做金题	/ 22
第十章	法律责任	/ 23
	一、本章必背考点	/ 23
	二、本章必做金题	/ 24
第十一章	法律适用	/ 26
	一、本章必背考点	/ 26
	二、本章必做金题	/ 27
第十二章	法律推理和法律解释	/ 28
	一、本章必背考点	/ 28
	二、本章必做金题	/ 30
第十三章	法的演进	/ 33
	一、本章必背考点	/ 33
	二、本章必做金题	/ 34
第十四章	法与社会	/ 36
	一、本章必背考点	/ 36
	二、本章必做金题	/ 39

宪法学

导论：	宪法体系图	/ 41
第一章	宪法的分类与特征	/ 42
	一、本章必背考点	/ 42
	二、本章必做金题	/ 43
第二章	宪法的结构、渊源与原则	/ 44
	一、本章必背考点	/ 44
	二、本章必做金题	/ 45
第三章	宪法的产生与发展	/ 47
	一、本章必背考点	/ 47
	二、本章必做金题	/ 50
第四章	宪法的效力与保障	/ 51
	一、本章必背考点	/ 51
	二、本章必做金题	/ 52
第五章	公民的基本权利	/ 53
	一、本章必背考点	/ 53

二、本章必做金题	/ 54
第六章 中国的国家结构	/ 57
一、本章必背考点	/ 57
二、本章必做金题	/ 58
第七章 中国的政治、经济、文化和社会制度	/ 59
一、本章必背考点	/ 59
二、本章必做金题	/ 61
第八章 民族区域自治制度	/ 63
一、本章必背考点	/ 63
二、本章必做金题	/ 64
第九章 基层群众性自治组织	/ 65
一、本章必背考点	/ 65
二、本章必做金题	/ 66
第十章 特别行政区制度	/ 67
一、本章必背考点	/ 67
二、本章必做金题	/ 70
第十一章 中国的选举制度	/ 72
一、本章必背考点	/ 72
二、本章必做金题	/ 75
第十二章 当代中国的立法制度	/ 78
一、本章必背考点	/ 78
二、本章必做金题	/ 81
第十三章 当代中国的法律监督制度	/ 82
一、本章必背考点	/ 82
二、本章必做金题	/ 83
第十四章 中国各级人大及其常委会	/ 84
一、本章必背考点	/ 84
二、本章必做金题	/ 88
第十五章 国务院及地方政府	/ 92
一、本章必背考点	/ 92
二、本章必做金题	/ 93
第十六章 国家主席	/ 94
一、本章必背考点	/ 94
二、本章必做金题	/ 94



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	/ 95
	一、全面推进依法治国的重大意义、指导思想及总目标	/ 95
	二、全面推进依法治国的基本原则	/ 96
	三、本章必做金题	/ 97
第二章	法治工作的基本格局	/ 98
	一、完善中国特色社会主义法律体系，加强宪法实施	/ 98
	二、深入推进依法行政，加快建设法治政府	/ 101
	三、保证公正司法，提高司法公信力	/ 103
	四、增强全民法治观念，推进法治社会建设	/ 106
	五、本章必做金题	/ 108
第三章	法治工作的重要保障	/ 111
	一、加强法治工作队伍建设	/ 111
	二、加强和改进党对全面推进依法治国的领导	/ 112
	三、本章必做金题	/ 114

中外法制史

第一章	中国古代的法律思想及民事立法	/ 115
	一、本章必背考点	/ 115
	二、本章必做金题	/ 116
第二章	中国古代的重要法典	/ 117
	一、本章必背考点	/ 117
	二、本章必做金题	/ 119
第三章	中国古代的刑罚及司法原则	/ 120
	一、本章必背考点	/ 120
	二、本章必做金题	/ 122
第四章	中国古代的司法机关	/ 123
	一、本章必背考点	/ 123
	二、本章必做金题	/ 123
第五章	中国的法制改革	/ 124
	一、本章必背考点	/ 124
	二、本章必做金题	/ 126
第六章	罗马法	/ 128
	一、本章必背考点	/ 128
	二、本章必做金题	/ 129

第七章	英美法系	/ 130
	一、本章必背考点	/ 130
	二、本章必做金题	/ 131
第八章	大陆法系	/ 132
	一、本章必背考点	/ 132
	二、本章必做金题	/ 133

司法制度与法律职业道德

第一章	司法原理	/ 135
第二章	法律职业道德概述	/ 139
第三章	审判制度与法官职业道德	/ 140
第四章	检察制度	/ 145
第五章	律师制度	/ 147
第六章	律师事务所和律师执业行为规范	/ 151
第七章	法律援助制度	/ 154
第八章	公证制度及公证员职业道德	/ 156

法理学37表

第一章 法的概念与本质

一、本章必背考点

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“实际是 怎么样的法”	社会派：以 <u>社会实效为首要</u>	恶法亦法
	分析派：以 <u>权威性制定为首要</u>	
非实证主义：“实际”与 “应然”有必然联系	自然派：以内容的正确性（ <u>道德</u> ）为 <u>唯一</u>	恶法非法
	综合派：以内容的正确性、权威性制定、社会实 <u>效同时</u> 作为要素	

重点提示：划分标准；分析法学派；自然法学派；综合法学派。
背诵提示：分析找权威，社会看实效；自然仅道德，综合啥都要。

表 2：马克思主义论法的本质

正式性 (<u>官方性、形式性</u>)	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>统治阶级意志体现</u> （但也考虑被统治阶级的利益，具有 <u>表面的中立性</u> ）
物质制约性	几乎所有法学家都承认：社会是法律的前提和基础；但马克思进一步认为， <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

重点提示：马克思法律观的根本在于“统治阶级意志与物质根本性”。



二、本章必做金题

1. 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. 是否承认“法律是最低限度的道德”，是区分实证主义与非实证主义的主要标准

B. 无论是实证主义还是非实证主义，都可能承认“社会是法律的前提与基础”的观点

C. 实证主义与非实证主义划分的主要标准是：是否承认法与道德之间的联系

D. “法律的生命不在于逻辑，而在于经验”，这种观点应属于社会法学派的基本观点

2. 关于法的本质的说法，不正确的是？^②

A. 是否承认法律的社会属性，是马克思主义法学派区别于其他法学派的根本观点

B. 按照马克思主义法学派的观点，法律是社会共同体意志的体现

C. “国家不是在创造法律，而是在表述法律”，这表明法律与社会互为前提和基础

D. 是否承认法律的社会实效，是区分分析法学派与社会法学派的主要标准

① AC。A 错：主要标准是是否承认法与道德“本质的或必然的”联系；B 对：几乎所有法学家都承认“社会是法律的前提与基础”的观点；C 错：理由同 A；D 对：这是社会法学派的代表霍姆斯的基本观点。

② ABCD。“A 错”：马克思主义法学派与其他法学派的根本区别在于：是否承认法律的物质制约性和阶级意志性；B 错：马克思认为，法律是统治阶级的意志体现，这种意志并不是共同体意志，仅具有“表面的公共性和中立性”；C 错：社会是法律的前提和基础；D 错，社会法学派的观点在于：是否承认社会实效的“首要”地位。

第二章 法的形式与特征

一、本章必背考点

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。

表 4：法的特征

规范性：调整人的行为的 <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>	
正式性：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	
			<u>默示（司法认可）</u> ：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”）	
<u>普遍性</u>	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		<u>法律面前人人平等</u>	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 <u>趋向</u>	



续表

以 <u>权利义务</u> 为内容	与道德、政策相比，法律更强调 <u>权利义务的一致性或关联性</u>
以 <u>国家强制力</u> 为后盾，通过 <u>法律程序</u> 保证实现	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”
	与道德、政策相比，法律更加强调程序
<u>可诉性</u>	即违反法律会启动司法程序；但需要注意：纯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）全（权利义务）制定（或认可）成（程序性）扑（普遍性）克（可诉性）。

二、本章必做金题

下列关于法的特征的表述，不正确的是？^①

- A. 与习惯、道德以及政策不同，法律是一种以公共权力为后盾、具有特殊强制性的社会规范
- B. 与制定法不同，判例法不具有规范性和普遍性的特征
- C. 法律以权利义务为内容，强调权利义务的一致性，这是法律区别于道德的主要特征
- D. 法律的实现方式表现在：以制度化的争议解决机制为权利人提供保障，进而凸显法律的功能

① B。B 错：判例法属于“法律”范畴，也具备法律的基本特征，当然具有规范性和普遍性。

第三章 法的价值

一、本章必背考点

表 5：法的三大基本价值（即法律对人们的积极意义）

基本价值	秩序	1. 是法的 <u>基础价值和首要任务</u> 2. 秩序应当受限制：为了秩序而牺牲自由或正义时，要进行充分论证
	自由	1. 是法的 <u>最高价值</u> ，是法的 <u>评价标准</u> 2. 自由（权利）须受法律限制，同时也受法律的保障 3. 法律限制自由时一般要遵循： （1）伤害主义 （2）道德主义 （3）家长主义
	正义	1. 判断标准： <u>平等（公正）、合理差别</u> 2. 是法的评价标准（衡量法律是“良法”抑或“恶法”）
基本价值以外的一般价值： <u>效率</u> 、利益等		

重点提示：法与自由的关系；正义的题眼。

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
个案平衡原则	判断标准： <u>同一位阶</u> 的法的价值发生冲突时，具体衡量各方利益
比例原则	判断标准：将被损害的价值减低到 <u>最小限度</u>

重点提示：结合案例判断实际使用何种原则。

二、本章必做金题

1. 马克思对法的自由价值有详细的表述：“法典就是人民自由的圣经”，“法律必须体现自由，保障自由，才能使个别公民服从国家的法律也就是服从他自己的理性即人类理性的自然规律”，“法律只是在自由的无意识的自然规律变成有意识的国家法律时，才成为真正的法律。哪里法律成为实际的法律，即成



为自由的存在，哪里法律就成为人的实际的自由存在”。下列理解不正确的是？^①

- A. 只有法典才能真正保护人民的自由
- B. 从价值上看，法律是自由的保障，法律最高的价值是自由
- C. 自由是衡量国家法律是不是真正法律的根据，根本上决定着法律的发展
- D. 法律只要具有形式上的合法权威，就可以成为真正意义上的法律

2. 十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，“经济体制改革是全面深化改革的重点，核心问题是处理好政府和市场的关系，使市场在资源配置中起决定性作用”。为了更好发挥市场作用，减少政府干预，我国公司法进行了修改，将注册资本实缴登记制改为认缴登记制，放宽注册资本登记条件，并简化了登记事项和登记文件。在处理“政府干预”与“市场自由”的价值冲突问题上，我国采用了何种解决原则？^②

- A. 价值位阶原则
- B. 个案平衡原则
- C. 比例原则
- D. 秩序优先原则

① ACD。A 错：法典及其他法律形式（如判例法）都能保障自由；C 错：根本决定因素是物质；D 错：真正意义的法律必须是保障自由的法律。

② A。A 对：不同位阶冲突时采用“价值位阶”。

第四章 法的作用

一、本章必背考点

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> ：人们相互之间 <u>将会</u> 如何行为		
	<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）。

表 8：法的局限性

法的局限性	法律以社会为基础，法律不可能超出社会发展水平而“创造”社会
	法律是社会规范之一，受其他社会规范制约
	法律的调整范围和深度有局限性
	法律具有语言表达上的局限性
	法律的制定和实施受到人的认知能力的影响

二、本章必做金题

2014 年 6 月，王女士从大型购物网站上购买一双高跟鞋。收到货后，王女士觉得高跟鞋的颜色与网页上的图片不符，于是根据 2014 年 3 月 15 日生效的《消费者权益保护法》第 25 条第 1 款“经营者采用网络、电视、电话、邮购等



方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由”的规定，联系网店店主，要求退货，但遭到店主的拒绝。下列评论不正确的是？^①

- A. 该条文规定的明确具体，可以对王女士及相关销售者实现确定的指引作用
- B. “王女士根据该条规定联系网店店主，要求退货”的做法体现了法的社会作用
- C. 《消费者权益保护法》第25条第1款规定旨在实现法律的秩序价值
- D. 店主拒绝了王女士的索赔要求，这表明法律缺乏强制性

^① ABCD。A 错：对王女士是不确定指引；B 错：体现规范作用；C 错：正义价值；D 错：国家强制力是法律的主要特征。

第五章 法的构成要素

一、本章必背考点

表 9：法的四种构成要素

法律规则	具体设定适用条件、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	
<u>法律概念</u>	界定法律专门术语的规定	
<u>法律技术</u>	法的操作技巧类规定（例如：生效及失效时间）	

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	<u>肯定后果</u> （合法后果，即无需承担法律责任）	
		<u>否定后果</u> （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，往往使用规范语句（即包含“ <u>道义助动词</u> ”）	命令句：“应当”或“禁止”	
		允许句：“可以”	
	表达法律规则时，还可以使用描述句	描述句省略了道义助动词	
		<u>描述句可以改写为规范句</u>	