



上律·指南针教育
SURELY EDUCATION

(2014 “命题方向”精品书系)

国家司法考试攻略

GUOJIASIFAKAOSHI GONGLUE

8

理论法攻略 (第三版)

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

- 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



 中国财政经济出版社

2014“命题方向”精品书系

国家司法考试攻略

理论法攻略

(第三版)

杜洪波 著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编



中国财政经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

理论法攻略 / 杜洪波著. —3 版. —北京:中国财政经济出版社,2014.4

(国家司法考试攻略·2014“命题方向”精品书系)

ISBN 978-7-5095-5117-2

I. ①理… II. ①杜… 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(2014)第 034445 号

责任编辑:雷 婷

中国财政经济出版社 出版

URL: <http://www.cfeph.cn>

E-mail: cfeph@cfeph.cn

(版权所有 翻印必究)

社址:北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮政编码:100142

营销中心电话:88190406 北京财经书店电话:64033436 84041336

北京财经印刷厂印刷 各地新华书店经销

787×1092 毫米 16 开 23.5 印张 512 000 字

2014 年 4 月第 1 版 2014 年 4 月北京第 1 次印刷

定价:58.00 元

ISBN 978-7-5095-5117-2/D·0294

(图书出现印装问题,本社负责调换)

本社质量投诉电话:010-88190744

反盗版举报热线:88190492 88190466

前言

理论法学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,去思考全国人大代表的产生,更不可能像法制史那样,回到清朝去——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。如何能对考生备考带来切实的帮助,这是每一科授课老师都要认真对待的问题。理论法也不例外。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,所以在每讲之前设置了框架图。与普通框架图只列考点名称不同,该框架图力求列出所有命题重点,并加入大量口诀提示和关键词提示。这样做的目的有三:(一)考生每学完一讲,都能对照框架图建立起知识体系;(二)结合关键词和口诀提示,能回忆具体的内容,检验学习效果的优劣;(三)该框架图完全囊括了我的授课讲义《理论法学90表》,也是最佳的冲刺备考资料。

其次,对于社会主义法治理念,这部分在选择题中占10分左右,在简答题、论述题中占25分左右,其重要性可想而知,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,因此在体例设计上采用表格形式,使考试内容一目了然,容易记忆。同时,由于该部分命题具有很强的政治性,每年的命题重点与政治风向亦步亦趋,因此,我结合本年度最热点法治问题——十八届三中全会的“法治中国理论”,专门进行了讲解,希望考生在复习中加以重视。可以想见,2014年司法考试中,十八届三中全会中的“法治中国理论”势必进行大范围考查。

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,希望2014年的考生能够对该学科有所重视,最低要求是:通篇阅读一遍并背诵相关司法原理。

最后,对于法制史,由于考查较细,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。

经常有学生问我,从事司法培训有什么理想。这个问题挺难回答。因为搞理论研究的,好像对理想或者道德说教非常敏感,甚至可以说是很警惕——有哪个暴政和杀戮不是在道德理想主义的旗号下进行的呢?当然,既然学生问起,我作为老师还是要冠冕堂皇的说两句:我的理想就是让更多的人树立法治的理念,让我们的国家真正实现法治。但其实我的理想很简单,也很纯粹,就是以绵薄之力,解通关之难——还有比这个理想更纯粹的吗?

是的,通过就好!

杜洪波

2014年4月10日



目 录

第一编 法 理 学

第一讲 法的概念与特征	(3)
一、法的概念的争议	(4)
二、马克思主义论法的本质	(7)
三、“国法”及其外延(即法的表现形式)	(8)
四、法的特征	(8)
第二讲 法的作用和价值	(12)
一、法的规范作用——针对人的行为	(13)
二、法的作用的局限性	(14)
三、法的价值	(16)
第三讲 法的要素	(20)
一、法律规则	(21)
二、法律原则	(26)
三、权利与义务	(29)
第四讲 法的渊源	(32)
一、法的渊源的概念和分类	(33)
二、当代中国法的正式渊源	(34)
三、正式的法的渊源的效力原则	(36)
四、当代中国法的非正式渊源	(39)
第五讲 法律部门与法律体系	(42)
一、法律部门	(42)
二、法律体系	(43)
三、当代中国法律体系	(44)
第六讲 法的效力	(46)
一、法的效力的含义	(46)



二、法的效力的根据	(47)
三、法对人的效力	(47)
四、法的空间效力	(48)
五、法的时间效力	(48)
第七讲 法律关系	(51)
一、法律关系的特征	(52)
二、法律关系的种类	(53)
三、法律关系主体	(55)
四、法律关系的内容	(56)
五、法律关系客体	(57)
六、法律关系的产生、变更与消灭	(58)
第八讲 法律责任	(62)
一、法律责任含义	(62)
二、法律责任、法律后果与法律制裁的关系	(63)
三、法律责任的竞合	(63)
四、法律责任的承担原则	(64)
五、法律责任的免除	(65)
第九讲 法的制定	(68)
一、立法的含义	(68)
二、立法原则	(68)
三、全国人大及常委会的立法程序	(70)
第十讲 法的实施	(73)
一、法的实施的概念	(74)
二、执法	(74)
三、司法	(75)
四、守法	(76)
五、法律监督	(76)
第十一讲 法律适用的一般原理	(78)
一、法律适用的目标	(78)
二、法律适用的步骤	(79)
三、事实判断与价值判断	(80)
四、法律证成	(80)

第十二讲 法律推理与法律解释	(83)
一、法律推理的概念和特点	(84)
二、法律推理的种类	(84)
三、法律解释	(87)
第十三讲 法的产生与发展	(94)
一、法的产生	(95)
二、法的发展的类型	(96)
三、法律发展的方式	(97)
第十四讲 中国法的传统与法的现代化	(100)
一、中国的法传统和法文化	(100)
二、法律意识	(101)
三、法的现代化	(102)
第十五讲 法与社会	(104)
一、法与社会的一般关系	(105)
二、法与经济	(106)
三、法与政治	(108)
四、法与道德	(109)
五、法与人权	(113)

第二编 社会主义法治理念

第一讲 社会主义法治理念的基本理论	(119)
一、社会主义法治理念的概念和本质属性	(119)
二、社会主义法治理念的理论渊源和实践基础	(121)
三、社会主义法治理念的地位和作用	(122)
第二讲 依法治国	(124)
一、依法治国的概念	(124)
二、依法治国是复杂艰巨的系统工程	(124)
三、依法治国的基本要求	(130)
第三讲 执法为民	(133)
一、执法为民理念的基本内涵	(133)
二、执法为民理念的基本要求	(134)



第四讲 公平正义	(136)
(一)、公平正义理念的基本内涵	(136)
(二)、公平正义理念的基本要求	(138)
第五讲 服务大局	(140)
(一)、服务大局理念的基本内涵	(140)
(二)、服务大局理念的基本要求	(141)
第六讲 党的领导	(144)
(一)、党的领导的基本内涵	(144)
(二)、党的领导理念的基本要求	(145)

第三编 宪法

第一讲 宪法的特征与分类	(149)
(一)、宪法的特征	(149)
(二)、宪法的分类	(151)
第二讲 宪法的历史	(153)
(一)、世界史上重要的宪法	(153)
(二)、新中国宪法的历史发展	(154)
第三讲 宪法的基本原则	(158)
第四讲 宪法渊源和宪法效力	(161)
一、宪法渊源	(162)
二、宪法规范	(163)
三、宪法效力	(164)
第五讲 国家基本制度	(166)
(一)、我国的政党制度和爱国统一战线	(167)
(二)、经济制度	(168)
(三)、行政区划	(169)
第六讲 人大代表的选举、离职及职权	(173)
(一)、选举的基本原则	(176)
(二)、选举程序	(177)
(三)、人大代表的罢免和辞职	(181)
(四)、代表资格的暂停与终止	(183)



五、人大代表的补选	(183)
六、人大代表的权利	(184)
第七讲 全国人大及其常委会	(186)
一、全国人大及其常委会的性质和组成	(188)
二、全国人大及其常委会的下设组织	(188)
三、全国人大及其常委会职权	(191)
四、全国人大及其常委会的工作制度	(194)
第八讲 国务院	(197)
一、组成及任期	(197)
二、国务院的职权	(198)
第九讲 国家主席	(200)
一、国家主席的地位和任职资格	(200)
二、国家主席的职权	(200)
三、国家主席、副主席的缺位	(201)
第十讲 地方国家机关	(202)
一、地方人大和常委会	(203)
二、地方政府	(206)
第十一讲 公民的基本权利与义务	(208)
一、基本权利的分类	(209)
二、基本权利的内容	(209)
第十二讲 特别行政区制度	(215)
一、中央对特别行政区的管理权限	(216)
二、特别行政区的高度自治权	(217)
三、特别行政区的政治体制	(218)
第十三讲 民族区域自治	(223)
一、民族区域自治的概念	(224)
二、民族自治机关	(224)
三、民族自治权	(224)
第十四讲 基层群众自治组织	(227)
一、基层群众性组织概述	(228)
二、村民委员会	(228)
三、村民会议	(230)



四、村民代表会议	(231)
第十五讲 法律监督制度	(233)
一、立法监督	(234)
二、听取审议政府、法院、检察院的专项工作	(236)
三、审查决算及经济类报告	(236)
四、司法解释的监督	(237)

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	(258)
一、《永徽律疏》与中华法系	(258)
二、宋代的法律	(264)
三、明朝的法律	(268)
四、清朝时期的法律	(270)
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	(285)
第五讲 英美法系	(288)



一、英国法的形成与发展	(288)
二、美国法	(290)
第六讲 大陆法系	(292)
一、法国法	(292)
二、德国法律	(295)
三、日本法	(298)

第五编 司法制度与法律职业道德

第一讲 司法制度概述	(303)
一、司法的概念和特征	(303)
二、司法的功能	(304)
三、司法制度	(306)
四、司法公正	(306)
五、司法效率	(307)
六、司法独立	(309)
七、司法改革	(309)
第二讲 法律职业道德概述	(312)
一、法律职业的概念与特征	(312)
二、法律职业道德概述	(313)
第三讲 审判制度	(315)
一、审判制度概述	(315)
二、审判组织	(316)
第四讲 法官职业道德	(318)
一、法官概述	(318)
二、法官职业道德	(320)
第五讲 检察制度与检察官职业道德	(328)
一、检察制度概述	(328)
二、检察官职业道德	(330)
第六讲 律师制度	(332)
一、律师制度概述	(332)
二、律师	(332)



第七讲 律师事务所和律师执业行为规范	(338)
一、律师事务所概述	(338)
二、律师事务所的管理和制度	(339)
三、律师执业行为规范	(339)
第八讲 法律援助制度	(345)
一、法律援助制度概述	(345)
二、法律援助的对象	(346)
三、法律援助义务的免除	(347)
第九讲 公证制度与公证员职业道德	(348)
一、公证制度概述	(348)
二、公证员	(348)
三、公证的业务范围	(349)
四、不予办理公证和终止公证	(350)

第一编 法理学



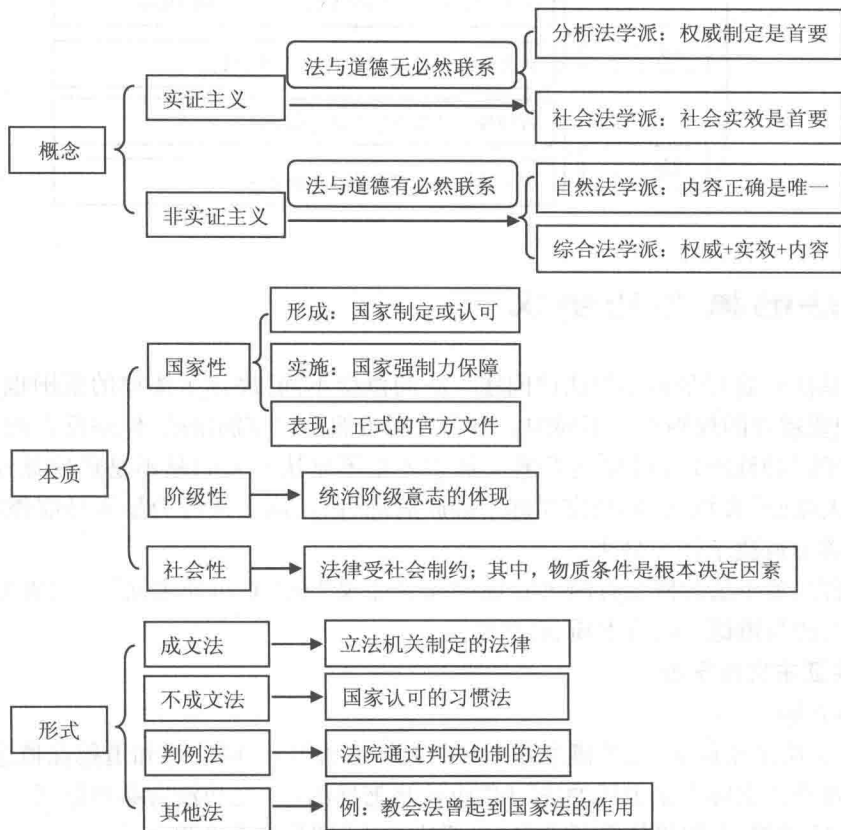
第一讲

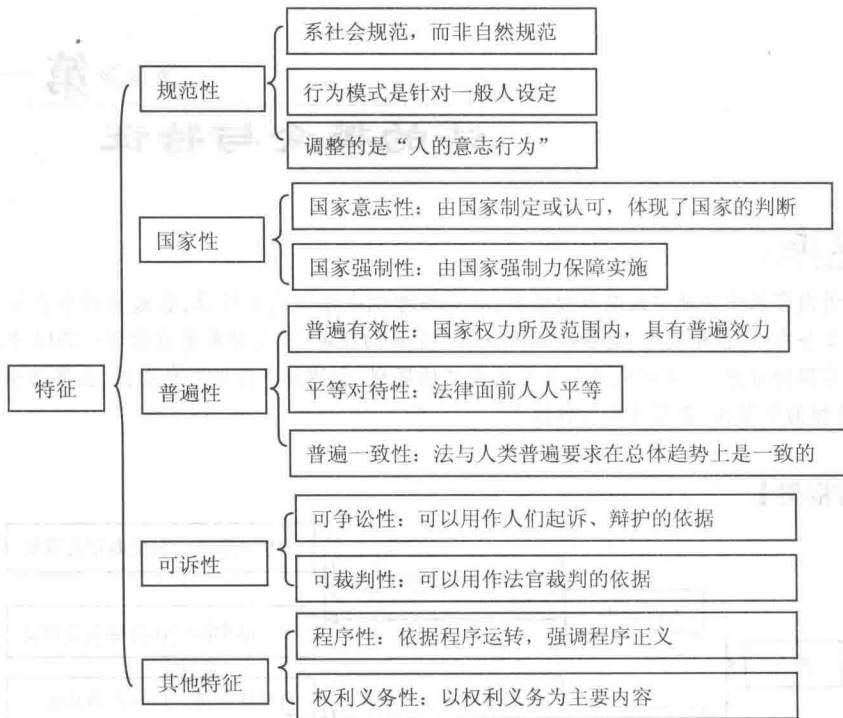
法的概念与特征

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。2014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、法律的阶级性与社会性、主要法学流派的观点、法律的规范性、普遍性和可诉性。

本讲框架





一、法的概念的争议

“什么是法?”这是最根本的法律问题。法的概念不同,决定了法律的范围也就不同,从而导致我们要遵守的规则也是不同的。有些规则虽然是国家制定的,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?人们是不是还应该遵守?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。因此,即便某个法律违反道德,人们仍然需要遵守。“恶法亦法”即是这个意思。