



国家司法考试教材

.....2011.....

名师大讲义

理论法学

杨帆 刘佳[◎]编著



中国政法大学出版社



国家司法考试教材

.....2011.....

名师大讲义

理论法学

杨帆 刘佳◎编著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

理论法学 / 杨帆, 刘佳编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 3

(2011名师大讲义)

ISBN 978-7-5620-3843-6

I. 理… II. ①杨…②刘… 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(2011)第030242号

书 名	理论法学 LILUN FAXUE
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	787×1092mm 1/16
印 张	16
字 数	425 千字
版 本	2011 年 3 月第 1 版 2011 年 3 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3843-6/D·3803
定 价	25.00 元

- 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。

鸣 谢

本套丛书在“莘莘学子”的殷切期盼中终于如期再版！这是考生的一大福音！她篇幅简练、考点明确，是一套考生运用起来得心应手的书籍。这套书凝聚了众多作者、出版者的辛勤汗水！由于他们忘我的付出、不懈的努力，终于使这套丛书得到了广大考生的认可！这里，我们衷心感谢政法英杰校长常英教授的鼎力支持！感谢政法英杰司法考试培训中心名师团队的吴鹏老师、杨艳霞老师、杨帆老师、史颢老师、李奋飞老师、李毅老师、席志国老师、范世乾老师等的通力合作，正是由于他们的团队精神、团结协作，根据自己多年的司考辅导经验终于精心打造了这样一套对广大学员大有裨益的考试用书。

同时，政法英杰更要感谢出版者和一直支持、信任我们的广大学员，有了他们的反馈，我们才会更加有针对性的编纂教材，使该书更具权威性、精确性、实用性！有了他们，我们才会不断进步，不辜负给予我们每一份力量的学员们。最后，希望广大读者对本书不吝指点、多提宝贵建议！

政法英杰培训中心

2011年3月

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的驾驭司法考试，北京政法英杰培训中心特编著此套名师过关辅导用书。

本套丛书是由我及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，有利于考生扎实掌握基础理论，强化实战经验，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，紧扣司考大纲，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，夯实理论基础。

2. **浓缩考点。**我们将历年真题作了深刻的剖析，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，又快又好的达到复习效果。

3. **名师精炼。**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，对易混、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，司法解释精讲。**旨在破译命题规律，透析2011年司法考试

命题方向,司法考试唯有年年有新意,才能考倒人,也才能真正的选拔出精英。

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 2011 年都能心想事成,鸿运当头,金榜题名!

常 英*

2011 年于中国政法大学

* 常英:中国政法大学资深教授、硕导,政法英杰校长,著名教育家,被誉为“民诉辅导第一人”。

目 录

序 言	(1)
-----------	-------

社会主义法治理念

第一讲 社会主义法治理念的基本内容.....	(1)
第一节 社会主义法治理念的基本概念和特征	(1)
第二节 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础	(1)
第三节 社会主义法治理念的地位和作用	(2)
第二讲 社会主义法治理念的基本内涵.....	(3)
第三讲 社会主义法治理念的基本要求.....	(4)

法 理 学

第一讲 法的本体	(6)
第一节 法的概念	(6)
第二节 法的价值	(12)
第三节 法的要素	(16)
第四节 法的渊源	(22)
第五节 法律部门和法律体系	(28)
第六节 法的效力	(29)
第七节 法律关系	(31)
第八节 法律责任	(37)
第二讲 法的运行	(41)
第一节 立 法	(41)
第二节 法的实施	(46)
第三节 法律适用的一般原理	(51)
第四节 法律推理	(53)
第五节 法律解释	(57)
第三讲 法的演进	(62)
第一节 法的起源	(62)
第二节 法的发展	(64)
第三节 法的传统	(66)
第四节 法的现代化	(68)

第五节 法治理论	(69)
第四讲 法与社会	(70)
第一节 法与社会的一般理论	(71)
第二节 法与经济	(73)
第三节 法与政治	(74)
第四节 法与道德	(75)
第五节 法与宗教	(77)
第六节 法与人权	(78)

法 制 史

第一讲 中国古代法制史	(80)
第二讲 中国近代法制史	(105)
第三讲 罗马法	(113)
第四讲 英美法系	(117)
第五讲 大陆法系	(122)

宪 法

第一讲 宪法基本理论	(133)
第一节 宪法的概念	(133)
第二节 宪法的发展历史	(136)
第三节 宪法的基本原则	(138)
第四节 宪法的作用	(139)
第五节 宪法的渊源与宪法典的结构	(140)
第六节 宪法规范	(141)
第七节 宪法效力	(142)
第二讲 宪法的实施及其保障	(142)
第一节 宪法实施的途径及特征	(143)
第二节 宪法制定与修改	(143)
第三节 宪法解释机关	(145)
第四节 宪法实施的保障	(146)
第三讲 国家基本制度	(147)
第一节 人民民主专政制度	(148)
第二节 国家基本经济制度	(148)
第三节 国家基本文化制度(略)	(149)

第四节	国家政权组织形式	(149)
第五节	选举制度(另辟专讲论述)	(150)
第六节	国家结构形式	(150)
第七节	民族区域自治制度	(152)
第八节	特别行政区制度(另辟专讲论述)	(153)
第九节	基层群众自治性组织	(153)
第四讲	选举制度	(155)
第五讲	特别行政区制度	(162)
第六讲	公民的基本权利与基本义务	(168)
第一节	概 述	(169)
第二节	基本权利	(172)
第三节	基本义务	(178)
第七讲	国家机构	(178)
第一节	国家机构的组织和活动原则	(179)
第二节	中央国家机关	(180)
第三节	地方国家机关	(191)
第四节	司法机关	(198)

司法职业道德

第一讲	司法制度和法律职业道德概述	(199)
第一节	司法与司法制度的概念	(199)
第二节	法律职业道德的概念和特征	(203)
第三节	法律职业道德的基本原则	(204)
第二讲	审判制度及法官职业道德	(204)
第一节	审判机关	(204)
第二节	法 官	(208)
第三节	法官职业道德	(211)
第四节	法官的职业责任(略)	(214)
第三讲	检察制度及检察官职业道德	(214)
第一节	检察机关	(214)
第二节	检察官	(216)
第三节	检察官职业道德	(218)
第四节	检察官职业责任(略)	(218)

第四讲	律师制度与律师职业道德	(218)
第一节	律师管理体制	(219)
第二节	律师执业	(220)
第三节	律师事务所	(222)
第四节	律师执业行为规范	(224)
第五节	律师执业责任(略)	(229)
第六节	法律援助制度	(230)
第五讲	公证制度及公证员职业道德	(233)
第一节	公证制度概述	(234)
第二节	公证员职业道德	(239)
附 录		(241)

社会主义法治理念

第一讲 社会主义法治理念的基本内容

第一节 社会主义法治理念的基本概念和特征

一、社会主义法治理念的基本概念

基本 概念	法治	法律之治,通过法律治理国家,同时又是依法合理配置权力与权利的社会状态
	法治理念	法治的理性化观念
	社会主义法治理念	引导社会主义法治国家建设的理性化观念体系
		社会主义法治理念是指导我国建设社会主义法治国家的思想观念体系,它反映了社会主义法治的性质、功能、价值取向和实现途径,是社会主义法治体系的精髓和灵魂,是立法、执法、司法、守法和法律监督的指导思想。社会主义法治理念由依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导五个方面的主要内容构成
特 征	鲜明的政治性	
	彻底的人民性	
	系统的科学性	
	充分的开放性	
本 质 属 性	坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的统一,是社会主义法治理念的本质属性	
	坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上,是坚持党的领导、人民当家作主和依法治国“三者统一”的必然要求	
	切实把“三个至上”的要求落实到社会主义法治各个的方面	

第二节 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础

理 论 渊 源	理论基础	马克思 主义法 治思想	马、恩	法学本体论、价值论、方法论、尤其是法与经济的关系、法的本质、人权、人民主权、人的自由和解放、法律权威和法的职能是宝贵的理论渊源
			列宁	无产阶级专政与社会主义法治、党的领导方式与法律权威,党的领导和公平正义、法的普遍约束力与制度建构等基本问题
			毛泽东、董必武	宪政理论、人民民主专政理论、专门工作与群众路线相结合、健全法制和依法办事等思想
			中国特 色的社 会主义 法治 思想	坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一是社会主义法治的根本原则
				坚持党的事业至上、人民利益至上和宪法法律至上,是社会主义法治的根本要求
				强调依法治国、建设社会主义法治国家,以人为本、执法为民、严格公正司法、维护公平正义,紧紧围绕中心、保证服务大局,坚持并加强和改善党的领导,是社会主义法治理念的重要内容
				坚持人民代表大会制度是社会主义法治的政治基础
				建设公正高效权威的社会主义司法制度是社会主义法治的重要保障

续表

理论渊源	文化资源	中国传统法律思想	民为邦本;公正执法;礼法并用等思想
	有益借鉴	西方资本主义法治思想	人民主权、基本人权、权力制约、法律面前人人平等、法律至上
实践基础	社会主义法治理念的提出,是在总结我国社会主义法治实践的基础上,借鉴其他国家法治实践经验教训,经过几代中国共产党领导人的不断凝练,逐步形成的指导社会主义法治建设的重大理论成果		

第三节 社会主义法治理念的地位和作用

一、社会主义法治理念的地位

马克思主义法律观中国化的最新成果	新民主主义革命时期	在陕甘宁边区政府的司法实践中,逐步确立了平等与正义、“共产党员有犯法者从重治罪”等司法原则。
	新中国成立以后	以毛泽东同志为主要代表的第一代中央领导集体提出并实施“民主建国”,制定第一部《中华人民共和国宪法》(1954年9月20日通过),实现了马克思主义法律观中国化的第一次重大创新。
		以邓小平同志为主要代表的第二代中央领导集体,创造性地阐释了一系列具体而明确的法律思想,提出了社会主义法制建设“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的“十六字方针”,实现了马克思主义法律观中国化的第二次重大创新。
		以江泽民同志为主要代表的第三代中央领导集体,正式确定“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,实现了马克思主义法律观中国化的第三次重大创新。
		以胡锦涛同志为总书记的中央领导集体,提出了“社会主义法治理念”这一崭新命题,解决了建设什么样的法治国家、如何建设社会主义法治国家的重大问题,实现了马克思主义法律观中国化的第四次重大创新。社会主义法治理念的提出,是对前三次马克思主义法律观中国化成果的继承、发展和升华,它标志着我们党对建设中国特色社会主义法治国家的规律、中国共产党执政规律有了更加深刻的认识和把握。

中国特色社会主义理论体系的重要组成部分	邓小平	(1) 法制建设要从初级阶段的基本国情出发; (2) “有法可依、有法必依、执法必严、违法必究” 社会主义法制建设“十六字方针”; (3) 用法律措施维护安定团结的政治局面;党和国家领导制度的改革;坚决打击经济犯罪活动; (4) “死刑不能废除”; (5) “一手抓建设和改革,一手抓法制”; (6) 把“一国两制”的构想法律化; (7) 市场经济是法制经济。
	江泽民	江泽民同志特别明确提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略,把社会主义与法治国家结合起来,是中国特色社会主义理论和实践的又一创举。
	胡锦涛	胡锦涛同志提出社会主义法治理念这一重大理论命题。牢固树立社会主义法治理念,反映了贯彻科学发展观的基本要求,一方面,它是科学发展观落实到社会主义法治建设领域内的具体体现;另一方面,它又从政治法律领域更加丰富和深化了科学发展观的科学内涵。
社会主义法治建设的指导思想	社会主义法治理念是社会主义民主建设的内在精神和灵魂。树立社会主义法治理念,关系到依法治国的基本方略的落实,关系到社会主义民主法治建设的盛衰,关系到人民利益和公民权利的切实保障,也关系到党的执政地位的巩固。	

二、社会主义法治理念的作用

1. 社会主义法治理念是我国一切立法活动的思想先导;
2. 社会主义法治理念是确保我国行政机关及其公职人员严格公正文明执法、实现法律效果与社会效果有机统一的思想基础;
3. 社会主义法治理念是确保我国司法坚持正确方向、实现司法公正的思想保障;
4. 社会主义法治理念是建设社会主义法治文化、增强全社会法律意识的价值指引;
5. 社会主义法治理念是推动法学研究繁荣和发展的重要保障。

第二讲 社会主义法治理念的基本内涵

依法治国: 社会主义法治的核心内容	原因	我们党治国理念的重大转变
		国家长治久安的重要保障
		社会主义民主政治的必然要求
	内涵	人民民主是依法治国的政治基础
		法制完备法治国家的重要标志
		树立宪法法律权威是依法治国的必然要求
		权力制约是依法治国的关键环节

执法为民:社会主义法治的本质特征	原因	是中国共产党坚持立党为公、执政为民宗旨的必然要求
		是“一切权力属于人民”宪法原则的具体体现
		是社会主义法治始终保持正确政治方面的根本保证
	内涵	以人为本是执法为民的根本出发点
		保障人权是执法为民的基本要求
		文明执法是执法为民的客观需要
公平正义:社会主义法治的价值追求	原因	社会主义法治建设的根本目标
		广大人民群众의强烈愿望
		立法、行政、司法工作的生命线
	内涵	法律面前人人平等是公平正义的首要内涵
		合法合理是公平正义的内在品质
		程序正当是公平正义的方式与载体
服务大局:社会主义法治的重要使命	原因	及时高效是公平正义的重要标尺
		社会主义法律的必然要求
		是社会法治的工作性质和任务所决定的
	内涵	社会法治实践经验的总结
		把握大局是服务大局的前提条件
		围绕大局是服务大局的根本保证
党的领导:社会主义法治的根本保证	原因	立足本职是服务大局的基本要求
		党的先进性所决定的
		历史的选择、人民的选择
	内涵	法治建设任务的艰巨性所决定的
		思想领导
		政治领导
健全完善立法		组织领导
		科学立法
		民主立法
		法制统一
		体系完备

第三讲 社会主义法治理念的基本要求

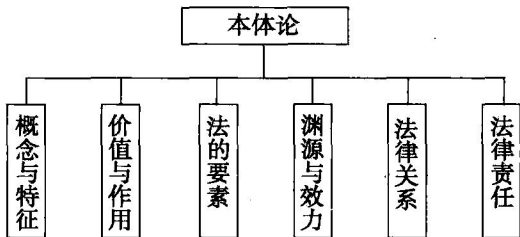
健全完善立法	科学立法
	民主立法
	法制统一
	体系完备

续表

坚持依法行政	行政要合法
	行政要合理
	行政要高效便民
	权责要统一
	政务要公开
	依法行政能力和职业道德水平要不断提高
严格公正司法	切实维护司法公正
	不断提高司法效率
	努力树立司法权威
	充分发扬司法民主
其他基本要求	加强制约监督
	自觉诚信守法
	繁荣法学事业
	坚持依法执政

第一讲 法的本体

【本章知识结构图】



【本章重难点提示】

本章为司法考试最重要一章,几乎占法理学的六成分值。考生朋友应该熟练掌握以下知识点:

1. 法的可诉性;
2. 自由、正义与法的关系及法的价值冲突的解决原理;
3. 法的规范作用与法的作用的局限性;
4. 法律规则的分类、法律原则与法律规则的区别及法律原则的适用条件;
5. 法的正式渊源与非正式渊源的区别及当代中国的法源;
6. 法的时间效力,特别是法的溯及力问题;
7. 法律关系的分类及法律事实;
8. 法律责任的归结与免除,法律责任的竞合。

在以上知识点中,法的价值理论、法的作用的局限性、法律渊源理论为论述题的原理,考生朋友应该借助其他资料对其深入了解。

第一节 法的概念

一、法的概念的争议

(一) 争议的焦点

围绕着法的概念的争论是关于法与道德之间的关系。依据人们在定义法的概念时对法与道德的关系的不同主张,大致可以将法的概念区分出两种基本立场:法律实证主义与非法律实证主义(自然法)。

(二) 法律实证主义

1. 基本主张。所有法律实证主义理论都主张,在定义法的概念的时候,没有道德因素被包括在内,即法和道德是分离的。具体说来,实证主义认为,在法与道德之间,在法律命令什么与正义要求什么之间,即实然法和应然法之间,不存在概念上的必然联系。

2. 法律实证主义关于法的概念的分类。法律实证主义是以下列两个要素定义法的概念的:权威性制定与社会实效。以这两个要素的联接不同,法律实证主义关于法的概念可以分为:

(1) 以社会实效为首要定义要素的法概念,如法社会学和法现实主义。

(2) 以权威性制定为首要定义因素的法概念,如分析主义法学,代表人物如奥斯丁、哈特、凯尔森。

(三) 非实证主义理论

1. 基本主张。所有的非实证主义理论都主张,在定义法的概念时,道德因素被包括在内,即

法与道德是相互联接的。

2. 非实证主义关于法的概念的分类。非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要因素,同时也包括社会实效性要素和权威性制定要素。以这三个要素的不同联接为标准,非实证主义的法的概念可以分为两类:

(1)以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素,以传统的自然法理论为代表。

(2)以三要素同时作为法的定义的要素,如阿列克西。

二、马克思主义关于法的本质的基本观点

(一)法的最初本质体现为法的正式性

1. 正式性的定义。法的正式性也称做法的官方性、国家性,指法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。法的正式性反映了法的现象的特征,是法的本质的表现。

2. 法的正式性体现:

(1)法是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的,非经法定机关按照法定程序创制的文件,不具有法的效力。

(2)法总是依靠正式的权力机制保证实现的。一般而言法的实现主要依靠社会成员的自觉遵守,但是国家强制是不可缺少的。

(3)法总是借助于正式的表现形式予以公布的。人类社会早期曾经是秘密法,法律不公布,因为“法不可知,则威不可测”,但是到了一定历史阶段则进行了成文法的公布。

法的正式性表明法律与国家权力存在密切联系,法律直接形成于国家权力,是国家意志的体现。

(二)法的本质其次反映为法的阶级性

1. 法的阶级性的定义。在阶级对立的社会,法体现的国家意志实际上是指统治阶级的意志。法体现的国家意志从表面上看具有公共性、中立性;法体现的国家意志只能是统治阶级的意志,是法律化的统治阶级意志;法体现的国家意志具有高度的统一性和极大的权威性。

2. 法的统一性和权威性。

(1)统一性:在国家权力高度统一的情况下,统治阶级意志可以通过高度统一的法律形式获得集中体现,并随着法律实施,起到将全体社会成员的行为纳入统治阶级所能接受的范围的作用。

(2)权威性:任何法律都是以国家强制力为后盾的,任何违法行为都可能受到国家有组织的强力的制裁。

(三)法的本质最终体现为法的社会性

1. 法的社会性定义。法的社会性又称法的物质制约性,指法的内容是受一定社会因素制约的,最终也是由一定的社会物质生活条件决定的。

2. 马克思主义法律理论在此问题上的基本主张:

(1)法律是社会的组成部分,也是社会关系的反映。

(2)社会关系的核心是经济关系,经济关系的中心是生产关系。

(3)生产关系是由生产力决定的,生产力是不断变化的。

(4)生产力的变化,导致包括法律在内的社会的变化。

(5)立法者不是在创造,而是在表述法律。是将社会生活中客观存在的包括生产关系、阶级关系、亲属关系等在内的各种社会关系以及相应的社会规范、社会需要上升为国家的法律,并运用国家权威予以保护。

(6)法律的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件之间的对立统一关系中。

1. 下列关于法的阶级本质的表述中,哪些体现了马克思主义法学关于法的本质的学说?