

司 考 新 增 大 纲 评 析

法理学．法制史．宪法

《法理学》

新增知识点分析

与 2007 年相比，2008 年司考大纲中法理学部分直接的变化表现在两个方面。

一、基本要求的变化。2008 年在总考试说明中对“了解”、“理解”、“熟悉”三个能力层次有了明确的解释。在法理学基本要求中分为“了解”、“理解”、“熟悉并能运用”三个层次。2007 年将“运用”单列，且运用的内容是概括说明。而 2008 年熟悉并运用的内容是详细的考点。如第四章“法与社会”，2007 年有如下基本要求：“运用法与社会的知识及理论，分析与评价有关的案例、事例或者法条。”2008 年则表述较为具体：“熟悉并能够运用：法与社会的一般关系，法与经济的一般关系，法与科学技术，法与道德的区别，分析和评价有关的案例、事例或者法条。”这种表述方式的变化，使大纲更具指导性，考生可根据考纲对每一考点作针对性的复习。

二、考点的变化。新增考点 15 个，删除考点 25 个。

从以上两点变化，可以预测 08 年法理学的考试在总结前六年的基础上会突出对理论能力和运用能力的考查。增加考点如“法的概念的争议”、“法律归纳推理”、“法律设证推理”和“法律解释方法的位阶”等是注重理论的表现。“内部证成与外部证成的区分”则是较为新的法学理论。在具体考查时，结合部门法和实际问题，让考生从“法理学”的角度加以分析。

08 年新增知识点

章名	节名	新增之知识点
法的本体	法的概念	◇ 法的概念的争议
	法的渊源	◇ 当代中国法的非正式渊源（判例、政策、习惯）
	法律部门与法律体系	◇ 公法、社会法与私法的含义与区别
法的运行	法律推理	◇ 归纳法律推理 ◇ 设证法律推理
	法律解释	◇ 法律解释的方法（语义解释 立法者目的解释 历史解释 体系解释 客观目的解释）

◇ 法律解释方法的位阶

08 年删除知识点

章名	删除之知识点
法的本体	◇ 法的词源（汉语中的“法”相关概念 西文中的“法”及相关概念） ◇ 法的本质（关于法的本质的主要学说） ◇ 法的价值判断与事实判断（法的价值判断与事实判断的含义 两者的区别 区别法的价值判断与事实判断的意义） ◇ 法的价值的种类（利益） ◇ 法律概念 ◇ 法的渊源的概念（法的效力渊源） ◇ 规范性法律文件的规范化和系统化（法规汇编 法典编纂） ◇ 法的分类（成文法与不成文法 国内法与国际法 实体法与程序法 根本法与普通法 一般法与特别法） ◇ 公法、社会法与私法的含义与区别 ◇ 法对人的效力（法对中国公民、外国人和无国籍人的效力） ◇ 法律责任的种类
法的运行	◇ 立法的定义（立法的含义 立法的特点 立法与法治） ◇ 《立法法》与当代中国立法的发展 ◇ 法的实施和实现（法的实施和实现的含义与方式 法的实现的标准） ◇ 违法（违法的含义、种类与构成要件） ◇ 《监督法》与当代中国法律监督制度的发展 ◇ 辩证法律推理 法律解释、法律推理、法律职业、法律思维相互之间的关系 法律解释与法律推理在法律实施中的地位和作用 法律解释与法律推理在审判活动中的应用
法的演进	◇ 原始社会的社会组织和社会规范 ◇ 法的发展的阶段 ◇ 法的发展的特点 ◇ 中国法的传统的特点 ◇ 法律文化（法的传统与法律文化的关系） ◇ 法律意识与法的传统、法律文化 ◇ 法的现代化（法的现代化的目标） ◇ “依法治国，建设社会主义法治国家”的提出（从“法制”概念到“法治”概念的过渡 “依法治国，建设社会主义法治国家”方略的提出）
法与社会	◇ 法的社会基础 ◇ 法对社会的调整 ◇ 法与节约型社会 ◇ 法在社会主义市场经济中的作用 ◇ 法与国家（法治与权力制约 社会主义法治与社会主义民主政治） ◇ 依法执政与政治文明 ◇ 法与宗教的相互影响（宗教对司法程序的影响）

法与社会

- ◇ 人权的层次（应有权利 法律权利 实有权利）
- ◇ 人权的法律保护（国内法对人权的保护 国际法对人权的保护）

新增知识点之重点精讲

一、法的概念的争议

围绕着法的概念的争论的中心问题是关于法与道德的关系。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，大致上可以将法的概念区分为两种基本立场：实证主义的法的概念和非实证主义（自然法）的法的概念。

（1）实证主义的法的概念。

所有的实证主义理论都主张，在定义法的概念时，没有道德因素被包括在内，即法和道德是分离的。

法实证主义者是以下列两个要素定义法的概念的：权威性制定和社会实效。法实证主义的法的概念可以分为两类：以社会实效为首要定义要素的法的概念和以权威性制定为首要定义要素的法的概念。以社会实效为首要定义要素的法的概念的主要代表是法社会学和法现实主义。以权威性制定为首要定义要素的法的概念的主要代表是分析主义法学，如奥斯丁、哈特和凯尔森。

（2）非实证主义（自然法）的法的概念。

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。

非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要的定义要素。同时可以包括社会实效性要素和权威性制定要素。根据三个要素不同的联结和解释可分为两类：以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素和以三要素同时作为法的概念的定义要素。前者以传统的自然法理论为代表，后者以超越自然法与实证主义之争的所谓第三条道路的那些法学理论为代表，如阿列克西。

非实证主义与实证主义的法的概念的区分是，前者坚持在定义法的概念时除了权威性制定要素和社会实效性要素，必须要以内容正确性作为定义要素。而对于实证主义者来说，“法是什么”仅仅依赖于“什么已经被指定”和（或）“什么具有社会实效”。

二、法律规则的含义

法律规则是采取一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应的法律后果的行为规范。法律规则具有微观指导性、可操作性强、确定性程度较高的特点。同时，法律规则也应具有可诉性、合逻辑性、合体系性、可预测性等特性。

三、当代中国法的非正式渊源

法的非正式渊源指那些具有法律意义的准则和观念,这些准则和观念尚未在正式法律中得到权威性的明文体现。

需要非正式渊源的原因:

- (1) 正式的法的渊源不能完全为法律决定提供大前提。
- (2) 适用某种正式的法的渊源会与公平正义的基本要求、强制性要求和占支配地位的要求发生冲突。
- (3) 一项正式的法的渊源可能会产生出两种解释的模棱两可性和不确定性。当这些情况发生时,法律人为了给法律问题提供一个合理的法律决定就需要诉诸于法的非正式渊源。

当代中国法的非正式渊源:

- (1) 判例。判例的重要性被人们普遍承认,判例可以弥补成文法的不足。
- (2) 政策。中国共产党的政策属于法的非正式渊源,党的政策对法律的制定和实施都有指导作用。
- (3) 习惯。能够作为法的非正式渊源的习俗只是指社会习惯,特别是那种与重要的社会事务相关的习惯。

四、法适用的一般原理

- (1) 法适用的目标。最直接目标是要获得一个合理的法律决定。在法治社会,所谓合理的法律决定就是指法律决定具有可预测性和正当性。法律决定的可预测性是形式法治的要求,它的正当性是实质法治的要求。

可预测性意味着做法律决定的人在做决定过程中应该尽可能地避免武断和恣意。法律决定的正当性是指按照实质价值或某些道德考量,法律决定是正当的或正确的。

在现代法治社会,人们总是要求法律决定具有高度的可预测性,同时具有高度的正当性。但是,对在特定的一个时间段内的特定国家的法律人来说,可预测性具有初始的优先性。

- (2) 法适用的步骤。

从整体上来说,在形式上是三段论的推理过程,即大前提、小前提、结论。具体来讲,首先要查明和确认案件事实作为小前提;其次要选择和确定与案件事实相符合的法律规范作为大前提,最后以整个法律体系的目的为标准从两个前提中推导出法律决定或法律裁决。

- (3) 内部证成与外部证成。

法律人在适用法律的过程中,无论是大前提还是小前提,都是用来为法律决定提

供支持性理由的。在此意义上，法律适用过程也是一个法律证成过程。

法律决定必须按照一定的推理规则从相关前提中逻辑地推导出来，属于内部证成。对法律决定所依赖的前提的证成是外部证成。

内部证成关涉的只是从前提到结论之间推论是否是有效的。后者关涉的是对内部证成中所使用的前提本身的合理性。

外部证成的过程中必然涉及内部证成，也就是说对法律决定所依赖的前提的证成本身也是一个推理过程，亦有一个内部证成的问题。

五、法律归纳推理

归纳推理是从个别事物或现象的知识推出该类事物或现象的一般原则的推理。较典型的归纳推理表现为这样一种情况：法官在没有法律规则作为审判依据时，他应从一系列以往判决的比较中推导出有关的一般规则或者原则。

六、法律设证推理

是对从所有能够解释事实的假设中优先选择一个假设的推论。设证推理是法律人在工作中必然会用到的一种方法，但是他的推论结论是不确定的。

七、法律解释方法的位阶

法律解释的方法是解释者在进行法律解释时为了达到解释的目标所使用的方法。不同解释方法可以出现不同的法律决定，这也导致了法律适用的不确定性。消除的方法就是确立一个位阶关系。现今认可下列位阶：语义学解释→体系解释→立法者意图或目的解释→历史解释→比较解释→客观目的解释。但是这种顺序不是绝对的。

《法制史》

新增知识点分析

2008 年法制史没有新增考点，删除考点 5 个，变更考点 13 处。在能力的要求上与 2007 年一样，分为“了解”、“理解”、“熟悉”层次。2008 年法制史的考查与 2007 年相比，不会发生大的变化。具体来说：

一、考查的形式依然是选择题，分值在 10 分左右。

二、重点依旧。分析往年试题，生僻考点较少。中国法制史主要集中在西周的法制思想、契约法规、婚姻继承制度；春秋战国时期的公布成文法、《法经》；汉律的儒家化；魏晋南北朝的法典发展变化；唐宋明清的立法及刑事制度；清末民国的法制；外国法制史集中在罗马法、美国宪法、英美司法制度、两大法系、大陆法系中宪法与民法等

三、多知识点综合考查。这种考查拓展了每道题所考知识点的广度。如 2005 年卷一第 65 题的四个选项中囊括了中、英、美和日本等各国的司法制度。再如 2007 年卷以第 10 题涉

及到西周和送两个时期的婚姻家庭与继承制度。

四、结合具体案例案例、法条、判决来考查。这种考查方式是对考生理解和熟悉能力层次的考查，要求考生以较快的阅读速度，迅速在大量的信息中找到关键词，灵活运用所学知识，把握命题者用意，作出准确的判断。2005 年卷一第 15 题用具体案例考查“亲亲得相首匿”原则；2006 年卷一第 15 题通过案例考秦朝的“诬告反坐”原则；2007 年卷一第 57 题用案例考查唐朝对“十恶”的法律适用。

08 年新增知识点，无新增

08 年删除知识点

章名	删除之知识点
中国法制史	◇ 先秦法制主要内容（商鞅变法） ◇ 秦汉律的主要内容（上请与恤刑） ◇ 司法制度（狱讼 五过 御史 公室告） ◇ 六杀 明清会典 ◇ 立法思想与刑罚原则（从重从新） ◇ 司法制度（审刑院）
外国法制史	◇ 罗马法的发展 ◇ 罗马法对后世法律的影响 ◇ 英美法系历史沿革 ◇ 英美司法制度（法院组织） ◇ 英美法系的形成 ◇ 大陆法系历史沿革 ◇ 大陆法系的形成

《宪法》

新增知识点分析

与 2007 年相比，2008 年宪法的变化在考点的变化和法规的变化。新增考点 10 个，删除考点 26 个，变更考点 33 处。增加法律《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》和《中华人民共和国集会游行示威法》，删除三个条例。

新增 10 个考点主要分布在宪法基本理论（5 个）、公民的基本权利与义务（3 个）和宪法的实施及其保障（2 个）三章中。就考查能力层次而言，宪法基本理论中的“宪法与法律的关系”、“宪法在建设社会主义法治国家中的作用”、“宪法规范的分类”、“宪法效力的概念”和“宪法效力的表现”五个新增点，都属于“了解”层次；公民的基本权利和义务中的“、“基本权利效力”、“基本权利限制界限”和“基本义务的概念与特点”考点属于“熟悉”层次；宪法的实施以及保障中“宪法修改的含义”和“宪法的解释程序”属于“了解”层次。

由 2008 年大纲的变化特别是新增考点的内容及能力要求来看, 2008 年的宪法学会沿袭 07 年的考查方式, 在难易程度上基本持平, 重点考查基础性、记忆性内容。重点考查的内容依然是常考和新增考点。常考点如宪法及其修正案、立法法、全国人民代表大会组织法、公民的基本权利和义务等。因此, 在备考此部分内容时, 考生应重点记忆有关法条, 在准确上、细化上下功夫。

08 年新增知识点

章名	节名	新增之知识点
宪法基本理论	宪法的概念	◇ 宪法与法律的关系 ◇ 宪法与宪政的关系
	宪法在建设社会主义法治国家中的作用	◇ 宪法在建设社会主义法治国家中的作用 (立法 执法 司法 守法)
	宪法规范	◇ 宪法规范的分类(确认性规范 禁止性规范 权利性规范与义务性规范 程序性规范)
	宪法效力	◇ 宪法效力的概念 ◇ 宪法效力的表现
国家的基本制度(下)	选举制度	◇ 对破坏选举的制裁
公民的基本权利与义务	公民基本权利与义务概述	◇ 基本权利效力 ◇ 基本权利限制界限 ◇ 基本权利与人权
	我国公民的基本权利	◇ 生命权
	我国公民的基本义务	◇ 基本义务的概念与特点
宪法的实施及其保障	宪法的修改	◇ 宪法修改的含义
	宪法的解释	◇ 宪法的解释程序

08 年删除知识点 26 个

章名	删除之知识点
宪法的基本理论	◇ 古代意义宪法的含义 古代意义宪法与近代意义宪法的区别 ◇ 宪法的本质 (宪法是各种政治力量对比的集中体现) ◇ 近代意义的宪法是资产阶级革命的产物 英国宪法的产生、发展及特点 美国宪法的产生、发展及特点 法国宪法的产生、发展及特点 社会主义国家宪法的产生 ◇ 宪法发展的趋势 ◇ 确认和巩固作用 限制和规范作用 指引和协调作用 评价和宣传作用 ◇ 宪法的渊源 (国际习惯) ◇ 宪法关系 ◇ 宪法与宪政

国家的基本制度(上)	◇ 国体概述 ◇ 经济制度的概念 ◇ 我国现阶段的分配制度（以按劳分配为主体，多种分配方式并存）
国家的基本制度(下)	◇ 人民代表大会制度是我国实现社会主义民主的基本形式 人民代表大会制度的完善 ◇ 国家结构形式的种类 决定国家结构形式的因素 ◇ 我国采取单一制国家结构形式的原因 我国单一制国家结构形式的主要特点 ◇ 我国行政区域划分的原则 我国宪法规定的行政区划 行政区域变更的法律程序 行政区域边界争议的处理 ◇ “一国两制”是设立特别行政区的基本指导方针
公民的基本权利与义务	◇ 公民和国籍 ◇ 公民与人民 ◇ 公民权与人权 ◇ 我国现行宪法对公民基本权利和义务的新发展 ◇ 特定人的权利（保障妇女的权利 保障退休人员 and 军烈属的权利 保护婚姻、家庭、母亲、老人和儿童 关怀青少年和儿童的成长 保护华侨、归侨和侨眷的正当权利） ◇ 公民权利和自由的广泛性 公民权利和义务的平等性 公民权利和义务的现实性 公民权利和义务的一致性
国家机构	◇ 基层政权的含义 村民委员会和居民委员会
宪法的实施及其保障	◇ 宪法实施的主要原则（最高权威性原则 民主原则 合法性原则 稳定性原则 发展性原则） ◇ 宪法实施的条件（宪法实施的外部条件 宪法实施的自身条件） ◇ 制宪主体 制宪机关 制宪权 ◇ 宪法修改的方式（无形修改） ◇ 政治保障 法律保障 制度保障 依靠人民群众

法律法规目录增删

增加	删除
◇ 中华人民共和国集会游行示威法 ◇ 中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法	◇ 行政法规制定程序条例 ◇ 规章制定程序条例 ◇ 法规规章备案条例

新增知识点之重点精讲

一、宪法与法律的关系

在不同的语境中，宪法文本中的“法律”一词的内涵、外延是不尽相同的。无论是形式意义上还是实质意义上的法律，宪法和法律具有共同的基础和特点。宪法是高级法，是国家的根本法，是“法律的法律”，具有自身的基本特征。

二、宪法在社会主义法治国家中的作用

(1) 宪法在立法中的作用

1. 确立社会主义法律体系的基本目标。
2. 立法统一的基础。
3. 合理的法律体系的建立是实现宪法的基本形式之一。
4. 宪法确立了解决法律内部冲突的基本机制。
5. 宪法是立法体制发展与完善的基础与依据。

(2) 宪法在执法中的作用：宪法是执法的基础与原则。在执法过程中的功能首先表现在特定法律人宪法意识的培养。

(3) 宪法在司法中的作用

1. 宪法是检察权和审判权的来源，是人民法院和人民检察院活动的基本准则。
2. 宪法规定了司法机关活动的基本原则。
3. 法官和检察官的宪法意识对法治的发展产生重要影响。

(4) 宪法在守法中的作用：认真遵守宪法、树立宪法意识是提高守法意识的重要内容。

三、宪法规范的分类

- (1) 确认性规范是对已经存在的事实的认定，其主要意义在于根据一定的原则和程序，确立具体的宪法制度和权力关系，以肯定性的规范存在为其主要特征。
- (2) 禁止性规范是指对特定的主体或行为的一种限制，也称其为强行性规范。这类规范对于宪法的实现起着十分重要的作用，集中表现了宪法法的属性。
- (3) 权利性规范与义务性规范：这类规范主要是在调整公民基本权利与义务过程中形成的，同时为行使权利与义务提供了依据，从我国宪法规定的角度来看，权利性规范与义务性规范有下列三种形式：一是权利性规范。宪法赋予特定主体权利，使之具有权利主体资格；二是义务性规范，集中表现在公民应该履行的基本义务。三是宪法规范中的权利性义务性相结合为一体。
- (4) 程序性规范具体规定宪法制度运行过程的程序，主要涉及国家机关活动程序方面的内容。程序性规范主要有两种表现形式：一是直接的程序性规范；二是间接的程序性规范，即宪法典本身对程序规范不做具体的规定，而是通过法律保留形式规定的具体程序。

四、宪法效力的概念

宪法效力是宪法作为法律规范所发挥的约束力与强制性。在法治社会中宪法具有最高的法律效力。宪法具有最高的效力是因为宪法最有正当性的基础。宪法效力具有最高性与直接性（对立法行为和依据宪法的行为具有直接的约束力）。

五、宪法效力的表现

宪法效力具有最高性和直接性。宪法的效力表现在对人的适用和对领土的效力。

六、公民基本权利效力

- (1) 基本权利效力概念是指基本权利对社会生活领域产生的拘束力。这种效力源于宪法本身的效力。
- (2) 基本权利效力特点：广泛性、具体性、现实性、可诉性。
- (3) 基本权利效力的体现
 1. 对立法权的制约：直接约束立法者与立法过程，以防止立法者制定侵害人权的法律，立法者在立法过程中应遵循过剩禁止原则和比例原则，控制其立法裁量权。
 2. 对行政权的制约：基本权利对行政活动产生直接的约束力，行政活动应当体现基本权利的价值，以保障行政权的合宪性。
 3. 对司法权的制约：基本权利直接约束司法权的一切活动，司法活动应当给予保护基本权利。

七、基本权利限制的界限

- (1) 限制基本权利的概念是指确定基本权利的范围，使之不得超过一定的限度，超过限度则构成权利的滥用。限制基本权利主要包括：剥夺一部分主体的基本权利；停止行使某种基本权利；出于社会公益，对基本权利特殊主体的活动进行限制。
- (2) 限制基本权利的目的：维护社会秩序、保障国家安全、维护公共利益。
- (3) 限制基本权利的基本形式：
 1. 基本权利的内在限制：基本权利内部已经设定限制的范围。
 2. 二是宪法和法律的限制：行使基本权利不得违背宪法和法律的规定。

八、公民基本义务的概念与特点

公民的基本义务也称宪法义务，是指由宪法规定的公民必须遵守和应尽的根本责任。是公民对国家具有首要意义的义务，它构成普通法律所规定的义务的基础。具有广泛性、平等性、现实性、一致性的特点。

九、宪法修改的含义

宪法修改是指在宪法实施过程中，随着社会现实的发展变化，出现宪法的内容与社会现实不适应的情况，由有权机关依照宪法规定的程序删除、增加或变更宪法内容的行为。

十、宪法解释的程序

- (1) 宪法解释的主体与事由
- (2) 宪法解释请求的提起
- (3) 宪法解释请求的受理
- (4) 宪法解释的审查。决定是否作出解释
- (5) 宪法解释案的起草
- (6) 宪法解释的通过