

G U O J I A S I F A K A O S H I Q U A N G O N G L U E

国家司法考试

飞跃版
2009

全攻略

法理学·法制史· 司法职业道德

飞跃司考辅导中心 / 组编

考点 + 命题点分析 + 题型运用 + 真题演练 = 顺利过关

主体法与配套法条融会贯通

深入阐释命题点

典型习题 以练促记

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

国家司法考试 **2009**

全攻略

法理学 · 法制史 · 司法职业道德

飞跃司考辅导中心 / 组编

参编人员

史海涛	杨晓玲	郝战红
李晓丽	黄鑫	柴立丹
张梅	任同志	唐丽
马吉亮		

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学·法制史·司法职业道德/中国法制出版社编.
—北京:中国法制出版社,2009.1
(2009 国家司法考试全攻略)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0929 - 2

I. 法… II. 中… III. ①法理学-法律工作者-资格考
核-自学参考资料②法制史-中国-法律工作者-资格
考核-自学参考资料-法律工作者-职业道德-中国-
资格考核-自学参考资料 IV. D90 D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 183622 号

2009 国家司法考试全攻略——法理学·法制史·司法职业道德

2009 GUOJIA SIFA KAOSHI QUANGONGLUE——FALIXUE FAZHISHI SIFA ZHIYE DAODE

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2009 年 1 月第 1 版

印张/10 字数/322 千

2009 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0929 - 2

定价: 22.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66066820

邮购部电话: 66033288

掌握正确的司法考试复习方法

——《2009 国家司法考试全攻略》出版前言

尽管近年来司法考试命题有所改革，但是法条在司法考试中的重要地位是难以取代的。通过对历年司考试题的分析，我们发现除法理学、法制史等纯理论学科和个别部门法外（主要体现在国际法），90%以上的试题都有直接的法条依据，但是命题又绝不会停留在简单的法条记忆层面，而是一种事实与法条的穿梭适用。因此，真正理解、参透法条并在做题时运用自如，是取得司法考试成功的关键。

本书即在对司法考试综合研究分析和总结众多过关者实际经验的基础上，为广大考生提供最实际有效的一种司法考试复习方法。

一、主体法与配套法条融会贯通

本书在保证司法法条完整性的基础上，将与主体法相关的司法解释、实施条例等拆解，以【关联规定】的形式融入主体法中，使二者紧密结合，不仅方便查阅，更有助于理解记忆。

二、深入分析、讲解知识点

本书首先以【导读】对各部门法的主要内容、司考侧重点等作了简要说明；再以【常考法条归类提示】归纳总结了2002年司法考试以来常考的重难条文；最后以【命题点分析】深入、透彻地剖析难记难理解、易混易错知识点。从而使考生多角度地掌握法条，提高复习效率。

三、典型习题 以练促记

在重难点法条后，附有【题型运用】，通过典型习题的考查方式帮助考生真正做到活学活用，全面提升考试能力。

四、对于理论科目，以知识点为线索，穿插【命题点分析】、【真题演练】、【题型运用】等，帮助全面理解和掌握司法考试的重点、难点和命题思路。

同时，为配合考生掌握最新动态，2009年司法考试大纲公布后，请读者登陆 [www. zg-fzs. com](http://www.zgfzs.com) 免费下载我社提供的最新司法考试复习资料。

希望本书能帮助您把握住学习司法考试的正确方法，成功飞跃司法考试。如有疏漏不当之处，敬请读者批评、指正，以期改正、完善。

飞跃司考辅导中心
中国法制出版社

目 录

第一部分 法 理 学

第一章 法的本体	(2)
第一节 法的定义	(2)
一、法的定义	(2)
二、法的本质	(2)
三、法的特征	(3)
第二节 法的价值	(6)
一、法的价值判断和事实判断	(6)
二、法的价值冲突	(7)
第三节 法的要素	(8)
一、法律规则	(8)
二、法律概念	(12)
第四节 法的渊源与分类	(12)
一、法的渊源的概念	(12)
二、当代中国法的渊源	(14)
三、规范性法律文件的规范化和系统化	(15)
第五节 法律部门与法律体系	(17)
一、法律部门	(17)
二、法律体系	(18)
第六节 法的效力	(19)
一、法的效力的含义、分类和法的效力范围	(19)
二、法的效力	(20)
第七节 法律关系	(21)
一、法律关系的概念与种类	(21)
二、法律关系客体	(25)
三、法律关系的产生、变更与消灭	(25)

第八节 法律责任	(26)
一、法律责任的概念和种类	(26)
二、归责与免责	(28)
三、法律制裁	(29)
第二章 法的运行	(30)
第一节 立法	(30)
一、立法的定义	(30)
二、立法体制	(30)
三、立法程序	(32)
第二节 执法与司法	(33)
一、法的实施的概念	(33)
二、执法	(33)
三、司法	(34)
第三节 守法与违法	(35)
一、守法	(35)
二、违法	(36)
第四节 法律监督	(37)
一、法律监督	(37)
二、社会法律监督体系	(39)
第五节 法适用的一般原理	(39)
一、法适用的目标	(39)
二、法律适用的步骤	(40)
三、内部证成与外部证成的区分	(40)
第六节 法律解释与法律推理	(40)
一、法律解释	(40)
二、法律推理	(43)
三、法律解释、法律推理、法律职业、法律思维相互之间的关系	(44)
第三章 法的演进	(45)
第一节 法的起源	(45)
一、法的起源的各种学说及其与法的本质学说之间的关系	(45)
二、原始社会的社会组织和社会规范	(45)
三、法产生的过程和标志	(45)
四、法产生的一般规律	(46)

第二节 法的历史发展	(47)
一、法的历史类型	(47)
二、法的历史类型的划分	(47)
三、法的继承与法的移植	(48)
第三节 法的传统	(49)
一、法的传统的含义	(49)
二、中国法的传统的特点	(49)
三、法律意识	(49)
四、西方国家两大法系	(50)
第四节 法的现代化	(51)
一、法的现代化	(51)
二、当代中国法治现代化的特点	(52)
第五节 法治理论	(52)
一、法治	(52)
二、法治国家与社会主义法治国家	(53)
三、社会主义法治理念	(54)
第四章 法与社会理论	(55)
第一节 法与社会的一般理论	(55)
一、法与社会关系的一般理论	(55)
二、法与和谐社会	(55)
第二节 法与经济	(55)
一、法与经济的一般关系	(55)
二、法与科学技术	(56)
第三节 法与政治	(56)
一、法与政治的一般关系	(56)
二、法与政策	(57)
三、法与国家	(57)
第四节 法与道德	(57)
法与道德的关系	(57)
第五节 法与宗教	(58)
法与宗教的关系	(58)
第六节 法与人权	(59)
一、人权的概念	(59)

二、法与人权的一般关系	(60)
-------------------	------

第二部分 法制史

第一章 中国法制史	(62)
-----------------	------

第一节 先秦时期的法制	(62)
-------------------	------

一、西周以降的“以德配天，明德慎罚”的思想	(62)
二、西周礼制与出礼入刑	(62)
三、西周时期的民事法律制度	(63)
四、春秋战国时期立法活动	(64)

第二节 秦汉、魏晋时期的法律	(66)
----------------------	------

一、秦朝的法律制度	(66)
二、汉代的法律	(67)
三、魏晋南北朝时期的法典比较	(68)

第三节 唐宋元时期的法律制度	(70)
----------------------	------

一、唐朝的法律制度	(70)
二、宋元的法律	(72)

第四节 明清时期的法律	(74)
-------------------	------

第五节 各历史时期的司法制度比较	(76)
------------------------	------

一、司法机关的演变	(76)
二、诉讼制度	(77)

第六节 清末时期的修律	(80)
-------------------	------

一、预备立宪	(80)
二、清末修律的主要内容	(81)
三、清末修律的特点和意义	(83)

第七节 民国时期的宪法	(83)
-------------------	------

附：(一) 首次事件列表	(85)
(二) 重要法典列表	(86)
(三) 各朝司法机关列表	(87)

第二章 外国法制史	(88)
-----------------	------

第一节 罗马法	(88)
---------------	------

一、罗马法概述和《十二表法》的制定	(88)
二、罗马法的发展	(88)

三、罗马法的渊源和分类	(89)
四、罗马私法的基本内容	(89)
五、罗马法的历史地位	(90)
第二节 英美法系	(91)
一、英美法的历史沿革	(91)
二、英美法的渊源	(92)
三、美国宪法	(93)
四、英美司法制度	(93)
五、美国法的地位和英美法系的特点	(94)
第三节 大陆法系	(95)
一、大陆法系的形成与特点	(95)
二、大陆法系国家法律制度比较	(95)
三、大陆法系国家的司法制度	(98)
附：(一) 重要事件列表	(99)
(二) 主要法典列表	(100)

第三部分 司法职业道德

中华人民共和国法官法	(102)
(2001 年 6 月 30)	
中华人民共和国法官职业道德基本准则	(106)
(2001 年 10 月 18 日)	
人民法院审判纪律处分办法 (试行)	(110)
(1998 年 9 月 7 日)	
中华人民共和国检察官法	(113)
(2001 年 6 月 30 日)	
检察官职业道德规范	(117)
(2002 年 3 月 7 日)	
检察人员纪律处分条例 (试行)	(117)
(2007 年 5 月 14 日)	
中华人民共和国律师法	(125)
(2007 年 10 月 28 日)	
最高人民法院 司法部关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定	(131)
(2004 年 3 月 19 日)	
律师执业行为规范 (试行)	(132)
(2004 年 3 月 20 日)	
法律援助条例	(140)
(2003 年 7 月 21 日)	

法理学 第一卷

法理学 第一卷

法理学 第一卷

第一部分 法理学

第一章 法的本体

第一节 法的定义

一、法的定义

命题点① 法的概念的争议

古今中外对于法的概念理解不一,围绕着法的概念争论的中心问题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关系的不同主张,可以将法的概念大致分成实证主义的法的概念和非实证主义的或者自然法的法的概念。实证主义理论认为,法与道德之间是分离的,在定义法的概念时,道德因素不应该包括在内。因此实证主义者是通过权威性制定和社会实效两个要素来定义法的概念的,或者是以权威性制定为首要定义要素来定义法的概念,或者是以社会实效为首要定义要素来定义法的概念。而非实证主义的或自然法的理论则认为法与道德是相互联结的,在定义法的概念时应将道德因素包括在内。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,并不排除社会实效要素和权威性制定要素。实证主义与非实证主义法的概念主要的区别在于,非实证主义理论坚持必须以内容的正确性作为法的定义要素,而实证主义理论则关心“什么已经被制定”以及“什么具有社会实效”。

二、法的本质

命题点② 马克思主义关于法的本质的基本观点

马克思主义关于法的本质的学说认为:法的关系既不能从它们本身来理解,也不能从人类精神的一般发展来理解,相反它们都根源于物质的社会生活。法在本质上是被奉为法律的统治阶级意志的体现,而不是社会成员公共意志的体现。法既可以执行政治职能,也可以执行社会公共职能。法最终取决于一定的社会物质生活条件,并且同样受客观规律的支配。法的本质是一个多层次的结构,不同层次的法在本质内在的联系在一起,共同构成了法的本质,具体表现为法的正式性、法的阶级性以及最终体现为法的物质制约性。

题型运用

下列有关法的本质的看法,正确的有:()

- A. “公共性”是法的初级本质,也就是说,法总是把对公共利益放在最重要的位置
- B. 法还具有阶级性,法是统治阶级意志的体现,完全不顾及被统治阶级的利益要求

C. 法出自国家,所以法首先是国家意志的体现

D. 法的本质最终体现为法的社会性

【考点】法的本质

【答案及解析】CD。法的本质包括三个层次,最初表现为法的正式性。其次反映为法的阶级性,最终体现为法的社会性。因此A选项是错误的。而法的阶级性是统治阶级意志的体现,但在一定程度上也综合了被统治阶级的利益要求。因此,B选项也是错误的。

真题演练

1. 马克思曾说:“社会不是以法律为基础,那是法学家的幻想。相反,法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的,由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现,而不是单个人的恣意横行。”根据这段话所表达的马克思主义法学原理,下列哪一选项是正确的?(07/1/01)

- A. 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
- B. 法律在本质上是社会共同体意志的体现
- C. 在任何社会,利益需要实际上都是法律内容的决定性因素
- D. 特定时空下的特定国家的法律都是由一定的社会物质生活条件所决定的

2. 根据马克思主义法学的基本观点,下列表述哪一项是正确的?(04/1/01)

- A. 法在本质上是社会成员公共意志的体现
- B. 法既执行政治职能,也执行社会公共职能
- C. 法最终决定于历史传统、风俗习惯、国家结构、国际环境等条件
- D. 法不受客观规律的影响

3. 下列有关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学说?(02/1/81)

- A. 一国的法在整体上是取得胜利并掌握国家政权的阶级意志的体现
- B. 历史上所有的法律仅仅是统治阶级的意志的反映
- C. 法的本质根源于物质的生活关系
- D. 法所体现的统治阶级的意志是统治阶级内部各党派、集团及每个成员意志的相加

(答案: 1. D; 2. B; 3. AC)

命题点③ 法的正式性

法的正式性又称法的官方性、国家性,指法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定

的行为规范。无论就形成方式、实现方式和表现形式来看,法都是正式的国家制度的组成部分。法的正式性反映了法的现象的特征,是法的本质的表现。法的正式性体现在法总是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的;法的正式性还体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现;法的正式性也体现在法总是借助于正式的表现形式予以公布。

题型运用

下列哪些属于法的官方性的体现?()

- A. 法是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的
- B. 法是依靠正式的权力机制保证实施
- C. 法体现的是统治阶级的意志
- D. 法是借助于正式的表现形式予以公布

【考点】法的本质

【答案及解析】ABD。法的正式性又称法的官方性、国家性,指法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。A项法的正式性体现在法总是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的。B项法的正式性还体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现。D项法的正式性也体现在法总是借助于正式的表现形式予以公布。C选项体现的是法的阶级性。故不选。

命题点4 法的阶级性

法的阶级性,是指在阶级对立的社会,法所体现的国家意志实际上是被奉为法律的统治阶级的意志。从表面看,法所体现的国家意志虽然具有一定的公共性、中立性,但是按照马克思主义学说的观点,由于国家形成于阶级矛盾不可调和的历史时期,因此,它必然反映阶级对立时期的阶级关系。法所体现的国家意志实际上只能是统治阶级的意志,所谓的国家意志就是具有高度的统一性和极大的权威性的统治阶级的意志。

命题点5 法的物质制约性

法的本质最终体现为法的物质制约性。法的物质制约性,是指法的内容是受社会存在制约的,最终也是由一定社会物质生活条件所决定的。依据该观点,国家不是在创造法律,而只是在表述法律,是将社会存在中包括的生产关系、阶级关系、亲属关系等在内的各种关系以及相应的社会规范和社会需要上升为法律,并运用国家的强制力予以保护。因此,法的物质制约性是法的根本本质。

三、法的特征

命题点6 法的特征

法的特征,是指法在与相近的社会现象相比较的过程中显示出来的特殊标志。法的特征表现为规范性、国家意志性、普遍性、强制性、程序性和可诉性等六个方面。

题型运用

1. 法律区别于其他社会规范的最本质的重要特征是:()

- A. 法律具有规范性
- B. 法律由国家制定或者认可
- C. 法律以国家强制力保证其实施
- D. 法律对全社会具有普遍的约束力

【考点】法的特征

【答案及解析】BCD。本题中的四个选项均是法的特征的内容。但题干中考查的是法律区别于其他社会规范的最本质的重要特征。而法的规范性主要强调法区别于自然法则和技术法规,因此不选。

2. 下列有关法的特征的表述,哪项为正确的组合?()

①公司章程对公司、股东、董事、监事、经理均有约束力,为人们提供了行为的标准,因而具有法的特征和效力;②一位党的干部因受贿被判处刑罚,同时被开除党籍,这些都是法的实施方式的体现;③法是司法机关的办案依据,因此,可作办案依据的典型判例、行政规章、国家政策都可列入法的范畴;④法的适用范围具有普遍性,由于广东省的地方法规只能在广东省有效,因而不是严格意义上的。

- A. ①④
- B. ②③④
- C. 都不正确
- D. ④

【考点】法的特征

【答案及解析】C。本题通过实际案例来分析法的特征,其中,①中公司章程不是法律;②中开除党籍不属于法律制裁;③中的判例和国家政策不属于法律;④中在地方范围内适用的地方法规属于法的内容。因此,选择C项,以上列举各点均不正确。

命题点7 法的规范性

法的规范性,是指法所具有的规定人们行为模式、指导人们行为的性质。法律是通过调整人们的行为,而不是通过调整人们的内心观念、思想来调整社会关系的。这是法律区别于其他社会规范的重要特征之一。法律调整的是人与人之间的相互关系,即具有社会意义的行为。法的规范性还包含了法的不特定性和反复适用性,即法的适用对象是不特定的,并且不仅仅是适用一次,而是在其效力范围内反复适用。

命题点8 法的国家意志性

法的国家意志性,是指法是由公共权力机构制定或认可的具有特定形式的社会规范。国家形成法律有两种基本方式,一种是制定法律,即由享有国家立法权的机关按照一定的权限依照法定的程序将统治阶级的意志转化为法律;

另一种是通过认可的方式形成法律,即对已有的社会规范赋予法律效力。国家认可又有两种情况,一种情况是国家立法者在制定法律时将已有的零散的不成文的社会规范系统化、条文化;另一种情况是国家立法者在法律中承认已有的社会规范具有法的效力,但并不转化为具体的条文,而是使用“从习惯”、“按政策办”等表述。

命题点9 国家强制性

法的国家强制性,是指法是以国家强制力为后盾的社会规范,依靠国家强制力保证实施。其他社会规范也具有强制性,但法具有国家强制性,因此法是最具外在强制性的社会规范。法虽然是靠国家强制力保证实施的,但是国家强制力并不是保证法律实施的唯一力量。在一定程度上法的实施也要依靠政治、经济以及文化等多种手段来保证。另外国家强制力仅是法律实施的保证力量,并不是法律实施的任何过程均需要国家强制力的介入,因此法的国家强制力具有潜在性和间接性。

命题点10 法的普遍性

法的普遍性,是指法在国家主权所及的范围内具有普遍效力或约束力。法的普遍性具有三层含义:一是法的效力对象的不特定性;二是法的效力的反复适用性;三是相同的事项和相同的主体使用相同的法律。法之所以具有普遍性,是因为法具有规范性和国家意志性。法具有规范性,因此能反复适用;法具有国家意志性,因此法能在国家主权范围内普遍适用。但是,不同性质、级别、类型的法律,其约束力的范围也有差别,因此法的普遍性并不是绝对的和无限的。

题型运用

下列有关法的普遍性的表述正确的是:()

- A. 宪法和法律在全国都有效,而地方性法规仅仅在地方行政区域内有效,这说明地方性法规不具有法的普遍性
- B. 法院的裁判文书仅仅适用于特定当事人,这是法的普遍性的例外情况之一
- C. 《中华人民共和国公务员法》对国家公务员规定了权利义务,不适用于非公务员的一般公民,所以这部法律是特别法,不具有普遍性
- D. 我国的许多法律都不适用于香港和澳门特别行政区,但这不妨碍这些法律具有法的普遍性特征

【考点】法的特征

【答案及解析】D。法的普遍性或者是一般性、概括性的含义如上题所述。但是须准确把握,法的普遍性就是法作为一个整体而言的,单个的、特定的法律仅适用于特定地区或是仅适用于特定对象,这不影响我们对法的普遍性的界定和理解。至于法院的裁判文书,它不是法律,而只是具有法律意义的文件,因此B是干扰项。

命题点11 法的程序性

法的程序性,是指法律是通过法律程序保证实现的社会规范,是严格按照规定的程序制度修改、废止和执行的规范。法的程序性是法律区别于其他规范的重要特征。

命题点12 法的可诉性

法的可诉性,是指法律具有被任何人(包括公民、法人以及其他组织等)在法律规定的机构(尤其是法院和仲裁机构)中通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用以维护自身权利的可能性。判断一种规范是否属于法律,可以从可诉性的角度加以考查。

真题演练

下列哪一选项体现了法律的可诉性特征?(07/1/07)

- A. 下一级的规范性文件法律文件因与上一级的规范性文件法律文件冲突而被宣布无效
- B. 公民和法人可以利用法律维护自己的权利
- C. “一国两制”原则体现在《香港特别行政区基本法》的制定过程中
- D. 道德规范上升为法律规范

(答案:B)

命题点13 法的作用

法的作用,是指法律对人们的行为、社会生活和社会关系发生的积极或者消极的影响。根据法在社会生活中发挥作用的形式和内容不同,可以将法的作用分为规范作用和社会作用。从法是一种社会规范看,法具有规范作用,规范作用是法作用于社会的特殊形式;从法的本质和目的看,法又具有社会作用,社会作用是法规制和调整社会关系的目的。

命题点14 法的规范作用

法的规范作用,是法作用于社会的特殊形式。可分为:(1)指引作用:指法对本人的行为具有引导作用。(2)评价作用:法律作为一种行为标准,具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用。(3)教育作用:指通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响。体现为对违法行为实施法律制裁,起到教育和警戒作用,或对合法行为加以保护、赞许或奖励,起到鼓励和示范作用。(4)预测作用:凭借法律的存在,可以预先估计到人们相互之间会如何行为。(5)强制作用:指法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律。

题型运用

1. 法的作用分为规范作用和社会作用,下列那个选项不属于法律的规范作用?()

- A. 指引作用
- B. 评价作用
- C. 管理公共事务作用

D. 强制作用

【考点】法的作用

【答案及解析】C。法的作用一般包括规范作用与社会作用两方面。规范作用包括：指引、评价、预测、强制、教育作用，社会作用包括：维护阶级统治和管理公共事务。

2. 张某与王某签订了一份有效的买卖合同。在合同中约定，张某于合同签订30天后向王某提供50吨优质小麦，用以生产面包。王某在该合同签订后第二天又与李某签订了一份合同，合同约定：王某将50吨小麦制成面包后将全部出售给李某。从这两个合同中可以看出，对于王某的行为，法显示出哪一个或几个规范作用？（ ）

A. 指引作用

B. 评价作用

C. 预测作用

D. 强制作用

【考点】法的规范作用

【答案及解析】AC。法的规范作用可分为五种，即指引作用、评价作用、预测作用、强制作用和教育作用。本题中，王某根据法的指引分别与张某和李某签订有效的合同，因此具有指引作用，A项应该选择。但并不存在对这一行为进行的评价，因此不存在评价作用。法的强制作用是指法律对违法行为具有制裁和惩罚的作用，本题中没有体现。本题中还体现了法的预测作用，即当事人可以根据法律的规定，预先估计到他们相互将如何行为以及某种行为在法律上的后果，因此，应该选择C项，即预测作用这一选项。

命题点15 法的指引作用

法的指引作用，是指法对本人的行为具有引导作用。首先从指引对象上看，指引有两种形式：一是**个别性指引**，即通过一个具体的指示形成对具体的人的具体情况指引；二是**规范性指引**，是通过一般的规则对同类的人或行为的指引。其次，从立法技术上看，行为的指引也有两种方式：一是**确定的指引**，即通过设置法律义务，要求人们作出或抑制一定行为，使社会成员明确自己必须从事或不得从事的行为界限；二是**不确定的指引**，又称选择的指引，是指通过宣告法律权利，给人们一定的选择范围。

题型运用

1. 某甲已通过考试合法取得了注册会计师资格，决定申请注册会计师执照。根据有关的法律、法规，他认为有关部门会批准他的申请，并向他颁发注册会计师执照，这体现了法的什么作用？（ ）

A. 教育作用

B. 指引作用

C. 评价作用

D. 预测作用

【考点】法的指引作用

【答案及解析】B。指引作用，指法对本人的行为具有

引导作用。题干中某甲根据有关法律、法规认为会取得注册会计师执照，是法对他的行为的一种引导的表现。

2. 下列有关法的指引作用的表述，哪一项是正确的？（ ）

A. 通过设定法律义务以及违反义务的否定性后果为人们设定行为模式

B. 是一种个别指引

C. 授权性法律规范也有指引作用

D. 法律规范指引作用的优点是具体，针对性强

【考点】法的指引作用

【答案及解析】C。法的指引作用是指法律作为一种行为规范，为人们提供了某种行为模式，指导人们可以这样行为，必须这样行为或不得这样行为。法的指引作用的对象是本人的行为。法的指引作用有两种表现形式，即确定的指引和有选择的指引。义务性规范代表确定的指引。确定的指引是指人们必须根据法律规范的指引而行为（包括作为及不作为）。法律通过设定否定性的法律后果实现确定性的指引。授权性规范代表有选择的指引。有选择的指引是指人们对法律规范所指引的行为模式有选择余地，法律允许人们自行决定是否这样行为。法律通过规定肯定性的法律后果实现有选择的指引。个别指引是通过一个具体的指示对具体的人和情况的指引。它的优点是具体、针对性强；缺点是容易带有主观随意性和任意性，缺乏效率，并且不符合人的自主、独立的心理倾向。规范性指引是具有概括性的行为规范对同类的人和情况的指引。它克服了个别指引的缺点，具有稳定性、连续性和高效率；对于发展市场经济和建设法治社会具有非常重要的意义。法律的指引作用就是一种典型的规范性指引。

真题演练

法的指引作用可以分为确定的指引和有选择的指引，下列哪些表述属于有选择的指引？（02/1/32）

A. 宪法规定，公民的人格尊严不受侵犯

B. 合同法规定，当事人协商一致，可以变更合同

C. 刑法规定，故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑

D. 民法通则规定，公民对自己的发明或者其他科技成果，有权申请领取荣誉证书，奖金或者其他奖励

（答案：BCD）

命题点16 法的社会作用

法的社会作用，是从法的本质和目的的角度来看法的作用的。法的社会作用涉及经济生活、政治生活和思想文化生活等三个领域以及政治职能和社会职能两个方向。法的作用是建立和维持一定的政治统治秩序和社会公共秩序。

命题点17 法的局限性

尽管法在社会生活中具有重要作用，但是，法律不是万能的，原因在于：（1）法律是以社会为基础的，法只是

众多社会调整手段中的一种,是调整社会关系的重要手段,但不是唯一手段,还需综合运用道德、习惯等各种调整方法和社会控制手段;(2)法律是社会规范之一,必然受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约,法作用的范围是有限的,法并不调整所有的社会关系,它只调整那些重要的社会关系领域;(3)法律自身条件的制约,即法有空白性、僵硬性和滞后性等缺陷。

真题演练

1. 关于法的作用,下列哪些选项是错误的?(08/四川延考/1/51)

- A. 法是由人创制的,人们在立法时受社会条件的制约
- B. 法律人在处理法律问题时有自己的价值立场
- C. 法具有概括性,能够涵盖社会生活的所有方面
- D. 法律不能要求人们去从事难以做到的事情

2. 西方法律格言说:“法律不强人所难”。关于这句格言涵义的阐释,下列哪一选项是正确的?(08/1/01)

- A. 凡是人能够做到的,都是法律所要求的
- B. 对人所不知晓的事项,法律不得规定为义务
- C. 根据法律规定,人对不能预见的事项,不承担过错责任
- D. 天灾是人所不能控制的,也不是法律加以调整的事项

3. 青年男女在去结婚登记的路上被迎面驶来的卡车撞伤,未能登记即被送往医院抢救。女方伤势过重成为植物人,男方遂悔婚约。女方父母把男方告到法院,要求男方对女方承担照顾抚养的责任。法院以法无明文规定为由,裁定不予受理。关于本案,下列哪些评论是错误的?(08/1/53)

- A. 支持不予受理,因为法官面对的是法律不调整的“法外空间”事项
- B. 支持不予受理,因为法官正确运用了类比推理而没有采用设证推理
- C. 反对不予受理,因为法官违反了“禁止拒绝裁判原则”
- D. 反对不予受理,因为法官没有发挥法律在社会中的创造作用

(答案:1. BC; 2. C; 3. ABD)

第二节 法的价值

一、法的价值判断和事实判断

命题点13 法的价值判断和事实判断的定义

法的价值判断,是指人们从自身的需要出发,判断法律的存在与人的关系以及对人的价值和意义。法的事实判断,是指人们从法律的本来面目出发,对法律原则、规则、制度等进行客观的描述和分析。研究方法分为三类:规范分析方法、社会实证方法以及历史实证方法。

命题点19 法的事实判断与价值判断的区别

首先,价值判断与事实判断判断取向不同。价值判断以主体为取向尺度,判断的结论会随主体的不同而呈现相关差异;而事实判断以现存的法律制度作为取向尺度,判断的结论不以人的意志为转移。其次,判断尺度不同。价值判断具有很强的主观性的个人印记,必然受到判断主体、情感、态度、利益和需要的影响;而事实判断则应保持情感中立和价值中立,尽可能排除各种主观因素的影响。再次,判断方法不同。价值判断采用的是规范性判断的方法,关注法律应当是怎样的;而事实判断则采用描述性判断的方法,关注法律实际上是怎样的。最后,判断真伪不同。价值判断的真伪,取决于主体与客体之间价值关系的契合程度,它必须经过历史的考验,由社会来选择;而事实判断的真伪取决于其与客观真实情况是否符合。

题型运用

关于法学上的价值判断与事实判断的区别不正确的有:()

- A. 判断的取向不同,前者以主体为尺度,后者以现存的法律制度为判断的取向
- B. 判断的维度不同,前者明显地带有个人主观的印记,后者则尽可能做到“情感中立”或价值中立
- C. 判断的方法不同,前者是一种描述性判断,后者是一种规范性判断
- D. 判断的真伪不同,前者取决于主客体之间价值关系的契合,后者主要存在于其与客体真实情况是否符合。

【考点】法的价值判断与事实判断

【答案及解析】C。法的价值判断与事实判断的区别从四个角度进行阐述。C选项中的答案是错误的。其中价值判断采用的是规范性判断的方法,关注法律应当是怎样的。而事实判断采用描述性判断的方法,关注法律实际上是怎样的。ABD中的表述是正确的。

命题点20 法的价值的种类

法的价值包括自由、秩序、正义、效率、利益等,其中自由、秩序、正义属于法的最基本价值。

题型运用

1. 下面关于法的价值的表述错误的是?()

- A. 正义是法最高的价值目标,法律只有合乎正义的准则时,才是真正的法律
- B. 由于立法不可能穷尽社会生活的一切形态,在个案中更可能因为特殊情形的存在而使得价值冲突难以避免,因而必须形成相关的平衡价值冲突的规则。
- C. 价值冲突原则包括价值位阶原则、个案平衡原则和比例原则
- D. 正义可以成为独立于法之外的价值评判标准,用于衡量法律是“良法”抑或“恶法”

【考点】法的价值

【答案及解析】A。A项是错误的,因为自由是法最高

的价值目标。

2. 下列哪一项关于法律价值的表述不能成立? ()

A. 自由是评价法律进步与否的标准

B. 法律本身所有的各种属性是法律价值得以形成的基础和条件

C. 秩序是法律的基础价值, 处于法律价值的顶端

D. 正义能推动法律内部结构的完善

【考点】法的价值

【答案及解析】C。秩序是法律的基础价值, 但不处于法律价值的顶端, 一般认为自由处于法律价值的顶端。

命题点20 自由

自由作为法的价值, 意味着法以确认并保障人按照自己的意志进行活动的能力为己任, 力求使主体与客体之间能够达到一种和谐的状态。自由是法律最高的、最本质的价值目标。它是评价法律进步与否的标准, 任何不符合自由要求的法律都不能称为真正意义上的法律, 而只能是仅具有法律形式的恶法; 它体现了人性最深刻的需要。

真题演练

关于法律与自由, 下列哪一选项是正确的? (08/1/02)

A. 自由是至上和神圣的, 限制自由的法律就不是真正的法律

B. 自由对人至关重要, 因此, 自由是衡量法律善恶的唯一标准

C. 从实证的角度看, 一切法律都是自由的法律

D. 自由是神圣的, 也是有限度的, 这个限度应由法律来规定

(答案: D)

命题点22 秩序

秩序作为法的价值, 是指通过法律机构、法律规范、法律权威所形成的法律状态。法律必然为一定的秩序服务, 问题在于为谁的秩序或者怎样的秩序服务。秩序是法的其他价值的基础与必要保障, 因为自由、平等、效率等法的价值表现, 都要以秩序为基础, 没有秩序, 这些价值的存在就会受到威胁或缺乏必要的保障; 秩序本身必须合乎人性和常理, 现代社会的“秩序”必须接受“正义”的规制。

命题点23 正义

正义作为法的价值, 是指在人与人之间的相互交往之中“把个人应得的东西归予个人”, 它在实质内容上又体现为平等、公正等具体形态。法律实现正义这一价值标准的方式包括: 首先, 正义是法的基本标准。法律只有合乎正义的法则才是真正的法律, 否则只是推行专制的工具。其次, 正义是法的评价体系。其一, 正义是法律必须弘扬

与实现的价值。其二, 正义可以成为独立于法律之外的价值评价标准, 可以用来衡量法律是“良法”还是“恶法”。最后, 正义还推动着法律的进化。

题型运用

下列有关法的正义价值的表述正确的是: ()

A. 正义是法的基本标准

B. 正义是法的评价体系

C. 正义推动着法的进化

D. 正义在法的价值体系中高于其他一切价值

【考点】法的价值

【答案及解析】ABC。法律价值之间的关系是复杂的。

①正义是法的基本标准。法律只有合乎正义的法则才是真正的法律, 否则只是推行专制的工具。②正义是法的评价体系。其一, 正义是法律必须弘扬与实现的价值。其二, 正义可以成为独立于法律之外的价值评价标准, 可以用来衡量法律是“良法”还是“恶法”。③正义推动着法律的进化。D项的认识是错误的。法的价值中, 自由大于正义大于程序。

二、法的价值冲突

命题点24 法的价值冲突

法的价值包括自由、秩序、正义、效率、利益等多种, 它们之间有时会发生冲突。法的价值冲突出现的场合包括: 个体之间法律所承认的价值的冲突、共同体之间的价值冲突以及个体与共同体之间的价值冲突。

命题点25 平衡价值冲突的规则

由于立法不可能穷尽社会生活中的一切形态, 在个案中更可能因为特殊情形的存在而使得价值冲突难以避免, 因此必须形成相关的平衡价值冲突的规则。包括: 价值位阶原则、个案平衡原则以及比例原则等。

真题演练

1. 我国《刑法》第二十一条规定, 为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险, 不得已采取的紧急避险行为, 造成损害的, 不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的, 应当负刑事责任, 但是应当减轻或者免除处罚。该条文中的价值平衡, 适用的是下列哪一项原则? (08/1/03)

A. 价值位阶原则

B. 个案平衡原则

C. 比例原则

D. 功利原则

2. 在现代法律实践中, 当法的价值发生冲突时, 通常采取哪些原则? (03/1/31)

A. 价值排序原则

B. 秩序优先原则

C. 个案平衡原则

D. 比例原则

(答案: 1. C; 2. ACD)

命题点 20 价值位阶原则

价值位阶原则,是指在价值位阶的法的价值发生冲突时,在先的价值优于在后的价值。一般而言,自由处于法的价值的顶端;正义是自由的外化,是处于自由之下制约其他价值的标准;秩序则必须接受自由、正义标准的约束。即自由大于正义大于秩序。

真题演练

出租车司机甲送孕妇乙去医院,途中乙临产,情形危急。为争取时间,甲将车开至非机动车道掉头,被交警拦截并被告知罚款。经甲解释,交警对甲未予处罚且为其开警车引道,将乙及时送至医院。对此事件,下列哪一项表述是正确的?(05/1/02)

A. 在此交通违章的处理中,交警主要使用了形式逻辑的推理方法

B. 警察对违章与否的解释属于“行政解释”

C. 在此事件的认定中,交警进行了法的价值判断

D. 此事件所反映出的价值之间没有冲突

(答案: C)

命题点 21 个案平衡原则

个案平衡原则,是指在处于同一位阶的法的价值之间发生冲突时,必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益,以使得个案的解决能够适当兼顾双方的利益。

命题点 22 比例原则

比例原则,是指当某种价值的实现必须以侵害其他价值为代价时,也应当使被损害的价值减低到最小限度。

第三节 法的要素

一、法律规则

命题点 23 法律规则

法律规范包括:法律规则和法律原则。法律规则,是指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。法律规则的组成要素包括假定条件、行为模式和法律后果三个部分。假定条件,是指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分,即法律在什么时间、空间、对什么人适用及在什么情境下法律规则对人的行为有约束力的问题。它包含两个方面:一是法律规则的适用条件,即其内容有关法律规则在什么时间生效、什么地域生效以及对什么人生效等;二是行为主体的行为条件。行为模式,是指法律规则中规定人们如何具体行为之方式的部分,是法律规则的核心。根据行为要

求的内容和性质不同,行为模式分为三类:可为模式(可以如何行为)、应为模式(应当或必须如何行为)以及勿为模式(禁止或不得如何行为)。可为模式又可称为权利行为模式。应为模式和勿为模式又可称为义务行为模式。法律后果,是指法律规则中规定人们在作出符合或不符合行为模式的要求时应承担相应的结果的部分。根据人们对行为模式作出的实际行为不同,分为两类:一是合法后果,又称肯定式的法律后果。表现为法律规则对人们行为的保护、许可或奖励。二是违法后果,又称否定式的法律后果。表现为法律规则对人们行为的制裁、不予保护、撤销、停止,或要求赔偿、补偿等。

题型运用

下面的法律规定中,哪些不属于法的要素中的法律规则?()

A. 《刑法》第 216 条规定“假冒他人专利,情节严重的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或单处罚金”

B. 《宪法》第 26 条规定:“国家保护与改善生活环境与生态环境,防治污染和其他公害。”

C. 《刑法》第 94 条规定:“本法所称司法工作人员,是指有侦查、审判、监管职责的工作人员”

D. 《民法原则》第 7 条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会秩序。”

【考点】法律原则

【答案及解析】BC。本题考查的重点在于区分法律规则与法律原则和法律条文的概念。B 选项是政策性原则, C 选项是非规范性条款。

真题演练

1. 关于法定继承,《继承法》第十条规定,“第一顺序:配偶、子女、父母。”第七条第三款规定,“遗弃被继承人的,或者虐待被继承人情节严重的”,丧失继承权。甲作为法定继承人,被乙告上法庭,声称甲虐待被继承人,不应享有继承权。本案审理法官查明甲虐待行为未达到情节严重,依法驳回乙的诉讼请求。关于本案,下列哪一选项是错误的?(08/四川延考/1/03)

A. 本案体现了法律的可诉性

B. “遗弃被继承人的,或者虐待被继承人情节严重的”规定是本案审理法官推理的大前提之一

C. “第一顺序:配偶、子女、父母。”这样的规定不是法律规范

D. 《继承法》第十条和第七条第三款均可作为法律论证中的内部证成的支持性理由

2. 我国《宪法》第 26 条第 1 款规定:“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。”下列哪一选项是正确的?(07/1/02)

A. 该条文体现了国家政策,是典型的法律规则

B. 该条文既是法律原则,也体现了国家政策的要求

C. 该条文是授权性规则,规定了国家机关的职权