

2013 国家司法考试

万国授课精华

理论法学·论述题

高晖云 / 编著

- ★ 一线名师讲义的精华提炼
- ★ 紧扣大纲的经典教材
- ★ 司考征途中的良师益友



图书在版编目 (CIP) 数据

理论法学·论述题/北京万国学校编著. —北京:
中国法制出版社, 2013. 2

(2013 国家司法考试万国授课精华)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4325 - 8

I. ①理… II. ①北… III. ①法的理论 - 中国 - 法律
工作者 - 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 (2013) 第 021906 号

责任编辑 黄丹丹

封面设计 李 宁

2013 国家司法考试万国授课精华——理论法学·论述题

2013GUOJIA SIFA KAOSHI WANGUO SHOUKE JINGHUA——LILUN FAXUE ·
LUNSHUTI

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

印张/ 16.25 字数/ 279 千

版次/2013 年 3 月第 1 版

2013 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4325 - 8

定价: 38.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010678

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

写在开篇的话

司法考试的辅导教材已经很多，为什么还要多这样一套书呢？要很好地回答这样一个问题自然是取决于读者的认可，而不是作者自我的良好感觉。所以，作为作者之一，我就不在这里进行自我评价，只是将组稿当时发给所有作者的写作要求展示给各位，供各位监督！我相信，如果我们全体作者通过一步步的努力，实现了写作的初衷，这套书自然是有价值的辅导读物！

《2013 国家司法考试万国授课精华》写作要求：

每一个司法考试领域的优秀教师，都必应给我们的学生带来一部复习的精华之作。写作与讲课之间本是相辅相成。当我们的口述作品和书写作品完美结合之时，也就是我们成就学生人生价值、感受自我内心满足之日！我们既为法律人，无论当初的选择是自觉还是被动，今天都有一个宿命：将法律所蕴含的正义精神、专业精神弘扬天下！而今，在中国，竟然没有比司法考试更大、更易实现这一理想的平台！所以，我们期求：这套书不仅有知识，还有精神！

1. 应知必会法条

本章节所学知识必备的法条、司法解释。宜精不宜多，最好的效果是该法条恰是考生掌握特定考点的必读法条，多一条嫌累赘，减一条嫌不足。千万别用法条充字数！那样会被学生骂死的。

2. 知识点讲解

言简意赅、案例充沛是本书特色。

此外，我们还要求语言活泼、案例生动，我们的听众欢声笑语，我们的读者也不甘寂寞！他们已经受够了死板板的法科教材，那些书曾经让他们年轻的人生很灰暗（也曾经灰暗过我们的青春）。

再者，由于个别部门法（如刑法）考试的理论性越来越强，观点已经不是唯一的考点，观点的论证过程变得更重要。所以，知识理论要讲透，还要深入浅出，一看就明白。

3. 解疑释惑

既然有言简意赅的要求，个别疑难点就无法在正文中畅快论述，那就放到这里吧，

这里是疑难点专场。专题性质，可以淋漓尽致地表达。

4. 授课心得

每个优秀的老师在授课过程中，总是在与学生的互动过程中，产生了一些思想的火花或是深深的教学体味，这些思想或者表现为琅琅上口的记忆口诀，或者创造性地成为一个贯穿知识点的笑话（趣味故事），或者是对学生易犯错误的深刻总结。我们希望这能够成为该章节的点睛之处。

5. 附录：经典真题解析

删繁就简，精选最有代表性的典型真题，改变死板的写作风格，尽可能用易懂、轻松的方式解读真题，着力体现经典解析，我们期望这种解析的力度，使得他人难以望其项背！

6. 署名

每本教材署执笔者名字，所以光荣属于我们，一不小心毁誉也属于我们。

7. 出版社

交由认真负责，制作能力、发行能力在法律图书界都很优秀的中国法制出版社出版，希望我们提供的内容与中国法制出版社的用心打造是佳偶天成。

这套书凝聚了万国优秀教师数年的心血，代表了万国最新、最高的教学成就，期待着读者的检阅！

最后，对于支持这套书出版并付出巨大努力的中国法制出版社编辑二部所有编辑表示深深的感谢！

韩友谊

2013年2月

导 读

既然这本书叫作“理论法学授课精华”，那么，这本书注定不是司法部“三大本”教材的全部，抑或是部分内容的重复。因为在我看来，“精华”无非是既“精”且“华”。“精”只能是精粹、精悍，是我所认识到的指定教材中最重要、最好的部分，它不可能是司法部“三大本”教材的全部或整体；“华”则是我自以为是的教材内容的闪光点。

我一直认为，如果要提炼司法部“三大本”教材来写出一部“精华”之作，作者及其作品须备“三心”，即天地良心、良苦用心和独运匠心。

在中国人的言语里，“天地良心”这个词多用于指天画地、赌咒发誓的场合以证明诚实无欺。“天、地”历来是人起誓的见证者和誓言的管辖者，“天知、地知、你知、我知”本来的意思是人与人之间的契约除了立约双方心知肚明之外，还有“天、地”对此了如指掌。对于作者来说，有没有良心，是不是诚实无欺，他本人说了不算，读者说了才算，读者是作者的“天、地”，唯有读者可对作者的写作态度、写作水平拥有最高的和终局的裁判权。

如果写书时既辛苦，又用心，则可称“良苦用心”。实际上，用心的写作必然是辛苦的写作，这二者是天然勾连在一起的。“用心的写作”或是“辛苦的写作”要求作者主观上追求字斟句酌，详加考订，或有阐发却不增虚饰之文，或有删减而不损本来面目。退一万步来说，即使作品在客观上成不了一个骨肉匀停的“东家之子”，也不至于沦落为效颦的东施。唯如此，才有可能让辛苦的写作有深刻的用意，才可称“良苦用心”。

“独运匠心”关乎技巧，中国人把不因循守旧而工巧的心思叫作“匠心”。以“匠心”要求作品的话，其体例宜剪裁得当，重重轻轻；其举例宜贴切得体，与时俱进；其解释宜深入浅出，触类旁通。

本着天地良心，以我良苦用心，力求独运匠心，好歹算是在三次修改之后拿出定稿。至于这本书能不能达到我预设的目标，则有待于读者在读后作出评判。

无论读者的有无，对本书的情况作一个大略介绍都有必要，毕竟本书的用途是司考复习，而本书所涉及的理论法学的复习以掌握知识结构、梳理知识脉络为“方便法门”。

就体例而言，本书与司法部“三大本”教材的不同之处有二：其一，本书分为四个部分，它们分别是法理学，法制史，宪法学，社会主义法治理念和主观题，而司法部“三大本”教材则将社会主义法治理念置于法理学之前。本书之所以如此安排，其初衷在于我个人认为这一部分知识与主观题关系更紧密，它不仅是简答题的答案所在，而且是论述题不可或缺的组成部分；其二，各科的章节排布上也有别于司法部“三大本”教材，但是顾及读者认知的连贯，仅在少数章节上作出大幅度的调整，比如说“三大本”教材中“大陆法系与英美法系的区别”同时出现在法理学和法制史两科之中，本书则将其从法制史中删去。

此外，即使是作为“授课精华”丛书中的一本，本书的每一节的体例也并未严格遵循丛书的一致规定，即“应知必会法条”部分在法理学中被替换成“知识结构一览”，这一部分在法制史中被改成“知识举要”，这一部分在宪法中直接嵌入“知识点讲解”之中。之所以如此，其因在于理论法学各科目的认知规律：法理学以建立知识结构为要，法制史以抓住要点为先，宪法的法条本身就是理论。

值得一提的是法理学的“知识结构一览”，这一部分或依内容或依逻辑而作，其目的在于方便读者在进入具体知识前作概览，或是在此之后作总结。尽管法理学的考查不乏在客观题上“抠字眼”的例证，但不可忽略的是它把更多的分数分配到主观题，这恰恰需要考生在理论上的大局观。

与第一次修改之前相比，本书在第三次修改之后删掉了近五万字，占到删改前总字数的近五分之一。之所以如此，其因有二：其一，以直观的表格代替了不直观的文字，在这里，如果文字本身简洁、直观的话则不会代之以表格；其二，将可有可无的冗文一律删减，这里的冗文一则来自案例的案情描述，二则来自“娘胎”即司法部“三大本”教材本身。当然，删减并非简单的削减，在删减的同时，又补充了一些不得不补充的司法部“三大本”教材之外的知识，其目的在于方便读者更好地理解司法部“三大本”教材之内的知识。

按照丛书编辑的要求，本书应当适合于初学者，正是这一要求使得本书将近四分之一的篇幅分配给案例及其解释。“以案说法”是法学教育的“方便法门”，本书的“案”有来自实践的案例，也有经过改造的真题，还有取材于生活的“段子”，在这个意义上，它们很大程度上契合了社会主义法治理念，从而具有“鲜明的时代性”，“充分的开放性”和“彻底的人民性”。司考的“以案说法”实际上是“据法说案”，基本概念、基本理论和基本方法就明明白白的摆在那里，关键看对“案”的解析能不能贴上这三者组合而成的套路，在这个意义上，本书法理学、法制史中的案例及其解析都能在不同程度上与主观题的解题套路相呼应，这既是删减篇幅的作法，也是充实主观题的捷径。

本书最大的价值或许就在于它借助于授课者的个体经验对司法部“三大本”教材加以理解和提炼，进而为读者卸下不必要的揣摩，但它注定是一本“螺蛳壳里做道场”的书，它对于给定的正确理论的既有框架既不必突破，也不能突破，在写书的日日夜夜里，我所能做的，只是一意护持和实践“三心”。

高晖云

2013年2月

目 录

CONTENTS

法 理 学

第一章 法的本体	1
第一节 法的概念	1
第二节 法的价值	9
第三节 法的要素	15
第四节 法的渊源	22
第五节 法律部门与法律体系	28
第六节 法的效力	30
第七节 法律关系	33
第八节 法律责任	40
第二章 法的运行	44
第一节 立 法	44
第二节 法的实施	47
第三节 法适用的一般原理	53
第四节 法律推理	56
第五节 法律解释	60
第三章 法的演进	65
第一节 法的起源	65
第二节 法的发展	69
第三节 法的传统与现代化	73
第四节 法治理论	76
第四章 法与社会	79
第一节 法与社会	79
第二节 法与经济	80
第三节 法与政治	82
第四节 法与道德	84
第五节 法与宗教	86
第六节 法与人权	88

法制史

第一章 中国法制史	90
第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制	91
第二节 唐宋至明清时期的法制	104
第三节 清末、民国时期的法制	119
第二章 外国法制史	127
第一节 罗马法	127
第二节 英美法系	132
第三节 大陆法系	137

宪法

第一章 宪法基本理论	142
第一节 宪法及其历史发展	142
第二节 宪法的基本原则	147
第三节 宪法的渊源与宪法典的结构	149
第二章 国家的基本制度（上）	152
第一节 人民民主专政制度和人民代表大会制度	152
第二节 国家的基本经济制度	153
第三章 国家的基本制度（下）	156
第一节 选举制度	156
第二节 国家结构形式	167
第三节 民族区域自治制度	169
第四节 特别行政区制度	171
第五节 基层群众性自治制度	174
第四章 公民的基本权利与义务	178
第一节 公民基本权利与义务概述	178
第二节 我国公民的基本权利	179
第五章 国家机构	183
第一节 全国人大及其常务委员会	184
第二节 中华人民共和国主席	191
第三节 国务院	192
第四节 中央军事委员会	194
第五节 地方各级人民代表大会和地方各级人民政府	194

第六节 人民法院与人民检察院	200
第六章 宪法的实施及其保障	203
第一节 宪法实施与修改	203
第二节 宪法的解释及其实施的保障	204

社会主义法治理念

第一章 社会主义法治理念的基本理论	207
第一节 社会主义法治理念的基本特征和本质属性	207
第二节 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础	210
第三节 社会主义法治理念的地位和作用	211
第二章 依法治国	213
第一节 依法治国理念的基本内涵	213
第二节 依法治国理念的基本要求	213
第三章 执法为民	215
第一节 执法为民理念的基本内涵	215
第二节 执法为民理念的基本要求	215
第四章 公平正义	217
第一节 公平正义理念的基本内涵	217
第二节 公平正义理念的基本要求	218
第五章 服务大局	219
第一节 服务大局理念的基本内涵	219
第二节 服务大局理念的基本要求	220
第六章 党的领导	221
第一节 党的领导理念的基本内涵	221
第二节 党的领导理念的基本要求	222
理论法学主观题	223
附录：经典真题解析	243

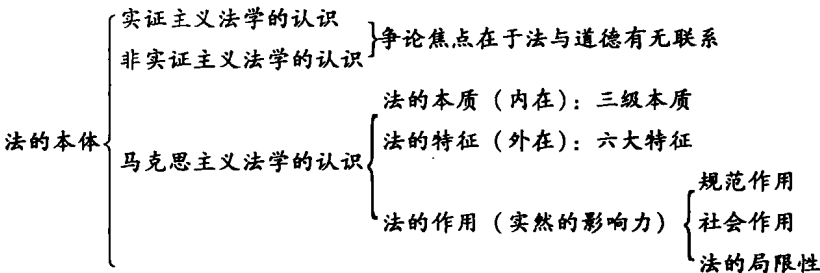
法 理 学

第一章 法的本体

第一节 法的概念



知识结构一览



“本”者，根本，或说是事物的本源或来源；“体”者，事物的身体或形体。因此，一般而言，“本体”是指事物的主体或自身，事物的来源或根源。法的本体，意即法是什么。法理学对于这一问题的回答，首先涉及到法的概念之争，呈现出如上图所示的不同的三种认识。



知识点讲解

一、法的概念的争议

法的概念之争论的中心问题是关于法与道德之间的关系。依据对法与道德的关系的不同主张，大致上可以区分出两种基本立场，即实证主义的法的概念和非实证主义或自然法的法的概念。

不同立场	代表学派	定义要素
实证主义的	分析主义法学	权威性制定为首要素
	法社会学 法现实主义	社会实效为首要素

非实证主义的	传统的自然法思想	法的内容的正确性为唯一定义要素
	阿列克西的“第三条道路”	包括正确性（必要要素）在内的以上三者
马克思主义的	以社会为基础，从上层建筑与经济基础的角度出发，考察法的本质和特征。	

由此可知：

1. 凡承认法与道德相联系的皆为非实证主义法学（其中包括传统的自然法学派和阿列克西的“第三条道路”），反之则为实证主义法学。

2. 实证主义并不否认道德对法律的影响，只是不以道德正确作为法的首要定义要素，它往往把道德作为次要的定义要素。但是，传统的自然法思想仅仅把法的内容的道德性作为唯一的定义要素，除此之外，别无其他。阿列克西的“第三条道路”实际上是一种折中的作法，他将权威性制定、社会实效和法的内容的正确性都并列作为法的定义要素，正是因为他的观点吸收了道德性这一要素，所以他的“第三条道路”不属于实证主义法学之立场。

3. 19 世纪末尤其是 20 世纪初以来，西方法学流派不同程度地把法作为一种与其他社会现象交互作用的产物，并置于社会基础之上加以研究。



例 2003 年，刘氏的 8 岁儿子落水后为李某所救。李某对刘氏说：“你 10 万元也买不到你孩子的命，你必须给我付 1000 元感谢费，并赔偿我进了水的手机和手表。”李某偕刘氏母子至刘家后，刘氏只借到 300 元，李某不满并让刘氏继续借钱。但是，刘氏 3 年前丧夫，母子俩月入仅 80 元的最低生活保障费，除却祖上遗留下一张老床还值点钱，家里连一张饭桌都没有。刘氏再度哭借，众邻居则要求李某立即离开刘家，当地居委会的同志希望能和李某心平气和地“对话”，并表示如果他不再要钱，他们将召集居民敲锣打鼓给他单位送一面锦旗。但是，李某称：我救人是要跟经济效益挂钩的。盛怒之下，有的居民开始骂李某。僵持了两个多小时后，李某见刘还没回家，遂离去。

上例中对见义勇为要不要报酬的不同态度，实际上与法学界关于法的概念的争议相呼应，近年来关于见义勇为事件的社会热议之中，都有着一个无法回避的中心问题，即法律要不要保护见义勇为？如果要，法律当如何保护见义勇为？

答：这一问题的解决首先有赖于对见义勇为性质的分析，一般而言，见义勇为为是一种基于道德义务而产生的行为，它不一定是法律行为。

在现行立法没有对见义勇为作出明确规定的情况下，进入到法律调整范围之内的见义勇为行为只能通过司法加以解决。但是，因为受到立法环节的制约，在现行法律制度框架之内的司法解决，其效果往往差强人意。特别是当见义勇为者的合法权益受到损害时，如何通过司法来加以保护，更是无法可依，无例可循，以致引起争论，出现不同结果，这实际上损害了法律适用的普遍一致性——同样是见义勇为，却得到差异性的结果。因此，法律如何面对见义勇为这一问题的解决，还是回到要不要为此立法的环节上。对于这一问题的回答，实质上已然涉及法律要不要与道德保持相当的一致。

实际上,这一个案中蕴含的问题之复杂远远超出了上述之分析,倘若刘氏之家徒四壁与李某要价之高形成鲜明对比并由此令旁观者产生了道德同情,那么将案情做一变换,即假设某人以不名一文之身勇救某人家财万贯之子,而富家却不愿意付出相应的物质补偿,则道德天平多半会倾向救人的穷小子那一方。在这里,见义勇为行为本身没有发生任何变化,但各方的行为却有可能得到截然相反的评价。

法律试图以同一个标准来规范社会成员的不同行为,而道德从根本上就没有这样一个同一的标准,或许这才是人们因见义勇为而聚讼不已的原因,或许这也是实证主义与非实证主义之分歧的根源。这一问题的解决,最终仍然不会超出当初不同立场的法学家们对它的争论:如果法律与道德之间存在联系,那么在多大程度上发生联系才是妥当的。

二、马克思主义法学对法的认识

(一) 法的本质

马克思主义认识“法是什么”的前提是区分法的现象与本质,由此,马克思主义法学提出了法的三级本质,三者由浅而深,分别是正式性、阶级性和物质性。

本质层次	内 容
正式性/官方性/国家性	(1) 法总是公共权力按照一定权限和程序制定或认可的。(2) 法总是依靠正式权力机制保证实现的。(3) 法总是借助正式的表现形式予以公布。(4) 法的正式性表明法律直接形成于国家权力,是国家意志的体现。
法的阶级性	在阶级对立的社会中,法主要体现的是统治阶级的意志。
法的物质制约性	法的内容受社会存在制约,最终由一定社会物质生活条件决定。

1. 马克思主义所说法的正式性意味着法被公布才有效力,但历史上也有秘密法的时代,如成文法公布以前的国家法律也有效力。

2. 法所体现的国家意志,从表面看具有一定的公共性、中立性。但是,法不是社会公共意志的体现,不是被统治阶级的意志的反映,而只是反映了被统治阶级的某些愿望和要求,也不是统治阶级内部每个人、每个团体、每个阶层意志的简单相加。

3. 立法者不是在创造法律,而只是在表述法律,统治阶级不可能随心所欲地立法。因此,法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件之间对立统一关系中。

4. 法对物质基础有相对独立性,因此法并非始终与社会的物质生活条件相一致,此外,法不仅受社会物质生活条件的制约,还受其他因素的影响。



例 20世纪80年代,温州“八大王”曾名震全国,他们分别是五金、矿灯、螺丝、合同、旧货、目录、翻砂、线圈、胶木、机电这八大行当中的领军人物。1982年1月,中央下发打击经济领域犯罪活动的紧急通知,“八大王”被列为打击“投机倒把”犯

罪的重要对象，两年后“八大王”相继得以平反。2008年，在柳市镇纪念改革开放30周年的座谈会上，当年的“投机倒把犯罪分子”现在被誉为“温州改革的功臣”。

2005年，自称为“月球大使馆”中华区大使的李某，其月球土地售卖在媒体热炒之后，随即被北京市某工商分局以涉嫌投机倒把叫停，并扣押现金、财物若干，工商部门认定李某之行为属于《投机倒把行政处罚暂行条例》第3条第11款的“其他扰乱社会主义经济秩序的投机倒把行为”，并作出吊销营业执照、罚款5万元的行政处罚。李某不服，将北京市工商局起诉到法院，法院一审审理认为，月球大使馆销售月球土地的行为系扰乱市场经济秩序的行为，2007年3月16日北京第一中级人民法院终审判决驳回了李某的诉讼请求。

2008年1月15日国务院公布《关于废止部分行政法规的决定》废止和终止生效92项行政法规，其中包括颁行20年的《投机倒把行政处罚暂行条例》，这意味着继1997年《刑法》废除“投机倒把罪”之后，“投机倒把”彻底退出法律场域。如何看待上述案例所反映出来的法的本体的相关知识？

答：“八大王”的浮沉和李某的败诉首先与国家权力相关，“投机倒把”入罪或出罪，总是公共权力按照一定权限和程序来操作的，对于这九个当事人的法律决定总是依靠正式权力机制保证实现的，法律决定即判决总是借助正式的表现形式予以公布，判决实质上体现了国家意志，无论判决引起了彼时、此时的何种议论，它们给人最直接的印象是国家的、官方的或正式的。

其次，法院对投机倒把行为及其罪与非罪的认定，都与该行为是否扰乱经济秩序相关——而无论其经济是计划经济还是市场经济，这鲜明地表现了法的阶级性。任何主体都不得侵犯统治阶级认可和保护的经济秩序，这跟市场的或计划的没什么关系，跟统治阶级意志之外的其他意志和想法没什么关系。主要跟统治阶级意志相关，其中或许会反映被统治阶级的某些愿望和要求。

再次，投机倒把最终退出法律领域，归根结底还是特定物质条件使然，其中最重要的理由就在于市场离不开投机——否则市场必将是死水一潭。

（二）法的特征

1. 法是调整人的行为的一种社会规范。法律是社会规范，它不同于技术规范 and 自然法则，也不同于其他社会规范。

2. 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。这是法律与其他人形成的社会规范的主要区别之一。法律的形成有两种基本方式，即制定和认可。“认可”有两种情况：一种是国家立法者在制定法律时将已有的、不成文的、零散的社会规范系统化、条文化，使其上升为法律；另一种是立法者在法律中承认已有的社会规范具有法的效力，但却未将其转化为具体的法律规定，而是交由司法机关灵活掌握，如有关“从习惯”、“按政策办”等规定。

3. 法是具有普遍性的社会规范。法的普遍性具有三层含义：一是，普遍有效性，即在

国家权力所及的范围内,法具有普遍效力或约束力。二是,近代以来法的普遍性也表现为普遍平等对待性,即要求平等地对待一切人,要求法律面前人人平等。三是,普遍一致性,即近代以来的法律虽然与一定的国家紧密联系,具有民族性、地域性。但是,法律的内容始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向。这里所讲的“法的普遍性”主要是第一种。

4. 法是以权利义务为内容的社会规范。这一点使法进一步与其他社会规范和自然法则相区别。

5. 法以国家强制力为后盾。没有保证手段的社会规范是不存在的。法的程序性是法区别于其他社会规范的重要特征。

6. 法是可诉的规范体系,具有可诉性。判断一种规范是否属于法律,可以从可诉性的角度加以审察。



例 1. 法是调整人们行为的规范:张汤与腹诽之罪

汉武帝与张汤商议制造“白鹿皮币”时,曾征求大农令颜异的意见,颜异说:“现在藩王和列侯朝贺的礼物都是黑色璧玉,价值才几千钱,而用作衬垫的皮币反而价值四十万,是本末倒置了”。汉武帝为此而不悦。张汤与颜异有矛盾,正好有人状告颜异,说某次皇帝下诏令时,颜异虽然知道该诏令有不恰当的地方,却不说什么,只是微微“反唇”(即撇嘴)。张汤即奏称,“颜异身为九卿,见到诏令有不恰当之处,不提醒皇上,只在肚子里加以诽谤,应处死刑。”从此以后,即开腹诽之罪的先例,而公卿大臣们大多以阿谀谄媚来自保其身。

近现代以来,法律关注且只能关注人的行为已然成为通识,否则就会造成《道德经》所说的“法令滋彰,盗贼多有”的乱象,这恰恰是法治的最大悲哀。

2. 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:杜周的法律观

杜周是西汉时经张汤提拔的廷尉,他善于通过揣摩圣意来审判案件:皇帝欲加以排挤者,他顺势而构陷之;皇帝欲开释罪责者,他就将其长期置于狱中等待审问,若其人有很细微的冤屈之状,他就顺而推翻整个案件。杜周的门客就对他说:“您为天下决定公平,不依循三尺王法,却专门以皇帝的心思来审案,难道法官本来就是您这样的么?”杜周说:“三尺王法从哪里出来的?老皇帝所认可的就著为律,新皇帝所认可的就疏为令;法律就是当下时代所认可的,哪来什么古代不古代的法啊!”

撇开杜周的做法及其观点中其他方面不论,杜周的话有一点与法律的特征相契合,即老皇帝也好,新皇帝也好,他们都是古代中国人认可的公共权力机构,他们所认可的规则都被赋予特定的形式——要么是律,要么是令。

3. 法是具有普遍性的社会规范:中国古代的法则公平

西汉张释之曾说:“法者,天子所与天下公共也”。唐太宗李世民说:“法者,非朕一人之法,乃天下之法,”又说:“法者,人君所受于天,不可以私而失信。”除此之外,汉文帝、隋文帝、金世宗都曾依法惩罚自己的亲戚。以上所列言与事,皆为中国

古人关于法律之普遍性的认识的明证，尽管他们的认识不可与今日法理学之认识等量齐观，但在法是否具有普遍性这一点上，则与今人无异，这也是法从来都具有普遍性的一个历史证明。

三、法的作用

法的作用泛指法对社会产生的影响。

法的作用与法的本质及目的是密切联系、相互作用的。唯物史观认为：（1）法的作用体现在法与社会的交互影响中。（2）法的作用直接表现为国家权力的行使。（3）法的作用本质上是社会自身力量的体现。

法的作用可以分为规范作用与社会作用。作为一种社会规范，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。

（一）规范作用

规范作用	由法的特征决定	种类	作用对象	具体内容	
		指引	本人的行为	个别性指引：具体的	规范性指引：同类的
				确定的指引：通过设置义务产生	选择的指引：通过宣告权利产生
		评价	他人的行为	合法与否	
		教育	一般人的行为	具体表现为示警作用和示范作用	
		预测	人与人之间	行为的预期是社会得以存在的主要原因及其秩序的基础	
		强制	违法犯罪行为	强制人们遵守法律	

指引作用，是指法对本人的行为具有引导作用。评价作用，是指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。教育作用，是指通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响。预测作用，是指凭借法律的存在，可以预先估计到人们相互之间会如何行为。强制作用，是指法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律。



例 1. 某甲翻阅《刑法》之时，流下了悔恨的泪——规范性指引作用。

2. 某甲收到法院判决书时，流下了悔恨的泪——个别性指引作用。

3. 某甲学习《民法》之后，为自己违背了诚信义务而流下悔恨的泪——确定性指引作用。

4. 某甲学习《民法》之后，为自己傻到不懂讨价还价而流下悔恨的泪——选择性指引作用。

5. 某乙学习法律之后，评判某甲之行为说，“你迟早要为此流下悔恨的泪”——评价作用。

6. 当地群众议论某甲被判刑一事时纷纷表示：“咱们可不能像他那样流下悔恨的泪！”

——教育作用中的示警作用。

7. 当地群众议论某甲被授奖一事时纷纷表示：“咱们怎么没想到像他那样啊?!”大家随即流下悔恨的泪——教育作用中的示范作用。

8. 某甲学习法律之后，开心地走上大街，逢人就说“我知道你不敢违法犯罪，否则你会流下悔恨的泪!”——预测作用。

9. 某甲学习法律后，还是忍不住去抢劫，结果被判刑而流下悔恨的泪——强制作用。

(二) 社会作用及其局限性

社会作用	由法的内容、目的决定	主要涉及“三个领域、两个方向”即社会经济生活领域、政治生活领域和思想文化生活领域，以及政治职能（阶级统治）的方向和社会职能（执行社会公共事务）的方向。
法的局限	法律不是万能的。(1) 法律是以社会为基础，不可能超越社会需要而创造或改变社会；(2) 法律受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约；(3) 法律规制和调整社会关系的范围和深度是有限的；(4) 法律自身条件的制约，如语言表达能力的局限性，即“辞不尽意”。	

 **例** 英国一名男青年设法进入某皇家空军机场，坐在机场跑道上观看天上的飞机，这使得一架打算降落的飞机不得不再次拉起飞向天空，虽然男青年的行为并没有造成什么损失，但他仍然被警察带走并于几天后被送上法庭。根据英国《官方机密条例》第3条之规定，该男青年违反了“不得在禁区附近妨碍皇家军队成员的行动”的禁令，虽然该男青年的辩护律师并不否认军用机场是禁区，男青年的行为也妨碍了皇家军队成员的行动，但是，辩护律师却指出男青年当时不是在“禁区附近”而是在“禁区里”，在“法无明文规定不为罪”的英国这样一个法治国家里，无法依据这条规定处罚男青年。本例反映了法的什么特性？

答：本例所反映出来的法的局限性，系由法律自身对语言的依赖所致，法律语言的表达能力总是有限的，这正是法律需要推理和解释的重要原因。



解疑释惑

1.  A 在开车上班途中为救助受伤倒地的 B，连闯 6 个红灯将 B 送到医院，后因违反《道路交通安全法》被交警罚款 200 元。问：交警对 A 之处罚，体现了自然法理论的基本立场，还是法律实证主义的基本立场？

 显然交警对 A 之处罚，体现了法律实证主义的立场。其理由如下：A 对 B 之救助