

来胜 LICENSE

司考一本通

2009

New Edition

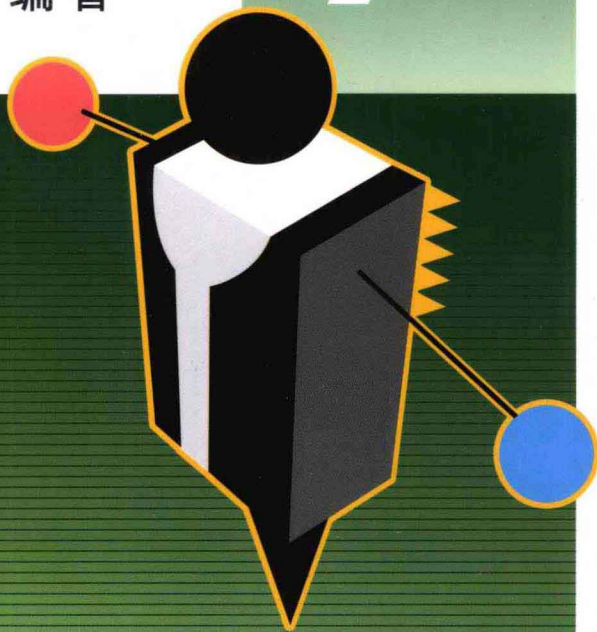
精品丛书

法理学 法制史·宪法

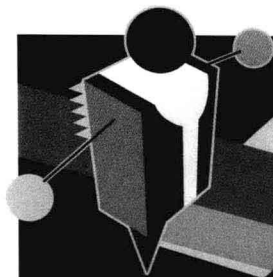
必备考点 名师精讲

杨帆 编著

7



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



8/
7

LICENSE 来胜司法考试丛书

司考一本通

法理学·法制史·宪法

编
著

杨
帆



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

编写说明

实行统一的国家司法考试,不仅是我国司法改革的一项重大举措,也是我国法学教育改革的突破口。从律考转变为司考后,使得更多适合条件的考生热衷于此,司法考试也逐渐形成了一个市场,辅导用书层出不穷。然而在众多的司考辅导用书当中,如何作出选择便成了备考考生一个头痛的问题。

司考该用何种辅导书?我们认为,要用“看一本就能通的”书。为了达成此目的,我们努力使本书具备了如下特色:

特色一 名师编著、套书完整

本书由来胜全方位法律人培训力邀各科司考名师亲自执笔,集结了老师们多年的司考辅导经验和智慧。本书共分八小册,涵盖了最新考纲的重要考点。

特色二 内容精炼、针对性强

本书强调内容的精炼和实战性。针对重要的考点,我们结合历年司考的规律,对其进行精讲,并针对实际考查情况和精讲内容,提供例题以提高实战能力。

特色三 体例安排科学合理

根据考纲的要求及体系,我们选出了各科的重要考点并对其从以下三个方面为考生提供帮助。

一、精讲。对当前考点进行精当、有效的讲解,以帮助读者掌握当前考点的精髓,具备解决问题的能力的基本能力。

二、例题。针对当前考点,并结合精讲内容,使考生得到及时、有效的练习,提高应试能力并在修正自己错误的过程中得到提高。

三、提示与预测。主要是针对一些应当特别注意的问题的提示,以及对2009年司考动向的预测。

业精于勤而荒于嬉,行成于思而毁于随。当您拥有了本书,您便得到了一片肥沃的黑土,若能加以勤耕,今日播下的种子,定能在那金秋结出胜利的果实!

编者

2009年5月

目 录

法 理 学

第一章	法的本体	(3)
第二章	法的运行	(49)
第三章	法的演进	(74)
第四章	法与社会	(87)

法 制 史

第一章	中国法制史	(101)
第二章	外国法制史	(137)

宪 法

第一章	宪法基本理论	(159)
第二章	国家基本制度	(183)
第三章	选举制度	(190)
第四章	特别行政区制度	(197)
第五章	公民的基本权利与基本义务	(205)
第六章	国家机构	(219)

法 理 学

第一章 法的本体

考点 1 法的概念

一、精讲

(一) 法的概念的争议

1. 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为两种基本立场:法律实证主义与非法律实证主义(自然法)。

2. 法律实证主义

(1) 基本主张

法律实证主义理论者都主张,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:

以社会实效为首要定义要素的法的概念,如法社会学和法现实主义;

以权威性制定为首要定义因素的法的概念,如分析主义法学。

3. 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。以这个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:

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;

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

马克思主义法理学认为,法的本质体现在三个层次。

1. 法的最初本质体现为法的正式性,也叫做法的官方性、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。

法的正式性体现在:

(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。

2. 法的本质其次反映为法的阶级性

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。

统一性体现在: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。

权威性体现在: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制力的制裁。

3. 法的本质最终体现为法的社会性,指法的内容是受一定社会因素制约的,最终也是由一定社会物质生活条件决定的。

马克思主义法律理论分析社会的特点:(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关系的变化。

按照此观点,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。所以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。

二、例题

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?(2002年真题,不定选)

- A. 一国的法在整体上是取得胜利并掌握国家政权的统治阶级的意志的体现
- B. 历史上所有法律仅仅是统治阶级意志的体现
- C. 法的本质根源于物质生活关系
- 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

[释疑] 马克思主义的法学理论认为,法律是统治阶级或取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的体现。法所体现的统治阶级意志具有整体性。这主要表现在:法所体现的统治阶级意志不是统治阶级内部的各党派、集团以及每个成员的个别意志,也不是它们的简单相加,而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。在一定情况下,法的内容规定不仅反映统治阶级的意志,而且同时又反映被统治阶级以及统治阶级的同盟阶级的某些要求和愿望。马克

思主义的法学理论同时指出,不仅统治阶级意志的内容,包括法本身,都是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。因此 A、C 两项正确,而 B、D 两项错误。(答案:AC)

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?(2004 年真题,单选)

- 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,也执行社会公共意志
- 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. 法不受客观规律影响

〔释疑〕 法所体现的国家意志从表面上看具有一定的公共性、中立性,但按照马克思主义观点,法的本质反映为法的阶级性,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意志,国家意志就是法律化的统治阶级意志。因此,A 项错误。

法的职能包括政治职能和社会职能。政治职能是指法律在调整社会阶级关系中的作用。社会职能是指法律在执行具有全社会意义的社会公共事务中的作用。因此,B 项正确。

法的本质最终体现为法的物质制约性,法的内容受社会存在这个因素的制约,其最终也是由一定社会物质生活条件决定的。因此,C 项错误。

法作为一种社会现象是受客观规律支配的,不反映客观规律的法在实践中会丧失生命力,最终会被修改或废除。因此,D 项错误。(答案:B)

三、提示与预测

除了掌握马克思主义关于法的本质的学说外,考生还有必要了解以下内容。

(一) 法的词源与词义

1. 考察法的词源和词义,可以了解早期人类对法律现象的认识。不同民族的语言文字中,关于法的用词,一定意义上表明各个民族对法独特的评价、理解和期待。分析、研究法的词源与词义,有助于理解法律现象的历史演变及法律现象中所包含的文化的多样性与共性。

2. 古代中国法、刑、律是不同时期指称同一现象的不同语词,三者的核心是刑,一定意义上这是中国古代“诸法合体、统一于刑”的写照。中国古代一般将法与成文法相等同,尤其强调调法自君出。

3. 在欧洲法律发展史上,抽象的法与具体的法相分立的二元思想具有广泛的影响。自然法学派就是区分抽象的自然法与具体的实在法,并进而强调实在法必须服从自然法的基础上形成的。因此君权与法没有必然的联系。

(二) 法的本质

关于法是什么的问题,千百年来,人们曾给出过各种各样的回答。这些关于法的定义或法的本质的学说大致可归纳为以下三类:

1. 从法律本身理解法律。认为法律产生、发展、变化的根源在于法的自身。这种观点的特点是囿于法的现象来讨论法的问题。

(1) 规则论,一般认为法是一个逻辑上自洽的规则体系。

(2) 命令论,与规则论相同之处在于都将法视为一种规则体系,所不同的是,规则论认为法律规则的效力来源于该体系内部,而命令论则认为法律规则的效力源于主权者的命令。

(3) 判决论或预测论,认为法就是对法官判决的预测。法不是写在规范性法律文件中的

东西,法官关于案件的处理意见才是真正的法。法律、判例、习惯等不过是法的渊源。

2. 从法的外部解释法律的根源。直接或间接地把这种根源归结为某种精神力量,将法视为人类精神一般发展的产物。

(1) 神意论,世界各国历史上最早出现的观点几乎都是神学的法律思想,即直接或间接地将法归结为神的意志。代表人物是托马斯·阿奎那。

(2) 意志论,许多非马克思主义法学都是从人的意志、理性、人性的角度规定法、理解法的,如黑格尔关于法是绝对精神和自由意志的体现的观点。

(3) 正义论,把法归结为正义的思想。如古罗马法学家塞尔苏士认为:“法乃善良公正之术。”

3. 从社会现象的交互作用的角度把握法的定义。总体上看,不再将法律视为孤立的、与社会脱节的现象,而是作为社会的组成部分,作为一种与其他社会现象交互作用的产物。19世纪末,尤其是20世纪初以来,西方法学界许多学者开始将法置于一定的社会现象领域加以研究。

考点 2 法的特征

一、精讲

法作为社会现象之一,具有以下六个特征。

(一) 法是调整人的行为的社会规范

1. 规范性的意思是:(1) 针对的对象是不特定的大多数人;(2) 针对规范制定生效后发生的行为有效;(3) 在其有效期内,针对同样的情况反复适用。

2. 法律调整的对象仅仅是人们的行为,而不涉及离开行为单纯的人的内心世界、思想、灵魂。而宗教规范和道德规范不但调整人的行为,还更多地调整人的内心世界。

3. 法律调整的行为不是单个的人的行为,而是人们的交互行为。

4. 法与自然法则、技术规范、其他社会规范的区别

(1) 法不同于自然法则。自然法则是自然现象之间的联系,其存在与人的思维和行动无关,不具有文化意蕴;与此相比,法律规范是一种文化现象。

(2) 法律不同于技术规范。技术规范调整人与自然之间的关系,是规定人们如何使用自然力量和生产工具以有效利用自然的行为准则;而社会规范调整人与人之间的关系,违反社会规范会招致来自社会的惩罚。

(3) 法律不同于其他社会规范。法律是以公共权力为后盾的、具有国家强制性的社会规范。而习惯、宗教、道德、政策等社会规范则建立在人们的信仰和确信的基础上,大体上通过社会舆论、传统的力量、社团内部的组织力或人们的内心发生作用。

(二) 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

1. 公共权力机构是建立在一定合法性基础之上的政权,其最一般的表现形式是国家。由公共权力机构来创制法,这是法区别于其他社会规范的一个重要方面,因而法具有普遍性和以公共权力为基础的特殊强制性,其他社会规范往往由某一宗教组织、社会团体制定,不具有社会普遍性。而且,法具有特定的表现形式,主要以制定法的形式存在,且法律规范内部具有特定的逻辑结构。

2. 制定或认可是创制法的两种重要方式

(1) 法的制定,是指享有立法权的立法机关,依照一定的权限划分和法定程序而创制法的活动,通过制定方式形成的法叫成文法、制定法。

(2) 法的认可,是指公共权力机关对已有的社会规范赋予法的效力,将之认可为法律。法的认可又有两种具体形式:其一是立法机关在制定法律时将某些已有的、零散的社会规范系统化、条文化,使之成为法律条文;其二是立法机关在制定法中承认某种已有的社会规范具有法律效力。

(三) 法是具有普遍性的社会规范

法的普遍性包括以下三重含义:

1. 在一国主权范围内,法具有普遍效力,所有人都要遵守;
2. 在民主法治国家里,法律对同样的事和人同样适用,即法律面前,人人平等;
3. 近代以来,法虽是一国主权范围内的事,具有地域性、民族性,但一国法的内容与人类的普遍要求相一致。

(四) 法是以权利和义务为内容的社会规范

1. 宗教、道德等社会规范,其内容主要是对主体的义务性要求。
2. 法作为一种特殊的社会规范,不仅为社会主体设定义务,也赋予其相应的权利,义务和权利紧密相连。法通过权利义务的配置来调整社会关系,从而成为调整人们行为的社会规范。法律具有既关注权利也关注义务的两面性。

(五) 法是以国家强制力为后盾,通过法律程序保证实现的社会规范

1. 国家强制力只是保证法得以实现的后盾,即法的实现并不都要动用国家强制力,只有在行为人拒绝履行法所设定的义务时,国家强制力才会体现出来,很多情况下,它只是一种潜在的力量,是保证法律实施的最后力量,而非唯一力量。
2. 国家强制力的使用必须要合法,合法意味着国家强制力的使用要符合实体法的规定,同时也要符合程序法的规定,无程序即无正义,因而国家强制力的运用,必须要严格遵循程序法的规定。

(六) 法是可诉的规范体系,具有可诉性

1. 法律作为一种规范人们外部行为的规则(从广义而言,法律规范包括规则、原则和立法意图)可以被任何人(特别是公民和法人)在法律规定的机构中(特别是法院和仲裁机构中)通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用的可能性。德国法学家坎特罗维奇对法律下的定义:“法律是规范外部行为并可被法院适用于具体程序的社会规则的总和。”

2. 法的可诉性有两层含义

(1) 可争讼性。即:任何人均可以将法律作为起诉和辩护的根据。法律必须是明确的、确定的规范,才能担当作为人们争讼标准的角色。

(2) 可裁判性(可适用性)。法律能否用于裁判作为法院适用的标准是判断法律有无生命力、有无存续价值的标志。依此,缺乏可裁判性(可适用性)的法律仅仅是一些具有象征意义、宣示意义或叙述意义的法律,其即使不是完全无用的法律或“死的法律”,至少也是不符合法律之形式完整性和功能健全性之要求的法律。我们径直可以把这样的法律称为“有缺损的、有瑕疵的法律”。它们减损甚至歪曲了法律的本性。

3. 判断一种规范是否属于法律,可以从可诉性的角度加以观察。

二、例题

下列哪一选项体现了法律的可诉性特征?(2007年真题,单选)

- A. 下一级的规范性法律文件因与上一级的规范性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

[释疑] 法律的可诉性包括:(1)可争讼性。即:任何人均可以将法律作为起诉和辩护的根据。法律必须是明确的、确定的规范,才能担当作为人们争讼标准的角色。(2)可裁判性(可适用性)。法律能否用于裁判作为法院适用的标准是判断法律有无生命力、有无存续价值的标志。依此,缺乏可裁判性(可适用性)的法律仅仅是一些具有象征意义、宣示意义或叙述意义的法律,其即使不是完全无用的法律或“死的法律”,至少也是不符合法律之形式完整性和功能健全性之要求的法律。我们径直可以把这样的法律称为“有缺损的、有瑕疵的法律”。它们减损甚至歪曲了法律的本性。基于以上分析,B正确。(答案:B)

三、提示与预测

关于法的特征,2002—2007年五年间就考了一道题,但是这不意味着法的特征不重要,相反这是理解法理学后面许多知识的基础,望各位考生认真掌握。

考点 3 法的作用

一、精讲

(一) 法的规范作用

从法是一种社会规范来看,法具有规范作用。法的规范作用是法律必备的,任何社会的法律都具有,可分为指引、评价、预测、教育和强制五种。

1. 指引作用,是指法对本人的行为具有引导作用。所以,指引作用的对象是每个人自己的行为。

(1) 对人的行为的指引有两种形式:

- ① 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。
- ② 规范性指引,是通过一般的规则对同类的人或行为的指引。个别指引尽管是非常重要的,但就建立和维护稳定的社会关系和社会秩序而言,规范性指引具有更大的意义。

(2) 从立法技术上看:

① 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。

② 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。

2. 评价作用,是指法律具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用。在现代社会,法律已经成为评价人的行为的基本标准。

3. 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。社会规范的存在就意味着行为预期的存在,而行为的预期是社会秩序的基础。预测作用的对象是人

们的相互作用。

4. 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。教育作用的对象是一般人的行为。具体表现为示警作用和示范作用。

5. 强制作用,法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律。强制作用的对象是违法犯罪者的行为,制定法律的目的是让人们遵守,是希望法律的规定能够转化为社会现实。

司法考试关于法的规范作用的命题,侧重于规范作用的对象,归纳如下:

指引	本人的行为	确定的指引和不确定的指引
评价	他人的行为	合法与否
预测	人们相互之间的行为	
教育	一般人的行为	示范和示警
强制	违法犯罪行为	

(二) 法的作用的局限性

法律虽然具有不容低估的作用,但同时必须要认识到,法律不是无所不能的,法的作用也有局限性,这种作用的局限性反映在人的因素、社会因素和法律自身因素三个方面。

(1) 人的因素

① 从社会调整的手段上看,法律只是人的行为和社会关系的调整手段之一,在复杂的社会关系和社会问题面前,除了采用法律手段之外,还需要与其他社会规范比如政策、纪律、习俗、道德等加以综合使用,甚至在有些时候,法律并非首选的方式和手段。

② 从调整的范围上看,法律作用的深度和广度是有限的:

第一,法律作用的对象是人的行为,并且只能是外在的行为。因此法律无法作用到人的行为的背后,即无法对人之所以作出该行为的动机、思想、观念、认识、信仰等发生作用,这些内在的东西往往只能依靠其他的手段加以调控。

第二,法律作用所能够调控的人的行为,只是人的所有行为中的一部分,而不可能是全部,有些行为无法通过法律手段得到调整。

③ 从人对法律的认识和利用的角度来看,法律的作用也是有局限性。法律是为人制定的,而法律也是由人来制定的,并且是通过人来实施的,因此,人的认识水平和相应的道德、文化素养等都会制约和影响法律作用的发挥。立法有良、恶之分,取决于立法者认识水准的高低,司法有公正、偏私之别,有赖于司法者专业素养和职业道德的好坏。

(2) 社会因素

法律以社会为基础,法律不可能超出社会需要去“创造”社会。在这个意义上,法律的创制形成依赖于客观经济关系以及相应的社会条件。

同样法律作为社会规范之一,它的运行必然受到其他社会规范以及相应的社会条件 and 环境的制约,在不同的社会条件和社会环境中,法律发挥作用的程度是不同的。

(3) 法律的自身因素

① 法律是一种概括性规范,关注的人的行为的共性,而法律所要调整的行为却是多姿多态的,把概括性的规范适用于多姿多态的行为,有时候会出现合法而不合理的情况,即个案不正义。

② 法律一旦成型就必然需要一定的稳定性,不可能频繁变动,如果法律朝令夕改将导致

其失去权威性和确定性,这一特性决定了法律无法涵盖千变万化的生活,“法有时而穷,社会变化多端”,这时法律规范相对于所要调整的社会关系而言出现了漏洞或“滞后性”,其固有的程式和时限难以对社会关系和社会事件进行快速的、及时的反应和处理。

③ 法律是一种以语言为工具和载体的规范体系,语言表达力的局限也是法律作用的局限性所在。

二、例题

1. 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?(2002年真题,多选)

- 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

【释疑】从立法技术上看,法律对人的行为的指引通常采用两种方式:(1)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。(2)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。

A项要求人们不得侵犯公民的人格尊严,属于确定的指引。因此,A项错误。B项宣告当事人有协商一致变更合同的法律权利,属于有选择的指引。因此,B项正确。C项一方面从禁止犯罪的角度上来看,该条为故意杀人行为设定了必然的法律制裁,是确定的指引,另一方面赋予了人民法院一定的自由裁量权,法院可以根据案件具体情节在所列三种刑罚中选择适当的量刑,因此其指引作用属于有选择的指引,其中,第二种含义是直接的,而第一种指引是在第二层含义之下间接反映出的含义,故根据法的指引作用的含义,应认为是有选择的指引。因此,C项正确。D项宣告公民对自己的发明或者其他科技成果,有申请领取荣誉证书、奖金或者其他奖励的法律权利,属于有选择的指引。因此,D项正确。(答案:BCD)

2. 下列有关法律作用、法律观念等问题的表述哪些是正确的?(2005年真题,多选)

- A. “法典是人民自由的圣经”,这说明法律是自由的保障
- B. “恶法亦法”观点强调法律的权威来自于法律自身,与法律外的因素无关
- C. “徒法不足以自行”,因此法律不是万能的
- D. “有治人,无治法”,反映了中国古代依法治国的法治观

【释疑】此题的关键在于对“有治人,无治法”的理解。“有治人,无治法”是中国古代思想家荀况提出的一个著名论断。他虽然重视法律及其强制作用,但在“人治”与“法治”的讨论中,他仍然认为关键是人而不是法。理由是:法对于治理国家虽然很重要,但法毕竟是人制定的,仍然取决于人,即所谓“法者,治之端也”,“君子者,法之原也”;即使有了“良法”,也得靠人来掌握和贯彻。(答案:ABC)

3. 关于法律语言、法律适用、法律条文和法律渊源,下列哪一选项不成立?(2007年真题,单选)

- A. 法律语言具有开放性,因此法律没有确定性

- B. 法律适用并不是适用法律条文自身的语词,而是适用法律条文所表达的意义
 C. 法律适用的过程并不是纯粹的逻辑推理过程,而有法律适用者的价值判断
 D. 社会风俗习惯作为非正式的法律渊源,可以支持对法律所作的解释

[释疑] 法律语言具有多义性,但是法律语言的含义在其边际地带之内尚有核心领域,就其核心地域而言法律是确定的,故不能因为法律语言的开放性而作出法律没有确定性的判断。故 A 项的说法不能成立。而 BCD 的说法都是正确的。(答案:A)

三、提示与预测

在法的作用中,除了把握法的规范作用含义外,还应该注意法的作用的局限性,这里可以设计论述题。

考点 4 法的价值

一、精讲

(一) 法的价值判断和法的事实判断

1. 一般说来,人们对法律问题的认识有两种方式:价值判断和事实判断。

(1) 价值判断,法律所拟定的原则、规则、制度等客观存在(客体),人们必须从它们能否体现和满足人们的需要,能否有更为理想的原则、规则、制度存在等角度来分析法律,从而涉及法律的应然状态和理想追求问题。

(2) 事实判断,对客观存在的法律原则、规则、制度等所进行的客观分析与判断。主要解决客观存在的法律究竟是怎样的这一问题,它并不主张或者说根本抵制从“应然”的角度追问法律应当怎样的问题。在法学思潮上,代表事实判断的研究方法主要有三类:① 规范分析方法,强调研究法律本身存在的机制、蕴涵的意义、解决的问题,以凯尔森所创纯粹法学为代表;② 社会实证方法,用社会需求、社会效果等指标来衡量法律的正当性和实效性,以法社会学为代表;③ 历史实证的方法,即只有对历史上法律材料的挖掘,才能证成法律沿革的脉络,以历史法学为代表。

2. 法的价值判断和事实判断的区别

	价值判断	事实判断
判断的取向	价值判断是作为主体的人所进行的相关判断,它以主体为取向尺度,随主体的不同而呈现出差别	事实判断以法律制度为判断的取向(注意应用:“法律的强制性是法律的基本属性”属于事实判断)
判断的维度	价值判断具有很强的主观性	事实判断应尽可能做到“价值中立”
判断的方法	价值判断是一种规范性判断的方式,它关注法律应该是什么样的,是典型的“应然”判断	而事实判断则是一种描述性判断,其任务主要在于客观地确定现实法律制度的本来面目,是典型的“实然”判断
判断的真伪	法的价值判断的真伪,取决于主、客体之间价值关系的契合程度	而事实判断的真伪主要在于与客体的真实情况是否符合

（二）法的价值分类

1. 自由

（1）从价值上而言，法律是自由的保障。从法的本质来说，它以“自由”为最高的价值目标。

（2）自由是人的本性。因此也是衡量国家法律是否是真正法律的一个评价标准。“法律只是在自由的无意识的自然规律变成有意识的国家法律时，才成为真正的法律。哪里法律成为实际的法律，即成为自由的存在，哪里法律就成为人的实际的自由存在。”

（3）自由在法律价值中的地位，还表现在它不仅是评价法律进步与否的标准，更重要的是它体现了人性最深刻的需要，自由是法律的目的。没有自由，法律就仅仅是一种限制人们行为的强制性规则。

2. 秩序

（1）含义：主要是指社会秩序，是指通过法律机构、法律规范、法律权威所形成的一种法律状态。

（2）秩序是法的基本价值，理由：第一，任何社会统治的建立都意味着一定统治秩序的形成；第二，秩序本身的性质决定了秩序是法的基本价值；第三，秩序是法的其他价值的基础，如自由、平等、效率等法的价值也要以秩序为基础。

3. 利益

（1）法对利益的调控的具体表现为：第一，利益表达。法表达利益的过程，同时即是对利益的选择过程。第二，利益平衡。法对利益关系的协调、对利益冲突的平衡一般是通过某些基本原则规定和制度设计体现的。

（2）法对利益的正当调控应当解决的基本利益关系

第一，公共利益和私人利益的问题。社会主义法历来强调私人利益对社会利益的依赖和服从，当个人权利的行使危及社会利益时，必须确认和贯彻“社会利益优于个人利益”的原则。但是任何出于公共利益或长远利益的保护而对私人利益或短期利益的侵夺，都必须提供充分的理由，根据合理标准，经过适当的程序和必要的情况下给予相应的补偿。

第二，短期利益和长远利益的关系。

第三，物质利益和精神利益的关系。

4. 正义

（1）正义是法的基本标准。法律只有合乎正义准则才是法律。

（2）正义是法的评价体系。正义担当这两个方面的角色：它是法律必须着力弘扬与实现的价值；它可以成为独立于法律之外的价值评判标准。

（3）正义也极大地推动着法律的进化：① 正义形成了法律精神进化的观念源头，使自由、民主、平等、人权等价值观念深入人心；② 正义促进了法律地位的提高，它使依法治国存在于现代民主政体之中，突出了法律在现代社会生活中的地位；③ 正义推动了法律内部结构的完善，它使得权力控制、权利保障等制度应运而生；④ 正义也提高了法律的实效。

（三）法的价值冲突解决原则

1. 价值位阶原则

不同位阶的价值发生冲突时，在先的价值优于在后的价值，即各种不同价值之间存在主次关系。具体而言：自由 > 正义 > 秩序。

2. 个案平衡原则

处于同一位阶上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。如民法中承担法律责任中的公平责任原则。简单地讲就是:兼顾各方利益。

3. 比例原则

比例原则是指为了保护某种较为优越的法价值而必须侵犯另外一种法益时,不得逾越此目的所必要的程度。例如:为维护公共秩序,必要时可能会交通管制,但应尽可能实现“最小损害”或“最少限制”,以保障社会上人们的行车自由。

二、例题

1. 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?(2003年真题,多选)

- 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

〔释疑〕 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原则。主要原则有:(1) 价值位阶原则:这指在不同位阶的法的价值发生冲突时,在前的价值优于在后的价值。① 一般而言,自由代表了人的最本质的人性需要,它是法的价值的顶端;② 正义是自由的价值外化,它成为自由之下制约其他价值的法律标准;③ 而秩序则表现为实现自由、正义的社会状态,必须接受自由、正义标准的约束。(2) 个案平衡原则:这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。(3) 比例原则:即使某种价值的实现必须以其他价值的损害为代价,也应当使被损害的价值减低到最小限度。因此,A、C、D 三项正确,而 B 项过分抬高了秩序价值在法的价值体系中的位阶,是不正确的,更不是法的价值发生冲突时的原则。(答案:ACD)

2. 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?(2005年真题,单选)

- 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

〔释疑〕 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。题中孕妇临产,情形危急,其人身利益受到极大威胁,而出租车司机为了保护其人身利益违反交通规则的行为危及交通秩序的公共利益,两方面的价值发生冲突。因此,D 项错误。

对于法的价值发生冲突时,一般采取的解决冲突的原则有:(1) 价值位阶原则:这指在不同位阶的法的价值发生冲突时,在前的价值优于在后的价值。一般而言自由优先、正义其次,第三位的是秩序。(2) 个案平衡原则:这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。(3) 比