



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2009年 国家司法考试

三校名师讲义

① | 理论法学

北京三校名师学校 / 组编

焦洪昌 陈景辉 叶晓川 / 编著

《《《 掌司考之命脉 传道 》》》

《《《 悟司考之战术 授业 》》》

《《《 破司考之疑点 解惑 》》》

◆ 中国政法大学出版社



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2009年 国家司法考试

三校名师讲义

① | 理论法学

北京三校名师学校 / 组编

焦洪昌、陈景辉、叶晓川 / 编著

◆ 中国政法大学出版社

应 考 指 引

一、法理学

(一)一般说明

最近几年,法理学的考试发生了一个关键的变化:不但仍然保持对于一般法理学知识的考查,而且还加强了对于法理学知识运用方面的考查。简单地说,在识记以外,加强了对于能力的考核。

那么运用法理学知识的能力体现在哪些方面呢?体现在两个方面:①对于一般法律现象的理论解释。法律作为一种社会现象,与人们的生活息息相关。尤其是现代社会,法律已经成为解决社会矛盾和纠纷的最主要的工具。因此法理学的首要任务就是解释这种社会实践,将这种社会实践所具有的意义呈现出来。同时,法理学作为一门关注实践的学科,学习者必须知道法律实践功能发挥的一般方式和基本原理。因此,法律在实践中的运用问题就是其中的关键。②恰当地解决疑难案件。虽然法理学表现为对于法律现象的理性解说,但是这个学科绝非不食人间烟火的智力游戏,因为法律本身就是一项实践性的事业,它必然与个案的决定发生某种程度的关联。然而,法理学不能随意取代部门法理论对于个案的解说,只能以部门法理论的穷尽为前提。换言之,只有在部门法无法对个案提供有效的解答时,法理学才能够发挥其功能。显然,这个学科并非为解决简单案件而存在的,只有在穷尽部门法理论之后,法理学的意义与功能才会彰显。面对着疑难案件,法理学不但会为法官的决定提供正当性的说明,而且还会为此类决定本身提供一个可供依赖的解决框架。这是因为:①法官在疑难案件中的判决行为已经不存在法律规范的基础,因此如果法理学不能够为此提供正当性说明,那么法官的行为就是任意的,民众也就丧失了遵守判决的理由。②除了提供正当性说明之外,法理学还会为疑难案件总结出解决框架,因为“同样对待每个人”的平等原则的存在,使得其后同种类型的案件将会按照先前的办法得到解决。简言之,法理学并不决定个案中的获胜方;但是,它决定获胜方之所以胜诉的理由。法理学本身就是有关判决理由的学问。

就考试而言,法理学知识的能力方面的考查,主要集中于第一个方面,这是因为第二个方面的内容虽然重要,但是难以在考试中体现出来。如果选取某个疑难案件进行考查,那么将很难给出无争议的答案。但是必须注意,此类内容可以通过简化问题的方式进行考查。例如如下试题:“甲生前立下遗嘱,将其财产遗赠给自己的同居人乙。甲去世后,乙诉甲妻要求交付财产。一二审法院均以基于同居关系的遗赠行为违反‘公序良俗’原则为由,认定遗赠行为无效并驳回乙的诉讼请求。请从法律原则、法官自由裁量等方面分析上述案例,并说明你支持或者反对一二审法院判决的理由。”这道试题就是为了考查考生运用法理学知识解决疑难案件的能力。对于此类问题,必须首先在两个对立的立场中明确自身的位置,因为法律职业者的一个重要的使命,就是要在两个或者多个答案中进行选择,不能给当事人以模棱两可的态度。然后,借助相亲

的法理学知识论证你的立场的有效性或者说说服力。在这个案件中,法律原则就是一个非常关键的知识点。既可以从原则和规则之间的冲突入手,分析“被继承人可以通过立遗嘱的方式处理自己的财产”的规则与“公序良俗”的原则之间的关系,进而说明你自己的立场;也可以从原则之间冲突时的性质与规则冲突不同的角度入手,说明在“意思自治”原则与“公序良俗”原则冲突时,裁判者如何选择恰当的原则作为判决的依据;必须注意,回答这种类型的考题,基本上包含以下三个步骤:①确立自身的立场,切忌在矛盾的立场中摇摆不定。②运用相应的知识,说明选择相应立场的主要理由,其中的关键就是选择正确的、最具有支持的理论。这个部分是整个考查的重点,因此要想获得高的分数,必须大量掌握法理学的基础知识。③必须对对立的立场进行一定程度的批驳。这个批驳主要包括两个方面:其一,说明反对对立立场的主要理由;其二,说明这个理论运用的不恰当性。除了以上类型之外,考试最有可能发生的领域,就是对于某种法律现象的法理学解释这个方面。

以上变化也相应地增加了法理学在整个考试中所占的分数,由原来的 20 多分增加到 60 分左右。分数的增加主要体现为卷四部分的法理主观试题。因此,要想在法理学部分获得理想的分数,就必须在简单识记的基础上加强能力的培养,尤其要对法理学的知识体系有一个比较宏观的认识,知道每一个知识点在整个知识体系中所占的地位。例如,2006 年的主观试题就是针对“正式意义的法律渊源与非正式意义的法律渊源在法律推理中的地位与作用”这个问题的考查,如果考生不知道法律渊源以及相关概念的功能,那么就很难给出比较准确的回答。同时,总结最近几年司法考试的试题,我们可以很容易的发现法理学的各章的考点分布不均衡,依次呈下降的趋势。其中第一章法的概念所占比例高达 51%,第二章法的运行也达 24%,前两章所占比例竟达约 75%,加上第三章法的演进所占的 18%,前三章所占比例竟达到约 93%。这也要求考生在复习法理学课程时要抓住重点,对前三章特别是前两章的内容要精读多练,熟练掌握。

(二)2008 年度法理学试题评析

虽然 2008 法理学的分数与上年持平(43 分或 68 分),但是相对而言考试的难度有所增加,主要表现为如下三个方面:①所有考点基本上都是平常强调的重点问题,并且 2008 年大纲新增部分基本上都有涉及,很少有偏题、怪题。②选择题难度有所增加,主要表现在增加了事例或者小案例的分析,加强了出题的灵活性与实践性。③卷四法理学的论述题和分析题形成了新的出题规律。具体体现为:

1. 传统命题重点的考查依然为重中之重。对法律实践当中的理论问题的考察已经逐渐成为了我国司法考试法理学命题的传统。例如法律原则和法律规则的关系、法与道德、法律推理、法律解释等问题,始终是考试的核心。此外,每年新增加的部分必然会有针对性考题,例如今年的法的可诉性、社会主义法治理念等问题。但是必须注意,考生的复习仍然要抓住前一方面的知识,因为这部分不会有太大的变化。对于这些法理学基础知识应当以领会为主,尤其注意它们在实际中的应用;并且要注意将这些问题与实践中的热点问题结合起来思考,也要注意部门法与法理学的结合。

2. 大纲新增部分的考试倾向。司法考试当中,大纲基本上每年都会有所修订。之所以这样做,一方面,是随着经验的积累,不断调整考试的范围;另一方面,也是为了与学术界的理论进展以及社会的热点问题保持一致。因此,这些年中,法理学的考试

范围不断增加“社会主义法治理念”这样的热点问题以及“内部证成与外部证成”这样的新理论。其中,前一方面主要通过论述题的方式加以考察,而后一方面主要显现在选择题当中。

3. 卷四法理学考试形式的新规律。2007 年以前,卷四法理学考题主要是以专业性质的试题类型为主,例如 2006 年法律渊源的运用、2005 年法律价值的冲突等。然而,自 2007 年开始法理学部分形成了时事题(围绕社会主义法治理念)与专业性试题两种类型并行的状态,这种形态在 2008 年继续延续,估计在 2009 年仍然会维持,并且在未来的几年中会被保持下来。

二、宪法学

宪法学在司法考试中的分值为 20 分左右,题型均为选择题,没有案例题。在今后的司法考试中也并不会以案例的题型出现,而是会依据宪法学中的相关基本概念、制度及原理而设计一些选择题。司法考试宪法基本的知识点是相对稳定的,主要包括宪法学的基本原理和基本制度以及若干重要的法条。具体有如下特点:

第一,命题大多紧扣法条,属记忆性考查,但综合性加强。考生在复习时重点应放在对宪法条文的理解上,在理解的基础上着重记忆。

第二,将宪法典与一些单行法(如《选举法》、《立法法》、特别行政区基本法等)融合在一起考查,使考查内容知识面扩大,综合性加强。

第三,注重细节,考点细化。对考生的记忆精确性要求较高。

第四,与时事联系紧密,且理论化色彩日益浓厚。

基于以上特点,考生在复习宪法学时要注意加强理论学习,力求对宪法学有全面系统地把握。在学习过程中要善于总结归纳,对相似、相关知识点比较记忆。同时也要反复练习和揣摩历年真题,把握考试的重点、热点,力求事半功倍。

三、法制史

法制史内容分为两部分,即中国法制史和外国法制史。

中国法制史主要讲述司法考试大纲中涵盖的中国法制史的相关内容。包括以下几部分:

1. 西周至秦、汉时期的主要法制内容;

2. 唐宋至明清时期的主要法制内容;

3. 清末、中华民国时期的主要法制内容。重点在掌握大纲中规定的中国历史上的法律制度及相关法律思想内容;了解有代表性的法典、法律原则、专门法律制度、审判机关和断案方式以及在近代的发展变化过程;难点在于把握法制历史的发展脉络,通过贯申法制史料,理解中国传统法律文化体现出的中华法系独有的伦理法精神实质;特点在通过学习,把握中国古今法制的传承特点和历史联系性。本学科要求在具有良好的法理学和部门法知识的基础上,在理解的前提下,准确记述相关知识要点,并努力做到融会贯通。

外国法制史主要讲述司法考试大纲中涵盖的外国法制史的相关内容。包括以下几部分:

1. 罗马法,主要包括罗马法产生的渊源、分类以及私法内容的简述,概述罗马法的历史地位与影响;

2. 英美法,主要包括英国法的渊源,美国宪法,英美法系形成与特点,及其司法制

度;

3. 大陆法系,主要包括典型国家的宪法、民法典和司法制度,大陆法系的形成与特点。

重点在掌握大纲中规定的外国历史上的法律制度及相关的法律形成的历史过程等内容;了解有代表性的法典、法律原则、法律制度、审判机构体制和诉讼制度等内容以及在近代的发展变化过程。难点在于把握法制历史的发展脉络,通过贯串法制史料,理解外国传统法律文化体现出的近代法制精神实质;特别是通过学习,把握外国古今法制的传承特点和历史联系性。本学科要求在具有良好的法理学和部门法知识的基础上,在理解的前提下,准确记述相关知识要点,并努力做到融会贯通。

四、司法制度和法律职业道德

2002年以来,司法考试新增法律职业道德的内容,2006年又在法律职业道德的基础上增加了司法制度的内容。从试题所占的分值来看,近几年法律职业道德的分值基本维持在10分左右,题目数量一般为7—9道。2006年新增司法制度内容,分值上升为14分,2007年考查了13分,2008年降为10分。2007年10月28日新《律师法》修改通过,2008年卷一第48题对此进行了考查,相信在今后仍是考试中的一个热点,希望大家予以关注。

近几年来,本部分的试题呈现出综合性逐渐增强的趋势,考查单一法律规定或者单纯法条规定的题目很少,很多试题都要求考生能够对相关的制度加以对比、辨析。总的来说,这部分的试题难度不大,比较容易拿到分数,如果能与宪法、诉讼法部分融会贯通,相信能达到事半功倍的效果。

目 录

应考指引 / 1

法 理 学

第一章 法的本体 / 1

- 第一节 法的定义{重点掌握} / 2
- 第二节 法的价值{一般掌握} / 5
- 第三节 法的要素{理解运用} / 7
- 第四节 法的渊源与分类{一般掌握} / 12
- 第五节 法律部门与法律体系{一般掌握} / 13
- 第六节 法的效力{一般掌握} / 15
- 第七节 法律关系{理解运用} / 16
- 第八节 法律责任{重点掌握} / 20

第二章 法的运行 / 22

- 第一节 立 法{一般掌握} / 22
- 第二节 法的实施{重点掌握} / 24
- 第三节 法适用的一般原理{重点掌握} / 28
- 第四节 法律推理{重点掌握} / 30
- 第五节 法律解释{重点掌握} / 31

第三章 法的演进 / 33

- 第一节 法的起源{一般掌握} / 33
- 第二节 法的历史发展{一般掌握} / 35
- 第三节 法的传统{重点掌握} / 36
- 第四节 法的现代化{重点掌握} / 38
- 第五节 法治理论{重点掌握} / 39

第四章 法与社会 / 42

- 第一节 法与社会的一般理论{一般掌握} / 42
- 第二节 法与经济{一般掌握} / 43
- 第三节 法与政治{一般掌握} / 44
- 第四节 法与道德{重点掌握} / 46
- 第五节 法与宗教{一般掌握} / 47
- 第六节 法与人权{一般掌握} / 49

宪法学

第一章 宪法的基本理论 / 51

- 一、宪法的概念{重点掌握} / 51
- 二、宪法的历史发展{一般了解} / 55
- 三、宪法的基本原则{理解运用} / 58
- 四、宪法在建设社会主义法治国家中的作用{一般了解} / 60
- 五、宪法的渊源和结构{重点掌握} / 60
- 六、宪法规范{理解运用} / 62
- 七、宪法效力{重点掌握} / 64

第二章 国家的基本制度(上) / 66

- 一、人民民主专政制度(略) / 66
- 二、国家的基本经济制度{重点掌握} / 66
- 三、社会主义精神文明建设{一般了解} / 67

第三章 国家的基本制度(下) / 69

- 一、人民代表大会制度{重点掌握} / 69
- 二、我国选举制度的基本原则{理解运用} / 71
- 三、我国是单一制的社会主义国家{一般了解} / 73
- 四、民族区域自治制度{重点掌握} / 74
- 五、特别行政区制度{理解运用} / 75

第四章 公民的权利和义务 / 79

- 一、公民基本权利与义务概述{一般了解} / 79
- 二、我国公民的基本权利{重点掌握} / 82
- 三、监督权和获得赔偿权{一般了解} / 85
- 四、我国公民的基本义务(略) / 86

第五章 国家机构 / 88

- 一、国家机构概述{重点掌握} / 88
- 二、全国人民代表大会及其常务委员会{理解运用} / 90
- 三、中华人民共和国主席{重点掌握} / 94
- 四、国务院{重点掌握} / 95
- 五、中央军事委员会{一般了解} / 96
- 六、地方国家机构{理解运用} / 97
- 七、人民法院与人民检察院{理解运用} / 102

第六章 宪法的实施和保障 / 110

- 一、宪法实施概述{一般了解} / 110
- 二、宪法的修改{重点掌握} / 110
- 三、宪法的解释{理解运用} / 111
- 四、宪法的实施保障{重点掌握} / 112

法制史

第一章 中国法制史 / 117

第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制 / 117

第二节 唐宋至明清时期的法制 / 127

第三节 清末、民国时期的法律 / 138

第二章 外国法制史 / 144

第一节 罗马法 / 144

第二节 英美法系 / 148

第三节 大陆法系 / 152

司法制度和法律职业道德

第一章 司法制度和法律职业道德概述 / 158

第一节 司法和司法制度的概念{一般了解} / 158

第二节 司法的功能和原则{一般了解} / 160

第三节 司法制度的基本范畴{一般了解} / 162

第四节 法律职业道德概念和特征{一般了解} / 164

第五节 法律职业道德的基本原则{一般了解} / 165

第六节 社会主义法治理念{一般了解} / 165

第二章 审判制度 / 167

第一节 审判制度概述{一般了解} / 167

第二节 审判机关{一般了解} / 167

第三节 法官{重点掌握} / 171

第四节 审判制度的基本原则{重点掌握} / 172

第五节 审判工作的主要制度{重点掌握} / 174

第三章 检察制度 / 179

第一节 检察制度概述{一般了解} / 179

第二节 检察机关{一般了解} / 179

第三节 检察官{重点掌握} / 181

第四节 检察制度的基本原则{理解运用} / 184

第五节 检察工作的主要制度{重点掌握} / 185

第四章 律师制度 / 192

第一节 律师制度概述{一般了解} / 192

第二节 律师执业{重点掌握} / 193

第三节 律师事务所和律师{重点掌握} / 194

第四节 法律援助制度{一般了解} / 202

第五章 公证制度 / 208

第一节 公证制度概述{一般了解} / 208

第二节 公证机构和公证员{重点掌握} / 210

第三节 公证程序{重点掌握} / 212

第四节 公证效力{重点掌握} / 215

第六章 法官职业道德和职业责任 / 217

第一节 法官职业道德的概念和特征{一般了解} / 217

第二节 法官职业道德的主要内容{理解运用} / 218

第三节 法官职业责任{重点掌握} / 223

第七章 检察官职业道德和职业责任 / 226

第一节 检察官职业道德概述{一般了解} / 226

第二节 检察官职业道德的主要内容{理解运用} / 227

第三节 检察官职业责任{一般了解} / 229

第八章 律师职业道德和职业责任 / 236

第一节 律师职业道德概述{一般了解} / 237

第二节 律师职业道德的主要内容{重点掌握} / 237

第三节 律师执业行为规范{重点掌握} / 238

第四节 律师职业责任{重点掌握} / 247

第九章 公证员职业道德和职业责任 / 252

第一节 公证员职业道德的概念和依据{一般了解} / 252

第二节 公证员职业道德的主要内容{一般了解} / 252

第三节 公证职业责任{一般了解} / 253



第一章 法的本体

【重点提示】

任何一门科学的出发点都是它的研究对象的本体性质。法律本体就是法这一社会存在物及其本质、关系和规律。关于这些问题的理论研究就是法的本体论。法的本体论涉及法的概念、法的价值、法的要素、法的渊源与分类、法律部门与法律体系、法的效力、法律关系、法律责任等方面的内容。本章共分八节，在法理学中内容最多，在历次司法考试中所占分值最多，在近五次的考试中，本章分值占到总分的50%。其中法的概念、法的要素、法的渊源与分类、法律关系和法律责任五节属于重点节。

★ 已考考点及法条归纳：

考查次数	已考考点
9次	法律价值及其冲突
8次	权利与义务
7次	法律事实
7次	法律渊源
5次	法律原则
5次	法律效力的准则
4次	法律规则与法律原则
4次	法律关系的性质
3次	法律制裁
3次	法律责任的性质
3次	马克思主义法的本质学说
3次	指引作用
2次	免责
2次	法律规则的分类
2次	法律关系的客体
2次	法律作用的局限性
2次	法律体系
2次	法律规则的逻辑结构
1次	归责原则
1次	责任竞合
1次	法律分类
1次	违法
1次	法律关系的主体
1次	行为能力
1次	法律汇编与法律编纂
1次	法律汇编的可诉性

第一节 法的定义{重点掌握}

一、法概念的争议{重点掌握}

1. 法概念争议的核心:法律与道德之间是否存在概念上的联系。

2. 法律实证主义:不承认存在必然联系的。

(1)定义要素:权威性制定与社会实效;

(2)权威性制定为主,社会实效为辅:分析法学;

(3)社会实效为主,权威性制定为辅:法社会学与法律现实主义。

3. 非实证主义:承认存在必然联系的。

(1)古典自然法学:以内容的正确性为定义要素。

(2)第三条道路:以权威性制定、社会实效与内容的正确性为定义要素。

※【题例】

“现今的很多法律格言都是在古罗马时期形成的,‘法律仅仅适用于将来’就是一例。这一思想后来被古典自然法学派所推崇,并体现在法国人权宣言和美国宪法之中,形成了法不溯及既往原则”。根据此引文以及相关法学知识,下列正确的表述是:
(B·2008/一/91)

A. 古罗马时期的法律是用法律格言的形式表现的

B. “法律仅仅适用于将来”已经成为现代社会的法律效力原则

C. 只有古典自然法学派强调法不溯及既往的原则

D. 法不溯及既往仅仅是人权宣言和宪法通行的效力原则

解析:A项明显错误,不当选。C项的表述太绝对,并不是只有古典自然法学派强调法不溯及既往。D项说法太绝对,因为就有关侵权、违约的法律和刑事法律而言,一般也以法律不溯及既往为原则。B项承认法不溯及既往原则并非绝对,没有否认有利原则,表述正确,当选。

二、马克思主义关于法律本质的看法

法的本质的展现过程,反映了法的本质的层次性:

1. 法的本质最初表现为法的正式性。{重点掌握}

(1)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。

(2)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。

(3)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。

2. 法的本质其次反映为法的阶级性。{一般掌握}

(1)法所体现的国家意志,从表面看,具有一定的公共性、中立性。

(2)按照马克思主义观点,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意志,国家意志就是法律化的统治阶级意志。

3. 法的本质最终体现为法的社会性。{一般掌握}

(1)马克思主义法律理论分析社会的特点在于:①认为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,而生产力则是不断发展变化的;④生产力的不断发展最终导致法律在内的整个社会的发展变化。

(2)按照这种观点,国家不是在创造法律,而只是在表述法律。所以,法的本质存在于国家与社会的对立统一的关系之中。

※【题例】

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?(D·2007/一/1)

- 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

解析:A错,因为非马克思主义法学也包括将法律视为某种社会现象的观点。B、C与题干表述无关。

三、法的特征{重点掌握}

(一)法是调整人的行为的社会规范{注意理解}

1. 法律与自然法则:

(1)自然法则是自然现象之间的联系,自然现象的存在与人的思维和行动无关,因此它不具有文化的意蕴。

(2)社会规范则是无数思维着的理性的个人行动的结果。从这个意义上说,社会规范也是一种文化现象。

2. 法律与其他社会规范。

(1)法律是一种以公共权力为后盾的、具有特殊强制性的社会规范。

(2)而习惯、道德、宗教、政党政策等社会规范则建立在人们的信仰或确信的基础上,通过人们的内心发生作用。因此,它们不仅是人的行为的准则,而且也是人的意识、观念的基础。

(二)法是公共权力机构制定或认可的具有特定形式的社会规范

目前,国家形成法律有两种基本方式:

1. 制定。

2. 认可。{重点掌握}

(1)明示认可: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;

(2)默示认可: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。

(三)法是具有普遍性的社会规范

法的普遍性的含义:

- 1. 在国家权力所及的范围内,法具有普遍效力或约束力。
- 2. 近代以来,法的普遍性也要求平等地对待一切人,要求法律面前人人平等。

3. 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。

※【题例】

《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定:各地高级人民法院可根据本地区经济发展状况,并考虑社会治安状况,在本解释规定的数额幅度内,分别确定本地区执行“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准。依据法理学的有关原理,下列正确的表述是:(C·2007/一/92)

- A. 该规定没有体现法的普遍性特征
- B. 该规定违反了“法律面前人人平等”的原则
- C. 该规定说明:法律内容的决定因素是社会经济状况
- D. 该规定说明:政治对法律没有影响

解析:A、B项都以具体反对抽象原理,所以错。D项是错误的观点。

(四)法是以权利义务为内容的社会规范

可以进一步看出国家法律与自然法则的区别:

1. 法律以权利义务为内容,意味着一定条件具备时,人们可以从事或不从事某种行为,必须做或必须不做某种事。至于法律的要求对或不对,人们的选择正确与否,就是另外的一个问题了。

2. 而自然法则则不是人们的选择问题,一定的条件具备,必然出现一定的结果。

(五)法律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{注意领会}

- 1. 没有保证手段的社会规范是不存在的。
- 2. 法律就一般情况而言是一种最具有外在强制性的社会规范。

(六)法是可诉的规范体系,具有可诉性

可诉性表明法的实现方式的不同。

※【题例】

下列哪一选项体现了法律的可诉性特征?(B·2007/一/7)

- 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

解析:A、C、D三项均错。可诉性指的是可以通过诉讼的方式保护自己的权利,因此可诉性是通过考察司法过程总结出来的法律特征。而A、C、D均属于立法的范围,或者是立法的过程(C),或者是立法的结果(A、D)。

四、法的作用

(一)唯物史观认为{一般掌握}

1. 法的作用体现在法与社会的交互影响中,在社会发展的过程中,法作为上层建筑的组成部分,其产生、存在与发展变化都是由社会的生产方式决定的。法在由社会所决定的同时,也具有相对的独立性。

2. 法的作用直接表现为国家权力的行使。法律的作用与国家的地位和作用互为表里。

3. 法的作用本质上是社会自身力量的体现。法能否对社会发生作用,法对社会作

用的程度,法对社会所发生作用的效果,不是法律自身能够决定的。

(二)法的作用分类

法的作用可以分为规范作用与社会作用。这是根据法在社会生活中发挥作用的形式和内容,对法的作用的分类。

(三)法的规范作用可分为{重点掌握}

1. 指引作用:指法对本人的行为具有引导作用。

(1)对人的行为的指引有两种形式:

第一,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;

第二,规范性指引,是通过一般的规则对同类的人或行为的指引。

(2)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:

第一,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。

第二,不确定的指引,又称选择的指引,指通过宣告法律权利,给人们一定的选择范围。

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。这种作用又具体表现为示警作用和示范作用。

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。

(四)法的社会作用主要涉及三个领域和两个方向{一般掌握}

1. 三个领域:①社会经济生活;②政治生活;③思想文化领域。

2. 两个方向:①政治职能(阶级统治的职能);②社会职能(执行社会公共事务的职能)。

(五)法作用的局限性(反对法律万能论){重点掌握}

1. 法律是以社会为基础的,因此,法律不可能超出社会发展需要“创造”社会;

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;

3. 法律自身条件的制约,如语言表达力的局限。

第二节 法的价值{一般掌握}

一、法的价值的含义{一般掌握}

(一)法的价值

是指法这种规范体系(客体)有哪些为人(主体)所重视、珍视的性状、属性和作用。

(二)法的价值的意义

具体而言,法的价值这一范畴包含如下意义:

1. 同价值的概念一样,法的价值也体现了一种主客体之间的关系。也就是说,它是由人对作为客体的法律的认识,从这个意义上而言,法的价值不是以人受制于法律,而是以人作为法律的本体这一关系得以存在的。法律无论其内容抑或目的,都必须符合人的需要,这是法的价值概念存在的基础;

2. 法的价值表明了法律对于人们而言所拥有的正面意义,它体现了其属性中为人

们所重视、珍惜的部分。

3. 法的价值既包括对实然法的认识,更包括对对应然法的追求。

二、法的价值的种类{一般掌握}

(一)自由

1. 法的价值上所言“自由”,即意味着法以确认、保障人的这种行为能力为己任,从而使主体与客体之间能够达到一种和谐的状态。

2. 就法的本质来说,它以“自由”为最高的价值目标。

3. 自由在法的价值中的地位,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。

(二)秩序

1. 法学上所言秩序,主要是指社会秩序。它表明通过法律机构、法律规范、法律权威所形成的一种法律状态。

2. 法律总是为一定秩序服务的,也就是说,在秩序问题上,根本就不存在法律是否服务于秩序的问题。所存在的问题仅在于法律服务于谁的秩序、怎样的秩序。

3. “秩序”之所以成为法的基本价值之一,是因为:

(1)任何社会统治的建立都意味着一定统治秩序的形成;

(2)秩序本身的性质决定了秩序是法的基本价值;

(3)秩序是法的其他价值的基础。

(三)利益

1. 法对利益的调控:①利益表达;②利益平衡。

2. 在法治社会中,法对利益的调控,必须正确处理好三种利益关系:①公共利益与私人利益的关系;②短期利益和长远利益的关系;③物质利益和精神利益的关系。

(四)正义

在法律上如何实现正义这一价值标准:

1. 正义是法的基本标准。法律只有合乎正义的准则时,才是真正的法律。

2. 正义是法的评价体系。正义担当着两方面的角色:①它是法律必须着力弘扬与实现的价值;②它可以成为独立于法之外的价值评判标准,用以衡量法律是“良法”抑或“恶法”。

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上进化的观念源头,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,它使得依法治国作为正义所必需的制度建构而存在于现在民主政体之中,从而突出了法律在现在社会生活中的位置;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

1. 从主体而言,法的价值冲突常常出现于三种场合:{一般掌握}

(1)个体之间法律所承认的价值发生冲突。

(2)共同体之间价值发生冲突。

(3)个体与共同体之间的价值冲突。

2. 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。{重点掌握}

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，在先的价值优于在后的价值。

第一，一般而言，自由代表了人的最本质的人性需要，它是法的价值的顶端；

第二，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；

第三，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。

※【题例】

我国《刑法》第 21 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？（C·2008/一/3）

A. 价值位阶原则

B. 个案平衡原则

C. 比例原则

D. 功利原则

解析：我国《刑法》第 21 条的规定，不涉及不同位阶的法的价值，因此排除 A 项；这一规定也没有考虑主体之间的特定情形、需求和利益，因此也排除 B 项；这一规范表现出尽可能实现“最小损害”或“最少限制”的理念，即使某种价值的实现必然会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。根据上述内容，我国《刑法》第 21 条中的价值平衡，适用的是比例原则。因此，答案为 C 项。需要注意的是，D 项“功利原则”为干扰项，法的价值冲突的解决原则中没有此原则。

第三节 法的要素{理解运用}

一、法律规则

(一) 法律规则的逻辑结构{重点掌握}

任何法律规则均由假定条件、行为模式和法律后果三个部分构成。

1. 假定条件：指法律规则中有关部门适用该规则的条件和情况的部分，即法律规则在什么时间、空间、对什么人适用以及在什么情境下法律规则对人的行为有约束力的问题。包含两个方面：

(1) 法律规则的适用条件。

(2) 行为主体的行为条件。

2. 行为模式：指法律规则中规定人们如何具体行为之方式或范型的部分。根据行为要求的内容和性质不同，法律规则中的行为模式分为三种：①可为模式；②应为模式；③勿为模式。

3. 法律后果：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，是法律规则对人们具有法律意义的行为的态度。根据人们对行为模式所做出的实际行为的不同，法律后果又分为两种：①合法后果，又称肯定式的法律后果；②违法后果，又称否定式的法律后果。