

法律版
FALUBAN



司法考试名师讲义

SIFA KAOSHI MINGSHI JIANGYI

2008全新版

法理学·宪法·法制史·司法制度和法律职业道德

法律考试中心/组编

周旺生 焦洪昌/主编



司法考试名师讲义

法理学·宪法·法制史· 司法制度和法律职业道德

(2008 全新版)

法律考试中心 组编

周旺生 焦洪昌 主编

撰稿人(以撰写章节为序)

周旺生 余履雪

王爱声 张英

焦洪昌 姚国建

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学·宪法·法制史·司法制度和法律职业道德/
周旺生,焦洪昌主编. —北京:法律出版社,2007. 12
(司法考试名师讲义)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7966 - 7

I. 法… II. ①周…②焦… III. ①法理学—法律工作者—
资格考核—自学参考资料②宪法—中国—法律工作者—
资格考核—自学参考资料③法制史—中国—法律工作者—
资格考核—自学参考资料④司法制度—中国—资格考核—
自学参考资料⑤法律工作者—职业道德—中国—资格考核—
自学参考资料 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 181034 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/21.25

字数/423 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7966 - 7

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

精华要点导引

司法考试科目很多,对于参加司法考试的考生而言,准确高效地复习备考,是成功的关键,而慎选一本好的教材更是十分必要。

为了节省考生的时间,经过广泛调研,充分借鉴司法考试高分通过者的经验,按照备考规律及应试要求,约请全国司法考试辅导领域名师,以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,整理整合,编写体例简洁清晰,彰显实用效果。

本书主要内容如下:

一、导读。简介学科构架,指点复习方法与应试技巧。

二、内容提要及体系表。提示重要内容,明晰学科体系,对最新修正、修改和重要法律法规、司法解释的相关条文对比列表或加以说明,参照记忆。

三、重点讲解。在保持学科体系完整的前提下,突出考点;重点讲解、辨析考试要点及难点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

四、实例演练。每一重要知识点均设例题及答案解析,解疑释惑,辨析法理,实现从理论知识到解题能力的迅捷转化。

每一位司法考试考生都渴望得到名师的口传心授,悉心点拨,在此意义上,把他们亲力亲为的倾心之作编辑出版,无疑是广大考生的福音。同时,这种集大成“一站式”教科书的出版,也是我们根据司法考试最新变化,及时满足考生备考需求,更好地服务考生一贯宗旨的最新奉献。

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

法 理 学

导读——如何备考司法考试中的法理学	(1)
第一讲 法的本体	(3)
一、法的概念	(5)
二、法的价值	(8)
三、法的要素	(13)
四、法的渊源与分类	(18)
五、法律部门与法律体系	(24)
六、法的效力	(25)
七、法律关系	(28)
八、法律责任	(35)
第二讲 法的运行	(40)
一、立法	(42)
二、执法与司法	(47)
三、守法与违法	(53)
四、法律监督	(55)
五、法律解释与法律推理	(60)
第三讲 法的演进	(65)
一、法的起源	(67)
二、法的发展	(70)
三、法的传统	(74)
四、法的现代化	(79)
五、法治理论与社会主义法治理念	(81)
第四讲 法与社会	(84)
一、法与社会的一般理论	(86)
二、法与经济	(87)
三、法与政治	(90)

四、法与道德	(92)
五、法与宗教	(94)
六、法与人权	(97)

宪 法

导读——如何备考司法考试中的宪法	(99)
第一讲 宪法基本理论	(102)
一、宪法的概念	(103)
二、宪法的历史发展及其分类	(106)
三、宪法的基本原则	(115)
四、宪法的作用	(118)
五、宪法的渊源与结构	(120)
六、宪法规范	(123)
七、宪法关系	(124)
八、宪法与宪政	(126)
第二讲 国家的基本制度(上)	(128)
一、人民民主专政制度	(131)
二、国家的基本经济制度	(132)
三、国家的基本文化制度	(135)
第三讲 国家的基本制度(下)	(136)
一、政权组织形式	(137)
二、选举制度	(139)
三、国家结构形式	(144)
四、民族区域自治制度	(146)
五、特别行政区制度	(148)
第四讲 公民的基本权利与义务	(155)
一、概述	(156)
二、我国公民的基本权利	(159)
三、我国公民的基本义务	(167)
四、我国公民基本权利与义务的主要特点	(168)
第五讲 国家机构	(170)
一、国家机构概述	(173)
二、全国人民代表大会及其常务委员会	(174)
三、中华人民共和国主席	(183)
四、国务院	(185)

五、中央军事委员会	(188)
六、地方国家机构	(188)
七、人民法院与人民检察院	(196)
第六讲 宪法的实施及其保障	(202)
一、宪法的解释	(203)
二、宪法的修改	(204)
三、宪法的实施保障	(206)

法 制 史

第一讲 中国法制史	(209)
一、西周至秦汉、魏晋时期的法制	(210)
二、唐宋至明清时期的法制	(220)
三、清末、民国时期的法律	(232)
第二讲 外国法制史	(239)
一、罗马法	(240)
二、英美法系	(245)
三、大陆法系	(249)

司法制度和法律职业道德

第一讲 司法制度和法律职业道德概述	(259)
第二讲 审判制度	(265)
第三讲 检察制度	(276)
第四讲 律师制度	(282)
第五讲 公证制度	(289)
第六讲 法官职业道德	(300)
第七讲 检察官职业道德	(309)
第八讲 律师职业道德	(315)
第九讲 公证员职业道德	(324)

法理学

导 读

——如何备考司法考试中的法理学

作为从现实的和历史的各种法律现象中研究法的基本问题和一般规律的学科,法理学是法学的主要理论学科,是全部法学专业、法律专业和法学教育必修的专业基础课程。法学的所有分支学科几乎都与法理学存在不同程度的关联,鉴于此,国家司法考试每年都在试卷中组织一定比例的法理学试题,以考查司法考试应试人员掌握和运用法学基础理论的水平。本书在讲授法理学基本理论的基础上,配有相应的例题及其解析步骤,旨在使考生掌握相关的知识点及解题基本思路 and 技巧,并在司法考试试卷一的应试中取得佳绩。

在使用本书复习备考的过程中,考生应当把握这样一条基本规律:注重法理学的知识点的学习和应用。这不仅本书作者多年从事司法考试辅导的经验之谈,也是为广大成功考生屡次验证的秘诀。具体来说,“注重知识点的学习”要求考生在全面理清、了解法理学学科内容的知识点的基础上,做好4个“点位”的工作,即:突出重点,突破难点,排除疑点,洞察迷点。考生备考应当注意以下几个方面:

1. 全面复习,不留死角。考生要摒弃侥幸心理,对任何知识点都要搞懂,克服猜题、押题的毛病。全面复习有助于考生发现教材中的重点、难点、疑点问题,提高复习的针对性。

2. 熟知理论,掌握技巧。考生对于法理学的基础理论问题及相关知识点要做到熟知,而不是一知半解,应当结合历年试题和例题解析不断训练解题方法。只有综合以上这两个方面,才能保证在应试过程中头脑清醒,解题熟练。

3. 开阔眼界,联系实务。法理学的理论性很强,考生不能仅仅依赖记忆,而要特别注重结合司法实务——结合对各个部门法知识的学习,提高和强化对法学基础理论的理解,训练自己依靠法理分析、判断和解决实际问题的能力。

近年来,法理学部分的命题出现了一些变化。自2003年起,司法考试试卷四增加了论述题型。例如2003年司法考试试卷四第8题,要求考生“谈谈对某市治理交通秩序新举措合法性、合理性的认识”,要求考生“不能仅就此举引发的一些问题、个案谈具体适用法律的意见”。近几年的论述题虽然表面上看只是与部门法知识有直接关联,分数也并不归入法理学,但是从命题思路上看,旨在考查考生对于法律现象

的微观分析和整体评价的综合能力,考生仅凭部门法的知识显然难以圆满解题。2004年至2006年的论述题虽然降低了字数要求,但是难度并未降低,考生只有具备比较扎实的法理知识功底方能应对自如。自2004年起,法理学部分的分值增至20分。2006年的法理学部分,单项选择题7个,多项选择题6个,不定项选择题1个,案例分析与论述题增加到35分,且题型分布十分均衡,难度加大。2007年法理学部分增加了许多新的考点,与此相应,在单项选择题和多项选择题数量保持不变的情况下,不定项选择题增加至3个;第四卷第一题(20分)单独考查社会主义法治理念,与以前法理学论述题的出题风格有所不同。这些变化都需要考生不断强化对法理学部分的学习和掌握。

法理学试题的命题思路大体基于两个方面的考虑:一是法理学本身的知识点分布及其可考性;二是晚近颁布的新法的有关内容——每年命题除了考查法理学体系中考生应知应会的知识点以外,还比较注意结合晚近立法的进展。考生应当对此予以充分重视和深入理解。从历年的试题分析,法理学的考试题型主要是选择题,包括单选题、多选题和不定项选择题。命题主要集中在法的渊源和体系分类、法律关系、法的运行、法的起源和发展等章节。这些章节涉及的考查知识点占法理学总分数的比例达到70%左右。值得考生注意的是,由于2000年颁布实施立法法,有关立法权限、法律渊源效力位阶、法律解释推理、法律责任和制裁也成为出题的新热点。立法法几乎每年必考,它所涉及的某些知识点,例如“立法权限的划分”、“地方立法权限”等知识点频频考查。除此之外,建议考生对与立法法有关的其他知识点也多加注意,建议重点掌握立法原则、立法权限、法律解释、立法程序、适用与备案等知识点,详细研读《立法法》第7—13、21—25、27、28、39、41、42、46、47、50、56、61、63—65、69、73、76、78—91条等条文。此外,近年对于“法与社会”的考查体现出各个考点综合考查的特点,也不能小视。

近些年司法考试法理部分命题的考查形式更趋灵活,出现了运用实例来考查法理知识点的现象,许多试题的题干本身就是一个具体的法律现象或法律事实,要求考生运用法理知识予以解答。更应当注意的是,近年来命题者在试题选项设计上也颇费心思(例如2004年司法考试试卷一第81题),类似这样的题目题干较长、选项多,有较强的干扰性、迷惑性,对考生的解题技巧要求较高,考生对此应当有充分的心理准备。

第一讲 法的本体

内容提要

这一讲主要阐述有关法的基本理论。涉及8个方面: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。从司法考试的角度讲,考生应当在理解有关法的一些基本理论、原理的基础上具备分析、解决相关实际问题的能力。

学习法的概念,应掌握法的概念,法的本质以及法的本质与法的关系;重点理解法的特征和法的作用。

学习法的价值,应掌握法的价值的含义以及法的价值判断与事实判断。

学习法的要素,应重点理解法律规则的分类以及划分标准、法律权利和法律义务的概念及相互关系以及权利和义务的分类和划分标准;掌握法律规则的逻辑结构、法律规则与法律条文的区别、法律原则的概念、法律原则与法律规则的区别、法律概念。

学习法的渊源与分类,应重点掌握法的渊源的涵义、法的效力渊源、法的正式渊源与非正式渊源、法的渊源的分类以及划分标准、当代中国法的渊源、规范性文件规范化和系统化、法的分类以及划分标准。由于有一定数量的考题,这一部分的内容应当给予充分的重视。

学习法律部门与法律体系,应当重点掌握法律部门的涵义以及划分标准和原则、法律体系的涵义以及当代中国的法律体系。

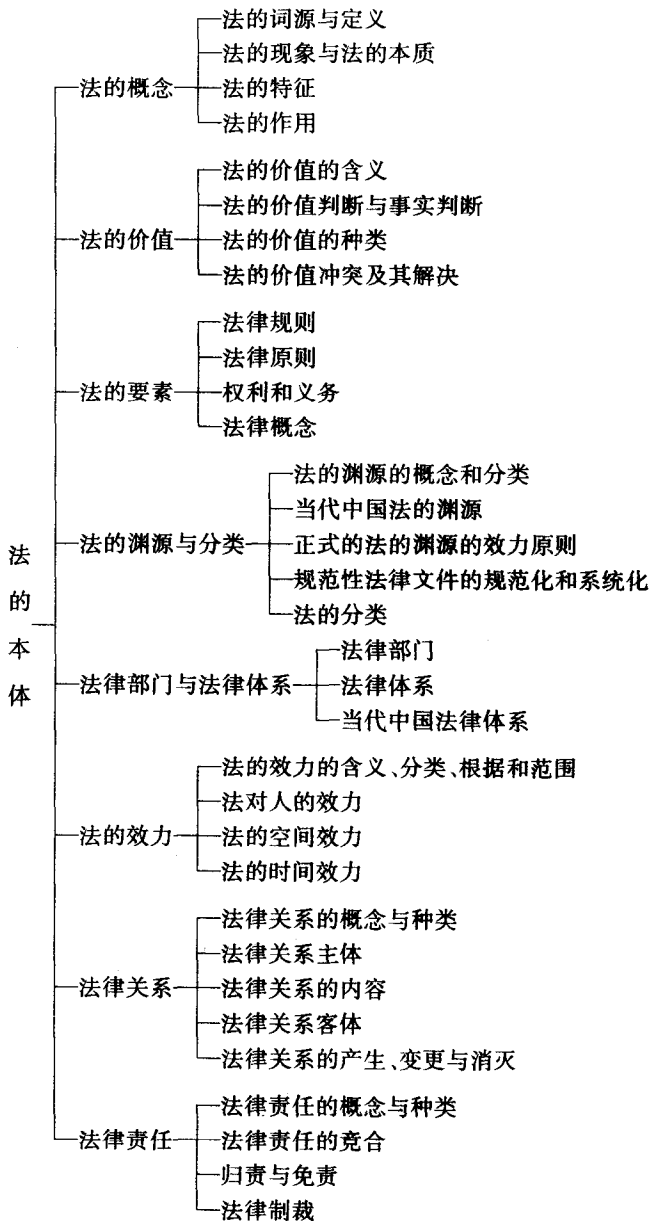
学习法的效力,应当重点掌握法的效力的涵义、法的效力范围以及法对人的效力、法的空间效力以及法的时间效力。应当结合我国相关法律的规定,在理解的基础上侧重实际运用,在这方面有一定数量的考题。

学习法律关系,应当掌握法律关系的涵义与特征、法律关系的种类、法律关系主体的涵义与种类、权利能力和行为能力、法律关系的内容、法律关系客体的涵义和种类、法律关系的产生、变更与消灭。

学习法律责任,应重点掌握法律责任的涵义、特点、种类,法律

责任与权利、义务的关系、法律责任的归责原则以及法律责任的免责条件、法律制裁的含义与种类。学习这一部分,应将重点放在分析、解决实际法律问题上。

【体系表】



一、法的概念

(一)法的词源与定义

1. 中国法的词源。汉字法的古体为“灋”。由廌(zhì)、水、去三字组成。据东汉许慎所著《说文解字》一书的解释:“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”一般认为中国古代“法”字的主要含义是刑。“平之如水,从水”,一般解为法具有公平与正义的意思,代表公正。而“廌”则是一种传说中古代的独角神兽,性中正、辨是非,闻人论则咋不正、见人斗则咋不直,带有神明裁判的意蕴。另外,在中国古代,法与刑、法与律可互训,含义相通。因此,古代中国法、刑、律只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。不过从清末修律开始,汉语中的“法”、“律”的词义有所变化,不再局限于“刑”的范围。

2. 欧洲法的词源。在拉丁语中,Jus 和 Lex 分别代表了两种意义上的法。Jus 是抽象意义上的法和权利,兼有正义、公平的道德意蕴,通常在形而上学的范围内讨论;而 Lex 则是一个经验范围内的概念,原指罗马王政时期国王制定的法律和共和国时期各立法机构通过的法律。在欧洲法律思想发展史上,抽象的法与具体的法相分立的二元思想方式具有广泛的影响。

3. 法的定义。我国法律,从狭义上说,专指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性法律文件;从广义上说,则泛指一切国家机关依照法定权限和程序制定的规范性法律文件。

一般意义上的法律,指国家制定或认可的并以国家强制力保证实施的行为规范的总和。在法学中,一般意义上的法律有时又被简称为法。

(二)法的现象与法的本质

[考查频率] ☆☆☆(2002 年,不定项;2004 年,单选;2007 年,单选)

1. 法的现象:法的现象是指能够体验的、凭借直观的方式可以认识的外部联系的总和,是直观的感性对象——法本身。

2. 法的本质:

(1)法的本质表现为法的正式性,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。

(2)法的本质反映为法的阶级性,即指在阶级对立的社会,法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志。

(3)法的本质最终体现为法的物质制约性,即指法的内容受到社会存在这个因素的制约,最终也是由一定社会物质生活条件决定的。

(三)法的特征

[考查频率] ☆☆(2000 年,多选;2007 年,单选)

1. 法是调整人的行为的社会规范。首先,作为社会规范,法律不同于技术规范 and 自然法则;其次,作为调整行为的社会规范,法律又不同于其他社会规范。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,而习惯、宗教、道德、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。

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。法律形成于公共权力机构,这是法律与其他人为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:一种是制定法律,即享有国家立法权的机关,按照一定的权限划分,依照法定的程序将掌握政权阶级的意志转化为法律。通过制定方式形成的法律又被称为成文法、制定法。另一种是通过国家认可的方式形成法律,就是对社会中已有的社会规范赋予法的效力。而国家认可又有两种情况: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. 法是普遍性的社会规范。具有 3 层含义:一是普遍有效性;二是近代以来,法的普遍性也表现为普遍平等对待性;三是普遍一致性。这里讲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。

5. 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。

6. 法是可诉的规范体系,具有可诉性。

(四)法的作用

[考查频率] ☆☆(2002 年,多选;2005 年,多选)

1. 法的作用:泛指法对社会发生的影响。法的作用可分为规范作用与社会作用。

2. 法的作用的分类:

(1) 法的作用可分为法的规范作用 and 法的社会作用。从法是一种社会规范来看,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,社会作用是法规范社会关系的目的。

(2) 法的规范作用和社会作用的关系:法的规范作用 and 法的社会作用相辅相成,不可分割。两者是手段和目的的关系,规范作用是手段,社会作用是目的,即法通过调整主体的行为这种规范作用来实现维护经济基础和发展社会生产力的作用。法的作用的特征之一就在于它是以自己特有的规范作用来实现它的社会作用的。

3. 法的规范作用。法的规范作用可以分为指引作用、评价作用、教育作用、预测作用和强制作用 5 种。

(1) 法的指引作用:

[考查频率] ☆(2002 年,多选)

法的指引作用是指法对本人的行为具有引导作用。对人的行为指引有两种形式:一种是个别性指引,即通过一个具体的指示形成对具体的人的具体情况的指引;

另一种是规范性指引,是通过一般的规则对同类的人或行为的指引,规范性指引具有更大的意义。

〔难点辨析〕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:一种是确定性的指引,即通过设置法律义务,要求人们作出或抑制一定的行为,使社会成员明确自己必须从事或不得从事的行为界限;另一种是不确定的指引,又称选择性指引,是通过宣告法律权利,给人们一定的选择范围。

〔例〕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年试卷一第32题)

- 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10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

〔答案及解析〕BCD。本题要求在理解的基础上运用法的指引作用来判断集体的法律规则属于哪类指引。宪法对公民人格尊严的保护是确定的指引,人格权作为对世权,即其他任何人不得侵犯公民个人的人格尊严。刑法条文赋予了人民法院一定的自由裁量权,可根据案情在所列3种刑罚中选择量刑,故属于有选择的指引。而民法中对公民缔约权以及对智力成果请求权的规定则属于有选择的指引,当事人有权决定是否缔约或者申领奖励。

(2)法的评价作用:法的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。法是一种对人的行为的重要的且普遍适用的评价准则,即根据法来判断某种行为是否合法、违法或具有法的效力。

(3)法的教育作用:法的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。这种作用的对象是一般人的行为。这种作用又具体表现为警示作用和示范作用。法的教育作用对于提高公民的法律意识,促使公民自觉遵守法律具有重要的作用。

(4)法的预测作用:法的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。法的预测作用的对象是人们相互之间的行为,包括公民之间、社会组织之间、国家、企事业单位之间以及他们相互之间的行为的预测。

(5)法的强制作用:法的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。强制作用的对象是违法者的行为。离开了强制性,法律就失去了权威;而加强法律的强制性,则有助于提高法律的权威。

4. 法的作用的有限性:法的作用的有限性体现在:(1)法律不可能超出社会发展需要“创造”或改变社会;(2)法律必然受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约;(3)法律规范和调节社会关系的范围和深度是有限的,有些社会关系不宜由法律来调整;(4)法律自身条件(如语言表达能力)的局限。

实例演练

1. 民法通则第145条规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同最密切联系的国家的法律。”这一规定体现了法的什么作用?

- A. 确定性指引 B. 评价作用 C. 选择性指引 D. 个别性指引

【答案】 C

【解析】 法的指引作用可分为确定性的指引和不确定性的指引,即有选择性的指引。确定性的指引是指人们必须根据法律规范的指引而行为,其目的是防止人们作出违反法律指引的行为;有选择性的指引是指人们对法律规范所指引的行为有选择余地,法律容许人们自行决定是否这样行为,其目的一般是鼓励人们,至少是容许人们从事法律所指示的行为。民法通则的这一规定的目的是容许涉外合同当事人,除法律另有规定外,有权选择处理合同争议所适用的法律。因此,本题应当选择C。

2. 下列有关法的作用的说法中正确的是:

- A. 法即刑
B. 徒法不足以自行
C. 法的任务仅仅在于管理、调节、控制和监督
D. 在当代中国法的作用是维护阶级统治和执行社会公共事务

【答案】 B

【解析】 本题主要考查对法的作用的理解。选项A是一种人治的错误观点。这是古代中国法刑不分的一种思维定式:法专指惩治犯罪的刑法。在当代中国,这种看法仍有较大的影响,具有较大的危害性。刑法当然是每个国家法律体系中一个极为重要的部分,但是刑法并不代表整个法律体系,因而选项A的观点是错误的;选项B说明了法的作用的局限性,即使是制定得很好的法,也需要合适的人去正确地执行和运用,也需要得到绝大多数社会成员的支持,因而选项B的观点是正确的;选项C是对法的作用的一种片面的认识。法的目的不仅在于管理、调节等,它还是一种促进自愿协议的事业。法不可能直接下命令使某人成为一个发明家,但它可以为人们发挥才智提供必要的条件,法是刺激人们奋发向上的一个有利手段,因而选项C的观点是错误的;选项D忽视了在当代中国已经不存在阶级统治,因而“维护阶级统治”已经不是当代中国法的作用。故本题应当选择B。

二、法的价值

(一)法的价值的含义

法的价值是指法这种规范体系(客体)有哪些为人所重视、珍视的性状、属性和作用。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。法律无论其内容还是目的,都必须符合人的需要。这是法的价值这一概念存在的基础。

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。也就是说,法的价值意味着它能够满足人们的需要,代表着人们对美好事物的追求。

3. 法的价值既包括对实然法的认识,更包括对应然法的追求,也就是说,法的价值的研究不能以现行的实在法为限,它还必须采用价值分析、价值判断的方法来追寻“什么样的法律才是最符合人的需要的”这一问题。

(二) 法的价值判断与事实判断

1. 价值判断:即关于价值的判断,是指某一特定的客体对特定的主体有无价值、有什么价值、有多大价值的判断。引入法学领域,则意味着就法律所拟定的原则、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等问题。将价值问题引入法学领域,不仅是人们对法律认识的深化,更为主要的则是以人作为价值的主体,来对法律制度进行批判性的认识,从而有利于提高法律与人类生存、需要的关联度。

2. 事实判断:即关于事实的判断,是指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。与价值判断不同的是,法律中的事实判断主要解决“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。

3. 价值判断与事实判断的区别:

(1) 判断的取向不同。法律的价值判断由于是作为主体的人所进行的相关判断,因而它以主体为取向尺度,随主体的不同而呈现出相关差异。例如法律制度上是公平优先还是效率优先的问题,不同的主体会根据自己的认识或者处境作出不同的回答。但事实判断则不然,它是以现存的法律制度作为判断的取向的。简单地说,事实判断是为了得出法律制度的真实情况,如果该种判断是正确的话,那么它的结论就是不以人的意志为转移的。

(2) 判断的维度不同。法律上的价值判断明显地带有个人的印记,具有很强的主观性。甚至可以说,与主体的情绪、情感、态度以及利益、需要等无关或中立的判断,并不能称为价值判断。相反,就法律上的事实判断而言,其目的在于达到对现实法律的客观认识,因而无论是认识的过程或是认识的结果,都应当尽可能地排除自己的情绪、情感、态度等主观性因素对认识问题的介入,而尽可能地做到“情感中立”或“价值中立”。只有这样的研究结果,在科学上才是可信的。

(3) 判断的方法不同。法律上进行价值判断是一种规范性判断的方式,它关注法律应当是怎样的,什么样的法律才符合人性和社会终极理想。换句话说,在进行法律价值判断时,虽然它并不排除对现实法律问题的分析,然而,现实的法律只是作为

价值判断的“靶子”,其基本目的在于引申出“应然”的法律状态与法律理想。但法律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。

(4)判断的真伪不同。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。换句话说,就法的价值而言,它必须经历“历史性”的考验,由社会来取舍、选择。但事实判断的真伪主要在于其与客体的真实情况是否符合。

(三)法的价值的种类

1. 自由:从哲学上讲,自由是指在没有外界强制的情况下,能够按照自己的意志进行活动的能力。霍布斯将自由定义为“没有障碍”,表明主体可以根据自己的意志、目的而行动,而不是按照外界的强制或限制来行动。法的价值角度的自由,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. 秩序:

(1)法学上的秩序主要是社会秩序,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。由不同的人组成的社会要得以维系其存在与发展,就必须确立基本的秩序形式,而在其中,法律在促成人类秩序的形成方面发挥着重要的作用,任何一种法律都是要追求并保持一定社会的有序状态。因此,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。

(2)“秩序”之所以成为法的基本价值之一,是因为:首先,任何社会统治的建立都意味着一定统治秩序的形成,没有秩序的统治,根本就不是统治。法律的根本而首要的任务就是确保统治秩序的建立,因而秩序对于法律来说,无疑是基本的价值。其次,秩序本身的性质决定了秩序是法的基本价值。任何时代的社会,人们都期望着行为安全与行为的相互调试,这就要求通过法律确立惯常的行为规则模式,正是从这个意义上,法律、规则、秩序可以成为同义词;再者,秩序是法的其他价值的基础。诸如自由、平等、效率等法的价值表现,同样也需要以秩序为基础。

3. 利益:

[考查频率] ☆(2005年,单选)

(1)法所体现的意志的背后是各种利益。

[难点辨析] 利益是人们受客观规律的制约的、为了满足生存和发展而产生的、对于一定对象的一种客观需求。离开了利益关系,法无从产生,也无以存在。

[例] 法律与利益有着内在的联系。下列关于法律与利益关系的表述,哪一项是错误的?(2005年试卷一第1题)

- A. 法对社会的控制和调整主要通过对利益的调控而实现
- B. 法律是分配利益的重要手段,法律表达利益的过程,同时也是对利益选择的过程
- C. 民法的诚信原则在维护民事活动中当事人利益和社会利益的平衡方面具有积极作用