



三校名师 司法考试

2007年 国家司法考试

三校名师讲义

理论法学 ①

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编 焦洪昌 晓耕 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

中国检察出版社





三校名师 司法考试

2007年国家司法考试

三校名师讲义

理论法学 ①

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编 焦洪昌 晓耕 陈景辉 叶晓川 / 编著



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

理论法学/焦洪昌等编著. —北京: 中国检察出版社, 2007.3

(三校名师讲义)

ISBN 978 - 7 - 80185 - 718 - 7

I. 理… II. 焦… III. 法的理论 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核 -

自学参考资料 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 033191 号

理论法学

三校名师司法考试命题研究中心/组编

焦洪昌 晓耕 陈景辉 叶晓川/编著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 16 开

印 张: 17.25 印张

字 数: 403 千字

版 次: 2007 年 4 月第一版 2007 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 718 - 7/D · 1694

定 价: 29.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

应 考 指 引

一、法理学

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?概括起来,体现在以下两个方面:第一,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。尤其是在现代社会,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。第二,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:其一,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性的,民众也就丧失了遵守判决的理由。其二,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,不能给当事人模棱两可的态度。然后,借助相关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:第一,确立自身的立场,切忌在矛盾的立场中摇摆不定。第二,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、最具有支持力的理论。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。第三,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,说明支持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考试中的分数,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,我们可以很容易地发现法理学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%,加上第三章法的运行所占的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、宪法学

“人”宪法学在司法考试中的分值为10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不大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。司法考试中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。

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。包括以下几个部分:

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。

重点在于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；特点在于通过学习，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，准确记忆相关知识要点，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，英美法系的形成与特点及其司法制度；
3. 大陆法，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。

重点在于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，通过贯申法制史料，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，准确记忆相关知识要点，并努力做到融会贯通。

四、司法制度和法律职业道德

从历年的司法考试情况看，本部分在第一卷中大约有 12 分左右，其中直接考查纯理论的东西只有二三分。主要考点集中在六个法律规范里面，分别是法官法，检察官法，律师法以及检察官的职业道德，法官和律师职业道德规范。

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	(2)
一、法律职业与法的定义	(2)
二、法的现象与法的本质	(3)
三、法的特征{重点掌握}	(4)
四、法的作用	(5)
第二节 法的价值	(6)
一、法的价值的含义{一般掌握}	(6)
二、法的价值判断与事实判断	(6)
三、法的价值的种类{一般掌握}	(8)
四、法的价值冲突	(9)
第三节 法的要素	(9)
一、法律规则	(9)
二、法律原则	(11)
三、权利与义务	(12)
四、法律概念{一般掌握}	(13)
第四节 法的渊源与分类	(13)
一、法的渊源的概念{一般掌握}	(13)
二、当代中国法的渊源{一般掌握}	(14)
三、规范性法律文件的规范化和系统化{一般掌握}	(14)
四、法的分类{一般掌握、难点}	(15)
第五节 法律部门与法律体系	(15)

一、法律部门{一般掌握}	(15)
二、法律体系{重点掌握}	(16)
三、当代中国法律体系	(16)
第六节 法的效力	(17)
一、法的效力的含义、分类和法的效力范围{一般掌握}	(17)
二、法对人的效力	(17)
三、法的空间效力{一般掌握}	(18)
四、法的时间效力	(18)
第七节 法律关系	(18)
一、法律关系的概念与种类	(18)
二、法律关系主体{一般掌握}	(20)
三、法律关系的内容	(21)
四、法律关系客体	(22)
五、法律关系的产生、变更和消灭{一般掌握}	(23)
第八节 法律责任	(23)
一、法律责任的概念和种类	(23)
二、归责与免责	(24)
三、法律制裁{一般掌握}	(24)
第二章 法的运行	(26)
第一节 立法	(26)
一、立法的定义{一般掌握}	(26)
二、立法体制{一般掌握}	(27)
三、立法原则{一般掌握}	(27)
四、立法程序{一般掌握}	(28)
第二节 执法与司法	(29)
一、法的实施的概念{一般掌握}	(29)
二、执法{一般掌握}	(30)
三、司法{重点掌握}	(30)
第三节 守法与违法	(32)
一、守法{一般掌握}	(32)
二、违法{一般掌握}	(33)
第四节 法律监督	(33)
一、法律监督的含义{一般掌握}	(33)
二、法律监督的实质和构成{一般掌握}	(33)
三、国家法律监督体系{一般掌握}	(33)
四、社会法律监督体系{一般掌握}	(34)
第五节 法律解释与法律推理{重点掌握}	(35)
一、法律解释{重点掌握}	(35)

二、法律推理{重点掌握}	(35)
三、法律解释、法律推理、法律职业、法律思维相互之间的关系{重点掌握} ..	(36)
四、法律解释与法律推理在法律实施中的地位和作用	(36)
五、法律解释与法律推理在审判活动中的应用	(36)
第三章 法的演进	(38)
第一节 法的起源	(38)
一、法的起源的各种学说及其与法的本质学说之间的关系{一般掌握}	(38)
二、原始社会的社会组织和社会规范{一般掌握}	(39)
三、法产生的过程与标志{重点掌握}	(39)
四、法产生的一般规律{重点掌握}	(40)
第二节 法的历史发展	(40)
一、法的历史类型{一般掌握}	(40)
二、关于法的历史阶段的其他划分方式{一般掌握}	(40)
三、资本主义法{重点掌握}	(40)
四、社会主义法(略)	(41)
五、法的继承与法的移植{一般掌握}	(41)
第三节 法的传统	(42)
一、法的传统与当代中国法的传统{重点掌握}	(42)
二、法的传统与法律意识{重点掌握}	(43)
三、西方国家两大法系{重点掌握}	(43)
第四节 法的现代化	(44)
一、法的现代化的含义{重点掌握}	(44)
二、当代中国法治现代化的历史进程与特点{重点掌握}	(45)
第五节 法治理论	(45)
一、法治的含义{重点掌握}	(45)
二、由“法制”概念向“法治”概念的过渡{重点掌握}	(46)
三、社会主义法治国家{重点掌握}	(46)
第四章 法与社会	(48)
第一节 法与社会的一般理论	(48)
一、法与社会的一般关系{一般掌握}	(48)
二、法的社会基础{一般掌握}	(48)
三、法对社会的调整{一般掌握}	(48)
四、法与和谐社会{一般掌握}	(49)
第二节 法与经济	(49)
一、法与经济的一般关系{一般掌握}	(49)
二、我国法律对市场经济建设的作用{一般掌握}	(49)
三、法与科学技术{一般掌握}	(50)

第三节 法与政治	(51)
一、法与政治的一般关系{一般掌握}	(51)
二、法与政策的联系和区别{重点掌握}	(51)
三、法与国家{一般掌握}	(52)
第四节 法与道德	(53)
一、法与道德的联系{重点掌握}	(53)
二、法与道德的区别{重点掌握}	(54)
第五节 法与宗教	(54)
一、法与宗教概述{一般掌握}	(54)
二、法与宗教的相互影响{一般掌握}	(55)
第六节 法与人权	(56)
一、人权的概念与层次{一般掌握}	(56)
二、法与人权的一般关系{一般掌握}	(56)
三、人权的法律保护实践{一般掌握}	(57)

宪法学

第一章 宪法的基本理论	(58)
一、宪法的概念	(58)
二、宪法的历史发展及其分类	(60)
三、宪法的基本原则	(64)
四、宪法的作用{一般了解}	(66)
五、宪法的渊源和结构	(67)
六、宪法规范	(69)
七、宪法关系	(70)
八、宪法与宪政	(71)
第二章 国家的基本制度(上)	(73)
一、人民民主专政制度(略)	(73)
二、国家的基本经济制度	(73)
三、社会主义精神文明建设	(75)
第三章 国家的基本制度(下)	(76)
一、人民代表大会制度	(76)
二、我国选举制度的基本原则{理解运用}	(78)
三、我国是单一制的社会主义国家	(80)
四、民族区域自治制度	(82)
五、特别行政区制度	(83)

第四章 公民的权利和义务	(87)
一、公民基本权利与义务概述	(87)
二、我国公民的基本权利	(89)
三、我国公民的基本义务 (略)	(93)
四、我国公民权利和义务的主要特点	(93)
第五章 国家机构	(96)
一、国家机构概述	(97)
二、全国人民代表大会及其常务委员会	(98)
三、中华人民共和国主席	(103)
四、国务院	(104)
五、中央军事委员会 {一般了解}	(105)
六、地方国家机构	(106)
七、人民法院与人民检察院	(111)
第六章 宪法的实施和保障	(118)
一、宪法实施概述 {一般了解}	(118)
二、宪法的解释	(118)
三、宪法的修改 {重点掌握}	(120)
四、宪法的实施保障	(121)

法 制 史

第一章 中国法制史	(124)
第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制	(124)
一、西周以降的法制思想与法律	(127)
二、秦汉、魏晋时期的法律	(131)
三、司法制度	(134)
第二节 唐宋至明清时期的法制	(136)
一、唐代法律制度	(137)
二、宋元时期的法律	(140)
三、明清时期的法律	(143)
四、司法制度	(145)
第三节 清末、民国时期的法律	(148)
一、清末“预备立宪”	(149)
二、清末修律的主要内容	(151)
三、清末司法体制的变化	(152)
四、民国时期的宪法	(153)

第二章 外国法制史	(155)
第一节 罗马法	(155)
一、罗马法的产生和《十二表法》的制定	(156)
二、罗马法的发展	(156)
三、罗马私法的基本内容	(157)
四、罗马法的历史地位	(158)
第二节 英美法系	(159)
一、英美法的历史沿革	(160)
二、英美法的渊源	(161)
三、美国宪法	(162)
四、英美司法制度	(162)
五、英美法系的形成与特点	(163)
第三节 大陆法系	(164)
一、法国法、德国法和日本法的历史沿革	(165)
二、宪法	(166)
三、民法	(167)
四、司法制度	(168)
五、大陆法系的形成和特点{注意领会}	(169)

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	(171)
第二章 审判制度	(180)
第三章 检察制度	(197)
第四章 律师制度	(210)
第五章 公证制度	(219)
第六章 法官职业道德和职业责任	(226)
第七章 检察官职业道德和职业责任	(234)
第八章 律师职业道德	(241)
第九章 公证员职业道德和职业责任	(250)

法 理 学

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%强。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。

★已考考点归纳

考查次数	已考考点
7次	法律价值及其冲突
7次	权利与义务
7次	法律事实
5次	法律渊源
4次	法律原则
3次	指引作用
3次	法律效力的准则
3次	免责
2次	法律制裁

续表

考查次数	已考考点
2 次	事实判断与价值判断
2 次	马克思主义法的本质学说
2 次	法律规则与法律原则的区别
2 次	法律关系的性质
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	法律责任的性质
1 次	归责原则
1 次	法律规则的逻辑结构
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

第一节 法的定义

一、法律职业与法的定义

(一) 法律方法和法律思维具有三个特点{重点掌握}

1. 用说理的方法而非简单的暴力解决问题。
2. 必须根据法律来说理及判断和解决法律问题。
3. 必须在程序的范围内，通过相应的法律程序确定和解决法律问题。

(二) 法律人忠于法律的前提是法律必须具有一种明确清晰的概念及其对象{一般掌握}

1. 法律必须发展为独立的规范体系和制度形式，才可能成为法律职业者行为的准则。

2. 法律职业者又必须提高自己的知识能力和法律思想水平,从而准确地把握法律。

二、法的现象与法的本质

(一) 以往的法律理论从方法论的角度看,可以分为三类{一般掌握}

1. 从法本身理解法律,认为法律产生、发展、变化的根源在于法的自身。
2. 虽然是从法的外部揭示法律的根源,又都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。
3. 从社会现象交互作用的角度把握法的定义。

(二) 从人类精神的一般发展角度概括法的有{重点掌握}

1. 神意论(历史上最早出现的观点)。
2. 意志论(如黑格尔关于法是自由意志的体现)。
3. 正义论(古罗马法学家塞尔苏士认为:法乃善良公正之术)。

(三) 从法本身理解法的有{重点掌握}

1. 规则论(一般认为法是一个逻辑上自我满足的规则体系)。
2. 命令论(这种观点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来源于权力)。
3. 判决论或预测论(这种观点认为法就是对法官的判决的预测。持这种观点的人认为,法不是写在规范性法律文件中的东西,而是法官的倾向和意见,法官关于案件的处理意见才是真正的法)。

(四) 从法与其他社会现象的关系角度理解法律现象{一般掌握}

1. 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进行研究。
2. 这种观点总体上看,不再将法律视为孤立的、与社会脱节的想象,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。

(五) 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) 法的正式性也体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现。
 - (3) 法的正式性还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。

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

法的普遍性的含义包括：

1. 在国家权力所及的范围内，法具有普遍效力或约束力。

2. 法的普遍性也要求平等地对待一切人的普遍性，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。

(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。

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:

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。

(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:

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: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