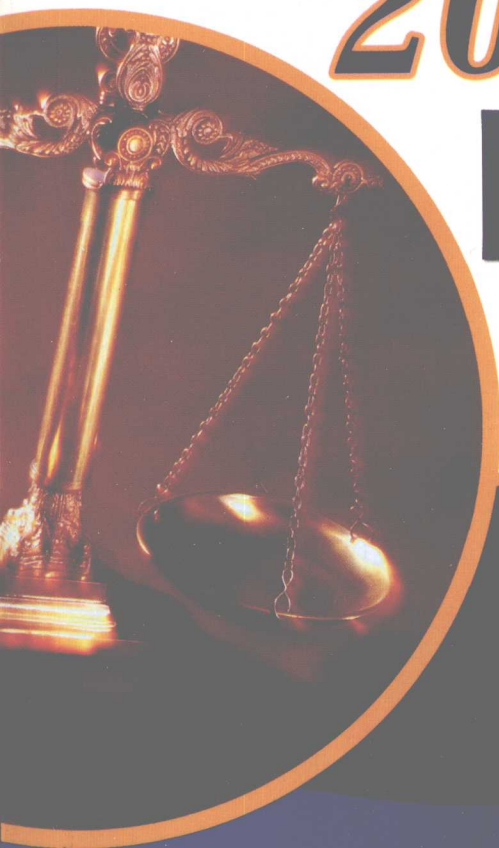


中国政法大学出版社国家司法考试辅导用书编写组 编写

2007年

国家司法考试 复习精要

第 1 册



中国政法大学出版社

2007 年国家司法考试复习精要

(第一册)

中国政法大学出版社

国家司法考试辅导用书编写组 编写

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

2007 年国家司法考试复习精要.第 1 册/中国政法大学出版社国家司法
考试辅导用书编写组编. —北京:中国政法大学出版社, 2007.2

ISBN 978-7-5620-3006-5

I .2... II .中... III .法律工作者-资格考核-中国-自学参考资料
IV .D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 013011 号

书 名 2007 年国家司法考试复习精要(第一册)

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 787×1092 1/16

印 张 19.625

字 数 520 千字

版 本 2007 年 2 月第 1 版 2007 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3006-5/D·2966

定 价 29.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

司法考试已成为我国竞争最为激烈的主要考试之一,如何安排复习成为困扰大多数考生的难题。合理的复习安排和科学的考试方法与考试成绩密切相关,而科学的复习不是试图掌握每一个知识点去获得满分,而是利用有限的复习资源(时间、精力等),按照考试几率的顺序,去尽可能多地掌握被考频度高、分值高的知识点。阅读有价值的辅导用书,是科学、合理复习的应有之意,以使考生达到事半功倍的效果。本书的宗旨正是在于深入了解考生的需求,秉持对考生认真负责的态度,使考生既能全面掌握考点,又能节省时间,记忆牢固,进行更加有效的复习。

本书的内容和特点如下:

1. 以大纲为线索,以教材为参考,全面覆盖考点,详略得当的阐述知识点。如果以指定教材为准,一个认真备考的人,试卷上90%以上的考点都能复习到。所以,本书以大纲为线索对考点进行整理和提炼,尽可能全面地覆盖所有考点,但在内容的阐述上又根据考试的需要有所取舍,帮助考生直击考点,只对考试需要掌握的知识点加以论述和分析。所采用的法理均为目前的通说,对个别异议也予以了标注,供考生了解。

2. 相关知识点下配以司考真题和解析,及时进行实战训练。司考真题的解析历来是司考复习的主要参考之一。本书收录了2002年至2006年共5届司考的真题,这样可以直观地反映出该知识点的重要程度和历年考试情况,使考生深刻体会司法考试的出题思路和命题范式,训练考生的实战能力和应试技巧。

3. 内容结构逻辑性强,层次清晰简练,并运用多种醒示手段,易于记忆,极具可读性。仅仅阅读教材来复习,在几百万字里面寻觅记忆区区几十万字的考点,确实是一条低效而费时的弯路。本书根据最佳记忆理论,采取提纲式逻辑结构,运用符号标示、附注提示等特色编写手段把句子和段落中蕴含的“题眼”专门加以强调提示,使内容层次清晰简练,文体形式活泼鲜明,去除平板乏味之感,增强了记忆的联系性和突出性。书中各种提示方式的含义:

(1)下划线:段中必须特别重视的句子。

(2)“注意”:对重要但易忽视的知识点予以单独强调。

(3)“特别提示”:对部分内容的总结性提示。

4. 针对不同部门法的特点,让作者充分发挥自己的学科优势,选择最有力的编写体例,利用图表、归纳和对比等方式凸显考点,深化记忆,提高复习效率。利用归纳和对比方式,对易混淆知识点进行比较,非常易于考生记忆和运用。

5. 书中所选用的法条均为目前的有效法条,对因法条修订而导致的不同结论亦进行了提示和说明,并对新修订的法规内容予以标注。

6. 为进一步方便读者学习,我们特提供作者的电子邮箱,可以直接与之交流沟通。

当然,由于篇幅所限,书中有些知识点未能详尽展开。但是瑕不掩瑜,本书无论是在早期复习阶段,还是考试冲刺阶段,考生均可适用,尤其是对那些复习时间实在有限的考生来说,使用本书更会起到事半功倍之效。本书的编写是编著者为广大考生提供有价值服务的一种努力,这种努力的效果如何,有待考生评判,但有一点考生们可以确信:编著者的努力是真诚的,也是扎实的。

编 者

2007年1月

目 录

法 理 学

复习方法谈	(1)
第一章 法的本体	(3)
第二章 法的运行	(45)
第三章 法的演进	(64)
第四章 法与社会	(77)

法 制 史

复习方法谈	(97)
第一章 中国法制史	(99)
第二章 外国法制史	(121)

国 际 法

复习方法谈(国际法 国际私法 国际经济法)	(137)
第一章 国际法规范体系及基本原理	(138)
第二章 国际法上的国家、国际组织和个人	(156)
第三章 国际法上的领土和空间	(187)

国际私法

第一章	国际私法的基本理论	(199)
第二章	国际私法主体论	(205)
第三章	冲突法	(210)
第四章	国际民商事争议的解决	(228)

国际经济法

第一章	国际经济法基本原理	(246)
第二章	国际货物贸易	(248)
第三章	对外贸易管理和世界贸易组织	(283)
第四章	国际经济法其他分支之基本制度	(294)

法 理 学

复习方法谈*

法是什么,法如何作用于我们的生活,法经历了何种历史进程,法与社会的关系如何,这些都是法理学必须回答的问题。简言之,法理学以法的一般性和原理性问题为研究对象。法理学是一门基础学科,担当着认识法的一般原理、普遍规律,为各个法学分支学科提供理论依据和思维工具的重任。它将系统阐述法的概念、理论、理念,探讨法的性质、作用、与其他社会现象的关系。它也将仔细理清法的基本范畴,如自由、秩序、利益、正义、法律概念、法律规则、法律原则、权利、义务。借助这些基本范畴,它将展示一整套法律方法和法律思维。无论法的基本范畴,还是法律方法和法律思维,都适用于各个部门法,都是解决法律问题的必备工具。

法理学有着极强的理论性,概念较多、关系较多、原理较多,抽象程度高,要求的思维量大,初学者往往感觉难度较大,不易上手。有许多辅导材料分析了司法考试试卷后认为法理学分值不高,题型以选择题为主,侧重考察理论性的题目,而应用性考察较少,因此建议考生将复习的重点放在基本概念和基本理论的理解上。这种观点可以找到数据的支持,比如每年直接考察法理学知识的分数:2002年法理学的分值为19分,2003年为12分,2004年为20分,2005年为23分,2006年为23分。

但是我们认为这种观点存在两个误区,即对法理学功能和司法考试的双重误读。如前所述,法理学确实有很强的理论性,但是法理学像任何一门部门法一样也有极强的实践性,这体现在法理学为我们解决法律问题提供了入手的角度、分析的途径、解释的方法、论证的方式、说理的依据。毕竟不能解决实际问题的法理学是无用的法理学,不能体现法学的实践性的法理学是失败的法理学。法理学与实践之间的息息相关已是不容忽视之铁律。兹举例说明之。

耶林面临“一物二卖之出卖人于该物因不可抗力灭失时得否向二买受人请求价金”之现实案例时,从概念法学立场出发,因而陷入被折磨,甚至绝望的境地,痛定思痛,转而从概念法学的藩篱中破壁而出,始创目的法学,一改法学之机械气象。

德国当代法学泰斗阿图尔·考夫曼仅以“泼洒硫酸于被害人脸上并抢走其钱包的行为是否构成危险强盗罪”之例说明了法诠释学派的几乎全部观点。

而旨在为我国法治事业选拔法律职业者的司法考试,不能不以建立在坚实理论基础上的实践性为最大的特色。纵观整个司法考试洋洋四大卷题目,确实存在直接以某一理论观点的了解为考察对象的题目,但是其比重极小。无论何种题型,绝大多数题目都是提供一个案例,要求考生对此

* 作者联系方式:zzlcm1@sina.com

进行分析,提出法律意见,案例题还要求考生对自己的意见进行论证说理。毋庸置疑,如果没有学好法理学,没有经过一定的法律思维训练,掌握一定的法律方法,法律理论和论证理路,是无法较好的处理这类题目。而2003年、2004年、2005年卷四第8题与2006年卷四第5题、第6题展现了以实践性的问题为轴考察法理功底思路,更加突出了司法考试的特点:法学理论与部门法知识同时考察,注重考察考生的应用法学理论的实践能力。实际上,2006年虽然卷一中考察法理学知识的分数为23分,但是加上卷四第5题(35分)与第6题(35分)的分数,考察法理学知识的直接分数竟然达到93分之巨。即使是减去卷四第5题第一问的分数(该问主要考察行政法原理),考察法理学知识的直接分数也在70分左右。

根据法理学的学科定位和司法考试的特点,我们认为不要因为法理学的理论性强、抽象程度高、原理多,就忽略法理学的实践性、应用性特征,而要积极的进行训练,培养自己良好的法律实践能力。学习法理时,我们建议一定要建立起不同知识点区别对待的意识:某些知识点只需识记即可,比如古罗马法学家塞尔乌士、黑格尔关于法的观点,这些知识考察起来只能以考生是否具备该常识为目标。某些知识点须识记并理解,比如马克思主义关于法的基本观点,此类知识点考察起来当以能判断某种说法背后的基本立场为何为目标。某些知识点不仅须识记与理解,而且尚须能够正确运用。比如法的价值冲突及其解决,考察此类知识点往往以考生是否具备使用某种途径解决在实际法律问题中体现的理论问题为目标。在遇到各种案例和日常生活中的事情时,要善于从这些生动的实例进入法理学的分析,要善于动用你的法理学储备洞察理解这些实例——应用就是最好的学习。例如,某人驯养的鹦鹉对一位女士大吐脏话,万籁俱寂的深夜你引吭高歌,一个不知如何装入你电脑的软件频频影响电脑正常运行。生活中不经意的小事中往往蕴藏着鲜活的法理,它们就是你培养专业法律思维的极好训练机会。

由于上述的认识,我们这样安排了法理学部分的编写:

法理学复习指导分为四章,分别是法的本体、法的运行、法的演进和法与社会,主要介绍了法的基本概念、基本范畴、基本理论,法运行的各个过程和环节,法的起源、历史发展、传统、现代化,法治理论,法与经济、政治、道德、宗教、人权等社会其他要素的相互关系,简明扼要的交代了各个知识点,覆盖了司法考试的全部考点。

每一章节都含有知识点说明、知识点介绍、真题和解析三个部分。知识点说明部分列举了本部分的知识点,并说明相应的复习要求。知识点介绍部分以图表和条款的方式简明扼要的说明了各个知识点的内容,讲解了难点,区分了容易混淆的地方。真题和解析部分引用了与本节知识点相关的司法考试真题,说明该真题的考点和正确答案,较为详细的分析了题干和各个题支,表明了参考答案的理由。

需要着重指出的是,本部分的最后收集了历年司法考试涉及法理的论述题,分析了题目的类型,提出了解决该类型论述题的一般性思路,并简要指明了解答该论述题的要点。这部分内容能对考生应对此类论述题起到切实的指导作用。

请张开您实践法学的眼睛,请唤醒您正义的心灵,世界的视野将因之而变!

第一章 法的本体

第一节 法的概念

【简要说明】本节的知识点是法律职业与法的定义、法的现象、法的本质、法的特征、法的作用，重点是法的本质、法的特征和法的作用三个知识点。

一、法律职业与法的定义

(一) 法律职业

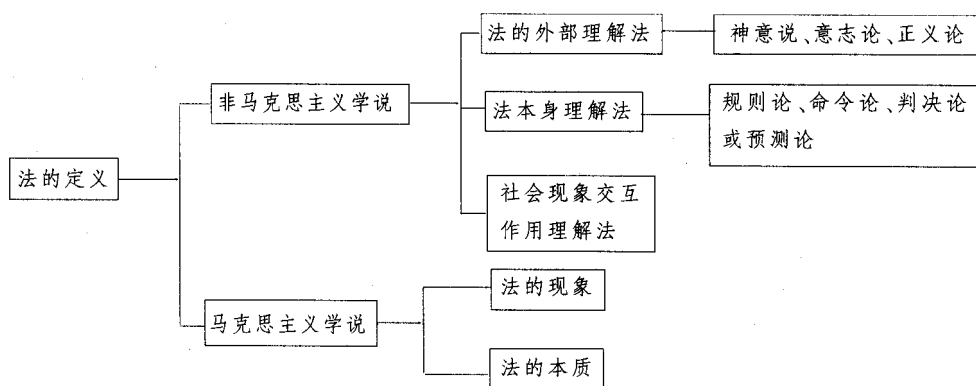
定义：是指以专业法律知识为基础的法律工作。它有两个基本含义：第一，法律职业与其他需要以专业知识为基础的工作一样，是一种专门的行业，是工作；第二，从事法律职业的人需要拥有专门的法律知识和技能。

(二) 法律职业视角：法律方法和法律思维

这是一种从内在视角、从应然的角度、从规则的角度来看待法律的视角，有三个特点：①用说理的方式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。其中根据法律说理是核心。法律职业者在提出自己解决问题的主张时必须找到法律上的理由，以用专业语言表达的、合乎逻辑的论证来获取正当性。因此，忠于法律是法律人最大的职业道德和操守。

二、法的现象与法的本质

(一) 关于法的定义学说历来有非马克思主义学说与马克思主义学说之分，如图示



(二) 非马克思主义学说

在历史上，思想家和法学家们曾对法的本质问题进行过认真地思考，提出过各种各样的法的本质学说。从人类精神的一般发展角度概括法：①神意说。②意志论。③正义论。从法本身理解法：①规则论。②命令论。③判决论或预测论。从法与其他社会现象的关系角度理解法律现象，将法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。

注意:有两个关键必须重视的,一是看待法的角度;二是各种理论的主要观点。

(三)非马克思主义学说与马克思主义学说的关系

马克思主义法律理论是在吸收前人优秀理论成果的基础上形成的,因此,它与非马克思主义法学之间存在一定的联系。但是非马克思主义学说都没有揭示法的本质属性,马克思学说把握了法的现象与法的本质的区别与联系,正确的揭示了法的本质。

(四)马克思主义的学说

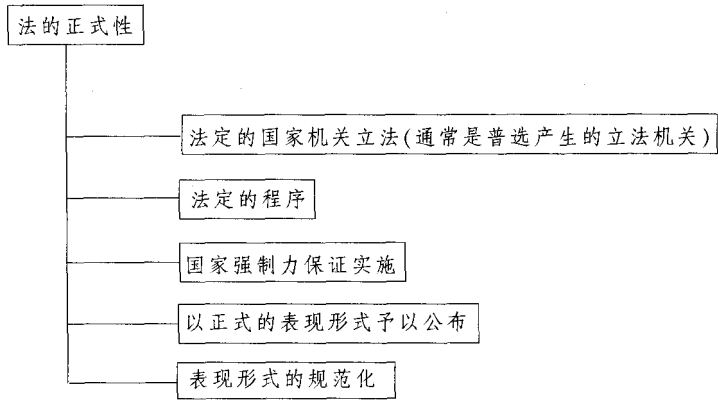
1. 国法是马克思主义学说基本立场。除非特别指明,一般而言,马克思主义所说的法都是国家法,即由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的行为规范。国法包括:①国家专门机关(立法机关)制定的“法”(成文法)。②法院或法官在判决中创制的规则(判例法)。③国家通过一定方式认可的习惯法(不成文法)。④其他执行国法职能的法(如教会法)。

2. 法的现象和本质的区分是马克思主义学说关键。根据马克思主义对于现象和本质的认识,马克思主义法学观的认识前提就是区分了法的现象和本质。前者指能够经验的、凭借直观的方式可以认识的法的外部联系的综合,是直观的感性对象——法本身;后者是深藏于法的现象背后以致凭借直观的方式无法把握的法的内在联系,是人们对可感知的法的外部联系的真实本源的一种主观的把握和理性抽象。

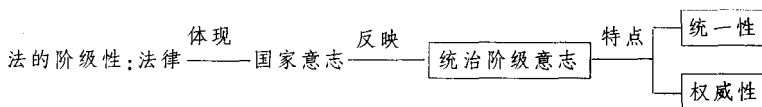
3. 法的现象是具体的、活生生的、无限丰富的。在具体的社会与历史条件下,在不断的发 展运动中,人类社会产生了丰富多样的不同种类的法,这些法在形式、内容、效力等等方面体现出种种差异。法的现象是认识法的本质的起点。

4. 法的本质是分层次的。马克思主义哲学认为事物本质是有层次的,随着人们认识的深入会发现不同层次上的事物本质。因此,法的本质也是有层次的。

(1)法的本质首先体现为法的正式性。法的正式性又称法的官方性、国家性,其是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。法的正式性表明法律与国家权力存在的密切联系,法律直接形成于国家权力,是国家意志的体现。



(2)法的本质反映为法的阶级性。法的阶级性是指: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。统治阶级意志作为法律化的国家意志具有高度的统一性和极大的权威性。



(3)法的本质最终体现为法的物质制约性。法的物质制约性是指法的内容受社会存在这个因素的制约,其最终是由一定社会物质生活条件决定的。马克思主义认为,生产力决定生产关系,作为生产关系的总和的经济基础决定上层建筑,因此作为上层建筑的法律决定于经济基础,并最终决定于生产力,即决定于一定的社会物质条件。从这种观点来看,法是由社会生活“创造”的,而立法者是在将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。

注意:法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件之间的对立统一关系之中。

(2004年试卷一第1题)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?

- 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,也执行社会公共职能
- 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. 法不受客观规律的影响

【答案及解析】B。题干已经表明本题所考的知识点是马克思主义法学的基本观点。再细究题干,A、C、D项所考的内容都是马克思主义关于法的本质的观点,而B项所考的内容是关于法的作用的知识点。马克思主义关于法的本质的基本观点是:法的本质首先反映为正式性,其次为阶级性,最后法最终决定于一定社会物质生活条件。法的阶级性表明法体现的实质是统治阶级意志,而非社会成员公共意志。A项错误。法最终决定于一定社会物质生活条件,而所谓历史传统、风俗习惯、国家结构、国际环境等因素都只是影响法的因素。C项错误。而法作为一种上层建筑决定于一定社会物质生活条件,就体现了生产力决定生产关系、经济基础决定上层建筑的客观规律,法服从于客观规律。D项错误。马克思主义关于法的作用的基本观点是:从法在社会生活中发挥作用的形式和内容角度出发,可以将法的作用分为规范作用与社会作用。法的社会作用主要涉及三个领域(社会经济生活、政治生活、思想文化生活)和两个方向(政治职能和社会职能)。B项正确。

(2002年试卷一第81题)下列有关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学说?

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

【答案及解析】AC。本题的考点是法的阶级本质。马克思主义的法律理论认为,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表现。A项正确。法不仅反映统治阶级的意志,也在一定程度上反映被统治阶级以及统治阶级的同盟阶级的某些愿望和要求;在社会主义社会,法律反映的是工人阶级领导的广大人民的意志。B项错误。法最终由一定的物质生活条件决定。C项正确。法所体现的统治阶级意志具有整体性,并非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。D项错误。正确答案为AC。

三、法的特征

(一)法是调整人的行为的社会规范

1. 社会规范与自然法则和技术规范。社会规范是维系人们之间交往行为的基本准则,进而也是维系社会本身存在的制度和价值。社会规范具有社会性和个人性,系无数思维着的理性的个人行动的结果,具有文化意蕴;社会规范调整的是人与人之间的社会关系。自然法则是自然现象之间的联系,不具有文化意蕴。技术规范调整的是人与自然的关系,是规定人们如何使用自然力量和生产工具以有效的利用自然的行为准则。

2. 法律规范与社会规范。法律规范是社会规范的一种。

法律与自然法则、技术规范的区别:

规范种类	功 能	违反后果	文化意蕴	内 容
法律	调整人与人之间的社会关系	受到国家强制力的惩罚	有	权利和义务
自然法则	反映自然现象之间的关系	受到自然的报复	无	因果关联或条件关联
技术规范	调整人与自然的关系	受到自然的报复	无	方法、途径、步骤

特别提示:这个知识点务必深刻理解。

3. 法与其他社会规范。

社会规范种类	法	习惯、道德、宗教、政策等
形成基础	公共权力制定或认可	建立在人们的信仰或确信的基础上
效力保障	国家强制力实施外在强制	依靠舆论、传统、社团内的组织力或人们内心发生作用

特别提示:道德和宗教与法的区别是常考点。

(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. 自发社会规范和人为社会规范。前者是在长期的社会演变过程中自发形成的,如道德、习俗、礼仪;后者是人为的,自觉创制的。

2. 法律与其他人为社会规范的区别。法律是由公共权力机构创设,而其他人为形成的社会规范或出于某一社会组织,或出于某一宗教团体,或出于某一生产生活单位,都不具有普遍的公共性特征。

3. 法律形成的两种方式。即法的制定与法的认可。所谓法的制定,就是国家立法机关按照法定程序创制规范性文件的活动。通过这种方式产生的法,称为制定法或成文法,即具有一定文字表现形式的规范性文件,如中国的各种法律(宪法、刑法、民法通则)即属此类。所谓法的认可,是指国家通过一定的方式承认其他社会规范(道德、宗教、风俗、习惯等)具有法律效力的活动。

注意:法的认可主要有两种方式。

(1)明示认可,国家在制定法律时,在规范性文件中明确规定哪些已有的道德或习惯等规范具有法律上的效力。

(2)默示认可,即国家没有明文规定哪些社会规范是法律,而是交由司法机关灵活掌握,如“从习惯”、“按政策办”的规定,实际上是通过法院判决时援引的方式承认它们的实际法律效力。

(三)法是具有普遍性的社会规范

1. 法在国家权力管辖范围内普遍有效,因而法作为一般的行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力和特性,包括以下内容:①效力对象的广泛性:效力及于一国之内所有主体,效力对象的不特定。②效力的重复性。③同等适用:相同的事项和相同的主体适用相同的法律。

2. 法律平等的对待一切人,法律面前人人平等。
 3. 法律的内容始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向。
- 这里讲的法的普遍性主要是第一层意义上的。

(四)法是权利义务为内容的社会规范

1. 法不仅规定义务,而且赋予权利。
 2. 法规定的权利义务既针对公民,也针对一切社会组织、国家机构。
- #### (五)法是以国家强制力为后盾,通过法律程序保证实施的社会规范

1. 任何社会规范都有保证手段。法律的保证手段是国家强制。
2. 作为法律保证手段的国家暴力是一种外在强制,是一种合法的暴力。
3. 法律的制定和实施必须遵守法定程序。

(2000年试卷一第43题)下列有关法的特征的表述哪些是正确的?

- A. 历史上的一切法的规定都是明确、肯定的
- B. 法是司法机关办案的主要依据
- C. 法律以外的其他社会规范,也可作为司法机关裁判案件的根据
- D. 法是以国家政权意志的形式出现的

【答案及解析】BD。本题的考点是法的特征。法具有明确和肯定的特征,但是这是就法作为一种社会现象,从整体而言的特征,而非历史上一切法律规定的特征。例如,不成文法的规定往往就不是很明确和肯定。A项错误。司法机关正是通过适用法律办案保证法律得以作用于社会。B项正确。在正式法源解决案件有困难时,可以考虑适用非正式法源,例如,适用习惯等其他社会规范来裁决案件。C项本身是正确的,但所表述的是其他社会规范的特征而非法的特点,不符合题意,故不应选。D项所陈述的实际是法的本质,但是本质实际上是最根本、最稳定的特征,也符合题意,当选。正确答案为BD。

四、法的作用

(一)唯物史观关于法的作用的基本观点

1. 法作为上层建筑在由社会所决定的同时,也具有相对的独立性,这种独立性就体现为法能够促进或延缓社会的发展。
2. 法的作用直接体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。

(二)法的作用的分类

从法在社会生活中发挥作用的形式和内容角度出发,可以将法的作用分为规范作用与社会作用。

1. 法的规范作用。它是法律作用于人们的行为而产生的作用,其是法作用于社会的特殊形式,由法的特征所决定。

2. 法的社会作用。它是法律对社会或社会关系产生的作用,其体现法的本质和目的。

(三)法的规范作用

1. 指引作用。它是指法对本人的行为具有引导作用。

(1)个别性指引和规范性指引。前者是通过一个具体的指示形成对具体人的具体情况的指引,后者是通过一般的规则对同类的人或行为的指引。

(2)法律是一种规范性指引。

(3)法律采用确定的指引(设置法律义务)或不确定的指引(宣告法律权利)发挥指引作用。

注意:法的指引作用是一个常考的知识点

(1998年试卷一第24题)《中华人民共和国继承法》第16条第2款规定:“公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。”从法的规范作用看,该项规定属于下列哪一情况?

- A. 个别指引 B. 确定的指引 C. 有选择的指引 D. 非规范性指引

【答案及解析】C。本题的考点是法的指引作用。法的指引作用分为确定的指引和有选择的指引。其中,确定的指引指的是通过设置法律义务,要求人们做出或抑制一定行为。有选择的指引指通过宣告法律权利,给人们一定的选择范围。继承法该条的规定允许公民在法定继承人中选择一人或数人继承,是一种有选择的指引,因此C为正确答案。注意:法的指引一定是一种规范的指引,而非个别指引。

(2002年试卷一第32题)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?

- 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。本题的考点是法的指引作用。法律的指引是一种规范性的指引,依当事人的行为选择,可以分为确定的指引(设定义务)和有选择的指引(授予权利)。A选项的规定设定了公民不得侵害其他的人格尊严的义务,系确定性指引。B项规定授予当事人自行协商变更合同的权利,系有选择的指引。C项规定,从自然人的角度,设定了不得故意杀害他人的义务,系确定的指引;从法院的角度,则授予了人民法院视犯罪的情形在规定的刑罚种类中自由裁量的权利,系有选择的指引。根据题意,当是应选项。D项规定则授予了公民就自己的发明或其他科技成果获得奖励的权利,系有选择的指引。正确答案为BCD。

2. 评价作用。其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。现代社会,法律已经成为评价人的行为的基本标准。

3. 教育作用。其是指通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响。

(1) 示警作用,即通过惩罚犯罪、打击违法产生的作用。

(2) 示范作用,即通过保护合法、鼓励先进产生的作用。

4. 预测作用。其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。

5. 强制作用。其是指法可以通过制裁违法犯罪来强制人们遵守法律。

作用类型	对象
指引作用	本人行为
评价作用	他人行为
教育作用	一般人的行为
预测作用	人们相互的行为
强制作用	违法者的行为

特别提示:法的不同作用是法在针对不同对象的时候体现出来,一定要注意这一点。

1. 法的社会作用是从法的本质和目的出发而确定的。

(五) 法律不是万能的原因

1. 法律以社会为基础,不可能超越社会发展。
2. 法律受到其他社会规范、社会环境和条件的制约。
3. 法律规制和调整社会关系的范围和深度有限。
4. 法律自身条件的制约。

(1999 年试卷一第 37 题) 学者们认为, 法律不是万能的, 其作用是有限的, 其理由在于: ①法律重视程序, 不讲效率。②法律调整外在行为, 不干预人的思想观念。③法律强调稳定性, 避免灵活性。④法律反映客观规律, 不体现人的意志。下列哪些选项是正确的?

- A. ④③①
C. ②
- B. ①②④
D. ③

第二节 法的价值

一、法的价值的含义

1. 定义:客体的存在、性质及其运动是否符合主体本性、目的和需要。

(二) 法的价值

- 9

(三)法的价值判断与事实判断

1. 事实判断与价值判断。

判断种类	认识对象	评价判断的语言	评价判断的方法
事实判断	客观事物的存在、状态和属性	正确、客观、真实等	是否符合客观实际情况
价值判断	客体对主体的意义	适当、妥当、合适等	是否与客体对主体需求的满足度一致

2. 法的价值判断与事实判断。要注意的是,无论法的价值判断,还是事实判断都针对的是法律原则、规则、制度等,但是前者是解决“好不好”的问题,即要找出这些对象是否符合人们的需要,而后者是解决“是什么”的问题,即要找出这些对象是什么样的。

3. 代表法的事实判断的三种研究方法:

(1)规范分析方法,强调研究法律规范本身存在的机制、蕴涵的意义、解决的问题等,这可以凯尔森的纯粹分析法学作为代表。

(2)社会实证方法,认为对法律问题的研究应当置于社会存在的具体环境中,用社会需求、社会效果等标准来判断法律的正当性。法社会学所采用的正是这种方法。

(3)历史实证方法,即认为只有历史上法律资料的挖掘,才能证成法律沿革的脉络。历史法学派正是通过这种方法来研究现行法律的制定问题。

4. 法的价值判断与事实判断的区别:

判断类型	判断的尺度	判断的维度	判断的方法	判断的真伪
法的价值判断	主体	与主体的情绪、情感、态度以及利益、需要等相关	规范性判断	取决于主、客体之间价值关系的契合程度
法的事实判断	法律的现实情况	应当尽可能地排除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”	描述性判断	取决于其与客体的真实情况是否符合

特别提示:因为法的价值判断和事实判断涉及对法律的基本认识,今后这个知识点可能以种种形式不断出现,很可能将来会出现在论述题中。

5. 区分价值判断与事实判断的意义主要在于:①有利于明确认识、评价法律的多维角度,从而拓宽法学研究与法律分析的视野;②有利于协调事实与价值之间的固有张力,从而使得法学研究能寻求事实与价值之间的固有平衡。

(2005年试卷一第5题)某地电缆受到破坏,大面积停电3小时,后查知为邢某偷割电缆所致。邢某被控犯“危害公共安全罪”,处以5年有期徒刑。邢某不服上诉,理由是自己偷割电缆变卖所得仅50元钱,顶多属于“小偷小摸”行为。二审法官依照最高人民法院《关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释》维持原判。对此,下列哪一种理解是错误的?

- A. 法官根据最高人民法院的解释对邢某行为所做出的判断是一种事实判断
- B. 《关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释》是司法解释
- C. 在这个案件中,法官主要运用了“演绎推理”
- D. 邢某对自己行为的辩解是对法律的认识错误

【答案及解析】A。本题的考点是法的价值判断和事实判断、法律解释和法律推理。法的事实判断和价值判断存在以下主要的区别:首先,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。但事实判断则是以现存的法律制度作为判断的取向的。其次,判断的维度不同,法律上的价值判断带有明显的个人的印记,具有很