



2009

“司考之路”系列

国家司法考试 理论法学与论述题写作

考点结构 重点法条 理论解析 真题演练

司考名师辅导经验总结
精彩授课内容书面展示

追踪司考改革新动向
引领应试复习高效化

新东方北斗星司法考试研究中心 ● 主编

李红勃 刘景 ● 编著



群言出版社
Qunyan Press


2009

“司考之路”系列

国家司法考试 理论法学与论述题写作

考点结构 重点法条 理论辨析 真题演练

新东方北斗星司法考试研究中心 ● 主编

李红勃 刘景 ● 编著

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试. 理论法学与论述题写作 / 新东方·北斗星司法考试研究中心主编; 李红勃, 刘景编著. —北京: 群言出版社, 2008 (2009.2 重印)

ISBN 978-7-80080-818-0

I. 国… II. ①新…②李…③刘… III. 法的理论—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 022236 号

国家司法考试. 理论法学与论述题写作

出版人 范 芳
责任编辑 周 雯
封面设计 赵文康
出版发行 群言出版社(Qunyan Press)
地 址 北京东城区东厂胡同北巷 1 号
邮政编码 100006
网 站 www.qypublish.com
电子信箱 qunyanCBS@126.com
总 编 办 010-65265404 65138815
编 辑 部 010-65276609 65262436
发 行 部 010-65263345 65220236

经 销 新华书店
读者服务 010-65220236 65265404 65263345
法律顾问 中济律师事务所
印 刷 北京鑫丰华彩印有限公司

版 次 2009 年 2 月第 2 版 2009 年 2 月第 2 次印刷
开 本 787×1092 1/16
印 张 16.5
字 数 360 千字
书 号 ISBN 978-7-80080-818-0
定 价 35.00 元

☞ [版权所有 侵权必究]

如有缺页、倒页、脱页等印装质量问题, 请拨打服务热线: 010-62605166。

新东方
NEW ORIENTAL 图书策划委员会

主任 俞敏洪

委员 (按姓氏笔划为序)

王 强 王文山

包凡一 仲晓红

李 杜 邱政政

沙云龙 汪海涛

陈向东 周成刚

徐小平 窦中川

前言

法理学导论

在西方学界，法理学大抵又可被称为“法哲学”。哲学者，乃是通达事理明悉人生之智慧，与此同理，法理学或者法哲学，当属于关于法律智慧之学问。在日益增长的法学体系中，法理学是比较特殊的一个成员：它是法学中的基础理论，开启法学漫步的第一扇大门，介绍法学的基本概念和基本原理；它是法学中的一般理论，法理学不专注于具体制度和部门法，而是纳所有法律现象——古今中外的法律制度及其实施——于自己钻研的视野，并期望从中获得对普遍法律现象的普遍认知；它又是法学中的方法论，它从具体法现象中抽象出逻辑和智慧，并以此指导我们对繁复多样的法律问题的解释和分析。因此，从这个意义上讲，法理学的目的在于介绍法学情况、引导法学兴趣、涵养法学素养和型塑法律人格。

对于司法考试而言，法理学的贡献可以体现在两个层次上。

其一，掌握法理学的基本原理和一般方法，有助于考生从精神层面理解其他部门法。司法考试正在不断走向专业化和规范化，为了应对司法考试的要求，考生不仅要法律制度和法律条文做到全面理解和娴熟把握，而且要对制度背后的法律原理和法律精神有深层次的感悟，也就是不仅要做到“知其然”，还要做到“知其所以然”。如果能够达到这个层次，考生在解答案例题、分析题时就会显得胸有成竹、游刃有余了。

其二，法理学作为卷一和卷四中的必考内容，其分值呈现不断上升的趋势。以2008年司法考试为例，法理学在客观题中的分值为23分，在主观题中的分值为45分（其中分析题20分，论述题25分），总分值高达68分。因此，从某种意义上讲，随着司法考试对考生理论水平要求的提高，法理学已经不再属于传统意义上的小学科，而是一个得分大户，是司法考试中一个日益重要和不断崛起的大学科。尤其需要注意的是，在回答卷四论述题时，如果没有法理学的积累和指导是很难获得高分的。

本书打破了官方辅导教材的固定体系，以考点为主体，以考点之间的关联为主线，把法理学的全部内容归纳为二十讲，以讲理论、析差异、练真题的方式帮助考生把握考点，应对法理学的考核要求。另外，在一些重要的理论问题上，我们适度地超出了教材的范围，给考生提供了比教材内容更加全面和更为细致的理论信息，以扩大考生的视野，帮助考生深度理解命题本身，应对论述题对法理学知识的高层次要求。

法制史导论

了解历史可以让人明智，因为历史的意义并不仅仅在于让人了解过去，还在于让人更好地把握今天和创造明天。作为法律执业者，也需要了解法律的过去，了解我们这个职业的历史，了解支撑这份职业的法律制度的历史。

在司法考试中，法制史是相对比较简单的一个学科，原因包括：①法制史在整体试卷中的分值比较小，一般大概是10分左右；②法制史的内容比较简单，主要考核对历史知识的记忆，既没有民法、刑法中的案例，也没有法理学中对抽象原理的运用，因此得分比较容易。

但是,由于法制史涉及的朝代众多、地域宽广,其知识点显得相当分散和零乱,对于考生来说要掌握它并非一件轻而易举的事。所以,本书采取了一种特别的方式,即把教材的体系完全打破,改用一种串珍珠的方式,把不同时代的同一类问题放到一起来比较,在比较中去记住重要考点,在比较中去把握古代法制发展的历史脉络。

另外,对于一些不很重要、不是常考的内容,本书坚决将其抛弃,以免增加考生的复习负担。法制史复习要讲究“舍得”的理念,有所舍弃,才能有所收获。

司法制度和法律职业道德导论

该部分内容在司法考试中所占比重很少,每年的题目约8道,共考察13分左右。本部分内容少、难度低,与其他部门法相比,无论是理论深度还是题目难度,本部分试题都是最简单的。正因如此,该部分内容具有其他部门法所不具有的优势,那就是:

(1)复习效率高。司法制度的内容散见于各部门法中,不用刻意掌握就能知道大概;法律职业道德的内容集中于律师、法官和检察官的职业道德规范,多从“不能从事的活动、执业过程中的不当行为、应遵守什么义务”等角度考查,不少规范可用常理推测,所涉及的重点法条比较集中,因此只要付出一定的努力,得到的回报是立竿见影的;

(2)得到的分数高。复习过程中,只要能抓住要点并结合诉讼法的基本知识,很容易得分,甚至是本部分的满分。虽然共10多分的分值,看似不值一提,但失败往往就是因为差了那么一点点。而且,相对于民法等大法来讲,即使复习了很多遍,仍然要丢掉几乎40%的分数。因此,性价比如此之高的司法制度和法律职业道德,我们不容忽视。

司法制度和法律职业道德的重点比较突出,主要集中在审判制度、律师制度以及法官、检察官和律师的职业道德规范上,法律援助制度和公证制度地位稍低,但自从列入大纲开始,每年也会有1道题目出现。随着题目综合考察的力度加大,对知识系统掌握、对比掌握的要求提高,在2008年司法考试的第四卷中,出现了简答题,考生对此也应予以注意。

论述题导论

论述题在整个司法考试中属于非常特殊的一类题目,它理论性强、争议性强,缺乏固定的答题模式,是考生比较头疼的部分。如果说客观题和主观题中的案例分析题考查的是考生对法律制度的理解和运用,那么论述题考查的则是考生的法学理论和法学素养。

从复习的角度讲,论述题不是一时三刻就可以掌握的,也不是套用一些答题模板就可以拿到高分的,它需要平时的阅读和积累,需要考生具备比较深厚的法学修养。本书提供了解答论述题的一般性方法,提供了解答论述题有帮助的基本法学理论,并且通过经典考题和模拟练习题帮助考生掌握这些方法和理论。除此之外,建议考生在平时复习时可以有意识地阅读一些《法制日报》、《检察日报》、《南方周末》等报纸的法律评论栏目,以提高自己的法律思维、分析和表达能力。

古人曰:“天将降大任于斯人也,必先苦其心志,劳其筋骨,”希望各位考生以此为指导,拿出勇气和信心,刻苦复习,迎接自己人生和职业生涯的挑战,争取最后的成功与辉煌。

李红勃 刘景

2009年

目 录

第一章 法理学

第一讲 法的概念	3
第二讲 法的作用	7
第三讲 法的价值	10
第四讲 法的要素	14
第五讲 法的渊源与法律体系	21
第六讲 法的效力	25
第七讲 法律关系	29
第八讲 法律责任	34
第九讲 立法	37
第十讲 法的实施	40
第十一讲 法适用与法律解释、法律推理	44
第十二讲 法的起源与发展	53
第十三讲 法的传统	56
第十四讲 法的现代化	60
第十五讲 法治	62
第十六讲 法与社会	65
第十七讲 法与经济、科技	67
第十八讲 法与政治	69
第十九讲 法与道德、宗教	72
第二十讲 法与人权	76

第二章 法制史

第一讲 中国历代法制思想	81
第二讲 中国历代变法与法典	83
第三讲 中国历代刑法	88
第四讲 中国历代民法	96
第五讲 中国历代司法机构	100
第六讲 中国历代诉讼程序	104
第七讲 清末、民国法制	109

第八讲 罗马法	115
第九讲 英美法系	120
第十讲 大陆法系	124
附录: 中西法制史之最	130

第三章 司法制度和法律职业道德

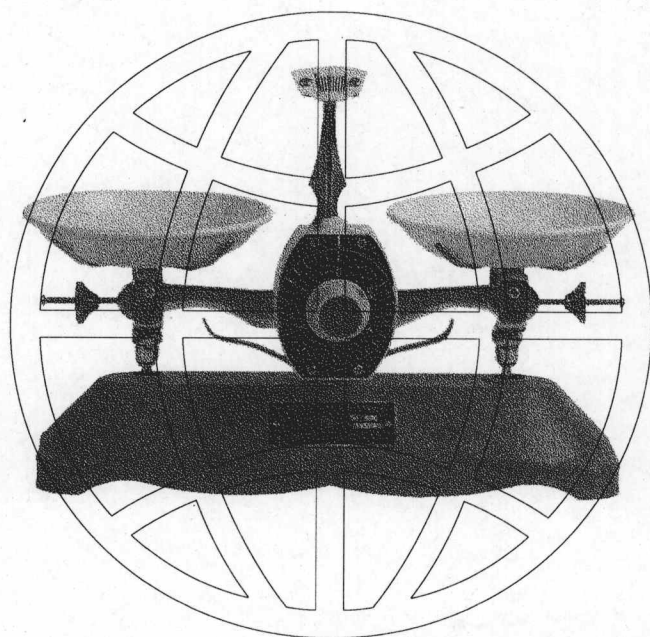
第一讲 司法制度和法律职业道德概述	133
第二讲 审判制度	138
第三讲 检察制度	146
第四讲 律师制度	151
第五讲 公证制度	160
第六讲 法官职业道德和职业责任	170
第七讲 检察官职业道德和职业责任	178
第八讲 律师职业道德和职业责任	181

第四章 论述题写作

第一讲 论述题的一般方法	201
第二讲 重点理论问题讲解	205
第三讲 历年真题解析	234
第四讲 模拟练习	244

第一章

法
理
学





第一讲 法的概念

本讲结构：法的概念是法理学中一个最基本的命题，它包括法的概念争议、法的现象与本质、法的特征等几方面的内容，其中最常考的是马克思主义法的本质观和法的特征两个考点。

考点一：法的概念争议

法学理论

(一)实证主义法概念

1. 基本立场：法与道德是完全分离的，“实际上是怎样的法”和“应该是怎样的法”这两者之间没有必然的联系，因此，对法的理解应从法律内部进行，而不是考虑其他道德、宗教、意识形态等外部因素。

2. 定义法的要素：(1)权威性制定，即法律是由有权的立法主体制定的；(2)社会实效，即法律应该是在社会中有效的和被公众普遍遵守的规则。

3. 代表学派：以社会实效为首要定义的是法社会学和法现实主义，以权威性制定为首要定义的是分析主义法学派(也叫分析实证法学派)，代表人物为奥斯丁、哈特和凯尔森等。

(二)非实证主义法概念

1. 基本立场：在对法律下定义时，道德因素必须被考虑进去，也就是说，法与道德是相互联系不可分离的，法律必须符合道德。

2. 法定义的要素：(1)内容的正确性，即法必须是符合道德的，其内容必须是善和正义的；(2)对社会有实际效果；(3)由有权的立法者制定。

3. 代表学派：自然法学派以内容的正确性作为定义法的唯一因素，而以阿列克西为代表的第三条道路则主张把内容正确性、权威性制定和社会实效作为定义法的共同要素。

考点解析

法的概念是法学的最基本问题之一，西方三大法学派在这个问题上均有自己的立场和观点，因此有必要扩展了解。

(1)自然法学派：以卢梭、孟德斯鸠为代表人物。主要观点包括：政府制定的法律必须尊重公民的自然权利和本性需求，也就是说，国家的制定法必须符合更高的自然法即道德，自然法代表了公平、人权、自由和正义。如果政府制定的法律违反了自然法的原则和标准，就丧失了合法性基础，就属于“恶法”，而邪恶的法律不是真正的法律，人民没有义务去遵守。

(2)分析实证法学派：以凯尔森、哈特为代表。实证分析法学就像自然科学家作实验一样，强调对国家制定的法律进行客观的技术分析。在实证分析法学看来，法律就是国家的一种命令，法律和道德在内容上尽管常常相似，但在逻辑上却没有什么必然联系，因此，法

学应当关注制定法,研究其规则、语言、结构,而不是空洞地讨论法律的公平正义。

(3)社会法学派:美国庞德是社会法学的集大成者。庞德提出,社会法学所注意的是法律的作用,而不是法律抽象的内容,与此相对应,社会法学强调法律的社会目的是促进和保障社会利益,而不在于制裁。法现实主义(也叫现实主义法学)在广义上属于社会法学派的分支,以卡多佐、霍姆斯等大法官为代表,主张真正的法律不是法律规定,而是法院的判决。

三大法学派的观点存在本质的区别,而进入现代以来,阿列克西等学者提出了融合三大学派立场的主张,倡导法律定义的第三条道路,即把各学派的观点进行综合,超越学派局限,寻找比较全面的结论。

考点二:马克思主义的法本质观

法学理论

(一)法是国家意志性的正式体现(正式性、官方性、国家性)

1. 法是由国家权力机关按照一定的权限和程序制定的。
2. 法是靠国家强制力保障实施的。
3. 法有严格规范的表现形式。

(二)法是统治阶级的统一意志

1. 法律并非全民意志的体现,而是统治阶级意志的体现。
2. 法律作为统治阶级意志具有统一性和权威性,统一性意味着它是统治阶级集体意志而非个人意志,权威性意味着它以国家名义颁布,任何人都必须服从和遵守。
3. 法律虽然是统治阶级意志,但同时也要在一定程度上考虑被统治阶级的利益和要求。

(三)法的内容最终由客观的物质生活条件决定

1. 归根结底,法律作为上层建筑,是由客观的社会物质生活决定的。
2. 尽管经济起了决定作用,但同时法律也会受到历史、民族、宗教、地理等其他因素的影响。

考点解析

法的本质是相对于法的现象而言的。按照马克思主义法学的观点,法的本质具有三个层次:正式性(或国家意志性)、阶级性和物质制约性。

1. 法律首先是国家意志的体现,是由专门的国家立法机关制定的、具有特定的条文的规范形式。法律的实施,依赖公共暴力即国家强制。但是,国家意志并非全民意志,而是统治阶级的意志。法的阶级性表明法律不可能体现所有社会成员的意志,而只是统治阶级意志的体现,而这种统治阶级的意志,归根结底是由特定的物质生活条件所决定的,因此,法的阶级性和物质制约性是相互统一而非矛盾的。法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件的对立统一关系之中。

2. 虽然我们说法是统治阶级意志的体现,但这并不排除在一定程度和范围内考虑被统治阶级的利益和要求;虽然我们说法的本质最终是由社会物质生活条件所决定的,但这并不排除其他诸如历史、民族等社会因素对法的本质的影响。



真题演练

1. (2004-1-1)^①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 ~~错误~~
 - B. 法既执行政治职能,也执行社会公共职能 ~~错误~~
 - 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 物质生活条件
 - D. 法不受客观规律的影响 ~~错误~~
2. (2007-1-1)^②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?
- 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 ~~错误~~
 - 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



5

第一章
法理学

考点二:法的特征

法学理论

(一)法是调整人的行为的社会规范

1. 法是社会规范而非技术规范或自然规律,社会规范意味着法是由人制定的,但它也来自社会生活,因此法律具有客观性和主观性两个方面。
2. 现代社会,法律不调整单纯的思想,只调整具有社会意义的人的行为。
3. 法律不同于道德、习俗,它以公共权力为后盾,具有特殊的强制性,它是人的行为准则,也是人的意识和观念的基础。

(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. 法律代表着国家意志,有制定和认可两种产生途径。
2. 法律具有特定的表现形式,包括制定法、判例法等。

(三)法是具有普遍性的社会规范

1. 普遍有效性:法律在其管辖范围内具有普遍约束力,但也可能存在例外。
2. 平等对待性:法律平等地对待一切人。
3. 普遍一致性:法律具有民族性和地域性,但其主要内容与人类的普遍要求一般是相互一致的。

- ① B. 在本质上,法不可能是社会成员公共意志的体现,它由经济基础所决定,反映一定的客观规律,既执行政治职能,也执行社会公共职能。
- ② D. 马克思主义法学坚持唯物主义立场,强调法律以社会为基础,但这并非马克思主义法学与其他派别法学的根本区别,因为有些学派比如社会法学派也特别重视社会对法律的制约作用。依据马克思主义法学的基本观点,法律是统治阶级意志的体现,而非社会共同体意志的体现。决定法律内容的因素是客观的物质生活条件,而不是利益需求。



(四)法是以权利义务为内容的社会规范

1. 权利意味着自由、资格及行为的正当性。
2. 义务意味着负担、受约束,是权利实现的基础。
3. 没有无权利的义务,也没有无义务的权利,两者紧密联系不可分割。

(五)法以国家强制力为后盾,通过程序保证其实实现

1. 国家强制性:法律以合法的暴力为支撑,是最具有外在强制性的社会规范。
2. 严格的程序性:程序是关于时间、地点、行为方式及手段的规定,法律强调严格的程序性。

(六)法的可诉性

1. 可诉性意味着法律具有被任何人在特定机构中通过争议解决程序加以运用以维护自身权利的可能性。法德可诉性体现为法律争议可以通过司法、仲裁、行政等机制得以权威处理。
2. 法的可诉性的意义在于使公力救济介入纠纷成为可能。

考点解析

与其他社会规范(道德、习俗、宗教、政策、纪律等)相比,法出自国家,具有自己鲜明的特点,这些特点概括起来包括:法是调整人的行为而非思想的社会规范,法律由国家制定和认可,法具有普遍适用性,法律以权利义务为内容,法具有国家强制性(但国家强制力并非保证法律实施的唯一因素)及严格的程序性,法律具有可诉性,能启动国家公力救济等等。相比而言,其他社会规范尤其是宗教和道德则是来源于社会演化,往往不由国家保障实施,而且更重要的是,它们一般只讲义务而不谈权利。

真题演练

1. (2007-1-7)^①下列哪一选项体现了法律的可诉性特征?
A. 下一级的规范性文件因与上一级的规范性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
2. (2008-1-1)^②西方法律格言说:“法律不强人所难”。关于这句格言涵义的阐释,下列哪一选项是正确的?
A. 凡是人能够做到的,都是法律所要求的
B. 对人所不知晓的事项,法律不得规定为义务
C. 根据法律规定,人对不能预见的事项,不承担过错责任
D. 天灾是人所不能控制的,也不是法律加以调整的事项

① B. 法的可诉性是法律的重要特点,它意味着人们可以利用法律来解决纠纷,维护自己的利益。公民和法人可以利用法律维护自己的权利就是法律可诉性在现实中的体现。

② C. “法律不强人所难”,即一般人做不到的事,不应规定为法律义务,不应设定法律责任。因此最接近的选项是:人对不能预见的事项,不承担过错责任。



第二讲 法的作用

本讲结构：法对社会和个人具有积极作用，这是人类需要法律的原因之一，法律的作用分为针对个人的规范作用和针对社会的社会作用。在关注法律作用的同时，还要看到法律的局限和不足。

考点一：法的作用

法学理论

（一）法的规范作用

1. 指引作用：法对本人的行为具有引导作用。这种指引通常采用两种方式：确定的指引（通过设置法律义务，要求人们做出或抑制一定行为，使社会成员明确自己必须从事或不得从事的行为界限）和不确定的指引（又叫选择的指引，指通过宣告法律权利，给人们一定的选择范围），指引作用的对象是本人。

2. 评价作用：法律作为一种权威的行为标准，具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用，评价作用的对象是他人。

3. 教育作用：通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响，具体表现为示警作用和示范作用，教育作用的对象一般是与案件无关的其他人。

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，预测作用的对象不是个人，而是人與人之间的相互关系和相互行动。

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、履行义务，强制作用的对象是违法者。

（二）法的社会作用

1. 三个领域：指社会经济生活、政治生活、思想文化生活等领域。

2. 两个方向：指法律对社会发挥的政治职能（通常所说的阶级统治职能）和社会职能（执行社会公共事务的职能）。

考点解析

法的作用是指法对社会产生的影响，这种作用体现在法与社会的交互影响中，直接表现为国家权力的行使，本质上是社会自身力量的表现。法的作用可以分为规范作用和社会作用，其中规范作用是手段，社会作用是目的，规范作用是法律对个人的微观作用，社会作用是法律对社会的宏观作用。

在法的规范作用中，预测作用和指引作用往往很容易混淆。具体说来，指引作用是指法

对本人行为的引导,而预测作用则是指通过了解法律对人们相互之间行为的预测,两种作用所指的对象显然是不同的。

法的规范作用	涵义	示例
指引作用	针对本人行为,包括确定指引和不确定指引	外国投资者在来华办厂之前对中国相关法律的了解
评价作用	以法律为尺度判断、衡量他人行为的合法性	张律师告诉王某其行为已经构成了犯罪
教育作用	通过法的实施对一般人的行为产生影响,包括警示作用和示范作用	通过观摩法庭审判,大学生们普遍感受到了法律的重要性
预测作用	对人们相互之间行为的预先估计	公司董事长考虑到如果自己不能按时履行合同,对方肯定会申请仲裁要求巨额赔偿
强制作用	通过制裁违法行为强制人们守法	个体工商户王某因其逃税行为受到了税务局的处罚

真题演练

(2006-1-52)^①20世纪90年代初,传销活动在中国大陆流行时,法律法规对此没有任何具体规定。当时,执法机关和司法机关对这类案件的处理往往依据《民法通则》第7条。该条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”这说明法律原则具有哪些作用?

- A. 法律原则具有评价作用
- B. 法律原则具有裁判作用
- C. 法律原则具有预测作用
- D. 法律原则具有强制作用

考点二:法的局限性

法学理论

(一)法律不是万能的,它也存在局限和不足

1. 法律要以社会为基础,不能超出社会发展;
2. 法律要受到其他社会规范及社会条件、环境的制约;
3. 法律的调整对象、调整范围是有限的;
4. 法律还受自身条件的制约,如语言表达的局限。

(二)法治社会中的多元调控

为了弥补法律规范的不足,就应积极发挥其他社会规范(如道德、宗教、习俗、行业纪律)及其它调整机制(如民间调整机制、行业调整机制)的作用,补充法律的不足,实现社会和谐。

^① ABCD。法律原则尽管没有法律规则那样明确、详细、可操作性强,但它作为一种法律规范对人的行为依然具有规范作用,具体可以表现为评价、裁判、预测和强制作用,这些作用在材料中均有体现。

考点解析

法的局限性在客观题中是个小问题,但在论述题中可能是个大问题,因此这里有必要扩展开来介绍一下。

法律不是万能的,它也存在局限性,我们可以把该局限性概括为两个方面:①法律自身的局限性,包括:法律调整范围的局限性,不是所有社会问题都可以用法律来调整的;法律是以文字表述的,而文字有时候具有含糊性、争议性等缺点;法律是稳定的,所以它相对于变动的社会生活会存在滞后性和出现法律漏洞等。②法律实施中的局限性,包括:法律必须依赖于社会,不可能超越生活或创造生活;法律的实施及其效果要受到其他社会规范和社会条件的制约;作为一种解决纠纷的方式,法律并不总是最经济 and 最优的选择。

为了尽可能弥补法律的不足,一方面,要发挥法官自由裁量权,对法律进行积极解释和运用;另一方面,要注意发挥道德、习俗等其他社会规范的积极作用。

真题演练

1. (2005-1-53)^①下列有关法律作用、法律观念等问题的表述哪些是正确的?

- 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,与法律之外的因素无关
- 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“以法治国”的法治观

2. (四川 2008-1-51)^②关于法的作用,下列哪些选项是错误的?

- A. 法是由人创制的,人们在立法时受社会条件的制约
- B. 法律人在处理法律问题时没有自己的价值立场
- C. 法具有概括性,能够涵盖社会生活的所有方面
- D. 法律不能要求人们去从事难以做到的事情

① ABC。“法典是人民自由的圣经”,这表明了法律是自由的保障;“恶法亦法”是分析法学派的观点,强调法律的权威与法律之外的道德因素无关;“徒法不足以自行”,表明法律不是万能的,它需要人和社会;中国古代有法家思想,但没有法治观念,两者是不同的。

② BC。立法必须考虑现实,受社会条件的制约,法律不能要求人们去从事难以做到的事情,这是正确的。法律人在处理法律问题时是有自己的价值立场的,法律适用在很大程度上是个价值判断的过程;法具有概括性,但法律也具有局限性,法律不可能涵盖社会生活的所有方面。

