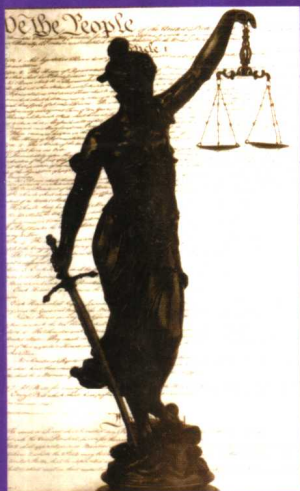




法律版
FALUBAN

司法考试名师讲义

SIFA KAOSHI MINGSHI JIANGYI

法理学·宪法·法制史·司法制度和法律职业道德

[修订版]

法律考试中心 / 组编

周旺生 焦洪昌 / 主编



法律出版社

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

(修订版)

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;法律考试中心组编. - 修订本.
北京:法律出版社,2006.2 (2006.4 重印)
(司法考试名师讲义)
ISBN 7-5036-6130-5

I. 法… II. ①周…②焦…③法… 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(2006)第 006246 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王西光

装帧设计/曹 铀 胡 欣

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/永恒印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/20.5 字数/359 千

版本/2006 年 2 月第 1 版

印次/2006 年 4 月第 2 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 7-5036-6130-5/D·5847

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家司法考试应试资格及考试科目

考试性质	国家统一组织的从事特定法律职业(法官、检察官、律师)的资格考试。
报名条件	1. 具有中华人民共和国国籍; 2. 拥护《中华人民共和国宪法》,享有选举权和被选举权; 3. 具有完全民事行为能力; 4. 符合《法官法》、《检察官法》和《律师法》规定的学历、专业条件: 第一,具有高等院校法律专业本科以上学历,或者高等院校其他专业本科以上学历具有法律专业知识; 第二,各省、自治区、直辖市所辖自治县(旗),各自治区所辖县(旗),各自治州所辖县;国务院审批确定的国家扶贫开发工作重点县;西藏自治区所辖市、地区、县、县级市、市辖区,可以将报名的学历条件放宽为高等院校法律专业专科学历。 5. 品行良好。
考试科目	法理学、宪法、法制史、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法、商法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法、司法制度和法律职业道德,共14个科目。
题型	1. 单项选择题:每题给四个选项,选项中只有一个答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选或不选均不得分。 2. 多项选择题:每题给四个选项,选项中有两个或两个以上答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。 3. 不定项选择题:每题给四个选项,选项中有一个或一个以上(包括四个)的答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。 4. 分析简答题:要求应试人员按照试题提问回答问题。应试人员应仔细阅读试题及提问,按要求作答。 5. 法律文书题:要求应试人员对试题所提供的事实材料进行加工整理,并按试题要求将其制作为相应的法律文书,或要求应试人员对试题所提供的法律文书找错,并提出理由或分析。法律文书题要求答题格式规范、文字通顺、标点正确、无语法错误等。 6. 论述题:要求应试人员根据试题所提供的材料,运用掌握的法学知识、理论进行分析和论述。论述题要求观点明确、说理充分、语言流畅、逻辑严谨、表述准确。

国家司法考试试卷结构及考试要求

试卷一	本卷共 100 道试题,由单项选择题、多项选择题、不定项选择题组成。其中单项选择题 50 题,每题 1 分;多项选择题、不定项选择题 50 题,每题 2 分。本卷分值 150 分,考试时间 180 分钟。 本卷包括以下科目:法理学、法制史、宪法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法、司法制度和法律职业道德。
试卷二	本卷共 100 道试题,由单项选择题、多项选择题、不定项选择题组成。其中单项选择题 50 题,每题 1 分;多项选择题、不定项选择题 50 题,每题 2 分。本卷分值 150 分,考试时间 180 分钟。 本卷包括以下科目:刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法。
试卷三	本卷共 100 道试题,由单项选择题、多项选择题、不定项选择题组成。其中单项选择题 50 题,每题 1 分;多项选择题、不定项选择题 50 题,每题 2 分。本卷分值 150 分,考试时间 180 分钟。 本卷包括以下科目:民法、商法、民事诉讼法(含仲裁制度)。
试卷四	本卷主要由分析简答题、法律文书题、论述题等题型组成。本卷分值 150 分,考试时间 210 分钟。 本卷包括以下科目:法理学、宪法、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、商法、民事诉讼法。
考试要求	以上四卷总分为 600 分。合格人员必须参加以上四卷的全部考试,且四卷中任何一卷不得为零分。应试人员各卷的考试成绩当年有效。

国家司法考试相关信息统计表

年度	2002 年	2003 年	2004 年	2005 年
报名人数	360751 人	194286 人	195000 余人	244000 余人
参考人数	311344 人	166995 人	179000 余人	219000 余人
合格人数	24098 人	17000 余人	20000 余人	31664 人
合格分数线	240 分 (部分放宽地区 235 分)	240 分 (部分放宽地区 225 分)	360 分 (部分放宽地区 335 分)	360 分 (部分放宽地区 330 分)
合格比例	7.74%	10.18%	11.22%	14.39%

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	(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	(12)
四、法的渊源与分类	(17)
五、法律部门与法律体系	(21)
六、法的效力	(22)
七、法律关系	(26)
八、法律责任	(32)
第二讲 法的运行	(36)
一、立法	(38)
二、执法与司法	(43)
三、守法与违法	(49)
四、法律监督	(51)
五、法律解释与法律推理	(55)
第三讲 法的演进	(60)
一、法的起源	(62)
二、法的历史发展	(65)
三、法的传统	(68)
四、法的现代化	(74)
五、法治理论	(75)
第四讲 法与社会	(78)
一、法与社会的一般理论	(80)
二、法与经济	(81)
三、法与政治	(83)

四、法与道德	(85)
五、法与宗教	(87)
六、法与人权	(90)

宪 法

导读	(92)
第一讲 宪法基本理论	(95)
一、宪法的概念	(96)
二、宪法的历史发展及其分类	(99)
三、宪法的基本原则	(107)
四、宪法的作用	(111)
五、宪法的渊源与宪法的结构	(112)
六、宪法规范	(115)
七、宪法关系	(117)
八、宪法与宪政	(118)
第二讲 国家的基本制度(上)	(120)
一、人民民主专政制度	(123)
二、国家的基本经济制度	(123)
三、国家的基本文化制度	(126)
第三讲 国家的基本制度(下)	(128)
一、政权组织形式	(129)
二、选举制度	(131)
三、国家结构形式	(135)
四、民族区域自治制度	(138)
五、特别行政区制度	(140)
第四讲 公民的基本权利与义务	(146)
一、公民基本权利与义务概述	(147)
二、我国公民的基本权利	(150)
三、我国公民的基本义务	(158)
四、我国公民基本权利与义务的主要特点	(158)
第五讲 国家机构	(161)
一、国家机构概述	(164)
二、全国人民代表大会及其常务委员会	(165)
三、中华人民共和国主席	(174)
四、国务院	(176)

五、中央军事委员会	(178)
六、地方国家机构	(179)
七、人民法院与人民检察院	(187)
第六讲 宪法的实施及其保障	(193)
一、宪法的解释	(194)
二、宪法的修改	(195)
三、宪法的实施保障	(197)

法 制 史

第一讲 中国法制史	(200)
一、西周至秦汉、魏晋时期的法制	(201)
二、唐宋至明清时期的法制	(210)
三、清末、民国时期的法律	(222)
第二讲 外国法制史	(229)
一、罗马法	(230)
二、英美法系	(234)
三、大陆法系	(239)

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	(248)
第二讲 审判制度	(254)
第三讲 检察制度	(264)
第四讲 律师制度	(270)
第五讲 公证制度	(276)
第六讲 法官职业道德	(287)
第七讲 检察官职业道德	(296)
第八讲 律师职业道德	(302)
第九讲 公证员职业道德	(311)

法理学

导 读

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。这不仅是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”要求考生在全面厘清、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年和2005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。在法理学部分的12道题中,包括单项选择题6个,多项选择题4个,不定项选择题3个,题型分布十分均衡,难度加大。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”在2000年和2002年以相同的形式进行了考查,2003年考题中又涉及了“地方立法权限”的知识点。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:法的定义、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。

学习法的定义,应掌握法律职业与法的定义,法的本质以及法的本质与法的现象的关系;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。

学习法的渊源与法的分类,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。

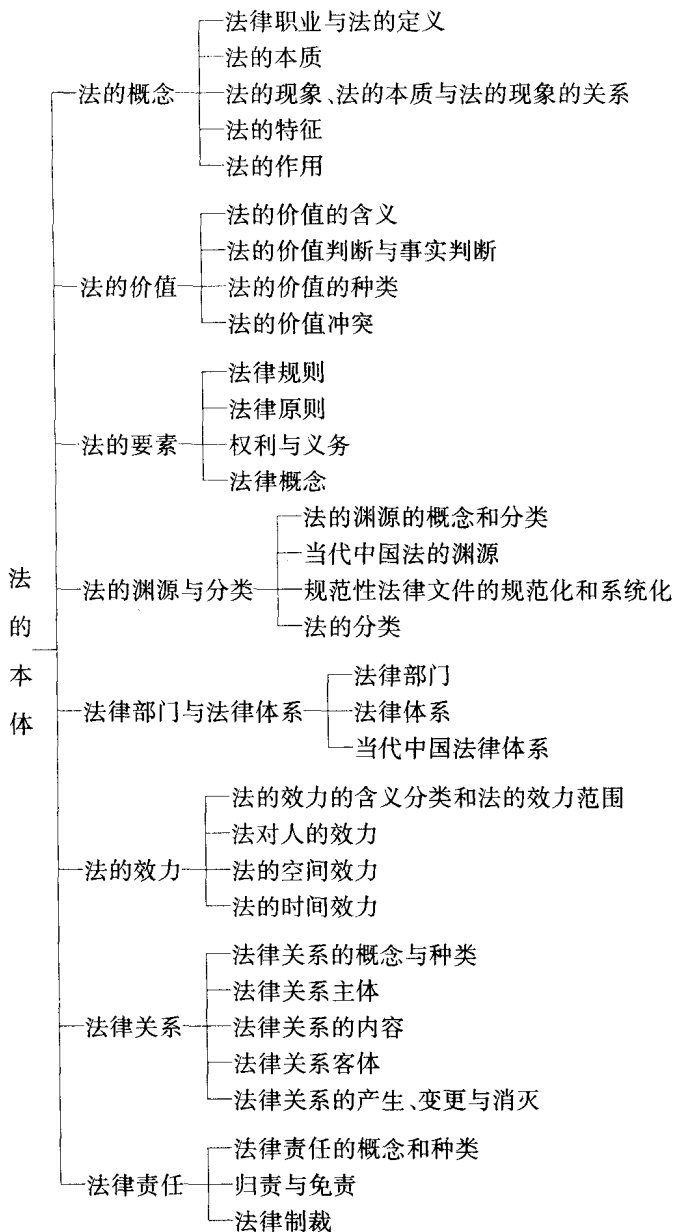
学习法的效力应当重点掌握法的效力的涵义、法的效力范围以及法对人的效力、法的空间效力以及法的时间效力。应当结合我国相关法律的规定,在理解的基础上侧重实际运用,在这方面有一定数量的考题。

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)法律职业与法的概念

1. 法律职业:指以专业法律知识为基础的法律工作。它有两个基本含义:其一,法律职业是一种专门的行业,是工作;其二,从事法律职业的人需要拥有专门的法律知识和技能。

2. 法律方法和法律思维:法律职业者作为专门的法律工作者或法律人,必须用一种职业的方式来对待法律,这就是法律方法和法律思维。它具有3个特点:第一,用说理的方式而非简单的暴力解决问题;第二,必须根据法律来说理及判断和解决法律问题;第三,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)法的现象与法的本质

[考查频率] ☆☆(2002年,不定项;2004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)

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。

(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和社会作用。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:法的规范作用和社会作用相辅相成,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;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

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