

2005年国家司法考试指导教材

顾问 邹瑜 (前司法部长)

高铭暄 (著名刑法学家, 国际刑法学会中国分会主席)

应松年 (著名行政法学家, 行政法学会副会长)

■ 本书荣获首届中国优秀法律图书奖

国家司法考试 教科书

【上册】

于志刚 主编



复旦大学出版社

2005年国家司法考试指导教材

顾问 邹 瑜 (前司法部长)

高铭暄 (著名刑法学家, 国际刑法学会中国分会主席)

应松年 (著名行政法学家, 行政法学研究会副会长)

■ 本书荣获首届中国优秀法律图书奖

国家司法考试

教科书

【上册】

于志刚 主 编

《国家司法考试教科书》及配套用书

撰稿人： 韩 伟 最高人民法院
孙 勤 最高人民检察院
管 磊 公安部
李 川 公安部
管仁林 国务院法制办公室
胡耀芳 司法部
曾朝晖 国家法官学院
周洪波 国家检察官学院
翟中东 中央司法警官学院
莫开勤 中国人民公安大学
高留志 中国人民大学
冉井富 中国人民大学
于志刚 中国政法大学
程春明 中国政法大学
邓 峰 北京大学
高 超 北京大学

前 言

根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部《国家司法考试实施办法》的规定,每年举行一次的国家司法考试是国家统一组织的从事特定法律职业的资格考试,初任法官、初任检察官和取得律师资格必须通过的国家司法考试。

国家司法考试主要测试应试人员所应具备的法律专业知识和从事法律职业的工作能力,考试的内容包括:理论法学、应用法学、现行法律规定、法律实务和法律职业道德。考试实行全国统一命题,命题范围以司法部制定并公布的《国家司法考试大纲》为准。

一、编写目的与本书的权威地位

由于国家司法考试没有正式教材,且考试内容繁多,考点分布广泛,考试题型呈现多样性和灵活性,加之总体过线名额有限,因而考试难度较大,通过率相对较低。

根据国家司法考试的现实需要以及目前缺乏专业指导用书尤其是高质量的专业学习教材的现实情况,在长期关心并具体指导国家司法考试的中华人民共和国司法部前部长邹瑜等老领导的鼓励和指导下,复旦大学出版社特邀中央政法机关中具有长期工作经验的专家型高学位领导,以及国内有关著名大学法学院的教授与中青年学者,共同组成编写组,在长时期调研和分析的基础上,确定具有针对性的撰写方案,切合国家司法考试的思路,编写适用面广、实用性强的全新国家司法考试教材和配套用书。此套《国家司法考试教科书》等系列丛书的出版,不仅能为广大考生提供适用的、准确的、高质量的学习用书,而且希望以此起到高质量的普法作用,能为我国的依法治国进程贡献绵薄之力。

《国家司法考试教科书》及配套用书的编写,体现了权威性与准确性。从权威性来看,严格筛选作者队伍,要求作者不仅具有较高的法律基础和理论功底,而且具有业务实践经验和代表性,作者多是在该领域从事多年实际业务工作或者专业性理论研究的专家学者,他们来自各中央政法领导机关;从准确性上讲,不仅内容的撰写分工明确,而且在内容的最终审查程序上较为严格,整体业务指导由具有多年司法考试指导经验的前司法部部长邹瑜予以审定,具体专业内容由国内法学各领域的学术泰斗加以审定,根据审定内容的先后顺序,他们是:高铭暄(著名刑法学家,国际刑法学会副主席暨中国分会主席,中国法学会副会长暨刑法学研究会前会长)、应松年(著名行政法学家,中国法学会行政法学会研究会副会长)等。

《国家司法考试教科书》及配套用书的编写目的,在于提高司法考试参与者的法律知识水平和融理论、实际运用能力为一体的法律素养。

二、本书特点与体例结构

本书以考试大纲为根据,结合历次律师资格考试、初任法官考试和初任检察官考试的考试试

题进行编写。全书分为五个层次：

1. “考核知识点讲解”部分

此部分主要叙述大纲所要求掌握的内容，归纳总结常考知识点。

2. “重难点诠释”部分

此部分以历次律师资格考试和初任法官考试、初任检察官考试的试题为切入点，分析、点拨、阐述重点与难点。

3. “近年考题分析”部分

此部分精选历次律师资格考试和初任法官考试、初任检察官考试的典型考试试题并作了较详细的分析。目的在于使考生了解国家司法考试命题趋势，提高分析和回答问题的思维能力，掌握回答考题的一般方法。

4. “常见错误点评”部分

此部分通过分析历年试题，提炼出考生答题时常犯或易犯的错误类型并加以分析、解释，目的在于使考生更清晰地辨识易混知识点。

5. “预测试题及答案与解析”部分

此部分根据大纲要求和历年考题，结合重点、难点，精编了部分可能考的模拟试题，目的在于帮助考生提高运用理论知识分析、解决实际问题的能力。

本书是由复旦大学出版社出版的国家司法考试系列配套丛书的核心用书，供考生全面复习阶段之用。除本书外，还有《国家司法考试试题分类解析、应试技巧及变型题预测》，该书进一步设计和精编了《国家司法考试教科书》尚未包含的大量模拟试题，供考生作题型训练时使用，以检查考生对《国家司法考试大纲》、《国家司法考试教科书》的理解和掌握情况，此书作为第二阶段复习用书。

尽管我们在本书的编写、编辑和出版过程中抱着对广大考生认真负责的态度，高质量、严要求，但由于时间紧、任务重，加之我们水平有限，不足之处在所难免，敬请广大读者和专家同行不吝赐教、批评指正。

祝考生考试顺利！

编者

2005年3月

目 录

上 册

第一编 法 理 学

第一章 法的本体	(1)
第二章 法的运行	(23)
第三章 法的演进	(37)
第四章 法与社会	(49)

第二编 法 制 史

第一章 中国法制史	(58)
第二章 外国法制史	(86)

第三编 宪 法

第一章 宪法基本理论	(105)
第二章 宪法的实施及其保障	(116)
第三章 国家的基本制度	(122)
第四章 公民的基本权利与义务	(140)
第五章 国家机构	(149)

第四编 经 济 法

第一章 竞争法	(174)
第二章 消费者法	(190)
第三章 银行法	(200)
第四章 证券法	(209)
第五章 财税法	(224)
第六章 劳动法	(236)
第七章 土地法和房地产法	(245)
第八章 环境保护法	(254)

第五编 国 际 法

第一章 导论	(257)
第二章 国际法主体	(265)
第三章 国际法律责任	(276)
第四章 国际法上的空间划分	(280)
第五章 国际法上的居民	(291)

第六章	外交关系法与领事关系法	(297)
第七章	条约法	(302)
第八章	国际争端的和平解决	(309)
第九章	战争与武装冲突法(本章为新增考试内容)	(314)

第六编 国际私法

第一章	国际私法概述	(318)
第二章	国际私法的主体	(321)
第三章	法律冲突、冲突规范和准据法	(327)
第四章	适用冲突规范的制度	(333)
第五章	国际民商事法律适用	(339)
第六章	国际民商事争议的解决	(354)

第七编 国际经济法

第一章	国际经济法与国际贸易制度	(363)
第二章	国际货物买卖	(371)
第三章	国际货物运输与保险	(384)
第四章	国际贸易支付	(390)
第五章	国际经济法领域的其他法律制度	(396)

第八编 法律职业道德

第一章	法律职业道德概述	(404)
第二章	法官职业道德	(407)
第三章	检察官职业道德	(411)
第四章	律师职业道德	(414)

第九编 刑法

第一章	刑法通则	(425)
第二章	犯罪与犯罪构成	(435)
第三章	正当化行为	(451)
第四章	故意犯罪的停止形态	(457)
第五章	共同犯罪	(467)
第六章	一罪与数罪	(475)
第七章	刑罚及其体系	(482)
第八章	刑罚裁量与刑罚运用制度	(492)
第九章	罪刑法分则的一般问题	(515)
第十章	危害国家安全罪	(521)
第十一章	危害公共安全罪	(529)
第十二章	破坏社会主义市场经济秩序罪	(541)
第十三章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	(576)
第十四章	侵犯财产罪	(599)
第十五章	妨害社会管理秩序罪	(611)
第十六章	贪污贿赂罪	(646)
第十七章	渎职罪	(656)
第十八章	危害国家军事利益的犯罪	(664)

第十编 刑事诉讼法

第一章	刑事诉讼法概述	(672)
第二章	刑事诉讼法的基本原则	(673)
第三章	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(678)
第四章	管辖	(682)
第五章	回避	(690)
第六章	辩护与代理	(693)
第七章	刑事证据	(704)
第八章	强制措施	(713)
第九章	附带民事诉讼	(726)
第十章	期间、送达	(730)
第十一章	立案	(736)

下 册

第十二章	侦查	(739)
第十三章	起诉	(750)
第十四章	第一审程序	(759)
第十五章	第二审程序	(782)
第十六章	死刑复核程序	(792)
第十七章	审判监督程序	(797)
第十八章	执行	(802)

第十一编 行政法与行政诉讼法

第一章	行政法、行政主体与行政行为	(812)
第二章	行政立法与常见政府行为	(826)
第三章	行政复议	(859)
第四章	行政诉讼	(874)
第五章	国家赔偿	(926)

第十二编 民 法

第一章	民法概述	(947)
第二章	自然人	(955)
第三章	法人	(967)
第四章	物与有价证券	(975)
第五章	民事法律行为	(979)
第六章	代理	(994)
第七章	诉讼时效与期限	(1002)
第八章	物权概述	(1007)
第九章	所有权	(1014)
第十章	共有	(1021)
第十一章	用益物权	(1027)
第十二章	担保物权	(1036)

第十三章	债权概述	(1054)
第十四章	债的履行	(1061)
第十五章	债的保全和担保	(1065)
第十六章	债的移转和消灭	(1079)
第十七章	合同概述	(1087)
第十八章	合同的订立	(1091)
第十九章	双务合同履行中的抗辩权	(1098)
第二十章	合同的变更与解除	(1100)
第二十一章	合同责任	(1104)
第二十二章	转移财产权利的合同	(1114)
第二十三章	完成工作成果的合同	(1134)
第二十四章	提供劳务的合同	(1138)
第二十五章	技术合同	(1152)
第二十六章	不当得利和无因管理	(1157)
第二十七章	知识产权概述	(1162)
第二十八章	著作权	(1164)
第二十九章	专利权	(1178)
第三十章	商标权	(1189)
第三十一章	婚姻、家庭	(1197)
第三十二章	继承权	(1207)
第三十三章	人身权	(1218)
第三十四章	侵权行为	(1223)

第十三编 商 法

第一章	公司法	(1233)
第二章	合伙企业法	(1246)
第三章	个人独资企业法	(1256)
第四章	外商投资企业法	(1261)
第五章	企业破产法	(1270)
第六章	票据法	(1271)
第七章	保险法	(1282)
第八章	海商法	(1291)

第十四编 民事诉讼法与仲裁制度

第一章	民事诉讼法的基本理论	(1305)
第二章	民事诉讼法的基本原则和基本制度	(1310)
第三章	主管和管辖	(1315)
第四章	诉讼参加人	(1326)
第五章	民事诉讼证据	(1338)
第六章	民事审判的其他重要制度	(1348)
第七章	通常诉讼程序	(1360)
第八章	特殊诉讼程序	(1380)
第九章	执行程序	(1392)
第十章	涉外民事诉讼程序	(1406)
第十一章	仲裁法	(1412)

第一编 法理学

第一章 法的本体

第一节 法的定义

考 核知识点讲解

一、法律职业

法律职业,是指受过专门法律教育、符合法定任职条件、取得国家规定的任职资格,专门从事法律工作的社会职业。法律职业是以具有专门的法律知识和技能、熟练应用法律为基础的职业,具有专门性、独立性、技术性等特点。

法律职业者作为专门的法律工作者,以其职业的方式来对待法律、运用法律。因此,法律职业与法律方法、法律思维具有紧密联系。法律方法、法律思维的特征主要有:一是以说理的方式解决法律问题;二是必须根据法律解决法律问题;三是必须根据法定程序解决法律问题。

二、法的含义

(一) 汉语中法的含义

1. 语源意义:(1)“法”与“刑”通用;(2)法含有公平或明断是非之义。

2. 哲学意义:(1)指公认、通行的规范、规则;(2)与“律”、“法律”、“法制”等相通,是指特定的规章制度。在近、现代,“法”、“律”逐渐同义,皆指国家法律。

(二) 西语中法的含义

1. 在拉丁文中,jus的语义指法,同时具有权利、公正等义。

2. 在英语国家,“法”笼统以“law”表示,但在具体

场合由于单复数或冠词的变化,“法”又具有一般意义和特殊意义。

(三) 法的内涵与外延

马克思主义法学认为,法是指由国家制定或认可并由国家强制力保障实施的,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级意志,以权利和义务为内容,以确认、保护和发展有利于统治阶级实现阶级统治的社会关系和社会秩序为目的的行为规范体系。

法的外延包括:(1)成文法,即国家立法机关制定的法律;(2)不成文法,即国家通过一定方式认可的判例法;(3)判例法,即法院或法官在司法实践(判决)中创制的规范、规则;(4)其他执行国家职能的法,如教会法。

三、法的本质

(一) 关于法的本质的主要学说

法的本质,又称法的根本性质,是法学最核心的问题。关于法的本质的学说主要有神意说、民族精神说、意志说、理性说、主权命令说、自由说、事物性质说、利益说,等等。

(二) 马克思主义关于法的本质的基本观点

详见“重难点诠释”。

四、法的特征

法作为一种特殊的社会规范,与其他规范相比具有自己的特殊性。

(一) 规范性

即法是调整人们的行为或社会关系的社会规范,

与形式逻辑、语言文字、科学技术等规范区别显著。

(二) 国家意志性

即法是国家制定或认可的,体现了国家意志。

1. 法的产生,基本上通过制定、认可两种方式。制定,是指国家立法机关按照法定权限和程序创制规范性文件。认可,是指国家通过一定方式承认、确认一定社会规范具有法律效力,具体又可分为明示认可、默示认可两种方式。

2. 法体现了国家意志,具有统一性、权威性。一个国家只能有一个法律体系,且该法律体系各规范之间应是统一、一致的,不能相互矛盾、抵触。

(三) 国家强制性

即法是由国家强制力作为最后保障手段的社会规范。法具有国家强制性主要是因为:(1) 在法的遵守方面,法不能被所有的人始终自觉、自愿地遵守,必须通过国家强制力强迫遵守。(2) 在法的执行方面,法必须借助国家专门机关来执行,而不能自行贯彻实施(即所谓“徒法不能自行”)。

(四) 程序性

即法是严格按照规定程序制定、修改、废止和执行的规范。

(五) 普遍性

即法在国家权力管辖范围内普遍有效,主要包括两个方面内容:(1) 法的效力对象具有广泛性,法对国家权力管辖范围内的所有对象皆为适用。(2) 法的效力具有重复性,即法对人们的行为具有反复适用的效力,并不是一次性的。

五、法的作用

法的作用,是指法对人们的行为和社会关系产生的影响。法的作用可分为社会作用、规范作用,二者之间是一种目的与手段的关系:社会作用是目的,规范作用是手段。

(一) 法的社会作用

法的社会作用,是指法为实现一定的社会目的(最主要的是维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序)而发挥的作用。法的社会作用主要表现为:

1. 维护阶级统治的作用。具体表现为:(1) 调整统治阶级与被统治阶级之间的关系;(2) 调整统治阶级内部的关系;(3) 调整统治阶级及其同盟者之间的关系。

2. 执行社会公共事务的作用。具体表现为:(1) 维护人类社会生存、发展的基本条件;(2) 维护社会生产、交换条件,确认、执行生产技术规范、标准,组织社会化大生产;(3) 促进科教、文化、卫生、社会保障等公益事业。

(二) 法的规范作用

1. 指引作用。即法作为一种规范、规则,为人们提供其本人进行一定行为的模式、标准。具体又可分为确定的指引和有选择的指引。确定的指引,是指人们必须根据法律规范指引的行为模式去行为。有选择的指引,是指人们对法律规范指引的行为模式具有选择余地。

2. 评价作用。即法对人们的行为是否合法具有判断、评估作用。

3. 教育作用。即通过法的贯彻实施,对人们以后的行为产生直接或间接的引导、劝导作用。

4. 预测作用。即人们可根据法律规定,提前知晓、估计当事人的行为及其法律后果。

5. 强制作用。即法为保障自身的贯彻实施,可以运用国家强制力惩处违法行为。

(三) 正确认识法的作用

1. 法的重要性。法律具有国家意志性、国家强制性、程序性、普遍性等特点,是社会关系的最主要调整手段,是促进人类社会发展的最重要的稳定、平衡工具。

2. 法的局限性。法作用的范围和方式是有限的,不能无所不能、包罗万象,更不能代替其他社会调整手段。法基于自身特点所产生的有限性主要表现为:第一,法不是客观规律本身,只是体现着人的主观意志的规范、规则。第二,法是概括性规范,不能详尽规范所有问题,也无法处处实现正义。第三,法具有稳定性,相对落后于不断发展、变化的社会生活。第四,法应当严格按照有关程序制定、修改、废止和执行,因此在对现实社会的处理方面相对滞后。第五,法的贯彻落实,离不开必要的物质、精神条件。

重点注释

马克思主义关于法的本质的基本观点

马克思主义关于法的本质学说认为,法的关系不能从其自身或从人类精神的一般发展来理解。法的本质根源于物质的生活关系。

(一) 阶级意志性

1. 法是统治阶级意志的体现。

2. 法体现的统治阶级意志是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志,而不是统治阶级内部各派别或每个成员的个别意志或者这些个别意志的简单相加。

3. 法是被奉为国家意志的统治阶级意志的体现,并不是统治阶级的所有意志都体现为法。

4. 法体现统治阶级的意志并不是一步到位、一蹴而就的,要经历一个复杂的过程。

5. 法不仅体现统治阶级的意志,也反映被统治阶级以及统治阶级的同盟者的某些要求和愿望。

(二) 物质制约性

作为上层建筑重要内容的法决定于一定经济基础。统治阶级意志的内容是由统治阶级所处的社会物质生活条件决定的,因此,法的产生、变更和消灭都取决于一定经济关系(经济基础)的产生、变更和消灭。

(三) 法的阶级意志性和物质制约性具有辩证统一的关系,是矛盾的统一体,不能将二者截然割裂、对立,否则将导致法律宿命论或唯意志论

当代中国法的本质是工人阶级和广大人民整体意志和根本利益的体现。

近年考题分析

一、单项选择题

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?(2004年试题)

- 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

【B】

【解析】本题考的是法的本质、特征和作用。马克思主义法学认为,法是被奉为国家意志的统治阶级意志的体现,故A项错误。法的职能主要包括维护阶级统治的职能(即政治职能,具体表现为:调整统治阶级与被统治阶级之间的关系;调整统治阶级内部的关系;调整统治阶级及其同盟者之间的关系)和执行社会公共职能(具体表现为:维护人类社会生存、发展的基本条件;维护社会生产、交换条件,确认、执行生产技术规范、标准,组织社会化大生产;促进科教、文化、卫生、社会保障等公益事业),故B项正确。法所体现的统治阶级意志的内容是由统治阶级的物质生活条件所决定的,故C、D项错误。

二、多项选择题

1. 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,公民对自己的发明成果或者其他科技成果,有权申请领取荣誉证书、奖金或者

其他奖励

【BD】

【解析】本题考的是法的指引作用。

2. 下列有关法的特征表述哪些是正确的?(2000年试题)

- A. 历史上的一切法的规定都是明确的、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以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

【BCD】

【解析】本题考的是法的特征。根据2000年律师考试教材,法的特征还包括:法是司法机关办案的主要依据;法是以国家政权意志的形式出现的。选项C之所以正确,是因为其他社会规范(如执政党政策、道德)在特定条件下也可以作为司法机关裁判案件的依据。例如,我国《民法通则》第6条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”A项错误在于,宪法等基本法律的法律条文多较为原则,并不详尽、具体。

3. 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?(1999年试题)

- A. ①③④
- B. ①②④
- C. ②
- D. ③

【CD】

【解析】本题考的是法的局限性。本题中,理由①的错误在于,法律重视程序不等于法不讲效率;理由④否定了法的主观意志性特征。

三、不定项选择题

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?(2002年试题)

- 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

【AC】

【解析】本题考的是法的本质。详见“重难点诠释”。



常见错误点评

在本节内容中,容易混淆或者差错之处为法的本质。考生要特别注意本节“重难点诠释”中(一)2、5及(三)。

例题:“无论是政府的立法或市民的立法,只是表明和

【08】记载经济关系的要求而已”，马克思这句话的含义是

- A. 法决定社会经济的发展水平
- B. 法作为上层建筑的重要内容，是由经济基础决定的
- C. 法所体现的统治阶级意志的内容是由该阶级的物质生活条件决定的
- D. 法是由社会经济发展水平决定的

【解析】本题考的是法的深层次本质。马克思这段话的含义是：任何统治阶级都不能不顾一定经济条件的要求肆意制定法律。法就其阶级本质而言，是在生产关系中占统治地位，从而也掌握了国家政权的统治阶级意志的法。

预 测试题及答案与解析

一、单项选择题

法的指引作用的对象主要是指

- A. 统治阶级的行为
- B. 被统治阶级的行为

- C. 一般人的行为
- D. 他人的行为
- E. 人们的相互行为
- F. 本人的行为

【解析】本题考的是法的指引作用。法的指引作用，其对象是本人的行为。法的评价作用，其对象是他人的行为。法的预测作用，其对象是人们相互之间的行为。法的强制作用，其对象是违法犯罪人员的行为。法的教育作用，其对象是一般人的行为。

二、不定项选择题

下列说法正确的是

- A. 法只反映统治阶级的意志
- B. 法是国民意志的体现
- C. 法是人民意志的体现
- D. 法是统治阶级意志的体现
- E. 法从不体现被统治阶级的意志
- F. 法可以反映被统治阶级的某些要求和愿望

【解析】本题考的是法的阶级本质。法是统治阶级意志的体现，但法不仅仅体现统治阶级的意志，同时也反映被统治阶级以及统治阶级的同盟者的某些要求和愿望。

第二节 法的价值

考 核知识点讲解

一、法的价值的含义

价值，是指客体能够满足主体生存和发展需要的性能，或者是客体对满足主体的需要和利益的积极意义。

法的价值，是指法对满足个人、群体、社会、国家、国际组织等主体需要和利益的积极意义。法的价值的有无或大小，既取决于法的自身性能，也取决于一定主体对法的客观需要，以及法能否满足该主体的需要和满足程度。

法的价值具有客观性和主体性特点。所谓法的价值的客观性，是指法对主体的积极意义，不管该主体是否认识或者如何认识，都是客观存在的，是不以该主体的主观意志为转移的。法的价值的主体性，是指法对不同主体，或者对同一主体在不同时间、地点或环境下的价值是不同的，即所谓法的价值“因人而异、因时而异、因事而异”。由此又引申出法的价值的变异性、多维性。

二、法的价值判断和事实判断

法的价值判断，是指主体从应然的角度对法律原则、规则、制度等进行的主观性评定、裁判。

法的事实判断，是指主体对客观存在的法律原则、规则、制度等进行描述性判断。

法的价值判断与事实判断的区别，主要表现为判断的取向、判断的主观性、判断真伪的决定因素以及判断的方法不同等方面。

区别法的价值判断与事实判断的意义，有利于拓宽法学研究和法律分析的视角，有利于法学研究、法律分析寻求事实与价值间的平衡。

三、法的价值的种类

法是社会、经济、政治、文化等因素的综合表现。法的价值首先包含法所中介的经济、政治、社会制度的价值，还包含着主体所追求的并且也是法可以中介的自由、秩序、正义、效率等其他价值。

（一）自由

在哲学意义上，自由是指在不受外在强制力的情况下，能够按照自己的意志进行活动的的能力。自由包含不受外界约束、控制以及可以自我作主地去行为两

方面的含义。法律的特征和价值,法律对人的意义

在阶级社会,自由的性质、内容、范围取决于不同社会的生产关系总和,归根结蒂也取决于生产力的水平。

法与自由具有密切关系。自由是法追求的理想目标,是法的最基本的价值或者最高的价值。法应当是“自由的法律”,通过确认权利、保障权利来实现自由。法是确认、保护和发展一定历史阶段的统治阶级的自由并限制、排斥被统治阶级自由的手段。同时,法也是对自由的合理束缚,是能把阶级社会一定历史条件下人们的自由与纪律、责任有机结合起来的有效手段。

(二) 秩序

秩序,是指自然界和人类社会运动、发展、变化的规律性现象。

一定的社会秩序,总是一定生产方式的社会固定形式。阶级社会的社会秩序,总是一定阶级在其中占统治地位的秩序。法作为规范系统,其本身就是阶级社会一定社会秩序的化身,它体现、确认并保护一定的社会秩序。因此,法律秩序是人们根据社会的需要,归根结蒂是根据社会经济生活的需要,在总结经验的基础上通过制定、实施法律而建立的社会秩序。同时,秩序由于能满足人类生活和活动的规律性、连续性和稳定性的客观需要而成为法的基本价值,成为实现公平、正义等其他法的价值的基础。

(三) 正义

正义是随着时代的变化而变化的。法所体现的正义,总是阶级社会一定生产方式基础上的正义,是统治阶级认为是正义的“正义”。正义有不同的划分,比较著名的是古希腊哲学家亚里士多德和当代美国学者罗尔斯的分类(前者将正义分为分配的正义和矫正的正义,后者则将正义分为社会正义、个人正义或者实质正义、形式正义)。

法与正义的关系较为紧密:首先,正义是法的主要理想或者基本价值目标,法可以促进正义的实现。其次,正义是法的评价体系。再次,正义可以推进法的发展。

四、法的价值的冲突

由于利益的多样性,法的各种价值之间有时会发

生一定矛盾、冲突。如自由侧重于个人权利,秩序则强调国家权力,由此就会形成自由与秩序的冲突。

从主体的角度而言,法的价值冲突主要出现在以下三种情形:一是个体之间的法律价值发生冲突;二是共同体之间的法律价值发生冲突;三是个体与共同体之间的法律价值发生冲突。

在处置法的价值的冲突时,主要遵循价值排序(价值位阶)原则、个案平衡原则和比例原则。



重点注释

一、法的价值判断与事实判断的区别

1. 判断的取向不同。法的价值判断以主体为取向,随主体的不同而有所不同。法的事实判断则以客体为取向。

2. 判断的主观性不同。法的价值判断受主体影响较大,具有较强的主观性。法的事实判断并不主张从应然角度追问法律应当如何等问题,无论判断过程还是判断结果都力求排除主体的主观干扰,实现价值中立。

3. 判断真伪的决定因素不同。法的价值判断的真伪,主要取决于主体、客体之间的价值关系的契合程度。法的事实判断的真伪,主要取决于其是否符合客体的真实情况。

4. 判断的方法不同。法的价值判断是规范性的判断方式,关注法律应当如何等问题。法的事实判断则是描述性的判断方式,力求客观描述、判断现实法律制度的本来面目。

二、处置法的价值冲突的基本原则

在处置法的价值的冲突时,主要遵循下列原则:

1. 价值排序原则,也称价值位阶原则,即不同位阶的法的价值发生冲突时,在先的价值优于在后的价值。通常而言,自由是法的最基本的价值;正义是自由的价值外化,是自由之下制约其他价值的法律标准;秩序则表现为实现自由、正义的社会形态。在上述价值之间发生冲突时,可以按照位阶顺序确定哪种价值优先适用。

2. 个案平衡原则,即处于同一位阶的法的价值之间发生冲突时,必须综合考虑主体之间的实际情况,坚持具体问题具体分析,妥善兼顾双方的利益。

3. 比例原则,即为实现某种价值必须以合理损害其他价值为代价时,应确保最小程度地损害被损害的价值。



近年考题分析

多项选择题

在现代法律实践中,当法的价值发生冲突时,通常采取哪些原则?(2003年试题)

- A. 价值排序原则
- B. 秩序优先原则
- C. 个案平衡原则
- D. 比例原则

[ACD]

【解析】本题考的是处置法的价值冲突的基本原则。详见“重难点诠释”中二之内容。

常见错误点评

在本节内容中,容易出错或者混淆之处为法的价值冲突。详见“重难点诠释”中二之内容。

例题:法的价值具有多样化的特点。在法的诸多价值中,最基本的价值是

- A. 实体正义 B. 形式正义
C. 自由 D. 秩序

【解析】本题考的是法的价值的位阶顺序。详见“重难点诠释”中二之内容。

预测试题及答案解析

单项选择题

著名学者亚里士多德主张:不管任何人,只要其损

第三节 法的要素

考核知识点讲解

一、法的内容和形式

(一) 法的内容

法的内容,是指法的各种内在构成要素,包括法律规范内容和法律技术内容。

1. 法律规范内容。其核心部分为法律权利和法律义务,可分为法律规范、法律部门、法律体系三个层次。其中,法律规范是指国家制定或认可,并由国家强制力保障实施的具有普遍约束力的行为规范。

2. 法律技术内容。主要包括法的概念、术语等内容。

(二) 法的形式

法的形式,是指法的内容的表现方式,是法的内容构成要素的外在结构和组织形态。以成文法为例,可以分为法律条文、规范性法律文件和立法体系三个层次。其中,法律条文又可分为规范性法律条文和非规范性法律条文。规范性法律条文,是指直接表述法律规范的条文。非规范性法律条文,是指仅规定某些法律内容,并不直接规定法律规范本身的条文。

害其他人的权利,都要给予同等的补偿,适用等价交换原则。这种正义属于

- A. 分配的正义
B. 矫正的正义
C. 实质正义
D. 形式正义

【解析】本题考的是正义的分类。正义有不同的划分,比较著名的是古希腊哲学家亚里士多德和当代美国学者罗尔斯的分类。亚里士多德将正义分为分配的正义和矫正的正义。分配的正义,是指对不同的人给予不同的对待,对相同的人给予相同的对待,根据人的功绩、出身等的不同来分配财富、荣誉。矫正的正义,则是指不管任何人,只要其损害其他人的权利,都要给予同等的补偿,适用等价交换原则,用以矫正并恢复被损害者的利益。罗尔斯则将正义分为社会正义、个人正义或者实质正义、形式正义。

二、法律规则

(一) 法律规则的含义和分类

法律规则,是指采取一定结构形式规定人们的法律权利、义务及其法律后果的行为规范。法律规则的分类主要有以下几种:

1. 按照规则的内容不同,法律规则可分为授权性规则和义务性规则。

(1) 授权性规则,是指规定人们有权做一定行为的规则,具体可分为权利性规则和职权性规则。权利性规则,是指规定一般法律关系主体行使权利的规则。职权性规则,是指规定国家机关及其工作人员行使职权的规则。

(2) 义务性规则,是指规定人们应当或者必须做一定行为的规则,具体可分为命令性规则和禁止性规则。命令性规则,是指规定人们的积极义务(应当作为)的规则。禁止性规则,是指规定人们的消极义务(应当不作为)的规则。

2. 按照规则对人们行为限定的范围或程度不同,法律规则可分为强行性规则和任意性规则。

(1) 强行性规则。指内容规定具有强制性性质,不允许人们随意改变的法律规则。义务性规则和职权性规则属于强行性规则。

(2) 任意性规则。指规定在一定范围内,允许人

们自由选择或协商确定具体行为的法律规则。权利性规则属于任意性规则。

3. 按照规则内容的确定性程度,法律规则可分为确定性规则、委任性规则和准用性规则。

(1) 确定性规则。指内容已作明确规定,无需援用其他规则来确定、说明其内容的法律规则。法律条文中规定的绝大多数法律规则皆属此类。

(2) 委任性规则。指内容只是规定某种概括性指示,尚未作明确规定,需经有关机关规定、确认其内容的法律规则。

(3) 准用性规则。指内容尚未作明确规定,需要援用其他规则来说明其内容的法律规则。

(二) 法律规则的逻辑结构

1. 法律规则逻辑结构的含义。法律规则的逻辑结构,是指法律规则系由哪些要素构成以及这些要素之间的逻辑联系。法学界关于法律规则逻辑结构主要有“三要素说”(假定、处理和制裁)、“两要素说”(行为模式和法律后果)和“新三要素说”(假定条件、行为模式和法律后果)。

2. “新三要素说”。即法律规则由假定条件、行为模式和法律后果三部分构成。其中,假定条件、行为模式是法律后果的前提,法律后果是对人们遵守或违反假定条件和行为模式的认定或态度。

(1) 假定条件。指法律规则中有关适用该规则条件的部分,即法律规则在什么时间、什么情况、对什么人的行为具有约束力。具体又可分为行为主体的行为条件和法律规则的适用条件两个方面。

(2) 行为模式。指法律规则中规定人们行为方式的部分,是法律规则的核心部分。具体包括可为模式、应为模式和勿为模式三种。

(3) 法律后果。指法律规则中规定人们在做出符合或不符合行为模式要求的行为时应承担相应结果的部分,是法律规则对人们具有法律意义的行为的态度,包括以下两种:

① 肯定式的法律后果,即合法后果,是指法律规则规定人们按照行为模式行为而在法律上予以肯定的后果,具体表现为法律规则对人们行为的认同、许可、保护、赞赏、奖励。

② 否定式的法律后果,即违法后果,是指法律规则规定人们不按照行为模式行为而在法律上予以否定的后果,具体表现为法律规则对人们行为的不予保护、撤销、制裁、要求恢复原状、赔偿等。

(三) 法律规则与法律条文的关系

详见“重难点诠释”。

三、法律原则

(一) 法律原则的含义和分类

法律原则,是指为法律规则提供基础性、综合性、指导性的价值准则或规范。法律原则可分为以下几种:

1. 基本原则和具体原则。基本原则,是指适用于整个法律体系或某一法律部门的、体现法的基本价值的原则。具体原则,是指在基本原则指导下适用于某一法律部门中特定情形的原则。

2. 实体性原则和程序性原则。实体性原则,是指直接指导、规范实体法问题的原则。程序性原则,是指直接指导、规范程序法问题的原则。

3. 公理性原则和政策性原则。公理性原则,是指由法律基本原理构成的原则。政策性原则,是指基于国家特定政策而制定的原则。

(二) 法律原则和法律规则的区别

法律原则和法律规则都属于法律规范的范畴,但它们在作用、内容、适用范围、适用方式等方面存在以下区别:

1. 在作用方面,法律原则是法律规则的根源和基础,可以协调不同法律规则之间的矛盾,弥补法律规则的不足,甚至可直接作为法官裁判的法律根据。而法律规则则具有比法律原则强度大的显示性特征。

2. 在内容方面,法律原则的要求较原则,不预先规定明确、具体的假定条件和法律后果,只对行为或裁判设定概括性要求,在具体适用时,法官具有一定自由裁量权。法律规则的要求则明确、具体,其目的在于限制自由裁量权。

3. 在适用范围方面,法律原则具有宏观指导性,适用范围比法律规则更为广泛。而法律规则只适用于某一类型的行为。

4. 在适用方式方面,不同的法律原则具有不同的强度,当两个法律原则在具体个案中发生冲突时,法官必须从实际出发,在不同强度的原则间做出权衡。在不同个案中,不同原则的强度关系可能有所改变。而法律规则则是以“非此即彼”方式应用于个案。



重难点诠释

法律条文和法律规则的关系

(一) 联系

法律条文是法律规则的表现形式,法律规则是法律条文的具体内容,二者是形式与内容的关系。

(二) 区别

首先,法律条文是法律规则的重要表现形式,但不是惟一表现形式,法律规则可以表现为成文法或不成文法。其次,法律条文的基本内容是法律规范,但法律条文中除了法律规范之外,还包括法律原则等内容。再次,法律条文与法律规则不一定是一一对应的。法律条文表述法律规则的情形有以下几种:

1. 一个法律规则由同一个规范性法律文件的不同法律条文来表述。
2. 一个法律规则分别由不同规范性法律文件的不同法律条文来表述。
3. 一个法律条文表述不同法律规则或其要素。
4. 一个法律条文仅规定一个法律规则的某个或若干要素。

近年考题分析

一、单项选择题

1. 下列关于法律原则的表述哪一项是错误的?(2004年试题)

- A. 法律原则不仅着眼于行为及条件的共性,而且关注它们的个别性
- B. 法律原则在适用上容许法官有较大的自由裁量余地
- C. 法律原则是以“全有或全无的方式”应用于个案当中的
- D. 相互冲突的法律原则可以共存于一部法律之中

【C】

【解析】本题考的是法律原则的特点及其与法律规则的区别。法律原则,是指为法律规则提供基础性、综合性、指导性的价值准则或规范。法律原则和法律规则都属于法律规范的范畴,但它们在作用、内容、适用范围、适用方式等方面存在以下区别:第一,在作用方面,法律原则是法律规则的根源和基础,可以协调不同法律规则之间的矛盾,弥补法律规则的不足,甚至可直接作为法官裁判的法律根据。而法律规则具有比法律原则强度大的显示性特征。第二,在内容方面,法律原则的要求较原则,不预先规定明确、具体的假定条件和法律后果,只对行为或裁判设定概括性要求,在具体适用时,法官具有一定自由裁量权,故B项正确。法律规则的要求则明确、具体,其目的在于限制自由裁量权。第三,在适用范围方面,法律原则具有宏观指导性,适用范围比法律规则更为广泛。相互冲突的法律原则可以共存于一部法律之中,故D项正确。而法律规则只适用于某一类型的行为。第四,在适用方式方面,不同的法律原则具有不同的强

度,当两个法律原则在具体个案中发生冲突时,法官必须从实际出发,在不同强度的原则间作出权衡。在不同个案中,不同原则的强度关系可能有所改变,故C项错误。而法律规则则是以“非此即彼”方式应用于个案。

2. 法律规则是法律的基本构成因素。下列关于法律规则分类的表述哪一项可以成立?(2004年试题)

- A. 《律师法》第14条规定:“没有取得律师执业证书的人员,不得以律师名义执业,不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务。”此规定为义务性规则
- B. 《中小企业促进法》第31条规定:“国家鼓励中小企业与研究机构、大专院校开展技术合作、开发与交流,促进科技成果产业化,积极发展科技型中小企业。”此规定为强行性规则
- C. 《宪法》第40条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”此规定为命令性规则
- D. 《医疗事故处理条例》第62条规定:“军队医疗机构的医疗事故处理办法,由中国人民解放军卫生主管部门会同国务院卫生行政部门依据本条例制定。”此规定为准用性规则

【A】

【解析】本题考的是法律规则的分类。法律规则的分类主要有以下几种:第一,按照规则的内容不同,法律规则可分为授权性规则和义务性规则。(1)授权性规则,是指规定人们有权做一定行为的规则,具体可分为权利性规则和职权性规则。权利性规则,是指规定一般法律关系主体行使权利的规则。职权性规则,是指规定国家机关及其工作人员行使职权的规则。(2)义务性规则,是指规定人们应当或者必须做一定行为的规则,具体可分为命令性规则和禁止性规则。命令性规则,是指规定人们的积极义务(应当作为)的规则。禁止性规则,是指规定人们的消极义务(应当不作为)的规则。第二,按照规则对人们行为限定的范围或程度不同,法律规则可分为强行性规则和任意性规则。(1)强行性规则,是指内容规定具有强制性性质,不允许人们随意改变的法律规则。义务性规则和职权性规则属于强行性规则。(2)任意性规则,是指规定在一定范围内,允许人们自由选择或协商确定具体行为的法律规则。权利性规则属于任意性规则。第三,按照规则内容的确定性程度,法律规则可分为确定性规则、委任性规则和准用性规则。(1)确定性规则,是