

2006

飞跃版

因为专业，所以卓越

国家司法考试 一本通

法理学·法制史 宪法·法律职业道德

高其才 / 编著

最近一年真题

揭示思路，准确评估

帮助考生于接触知识点前，准确评估自己的应试水平及对知识点的掌握程度，基本把握司考命题思路和角度，进而合理安排时间，进行针对性复习。

基本法理

体系完整，重难点突出

严格按司法考试要求掌握的知识点编写，并对重难点、高频考点以旁注标示，利于考生全面系统掌握司考知识体系，在最短时间内发现并完成对重难点的强化记忆。

相关法条

收录全面，标注关键

体现和支撑基本法理，既使二者相互印证，又方便查询。为简化对法条的理解和记忆，用波浪线对法条关键词作了标注。

历年真题

把握方向，强化巩固

从真题的角度体现常考知识点，揭示命题角度和思路，检验考生对知识点的掌握程度，以利评估备考效果，适时调整复习方向，并通过做题强化巩固对知识点的掌握。

中国法制出版社

2006

国家司法考试 一本通

法理学 · 法制史 · 宪法 · 法律职业道德

高其才 / 编著

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

2006 国家司法考试一本通——法理学·法制史·宪法·法律职业道德/
高其才编. —北京:中国法制出版社,2006. 1

ISBN 7-80226-041-8

I. 法… II. 高… III. ①法理学-法律工作者-资格考核-自学参考资料②法制史-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料③宪法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料④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 003863 号

**2006 国家司法考试一本通——法理学·法制史·宪法·
法律职业道德**

2006 GUOJIA SIFA KAOSHI YIBENTONG——FALIXUE · FAZHISHI · XIANFA ·
FALUZHUYEDAODE

编著/高其才

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×1092 毫米 16

印张/17.75 字数/322 千

版次/2006 年 1 月第 1 版

2006 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-041-8

定价:29.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网 址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66033393

编辑部电话:66010402

读者俱乐部电话:66054900

邮购部电话:66033288

出版说明

备考司法考试必须的三种资料——历年真题、法理、法条,市面上并不少见,但却分散于不同的图书中,用起来极不方便。为帮助考生提高备考效率,我们组织司考辅导专家编写了《2006 国家司法考试一本通》。本书不同于其他司考应试资料的特点,在于把真题(2000-2005)、法理、法条按司法考试要求掌握的知识点整合在一起,真正做到了一本通达。而支撑这一特点的,是它的体例和撰稿人。

一、关于撰稿人

本书的撰稿人都是司法考试辅导领域的知名专家,为保证稿件的质量,每位专家只负责自己学科领域稿件的撰写。

二、关于体例

本书由最近一年真题水平自测、基本法理、相关法条、历年真题四部分构成。

►最近一年真题水平自测——揭示命题思路,准确自我评估

最近一年真题水平自测放在每节标题之后,是考生接触知识点前对自己应考水平的评估。通过做题,就自己对该知识点的掌握有一个大致的了解,对司考命题思路和角度有一个基本的把握,考生可以据此合理安排时间,进行针对性复习。

►基本法理——体系完整,重难点突出

基本法理严格按司法考试要求掌握的知识点编写,利于考生在时间允许的情况下,全面系统地掌握司考要求掌握的知识体系。在对基本法理进行全面阐释的同时,通过旁注对重点、难点、高频考点作标注提示,方便考生在最短的时间内发现并完成对重难点的强化记忆。

►相关法条——收录全面,标注关键

相关法条是现有法律框架对基本法理的体现和支撑,放在基本法理之下,一是有利于法条法理相互印证,二是方便查询。为简化对法条的理解和记忆,我们用波浪线对法条中的关键词作了标注。

►历年真题——把握方向,强化巩固

历年真题解决四个方面问题:一是从真题的角度体现常考的知识点;二是揭示命题角度和思路;三是检验对知识的掌握程度,考生可以据此评估自己的备考效果,以适时调整自己的复习方向;四是通过做题强化对知识点的掌握和巩固。

注:最近一年真题水平自测中出现的题目历年真题中不再重复。

最后要说的是,《2006 国家司法考试一本通》秉承一个核心编排原则,即一切以考生备考的便捷和高效为出发点,我们期待您的认同,衷心祝愿 **飞跃** 成功!

中国法制出版社
2006 年 1 月

■ 使用图解

最近一年真题
水平自测

最近一年真题水平自测 ①

1. 根据我国宪法的规定, 下列哪一种说法不正确? (2005 年, 卷一, 第 9 题)

- A. 城市的土地属于国家所有, 农村和城市郊区的土地, 除有法律规定属于国家所有的以外, 属于集体所有
- B. 宅基地、自留地、自留山属于集体所有
- C. 国家为了公共利益的需要, 可以对土地实行征收或征用
- D. 土地的所有权可以依照法律的规定转让

基本法理

基本法理

2. 矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源, 属于国家即全民所有, 但法律规定由集体所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂除外;

3. 城市的土地属于国家所有, 农村和城市郊区的土地原则上属于集体所有, 但法律规定属于国家所有的除外。

【难点、高频
考点: 自然资
源公有问题】

重难点及高
频考点提示

相关法条

相关法条

■ 《中华人民共和国宪法》

第 6 条 中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制, 即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度, 实行各尽所能、按劳分配的原则。

关键词

历年真题

历年真题 ②

1. 根据 2004 年通过的《中华人民共和国宪法修正案》, 下列有关国家对个体经济等非公有制经济实行的政策的文字表述, 哪些是正确的? (2005 年, 卷一, 第 58 题)

- A. 国家通过行政管理, 指导、帮助和监督个体经济
- B. 国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理
- C. 国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展
- D. 国家对非公有制经济依法实行监督和管理

历年真题答案
及考点

① 【最近一年真题答案及考点】1. D (土地所有权和使用权)。

② 【历年真题答案及考点】1. CD (国家对个体经济等非公有制经济实行的政策)。

最近一年真题
答案及考点

目 录

第一编 法 理 学

第一章 法的本体	1
第一节 法的概念	1
第二节 法律价值	13
第三节 法律要素	19
第四节 法律渊源与分类	25
第五节 法律部门与法律体系	33
第六节 法的效力	37
第七节 法律关系	41
第八节 法律责任	51
第二章 法的运行	60
第一节 立 法	60
第二节 执法与司法	65
第三节 守法与违法	73
第四节 法律监督	78
第五节 法律解释与法律推理	82
第三章 法的演进	88
第一节 法律起源	88
第二节 法律历史发展	93
第三节 法的传统	101
第四节 法制现代化	106
第五节 法治理论	107
第四章 法与社会	111
第一节 法与社会概述	111
第二节 法与经济	112
第三节 法与政治	115
第四节 法与道德	121
第五节 法与宗教	124
第六节 法与人权	126

第二编 法 制 史

第一章 中国法制史	130
第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制	130
第二节 唐宋至明清时期的法制	135
第三节 清末、民国时期的法律	141
第二章 外国法制史	144
第一节 罗马法	144
第二节 英美法系	146
第三节 大陆法系	148

第三编 宪 法

第一章 宪法基本理论	150
第一节 宪法的概念	150
第二节 宪法的历史发展	151
第三节 宪法的基本原则	155
第四节 宪法的作用	156
第五节 宪法的渊源与宪法的结构	157
第六节 宪法规范	158
第七节 宪法关系	159
第八节 宪法与宪政	159
第二章 国家的基本制度（上）	161
第一节 人民民主专政制度	161
第二节 国家的基本经济制度	162
第三节 国家的基本文化制度	166
第三章 国家的基本制度（下）	168
第一节 政权组织形式	168
第二节 选举制度	169
第三节 国家结构形式	177
第四节 民族区域自治制度	180
第五节 特别行政区制度	183
第四章 公民的基本权利与义务	195
第一节 公民基本权利与义务概述	195
第二节 我国公民的基本权利	196
第三节 我国公民的基本义务	202
第四节 我国公民基本权利和义务的主要特点	203
第五章 国家机构	205

第一节	国家机构概述	205
第二节	全国人民代表大会及其常务委员会	207
第三节	中华人民共和国主席	218
第四节	国务院	220
第五节	中央军事委员会	223
第六节	地方国家机构	224
第六章	宪法的实施及其保障	236
第一节	宪法实施概述	236
第二节	宪法的解释	237
第三节	宪法的修改	238
第四节	宪法的实施保障	240

第四编 法律职业道德

第一章	法律职业道德概述	242
第二章	法官职业道德	244
第三章	检察官职业道德	250
第四章	律师职业道德	254
第一节	律师职业道德概述和委托代理关系的建立和终止	254
第二节	律师的保密	258
第三节	律师收费与财物保管规范	260
第四节	利益冲突	262
第五节	执业推广	264
第六节	律师同行之间的行为规范	266
第七节	律师在执业机构中的行为规范	267
第八节	律师与律师行业管理或行政管理机构关系中的行为规范	268
第九节	律师在诉讼与仲裁中的行为规范	269
第十节	律师的职业责任	272

第一编 法 理 学

第一章 法的本体

第一节 法的概念

最近一年真题自测 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? (2004 年, 卷一, 第 1 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

基本法理

一、法律职业与法律概念

法律职业是受过专门的法律专业训练, 具有专业法律知识和法律理论的人所从事的社会工作, 它是社会分工和法律发展的产物。一般认为, 法律职业具有专门性、独立性、技术性的特点。法律职业是以通晓法及法的应用为基础的职业。因此, 我们首先必须明白什么是法。法律职业与法律的概念即“什么是法律”密切相关。

一个系统学习过法律、从事法律职业的人, 一般应当具备以下能力: (1) 较为全面的法律知识, 即掌握现行法律、法规体系, 基本法律的内容, 明白各种权利义务关系及救济程序; (2) 法律思维能力, 即依法循法律逻辑, 有价值取向的思考, 在法律程序范围内, 合理地论证、解释、适用法律的能力。 (3) 解决争议能力, 即依照法律规定, 作出合乎事件情理的分析, 处理已发生的争议, 以建立、维护一个公平和谐的社会秩序。

法律职业从业者有独特的法律思维和法律方法, 从人性恶的立场上考虑问题, 对社会现象进行规范性的思考, 用说理的方式解决冲突, 注重社会利益的平衡保障。法律思维具有规范性、求实性、利益性等特点。

二、法律词义

在中国, “法”一词涵义较为广泛。根据我国第一部字书, 由东汉文字学家许慎所著的《说文解字》中的释义, 它大体有三层涵义: 第一, “法”与“刑”是通用的。古

① 【真题答案及考点】1. B (法的本质)。

代的“刑”字，含刑戮、罚罪之意，也还有“规范”的意义。第二，法者平之如水，含有“公平”之意；第三，法含有“明断曲直”之意。同时，古代的法具有神明裁判的特点。

不过，中国古代“法”在典章制度意义上和在哲理意义上两方面使用。“法”在典章制度意义上与“律”、“法律”、“法制”等相通解。在哲理意义上，汉语的“法”，与“理”、“常”通用，指“道理”、“天理”或常行的范型和标准。

在西文中，“法”也在典章制度意义上、国法意义上和在哲理意义上使用。在英语国家，法的名称虽然统一以“law”表示，但在具体的场合则要通过单复数或冠词的变化来表达“法”的一般意义和特殊意义。在欧洲大陆国家，同样也有表示哲理意义上的“法”与国法（人定法）意义上的“法”（法律）之不同名词。有学者认为，法指永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理，即自然法；法律指由国家机关制定和颁布的具体的法律规则，即实在法，这类法律与国家相联系、出自于国家。

【重点：法的特征】

三、法律特征

法律的特征，是法律区别于其他社会规范的征象和标志。

（一）法律是调整人们行为或社会关系的规范，具有规范性

法律是一种规范，是对人们行为的标准和模式。法律不是通过调整人们的内心观念、思想来调整社会关系的。这是法律区别于其他社会规范的重要特征之一。

法律不是一般的规范，而是一种社会规范。法律调整人与人之间的相互关系，即具有社会意义的行为。因此，法律是针对行为而设立的。

作为社会规范，法律具有规范性。法律规范性，是指为人们行为提供了一个模式、标准、方向。它表现在：法律规范规定了人们的一般行为模式、从而为人们的相互行为提供一个模型、标准或方向，法律所规定的行为模式包括三种：（1）人们可以怎样行为（可为模式）；（2）人们不得怎样行为（勿为模式）；（3）人们应当或必须怎样行为（应为模式）。同时，法律具有概括性，法律的规定抽象，它的对象是一般的人，而不是特定的人，它是反复适用的而不是仅仅一次适用的。法律也具有效率性，每个人可以根据法律而行为，不必事先经过任何人核准。

（二）法律出自于国家，是由国家制定和认可的，具有国家意志性

法律是一种特殊的社会规范，是因为法律是由国家制定和认可的，体现了国家意志。没有国家，就不可能有法律。国家的存在是法律存在的前提条件。

国家造法的方式主要有：

1. 制定：制定是立法机关或立法机关授权的机关创制法律的行为。通过这种方式产生的法律，称为制定法，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）就属于此类。

2. 认可：认可是指国家立法机关或立法机关授权的机关赋予的社会上已经有的某种行为规范以及法律效力。通过这种方式产生的法律，一般称为习惯法，如经过国家认可的宗规族约、村规民约、行会行业规范等。

此外，国家与其他国家或国际组织签订条约的行为也是国家造法的方式。通过这种方式产生的法律，为国际法。

有的国家，国家的惯常行为受到社会承认，惯常行为所形成的模式就成为法律，国

家在其后的类似行为中有遵守的义务。如在英国，作为宪法渊源之一的宪法性惯例就是由国家惯常行为所形成的。

法律是由国家制定和认可，具有国家意志性。法律具有国家意志性，这是法律与其他社会规范的区别之一。宗教教规、风俗礼仪、道德规范虽然都具有一定的规范性，但由于都不是国家或以国家的名义制定或认可的，因而不具有国家意志的属性。这也表明了法律的权威性。从外在形式上看，国家是表现为最有权威的社会组织。

同时，法律具有普遍性。法律在国家主权所及范围内普遍有效，具有普遍约束力。法律的效力对象具有广泛性，在一国范围之内，任何人的合法行为都无一例外地受到法律的保护；任何人的违法行为，也都无一例外地受法律的制裁。法律不是为特别保护个人的利益而制定，也不是为特别约束个人的行为而设立。

当然，不同性质、级别、类型的法律，其约束力的范围有差异，普通法大于特别法，全国性法律的范围大于地方性法。法律具有普遍性并不等于说法律具有绝对性和无限性。

（三）法律规定了人们的权利义务，具有权利义务统一性

法律的要素以法律规范为主，而法律规范中的行为模式是以授权、禁止和命令的形式规定了权利和义务。法律既规定了权利，也规定了义务，法律规定了公民、法人的权利、义务，也规定了国家、国家机构、国家机构工作人员的权利、义务（职权、职责）。法律对人们行为的调整主要是通过权利义务的设定和运行来实现的，法律的内容主要表现为权利和义务。

从一般意义上说，权利表征利益，义务表征负担，法律通过规定权利义务对社会资源进行分配，对各种利益关系进行调整，因而具有利导性（利益导向性）。权利表征利益，义务表征负担。通过法律的规定，影响人们的动机和行为，从而调整社会关系。

（四）法律由国家强制力保证实施，具有国家强制性

一切社会规范都具有强制性，都有其保证实施的社会力量和社会权威。所谓强制性，就是指各种社会规范所具有的、借助一定的社会力量强迫人们遵守的性质。

法律是以国家强制力为后盾，由国家强制力保证实施的，因而具有国家强制性。由于法律调整利益冲突双方的关系，因此自然会引起一方的抵制或反对；同时，法律有可能遭致人们的破坏，违法犯罪现象也就不可避免。法律要对侵犯他人权利方作出否定性反应，必须以强制力为后盾。对违法犯罪行为的制裁，靠任何个人的力量或社会舆论，是不可能有保障的，而必须通过国家强制力才能得以实现。法律具有国家强制性主要是一种威慑，具有间接性和潜在性。国家的强制力是法律实施的最后的保障手段。国家强制力也不是保证法律实施的惟一力量。在一定程度上，法律的实施，也还要依靠社会舆论、人们的道德观念和法制观念、思想教育等多种手段来保证。

法律具有国家强制性还意味着法律具有程序性。国家强制力并不等于纯粹的暴力。国家运用强制力保证法律的实施，也必须依法进行，应受法律规范的约束。

四、法的本质

法的本质指法这一事物自身组成要素之间相对稳定的内在联系，本质掌握着可理解的世界的内容。法的本质是法理学的一个重要的本体论的问题，是法理学的核心问题。

（一）法的本质的各种学说

【高频考点：法的本质】

人类对法的本质的认识过程相当漫长。在历史上,思想家和法学家们曾对法律的本质问题进行过认真地思考,从不同的角度进行了探讨,提出过各种各样的法律的本质学说。

1. 神意论

神意论者认为法是由神创造的,是神的理性和意志,对法的本质与神意等同划一起来,这是人类最早的法的本质认识。

中国古代夏、商就有“天命”、“天罚”观念,古印度的《摩奴法典》声称《摩奴法典》是自在神(梵天)之子摩奴制定的。古巴比伦王国制定的《汉谟拉比法典》(迄今所发现的最早的一部完整保留下来的成文法典)也强调是遵照神的旨意进行的,篇首用很长的篇幅强调法典是国王受地神、天神、众神之王、巴比伦守护神之命而发布的。

在西欧中世纪,罗马天主教教会占居统治地位,作为西欧中世纪最大的神学家、经院主义哲学家托马斯·阿奎那的神学中就包括了当时最为系统的神学法思想。阿奎那将法律分为四种:永恒法即上帝的法律,是最高的法律;自然法是沟通上帝和人的桥梁,其首要原则是“行善避恶”;神法是上帝通过《圣经》所赋予的法律,用以补充比较抽象的自然法;人定法,通常包括世俗统治者制定的法律。在阿奎那看来,法律是种种有关公共幸福事项的合理安排,由任何负有管理社会之责的人予以公布。对于“公共幸福”、“合理”等,他都作了神学上的解释。在他看来,上帝是万物的创造者,又是智慧的化身。神的智慧本身具有法律性质。这种学说更为系统和完整,有其独有的概念和解释体系,有一定的内在逻辑性,理论形态较为完美。

以后又有新托马斯主义法学(新经院主义法学)。他们继承和发展中世纪托马斯·阿奎那的学说。如法国的雅克·马里旦提倡以基督教教义改造社会为核心的新人道主义或人格主义;主张国家应为人服务,最终为人能参与上帝生活这一目的服务;自然法是对上帝的永恒法的参与,是人权的哲学基础。他认为“阿奎那不是中世纪的一个遗迹,不单纯是研究历史和学问的一个对象。他完完全全是当代使徒的体现”。他试图使神学的灵光环绕体现在西方资产阶级民主的政治、法律制度上。

2. 理性论

理性论为西方自然法学派的观点。这种学说在西方具有很大影响,它把法理解为一种理想、一种价值、一种道德,认为存在着一种高于实在法、并指导实在法的普遍原则,即自然法,宇宙运行不变之自然法则。

这种学说大致可分为三个发展阶段:古代自然法说、古典自然法学、新自然法学。

(1) 古代自然法说

古希腊是自然法观念的发源地。古希腊较早的摆脱了原始宗教神学的束缚,而致力于从自然本原探索法产生的原因。不少人认为,国家法就如同山川河流一样是一种自然现象,因而应当从“自然”着手,把握国家和法的真谛,从而形成了早期的自然法观念。如亚里士多德提出了自然正义和法律正义(约定正义)或普通的法律和特殊的法律,即自然法和实在法的区分问题。

罗马共和国末期的哲学家、政治家西塞罗,在西方法思想上首先比较系统地提出了自然法的学说,自然法早在任何成文法或国家产生以前就已存在;它对整个人类,不分国家、不分时期都普遍有效,任何人都不得违反、改变或取消这种法律;所有残暴的法

令根本不能称为法律，而只是一群暴徒在集会中通过的规则而已。他相信自然理性是宇宙的主宰力量，认为法的本质是正义，但正义不是柏拉图所说的“天然秩序”而是作为自然界组成部分的人所固有的人性。

在西欧中世纪时，自然法观念也成为神学法律思想的一个工具，阿奎那对法律的分类中就有自然法。

（2）古典自然法说

商品经济和科学技术的发展重新唤醒了个性意识，人们开始用理性来追寻法的本源。

在近代，自然法观念发展到高峰，17、18世纪的古典自然法派是新兴资产阶级用以反对封建压迫、民族压迫和教会神学的法律思想。主要代表人物有荷兰的格劳秀斯；英国的霍布斯、洛克；法国的孟德斯鸠、卢梭；德国的普芬道夫；意大利的贝卡利亚等。

他们从人的理性出发，认为存在一个“自然状态”，在这一状态下人们享有由自然法保障的天赋自然权利，国家是人们通过社会契约建立的；自然法体现了永恒的正义。他们认为自然法代表人类的理性或本性，是最高的法律。自然法是“真正理性的命令”，连上帝也要受它的支配，是永恒的。法是以普通的人性为基础的，因而凡是全体人民的共同意志而且同样适用于每一个社会成员，因而每个人不论其阶级地位、财富状况、社会地位等，在法律上都是平等的，都是有同样的自由、权利。

（3）新自然法学

自然法学在19世纪中期至20世纪初期衰落后，在20世纪中期又开始复兴。主要代表人物有美国的朗·富勒和约翰·罗尔斯、德沃金等。富勒的思想是在反对英国哈特的法律实证主义中形成和发展起来的，他认为法律与道德是不可分的，法律的外在道德是指法律的实体目标，即实体自然法；法律的内在道德是指法律的解释和执行的方式问题，即一种特殊的、扩大意义上的程序问题，即程序自然法，有8个法律原则（法律的普遍性、法律的公布、适用于将来而非溯及既往的法律、法律的明确性、避免法律中的矛盾、法律不应要求不可能实现的事情、法律的稳定性、官方行动和法律的一致性）。富勒更多的是把自然法看成是提供一种方法的理论，而这种方法是法律程序为达到某种社会组织形式的目的所必须运用的，主要讲程序自然法。

3. 民族精神论

这一学说首先在19世纪的德国兴起。法国资产阶级革命胜利后，在整个欧洲出现了一股思潮，矛盾直接指向法国的启蒙学说，竭力维护在欧洲残存的封建统治，在法学界的表现就是历史法学派的产生。

萨维尼等认为古典自然法学派所谓体现人类理性的自然法仅仅是一种假设，不能说明法律的渊源和本质，这种观点只能是幻想；法律像语言、风俗、政制一样，具有民族特性，是“民族精神”的体现，它“随着民族的成长而成长，民族的壮大而壮大，当这一民族丧失其个性时即趋于消逝”；一个民族的法律制度，就像艺术和音乐一样，是其文化的自然体现，在民族内部力量推动下形成的，只有“民族精神”或“民族意识”才是实在法的真正创造者；每个民族的共同信念才是法律的真正渊源。

在萨维尼看来，法律主要体现为习惯法，习惯法是法律的真正基础，因为习惯法最能体现“民族精神”，它是最有生命力的，其地位远超过立法；而且德国当时也无能力

制定更好的法典。

到19世纪末20世纪初,历史法学派作为一种研究方法,已融化在分析实证主义法学和社会法学中。

4. 规范论

规范论为分析实证主义法学的观点。这一学说曾长期在英国法学界占统治地位,创始人为英国法学家奥斯丁。英国资产阶级革命是以妥协告终的,这种革命的不彻底性在法律方面的直接后果,是旧的诉讼程序被继续运用,封建法律被虔诚的保存下来,这使得当时英国的法律显得杂乱无章,重叠牵制,互相矛盾。但奥斯丁认为,造成英国法律混乱状态的原因,并不在于法律的历史传统,而是因为混乱而散漫的思想方法,尤其是因为古典自然法学说的传播。因此他给自己规定的任务,是把法律和法学从自然法学说中解放出来,通过对法律的逻辑分析提供一套共同的原则、概念和特征,明确它们彼此之间的逻辑关系,形成有条理的法律体系,以完善资产阶级法制,提高统治效能。

奥斯丁认为,法学的对象仅限于实在法,“实际上是这样的法律”,通过对实在法的分析找出它们共同的原则,而这些共同原则实际上都建立在功利的基础之上;法律或严格意义上的法律,是命令,是以制裁作为保证的一种命令,是政治优势者的命令。

他强调,法律和道德是无关的,至少没有必然的联系,一个不道德、不正义的法,只要是合法地制定的,就应该认为具有法律效力,即“恶法亦法”。在《法理学的范围》中,奥斯丁指出:“法律的存在是一回事,它的功过是另一回事;它是否这样一个问题,它是否符合一个假定的标准是另一个问题。一个实际上存在的法律是一个法律,尽管我们碰巧讨厌它,或因为它不同于我们用以表示赞成与否的、教科书中所讲的东西。”

规范论以后为凯尔逊的纯粹法学和哈特的新分析法学等所继承和发展。

5. 社会控制论

这一学说以社会学观点和方法研究法律现象,注重探讨法律在社会中的实际运作,把法律作为社会控制的工具。它研究法律与其他社会因素的相互作用,特别是要研究法律的社会目的和效果。

在国内外各种矛盾不断加剧的情况下,资产阶级要求充分利用国家权力,加强法律对社会生活的控制特别是经济生活的干预,以缓和社会矛盾,维护资本主义的社会关系和社会秩序。

为说明资产阶级法律的变化,从理论上指导资产阶级法律制度的完善,社会法学派逐步形成。法国的狄骥通过把法律与“社会连带关系”联系起来,进而说明法的本质问题。美国的庞德主张从社会控制论着手,站到一个更高的层次来理解法的概念,认为法是一种社会控制的制度,是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制。在他看来,在人类本性中存在着与人的社会性相对应的自我扩张的本性,尽管个人也往往对它采取摈弃的态度,但不能排除它潜在的存在和以不同方式、不同程度地被激发出来,这就要求在一种强有力的控制工具,在现代社会,只有法律才能完成这个任务。法律通过对人们自我扩张的本性的控制来保证和实现社会利益。

庞德强调法律的社会效果和作用,认为法律是一种社会工程,是社会控制工具之一或首要工具,其任务在于调整各种相互冲突的利益;20世纪的法律是法律社会化的阶段。

（二）马克思主义的观点

马克思主义法律的本质学说认为：法律的关系既不能从它们本身来理解，也不能从人类精神的一般发展来理解，相反，它们都根源于物质的生活关系。

马克思主义认为，由于根本利益的不同，在阶级对立的社会里不能形成统一的全社会意志，而只有统治阶级意志才能上升为国家意志。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。统治阶级利用掌握国家政权这一政治优势，有必要、也有可能将本阶级的意志上升为国家意志，然后体现为国家的法律。然而，法律体现的统治阶级意志具有整体性。法律体现的统治阶级意志不是统治阶级内部成员意志的简单相加，也不是少数人的任性，而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。

马克思主义法学强调，法律体现统治阶级意志，要经历一个复杂的过程。它取决于统治阶级同被统治阶级的阶级斗争状况，也取决于统治阶级内部各阶层、集团或个人的矛盾和斗争。在一定情况下，法律的内容规定不仅反映统治阶级的意志，而且同时又反映被统治阶级以及统治阶级的同盟阶级的某些要求和愿望。这包括：（1）法律的内容规定对全社会都有利，不同程度地反映全社会各阶级、阶层的共同利益（如各种技术法规）。（2）在阶级斗争激烈对抗的条件下，统治阶级为了缓和与被统治阶级的某些矛盾，把被统治阶级的反抗控制在一定的范围和限度内，而在立法中对被统治阶级作出一定的让步，规定一些符合被统治阶级利益、反映其某些愿望和要求的内容，从本质上看，这一部分规范或条款仍然是通过统治阶级所掌握的政权机关来制定或认可的，它仅具有局部的意义，并不能改变一国法律的整体性质。

马克思主义法学同时指出：不仅统治阶级意志的内容，而且包括法律本身，都是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。这里的所谓“社会物质生活条件”，是指人类社会包括地理环境、人口、物质资料的生产方式诸方面，其中主要指统治阶级赖以建立其政治统治的经济基础。从根本上说，法律决定于一定的经济关系（经济基础），法律的产生、变更和消灭都决定于一定的经济关系（基础）的产生、变更和消灭。这也意味着，法律不是统治阶级任性和专横的表现，它不应当违背客观历史条件，违背客观规律，否则，它就没有生命力，终将被修改、废除或取消，从而失去法律效力。因而，法律具有物质制约性、客观性、规律性。

因此，马克思主义认为法律是意志性与规律性统一、主观性与客观性的统一、阶级性与社会性的统一，两者具有辩证统一的关系。不能把二者割裂开来、截然对立起来。只有全面理解它们之间的矛盾关系，才能正确理解法律的本质。

五、法的作用

（一）法的作用的含义

法的作用是指法律对人们的行为、社会生活和社会关系发生的积极或消极的影响。法的作用与法律特征和本质密切联系，是法律特征和本质的体现。法的作用与国家权力也有密切联系。因为，法律是一种国家意志的体现，是国家权力规范化的标志。实现法律作用的过程总是与运用国家权力联系在一起的，因此，法的作用是国家权力运行和国家意志实现的具体表现，法律作用是掌握政权者的意志影响社会生活的体现。

法的作用可以分为正作用、负作用或者积极作用、消极作用。这是法律实际作用的两种倾向或后果。正作用表明法律满足了主体的某种需要或达到预期目标；负作用表明

【重点：法的作用】

法律未满足主体需求或预期目标，并对主体造成了损害。如统治者欲用严刑巩固统治，结果却带来社会普遍不满而有损其统治的合法性；立法者欲用法律促进生产，结果反而适得其反。

（二）法的规范作用和社会作用

法的作用可以分为规范作用与社会作用两类。一方面，法律是调整人们行为或社会关系的规范，所以法律具有各种规范作用；另一方面，法律是—定的人们的意志的体现，反映了他们的利益要求，所以法律具有各种社会作用。法的规范作用是基于法律的规范性特性进行考察的，法律的社会作用是基于法律的本质、目的和实效进行分析的。法律的这两种作用之间的关系，是一种手段和目的的关系，法律的规范作用是手段，法律的社会作用是目的。

【重点/难点：法的规范作用】

1. 法的规范作用

法的规范作用是法律自身表现出来的、对人们的行为或社会关系的可能影响。故此，在法理学上，也有人把法律的规范作用称为“法律的功能”。法律的规范作用根据其作用的具体对象、主体范围和方式的不同，可以分为：指引作用、评价作用、预测作用、强制作用和教育作用。

（1）指引作用。法的指引作用表现为：法律作为一种行为规范，为人们提供某种行为模式，指引人们可以这样行为、必须这样行为或不得这样行为，从而对行为者本人的行为产生影响。从另一个角度看，法的指引作用是通过规定人们的权利和义务来实现的。因此，法对人们行为的指引，也相应有两种方式：①确定的指引。它是指人们必须根据法律规范的指示而行为：法律要求人们必须从事一定的行为，而为人们设定积极的义务（作为义务）；法律要求人们不得从事一定的行为，而为人们设定消极义务（不作为义务）。如果人们违反这种确定的指引，法律通过设定违法后果（否定式的法律后果）来予以处理，以此来保障确定性指引的实现。②有选择的指引。它的涵义是指：法律规范对人们的行为提供一个可以选择的模式，根据这种指引，人们自行决定是这样行为或不这样行为。这是一种按照权利性规则而产生的指引作用。

（2）评价作用。法律的评价作用表现在：法律对人们的行为是否合法或违法及其程度，具有判断、衡量的作用。

任何社会规范（道德、宗教规则、政策等）均具有一定的评价作用。但与其他社会规范相比，法律这种社会规范的评价作用具有概括性、公开性和稳定性，所以这种评价更客观、更明确、更具体。法律的评价作用的优越性，使法律起到了其他社会规范难以起到的维护社会秩序、促进社会发展的作用。

法律的评价作用可以分为专门的评价和一般的评价。专门的评价是经法律专门授权的国家机关、组织及其成员对他人的行为所作的评价，这种评价产生法律拘束力。一般的评价是普通主体以舆论的形式对他人行为所作的评价，不产生法律拘束力。

（3）预测作用。法律的预测作用表现在：人们可以根据法律规范的规定可事先估计到当事人双方将如何行为及行为的法律后果，从而对自己的行为作出合理的安排。一般而言，它分为两种情况：①对如何行为的预测。即当事人根据法律规范的规定预计对方当事人将如何行为，自己将如何采取相应的行为。②对行为后果的预测。由于法律规范的存在，人们可以预见到自己的行为在法律上是合法的，还是非法的，在法律上是有效

的，还是无效的，是会受到国家肯定、鼓励、保护或奖励的，还是应受法律撤销、否定或制裁的。法律具有预测作用是与法律的规范性、确定性特点相联系的。

(4) 强制作用。法律的强制作用表现在：法律为保障自己得以充分实现，运用国家强制力制裁、惩罚违法行为。这种作用的对象是违法犯罪者的行为。

法律的强制作用是任何法律都不可或缺的一种重要作用，是法律的其他作用的保证。如果没有强制作用，法律的指引作用就会降低，评价作用就会在很大程度上失去意义，预测作用就会产生疑问，教育作用的实效就会受到影响。总之，法律失去强制作用，也就失去了法律的本性。

(5) 教育作用。法律的教育作用表现在：通过法律的实施，法律规范对人们今后的行为发生直接或间接的诱导影响。这种作用的对象是社会一般成员的行为。法律具有这样的影响力，即把体现在规则和原则中的某种思想、观念和价值灌输给社会成员，使社会成员在内心中确立对法律的信念，从而达到使法的外在规范内在化，形成尊重和遵守的习惯。法律的教育作用主要是通过以下方式来实现的：①反面教育。即通过对违法行为实施制裁，对包括违法者本人在内的一般人均起到警示和警戒的作用。②正面教育。即通过对合法行为加以保护、赞许或奖励，对一般人的行为起到表率、示范作用。

2. 法的社会作用

法的社会作用是法律为实现一定的社会目的（尤其是维护一定阶级的社会关系和社会秩序）而发挥的作用。如果说，法的规范作用是从法律自身来分析法律的作用，那么法的社会作用则是从法律的目的和本质的角度来考察法律的作用问题的。法的社会作用的基本方式有确认、调节、制约、引导、制裁等。

从马克思主义法学观点看，在阶级对立的社会中，法律的社会作用大体上表现在两个主要方面：

(1) 法律在维护阶级统治方面的作用

法律的阶级统治作用是指法律在经济统治、政治统治、思想统治等方面的作用。

马克思主义法学指出：法律在维护阶级统治方面的作用表现在许多方面：①调整统治阶级与被统治阶级之间的关系。一方面，统治阶级用法律在经济上确认和维护自己赖以存在的经济基础，在政治上维护统治阶级对被统治阶级的政治统治（包括镇压），在思想意识形态上维护有利于统治阶级的思想、道德和意识形态；另一方面，统治阶级在一定条件和限度内，也在法律中规定一些对被统治阶级有利的条款，向被统治阶级做出让步，以维护其根本的利益。②调整统治阶级与其同盟者之间的关系。因为统治阶级与其同盟者之间存在着共同的利益，又有着利益冲突，统治阶级需要用法律的形式确定与其同盟者之间的关系，适当给予同盟者在政治、经济上的某些权利和利益，同时对同盟者滥用其权利，甚或对统治阶级进行政治对抗，也实行法律上的制裁。③调整统治阶级内部的关系。统治阶级也需要用法律来规定和确认他们自己内部各阶层、集团的相互关系，分配统治权和利益，惩罚内部成员的违法犯罪行为，以此建立起个人意志服从整个阶级意志的关系，通过这种服从，确保其成员的权力的实现，解决其内部因财产、婚姻等问题而引起的矛盾和纠纷，保证其内部的和谐一致。

(2) 法律在执行社会公共事务方面的作用

社会公共事务是相对于纯粹的政治活动而言的一类社会活动。其特征是：这些事务