



政法英杰司考通国家司法考试教材

2013年国家司法考试 名师核心考点精讲 理论法学

杨帆 ◎ 编著



政法英杰司考通国家司法考试教材

2013年国家司法考试 名师核心考点精讲 理论法学

杨帆 ◎ 编著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

2013年国家司法考试政法英杰名师核心考点精讲.理论法学 / 杨帆编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2013. 1

ISBN 978-7-5620-4640-0

I. ①2… II. ①杨… III. ①法的理论-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第021594号

书 名	2013 年国家司法考试政法英杰名师核心考点精讲 理论法学 2013NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI ZHENGFA YINGJIE MINGSHI HEXIN KAODIAN JINGJIANG LILUN FAXUE
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	787mm × 1092mm 1/16
印 张	13.25
字 数	370 千字
版 本	2013 年 2 月第 1 版 2013 年 2 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4640-0/D · 4600
定 价	25.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

鸣 谢

本套丛书在“莘莘学子”的殷切期盼中终于如期再版！这是考生的一大福音！她篇幅简练、考点明确，是一套考生运用起来得心应手的书籍。这套书凝聚了众多作者、出版者的辛勤汗水！由于他们忘我的付出、不懈的努力，终于使这套丛书得到了广大考生的认可！这里，我们衷心感谢政法英杰校长常英教授的鼎力支持！感谢政法英杰司法考试培训中心名师团队的吴鹏老师、杨艳霞老师、杨帆老师、史颢老师、刘安老师、李毅老师、席志国老师等的通力合作，正是由于他们的团队精神、团结协作，根据自己多年的司考辅导经验终于精心打造了这样一套对广大学员大有裨益的考试用书。

同时，政法英杰更要感谢出版者和一直支持、信任我们的广大学员，有了他们的反馈，我们才会更加有针对性的编纂教材，使该书更具权威性、精确性、实用性！有了他们，我们才会不断进步，不辜负给予我们每一份力量的学员们。最后，希望广大读者对本书不吝指点、多提宝贵建议！

政法英杰培训中心

2013 年 2 月

序 言

司法考试难在哪里?

浩如烟海的法条如何记忆?

纷繁复杂的法律事件怎样剖析?

灵活多样的题型如何解析?

刁钻古怪的陷阱怎样破解?

为什么许多考生皓首穷经,却不能破解司法考试之谜?

为什么有些考生能够一试中的,犹如囊中取物,从此平步青云? ……

为了帮助广大考生更好的驾驭司法考试,北京政法英杰培训中心特编著此套名师过关辅导用书。

本套丛书是由我及政法英杰一线授课名师亲自编写,集名师讲义、考点精讲、历年真题、易混易错、重点法条、经典习题于一体,囊括历年司法考试的考点、重点和难点,以“讲、评、练”的形式集中展现,既将高频考点逐一作出梳理,又对新增法规进行详细解读,有利于考生扎实掌握基础理论,强化实战经验,迅速提高其得分能力。本书具有以下特点:

1. **突显讲义。**集政法英杰名师多年司考辅导经验的名师讲义,突显各学科的理论重点,紧扣司考大纲,集中高频考点,强调重点,突破难点,解析疑点,具有较强的渗透性和方向性,帮助学员在较短时间内把握命题思路,建立学习框架,夯实理论基础。

2. **浓缩考点。**我们将历年真题作了深刻的剖析,浓缩教材,解析重点,解惑难点,探讨疑点,助考生全面掌握命题趋势及司考真谛,又快又好的达到复习效果。

3. **名师精炼。**通过对真题和习题的逐一评析,让考生体味司考之特点,准确把握命题的风格、题型及各个学科所占比例,巧妙破解陷阱;全面掌握解题技巧,剖析出题目的,从而加强应试能力。

4. **易混易错。**将历年考题进行分析,对容易出现混淆、易错的试题择编出来,适用于中期复习;抓住命题规律和出题要点,避免应试中出现的种种问题。

5. **历年真题,重点法条,司法解释通讲。**旨在破译命题规律,透析2013年司法考试命题方向,司法考试唯有年年有新意,才能考倒人,也才能真正的选拔出精英。

我们相信,本书能够为您提供准确且权威的信息,帮助您解密司法考试命题思路,为您复习司法考试“画龙点睛”。在本书即将付梓之际,政法英杰全体教师祝愿各位考生2013年都能心想事成,鸿运当头,金榜题名!

常 英*

2013年于中国政法大学

* 常英:中国政法大学资深教授、硕导,政法英杰校长,著名教育家,被誉为“民诉辅导第一人”。

目 录

序 言	(1)
-----------	-------

法 理 学

第一讲 法的本体	(1)
第一节 法的概念	(1)
第二节 法的价值	(7)
第三节 法的要素	(10)
第四节 法的渊源	(18)
第五节 法律部门和法律体系	(25)
第六节 法的效力	(26)
第七节 法律关系	(29)
第八节 法律责任	(34)
第二讲 法的运行	(37)
第一节 立 法	(38)
第二节 法的实施	(40)
第三节 法律适用的一般原理	(44)
第四节 法律推理	(46)
第五节 法律解释	(49)
第三讲 法的演进	(56)
第一节 法的起源	(56)
第二节 法的发展	(59)
第三节 法的传统	(60)
第四节 法的现代化	(62)
第五节 法治理论	(63)
第四讲 法与社会	(64)
第一节 法与社会的一般理论	(65)
第二节 法与经济	(67)
第三节 法与政治	(68)
第四节 法与道德	(69)
第五节 法与宗教	(71)
第六节 法与人权	(71)

法 制 史

第一讲	中国古代法制史	(73)
第二讲	中国近代法制史	(97)
第三讲	罗马法	(104)
第四讲	英美法系	(108)
第五讲	大陆法系	(113)

宪 法

第一讲	宪法基本理论	(121)
第一节	宪法的概念	(121)
第二节	宪法的发展历史	(124)
第三节	宪法的基本原则	(126)
第四节	宪法的作用	(127)
第五节	宪法的渊源与宪法典的结构	(128)
第六节	宪法规范	(130)
第七节	宪法效力	(131)
第二讲	宪法的实施及其保障	(132)
第一节	宪法实施的途径及特征	(132)
第二节	宪法修改	(133)
第三节	宪法的解释	(134)
第四节	宪法实施的保障	(135)
第三讲	国家基本制度	(137)
第一节	人民民主专政制度	(137)
第二节	国家基本经济制度	(138)
第三节	国家基本文化制度	(138)
第四节	国家政权组织形式	(139)
第五节	选举制度	(140)
第六节	国家结构形式	(148)
第七节	民族区域自治制度	(149)
第八节	特别行政区制度	(152)
第九节	基层群众自治性组织	(157)
第四讲	公民的基本权利与基本义务	(160)
第一节	概 述	(160)

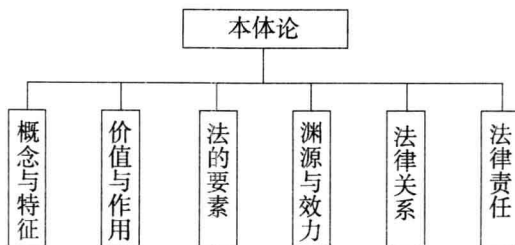
第二节 基本权利	(162)
第三节 基本义务	(166)
第五讲 国家机构	(167)
第一节 国家机构的组织和活动原则	(168)
第二节 中央国家机关	(168)
第三节 地方国家机关	(178)
第四节 司法机关（略）	(186)

社会主义法治理念

第一章 社会主义法治理念的基本理论	(187)
第一节 社会主义法治理念的基本概念和本质属性	(187)
第二节 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础	(187)
第三节 社会主义法治理念的地位和作用	(188)
第二章 依法治国	(188)
第一节 依法治国的基本内涵	(188)
第二节 依法治国的基本要求	(189)
第三章 执法为民	(189)
第一节 执法为民理念的基本内涵	(189)
第二节 执法为民理念的基本要求	(190)
第四章 公平正义	(190)
第一节 公平正义理念的基本内涵	(190)
第二节 公平正义的基本要求	(190)
第五章 服务大局	(191)
第一节 服务大局的基本内涵	(191)
第二节 服务大局理念的基本要求	(192)
第六章 党的领导	(192)
第一节 党的领导理念的基本内涵	(192)
第二节 党的领导理念的基本要求	(192)
附 录	(193)

第一讲 法的本体

【本讲知识结构图】



【本讲重点难点提示】

本章为司法考试最重要一章。考生朋友应该熟练掌握以下知识点：

1. 法的规范性、普遍性、可诉性；
2. 价值判断与事实判断；自由、正义与法的关系及法的价值冲突的解决原理；
3. 法的规范作用与法的作用的局限性；
4. 法律规则的分类、法律原则与法律规则的区别及法律原则的适用条件；
5. 法的正式渊源与非正式渊源的区别及当代中国的法源；
6. 法的效力，特别是法的溯及力问题；
7. 法律关系的分类及法律事实。
8. 法律责任的归结与免除，法律责任的竞合。

在以上知识点中，法的价值理论、法的作用的局限性、法律渊源理论为论述题的原理，考生朋友应该借助其他资料对其深入了解。

第一节 法的概念

一、法的概念的争议

1. 争议的焦点。围绕着法的概念的争论是关于法与道德之间究竟有没有本质上必然的联系。

2. 法律实证主义。

(1) 基本主张。在定义法的概念的时候，没有道德因素被包括在内，即法和道德是分离的。具体说来，实证主义认为，在法与道德之间，在法律命令什么与正义要求什么之间，即实然法和应然法之间，不存在概念上的必然联系。

(2) 法律实证主义关于法的概念的分类。法律实证主义是以下列两个要素定义法的概念的：权威性制定与社会实效。

①以社会实效为首要定义要素的法概念，如法社会学和法现实主义。

②以权威性制定为首要定义因素的法概念，如分析主义法学，代表人物如奥斯丁、哈特、凯尔森。

3. 非实证主义理论。

(1) 基本主张。在定义法的概念时，道德因素被包括在内，即法与道德是相互联接的。

(2) 非实证主义关于法的概念的分类。非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要因素，同时也包括社会实效性要素和权威性制定要素。

①以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素，以传统的自然法理论为代表。

②以三要素同时作为法的定义的要素，被称为超越自然法学与分析法学的第三条道路。

【提示】法的概念的争议属于未直接考查过的知识点，但是对于三大法学流派的基本主张曾经在考查其他知识点的时候涉及过。在复习时对于三大法学流派的基本主张应该有基本的把握。

流派	研究对象	研究方法	核心观点	法律渊源中体现
自然法学	法的精神与价值	价值分析	法与道德有必然联系，法的效力根据来自内容道德上的正确	法理与一般法律原则
实证法学	法的规范形态	规范分析	法与道德没有必然联系，法的效力根据来自正式的国家制度事实。（如制定法的活动）	制定法与先例
社会法学	法的实际效果	经验分析	法的效力根据来自于社会心理接受或习惯	习惯

二、法的本质

1. 正式性。法的正式性也称做法的官方性、国家性，指法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。法的正式性反映了法的现象的特征，是法的本质的表现。

2. 阶级性。在阶级对立的社会，法体现的国家意志实际上是指统治阶级的意志。法体现的国家意志从表面上看具有公共性、中立性；法体现的国家意志只能是统治阶级的意志，是法律化的统治阶级意志；法体现的国家意志具有高度的统一性和极大的权威性。

3. 社会性。法的社会性又称法的物质制约性，指法的内容是受一定社会因素制约的，最终也是由一定社会的物质生活条件决定的。

【提示】09-53、04-1、02-81 考查了法的阶级性；04-1、02-81 考查法的物质制约性。法的正式性未考。

【真题】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？^①（07-1-1）

- 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
- 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

三、“国法”及其外延

1. 国法的定义。国法指特定国家现行有效的法。

2. 国法的外延：

- （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）；

^① 【答案】D

(3) 国家通过一定的方式认可的习惯法 (不成文法);

(4) 其他执行国法职能的法 (如教会法)。

【提示】“国法”和“国家法”是两个不同的概念,国法指的是特定国家现行有效的法,国家法指的是特定国家立法机关制定的法。12-54题考查了国法这个知识点。

【真题】下列有关“国法”的理解,哪些是不正确的?① (12-1-54, 多选)

- A. “国法”是国家法的另一种说法
- B. “国法”仅指国家立法机关创制的法律
- C. 只有“国法”才有强制性
- D. 无论自然法学派,还是实证主义法学派,都可能把“国法”看作实在法

四、法的特征

(一) 法是调整人的行为的社会规范

1. 规范性的含义:

- (1) 针对的对象是不特定的大多数人;
- (2) 针对规范制定生效后发生的行为有效;
- (3) 在其有效期限内,针对同样的情况反复适用。

2. 法律调整的对象:

(1) 法律调整的对象仅仅是人们的行为,而不涉及离开行为单纯的人的内心世界、思想、灵魂。而宗教规范和道德规范不但调整人的行为,更多地调整人的内心世界。

(2) 法律调整的行为不是单个的人的行为,而是人们的交互行为。

3. 法与自然法则、技术规范、其他社会规范的区别。

(1) 法不同于自然法则。自然法则是自然现象之间的联系,其存在与人的思维和行动无关,不具有文化意蕴;与此相比,法律规范是一种文化现象。

(2) 法律不同于技术规范。技术规范调整人与自然之间的关系,是规定人们如何使用自然力量和生产工具以有效利用自然的行为准则;而社会规范调整人与人之间的关系,违反社会规范会招致来自社会的惩罚。

(3) 法律不同于其他社会规范。法律是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和确信的基础上,大体上通过社会舆论、传统的力量、社团内部的组织力或人们的内心发生作用。

(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

(三) 法是具有普遍性的社会规范

- 1. 在一国主权范围内,法具有普遍效力,所有人都要遵守;
- 2. 在民主法治国家里,法律对同样的事和人同样适用,即法律面前人人平等;
- 3. 近代以来,法虽是一国主权范围内的事,具有地域性、民族性。但一国法的内容与人类的普遍要求相一致。

【注意】

- 1. “法的普遍性”主要是就第一种含义来说的。
- 2. 其他社会规范在适用效力上多采取“属人主义”,而法在适用上则以“属地主义”为基础。

(四) 法是以权利和义务为内容的社会规范

- 1. 法作为一种特殊的社会规范,不仅为社会主体设定义务,也赋予其相应的权利,义务

① 【答案】ABC

和权利紧密相连，正是通过这种设定，法才成为调整人们行为的社会规范。

2. 法律具有既关注权利也关注义务的两面性。

【注意】宗教、道德等社会规范，其内容主要是对主体的义务性要求，这是它们与法律规范的重要区别之一。

(五) 法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

1. 国家强制力是保证法律实施的最后力量，而非唯一力量。

2. 无程序即无正义，因而国家强制力的运用，必须要严格遵循程序法的规定。

(六) 法是可诉的规范体系，具有可诉性

1. 法的可诉性的定义。

(1) 法的可诉性是指法律作为一种规范人们外部行为的规则（从广义而言，法律规范包括规则、原则和立法意图）可以被任何人（特别是公民和法人）在法律规定的机构中（特别是法院和仲裁机构中）通过争议解决程序（特别是诉讼程序）加以运用的可能性。

(2) 德国法学家坎特罗维奇对法律下的定义：“法律是规范外部行为并可被法院适用于具体程序的社会规则的总和。”

2. 法的可诉性的构成要素：

(1) 可争讼性。即：任何人均可以将法律作为起诉和辩护的根据。法律必须是明确的、确定的规范，才能担当作为人们争讼标准的角色。

(2) 可裁判性（可适用性）。法律能否用于裁判作为法院适用的标准是判断法律有无生命力、有无存续价值的标志。依此，缺乏可裁判性（可适用性）的法律仅仅是一些具有象征意义、宣示意义或叙述意义的法律，其即使不是完全无用的法律或“死的法律”，至少也是不符合法律之形式完整性和功能健全性之要求的法律。我们径直可以把这样的法律称为“有缺损的、有瑕疵的法律”。它们减损甚至歪曲了法律的本性。

【注意】判断一种规范是否属于法律，可以从可诉性的角度加以观察。

【提示】07-53 考查了法的程序性；07-7、09-10 考查了法的可诉性。此外，法的规范性和普遍性属于命题概率比较大的考点。

【真题】下列哪一选项体现了法律的可诉性特征？(07-1-7)①

- A. 下一级的规范性法律文件因与上一级的规范性法律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

五、法的作用

(一) 规范作用

1. 指引作用。

(1) 指引作用的对象：自己的行为。

(2) 指引作用的形式：

①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的具体指引。

②规范性指引，是通过一般的规则对同类的人或行为的指引。个别指引尽管是非常重要的，但就建立和维护稳定的社会关系和社会秩序而言，规范性指引具有更大的意义。

(3) 立法中指引的方式：

①确定的指引，即通过设置法律义务，要求人们作出或抑制一定行为，使社会成员明确自

① 【答案】B

己必须从事或不得从事的行为界限。

②不确定的指引,又称选择的指引,是指通过宣告法律权利,给人们一定的选择范围。

【真题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?①(02-1-32)

- 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、无期徒刑或者十年以上有期徒刑
- 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

2. 评价作用。

(1) 评价作用是指法律具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用。

(2) 在现代社会,法律已经成为评价人的行为的基本标准。

(3) 评价作用的对象是他人的行为。

3. 预测作用。

(1) 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。

(2) 预测作用的对象是人们的相互作用。

4. 教育作用。

(1) 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。

(2) 教育作用的对象是一般人的行为。

(3) 教育作用分为示警作用和示范作用。

5. 强制作用。

(1) 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。

(2) 强制作用的对象是违法犯罪者的行为。

(3) 制定法律的目的是让人们遵守,希望法律的规定能够转化为社会现实,因此法律需要具有一定的权威性,而法律的强制性有助于提高法律的权威性。

【提示】司法考试的重点是指引作用。09-10、02-32 考查法的不确定指引作用;09-11、11-89、06-55 考查法的确定性指引作用;06-54 考查法的评价作用;08-92、09-11 考查法的预测作用。法的强制作用和和教育作用属于未考查知识点。

(二) 法的社会作用

1. 法的社会作用的领域:①社会经济生活;②政治生活;③思想文化生活领域。

2. 法的社会作用的方向:

(1) 政治职能,即通常说的阶级统治的职能;

(2) 社会职能,即执行社会公共事务的职能。

【提示】法的社会作用属于未考查知识点。

(三) 法的作用局限性

从“法律是人们行为的标准”,可知:

(1) 法律应该是前在的,法律应该在行为之前存在,今天的法只能用来要求人们明天的行为,而不能用来要求人们昨天的行为,故法(不溯及既往)。

(2) 法律不能模糊不清,否则人们会无所适从,所以法律应该是(确定的)。

(3) 前在的、确定标准,导致了行为的后果是(可预测的)。

① 【答案】BCD

(4) 法律不能朝令夕改,变动不居,否则人们会无所适从,故法律应该是(稳定的)。

(5) 法律不能互相矛盾,故法律应该是(统一的)。

(6) 法律是不特定的人的行为标准,所以法律不应该只关注人的行为的个别性,而要关注行为及条件的共性,故法律应该具备(一般性)。

(7) 法律不能秘而不宣,法律应当是公开的,故法律应该具备(公开性)。

(8) 法律不能强人所难(可操作性)。

但是:

(1) 法律应该是前在的,但是立法者的预见能力是有限的,故法律可能是(有空白或漏洞的);

(2) 法律应该是确定的,但大多数语言是多义的,故法律可能是(不确定的);

(3) 法律应该是稳定的,但社会关系是频繁变化的,故法律可能(滞后的);

(4) 法律应该是一般的,但是案件是个别的,故法律可能是(僵硬的),从而个案不正义。

然而:

法律的滞后性有两种情形:

(1) 立法滞后:导致法律空白或者漏洞;

(2) 法律内容滞后:导致合法而不合理。

综上所述,法律的局限性有:空白;不确定;僵硬。

【提示】09-53、07-6、08 延缓-51、05-53 以选择题的形式考查了法的作用的局限性。除此以外,每年的第四卷的考题中有关法理学方面的论述题几乎都可以从法的作用的局限性找到突破口,对此考生不能不详查。故在复习的过程对法的局限性应该熟练掌握其推导过程和具体表现、克服方法。

【真题1】关于法律语言、法律适用、法律条文和法律渊源,下列哪一选项不成立?(07-1-6)①

- A. 法律语言具有开放性,因此法律没有确定性
- B. 法律适用并不是适用法律条文自身的语词,而是适用法律条文所表达的意义
- C. 法律适用的过程并不是纯粹的逻辑推理过程,而有法律适用者的价值判断
- D. 社会风俗习惯作为非正式的法律渊源,可以支持对法律所作的解释

【真题2】关于法的作用,下列哪些选项是错误的?②(08 延缓-1-51)

- 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

【真题3】2007 年,某国政府批准在实验室培育人兽混合胚胎,以用于攻克帕金森症等疑难疾病的医学研究。该决定引发了社会各界的广泛关注和激烈争议。对此,下列哪些评论是正确的?③(09-1-53)

- A. 目前人兽混合胚胎研究在法律上尚未有规定,这是成文法律局限性的具体体现
- B. 人兽混合胚胎研究有可能引发严重的社会问题,因此需要及时立法给予规范和调整
- C. 如因该研究成果发生了民事纠纷而法律对此没有规定,则法院可以依据道德、习惯或

① 【答案】A

② 【答案】BC

③ 【答案】ABC

正义标准等非正式法律渊源进行审理

D. 如该国立法机关为此制定法律, 则制定出的法律必然是该国全体公民意志的体现

第二节 法的价值

一、法的价值判断和法的事实判断

(1) 事实判断是一种描述性判断, 是关于客体实际上是什么的判断, 而价值判断是一种规范性判断, 是关于客体应该是什么的判断。

(2) 客观世界是由事实构成的, 价值是判断者附加在客体之上的, 不同的主体其价值观不同, 故对同一客体会做出不同的价值判断, 因此, 价值判断具有主观性。

(3) 法律作为一种规范, 它是立法者从自己的价值体系出发, 做出的关于人应该如何行为的判断, 故法律规范为价值判断。

(4) 根据三段论的推理规则, 如果大前提是价值判断结论必然为价值判断, 故在法律实施过程中, 一定主体依据法律规范所作出的实体结论为价值判断。

(5) 在法律的实施过程中, 对案件事实的认定总体上属于事实判断, 但是认定案件事实离不开证据, 一个证据有无证明力以及证明力大小需要相关主体做价值判断。

【提示】2008 年以前, 05-2、05-5 考查了价值判断与事实判断。2008 年大纲修改后价值判断和事实判断不属于大纲规定的考查内容, 但是 10-55 题对这一删除了的知识点重新进行考查, 对这一法理学的基本知识点要应该掌握。

【真题】贾律师在一起未成年人盗窃案件辩护意见中写到: “首先, 被告人刘某只是为了满足其上网玩耍的欲望, 实施了秘密窃取少量财物的行为, 主观恶性不大; 其次, 本省盗窃罪的追诉限额为 800 元, 而被告所窃财产评估价值仅为 1050 元, 社会危害性较小; 再次, 被告人刘某仅从这次盗窃中分得 200 元, 收益较少。故被告人刘某的犯罪情节轻微, 社会危害性不大, 主观恶性小, 依法应当减轻或免除处罚。”关于该意见, 下列哪些选项是不正确的?^① (10-1-55)

A. 辩护意见既运用了价值判断, 也运用了事实判断

B. “被告人刘某的犯罪情节轻微, 社会危害性不大, 主观恶性小, 依法应当减轻或免除处罚”, 属于事实判断

C. “本省盗窃罪的追诉限额为 800 元, 而被告人所窃取财产评估价值仅为 1050 元”, 属于价值判断

D. 辩护意见中的“只是”、“仅为”、“仅从”这类词汇, 属于法律概念

二、法的价值的种类

(一) 秩序

秩序之所以成为法的基本价值之一, 是因为:

(1) 任何社会统治的建立都意味着一定统治秩序的形成。法律的根本而首要的任务就是确保统治秩序的建立, 因而秩序对于法律来说, 无疑是基本的价值。

(2) 秩序本身的性质决定了秩序是法的基本价值。秩序是人们在社会生活中相互作用的正常结构、过程或变化模式, 它是人们相互作用的状态和结果。任何时代的社会, 人们都期望着行为安全与行为的相互调适, 这就要求通过法律确立惯常的行为模式。

(3) 秩序是法的其他价值的基础。自由、平等、效率等法的价值, 同样也需要以秩序为

^① 【答案】BCD

基础。然而,秩序虽然是法的基础价值,但是秩序本身又必须以合乎人性、符合常理作为其目标。从这个意义上说,现代社会所言的秩序还必须接受正义的规制。

【提示】对于秩序价值,司法考试中未直接考查。

(二) 自由

自由的定义学说众多,各家意见也不尽统一,对于考生来说没有必要纠缠于概念的争议中。考生应当重点掌握自由和法律之间的关系。以下两点考生应该予以注意:

1. 法律是自由的保障,自由是判断法律善恶的标准之一。良法应当是自由之法。
2. 自由是有限度的、有范围的,而这个限度和范围由法律来设立。对于公民个人而言法无禁止即自由。
3. 基于以上所述,我们可以说法律既保障自由又限制自由。在这里要回答的一个问题是:法律何时及何种情况下限制自由是正当的。对于这一问题的回答有以下学说:

(1) 伤害原则。在《论自由》一书中,密尔把人的行为分为自涉行为和涉它行为。前者只影响自己的利益或者仅仅伤害到自己,后者则影响到别人或者伤害到别人。密尔认为只有伤害别人的行为才是法律检查和干涉的对象,未伤害任何人或仅仅伤害自己的行为不应受到法律的惩罚,简言之,社会干预个人行动自由唯一的目的是自我保护,只有为了阻止对别人和公共的伤害,法律对社会成员的限制才是合理的,可以证成的。

(2) 法律家长主义。法律家长主义原则也称父爱主义,其基本思路是:禁止自我伤害的法律,即家长式的法律强制是合理的。家长式的法律强制是指为了被强制者自己的福利、幸福、需要、利益和价值,而由政府对一个人的自由进行的法律干涉。如禁止自杀、禁止决斗、强制戒毒等法律法规都是该原则体现。

(3) 冒犯原则。冒犯原则的基本思路是:法律禁止那些虽不伤害别人但却冒犯别人的行为是合理的。这里的冒犯行为是指使人愤怒、羞耻或惊恐的淫荡行为或放肆行为,如人们忌讳的性行为、虐待尸体、亵渎国旗。这种行为公然侮辱公众的道德信念、道德感情和社会风尚,因此必须受到刑事制裁。

(4) 法律道德主义原则。法律道德主义的基本思路是:一个人的行为只要违背了一个社群所接受的道德准则,就应该受到法律的禁止或者惩罚。

【提示】10-92、09-12、08-2 考查法的自由价值。2008 年第四卷第七题:“以两个网上‘裸聊’案为例,从法理学的角度阐述法律对个人自由干预的正当性及其限度”,也是对法律与自由关系的考察。作为法律的核心价值的自由是司法考试的高频考点,在备考的过程中一定详加注意。

(三) 正义

关于正义的论述参见“社会主义法治理念”内涵之“公平正义”部分。

【提示】06-1、05-56 考查法的正义价值。公平正义的基本要求、程序公正与实体公正之间的关系是司法考试的重点内容,应该重点掌握。

【真题1】关于法律与自由,下列哪一选项是正确的?^① (08—1—2)

- A. 自由是至上和神圣的,限制自由的法律就不是真正的法律
- B. 自由对人至关重要,因此,自由是衡量法律善恶的唯一标准
- C. 从实证的角度看,一切法律都是自由的法律
- D. 自由是神圣的,也是有限度的,这个限度应由法律来规定

【真题2】《集会游行示威法》第四条规定:“公民在行使集会、游行、示威的权利的时候,必须遵守宪法和法律,不得反对宪法所确定的基本原则,不得损害国家的、社会的、集体的利

^① 【答案】D

益和其他公民的合法的自由和权利。”关于这一规定，下列哪一说法是正确的？^①（09-1-12）

- A. 该条是关于权利的规定，因此属于授权性规则
- B. 该规定表明法律保护人的自由，但自由也应受到法律的限制
- C. 公民在行使集会、游行、示威的权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益，因此国家利益是我国法律的最高价值
- D. 该规定的内容比较模糊，因而对公民不具有指导意义

【真题3】2008年修订的《中华人民共和国残疾人保障法》第五十条规定：“县级以上人民政府对残疾人搭乘公共交通工具，应当根据实际情况给予便利和优惠。残疾人可以免费携带随身必备的辅助器具。盲人持有效证件免费乘坐市内公共汽车、电车、地铁、渡船等公共交通工具。盲人读物邮件免费寄递。国家鼓励和支持提供电信、广播电视服务的单位对盲人、听力残疾人、言语残疾人给予优惠。”对此，下列说法错误的是：^②（10-1-92）

- A. 该规定体现了立法者在残疾人搭乘公共交通工具问题上的价值判断和价值取向
- B. 从法的价值的角度分析，该规定的主要目的在于实现法的自由价值
- C. 该规定对于有关企业、政府及残疾人均具有指引作用
- D. 该规定在交通、邮政、电信方面给予残疾人的优待有悖于法律面前人人平等原则

三、法的价值冲突及其解决

（一）法的价值冲突的表现形式

- 1. 个体之间法律所承认的价值发生冲突：行使个人自由可能导致他人利益的损失。
- 2. 共同体之间价值发生冲突：国际人权与一国人权之间可能出现的冲突。
- 3. 个体与共同体之间的价值冲突。如个人自由与社会秩序的冲突。

（二）平衡价值冲突的原则

1. 价值位阶原则。不同位阶的价值发生冲突时，在先的价值优于在后的价值，即各种不同价值之间存在主次关系。

- （1）自由代表了最本质的人性需要，是法的价值的顶端；
- （2）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；
- （3）秩序表现为自由、正义的社会状态，必须接受自由正义标准的约束。

2. 个案平衡原则。处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时，必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益，以使得个案的解决能够适当兼顾双方的利益。简言之就是兼顾各方利益。

3. 比例原则。

（1）比例原则的含义。是指为了保护某种较为优越的法价值而必须侵犯另外一种法益时，不得逾越此目的所必要的程度。例如：为维护公共秩序，必要时可能会交通管制，但应尽可能实现“最小损害”或“最少限制”，以保障社会上人们的行车自由。

（2）比例原则的下位原则。

①适合性原则：限制人民权利之措施必须能够达到所预期的目的，又称“适当性原则”。

②必要性原则：在适合达到目的的多种手段中，应该选择对人民权利侵害最小的手段，又称“最小侵害原则”。

③狭义比例原则：对于人民权利之侵害程度与所达到的目的之间，必须处于一种合理且适度的关系，这项原则主要着重于权衡“受限制的法益”和“受保护的法益”之轻重，以达到利益之间的和谐，又称合理性原则。

① 【答案】B

② 【答案】BD