

司法考试：论述题偏爱的法学理论 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/249/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_249715.htm

论述题偏爱的法学理论 近年来的司法考试对论述题颇多青睐，因为论述题既能考查理论水平还能考查书面表达能力。对于考生来说，掌握论述题的出题规律和答题方法是一个不可回避的问题。论述题考查的范围相当广泛，单靠压题是徒劳的，我们必须对论述题有一个比较全面地认识。论述题的题材多取自生活事例或法律格言或法律基本原则。无论哪种体裁都要求我们运用法理知识来进行判断、分析。掌握一些重要的法理对考试具有重大的意义。除此之外，有些法理还可以作为“万金油”使用。有时候，实在不知道怎么答论述题，或者写不够字数，在不跑题的情况下，可以用这些法理来撑场面，也算是投机取巧吧。笔者对重要的法理知识予以总结，希望有所帮助。

一、法的作用 法在社会生活中具有重要的作用，法的作用体现在法与社会交互影响中；法的作用直接体现为国家权利的行使；法的作用本质是社会自身力量的体现。但是法律不是万能的。法律是以社会为基础的，不可能超越社会发展创造或改变社会；法律调整的社会关系的范围和深度是有限的，有些关系不适合法律调整，例如情感关系、友谊关系等；法律也受自身条件的制约，如语言表达能力的限制。论述题一般会从法的局限性方面出题，应多注意。

二、法的价值

1、秩序 法学上所言之秩序只要是指社会秩序。任何一种法律都是要追求并保持一定社会的有序状态。因此，法律总是为一定秩序服务的。秩序是法的基本价值之一，首先，任何社会

统治的简历都意味着一定秩序的形成，其次，任何时代的社会，人们都期望行为安全与行为的相互调适，法律、规则、秩序在这个意义上是同义词。再次，秩序是法的其它价值的基础。自由、平等、效率需要以秩序为基础。秩序必须合乎人性、符合常理作为其目标。如果秩序是以牺牲自由、平等为代价的，那么这种秩序就不是可欲的秩序。所以，秩序需要接受正义的制约。

2、自由 霍布斯将自由定义为“没有障碍”，自由既意味着法以确认、保护这种行为能力为己任，使主客体达到一个和谐的状态。从法的本质来说，自由是法的最高价值目标。自由是评价法律进步与否的标准，更重要的是它体现了人类最深刻的需要。没有自由，法律就仅仅是限制人们行为的强制性规则。法典是人民自由的圣经。这句马克思的名言体现了法律是自由的保障这一原理。法律最本质的价值是自由。法典是用来保卫、维护人民自由的，而不是用来限制、践踏人们自由的，如果法律限制了自由，就是对人性的一种践踏。形式上徒有合法的权威，实质上背离自由要求的法律，是“恶法”。从这一角度而言，任何不具有自由意义的法律，都不是真正意义上的法。

3、利益 离开了利益，法无从产生，也无以存在。对利益关系的处理原则主要有：

公共利益与私人利益的关系 当个人利益的行使危及社会利益时，必须确认社会利益又与私人利益的原则。但是法律不应当或者只关注公共利益，或只倾向于保护私人利益，而应当努力在二者之间寻求平衡点。当私人利益于公共利益发生冲突时，不能无条件的牺牲前者维护后者。任何出于公共利益或长远利益的保护而对私人利益或短期利益的侵夺，都必须提供充分的理由，根据合理的标准，经过适当的程

序和在必要的情况下给与相应的补偿。 短期利益与长远利益的关系一方面，不能为了长期利益无条件的牺牲眼前的短期利益，另一方面，也不能为了短期利益损害长远利益。立法主体要有长远眼光，高瞻远瞩，立足当前，着眼未来，选择最佳利益格局。 物质利益和精神利益的关系两者是并行不悖的，法律应予兼顾。二者往往能够互相转化，因而有时可以对精神损害进行物质赔偿，另外，物质赔偿也不能完全代替精神上的补救，这也是我国法律责任规定赔礼道歉的法理根据。

4、 正义 正义是法的基本标准，也就是说法律只有合乎正义的准则时，才是真正的法律。正义可以成为独立于法之外的价值评判标准，以评判是“良法”、“恶法”。正义形成了法律精神上进化的观念源头，促使自由、民主、平等等价值观念深入人心。正义还提高了法律的实效，推动了法律内部结构的完善。

5、 法的价值冲突及解决 价值位阶原则。在不同位阶的法的价值发生冲突时，在先的价值又与在后的价值。在利益衡量中，首先就必须考虑“与此所涉及的一种法益较其它法益是否有明显的价值优越性”。一般而言，自由在先。 个案平衡原则。在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。公共利益和个人利益发生冲突时，并不是完全牺牲后者，结合具体情形寻找平衡点。 比例原则。为保护某种较为优越的法的价值须侵及一种法益时，不得逾越此目的所必要的程度。即使某种价值的实现必然会以其它价值的损害为代价，也应当是被损害的价值减低到最小限度。

三、 司法 1、 司法公正 司法公正是社会正义的一个重要组成部分，包括实质正

义也包括形式正义，又以程序正义为重点。人们对司法机关的期待也就是公正，公正是司法机关存在的基础。我们常说的迟来的正义非正义，正义不仅要实现，而且要以看得见的方式实现。都是司法公正的应有之义。这两句名言以及刑事诉讼法中争论较多的程序优先还是结果优先的问题，将在刑事诉讼法篇中详细介绍。

2、司法独立 司法机关依法独立行使职权。根据我国宪法和法律，司法独立的含义主要有三：第一，司法权的专属性；第二，行使职权的独立性，不受其它机关、团体、个人的干涉；第三，行使职权的合法性，即司法机关要正确使用法律，不得滥用职权、枉法裁判。要贯彻司法独立原则，需要解决以下几个问题：第一，处理好司法机关和党组织的关系；第二，在全社会进行有关树立、维护司法权威，尊重、服从司法机关决定的法制教育；第三，积极推进司法改革，从制度上保证司法机关依法独立行使审判权和检察权。

3、公民在法律面前一律平等 法律面前人人平等原则的含义主要有四：一，我国法律对全体公民，不分民族、种族、性别、职业、出身等都统一适用。二，任何权利受到侵犯的公民一律平等的受到法律的保护，不能歧视任何公民。三，在民诉、行诉中保证当事人地位平等，享有平等的诉讼权利；刑诉中，保证诉讼参加人依法享有的诉讼权利。四，对任何公民的违法犯罪行为都同样的追究，不允许有不受法律约束或超越法律之上的特殊公民。

四、法律监督权力需要制约，也需要监督。我国法律监督的体系主要包括：党的监督；社会组织的监督；公民的监督；法律职业群体的监督；新闻舆论的监督。

五、两大法系 法系划分的主要依据是法的传统。当今世界影响最大的是大陆法系和英美法系

两大法系。两大法系的联系和区别不仅是法理学的重要知识点，也是法制史的知识点，应当着重掌握。由于05年的司法考试，出过一道相关的论述题，估计近两年出的几率不是很大。

六、法治 这是一个重要的知识点，但是社会主义法治在06年司考也已经考过，再出论述题的机会不大，可以在选择题上予以掌握。社会主义法制国家的思想条件，内容包括：法律至上，权利平等，权力制约，权利本位。

七、法与社会 法对社会的调整，首先是通过调和社会各种冲突的利益，进而保证社会秩序得以确立和维护。其次表现在法律对社会肌体的疾病进行治疗。但是法律不是万能的。在某些社会关系领域，法理的控制不是唯一的手段，或者说不是最佳的手段。如果硬要以法律进行控制，就可能导致社会成本过高，得不偿失，甚至造成法律的暴政。我们还应看到“徒善不足以为政，徒法不能以自行”，即使法律在完备，如果社会无动于衷，法律仍旧游离于社会肌体之外，难以发挥作用。法律还要与宗教、道德、政策等配合，来有效的调节社会。

1、法与和谐社会 和谐历来是中华传统文化独具特色的价值理念。和谐是指：和而不同；政治和谐；人与自然和谐；和谐是一种社会伦理原则和思想方法。社会主义和谐社会和是民主法治社会；是公平正义的社会；施工满活力的社会；是诚信友爱的社会；是安定有序的社会；是人与自然和谐相处的社会。构建和谐社会，首先，必须建立理性的法律制度。其次，必须确立实质法治。实质法治指的是整个社会、一切任何组织都服从和遵守体现社会正义的理性法律统治。再次，必须创新法律对社会的调整机制。

2、法与节约社会 建设节约型社会，要求加快节约资源的体制机制和法制建设。首先

，必须树立与节约型社会相适应的法律观。其次，必须完善节约资源的法律法规体系。再次，加大资源保护和节约的执法力度。

八、法与道德 法与道德曾经浑然一体，因此，二者有千丝万缕的联系。在法与道德本质上的联系上，西方法学界有两种观点：自然法学派认为“恶法非法”，分析实证主义法学派认为“恶法亦法”。这两种观点站在不同的角度，无所谓谁对谁错。答论述题时，可以视具体情况引用之。法与道德在内容上存在渗透关系。在功能上，各具优势，形成互补。法与道德的区别也十分明显。包括：生成方式的建构性与非建构性；行为标准上的确定性与模糊性；存在形态上的一元性和多元性；调整方式的外在侧重于内在关注；运作机制上的程序性与非程序性；强制方式上的外在强制与内在约束；解决方式上的可诉性与不可诉性。

九、法与人权 人权有三个层次，第一层次是应有权利；第二层次是法律权利，资产阶级启蒙思想家把人权视为“Natural right”；第三个层次是实有权利。在法与人权的关系上，首先，人权可以作为判断法律善恶的标准。人权是法的源泉。人权对法的作用体现在：第一，指出了立法和执法所应坚持得最低的人道主义标准和要求；第二，可以诊断现实社会生活中法律侵权的症结，从而提出相应的法律救济的标准和途径；第三，有利于实现法律的有效性，促进法律的自我完善。其次，法是人权的体现和保障。法对人权的保障避免了其他保护手段的随机性和相互冲突的现象；人权的法律保护以国家强制力为后盾，因而具有国家强制性、权威性和普遍有效性。人权往往通过法律权利的形式具体化。人权的基本内容是法律权利的基础，法律权利是人权的体现和保障。在对人权的保护上，人

权的法律保护主要体现为国内法的保护，主要由立法和宣言保护、司法保护和个人保护。其次，二战之后，人权问题已经大规模的进入了国际法领域。大批人权保护的国际法纷纷制定出来。

十、法与国家 法与国家权力相互依存、相互支撑。法与国家权利存在紧张或冲突关系。法对权力合法性的确认是以制度、规范和程序的方式进行的，因而也就是对权力的约束和限制。近现代法治的实质和精义在于控权，即对权力在形式和实质上的合法性的强调，包括权力制约权力、权利制约权力和法律的制约。但是控权机制也是有局限性的：首先，权力制约以根本上不妨害权力效能为限；其次，法在总体上不能高于或脱离权力而存在；再次，不被法完全控制的权力活动领域是存在的。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com