



根据北大、人大、法大、武大、吉大等重点院校权威教材编写

法学 硕士

研究生入学考试核心笔记

理论法学卷

(含考研真题精选和解析)

跨考教育教研中心◎主编

刘家川◎编著

细分专业

涵盖法学7大类重点学科

集萃纳精

汇聚全国16所名校真题

凸显重点

明晰各科百余个考查重点



中国政法大学出版社



考研专业课系列丛书

法学硕士 研究生入学考试核心笔记 理论法学卷

(含考研真题精选和解析)

主 编◎跨考教育教研中心
编委会成员◎刘家川 林文静



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目（CIP）数据

法学硕士研究生入学考试核心笔记. 理论法学卷 / 刘家川编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 6

ISBN 978-7-5620-4347-8

I. ①法… II. ①刘… III. ①法的理论-研究生-入学考试-自学参考资料 IV. ①D90
中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第120769号

书 名	法学硕士研究生入学考试核心笔记 理论法学卷 FAXUE SHUOSHI YANJIUSHENG RUXUE KAOSHI HEXIN BIJI LILUN FAXUEJUAN
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	北京市燕山印刷厂
规 格	787mm×1092mm 1/16
印 张	21.75
字 数	442千字
版 本	2012年7月第1版 2012年7月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4347-8/D·4307
定 价	39.80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。

前言



在各个法学名校历年的研究生入学考试中,理论法学,尤其是法理学部分所占的比重较大,是各个学校研究生入学考试必考的内容,所以对于这部分内容,我们必须非常认真地对待。在有限的时间内,考生必须具体分析这一部分的命题特点,寻找到具体、有效的复习方法。由于各个学校考研指定教材不同,这加大了考生复习本部分的难度。解决考生所面临的实际困难即为本书编写之目的。

法理学部分是各个高校法学研究生考试的必考内容、所占分值较高,因此该部分内容占本书较大比重。法理学属于纯理论学科,并且不同学校研究生考试的指定教材不同,不同学者所赞同的理论及所持观点不同,这为本部分的编写带来了很大困难。为了使本书的内容尽善尽美,笔者研究了各个法学名校的指定教材、历年考试真题并查阅了大量资料。本书在体例统一的前提下,对不同学校的指定教材、试题类型、出题特点都有涉猎,这满足了报考不同学校考生的需求。中国法制史和西方法律思想史部分研究的对象是中西方法制的产生、发展和演变的历史过程,并探究其发展及演变的规律性。这两部分内容只在几所学校的法学研究生入学考试中有所涉及,且所占比重较小,因此,本书只对其重点内容做了详细解析。

从已有的法学研究生入学考试辅导教材看,本书突破性地将学科知识点与各个高校相关内容的真题以及命题特点相结合,打破了以往以学校为单位的辅导教材的樊篱。本书系统的知识点详解、丰富的真题、翔实的解析,不仅能满足已确定报考学校的考生的需求,还能让未确定报考学校的考生尽快了解各个学校的试题类型、考试特点等内容,以使其更好地确定目标。此外,本书对于报考法律硕士的考生来说,也是一本拓展学习视野、增加习题演练量的辅助教材。

本书的基本内容、体例、形式符合法学研究生入学考试的要求,相信将有助于各个考生的备考学习。此外,鉴于理论法学的内容繁杂,所述不可能面面俱到,因此,考生在时间充足的情况下,可以结合所报考学校的研究生入学考试相关科目指定教材来使用本书,以免遗漏零星的知识点。最后,祝愿所有考生能够取得良好的成绩。

目 录

法理学部分

第一章 法学导论	3
第一节 法学研究与法学教育	3
第二节 法学的历史	6
第三节 法理学概述	19
第四节 法学方法论	25
第二章 法的本体	28
第一节 法的概念	28
第二节 法的渊源、形式和效力	37
第三节 法的要素	66
第四节 法律体系	84
第五节 法律行为	90
第六节 法律关系	96
第七节 法律责任	121
第八节 法律程序	134
第三章 法的起源和发展	141
第四章 法的运行	172
第一节 法的运行概论	172
第二节 立法	173
第三节 法的实施	178
第四节 法律职业	201
第五节 法律方法	207
第六节 法治与法治国家	221
第五章 法的作用和价值	241
第一节 法的作用	241



第二节 法的价值	251
第三节 法与利益、人权、秩序、自由、正义、效率	254
第六章 法与社会	271

中国法制史

第一章 先秦时期的法律制度	297
第二章 封建时代的法律思想	304
第三章 近现代的法律思想	314

西方法律思想史

第一章 西方古代法律思想	321
第二章 西方近代法律思想	327
第三章 西方现代法律思想	337

法理学部分



法理学部分

考虑到很多学校的指定教材都是张文显老师主编的《法理学》一书，本书的体例规划也主要参照此书。考虑到不同学校的指定教材不同，一些题目尽管相同或相近，会出现答案不相同的情况。

第一章 法学导论

第一节 法学研究与法学教育

1.1 内容提要

本节主要涉及法学的研究对象；法学的基本属性；法学的体系；法学与哲学、政治学、经济学、社会学、历史学、逻辑学等相邻学科的关系以及法学教育的相关内容。本节的考点并不多，主要是对法学基本情况的介绍，方便考生对本节内容进行理解记忆。

1.2 知识点详解

★ 法学

法学是对以法律现象为研究对象的科学活动及其认识成果的总称，是一个由众多法学分支学科构成的学科体系。

★★ 法学的研究对象

笼统地说，法学的研究对象是法律现象。

法学的研究对象：首先，法律制度问题。一个国家法治建构的首要任务是确立一套相对统一而完整的法律制度体系。无论是应用法学还是理论法学、法律史学、比较法学，都必须以法律制度作为考察的出发点。其次，社会现实或社会生活关系问题。法学要研究那些与法律制度有关联的社会现实或社会生活关系问题，不然就无法区分它们的意义，无法判断法与道德的界限，也就无从

建立起一套立法、执法、司法和法律监督的制度。最后，法律制度与社会现实之间如何对应的问题。法律制度与社会现实之间并不是一一对应的，而法学的任务就是要在这些不相对应、不相一致的问题上找到解答的方案或办法。

作为法学研究对象的法律现象这个概念，还应注意以下内容：①法或法律处于法律现象的核心地位。研究其他法律现象最终是为了更好地认识法、更好地指导人们的法律实践。②作为法学研究对象的法律现象既包括静态方面也包括动态方面。法律现象的静态与动态是内在关联、彼此制约的，最终统一于具体的法律实践。③作为法学研究对象的法律现象既包括现实的，也包括历史的。④作为法学研究对象的法律现象不局限于本国，也包含域外。⑤法律现象既包括制度器物上的，也包括思想观念上的。一方面，法律及法律现象作为社会生活基本的制度结构与意义符号，构成人类实践与生存境界的重要内容；另一方面，法律、法律现象本身也都是人和社会的产物。任何社会的法律制度、器物以及它们相联系的法律行为与该社会居于主流地位的法律观念都是无法分割的，法律心理、法律观念、法律思想这些不同层面的法律意识实际上成为法律制度



和法律实践的深层动因,也是我们认识法律现象、指引法律实践所必须予以关照的重要方面。

★法学的基本属性

对于法学基本属性,不同学校指定教材中论述的角度不同,在此,简单列举。

观点一

实践性构成了法学的学科性质,其内容包括:①法学的研究总是指向法律现象或法律问题的。故此,法学的兴衰注定是与一个国家法律制度的发展相关联:法制兴则法学繁荣;法制衰则法学不振。②法学具有务实性。法学必须关注和面向世俗生活,为人们社会生活中的困惑、矛盾和冲突找到切实的法律解决方案,确立基本原则,或为法律的决定做出合理而有说服力的论证。③法学是反映人的经验理性的学问,是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。④法学是职业性知识体系,它所使用的语言是冷静的、刚硬的、简洁的、合逻辑的,是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言,与人们“日常语言”存在一定的差别。⑤法学不同于自然科学,其研究的是一种“价值性事实”,即反映的是人类的价值观、价值倾向和价值意义的社会事实。

观点二

法学的基本属性有:①就其内在的实践品性和应有的社会担当来看,以法律现象为研究对象的法学是和一国法律实践密切联系的,也是和一国之治乱密切联系的。②从学术目的上看,法学是以法律为中心的知识体系与思想体系。这意味着法学一方面要研究、解释法律现象,解决社会实践中的法律问题,推动法律更好地为社会服务;另一方面,法学还以法律权威为依托,承载着传递法律信仰、增进社会成员在法律认识和尊重上的自觉、提升法治理念等观念启蒙任务。③从知识形态上看,法学具有面向其他学科的开放性。法学必须在现实的法律和政治制度面前保持自身独立的学术品格,并从其他

学科中获取推动自身观念和知识更新的养料。④从实践机制上看,法学必须是一种职业性的学问。法学是与职业化的法律方法、法律思维相联系的,是法律职业者解决社会问题的专业思想理论和知识体系。

观点三

法学的基本属性包括:①法学的人文性。②法学的意识形态性。法总是反映和维护一定的社会存在价值,并代表其愿望和利益,而且法律的研究者总是生活在一定的意识形态中,具有不同的意识形态倾向。③法学的实用性和理论性。

★★★★法学的体系

从我国现阶段法学教育和法学研究的实践需要,通常从以下两个角度来划分法学体系。

1. 从法律部门划分的角度,由于法被划分为宪法、行政法、民法、刑法、诉讼法等不同部门,与之相应就有宪法学、行政法学、民法学、刑法学、诉讼法学等学科分支。

一个新的法律部门的出现或迟或早要有新的法学部门与之相对应。每个部门法学对该部门法的历史的研究,构成部门法专史;每个部门法学对本国的与外国的同类法的研究构成比较法(学)。这些专史和部门法学比较分别属于相应的部门法学,而对于各部门法总体即整个法律制度的历史研究,则构成独立的法制史学;对于比较法的理论和方法论的研究以及对各国法律制度或主要法系的整体比较,构成比较法学。也可根据法律属于国内法或国际法,而把法学分为两大类,即国内法与国际法学。

2. 从认识论的角度,法学可以分为理论法学和应用法学。

理论法学综合研究法的基本概念、原理和规律等。应用法学主要是研究国内法和国际法的结构和内容,以及它们的制定、解释和适用。这当然不是说应用法学没有自己的理论,只是说这种理论在概括范围和抽象程

度上与理论法学的理论有所不同。相对地说,应用法学与法的实践有直接联系,它所处理的是直接的经验材料,并且它的理论一般限定在本部门法的领域。理论法学则相对地抽象,是从应用法学中概括出来又用以指导应用法学的,并且它的理论贯穿于整个法律现象。至于人们通常所说的“边缘法学”,一般是横跨两个或由两个学科整合而成的,如法律社会学、法律经济学、法律心理学、法医学、刑事侦查学、法律统计学、法律教育学等。它们有的侧重理论研究,有的侧重解决法律实践问题,分别属于理论法学和应用法学。

★法与相邻学科的关系

在法学与其他学科的关系中,法学与哲学、政治学、经济学、社会学、历史学、逻辑学的联系尤为突出。此处内容并非重点,几乎不作为考查范围,因此这里不做赘述,相关内容可参考各学校指定教材。

★法学教育

法学教育是整个教育体系的重要组成部分,属于人文社会科学范畴。法学教育的目标和功能归结起来,可以说有两项,一是把学生培养成为高素质的优秀公民,二是把学生培养成为高素质的法律职业工作者。

法学教育中的素质教育就是以培养学生形成法律职业共同体的职业素质为目标的教育。包括:思想素质、法律素质、文化素质和身体心理素质四个方面。

此处内容简单了解即可,考查可能性不大。

1.3 真题演练

1. (单选题)从认识论的角度,法学通常划分为()。(1分)(对外经贸大学,2009年法学基础理论选择题14)

- A. 国内法学和国际法学
- B. 理论法学和应用法学
- C. 法学本科和法学边缘学科

【答案解析】B

从认识论的角度,法学可以分为理论法学和应用法学。理论法学综合研究法的基本概念、原理和规律等。应用法学主要是研究国内法和国际法的结构和内容,以及它们的制定、解释和适用。

2. (单选题)我国法学本科教育定位于()。(1分)(对外经贸大学,2010年法学基础理论选择题48)

- A. 职业教育
- B. 精英教育
- C. 素质教育

【答案解析】A

法学教育是通过实施素质教育而实现的法律职业教育。法学教育从基点上来说属于职业教育,即培养法律工作者。但它不同于一般的职业教育,而是以素质教育来实施和实现的职业教育。

3. (单选题)法学可分为理论法学与应用法学两大部类,其中理论法学又包含:法律理论和哲学、法律史和各种法律制度史、()三个部门。(1分)(对外经贸大学,2011年法学基础理论选择题43)

- A. 国际法
- B. 跨国家法
- C. 比较法研究

【答案解析】C

从认识论的角度,法学可以分为理论法学和应用法学。理论法学综合研究法的基本概念、原理和规律等。应用法学主要是研究国内法和国际法的结构和内容,以及它们的制定、解释和适用。其中理论法学又包含:法律理论和哲学、法律史和各种法律制度史、比较法研究三个部门。

4. (简答题)简述法学的性质。(10分)(中南财经政法大学,2010年法理学)

【答案解析】

法学是以法律现象为研究对象的各种科学活动及其认识成果的总称。

实践性构成了法学的学科性质。①法学的研究总是指向法律现象或法律问题的。故此,法学的兴衰注定是与一个国家法律制度的发展相关联:法制兴则法学繁荣;法制衰则法学不振。②法学具有务实性。法学并非



“纯思”，它的理论兴趣不在于寻求“纯粹的知识”或“纯粹的真理”。法学必须关注和面向世俗生活，为人们社会生活中的困惑、矛盾和冲突寻找到的切实的法律解决方案，确立基本的原则，或为法律的决定做出合理而有说服力的论证。③法学是反映人的经验理性的学问，是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。④法学是职业性知识体系，它所使用的语言是冷静的、刚硬的、简洁的、合逻辑的，是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言，与人们“日常语言”存在一定的差别。⑤法学不同于自然科学，它研究的是一种“价值性事

实”，即反映的是人类的价值观、价值倾向和价值意义的社会事实。

【应试策略】

本节主要介绍法学的基本知识，并不属于研究生考试的重点范围，考生对本节内容稍加了解、理解相关概念即可。其中，考生应对法学研究对象、法学的性质及法学体系着重掌握。

【命题趋势】

本节的命题概率并不高，考查的形式也多为客观题。考生只需对重点概念简单掌握、理解记忆即可。



第二节

法学的历史

2.1 内容提要

本节主要介绍了中西方法学的历史以及马克思主义法学的产生和发展。在本节的内容中，需要考生重点记忆的是西方不同的法学派别的观点、代表人物。

2.2 知识点详解

★★★★自然法学派

17 世纪开始的资产阶级革命和在革命中普及的建立资产阶级民主和法制的时代要求既需要法学，也解放了法学。大规模发展起来的商品经济更是需要法学。从此，法学教育和法学研究蓬勃兴起，法律学校和法学流派如雨后春笋般涌现出来。此时，作为资产阶级革命的旗手，自然法学派产生了，它反对神性和神权，主张人性和人权；反对专制和等级特权，主张自由和平等；反对人治，要求法治。自然法学派不仅起着宣传、推动革命的历史作用，而且对于资产阶级民主和法制的建立起着论证和促进作用。自然法学派，坚持绝对正义，重视对法律的终极价值目标和客观基础的探索，其否认法自身的独立性，强调理性、公平、正义、秩序等应然方面。自然法学派的代表人物和著作

有：格老秀斯《战争与和平法》；洛克《政府论》、《人类理解论》；孟德斯鸠《论法的精神》；卢梭《社会契约论》等。

★★★★分析法学派

分析法学派以功利主义和实证主义哲学为理论和方法论基础、以对实在法律的逻辑分析为己任，其基本观点是：恶法亦法；法与道德之间以及实然法与应然法之间没有必然联系；只有实在法才是法理学研究的对象。其主要代表人物有约翰·奥斯丁、汉斯·凯尔森、哈特等。分析法学派的出现标志着作为独立学科的法学的出现。

★★★注释法学派

中世纪后期，随着法学研究和法学教育的恢复和发展，又一次出现了职业法学家集团，出现了注释法学派。注释法学派分为前注释法学派和后注释法学派。前注释法学派的侧重点是通过查士丁尼时代所编纂的各个罗马法文献的文字、语言、逻辑的解释和旁征博引，澄清罗马法文献的精确意思。后注释法学派则致力于使罗马法与城市法规、封建法、日耳曼的习惯法、教会法的原理相结合和同化，把古代罗马法改造成现代意大利法，以便为实际的社会生活服务。因而，

他们改变注释的方法为既注释又评论的方法,着重从罗马法中提炼法律的原则和根据,建立法律的分析结构,促进判例法的发展。

★★法社会学派

法社会学派的特征:认为法是一种社会现象,强调法在社会生活中的作用或效果以及各种社会因素对法的影响,侧重法的事实方面;强调社会利益和“法的社会化”,而非个人权利和自由。其主要代表人物有 E. 埃利希、R. 庞德等。

★★★历史法学派

历史法学派是在德国出现的,以胡果和萨维尼为代表的法学派别。这一派别既否定自然法学派的理性法学、正义法学,也否定奥斯丁的规范分析法学。按照历史法学派的观点,法是民族精神的体现,法自古以来就如同语言和风俗一样,是随着一个民族的发展而自然地、逐步地发展的。法的主要形式应该是习惯法,指望通过编纂成文法典有意识地创造法,既是不明智的,也是徒劳的。

★★中国古代儒家、法家、道家、墨家的法律思想

春秋战国的几百年是中国法学兴起和大发展的时期。当时各种学说、学派层出不穷,构成了百花竞放的繁荣景象。儒、法、墨、道四家都对法学的兴起和发展做出了贡献,其中法家的贡献尤为突出。

儒家从人性善的哲学立场出发,强调圣人、贤人、圣君、贤相个人的统治力量,重视道德礼教的作用,主张礼主刑辅,综合为治,并对这些观点进行了哲学论证。

墨家从天意乃法的根源的法律观出发,主张以天为法,循法而行;他们还提出“兼相爱、交相利”的社会信念,主张在经济上重视生产、节约、利民,在刑罚上“赏当贤,罚当暴,不杀无辜,不失有罪”。

道家从“小国寡民”的理想国设想出发,反对制定各种礼法制度,主张一切顺乎

自然,“无为而治”,甚至断言“法令滋彰,盗贼多有”,与希腊圣哲柏拉图的政治法律主张不谋而合。这是中国法律虚无主义思想的先河。

法家的代表人物大都是政治活动家。他们在政治活动中,总结了历史上的和现实的治国经验,把法治推崇为立国和治国之本,明确提出“援法而治”、“以法治国”等主张,并发动了一系列旨在实现法治的政治改革和变法。在主张和实行法治的过程中,法家的代表人物发表了许多颇有见地的新思想,法家学说曾经成为“显学”。法家的思想和主张对中国封建法学和法律制度的形成和发展,曾经是一个巨大的推动,其推动作用不亚于西方资产阶级启蒙思想在资本主义法律制度取代封建法律制度中的划时代的作用。

★中国法学的历史

中国历史悠久,拥有丰富的法律文化遗产。早在春秋战国时期,法学研究就很兴盛,并有专门的法学著作问世。其后历代都有丰富的法律思想。从发展阶段来说,中华人民共和国成立之前,中国法学的历史大体上可以分为四个阶段,即夏、商、西周时期,春秋战国时期,西汉至清代中期,清末至中华民国。

根据古籍记载,夏、商、西周时代已有不少关于法律的论述,出现了以天命和宗法制度为核心的法律思想。中国古代的法律文化是以儒家法律思想为核心的文化系统。从汉代起,在法学领域出现了通常所说的“律学”(亦称为“刑名律学”、“注释律学”),即根据儒学原则对以律为主的成文法进行讲习、注释的法学。它不仅从文字上、逻辑上对律文进行阐释,也阐述某些法理。在长期的封建社会中,律学是正统的法学,是法学的代表。但不是唯一的法学,除律学之外,还有各种风格不同的法学研究方法和价值取向不同的法律思想。特别是明末以后进步的法律思想和法学研究对律学产生了巨大的

冲击。

1840年鸦片战争后,中国逐步沦为半封建半殖民地社会。西方资产阶级法学的输入,冲破了原有的封建法学体系,促进了清末以至民国初期的法律改革和法律思想的变革。其后,在国民党政权的统治下,官方的法学理论承袭封建的法律观点,移植西方资产阶级的法学思想,为国民党的政治统治和法律制裁提供理论依据。

随着马克思主义在中国的传播,其法学思想的影响进一步扩大。马克思和恩格斯所阐述的法学原理既划清了马克思主义法学与以往其他法学的原则性界限,也构成了新法学的基础,使法学从此在科学的基点上前进。

★马克思主义法学

马克思主义法学以辩证唯物主义和历史唯物主义作为世界观和方法论,深刻地分析了社会各个方面的现象,揭露了剥削阶级的偏见,科学地阐述了法的本质及其发展规律,使法学成为一门真正的科学。同时马克思主义法学在对以往的法学分析评判的基础上,继承了其中进步的和正确的认识成果,从而把法学推向崭新的发展阶段。

2.3 真题演练

1. (单选题) 通常认为, () 的出现标志着作为独立学科的法学的出现。(1分) (对外经贸大学, 2009年法学基础理论选择题5)

- A. 分析法学派 B. 自然法学派
C. 注释法学派

【答案解析】A

从18世纪末,欧洲大陆陆续出现了以抽象的概念、保守的理论形式、费解的哲学语言传播天赋人权、自由主义、宪政、法治等启蒙思想的哲理法学派,以反对古典自然法学派、强调法律民族精神或历史传统为特征的历史法学派,以功利主义和实证主义哲学为理论和方法论基础、以对实在法律的逻辑分析为己任的分析法学派。分析法学派的

出现标志着作为独立学科的法学的出现。

2. (单选题) 二十世纪初,强调研究法律的社会作用、法律的实效、法律规则生效的手段、法律与其他社会控制方式的联系的 () 问世。(1分) (对外经贸大学, 2010年法学基础理论选择题42)

- A. 社会法学派 B. 分析法学派
C. 行为主义法学

【答案解析】A

20世纪初,西方社会进入帝国主义阶段,各种社会矛盾加剧,旧的利益结构被打破,新的利益结构开始形成,有关劳资、福利、教育、经济等社会立法相继出现,法的社会化成为时代潮流。社会问题和法律实践要求新的理论,在这种种因素的推动下,强调研究法律的社会作用、法律的实效、法律规则生效的手段、法律与其他社会控制方式的联系的社会法学派问世。

相关知识点:

行为主义法学以行为主义心理学和行为主义政治学为理论基础和原型。

分析法学派以功利主义和实证主义哲学为理论和方法论基础、以对实在法律的逻辑分析为己任。

3. (单选题) () 的思想和主张对中国封建法学和法律制度的形成和发展,曾经是一个巨大的推动,其推动作用不亚于西方资产阶级启蒙思想在资本主义法律制度取代封建法律制度中所起的划时代作用。(1分) (对外经贸大学, 2011年法学基础理论选择题38)

- A. 儒家 B. 法家 C. 道家

【答案解析】B

法家的代表人物大都是政治活动家。他们在政治活动中,总结了历史上的和现实的治国经验,把法治推崇为立国和治国之本,明确提出“援法而治”、“以法治国”等主张,并发动了一系列旨在实现法治的政治改革和变法。在主张和实行法治的过程中,法家的代表人物发表了许多颇有见地的新思想,法家学说曾经成为“显学”。法家的思

想和主张对中国封建法学和法律制度的形成和发展,曾经是一个巨大的推动,其推动作用不亚于西方资产阶级启蒙思想在资本主义法律制度取代封建法律制度中的划时代的作用。

相关知识:

儒家从人性善的哲学立场出发,强调圣人、贤人、圣君、贤相个人的统治力量,重视道德礼教的作用,主张礼主刑辅,综合为治,并对这些观点进行了哲学论证。

墨家从天意乃法的根源的法律观出发,主张以天为法,循法而行;他们还提出“兼相爱、交相利”的社会信念,主张在经济上重视生产、节约、利民,在刑罚上“赏当贤,罚当暴,不杀无辜,不失有罪”。

道家从“小国寡民”的理想国设想出发,反对制定各种礼法制度,主张一切顺乎自然,“无为而治”,甚至断言“法令滋彰,盗贼多有”,与希腊圣哲柏拉图的政治法律主张不谋而合。这是中国法律虚无主义思想的先河。

4. (辨析题) 恶法亦法与恶法非法。 (6分) (武汉大学, 2009年法理学)

【答案解析】

实在法学派认为法是人类社会的产物,是有意识创造出来的行为准则,这种意义上的法律与其他的行为准则(如道德)之间并没有必然的关系,即使实在法与道德相违背,也不能成为否定实在法之法律性质的理由,人们依然有义务服从于这个法律,即“恶法亦法”。

自然法理论否认法自身的独立性,认为法必然从属于更为高级的行为标准(现代自然法理论认为主要是指道德),因此违反这个更高标准的法就不再是法,即“恶法非法”。

5. (问答题) 二战结束后审判纳粹战犯中“良法”与“恶法”之辨。(15分) (武汉大学, 2010年法理学)

【答案解析】

在第二次世界大战以前,分析法学的观

点一直在西方法学界占据了主流地位。“二战”以后,人们对法西斯暴行与实证主义哲学的联系进行反思,法学家也对法西斯统治下灭绝人性的非正义的法律与分析实证主义法学中所蕴涵的权力崇拜进行了批判。他们认为,不考虑法律的善恶判断的法律观无疑助长了纳粹的暴政。因此,二战以后,在审判纳粹战犯的过程中遇到的实际问题,终于引发了一场关于“法律与道德”、“良法与恶法”的长期辩论。

德国著名法学家拉德布鲁赫在二战以前一直是实证主义法学的主要代表,但在其晚年,他痛苦地经历了给德国人民乃至世界人民带来深重灾难的纳粹的法西斯统治和“二战”,因而深刻地认识到了自然法思想所体现的永恒正义理念及其作为实在法基础的必要性。1946年他在海德堡大学法学院战后复院典礼上明确表示:“我们必须重新思考人权,这是超越所有法律,以自然法为基础的权利;自然法不赋予敌视正义的法律以任何法律效力。”

拉德布鲁赫的理论观点被德国联邦法院所采纳,并且在“二战”后的一些案件中得到适用。他的观点向自然法学派的转变,以及他的理论在上述案件审判过程中的应用引起了西方法学界的长期论战。正是在这场论战之中,新自然法学得以复兴,而新分析法学也在与新自然法学派的长期论战中得到发展与进一步完善。

6. (论述题) 古典自然法的基本特征。 (30分) (武汉大学, 2010年法理学)

【答案解析】

自然法观念是西方历史上最古老的法律观念,它自古希腊形成以来一直延续至今,已有几千年的历史。

古代自然法观念早期可见于亚里士多德有关自然正义的思想,但人们普遍认为,最早对自然法作综合性的阐述的应归功于希腊斯多葛学派和罗马的思想家如西塞罗,他们认为最高的立法者是自然本身,而自然法构建的自然秩序是最美好的。当然他们所指的



自然秩序决非我们现代科学所探究的那种物质秩序,而是指一种正义的道德秩序。人类通过上帝赐予的理性能力与诸神一道参与这种秩序,因此,自然、人性与理性在实际上是一回事。基于此,西塞罗认为正当的理性就是法,法是正义与非正义事物之间的界限。可见他们将法的本质归结于神赐予的人类理性、普遍的人性与理性所能认知的正义。

中世纪自然法观念最系统的框架结构是由13世纪的托马斯·阿奎那发展起来的,他的自然法学说是融合奥古斯丁的神学法律思想与亚里士多德的自然主义思想而形成的,他主张法可以分为永恒法、神法(《圣经》)、自然法和人定法四种。永恒法就是上帝的理性,它是由神圣的智慧所创造出来的统治宇宙万事万物的法则,是支配宇宙的根本大法,是一切法律的最终渊源,是至高无上的法律。这一法则超越人的本性,人的理性并不能完全理解它。神法属于神,它是高于自然法的高级法,它是神通过启示为人的理性所理解的永恒法的一部分,在神法中体现着最高的圆满和最终的正义。自然法可以说是永恒法在宇宙万事万物中的表现与反映,在阿奎那看来,人是有理性的动物,能在一定程度上理解神的智慧,理解永恒法表现在自然世界中的自然法则,并由此产生热爱自然的倾向,并利用自然法则来为人类谋福利。自然法也就是上帝用来统治人类的法。人定法是阿奎那所论述的主要内容,他认为人定法之所以能成为法律,并在其中表现出正义和真理,不在于它是由人制定出来的,而在于它源于神的法律,具有神的基础。他因此还认为,君主的意志就是法律这样一种论断,是有条件限制的,即这种意志必须受理性的支配与制约,否则君主的意志就成为一种祸害而不是法。可见他将法的本质最终归结于神的理性与意志。

近代自然法观念又称古典自然法观念,是近代启蒙思想家启蒙思想的重要内容,也是资产阶级革命反封建的重要思想武器。它

是在吸取古代、中世纪自然法思想中的理性主义因素,并排除其朴素直观的自然主义与蒙昧的神学主义的基础上发展起来的。他们认为法现象不是植根于自然或者神,而是植根于人本身,即人的理性意识。按照他们的一般解释,自然法中所谓的“自然”是指人类共同具有的理性精神,所谓自然法就是理性的法。人类正是因为具有理性,所以能够认识与运用自然法为人类幸福服务,而非理性的人也就能做出违反自然法的事。为了论证这种自然法观念,像霍布斯、洛克与卢梭这样的思想家提出了自然状态论来说明自然法的历史起源,提出了社会契约论来说明国家的起源及其与自然法的关系。最终,他们基于自然法观念提出了天赋人权论与法治主义观念,即认为生命、自由、财产、平等、博爱、自我保存与追求幸福的权利是人人人生来就拥有的自然权利,是国家依赖法治主义应该予以实现的目的。可见,近代自然法观念将法的本质最终归结于人类的共同理性。

综上所述,我们能够发现古代、中世纪与近代的自然法观念对法的本质的认识是存在区别的,但它们有一个共同点:就是都认为在不断变化的人定法背后存在着不变的自然法,它是人的理性能够认识的正义的道德秩序。而人定法如果与它相悖,就会失去效力而不再成为法了。因此自然法观念对法的本质的看法是一种形而上学意义上的认识,即认为在作为表象的人定法背后存在着客观不变的稳定本质,那就是自然法,就是理性或者神意。一般认为,近代自然法和自然权利观念的发展阐明了人民应该如何对待专制政府的行为,它是社会契约论的基础,是现代西方国家民主政治的基础,也是英国《权利法案》、法国《人权宣言》以及联合国《世界人权宣言》的基础,它也是许多非暴力抵抗行为的基础。可见,自然法观念对人类形成合理的政治生活产生过巨大影响,它在19世纪之前一直占据着统治地位。

7. (辨析题) 应然的法律与实然的法

律。(6分)(武汉大学,2011年法理学)

【答案解析】

应然的法律,实际上是一种伦理价值立场,它与实在法发生关系是属于立法学研究的领域。而实然的法律就是实在法,属于法理学的研究范围。实然的法律即使有悖于应然的法律,它依然是法律。

8.(问答题)哈特是如何论述“最低限度的自然法”的?(15分)(武汉大学,2011年法理学)

【答案解析】

哈特对西方古老的自然法理论抱持较为复杂的态度:一方面,哈特斥责自然法理论“一直在做梦”、“一个非常简单的谬见”、“一种信仰的复活”、“过于形而上学”;另一方面他又承认,“自然法确实包含着对于理解道德和法律有重要意义的某些真理”。由此哈特提出“以有关人类、他们的自然环境和目的的基本事实为基础、普遍认可的行为原则,可以被认为是自然法最低限度的内容”。这一学说集中表明了哈特法学向自然法学靠拢的明显倾向。

哈特认为,人们生活在一起的目的是继续生存,而不是安排自杀,这是人类社会的一个自然目的;因此,任何社会组织都必须有某些行为准则,它们是构成一切社会的法律和道德的共同因素。这些共同行为准则就是“最低限度的自然法”。这包括五个方面的自然事实:

(1)人的脆弱性。人是血肉之躯,既会进行肉体攻击,又一般地容易遭到肉体攻击。因此,法律和道德共同要求限制使用暴力杀人或施加肉体伤害。

(2)大体上的平等。人类在体力、智力上大体平等。尽管有所差异,一个人不可能强大到不需要与人合作就能长期统治别人或使别人屈从。基于这个事实,必须建立一个相互克制和妥协的制度,它是法律和道德两种义务的基础。

(3)有限的利他主义。人既非天使,也非恶魔,而是“处于两个极端的中间的事

实”。因此,人的利他主义的范围是有限的,并且是间歇性的,而人的侵犯性是经常的,如无法律和道德的控制,人类就无法继续生存。

(4)有限的资源。人类生存所需的资源不是无限丰富、唾手可得的。这个事实说明,必须有一定的财产制度(不一定是私有制),以及要求尊重这种制度的规则。这是在利他主义必须无限的地方,给人们以信心或可预测性的必不可少的自我约束的制度。

(5)有限的理解力和意志力。在社会中,大部分人都能服从体现相互利益的法律,但由于人们各自的理解力、意志力和动机的不同,难免有人考虑眼前利益而违法犯罪。为了大多数人的利益,“理性所要求的是在一个强制制度中的合作”。

9.(单选题)不同的法学流派对法的研究的侧重点不同。下列哪一法学流派的研究侧重于法的事实方面?() (1分)
(中国政法大学,2009年法理学卷一·4)

- A. 自然法学派
- B. 分析主义法学派
- C. 法社会学派
- D. 规范法学派

【答案解析】C

本题考查不同法学派对法的概念的理解。

自然法学派,坚持绝对正义,重视对法律的终极价值目标和客观基础的探索,其否认法自身的独立性,强调理性、公平、正义、秩序等应然方面。其代表人物有格老秀斯、孟德斯鸠、卢梭等。

分析主义法学派的基本观点是:恶法亦法;法与道德之间以及实然法与应然法之间没有必然联系;只有实在法才是法理学研究的对象。其主要代表人物有约翰·奥斯特、汉斯·凯尔森、哈特等。

法社会学派的特征:认为法是一种社会现象,强调法在社会生活的作用或效果以及各种社会因素对法的影响,侧重法的事实方面;强调社会利益和“法的社会化”,而非