

法律硕士法理学笔记（2）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/203/2021_2022__E6_B3_95_E5_BE_8B_E7_A1_95_E5_c80_203663.htm

专题二 法的概念 一、研究法的概念应当注意的方法问题 整个法律的运行需要若干基点，法的概念是这些基点之一，需要高度的重视。古往今来产生了无数的观点，对此众说纷纭、莫衷一是，一方面是由于法是生活中极为重要的现象而使得人们不得不关心它，在不同的时空条件下自然将得到不同的看法；第二个方面在于，人们对这个问题阐述所使用的方法存在种种需要澄清的问题。这可以使我们知道需要注意什么，我们尤其强调其中两点内容（共五点）：来源：www.examda.com 1、要注意具体的法和一般的法的统一（蓝宝书）缺少生活者所认为的法是纸面的法或书面的法，而法是有一般和具体的区分。法的概念应当是一种综合。具体的法体现在不同主体的存在场合。法首先是具体的法律现象，学者的任务和责任在于将这些具体的法律项相加以完整的提炼得到法的概念。不注意法的具体现象所得出的结论则缺乏必要的根基，若不能从现象中进行抽象，则不能得出完成的有效的概念。 2、法是理想的法和现实的法的统一 古往今来，得出了众多不能令人满意的结论，很多就是在这一点上有问题。分析法学派仅仅认识到实然的一面，而更多的人仅仅看到“理性”、“正义”等理想标签或追求，因而必然有失偏颇。当注意到两者的统一，则可能做出富有成效的贡献。（法治需要良法治之，但良法不能简单解释中国问题。中国没有良法，但也称不上恶法，就其主流属于笨法（心情沉重地宣布研究成果）。这种笨法

不能说体现了正义、理性，就算体现也顶多是以部分。法是正义的体现是一种发展空间很大的理论。我们的目标是使法中的正义成分越来越多，最终被其他社会规范取消）二、法的特征来源：www.examda.com 对这个问题，学界没有大的分歧，但存在种种看法，只能说这个问题很重要了。如果考的话，不能直接问，法有什么特征？

- 1、法是调整主体行为的社会规范 主体的范围很大，包括人、组织、机关等。
 - 1) 首先，要注意法是一种规范，是一种标准或尺度，为我们提供了行为的模式，指出了行为的方向。是一种具体、实在的形式，不是观念思想。
 - 2) 是一种行为规范。法仅仅调整行为，爱想什么想什么。而道德解决精神和行为双方面的地方。法和道德区别，法是一个下限的要求，不做坏人，道德是上限要求，要求我们做好人。
 - 3) 调整与社会发生关联的行为规范，与社会无关的行为不是法的调整范围。
- 2、法是以国家意志形式存在的社会规范（特别重要）
 - 1) 法是以国家的名义产生和适用的社会规范；
 - 2) 法是由特定的国家机关制定和认可的；特定的国家机关主要是指立法机关以及由其授权的其他有关国家机关，在有的国家包括司法机关甚至社会其他组织。制定是我国产生法的主要方式。认可是通过特定的形式对原有的规范赋予法的效力，使之成为法（如50年《婚姻法》对三代以内旁系血亲婚姻从习惯的规定）。
 - 3) 法作为国家意志在于具有特殊强制力，国家强制力，以军队、警察、监狱等为物质设施的规范。同时，法作为国家强制力的效果，不取决于被强制这得认同为转移。（任何社会规范都有强制力，一般取决于认同。如道德，效力取决于人的地位、内心认同）
 - 4) 法的强制力的实现需要通过既定的程

序加以完成。特别强调程序性，不能随意强制。来源

：www.examda.com 3、法是作为司法机关主要的办案依据的社会规范。 1) 长期以来，认为法有广义和狭义之分。如果看到法是作为司法机关办案依据，则可以划分出法律的范围。 2) 法作为司法机关办案的主要依据的这个特征，是由法的基本性质和根本功能决定的。对社会关系进行调整才是法的目的，而最基本的途径之一，就是能在司法的实践中运用法。长期以来，几乎完全忽视了这一点，实际上绝大多数法律都没有司法化，则它们不是真实完整地法。 3) 法是能够作为司法机关办案的主要根据都有很大的现实意义。只有坚持这个特点，我们的法才能同生活联系起来，对于抵消人治和zhuanzhi的传统有很大的作用。我国 8 0 % 以上的法律是由政府制定，而绝大多数法律由政府执行。我们极难在西方发现执法主体、行政执法等现象。法不应当是政府把玩的器具，而应当是控制权力的制度。当法律与人治结合起来就是高级的人治，“执法”。确立这样一个特征，有重要的价值。这个观念在英美法系比较明显。（山东的高考冒名案（齐玉玲），众多“宪法司法化”的观点，而这是一个悲剧性的情况，因为大家没有看到《教育法》的规定。但即使没有法律，难道可以不受理或者直接适用宪法？立法的第一条就是合宪，是法盲的观点。这个需要看宪法本身的规定。违宪的主体主要是执政党、国家机关以及主要负责人。普通公民想违宪还没有机会和能力。如果任何案件都可以根据宪法，只要订立一个宪法就行了。大家空间很大。）来源

：www.examda.com 4、法是具有普遍性、明确性、肯定性的社会规范 1) 普遍性。具有概括性、反复性，它所针对的主

体和事项具有普遍性、具有连贯性、稳定性。法的普遍性还意味着在法的效力范围内，法的主体都应当遵循它，具有平等性，不允许有特权。2) 法的形式具有明确性和肯定性。法是以宪法、法律、法规、判例、法律条文、法律规则等明确的规则表现出，指出了清楚的行为方向，提出了清楚的行为标准。法律规则的分类也使得法具有明确性或肯定性。授权性与禁止性分类也给出了行为选择的明确指引。5、法是以权利或义务为主要内容的社会规范。来源

: www.examda.com 每一种社会规范都具有自己的特殊内容。

1) 以权利义务为主要内容是鲜明的特点。其他规范要么不以权利义务为内容，要么无所谓权利义务，要么权利义务的对应情况、协调情况以及其他情况与法的内容不同，如党的章程中的权利义务就不具有对应性。法以权利和义务为主要内容并意味着仅以权利义务为内容。2) 法中的权利和义务通过多种形式有效的表现出来：一是，法的行为模式都是表现权利和义务内容的如授权性规则表示权利、命令性规则表示义务，后果模式从特定角度表现了权利义务的实现；二是，表现出了对应性的权利义务。3) 法以权利和义务为主要内容才能使宪法对主体行为的规制、社会关系的调整、实现一定利益的目的。法从表面来看是秩序的象征，形成这种秩序不是目的，实现某种利益才是目的。（不妨引用西方著名学人的观点，支撑自己的观点，大家可以用一下。法理专业需要具有纵深感的答案，分出层次，引用支撑点，法理的考号靠前。靠法理的同学要回答的好一些）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