第一部分法理学入门：方法篇

如果让学生用一个词来形容法理学，最常见的就是，无聊！事实确实如此，它没有刑法的让人抽丝剥茧，也没有民法的津津乐道，它只是考前突击的救命稻草，随手丢弃的敲门砖。如果不是法硕考试的必考科目，估计这个部分也无缘进入你视野。不过，你同时也是幸运的，因为，在这个部分中，你会读到别样的法理学，它不同于硬生生塞给你的抽象概念，也不同于你应付考试而连夜囫囵吞枣的人物事件，它是一个体系书，里面有很多鲜活的案例，是一个从抽象到具体，再升华为抽象理论的螺旋上升过程，你一定不能错过！

当然，如果你还是功利性的学习这个内容，我还是会给你一些指引，讲讲为什么要学好法理学（Why），什么是法理学（What）和怎么学好并考好法理学（How）。

第一节 学好法理学的意义

为什么要学好法理学？ 因为它是法硕考试致胜的法宝和终南捷径。它的性价比最高！你一定会问，这怎么可能？我们来看一下历年法硕考试分值分布图：

部门	科目	分值	难度	重要性	性价比
综合科	法理学	60 分	★★	★★★	★★★★
综合科	宪法学	50 分	★★★	★★	★
综合科	法制史	40 分	★★	★	★★★
基础课	刑法学	75 分	★★★★	★★★★	★★
基础课	民法学	75 分	★★★★	★★★★	★★

从上表看，法理学与传统的法硕重点学科相比，即民法和刑法相比，法理学是比它们的分值要小。由于十九大的召开，依法治国小组的建立，依法治国和法治理论将会进一步考察，可能在刑法和民法都有考察法理学的相关理论，如罪刑法定原则的本质就是法理学的“法律至上”原则的体现。如果再把这部分的分数算上，那么法理学的总分值就将是直接破百的节奏！**借问法硕哪家强，法理学，舍我其谁？！**可是，由于在“得民刑者得天下”的蛊惑下，在综合科就是“背多分”的认知下，相当部分的考生在复习法硕的的过程中，法理学都会被“嫌弃”而选择性放弃。最后导致复习中捡了芝麻，丢了西瓜，让人心痛。

此外，法理学除了分多的优势外，还有个更关键的优势，**题傻，好得分！**有一个经典的比喻，法硕相当于是一场“打靶赛”，就是在 300 个靶子中击中越多越好。问题是，分值相同的靶子不是一样的，它分三种，一个是“固定靶”，只要瞄准了，一定能得分，如法制史。第二种是“移动靶”，比“固定靶”难一些，但是，还有移动规律的，稍微花气力还是能得分的。比如法理学。最后一种是“神出鬼没”靶，如民法和刑法等。因此，聪明的考生一定是先打固定靶，打一个，赚一个。然后花精力攻克移动靶，凭运气打“神出鬼没”靶。这样才是法硕高分的“不二法门”。事实上，很多人都全身心的投入到打“神出鬼没”靶的活动中，最后，铩羽而归。认为法理学，背背就得分了，没有啥意思，你看刑法中的“条件说”、“相当因果关系说”、“抽象符合说”、“具体符合说”多有意思呀，不要，华山论剑一下？最后，成绩出来，还是没有“论”过出题老师的“如来神掌”。

最后，法硕考试，注定是一场需要有所放弃的考试：只有“舍”才能“得”，只有有所“放弃”才能有所“收获”。但是，很多考生第一时间放弃就是分数最多，最容易得分的法理学！但我们认为，放弃不仅仅是一种态度，更是一门艺术。那么这里放弃的艺术性如何显现呢？这就要求我们高度重视考试科目的性价比问题。所谓的性价比，指的是我们复习时的投入与产出的回报比例。举例来说，很多考生在复习过程中都非常重视民法、刑法等“大法”的复习。但我们必须要注意的是，也正是因为这些“大法”的分值高，所以这些学科本身的理论广度和深度要远远超出其他科目，这就意味着大家复习难度和时间投入的直线上升。并且由于出题老师手中可以支配的分数多，所以这些“大法”科目的试题往往涉及面非常广，一些我们没有足够时间投入就不可能注意到的“犄角旮旯”的地方也可能出题，细节多、陷阱多、得分难是

这些“大法”试题的普遍特色。换句话说，所谓的“大法”只是看起来很美，但真的要拿高分，没有一番“掘地三尺”的努力和一些可遇不可求的“运气”是不可能的。这就是大部分的考生都笃信“得民刑者得天下”，也是大部分的考生都得不到高分的重要原因。“大法”确实重要，但这并不意味着“大法”以外的“小法”就不重要，甚至很不重要。“小法”虽然单科的分值少，但加起来却不少。同时，“小法”的重点往往非常突出，基本上可以通过研读历年真题做到一目了然。所以大家要记住，与“大法”老师的“老奸巨猾”相比，“小法”老师往往都是“淳朴单纯”到无比可爱的。**柿子一定要找软的捏!**

第二节 法理学的体系

自从有了法律，就有了研究法律的学科，称为法学。法学中最抽象的问题就是研究法律的基本问题，称为法理学。法理学作为法学的基本学科，**它主要解决以下几个问题，法律是（应当是）什么（即法的本体）？法律有什么用？法律应该怎么用（即法的运行）？法律前世今生（即法的演进），中国选择依法治国的目的是什么？如何实现？**

我们经常说，如果会谈恋爱，就能学好法理学。为什么这么说呢？首先，谈恋爱第一步是“看照片”，即静态的观察法。当然，现在的照片都可以 PS，可以增白、去痘、减肥，甚至可以以假乱真。所以，为了防止“见光死”，谈恋爱还是要见面的，这个就是法的运行了，需要看到“活的法律”是如何在现实生活中实施的。如果两人对上眼了，准备一起生活了，就要开始看对方是否是“绩优股”还是“垃圾股”，要从出身（法的起源），教育背景（法的继承和移植）等进行考察，最后才进入婚姻的殿堂（走向法治国家）。**因为，看照片就是静态的法，见活人就是动态的法，查户口就是法的演进，去登记就是走向法治国家！**

图示：

法的本体(静态)	一、法律是什么？	第一章 绪论
		第二章 法的特征与本质
	二、法律有什么用？	第四章 法的作用与法的价值
	三、法律是如何表现出来的？	第五章 法的渊源
		第六章 法的要素与法律体系
法的演进(时间)	四、法律是怎样发展的？	第三章 法的起源与演进
法的运行(动态)	五、法律怎么用？	第七章 立法
		第八章 法的实施
		第九章 法律职业与法律方法
法与社会(空间)	六、法的目的是什么？	第十章 法律关系
		第十一章 法律责任与法律制裁
		第十二章 法治
	七、法对外界影响是什么？	第十三章 法与社会

第三节 法理学的考查方式和复习方法

一、重者恒重。

所谓重者恒重，是指考试中考察过的考点往往会再次考察，以体现该学科的核心内容。每年考试重点考点重复率在 60%以上。例如，法硕考试中法理学的分析题果然又考察了“法与道德”的关系这个重要考点。纵观历年试题，法律与道德的关系问题每年都会进行考察。2019 年考试也要重点关注，可能通过其他案例，如“见死不救罪是否入刑”等案例讨论进行考察。要求考生必须理解“法律是最低限度的道德”，道德要求人做好人，而法律仅仅要求人不干坏事。因此，过度的“道德法律化”反而会使法律“具文化”。2019 年考察时，考生不得不注意啊。此外，法理学的选择题也不出意外的考察了法律规则的逻辑构成，法

律原则的分类，法律解释种类和法律推理的特点。因此，在复习法理学中，不能胡子眉毛一把抓，要根据历年的高频考点进行“有的放矢”。

二、新增必考。

新增考点是必考点，如果不考，干嘛新增？！2018 年法硕新增考点集中于民法，因为民法典修订，不出意外，民法总则是考察的重点。宪法的公民基本权利也进行集中测试。在法理学中，新增考点虽然只有一个，却也进行了考察。同时，热门事件考察却层出不穷。如 2017 年简答题考察的是“司法独立”原则的内容。这个内容的背景是 2016 年轰轰烈烈的司法改革的浪潮，比如，跨区域法庭的设立，知识产权法院的设置，其目的就是通过司法独立到达司法公正的目的。因此，2018 年司法改革的内容也考核。2019 年，改革开放四十周年，必然是大热门！此外，2017 年最大的热点是《十九大报告》的提出的小康社会的目标，这个内容会在 2019 年的《考试分析》进行体现，也会在 2019 年的考试中展现，考生一定要注意里面的**新提法和新要求**。比如，“对港澳的全面管治权”和“国家监察制度”的内容，在本年的试题当中就进行了比较集中的考查。**不出所料，《十九大报告》的内涵将会是考试的重头戏。**

除了新增法规和政策，考生可以适当的关注一些时事热点，因为一些社会热点问题往往会在试题当中有不同程度的显现，如 2017 年法理学分析题考察的“百度外卖”的案例，就是当年的热门话题。从历年真题看，从代孕母亲的争议，到冤假错案的平反，都作为了考试题目。按惯例，每年领导人的重要讲话，特别是重要会议上的讲话，都是考试的原材料，大家对此要特别加以注意考前押题，@理论法学陈璐琼，与时俱进！

三、综合创新。

年年岁岁点相似，岁岁年年题不同！综合创新主要体现在试题考察方式的改革上。如 2016 年法硕的论述题从法律意识的培养对于法治的重要性的角度进行论述，还破天荒的第一次采用材料分析的方式，引用了“中国式过马路”的热门事件，同时，加入了卢梭在《社会契约论》的名言（该名言在辅导班的授课讲义上有引用），要求做到结合材料，联系实际，充分论述。这个是法硕论述题的一个“开创性”变化，它打破了传统意义上单纯的理论论述，加入了现实意义和理论深度，2017 年和 2018 年论述题一定延续该方式，2019 年也会结合实际进行考察。

更让人振奋的是，法硕的含金量在提升，特别是非法本必须通过法硕考试才能参加国家统一法律职业考试（法考）下，我国的法硕考试开始开始引入大量的理论争议性题目，需要考生深入理解并熟练掌握相关的基础理论，甚至要知道不同观点、不同学说，方能应对自如。随着法治精英化的路线推进，仅仅靠背一下考试分析或者法条就能将题目做对的时代，早已一去不复返了。

四、背多分才是王道

书读百遍，其义自现。法硕高分秘诀，特别是综合课高分秘诀就是，陈璐琼老师特别建议，**每天早上一小时，综合突破 120。**在理解的基础上记忆，在记忆中理解，是考好法理学的“终南捷径”。不得不指出，在综合科中，法理学不仅仅是需要记忆的学科，它也是需要加以理解的。它是法硕考试中所有科目当中理论性最强，抽象程度最高的一门。它是让所有人畏难的拦路虎。

但是，一切法理学就是纸老虎！只要考生认真加强对相关知识点的理解，不要妄图以“背诵”解决所有问题。在复习过程中，大家要特别注意对相关概念的区分和把握，概念上的混淆是法理学题目失分的最主要原因。同时，在把握清楚注重对于法理学知识体系的构建，以全面应对法理学试题的考查要求。比如，要认识到中国法理学是建立在对我国中国特色法治现状的认知和理解之上。只要牢记“马克思说的永远是正确的”、“我党永远光荣、伟大和正确”，基本上就没有大问题。因此，对于大多数考生来说，法理学考高分的关键在于把握这门学科鲜明的政治性色彩，唯“马列”和“我党”之马首是瞻，压制自己的批判冲动。用“党性”而不是“理性”做题，即可轻松高分。当然，近年来社会主义法治理念改变特别快，与时俱进的要求很高。此外，它是唯一一科与其他学科结合考查的特别专业。因此，考生要特别注意法理学的理念的跨学科考查方式，合理调用自己在其他学科上的知识储备，完成“中国特色”法治的构建。

综上所述，一直被大家所“嫌弃”以至于要“放弃”的法理学，却是法硕高分的“香馍馍”，它不是食之无味的鸡肋，它已经是一只肥鸡了。在开始 2019 年法硕备考时，好好想一想我们所说的“打靶论”，想想你的目标是考上，不是半桶水的“嘚瑟”，是脚踏实地的得分，不是“似是而非”的争辩。此外，你

不是一个人在战斗，我会一路相随，陪你考上研，交流方式，关注我新浪微博@理论法学陈璐琼，你会获得该书的配套资料，如同步练习、考前预测等。2019 年参加法硕考试的广大考生，只要你注重对法理学的复习和掌握，在充分了解法理学的学科特点，学习技巧和考查要求的基础之上，只要稍微下点功夫，法理学就一定能成为你得分的富矿，为顺利拿到法硕考试高分打下坚实的基础！

法硕之路，任重道远，就从法理学开始你的备考之旅吧！

第二部分法理学入门：知识篇

第一章 法的本体论

第一节 法律是什么？

一、法律的概念

围绕着法的概念的争论的中心问题是关于法与道德之间是否存在概念上的必然联系。即“法律是什么”与“法律应当是什么”的综合解答。

（一）实证主义

所有的实证主义理论都主张，在定义法的概念时，没有道德因素被包括在内，即法和道德是分离的。具体来说，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，在“实际上是怎样的法”与“应该是怎样的法”之间，不存在概念上的必然联系。

同时，法实证主义者是以下列两个要素定义法的概念的：权威性制定和社会实效。以社会实效为首要定义要素的法的概念，以权威性制定为首要定义要素的法的概念。以社会实效为首要定义要素的法的概念的主要代表是法社会学和法现实主义。以权威性制定为首要定义要素的法的概念的主要代表是分析主义法学，如奥斯丁、哈特，或纯粹法学的凯尔森等。

案例：实证主义的困境——希特勒的灭绝人性的法律是不是法律？德国纳粹份子认为自己当时是按照德国法律行动，其行为是合法的，不应受到惩处，而法官则认为种族灭绝法违反了人类尊严这个基本的价值，不再是真正的法律，因此当时所谓“依法办事”实际是犯罪，应受处罚。

（二）非实证主义

非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要的定义要素。这就意味着这类法的概念中不排除社会实效性要素和权威性制定要素。也就是说，非实证主义的法的概念中不仅以内容的正确性作为定义要素，同时可以包括社会实效性要素和权威性制定要素。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；以内容的正确性与权威性制定或社会实效性要素同时作为法的概念的定义要素，超越自然法与法实证主义之争的所谓第三条道路的那些法学理论。

小结

<table>
<tr><td colspan="3">争议的中心问题：法与道德之间是否存在概念上的必然联系。</td></tr>
<tr><td rowspan="2">（1）实证主义（法与道德是分离）</td><td>社会实效为首要</td><td>法社会学和法律现实主义</td></tr>
<tr><td>权威性制定为首要</td><td>分析主义法学</td></tr>
<tr><td rowspan="2">（2）非实证主义（法与道德是相互关联的）</td><td>内容的正确性作为唯一</td><td>传统的自然法理</td></tr>
<tr><td>三要素可以同时具备</td><td>第三条道路：阿列克西</td></tr>
<tr><td colspan="3">注意：首要是强调其重要性，并不排斥其他的要素。</td></tr>
</table>

二、法律的特征

尽管法律和道德的争议已经持续了几千年，但是，有一个问题是达成共识的，即法理学研究对象一定包括特定国家现行有效的法，称为“国法”。其外延包括：(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）；(3)国家通过一定方式认可的习惯法（不成文法）；

(4)其他执行国法职能的法（如教会法）。

注意：不成文法是不表现为条文的法，而非“不表现为文字的法”。不成文法包括习惯法和判例法。①习惯法不仅不表现为条文，也不表现为文字。习惯法在被认可之前是习惯，习惯本身不是法，但经过国家认可赋予其法效力之后，就变成了习惯法。②判例法有文字形式，但没有条文。

那么，国法与其他规范有什么不同？这个就是法的特征要解决的问题。

（一）规范性：法是调整人的行为的一种社会规范

社会规范是指人与人相处的准则。作为社会规范，法律不同于技术规范和自然法则。自然法则是自然现象之间的联系，自然现象的存在与人的思维和行动无关。至于技术规范，它的调整对象是人与自然的关系，是规定人们如何使用自然的力量和生产工具以有效地利用自然的行为准则。如《环境保护法》不是调整人与自然的关系，而是调整人对待环境的行为将给他人造成的影响（人与人的关系）。

（二）国家性：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。

法律形成于公共权力机构。因此，公司章程，党章和班级公约都不是法律。法有两种基本方式：（1）制定。即享有国家立法权的机关，按照一定的权限划分，依照法定的程序将掌握政权阶级的意志转化为法律。通过制定方式形成的法律就是成文法或制定法。它一般具有系统的条文化的逻辑结构。（2）认可。对社会中已有的社会规范（如习惯、道德、宗教教义、政策）赋予法的效力。一种是国家立法者在制定法律时将已有的不成文的零散的社会规范系统化、条文化，使其上升为法律；另一种是立法者在法律中承认已有的社会规范具有法的效力，但却未将其转化为具体的法律规定，而是交由司法机关灵活掌握，如有关“从习惯”、“按政策办”等规定。

（三）普遍性：法是具有普遍性的社会规范

1、普遍有效性，即在国家权力所及的范围内，法（不仅仅是指法律）具有普遍效力或约束力。

2、近代以来，法的普遍性也表现为普遍平等对待性，即要求平等地对待一切人，要求法律面前人人平等。

3、普遍一致性，即近代以来的法律虽然与一定的国家紧密联系，具有民族性、地域性，但是，法律的内容始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向。

注意：法的普遍性主要是指“普遍有效性”。普遍有效性有两个特征，即：（1）调整的人是不特定的；（2）调整的事是反复发生的，而非只发生一次。例如，地方性法规虽然只在地方生效，但该规定调整的人是不特定的，所以地方性法规仍然具有普遍性。

（四）权利义务两面性：法是以权利义务为内容的社会规范

法是通过设定以权利义务为内容的行为模式的方式，指引人的行为，将人的行为纳入统一的秩序之中，以调节社会关系。而道德和宗教主要是义务而非权利。

（五）程序性：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

规范都具有保证自己实现的力量。道德、宗教等规范都有强制力，只是法律强制是一种国家强制，是以军队、宪兵、警察、法官、监狱等国家暴力为后盾的强制。同时，法律的制定和实施都必须遵守法律程序，法律职业者必须在程序范围内思考、处理和解决问题。法的程序性是法区别于其他社会规范的重要特征。

三、法的本质

法的特征是从形式上对法和其他社会规范做了区分，而没有从实质上回答“法律本质上是什么？”的问题。19 世纪，马克思提出了法的本质的理论，使法学成为了一门科学。他从哲学的唯物主义原则出发深刻指出法的本质在于社会生活条件。

（一）正式性（官方性、国家性）

法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。

1、法总是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的。

2、法总是依靠正式的权力机制保证实现。一般而言，法的实现主要依靠社会成员的自觉遵守，但是，国家强制是不可缺少的。

3、法总是借助于正式的表现形式予以公布。法的正式性表明法律与国家权力存在密切联系，法律直