



- ▶ 第一讲 法学导论
- ▶ 第二讲 法与法律
- ▶ 第三讲 法的本质与
- ▶ 第四讲 法的要素
- ▶ 第五讲 法的作用
- ▶ 第六讲 法的渊源
- ▶ 第七讲 法的效力
- ▶ 第八讲 法律体系
- ▶ 第九讲 立法原理
- ▶ 第十讲 法的执行
- ▶ 第十一讲 法的适用
- ▶ 第十二讲 法律监督
- ▶ 第十三讲 法律关系

## 试卷二十

### 一、名词解释

法理学 法律效力 法律规则 正式解释 法系

### 二、简答题

- 1、 简述法律规范作用的内容。
- 2、 简述法治与法治国家的含义。

### 三、分析题（仔细阅读下面的材料，简要回答材料后面的问题）

1944年，一个德国士兵在奉命出差执行任务期间，回家短暂探亲。有一天，他私下里向他妻子说了一些他对希特勒及纳粹党其他领导人物的不满。他刚刚离开，他的妻子因为在他长期离家服役期间“已投向另一个男子的怀抱”，并想除掉她的丈夫，就把他的言论报告给了当地的纳粹党头目。结果，他丈夫遭到了军事特别法庭的审讯，被判处死刑。经过短时期的囚禁后，未被处死，又被送到了前线。纳粹政权倒台后，那个妻子因设法使其丈夫遭到囚禁而被送上法庭。她的抗辩理由是：据当时有效的法律，她丈夫对她所说的关于希特勒及纳粹党的言语已构成犯罪。因此，当她告发她丈夫时，她仅仅是使一个罪犯归案受审。

这个案件以及类似的一系列案件，使得二战后针对战争问题的审判在法律与道德问题上陷入了一个困境，如果严格坚持实证主义的“法律就是法律”的观点的话，那么，类似像告密者这样的人就不能得到法律的惩罚，但是，如果要惩罚这些人，我们依据的似乎不是法律，因为他们并没有违背当时的法律，而是依据法律之外的道德原则。据当时的某些报道说，德国的法院正是这么做的，对这个案件，德国的法院援引了“良知”和“正义”之类的观念，认为“妻子向德国法院告发丈夫导致丈夫的自由被剥夺，虽然丈夫是被法院以违法的理由被判刑的，但是，这种法律‘违背所有正常人的健全良知和正义观念’。”后来的许多案件都采用了这种推理方式，在有些案件中，法院明确宣布，“完全否认人格价值和尊严的法律不能够被看作是法。”

针对二战后德国法院面临的困境，法律实证主义和自然法学的领军人物哈特教授和富勒教授爆发了一场大论战。1958年《哈佛法律评论》在同一期上发表了哈特教授的“实证主义与法律和道德的分离”以及富勒教授反驳这种观点的“实证主义与忠实于法律——答哈特教授”这两篇著名的论文。随后，哈特教授于1961年出版了《法律的概念》一书，系统地阐述了自己的观点并试图回答富勒教授的批评；富勒教授则于1964年出版了《法律的道德性》一书，详细阐述了自己的观点并批评哈特主张的法律与道德的分离论。1965年哈特教授撰写对《法律的道德性》一书的书评，而富勒在1969年《法律的道德性》再版的时候回答了哈特的批评。在这次反复的论战中，许多法学家纷纷加入其中，或支持哈特或支持富勒。

对于联邦德国法院的这种做法（后来的材料表明，实际上联邦德国法院并没有这样做，哈特和富勒论战时依据的是不实的报道）是否明智，哈特明确表示了疑问。在哈特看来，面对这种困境，除了诉诸自然法之外，我们必须面对两个选择：“其一是免除对该女子的惩罚，人们可能认为这样做是件坏事。其二是惩罚该女子，这时，人们必须面对适用溯及既往的法律的事实”。我们必须明白，当惩罚该女子时，我们只是在两个邪恶中选择其一：要么使该女子免受惩罚，要么放弃法不溯及既往这一大多法律体系都接受的珍贵道德原则。我们从伦理史上学到的唯一的知识是：解决道德难题的办法便是不要隐藏它。因此，两害之中取其轻者，应当发布一项溯及既往的法令，惩治战争期间以告密及其他手段恶意剥夺他人生命的罪行，而不应宣布纳粹的法律不是法律。富勒教授则支持联邦德国法院的这一做法，他提出了著名的“法律内在道德”论（即所谓法治八原则），认为一个法律制度应当“存有最低限度的道德”，如果道德水平降到某一点一下，那么就可说该法律制度丧失了其功能，因为它不能具备要求它的公民服从它的权力。法律必须：具有充分的普遍性；公开发布；是可预期的，不得溯及既往；含义明确，是可理解的；不矛盾；能够实现，不能要求人们做不倒的行为；具有相对的稳定性，不能经常变动；官方行为必须与公布的规则保持一致。这八条原则被称作法律的“内在道德”，是一个法律制度能够成其为法律的底线的要求。纳粹用以惩治反对国社党（纳粹党的正式名称）及其领袖的言论的一些法令是没有公布的“秘密法”，这违反了法律的内在道德，因而战后德国法院就可以据此宣布其无效。

问题1、你认为战后联邦德国法院可不可以宣布纳粹法令无效从而惩治告密者？为什么？

问题2、富勒教授的意思似乎是说，如果法律满足了“内在道德”的要求，那么这样的法律在内容上也就不会过于邪恶，也就是说，法治原则可以制约统治者不能发布体现邪恶价值准则（例如种族歧视、扼杀言论自由等）的法律。哈特教授反驳富勒教授说，“法治八原则”只是体现了立法的“良好的技巧”，它有助于立法者有效率地实现自己的目的，但它本身不是道德。他用一个著名的类比来说，投

毒也需要技巧，诸如“毒药必须足以致命、毒药不能体积过大无法吞咽”等，但这些是不是也可以称作“投毒的内在道德”呢？据此，哈特认为“法治”是一柄双刃剑，可以用来为好的目的服务，也可以用来为邪恶的目的服务。你对这些说法是怎么看的？为什么？

问题3、根据上面的材料，你认为法律与道德之间到底有没有必然联系？为什么？

#### 四、论述题

- 1、 结合自己的认识论述马克思主义关于法的本质的基本观点。
- 2、 比较资本主义两大法系的特征。

#### 参考答案

法理学精品课程 版权所有 copyright©2009 上海财经大学法学院

