

目录

一、 如何认知法律	2
(一) 基本方法	2
(二) 法的概念	2
(三) 法律基本特征	2
(四) 法的本质	3
(五) 法的基本要素	3
二、 中国法治的基本态势	4
(一) 如何认识法治	4
讲座：当代法治的要义	4
(一) 对法治的误解	4
(二) 中国现有法律规模	5
(三) 中国法律制度的质量状况	5
(四) 中国法律制度的实行状况	5
(五) 中国现行法律制度的产生原因	5
三、 法的起源和发展	6
(一) 两种法的起源观 (p104)	6
(二) 法是怎样起源的? (p104)	6
(三) 法的起源的标志和规律	6
(四) 法的历史发展的根本动因 (p110)	6
(五) 原始社会的社会规范 (p106)	6
(六) 古代法和近现代法	7
(七) 资本主义法	7
(八) 民法法系和普通法法系 (p127)	8
(九) 法的继承和移植 (p132-135)	11
四、 立法 (法的制定)	11
(一) 法的制定的基本理论	11
讲座：中国立法现状	12
五、 法的形式、渊源、体系、分类	13
(一) 法的形式：法的具体外部表现形态	13
(二) 法的渊源	16
(三) 法的体系	17
(四) 法的分类 (p208)	17
六、 法的实施	17
(一) 法的效力	17
(二) 法的适用	18
(三) 法的遵守	18
(四) 法的解释	18
(五) 法律责任	18

一、 如何认知法律

(一) 基本方法

1. 法律是历史、空间（国情）的范畴

2. 解说主体有差异

表面呈中立，实际上有差别地反映全体利益，制度的确立者占有优势地位，弱者对法律期望过高。

法律是对生活有秩序的固化

法律制度本身是文化现象

3. 认识法的基本方法

1) 法律的时空概念

2) “理想法”（应然的法）与“现实法”（实然的法）统一

3) “具体法”与“抽象法”整合

具体的法：对不同的人来说，法是不同的事物或现象。（p41）

抽象的法（一般的法）：作为具体的法的总和和普遍性的抽象。界说一般法的概念首先是法理学的一个基本任务。（p42）

(二) 法的概念

法是为社会主体提供行为标准的，以国家政权意志形式出现的，作为司法机关办案依据的具有普遍性、明确性和肯定性的，以权利和义务为主要内容的，首先和主要体现执政者意志并最终决定于社会物质生活条件的各种社会规范的总称。

(三) 法律基本特征

1. 为主体提供行为标准的社会规范（p44）

1) 法是一种规范，标准尺度、制度范畴，而非观念范畴；社会规范是调整社会生活中主体之间相互关系的规范

2) 只针对“行为”，即已然问题，不解决观念、道德问题

3) 只针对发生在一定社会关系中的行为，而不干涉和社会无涉的个人或组织的行为；不能解决全部与社会有关联的问题，只调整基本的重要的社会关系。其中最基本的社会关系是以物质生活条件为基础的利益关系，实质上是权利和义务的关系。

2. 具有普遍性、肯定性、明确性（p48）

1) 普遍性：普遍有效，对法的适用对象、适用的空间、时间范围内普遍有效（有时也包括普遍平等、普遍一致）

2) 肯定性（明确性）：法的形式和分类具有明确性、肯定性。有明确制度、载体，明确规定社会主体的权利和义务。

道德规范大多数不明确、不肯定（软规范）

3. 以权力、义务为主要内容的社会规范（往往相对称、平衡、对应）（p50）

其他社会规范的权利和义务则往往不相对应，如道德规范无所谓权利和义务。

除主要内容外，还有名词术语解释、基本原则确立、序言陈述等。

4. 以国家意志形式表现出的具有特殊强制力的社会规范（p44）

1) 以国家名义（有立法权的国家政权机关）制定或认可，反映国家意志

2) 法的贯彻实行以国家的特殊强制力保证

a) 所有社会规范都有强制力

- b) 以军队、警察、监狱、法庭等设施为直接表现形式
 - c) 不以被强制者意志为转移
 - 道德强制力很大程度上取决于被强制者的认可与否
 - d) 国家强制力的实现需要通过法定的程序
- 5. 为司法机关办案主要根据的社会规范 (p47)
 - 仅凭 4. 仍无法将法与政策区别开
 - 只有能够作为司法机关办案的主要、基本依据的社会规范才可能是法 (如普通法法系国家的典型判例) 当且仅当法不健全的情况下可以以道德、政策作为办案依据。
 - 办案不得引用《宪法》

(四) 法的本质

1. 现象：外在表现形式和外部联系 (法的非本质属性)：规范性、国家强制性等；
本质：内在规定性或内部联系 (法的本质属性) (p51)
 - 1) 法首先和主要体现执政阶级意志，阶级性是法的本质属性 (p55)
 - 2) 法最终决定于社会物质生活条件
2. 法的本质的不同学说 (p52)
 - 1) 理性论：法是理性的体现
 - 2) 神意论：法是神的意志的体现
 - 3) 历史论：法是一种历史进化现象
 - 4) 执政阶级意志的体现

(五) 法的基本要素

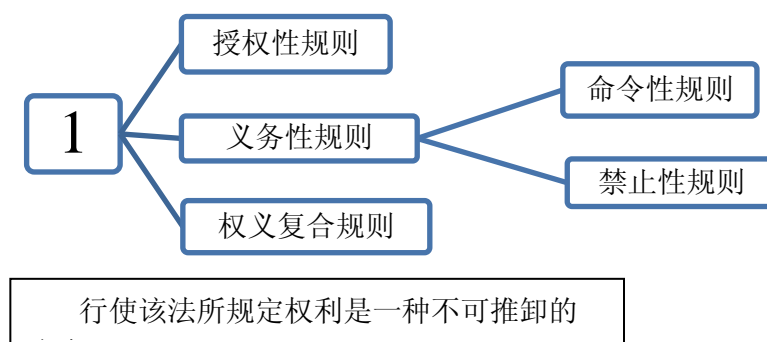
1. 法的要素

构成法的整体的各个主要组成部分，称为法的要素。

种类：规则、原则、概念模式 (中国通常采用)
2. 法律规则 (主体性要素) (p58)

法律规则是社会规则的一种，它是国家政权中的有权机关制定或认可的

 - 1) 法律规则的逻辑结构的不同学说
 - a) 假定 (法律规则适用的条件和范围) 处理 (法律规则要求的作为和不作为) 制裁 (违反法律规则所必须承担的法的责任)
 - b) 行为模式 (授权性规则、命令性规则、禁止性规则)、后果模式 (肯定性后果、否定性后果) 目前中国很多法律法规缺少后果模式。
 - 2) 法律规则的种类 (p61)
 - a)



- b) 强制性规则（不问主体意愿如何而必须加以适用的规则）和任意性规则（适用与否由主体自行选择）
 - c) 确定性规则、委托性规则、准用性规则（p63）
- 3. 法律原则（品格性要素）（p62）

反映立法者以法的形式所选择所确定的思想理论和基本立场，是法的主旨和精神品格所在。

 - 1) 政策性原则、公理性原则
 - 2) 基本原则、具体原则
 - 3) 实体性原则、程序性原则
- 4. 法律概念(技术性要素)（p65）

人们对法律现象、法律实践进行分析、归纳、抽象而产生的具有法定价值的范畴，是法律规则和法律原则的载体。

 - 1) 专业概念、日常概念
 - 2) 主体概念（法律关系主体）、客体概念（法律关系客体，即法律关系主体的权利义务所指向的对象）、内容概念（法律关系主体的权利义务关系）、事实概念（如犯罪、违约、正当防卫等）

二、 中国法治的基本态势

当代文明：物质文明；精神文明；制度文明
制度文明：主流形式是法治文明

(一) 如何认识法治

法治是当今大多数国家真实存在的一种生活方式，是实际存在物，不是理论学说
只有国家一级政权才叫政府

讲座：当代法治的要义

- 1. 法治是阳光明朗之治

按照法律制度解决国家生活的全部问题和社会生活的基本问题

 - 1) 法治的治理根据是阳光明朗的
治理依据明确可查，不依靠讲话或会议解决问题
 - 2) 治理范围是阳光明朗的
 - a) 国家生活的全部问题：国家机关、公务员一切行为都需要有法律依据
 - b) 社会生活的基本问题：不需依法办事，只需不违法
 - c) 法以外的其他政策参与解决社会问题，并非所有社会问题都是法律问题
- 2. 法治是一种可以有预期的治理方式，是让人们从容生活的生活方式。
- 3. 法治是一种人们可以在相当大程度上人们自己把握命运的方式。
- 4. 法治使得权力位于法律之下，受法律约束；权利位于法律之上，受法律尊重。

(一) 对法治的误解

- 1. 把法治理想化，认为法治是“正义的体现”

正义有时空条件
维护正义、保障民主、推进文明，是法治的主要方面，但不是全部
- 2. 认为法治即讲法、用法、依法办事；人治即不讲法、不依法办事

法治和人治的主要区别在于是否遵从了“当代法治的全部要义”

(二) 中国现有法律规模

1. 中国目前有 234 个法律
美国：法律制度极为完善，每年立法超过 100 个
香港：接近 2000 个（1000 多个判例法，830 多个制定法）
中国欲达到法治水平的最低限度，至少应与香港法律规模相当。
2. 中国法治建设走弯路的原因
 - 1) 理念上：对法律制度规模认知不清（文件中只讲法律体系建设，不讲法律制度规模）；
 - 2) 体制上：最高立法机构：全国人大及人大常委会，没有时间从容立法，人大是法律意义上的权力机关，人数多，人员组成不合理，会议效率低

法律体系：结构性概念

(三) 中国法律制度的质量状况

大多数法律处于良法与恶法之间，中国法律多是“笨法”

以《婚姻法》为例：“夫妻双方应当相互忠实”

- a) 混淆了法律与道德的界限
- b) 完整法律应有权利与义务，行为模式与后果模式
- c) 法律语言文字：立法专业语言+普通语言。无非明确解释界定的语言不能写入法律产生“笨法”的原因：
 - a) 立法者缺乏职业化
 - b) 中国是成文法国家，语言文字要求高水平（法律不能对科学下定义）

(四) 中国法律制度的实行状况

1. 各种具体制度是否实行
2. 各法律集群（部门）实行的怎么样
3. 有多少法律在实际生活、司法判案中引用过

最高法院 50-60 部，地方法院 30-40 部

《宪法》与其他法律的区别

宪法主要解决权力资源的配置和调控（如山东齐玉玲案，侵犯“权利”，不能引用宪法）

有法律按法律办，没有法律按政策办

中国法律制度实行方面十分严峻。

(五) 中国现行法律制度的产生原因

1. 立法
2. 政府抢占了司法机关的地盘。政府是中国最重要的立法者，又是专门的执法主体。

法律的实行应主要由司法机关解决

“大社会、小政府”，法律制度是政府用来服务社会、约束自身的制度，但中国将法律当做安邦治国的手段（《中华人民共和国土地管理法》）

中国政府全面退出执法领域时，中国法治才能实现
3. 司法弱势（当代中国的司法体制 p224）
 - 1) 无财权

- 2) 不独立：法院内部由审判委员会决定，法官无用；外部由检察院监督，检察院受制于政法委员会，而政法委员会主要领导往往是公安局长。公安局属政府部门，应低于法院
- 3) 腐败
- 4) 行政化
- 5) 司法者专业素质差
4. 学界：严重脱离实际，缺乏学术牵引、
5. 中国历史文化、民族性的影响

三、法的起源和发展

(一) 两种法的起源观 (p104)

1. 法无所谓起源问题
2. 法有起源
法基于什么原因起源？最根本的原因在于社会生活的变化

(二) 法是怎样起源的？ (p104)

基于物质生活条件的变化

法是社会发展到一定历史阶段的产物，私有制和商品经济的产生，及由其引发的阶级的出现是法的起源的根源。

(三) 法的起源的标志和规律

1. 最主要标志：(p108)
 - 1) 诉讼的出现
 - 2) 司法的产生
 - 3) 国家政权的诞生
 - 4) (权利义务观念的形成)
2. 一般规律：(p108)
 - 1) 习惯——习惯法——成文法
 - 2) 同道德、宗教由混合（包括法律规则的混合和司法的混合）到分离
 - 3) 个别调整（针对具体人和行为进行的只适用一次的调整）——规范性调整（统一的反复适用的调整）——法的调整（国家调整社会关系）

(四) 法的历史发展的根本动因 (p110)

1. 局部的微观的变化：生产关系的量变引起
2. 根本的全局的变化：生产关系的质变引起
法的历史类型（马克思认为：原始社会，奴隶制法，封建制法，资本主义法，社会主义法）
3. 根本原因：社会基本矛盾的运动
杠杆性原因(基本途径)：社会革命

(五) 原始社会的社会规范 (p106)

原始社会没有法，主要有三种社会规范：习惯、宗教规范、道德规范

法与原始社会规范的异同：（p109）

(六) 古代法和近现代法

1. 古代法（p112）
 - 1) 包括时间上和历史类型上（奴隶制法、封建制法）的古代法
 - 2) **基本特征：（奴隶制法特征：p112，封建制法特征：p118）**
 - a) （奴隶制法是最早的私有制类型的法）
 - b) 死刑广泛，刑法严酷。（武力的法——马克思）
 - c) 特权的法（奴隶制法公开确认自由民在法律上的不平等）
 - d) 大多数纷繁杂乱（中华法系例外）
 - 3) 封建法的作用：（p116）
 - a) 维护封建政治统治：注重打击政治犯罪、镇压农民起义
 - b) 维护封建经济制度：严格保护封建土地所有制、地主对农民的剥削关系、封建租税制度、封建经济秩序、封建私有财产（严惩偷盗）

(七) 资本主义法

1. 产生（p121）
 - 1) 历史过程：封建社会中后期萌芽，资产阶级革命取得大局胜利时形成
 - 2) 标志性现象：
 - a) 封建社会中后期，“海商法”的兴起
资本主义经济的天然特征——扩张，航海贸易，首先产生了解决海上贸易问题的法
 - b) 封建社会中后期，罗马法的复兴
欧洲中世纪历史杠杆（3R 运动）：文艺复兴、宗教改革、罗马法复兴
罗马法：奴隶制古罗马法律
罗马法复兴的原因：
 - ① 罗马法是私有财产制下的第一部经典法
 - ② 奴隶制罗马版图辽阔，影响范围大
 - ③ 自身优点：法典化成文法；立法技术高明、法律概念适当；时空上具有跨越性
 - c) 封建社会后期，反映资本原始积累的法的出现
英国：妥协性的“光荣革命”（封建贵族资产阶级化，担当革命主要力量），保留中世纪以来的判例法，制定新法
法国：较彻底的法国大革命（新兴资产阶级和封建旧势力有根本矛盾），全面否定旧的法律秩序，建立新的法律制度“成文法编撰运动”
2. **本质和特征（表现出明显历史进步）（p123）**
 - 1) 特别注意维护私有财产权：
由对私有财产的绝对保护衍变为首先关注社会整体利益的保护
 - 2) 强调契约自由
首先和主要是形式意义上的自由（工人阶级只有选择由谁来剥削的自由，契约一旦签订，自由和平等便不复存在——马克思）
 - 3) 法律面前人人平等（形式上）
包括立法、适用法律、执法平等。形式上的平等导致实质的不平等
3. 特征的成因

- 1) 思想原因：文艺复兴时期形成的资本主义、人文主义思潮，“天赋人权”、“人人平等”
- 2) 经济原因：典型的商品经济产生等价交换原则，建立在经济基础之上的法律要保障自由、平等、人权（这三者必须经由法律保护）。
- 3) 历史原因：站在封建主义对立面的所有力量团结起来，资产阶级不得不披上自由、平等、人权的外衣，革命成功后不能立即脱去外衣
4. 当代资本主义法的发展
逐步实现了社会化（一定程度的财产社会化导致了法的一定程度社会化）
性别平等问题得到解决，种族平等问题有了重大进步

(八) 民法法系和普通法法系 (p127)

1. 法系的概念 (p126)

法系：将人类迄今为止的各种法律文化、法律制度中具有相同特点、历史传统和源流的部分作为整体的同一类别的划分。

对法系的划分方式不一：

五大法系：中华法系、印度法系、伊斯兰法系、英美法系、欧洲大陆法系

五大法系概念最早由欧洲人提出（西方重心论），其中中华法系以唐代法律文化传统为代表，实质已经死亡，印度法系以印度封建制法为代表，已经死亡，伊斯兰法系以《古兰经》为代表，半死亡，只有英美法系（普通法法系）和欧洲大陆法系（民法法系）尚真实存在，最具权威影响。

2. 民法法系

- 1) 含义：以古代罗马法，特别是《法国民法典》为传统和源流而发展出的各国和地区法律文化制度的总称。
- 2) 范围：世界上几乎所有国家都一定程度受其影响，英美等普通法法系的骨干国家也不例外。
- 3) 支柱：民法法系的三大支柱：古代罗马法、《法国民法典》、《德国民法典》
《法国民法典》：
 - a) 2283 条，是人类法律制度史上少有的鸿篇巨制
 - b) 法律制度上新旧时代的界线，确立了一系列具有历史意义的重大原则：
契约自由、民事平等、私有财产不受侵犯、法治原则
 - c) 是对封建历史的根本改造，对资产阶级革命成果的高度总结和固化，对人文主义思潮的制度化表述，是宪政思想的渊源之一
 - d) 在欧洲大陆或更大范围内具有深厚和广泛的文化意义，也是一部“文学名著”
 - e) 拿破仑直接参与促成，也称《拿破仑法典》

宪政：一种使政治运作法律化的理念（理想状态），它要求政府所有权力的行使都被纳入宪法的轨道并受到宪法的制约。

《法国民法典》节选

（1904年1月1日颁布 1904年1月1日实施）

（一八〇三——一八〇四年公布）

总则 法律的公布、效力及其适用

第1条 经国王公布的法律，在法国全境内有强制力。在王国各部分，自公布可为公众所知悉之时起，法律发生强制力。

国王所为的公布，在首都，视为于公布的次日为公众所知悉，其他各省于上述日期届满后，按首都与各省首府间的距离每百公里增加一日。

第2条 法律仅仅适用于将来，没有追溯力。

第3条 有关警察与公共治安的法律，对于居住于法国境内的居民均有强制力。不动产，即使属于外国人所有，仍适用法国法律。

关于个人身份与法律上能力的法律，适用于全体法国人，即使其居住于国外时亦同。

第4条 审判员借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者，得依拒绝审判罪追诉之。

第5条 审判员对于其审理的案件，不得用确立一般规则的方式进行判决。

第6条 个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。

第三编 取得财产的各种方法

总则

第711条 财产所有权，因继承、生前赠与、遗赠以及债的效果而取得或移转。

第712条 所有权亦因添附或混合以及时效而取得。

第713条 无主的财产，归国家所有。

第714条 不属于任何人的物件，其使用权属于大众。警察法规规定此等物件使用的方式。

第715条 渔猎的特许亦由特别法规定之。

第716条 埋藏物的所有权，属于在自己土地内发现之人；如埋藏物发现于全人土地内时，其半数属于发现人，半数属于土地所有人。

一切埋藏或隐匿的物件，任何人不能证明其所有权，且其发现纯出偶然者，称为埋藏物。

第717条 对于海上飘浮物及飘浮至岸上之物——不问其为何种性质——的权利，及对于生长在海滨的树木和草类的权利，均由特别法规定之。

所有人不明的遗失物亦同。

《德国民法典》：

诞生于法国民法典之后一个世纪，适应了新的历史条件需要，补充了法国民法典的不足，重在守成。

3. 普通法法系（p128）

1) **含义：**以英国中世纪至资本主义时期的法，特别是普通法为渊源产生发展的各国和地区的法的统称

2) **范围：**以英语为第一语言或重要语言的国家和地区

3) **三大支柱：**

- a) 英国中世纪普通法（判例法）：11世纪北方人南下形成中央政权，派人到各地审判，将这些判例作为范本解决此后发生的案例。因普遍适用而称普通法。
- b) 衡平法：15-16世纪出现，与普通法平行发展，随着资本主义经济的发展，新的案件出现，原有判例不足。由王室顾问、大法官依据个人理念、知识、判断力（以公平正义为原则）解决，产生了新的判例法。由于这些新法以公平正义为品格，又称衡平法。
- c) 成文法（制定法）：其历史并不比判例法短，正日益成为主导。

美国只有州和地方有判例法，且主要在私法领域

公法关于公权力的法（如宪法、行政法），主要关于政府的设置、内部权力分配、政府和人民关系等基本问题。

私法是市民社会的法（狭义来说是民法），调整市民社会中平等主体以人身关系和财产关系为主的社会关系。

4) 普通法国家，当判例法和制定法存在判法冲突，制定法优先

4. 民法法系与普通法法系的区别（p129-131）

1) 立法权归属与法的表现形式不同

民法：立法机关（或立法机关授权的行政机关在一定条件下）行使立法权，制定成文法

普通法：立法机关、立法机关授权的行政机关、司法机关分享立法权，立法机关一定程度上行使司法权

立法机关和行政机关的统一：分权与制衡

美国参议院、众议院议长为副总统

法的表现形式：制定法，判例法

2) 在司法体制与司法运作方面各具特色

民法：各个组成部分界限清晰，各司其职，没有互相渗透的问题（一般有司法部、法院系统、检察院系统）；立法、执法、司法三权相制衡，但自身内部不制衡。

普通法：司法“紊乱”普遍存在，分权制衡表现在主要权利内部，各个国家之间差异大。

Ex.有的不设司法部（英国），司法部长与检察长同一人（美国）

3) 诉讼过程

a) **民法：**实行讯问制，法官主导，以准备好的卷宗为线索，每一个细节都有大量证据

普通法：对抗制（辩论制），双方律师或有关当事人为主要角色。法官充当仲裁人的角色。

b) **民法：**以事先准备的卷宗为线索（中国采用）

普通法：以当庭提问、当事人提供的证据为线索

c) **民法：**陪审人员参与案件决策，与法官组成合议庭；没有陪审团参加民事诉讼

普通法：陪审人员不能决策，不参与组成合议庭，只参与案件事实的认定（解决先决条件问题）；陪审团参加民事诉讼

Ex：中国 80 年代修改为“基层法院可以采用陪审制”

d) **民法：**判决书结构为三段论：大前提，小前提，结论，简单明了。判决书署名：某某法院（法庭）

普通法：判决书很长很长……包括有无先例、原则结论、逻辑关系、审理者的不同意见，以多数法官意见为结果，署名：案件审理者。

4) 术语

民法法典：规模比较大的法律文本

分类：公法、私法、公权力和私权利——社会法；

普通法在民法法系没有占据过重要地位，现在基本不存在

普通法：法典相当于法规汇编

分类：最初无所谓公私法划分，后来划分仍然不严格不讲究

5. 两大法系的基本走向（p132）

是人类法律文化，法律制度的两个极为重要的代表者，逐步形成差异。会延续下去

相通，在立法权的实际归属和法的形式方面差别逐渐缩小。如民法法系不承认法院有立法权，但实践中法院解释立法；由于存在上诉制度，下级法院会考虑上级法院判例。

二战以后，世贸组织诞生，英国加入欧共体，共同体法成为英国法的一部分，并享有优先权，标志英国法与大陆法（民法法系）加快融合

(九) 法的继承和移植 (p132-135)

1. 定义
 - 继承：不同时间条件下，法律文化的融合和撞击
 - 移植：不同空间之下，法律文化的融合和撞击
2. 继承和移植的原因和根据
 - 继承：法律文化、法律制度之间有共通性；不同时间条件下的法律文化、制度，在共同的主体方面有规律性的内容，可以由后者借鉴前者
 - 移植：先进程度有差异
 - 时代背景、中国
3. 移植的方式
 - 依据特定的时空条件，有选择地移植好的、好用的法
4. 历史
 - 法的继承移植古已有之（希腊城邦、中国古代）
 - “古为今用、洋为中用、推陈出新”
5. 法的可继承性 (p132 最后一行起)

四、立法（法的制定）

(一) 法的制定的基本理论

1. 认识立法
 - 立法的概念 (p165 第一自然段)**
 - 用法律制度对权力资源和权利资源进行配置，确定个人和组织在国家生活和社会生活中的义务或责任
 - 立法是国家生活中及其重要的活动，是很多制度的源头
 - 立法是由特定主体，依据一定职权和程序、运用一定技术、制定、认可、变动法这种特定社会规范的活动。（p166）
- 1) **立法的基本特征：(p166-167)**
 - a) 立法的主体应当是有权的主体。在法制条件之下，这种主体是有法定立法权的主体（美国联邦国会）该主体只能在一定的职权内行使立法权。
 - b) 立法权是法律制度明确规定的（美国国会有立法权，而司法机关产生判例法）
 - c) 立法按法定程序运行
 - d) 以规范性文件表述

制定法：通常指有权的国家机关所进行的直接立法活动；

认可法：指有权的国家机关进行的旨在赋予某些习惯、判例、法理、国际条约或其他规范以法的效力的活动。（p167（五））
- 2) **立法原则：与时空条件关联密切 (p179-183)**
 - a) 宪法原则：近代以来的各国宪法具备的共通性的原则：人民主权原则、权力制约原则、基本人权原则、法治原则。
 - b) 法治原则：与法律不相悖
 - c) 民主原则：更多人参与立法、表现人民意志
 - d) 科学原则：产生良法
2. **立法体制 (p170)**

概念：立法体制是关于立法权限、立法权运行和立法权载体诸方面的体系、制度构成的有机整体。

1) 三要素

- a) 立法权限的体系制度：立法权性质、在国家权利体系中的地位、与其他国家权力的关系等
- b) 立法权的运行体系和制度：立法程序、所有立法活动中的法定步骤等
- c) 立法权的载体体系和制度：立法主体或机构及参与立法的其他机构的建制等

2) 当今世界主要立法权限划分体制

- a) 单一立法体制：立法权仅有一个中央一级政权机关行使，或仅有中央一级和地方一级各一个机关行使。
- b) 复合立法体制：立法权由两个及以上中央政权机关行使
- c) 制衡立法体制：建立在三权分立上，立法职能原则上属于议会，但行政元首具有较大影响能力。
- d) 中国：中央统一领导和一定程度分权的，多级并存、多类结合的立法权限划分体制。（p172）

3. 方法技术（p173）

- 1) 立法过程：立法准备——由法案到法——立法完善
 - 2) 立法程序：提出法案——审议法案——表决和通过法案——公布法
- 中国具有提案权的组织机构（p175（一）第三段）

讲座：中国立法现状

（一）做出起草决策

- 1. 有立法权的主体决策
- 2. 决策依据：
 - a) 法定决策根据：宪法法律法规相关规定
 - b) 国家总政策、国民发展规划纲要
 - c) 立法规划
 - d) 国家领导指示
 - e) 突发性事件 Ex：驻前南斯拉夫大使馆被炸——《国民经济动员法》《国防动员法》
 - f) 其他根据
- 3. 决策方式
 - 重大法律——“下文”，其他法律——“会议”、主管领导批阅文件

（二）确定起草机关

- 1. 存在重大、难协调利益，由主管部门组织起草
- 2. 存在可协调利益：主管部门领衔、相关部门协助
- 3. 重大问题、利益可协调，主管部门负责起草

（三）建立起草班子

人员构成：规格适当的业务专家、立法专家、相关领域专家、富有经验的起草者、熟悉情况者、善于协调者、语言文字高手、其他

(四) 明确意图

即制度文本的精神品格

1. 是职权行为，只有有立法权的主体可以做
2. 决策者往往无意图，由起草班子骨干协助（汇报体会）
3. 坚决贯彻

(五) 书写制度文本

调查研究：

- a) 根本问题
- b) 基本问题
- c) 基本问题中的法律问题
- d) 法律问题中有权解决的部分
- e) 同主题法律的制定经验
- f) 同现行法的关系，通常不能抵触上位法
- g) 积极、消极因素，以及如何利用这些因素

(六) 构建框架、拟定提纲

(七) 正式起草

1. 名称：
实质内容：保障什么、服务什么
结构要素：效力等级+适用范围+主体内容
2. 内容安排、表述
规范性内容：规定权利、义务
非规范性内容：指导思想、名词解释
3. 科学运用语言文字
 - a) 非文学语言
 - b) 非学术研究语言 “不讲理”
 - c) 非公文语言

(八) 协调论证

(九) 反复修改

(十) 形成正式稿

五、 法的形式、渊源、体系、分类

(一) 法的形式：法的具体外部表现形态

1、宪法（p193）

在当代中国法的渊源中，宪法规定国家的根本制度和根本任务，具有最高的法律地位和法律效力，是制定一切法律、法规的依据。制定程序严格，须全国人大 2/3 以上通过。

2、法律——具时代意义（p193）

1) 基本法律：指由全国人民代表大会制定和修改的，规定或调整国家和社会生活中，在某一方面具有根本性和全面性关系的法律。包括关于刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。

2) 其他法律：又称非基本法律，是指由全国人民代表大会常务委员会制定和修改的，规定和调整除基本法律调整以外的，关于国家和社会生活某一方面具体问题的关系的法律。

基本法律与其他法律效力相同。

3) 解决问题范围由《立法法》确定

第八条 下列事项只能制定法律：

(一) 国家主权的事项；

(二) 各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；

(三) 民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；

(四) 犯罪和刑罚；

(五) 对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；

(六) 对非国有财产的征收；

(七) 民事基本制度；

(八) 基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；

(九) 诉讼和仲裁制度；

(十) 必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。

第九条 本法第八条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。

第十条 授权决定应当明确授权的目的、范围。

被授权机关应当严格按照授权目的和范围行使该项权力。

被授权机关不得将该项权力转授给其他机关。

3、行政法规——承上启下，桥梁、纽带，现有 600-700 条（p194）

1) 由最高国家行政机关即国务院制定，是我国重要的并且数量很大的一种法的渊源。其效力仅次于宪法和法律

2) 以宪法法律为依据，所有规章以行政法规为依据，所有地方性法规不得与之抵触

3) **解决哪些问题（p194）：**贯彻执行宪法和法律的需要；国家行政管理活动方面；其他授权解决的问题

4) 行政法规自中央政府诞生起即事实存在，1982 年修宪起得到授权

根据《宪法》第八十九条规定，国务院行使下列职权：

一、根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；

二、向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案；

三、规定各部和各委员会的任务和职责，统一领导各部和各委员会的工作，并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作；

四、统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分；

五、编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算；

六、领导和管理经济工作和城乡建设；

七、领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作；

八、领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作；

九、管理对外事务，同外国缔结条约和协定；

- 十、领导和管理国防建设事业；
- 十一、领导和管理民族事务，保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利；
- 十二、保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益；
- 十三、改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章；
- 十四、改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令；
- 十五、批准省、自治区、直辖市的区域划分，批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分；
- 十六、依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态；
- 十七、审定行政机构的编制，依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员；
- 十八、全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权。

4. 地方性法规 (p194)

(1) 地方性法规的立法主体——地方国家权力机关，即省、自治区、直辖市以及较大市的人大及其常委会，其他地方国家机关均无权制定地方性法规。

(2) 地方性法规的根本任务——因地制宜解决地方问题，解决法律和行政法规不能独立解决或暂时不宜由法律和行政法规解决的问题；同时地方性法规需要接受宪法、法律和行政法规的规制。

(3) 复杂的发展变化

- a) 开国初，县一级有权立法
- b) 1954 年宪法，高度集权，取消除民族自治区外的立法权
- c) 1979 年《地方组织法》
- d) 1982 年宪法

(4) 近 30 年法律伟大成果：分权

5. 自治法规 (p195)

(1) 民族自治地方的人民代表大会制定（不含人大常委会）

(2) 自治法规的两种形式

自治条例：根据自治权制定的有关本地区实行民族区域自治的基本制度的规范性法律文件。

单行条例：根据自治权制定的调整某一方面事项的规范性法律文件。

(3) 依据

依据民族自治权，按照当地民族的政治、经济、文化的特点。

(4) 批准

自治区的自治法规需要报全国人大常委会批准后生效，自治州、县的自治法规需报省一级人大及其常委会批准

6. 规章（行政规章） (p195)

(1) 分类

部门规章：国务院所属各个部门根据宪法、法律和行政法规制定的规范性法律文件。

地方政府规章：地方政府规章可就两方面事项作出规定：一是为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；二是属于本行政区域的具体行政管理事项。

(2) 强烈的中国特色现象

(3) 立法根据：法律、行政法规

(4) 规章是否是法

1989 年《行政诉讼法》：行政诉讼可参照行政规章，即规章可视为法，又不是典型的法。

2000 年《立法法》：规章正式作为法

(5) 地方性法规与规章的关系

- a) 宪法、法律和行政法规的效力高于地方政府规章，地方政府规章不得与它们相抵触，否则无效；
- b) 地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章；
- c) 部门规章与地方政府规章之间具有同等的效力，在各自的权限范围内实行。部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。地方性法规与国务院部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规，认为应当适用部门规章的，需要提请全国人大常委会裁决。地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。

7. 国际条约和国际惯例

国际条约也是该国的一种法的形式，同国内法具有同等约束力。

《民法通则》：中国缔结或参加的国际条约同中国民事法律有不同规定的，适用国际条约规定，但中国声明保留的条款除外。中国法律和中国缔约或参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

(二) 法的渊源

- 1. 含义 (p184)：使法得以形成的资源、进路和动因。我国目前所讲：实质意义上指法的内容的来源，形式上指法的效力渊源（据此划分出制定法、判例法等不同法的形式）。
- 2. 范围、种类 (p185)

法的渊源是由资源（基于什么原料形成，是最基本的要素）、进路（基于什么途径形成，主要是立法、司法、行政、国际交往）、动因（基于什么动力形成，是根本要素，尤以社会物质生活条件和占统治地位的生产关系为最根本）三项基本要素构成的综合事物

学界关于分类的普遍观点：（p187 第二段）

3. 法的渊源和形式的界分 (p192)

- a) 未然和已然、可能和现实的分别
- b) 多元和统一的分别
- c) 更浓的文化形态和更多的制度形态的分别

4. 当今中国法的渊源 (p188)

- a) 立法
- b) 国家机关的政策决定
大量行政行为所积累的经验和规则被提升为法律规范
- c) 司法机关的司法判例和法律解释
最高司法机关对法律的解释，以及选择确认公布的判例
- d) 国家和有关社会的政策
中国的执政党政策，特别是转化为国家政策的执政党政策
- e) 国际法
- f) 习惯
- g) 道德规范和正义观念
- h) 社团规章和民间合约
以商品经济和市民社会为基础，是西方直接的资源性渊源。
- i) 外国法：法的移植
- j) 理论学说特别是法律学说：当今主流意识形态

(三) 法的体系

1. 含义 (p199)

- 1) 法的体系是历史范畴：古代与近现代都存在相应法的体系
- 2) 以一国国内现行法为基础，包括将要、需要制定的法

3) 一国各部门法组成的有机联系的整体

2. 法的体系的客观性 (p200)：在于国情的差异及其发展

3. 法的体系和法的部门（部门法）(p201)

部门法（法的部门），是根据一定标准对一国各种法所作的类别划分

4. 中国法的体系的宏观框架

- 1) 以成文法为传统，以公法、私法、公私混合法（社会法）三大部分构成
- 2) 部门法的划分（忽略书上“环境法”）
 - a) 宪法：主导地位、法律基础，包括《宪法》及所有宪法性法律（确定国家基本制度、公民基本权利及国家机构职权责等的法律文件），共十个方面的法（p203）
 - b) 行政法：法律最多的部门法，有关行政管理和管理行政的法的集合，不仅包括行政法规
 - c) 民商法：调整平等主体之间财产关系、人身非财产关系和商事关系的法的集合。调整特点：坚持自愿、平等、合意、等价、有偿原则。分为民法和商法（p204）
 - d) 经济法：调整国家国民经济管理中的纵向关系，社会组织在经济活动中的横向关系，经济组织内部活动中的经济关系。（p205）
 - e) 社会法：调整社会福利、特殊社会成员保护问题等引发的社会关系
 - f) 刑法：关于犯罪和刑罚的法的总称，包括 1997 年《刑法》——中国目前规模最大的法典，以及其他现行单行刑事法或规范性法律文件。
 - g) 程序法：由诉讼程序法、非诉讼程序法（如仲裁法）两方面的法律规范组成
 - h) 其他

(四) 法的分类 (p208)

以一定标准，将法与法间界限廓清

六、 法的实施

(一) 法的效力

- 1) 概念 (p212)：法对社会实际生活、社会主体的影响力。
- 2) 范围 (p213)：
 - a) 对象效力
 - b) 空间效力
 - c) 时间效力
- 3) 法的溯及力 (p215)
指新法对生效前发生的事件可以加以适用的效力。
- 4) 法的效力的冲突和协调 (p216)
上位法和下位法；此类法和彼类法；新法和旧法
中国主要采取从旧兼从轻原则，特殊情况也采用溯及既往原则，如涉及战争、基本人权、国家主权，及为更好保护当事人权利利益等，

(二) 法的适用

- 1) 含义：即司法，司法机关和司法人员依照法定权限和程序，应用法处理各种案件的专门活动。
- 2) 特征（p218）：特定主体；以国家强制力为后盾；依照法定权限和程序；通过有权适用法的国家机关颁布法律文书的形式加以实现；只能被动运行，即在受理案件后才能进行。
- 3) 要求（p219）：合法、确当、及时
- 4) 原则（p220）：司法独立、司法公正、司法合法。中国司法独立有自己的特点

(三) 法的遵守

- 1) 含义（p225）：做法要求和允许做的事，不做法禁止的事。不是依法办事。
- 2) 原因和意义（p225）
- 3) 主体（p226）
- 4) 条件和途径（p226）

(四) 法的解释

- 1) 含义（p228）
- 2) 种类（p230）：法定解释、非法定解释
- 3) 方法（p230）：学理解释、任意解释；语法解释、字面解释；**限制解释、扩充解释**；历史解释、逻辑解释、目的解释；
其中学理解释和非法定解释不可混淆

(五) 法律责任

- 1) 含义（p235）：违法者对自己的违法行为所应当承担的负面法律后果或不利法律后果。
- 2) 违法构成要件（p234）：