



Golden
金苹果考研

必选项

期末备战

西政本科期末复习讲义 法理（一）

西政学习帮出品，金苹果考研赞助



目 录

第一章 法学历史.....	3
一、本章思维导图.....	3
二、本章重点.....	3
三、本章练习题.....	19
第二章~第四章 略.....	19
第五章 法律的概念.....	20
一、本章思维导图.....	20
二、本章考点.....	20
三、本章练习题.....	27
第六章 法律起源和法律发展.....	28
一、本章思维导图.....	28
二、本章考点.....	28
三、本章练习题.....	34
第七章 法律渊源和法律分类.....	35
一、本章思维导图.....	35
二、本章考点.....	35
三、本章练习题.....	41
第八章 法律结构和法律效力.....	42
一、本章思维导图.....	42
二、本章考点.....	42
三、本章练习题.....	47
第九章 法律意识和法律行为.....	48
一、本章思维导图.....	48
二、本章考点.....	48
三、本章练习题.....	51
第十章 法律关系和法律责任.....	52
一、本章思维导图.....	52
二、本章考点.....	52

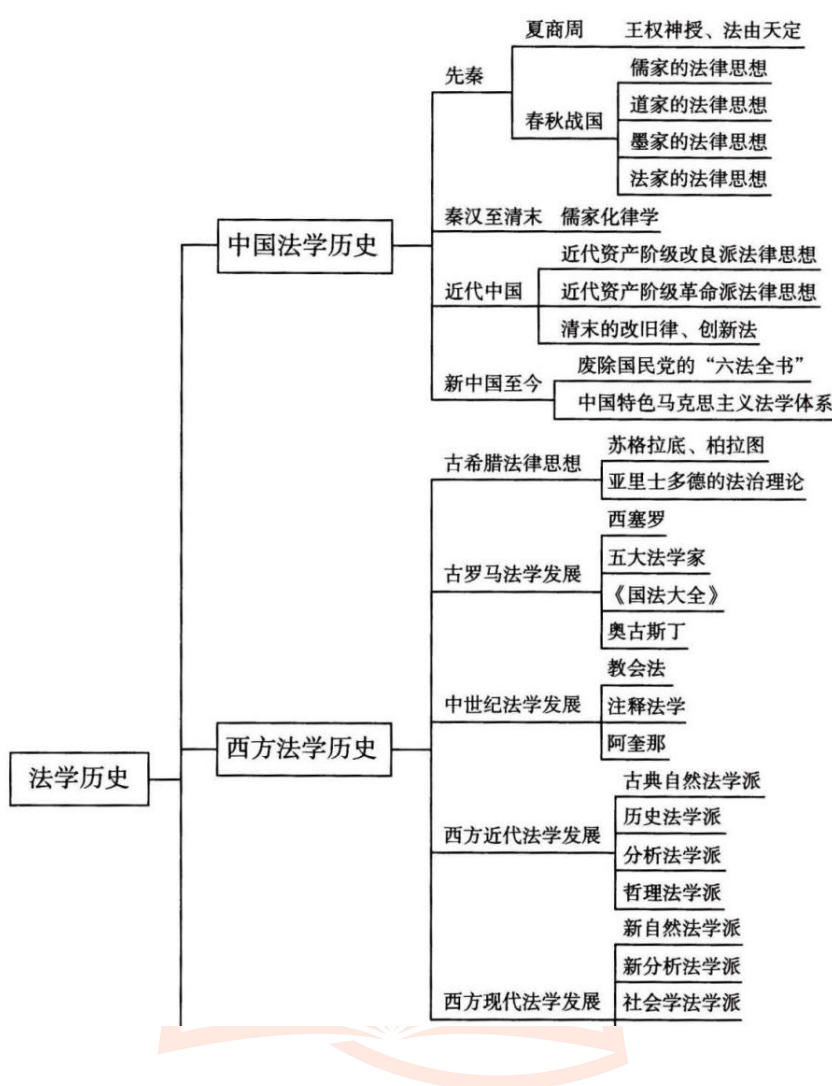


三、 本章练习题.....	57
第十一章 法系.....	58
一、 本章思维导图.....	58
二、 本章考点.....	58
三、 本章练习题.....	63
第十二章 法治.....	64
一、 本章思维导图.....	64
二、 本章重点.....	64
三、 本章练习题.....	73
第十三章 法律程序.....	74
一、 本章思维导图.....	74
二、 本章考点.....	74
三、 本章练习题.....	77
第十四章 法律制定.....	79
一、 本章思维导图.....	79
二、 本章考点.....	79
三、 本章练习题.....	85
第十五章 法律实施.....	87
一、 本章思维导图.....	87
二、 本章考点.....	87
三、 本章练习题.....	97
第十六章 法律监督.....	98
一、 本章思维导图.....	98
二、 本章考点.....	98
三、 本章练习题.....	102
第十七章 略.....	103



第一章 法学历史

一、本章思维导图



二、本章重点

考点一 中国历史（☆☆☆☆）

1. 先秦时期法律思想概述

（1）这一阶段的政治法律思想主要目的在于宣扬君王及其所颁布法律的神圣性，借之调和统治者和被统治者之间的矛盾并镇压被统治者的反抗，以维护当时社会的等级秩序和高压统治。但由于这一时期的社会关系相对单一，人们对社会现象和法律现象认识也有较大局限性，因此不可能出现系统的法学理论知识。

2. 儒家的法律思想



儒家的代表人物是孔丘、孟柯和荀况。儒家法学观最重要的特点体现在“礼治”。“礼”包括夏礼、殷礼、周礼，三代之礼发展到周朝，形成了一整套完善的典章制度和礼仪规范，从国家的基本制度到具体的生活细节无所不包。儒家坚持和发展“礼治”思想，视“礼”为国家的主要规范手段，希望在此基础上牢固建立起以尊卑等级和宗法伦理为基础的社会秩序。

3. 道家的法律思想

道家的代表人物是老聃和庄周。道家崇尚“道法自然”。道，是以自然为本源，是宇宙万物的运行规律，天、地、人、道均受自然支配，均须取法自然，与“礼”“法”相比，道是最高原则，“人法地，地法天、天法道，道法自然”。这就是道家的“法自然”的思想。

道家强调顺应自然、顺应客观现实，这一观念在法律思想上的表现便在于倡导“无为”，“法令滋彰，盗贼多有”“民不畏死，奈何以死惧之”。道家倡导在法律实践上的无为，在一定程度上是对调控社会的礼法抱有消极的态度，在这一点上与儒家和法家的立场有很大区别。

4. 墨家的法律思想

墨家的代表人物是墨翟，墨家主要代表了社会中有知识的中下层民众的政治和法律观念。墨家的核心思想是主张“兼相爱”“交相利”的社会秩序，主张“壹同天下之义”，即用“兼相爱”“交相利”来统一人们的思想，并将其上升为国家的法律。墨家把法比作“规矩方圆”之器，而法又应该具有最大限度的现实性，强调法必须符合客观规律的要求，主张“法天而遵天法”；同时，法律的实施离不开刑罚，“功之以赏誉，威之以刑罚”。墨家追求一种大同世界的理想国家，表达了对人人互爱互利和消灭战争的理想社会的追求，但支持诛杀暴君的行为和以制止暴虐为目的的战争。

5. 法家的法律思想

法家是春秋战国时期颇为显著的一个思想流派，代表人物是商鞅和韩非。与儒家的“礼治、德治”相对立，“法治”是法家法律思想的核心。法家“法治”思想主要包括：法是国家的规矩、准绳，是一种普遍遵守的行为规则；国家制定的法律应该以特定形式向社会大众公开，“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓也”，并借助国家的暴力工具保障其实施。



6. 从秦朝到清末的法律思想概述

自秦代开始，法学领域出现了律学，也称“刑名律学”，又称“刑名法术之学”，是根据儒学原则对以律为主的成文法进行讲习、注释的学问。

秦统一后继续推行法家理论，知法行法的官吏地位得到了提高。

律学是封建社会正统的法学代表，但并非唯一存在的法学。长期的历史发展过程中，还有各种不同风格的法学研究方法和不同价值取向的法律思想对律学产生了影响。

考点二 近代中国法学发展概述

1. 近代资产阶级改良派的法律思想

1895年，中国在甲午战争失败后，为挽救民族危机，以康有为、梁启超、严复等人为代表的改良派提出维新改良的政治法律主张。他们指出中国社会迫切需要变革，而社会变革的主要内容，是改君主专制政体为君主立宪政体，改革封建礼教的法律制度，提倡西方近代的法治主义。

在《孔子改制考》里“托古改制”，借孔子的名义为社会变革寻找正当性依据；梁启超则指出：“法治主义为今日救时之唯一主义”“法者天下之公器也，变者天下之公理也”。改良派人士援引孟德斯鸠“三权分立”学说，主张仿照英国或日本的君主立宪政体来改革满清的君主专制。维新改良派在向西方寻求救亡真理的同时，并没有放弃传统儒家文化的内在资源，这使他们的主张呈现二元性：一方面积极引进西方法治文化，支持洋务改革运动；另一方面主张保留君主，反对革命派的共和制。

2. 近代资产阶级革命派的法律思想

革命派大胆吸收了西方近代政治法律话语系统，主张宪政，要求共和。孙中山的法律思想是革命派法律思想的集大成者，其主要内容为：抨击封建专制的政治制度和法律制度，主张宪政，提出军政、训政、宪政三阶段说，主张人民享有集会自由、言论自由、宗教自由等近代公民权利；结合东西方文化与法律传统系统阐述了“五权宪法”的学说，“五权”，即立法、行政、司法、罢免、考试五项权力；推行三民主义，即“民族、民权、民生”之三民主义。

3. 清末的改旧律、创新法

20 世纪初，迫于内忧外患的国际国内形势，清政府被迫进行了一次大规模的“修律”活动，清末法学家沈家本作为主要的修律大臣在修律运动中起了重要作用。经过艰苦的工作，沈家本主持草拟了《大清新刑律》《大清商律草案》《大清民律草案》《民事诉讼法》《刑事诉讼法》等重要法典，后来的国民党政府在清末修律的基础上逐渐完成了“六法全书”的立法工作。

沈家本的法律思想代表了清末修律派的法律主张，既汲取了西方先进的立法经验和法律思想，“折中各国大同之良规，兼采近世最新学说”，又顾及了中国本身的现实国情和传统法律文化，“修订各律，凡各省习惯有应实地调查者，得随时调员派员前往调查”。

清末修律在联系实际的同时，还注重立法技术问题，“法必定于—，而后人可以道之信之，未有两歧可为法者”。沈家本还倡导守法与法律并重的理论，倡导人人守法、法律面前人人平等的原则。

总之，清末的修律工作，借鉴了大量大陆法系国家的立法精神和立法技术，标志着传统中华法系的瓦解。

考点三 西方法律思想史（☆☆☆☆☆）

※古希腊时期—自然主义的自然法思想

（一）苏格拉底

在雅典民主制恢复之后，苏格拉底遭受“腐蚀青年、不信奉雅典城邦的神和发明新神”的罪名指控，经申辩，他最终仍被判处死刑。

1. 苏格拉底反对民主制，他用他的死亡证明“以言论自由著称的一个城市竟对一个除了运用言论自由以外没有任何罪行的哲学家起诉、判罪、处死，这给雅典的民主烙上永远说不清的污点。”

2. 神无处不在，无所不能，万事万物都是神有意识有目的的巧妙安排，苏格拉底没有背叛神，死亡是神的召唤；

3. 守法是绝对的，依照法律产生的判决遵循了自然法。苏格拉底一生遵守于法律，即使法律为恶法，他也不会拒绝法律的裁决。

（二）柏拉图

1. 法律观

柏拉图作为苏格拉底的学生。在《理想国》中，他坚持“哲人王”的统治，即最符合正义的国家，是哲学家进行统治的国家。哲学家具有智慧的品质，其对知识的掌握和运用能够很好地完成立法工作。但是叙拉古改革的失败，使柏拉图意识到哲人王不常有，于是他晚年在《法律篇》重申法律的重要性，人类必须有法律并且遵守法律，否则形同野兽。每个人要过良善的生活就必须受法律的约束。

2. 正义观

在柏拉图看来，正义意味着“人人各得其所”。正义具体而言有两重含义：一是作为个人品德的正义，它是比智慧、勇敢、节制更高的一种品德，意味着人人各司其职。另一种是国家正义或统治者的正义。它首先要求执政者大公无私、为全体人民的最大幸福着想，其次正义就是合理地分配给各种人的工作，使他们各尽其职、各谋其政。

（三）亚里士多德

1. 正义观

亚里士多德认为，人是邦的动物（“城邦之外，非神即兽”），并有着与之相适应的品德。正义是属于人们在社会关系中所产生的一种美德。

亚里士多德将正义区分为**普遍正义与特殊正义**，普遍正义即是合法的正义，特殊正义体现为公平，分为分配正义和矫正正义。

(1) **普遍正义**即服从城邦法律。法律规定城邦主张的价值，并相应规定促进这些价值的教育，因此法律体现为“完全的德性”。服从法律本身就是实现正义。

(2) **特殊正义**可以理解为公正，分为分配正义和矫正正义。a:分配正义在亚里士多德看来就是城邦荣誉、安全、财富在共同体的分配。这些内容的分配体现为“几何关系”，即价值之比等于分配之比（不同地位不同身份的人按照等比例原则办事）。b:矫正正义就是恢复不正义的分配、交易或伤害。矫正正义不关心人的价值，只考虑伤害。只要一个人使另一个人**遭受损害就要赔偿**。

2. 法治观

亚里士多德认为法治包含两层含义，“已成立的法律获得普遍的服从，而人们所服从的法律本身又是制定得良好的法律”，因此，“良法”与“普遍服从”构成了亚里士多德法治的基本内涵。



(1) “良法”是实行法治的前提。要制定“良法”就要使法律合于不同的政体、合乎正义；就要保持法律的稳定性和权威性。因此，在制定法律时考虑国境大小、人数多少、人们生活方式等相关因素。

(2) “普遍服从”是实行法治的关键。亚里士多德强调树立法律权威，执政者首先要严格守法，法律规定不周详或没有规定的，执法者要公正处理；同时民众也要普遍守法。

此外，亚里士多德给“法治”确定了三个基本要素：

其一，法治指向公共利益，它不同于为了单一阶级或个人利益的宗派统治或暴君专制；其二，在依据普遍规则而不是依靠专断命令进行统治的意义上，法治意味着守法的统治；其三，法治意味着对法律的认同，它不同于仅依靠暴力支持的专制统治，也即法律得以真正贯彻的文化心理保障在于臣民对于法律基本信念。

3. 法治优于一人之治

法治的优点主要在于使执政者不脱离正义，防止正常的统治形式蜕变为非正常的统治模式。统治既要警惕个人或少数人专横独裁，也要防止广大下层自由民独立地决定国家的重大问题。法治优于一人之治的原因主要在于法律本身的优点：

- (1) 法律是经过众人的经验审慎制定的，具有更多的正确性；
- (2) 法律具有公正性，没有感情，不会偏私，其指向公共利益；
- (3) 法律具有稳定性，不会因个人意志或感情而发生变动；
- (4) 法律是成文的，具有明确性，是人们遵守的对象和指引对象。

※古罗马时期

（一）西塞罗

著作：《论共和国》、《论法律》、《论义务》，其中《论共和国》最能系统地反映西塞罗的政治法律思想。

1. 法律观

西塞罗深受斯多葛学派“普遍理性”的影响，主张自然法的普遍性，自然法是理性法/神法，自然法的原则是永恒不变的，并且到处相同。人定法是自然法

的表现和应用，因此不得与自然法相抵触，否则不是法律。法律之所以为法律，不在于其制定程序和形式，而在于实质和内容。

（二）五大法学家

古罗马法学家的日常活动是答复诉讼当事人的法律咨询、为签订契约当事人编写合法证书、指导诉讼当事人如何打官司并可提供法律援助或直接出庭担任律师。

五大法学家包括帕比尼安、保罗、盖尤斯、乌尔比安、莫蒂斯提努斯。

（三）查士丁尼皇帝

东罗马帝国皇帝查士丁尼在位期间，展开大幅度的法律修订工作，编纂《国法大全》，其中包括《法学阶梯》、《学说汇纂》、《查士丁尼法典》、《查士丁尼新律》。

※欧洲中世纪—神学主义的自然法思想

（一）奥古斯丁

1. 原罪论

上帝造人之初要使得人们平等和自由，但是人类带有“原罪”，迫使上帝修订原来的计划，安排了人与人之间的不平等。政治制度和奴隶制度，都是“原罪”的产物。

2. “上帝之城”与“人间之城”《上帝之城》

上帝永居之地为上帝之城，而人类所居之地是由尘世君主所统治之地，为地上之城。地上之城来自于对自我之爱，以致于趋向对上帝的蔑视。上帝之城来自对上帝之爱，以致于放弃自我。地上之城充满原罪，必然建立于不义的基础之上，最完善的统治存在于上帝之城。

（二）托马斯·阿奎那

1. 法律的分类《神学大全》

（1）永恒法：上帝领导和指导整个宇宙运行的规范。“一切法律只要与真正的理性相一致，就是从永恒法产生的。”永恒法是所有法律的渊源，具有最高效力。

(2) **自然法**：人作为一种理性动物，对其特殊适用的永恒法就是自然法。自然法反映着神和人的关系，它是上帝依据永恒法引导和统治人类的法律，是永恒法在人类世界具体适用而形成的规范。

(3) **人定法**：现实国家制定出来的法律，自然法的具体化。分为万民法和市民法；

(4) **神法**：即《圣经》。人定法不足以规定内心的活动，也不可能禁止和惩罚一切恶行，因此需要神法的补救。

※启蒙运动时期：古典自然法学派

（一）格老秀斯

1. 自然法思想

格劳秀斯把自然法定义为“一种正当理性的命令，它指示任何与合乎理性的本性相一致的行为就有一种道德上的必要性；反之，就是道德上罪恶的行动”。因而，格劳秀斯将自然法建立在一种遍及宇宙的普遍理性的基础上，从而与中世纪的神学主义自然法划清了界限。

2. 国际法思想《战争与和平法》

格劳秀斯主张用国际法来支配国际政治，并在国际法领域提出了一系列较完整的原则。这些原则对国际关系的调整和后来的国际法理论的发展产生了积极作用。因此，格劳秀斯被称为“国际法之父”。

（二）霍布斯

1. “人性本恶”的自然状态

自然状态下，人人生而自由且平等，享有充分的自然权利。每个人都有同样的获取财产的能力和攻击他人的能力。但是人们相互竞争、猜忌、侵略和掠夺，因此在自然状态中，人与人的关系像狼一样，处于战争状态之中。

要走出这种自然状态，一靠激情，二靠理性。激情是人对死亡的恐惧，对舒适生活的向往以及通过自己劳动获得这一切的希望。理性则是提出可以让人同意的和平条件，即自然法。

2. 《利维坦》



自然状态下，人们通过签订社会契约摆脱自然状态，进入政治社会。但是，自然状态中的人缺乏信任，即便签订契约也无法履行。因此，霍布斯寻找了一个保证契约的生效条件，即拥有最高权力的主权者。在霍布斯看来，人们借助契约把所有的权力和力量交给一个人或一群人。这就是伟大的利维坦。

（三）洛克

1. 自由、平等的自然状态

自然状态下，人们在自然法的范围内能按照自己认为最合适的办法，决定自己的行为和处理自己的财产和人身，无须取得任何人的许可或听命于任何人的意志。并且在自然法的范围内，一切权力和管辖权都是相互的，不存在从属和受制关系。人们共同地接受自然法的约束，在自然状态下，人人都是执行自然法的法官。

这样的自然状态有三大缺陷：①缺乏事先确定的、众所周知的法律，没有判断和解决纠纷的准则；②缺乏有权依照法律来裁判争执的公认的公正裁判人员；③缺乏权力来支持正确的判决，使之得以执行。

2. 洛克的社会契约论

自然状态存在三大缺陷，自然状态下的人虽享有自然权利，却处在种种不安全、不方便之下。于是人类为了谋求彼此间舒适、安全和和平的生活，以便安稳地享受他们的财产并且有更大的保障来防止共同体以外的人侵犯，便通过契约协议的方式进入政治社会。通过契约成为国家成员的人们放弃自然的自由权和自然法的执行权，并将其托付给共同体使之成为公共权力。

洛克认为，人们只是把自己的部分权利交给共同体，且这正是出于各人为了更好地保护自己、他的自由和财产的动机，社会或者立法机关行使权力，必须为人民谋福利和保护生命、自由、财产，而绝不容许扩张到超出公众福利的需要之外。

3. 天赋人权

洛克认为，个人先于国家、法律而存在。在自然状态中的人们拥有完全的自由和平等。自然法教导人们：人人都是平等而独立的，因此任何人都不得侵害他人生命、健康、自由和财产。自然权利主要包括：生命权和生存权、自由权、财产权、以及人民反抗的权利。这些权利，并不因为签订社会契约而予以放弃。

4. 法治理论

（1）国家必须运用正式的法律进行统治，“无论国家采取什么形式，统治者应该以正式公布和接受的法律，而不是以临时的命令和未来的决议进行统治。”

（2）分权理论：政府权力分为立法权、执法权、对外权。

5. 自由思想

洛克坚持将自由和法律或理性结合起来。即自然状态的自由与自然法结合在一起；政治社会中的自由同国家的法律结合在一起。

“法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。这是因为在一切能够接受法律支配的人类状态中，哪里没有法律，哪里就没有自由。”

（四）孟德斯鸠

1. 法的精神《论法的精神》

任何一种法都与一定社会的社会关系、自然人文环境密切相关，作为法的外部形式的法律是一种理性的规范。

（1）法律要反映一个国家的整体情况；

（2）法律要同国家政体的性质、原则相适应；

（3）法律要和国家的自然条件相适合，包括气候、土地质量、人民生活方式等；

（4）法律要和政治制度能够容忍的自由程度相适合，与居民的信仰、性情、财富、贸易等相适合；

（5）法律要与法律之间互相适合，与法律的渊源、立法目的以及作为法律基础的事物秩序相适合。

2. 三权分立理论

孟德斯鸠认为，任何一个国家的权力都包括立法权、司法权和行政权三种。三种权力应当掌握在不同的人或机关当中。立法权由人民集体享有，并由人民选举代表机关行使；根据立法授权国王或者执政官制定、修正或废止行政法律。行政权应掌握在国家手中，由国王或政府行使。司法权由法官和陪审官行使。

（五）卢梭

1. 自然状态理论《论人类的不平等起源及基础》

自然状态下的野蛮人，非善非恶，无过失也无德行；人的本能的怜悯心和相爱心压制自私自利，每个人都在履行自然法、风俗和道德。“所有人都是不受任何束缚的，强者也无从行使他的权力。”——自然状态是人类的“黄金时代”。

2. 不平等的起源《论人类不平等的起源》

土地私有制是从自然状态进入不平等状态的最大步骤；“当人开始需要别人的帮助和发现一个人占有够两个人吃的粮食的好处时，人与人之间的不平等便消失了。”不平等的发展有三个阶段：（1）使富者和贫者的差别合法化；（2）国家的建立，使得弱者与强者差异合法化，成为统治与被统治的关系；（3）暴君的出现，公民的权利和民族的自由均被消灭。

3. 社会契约理论《社会契约论》

自然状态由于私有制的出现遭受破坏，人们受到掠夺和残杀的威胁失去了自由和平等，为了解救人类的生存困境，卢梭提出个体将其自身的一切权利全部让渡给整个共同体，每个人在新的基础上达到平等并进而达到服从自己本人自由的目的。

社会契约的核心内容：每个结合者及其自身的一切权利全部转让给整个集体；全部转让的目的在于排除特权，排除针对个人的转让，实现条件同等。

4. 法律乃公意的行为 公意 VS 众意 VS 个意

卢梭认为，法律的本质是公意，公意即个体意志的有机统一。首先，公意是以公共利益为基础。公共利益是维持人们之间联系的纽带，是建立社会秩序的基础。其次，从法律自身看，公意才具有普遍性、权威性和正义性，才符合法律的属性和目的，也才能得到人们的服从。

法律是处于社会契约中的人们共同制定的。立法、执法、司法以及其他法律活动都是公意的行为。因此，共同体中实行的法律，无论是个人与政治体之间的政治法，还是个人与个人之间的民事法，都是公意的体现。

※十九世纪：分析法学派

（一）边沁

1. 功利主义思想



边沁认为，人类受制于“苦”与“乐”的统治，只有这两个才能给我们指出应当做什么和不应当做什么。人类的基本规律是“避苦求乐”，即**功利主义原则**。他还认为应把功利原则贯穿于立法、执法和守法的各个方面。法律的制定和形成都是人们有意识活动的结果，法学家应为社会大多数人的最大幸福着想，分析法律内容，使法律不断改进和进步，以求得人类的福利。

2. 分析法学思想（《道德与立法原理导论》、《论一般法律》）

边沁将对法律问题发表意见的人分为两种：解释者和评论者。解释者的任务是揭示法律“是”什么，探讨“事实问题”。说明立法者和法官做了什么。评论者的任务是揭示法律“应当”是什么，探讨“感情问题”。建议立法者应当做什么。

在《道德与立法原理导论》，边沁区分了“立法学”和“法理学”。这被视为分析法学的一个重要标志，即区分“法律应该是什么”和“法律实际上是什么”。边沁的观点为奥斯丁所继承，成为分析法学最为重要的法学研究方法。

（二）奥斯丁

1. 分析法学思想（《法理学范围之限定》）

奥斯丁认为一般法理学的研究对象是实在法，即“法律实际上是什么”，而不应当研究“法律应当是什么”，应然的法，不是法理学研究的范围。

界定法理学的范围，就是区别实际存在的由人制定的法和其他各种各样的社会现象的关系，“法律的优劣”与“法律是不是法律”不是一回事，因此法理学要从伦理学、政治学、哲学等学科中剥离出来，使法理学成为研究实在法的工具性学科。

2. 法律是主权者的命令

奥斯丁认为，每一种法律或规则就是一个命令，是一个意愿的表达，它的特点是如果一方不服从另一方所提出的意愿，那么前者可能遭受后者所施加的不利后果。这个不利后果就是“制裁”。因此，命令可表述为：①一个理性的人怀有某种希望或愿望，而另一个理性的人应该由此去做某件事或被禁止去做某件事。②如果后者不服从前者的希望，前者将会对后者实施一种恶。③该希望通过语言或其他标记表示出来。



※十九世纪：历史法学派

（一）萨维尼（《论立法与法学在当代的使命》、《当代罗马法体系》）

1. 法律是民族精神的产物

萨维尼认为，法律是民族精神的产物，法是世代相传的“民族精神”的体现。它存在于民族的共同意识和共同信念之中。是从民族精神之中有机地发展起来的。每个民族生而具有的先天意识是法的真正渊源，一个民族的特殊性体现在自己的法律之中。法律随着民族精神的发展而发展。

（二）梅因（《古代法》）

1. “身份的法”与“契约的法”

古罗马时期民事法律关系中主体是家族，个人依附于家族之中，个人的权利和义务也根据其在家族中的地位有差异性。随着商品贸易的发展，个人逐渐成为民事法律的主体，家族的力量也逐步在消退，此时决定权利和义务的是契约，其实质是意思自治。在新的社会秩序之中，社会关系是因个人合意而产生的，法律的发展也经历了从身份到契约的过程。

※新自然法学派

（一）富勒

法律的内在道德和外在道德（《法律的道德性》）

真正法律制度必须符合一定的内在道德（程序自然法）和外在道德（实体自然法）。法律的内在道德调整人们行为规则制度的制定和执行的方式。法律的外在道德事关法律所要达到的实质目标。

《法律的道德性》中富勒着重讨论了法律与道德的关系。他认为，法律与道德密不可分，法律不仅体现普遍意义上的道德观念，而且法律制度作为整体必须满足程序上的八项要求。为了论证法律与道德是不可分的，富勒将道德区分为“义务的道德”和“愿望的道德”两种类。富勒认为，只有“义务的道德”才是法律规范的对象，因为法律不能强迫一个人按照他所能做到的美德去生活。在决定什么行为应由法律禁止的问题上，必须在“义务的道德”那里寻求帮助。“义务的道德”与法律最为类似，“愿望的道德”则与美学最为类似。



富勒认为，法律不能仅仅建立在法律之上。在双重意义上法律与道德发生关系。首先，法律在内容上必须体现道德观念，即法律的外在道德。其次，仅有法律的外在道德还不够，法律制度作为一个整体，还必须具有法律的内在道德。法律的外在道德是指法律的实体目标。法律的内在道德则是指法律的解释和执行的方式问题（一种特殊的、扩大意义上的程序问题）。

法律的内在道德必须符合八个条件：普遍性、公开性、非溯及力、明确性、一致性、可行性、稳定性、官方行为与已颁布法律之间的一致性。

（二）罗尔斯（《正义论》）

1. “无知之幕”

“无知之幕(Veil of ignorance)。”指人们在商量给予一个社会或一个组织里的不同角色的成员的正当对待时，最理想的方式是把大家聚集到一个幕布下。约定每一个人都不知道自己在走出幕布后，会在社会/组织里处于什么样的角色。然后大家讨论，针对某一个角色大家应该如何对待他。无知之幕意味着可以保证参加者做出的选择不被他们的特殊利益和好处所歪曲，可以使他们公正客观地确定原则。

2. 个人正义与制度正义

罗尔斯以洛克、卢梭、康德的社会契约论为基础，论证西方民主社会的道德价值，认为正义是社会制度的主要美德，并且应当区分制度的正义原则和个人的正义原则。

个人正义是在制度本身正义及个人已接受这一制度所安排的利益时，个人应尽的责任。

制度正义包含两项基本原则，一是最大的平等自由原则。即每个人都应平等地享有基本自由，包括政治、言论、集会、良心、思想、人身、占有个人财产、不受专横地逮捕与剥夺财产的自由。二是机会平等原则和差别原则。前者要求即所有的社会地位和官职对一切人开放或提供平等的机会；后者要求。在确立社会和经济无法避免的不平等时，应当对整个社会，特别是应当对处于最不利地位的人有利。

（三）德沃金（《法律帝国》、《刺猬的正义》）

1. 平等与自由

德沃金在《刺猬的正义》中讨论正义问题时，通过其所论证的一种自由理论消除了自由与平等冲突的危险。在其分配正义理论中，作为解释性概念的自由与平等同样依赖于“平等的关心”与“充分地尊重”构建起来的联立方程问题的解决，在这种整体性下，二者相互融合，嵌入更为一般性的政治道德之中，并在其中获得最佳内涵。因此，在德沃金看来，真正的问题实际上是政治道德的确立与实践，分配正义的问题应当从政府应该做什么的角度来讨论。认为，为自由而自由是没有意义的，相比于自由，平等才是最根本的价值目标。唯有“平等”才能真正捍卫个人权利，否则特权将会继续倾轧个人权利。并且自由是受到限制的，平等是绝对的。对平等的追求和实现，才能使人们真正享受到法律上的自由权。

德沃金建立的平等理论体系，是围绕着政府当局要平等地关怀和充分地尊重人的权利而展开的。权利包括各种经济权利、政治权利以及文化权利等。每个公民都可以公正地参与社会分配，公正地参与政治事务的管理和决策。

※新分析法学派

（一）哈特（《法律的概念》）

1. 法律规则说

哈特认为法律是第一性规则和第二性规则的结合。第一性规则设定义务，要求人们为一定行为或者禁止人们为一定行为，是原始小型社会的法律规则。第二性规则是关于第一性规则的规则，是为弥补第一性规则的不确定性、静态性及用以维护这些规则的社会压力的无效性所分别增加的一种补救授予权利，是引入新的规则，以废除、修改旧的规则。由承认规则、改变规则和审判规则构成。

2. 最低限度的自然法

哈特认为，法律在任何时代和任何地方，都实际地受到特定社会集团的传统道德、理性的深刻影响，也受到超前的道德观念的影响。但是不能得出结论说，法律必须和道德或者正义相一致，哈特坚持了分析法学分离命题的基本立场，认为法律与道德分离，它们存在紧密联系但不存在必然联系。但是由于人性和人的生存目的，必定有一些得到普遍认可的行为规则，它们构成了一个社会和道德的共同因素，是“人类生存条件的结果”。以此来说明法律和道德之间的关系。

（二）凯尔森（《法与国家的一般理论》、《纯粹法学》）



1. 纯粹法学

纯粹法学研究法律实际上是什么。它从结构上描述实在法，但不对其实在法进行评价。因为评价涉及价值判断。主观价值判断总是相对的，极易发生价值冲突。道德就是主观价值判断的典型表现，不存在客观的、绝对的道德法则。

2. 法律规范的效力等级

法律是之所以成为法律，不是取决于它所规定的制裁。而是决定于它的规范意义，即它所规定的制裁具有合法的效力依据。

法律是一个规范的体系，每一个规范的效力都来自于一个更高的规范，上级规范的授权成为下级规范具有效力的理由。最高级的规范就是凯尔森理论的核心，叫做“基本规范”。

※社会法学派

（一）尤根·埃利希

1. “活法”

埃利希认为成文法并非唯一的法律渊源，其仅仅是法律渊源中的一小部分。活法指与国家制定法相对应的在社会生活中真正起作用的各种社会规则，即各种社会团体的内在秩序。法律是一种社会秩序，因而不能把国家制定法看成是法律的唯一部分。法律规范是一个比较宽泛的概念，只要能够在社会生活中发挥规范作用的都是法律的范畴。

2. “自由判决的方法”

在埃利希看来法官不仅应当知晓成文法典，还更应当了解“活法”。法官应当在自己的审判中运用“自由判决的方法”去发现法律。成文法只是法律的一小部分，法官仅仅依靠国家制定法裁判案件是不完整的。并且，法律一旦被制定出来之后，实际上就已经过时了，不应依靠过时的法律来处理新的纠纷和问题。

（二）庞德

1. 《通过法律的社会控制》

“社会控制”是西方社会学的一个重要概念，在广义上是指人们接受社会价值、原则和规范的全部过程。它包括使人们社会化的所有措施。狭义上的社会控制是

指人们如何确定异常行为并对异常行为作出反应。社会学家们往往把风俗、习惯、宗教、法律等视为社会控制的工具和实现社会和谐的手段。

庞德认为法律是“社会工程”的工具。法律是“自然秩序”的基础，是维护社会文明，对社会实行有效控制的一种高度的专门形式。在他看来，法律通过调节社会上各种冲突的利益，以求满足人们最大利益要求。对人类本性的控制就要实行社会控制。实施社会控制的方法有法律、宗教、道德。在现代社会，法律是进行社会控制的首要工具。

三、本章练习题

【命题分析题】

1. 法律命令说
2. 法者天下之公器也，变着天下之公理也
3. 法治优于一人之治
4. 法律是民族精神的产物
5. 法律是发达的政治上组织起来得社会高度专门化的社会控制形式，它是一种通过有系统有秩序地适用社会强制力量的社会控制。
6. 简述恶法亦法
7. 简述洛克的法治思想
8. 简述罗尔斯的正义观

第二章～第四章 略

第五章 法律的概念

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 汉语中“法”与“律”的词源（☆☆☆）

（一）灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。

（1）“灋”和“刑”通用。古代的“刑”字，既有刑戮、刑罚的含义，也有规范、制度之意。

（2）“平之如水，从水”，从象征性角度解释，说明“灋”意味着公正、公平；而从功能性角度解释，则意味着一种严厉的刑罚，即置有罪者于水面上，顺水漂去，行驱逐之刑，或没入水中。

（3）“廌，所以触不直者去之，从去”，廌，是传说中的一种神兽，似牛、



似羊、似鹿，头有独角，喜直恶曲，古有决讼，则令其触不直者。《论衡》中说：“一角之羊也，性知有罪。皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之，有罪则触，无罪则不触。故皋陶敬羊。”这表明“灋”有“神明裁判的含义”。

（二）西方“法”和“法律”的词源

（1）从西方语言文字来看，情形更加复杂一些。如拉丁文的 Jus 和 Lex，德文的 Recht 和 Gesetz，法文的 Droit 和 Loi 等，意大利文的 Diritto 和 Legge，西班牙文的 Derecho 和 Ley，均可译为“法”（Right）和“法律”（Law）。

（2）前者除有“法”的含义外，还兼有“权利”、“公平”、“正义”或“正当”、“规律”、“法则”之意，因此它常被人们理解为“客观法”，或“理想法”“应然法”；后者则主要被理解为人们依主观意志和认识而制定的法律，即“主观法”，或“现实法”、“实然法”。自然法是一个与人定法相对应的概念，在西方法文化传统中，人们凭借自然法理论将“法”（自然法）与“法律”（人定法）明确地区分开来。从古代到近现代，尽管自然法的内涵发生了一些变化，但是自然法（法）与人定法（法律）之间的实效关系没有变。

（3）相比之下，中西文的“法”尽管都讲正义，但中文的“法”更强调惩罚，西文的“法”则更着重规律和权利。从中我们可以粗略看出中西传统法文化的差异所在。

考点二 法律本质（☆☆☆☆☆）

（一）关于法律本质的学说

1. 法律命令说

这种学说认为法律是一种主权者的命令。英国法学家约翰·奥斯丁的《法理学的范围》一书，为法律命令说奠定了坚实的基础。他认为，主权者的命令是法律本质的核心，这种“命令”包含做某事的要求和违背该要求而面临的“恶果”；它是由国家的主权者所发布的，这与上帝发布命令、雇主对雇员发布命令有本质的区别。

英国政治哲学家霍布斯认为，法律是国家对人民的命令，它是用口头说明，或用书面文字，或用其他方法所表示的一种规则或意志，用以辨别是非，区分该为与否。



2. 人民公意说

法国启蒙思想家卢梭认为，主权无非是对“人民公意”的一种运用，而法律的对象永远都是普遍性的，“法律乃是公意的行为”。他区别了“公意”与“众意”，认为“公意”是着眼于公共利益的，而“众意”仅仅着眼于私人利益，后者只是个别意志的总和。因此，“公意”排除私人意见、党派观点和集团利益。

3. 社会控制说

美国社会学法学家庞德认为，文明是人类力量的不断完善和发展，是人类对外在物质自然界和对人类目前能加以控制的内在的或人类本性的最大限度地控制。而对于法律，庞德将其理解为“发达的政治上组织起来的社会高度专门化的社会控制形式，它是一种通过有系统有秩序地适用社会强制力量的社会控制”。

庞德所代表的社会控制说，对于分析社会秩序中的法律及其运作机制具有重要作用，也有利于我们将法律置身于现代文明社会背景之下加以理解。

（二）法律本质的三个层面

1. 法律是国家意志的一种表现形式

法律作为国家制定或认可的强制性规范，是国家意志的一种体现。“意志”一词不难理解，它是一种愿望、期待，同时又是“征服”“战胜”“管理”“统治”的表现。因此，意志既是一种思想愿望，又是一种实践要求。法律制定者在制定法律，展示其意志的时候，必须在考虑自身意图的同时，也考虑法律实践的外在环境和社会条件。

从本质上看，法律首先表现为一种意志，实际上乃是一种阶级意志和国家意志。当然，法律不仅是各种意志斗争的产物，同时也是各种意志妥协的产物。例如，美国宪法的诞生就体现了美国各种社会力量的广泛妥协。

2. 法律体现为掌握国家政权的社会阶级的意志，同时也保障社会公共利益

法律所体现的国家意志，是掌握国家政权的社会阶级的国家意志。但是，需要注意的是，它既不是该社会阶级中个别人的意志，也不是该社会阶级中所有成员个别意志的总和，而是该社会阶级作为一个整体所体现出来的共同意志和根本利益。因此，它不是一种任性的意志。

法律作为特定社会阶级的意志，并不意味着作为一国法律整体的国家意志不对其他社会阶级、阶层的正当利益加以承认和保护；相反，法律需要社会各个层

面的承认和支持，单纯的意志强制是不可能使法律发挥有效作用的。因此，法律不仅确认和保护掌握国家政权的社会阶级的根本利益，而且在一定程度上也保障社会公共利益，包括维护一般的社会安全和社会秩序、促进社会发展和保护自然环境等。

3. 法律所体现的意志归根结底源于社会物质生活条件

法律在本质上受制于社会物质生活条件。法律所体现的国家意志内容由其社会物质生活条件所制约。这意味着任何特定社会阶层的法律都必须在现实的社会物质生活条件之内制定法律，试图跳出客观物质条件和时代限制而制定法律，是不能取得成功的。如果试图使法律脱离其社会基础，而仅仅将法律看作统治者的一时灵感，就会“经常发现法律在世界的‘硬绷绷的东西’上碰得头破血流。”因此，物质制约性是法律本质中的最根本的属性。

考点三 法律特征（☆☆☆☆☆）

法律属于上层建筑，同上层建筑中的思想意识和政治实体的区别，就在于法律是一种社会规范，具有社会规范的一般特征；此外，法律作为社会规范的一种，同其他社会规范如道德规范、伦理规范、政治规范、宗教规范以及纪律规范等相比较，又具有区别于其他社会规范的基本特征。

（一）法律作为一种社会规范的一般特征

1. 法律的规范作用

作为社会规范，法律不同于技术规范 and 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，因此，它不具有文化的意蕴。而社会规范则是无数思维着的理性的个人行动的结果。从这个意义上说，社会规范也是一种文化现象。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。而社会规范则是调整人与人之间的社会关系的，违反社会规范会招致来自社会的惩罚，而不仅来自自然的惩罚。

法律是一种社会规范，任何一个社会的法律都具有规范性，都要为人们的行为提供方向。

2. 法律的概括作用



法律的概括性，是指法律的对象是一般的或抽象的某一类的人和事，而不是具体的、特定的人和事；法律在同样的条件下可以反复适用，而不是仅适用一次。法律不能专门为某个特定的、具体的人或事而制定的。反之，如果国家机关制定的法律文件仅仅是适用于个别的、特定的人和事，那么就不具有概括性，也就不是法律，不是规范性法律文件，而是非规范性法律文件。如判决书、逮捕证。

（二）法律区别于其他社会规范的基本特征

1. 法律具有国家意志性，由国家制定或认可

国家意志性既是法律的本质属性，又是法律的一个重要的基本特征。法律规范同其他社会规范的一个基本区别是，它由国家制定或认可的行为规范。国家制定的法律，是指成文法，一般也称为制定法；国家认可的法律，多指国家认可习惯或判例为法，即习惯法、判例法，有时也认可某些学说具有法律效力。

因此，法律同其他社会规范相比，具有国家意志性，并由此还具有统一性、普遍适用性和特殊的权威性。而且，法律的效力一般高于所有其他社会规范。当然，尽管法律具有国家意志性，但具有国家意志性的并非都是法律。

2. 法律以规定权利、义务为主要内容

现代法律是通过规定各法律主体的权利与义务，来影响人们的行为动机、指引人们的行为方式、规范人们的行为过程，以达到调整各种社会关系、塑造社会生活秩序的目的。现代法律还规定了权力的范围和职责的限度，它所针对的对象主要是公权力的行使主体，如国家机关及其工作人员。

3. 法律具有国家强制性，由国家强制力保证实施

任何一种社会规范，都有一定的强制性，都依赖于某种社会力量保证其实施。法律规范是由国家强制力保证其实现，法律要想发挥其社会功能就必须以国家的强制力为后盾，由国家对于违反法律甚至犯罪的行为实施限制或制裁。

如果没有国家强制力作为其后盾，法律就会成为一叠废纸，就不可能在现实生活中发生作用，也就丧失了其独立存在的意义。

考点四 法律作用（☆☆☆☆☆）

（一）概念

法律作用可分法律的规范作用和法律的社会作用。**法律的规范作用**是法律作为一种行为规范对人的行为的作用，它包括指引、评价、预测、强制、教育等作用；**法律的社会作用**是法律作为一种社会规范对社会关系的调整作用，它体现在立法、司法、执法等法律的运行过程中，包括分配社会利益、解决社会纠纷和实施社会管理等作用。

（二）法律的规范作用

1. 法律的指引作用

法律的指引作用是指法律对人们的行为起到的普遍指导作用。法律规范的种类包括**授权性规范、禁止性规范和义务性规范**，这些规范无一不是告诉人们该做什么，不该做什么，使人们的行为符合法律规范的要求。法律的指引是一种一般指引，而不是个别指引。个别指引只对特定的人有指引作用，而一般指引则是针对社会的所有人发挥指引作用。

2. 法律的评价作用

法律的评价作用是指法律作为一种评价尺度，能够对人的行为的法律意义进行评价。法律评价作用的客体是人的行为。这里的人既包括自然人，也包括法人和其他社会组织。它们的一切行为都可纳入法律的评价之中，评价的标准包括行为的合法或不合法、违法或不违法。

法律的评价是以**法律规范为标准**的评价，这种评价不同于道德评价、政治评价、纪律评价等。和这些评价标准相比较，法律的评价标准相对较低，它是一个社会中的人的最低的行为尺度，人的行为如果不符合这种评价标准，则必须承担法律责任。所以，法律的评价标准也是严格的、普遍的、确定的和统一的。

3. 法律的预测作用

法律的预测作用是指人们可以根据法律规范预测人们相互之间将会怎样行为以及行为的法律后果。法律的预测作用可以使人们在法律的范围内，合理地安排自己的生活，防止不可预见后果的出现。法律具有预测作用在于法律提供给人们一种行为模式，使人们符合规范地生活。对符合这种行为模式的行为，法律予以肯定和保护；而对于违反这种行为模式的行为，法律予以否定，并进行法律制裁。

4. 法律的强制作用

法律的强制作用是指法律能够运用国家强制力对违法者施以强制措施，保障法律的顺利实现。法律具有强制作用是法律区别于其他社会规范的重要特征。法律的强制是一种国家强制，根本上是一种国家暴力，其通过警察、监狱、法庭等国家机器予以实现。法律具有强制性是法律被实现的最终保障，法律的实现首先依赖公民的自觉守法，其次才依靠自身的强制作用，在人们不能够自觉守法的情况下，通过制裁违法行为，使法律得到实现。

5. 法律的教育作用

法律的教育作用是指法律不仅是社会的行为规范，也确立了最低的社会道德标准和是非观念，它可以通过它的实施和传播进入人的心灵，矫正的人的行为。法律的教育作用不在于法律的强制作用的发挥，而在于法律的内涵、公平正义以及符合社会价值观念的法律规范能够更好地被人们接受，并可能通过法律的实施在人们的心灵中被进一步强化。法律因此可成为人们信仰的目标，并使人们自觉地按照法律的要求去行动。

（三）法律的社会作用

1. 分配社会作用

社会利益属于稀缺的资源，不公的分配会带来巨大的社会问题。任何法律都需要按照一定的原则和方法对社会利益进行分配，这种分配体现在立法之中。法律对利益的分配主要是通过权利义务的规定来确认利益主体、利益内容、利益数量和范围等内容，以各种具体的法律规范来指导实际生活中的利益分配。

2. 解决社会纠纷

法律对社会纠纷主要是通过司法活动予以解决。作为体现国家权力的法是在原始社会后期随着私有制和利益分化而出现的。随着社会冲突的加剧，自力救济无益于社会秩序。为了进一步解决社会纠纷，国家通过法律调整社会利益，确立权利义务；通过司法的裁判活动，使违法者受到惩罚或承担责任，使社会纠纷得以平息。

法律的方式是解决社会纠纷的最终的和最有力的手段，它能使社会秩序得到切实的保障。

3. 实施社会管理

法律的社会作用不仅包括社会纠纷的解决，还包括积极地实施对社会的管

理作用。每个社会都有公共事务需要国家予以处理，国家便需要发挥积极的职能，根据法律行使权力。这一作用主要体现在行政机关的执法活动中：从内容上看，遍布社会生活的各个领域，如经济、文化、教育、卫生、交通、环保、人口等多方面的领域；从法律的发展历史上看，随着国家行政权力的膨胀，法律的这一作用逐渐在加大。

所谓法律，归根结底就是由社会物质生活条件所决定的，主要反映掌握国家政权的社会阶级的共同意志和根本利益，由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的，通过规定权利和义务以维护社会秩序的一种特殊的社会行为规范体系。

三、本章练习题

1. 简述法律的特征
2. 简述社会控制说
3. 分析法律是主权者的命令
4. 简述法律的社会作用
5. 【选择题】下列哪一选项的表述是不正确的？（ ）

A. 法只能存在于阶级社会之中，但道德在法律和国家形成之前便已经出现，在法律和国家消亡之后，仍然会存在

B. 没有保证手段的社会规范是不存在的

C. 非规范性法律文件虽然没有规范性，但也有法律效力，因而属于广义的法律

D. 法律形成于公共权力机构，这是法律与其他人为形成的社会规范的主要区别之一

第六章 法律起源和法律发展

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法律起源（☆☆☆☆）

（一）法律起源的规律

1. 法律起源经历了一个由个别调整到规范调整的过程

个别调整是指针对具体的人、具体的事所进行的一次性调整；规范性调整是指形成或者制定具有普遍适用性的、可以反复适用的行为规则来调整社会关系。



法律规范的产生也遵循了一个由个别调整到规范调整的过程。

2. 法律起源经历了一个由习惯到习惯法，再发展成为制定法的过程

原始习惯的存在，为法律的形成提供了最初的规范性基础；随后，国家通过**认可的方式**，将有利于统治阶级利益和社会生活的维系与发展的习惯转化为受国家强制力保障实施的法律，**习惯法产生**；随着社会生活的日益复杂，仅仅靠根据既有规范转化而来的习惯法已经不能满足社会对规范的需求，国家顺应这一情势，**有针对性地制定新的规范，这些新的规范就是制定法**。制定法的出现，是人类社会调控能力发展到新阶段的产物和证明。

3. 法律起源经历了一个由自发调整到自觉调整的过程

原始习惯是人类在长期的生产与生活过程中自发形成的，**从习惯到习惯法的转变则经过了人类的有意识选择，这是一个从自发到初步自觉的转变**。而从习惯法到制定法的过程，则是法律的产生方式**从认可到制定的转变**，这说明人类对规范的形成已经达到了高度自觉的阶段。

考点二 法律发展

（一）法律发展的规律

1. 从神法向人法发展

宗教的起源在时间上早于正式法律的产生。早期法律的成长过程与宗教密切相关，法律往往被披上宗教的外衣，借助神灵的力量获得权威。随着人类社会和法律的发展，神灵之法逐渐让位于人世之法，其根本性的转变最早始于近代西方。

近代西方社会经过文艺复兴、宗教改革和启蒙运动的洗礼后，政治结构由政教合一转变为政教分离，世俗政府开始掌握国家权力，社会从神本主义逐渐转向人本主义，法律也逐渐脱离宗教而成为世俗的人事之法。这主要表现为：（1）法律不再被当作神的意志而是人的意志的表达，人权、人道成为世界各国共识性的法律价值主张；（2）民主立法，人民主权是法律权威的终极来源；（3）世俗的司法诉讼取代了神明裁判，成为解决社会纠纷的最为重要的形式。

2. 从“身份的法”向“契约的法”发展

梅因通过对古罗马父系氏族法律发展历史的研究，发现古代法所调整的单位是家族而不是独立的个人，个人权利的获取和义务的承担以其在家族中的身份

而

定，身份各不相同的人所享有的法律权利和所承担的法律义务是极不相同的，甚至出现了法律权利义务在不同社会主体之间的分离。

现代法所调整的单位不再是家族，而是独立的个人。在新的社会秩序中，个人与共同体、个人与个人之间的关系主要是人的自由合意而产生的契约关系，契约的本质是自由和平等，这就决定了现代法律的权利性和平等性。当然，现代法律也在一定程度上允许基于身份的不同而存在权利义务的差异，如对妇女、儿童、老人、残疾人和少数民族等弱势群体的特殊保护，但其价值取向恰恰是为了实现平等。

3. 从不成文法向成文法发展

首先，从法律起源的过程来看，法律在起源之初是以习惯法为其主要表现形式的。其次，在英美法系和大陆法系两大法系相互融合的过程中，不成文法与成文法的地位逐渐显示出了不同：大陆法系虽然在完善制定法的同时，也日益重视判例的作用，但是，在这一变化过程中判例法并未能取代制定法而居于主导地位。相反，在英美法系，情况却是颠覆性的。19 世纪以前，制定法只是英美法系中地位次于普通法与衡平法的第三层次的法源。

4. 从族群之法向世界之法发展

古代的法律起源于氏族习惯，带有浓厚的民族和地方特色。整个前现代，由于受经济发展水平以及据以决定的政治文化发展状况的影响，各民族都带有极大的封闭性，各不同种族之间在社会生活的各个方面，包括法律方面，都强烈地排外，因此，根源于各民族不同的生活方式的法律也呈现出极大的差异性和不可融合性。

但是，人类社会在后来的发展中通过宗教扩张、武力征服和文化传播等方式，包括法律在内的文明出现了相互影响与融合的趋势。20 世纪下半叶，尤其是 90 年代以来，以经济的全球化为先导，人类进入全球化的新时代，这导致在商业贸易等私法领域，已经出现了法律趋同化趋势，即各国这些法律间的差异越来越小。

（二）法律发展的方式（☆☆☆☆☆）

1. 法律继承

（1）概念

所谓法律继承，是指在法律发展过程中，新法在审查、批判旧法的基础上有选择地吸收旧法中的合理因素，使之成为新法的有机组成部分。

（2）种类

同质法间的继承：是指相同历史类型的法律相互之间的继承，包括奴隶制法之间、封建制法之间、资本主义法之间和社会主义法之间的继承。

异质法间的继承：是指不同历史类型的法律相互之间的继承，包括奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法之间的继承。

同质法之间的继承，由于其基本性质和所赖以建立的主要条件相同，因此，所受的限制较小、选择的自由空间较大；相对而言，**异质法间的继承在内容和形式上则受更多条件的制约，在继承的广度和深度范围上相对较小。**其中，奴隶制法、封建制法和资本主义法，由于它们都是建立在生产资料私有制的基础之上，它们之间的继承有着较为广阔的空间。而社会主义法律由于意识形态方面的差异，对前三种历史类型的法律的继承难度相对较大，但无论是理论还是经验事实都已说明，在一定的条件下还是可能和可行的。

（3）内容

法律继承的内容非常广泛，既包括外部的规则制度的继承，也包括内在的精神与文化的继承。**对规则制度的继承包括对法律概念和法律技术、法律原则、法律规范和具体的法律制度的继承。**

就近现代而言，法律继承主要集中在以下方面：第一，政治方面，主要是反映民主政治的法律规定；第二，经济方面，是反映市场经济规律的法律规定；另外，有关社会公共事务的组织与管理的法律规定也是法律继承的主要领域。

2. 法律移植

（1）概念

法律移植（legal transplantation）是指一个国家或地区有选择地引进、吸收、同化其他国家或地区的法律，使之成为本国法律体系的有机组成部分，以弥补本国法律的不足。

（2）注意点

第一，法律移植以输入国对被移植的法律的研究、分析和评价为前提。法律移植需要对被移植法律的内容、生效条件、作用效果等进行研究、分析和评价，

以选择最佳的“供体”。

第二，法律移植包含了引进、吸收、同化和改造等多种方式和程序。一国在引进被移植法律的同时，要对其予以吸收、同化和改造，使其本土化，以适应接受国的环境和条件，发挥预期的功能。

（3）类型

法律移植有两种类型：一是被迫的消极型的法律移植；二是主动的积极型法律移植。前者是指一国在征服别的国家或地区后在其主权范围内强制实施本国的法律，后者是指因为所移植的法律具有较高的质量而被其他国家或地区自愿接受。

（4）影响因素

地理、气候、人口等自然条件：这类因素较为明显，也易于被察觉和考虑。

经济因素：法律移植的经济制约因素主要表现在三个方面：一是两国之间经济发展的不平衡，可能会阻碍法律移植；二是不同所有制之间的差异对法律移植的阻碍；三是不同的经济运行机制对法律移植的影响。

政治因素：政治因素主要指一国的国体、政体和政治权力的配置方式以及政治观念意识，这其中政治观念意识是影响法律移植成败较重要的潜在因素。

文化因素：文化因素包括一般的民族文化背景和法律文化因素两方面。

3. 法律创新

所谓法律创新，是指对法律观念、法律概念和技术、法律原则、法律规范和具体法律制度的独创性革新，它是人类法律智慧活动的最高形式，也是难度最大的法律发展运动。

（三）法律现代化（☆☆☆☆）

概念：法律现代化作为社会主义现代化系统工程的一个组成部分，与社会主义现代化理论相适应，它是指一国法律伴随该国政治、经济、文化等诸领域的现代化变革而出现的、以某些特征为显著标志的、从传统人治向现代法治转变的深刻变革过程。

特征：1. 法律现代化是过程 and 目标的统一。法律现代化是一个传统人治社会获取现代法治社会的特征的动态过程，以实现法治为目标。

从形式标准来看，现代化法律具有以下特征：以非人格化的权威即规范否定

人格化的权威，法律成为社会的主要调控手段；法律规范的确定性和普遍性；法律规范的连续性和稳定性；法律制度体系的完备和统一；法律职业共同体的形成。

从程序标准来看，法律现代化的特征包括：立法民主化、科学化、法治化；立法、执法、司法的过程具有公开性和程序性；法院依法独立行使审判权。法律现代化的形式标准和程序标准，可以共称为法律的形式合理性要求。

从价值标准（实质合理性）来看，法律现代化的特征包括：法律以维护正义和自由、平等、权利为目标；协调公平与效率的关系；协调权力与权利的关系。

2. 法律现代化是变革性和连续性的统一

法律现代化涉及法律设施、法律制度、法律运作方式、法律观念等各个方面的深刻变化，是对传统的相当程度上的否定，具有很强的变革性。但是，历史绝不可能人为地割断，现代总是建立在传统的基础之上，法律现代化对法律传统的否定是在肯定和保留传统的合理性因素前提下的抛弃，因此，法律现代化又具有连续性，是变革性与连续性的统一。

3. 法律现代化是民族性与世界性的统一。法律现代化是一场波及全世界法律领域的深刻变革，它以法律领域中某些共同特征的出现为标志，不管各国的历史传统有多么的不同，法律现代化的特征标志不会因此而改变，所以，**法律现代化具有世界性**。但是，尽管法律现代化的显著特征是有共性的，但由于各国法律传统的不同，在这些共性之外存在不同的个性。所以，法律现代化又具有民族性。

（三）中国法律现代化特征（☆☆☆☆）

1. 从外源性现代化到内源性模式逐渐向内发型现代化模式转化。清末变法，引进西洋法律，革新中国政教法制，其初衷是取消西方列强在华的领事裁判权和其他不平等条约，争取国家主权。因此，中国法律现代化是在外部巨大压力下开始的，带有明确的政治目标，是典型的外源型法律现代化模式。但是，法律变革带来的好处，使得即使在那些最初的动因消失以后，法律现代化进程依然没有中断，逐渐转为内发型法律现代化。

2. 从模仿大陆法系到建立具有混合法特色的社会主义法律制度。清末修律所选择的模仿对象是日本和德国，这就使在日本和德国顾问的指导下所制定的现代性法律具有了大陆法系的特色。20 世纪 80 年代以来的法律现代化进程打破了仿效单一法系国家的进路，在借鉴大陆法系国家法律的同时，也开始吸收英美



法系国家法律制度中的合理因素。

3. 具有立法主导、政府推进、精英主义特色。自清末以来，通过立法设立法律制度，通过法律制度运行推进社会变革，力图快速实现社会从传统向现代的转型就成为了中国现代化的根本方式。在法律现代化的两个阶段中，都出现了标志性的大规模的立法运动，政府是法律现代化的有力推进力量。

4. 传统文化和现代法制的对立和冲突异常激烈。中国传统社会是一个农业社会、人治社会，在这样的社会中，道德而非法律才是社会的主要调控规范体系。因此，当我们开始重视法治，建立现代社会所需要的完备的法律制度的时候，必然会产生冲突与不适。

随着社会的平稳发展，随着对传统法律文化的深入研究，我们越来越感觉到，传统法律文化中蕴含着诸多适合我们当下社会需求的因素与精神，传统法律文化逐渐融入现代中国法律文化当中。

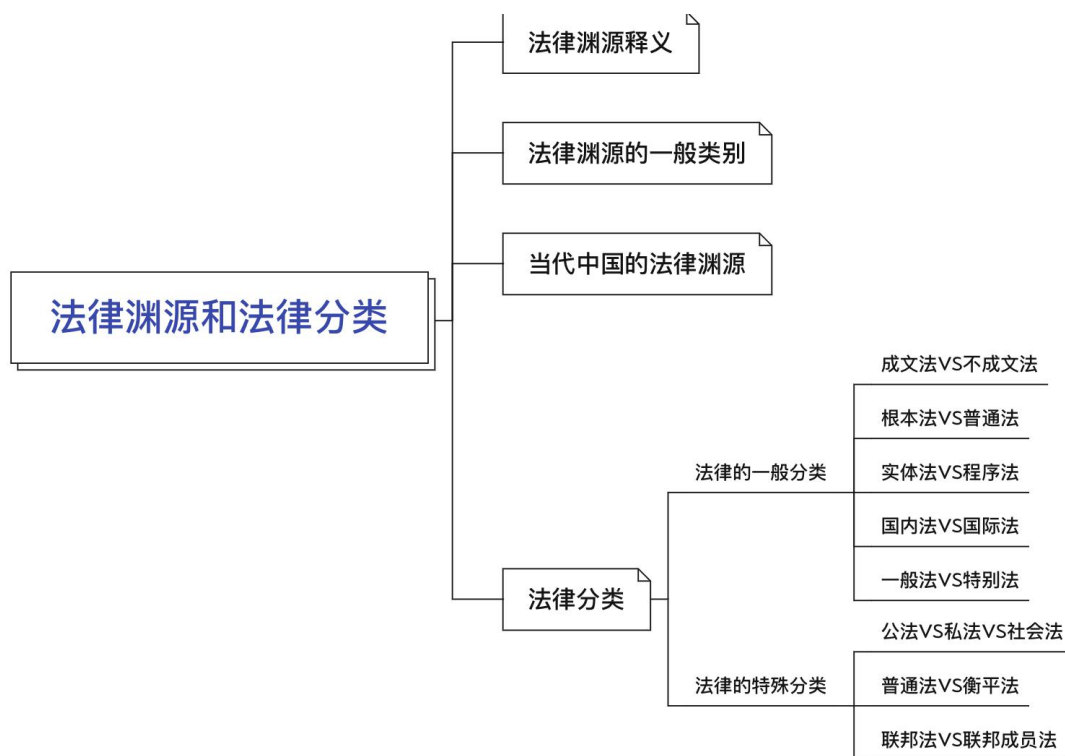
三、本章练习题

1. 简述法律起源的规律
2. 简述法律发展的规律
3. 简述中国法律现代化的规律
4. 【选择题】法在于相近的社会规范，如道德、宗教、政策等相比较的过程中显示出来的特殊象征和标志和哪些？（ ）
 - A. 法是调整人们的行为或者社会关系的规范，具有规范性
 - B. 法是由国家强制或者认可的，具有国家意志性
 - C. 法是由国家强制力保证实施的，具有强制性
 - D. 法是在国家权力管辖范围内普遍有效，具有普遍性



第七章 法律渊源和法律分类

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法律渊源（☆☆☆）

1. 概念

法律渊源是指法律规范的来源或源头，又称法源。

法律渊源作为一个特定的法学术语，不能仅仅将它当成法律的来源，那样容易将一些决定或影响法律的外在因素也当成法律的渊源，如经济、政治、历史文化等并不能成为法律规范予以适用。

直接具有国家法律效力的法律渊源，被称为法律的正式渊源；而不具有直接的法律效力，仅具有一定说服力的法律渊源，被称为法律的非正式渊源。

2. 法律渊源的一般类别

从世界各国看，法律渊源主要有以下几种：

（1）制定法



制定法是最为普遍的法律渊源，是指由立法机关或有权立法的机关通过法定程序制定的规范性法律文件。无论是大陆法系还是英美法系，制定法都是重要的法律渊源。在所有的法律渊源中，制定法的地位往往是最高的。

（2）判例

判例作为法律渊源主要存在于英美法系。判例长期以来就是最主要的法律渊源，“遵循先例”是判例法的基本原则。

（3）习惯

习惯是社会生活中自发形成的行为规范，由于符合人们关于正义的观念，且长期被人们遵循，于是便具有了成为法律的合理性。习惯成为法律渊源一般有两种方式：一种是通过进入制定法或判例法成为法律渊源，另一种是习惯直接作为法律被司法适用，这种适用方式主要用于填补制定法的漏洞或判例的缺乏。

（4）法理

法理是对法的理性认识，是人们从法律现象中总结出的关于法的一般规律。法理作为法律渊源一方面体现在法官适用制定法时，总是在符合法理的层面上适用；另一方面法理同习惯一样可以填补制定法的缺漏。如我国台湾地区“民法”规定：“民事法律无明文规定者依习惯，无习惯者依法理。”

（5）法学家的学说

从法律史来看，法学家的学说在大陆法系从来都是法律的主要渊源之一。

（6）国际条约和协定

国家和国家之间缔结的国际条约和协定对缔约国和加入国具有法律约束力，是国际法的主要渊源，也是一个国家的国内法律渊源之一。

（7）宗教教义和戒律

从历史上看，宗教往往直接成为法律渊源。一国的人基于对某种宗教普遍而强烈的信仰，宗教教条便会成为法律准则的基本内容，而政教合一体制的国家一般都会将宗教作为本国的基本法律渊源。

3. 当代中国的法律渊源

（1）宪法

作为法律渊源即作为法律效力形式的宪法，是国家的根本法，具有最高的法律效力，是其他一切法律的立法依据，其制定和修改程序也比较特殊。在中国

的法律渊源中，宪法居于核心地位。宪法规定的是国家的根本制度，以及社会制度和国家制度的基本原则，因此，它具有最高的法律地位，所有的普通法律、法规都不得同宪法相抵触。

（2）法律

这里是指狭义的法律，即由我国最高权力机关及其常设机关——全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。根据我国现行宪法的规定，法律分为基本法律和基本法律以外的法律。

基本法律是指全国人民代表大会制定和修改的刑事、民事、国家机构和其他事项的法律，内容涉及国家和社会生活某一方面最基本的问题。**基本法律以外的法律**，也叫“**一般法律**”，是指由全国人民代表大会常务委员会制定和修改的“除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律”。

（3）中央法规

中央法规包括三类：**行政法规、监察法规和军事法规**。

所谓**行政法规**，专指国家最高行政机关制定的规范性文件，其地位低于宪法和法律。我国的最高国家行政机关是国务院，即中央人民政府，它是我国最高权力机关——全国人民代表大会的执行机关。

所谓**监察法规**，是由国家监察委员会根据宪法和法律制定的法规。

军事法规也是我国法律的一个重要渊源，其地位相当于国务院的行政法规。

（4）地方法

地方法的效力不能及于全国，而只能在地方区域内发生法律效力。在当代中国，地方法是一种数量最大的法律渊源，可以划分为两类：**一般地方法和特殊地方法**。

一般地方法，即通常所称的地方性法规。特殊地方法包括民族自治地方的自治条例和单行条例；经济特区的单行经济法规；特别行政区的法律。

（5）规章

在我国目前的立法实践中，规章有三种：部门规章、军事规章和政府规章。

（6）国际条约

并非所有的国际条约都是我国的法律渊源，只有我国政府缔结或加入的双边和多边国际条约、国际协定等，才属于我国的法律渊源，而且中国声明保留的



条款除外。

考点二 法律分类（☆☆☆）

1. 法律的一般分类

（1）成文法和不成文法

成文法是经有立法权的国家机关制定或认可，并以法律条文作为表现形式的法律的总称。成文法又称制定法。成文法最高以及最完善的形态是法典。

不成文法是指不具有法律条文形式，但国家认可其具有法律效力的法。

	成文法	不成文法
内容	明确法律条文；内容编排逻辑井然、清晰明白	法律规范的内容不够清晰，需要借助相应法律技术去发现法律的原则和规则
立法程序	严格	相当宽松
功能	较好规范功能、预防功能和社会功能	相应功能略差于成文法
司法适用	需要解释	法律解释必要性降低

（2）根本法和普通法

根本法，也就是一个国家的宪法，又称根本大法。所谓根本，即它是一国的立国之本、法律之根。

普通法是根本法之外的其他法律。

	根本法	普通法
立法主体	一般来自一个国家最高立法机关或特别制宪会议。	根据法律的性质，既可能是国家的最高立法机关，也可能是地方立法机关。
立法程序	严格	相对宽松
基本内容	国家和社会生活的重大事项	国家某一方面或某一具体领域内的事项

效力等级	至高无上	根本法基础上
法律解释和监督	特定机关行使	行政机关、司法机关等国家机关也享有一定的解释和监督权

（3）实体法和程序法

	实体法	程序法
溯及既往	一般不	可以
类推适用	不绝对排除	排除
适用		优于实体法适用

（4）国内法和国际法

	国内法	国际法
创制主体	一个国家的立法机关或者其他有立法权的机关	国与国
法律关系主体	国家内部	国与国
强制性质	国内国家暴力	国家单独、集体或通过国际组织保障

（5）一般法和特别法

一般法是针对一般人、一般事项、一般地域、一般时间生效的法律。特别法是针对特定的人、特定的事项、特定的地域、特定的时间生效的法律。

特别法优先于一般法适用

一般法和特别法的划分可以使法律更合理有效地调整社会关系。对具有共性的社会关系采用一般法调整，对其中具有特殊性的社会关系采用特别法调整，可以使法律对社会关系的调整更具有针对性，同时提高法律的可操作性以及对社会的适应性。



2. 法律的特殊分类

（1）公法、私法和社会法

划分学说

1. **权力说**：该学说是以是否涉及国家权力的运用作为划分标准，认为公法以权力与服从为标志；私法体现平等主体之间的关系，以公民的意思自治为标志。该学的缺陷是无法说明国际法为何是公法，因为国际法不体现权力与服从关系。

2. **主体说**：该学说以法律关系主体为标准进行划分。如果法律所规定的法律关系主体一方或双方为国家或公法人的，即公法。如果法律关系主体双方都是公民或私法人的为私法。该学说的缺陷是不能解释国家在某些情况下也可从事民事活动，该关系受私法调整。

3. **利益说**：该学说以法律所保护的利益为公私法的划分标准。认为凡保护公共利益的法律是公法，保护私人利益的法律是私法。此说源自古罗马法学家乌尔比安。该学说的缺陷是将公法与私法所保护的利益截然对立，没有看到公法也要保护私人利益，私法也要保护公共利益的情况。

4. **应用说**：该学说认为，在法律应用中，公民私人不能自主决定应用的法律为公法；公民私人可以自主决定应用的法律为私法。该学说忽略了公法关系中，公民也有可自主选择应用的情况，如《选举法》是公法，但公民也可放弃选举权利。

5. **法律关系说**：该学说认为，凡调整国家之间或国家与私人之间权力与服从关系的法律为公法；凡调整私人之间或国家与私人之间民事关系的法律为私法。该学说作为对公私法的划分标准较为可信。

（2）普通法和衡平法

普通法与衡平法的划分是英美法系国家对法律进行的基本分类。此普通法不是和根本法对应的普通法，而是特指产生于英国 11 世纪，以国王的令状为基础，综合了各地的习惯法，通过司法审判的形式形成的法律。

衡平法是为弥补英国普通法的僵化性和机械性，救济那些依照普通法无法得到公正判决的当事人，通过判例法的形式发展起来的法律形式。衡平法的运用并不依照严格的规则而是依靠法官的良心道德和对公平正义的理解来进行审判。

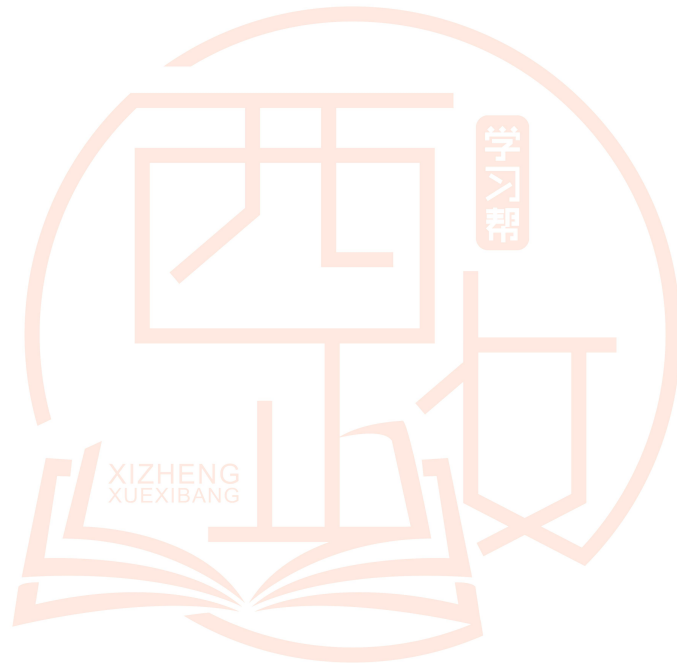
（3）联邦法和联邦成员法



在联邦制国家有联邦法与联邦成员法的区分，单一制国家则不存在这种划分。

三、本章练习题

1. 简述我国法律渊源
2. 简述公法、私法、社会法的划分渊源
3. 简述成文法和不成文法的区别
4. 根本法 VS 普通法
5. 判断：普通法与衡平法的划分是大陆法系国家对法律进行的基本分类。





第八章 法律结构和法律效力

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法律结构（☆☆）

1. 概念：法律结构，是指由各个必备的法律要素有机构成的法律系统。
2. 法律要素是具体组成法律结构的基本因素，是整个法律系统得以存在和发展的基础。

分析法学派：一般认为法律结构的要素主要是命令或规则。

法社会学派：律令、技术、理想。**新自然法学派：**还应包括法律原则和法律政策。**国内一般理论：**构成法律结构的要素有法律概念、法律规则、法律原则和技术性规定。

考点二：法律概念（☆☆☆）

1. **概念：**法律概念是人们在不断地认识和实践过程中，对具有法律意义的现象和事实进行理性法律结构和法律效力概括和抽象表达而形成的一些权威性范畴。

2. 特征：

（1）法律概念是构成法律结构最为基础性的要素，整个法律大厦都要借助法律概念来构建，同时它也是形成其他法律要素的前提。

（2）法律概念是立法者在其实际立法过程中进行法律创制和推进法律变革与发展的语言工具。立法机关在实际的立法过程中通过对相关事实与行为进行衡量以抽象出确定的法律概念，进而创制法律规则和法律原则，这就为人们对具体的事实和行为进行法律评价与法律处理提供了前提和依据，从而达到调整一定社会关系的目的。

（3）具体的法律适用也必须借助法律概念来进行。无论是事实的认定还是具体的法律推理过程都要通过权威性的法律概念来进行。

（4）在社会历史过程中，法律概念是培养和形成一定水平的法律文化与法律意识的重要媒介，也是人们进行法学研究和法律教育的媒介，同时还是具有不同文化与地域背景的人们就法律问题进行讨论和交流的重要基础。

考点三 法律规则（☆☆☆☆）

1. **法律规则概念：**法律规则是以法律权利和法律义务为主要内容，由国家强制力保障实施的具有严密的逻辑结构的社会规范。因而，法律规则是社会规范体系中的重要组成部分，并且与其他种类的社会规范具有不同的表现形式和内容，发挥着调整社会的特定功能。

2. 法律规则的逻辑结构

（1）假定条件

它是经过对事实状态中相关条件和情况的归纳与抽象并将其规定在法律中，从而构成具体适用某一法律规则的前提条件。这部分内容的主要功能是表明在发生何种情形或具备哪些条件时，相关的事件和行为才由此一规则调整。

（2）行为模式

这是**构成法律规则的核心部分**。它对人们行为的标准与方向作出法律要求和规定，指出人们所具体享有的法律权利和应当承担的法律义务及其方式。因为它集中表达了法律对人们行为标准与方向的明确要求，这对于规范和引导人们的行为以达到法律调整社会的目标十分关键，所以**这部分内容在立法实践中不能省略，必须公开而明确地表述出来**。

（3）法律后果

法律后果是指在一定情形下，法律对其调整范围内的相关事件与行为的动机、内容和意义等方面进行法律评价所得出的结果。有必要特别强调，这是一种法律上的后果。

从表现形式上看，法律后果有两大类：**第一类是肯定性的**，具体表现为对合乎法律要求的行为的允许、确认、保护，甚至会给予一定的物质与精神奖励；**第二类是否定性的**，具体表现为法律对违反其要求的行为作出否定性的评价，并进行相应的追究与制裁。

3. 法律规则和条文的关系

法律规则逻辑结构的内容落实到具体的法律文件中，是以相应的文字结构形式——法律条文来表现的，但在具体的立法实践中一个法律条文并不一定就表达一个法律规则，二者不是一一对应的关系。

关于法律规则和法律条文的关系，主要有以下四种情况：（1）一个条文就构成一个规则；（2）一个条文中可能含有两个甚至两个以上法律规则；（3）一个规则要由两个或者两个以上的条文结合构成；（4）一个规则可能由来自不同法律文件中的不同条文结合构成。

4. 法律规则的种类

（1）根据行为模式与调整方式的不同，法律规则可分为授权性规则、义务性规则和禁止性规则。授权性规则，是规定主体自身有权做出或不做出某种行为以及要求他人做出或不做出某种行为的法律规则。义务性规则，是指在一定的条

件与情况下，要求相关主体应当积极做出某种行为的法律规则。在立法中常常运用带有“应当”“必须”“有责任”“有义务”等法律概念的条文来表述。**禁止性规则**，是要求法律主体不得做出或必须抑制某种行为的规则，在立法中常常运用含有“不得”“禁止”“严禁”等文字结构的条文来表述。

(2) 根据强制性的不同，法律规则可分为**强制性规则**和**任意性规则**。**强制性规则**，是指必须按照法律所明确规定的行为模式进行行为或不行为的规则。这类规则不允许当事人自行协商解决问题。前面所讲的义务性和禁止性规则属于这一类。**任意性规则**，是指当事人之间可以在法律允许的选择方式和范围内进行协商以自行确定具体的权利与义务的规则。

(3) 根据内容的确定性程度不同，法律规则可分为**确定性规则**和**非确定性规则**。**确定性规则**，是指法律中明确规定了行为规则的具体内容与方式，而不必再援用其他规则即可确定本规则内容的法律规则。法律规则区别于其他种类社会规范的一个重要特征就是要具体、公开和明确，所以法律规则中的大部分均属于这一类。**非确定性规则**，也称为委托性规则或委任性规则，这类规则本身没有明确规定行为规则的具体内容，而是将其委托给某一专门机关加以确定的规则。

考点四 法律原则（☆☆☆）

1. **概念**：从静态意义上讲，法律原则是法律中能够作为法律概念和法律规则来源与基础的综合性的、稳定性的原理；从动态意义上讲，法律原则是指导法律规则的创制以及在法律的具体适用中作为法律解释与法律推理依据的准则。

2. **法律原则的分类**：政策性原则 VS 公理性原则；基本原则 VS 具体原则；实体性原则 VS 程序性原则

考点五 法律效力

1. 法律效力来源的观点（☆☆☆☆☆）

(1) 自然法学派

自然法学派始终坚持法有善恶之分，恶法非法，法律的道德性是法律的本质特性。因此法律效力必须源于法本身是制定得良好的法，法本身所具有的内在权威使人们由衷地尊重法律并信守法律。(1) 证成一个判决或法规的理由包括



着义务论或功利论等道德判断；（2）法与社会现实一致，而社会现实是一个成功的社会所持有的道德态度、原则、理想、价值和行为的复合；（3）不正义的法律和政令总是激起人民的反抗，从而丧失约束力。

（2）实证法学派

实证法学派坚持法仅仅是“实际上如何的法”，拒绝讨论“应然”意义上的法。在法律效力来源上，实证法学派侧重从规范的形式要件角度和逻辑角度进行讨论。例如，奥地利法理学家凯尔森认为规范的效力不能在现实中寻找，而只能到规范赖以存在的其他规范中寻找。一个共同体的法律构成一个体系，在该体系中，一个规范的效力来自另一个较高的规范；此较高规范的效力来自一个更高规范；最终，法律规范的效力来自一个基本规范。该基本规范是最高的规范，其效力不是从更高的效力中派生出来的，并不是由造法机关用法律程序创造的。而它之所以是被预定为有效力的，是因为如果没有这一预定，个人的行为就无法被解释为一个法律行为，尤其是创造规范的行为。

（3）社会法学派

社会法学派认为法律是一个“事实的概念”。判定一个规则是否有效，要从该规则是否被民众遵守、是否被官员适用、立法者赋予该规则的目的是否实现等角度进行衡量。那些从来没有或无法持续进行社会调控的法律规则是没有效力的。法律对社会成员的实际或事实上的制约和保护，即法律的“实效”，是法律效力的标尺和基准。

（4）社会心理学派的观点

社会心理学派认为法律效力源自人们对法律的心理态度。法律对民众和官员心理施加了影响，使民众和官员认为法律是有约束力的，从而使民众愿意以法律作为自己行动的指南；官员在行动中适用法律。因此，“法律的效力是以它所引起的爱戴和尊重为转移的，而这种爱戴和尊重是以内心感到法律公正和合理为转移的”。

2. 法律效力的等级

（1）宪法具有最高等级效力

宪法作为具有最高法律效力的国家根本法，是一切其他法律法规的制定依据。任何没有宪法依据的法律法规都是没有法律效力的；任何与宪法相抵触的法

律法规都应该被废止。

（2）等级序列

一般来说，法律制定主体在国家权力体系中处于不同的序列，那么，由这些主体制定的法律就形成不同的效力等级。除特别规定外，**通常法律制定主体的地位越高，其制定的法律效力越高，即上位法优于下位法**，如全国人民代表大会制定的法律，其法律效力高于国务院制定的行政法规。

（3）后法优于前法

同一制定机关在不同时间里关于同一事项制定了两个以上的法律时，后制定的法律效力高于先制定的法律，优先适用后法。

（4）**特别法优于一般法**。当同一主体在某一领域里既制定了一般性立法，又制定了不同于一般立法的特殊立法时，特殊立法的效力高于一般立法。“**特别法优先于一般法**”原则仅适用于同一主体制定的法律。对于不同主体制定的法律，首先应根据宪法原则和等级序列原则确定其效力等级。

3. 法律的事项效力范围

（1）确定法律的事项效力范围原则，通称事项法定原则

（2）一事不再理原则

（3）一事不再罚原则

三、本章练习题

1. 简述法律效力来源

2. 简述法律规制的逻辑结构

3. 简述法律规制的分类

4. 简述法律原则与法律规制的关系

5. 【选择题】法律格言说：“不知自己之权利，即不知法律。”关于这句法律格言涵义的阐释，下列哪一选项是正确的？（ ）

A. 不知道法律的人不享有权利

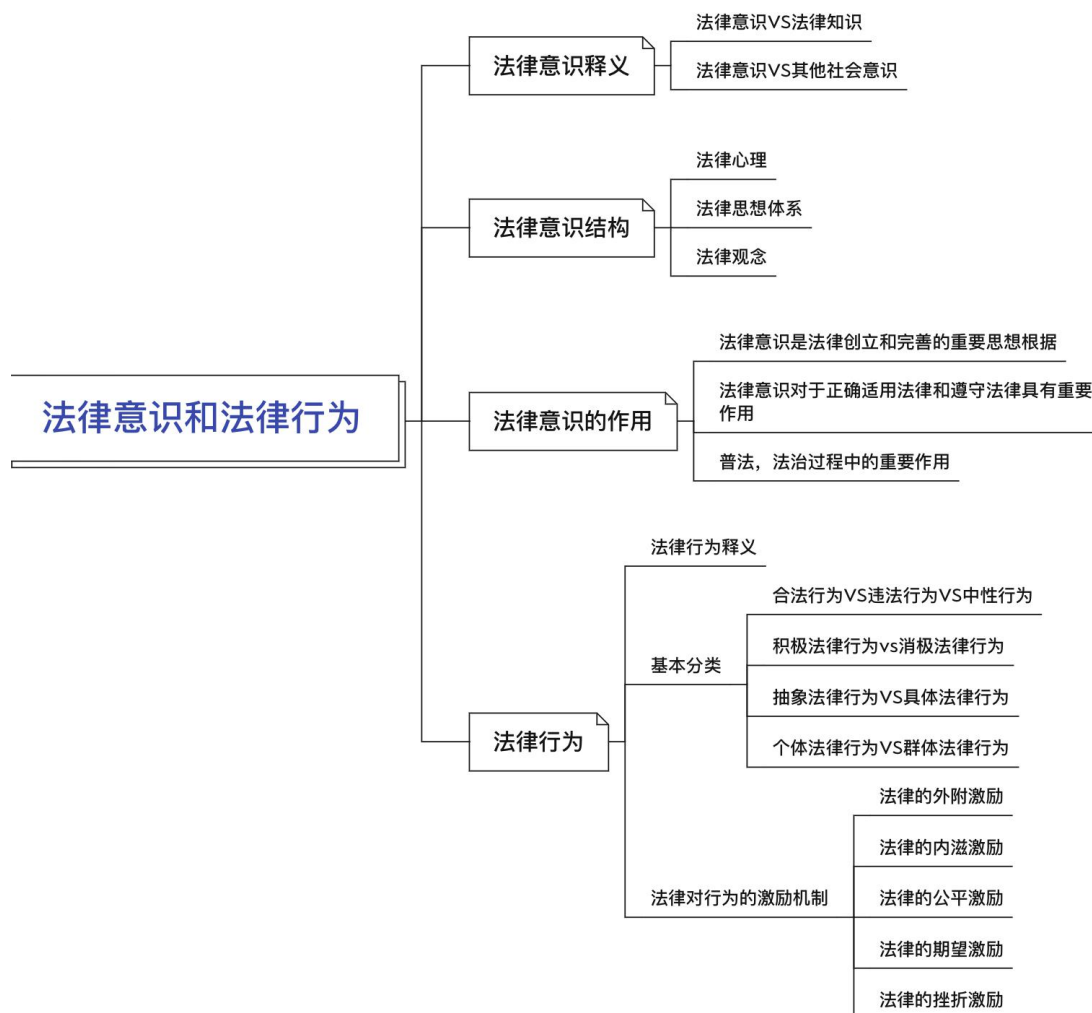
B. 任何人只要知道自己的权利，就等于知道整个法律体系

C. 权利人所拥有的权利，既是事实问题也是法律问题

D. 权利构成法律上所规定的一切内容，在此意义上，权利即法律，法律亦权利

第九章 法律意识和法律行为

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法律意识（☆☆☆）

1. 概念

法律意识是社会意识的一种，是指人们在一定的历史条件下，对现行法律和法律现象的心理体验、价值评价等各种意识现象的总称。

2. 法律意识的结构

从人的认识过程的角度看，法律意识可分为法律心理、法律思想体系和法律观念。



（1）法律心理

法律心理是低级阶段的法律意识，是人们对法律现象认识的感性阶段。它直接与人们的日常生活、法律生活相联系，是人们对法律现象的表面的、直观的、感性的认识和情绪，是对法律现象的自发的、不系统的反映形式。

法律心理可以积极法律心理、破坏性法律心理和消极法律心理。

（2）法律思想体系

法律思想体系是高级阶段的法律意识，是人们对法律现象认识的理性阶段，它表现为系统化、理论化了的法律思想观点和学说，是人们对法律现象的自觉的反映形式，在整个法律意识中处于主导地位。

任何法律思想体系都不是自发形成的，在法律思想体系的形成和实现中，法学家和法律工作者起着重要的建构作用。

（3）法律观念

在法律心理与法律思想体系之间存在一个法律观念的层次。所谓法律观念，是指介于感性和理性阶段之间的一种特有的法律意识反映阶段。法律观念既包括人们对法律的零散的、偶然的和感性的认识；也包括一些系统的、必然的和理性的认识。承认法律观念存在有利干我们正视人类认识活动以及法律意识本身的复杂性。

3. 作用

（1）人们的一切法律活动都是在一定法律意识的支配下进行的，人们法律意识的增强为加强法治建设提供必要的思想和心理条件。法律意识是法律创立和完善的重要思想依据。

国家法律的创立及其内容是由社会的物质生活条件决定的，但这种决定作用不是自发的。法律意识对法律创立和完善的作用主要表现在：**法律意识为国家法律的创立和完善提出指导思想；法律意识能够为国家提供关于哪些社会关系需要进行法律调整的认识；法律意识能够为国家法律的创立和完善提出各种类型的行为规则模式。**

（2）法律意识对于正确适用和遵守法律也有重要作用。首先，国家公务人员法律意识的高低，决定着他们对法律精神实质的理解程度，并将直接关系到对案件处理的正确与否。其次，在某种特殊的条件下，法律意识还可以被当作法律

的某种特殊表现形式直接适用。在任何社会、任何国家，法律都不可能完备到无所不包的程度。

（3）中国要成为法治国家，建立和健全法律体系非常重要，在全体公民中普及法律知识、提高法律意识同样重要。

考点二 法律行为

1. 概念

法律行为是指具有法律意义和属性，能够引起一定法律后果的行为。“法律行为”一词由日本学者在翻译德语法学著作时在日语中首次使用，中文的“法律行为”一词，译自日文，由“法律”和“行为”两词构成。

法律行为的结构有两个方面：一是内在意志方面，即法律行为有一个内在的、主观的领域，包括动机、目的和认知能力等要素；二是外在表现方面，即法律行为外在地客观表现为行动、手段和效果等要素。

2. 分类

（1）合法行为、违法行为 VS 中性行为

（2）积极法律行为 VS 消极法律行为

（3）抽象法律行为 VS 具体法律行为

（4）个体法律行为 VS 群体法律行为

3. 法律对行为的激励机制（☆☆☆☆）

（1）法律的外附激励

激励因素分为外附激励和内滋激励。外附激励方式既包括赞许、奖赏等正激励，又包括压力、约束等负激励；内滋激励属于主体自身产生的发自内心的自觉精神力量，如认同感和义务感。

外附激励包括正激励和负激励。法律指引功能的发挥程度，与立法者关于外附激励的两种形式的设定有关。当立法者希望某种行为增加发生率时，便会加大正激励的力度，反之，当立法者希望限制乃至杜绝某种行为的发生时，便会加大负激励的强度。尽管如此，相对于内滋激励而言，外附激励效果及作用终究有限。

（2）法律的内滋激励

认同感是内滋激励的基础。认同就是个体承认、同意群体或组织的目标，进而产生一种肯定性的情感和积极态度，甚至迸发出一种为实现那一目标的驱动力。

义务感作为人们的一种内心要求也会对人的行为产生一种自觉的精神动力，使之心甘情愿付出一定代价。

（3）法律的公平激励

法律历来被视为正义和公平的象征，中国古人就有“平之如水”之说，但在具体的立法、执法操作中，如果不能处理好上述比率，就无法形成公平关系，也就难以将法律的公平原则落到实处，当然无以发挥法律对个体行为的激励功能。

（4）法律的期望激励

法律在一定意义上代表着社会的某种期望。人类行为的一个重要特点是有目的性，即不是盲目的，而是有目标的。目标给人以希望，激励人的生命力和创造力，从而使国家、社会充满活力。

法律体现一定的价值，设定一定的目标，同时还要规范好满足目标的手段。

（5）法律的挫折激励

挫折理论一是为了阻碍不正当行为目标的实现，使有不正当行为的人蒙受必要的挫折；二是为了用法律调控防止或减少正当的行为遭遇挫折，并且当挫折发生后在法律上加以补偿或救济。这两方面都会对人的行为形成激励效应。

产生挫折的原因有两类，因之把挫折分为外因性挫折和内因性挫折。对于内因性挫折即由主观原因引起的挫折，如造成对他人或社会的危害，则法律要加以追究，这也就是我们通常所说的过错责任法律原则。

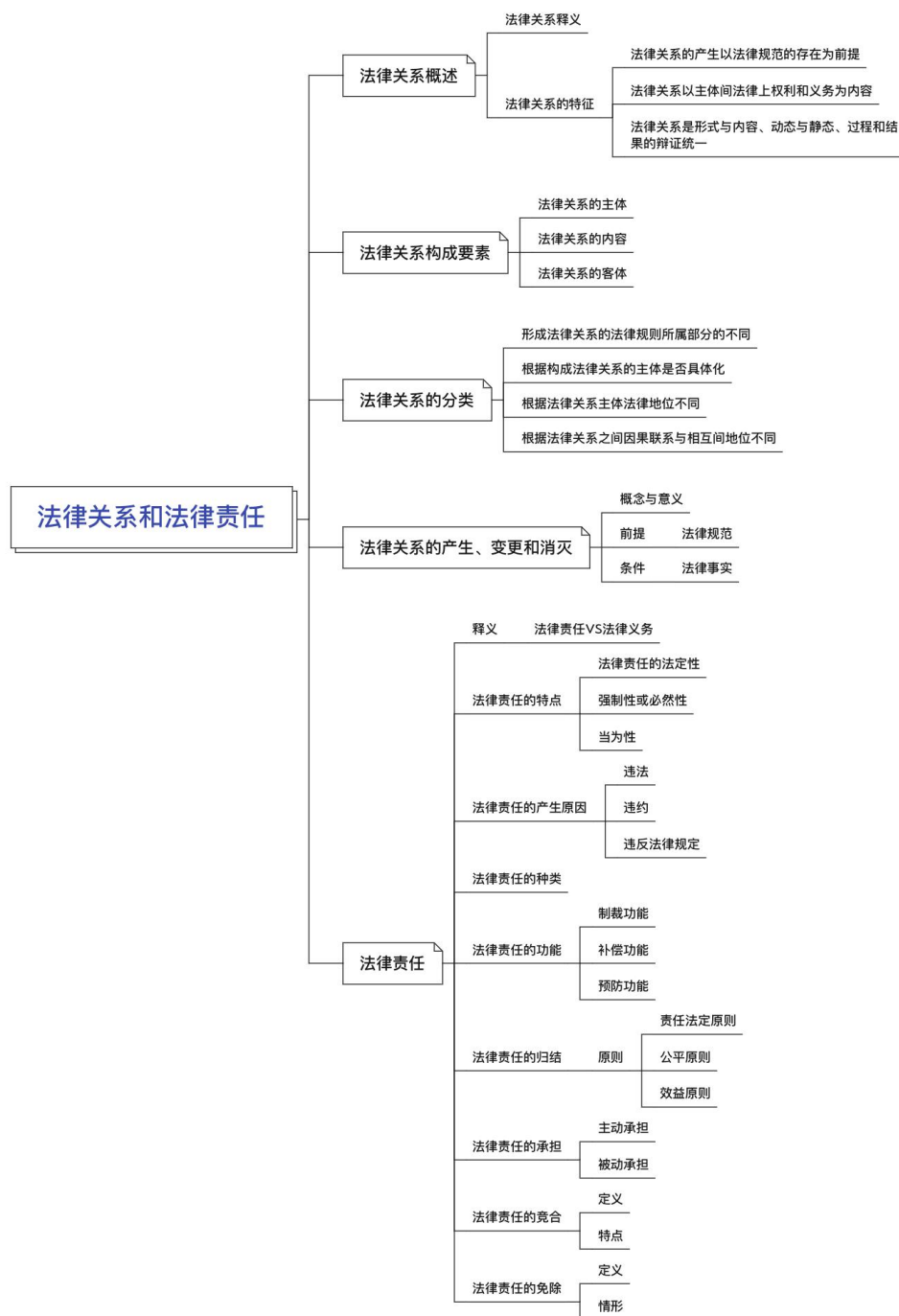
另外，法律中关于正当防卫的规定，也可以从挫折理论角度加以解释。

三、本章练习题

1. 论述法律的激励机制
2. 简述法律意识的作用
3. 简述法律意识的结构
4. 判断：法律的外附激励包括认同感和义务感

第十章 法律关系和法律责任

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法律关系（☆☆☆）

1. **概念：**法律关系是指根据法律所确定的主体之间具体行为的法律相关性。
2. **特征**

（1）法律关系的产生以法律规范的存在为前提

法律关系的产生以法律规范的存在为前提。如果没有法律规范，社会中便不存在法律关系这种具体的关系形态。法律关系是法律对被纳入其调整范围的社会关系加以调整而产生的，所以，某种法律关系的产生必须以相应的法律规范存在为前提。

（2）法律关系以主体间法律上的权利和义务为内容

这是法律关系与其他类别的社会关系的重要区别。法律调整社会的方式主要是安排和配置人们之间的权利和义务。具体来说，在法律关系中相关主体是按照法律的安排分别享有一定的权利，承担一定的义务，相关主体由法律所配置的具体权利和义务而联系在一起。所以，权利和义务是法律关系的实质内容。

（3）法律关系是形式与内容、动态与静态、过程与结果的辩证统一

首先，法律关系是一种特殊形式的社会关系，其内容是人们在现实生活中的各种活动，其形式是法律的，经过法律调整而形成的一定主体之间的关系。其次，法律关系是法律对被纳入其调整范围的各种社会关系进行调整而形成的，这是一个动态过程，需要一定主体的积极参与和行动，去享有权利并承担相应义务。最后，它又指经过调整而形成符合法律要求的秩序和状态，具体而言，便是权利的现实享有、义务的切实履行和对违法行为进行相应的制裁。

3. 法律关系的构成要素

（1）法律关系的主体

法律关系的主体是指法律关系的参加者。

在我国现阶段，法律关系的主体主要包括公民（自然人）、机构和组织。另外，国家在特殊情况下也可以成为一定法律关系的主体。

（2）法律关系的内容

法律关系的内容是构成法律关系的又一必备要素。一般认为，法律关系的主要内容包括法律权利和法律义务。

（3）法律关系的客体

法律关系客体是法律主体之间建立一定法律关系所指向的具体目标，是人们通过自己的意志和行为意欲影响和改变的对象，是连接法律权利与义务等法律概念并使其具有实际内容的现实载体。



（4）其他

能够满足人们有关物质和精神需要的其他财富，如具有一定价值与意义的信息等，也可成为法律关系的客体。

4. 法律关系的产生、变更和消灭

（1）概念

法律关系的产生是指主体之间依据法律规范而结成一定的权利义务关系；**法律关系的变更**是指由于符合法律规定的一定法律事实的出现而引起法律关系诸要素发生的变动；**法律关系的消灭**是指主体之间权利义务关系的完结。

（2）前提

第一，法律关系产生、变更和消灭的前提：法律规范。法律关系是主体之间依据一定的法律规范而结成的，因此，法律关系受到法律规范的直接影响与制约。

注意两点：一是法律规范是法律关系具体产生、变更、消灭的前提，没有相应的法律规范便无所谓在相关主体之间建立起法律上的关系；二是在现实生活中，法律关系能够发生变更主要是经由符合法律规定的一定的事实与行为的推动来实现的。

第二，法律关系产生、变更和消灭的条件：法律事实。法律关系的产生、变更和消灭过程需要相关的条件来推动其实现，这些条件主要是发生在社会中的一些事件与行为。

法律事实的内容与表现形式非常丰富，根据是否以人的主观意志为转移，法律事实可分为法律事件和法律行为两类。

考点二 法律责任（☆☆☆）

1. 概念

法律责任是一种特殊的义务，是由违反第一性义务而引起的第二性义务。

法律义务，是指主体根据法律的规定或合法的约定必须作为或不作为，此义务通常针对一般性的社会主体设立。而法律责任是一种特殊的义务，是一方由于违反了法定义务或约定的义务而产生一种新的义务，它针对特殊主体而设定。

2. 特点



（1）法律责任的法定性

法律责任承担的最终依据是法律，而非其他社会规范。尽管有些法律责任因约定产生，但无论法律责任的产生原因如何，一旦法律责任不能顺利承担，相应国家机关必须依法追究。

（2）法律责任的强制性或必为性

法律责任的承担由特定国家机关运用强制力量保障实现，不以责任主体的个人意志为转移这反映了法律责任的国家强制性或必为性。

（3）法律责任的当为性

法律责任主体应当补救因自己违反第一性义务所带来的对国家、社会及他人的损害。法律责任的当为性较之于必为性，是在强调法律责任具有坚实的道德依据。

3. 法律责任的产生原因

法律责任对责任主体来说是一种不利或负担，它的产生原因主要可分为三种：**违法、违约以及违反法律的特别规定**。违法和违约是在法律实践中最常见的引起法律责任的原因。

（1）违法

违法通常指特定主体实施了与现行法律相冲突的行为，引起相应的损害事实，法律对之进行否定性评价的状态。

（2）违约

违约是指合同主体违反合同约定，通过作为和不作为的方式未履行合同义务的状态。

（3）法律的特别规定

4. 法律责任的功能（☆☆☆☆）

法律责任的功能是指通过法律责任独特构造和机制应该实现的对人及社会的影响，具体指法律责任的归责主体在严格的法律归责指导下，对责任主体进行归责，责任主体免于承担或承担部分或全部法律责任，实现对第二性义务的履行，对损害的救济，尽量减少未来发生侵害的可能性。

法律责任主要有制裁功能、补偿功能和预防功能。

（1）所谓法律制裁，是指不以责任主体意志为转移，相关主体依照法律对



责任主体施加的强制性惩罚措施。法律制裁是法律责任作用于人和社会的较为严厉的方式，包括国家强制限制人身自由、剥夺人身自由、剥夺生命或限制、剥夺财产等。法律制裁，一方面可以使责任主体在外部受到损失而补救被破坏的社会秩序；另一方面也可通过对责任主体内心形成压力，进而调整责任主体的未来行为选择，遏制新的违法行为、违约行为的发生。

（2）**法律责任的补偿功能**是指国家强制责任主体赔付损失，救济受害主体，恢复受侵害的权利。补偿功能主要旨在恢复损害发生之前的状态，侧重于事实上的赔偿、补偿、补救和救济，而较少进行道德评价。补偿功能的实现可分为两种情形：一是直接补偿，二是间接补偿。

（3）**法律责任的预防功能**是指法律责任通过强制责任主体补偿其给受害者造成的损害，对责任主体进行制裁等一系列不利后果的承担，教育、引导、威慑责任主体及其他有关主体作出理性选择。

5. 法律责任的归结、承担和免除（☆☆☆）

（1）法律责任的归结

法律责任的归结也称法律责任的归责，是指法定的国家机关或经授权的国家机关依照法定程序，进行判断、认定、追究或减缓、免除法律责任的活动。

（2）法律责任归结的原则：

责任法定原则。责任法定原则是指法律归责过程必须依法进行。其具体表现为：a. 归责主体必须是依法享有归责权力的或依授权获得归责权力的主体。b. 责任主体应承担的法律责任的种类、性质、期限、承担方式等必须以有效法律规范为依据。c. 归责主体的归责过程必须严格遵守程序法。

公正原则。公平、正义是重要的法律价值准则，责任法定、依法归责就是法律公正性的体现。具体表现为：a. **遵守同等情况同等对待原则**。b. **贯彻“罚责相适应”原则**。对责任主体的惩罚和其所造成的损害、主体的主观恶性、主体违法犯罪性质等应保持大致相当。c. **坚持法律面前人人平等原则**。任何主体的违法犯罪都应受到同等追究，同时要注意恰当地区别对待，在特定情况下，只有区别对待才能达到真正的平等。

效益原则。以较小的投入产出同样的成果或以同等的投入实现较多的产出即效益。



(3) 法律责任的承担、竞合及免除

法律责任的承担

是指责任主体依法承受不利的法律后果。法律责任归责是以法律责任的承担为目标和逻辑后果的。法律责任的承担方式通常包括主动承担和被动承担两类。

法律责任的竞合

是指某种法律事实的出现，导致两种或两种以上的法律责任产生，而这些责任之间相互冲突的现象。法律责任竞合的特点：a. 数个法律责任的主体为同一法律主体；b. 责任主体实施了一个行为；c. 该行为符合两个或两个以上的法律责任构成要件；d. 数个法律责任之间相互冲突。

法律责任的免除

法律责任的免除又称“免责”，是指根据法律，本应承担法律责任但基于某种法定的主客观情况，可不再承担法律责任。

常见的法律责任免除情形包括：时效免责、不诉免责、协议免责、诉辩交易免责、自首和立功免责以及因履行不能而免责等。

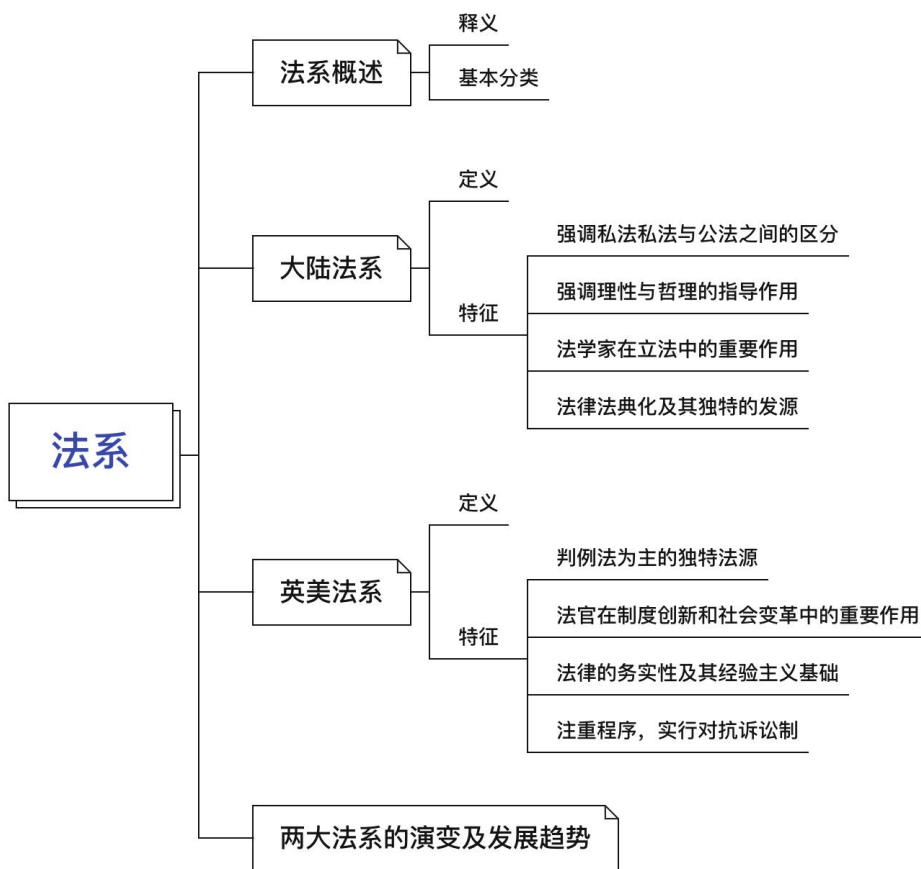
三、本章练习题

1. 简述法律关系的构成要素
2. 论述法律责任的归责原则
3. 论述法律责任的承担、竞合及免除
4. 判断：法律竞合指某种法律事实的出现，导致两种或两种以上的法律责任产生，而这些责任之间相互冲突的现象。



第十一章 法系

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法系

1. **概念：**法系（law family），又称“法律家族”，是法学家对世界各国法律进行分类的一个常用概念，具体指具有共同历史传统和相似外部特征的若干个国家和地区的法律制度的总称。

考点二 大陆法系（☆☆☆☆）

1. **概念：**大陆法系，也称罗马-日耳曼法系、民法法系、法典法系，是指以古罗马法为基础、以 19 世纪初《法国民法典》为历史传统而产生和发展起来的国家和地区法律制度的总称。

2. 特征

（1）强调私法与公法之间的区分



大陆法系法律最初的基本分类是公法和私法，此划分为罗马法首创。但在罗马公法与私法的发展进程中，私法要发达得多，故今言之罗马法，主要指私法而非公法。公法与私法的区分，秉承西方“恺撒之物当归给恺撒，上帝之物当归给上帝”的二元论精神，使公权与私权有了明显的界线，能够各得其所。此后，古罗马关于公—私法划分的理论与实践为后世西方一些法学和法律制度所继承，并成为大陆法系的主要分类方法之一，对于人的权利的保障具有划时代的意义。

（2）强调理性与哲理的指导作用

罗马法对整个欧洲大陆的影响极为深远，随着殖民扩张，其影响又被扩展到了美洲、非洲、亚洲许多国家和地区。罗马法的精神支柱，也是构成大陆法系哲学传统的基本精神——理性主义。

可以说，大陆法系所倚重的理性主义的载体就是自然法思想，而这一思想传统贯穿了整个西方法律思想史。从早期斯多葛学派到西塞罗，从阿奎那到洛克、卢梭、孟德斯鸠，自然法被认为是由理性所认识的人的自然本性的必然要求。

（3）法学家在立法中的重要作用

大陆法系国家，由于秉持理性主义思维方式并深受自然法思想的影响，法被看作正义观念的直接体现，是公认的权利义务体系。因而，在立法上，大陆法系首先要考虑的是法律背后的正义观念与抽象原则，而这些内容体系化地展现在法学家的法律学说当中，就此而论是法学家在指导着立法。另外，古希腊思想家亚里士多德创设的演绎法也让法学家在立法中扮演更重要的角色。

在法的观念上，人们认为理性是唯一可靠的认知方法，通过理性力量，人们可以发现一个理想的法律体系，这就是法典编纂的基础。从这里我们可以看到，法学家的作用至关重要。

（4）法律法典化及其独特法源

纵览大陆法系发展的历程可以发现，大陆法系的形成大都是与富有激情的法律改革思想同步的。在其发展的各个阶段，都有一种革命性的思想支配着法律的变更，这种革命性的思想对法典成为大陆法系的核心和支柱起到了决定性的作用。无论是查士丁尼的《民法大全》、法国的《拿破仑法典》，还是德国的民法典，概莫能外。法典成为革命成功的某种象征，或者说革命的成果要用法律的形式确定下来。

考点三 英美法系（☆☆☆☆）

1. 概念：英美法系，又称普通法法系、海洋法系、英国法系，是指以英国中世纪的法律，特别是以**普通法**为基础产生与发展起来，以**英国法和美国法**为代表，以及在英美法律传统的影响下所形成的、具有共同外部特征的各个国家与地区的法律制度的总称。

2. 特征：

（1）判例法为主的独特法源

毋庸置疑，判决会产生“已决事项不再理”的司法效力。在英美法中，判决还具有进一步的司法效力：一项判决可以成为先例，在法律渊源的意义上对以后相同或相似的案件具有或强或弱的拘束力。这种效力使判例在英美法的创制与发展上具有非常重要的意义。

在英美法系中，作为法律渊源的判例法是与制定法相对应的概念，包括普通法与衡平法。无论是一开始因为法制统一的需要而产生的普通法，还是之后作为普通法之补充而出现的衡平法，都表现出逐案处理的特点，但它绝对不是随心所欲的。公平和正义的观念孕育了对相同案件同样对待的基本原则。所以，尽管没有法典，法官们还是发现了使自己判决有法律依据的途径：依照法院系统的一定等级，遵循上级法院对相似案件所做的判决。在一定意义上，法官充任了造法者的角色，因而，判例法又被称为“法官造法”。

（2）法官在制度创新和社会变革中的重要作用

必须指出的是，英美法系的许多制度创新和社会变革都是通过司法而非立法完成的。在制度创新方面，如信托制的产生、侵权行为归责原则的变迁、商法制度的引进、违宪审查制度等，都是通过法官的具体判例确立，尔后由继任者予以遵循。在社会变革方面，如法治传统的确立、对于国王专制的制约等，也是法律共同体奋力抗争的结果，其中，法官可谓功莫大焉。英美法素有“法官法”之称。

在西方许多国家中，法官须从优秀且资深的律师中选任，因而法官具有更高的素质和能力。英美法系国家中法官的地位更是崇高而显赫，他们既具有扎实的理论基础，更具有丰富的司法实践经验。同时又由于英美法系国家实行遵循先例

的原则，对法官通过司法判例创立起来的法律非常推崇，因此形成法官在法律体系的形成中扮演重要角色的局面。

（3）法律的务实性及其经验主义基础

英国法本身更是一种**实践经验的**产物，它不对法律进行形而上的分析，而是专注于法律的经验性运用。**英国法学家认为，对法律进行多方面描述的，前提必须首先承认它的社会实践性。**英国盛行经验主义，关于法律的知识不是从事先的理性设计出发，而是从以往的习惯和经验习得的，而这种习得的方式也不像大陆法系国家那样通过系统的学院学习，而是通过行会式的培训磨炼积累而成，后者的特点便是经验的不断积累。

被经验主义深深浸淫的英美法的一个显著特征就是它的务实性，而最能体现这个特征的一个例证就是**英美法系中的信托制度**。信托制度是英国法所固有的法律制度，信托法是英国法的显著标志和特征。信托是一种代人理财的机制，其实质是一种关于财产转移与管理的设计与安排。而此制度设计的初衷竟然是规避法律。

（4）注重程序，实行对抗制诉讼

英美法系的重程序传统是指以司法救济为出发点而设计运行的一套法律体制。这区别于以立法为中心的大陆法系。以救济为中心意味着只有在权利义务的平衡被打破时法律才出面干预、救济，而在此之前法律似乎并不关心权利义务的具体分配。

英美法系国家一开始就注重**诉讼程序和程序法**。其中一个亮点就是**对抗制诉讼**。对抗制诉讼，又称辩论式诉讼或当事人主义诉讼，其特点是在民事、刑事案件中，当事人双方及其律师通过在法庭上的辩论和询问证人澄清事实。法官不主动询问证人和收集证据，而是站在中立的立场上充当冲突双方的公断人。可以说，对抗制诉讼是英美法中最具特色的制度之一。

考点四 两大法系的演变及发展趋势（☆☆☆）

1. 在法律渊源上，按照传统，大陆法系是以制定法为主，英美法系则以司法判例为主。但之后演变成在大陆法系中，判例作用日益显著，特别在行政法方面；在英美法系国家，制定法日益增多，形成制定法与判例法并重和相互作用

的局面。

2. 在法典化问题上，大陆法系在历史上实行法典化，也就是将基本法律编纂为系统的法典，英美法系在历史上不采用法典形式。但后来发展成英美法系也有少数法律采用法典形式；大陆法系的一些重要法律部门（如行政法和劳动法）并未采用法典。

3. 在法律的分类上，大陆法系有公、私法之分，英美法系则无此划分而存在普通法与衡平法之分。随着国家加强对社会和经济生活的干预，兼具公私法性质的法律日益增多。英美法系国家的法学中也逐渐倾向于公、私法之分。

考点五 其他法系（☆☆）

1. 伊斯兰法系特征

（1）原则上的不变性。伊斯兰法的正当性的唯一根据是：伊斯兰法是神所启示的意志，它并不是以人间的法律创造者的权威为基础的。这种差异所产生的结果之一就是它在原则上是不变的。

（2）法学家的法律。由于神启性导致了原则的不变性，就需要用法源的多样性来克服可能产生的僵化。在这个过程中，法学家的解释、类比起到了非比寻常的作用，其结果是，伊斯兰法学家的著作成了伊斯兰法的化身。

（3）法律与宗教合一。现代，许多伊斯兰国家实行了政教分离，但在宗教和法律的关系上，仍保持了二者的合一。换言之，法律只是宗教的一个方面，法律附属于或依赖于宗教。这方面与犹太教的律法大致相同。

2. 中华法系特征

（1）维护专制制度和宗法等级特权。在中国，正因为长达两千多年的专制历史，才使旧中国留给我们的，封建专制传统比较多，民主很少。

（2）以儒家思想为指导。恰如一个硬币的两面，作为中华民族法律文化而言，儒家思想固有其积极因素，但其中“三纲五常”教义，轻视法律、轻视诉讼忽视权利等思想确实是不利于法制发展的消极因素。

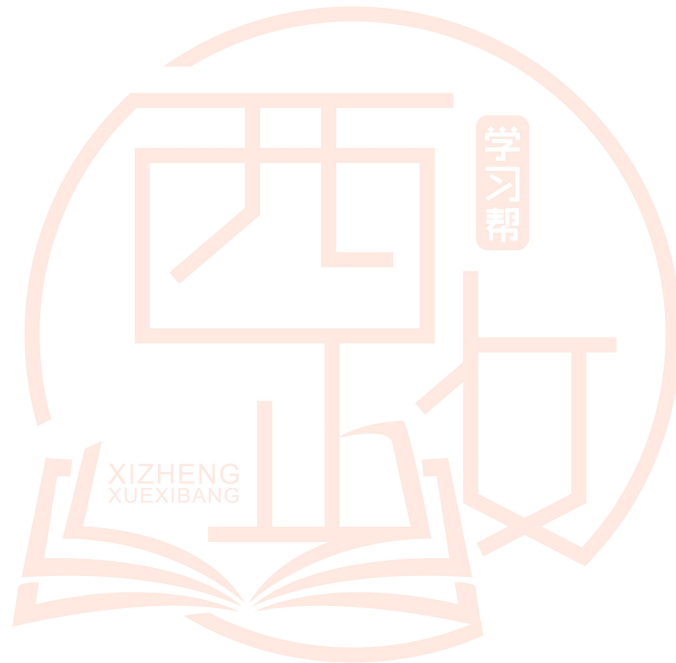
（3）重刑轻民、诸法合体的法律传统。在中华法系的整个法律中，刑法居于最显赫、最重要的地位。其他一切法律，都是围绕刑律，甚至法和刑可以通约。

（4）具有统一性和封闭性。同西欧法律的分散性相比，中国法律具有统一

性，从而也就相应地具有了浓厚的政治性和行政化特质。它远离世界其他国家法律之外独立发展，直至清末。

三、本章练习题

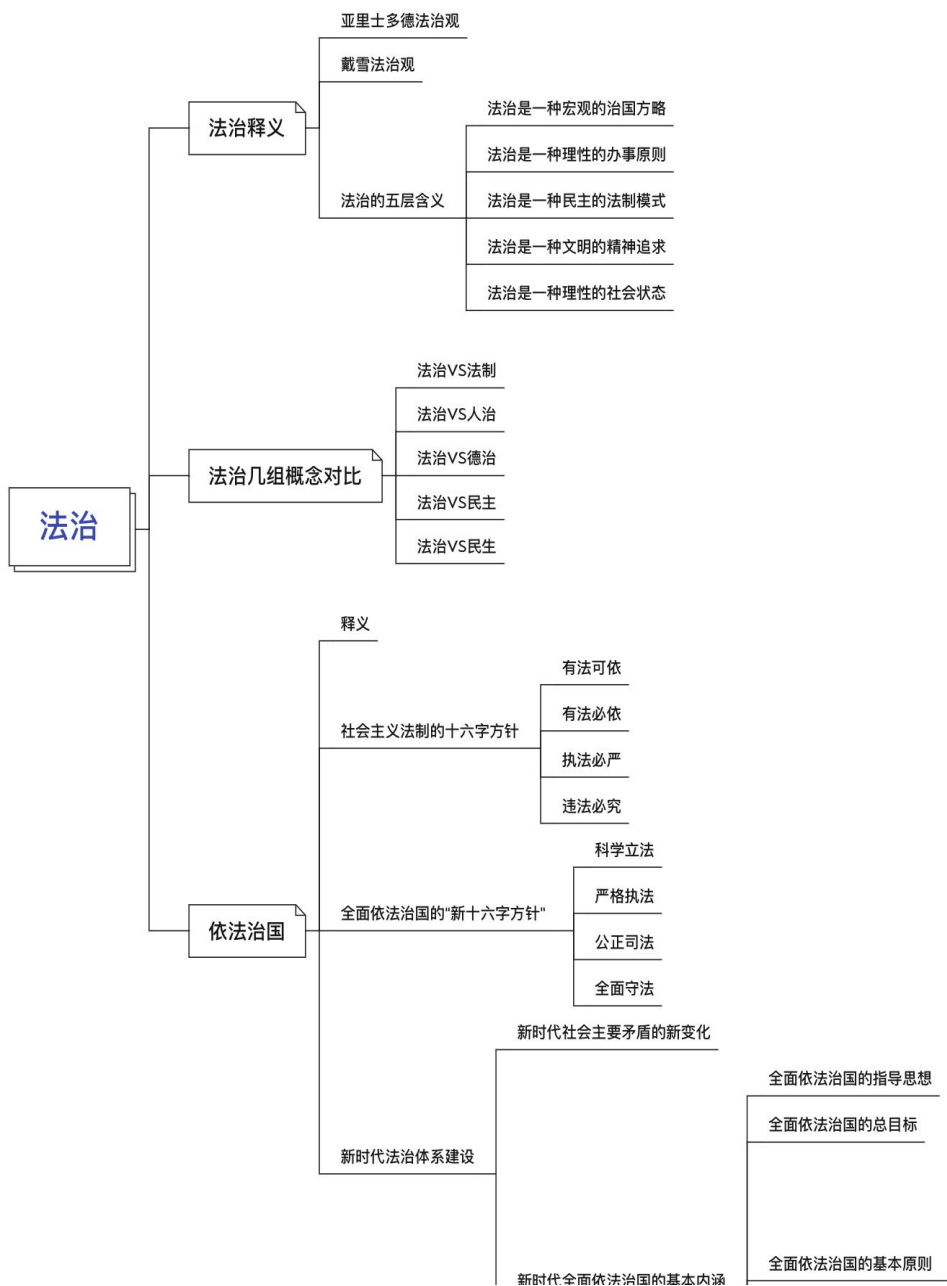
1. 论述英美法系和大陆法系的区别
2. 简述英美法系的特征
3. 简述大陆法系的特征
4. 论述英美法系和大陆法系的发展趋势
5. 判断：我国属于中华法系





第十二章 法治

一、本章思维导图



二、本章重点

考点一 法治（☆☆☆）

1. **概念：**法治，就是指依照法律治理国家的治国思想、治国方式和社会秩序、社会状态。具体包括以下五层含义：

（1）法治是一种宏观的治国方略。在现代法律思想体系中，法治（rule of law）也是首先被作为一种治国方略而提出的，即法的治理或法的统治。法治作



为一种治国方略，是指一个国家在多种手段面前，选择以法律为主的社会控制手段。

（2）法治是一种理性的办事原则。“法治”一词经常又被理解为“依法办事”，不过应当指出的是，“依法办事”只是“法治”的一种内在要求，绝不能等同于“法治”。从“依法办事”的角度来理解，“法治”则有这样一层含义：在制定法律之后，任何人和组织的社会性活动均受既定法律规则的约束。据此，法治也是一个动态概念，包括法律制定、法律实施和法律监督的整个过程，是立法、守法、执法、司法和护法等环节的有机统一，核心是依法办事。

（3）法治是一种民主的法制模式。法治就是民主的法制模式，它必须以民主为社会条件和正当基础。法制并不必然是民主的，法制可以与专制结合，成为专制的工具。法治要求政治的民主化，是治国的方针，是使法律最大限度地发挥作用的原则。法治是与民主制度相伴而生的。有国家、有法律、有法制，如果没有民主政治，或者法律根本是反民主甚至反人类的，当权者特别是国王、皇帝、元首等政要可以不遵守，即事实上不存在普遍守法原则，也就没有法治。

（4）法治是一种文明的精神追求。法治与理念、原则、观念等词联用，如“法治理念”“法治原则”“法治观念”等。离开了法治精神的法律就像一种失去控制的工具，法治的这些精神表现为一整套关于法律、权利和权力问题的原则、观念、价值体系，它体现了人们对法律的价值需要，成为人们设计制度的价值标准和执行法律的指导思想。考察和分析近代以来的法治思想与实践，我们可以对法治所蕴含的法律精神归纳为：法律至上、平等适用、制约权力、权利本位、正当程序等。

（5）法治是一种理性的社会状态。正是在这种意义上，我们常常使用“法治社会”“法治秩序”“法治国家”这样的提法。其社会关系和社会秩序是这样安排的：法律与国家、政府之间，运用法律约束国家与政府权力；法律与人民之间，运用法律合理地分配利益；法律与社会之间，运用法律确保社会公共利益不受权力和权利的侵犯。

2. 法制 VS 法治

（1）静态的理解，认为法制即法律制度。国家的法律和制度就是法制，这是一种广义的法制观。在这种法制观看来，法制就是掌握政权的社会集团按照自

己的意志、通过国家权力建立起来的法律和制度。法制是随着国家的产生而产生的，有国家即有法制，历史上各种不同类型的国家都有自己的法制。

（2）**动态的理解**，认为法制是指一切社会关系的参加者严格地、平等地执行和遵守法律，以及法律制定、法律实施和法律监督等一系列活动的过程，包括立法、守法、执法、司法和护法各环节的有机统一。

（3）**法制与法治既有联系又有区别**，现代法治比法制有更深刻的政治和社会含义。法制属于工具操作范畴，没有民主也可以有法制。法治则属于政治理想的范畴，没有民主就不可能有法治。法制强调秩序，而不一定建立在正当性价值之上。法治是在市场经济基础上、民主政治体制中的治国方略。法制是相对于政治制度、经济制度而存在的一种制度，而法治则显示了法律介入社会的广泛性，即法律必须更加全面、深入地介入社会生活的方方面面。

（4）**法制与法治又是紧密相连的**。从法制向法治的过渡，需要依法治国方略的落实。一方面，只有在法治理念、法治精神的指导下，才有可能建立和健全法制；如果没有法治理念的指引，就不可能有完备的法制。另一方面，只有建立了完备的法制，才能做到有法可依，才能使依法治国方略得以实现；如果没有法制的保障，法治只能是一个空洞的思想主张。

3. 人治 VS 法治

人治作为治国的方法和原则，具有以下含义：其一，人治不等于没有法律，而是借助法律实现专制；其二，人治通过法律建立和稳定统治秩序，但法律不是社会和权力的基础，而是国家最高权力的工具，终究权大于法；其三，大于法的权力不是一般的职权而是极权，在古代社会通常为皇权或王权以及贵族特权。

人治与法治的主要区别在于：**人治强调依靠统治者个人的作用**，要求把权力给予统治者个人；而**法治则强调通过法律治理国家**，要求一切国家机关和各级领导者都要依法办事，坚持法律面前人人平等，严格依照法定权限、规则、程序行使权力、履行职责，不允许有凌驾于法律之上的个人特权。简言之，人治所强调的是个人的作用；而法治所强调的是法律的权威。

4. 法治 VS 德治

所谓德治，即以德治国，主张用伦理道德来治理国家、调整社会关系。

法律是成文的道德，道德是内心的法律。法律和道德都有规范社会、维护社

会秩序的作用。法治和德治有各自的功能优势和局限，且互为优势和局限。法治的功能优势是德治的功能局限，法治的功能局限是德治的功能优势，法治和德治因此得以成为不可偏废的治国路径。

发挥法治与德治各自的功能优势，有赖于在它们之间的良性互动。一方面，在强调法治时，不能否定德治。以道德滋养法治精神、强化道德对法治文化的支撑作用。要重视发挥道德的教化作用，大力弘扬社会主义核心价值观，弘扬中华传统美德，培育社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德。在新时代，尤其要大力提高领导干部的政德建设水平，明大德、守公德、严私德。另一方面，在强调德治时，不能否定法治。要重视发挥法律的规范作用，大力弘扬法治精神，以法治体现道德理念，强化法律对道德建设的促进作用。

5. 民主 VS 法治

所谓现代民主，就是遵循预定的程序，在平等基础上少数服从多数，从而实现大多数人的统治，即建立在服从多数、遵循程序和保护少数等基本原则基础上的现代政治制度或国家制度，并由此影响到人们的思想观念和日常行为；其核心是人民当家做主，真正享有各项权利和自由，享有管理国家和其他一切社会事务的权力。

（1）民主和法治相互依存，相互渗透。民主政权是现代法治存在的前提，没有作为国家制度的民主事实的存在，就不可能创立法治；离开了民主制度、民主程序，就不可能制定出具有科学性与人民性的法律。从立法到护法，每一个环节都离不开民主。同时，没有法治确认民主，人民的权利就会失去保障，民主所追求的目标就形同虚设；没有法治规定和确认民主权利的范围，行使民主权利的原则、程序和方法，社会就会混乱，民主就会成为“多数人的暴政”。而且，民主程序是现代民主的一个基本原则，而民主程序必须由法律来规定、确认和保障，所以也是一种法律程序。

（2）民主和法治相互制约，彼此平衡。这主要表现在，民主是法治的内容和价值取向，民主权利的内容直接由法律确认和规定，而且，行使民主权利的程序和方法也必须以法律为依据；法治必须体现人民的意志和利益，必须是凝聚、引导和规范民主的力量，反映民主发展的要求，民主程序和民主程度都直接影响法治作用的范围。



总之，民主建设应在法治轨道上进行，从而实现民主的法治化；同时，法治建设也要纳入民主的轨道，从而实现法治的民主化。既不能将二者割裂开来，更不能将二者对立起来。

考点二 依法治国（☆☆☆）

1. 释义：依法治国，就是依照体现人民意志和社会发展规律的法律治理国家，而不是依照个人意志治理国家；要求国家的政治、经济运作以及社会各方面的活动统统依照法律进行，而不受任何个人意志的干预、阻碍或破坏。简言之，依法治国就是依照法律来治理国家。

2. 社会主义法制“十六字方针”

“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”即社会主义法制“十六字方针”，是依法治国的最低要求或基本内涵。

（1）有法可依

有法可依，是指国家应当高度重视和加强立法工作，逐步建立起完备的法律体系，这是依法治国的前提。之所以把有法可依放在依法治国的首要地位，作为建立法治国家的前提条件，原因在于，只有经过国家机关将人民的意志制定成法律，才能借助于法律手段对整个社会进行管理，使国家的各项事业有章可循。

法律是公意的体现，是人们自己意志的记录，所以，人人必须遵守法律。我国是人民当家做主的国家，有了完备的法律，才能使国家机关执法有准绳，办事有依据，才能有效地保护人民的权利，才能更好地维护社会秩序，实现人民的意志。所以，要依法治国，没有法律是绝对不可能的。“法律不可一日废之于国”。我国和世界各国的历史都已反复证明了这样一个真理：有法则治，无法则乱。

（2）有法必依

有法必依，即普遍守法原则，指的是法律制定以后的整个实施过程，要求一切国家机关政党、社团和公民在自己的活动中，必须严格遵守和执行国家法律，依法办事。这是依法治国的中心环节。

有法可依的目的是有法必依。法律制定出来以后，仍旧是静态的东西，关键还在于如何使静态的法律作用于人们的行为，使法律得到普遍遵守。如果有了法律，而把它束之高阁，就不会发生实际作用。社会主义法律体现了人民的意志，

反映了客观规律，具有人民性和科学性，遵守法律，就是按人民的意志办事。能否做到有法必依是衡量一个国家是不是依法治国的标志。

（3）执法必严

执法必严，是指国家机关在执行法律的过程中，必须切实依照法律规定的**内容、精神和程序**办事，维护法律的**尊严和权威**。这是依法治国的重要支撑。

如果国家机关，尤其是司法机关不能严格地执行国家的法律，甚至执法犯法，那么，建设法治国家则无从谈起。法治的关键于治吏，所以，必须对国家机关工作人员严格要求，他们不仅要具备应有的法律知识，还必须具有良好的政治素质和崇高的和刚直不阿的职业道德，从而做到严格依法办事，严肃执行法律。

这里需要明确的是，**不能把执法必严的“严”等同于“刑事处罚”，更不能等同于一律“严厉打击”**。执法必严的“严”，并非不问案件的性质和情节，一律从严，实行严刑峻法。这里主要是指，**执法人员应当严格地按照实体法和程序法的规定办事，以严肃的态度严明地执行国家法律，以严谨的作风处理各种案件**。公正执法，不得徇情枉法；廉洁执法，不得贪赃舞弊。否则，如果执法不严，不仅会破坏法律的严肃性和尊严，还会损害国家和公民的根本利益。

（4）违法必究

违法必究，是指对一切违反宪法和法律的行为都必须依法平等地予以追究和制裁，任何组织和个人都不能例外。违法必究的“违法”，不仅指一般地违反法律，而且还包括对于违反宪法的行为也要加以追究；同时，还指一般的违法和犯罪。这里的关键是要坚持公民在法律面前一律平等、反对各种特权现象，必须有一个完善的法律监督体系，特别是要加强对执法机关和人员的监督。

总之，上述四个方面的要求，是相互联系、相互制约的有机整体。其中，有法可依是前提，有法必依是关键或中心环节，执法必严和违法必究是对有法必依的进一步强调。这四个方面是依法治国的最低要求和基本内涵。片面强调某一方面而忽视其他任何一个方面，都不能做到严格依法办事，最终难以建立社会主义法治国家。

考点三 全面依法治国的“新十六字方针”（☆☆☆）

“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”是依法治国、建设社会主义

法治国家、实现法治中国伟大目标的“新十六字方针”。

（一）科学立法

实行法治，必须立法先行；提高立法质量，必须坚持科学立法、民主立法、依法立法。建设法治国家，实现良法善治要求所依的“法”必须是良好的法律，即符合时代精神和人民利益的法律。

科学立法，要求确反映和体现所调整社会关系的客观规律，同时遵循法律体系的内在规律。实现科学立法，必须坚持以科学的理论为指导，从国情和实际出发，科学合理地规范公民、法人和其他组织的权利与义务，科学合理地规范国家机关的权力与责任，立符合法治精神的法、立人民群众拥护的法、立改革发展急需的法，使法律符合经济社会发展要求，真正经得起实践和历史的检验。

（二）严格执法

法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施。严格执法是建设法治政府的重要内容，是实现法治社会的必要保障。没有执法的规范化和程序化，法治政府建设就会有重大缺陷和严重不足。没有严格依法执法和规范文明执法，社会就难以有序运转，公民、法人的合法权益也就难以得到维护，法治社会建设也就无从谈起。

（三）公正司法

公正是司法的生命线。随着社会主义法治建设的不断推进，中国特色社会主义司法制度不断完善。然而，由于各种原因，司法不公的现象仍时有发生，人民群众对此反映强烈。司法不公的深层次原因，主要在于司法体制不完善、司法职权配置和权力运行机制不科学、人权司法保障制度不健全。要消除各种司法不公、司法腐败，必须深化改革，推进司法体制综合配套改革，推进以审判为中心的诉讼制度改革，从而不断提高司法公信力和群众满意度。

（四）全民守法

全民守法是全面依法治国、建设社会主义法治国家的基础，是实现法治中国伟大理想的必由之路。首先，要进行全民普法。全民普法是培养全民守法意识的必经途径，国家机关不仅要执法、守法，还要肩负起全民普法的重任。其次，领导干部要带头守法。全面依法治国必须抓住领导干部这个“关键少数”。最后，人民群众要遇事找法。公民不仅是法治中国前行的受益者，更应该是社会主义法

治的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者。

现在，法治中国的建设任务已经提上日程。建设法治中国，必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，必须坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，从而形成中国特色社会主义法治体系。

考点四 新时代法治体系建设（☆☆☆）

（一）全面依法治国的指导思想

全面依法治国，必须贯彻落实党的十九大精神，高举中国特色社会主义伟大旗帜，以马克思列宁主义毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观、习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，认真学习领会习近平法治思想，坚持党的领导、人民当家做主、依法治国有机统一，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，坚决维护宪法法律权威，依法维护人民权益、维护社会公平正义、维护国家安全稳定，为实现“两个一百年”奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦提供有力法治保障。

（二）全面依法治国的总目标

具体就是，在中国共产党领导下，坚持中国特色社会主义制度，贯彻中国特色社会主义法治理论，形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完善的党内法规体系，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，促进国家治理体系和治理能力现代化。

（三）全面依法治国的基本原则

1. 坚持中国共产党的领导。党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，是社会主义法治最根本的保证。把党的领导贯彻到依法治国全过程和各方面，是我国社会主义法治建设的一条基本经验。必须坚持党领导立法、保证执法、支持司法、带头守法，把依法治国基本方略同依法执政基本方式统一起来。

2. 坚持以人民为中心。人民是依法治国的主体和力量源泉。必须坚持法治建设为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民，以保障人民根本权益为出发点和落脚点，保证人民依法享有广泛的权利和自由、承担应尽的义务，维护社会公平正义，促进共同富裕。

3. 坚持法律面前人人平等。平等是社会主义法律的基本属性。任何组织和个人都必须尊重宪法法律权威，都必须在宪法法律范围内活动，都必须依照宪法法律行使权力或权利、履行职责或义务，都不得有超越宪法法律的特权。必须维护国家法制统一、尊严、权威，切实保证宪法法律有效实施，绝不允许任何人以任何借口任何形式以言代法、以权压法、徇私枉法。必须以规范和约束公权力为重点，加大监督力度，做到有权必有责、用权受监督、违法必追究，坚决纠正有法不依、执法不严、违法不究行为。

4. 坚持依法治国和以德治国相结合。必须一手抓法治，一手抓德治。要把法律和道德的力量、法治和德治的功能结合起来，把自律和他律结合起来，推动法治和德治相互补充、相互促进、相得益彰。

5. 坚持从中国实际出发。中国特色社会主义道路、理论体系、制度是全面依法治国的根本遵循。必须从我国基本国情出发，同改革开放不断深化相适应，总结和运用党领导人民实行法治的成功经验，围绕社会主义法治建设重大理论和实践问题，推进法治理论创新，发展符合中国实际、具有中国特色、体现社会发展规律的社会主义法治理论，为依法治国提供理论指导和学理支撑。汲取中华法律文化精华，借鉴国外法治有益经验，但决不照搬外国法治理念和模式。

（四）法治体系建设在新时代面临新任务

1. 完备的法律规范体系。首先要依宪立法；其次要贯彻党的方针政策，使党的主张和人民意志通过法定程序统一起来；最后要规范立法，促进立法内在协调。

2. 高效的法治实施体系。包括加强宪法实施，推进合宪性审查工作，维护宪法权威，推进依法行政，严格规范公正文明执法，加大普法力度，建设社会主义法治文化，树立宪法法律至上、法律面前人人平等的法治理念。尤其值得注意，深化司法体制改革，是建设高效的法治实施体系的核心和重要依托。

3. 严密的法治监督体系。法治监督体系的重心是加强对公权力的监督。行政权力具有管理事务领域宽、自由裁量权大等特点，法治监督的重点之一就是规范和约束行政权力。

4. 有力的法治保障体系。党的十九大报告特别强调，“党政军民学，东西南北中，党是领导一切的。”“坚持党的领导是当代中国的最高政治原则，是实现中华民族伟大复兴的关键所在，没有中国共产党坚强有力的领导，中华民族将是一

盘散沙。”党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，是社会主义法治最根本的保证。

5. 完善的党内法规制度体系。新时代要求从党内法规的制定、备案、解释、执行等方面，进一步加强党内法规制度建设；要求从理论和实践层面理顺党内法规和国家法律的关系；同时，对党内法规在从严治党、管党方面的效用进行评估，为修改完善党内法规提供依据。

总之，全面依法治国，建设中国特色社会主义法治体系，是习近平新时代中国特色社会主义思想的基本方略之一，是习近平法治思想的核心要义之一，也是实现中华民族伟大复兴的中国梦、建设社会主义现代化强国的有力保证。

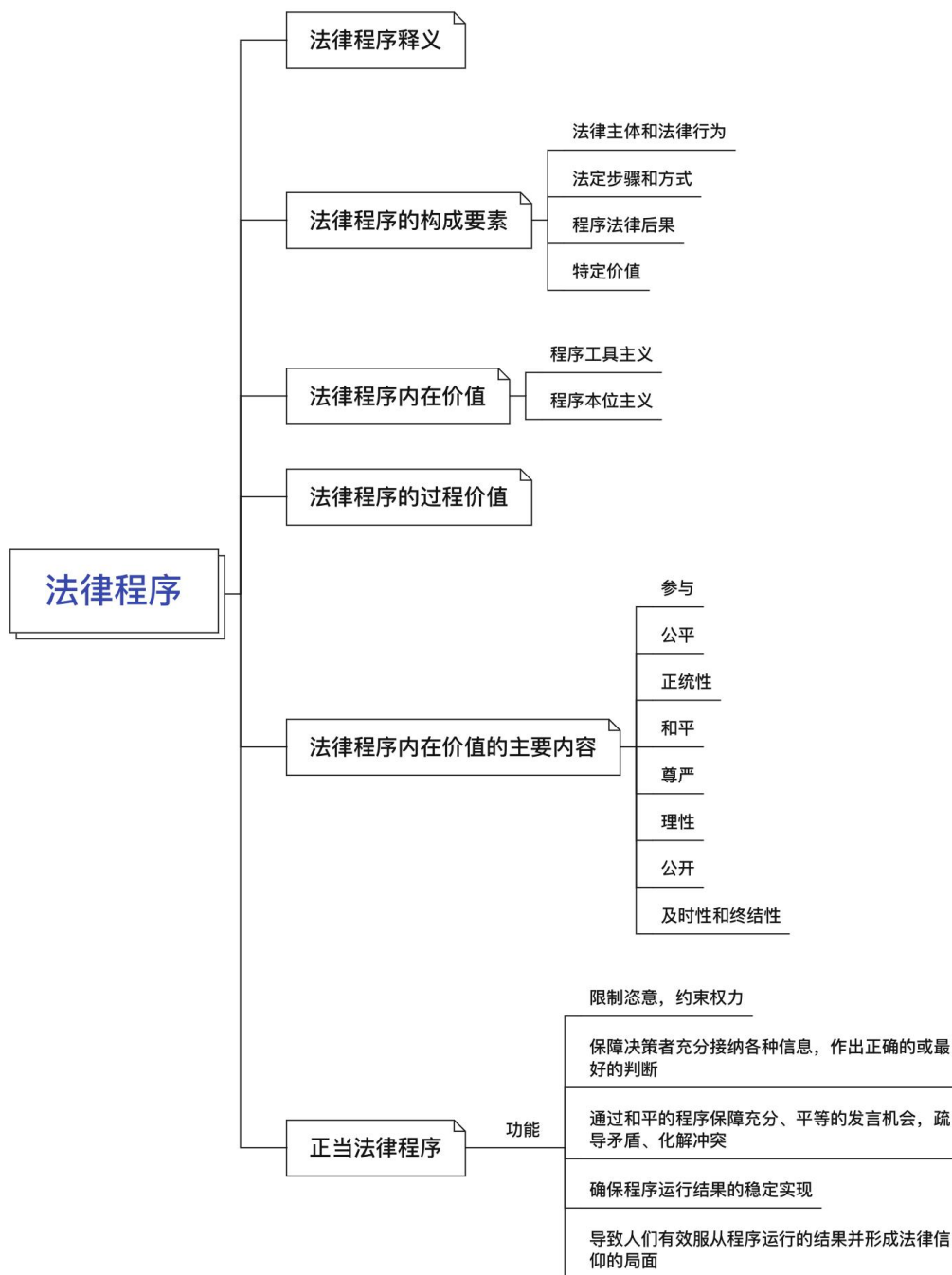
三、本章练习题

1. 论述如何利用法治推进社会治理能力
2. 论述如何构建安全、绿色的网络空间
3. 论述如何构建生态法治
4. 论述如何推进司法公正
5. 【选择题】下面关于社会主义法治理念本质属性的相关内容，说法不正确的是（ ）
 - A. 坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的统一，是社会主义法治理念的本质属性
 - B. 坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的统一是区别与西方资本主义法治理念的根本和灵魂
 - C. 坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的统一是坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上的必然要求
 - D. “三者统一”既是我国民主法治建设的经验教训的总结，也是历史和现实的必然要求



第十三章 法律程序

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法律程序概述（☆☆☆）

1. 概念：法律程序属于行为程序，为了达到一定的法律目的，人们通过法律



预先设定一些行为方式和行为步骤，通过对这些步骤和方式的遵循，获得确定的法律后果。所以法律程序就是人们进行法律行为所必须遵循的法定步骤和方式。

2. 法律程序的构成要素（☆☆）

（1）**法律主体和法律行为**。法律程序中的法律主体是参与法律程序，享有法律权利并承担法律义务的主体。

（2）**法定步骤和方式**。法定步骤和方式是法律程序对行为所进行的规定。法律程序对法律行为的规定是通过规范行为发生的步骤以及方式来实现的。

（3）**程序法律后果**。程序法律规范和实体法律规范一样，必须具备法律后果这一要件。同样，也包括**肯定性法律后果**和**否定性法律后果**。肯定性法律后果使程序法律行为有效，而否定性法律后果使程序法律行为无效。

（4）**特定价值**。法律程序总是和特定价值联系在一起，因为法律程序必然表达了人们的某种愿望，满足了人们的某种需求。

考点二 法律程序的内在价值（☆☆☆☆）

1. 程序价值主义 VS 程序工具主义

法律程序本身包含了过程和结果两个部分，从价值角度来看，这两个部分在很多时候是统一的，既实现了作为过程的程序正义，也实现了作为结果的实体正义。然而，有时候，这两个部分并不一定能够完全统一：在过程中我们采用了良好的方法，但不一定达到良好的结果；或者达到了良好的结果，却不一定是通过良好的方法。

程序工具主义偏重于实现法律程序的结果价值，即实现实体正义，而程序正义受到忽略；程序本位主义偏重于实现程序的过程价值，即贯彻法律程序的内在道德，这种做法实现了程序正义，却忽略了实体正义。其实，程序工具主义和程序本位主义的极端化，都不可能完美地实现法律程序的价值。所以，法律程序的价值实现必须兼顾过程和结果，是过程价值与结果价值的共同实现。

法律程序的过程价值即法律程序的内在价值，具体是指法律程序作为一个过程所具有的，不依赖其结果而存在，并可以作为评价该法律程序“好坏”的那些标准。由于法律程序是人们的法律行为所遵循的法定步骤和方法，因而每一

步骤和方法的设定都有各自的结构和功能，构成了相应的程序规则。

考点三 法律程序内在价值的主要内容（☆☆☆☆）

1. 参与

参与价值是民主社会对法律程序的普遍要求。民主的实质是排除权力的个人或少数人专断要求权力的民众参与。参与价值不仅体现在民主的立法程序中每个人都能表达自己的意见，也体现在法律适用过程中利害关系人都有被告知和陈述意见的机会。参与价值本身具有独立性，“参与”体现了人作为自己主人的愿望。同时，参与价值也有助于实现一种好的结果，如有助于良好法律的制定以及法律的正确适用。

2. 公平

公平即公正与平等。公平首先指程序中立。中立是指法律程序中法律适用者的立场，它体现了自己不能成为自己案件的法官这一自然正义原则。只有中立才能带来公正的实现。

3. 正统性

正统性也称合法性、正当性。主要指法律程序被公众认可而具有权威性。

4. 和平

和平是指程序本身良好的、和谐的秩序。法律程序的设计原本就有避免社会暴力和纠纷的目的。

5. 尊严

尊严价值的体现是要将人视为人本身，人就是目的而非手段。每个人都拥有平等的被尊重的权利。

6. 理性

法律程序的理性是指程序能够产生合乎逻辑的结果，它符合人们的理性思维，能够被认可。

7. 公开

程序公开能够满足人们了解程序运行的愿望，获知相关信息并有效参与，也使人们能够对程序运行进行监督，促进程序正确运行。

8. 及时性和终结性

及时性既反对拖延，也反对急速，它要求程序按照既定阶段来运行，并且最

终使程序运行的后果在相应时段出现。**终结性**反对法律程序随意被延长，以便在确定的时间获得确定的结果。及时性和终结性有利于提高诉讼效率，降低诉讼成本。

考点四 正当法律程序的功能（☆☆☆☆）

1. **限制恣意，约束权力**。在法律程序中，既有决定者也有被决定者，权力的赋予并不均匀，因而只有权力受到彼此控制，才能保持人与人之间的相互平衡，防止权力滥用。创制法律程序的主要目的之一就是限制程序运行中的恣意现象，最后达到良好的结果。法律程序限制恣意的功能主要来自程序的自治性，具体而言，达到程序自治性的活动由分化和独立构成，“分化是指一定的结构和功能在进化过程中演变成两个以上的组织或角色作用的过程。”

2. **保障决策者充分接纳各种信息，作出正确的或最好的判断**。法律程序有助于决策者全面接纳信息。因为法律程序的参与原则，在法律制定和实施程序中，由于有公众的参与，决策者不得不排除自己的主观偏见，全面考虑各种信息、观点和意见。法律程序既要保持公开性也要保持开放性。

3. **通过和平的程序保障充分、平等的发言机会，疏导矛盾，化解冲突**。正当的法律程序，排除了专断和恣意，能够公正地维护社会秩序，使社会中随时可能会升级的矛盾冲突有了一个公开的、和平的、有序的解决方式，从而舒缓社会冲突。法律程序的这种功能只能通过平等尊重社会中的每个人来实现。

4. **确保程序运行结果的稳定实现**。社会纠纷的解决忌讳循环往复和程序运行结果的不确定性。这种不确定性会给社会纠纷的解决埋下隐患。法律程序具有及时性和终结性，这一点确保在确定的时间内出现确定的结果，进而使人们可以期待社会纠纷解决的终止之期。

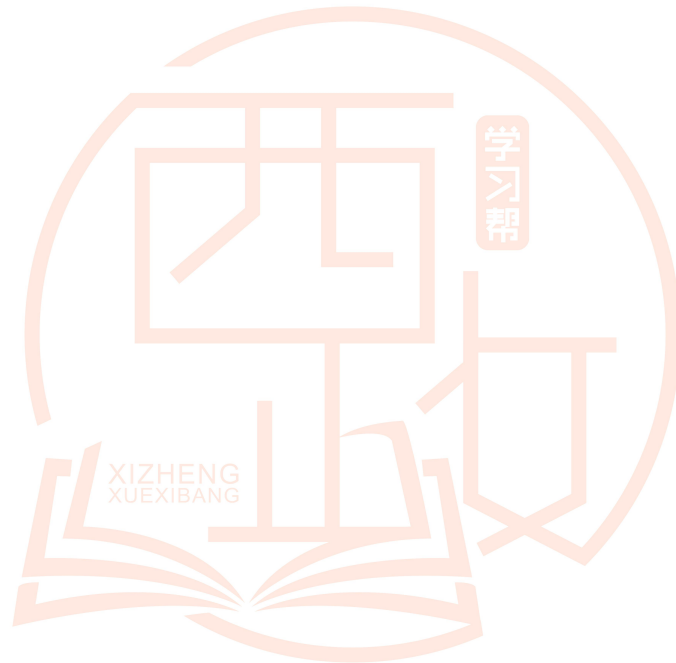
5. **导致人们有效服从程序运行的结果并形成法律信仰的局面**。正当法律程序的运行，还有利于巩固人们的法律信仰。人们对法律的信仰不仅仅是由于法律文件中所标榜的正义，还在于这种正义是能够被实现的正义。正当法律程序的运作不仅使实体正义有了公正的实现渠道，而且，还能将人们所期待的程序正义付诸现实，人们对法律的信心和信念由此产生。

三、本章练习题

1. 论述法律程序的作用

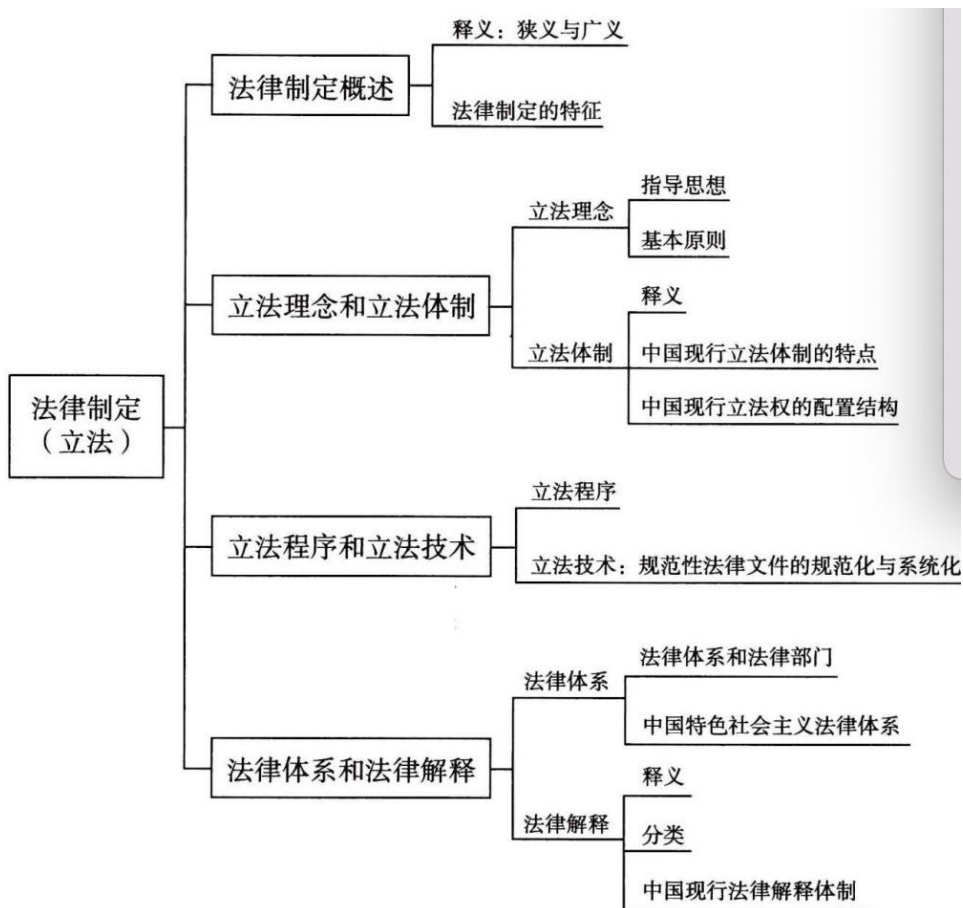


2. 何为程序工具主义与程序价值主义
3. 论述法律程序的主要内容
4. 为何强调法律程序
5. 【选择题】公平正义是人类社会的共同理想，是和谐社会的基本内容和特征，下列对公平正义的理解哪一选项是不正确的？（ ）
 - A. 公平正义是法律的灵魂，更是社会主义法律工作中的信仰
 - B. 在社会组织和个人合法权益受到侵害时，要给予平等的救济
 - C. 只要程序公正，实体则必然公正
 - D. 实现公平正义，必须同时兼顾公正与效率



第十四章 法律制定

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法律制定概述 (☆☆)

1. **概念**: 我国法学界对“立法”一词有狭义和广义两种理解。**狭义的解释**是, 根据我国现行《宪法》的有关规定, 立法专指全国人民代表大会及其常设机关制定法律这种特定规范性文件的活动。**而从广义来看**, 立法是指国家专门机关遵循掌握国家政权的社会集团的意志, 根据一定的指导思想和基本原则, 依照法定的权限和程序, 使之上升为国家意志从而创制、修改和废止法律的专门活动。

2. 法律制定的特征

(1) **法律制定是国家的一项专门活动**。从权力结构上分析, 现代国家职能包括立法职能、行政职能、司法职能等, 而立法职能主要是通过法律创制活动实



现的，并且法律制定为其他两项国家职能的履行和实现提供了标准和依据。

（2）法律制定既包括有立法权的专门国家机关进行的立法活动，也包括经授权的国家机关进行的立法活动。

（3）法律制定是依照法定程序进行的活动，违反法定程序而制定的法律无效。

（4）法律制定是一项包括多种形式的法律变动的专门活动。立法活动既包括创制法律即制定新的法律，也包括对已有的法律进行补充、修改甚至废止。

考点二 立法理念和立法体制（☆☆☆）

1. 立法指导思想：就是立法的理论根据，是指立法中具有普遍的、根本指导意义的思想，是体现主权者的根本利益和整体意志，并形成比较系统的理论形态的世界观和方法论。它体现了立法者要遵循什么样的宗旨来制定法律，以及要制定出什么样的法律。

2. 立法的基本原则

（1）科学立法原则。科学立法原则，即实事求是，从实际出发的立法原则。科学立法要求立法工作必须坚持从我国国情出发，从实际出发，不能从愿望和幻想出发，不能从本本和概念出发，也不能照搬照抄西方发达国家的既有立法成果。要始终把我国改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践，作为我们立法的基础。

立法必须反映客观规律。“实事求是”中的“是”，即客观事物的内在联系，亦即规律性。实事求是的一个根本问题，就是如何正确地反映客观规律。这就要求立法者不能带有主观随意性，不能主观臆造，而必须把立法工作建立在对它所规定事情的本质和发展规律的深刻认识的基础之上，必须能正确地反映客观事物的本来面貌。

（2）法制统一，依法立法原则。

坚持法制的统一原则即立法要坚持以宪法为核心和统率，任何法律、行政法规和地方性法规都不能同宪法相抵触，行政法规不得同法律相抵触，地方性法规不得同法律抵触，法律法规的规定之间要衔接协调，不能相互矛盾。

我国是统一的社会主义国家，法制的统一是维护国家统一、政治安定、社



会稳定、促进经济协调发展和社会全面进步的基础，是完善社会主义市场经济体制的重要保障。只有坚持立法的法制统一原则、做好立法工作，才可能建设中国特色的社会主义法律体系，形成以宪法为统率、法律为主干，包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等规范性文件在内的、由不同部门、不同层次的法律规范组成的协调统一的整体。

但是，我国各地经济、文化、社会发展很不平衡，市场经济还不完善，整个国家处于改革转型的时期，法律规范之间的关系比较复杂。所以，要在坚持法制统一的前提下，建立既统一又分层次的立法制度。

（3）民主立法原则。

民主立法原则，也可称为“民主集中制和群众路线原则”。从根本上说，在立法过程中，要认真贯彻群众路线，实行“从群众中来，到群众中去”的工作方法，使国家专门立法机关立法和群众参与相结合。

在立法过程中贯彻民主原则，实行立法的民主化，使广大群众能够直接或间接地参与国家法律的制定，具体体现为立法程序的民主化。立法程序民主化的实现，取决于直接民主和间接民主的结合，特别是把间接民主切实地建立于直接民主的基础上。

（4）尊重和保障人权原则。

在立法工作中尊重和保障人权，首先要求通过立法积极具体地落实和保障宪法赋予公民的一切权利和自由。在立法中，既要考虑我国民主法制建设尚处于初始阶段、立法经验尚不足的因素，还要考虑国家和社会正处于改革和转型时期，不少问题尚难以厘清的因素，以及一些宪法权利目前还难以通过立法予以保护的要素；同时，也要看到通过立法保障人权对于实践宪法有关保障人权的规定、维护宪法权威的重要性和紧迫性。

此外，在中国当前的立法工作中，也要强调坚持总结经验与科学预见相结合原则，原则性与灵活性相结合原则，法律的稳定性、连续性和适应性相结合原则，等等。

考点三 立法体制

1. 中国先行立法体制（☆☆☆☆）



立法体制是指关于立法权配置方面的组织制度，其核心是立法权限的划分问题，即在一个国家中，哪些主体享有立法权或可以参与立法，各立法主体享有哪些立法权限。

中国现行立法体制是一元立法体制，即实行中央集中统一领导，强调国家立法权属于中央。所谓“一元”，是指全国范围内只存在一个统一的立法体系。我国现行《宪法》第 58 条规定：“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”中国现行立法体制是**两级并存的立法体制**，即中央一级的立法和地方一级的立法同时存在。**中国现行立法体制是多类结合的立法体制**。全国人民代表大会作为最高国家权力机关，享有最高的国家立法权，行使修改宪法以及制定和修改刑事、民事、国家机构和其他基本法律的职权。

（2）中国现行立法权的配置结构（☆☆☆）

1. 中央立法权。

中央立法权包括国家最高权力机关的立法权、最高行政机关及中央军事委员会的立法权两类。前者由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会享有并行使；后者是由国务院及其所属部门、中央军事委员会及其各总部享有并行使。

2. 地方立法权。

地方立法机关的立法权和地方行政机关的立法权。

3. 关于授权立法问题。

我国的授权立法实践早在 1984 年 9 月 18 日，全国人大常委会就通过了《关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行的决定》，但在《立法法》出台之前，却没有专门的关于授权立法的法律规定。

授权立法也是 2015 年 3 月 15 日第十二届全国人民代表大会第三次会议《立法法》修订完善的一个重点，修订之后，原《立法法》中有关授权立法的内容更加明确和完善。

4. 关于特别行政区的立法权问题。

依照“一个国家，两种制度”的构想所制定的《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》，使中国地方立法权的情形有了一种全新的形态，也使我国一元二级立法体制有了新的特点。

考点四 法律体系（☆☆）

法律体系，是指一个国家现行所有的法律规范，依照一定的原则和要求，根据调整对象和调整方法的不同，划分为若干法律门类，并由这些法律门类及其所包括的不同法律规范形成的相互联系、有机统一的整体。**简单地说，法律体系就是部门法体系。**

所谓法律部门，又称部门法，是根据一定标准、原则所制定的同类法律规范的总称。

在中国特色社会主义法律体系的完善过程中，必须把握好以下四点：

1. **不能套用西方的法律体系来改造中国的法律体系。**外国法律体系中有的法律，不符合中国国情和实际的，中国不搞；外国法律体系中没有的法律，但中国现实生活需要的，要及时制定。

2. **行政法规和地方性法规都是法律体系的重要组成部分。**对用法律来规范尚不具备条件的，可依法制定行政法规和地方性法规，待取得经验、条件成熟时再制定法律；对一些地方事务和具有民族地区特点的事项，可依法制定地方性法规或自治条例、单行条例进行规范。

3. **要区分法律手段和其他调整手段的关系，需要用法律调整的事项才需要通过立法来规范，以更好地发挥法制的功能和作用。**

4. **法律体系是动态的、开放的、发展的，本身就有一个与时俱进的过程。**中国目前正处在社会转型期，法律体系具有阶段性和前瞻性特点，今后仍然需要适应客观形势的发展变化，继续制定新的法律和修改原有的法律，使法律体系不断发展和完善。

考点五 法律解释（☆☆☆☆）

1. **释义：**法律解释（legal interpretation），是指一定的解释主体按照一定的标准和原则，对法律的含义以及法律所使用的概念、术语等作进一步说明的活动。

2. **法律解释的必要性或实践意义主要在于：**

（1）**法律解释能够为法律实施提供比较具体的标准，缓和法律的抽象性与社会生活的复杂性之间的矛盾。**法律作为一种书写作品，借助于普通词汇，反映



立法者的意志，具有抽象性、概括性；同时，法律规范所针对的是一般的人或事，通常只规定了一定行为或关系的原则特征。而在法律的实施过程中，人们遇到的却是千差万别的具体的社会行为或社会关系，具有个别特定性的特点。只有准确地理解和阐明法律规定的含义，才能把它运用到具体的社会生活中。所以，法律实施以法律解释为前提，准确的法律解释是实施法律的必要条件。

（2）就我国现实状况而言，法律解释是使法律符合时代精神、适应社会发展并维护法制统一的必要手段。法律解释是联结立法的历史背景与社会现实条件，从而使法律从“纸上的”变为“行动的”桥梁。

（3）法律解释是弥补法律本身存在的漏洞，是使法律适应社会不断发展并且保持法律自身稳定的需要。通过法律解释，便可以对不明确的法律条款进行价值补充，克服制定法滞后的弊端，从而联结立法意图与司法目的。在这个意义上，法律解释作为平衡和协调立法权与司法权的重要机制，也是发展法律的一个重要方式。

3. 法律解释的分类（☆☆）

（1）根据解释手段或解释角度的不同，法律解释可分为文理解释、论理解释和法意解释。

（2）根据解释尺度或解释结果的不同，法律解释可分为字面解释、扩充解释和限制解释。

（3）根据解释的效力的不同，法律解释可分为正式解释和非正式解释。

4. 中国现行法律解释体制（☆☆☆☆）

1. 立法解释

立法解释是指由制定法律规范的机关对法律规范所作的解释。立法解释的作用，不仅是对不确定或不明确的法律条文本身进行分辨歧义和明确界限，从而使法律原有的、当然的或可能包括的含义明确化、具体化，而且还包括完善、补充法律漏洞甚至扩充法律条文的基本含义。

我国立法解释的方式有两种：一是事前解释，包括法律文件本身附带解释性条款，立法机关在规范性法律文件中直接附带关千某些条文含义的说明；另行制定法律如实施细则以解释原有法律，以免在应用中发生疑义；法律在提请审议通过时所附带的说明。二是事后解释，又称为特别解释，即就已生效的法律规范中



需要进一步明确界限或作补充规定的事项进行解释。

全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。

2. 司法解释

在我国，司法解释就是指由最高人民法院和最高人民检察院对审判和检察工作中具体应用法律问题所作的具有普遍司法效力的解释。

司法解释只能就司法工作中具体应用法律的问题而作出，诸如：（1）对法律规定不够具体明确而使理解和执行有困难的问题进行解释；（2）由于情况的变化，对某类案件的处理依据因有不同理解而需作出解释；（3）为统一审理案件的标准而就某一类具体案件说明应如何理解和执行某些法律规定；（4）对各司法机关之间应如何依据法律规定的精神相互配合审理案件而进行解释。

在实践中，最高人民法院的司法解释的形式分为“解释”“规定”“批复”三种；最高人民检察院的司法解释文件采用“解释”“规定”“规则”“意见”“批复”等形式。

3. 行政解释

所谓行政解释，是指国家行政机关在行政管理活动中，对有关法律法规如何具体应用贯彻的问题所作的说明。在我国，立法机关一般都将其制定的法律、法规交由同级行政机关加以解释，这些解释经常表现为行政法规或规章的形式，因而，其本身既是一种法律解释形式，又是一种法律渊源。

中国现行法定法律解释体制的特点有：（1）立法部门主导，即立法部门特别是全国人民代表大会常务委员会处于支配地位，全国人民代表大会常务委员会的立法解释具有高于司法解释和行政解释的效力；（2）集中垄断，即由不同领域的职能主管部门统一行使本领域的法律解释权；（3）分工配合，既包括“进一步明确界限”与“具体应用”两种法律解释的分工配合，又包括部门领域间的分工配合，即中央部门和地方部门之间的分工配合，立法部门、司法部门和行政部门之间的分工配合，司法部门相互间和行政部门相互间的分工配合。

三、本章练习题

1. 简述立法基本原则
2. 简述我国现行法律体制及特征
3. 简述我国立法体制



4. 论述如何完善中国特色社会主义法律体系

5. 法律解释的作用

6. 【选择题】

(1) 关于法律解释与法律推理，下列说法错误的是（ ）

A. 民庭某法官在庭审中对当事人所做的法律是非正式解释

B. 某律师在接待当事人咨询对法律所做的解释是非正式解释

C. 法律推理与自然科学研究中的推理是一样的，都是一种寻求真理与真相的推理

D. 法律推理是一种实践理性

(2) 我国《刑法》第 21 条规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。该条采取的解释冲突的方法是下列哪种原则？（ ）

A. 价值位阶原则

B. 个案平衡原则

C. 比例原则

D. 功利原则

(3) 法律解释是法律适用中的必经环节。关于法律解释及其方法，下列哪一说法是错误的？（ ）

A. “欲寻词句义，应观上下文”，描述的是体系解释方法

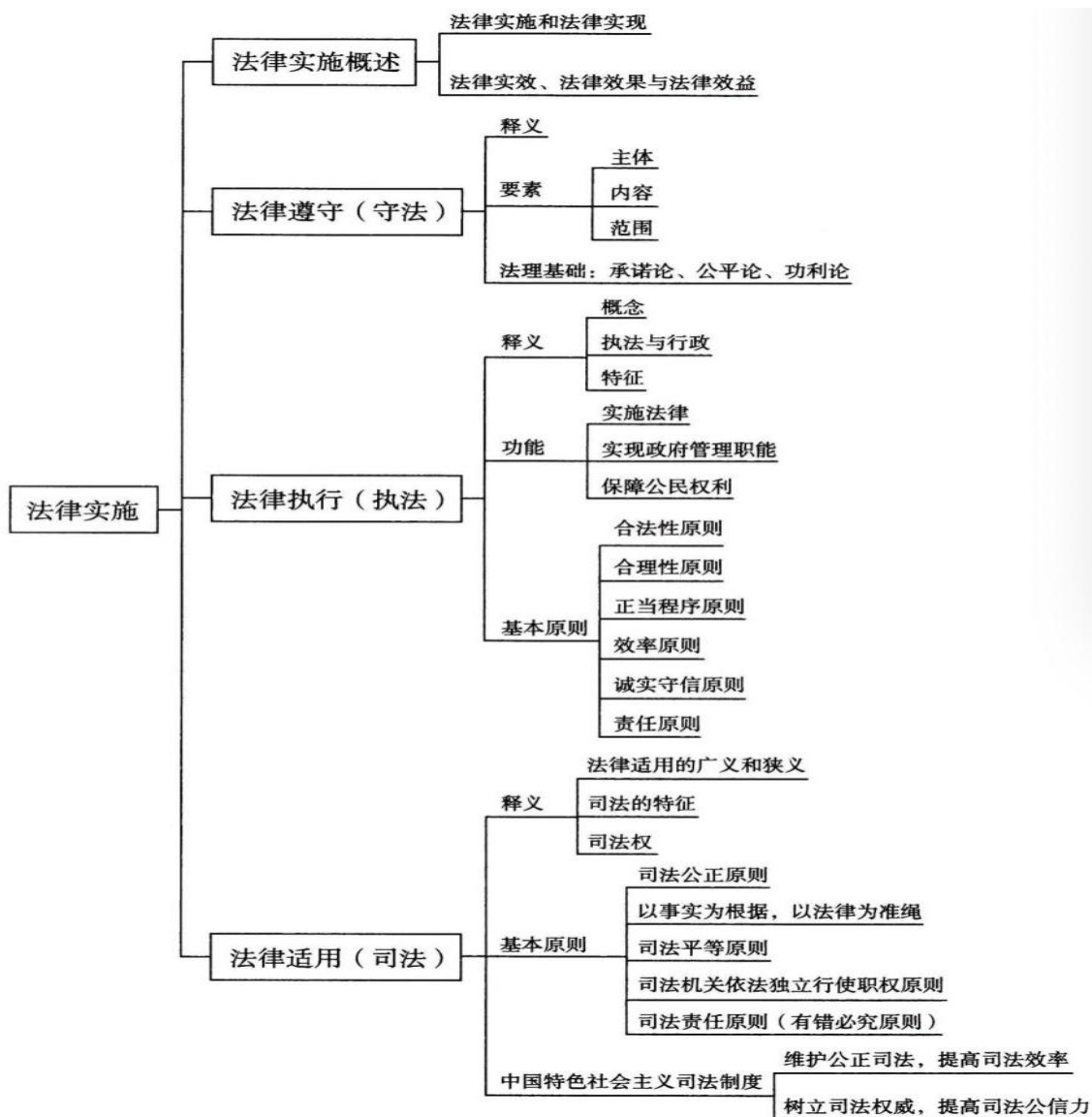
B. 文义解释是首先考虑的解释方法，相对于其他解释方法具有优先性

C. 历史解释的对象主要是法律问题中的历史事实，与特定解决方案中的法律后果无关

D. 客观目的解释中，一些法伦理性的原则可以作为解释的根据

第十五章 法律实施

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法律实施

1. 概念：是指法律在社会生活中被人们实际施行，是法律在现实生活中的具体运用和贯彻。它包括三个方面：法律遵守（以下简称守法）、法律执行（以下简称执法）和法律适用（简称司法）。

2. 法律实施的重要性：法律制定出来后，实施前，只是一种“书本上的”



法律，处在应然状态。法律调整社会关系，具体规定人们的权利和义务，但这仅仅是一种可能设计，意味着人们最好该如何行为，而并非人们现实地如何行为。法律实施就是要使“书本上的法律”变成“行动中的法律”，从应然状态进到实然状态，使法律规范从抽象的行为模式变成人们的具体行为。因此，尽管法律制定在使社会关系上升为法律关系过程中十分重要，但它毕竟只是第一步。而法律实施是把法律规范的要求转化为人们行为的过程，使法律规范的抽象规定具体化，使可能性的行为变成现实性行为的过程。

考点二 法律实现

1. **概念：**法律实现，即法律的要求在社会生活中被转化为现实，具体是指体现在法律中的一些意志、利益和目标经过有效的法律实施，转化为社会现实的过程与结果。从微观的角度来看，它可以指一个具体法律规范的实现；从宏观的角度来看，它可以指法治秩序的最终建立。因此，法律实现是将法律实施的过程性同法律实效的结果性相结合的一个概念。

2. 法律实现的重要性：

法律实现表明了法律是一种管理社会的有效制度；法律实现的实质是法律目的与价值的实现，这也表明了法律的存在对于人的意义；法律实现的过程与结果能提高人们知法、守法、用法的意识和积极性，因为在现实社会生活中还有许多有法不依的情况，所以加强对法律实施及实现等环节的强调和落实，会使人们增强对法律的尊重与信心，有利于提高公民对法律的信任程度。

法律本身有很高的科学性要求，并且其创制和适用有很强的技术性，所以，法律实现与否及实现的程度如何首先受制于其本身的状况，如规范是否合理有效，各种制度是否完善等。另外，法律是人们为调控各种社会关系、有效地进行社会管理而有意识创制的，法律的适用和实施要依赖现实的社会环境，所以，法律实现又要受制于社会本身为法律提供的各种条件的状况。法律实现的条件集中表现为法律条件和社会条件两方面的内容。

考点三 法律实效、法律效果和法律效益（☆☆☆☆）

1. **法律实效：**是指社会主体实际上按照法律规定的行为模式行为，法律在实

践中被遵守、被执行和被适用。

2. 法律实效 VS 法律效力

(1) 法律效力指法律具有的约束力和保护力，属于“应然”范畴；法律实效是指具有法律效力的法律的实际实施状态，属于“实然”范畴。

(2) **法律效力一般强调形式有效性**，即法律只要满足由有权国家机关依照法定程序制定或认可，即获得约束力和保护力；**法律实效一般侧重实质有效性**，即法律只有在实践中部分或全部被遵守、执行、适用，才是有实效的。

(3) **法律效力是证成法律存在的必要条件**；**法律实效是对有法律效力的法律实施以及实现状况的一个评价指标**。

总之，法律效力是讨论“应然”状态的、静止的法律是否符合一定的法律规格；法律实效是分析“实然”状态中法律产生的实际效果。没有法律效力的“法”是否是法，本来就存在争议当然也就更谈不上法律实效问题，但具有法律效力的法律在实践中不一定都有实效。

3. 法律效果

法律效果是指法律为了实现其目的，通过调整社会关系而对整个社会所发生的客观影响和实际后果。

4. 概念对比

法律效果 VS 法律目的

法律目的一般指蕴含在立法者主观意志中，希望法律调整社会产生预期的效果，是法律效果预先的观念模型和超前反映。法律效果是通过法律实施活动产生的对社会的实际影响。如果这种实际影响和法律目的保持一致，我们说法律有良好的效果；如果这种实际影响和法律目的有巨大偏差，我们说法律效果差或不理想。可见，**法律目的是法律效果优劣的衡量标准之一**，法律调整社会关系，要达到主观的预期目的、获得最佳效果。反过来，法律效果也是矫正法律目的的标尺。

法律绝非立法者闭门造车的产物，立法者的主观目的必须建立在对客观规律准确把握的基础上。具有良好意愿的法律不一定在社会实践中获得良好的法律效果。当一部法律在社会中收效甚微或根本是负面效果时，排除其他各种因素考虑，至少可提醒立法者，立法本身可能存在问题。

法律实效 VS 法律效果

一般来说，法律实效是法律效果的前提，因为如果法律根本没被遵守、执行和适用，就谈不上社会影响和效果问题。法律只有具有实效，才涉及进一步的法律效果优劣问题的考察。但是仅仅停留在考察法律是否被遵守、执行、适用这一阶段，不问法律对社会产生的影响是大还是小、是好还是坏、是积极还是消极，这是将问题简单化的做法。所以，必须注意有些时候法律即使有实效，也未必会有最佳或良好的法律效果。要正确分析影响法律效果的诸种因素，寻求和创造最佳法律效果条件，保障法律目的实现。

5. 法律效益

（1）概念：法律效益是指从具体的法律入手，为获得适合法律目的的效果，考察法律实施过程中投入成本和所得产出的比率。

（2）法律效益 VS 法律效果

法律效益与法律效果概念非常接近。一般来说，法律效果作为评价法律实效的一个概念；而法律效益则可以作为进一步分析法律效果的一个重要工具。也就是说，对法律效果的研究借鉴经济学的“效益”范畴，更深化了法律实质有效性的研究。

一部法律有法律效力，不一定有法律实效；有法律实效，不一定有法律效果；有法律效果，不一定有法律效益。从法律效力到法律实效再到法律效果、法律效益这一连续过程是法律从形式有效到实质有效的层层递进过程，是法律实现这一目标而不断展开的过程。

考点四 法律遵守（☆☆☆）

1. 概念：在我国，法律遵守与遵守法律、守法可互换使用通常指国家机关、社会组织和公民，依照法律的规定享有法律权利、履行法律义务的活动。

（1）法律遵守是对全社会主体的普遍要求，是法律实施和实现的一种最基本也是最重要的形式。守法不单纯针对公民和社会组织，也包括国家机关。在现代民主政治制度下，法律遵守具体包括三方面要求：一是国家机关在行使职权、履行公务的过程中，不得违反法律规定，行为的内容与方式要符合法律要求，既不能权力膨胀、越权干涉，也不应权力萎缩，失职渎职。二是国家机关在其职权



管辖外的社会活动中，必须自觉守法，不得借公共权力去谋取私利。国家机关及其公务人员的守法在法律遵守中特别重要。三是公民和社会组织在各种活动中，必须用法律来规范自己的行为，自觉地依照法律规定的条件、方式、程序去保护和实现自己的利益，并履行法定的义务。

（2）**法律遵守是法律实现的必然要求。**法律实现要求人民遵循法律规范设定的行为模式，并将各种法律规范转化为现实，使权利得到享有，义务得到履行，禁令得到遵守，其意义在于鼓励合法行为，制裁和矫正违法行为，使各种合法权益得到保护。任何国家制定法律的目的，就是要通过法律在社会生活中的实施，使法律价值和目的得以实现。

（3）**法律遵守是社会正常有序的必然要求。**一个社会有序才能安定，才能发展。社会的有序主要通过道德和法律来加以调整。在现代，法律是使社会进入和保持有序状态的最重要的手段和调节机制。法律通过它特有的手段和方式，调整社会主体的行为，为社会合作提供模式，解决社会冲突，分配社会财富。因此，**社会主体的守法是社会安定和发展的前提。**

（4）**法律遵守是实现公民权利的保障。**对整个社会来说，如果不守法，那么任何人的权利都难以实现。**公民权利的实现离不开义务人依法履行义务，离不开国家机关的保障。**在现代，任何国家都依赖公民对责任的认知，即通过拒绝参与和谴责所有的非法行为，维护社会秩序的正常化。

考点五 守法的要素（☆☆）

守法是社会主体依法享受权利履行义务的活动，由守法的主体、内容和范围等要素构成。

（1）**守法的主体：**守法的主体是指在一个国家和社会中，**哪些人和哪些组织应该成为遵守法律的主体。**体来说，我国的守法主体包括以下几类：一切国家组织和武装力量；非国家组织；公民。

在我国领域内的外国组织、外国人和无国籍人，都是我国的守法主体。这是由我国法律效力的属地原则所决定的。

（2）**守法的内容：**法律是以规定权利义务为核心的行为规范，守法就是准确履行法律所规定的权利和义务。



(3) **守法的范围**: 守法的范围,指的是守法主体应该遵守的法律有哪些。当代中国法律遵守主要是遵守由特定的国家机关制定的规范性法律文件,包括宪法、法律、行政法规、军事法规、地方性法规、自治法规、经济特区法规、特别行政区法规,以及我国参加或同外国缔结的国际条约、协定和我国所承认的国际惯例。

考点六 守法义务的法理基础

1. 承诺论

这一学说最早是由古典自然法学家针对“**君权神授论**”提出来的。其基本思想是:由于每个公民都是社会契约的当事人,所以都有守法的道德义务;这种守法义务乃是从公民已经参加了社会契约的客观事实中必然派生出来的。“**社会契约论者**”宣称:社会是由自觉自愿的人们根据共同达成的契约所组成的,政府由生而自由和平等的人们所建立,法律由人们同意的政府所制定,其本质乃是一种共同的约定。公民参加了约定,就已经同意了政府的权力,作出了服从法律的承诺,因此,就有了遵守法律的义务。由于政府是从人们的同意中获得其强制权力的,所以,只要政府是在公民赋予的权限内活动,公民就有义务服从。

另外还存在一种“**默许论**”的观点,实际上是从“承诺论”衍生来的。根据“默许论”,一个人只要居住在一个国家,不管他居住时间的长短,他只要享受到了法律的保护和随之而来的社会利益,就构成了对该社会法律约束力的默许,就意味着其有承担、服从法律的义务。

在承诺论者看来,促使人们服从的法律,是一种经人民同意的、并符合人民正义观的法律。他们较少注意政府的结构,只关心法律是否符合最低限度的正义标准,假如法律不正义,那么人民就没有了这种义务。

2. 公平论

公平论亦称“**公平对待论**”,是20世纪50年代英国法学家哈特首先提出,并由美国哲学家罗尔斯在60年代加以发展的一种守法义务论。这一学说的主要内容是:在一个基本公正的社会里,当其他成员都守法的情况下,一个社会成员可能从中获得极大的好处。这时,如果该社会成员违法,就必然会使守法者遭受损失,而这种结果显然是不公平的。所以,根据公平对待的道德原则,每个社会



成员既然从别人的守法中获得了利益，他便有了服从政府和遵守法律的义务。他的守法将有益于别人，他的违法也将损害其他守法者的利益，人人守法才是公平的。

同公平论相近的观点是“感谢论”。“感谢论”认为，一般而言，当一个人从他人那里获得了好处时，他就应该对他人心存感激；同理，任何一个人，当他从政府那里获得了好处，他就应该感激他的政府，而守法正是表达对政府感激的最好方式。

在公平论者看来，促使人们服从的动力之源是正义的法律，但偶然也会出现不正义的法律，此时人们便无所适从。

3. 功利论

功利论即功利主义守法论。其主要观点是：公民之所以有遵守法律的道德义务，是因为稳定的法律秩序的存在，能够带来最大多数人的最大幸福；守法的道德基础就是由守法与不守法的比较结果来决定的，即由对最大多数人产生最大幸福这一标准来决定的。

功利论可以进一步区分为两种论证方式：行为功利主义主张把焦点对准个别行为。在特定的个别场合，衡量逆法而行与依法办事何者能够产生出合意的结果，从而思考守法的义务。在一种特定的境况下，个人应当考虑其行为可能产生的后果并做出选择，以使其行为产生最大可能的幸福。规则功利主义主张把焦点对准规则的选择。行为者不先考虑拟采取的行动会有什么可能的后果，而是先考虑一般的道德规则要求什么样的行为。只有按规则办事，使法律得到普遍的遵守，政府才能高效率地工作，社会福利才会增加。相反，社会就会陷入无秩序的混乱状态。

在功利论者看来，人的需要是至关重要的。它所要求人们服从的，仅仅是那些能够带来利益的法律。

考点七 法律执行

1. 概念：法律执行简称执法，有广义和狭义两种理解。广义的执法建立在法律制定和执行的逻辑两分的基础上，仅与立法相对应，指国家行政机关、监察机关、司法机关和法律授权或委托的其他机关及其公职人员，依照法定的职权和程

序，贯彻实施法的活动，既包括行政机关执行法律的活动，也包括司法机关适用法律的活动。**狭义的执法**，是指国家行政机关和法律委托的组织及其公职人员依照法定职权和程序行使行政管理权，贯彻实施立法机关所制定的法律的活动。

2. 其余部分了解就可，可以行政法为主。

考点八 法律适用

法律适用和法律执行一样，属于法律实施的重要形式。所谓法律适用，在广义上是指行政机关和司法机关执行法律的活动；但通常是在狭义上来使用的，专指国家司法机关依据法定职权和法定程序，具体运用法律处理案件的专门活动。狭义的法律适用在本质上是国家司法权的运行，故一般简称为“司法”。

1. 司法的特征（☆☆）

（1）**主体的特殊性。**司法是国家特定的专门机关及其公职人员按照法定权限实施法律的专门活动，不同于公民和其他社会团体实施法律的活动。司法是以国家名义行使司法权的活动，而司法权只能由司法机关来行使，其他任何组织和个人都不能行使此项权力。

（2）**专业性。**现代社会的司法是对国家权力进行监控的重要环节。

（3）**国家强制性。**司法活动由专门的司法机关及其公职人员以国家的名义实施法律，具有正式的、官方的性质，它不以其所涉及的公民、社会团体或国家机关及其负责人的意志为转移，不受他们的干涉。

（4）**程序法定性。**司法是司法机关按照法定职权和法定程序所进行的专门活动，因此，程序性是法律适用中最重要、最显著的特点。

（5）**裁决权威性。**司法是享有司法权的国家机关依靠国家强制力，以国家的名义运用法律于具体案件的专门活动，必须有表明法律适用结果的非规范性文件，如判决书、裁定书等。

2. 司法权特征（☆☆）

（1）**司法过程实质上是司法权依照法律逻辑运作的过程。**司法权是国家权力的重要组成部分，具体指国家特定的专门机关依法所享有的将法律适用于具体案件，并对案件作出裁判的权力。

（2）**司法权具有终局性。**一方面，司法权的终局性是指在与立法权、行政



权比较中，只有司法权作出的判断是最终意义上的，即对一个冲突或纠纷，立法权、行政权所作的判断的效力都可能是待定的，但如果司法权对之作出了判断，该判断的效力即既定的、终局的。另一方面，司法权的终局性体现在一旦法律上生效的司法判断作出，非依法律明确规定，不得启动对该案件的再审程序，即所谓的“司法的既判力”；另外，控辩双方的利益争端一旦由裁判者以生效裁判的形式加以解决，一般就不得将这一争端再一次纳入司法裁判的范围，即所谓的“一事不再理原则”。

（3）**司法权具有中立性**。这是指在解决纠纷、平抑社会矛盾的过程中，法官不能倒向争讼的任何一方，而只是“唯法律是从”。

（4）**司法权具有独立性**。司法权肩负制约、平衡、矫正立法权和行政权的重任，司法权的中立性是其终局权威性的内在保证；而司法权的独立性是其终局权威性的外在保证。

3. 司法基本原则（☆☆☆）

（1）**司法公正**。法律的正义价值在司法中的直接体现就是司法公正。

所谓立体的司法公正观，主要包括以下内涵：

A. **实体公正与程序公正相统一**。任何以实体公正为由排斥程序公正的做法，必须坚决予以纠正；任何以程序公正为由掩盖实体不公的裁判现象，必须予以有效遏制。

B. **形式公正与实质公正相统一**。形式公正解决的是司法活动的合法性问题，而实质公正解决的则是司法活动正当性、合理性问题。

C. **客观公正与主观公正相统一**。主观公正是人们对某一司法活动的主观认识、主观评价或主观感觉，客观公正是某一司法活动在客观上或事实上是公正的。

D. **司法公正和社会公正相统一**。社会公正是人们追求的永恒目标和首要价值，司法公正必须体现社会公正，并为实现社会公正提供保障。

E. **个案公正与普遍公正相统一**。由于个案的差别，普遍公正标准的适用可能会产生个案的不公。

（2）**以事实为根据，以法律为准绳**

在法律适用过程中，要严格依法司法，既要依实体法司法，也要依程序法司法，具体体现为“以事实为根据，以法律为准绳”的原则。

“以事实为根据”，是指适用法律时必须从案件的实际情况出发，把案件的审理和案件的判决建立在尊重客观事实的基础上，以此作为适用法律的前提，要求司法机关重证据，重调查研究，不能以任何主观想象、主观分析和判断作为处理案件的依据。**“以事实为根据”**的核心则要求处理任何案件都必须重证据。

“以法律为准绳”，是指处理民事、刑事、行政诉讼案件都必须严格依照法律规定办事，以法律规定作为审理案件的唯一尺度。在司法活动中，法律是唯一的准绳。

（3）司法平等原则。司法平等原则，是我国《宪法》上的“公民在法律面前人人平等”原则在司法上的体现。

在我国，司法平等原则的主要含义是：

A. 司法机关依法行使司法权，法律统一适用于全体公民，而不以公民在民族、种族、性别、职业、社会出身、宗教信仰、财产状况等方面的任何差异而有所区别。

B. 司法的目标是实现公民依法享有的同等权利和承担同等的义务。

C. 在司法过程中，公民的诉讼权利平等。

（4）司法机关依法独立行使职权原则

这一原则的含义包括：A. 司法权只能由国家司法机关统一行使，其他任何组织和个人无权行使此项权力；B. 司法机关依法独立行使职权，不受其他行政机关、团体和个人的干涉；C. 司法机关处理案件，必须依照法律规定，准确地适用法律。

（5）司法责任原则

所谓司法责任原则，一般又称“有错必究原则”，是指司法机关和司法人员在行使司法权的过程中侵犯了公民、法人和其他社会组织的合法权益，造成严重后果而应承担的一种原则。

司法责任原则的根据，是国家机关的权力与责任相统一，体现了一种权力制约精神。司法机关和司法人员接受人民的委托行使国家司法权，握有重大的职权和权力。

4. 中国特色社会主义司法制度(☆☆☆)

中国特色社会主义司法制度是以马克思主义法律观为指导，在充分考虑我国国情，总结我国社会主义司法实践成功经验，积极吸收人类法治文明优秀成果的



基础上建立起来的，是人类法治发展史上的伟大创造，具有鲜明的中国特色。在司法制度的本质上，坚持党的领导、人民当家做主、依法治国的有机统一；在司法权的来源上，坚持司法权来自人民，属于人民；在司法权的配置上，坚持侦查权、检察权、审判权、执行权既互相制约，又互相配合；在司法权的行使上，坚持审判机关、检察机关既依法独立公正行使职权，又自觉接受党的监督、人大监督、政协监督、群众监督；在司法权的运行方式上，坚持专门机关工作与群众路线相结合等。这一司法制度，既继承了我国历史上法制文明的优秀成果，又吸收了国外法治的有益成分。新中国成立以来特别是改革开放以来的实践证明，这一司法制度符合我国国情，保障、促进了中国特色社会主义事业的发展进步。

（1）**维护公正司法，提高司法效率。**司法机关承担着公正行使司法权的神圣使命，司法人员必须以维护实体公正、程序公正为神圣天职。

（2）**树立司法权威，提高司法公信力。**司法权威和司法公信力是事关国家长远发展的战略性问题。建设公正、高效、权威的社会主义司法制度，应当以公正、高效、权威为价值目标。

三、本章练习题

1. 法律实施 VS 法律实效

2. 法律效力 VS 法律效果

3. 为何强调法律实施？

4. 论述守法的法理依据

5. 如何捍卫司法公正

6. 法律遵守的重要性

7. 【选择题】下列哪一选项的表述是不正确的？（ ）

A. 法只能存在于阶级社会之中，但道德在法律和国家形成之前便已经出现，在法律和国家消亡之后，仍然会存在

B. 没有保证手段的社会规范是不存在的

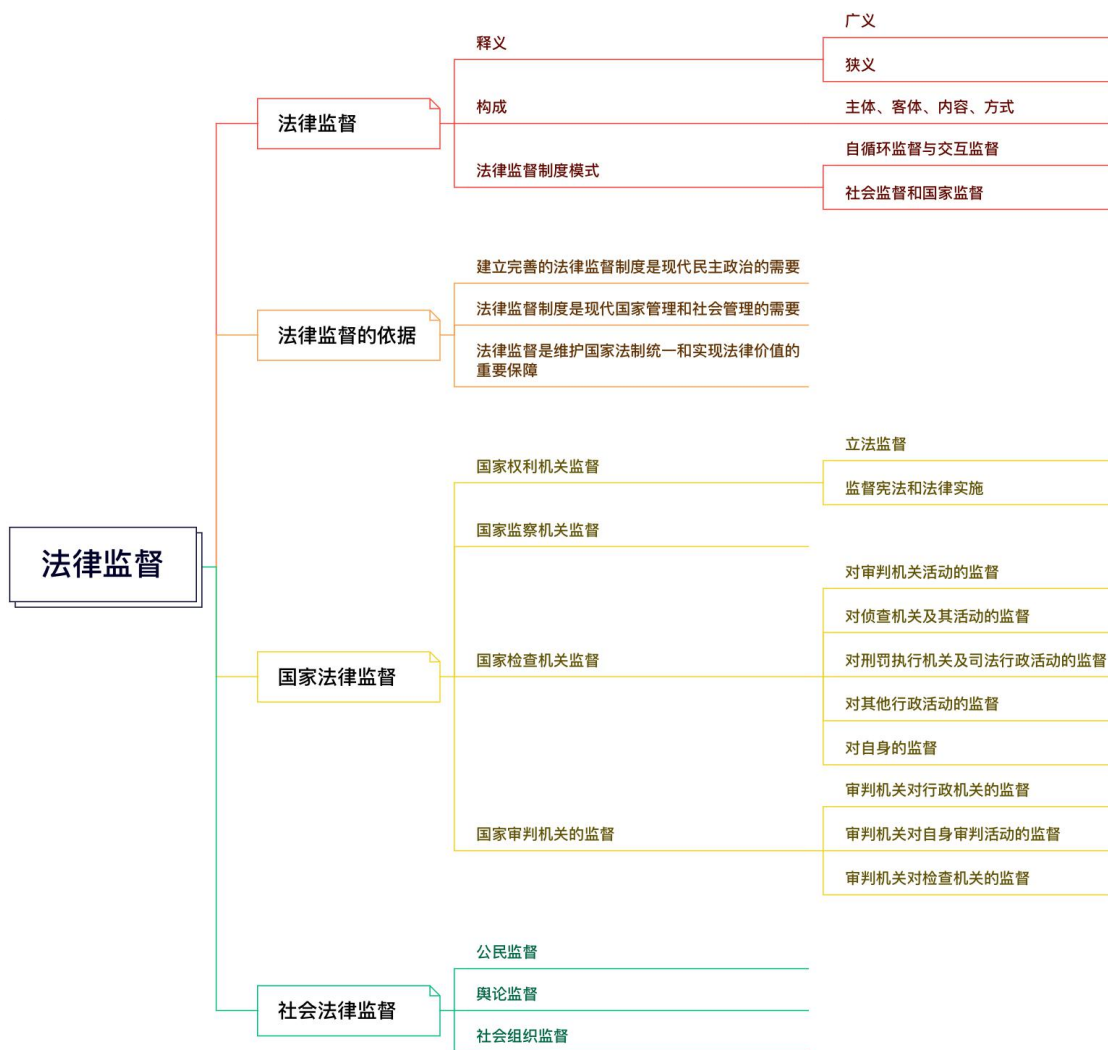
C. 非规范性法律文件虽然没有规范性，但也有法律效力，因而属于广义的法律

D. 法律形成于公共权力机构，这是法律与其他人为形成的社会规范的主要区别之一



第十六章 法律监督

一、本章思维导图



二、本章考点

考点一 法律监督概述（☆☆☆）

1. **概念**：在我国，法律监督也称“护法”，有广义与狭义之分。广义上的法律监督，指的是国家机关各政党、社会团体、公民，对于法律运行的全过程，包括立法、执法、司法活动的程序及其结果是否合法所实施的评价和督导。狭义上的法律监督，专指有关国家机关依照法定职权和法定程序，对立法、执法和司法活动的合法性进行的监察和督促。在全面依法治国的战略部署中，“严密的法治监督体系”乃是中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，对整个法治中国

建设具有非常重要的作用。

2. 法律监督的构成：任何一种法律监督关系都由四个特定要素构成，包括法律监督的主体、客体、内容和方式。

法律监督的主体，就是法律监督行为的实施者，即依法享有法律监督权的国家机关、社会组织和个人。

法律监督的客体就是法律监督的对象，即监督“谁”，也就是法律监督主体行使职权的范围。

法律监督的内容非常广泛，它的范围应当同法律的覆盖面相适应，内容包括法律的制定适用和遵守，即贯穿于法律运行的各个环节和整个过程。

法律监督的方式，即监督权的运行方式、方法、程序，等等。

其实，法律监督四要素即谁监督、监督谁、监督什么和怎样监督。它们相互依存、相互影响、相互统一，组成一个完整的法律监督体系。

3. 法律制度监督模式（☆☆）

（1）自循环监督与交互监督

所谓自循环监督，又称系统内监督，是指在某个确定的系统内实行纵向的、自上而下或自下而上的自我监督，监督的主体和客体一般都存在于同一系统内。

所谓交互监督，又称系统间监督，是指不同的子系统相互之间进行的交叉监督。

（2）社会法律监督与国家法律监督

社会法律监督是一种非国家性质的法律监督，指国家机关以外的各种社会力量对国家机关所实施的监督。其特点在于：（1）监督的主体是社会；（2）监督的内容是国家机关及其工作人员的法律活动；（3）监督的方式灵活多样；（4）监督主体的行为只代表本组织或者个人而不代表国家。

国家法律监督又称法定监督，是由国家机关或者国家机关授权的团体组织实施的具有特定的监督对象、内容和范围，使用法定的监督方式并产生必然的监督后果的法律监督形式，包括立法监督、监察监督、检察监督和审判监督。

考点二 法律监督的依据（☆☆☆☆）

1. 建立完善的法律监督制度是现代民主政治的需要。建立健全法律监督制度

是廉洁政治的需要，法律监督可以对权力进行制约，防止权力滥用，任何不受制约的权力都有可能走向独裁和腐化。这是由国家权力本身的特点所决定的：

（1）**国家权力存在被滥用的危险。**由于国家本身是一个社会的管理机构，它是由相对固定和集中的、专门从事管理的人具体实施的对社会的管理，而这些直接管理人存在把他们自己的意志当成人民的意志，或者把他们自己的意志强加于人民的可能性。

（2）**国家权力具有权威性。**国家具有崇高的地位和权威，如果这种权力缺乏有效的约束机制，它就可能走向极端，变成专制和独裁。

（3）**国家权力具有强制性。**统治者为了实现对社会的管理，掌握着暴力工具，包括警察、军队及监狱，等等。

2. 从依赖单一的行政命令、直接管理为主，转变为以法律宏观控制、间接管理为主，这是现代国家管理和社会管理发展的趋势和特点。要实现宏观控制、间接管理，则离不开完善的监督制度。在现代社会，由于社会关系更加复杂、社会事务空前增多，传统的、集权式的国家和社会管理方式不再行得通。必须采用新的管理方式，即权力分工和监督。一方面，**现代国家需要高效廉洁的政府管理；**另一方面，**国家和人民又需要扩大民主。**

3. 法律监督是维护国家法制统一和实现法律价值的重要保障。法律监督是法治建设的重要内容，与立法、监察、行政、司法等活动相伴相生。法律监督在整个法律活动中都有重要的意义和作用，它贯穿于法律创制、法律实施和法律实现各法律活动的每个阶段中。法律监督在法律调整的整个过程中都起着保证依法办事的作用。

法律监督在法律制定阶段，**起着维护国家法制统一协调的作用。**在立法上保证法律的内外和谐一致，这是**保证国家法律统一性的基础。**法律监督**保证法律准确有效地实施**，使各种法律关系的建立、各种法律问题的处理，都符合法律规范的要求。法律监督**保证各法律关系主体的权利和义务能够得到实现。**通过法律监督，某些在正常情况和形势下遇到阻碍而未能实现的法律关系得以实现。**法律监督有利于实现法律信息的反馈。**

考点三 国家法律监督（☆☆☆☆）



国家法律监督是一种法定监督，即国家机关以国家名义进行的，由国家强制力保证实施的、具有法律效力的监督。

1. 国家权力机关的监督，是指国家权力机关依法对行政机关、监察机关、检察机关、审判机关、军事机关进行监察和督导的活动。这种监督在西方国家，多是按照三权分立原则或者按照议会至上原则设置的。

根据现行宪法和法律，我国国家权力机关的监督职能主要有两种：立法监督；监督宪法和法律实施。

（1）立法监督是国家权力机关对制定规范性法律文件的权力的行使进行**监察和督导的一种专门活动**。对国务院制定的行政法规、决定和命令进行监督，凡同宪法和法律相抵触者均予以撤；对同外国缔结的条约和协定进行监督；对省、直辖市国家机关制定的地方性法规进行监督；对民族自治地方的人民代表大会制定的自治条例和单行条例进行监督；对授权立法进行监督。

（2）监督宪法和法律的实施。首先，按照《宪法》的规定，我国最高权力机关监督宪法和法律的实施。地方各级权力机关也有权监督法律、法规和规章的实施，监督的对象主要有行政机关、监察机关、司法等国家机关及其工作人员。其次，人民代表大会及其常务委员会对司法机关进行监督，既是我国宪法和法律确立的一项重要制度，又是司法机关依法独立公正行使司法权的根本保证。

2. 国家监察机关的监督。国家监察机关的监督，是指国家监察机关依法对所有行使公权力的公职人员的工作效能、廉政、违纪、违法、犯罪等进行的全面监督与督查。国家监察机关的监督是党的十八大至十九大期间在反腐过程中逐渐探索的一个新型有效的监察机制。

国家监察机关的监督意义，在于通过组织创新和制度创新，整合反腐资源，建立“集中统一、权威高效”的新的国家监察体制，构筑“不敢腐、不能腐、不想腐”的新的有效机制。具体而言，**第一，遏制腐败。第二，提升执政能力，提高执政效能。第三，形成监察合力，提升监察能力。第四，体现依法治国的精神。**

3. 国家检察机关的监督。我国《宪法》和法律明文规定：人民检察院是国家法律监督机关，其主要职能就是法律监督。它通过行使检察权，对适用法律的行为进行监督。



目前，我国检察机关的法律监督主要包括：

- (1) 对审判机关活动的监督。
- (2) 对监察机关、侦查机关及其活动的监督。
- (3) 对刑罚执行机关及司法行政活动的监督。
- (4) 对其他行政活动的监督。
- (5) 对自身的监督。

4. 国家审判机关的监督。所谓审判监督，是指审判机关对法律的适用过程进行的监督。

- (1) 审判机关对行政机关的监督。
- (2) 审判机关对自身审判活动的监督。
- (3) 审判机关对检察机关和监察机关的监督。

考点四 社会监督（☆☆☆）

1. 概念：社会法律监督，是指国家机关以外的社会组织、政治团体、人民群众等通过多种手段和途径对执法、司法和守法行为的督促。

2. 在我国，社会法律监督主要包括以下途径。

(1) 公民监督。公民可以通过行使民主权利，显示自己的力量，表达自己的意志和愿望，督促国家机关依法办事。

(2) 舆论监督。舆论监督的重要任务是把各种违法乱纪行为予以“曝光”，对某些违法犯罪现象进行揭露和批评，形成众矢之的，支持和监督国家机关有法必依、执法必严、违法必究。当然，社会舆论的监督，特别是传媒进行监督时，需要遵循一定的界限。

(3) 社会组织监督

社会组织的监督与国家机关的法律监督不同，它不具有法律上的直接效力，不是以国家名义所进行的监督，不具有国家强制性。但是，社会组织的监督也是整个法律监督体系中的重要力量，具有广泛的代表性和权威性。社会组织的监督可以通过法定渠道传输到国家的法律监督中去，再通过国家机关的法律监督来产生直接的法律效力和法律强制力。

三、本章练习题



1. 简述我国法律监督体制
2. 论述法律监督的依据
3. 论述社会监督的重要性
4. 简述法律监督的构成



西政学习帮微信公众号



西政学习帮本科 QQ 交流群



金苹果考研微信公众号



西政学习帮公众号



西政学习帮微信客服

西政学习帮本科QQ交流总群：422675325
西政学习帮2019级本科QQ交流群：616828938
西政学习帮2020级本科QQ交流群：826149573
西政学习帮2021级本科QQ交流群：341194145
西政学习帮2022级本科学习交流群：424308327