**法理学自学考试复习资料**

一、 法学概述

（一）法学的起源

法律问题的学问，在我国先秦时期被称为“刑名法术之学”，或简称“刑名之学”。中国古代的“法学”与近现代西方的“法学”概念存在显著差异。中国古代法学主要对现行法律进行注释，基于对法的正当性认可，从语法结构和逻辑角度解释法律中的矛盾、重叠和冲突，而不深入探讨法律的有效性原因。其目的在于增强法律的效力。相比之下，西方近代法学的核心在于探讨法律的正当性，通过认识人与神的关系（神事为人事立标准）来论证法律的正当性。

古罗马法学家乌尔比安曾给出法学的经典定义：“法学是关于神和人的事物的知识；是关于正义和非正义的科学。”

现代汉语中的“法学”一词，最早由日本引入。日文汉字“法学”一词由日本法学家津田真道从英文和德文翻译而来。

(二) 法学的研究范畴

法学，亦称法律学或法律科学，是研究法律现象及其发展规律的社会科学。

（法律现象：人类社会发展到一定阶段所产生的一种特殊社会现象，主要指具有法律意义并受法律调整的社会现象，包括法律规范、法律条文、法律意识、法律职业、法律行为、法律关系等）

（三）法学的层次划分

根据某些学者的研究，法学可划分为三个层次：知识之学、智慧之学、精神之学。

二、法理学简介

法理学是一门理论法学，其研究对象为法律的整体共同性和一般性问题，旨在揭示法律的基本原理。

“法理学”一词由日本近代法律文化的主要奠基人穗积陈重所创。

自1949年以来，中国长期采用苏联教科书，尤其是维辛斯基的《国家与法的理论》。

第一章 法学历史

第一节 中国法学的历史

一、先秦诸子的法哲学思想

先秦儒家所要重建的礼制秩序包括两个层面：一是外在的规范秩序；一是内在的精神秩序。 墨家“尚同”的秩序观 ，墨子法哲学思想的独到之处在于：称天说鬼，主张法天而遵天法；提出“壹同天下之义”的法律起源论和秩序观；倡导“兼相爱，交相利”，追求普天之下的人类大同，减缓等级差别。 道家的“法自然”论，帝王政治理应效法“至公”之“天道”，观天地之象以行人事，也就是所谓的“法自然”，而“自然”是“无为”的。法家的“刑赏二柄”说，法家面对“礼崩乐坏”的社会现实，坚持趋利避害的人性论，强调用明确、公开、客观而苛严的法律规范来治理国家，通过加强君主专制来建立社会秩序。

二、儒家化的古代律学

律学的基本原则是以经释律，即依据儒家学说对以律为主的成文法进行讲习和注解，使儒家经义与法律融合为一体，最终完成了法律儒家化的过程，形成了法律伦理化和伦理法律化的中国法律文化传统。

第二节 西方法学的历史

一、古希腊的正义和法治观念

（一）古希腊哲人的思想道路

古希腊法律思想的杰出代表是智者派、柏拉图和亚里士多德。 柏拉图---《国家篇》（《理想国》）《法律篇》《政治家篇》，正义问题乃是柏拉图法律思想的主题，他的法哲学可以说是名副其实的“正义”之学。亚里士多德---《政治学》《尼各马可伦理学》，他把正义分为平均的正义和分配正义（矫正正义））。

（二）古希腊的正义理论

智者派—正义实际上是遵循习惯与惯例即遵循自然法则。色拉叙马霍斯（激进的智者派）--正义不是别的，就是强者的利益。格劳孔—法律是人们相互间的一种契约，是生活经验和教训的结果，它根据求利避害的自然法则而定。

（三）古希腊的法治观念

亚里士多德放弃了对柏拉图“哲学王”理念的追求，将“哲学王”所蕴涵的理性精神落实在法律之中，将“法律”界定为“不受欲望影响的智慧”，法律成了纯粹理性的载体，而明确提出“法治应当优于一人之治”的命题，视“法治”为最优良的治国方略。 其所理解的法治包括三个基本要素：第一，法治指向公共或普遍的利益，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；第二，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；第三，法治意味着治理心甘情愿的臣民，它不同于仅仅依靠暴力的支持的专制统治。

二、罗马法学

五大法学家：盖尤斯、保罗、乌尔比安、帕比尼安、莫蒂斯蒂鲁斯

西塞罗--《论共和国》《论法律》。他接受了斯多亚学派的自然法理论，把古希腊的自然法思想发展为系统的自然论，区分了自然法与人定法，认为自然法是神的理性和自然正义，是衡量人定法的正当性标准。

查士丁尼--《查士丁尼法则典》《学说江纂》《法学阶梯》《查士丁尼新律》。统称“国法大全”，又称“民法大全”

三、欧洲中世纪法学

中世纪法学所取得的成就主要体现在注释法学和教会法学之中。

（一）注释法学

注释法学分注释法学派和注解法学派（或评论法学派），前者着眼于过去，是为了恢复罗马法的本来面目，采用的是机械注释的方法；后者着眼于现在，是为了将历史与现实结合起来，以解决现实问题并发展罗马法传统，采用的是评论的研究方法。

注释法学派民展了君主权力不受限制的原则，促进了古代罗马法在中世纪的具体运用，为王权的加强和法制统一提供了法学依据，从而有利于统一国家的形成。注释法学派从方法论上标志着世俗法学的新生，使法学摆脱了神学的控制而成为独立的学科。它在法学史上起到承前启后的作用。

代表人物：伊纳留、阿佐、阿库修斯--《通用注释》

（二）教会法学

教会法学作为研究教会法的一门学问，是在教权与王权的的斗争中发展起来的。在方法论上，教会法学家也主要使用的是注释方法。 对后世的影响既有积极的一面也有消极的一面，这是由它兼具作为维护神权统治工具的法学和作为基督教文明组成部分的法学两重属性所决定的。

（三）经院哲学家的法律观

教父学的代表是奥古斯丁，他对教会法的影响很大，也促进了教皇国的建立。

**托马斯·阿奎那**则是经院哲学最伟大的代表人物，其法律思想相当丰富，尤其是他的自然法思想相当深刻，对后世影响相当大。 在他看来，整个宇宙由神、理性、政治权威这三种秩序组成，由此把法律分成四类：

1.**永恒法**。是神的理性的体现，是上帝用来统治整个宇宙的规则。

2.**自然法**。是永恒法对理性动物的关系，是上帝引导和统治人类的法律。

3.**上帝法**。通过神的启示而得以阐述，它可以保护人而免于犯错误。

4.**人类法**。是人类利用自然法为安排一些细节性事务而通过国家机关制定的法律，人类必须服从于自然法。

四、西方近代法学的开新

（一）古典自然法学派

西方17、18世纪是古典自然法学占主导地位的时代。古典自然法学派论说的**主题是自然权利说与社会契约论。**分为三个阶段：

1.形成阶段（17世纪初到17世纪中叶）。

特点：思想家们虽强调法学与神学的分离却又未能完全脱离神学痕迹。格老秀斯--《战争与和平法》、霍布斯--《利维坦》是这个时期的代表作。

2.完备阶段（17世纪末到18世纪中叶）。

特点：从人的理性中推导出个人权利，并进行相应的政治法律制度构架的设计。洛克--《政府论》、孟德斯鸠--《论法的精神》、卢梭—《社会契约论》是这个时期的代表作。

3.应用阶段（19世纪以前）。

人们一方面将自然法学说应用于实际的政治斗争，另一方面根据自然法理论创立各部门法学。

**古典自然法学的三大特征：**

1.主张纯粹理性主义的自然权利学说。它把“自然权利”宣称为简单的、自明的、无需争辩的若干公理性原则。

2.个人主义特征。所谓的“自然权利”用是个体拥有的基于人之本性的、不可剥夺和让渡的权利。

3.革新了传统的国家权力正当性理念。国家一切的\政治权力运行的最根本和最终目的在于维护和保障基于人本性的、神圣而不可剥夺的权利的实现，背离了这个根本目标，国家权力就丧失了正当性依据。

（二）哲理法学派

哲理法学亦称**法的形而上学**，它用抽象的思辨方法来研究法律问题。其代表人物是康德—­《法的形而上学》和黑格尔­——《法哲学原理》

（三）历史法学派

与古典自然法学不同，历史法学是一种**实证主义法学**，其所研究的对象是**实然法**，而不是应然法；法学家们使用的方法是**历史比较的方法**，而反对假设和推理的方法。历史法学派的创始人是胡果，但历史法学的主要观念则是其学生萨维尼提出来的。

历史法学派的观点和主张：1主张用历史的方法来研究法律。2认为法律是民族精神的体现，是随着民族的发展而自发地形成的，它不能人为的通过立法来建立。因此法律的主要表现形式是习惯法，习惯法优于成文法。

（四）功利主义法学

功利主义法学代表：

1.休谟。

2.边沁，认为苦与乐才是决定人应当做什么和不应当做什么的根本原则，衡量人类行为之善或恶的标准也应当是行为本身所引起的苦与乐的大小程度。边沁否认自然权利，因而不承认对议会权力的任何限制，其立法理论为国家干涉和社会改革打开了方便之门。他认为政府的职责正在于通过避苦求乐以增进社会的幸福，立法者要保证社会的幸福就必须达到四个目标：安全、平等、保证公民的生计、富裕。

3.密尔，认为功利主义的幸福原则是利他而非利已。

（五）分析实证法学

其主要代表是奥斯丁：《法理学的范围》。分析实证法学区别于其它法学的特征：

1.在研究范围上，奥斯丁将其分析法学的任务确定为对从实在法律制度中抽象出来的一般概念和原则予以分析和说明，也即他所谓的的“一般法理学”

2.在法的概念上，奥斯丁提出了主权、命令和制裁三要素说，法律被认为是主权者的一种命令，而实在法的最本质的特征在于其强制性

3.在法律与道德的关系问题上，奥斯丁认为二者没有内在的必然联系，道德上的好与坏是没有确定的标准的，国此应该把道德因素从法律研究中剔除出去。

4.在研究方法上，彩实证广义的方法，不以任何先验的假设和推论作为前提，只注重实证分析，它标志着西方法学从传统的形而上学转向专门的法律思维，体现了奥斯丁理论法学研究的首创精神。

五、西方现代法学的多元格局

（一）自然法学的复兴

推动自然法学复兴的主要学者有意大利法学家韦基奥、德国法学家施塔姆勒。他们强调对法律概念的重新界定和认识，强调将法律概念与法律理念区分开来，强调自然法是评价实在法的内在正义标准，强调人的绝对价值和平等、自由权在实在法中的体现和落实。

随着自然法学在20世纪初的复兴，西方出现了一些关注法律制度的基本价值的法理学。 **美国**法学家**富勒**认为，一个自身能够产生遵守法律义务的法律制度，其本身就必须具有“最低限度的道德”。在其代表作《法律的道德性》中指出：法律与道德应该区分开来，但这不等于说法律无道德性，恰恰相反，法律具有自身的道德。他提出法律的**“内在道德”与“外在道德”**的基本观点，认为法律若背离其“内在道德”即为恶法，而法律的“内在道德”由八个要素构成，即一般性、公开性、可预期性、明确性、无内在矛盾性、可遵循性、稳定性以及政府行为与法律的一致性。与古典自然法学不同，富勒不再强调绝对的、抽象的道德价值，而把法律的道德性与法律的创制、公布、解释和实施联系起来，制度设计和规则本身是具有道德意义的。

（二）新分析法学

自然法学的复兴给分析实证法学带来了强有力的挑战，分析实证法学发展为新分析法学。 凯尔森——《纯粹法学》主张法学研究应排除任何价值标准和意识形态因素，而且应将法律规范与法律事实截然分开，从“纯粹”的角度进行研究。也就是说他分析的方法是“形式的”而非“经验的”

哈特——《法律的概念》一个有效的法律制度的基本特征不是人们必须服从法律，而是人们感到有义务服从法律，人们在接受规则的同时，在内心也获得了接受规则的理由，因此而将其作为自己行动的指南。这就是他所谓的人们理解法律规则的“内在观点”。哈特将法律称作规则体系，并区分主要规则和次要规则。前者是“设定义务的规则”，它告诉人们应该或不应该做什么，后者是“关于规则的规则”，是设定权利的规则。

（三）社会学法学

与新分析法学的“内在观点”有很大的不同，社会学法学将研究的重点放在法律的社会目的、作用和效果的考察之上，强调社会不同利益的整合。 创始人——庞德。

霍姆斯——明确反对法律形式主义。提出“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”成为法律现实主义的座右铭。法律现实主义的核心是把法律的规范性或者规定性成分降到最底限度，法律只是一种事实，是一套活的制度，而不是一种规则体系。

（四）其他法学派

1.经济分析法学

经济分析法学最初是作为法学研究的一种新方法而出现的，它将法律与经济效益联系起来，对法律进行经济分析。美国法学家理查德·波斯纳的《法律的经济分析》是其代表性著作。

2.批判法学

20世纪七、八十年代在美国出现了一个所谓的“批判法学”运动。 罗伯特·昂格尔—《批判法学运动》

第二章 法学性质

一、法学与哲学的关系

第一，哲学指导着法学的研究，成为法学的方法论原则和理论基础。

第二，法学的科学成果，是哲学的材料来源之一。

第三章 法学功能

一、法学的三种功能与法学的三种形态

法学对于人类社会，就承担了三个方面的功能：通过理解社会中的秩序而发现社会秩序背后的规则，这是**法学的初级功能**；通过编织意义而促进社会成员之间达成基本的共识，这是**法学的高级功能**；通过批判社会现实而树立起一个社会所必须的正义准则，这是**法学的终极功能。**

法学承担的这三种功能恰好可以分别对应于法学的三种形态：

1.理解社会秩序、发现社会规则所对应的法学形态是**社会学法学**。

2.编织意义、促进社会共识、实现社会团结所对应的法学形态是**解释学法学**。

3.至于批判现实、树立社会正义所对应的法学形态，则为形形色色的**价值论法学。**

第四节 法学的终极功能

一、法学如何树立正义

1.苏格拉底认为：守法就是正义，而正义就是不行不义之事。

2.柏拉图认为，只有当统治者代表被统治者制定符合全体社会成员利益的法律时，才称得上正义。贤人政治才是实现正义的更良善的途径，哲学王的统治比法律的统治更有利于实现正义。

3.亚里士多德，把社会正义的理想更多地寄托在“普遍服从良法”的法治上。第四章 法学体系

第一节 法学体系的概念

**法学体系**又可称为法律科学体系，它是由法学的各个分支学科组成的相互联系、相互制约的有机整体或系统。

一、法学体系的特征

（一）系统性 （二）层次性 （三）现实性 （四）开放性

法学体系中的主要类别简介

(一)理论法学

理论法学是以法律现象的共同问题和一般规律为研究对象的法学学科。

（二）比较法学

比较法学是采用比较方法研究不同国家和地区的法律现象的一门法学分支学科。

第五章 法学方法

第一节 法学方法概论

法学方法与法律方法：法学方法和法学方法论是从外在视角出发的“关于法律的思考”；而法律方法和法律方法论则是从内在视角出发的“根据法律的思考”。

第二节 法学研究的基本方法

一、价值分析方法

1.价值方法是指根据一定的价值标准对特定的研究对象（事物或活动）进行价值分析的方法。

二、实证分析方法

1．19世纪中叶，英国法理学家约翰·奥斯丁的《法理学范围之限定》的发表，标志着分析实证主义法学的产生，也使得实证分析方法成为了主要的法学研究方法。

2．奥斯丁并不试图像自然法那样从某种永恒不变的关于人性的形而上学假设出发推演出整个法律体系，而是努力从实证的角度对某个已经存在的法律体系，尤其是该法律体系中的法律制度、法律规则和法律概念进行分析。

3. 奥斯丁的分析并不彻底，其后，凯尔森和哈特从两个方向发展了实证分析的方法，形成了“纯粹法学”和“新分析实证主义法学”这两个20世纪非常重要的法学学派。

三、社会学分析方法

法国思想家奥古斯特·孔德是社会学的创始人，而马克思、迪尔凯姆和韦伯是社会学的三大奠基人，他们三个人确立对现代社会分析的基本框架和分析理路，使社会学成为了一门独立的社会科学。

四、历史分析方法

历史法学派的代表人物是德国法学家萨维尼。1814年，萨维尼出版名著《论立法与法学的当代使命》，宣告了历史法学派的纲领。萨维尼认为，法律并非某种由立法者刻意制定的东西，它深深地根植于一个民族的历史之中，其真正的源泉乃是该民族普遍的信念、习惯和共同意识。法律是由“民族精神”决定的。

五、经济分析方法

上世纪70时代，科斯在芝加哥大学的同事波斯纳发表了《法律的经济分析》一书，将“新制度经济学”的基本立场和分析方法运用到法学中来，标志着“经济分析法学”的诞生。

第六章 法学教育

一、合格的法律人才应当具备以下几个方面的素质

1.思想素质，即应当具有追求真理、维护正义的崇高理想和法律至上的坚定信念，应当具备法律职业伦理、恪守法律职业道德的精神品质；

2.法律素质，即应当具有法律思维能力、法律表达能力和对法律事实的辨别能力，具有扎实的法律知识和比较过硬的处理法律问题的技能；

3.人文素质，即应当具有广泛的知识背景，体现人文关怀，具备良好的人际沟通能力。

第七章 法与法律

第一节 法律概念的历史发展

一、古汉语中“法”的词义

在汉语言中，“法”字的古体是“灋”。其含义是：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”

二、西方思想传统中对“法”与“法律”的区分

1．西方的“法”除有“法”的含义外，还兼有“权利”“公平”“正义”或“规律”“法则”之意，因此它们常被人们理解为“客观法”“理想法”“应然法”。

2.西方的“法律”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”。

3.在西方法文化传统中，人们凭借自然法概念将“法”与“法律”明确地区分开来。自然法理论认为，法律在本质上是规范性的，“恶法非法”，因为存在着一种规制政治权力和法律权力，并为人们的行为制定道德标准的自然法体系。

三、“法”的广义与狭义

1．人类的存在和发展都需要秩序，需要社会规范和行为规则，广义的“法”同人类社会共始终。

2．狭义的“法”仅指国家出现以后的一种社会存在。狭义的“法”即法律，与国家有着直接的关联，是一种历史现象。

第二节 法律的特征

一、法律区别于其他社会规范的特征

1．法律是调整社会关系的行为规范

2．法律是国家制定或认可的行为规范

3．法律是以权利与义务为内容的行为规范

4．法律是由国家保证其实施的行为规范

二、现代法律作为社会规范的主要特点

（一）确定性

（二）概括性

（三）程序性

在某种意义上说，程序是法律的生命形式。无论是现代立法，还是执法，抑或司法都要求对一定程序的尊重，严格的程序可以最大限度地过滤掉人们在法律活动中的主观随意性、任意性和情感性，而保证和体现法律的公正性、客观性与科学性，是现代法制文明的一个重要标志。

（四）公开性

（五）平等性

这里所说的法律的平等性主要不是指立法上的平等，而是指司法上的平等，即当有关法律被制定颁行以后，在司法过程中平等地适用于法律主体，任何人都有权要求使用同一尺度给予其法律行为以公正的评判。

（六）不溯及既往性

三、法律的定义

所谓法律，就是指归根到底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集团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，通过规定权利与义务以维护社会秩序的一种特殊的行为规范体系。

第三节 法律作用

一、法律作用的含义

法律作用是指法律对于人的行为以及社会关系所带来的影响。

二、法律作用的特点

1.人为性，法律是由人类创制并产生出来的，法律的创制始终带有人的某种目的和愿望。

2.现实性，法律作用都是客观存在的现实，它规范着人们的行为，调整社会关系，并解决社会矛盾。

3.局限性，法律作为一种具有国家强制力的调整社会关系的手段，有自己的调整领域，它并不能取代道德、习惯、风俗、纪律等社会规范的作用，也不可能做到规范社会生活的方方面面。

三、法律作用的分类

法律作用可分法律的**规范作用和法律的社会作用。**

四、法律的规范作用

（一）指引作用

指引作用是指法律对人们的行为起到的普遍指导作用。法律的指引是一种一般指引，而不是个别指引。

（二）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。法律的评价作用的客体是人的行为。评价的标准包括行为的合法或不合法、违法或不违法。

（三）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的以及行为的法律后果。

（四）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，保障法律被顺利实现。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。

（五）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。

五、法律的社会作用

（一）分配社会利益

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，以具体的各种法律规范来指导实际生活中的利益分配。

（二）解决社会纠纷

法律对社会纠纷的解决主要是通过司法活动予以解决。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，使社会纠纷得到平息。

（三）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。

第四节 法律渊源

一、法律渊源释义

1.法律渊源是指法律规范的来源或源头，又称法的渊源，或法源。

2.法律渊源可分主要渊源和次要渊源。主要渊源包括制定法、判例法、国际条约和协定等应当优先考虑适用的法律规范。次要渊源包括习惯、法理、学说等。

二、法律渊源的种类

（一）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。不论是大陆法系还是英美法系，制定法都是重要的法律渊源。

（二）判例

（三）习惯

（四）法理

（五）法学家的学说

（六）国际条约和协定

（七）宗教教义和戒律

第八章 法律演进

一、法律起源（形成）的规律

1．法律的产生经历了一个由个别调整到规范性调整的过程。 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制定具有普遍适用性的、可以多次反复适用的行为规则来调整社会关系。

2．法律的产生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，国家顺应这一局势，有针对性地制定新的规范，这些新的规范就是制定法。

3．法律的产生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的产生方式从认可到制定的转变，说明人类对规范的形成已经达到了高度自觉的阶段。

二、法律发展基本理论存在的几种观点

（一）先天主义的理性建构论

先天主义的理性建构论建立在自然法、自然状态和政治社会起源的契约假设的基础之上，这种理论认为人类可以依靠理性对自然法则的把握，构建自己所需要的法律制度。

（二）法律与主权的命令说

法律与主权的命令说将法律的起源归结为主权者的命令，法律无所谓发展。

（三）法律的历史进化论

法律发展的历史进化论以反对法律的理性建构论为其认识的起点，该派学者通过对法律史实的研究，认为法律有其自身发展的连续的、不可割裂的历史，这种历史呈现出一种内在的进步因素的推动，是不为人们的主观意志所改变和创造的历史。该派观点以十九世纪英国梅因为代表。

三、法律发展的时空线索——法的历史类型与法系

1．法律发展的时间线索是法的历史类型。根据时间线索，人类的法律可以分为四种不同的历史类型：奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。

2．法律发展的空间线索是指法系。凡是具有相同的历史渊源、继受关系以及固有特征的若干国家和地区的法律，就属于同一法系。

三、法律发展（演进）的规律

（一）从神法向人法发展

早期法律的成长过程与宗教密切关联，法律往往披上宗教的外衣，借助神灵的力量获得权威。随着人类社会的发展，神灵之法让位于人世之法。表现为：

1.法律不再被当作神的意志而是人民意志的表达，人民主权是法律权威的终极来源。

2.世俗的司法诉讼取代了神明裁判，成为社会解决纠纷的最为重要的形式。

（二）从“身份的法”向“契约的法”发展

把法的进看作是一个从“身份的法”向“契约的法”运动的学者是梅因，古代法所调整的单位是家族而不是独立的个人，随着社会的发展和进步，“个人”不断地代替了“家族”，成为民事法律所考虑的单位。在新的社会秩序中，人与人之间的关系是因个人的自由合意而产生的契约关系，契约本质是自由和平等，这就决定了现代法律的平等性。

（三）从古代民主法治型法，经人治型法最终向现代民主法治型法发展

古罗马平民在保民官的领导下，经过与贵族激烈而不懈的斗争，产生了可以限制贵族恣意行为的成文法——《十二铜表法》。历史进入近代以后，专制统治成为主要政治形态，与专制社会相对应的法是人治型法，它通常是由处于社会统治地位的握有权力的个人或少数人制定。资产阶级革命的胜利，宣告了人治型法律的结束，代之而起的是现代民主法治型法律。

（四）从不成文法向成文法发展

1.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，成文法的出现，则是法律实践和人们的抽象思维能力达到一定程度的产物，是法律发展到稍后阶段的事情

2.在英美法系和法德法系两大法系相互融合的过程中，不成文法和成文法的地位逐渐显示出不同。

（五）从族群之法向世界之法发展

古代的法律起源于氏族的习惯，带有浓厚的民族和地方特色。人类社会在后来的民展中，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。当代世界经济一体化导致在商业贸易等私法领域交往增多，法律也呈现出一体化趋势。

四、古代民主与现代民主的差异

1.民主实现的范围不同。古代民主即使民展到极致时，公民的范围也是有限的，为数众多的奴隶不享有政治权利；现代国家全体人民都一致平等地享有政治权利。

2.民主实现的方式不同。古代的民主是直接民主，所有公民都参与法律制定的讨论和参与国家事务的管理；现代民主是代议民主制，在古代民主的基础上加入了精英政治的要素。

五、古代法治与现代法治的差异

古代法治国家里，法律只用来限制最高权力拥有者的恣意，人民意志是不受法律制约的。在现代国家，法律的制定权由民选的代议机构掌握现代法治的宪政精神、形式合理性要求为民主的极端化倾向设置了防线。从古代民主法治型法律发展到现代民主法治型法律是法律发展史上的一个巨大进步。

六、法律发展的方式

（一）法律继承

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。

（二）法律移植

法律移植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。

（三）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。

第三节 法律现代化

一、法律现代化的含义

法律现代化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。

二、法律现代化的特征

1.法律现代化与社会政治、经济、文化等各个领域的现代化紧密联系，相互促进。

2.法律现代化包括法律领域各个方面的现代化。

3.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，是过程与目标的统一。

4.法律现代化是变革性与连续性的统一，民族性与世界性的统一。

三、法律现代化的基本模式

以法律现代化最初的动力来源为标准，可以把法律现代化划分为内发型和外发型两种模式。

1．内发型法律现代化的模式，是指法律由于社会诸内部条件的成熟而从传统走向现代。 它以社会经济发展为根本原因，发展的动力来源于市民社会内部，并伴随着政治民主化进程。表现为自上而下的社会推进式。

2．外发型法律现代化的模式，是指因一个较先进的法律对较落后国家法律的冲击而导致的该国法律的进步转型过程。 在现代化过程中政府发挥着主导作用，因而属于自上而下的政府推进式。这些国家现代法律体系的建立通常依靠政府立法来实现，往往以法律移植作为主要手段。由于现代化的法律体系主要来自于对西方先现代化国家的借鉴，因此在一定程度上往往缺乏本土观念资源，在一定时期内形成传统与现代的强烈对立与冲突。

第九章 法律结构

一、 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。

二、法律要素内容的确定

（一）划分标准

在划分法律要素的具体内容时，主要应从以下两方面来考虑：第一，不同法律要素间要具有形式上的相对独立性；第二，不同法律要素间要具有地位与功能上的差异性。

（二）具体内容

根据以上标准，一般认为据以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。

三、法律概念的含义和特征

（一）法律概念的含义

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概括和抽象表达而形成的一些权威性范畴。

（二）法律概念的特征

1.法律概念的语言特征。即法律概念具有明晰和确定性的特征，这也是对法律概念最基本的要求。

2.法律概念的法律特征，即具有法定性。

3.法律概念的实践特征，即具有现实的可操作性。

四、法律概念的作用

1．法律概念的构建功能。它是构成法律结构最为基础性的要素。

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。

3．在具体的法律适用中也必须借助法律概念来进行。

4．在社会历史过程中，法律概念是培养和形成社会中一定水平和程度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，同时还是是具有不同文化与地域背景的人们进行关于法律的讨论和交流的重要基础。

五、法律规则的含义

1.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。

2.法律规则的逻辑结构：是指一个完整的法律规则要由哪些必备要素构成，以及如何确立这几个要素的功能和它们在法律规则内部的具体逻辑关系。

法律规则必备的构成要素包括假定条件、行为模式和法律后果。

（一）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用来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。

（二）行为模式

这是构成法律规则的核心部分。在法律文件中对行为模式有不同形式的表述，即授权式、义务式和禁止式三种。

（三）法律后果

法律后果部分表明人们遵守它会得到法律怎样的保护，而若违反法律的要求时又要承担怎样的法律责任等内容。从表现形式上看法律后果有两大类：一类是肯定性的，第二类是否定性的。

六、法律规则的种类

1．根据**行为模式与调整方式**的不同，可将法律规则分为授权性规则、义务性规则和禁止性规则三个种类。

2．据强制性的不同，可以将法律规则分为强制性规则和任意性规则两类。

3．根据内容的确定性程度不同，可以将法律规则分为确定性规则和非确定性规则两类。

第四节 法律原则

一、法律原则

(一)法律原则的概念

可以从两方面来把握法律原则的含义和内容：

1.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、稳定性的原理；

2.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。法律原则是构成法律结构的核心内容与指导性要素。

（二）法律原则的特征

1.法律原则的法律性与价值性

2. 法律原则的原则性与可操作性

3. 法律原则具有高度的稳定性和强大的适应性

4. 法律原则的指导性与强制性

二、法律原则的作用 （论）P152

（一）在立法过程中的作用

1.法律原则指导和影响重要法律概念的形成及其内涵的确定，甚至决定某些概念的兴与废。

2.法律原则指导着法律规则的创制并制约规则变动的方向和范围。

3.法律原则是法律体系内部有机统一与和谐的保障。

（二）在法律适用过程中的作用

1.在法律规则的具体适用过程中离不开法律原则的指导。

2.法律原则有弥补具体法律规则缺失的作用。

3.法律原则对相关的自由裁量权有限制作用，是确定行使自由裁量权合理范围的重要依据。

4.特定情况下发挥补救的作用。

（三）在人们了解和遵守法律方面所发挥的作用

三、法律原则的分类

(一)根据法律原则产生的依据和稳定性不同

将法律原则分为政策性原则和公理性原则两类。

（二）根据法律原则调整社会关系范围的不同

将法律原则分为基本原则和具体原则两类。

第十章 法律分类

一、成文法与不成文法

（一）成文法与不成文法的概念

1.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。成文法又称为制定法。成文法最高的以及最完善的形态是法典。

2.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。不成文法并非来自立法机关的创制。它包括习惯法和判例法两种形式。

(二)**成文法与不成文法的特点比较**

1.从内容上看

成文法具有明确的法律条文形式，内容编排逻辑井然、清晰明白。不成文法中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。

2.从立法程序上看

成文法的制定和修改有严格的程序规定，是立法机关通过法定程序产生出来。不成文法的形成没有严格的程序规定，不需要立法机关创制产生。

3.从各自的功能看

成文法有较好的规范功能、预防功能和社会改革功能。而不成文法没有清晰的条文形式，在规范功能、预防功能和社会改革功能上稍逊于成文法，但不成文法更具有稳定性和社会适应性。

4.从司法适用上看

成文法由于以词汇和语言来表达内容，语言本身的不确定性使法律规范通常需要解释才能适用。而不成文法并不完全依靠明确肯定的语言来表达内容，使法律解释的必要性降低。制定成文法的目的是为了啬法律的确定性和防止法律适用者滥用权力，法官的只在一定范围内享有自由裁量权，而不成文法的司法适用中，法官通常拥有较大的自由裁量权，可以通过法官造法来弥补法律的不足

二、根本法与普通法

1．根本法，也就是一个国家的宪法，又称根本大法。

2．普通法是根本法之外的其他法律。普通法不得和根本法相抵触。

3．根本法和普通法的**区别**体现在

（1）立法主体（2）立法程序（3）基本内容（4）效力等级（5）法律解释和监督等方面。P 160

三、实体法与程序法

1．实体法和程序法的划分是根据法律的**内容和功能**的不同对法律作出的划分。

2．实体法是规定法律关系主体之间的权利与义务关系、职责与职权关系的法律。如：民法、刑法、行政法等。

3．程序法是规定保证实体权利与义务、职责与职权得以实现的方式和手段的法律。如：民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法、行政程序法、立法程序法等。

四、一般法与特别法

1．根据法律适用的效力范围，可将法律分为一般法与特别法。

2．一般法是针对一般人、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、特定时间生效的法律。

3．一般法与特别法的划分具有相对性。

4．在一般法和特别法的适用上，特别法优于一般法。

5．一般法与特别法划分的意义

（1）一般法与特别法的划分可以克服法律僵化性。

（2）一般法与特别法的划分可以提高法律的可操作性。再次、一般法与特别法的划分可以增强法律的应变性。

（3）一般法与特别法的划分可以提高法律的稳定性。

第二节 法律的特殊分类

一、公法与私法

1．公法与私法的划分始于古罗马。

在查士丁尼皇帝钦定《法学阶梯》中将法律分两部分，公法与私法。

2．在如何划分公法与私法的问题上，存在不同的观点，主要有：

（1）权力说：该学说以是否涉及国家权力的运用作为划分标准。认为公法是以权力与服从为标志；私法是体现平等主体之间的关系，以公民的意思自治为标志。该说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：即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人的法律为私法。该说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。此说来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：该说认为在法律应用中，公民私人不能自主决定对其是否予以应用的法律为公法；公民私人可以自主决定应用的法律为私法。该说忽略了公法关系中，公民也有可自主选择应用的情况。

（5）法律关系说等。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。 该说作为对公法与私法的划分较为圆满。

二、普通法与衡平法

1．普通法是指产生于英国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。它的表现形式是判例法。

2．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。

第十一章 法律关系

第一节 法律关系概述

一、法律关系的概念

所谓法律关系，是指根据法律所确定的主体之间具体行为的法律相关性。

二、法律关系的特征

1．法律关系的产生以法律规范的存在为前提。

2．法律关系以主体间法律上的权利和义务为内容。

3．法律关系是形式与内容、动态与静态、过程与结果的辨证统一。

第二节 法律关系的构成要素

一、法律关系的主体

二、法律关系的内容

三、法律关系的客体（权利义务）

第三节 法律关系的分类

一、按照据以形成法律关系的法律规则所属法律部门的不同

法律关系划分为宪法法律关系、民事法律关系、刑事法律关系、行政法律关系、诉讼法律关系等类别。

二、根据构成法律关系的主体是否具体化

将法律关系划分为绝对法律关系和相对法律关系两类。

1.绝对法律关系中，权利一方是特定而具体的，而义务一方是除了权利一方之外的所有人，是不特定，不能具体化的。

2.相对法律关系中，权利、义务主体都是特定的。

三、按照法律关系主体法律地位的不同

法律关系划分为平权型法律（横向法律关系或对等法律关第）关系和隶属型（纵向法律关系或不对等法律关系）法律关系两类。

四、根据法律关系之间因果联系与相互间地位的不同

将法律关系划分为第一性法律关系（主法律关系）和第二性法律关系（从法律关系）两类。

第四节 法律关系的产生、变更和消灭

一、法律关系产生、变更和消灭的前提与条件

1．法律关系产生、变更和消灭的前提是法律规范。

2．法律关系产生、变更和消灭的条件是法律事实（法律事件和法律行为两类）

二、法律事件与法律行为

**法律事件**是指法律规则所规定的，不以人的主观意志为转移的，并且能够引起一定法律关系产生、变更和消灭的事实或现象。

**法律行为**是指法律规范中规定的，在一定主体意志支配之下而作出的，能引起法律关系产生、变更和消灭的人的活动。

第十二章 法律意识与法律行为

第一节 法律意识

一、法律意识的概念

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。

二、法律意识的结构

（一）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。

（二）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、理性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。

（三）法律观念

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、感性的认识；也包括一些系统的、必然的、理性的认识。

三、法律意识的作用

1.法律意识是法律创立和完善的重要思想依据。

2.法律意识对于正确适用法律和遵守法律也有重要作用。

3.普及法律知识、提高全民的法律意识对于中国法治国家的形成非常重要。

第二节 法律行为

一、法律行为的概念与特征

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。由历史法学派创始人胡果提出。具有“法律性”和“社会性”两个特征。

二、法律行为的基本分类

（一）合法行为、违法行为和中性行为

根据行为与法律的要求是否一致，把法律行为分为合法行为、违法行为和中性行为。合法行为就是指人们的符合法律要求的行为。违法行为是指违反国家现行法律规定，危害法律所保护的社会关系的行为。中性行为介于合法行为与违法行为之间，虽没有得到法律的允许又没有受到法律的禁止，即处于现行法律的调整范围之外的“法律真空”或“法律漏洞”。

（二）积极法律行为（作为）和消极法律行为（不作为）

根据行为人的具体行为方式，可以把法律行为分为积极法律行为和消极法律行为。积极法律行为就是行为人以积极的、直接对客体发生作用的方式进行的活动，表现为一定的动作或者动作系列，能够引起客体内容或性质的变化。消极法律行为是指行为人以消极的、间接对客体发生作用的方式进行的活动，表现为不做出一定的动作，保持客体不变或者容许、不阻止客体发生变化。

（三）抽象法律行为和具体法律行为

根据法律行为的效力对象和生效范围，可以区分为抽象法律行为和具体法律行为。抽象法律行为是针对未来发生的不特定事项而做出的、制定和发布普遍性行为规范的行为。具体法律行为是针对特定对象，就特定的具体事项而做出的、只有一次性法律效力的行为。

（四）个体法律行为和群体法律行为

根据行为的主体情况，人的行为可以分为个体行为和群体行为。个体行为就是由自然人个人意识和意志所支配、并由自己直接做出的行为。群体行为是由两个以上的自然人有组织的、基于某种共同意志或追求所做出的趋向一致的行为。

三、法律对行为的激励机制

（一）法律的外附激励

法律的外附激励就是通过赞许、奖赏等，或者压力、约束等法律手段使人们做出某种行为。

（二）法律的内滋激励

法律的内滋激励就是通过主体自身产生的某种自觉的精神力量来使人们做出某种行为。

（三）法律的公平激励

法律的公平激励就是使人们对法律的公正性的认同和遵守来激励人们的行为。

（四）法律的期望激励

法律蕴涵了某种目的和期望，这种期望可以激励人们做出某种行为。

（五）法律的挫折激励

法律在很多情形下将规制人们的欲望，并通过使人的欲望的受挫而使人们服从法律。

第十三章 法律责任

第一节 法律责任概述

一、法律责任释义

法律责任是一种特殊意义的义务，具体说，法律责任是由违反第一性的义务而引起的第二性的义务。

二、法律责任与法律义务的区别

法律义务通常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的义务，此义务通常针对一般的社会主体设立。而法律责任是指一种特殊义务，此义务通常针对特殊的主体设定的，具体是指一方由于违反了法定义务或约定的义务从而产生一种新的义务。具体区别如下：

1.法律责任针对的是特定的主全，具体指违反了法定义务或约定义务的主体；法律义务针对的是一切社会主体，具有相当的广泛性。

2.法律责任通常具有惩罚性，即法律责任是针对第一性的义务没有被履行而进行救济、制裁；法律义务是作为与法律权利相对应的法律的重要调控手段，一般不具有制裁性。

3.法律责任的产生是以法律义务为前提，没有主体对义务的违反就不会产生法律责任。

二、法律责任的特点

（一）法律责任的法定性

（二）法律责任的强制性或必为性

（三）法律责任的当为性

第二节 法律责任产生的原因

一、违法概念

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

二、违法的构成要件

1、主体要件：违法的主体要件是指构成违法的主体必须是具有行为能力或责任能力的主体。

2、主观要件：违法的主观要件是指违法的构成主体在做出与现行法相冲突的行为时，主体的主观心理态度上必须有过错。

3、客观要件：损害事实以及与损害事实之间的因果关系。

4、客体要件：违法在深层次意义上是破坏了法律所保护的社会关系。

第三节 法律责任的种类和功能

一、法律责任的种类

（一）民事责任

民事责任是指公民、法人、国家或其他民事主体因民事违法行为、违约或因特定的法律事实出现而依法应承当的不利后果。

（二）刑事责任

刑事责任是指公民、法人、组织等主体违反刑事法律而应该承当的法律上的不利后果。

（三）行政责任

行政责任是指行政机关及其工作人员和行政相对人违反行政法律或某些法律事实的出现而引起的法律上的不利后果。

（四）违宪责任

违宪责任是指由违反宪法而应承当的法律的不利后果。

二、法律责任的功能

（一）制裁功能

法律责任的制裁功能一般是指通过法律责任的承担对责任主体进行惩罚。

（二）补偿功能

法律责任的补偿功能是指国家强制责任主体赔偿损失，救济受害主体，恢复受侵害的权利。

（三）预防功能

法律责任的预防功能是指法律责任通过强制责任人补偿其所造成损害，对责任人进行严厉的制裁等一系列不利后果承担，教育、引导、威慑责任人及社会上的其他人理性选择行为。

第四节 法律责任的归结与承担

一、法律责任的归结

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

二、法律责任的归结原则

（一）责任法定原则

是指法律归责过程必须是依法进行的活动过程。

1.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。

2.责任主体应承担的法律责任的种类、性质、期限、承担方式等必须以预先生效的法律规范为依据。

3.归责主体的归责过程必须严格遵守程序法。

（二）公正原则

法律尤其是成文法具有局限性，在法律无法提供准确的归责依据时，归责主体必须本着符合基本社会公正、法律公正的原则精神进行归责。法律表现为：

1.同等情况同等对待。

2.归责要坚持“罪责相适应”

3.归责过程中归责主体要坚持法律面前从平等原则，任何主体违法犯罪都应受到同等的追究；但要注意特定的情况下区别对待，只有这样才能达到真正的平等。

（三）效益原则

在立法时对某种违法进行设计法律责任时要考虑犯罪成本、犯罪代价或风险因素。以较小的投入先得到最大的产出。

三、法律责任的免除

（一）时效免除

（二）不诉免除

（三）协议免除、诉辩交易免责

（四）自首、立功免责

第十四章 法律实现

第一节 法律实现概述

一、法律实现的概念

所谓法律实现是指体现在法律规则中的一定意志、利益和目标经过法的有效实施，从而转化为社会现实的过程和结果。从微观的角度它可以指一个具体法律规范的实现，从宏观的角度可以指最终的一定法律秩序的建立。

二、法律实现的特征

（一）法律实现离不开社会主体有意识的活动与行为

（二）法律实现是法律调整社会的目的和价值的实现

（三）法律实现是具体权利和义务的实现

（四）法律实现要以国家强制力作为保障

三、法律实现的条件

所谓法律实现的条件是指具体影响和制约法律有效实现的因素。主要表现为以下两个方面：

（一）法律实现的法律条件

1.法律规范的科学和有效

2.各种法律制度的健全和完善

（二）法律实现的社会条件

1.一定的政治经济基础是法律实现所依赖的最基本的条件。

2.法律实现离不开与其他社会规范的共同作用。

3.人们的法律意识对法律的重要影响。

四、法律实现的方式

法律实现的方式是指法律的意志与要求转化为社会现实的具体形态。大致可以分为以下几种：

（一）从是否需要在主体间建立相应的法律关系的角度

将法律实现划分为通过具体法律关系的法律实现和不通过具体法律关系的法律实现两种方式。

通过具体法律关系的法律实现是指需要在一定主体之间建立具体的法律关系，相应的法律规范才能实现的方式。通过这种方式实现的法律规范要求权利和义务的主体必须具体化或特定化，这时法律规范中的权利和义务在一定的主体间便形成某种对应关系。

根据主体间结成的法律关系状况不同主要有几种情况

（1）法律关系中一方的权利就是另一方的义务；

（2）法律关系中主体双方都享有对等的权利并承担对等的义务；

（3）法律关系中主体间享有不对等的权利，并承担不对等的义务。

不通过具体法律关系的法律实现，是指不需要在主体间建立一定的法律关系，权利人与义务人之间可以没有具体的联系，而是通过人们某种直接的作为或不作为的方式即可使法律实现的情况。这类法律规范主要包括：

（1）法律中的禁止性规范；

（2）用不作为的方式履行的义务性规范；

（3）规定公民直接享有而不需义务人做出一定行为即可实现的某些权利性规范。

（二）从与国家强制力联系的紧密性程度

将法律实现划分为法律的非强制实现和强制实现两种方式。

（三）从行为模式的角度

将法律实现划分为权利的行使和义务的履行两种方式。

法律实现的途径：1.法的执行2.法的适用3.法律遵守

第二节 法律效力

一、法律效力的概念和来源

法律效力通常指法律的保护力和约束力，具体指国家制定或认可的法律对其调整对象所具有的普遍的支配性力量。

关于法律效力的来源，一般主要有以下几种学说：

（一）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的尊重法并信守法。以道德标准证成法律效力的原因主要是：

1.证成一个判决或法规的理由包括着义务论功利论等道德判断。

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。

（二）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。

法律效力来源上，侧重从规范的形式要件角度和逻辑角度进行讨论。

（三）社会法学派

认为法律效力是一个“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。

（四）社会心理学派

认为法律的效力源自人们对法律的心理态度。

第三节 法律实效

一、法律实效

法律实效是指社会主体实际上按照法律规定的行为模式进行行为，法律在实践中被遵守、被执行和被适用。

法律效力与法律实效的关系

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“是应然”状态的静止的法律是否符合一下的法律规格；法律实效是分析“实然”

状态中法律产生的实际效果。没有法律效力的法肯定没有法律实效，但具有法律效力的法在实践中也不一定都有实效。

二、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。法律实效是法律效果的前提。

三、法律效益

法律效益是指法律在实施过程中是否给人们和社会带来有效的效果和好处，并如何在有限的资源中实现最小的投入而获得最大的产出。

第十五章 法系

一、法系

是具有共同法律传统的若干国家和地区的法律，它是一种超越若干国家和地区的法律现象的总称。

（一）民法法系（大陆法系）概述

**民法法系（大陆法系、法典法系）**是指起源于古代罗马法并自中世纪起，在西欧大陆各国以罗马法为基础形成的，以《法国民法典》和《德国民法典》为代表的法律制度以及其他在这种法律制度影响下的国家和地区法律制度的总称。

二、民法法系的特点

（一）强调私法、保障私权

大陆法系制度最初的基本分类是公法和私法，此划分为罗马法首创。但罗马公法与私法的民展进程中，私法要发达得多，故今言之罗马法，主要指私法而非公法。

（二）强调理性与哲理

罗马帝国早已灭亡，罗马法却绵延千余载而生生不息，归功于罗马法的精神支柱，——理性主义。古希腊的理性思想先是通过罗马法将其私法化，形成一个理性思想的私法体系。理性主义的载体就是自然法思想。

（三）法学家的重要作用

法学家在立法中起指导作用。在法观念上，人们认为理性是唯一可靠的认知方法，法学家可以发现一个理想的法律体系，并以此建立各种规则和原则，将其作为法典的指导。乌尔比安等法学家就在一定程度上起着立法者的作用，他们的学说可以直接用于司法断案，具有和皇帝敕令同等的法律效力。

（四）法律法典化及其独特的法源

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。与此相对照的是在英美法系适用法典的地区，人们并不将法典视为一种神圣无缺之物，法官更多地是到判例中寻求断案的依据。

三、普通法法系（英美法系）

指以英国中世纪以来的法律，特别是它的普通法为基础的，与以罗马法为基础的民法法系相对比的一种法律制度。

（一）英美法系的特点

（1）判例法为主的独特法源

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类似的案件具有或强或弱的拘束力。判决会产生“既决事项不再理”的司法效力。

（2）司法为中心与法官造法

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。是通过法官的具体判例确立，尔后由后来者予以遵循。法官充任了造法者的角色，判例法又被称为“法官造的法”

（3）财产信托的合理设计。

信托是一种代人理财机制，是一种关于财产转移与管理的设计与安排。体现了英美法的务实性。

（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系。区别于以立法为中心的大陆法系。大陆法系力图为每一种行为提供模式，而英美法系国家将行为方式的选择权交给了当事人自己，而只在行为模式的选择出现偏差时予以纠正。英美法系实行对抗式诉讼，其特点是在民刑事案件中，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，而是站在中立的立声上充当冲突双方的公断人。

四、两大法系的演变及发展趋势

由于经济一体化、政治一体化进程的不断加速，两大法系的各国法律在法律技术、法律方法等方面有不断靠拢的趋势。表现在：

1.大陆法系中，判例作用日益显著，特别是行政法方面；在英美法系国家，制定法日益增多，开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，大陆法系在传统上实行法典化，英美法系在传统上不采用法典形式。但后来发展成，英美法系也有少数法律采用形式，大陆法系的一些重要法律部门并未采用法典。

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，后来发展到，英美法系国家的法学中也逐渐倾向于公私法之分。

五、中华法系的特点

1.以专制制度、宗法等级特权为特征的法律。

2.中华法系的法律具有统一、封闭的特点。

3.儒家思想的绝对统治。

4.重刑轻民、诸法合体的法律传统。

第十六章 法制与法治

一、法制释义

1.广义的法制，认为法制即法律制度。

2.狭义的法制，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，依法办事的原则和制度。

3.法制是一个多层次的概念，它不仅包括法律制度，而且包括法律实施和法律监督等一系列活动和过程，是立法、执法、守法、司法和法律监督等内容的有机统一。

二、法制与民主

（一）民主释义

民主首先是“大多数人的统治”，民主是一种国家形式，一种国家形态。“这是一方面，但另一方面，民主意味着在形式上承认公民一律平等，承认大家都有决定国家制度和管理国家的平等权利。”(列宁)

在权利层面上，民主从消极意义上讲即没有特权；从积极意义上讲即人人平等。民主之于政治，就其功能而言，虽然不一定能够达到“最好”，但一般却可以防止发生“最坏”。

所谓现代民主，就是遵循预定的程序，在平等基础上的少数服从多数，从而实现大多数人的统治权力，即以服从多数、遵循程序、保护少数等基本原则来体现的现代社会的政治制度或国家制度，并由此影响到人们的思想作风和日常生活；其核心是人民当家作主，真正享有各项权利和和自由，享有管理国家和其他一切社会事务的权力。

（二）民主的原则

1.是“服从多数”，又叫多数原则，即少数服从多数的原则。

2.“遵循程序”，又叫程序原则。

3.“保护少数”，又叫少数原则。

（三）民主与法制的一般关系

民主和法制的关系是我国法学界经久不衰、不断深化的一个理论命题。

对民主与法制的关系的认识主要从四个方面进行阐明：

1.民主和法制相互依存，不可分离。

民主政权是现代法制存在的前提；民主政权即人民当家作主的政权，没有作为国家制度的民主事实的存在，就不可能创立法制；离开了民主制度、民主程序，就不可能制定出既有科学性又有人民性的法律；没有法律确认民主关系的路线方向，社会就会动乱，民主就会付之东流；没有法制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，社会主义民主实际上就会成为一句空话。民主离开法制，必然导致无政府主义；法制离开民主就会演变为专制。因此没有无法制的现代民主，也没有无民主的现代法制。

2.民主和法制相互渗透，彼此补充。

民主中有法制，法制中有民主，有时，民主和法制在一定条件相互转化。另外在内容上两者相互补充，形式上相互依存、渗透。

3.民主和法制相互保障，彼此促进。

法制是民主制度、民主权利和民主程序的体现和保障，法制的力量来自民主，民主对法制的性质、方向、权威和实现都有一种保障作用。

4.民主和法制相互制约，彼此平衡。

民主的内容直接由法律确认和规定，而且行使民主权利的原则、程序和方法也必须以法律为依据；法制必然体现人民的意志和利益，民主程序和民主程度都直接影响法制作用的范围。如果民主失去法制的制约，必然导致社会的动乱，法制失去民主的制约，就会使人民受害。

总之，民主建设应在法制的轨道上进行，而不能超越法制，从而实现民主的法制化；同时，法制建设也要纳入民主的轨道，从而实现法制的民主化。不能把二者割裂开来，更不能把二者对立起来。只有综合地，整体地理解民主与法制的关系，才能全面、充分和合理地发挥它们的作用。

第二节 依法治国

一、依法治国的内涵与意义

所谓依法治国，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、主张治理国家；要求国家的政治、经济运作、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。简而言之，依法治国就是依照法律来治理国家。

二、依法治国的基本要求

1．有法可依

有法可依，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。这是建立法治国家的前提。

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。这是建立法治国家的中心环节。

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。这是建设法治国家的重要支撑。

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。违法必究是对有法必依的进一步强调。

第三节 法治

一、法治概述

在中国最早使用“法治”一词的是梁启超先生。

西方最早使用法治一词并给它以科学定义的是亚里士多德，他在《政治学》中指出：“法治应当优于一人之治。法治应包含两重含义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应是良好的法律”

19世纪末，英国著名宪法学家戴雪提出了法治的三要素说。1任何人“唯独受法律治理”，法律没有明文禁止的行为，都不应受处罚；2在法律面前人人平等；3个人的权利是宪法赖以建立的基础。

（一）法治的含义

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。它包括以下几层含义：

1.法治是一种宏观的治国方略。

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。

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。 无论发生什么情况，甚至是法律本身发生不正当的情况，也要依法办事。在法律面前只有先承认形式的合理才能承认实质的合理，这是法治建立的根本要求。

3.法治是一种民主的法制模式，又常常被理解为“以民主为基础和前提的法制”。

法制必须以民主为社会条件和正当基础。

4.法治还经常被作为一种文明的法的精神，与理念、原则、观念等词联用，如“法治理念”“法治原则”“法治观念”等等。

4.法治是一种理性的社会状态和理想的社会秩序。

法律与国家、政府之间，运用法律约束国家、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。因此，可以认为“法治”就是一种在法律管束国家权力以后，而使权利在人与人之间得到合理配置的社会状态。

（二）古代“法治”与现代“法治”的区别

1.古代的“法治”建立在专制主义的政治基础上，现代的法治需要建立在民主的基础上

2.古代的“法治”其国家的权力都集中在君主一人之手，现代的法治则实行分权与制衡。

3.古代的“法治”无法保障人权，特别是中国古代所谓的“法治”其实仅仅是“刑治”而已，现代的法治则应以保障人权为依归。

二、法制与法治辨析

（一）**“法治”与“法制”**的主要**区别**

1.法治表达的主要是法律运行的状态、方式、程序和过程；而法制主要是一个静态的概念，是法律制度、法律和制度的简称。

2.法制属于工具操作范畴，是为政治服务的，没有民主可以有法制，法制只表明特定社会中存在着一种独立于其他各种制度的法律制度。法治则属于政治理想的范畴，是为政治服务的，没有民主就不可能有法治。法治以市场经济和民主政治为基础，是市场经济基础上、民主政治体制中的治国方略。

3.法制关注的焦点是秩序，法治关注的焦点是法律至上权威，法治是法律对公民、组织和政府行为的有效规则，特别是对运用公共权力的有效制约。

（二）**法制与法治**的联系

1.法治是法制的前提，因为只有在以法治国的治国思想和主张指导下，才有可能建立和健全法制；

2.法制又是法治的保障。因为只有建立了完备的法制，才能做到有法可依，才能使以法治国的治国主张得以实现。

3.如果没有法治思想的指引，就不可能有完备的法制；反之，如果没有法制的保障，法治也只能是一个空洞的主张，不能得到真正的实现。法制状态虽然不能直接导致法治，但法治状态必须以完备的法制作为基础。从法制向法治的过渡需要民主政治的确立和法律权威的提高。

三、法治与人治辨析

法治作为一种治国思想和治国方式以及法律存在的状态是与人治相对的。

人治作为治国的方法和原则，其含义包括：

1.人治不等于没有或取消法律，而是借助法律实现专制；

2.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。

3.大于法的权力不是一一般的职权而是极权。

人治与法治的区别在于：人治强调依靠统治者个人的作用来统治国家要求把权力交给统治者个人，使之能够运用手中的权力衽对国家和人民的统治；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，在法律面前人人平等，不允许有凌驾于法律之上的个人特权。简而言之，人治所强调的是个人的作用；而法治所强调的则是法律的权威。

“法治国家”的定义：所谓法治国家，就是国家的立法、行政和司法工作都依法进行，公民自觉遵守法律，人权受到法律的切实保护。

四、中国法治发展的现实路径

从世界历史的进程看，在法治发展的路径与模式设计上，不外乎两种情况：一种是早期西方发达国家的社会自发演进型法治发展模式，另一种是发展中国家目前正在进行的政府推进型的法治发展模式。前者强调社会的主导作用，法治秩序是一种内生的秩序，法治的进步发展依赖于社会自身的力量，社会自身的发展、经济和社会生活的需要、人民群众的自觉参与，是法治发展的真正动力，市民社会是推进法治的主体，因而这种法治模式推崇社会制度的自生自发而反对人为的制度设计，其发展方向呈现出自下而上的特征。后者更重视政府的主导作用。

从现实来看，中国选择的是第二条道路。其原因在：

1.主要原因也是初始原因是中国社会面临的外部压力与内部危机。

2.中国之所以走上了政府推进法治的发展轨道，从另外一个角度说，就是时间总是是时间紧迫性决定中国要尽快建立新的社会经济政治秩序，以实现国家的赶超目标。也就是要变被动的冲击——回应式为主动进取式，否则就有可能在国际竞争中再度处于下方。

3.从中国现实国情出发中国推进法治的最大本土资源，就是中国的本土政治资源。中国政府力量从1949年以来的超常强大，决定了政府推进型的变法模式是最可行的。

4.中国民主化进程的起步状态也决定了中国法治发展模式。

5.西方近代法治化进程中所付出的沉重代价，也成为中国选择适合自身发展模式的重要参照物。

中国这样一个没有法治传统的国家厉行法治，建设社会主义法治国家，必须认识到第二条道路的艰辛性和长期性。为此，必须做好以下工作：一是继续转变观念。要摒弃“法的工具主义”观念，批判“法的实用主义”观念，正确理解法和权的关系，确立制约权力的观念，确立尊重和保障人权的观念。二是继续改革法律制度。包括进一步完善立法体制，划分立法权限，细化立法程序，加强立法解释和监督，切实做到有法可依。

第十七章 立 法

第一节 立法概述

一、立法的概念

从狭义的解释来看，根据我国现行宪法，立法是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。

从广义来看，立法就是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。广义的立法概念与法律制定可以通用。

二、立法的特征

1.立法是国家履行职能的主要方式之一，是国家的一项专门活动。

2.立法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.立法是依照法定程序进行的活动。

4.立法是一项包括多种变动法律的专门活动。

第二节 当代中国立法的基本原则

一、立法基本原则

国家立法指导思想在实际立法活动中的具体贯彻和落实，是对国家立法意图的总体概括。

二、我国当代的立法基本原则

（一）实事求是，从实际出发原则

“立法应当从实际出发，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。”立法要从中国现实的国情出发，要反映客观规律。

（二）法制统一原则

“立法应当依照法定的权限和程序，从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一和尊严。” 立法要坚持以宪法为核心和统帅，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。

（三）民主立法原则

“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，保障人民通过多种途径参与立法活动。”

（四）以人为本，尊重和保障人权原则

1.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。要求立法工作以限制和规范政府的权力为本。要求立法工作要以促进人的全面发展为本。

2.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。

3.地方立法在坚持立法工作总的指导思想和原则的基础上，还应坚持与宪法和法律不抵触的原则、坚持具有地方特色和时代精神的原则、坚持增强可操作性的原则。

立法中的“观赏性”现象。 P278

第三节 立法体制

一、立法体制的概念

立法体制是指关于立法权的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。

二、中国现行立法体制的特点

1.一元性的立法体制，即实行中央集中统一领导，强调国家立法权属于中央。“**一元**”是指全国范围内只存在一个统一的立法体系。

2.两级并存的立法体制，即中央一级的立法和地方一级的立法同时存在。

3.多类结合的立法体制。

中央立法权包括国家最高权力机关的立法权和最高行政机关的立法权两类。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享有并行使。

第四节 立法程序与立法技术

一、立法程序

我国的法律制定程序包括：

1.第一阶段：提出法律议案

2.第二阶段：审议法律草案

3.第三阶段：通过法律

4.第四阶段：公布法律 。

二、立法技术

所谓规范性法律文件是指有权制定法律规范的国家机关发布的属于法律渊源的文件。

规范性法律文件的规范化和系统化具体指：

（一）规范性法律文件的规范化

1.是指立法主体在制定法律、法规时必须符合一定的要求，必须按照一定的规格来进行。

2.强调规范化的意义在于：（1）有助于法制的统一（2）有助于建立和谐一致的法律体系（3）有助于改善立法工作，提高立法工作质量。

（二）规范性法律文件的系统化

即对已制定的规范性文件进行系统地整理、分类和加工。

三、规范性法律文件系统化的方式

（一）法律汇编

即将有关规范性法律文件按照一定的标准予以排列，编辑成册，不改变文件的内容，也不是制定法律。

（二）法律编纂

即对属于某一部门法或某类法律的全部规范性文件加以整理补充、修改，甚至在此基础上制定一新的系统化法律，是一种立法活动。

（三）法律编纂与法律汇编的区别

法律编纂是立法活动，而法律汇编并不是立法活动。

第五节 当代中国的法律渊源与法律体系

一、当代中国的法律渊源

（一）我国法律的正式渊源

1．宪法 2．法律 3．行政法规 4．地方性法规 5．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。

判例、政策、法理等属于我国的非正式法律渊源。

（二）中国目前暂未采用判例法制度的原因

1.判例法制度不大适合中国现行政治制度。

2.中国没有像英国或其它普通法法系国家的长期存在的和牢固的判例法历史传统。

3.中国的法官大多缺乏判例法方法论的训练，实行判例法制度不仅复杂，而且成本较高。

4.与制定法相比，判例法本身存在一些固有的缺点，如不够民主、溯及既往，以个别案例为基础作为判断一般案件的标准，具有一定的片面性，容易以偏概全。

二、中国法律体系

（一）法律体系与部门法划分

1.法律体系，通常是指一个国家全部现行法律规范分类组合为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体。简单地说，法律体系就是部门法体系。

2.部门法，又称法律部门，是根据一定标准、原则所制定的同类规范的总称。

部门法的划分标准有：

（1）法律的调整对象是划分法律部门的首要标准。

（2）法律调整的方法是划分部门法的另一标准。

第六节 法律解释

一、法律解释基本理论

（一）法律解释

一定的解释主体根据法定权限和程序，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、术语等进行进一步说明的活动。

（二）法律解释的必要性（法律解释的实践意义？）

1.法律解释能够为法律实施提供比较具体的标准，缓解法律的抽象性与社会生活的复杂性之间的矛盾。法律具有抽象性、概括性，其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。而法律实施过程中，遇到的是具体的社会行为或社会关系，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。法律解释是连接立法的历史背景与社会现实条件，使法律从纸上规范变为实际生活中行为的桥梁。

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。任何立法者都不是万能的，任何法律也都难免会存在漏洞。通过法律解释，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，从而成为联结立法意图与司法目的的纽带。

4.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。

（三）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。

（1）文理解释，又称文义解释，就是按照表述法律规范的文字的字面意义进行的一种法律解释。

（2）论理解释，又称目的解释方法，即不拘于法律规范的字面含义，也不拘于制定法律当时的立法动机，而从现时社会关系发展的需要出发，以合理的目的所进行的解释。

（3）法意解释即探求立法者在制定法律时的意图而对法律条文进行解释的方法。

2.根据解释**尺度**或解释**结果**的不同，分为字面解释、扩充解释和限制解释。

（1）字面解释即严格地按照法律的“字面意思”来解释法律，既不扩充也不限制。

（2）扩充解释是指当法律条文的字面含义窄于立法原意时，为了准确表达立法原意，对法律规定的含义扩充范围，作广于字面含义的解释。

（3）限制解释是指当法律条文的字面含义广于立法原意时，为了符合立法原意，对法律规定所作的窄于字面含义的解释。

3.根据解释的**效力**的不同，分为正式解释和非正式解释。

（1）**正式解释又称有权解释、法定解释或有效解释**，是指由特定的国家机关按照宪法和法律所赋予的权限，对有关的法律规范所进行的解释，具有法律效力。我国法律的正式解释包括：立法解释、司法解释和行政解释三种。

（2）非正式解释又叫无权解释或者无效法律解释，是指未经授权的机关、团体社会组织、学术机构以及公民对法律规范所作的解释，其基本特点是该解释在法律上没有约束力。包括学理解释与任意解释。

二、中国现行法律解释体制

（一）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。

（二）司法解释

司法解释就是指由最高人民法院（审判委员会）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。解释的情况：

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进行解释。

司法解释的形式分为“解释”“规定”“批复”三种。

（三）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。

三、中国现行法定法律解释体制的特点

1.立法部门主导即立法部门特别是全国人民代表大会常委会处于支配地位，人大常委会的立法解释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。

第十八章 守法

第一节 法律实施与守法

一、法律实施

法律实施也叫法律实行，是指法律在社会实际生活中的具体运用和贯彻。 它包括两个方面：

（一）法律遵守

即要求一切国家机关、社会组织和个人都必须遵守法律；

（二）法律适用

即要求国家专门机关及其公职人员严格依法适用法律。

二、守法释义

守法是法律实施的一种重要方式。

（一）法律遵守

与遵守法律、守法是同一概念，是指国家机关、社会组织和每个公民，依照法律的规定，行使权利、履行义务的活动，即一个国家和社会的各个主体严格依法办事的活动和状态。

（二）法律遵守的意义

1.法律遵守是对全社会主体的普遍要求，是法律实行和实现（法律实现的途径：1法的执行2法的适用3法律遵守）的一种最基本的形式。具体来说包括三个方面：

（1）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，既不能权力膨胀也不能权力萎缩，失职渎职。

（2）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。

（3）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。法律实现要求人民亲手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，使各种合法利益得到保护。

3.法律遵守是社会正常有序的必然要求。社会有序主要通过道德和法律来加以调整，现代社会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。

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。

第二节 守法义务与良性违法

一、守法义务的理论根据

在法理学上主要有三种学说：承诺论、公平论和功利论。

(一)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。

(二)公平论

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。

(三)功利论

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，即是由能否对最大多数人产生最大幸福来决定的。

二、良性违法

所谓“良性违法”，就是出自良知的违法行为。

法律有良恶之分，良支就是为人民的利益所需要的清晰明确的。必需具备两个条件：

1.在法的实体方面，良法应当充分体现现代法律的一些基本价值，诸如民主价值、人权价值等。

2.在法律形式方面，良法应当具备语言的明确性、法条的具体性、内容的易懂性等。

三、违反法律是正当的特殊条件

美国当代著名法学家德沃金将良性违法归纳为三种：

1.公民个人违抗的那些法律，乃是被认为不正当地损害了他们根本利益的法律；

2.公民个人认为按照某个法律的命令去做则是不道德的，或者认为不做那个法律所禁止的事则是不道德的，于是必须去违反法律；

3.公民个人之违抗法律，不是因为该法律本身会产生不道德的结果，而是他们试图借机反对他们认为是不正当的个别法律，或者政府的某项政策。

第十九章 执 法

第一节 执法概述

一、执法的概念和特征

（一）执法的概念

执法即法律的执行，有广义和狭义两种理解。

1.广义的执法建立在法律的制定和执行的逻辑两分的基础之上，仅与立法相对应，指国家行政机关、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。

2.**狭义**的执法则建立在近代国家权力的立法、执法和司法三分的基础上，是仅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，贯彻实施国家权力机关，即立法机关所制定的法律的活动。

（二）执法的**特征**

1.执法主体的特定性和国家代表性。

一国能够享有执法权的主体只限于该国的国家行政机关和法律委托的组织及其公职人员。各国还实行行政执法人员资格制度，没有取得执法资格的人员不得从事执法工作。

2.执法具有主动性和单方意志性。行政机关的执法活动一般都是依职权主动进行的，行政机关就是法律关系的一方当事人，行政法律关系的产生无需以行政相对人相应的意思表示为前提。

3.执法具有极大的自由裁量性。并非指行政主体有完全的行为自由， 而是指行政主体获得立法给予的较大的裁量权，在无法律明确规定的情况下，行政执法主体可以依照法律的精神进行管理活动。

二、执法的功能

行政执法具有以下功能：

（一）实施法律（二）实现政府管理职能（三）保障公民权利。

第二节 执法的基本**原则**

一、合法性原则（最根本、最重要）

合法性原则也称依法行政原则，是指行政机关实施行政管理，应当依照法律的规定进行；未经法律许可，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。合法性原则主要包括以下几个方面的内容：

1.执法主体的设立和执法职权的存在要合法。

2.行政执法行为合法。这要求行政执法活动既要符合行政实体法的规定，也要符合行政程序法的规定。

二、合理性原则

执法的合理性原则是对合法性原则的补充，是针对行政自由裁量权而确定的基本原则。行政管理范围的广泛性、内容的复杂性决定了自由裁量性必然成为行政执法一个极为显著的特点。但是，由于自由裁量权缺乏明确的规范指引，存在着被滥用的可能，因此，为了对行政自由裁量权进行控制，就产生了合理性原则。

三、正当程序原则

该原则的目的是对行使行政权进行程序控制，以防止行政权的滥用，通过行政程序公正实现行政实体公正。执法的程序正当性标准主要有三：

1.行政主体严格按照法定程序行使权力、履行职责；

2.要保证相对人的听证权、辩论权、回避权、知情权等程序性权利在行政活动中受到承认和保护；

3.行政程序公开。除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的事项依法不公开外，执法行为应当公开。

四、效率原则

执法的效率原则包括两方面的含义：

1.该原则要求行政机关进行执法时，在对不同社会主体之间的利益、个人利益与公共利益进行权衡和取舍时，要考虑社会的总成本与总投入之间的关系，要尽可能地以最小的社会成本获得最大的社会经济效益。

2.行政机关进行执法活动时，也要考虑自身的执法成本与执法效益的比值问题，以最小的成本获得最大的收益。行政执法的效率原则要求是由行政活动本身的性质决定的。

五、诚实守信原则

诚实守信原则是指行政机关进行执法活动时要讲诚实，守信用。

六、责任原则

责任原则是指行政主体必须对自己的行政行为承担责任。

行政责任的发生存在三种情形：

1.违反法律的行政行为；

2.行政不当损害相对人利益；

3.行政行为事实上造成相对人权益损害。

第三节 执法的分类与体系

一、执法的分类

根据不同的标准可以对执法进行不同的分类，主要有以下几种：

（一）抽象执法和具体执法

根据执法的内容和效力的不同，执法可以分为抽象执法和具体执法。

（二）羁束性执法和自由裁量性执法

以执法受法律规范拘束的程度为标准，可以分为羁束性执法和自由裁量性执法。

（三）依职权的执法和依申请的执法

以行政机关的执法是否主动进行为标准，可以分为依职权的执法和依申请的执法。

（四）强制性执法和非强制性执法

以执法行为是否需要行政相对人同意为标准，可以分为强制性执法和非强制性执法。

二、执法体系

执法体系是指由具有不同的职权和管理范围的行政机关、社会组织执行法律而构成的相互分工、相互配合的和谐整体。

执法体系的构成有横纵两个坐标。纵向结构是指由于执法主体的职权大小和管辖范围的大小不同，因此在执法体系内部存在着上下层级分别。横向结构是指由于社会生活领域和由此决定的社会关系的不同，要求不同的社会关系分别由不同的行政机关或社会组织来调整和管理。

（一）政府的执法

（二）政府工作部门的执法

（三）法律授权的社会组织的执法

**法律授权的社会组织的执法的特点**

1.被授权的社会组织是非国家机关组织，它们只在行使法律所授权的执法时，才享有国家权力和承担行政法律责任；在非执法时它们只是一般的民事主体。

2.法律、法规授权的组织是经过宪法和组织法以外的具体法律或法规的特别授权，法律一般明确规定社会组织的执法权限。

3.法律、法规授权的组织行使的是特定行政职权而不是一般行政职权。

**法律授权的社会组织的执法包括以下几类**

1．企事业组织的执法。

2. 一般社会组织、社会团体的执法。

3. 基层群众性自治组织的执法。

4．仲裁组织和裁决组织的执法。

5. 技术检验、鉴定机构的执法。

6. 合法成立的保安组织的执法。

（四） 行政委托的社会组织的执法

行政委托的社会组织的执法是指受行政机关委托、以行政机关的名义行使一定行政职能的非国家机关组织的执法。 其特点是：

1.受委托的组织不是行政机关，也不是其他国家机关；

2.受委托组织行使行政职能是基于行政机关的委托而非基于法律、法规的授权；

3.受委托的组织行使行政职能的范围仅限于委托的事宜

4.受委托组织必须以委托人的名义从事活动，活动的法律后果由委托人承受。

第二十章 司法

第一节 司法概述

一、法律适用与司法

1. 从广义上讲，法律适用指行政机关和司法机关执行法律的活动；从狭义上讲，它专指国家司法机关运用法律处理案件的活动，也即“司法”。

2. 法律适用的概念，通常是在狭义上来使用的，即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。

二、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。我国的司法权一般包括审判权和检察权，法院和检察院是我国的司法机关，是我国法律适用的主体。

2．专业性

3．国家强制性

4．程序法定性，程序性是法律适用的最重要、最显著的特点

5．裁决权威性

第二节 司法权

一、司法权的概念

法权是国家权力的重要组成部分，是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，是根据法律进行社会矫正和社会救济的权力。

二、司法权的特征

1.终局性：一是指在与立法权、行政权比较中，只有司法权作出的判断是最终意义上的；二是指“司法的既判力”和“一事不再理原则”。

2．中立性：指在解决纠纷、平抑社会矛盾的过程中，行使司法权的法官既不能倒向争讼的任何一方，也不倒向所谓的“公共利益”，而只是“唯法律是从”。

3．独立性

（1）司法权的专属性，即司法权只能由特定国家机关及其组成人员行使。

（2）司法权的非服从性，即司法权的运作过程不服从任何没有法律根据的力量左右和影响。

（3）司法权的被动性、程序性，司法权的被动性是指司法权非应当事人请求不启动运作的属性。这也是司法权与行政权的重要区别点。司法权的程序性是指司法权的整个运作过程是依照一套预定的、明确的、正当的程序展开的。

第三节 司法的基本原则

一、司法公正原则

1．公正是司法工作的灵魂、生命和永恒主题，是保障公民权利、维护社会正义的最后一道屏障和安全网，也是建设法治国家的一项必备条件。

2．司法公正指司法机关在行使司法权的过程中严格依法独立的、不偏不倚的进行司法活动。

3．司法公正既包括实体公正也包括程序公正，其中程序公正尤其重要。

**如何实现司法公正** P333

1.维护和实现司法公正，需要不断增强司法能力，提高司法水平。

2.维护和实现司法公正，需要进一步推进司法体制改革

3.要进一步切实维护司法权威，不断提高和加强司法工作人员的道德修养、法律修养和业务素质。

4.维护和实现司法公正，要求司法机关树立科学的司法理念，坚持实体公正与程序公正的统一，坚决抵制和克服人情、金钱等因素的干扰；

二、以事实为根据，以法律为准绳原则

1．“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，不能以任何主观想像、主观分析和判断作为处理案件的依据。 “以事实为根据”的核心是要求处理任何案件都必须重证据。

2．“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。

三、司法平等原则

1．在我国，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。

2．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。

3．司法过程中，公民的诉讼权利平等。

4．司法平等原则在实践上并不排除在法律规定的范围内的区别对待。

5．“公民在法律面前一律平等”，仅指实施法律上的平等，而不指制定法律上的平等。

四、司法独立原则

1．司法独立原则的含义

（1）国家的司法权只能由国家的司法机关统一行使，其他任何组织和个人无权行使此项权力；

（2）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；

（3）司法机关处理案件，必须依照法律规定，准确地适用法律。

2．贯彻司法权独立原则，必须正确认识司法机关和国家权力机关、行政机关的关系。

3．司法机关依法独立行使职权，决不意味着司法机关可以脱离共产党的领导。

4．人民法院的上下级之间是监督与被监督的关系，人民检察院的上级与下级是领导与被领导的关系。

5．我国法院独立行使审判权，是指法院独立，不是指审判员独立，是机关独立而不是个人独立。

6．司法责任原则

第二十一章 法律监督

第一节 法律监督概述

一、法律监督的概念

1.广义上的法律监督

指的是国家机关、各政党、社会团体、公民，对于法律运行和操作过程，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。

2.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。

3.法律监督是一种法律活动

其目的在于预防、制止、消除法律运行过程中出现的越轨和冲突，保证一切法律关系主体行为的合法性。也就是说，法律监督的最终目的是保证法律实现。

二、法律监督的构成

法律监督的构成要素有四个，即法律监督的主体、客体、内容和方式。

1. 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。

2. 法律监督的客体就是法律监督的对象，即监督谁的问题，也就是法律监督主体行使职权的范围。(在当代中国，所有的组织和公民都要接受监督。但重点是对国家机关及其公职人员各种公务活动的监督。)

3.法律监督的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。其中，国家机关及其公职人员的各种职务活动及其行为的合法性是法律监督的主要内容。

4.法律监督的方式，即监督权的运行方式、方法、程序等等。

三、法律监督的制度模式

1.自循环监督与交互监督

(1)所谓自循环监督又称系统内监督，指的是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。

(2)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.社会监督和国家监督

(1) 社会监督是一种非国家性质的监督，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：监督的主体是社会，监督的客体是国家机关及其工作人员的法律活动，监督的方式是多样和灵活的。监督主体的行为只代表本组织或者个人而不代表国家。

(2)国家监督又称法定监督，它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。它包括立法监督、检察监督、审判监督和行政监督。国家监督是国家依靠强制力而进行的监督，监督的主体和对象都是国家机关。

第二节 法律监督的特征和依据

一、法律监督的特征

1.法律监督具有法定性

法律监督制度和活动必须有法律依据。法律监督是具有法定权限的主体，在法定的范围内所从事的促使法律运行合法化的监察和督导活动。表现在：

（1）法律监督权是一种法律权力，这种权力本身应该具有合法性；

（2）法律监督的分配、运行和操作，都应该有法律的统一规范和引导，包括行使监督权的主体必须具有合法的资格，行使监督权的条件必须依法设定，监督的方式和程序必须合法等。

2.法律监督权与法律权力具有对应和统一性

一切权力都必须接受法律监督。所以，法律监督与权力存在着对应的关系。由于法律监督权的运用过程中最大的阻力一般来自于特权现象，因此法律每创设一种权力形态，就应该同时产生出相应的监督权的形态。

二、法律监督制度的建立依据

1.建立完善的法律监督制度是现代廉洁、民主政治的需要 。

2.法律监督制度是现代国家管理和社会管理的需要，是对人性不完善的弥补。

3.法律监督既是法律调整各个阶段得到有力保证的良好机制，也是法律价值得以实现的重要保障。

第三节 国家法律监督体系

国家机关作为法律监督的主体，一般指国家的权力机关、行政机关和司法机关对法律活动的监督。国家机关的法律监督构成我国法律监督体系的核心。

一、国家权力机关的监督

1.国家权力机关的监督，指的是国家权力机关依法对行政机关、检察机关、审判机关、军事机关进行监察和督导的活动。

2.国家权力机关既具有立法权又具有法律监督权；既是立法机关又是法律监督机关。

3.国家权力机关的监督必须按照宪法和法律规定的内容和范围进行，具有严格的形式和程序。

4.我国国家权力机关的监督职能有两种：

（1）立法监督

（2）监督宪法和法律的实施

二、国家行政机关的监督

行政监督是监督主体对国家行政机关及其公职人员行使行政权力的活动实施监察和督促。

三、国家检察机关的监督

1.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，其主要职能是法律监督。

2.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

对刑事审判活动实行的法律监督 对民事审判活动实行的法律监督对行政诉讼实行法律监督

(2)对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

如对贪污罪、侵犯公民民主权利罪、渎职罪等的立案侦察、决定起诉等

（5）对自身的监督

上级检察机关对下级检察机关的指挥监督，纠正下级检察机关的违法行为 。

四、国家审判机关的监督

1.所谓审判监督，指审判机关对法律的适用过程进行的监督 。

2.审判机关对行政机关进行的监督，主要表现为通过行政诉讼的审判活动，对行政机关的法律适用过程进行监督。

3.审判机关对自身审判活动的监督，现行的二审终审制、审判监督制、死刑复核制等都属于此种监督类型。

4.审判机关对检察机关的监督，人民法院对人民检察院的活动也可以进行监督。如对“主要事实不清，证据不足”的案件，退回检察机关补充侦查 .

第四节 社会法律监督体系

社会法律监督指的是国家机关以外的，包括社会组织、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。监督的目的在于保证法律实施的合法性。其特点是不直接运用国家权力，不必遵照一定的法律程序和形式。

一、公民监督

公民通过对国家机关和工作人员在工作中的缺点和错误提出批评意见，通过对违法失职的国家机关和工作人员的检举揭发，行使民主监督权利。公民监督作为一种社会监督，不具有法律效力，但它可以通过法定渠道，传输到国家机关的法律监督中去，并通过后者产生法律效力。国家机关和社会组织设立的人民来访接待站、信访组、监督电话等，也是公民行使监督权的途径。

二、社会舆论监督

舆论监督速度快、范围广、影响大，特别是在当今信息时代，更具有特殊的威力。因此，有的学者甚至称，社会舆论是独立于立法权、行政权和司法权之外的“第四种权力”。

三、社会组织监督

在我国，人民政协、民主党派、工会、共青团、妇联以及许多行业自治组织，通过提出批评、建议、协商对话等形式，监督法律的实施。

四、执政党的监督

1.党组织通过行使政治领导权，督促国家机关、社会团体、企事业单位自觉守法，依法办事.

2.通过党的纪律检查机关（各级纪律检查委员会）对自己的党员和党组织，特别是法律工作者与法律机关的活动实行全面监督，促使他们模范地执法和守法。

3.执政党的监督，是法律实施的根本保证。

第二十三章 法律程序

第一节 法律程序的概念和要素

一、法律程序的概念

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。法律程序和程序法是近似的概念，但略有不同。法律程序是程序法的内容，而程序法是法律程序的表现形式。

法律程序的类型可按法律关系的性质划分为公法程序和私法程序。

法律程序还可按法律运行的过程划分为法律制定程序、法律解释程序、法律实施程序、法律监督程序等。

第二节 法律程序的内在价值

一、法律程序内在价值的含义

法律程序的内在价值(程序价值)是指法律程序作为一个过程所具有的，不依赖其结果如何而存在并可以作为评价该法律程序作为一个过程是否“好”的那些标准。

第三节 正当法律程序及其功能

一、正当法律程序的功能

（一）限制恣意，约束权力。

（二）保障作决定者充分接纳各种信息，作出正确的或最好的判断。

（三）通过和平的程序保障充分、平等的发言机会，疏导矛盾冲突。

（四）稳定实现确定的程序运行结果。

（五）可以导致人们对程序运行的结果有效服从，并有利于法律信仰的形成。

第二十四章 当代中国法律发展

一、“以人为本”的法律发展模式

1.在价值选择上，必须肯定“人”是社会主义法治民主建设的出发点和归宿。法律在调整社会关系的过程中，法律发展必须始终肯定并尊重人的价值和意义。

2.“以人为本”的法律发展模式是一套制度体系。

3.“以人为本”不是“狭隘的人类中心主义”。“以人为本”法律发展模式归根结底要求法律通过对人的权利的尊重保护，实现人的全面发展，进而实现人、社会、自然三者和谐并存。

建立“以人为本”的法律发展模式要求 ：

（一）确立人民的权力主体地位，贯彻宪法的“人民主权”原则。

（二）确立公民的权利主体地位，尊重和保护人权。

（三）规范国家权力，建构法治运行机制。