法理学

浙江理工大学

第一章　法理学概述

第一节　法学与法理学释义和意义

一、什么是法律?

（一）法律是调整社会关系的行为规范

1、行为

不受法律保护：
- 物体 → 所有权
- 思想 → 作品 → 著作权
- 感情 → 婚姻法

受法律保护

2、行为规范

- 道德规范
- 社会规范
- 宗教规范
- 法律规范

法律规范与其他规范的区别：**调整范围广、要求较低**

3、规范性

- 概括性 ——→ 针对一般的人、事，且可反复使用
- 逻辑性
  - 行为模式
  - 法律后果

（二）法律是专门机关制定和认可的

1、专门机关：立法 + 行政（授权）

2、制定和认可——法律产生的两种方式

（1）制定为纵向：刑法、行政法

（2）认可为横向：民法

（三）法律以权利、义务为调节手段（利导性）

权利：right，可以“作”或“不作”以及要求他人“作”或“不作”的能力

义务：必须“作”或“不作”

权力：power，支配他人“作”或“不作”

权利和权力的行使原则完全不同：

权利：法无禁止，即有权

权力：法无规定，即无权

（四）法律是以国家强制力为后盾，通过一定程序来保障实施

1、法定强制：有组织的国家暴力（军队、警察等）

①法律是潜在的、间接的威慑力，法律直接的是对权利的维护

②法律是迫不得已而实施的

③法律使用范围以国家主权为界限

2、法律的程序性

程序————法定的时间、空间、步骤和方式

↕

目的、结果

中国人一般不重视程序而重视目的、结果，即所谓的实质正义；西方人则重视程序轻视结果，即形式主义

二、什么是法学?

---乌尔比安“人和神事务的概念，正义和非正义的科学”

大陆法系中三种有关“法”的词根：

拉丁
- jus：正义、公道、法典、惯例、人权、权利
- lex：法案、规则、条约

德语
- redst：正当、公正、正义、权利、权力
- gesetz：法律、规则、准则

法语
- droit：法、正当、公正、法律、权利、法学
- loi：命令、统治、权力

(一)法学是一种规则之学

对事实进行处理的一种学问，成文法（形式逻辑）

原则：1、按条文办事（教条主义——→实质正义）

刑法：“罪刑法定”原则

2、按程序办事（正当程序——→程序正义）

(二)法学是正义之学

以道德为角度，价值判断

1、德行：引导人们避免相互伤害

2、各自享受应得利益

3、要对等的回报（奴隶、封建社会）

4、形式上的公平（资本主义萌发后）

5、法制的公平、法律的正义（资本主义后期）

6、公正的体制

案例一：公益诉讼

张律师购买了一张价值人民币４０元的电影票，进入影院后电影未开始而是在播放长达１０分钟的广告。

１、如果张律师要起诉，那证据从何而来？

２、诉讼理由是什么？

答案：

１、协同公证处的公证员实地观看一次

２、强制消费行为，侵犯消费者的知情权

但强制消费行为因为无法律明文规定不可能得到支持。

消费者权益侵害：买一赔一

(三)关于法学总的发展规律

1、法学产生依赖于一定的条件：

① 立法现象成为普遍性社会活动

② 有一批职业法学家

③ 法学研究的出现，自由言论得以保证

2、法学总是与其他学科从融合到分化

3、法学发展是跟随法律实践的变化而发展的

4、法学从唯心主义走向唯物主义

法学与相邻学科

- 一、法学与哲学

法学与哲学的关系十分密切，任何阶级或学派的法学理论总是以某种哲学作为自己的理论基础。19世纪中期以后，法学从哲学中分化出来，但是始终受着哲学的巨大影响，表现为哲学上的每一次更新，每一种新的较有影响的哲学流派的出现，都会引起法学方法论的更新或法学价值定向的改变，并推动着新的法学流派的出现或既有法学流派的分化、变异或消失。法学与哲学的关系在法理学中表现最为明显。

二、法学与政治学

在历史上，法学和政治学曾长期不分彼此。19世纪以后，法学和政治学才各自成为独立的学科。但是，由于许多问题，诸如民主和法制、立法政策、权力制约、国家、政党、政府、公民与国家的关系、政治程序等是法学和政治学的双边问题，法学和政治学两者之间保持着紧密的联系。

三、法学与经济学

（一）法所反映的统治阶级意志以及法所定型化的权利和义务及其界限，归根结底是由这一阶级的物质生活条件决定的。

（二）法律对经济起着能动的反作用。

（三）民主和法治的进程取决于社会经济模式和经济发展水平。

（四）经济学的许多理论模式和研究方法引入法学领域，可以加深和丰富人们对法律的认识，特别是政治经济学的理论和方法，更是有助于说明法律制度，促进法律制度的改革。法律经济学。

- 四、法学与社会学

法学与社会学存在相当密切、相互交错的关系。一方面，法学要研究社会中的法，把法作为社会现象的一部分研究；另一方面，社会学要通过法律研究社会，把法律作为社会内容的形式。因而，法学和社会学有广泛的共同论题。法律社会学的产生。

五、法学与历史学

（一）法律是凝结的历史，或者说是历史的产物。

（二）法律的生命不仅是逻辑，更重要的是经验。

（三）历史学的实证研究方法是法学可以借鉴的重要研究方法。

（四）法学中的概念、范畴、理论观点、学说、学派都是历史的产物，有其产生和演变的过程，运用历史学的理论和方法把握它们。

六、法学与逻辑学

由于逻辑问题贯穿于法律运行的各个环节，所以逻辑学和法学有着密切联系。法学和逻辑学共同关注的焦点是法律推理问题。解决法律推理的一些问题，学要法学同逻辑学联手。语义分析、实践理性和法律逻辑的大量论著是法学和逻辑学联手的标志。

一　法学、法理学、法哲学

（一）法学与法理学

法学，亦称法律科学（Science of Law），是专门以法律现象为研究对象的学科。对于法律之一社会现象的研究主要是为了法律调整的实际需要，保证法律正确、合理的创制，保证正确、合理的实现法律规范，以便确认和保护社会成员的行为自由、有序，合理的运用国家权力，调整保护一定的社会关系。故有学者认为：法学是正确组织和运用国家权力的一门学问，是治理国家、管理社会、保护社会成员正当权利的一门学问。（孙国华《法理学》）

法理学的概念和意义

- 法理学（Jurisprudence）是关于法律现象的最一般的理论，或者说是以法律现象的发展规律为研究对象的一门社会科学，包括研究法律现象的基础理论和方法论。
- 美国学者博登海默“法理学的对象是非常广泛的，其中包括法律理论的哲学成分、社会成分、历史成分及分析成分。”英国学者哈里斯“法理学是一袋杂七杂八的东西，关于法律的各种各样的一般思辨都可以投入这袋中。法律是干么的？法律要实现什么？我们要重视法律吗？对法律如何改进？可以不要法律吗？我们应遵守法律吗？法律到底为谁服务？等等。这些就是一般法理学所包括的问题。人们可以不管这些问题，但这些问题并不消失。”

- 在中国，李达认为“一切成文法、判例法、习惯法，以及立法政策、执行政策等列入研究范围”、“一切法制史、法学史等列入范围”还“必须考察法律与其他领域的关系”。
- 可见，法理学的研究对象不仅包括古今中外一切类型的法及其发展阶段，还应考察其本质、发展规律、在社会中的作用，还要阐述法律中最普遍、最基本的理论和问题，除此以外将权力作为自己的研究对象。

小贴士：奥斯丁与《法理学范围之确定》

1832年，已经在伦敦大学教了6年书的法理学教授约翰·奥斯丁出版了《法理学范围之确定》（The Province of Jurisprudence Determined）一书。在书中，他将其讲稿的前10部分压缩成了6章。尽管此时奥斯丁已经培养出了一些很出色的学生，但是他讲授的课题仍然未被认为是法律研究中的必要分支。到1835年，奥斯丁失望地辞了职。此后，他一直侨居国外，只在1848年回过一次英国。

后来，因提出“在所有进步社会中，迄今为止是一个‘从身份到契约’的运动”的观点而享有盛名的亨利·梅因，在讲授法理学时强调了奥斯丁对法律术语的含义和用法的研究的重要性，才引起了人们对奥斯丁的兴趣。

1861年，在奥斯丁去世两年后，他的遗孀出版了新版的《法理学的范围》和奥斯丁的《法理学或实证法哲学讲演集》，并附了一份由她撰写的奥斯丁的传记大纲。《法理学范围之确定》和《法理学讲演集》对以后英国乃至各国的法理学都产生了深远的影响，其重要性在于对法理学的范围 作了严格的划定，严格区分了法律与道德的界限，对法律是一种命令的观点进行 了详细阐述，对那些常用的法律术语和概念的含义进行了仔细考证，如权利、义务、责任、损害、刑罚、对物权、对人权等。虽然奥斯丁的著述因冗长乏味和重复的文体以及过分依赖罗马法、英格兰法而逊色不少，然而他毫无疑问是英国分 析法理学的创建人，因为在英国，直到20世纪中叶为止，法理学还多被认为就是 分析法学。所以，仍有不少学者认为，现代意义的法理学的产生应当自奥斯丁的《法理学范围之确定》始。

黑格尔的“法哲学”与穗积陈重的“法理学”

1820年，德国古典哲学家黑格尔出版了《法哲学原理》一书。该书问世后即 成为经典，不断引起人们的研究和批判。例如，马克思就先后撰写过《黑格尔法哲学批判》和《〈黑格尔法哲学批判〉导言》等文章。恩格斯也非常重视这本书，说它是人类知识的大厦，形式是唯心主义的，内容是现实的。黑格尔的法哲学是 以客观唯心主义为理论基础的，但也是资产阶级古典法哲学的最高成就。

黑格尔按照三段论式构造了他的法哲学体系:（1）抽象法。这是以禁令为基 础的抽象人格的权利，包括所有权、契约和不法三环节。（2）道德。这是客观的 法能动地向着个人内心的发展的主观的法，包括故意和责任、意图和诱利、善和 良心三环节。（3）伦理。这是通过群体（共同体）表现出来的法，包括家庭、市 民社会、国家三环节。

但是，1881年，日本法学家穗积陈重在学校讲授“法论”（理论法学）时， 认为当时日本流行的“法哲学”的名称形而上学的气味太重，特提出并使用“法 理学”这个名词。

（二）、法理学与法哲学

- 国内学者一般认为，法理学与法哲学是大体相当而又略有区别的一门学科，而在现代英语国家，法理学往往被当作法哲学的同义词，都是研究法的一般问题，有别于对某一法的部门和特定法律制度的研究。
- 二者有一定的差别：

1、法哲学注重从哲学方面研究、阐述法的一般问题

2、法理学则强调运用分析的方法研究实在法的一般问题。

三、法理学的原理

1、从哲学或伦理学角度，研究法律制度和法律学说的哲学基础，认识其基本原则，从法律渊源中认识和组织其理论要素，并根据法律理论和法律自身设定的目标，对其加以发展和评价。这种方法有时又称作正义论。

2、从历史的角度，研究制度的起源和发展，研究具体规定及其理论的演化和变革，把握其精神和基本原则，并以原则的历史发展为线索，归纳、整理各种资料。

3、从比较法学的角度，从演化、范围、应用以及作用等方面考察处于同一发展阶段、属于不同法律制度的有关法律的制度、结构、概念及规则。

4、从分析的角度，研究法律的渊源、结构、论题、概念和规则，以把握法律制度赖以建立的理论、原则和观念，同时，为在该基础上作出司法决定和行政决定整理出权威性材料，以作为根据。

5、从社会学或功能分析的角度，将法律制度作为一种对行为的社会控制制度，研究其功能，并研究为实现社会控制这一目标而确立的法律制度、法律学说和法律方法。

四、法理学的价值

1 法理学对法学其他分支学科的研究具有方法论原理意义。法理学从各部门法等分支学科中概括出一般原理，用以推动法学研究的进一步深入。

2 权利文化作为世界三大文化主流之一，而能回答是么是权利文化、怎样建立权利文化唯法理学一科（徐显明《法理学》）

3 有助于人们养成法律角色素质和培养法律思维模式。

4 有助于培养民主法制观念、提高公民意识（以前是“义务本位”现在是“权利本位”，公民义务是权利派生的、是实现权利的条件，而法律则是公民用以对抗滥用的国家权力、保护自身利益之盾。国家权力的执掌者的政治行为应受到法律的约束。）

第二节　法理学三大流派方法论

一、什么是法理学?

法理学，是以法律哲学为核心，研究法律基本范畴的性质、目的、方法和手段，研究法律与正义、道德和社会的关系，以及研究法律在历史上改变和成长的方式。它是法学一般理论、基础理论和方法论。

狭义法理学：法哲学（本体）

广义法理学：法哲学、法经济学、方法论等

意义：　1、介绍法理学基本概念，培养思维和方法

2、反思和探讨法学基本问题

法理学的五类基本问题：

1、法是什么？——本体论问题

2、法应当是什么？——价值论问题

3、法在人类历史上是如何产生和发展的？——法的历史问题

4、法在现实生活中是如何运行的？——立法、守法、执法、司法、法律监督、法律职业、法律方法和法治国家等

5、法与社会其他方面是如何相互作用的？——法与社会

二、法学方法论问题（辨证唯物主义法）

1、价值分析的方法
2、实证分析的方法
3、社会分析的方法

（一）价值分析法学（自然法学派）

最早的分析方法，主要追求实质上的分析方式。

自然法学派主要研究“应然”问题，包括对法律目的、道德基础以及法律的可行性等。主要任务是评价法学里的各种利益，确定利益的位阶。在发生利益冲突时，提供取舍标准——为法学研究提供正确的方向和“标准”。

发展历程：

① 柏拉图：人治法制
② 亚里士多德：最早提出永恒理性的问题
③ 阿奎那：将法律分类为永恒法和人法
④ 格老秀斯：《战争与和平法》
⑤ 卢梭、孟德斯鸠、洛克
⑥ 富勒：关于自然法的8个原则
⑦ 德沃金：以权利为核心来研究

特点：法律与道德紧密结合，更多运用辩证逻辑，以权利为中心，较多的主观价值判断，恶法非法。

价值分析包括价值认知和价值评价，它们是价值分析过程的两个不同的阶段或方面价值分析方法就是通过认知和评价社会现象的价值属性，从而揭示、批判或确证一定社会价值或理想的方法。

价值分析方法的独特功能：

价值分析方法在法律理论研究和法律实践中的独特功能，可以在法律价值的证成、批判、选择和同质化四个方面清晰地呈现出来。

实证研究方法释义

实证分析方法是在价值中立（价值祛除）的条件下，以对经验事实的观察为基础来建立和检验知识性命题的各种方法的总称。

所谓经验事实，指的是可以通过人们的直接观察或间接观察被发现的确定的事实因素。

对于法学实证研究而言，经验事实既包括与法律的制定和实施有关的一切社会事实，也包括法律文本中的词语、句法和逻辑结构等事实因素。

（二）分析实证法学

研究的是事实，不涉及价值的逻辑问题和“实然”问题，主要是法律概念、特征、结构、原则和效力问题。纯粹主义法学是其中著名的流派。

特点：

法律与道德的截然分离，更多运用形式逻辑，以义务为中心，客观性较强，认为恶法亦法。

代表人物：

- 奥斯汀：提出法律是一种命令
- 凯尔森：创建了纯粹法学，认为除了规则没有其他东西
- 哈　特：将法律分为第一性概念和第二性概念

（三）社会实证主义法学

研究的是法律的功能、效果以及法和利益的分配、法律的运行等。一般采用具体问题具体分析的方法，即所谓的“小切口多方面”。

特点：

法律与道德、社会背景相结合，辩证逻辑多于形式逻辑，客观性多于主观判断，以权利、义务两者为中心，提出法律是社会中的法，是活的法（living law）。

代表人物：

庞德，其主要思想是将法律作为一种社会工程。

中国学者朱苏力教授的法治本土资源理论也归属社会实证主义法学。

案例二：纽伦堡审判

1945年8月8日，美、苏、英、法四国政府在伦敦正式签署了关於控诉和惩罚欧洲轴心国主要战犯的协议，并通过了著名的《国际军事法庭宪章》作为审判的法律依据。据此，盟国政府在德国东南部的历史名城纽伦堡组成国际军事法庭，对22名被控犯有密谋罪、破坏和平罪、战争罪以及反人道罪的纳粹德国主要战犯进行审判。

辩护方面提出“法无规定者不罚”原则。申辩说，不可追溯既往地运用法律，意即在他们谋划和发动侵略战争时，尚不存在禁止密谋和进行侵略战争的法律规定，因之不能定罪。检查方面列举海牙、凡尔赛、洛迦诺、凯洛格——白里安等一系列国际条约的具体条文，证明德国对欧洲各国、苏联和美国的战争违

背国际法规，是赤裸裸的侵略战争。侵略战争历来属刑事犯罪。

辩护方面还提出“你亦如此”的论调，制造“双方都违法”的谬论，欲达“双方均不追究”之目的。检查方面指出这是混淆是非，将德国法西斯的侵略行为与盟国的反法西斯侵略行为混为一谈，是只许侵略不许反侵略的强盗逻辑。

一些被告以“执行命令”为借口为自己开脱。里宾特洛普声辩，他只是因为从未怀疑过希特勒的和平意愿，才忠实执行了纳粹的外交方针。凯特尔说，军人必须服从上级命令。检察官驳斥道，即使在最富有盲目服从传统的德国，即使在元首国家时期，德国军事刑法第47条仍然规定：下属人员，假如他知道上级命令以违反民法或军法的犯罪行为为目的时，再执行这道命令也应受到惩罚。

案例三：秋菊打官司

村 → 乡 → 县 → 市 → 省

↓ ↓ ↓ ↓ ↓

李公安　派出所　公安局　一审败诉　二审胜诉

↓

人民调解员

调解 → 行政复议 → 刑事诉讼

（故意伤害罪）

影片最后，秋菊为什么会发呆？她要的到底是什么？

第三节　中国特色社会主义法理学简介

一、中国法理学

（一）中国法理学的历史

1、中国古代并无作为一门学科的法理学。中国出现法理学这门学科是清末以来西方法理学传播到中国的结果。

2、新中国成立后不久，效仿苏联学科建制模式，称为“国家与法的理论”或“国家与法权理论”。

3、1978年以后，法学界提出把国家与法分开，称为“法学基础理论”。20世纪90年代，法理学的名称逐渐为法学界普遍接受。

（二）中国法理学的体系

我们把法理学的理论内容概况为五类基本理论问题。学习法理学其实就如同我们认识一个人，这个人叫“法律”。

我们认识一个人，要认识他的自然面貌（包括外在形象、躯体结构等）；要认识他的内在精神（心灵）；要认识他的历史；要认识他的日常（现实）活动；要认识他的社会关系。同样，我们学习法理学，其实也可以理解为认识一个名字叫做“法律”的人——“法律”是谁？“法律”是什么？

所以，认识“法律”这个“人”也可以从这样五个方面来认识。

（四）中国法理学的未来

21世纪中国法理学五种基本的发展趋势：

（一）科学形象的确立

（二）实践功能的增强

（三）学术流派的多样化

（四）科际互动更加深入

（五）国际化趋势更为明显

二、马克思主义法学中国化

（一）马克思主义法学

产生：1、社会经济条件

工业革命

2、政治法律条件

英国宪章运动

巴黎公社

3、思想条件

黑格尔

康德

费尔巴哈

发展：

1、列宁历史唯物主义法律观的确立

2、俄国革命与列宁法律思想的发展

（二）马克思主义法学中国化的进程

（1）毛泽东思想中的法律思想

为新民主义和社会主义的法制建设奠定重要的理论基础，新民主义宪政和法制运动，确立一系列法律原则。

（2）邓小平法制思想

1、精辟分析了中国法制建设的国情条件

2、明确指出了当代中国法制建设的基本目标

3、论述了当代中国法制建设的国情条件

（3）“三个代表”重要思想与依法治国

1、论述了政治文明与小康社会之间的内在联系

2、揭示了依法治国与党的领导之间的密不可分的关系

3、阐述了依法治国与以德治国之间相辅相成的互动机理

4、科学发展观指导下的依法治国

1、以人为本的法律观

2、依法执政观

3、和谐法治观

4、社会主义法治理念

（5）十三届四中全会与十六大以来马克思主义法学理论的新发展

1、它发展了马克思主义经典作家关于国家职能的理论

2、它正确地解决了人民民主专政实现的形式

3、把加强和完善法治建设上升为依法治国的基本方略，标志着中共执政方式的重大转变

4、明确提出建设社会主义法治国家的奋斗目标

5、把加强法制建设，建设法治国家不仅看做是发展民主的保障，而且看做是民主政治的基本组成部分

6、以人为本的法律观，使我们更好地理解文明社会法律发展的基本尺度

7、把依法执政确立为党执政的基本方式

8、社会主义法治理念，是在中国化马克思主义法治理论的指导下，总结我国法治建设经验、借鉴中外法治文明成果而形成的，是又一次重大理论创新

第二编 法的本体

第二章　法的概念与法律要素

第一节　法学的定义与特征

一、“灋”　的故事：

“灋，刑也。平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去”

“律”的释义：

“律，均布也。” ——《说文解字》

“律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布也。” ——段玉载《说文解字注》

“法”“律”同一：

“法亦律也，故谓之为律。”战国李悝“集诸国刑典，造《法经》六篇……商鞅传授，改法为律。” ——《唐律疏议》

平之如水——公平

触其不直者而去之——正义

所以范天下不一者而归于一 ——强制

夏商周时代，国家所制定的具体规范制度往往被称为“刑”；

春秋战国时期，李悝集诸国刑典，造《法经》六篇，改“刑”为“法”；

商鞅入秦，以《法经》为蓝本，制定《秦律》，史称“改法为律”；

清末以来，“法律”一词才被广泛使用。

现代汉语中的“法律”一词有广义和狭义两种用法。

西文中的“法”、“法律”及相关概念：

客观法与主观法：欧陆各国“法”的词源所包含的两种含义；

自然法与实在法：西方法律文化特有的二元对立结构。

二、定义

1、词根
- 中国
  - 神明裁判
  - 诸法合体，刑法为主
- 西方：自然法 ⟶ 实在法

中国最早的成文法为李悝（kui）的《法经》

中国古代法历程：

法经 ⟶ 秦律 ⟶ 曹魏律 ⟶ 晋律 ⟶ 唐律 ⟶ 宋刑统 ⟶ 明、清

2、特征

（1）法的基本特征：

①法是调整社会关系的行为规范：法的调整对象是人的行为；法是一种社会规范。

②法是由国家制定或认可的行为规范：法是由国家创制的；法具有高度统一性和极大权威性。

③法是规定权利和义务的社会规范：法是通过规定人们的权利和义务，以权利和义务为机制，影响人们的行为动机，指引人们的行为，调整社会关系的。

④法是由国家强制力保证实施的社会规范

（2）逻辑结构

行为模式
- 可以，有…..自由（授权性规定，任意规则）
- 不得……（禁止性规定，强制规则）
- 必须…..，应当…..（命令性规定，强制规则）

法律后果
- 否定性：惩罚
- 肯定性：维权，奖励

条件假设
- 合法行为
- 非法行为

——— 在条文中常被省略，但仍然存在

（3）法律利导性 ——— 对权利义务的正反两面调整

权利：利益　主动　有利，可选择 ——— 激励机制
义务：负担　被动　不利 ，强制 ——— 约束机制

道德：单向的，注重义务
法律：双向的，权利义务并重

三、本质

（一）

1、意志性与规律性结合：

最主要体现：多数人的意志

2、阶级性与社会性结合

3、利益性与正义性结合：“利益”一词在法律中为中性，　我国传统观念是重义轻利

马克思主义法学中法的本质
（一）法的初级本质：国家意志性

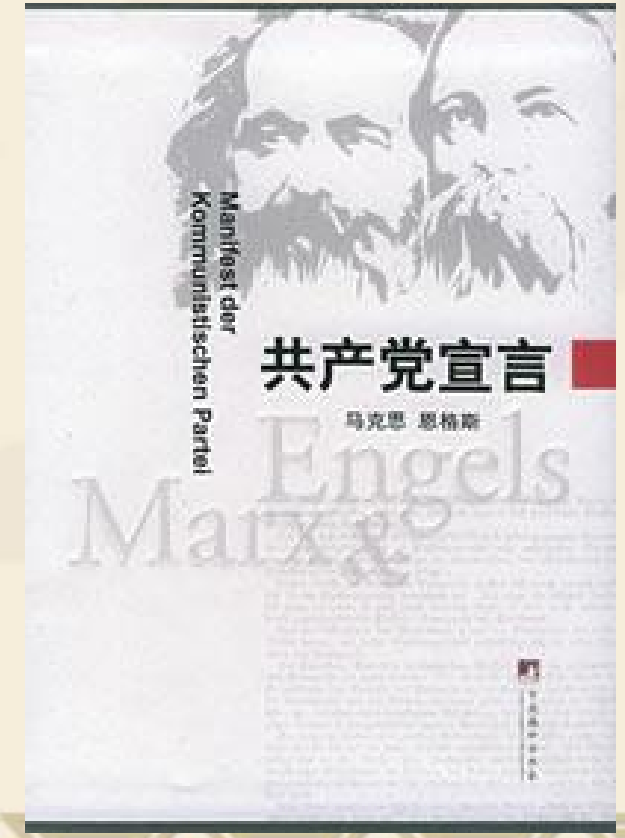
- 马克思主义法学一个重要论断：法是国家意志的体现。

（二）法的二级本质：阶级意志性

- 1．国家意志背后是阶级意志：
- （1）既不能把国家意志看成是一国范围内所有社会成员个人意志的简单相加，也不能把它看成是全体社会成员的共同意志。
- （2）法所体现的统治阶级意志，并不是个别统治者的个人意志，也不是统治阶级内部每个成员的意志之和，而是统治阶级作为一个整体在根本利益一致基础上所形成的共同意志，是统治阶级内部各个成员的意志相互作用而产生的“合力意志”。

马克思主义经典作家关于法的本质的论述

本质与现象：一对哲学范畴
法的本质与法的现象



你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物，正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。

- 3. 特别注重三个问题：
- （1）法律反映统治阶级的意志，并不意味着法律对统治阶级内部的违法犯罪就不加管束。
- （2）法律反映统治阶级的意志，并不意味着法律就完全不顾及被统治阶级的愿望和要求。
- （3）法律反映统治阶级的意志，并不意味着法律就不保护社会公共利益。

（三）法的终极本质：物质制约性

- 1．物质制约性的含义
- （1）从终极本质上看，法有物质制约性，即法所体现的统治阶级意志的内容是由社会的物质生活条件所决定的。
- （2）反映在法律中的统治阶级意志决不是凭空产生的，也不是统治者个人随心所欲的结果，而是由社会的物质生活条件所决定的。

- （3）社会物质生活条件的含义比较广泛，概而言之，包括地理环境、人口和社会生产方式等诸方面，其中有决定意义的是生产方式，尤其是同生产力的一定发展阶段相适应的生产关系，即社会的经济基础。法的物质制约性才是法的最深层的本质所在。

- 2. 特别注意三个问题：
- （1）法有物质制约性并不意味着法总是符合客观经济条件和经济规律的要求。
- （2）法有物质制约性并不意味着社会物质生活条件以外的因素对法就没有影响。
- （3）法有物质制约性并不意味着法就没有自己的相对独立性。
-

法的本质

1、意志性与规律性结合：

最主要体现：多数人的意志

2、阶级性与社会性结合

3、利益性与正义性结合：利益一词在法律中为中性

1、法的本质的两个层次

初级本质：法是统治阶级意志的体现

法是“意志”的体现

法是“统治”阶级意志的反映

法是统治“阶级”意志的反映

法是“被奉为法律”的统治阶级的意志

2、深层本质：法的内容由特定社会的物质生活条件决定

社会物质生活条件：与人类生存相关的地理环境、人口和物质资料的生产方式，其中物质生活资料的生产方式是决定性的内容。

第二节　法的要素

一、概念

（一）对有关法律术语和法学术语属于确切含义的界定性规定。法的要素指法的基本成分，即构成法律的基本元素。

1、国家机关工作人员

刑法上规定为：①公务员

②在国有企业中担任领导、管理职务之类的人

③国家委派到非国有企业担任领导、管理职务之类的人贪污犯罪的主体只能是国家机关工作人员

2、出生：

出 ⟶ 婴儿完全与母体分离

生 ⟶ 独立存活

3、善意：

对双方合同毫不知情的人

第三人：

民事关系之外的人

4、
- 主体：法律关系参与者
- 关系：权利和义务
- 客体：权利和义务所指向的对象
- 事实：法律上客观存在状态
- 其他：

（二）法的要素的分类

西方关于法要素模式的四种主要理论：

①命令”模式

②规则模式

③规则、政策、原则模式

④律令、技术、理想模式

二、法律规则

1、定义：由权威部门颁行或社会习惯中包含的关于人们行为的准则、标准。法律规则是规定法律上的权利、义务、责任的准则、标准，或是赋予某种事实状态以法律意义的指示、规定。

法律规则
- 行为模式
- 条件假设
- 法律后果

2、法律规则分类

（1）
- 授权性规则
- 命令性规则
- 禁止性规则

（2）
- 确定性规则：不必援用
- 不确定性规则
  - 委 任 性
  - 准 用 性

（3）
- 任意性规则
- 强制性规则

（4）权力的约束程度

- 自由裁量性：在法定范围内
- 羁束性：对权力主体来讲只有2个选择
  - 符合条件
  - 不符合条件

3、法律规则的特点

（1）与个别性命令相比：

适用上的重复性与普遍性

（2）与法律原则相比：

1、微观的指导性

2、可操作性较强

3、确定性程度较高

法律规则和法律条文的关系：

法律规则是法律条文的内容，法律条文是法律规则的表现形式，并不是所有的法律条文都直接规定法律规则，也不是每一个条文都完整地表述一个规则或只表述一个法律规则。

二、法律原则

（一）法律原则释义

法律原则是法律的基础性真理、原理，或是为其他法律要素提供基础或本源的综合性原理或出发点。

（二）法律原则与法律规则的区别：适用范围；变化速率；适用方式。

刑法三大原则
- 罪刑法定
- 法律面前人人平等
- 罪责相当

（三）法律原则的分类：

1、依原则产生的基础不同：

- 政策性原则
- 公理性原则

2、依原则的覆盖面不同：

- 基本法律原则
- 具体法律原则

3、依法律原则的内容不同：

- 实体性法律原则
- 程序性法律原则

（四）法律原则的适用

四川泸州遗赠纠纷案

《羊城晚报》：“二奶”争遗产把原配告上法庭

丈夫生前与一女士同居，病危时留下遗嘱将其财产分两部分，一份留给妻子，另一份给“二奶”。丈夫死后，由于妻子拒绝分配财产，“二奶”将“原配夫人”推上被告席，请求法庭判给其按遗嘱应得的 6 万元。

第三章　法的渊源、形式和效力

第一节　法的渊源

法的渊源

（一）法的渊源的含义：指法的效力来源具体指法获得成立的方式和各种表现的形式，这个意义上的法的渊源通常又被称为法的“形式渊源”。

（二）法的渊源的分类：

1、成文法：

规范性法律文件；非规范性法律文件；国际法。

2、不成文法

习惯法；判例法；惯例。

（三）我国法的渊源

1、正式渊源

（1）宪法。宪法是规定一国政权运行的基本体制和基本原则，是国家的根本法。

（2）法律。这里专指由国家最高权力机关及其常设机关，即全国人民代表大会和全国人大常委会制定并颁布的规范性文件，其法律效力仅次于宪法。

（3）行政法规。它是由国家最高行政机关即国务院在法定职权范围内，为实施宪法和法律而制定的有关国家行政管理的规范性文件，其效力仅次于宪法和法律。

（4）地方性法规。

（5）自治法规。

（6）经济特区的经济法规

（7）特别行政区的法律、法规

（8）国际条约与协定

2、非正式渊源

（1）政策。政策可以根据制定主体的不同分为国家政策和政党政策。

（2）习惯。习惯是民众在长时期逐渐养成的一种的思维倾向和行为模式。

（3）判例

（4）道德。道德是人类在共同生活中逐渐形成的关于是非善恶的社会规范。

（5）教规。教规不是我国法正式的法律渊源。

当代中国社会主义法的渊源

法的渊源称谓	制定机关	效力等级	举例
宪法	全国人大	最高法律地位和效力	《宪法》
法律	全国人大及其常委会	效力仅低于宪法	《刑法》《婚姻法》
行政法规	国务院	效力仅低于法律	《长城保护条例》
部门规章	国务院各部委	效力低于行政法规	《零售商供应商公平交易管理办法 》
地方性法规	省自治区直辖市的人大；省会城市及国务院批准较大市的人大	效力低于行政法规，针对本行政区的具体情况和实际需要	《北京市信访条例》
地方政府规章	省自治区直辖市人民政府；省会城市及国务院批准较大市的人民政府	效力低于同级地方性法规	《北京市节能监察办法》
自治法规	民族自治地方的人大（自治区、州、县）	自治条例和单行条例，效力低于法律	《甘孜藏族自治州自治条例》
经济特区法规	经济特区人大机关	效力低于行政法规	《深圳经济特区建设项目环境保护条例》
军事法规	中央军委	效力低于宪法和法律	《中国人民解放军现役士兵服役条例》
特别行政区基本 法	全国人大	效力低于宪法	《香港基本法》《澳门基本法》
国际条约惯例	多国协商缔结或接受	效力由国内法具体规定	《联合国国际货物销售合同公约》

第二节　法的效力

一、法的形式

（一）形式：注意掌握我国古代法的主要形式

当代中国主要法的形式：

形式		制定主体	效力范围
1、宪法		全国人大	全国
2、法律	基本法	全国人大	全国
	单行法	全国人大及常委会	全国
3、法规	行政法规	国务院	全国
	地方法规	省级人大、省会市、特批市人大	本行政区域
4、条例		民族自治地方人大	本区

形式	制定主体	效力范围
5、规章 部门规章	国务院各部委	全国
地方规章	省级政府、省会或特批市政府	本区
6、国际条约		全国

（二）规范性法律文件规范化、系统化

- 法的清理
- 法的汇编

} 非立法行为

- 法的编纂 ⟶ 立法行为

二、法的效力

（一）法的效力：是指法律对于法律主体的约束力或者拘束力。

1、法的效力专指现行法的效力。

2、法的效力应当包含两个方面:一个方面涉及法律的效力等级，也就是在一个国家的法律体系中，不同形式的法律的效力是否相同，如果不同，那么他们之间的效力级别如何排序。另一个方面则是指法律的约束力问题。

3、法的有效条件：形式条件；实质条件。

（二）法的效力范围：

包括对象效力、 时间效力、空间效力三个方面。

1、法的对象效力　：指一个国家的法律对哪些人有效，也称“法律对人的效力”。

（1）“属人主义”，即法对自然人的效力以其国籍为准，法律适用于本国人，不适用于外国人。

（2）“属地主义”，即法对自然人的效力以地域为准，不论本国人或外国人，凡居住在本国领域内则一律适用本国法。

（3）“保护主义”，即以维护本国国家和公民利益为根据，不管是哪个国家的人，不管　是在哪里作出的行为，只要侵害了本国的利益，就一律适用本国的法律。

（4）“折中主义”。这种做法是以“属地主义”为基础，以“属人主义”作为补充，兼及“保护主义”。

我国法律对人的效力的规定：（1）对中国公民的效力；（2）对外国公民和无国籍人的效力。

2、法的空间效力

指法律在哪些地域有效力，适用于哪些地区的问题

（1）在全国范围内生效

（2）在局部地区生效

（3）在域外生效

3、法的时间效力

指法律何时开始生效、何时终止效力，以及法律对于其生效前的事件或者行为是否具有溯及力的问题。

（1）法律的生效时间：

1、自法律公布之日起生效。

2、在法律中明确规定该法的生效时间。。

（2）法律的失效时间

1、新法律公布后，原有的法律即丧失效力。

2、新法取代旧法，同时宣布旧法作废。

3、法律本身规定的有效期届满。

4、由有关机关颁发专门文件宣布废止某个法律。

5、法律已完成其历史任务而自行失效。

（3）法的溯及力

也叫法律溯及既往的效力，是指法律对其生效以前的事件和行为是否适用的问题。

当今世界绝大多数国家都采用“从旧兼从轻”的原则和“从旧兼有利”的原则:原则上法不溯及既往，新法生效前的行为仍适用旧的法律，但如果新法的规定给公民的权利更多或惩罚更轻的话，则可以适用新法，即承认新法具有溯及力

（1）从旧原则。按照这个原则，新的法律颁布后，对其生效以前发生的事件和行为一律不适用。

（2）从新原则。按照这个原则，新的法律颁布后，对其生效以前发生的事件和行为一律适用。

（3）从轻原则。按照这个原则，在具体适用法律时要对新法与旧法的内容进行比较，从中选择对行为人更加有利的或者处罚较轻的法律加以适用。

（4）从新兼从轻原则，即新法原则上溯及既往，但旧法对行为人的处罚较轻时，则适用旧法。

（5）从旧兼 从轻原则，即新法生效前发生的事件和行为原则上应适用旧法，但新法的规定对行为人更有利或处罚较轻时，则适用新法。

四、法的效力冲突及其解决原则

（一）法的效力冲突

是指不同形式的法律因为内容规定不一致而带来的适用效力上的相互抵触和矛盾。这种冲突既可能发生在上位法和下位法之间，也可能发生在同等效力的法律之间。

（二）解决法的效力冲突的原则:

- 根本法优于普通法
- 上位法优于下位法
- 新法优于旧法
- 特别法优于一般法

思考：从强制性婚检的争议看法的效力冲突问题。

2003年7月30日，国务院出台了《婚姻登记条例》，该行政法规根据2001年4月28日修订的《中华人民共和国婚姻法》的有关规定，没有规定婚姻登记中的强制婚检制度，这被认为是婚姻登记改革的一大进步。但是后来人们发现，在1994年颁布的《中华人民共和国母婴保健法》第十二条则要求：“男女双发在婚姻登记时，应当持有婚前医学鉴定证明。”这说明，两部法律在婚姻登记是否应当进行婚检的问题上发生了冲突。在这个问题尚未解决之际，《黑龙江省母婴保健条例》以地方法规的形式恢复了强制婚检，这在全国上下引起了广泛争议。

- 在这个引发争议的立法事件中，实际上存在两个法律的效力冲突：一个是《婚姻法》、《婚姻登记条例》和《母婴保健法》之间的冲突，另一个是《黑龙江省母婴保健条例》与《婚姻登记条例》之间的冲突。2000年颁布的《立法法》设计了一些解决机制。
- 对于《婚姻法》与《母婴保健法》的冲突，应由全国人大常委会裁决或通过法律的修改与解释来解决。对于《黑龙江省母婴保健条例》与《婚姻登记条例》的冲突，应在前一个冲突解决之后，按照上位法优于下位法的原则，再决定《黑龙江省母婴保健条例》是否要改变或者撤销。

第三节　法的分类

法的分类

法的分类：以一定的标准，对法进行分类，将法与法之间的界限廓清。

（一）国内法与国际法

（二）公法与私法

（三）成文法和不成文法

（四）实体法与程序法

（五）根本法与普通法

（六）一般法与特别法

（一）国内法与国际法

以创制法律的主体为分类标准

（二）公法与私法

源自古罗马，古罗马法学家乌尔比安按照法所保护的利益是国家利益还是私人利益的标准进行划分。

（三）成文法与不成文法

以法的创制方式和表达方式为分类标准

成文法

汉谟拉比法典石柱和楔形文字刻写的法典内容

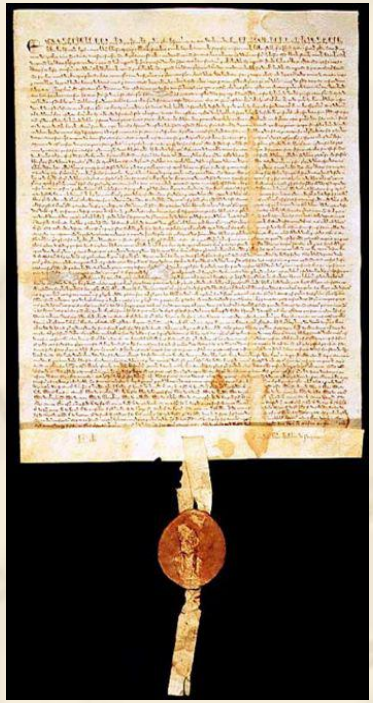
《汉谟拉比法典》是世界上迄今为止基本完整保留下来的最早的成文法典。

《十二铜表法》是古罗马以原习惯法为基础制定的第一部成文法。

不成文法

判例法属于不成文法，但判例法是有文字表现形式的，是法院通过判决创制的。

英国宪法被称为不成文宪法，但英国宪法有文字表现形式，如自由大宪章、人身保护法等。



英国的自由大宪章

（四）实体法与程序法

以法规定的内容和价值取向为分类标准

这种分类并不意味着两者互不涉及对方的内容，事实上，实体法中有程序方面的内容，程序法中有权利和义务或职权和职责的内容。

（五）根本法与普通法

以效力等级、基本内容和制定程序为分类标准

作为与根本法对应的普通法，不同于与衡平法对应的普通法。

（六）一般法与特别法

以法的适用范围为分类标准

这种分类方法的相对性比较明显，很多法具有一般法和特别法的两重性。

第四章　中国法律体系

第一节　法律体系概述

中国法律体系

民法体系
- 总则：中华人民共和国民法通则
- 物权：所有权制度、担保法,用益物权
- 债权：合同、侵权,不当得利,无因管理等
- 知识产权：专利、商标、著作权等
- 家庭关系：婚姻法、继承法、收养法

民法第一原则：平等

民法调整范围：财产、人身

行政法
- 行政主体法 → 法无规定即无权
- 行政行为法/程序 → 规定行政步骤
- 行政诉讼法 → 举证责任倒置

法的分类

公法（行政性管理）：宪法、行政法、刑法、诉讼法

私法（自治性调节）：民法、商法

社会法（政策性平衡）：经济法、社会法

第四章　中国法律体系

第一节　法律体系概述

一、法律的体系的概念和特点

（一）法律体系的概念：　法律体系，是指由一国现行的全部法律规范按照不同的法律部门分类组合而成的一个成体系化的有机联系的统一整体。

（二）法律体系的特点

法律体系是一个国家的全部现行法律构成的整体

法律体系是一个由法律部门分类组合而形成的呈体系化的有机整体；

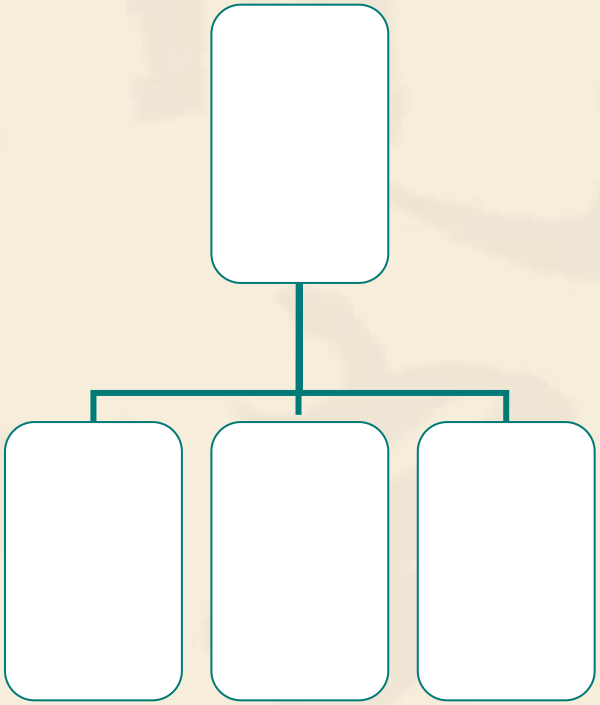
法律体系的理想化要求是门类齐全、结构严密、内在协调；

法律体系是客观法则和主观属性的有机统一。

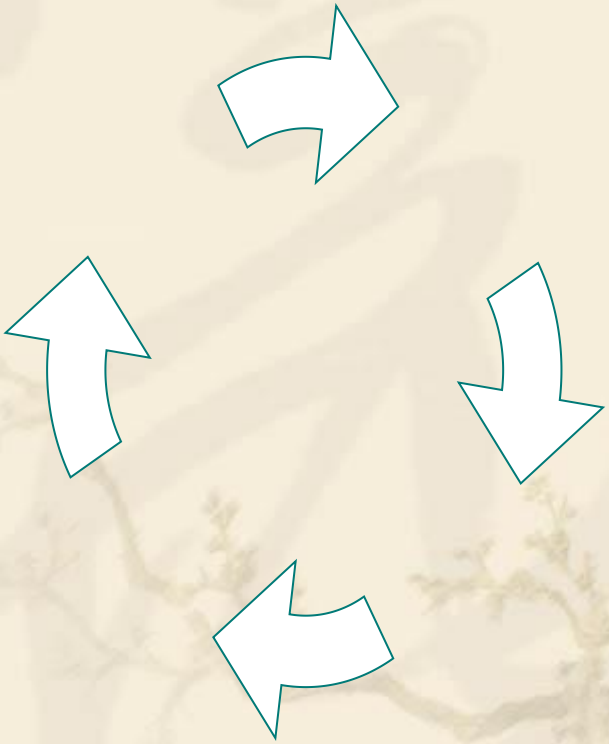
二、法律体系与相关概念之异同

- 法律体系与法制体系
- 法律体系与法学体系
- 法律体系与立法体系
- 法律体系与法系

法律体系：静态性



法制体系：动态性



	法律体系	法学体系
性质	规范体系	思想范畴
内容	相对较小	相对较大
空间	属国性	跨国性

	法律体系	立法体系
组成要素	法律部门 法律规范	规范性法律文件 法律条文
分类标准	调整对象与调整方法	立法地位 效力范围与效力等级
侧重点	法所调整的实际内容	法的外在表现形式

- （6）与法系的关系
- 法律体系VS法系是两个不同的概念:
- ①法系是指根据法的历史传统对法所作的分类。它由若干个国家的法律所组成，而法律体系则是仅由一国的法律所组成;
- ②构成一定法系的法律,是跨历史时代的，不仅包含一定国家的现行法律，而且包含这些国家历史上的法律，而构成一个法律体系的则只是一国的现行法律;
- ③构成法系和法律体系的基础也不相同。

部门法

法律部门，又称部门法，指的是一个国家根据一定的原则和标准划分的调整本国同一类社会关系的法律规范的总称。 划分法律部门的标准

——*根据法的调整对象：*例如调整财产关系、人身关系属于民法；调整行政关系的属于行政法；

——*根据法的调整方式：*例如刑法调整对象非常广泛，但调整的方式（利用刑罚方法）具有特殊性，因此也归属于一个特殊的法律部门。

第二节 中国部门法体系

一、宪法及宪法相关法

宪法是根本大法，是国家活动的总章程。宪 法及宪法相关法是我国法律体系的主导法律部门，它是规定我国社会制度、国家制 度、公民的基本权利和义务及国家机关的组织与活动原则等方面的法律规范的总 和。

二、民商法

民法是指调整作为平等主体的公民与公民之间、法人与法人之间、公 民与法人之间的财产关系和调整公民人身关系的法律规范的总和。

商法是民法中的一个特殊部分，是调整公民、法人之间的商事关系和商事行 为的法律规范的总和。

三、行政法

行政法是调整有关国家行政管理活动的法律规范的总和。它包括有关行政管理 主体、行政行为、行政程序、行政监察与监督以及国家公务员制度等方面的法律规范。 行政法涉及的范围很广,包括国防、外交、人事、民政、公安、国家安全、民族、宗教、侨 务、教育、科学技术、文化体育卫生、城市建设、环境保护等行政管理方面的法律。

四、经济法

- 经济法是指调整国家从社会整体利益出发对经济活动实行干预、管理或调控所 产生的社会经济关系的法律规范的总和。经济法主要包含两个部分，一是创造平等 竞争环境、维护市场秩序方面的法律,主要是反垄断、反不正当竞争、反倾销和反补贴 等方面的法律;二是国家宏观调控和经济管理方面的法律,主要是有关财政、税务、 金融、审计、统计、物价、技术监督、工商管理、对外贸易和经济合作等方面的法律。

五、社会法

- 社会法是调整有关劳动关系、社会保障和社会福利关系的法律规范的总和，它 主要是保障劳动者、失业者、丧失劳动能力的人和其他需要扶助的人的权益的法 律。社会法的目的在于从社会整体利益出发，对上述各种人的权益实行必需的、切 实的保障=它包括劳动用、工资福利、职业安全卫生、社会保险、社会救济、特殊 保障等方面的法律。
-

- 六、刑法
- 　　刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总和。刑法所调整的是因犯 罪而产生的社会关系。刑法所采用的调整方法是最严厉的一种法律制裁方法即刑 罚的方法。它在个人或单位的行为严重危害社会、触犯刑事法律的情况下,实施刑 事处罚。刑法执行着保护社会和保卫人民的功能。
- 七、诉讼与非诉讼程序法

　　诉讼与非诉讼程序法是调整因诉讼活动和非诉讼活动而产生的社会关系的法 律规范的总和。它包括民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼和仲裁等方面的法律。

我国社会主义法律体系

法律部门	内涵	外延
宪法	规定国家的根本制度和根本任务，具有最高法律效力	《宪法》《立法法》《全国人民代表大会组织法》等
行政法	调整行政活动的法律规范的总称	《公务员法》《行政处罚法》《治安管理处罚法》等
刑法	规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总称	《刑法》及其修正案
民商法	调整民事和商事活动的法律规范的总称	《民法通则》《合同法》《婚姻法》《公司法》等
经济法	调整国家在监管与协调经济运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称	《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》《产品质量法》《个人所得税法》等
程序法	调整关于诉讼活动关系的法律规范的总称	《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》等

注：与程序法相对称，其它5个法律部门又被称为实体法

公法与私法

- 1．公法与私法划分的标准
- 　公法与私法的划分，最早是由古罗马法学家乌尔比安提出来的。但在全球范围内划分公法与私法的标准并不统一，主要有以下几种学说：

- （1）利益标准说或目的标准说。该标准首先也是由乌尔比安提出来的，也为很多人所赞同，他们认为，公法是以保护公共利益为目的的法律；私法则是以保护私人利益为目的的法律。
- （2）主体标准说。也有一些学者认为，公私法划分的标准应是法律调整的法律关系的主体，凡是所调整的法律关系的主体双方均为私人或私人团体的，这类法就是私法；而法律关系的主体一方或双方为国家或公共团体者，这类法即为公法。

- （3）权力与权利标准说。认为凡规定国家与公民之间服从关系的法是公法；而规定公民之间权利对等关系的法是私法，它没有权力成分的渗透。
- （4）公权关系与私权关系说。认为规定国家机关之间，国家与公民之间政治生活关系即公权关系的法为公法，而规定公民之间、国家与公民之间民事生活关系即私权关系的法为私法。

- 2．公法与私法的发展
- 　自古罗马有公法和私法划分之后，古罗马的私法在调整简单商品关系方面有明显的发展。不过，那时罗马私法的范围与现代关于私法的认识不同。古罗马私法通常包括人法、物法和诉讼法，而古罗马时代的公法则主要包括国家机关方面、宗教和神的事务方面的法律规定。

- 近代资本主义国家产生以后，出现了具有不同历史传统的两大法系的对立。继承罗马法传统的大陆法系国家，由于大量制定法的出现，公私法的分野比较明显。私法主要包括民法、商法，而公法则包括宪法、刑法、行政法、诉讼法等，将诉讼法纳入公法，是近代与古罗马时代的一个重要区别。而另一大法系——英美法系国家并不主张严格地划分公法与私法，则是依照自己的传统，将法划分为普通法和衡平法两大类。英国法学家奥斯丁认为，法是主权者的命令加制裁，法并没有公法和私法的区别。

- 19世纪末20世纪初，出现了所谓法的社会化运动，又有学者(主要是社会法学派的学者)提出公法、私法之外的另一种法——社会法。他们认为社会法调整的是一种公共利益、混合利益，既有国家利益，也有私人、私人组织利益成分。

法的部类

公法（**行政性管理**）：宪法、行政法、刑法、诉讼法

私法（**自治性调节**）：民法、商法

社会法（**政策性平衡**）：经济法、社会保障法，资源保护法

第五章　法律关系

第一节　法律关系概述

一、法律关系的概念

法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务关系。

二、法律关系的性质和特征

1、法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系，具有合法性

2、法律关系具有国家意志关系的属性

3、法律关系是特定主体之间法律上的权利和义务关系

三、法律关系的分类

（一）宪法法律关系与其他部门法律关系

（二）调整性法律关系与创设性法律关系

（三）纵向（隶属）法律关系与横向（平权）法律关系

（四）双边法律关系与多边法律关系

（五）第一性法律关系与第二性法律关系

第二节　法律关系主体与客体

一、法律关系主体

（一）概念：法律关系主体，是指在法律关系中享有权利和履行义务的个人。

（二）种类：自然人；组织；国家。

（三）法律关系主体的资格

1、权利能力：又称权利义务能力，是法律关系主体依法享有一定权利和承担一定义务的法律资格。

2、行为能力：是指法律关系主体能够通过自己的行为实际行使权利和履行义务的能力。

- 范围
- 资格
  - 权利能力——自然人、法人
  - 行为能力
    - 民法：完全、限制、无行为能力人
    - 刑法：刑事责任年龄

中国刑法：

1、未成年人和孕妇不适用死刑

2、精神病人：由于主观无过错，根本不构成犯罪

减轻处罚：可以低于法定范围

从轻处罚：在法定范围内以最低刑处罚

确定公民有无行为能力的标准

公民的行为能力问题，是由法律予以规定的。
世界各国的法律，一般都把本国公民划分为完全行为能力人、限制行为能力人和无行为能力人 。

法人与公民在行为能力问题上的不同

第一，公民的行为能力有完全与不完全之分，而法人的行为能力总是有限的，由其成立宗旨和业务范围所决定；

第二，公民的行为能力和权利能力并不是同时存在的，而法人的行为能力和权利能力却是同时产生和同时消灭的。

公民和法人的权利能力和行为能力比较：

公民具有权利能力却不一定同时具有行为能力，公民丧失行为能力也并不意味着丧失权利能力。与此不同，法人的行为能力和权利能力却是同时产生和同时消灭的。法人一经依法成立，就同时具有权利能力和行为能力，法人一经依法撤销，其权利能力和行为能力就同时消灭。

二、法律关系客体

（一）法律关系客体的概念

法律关系的客体，是法律关系主体发生权利义务联系的中介，是法律关系主体权利义务所指向、影响、作用的对象。

（二）法律关系客体的特点：

1、客观性：法律关系客体应当是客观存在的事物，即独立于人的意识之外并能为人的意 识所感知的事物。

2、可控性：是人类可以控制或利用之物。

3、有用性：即能够满足人的物质需要或精神需要的事物，

4、法律性:

（三）种类

1、物：有形物与无形物

2、人格利益和人身

3、精神产品：人通过智力劳动所创造出来的精神产品，如科学发现、技术成 果、商标设计、学术著作、文艺作品、电脑软件等

4、行为：按照法定或约定的义务而必须实施的行为，包括作为和不作为两种情形

5、信息

［案例］销售月球土地案

思考：月球土地能否成为我国法律关系的合法客体？

第三节　法律事实

一、法律事实

（一）法律事实的概念

在社会生活中能实际发生的，并且为法律所规定，能够引起法 律关系的产生、变更、消灭的客观情况或现象。

（二）法律事实的分类

1、法律事件和法律行为

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，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

2、确认式法律事实和排除式法律事实

确认式法律事实指只有当该事实得到确认之后，才能引起一定法律后果的法律事实。

排除式法律事实指只有该事实被排除后，才能引起一定法律后果的法律事实。

3、单一的法律事实和事实构成

单一的法律事实是无须其他事实出现就能单独引起某种法律后果的法律事实。

事实构成是法律事实的复数形式，是由数个事实同时出现才能引起法律后果的法律事实。

二、法律事实的种类

（一）依是否以人们意志为转移：

法律事件与法律行为

法律事件：法律规范规定的，不以人们的意志为转移而引起法律关系产生、变更、消灭的客观情况或现象。

包括社会事件和自然事件

印尼海啸

法律行为：法律规范规定的，以人们的意志为转移而引起法律关系产生、变更、消灭的客观情况或现象。

例如：我国合同法第21条：承诺是受要约人同意要约的意思表示。

第25条：承诺生效时合同成立。

法律事实问题的复杂性：（1）同一个法律事实可以引起多种法律关系的产生、变更和消灭。例如，工伤致死，不仅可以导致劳动关系、婚姻关系的消灭，而且也导致劳动保险合同关系、继承关系的产生。

（2）两个或两个以上的法律事实引起同一个法律关系的产生、变更或消灭。法学上，人们常常把两个或两个以上的法律事实所构成的一个相关的整体，称为“事实构成”。

（二）依法律事实的存在形式：

肯定式法律事实与否定式法律事实

第六章　权利和义务

第一节　权利和义务释义

一、释义

1、权利能力：自然人享有权利，承担义务的资格

2、行为能力：法律上独立承担责任的能力

权利和义务的八种理解：“资格说”、“主张说”、“自由说”、“利益说”、“法力说”、“可能说”、“规范说”、“选择说”。

民法上的分类
- 完全行为能力：18周岁，16—18周岁已有独立经济来源能养活自己的
- 限制行为能力：10—18周岁，不能完全辨认自己行为的精神病人
- 无行为能力：10周岁以下或纯粹精神病人，完全不能辨认自己行为的

3、我国刑事责任年龄为16周岁，但年满14—16周岁的未成年人须对8类犯罪承担责任

区分
- 少管所————行政机关
- 监　狱————司法机关

国家权利
- 国际法：国家在国际社会中所拥有的权利
- 国内法：职权（责任和权力）

二、法律权利和义务的定义

法律权利：规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。

法律义务：设定或隐含在法律规范中，实现于法律关系中的、主体以相对受动的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种约束手段。

三、法律权利和义务的特点：

1、具有实在性

2、是统治阶级或统治集团意志的体现

3、具有明确的界限

4、是工具而非目的

第二节 权利和义务的分类

一、根据存在形态：

应有权利和义务、习惯权利和义务、法定权 利和义务、现实权利和义务；

二、根据所体现的社会内容的，重要程度：

基本权利和义务与普通权利和义务 ；

三、根据效力范围：

一般权利和义务与特殊权利和义务

四、根据权利之间或义务之间的因果关系：

第一性权利和义务与第二性权利和义务

五、根据权利主体实现意志和利益的方式：

行动权利和消极义务与接受权利和积极义务

六、根据权利主体的不同：

个体权利和义务、集体权利和义务、国家权利和义务、人类权利和义务

分类（不同角度）

1、存在形态：
- 应用权利和义务
- 法定权利和义务
- 现实权利和义务

2、社会内容重要程序：
- 基本权利和义务
- 普通权利和义务

3、效力范围：
- 对世（绝对）权利和义务
- 对人（相对）权利和义务

4、因果关系：
- 原有（第一性）权利和义务
- 补救（第二性）权利和义务

5、权利主体依法实现其意志和利益的方式：

- 行动权利和消极义务
- 接受权利和积极义务

6、主体不同：

- 个体权利和义务
- 集体权利和义务
- 国家权利和义务
- 人类权利和义务

7、实现方式不同：

- 实体权利和义务
- 程序权利和义务

第三节 权利和义务的关系

1. 结构上的相关关系
2. 数量上的等值关系
3. 功能上的互补关系
4. 价值意义上的主次关系

权利和义务的关系

1、存在状态：主从关系（权利是对利益的主动追求，而义务是不得不为即被动行为）

2、内容结构：对立统一（相互依存，即没有单独存在的权利和义务）

3、运动功能：两者互相补充（权利是利导、激励，义务是约束、强制）

权利推定与权利冲突

处理原则：法无禁止即有权

案例四：田永诉北科大案

田永为北科大的学生，在大一期末考试中被发现夹带小抄而被开除（当时考试过于简单，未看小抄）。他知道开除之事，但未收到通知书，第二年照常缴费入学。大四毕业后，学校不发给文凭，并否认他的学籍。于是，将学校告上法院，并在法院行政厅立案。

中国的机关组织分为行政、事业、企业和其他机关。学校虽不属于行政机关，但学生和学校之间存在着管理和被管理的关系，这符合行政诉讼的特点。

并且，所有高校关系学位案件都应该被纳入行政诉讼中。因为教育法归入行政法（以前归入社会法）。

冲突 { 公权：知情权——政治权力
私权：隐私权——尊严、自由 } 私权优先

案例五：

甲夫妇拥有一套商住用房，白天用于小卖部经营。晚上关门后，二人在房内看色情碟片被他人举报被抓（警方赶到，破门而入）。因警方拿不出上诉证据，拘留7天后获释。后此夫妇向法院起诉公安局。

1、甲夫妇将如何提出诉讼理由？

2、警方又会如何辩解？

答案：

1、甲夫妇提出：行为属个人偏好，人身自由以及住宅自由受到侵害。

2、警方提出：房屋属于公共场所，警方有治安管

辖权，有人报案说明已侵犯他人利益以及道德问题。

本案中关于商住用房的性质确定是一个核心问题。小卖部关门后，其性质属于公共场所还是公民住宅？

最终，公安局败诉。纠其原因，无非是公权与私权发生冲突，私权优先原则的运用。

人权

人权

1、定义：指人的个体或群体，基于人的本性，并在一定的历史条件下基于一定的经济结构和文化发展，为了自身的自由生存、自由活动、自由发展，以便能够真正掌握自己的命运而必须平等具有的权利。人类最高形式的最普遍的权利，是人区别于动物的观念上、道德上、政治上和法律上的基本标准

人权形态:
应有人权,也称道德人权，是指人作为人所应该享有的权利，这是人权的本源。
法定人权，也称法律人权，法律所确认和保护的人权，是应有人权的法律化。
实有人权，也称现实人权，是指主体实际享有的人权。

2、特征：

(1)不可缺乏性：人所以成其为人，原因就在于人是把生命 与权利融为一体的动物。

(2)不可取代性：基 本权利是构筑一人所享全部权利的基石，抽掉了它,整个权利的大厦都将倾倒。

(3)不可转让性：公民既不能放弃基本权利，也不能把基本权利转借于他人。

(4)稳定性：

(5)母体性：基本权利具有繁衍其他权利的功能，

(6)共似性：现代 各国，尽管社会制度不同，文化背景和传统有很大的差异，但在人权内容的肯定上 却有共同性或相似性。

3、自由权

⑴人身自由：刑法中的罪刑法定，非合法不得拘禁他人或处罚，禁止以人身为标的买卖

⑵居住与迁徙自由：住宅自由和迁徙自由

⑶工作自由：特殊职业、特殊行业有准入机制

⑷意见自由：言论、著作、出版（预防制和追惩制）、教学、广播演出自由

⑸通信、秘密自由：我国刑法第282条

⑹信仰自由

⑺集会、游行示威、结社自由

⑻人格尊严权：姓名、肖像、名誉、荣誉和隐私

第七章　法律关系与法律行为

第一节　法律行为释义

一、概念、意义及特征

1、概念：法律行为指人们所实施的、能够发生法律上效力、产生一定法律效果的行为。

2、意义：

⑴法律本身就是一种行为规范

⑵权利本身是处于一种静止状态，要使权利体现出其本质的利益关系，就需要通过法律

⑶法律规范本身必须要通过法律行为作为中介，才能作用于社会

3、特征：社会性、法律性、意志性

第二节　　法律行为的结构

一、主体：自然人、法人、其他组织、国家

二、主观：

1、行为意思——过错

刑法上的过错
- 故意
  - 直接故意（希望）
  - 间接故意（放任）
- 过失
  - 过于自信
  - 疏忽大意

如果行为无以上任何一条，则没有犯罪，一般定性为意外事件

（二）法律行为的结构

1、法律行为的内在方面:行为意志和认知能力

（1）行为意志是指人们基于需要、受动机支配、为达到目的而实施行为的心理状态。

（2）认知能力即行为人对自己行为的法律意义和后果的认识。

2、法律行为的外在方面

（1）外在的行动即人们通过身体或言语或意思表现于外在的举动。

（2）行为是法律行为构成的最基本的要素，是法律行为主体作用于对象的中介及方式。

3、具有法律意义的结果。主要有两个判断标准:

（1）行为造成一定的社会影响。

（2）对该结果应当从法律的角度进行评价

案例六：

甲驾车行驶在高速公路上，乙见天色已晚便违章穿越护栏。甲来不及刹车将乙撞倒，乙腿断昏迷。甲见四周没人把乙拖入附近树林中，自己则逃逸。后乙因失血过多死亡。

Q：对甲应该如何定罪？

答案：间接故意杀人

2、意思表示：

法律主体将其希望发生的法律效果的内心意愿以一定的方式表达于外部

真实————不真实（欺诈、胁迫、乘人之危，）

↓

可撤销行为

3、行为认知

——行为人对自己行为的法律意义和后果的认识:重大误解

三、客观

1、外在行为：人们通过身体或言语或意思表现于外在的举动

2、行为方式：计划、方案、措施

刑法对犯罪人的分类——主犯、从犯、胁从犯

案例七：

甲、乙、丙为一个犯罪团伙，甲是首脑。甲制定计划准备入室盗劫。当天甲发病送入医院，由乙、丙进行盗窃，中途被丁发现，乙一刀将其捅死。后丙将所得赃物转手获利。

Q：对甲、乙、丙如何定罪？

答案：乙——盗窃罪、故意杀人罪

丙——盗窃罪、销赃罪

甲——承担以上所有罪名

黑社会头目或犯罪团伙首脑对手下所犯的罪承担所有责任

犯罪预备（具体犯罪行为还没有展开）
犯罪中止（必须是主动中止）
犯罪未遂（具体犯罪已展开但未完成或结果没出现）

犯罪分类
- 行为犯罪：没有发生犯罪结果，但实施了犯罪
- 结果犯罪：必须达到犯罪结果

第三节　法律行为的基本分类

一、根据行为主体性质和特点的分类

- 根据行为主体的特性不同
  - 个人行为
  - 集体行为
  - 国家行为
- 根据主体意思的表示形式
  - 单方行为
  - 多方行为
- 根据主体实际参与行为的状态
  - 自主行为
  - 代理行为

二、根据行为的法律性质的分类

根据行为是否符合法律的内容要求 合法行为 违法行为

根据行为的公法性质或私法性质 公法行为 私法行为

三、根据行为的表现形式与相互关系的分类

根据行为的表现形式不同 积极行为 消极行为

根据行为之主从关系 主行为 从行为

四、根据行为构成要件的分类

- 根据行为是否通过意思表示
  - （意思）表示行为
  - 非表示行为
- 根据行为是否需要特定形式或实质要件
  - 要式行为
  - 非要式行为
- 根据行为之有效程度
  - 完全行为
  - 不完全行为

第八章　法律责任

第一节　法律责任释义

一、法律责任的语义

（一）责任的词义

在现代汉语中，“责任”一词有三个互相联系的基本词义。

（二）法律责任的定义

法律责任，是由特定法律事实所引起的对损害予以赔偿、补偿或接受惩罚的特殊义务，亦即由于违反第一性义务而引起的第二性义务。

（三）法律责任的本质

西方法学家论法律责任的本质:

1、道义责任论

2、社会责任论

3、规范责任论

上述三种理论各有其合理性与局限性。

（四）法律责任的本质属性:

1、法律责任是居于统治地位的阶级运用法律标准对行为给予的否定性评价。

2、法律责任是自由意志支配下的行为所引起的合乎逻辑的不利法律后果。

3、法律责任是社会为了维护自身的生存条件而强制性地分配给某些社会成员的一种负担。

二、简述

民法

权　　利——义　　务 ⟶ 所有权至上

法律行为——程　　序 ⟶ 合同自由

法律责任——救济诉讼 ⟶ 过错责任原则

（一）定义：

- 法律责任关系：一种特殊的义务关系
- 法律责任方式：可强制执行的不利后果

（二）本质——休谟最早提出事实与价值的世界难题

- 事实（负担方式）：可以被强制执行的不利后果
- 价值（归责原则）：否定性评价
- 逻辑（义务指定）：救济权

第二节　法律责任的构成

（一）责任主体

1、行为能力

2、特殊身份

（二）违法或违约行为——法律责任的核心构成要素

（三）损害结果

1、直接损害结果

2、间接损害结果

（四）因果关系

1、事实：始末形成因果链

2、法律（相当性）：必须有一种合理的判断

案例八：

甲是工厂材料管理员，快下班时出去散步。正巧乙来取材料，等里很久未见甲，便自己取了浓硫酸并留了纸条。已回工厂时发现已经关门，便把东西带回家。回家后，刚好接到丙的电话，便去了丙家并随手将浓硫酸放在他家桌子上。这时，丙的儿子丁回来了，觉得好奇就将浓硫酸倒了出来，结果被烧伤。

Q：本案中，谁该承担责任？

答案：乙要承担法律责任，甲并不是主观支配丁的人（因果链的中断）。

（五）主观过错

案例九：

中学生张某从家里拿了600元钱，其母发现后决定第二天报案。张某害怕而吃老鼠药自杀，但因药过期而未死成。第二天早上，主动要求做饭，在早饭中加入稀释的农药。他奶奶和弟弟吃了之后说早饭味道怪，张某害怕将剩余的饭倒掉。此时，其奶奶和弟弟已经毒发送往医院，因救治及时而未造成伤害。其母报案，事发。

Q：该对张某如何定罪？

答案：张某无罪。张某主观上无法定罪，因为他并不想杀人，且伤害程度达不到轻伤。

另外，拿家里的钱不能定为盗窃，因为家庭财产是共同财产。

第三节　法律责任的类型与实现方式

法律责任的种类：
分类方法的多样性：可以根据责任主体、责任内容、责任的承担程度、责任的实现形式、引起责任的法律事实与责任人的关系进行分类。
最基本的分类方法：根据责任的类型，分为民事法律责任、行政法律责任、刑事法律责任和违宪责任。

法律责任的分类

（一）

公法责任：刑法、行政法

私法责任：民法、商法

（二）

过错责任：承担责任以过错的存在为前提

无过错责任：不以过错是否存在为前提

公平责任：当事人双方对造成损害均无过错时，由法院根据公平观念，考虑财产和其他情况下，责令对受害人给予适当的经济补偿。

（三）

职务责任

个人责任：

（四）

财产责任

非财产责任

（五）

侵权责任：侵犯他人人身或财产

违约责任：违反约定所应承担的法律责任

两个责任竞合时，根据“一事不二罚”原则，可任选其一。而侵犯人身时，可以要求精神赔偿。

案例十：

甲、乙是邻居，两家的院子间有一堵墙相隔（墙高2米）。一天，甲将儿子放在院子的摇篮里晒太阳，自己和妻子外出了。当时，甲母在厨房干家务，而乙家中无人。突然，乙家院子里的一只鸡飞过院墙将甲儿子的眼睛啄伤，结果导致甲儿子一只眼睛失明。

Q：本案中，责任该如何确定？

答案：根据“无过错责任”原则，乙承担法律责任，因为这属于饲养动物致人损害。而甲夫妻主观上无过错，根本不能意识到会发生鸡伤人的事情（当时甲母在家，且院墙高2米）。

适用无过错责任的4种情况：

1、高度危险作业致人损害　3、饲养动物致人损害

2、污染环境致人损害　4、产品质量不合格致人损害

第四节 法律责任的认定和归结

一、法律责任的认定与归结的含义

法律责任的认定和归结，是指对因违法行为、违约行为或法律规定而引起的法律责任，进行判断、认定、追究、归结以及减缓和免除的活动。

二、法律责任的认定与归结的原则

1.责任法定原则
2.因果联系原则
3.责任与处罚相当原则
4.责任自负原则

思考：“见死不救”是否要承担法律责任？

- 普通公民“见死不救”

- 警察等公职人员“见死不救”

三、法律责任承担的方式

（一）.惩罚:

——行政责任可以分为行政处罚和行政处分两类。

行政处罚包括有:（1）警告；（2）罚款；（3）没收违法所得或者没收非法财物；（4）责令停产停业；（5）暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；（6）行政拘留；（7）法律行政法规规定的其他行政处罚。

行政处分包括：（1）警告；（2）记过；（3）记大过；（4）降级；（5）降职；（6）撤职；（7）留用 察看；（8）开除。

——刑事责任的主要方式

主刑：1、管制；2、拘役；3、有期徒刑；4、无期徒刑；5、死刑。

附加刑：1、罚金；2、剥 夺政治权利；3、没收财产；4、驱逐出境。

（二）. 补偿:

——民事责任的主要方式1、停止侵害2、排除防碍3、消除危险4、反还财产5、恢复原状6、修理、重作、更换7、赔偿损失8、支付违约金9、消除影 响、恢复名誉10、赔礼道歉

（三）. 强制：人身强制与财产强制

四、法律责任的减轻与免除

法律责任的减轻和免除，即通常所说的“免责”。

“免责” ≠ “无责任”或“不负责任”

“免责” ≠ “证成”

免责的条件和方式:

1. 时效免责
2. 不诉免责
3. 自首、立功免责
4. 补救免责
5. 协议免责或意定免责
6. 自助免责
7. 人道主义免责

第九章 法律程序

第一节 法律程序概述

一、概述

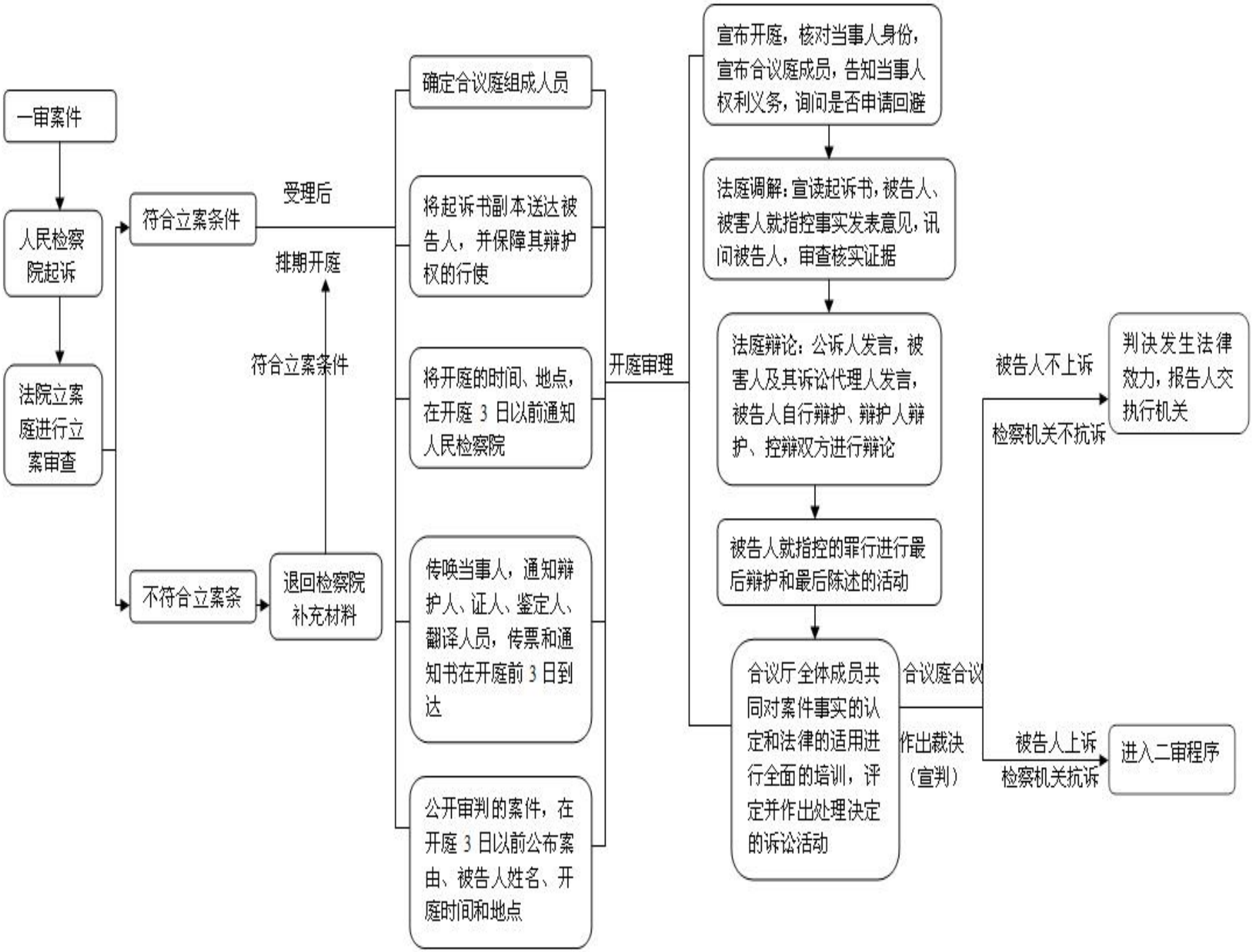
“分蛋糕的故事”

概念——法律程序：人们遵循法定时限和时序并按照法定方式和关系进行法律行为。

- 法定时间
  - 时序：法律行为的先后顺序，不可逆转
  - 时限：法律行为所占时间的长短
- 法定空间
  - 空间关系：行为主体及其行为的确定性和相关性
  - 行为方式：法律行为采取何种表现形式的问题

从法学角度来分析，程序是从事法律行为、作出法律决定的过程、方式和关系。过程是时间概念，方式和关系是空间概念。

- 过程：立案——侦查——起诉——审判——执行
- 方式：一审、二审；简易、普通程序；公诉、自诉
- 关系：立法、行政和诉讼程序；审判；仲裁

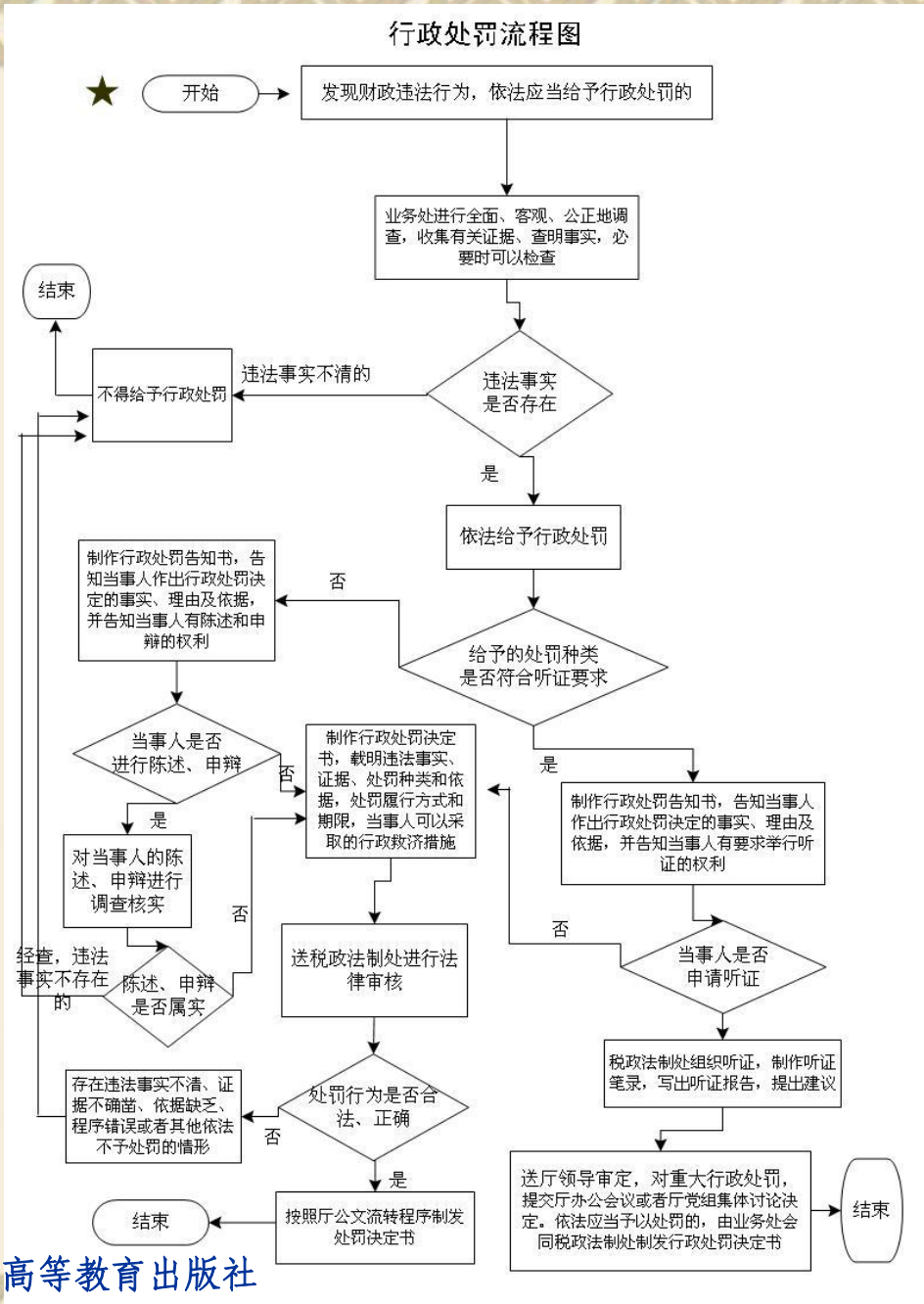

一审案件
人民检察院起诉
法院立案庭进行立案审查
符合立案条件
受理后
排期开庭
符合立案条件
不符合立案条
退回检察院补充材料
确定合议庭组成人员
将起诉书副本送达被告人，并保障其辩护权的行使
将开庭的时间、地点，在开庭 3 日以前通知人民检察院
传唤当事人，通知辩护人、证人、鉴定人、翻译人员，传票和通知书在开庭前 3 日到达
公开审判的案件，在开庭 3 日以前公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点
开庭审理
宣布开庭，核对当事人身份，宣布合议庭成员，告知当事人权利义务，询问是否申请回避
法庭调解：宣读起诉书，被告人、被害人就指控事实发表意见，讯问被告人，审查核实证据
法庭辩论：公诉人发言，被害人及其诉讼代理人发言，被告人自行辩护、辩护人辩护、控辩双方进行辩论
被告人就指控的罪行进行最后辩护和最后陈述的活动
合议厅全体成员共同对案件事实的认定和法律的适用进行全面的培训，评定并作出处理决定的诉讼活动
合议庭合议
作出裁决（宣判）
被告人不上诉
检察机关不抗诉
判决发生法律效力，报告人交执行机关
被告人上诉
检察机关抗诉
进入二审程序

法律程序的特点：

1. 法律性
2. 以形成法律决定为目的
3. 交涉性
4. 法定时空性
5. 形式性和相对独立性
6. 价值指向性

法律性

中华人民共和国
行政处罚法


行政处罚流程图
开始
发现财政违法行为，依法应当给予行政处罚的
业务处进行全面、客观、公正地调查，收集有关证据、查明事实，必要时可以检查
违法事实是否存在
违法事实不清的
不得给予行政处罚
结束
是
依法给予行政处罚
给予的处罚种类是否符合听证要求
否
制作行政处罚告知书，告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人有陈述和申辩的权利
当事人是否进行陈述、申辩
是
否
对当事人的陈述、申辩进行调查核实
陈述、申辩是否属实
否
经查，违法事实不存在的
制作行政处罚决定书，载明违法事实、证据、处罚种类和依据，处罚履行方式和期限，当事人可以采取的行政救济措施
送税政法制处进行法律审核
处罚行为是否合法、正确
否
存在违法事实不清、证据不确凿、依据缺乏、程序错误或者其他依法不予处罚的情形
是
按照厅公文流转程序制发处罚决定书
结束
是
制作行政处罚告知书，告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人有要求举行听证的权利
当事人是否申请听证
否
税政法制处组织听证，制作听证笔录，写出听证报告，提出建议
送厅领导审定，对重大行政处罚，提交厅办公会议或者厅党组集体讨论决定。依法应当予以处罚的，由业务处会同税政法制处制发行政处罚决定书
结束

高等教育出版社

旨在作出法律决定

- 《立法法》第二十二条　法律草案修改稿经各代表团审议，由法律委员会根据各代表团的审议意见进行修改，提出法律草案表决稿，由主席团提请大会全体会议表决，由全体代表的过半数通过。

- 《民事诉讼法》第八十九条　调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。

  调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。

  调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

交涉性

- 《刑事诉讼法》第四十七条 证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候，应当依法处理。

法定时空性

- 时间要素：时序和时限
- 空间要素：空间关系和行为方式

- 时序：法律行为的先后顺序。

《民事诉讼法》第127条　法庭辩论按照下列顺序进行：

（1）原告及其诉讼代理人发言；

（2）被告及其诉讼代理人答辩；

（3）第三人及其诉讼代理人发言或者答辩；

（4）互相辩论。

- 时限：法律行为所占时间的长短。

根据《民事诉讼法》，人民法院在收到起诉状后，应当在7日内立案，并通知当事人；应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起15日内提出答辩状；法院应当在收到答辩状之日起5日内将答辩状副本发送原告。

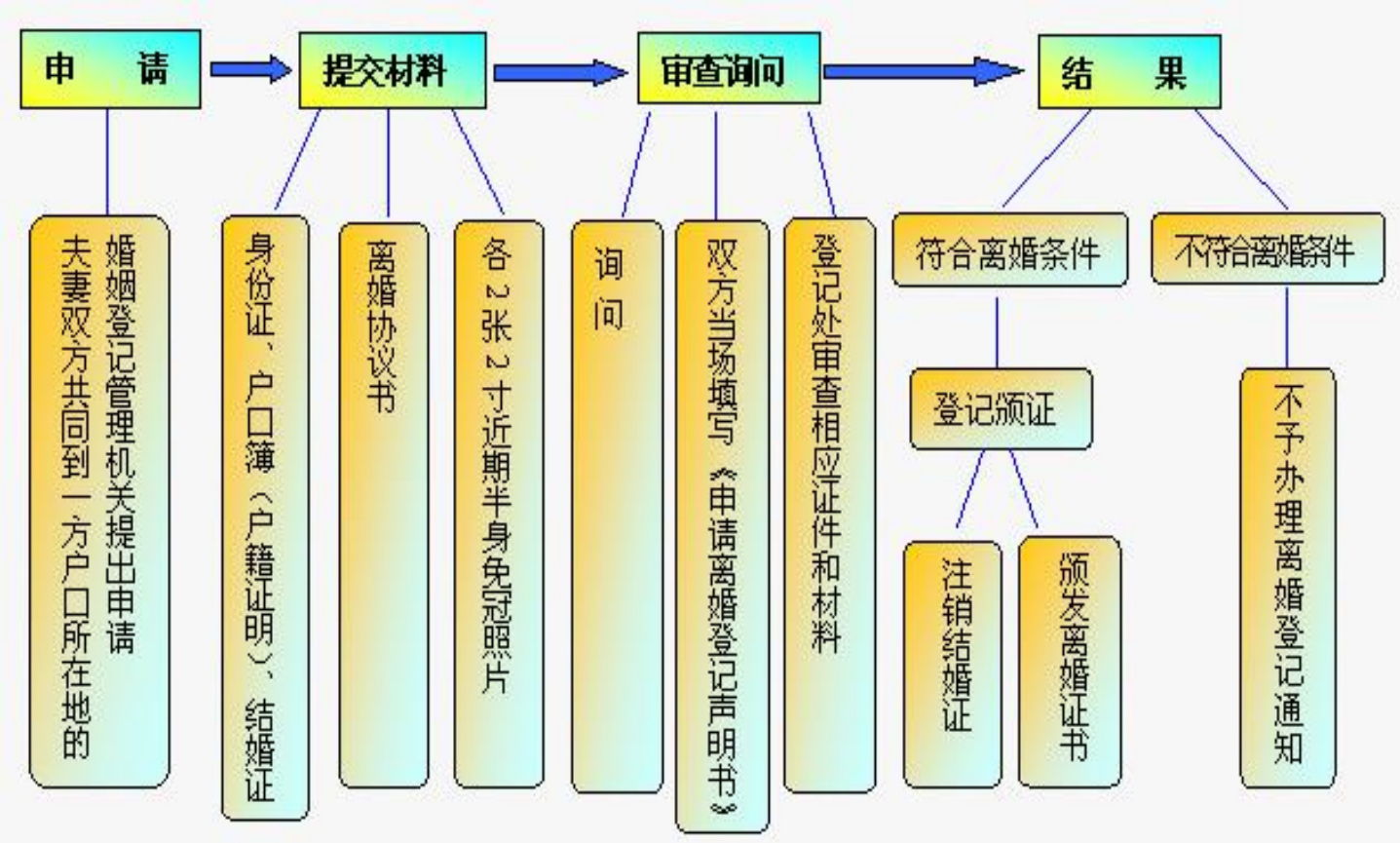
- 空间关系

根据《刑事诉讼法》第18条的规定，刑事案件的侦查由公安机关进行；对于少数特定犯罪，如贪污贿赂犯罪，国家工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。

- 行为方式：法律行为采取何种表现方式的问题。

根据《刑诉法》第47条，证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。

形式性和相对独立性


申　请
提交材料
审查询问
结　果
婚姻登记管理机关提出申请
夫妻双方共同到一方户口所在地的
身份证、户口簿（户籍证明）、结婚证
离婚协议书
各2张2寸近期半身免冠照片
询问
双方当场填写《申请离婚登记声明书》
登记处审查相应证件和材料
符合离婚条件
不符合离婚条件
登记颁证
注销结婚证
颁发离婚证书
不予办理离婚登记通知

价值指向性

- 法律程序 ≠ 正当程序：

  必经程序 ≠ 适当程序

  合法程序 ≠ 合理程序

第二节 法律程序对法律行为的调整方式

法律程序对法律行为的调整方式

（1）分工：通过法律程序的时空要素，实现程序角色分配。

（2）抑制：通过法律程序的时空要素，克服、防止法律行为的随意性。

（3）导向：通过法律程序的时空要素，指引人们的法律行为按一定指向和标准在时间上得以延续、空间上展开。

（4）缓解：通过法律程序的时空要素，缓解人们行为与心理冲突，消除紧张气氛，为冲突解决提供秩序条件。

（5）感染：法律程序的仪式性、象征性和由其带来的神圣性，使行为主体对程序产生的心理上无意识的服从。

法律程序对于法律适用的作用

（1）约束权力的重要机制

（2）理性选择的有效措施

（3）结论妥当性的前提

第三节 正当程序的意义

- 你有权保持沉默，否则你所说的一切都可能作为不利于你的呈堂证供……

一、正当程序的起源与发展

1、最低标准：公民的权利、义务将因为决定而受到影响时，在决定之前必须给予他知情和申辩的机会和权利。对决定者而言，就是履行告知和听证的义务。

2、古代程序和现代程序的区别：

	古代	现代
出发点	君主专制	民主
对待权利、义务的观点	权力为主	权利为主
对平等标准的理解	命夫命妇不躬坐狱讼	平等
程序的公开程度	秘密	公开
程序的科学性	天罚、神判	科学

- 就字面而言，“Due Process”或“Due process of law”这个短语的含义很简单，相当于适当的法律程序（Due Course of Law）或规范的法律程序（Regular Course of Law），即剥夺人的生命、自由和财产之前，必须给予其适当的传唤、听取针对自己的指控、质证和辩护的机会。

一、正当法律程序的历史发展

自然正义原则

- 任何人不能作为自己案件的法官(排除偏见)
- 人们的辩护必须公平地听取(听取意见)

- 正当程序原则最早来源于英国。1215年的《自由大宪章》第39条规定：

  “凡自由人除经其贵族依法审判或依照国家的法律的规定外，不得被逮捕、监禁、没收其财产、褫夺法律保护权、流放，或加以任何其他损害。”

- “正当法律程序”的概念第一次出现在1354 年爱德华三世颁布的成文法上:

  “未经法律的正当程序进行答辩，对任何财产和身份的拥有者一律不得剥夺其土地或住所，不得逮捕或监禁，不得剥夺其继承权和生命。”

- 在美国，“正当法律程序”这一法律术语最早见于1692年马萨诸塞州的州宪。
- 美国宪法第5条和第14条修正案是正当程序在现代的版本。

美国宪法修正案（第五条）：无论何人，除非根据大陪审团的报告或起诉，不得受判处死罪或其他不名誉罪行之审判，… …任何人不得因同一罪行而两次遭受生命或身体的危害；不得在任何刑事案件中被迫自证其罪；不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产、不给于公平赔偿，私有财产不得充作公用。

二、正当法律程序的构成要件

（一）程序的分化

- 实现途径：功能分化与角色分派
- 时空维度：阶段性划分与结构性安排

司法
公正
陪审团
陪审团

（二）对立面的设置

（三）程序中立

- 程序的预设性
- 程序设置的中立性
- 决定者或程序主持者的中立性

（四）自由平等且实质性的参与

（五）理性对话和交涉

（六）信息充分和对等

（七）公开

- 程序结果和理由的公开
- 程序进行过程的公开
- 作为参与前提的咨询和信息的公开

（八）及时和终结性

- 程序不能太快也不能太慢。
- 程序不可被随意启动，结果不可被随意推翻。

三、正当法律程序的价值

正当程序在欧洲五百余年的法治进程中发挥过重要作用，其与法律职业被并称为法治的两个推动力。“法治取决于 一定形式的正当过程，正当过程又主要通过程序来体现”

（一）促进实体目标的实现

- 这些实体目标应是法治社会所追求的;
- 这些实体目标应是法律程序予以最大限度促进实现的;
- 这些实体目标应是法律程序通过其过程的正当性来保证实现的。

（二）增进效益和福利

- 正当程序所应促进的诸多实体目标之一

（三）限制权力恣意以保障权利

- 正当法律程序的特殊之处在于强调履行既定程序的目的和前提：“Due Process of Law”的目的是保障个人的自由、财产和生命权利，即所谓的程序保障或者说权利的程序保障，通过权力的制约实现人权保障。这就是正当法律程序的要义所在。

（四）保证决定的正当化

“打”出来的正义和通过公正的司法程序产生的正义

（五）对尊严的尊重

- 正当程序的内在价值或独立价值

二、特征

1、角色分化——符号化的面具

2、阻隔恣意——无知之幕、作茧自缚

3、直观的公正

4、对立意见的交涉

5、鲜明的形式理性

三、诉讼程序

1、诉讼结构：主体、内容、过程和价值取向

2、诉讼原则：权利原则、平等原则、证据原则、公开原则、回避制度、辩论原则、经济原则

案例十一：

1994年前美式橄榄球运动员辛普森杀妻一案成为当时美国最为轰动的事件。此案当时的审理一波三折，最后在证据充分的情况下辛普森竟逃脱法律制裁，在用刀杀前妻及其男友两项一级谋杀罪的指控中以无罪获释，仅被民事判定为对两人的死亡负有责任。

四、正当法律程序的构成要件

（一）程序的分化

实现途径：功能分化与角色分派

时空维度：阶段性划分与结构性安排

（二）对立面的设置

（三）程序中立

程序的预设性

程序设置的中立性

决定者或程序主持者的中立性

（四）自由平等且实质性的参与

（五）理性对话和交涉

（六）信息充分和对等

（七）公开

程序结果和理由的公开

程序进行过程的公开

作为参与前提的咨询和信息的公开

（八）及时和终结性

程序不能太快也不能太慢。

程序不可被随意启动，结果不可被随意推翻。

五、正当程序的意义

1、促进实体目标的实现

2、增进效益和福利

3、限制权力恣意以保障权利

4、保证决定的正当化

5、对尊严的尊重

第十章　法的产生、发展与历史类型

第一节　法律产生的基本规律

一、起源

1、原始社会的调控机制

社会组织：一种权威系统

行为规范：习惯——习惯法

2、法律产生

⑴标志：国家的产生；诉讼的产生；权利、义务的分离

⑵规律：生产力的发展的根本作用；

习惯——习惯法——成文法

法律、宗教和道德的规范独立

⑶原始习惯与法的差异：

产生方式；体现的意志；调整的内容；根本目的；适用范围；实施方式

二、关于法起源的几种学说

1、神意说。把法和国家的产生解释为神意的体现，认为法律和王权均出自于宇宙中某种万能的神秘的精神力量。

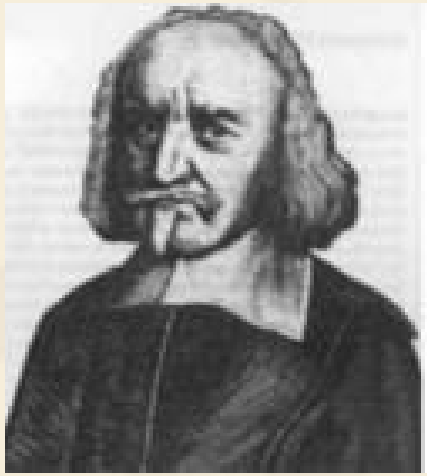
汉谟拉比法典

汉穆拉比王宣称从“决定国运之天地主宰恩利尔”及诸神那里获得“统治全人类之权”，“以其庄严之名为巴比伦之名建立一个其根基与天地共始终的不朽王国”，并成为“恩利尔所任命的牧者”、“常胜之王”。

2、社会契约说

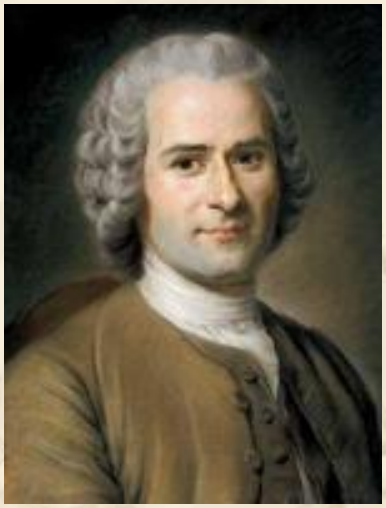
该学说认为，在国家与法律出现之前，人类处于“自然状态”之中，靠自然法来调整社会关系。由于自然状态带有某种不便，故人们订立社会契约，组成国家，法律本身即社会契约的具体化。

霍布斯



洛克

卢梭



3、暴力论

在原始部落之间的战争中，强大部落以暴力征服弱小部落，征服者成为主人和统治者，被征服者成为奴隶和被统治者，私有制、阶级、国家和法律均成为暴力征服的结果。

4、心理说。

任何社会都有两种人，一种是英雄和强者，属少数；另一种是普通人，构成多数。普通群众在本性上即有服从强者支配和引导的心理需要。国家和法都是这种心理规律的必然结果。

后两者夸大了作用。

第二节　法律的历史类型

（一）奴隶社会

1、东方

⑴古埃及：法老的命令

⑵古巴比伦：汉谟拉比法典

⑶古印度：吠陀，摩奴法典

⑷古中国：周礼，吕刑

2、西方

⑴ 古希腊：雅典的民主政治；斯巴达的贵族政体

⑵古罗马：十二铜表法，查士丁尼的国法大全

（二）封建时期

1、东方文明衰败

中华法系：刑法为主，诸法合体

2、西方文明发展迅速

⑴地方习惯法——全国统一法

⑵两大法系的形成

（三）资本主义社会

1、出现原因：资本的原始积累；罗马法复兴；商法的兴起

2、阶段

⑴自由资本主义：自由放任主义

所有权至上、契约自由、过错责任、法律面前人人平等

⑵垄断资本主义：国家本位

相邻权、合同限制、无过错责任

⑶现代资本主义：社会本位、福利国家、环境和自然资源法加强、社会福利保障制度的建立

（四）当代中国社会主义法律制度

1、迅速向大陆法系靠拢

2、立法迅速、制度日趋完善

3、司法权威没有完全建立

4、司法独立和法官独立没有完成

5、宪政有待完善

第三节　法的继承与移植

1、规律：不断进步的过程；受经济的制约；主要依靠革命或改革

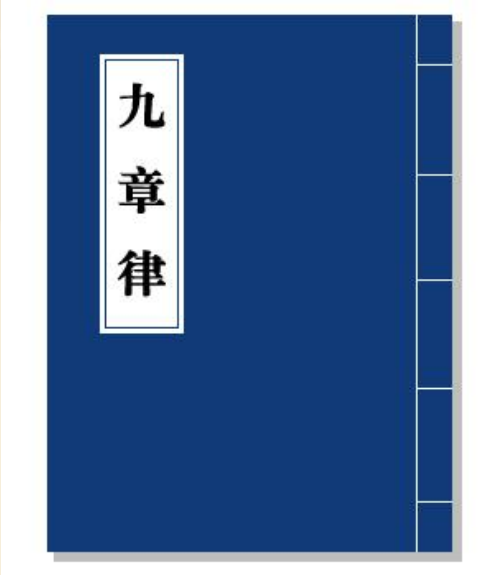
2、法律继承

⑴概念：法的继承是不同历史类型的法律制度之间的延续和继受，一般表现为旧法对新法的影响和新法对旧法的承接和继受。

（2）法律继承的原因

社会生活条件的历史延续性决定了法律继承性的客观存在。

法律的相对独立性决定了法律发展过程的延续性和继承性。



司法活动的历史延续性

古代审判

现代审判

法律作为人类文明成果的共同性决定了法律继承的必要性。

法律发展的历史事实也验证了法律的继承性

现代英国法保留大量的英国封建时代的法律传统

法国资产阶级以罗马法为基础制定了法国民法典

前苏联国家的民法中继承了许多旧俄国民法的内容

（3）法律继承的内容

第一，法律技术、概念。

第二，反映商品——市场经济规律的法律原则和规范。

第三，反映民主政治的法律原则和规范。

第四，有关社会公共事务的组织与管理的法律规定。

3、法律移植

⑴概念：法律移植指的是“特定国家(或地区)的某种法律规则或制度移植到其他国家(或地区)。”它所表达的基本意思是：在鉴别、认同、调适、整合的基础上，引进、吸收、采纳、摄取、同化外国的法律(包括法律概念、技术、规范、原则、制度和法律观念等)，使之成为本国法律体系的有机组成部分，为本国所用。

（2）法律移植的原因

社会发展和法律发展的不平衡性决定了移植的必然性。

印度拥挤的火车

英国安逸祥和的海滨公园

市场经济的客观规律和根本特征决定了法律移植的必要性。

法律移植是对外开放的应有内容。
法律移植还是法制现代化的必然需要。

⑶三种情况：经济、文化和政治处于同一水平的国家；落后国家直接采纳先进国家的法律；区域性和世界性法律统一运动

⑷注意的问题：同构性和兼容性；外来法律本土化；优选性；超前性

4、法制改革

⑴关键和核心：法制观念的确立和法律制度的创新

⑵重大意义：借鉴先进法律；保持本民族法制文明的 历史连续性；质变和量变两种模式；以法律继承和法律移植为前提；着眼点在于健全完善现代法律制度

5、中西法律传统的差异：

(1)法律哲学和法律精神

(2)法律结构和法律文化

(3)司法体制和司法程序

(4)法律形式和司法技术

(5)民族性和国际性

6、两大法系的比较

（1）法律渊源不同

（2）法律结构不同

（3）司法技术不同：法律解释——识别技术

（4）诉讼程序不同：纠问式——抗辩式

（5）法官的权限不同

（6）哲学倾向不同：理性主义——经验主义

法 系

- 1．法系的概念
- （1）定义
- 法系是比较法学的核心概念，具体是指根据法的历史传统和外部特征的不同，对法所做的分类。凡属于同一传统的法律就构成一个法系。

- （2）划分的依据
- 法系划分的理论依据主要是法的传统。许多国家的法律，在法律技术、法律术语、法律结构、法律观念、法律方法及相应的文化背景方面是相同或相似的。当代世界主要法系有三个：民法法系、普通法系、社会主义法系(以前苏联和东欧社会主义国家的法律为代表)。前两个法系，我国学者一般概括为资本主义两大法系。另外，许多学者对伊斯兰法系、印度法系、中华法系也很有兴趣。

- （3）用语
- 西方学者在指称法系概念时用语也是不统一的。在英语中就有Legal family、Legal culture及Legal genealogy等词组可以表达这一概念。

2、资本主义两大法系

（1）英美法系

1066年诺曼征服以后，英国建立了强大中央集权国家，建立了自己的法律体系，形成了判例法为中心的法律传统。

- （2）普通法系(Common Law System)，是指以英国中世纪的法律、特别是普通法为基础和传统产生与发展起来的法律的总称。由于它主要渊源于英国普通法，被称为普通法法系、英国法系；又由于它以判例法为法的主要表现形式，被称为判例法系；由于在现代它是由英国法与美国法两大分支构成，又称英美法系。这一法系的范围，除了英国(苏格兰外)以外，主要是曾是英国的殖民地、附属国的许多国家和地区，如美国、加拿大、印度、新加坡、澳大利亚、新西兰以及非洲的个别国家、地区等。中世纪的英国法是在罗马法之外发展起来的。1066年诺曼人征服英格兰是英国法律发展史上的重要分界线。1066年之后，普通法法院根据国王的敕令、道德原则并结合当地习惯处理案件，进行判决。在这些判决的基础上，逐步形成了一套通行于全国的法律。

大陆法系：是以罗马法为基础以1804年《法国民法典》和1896年《德国民法典》为代表的，以及在其传统的影响下而仿照它们而制定的各国法律体系的总称。

- ——民法法系(Civil Law System)，又称大陆法系、罗马—德意志法系、法典法系。属于这一法系的除了欧洲大陆国家外，还有曾是法国、德国、葡萄牙、荷兰等国殖民地的国家及因其他原因受其影响的国家。如非洲的埃塞俄比亚、南非、津巴布韦等；亚洲的日本、泰国、土耳其等；加拿大的魁北克省，美国的路易斯安那州，英国的苏格兰等。民法法系的历史渊源是古代罗马法。在资产阶级革命前后，罗马法已成为欧洲大陆国家立法的基础。特别是1804年由拿破仑主持制定的《法国民法典》(又称《拿破仑法典》)，将罗马法的原理与资本主义经济社会发展需要比较完美地结合起来，使民法法系发展到一个新的水平和历史时期。在该法典问世后制定的大量资产阶级民法典，都在不同程度上受到该法典的影响。

- 3．两大法系的区别
- （1）在法律思维方式的特点方面，民法法系属于演绎型思维，而普通法系属于归纳式思维和类比推理。
- （2）在法的渊源方面，民法法系中法的正式渊源只是制定法，而普通法系中制定法、判例法都是法的正式渊源。
- （3）在法律的分类方面，民法法系国家一般都将公法与私法的划分作为法律分类的基础，而普通法系则是以普通法与衡平法为法的基本分类。

- （4）在诉讼程序方面，民法法系与教会法程序接近，属于纠问制诉讼，普通法系则采用对抗制诉讼程序。
- （5）在法典编纂方面，民法法系的主要发展阶段都有代表性的法典，特别是近代以来，进行了大规模的法典编纂活动。普通法系在都铎王朝时期曾进行较大规模的立法活动，近代以来制定法的数量也在增加，但总体上看，不倾向进行系统的法典编纂。
- （6）两大法系在法院体系、法律概念、法律适用技术及法律观念等方面还存在许多差别。

第十一章 法的运行
第一节 中国立法体制与程序

一、立法与立法体制

法的制定，又称立法。它是指一定的国家机关依照法定职权和法定程序制定、修改或废止法律和其他规范性法律文件的一种专门性活动，简称为法律的立、改、废活动。

——立法是国家的专有活动，是国家机关依法定职权进行活动的法律形式之一。

——立法是国家机关依照法定程序进行的活动。

——立法是制定、修改、废止以及认可法律规范的活动。

立法体制由三要素构成：

立法体制是关于立法权限、立法权运行和立法权载体诸方面的体系和制度所构成的有机整体。其核心是有关立法权限的体系和制度。

- （一）立法权限的体系和制度
- （二）立法权的运行体系和制度
- （三）立法权的载体体系和制度

二、中国立法体制

从立法权限划分的角度看，它是中央统一领导和一定程度分权的，多级并存、多类结合的立法权限划分体制。

（1）实行中央统一领导和一定程度分权，一是指最重要的国家立法权即制宪权和制定法律权属于最高国家权力机关，并在整个立法体制中处于领导地位。二是指国家的全部立法权，由中央和地方多方面的主体行使。

（2）多级（多层次）并存，是指全国人大及其常委会制定国家的法律，国务院及其所属部委分别制定行政法规和部门规章，省，自治区、直辖市和较大的市的人民代表大会及其常委会、人民政府制定地方性法规和地方政府规章。

（3）多类结合，指上述立法及其所产生的规范性文件，同民族自治地方的立法及其所制定的自治法规，以及经济特区和特别行政区的立法及其所制定的规范性文件，在类别上有差别。

“三级并存、四法同堂”。前指中央，省、自治区、直辖市和较大的市，自治州、自治县三级立法主体；后指法律、行政法规、地方性法规、规章共同构成国内法体系。

三、我国国家机关的立法权限

法的渊源称谓	制定机关	效力等级
宪法	全国人大	最高法律地位和效力
法律	全国人大及其常委会	效力仅低于宪法
行政法规	国务院	效力仅低于法律
部门规章	国务院各部委	效力低于行政法规
地方性法规	省自治区直辖市的人大；省会城市及国务院批准较大市的人大	效力低于行政法规，针对本行政区的具体情况和实际需要
地方政府规章	省自治区直辖市人民政府；省会城市及国务院批准较大市的人民政府	效力低于同级地方性法规
自治法规	民族自治地方（自治区、州、县）人大	自治条例和单行条例效力低于法律
经济特区法规	经济特区人大机关	效力低于行政法规
军事法规	中央军委	效力低于宪法和法律
特别行政区基本法	全国人大	效力低于宪法
国际条约惯例	多国协商缔结或接受	效力由国内法具体规定

四、立法的程序

法律案提出 → 法律案审议 → 法律案表决 → 法律公布

- 提案应依据法定程序。提案应遵循的法定程序主要是:第一，应就本身职权或 业务范围内的事项提案，应提出属于接受法案的主体的职权范围内的法案。第二, 应向自己能够提案的机关提案。第三，要符合法定人数才能提案。第四，应采取一 定形式如书面形式，通过一定方式如通过一定机关，在规定时间内提案。

案例：物权法的诞生

2007年3月16日这一天，举世瞩目、涉及13亿中国人切身利益、保护13亿中国人财产权利的《物权法》，以高票获得最高立法机关通过。回顾《物权法》的立法过程，可谓异常艰辛。从萌生立法构想，到瓜熟蒂落，辗转十数载，经历7次审议，其间的调查研究、座谈讨论、征求意见、收集民意、激烈争论、修改补充，在中国立法历上可谓前所未有：

1998年：八届全国人大常委会成立民法起草工作小组；

1999年：社科院物权法课题组完成物权法草案的建议稿；

2000年：中国人民大学课题组完成物权法草案的建议稿；

2001年：全国人大法工委形成物权法草案征求意见稿；

案例：物权法的诞生

2002年：全国人大常委会进行第一次审议；
2004年：全国人大法工委形成物权法(草案）修改稿；
2004年：常委会进行第二次审议，形成物权法(草案)；
2005年：十届全国人大常委会16次会议第三次审议；
2005年：十届全国人大常委会第四次审议；
2006年：十届全国人大常委会第五次审议；
2006年：十届全国人大常委会第六次审议；
2006年：十届全国人大常委会第七次审议通过，决定提交全国人大审议表决；
2007年：十届全国人民代表大会第五次会议通过，由国家主席胡锦涛公布，自2007年10月1日起施行。

2007年3月16日，十届人大五次会议审议通过《中华人民共和国物权法》。

2009年12月26日，第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议表决通过《中华人民共和国侵权责任法》。

2012年3月14日，十一届人大五次会议审议通过《全国人民代表大会关于修改<中华人民共和国刑事诉讼法>的决定（草案）》。

中国司法的概念和司法体系

一、司法的概念

（一）司法的含义

司法，是指国家司法机关依据法定职权和法定程序，具体应用法律处理案件的专门活动。

（二）司法的特征

1. 专属性
2. 程序性
3. 专业性
4. 权威性

二、司法体系

司法体系是指由国家宪法所规定的享有国家司法权依法处理案件的专门组织机构即司法主体所构成的体系。

（一）人民法院——“四级二审制”

（二）人民检察院

中華人民
共和国
最高人民法院

中国检察
ZHONG GUO JIAN CHA

司法与执法的区别

- 主体不同:
- 司法是由司法机关及其公职人员适用法律的活动;
- 执法是由国家行政机关及其公职人员来执行法律的活动。

- **内容不同：**
- 司法活动的对象是案件，主要内容是裁决涉及法律问题的纠纷和争议及对有关案件进行处理；
- 执法是以国家的名义对社会进行全面管理，执法的内容远比司法广泛。

- **程序性要求不同：**
- 司法活动有严格的程序性要求，违反程序将导致司法行为的无效和不合法；
- 执法活动也有程序规定，但由于本身的特点，特别是基于执法效能的要求，其程序性规定没有司法活动那样严格和细致。

- **主动性不同：**
- 司法活动具有被动性，案件的发生是引起司法活动的前提，司法机关（尤其是审判机关）不能主动去实施法律，只有在受理案件后才能进行应用法律的专门活动;
- 执法则具有较强的主动性，对社会进行行政管理的职责要求行政机关应积极主动地去实施法律，而并不基于相对人的意志引起和发动。

司法的原则

1、司法法治。“以事实为依据，以法律为准绳”。

2、司法平等。“公民在法律面前一律平等”

3、司法权独立行使

4、司法责任原则：是指司法机关和司法人员在行使司法权过程中侵犯了公民、法人和其他社会组织的合法权益，造成严重后果应承担责任的一种制度

5、司法公正。其基本内涵是在司法活动的过程和结果中体现公平、平等、正当、正义的精神。它既包括实质公正，也包括形式公正，其中尤以程序公正为重点。

【案例】美国布什诉戈尔案

2000年美国总统大选，原本应该在11月7日选举日得出最终结果，但由于 民主党候选人戈尔与共和党候选人布什在佛罗里达州所获得的选票数过于接近，根据佛罗里达州的选举法，必须重新计算结果。由于戈尔与布什对于重新计票的方式产生争议，双方之间发生了与大选合法性相关的诉讼45起。总的来说，戈尔主张以人工方式计票，而布什则反对以人工方式计票。

- 2000年11月21日，佛罗里达州最高法院判决，该州可继续人工点票，并将其结果纳入总票数当中。布什对此不满，上诉到美国联邦最高法院，要求推翻佛罗里达州最高法院的判决。24日，联邦最高法院宣布受理此案，并于12月1日开庭审理后，9位大法官一致判决暂时搁置佛罗里达州最高法院作出的人工重新 计票结果有效的判决，并认为佛罗里达州最高法院的判决“缺乏充分根据”，决定退回“进行重新审理”。12月4日，佛罗里达州利昂县巡回上诉法院法官索尔斯作出判决，宣布戈尔在关于佛罗里达州计票结果的质疑诉讼中败诉，并拒绝他提出的对棕榈滩县等县有争议选票进行人工重新统计的要求。戈尔就此向佛罗里达州最高法院提起上诉。

12月8日，佛罗里达州最高法院的7名大法官以4：3的表决结果，推翻了利昂县巡回法院索尔斯法官的判决，决定立即开始对该州所有67个县中有争议的选票进行人工重新统计。布什方面立即向联邦最高法院再次提起上诉。12月9日上午，联邦最高法院以5：4的表决结果作出决定，同意布什提出的紧急要求，决定暂停佛罗里达州有争议选票的人工重新计票工作，并在11日上午11时开始再 次就布什的上诉举行一个半小时的听证会。在听证辩论中，布什的律师主要强调两点:其一，佛罗里达州最高法院下令对有争议选票进行人工计票，并由巡回法院来制定计票标准的决定，违反了宪法第2条总统选举人产生条款和1887年《选举人票计算条例》的“安全港”条款; 其二，缺少统一标准的人工重新计票违反了宪法第14条修正案的平等法律保护和正当程序条款。戈尔的律师则强调，佛罗里达州最高法院的决定是对佛罗里达选 举法的合理解释，它没有制定新的法律，只是补救选举中出现的问题，联邦最高法院应该尊重州法院的判决。

12月12日晚，美国联邦最高法院以同样的5：4一票之差，作出最后裁定:“推翻佛罗里达州最高法院命令继续人工计票的决定。” 多数方的意见认为，佛罗里达州最高法院的判决存在违宪问题，违反了平等法律保护条款，必须给予上诉一方补救。其主要理由如下:

（1）一旦州法律授予居民有权选举总统选举人，这一选举权就成为一项基本的宪法权利;

（2）如果州政府的行为损害了这一基本权利，联邦法院应对这些行为进行严格的司法审查;

（3）在本案中，佛罗里达州的 法律以及州法院均没有给出一个明确的标准，说明应当如何进行第二次重新（手工）计票，并且确保每一投票均能以一种平等的方式公平、准确地统计;

（4）因此，第二次重新计票，即手工计票，违反了宪法第14条修正案所要求的平等保护，以及为正当程序所要求的公正对待每一个投票者的条款。

12月13日晚，戈尔向布什承认失败，并在电视讲话中说，他已经又给布什打了祝贺电话，这回不会再次收回祝贺了。他还说:“现在最高法院已经说话。尽管我不同意法院的判决，但我接受它。”

美国《纽约时报》专栏作者弗里德曼这样评述：“只有通过这种方式，只有我们重申我们对法律制度的忠诚，甚至即使它对我们不利时，制度才能长存、改进并在失误中总结教训。”

法的运行——行政执法

一、执法的概念

（一）执法

国家行政机关和法律授权、委托组织及其公职人员在行使行政管理权过程中，依法定职权和程序，贯彻实施法律的活动。执法是法的实施和实现的最主要途径。

执法在广义上是执行法律的简称；在狭义上仅指与司法机关的司法相对应的行政机关(以及国家授权、委托的特定单位）的执行法律的活动。我们仅论述狭义上的执法。

二、执法的主体（类别）

- 1、行政执法。执法的主首先是国家行政机关。国家行政机关是国家最主要、最庞大的管理机构，大量的法律都是由国家行政机关执行的。
- 2、授权执法。行政授权是指行政机关在法律、法规明确规定可以授权的情况下，根据行政管理的实际需要，依照法定权限和程序，将行政职权部分或全部授予有关组织，后者据此以自己的名义行使该职权，并承受该职权行为效果的法律制度。

3、委托执法。行政委托是行政机关在其职权职责范围内依法将其行政职权或行政事项委托给有关行政机关、社会组织或者个人，受委托者以委托机关的名义实施管理行为和行使职权，并由委托机关承担法律责任。行政委托由于不发生职权职责、法律后果及行政主体资格的转移。

三、行政执法的特点

- ①执法具有主动性。
- ②执法具有单向性。
- ③执法具有行政强制性。
- ④执法具有较大的自由裁量性质。
- ⑤执法是行政机关的法律行为，在执法活动中必须坚持依法行政的法治原则。
- ⑥执法必须强调效率。

四、执法的原则

（1）合法性原则，是指执法活动要以法律为依据，符合法律的要求。

（2）合理性原则，是指执法主体在执法活动中，特别在行使自由裁量权进行行政管理时， 必须做到适当、合理、公正，即符合法律的基本精神和目的，具有客观、充分的事实根据 和法律依据，与社会生活常理相一致。

（3）效率原则，是指执法主体在依法执法的前提下，对社会实行组织和管理，要以尽可能 低的成本取得尽可能大的收益，取得最大的执法效益。

（4）正当程序原则，是指执法机关在实施执法行为过程中必须遵循法定的步骤、方式、形 式、顺序和时限，以保障执法的合法、合理和效率。

【案例】田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案

原告田永，系北京科技大学应用科学学院物理化学系94级学生，他认为自己符合大学毕业生的法定条件，被告北京科技大学拒绝给其颁发毕业证、学位证是违法的，遂向法院提起行政诉讼。原告诉称:我一直以在校生身份在被告北京科技大学参加学习和学校组织的一切活动，完成了学校制定的教学计划，并且学习成绩和毕业论文已经达到高等 学校毕业生水平。然而在临近毕业时，被告才通知我所在的系，以我不具备学籍为由，拒绝给我颁发毕业证、学位证和办理毕业派遣手续。被告的这种做法违背了法律规定。请求判令被告:（1）为我颁发毕业证、学位证;（2）及时有效地为我办理毕业派遣手续;（3）赔偿我经济损失3 000元;（4）在校报上公开向我赔 礼道歉，为我恢复名誉;（5）承担本案诉讼费。被告辩称:原告田永违反本校《关于严格考试管理的紧急通知》（以下简称068号通知）中的规定，在补考过程中夹带写有电磁学公式的纸条被监考教师发现，本校决定对田永按退学处理，通知校内有关部门给田永办理退学手续。给田永本人的通知，也已经通过校内信箱送达到田永所在的学院。至此，田永的学籍已被取消。由于田永不配合办理有关手续，校内的一些部门工作不到位，再加上部分教职工不了解情况等原因，造成田永在退学后仍能继续留在学校学习的事实。

一审法院根据经审理查明的事实认为:原告田永经考试合格，由被告北京科技大学录取后，即享有该校的学籍，取得了在该校学习的资格，同时也应当接受该校的管理。教育者在对受教育者实施管理中，虽然有相应的教育自主权，但不得违背国家法律、法规和规章的规定。田永在补考时虽然携带写有与考试有关内容的纸条，但是没有证据证明其偷看过纸条，其行为尚未达到考试作弊的程度应属于违反考场纪律。北京科技大学可以根据本校的规定对田永违反考场纪律的行为进行处理，但是这种处理应当符合法律、法规、规章规定的精神，至少不得重于法律、法规、规章的规定。国家教育委员会1990年1月20日发布的《普通高等学校学生管理规定》第12条规定:“凡擅自缺考或考试作弊者，该课程成绩以零分计，不准正常补考，如确实有悔改表现的，经教务部门批准，在毕业前可给一次补考机会。考试作弊的，应予以纪律处分。”第29条规定的应予退学的10种情形中，不包括不遵守考场纪律或者考试作弊者。北京科技大学的068号通知，不仅扩大了认定“考试作弊”的范围，而且对“考试作弊”的处理方法明显重于《普通高等学校学生管理规定》第12条的规定，也与第29条规定的退学条件相抵触，应属无效。

另外，按退学处理，涉及被处理者的受教育权利，从充分保障当事人权益的原则出发，作出处理决定的单位应当将该处理决定直接向被处理者本人宣布、送达，允许被处理者本人提出申辩意见。北京科技大学没有照此原则办 理，忽视当事人的申辩权利，这样的行政管理行为不具有合法性。北京科技大学实际上从未给田永办理过注销学籍，迁移户籍、档案等手续。特别是田永丢失学生证以后，该校又在1996年9月为其补办了学生证并注册，这一事实应视为该校自动撤销了原对田永作出的按退学处理的决定。此后发生的田永在该校修满4年学业，还参加了该校安排的考核、实习、毕业设计，其论文答辩也获得通过等事实，均证明按退学处理的决定在法律上从未发生过应有的效力，田永仍具有北京科技大学的学籍。

北京科技大学辩称，田永能够继续在校学习，是校内某些部门及部分教师的行为，不能代表本校意志。鉴于这些部门及部分教师的行为，都是北京科技大学的职务行为，北京科技大学应当对该职务行为产生的后果承担法律责任。

法院于1999年2月14日判决:

（1）被告北京科技大学在本判决生效之日起 30日内向原告田永颁发大学本科毕业证书;

（2）被告北京科技大学在本判决生效之日起60日内召集本校的学位评定委员会对原告田永的学士学位资格进行审核;

（3）被告北京科技大学于本判决生效之日起30日内履行向当地教育行政部门上报原告田永毕业派遣的有关手续的职责;

（4）驳回原告田永的其他诉讼请求。

一审宣判后，北京科技大学提起上诉。二审法院经审理认为:学校依照国家的授权，有权制定校规、校纪，并有权对在校学生进行教学管理和违纪处理，但是制定的校规、校纪和据此进行的教学管理和违纪处理，必须符合法律、法规和规章的规定，必须保护当事人的合法权益。北京科技大学对田永按退学处理，有违法律、法规和规章的规定，是无效的。原判认定事实清楚、证据充分，适用法律正确，审判程序合法，据此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第61条第1项的规定，于1999年4月26日判决:驳回上诉，维持原判。

法律监督

一、法律监督的概念

广义的法律监督指一切国家机关、社会团体和组织、公民对各种法律活动的合法性所进行的检查、监察、督促和指导以及由此而形成的法律制度。

狭义的法律监督专指有关国家机关依照法定权限和程序，对法的创制和实施的合法性所进行的检查、监察、督促以及由此而形成的法律制度。

二、权力机关的法律监督

权力机关的法律监督，是指各级人民代表大会及其常务委员会根据各自的职权范围对 法的制定和实施活动合法性的监督。有权威性、间接性等特点。

【案例】浙江省三级人大对一起行政案件的监督

1995年8月，丽水市某县某房地产公司未办理任何土地审批手续，擅自私征粮田十多亩搞房地产开发。县人大常委会根据群众反映，组织调查组进行调查，发现该公司有伪造验资证明书，违法征地、未批先建、违法预售商品房等非法活动。县人大常委会主任会议在听取调查汇报后，将调查情况交县政府研究办理。县政府非常重视，县工商行政管理局根据《中华人民共和国公司法》第206条，作出“责令改正，罚款11万元”的处罚。县人大常委会研究认为“责令改正”不够具体，按照《浙江省房地产开发管理条 例》的规定，应该限期改正，因此，又向县政府和县工商行政管理局提出了意见。1996年1月17日，县工商行政管理局向该公司发出限期改正函，明确要求在收函30日内，按公司法要求，提供验资证明和资质证明，否则将按规定予以注销。1996年3月8日，因该公司注册资本与建设部《房地产开发企业资质管理规 定》所规定的四级资质企业注册资本最低限额200万元相距甚远，责令改正又未能改正，县工商行政管理局注销了其注册登记，吊销了其营业执照。

该公司不服，向县法院提起诉讼。法院于1996年7月5日作出一审判决:维 持县工商行政管理局的注销公告。该公司不服，提起上诉。

二审期间，丽水地区会计师事务所受该公司委托，对该公司进行验资，由于该公司未如实提供资产评估依据，导致该会计师事务所出具了确认投入资本214万余元的错误认证报告。二审法院经审理认为:县工商行政管理局在未发现该公司有新的违法行为的情况下，又以同一事实和理由，适用相同法律条款，作出第二次处罚，违背了“一事不再罚”原则。故于1996年9月25日作出撤销一审判决和县工商行政管理局的企业注销公告的终审判决。终审判决作出后，县工商行政管理局向县人大常委会申诉，要求县人大常委会予以监督。

县人大常委会针对二审判决再次召开主任会议进行研究，并再次组织调查。调查认为，丽水地区会计师事务所的认证报告与事实不符。据此，根据《浙江省地方各级人民代表大会常务委员会监督司法工作的规定》，于1997年1月20日向丽水地区人大法工委上报了《关于要求对丽水地区中级人民法院（1996）丽中行终 字第×号行政判决书进行监督的报告》。同年5月5日，县人大常委会又将该公司 多次弄虚作假、编造公司注册资金的情况以书面形式向中级人民法院作了反映。然而，对于县工商行政管理局的申诉，浙江省高级人民法院却发出了（1997）浙行监字第×号通知书，认为县工商行政管理局根据《中华人民共和国公司法》第206条，在对该公司作出责令改正和罚款的处罚后，又作出注销处罚，属适用法律错误，原二审判决并无不当。

本案的申诉理由不足，原二审判决应予维持。面对省高级人民法院的通知，县人大常委会再次派人专程前往丽水地区中级人民法院了解情况和调阅案卷。1998年8月28日，县人大常委会再次向丽水地区人大法工委提交了关于再次要求对该公司不服县工商行政管理局行政处罚一案提起监督的报告，并于1998年9月9日向浙江省人大常委会（省高级人民法院）司法评议工作办公室提交了关于要求对省高级人民法院审理的该公司诉县工商行政管理局行政处罚一案进行监督的报告。

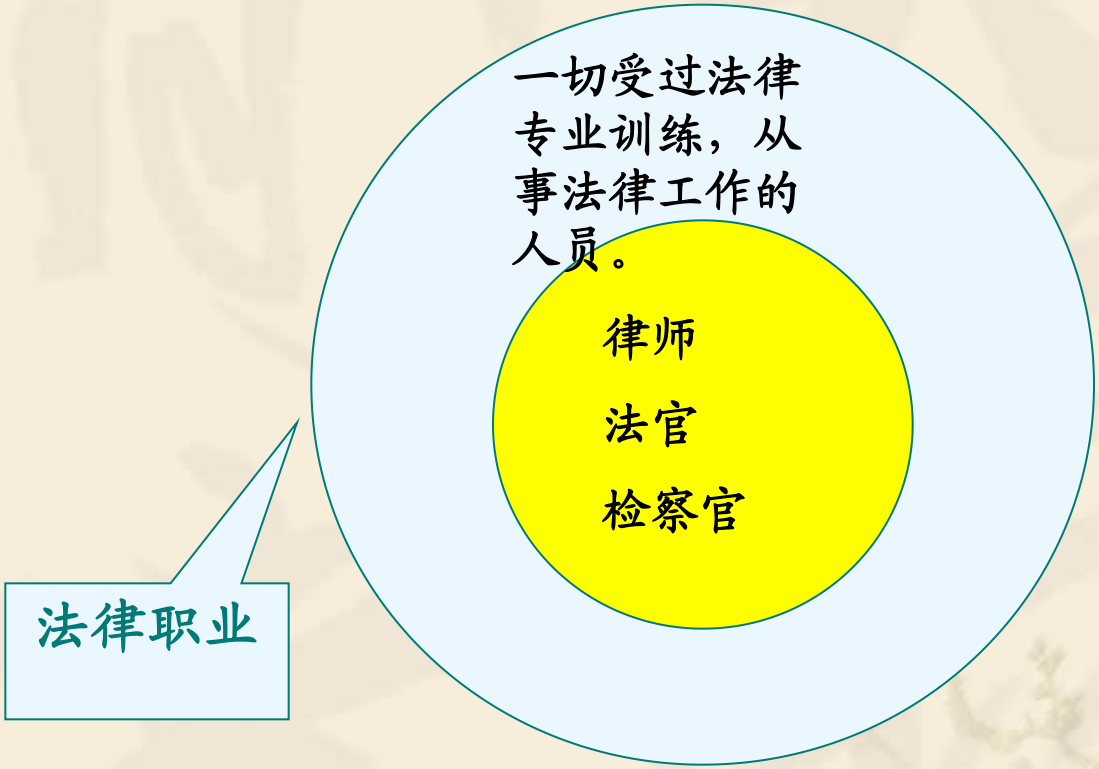
- 此案引起了省人大常委会的关注。在评议省高级人民法院司法工作期间，省人大常委会组织的案件督察组依法查询该案案卷，并进行了讨论、研究。大家认为，《浙江省房地产开发管理条例》第44条明文规定:“房地产企业在注册登记时虚假出资或注册后抽逃、转移资金的，由工商行政管理部门责令限期补足资金，并处以一万元以下罚款;逾期未补足资金的，吊销营业执照。”县工商行政管理局作出的吊销该公司营业执照的处罚决定适用法律正确，并没有违背“一事不再罚”原则。省人大常委会主任会议听取案件督察组的汇报，并作了研究，决定作为司法评议中重点督察的案件交省高级人民法院整改。省高级人民法院经复查认为:“本案原二审判决和我院的通知书在事实认定上存在错误。经再审审理，判决撤销丽水地区中级人民法院原二审判决和我院的（1997）浙行监字第×号通知书，维持县人民法院原一审判决。”

第十二章　　法律职业

第一节　法律职业概述

一、法律职业的概念与特征

法律职业是指以律师、检察官与法官为代表的，受过专门的法律专业训练，具有娴熟的法律技能与伦理的人士所构成的具有自治性的职业共同体。狭义上讲，法律职业包括律师、检察官和法官，甚至在有的话语背景下仅限于律师。从广义上说，法律职业，还可包括在立法机关、政府机关和企事业组织等从事法务工作的人员，也包括司法辅助人员。


一切受过法律专业训练，从事法律工作的人员。
律师
法官
检察官
法律职业

法律职业的特征：

第一，法律职业的技能以系统的法学理论或法律学问为基础，并不间断地培训、学习和进取。

第二，法律职业共同体内部传承着一种职业伦理，从而维系着这个团体的成员，维护着这个团体的社会地位和声誉。

第三，法律职业共同体成员专职从事法律　活动，具有 相当大的自主性或自治性。

第四，加入法律职业共同体必将受到认真考查，获得许可证，得到头衔。

二、法律职业的形成

众所周知，中国历史上一直没有形成职业法律家。我国传统上缺乏推动法律前进的法律家阶层。法官普遍地作为一种官员，在西方是建立在劳动分工基础上、“经过500年的逐渐发展”而出现的晚近的事。

法律职业共同体的形成过程就是法律职业素养统一的过程。

第二节 法律职业技能与伦理

一、法律职业的语言

法律职业的语言是一种特殊的语言，其中的术语由两部分组成，一是来自制定法规定的法定术语，一是来自法学理论的法律术语。

法律语言具有交流和转化两大功能。

二、法律职业的思维

法律人的职业思维是重要的职业技能之一，它不同于大众思维的自然理性，而是一种经过专门训练而得到的“人为理性”（artificial reason）。比如法律人重视程序、优先考虑程序的思维习惯，比如法律人对法律规则的严谨和守成的思维特点，比如法律人尊崇逻辑、克制情感的思维特点，这些都与大众思维有区别的。职业思维的特殊性之意义，是由职业使命决定的，我们的社会需要这种职业，就应当尊重这样的职业思维特点。

三、法律职业的知识

法律职业的知识是一种专业知识，它主要由两部分构成，一是制定法中的关于规则的知识，另一部分是法律学问中的关于原理的知识。

四、法律职业的技术

法律职业技术是一种专门化的技术，它包括法律解释技术、法律推理技术、法律程序技术、证据运用技术、法庭辩论技术、法律文书制作技术等等。

五、法律职业伦理

法律职业伦理是指法律人在其职业实践中必须遵守的一种道德律。法律职业伦理会因时代的不同而在内容上有所差异，但基本内容是相同的。由于法律人的职业逻辑不同于大众逻辑，所以法律职业伦理不同于大众伦理，更不同于其他职业伦理，它是由法律活动的特性决定的。

第三节　法律职业制度

一、法律教育制度

在西方 国家,法学教育可以分为两大类：一是大学的法学教育，主要偏重理论，如法国；二 是职业法律教育，主要侧重实践，如英国。由此形成了法律职业教育的两大传统或 流派。

第一，没有法律教育就没有法律职业。

第二，法律教育训练了法律职业特殊的职业素养。

第三, 法律职业一定程度上引导法律教育的方向。

第四，法律职业能够促进法律教育。

法律职业考试与培训制度

法律职业资格考试是职业资质的检验和认定，通过资格考试这一门槛者方能 取得法律职业的资格。从法官考试与培训来看,初任法官一般都必须经过国家考试,有的还要经过实习或者培训后才能任职。一些国家还规定不同审级的法官除 具备必要的任职条件或资格外,还须通过晋升考试，始得晋职。报考条件和考试程 序十分严格,采取公开竞争、机会均等、择优录用的原则。

法律职业任职制度

作为法官,许多国家还规定担任法官必须有过从事律师工作的经历，如美国规定担 任律师达6年，英国、新加坡、印度规定担任律师达6年。担任上级法院法官的条 件或资格主要是资历，比如，英国规定担任高等法院法官需有10年以上出庭律师 资格，而且年龄为50岁以上；日本规定高等裁判所的法官须担任过10年以上助理 法官、简易法院法官、检察官、律师、法院调查员等。这都对法官职业的专业化程度 起到重要作用。

四、法律职业待遇制度——终身制和高薪制。

世界大多数国家实行法官终身制，如英、法、德、 荷、意、比、加等国。日本最高法院院长的薪俸与内阁总理、两院议 长相等，大法官的工资额与内阁部长相等;英国大法官年俸与首相相同；美国联邦 最高法院首席法官的年薪是**115 000**美元，与副总统同级，地区法院法官为**90 000** 美元。

五、法律职业机构

中华人民共和国

法律职业资格证书

曾 * 经国家司法考试合格，授予法律职业资格。特颁此证。

中华人民共和国司法部 颁证日期：二〇〇八年二月十日

部长：吴爱英 证书编号：A200842060*****

2010年国家司法考试现场（北京中华女子学院考点）

第十三章　　法律方法
第一节　法律方法概说

一、法律方法的概念

- 法律方法是指法律职业者（或称法律人）认识、判断、处理和解决法律问题的专门方法，或者说，是指法律人寻求法律问题的正确答案的专门方法。
- 法律方法具有专业性、法律性、实践性特征。

二、法律方法的内容

（一）法律推理；

（二）法律发现；

（三）法律解释；

（四）法律论证。

第二节　法律解释

一、法律解释的概念

（一）法律解释的含义

法律解释是指对法律的内容和含义所做的说明。

(二)法律解释的特点：

第一，法律解释的对象，不限于狭义的“法律”，而是包括宪法、法律、法规在内的所有规范性法律文件；

第二，法律解释的主体这里特指享有法定法律解释权的人或组织。

第三，法律解释通常是在法的实施过程中进行的。

（三）法律解释的必要性

1.法律是概括的、抽象的，只有经过解释，才能成为具体行为的规范标准。

2.法律具有相对的稳定性，只有经过解释，才能适应不断变化的社会需求。

3.人的能力是有限的，只有经过不断解释，法律才能趋于完善。

（四）我国法律解释权限的划分

我国法律的正式解释大体上可以分为立法解释、行政解释和司法解释。

立法解释从狭义上说专指国家立法机关对法律所做的解释；从广义上说则泛指所有依法有权制定法律、法规的国家机关或其授权机关，对自己制定的法律、法规进行的解释。这里说的立法解释是广义的。

行政解释指国家行政机关在依法行使职权时，对有关法律、法规如何具体应用问题所做的解释。

司法解释是指国家最高司法机关在适用法律、法规的过程中，对如何具体应用法律、法规的问题所作的解释。司法解释包括审判解释，检察解释，审判、检察联合解释。

二、法律解释的原则

（一）合法性原则

（二）合理性原则

（三）法制统一原则

（四）历史与现实相统一的原则

三、法律解释的方法

（一）一般解释方法

一般解释方法包括语义解释、逻辑解释、系统解释、历史解释、目的解释和当然解释等。

（二）特殊解释方法

1. 按解释的尺度不同
   - 字面解释
   - 扩充解释
   - 限制解释

2. 按解释自由度不同
   - 狭义解释
   - 广义解释

- 思考1：“公园等公共场所禁止机动车入内”这样的规定，如果遇到公园里有心脏病突发的患者是否禁止120救护车入内，如果允许，使用的是哪种解释方法。

思考2：“禁止随地乱扔垃圾”，如果某人把垃圾扔到树上也同样要受到处罚，这种情况使用的是哪种解释方法。

第三节　　法律推理

一、法律推理的概念

含义：法律人将逻辑运用于处理案件过程的思维形式，是逻辑思维方法在法律领域中的运用，是法律方法一个重要的具体体现。

法律推理建立在法律条文与具体事实的既相关又不完全对应的关系的基础上。它要求法官在审判过程中能够比较理性地、逻辑地而不是机械地适用法律；要求法官具有一定的人文精神。

二、形式推理

形式推理又称分析推理，就是运用形式逻辑进行推理。它包括演绎推理、归纳推理和类比推理。

演绎推理是指从一般的法律规定到个别特殊行为的推理。这是最简单的推理形式。

归纳推理是指从特殊到一般的推理。

类比推理在法学上也被称为类推适用和比照适用，是指在法律没有明确的文字规定的情况下，比照相应的法律规定加以处理的推理形式。

（一）演绎推理

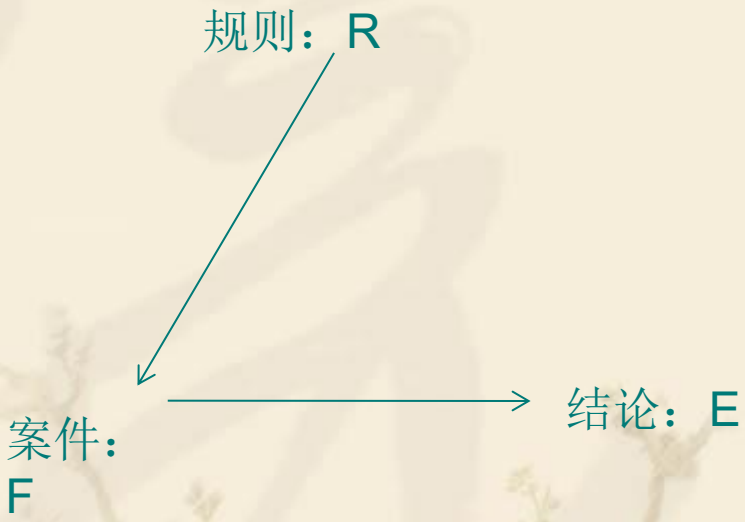
- 演绎法律推理具有与一般演绎推理不同的特点。美国法学家史蒂文．J．伯顿认为，法律演绎推理的关键步骤有三：（1）识别一个权威性的大前提。（2）明确表述一个真实的小前提。（3）判断重要程度。而其中的真正的问题可能在于“选定大小前提并在它们之间确立一种适当的关系。”

- １、演绎的过程
- 从一般到特殊
- ２、演绎的确定性

大前提为真

小前提为真

结论为真且唯一



（二）归纳推理

- 归纳推理与演绎推理的思维路径相反，是从特殊到一般的推理。
- 归纳推理的具体方法大致是：首先，汇集众多个别案件及经验事实；其次，对所汇集的对象进行比较、分类和概括；再次，发现或者确定归纳得以实现的案件和经验事实中那些共同的特征和属性，并形成具有普遍性的判断。由此可见，运用归纳推理最主要的目的是获取普遍性判断。具体运用到案例指导中，是要指出“这类案件应该这样判”。

实例：1960年，英国某农场的十万只火鸡和小鸭，由于吃了发霉花生，在几个月内得癌症而死了。后来用这样的花生喂养羊、猫、鸽子等动物，又发生了同样的结果．为什么动物吃了发霉花生会得癌症而死呢?1963年，某科学家对发霉花生进行化学分析，发现其中含有黄曲霉素，而黄曲霉素是强烈的致癌物质。因此，他得出结论，动物吃了含有黄曲霉素的发霉花生，就会得癌症。

- 这是一个用典型归纳法进行的推理，它列举了动物类的部分对象，火鸡、小鸭、羊、猫和鸽子吃了发霉的花生而得癌症，但没有简单概括出一般性的结论，而是进一步深入探求吃发霉花生与得癌症之间的因果联系，然后根据这种因果联系作出结论：凡动物吃了含有黄曲霉素的发霉花生都会得癌症。

（三）类比推理

- 是指在法律没有明确的 文字规定的情况下，比照相应的法律规定加以处理的推理形式。这种推理的前提是:该法律条文没有明确规定。
- 类比发生于待决案件或问题没有明确的大前提的情况下。
- 类比不是推论而是彼此比较
- 类比推理需要想象和猜测
- 其结论是或然的
- 类比要与归纳、演绎协同作用。

过程可以细化为五个步骤

- 1）某种事实模式A（即“源”案例）有某些特征X、Y和Z；
- 2）事实模式B（即“目标”案例）有特征X、Y和A，或者X、Y、Z和A；
- 3）A在法律中是以某种方式处理的；
- 4）在思考A、B其之间相互关系的过程中建立或发现了一些能够解释为什么那样处理A的原则；
- 5）因为B与A具有共同之处，B也应当得到同样的处理。

三、辩证推理

（一）概念

辨证推理，又称实质推理，是指在两个相互矛盾的、都有一定道理的陈述中选择其一的推理。所以，辩证推理是在缺乏使结论得以产生的确定无疑的法律与事实的情况下进行的推理。在前提明确的情况下，一般不适用辩证推理。正因为辨证推理依据的往往是实质的而非形式的理由，所以，又称实质推理。

（二）实质推理的特点

- 1、实质推理的作用主要是为了解决因实在法的局限性而引起的推理前提不确定这一法律疑难。
- 2、实质推理具体表现为法官面临两个或两个以上相互矛盾或互相竞争的命题时所进行的理性选择过程。
- 3、实质推理是法官基于实践理性，运用辩证逻辑认识疑难案件中规则与事实之间辩证关系的推出过程。
- 4、实质推理是结合了司法直觉、知识与形式逻辑的复杂推理过程。

（三）实质推理的作用与应用范围

- 1、当法律无明文规定时，弥补法律漏洞。
- 2、当被适用的法律规定含糊时，推演法律合理语义。
- 3、当被适用的法律规定相互抵触或者存在竞合时，确定或者选择其中合理规则。
- 4、当被适用的法律规定违背法律客观目的时，规避不合理的法律。

实质推理中的价值判断及其理性证立

- 法律渊源理论
- 法律解释理论
- 法律论证理论

司法过程的辨证推理一般产生于下述情况：

一是法律没有明文规定，但对如何处理存在两种对立的理由。

二是法律虽然有规定，但它的规定过于原则、模糊，以至可以根据同一规定提出两种对立的处理意见，需要法官从中加以判断和选择。

三是法律规定本身就是矛盾的。四是法律虽然有规定，但是，由于新的情况的出现，适用这一规定明显不合理，即出现合法与合理的冲突，如安乐死问题，等等。

第四节　法律论证

一、法律论证的概念

论证是指通过一定的理由来支持某种主张、陈述、判断的正确性。

法律论证则是指通过提出一定的根据和理由来证明某种立法意见、法律表述、法律陈述和法律决定的正确性和正当性。

二、法律论证的方法

（一）“正确”的标准

（二）达致“正确”的方式

（三）达致“正确”所需遵循的论证规则

第十四章　　法治与法治国家
第一节　　法治与法治国家释义

一、法治的概念

1、“法治”是指一种治国方略或社会调控方式，即国家在诸多社会控制体系中选择法律作为主要的控制手段。

2、法治意指依法办事的原则。

3、法治是指良好的法律秩序。

二、法与国家

1、国家释义

在国际法意义上，“国家”指称由政府、人民和领土所组成并拥有主权的政治实体。

在国内法意义上，“国家”指称在法律上代表公共利益的具有法人资格的特殊权利主体。

一般来说，“国家”指政权和行使政权的机构体系，是来自社会又凌驾于社会之上的特殊公共权力。

2、法与国家的关系：

①法离不开国家

②国家不能无法而治

三、社会主义法治国家的基本特征

1、人民主权

2、法律至上

3、法制完备

5、依法行政

5、司法公正

6、权力约束

7、权利保护

8、人权保障

9、社会自治 第四节建设社会主义法治国家的历史任务

第二节 法治与人治

一、法治的基本内涵

法治：以民主为前提和目标，以严格依法办事为核心，以制约权力为关键的社会管理体制、社会活动方式和社会秩序状态。

二、法治与人治

法治 人治

领导人地位 、服从法律 凌驾于法律之上，有否定法律的特权

法律地位、作用 至高无上，作用巨大 地位低下，作用得不到有效发挥

权力VS法律 权力服从法律 权力不受法律约束
政治基础 民主制度 专制集权
价值观念
民主为前提和目标，具有自由、平等、
人权等价值观念
与专制相联，反自由、反平等、
反人权

法治的基本理念

一、法治与法制

（一）法制的概念

法制是法律制度的简称。法制是一国或一地区法律上层建筑的系统，法制不仅包括一国和一地区的静态的法律制度，还包括立法、守法、执法、司法和法律监督各个动态的环节 。

社会主义法制指由社会主义国家制定或认可的、体现工人阶级领导下的全体人民意志的法律和制度的总称，是社会主义立法、守法、执法、司法、法律监督各环节的统一，核心是依法办事。社会主义法制的基本要求是“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。

（二）法治的概念

- 社会主义法治，则指社会主义国家的依法治国的原则和方略，即与人治相对的治国的理论、原则、制度和方法。社会主义法制和法治的含义在强调法律要建立在社会主义民主的基础上、体现人民的意志、反映社会发展规律、依法办事等方面是相同或接近的。
- 1、“法治”是指一种治国方略或社会调控方式，即国家在诸多社会控制体系中选择法律作为主要的控制手段。
- 2、法治意指依法办事的原则。
- 3、法治是指良好的法律秩序。

可见两者的区别主要表现为：

1、法制指法律制度，是一国或一地区上层建筑的系统，是一种制度工具，可以存在于任何性质的国家中。;而法治是相对于人治而言的法的统治。

2、法制的产生与发展与国家直接相联系，而法治则直接与民主制国家相联系。

3、法制的基本要求是严格依法办事，强调的主要是一切国家机关和公职人必须严格执行和遵守法律;而法治除了依法办事之外，还要求“良法之治”。它反映了一种价值目标与人文关怀，追求公平正义，保障自由和民主权利的价值观、原则和精神。

4、法制与法治的主体不同。

联系：

法制是法治的基础和有机构成部分，法治的价。值追求促进法制建设和发展

1、在现代国家，如果不实行法治，法制也难以真正有效地实行，法制的价值因而也就难以真正实现。

2、健全法制是建设现代法治国家的制度基础。没有健全的法律制度，法治只能是空洞的主张。

(三)法制与法治的关系：

法制（ rule by law）法律制度的总称。它只是一种制度工具，可以存在于任何性质的国家中。

法治 （rule of law ）法律的统治。它反映了一种价值目标与人文关怀，追求公平正义，保障自由和民主权利的价值观、原则和精神。

第四节 现代中国的法治实践

一、中国特色社会主义法治道路形成和发展的基本特点

（一）反封建

（二）反极“左”

（三）反西化

二、中国特色社会主义法治的本质特征和基本标志

（一）党的领导、人民民主、依法治国的有机统一

（二）依法治国与依法执政的有机统一

（三）建设法治国家与建设法治社会的有机统一

（四）继承中华传统法律文化优秀基因与借鉴人类社会法治文明成果的有机统一

三、建设社会主义主义法治国家的主要任务

1. 完善中国特色社会主义法律体系
2. 提高党依法执政的水平
3. 加快建设法治政府
4. 完善司法体制机制
5. 加强对权力运行的制约与监督
6. 培植社会主义新型法律文化

【案例】湖北佘祥林冤案

1994年1月20日，湖北农民佘祥林的妻子张在玉失踪。1994年4月11日，附近一水塘发现一女尸被认定为张在玉。1998年6月15日，法院以故意杀人罪　判处佘祥林有期徒刑15年。佘祥林上诉之后二审法院维持了原判。2005年3月28日，张在玉的突然归来证明佘祥林当年被冤枉了。已在狱中度过了11个春秋的佘祥林被宣判无罪。之后，佘祥林拿到了近26万元的国家赔偿。

【公安人员刑讯逼供，司法机关错误判决；证人和为其奔走的亲人遭关押。此案就可看出法制和法治的区别：有法制不等于有法治，法治的核心在于保护公民的权利，在于治官而不是治民。此案足以说明我国法治历程之艰难】

第十五章　法的价值

法的价值是法理学中十分重要的问题，因为法理学关于法的本质、形式、要素、结构等问题的研究，关于法的制定和实施的研究，关于法与社会的研究，在某种意义上说，都是为了准确地揭示并有效地发挥法的作用，最大限度地实现法的价值。

第一节　法与人权，正义

一、正义释义

正义有着一张普洛透斯似的脸，变幻无常、随时可呈不同形状并具有不同的面貌。

——E·博登海默

希腊海神普洛透斯

（一）正义的概念

比较有影响的正义定义或定义式阐述:

第一，正义意味着各得其所。

第二，正义意味着一种对等的回报。

第三，正义指一种形式上的平等。

第四，正义指某种“自然的”，从而也是理想的关系。

第五，正义指法治或合法性。

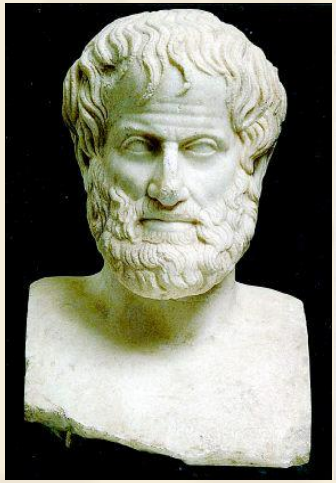
第六，正义指一种公正的体制。

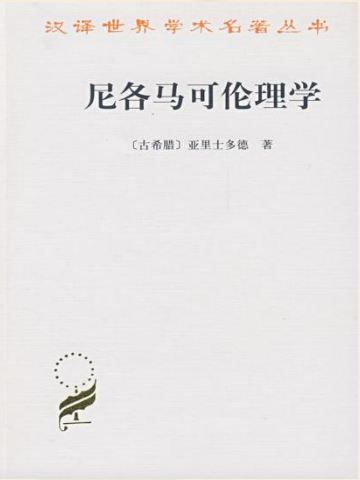
（二）正义的种类

从主体的角度：
- 个人正义
- 社会正义

从正义发生和实现的领域：
- 道德正义
- 经济正义
- 政治正义
- 法律正义

从正义与主体利益的关系：
- 实体正义
- 程序正义





亚里士多德与个人正义

罗尔斯，J.B.

罗尔斯与社会正义

二、法对正义的实现作用

（一）法促进和保障分配正义

包青天之三
铡美案

经济适用房
解决穷人住房难,我杜甫都想了上千年了,今天终于要实现了,了不起啊!

静!
前方高考

（二）法促进和保障诉讼正义

米兰达规则

许霆案

（三）法促进和保障社会正义

（四）法促进和保障国际正义

纽伦堡审判

东京审判

第二节　法与自由

一、自由释义

（一）自由的含义

在哲学上，自由是对必然的认识和支配。

对客观规律的认识

科学研究

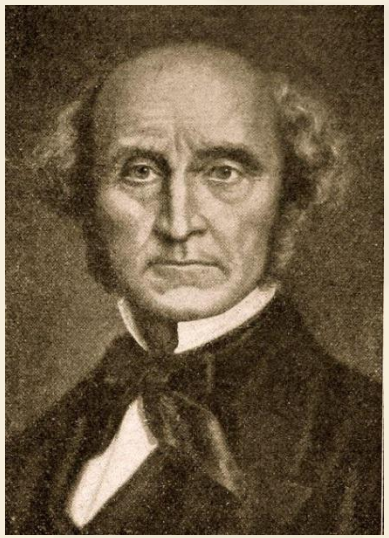
神州七号

对必然性的支配

在政治学与社会学上，自由就是免于他人的压迫或控制，每个人都能够自主安排自己的行为。

自由意味着保护于不受政治统治者的专横。

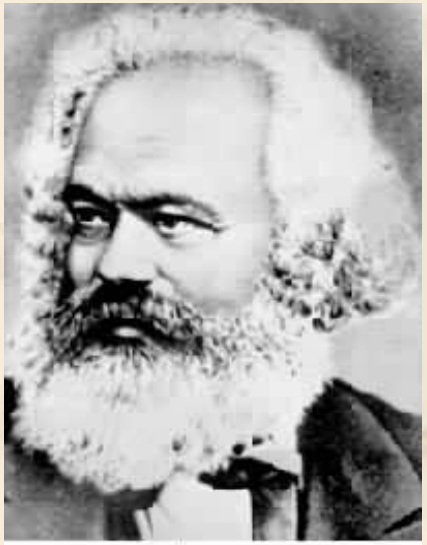
——约翰·密尔（1806-1873）



法学（或法律）上，自由是法律上的权利，其边界就是不能从事法律所禁止的行为。

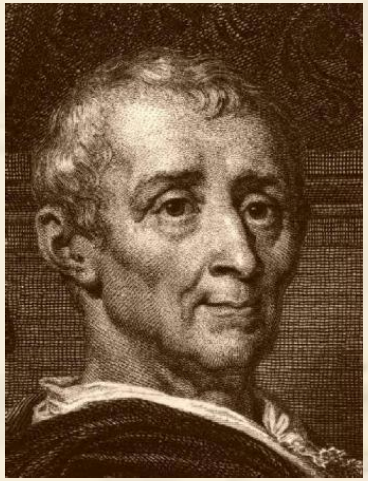
法典就是人们自由的圣经。

——卡尔·马克思



马克思，K.

- 自由是做法律所许可的一切事情的权利；如果一个公民能够做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他的人也同样会有这个权利。
- ——孟德斯鸠（1689-1755）



（二）自由对于人的价值

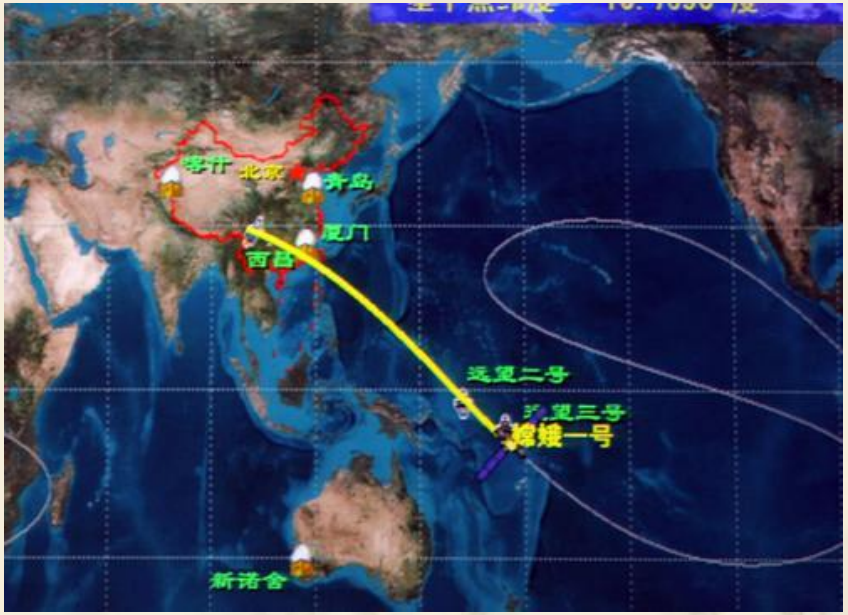
第一，自由是人的属性，是人的主体性的表现。

蜜蜂与蜂巢

人类与水立方

第二，自由是人的自我意识的现实化。

古老传说



科技现实

第三，自由是人类发展的助动力。

自由引导人们

纪念为争取民族独立和人民自由幸福而牺牲的人民英雄

二、法对自由的确认和保障

1. 自由需要法律的确认和保障

第一，自由需要法律排除人们之间的相互强制与侵害。

侵犯消费自由

侵犯通信自由

侵犯行动自由

第二，自由需要法律排除主体自身对自由的滥用。

应当按规定使用安全带

《道路交通安全法》第51条

第三，自由实现的条件需要法律确认和保障。

法律保障婚姻自由

法律保障盲人的行为自由

（二）法律确认和保障自由的一般方式

第一，以权利义务方式设定自由的范围以及实现方式。

药家鑫在法庭上

行为自由的限度

自由权

⑴人身自由：非合法（程序）不得拘禁或处罚他人，禁止以人身为标的买卖

⑵居住与迁徙自由：住宅自由和迁徙自由

⑶工作自由：特殊职业、特殊行业有准入机制

⑷意见自由：言论、著作、出版（预防制和追惩制）、教学、广播演出自由

⑸通信、秘密自由：

⑹信仰自由

⑺集会、游行示威、结社自由

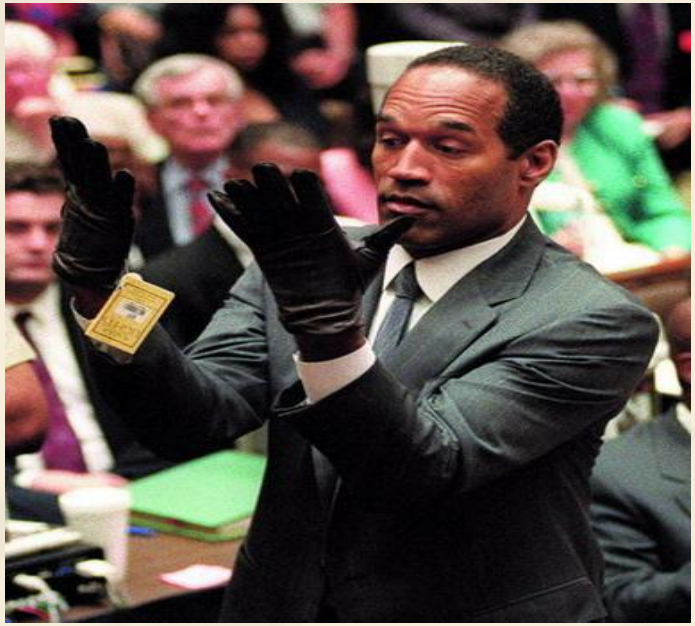
⑻人格尊严权：姓名、肖像、名誉、荣誉和隐私

第二，将责任与自由联结。

2009年“艾滋女事件”

表达自由VS名誉权

第三，设置国家权力及正当程序以提供救济。



辛普森案的庭审照片

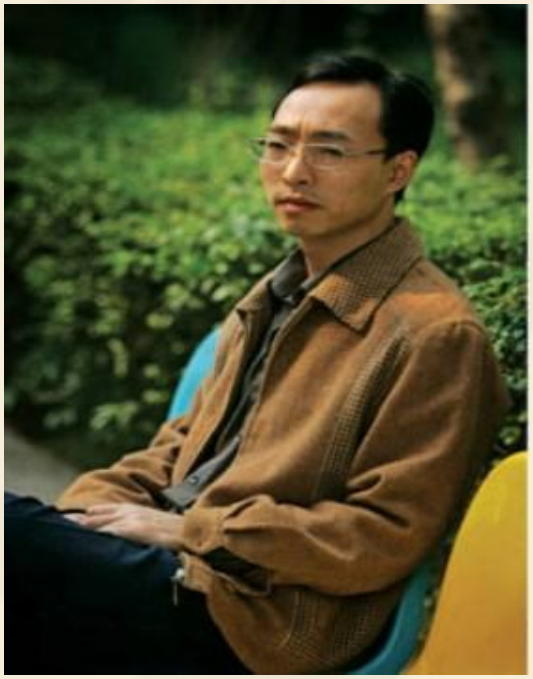
人身自由的司法救济

（三）法律确认和保障自由的原则

第一，每个人自由并存原则。

宗教信仰自由

第二，消极自由之保障（非干预）原则。



秦中飞

表达自由与“彭水诗案”

秦中飞沁园春注析

马儿①跑远，伟哥②溜阴，华仔③脓包。看今日彭水，满眼瘴气，官民冲突，不可开交。城建打人，公安尊尸④。竟向百姓放空炮。更哪堪，痛移民难移，徒增苦恼。官场月黑风高，执人权财权有绝招。叹白云中学⑤，空中楼阁，生源痛失，老师外跑。虎口宾馆⑥，尽落虎口，留得沙坨彩虹桥⑦。俱往矣，当痛思痛，不要暴掐！

注解：①马儿：暗指彭水县前任书记马平。②伟哥：暗指彭水县现任县长周伟。③华仔：暗指彭水县现任书记谢庆华。④公安尊尸：2003年，一县领导的关系户搞了一个殡仪馆，收费昂贵且强制周边居民之丧仪必由其承办。有一居民“擅自”安葬了其亲属，某领导竟令公安出动，开棺起尸，强制送到那个殡仪馆。这便是一度令民怨沸腾的“公安尊尸”。⑤白云中学：选址于彭水县城郊名“白云村”的地方，筹建于2004年，地基未成，至今仍无下文。⑥虎口宾馆：选址于彭水县城郊名“老虎口”的地方，筹建于2004年，地基草成，至今无下文。⑦沙坨彩虹桥：选址于彭水县城名“沙坨”的地方，2002年，城管将两岸居民强制撤迁，2003年动工，修了几个桥墩，便至今无下文

第三，公益干预原则。

环境保护立法

非典隔离区

第四，积极自由之保障（有限干预）原则。

《未成年人保护法》第36条

实施义务教育

谢谢欣赏