

1、三大流派与方法论

自然法学派：主张法是人的理性，强调自然法普遍永恒，且高于人定法，人定法符合自然法时才是真正的法律，崇尚自由平等和天赋人权，主张社会契约论。

（洛克、孟德斯鸠、卢梭、富勒、罗尔斯、德沃金）

分析法学派：以实证主义哲学为基础，反对形而上学的思辨方式和寻求终极原理，反对超越现行法律制度的做法，主张恶法亦法，不能从政治上和道德上对法进行评价，执法者只是法律推理的机器，不当有任何的自由裁决权。将价值排除在法理学范围之外，并把法理学的任务限定在分析和剖析实在法律制度的范围内。

（奥斯丁、边沁、凯尔森、哈特）独立法学的出现

社会法学派：将社会学的分析框架和理论工具引进到法学领域，强调法律的社会作用和效果对法律的来源、性质和作用进行论述。法在本质上是社会立法中的秩序或人类联合的内在秩序。着重宣扬法的社会性，反对分析法学派仅对法律进行形式逻辑上的研究。

2、法学研究方法

原则：1、实事求是的思想观点

2、社会存在决定社会意识

3、社会现象的普遍联系和相互作用

4、社会历史的发展观点

内容：1、阶级分析方法：把阶级斗争理论运用于社会现象研究

2、价值分析方法：通过认知和评价社会现象的价值属性，确证或批判一定社会价值或理想

3、实证研究方法：社会调查、比较研究、历史研究、逻辑分析、语义分析

3、当代中国的法学体系

不足：1、现实法学体系不能适应建设中国特色社会主义法治体系的需要

2、现实法学体系缺乏对国内法治和国际法治的一体化思考

3、现实法学体系缺乏对国家治理现代化的深入研究，不能有效地为国家治理体系、治理机制和治理能力现代化提供智力支持和理论支持

How：1、加强基础学科建设

2、促进传统学科转型升级

3、大力发展新兴产业

4、支持扶持交叉学科

4、当代中国的法学教育

1、以本科教育为起点和基础，实行多元化研究生教育

2、法学基本教育和拓展教育、特色教育有机结合

3、法学本科教育以素质教育为基础，实行德法兼修、素质教育与专业教育并重

4、普通高校的法学教育专业与专门学校的职业培训有机结合

5、法学教育和法律职业资格考试有效衔接、良性互动

5、法理学释义

1、法理学是法学的一般理论：法理学从宏观整体的角度来研究法律现象，针对于一般性、普遍性问题，而不是法律现象某一领域或某一方面的具体问题。

2、法理学是法学的基础理论：法理学提供的是抽象的、基础的理论。

3、法理学是法学的方法论：法理学是法学世界观和方法论的统一，法理学对法学研究具有方法论价值，法学方法论又是法理学的重要研究内容。

4、法理学是法学的意识形态：法理学就是法学和法律领域的意识形态，法理学深受一定意识形态的影响，其本身也是意识形态的重要组成部分。

6、法理释义

1、法之道理，即法这一客观事物的内在机理和规律，是所有法源的基础

2、法之原理，即关于法的学说与学理

3、法之条理，即法的规矩性

4、法之公理，即与正义、良善、信念、公德、共同价值等关联的公理

5、法之原则，即法理的基本载体

6、法之美德，即法的正义性

7、法之价值

8、法之理据，即对法律或者法治的合理性、正当性等的解释或论证

9、法之条件，即法律之所以成为法、有资格被认为是法的一系列形式合理性

10、法之理论，即法理学

7、学习法理学的意义与方法

意义：1、树立马克思主义价值观的需要

2、进行社会主义法治理念教育的需要

3、培养法律思维方式、法律理论素质以及实际工作能力的需要

方法：1、善于从生活中的具体事例或案例出发进行法理学思考，提炼或检验法理学理论

2、联系其他学科的知识来理解和掌握法理学理论

3、了解法理学的发展史，从法理学的发展史来理解和掌握理论

4、了解现代西方法理学，通过练习和比较中西方法理学来学习法理学

5、了解当代中国法理学的研究现状，积极参与法理学的讨论。

6、注意将理论法学与部门法学的学习相结合

8、法的本质（定义）与基本特征

1、法的本质：法是“被封为法律”的统治阶级的意志，由特定社会的物质生活条件决定。

2、法的定义：法是由国家制定获认可并由国家强制力保证实施的，反映由特定社会物质生活条件所决定的统治阶级意志或人民意志，以权利和义务为内容，以确认、保护和发展对统治阶级或人民有利的社会关系、社会秩序和社会发展目标为目的的行为规范体系。

3、法的基本特征：1、法是调整社会关系的行为规范，通过规范人们的行为而达到调整社会关系的目的（社会规范性）

2、法是由国家制定或认可的行为规范（统一性、普遍适用性、权威性）统一性表现在各个法律规范之间在根本原则上的一致且一个国家果砸伤只能有一个总的法律体育，法律体系内部个规范之间不能互相矛盾。普遍适用性表现在法作为一个整体

在本国主权范围内具有普遍的约束力。权威性表现在法的不可违抗性，（习惯法是根据调整社会关系的需要，由国家立法机关或司法机关赋予社会上既存的某些习惯、教义、礼仪等以法律的效力而形成的法律规范）

3、法的规定权利和义务的社会规范（权利义务一致性）

4、法是由国家强制力保证实施的社会规范

9、法的作用与局限性

1、法的作用基本原理：1、法的作用是统治阶级或人民的意志影响社会生活的体现

2、法的作用是权力运行过程的体现

3、法的作用是生产方式自身力量的体现

2、法的作用：1、一般作用与具体作用

2、整体作用和局部作用

3、预期作用和实际作用

4、直接作用和间接作用

5、积极作用和消极作用

6、规范作用（告知、指引、评价、预测、教育、强制）和社会作用

3、法的局限性：1、法只是许多社会调整方法中的一种

2、法的作用范围不是无限的，也并非在任何问题上都是适当的

3、法对不断变化的社会生活的涵盖性和适应性不可避免地存在局限

4、在实施法律所需的人力自愿、精神条件和物质条件不具备的情况下，法不可能充分发挥作用

10、法的定义学说

1、从法的本体：规则、命令、判决、行为

2、从法的本源：神意、理性、意志、权力、规律

3、从法的作用：正义工具、社会控制、事业

11、法的渊源理论

1、含义：1、历史渊源（形成法律的历史材料、产生某一法律规则或原则的行为和事件）

2、理论渊源（法律原则和法律制度的理论基础）

3、文献渊源（对法律规则作出权威性说明的文件）

4、文学渊源（法律的百科全书、教材、专著及法学参考资料）

5、本质渊源（法的本质的根源）

6、效力渊源（作为首创法律规范的文件、作为具有法的效力和意义的法的外部表现形式）

2、内涵：1:与法的效力直接联系

2:表现为一定的法律外部形式

3、类别：1：成文法：一国内部指定的规范性法律文件包含国际协定和国际条约

规范性法律文件：一定的国家机关按照法定权利范围，依据法定程定出来的、以权利义务为主要内容的、有约束力的、要求人们普遍遵守的行为规则的总称。

（规范性：明确权利义务，规定行动模式

强制性：以国家强制力为后盾

公开性：公之于众，可以做、应该做、禁止做

一般性：反复适用且针对调整范围内的所有人)

国际协定和国际条约：两国或多国缔结的双边或多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件

2:不成文法：习惯法、判例法、惯例

4、当代中国法的渊源

1:正式渊源：宪法、法律、行政法规、地方性法规、自制法规、经济特区的经济法规、特别行政区的法规、法律、国际协定与条约、法律解释

2:非正式渊源：习惯：同意行为方式多次重复实践而被多人认可

政策：国家或政党在一定时期内的活动准则

指导性案例、法律规范和正义观念、法理

12、法的分类

1、国内法和国际法（后者优先）

2、公法和私法

3、成文法和不成文法

4、实体法和程序法（规定法律关系主体权利和义务，以追求实体正义为主要内容的法律规范的总称为实体法，保障法律关系主体的权利义务的实现或保证职权和职责得以履行所需程序，以追求程序正义为主要内容的法律规范的总称为程序法）

5、根本法和普通法（宪法：居于核心地位并具有最高法律效力，规定国家根本制度和公民基本权利与义务，制定和修改程序均特殊严格）

6、一般法和特别法（特殊法为适用范围限于特殊主体、特定事项、特定时间、特定空间的法律）

13、法的效力：法律文件对人们行为的约束力

1、法的对象效力：1:属人主义 2:属地主义 3:保护主义（保护本国利益为目的）
4:以属地主义为主，结合属人主义和保护主义原则

2、法的时间效力：法的效力起始和终止的期限以及有无溯及力

1:生效：公布之日起生效、规定具体生效时间、规定具备某种条件后生效、以法律文本送达的时间为生效时间、待施行后生效

2:废止：明示终止、默示终止（发生事实法律冲突）

3:溯及力：从旧兼从轻

3、法的空间效力：领陆领水领空及底土、驻外领事馆、境外飞行器、停泊在境外的传播

4、效力冲突处理原则：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（法的效力位阶：一国的法律体系中，基于制定法律规范的国家机关的地位高低不同而形成的法律规范在效力商的等级差别）

14、法律体系：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形成的一个体系化的有机联系的整体。

1、特点：1、由一个国家的现行法律构成的整体

2、由法律部分分类组合而形成的呈体系化的有机整体

3、门类齐全、结构严密、内在协调

4、客观法则和主观属性的有机统一

2、法制体系：法制运转机制和运转环节的全系统（立法体系、执法体系、司法体系、守法体系、法治监督体系、法律体系）

3、法学体系：一个国家的有关法律的学科体系，具有意识形态和思想文化属性，属于社会科学范畴。与法律体系的区别与联系：

区别：1、思想范畴与规范体系（本质区别）

2、法学体系的内容和范围更大

3、法律体系具有属国性而法学体系具有跨国性

联系：1、法律体系是法学体系形成、建立的前提和基础

2、法律体系也是法学体系发展的重要动力

3、法学体系成为法律体系发生变化的原因（学术研究结果）

4、法系：不同的国家或地区在历史上所形成的具有相同法的结构和法的表现形式的一种法的类型（跨越历史与国度）

5、中国特色社会主义法律体系：

1、宪法及宪法相关法（国家机构方面、民族区域自治方面、特别行政区基本法、立法法、保障公民民主权利的法律、公民政治权利的法律）

2、民商法

3、行政法

4、经济法（宏观调控管理与维护市场秩序）

5、社会法（劳动关系、社会保障、社会福利）

6、环境资源法

7、军事法

8、刑法（规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总和）

9、诉讼和非诉讼程序法

（加入多边条约和协定，分别由全国人大或国务院决定，接受多边条约和协定，由国务院决定）

15、法律部门：根据一定的标准和原则，按照法律规范自身的不同性质、调整社会关系的不同领域和不同方法等所划分的同类法律规范的总称。（法律体系的基本构成）

1、特点：1、既是法学概念也是组成法律体系的客观实体

2、法律部门可再划分具体化且具有独立性

3、构成法律部门和子部门的基本内容是法律制度及其相应法律规范的综合

4、同一法律制度可能有由一个或几个法律部门中的具有相同或想尽调整属性的法律规范组成

2、法律部门的划分标准：所调整的社会关系及其调整方法

16、法的要素：构成法律的基本成分（基本质料，而法的渊源为外表形态）

1、与法律整体对比特征：1、个别性和局部性

2、多样性和差别性

3、整体性和不可分割性

2、法的要素质量优劣是衡量法律合理化、科学化程度的重要标志：

1、法的要素含义的明确性和确定性程度

2、法的要素间联系的紧密性及协调性程度

3、法的要素的专门化、技术化程度

3、法要素模式的理论

1、“命令”模式

2、“规则”模式（哈特）

3、规则-政策-原则 模式（德沃金）

4、律令-技术-理想 模式（庞德）（法律秩序、权威性资料、司法行政过程）

5、概念-规则-原则 模式（中国）

17、法律概念：有法律意义的概念，是认识法律与表达法律的认识之网上的纽带，即对各种有关法律的事物、状态、行为进行概括而形成的法律术语。

1、来源：日常生活中的概念+法律人的创设

2、功能：

1、表达功能

2、认识功能

3、提高法律合理化程度的功能

3、分类：

1、按涉及内容：涉人概念、涉事概念、涉物概念

2、按功能：描述性概念（租赁、婚姻等）、规范性概念（故意、过失等）

3、按确定性程度：确定性概念、不确定性概念（外延与内涵是否确定：盗窃与正当程序的区别，也是相对的，可以转换。前者不允许自由裁量而后者可以自由裁量）

4、按涵盖面大小：一般法律规范（适用整个法领域，例如权利义务）、部门法律规范（犯罪、刑罚、合同）

18、法律规则：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。

1、相比于法律原则的特点：

1、微观的指导性

2、可操作性较强

3、确定性程度较高

2、相比于个别性命令的特点：

1、可重复使用性

2、可普遍适用性

3、法律规则学说：

1、假定（适用前提）-处理（可以、应该、不得作为）-制裁（承担法律后果）

2、行为模式（可义务可授权）-法律后果

4、分类：

1、按所在法律部门不同：刑法规则、民法规则等

2、按内容不同：实体性规则、程序性规则

3、按法源不同：制定法规则、习惯法规则、衡平法规则等

4、按位阶不同：宪法性规则、法律性规则、规章性规则等

5、按内容不同：授权性规则（可以、有权利、有...自由）

义务性规则（要求人们作为或不作为，强制性+必要性+不利性，作为表现为应当、应该、必须，不作为表现为不得、禁止、严禁）

权义复合性规则（有权做出行为但这也本是不可推卸的义务，义务教育、懒政皆属）

6、按形式特征：规范性规则（内容明确、肯定且具体，可直接适用）

标准型规则（须经解释方可适用且可适当裁量的法律规

则，具有伸缩性)

7、按功能不同：调整性规则（对已有行为方式进行调整）、构成性规则（组织人们按规则规定的行为去活动）

8、按强制性程度：强行性规则、指导性规则

19、法律原则：法律的基础性真理或原理，为其他规则提供基础性或本源的综合性规则或原理，是法律行为、法律程序、法律决定的决定性规则。

1、作用：1、为法律规则和概念提供基础，指导法律制定和理解法律规则

2、可直接作为审判依据

3、作为疑难案件的断案依据纠正严格执行法造成的不公

2、法律原则和法律规则的区别

1、法律原则覆盖面更广，宏观指导性，为一群规则的基础

2、法律原则更为稳定

3、法律原则的适用确定性相对模糊，且确定相互冲突的原则的适用时必须进行衡量和平衡。

3、法律原则的特征：1、广泛性

2、解释规则且证立规则

3、非决断性，仅指向或有利于某种决定

4、分类：1、按产生基础：政策性原则、公理性原则

2、按覆盖面：基本原则、具体原则

3、按内容不同：实体性原则、程序性原则

5、适用特点：1、适用存在于法律运作的全过程

2、若发生碰撞则可将两个法律原则不同程度适用

3、若发生个案不公正则法律原则的适用排斥法律规则的适用

6、适用须知：1、禁止适用道德原则、政治原则等非法律原则

2、法律规则优先使用

3、须充分说明理由

20、权利与义务：法的核心内容

1、地位：1、是法律规范到法律关系再到法律责任的具有逻辑联系的各个环节的构成要素

2、贯穿于法律的一切部门

3、贯穿法律运行和操作的整个过程（立法、守法、执法、私法、法律监督）

4、全面地表现和实现法的价值

2、释义：1、法律权利是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

2、法律义务是设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的，主体以抑制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

3、释义表明：1、权利与义务是由法律规范明文规定或包含在法律规范逻辑中的，至少可以从法律精神或法律原则中推定出来

2、权利与义务是统治阶级或统治集团及其所代表的社会的价值观念和根本利益的体现

3、权利与义务都有明确的界限（以社会承受能力为限度的，并且两

者互为界限，在形式和履行时都有程度上的限定）

4、是工具而不是目的（实现政治经济统治和公共管理的手段）

5、相比于义务，权利具有能动性和可选择性（权利主体可自主决定其是否实际地享有、形式或实现某种权利）

4、分类：1、按存在形态：应有权利和义务（道德权利）、习惯权利和义务（法外权利）、法定权利和义务（包含合理的推定权利）、现实权利和义务（实有权利）

2、按体现的社会内容：基本权利和义务（宪法及其基本法）、普遍权利和义务

3、对人的效力范围：一般权利和义务（对世）、特殊权利和义务（对人）

4、按照权利之间、义务之间因果关系：第一性权利和义务（原有权利，直接由法律赋予的或由法律授权的主体依法通过其积极活动而创立的），第二性权利和义务（救济权利，在原有权利受到侵害时产生的权利，诉权所对应违约责任）

5、按实现方式：行动权利和消极义务（他有资格做对应别人的不作为）、接受权利和积极义务（他有资格接受对应别人的作为）

6、按权利主体的不同：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

5、两者关系：1、结构上的相关关系：互相关联、对立统一，一定条件下可以相互转化

2、数量上的等值关系：总量上相等，且在具体法律关系中权利和义务相互包含，权利的范围就是义务的界限，义务的范围就是权利的界限

3、功能上的互补关系：第一，权利直接体现法律的价值目标，义务保障价值目标和权利的实现。第二，权利提供不确定的指引，义务提供确定的指引。第三，义务以其某些强制积极行为发生，防范某些消极行为出现的特有的约束机制而更有助于建立秩序，权利以其特有的利益导向和激励机制而更有助于实现自由。

4、价值上的主次关系：第一，权利本位下所有权利主体的法律地位一律平等。第二，权利是目的，义务是手段。第三，在没有明确禁止的情形下可以推定主体有权利作为或不作为。第四，法律仅限于禁止个人损坏别人的权利，而不能禁止其行使自己的权利。

21、法律行为：行为人所实施的，能够发生法律效力、产生一定法律效果（或者作为法律事实能够引起法律关系产生、变更或消灭）的行为

1、特点：1、社会性：法律行为能够产生社会效果，法律行为是一种社会指向的行为。

2、法律性：法律行为是由法律规定和调整的行为且能够发生法律效力或产生法律效果。

3、意志性：法律行为受人的意志的支配和控制。

2、法律行为结构之一：内在方面--行为主体在实施行为时一切心理活动、精神状态及认知能力的总和

1、动机：直接推动行为人去行动以到达一定目的的内在动力或动因。

2、目的：行为人通过实施一定的行为达到或力求实现某种目标和结果的主观意图（并非一切法律行为成立或有效的必备要件，比如无印行为）

3、认知能力：对自身行为的法律意义和后果的认知能力（包含事实错误和法律错误，法律错误包括对行为程序认识错误、对权利和义务的内容认识错误、对法律的性质和类别认识错误、对行为的法律后果认识错误、对行为人的资格认识错误、对违法性认

识错误)

3、法律行为结构之二：外在方面

1、行为：通过身体、言语或意思而表现于外的举动（身体行为、语言行为，后者包含书面语言行为和言语行为）

2、手段：行为人为达到预设的目的而在实施行为过程中所采取的各种方式和方法（考察法律行为是否成立以及行为人应否承担责任、承担责任之大小的根据，另外还对与特定情景、特定主体身份、特定对象、一定的时空相关的行为方式予以规定）

3、结果：标准一：行为造成一定社会影响，标准二：由法律根据结果确定行为的法律性质和类别。

4、分类：1、根据行为主体的性质和特点：个人行为集体行为和国家行为、单方行为和多方行为、自主行为和代理行为

2、根据行为的法律性质：合法行为和违法行为、公法行为和私法行为、实体法行为和程序法行为

3、根据行为的表现行使和相互关系：积极行为和消极行为、授行为 and 从行为

22、法律关系：是法律规范作用于社会生活的过程和结果，是法律秩序的存在形态

1、特征（定义）：1、是以法律规范为基础而形成的社会关系

2、是法律主体之间的社会关系

3、是以权利和义务为内容的社会关系

2、分类：1、按地位：基本法律关系（宪法或基本法律确定或设立的政经关系）和普通法律关系

2、按发生方式：调整性法律关系和创设性法律关系

3、按法律主体在法律关系中的地位：纵向（隶属，不平等的地位且双方之间的权利义务具有强制性不得随意转让和放弃）法律关系和横向（平权）法律关系

4、按法律关系主体数量：双边法律关系和多边法律关系

5、按法律关系中的因果关系：第一性法律关系和第二性法律关系（原生和补救的区别）

3、法律关系的主体（法律主体）--在法律关系中享有权利和履行义务的人

1、自然人：具有生命的、个体意义的人

2、法人：具有权利能力和行为能力，依法独立享有权利和承担义务的组织（营利法人、非营利法人、特别法人）

3、国家：拥有一定的居民、领土、政权组织和主权的实体

4、国家机关

5、其他主体（人民、民族、非法人组织等）

4、法律关系主体的资格：权利能力+行为能力

1、权利能力：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、权利能力的分类：一般权利能力（普遍性）和特殊权利能力（特定性）

3、行为能力：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

4、行为能力的确定标准：能否认识自己行为的性质、意义和后果+能否控制自己的行为并对其负责

5、行为能力人的划分：完全行为能力人、限制行为能力人（8周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的成年人）、无行为能力人

6、法人与公民行为能力的区别：1、公民的行为能力有完全与否分别，而法人在成立宗旨与业务范围内具有完全行为能力

2、公民的行为能力和权利能力并非同时存在，而法人的行为能力和权利能力同时产生同时消灭。

5、法律关系的客体：主体的意志和行为所指向、影响、作用的客观对象

1、特征：1、客观性：独立于人的意识并能为人的意识所感知的事物（包含有性与无形）

2、有用性：能够满足人的物质需求或精神需求的事物

3、可控性：人类可以控制或利用之物（取决于科技发展水平）

4、法律性：法律明确规定且法律的变动引起客体变动

2、种类：1、物（一定物理形态存在的有形物）

2、人身、人格

3、智力成果（人通过智力劳动创造出来的精神产品）

4、行为（义务人按照法定或约定的义务而必须实施的行为，包含作为与不作为）

5、信息（有价值的情报或咨询，类似个人隐私、商业机密）

6、其他客体（国家权力、企业等）

6、法律关系的形成、变更与消灭

1、条件：法律规范+法律事实。法律事实是法律规范所规定的，能够引起法律关系产生、变更与消灭的客观情况或现象（客观存在的外在现象而且纯粹的心理现象，且其由法律直接规定具有法律意义）

2、法律事实的分类：

1、按是否以人们的意志为转移为标准：法律事件（社会事件与自然时间）和法律行为（登记结婚、违法犯罪等）

2、按法律事实的存在形式：肯定式法律行为（存在才引起法律后果）和否定式存在行为（不存在才引起法律后果）

3、同一法律事实可以引起多种法律关系的产生、变更或消灭，两个或两个以上的法律事实也可以引起同一个法律关系的产生、变更或消灭（事实构成）

23、法律责任：是由特定法律事实引起的对损害予以补偿、强制履行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

1、本质：1、三学说：道义责任论（忽视社会环境）、社会责任论（忽视行为人主观因素）、规范责任论（肯定符合规范的行为、否定违反规范的行为）

2、本质体现：1、法律责任是居于统治地位的阶级或社会集团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（其实质是国家对违反法定义务、超越法定权利界限或滥用权力的违法行为所做法律上的否定性评价和谴责，是国家强制违法者作出一定行为或禁止一定行为，从而补救受到侵害的合法权益）

2、构成：1、责任主体：因违反法律、约定或法律规定的事由而承担法律责任的人（自然人、法人、社会组织）

2、违法行为或违约行为（作为与不作为）

3、损害结果：违法行为或违约行为侵犯他人或社会的权利和利益所造成的损失和伤害（实际损害、损失所得利益与与其可得利益）

4、主观过错：行为人实施违法行为或违约行为时的主观心理状态（故意和过失，前者明知自己的行为发生损害他人、危害社会的结果而希望或放任这种结果的发生，后者应该预见自己的行为可能发生损害他人、危害社会的结果但因疏忽大意没有预见或已经预见但轻信可以避免意志发生）

3、种类：1、民事法律责任：公民或法人因侵权、违约或者基于法律规定的其他事由而依法承担的不利后果（补偿性的财产责任，还规定了按份责任制度和连带责任制度）

2、行政法律责任：因违反行政法或基于行政法规定的事由而应当承担的法定的不利后果（行政机关及其工作人员、授权或委托的社会组织及其工作人员在行政管理中因违法失职、滥用职权或行政不当而产生的行政法律责任，也包括公民、社会组织等行政相对人因违反行政法而产生的行政法律责任）

3、刑事法律责任：因违反刑事法律而应当承担的法定的不利后果。

4、违宪责任：因违反宪法而应当承担的不利后果（国家机关制定的某种法律、法规和规章或公民、社会组织、国家机关的行为违宪）

4、法律责任原则：1、过错责任原则：以行为人主观上的过错为承担法律责任的基本条件的认定责任准则（以行为人的过错为责任的构成要件，以过错程度作为确定责任形式、责任范围的依据且受害人举证）

2、过错推定责任原则：一旦行为人的行为致人损害就推定其主观上有过错，除非其能证明自己没有过错，否则则承担责任。

3、严格责任原则（无过错原则、绝对责任）：法律允许对某些缺乏犯意的行为追究刑事责任（民法：当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定的应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任，无论违约方主观上是否存在过错）（只有法定的抗辩事由可以作为免责事由，区别于过错推定责任原则）

5、法律责任的认定与归结：1、概念：对因违法行为、违约行为或基于法律规定而产生的法律责任，进行判断、认定、追究以及减缓和免除的活动，由具有归责追究权的国家机关依照法定程序进行。

2、原则：1、责任法定原则：实现用成文的法律形式明确规定法律责任，而且这种规定必须合理，体现为法定性、合理性和明确性，且不允许类推适用和不利的溯及过往（法无明文规定不为罪、不处罚）

2、因果联系原则：人的行为与损害结果之间的因果联系+人的意志、心理、思想等主观因素与外部行为的因果联系

3、责任与处罚相当原则：法律责任的性质与违法行为或违约行为的性质相适应+法律责任的种类和轻重与违法行为或违约行为的具体情节相适应+法律责任的轻重、种类与行为人的主观恶性相适应

4、责任自负原则：法律规范内的自负+基础社会利益保护的责任承担转移（监护人、担保人等）

6、法律责任的承担方式

1、惩罚：国家通过强制对责任主体的人身、财产和精神实施制裁的责任方式（民事制裁、行政制裁、刑事制裁、违宪制裁）

2、补偿：通过国家强制力或应当事人要求由责任主体以作为或不作为行使弥补或赔偿所造成琐事的责任方式，包括防止性补偿、回复性补偿和补救性补偿（民事赔偿+国家赔偿）

3、强制：国家通过强制力迫使不履行义务的责任主体履行义务的责任方式

7、法律责任的减轻与免除：以法律责任的存在为前提，区别与无责任或不负责任。并不意味着特定的违法行为是合理的，区别于证成。以下为免责的条件与方式：

1、时效免责：违法者在其违法行为发生一定期限后不再承担强制性法律责任

2、不诉免责：民事案件与轻微的刑事违法案件不告不理，但必须是处于被害人及其代理人的自由意志

3、自首、立功免责

4、补救免责（规则之前超前履行第二性义务）

5、协议免责或一定免责（不适用于犯罪行为 and 行政行为）

6、自助免责：对自助行为所引起的法律责任的减轻或免除（自主行为是权利人为保护自己的权利在情势紧迫而又不能及时请求国家机关予以救助的情况下，对他人的财产或自由采取扣押、拘束或其他相应措施而为法律或社会公共道德所认可的行为）

7、人道主义免责（义务人的实际履行能力受限）

24、法的起源

1、一般规律：1、根本原因是社会生产力的发展

2、演变与发展过程为从氏族习惯到习惯法再到成文法

3、受到宗教规范和道德规范的深刻影响

2、法与原始习惯的区别

1、产生方式不同

2、体现的意志不同

3、适用范围不同

4、调整内容不同

5、实施方式不同

6、历史使命不同

3、法的类型：原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会，社会基本矛盾的运动是法的历史类型更替的根本原因，社会革命是法的历史类型更替的基本条件。

4、奴隶社会法律制度的特征：

1、公开保护奴隶制生产方式

2、用宗教迷信和极度野蛮而随意的刑罚维护奴隶主阶级的政治统治

3、公开确认人与人之间的等级划分与不平等地位

4、明显带有原始公社行为规范的参与

5、中西方封建制度法的主要差别：

1、中封法以儒家思想作为立法的指导思想，具有伦理性；西封法一般以基督教神学为指导，具有宗教性

2、中封法一开始就以统一的成文法典形式出现，具有封闭性；西封法中法律极为分散，具有开放性

3、中封法以君权至上作为最高原则，维护君主专制和等级特权；西封法中在封建社会后期才确认了专制王权的绝对至上性

4、中封法具有公法文化的特征，西封法具有私法文化的特征

5、中封法中司法和行政不分且没有独立的法院系统，王权级立法、行政、司法于一身；西封法中设有专门的司法机关且司法独立，法官地位崇高

6、资本主义法律制度的原则

- 1、私有财产神圣不可侵犯（绝对的所有权）
- 2、契约自由原则
- 3、法律面前人人平等的原则（权利能力平等、基本法律地位平等、平等地对待同样的行为）

7、China 社会主义法律制度

- 1、本质：
 - 1、工人阶级及其领导下的广大人民意志的体现（阶级属性）
 - 2、经由民主立法程序形成并存在于各种法律渊源之中的国家意志（产生方式和存在方式）
 - 3、根本使命是解放生产力和发展生产力服务，为最终消灭剥削、消除两极分化和实现共同富裕服务（生产方式）
 - 4、引导和保障我国社会主义建设各项事业顺利发展的权威性行为准则（社会作用）
- 2、基本特征：
 - 1、阶级性和人民性的统一
 - 2、国家意志和客观规律的统一
 - 3、权利确认与权利保障的统一
 - 4、强制实施和自觉遵守的统一
 - 5、一国与两制的统一
 - 6、国情与公理的统一

25、法律演进：国家或社会的法律制度在整体上从落后状态向先进状态的发展进步过程与状态（法律继承、法律移植、法律改革）

- 1、理论模式：
 - 1、进化论与构建论（前者强调法律的进步以来社会自身的力量，后者更重视政府的主导作用）
 - 2、本土化论与国际化论（前者认为法律演进是在本国的历史条件下进行的且有其特殊的历史运动轨迹，后者强调法律演进必须借助国外健全的法制和丰富的法治经验还要最大限度地遵循国际惯例和世界通例）
 - 3、内源型与外发型（前者认为法律发展的基本动力来自国家和社会内部的需要并通过人民和政府的长期努力而实现，后者认识法律发展的基本动力是依靠外来压力的推动）

2、法律演进的基本规律

- 1、社会发展促进法律演进
- 2、法律规范、法律制度及法律适用程序与技术向明确与体系化发展，并重实体与程序，并重实体公正和程序公正。
- 3、价值观念变革和法律制度的转型体现为义务本位向权利本位的转型。
- 4、社会内部需求、进化和发展与外部环境因素的影响和推动共同促进转型。
- 5、独立法律体系从自我确证的封闭式发展到互有差异的多元法律体系彼此交流的开放式演进。
- 6、对历时性的由本国历史形成的法律传统的自觉与不自觉地继承、对共时性的其他国家和社会现存法律的借鉴或者移植，以及立足于本国现实需求的法律制度的创新或改革。

26、法律继承：不同历史类型的法律制度之间的延续、相继、继受，一般表现为旧法律制度对新法律制度的影响和新法律制度对旧法律制度的承接和继受。（扬弃，赋予旧元素以新的内容和社会功能）

- 1、原因：**
- 1、社会生活条件的历史延续性决定了法律继承的客观存在
 - 2、法律的相对独立性决定了法律演进过程中的延续性和继承性
 - 3、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
 - 4、法律演进的历史事实也验证了法律的继承性
- 2、内容：**
- 1、法律技术、概念
 - 2、反映商品经济、市场经济规律的法律原则和规范
 - 3、反映民主政治的法律原则和规范
 - 4、有关社会公共事务的组织与管理的法律规定（政治统治职能与公共事务职能）

27、法律移植：共时性的国家间相互引进和吸收法律（范围为外国法律和国家法律、惯例，可以是同质性法律文化之间制度的摄取和同化，也可以以异质性法律文化---社会主义与资本主义 之间的传播和学习，后者应当理解为批判性借鉴和选择性吸收）

- 1、必然性：**
- 1、社会发展和法律发展的不平衡性决定了移植的必然性
 - 2、市场经济的客观规律和根本特征决定了法律意志的必要性
 - 3、法律移植是对外开放的应有内容
 - 4、法律意志是法制现代化的必然要求

2、实践类别：

- 1、政经文处于接近发展阶段和发展水平的国家相互吸收对方的法律以至融合和趋同

- 2、落后国家或后发达国家直接采纳先进国家的法律
- 3、区域性法律统一运动和世界性法律统一运动（最高形式）

- 3、限制：**
- 1、注意国外法与本国法之间的同构性和兼容性
 - 2、用本国法去同化和整合国外法（本土化）
 - 3、要注意法律移植的超前性，把握世界法律发展的趋势

28、法治改革：国家或社会在其社会的本质属性与基本的社会制度构架保持相对稳定且其现行法律制度的基本性质也没有根本性变化的前提下，整体意义上的法律制度在法律的时代精神、法律的运作机制和框架、具体的法律制度等方面的自我创造、自我更新、自我完善和自我发展。注重制度创新，重心是法律体系的重构、法律精神的转移以及立法执法司法体制改革。

意义：

- 1、自我创新和原始创新才能解决当下的法律事务
- 2、一个国家或社会的法律制度创新要靠法治改革
- 3、法律的演进和发展由质变和量变两种基本模式，而法治改革属于量变中的突变与巨变，是某一历史类型的法律体系和法治体系的创新和重构
- 4、法治改革是法律继承和法律移植的前提
- 5、法治改革着眼于法律制度、法律体系和法治体系的更新和重构，属于法律的内在成长
- 6、法治改革是法律现代化转型的必备因素

29、法律现代化与全球化

1、全球化时代的法律发展趋势

- 1、法律网络的稠密化
- 2、法律话语的权力化
- 3、法律运行的智能化

2、法律现代化：1、法律与宗教、道德、习惯等其他社会规范明确区分并成为占主导地位的社会规范

- 2、法律以成文的形式被事先公布并被公众知悉
- 3、法律普遍适用于所有人
- 4、司法权独立行使并从其他国家权力中分离出来
- 5、由受过专门教育并取得执业资格的法律职业姐从制定和实施法律

3、法律国际化：1、国内法之间的相互联系（初级形式）

- 2、国际法的形式（高级形式）
- 3、国际法与国内法的互动

4、法律全球化：1、世界法律的一体化

- 2、全球性共同法的形成
- 3、全球性争端解决机制的出现

5、法律区域化

6、法律本土化：1、复兴传统法律文化

- 2、利用本土资源
- 3、外来法的本土化改造

30、法治与全球治理

1、推进全球治理体制变革的重要意义

- 1、国家格局的变化必然要求全球治理体制变革
- 2、中华民族伟大复兴迫切需要全球治理体制变革
- 3、有效应对全球性挑战迫切需要全球治理体制变革

2、全球治理体制变革的目标

- 1、推动国际关系民主化
- 2、推动国际关系法治化
- 3、推动国际关系合理化、公正化
- 4、引领经济全球化
- 5、构建人类命运共同体

3、法治与中国参与构建世界新秩序

- 1、坚决维护以《联合国宪章》为基石的世界秩序
- 2、积极参与国际立法，力争主导某些重要立法
- 3、积极参与国际执法
- 4、积极参加国际司法机构和司法活动
- 5、统筹国内法治和国际法治两个大局

31、立法：特定的国家机关依据法定职权并通过法定程序创制法律规范的行为

1、制定法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例

2、对这些规范性法律文件进行修改、废止

3、对年久不用的行政法规和规章进行清理

4、法律解释

1、特征：1、立法是由特定主体进行的活动

2、立法是依据一定职权进行的活动

- 1、就自己享有的特定级别或层次的立法权进行立法
- 2、就自己享有的特定种类的立法权进行立法

- 3、就自己有权采取的特定法的形式进行立法
- 4、就自己所行使的立法权的完整性、独立性进行立法
- 5、就自己能调整和应调整的事项进行立法

3、立法是依据一定程序进行的活动

4、立法是运用一定技术进行的活动

5、立法是制定、认可和变动法的活动（制定法是立法主体进行的直接立法活动，认可法是立法主体进行的旨在赋予某些习惯、判例、法理以法的效力的活动，修改、解释和废止法是指立法主体变更或解释现行法的活动，宣布规范性法律文件废止、失效，对年久不用的行政法规、地方性法规和规章进行清理）

2、立法体制：立法权配置、立法权运行和立法权载体等方面的制度和体系构成的有机整体，核心为有关立法权限的制度和体系。我国为一元多级的立法体制

1、加强党对立法工作的领导

2、优化立法职权配置

3、加强和改进政府立法制度建设，完善行政规章、规章制定程序，完善公众参与政府立法机制，并防止部门利益法律化

4、明确立法权力边界，从体制机制和工作程序上有效防止部门利益和地方保护主义法律化

5、赋予设区的市地方立法权并明确地方立法权限和范围，禁止地方制发带有立法性质的文件，禁止利用法规实行地方保护主义

3、立法原则：立法中的法理，是立法主体据以进行立法活动的重要准绳。立法原则是规范化和具体化的立法指导思想

4、依法立法：1、基本内涵：1、一切立法权的存在和行使都应有法的根据

2、规范立法制度和立法活动的法，充分反映人民意愿

3、一切脱离法律轨道进行的立法活动和行为，都要依法受到法律的追究，相应主体要承担应有责任

2、要求：1、依宪立法

2、依据法律体系立法

3、依权限、守程序立法

5、科学立法：尊重立法规律、克服立法中的主观随意性和盲目性，避免或减少错误和失误，提高立法效益，实现立法方法、策略、技术的科学化和合理化。

1、基本内涵与要求：1、从我国实际出发，正确处理立法与改革的关系，加强重点领域立法，坚持改革于法有据

2、科学合理地规定权利与义务、职权与职责

6、民主立法：是践行民主政治、实现人民当家作主的本质要求，是提升立法质量的重要途径，也是进行法律教育、推动自觉守法、树立法律权威的重要方式。

1、基本内涵与要求：1、坚持人民通过人民代表大会制度民主立法

2、充分发挥人大代表的主体性作用

3、完善社会公众民主参与立法，健全立法公开机制和社会公众参与立法制度

7、比较立法：在立法过程中，通过横向认识不同社会制度或法系、法律体系中相关法律制度，对比和参照不同法律制度的异同，以期理解和借鉴其他国家和地区立法经验和法律制度，推动自身立法工作和法治建设的立法方法和原则。

1、前提和基础：1、人类法制文明的多元性为比较立法提供了前提

2、人类法制文明的共存性为比较立法提供了前提

- 3、人类法制文明的共通性为比较立法提供了前提
- 2、重大意义：
 - 1、认识他者认识自身，知己知彼
 - 2、比较借鉴，取长补短，文明互鉴
 - 3、求同存异，获得共识，和谐会通

32、法的实施：宪法法律规范的要求通过执法、司法、守法、法律监督等各种形式在社会生活中得以运用、应用和实现的活动（实现立法宗旨的法律实施被称作法律实现）

- 1、法律实施的基础与动力：
 - 1、法律的人民性与法律实施
 - 2、法律的公正性与法律实施
 - 3、法律的权威性与法律实施（由国家强制力保证实施且来源于人民对法律的真心拥护和真诚信仰）
- 2、全面实施宪法的重大意义：
 - 1、宪法实施决定着整个法律体系的实施
 - 2、宪法实施关系到全国依法治国的全局
 - 3、宪法实施影响着法治权威的树立
- 3、全面实施宪法的首要任务：将宪法实施提升到一个新水平
 - 1、中国共产党要坚持依宪治国、依宪执政
 - 2、进一步健全宪法实施和监督制度，强调合宪性审查对宪法实施的制度性保障作用
 - 3、国家机关、各人民团体、企业事业单位、基层群众自治组织和社会组织的协同推进
 - 4、全体人民共同努力
- 4、全面实施宪法的精髓要义：
 - 1、坚持党的全面领导
 - 2、坚持正确政治方向
 - 3、坚持全面依法治国基本方略
 - 4、坚持以人民为中心为主体

33、执法：国家行政机关和法律授权、委托的组织及其公职人员在行使行政管理权的过程中，依照法定职权和程序，贯彻实施法律的活动（实质为国家行政机关将体现在法律中的国家意志落实到社会生活中去）

- 1、基本内容：
 - 1、组织实施法律，将制定的法律落实成人们实际遵守的规则
 - 2、采取强制措施，排除执法过程中的阻力和违反法律、破坏法律秩序的行为（侵犯法定权利、规避法定义务、扰乱公共秩序的行为）
- 2、特征：
 - 1、执法主体的特定性
 - 2、执法内容的广泛性
 - 3、执法行为的主动性
 - 4、执法权行使的优异性
 - 5、特定法律关系中执法活动的单方性（行政处罚）
- 3、原则：
 - 1、合法性原则：
 - 1、执法主体在法律规定的权限范围内行使职权
 - 2、执法内容必须依据法律的规定作出，行政机关不得法外设定权力，没有法律法规依据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定
 - 3、执法程序必须合法
 - 4、执法主体违法或者不当行使职权应当依法承担法律责任，实现权利与责任的统一，做到执法有保障、有权必有责、用权受监督、违法受追究、侵

权需赔偿。

2、合理性原则：执法主体在执法活动中尤其是在行使自由裁量权时，必须客观、适度、合乎理性。

3、效率原则：在依法行政的前提下，执法主体在对社会实行组织和管理过程中，以尽可能低的成本取得尽可能大的执法效益。

4、严格规范公正文明执法：严格是执法基本要求、规范是执法行为准则、公正是执法价值取向、文敏是执法最高境界，要把严格执法与理性文明执法结合，完善行政执法程序，规范执法自由裁量全，并加强对行政执法的监督，全面落实行政执法责任制

34、司法：国家审判机关适用法律、处理诉讼案件的活动，将司法权约化为审判权

1、特征：1、专属性：司法权只能由国家司法机关及其司法人员行使

2、程序性：司法程序由专门程序法予以规定

3、专业性：司法人员通常具有精深的法律专业知识和丰富的经验

4、权威性：司法以国家强制力为后盾，可以通过国家强制力保证其裁判的执行

5、体系性：司法主体按照宪法规定形成了特定机构体系

2、司法权的性质：判断权和裁决权，审判权的核心是裁决权，而裁决就是在查明事实真相的基础上依据法律以及道德、政策、法理等外部性因素作出判决实现权利救济和维护公平正义。

3、司法规律：根本规律（司法权独立运行）+基本规律（权责统一、权利制约、公开公正、尊重程序、裁决终局、法官中立）

1、权责统一：让审理者裁判、由裁判者负责

2、权利制约：司法权分别由不同机关行使，分工负责、相互配合、相互制约

3、公开公正：公开透明、维护社会公平

4、尊重程序：程序公正合理，遵循正当程序

5、裁判终局：裁决效力具有至上性和终结性

4、司法原则（司法中的基本法理，指导、制约司法活动并为司法机关和司法人员必须遵循的基本准则）

1、司法权依法独立行使原则（接受监督和制约）

2、司法平等原则：公民在法律面前一律平等

3、司法责任原则：司法机关和司法人员在行使司法权过程中应当尽职尽责，故意违反法律规定或者因重大过失导致裁判错误并造成严重后果的，应承担相应责任（权责统一）

4、司法公正原则：司法机关及其司法人员在司法活动的过程和结果中应坚持和体现公平正义原则（实体公正+程序公正，司法活动的合法性、独立性、有效性+裁判人员的中立性+当事人地位的平等性+裁判结果的公正性）

5、政策指导原则：1、以事实为依据：司法机关对案件作出处理决定，只能以被合法证据证明了的事实和依法推定的事实作为适用法律的依据。

2、以法律为准绳：司法机关要严格按照法律规定办事，把法律作为处理案件的标准。

3、以政策为指导：要坚持以党的政策为工作导向，司法政策具有解释功能和规范价值。

35、守法：国家机关、社会组织和公民个人依照宪法法律的规定，行使权力和履行义务的活动

- 1、特征：
 - 1、守法的主体具有广泛性
 - 2、守法的范围具有多样性（包含具有法律效力的命令、判决、裁定等执行法律和适用法律的法律文件）
- 2、守法的根据与动机：
 - 1、出于服从权威的习惯
 - 2、出于对惩罚的畏惧
 - 3、出于道德的考虑
 - 4、出于社会的压力
 - 5、出于对合法性的认识
 - 6、出于个人利益的考虑
 - 7、出于较高的法律意识
- 3、守法的主观条件：守法主体的主观心理状态和法律意识水平
 - 1、政治意识（人们关于政治现象的思想、观点和心理的总和）
 - 2、法律观念（人们对法所持的态度和新年）
 - 3、道德观念（人们关于善恶、公正与偏私、荣誉与耻辱、正义与非正义等的观念）
 - 4、文化教育程度
- 4、守法的客观条件
 - 1、法治状况（立法、执法、司法和法律监督）
 - 2、政治状况（国家的社会制度、政治制度、社会力量对比、社会秩序）
 - 3、经济状况（国家的经济制度、经济体制和经济发展的水平）
- 5、守法的原则
 - 1、领导干部带头尊法守法
 - 2、全民自觉信法守法
 - 3、全社会协同推进学法用法

36、法律程序：为作出法律性决定而预设的过程、方式和相互关系的系统

- 1、概念：
 - 1、法律程序具有法律上的意义
 - 2、法律程序旨在作出法律性决定（实体+程序，政治+公共）
 - 3、法律程序是通过不同法律主体的互动而形成的
 - 4、法律程序是在法定时间和空间中展开的
 - 5、法律程序具有形式性和相对独立性
 - 6、法律程序可以进行价值补充
- 2、法律程序对法律行为的调整方式
 - 1、分工：通过时空要素实现程序角色的分配
 - 2、抑制：通过时空要素克服和防止行为的随意性
 - 3、导向：通过时空要素指引人们的行为依一定指向和标准在时间上延续，在空间上展开（为人们个别而具体的行为提供统一标准模式，以克服行为的个别化和非规范化，也指示人们的行为在时空上有序连接，避免行为随意中断）
 - 4、缓解：以其时空要素缓解人们的心理冲突，消解紧张气氛，为冲突解决提供有条不紊的秩序条件
 - 5、感染：以仪式性、象征性、神圣性感染人的心态和情绪，引导主体产生心理上有意识或无意识的服从，遵循相应的行为模式

37、正当程序

- 1、历史演进：**
- 1、1215 年英国《大宪章》作为正当程序原则的源头
 - 2、1354 年英国正式出现了现代意义上的正当程序条款
 - 3、1692 年马萨诸塞州一部制定法出现正当法律程序
 - 4、1868 年生效的美国宪法采用正当法律程序直接约束州政府和地方政府
 - 5、20 世纪 90 年代初，法理学者对正当程序的价值和功能进行法哲学意义探讨
- 2、构成要件：**
- 1、程序的分化（通过程序的功能分化和角色分派实现分散决定权，分散决定权来限制权利的恣意行使）
 - 2、对立面的设置（利益对立或竞争的主体间进行制度性交涉的装置）
 - 3、程序中立（程序主持者中立+程序的预设性+程序设置的中立性）
 - 4、自由平等且实质性参与
 - 5、理性对话和交涉（参与程序的不同主体间为达成理性的合意围绕争论点而展开意见交涉）
 - 6、信息充分和对等（信息、资讯或证据在程序参与者之间平等和充分地分享、传输和流动）
 - 7、公开（程序结果和理由的公开、程序进行过程的公开、作为参与前提的资讯和信息的公开）
 - 8、及时性和终结性（时序和时限上是有效的且被合理预期的+法律结果终结与程序的时效性相关且程序具有唯一的决定效果，不能被随意推翻）
- 3、价值：**
- 1、正当法律程序是权利平等的前提
 - 2、正当法律程序是权力约束的机制
 - 3、正当法律程序是解决纠纷效率的保证
 - 4、正当法律程序是权利实现的手段
 - 5、正当法律程序是法律权威的保障
 - 6、正当法律程序促进公民行为理性化，引导公民规范有序地参与政治生活、社会生活、法律生活，确保公民参与的民主化、法治化、程序化

38、程序正义

- 1、历史演进：**
- 1、亚里士多德将正义分为分配的正义和矫正的正义
 - 2、13 世纪其英国萌发程序中心正义的观念和制度
 - 3、20 世纪 60 年代美国兴起正当法律程序革命
 - 4、罗尔斯的正义理论以程序倾向为特色
 - 5、萨默斯、马肖、贝勒斯
- 2、程序正义的独立价值**
- 1、程序不仅是在实体结果方面具有工具性价值，还有一种具有独立价值的实体，具有独立的作为目的的内在价值且不弱于实体正义
 - 2、程序正义不依赖实体结果而存在，程序结果的正义不能证明程序本身的公正，应取决于程序的内在品质，而实体正义不仅需仰赖程序正义实现，还应借助程序正义证成
 - 3、程序正义自身的内在价值标准包括但不限于参与、公开、平等、中立、理性、及时终结性、人道性，终极意义的价值基础在于对人的尊严和道德主体地位的尊重

4、程序正义和实体正义大多和谐一致：信息充分对等、当事人平等有效实质性参与、裁判者不得与一方当事人单独接触等

3、程序正义的地位和功能

1、程序正义体现法治的价值应被强调

1、程序正义是实体正义的实现途径且还由过程证成

2、程序正义的行使理性、功能自治与可触及性等特点使其在实体正义无法直接判别时更易于达成共识的正义

3、程序正义提供最基本的理性预期和平等参与、信息对等、理性沟通、程序中立

4、程序正义作为获得初期共识的前提条件更适宜作为立法、司法、行政以及公共选择合法性、正当性道德根据

5、程序正义可以实现实体性意义

2、实体正义应在程序正义的框架下操作，且应经程序正义过程的过滤和补救

3、人的主体性和尊严是实体正义和程序正义之上的终极判准

39、法律职业：包括法官、检察官、律师在内的，受过系统的法律专业培训，具有娴熟的法律技能与法律伦理的法律人所构成的职业共同体

1、法律职业的显著特征：1、法律职业的技能特征（正规、系统的法学教育）

2、法律职业的伦理特征（共同以内部的职业习惯、行为方式和内心信仰）

3、法律职业的准入特征

4、职业信仰、职业道德、职业语言、职业知识、职业思维、职业技术

2、法治职业共同体：1、法治专门队伍（立法、执法、司法）

2、法律服务队伍（律师、人民调解员、基层法律服务工作者等）

3、通晓国际法律规则、善于处理涉外法律事务的涉外法治人才团队

4、法学专家队伍

3、法律职业资格考試制度：

1、职业统一：职业素养资质标准的统一（统一组织、命题、标准、阅卷、招录）

2、资质准入：法律实务工作为内容导向的资质合格的准入门槛

3、伦理达标：具有特殊伦理与责任感

4、职业养成：资格考试仅为职业养成过程之一而非最终结果

4、改革后的法考特点：1、高度重视中国特色社会主义法治理论

2、加大法律职业伦理的考察力度

3、突出宪法与法律知识的系统性

4、考试以案例分析和法律方法运用题为主，借此考察实践中的法治思维和法治能力

5、法律职业教育培训制度：执业资格考试后的之前教育培训和职业过程中的后续教育培训（先选后训的培训模式）

6、法律职业保障制度：法官、检察官和律师在履行职责过程中所需要的个人权利、职业权利、地位、待遇、荣誉等方面的制度和物质保障

1、法官、检察官职业权利保障制度（免受外界干扰且杜绝打击报复，建立司法豁免制度，依法履行职务则享有不受民事起诉的豁免权）

2、法官、检察官职业地位保障制度（非因法定事由、非经法定程序不得免职、辞退、降职或其他处分）

3、法官、检察官优越待遇保障制度（单独职务序列配套的工资制度）

40、法律职业伦理与法律职业思维（德法兼修、德才兼备）--法律职业伦理、法律职业语言和指示、法律职业思维、法律职业技术

1、法官、检察官的职业伦理：1、爱岗敬业、尽职尽责

2、追求真理、追求正义

3、忠实于法律，保证法律的有效实施

2、律师的职业伦理：1、对当事人而言，勤奋工作讲究效率，不得与当事人进行商业交易，不得利用案情从事于不利于当事人的活动，保守当事人秘密等

2、对法官而言：尊重法律，不卑不亢，不故意作虚假陈述或提交虚假证据、隐瞒重要事实等

3、对同行而言：尊重同行，公平地对待对方律师，不以不正当方法招徕业务、不诽谤同行等

4、其他职业伦理：不得通过给予他们有价值物品的方式推销其法律服务、不得转让诉讼标的、制造事端等

3、法律职业信仰：规则至上、权利本位、程序正当、权力控制、善法之治

4、法律职业语言与知识：1、语言（法律规定的法定术语+法学理论的法学术语，包括交流和转化功能）

2、知识（制定法中的关于规则的知识+法律学问中的关于原理的知识）

5、法律职业思维：客观事物在人脑中间接的和概括的反映，是借助语言所体现的理性认识过程，特征如下：

1、运用法律术语进行观察、思考和判断，对术语概念采取法律方法进行解释和类推

2、通过程序进行思考

3、以权利为中心进行思考

4、遵循向过去看的习惯，表现得较为稳妥甚至保守

5、注重缜密的逻辑，谨慎对待感情因素

6、法律思维追求程序上的真实

7、判断结论总是非此即彼

41、法律方法：法律职业者认识、判断、处理和解决法律问题的专门方法

1、层次：1、法律思维方式或法律思维原则

2、基本的法律方法（法律解释、法律推理、填补漏洞等）

3、具体的法律方法（文意解释、类比推理等）

2、基本特征：1、法律方法是法律人思考和解决问题的职业方法（法律职业者判断与解决问题的视角与方法称为法律角色的参照系，内部概念+取向指引+论证方法）

2、法律方法是根据法律理念、原则和规则思考和解决问题的方法

3、法律方法以司法实践问题为导向

42、法律发现

- 1、三大对比：**
- 1、法律创制：法律源于社会生活与习惯而非由立法者意志决定
 - 2、法律适用：在法律渊源中寻找、选择、确定可以用来裁判具体案件的法律规范（法律推理的大前提）
 - 3、法律论证：法官如何得到判决结果+法官如何公开证明判决正当
- 2、法律发现的特点：**
- 1、法律发现只能在法律渊源内进行
 - 2、法律发现不能脱离整体法律秩序（根据法律规范在法律体系中的地位和相互关系来确定规范的内容及其优先性）
- 3、法律发现的途径：**
- 1、法律识别：在适用法律规范时，依据一定的法律观念，对案件中的事实构成作出定性或分类，从而确定应适用哪一法律规范的认识过程（法律意义识别+部门法识别+法律关系类型识别）
 - 2、法律规范选择：规则先于原则、上位法优于下位法、特别法优于一般法、程序法先于实体法

43、法律解释：通过对法律、法规等法律文件或其部分条文、概念、术语的说明，揭示其中表达的立法者的意志或法的精神，进一步明确法定权利与义务及其界限或补充现行法律的规定的一种国家活动。（被授权的国家机关才有权进行法律解释，因此也被称为官方解释）

- 1、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、法律具有相对稳定性
 - 3、法律只有经过不断解释才趋于完善
- 2、法律解释权限的划分：**
- 1、立法解释：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（事前解释+事后解释，前者是指为预防法律法规在实施时发生疑问而预设对于相关条款和概念术语的解释，后者是出现疑问时由制定机关进行解释）
 - 2、行政解释：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作出解释。
 - 3、司法解释：国家最高司法机关在适用法律、法规的过程中，对如何具体应有法律、法规的问题所做的解释（审判解释、检察解释、审判检察联合解释）
- 3、原则：**
- 1、合法性原则（权限、程序、内容）
 - 2、合理性原则（法理、情理、公理、道理）
 - 3、法制统一原则（法律解释要遵循宪法法律规定的效力位阶，在技术和方法上保持统一，符合法律体系的指导思想和原则）
 - 4、历史与现实相统一的原则（一切从实际出发）
 - 5、国内法和国际法相协调的原则（处理国际法和国内法的方式：通过制定新法律或修改已有法律把国际法转化为国内法的一部分+依照国际条约和惯例行事）
- 4、方法：**
- 1、一般解释方法：
 - 1、语法解释：根据语法规则对法律条文含义进行分析，以说明其内容的解释方法
 - 2、逻辑解释：运用形式逻辑的方法分析法律规范的结构、内容、适用范围和所用概念之间的关系，以保持法律内部统一的解释方法
 - 3、历史解释：通过研究立法时的历史背景资料、立法机关审议情况、草案说明报告及档案资料来说明立法当时立法者准备赋予法律的内容和含义
 - 4、目的解释：从法律的目的出发对法律所作的说明
 - 5、当然解释：在法律没有明文规定的情况下根据已有

的法律规定，某一行为合乎逻辑地应该被纳入该规定的适用范围内，从而对使用该规定所作的解释（举重明轻）

2、特殊解释方法：1、严格解释：对法律所作的忠于法律文字含义的解释，既不扩大也不缩小法律的字面含义（不属于特殊解释方法）

2、扩张解释：当法律条文的字面含义过于狭窄，不足以表现立法意图、体现社会需要时，对法律条文所作的宽于其文字含义的解释

3、限缩解释：当法律条文的字面含义过于宽泛，不足以表现立法意图、体现社会需要时，对法律条文所作的窄于其文字含义的解释

44、法律推理：人们从一个或几个已知的前提（法律事实、法律规范、法律原则、法律概念、判例等法律资料）得出某种法律结论的思维过程（概念+价值）

1、形式推理：运用形式逻辑进行的推理（一般指演绎推理、归纳推理、类比推理）

1、演绎推理：从一般的法律规定到个别特殊行为的推理（大前提是可以使用的法律规则和法律原则，小前提是经过认定的案件事实，结论体现在具有法律效力的针对个别行为的非规范性法律文件中，即判决或裁定，前提是前提真实+推理形式有效）

2、归纳推理：从特殊到一般的推理（归纳早期判例和指导案例总结出可适用的规则与原则）

3、类比推理：在法律没有明文规定的情况下比照相近的法律规定加以处理的推理形式（寻找相似性、类比推理需要想象和猜测、其结论是或然的）

2、辩证推理：对各种价值、利益、政策进行的综合平衡和选择，而非从固定的概念或规则出发进行的推理

1、产生背景：法律没有明文规定+法律虽然明文规定但过于模糊和笼统+法律规定自身矛盾+法律虽然有规定但不符合新情况的出现

2、适用方法：从法理、政策、公共道德、习俗出发综合考虑与平衡，在相互冲突的价值之间确定出于优先地位的价值，可和形式推理结合使用，但也对法律职业者提出了更高的要求

3、权利推理：以保护公民权利为目的导向的实践推理

1、权利推理表现为权利发现或权利体系扩充

2、权利推理表现为自由推定，法不禁止即自由

3、权利推理表现为保护社会弱者的原则

4、权利推理表现为无罪推定（被控犯罪的人在被依法确定有最值钱，应当被视为无罪之人）

45、法律论证：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、法律陈述或法律决定的正确性和正当性（证明自己的主张正确+反驳各种可能的不同意见）

1、正确的标准：一定范围内的共识，与民主制度相联

2、达到正确的方式：建立一个形成共识的理性机制，其主干就是理性论辩的程序，提供一个能够保证理性论辩充分展开的制度

3、达到正确所遵循的论证规则：1、一般规则：各种类型的法律论证都必须遵循的规则：

1、论证参与者平等发言权

2、任何只能主张自己相信的东西且不能自我矛盾

3、任何人都可以质疑主张且被质疑的一方有义务直接回答质疑并合理负担举证责任

4、提出法律判断必须引用普遍性规范并且能够从该普遍性规范中推导出

该法律判断

5、主张必须以已经生效的法律规则为依据，依据法律原则提出自己的主张时，则必须确切地证明没有相应的法律规则存在病证该法律原则存在的真实性、中立性和不偏不倚

2、法庭辩论中的论证特殊规则：

1、法官不得发表有利于某一方的诱导性言论，原被告双方享有平等地发表意见和质疑对方意见的权利

2、原告方必须围绕案件直接陈述自己的主张并依据法律提出证据

3、被告方必须回应且必须直接回应原告方的主张

4、任何人均不得使用夸张或煽情的方式陈述自己的意见或主张

5、权利主张必须依据法律提出，任何人不得在法庭上借用公众舆论、领导意见、公共政策、道德、宗教教义支持自己的主张从而给对方及法庭施加压力

6、必须区别法律规则的文字含义和对法律规则的解释，任何对法律规则的解释性言论，当对方需要时，必须就其中所涉及的概念进行说明和论证直到对方不再有疑问

3、司法决定形成过程及表述中的论证特殊规则：

1、参与司法决定（司法判决、司法决定、司法裁定）形成者必须实际参与案件审理的全过程

2、任何人对案件审理过程的各个环节都享有平等的发言权

3、任何人必须有权且有条件独立陈述自己的意见

4、任何人都负有证明自己的主张符合法律规定的义务

4、司法决定文字表达的论证特殊原则：

1、任何司法文书均须充分说理

2、判决、裁定、决定意见必须清晰地从普遍性的法律规则中合乎逻辑地推导出来

3、在关键概念上适用非法律术语时必须进行合理性说明

4、没有相关法律规则时，形成司法决定的参与者负有更审慎的义务，必须证明自己的意见不带任何偏向（非歧视、非个人偏好、非个人兴趣和道德倾向），必须证明自己的意见来自客观共识和基本法理

5、必须对法庭上有争议的法律问题和事实问题明确发表自己的意见

6、平等地表述少数人的意见

46、司法数据处理：凭借精确的形式语言和逻辑，是法律演算体系化，从而使数据处理设备有能力完成某些法律适用的任务

1、优点：1、查找资料保证不错过和遗漏与案件相关的法律规范和先前判例

2、在立法上避免矛盾和重复

3、简化和优化收集、筛选和区分案例、行为类型

4、提高司法管理的透明度和办事效率，变革审理流程并建立稳定的司法体系

2、缺点：1、涉及价值评价和利益平衡等问题时电子数据无法自动回应当时人和社会群体的正义诉求

2、对法官素质提出了更高的要求，“数据拜物教”无法增强司法的确定性和公信力

3、司法数据处理的原则、规则和方法：1、推理有效原则（数据是否可靠+如何使用数据）

1、保真：正确有效的推理确保从真的前提推出真的结论

- 2、必然：推理的前提和结论之间存在必然的联系
- 3、相关：推理的前提和结论之间必须有意义和内容上的关联
- 4、普遍：数据处理方法要具有一般性和普遍性
- 5、简单：数据处理必须容易被理解和掌握

2、法官主体原则

- 1、从已知预测未知最终都必须由法官来决断
- 2、数据处理中的数据可能残缺不全而法官思维是全面的
- 3、基于数据的推理和推理结论的书记是否有效由法官评价
- 4、疑难案件法官必须对道德、正义和社会发展规律的认识进行辩证推理

进行辩证推理

- 3、司法论辩原则（以审判为中心）
- 4、不可本末倒置盲目地依靠技术而忘记运用法官智慧

47、法的价值：

1、释义：1、法律在发挥其社会作用的过程中能够保护和促进哪些值得期冀的或美好的东西

- 2、法律自身所应当具有的值得追求的品质和属性
- 3、法律所包含的价值评判标准

2、法的价值体系：一组相关价值所构成的系统

- 1、从价值属性上看，法的价值体系是由一组与法律意义上的权利、义务、责任以及法的制定、实施相关的价值组成的系统
- 2、从价值主体上看，法的价值体系是占统治地位的社会集团所持有的一组价值所组成的系统（群体现象）
- 3、从价值体系的结构上看，法的价值体系是由法的目的价值、形式价值和评价标准三种形式组成的价值系统（与释义一一对应）

（目的价值系统为基础地位，形式价值系统是保障目的价值能够实现的必要条件，一旦缺乏则目的价值体系上的实现收到偶然性因素的影响，评价标准系统用来证成目的价值的准则，三者互相依存、不可分割）

3、目的价值体系：法律制度所追求的社会目的，反映法律制定和实施的宗旨（多元性、时代性）

4、形式价值体系：法律制度在形式上或表层上所具有的优良品质，例如公开稳定连续严谨灵活实用简练（权威性、普遍性、统一性、完备性）

5、评价标准体系：在法律上对各种事物进行价值判断时所遵循的准则，包含价值确认（按一定的标准来确定什么样的要求、期待、行为或利益是正当的符合法律的理想和目的）和确定价值位阶（优先考虑高位阶的价值），以下为应坚持的评价标准：

- 1、生产力标准
- 2、人道主义标准（有助于实现人类解放和人的自由而全面发展）
- 3、现实主义标准
- 4、历史主义标准

6、法的价值冲突（既可能发生在目的价值层面也可能在形式价值层面，目的价值冲突更难以解决）

- 1、类型：
 - 1、无涉状态（两种价值不存在直接关联，没有正负相反关系）
 - 2、耦合状态（两种价值正相关关系，两者之间任何一个变量的增减都以为者另一个变量的增减）

3、竞合状态（两种价值之间存在负相关关系，两者交集在一个点上并相互竞争，比小刺长之间呈现反向的关联）

2、原因：1、人类生活需求的多样性决定了价值目标的多元化

2、人类社会利益主体的多元化是法的价值冲突变得常见且复杂

3、社会变迁、制度改革和立法政策的变更

7、法的价值整合（对一个各种具体的价值目标加以统筹协调的过程，也是一个谋求价值总量最大化的过程，同时也是通过公共理性对话交流、沟通协商来形成社会共识的过程）

1、在立法阶段法的价值整合的特征（法的价值整合的初始阶段）：

1、宏观性（普遍意义的价值目标）

2、基础性（为此后的价值整合奠定基础并决定后续价值整合的基本走向）

3、机动空间和回旋空间较大

2、在行政程序和司法程序中的价值整合

1、在行政羁束行为和司法羁束行为领域，行政权和司法权只是把立法者在价值整合过程中作出的一般性方案适用于具体个案

2、在行政裁量行为和司法裁量行为领域，不仅由实施性而且具有重新或二次价值整合的功能

3、价值整合原则：1、兼顾协调原则

2、法益权衡原则

3、维护法律安定性原则

8、社会主义法治的核心价值：1、以人民为中心

2、以公平正义为生命线

3、以全人类共同价值为依归

48、法与秩序

1、秩序：在社会中存在着某种程度的关系的稳定性、进程的连续性、行为的规则性以及财产和心理的安全性

2、社会秩序观：1、等级结构秩序观（把人分为不同等级，各等级之间不得互相逾越，任何人不得破坏这种秩序）

2、自由平等秩序观（资产阶级上升时期）

3、社会本位秩序观（资本主义垄断阶段）

4、历史唯物主义秩序观（社会主义阶段）

1、秩序的特殊性质取决于生产方式的历史性质

2、秩序的力量最终来源于生产关系的历史合理性

3、阶级社会中的秩序首先是要阶级统治的秩序只有在消灭了私有制、剥削和阶级之后才能建立

3、法对秩序的维护作用：1、维护阶级统治秩序

2、维护权力运行秩序（个人、集团以及国家不管他人同意与否而贯彻自己意志以及控制、操纵或影响他人行为的能力）

3、维护经济秩序

1、保护财产所有权

2、对经济主体资格加以必要规范

3、调控经济活动

4、保障劳动者的生存条件

- 4、维护正常的社会生活秩序
 - 1、确定权利界限，避免纠纷
 - 2、以文明的手段解决纠纷
 - 3、对社会基本安全加以特殊维护
- 5、建立和维护国际政治经济新秩序

49、法与自由

1、自由：拥有无需依赖任何他人的意志，仅凭个人力量独立行事的能力（即法律上的权利，其边界就是不能从事法律所禁止的行为）

2、自由对人的价值：1、自由是人的属性，使人的主体性的表现

2、自由是人的自我意识的现实化

3、自由是人类发展的助动力

3、法对自由的保障作用：1、自由需要法的保障

1、自由需要法律排除人们之间的强制与侵害

2、自由需要法律排除主体自身对自由的滥用

2、法律保障自由的一般方式

1、以权利义务方式设定自由的范围及其实现方式

2、将责任与自由联结

3、设置国家权力及正当程序以提供救济

3、法律保障自由的原则

1、个人自由并存原则

2、消极自由之保障原则（法律应当保持对主体行为最大的不干预，仅当主体行使自由损害他人和社会利益时，将干预施于该主体至上，即使是为了促进被干预者的福利也不构成对干预的授权）

3、积极自由之保障原则（为了保障主体的某些自由而对其进行干预是可行和必要的，干预的根据不是为了促进被干预者的福利，而是为了防止更大利益受到损害）

4、公益干预原则（为了保护公共利益或促进公共福利，当公共利益收到个人侵害或个人自由的行使妨碍重要公共福利的发展时可以对个人自由进行干预，但前提是证明干预的依据的确是公共利益以及证明对自由干预是最后的不可替代的选择）

50、法与效率

1、效率：从一个给定的投入量中获得最大的产出，社会资源的配置和利用使越来越多的人改善境况而没有人的境况因此而变坏

2、效率的概念和价值标准的适用范围：1、资源配置上的效率

2、收入分配上的效率

3、法律资源的配置和利用上的效率（法律资源是一切可以由法律界定和配置，并具有法律意义和社会意义的价值物。法律体系这一总体制度框架须以效率为优先价值来决定权利、权力等法律资源的社会配置，权利和义务的具体设定的落实须以效率为优先价值来引导资源的个体配置，法律允许权利和权力资源的合理让渡和流通

3、效率与公平（既适应又矛盾）实现的可能性

1、在良好的社会制度下，效率与公平本质上统一

2、正确的效率观包括根据预期目的对社会资源配置和利用的最终结果作出社会评价,若社会资源的配置和利用使越来越多的人境况得到改善的同时没有人的境况因此而变坏,则意味着效率提高了

3、效率是以自由而公平的竞争为前提的(只有赋予主体尽可能广泛的追求利益的自由和最大限度的活动空间才能保证资源利用的效率,另一方面主体只能以平等的资格在平等的条件下公平竞争才能激发和保证持续的效率)

4、法对效率的促进作用

- 1、通过确认和维护人权,调动生产者的积极性,促进生产力的进步
- 2、承认并保障人们的物质利益,从而鼓励人们为物质利益而奋斗
- 3、确认和保护产权关系,鼓励人们以效益的目的占有使用或转让财产
- 4、确认、保护、创造最有效率的经济运行模式,使之更有效地推动社会生产力的快速发展
- 5、承认和保护知识产权,解放和发展科学技术
- 6、实施制度创新,减少交易费用(信息费用、时间费用、保护产权费用、执行合约费用、风险费用、维护交易秩序费用等)

51、法与正义

1、**正义**:现代社会正义基本底线应当建立在尊重人的尊严之上,其基本内容为人权

2、**正义的种类**:1、按主体:个人正义(个人在处理与他人的关系中应当公正地对待他人的那种道德态度和行为准则)和社会正义(一个社会基本制度及其所含规则和原则的合理性和公正性)

2、按正义发生和实践的角度:道德正义、法律正义、经济正义等

3、按正义与主体利益的关系角度:实质正义(法律制定中的正义)和形式正义(法律执行和适用中的正义)

3、**法对正义的实现作用**:1、**法促进和保障分配正义(权利公平)**--并非完全平等

- 1、权利主体平等
- 2、享有的权利特别是基本权利平等
- 3、权利保护和权利救济平等

2、**法促进和保障司法公正(社会公平的底线)**

- 1、独立公正司法
- 2、回避制度
- 3、审判公开
- 4、诉权平等
- 5、合乎情理
- 6、案件的审理应当及时高效不得延误
- 7、上诉和申诉制度
- 8、律师自由

3、**法促进和保障社会正义(社会体制的正义)**,即分配基本权利和义务的经济制度、政治制度和法律制度的正义,一方面是社会各种资源、利益和负担的分配上的正义--实体正义,另一方面是社会利益冲突解决上的正义--诉讼正义)

- 1、防止权力对资源的垄断和对负担的无理分配
- 2、保障公平公平参与竞争的社会环境,摒弃先赋性特权、身份、等级等不公正因素的影响

3、保障公民平等地享有教育资源

4、法促进和保障国际正义

民主主义

不均衡所产生的不正义提供了规范保障

- 1、促进国家之间的平等相处，废除不人道的殖民主义
- 2、为不同国际社会主体间的交往提供正当程序
- 3、促进和平解决国际争端和纠纷
- 4、对国际自然资源和合理分配和为弱化因发展不均衡所产生的不正义提供了规范保障
- 5、制止国际犯罪行为

52、法与人权

1、人权：宪法制度保障的基本权利

2、基本性的体现：关于人的先天既存的和后天能够实现的价值在法律上的一般承认

- 1、基本权利的不可或缺性
- 2、基本权利的不可取代性
- 3、基本权利的不可转让性（人格权转让于他人，接受者并不因此为2人）
- 4、基本权利的持久稳定性
- 5、基本权利的母体性
- 6、基本权利的普遍性

3、人权的价值：1、人权是人的利益的度量分界（指向自己，利己性）

2、人权是人关于公共权力评价的道德标准（指向国家，批判性）

3、人权是人和人和谐相处的共同尺度（指向社会，求同性）

4、人权的分类：1、按作用方式：消极人权（仅凭主体自身的存在和活动无需义务人积极作为便可享有和实现的人权，例如公民权和政治权利）、积极人权（不仅需要权利的向对方消极不侵犯更需要对方积极作为，履行特定义务并付出相应的代价方能实现的人权，例如经济、社会、文化权利）和社会连带人权（只有全体社会成员分工与合作才能实现的人权，例如发展权、健康及生态平衡的环境权）

2、按存在形式：应然人权、法定人权和实有人权

3、按主体的数量：个人人权和集体人权

4、按人权的归宿：一般主体的人权和特殊主体的人权

5、中国特色社会主义人权思想：多谋民生之利

- 1、人权道路的独特性
- 2、人权主体的复合性
- 3、人权内容的广泛性
- 4、人权重心的现实性
- 5、人权基点的人民性
- 6、人权享有的普遍性
- 7、人权保障的有效性
- 8、人权发展的包容性

6、新型人权：1、和平权（预防侵犯和平权、和平抵抗权、冲突化解权、和平解决权），以下为和平和人权的关系：

- 1、和平直接关系到生命权
- 2、和平不仅关涉人类生命，而且与人的固有尊严、平等人格与普遍善德息息相关，战争侵略是对民族国家和国格和个人尊严的侵犯
- 3、和平构成经济权利的必备前提

4、和平为社会福祉创造条件

2、发展权：全体人类享有的参与、促进、享受经济、政治、社会和文化发展的权力（经济发展权、政治发展权、社会发展权、文化发展权以及生态上的可持续发展权）

3、环境权：人类享受良好环境并进行支配的权力（生态正义、福利价值、经济理性、增进自由）

7、人权体系：将人权划分为不同类别而由不同人权形式相互区分、相互联系而形成的人权系统

8、法对人权的保护作用：1、国内法对人权的保护作用：

1、人权的宪法保护

2、人权的立法保护（程序+实质）

3、人权的行政保护

1、坚持政府权力法定（法无授权不可为、公民权利推定（法不禁止即可为）

2、政府认真执行宪法的人权条款，将法定人权转化为现实人权

3、政府将保障人权作为决策的决定性因素（极其主动）

4、人权的司法保护

1、司法为解决私人主体之间的人权纠纷提供了公正的、值得信赖的渠道

2、司法是纠正和扼制行政机关侵犯人权的行为的最有力的机制

3、在实行司法审查制度的国家，司法是排除反人权的立法的重要机制

4、符合正当程序和法治原则的司法程序和司法过程本就是保障人权

2、国际法对人权的保护（国家加入国际人权公约或人权保护国际组织负有调查、监督人权问题及其解决情况）

1、人权宪章类

2、防止和反对种族歧视类

3、对妇女、儿童、难民和无国籍人等特殊群体（社会弱者）人权保护

4、战时国际人道主义保护

53、法治

1、中国历史上的法治观：春秋战国“以法治国”（君主制的主体范围内）

1、治理国家必须实行法治，反对人治

2、法制要适应历史发展，符合当时实际，反对因循守旧

3、法令是人们言行的标准，君上臣下均不得曲法任私

4、以法为本，法、势、术结合（势即权力和权威，术即监督、考核和驾驭群臣的手段）

2、西方历史上的法治观：1、古希腊柏拉图：由握有权力的哲学家管理

2、亚里士多德：法治应当优于一人之治

1、法治代表理性的统治

2、法治是以民主共和国为基础的

3、法治内涵着平等自由善德等社会价值，推行

法治也在促进这些社会价值

3、古罗马法学家主张“以法为据”，强调法律的权威和作用

4、文艺复兴以来，随着资本主义商品经济、市场经济和相对应的自由、平等、人权等民主意识的发展，法治的观念广泛传播

5、英国哈灵顿主张法律王国的基本要素是自由、平等和权力制约等

6、法国孟德斯鸠把法治归结为“法律之下的自由和权力”

7、美国将法治思想写进《独立宣言》、1787 宪法

8、德国康德提出“法治国”概念，认为法治应以人的权利和自由为目的和基础，应当是人民在法律之下的自由结合

3、现代法治的理念：以民主为前提和目标，以法律至上为原则，以严格依法办事为核心，以制约权力为关键的国家治理方式、社会管理机制、社会活动方式和社会秩序状态

1、民主是法治的前提

2、民主是法治的目标

3、法治的根本原则是法律至上

4、法治的核心是严格依法办事

5、法治的关键在于制约权力

6、法治是一种国家治理方式

7、法治是一种社会治理机制

8、法治是一种社会活动方式

**4、当代中国法治的基本要义：有法可依、有法必依、执法必严、违法必究
科学立法、严格执法、公正司法、全民守法（新）**

54、法治与法制

1、法制：包括法律制度的制定、执行、遵守等在内的完整体系，是有关法律制度运行的一系列活动与环节的总称，包括立法、执法、司法、守法、法律监督等诸多环节

2、法治与法制的相互联系：法制是法治的基础，法治是法制的深化

3、法治与法制的主要区别：

1、是否强调法律至上不同（法治强调法律至上，任何行为规则与法律并存时都必须服从法律的规则）

2、产生和存在的时代不同（法治作为政治文明的标志和政治秩序的基础是现代社会的产物，而法制产生于奴隶社会初期）

3、与权力的关系不同（法治要约束权力，一切权利必须服从法律，而法制可能是能够约束权力的法治之下的法制，也可能是为权力所左右的人治之中的法制）

4、具有的价值观念不同（法制必然具有自由、平等、人权的价值观念，但法制都曾服务于善恶）

5、与民主的关系不同（法治与民主相联系，而法制则不要求必须有民主的政治基础，也不必然以民主作为自己的政治目标）

55、法治与人治

1、人治：政治领袖个别人或少数人拥有公权力，运用其智慧以及军事、经济、政治、文化、法律、道德、宗教等手段来管理国家或者社会的治国方式和政治模式

1、人治根据的是特定意志

2、人治具有随意专横的可能性质

3、人治者往往轻视法律

4、人治中的法律服从于政治领袖意志

5、缺乏自由、平等、人权等价值理念与准则

2、人治的背景：因为真正的法治是以市场经济和民主政治为基础的，资本主义的市场

经济和民主政治为资本主义的法治提供了必要前提，但人治在特定的历史条件下有其必要性

3、法治与人治的主要区别：

- 1、政治领袖的地位不同
- 2、法律的地位和作用不同
- 3、权力是否受到法律约束不同
- 4、是否内含民主、自由、平等和人权等价值观念不同
- 5、各自所要求的和具有的政治基础不同

4、法治与人的作用：法治不否定人的作用，使人的作用得到了充分而良好的发挥，与人治相比，法治在理性基础上强调发挥每个人的主观能动性和尊重每个人的自主性，在宏观、立法、执法、守法都必须依靠人的作用

5、法治与德治的互补：法治属于政治建设和政治文明，德治属于思想建设和精神文明，与传统社会相比，在市场经济社会中，法律所具有的肯定性、普遍性、可预测性、结构完整性和国家强制性等优点使其调整经济社会关系的作用的优势明显提升。但法律有其固有的局限和缺点，需要道德的社会调整机制给予辅助和补充。法律有效实施有赖于道德支持，道德践行也离不开法律约束。

56、法治与经济

1、经济与法律的关系：1、经济基础决定法律

- 1、法律基于经济发展的需要而产生（法律是在经济上占统治地位，从而在政治上也占统治地位的掌控国家政权的社会集团共同意志的体现）
- 2、社会经济基础的发展变化必然反映到上层建筑，要求上层建筑与之相适应并为其服务（任何掌控国家政权的社会集团都不可能离开其经济基础而制定或认可法律）
- 3、法律也受其他因素和社会现象的影响，但都以经济发展为基础的，在分析法律的决定性因素时，不能也不应该忽视经济条件意外的其他因素（政治、思想、宗教、道德、文化、历史传统、民族、科技）

2、法律对经济的作用

- 1、确认经济关系
- 2、规范经济行为
- 3、维护经济秩序
- 4、服务经济活动

2、建设法治经济：1、坚持和完善社会主义基本经济制度（适时立法、修法，巩固和发展社会主义基本经济制度）

2、完善社会主义市场经济法律制度（完善现代产权建设，维护好广大农民的利益）

3、营造公平竞争、规范有序的经济法治环境

- 1、保障各类市场主体享有公平竞争的权利，特别是确认和保障非公有制经济的平等主体地位和平等权利
- 2、打造一个法治化、国际化、便利化的营商环境
- 3、积极推进和完善自贸区和经济法治示范区的建设
- 4、适应、把握和引领经济新常态（加快完善引领和保障经济发展新常态的法律规范体系）
- 5、加快建设市场经济法律体系

57、法治与科技

1、科学：研究自然现象及其规律的自然科学

2、技术：根据自然科学原理和生产实践经验，为某一实际目的而协同组成的各种工具、设备、技术和工艺体系，不包括与社会科学相应的技术内容

3、科技对法治的影响：1、科技对立法的影响：1、科技提出新的立法领域，对传统法律领域提出了新挑战，使版权领域的法律问题更为突出，人工智能的发展对社会治理、法律制度产生极大挑战

2、科技运用于立法活动，法律规范的内容和立法技术日趋科学化，法律运行各环节中必须应用的专门技术与方法规定受到重视

2、科技对法律实施的影响：1、司法的过程不断吸收新的科学技术方法，将之用于案件事实认定和裁判中（通信技术、微电子技术等）

2、以新技术发展为依托，司法方法不断实现自我创新（律师推理系统、法律判决辅助系统）

3、科技对公民法律意识的影响：受科技发展的影响和启迪且促进了人们法律观念的革新，出现了一些新的法律思想和理论

4、法治对于科技的作用：1、通过法律管理科技活动：1、法律可以确认科技发展在一个国家社会生活中的战略地位

2、法律对科技的国际竞争具有促进和保障作用

3、法律可以对科技活动起到组织、管理、协调作用

2、法治促进科技经济一体化和科技成果商品化

1、国家可以规定各级政府部门在科技成果转化和推广中的地位 and 作用，明确其职责范围

2、法律可以有力地保护知识产权，规范无形资产的评估价值

3、法律规定技术交易规则，可以使科技成果的商品性质和交换关系规范化

3、法治预防科技引发的社会问题：

1、为防止对科技成果的误用和滥用和非道德适用所造成的社会危害，必须有相应的法律加以防止并给予法律救济

2、研究开发可能危害人类社会的科技成果的，应当以相应的立法预先作出有关应有范围与性质的规定

5、网络社会的法律问题：1、网络改变社会：1、网络暴力盛行

2、网络违法犯罪普遍存在

3、网络表达无序

2、法律是调整网络秩序的重要规范：

1、通过法律保障公民理性地进行网络表达

2、通过法律构建安全的网络经济活动环境

3、通过网络治理培养一种便利生活、促进和谐的网络文化

3、构建网络社会法治秩序

1、立法先行，为纷繁复杂的网络行为制定规则

2、加大执法力度，净化网络环境

1、整合执法部门和执法资源
2、要增大技术投入，加强执法技术力量
3、加大处罚力度，对于网络违法行为要根据情节给予治安管理处罚或追究其刑事责任

3、提高司法公信力，主动应对网络时代新挑战

1、提升应对网络事件的新技能
2、建立常态化网络互动平台
3、建立网络舆论研判和预警机制，及时发出预警信号，积极面对可能出现的各种情况
4、正确处理独立司法和新闻自由的关系
5、大力推进网上公开裁判文书

4、建立法制化的网络治理模式（多元主体的管理架构，强调在自发式、自律性的网络环境中的共同参与、共同责任）

58、法治与政治

1、政治：1、政治是一定经济基础之上的上层建筑

2、政治以一定的阶级、阶层和社会集团的利益关系为内容

3、政治的核心是国家政权

2、法与政治的关系：1、政治对法的影响：1、政治力量在国家中的构成状况决定国家政权的性质，也决定法律的性质

2、政治力量状况所决定的国家政权组织形式，影响法律的制定和实施

3、政治的发展变化往往直接导致法的发展变化

2、法对政治的影响：1、协调政治关系（政治关系是以政治利益和政治权力为内容的政治活动主体之间的关系）

2、规范政治行为（政治行为是人们在特定利益基础上，围绕着政治权力的获得和运用、政治权力的获得和实现而展开的社会活动

3、促进政治发展（政治发展是指政治关系的变更和调整，表现为政治革命和政治改革，法律提供适宜的法律框架和稳定的法律秩序，保障改革的方案和过程在法律的框架中进行，保证政治发展平稳有序）

4、解决政治问题（政治问题的核心问题是国家政权）

3、法治与执政党：1、现代政治是政党政治，各种政治力量围绕政权展开的活动是以政党活动为基本形式的，国家政权也是通过政党执政实现的。社会主义法治必须坚持党的领导，党的领导也必须依靠社会主义法治

2、执政党对法的作用：1、以政策为法律制定的依据和法律实施的指导（利用执政地位通过法律程序将总政策转变为法律实现政治主张，执政党的具体政策在法律规定的空间内对法律实施起着参照和指导的作用

2、通过法定程序选择和安排国家的性质和司法官员以保证法的实施

3、法对执政党的作用：1、法律保证执政党政策的实现

2、法律对执政党的政策及活动的制约

4、法治与民主：1、民主：社会生活的各领域中实行按照多数人的意志作出决定的社

会活动机制（民主是法治的基础，法治是民主的保障）

2、民主是法治的基础（法治生存发展和真正实现的政治条件和政治框架是民主政治）

- 1、民主是法治产生的前提
- 2、民主的性质和内容决定了法治的性质和内容
- 3、民主既是良法制定及适用的有效保障，也是推动法治发展的动力

3、法治是民主的保障

- 1、通过法律确认民主的基本政治制度，确认民主的参与主体及相关权利和自由
- 2、划分和确定国家机关的职权、权力行使程序及责任，确定破坏民主制度、侵害民主权利的法律责任
- 3、通过法律的有效实施使民主成为社会现实

59、法治与文化

1、文化：人们所创造的不同于自在自然和自身生物本能的东西，包括物质文化、精神文化和制度文化

2、文化的特性：1、复合性（多因素有机联合的综合体）

- 2、民族性（社群标志）
- 3、历史性
- 4、传递性（横向与纵向）

3、法与文化的一般关系：1、文化对法的作用：文化决定法

1、法所包含的基本价值标准，是社会中所居主导地位的文化所包含的价值标准

- 2、法的规则通常是社会中通行的重要规则的重述
- 3、社会中亚文化对法也有重要影响

2、法对文化的影响：法律维系和增进文化

- 1、促进文化事业的发展
- 2、强化主文化的价值标准
- 3、强化社会主文化的行为模式

4、法治的文化基础：法治的建立需要文化基础的支撑和涵养，包括一般性文化基础和专门性文化基础

1、一般性的文化基础（道德、宗教、习惯、风俗等）是与法治的要求相和谐或至少不抵触的文化构成要素

2、专门性的文化基础（法律文化）：由社会的经济基础和政治基础决定的、在历史进程中累积下来并不断创新的有关法和法律生活特别是权利义务的群体性认知、评价、心态和行为模式的总汇

1、法律文化是法律现象的组成部分

2、法律文化的主要方面是社会成员对法律的认知、评价、心态和期待的行为模式

3、法律文化具有历史性，是历史地形成和传输下来的又是历史地变化和不断更新的，没有从来就有、永恒不变、自我绝对、僵化的法律文化

4、法律文化具有群体性，是广泛见于社会、民族、阶层或集团等群体的共同文化现象

5、法律文化是由社会的经济基础和政治结构决定的

3、作为法治基础的法律文化属于法治文化，法治文化直接构成法治的文化基础，核心内容可分为法治意识、法治理论、法治思维、法治方法。法治文化孕育法治

60、法治与社会治理

1、玛丽-克劳德-斯莫兹的治理要素：

- 1、公民安全得到保障
- 2、公共机构正确而公正地管理公共开支（有效的行政管理）
- 3、政治领导人对其行为向人民负责（责任制度）
- 4、信息畅通，便于全体公民了解情况，亦即具有政治透明性

2、坚持依法治理

- 1、加强社会治理立法，确保社会治理于法有据
- 2、推进多层次多领域依法治理
- 3、构建以司法为中心的多元化纠纷解决机制
- 4、推进法律服务体系建设

3、坚持法治与自治相结合（自治是个人或团体管理自身事物并对其行为负责的一种治理形态）

- 1、加快社会组织立法，为社会组织的成立和运行提供明确的法律依据
- 2、建立社会组织联合执法机制，加大对社会组织违法违规行为的查处力度
- 3、推进社会规范软法建设
- 4、加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系

61、法治与生态文明

1、生态文明保护的法治要求：

- 1、人与自然关系恶化的形势严峻，需要立法强制控制和修复
- 2、解决生态问题需要以法治方式来调整和平衡各种利益关系
- 3、生态文明的成果需要用法治方式确认和推行

2、依靠法治保护生态和促进生态文明

- 1、生态资源产权制度
- 2、生态资源使用制度
- 3、生物多样性保护制度
- 4、生态权益平等和代际保障制度
- 5、生态损害责任制度
- 6、生态保护创新和合作制度