

## 第一章 法学绪论

### 法学释义：

研究法、法的现象以及与法相关问题的专门学问，是关于法律问题的知识和理论体系，是社会学科的一门重要学科，以法为研究对象的专门学问。是关于法律问题的知识和理论体系，是社会学科的重要组成部分，法学具有科学性，法学的产生以法的产生为前提。

### 法学是历史的和国情的范畴：

法学一词，源自公元前3世纪末罗马共和时期的拉丁文所合成。出自乌尔比安之手而以罗马皇帝查士丁尼名义问世的《法学总论——法学阶梯》，界定是：“法学是关于神和人的事物的知识，是关于正义和非正义的科学。”在中国古代，法学曾经是关于刑名法术的学问，故称“刑名法术之学”或“刑名之学”。在中国当代认为：法学又称法律学或法律科学，是研究法这一特定社会现象及其发展规律的学问，是社会科学的一个学科。

### 法学研究对象三个要素：

法、法的现象以及与法相关的问题。

### 西方学派对法学研究对象的不同理解：

- 1.自然法学派和其他价值论法学认为法学要以“应然法”或“理想法”为研究对象，探究法的最高价值和最高目的，揭示良法的标准，寻求产生和实现良法的途径等。
- 2.分析法学派、纯粹法学派和注释法学派等务实的学派主张法学的研究对象应为国家制定和认可的、在实际生活中真实存在的法，研究实在法的法律规范和法的体系，应以“实然法”为研究对象。

3.社会法学派提出法学的研究对象应为法与社会的关系，着重关注法的社会功能和社会效果，不仅要研究纸面上的法，更要研究生活中的“活法”。

4.还有一些法学流派认为法学的主要任务是注释各种法律和法规。

### **不同情境下法学研究对象的不同表现：**

中国先秦典籍《尚书》、《论语》、《商君书》、《韩非子》，都是既论政又论法，合二而一。世界上最早的政治学著作之一，亚里士多德的《政治学》就是把政治学和法学放在一起研究的，它是西方政治学的开山之作，也是西方法学的奠基之作。另外还有霍布斯的《利维坦》、洛克的《政府论》、卢梭的《社会契约论》等都既是政治学著作又是法学著作。

### **法学体系释义：**

法学体系问题就是法学的整体结构问题。它是一国法学的整体化反应，它的面貌就是一国法学的整体面貌，法学的分支学科的划分和设置是近代意义上的法学体系的中心问题。

### **不同角度划分：**

(1) 从法的类别角度划分，分为国内法学、国际法学、法律史学、比较法学和外国法学四类。

(2) 从立法和法的实施角度划分，分为立法学、解释法学、法社会学三类。

(3) 从认识论角度划分，分为理论法学和应用法学。

(4) 从法学和其他学科关系的角度划分，分为法学本科和边缘学科两类。

划分法学分支学科三个原则：对象和方法的结合。类别和层次的结合。现实和理想的结合。

## **第二章 法理学学科**

### **法理学的含义：**

即作为法学体系中一门分支学科存在的专门学问。美国学者波斯纳认为：所谓法理学是指关于法这种社会现象的最基本、最一般、最理论化的分析。

### **法理学和法哲学：**

法哲学一词源自欧陆。是法理学中较为纯粹的法理学或更高层次的法理学。法理学是哲学方法在法律领域的运用，法理学就是法哲学。

### **奥斯丁和作为独立学科的法理学：**

从奥斯丁开始把法理学作为法学的一个独立的分支学科看待，他开创了现代分析法学。

1.作为学科意义上的近代法理学的诞生，标识有：有了自己的研究对象和研究范畴。有自己专门的学者和专门的著作。本身已形成了理论体系。它既是法学整体中的一个组成部分又同其他法学分支学科有明晰的界限。

2.奥斯丁的主要观点和研究方法在于，他强调法学的任务在于研究实际存在的法。

3.孟德斯鸠《论法的精神》研究法、法的现象同其他种种社会现象的关系。

### **法理学的三大构成要素：**

内容性要素——即法理学所阐发的理论学说；方法性要素——即法理学所阐发和运用的方法论；渊源性要素——法理学赖以取材、孕育和形成的资源、进路和动因。

### **法理学资源性要素的构成：**

源性要素包括：法理学的理论学所、流派思潮、人物作品，是更基本和更主要的要素；

进路性要素的构成：法理学研究和法理学教学。如立法、行政、司法；

动因性要素的构成：法律实际生活的需要，以及整个社会实际生活的需要。如经济、政治、文化。

法理学资源性要素：理论学说

法理学理论学说的双重身份：实体的内容性要素和渊源中的资源性要素。内容有：

- (1) 研究法的实体性问题的理论学说；
- (2) 研究法的应然性问题的理论学说；
- (3) 研究法的必然性问题的理论学说。

### **法理学资源性要素：流派思潮**

法理学流派：指在法理学的学术立场、观点、方法和源流关系上，具有共同特征的某些学者所形成的学术派别。法理学流派思潮是法理学方面的学术派别和学术思想倾向的统称，是法理学渊源性要素中又一个资源性要素。

法理学流派或思潮的两大类别：价值分析法学、实证分析法学

### 近代以来公认的流派或思潮的种类：

(1) 以革命时代为大环境，以启蒙思想家为骨干，重在强调法的应然性价值，主张社会变革因而具有鲜明革命色彩的古典自然法学派。

(2) 以边沁和奥斯丁为主要代表，主张以成文法这种实在的材料为根据，阐述和解决法律问题、法制问题的分析法学派。

(3) 强调法是民族精神或历史传统的自然演化结果为基本方法，保守为重要特征，萨维尼和梅因是代表。

(4) 以思辨哲学为理论基础，以康德和黑格尔为典型代表。

(5) 把法看做一种社会现象，强调法的社会利益和法的社会化的社会法学派，主要代表为椰林、庞德、弗兰克和卢埃林。

(6) 主张复兴自然法，强调个人权利和社会权利应当在理性和正义的制度下相互结合的新自然法学派。

(7) 认为法学研究的对象是实际存在的以规范体系，纯粹法学派或规范法学派。代表是凯尔森。

(8) 把效益或财富极大化当做法的宗旨，由波斯纳作为主要代表人物的经济分析法学派。

### 第三章 法的概念

#### 法的概念定义：

法是为社会主体提供行为标准的，以国家政权意志形式出现的，作为司法机关办案依据

的，具有普遍性、明确性和肯定性的，以权利和义务为主要内容的，首先和主要体现执政者意志并最终决定于社会物质生活条件的各种社会规范的总称。

### **关于法的本质的若干论说：**

- 1.神意论。把法说成是神的意志体现的观点：巴比伦的《汉谟拉比法典》；
- 2.理性论。将法的本质归结为理性的体现。西塞罗；
- 3.权力论。将法的本质同权力相连，是诸多西方学人的习见；
- 4.历史论。以历史的眼光观察和审视法，是西方人认识法的一个重要方法等。

### **法的本质所在：**

法首先和主要体现执政阶级意志，最终决定于社会物质生活条件，同时具有客观性。法是阶级性和社会性的统一，原因：①法的产生和发展同阶级的产生和发展紧密相连。②任何法都有政治职能和社会职能这两种职能。

### **法的要素释义：**

国内法理学著述所论及的主要有四种模式：①社会法学，派庞德的律令、技术、理想三个要素。②新分析法学派，哈特的主要规则、次要规则二要素模式。③新自然法学派，德沃金的规则、原则、政策三要素，模式。④规则、原则、概念三要素模式。

### **法律规则界说：**

社会规则的一种，是国家政权中的有权机关制定或认可的，具有一定的结构形式，规定社会主体的法定权利和义务以及相关法律后果，旨在建立和维护法律秩序的特定的行为准则，具有最高地位和效力。一个条文只能规定一个法律规则而不能规定多个规则。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。

### **法律规则的分类：**

- (1) 权利规则是规定主体可为或可不为一定行为的规则。
- (2) 义务规则是规定主体应当为一定行为或不为一行为的规则。

(3) 权义复合规则：是兼具权利和义务两重性的规则。

(4) 强行性规则不问主体的意愿如何而必须加以适用。任意性规则是由主体自行选择的规则。

(5) 确定性规则明确规定了行为规则的内容而不必再援用其他规则来确定本规则内容的规则。委托性规则委托有关主体规定具体的规则内容。

(6) 准用性规则本身没有明确规定具体的规则内容，但明确规定可以或应当依照、援用、参照其他规则来使本规则内容得以明确的规则。

### **法律原则界说：**

(1) 指法中所存在的，可以作为法律规则的基础或本源的那些综合性、指导性和稳定性的原理和价值准则。

(2) 价值：法的主旨和精神品格的主要所在，法定制度的基本价值取向的集中概括，是法律规则和法的概念的基础和出发点，也是协调、平衡和统一各相关法律规则和法的概念的关键和枢纽。

### **法律原则和法律规则区别：**

①调整的方式不同；②适用的范围不同；③发生效力的方式不同。

### **法律原则的分类：**

1.就法律原则产生的基础不同，可以分为政策性原则和公理性原则。

2.按照法律原则的位阶、适用范围大小和具体程度不同，可以分为基本原则和具体原则。

3.依据法律原则的内容不同，可以分为实体性原则和程序性原则。

## **第四章 法的价值**

### **法的价值界说：**

是法这种客体对于社会主体的关系和在这种关系中所具有的可以满足或影响社会主体需要的属性和潜能。研究法的价值，揭示法的价值取向、价值目标等属于对法的应然性



研究。

### **法有哪些价值：**

基本和重要的价值主要是秩序价值、利益价值、正义价值。

### **法的价值的特性：**

1.客观性和主观性。

2.绝对性和相对性。相对，就是法的价值的条件性；绝对，就是法的价值的普遍性。法的价值是相对性和绝对性的统一。

### **法律秩序释义：**

由法所确立和维护的，以一定社会主体的权利和义务为基本内容的，表现出确定性、一致性、连续性的，具有特殊强制力的一种社会状态。以法律规则等为纽带而运行，是其显著特征。

### **法律利益和法律权利：**

法律利益即通常所说的合法利益或权益。特征在于是经由国家特定机关选择和确认的，体现国家意志的，以法律权利为内容的，具有特殊强制力的一种利益。常常同法律义务难以分离。

### **法律制度调处的标准和原则：**

边沁是功利主义法学派的代表，他认为，人的天性、思想和行为的最根本的出发点以至归宿，在于谋取最大的利益。中国儒家对于法律与利益的关系，主张“重义轻利”、“德主刑辅”。就中国现时期而言，法律与利益关系确立的原则有：①不损害社会利益原则。②利益兼顾原则。③缩小利益差异原则。④少数利益受保护原则。⑤因公益需要可以对利益实行适当限制的原则。⑥利益权衡原则。

### **作为高层次伦理规范的正义：**

正义，就是对主体的精神和行为都予以调整的，以观念形态存在的，体现应然性的，以



诸多美德或善为主要内容的，规格和境界最高的伦理规范。

### **正义的基本属性和本质：**

属性：①具有绝对和相对两重性。②具有主观和客观两重性。③正义是具体的历史的。

本质：为每个人平等的提供了一个追求美好景状的理由和价值判断的尺度。正义所体现的利益，归根结底由一定的社会物质生活条件所决定。马克思揭示了正义的物质性。

### **法律正义和正义：**

法律正义是基本正义，以成形的制度形式表现出来的有形正义，是兼有理性强制和国家强制双重属性的正义。正义转化为法律正义取决于：①正义本身是否需要和适合转化为法律正义。②正义所在的国情环境。

### **法律正义和法：**

法律正义是一种法律规范，是高层次法律规范，是以正义为其内核的良规良法，更具应然性和理想化。

## **第五章 法的功能和作用**

### **法的功能释义：**

法的功能是法所固有的可以对社会生活发生影响的功用和性能，是法这个事物的内在的、稳定的和应然的能量和潜力。是法所固有的内在属性、稳定属性、应然属性。

### **法在国家生活中的作用：**

①确认国家政权的合法地位；②帮助实现国家职能的必要手段，是连接国家和社会的主要依据。③对国家权力进行有效的、权威的制度性配置和制度性监控的手段。但不能有效替代国家权力的运行

## **第六章 法的起源和发展**

## **法的起源的原因和规律：**

根本原因：私有制和商品经济的产生是法的起源的经济根源；阶级根源是社会经济的发展引发阶级的出现，也是法的起源的根本原因。一般规律：由习惯到习惯法再到成文法的发展过程；同道德和宗教由混合到分离的发展过程。

## **法的历史类型：**

概念：将人类历史上存在过的以及现实中依然存在着的法，按照其阶级本质和经济基础所作的基本分类。五种社会形态：原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会和社会主义社会。更替的规律：更替的根本原因是社会基本矛盾的运动。生产关系和生产力之间、上层建筑和经济基础之间的矛盾，构成社会的基本矛盾。生产力的发展一定要适合生产力的性质。

## **古代法：奴隶制法：**

恩格斯说：罗马法是“商品生产者社会的第一个世界性法律”。奴隶制法的五大特征：

(1) 严格维护奴隶主所有制。(2) 公开维护奴隶主阶级的政治统治。(3) 公开确认自由民在法律上的不平等。(4) 刑罚特别野蛮残酷。(5) 保留原始社会规范的残余。

## **资本主义法：**

1.萌芽：封建社会中后期出现了反应资本主义经济要求的海商法和罗马法复兴运动，反映资本主义原始积累的法。

2.本质和特征：建立在资本主义经济基础之上的法律上层建筑，是资本主义社会的社会关系的反映。确认和维护有利于资本家阶级的社会关系和社会秩序是资本主义法的本质。特征：①注重维护私有财产。②注重体现契约自由。③注重确认法律面前人人平等。

## **法系的概念：**

法系是西方学者根据各国法的特点、历史传统及其源流关系对法所作的分类。分为五个：中国法系；印度法系；伊斯兰法系；民法法系；普通法法系。

### **民法法系：**

也称大陆法系。民法法系是以古罗马法，特别是以 19 世纪初《法国民法典》为传统而发展起来的世界各国和地区的法的总称。三大支柱为：古罗马法；《法国民法典》；《德国民法典》。在法的分类方面，民法法系承袭罗马法传统把法分为公法和私法；英美法系又称普通法系，采用辩论制或对质制。

## **第七章 法和社会**

### **法和社会的一般关系：**

社会的性质决定法的性质，社会物质生活条件最终决定法的本质。法以社会为基础，不仅指法的性质和作用决定于社会，还指法的变迁和社会发展的进程基本一致。

### **法对社会的调控：**

法是社会变迁的推动装置。法可以直接推动有目的、有计划的社会变革。法也可以为社会变迁创造条件。法是调控社会的重要手段。法对社会的调控并非单向性、线性的，二者存在着一种互动的关系。

## **第八章 立法**

### **立法的含义：**

立法是由特定的主体，依据一定职权和程序，运用一定技术，制定、认可和变动法这种特定社会规范的活动。是对权利资源、权力资源以及其他有关社会利益，进行法定制度性配置的专门活动。

### **立法的特征：**

- ①立法是特定主体进行的活动；
- ②立法是依据一定职权进行的活动；
- 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；（立法应采取如何使所立之法臻于完善的技术规则）

⑤立法是制定、认可和变动法的活动（所谓认可法，指有权的国家机关所进行的旨在赋予某些习惯、判例、法理、国际条约或其他规范以法的效力的活动）。

### **立法与法的制定：**

全国人大有权制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。国务院有权进行制定、修改、补充和废止行政法规的整个立法活动。

### **立法体制的含义和构成：**

立法体制是一国立法制度最重要的组成章。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。由三要素构成：①立法权限的体系和制度。②立法权的运行体系和制度。③立法权的载体体系和制度。

在立法体制中，立法权问题是核心问题。

### **立法过程：**

立法过程可分为三个阶段：立法准备阶段、由法案到法的阶段、立法完善阶段。立法准备：一般指在提出法案前所进行的有关立法活动。立法完善阶段的主体，具有不确定性。其主要内容包括：立法解释，法的修改、补充和废止，法的清理、汇编和编纂。

### **中国立法的基本原则：**

- 1、由观念化向法律化和制度化的转变。
- 2、立法的宪法原则（当今各国立法最基本的准则）。
- 3、立法的法治原则。
- 4、立法的民主原则（首要的是实现人民主权所必需）。
- 5、立法的科学原则。

## **第九章 法的渊源**

### **法的渊源的涵义：**

法的形成的过程，总是基于某种动因和进路，选择和提炼一定的资源，以实现权利和权力的制度性配置的过程。这种使法得以形成的资源、进路和动因，就是法的渊源。法的渊源一词源自欧陆，正式渊源一般包括宪法、法律、法规、条约等。法的渊源同法有密切关联，但却不是法。法的渊源是法得以形成的重要条件，但通常并无法的效力；而法则已是已然具有的具有法的效力的制度。法的渊源未必同国家意志有关，而法则国家意志的体现。

法的渊源的范同和种类：资源、进路和动因

### **法的渊源的三项基本要素：**

- 1、资源：指法是基于什么样的原料形成的。
- 2、进路：指法是基于什么样的途径形成的。
- 3、动因：指法是基于什么样的动力和原因形成的。

在各种动因性要素中，社会物质生活条件和占统治地位的生产关系类型，最具根本性。

### **当代中国主要法的渊源：**

包括：立法、国家机关的决策和决定、司法经验、判例和法律解释、国家和有关组织的政策、国际法、习惯、道德规范和正义观念、社团规章和民间合约、外国法、理论学说特别是法律学说。

## **第十章 法的形式和分类**

### **法的形式涵义和意义：**

法的形式指法的具体的外部表现状态。它所指的主要是法由何种国家机关制定或认可，具有何种表现形式或效力等级。是以一定形式存在的已然法。

### **当代中国主要法的形式：**

- 1、宪法。

2、规章。

3、国际条约和惯例。

4、其他法的形式。

5、法律：①是由全国人大及其常委会依据法定职权的程序制定和变动的，规定和调整国家、社会和公民生活中某一方面带根本性的社会关系或基本问题的一种法，是中国法的形式体系的主导。在中国法律的地位和效力仅次于宪法而高于其他法，是法的形式体系中的二级大法。②分类：基本法律和基本法律以外的两种。基本法律由全国人大制定和修改，在全国人大闭会期间，全国人大常委会也有权对其进行部分补充和修改，但不得同其基本原则相抵触。基本法律以外的法律由全国人大常委会制定和修改，规定由基本法律调整以外的国家、社会和公民生活中某一方面的基本问题。

6、法规：①行政法规由最高国家行政机关国务院依法制定和变动的，有关行政管理和管理行政两方面事项的规范性法律文件的总称。低于宪法、法律而高于地方性法规的地位，具有纽带作用。②地方性法规由特定的地方国家机关依法制定和变动，作为地方司法依据之一。具有从属和自主两重性。③自治法是民族自治地方的权力机关所制定的特位地方规范性法律文件即自治条例或单行条例的总称。自治条例是民族自治地方根据自治权制定的综合的规范性法律文件；单行条例则是根据自治权制定的调整某一方面事项的规范性法律文件。

法的形式规范化：

法的形式规范化就是指以成文法形式表现出来的各种规范性法律文件的规范化。

**法的一般分类：**

国内法和国际法：以法的创制和适用范围为标准对法所作的分类。

成文法和不成文法：以法的创制方式和表现形式为标准对法所作的分类。不成文法一般指习惯法、判例法和不成文宪法等。成文法又称制定法，是指有立法权或立法性职权性



质的国家机关制定或认可的以规范化的成文形式出现的规范性法律文件。

根本法和普通法：普通法是宪法以外的所有法的统称。

一般法和特别法：以法的适用范围为标准的分类。一般法如民法、刑法、婚姻法。特别法指对特定主体等有效。

实体法和程序法：以法所规定的内容不同为标准的分类。实体法指以规定主体的权利和义务关系等为主要内容的法，如民法、刑法、行政法。程序法指以保证主体的权利和义务得以实现等所需程序或手续为主要内容的法，如民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法。

### **法的特殊分类：**

公法和私法：存在于民法系，是民法法系划部门的基础。源自古罗马，标准按率先提出公法和私法划分学说的罗马法学家乌尔比安的观点。

普通法和衡平法：存在于普通法法系。衡平法是英国传统中同普通法相对称的一种法。

建立了和普通法法院并行的衡平法院——大法官法院。

## **第十一章 法的体系**

### **法的体系的含义：**

又叫法体系、部门法体系，指一个国家全部现行法律规范分类组合为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体。表明构成法的体系的微观要素是法律规范，中观结构和基本单位是部门法，法的体系是部门法的宏观结构。对法的体系问题研究较多是分析法学。奥斯丁主张“法是主权者针对臣民发布的以强制为后盾的命令，法的体系就是这些命令的集合”。

### **法的体系的特点：**

- 1、法的体系是构建性的；
- 2、法的体系是发展变化的；



3、法的体系具有统一性。

### **当代中国法的体系的新特点和构成：**

1、当代中国法的体系内部是“一个体系、两种制度、多个区域”的并存关系。

2、主要有以下八个部门：宪政法、民商法、行政法、经济法、社会法、环境法、刑法、程序法。其中宪政法律部门是调整民主政治条件下国家组织和运行的重要关系的法律规范的总称。

## **第十二章 法的实施**

### **法的实施的含义：**

指一定的国家机关、社会组织和个人，依照法定程序遵守和适用法律、法规并形成法律秩序的活动。主要包括法的遵守和法的适用，也包括政府的执法。

### **法律程序的概念：**

指作出法律决定所必须遵循的法定顺序、方式和手续。法律程序中最重要、最典型的程序是审判程序和执法程序。法律程序须由法明文规定，以正当性为其最高价值。

### **法的效力的概念：**

又称法律效力或法的约束力，指法所具有的人们必须遵从的强制力。法的实效指具有法的效力的制定法在社会生活中被人们实际执行、适用和遵守的状况，即法的实质有效性。

### **法对主体的效力：**

即法对谁有效，适用于哪些主体。我国采用的原则是以属地主义为主，与属人主义、保护主义相结合。法只适用于本国公民，不论其在国内还是国外，这一原则是属人主义。

### **法对事的效力：**

法对事的效力是指法在实施过程中对哪些行为和事项具有约束力。一事不再理原则即同一机关基于同一法律关系做出判决后，不再受理同一当事人的同一法律请求。“一事不二罚”即对同一行为不得处以两次或两次以上性质相同或同一罪名的处罚。

### **法的空间\时间效力:**

在刑事审判中，各国大多采用的是从旧兼从轻的原则。空间效力的主权范围，即领土、领水及其底土和领空，以及作为领土范围延伸的本国驻外使馆、在外船舶及航空器。

### **法的遵守的概念:**

指国家机关、社会组织（政党、团体等）和公民个人依法从事各种同法相关的事物和行为的活动。范围：既要遵守实体法，又要遵守程序法；既要遵守一切正式的法，又遵守经过法所认可的非正式法。境界：消极意义上的守法仅仅是指不违反法，积极意义上的守法指的是维护法的意思，这主要是针对政府来讲的。

### **法的适用的概念:**

简称“司法”，指国家司法机关依定法定职权和法定程序，具体应用法处理案件的专门活动，在当代中国，司法通常指人民法院和人民检察院。

特征：司法的被动性、司法的中立性、司法的专属性、司法的独立性、司法的终极性、司法的程序性。

### **法的适用的基本要求:**

公正（这是法的适用的根据要求，公正包括实体公正和程序公正）、正确（既包括程序正确也包括实体处理结果的正确）、高效、权威。

## **第十三章 法律关系**

### **学界认知法律关系的历程:**

法律关系概念在罗马时代就是法理学的一个概念，由罗马法学中的一个由债或民事问题发出来的概念。查士丁尼皇帝的《法学总论》对其作出释义。

### **法律关系主体的概念:**

是法律关系的参加者，是法律关系中依法享有权利和承担义务的人或组织。

### **法律关系主体的权利能力:**

1、含义：是能够参与一定的法律关系，依法享有法律权利和承担法律义务的能力和资格。

2、种类：个人权利能力和组织权利能力之分；一般权利能力和特殊权利能力（国家机关工作人员依法行使一定职权，如法官依法行使审判权的能力就属于特殊权利能力）之分；民事权利能力（公民从出生起到死亡止，都享有民事权利能力，但并不是所有公民都具有同他们的民事权利相对应的行为能力。）、政治权利能力、行政权利能力等之分。

### **法律关系主体的行为能力：**

行为能力是指法所认可的能够通过自己的行为参与法律关系、实际取得权利和履行义务的能力。

种类：①完全行为能力人。18周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力；16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要收入来源的，视为完全民事行为能力人。②限制行为能力人。未达到法定年龄即已满14周岁不满16周岁的公民或患有某种精神疾病不能完全辨认自己的行为。③无行为能力人。不满14周岁的未成年人和精神病人，也被视为无刑事责任能力人。

### **法律关系客体的概念：**

指法律关系主体的权利和义务所指向的对象，亦称权义客体。

### **法律关系发生、变更和消灭的两种事实：**

1、法律事实的分类：行为和事件。行为是能够引起法律关系发生、变更和消灭的更经常和更主要的因素，是一种主体自觉意识或过失的行为。事件，即能够引起法律关系发生、变更和消灭而又与主体意志无关的客观现象。

2、行为分为合法行为和违法行为两种。合法行为即主体的行为在内容和方式上都符合法的要求。实施这种行为，并不要求主体兼具权利能力和行为能力。不合法行为是指没

有法的根据的行为和违反法的规定行为。追究违法行为者的法律责任，通常以行为者主观上有过错为其基本条件之一。

## **第十四章 法律权利和法律义务**

### **法律权利和法律义务的概念：**

- 1、法律权利：指法所规定的，作为法律关系主体为了拥有、保护或实现其利益，具有自己或要求他人这样行为或不这样行为的能力或资格。
- 2、法律义务：指由法所规定的作为法律关系主体的即义务主体或承担义务人应当这样行为或不这样行为的一种限制或约束。

### **厘清关系：**

厘清工具有：1、责任。2、作为法的概念的权利。3、自由和特权。4、豁免。在某种情况下，当事人不受权力人行使权力的后果的影响。

### **法律权利的分类：**

- 1、对物权和对人权。根据权利效力的不同来划分。其源头追溯到古罗马法中的对物之诉和对人之诉。对人权又称相对权、债权，指对特定人的权利。
- 2、原权利和救济权利。权利是否能独立存在以及产生的先后顺序。
- 3、专属权和可转移权。根据权利可否转移。比如不能转让与他人的权利如人身权继承权等。可转移权利一般为财产权。
- 4、公权利与私权利；
- 5、主权利与从权利

### **诉讼时效：**

促使权利人及时行使权利，法律不保护“躺在权利上睡觉”的人，由此维持民事关系的确定性稳定性。

### **人权发展的历史：**

1、特点：不可缺乏性、不可取代性、不可转让性、稳定性、母体性以及当代文明各国的共似性。

2、①1689年英国《权利法案》。由英国议会1689年2月起草，是对1688年光荣革命成果的巩固。②1789年美国《权利法案》。这是关于公民权利的宪法修正案，由詹姆斯·麦迪逊起草，1791年正式生效。③1789年法国《人权和公民权利宣言》。被称为“旧制度的一纸死亡判决书”。

## 第十五章 法和权力调控

### 法治与权力资源的法律调控：

- 1、权力资源的法律调控：主要是指国家权力和政治权利应当来源于宪法和法律的授予。
- 2、戴雪的《英宪精义》所揭示的法治要义有三：没有专制权力。官员受一般法律管辖。宪法是本国一般法律的产物。
- 3、对权力资源实行法律调控所以是法治的要义之一。

### 权力资源调控与宪政制度：

民主的两大议题：人民或多数人握有权力；人民的权力按照符合其根本利益的要求来实现。对权力资源实行有效的调控，也须借助宪政制度。民主和宪政结合，就使民主成为新型民主。从民主和宪政的结合上解决权力资源的调控问题，要分清“所有权”和“管理权”的界限。

### 权力资源调控与分权制衡制度：

对权力资源实施有效调控，需要坚持分权和制衡原则。国家权力体系的要素：立法权、行政权、司法权三大要素，分别由三个机关行使。英国是较早以法的形式确立和保障分权制度的国家，美国是实行分权和制衡体制的典型国家。

### 权力调控重点和保障：

主权和最高治权都属于最高权力的范畴。其中最高治权是法律调控的重中之重。在法治

国家对权力的制约主要依靠三种方式：以权力制约权力、以权利制约权力、以道德制约权力。

## **第十六章 法律行为、责任和制裁**

### **行为与法律行为：**

法律行为，是指具有法律意义和法律属性，能够引起一定法律效果的行为。法律行为这个概念是德国历史法学派的创始人胡果所创造的，其最初的语义是合法的表意行为。

### **法律责任释义：**

含义：是指行为人由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果。

特点：法定性。国家强制性。内在逻辑性。否定性，表示一种责任方式，即承担或追究否定性、不利性后果。

### **法律责任的构成：**

法律责任的构成是指构成法律责任所必备的客观条件和主观条件的总和。具体包括：(1) 行为。(2) 心理状态。(3) 损害事实。(4) 因果关系。

### **法律制裁的概念：**

是指由特定国际机关对违法者依其法律责任而实施的强制性措施。

### **法律制裁的种类：**

民事制裁（主要是民事法律强制违约主体或侵权主体支付违约金、赔偿金等）、刑事制裁、行政制裁（又包括：行政处分和行政处罚）、违宪制裁。

## **第十七章 法律解释、推理和论政**

### **法律解释的方法：**

学理解释就是有关主体或人员，从法学理论的角度对法或法律规定所作的解释；



任意解释：是指有关主体按照自己的理解，对法的内容、含义和有关术语所作的解释。

限制解释是指对法律规定所作的小于其文字本来含义的解释；

扩充解释是指对法律规定所作的广于其字面本来含义的解释。

### **立法法之前中国法律解释体制：**

我国有权进行司法解释的主体是最高人民法院和最高人民检察院。如果两院解释有原则性分歧，报请全国人大常委会解释或决定。

### **法律解释的历史和理论：**

西方法学理论自 19 世纪以来对法律解释问题的探讨大多是围绕司法判决中法官适用、解释法律的方法和活动展开的。其背后的理论脉络是依据“三权分立原则”建立的国家权力制衡体系。传统上，民法法系国家比较倾向于自由解释，而普通法系则比较倾向于严格解释。但二战（20 世纪）以后，两大法系都倾向于法的自由解释。

### **形式逻辑的推理方法在法律推理中的应用：**

1、演绎推理——三段论：演绎推理是从一般规律推出个别理论的逻辑推理方法，有假言推理、选言推理和三段论推理，其中三段论推理是演绎推理的典型形式。三段论推理是由两个前提推出一个结论的推理模式，有大前提、小前提和结论构成。

2、归纳推理和类比推理。归纳推理是从个别判断推出一般规律的推理。类比推理是从特殊推出特殊的推理，即根据两个不同的对象的某些方面相同或相似，推出它们在其他方面也可能相同或相似。二者是普通法系国家法官进行法律推理的基本模式。

### **法律论证理论的历史背景：**

含义：在司法裁判过程中，通过提出一定的根据和理由，对法律规范的选择和判决结论的正当性与合理性进行证立的过程。

特点：①法律论证往往发生在疑难案件中，发生在对前提的选择和正当性论证中。②法



律论证无法回避到价值判断问题。③法律论证是各方参与诉讼活动的过程和这种活动的结果。不回避价值判断是法律论证最大的特点。

## **第十八章 法律职业和法律思维**

### **法律职业主体及其特征：**

主体：即法律职业阶层或法律职业者，一般是指法律规范的具体操作者、适用者。法官、检察官、律师是现代社会最主要的法律职业主体。法官被有时候被称为“法律的嘴巴”或“会说话的法律”。检察官被称为“国家正义的守护神”。律师被称为自由职业者。古罗马时期西方历史上第一次形成独立的职业法学者阶层。

### **法律职业的技能：**

具有专门性的特点，具备与法律职业密切相关的知识、语言、技术和思维方式的内容。

### **法律逻辑的含义：**

关注的核心问题是法律推理。逻辑是法律思维的重要工具，形式逻辑的规则是法律思维的基本方法。

## **第十九章 法治和法制**

### **法治释义：**

中西法治概念的历史比较：中国最早提出法治主张的是强调建法立制、富国强兵、以法治国的先秦法家。西方最早提出法治主张的是古希腊思想家苏格拉底和亚里士多德。亚里士多德尤其倡言法治，反对人治，提出法治优于一人之治的著名命题。我国古代法家的法治并非真正意义上的法治，在一定程度上仍然是“人治”的一种曲折反映，是一种专制。

形式性的法治指任何法律体系为了有效履行其职能所必须具备的特征，而对法的体系的社会和政治属性少有问津。代表是富勒的法学理论。实质性的法治指不仅包括上述有关

法治的形式性要素，还包括了经济体制、政治伦理、政府形式乃至人权概念等内容。

中国学者对法治概念的理解：①法治意指一种治国方略或社会调控方式。法治有两个对立面：人治和德治。②法治意指依法办事的原则。③法治意指良好的社会秩序。④法治代表某种具有价值规定的社会生活方式。

### **法制的含义：**

法制其一是指国家的法律制度或法和制度的简称，是指具有实体性的法和制度，属于制度的范畴。其二是指国家的法律制度的简称，包括国家的立法、执法、司法、守法诸方面的制度。

### **中国现时期的法制：**

中国现时期法制的基本要求：有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。有法可依是前提和首要任务；健全中国现时期法制的中心环节和关键是有法必依。执法必严是重要条件；违法必究是保障

### **民主的概念：**

指一种国家制度、政治制度，即民主制度，用来表示奴隶制国家政权的一种构成形式。民主制就是人民掌握权力。

### **理念重构：丢弃人治，走向法治**

理念：1999年我国宪法确立“实行依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略。

丢弃人治，走向法治，是中国法治建设的必由之路。

### **路径选择：发展现代法治和法制**

法治应该包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。这句话出自亚里士多德。

## **第二十章 法律监督**

### **法律监督的概念：**

也称“护法”，广义上的法律监督指的是国家机关、各政党、社会团体、公民，对于各种法律活动的合法性所实施的评价和督导；狭义上的法律监督专指由特定国家机关依照法定职权和法定程序，对立法、执法、司法活动的合法性所进行的监察和督促。

### **法律监督的种类：**

自循环监督又称系统内监督，指的是在某个确定的系统内实行纵向的、自上而下或自下而上的自我监督，监督的主体和客体一般都存在于同一系统内；所谓交互监督，又称系统间监督，是指不同的子系统相互之间进行的交叉监督。

国家机关中的法律监督与社会的法律监督。

### **国家机关的法律监督概念：**

国家机关的法律监督的权限、监督范围、程序和效力由宪法和法律、法规作出明确规定。这种监督构成中国法律监督体系的核心。

### **国家机关的法律监督体系：**

指的是国家权力机关依法对行政机关、检察机关、审判机关军事机关进行监察和督导的活动。①立法监督。②监督宪法和其他法律的实施。监督的主要形式有：听取和审议“一府两院”实施法律情况的报告，及时纠正违宪和违法行为。国家行政机关的监督；国家检察机关的监督；国家审判机关的监督（①审判机关对行政机关进行的监督。②审判机关对自身审判活动的监督。③审判机关对检察机关的监督。）。

### **社会法律监督：**

特点：不直接运用国家权利，但有广泛性和人民性，是国家法律监督的基础。

## **第二十一章 法律意识和法律文化**

### **法律意识概述：**

含义与分类：泛指人们关于法律的知识、思想、观点、心理或态度等。分为：①个人法

律意识、群体法律意识、社会法律意识。这是依据不同的法律意识主体所做的分类。②占统治地位的法律意识和不占统治地位的法律意识。这是依据法律意识所处的社会政治地位所做的划分。③职业法律意识和非职业法律意识。这是根据是否从事法律职业所做的划分。④传统法律意识和现代法律意识。这是根据是否符合现代性标准所做的分类。

地位：法律意识是社会意识的一种。法律意识的内容归根到底是由社会物质生活条件所决定的，是社会存在的反映。现代法律意识的形成归根到底取决于现代商品经济和民主政治的发展。法律意识有相对独立性和历史继承性。

联系区别：政治意识的强弱与法律意识的水准并不对等；法和道德关联紧密，法律规范和道德规范息息相关，但是法律意识并不等同于道德意识。道德意识早于法律意识出现。

### **法律传统的概念：**

在一定民族或一定地域内具有稳定性、连续性并在历史上得以传承的法律制度和法律意识。法律传统的变迁包括“内发式”和“外发式”。从构成成分上看，法律传统既包含有法律术语等技术性成分，又有法律原则等精神性成分。其中精神性成分是法律传统的核心构成部分。

### **中西方法律传统比较：**

西方法律传统：①法治传统。形成古希腊时期。神学家托马斯·阿奎那指出，在神的理性指导下，世俗的最高主权者都应当毫不例外的接受法律的支配。②权利文化。古希腊对个人权利的追求是西方法律传统产生的一个源头，法律规范的核心内容就是保护个人交换利益。

中国法律传统：与西方法律传统有着完全不同的价值取向，这主要是由我国独特自然经济基础、宗法式的社会结构以及专制集权的政治架构所决定的。基本内容：①礼法文化。

②德治传统。③诸法合体、重刑轻民。④政法合一。

### **法律文化的含义：**

法律文化是一定的法、法制、法治、法律意识以及其他法的现象的精神品格的总称。

构成因素：（1）实体性要素；（2）意识性要素；（3）精神品格要素。

法律文化与法律传统：①联系：法律文化包括法律传统在内，法律传统蕴涵于法律文化之中。②区别：法律传统偏重于法律文化中的心理状态。法律文化内涵更加丰富；法律文化比较具体，法律传统抽象；法律文化既着眼于历史，更着眼于现实，是现实法律实践的发展和完善。

### **法律文化对法的作用：**

法律文化传统对一国的法有重要影响，先前遗留的法律文化，总要在一定程度上影响后来的法。而且，这种影响是难以人为阻止的。影响既有积极的，也有消极的。

罗马法对欧洲大陆国家和世界其他许多国家都有影响，如《法国民法典》的基本概念、法典体系和结构形式，基本都来自罗马法。

### **法律思想、法律理论对法的影响：**

在中国封建社会，儒家法律思想的精华几乎全部在封建立法中得到体现，作为中国封建法律缩影的《唐律》便“一准乎礼”。“一准乎礼”是《唐律》的立法原则。