**考点23 当代中国的法律解释体制(19:30-19:55)**

**一、正式解释与非正式解释的区分**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **正式解释（法定解释、有权解释）** | **非正式解释（分为学理解释、任意解释）** |
| **解释主体** | 立法机关、行政机关、司法机关 | 无法定解释权的个人或组织，如学者、一般公民 |
| **解释效力** | 具有法律上的普遍约束力 | **不具有法律上的约束力** |

**二、当代中国的法律解释体制**

**当代中国的法律解释体制**是**“一元多级”**的法律解释体制。

“一元”指“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会”。**（立法解释具有和法律本身同等的效力。）**（有权向全国人大常委会提立法解释主体**：国中两高专委省常**）

“多级”表现为除全国人大常委会的法律解释外还存在着其他类型的法定法律解释。

1.凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。

2.行政解释：**国务院及其主管部门**对有关法律和法规进行解释的权力。

3.地方国家机关的解释：地方人大常委会和地方政府对地方性法规和地方政府规章的解释。

**三、对司法解释的监督**

1.最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，**报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。**司法解释应当自公布之日起三十日内报全国人民代表大会常务委员会备案。

2.认为司法解释同法律规定相抵触的，可以向**全国人民代表大会常务委员会**书面提出进行审查的建议的主体有：（1）国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会、最高法、最高检；（2）其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民。

3.全国人大法律委员会和有关专门委员会经审查认为司法解释同法律规定相抵触，而最高法或者最高检不予修改或者废止的，可以提出要求最高人民法院或者最高人民检察院予以修改、废止的议案，或者提出由全国人民代表大会常务委员会作出法律解释的议案，由委员长会议决定提请常务委员会审议。（**司法解释存在问题：若抵触，提改废；人常释，常委议）**

**注意：全国人大法律委员会和有关专门委员会不能直接撤销。**

**考点24 法律推理的种类(19:55-20:14)**

**\*法律推理种类**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **种类** | **内容** | **适用情况** |
| **演绎推理** | 三段论、**涵摄（大陆法系）** | 运用制定法进行司法裁判 |
| **归纳推理** | 从数量不特定的先例中，归纳出可以适用的规则或者原则 | 英美法系国家对先例中的法律规则/原则进行总结 |
| **类比推理** | 根据当前案件与先前案例在事实特征上的相似性，推导出将先前案例的法律后果适用于当前案件的推论**（英美法系）（积极推理）** | 1.运用先前判例进行裁判；  2.在我国根据“指导性案例”进行裁判 |
| **反向推理** | 从法律规范赋予某种事实情形以某个法律后果推出，这一后果不适用于法律规范未规定的其他事实情形（消极推理） | 1.高度重视法律安定性或确定性价值的法律规范；  2.例外条款 |
| **当然推理** | **1.举轻以明重；**  **2.举重以明轻** |  |
| **设证推理** | 1.经验推定：推理依据来自经验法则 | 刑事案件侦破、证据认定等 |
|  | 2.规范推定：推理依据来自法律规范本身 | 寻找裁判应适用的法律规范 |

**考点25 法律漏洞的填补(20:14-21:05)**

**一、法律漏洞和法外空间的区别**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **区别** | **与立法计划的关系** | **解决方式** | **举例** |
| **法律漏洞** | 法律上不合目的的缺失状态 | 是违反立法计划的不圆满性 | 对法律漏洞进行填补 | 网络游戏直播是否构成著作权侵犯 |
| **法外空间** | 法律合乎目的的缺失 | 立法者原本没有立法计划 | **由道德、习惯等其他社会规范调整** | 友谊、爱情等 |

**二、法律漏洞的分类**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **分类标准** | **类别** | | **特点** |
| **法律对某个事项是否完全没有规定** | 全部漏洞 | | 属于“立法空白” |
| 部分漏洞 | | 法律进行了规范但并不完全 |
| **漏洞的表现形态** | 明显漏洞 | | 法律应积极规定却没有规定 |
| 隐藏漏洞 | | 法律对已进行的规定应设有例外却未设例外 |
| **漏洞产生的时间** | 自始漏洞 | 明知漏洞 | 立法者在立法时有意不做规定  属于“法政策漏洞” |
| 不明知漏洞 | 立法者在立法时未意识到法律存在欠缺 |
| 嗣后漏洞 | | 法律实施后，新情况新问题导致的法律漏洞 |

**三、法律漏洞的填补方法**

从法律漏洞的表现形态来看，所有法律漏洞或者是明显漏洞，或者是隐藏漏洞。对二者进行填补时，分别适用目的论扩张和目的论限缩的方法。

**（一）填补明显漏洞的方法：目的论扩张**

**1.目的论扩张的含义和法官的适用**

目的论扩张指虽然法律规范的文义没有涵盖案件事实，但是依据法律的规范目的应该将相同的法律后果赋予该事实，故将该法律规范的适用范围扩张到该案件事实上。在适用目的论扩张时，法律规范文义所指的范围窄于规范目的所指的范围。

**2.目的论扩张和扩张解释的不同**

目的论扩张是**漏洞填补的方法**， 扩张解释则是**文义解释的特殊情形**。

**（二）填补隐藏漏洞的方法：目的论限缩**

**1.目的论限缩的含义和法官的适用**

目的论限缩指虽然法律规范的文义涵盖了某类案件，但是依据其规范目的不应赋予它和文义所涵盖的其他情形相同的法律后果，所以限缩该规范的适用范围，把某种案件事实排除出去。目的论限缩的基本法理是，不相类似的案件事实，应作不同的对待。将不符合规范目的的部分排除在外，法律规范的意义表达更为准确。

**2.目的论限缩和限缩解释的不同**

目的论限缩是**漏洞填补的方法**， 限缩解释则是**文义解释的特殊情形**。

**考点26 法产生的一般规律（21:05-21:14）**

**1.法律制度的形成是从个别调整发展为普遍调整的过程**

从调整机制上看，法的产生经历了从个别调整到规范性调整、一般规范性调整到法的调整的发展过程。

**2.法的形成经历了由习惯到习惯法再到制定法的过程**

从形式上看，法的产生经历了从习惯到习惯法，再由习惯法到制定法的发展过程。

**习惯法和习惯最大的区别在于，习惯法具有法律的效力。成文法与习惯法的主要区别在于，它不仅具有文字的表现形式，而且是被国家机关认可并具有法律效力。**

**3. 法律、道德、宗教等行为规范由浑然一体逐渐分化为各自相对独立的规范系统**

**考点27 法的传统与法律文化（21:14-21:29）**

**一、法律意识**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **法律意识** | **法律心理** | 对法律现象表面的、直观的感性认识 | 法律意识的初级阶段，具有直观性、不稳定性 | 体现为心理活动和**心理状态** |
| **法律思想** | 对法律现象的理性认识 | 法律意识的高级阶段，具有理论化、体系化的特点 | 体现在法律著作、论文等研究成果中 |

**二、法的继承与法的移植**

**（一）法的继承（时间维度）**

法的继承指不同历史时代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继受。因此，法的继承体现的是**时间上的先后关系**。

**（二）法的移植（空间维度）**

法的移植是用来表征同时代（共时性）的国家间相互引进与吸收法律这种实践的术语。移植的对象**不仅包括外国的法律（制定法和习惯法），也包括国际法和国际惯例。**

**考点28 法系(21:40-21:45)**

**\*大陆法系和英美法系的区别**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **大陆法系** | **英美法系** |
| **法的渊源** | 制定法是正式的法的渊源，判例是非正式的法的渊源 | 制定法、判例法都是法的正式渊源 |
| **法律思维** | 演绎型思维 | 归纳型思维 |
| **法律的分类** | 公法和私法 | 普通法和衡平法 |
| **诉讼程序** | 纠问制诉讼 | 对抗制诉讼程序 |
| **法典编纂** | 主要发展阶段都有代表性的法典 | 不倾向进行系统的法典编纂 |

**考点29 法的现代化(21:45-21:50)**

**一、法的现代化类型**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **类型** | **动力来源** | **具体表现** | **特点** | **合法性依据** |
| **内发型** | 社会自身力量产生的法的内部创新 | 自发的；  自下而上的法律演进（吸纳本土习惯、风俗） | 自发性  独立性  平稳性 | 法律自身 |
| **外源型** | 外部环境影响下法的变革 | 被动的；  自上而下的法律移植（与本土习惯、风俗产生冲突） | **被动性**  **依附性**  **反复性** | 法律所服务的政治、经济变革的合理性 |

**二、当代中国法的现代化的历史进程与特点**

1.从被动接受到主动选择

2.从模仿大陆法系到建立中国特色的社会主义法律制度

3.法的现代化的启动形式是立法主导型

4.法律制度变革在前，法律观念更新在后

**考点30 法与道德(21:50-22:30)**

**一、法与道德的联系**

**（一）概念上的联系**

法与道德在概念上的联系追问的是，**法在概念上是否包含道德内涵**。西方法学界存在两种观点：肯定说、否定说）

**（二）内容上的联系**

法与道德在内容上存在相互渗透的密切联系，这种内容上的联系应有限度，将最低限度的道德要求转化为法律义务，注意明确法与道德的调整界限。

限度的确定：伤害原则、法律家长主义原则、冒犯原则等。

**（三）功能上的联系**

法律调整与道德调整各具优势，可以互为补充。

**二、法与道德的区别**

**（一）生成方式不同**

法在生成上与有组织的国家活动相关，由权威主体经法定程序制定或认可，具有形式上的建构性。道德在社会生产生活中自然演进生成，不是自觉制定和程序选择的产物，不具有建构性。

**（二）表现形式不同**

法一般以国家机关创制的规范性文件的形式来表现。而道德通常存在于人们的内心和社会舆论中，或以语言形式被记载下来。

**（三）调整方式不同**

**法一般规范和关注外在行为，一般不脱离行为过问动机**，只有外部行为不合法时，才追问其动机。道德首要关注内在动机，不仅侧重通过内在信念影响外在行为，且评价和谴责主要针对动机。道德不仅要求行为和结果的善，也要求行为动机的善。

**（四）内容结构不同**

法有肯定明确的行为模式和法律后果，规定具体权利义务，在规范形态上以规则为主，因而具体确切，可操作性相对较强。道德无特定、具体的表现形式，对行为的要求笼统、标准模糊，在规范形态上以原则为主。一般道德的调整范围比法的调整范围广。

**（五）强制方式不同**

法与有组织的国家强制相关，专门机构、暴力后盾、程序设置、行为针对性和物质结果构成法的外在强制标志。道德强制是内在的，主要凭靠内在良知认同，即便是舆论压力和谴责也只能在主体对谴责所依据的道德准则认同的前提下发挥作用。

**三、法的概念的争议**

**（一）实证主义的法的概念**

主要有两个要素：一个要素是权威性制定，另一个要素是社会实效。**（法与道德没有关系）**

1.以**社会实效**为首要定义要素的法的概念

主要代表是法社会学（代表学者如庞德、埃尔利希、耶林等）和法现实主义（代表学者如霍姆斯、弗兰克、卢埃林等）。

2.以**权威性制定**为首要定义要素的法的概念

在法律理论上，主要代表是实证分析主义法学（代表学者如奥斯丁、哈特、凯尔森等）。

分析法实证主义分裂为：**包容性法律实证主义（考虑道德因素）；排他性法律实证主义（法律是社会事实问题）**

**（二）非实证主义的法的概念**

非实证主义理论主张，法与道德存在本质上和内容上的联系。因此在定义法的概念时，需要将道德因素包括在内，即**以内容的正确性作为法的概念的一个必要的定义要素**。（注意以内容的正确性与权威性制定或社会实效性要素同时作为法的概念的定义要素也是非实证主义<第三条道路>）

**马克思主义关于法的本质的基本观点和法的定义：**法的本质具有阶级性和物质制约性，法是统治阶级意志的体现