**考点1 法的特征（19:30-19:48）**

**一、法具有规范性，是调整人的行为的一种社会规范**

**法只能针对行为，而不能针对思想**

**二、法具有国家意志性，是由国家制定或认可的具有特定形式的社会规范**

法律的形成有两种基本方式：制定；认可：明示的认可；默示的认可

在裁判中认可习俗要注意的要点是，只有不违背法律的民俗习惯才可以作为裁判依据。

**三、法是具有普遍性的社会规范**

**四、法具有国家强制性，是以国家强制力为后盾保证实施的社会规范**

强制力等同于约束力，但是不等于暴力，国家强制力不是保证法律实施的唯一力量。

**五、法具有程序性，是严格规定程序和通过程序保证实现的行为规范**

**六、法是具有可诉性的社会规范**

第一，可争讼性。任何人都可以将法律作为起诉和辩护的根据。

第二，可裁判性（可适用性），即在法律决定的做出中，可以将法作为裁判的依据。

**记忆口诀：规范、意志；普遍、强制；程序、可诉。**

**考点2 法的作用（19:48-19:56）**

**\*法的规范作用**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **法的规范作用** | **含义** | **作用的对象** |
| **指引作用** | 法对本人的行为具有引导作用 | 行为人**自己的行为** |
| **评价作用** | 法具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用 | **他人的行为** |
| **教育作用** | 通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响 | 一般人的行为 |
| **预测作用** | 凭借法律的存在，预先估计人们相互之间会如何行为 | 人们相互之间的行为 |
| **强制作用** | 通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律 | **违法者的行为** |

法对人的行为的指引是规范性指引，通过确定的指引（设置义务）和不确定的指引（宣告法律权利）进行

**记忆口诀：指引行为、合法评价、教育众人、相互预测、制裁违法。**

**考点3 法的价值的种类（自由、人权、正义）（19:56-20:03）**

**1.自由**

**法律限制人的自由的原则**

证成法律限制人的自由的原则有：

第一，伤害原则。国家禁止和限制任何成员的行为自由的必要条件是，这个行为伤害（危害、冒犯）或可能伤害（危害、冒犯）其他人的权利和利益。**（自我伤害不属于该原则）**

第二，家长主义原则。为了相对人利益，不顾当事人的主观意志而限制其自由，

第三，道德主义原则。如果一个行为与特定社会的人们的道德是背离的，国家可以禁止或限制该行为。

**2.人权：**人权在逻辑上先于国家和法，在根本上人权是一种道德权利，并不是所有的人权都实际上被法律化。

**3.正义：分配正义：**平等原则**；**差别原则**；**个人需求原则**（新增重点关注）**

**记忆口诀：自由是本性，法律应限制；**

**人权是根基，部分法律化；**

**社会需正义，等差有需求。**

**考点4 法的价值冲突及其解决（20:03-20:11）**

**\*法的价值冲突的解决原则**

**（一）个案中的比例原则**

**比较哪一个法的价值在具体案件的情境下更具有优先性或分量**，即在价值的相互冲突中，损害程度最小的法的价值是更具有优先性或分量的价值。

**（二）价值位阶原则**

位阶高的价值比位阶低的价值优先得到保护

首先，法的基本价值（秩序、自由、正义、人权）高于效率、利益等一般价值。基本价值中，**人权、自由＞正义＞秩序**

**注意：出现自由裁量原则、功利原则都是干扰选项，不选**

**考点5 法律规则（20:11-20:25）**

**一、法律规范、法律概念、法律规则、法律原则的关联**

法律由法律规范组成。作为命题的法律规范（包括法律规则和法律原则）是由法律概念构成的。

**二、法律规则的逻辑结构**

**（一）假定条件**

假定条件，指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分，即法律规则在什么时间、空间、对什么人适用以及在什么情境下对人的行为有约束力的问题。

**（二）行为模式**

1.可为模式：指在假定条件下，人们“可以如何行为”的模式，（**“可以”、“有……权利”、“有……自由”）**

2.应为模式：指在假定条件下，人们“应当或必须如何行为”的模式，(**“应当”、“必须”)**

3.勿为模式：指在假定条件下，人们“禁止或不得如何行为”的模式，（**“不得”、“禁止”、“严禁”）**

**（三）法律后果**

1.合法后果：又称肯定式的法律后果**（对人们行为的保护、许可或奖励）**

2.违法后果：又称否定式的法律后果**（对人们行为的制裁、不予保护、撤销、停止，或要求恢复、补偿）**

**特别提醒：**

1.法律规则的三要素**在逻辑上缺一不可**。（现实条文可以省略）

2.一个法律条文可能只规定法律规则的某个要素或若干要素。因此，在法律条文中，有时省略的是假定条件，有时省略的是行为模式，有时省略的是法律后果。

**三、法律规则与法律条文**

**（一）法律条文及其类别**

规范性条文是直接表述法律规范（法律规则和法律原则）的条文。

非规范性条文是规定法律技术内容的条文，例如规定公布机关和时间、法律生效日期等。

**注意：并不是所有的法律条文都直接规定法律规则。**

**（二）法律规则和法律条文的关系：**条文和规则不是一一对应关系，一个条文可以包括多个规则，一个规则可以由多个条文表达

**四、法律规则的分类（重点内容）**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **分类标准** | **具体类别** | | **表述特点** |
| 规则的内容 | 授权性规则 | | “可以”、“有……权利”、“有……自由” |
|  | 义务性  规则 | 命令性规则 | “应当”、“必须”、“须” |
|  |  | 禁止性规则 | “不得”、“禁止”、“严禁” |
| 规则内容的确定性 | 确定性规则 | | 除下面两种之外的大多数法律规则 |
|  | 委任性规则 | | ……的具体办法由……部门或机构制定；  ……的管理办法，由……依据本法另行制定；  ……的管理办法，由……机构会同……有关部门制定，等 |
|  | 准用性规则 | | ……，本法未作规定的，适用《××法》的规定；  ……，除本法另有规定外，适用《××法》的规定；  ……，适用《××法》的规定，等 |
| 规则对人们行为限度的范围和程度 | 强行性规则 | | “应当”、“必须” |
|  | 任意性规则 | | “可以” |

**考点6 法律原则（20:25-20:30）**

**一、法律原则和法律规则的区别**

**（一）性质上的区别**

法律规则是一种“应该做”的规范，法律原则是一种“应该是”的规范。

**（二）内容上的区别**

法律规则的规定明确具体，有具体的假定条件、行为模式和法律后果；而法律原则较为笼统，它没有明确具体的假定条件和法律后果，在对行为的设定上，只提出一些概括性的要求或标准。

**特别提醒：法律规则着眼于共性；法律原则不仅着眼限于行为及条件的共性，而且关注它们的个别性。**

**（三）适用范围上的区别**

法律规则只适用于具体类型的行为。法律原则适用范围比法律规则宽广。

**（四）适用方式上的区别**

法律规则以“全有或全无的方式”应用于个案中；而法律原则是以衡量的方式应用于个案中，即比较不同法律原则具有的“强度”。

**二、法律规则与法律原则的适用**

**法律原则的适用设条件**：

1.穷尽法律规则，方得适用法律原则。**（只有出现无法律规则可循的情况，才可以适用法律原则弥补“法律漏洞”。）**

2.除非为了实现个案正义，否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。

3.没有更强理由，不得径行适用法律原则。

**在个案裁判中，应当优先适用法律规则。**

**考点7 法律概念（20:40-20:43）**

\***法律概念的分类**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **分类标准** | **类别** | **特点** | **举例** |
| **概念的**  **功能** | **描述性概念** | 描述自然事实或者社会事实（制度性事实） | 自然人法人 |
|  | **评价性概念** | 包含对事实或事物的价值判断 | 正当防卫 |
|  | **论断性概念** | 基于对某个事实的确认来论断另一个事实的存在 | 宣告死亡 |

**考点8 权利与义务的分类（20:43-20:50）**

**一、权利和义务的分类**

**（一）绝对权利义务和相对权利义务（**分类的标准是权利义务相对应的主体范围）

绝对权利和义务，是对应不特定的法律主体的权利和义务。（物权）

相对权利和义务，是对应特定的法律主体的权利和义务。（债权）

**（二）积极义务和消极义务（**根据权利义务主体是否需要作出一定行为划分）

**二、权利和义务的语义类型**

**（一）权利语义类型**

（1）主张权：是狭义的、原本意义的权利，即请求权。

（2）自由权：“某人拥有自由权”可以被进一步表达为：x自由于y而做或不做z

（3）权力权：可以被表述为：法律主体x拥有一个创立针对y的一个法律地位的权力。

**（二）义务的语义类型**

**职责性义务和服从性义务，前者对应于主张权和自由权，后者对应于权力权。**

**考点9 当代中国法的正式渊源（20:50-20:53）**

**一、宪法：**宪法是一个宪政国家最根本的法的渊源。

**二、法律：**仅指狭义的法律，即全国人大及其常委会制定的规范性文件。法律的地位和效力仅次于宪法。**（注意绝对法律保留事项）**

**三、行政法规：**行政法规是国家最高行政机关即国务院所制定的规范性文件，其**法律地位和效力仅次于宪法和法律。**

**四、部门规章和地方政府规章（**统称行政规章）：部门规章指**国务院各部委、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构**根据法律和国务院的行政法规、决定、命令在本部门的权限内制定的规章。

地方政府规章指**省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府**根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定、发布的规章。

**五、地方性法规：**地方性法规是**省、自治区、直辖市以及设区的市和自治州的人民代表大会及其常委会**制定的规范性文件。

**六、民族自治条例和单行条例**

（1）立法主体是民族自治地方的人民代表大会（自治区、自治州、自治县）

（2）分别报请全国人大常委会批准、报请省、自治区、直辖市的人大常委会批准后才能生效，且仅在本自治区域内有效。**（双批准）**

**七、国际条约、国际惯例**

**记忆口诀：主权、府院和民特，罪刑、限权和税收；**

**私产收用与民事，经济、诉裁和其他。**

**考点10 当代中国法的非正式渊源 （20:53-20:58）**

**一、习惯**

只有不违背法律，并且不违背公序良俗的习惯才可以作为裁判依据。

**二、判例（或指导性案例）**

**补充说明：**

最高法发布的《关于案例指导工作的规定》第7条：“最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案件时应当参照。”

第一，**指导性案例是当代中国的一种非正式的法的渊源；**

第二，在法院系统，指导性案例只能由最高人民法院发布。

第三，“应当参照”对法官具有约束力，但不同于法律上的强约束力。

**三、政策**

1.政策在宪法和法律中加以确认，被整合到法律中后成为当代中国法的正式渊源，成为法定政策或法律政策。**注意：**作为法的非正式渊源的政策指那些没有被整合到法律中的政策。

2.作为非正式渊源的中国共产党的政策，**不包括纯粹关于党自身的行动计划的政策。**

**考点11 正式的法的渊源的效力原则（20:58-21:04）**

**判断法的效力位阶，主要看制定机关，即立法主体。制定机关在国家机关体系中的地位越高，其制定的规范性法律文件的效力也越高。**

**速记口诀：《立法法》第95条 位阶有交叉，自单特优先； 地规不一致，需按照权限； 同主体制定，自身定新旧； 地部不一致，国务院提意； 若用地方规，则决定适用； 用部门规章，提请全人常； 规章有冲突，国务院裁决； 授权法冲突，全人常裁决**

**考点12 法的效力范围（21:04-21:07）**

**一、规范性法律文件及其效力范围**

规范性法律文件是一种总称，包括宪法、法律、各类法规和规章等。

**特别提醒：在我国法律实践中，立法解释、司法解释、行政解释也具有法律约束力，属于规范性法律文件。**

**二、非规范性法律文件及其效力范围**

一类是具有法律约束力的法律文书，如判决（书）、公证文书、逮捕证、许可证等；

一类是法律主体就特定事项作出的书面记载或者达成的特定协议，如遗嘱、合同等。

非规范性法律文件的效力，指判决书、裁定书、逮捕证、许可证、合同等的法律效力。这类法律文件**也具有法律效力，但是不具有普遍的约束力**。它是适用法律的结果，而不是法律本身。

**规范性法律文件体系是按照不同的法律渊源形式而构成，而法律体系是由不同法律部门构成。**

**考点13 法的时间效力（包括法的溯及力）（21:07-21:08）**

刑事法律一般以法律不溯及既往为原则（从旧兼从轻原则）；在某些规定民事权利的法律中，法律有溯及力

**考点14 法律部门与法律体系 （21:08-21:13）**

**一、公法、私法与社会法**

公法与私法的划分，是大陆法系国家对法律做出的一个基本分类。社会法是介于公法和私法之间的法律。

**二、法律体系**

法律体系又称部门法体系，是指一国的全部现行法律规范，按照一定的标准和原则，划分为不同法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。

**记忆口诀：宪行民经社刑讼**

**考点15 法律关系的含义和种类（21:13-21:16）**

**二、法律关系的种类**

1. **调整性法律关系和保护性法律关系**

**调整性法律关系：合法行为**

**保护性法律关系：违法行为**

**（二）纵向（隶属）的法律关系和横向（平权）的法律关系**

纵向（隶属）的法律关系：不平等主体。

横向法律关系：平等主体

**（三）第一性法律关系（主法律关系）和第二性法律关系（从法律关系）**

|  |  |
| --- | --- |
|  | **举例** |
| **第一性法律关系** | 调整性法律关系、实体法律关系 |
| **第二性法律关系** | 保护性法律关系、程序法律关系 |

**考点16 法律关系的产生、变更与消灭（21:16-21:18）**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **法律规范**：法律关系形成、变更和消灭的依据 | | |
| **法律事实：**法律关系形成、变更和消灭直接的前提条件 | **法律事件：**不以当事人的意志为转移 | 社会事件 |
|  |  | 自然事件 |
|  | **法律行为：**体现了当事人的意志 | 合法行为、违法行为 |

**考点17 法律责任的竞合（21:18-21:21）**

**一、法律责任竞合的特点**

同一法律主体，实施了一个行为，行为符合两个或两个以上的法律责任构成要件，**数个法律责任之间相互冲突**。

**注意：**与之相反的情况是“并存”，如某犯罪行为的刑事责任和附带民事赔偿责任可以被同时追究，不存在责任竞合的问题。

**二、法律责任竞合的解决**

1.民法上侵权责任与违约责任的竞合，理论上存在争议。

2.对刑法上的想象竞合，应择其重罪处罚。

3.对不同法律部门间法律责任的竞合，一般来说，应按重者处之。如果相对较轻的法律责任已经被追究，再追究较重的法律责任时应适当考虑折抵。

**考点18 归责与免责（21:21-21:24）**

**一、法律责任的归责原则**

**（一）责任法定原则（**法律规范予以明确规定）

责任法定原则指法律责任作为一种否定的法律后果应当由法律规范预先规定；

**（二）公正原则**

“有责必究”、“责罚相当”、“罚当其罪”、定性公正、平等追责

**（三）效益原则**

效益原则指在追究行为人的法律责任时，应当进行**成本收益分析**，讲求法律责任的效益。

**（四）责任自负原则**

责任自负原则指承担法律责任的主体**仅限于实施导致法律责任的行为人本人**。

**二、法律责任的免责条件**

**免责不等于无责任。**时效免责；不诉免责；协议免责；自首、立功免责；因履行不能而免责

**注意：协议免责仅适用于民事违法或违约行为。**

**记忆口诀：免责条件：时不诉，协首道。**

**考点19 法适用的目标（21:24-21:30）**

**一、法律决定的可预测性（有时表述为“法的安定性”）**

法律决定的可预测性**是形式法治的要求**，它意味着做法律决定的人在做决定的过程中应尽可能避免武断和恣意。

**二、法律决定的正当性（有时表述为“合目的性”或“可接受性”）**

法律决定的正当性**是实质法治的要求**，它意味着按照实质价值或某些道德考量，法律决定是正当的或正确的。

**特别提醒：**对在特定时间段内的特定国家的法律人来说，**法律决定的可预测性具有初始的优先性。**

**考点20 法的发现与法的证成（21:30-21:43）**

**一、法的发现与法的证成的区分**

法的发现是特定法律人的心理因素与社会因素（如直觉、偏见、情感、利益立场、社会阶层、价值偏好等）引发他针对特定案件做出某个具体决定的实际过程。所以，对于法的发现来说：

1.法律人作法律决定是一个**事实或实际行为过程**；

2.心理因素、社会因素与法律决定之间的关系是一种因果关系，所以法律决定是由作为原因的那些因素而导致的事实结果。

法的证成是法律人将其实际上所作的决定进行合理化的证明和证成，以保证该决定是理性的、正当的或正确的。所以，对于法的证成来说：

1.法律人作法律决定是一个**推理或论证的过程**；

2.法律决定是作为一个命题从一定的前提命题推理出来的结论。

**二、法的证成的优先性**

法的证成能够保证法律人的法律适用目标的实现，即在更大程度上保证法律决定的可预测性与正当性的实现。**法的证成相对于法的发现具有优先性。**

**考点21 内部证成与外部证成的区分（21:43-21:55）**

**一、内部证成**

内部证成指按照一定的逻辑规则，通过各个前提，逻辑地推导出法律决定。（从前提到结论）

内部证成的基本形式主要指的是司法三段论推理，即**演绎法律推理**。演绎法律推理是适用一般法律规范，对具体案件事实作出判决的推理。**（大前提：法律规范；小前提：法律事实；结论）**

**二、外部证成**

外部证成则指对法律决定所依赖的前提的证成，它关注的是**法律决定所依赖的前提的正确性和合理性。**

外部证成的主要对象是：在内部证成过程中所使用的各个前提。

（核心区别：**内部证成关注由前提到结论的逻辑推导步骤，而外部证成则关心各前提本身的证成。）**

**记忆口诀：内部证成依逻辑，外部证成看前提；**

**内部不顺靠外部，不忘解释和推理。**

**考点22 法律解释的方法与位阶（21:55-21:59）**

**一、法律解释方法**

|  |  |
| --- | --- |
| **法律解释的方法** | **要点** |
| 文义解释（语法解释、文法解释、文理解释） | 法律条文所运用的语言的一般的含义和语言使用方式 |
| 立法者的目的解释（主观目的解释） | **参与立法**的人的意志或立法资料 |
| 历史解释 | 正在讨论的法律问题的历史事实，及特定解决方案的法律后果 |
| 比较解释 | 外国的立法例和判例学说 |
| 体系解释（逻辑解释、系统解释） | 被解释的法律条文在整部法律乃至整个法律体系中与其他法条的相互关系 |
| 客观目的解释 | 被规整之事物领域的结构；法伦理性的原则 |

**二、法律解释方法的位阶**

**（1）语义学解释→（2）体系解释→（3）立法者意图或目的解释→（4）历史解释→（5）比较解释→（6）客观目的解释。（**语义解释总是首先被运用的，这是固定的）

**记忆口诀：法律解释方法：文立史，比体客。**

**考点23 当代中国的法律解释体制（21:59-22:06）**

**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。）**

“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。

**司法解释存在问题：若抵触，提改废；人常释，常委议。**

**国军两高，省常其他。**

**考点24 法律推理的种类（22:06-22:13）**

**\*法律推理种类**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **种类** | **内容** | **适用情况** |
| **演绎推理** | 三段论、**涵摄** | 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 | 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 | 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 |

**记忆口诀：法律推理类型：演归类，当反设。**

**考点25 法律漏洞的填补（22:13-22:18）**

**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 | 《继承法》第16条第3款中“法定继承人以外的人”是否包括“被继承人的情人” |
| **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**

**（一）填补明显漏洞的方法：目的论扩张**

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**

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（22:18-22:20）**

**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（22:20-22:22）**

**\*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 |

**考点28 法的现代化（22:22-22:23）**

**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29 法与道德（22:23-22:30）**

**一、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）实施方式不同**

法依靠国家强制力保证实施。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。

**二、法的概念争议**

**（一）实证主义的法的概念**

1.以**社会实效**为首要定义要素

2.以**权威性制定**为首要定义要素

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**

**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）