

世界化还意味着某些“全球性法”、“世界性法”的出现。

三、法的传统与法律意识

(一) 中国法的传统

法的传统是指世代相传、辗转相承的有关法的观念、制度的总和。习惯上，我国法学界将“中国法的传统”用于特指中国古代法的传统，而“法律文化”则更多地用于指称现代中国的法律、制度及相应的观念。

- 1、在秩序的规范基础方面，礼法结合，以礼为主；
- 2、在秩序价值基础上，等级有序，家族本位；
- 3、在规范的适用方面，恭行天理，执法原情；
- 4、在法律体系的内部结构上，民刑不分，重刑轻民；
- 5、在秩序的形成方式上，无论是求。

注意：现代中国法律文化的渊源主要有：(1)马克思主义的关于法的基本思想及社会主义各国尤其是中国自己的社会主义法制建设的经验。(2)西方法律制度和法律思想。(3)中国古代法传统。

(二) 法律意识

法律意识是指人们关于法律现象的思想、观念、知识和心理的总称，是社会意识的一种特殊形式。法律意识可以使一个国家的法律传统得以延续。

1、法律意识分为两个层次：法律心理和法律思想体系。法律心理是人们对法律现象表面的、直观的感性认识和情绪，是法律意识的初级形式和阶段。法律思想体系是法律意识的高级阶段，它以理性化、理论化、知识化和体系化为特征，是人们对法律现象进行理性认识的产物，也是人们对法律现象的自觉的反映形式。

2、法律意识的作用。

- (1) 在法的演进过程中，法律意识起着传承人们关于法的思想、观点和知识的作用；
- (2) 在现实的法律创制过程中，法律意识也具有一定的指导作用；
- (3) 在法的实施过程中，法律意识同样具有重要作用。

四、法系

法系是比较法学上的基本概念，具体指根据法的历史传统和外部特征的不同，对法所做的分类。法系划分的理论依据主要是法的传统。在历史上，世界各主要地区曾经存在过许多法系，诸如印度法系、中华法系、伊斯兰法系、民法法系和普通法系，等等。当今世界上最有影响的是民法法系和普通法系。

中华法系是世界五大法系之一。中华法系形成于秦朝(前 221—前 206)，到隋唐时期成熟。其代表性的法典就是保存至今的永徽律及其律疏，又称《唐律疏议》，这是中华法系完备的标志。**中华法系的主要特点有：第一，法律以君主意志为主。第二，礼教是法律的最高原则。第三，刑法发达，民法薄弱。第四，行政司法合一。【新增】**

(一) 民法法系

民法法系是指以古罗马法，特别是以 19 世纪初《法国民法典》为传统产生和发展起来的法律的总称。由于该法系的影响范围主要是在欧洲大陆国家，特别是法国和德国，且主要法律的表现形式均为法典，所以又称为大陆法系、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。例如，在非洲有埃塞俄比亚、南非、津巴布韦等；在亚洲有日本、泰国、土耳其等；此外，还有加拿大的魁北克省，美国的路易斯安那州，英国的苏格兰等。

(二) 普通法系

普通法系是指以英国中世纪的法律，特别是以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，因而被称为判例法系；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，主要是曾为英国殖民地、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。

(三) 两大法系的区别

项目	内容
(1) 法律思维方式	① 民法法系属于演绎型思维，是三段论。
	② 普通法系属于归纳式思维，注重类比推理
(2) 在法的渊源方面	① 民法法系中法的正式渊源只是制定法，
	② 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	① 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，
	② 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	① 民法法系与教会法程序接近，属于纠问制诉讼，
	② 普通法系则采用对抗制诉讼程序。
(5) 在法典编纂方面	① 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。
	② 在都铎王朝时期曾进行过较大规模的立法活动，近代以来制定法的数量也在增加，但从总体上看，不倾向进行系统的法典编纂。
另外，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。	

第三章 法的运行论

第一节 法律怎么用（宏观视角）？

一、法的制定（立法）

(一) 立法体制

立法体制包括立法权限的划分、立法机关的设置和立法权的行使等各方面的制度，主要为立法权限的划分。立法体制的性质是与国家的性质相一致的，立法体制的形式则是与国家的结构形式和管理形式密切联系的。

当代中国是单一制国家，根据我国宪法的规定，我国的立法体制是一元性的立法体制，即“一元多层次”。

- 1、全国人民代表大会及其常委会行使国家立法权，制定法律；
- 2、国务院根据宪法和法律制定行政法规，国务院下属的部委根据法律和行政法规，制定规章；
- 3、省、直辖市的人民代表大会及其常委会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规；民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族地区的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例；
- 4、省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规；
- 5、省、自治区、直辖市人民政府及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的设区的市的人民政府，可以根据法律和国务院的行政法规，制定规章。
- 6、按照“一国两制”的原则，特别行政区实行的制度，由全国人民代表大会以法律规定。

(二) 立法原则【新增】

一、合宪和法制统一原则：立法遵循宪法；立法维护法制统一

1、合宪性原则是指享有立法权的立法机关在创制法律的过程中，应当以宪法为依据，符合宪法的理念和要求，遵循宪法的基本原则。合宪性的要求具体还包括立法主体的合宪性、内容的合宪性和程序的合宪性等。法制统一原则是指立法应当依照法定的权限和程序，从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一和尊严。它同时要求立法机关所创设的法律应内部和谐统一，做到整个法律体系内各项法律、法规之间相互衔接且相互一致、相互协调。法制统一的前提和基础是宪法，只有在严格遵守和维护宪法的前提下，

才能保证法制的统一。

二、民主原则：立法体现人民意志;坚持立法公开，保障公众参与立法

立法的民主原则，是指在立法过程中，要体现和贯彻人民主权思想，集中和反映人民的智慧、利益、要求和愿望，使立法机关与人民群众相结合，使立法活动与人民群众参与相结合。立法的民主原则应该包括两个方面：一是立法内容的民主，二是立法过程和立法程序的民主。

三、科学原则：立法从实际出发;科学合理地规定权利与义务、权力与责任;法律规范明确、具体，具有针对性和可执行性

立法活动应坚持从实际出发，尊重客观规律，维护和保障立法的科学性。立法不能脱离客观实际存在，不能凭主观臆想进行。从实际出发首先要求立法要从现实的国情出发，适应经济社会发展和全面深化改革的要求;其次要求立法要尊重和反映客观规律。马克思深刻地指出，立法者应该把自己看做一个自然科学家。他不是制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律。他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。

立法活动应该科学、合理地规定公民、法人和其他组织的权利和义务以及国家机关的权力与责任，这就要求在立法工作中首先要坚持权利本位，把保障权利作为权利义务设定的出发点;其次要考虑权利义务的平衡;此外，还应该要考虑弱势群体的实际承受能力。而国家机关的权力与责任是应当统一的。

立法的科学性原则还要求法律制定过程中要注意法律规范的明确、具体，具有针对性与可执行性。这就要求立法不仅在语言上要具有明确性，平实严谨，而且要在内容上具有针对性和可执行性。法律不明确，执法者的自由裁量权就会扩大，法律的权威和效能会降低。

(三) 立法程序

1、法律议案的提出。提出法律议案(又称立法议案、法律案)是立法程序的开始。

(1) 全国人大代表和全国人大常委会的组成人员。依照法律规定，全国人大代表 30 人以上或一个代表团可以提出法律议案。全国人大常委会委员 10 人以上可以向全国人大常委会提出法律议案。

(2) 全国人大主席团、全国人大常委会可以向全国人大提出法律议案。全国人大各专门委员会可以向全国人大或全国人大常委会提出法律议案。

(3) 国务院、最高人民法院、最高人民检察院可以向全国人大或全国人大常委会提出法律议案。

2、法律案的审议。

法律案的审议是指立法机关对已经列入议事日程的法律案正式进行审查和讨论。我国全国人民代表大会对法律案的审议，一般经过两个阶段：一是由全国人大有关专门委员会进行审议，其中包括对法律案的修改、补充；二是立法机关全体会议的审议。立法法规定为列入常务委员会会议议程的法律案，一般应当经三次常务委员会会议审议后再交付表决(俗称三读)。

法律案审议的结果有以下几种：(1) 提付表决；(2) 搁置；(3) 终止审议。

3、法律的表决和通过。

法律的表决和通过是立法机关以法定多数对法律案所附法律草案表示最终的赞同，从而使法律草案成为法律。这是法的制定程序中具有决定意义的一个步骤。我国宪法规定，宪法的修改由全国人民代表大会以全体代表 2/3 以上的多数通过。法律案所附法律草案要经过全国人大或全国人大常委会以全体代表的过半数通过。

通过法律的方式，有公开表决和秘密表决两种。公开表决包括举手表决、起立表决、口头表决、行进表决、记名投票表决等各种形式。秘密表决主要是以无记名投票的形式。我国为秘密表决。

4、法律的公布。

法律的公布是指立法机关或国家元首将已通过的法律以一定的形式予以公布，以便全社会遵守执行。法律的公布是立法程序中的最后一个步骤，它是法律生效的前提。法律通过后，凡是未经公布的，都不能发生法的效力，从而无法在社会生活中发挥作用。未经正式公布的“法律”，不为人们所知晓，就不具有普遍约束力，也不可能得到人们的普遍遵守。

我国宪法规定，中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，公布法律。公布后的法律生效问题，依照法律规定。我国公布法律的报刊是全国人大常委会公报以

及“在全国范围内发行的报纸”，在全国人大常委会公报上刊登的法律文本为标准文本。

二、法的实施

法的实施，是指法在社会生活中被人们实际施行。法在被制定出来后实施前，只是一种“书本上的法律”，处在应然状态；法的实施，就是使法律从书本上的法律变成“行动中的法律”，使它从抽象的行为模式变成人们的具体行为，从应然状态进到实然状态。以实施法律的主体和法的内容为标准，法的实施方式可以分为三种：法的遵守；法的执行；法的适用。

注意：法的实现是将法的实施的过程性与法的实效的结果性结合的一个概念。即法的实现等于法的实施（过程）加上法的实效（结果）

（一）执法

广义的执法，或法的执行，是指所有国家行政机关、司法机关及其公职人员依照法定职权和程序实施法律的活动。狭义的执法，或法的执行，则专指国家行政机关及其公职人员依法行使管理职权、履行职责、实施法律的活动。这里是狭义的法的执行。

1. 执法是以国家的名义对社会进行全面管理，具有国家权威性。 2. 执法的主体，是国家行政机关及其公职人员。

3. 执法具有国家强制性。

4. 执法具有主动性和单方面性。如果行政机关不主动执法并因此给国家或社会造成损失，就构成失职，要承担法律责任。

（二）执法的原则

1. 依法行政原则。

依法行政原则，是指行政机关必须依照法定的权限、法定程序和法治精神进行管理，越权无效。该原则具体包括三个方面的内容：第一，执法的主体合法。国家行政机关的设立及其职权必须有法律依据，必须在法律规定的职权范围内活动，越权违法，越权无效。第二，执法的内容合法。执法活动是根据法律的规定进行的，采用的具体方式也要符合法律的规定。第三，执法的程序必须合法。要严格按照法定的步骤、顺序和时限进行执法，不得任意改变、省略和超越。

2. 讲求效率原则。

讲求效率原则是指行政机关应当在依法行政的前提下，讲求效率，主动有效地行使其权能，以尽可能低的成本取得最大的行政执法效益。执法主体必须严格按照法定程序和法定权限执法，不能借口效率而违反法律规定，效率原则是建立在行政合法性原则基础之上的。

3. 合理性原则。

执法的合理性原则是指执法主体在执法活动中，特别是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。行政合理性原则要求执法主体要平等地对待行政相对人，对于实施了同样或类似行为的行政相对人应给予公平对待处理；行使自由裁量权时要以法律精神为指导，考虑相关因素，尽可能照顾到各方利益，在多方利益之间衡量时要合情合理，禁止偏袒，禁止谋私，严格控制自由裁量权的行使；对于法律只有原则规定或没有法律规定的，应以客观、充分的事实根据为基础，依据法律的基本精神和目的，遵循与社会公理相一致原则，公平合理地处理，执法要符合当地的善良风俗。执法要做到程序公正，不单方面接触行政相对人，不在事先未通知和听取行政相对人申辩意见的情况下作出对相对人不利的处理；对于不适当、不合理等显失公平的执法行为应该依法及时予以纠正，宣布无效并予以撤销。

4. 正当程序原则。

执法的正当程序是指执法机关在实施行政执法行为的过程中，必须遵循法定的步骤、方式、形式、顺序和时限，目的是使执法行为公平、公开、民主，保障公民、法人和其他组织的合法权益，促进行政权行使的合法性和合理性，提高行政效率。

5、比例原则。【新增】是指行政机关实施行政行为应兼顾行政目标的实现和保护相对人的权益，如果为了实现行政目标可能对相对人权益造成某种不利影响时，应使这种不利影响限制在尽可能小的范围和限度，使二者处于适度的比例。其内涵分为三个方面：第一是妥当性(适当性)原则，指行政行为对于实现行

政目的、目标是适当的。**第二是必要性原则**，指行政行为应以达到行政目的、目标为限，不能给相对人权益造成过度的不利影响，即行政的行使只能限于必要的度，以尽可能使相对人权益遭受最小的侵害。**第三是比例性原则**，指行政行为的实施应衡量其目的达到的利益与侵犯相对人的权益二者孰轻孰重。只有前者重于后者时，其行为才具合理性，行政行为在任何时候均不应给予相对人权益以超过行政目的、目标本身价值的损害。

2、诚实守信原则。其内涵分为两个方面：**第一是行政信息真实原则**。行政机关公布的信息应当全面、准确、真实。无论是向普通公众公布的信息，还是向特定人或者组织提供的信息，行政机关都应当对其真实性承担法律责任。**第二是保护公民信赖利益原则**。非因法定事由并经法定程序，行政机关不得撤销、变更已经生效的行政决定；因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要撤回或者变更行政决定的，应当依照法定权限和程序进行，并对行政管理相对人因此而受到的财产损失依法予以补偿。

3、权责统一原则。其内涵分为两个方面：**第一是行政效能原则**。行政机关依法履行经济、社会和文化事务管理职责，要由法律、法规赋予其相应的执法手段，保证政令有效。**第二是行政责任原则**。行政机关违法或者不当行使职权，应当依法承担法律责任。这一原则的基本要求是行政权力和法律责任的统一，**即执法有保障、有权必有责、用权受监督、违法受追究、侵权须赔偿。**

（三）司法

司法，又称法的适用，通常是指国家司法机关根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。

1. 司法是由特定的国家机关及其公职人员，按照法定职权实施法律的专门活动，具有国家权威性。在我国，人民法院和人民检察院是代表国家行使司法权的专门机关，其他任何国家机关、社会组织和个人都不得从事这项工作。在中国，司法权包括审判权和检察权。审判权即适用法律处理案件，作出判决和裁定；检察权包括代表国家批准逮捕、提起公诉、不起诉、抗诉等。司法机关依照法律代表国家独立行使职权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

2. 司法是司法机关以国家强制力为后盾实施法律的活动，具有国家强制性

3. 司法是司法机关依照法定程序、运用法律处理案件的活动，具有严格的程序性及合法性。枉法裁判，应当承担相应的法律责任。

4. 司法必须有表明法的适用结果的法律文书，如判决书、裁定书和决定书等。

小贴士：司法与执法的区别

1. 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，而执法是由国家行政机关及其公职人员来执行法律的活动，二者具有各不相同的特定主体。

2. 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，而执法是以国家的名义对社会进行全面管理，行政管理的事务涉及社会生活方方面面，执法的内容远比司法广泛。

3. 程序性要求不同。司法活动有严格的程序性要求，司法机关的活动一般都有相应的较为严格的程序性规定，如果违反程序，将导致司法行为的无效和不合法。而执法活动虽然也有相应的程序规定，但由于执法活动本身的特点，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。

4. 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，而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。

（四）当代中国司法的要求和原则【新增】

1、司法法治原则

我国的三大诉讼法都规定了以事实为依据、以法律为准绳的原则。以事实为依据，就是指司法机关审理一切案件，都只能以与案件有关的事实作为依据，而不能以主观臆断作依据。任何一个案件，都是一种