

2007年司法考试法理学重点难点（三）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/249/2021_2022_2007_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_249690.htm

专题一：立法（第一节）一、立法的定义(立法的含义 立法的特点 立法与法治)1、立法是指一定的国家机关依照法定职权和程序，制定、修改和废止法律和其他规范性法律文件及认可法律的活动，是将一定阶级的意志上升为国家意志的活动，是对社会资源、社会利益进行第一次分配的活动。广义与狭义的立法概念。2、立法的特点：（1）立法是以国家名义进行的活动；（2）立法是一项国家职能活动，其目的是为了实现在国家和社会生活的有效调控。（3）立法是以一定的客观经济关系为基础的人们的主观意志活动，并且受其他社会因素的影响（4）立法是产生具有规范性、国家强制性的普遍行为规则的活动；（5）立法是依照法定职权和程序进行的专门活动（6）立法是对有限的社会资源进行制度性的分配，是对社会资源的第一次分配，反映了社会的利益倾向性。立法是对社会进行权威的，有效的资源分配、财富分配，通过权利义务的分配，从而实现社会控制、社会调整、实现社会动态平衡。3、立法与法治（1）立法是法治的重要内容，制定完备而良善的法律是进行法治建设的前提和基础。（2）依法治国，进行社会主义法制建设应当高度重视立法工作。二、立法体制(立法权限 当代中国的立法体制)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。1、立法权限：国家立法权、地方立法权、行政立法权、授权立法权。2、立法体制：（1）立法体制的性质是与国家性质相一

致，立法体制的形式与国家结构形式和管理形式密切联系。

(2) 主要包括：一元制和二元制。3、当代中国的立法体制：
(1) 一元性的立法体制，全国只有一个立法体系，但又是多层次的。
(2) 具体立法权限的规定：第一，全国人大和全国人大常委会是我国立法机关，行使全国立法权。二者的立法权限分工是：全国人大制定、修改基本法律；全国人大常委会制定、修改基本法律以外的法律（本章中的“法律”一词为狭义用法，广义的法律包括基本法律和全国人大常委会制定的法律，狭义的法律仅指后者）；全国人大常委会可以部分补充、修改基本法律。第二，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；第三，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；第四，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；第五，省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大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情况下，可以制定地方性法规；第六，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较大的市的人民政府，可以根据法律和国务院的行政法规，制定规章。第七，按照“一国两制”的原则，特别行政区实行的制度（包括立法制度），由全国人民代表大会以法律规定。参考《立法法》法条：
《立法法》第7条，全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。全国人民代表大会制定和修改刑

事、民事、国家机构的和其他的基本法律。全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。第8条 下列事项只能制定法律：（一）国家主权的事项；（二）各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；（三）民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；（四）犯罪和刑罚；（五）对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；（六）对非国有财产的征收；（七）民事基本制度；（八）基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；（九）诉讼和仲裁制度；（十）必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。（《立法法》第8条）第九条 本法第八条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。第十条 授权决定应当明确授权的目的、范围。被授权机关应当严格按照授权目的和范围行使该项权力。被授权机关不得将该项权力转授给其他机关。第十一条 授权立法事项，经过实践检验，制定法律的条件成熟时，由全国人民代表大会及其常务委员会及时制定法律。法律制定后，相应立法事项的授权终止。三、立法原则(合宪性与合法性原则 实事求是、从实际出发原则 民主立法原则 原则性与灵活性相结合原则) 1、确定立法原则时要考虑这样一些关系：（1）需要与

可能：立法的阶段性，立法的具体条件（社会、政治、经济）的配套；（2）历史现实与未来：立法的超前问题，立法的继承问题；（3）客观与主观：人的能力问题，客观认识把握与主观表达；（4）整体与部分：各个利益集团的平衡；法律自身的统一性、和谐性；（5）专家与社会：专家意见与社会要求，“精英”与一般民众的认识差距；（6）本国与全球化：本国的国情与外国发展的历程，人类发展的趋同问题。

2、立法原则。

我国《立法法》规定的立法原则为：（1）立法应当遵循宪法的基本原则；（2）立法应当依照法定的权限和程序；（3）立法应当体现人民的意志；（4）立法应当从实际出发，科学合理地规定权利与义务、权力与责任。

由此可以认为当代中国立法的原则为法治原则、民主原则、科学原则：

（一）法治原则。（二）民主原则。（三）科学原则。

具体为：（1）合宪性与合法性原则（2）实事求是、从实际出发原则（3）民主立法原则（4）原则性与灵活性相结合原则）

四、立法程序(法律议案的提出 法律案的审议 法律的表决和通过 法律的公布)

立法程序，是指特定的国家机关制定、修改和废除法律和其他规范性法律文件及认可法律的法定步骤和方式：

1、法律议案的提出。

在我国，根据宪法和法律的规定，下列个人和组织享有向最高国家权力机关提出法律议案的提案权：

（1）全国人民代表和全国人大常委会的组成人员。（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。（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、法律草案的审议。

3、法律草案的表决和通过。

我国宪法规定，宪法的修改由全国人民代表大会全体代表2/3以

上的多数通过。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。4、法律的公布。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。

专题二：执法与司法（第二节）

一、法的实施和实现(法的实施和实现的含义与方式 法的实现的标准)

1、法的实施和实现。法的实施，是指法在社会生活中被人们实际施行。法是一种行为规范。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。法的实现是指法在社会生活中被转化为现实，是将法的实施的过程性与法的实效性结合一个概念。

2、法的实现的标准二、执法(执法的含义 执法的特点 执法的基本原则)1、执法，顾名思义，是指掌管法律，手持法律做事，传布、实现法律。在日常生活中，人们通常在广义与狭义两种涵义上使用这个概念。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。2、执法的特点： - (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，行政机关执行法律的过程同时是行使执法权的过程。 - (4) 执法具有主动性和单方面性。 3、法的执行主要原则： - (1) 依法行政的原则。 - (2) 讲求效能的原则。 三、司法(司法的含义 司法的特点及其与执法的区别 当代中国司法的基本要求 and 原则)1、司法，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。在两种情况下需要司法： - (1) 当公民、社会组织和其他国家机关在相互关系中发生了自己无法解决的争议，

致使法律规定的权利义务无法实现时，需要司法机关适用法律裁决纠纷，解决争端；（2）当公民、社会组织和其他国家机关在其活动中遇到违法、违约或侵权行为时，需要司法机关适用法律制裁违法、犯罪，恢复权利。

2、司法的特点：

（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。（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。（4）司法必须有表明的适用结果的法律文书，如判决书、裁定书和决定书等。

3、司法的原则：（1）司法公正。司法公正是社会正义的一个重要组成部分，它既包括实质公正，也包括形式公正，其中尤以程序公正为重点。（2）公民在法律面前一律平等。

（3）以事实为根据，以法律为准绳：第一，坚持实事求是、从实际出发的思想路线，重证据，重调查研究，不轻信口供。第二，在司法工作中，坚持维护社会主义法律的权威和尊严。不仅严格依照实体法的规定，而且严格执行程序法的各项规定。在社会主义法治的进程中，尤其要重视遵守程序法。严格执行程序法不仅是实现司法公正的保证，而且其本身就是维护法律的权威与尊严、实现司法公正的重要组成部分。第三，正确处理依法办事与坚持党的政策的指导的关系。

（4）司法机关依法独立行使职权：第一，要正确处理司法机关与党组织的关系。司法机关依法独立行使职权和党对人民法院、人民检察院的领导是一致的。第二，在全社会进行有关树立、维护司法机关权威，尊重、服从司法机关决定的法制教育。第三，积极推进司法改革，从制度上保证司法机关

依法独立行使审判权和检察权。四、当代中国的司法体制(司法体制的含义 当代中国司法体制的特点 法官与检察官的职业化改革国家统一司法考试制度及其意义)1、司法体制是国家司法机关和其他执行司法任务的机关在司法活动中的职能划分、组织机构、活动原则和工作内容等方面的制度、规定的总称。2、当代中国司法体制的特点：分工负责，互相配合；大陆、港澳台实行不同的司法体制，但并不影响我国法律的统一，统一于中华人民共和国的法律体系之中。3、法官与检察官的职业化改革。2002年《关于加强法官队伍职业化建设的若干意见》。4、国家统一司法考试制度及其意义：（1）有利于保障司法队伍素质；（2）有利于法律职业共同体的建立；（3）有利于法律人才的交流。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com