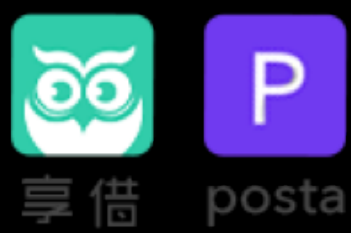
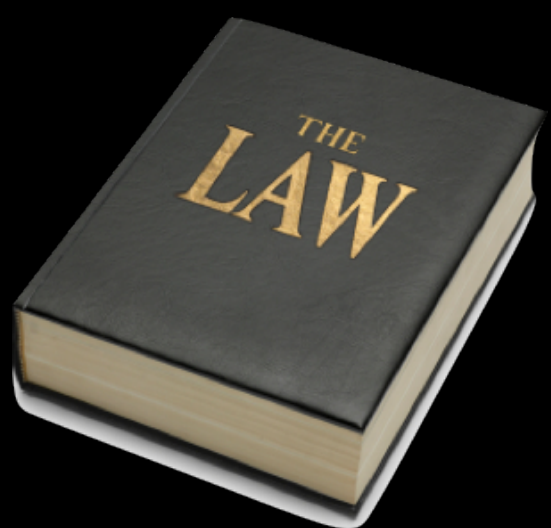




牛津通识读本  
《法律》

享借JoyShare - Posta  
[www.hiposta.com](http://www.hiposta.com)





# 本次内容

## 1 法律的起源

“法律”从无到有的过程，和早期法律的形态

## 2 法律的部门

民法、刑法、宪法、行政法等等等等，都是关于什么的

## 3 法律与道德

千百年来的核心辩论，法律来源于道德吗？有道德吗？

## 4 法院与律师

法律实务中，司法部分与各个角色的渊源是什么

## 5 法律的未来

400年前的法律与现在完全不同，40年后呢

# 法律的起源

# 为何需要法律

法律是维持和改变社会的工具，它并不完美，却不可或缺。有效运转的法律体系能够提供确定性、普适性和可预测性，低估这种价值是非常轻率的。

法律制度处于每个社会的核心地带，它保护权利，赋予义务，并为几乎每一起社会、政治及经济活动的实施建立框架。惩罚违法者，赔偿受害者和强制执行协议，只不过是现代法律制度的一小部分任务。除此之外，法律还努力实现公正，提倡自由，保障法治，并保护安全。

## 技术性的法律

不过，对于外行来说，法律看起来经常是高度技术化的、令人困惑的和神秘的，充满了旧式且时常令人费解的行话术语、陈腐的程序、冗长的繁文缛节式的法律规定、附属立法以及法院的判决。

认识到形式主义的脆弱性非常重要。如果我们忽略了法律从属性的本质和价值，我们就是在危险的薄冰上滑行。

## 传统中的法律

遵循先例的原则是普通法的独有烙印，它表明过往如此，现在也应该如此，并据此给这个不确定的世界提供了具有确定性和可预测性的规则。

# 创立法律

汉莫拉比法典

十二铜表法

查士丁尼法典 - 罗马《民法大全》

拿破仑《民法典》

1900德国法



# 西方法律传统

西方法律传统具有一系列显著特征，以下特征尤为突出：

- ∅法律机构（包括司法、立法及其制定的法规）与其他机构之间具有相对清晰的分界，同时上述机构的法律权威高于政治机构。
- ∅法律原理的本质包括主要的法律渊源，并以法律训练、法律知识与制度性的法律实践为基础。
- ∅法律的概念是由一系列规则和原则构成的、连贯一致的有机整体，并有其自身的内在逻辑。
- ∅存在律师与其他法律专业人士，并有相应的专业训练。

## 西方法治理念

法治理想与英国宪法学者阿尔伯特·维恩·戴雪联系得最为紧密。在他极负盛名的著作《英宪精义》（1885年）中，他详细阐明了英国（不成文）宪法的基本理念，尤其是法治理念。根据戴雪的观点，法治理念应当包含以下三个原则：

☒与专断权力的影响相比，普通的法律应当具有绝对的至高无上的地位或优势地位。

☒法律面前人人平等，或者说，每个阶层都服从于这块土地上的一般性法律，并服从一般法院的管辖。

☒宪法源于由法院加以确定并执行的个人权利。

# 法典化的力量

杰里米边沁的现代性幻想

文字的魔力

# 普通法与大陆法

首先，普通法系的本质是不成文法，这一特点是由中世纪的律师及其提交辩论意见的皇家法院的法官联手造成的。

第二，普通法具有诡辩意味：它的基石是案例，而大陆法系的基石则是法律文本。

第三，考虑到法院判决的中心地位，普通法系的律师把遵循先例原则作为整个法律体系中的最高原则。这一原则意味着，在案件的事实基本相似的情况下，法院作出的在先判决应当适用于现在的案件；它也意味着在司法等级制度中级别较高的法院作出的判决，对于级别较低的法院具有约束力。

第四，尽管普通法以“何处有救济，何处即有权利”为基本前提，大陆法系却在整体上采取了一种完全相反的立场，即“何处有权利，何处即有救济”。如果说普通法系本质上是救济本位而非权利本位，那么从表面上看，这是由所谓的令状制度导致的。

大陆法系从未接受过这种将事实与法律分离的做法。这种分离也阐明了普通法系口述传统的重要性，这与大陆法系所采取的、以书面辩论意见为中心的做法截然相反。

# 宗教法

世俗主义的兴起并没有完全排除宗教法的影响。在西方世界，立法和法院对于宗教专属事务的管辖权经常受到限制，而且很多法律制度包含了宗教法，或将宗教机构的事务交由它们自己处理。

但是西方法律的一大重要标志是政教分离。

若干卓越的宗教法律传统与国家法律制度并存，而有些宗教法律传统则为国家法律所采纳。最为重要的是塔木德法、伊斯兰法以及印度教法。这三种宗教法的权威都有神圣来源，即《塔木德经》、《可兰经》和《吠陀经》中揭示的宗教教义。

。

## 《塔木德》

犹太人日常生活之书。解释《塔纳赫》却将其应用于生活，说明未来阐释的途径。

# 《吠陀经》

世界之变化与忍受  
符合世界的和谐基调

印度教的核心以因果循环的理念为前提：善良和邪恶最终决定着人们下一世的好坏。印度教法，尤其是其中与家庭和继承有关的部分，适用于大约9亿人，他们多半生活在印度。

## 《可兰经》

伊斯兰法主要以《可兰经》的教义为基础。它延及生活的方方面面，而不仅仅适用于那些属于国家和社会的层面。超过地球人口总数五分之一的人（大约13亿人）遵守着它。

人类之存在就是尊序道德约束，而非再次发明。  
在真主内部的妥协。



## 《可兰经》

伊斯兰法主要以《可兰经》的教义为基础。它延及生活的方方面面，而不仅仅适用于那些属于国家和社会的层面。超过地球人口总数五分之一的人（大约13亿人）遵守着它。

人类之存在就是尊序道德约束，而非再次发明。  
在真主内部的妥协。

# 法律的功能

# 秩序

自然状态之外的一套规则

# 正义

亚里士多德区分了两种正义，一是矫正正义（交换正义），二是分配正义。前者是法庭的正义，适用于矫正犯罪或矫正不当的民事行为。它要求所有人都必须被平等地对待。至于后者（分配正义），亚里士多德认为，给予每个人的，应当和他的价值或他所应得的份额相适应。根据亚里士多德的观点，这一点主要是由立法者考虑的范畴。

# 哈特

.....包含两个部分。一是统一性或者恒定性，可以用一句格言来概括：“情况相似的案件，应当得到相似的判决”；二是一个灵活的、可变的原则，基于任何既定的目的，用于决定案件是相似的还是不同的。

## 杰里米 边沁的功利主义 正义观

自然把人类置于两位主公——快乐和痛苦——的主宰之下。只有它们才指示我们应当干什么，决定我们将要干什么。是非标准和因果联系，俱由其定夺。……功利原理认可这一被支配地位，把它当作旨在依靠理性和法律缔造幸福制度的基础。凡试图怀疑这个原理的制度，都是重虚轻实，任性昧理，从暗弃明的。

在这一过程中，他们为理性的个人利益所驱动：每个人都在追寻着那些最能够使自己获得自己所选择的“美好生活模式”的原则，不管这种模式到底是什么。

# 法律现实主义

法律的生命不在于逻辑，而在于经验。感受到的时代的需求、主流的道德与政治理论、公开宣布的或者潜意识里关于公共政策的直觉，甚至法官共同的偏见，在决定统治人们的法律规则如何适用的过程中，比三段论式推理更加重要。法律反映了一个国家数世纪以来的发展史，我们不能像对待一本只包含了公理和推论的数学书那样对待它。

除非某一法律体系的规则尽可能具备合理性、普适性、平等性、可预测性和确定性，否则正义就不可能通过这一法律体系而获得。

## 总结

法律制定最基本的规则。

而且，法律建立了一个框架，用以解决所有难以避免的纠纷。法院是解决冲突的主要场所。

法律促进，甚至经常鼓励特定的社会和经济关系

法律的另一项功能是保护财产。

法律同样追求保护社会公众的普遍安全。

# 法律的权力哪里来

当代法律体系中，典型的法律渊源是由立法机构颁布的法律。它旨在引进新的规则，或者修改原有的规则——通常打着改革、发展或者声称要改善生活的旗号。然而，立法的起源却较为晚近。

## 司法解释

第一种解释方法是“字面解释”，或者叫“文本解释”，即对法律用语进行通常的、字面意义上的解释。

第二种方法是努力探求立法的目的。



# 普通法的原则来源

## 对于先前原则的延续

当你的狗做了任何你不希望它做的事的时候，你就等到它做完，然后再因为这件事而打它。这就是你为你的狗制定法律的方法，这也是法官们为你我制定法律的方法。先例越是古老——这意味着它是由更加野蛮的、不成熟的、受偏见误导的人类所确立的——它所对应的过去的情况……与现在的情况就越不可能相同。

# 自然法

在自然世界中存在着一些原则，我们作为理性的生物，有能力通过推理发现这些原则。

自然法的意义包括道德理论与法学理论。根据自然法的道德学说，在某种意义上，支配人类行为的道德规范起源于人类的自然本性或和谐的宇宙真理；而依照自然法的法学理论，法律准则的权威则至少部分来自针对那些准则所具道德优势的思量。

**法 律 的 部 门**

## 公法与私法的界限

公法与私法之间的界限非常重要，对于欧洲的大陆法系国家以及它们的前殖民地来说尤为如此。尽管对于怎么划分以及从何处划分这一界限并没有达成共识，但是一般而言，公法管辖的是公民与国家之间的关系，而私法则关注社会中的个人或者群体之间的关系。因此，宪法和行政法是典型的公法，而合同法是私法的众多部门之一。

# 合同法

自由社会的基本特征之一是它给予成员自治的权力，只要他们不伤害别人，他们就可以通过自由选择达成交易。

当然，没有合同法规制的商业是无法想象的，但是在任何社会里，合同双方在讨价还价能力上的不平等都难以避免。

## 合同细则

它们规定，我必须受到自己发出的要约的约束，不能不受惩罚地撤销它。它们声称撤销要约没有任何法律效力。法国和意大利的法律采取了一条中间路线。意大利民法典规定，在特定的承诺期限届满之前，要约人不能撤销要约。

普通法不仅要求严肃的、愿意接受法律约束的意图，而且还要求“对价”，这一概念在大陆法系中是没有的。对价是协议的利益因素：各方都希望从中得到些什么，否则他们就不会缔结协议了。

普通法不仅要求严肃的、愿意接受法律约束的意图，而且还要求“对价”，这一概念在大陆法系中是没有的。对价是协议的利益社交约定经常是不具备约束力的。正如上文所描述的那样，我们“一起喝一杯”的约定，不具备必不可少的、准备受法律约束的意图。对于去那家“你答应会在那里等我”的酒吧而发生的交通费用，法院是不会支持的。普通法同时规定，正如我们所知，为了回报一项承诺，被承诺人同样必须付出“对价”。但是，这有可能导致荒谬的或者不公正的结果。：各方都希望从中得到些什么，否则他们就不会缔结协议了。

## 合同的公共属性

有些“合同”是无效的，因为它们违反了“公共政策”。尽管有着合同自由原则，法律不会支持那些旨在利用法律来获得不道德的或者不合法的目标的合同。这些合同很可能被法院认定为无效。但是社会习俗很少一成不变，一个世纪之前人们觉得不道德的事，在当今社会的宽容环境下可能显得平淡无奇。比如，德国法院曾经会依惯例认定把房子用作妓院的租赁合同无效。

## 错误行为

普通法的侵权体系由丰富的错误行为所组成，包括侵入他人土地、侵犯他人人身（包括企图伤害他人与殴打他人）、妨害、诽谤、违反法定义务和严格责任。但是就像我们所提及的那样，在实践中，建立在过错归责原则基础上的过失侵权，让这些行为黯然失色。原告必须证明，被告对他负有注意义务，而被告没有达到“理性人”标准，从而违反了这一义务，并造成了对原告人身或财产的伤害。

## 理性人的边界

他没有任何的人性缺点，没有一点恶行、偏见、延宕、贪婪、不良禀性和注意力不集中，他像关心自己的安全那样关心别人的安全，这种完美但是可厌的人物像座纪念碑那样矗立在我们的法庭上，徒劳无功地向他的同胞们呼吁，让大家以他为榜样去安排生活。



## 造成损害

过失侵权之诉的原告应当证明，被告的行为确实给他的人身或财产造成了损害。但经常发生的情况是，原因与结果之间的关系太遥远了。这一问题极其复杂，并催生了庞大的案例法体系——在英格兰尤其如此。要让被告承担责任，被告是否必须合理预见因其过失而导致的损害的准确类型？

## 伦纳德·汉德的过失公式

$$B < p \times L$$

B=出于避免事故的需要而作出预防措施所带来的负担。

p=在不采取预防措施的情况下，该事故发生的概率。

L=如果事故发生，造成的损害后果的严重程度。当行为人的负担（B）小于伤害的概率（p）与损害的程度（L）的乘积时，行为人就存在过失。

## 针对过错的妥协体系

有些法域（尤其是新西兰和魁北克）引进了复杂的无过错保险体系，在这一体系下，侵权法中因事故导致人身伤害的部分已经被废除了。事故的受害者可以通过为这一目的所设立的特别基金得到赔偿。

但是现在，人们普遍认为，至少在交通事故领域里，强制保险政策确实为侵权法敲响了丧钟。

## 大陆法系的侵权认定的差异

但一个旨在平等对待所有公民的大陆法系并没有将诽谤作为一项单独的侵权行为，而是利用了人格权来对名誉进行保护。在某些方面，德国、法国以及其他欧洲大陆国家采取的方法，比普通法系国家更为严格。比如，公正评论以及言论正当性的抗辩理由通常不能适用。但是，《欧洲人权公约》中关于言论自由的条款舒缓了法律的严峻性。大多数欧洲大陆国家还保护原告不受“侮辱”，这使法律责任很可能无边无界，因此受到了《欧洲人权公约》的批评。但是，普通法系的法院很可能会判决被告作出高额赔偿（有时候赔偿数额高得异乎寻常）；相对而言，欧洲大陆国家法院施加的罚款则微不足道。体系必须走得更远。它必须设法保证多数人在作出最后决定之前充分考虑少数群体所关注的问题，即便是在并不涉及基本权利问题的情况下。

# 刑法

对于个人或公共利益造成无正当理由的，无法原谅的实质性损害行为，或者具备实质性损害威胁的行为。

行为、损害、没有正当理由和可原谅之处

# 定罪过程

刑法并不仅限于规制这些对社区进行极端攻击的行为。如果侵害行为带来足够的侮辱或妨害，那么它也会引起法律的关注：

为了给被告定罪，普通法系的要求是，必须证明被告的犯罪事实能够“排除合理怀疑”

在绝大多数国家，谋杀罪的成立都需要能够证明杀人意图的证据（普通法系的“恶意预谋”<sup>[1]</sup>）。法律制度试图通过种种方法，以所涉及的心理因素为基础，来对杀人进行分类。

故意杀人的责任相对争议较小，但是出于过失导致他人死亡的责任就没有这么简单直接了。各个法域的法律采取了不同的方案，以解决这一公认的难题。有些法域要求被告必须在主观上明知他的行为可能会杀死他人，而且，尽管存在这样的风险，被告仍然鲁莽地继续其行为。

## 处罚的价值

首先，有人认为惩罚可以对罪犯和社会公众形成震慑；  
有些情况下，这个理由是正确的。

第二，有人相信，通过惩罚，特别是通过监禁，罪犯会认识到自己行为的过错，并因此改过自新。但不幸的是  
，支持这种仁慈态度的证据并不充分。

第三，有人认为，惩罚的真正目的是报应或报复，让犯错的人为他的罪行受苦：“以眼还眼……”一个例子就是伊斯兰法，大多数解释都认为，该法对情节严重的盗窃的惩罚是截去双手或者双脚（但是对于初犯者，只会砍掉一只手）

宪法

# 大宪章

1221年



# 宪法与最高法院

## 美国宪法

我们合众国人民，为建立更完善的联邦，树立正义，保障国内安宁，提供共同防务，促进公共福利，并使我们自己和后代得享自由的幸福，特为美利坚合众国制定本宪法。

## 法国宪法

组成国民议会之法国人代表认为,无视、遗忘或蔑视人权是公众不幸和政府腐败的唯一原因,所以决定把自然的、不可剥夺的和神圣的人权阐明于庄严的宣言之中,以便本宣言可以经常 呈现在社会各个成员之前,使他们不断地想到他们的权利和义务;以便立法权的决议和行政 权的决定能随时和整个政治机构的目标两相比较,从而能更加受到他们的尊重;以便公民们 今后以简单而无可争辩的原则为根据的那些要求能确保宪法与全体幸福之维护。

# 美国宪法

1. 立法权（参众两院）
2. 行政权（总统制）
3. 司法权（最高法院制度）
4. 州与联邦（州政府与联邦政府）
5. 修正宪法程序
6. 宪法在全国的地位
7. 宪法表决程序

# 宪法修正案

编号	法案批准日期	主要内容
1	1791年12月15日	信仰、出版、集会、示威自由
2	1791年12月15日	拥有和携带武器的自由
3	1791年12月15日	军队不得进入民房
4	1791年12月15日	免于不合理的搜查与扣押
5	1791年12月15日	正当审判程序、禁止双重审判、大陪审团、征用私产需赔偿、不得被迫自证其罪
6	1791年12月15日	陪审团审判、犯罪所在地公开且迅速地审判，强制取得对其有利的证人，律师权，有权与原告证人对质
7	1791年12月15日	民事案件接受陪审团审判的权利，陪审团裁决的事实不可更改
8	1791年12月15日	禁止过高保释金或罚金，禁止酷刑
9	1791年12月15日	自然法仍然有效，宪法未列举的权利不说明不存在
10	1791年12月15日	宪法未赋予联邦政府的权利由各州和人民保留（保障州权）
11	1795年2月7日	州权豁免，限制联邦法院对各州的管辖权
12	1804年6月15日	修改总统选举程序
13	1865年12月6日	废除奴隶制度
14	1868年7月9日	国籍、处罚程序、众议员选举、叛国罪、国债，所有公民享有平等被保护权
15	1870年2月3日	所有公民不得由于肤色和种族的区别而受到选举权的限制。（不包括性别）
16	1913年2月3日	国会对所得税的征收权
17	1913年4月8日	修改参议员选举程序，代表各州的联邦参议员必须直接选举（取得州议会选举，改为直选）
18	1919年1月16日	禁止在美国国内制造、运输、销售酒类（即禁酒令，后被第21条修正案废止）
19	1920年8月18日	选举权不能因性别而受限制（赋予女性投票权）
20	1933年1月23日	规定总统任期、国会议事程序
21	1933年12月5日	废除第18条修正案
22	1951年2月27日	当选总统的届数限制，最多两任
23	1961年3月19日	给予首都哥伦比亚特区公民选举总统和副总统的选举人票
24	1964年1月23日	选举权不受税收限制
25	1967年2月10日	总统与副总统的继任规则
26	1971年7月1日	年满18岁即拥有选举权
27	1992年5月7日	国会议员薪酬的变更必须在下一次议员选举后才能生效

# 法律与道德

## 违法与违反道德

一方面，违法的行为不一定不道德（比如停车超出规定时间）；另一方面，不道德的行为不一定违法（比如通奸）。两者的交叉之处越多，法律就越容易得到社会成员的接受和尊重。

## 福勒之法律的内在道德属性

以他的视角而言，法律制度是人类本着一定目的而制定的、“让人类的行为受到普遍规则的指引与控制的制度”。法律制度必须符合特定的程序标准，否则看起来是法律制度的东西，可能只不过是运用国家强制力。

普遍适用、公开颁布、无追溯力、清晰明了、不自相矛盾、能够被人遵守、恒久，以及公布的规则与官方行为之间相一致。

因此，福勒拥护的是程序上的自然法，而非实体上的自然法。“法律的内在道德性”的本质是“愿景上的道德性”。它不是为了达到实体上的目标，而是希望达到法律本身的完美。

# 哈特的法律道德观

除非社会有意作出努力，通过法律这一媒介使犯罪与罪孽画上等号，否则就必须给事关私德及有违私德之事保留一块领域；这个领域，以简单粗暴的话来说，根本不关法律的事。

人类被允许以个人或集体的方式对他们的任何成员的行动自由进行干涉的唯一目的，就是自我防卫；对文明社会的任何一个成员，可以不顾他的意志、对他正当行使权力的唯一目的是阻止他伤害别人。

所以和密尔的涉己行为决不能受到干涉的简单原则不同，我们也许会发现需要作出更复杂的判断，需要权衡不同类型行为的价值与它们可能强求他人承担的代价，以及避免这些代价的难易程度。

## 再次回到道德价值问题

当人们不再遵守通常的道德标准时，瓦解就开始了。历史表明，道德准绳的放松往往是社会瓦解的第一步，所以，社会采取与维持其政府相同的措施来维持其道德标准，这是正当合理的……对于恶行的抑制也是法律的功能，正如法律抑制颠覆活动一般。

社会并不需要共同的道德标准，多元的、多文化的社会可能会包含各种各样的道德观念。即使存在这样的共同道德，对于社会的存续而言，保护这种道德也并非至关重要。就第一个论断而言，它认为一个社会的根基无法承受竞争性的意识形态或道德的挑战，这确实有些牵强。

关于法律是否应当惩罚那些并非当众作出的不道德行为，现在存在着众所周知的重大分歧。有些人认为法律已经走得太远，而有些人则认为法律做得远远不够。议会是解决这一问题的合适场所，而且我坚持认为，它是唯一适合解决这一问题的场所。如果有来自公众意见的充分支持，议会在加以干预时就不会瞻前顾后。如果连议院都不敢涉足某一领域，那么法院也不适宜贸然闯入。



# 生命权、堕胎与安乐死

## 人对于自我身体与生命的所有与决定权

战争之外的杀人被视为平时所犯下的最严重的罪行。相形之下，唯一一种为我们的文化更加严厉禁止的行为是食人（即使人已经死了）。但是我们挺享受以其他物种为食。我们中的许多人会在人类最为可怖的罪犯的司法行刑现场退缩，但是我们会热烈支持未经审判射杀相对较为温和的有害动物。事实上，我们还以杀死其他无害物种为乐。一个人类胎儿所具有的人的感觉并不比一只阿米巴虫更多，但胎儿享有的尊严和法律保障却远远超过成年的黑猩猩。然而黑猩猩能够感觉和思考……甚至可能有能力学习某种形式的人类语言。胎儿属于我们自己的物种，并因此立刻得到了相应的特殊优待和权利。

上议院（英国的最终上诉法院）认为，自我决定权比生命权更为重要。医生应当按上述顺序，尊重他的病人的权利。如果病人已经预见到自己将会堕入类似于持续性植物状态的境地，而且他明确清楚地表达了自己不愿意接受医疗（包括经过计算的、用以维持生存的人工进食）的意愿，那么这一顺序就更有说服力。

# 自然法的视角

真正的法律是与自然和谐的正当理性，它是普遍适用、永恒不变的.....试图改变这样的法律是一种罪孽，同样也不能允许废止它的任何一部分，将它全部废止是根本不可能的.....[神]是这部法律的撰写者、发布者，也是执行它的法官。

## 自然法视角的国际犯罪

反人类罪、种族屠杀罪、战争罪、侵略罪

# 法律的未来

# 技术挑战

法律与新技术

# 新的话题

传统的重要性不存在了

新的对于错

传统道德的崩溃

# 本次涉及的思想家



马基雅维里



霍布斯



狄德罗



熊彼特



约翰 洛克



斯图尔特 密尔



以赛亚 • 柏林