法理学导论  
**Introduction to Jurisprudence  
期末复习精简版**

**授课教师**杨晓畅 副教授（[yangxiaochang@fudan.edu.cn](mailto:yangxiaochang@fudan.edu.cn)）

**助教**刘雅茹贵（[yrgliu23@m.fudan.edu.cn](mailto:yrgliu23@m.fudan.edu.cn)）

**目录**

[第二讲 法律的概念与分类 4](#_Toc169608786)

[三、法律的分类 4](#_Toc169608787)

[（一）公法、私法和社会法 4](#_Toc169608788)

[（二）根本法与普通法 5](#_Toc169608789)

[（三）实体法与程序法 5](#_Toc169608790)

[（四）一般法与特别法 6](#_Toc169608791)

[（五）国内法与国际法 6](#_Toc169608792)

[（六）成文法与不成文法 7](#_Toc169608793)

[第三讲 法律是什么：法律与道德、社会和文化 7](#_Toc169608794)

[一、导言：现代社会中法律的复杂性 7](#_Toc169608795)

[二、告密者案：法律与道德 8](#_Toc169608796)

[（一）基本案情 8](#_Toc169608797)

[（二）拉德布鲁赫公式 8](#_Toc169608798)

[（三）哈特与富勒围绕该案的理论争论 8](#_Toc169608799)

[三、洛克纳诉纽约州案：法律与社会 10](#_Toc169608800)

[四、《乡土中国》的困惑：法律与传统 11](#_Toc169608801)

[五、私了案：法律与文化 11](#_Toc169608802)

[第四讲 法律要素 11](#_Toc169608803)

[三、法律规则 12](#_Toc169608804)

[（一）法律规则释义 12](#_Toc169608805)

[（二）法律规则的逻辑结构 12](#_Toc169608806)

[（三）法律规则的分类 13](#_Toc169608807)

[（四）法律规则的局限性 13](#_Toc169608808)

[四、法律原则 14](#_Toc169608809)

[（一）法律原则释义 14](#_Toc169608810)

[（二）法律原则的分类 14](#_Toc169608811)

[（三）法律原则的作用 14](#_Toc169608812)

[（四）法律原则的司法适用 15](#_Toc169608813)

[第五讲 法律渊源与法律效力 15](#_Toc169608814)

[一、法律渊源概述 15](#_Toc169608815)

[（一）法律渊源释义 15](#_Toc169608816)

[（二）法律渊源的历史发展 16](#_Toc169608817)

[（三）法律渊源的分类 16](#_Toc169608818)

[第七讲 法律关系 18](#_Toc169608819)

[二、法律关系的构成要素 18](#_Toc169608820)

[（一）法律关系主体 18](#_Toc169608821)

[（二）法律关系客体 19](#_Toc169608822)

[（三）法律关系的内容 20](#_Toc169608823)

[第八讲 权利、义务和权力 20](#_Toc169608824)

[二、权利与义务的概念、分类和关系 20](#_Toc169608825)

[（一）权利的概念 20](#_Toc169608826)

[（二）义务的概念 21](#_Toc169608827)

[（三）权利与义务的分类 22](#_Toc169608828)

[（四）权利与义务的关系 22](#_Toc169608829)

[三、权力与权利 22](#_Toc169608830)

[（一）权力的概念、结构与属性 22](#_Toc169608831)

[（二）权力的分类 24](#_Toc169608832)

[（三）权力与权利的关系 24](#_Toc169608833)

[第九讲 法律责任 24](#_Toc169608834)

[一、违法与守法 25](#_Toc169608835)

[（一）违法 25](#_Toc169608836)

[（二）守法 25](#_Toc169608837)

[二、法律责任概述 26](#_Toc169608838)

[（一）法律责任释义 26](#_Toc169608839)

[（二）法律责任的构成要件 26](#_Toc169608840)

[（三）法律责任的功能 26](#_Toc169608841)

[（四）惩罚的正当性依据及法律责任的本质 27](#_Toc169608842)

[（五）法律责任的种类 27](#_Toc169608843)

[第十一讲 司法原理和制度 28](#_Toc169608844)

[一、司法和司法权 28](#_Toc169608845)

[（一）司法的概念和特征 28](#_Toc169608846)

[（二）司法权的性质和特征——与行政权相比较 28](#_Toc169608847)

[二、司法的基本原则 29](#_Toc169608848)

[（一）司法法治原则 29](#_Toc169608849)

[（二）司法平等原则 30](#_Toc169608850)

[（三）司法公正原则 30](#_Toc169608851)

[（四）依法独立行使职权原则 30](#_Toc169608852)

[第十二讲 法律程序 30](#_Toc169608853)

[一、法律程序概述 30](#_Toc169608854)

[（一）法律程序的概念和特征 30](#_Toc169608855)

[（二）法律程序的相对独立性 31](#_Toc169608856)

[（三）法律程序的分类 32](#_Toc169608857)

[二、正当程序 32](#_Toc169608858)

[（一）正当程序的历史演变 32](#_Toc169608859)

[（二）正当程序的要素 32](#_Toc169608860)

[（三）正当程序的特征 33](#_Toc169608861)

[（四）正当程序的意义 33](#_Toc169608862)

[第十三讲 法律方法与法律思维 34](#_Toc169608863)

[二、法律解释方法 34](#_Toc169608864)

[（一）法律解释概论 34](#_Toc169608865)

[（二）法律解释的目标 34](#_Toc169608866)

[（三）法律解释的方法 35](#_Toc169608867)

[三、法律推理方法 36](#_Toc169608868)

[（一）法律推理的含义和特征 36](#_Toc169608869)

[（二）形式推理 36](#_Toc169608870)

[（三）实质推理 37](#_Toc169608871)

[第十四讲 法治的基本原理 37](#_Toc169608872)

[二、法治的基本要求 37](#_Toc169608873)

[（一）实质性要求 38](#_Toc169608874)

[（二）形式性要求 38](#_Toc169608875)

[三、法治的实现基础 38](#_Toc169608876)

[（一）政治基础：民主政治 38](#_Toc169608877)

[（二）经济基础：市场经济 38](#_Toc169608878)

[（三）社会基础 39](#_Toc169608879)

[（四）文化基础：法律意识 40](#_Toc169608880)

第二讲 法律的概念与分类

2024.3.13 / 2024.3.20

三、法律的分类

（一）公法、私法和社会法

公法与私法的划分是一种最古老的法律分类，最早由古罗马法学家乌尔比安提出——私法涉及私人利益，公法涉及国家稳定。

公法与私法作为法律体系的基本结构（主要为大陆法系的分类），在近代资本主义国家才的得以确立。其基本的社会基础是商品经济的发展和民主政治的形成。

1. 公法

公法是调整国家与公民、组织之间关系及国家机关及其组成人员之间关系的法律。

公法调整不平等主体之间的关系，要求国家权力（power）与公民权利（right）的平衡，国家权力和责任的平衡。

现代社会的公法与传统社会的公法在法律本位、性质和内容上存在很大差别：专制体制下的公法强调国家本位和权力本位，是维护国家权力的工具，内容上体现为刑法的发达；现代社会的公法的本质在于限制国家权力滥用，包括宪法、刑法和行政法等法律部门。

公法纠纷涉及公共利益，一般不能“私了”，必须由法定机关裁决。

在一个国家之中，平民可以相互免除债务，但却不能宽免使他们受损失的抢劫或者其他暴行。因为不偿债时受侵害的是他们自己，而抢劫和暴行所侵害的却是国家的人格。

——托马斯·霍布斯《利维坦》

2. 私法

私法是调整公民、组织之间关系的法律。私法的特性在于：

1. 私法调整平等主体之间的关系，尊重公民意思自治、强调公民权利和义务的平衡；
2. 私法的本质则在于保护个体的权利，包括民法、商法和亲属法等法律部门；
3. 私法纠纷涉及私人利益，往往可以采取平等协商、调解、仲裁等手段；
4. 私法自治不得违反下述法律秩序：法律的强制规定和禁止规定；公序良俗。

现代社会的发展对公法、私法的二分提出了挑战：一方面，伴随着“公法私法化”和“私法公法化”，公法与私法之间的严格界限逐渐被打破。另一方面，出现了通过国家强力干预社会生活，以解决市场化和工业化产生的社会问题的第三大法域——社会法。

3. 社会法

的确，迄今尚无人明确意识到，法律社会化这一世界范围的运动以及上个世纪抽象的个人主义原则正在向着新的正义观念转变，正在给各地的法律带来压力。而在美国，还不止于此。除各地法律共同感受到的压力之外……对于普通法所假定的公正所感到的普遍的失败，似乎在迫使我们对法律问题的态度有一个彻底的改变。

——罗斯科·庞德《普通法的精神》

对绝对契约自由的反思、对社会正义（即寻求对弱势群体的保护、对贫富差距结构的矫正）的寻求，构成了社会法产生的重要背景。

社会法是公法与私法结合的产物，强调通过社会和国家的力量，强制干预个人权利领域，平衡个人利益和社会利益。

一般而言，社会法的本质在于维护社会正义（缩小贫富差距结构、保护社会弱势群体），包括经济法、社会保障法、环境资源保护法和反垄断法等法律部门。一般而言，社会法对克服自由主义的任意、国家主义的强力具有重要的约束作用。

（二）根本法与普通法

1. 根本法

根本法即宪法，也称为国家的根本大法。宪法规定国家政治、经济制度、公民基本权利和义务，国家机关及其职能等根本性的重大问题；宪法具有至高的法律效力；制定、修改和解释宪法的程序非常严格。

2. 普通法

普通法是宪法以外的其他法律。普通法只规定国家和社会生活的某一领域，调整某一类社会关系；普通法的效力低于根本法，不得与根本法相抵触；制定、修改和解释的程序没有宪法严格。

需要注意的是，此处我们说的是与根本法相对的普通法，而不是英美法系中与衡平法相对的普通法。

（三）实体法与程序法

1. 实体法

实体法是指规定权利和义务、职权和责任的法律规范。

2. 程序法

程序法是保障权利和义务、职权和责任得以实现的法律。

程序法的对象不是人们的实体权利和义务，而是用来申明、证实和强制实现这些权利义务的手段，或保证他们在遭受侵害时能够得到的补偿。

——边沁

狭义的程序法指的是诉讼程序法；广义的程序法不仅包括诉讼法，而且包括立法程序法、行政程序法、法律判决和裁定的执行程序法等。

3. 实体法与程序法的关系

实体法与程序法的划分不是绝对的。公司法、破产法和国际私法等究竟属于程序法还是实体法一直存在争议。

实体法是程序法存在的前提和设立目的，没有实体法，程序法就没有存在的意义和价值。

实体法虽然是程序法存在的前提和目的，但程序法却有自身的独立的价值：如，限制国家权力的滥用；或对决定结果的实体正义起到支撑作用。

（四）一般法与特别法

1. 一般法

一般法是在一个国家不特别限定的地区和期间内、针对任何人、任何事都适用的法律。

2. 特别法

特别法是在一个国家内对特定的区域、特定的时间、特定人或特定的事适用的法律。如《刑法》（有关犯罪的规定）作为一般法，《未成年人保护法》（有关未成年人犯罪的规定）就是特别法；《民法总则》（有关担保合同的规定）作为一般法，《担保法》（有关担保合同的规定）就是特别法。

一般法与特别法是相对的概念：如《民法总则》与《合同法》相较是一般法，《合同法》是特别法；而《合同法》与《担保法》相较则是一般法，《担保法》是特别法。

3. 一般法和特别法的划分意义

从立法实践角度看，一般法有助于维护国家主权的统一和法治统一，特别法有助于“因地制宜”地、具体地进行灵活的社会控制。

从法律适用（司法）角度看，提供了“特别法优于一般法”的效力等级原则，因为特别法本来就是一般法无法满足特定需求的产物。需要注意的是，特别法和一般法只有在同一主体制定的情况下才能划分，因此非同一主体制定的法律（如宪法和各部门法）并不遵循“特别法优于一般法”的效力等级原则。

（五）国内法与国际法

1. 国内法

国内法是一个主权国家制定的、实施于本国的法律。国内法的创制主体为一国立法机关；调整对象为一国国内的公民、法人；通过国家力量强制实施。

2. 国际法

国际法是若干国家参与制定或者国际公认的、调整国家之间关系的法律。国际法的创制主体为多个国家，或者本身是国际交往的习惯、原则和制度；调整对象为国家、国际组织；实施依靠国家单独或集体的行动。

3. 国内法与国际法的关系

对于国内法与国际法的关系，存在三种观点：国内法优先说（耶利内克）、国际法优先说（凯尔森）、国际法与国内法并行说。

4. 我国在国际法上的理论与实践

国际法在我国国内的法律效力表现为：

1. 我国缔结或参加的国际条约，除声明保留的条款外，在我国具有法律效力；
2. 我国缔结或参加的国际条约与国内法的规定不一致时，国际条约在国内适用中处于优先地位；
3. 国际习惯在我国具有法律效力，但只有在缺乏法律或条约规定的情况下，方可在国内适用国际习惯。

（六）成文法与不成文法

1. 成文法

成文法是国家立法机关依照一定程序制定的、以法律条文的形式表述的法律规范；成文法不仅是以文字表述的，而且是以法律条文的形式呈现的。

早期成文法强调法律的公开性，强调文字对法律意义的固定性。随着逻辑学对法学研究的不断渗透，成文法越来越条理化、结构越来越完善。在大陆法系，人们认为成文法的典型状态是法典。

成文法的优点是明确、意义固定、不易改变。缺点是其稳定性导致有时无法适应社会的变化；其一般性导致无法顾及个案正义；文字本身也存在缺陷，无法涵盖所要描绘的事物，必然留下缝隙或空缺。

2. 不成文法

不成文法的法律由国家机关认可的习惯和判例等组成，不具有条文化的表现形式。不成文法在一定意义上弥补了成文法过于僵化的缺陷，具有灵活的有点。然而，其缺点在于不确定性过大。

第三讲 法律是什么：法律与道德、社会和文化

2024.3.20 / 2024.3.27 / 2024.4.3

一、导言：现代社会中法律的复杂性

现代社会是世俗化的社会，“法律”在很大程度上已经取代“上帝”成为现代最为主要的社会整合系统。法治（rule of law）——即社会生活的各方面和政治运行的各环节纳入法律治理的轨道——是现代社会的一个理想。但社会问题的复杂性也决定了法律问题的复杂性。法律系统与道德、社会、文化等其他社会子系统之间，既相互作用、相互影响，也存在一定的张力和冲突。

* **法律与道德：**恶法为法or恶法非法；价值多元，道德标准多元，价值之间存在不可通约性，无法一劳永逸地对各价值进行优先级的排序；形式法治与实质法治之间的张力；
* **法律与社会：**法律与社会发展之间存在张力（法律的稳定性与变动性）；
* **法律与传统、文化：**法治与礼治之间的张力；制度的移植与文化的鸿沟；现代西方法律制度与中国文化传统之间的张力。

二、告密者案：法律与道德

（一）基本案情

1944年，一个德国士兵在奉命出差执行任务期间，回家短暂探亲。有一天，他私下里向他的妻子说了一些他对希特勒及纳粹党其他领导人物的不满，并称希特勒在最近的一次刺杀中没有被杀死非常遗憾。在他长期离家服兵役期间，他的妻子已投向另一个男子的怀抱，并想除掉他。因此，他刚刚离开，他的妻子就把他的言论报告给了当地的纳粹党头目。结果，该士兵遭到了军事特别法庭的审讯。军事特别法庭根据纳粹政府1934年和1938年发布的两部法令，判定其犯有发表煽动性言论罪和危害帝国国防力量罪，并判处其死刑。经过短时期的囚禁后，该士兵未被处死，又被送到了前线。纳粹政府倒台后，该士兵的妻子被交付审判。检察官根据1871年《德国刑法典》第239条，起诉其犯有非法剥夺他人自由罪。

面对这样的指控，这位妻子的抗辩理由是：根据当时有效的法律，她的丈夫对她所说的关于希特勒及纳粹党的言语已构成犯罪。因此，当她告发她的丈夫时，她仅仅是使一个罪犯归案受审。

——柯岚《告密、良心自由与现代合法性的困境——法哲学视野中的告密者难题》

从这一案件中，可以延伸出一些法哲学思考：第一，公民是否有服从不正义法律的义务？第二，法律的效力（validity）来源于何处？来源于法律规范体系的内部（如凯尔森的“基本规范”或哈特的“承认规则”）还是外部（如道德规范）？

对于本案，1949年班贝格（Bamberg）地区上诉法院在二审中判定本案中的妻子作为被告罪名成立。因为她通过自由选择，利用纳粹法律导致其丈夫监禁和被判处死刑；而这些法律“违背了所有正派人士所持的健全良知与正义感”。这在一定意义上暗合“恶法非法”的拉德布鲁赫公式。

（二）拉德布鲁赫公式

拉德布鲁赫公式可分为“不可容忍公式”与“否认性公式”。

不可容忍公式：

通常情况下法的安定性应居于首位，即便法律不善也不能动摇安定性。但如果安定性与正义的冲突达到了“不能容忍”的程度，法律已经沦为“非正当法（false law，unrichtiges Recht）”，法律就必须向正义屈服。此时，该法律就不再是法律，而只是权力的运作而已。

——古斯塔夫·拉德布鲁赫《法律的不法与超越法律的法》

然而，对“‘不能容忍’的程度”的判断较为主观，也不可能列出一个全部“不可容忍”行为的清单，因此这一点成为了拉德布鲁赫公式中的问题。

（三）哈特与富勒围绕该案的理论争论

围绕告密者案，在当代西方法理学最重要的两个流派（即分析实证法学派和新自然法学派）的最重要的代表人物——哈特和富勒之间，展开了一场有关恶法亦法还是恶法非法的论战。

哈特与富勒有三次交锋：

* **第一次交锋：**1958年在《哈佛法律评论》同一期上发表了哈特的《实证主义与法律和道德的分离》和富勒的《实证主义与忠实于法律——答哈特教授》两篇著名的论文，从而揭开了哈—富论战的序幕。
* **第二次交锋：**哈特于1961年出版名著《法律的概念》，富勒于1964年出版名著《法律的道德性》。
* **第三次交锋：**1965年《哈佛法律评论》刊载哈特对《法律的道德性》一书的书评，而富勒在1969年《法律的道德性》再版时回答了哈特等人的批评。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **分析实证主义** | **当代自然法** |
| **法律与道德的关系** | 法律与道德分离论 | 法律与道德无法严格分离 |
| **“是”与“应当”、“实然”与“应然”** | 对法律做出描述性的、经验性的、道德中立的理解，与法律的道德目的和价值无涉；关注“是”而不是“应当” | 只有从法律旨在实现的道德目的或价值出发，一个法律概念或制度才能被合宜地理解和评价 |
| **“好”法律理论之标准** | 提供一种更为简单的、将道德从其中分离的法律模型的法律理论是更好的法律理论 | 一种包含更多道德主张和道德愿望的法律观，将会是一种更为完整的因此也更好的法律理论 |

1. 哈特的主要观点：恶法亦法

对于告密者案，哈特指出：

* 虽然纳粹德国的法律违背了道德价值，放纵告密者也是一项错误的决定，但法律应当避免受到道德的影响。法律与道德的分离，不仅有益于道德判断，也有利于法律改革的开展。
* 恶法也是法，但承认法律的效力与遵守法律是两回事。我们可以承认一项恶法是法律，但同时承认不应当遵守它。因此，应当发布一项溯及既往的法令，惩治战争期间以告密及其他手段恶意剥夺他人生命的罪行，而不应宣布纳粹的法律不是法律（在使妻子逃脱惩罚和放弃法不溯及既往之间，两害相权取其轻）。
* 区分法律与道德：不应当直接用道德来否定法律的效力，而应当用法律来否定法律的效力；“这些法律是法律，但是它太邪恶了以至于不能被遵守”。

2. 富勒的主要观点——恶法非法

对于告密者案，富勒指出：

* 哈特法律与道德分离的主张中存在法律目的缺场的问题。
* 哈特对法律的界定意味着无论选择什么样的法律定义，它都是不同于道德的东西。哈特对道德的界定则意味着道德是一切人们能想到的用以评价人们的行为而其本身又不是法律的规范。
* 就告密者案，支持联邦德国法院的做法，提出了“法律的内在道德（the internal morality of law）”。
  + 该概念后来在《法律的道德性》一书中得到进一步发展，亦被称为“形式法治”八原则。
  + 与法律的外在道德（the external morality of law）相对。
  + 法律的内在道德要求法律必须满足以下条件：具有充分的普遍性；公开发布；是可预期的，不得溯及既往；含义明确，是可理解的；不矛盾；能够被遵守，不能要求人们做不到的行为；具有相对的稳定性，不能经常变动；官方行动必须与公布的规则保持一致。这八条原则被称作法律的“内在道德”，是一个法律制度能够成其为法律的底线的要求。

对内在道德的理解是：

* **底线要求：**“法律的内在道德”即一个法律制度应当“存有最低限度的道德”，如果法律的道德水平降到内在道德所要求的某一点之下，那么就可说该法律制度丧失了其功能，因为它不能具备要求公民服从它的权力。
* **构成性：**“内在的”意味着“构成性”的（constitutive），即使得某物之所以成为某物的必要条件；法律的内在道德，即一个法律制度能够成其为法律的要求，如果不满足内在道德的要求，则法律将不是法律。
* **形式性：**富勒对内在道德的规定仅具有形式合法性，即满足形式上的要求，而对于法律的实质内容并无要求。“法律的内在道德相对与实质目标的中立性”“法律的内在道德并不关心实质目标，并且很愿意同等有效地服务于各种不同的实质目标”。
* 与之相对，法律的**外在道德**，即法律的实质目标，是某种理想性的道德、并非法律的构成性要素（违反它不致于使法律丧失其作为法律的资格）、具有实质性（指向某种实质道德原则）。

富勒从法律的内在道德出发，批评了哈特的法律与道德分离论：

* 哈特用新法宣布旧法无效，从而使新法对妻子产生溯及力的做法违背了法律的“内在道德”（即法不溯及既往）。
* 就战后审判而言，纳粹用以惩治反对纳粹党言论的一些法令大多是没有公布的“秘密法”，这违反了法律的内在道德，因而战后德国法院就可以据此宣布其无效。
* 就本案而言，纳粹法院将1934和1938年两部法律中的“公开发表煽动性言论”扩展至丈夫在家里私下说的话，这种对法律的解释属于未公开的秘密法，因此违反了法律的内在道德，不应当将其视为法律。

三、洛克纳诉纽约州案：法律与社会

庞德认为，法律必须稳定，但不能静止不变。当社会中产生新的主导性利益需求或价值观念之时，既有的法律和社会之间可能产生一定的鸿沟。

一般而言，在一个国家的政治秩序基本稳定、政治-社会基本结构大体正义的情况下，法律的稳定性要求占主导地位。此时，有关重大价值问题的争论已经基本尘埃落定并体现于法律规范之中，在司法裁判中更应注重规则的严格适用，以维护法律的确定性和法治的权威。而在一个国家的政治秩序和政治-社会基本结构处于转变之中，尚未定型的情况下，法律的变动性要求则占主导地位。此时，更应当注重运用社会-历史分析的方式对当时当地的社会结构进行经验性的分析和描述，并在此基础上以道德-政治哲学为基点，从价值维度对社社会政治秩序进行反思性、批判性的思考，以促使政治-法律秩序以一种更符合正当要求的形态稳定下来，直到新的政治-社会情势要求政治-法律秩序作出相应的回应和改变。

四、《乡土中国》的困惑：法律与传统

有一位兼司法法官的县长曾和我谈到过很多这种例子。有个人因妻子与他人私通打伤了奸夫，在乡间这是理直气壮的。但是通奸没有罪，何况又没有证据，殴伤却有罪。这位县长问我：他怎么判好呢？他更明白，如果是善良的乡下人，自己知道做了坏事绝不会到衙门里来。这些凭一点法律知识的败类，却会在乡间为非作恶起来，法律还要去保护他。

——费孝通《乡土中国》

在此案例中，法律似乎保护了“恶人”而不是“好人”。而这种“恶”与“好”的评价标准关注的是道德人格，这与法律所关注的行为本身的合法或违法不同。因此，存在这样一种情况：一个道德人格被认为是“好”的人，做了违法的行为；反之亦然。

在乡土社会的“三纲五常”之中，丈夫主张自身对妻子的权利，打伤了奸夫，这在我国自古代以来的传统（甚至是古代的法律秩序）中是正当的，民众也自然会同情并理解丈夫。然而，在民国时期，国家已经参照西方制定出了现代意义上的法律，文化背景的缺失使得对“通奸”和对“伤人”的看法不同，造成了前者不为罪、后者为罪的情况。

综上所述，这个案例透露出来的是传统的礼治秩序和现代的法律秩序之间的冲突。硬性的法律规定容易移植，但法律背后的社会文化要素是难以改变的，法律与传统之间的张力就是如此。

五、私了案：法律与文化

社会中存在多元的规范和秩序，特别是在当今中国，不仅存在国家的制定法，也存在大量的“民间法”。在中国社会，“民间法”一般是在社会中日积月累、自生自发、自下而上地生成的；而国家制定法则大多是在学习和借鉴西方法制的过程中通过法律移植自上而下地设定的。

因此，中国社会存在着国家法与“民间法”的冲突、现代与传统的冲突。虽然国家法是由国家强制力保障实施的，但民间法在很大程度上恰恰是中国社会中实际运行的规范，深刻影响着人们的行为模式、心理结构、价值选择，甚至自我认同，在尚未脱离传统社会的乡村尤甚。这决定了中国建立统一现代法治的长期性和艰巨性。

通过对四个案例的分析可以看出：法律的形式具有多样性，对法律的定义和理解也具有多样性。这决定了我们无法从单一的角度认识和定义法律。法律不仅仅是统治阶级意志的体现，也是与道德问题纠缠在一起的；法律不仅仅是国家制定法，也是与民间法、社会习俗等社会文化因素联系在一起的。我们需要以一种更为开放的视角重视对于“法律是什么”这个问题的多元理解。

第四讲 法律要素

2024.4.3 / 2024.4.10

三、法律规则

（一）法律规则释义

1. 法律规则的概念

法律规则是采取一定的结构形式，具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应的法律后果的行为规范。需要注意区分法律规范（norm）和法律规则（rule）。法律规范是上位概念，包括法律规则和法律原则。

2. 法律规则的特征

法律规则——

* 相对于法律原则，具有**确定性、可操作性**：对一定事实状态的法律意义做出明确规定；
* 相对于具体判决，具有**一般性**和**普遍性**：针对某一类事件做出规定，与具体判决相比，可以反复适用。

（二）法律规则的逻辑结构

法律规则的逻辑结构就是法律规则的组成要素及其相互之间的关系。目前一般使用“（新）三要素说”，即假定条件、行为模式、法律后果。

1. 假定条件

假定条件是法律规则中适用该规则的条件和情况的部分。其包括：

1. **法律规则的适用条件：**即法律规则在什么时间、什么地域、对什么人、针对什么法律关系适用。例如《民法典》第205条：本编（物权编）调整因物的归属和利用产生的民事关系。
2. **行为主体的行为条件：**行为主体的资格构成和行为的情境条件。例如《刑法》第18条：精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任。

2. 行为模式

行为模式是法律规则中规定人们具体行为方式的部分。其包括可为模式、勿为模式和当为模式。

* **可为模式：**如《宪法》第47条：公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由；
* **勿为模式：**如《宪法》第39条：禁止非法搜查或非法侵入公民的住宅；
* **当为（必为）模式：**如《宪法》第53条：公民必须遵守宪法和法律，保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德。

3. 法律后果

法律后果是法律规则中规定人们在做出符合或不符合行为模式要求的行为时应当承担的结果。其包括肯定性后果（合法后果）和否定性后果（违法后果）。

* **肯定性后果：**如《民法典》第207条：国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护；
* **否定性后果：**如《刑法》第303条：聚众赌博或以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

4. 法律规则逻辑结构的特殊情况

一般而言，从逻辑上看，任何完整意义的法律规则都由上述三部分构成。然而，立法实践中，出于立法技术的考虑，有时会省略其中的某一部分，如《民法典》第1061条：夫妻有相互继承遗产的权利。但只有该要素可以被人们至少是法律专业人员毫无歧见地推导出来时，才可以省略。

法律规则并不等同于法律条文。一个完整的法律规则可以由同一规范性法律文件的数个法律条文表述，一个完整的法律规则也可以由不同规范性法律文件的不同条文来表述。

（三）法律规则的分类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **分类标准** | **内容** | **举例** |
| 行为模式 | 授权性规则 | 《宪法》第13条：公民的合法的私有财产不受侵犯。 |
| 义务性规则 | 《宪法》第56条：中国人民共和国公民有依照法律纳税的义务。 |
| 复合性规则 | 《宪法》第126条：人民法院依照法律独立行使审判权。  《宪法》第46条：中国人民共和国公民有受教育的权利和义务。 |
| 法律规则的效力强弱 | 强制性规则 | 《刑法》第14条：故意犯罪，应当负刑事责任。 |
| 任意性规则 | 《民法典》第475条：要约可以撤回。 |
| 法律规则的内容是否可以被明确规定 | 确定性规则 | 《刑法》第57条：对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身。 |
| 委任性规则 | 《计量法》第33条：中国人民解放军和国防科技工业系统计量工作的监督管理办法，由国务院、中央军事委员会依据本法另行制定。 |
| 准用性规则 | 《刑法》第269条：犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。 |

（四）法律规则的局限性

1. 无法穷尽一切社会现象，可能存在漏洞；
2. 具有僵化的潜在可能性；
3. 开放结构为法官自由裁量留有余地。

四、法律原则

（一）法律原则释义

法律原则是法律的基础性原理，是为其他法律要素提供基础或本源的综合性出发点。法律原则的特征（与法律规则的区别）有：

|  |  |
| --- | --- |
| **法律原则** | **法律规则** |
| 不预先设定确定具体的事实状态和法律后果 | 有严密的逻辑结构 |
| 覆盖面较广 | 覆盖面较窄 |
| 适用时灵活性较强 | 适用时灵活性较弱 |
| 提供宏观指导 | 提供微观指导 |
| 确定性和可操作性较弱 | 确定性和可操作性较强 |
| 稳定性较强 | 稳定性较弱 |
| 衡量“分量”或“权重”（价值衡量，在多个原则中以此选择适用） | 非此即彼、“全有或全无（all or nothing）”的适用（逻辑推理） |

（二）法律原则的分类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **分类标准** | **内容** | **举例** |
| 原则产生的基础 | 政策性原则 | 计划生育原则 |
| 公理性原则 | 罪刑法定原则 |
| 原则效力的层次 | 宪法原则 | 宪法中的人权保护原则 |
| 部门法原则 | 刑事诉讼法中的无罪推定原则 |
| 调整社会关系的覆盖面 | 基本法律原则 | 民法中的意思自治原则 |
| 具体法律原则 | 合同法中的合同自由原则 |
| 原则的内容 | 实体性原则 | 民法中的诚实信用原则 |
| 程序性原则 | 诉讼法中的回避原则 |

（三）法律原则的作用

1. 立法作用

1. 价值定向；
2. 创制法律规则的基础和出发点；
3. 保障法律系统的融贯；
4. 法治建设和社会发展的导向。

2. 司法作用

1. **指导法律解释和法律推理：**法律规则模糊不清或相互冲突时，利用法律原则作依据判断如何取舍；
2. **补充法律漏洞：**当没有可适用的规则或可适用的规则会带来极端不正义的结果时，利用法律原则填补漏洞；
3. **将法官的自由裁量权限于合理的范围之内：**法律规则存在模糊、冲突或漏洞时，需要法官运用自由裁量权予以判断，运用法律原则可限制法官的主观任意。

（四）法律原则的司法适用

一般而言，由于法律规则的规定更加明确和具体，适用法律规则比直接适用法律原则更有助于保障法律的确定性和法治的稳定与统一，因此，适用法律原则应当遵守下述条件：

1. 在穷尽法律规则的情况下，方可适用法律原则（没有可用规则）；
2. 当不存在可用规则，或适用规则会导致极端不正义的结果时，才可以适用法律原则。
   1. 首先，需要考察在该法律规则之上是否存在效力等级更高的其他规则可适用于案件中，如存在，则应适用效力更高的规则；
   2. 其次，如不存在，可以通过法律造续的方法（法官造法）选择法律原则。

第五讲 法律渊源与法律效力

2024.4.10 / 2024.4.17 / 2024.4.24

一、法律渊源概述

（一）法律渊源释义

1. 法律渊源的多重含义

* **法律的政治渊源：**影响法律产生、发展变化的国家政策或者说政治决定；
* **法律的物质渊源：**法律赖以产生的物质生活条件；
* **法律的历史渊源：**影响法律产生、发展、变化的历史事件等因素；
* **法律的理论渊源：**对法律的产生、发展或变革起到重大影响的理论或思想。

2. 本讲所指的法律渊源

本讲从法律的形式、效力和适用角度定义法律渊源。法律渊源（sources of the law）是由国家或社会所形成的，能够成为法官裁判依据或人们行为准则，具有一定法律效力和法律意义的规范的表现形式。

法律渊源是与法律的效力相联系的法律的表现形式：

* 从**形式**上看，任何法律渊源都必须有一定的规范表现形式；
* 从**效力**上看，只有能产生法律效力的规范，才能成为法律渊源；
* 从**适用**上看，法律渊源指导法官什么样的规范能够成为司法审判的依据。

3. 法律渊源的意义

**立法意义：**一个国家的立法体制必须规定哪些国家机关有权制定法律、这些法律的效力等级关系如何；立法体制所规定的国家机关制定的规范即成为该国重要的法律渊源。了解法律渊源，有助于了解一个国家的立法体系，也有利于建立统一和谐的立法体系。

**司法意义：**法律渊源意味着司法机关可以从何处寻找司法裁判的根据，从而做出具有法律效力的法律决定。

（二）法律渊源的历史发展

1. 中国历史上的法律渊源

我国最早的成文法实践是公元前536年郑国子产“铸刑书”。我国第一部比较完整的封建法典是战国时期魏国李悝制定的《法经》，将“刑”改为“法”。秦国商鞅变法时，将“法”改为“律”，从此中国长期以“律”为主要法律渊源。除律外，古代成文法律渊源还有令、格、式、典、科、比等。

律以正刑定罪，令以设范立制，格以禁违止邪，式以轨物程事。

——《唐六典》

我国现代意义上的法律渊源，肇始于19世纪晚期，主要吸收了大陆法系的法律渊源，形成了以宪法、法律、行政法规等为主的法律渊源形式。

2. 西方历史上的法律渊源

西方古代最发达的法律体系是罗马法，其法律渊源较多，包括平民大会制定的法律、元老院的决议、裁判官的告示和法学家的解释等。

大陆法系继承了罗马法传统，以制定法为主要的法律渊源。因此，其法律渊源起源于习惯和习惯法，最终形成了成熟的成文法体系。

中世纪以来的英国等普通法系国家，则遵循普通法传统，将判例作为一种正式的法律渊源，在此基础上发展演进。

（三）法律渊源的分类

根据来源不同或效力大小，分为正式的法律渊源和非正式的法律渊源。

1. 正式的法律渊源

正式的法律渊源是对国家机关、公民和社会组织具有约束力的渊源，有关国家机关必须适用而不能回避。结合各国具体实践，从理论上讲一般分为以下形式：

* **制定法（成文法）：**立法机关或行政机关有意识制定的以法律条文形式表达的规定。法律条文形式即是以编、章、节、条、款、项、目等形式出现的文字编排形式。是大陆法系国家的重要法律渊源。
* **判例法：**法院对诉讼案件作出判决的成例，如果对法院审理类似案件具有普遍约束力，则成为该国的一种法律渊源。其关键在于将先例确立的规则或原则作为审判类似案件的根据。是普通法系国家的重要法律渊源。
* **习惯法：**国家认可社会上已经通行的某种习惯具有法律效力而产生的法律。一般不以法律条文形式表达出来，有的甚至不以文字形式表达出来。由习惯会产生习惯法，习惯法也可能成为制定法。我国古代认可不少习惯法，尤其是少数民族地区的一些习惯法甚至流传至今。在现代国家中，习惯法很大程度上已变为一个历史概念，但在非洲和亚洲的某些国家和地区，仍占重要地位。
* **国际条约：**国家及其他国际法主体间缔结的确定相互关系的权利义务协议。其对于缔结、承认或加入国际条约的国家而言具有法律效力，但声明保留的条款除外。

2. 非正式的法律渊源

非正式的法律渊源是对国家机关、公民和社会组织具有说服力而没有约束力的某些规则、原则或观念。其在具体的审判中只具有参考作用而不具有约束作用，为弥补正式法律渊源可能存在的某种缺陷而存在。一般而言，非正式的法律渊源可以作为构成法律的原始材料或素材，经过立法的“加工”能够成为正式的法律渊源。

* **正义观念：**一个社会通行的关于何谓公平、合理的价值观念。
* **习惯：**社会上通行的、为人们实际遵守的比较明确的常规性做法。区别于习惯法。
* **公共政策：**有关国家必须达到的集体目的或目标的一种政治决定。一般来说，其目标在于改善一国经济、政治、社会境况，注重短期效应，具有临时性、灵活性、原则性的特点。包括国家政策和执政党政策。公共政策的制定本身不经过立法程序，但可以通过立法的形式转换为制定法规定的原则或规则。
* **客观知识：**人们通过认识事物的内在规律而获得的知识。包括：
  + 人类自身的自然状况；
  + 气候、自然环境等物理状况；
  + 政治、社会制度的属性；
  + 社会、政治和法律制度据以产生的历史背景或社会环境。
* **权威性学说或法理：**某些法学家对法律所做的学理说明和阐释。其是否具有法律效力取决于各国法律的规定。在法律发展早期，存在将权威性学说作为法律渊源的做法。在审理疑难案件（hard case）时，法官可能会参考权威性学说或法理判案。

3. 两种法律渊源之间的关系

1. 司法裁判中，当正式的法律规范提供了明确的答案时，一般无需也不应考虑非正式的法律渊源；
2. 如果正式法律渊源的有关规范表述不清，则可以运用非正式的法律渊源对其进行解释，帮助确定其含义；
3. 如果没有可以适用的正式的法律渊源，则必然要依赖非正式的法律渊源；
4. 在极端情况下，如果援引正式的法律渊源做出了极为荒谬、极度不正义、不合理的判决，则可能会以非正式的法律渊源取代之；
5. 在有关国家机关所具有的自由裁量权的范围内，可以借助非正式的法律渊源。

第七讲 法律关系

2024.4.24 / 2024.5.8

二、法律关系的构成要素

（一）法律关系主体

1. 法律关系主体的概念

法律关系的主体是法律关系的参加者，即在法律关系中享有权利（权力）或承担义务的人或组织。

2. 法律关系主体的种类

* **自然人（《民法典 总则》第二章）：**中国公民、外国人和无国籍人；
* 法人和非法人组织（《民法典 总则》第三章、第四章）；
  + **法人概念：**法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织；
  + **法人条件：**法人应当依法成立。法人应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定；
  + 区分法人与其法定代表人
    - **法人的法定代表人：**依法代表法人行使权利，履行义务的主要负责人；

法人由其法定代表人进行诉讼；其他组织由其主要负责人进行诉讼。

——《中华人民共和国民事诉讼法》（第49条）

* + **法人：**国家机关法人、企业法人、事业单位法人、社会团体法人
  + **非法人组织：**个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等
* 国家。

3. 法律关系主体的演变历史

* **奴隶社会：**奴隶不具备法律主体的资格，是可以买卖的法律客体；
* **封建社会：**法律主体范围有所扩大，但不同身份的人，权利能力不同，如农民和农奴的权利能力受到很大限制；
* **资本主义社会：**一切公民开始具有名义上的平等的主体资格。

4. 法律关系主体的构成要件

**权利能力。**权利能力是法律关系主体享有权利、承担义务的资格。需要注意，权利能力不同于权利，前者是人们享有权利的前提和资格，后者是权利能力在特定法律关系中的体现。自然人的权利能力始于出生、终于死亡；法人的权利能力从法人成立时产生，到法人终止时消灭。我国学界在自然人出生和死亡标准的问题上均存在分歧：出生上有“独立呼吸说”“生命体征说”；死亡上有“心肺死亡说”“脑死亡说”。

**行为能力。**行为能力是法律关系主体通过自己的行为享有权利、承担义务的能力。自然人的权利能力和行为能力的联系和区别如下：

* 权利能力是获得行为能力的前提和资格，行为能力是权力能力的具体体现；
* 自然人的权利能力与行为能力可以分离（有权利能力不一定有行为能力）；
* 自然人的权利能力始于出生、终于死亡；自然人的行为能力则视其年龄和精神健全情况而定；
* 自然人的行为能力关注法律主体是否有足够的理智通过其行动将其权利能力付诸实践，即对自己的行为性质和后果是否具有理解和判断能力；取决于年龄和精神健全状况两种因素；
* 一般而言，一个人必须同时具备权利能力和行为能力，才能独立参与法律关系，成为法律关系的主体；但具有行为能力并不是一个人成为法律关系主体的必备要件（如无民事行为能力人作为继承人）。

我国对自然人行为能力的规定如下：

* **自然人的民事行为能力（《民法典 总则》第17~24条）：**完全民事行为能力人、限制民事行为能力人、无民事行为能力人。
* **自然人的民事责任能力：**不受年龄和精神状态的限制，均具有民事责任能力，负有赔偿义务；但未成年人和精神病人由其监护人承担实际的赔偿义务。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的，可以减轻其侵权责任。

——《民法典》（侵权责任编 第1188条）

* **自然人的刑事责任能力（《刑法》第17、18条）**，例如：

已满十二周岁不满十四周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。

——《刑法》（第17条第3款）

我国对法人的行为能力的规定与权利能力同意，始于成立，终于撤销、破产或解散。

（二）法律关系客体

1. 法律关系客体的概念

法律关系客体是法律关系主体之间权利（权力）、义务指向的对象。法律关系的客体随着时空变化而变化。

2. 法律关系客体的分类

* **物：**能够为法律关系主体所控制、并可以带来利益的物质财富；
* **行为：**法律关系主体的作为（积极行为）和不作为（消极行为）；
* **智力成果：**法律关系主体运用智力所创造的、有可能获得知识产权的精神财富；
* **人身利益：**法律关系主体的人格利益和身份利益。

3. 我国法律关系客体理论存在的问题

* 有关什么是法律关系客体存在争议；
  + 权利义务指向的对象说（通说）；
    - 通说是对民事法律关系客体的借用；无法穷尽一切法关系的客体，对于民事法律关系之外的其他法律关系未必适用。
      * 物——物权客体
      * 行为——债权客体
      * 智力成果——知识产权客体
      * 人身利益——人身权客体
  + 法益/利益说（受到法律保护的利益或价值）；
  + 社会关系说。
* 目前学界抽象地讨论法律关系客体较少：宜将该问题纳入具体的法律部门和法律关系中考察；
* 从法理学的角度看，法律关系客体的问题很多和伦理、道德问题相关，本身是开放的。

（三）法律关系的内容

法律关系的内容是法律关系主体之间围绕客体所产生的权利和义务或权力和义务。参见下一讲“权利、义务和权力”。

第八讲 权利、义务和权力

2024.5.8 / 2024.5.15

我不同意你说的每一个字，但我誓死捍卫你说话的权利。

——伏尔泰

没有无权利的义务，也没有无义务的权利。

——卡尔·马克思

权力导致腐败，绝对的权力导致绝对的腐败。

——约翰·阿克顿勋爵

二、权利与义务的概念、分类和关系

权利与义务是法学的核心范畴。法律以权利和义务为机制调整人的行为和社会关系；权利和义务贯穿于法律规范、法律关系和法律责任的始终；权利和义务贯穿于一切法律部门；权利和义务贯穿于法律的运行过程始终：立法-司法-执法-守法；权利和义务全面地表征和实现法律的价值。

（一）权利的概念

1. 有关权利概念的学说

有关权利的概念，产生了多种学说。下面简单介绍其中的“意志说”和“利益说”。

“意志说”偏重于权利的主观方面，代表人物是哈特。其认为权利的基础是主体意志的自由或意志的支配力，法律承认某个主体的权利，就是承认其对权利客体的意志或选择优于其他人的意志或选择。权利是法律范围内的自由，即在法律的范围内，权利主体可以按照个人意志行使或放弃权利而不受外来的干预。统合彼此冲突的意志需要建构一个至上的意志，即主权。该理论与主权论密切相关。“意志说”在很大程度上伴随着自由主义对个人自由和自主性（autonomy）的主张而出现——强调排除他人、组织或国家对个人权利的干预。

“利益说”偏重于权利的客观方面，认为权利的基础是权利所保护的利益，不仅包括个人利益（意志），也包括社会公共利益。权利是法律所保护的利益。利益说对意志说有所驳斥，如罗斯科·庞德认为“抽象个人主义”将人视为孤立的、原子式的个体，从而对意志自由进行绝对的保护，忽视了人与人之间的关系（个人自由vs.社会正义），这是对19世纪末、20世纪初普通法中“抽象个人主义（abstract individualism）”的批判；尼尔·麦考密克则认为，人们可以没有意志，但却可以享有权利，这是对哈特的批判。当利益冲突出现时，就需要比较利益背后的各种价值，确定特定时空下一个社会优先要保护的价值。

2. 权利的定义和结构

权利是规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的，主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。

有关上述的主体：当权利是私法法律关系的内容时，主体（权利人）可以是自然人、法人和其他组织以及国家机关；但当权利是公法法律关系的内容时，主体（权利人）只能是自然人、法人和其他组织，而不能是国家机关，因为国家机关不享有公法上的权利。

权利的结构是：S1根据R而对S2有关于X的Y权利。

3. 如何理解权利？——权利的三个维度

**权利的规范维度（合法性）：**法律权利即为得到法律规定和保护，具有法律上的根据的权利。

**权利的价值维度（可欲性）：**从词源上看，“权利”与“正当”的英文都是right。任何权利，其正当性都应当得到证明（justification），特别是当社会中出现一种新的权利请求，需要得到法律保护时，或遭遇法定权利之间的冲突之时。考察某一项权利是否应当得到保护，就是要考察其背后的价值是否应当得到保护。

**权利的社会维度（可行性）：**一项权利具有正当性并不能保证该权利能够成为一项得到法律切实保护的实有权利。权利的实现必须以社会相应的政治、经济和文化条件为前提。

4. 权利冲突及对权利的限制

权利冲突往往指具有合法性、正当性的权利之间的冲突。法定权利之间的冲突是最典型的权利冲突。但在实践中，权利冲突存在着多种形态：

* 法定权利vs.法定权利
* 法定权利vs.自然权利
* 法定权利vs.习惯权利
* 法定权利vs.道德权利

一个主体权利或自由的行使，要以不伤害其他主体同等重要的权利或自由为限。当两项法定权利相互冲突时，需要考察特定时空下其背后何种价值应当得到保护。这种价值排序本身具有特定时空性，价值的取舍会随着社会和时代的变化而变化。在权利冲突的场合，有时对权利的取舍也并非是非此即彼的，国家/政府应当尽可能举全社会之力为正当权利的实现创造条件。

（二）义务的概念

义务与权利是相对的，一般而言，有权利才有义务，在有义务的情况下，必定有某种权利的存在。如果将权利理解为意志自由，则义务即为一种法律上的束缚或不自由；如果将权利理解为法律保护的利益，则义务即为法律上要求承担的不利和负担。

法律义务是设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的，主体以相对抑制的作为或不作为方式保障权利主体获得利益的一种约束手段。

义务的结构是：S1由于R而对S2负有关于X的Y义务。

义务既可以与权利相对，也可以与权力相对。

（三）权利与义务的分类

* 消极权利（义务）与积极权利（义务）
* 对人权（义务）与对世权（义务）
* 实体性权利（义务）与程序性权利（义务）
* 基本权利（义务）与普通权利（义务）
* 第一性权利（义务）与第二性权利（义务）
* 应有权利（义务）与实有权利（义务）
  + **分类依据：**权利的理想性与现实性
    - **应有权利：**人们应当享有的权利
    - **实有权利：**人们实际上享有的权利
  + **分类意义：**应有权利体现了人们对还没有实现的权利的期待。过对比应有权利和实有权利，人们可以发现现有社会制度的不足，进而为应有权利转化为实有权利而努力。

（四）权利与义务的关系

1. 结构上的相关关系

权利与义务是相互关联、对立统一的：

* **对立：**权利与义务一个表征利益，一个表征负担；
* **统一：**相互依存，不能孤立存在，一方的存在以另一方的存在为前提。

2. 数量上的等值关系

一个社会的权利总量和义务总量总是大体上相等的。在具体法律关系中，权利与义务互相包含：权利的范围是义务的界限，义务的范围是权利的界限。权利主体有资格要求义务主体不折不扣地履行义务，但权利主体无权超出权利范围要求义务主体履行义务。

3. 功能上的互补关系

权利体现法律的价值目标，义务保障法律价值目标的实现。权利以其特有的利益导向和激励机制而更有助于实现自由，义务以其强制某些积极行为发生、防范某些消极行为出现的特有约束机制而更有助于建立秩序。

三、权力与权利

（一）权力的概念、结构与属性

1. 权力的概念

韦伯认为，权力具有支配性和不平等性。

**支配性。**权力本质上是权力主体控制和影响他人的支配力，这种支配力表现为权力主体利用强制力使他人按照自己的意志活动。根据支配的正当性基础不同，政治统治可分为传统型、克里斯玛（Charisma）型、法理型。

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **传统型** | **克里斯玛型** | **法理型** |
| **服从理由** | 服从过去的惯例或传统 | 依靠贤人领袖的异禀才能感染、号召群众 | 遵从通过法定程序、依照合理标准制定的法律 |
| **法律正当性的来源** | 不变的传统、业已存在且得到普遍遵行的惯例 | 法律由领导则颁布，依靠贤人领袖的才能，往往表现为天启或神谕 | 合理的法律制定程序、由专业立法机构通过逻辑技术与法律思想原则制定法律规范 |
| **司法程序与裁决的正当化标准** | 经验/传统的、按个案来裁决，可能考量先例 | 个案为主，具有启示性（天启、神谕） | 一般的/理性的，每个个案按照一般性的、统一的法律规范裁决 |
| **行政结构** | 父权制，以传统的血缘和地缘作为选任官吏的标准，由主人分配工作任务 | 没有一定的行政层级结构，由贤人领袖随意挑选部署，部署职务没有差别、没有专职 | 官僚行政体系，按接受的专门教育进行人事选拔，部署职务存在岗位上的差别，存在专职 |
| **统治者的裁量权** | 高 | 高 | 低 |
| **法律规制经济生活的可预测性** | 低 | 低 | 高 |

**不平等性。**权力与义务关系是不平等的社会关系主体之间的支配与服从关系。

本讲所称的权力，主要指国家权力（狭义的权力），即国家主体凭借国家掌握的政治社会资源对一般的公民所具有的实现自身意志的能力。

2. 权力的结构

权力的结构是：S1根据R而对S2有行使关于X的Y权力。

3. 权力的属性

在现代民主社会，权力应当具有如下特征：

1. 权力主体是国家机关，其工作人员代表国家机关行使权力；
2. 一切权力最终属于人民，国家机关只是被委托行使权力的组织；
3. 权力是公共的，行使权力的目的是为了实现公共利益；
4. 权力与职责相统一；
5. 权力的行使应当具有能够向被支配者证成的道德上的正当性。

在现实生活中，权力极易被滥用，因此必须受到有效的制约。

（二）权力的分类

* **立法权：**为社会制定具有普遍性和强制性的法律规范的权力；
* **司法权：**根据法律裁决案件、处理纠纷的权力；
* 行政权
  + **执行权：**贯彻国家的法律、政策，实现法律、政策目标；
  + **管理权：**对国家内政外交进行部署、指挥、协调、监督。

政治权力是指：为了规定和保护财产而制定法律的权利，判处死刑和一切较轻处分的权利，以及使用共同体的力量来执行这些法律和保卫国家不受外来侵害的权利，而这一切都只是为了公众福利。

——洛克《政府论》

（三）权力与权利的关系

1. 权力与权利的区别

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **权利** | **权力** |
| **行使主体** | 一般平等主体 | 代表国家的、具有公务性质的主体 |
| **表述形式** | “有权……”“有……的权利” | “职权”“权限” |
| **运行方式** | 不得对相对方直接使用强制力 | 自始至终与强制力相伴 |
| **法律要求** | 权利可以不行使、放弃和转让 | 权力必须行使，不得放弃和转让 |
| **推定规则** | 法不禁止即自由 | 法无规定即无权力 |
| **社会功能** | 维护权利主体的自由和利益 | 保护社会整体的利益和秩序 |

2. 权力与权利的联系

* **来源：**权力来源于权利；
* **目的：**权力最终应当为保障权利的实现而服务；
* **功能：**权力能够维护有利于权利长远发展的社会秩序。

权力运作的现实过程中，权力与权利有时会存在张力、冲突，甚至对抗。

3. 权力与权利关系是现代法律调整的核心

法律的调整重心经历了从传统的强调国家权力与个人义务到注重权利与权力的制约关系的重大转变（统治→治理）。如何制约权力、保护权利是法治社会的重要任务。如何正确平衡权利与权力之间的关系（个人利益与公共利益之间的关系）也是现代法治的重大课题。

第九讲 法律责任

2024.5.22

一、违法与守法

（一）违法

1. 违法的概念

违法行为即违反现行法律规定，具有社会危害性的行为。违法在狭义上指违反刑法以外的其他法律的行为，广义上包括狭义违法行为与犯罪。

2. 违法的构成要件

**违法的主体。**违法主体并不必要具备法定行为能力或责任能力。需要注意的是，违法是对行为性质的判断，法律责任是对法律后果的承担，违法主体不一定就是责任主体。

**违法的主观方面。**违法的主观方面即违法者实施违法行为时主观上的过错。过错分为故意和过失：故意即明知必然或可能发生危害结果；过失指应当预见而因疏忽大意没有预见，或已经预见而轻信能够避免。

**违法的客体。**违法的客体指的是法律保护并为违法行为侵害的社会关系。需要注意的是，违法客体不等于违法的对象，前者是抽象的，后者往往是具体的。

**违法的客观方面。**违法行为是一种客观行为。单纯的意志或思想，如果不以某种客观的、外在的方式表现出来，则不构成违法。

3. 违法的种类

* **违宪行为：**违宪行为的主体只能是国家机关和国家主要领导人；
* **刑事违法：**即犯罪；
* **民事违法：**违约+侵权；
* **行政违法：**行政主体违法、行政相对人违法。

（二）守法

1. 守法的概念

守法就是公民、社会组织和国家机关依照法律规定行使权利（权力）、履行义务的活动。

2. 守法的条件

守法的条件包括法律条件、公民条件和环境条件（良序社会，well-ordered society）。

一切法律之中最重要的法律，既不是铭刻在大理石上，也不是刻在铜表上，而是铭刻在公民的内心里。

——卢梭

3. 守法的理由

在以下两种情况中，我们通常不用讨论守法的理由：

1. 政权具有合法性、要求人们遵守的法律本身是良法（公民有很强的理由守法）；
2. 政权本身不具有合法性、法律自身亦是恶法，例如纳粹政权制定的种族灭绝的法律（公民有很强的理由不遵守法律）。

讨论守法理由的场合往往在于：在承认政治法律秩序基本合法、正义的情况下，公民是否有遵守“恶法”的义务？

二、法律责任概述

（一）法律责任释义

本讲所称法律责任，是指行为人因违反法律义务而承担的不利法律后果。承担法律责任的原因可能是违法行为，也可能是法律的规定。

法律责任与法律义务的关系是：法律责任是违反第一性法律义务而引起的第二性法律义务。

法律责任与法律制裁的关系是：法律制裁是落实法律责任的一种具体形式。

（二）法律责任的构成要件

在不同的法律部门中，不同法律规范对法律责任的构成要件有不同的要求。一般而言，法律责任的构成要件包括如下五项：

* **主体：**主体即具有行为能力或责任能力的人。
* **过错：**法律通常要求违法者主观上具有一定过错。在刑事领域，法律对于违法者的主观过错（故意、过失）最为看重（且一般会细分故意和过失）；在民事领域，过错责任是主要的法律责任形式，但民事法律中一般很少区分故意和过失，且某些民事责任不以行为人有过错为前提。
* **违法行为：**一般而言，法律责任要求以违法行为为前提。但一些特殊的责任形式并不以违法行为作为构成要件，如公平责任。
* **损害事实：**损害包括人身性的、财产性的和精神性的。损害应为已经发生或确定必然会发生的损害。
* **因果关系：**（违法）行为和损害结果之间必须有因果关系

（三）法律责任的功能

1. 惩罚功能

法律责任的惩罚功能给违法行为人以身体、精神或财产上的强制，以维持社会安全与秩序。这是法律责任的古老功能，最初具有复仇、报应的意义；近现代以来，更多地强调通过惩罚进行矫正、威慑和维护社会秩序。

法律责任的惩罚功能着眼点在于惩罚违法行为人及其主观过错，而不在于受损害一方。其最鲜明地体现于刑法规定的刑罚中，民事制裁中的惩罚性赔偿和违约金在一定意义上也体现了惩罚功能。

2. 救济功能

法律责任的救济功能通过填补损失的方式，将物或人恢复到违法行为发生前它们所处的状态。救济包括特定救济（主要用于涉及财产权利和纯经济利益的场合）和替代救济（主要用于精神损害的场合）。救济功能是伴随着商业社会、市场经济的发展而产生的。

法律责任的救济功能强调对受损害一方进行赔偿或补偿，着眼于受到损害一方及受损害事实，违法行为人不在考虑之列。现代的民事责任制度和理论更强调救济功能。

3. 预防功能

法律责任的预防功能使违法行为人的心智、行为恢复正常状态（个别预防），警醒其他社会成员，使他们认识到应当如何遵守法律（一般预防）。在各个时期、各个法律领域，法律责任均发挥着预防功能。

（四）惩罚的正当性依据及法律责任的本质

1. 惩罚的理由

**报复论。**报复论是同态复仇论的演化，具体主张包括有恶必报（作恶者必须受罚）、罪责自负（只有作恶者才应当受到刑罚）、罪当其罚（惩罚轻重同罪责大小相适应）。其理论基础是意志自由论（现代报复论的基础）。

**功利论。**功利论的具体主张有：第一，惩罚包含着痛苦，只有能够实现超出这种痛苦的良好效果，惩罚才是合理的；第二，惩罚的正当性来源于其给社会带来的利益，这些利益包括一般预防、个别预防、使罪犯失去犯罪能力、改造、报仇、社会秩序的维护。其理论基础是功利主义。

**复归论（再社会化论）。**复归论认为，惩罚是使罪犯复归社会的手段；监禁罪犯等于给国家和罪犯一个机会，帮助罪犯改变原有价值观、生活方式和行为方式，克服反社会的心理。复归论反对死刑。其理论基础是将犯罪视为一种疾病予以医治。

2. 法律责任的本质

**道义责任论**以伦理学上的非决定论或者说意志自由论为理论基础。假定人的意志是自由的，人有控制自己行为的能力，有自觉行为和自由选择的能力。因此，违法者应当对自己出于意志自由做出的违法行为负责。对违法者的道义责难是法律责任的本质所在。

**社会责任论**以伦理学上的决定论为理论基础。假定一切事物（包括人的行为）都有其规律性、必然性和因果性。违法行为的发生不是由行为人自由意志决定的，而是由客观条件决定的。因此，法律责任的确定要归因于行为人的行为环境和社会环境，并由行为的环境及其社会危险性确定法律责任的有无及轻重。对社会秩序的维护和使违法者再社会化是法律责任的本质。

**规范责任论**认为法律是指引和评价人之行为的规范。它对符合规范的行为持肯定态度，对违反规范的行为持否定态度。其中，否定态度体现在法律责任的认定的归结中。法律责任是法律规范及其背后更根本的法律价值的评价结果。对行为的规范性评价是法律责任的本质。

（五）法律责任的种类

法律责任可分为刑事责任、民事责任、行政责任、违宪责任。

第十一讲 司法原理和制度

2024.5.29 / 2024.6.5

一、司法和司法权

（一）司法的概念和特征

1. 司法的概念

一般意义上的司法指国家专门机关依据法定的职权和程序处理诉讼案件的活动。

我国的司法活动包括人民法院的审判活动与人民检察院监督法律实施的活动。但以下对司法问题的讲解，均从学理出发，围绕审判活动进行。

2. 司法的特征

司法是适用法律的活动，是由专门机构从事的活动，以公正解决个案纠纷为目的（也是司法的内在的、基本的功能）。

（二）司法权的性质和特征——与行政权相比较

1. 从性质上看，司法权是一种判断权

判断是一种思维形式。司法活动即判断在一个具体的案件中，案件事实如何、要适用何种法律规范、如何将法律规范适用于具体的案件事实、当事人之间的权利义务关系该如何确定、法律责任应当如何承担。

相对而言，行政权是一种管理权，而司法权则是判断权。管理权依凭的是管理秩序和物质力量；判断权具有“认识”性质，依凭说理和论证来支撑结论的正当性。

2. 司法权作为判断权的基本特征

**被动性**

对比立法权、行政权，司法权具有被动性。立法权和行政权具有主动性：立法权主动创制法律规范以便对社会关系进行调整和规范；行政权主动对社会事务进行组织和管理。

司法权的被动性要求：

* 1. 从启动程序上看，司法权不能主动地对案件进行裁判。作为一种判断权，司法权只有在有权主体请求其作出判断时，才能进行判断；
  2. 从审判范围上看，司法机关的裁判范围必须局限于业已控告或起诉的诉讼请求和事实范围。法院不能主动对未被指控的违法事实进行审查，对未被起诉的其他人进行裁判；
  3. 从审判方式上看，法官一般也不应当主动介入争论。

**中立性**

法院和法官为了实现司法正义，在当事人之间保持不偏不倚的中立态度，在个案裁判过程中，不受其他因素（如政府、媒体、个人）的不当干预。

相比之下，立法权和行政权具有鲜明的倾向性：立法活动就是将国家认为最重要的价值上升为法律；政府更关心自己的行政目标和效力能否得到实现。而法院则是权利的中立庇护者。

司法权的中立性要求：

1. 任何法官与案件和案件的当事人都不应有任何利益牵连；
2. 法官不能对案件当事人产生偏见；
3. 法官不得对案件有先入为主的预判；
4. 外观的中立，即法官应当中立、不偏袒、无偏见，不能让人产生合理的怀疑，从而使当事人或民众内心产生“直观公正的印象”。这是作为程序正义的“看得见的正义”的重要组成部分。

**专属性**

司法权的行使者只能是特定机关的特定少数人。司法权的专属性要求：

1. 司法权不可随意转授给他人，除非诉方或控方将需要判断的事项交给其他组织（如仲裁机构、调解机构）。相比之下，行政权（特别是其社会公共服务职能）在一定条件下可授权给其他机构或人员；
2. 未经职业训练及考核的人员不得充任法官。司法权的专属性也是司法职业化的要求。现代社会日益复杂化，法律问题也日益复杂化，司法权必须交由通晓法律规范、法律程序、法律方法、法律原理和具有法律思维、法治理念、法律伦理的专业人士行使。

**非服从性**

司法权不存在官僚层级上的服从关系，法官只服从法律，而不服从于其上级或同僚。相比之下，行政权意味着下级接受上级的命令，从而保证政令畅通。司法权之所以有非服从性，是因为其若服从法律之外的人和事务，会影响司法判断。

各法院之间的关系并非行政上的上下级隶属关系。上级法院可以改变下级法院的判决，但只是为当事人再提供一次摆事实、讲道理的机会，为司法裁判增加一道审核程序，为当事人获得公正审判增加一重保障，而并不意味着上级法官的权力更大、判断力更强。

**终极性**

司法活动是对当事人权利义务关系和法律责任以及其他国家权力的最终判断。相比之下，行政权虽然具有效力上的“执行力”，但一旦被司法机关进行审查为违法，则其效力随之丧失。

司法权的终极性要求：

1. 司法裁判一旦做出，就应立即产生既判力、约束力，任何个人和组织都不得随意挑战司法权威；
2. 司法权有权对公权力是否合法进行裁判。

二、司法的基本原则

（一）司法法治原则

在司法过程中要严格依法司法，即实体法+程序法。我国提倡“以事实为依据，以法律为准绳”。以事实为依据即以被合法证明了的事实和依法推定的事实作为适用法律的依据；以法律为准绳即司法机关在司法时，要严格依照法律规定办事，把法律作为处理案件的唯一标准和尺度。

（二）司法平等原则

“公民在法律面前一律平等。”国家司法机关在行使司法权时，不论公民的民族、种族、职业、性别、社会地位和政治地位，在适用法律时一律平等。

（三）司法公正原则

司法公正即实体正义+程序正义。实体正义即司法裁判的结果公正，当事人的权益得到充分的保护，违法者受到应有的惩罚；程序正义即司法程序具有正当性，当事人在司法过程中得到公平的对待。

（四）依法独立行使职权原则

国家的司法权只能由国家的司法机关统一行使，其他组织和个人都无法行使此项权力。司法机关行使司法权时，必须严格依照法律规定，准确地适用法律。

我国《宪法》规定：人民法院、人民检察院分别依照法律规定独立行使审判权、检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。我国司法机关依法独立行使职权原则与西方“三权鼎立”模式下的“司法独立”有着本质区别。坚持司法机关依法独立行使审判权，并不意味着司法机关可以脱离党的领导和人大监督，不受任何约束。

第十二讲 法律程序

2024.6.5

一次不公正的审判，其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪虽是无视法律——好比污染了水流，而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源。

——弗朗西斯·培根《论司法》

一、法律程序概述

（一）法律程序的概念和特征

1. 法律程序的概念

法律程序是人们进行法律活动时所必须遵循或履行的法定时间和空间上的步骤和方式。法律程序不仅是实现个案中法律实体规定的手段，而且具有自身的独立价值：一方面，任何实体性的追求，只有在某种程序中才能有可能实现；另一方面，在当下价值多元的社会中，人们对道德准则和实体正义存在分歧，因此，一定的法律程序（特别是立法、决策程序）是产生价值共识的重要机制。

2. 法律程序的特征

**法律程序是针对特定的行为而做出的要求，**包括立法行为、司法行为、行政行为、选举行为、仲裁行为、调解行为等。

**法律程序由时间要素和空间要素构成。**其时间要素包括时序（各环节的先后顺序）和时限（各环节所占时间的长短）；空间要素包括空间关系（行为主体及其行为的确定性和相关性）和行为方式（法律行为采取何种表现方式）。

**法律程序本身对程序产生的结果具有一定的中立性。**法律程序只规定相应的方式、条件、步骤，而对具体的结果及其价值判断保持中立。例如，当事人主义的司法裁判过程中，法官仅对司法过程和程序进行把关，对实质性结果是什么保持中立，将其完全交给正当程序、交给双方当事人的质证和辩论去产出。但程序中立并不意味着程序的设定者、操作者和使用者必定是中立的。这种中立性又来源于法律程序的“工具合理性”特征。

**法律程序具有“工具合理性”特征。**工具合理性是手段之于目的合理性，价值合理性是目的或价值本身的合理性。法律程序仅规定主体所享有的程序法上的权利义务（不等于实体法上的权利义务），不对实体价值进行判断。这一点在现代多元社会中，具有特别重要的意义。

**法律程序具有仪式性和象征性。**法律程序是古老的，这一属性由古代一直延续到今天。法律程序往往以某种仪式化的形式呈现，象征着法律的权威，因而对法律信仰、法律感染具有重要意义。

**法律程序是实体性权利义务实现的合法方式或必要条件。**程序正义对实体性的结果产生具有支撑作用。在程序正义方面，罗尔斯作出了如下的论断：

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **程序正义分类** | **与实体正义的关系** | **举例** |
| 完善的程序正义 | 既存在关于程序产出的结果正当与否的独立判断标准；也能保证通过程序的设定达到这一结果。 | 分蛋糕 |
| 不完善的程序正义 | 存在关于结果正当与否的独立标准；但无法保证必然达到这一结果。 | 司法审判 |
| 纯粹的程序正义 | 不存在关于结果正当与否的独立标准；但凡是正当程序所产生的结果都是正义的。 | 赌博 |

为弥补不完善程序正义不能确保正当结果的问题，需要追加一种半纯粹的程序正义，如陪审制度、当事人主义的参与。

（二）法律程序的相对独立性

1. 法律程序的合理性有其自身的标准

我们往往可以离开实体内容来鉴别程序合理与否。例如，戈尔丁（M. P. Golding）将程序正义的标准概括为如下九项：

1. 与自身有关的人不应该是法官；
2. 结果中不应包含纠纷解决者个人的利益；
3. 纠纷解决者不应有支持或者反对某一方的偏见；
4. 对各方当事人的意见均应给予公平的关注；
5. 纠纷解决者应听取双方的论据和证据；
6. 纠纷解决者应在一方在场的情况下听取另一方意见；
7. 各方当事人都应得到公平的机会来对另一方提出的论据和证据作出反应；
8. 解决的诸项内容应以理性推演为依据；
9. 推理应论及提出的所有论据和证据。

贝勒斯（M. D. Bayles）则认为，程序的内在价值是“来自于程序本身的、使人感到满意的东西”。

2. 程序具有独立的可信度

在一个权威的程序中做出某项选择时，人们一般不会去怀疑其结果本身的合理性，而是自然地接受这一结果。例如，美国西北大学泰勒（Tom R. Tyler）的实证研究表明，程序正义影响着：

* 对法律制度和权威实行的评价
* 对法律决定和结果的评价
* 对法律的满意度
* 对合法性的感悟
* 对法律制度的支持
* 对法律和判决的抱怨

3. 程序法具有自身的发展历史和传统

当代法律程序的规则和制度已发展数百年，发展至今已具有一定的稳定性和延续性。英美法的独特传统不能离开其程序特色。例如，谷口安平认为，三个原因导致英美法注重程序传统：陪审裁判以及作为其前提的当事人主义诉讼结构、先例拘束原则、衡平法的发展。

（三）法律程序的分类

* 立法程序（侧重民主性）
  + **原则：**公开原则；辩论原则；多数裁决原则；公布原则。
* 审判程序（侧重司法公信力的提升）
  + **趋势：**当事人主义；判决书公开化、学理化；完善证据制度；加强法官独立性。
* 行政程序（侧重对国家权力的限制）
  + **趋势：**加强对行政自由裁量的司法审查；完善执法后的救济制度。

二、正当程序

（一）正当程序的历史演变

正当程序起源于英国古老的“自然公正”理念：任何人不得做自己案件的法官，双方的意见都应当得到公正的听取。

正当程序经历了如下制度演进：

* 1215年，英国《大宪章》第39条；
* 1345年，《伦敦威斯敏斯特自由法》，“法律的正当程序”首次提出；
* 1791年，美国宪法第5修正案；
* 1868年，美国宪法第14修正案。

（二）正当程序的要素

1. 对立面

参与程序的主体是复数的主体，相互之间是对立或竞争关系（意见分歧或利益冲突）。

2. 决定者

决定者即解决纠纷的第三者或程序的指挥者、组织者，其应秉持中立的态度。

3. 信息与证据

信息与证据即与待决事项相关的事实、知识、资料和根据。信息和证据应当充足“质”和“量”的要求：量的要求是多样化，质的要求是公开化、合法化。

4. 沟通：对话或辩论

程序主体之间为达成合意或产生裁判结果而针对争论点展开意见交涉或辩论。对话既包括设法说服对方，也包括经由对方的说理而反思自身的观点。

5. 结果

结果即根据程序中确认的事实和正当理由而做出最终决定。程序具有“不可逆性”，非依法进入另一程序，该结果不能撤回或变更。

（三）正当程序的特征

1. 角色分化

在正当程序中，将决定权分解，并分派到不同的角色身上。通过各角色各就其位、各司其职、相互制约、相互配合而完成决定。

2. 有意识地阻隔（“蒙眼布”）

正当程序的对立物是“恣意”，而恣意主要来源于偏见和先入之见。正当程序要求决定者有意识地排除对实质性问题的过早关注，特别是自身所持的观点对结果的影响，集中于程序的设置和进程，从而防止恣意。除此之外，程序中预期结果的不确定性，还能充分调动程序参与者的积极性。

3. 直观的公正（看得见的公正）

程序真实不等于客观真实。通过程序得出的结果是否符合客观真实在一定程度上无法检验。程序参与者的立场、价值观和利益等的多元也导致结果无法令各方满意。在此种情况下，“看得见的公正”就具有特别重要的意义。程序的正当可以间接地支持实质结果的妥当性。

4. 意见交涉

意见交涉指的是程序的参加者平等参与、对等沟通、充分交涉。

（四）正当程序的意义

* 正当程序是权利平等的前提：程序的“同一性”能够有效地保证所有当事人的权利得到平等的对待；
* 正当程序是权力制衡的机制：正当程序通过抑制、分工等功能对权力进行制衡；
* 正当程序是纠纷解决的效率的保证；
* 正当程序是权利实现的手段；
* 正当程序是法律权威的保障。

第十三讲 法律方法与法律思维

2024.6.12

二、法律解释方法

（一）法律解释概论

1. 法律解释的概念

法律解释是一定的组织或个人对法律规定含义的理解和说明。

2. 法律解释的特点

**严格来说，法律解释的对象是法律文本。**法律文本包括制定法规范、习惯法和判例。法律规范的附随情况包括立法过程中的一切记录、文件、立法理由书等资料。对附随情况的考察只是为了寻找解释的依据，使解释更可信，附随情况不能成为解释的对象。

**法律解释不仅是运用逻辑的过程，也具有一定的价值取向。**法律解释过程在一定意义上包含价值判断、价值选择。

**法律解释受解释学循环的制约。**解释学循环即主客观的相互建构。

3. 法律解释的必要性

法律解释的必要性源于法律用语、概念含义的不明，而这一问题出现的原因在于：

* **语言（概念）本身的局限性：**哈特的“开放结构”理论提出了概念的“确定的核心”与“模糊的边缘”；概念本身是抽象的，无法穷尽丰富、具体、流变的社会生活事实；语言的歧义性。
* **立法者的理性有限：**立法者只能认识社会生活的局部，立法者的认识能力受时空的限制。
* **法律滞后与社会发展之间的矛盾：**社会发展快速，法律滞后，不能时时制定新法，因此要依靠法律解释。

（二）法律解释的目标

**原意说：**法律解释的目标应当是探究历史上立法者的原意，使主观（解释）符合客观（立法原意）。

**合意说：**法律文本表达的意思不完全等同于立法者的原意，法律解释的目标是探求解释者与立法者之间、解释者与法律文本之间以及不同解释者之间围绕法律文本形成的合意，以达到主客观之间的互动。

（三）法律解释的方法

法律解释的方法即法官为了解决法律问题或个案纠纷，而对法律规范进行解释并以得出法律结论为目的的方法。

1. 文义解释

文义解释是根据法律条文的含义来理解和说明法律规定的意思，常发生于字义不明确、不能恰当地适用于事实的情形。包括平义解释、扩大解释和限制解释。

**平义解释**即按照法律条文通常的字面含义所进行的解释。适用平义解释时应当注意对其日常文义和法律文义的区分。

**扩大（扩张）解释**即超出法律条文通常的字面含义所进行的解释。扩张具有一定的合理限度，即不允许超出法律规定可能文义的范围。

**限制解释**即当法律条文的含义过于宽泛时，应当限制法律条文的文义，使其局限于核心含义。

2. 体系解释

体系解释是根据法律文本的语言环境（上下文的逻辑关系、整部法律乃至整个法律体系）来确定法律的意思。其依据是：将法律看成一个和谐一致、逻辑自洽的整体，具体的法律条文是该整体的一个组成部分。体系解释应当注意法律体系内部的效力等级标准。

一旦有人适用一部法典的一个条文，他就是在适用整个法典。

——鲁道夫·施塔姆勒

3. 历史解释

历史解释是根据有关历史资料和历史背景来确定法律的意思。“原意说”更加重视运用历史资料来确定立法者的原意。在我国，用以进行历史解释的历史资料主要有：

* **关于法案的说明：**提案人在提出法案时，在人大会议或政府工作会议上所做的说明；一般包括对制定该法的目的、指导思想、草案的主要内容及其理由等；是理解立法者原意的最重要资料。
* **审议结果报告：**包括审议意见汇报和审查报告；是人大法律委员会、法制工作委员会或者政法法制机构统一审议后，在向人大会议或政府工作会议提出法案修改稿的同时，对法案修改的理由所做的说明，以及对为什么没有接受各方面提出的修改意见所做的解释。
* 人大的审议意见或者有关部门的意见；
* 起草、审议、审查、讨论法案过程中各方面的意见。

4. 目的解释

目的解释是根据法律旨在实现的目的确定法律的意思。一般而言，历史解释旨在弄清立法者的本意（回溯性），而目的解释则旨在探究法律意图达到的目的（前瞻性）。许多法律虽有对立法目的的规定，但因为时过境迁，更多地需要适用者根据当下的情势加以理解和评判。

传统法学方法论中，以拉伦茨的观点为代表，存在一种对解释方法的位阶关系的理解。其认为，以上四种法律解释方法的位阶从高到低是：文义解释→体系解释→历史解释→目的解释。如此排序的原因是：从前到后，解释者的价值判断越来越多。不确定性越来越大。解释者自由裁量的可能性越来越大。

三、法律推理方法

（一）法律推理的含义和特征

1. 法律推理的含义

法律推理就是在法律实践中，从一个或几个已知的判断中得出一个未知判断的思维方式和过程。

2. 法律推理的特征

1. 法律推理的目标是为法律结论提供正当性的证明；
2. 法律推理的前提是事实和法律；
3. 法律推理的过程是在事实与规范之间的循环往复。

（二）形式推理

形式推理即运用形式逻辑进行推理，包括演绎推理、归纳推理和类比推理。

1. 演绎推理

演绎推理是从一般到特殊的推理，其从大小前提（法律规范、案件事实）出发，推出结论。最典型的形式即为三段论的推理方式。演绎推理在大陆法系运用制定法做出司法判决的过程中体现得尤为突出。

2. 归纳推理

归纳推理是从特殊到一般的推理方式，其从若干同类案件的判决中推导出适用于这一类案件的共同的法律规则、原则或判决。在判例法制度中，判例方法论中一般包含着归纳推理。

3. 类比推理

类比推理是根据两个或两类对象某些属性上的相似或相同，推出它们在另一些属性方面也可能相似或相同。法律推理中的类比推理一般表现为“类似案件类似处理”。在判例法制度中，其范例是“遵循先例”：甲原则适用乙案件，丙案件在实质性要件上与乙案件相似，则甲原则也适用于丙案件。

在制定法制度中，适用类比推理的条件有三：

1. 确认法律有漏洞；
2. 案件不属于禁止类比的领域，如“刑法禁止类比”（罪刑法定）、“物权法定”（物权的种类和内容由法律规定）等情形；
3. 在现行法律中，有能够予以援用的类似规定。

具体的形式包括：

* **制定法的类比：**从某一条文出发，从该规范中抽取出一个可适用到相似案件上的规定；
* **轻重相举：**举重明轻+举轻明重。

4. 区别技术（distinguishing technique）

在法律方法上，英美法判例法主要运用的是区别技术。其模式可以归纳为：

1. 运用归纳方法对前例中的法律事实进行归纳；
2. 运用归纳方法对待判案例的法律事实进行归纳；
3. 将两个案例中的法律事实划分为实质性事实和非实质性事实；
4. 运用类比推理方法分析两个案例中的实质性事实是否相同或相似；
5. 找出前例中所包含的规则或原则（归纳推理）；
6. 如果两个案例中的实质性要件相同或相似，则根据遵循先例原则（类比推理），前例中包含的规则或原则可以适用于待判案例；
7. 运用演绎推理，推出结论。

（三）实质推理

1. 实质推理的含义

实质推理又称辩证推理，是指针对思维的实质内容的推理。实质推理侧重对法律规定和案件事实的实质内容进行价值评价，或在相互冲突的利益主张之间进行选择。

2. 实质推理的必要性

* 形式推理存在一定的局限性，仅限于解决简单案件（事实清楚、规则确定、无疑点的案件）；
* 在疑难案件（hard cases）中，事实与规范之间往往存在鸿沟，因此最终决定判决正当性的往往不是形式逻辑；
* 即便我们承认“假定大小前提为真，结论必定为真”，但在疑难案件中，大前提的合理性，以及其与小前提是否能够对应都是存在问题的。

3. 需要进行实质推理的情况

法律存在漏洞时，需要根据非正式的法律渊源（公平正义的观念、习惯、法官法、法理学说、政策等）裁判案件。

法律具有内在矛盾时，由法官自由裁量，根据非正式法律渊源裁判。以非正式法律渊源作为衡量标准时，要在可供选择的相互冲突的规范中选择其中一个作为司法推理的大前提。

法律与情理出现冲突时，也需要法官进行价值衡量。

第十四讲 法治的基本原理

2024.6.12

二、法治的基本要求

（一）实质性要求

法律的内容应当符合的价值准则。例如1959年国际法学家会议通过的《德里宣言》指出，法律的内容应该符合以下准则：

* 尊重和保障人的尊严和权利；
* 有效的政府维持法律秩序，防止权力滥用；
* 正当程序；
* 司法独立、职业自治。

当然，现代社会的价值多元特征使人们很难就法治的实质性要求达成一致；法治在不同的时空背景下有不同的要求。

（二）形式性要求

法律在形式上应当满足的要求，即对法律合法性的来源和形式所作出的要求。如富勒的“法律的内在价值”“形式法治八原则”。形式性要求一般包括明示性、普遍性、可行性、明确性、稳定性、依法阐释、有法必依、内在和谐、不溯及既往等。

三、法治的实现基础

（一）政治基础：民主政治

1. 民主与法治的密切联系

民主与法治具有密切的联系，但从学理上讲二者并不等同，且可能存在一定张力。民主涉及统治权力的产生、最终归属和服务对象；法治涉及统治权力的行使方式和运作过程。

一个法治国家未必是民主国家（如仅仅将法治理解为“形式合法性”），一个民主国家也未必是法治国家（如民主沦为“多数人的暴政”）。

“个人权利”实质法治观与特定民主观之间可能存在冲突：

* **积极意义上的民主观：**将民主本身视为一种目的，强调人民的政治参与和自我决定是一种目的性的道德理想；
* **消极意义上的民主观：**将民主视为一种手段，强调人民的政治参与和自我决定仅仅是为了保护个人权利不受外部侵害。

积极意义上的民主观与“个人权利”的法治观存在冲突：民主要求至高无上的人民自决是政治合法性的唯一来源；对“个人权利”的主张则要求一些体现为权利规定的基本原则在宪法中被赋予优先于人民自决的地位，即一些基本权利即使是通过民主的程序也不可剥夺。

2. 特定的民主模式能为法治提供相对优良的政体环境

民主政体更有可能承认、尊重和保障民众的利益，并使之上升到法律权利的高度。民主政体更有可能对权力进行制约，使权力服从于和服务于人民的目的。代表民意的立法机构更有可能集中众人的智慧提高立法质量。

（二）经济基础：市场经济

1. 市场经济是法治经济

市场经济是法治经济。市场经济是法治的经济基石，法治也促进了市场经济的良好、有效运行。

市场经济影响了法律运行的方式和原理，市场经济追求利润最大化的内在逻辑，要求法律运行稳定、可靠、具有可预测性，政府不得随意干涉私人的经营自由，法律面前人人平等，进而推动了现代法治的形成。

市场经济建立于社会分工和商品交换的基础上，要求法律保护财产安全和交易安全，因此催生了庞大的法律体系和细致的法律规定，尤其是民商法和经济法在数量上较为发达。

商品交换以双方人格上的自由和平等为前提，因此市场经济影响了法律的原则和精神的发展，在很大程度上塑造了现代法律的自由、平等原则和权利保障精神。

市场经济的发展不仅催生了私法体系，其规范、秩序和要求成为了私法的基本内容，而且对于宪法、行政法和刑法等公法部门也有深刻影响。

（三）社会基础

随着传统的熟人社会向现代的陌生人社会的转变，我们也需要将道德层面的自我约束转化为法律约束。

1. 滕尼斯：两种社会结构

斐迪南·滕尼斯指出了两种社会结构：

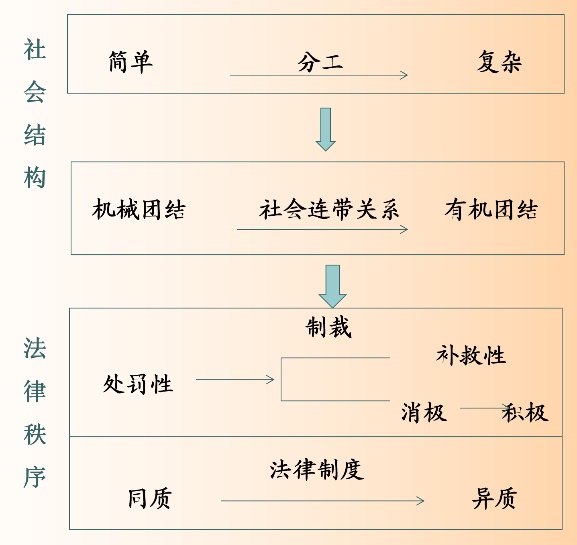
* **共同体（Gemeinschaft）：**自然形成的联合体，人们彼此熟识，关系密切，持有相同的价值标准，对群体具有强烈的认同感；
* **社会（Gesellschaft）：**目的联合体，人们大多素不相识，人与人的之间联系是基于在功能上的需要而不是情感上的关联；注重个人目标而不是群体目标，不一定持有相同的价值标准，传统、风俗和共同体的价值观念往往会失去对个人的影响力。

2. 涂尔干：两种社会连带关系

埃米尔·涂尔干指出了两种社会连带关系：

* **机械团结：**传统社会中，人们是基于共同的血缘、地缘、语言、习俗、宗教信仰、生活方式等因素结合在一起；人们的谋生技术与生活形态大同小异；社会重视“集体主义”，而抑制“个体主义”——分工粗疏，社会结构简单。
* **有机团结：**在现代社会中，人们基于分工和交换关系结合在一起；人们之间的差异性增大，集体意识减弱，取而代之的是职业群落所要求的特殊道德（即职业道德）——分工精细，社会结构复杂，典章制度严密、职业种类繁多。

与两种社会连带关系对应的法律形态就是压制的法律与复原的法律，其分类依据是制裁的形式和功能。

* **压制的（repressive）法律：**制裁的惩罚性；违反者要付出财产、名誉、自由、生命的代价；以刑法为代表；
* **复原的（restitutive）法律：**关注的不是惩罚性制裁而是社会关系的调适；要求违反者恢复旧有状态、建立正常的状态；以民法、商法为代表。复原的法律所调整的社会关系来源于社会分工和交换，因此并非由集体意识产生，并不涉及社会整体的强烈感受。分为：
  + **消极关系：**不为、不做——财产法、侵权法；
  + **积极关系：**由合作而产生的关系——合同法、亲属法、商法。

涂尔干指出，法律与社会的关系有：第一，法律是社会连带关系的外在体现；第二，社会进化反应在法律进化之上；第三，法律具有社会功能。

社会结构与法律秩序的逻辑如右图。

3. 现代“陌生人社会”：法治的社会基础

由滕尼斯和涂尔干的理论，可以得出：现代“陌生人社会”从如下方面构成了法治的社会基础。

现代“陌生人社会”社会具有价值多元、异质化的特征，这导致传统的情理观和道德观念无法成为现代社会的普遍共识，而法律作为一种最低限度的底线的要求，则能够最大限度的凝聚社会共识。

现代“陌生人社会”的信用机制不同于传统“熟人社会”。在熟人社会中，由于社会成员之间相互熟识，人与人之间的信用主要靠道德的自我约束、舆论监督和舆论压力实现，而陌生人社会中这种道德的自我约束基本失灵，必须依靠法律建立起以法治作为保障的现代信用机制和惩罚机制，才能确保人与人之间交往过程中的信任关系。

现代“陌生人社会”具有某种非人格化的特征，不似熟人社会中人们彼此熟识，可以依靠情理和道德进行个殊化的调整，陌生人社会需要依靠法律进行非人格化的、普遍的调整，以保证同案同判，保证法律适用层面的人人平等。

现代“陌生人社会”的社会分工日益精密，不同社会子系统各自分立，具有各自不同的传统和运行逻辑，相互之间不可通约。道德这种模糊、原则化的规范在很大程度上无法实现有效调整，必须通过明确规定具体的行为模式、权利义务机制的法律实现对不同社会子系统的精确调整。

（四）文化基础：法律意识

**法治与人性论：**儒家秉持性善论——“德治”“礼治”“德主刑辅”“道德教化”。法治则承认人性中存在恶的趋向，即使是“贤人政治”也不可信。

**法治与价值观念：**一个社会主流的价值观念会明显或潜在地影响法律的运行；随着权利意识和法律意识增强，法治作为限制权力、保护权利的机制成为时代和社会的需要。

总而言之，行得通的法治模式是带有普遍性的原理和理念与特定时空下的具体情况的适当结合。法治必须可以用来为具体的社会服务，这就需要探索适应特定时代背景和社会情势的法治模式。