法理学导论  
**Introduction to Jurisprudence**

**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**

[第一讲 导论：法学与法理学 6](#_Toc169100403)

[一、法学概说 6](#_Toc169100404)

[（一）什么是法学 6](#_Toc169100405)

[（二）法学与其他学科 7](#_Toc169100406)

[二、法理学概说 7](#_Toc169100407)

[（一）法理学的研究内容 7](#_Toc169100408)

[（二）法理学的性质 9](#_Toc169100409)

[（三）法理学在法学学科体系中的地位 9](#_Toc169100410)

[（四）学习法理学的意义 10](#_Toc169100411)

[三、法学/法理学的研究方法 10](#_Toc169100412)

[（一）法学方法 10](#_Toc169100413)

[（二）法学/法理学方法分类 10](#_Toc169100414)

[（三）法学/法理学研究的基本方法 10](#_Toc169100415)

[四、法理学的知识体系 11](#_Toc169100416)

[（一）法理学知识体系概述 11](#_Toc169100417)

[（二）本课程的主要内容 11](#_Toc169100418)

[（三）怎样学好法理学 11](#_Toc169100419)

[第二讲 法律的概念与分类 11](#_Toc169100420)

[一、法律的语义分析及经典定义 11](#_Toc169100421)

[（一）法律的词义分析 12](#_Toc169100422)

[（二）马克思主义对法律（国家制定法）的经典定义 13](#_Toc169100423)

[（三）法律定义的多元化 13](#_Toc169100424)

[二、法律（国家制定法）的特征 14](#_Toc169100425)

[（一）法律是调整行为及行为关系的规范 14](#_Toc169100426)

[（二）法律由国家专门机关制定、认可、解释 14](#_Toc169100427)

[（三）法律以国家强制力保障实施 15](#_Toc169100428)

[（四）以权利义务双向规定为调整机制 15](#_Toc169100429)

[三、法律的分类 15](#_Toc169100430)

[（一）公法、私法和社会法 15](#_Toc169100431)

[（二）根本法与普通法 17](#_Toc169100432)

[（三）实体法与程序法 17](#_Toc169100433)

[（四）一般法与特别法 17](#_Toc169100434)

[（五）国内法与国际法 18](#_Toc169100435)

[（六）成文法与不成文法 19](#_Toc169100436)

[第三讲 法律是什么：法律与道德、社会和文化 19](#_Toc169100437)

[一、导言：现代社会中法律的复杂性 19](#_Toc169100438)

[二、告密者案：法律与道德 19](#_Toc169100439)

[（一）基本案情 19](#_Toc169100440)

[（二）拉德布鲁赫公式 20](#_Toc169100441)

[（三）哈特与富勒围绕该案的理论争论 20](#_Toc169100442)

[三、洛克纳诉纽约州案：法律与社会 23](#_Toc169100443)

[四、《乡土中国》的困惑：法律与传统 23](#_Toc169100444)

[五、私了案：法律与文化 24](#_Toc169100445)

[第四讲 法律要素 24](#_Toc169100446)

[一、法律要素概述 24](#_Toc169100447)

[（一）什么是法律要素 24](#_Toc169100448)

[（二）本讲涉及的法律要素 24](#_Toc169100449)

[二、法律概念 25](#_Toc169100450)

[（一）法律概念释义 25](#_Toc169100451)

[（二）法律概念的功能 25](#_Toc169100452)

[（三）法律概念的分类 25](#_Toc169100453)

[（四）法律概念的限度 26](#_Toc169100454)

[三、法律规则 27](#_Toc169100455)

[（一）法律规则释义 27](#_Toc169100456)

[（二）法律规则的逻辑结构 27](#_Toc169100457)

[（三）法律规则的分类 28](#_Toc169100458)

[（四）法律规则的局限性 28](#_Toc169100459)

[四、法律原则 29](#_Toc169100460)

[（一）法律原则释义 29](#_Toc169100461)

[（二）法律原则的分类 29](#_Toc169100462)

[（三）法律原则的作用 29](#_Toc169100463)

[（四）法律原则的司法适用 30](#_Toc169100464)

[（五）司法角度进一步分析法律规则与法律原则 30](#_Toc169100465)

[第五讲 法律渊源与法律效力 31](#_Toc169100466)

[一、法律渊源概述 31](#_Toc169100467)

[（一）法律渊源释义 31](#_Toc169100468)

[（二）法律渊源的历史发展 31](#_Toc169100469)

[（三）法律渊源的分类 32](#_Toc169100470)

[二、当代中国的法律渊源 33](#_Toc169100471)

[（一）正式的法律渊源 33](#_Toc169100472)

[（二）非正式的法律渊源 35](#_Toc169100473)

[三、法律效力 37](#_Toc169100474)

[（一）法律效力释义 37](#_Toc169100475)

[（二）法律的效力范围 37](#_Toc169100476)

[（三）法律的效力等级 39](#_Toc169100477)

[第六讲 法律体系 40](#_Toc169100478)

[一、法律体系概述 40](#_Toc169100479)

[（一）法律体系释义 40](#_Toc169100480)

[（二）法律体系的特征 40](#_Toc169100481)

[（三）法律体系与相关概念辨析 40](#_Toc169100482)

[二、法律部门 41](#_Toc169100483)

[（一）法律部门释义 41](#_Toc169100484)

[（二）法律部门的划分标准与原则 41](#_Toc169100485)

[三、当代中国的法律体系 42](#_Toc169100486)

[第七讲 法律关系 42](#_Toc169100487)

[一、法律关系概述 42](#_Toc169100488)

[（一）法律关系的概念 42](#_Toc169100489)

[（二）法律关系的特征 42](#_Toc169100490)

[（三）法律关系的种类 43](#_Toc169100491)

[二、法律关系的构成要素 43](#_Toc169100492)

[（一）法律关系主体 43](#_Toc169100493)

[（二）法律关系客体 44](#_Toc169100494)

[（三）法律关系的内容 45](#_Toc169100495)

[三、法律关系的演变 45](#_Toc169100496)

[（一）法律关系演变的条件 45](#_Toc169100497)

[（二）法律事实的分类 45](#_Toc169100498)

[第八讲 权利、义务和权力 46](#_Toc169100499)

[一、历史上的权利观与义务观 46](#_Toc169100500)

[（一）西方思想史上的权利和义务理念 46](#_Toc169100501)

[（二）中国思想史上的权利和义务 47](#_Toc169100502)

[二、权利与义务的概念、分类和关系 47](#_Toc169100503)

[（一）权利的概念 47](#_Toc169100504)

[（二）义务的概念 48](#_Toc169100505)

[（三）权利与义务的分类 49](#_Toc169100506)

[（四）权利与义务的关系 49](#_Toc169100507)

[三、权力与权利 49](#_Toc169100508)

[（一）权力的概念、结构与属性 49](#_Toc169100509)

[（二）权力的分类 51](#_Toc169100510)

[（三）权力与权利的关系 51](#_Toc169100511)

[四、人权 51](#_Toc169100512)

[（一）人权的含义 52](#_Toc169100513)

[（二）人权思想与制度的发展历史 52](#_Toc169100514)

[（三）人权的证成（justification of human rights） 52](#_Toc169100515)

[（四）人权的内容：“三代人权”理论 53](#_Toc169100516)

[（五）人权的国内法保护与国际法保护 54](#_Toc169100517)

[第九讲 法律责任 54](#_Toc169100518)

[一、违法与守法 54](#_Toc169100519)

[（一）违法 54](#_Toc169100520)

[（二）守法 55](#_Toc169100521)

[二、法律责任概述 56](#_Toc169100522)

[（一）法律责任释义 56](#_Toc169100523)

[（二）法律责任的构成要件 56](#_Toc169100524)

[（三）法律责任的功能 56](#_Toc169100525)

[（四）惩罚的正当性依据及法律责任的本质 57](#_Toc169100526)

[（五）法律责任的种类 58](#_Toc169100527)

[三、归责与免责 58](#_Toc169100528)

[（一）归责 58](#_Toc169100529)

[（二）免责 59](#_Toc169100530)

[第十讲 立法原理和制度 59](#_Toc169100531)

[一、立法和立法权 59](#_Toc169100532)

[（一）立法概述 59](#_Toc169100533)

[（二）立法权概述 60](#_Toc169100534)

[二、立法的基本原则 60](#_Toc169100535)

[（一）党领导立法原则 60](#_Toc169100536)

[（二）科学原则 61](#_Toc169100537)

[（三）民主原则 61](#_Toc169100538)

[（四）法治原则 61](#_Toc169100539)

[三、我国的立法程序与立法体制 61](#_Toc169100540)

[（一）我国的立法程序 61](#_Toc169100541)

[（二）我国的立法体制 62](#_Toc169100542)

[第十一讲 司法原理和制度 63](#_Toc169100543)

[一、司法和司法权 63](#_Toc169100544)

[（一）司法的概念和特征 63](#_Toc169100545)

[（二）司法权的性质和特征——与行政权相比较 63](#_Toc169100546)

[（三）对司法功能的不同理解 65](#_Toc169100547)

[二、司法的基本原则 67](#_Toc169100548)

[（一）司法法治原则 67](#_Toc169100549)

[（二）司法平等原则 67](#_Toc169100550)

[（三）司法公正原则 67](#_Toc169100551)

[（四）依法独立行使职权原则 67](#_Toc169100552)

[三、当代中国的司法体系 67](#_Toc169100553)

[（一）人民法院 67](#_Toc169100554)

[（二）人民检察院 68](#_Toc169100555)

[第十二讲 法律程序 68](#_Toc169100556)

[一、法律程序概述 68](#_Toc169100557)

[（一）法律程序的概念和特征 68](#_Toc169100558)

[（二）法律程序的相对独立性 69](#_Toc169100559)

[（三）法律程序的分类 70](#_Toc169100560)

[二、正当程序 70](#_Toc169100561)

[（一）正当程序的历史演变 70](#_Toc169100562)

[（二）正当程序的要素 70](#_Toc169100563)

[（三）正当程序的特征 71](#_Toc169100564)

[（四）正当程序的意义 71](#_Toc169100565)

[第十三讲 法律方法与法律思维 72](#_Toc169100566)

[一、法律方法概述 72](#_Toc169100567)

[二、法律解释方法 72](#_Toc169100568)

[（一）法律解释概论 72](#_Toc169100569)

[（二）法律解释的目标 73](#_Toc169100570)

[（三）法律解释的方法 73](#_Toc169100571)

[三、法律推理方法 74](#_Toc169100572)

[（一）法律推理的含义和特征 74](#_Toc169100573)

[（二）形式推理 74](#_Toc169100574)

[（三）实质推理 75](#_Toc169100575)

[四、法律思维 76](#_Toc169100576)

[第十四讲 法治的基本原理 77](#_Toc169100577)

[一、法治概述 77](#_Toc169100578)

[（一）法治（rule of law）的含义 77](#_Toc169100579)

[（二）法治与相关概念辨析 77](#_Toc169100580)

[二、法治的基本要求 78](#_Toc169100581)

[（一）实质性要求 78](#_Toc169100582)

[（二）形式性要求 79](#_Toc169100583)

[（三）法治的类型：从形式法治到实质法治 79](#_Toc169100584)

[三、法治的实现基础 80](#_Toc169100585)

[（一）政治基础：民主政治 80](#_Toc169100586)

[（二）经济基础：市场经济 81](#_Toc169100587)

[（三）社会基础 82](#_Toc169100588)

[（四）文化基础：法律意识 83](#_Toc169100589)

第一讲 导论：法学与法理学

2024.2.28 / 2024.3.6 / 2024.3.13

一、法学概说

（一）什么是法学

1. 作为学科的法学

作为学科的法学是社会科学的一门学科。它有独立的研究对象：法律现象，法律的产生、发展、变化原理，以及法律自身的运行原理。

法学有独特的主题和价值追求：以权利、正义为核心的知识和学问。

从词源学上看，西方最早出现的法学（jurisprudence）一词源自古拉丁文（jurisprudentia）,这个词由jus（法）的形容词形式juris和另一词根providere合成。前者译为法律、权利、正义；后者表示知晓、聪明、知识等。两者合在一起意味着法学是有关法律、权利、正义的学问。

正义女神一手提着天平，用它衡量法，另一手握着剑，用它维护法。剑如果不带着天平，就是赤裸裸的暴力；天平如果不带着剑，就意味着软弱无力。两者是相辅相成的，只有在正义女神持剑的力量和掌握天平的技巧并驾齐驱的时候，一种完满的法治状态才能占统治地位。

——鲁道夫·冯·耶林

2. 作为实践技艺的法学

法学具有实践性和职业性。

法学不仅仅是纯粹的知识、理论，也是一种实践技艺学习法律，不仅要依凭理性掌握知识，更要在实践中累积经验。一方面，法学与社会、政治实践紧密相关，是管理之学和治国之学；另一方面，法学所传授的知识很大一部分涉及法律渊源识别、法律解释推理、法律程序设定、说理和论辩等一系列法律技术和方法。

法学在很大程度上不仅仅是通识，而是法律人的职业知识体系，是造就职业共同体的纽带。法律职业是以律师、检察官和法官为代表的，由受过专门的法律专业训练，具有娴熟的法律技能和法律伦理的人所构成的职业共同体。无论是法律技能（包括独特的语言技能、思维特点、专门知识和专门技术），还是法律伦理（包括法律人的职业道德和法律信仰），都需要经过法学的专门培训。

3. 作为教育体系的法学——法学的分科与体系

根据理论与实践的关系（认识论），可划分为理论法学和应用法学。

* **理论法学：**法理学（法哲学）、法史学，研究法律的一般的、根本的原理及一般的方法；
* **应用法学：**民法、刑法、经济法、行政法、诉讼法等，研究法律的具体内容、解释及适用。

虽然应用法学也有自己的一般理论和原理，理论法学也会研究应用法学中较为具体的问题，但相对而言，应用法学与社会实践更加接近，而理论法学则更加抽象，是从应用法学中抽象出来，进而指导应用法学研究的

此外，教育部也按“10+X”分类设置模式规定了法学专业核心课程。

（二）法学与其他学科

诸位谅必不致误解我的意思，或者倘若我说我们无法经由学习法律而学到法律，就认定我是在贬损一门伟大的人类科学。如果说它不只是一门技艺，那么，其必远超于其自身：它是历史的一部分，经济学和社会学的一部分，伦理学和人生哲学的一部分。

——拉德克利夫勋爵《法律及其指南》

1. 法学与政治学

在约翰·奥斯丁创立现代意义上的法理学之前，法律问题与政治问题紧密结合；一国的政治制度和秩序在很大程度上决定着其法律制度和秩序；政治意志通过立法成为法律，具有合法性；法律也需要国家强制力保障实施。

法学与政治学的交叉学科是法政治学（国家、权力、政党、民主、法治、治理、合法性、宪制）。

2. 法学与社会学

法律现象本身是一种社会现象，虽然法律系统在规范的意义上是闭合的，但从运行的角度看，却向整个社会系统开放。法律的运行过程（立法、司法、执法、守法等）受社会系统（政治、经济、文化、道德）的影响；法律的实施反过来也会影响各社会系统。

现代社会中，法律已经取代宗教成为最重要的社会整合机制。

法学与社会学的交叉学科是法社会学（法与社会理论、社会科学方法论）。

二、法理学概说

（一）法理学的研究内容

一个由四人组成的探险小组正在一个山洞里考察，洞口突然崩塌。还好，探险小组可以用手机和外面联系——救援队、地质专家和医生马上赶来。经过测量和研究，地质专家告诉被困在洞内的探险人员，打开洞口需要十天的时间。探险人员问外面的医生，说他们没有带任何食物，能够活多少天？得到的答复是最多七天。洞里的人又问，如果杀死其中的一个人，其他三个人吃死者的肉，能够活到洞口被打开吗？医生极不情愿地说是。当问及是否可以这样做时，外面的人没有人愿意回答。

这以后，洞里的人就再也没有和外面联系了。第十天，洞口被打开了，有三个人还活着。原来，这四个人在洞内经过协商进行了抓阄，三个幸运者将抽到那个死签的人杀死并分吃了他的肉。这三个人身体恢复后，被送到了法庭上，几个不同派别的法官展开了激烈的争论。

有的法官认为，应当严格遵循法律条文，不应有特例，只要是故意杀人，就应该问罪。

有的法官认为，司法机关最大的问题在于与普通人的生活和常识失去联系，因为它建立在以文本为基础的逻辑推理之上，与普通人的实际生活常识无涉。而这个案子应该听听社会民众的意见，不妨搞一个民意调查，看看是大多数人的意见是怎样的？

有的法官则认为，探险人员被因在山洞里，与外界隔绝，不应再适用人类社会的法律，因为人类社会的法律建立在“人们在文明社会中可以共存”这一可能性之上。在这种自然状态下，经所有人同意的生死协定就构成了他们的社会契约。同时，也应当追问几位被告的做法是违反法律目的还是违反法律条文？显然，他们虽然违反了法律条文本身，但符合自我防卫的法律目的。

——洞穴奇案（有删改），最初来自朗·富勒

有关该案例的上述三种观点涉及三个层面的问题：

* 法律规范（法条）是怎样规定的？
* 法律规范在社会实践中实际上是如何运作的？
* 应当追求怎样的法律目的？怎样评价法律制度或秩序，或者说法律制度或秩序应当是怎样的？

这三个层面分别对应法理学的“三个维度”：

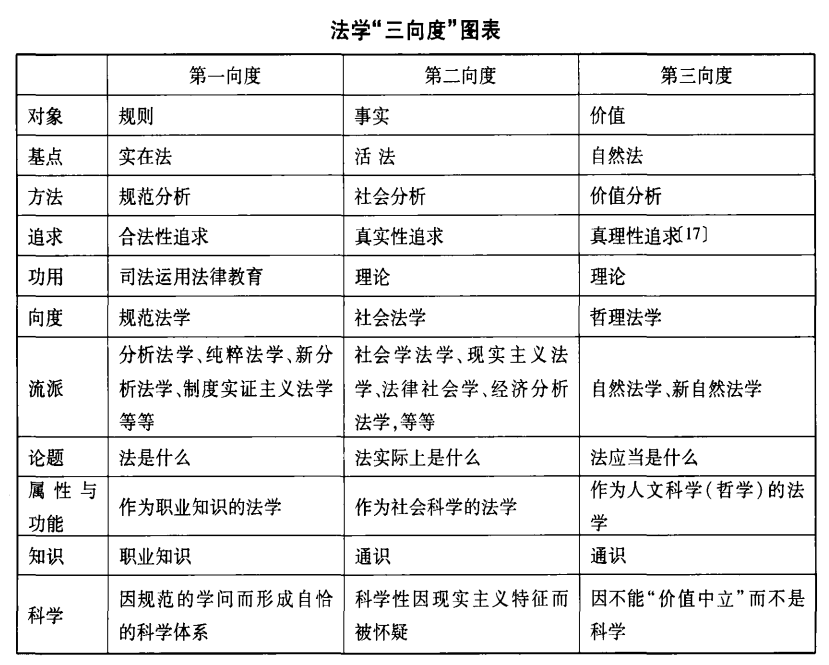
|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **法理学三个维度** | **研究对象** | **关注应然/实然** |
| （法律）规范维度 | 法律规范本身。  即，法律规范（法条）是怎样规定的。 | 法条上的“是” |
| 社会维度 | 法律在社会生活中的实际状态。  如，法律是否与社会产生鸿沟、法律运作的社会基础或社会条件。 | 实际上的“是” |
| 价值维度 | 法律秩序、制度或规范应当是怎样的。  涉及法律旨在追求或维护的目的或价值。 | “应当” |

法理学的“三度” 大致对应西方（当代）三大法学流派：

**法律实证主义（Legal Positivism）：**持一元法律结构，将法律等同于实定法或实在法（positive law），即国家制定法；坚持法律与道德的分离，认为法律的效力（validity）不必然或必然不与道德具有关联；现代社会（特别是英国）的主导法学派。代表人物有约翰·奥斯丁、边沁、哈特、拉兹等。

**社会学法学（Sociological Jurisprudence）：**关注法律与社会的互动，将法律置于其产生的社会中进行考察；关注法律的实效（effectiveness），即实际有效性；20世纪兴起的法学流派，在美国尤盛。以罗斯科·庞德为代表。

**自然法学（Natural Law）：**持二元法律结构，即实在法+自然法，但认为自然法是高级法，其效力不仅高于实在法，而且本身是实在法的效力来源；认为法律的效力来源于自然秩序/法则、正当理性、神的理性、道德（或某种实质性的价值）等；从古希腊发展至今的西方法学传统。代表流派是斯多葛学派，代表人物有西塞罗、阿奎那、洛克、卢梭、康德、富勒、罗尔斯、德沃金、菲尼斯等。



（二）法理学的性质

相对部门法学，法理学具有**宏观性、抽象性、一般性**。它研究一般的、抽象的法律现象，特别是其背后的规律和原理（如权利、责任、程序等），而不专门研究具体的、个别的法律现象。它要求我们掌握抽象概括能力，关注政治秩序、社会结构、价值观念等宏观性的问题。

法理学具有**根本性**。它穿透纷繁复杂的法律现象，探究根本问题。它要求我们不仅知其然，更要知其所以然。

法理学具有**思辨性、开放性**。很多法理学问题并没有唯一正确答案，法理学不仅包容不同的声音，也欢迎不同的声音；法理学的很多问题没有对错之分，只有解释力大小、是否合理、论证是否充分的区别。它要求我们破除追求“标准答案”的思维，保持思维的开放性和包容性，多角度思考问题。

法理学具有**反思性**。相对于应用法学，法理学本身在很大程度上便是一种“批判之学”，为反思现行的法律秩序和法律制度提供智识上的准备。它要求我们依据学理（而不是直觉）对法律秩序、制度和实践进行反思。

（三）法理学在法学学科体系中的地位

1.基础理论

由于具有宏观性、一般性和抽象性，因此对部门法学的研究具有指导意义。

2. 具有前沿和尖端意义的学科

由于具有根本性、思辨性和开放性，因而总是能够站在学科发展的最前沿，追踪人文学科、社会科学乃至自然科学的成就，总是能够敏感地捕捉政治和社会中的最新变化、发展和动向，从而反思法学中的根本问题，对各种人文思潮做出回应。

（四）学习法理学的意义

回顾我自己在法学院的岁月，从准备参加政治生活的观点来看，我所选修的最有价值的一门课就是朗·富勒博士讲授的法理学，即法律哲学。这不是一门要考学位的必修课。但在我看来，对于任何一个有志于从事公共生活的法律系学生来说，它是一门基础课。因为从事公职的人不仅必须知道法律，他还必须知道它是怎样成为这样的法律以及为什么是这样的法律的缘由。而要获得这种知识背景的时期，又是在学院和大学期间，这时一个人还有可以悠闲自得地从事阅读和思考的时间。……如果他在大学期间没有获得这种眼界和知识背景，那他也许永远得不到了。

——理查德·尼克松《六次危机》

学习法理学的意义在于：

1. 培育法律思维能力和法律精神；
2. 为法治建设实践提供理论指导；
3. 为部门法的研究提供一般原理；
4. 为其他人文、社会科学提供法学思想和研究议题。

三、法学/法理学的研究方法

（一）法学方法

法学方法是人们在认识和探寻法律、法律现象及其规律时，所应当遵循的原则、程序和技巧。

法学方法区别于法律方法，后者是法律职业者在适用法律处理法律问题时使用的方法（如法律解释、法律推理等）。

（二）法学/法理学方法分类

* **总方法**
  + 马克思主义的辩证唯物法
* **基本方法**
  + 规范分析
  + 社会实证分析
  + 价值分析
* **具体方法**
  + 社会调查的方法
  + 历史考察的方法
  + 比较分析的方法
  + 语义分析的方法
  + 阶级分析的方法

（三）法学/法理学研究的基本方法

以下三个基本方法对应法理学的三个层面：

1. **（法律）规范分析：**基本问题是法律“是什么”。注重对法律的概念、规范、渊源、形式、效力、法律方法等进行考察和研究。一般很少甚至不考虑法律以外的因素对法律的影响，而仅限于法律本身的内容。
2. **社会实证分析：**基本问题是法律“实际上是什么”。注重将法律放入其社会、文化背景中进行考察和研究。侧重于探究法律的实效和功能。
3. **价值分析：**基本问题是法律“应当是什么”。注重对法律本身所具有的价值（内在价值）和法律旨在维护的价值（外在价值）进行考察和研究。

以上三种方法大体上是分析实证法学、社会学法学和自然法学这三大主流法学派的研究方法。

四、法理学的知识体系

（一）法理学知识体系概述

* **本体论：**主要对应规范层面；
* **运行论：**主要对应规范的运行；
* **社会论：**主要对应社会层面；
* **价值论：**主要对应价值层面。

（二）本课程的主要内容

法理学导论主要关注法的本体论（静态），包括法律的概念与分类、法律要素、法律的渊源与效力、法律体系、法律关系、权利义务权力、法律责任等；还关注法的运行论（动态），包括立法原理与制度、司法原理与制度、法律程序、法律方法等。

法理学研究则侧重法的社会论，包括法律的历史与法系、法律与社会（道德）等；以及法的价值论，主要是法治原理。

（三）怎样学好法理学

教授指出：

1. 要牢固地掌握基础知识，贴合法理学的思辨性进行批判性的思考，超越法律条文和规范，探索法律的目的；
2. 要阅读一些法理学的经典著作，注重在法律实践中获取寻求平衡和中道的智慧；
3. 要通晓西方的法学理论，在通晓的基础上再批判，与此同时关注中国的法治问题，促进东西方相互建构。

第二讲 法律的概念与分类

2024.3.13 / 2024.3.20

一、法律的语义分析及经典定义

（一）法律的词义分析

1. 中文词源

“法”的古体写法是“灋”。《说文解字》对其的解释是：

1. 在中国古代，法与刑是通用的；
2. 法从古代就有公平的象征意义；
3. 古代法有神明裁判的特点。

“灋”大体由三个部分组成：氵——有公平之意；廌——即獬豸，一种独角神兽，会用其角顶罪者；去——代表惩罚，将罪者置于水上，随流飘去，即为驱逐。这三点也能与《说文解字》里的三点对应。

“平之如水”乃是“后世浅人所妄增”。水的含义即将罪者置于水上，随流漂去，即现在所谓的驱逐。

——蔡枢衡

我们今天所说的法在夏、商、周为刑，在春秋战国为法，在秦汉为律，三者的核心均是刑罚的刑。

——梁治平

“律”在古代有“均布”之意。

律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布。

——《说文解字注》

律有规范的作用，是使人们的行为整齐划一的准则。

法律作为合成词，清末民初由日本输入。

2. 西文词源

欧洲大陆各民族语言中都分别用两个词表达法或法律的含义：

* **拉丁文：**jus lex
* **法语：**droit loi
* **德语：**recht gesetz
* **意大利语：**diritto legge
* **西班牙语：**derecho ley

jus、droit、recht等既表示法律，又有权利、公平、正义等富含道德意味的抽象含义；lex等通常指具体规则，词义明确、具体、技术性强。

前后两个词的不同含义，一定意义上体现出自然法与实在法的区分。前者是独立于并高于实在法而存在的普遍正义体系，具有道德内涵，是指导并评价实在法的标准和依据。后者是由国家机关制定和颁布的法律规则。

3. 法与法律的词义之辩

一部分学者认为，应当从自然法与实在法的区分角度，区分“法”与“法律”：法（自然法）是应然意义上的正义原则；法律（实在法）是实然意义上的国家机关制定和颁布的法律规则。教授则认为不必使用两个词区分，因为可以直接在语境中直接区分。

法律有广义和狭义之分。

一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。

——《中华人民共和国宪法》（第五条）

在我国，**狭义的法律**指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性法律文件，不包括宪法、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等。**广义的法律**包括所有规范性法律文件，包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例等。

（二）马克思主义对法律（国家制定法）的经典定义

1. 马克思主义的定义（马克思、恩格斯）

法律是由国家制定、认可并由国家保障实施的，反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级意志，以权利义务为内容，以确认、保护和发展统治阶级所期望的社会关系和社会秩序为目的的行为规范体系。

2. 如何理解马克思主义的经典定义

这一定义指出了法律的特殊性，即法律的阶级本质。

法律是统治阶级意志的体现。为了维护共同的经济利益，统治阶级需要通过法律形式来实现自己的意志。法律体现的是统治阶级整体的意志，而不是单个人的任意或任性。

法律是上升为国家意志的统治阶级意志，法律需要由国家强制力保障实施。

法律的内容是由统治阶级的物质生活条件决定的。经济基础决定上层建筑，法律服务于统治阶级期望的社会关系和社会秩序。

3. 法律的阶级（阶层）分析方法

法律的阶级（阶层）分析方法就是观察、分析法律现象中的阶级、阶层、集团的操控和影响的方法。阶级（层）分析的方法不是否定法律中存在着普遍价值，而是为了使我们看到法律本身可能存在的复杂性和偏狭性：强势阶层和利益集团的资产和利益有时是推动法律运作的主要来源；它们在政治和法律的运作过程中具有更大的话语权和推动力。

（三）法律定义的多元化

下面列举部分法律定义：

* **古典自然法：**存在高于实在法的自然法；
* **朗·富勒（新自然法学派）：**法律是使人们的行为服从规则治理的事业；
* **约翰·奥斯丁（英国古典法律实证主义）：**法律是主权者的命令；
* **汉斯·凯尔森（纯粹法理论）：**法律是一种规范等级制度；
* **H. L. A. 哈特（新分析法学派）：**法律是第一性规则与第二性规则的结合；
* **卡尔·冯·萨维尼（历史法学派）：**法律是民族精神的体现；
* **罗斯科·庞德（社会学法理学）：**法律是一种社会控制的手段；
* **法律现实主义（弗兰卡、卢埃林）：**法官、律师、警察、监狱官员实际上在法律事务中解决纠纷的所作所为，就是法律；
* **女权主义法学：**法律是男权统治的工具；
* **本土资源论：**法律是一种地方性知识。

二、法律（国家制定法）的特征

法律（国家制定法）的特征指的是法律现象区别于其他社会现象的标志所在。法律的特征包括：

（一）法律是调整行为及行为关系的规范

1. 法律的调整对象是行为和行为关系

行为关系是通过人的行为而发生的社会关系。只有实施了一定行为，且该行为符合法律规定的构成要件，才能得到法律的调整。单纯的思想、内心活动或是有关一个人道德优劣的社会评价并不构成法律的调整对象。

对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。

——卡尔·马克思

2. 法律具有规范性（normativity）

法律对人们的行为和行为关系具有约束力（法律效力）。法律规范性的运作机制是：法律通过明确规定行为模式和法律后果为人们的行为提供标准、指引和约束。

行为模式可以分为“可为”——赋予法律主体权利和自由，可做可不做；“必为”——赋予法律主体义务，不做会受到法律的惩罚；“禁为”——做了会受到法律的惩罚。

法律后果包括肯定和否定两方面，为人们的行动提供着标准、指引和约束。

（二）法律由国家专门机关制定、认可、解释

1. 法律具有国家性

法律以国家的名义创制，适用范围一般以国家主权为界限，由国家强制力保障实施。

2. 法律具有普遍性

法律的普遍性就是法律作为一般的行为规范在其效力范围内具有普遍约束力。法律效力的对象有广泛性，对每个法律主体都具有效力；法律效力有重复性，同一法律规定可以运用到类似的情况中，可重复使用。

3. 制定、认可和解释是法律创制的三种方式

法律的制定指的是国家机关通过立法活动产生新规范。法律的制定既包括制定新法律规范，也包括对既有法律规范的修改。

法律的认可指的是国家对既存的行为规则予以承认，赋予其法律效力。认可法律具有以下三种方式：

1. 赋予社会上已经存在的某些一般社会规则以法律效力，如习惯、道德、经验、宗教、习俗、礼仪等；
2. 通过加入国际组织、承认或签订国际条约等方式，认可国际法规范；
3. 特定国家机关对具体案件的裁决作出概括，产生规则或原则，并赋予其法律效力。

法律的解释指的是有权的国家机关依照法定权限和法定程序，根据一定的标准和原则对法律进行阐释。

（三）法律以国家强制力保障实施

国家强制力指的是国家的军队、警察、法庭、监狱等有组织的国家暴力。

1. 法律的强制力具有潜在性和间接性

潜在性即“引而不发”，只有违法法律才会受到法律的惩罚；间接性即通过威慑力发挥作用，引导公民遵守法律。

2. 法律的强制力不等于纯粹的暴力

法律以目的的正当性为前提，通过法定的强制措施并由专门机关依照法定程序执行。

强制并非正当的政治体制的基础，而只是一个在其运作与稳定性的维持中起着工具性作用的特征，这一特征只能因为该体制的正当性才能得到正当的辩护。

——托马斯·内格尔《平等与偏倚性》

3. 国家强制力不是法律实施的唯一保证力量

徒法不足以自行，良好的法秩序需要综合运用法律、社会、道德、文化等各种手段。

（四）以权利义务双向规定为调整机制

1. 法律以权利和义务为内容

法律规则中的行为模式以授权、禁止和命令的形式规定权利和义务；法律后果则是对权利和义务的再分配。法律对人们行为的调整主要是通过具体规定权利和义务实现的。

2. 法律具有利导性

通过权利和肯定性法律后果的设定刺激、鼓励人们的行为，通过义务和否定性法律后果的设定阻止人们的行为。

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。

* **“公法的私法化”：**由于政府职能的扩大，传统的私法调整方式被部分地或间接地引入了公法领域，私法关系向公法领域延伸。尤其随着社会与公共服务事业的扩大，要求公共机构根据私法准则（如平等协商、等价有偿等私法手段）执行公共职能。
* **“私法的公法化”：**公法对私人活动控制的增强，从而限制了私法原则的效力，如为了公共利益而对私人财产的使用加以限制，对当事人契约自由的限制等。

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。

否认性公式：

在法律的不法与虽内容不正当但仍属有效的法律这两种情况之间划出一条截然分明的界限，是不可能的，但最大限度明晰地做出另外一种划界还是有可能的：凡正义根本不被追求的地方，凡构成正义之核心的平等在实在法制定过程中有意地不被承认的地方，法律不仅仅是“非正当法”，它甚至根本上就缺乏法的性质。

——古斯塔夫·拉德布鲁赫《法律的不法与超越法律的法》

当然，否认性公式也有主观性过强的问题，也因此较少被使用：

但因为要判断何谓“不被追求”、何谓“在实在法制定过程中有意地不被承认”，就需要追溯立法者的意图，而立法者意图是主观的，在很大程度上无法还原，最终还要要依靠法律规范的客观外在的规定来反推立法者意图，因此，否认性公式在判决中实际上很少被用到。

——雷磊《再访拉德布鲁赫公式》

（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”。

哈特之所以持“法律与道德分离论”，来源于他在《法律的概念》中对法律效力的理解。他认为，法律具有约束力，且法律的约束力受国家强制力保障；法律的规范性（normativity），即是法律作为一种规范（norm）对行动者提出的应当或不应当做某事的要求或主张。因此，法律效力的最根本问题实际上是法律的规范性基础问题，即法律何以具有效力（具有约束力和规范性）？法律的效力来源于何处：法律的内部（法律规范体系的内部，如哈特的承认规则或凯尔森的基本规范）还是外部（如道德、宗教或习惯等）？

哈特对于法律效力的理解是：

* 法律是一种规则（rule）而非命令（order）；法律体系是一个具有等级的规则体系（与早期法律实证主义的代表人物奥斯丁不同，后者认为法律是主权者发布的、以威胁施用强制作为后盾的命令；哈特认为，如果按照这个理解，那么持枪匪徒的命令也是一种法律了）；
* 法律规则区分为第一性规则（primary rules）和第二性规则（secondary rules）。第一性规则设定义务，第二性规则授予权力。第一性规则规定人们必须为或不为某些特定行为（最典型的如刑法规则）；第二性规则规定人们可以通过特定行为引入新的第一性规则，废除、修改旧有的第一性规则，或利用第一性规则进行司法裁判。第一性规则关注行为，第二性规则关注第一性规则的渊源（关注规则本身，是规则的规则、元规则）；
  + 第二性规则包括承认规则（rule of recognition）、改变规则（rules of change）和裁判规则（rules of adjudication）。
    - 其中，承认规则即将某一个规范识别并承认为法律的规则，它为该法律体系内部的其他规则提供确认其效力的标准。承认规则是没有“效力”一说的，它是基于官员所共享的接受态度而存在的，其存在本身是一种事实（与道德无关）。
* 从概念上讲，法律的效力与道德无关（不必然有关）。

类似地，德国社会学家尼克拉斯·卢曼（1927~1998）认为，法律是自我指涉的，即法律的问题只能由法律解决，不能有外部存在干涉。外部的力量要进入法律的体系中，就必须要经过转译，才能与法律的规范体系相一致、相融合。

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

一、法律要素概述

（一）什么是法律要素

1. 法律要素的概念

要素是构成事物的必要因素。法律要素是法律的基本成分，或者说是构成法律的基本元素。

2. 有关法律要素的不同学说

奥斯丁的命令说（《法理学的范围》）、哈特的规则说（《法律的概念》）、德沃金的三要素说——规则、政策、原则（《认真对待权利》）、庞德的三要素说——律令、技术、理想（《法理学》〔第一卷〕）。

以上法律要素论涉及法律的规范层面、价值层面和方法层面。

（二）本讲涉及的法律要素

本讲中的“法律要素”指制定法（成文法）的法律要素，包括法律概念、法律规则、法律原则。

* 法律原则是法律要素的基准；
* 法律规则是法律要素的基本成分；
* 法律概念是构成法律原则、法律规则的语词单位。

需要注意的是，法律要素是相对法律系统而言的，必须得到法律系统的认可和规定。

英美法理学大多从司法角度理解和研究法律要素，我国法理学则主要从立法角度理解和研究法律要素。因此，在我国法理学中，法律技术一般被排除于法律要素之外；此外，英美法理学中对于法律要素的讨论，特别是法律原则和法律规则之间关系的讨论更为复杂和深入，构成了哈特的新分析法学和德沃金的新自然法学争论的一个焦点

二、法律概念

（一）法律概念释义

1. 法律概念的定义

法律概念是具有法律意义的概念，是对各种有关法律的事物、状态、行为进行概括而形成的法律术语。

2. 法律概念的特征

* **语言特征：**明确、清晰、周延；
* **法律特征：**被纳入规范性法律文件中，具有法律意义；
* **实践特征：**在法律预测、法律评价和法律裁决中具有可操作性。

（二）法律概念的功能

1. **法律表达：**没有法律概念这个最基本的要素，法律规则和原则均无法表达出来；
2. **认识法律：**不借助法律概念，人们无法认识法律，也无法进行法律沟通和交流；
3. **法律推理的思维起点：**虽然法律推理总是以现有的法律规定和案件具体事实作为前提的，但人们对案件事实和法律性质的认识总是以法律概念作为思维起点的；
4. **提高法律科学化、合理化程度：**明确、确定、丰富的法律概念有助于提高法律的科学化和合理化程度。

（三）法律概念的分类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **分类标准** | **内容** | **举例** |
| 法律概念的渊源 | 专业概念 | 法人、诉讼时效、留置权 |
| 日常概念 | 人、父母、子女、故意、过失 |
| 技术概念 | 病原体、电磁波辐射 |
| 法律关系的构成要素 | 主体概念 | 公民、法人、代理人、原告人、被告人、诉讼第三人、被害人、犯罪嫌疑人 |
| 客体概念 | 物、动产、给付、作品、专利 |
| 内容概念 | 所有权、立法权、请求权、债、赔偿责任 |
| 事实概念 | 出生、死亡、违约、侵权 |

（四）法律概念的限度

1. 法律语言的开放结构（open texture）

哈特指出，法律概念具有开放结构：确定的核心（core of certainty）与模糊的边缘（penumbra of doubt）。

模糊的边缘来源于语言本身的不精确性、立法目标的不完全性。“模糊的边缘”导致法律概念需要对法律解释和自由裁量开放。

法律概念这种语言上的不确定性将开放结构带入了法律规则，从而使整个法律具有一种开放结构。由于法律具有开放结构，法官不可避免地会运用自由裁量权解释法律，甚至创制新法，为法律带来不确定性。

当某个法律概念含义不明确，不能恰当地适用于事实时，需要对其进行解释，包括文义解释、体系解释、历史解释、目的解释。

2. 机械适用法律概念存在的问题：法律文本与法律目的

机械适用法律概念，可能会导致对立法本意和法律目的的违背。

例如台湾地区的“诽韩案”：韩愈的第39代孙对一位学者提起诉讼，称其文章诽谤了韩愈，构成“侮辱和诽谤死者罪”，法院亦判决原告胜诉。

本案的法官之一杨仁寿在数年后指出，自己和判案法官对“直系亲属”的理解陷入了概念法学形式主义的泥潭。

台湾“刑事诉讼法”并未对“直系亲属”作出定义，而“民法”虽然规定了直系亲属谓“己身所从出”，或“己身所出之血身”，但对代数并没有规定。“诽韩案”的判决对“直系亲属”的外延做了漫无边际的延伸，以至于让一个死人的第39代孙都有诉权，依次继续，远远超出了法律规定的“诽谤死人罪”的立法本意。

诽谤死人罪的立法本意不是保护死者，而是保护与死者存在感情联系的生者。因为人死则法律资格消灭，没有了权利何来保护之说。子孙可能与死者曾经一起生活过，或者得到过死者生前的间接惠益，因此对于死者存在着敬爱或怀念之情。死者受到侮辱是因为这种精神上的敬爱或怀念之情受到了伤害。随着代数的延伸和共同生活状况的改变，这种感情联系会逐渐式微直到没有。

因此，杨氏指出，法官在办理此类案件的时候，应当先将“直系亲属”分为两种类型，一种是“法律上”的直系亲属，即后人对其先人仍然有孝思忆念者，另一种是“观念上”的直系亲属，即其先人已属于“远也”，后人对其并无孝思忆念者。其后，法官应当利用法学方法论中的“目的性限缩”，将“观念上”的直系亲属剔除在诽谤死人罪的适用范围外。“孝思忆念”虽然是人的主观情感，但是诽谤死人罪并不是专门为了某个特定的人而定，因此应当参考大众普遍客观存在的情感。杨仁寿参考各国立法例，提出将“直系亲属”的范围限缩在从己身开始数上下各四代。其余“直系亲属”为观念上的直系亲属，不享有诉权。

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。

（五）司法角度进一步分析法律规则与法律原则

英美法系中，大量法律原则是由法官造法所创造的，这类法律原则与道德原则的界限较为模糊。由此，哈特与德沃金就“法律原则能否成为法律要素”展开了争论。

1. 哈特：判断什么是法律的标准仅仅在于承认规则/法律

承认规则（rule of recognition）即是确定一个规则是否为法律规则的规则。例如，一国宪法和立法法中的具体规定；但大多数承认规则并未被明确陈述出来，而是体现在实践中，如法官在具体案件中将一个法律规则作为其裁判的依据，就是在潜在地利用承认规则识别法律。

哈特强调法律的效力来源于法律规范本身（或者是权威机构颁布的成文法，或者是法官创制的先例），是基于法律的规定。这与他一贯主张的法律与道德的分离是一致的。

2. 德沃金：承认规则无法包容原则/道德

德沃金认为，原则并不来源于某个立法机构或法院的特别决定，而是在于在法律职业共同体和公众中长期形成并发展起来的妥当感（a sense of appropriateness），或简单地说则是正义感、公平感或道德感。

德沃金指出，原则的效力并不来源于法律的规定，而是来源于其内容和价值。因此作为法律规则的承认规则无法包容原则，原则是规则之外的一种重要法律要素，具有填补法律漏洞和限制法官自由裁量的意义。由此，德沃金将道德问题引入了法律规范之中。

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。

二、当代中国的法律渊源

（一）正式的法律渊源

我国正式的法律渊源以宪法为核心、以制定法为主。第一位法律渊源是审判依据；第二位法律渊源是“参照”。其法律依据是《中华人民共和国行政诉讼法》第63条：

人民法院审理行政案件，参照规章。

——《中华人民共和国行政诉讼法》（第63条）

“参照”意味着人民法院可以对规章进行合法性的审查：合法的规章予以适用，并在判决书中加以援引；不合法的规章，人民法院虽然不宣布其无效，但不加以引用。

1. 宪法

宪法是国家的根本大法，在各法律渊源中处于最高的法律地位。在我国，宪法不具备作为裁判规范的效力，不能作为法院判案的直接依据。

宪法不宜引为论罪科刑的依据。

——《关于在刑事判决中不宜直接引用宪法作论罪科刑的依据的复函》（1955），明示排除

人民法院制作法律文书时，可以引用法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。

——《关于人民法院制作法律文书应如何引用规范性法律文件的批复》（1986），默示排除

2. 法律

**基本法律**由全国人大制定，涉及具有根本性和全面性的社会关系（第X届全国人民代表大会第Y次会议通过，国家主席令Z号公布）。

**非基本法律**由全国人大常委会制定，涉及基本法律调整之外的某一方面社会关系（第X届全国人民代表大会常务委员会第Y次会议通过 国家主席令Z号公布）。

法律解释方面：

法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

——《立法法》（第48条）

全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。

——《立法法》（第53条）

法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：

（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；

（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。

——《立法法》（第48条第2款）

3. 行政法规

行政法规由国务院制定，其有关国家行政管理事项（国务院令X号）。行政法规的名称包括：条例、规定、办法、暂行条例、暂行规定、决定、命令等。

“条例”仅用于法规，规章不得称为“条例”，但“规定”和“办法”在规章中也常用到。

行政法规的名称一般称“条例”，也可以称“规定”、“办法”等。国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定制定的行政法规，称“暂行条例”或者“暂行规定”。国务院各部门和地方人民政府制定的规章不得称“条例”。

——《行政法规制定程序条例》（第4条）

4. 军事法规和军事规章

军事法规由中央军委制定，有关国防建设和军事方面关系。军事规章由中央军委各总部、兵种、军区制定，有关国防建设和军事方面关系。

军事法规的效力比军事规章更高。

5. 地方性法规

省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，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。

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，可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护、基层治理等方面的事项制定地方性法规，法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的，从其规定。

为执行法律、行政法规的规定，根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项。属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。

应当制定法律、行政法规而未制定的，可以制定地方性法规。除《立法法》第十一条规定的事项外，其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的，省、自治区、直辖市和设区的市、自治州根据本地方的具体情况和实际需要，可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后，地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效，制定机关应当及时予以修改或者废止。

经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。上海市人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会常务委员会的授权决定，制定浦东新区法规，在浦东新区实施；海南省人民代表大会及其常务委员会根据法律规定，制定海南自由贸易港法规，在海南自由贸易港范围内实施。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。

6. 自治法规

自治法规由民族自治地方（自治区、自治州、自治县）的人民代表大会、民族自治地方（自治区、自治州）的人大常委会制定，仅在自治地方有效。

自治条例涉及区域自治的基本组织原则、机构设置、自治机关的职权、工作制度及其他重大事项。单行条例：对基本法律、法规作出的变通或补充规定、或规定本自治区某一具体事项。

自治条例和单行条例仅在规定事项上有区别，在效力上没有区别。

7. 行政规章

部门规章由国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署、具有行政管理职能的直属机构制定。内容包括属于执行法律或国务院行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。

地方政府规章由省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府制定。内容包括：为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；属于本行政区的具体行政管理事项。

8. 国际条约和协定

国际条约和协定包括中国和外国缔结或加入并生效的双边和多变条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件。

国务院有权缔结条约和协定；全国人大常委会有权决定条约和重大协定的批准和废除；国家主席根据人大常委会的决定，批准和废除条约和重要协定（象征意义）。

对于国际条约与国内法的效力比较，我国在这一问题上无原则性法律规定。但对于一些专门的法律、法规有规定：条约与国内法发生冲突时，条约效力高于国内法，但声明保留的条款除外。

（二）非正式的法律渊源

1. 政策

政策即中国共产党的政策和国家政策，具体体现于中共中央的政策、政府工作报告和中央人民政府的施政纲领之中。政策对法律适用具有某种指导或影响作用。

2. 判例

在我国，上级法院的案例对下级法院审理同类案例会产生示范效果，仅具有指导意义，不具有法律效力。形式包括：

1. 人民法院以公报形式公布的典型案例；
2. 指导性案例。

判例的构成有：关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果、判决理由。

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例时应当参照。

——《最高人民法院关于案例指导工作的规定》（2010）

3. 习惯

习惯包括地区习惯、职业和行业惯例、民族风俗、国家习惯和国际惯例。

承诺应当以通知的方式作出；但是，根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

——《民法典》（第480条）

4. 司法解释

司法解释指最高人民法院和最高人民检察院就适用法律作出的解释。最高人民法院的司法解释包括“解释”“规定”“批复”“规则”“决定”。在我国，司法解释属于正式还是非正式的法律渊源，尚有争议。

最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。

——《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（第5条）（2007）

最高人民法院对司法解释如何适用与引用的态度是一个不断变化的过程，基本趋势是放开：应当贯彻执行但不宜直接引用（1986）→必须遵照执行并可以引用（1993）→与有关法律共同作为依据时应当一并引用（2007）→既可以与法律共同援引，也可以单独援引（2009）。

对司法解释作为法律渊源的质疑在于：我国往往从立法角度界定法律渊源，但司法解释的制定机关并不属于立法机关；《中华人民共和国宪法》规定全国人民代表大会常务委员会行使解释宪法和解释法律的权力，没有规定法院和检察院有解释法律的权力；《中华人民共和国立法法》也规定法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

在司法审判实践中，法院往往将司法解释视为裁判的依据和法律渊源；如果不承认司法解释文本属于法律渊源，那么，在理论上，最高法院的上述规定以及其他法院引用这些司法解释文本做出的判决都是不合法的；如果承认它们是法律渊源，那么，它们属于正式的法律的渊源还是属于非正式的法律渊源？

对此，王夏昊在《法适用视角下的法的渊源》中提出了一种理论上的解决方案，即利用“三分法”取代“两分法”区分法律的渊源：

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **法律渊源** | **效力强弱** | **不适用的后果** | **列举** |
| 必须的法律渊源（must-sources） | 最强 | 必须引用，如不引用法官没有履行职责 | 原分类中正式的法律渊源中第一位的法律渊源 |
| 应当的法律渊源（should-sources） | 次强 | 应当引用，如不引用需给出理由 | 原分类中正式的法律渊源中第二位的法律渊源+司法解释 |
| 可以的法律渊源（may-sources） | 最弱 | 可以选择引用 | 原分类中非正式的法律渊源 |

可见，司法解释属于“应当的法律渊源”。

三、法律效力

（一）法律效力释义

法律效力是法律的约束力的总称。法学界有三（四）种不同的效力观：

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **效力观** | **对应法学派** | **效力来源** |
| 规范的效力观 | 实证法学派 | 法律规范本身 |
| 伦理的效力观 | 自然法学派 | 符合道德标准 |
| 事实的效力观 | 社会学法学派 | 法律在社会中实际发挥的作用 |
| 心理的效力观 | 法律现实主义 | 人们对法律的态度 |

本讲的法律效力（validity of law）是规范层面的，区别于社会层面的法律实效（efficiency of law）。

（二）法律的效力范围

1. 法律的对象效力范围

对象，既包括自然人，也包括法律拟制的人（法人、其他组织和国家）。目前存在四种效力原则：

1. 属人主义；
2. 属地主义；
3. 保护主义；
4. 以属地主义为主，与属人主义、保护主义相结合：近代以来多数国家采取的原则，我国也采取该原则。

我国法律的对象范围包括两个方面：

* **法律对中国公民和中国组织的效力范围：**中国公民在中国领域内适用中国法律；中国公民在国外原则上仍适用中国法律，但中国法律与所在国法律发生冲突时，要区别不同的情况和具体的国际条约、协定和国内法的规定，来确定适用中国法律还是外国法律。
* **法律对外国人的效力范围：**外国人在中国境内，除法律另有规定外，一般适用中国法律，另有规定是指法律上明确规定不适用中国法律的情形（比如享有外交特权和豁免权的外国人可以通过外交途径解决）；外国人在中国境外对中国国家或中国公民的犯罪，按中国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的，可以适用中国刑法，但是按照犯罪地的刑法不构成犯罪的除外。

2. 法律的事项效力范围

法律的事项效力范围的基本原则包括：

* **事项法定原则：**防止随意擅断
  + 法律对明确规定的事项有效。
  + “法无明文规定不为罪”（刑法）
  + “法无明确禁止即自由”（民法——针对私主体）
  + “法无明确许可即禁止”（行政法——针对公权力）
* **一事不再理原则：**防止重复审判
  + 同一个机关不得两次或两次以上受理同一当事人就同一法律关系所做的同一请求。
  + 对判决、裁定已经发生法律效力的案件，除法律另有规定的以外，不得再行起诉和受理（申诉、上诉）。
* **一事不二罚原则：**防止量刑过重
  + 对同一行为，不得处罚两次或两次以上性质相同或同一刑名的处罚。

3. 法律的空间效力范围

* **法律的域内效力：**法律在国家主权所及的范围内有效，包括：陆地、水域及其底土（亦称地下领土，包括领陆的底土、内水和领海的水床和底土）和上空，以及延伸意义上的领土，即驻外使馆和在领土外的本国交通工具。全国性的法律一般在全国范围内具有法律效力；地方性的法律仅在本区域内有效。
* **法律的域外效力：**有的法律不仅在本国有效，而且在特定条件下在域外也有一定效力；例如，我国《刑法》规定的伪造国家货币罪、泄露国家机密罪等条款。
* **国际条约和协定的空间效力范围：**对缔约国和参加国有效，声明保留的条款除外。

4. 法律的时间效力范围

法律的生效时间方面，有三种类型：

* 法律文件本身规定生效时间，包括三种情况：
  + 由该法律规定自法律颁布之日起生效；
  + 由该法律具体规定生效（实施）时间；
  + 该法律规定具备某种条件后生效。
* 由专门规定决定该法律的具体生效时间；
* 法律规定本身没有明确的相关规定，一般推定为公布即生效。

法律的失效时间分为明示废止和默示废止：

* **明示废止**有四种情况：
  + 新法律公布后，原有的法律即丧失效力；
  + 新法律取代原有法律，同时宣布旧法律作废；
  + 法律本身规定的有效期届满；
  + 有关机关颁发专门文件宣布废止某个法律。
* **默示废止：**在适用法律过程中，适用新法律而使旧法律实际上被废止。

法律溯及力方面，“法不溯及既往”是法治的基本要求。其基本原则包括：

* 从旧原则（不溯及既往） 或 从新原则（溯及既往）；
* 从新并从轻（原则上采用较新的法，但比较新旧法，采用其中刑罚较轻的） 或 从旧兼从轻（原则上采用较旧的法，但比较新旧法，采用其中刑罚较轻的）。

我国基本上适用“从旧兼从轻”原则。

法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。

——《立法法》（第104条）

（三）法律的效力等级

1. 法律的效力等级原则

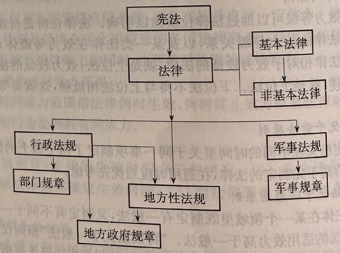
效力等级不同时的比较遵循效力等级的一般原则，即宪法至上、上位法优于下位法。

效力等级相同时的比较遵循效力等级的特殊规则，即后法优于前法（仅适用于同一主体制定的涉及同一事项的法律）、特别法优于一般法（仅适用于同一主体制定的涉及同一事项的法律）——其法理依据是：特别法一般针对特别人、特别事或特别地域、时间而专门制定，其内容是一般法所没有涉及或一般法虽有涉及但较原则、笼统、抽象的，因此在针对特定时间、空间、对象和事项时，要适用特别法而不是一般法。需要注意的是，在同一主体制定的、规定同一事项的两部法律规范内容相互冲突时，必须同时比较前法/后法和一般法/特别法，并优先适用新的特别规定。

此外，法律文本优于司法解释。需要注意的是，这是指司法解释的层级低于法律，但全国人大常委会所做的法律解释同法律具有同等效力，即法律解释与法律的效力相同。

2. 中国的法律效力等级体系

上位法与下位法的效力等级体系如下：



有关基本法律和非基本法律之间的效力等级，目前学界存在争议。上图认为基本法律的效力高于非基本法律；而教授认为两者的效力是同等的。

中国法律渊源中效力冲突的解决机制可见《立法法》第102、103、105、106条。当效力不同时，上位法优于下位法。当效力相同时，同一机关制定的新的特别规定优于旧的一般规定。

除此之外的情况（如下），需要根据《立法法》中相关规定，由相关国家机关裁决：

* 同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致（法律之间、行政法规之间、地方性法规之间、规章之间）；
* 地方性法规与部门规章不一致；
* 地方政府规章与部门规章不一致；
* 授权制定的法规与法律不一致。

《立法法》对同一位阶的法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致时由相关国家机关裁决的规定操作性不强，司法实践中，法院往往按照最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》处理。最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》规定，同一效力级别的法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致的，应按照下列情形适用：

|  |  |
| --- | --- |
| **新的一般规定允许旧的特别规定继续适用** | 适用旧的特别规定 |
| **新的一般规定废止旧的特别规定** | 适用新的一般规定 |
| **不能确定新的一般规定是否允许适用旧的特别规定** | 逐级上报上级法院 |

第六讲 法律体系

2024.4.24

一、法律体系概述

（一）法律体系释义

法律体系是指一个法域在一定时期内所有有效的法律规范构成的和谐一致、有机联系的整体。

本讲所指的法律体系，主要是从法律部门的角度定义的，即一个国家的全部现行法律规范分类组合为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体。

（二）法律体系的特征

* **整体性：**由一个国家或地区一定时期内全部的有效法律规范构成。通说认为，法律体系仅包括国内法；
* **全面性：**大体上能够覆盖法律应当调整的全部社会关系领域；
* **系统性：**各种法律规范构成层次分明、结构严谨的统一的逻辑体系。
  + **统一性：**各个法律规范建立在相同基础之上，构成一个统一的体系，而不是相互分散、割裂的。统一的基础是宪法或基本法，也即各个法律规范统一于宪法或基本法；
  + **层次性：**法律体系→法律部门→子法律部门→规范性法律文件；
  + **和谐性：**各法律规范之间、各法律规范与整个法律体系之间应当不矛盾、冲突。

（三）法律体系与相关概念辨析

法律体系不同于法系。法律体系是一个国家或地区现行有效的法律组成的整体；法系是具有共性或共同历史传统的若干国家或地区的法律的总称。大陆法系和普通法系的特点比较如下：

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **大陆法系** | **普通法系** |
| **法律形式** | 以成文法和法典化为主要形式 | 判例法与制定法并存，但以判例法为主 |
| **法官造法** | 一般不承认法官有权创制法律，并否认判例是正式法律渊源 | 法官具有创制法律的权利 |
| **法律分类** | 分为公法与私法 | 分为普通法与衡平法 |
| **诉讼中的法官地位** | 职权主义/纠问制 | 当事人主义/对抗制 |
| **哲学基础** | 理性主义 | 经验主义 |
| **法律教育和法律职业** | 重视法律知识和学问的传授 | 重视法律职业共同体的作用 |

韦伯在《论经济与社会中的法律》中提出，西方存在两种法律教育模式：经验式的法律教育和理性的法律教育。前者将法律视为“工艺的经验性训练路线，在法律实践中是师徒式的训练方式”；后者是在“特殊的法律学校里教授法律，按照这种方式，重点是法律理论和科学，即以理性和系统的方式分析法律现象”。前者的代表是英国的由律师传授法律的教育模式；后者的代表是欧洲大陆的大学法律教育。我国的法律教育模式更倾向于理性的法律教育。

法律体系不同于法学体系。法律体系是法律规范意义上的概念；法学体系是学术意义上的概念，由法学的若干分支学科组成。

二、法律部门

（一）法律部门释义

法律部门是按照一定标准或原则对构成法律体系的法律所做的分类。

法律部门的划分出于一定的考量。立法上的考量是，使各法律规范构成层级清晰、结构严谨、逻辑自洽的整体；司法上的考量是，将同类的法律规范放在同一个法律部门，便于法律适用。

（二）法律部门的划分标准与原则

法律部门划分的主要标准是法律的调整对象（社会关系），辅助标准是法律的调整方式。

法律部门的划分原则包括：

1. **整体性原则：**必须囊括一国现行有效的全部法律，使所有法律都能够归属于某一法律部门；
2. **适当平衡原则：**划分法律部门时应适当考虑各法律部门之间法律规范的规模或数量保持大体上的均衡；只是相对平衡，主要还是取决于各法律部门的实际需要和调整幅度；
3. **前瞻性原则：**虽然法律部门的划分主要是针对现行有效的法律规范，但考察到法律体系的内容处于不断变化之中，其划分应当具有一定前瞻性，以便保证法律部门的稳定性。前瞻性要求是：划分法律部门时，要充分考虑到某些社会关系在未来调整过程中的重要性，了解一国一定时期内的立法目标，以便为未来将要出现的法律规范设立相应的法律部门。

需要注意的是，法律部门的划分不是绝对的，而是相对的，可能会出现法律部门之间的交叉。法律部门的划分也不是固定不变的，会随着社会的变化而变化。

三、当代中国的法律体系

国务院新闻办公室发布的《中国特色社会主义法律体系》白皮书（2011年10月）将中国特色社会主义法律体系分为7个法律部门：宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法。

教材的分类为学理分类：将当代中国法律体系分为9个法律部门。其中的环境资源法和军事法在《白皮书》中均属行政法律部门。

第七讲 法律关系

2024.4.24 / 2024.5.8

一、法律关系概述

（一）法律关系的概念

法律关系是法律在调整社会关系的过程中形成的人们之间的权利和义务关系（或权力和义务）关系。

法律关系的概念最早用于私法领域，来源于罗马法的“法锁”观念。《法学阶梯》中指出“债为法锁”，即债像锁头一样将权利人和义务人锁在一起，要求义务人必须依法履行给付的义务。

萨维尼在《当代罗马法体系》中首次阐明：任何一项法律关系都是通过法律规则界定的人（Person）与人之间的关系（Beziehung）。在任何法律关系中，都存在两个组成部分：首先是题材，即关系本身；其次是对于该题材的法律规定。法律关系就是法律对于社会关系进行规定后的结果。

此后，法律关系的使用范围逐渐扩大，从私法领域延伸到了公法领域。

（二）法律关系的特征

1. 法律关系是一种特殊的社会关系

法律关系是一种社会关系，但并不是所有的社会关系都是法律关系。法律关系是基于法律的调整而形成的。法律并不调整的某些社会领域，其中的社会关系便不是法律关系。法律应当调整而没有调整的社会领域，其中的社会关系也不是法律关系。

2. 法律关系以法律规范的存在为前提

法律规范是产生法律关系的前提，如果没有相应的法律规范的存在，就不可能产生法律关系。法律关系不同于法律规范调整或保护的社会关系本身，某种社会关系只有得到法律的调整，才能成为法律关系。法律关系是法律规范的实现形式，是法律规范的内容在现实社会生活中的具体贯彻和表现。

3. 法律关系是具体的权利（权力）、义务关系

法律关系的内容是主体之间的权利（权力）和义务。包括权利-义务关系、权力-义务关系。法律关系并不等同于与法律问题有关的任何关系，两个主体之间没有明确的权利义务关系，就没有法律关系。

（三）法律关系的种类

* **绝对法律关系与相对法律关系：**前者是特定主体（一般是权利主体）和不特定主体（一般是义务主体）之间的法律关系，如物权关系、身体权/健康权关系等；后者是特定主体之间的法律关系，如合同关系等。
* **调整性法律关系与保护性法律关系：**前者是基于合法行为而产生的法律关系，法律发挥调整社会关系的功能，如合同关系、婚姻关系等；后者是基于违法行为而产生的法律关系，法律发挥保护功能，如侵权损害赔偿关系等。
* **平权型法律关系（横向法律关系）与隶属型法律关系（纵向法律关系）：**前者是发生在平等主体之间的法律关系；后者是发生在不平等主体之间的法律关系。

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”。

三、法律关系的演变

法律关系的演变即法律关系的产生、变更、消灭。

（一）法律关系演变的条件

法律规范是法律关系产生、变更、消灭的依据。

法律事实是引起法律关系产生、变更和消灭的现象。法律事实是客观存在的外在的现象，而不是心理活动；是由法律规范所规定的、具有法律意义的生活事实；是符合法律所规定的构成要件的事实。

（二）法律事实的分类

1. 法律行为

法律行为是人们所实施的能够发生法律效力、产生一定法律效果的行为。

本讲的法律行为与民法上的“法律行为”存在一定差别。一般而言，为了体现“私法自治”原则，民法中所谓的法律行为（juristic act）仅限于狭义的合法表意行为，而不包括违法行为。为了更具有理论上的一般性，本讲的广义的法律行为，是在上述法律行为概念的基础上扩展而来，相当于legal behaviour；统摄一切有法律意义的行为，既包括合法行为，也包括侵权行为、债务不履行等违法行为和犯罪行为等。

法律行为的特征是社会性、法律性、外在性、意志性。

2. 法律事件

法律事件是法律规定的、不以当事人的意志为转移而引起法律关系产生、变更或消灭的客观事实。法律事件可分为自然事件和社会事件。

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

一、历史上的权利观与义务观

（一）西方思想史上的权利和义务理念

1. 权利（right）

虽然权利作为一种制度在古罗马就得到了广泛的规定和研究，但直至中世纪结束前，任何古代或中世纪的语言里都没有可以完全地对应于我们今天所谓“权利”观念的语词。

17、18世纪的资产阶级革命提出了“自然权利（natural rights）”“天赋人权（rights-in-born）”，以权利为武器，对抗宗教、经济和政治上的一系列等级制度。此时的权利指的是造物主赋予人的资格、能力（faculty），包括个人自由、个人解放、个人价值、个人尊严。“天赋人权”也在法国《人权宣言》、美国《独立宣言》中得到肯定。

19世纪中期以后，权利和义务被作为法学的基本概念得以总结，对其的研究从思想、理念、口号层面进入实证化阶段。20世纪初，英美分析法理学利用分析哲学这一工具，深化了对权利和义务等概念的研究。

2. 义务

西方学者对义务的讨论更多地集中于道德义务、宗教义务或政治义务，专注于对法律义务产生之依据的分析。法律义务成为独立的概念得到分析始于近代：霍布斯将法律义务与法律权利相对应，将法律义务视为一种用以限定自由的法律上的约束。随着立法的发展，义务作为权利的对应物，更多地进入法学家的视野。

20世纪50年代以后，以哈特（H. L. A. Hart）和米尔恩（A. J. M. Milne）等为代表的新分析法学派对法律义务进行了深入研究。

（二）中国思想史上的权利和义务

我国历史上以“罪”和“罚”为核心的法律文化根深蒂固。今天所理解的法律上的权利义务出现于19世纪西学东渐之后，启蒙思想家倡导学习西方变法自强，实行宪制、民主、法制。这一时期的代表作品有严复翻译的《群己权界论》，以及孙中山《中华民国临时约法》将权利思想法律化。

人人有天授之权，即人人有天授自由之权。

——康有为

自由者，权利之表证也。凡人所以为人者有两大要件，一曰生命，二曰权利，二者缺一，实乃非人。

——梁启超

新文化运动提出“以权利本位主义，易家族本位主义”。

文革期间将权利（法权）视为资产阶级法权横加批判。政治上崇尚人治、奉行大规模群众斗争和政治运动；法学被视为阶级斗争工具、权利观念无法得到主张。

20世纪70年代末、80年代初，“以阶级斗争为纲”被否定，法学界重提“法学应以‘权利义务’为自己的特殊对象”。1988年，首次“法学基本范畴研讨会”召开，否定“以阶级斗争为纲”的法学基本范畴，提出权利和义务是法学的基本范畴，以权利和义务为核心重构我国新时期法学理论。

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。

四、人权

（一）人权的含义

人权（human rights）就是人作为人所应当具有的权利。人权具有基本性，即有不可缺乏性、不可转让性、不可取代性、稳定性、母体性、共似性。

（二）人权思想与制度的发展历史

1. 人权思想的历史发展

**克瑞昂：**“你真敢违反这法律？”

**安提戈涅：**“是的。须知，向我宣布这法令的不是宙斯，和冥间诸神同居地下的正义女神也没有为人间制订过这种法律。我不认为你的法令有这么大的效力，以致一个凡人可以践踏不成文的永不失效的天条神律。后者的有效期不限于今天或昨天，而是永恒的……我不能因为害怕任何凡人的傲慢去违反这种天条，以致遭受神的惩罚。”

——索福克勒斯《安提戈涅》

人权思想来自于古代自然法的遗产，如其中的二元法律观（自然法与人法）和人人平等的理念。

启蒙思想家的古典自然法理论推动了人权思想的成熟，“自然权利”论直接促成了人权观念的真正产生。这一阶段的代表人物有格老秀斯、洛克、卢梭等。

2. 人权制度的历史发展

英国对人权进行经验式的保护，特点是直接具体规定人皆享有的不可剥夺的权利，如《大宪章》（1215，近代宪政运动和人权保护历史的开端）、《权利请愿书》（1628）、《人身保护律》（1676）、《权利法案》（1689）、《王位继承法》（1701）、《国民参政法》（1918）等。

法国、美国对人权进行先验式的保护，特点是先宣告口号式的“天赋人权”论，继而在这一理论之下宣布人人享有的具体的人权。

二战以后，人权理念成为全世界人民的共同政治理念，人权的制度保护由单纯的国内法保护发展为国际法保护。

（三）人权的证成（justification of human rights）

人权的证成一方面为人权观念提供道德或政治上的正当性根据，另一方面为个人和国家的人权实践提供了行动理由。目前一般有普世性和特殊性两种证成范式。

1. 人权普世性的证成

人权普世性的证成认为，人权的有效性、正当性是普世的，来源于某种普世性的道德价值、理念或程序。其将权利从一个或几个最高层次的道德原则中推导出来。其思想基础包括：

* **康德：**从“普遍正当原则”（即任何行动，如果能够按照一个普遍法则与每个人的自由共存，就是正当的）中推导权利；
* **密尔：**从功利这一理念出发，将权利视为可以有效促进社会效用的手段。

“国际人权宪章”的三个国际人权文件，基本也是以此种方式宣告人权来源于人的尊严这一终极价值。

2. 人权特殊性的证成

冷战时期，西方自由主义国家与社会主义国家对人权的性质存在分歧。前者认为人权是普世价值，后者认为人权是源于西方历史传统和价值的概念。冷战后，文化/价值相对主义思潮也促进了对人权证成的反思。

A. J. M. 米尔恩指出，西方人权观念体现的是自由民主的工业社会的若干价值和制度，并不是普世的。人权具有“社会性”和“文化性”，与特定的社会文化条件相适应。传统的用以证成人权的自然法是普遍的道德标准，而不是最低限度的道德标准，忽视了文化和道德的多样性。因此，应当寻求各种文化和价值中的一致存在的“最低限度标准的人权”。

由此，应首先考虑“低度道德”，其包括：行善、敬重人类生命、公平对待、互助、社会责任、不受专横干涉、诚信、礼貌、抚幼。与之相应，“低度人权”包括：生命权、受公平对待的公正权、获得帮助权、自由权、被诚实对待权、礼貌权、儿童受照顾权。

3. 人权的道德证成与政治证成

以上两种人权的证成方式，基本上属于人权的道德证成，即以某种普遍性的道德理念（如“尊严”或“利益”）作为基础，将人权视为人应当具有的、对世的普遍道德权利。当代的代表人物包括哈贝马斯、詹姆斯·格里芬、托马斯·施密特、约翰·西蒙斯等。

当代西方主导性的人权证成方式除了道德证成之外，还有政治证成，即从国际人权实践出发，通过协商、博弈等手段在国家间实现某种关于人权的“重叠共识”；将人权视为人们针对国家提出的权利要求。此时，当国家违反这种共识性的义务时，就会产生国际人权干预。当代的代表人物包括罗尔斯、拉兹、贝茨等。

人权的政治证成对道德证成的批评在于：

* 1. 无法将人权与普通的道德权利区分开来。
  2. 从“第一原理”式的证成方式，到作为结论的“至善论”价值，都过于绝对，在具有多元论特征的国际社会中，其有效性和稳定性均会大打折扣。

（四）人权的内容：“三代人权”理论

法国法学家瓦萨克提出了“三代人权”理论，分别对应“自由、平等、博爱”。

1. 第一代人权：公民和政治权利

第一代人权对应“自由（liberty）”。17、18世纪欧洲启蒙时期的政治理论及英、美、法的政治革命实践促成了第一代人权。

《世界人权宣言》第2~21条基本涵盖了第一代人权的内容：不受歧视、不受奴役、不受酷刑和残忍、不人道和有损尊严的对待的权利、不受任意拘捕和监禁的权利、公平与公开审判的权利、表达自由、通过自由选举参与政府的权利。

第一代人权的意义在于反对封建专制统治、适应资本主义新文明的发展。其实现方式有：为政府的行为设置限制来约束政府、保障人权，主要体现为国家的承认、政府的不作为；通过一国的宪法、刑法、诉讼法、司法的过程予以保护。

2. 第二代人权：经济、社会和文化权利

第二代人权对应“平等（equality）”。19世纪末20世纪初反抗压迫和剥削的社会主义运动促成了第二代人权。

《世界人权宣言》第22~27条基本涵盖了第二代人权的内容：社会保障权、工作权、对个人和家庭保持足够的健康和富足的生活水平的权利、受教育权。

第二代人权的意义在于其是解决自由权利的实现前提和能力，“忍饥挨饿的人不可能与拥有巨额财产的人真正地享有平等权利”。其实现方式有：鼓励政府（也包括其他主体）积极参与，采取干预手段实现权利；主要体现于一国的社会保障法、教育法中。

3. 第三代人权：“集体人权”

第三代人权对应“博爱（fraternity）”。第三代人权于二战以后出现，与全世界反殖民化运动相连，主要为第三世界国家所主张。

第三代人权主要包括和平权、民族自决权、发展权、人类共同遗产权、环境权等。

第三代人权的内在结构与前两代人权存在差异。其主体由个体公民拓展到群体、民族和国家；其具体诉求则是要求在全球维度建立公平合理的国际政治经济新秩序。

（五）人权的国内法保护与国际法保护

1. 人权的国内法保护

应有人权通过法律确定为法定人权，从而成为实有人权。国内法保障人权的方式包括宪政保障、立法保障、行政保障、司法保障。

2. 人权的国际法保护

国际法对人权的保护的法律体系包括：

1. 人权宪章类
2. 防止和反对种族歧视类
3. 特殊主体人权保护类
4. 战时人道主义保护类

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？

约翰·罗尔斯就“公民服从一种不正义法律的义务”展开了讨论：

1. 在立宪政体中为什么会产生不正义的法律？某种形式的多数裁决规则被证明为是用来保障正义且有效的立法的最佳可行方法。立法程序就是一个由宪法规定的多数裁决过程。尽管其立法的目的是正义，但立法程序本身却是一个“不完善的程序（imperfect procedure）”。即使是最理想的立法程序也必然会产生某种不正义的法律，这是立宪政体不可避免的缺陷。
2. 公民为什么有服从不正义法律的义务？我们不能要求某个公民认为某些政策或法律是正义的，并要求他的判断服从于关于政策或法律的表决。即便如此，也不能认为只要存在不正义安排的情形，就绝不能要求公民们服从这些安排。当“社会基本结构（basic structure of society）”由现状判断是相当正义时，只要不正义的法律不超出某种界限，我们就要承认它们具有约束力。因为在有机会被完全接受的数目有限的可行程序中，没有一个程序总是会产生有利于我们的决定，但同意一个程序总比根本达不成协议更可取。
3. 在何种条件下，公民负有服从一种不正义法律的义务？公民服从一种不正义法律的条件是制度背景的正义，也就是“社会基本结构”是接近正义的。在一个接近正义的社会中，公民们通常根据支持正义宪法的自然义务具有遵守不正义法律的义务。

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。

三、归责与免责

（一）归责

1. 归责的含义

归责，即法律责任的归结，即特定的国家机关或国家授权的机关依法对行为人的法律责任进行判断和确认。

2. 归责的基本原则

归责的基本原则即指导归责活动的原则（法官等有权主体在归责时应当遵循的标准）。

**责任法定原则。**责任法定原则是法治原则在归责问题上的具体运用。其基本要求为：第一，作为一种否定性的法律后果，法律责任应当由法律规范预先规定，包含于法律规范的逻辑结构中；第二，当出现违法行为或法定事由的时候，应当按照事先规定的责任性质、责任范围、程度、期限、方式等追究行为人的责任。

**责任自负原则。**在法律责任的承担上，只能由法律规定的责任人承担，不允许株连的发生。其基本要求为：第一，违法行为人应该对自己的违法行为负责；第二，不能让没有违法行为的人承担法律责任，因法律规定承担责任的除外。

**公正合理原则。**设定及追究法律责任应当公正合理。其基本要求为：第一，对任何违法行为都应依法追究相应的责任；第二，法律责任的性质、种类、轻重要与违法行为及造成的后果相适应；第三，综合考虑使行为人承担责任的多种因素，做到合理的区别对待。

**因果联系原则。**在确定法律责任时要确认违法行为和损害结果之间的内在联系，即因果关系。具体包括客观行为与损害结果之间的因果关系、行为人的主观方面与外部行为之间的因果关系、原因和结果之间的关联程度（即是必然还是偶然，是一因多果还是一果多因）。

3. 归责原则

归责原则是确定责任承担的具体的原则性规定（主要规定责任与主观过错之间的关系）。

**过错责任**在确认法律责任时以主观上的过错为必要条件，是刑事责任和民事责任的主要归责原则。过错责任与资本主义的自由竞争阶段相适应，前提假设是“行为人意志自由，应当为在自身意志指导下的行为负责”。

**无过错责任**在确定法律责任时不以主观上的过错为必要条件。只要行为人的行为造成损害后果，行为和结果之间存在因果关系，即应当承担责任。无过错责任与工业社会的社会化大生产相适应——伴着社会化大生产而产生的劳动工伤事故、车辆交通事故、产品质量事故和核损害事故等，主体可能无论怎样注意都无法避免，甚至往往不存在主体的主观故意，却易于给他人造成严重损害；在这些事故中，加害方和受害方往往存在经济上的严重不对等；在上述情况下，如仍坚持“过错责任”则显失公平。无过错责任也存在问题，如易产生“企业责任忧虑（因畏惧担责而停止创新）”，可能逐渐被责任的社会化分担（如责任保险和社会保障等）取代等。

**公平责任**指的是当事人双方对造成的损害均无过错的情况下，由法院根据公平的观念，在考虑当事人的财产状况及其他情况的基础上，由当事人合理分担责任。其适用条件有：第一，法律无明确规定要求适用无过错责任；第二，如果适用无过错责任会显失公平；第三，损害与其行为具有某种因果关系。公平责任的依据是通过公平理念来考虑损害分担（受害人的损害程度、当事人的经济条件），也借鉴了英美衡平法的相关规定。但公平责任作为归责原则的地位也遭到了质疑：以衡平的手段确定当事人对损失的承担，仅为特殊的补充手段，而非一般性归责原则；在我国目前司法条件下，易产生不公平的结果；可被社会保障所取代。

（二）免责

1. 免责的含义

免责指的是由于出现法定条件，法律责任被部分或全部免除。免责的前提是应当存在法律责任。

2. 免责形式

1. **时效免责：**考虑到效率和秩序，法律责任经过一定期限即免除；
2. **不诉免责：**有些法律责任的承担是以当事人向专门机关起诉为前提的，如果拥有告诉权的当事人不起诉要求追究行为人的法律责任，则其责任便被免除；多发生在民商法中，在刑法和行政法中并不多见；不诉行为必须出于主体的自愿；
3. **自首、立功免责**（即“将功补过”）；
4. **人道主义免责**（如财产责任中，考虑责任主体承受能力）；
5. **协议免责：**符合私法“意思自治”原则。

第十讲 立法原理和制度

2024.5.29

一、立法和立法权

（一）立法概述

1. 立法的含义

立法是有法律创制权的国家机关或经授权的国家机关在法律规定的职权范围内，依照法定程序，制定、认可或变动法律的一项专门活动。

2. 立法的特征

立法有国家性与法定性。立法以国家立法权为前提，是以国家的名义进行的；立法将国家认可或旨在追求、维护的价值通过立法活动转化为法律；立法主体是法定国家机关，包括有法律创制权的国家机关和经授权的国家机关。

立法有职权性。立法的权限包括：特定层次或级别、特定种类、特定步骤或环节和特定事项。

立法有程序性。立法必须依法定的程序进行，其意义在于保证法律的严肃性、权威性、稳定性。民主立法也要求民主程序的保障（通过沟通、对话就分歧事项达成共识）。

立法有专业性与技术性。立法是一项专业性高、技术性强的活动，现代社会分工日益细密决定着立法的专业性越来越强。立法技术的优劣决定着立法的科学和严谨。

法律案有关问题专业性较强，需要进行可行性评价的，应当召开论证会，听取有关专家、部门和全国人民代表大会代表等方面的意见。论证情况应当向常务委员会报告。

——《中华人民共和国立法法》（第36条第2款）

（二）立法权概述

1. 立法权的含义

立法权是由特定国家机关行使的，在国家权力体系中占据特殊地位，用来制定、认可或变动法律的综合性权力体系。

2. 立法权的特征

立法权的特征可从数个角度来看：

* **内部结构：**是一种综合权力体系——制定权+监督权+质询权+弹劾权+调查权+任免权等；
* **外部关系：**是国家权力体系的一个组成部分；
* **性质、地位：**是国家的决定权或决议权——最重要的权力；
* **目的：**以产生和变动法律为目的；
* **主体：**由特定主体行使。

二、立法的基本原则

立法的基本原则，即用以指导一国立法活动的重要准绳。根据《立法法》的规定，当代中国立法的基本原则主要包括：党领导立法原则、科学立法原则、民主立法原则、依法立法原则。

（一）党领导立法原则

* 1. 凡立法涉及重大体制和重大政策调整的，必须报党中央讨论决定；
  2. 坚持主要实行政治领导的原则。党通过确定立法工作方针、批注立法规划、提出立法工作建议、明确立法工作的重大问题、加强立法队伍建设等，把握正确的政治方向；
  3. 坚持民主决策集体领导，善于协调不同主张和利益关系，遵循党内重大决策程序规定，集体研究决定立法中的重大问题。落实党委领导责任；
  4. 依靠社会主义法治，善于将党的主张通过立法程序变为国家意志。正确处理加强党的领导和支持保证立法机关充分行使立法权的关系；
  5. 坚持依法依规展开工作。党领导立法工作必须在宪法法律范围内进行，不得随意干预甚至替代立法活动。

（二）科学原则

立法的科学原则包括三部分：

* 立法观念的科学化、现代化；
* 立法制度的科学化：建立科学的立法权限划分体制、立法主体设置体制和立法运行体制；
* 立法技术的科学化。

（三）民主原则

* **立法主体具有广泛性：**立法权根本上属于人民，由人民行使；
* **立法内容具有人民性：**以维护人民的利益而不是少数人的利益为宗旨；
* **立法过程和立法程序具有民主性：**使人民能够通过必要的途径，有效参与立法，表达自己的意愿。

列入常务委员会会议议程的法律案，法律委员会、有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当听取各方面的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。

——《中华人民共和国立法法》（第36条第1款）

法律案有关问题存在重大意见分歧或者涉及利益关系重大调整，需要进行听证的，应当召开听证会，听取有关基层和群体代表、部门、人民团体、专家、全国人民代表大会代表和社会有关方面的意见。听证情况应当向常务委员会报告。

——《中华人民共和国立法法》（第36条第3款）

（四）法治原则

* **立法的合宪性原则：**立法的精神、过程和内容必须以宪法为依据，不得与宪法相抵触；
* **立法的法定性原则：**立法权的取得和行使、立法活动的各个环节都应当遵循法律，尤其是《立法法》的规定；
* **立法的程序性原则：**立法活动必须遵循法定的立法程序。

此外，在坚持上述基本原则的同时，我国各层级的立法也应坚持各自的具体原则：

* **国家立法**
  + 最高立法原则
  + 统揽大局原则
  + 模范立法原则
* **地方立法**
  + 本地立法特色和国家立法大局相结合原则
  + 自主立法和执行立法相结合原则

三、我国的立法程序与立法体制

（一）我国的立法程序

1. 立法程序释义

立法程序就是特定的国家机关制定、修改和废止规范性法律文件的法定步骤和方式。其包括形式上的“三特征”和内容上的“三大块”：

* 形式上的三特征
  + 专门性：针对立法活动而做出的要求；
  + 法定性：立法的步骤和方法必须有明确的法律依据；
  + 确定性：具体内容由法律明文规定，抑制立法随意性。
* 内容上的三大块
  + 立法准备阶段；
  + 法案通过阶段；
  + 立法完善阶段。

2. 我国现行的立法基本程序

1. 法律案提出；
2. 法律案审议；
3. 法律案表决；
4. 法律的公布。

（二）我国的立法体制

1. 立法体制释义

立法体制是关于立法权配置的组织制度，其核心是立法权的划分。其内容包括一国享有立法权的主体有哪些、彼此存在怎样的隶属关系或权属关系、各立法主体行使的立法权的范围和性质如何。

2. 立法体制的分类

根据立法主体的设置和立法权限的划分是否存在中央和地方的级别关系，可分为**一级的立法体制**和**两级的立法体制**。**一级的立法体制**指国家的立法权只由中央的立法主体专门行使，单一制国家大多是一级的立法体制，如朝鲜、土耳其；**两级的立法体制**指立法权由中央和地方的立法主体分别行使，联邦制国家均属于二级立法体制，如美国、德国。

根据立法权是否由同一类别的立法主体行使，可分为**单一的立法体制**和**复合的立法体制**。**单一的立法体制**指国家的立法权由同一类别的立法主体行使；**复合的立法体制**指国家的立法权由两个或两个以上不同类别的立法主体共同行使或分别行使。复合的立法体制又可分两种情况：第一种，国家立法权由两个或两个以上不同类别的立法主体共同行使，属于这种情况的国家不存在具有完整立法权的立法主体，例如立法提案权、审议权、表决权、公布权分别由不同主体行使；第二种，国家立法权由两个或两个以上不同类别的立法主体分别行使，属于此种情况的国家创制不同性质、类别的法律的立法权分别由不同类别的立法主体行使（如成文法由立法机关创制，判例法由司法机关创制）。

根据一个立法主体行使立法权是否受到另一主体制约，可分为**独立的立法体制**和**制衡的立法体制**。**独立的立法体制**指一个立法主体行使立法权时不受其他主体制约，具有行使完全立法权的资格，如朝鲜、土耳其；**制衡的立法体制**指一个立法主体行使立法权时受到其他主体制约，如美国（总统否决权、司法机关审查）。

3. 我国的立法体制：一元、两级、多层次、多类别

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。

（三）对司法功能的不同理解

司法的功能在于严格遵循法律、定分止争、公正解决个案纠纷，还是追求社会效果、尽可能令社会公众满意？司法过程应当追求职业主义，即程序化、形式化，还是追求大众主义、实质正义？上述问题显示了对司法功能的理解上的张力。

1. 韦伯：形式理性法

形式理性法是现代法治主义的法律类型，其主张由训练有素的法律专家，依据法律逻辑，推演、建构一套可以规范所有社会行为的法律规范。其代表为延续罗马法精神而建构的德国民法以及德国法律制度。

其特征有：

* 设定可以一般应用的规范；
* 法律制度是由一套抽象的规则体系（彼此关联、不发生冲突、无矛盾，逻辑上连贯）建构的，司法即为将这些规则运用于个别案例之上；
* 强调官员必须服从法律，而不受个人意愿、情绪左右；
* 只服从法律，而不服从法律之外的其他社会秩序要求（上司的命令、其他共同体的要求）。

韦伯区分了四种法律的理想类型（ideal type）：

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **非理性** | **理性** |
| **形式** | 形式/非理性的法律 | 形式/理性的法律 |
| **实质** | 实质/非理性的法律 | 实质/理性的法律 |

形式/实质 涉及的标准是“形式化（formality）”，即使用内在于法律体系的决断标准；理性/非理性 涉及的标准是“合理性（rationality）”，即遵守能够适用到所有同质或类似案例的决定标准（针对类似案件，是否用同一条文来裁决；法律规范的普遍适用性）。

2. 我国司法改革历程中彰显的司法功能的内在张力

我国第一次司法改革是在20世纪50年代由董必武（时任最高人民法院院长）主导的，旨在消除从现代西欧移植的“六法全书”汇纂体系、排除职业法律人，采取群众路线和政策思维方式。

我国第二次司法改革始于20世纪80年代后期，旨在适应改革开放、革除司法群众路线造成的法官缺乏专业性和效率的弊端。其目标是司法权的合理化、现代化；在人事上职业化、精英化；制度设计为了提高审判的效率，加强判决的执行力；理论色彩为概念法学。第二阶段司法改革所体现出来的特征，背后是韦伯所谓的“形式理性法”的法律类型和法律秩序。

第三次司法改革是伴随着“维稳”和“保发展促民生”成为中央的工作重点，司法机关服从中央政法委的部署，开始贯彻落实“人民司法”“大调解制度”“能动司法”三项工作重点而进行的。

我们所讲的能动司法,简而言之,就是发挥司法的主观能动性,积极主动地为大局服务,为经济社会发展服务。……服务性、主动性、高效性,是能动司法的三个显著特征。

——王胜俊

2014年之后，我国开始了第四次司法改革，也是当前正在进行的司法改革。

3. 对当代中国司法功能的不同理解

职业化与大众化之间存在张力。法律职业化提倡法律现代化、程序化、“形式主义”“中立性”“自主性”；大众化的诉求则是实质正义、解决分配不公、严惩贪官污吏。一方面，社会转型时期，过于强调法律职业的形式理性特征、自治性、封闭性，可能导致法律与社会、与价值观念的变化发生脱节，所以需要法律职业主动在某种程度上回应社会的变化和倾听大众的需求。但另一方面，大众的意见可能是不具有合理性、公共性的，是偏私的，甚至掺杂误解且易于被误导，所以通过何种机制对大众的意见进行过滤和吸纳，使具有合理性、公共性的大众意见被反馈给司法机关，是亟待解决的关键问题。

司法的技术理性（司法的个案纠纷解决功能）与促进社会/政治效果等实质目标（司法的社会功能）存在张力。社会转型时期、政治体制改革过程中，司法往往会被赋予超出依照技术理性解决个案的功能和意义。它更多地被视为作为修复被权力和纠纷撕裂的社会关系网路的恢复装置（不仅要求在司法中实现矫正正义，而且要求其实现本不应由其实现的分配正义，或社会基本结构正义）。

4. 对当代中国司法功能内在张力的进一步思考

在社会转型时期，人们更易于赋予司法超出其基本功能的社会功能。

但司法的社会功能是其基本功能的延伸和派生，必须通过其基本功能得以实现，接受法治基本原则的规范和指引，不能超出法治的要求和限度，破坏法律秩序和权威。

当代中国司法功能的内在张力在很大程度上是我国社会转型时期某些结构性问题（特别是经济、文化发展区域性不平衡、贫富差距结构、阶层结构等）的集中体现。

总之，司法的内在张力需要一整套政治社会结构方面的配套改革。

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。

三、当代中国的司法体系

（一）人民法院

1. 地方各级人民法院

我国地方人民法院可分为三级。

《人民法院组织法》第20、21条规定了高级人民法院，包括省高级人民法院、自治区高级人民法院、直辖市高级人民法院。

《人民法院组织法》第22、23条规定了中级人民法院，包括省、自治区辖市的中级人民法院，在直辖市内设立的中级人民法院，自治州中级人民法院，在省、自治区内按地区设立的中级人民法院。

《人民法院组织法》第24~26条规定了基层人民法院，包括县、自治县人民法院，不设区的市人民法院，市辖区人民法院。

2. 专门人民法院

《人民法院组织法》第15条规定了专门人民法院，包括军事法院和海事法院、知识产权法院、金融法院。专门人民法院的专门性体现在：第一，在特定部门或对特定案件设立审判机关，而不是按行政区域设立的审判机关；第二，就管辖案件的性质而言，受理的案件是与各部门工作有关的特定案件。

3. 最高人民法院

《人民法院组织法》第9、10、16~19条规定了最高人民法院，其为国家最高审判机关。

（二）人民检察院

《人民检察院组织法》第13条规定了地方各级人民检察院，包括省级人民检察院（包括省、自治区、直辖市人民检察院，设区的市级人民检察院，自治州人民检察院，省、自治区、直辖市人民检察院分院）和基层人民检察院（包括县、自治县、不设区的市、市辖区人民检察院）。

此外，我国还有专门人民检察院（如军事检察院）。我国的最高人民检察院是国家最高检察机关。

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

一、法律方法概述

法律方法即适用法律的方法，在法官的司法活动中运用得最为广泛。运用法律方法的过程也是做出法律判断的思维过程。

通常而言，法律判断的思维过程可分为：

* 认定案件事实——小前提的建构；
* 寻找规范——大前提的建构；
* 涵摄——将小前提置于大前提之下；
* 得出结论。

事实往往是具体、个殊的，规范往往是抽象、普遍的，事实与规范之间存在这样一种不对称，因此需要事实与规范之间的“往返流转”。

法律方法的体系如下：

* **建构大前提的特有方法；**
  + 有法律规定而规定不明的情形——法律解释；
  + 无法律规定的情形——法律漏洞填补（类推、习惯、法官法、法理学学说、政策、目的性限缩与扩张）。
* **建构小前提的特有方法：**观察、实验、技术鉴定、法医鉴定；
* **建构大小前提共同运用的方法：**演绎、归纳、类比等推理方法；
* **得出结论的方法：**演绎推理方法。

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。

四、法律思维

大众思维与法律职业的思维往往是不一致的。法律思维大致有以下七个特点：

1. 运用法律术语进行观察、思考和判断。法律术语具有交流功能，统一概念，使交流更便利；也具有转化功能，即将事实转化为法律概念。
2. 权利-义务思维，即对事实作法律关系的分析。法律人面对任何一个案件，都有权利-义务的思维特征，即把案件事实分解为权利与义务关系，从中找到一种或多种法律关系，明确其中的权利请求，进而找到请求依据（刑事案件中则考察犯罪构成要件或犯罪构成的阶层）。
3. 遵循向过去看的习惯（思维的“回溯性”而非“前瞻性”），较为稳妥甚至保守（理论上讲，在法官思维中更为明显）。一般来说，判决依据都是过去制定的，对待法律的态度也是这样，只承认“过去”的既定规则。所有的案件都是过去发生的，案件中所有的事实和行为都是“过去式”。

法律必须具有稳定性，富勒将稳定性视为法律的“内在道德”之一。而法官的保守性格恰恰与法律的这一内在品质有着天然的联系。法官的这种稳妥有时表现为遵循业已形成的传统价值，因而，其思维总是向过去看，不求激进，甚至还表现为比较保守。这对于一个健全的社会，是一种必要的调节器和安全阀。因为任何社会的进步和改良都是在激进与保守这两种势力的平衡中而得以发展的。

但是，正如庞德所说：“法律必须稳定，但不能静止不变。”因此，在社会生活和社会价值急剧变化的转型时代，法律思维的这种保守性有时会成为阻碍社会和法治发展的“绊脚石”。

1. 程序优先的思考习惯（参见第十二讲“法律程序”）。
2. 追求程序中的“真”。法律真实并不等于客观真实。法律意义上的真实或真相其实只是程序意义上和程序范围内的，法律上的真实与真相并不是现实中的真实和真相。法律上的求“真”不同于科学中的求“真”。这样的原因是：大量的法律问题，程序中的真与现实中的真会存在距离，难以吻合；在具体操作上，法律人所追求的真实，其实只是经由诉讼程序而获得的证据所“重构的事实”。
3. 注重缜密逻辑，谨慎地对待情感因素。道德思维是一种以善恶评价为中心的思维活动，而法律判断是以事实与规则认定为中心的思维活动，因此法律思维首先是服从规则而不是首先听从情感。

对法律决定的结论要求合乎理性地推出，应当对决定理由进行说明和论证，从而使当事者和全社会看到这个结论是出自理性的，即具有了说服力。这也是作为政治合法性之要旨之一“透明性”的要求。

法律家也拥有情感并捍卫情感，但是都需要在法律规则的范围内，在法律术语的承载下，来谨慎地斟酌涉及情感的问题；法律家的专业逻辑与大众的生活逻辑之不同，还在于思维中的情感因素的份量。之所以需要程序，就是为了克服管理与决定的人情化。

法律思维注重逻辑的特点包括：合法律性（legality）优于合道德性、普遍性优于特殊性（避免一事一议的高成本）、严谨胜于标新、逻辑优于修辞、推理优于描述、谨慎超于自信（小心求证，而不先入为主）。

1. 司法判断结论总是非此即彼，“一刀切”。法律必须对许多不允许妥协的问题作出决定。

不同于政治思维的“权衡”特点。从律师角度来看，其职业具有竞争性并且是具有对抗性的竞争。法官的判决总是会伤害一方而有利于另一方。因此程序中或多或少产生对抗性。诉讼的性质要求一方胜诉，另一方败诉。

法官与行政官的思维方式是完全不同的，法官的方法是客观的，必须运用相应的法律方法做出决断；行政官员的方法是政策性的，是权宜之计，往往需要在相互冲突的价值和利益之间做出协调和妥协。

第十四讲 法治的基本原理

2024.6.12

一、法治概述

（一）法治（rule of law）的含义

法治的内涵是“人民依照既定的、公开的普遍的法律治理国政”。法治具有一体两面：政府权力受到法律的制约；公民权利受到法律的保障。

具体而言，可以从如下层面理解法治：

1. **法治是一种治国方略：**区别于人治、德治。例如“依法治国，建立社会主义法治国家”；
2. **法治是一种宪法层面的制度：**宪法作为国家的根本大法具有至上性，通过宪法中规定的权力制衡达到对公权力的限制；
3. **法治是一种办事原则：**从依法办事的角度理解法治，侧重“既定的规则被严格执行”。例如“依法治校”；
4. **法治是一种法律精神：**至少包括法律至上、良法善治、法律的普遍性、正当程序、权利本位、权力制约等；
5. **法治是一种良好的社会秩序：**例如，“法治社会”是一种社会的全体成员均依法行事的秩序良好的社会状态。

（二）法治与相关概念辨析

1. rule of law与rule by law

rule of law即法律的统治，意味着法律的统治本身是治国的目的；法律具有至上性，任何机构或个人都不得凌驾于法律之上。

rule by law即依靠法律来统治，意味着法律的统治本身不是治国的目的，而是治国的手段或工具；法律并不是至上的权威，统治者的意志可以高于法律；除了统治者之外的其他人均遵守法律，也可以是rule by law。

2. 法治与法制

法制即“法律制度”的简称，是一个中性的概念，并不像法治一样包含价值意蕴。法治与法制的区别主要有以下三点：

* **与权力的关系：**法治强调法的统治，奉行法律至上，一切权力都要受到法律的制约；法制并不包含这样的含义，也可以与专制相结合；
* **产生的时代不同：**严格来讲，制度层面的现代法治是资产阶级革命的产物；法制则从法律产生时便存在；
* 与民主、自由、人权等价值观念的关系不同。

3. 法治与法治国

法治来源于普通法传统，法治国（Rechtsstaat）来源于德国传统。“法治”强调法的“统治”，以“法”统治“国”；“法”是主导因素，“国”处于“法”之下。“法治国”重在“制约”，以“法”制约“国”；“国”仍是主导，“法”并未获得高于“国”的地位。

“法治国”理论来源于康德对国家与法权关系的阐述：

一个国家就是一群人在法权原则之下的联合。

——康德《道德形而上学》

国家意志受制于国家的实践理性，即一种预先存在的法权关系；保留了国家的优先性，将国家视为与社会及法律分离，拒绝对国家的反抗权，限制多数人的暴政和理性的独断。

4. 法治与德治

德治可以分为弱意义上的德治与强意义上的德治。

“徒法不足以自行”，由于法律自身存在一定的限度，因此德治可以作为法治的重要补充和辅助手段。但德治不能取代或突破法治，因为现代社会法律与道德的运作机理和作用存在差别；多元社会和陌生人社会，道德调整方式也会相对“失灵”。

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）法治的类型：从形式法治到实质法治

布莱恩·塔玛纳哈在《论法治——历史、政治和理论》中指出：

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **备选的法治构想** | | |
| **比较薄弱——————————————————>比较浓厚** | | |
| **形式版本** | 以法而治——法律是政府的工具 | 形式合法性——普遍、面向未来、明晰、确定 | 民主+形式合法性——合意决定法律的内容 |
| **实质版本** | 个人权利——财产、隐私、自治 | 尊严权或正义 | 社会福利——实质平等、福利、共同体的存续 |

1. 以法而治

在这一版本，法律是管理国家事务的工具，但对法律是否为良法没有要求。

2. 形式合法性

在这一版本，法律应当具有良法的形式要件（如富勒的法律的内在道德）；不关心法律的实体性目标，仅对法律的程序和形式施加限制；缺失判断法律的内容是否正当、良善的独立标准。存在的问题有：

1. 没有说明法律是如何被制定的（以专制的方式制定的法律也可以在一定意义上满足法治的形式要件）；
2. 也没有说明法律是否应当包含一定程度的基本权利、自由和平等（如果依照对法治的此种理解，合法地实施奴隶制和种族隔离也不违背法治）。

3. 民主+形式合法性

这一版本强调法律的来源具有合法性：具有合法性的法律应当是通过民主程序制定的。在缺乏据以评判法律的实质性道德内容的更高标准的情况下，如果法律是依据良好的程序制定的，就是良善之法。其符合法治传统的核心理念：自由就是在自己创制的法律之下生活（公民为自己立法）；一项法律必须获得其所约束之人的普遍同意。

公民应该总是能够将他们自己理解成他们作为接受者所要服从的法律的创制者。

——于尔根·哈贝马斯

法律获得每个人的同意并不现实，但民主机制必须赋予受法律约束之人平等参与、理性对话的机会。

4. 个人权利

这一版本提出了在法治中纳入个人权利这种实质性要求。

我情愿把第二种法治观称作“权利”观。它在若干方式上比规则手册观念志向更远大。它假定，公民彼此之间具有道德权利和义务，作为一个整体对国家享有政治权利。它坚持认为，那些道德和政治权利应该在实在法中得到确认，这样，它就能够在公民个人的要求下，通过法院或其他相似类型的司法机关在可行的范围内得到施行。这一观念上的法治是依据有关个人权利的合格公众观念进行治理的理想。它在法治与实质正义之间不作区分；相反，作为法律理想的组成部分，它要求规则手册中的规则表达和实施道德权利。

——罗纳德·德沃金，*Political Judges and the Rule of Law*

当然，对应当包含哪些权利的问题，仍存在分歧。如堕胎、死刑、同性恋者的权利、就业和教育中的平权措施、宗教学校的公共资助等议题，其中的争论和分歧均是以权利之名在法律领域展开的。但大致可以勾画出人们一般需要的基本权利。一般而言，法治应当包括民主、形式合法性和个人权利。可以说，这是当代社会争议最小的一种法治版本。

5. 尊严权或正义

这一版本相较个人基本权利，更强调实现个人权利的能力的获得，注重从权利的形式平等到实质平等。

6. 社会福利

这一版本对政府施加一种积极作为的义务，要求其通过实行分配正义等措施，改善人民的生活条件，为其尊严的获得创造社会基础。

在《德里宣言》的表述中法治变成了一种“能动概念”，它保证并促进个人在自由社会中的公民与政治权利；但是，它也关心国家所确立的个人合法愿望与尊严可能得以实现的社会、经济、教育和文化条件。表达自由对目不识丁者毫无意义；投票权可能被异化为蛊惑民心的政客对无知选民行使暴政的工具；免于政府干涉的自由不得意味着导致贫穷和匮乏的自由。

——*The Rule of Law in a Free Society: A Report of the International Congress of Jurists*

当然，这一版本的法治也蕴含着自由与平等之间的冲突。

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。

2. 韦伯论现代资本主义的法律前提

韦伯在《经济与社会》中指出，现代资本主义的法律前提包括发达的商业契约、现代法人团体的法律概念、可计算的法律秩序。

**契约**的意义在于增加某些社会行动发生的确定性，允许通过自愿协议创造新的法律关系。法律向行动者提供了一种空间，使其能够在这个空间之内由契约转移经济权力和控制，创造新的经济关系。契约可分为身份契约与目的契约：身份契约就人们之间的身份关系而订立的契约，多出现于自给自足的经济中（如遗嘱）；目的契约以某些特殊（特别是经济上的）结果或业绩为目标。目的契约与市场密切相连，受到具有强大市场利益的行动者的巨大影响。现代资本主义只能与高度发达的目的契约共存。

**现代企业**是法律上自治的组织，是由国家支配的法律秩序的一部分。法人团体属于一种“联合契约”形式，并具有“法人格”。

将所谓的团体法人格的观念最理性地实现出来的办法，是将其成员的法律领域与完全和特别建构出来的团体的法律领域分隔开来。换言之，按规则被指派出来的特定人选，被视为唯一具有正当资格去让团体承担义务与取得权利者。不过，这些法律关系一点也不会影响到个别成员的人身与财产，而是在法律上被归属于一整个分离出来的团体资产。

——马克斯·韦伯《经济与社会》

**经济理性化**的核心是理智的思考与计算与可预测性。理性资本主义对任何类型的干扰都非常敏感，因此，必须将意外控制到最小：国家不得通过法律体系对经济进行专断的干预，而是要尊重其自主性；必须尊重财产，不得破坏契约；法律必须清楚、合乎逻辑，以一种专业的和可预测的方式来实施。法律专家在此过程中发挥的作用是：通过法律教育使法律的实施更可靠、更具普遍性；使法律自身的逻辑结构更为形式化和合乎逻辑。

（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：

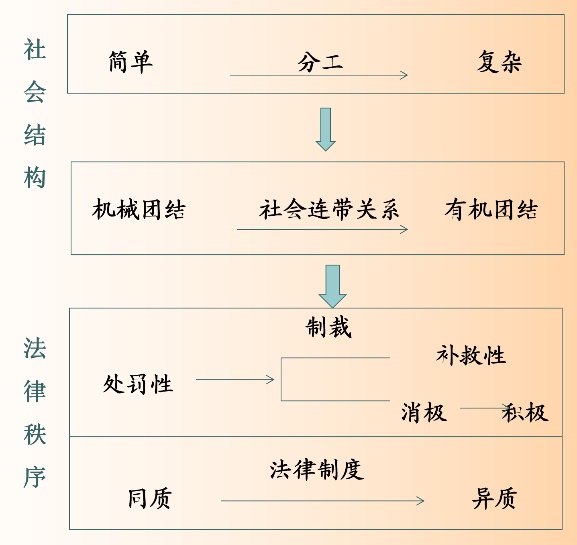
* **共同体（Gemeinschaft）：**自然形成的联合体，人们彼此熟识，关系密切，持有相同的价值标准，对群体具有强烈的认同感；
* **社会（Gesellschaft）：**目的联合体，人们大多素不相识，人与人的之间联系是基于在功能上的需要而不是情感上的关联；注重个人目标而不是群体目标，不一定持有相同的价值标准，传统、风俗和共同体的价值观念往往会失去对个人的影响力。

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。