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 4](#_Toc164262624)

[一、法学概说 4](#_Toc164262625)

[（一）什么是法学 4](#_Toc164262626)

[（二）法学与其他学科 5](#_Toc164262627)

[二、法理学概说 5](#_Toc164262628)

[（一）法理学的研究内容 5](#_Toc164262629)

[（二）法理学的性质 7](#_Toc164262630)

[（三）法理学在法学学科体系中的地位 7](#_Toc164262631)

[（四）学习法理学的意义 8](#_Toc164262632)

[三、法学/法理学的研究方法 8](#_Toc164262633)

[（一）法学方法 8](#_Toc164262634)

[（二）法学/法理学方法分类 8](#_Toc164262635)

[（三）法学/法理学研究的基本方法 8](#_Toc164262636)

[四、法理学的知识体系 9](#_Toc164262637)

[（一）法理学知识体系概述 9](#_Toc164262638)

[（二）本课程的主要内容 9](#_Toc164262639)

[（三）怎样学好法理学 9](#_Toc164262640)

[第二讲 法律的概念与分类 9](#_Toc164262641)

[一、法律的语义分析及经典定义 9](#_Toc164262642)

[（一）法律的词义分析 10](#_Toc164262643)

[（二）马克思主义对法律（国家制定法）的经典定义 11](#_Toc164262644)

[（三）法律定义的多元化 11](#_Toc164262645)

[二、法律（国家制定法）的特征 12](#_Toc164262646)

[（一）法律是调整行为及行为关系的规范 12](#_Toc164262647)

[（二）法律由国家专门机关制定、认可、解释 12](#_Toc164262648)

[（三）法律以国家强制力保障实施 13](#_Toc164262649)

[（四）以权利义务双向规定为调整机制 13](#_Toc164262650)

[三、法律的分类 13](#_Toc164262651)

[（一）公法、私法和社会法 13](#_Toc164262652)

[（二）根本法与普通法 15](#_Toc164262653)

[（三）实体法与程序法 15](#_Toc164262654)

[（四）一般法与特别法 15](#_Toc164262655)

[（五）国内法与国际法 16](#_Toc164262656)

[（六）成文法与不成文法 17](#_Toc164262657)

[第三讲 法律是什么：法律与道德、社会和文化 17](#_Toc164262658)

[一、导言：现代社会中法律的复杂性 17](#_Toc164262659)

[二、告密者案：法律与道德 17](#_Toc164262660)

[（一）基本案情 17](#_Toc164262661)

[（二）拉德布鲁赫公式 18](#_Toc164262662)

[（三）哈特与富勒围绕该案的理论争论 18](#_Toc164262663)

[三、洛克纳诉纽约州案：法律与社会 21](#_Toc164262664)

[四、《乡土中国》的困惑：法律与传统 21](#_Toc164262665)

[五、私了案：法律与文化 22](#_Toc164262666)

[第四讲 法律要素 22](#_Toc164262667)

[一、法律要素概述 22](#_Toc164262668)

[（一）什么是法律要素 22](#_Toc164262669)

[（二）本讲涉及的法律要素 22](#_Toc164262670)

[二、法律概念 23](#_Toc164262671)

[（一）法律概念释义 23](#_Toc164262672)

[（二）法律概念的功能 23](#_Toc164262673)

[（三）法律概念的分类 23](#_Toc164262674)

[（四）法律概念的限度 24](#_Toc164262675)

[三、法律规则 25](#_Toc164262676)

[（一）法律规则释义 25](#_Toc164262677)

[（二）法律规则的逻辑结构 25](#_Toc164262678)

[（三）法律规则的分类 26](#_Toc164262679)

[（四）法律规则的局限性 26](#_Toc164262680)

[四、法律原则 27](#_Toc164262681)

[（一）法律原则释义 27](#_Toc164262682)

[（二）法律原则的分类 27](#_Toc164262683)

[（三）法律原则的作用 27](#_Toc164262684)

[（四）法律原则的司法适用 28](#_Toc164262685)

[（五）司法角度进一步分析法律规则与法律原则 28](#_Toc164262686)

[第五讲 法律渊源与法律效力 29](#_Toc164262687)

[一、法律渊源概述 29](#_Toc164262688)

[（一）法律渊源释义 29](#_Toc164262689)

[（二）法律渊源的历史发展 29](#_Toc164262690)

[（三）法律渊源的分类 30](#_Toc164262691)

[二、当代中国的法律渊源 31](#_Toc164262692)

[（一）正式的法律渊源 31](#_Toc164262693)

[（二）非正式的法律渊源 33](#_Toc164262694)

[三、法律效力 35](#_Toc164262695)

[（一）法律效力释义 35](#_Toc164262696)

[（二）法律的效力范围 35](#_Toc164262697)

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”：

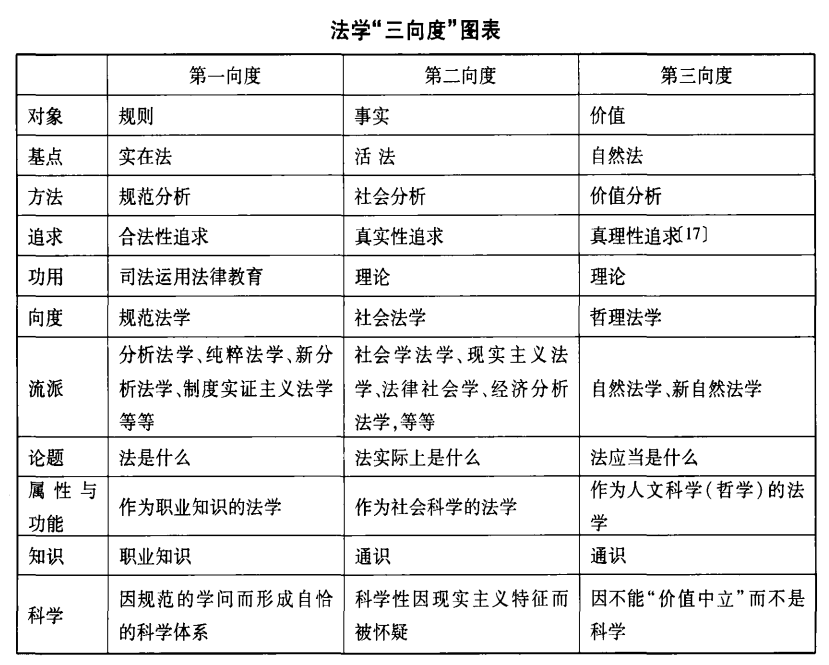
|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **法理学三个维度** | **研究对象** | **关注应然/实然** |
| （法律）规范维度 | 法律规范本身。  即，法律规范（法条）是怎样规定的。 | 法条上的“是” |
| 社会维度 | 法律在社会生活中的实际状态。  如，法律是否与社会产生鸿沟、法律运作的社会基础或社会条件。 | 实际上的“是” |
| 价值维度 | 法律秩序、制度或规范应当是怎样的。  涉及法律旨在追求或维护的目的或价值。 | “应当” |

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。

——载柯岚《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

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）