

Jurisprudence

《法理学》，李龙，武汉大学出版社

本体论

古今之法——不平则去，合正为法

1. “刑”

杀戮之谓刑。——《韩非子·二柄》
大刑用甲兵，其次用斧钺，中刑用刀锯，其次用钻凿。——《汉书·刑法志》
以五刑纠万民。——《周礼·大司寇》
法式，典范，榜样。贱有实，敬无用，则人可刑也。——《管子·侈靡》

2. “律”

所以范天下之不一而归于一——《说文》
律，法也。——《尔雅·释詁》

3. “令”

令,发号也。——《说文》
美善。巧言令色，鲜矣仁。——《论语·学而》
昔黄帝以其缓急作五声...令其五钟...——《管子》
立法者：黄、帝、皇、臣、圣、王.....

中外之法

- 1. 英文词义：有约束力的行为规范/规律、定律、自然法则
拉丁词源：
 - 1. Jus, 自然法 (natural law)
 - 2. Lex, 实在法 (positive law)传统意义上，没有与之完全符合的词语
- 2. 象征符号：天平与剑

LAW AND JUSTICE



1. 正义女神手持天平，意指司法程序要实现精确、独立、客观的公平；
2. 女性身着白袍，纯洁无暇，象征着法官与现实保持距离，其道德与权威不受现实影响；
3. 并非盲人而眼蒙黑布，意味着法官必须自我克制，无惧无爱，面对权力说出真理。
4. 手持正义之剑，喻示法律保护弱者，需借助国家强制力。
5. 同时，利剑不可随意挥动，亦不能出鞘而空还，通过国家强制力保障正义，遵守着严格而刚性的原则。

3. 法律与政治的关系

1. 法院的义务在于保持法治与民族中的开明常识和谐共处。民主的制度只有与法律人的冷静结盟，方能够长存。
2. 法官兼具古典法治理念（理性、形式主义）与传统实践智慧（经验、实用主义）是确保民主发挥正确功能的关键。
3. 法律力图通过“天平”的衡量，解决利益与价值冲突，为人们的行为提供明确稳定的预期。
4. 政治则旨在多元的、复数价值的世界中，确保价值之间的竞争或冲突持续可能发生。冲突与分歧似乎会对国家凝聚力、社会团结产生威胁，但事实上，政治能够容纳歧异，提供表达与协商的渠道，正是国家繁荣昌盛的条件。

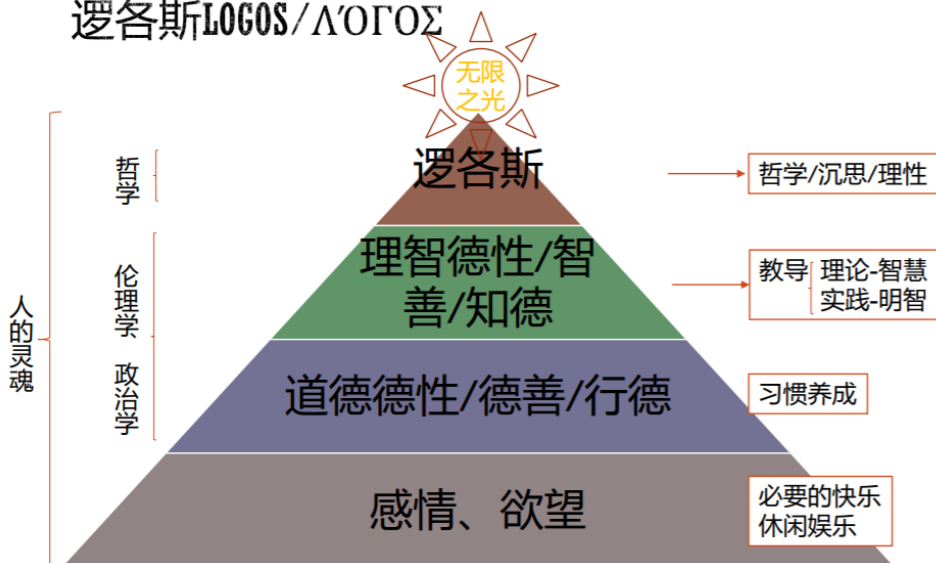
5. 法律与政治相伴发展，法律制度以及司法程序形成政治活动的框架；而在司法难入或不入之地，即是政治一展所长的舞台。

法的本质

1. 从古希腊到后现代

序号	时间学派	理解
①	古代自然法	法律就是 <i>逻各斯</i> 、正当的理性、宇宙自然的规律
②	中世纪自然法	神的永恒法（圣经）高于人世的法
③	古典自然法	自然法来自人共有的理性，天赋人权， 政府权力来自于社会契约
④	新自然法学派	二战后的反思，NAZI的恶法非法； 法律应相容于道德原则
⑤	分析法学派	区分应然法、实然法，法是统治者的命令
⑥	社会法学派	法是社会控制的手段
⑥-1	现实主义	法是预测法院判决的工具
⑥-2	批判法学派	法是政治
⑥-3	后现代主义	反本质主义，“大写”、“中立”、“公正”的法需要被解构， 以消除种族、性别等的歧视；解构即是正义
⑦	社会主义法理论	法是人民意志的体现

逻各斯ΛΟΓΟΣ/ΛΟΓΟΣ



实践中的法

1. 历史唯物主义——从“吃法”（生存）到经济发展的实践
2. 法根源于、决定于、服务于经济基础
 1. 法作为上层建筑根源于经济基础
 2. 法的内容、性质、变化取决于经济基础
 3. 法律确认、引导、促进、保障经济基础；改造旧的、落后的经济基础
3. 法的概念、特征与分类

1. 概念：

法律是由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的，以权利义务为调整机制，以人的行为及行为关系为调整对象，反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级或人民意志，以确认、保护、发展统治阶级或人民所期望的社会关系和价值为目的，通过实践趋向正义的行为规范体系。

2. 特征：

1. 通过人的行为调整社会关系
2. 出自国家、由国家强制力保证实施
3. 以权利义务为内容

3. 分类：

1. 成文法与不成文法

2. 宪法与普通法
3. 实体法与程序法

.....

法律与道德

1. 作为个人准则与社会规范的道德

1. 道德是社会中人们共同生活及个人行为的一种准则和规范，主要体现为对正当（right）、良善（good）、德性（virtuous）等内容的判断与确信，依靠内心信念、社会舆论、习俗等来维持
2. 在个人层面，道德与人的自由意志有关
3. 在社会规范层面，道德与法律、宗教、哲学、科学、艺术等一样，源于初民社会的禁忌，逐步演变成一种社会习俗（custom）。

2. 法律与道德的联系

1. 在基本原理上，现代法律责任的认定，是基于人的自由意志，这一点与西方古希腊以降、自康德而集大成的道德原则是一脉相承的。
2. 在内容上，传统法律与道德的内容重合度较高，**现代国家中，法律基本上只规定人类社会“最低限度的道德”**，比如人权，与特定社区已经公认的习俗，比如中国继承法中关于赡养-继承的规定。

3. 法律与道德的区别

1. **法律与道德作为社会规范，都与制裁有关，具有约束人的行为的效力。**但这种约束力的性质和生效方式不同：
 1. 法律的约束力以国家强制力为根基，通过严格的程序发动，**规范对象限于人在自由意志下的外在行为，其适用具有普遍一律性，对应权利救济原则，是可诉的；**
 2. 道德的约束力来自社会谴责与内心信念，不需要经过严格的程序，指向自由意志的内在良知良能，其适用更注重个体化的灵活判断，不一定与权利内容重合，也就没有法律救济作为保障。
2. 就规范的渊源与形式而言：
 1. **法律由国家制定或认可，具有明确、一致、稳定、可预期的特点；**
 2. 道德则源于社会习俗，形成于社区成员长期的共同生活历程，表达形式比较概括、笼统。
3. 就内容而言，不是每种在道德上正当的权利都能够成为实际上合法有效的权利
 1. 同时，任何社会都需要这种规范，它没有实际道德含义，而仅仅是从实际需要中抽取的规则，比如靠左靠右行的交通规则并没有深层的道德理由。

2. 道德更具有有一种不确定、静态、和低效率，法律则可以明确义务的承担者，补救道德认知与判断的不确定，通过民主程序开放选择和及时调整社会规范的渠道，补充道德之外的行为激励机制。
-

发展论（法的发展）

西方法律发展史

古代

1. 源头一：古希腊、罗马【理性、科学、公民精神】
特点：直接民主、城邦公共生活、公民个人自治的源头；商业贸易与世俗法的繁荣
2. 源头二：古希伯来-基督教【超验、怜悯、宗教社群】

中世纪

1. 蛮族入侵与500年混乱（公元475年西罗马帝国覆灭—公元1000年），同时基督教在战火中随着修道院的发展和王权的支持深入传播到整个欧洲
 1. 普及了拉丁字母
 2. 继承并融汇了希腊理性精神
 3. 教权因深入世俗而“堕落”
2. 11-12世纪基督教的崛起（翻译运动，大学的出现）
3. 战争：为军事贵族提供宗教“圣旗”：
 1. 诺曼征服
 2. 十字军东征——延续文明传统；打开贸易之路，城市兴起

文艺复习

1. 文艺复习(Renaissance)，14世纪至16、17世纪，发源于意大利佛罗伦萨，后扩展至欧洲各国
2. 体现了人文主义思想——把人当人
 1. 回到人：认可人的形象、欲望、权利；反对禁欲
 2. 强调世俗：民族意识、民族国家；反对教权压倒皇权
 3. 崇尚科学、理性

3. 未来的“第二次文艺复兴”：对科学、理性之僵化的后现代反思，仍然是深刻的理性，以及深厚的人文关怀

启蒙运动

1. 1650-1750：在理性基础上，建立普适原则与价值
 1. 实验科学：培根、伽利略、哥白尼、笛卡尔
 2. 数学：莱布尼兹（有关法律秩序的设想）、牛顿
 3. 政治、法律：“共和政体、自由、平等、宽容”；【人人平等、私财神圣、契约自由、过错责任】
 4. 天赋人权、社会契约、私有财产，洛克《政府论》（1689-1690）
 5. 思想哲学：伏尔泰、狄德罗、卢梭、蒲丰、孔狄亚克、杜尔哥、孔多塞
2. 启蒙余韵：
 1. 孟德斯鸠《论法的精神》（1748），1776《独立宣言》，1787年《美国宪法》，1789《人权和公民权宣言》
 2. 1769年，英国人瓦特改良蒸汽机
 3. 我们认为下面这些真理是不言而喻的：造物者创造了平等的个人，并赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，人们才在他们之间建立政府，而政府之正当权力，则来自被统治者的同意。——《独立宣言》

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed.

世界通史

1. 蒙古铁骑入侵（第二次西征1236-1242），给欧洲带去了指南针、印刷术和火药，推动了火器在战争中的运用，深远影响到哥伦布发现新大陆、马丁路德发动宗教改革
2. 奥斯曼土耳其帝国的崛起对欧洲的进逼

文化没有高低之别，但文明有共同的方向

《大宪章》专题

略

运行论

法律的生命在于经验，而非逻辑

- **紧急状态**是指出现了突发性的危机，在较大时空范围内严重威胁到公民生命、健康、财产安全，影响国家机关正常行使权力，必须采取特殊应急措施才能恢复秩序的状态。引发紧急状态的因素主要包括严重自然灾害、重大事故、突发公共卫生事件、恐怖袭击、战争等。
- **国家可能暂停一些行政、立法和司法权力的功能。**
- 政府拥有的紧急权力包括发布限制公民**人身自由**措施的权力，**征用房屋和交通工具**的权力，强制疏散、强制隔离的权力等。
- 根据宪法第六十七条和第八十九条的规定
 - 有权决定紧急状态的机关分别是全国人大常委会和国务院。
 - 其权限划分是：全国人大常委会有权决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态，国务院有权依照法律规定决定省、自治区、直辖市范围内部分地区进入紧急状态。

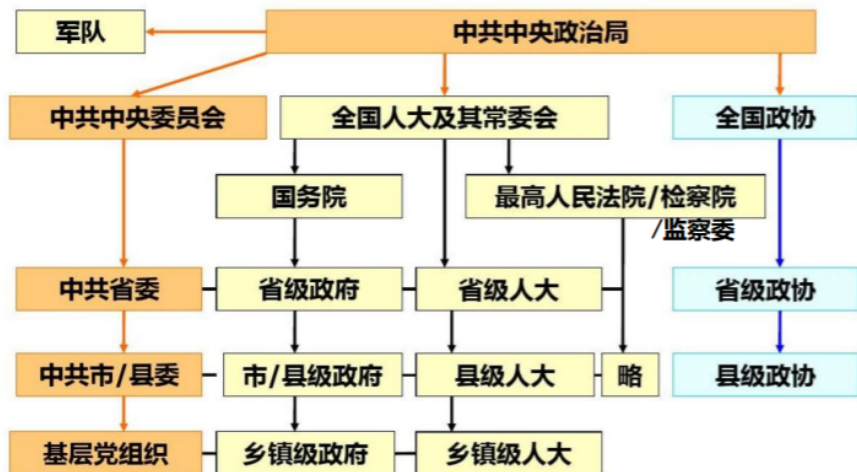


立法

法无禁止即自由，法无授权即禁止

概念

1. 是指**法定的**国家机关，依照法定职权与程序，认可、创制、修改和废止法律的一项专门活动；是**掌握国家政权的阶级**把本阶级的意志上升为国家意志的活动。
2. 我国国家权力机关结构图



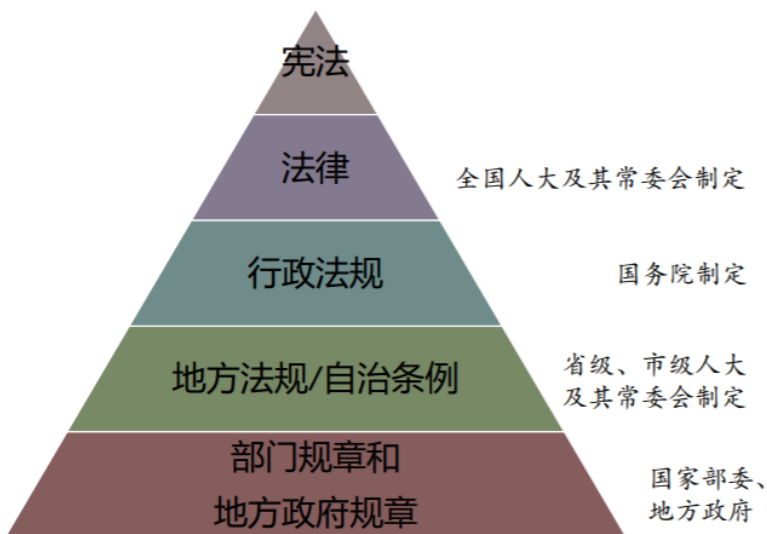
“一元、两级、多层次”的立法体制

由我国具体国情决定：

1. 首先，我国是一个实行单一制的国家，体现人民意志的国家最高权力机关——全国人民代表大会及其常务委员会集中行使国家立法权。
2. 其次，我国幅员辽阔，存在着城乡发展不平衡、地区发展不平衡以及经济、社会和文化发展不平衡，这决定了不可能事事依靠中央国家机关的立法来规制，而应该给地方一定的立法权限，以求因地制宜、充分发挥地方政权的积极性。

现实“逻辑”

1. 从理念倡导到立法实践
2. 从地方试点（改革）到全国推广
3. 中央立法与地方立法之间的互动



公法与私法

法律体系是指一国现行的法律规范，按照一定的原则与标准组成不同的法律部门而形成的和谐、协调的统一整体。

一般讲，宪法、行政法、刑法、诉讼法属于公法，民商法属于私法，前者主要是调整国家与公民的关系，后者主要是调整公民个人之间的关系。

执法

概念

狭义的执法，指国家行政机关及其公职人员依法行使管理职权、履行职责、实施法律的活动。人把行政机关称为执法机关就是在狭义上使用执法的。

司法

正义必须实现，正义必须以看得见的方式实现

基本内涵

从狭义的传统立场，司法仅指与立法、行政相对应的法院审判活动

1. 最早将司法权与立法权、行政权并列论述的思想家是孟德斯鸠。近代以来，西方各国通行的司法概念都遵循着“司法即审判”的传统。西方的司法概念清末传入中国，最初的含义也是狭义的法院审判。

2. Justice=司法/正义，大法官

现代意义下，司法还包括检察权；司法机关还应包括检察机关

司法的社会功能

1. 定纷止争，案结事了
2. 司法权威，法律之治
3. 公共教育

法非万能：通过法律解决社会问题的局限

1. 科技水平、司法权利结构、法律文化
2. 舆论/举国共识、重大争议
3. 法律不入之地（？）

文明司法：人权的司法保障

司法是维护社会公平正义的最后一道防线，司法领域的人权保障是人权事业发展的重要方面

1. 司法体制：全面深化司法体制改革，合理配置司法职权，完善司法责任制，大力推进司法公开，建立健全国家司法救助制度，保障律师执业权利和公民陪审监督权利。
2. 程序保障：
 1. 改革法院案件受理制度，变立案审查制为立案登记制；
 2. 修改刑事诉讼法，落实罪刑法定、疑罪从无、非法证据排除等法律原则；
 3. 修改民事诉讼法，促进纠纷有效解决；
 4. 修改行政诉讼法，强化行政相对人合法权益保护；
3. 人身权利

利维坦

但在过去数周（2019年末武汉肺炎疫情），另外一种真相大行其道。（政治的）终极判断在于如何使用强制性的权力。这绝非简单的技术问题。一些独断不可避免。行使强制力量，必然面临在民主调适与独断冷酷之间的张力；这种张力将会塑造我们的全部未来。我们的生活世界，与霍布斯400年前极力逃离的可怖、暴力世界相去甚远。但我们的政治世界，依然让霍布斯清晰可辨。

正义或会迟到，但不会缺席
迟到的正义就是不正义

范畴论

法的渊源

1. 法律解释：立法解释与司法解释
2. 习俗(custom)
3. 条约(treaty)和公约(convention/covenant)

司法解释举例

1. 夫妻共同财产
2. 死刑适用

权利、义务、责任

1. 权利right
 1. 免于.....的*自由* & 从事.....的*自由* liberty/freedom
 2. 正当的**利益** legitimate interest
 3. 主张claim.....的**资格**competence/**能力**capacity
权利是由法律规范和保障的主体，以相对自由的作为或不作为的方式，获得利益的一种手段
2. 义务obligation
义务是由法律规范和保障的主体，以相对受动的作为或不作为的方式，保障权利主体获得利益的一种约束手段
3. 责任duty/liability/responsibility/**sanction**
法律责任是指因损害法律关系上的**法定或约定义务**所产生的对于相关主体所应当承担的法定强制的不利后果。

法律行为、法律关系、法律事实

1. 法律行为
 1. 法律行为是作为法律主体的公民、法人、机构及国家所实施的以权利和义务为内容的具有法律意义的行为
 2. 由行为主体、行为客体和行为内容三大要素构成。
 3. 什么是行为能力？
2. 法律关系：是法律规范和调整以权利义务为内容的社会关系。

3. 法律事实：是指具有法律意义的客观事实，是由法律所确认的能够引起法律关系产生、变更或消灭的客观存在

法律规则与法律原则

法律规则

1. 法律规则是规定法律上的权利、义务、责任的准则、标准，或是赋予某种事实状态以法律意义的指示、规定。
2. 法律规则由假定条件、行为模式与法律后果三要素构成：
 1. 假定条件为使用该法律规则的条件和情况，即法律规则在何时、何地、对何人适用。
 2. 行为模式为法律规则中规定权利义务的内容。是从人们的行为中概括出的可以做、应当做、或不得做的模式。
 3. 法律后果是法律规则中规定人们在做出符合与不符合行为模式的行为时，应当承担的法律结果。

法律原则

1. 指可以作为规则的基础或本源的，综合、稳定的，原理和准则

释例|原则|规则

例一|未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪

——《刑事诉讼法》第12条|犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次询问或采取强制措施之日起，有权委托辩护人

——《刑事诉讼法》第34条

例二|法谚：任何人不得从自己的过错中获益

No one can take advantage of his own wrong|继承人有下列行为之一的丧失继承权：

- (一) 故意杀害被继承人的；
- (二) 为争夺遗产而杀害其他继承人的；
- (三) 遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；
- (四) 伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的

——《继承法》第7条

价值论

No man is an island, entire of itself... any man's death diminishes me, because I am involved in mankind; and **therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls thee** ——John Donne

现代法学，乃至一切社会学科的准则：**人是目的**

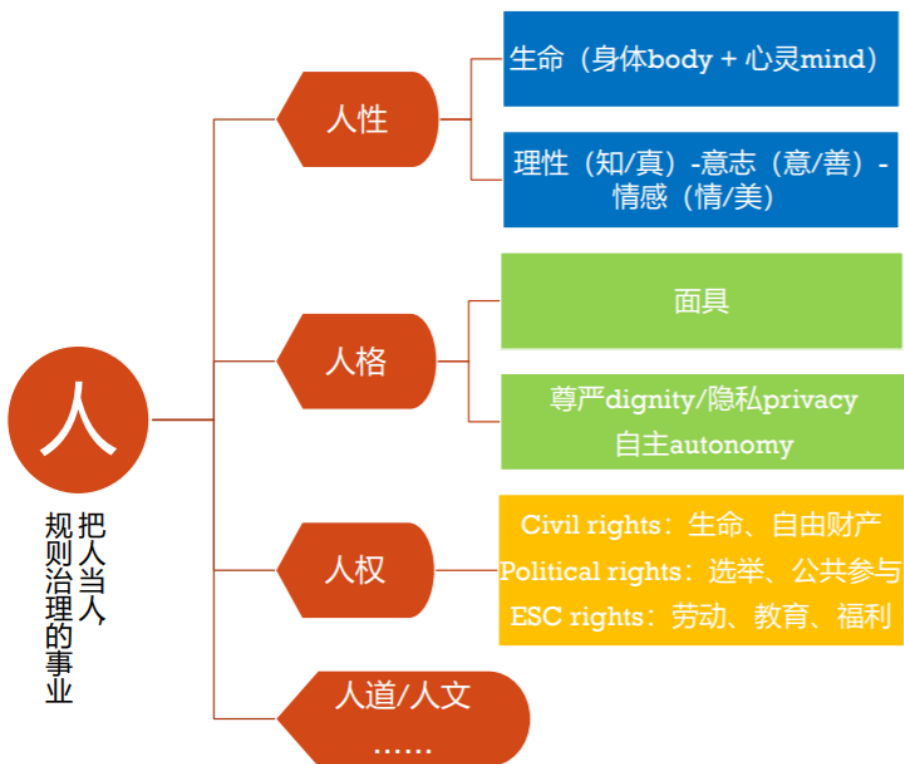
基于此，一个简单的，值得推崇的论断是：**人权高于主权**

人之为人

人是目的。

人是万物的尺度。

法治是规则治理的事业，也是人与制度共同演化的阶段成果



公正与“配位”

1. 亚里士多德：各得其所，以德配位
2. 康德：人是目的

3. 罗尔斯：基本自由、机会平等+照顾弱小

汇总：人分高下：有着天赋、德性、荣耀、财富上的等级差异；但理念上有：自律、理性至上、道德优先的平等；客观上也有：自由竞争、福利保障的平等

生而为人，不必/不要 歉然

What do you like: Human right or Human left

1. It suggests some sort of compromise when respect, protect and fulfill all the human rights.
2. The unprecedented pandemic has no doubt impacted the human rights system and its fundamental values.
3. It is crucial to uphold our faith in human rights through what we do and how we perform in the crisis.
4. Human rights practice justifies itself. Let us do it together

在鸡蛋与高墙之间：弱而愚的人

1. 2011年2月初，村上春树获颁耶路撒冷文学奖。该奖项每两年颁发一次，表彰对人类自由、社会公平、政治民主具贡献的作家。
2. 村上春树在国内外压力下，仍选择赴耶路撒冷出席颁奖典礼。他在以色列总统佩雷斯面前，公开批判以色列的军事行动，同时一吐作为文学创作者，希望透过描写微不足道的个人，对抗既有权力和体制的深层意义。

以卵击石，在高大坚硬的墙和鸡蛋之间，我永远站在鸡蛋那方。无论高墙是多么正确，鸡蛋是多么地错误，我永远站在鸡蛋这边。这代表什么意思呢？轰炸机、坦克、火箭和燃烧弹就是高墙；而被它们压碎、烧焦和射杀的平民则是鸡蛋。更深一层看，我们每个人，也或多或少都是一枚鸡蛋。我们都是独一无二，装在脆弱外壳中的灵魂。你我也或多或少，都必须面对一堵名为体制的高墙。我写小说只有一个原因，就是给予每个灵魂尊严，让它们得以沐浴在阳光之下。故事的目的在于提醒世人，在于检视体制，避免它驯化我们的灵魂、剥夺灵魂的意义。

今天，我只希望能向你们传达一个讯息。我们都是人类，超越国籍、种族和宗教，我们都只是一枚面对体制高墙的脆弱鸡蛋。无论怎么看，我们都毫无胜算。墙实在是太高、太坚硬，也太过冷酷了。

战胜它的唯一可能，只来自于我们全心相信每个灵魂都是独一无二的，只来自于我们全心相信灵魂彼此融合，所能产生的温暖。

请花些时间思考这点：我们每个人都拥有独特而活生生的灵魂，体制却没有。

我们不能允许体制剥削我们，我们不能允许体制自行其道。
体制并未创造我们：是我们创造了体制。

小结：人权三题

1. 人多为善：人权需要政府承担尊重、保护、实现的责任，但更需要人的参与和实践。
 1. State duty to respect, protect and fulfill.
 2. 人，可以明辨是非，良知良能，活在真实中
 3. 反面例子：联合国成立早期，关注人权的国家、非政府组织都很少；空虚、冷漠、麻木不仁是人权的挑战
2. 以善行善：总是以符合人权的方式践行人权
 1. 平等参与：受压迫者的教育学、反思和不断阐释人权行动
 2. 反面例子：人权领域非政府组织创办人的垄断，乃至管理层对员工的剥削、骚扰等侵害
3. 善自为善：人权实践不断生成自身的正当性
 1. 人权实践包括研究、倡导、服务等多个维度
 2. 反面例子：疫情期间否认残障人的平等参与；“徒劳无功地追求人权……对整个联合国……的伤害”

公平正义

正义观

这个笛子归谁？

甲：我是笛子的制作者

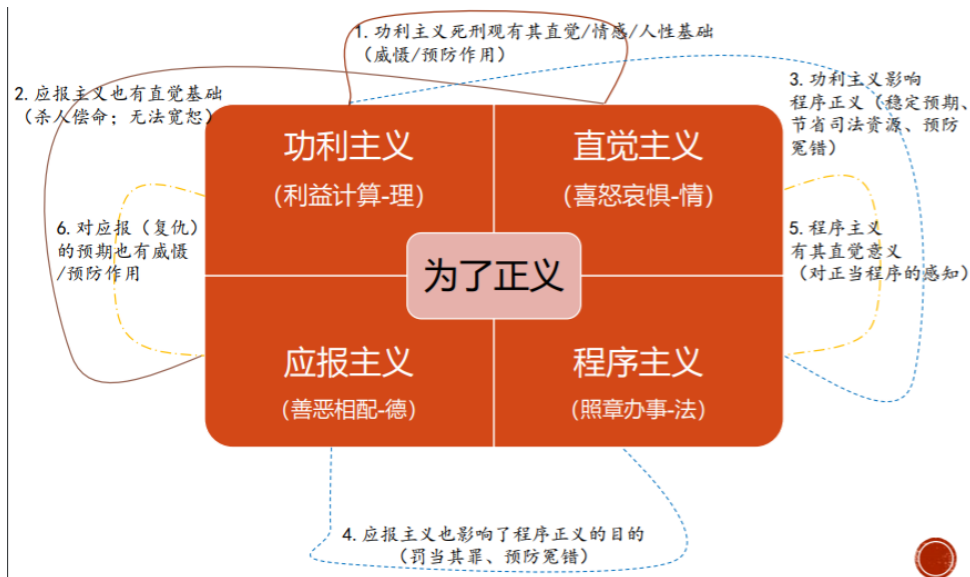
乙：我一个玩具都没有

丙：我吹笛子最好听

丁：我爱好音乐，有视力障碍

1. 亚里士多德：目的因第一，笛子的目的是吹奏，应当给最有才华的人
2. 马克思：劳动者应当占有劳动成果，给甲
3. 边沁：需求效用价值论+效用最大化，给最需要的人，给乙
4. 罗尔斯：
 1. 人人相容的基本自由（公认的财产权配置）：劳动创作取得产权
 2. 国家保障和鼓励交易，演奏家小丙在机会均等的市场中取得成功，从手艺人小甲那里购买笛子；
 3. 国家对交易收税，用税收提供社会福利保障，穷人小乙买到玩具；

超直觉正义：



罗尔斯：正义二原则

1. 人人拥有相同的不可剥夺的权利，享有一套恰如其分的平等的基本自由，这套基本自由兼容于为所有人皆享有的一套相同的基本自由。【现代法治、人权的理论根基】
2. 第二个原则：社会和经济不平等应当满足两个条件：
 1. 它们牵涉到的岗位和职位在公平均等机会条件下向所有人开放；【现代政府构成、市场运作的机制】
 2. 它们应当最有益于最少受惠的社会成员（差别原则）。【现代社会保障体系，及其局限】

阿马蒂亚·森：正义的理念

1. 先验制度主义：
 1. 契约论：霍布斯-洛克-卢梭-康德-罗尔斯
 2. 着眼于抽象制度的安排，完美的公平
2. 比较现实主义：
 1. 社会现实：亚当·斯密-孔多塞-边沁-马克思-约翰·穆勒
 2. 着眼于各种社会现实，消除实际上的不公平

正义的成本

正义必须实现，哪怕洪水滔天

Fiat Justitia, Ruat Caelum

Let justice be done though the heavens fall

理性经济人

1. 法律经济学使用经济学的理论工具对法律做出解释，力图促进法律架构与运行的效率。其理由在于：
法律规则对不同的行为会产生不同的费用，人们预期到这些不同的成本，而做出行为选择的反应，即是法律规则的社会效果。
2. 效用价值论与理性经济人（rational economic actor）
 1. 每一种社会现象都描述为个人或机构在追求效用最大化目标的相互作用中所达到的均衡
 2. 只要有良好的法律和制度的保证，经济人追求个人利益最大化的自由行动会无意识地增进社会公共利益

公共选择与制度均衡

1. 成本-收益 分析
没有永远的敌人，只有永远的利益
2. 制度是在多人、多次重复的情境中人与人之间的行为规范；或者按照博弈论的说法，制度是所有人参与的均衡解。
3. 政治制度也可以按照“从交易中获得收益”这一普遍原则来构造

市场失灵与负外部性

1. 交易成本：
交易成本包括事前发生的成本、为达成（arranging）一项合同而发生的成本和事后发生的监督（monitoring）、执行（enforcing）该合同而发生的成本；它区别于生产成本，即为履行（executing）合同而发生的成本。
2. 科斯在《社会成本问题》中指出，交易成本体现了将市场作为资源配置机制的代价，即市场失灵（market failure）
 1. 在一个零交易成本的世界里，不论如何选择法规、配置资源，只要交易自由，总会产生高效率的结果。然而现实中交易成本总是存在的。
 2. 当事人在通过市场进行交易时，搜集信息、进行谈判、订立契约并监督实施都是需要费用的，并且当一方或多方当事人有多个以及搭便车者（free rider）出现时，都会令协商一致的成本增加，从而不能达成最优的方案。

法律干预市场的经济学原理

法律和政策可以通过对权利和责任的分配，明确产权，降低交易成本，引导交易行为，使其负外部性（negative externality）降至最低，从而最大化每个人的利益。

关联论

略