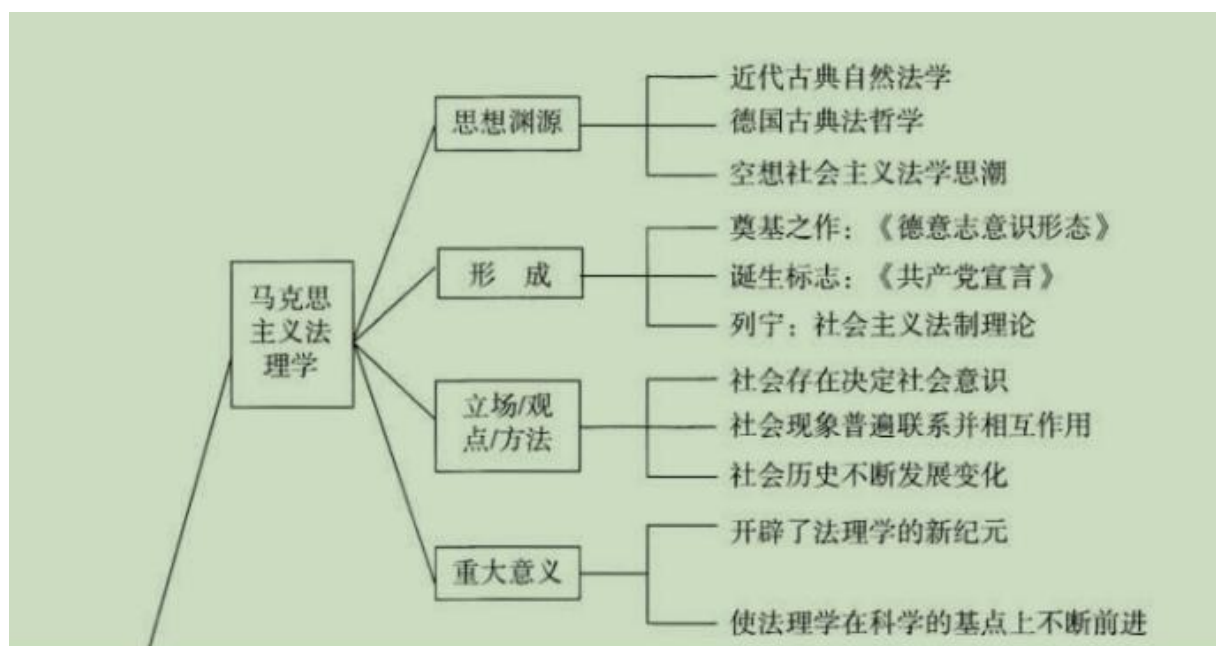
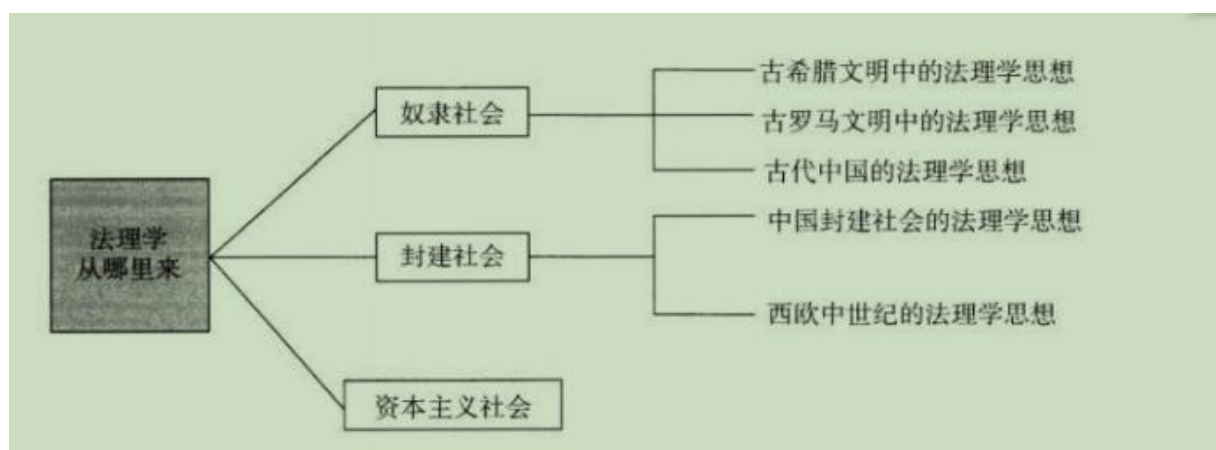
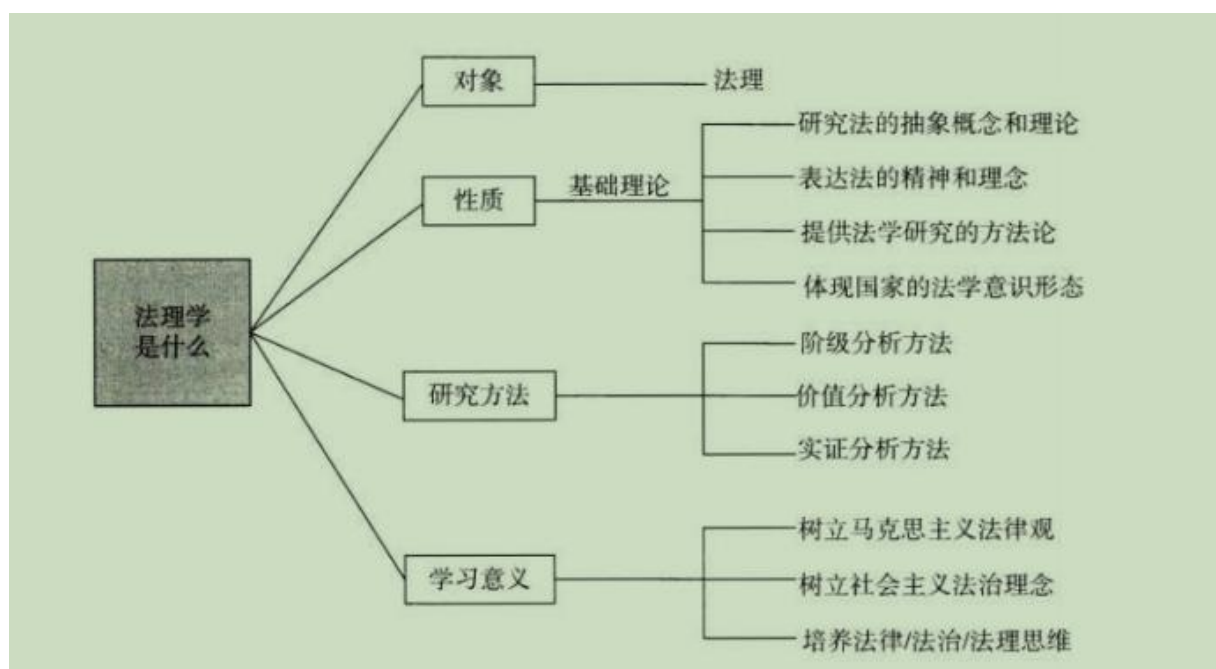


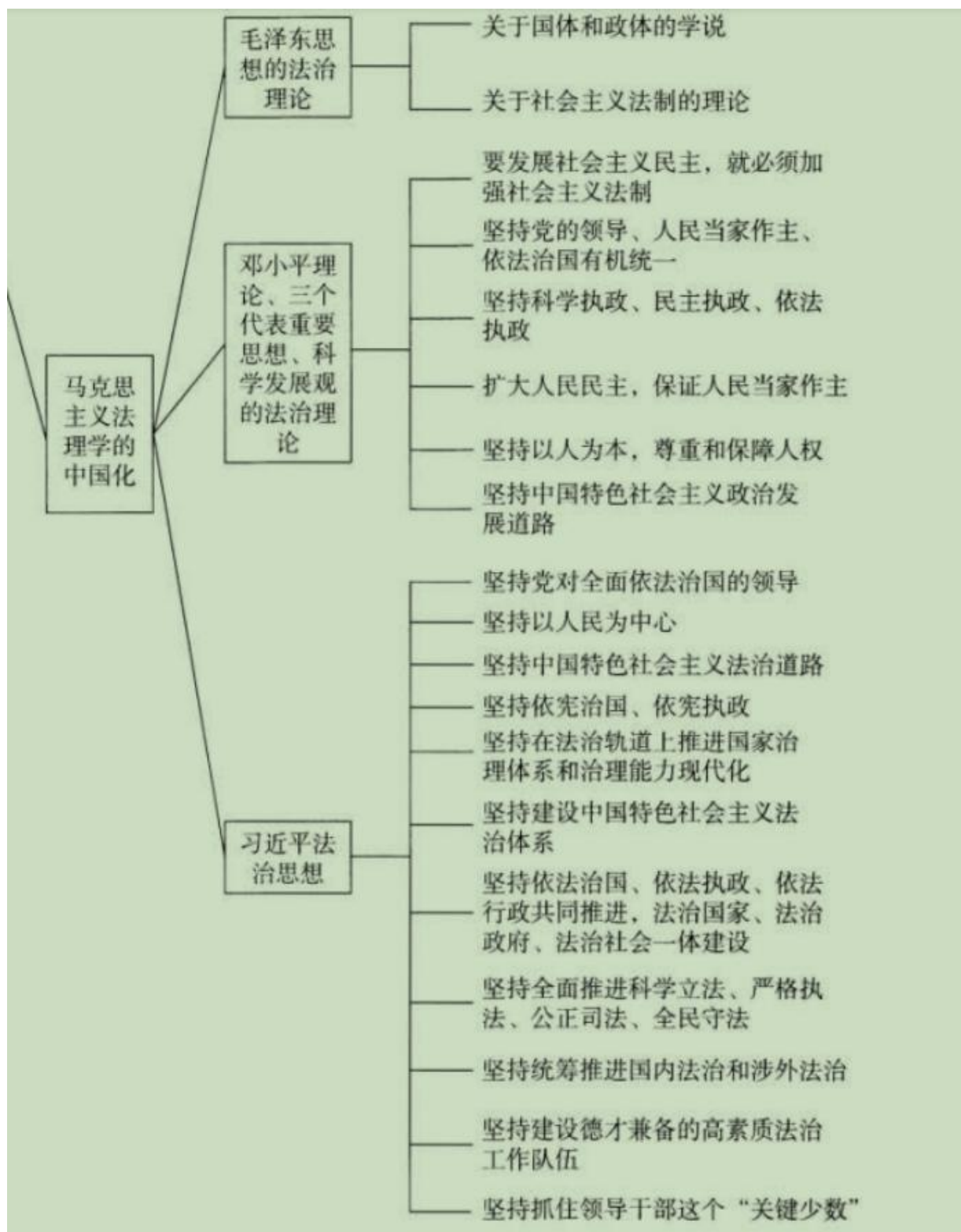
2025 法理学核心知识点

强化讲义

@理论法学陈璐琼

【导论】





【第一节法理学的对象、性质和方法】

一、法理学的对象

1、【拓展】

(1) 法之道理，法之”是“理，是内在规律；

(2) 法之原理，法的学理、学说。

(3) 法之条理。条理，或事理，泛指事物的规矩性，是社会生活中处理事务的当然之理、伦理纲常、道德教义。

(4) 法之公理。意义和规范层面的公理，是与正义、良善、信念、公德、共同价值等关联的公理，它具有融通性、普遍性、普适性。

(5) 法之原则。法律原则是法理的普遍形态。

(6) 法之美德。法理，也意味着法的美德。【正义性】

(7) 法之价值。

2、【拓展】

从本体论上看，所谓“法理”，其实是指法律规整或法律规范规定的待处理事项，尤其是事项处理的行为构成要件（或“事实类型诸条件”）结构和法律后果之要素结构内嵌的根据（原因性的规定根据）。在认识论意义上，“法理”同样可以表现为人的“言理”。这种“言理”根本的是要证成“法理”之“（实践）正确”，而被证成的“（实践）正确之理”的实质是“正义”（法的先验终极规范性原理），故此“法理”也可以称为“正义之理”。【舒国滢：“法理”：概念与词义辨正】

二、法理学的性质

1、【拓展】

法理学体系的三个构成部分法本体论（法概念论）、法价值论和法认识论（法学方法论）：

1) 法本体论（法概念论），研究法的概念、本质、作用、效力等；

2) 法价值论，研究法的价值、价值冲突及其解决的原则等；

3) 法认识论（法学方法论），研究法学知识形成的条件、性质和方法等。

三、法理学的研究方法

1、【拓展】

根据张文显主编《法理学》第五版，以马克思主义为指导的法学理论研究必须坚持以下几条基本的方法论原则：第一，实事求是的思想观点；第二，社会存在决定社会意识的观点；第三，社会现象的普遍联系和相互作用的观点；第四，社会历史的发展观点。具体展现为阶级分析方法、价值分析方法和实证研究方法，实证研究方法又包括社会调查方法、历史研究方法、比较研究方法、逻辑分析方法、语义分析方法。

【第二节法理学的历史】

学 派	主要观点
自然法学派	反对神性和神权，主张人性和人权；反对专制和等级特权，主张自由和平等；反对人治，主张法治。提出了契约自由、法律面前人人平等、罪刑法定主义等现代法律制度的基本原则

哲理法学派	以抽象的概念命题、保守的理论形式、精致的哲学语言传播天赋人权、自由主义、法治等启蒙思想
历史法学派	反对古典自然法学派，强调法律民族精神或历史传统
分析法学派	以功利主义和实证主义哲学为理论和方法论基础，以对实在法律的逻辑分析为己任
社会法学派	强调研究法律的社会作用、法律的实效、法律规则生效的条件、法律与其他社会控制方式的联系
经济分析法学派	主张运用经济学的理论和方法分析法律制度和法律活动，以实现最大经济效益为目标改革法律制度
批判法学派	以批判西方法律制度和法律文化为宗旨
新马克思主义法学派	以人本主义为哲学基础，宣扬非意识形态化，宣布对马克思主义实行“扬弃”
后现代法学派	否定资本主义法治原则，对资本主义法治进行深刻批评

2、【拓展】

法律实证主义与自然法学（非实证主义）是一种法概念立场上的分歧，主要围绕法律的性质问题展开争议。法律实证主义认为法律是一种社会事实，法律与道德在概念和效力上不存在必然联系；而非实证主义认为法律不仅是一种社会事实，而且具有理想的维度，法律与道德在概念和效力上存在必然联系。【注意】法律实证主义与自然法学（非实证主义）的分类是一种逻辑上严密的分类。

3、【拓展】

汉译“法理学”一词来自于日本法学家穗积陈重。1832年，奥斯丁在其代表作《法理学范围之限定》中使用了 General Jurisprudence（一般法理学）这一称呼，一方面区别于限定于一国的实在法知识，另一方面则区别于政治哲学、道德哲学等，以凸显出其“实在法哲学”的性质。此后，Jurisprudence 就被限定为“法理学”。

【第三节马克思主义法理学的形成及其意义】

一、马克思主义法理学的思想渊源

观点	具体内容	错误观点对比
社会存在决定社会意识	<ul style="list-style-type: none"> 社会物质生活过程决定社会精神生活过程 法作为社会的上层建筑，是由经济基础决定的，是经济关系的记录 社会物质生活条件决定着什么样的社会意识占据统治地位，决定着法定权利和义务的基本内容 	历史唯心主义： <ul style="list-style-type: none"> 力图从所谓宇宙理性、上帝意志、人类理性、绝对精神或民族精神等因素出发，去说明法律这种社会现象
社会现象普遍联系并相互作用	<ul style="list-style-type: none"> 经济基础之外的、同为上层建筑的其他因素（如政治、宗教、道德等）同样与法律有着普遍联系、并且对法律产生着影响（同时，法对于同为上层建筑的其他因素也产生着影响） 法对于经济因素也具有反作用，这种反作用 	经济决定论： <ul style="list-style-type: none"> 唯有经济因素才是历史发展的积极的起推动作用的因素，而非经济的因素是被动的 只要了解了社会存在决定社会意识、经济基础决定上层建

	对社会的发展具有重要作用	筑这一基本观点，就掌握了马克思主义的方法
社会历史不断发展变化	<ul style="list-style-type: none"> 世界上根本没有体现“永恒正义标准”的超时空的法律制度 任何法律体系都具有一定的时空特征，它必须与自己时代的社会条件相适应，并随着社会条件的变化而变化 一种法律制度，只有在准确反映社会发展的主题和基本趋势的条件下，才能为推动社会进步贡献力量，并在自身的运动和发展过程中获得强大的生命力 	教条主义思想： <ul style="list-style-type: none"> 认为法具有永恒不变的标准 认为法是静止的、超越时空的理想存在

马克思主义法理学是迄今为止人类历史上最进步、最科学、最富有生命力的法理学。

【案例研习】

【案情】葛长生诉洪振快名誉权、荣誉权纠纷案（狼牙山五壮士案）

近日，洪振快在炎黄春秋杂志发表了“狼牙山五壮士”的细节分（以下简称“细节”）一文该文分为“在何处跳崖”“跳崖是怎么跳的”“‘五壮士’是否拔了群众的萝卜”等部分通过援引不同来源、内容、时期的报刊资料等，对“狼牙山五壮士”事迹中的细节提出质疑发表后，“狼牙山五壮士”中的葛振林之子葛长生认为，细节一文以历史考据、学术研究为幌子，以细节否定英雄，企图达到抹黑“狼牙山五壮士”英雄形象和名誉的目的。据此，葛长生诉至北京市西城区人民法院（以下简称“西城法院”），请求判令洪振快停止侵权、公开道歉、消除影响。

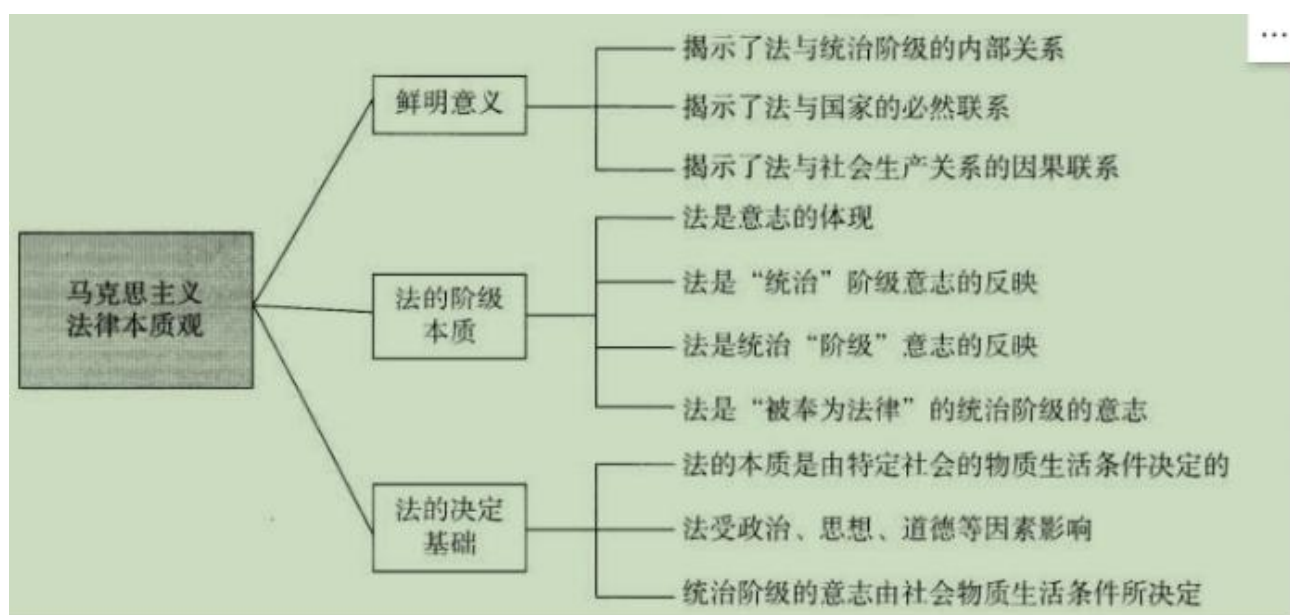
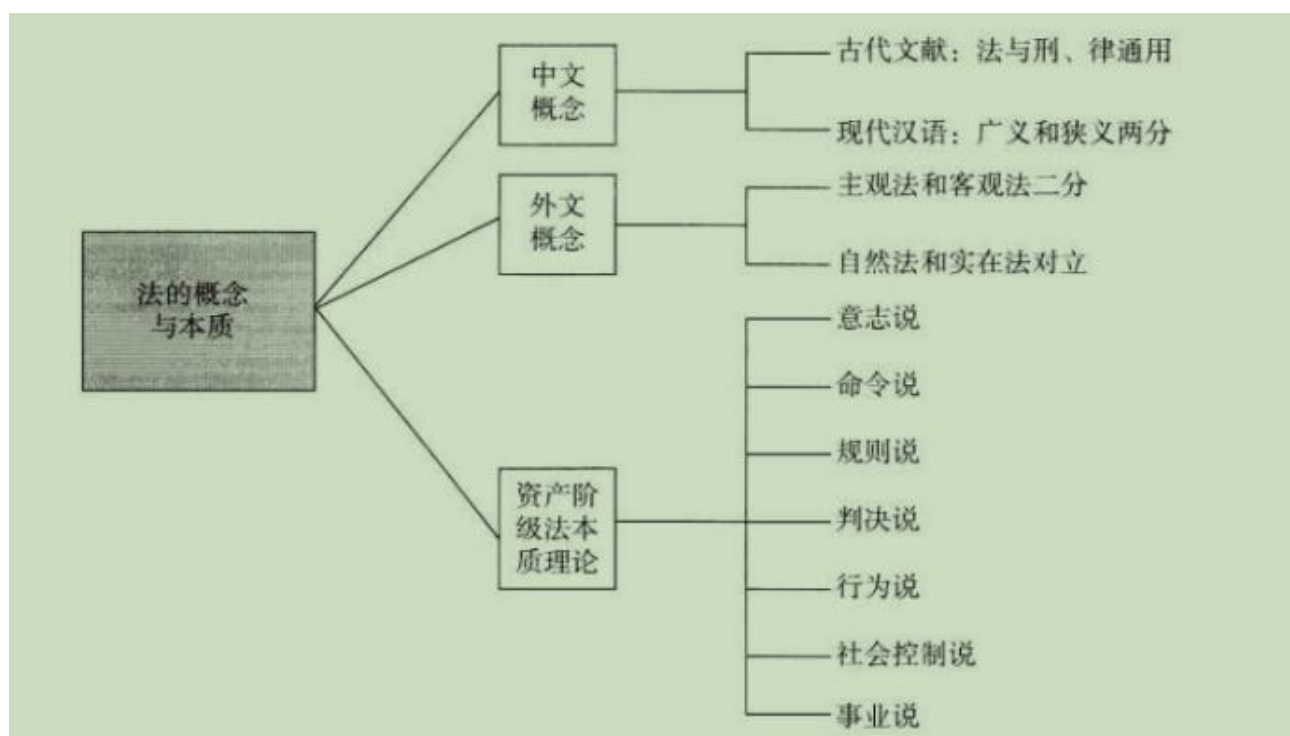
洪振快认为，其所发表的文章是学术文章，没有侮辱性的言辞，且文章每一个事的表述都有相应的根据，而不是凭空捏造或者歪曲，不构成侮辱和诽谤。进行历史研究的目的是探求历史真相，行使的是宪法赋予公民的思想自由、学术自由、言论自由权利，任何人无权剥夺。葛长生的起诉没有事实依据，不同意全部诉讼请求。

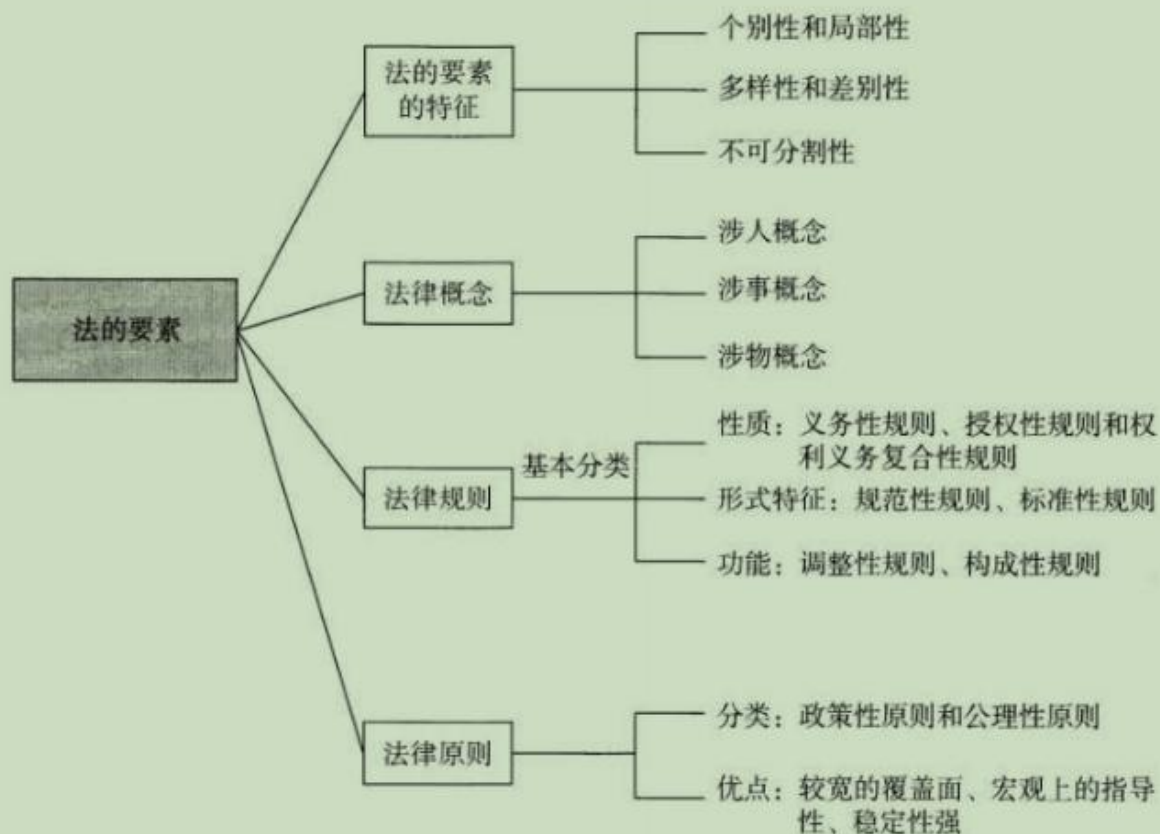
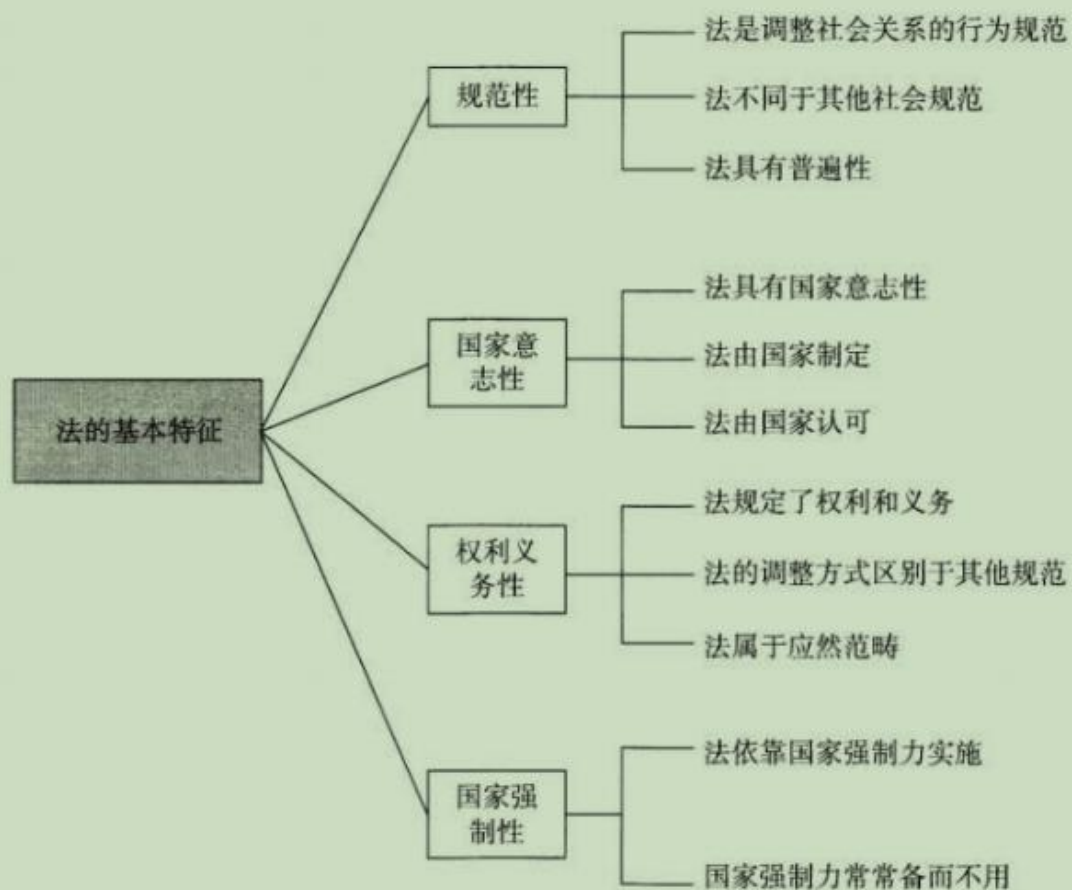
【判决要旨】洪振快发表的文章虽无明显侮辱性的语言，但其采取的行为方式是通过强调与基本事实无关或者关联不大的细节，甚至与网民张某对“狼牙山五壮士”的污蔑性谣言相呼应，质疑“五壮士”英勇抗敌、舍生取义的基本事实，颠覆“五壮士”的英勇形象，贬损、降低“五壮士”的人格评价，引导读者对这一英雄人物群体英勇抗敌事迹和舍生取义精神产生怀疑，从而否定基本事实的真实性，进而降低他们的英勇形象和精神价值这种“学术研究”“言论自由”“不可避免地会侵害“五壮士”的名誉和荣誉，以及融入了这种名誉、荣誉的社会公共利益。**西城法院一审判决：洪振快立即停止侵害行为；公开发布赔礼道歉公告，向原告赔礼道歉，消除影响。一审败诉后，洪振快提起上诉。北京市第二中级人民法院作出二审判决，驳回上诉，维持原判。**

【法理分析】《民法典》第185条规定，侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。本案所涉及的，是在易县狼牙山发生的、被大量事实证明的著名战斗。在这场战斗中，“狼牙山五壮士”英勇抗敌的基本事实和舍生取义的伟大精神，赢得了全国人民高度认同和广泛赞扬。《英雄烈士保护法》22条规定，禁止歪曲、丑化、亵渎、否定英雄烈士事迹和精神。英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉受法律保护任何组织和个人不得在公共场所、互联网或者利用广播电视、电影、

出版物等，以侮辱、诽谤或者其他方式侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉。这些条款对英雄烈士的名誉权和荣誉权保护作出了明文规定。社会主义核心价值观是社会主义核心价值体系的内核，体现社会主义核心价值体系的根本性质和基本特征，反映社会主义核心价值体系的丰富内涵和实践要求，是社会主义核心价值体系的高度凝练和集中表达。我国民法典条明确规定“弘扬社会主义核心价值观”可以说，社会主义核心价值观已成为我国法律体系的内在精神支柱和价值内核，已成为公共良知意义上的法之公理，成为民法典 185 条背后的法理。

【第一章法的概念与本质】





【第一节法的概念】

一些国家的“法”的语词具有多重含义，比如德文中的 Recht 既具有“法”的意思，也具有“权利”“公正”的意思。

【第二节法的本质】

理论学说	主要内容	代表性人物
意志说	法是意志的体现，意志是自由的，自由构成了法的实体和规定性	卢梭、黑格尔
命令说	法是主权者所发布的命令	霍布斯、边沁、奥斯丁
规则说	法律是一个社会为决定什么行动应被公共权力惩罚或强制执行而直接或间接地使用的一批特殊规则	哈特
判决说	法律是在司法判决中所展现和规定的东西	格雷、卢埃林、弗兰克
行为说	法存在于可以观察的行为之中	布莱克

理论学说	主要内容	代表性人物
社会控制说	法律是高度专门化的社会控制形式	庞德
事业说	法是使人们的行为服从规则治理的事业	富勒

【第三节法的基本特征】

一、法是调整社会关系的行为规范

1、【拓展】

无论何时法律提出一项让你做某的义务或要求，都向我们传递了一个双重信息：你应当这么做，以及你应当这么做，因为法律是这样规定的。当法律规定了某种特定的行为模式时，它在制造一种实践，亦即这样做是法律所要求。如果你回想下加州高速公路的电子路标关于手机使用免提的规定，这些路标规定得恰到好处：它们提醒我们应当使用免提设备，因为“这规定就是法律”！这是道德要求以及其他社会规范不同于法律的一个十分关键的方面。当你面对一项行为的道德理由并且在此情形下将它施加给你时，或者当你被告知有一个社会规范要求你做某事时（比方说，向熟人问好或者带瓶葡萄酒去参加晚宴），如果你要问“是谁这么说的”，这将是十分荒唐而又无益的。当然，没人会这样做；这不是一个相关的问题但是在法律场合，却时常会这么问。这常常关系到，它是法律（或一些特定的法律权威）这样说的。对法律规范性之解释的主要挑战之一恰恰是要解释行动理由与“是谁这么说的”这一问题的答案相关性之间的联系。

——安德瑞·马默。法哲学。孙海波，王进，译

二、法是由国家制定或认可的行为规范

法律规范是社会规范中的一种。它区别其他社会规范的首要之点在于：法律规范是由国家制定或认可的普遍适用于一切社会成员的规范。法具有国家意志的属性，因此具有高度的统一性和极大的权威性。

【比如拍卖中的“三声报价法”是习惯被国家认可后成为习惯法。】

三、法是规定权利和义务的社会规范

【拓展】【权利本位】在权利和义务的关系上，权利是目的，义务是手段，法律设定义务的目的在于保障权利的实现，权利是第一性的因素，义务是第二性的因素，权利是义务存在的依据和意义。在法律没有明确禁止或强制的情况下，可以作出权利推定，即推定为公民有权利（自由权）去作为或不作为。

四、法是由国家强制力保证实施的社会规范

1、区分法律的强制力和暴力。

【第四节法的要素】

一、法律概念

【拓展】关于“法律概念”的一般法理论研究主要包括四个层面：1)性质论，即法律概念究竟是什么；2)类型论，即法律概念可以被分为哪些类别；3)体系—结构论，即不同类型之法律概念是否能，以及如果能的话以何种方式被构造为一个有序的整体；4)功能论，即法律概念在法律活动，尤其是在法律推理活动中的作用。

——雷磊：法律概念是重要的吗？法学研究，2017(4)。

二、法律规则

划分标准	类型	内涵
性质	义务性规则	直接要求人们从事或不从事某种行为的规则。义务性规则依其规定人们行为的方式，分为命令式规则和禁止式规则
	授权性规则	指示人们可以作出或可以要求别人作出一定行为的规则
	权利义务复合性规则	兼具授予权利和设定义务两种性质的法律规则
特征	规范性规则	规范性规则的“假定”“行为模式”“后果”，都是明确、肯定和具体的，且可以直接适用，而不需要加以解释
	标准性规则	标准性规则的有关构成部分(事实状态、权利、义务或后果)不甚具体和明确，往往需要根据具体情况或特殊对象加以解释和适用
功能	调整性规则	调整性规则的功能在于控制人们的行为，使之符合规则概括出来的行为模式
	构成性规则	构成性规则的功能在于组织人们按照规则授予的权利(权力)去活动

1、【拓展】确定性规则、委任性规则和准用性规则（区分标准是规则内容的确定性程度）

(1)确定性规则，指内容本已明确肯定，无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则。大多数法律规则都是确定性规则。

(2)委任性规则，指内容尚未确定，而只规定某种概括性指示，由相应国家机关通过相应途径或程序加以确定的法律规则。

(3)准用性规则，指内容本身没有规定人们具体的行为模式，而是可以援引或参照其他相应内容规定的规则。

2、【拓展】

在本质上，法律具有能极大地影响法律推理品格的特征。我认为这种特征有这几个：一是每个国家的法律都构成一个法律体系(asystemoflaw)；二是法律由规范或规则(normsofrules)组成，若非完全地也至

少在显著程度上来说是如此；三是应用和遵守法律要求或预设了解释(interpretation)。认为这些特征单独属于法律是错误的。它们为一系列主要宗教和其他社会组织所分享。它们是所有制度化规范系统的标记，在较低程度上也显现于其他规范性领域中。但它们是法律的核心，它们赋予法律（还有宗教等）推理以特殊品质法律的系统性(thesystematicnatureoflaw)、规则依赖性和解释相关(dependenceonrulesandinterpretation)。法律的这个特征是紧密交互关联着的；作为结构性特征，据信它们影响了对法律推理而言普遍性的推理模式。换言之，法律推理正与任何其他推理一样，但进一步它同样表明了法律自身的特征，这些特征反映了法律的结构性（也可以说是形式性）品格。

——约瑟夫·拉兹：以规则来推理。雷磊，译。

三、法律原则

原则和规则之间具有两个重要区别：【必考点】

(1) 规则与原则的适用不同：规则的适用，要么有效，要么无效（全有或全无）；原则的适用比较灵活。

(2) 规则冲突与原则交错的解决方式不同：规则的冲突必有一方无效；原则的冲突则需要权衡二者的分量。

【案例研习】 张某诉蒋某遗赠纠纷案（泸州情妇遗赠案）

【案情】黄在医院检查确诊自己已是肝癌晚期。在黄即将离世的日子里，张某面对旁人的嘲讽，坚持以妻子的身份在黄的病床边照料。黄立下遗嘱：“我决定，将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和卖泸州市江阳区一套住房售价的一半（即万元），以及手机一部遗留给我的朋友张某一人所有。我去世后骨灰盒由张负责安葬。”黄的这份遗嘱在泸州市纳溪区公证处得到公证。黄去世后，张根据遗嘱向蒋索要遗嘱中涉及的财产和骨灰盒，但遭到拒绝。张遂向纳溪区人民法院提起诉讼，请求依据继承法等相关法律的规定，判令被告人蒋某按遗嘱履行交付义务，同时对遗产申请诉前保全。

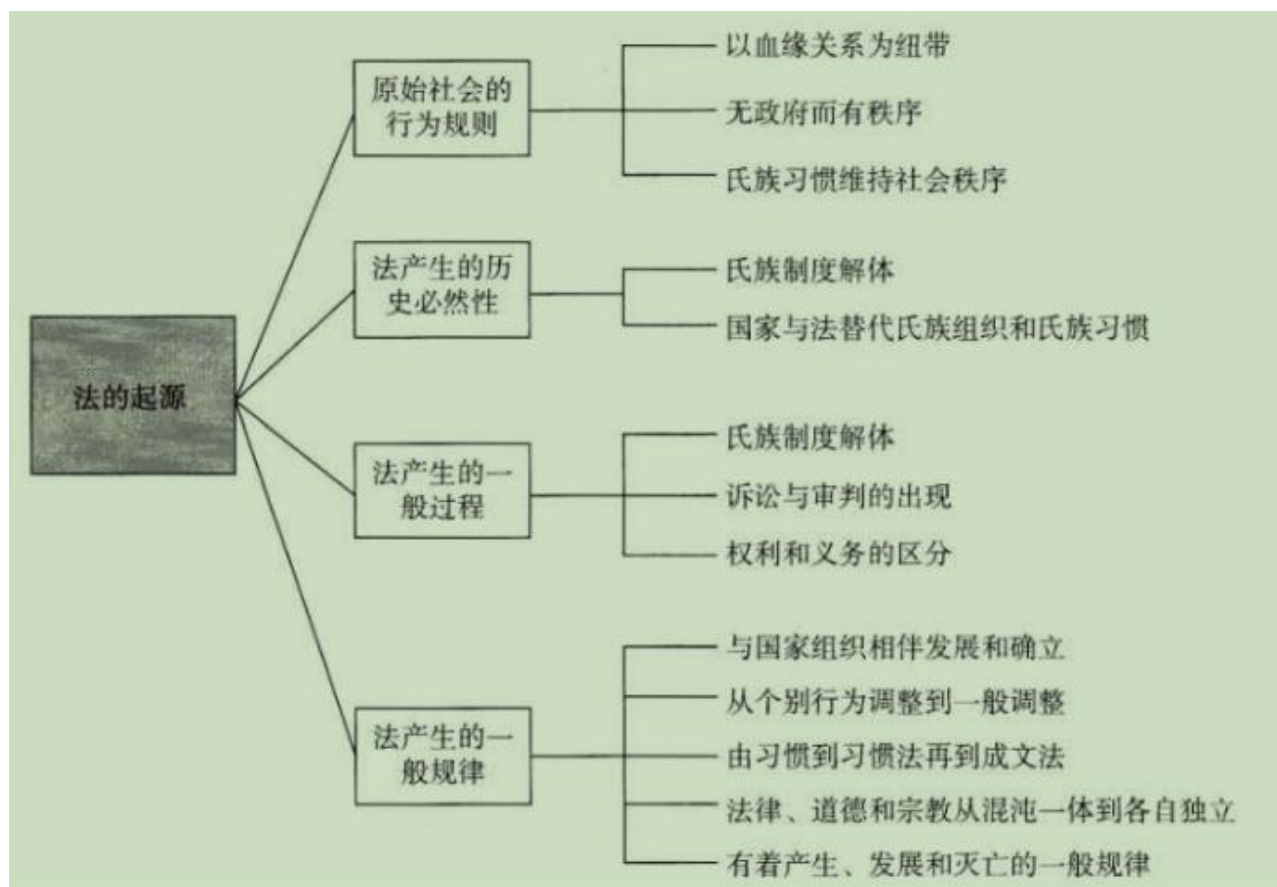
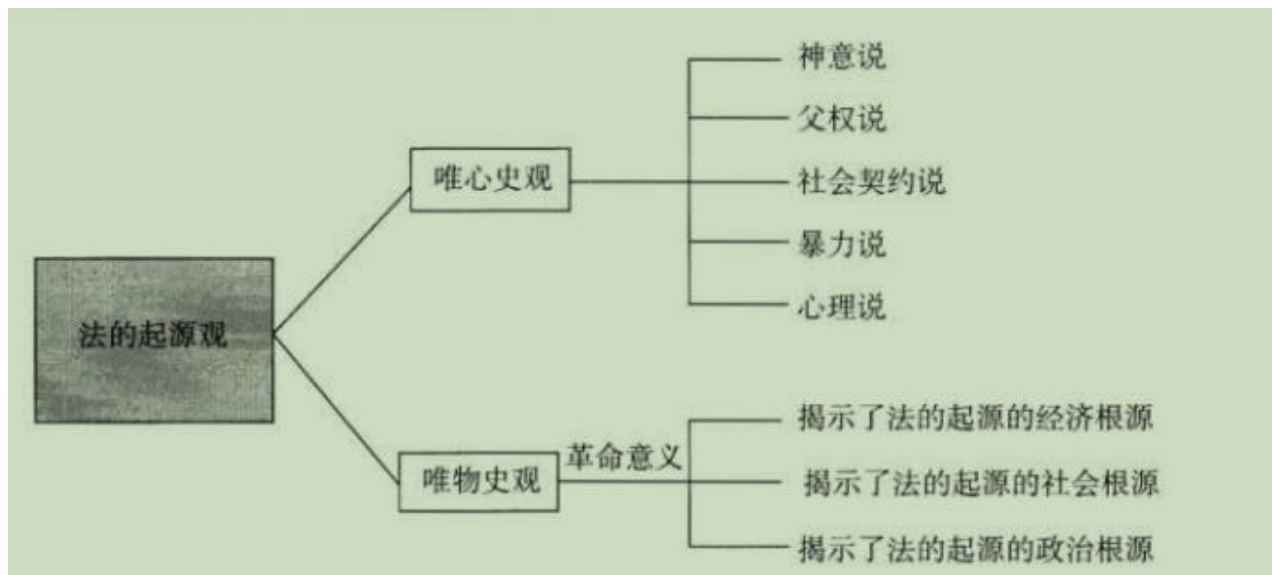
【法院判决】纳溪区人民法院公开宣判，认为：尽管《继承法》中有明确的法律条文，而且本案中的遗赠也是真实的，但是黄将遗产赠送给“第三者”的这种民事行为违反了民法通则条“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序”，因此法院驳回原告张某的诉讼请求。

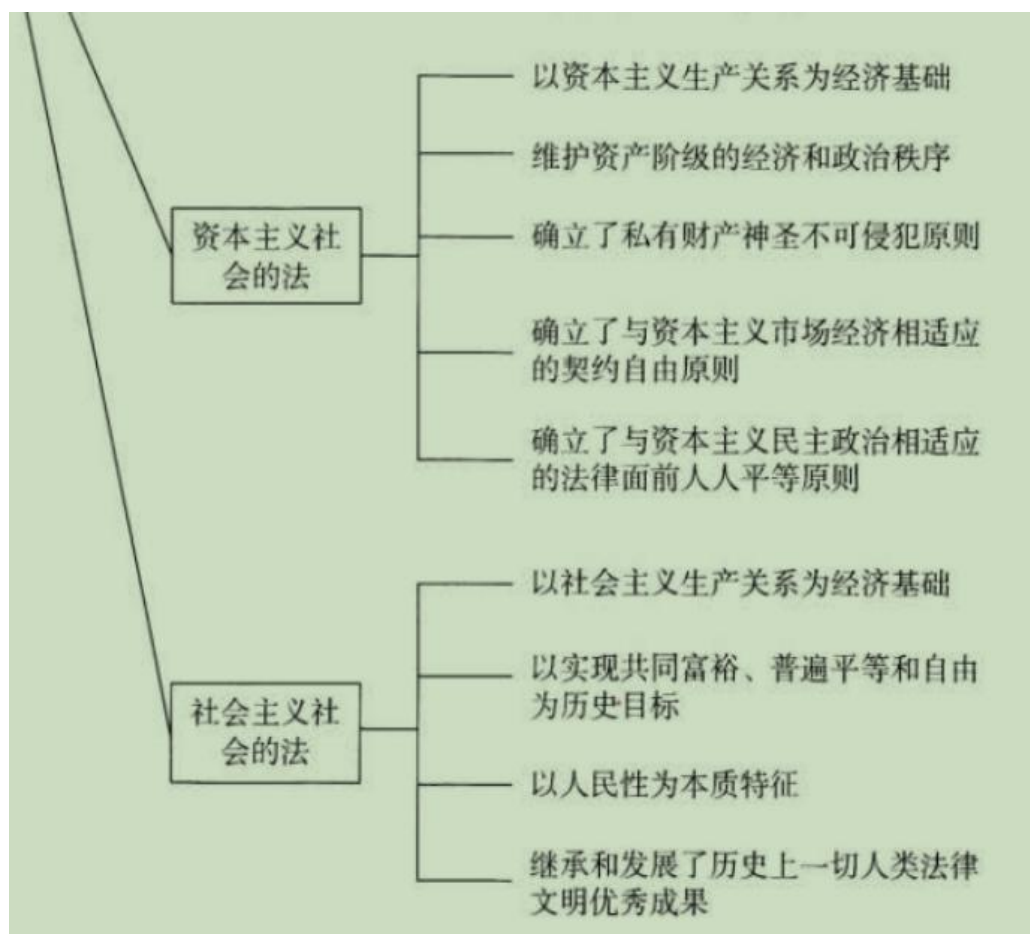
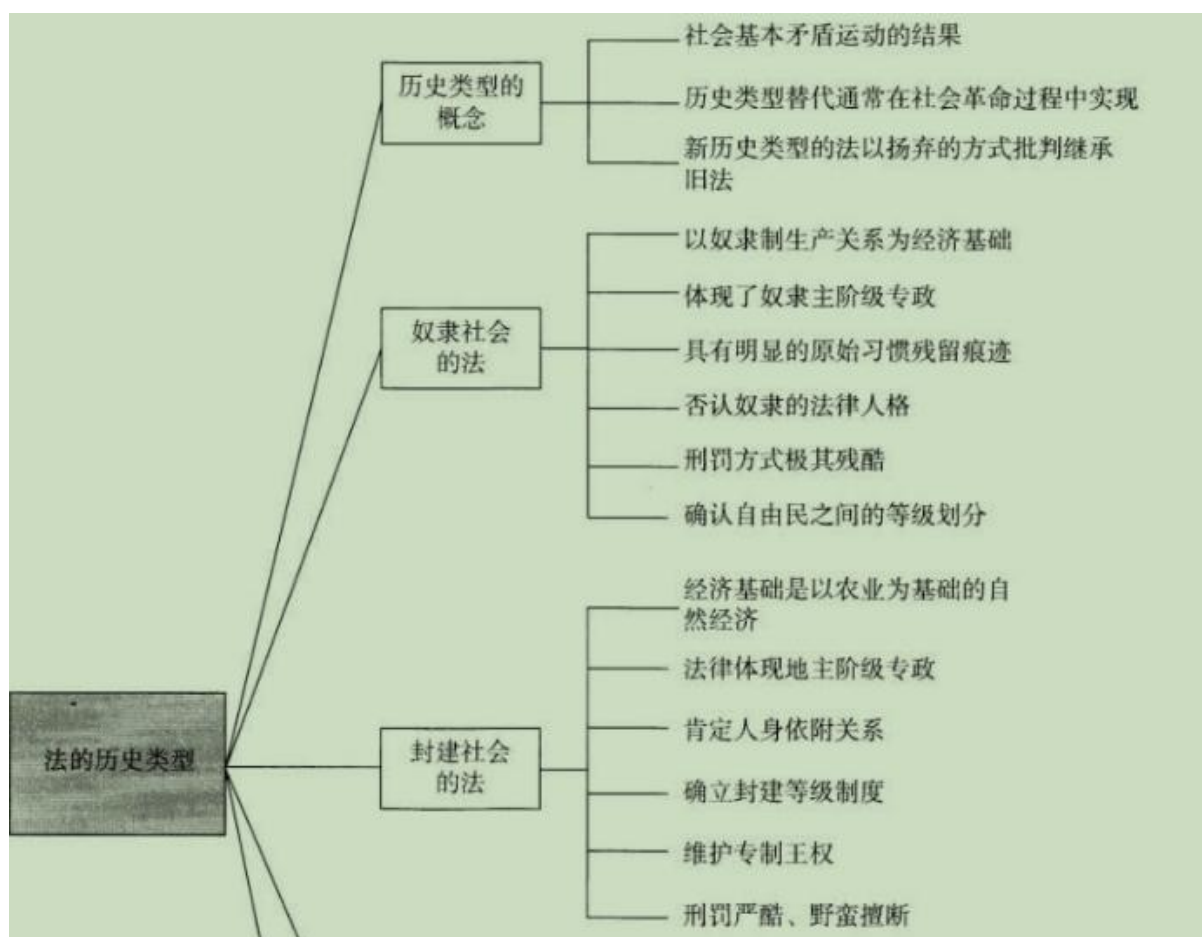
【法理分析】

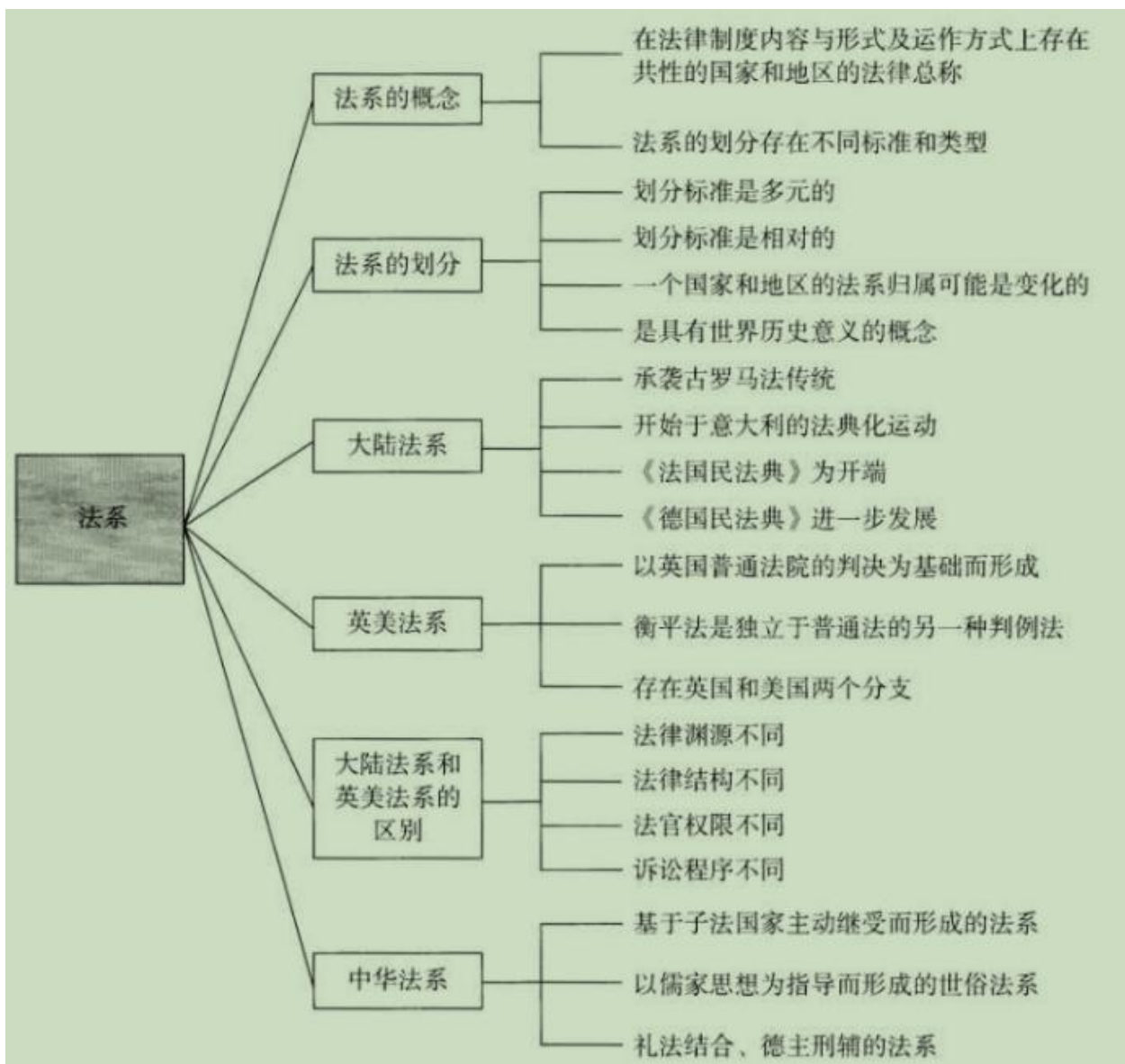
本案是中国法治实践中的一个经典案例，虽然从发生至今已二十余年，但其法理学意义仍然非常显著。其中所涉及的核心问题即法律原则在司法裁判中的适用难题。在本案中，法律、人情、公德各种因素掺杂在一起，给司法判决增加了一定难度。一审和二审法官都以民法通则所规定的社会公德为由，否定了黄某所遗嘱的法律效力。该案判决作出以后，在司法界和民众中获得了一致认同。按照《继承法》公证法的相关规定，遗嘱行为是有效的。然而，由于将财产遗赠给情妇的行为与公序良俗原则相冲突，因此继承法的相关法律规则与公序良俗原则之间出现了冲突，在这种情况下，是否应当适用法律原则，需要遵循法律规则与法律原则的适用条件。越过法律规则而直接适用法律原则的条件有两种：一是穷尽法律规则，适用法律原则。二是如果适用法律规则，则会引发不正义按照本案案情，第一种条件并不适合第二种条件相对来说具备，因为按照继承法的规定对黄某的遗赠行为进行法律认可，会造成对社会公德的破坏。另外，黄某的遗赠行为是其真实意思表示的体现，按照民法中意思自治原则的内涵，法律应当尊重个人的意思自治行为而按照公序良俗原则的内涵，黄某的遗赠行为当属无效，因此本案中出现了意思自治原则和公序良俗原则

的冲突按照法律原则的适用方式，当在一个案件中出现两个相互冲突的原则时，应该按照原则的分量进行权衡，分量重的原则胜出。按照本案的裁判意见，社会公德的分量要高于意思自治，因此被告能够胜出。

【第二章 法的产生、发展与历史类型】







【第一节 两种对立的法的起源观】

学说	内容	发展
神意说	王权和法律形成于宇宙中一种主宰一切的神秘精神力量	背离人类发展历史的客观事实，如今已经基本成为法学思想史上的历史遗迹
父权说	上帝创造了亚当和夏娃，赋予了亚当统治世界的权力，并构成后世王权的渊源	随着近代自然科学的发展而日渐式微，已基本推出历史舞台
社会契约说	法律是社会契约的具体化	社会契约说在法律起源这个问题上已经被推翻
暴力说	强大部落以暴力征服弱小部落，征服者成为主人和统治者，国家和法律均是暴力征服的结果	暴力征服并非法的起源的主要作用

心理说	国家和法是普通人服从强者支配和引导的心理需要的必然结果	在同样的心理因素下，某些民族并未产生法律，所以心理难以立足
发展说	法是由于人类能力发展到一定阶段而产生的	
管理说	人类社会管理的需要导致法律制度的出现	

【拓展】

“创建一种能以全部共同的力量来维护和保障每个结合者的人身和财产的结合形式，使每一个在这种结合形式下与全体相联合的人所服从的只不过是它本人，而且同以往一样的自由。”社会契约所要解决的，就是这个根本问题。这个契约的条款，由于它本身的性质，是规定得如此明确，所以，只要稍微有儿改变，就会使它变为空文，不起作用。尽管这些条款从未被人正式公布过，但它们在所有地方都是一样的，在所有地方都为人所默认和公认社会公约一旦被破坏，个人便立刻恢复了他原来的权利；只要一失去约定的自由，他就可以收回他早先为了得到约定的自由而放弃的天然的自由这些明自无误的条款，可以归结为这么一句话，每个结合者以及他所有的一切权利已全部转让给整个集体了因为，首先，既然每个人都把自己奉献给集体，可见这个条件对大家都是同等的既然条件对大家都是同等的，那么，就不有人愿意使它不利于别人

——卢梭·社会契约论【必读书】

【第二节 法的起源】

一、原始社会的行为规则

1、【拓展】

从这一考古遗址可以了解到，至部落时代，是村社（氏族、部落）首领有了明显多于平民的财富，这是私有制、所有权产生的表现；二是建立围墙要求调动大量人力、物力和财力，这除了表明当时的氏族部落已出现了部分拥有众多财富的权贵外，还表明这些部落权贵已经拥有了定的公共权力，能够组织、动员乃至强制相当部分部落成员从事建筑城垣的工作；三是出现了构筑围墙的必要性，说明一部分富者怕被侵犯，说明当时氏族部落社会已经有了犯罪，有了侵权行为，有了纠纷，也出现了氏族部落之间为掠夺财富、扩张“领土”（生存空间）的战争。

——何勤华·法律文明的起源一个历史学、考古学、人类学和法学的跨学科研究·现代法学，2019.

【第三节 法的历史类型】

1、法律发展史上也相应地先后产生过四种历史类型的法律制度，它们分别是奴隶制的、封建制的、资本主义的和社会主义的法律制度。

【第四节 法系】

1、【拓展】

大陆法系国家的法被认为是来自法的理论，而不是法的实践；法学是科学方法、系统结构、抽象化、概念主义、形式主义和纯粹主义的理论法学；法学家来自大学教授而不是法；法学家是法律这部机器的设计工程师，法官仅是机器操作工人，从而坚持了从理论到实际的唯理论原则，巩固了大陆法系特有的法律观念崇尚理性主义。此外，英美法系因为哲学上的经验论，对法官起统率作用的英美法系来说，法学根本不屑一顾。在英美法系国家事实上是法律教育，而不是法学教育，这种传授法律实务而不是法学理论的教

育是以实务家团体的律师学院为中心，而不是以理论家团体的大学为中心进行的。所以，英国法既不是大学传授的法律，也不是钻研原理的法律，而是熟悉诉讼程序者和开业律师的法律。大部分法学家完全是通过实践培养出来的，他们一面听法官讲课，一面参加律师工作。法官既是法律这部机器的设计工程师又是操作工人，从而坚持了从实践到理论的经验论原则，巩固了英美法系特有的法律观念崇尚经验主义。

2、【拓展】

中华法系因其独特的精神气质与价值内核，融合道德观念、伦理规范与法律制度为一体，的确可以“礼法传统”或“礼法之治”相标称。然而，“世人对于中华法系之认识每多错误”，“且仅知其偏，不知其全，错觉陋识，自亦因此而出，如谓中华法系民事、刑事不分，如谓中华法系道德、法律混淆，皆是”。“诸法合体、民刑不分”的判定，的确是支撑进化论语境下中华法系之否定性叙事的重要理据。为辨正这一严重误解，陈顾远从政治制度、狱讼制度和经济制度三方面梳理并重述了中华法系的制度史；杨鸿烈则运用纵向断代与横向分类相结合的方法，搭建起了自己重述中华法系的制度史框架，既突破了程树德《九朝律考》的传统体例，也丰富了陈顾远重述的法制内容。他在通过纵向断代展示自殷周至清代之制度沿革的同时，还通过横向分类详述了法典、法院编制、诉讼法、刑法总则、刑法分则、军法、民法的规范结构和内涵。

赵明．中华法系的百年历史叙事．法学研究，2022【必读】

【案例研习】洛克纳诉纽约州案(Lochner v. New York)

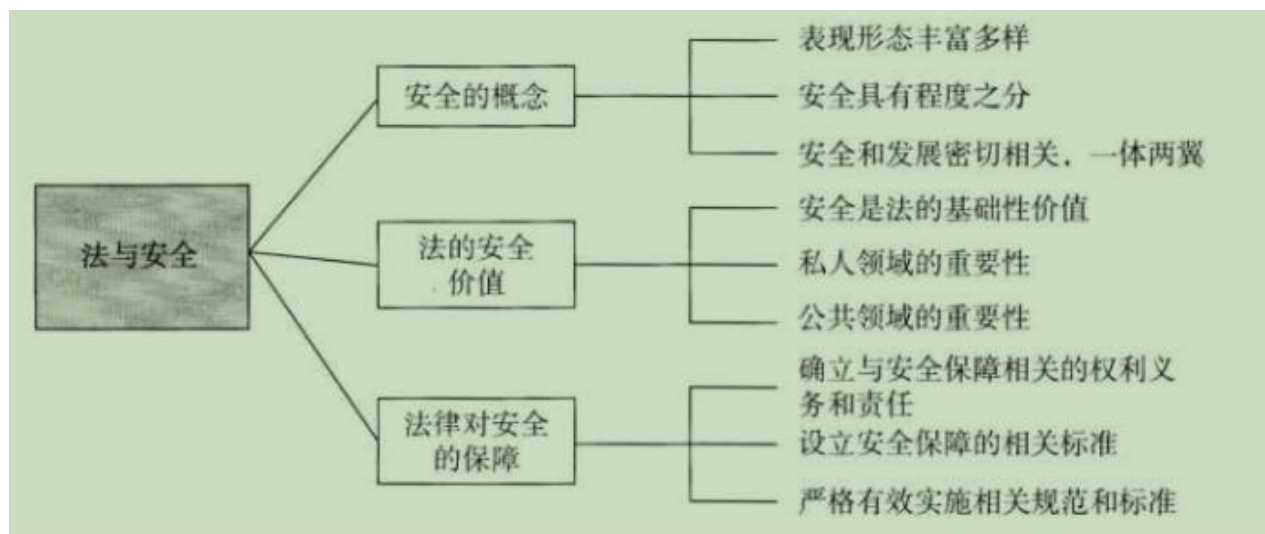
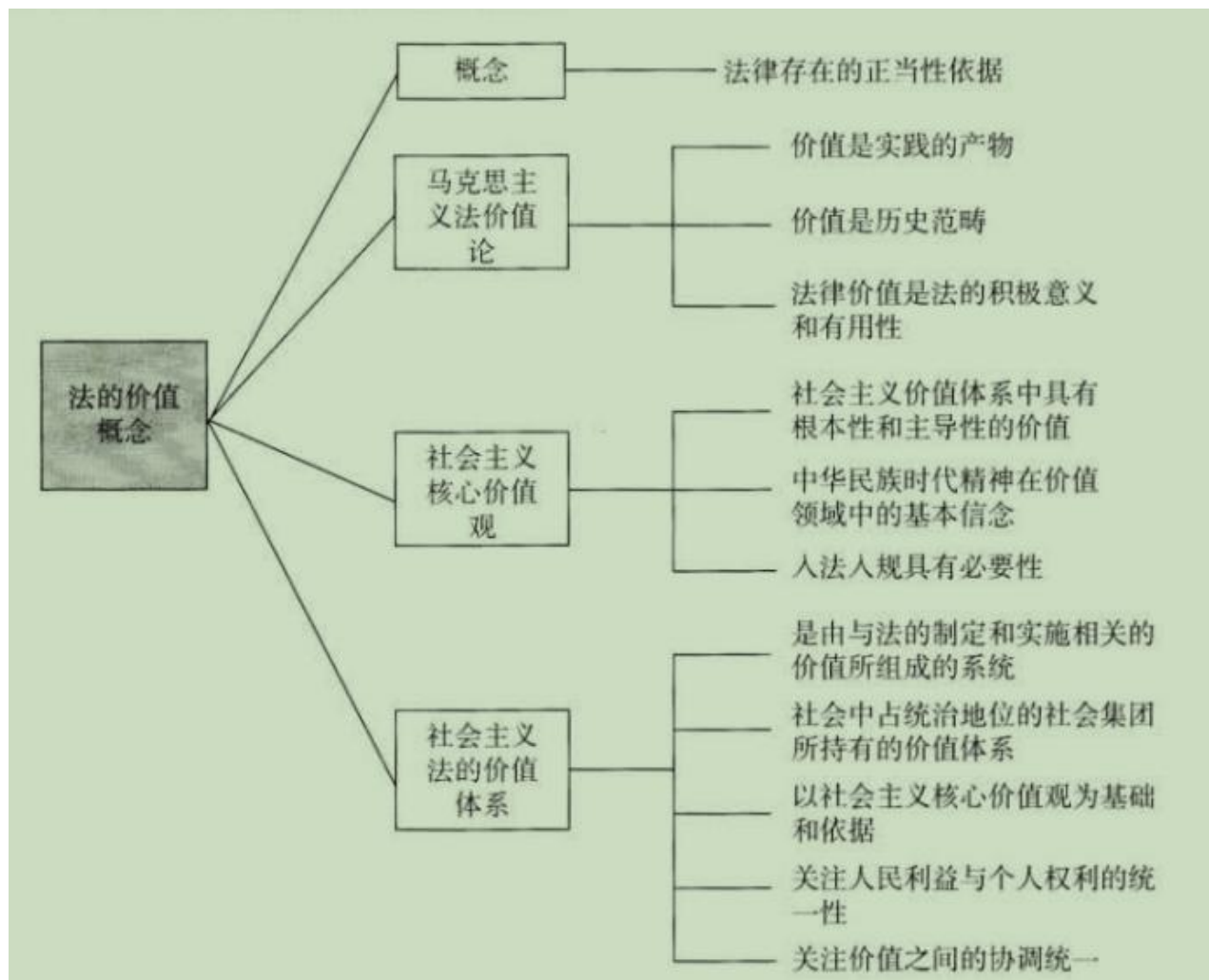
【案情】为了保护面包店工人的身体权益，1895年，纽约州通过了一部《面包店法》，其中包括对面包店的卫生规定，也包括了引起极大争议的工时条款止雇员每天工作超过10个小时，但雇主不受限制。批评者认为这部法律将导致经济活动处于“家长式”治安权的监管之下，构成对契约自由的严重侵害。尤蒂卡面包店店主约瑟夫·洛克纳(Joseph Lochner)就是这一法案的反对者。1902月，洛克纳第二次因为违反工时条款被捕。他被指控要求其雇佣的一名工人每周工作超过60个小时。初审洛克纳被判决有罪，处50美元罚款并入狱50天。

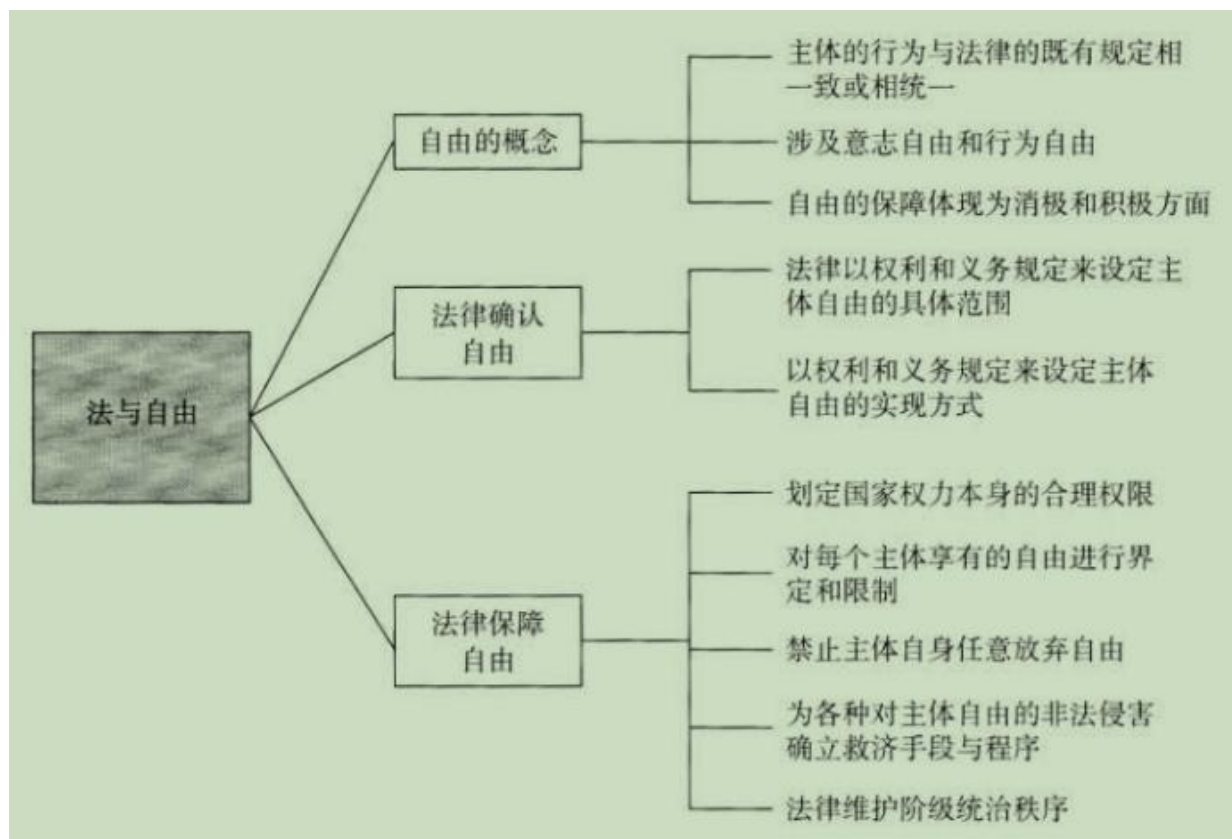
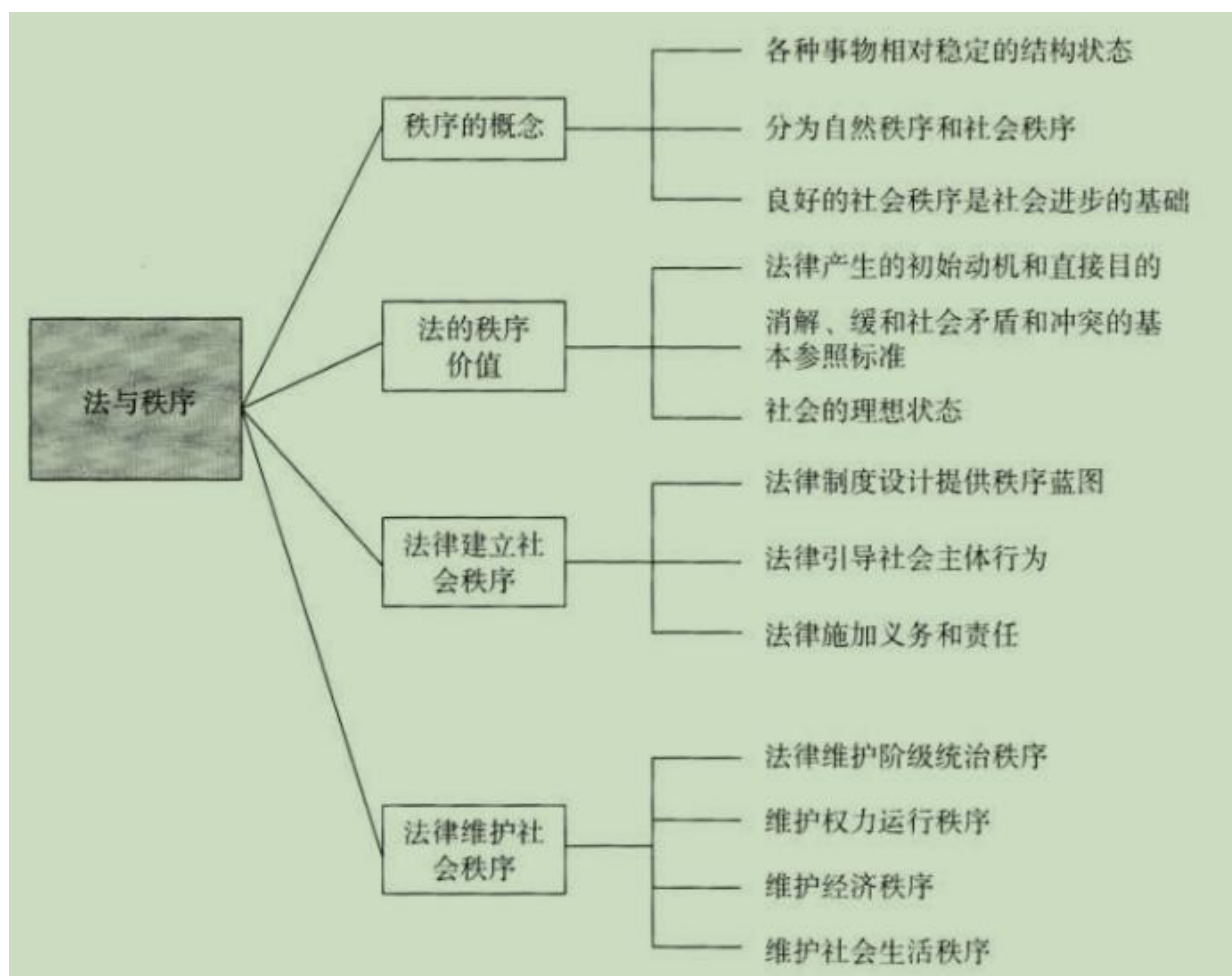
【判决要旨】美国联邦最高法院的判决以五比四的投票判决洛克纳胜。诉在多数派意见中，鲁弗斯·佩卡姆大法官(Rufus Peckham)认定《面包店法》的工时条款侵害了受联邦宪法第14修正案保护的契约自由。佩卡姆承认契约自由并非绝对的：当契约自由可能危及公共道德、卫生、安全和秩序时，州政府有权行使治安权以限制契约自由。面包店法时条款对保护公共卫生和面包师的健康来说并非必不可少。在他看来，与之前联邦最高法院支持矿井工人小时工作制的先例不同，烤面包并非一种特别不利于健康的职业，也有科学证据表明，面包师与普通职业的死亡率并没有太大区别。面包店法时条款并不构成基于健康理由的治安权措施，而“仅仅是对个人权利的多管闲事”，所以在实质上构成对契约自由的不当干涉。

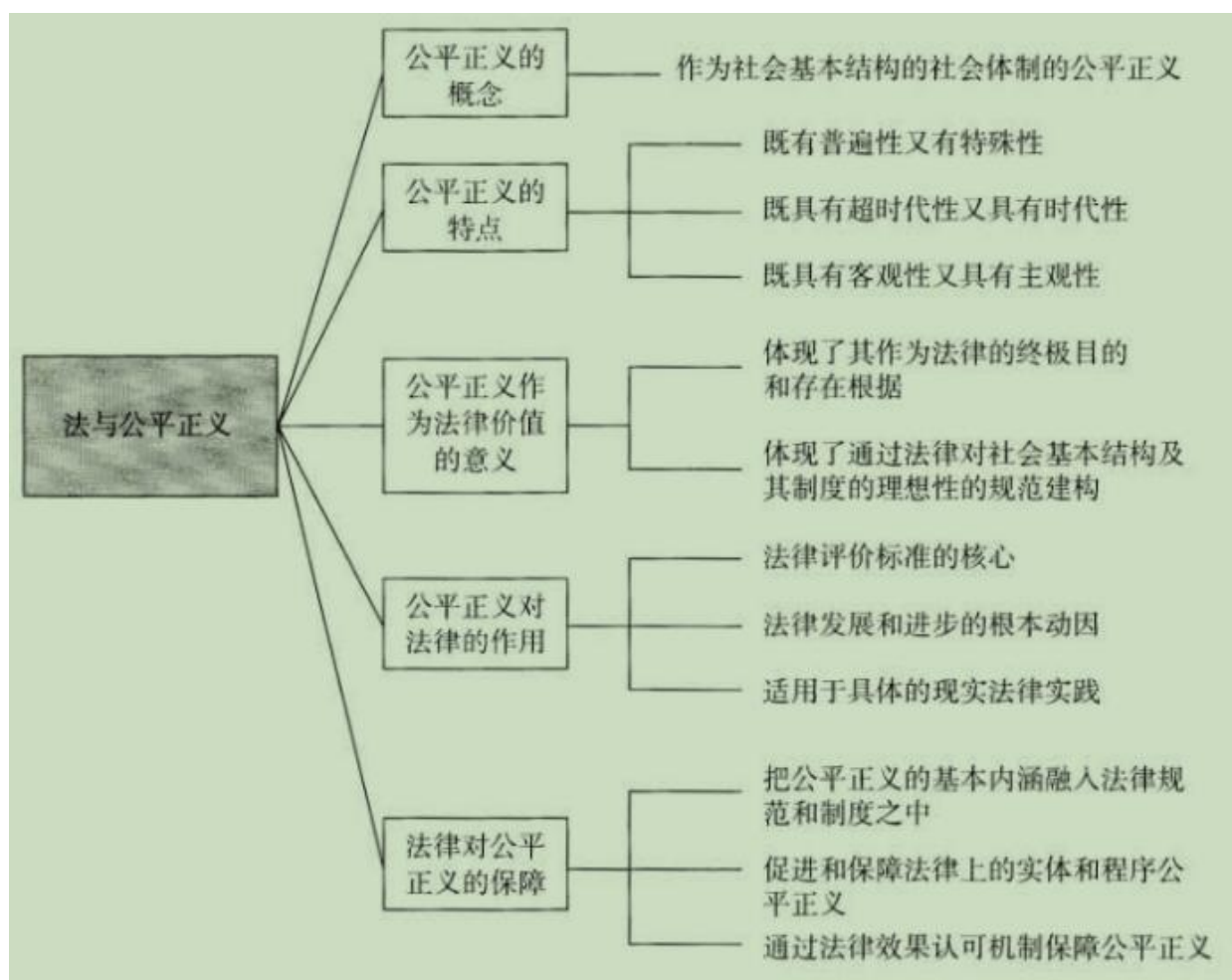
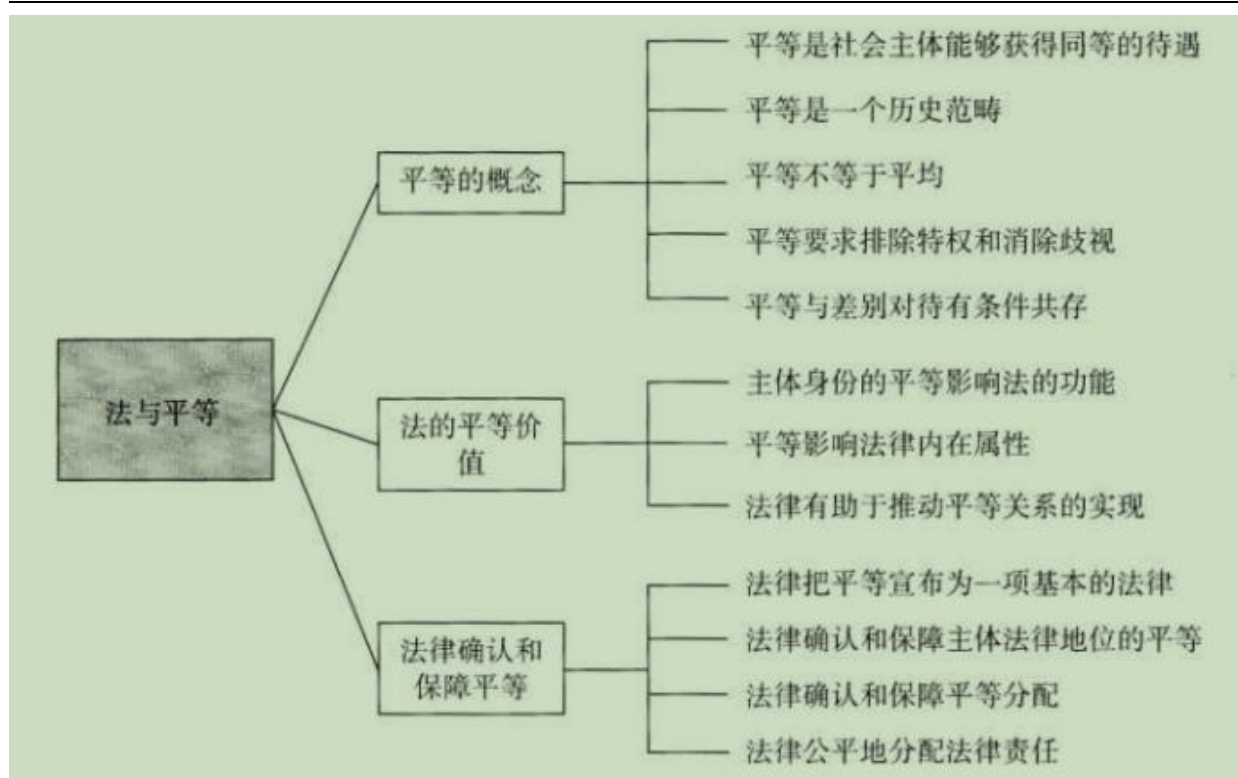
【法理分析】洛克纳案是美国司法史上的经典案例，对后世影响深远，也是理解英美法系之特征的重要参考。英美法系是在判例法的基础上而形成的法系，其典型特色是法院在司法判决中所形成的判例，对后来的法官判决具有直接的约束力，因此这些判例发挥着法律的作用，形成了鲜明的判例法，与制定法并行不悖，成为法官判案的直接法律依据。比如在本案中，法官认为面包店法对面包师的保护与限制矿井工人工作时间的依据是不同的，限制矿井工人工时的先例不能适用于面包师，因此面包店法的规定是没有充分理由的。由此可见，法官的角色不是按照法律规定的大前提、案件事实的小前提推理出结论，而是基于先例、法律规定的合理性、不同事实之间的关联性等各种因素进行推理作出判决。

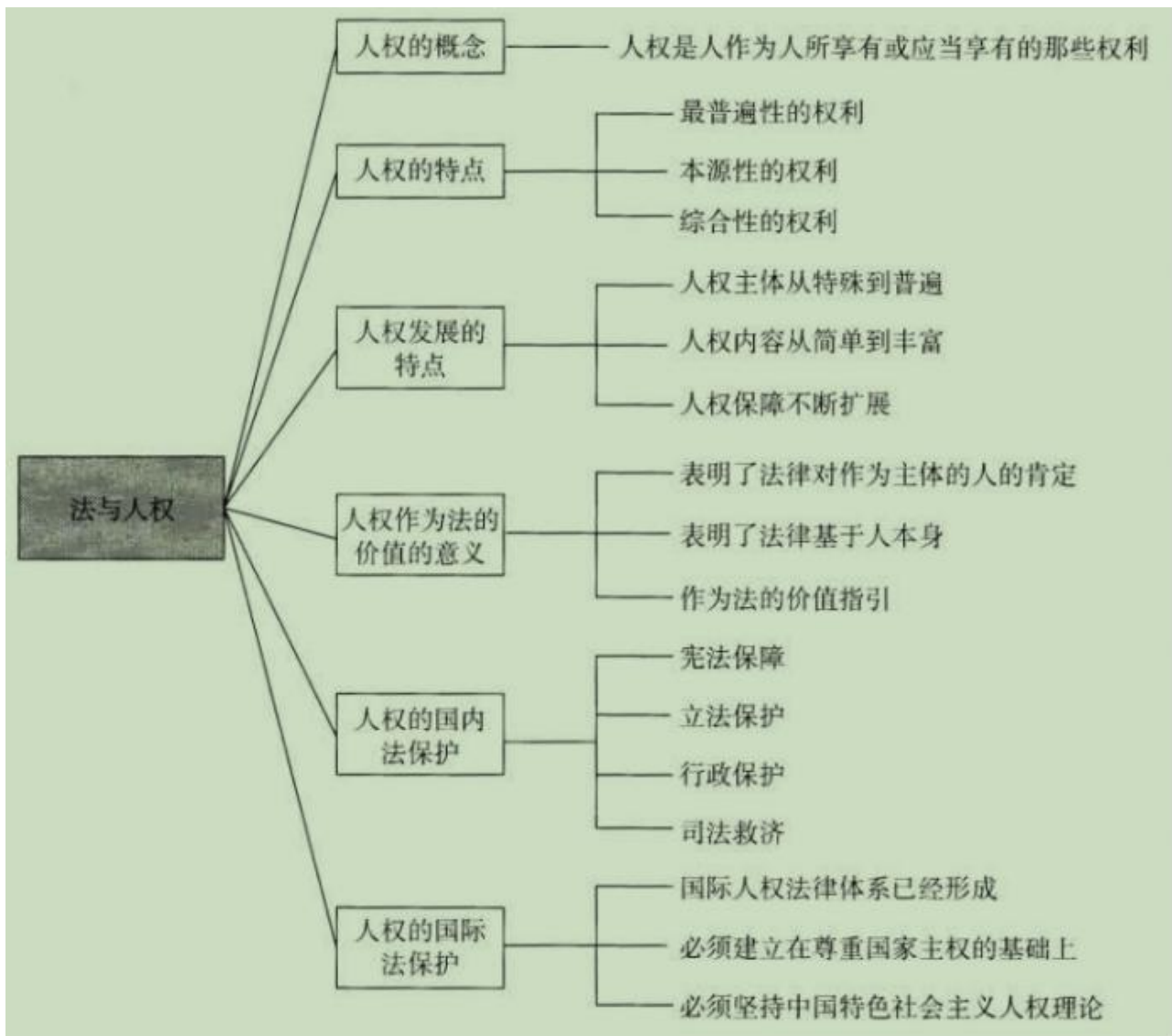
注意：在英美法系之中判例法是一种非常重要的正式法律渊源。

【第三章法的价值】









【第一节 法的价值的概念】

社会主义核心价值观与社会主义法的价值体系【新增】

【拓展】法律与社会主义核心价值观相辅相成，具有密切的联系，我们可以从价值论、方法论和目的论的角度阐释法律与社会主义核心价值观践行的理论逻辑联系。从价值论来看，法律的价值内涵和价值目标有利于提升社会主义核心价值观践行的实效性。

【第二节 法与安全】【新增】

安全和发展密切相关，体两翼安全是发展的前提，发展是安全的保障。

【拓展】习近平指出：“做好新时代国家安全作，要坚持总体国家安全观，抓住和用好我国发展的重要战略机遇期，把国家安全贯穿到党和国家工作各方面全过程”。注意：“总体国家安全观是新的法治观”。贯彻总体国家安全观必须统筹发展和安全两件大事，而统筹发展和安全需要制度保障尤其是法治保障，全面依法治国必须处理好发展和安全的辩证关系。

【第三节 法与秩序】

1、秩序是指在一定的时间和空间范围内，事物之间以及事物内部要素之间相对稳定的结构状态。良好的社会秩序是社会进步的基础。

【第四节 法与自由】

1、在法理学的意义上，自由是指主体的行为与法律的既有规定相一致。**【法律下的自由。】**

【第五节 法与平等】

1、注意：平等不等于平均，平等与差别对待有条件共存。

【第六节 法与公平正义】

【注意】遵守程序正义并不必然实现实体正义，但如果违反了程序正义，则实体正义也无法实现。

【第七节 法与人权】

【拓展】中国特色社会主义人权至少包括公民权利、政治权利、经济权利、社会权利、文化权利和集体人权等内容。

【案例指引】郑州电梯劝阻吸烟猝死案

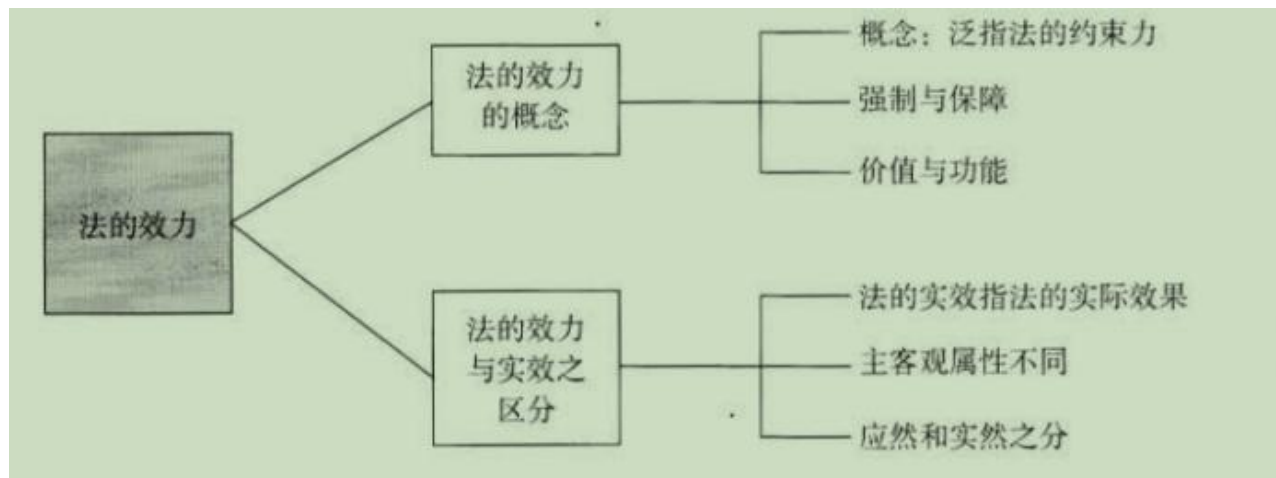
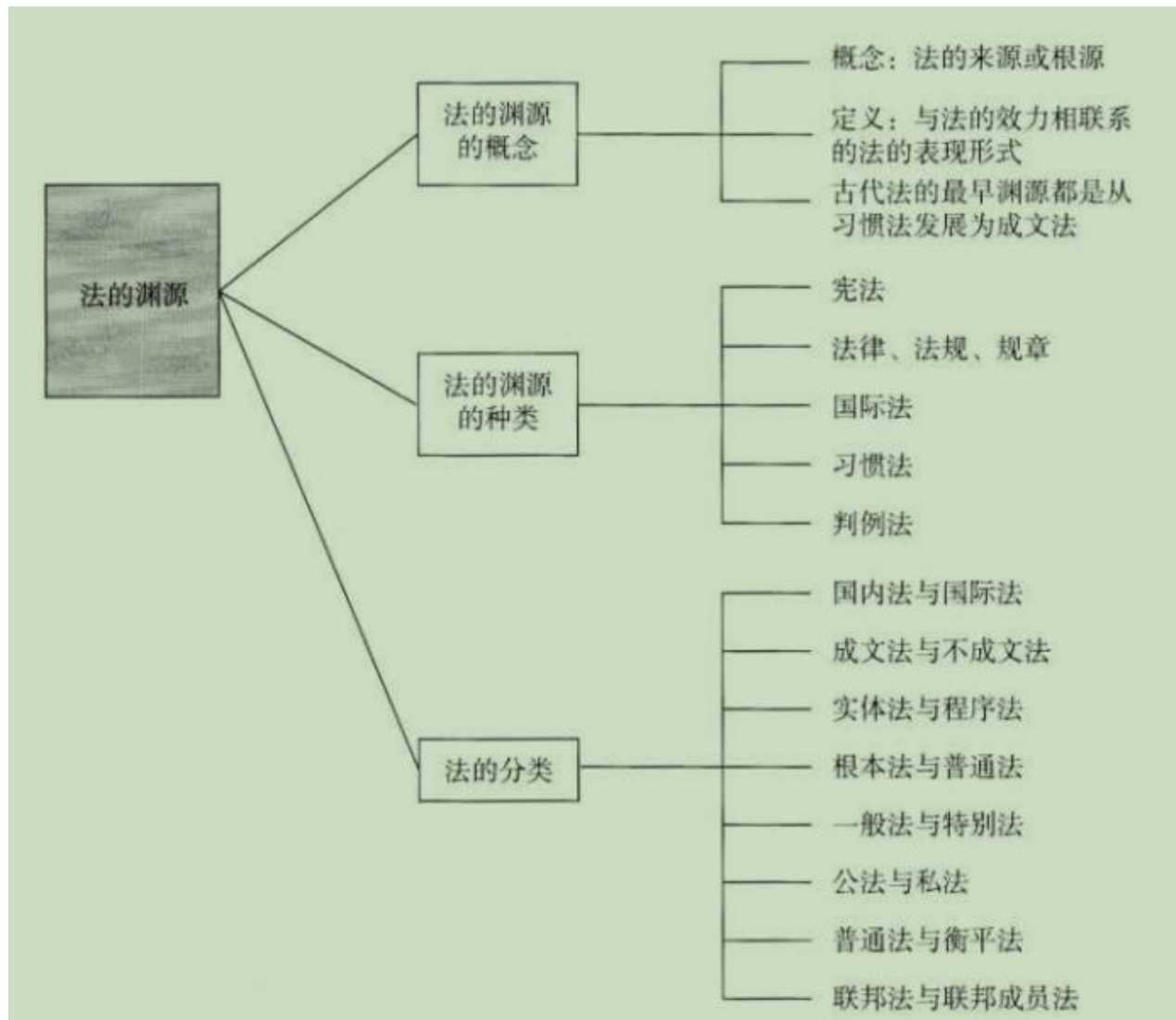
【案情】段某与杨某先后进入电梯内，因段某在电梯内吸烟，杨某对其进行劝阻，二人发生言语争执。段某与杨某走出电梯后，仍有言语争执，双方被物业工作人员劝阻后，杨某离开，段某同物业工作人员进入物业公司办公室，后段某心脏病发作猝死。之后，段某的妻子田某将杨某告上法庭。

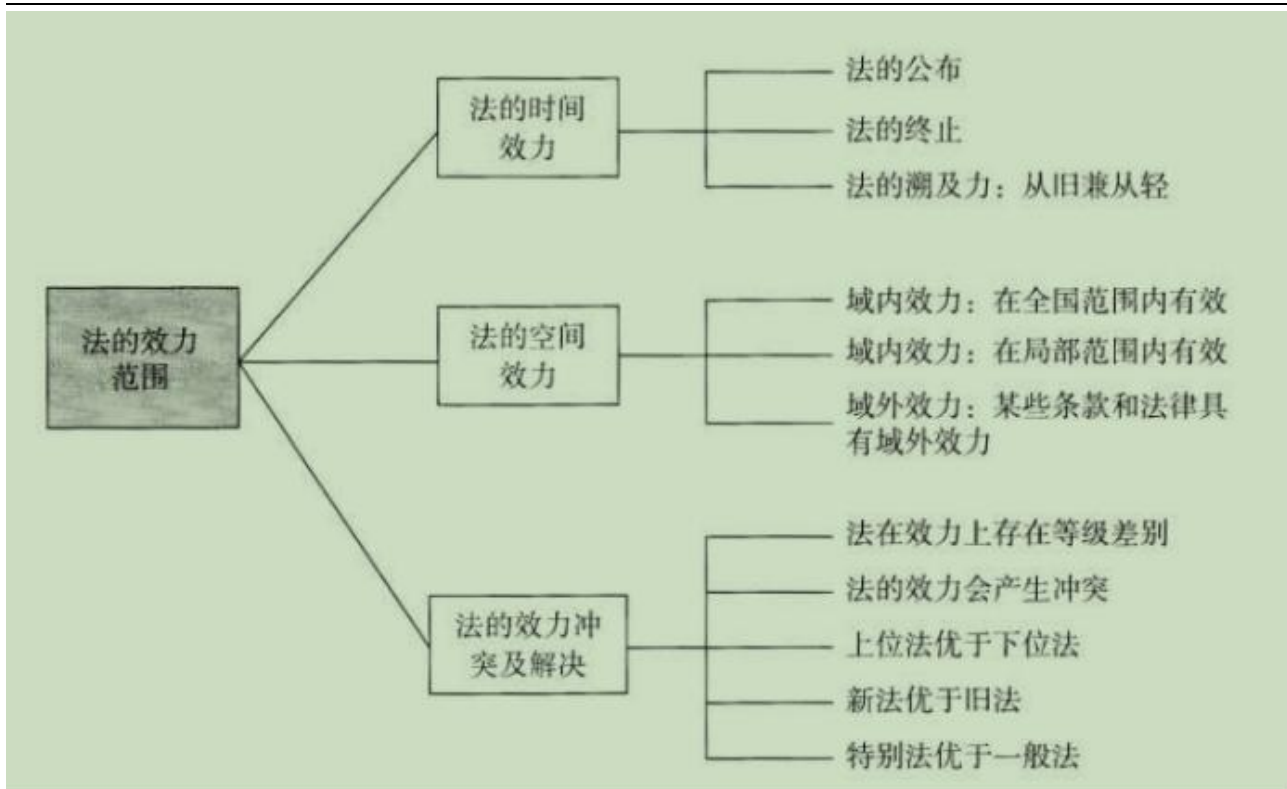
【判决要旨】郑州中院认为，杨某劝阻段某在电梯内吸烟的行为未超出必要限度，属于正当劝阻行为。在劝阻段某吸烟的过程中，杨某保持理性，平和劝阻，其与段某之间也没有发生肢体冲突和拉扯行为，也没有证据证明杨某对段某进行过呵斥或有其他不当行为。杨某没有侵害段某生命权的故意或过失，其劝阻段某吸烟行为本身不会造成段某死亡的结果。段某自身患有心脏疾病，在未能控制自身情绪的情况下，发作心脏疾病不幸死亡。虽然从时间上看，杨某劝阻段某吸烟行为与段某死亡的后果是先后发生的，但两者之间并不存在法律上的因果关系。因此，杨某不应承担侵权责任。

【法理分析】本案是在司法裁判中贯彻社会主义核心价值观的经典案例。社会主义核心价值观是社会主义理念在价值实践领域中的体现。二审法院的判决是社会主义核心价值观与法律结合的典范，体现了社会主义核心价值观的内在精神与法律逻辑的有机融合。虽然杨某的劝阻行为与段某的死亡存在一定关联，但段某死亡并非由杨某所直接引发，主要是自身心脏病所导致。而且段某突发心脏病的事因在于电梯里吸烟被劝阻，并非出自他人的伤害行为，所以不能将段某死亡的法律责任归结给其他人。所以，尽管杨某的劝阻与段某的死亡存在一定关联，但这种关联性不应当成为让杨某承担法律责任的基础，**而是应当融合社**

社会主义核心价值观的要求，豁免杨某的法律责任，维护核心价值观在该案中的社会意义，实现法律效果与社会效果的统一。

【第四章 法的渊源与效力】





【第一节 法的渊源】

1、【拓展】法的渊源的不同学说。

(1) “效力渊源说”在时间上产生相对较晚，但近些年却获得了较多学者的赞同。这种学说将法的效力作为法的表现形式的依据或基础。法的渊源必然要表现为一定的法的形式。【通说】(2) “形成渊源说”认为，法的渊源指的并不是法的形式，而是法得以形成的原料或内容的来源。在当代法理学者中，周旺生教授对此进行了最深入的论述。他将“法和法律制度是基于什么样的原料形成的”问题视为法的渊源的重要因素（他称之为“资源性要素”），并立足于此对法的渊源和法的形式进行区分在他看来，法的渊源是未然的、可能的法，法的形式则是已然的和正式的法的不同表现形式，它们分别代表了法的形成过程中两个性质不同的阶段和表现形态。法的渊源有可能被选择和提炼为法，或有可能形成法，但还不是法；而法的形式在很大程度上是法的渊源发展的结果在此，法的渊源其实构成了法律形成过程中的一个阶段，是预备阶段的法。(3) “司法渊源说”将法源这概念的意义定位在司法裁判的领域，认为这一学说旨在帮助法官寻找到判决的规范基础或者说法律推理的大前提所。学说的拥护者一般持有“多元法源观”，反对立法中心主义和制定法实证主义，认为在进行司法裁判时，所依据的除了以制定法的形式存在的“法”，还有许多以其他形式存在的规这一观点得到了不少民法者的支持，也在部分行政法学者那里找到了共鸣。

——雷磊. 法的渊源理论：视角、性质与任务. 清华法学, 2021

2、【拓展】

法律渊源的分类：正式渊源和非正式渊源。所谓正式渊源，我们意指那些可以从体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源。这类正式渊源的主要例子有，宪法和法规、行政命令、行政法规、条例、自主或半自主机构和组织的章程与规章、条约与某些其他协议，以及司法先例。所谓非正式渊源，我们是指那些具有法律意义的资料和值得考虑的材料，而这些资料和值得考虑的材料尚未在正式法律文件中得到权威性的或至少是明文的阐述与体现。尽管无需对非正式渊源作详尽无遗的列举，但我们仍将非正式渊源

分为下述些种类：正义标准、推理和思考事物本质(naturrerum)的原则、衡平法、公共政策、道德信念、社会倾向和习惯法。坚定的实证主义者不是倾向于认为非正式渊源与法律过程无而对之不予考虑，就是倾向于把它们置于司法框架中极为次要的地位。我们在某种意义上同意上述第种看法，即当一种正式的权威性的法律渊源就某个法律问题提供了一个明确的答案时，那么在绝大多数情形下，就不需要亦不应当再诉诸法律的非正式渊源。但是，在某些罕见和极端的情形中，亦即在适用某种法律正式渊源会与正义及公平的基本要求、强制性要求和占支配地位的求发生冲突的情形中，当然也有必要允许例外。当一项正式法律文献表现出可能会产生两种解释的模棱两可性和不确定性事实往往如此的时候，就应诸非正式渊源，以求获得一种最利于实现理性与正义的解决方法。另外，当正式渊源完不能为案件的解决提供审判规则时，依赖非正式渊源也就理所当然地成为一种强制性的途径

——博登海默：法理学：法律哲学和法律方法，邓正来译【必读】

【第二节 法的分类】

【拓展】

普通法是指由英格法官通过判例形式发展出来的种适用英格兰的法律，后来成为英美法系法律制度的总称。相比于大陆法，普通法有遵循先例、陪审团审理、法律至上、强调程序和救济、使用对抗制审理、重视经验实用特点，因为它是由法官通过判例形式创制出来的法律，所以又被称作判例法。衡平法则是在试图补救普通法的缺陷过程中演变出来的、与普通法并行的一套法律制度和原则。它起源普通法，而其存在和发展也从未离开过普通法。按照“国王享有维持公正的最终管辖权”的习惯，那些不在固定的诉讼程式之内的申诉在普通法院得不到应有的救济时，当事人可径向国王或御前会议上的国王申请救济，而国王一般将这些事情交由其秘书御前大臣来处理。15 世纪，御前大臣们办公的地点也逐渐形成了具备法院特征的“御前大臣法院”，也被称为“衡平法院”。之后的司法组织法虽然将分离的普通法管辖权和衡平法管辖权合并起来，但作为实体规则，普通法和衡平法依旧保持各自的鲜明特征，并未因此融合。在提供的救济方面，无论其性质还是范围、程度，衡平法与普通法都有很大的不同。例如根据普通法只能提供损害赔偿的救济，依据衡平法却可当事人依约特定履行或颁发禁制令。

【第三节 法的效力】

(1) **自然法学派**。自然法学派始终坚持法有善恶之分，**恶法非法**，法律的道德性是法律的本质特性。因此法律效力必须源自法本身是制定得良好的法，法本身所具有的内在权威使人们由衷地尊重法律并信守法律。

(2) **实证法学派**。它坚持法仅仅是“**实际上如何的法**”，拒绝讨论“应然”义上的法。在法律效力来源上，实证法学派侧重从规范的形式要件角度和逻辑角度进行讨论。【如凯尔森的基本规范】

(3) **社会法学派**。它认为法律是一个“**事实的概念**”。判定一个规则是否有效，要从该规则是否被民众遵守、是否被官员适用、立法者赋予该规则的目的是否实现等角度进行衡量。那些从来没有或无法持续进行社会调控的法律规则是没有效力的。法律对社会成员的实际或事实上的制约和保护，即**法律的“实效”**，是法律效力的标尺和基准。

(4) **社会心理学派**。社会心理学派认为法律效力源自人们对法律的心理态度。法律对民众和官员心理施加了影响，使民众和官员认为法律是有约束力的，从而使民众愿意以法律作为自己行动的指南；官员

在行动中适用法律因此，“法律的效力是以它所引起的爱戴和尊重为转移的，而这种爱戴和尊重是以内心感到法律公正和合理为转移的”

——付子堂：法理学初阶。北京：法律出版社，2021。【必读】

【案例研习】河南洛阳种子案

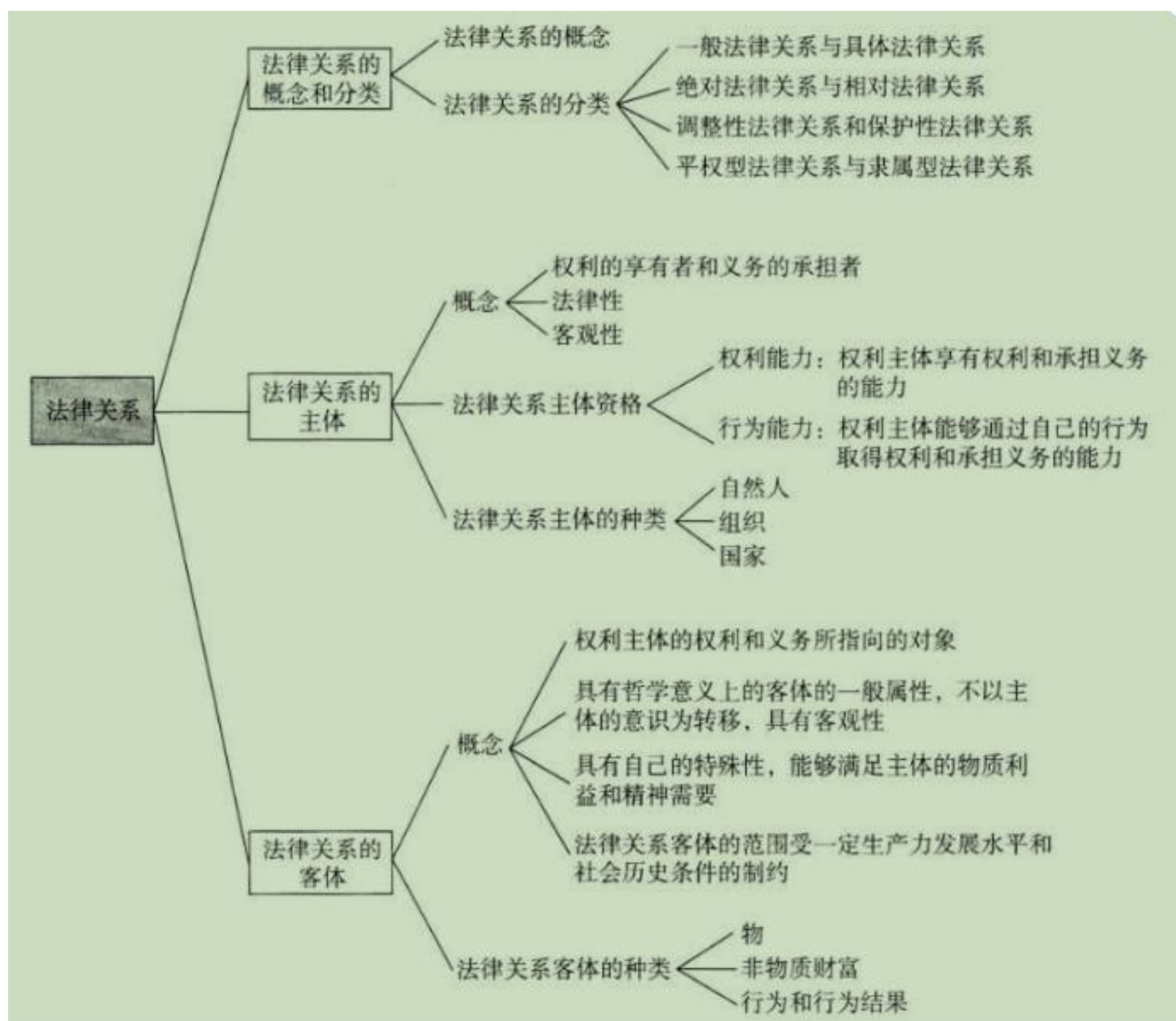
【案情】洛阳市汝阳县种子公司与伊川县种子分公司发生合同纠纷，洛阳市中级人民法院对此案进行审理。在审理过程中，伊川公司同意对汝阳公司进行赔偿，但在赔偿损失的计算方法上却与汝阳公司存在差异。关于赔偿损失的计算方法，汝阳公司认为，玉米种子的销售价格应依照国家《种子法》的相关规定，按市场价执行；伊川公司则认为，应当依据《河南省农作物种子管理条例》确定的政府指导价进行赔偿。

【判决要旨】承办法官、拥有刑法学硕士学位的**李慧娟**在提交审委会讨论后作出判决：《种子法》实施后，玉米种子的价格已由市场调节，《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规，其与《种子法》相冲突的条款自然无效，而河南省物价局、农业厅联合下发的《通知》又是依据该条例制定的一般性规范性文件，其与《种子法》相冲突的条款亦为无效条款。

【法理分析】按照法律效力等级的一般原理，上位法优先于下位法。当上位法与下位法冲突的时候，应当优先适用上位法。在本案中，《河南省农作物种子管理条例》是河南省人大常委会制定通过的地方性法规，《种子法》是全国人大常委会制定的法律。因此，从效力等级上来看，《河南省农作物种子管理条例》是下位法，《种子法》是上位法。《河南省农作物种子管理条例》规定玉米种子的销售价格按照政府指导价，而《种子法》规定玉米种子的销售价格按照市场价。由于《种子法》的位阶高于《河南省农作物种子管理条例》，所以本案中赔偿的计算方法应当按照《种子法》规定的市场定价。

【注意点】本案引发巨大争议的地方在于法官审理案件和撰写判决书的过程中，是否可以对《河南省农作物种子管理条例》中与《种子法》相冲突的条款进行效力宣告。李慧娟法官认为《河南省农作物种子管理条例》关于定价的条款因与《种子法》冲突而成为无效条款，这引发了河南省人大常委会的反对。河南省人大常委会认为这种做法是法官超越职权而对地方性法规进行司法审查，与我国的人大制度不符。支持李慧娟法官的观点认为《河南省农作物种子管理条例》与《种子法》相冲突的条款自然是无效的，李法官不过是基于《立法法》的相关规定宣布了这冲突结果而已，并不存在司法审查。

【第五章 法律关系】





【第一节法律关系的概念和分类】

一、法律关系的概念

在历史上，法律关系的观念最早来源罗马法之“法锁”（法律的锁链，*jurisvinculum*）观念。直到 19 世纪，法律关系才作为一个专门的概念而存在法学上，德国法学家萨维尼在 1840 年出版的《当代罗马法体系中第一次对法律关系 (Rechtsverhltnis) 作了系统的理论阐述，由此，法律关系就成为法学的专门理论问题之。萨维尼认为：“从现在的立场出发，对于我们而言，所有的具体法律关系就是通过法规则而界定的人与人之间的联系”。

【拓展】

法律关系具有一种有机的本质，此本质部分体现在相互包含、互为条件的组成部分的关联之中，部分体现在我们在它之内注意到的持续发展之中，体现在它产生和消灭的方式之中。在所有的既定情形中，法律关系这种生机勃勃的结构都是法实践的精神要素，并将法实践的高贵使命与单纯的机械主义区分开来，

而许多外行在法实践中只看到了此种机械主义。

——萨维尼：当代罗马法体系 I：法律渊源·制定法解释·法律关系，朱虎，译，北京：中国法制出版社，2010

【第二节 法律关系的主体和客体】

当规范将某个人的行为当作法律条件或法律后果时，意思只有这个人才有能力做或不做这行为；只有他才有“资格”（competence, 最广义的资格）只有这个有能力的和有资格的人作或不作时，才发生根据规范来说成为法条件或法后果的行为或不行为。【凯尔森】

【拓展】第一，动物作为法律关系主体的可能性。目前学术界普遍接受的是动物福利论。第二，关于胎儿和死者是否有权利能力的问题。第三，人工智能体作为法律关系主体的可能性。**人工智能是否应该被赋予法律主体地位？这在学界颇有争议。**有支持者认为，从人工智能的特性分析，其具有独立自主意识的智慧工具属性，享有权利并承担责任的独特特点决定了其具有法律人格。另有支持者提出，法律位格既然来自**法律拟制**，法律既然可以给团体组织构造出法律位格而出现法人制度，也可以给动物构造出法律位格而出现“动物审判”，那么未来的法律自然可以给智能机器构造出法律位格，只要这位格拟制能实现相应的法律目的即可。**有反对者认为，机器人更接近于动物而不是法人，赋予其法律主体地位既不可能也不可欲。**另有人认为，人工智能并不能获得法律人格，义务与权利的分离彻底排除了人工智能的主体性。

【小结】从上述观点可以看出，人工智能的自主意识和法律拟制的形式性是支持赋予人工智能法律人格的两个理由；反对者则从必要性和可操作性上予以反对。不过，对人工智能法律人格争议，最需要的是从其对人类主体性的威胁角度予以考虑。主张赋予人工智能法律人格者主要试图解决人工智能因其自主行为导致侵权的责任分担问题。如果纠缠于自主决定和责任分担，很难完全有效反对赋予人工智能法律主体地位，因为总是可提出些妥协性的解决方案，例如，可以赋予人工智能有限法律人格这种特别法律地位，亦可以资金账户等形式为人工智能承担责任建立基础。**真正的要害在于：赋予人工智能法律人格将直接威胁人自身。**如果说部门法的思维主要着眼于新兴事物的合理规制，那么法理学就必须从整体性的角度反思人类命运问题，以避免片面地危害人类的总体利益。**就此而论，赋予人工智能法律人格的问题需要以辩驳的方式进行论证，以澄清其中的争议，得出合理的结论。**

——陆幸福：人工智能时代的主体性之忧：法理学如何回应，比较法研究，2022

二、法律关系的客体

【拓展】张文显教授主编的法理学(2018年第五版)又增加了“人格”、“行为”、“信息”以及“其他客体”，于是法律关系的客体就包括：物；人身、人格；智力成果；行为；信息；其他客体（包括国家权力、企业等）。

【第三节 法律关系的内容】

【拓展】

道德意义、社会学意义上的权利与义务是权利和义务的初始形态，它们不依赖于法律而存在，是特定社会物质生活条件和文化传统下基于社会自由和社会责任的需要而产生的；通过国家的确认和保证，这种权利和义务就转化为法定的权利和义务，这便是法律规范中的权利和义务，它们是抽象的、应然的权利和义务。法律关系主体之间的法律权利和法律义务是法律规范所规定的法律权利与法律义务在实际的社会生活中的具体落实，这也体现了它们从法律规范转变为现实社会关系的过程，是法的实现过程。

【注意】

张文显教授主编的法理(2018年第五版)同样主张:“法律关系是法律规范作用于社会生活的过程和结果,是法律从静态到动态的转化,是法律秩序的存在形态。”

二、权利和义务【重中之重】

【义务本位 VS 权利本位】 奥斯丁等人则认为权利的本质是人们的利益通过义务得到保证。如边沁、奥斯丁、霍菲尔德、凯尔森等人主张义务优先,权利只不过是义务、允许、权力等法律概念的“反射”,只有在他人完成义务的前提下,才可能有权利;另外一些人,如麦考密克、拉兹、威尔曼等人则主张权利优先,有权利才可能有相应的义务,用现有的义务并不能穷尽权利,新产生的权利可以创造与之相应的新义务。美国学者德沃金的权利理论继承了这传统。

1、【拓展】权力与权利的区别:

1) 在中国现行宪法中,对中央国家机关使用了“职权”词,对地方国家机关使用了“权限”词,对公民则使用了“权利”词;

2) “权利”一词通常是与个人利益相联系的,但“职权”一词却只能代表国家或公共利益,绝不意味着行使职权者的任何个人利益;

3) 人们在讲权利时是指法律承认并保护法律关系主体具有从事一定行为或不从事一定行为的可能性,并不意味着法律要求他必须这样行为,与此不同,“职权”一词不仅指法律关系主体具有从这种行为的可能性,而且也意味着其有从事这一行为的必要性,否则就构成失职或违法;4) 国家机关的职权、权力是与国家的强制力密切联系的。

2、【拓展】权利的要素包括三种语义类型,即自由、请求权与权力。【难点】

1. 自由(liberty)。自由意味着行为选择,即权利人可以自主决定做或不做一定行为,不受他人干涉。自由并没有揭示出某个拥有自由之人应当做什么或在特定条件下该做什么,而只是表明了做某事的可能。法律自由往往表达就是这种可能,因为它涉及的是对行为选择的法律保护。注意:这里的“可以”指的是法律上的允许。

2. 请求权(claim)。请求权意味着权利人可以要求他人作出一定行为或不作出一定行为。运用上述符号,可以将请求权表述为:可以请求做或不做。这里的“可以”同样指的是法律上的允许。请求权可以被进一步区分为:

(1) 消极行为请求权。消极行为请求权又可以被分为三类,即不阻碍行为的请求权、不损害法益的请求权与不消除法律地位的请求权。不阻碍行为的请求权是指权利人有权请求义务人不得阻碍他实施一定行为,例如宪法上的选举、言论、出版、集会、结社、游行、示威、宗教信仰、劳动、休息、受教育、科学研究、文艺创作等基本权利。不损害法益的请求权是指权利人有权要求义务人不得损害他的合法权益。这种合法权益是广义上的权益,它包括权利享有者的属性、处境或其他相关权益。例如,宪法上基本权利享有者可能被侵害的属性包括“身体健康”“人格尊严”;处境的例子是“住宅不受侵犯”;其他权益如“通信秘密”“华侨的正当的权利和利益”“归侨和侨眷的合法的权利和利益”。不消除法律地位的请求权是指权利人有权要求义务人不得消除他的特定法律地位。这种请求权存在的前提是,一般而言,义务人相对权利人具有一种政治上的优势地位。例如,义务人的典型情形为“国家”,而权利人为这个国家的公民。

(2) 积极行为请求权。积极行为请求权又可以被分为两类,即积极的事实行为请求权与积极的规范行为请求权。积极的事实行为请求权的对象是一种事实行为。例如,合同缔约一方要求另一方按照约定转移

标的物，侵权法上被侵权人要求侵权人进行损害赔偿，宪法上贫困人员要求国家提供最低生活保障。积极的规范行为请求权只在公法领域有意义，因为它的义务人是特定的，即国家；它的对象也是特定的，即制定法律规范的行为。例如，言论自由要求国家提供新闻自由、出版自由的制度保障，学术自由要求国家提供教授委员会、学术委员会等组织保障和大学自治的程序保障，人身自由、住宅自由等要求国家提供刑法上的保护。制度保障、组织与程序保障、法律保护都离不开制定相关规范的国家行为，公民对这种规范制定行为的请求权就是积极的规范行为请求权。

3. 权力(power)。如果说自由和请求权指的是法律上的“可以”(may)的话，那么权力就意味着法律上的“能够”(can)。自由和请求权构成狭义上的权利的类型，权力则属于广义上的权利。权力意味着权利人能够通过其行为引发预期的法律效果。权力既存在于私法领域，也存在于公法领域。赋予“私人”的法律权力，即通过实施法律行为创设法律规范，如民法上所谓的形成权，也包括缔结契约权等。公法领域的法律权力，如通过起诉、上诉、诉愿或通过行使选举权来参与法律规范的创设等。诉权，即权利人认为自己的自由或请求权受到侵害时，启动国家诉讼程序来对义务人施加不法后果，就是一种典型的权力。由于权力与法律资格密切相关，相比自由或请求权处于更高的位阶（因为权力所创设之法律规范可以包含自由或请求权），所以在专业意义上，权力在广义的权利体系中更为核心。

——雷磊，法理学，北京：中国政法大学出版社，2019

三、权利和义务的关系【必背】

【拓展】义务的限度。(1)实际履行义务的主体资格的限制。例如，某人虽然按照法律应承担义务，但由于其不具备履行义务的行为能力，则权利人不得强迫该义务人履行义务。(2)时间的界限。义务在大多数情况下都是有一定的时效或时间界限的，超过了时效或时间界限，义务就不复存在例如，父母对子女的抚养义务通常应以子女达到成年为限(3)利益的界限。在权利和义务的资源分配上，既然权利人不可能永远无限制享有社会的利益，那么义务人也就不可能永远承担社会的不利和损害。要求义务人对国家、社会和其他人无限制尽义务，而漠视义务人所应有的正当权益，同样是违背事物的性质和正义原则的，也是非常错误的。正如权利人在享受权利时必须履行相应的义务样，义务人在尽义务时，也同样有自己的权利。

——舒国滢法理学导论，北京：北京大学出版社，2019

【第三节 法律关系的形成、变更和消灭】

法律关系的形成、变更和消灭的条件包括：法律规范加法律事实。

【案例研习】浙江乐清女孩乘网约车顺风车遇害案

【案情】浙江乐清警方接群众报警，称当天下午，其女儿即女孩赵某乘坐网约车顺风车前往永嘉，后失联。经全力侦破，网约车司机犯罪嫌疑人钟某在乐清一处山上落网。到案后，钟某交代了其对其实施强奸，并将其杀害的犯罪事实。

【判决要旨】温州市人民检察院对被告人钟某以故意杀人罪、强奸罪、抢劫罪从快提起公诉。温州市中级人民法院一审以故意杀人罪、强奸罪、抢劫罪，判处顺风车司机钟某死刑，剥夺政治权利终身。

【法理分析】该案关键在于，赵某失踪后好友联系该网约车平台，客服没有及时处理，使其错过了救援的最佳时机。事发当天，赵某的好友在多次联系赵某未果之后，分七次联系该网约车平台，平台曾表示“将有相关安全专家介入处理此事，会在一小时内回复”。随后一小时，好友多次向该网约车平台确认事情进展，该网约车平台一线客服反复回复“一线客服没有权限”，“在这里请您耐心等待，您的反馈我们

会为您加急标红”。即使在公安部门介入之后，客服依然没能做到及时有效的处理。最核心的问题是网约车平台公司和司机之间是种什么性质的法律关系，这将决定如何确定该案中相关主体的法律责任，

(1) 有些人认为，网约车平台公司和司机之间具有劳动法律关系，网约车平台公司和乘客之间具有运输合同法律关系。当司机因执行平台公司交给的工作任务而导致乘客或第三人损害时，乘客或第三人可依据民法典 1191 条的规定“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任”直接向平台公司主张侵权损害赔偿；在司机致乘客损害的情形中，乘客还可以依据运输合同关系向平台公司主张违约赔偿，从而发生侵权责任与违约责任的竞合，选择其一进行追责。

(2) 另一些人认为，网约车平台公司和司机之间具有民法典 809 条规定的居间合同法律关系，平台公司既不与司机构成劳动或雇佣关系，也不同乘客建立运输合同关系，而是由司机与乘客之间成立运输合同法律关系。当司机在履行与乘客之间的运输合同而造成乘客或第三人损害时，乘客或第三人可依据《民法典 116 条的规定“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任”直接向司机主张侵权损害赔偿。例如，北京市顺义区人民法院在(2017)民初 9825 民事判决中认定：被告某公司作为 App 运营商属于居间信息服务，刘某与某公司之间并不存在劳动或雇佣关系，刘某在接单过程中具有自主选择权，接单出车并不构成职务行为，平台公司不应承担侵权赔偿责任。

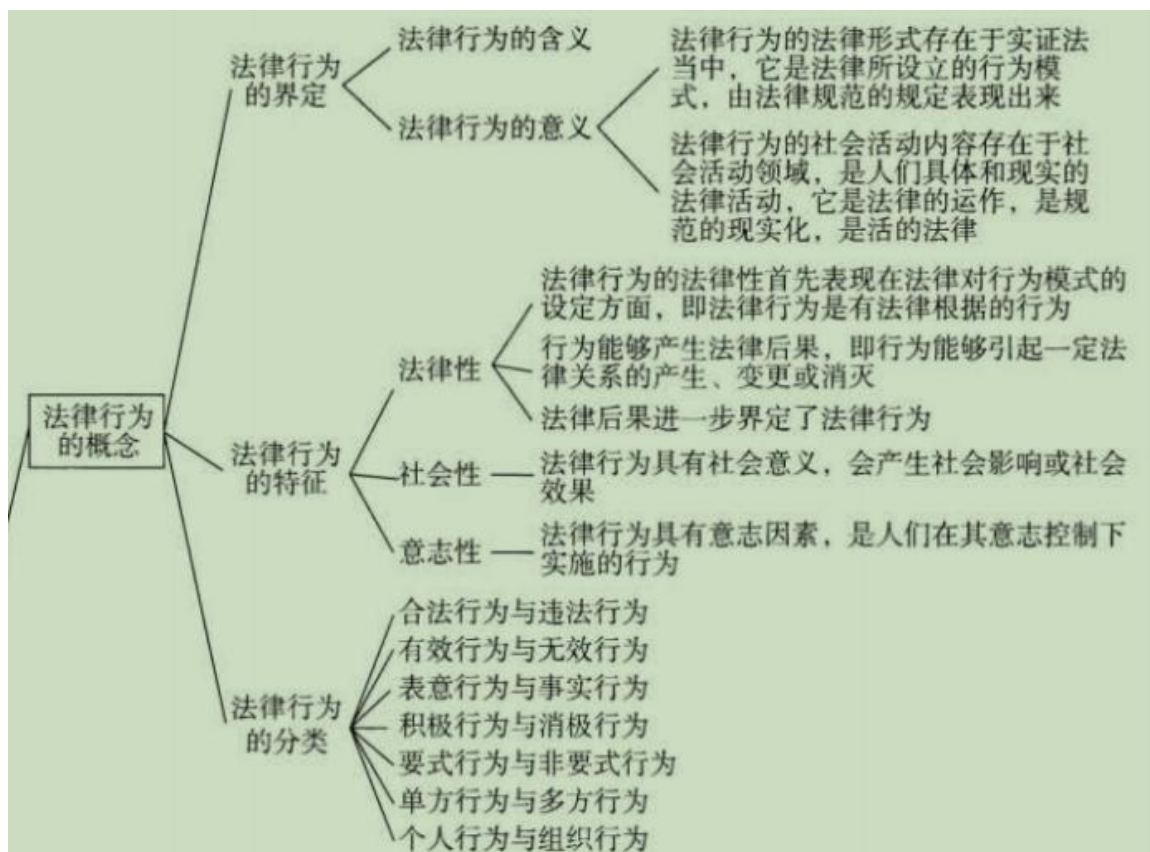
(3) 也有人认为，司机与平台公司之间既不是劳动法律关系，也不构成居间合同法律关系，而是成立民事雇佣法律关系，平台公司与乘客之间成立运输合同关系。当司机在按照平台公司要求从事劳务而导致乘客或第三人损害时，乘客或第三人可依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定“雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿”直接向平台公司主张侵权损害赔偿。司机有故意或者重大过失的，乘客或第三人还可以要求平台公司与司机承担连带赔偿责任在司机致乘客损害的情形，乘客也可以依据运输合同关系向平台公司主张违约赔偿，从而发生侵权责任与违约责任的竞合。例如，上海市杨浦区人民法院在(2017)民初 7068 号民事判决中认定：在提供运输服务的过程中，李某受某公司制定的计费规则、收益分配规则、服务内容、标准及服务质保障等规章制度的制约，本身并无议价权，其对运营唯一的投入是车辆，以付出的劳动获取相应报酬。故李某与某公司之间符合雇佣关系的一般特征，认定双方存在雇佣关系李某在履行职务过程中发生交通事故造成他人人身损害，应由某公司承担相应的侵权责任。

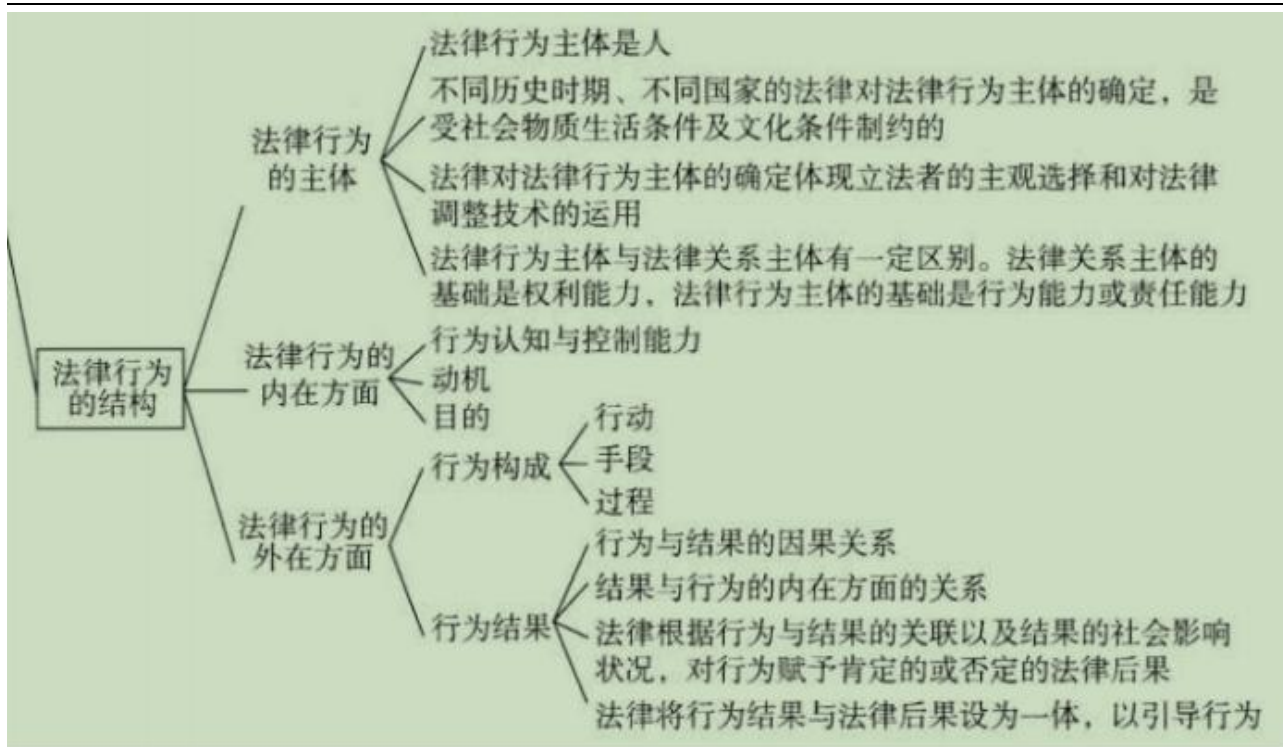
(4) 还有人认为，网约车平台公司与司机之间是挂靠法律关系，平台公司与乘客之间成立运输合同关系。网约车平台公司是开展租车业务的经营主体，司机因不具备经营主体资格而将其名下所有的车辆挂靠到网约车平台公司，以平台公司名义进行接单和开展具体租车业务，司机和平台公司之间符合挂靠性质的法律关系特征。在属于司机方责任的交通事故中导致乘客或第三人损害时，乘客或第三人可依据最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释条的规定“以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持”要求平台公司与司机承担连带赔偿责任例如，四川省中江县人民法院在(2018)民初 573 号民事判决中认定：被告林某与被告某公司签订的出行网约车承揽运输协议符合挂靠性质，不符合信息服务合同，应属挂靠协议，因此，被告中某公司作为被挂靠人应当依据最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释条的规定，对被告林某承担的民事赔偿责任承担连带责任。

(5) 还有人认为，平台公司与司机之间构成民法上的委托关系，平台公司是委托人，司机是受托人，平台公司与乘客之间成立运输合同。关系受托人的行为视同委托人的行为，行为结果也由委托人来承受。由于司机的接单拉客属于委托人即平台公司的履行运输合同的行为，其结果和法律责任应归属于平台公司，当司机在接受委托履行平台公司与乘客之间的运输合同而造成乘客损害时，乘客可依据民法典“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任”之规定直接向平台公司主张侵权损害赔偿。例如，杭州市上城区人民法院在其(2017)。民初491号民事判决中采纳了委托关系说。在该民事判决中认为：被告储某与被告某公司双方之间系委托代理关系，被告储某相应代理行为产生的民事责任应由被告某公司负担。

【小结】2016年，交通运输部、工信部等七部委联合颁布了《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》）。第16条规定：网约车平台公司承担承运人责任，应当保证运营安全，保障乘客合法权益。第18条规定：网约车平台公司应当保证提供服务的驾驶员具有合法从业资格，按照有关法律、法规规定，根据工作时长、服务频次等特点，与驾驶员签订多种形式的劳动合同或者协议，明确双方的权利和义务。因此，根据该办法规定，网约车平台公司与司机之间的法律关系并不属于劳动关系，除可以签订多种形式的劳动合同外，双方还可签订加盟合作合同、委托合同、劳务合同等多种民事合同。例如，网约车司机作为加盟商从事网约车平台公司授权的特许经营行为的，双方可以签订加盟合作合同；网约车平台公司与乘客订立运输合同后，委托网约车司机提供运输服务的，可以签订委托合同；网约车司机已达法定退休年龄的，网约车平台公司也可以与其签订劳务合同。此办法实际上确认了网约车平台公司与乘客之间成立承运合同法律关系，也确认了网约车平台公司与司机不能成立居间合同法律关系，因为这会与网约车平台公司承担承运人责任的规定相抵触。

【第六章 法律行为】【新增必考】





【第一节法律行为的概念】

一、法律行为的界定

1、萨维尼在 1840-1849 年间出版的八卷本当代罗马法体系中对法律行为作了系统论述，使之成为一个学理上更为严谨的概念。

2、【拓展】舒国滢教授主编的法理学(2019 年第三版)、雷磊教授所著的法理学(2019 年版)则从外文译语和历史源流上对二者进行了区分：民法上的“法律行为”，即“Rechtsgeschäft”，其准确汉译应为“法律示意(表示)行为”或者“(意思)表示行为”，它与“事实行为”处于同一位阶；法理学上所讲的“法律行为”应是各法律部门中的行为现象的高度抽象，德文名称对应着 *Rechtshandlung* (英文 *juristic act/legal act*)。从历史上来说，罗马法很早就形成了法律行为制度，但当时还没有作为一般概念的“法律行为”一词，而仅有“*actus*”(行为)和“*negotium*”(事务，交易，行为)，但它们都不是法律术语或技术术语。“法律行为”作为一般的法律概念的出现是近代的事情，1748 年，德国法学家内特布拉德开始将拉丁文“*actus iuridicus*”(法律的行为)和“*negotia iurica*”(法律的交易)引入法学理论之中。1798 年，历史法学派的先驱者胡果使用“*iuristische Geschäfte*”来表示“法律行为”。德国说汇纂“体系”(又称“潘德克顿”体系)创立人海泽明确使用了后被译作“法律行为”的德文名词“*Rechtsgeschäft*”，将它作为与“不法行为”(“不被许可的行为”或“侵权行为”)并列的行为类型，进而提出“法律行为的一般学说”。德国法学家萨维尼当代罗马法体系第三卷中，在“法律关系的产生消灭”之“法律事实”项下对法律行为概念作了系统论述。

【注意】萨维尼被认为是法律行为理论的集大成者。萨维尼提出法律行为的“意思学说”，将“法律行为”与“意思表示”相提并论。这一学说对后世民法理论及立法影响颇大。带有“意思自由”和“私人自治”印记的概念，在民法学上推导出一系列上位和下位的概念，构成一个非常精致的民法上的行为概念体系。按照萨维尼的说法，“意思表示”或“法律行为”作为“法律事实”应做如下理解：它不仅是行为人

的自由行为，而且其行为人的意思直接指向某种法律关系之生或解除，所以，其准确的含义是指“据以设立、变更或废止法律关系之人的意思表示”，这个意思表示的有效前提必须符合法律规定。在此意义上，民法上的“法律行为”只是“法行为”的一种特殊情形。

【小结】在法学上，应当有一个从一般意义上理解的“法律行为”概念，其所描述的是包括 *Rechtsgeschaf* 在内的一切有法律意义的行为现象。

二、法律行为的分类

根据行为主体的性质	根据行为主体的特征不同	个人行为、集体行为和国家行为
	根据主体意思表示的形式	单方行为与多方行为
	根据主体实际参与行为的状态	自主行为与代理行为
根据行为的法律性质的分类	根据行为是否符合法律的内容要求	合法行为与违法行为
	根据行为的公法性质或私法性质	公法行为与私法行为
	根据行为的实体法性质或程序法性质	实体法行为与程序法行为
根据行为的表现形式与相互关系的分类	根据行为的表现形式不同	积极行为与消极行为
	根据行为之主从关系	主行为与从行为

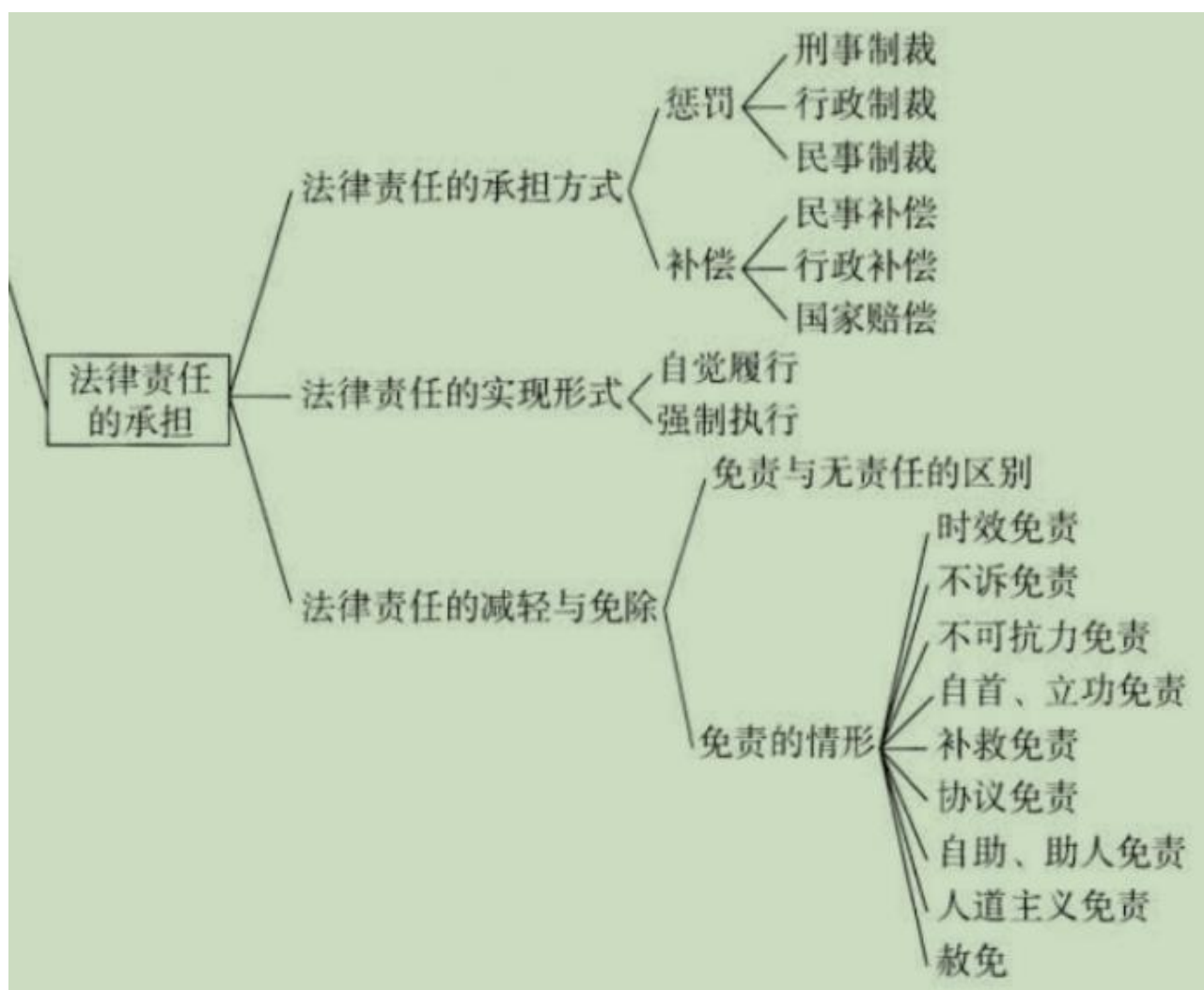
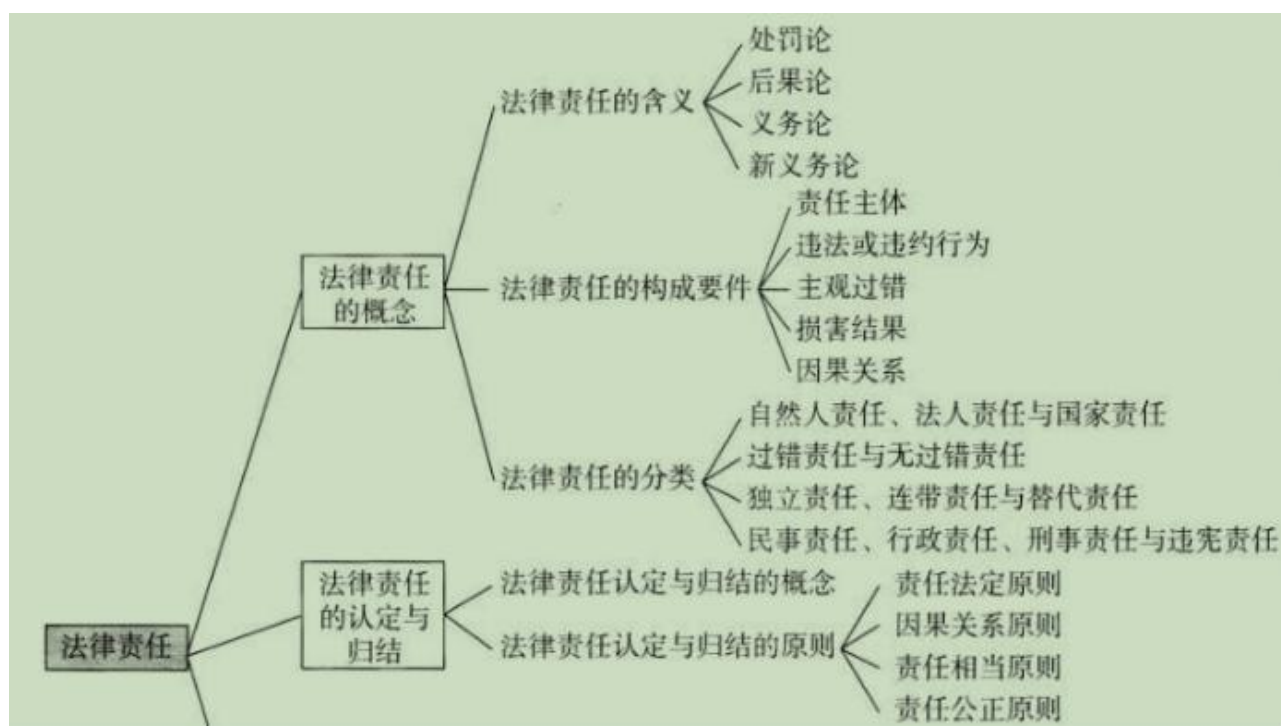
【注意】表意行为与事实行为的区分。表意行为指作出意思表示，法律后果依意思表示而产生的行为，其法律后果的内容是由意思的内容决定的，比如缔结契约的行为，公法上的行政决定、司法判决等行为。事实行为是指法律后果的产生不是因为意思表示，而是由于行为自身作为一种事实引起法律规定的法律后果，法律后果的内容不由意思设立而直接由法律规定，比如民法上的先占、拾得漂流物。

【案例研习】黄某诉马某侵害赔偿案

【案情】村民马某傍晚出门，见一头驴在自己家门前面徘徊，便上前仔细观察经过观察，马某确认这头驴不是本村村民所饲养的，因为担心意外，马某便将驴牵回了家中，并将其和自己的驴拴在一起饲养。第二天，马某便向村委会告知此事，商量寻找失主，并请到邻近村办事的人传话，请丢驴的人前来认领。但是，到了第五天晚上，这头驴咬断缰绳走失。事情凑巧，第六天下午，失主黄某即来认领。由于驴已不见，黄某便与马某交涉，并发生争执失主认为马某管理不周致其财产受损，将马某告到法院，要求赔偿损失。马某拒绝赔偿，并且提出反诉，要求黄某支付天的牲畜草料费和人工费。

【法理分析】一般而言，法律往往通过“可以做什么”的表述（可为行为模式）表达权利（包括权力）的意思，通过“应当做什么”（应为行为模式）、“必须做什么”（应为行为模式）、“不得做什么”（勿为行为模式）的表述表达义务（包括职责）的意思。

【第七章 法律责任】



【第一节法律责任的概念】

一、法律责任的含义

1、【拓展】法律责任的本质。

(1) 道义责任论。它是以哲学和伦理学上的非决定论亦即自由意志论为理论基础的。它假定人的意志是自由的，人有控制自己行为的能力，有自觉行为和进行自由选择的能力。由此推定，违法者应对自己出于自由意志而作出的违法行为负责，应该受到道义上的责难。如黑格尔宣称：行动只有作为意志的过错才能归责于我。

(2) 社会责任论。它是以哲学和伦理学上的决定论为理论基础的。它假切事物（包括人的行为）都有其规律性、必然性和因果制约性。由此推断，违法行为的发生不是由行为者自由的意志决定的，而是由客观条件决定的，因而只能根据行为人的行为环境和行为的社会危险性来确定法律责任的有无和轻重。确定和追究法律责任，一方面是为了维护社会秩序和社会存在；另一方面是为了使违法者适应社会生活和再社会化，这就是法律责任的本质。

(3) 规范责任论。法体现了社会的价值观念，是指引和评价人的行为的规范。它对符合规范的行为持肯定（赞许）的态度，对违反规范的行为持否定（不赞许）的态度。否定的态度体现在法律责任的认定和归结中，这种责任就是法律规范和更根本的价值准则评价的结果。因此，行为的规范评价是法律责任的本质。

【小结】上述三种理论各有其合理性与局限性。道义责任论正确地揭示了行为的主观因素的作用，却忽视了社会环境对行为的方式的巨大影响；社会责任论正确揭示了行为发生受制于特定的客观条件，却忽视了行为人主观因素的重要作用。从历史哲学和法律哲学的角度看，前者所理解的个人是脱离了特定社会关系和社会环境的孤立的个人，后者则完全否认了个人在社会整体面前的相对独立性和主观能动性。而规范责任论更加全面地对法律责任的本质进行了揭示。它强调了法律责任与体现价值标准的法律规范有直接联系。由于法律在评价行为时，不能排除对行为的主观因素和社会环境的考虑这样，规范责任论从研究法律责任的形式特征入手，有可能把法律评价、主观因素和社会环境者较好地统一起来

——张文显：法理学，高等教育出版社，北京大学出版社【必读】

2、【拓展】根据哈特的观点，“responslity”有四种主要类型：

(1) 角色意义的责任(Role-Responsibility)、

(2) 因果意义的责任(CausalResponsibility)、

(3) 能力意义的责任(Capacity-Responslity)、

(4) 法律上使用“liability”这个术语时所指称的那种必然责任(LegalLiability-Responsibility)。

具体说明。

(1) 角色意义的责任。该责任是指，在社会组织中，一旦某个人占有特定的地位或职位，就会有特定的义务附随于这个特定的地位或职位，来为他人提供福利或者以特定的方式促进所属社会组织的目标。如史密斯因其船长的身份，负有保护其船只和乘客的特定义务。哈特认为，一个人基于特定角色而从事的特定义务就是他的责任。

(2) 是因果意义的责任。该责任是指，某些有关责任的表达方式可被替换为因果关系的表达方式。史密斯船长的过度饮酒被视为导致船舶损失的原因。

(3) 是能力意义的责任。在我们说“一个人对他的行为负责”的时候，我们还常常表达了这个人具有

某些正常能力的意思。

(4)是法律上使用“liabty”这个术语时所指称的那种必然责任。该责任意味着，违法者在法律上必须受到惩罚或者必须做出赔偿。如对应刑法上或者侵权法上的责任。

——蔡宏伟，“法律责任”概念之澄清，法制与社会发展，2020

3、【拓展】责任与义务的区别【重点】

首先，义务与责任的相互“关联”概念分别是权利与权力。所谓“关联”的概念是指两个相辅相成、缺一不可的概念。与义务概念相对应的是权利，与责任概念相对应的是权力。而且，在权利义务关系中，权利义务是双向的、对等的，而在权力责任关系中，责任是权力强加的，是单向的。**其次，义务是当为，责任不仅是当为而且更是必为。**义务是应当的，义务之履行一般是自愿的，而非强制的，”是基于主体自我良心判断，或自我和社会对利益的共同（或趋同）判断”，因而义务可因权利人的弃权而不必履行；而责任是必须的，既是应当的又是必然的，责任之承担一般是强制的，而非自愿的，因而责任不能因权力行使的专门国家机关弃权而免除，而且这种弃权行为本身构成失职。**再次，义务产生拘束力，责任产生强制力。**义务”乃是保障人类之安宁，义务主体所应受法之拘束”。“保障人类之安宁”，“实亦为保护义务人自己应有之权利”。因而义务一般说来是义务人愿意遵守的，其产生的只是自我约束力，虽有一定的强制性而尤外在强制力，义务的领域容不得强制力的干预。而责任基于义务违反而产生，具有强制性，能产生强制力。法律的强制性集中体现为责任的强制性。正是因为这种强制性，法律“本身虽无强制力，而能产生外在之强制力”。责任的领域必有强制力的直接或间接的参与，否则就不是责任。**最后，义务只涉及本人的行为，其实现也须经义务人或其代理人的行为；而责任还可能涉及他人的行为，其实现也未必经责任主体的行为。**”责任与义务都涉及不法行为，但义务总涉及一个人本人的行为，责任却可以涉及别人所犯的不法行为。”如雇主对雇员受雇范围内的不当行为负责，监护人对被监护人的行为承担责任。

二、法律责任的构成要件【必背】

【拓展】

所有文明的刑罚制度都不只是依据这样的事实即应受惩罚的人实施了犯罪之外在的行为，而且也依据他是在某种心理或意志构成状态下实施的这一行为，来确定就无论怎样严重的犯罪应承担的受惩罚的义务。

——哈特，惩罚与责任，王勇等译，北京：华夏出版社，1989:108.

三、法律责任的分类

【拓展】公平责任原则。只有在双方当事人均无过错的情况下才能适用，双方当事人应当举证证明自己没有过错，法院应当对此予以认定。公平责任的源流可溯及 1794 年普鲁士民法典第 414 条，对儿童和精神病人的侵权行为，基于公平或衡平的特别考虑可以构成责任的充足理由。这种受自然法观点所影响的理论认为，某个穷人不能承受由某个万贯家财的精神病人对其造成的严重的人身伤害的损失。稍晚的 1811 年《奥地利民法典》第 1310 条作出了类似的规定。

从各国体现公平原则的法例来看，广义的公平责任条款根据实际的作用，可以分为以下三种类型：首先是特殊侵权责任类型，即在特殊侵权行为类型中适用依据公平原则减轻赔偿责任，适用范围受到法律明文规定的列举性限制；其次是减轻赔偿责任类型，本类公平责任的实质，是依据公平原则，在特定情况下对侵权损害赔偿责任的减轻；最后一类是般侵权责任基础类型，该类的主要特点是规定了具有普遍适用性的公平责任条款，条文自身就可以单独作为承担侵权责任的依据。由于我国《民法典》将公平责任确定为损失分担的一般规则，其本身具有被滥用的风险，因此，应严格规范公平责任的适用条件。

【第二节法律责任的认定与归结】

一、法律责任认定与归结的概念

【拓展】

以基因编辑为代表的基因工程技术、医疗性人工装置技术和人工智能技术构成了对自由意志的总体挑战，而自由意志是归责的基础，对法律责任的认定影响甚大。这些挑战多数是根本性的，而不是工具性的；因为它们不是自由意志的自然延伸，而是内在地参与了自由意志的形成。这些挑战在法哲学上可以分为两个方面：

一是现实挑战，即以基因工程和弱人工智能为代表的新兴科技引发了人类在自由意志方面的争议，最起码对人是否要承担法律责任产生了困扰；

二是终极挑战，即强人工智能体被认为具有和人一样的自由意志，能够成为法律主体，从而承担完全的法律 responsibility。这两类挑战，或者指向人类生物基础的自然性，而这种自然性尽管不为我们所完全掌握，但构成了法律上自由意志假设的最深刻的基础；或者指向人类作为唯一理性存在者的地位，从而创造出一种有别于人类的新型自由意志存在者。在这些挑战中，现实的部分构成了承担道德或法律责任的新的“宽恕”条件，可以适当减轻或免除不利后果；而未来的部分也值得认真对待，因为自由意志不仅关乎责任，也关乎人性尊严。因此，法律在回应挑战的同时，也应注意风险防范，并不是所有的挑战都应被允许，毕竟人类福祉本身才是科技发展的边际约束。

——朱振：归责何以可能：人工智能时代的自由意志与法律责任。比较法研究，2022【必读】

【第三节法律责任的承担】

【注意】我国刑法学界也多将正当防卫和紧急避险当作“违法阻却事由”，而非“责任阻却事由”。例如，张明楷主编的刑法学（法律出版社2021年第六版）将正当防卫和紧急避险当作“违法阻却事由”；马工程刑法学（上册·总论）》（高等教育出版社2019年版）和高铭暄、马克昌主编的刑法学》（北京大学出版社、高等教育出版2022年第十版）以及冯军、王志祥主编的《刑法学（清华大学出版社2019年第二版）都将正当防卫和紧急避险当作“正当行为”，不具备刑事违法性；曲新久主编的法学（中国政法大学出版社2016年第五版）则将其看作“正当化事由”。

【小结】许多论著和有些法规把未达到法定责任年龄、精神失常、正当防卫、紧急避险等不负法律责任的条件当作免除法律责任的条件。——张文显《法理学》第五版。【以他为通说】

【案例研习】西尔克伍德诉科尔一麦克基公司案

【案情】西尔克伍德在西马隆工厂被辐射。在她按照既定程序从手套式工作箱中取出手进行辐射检测时，检测设备显示她的左手、右腕、上臂、脖子、头发和鼻孔都受到了污染。她很快被送到隔离室，并进行了净化处置。第二天，西尔克伍德到达工厂，开始在实验室里做文书工作。离开实验室后，西尔克伍德对自己进行了检测，并再次发现了辐射。她再次被进行净化处置。当天早上提交的四份尿液样本和一份粪便样本也被高度污染。该公司怀疑污染已扩散到工厂之外，于是指示一个净化小组到她的公寓。西尔克伍德的室友，该工厂的另一名员工，经检测也受到了污染，尽管辐射程度不如西尔克伍德。然后，净化小组对公寓展开了检测，发现其中几个房间都有辐射，尤其是浴室、厨房和西尔克伍德室的污染程度比较高。西尔克伍德公寓中的辐射程度如此之高，她的许多个人物品不得被销毁。她本人也被送到实验室，对她重要器官的辐射程度进行检测，检测表明，她的肺部也遭到了辐射。西尔克伍德决定将这切公之于众。但

那天晚上，她在一次与本案无关的车祸中丧生。她的父亲比尔·西尔克伍德以其遗产管理人的身份提起诉讼，根据俄克拉荷马州法律的普通法侵权法原则，请求对卡伦·西尔克伍德因为辐射而遭受的人身损害和财产损失进行赔偿。

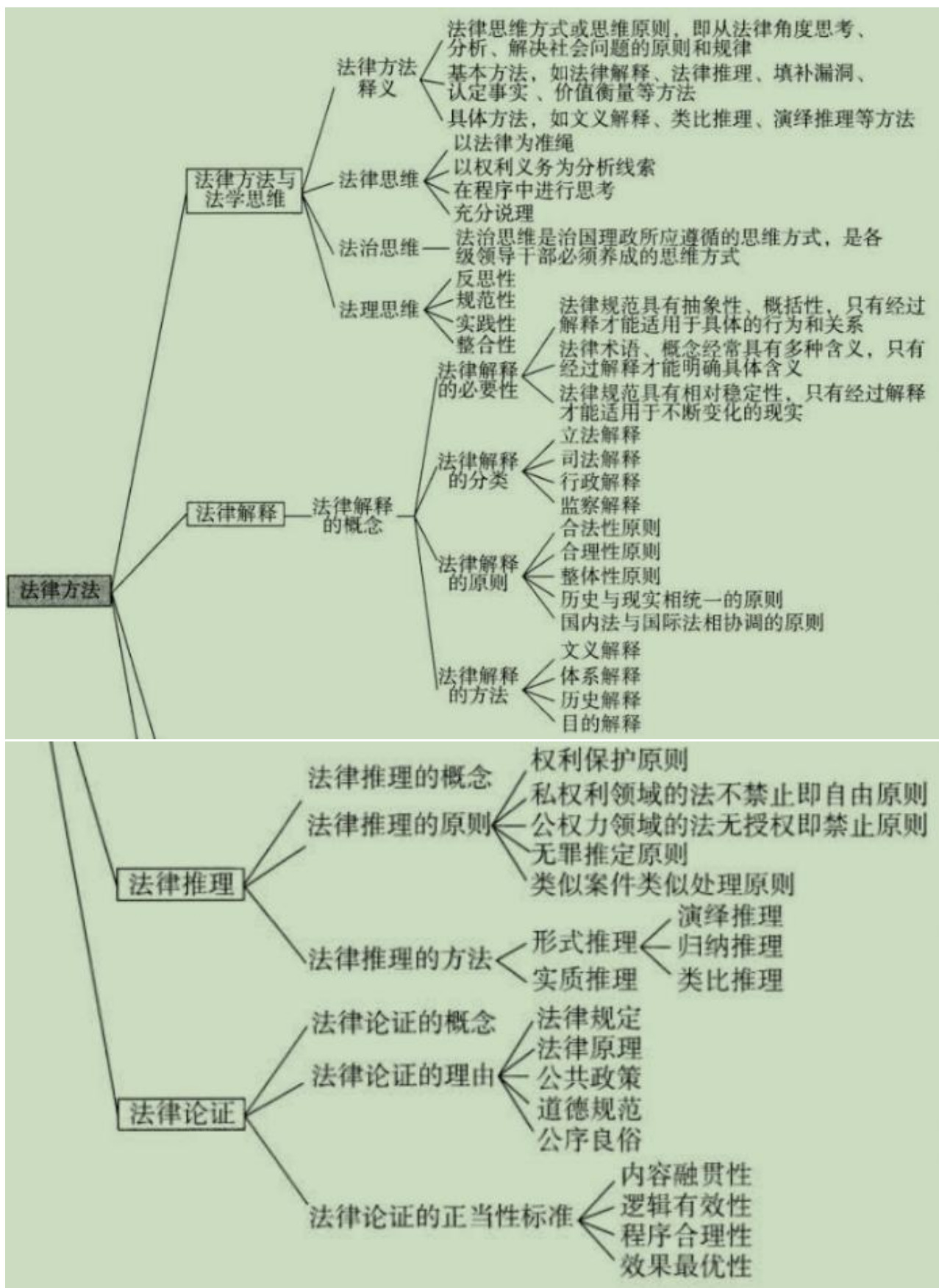
【争议点】其一，关于归责原则的问题，原、被告就该高度危险行业适用严格归责原则争议不大，主要的争点在于谁应当就铀如何跑出来的这一点承担证明责任，被告方提出，原告应当对此承担举证责任，而原告认为他们没有证明的义务。其次，严格责任并非绝对责任，美国法允许加害方通过证明损害是由于受害人的过错、第三人的过错以及自然原因造成了损害而减轻或免除责任。因此，科尔麦克基公司一直在试图证明卡伦·西尔克伍德受到辐射是因为“她有意把这个东西从工厂拿出来了”。其三，关于适用惩罚性损害赔偿金的问题。原告方主张 1000 万美元的惩罚性损害赔偿金，以“制止那些错误的、粗劣的、蓄意的、鲁莽的、残酷的行为”，使美国工人不再“因受欺骗而失去生命”。对犯法者的惩罚有利于这个社会，但被告方提出抗辩，认为这种惩罚性损害赔偿金实在过重了，不利于美国核能工业的发展生产的发展是美国社会所需要的。

【判决要旨】初审法院裁定，科尔麦克基公司并没有证明这次污染是发生在西尔克伍德工作过程中的，因此，法院指示陪审团对这次人身损害赔偿不得根据俄克拉荷马工人赔偿法进行裁决，这一法案是为工作过程中遭遇到的意外人身伤害进行赔偿的唯一救济渠。但是，法院要求陪审团根据严格责任和过失的理论对这些诉讼请求进行裁定。法院还指示陪审团就惩罚性损害赔偿金问题进行裁定。最后陪审团给出了自己的裁定，科尔麦克基公司承担损害赔偿金 50500 美元、惩罚性损害赔偿金 10000 美元。在联邦法院的上诉审判中，损害赔偿金被减至 1000 美元，并完全撤销了惩罚性损害赔偿金。但 1984 年美国联邦最高法院重新恢复了初审的裁定，并且在判决中规定“美国核能管理委员会设置安全标准的绝对权威并不能阻却对该州侵权赔偿法律的适用”也就是说，即使科尔一麦克基公司的相关举措完全符合美国核能管理委员会设置的安全标准，也不能就此主张自己可以就俄克拉荷马州侵权赔偿免责。1975 年科尔麦克基公司关闭了它的核燃料工厂，1994 年美国能源部报告称西马隆工厂已经得到净化并退役。

【法理分析】在该案中，生产打磨铀燃料棒的活动显然构成异常危险活动，可以适用美国法上基于异常危险行为的严格责任，而且被告并没有证据证明原告在该事件中也存在过失，也没有提出其他免责要求，因此，被告的任不应当被减轻。

严格责任是指当被告造成了原告的某种明显的损害，即应对该损害负责，而不管行为人主观上是否存在过错。与严格责任相对应的是过失责任，被告造成了明显的损害，且须有故意和过失。本案所涉及的是美国法上基于异常危险行为的严格责任，是指从事对周围环境具有异常危险的行为时所承担的尤过错责任，在大陆法上被称为“危险责任”。在我国《民法典》中被称为高度危险责任。所谓异常危险行为，在美国的司法实践中一般是指“那些在那个时间、地点和环境下被认为是不寻常、很危险的行为，不管行为人多么谨慎和小心，都不可能排除它给人或财产带来严重伤害的可能性”该活动构成异常危险活动需要满足以下两个条件：该活动是一种可预见的、非常明显的产生实质性损害的危险，并且该危险不能通过合理的注意而予以避免；该活动不是一项经常进行的活动。可以说，绝对责任是程度最严格的责任形式，它的适用不受被告人主观上是否有罪过的限制。严格责任不是绝对责任，严格责任主要考虑的是被告的行为与损害之间的因果关系。虽然严格责任的免责条件也是严格的，但也并不是不可抗辩的。如果原告对异常危险行为实质性损害的发生也存在过失，那么由于原告的过失所造成的那部分损害，被告不用承担赔偿责任。这一条实际上确认了原告的过失为被告减轻责任的事由。

【第八章法律方法】



【第一节法律方法与法学思维】

一、法律方法释义

1、在德国法学传统中，通常治学的方法只有一种即法教义学的方法（法学方法），也就是法律解释、漏洞填补等方法因此，在这个意义上，法学方法也就是法律方法。

【拓展】张文显教授主编的《法理学》（2018年第五版）中强调了法律方法的个基本特征：法律方法是法律人思考和解决问题的职业方法；法律方法是根据法律理念、原则和规则思考和解决问题的方法；法律方法以司法实践问题为导向。

【拓展】

如果考察一下法律方法在宪法更迭或政治更迭中的作用的历史经验，就可以明显地看出其批判功能。任何以研究法律规范的历史和规范目的为出发点的方法论将不可避免地促使该方法的适用者面临是否有意识地背离立法初始目的的冲突局面。可见，他自己是清楚对法律的背离和更换评价标准的。他必须说明，为什么要背离，为什么要使新的价值标准有效；他看到自己正在转变法的价值。反之，任何放弃探求立法确定的规范目标的人，就意味着他有意识地选择了方法上的“盲目飞行”。他放弃去认识对法意志可能的背离加强在历史上。不断丰富的法律方法意识具有法律实践与宪法政治的意义，但是这一点常常被低估。科学认知的可靠性及其成果对社会的有用性在很大程度上取决于科学自身是否有能力并准备认识并纠正自身的弱点和缺点。

——魏德士. 法理学. 丁晓春, 吴越, 译. 法律出版社, 2005 **【细读】**

二、法律思维【新增】

【拓展】全世界的法学院都号称教学生如何“像法律人那样思考”。法学院认为，学习法律的主要目的并不在于掌握堆积如山的法律规则，因为法律规则远非三年法学教育所能教完的。更何况，学生在法学院中学到的许多法律规则在他们从事法律实务时都会发生改变。法学教育也不在于告诉学生在法庭上该站在哪里或者怎么写一份遗嘱，因为对于这类技巧，相比于大学，学生在实务中会学得更好。了解些法律规则、掌握一些法律职业技巧对于胜任法律实务来说当然很重要，在法学院学习期间当然也能有效地积累起一部分知识，但真正能将法律人和其他人区分开来的标准，在于能否掌握一些论证和决策的能力，它们笼统地被称作法律推理。所以，法学院坚决认为，即便确实传授法律规则和实践职业技巧，但最重要的使命是通过训练让学生掌握法律论证、法律决策和法律推理的技艺。

——弗里德里克·肖尔. 像法律人那样思考：法律推理新论. 雷磊, 译. 北京：中国法制出版社, **【必读】**

三、法治思维【新增】

【拓展】第一，法治思维是受规范和程序约束、指引的思维；第二，法治思维在现阶段主要是指限制、约束权力任意行使的思维；第三，法治思维在价值追求上是种趋于实现公平、正义，保护权利、自由的思维；第四，法治思维是理性思维，是讲究逻辑推理、修辞论辩和解释技术的思维方式。

四、法理思维【新增】

【拓展】张文显：法理思维的基本特征。首先，法理思维包容了法律思维和法治思维。其次，法理思维是借助综合因素进行的整全性思维。最后，法理思维还具有重要的社会整合功能。

- 一、法理思维生成“规则”“合法”“正当”“三维融合的法学思维新体系。
- 二、法理思维促成“明法”“人情”“说理”三元共建的法治实践。
- 三、法理思维彰显“公正”“人权”“和谐”三位一体的法的核心价值

【第二节法律解释】

一、法律解释的概念

【拓展】【法无解释不得适用】

第一，法律解释有利于实现立法的目的，发挥法律的社会效果；第二，法律解释有利于克服机械适用法律，保障法律的准确适用；第三，法律解释有利于保障法律适用的统一性；第四，法律解释有利于约束法官的自由裁量权，保障法官依法公正裁判；第五，法律解释有利于保障人们行为的合理预期，实现法律的安定性。

二、法律解释的原则

【拓展】主观说（原意说）与客观说（文本说）之争。解释的对象是“承载“规范意义的制定法文本，解释就是要理解这种意义。如果我们从文义入手，那么“解释”就是将已包含于文本之中，但被遮蔽的意义“分解”、展开并且予以说明透过解释，这项意义就可以被“谈论”，也就是说，它能以其他词语更清楚、更精确地表达，并且能够被用于交流。**解释过程的特征是：解释者只想谈论文本本身，并不想添加或忽略什么东西。**当然，我们很清楚，解释者绝不只是纯粹被动地作为……在事前对要处理的事物一无所知的人面前，文本什么都不会说。**它只向对它提出正确问题的人作答。**要适用某制定法的人必须先将未经加工的案件事实，转化为最终的案件事实之后，才能提出问题。**为了以正确的方式提问，他需要了解制定法的语言以及规范所在的规则体的结构关联至少是以提问的方式，解释者不可能不涉入解释结论的形成中，因为提问方式同时也限定了可能的答案。**稍后我们会看到，法院对规范所作的每一个新的解释，就其会产生范导作用而言，也会改变实际的规范适用，也就是说会改变规范的实践。**然而，一般情况下这并非解释者的意图；他只是想认识，按照正确的理解，规范”原本要表达的内容”。他不只想提出他的解释，也想给出规范本身、规则体的关联结构所要求的解释；他意图借着自己的陈述，让规范”自己开口”。**这是我们采取的出发点；至于仿佛在解释者背后，悄悄地通过将经过解释的规范作为事实上适用的规范而可能导致并且经常导致的变化。

19 世纪后半叶的法哲学和方法论文献中，关于制定法的解释目标已经形成两派观点：一派是“主观理论”或“意志理论”，认为制定法之解释应以研究立法者的历史一心理意志为解释目标；另一派是“客观理论”或称制定法内在意义理论，该理论以阐明制定法本身内在固有的意义为制定法解释的目标。主观解释理论的代表人物有温德沙伊德和比尔林，某种意义上菲利普赫克也属于这一阵营，而客观解释理论的代表则有科勒、宾丁以及瓦赫，后期代表人物有拉德布鲁赫、绍尔和宾德尔。这两种理论学说的对峙在当代仍在继续，甚至在同一本著作中以及各高等法院之间也存在这种情况。

第一，主观说。法律解释的目标应当是探求历史上的立法者事实上的意思，即立法者在制定法律时的意图和目的。这种观点得以形成的理由是：首先，法律语词中表达的明确的含义就是立法者所要表达的意思，反过来说，立法者为什么要通过严格的立法程序制定法律，是因为立法者想利用法律来给社会传达自己的意愿，那么法律解释就应该严格地将立法者所要表达的真实的意思揭示出来，即回到立法者的本来意图和目的中去。其次，立法者真实原意的**寻找是可能的**，因为立法原意的探求不仅可以依靠法律语词本身，而且借助制定法律时依据的历史材料能较客观地回溯到立法时的意思本身所以，可以通过对法文献加以研

究去探求历史的事实最后，尤其基于对权力分立和制衡原则的坚持，必须回到法律制定者的本来意思表达中去，因为立法者的意思是法律适用的决定性因素。如果放弃这一点，让适用法律的人根据自己的立场来解释法律的话，那么法律可能会被滥用，因为适用法律的人由于法律解释的原因又成为制定法律的人，这是现代三权分立的政治体制最不能容忍的

第二，客观说。法律自从颁布时起，就脱离了原有的立法机关成为一个独立的客观存在物，因此具有自身的含义，**法律解释的目标就是探求这个内在于法律的意旨**。这种观点形成的理由是：首先，由于在实际的立法过程中存在不同的立法主体，存在不同的主张和观点的争论，往往一个法律条文或一个法律规范本身就是不同立法意志妥协的产物，因而，人们很难确定谁的意图在最终意义上是主导某个法律规定或某个法律的，甚至也很难说清楚某个法律条文是哪些立法者的共同的意思表示。**也就是说，真正的独立的立法者是不可能存在的，那么，探究立法者的单纯的立法意图也是不可能的。****其次，更为重要的是法律一旦被制定出来，不会像人们想象的那样还会附属于立法者，相反，法律是脱离了立法者，成为一种具有自己品质的客观存在。**同时，即使存在立法者定的意图，而且这种意图可以通过立法文献来被辨识和取得，但它已经不具有立法上的效力，而仅仅是对立法历史过程的一种推测。更何况，在一个法治国家，人们所要遵守和追求的是客观的法律文本本身，不可能是主观的立法者的意图。**最后，由于法律的经验品质的要求，坚持从文本来解释法律，可以很好地使法律本身能够适应发展变化的社会生活，这样法律才能真正取得良好的社会效果，实现法律解释的补充和创造法律的功能。**

【小结】两种学说都只包含了部分真理，因此都不能毫无保留地接受。主观理论的真理性和法律法则与自然法则不同，它是由人类为人类而创造的，它表现了立法者创造某种满足正义可能性和社会需要的秩序的意志。制定法背后隐含了立法参与者追求的某种确定的调整意图、价值、欲求以及对于事理的考量。正如我们的法秩序要求的“受制定法的约束”（基本法 20 款、第 97 款），不仅指受制定法文本约束，也包含受制定法立基于其上的（立法当时的）法者的价值评价和意图的约束。**但这还不是全部。而客观理论的真理性就在于制定法一旦开始适用，就会发展出自身特有的实效性，其将超越立法者初的意图。**制定法涉入的是法者当时不能全部预见的丰富多彩且变动不居的生活关系；它必须对一些立法者根本没有考虑到的问题做出回答随着时光流逝，它仿佛逐渐发展出自己的生命，并因此远离它的创造者最初的想法。就此而论，制定法与其他精神作品并无不同。**它存在于时间中并与时俱进。**纯粹主观的解释理论不能切合此事实，相应地，制定法解释的目标最终只能是确定制定法在现今法律上的标准意义，也就是确定制定法的规范性。而只有同时考虑历史上的立法者的调整意图以及其具体的规范立场，而绝不可能完全独立于它，如此才能确定制定法在法律上的标准意义。

【注意】根据不同的法律解释目标学说，法律解释方法的优位顺序也可能是不同的通常来说，主观说的方法次序是：语义学解释、发生学解释、体系解释（广义）、客观目的论解释；而客观说的次序是：语义学解释、体系解释（广义）、客观目的论解释、发生学解释。

——卡尔·拉伦茨，法学方法论黄家镇译，商务印书馆，2020.

四、法律解释的方法

【拓展】法律解释方法【拉伦茨】【细读！】

第一款：字义。

任何文本的解释都始于对文义的解释。我们将文义理解为某一措辞或者文字组合在一般的语言用法中应该具有的意义，或者是按照言说之时的特殊语法组成之语句的意义，**在这里指的是相关制定法的特殊语**

言用法。之所以首先考虑从语言的用法开始，是因为能够假定：想说点什么的人通常都会用能让他的意思被人理解的方式来运用语词。立法者常运用一般的语言是因为一般而言，立法是要适用于国民的，因此希望他们能够理解法的含义。此外，立法者还广泛地运用法学专业术语，借此他能够进行更精确的表达，而不用作很多繁琐的说明。同样，这些专业术语也常以一般的语用法为基础，因为法律是适用于所有人，进而涉及所有人，故而不能放弃最低限度的可理解性。在涉及一般人的领域，也就是说，在日常事务领域，法律语言已成为一般用语的组成部分，即便它的使用未必如此精确。借此，每个人拥有了接进入法世界的通道，又由于现行法秩序社会环境的一部分，为了熟悉社会环境，人们也需要这样一个通道。因此，制定法的语言不能像其他一些科学类的语言那样如此远离一般的语言用法。法律语言是一般语言的特殊运用，但绝不是与后者完全脱离的符号语。就像我们再强调的，这意味着：法律语言不能达到像符号语那样的精确度，它的措词表达总是需要解释。

第二款：制定法的意义脉络。

按照语言用法，某一术语有多种意义变化时，一般情况下可从其身处的脉络关联中获知在当时情况下应该选择哪种意义，即便这种选择未必总是最终精确的。正如对某段文的理解可以从文本的上下文脉络来确定，制定法中某个语句或者表达也可以以同样的方式从制定法的意义脉络来理解。这里涉及的与前述所谓的“诠释学上的循环”的最简单形式并无不同。制定法多半是由不完全法条，即说明性的、限制性的或指示参照性的条文所组成，它们需与其他条文结合才构成个完整法条，或者相互结合成一个规则体。人们只有视其为规则体的组成部分，才能获得个别法条的意义。因此，意义脉络标准首先考虑文本的上下文，这是理解任何具有意义关联性的谈话的基础。此外，这标准也指规则体内部各个条文在条理上的一致性，进而包括对制定法的外部安排及其赖以为基础的概念体系的考虑。然而，这些对于解释都只有有限的价值。只有当人们追溯到制定法的、制定法赖以为基础的决定性的价值决定以及原则构成的“内部”体系时，才能全面地、完整地理解法的意义脉络。

第三款：历史上的立法者之调整意图、目的及规范立场

如果根据一般语言用法或制定法特殊的语言用法获得的文义、根据制定法意义脉络以及根据其赖以为基础的概念体系所得出的解释结果，仍然包含不同的意义。可能这种情况经常会出现会发生下述问题：哪种解释符合的立法者的调整意图或者其特有的规范立场。因此，正如我们在一开始就强调的，在明确制定法规定的规范性标准意义时，必须考察解释的“历史”因素，特别是立法者的调整意图以及立法者基于此调整意图明确追求的价值决定，这两者对法官而言仍然具有约束力的准则，即便法官还是可以借助目的论解释或者法调适规则以适新的、立法者未曾预见到的新环境或者对制定法进行补充。无疑，这里马上就碰到这样的问题：当我们追问“立法者”的意志或者其规范立场时，谁是“立法者”呢？

第四款：客观的一般目的论的标准

在很多情况下，即便不是所有情况下，立法者通过制定法实现的的就是法的客观目的，例如：保卫和平、公正解决争议、在尽可能周全地考虑处于竞争关系的各种利益的基础上实现法律调整的均衡性。此外，我们要求法律调整应符和实际情况。只有当人们假定立法者有这样的意图，才有可能通过解释在具体的个案中得“恰当”的解决方案。

——拉伦茨，法学方法论，黄家镇译，商务印书馆，2020【必读！】

4、【拓展】各种解释标准之间的关系。【难点】

（1）根据一般语言用法获得的文义构成解释的出发点，同时也构成解释的边界。因为在可能的文义

范围之外，即使借助“扩张”解释也不能与可能的文义相一致的，也就不能作为制定法的内容来适用。通常而言，文义并不总是清晰明确的，相反，存在意义变化的空间。经常有人断言，清晰明确的表达方式无须再作解释。这种观点具有误导性，因为除了数字和专有名词外，大多数日常生活用语甚至制定法用语都是不明确的。确信已经从文义“明确地”得出某种意义，这本身通常已经是一种解释的结果。通常，只要不能从其他标准得出制定法已偏离其特有的语言用法的结论，制定法的特殊语言用法就应优先于一般言用法。当按照制定法的特殊语用法已足以确定文字表述的意义时，就只需明确制定法的语言用法，并且确定制定法没有偏离其固有的语言用法，解释就可以结束了。这里还可以考虑的就只有法的续造，假如前提条件具备的话。但是，一般而言，预定的制定法的语用法还存在不同的意义可能；那么其他标准在此时就往往具有决定性的意义。

（2）要理解某个术语或语句在其所处的文本关联结构中的特定意义，制定法的意义脉络、文本“上下文”就是不可或缺的。这一点也适用于制定法的特殊语言用法以及确定制定法有没有偏离此用法的场合。此外，人们可以预期：处于同一规则体中的不同规范在事理上应相互一致。因此，有疑义时，个别规范的解释应采用能取得事理一致性的方式进行，而关于这种法律规定在事理上的脉络关联的说明可以从制定法的外部体系以及其赖以为基础的概念体系中得出。但是，后两者的作用不能被高估，因为制定法未必固守外部体系，同时这些规定也不能或者不完全能被纳入概念体系之中。

（3）假如制定法的可能文义及其意义脉络仍然有做不同解释的空间，则应优先采纳最能符合立法者的调整意图和相关规范之目的的解释（历史的目的论的解释）。立法者的调整意图和目的可以得自于立法当时的历史情境，特别是动机，立法者宣示的意图，官方的立法理由说明以及规则体的内容。如果规则体本身明确地取向于某种目的的原则上，法官在解释制定法时应受制定法的目的以及制定法赖以为基础的立法者价值决定的约束。

（4）与此同时，法准备工作和起草工作的参与者的规范立场则不具有这种约束力。可以从草案、会议公告和立法理由中获得具体的规范立场而言，它们对规范内容的理解仍是极有价值的辅助材料。但是它们通常非真正的立法者，因此对解释者没有约束力。进而言之，由于它们一般情况下只涉及规范和规范适用情况的某一个方面，而不是所有方面，基于此，解释者经常不得不超越它们。

（5）如果迄今已经列举的标准仍不够用，解释者就不得不追溯到客观的目的论的标准，即便立法者很可能没有完全意识到这些标准。此类客观的目的论的标准，一方面指涉规范领域的事理结构，另一方面指涉法秩序内在固有的法律原则的事理结构。此外，正义的命令（被相同评价的事物应相同处理）要求尽可能避免评价上的矛盾，因此，解释者应在可能的文义和（文本上下文的）意义脉络范围内，给予那种足以避免法秩序内部评价矛盾的解释以优先地位。

（6）对解释具有特殊意义的是具有宪法位阶的法伦理原则“合宪性”解释要求。在根据文义和脉络关系可能得出的数个解释中，应给予那种符合宪法原则、因此能够持续采用的规范解释以优先地位。在具体化宪法原则时，法官应尊重立法者的优先权。在宪法性原则的具体化有多种可能性的场合，从事解释的法官应当尊重立法者享有的具体化宪法性原则的优先权。如果宪法性原则的具体化容许有多种方案，只要立法者选择的方案处于立法者被容许的具体化操作空间之内，那么法官就应受该选择的约束。这种具体化工作不论是由立法者，还是由法官当他进行“合宪性”解释时来做，都必须始终留意诸宪法原则之间的相互关系，它们能相互补充，但也会彼此限制据此，可能的文义和上下文脉络主要承担限制性的功能。

——卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇，译。北京：商务印书馆

【第三节法律推理】

一、法律推理的概念

【拓展】由必然推理向辩证推理发展的原因在于：“并不是所有知识都是可以证明的”，我们并不总能得到其真实性不容怀疑的必然前提，然而人类对知识的追求又不甘停顿下来，因此从人们普遍接受的意见（前提）出发进行的推理就是辩证推理。这种推理形式，一般运用在作为推理的前提不可靠、缺乏必然性的场合。由于前提不可靠，所以，这种推理的结论也不一定必然可靠在人们的日常生活中，这种推理运用得更为广泛不过这个意义上的推理，人们有时候更愿意适用论辩、论证一词来表示。

——葛洪义．法律方法讲义．北京：中国人民大学出版社，2009

二、法律推理的方法【必考点】【博登海默】

1. 形式推理，又称分析推理，是指运用演绎推理、归纳推理和类比推理解决法律问题的方法

(1) 演绎推理。法院有可以适用的法律规则和原则（大前提），也有通过审理确定的、可以归入该规则或原则的案件事实（小前提），由此法院可以作出个确定的判决（结论）。

【注意】演绎推理，也叫涵摄(subsumption)，是指将特定事实(S)，置于法律规范的要件(T)之下，以获致一定的结论(R)的一种思维过程。其中法律规范是大前提，特定的案件事实是小前提，结论是一定的法的效果的发生。根据德国法学家拉伦茨的表述，法律适用的逻辑结构，可以表示如下 $T \sim R$ （当具备的要件时，即适用的法的效果） $S = T$ （特定的件事实符合的要件） $s \sim R$ （特定案件事实适用得到法的效果 R）

(2) 归纳推理。从特殊到一般的推理，即从个别知识推出一般知识的推理活动。在法律推理中，归纳推理是在没有现成的对号入座的法律规则或原则的情况下，法院从以往的判例中总结出法律规则或原则的活动。

【注意】归纳推理的思维模式：F1 导致了结果 S, F2 导致了结果 S, F3 导致了结果……Fn 导致了结果 S, 而且 F1, F2, F3……Fn 又具有共同的特征 F, 因此，可以总结出个普遍性的规则：导致结果 S。

(3) 类比推理。在法律推理中，法院有时可以在确定两个案件的事实存在相似性的情况下，推定两个案件适用的法律以及判决结果也应相似。这就是所谓的“类似案件，类似处理”。

【注意】在遵循先例的英美法系，司法判决的法律推理采用的是类比法律推理。其特征是从案件到案件，坚持同样的案件同样判决。若用分别表示两个不同的事物，用 a_1, a_2, a_n 分别表示事物的不同属性，类比推理的形式可以表示为：A 有属性 a_1, a_2, \dots, a_n , B 有属性 a_1, a_2, \dots, a_n 所以，B 也有属性 b. 类比法律推理必须将问题案件与先例进行比较，找出其相同点与不同点，并且判断其重要程度。

【拓展】类比法律推理遵循三个必要步骤：(1) 识别：寻找待决案件的相关判例作为基点；(2) 区别：区分相关判例与待决案件的基本事实的相同点和不同点；(3) 判断：判断相同点与不同点的重要程度，并作出裁决。

2. 实质推理又称辩证推理，是指在法律适用过程中，面临两个或两个以上相互矛盾的法律命题时所进行的选择和权衡过程在处理疑难案件时，法官要对各种价值进行平衡和选择，适用在特定问题上价值优越的法律规范。【如载着孕妇闯红灯。】

【注意】司法过程中的辩证推理一般产生于下述具体情况：1) 法律没有明文规定，但对如何处理存在两种对立的理由；2) 法律虽然有规定，但它的规定过于笼统、模糊，以至可以根据同一规定提出两种对立的处理意见，需要法官从中加以判断和选择；3) 法律规定本身就是矛盾的，存在两种相互对立的法律规定，

法官同样需要从中加以选择；4) 法律虽然有规定，但是由于新的情况的出现，适用这一规定明显不合理，即出现合法与合理的冲突，如安乐死问题等。在上述情况下，由于缺乏必要的确定的大前提而无法使用形式推理，法官必须根据特定的价值观和法律信念进行推理，其往往从法理、政策、公共道德、习俗等方面出发，综合考虑与平衡，在相互冲突的价值之间确定处于优先地位的价值。尽管法官在选择时难以避免情感因素甚至偏见的影响，但是，只要制度本身是完善的（特别是高度健全的法律程序），法官的选择基本上就是理性的。同时，法官的选择客观上还要受到自身经验的约束，并不总是服从目的论原则，故将辩证推理等同于非理性主义是很不恰当的。

——张文显：《法理学》，高等教育出版社，北京大学出版社。

3、【拓展】设证推理（又称溯因推理）。它是由美国实用主义哲学家皮尔斯创立的一种逻辑形式，这种推理从已知的某个结果出发，试图确定与其相关的解释，所以常常被称作**寻求最佳解释的推理**（*inference to the best explanation*）。例如，早晨我们发现门前的草坪是湿的，而且知道，如果在晚上天天下雨了，草坪就会湿。此外，**皮尔斯给出的一个案例：（1）所有从这个口袋拿出的菜豆是白色的；（2）这些菜豆是白色的；可得出结论：这些菜豆是从这个口袋里拿出的。**

【注意】设证推论是一种效力很弱的推论，但是它在法律适用的过程中是不可放弃的。原因很简单，任何法律人在听到或看到一个案件事实后，马上就会凭自己的“法感”或“法的前理解”假设一个对该案件的处理结果，然后根据这个假设寻找法律，最后确定合理的、有效的法律决定。这就是说法律人在其工作过程中必然会运用到设证推理。相反，如果没有这种假设，法律人就只可能漫无计划、漫无目的地查找法律，看能否找到个适当的规定。

4、【拓展】类推（比较）。类推比归纳和设证还要不确定、大胆和有风险。主要是类推程序的有效性所依赖的两个因素。第一，为了扩展比较的基础，人们必须尽可能地出示许多案例；法律人也很尽力这样做，但大多数人无意去强调类推。第二，类推的有效性相当根本地取决于比较点的选择，而且取决于确定被比较者之特征。**比较点的确定主要不是根据一个理性的认识，而是很大程度地根据决断，因而取决于权力的运用，而这绝大部分都未被反思过。**因此，比较点的选择而定，可能会得出完全对立的结论：**类推适用或者反面推论。**

——阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社

【第四节法律论证】【新增必考】

一、法律论证的概念

1、关于法律论证，自从德国法学家阿列克西的法律论证理论被舒国滢教授等人引介到汉语世界以来，已经成为法律方法的重要内容。

2、法律适用在本质上是一种“说理”和“论证”的活动。

特点：第一，法律论证是通过语言来进行的一种正当化活动；第二，法律论证是一种合法性、合理性、正性的证明，而不是一种“真/假”的判断；第三，法律论证存在法律活动的一切场景，但对司法过程中的判断决定的论证尤代表性；第四，法律论证作为种实践理性活动，跟司裁判的性质相契合；第五，法律论证体现了论证结论和论证过程的统一。

3、【拓展】法律逻辑学、论题学和修辞学

法律逻辑学发展成一门独立学科，涉及以形式逻辑工具分析法律语言和法律思维。从 20 世纪 90 年代

早期出现“人工智能和法律共同体”以来，这一努力获得了新的动力。法律论证理论的第二个先驱学科，应该提到法律论题学，它自然和“特奥多尔·菲韦格”的名字不可分地相连。在其1954年第一次出版的经典文本《论题学与法学》中，菲韦格追溯了一份古代“被遗忘”的遗产，也就是由亚里士多德所建立的论题学。最后，作为法律论证理论的第三位先驱学科要提到的是自20世纪中叶以来发展出的一般修辞学。图尔敏对论证理论的归属性是显而易见的“新修辞学”。

——京特·克罗伊斯鲍尔，法律论证理论研究史导论。张青波，译。

二、法律论证的理由

1、法律论证的理由：“作为理由之治的法治”

(1)法律规定：最具权威性和说服力(2)法律原理：作为法律职业共同体集体智慧的结晶，法律原理往往是法律职业者进行法律论证时所偏好的理由；(3)公共政策；(4)道德规范；(5)公序良俗。

2、【拓展】法律论证能之不能。

法律论证之不能：(1)法律论证不能确保法律决定唯一正确；(2)法律论证不能形成绝对共识；(3)法律论证不能产生普遍说服；(4)法律论证不能主导法律决定的形成过程。

法律论证之能：(1)法律论证能增强法律决定的正当性；(2)法律论证能使法律决定更易于为人接受；(3)法律论证能增强法律体系对社会的适应性；(4)法律论证能规范、评价法律人的说理。

——杨贝．法律论证的能与不能．华东政法大学学报，2017

3、【拓展】最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》（摘引）

一、裁判文书释法说理的目的是通过阐明裁判结论的形成过程和正当性理由，提高裁判的可接受性，实现法律效果和社会效果的有机统一；其主要价值体现在增强裁判行为公正度、透明度，规范审判权行使，提升司法公信力和司法权威，发挥裁判的定分止争和价值引领作用，弘扬社会主义核心价值观，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，切实维护诉讼当事人合法权益，促进社会和谐稳定。

二、裁判文书释法说理，要阐明事理，说明裁判所认定的案件事实及其根据和理由，展示案件事实认定的客观性、公正性和准确性；要释明法理，说明裁判所依据的法律规范以及适用法律规范的理由；要讲明情理，体现法理情相协调，符合社会主流价值观；要讲究文理，语言规范，表达准确，逻辑清晰，合理运用说理技巧，增强说理效果。

三、法律论证的正当性标准【必背】

1、内容融贯性；

2、逻辑有效性；

3、程序合理性：不论在什么场合中进行，法律论证都要遵循相应的程序规则 and 标准，包括地位平等、程序公正、辩论公开、回避原则等；

4、效果最优性。

5【拓展】内部证成与外部证成。内部证成处理的问题是：所欲证立的法律命题是否从为了证立而引述的前提中逻辑地推导出来，外部证成的对象则这些前提本身的确性或可靠性问题。

【注意】内部证成主要实现的是可预测性的要求，而外部证成主要实现的是正当性的要求。一个正确的裁判结论是从正确或可靠的前提出发，经由合乎逻辑的推导过程得出的结论，这样才能同时满足依法裁判与个案正义的目标。内部证成涉及的是从既定法律论证前提中推导出作为结论的法律命题的逻辑有效性问题。一个论证，当前提皆为真或正确时，则其推出的结论也必为真或正确。涵摄推理就是确保推论有效

性的理性形式，即内部证成的逻辑形式。外部证成的对象即内部证成所使用的两个前提：法律命题与事实命题，外部证成就是对这两类命题进行证成。

(1) 法律命题的证成。其核心在于：如何证明裁判者所找到的法律命题是正确适用于当前案件的大前提？

第一，当去哪里寻找大前提？对于裁判个案的法官来说，适用当下案件的法律规范并不是给定的，而是需要他自己去寻找。【找法】这里遇到的第一个问题就是：他可以用来证立裁判结论的大前提可以从多大范围的权威性材料里寻找？这就是“法的渊源”理论。

第二，大前提与小前提之间存在缝隙怎么办？有时候，法官在特定的法源范围内找到了一个可以直接适用于当下个案的法律规范，却发现这个法律规范（法律命题）与对个案事实的描述（事实命题）无法直接衔接起来。这是因为法律规范具有一般性，它是面向不特定的主体和不特定的情境来制定的，在这一过程中，它会“抹去”许多个别化的细节，而仅在构成要件中保留那些类型化的特征并赋予其法律后果，但个案事实总是具体的、细节化的。所以，必须有一套能够将抽象的法律命题与具体的事实命题衔接起来的方法，那就是“法律解释”理论。

第三，找不到可直接适用的恰当大前提怎么办？有时候，法官在法源范围内找不到一条可以直接适用当下个案的法律规范用于裁判案件，但又不能以“法无明文规定”为由拒绝案件的审理。这就造成了两难的困境：一方面是不能拒绝裁判，另一方面则是缺乏明确的裁判依据。此时我们说法律出现了漏洞，也就是应当规定而没有规定的情形对这情形，在不同性质的案件中，法官应采取不同的办法：如果涉及的是刑事案件，那么基于“罪刑法定”这刑法领域的最高准则，法官须以“法无明文不为罪”为由宣告被告人无罪，此时涉及的为“不可填补的漏洞”；但如果涉及的是民事案件，法官则需要运用特定方法去填补漏洞这就涉及“法律漏洞的填补”理论。

第四，可适用的大前提在个案中会产生明显不公正的后果时该怎么办？有时候，法官在特定的法源范围内找到了一个可以直接适用当下个案的法律规则，但是会产生明显不公正的后果。也就是说，个案事实从语义层面上确定地属于法律规则之构成要件的外延（或者说，属于该构成要件之概念的肯定域），但是从评价的层面来看，其后果却普遍地被认为不能接受。例如，“公园内禁止驶入机动车”的例子中，如果发生的个案事实是：有辆救护车被阻止驶入公园，这辆车上载着生命垂危的病人，公园的后边有一家医院，公园很大，绕道会浪费时间，最快捷的方式就是让救护车穿过公园将病人送往医院从语义的层面看，救护车无疑属于“机动车”，因而“公园内禁止驶入机动车”这一规则也适用千本案的情形；但从评价的角度来看，如果不让救护车驶入（过）公园，就有可能耗费宝贵的抢救病人生命的时间，导致其死亡在这里，语义层面与价值论层面发生了冲突对此，裁判者不能停留诉诸直觉的方式来抛开可适用的规则，而是必须有一套帮助说理和论证的方法，这就涉及“法律修正”理论“法律漏洞的填补”理论与“法律修正”理论合称“法的续造”理论。

【注意】之所以称之为“法的续造”，是因为“造法”原本属于立法者的当然任务，而在这两种情形中，因法律沉默或者对于个案明显不当，法官不得不接替立法者的任务接着造法，它们已经超越了纯粹的法律适用活动。

(2) 事实命题的证成。在外部证成中，事实命题证成的核心问题在于：司法裁判所要采纳的小前提（即案件事实）是什么？案件事实的形成是一个复杂的问题。作为法论证之小前提，它并不等同于现实世界中发生的事，而是一种语言陈述（所以称为“事实命题”），并且，裁判者不仅使用日常语言进行描述，

还要使用法律语言（具有法律意义的语言）进行加工和剪裁，最终成为写进裁判文书中的恰当的“案情”为此，一方面，要区分事件与事实。事件是实际上发生的某种状态或过程，而事实是用语言陈述出来的对象；另一方面，在形成命题时要处理个不同层面的问题：

第一，我们要用日常语言描述出，在现实世界中实际发生了什么。我们如何对生活事实诸要素选择重构出具有法律意义的事？如何对具有法律关联的事实要素进行判断、评价和认定？事实的认定是个关涉法律规范并综合运用经验法则、自然法则、证据规则、诉讼规定的过程，通过这一过程最终形成的关案件事实的命题才是法律论证的小前提。——雷磊．法理学．北京：中国政法大学出版社

【参考文献】

1、卡尔·拉伦茨．法学方法论．黄家镇译．商务印书馆，2020【必读】

2. 克莱默．法律方法论．周万里译．法律出版社，2019.3【必读】

3、齐佩利乌斯．法学方法论．金振豹译，法律出版社，2009.4.

4、阿列克西法律论证理论．舒国滢译，商务印书馆，2019【必读】

5、阿尔尼奥．作为合理性的理性：论法律证成．宋旭光，译北京：中国法制出版社，2020。

【案例研习】于某某盗窃案

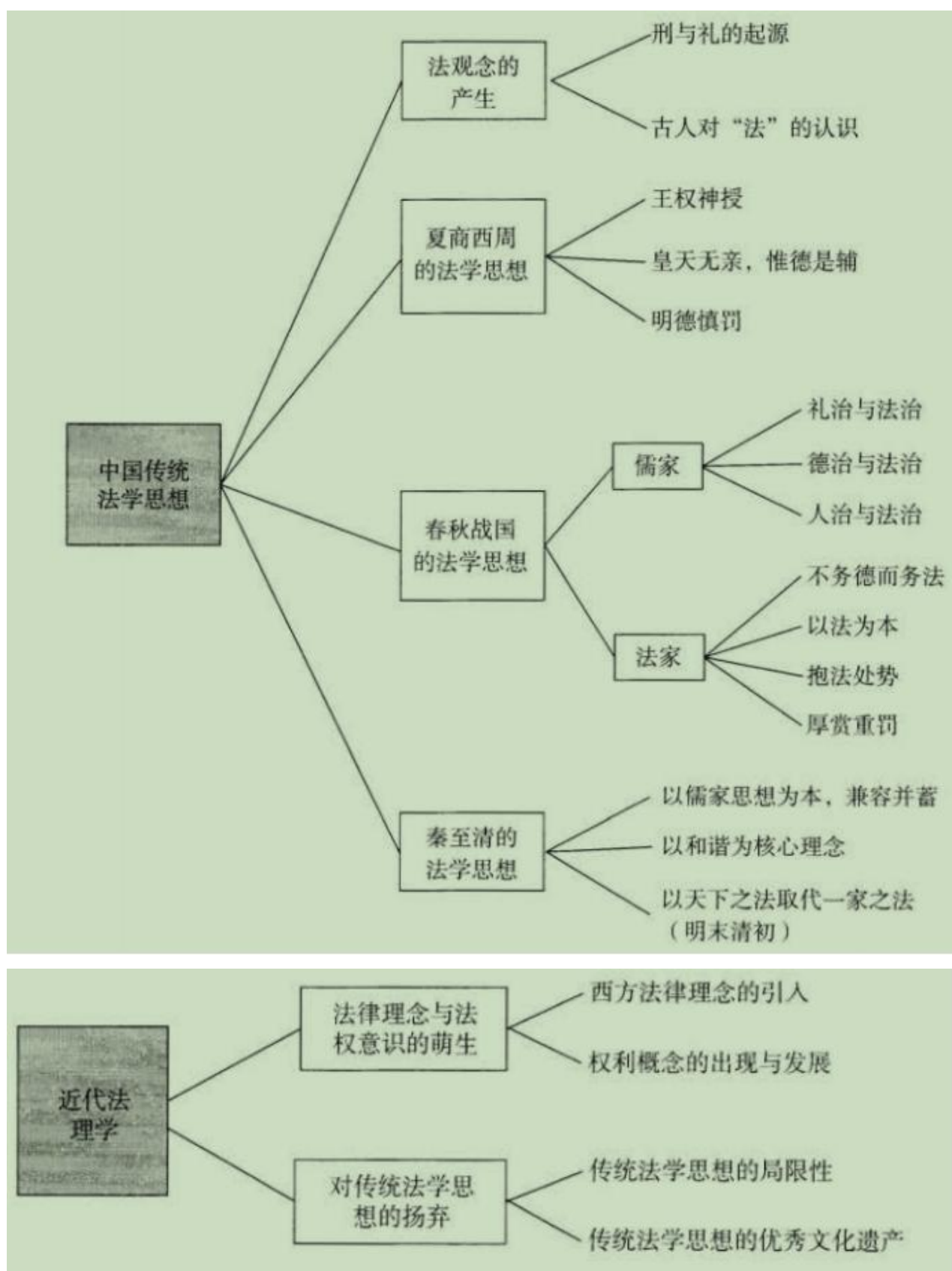
【案情】一方面，于某某的行为构成盗窃罪，因为犯罪的主客体不存在问题。被告人达到法定责任年龄，也具有刑事责任能力，侵犯的客体是银行财产权被告人利用机器故障，通过存款方式占有银行资金时，银行并不知晓其非法占有的目的，也不知道存款最后被非法占有的情况，即构成秘密窃取。另一方面，应当对于某某科以较轻处罚，因为于某某主观恶性较轻，作案方式平和，案发概率极低，且被告早年生活困苦，以他的受教育水平对犯罪缺乏足够认识。

【法理分析】法律人在组织论据时应遵循两个基本准则：

第一，论据应具有法律意义。这是指法律人提出的论据应当能够产生相应的法律后果，而是否能够产生法律后果的判断标准又在于法律。通常而言，具有法律意义的论据可以划分为以下种情形：1)作为论据的法律规范，比如本案援引的刑法 264 条之规定；2)通过与法律规范融合得出的法律判断，比如本案法官认为于某某的行为构成秘密窃取；3)通过植入法律规范而获得意义的判断，比如关于 ATM 机是金融机构组成部分的判断，关于身份公开性不等于行为非秘密性等。

第二，论据应具有相关性。论据具有相关性是论据能够对相应论点提供支持的前提条件，也是论据产生法律意义的重要条件。然而，论据是否具有相关性在实践中往往存在争议以本案为例，被告人以非暴力的形式获取钱财、被告人家境贫寒、初小学历是可以成为其从轻量刑的理由，就存在争议

【第九章 中国社会主义法理学的历史文化基础】



【第一节中国传统法学思想的形成和发展】

【小结】礼以“别”为本，以差等著称；法以“齐”为本，以公平闻世。礼的差等式的规范与法的公平性的衡是矛盾的，但又具有统一性，因为礼与法不仅同源，而且都以维护等级特权秩序为目的。正由于法

合于礼，才有可能引礼入法，礼法结合。中国古代的法律文化，礼制为体，法制为用，出礼入刑，礼法结合。以礼入法，使法律道德化，法由止恶而兼劝善；以法附礼，使道德法律化违礼与违法同受刑责不仅与西方法律文化迥异，也与印度、巴比伦的法律文化有别礼与法结合，可以推动国家机器有效地运转，安定统治者所惬意的社会秩序，而且适合于中国固有的文化传统与民族心态因此，礼法的结合和互补构成了中国古代法律文化的核心。

——张晋希论中国古代的德法共治。中国法学，2018

【法律儒家化】

1、自汉初至清灭亡，以儒家学说为主的法律思想始终占据主导地位，与大一统的思想相辅相成。以儒家学说为主的法律思想经历了秦汉礼法合一（儒法合流）的探索时期、魏晋礼法合的发展时期、隋唐礼法合的法典化时期、宋明清礼法合一由完善走向僵化的时期。

2、明末清初以“天下之法”取代“一家之法”的主张（黄宗羲、顾炎武、王夫之等）。黄宗羲提出以天下之法取代一家之法，是他批判专制主义范畴中的个组成部分。这种反专制主义的法律观不仅洋溢着反专制主义的斗争精神，也是那个时代的特定产物。

【第二节近代法理学的探索与变革】

【拓展】“法权”和“民权”释义。

“法权”就是“法律”和“权利”的组合。由于起源于拉丁语的欧陆语言中，表示“法”的词汇（如拉丁语 jus, 德语 recht, 法语 Droit 等）兼有“权利”的意思，所以在中文翻译时就兼采了两种含义，译作“法权”。德国法律思想传统中有所谓“主观法”和“客观法”的区分，其中“主观法”指的就是“权利”（也有译为“主观权利”的）。这也说明了权利与法律的密不可分。有谚语云：“权利是主观的法律，法律是客观的权利”，就是这个意思。

另一个是民权”。中文中的“民权”与古罗马的“市民权”不同，它是与“君权”相对立的表述。在西方法律思想传播至日本和中国的过程中，两国的进步人士意识到，引入“权利”思想首先要反对的就是君主专制的权力，因此翻译为“民权”，就是为了突出权利的享有主体是“民”，而不是“君”；法律和宪法是保护人民的权利和限制君主的权力的如果要在英语上找一个对应词的话，那就是“civilright”。

——王人博。民权词义考论。比较法研究，2003

二、对传统法学思想的扬弃

(1)民本思想与民权和民主。“以民为本”的民本思想在一定程度上对统治者的统治提出了正当性要求，这种思想与强调人民至上的现代民权和民主思想有很多暗通之处。(2)古代法治思想与现代法治。中国古代的法治思想（尤其是法家的法治思想）与现代法治并不完全相同，但其对法的性质的认识及其主张的某些执法、守法观念（如“刑无等级”“法不阿贵”）与现代法治的要求基本相似。(3)儒家德治思想与现代法治。儒家主张的“德治”对道德能起到的引导和制约统治者的作用寄予过高的期望，但它倡导的多种治理模式相结合、综合治理的治国方式值得肯定（如“道之以德，齐之以礼，有耻且格”强调道德教育在法治社会促使人们遵纪守法、预防犯罪方面的作用；再如“为政在人”“唯仁者宜在高位”说明，即便在法治社会，有权力的人的道德素质也是至关重要的）(4)和谐思想与现代法治。和谐思想在立法和执法时注重“天理、国法和人情”，注重司法的教化功能以及社会效果，值得现代法治社会借鉴。

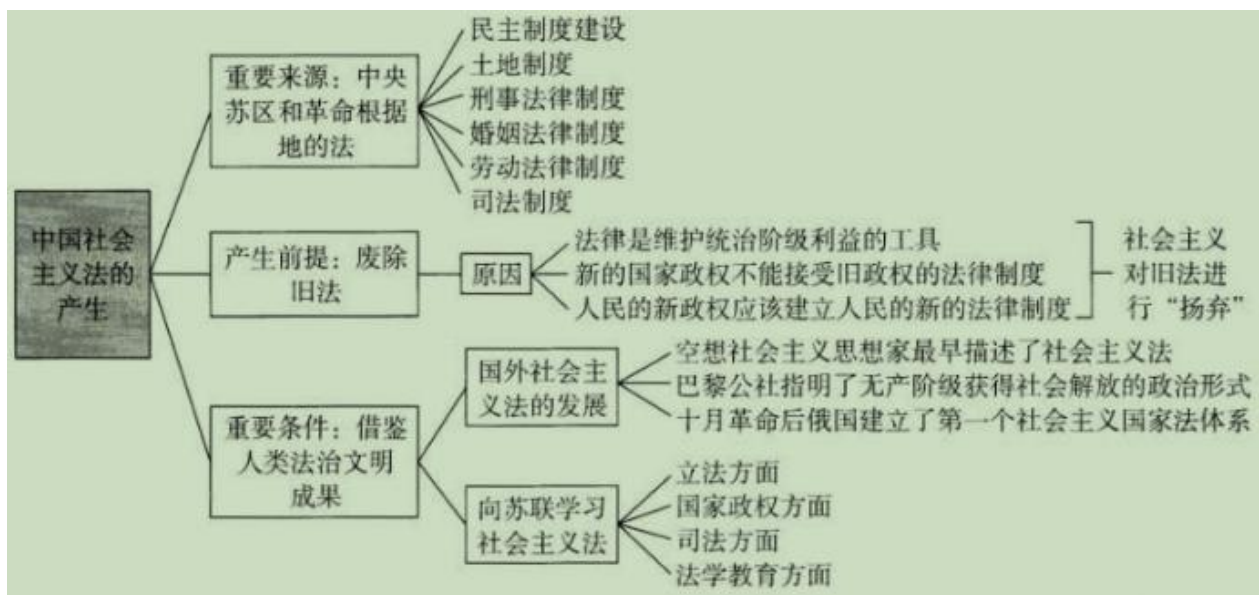
【案例研习】“常回家看看”第一案

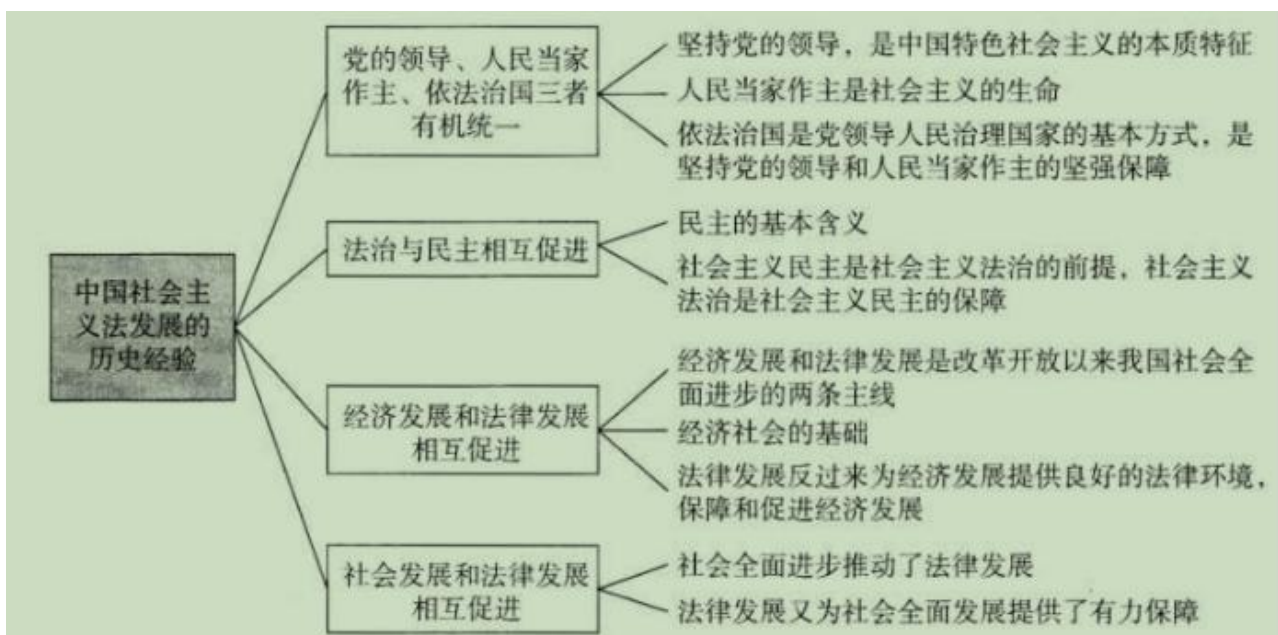
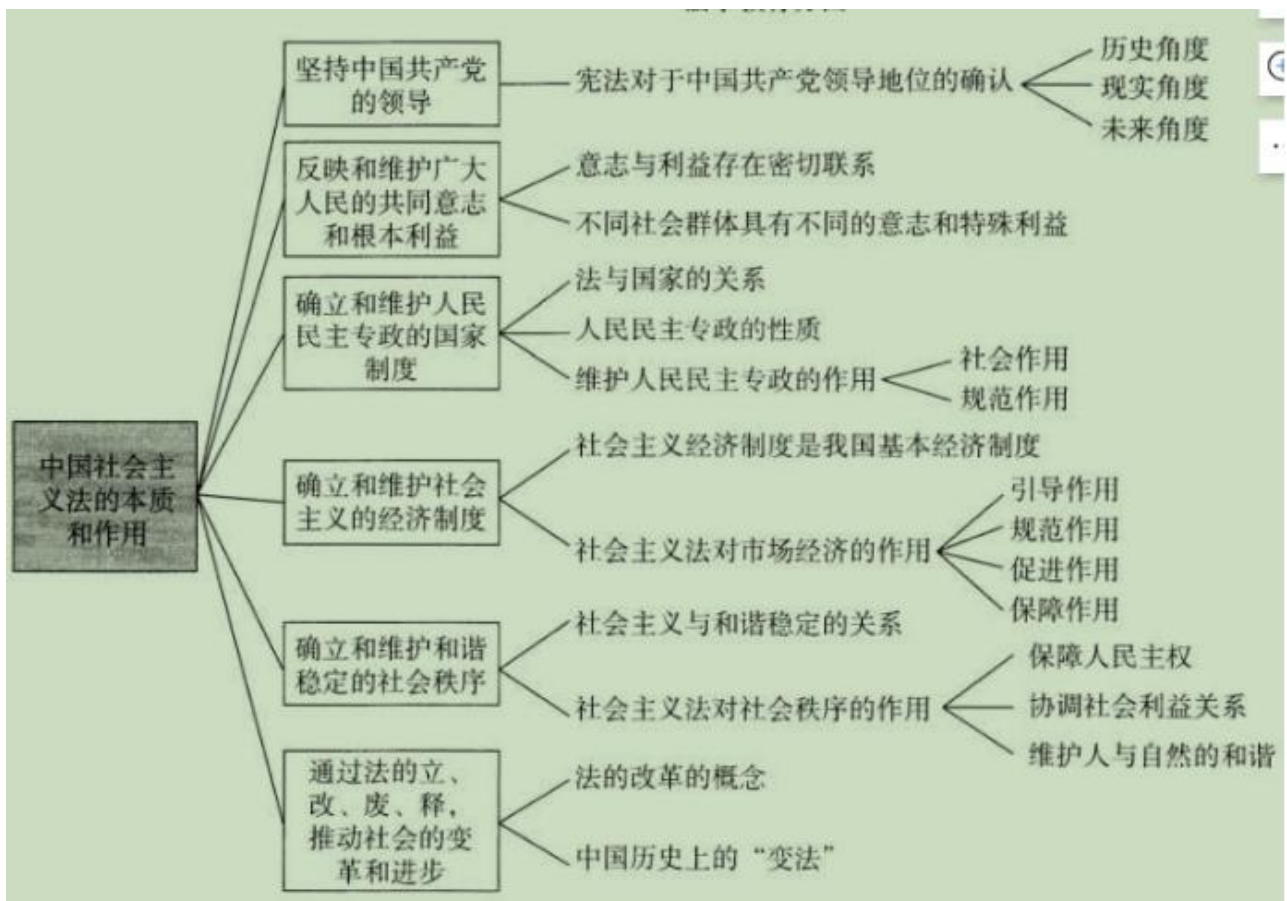
【案情】储老太太和老伴育有一儿一女，他们与两个子女签订了一份协议，称老夫妻因位于马山的老房卖掉，今后的住处由女儿安排，老两口居住女儿、女婿位于江苏省无锡市北塘区龙塘家园的一套一楼房屋。之后，老太太的老伴去世，此后她一直和女儿、女婿住在龙塘家园小区，只是她住在楼下，女儿、女婿则住在楼上。时间一长，女儿、女婿认为老母亲经常把从外面捡回来的垃圾堆满屋子，不但不卫生，还影响邻里关系，让他们很没面子而储老太太则埋怨虽住同楼，但女儿、女婿平时很少看望自己，自己捡垃圾也是为了解闷。双方矛盾不断升级，后来，储老太太搬离女儿家后，储老太太起诉女儿、女婿，要求他们履行赡养义务，并“常回家看看”。

【判决要旨】无锡北塘法院对储老太太赡养案进行了判决，除了判决女儿应当支付母亲的房租等日常生活费用外，还支持了老母亲要求女儿常来看望自己的诉请。判决书规定，（女儿）马某某应当在本判决生效之日起，每两个月至少到（母亲）储某某居住处看望、问候一次；端午节、重阳节、中秋节、国庆节、元旦，应当至少安排两个节日期间予以看望；除夕夜至元宵节期间，应当至少予以看望一次。法官还当庭指出，如果子女不履行看望义务，权利人可申请强制执行，执行过程中将根据情节轻重予以罚款直至拘留。

【法理分析】《中华人民共和国老年人权益保障法》第18条第款规定：“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人”结合法律规定，“常回家看看”是指与老年人分开居住的家庭成员应当关心老年人的精神需要，经常看望或问候老年人，不得忽视、冷落老年人，给予老年人适当的精神慰藉其义务主体是家庭成员，包括与老年人共同居住和分开居住的子女等亲属；义务内容是关心老年人的精神需求，经常看望或问候老年人，给予老人适当的精神慰藉它其实属于“精神赡养”的范畴。

【第十章 中国社会主义法的产生、本质和作用】





【第一节中国社会主义法的产生】

一、中央苏区和革命根据地的法是社会主义法的重要来源

1、【拓展】“黄克功逼婚杀人案”。1937 年夜，黄克功携带手枪，找刘茜谈话，当刘茜明确表示拒绝同其结婚时，黄克功掏枪连击两枪将刘茜杀害在延水畔之沙滩上。案发后，有的干部以黄克功对革命贡献大为由，请求赦免。黄克功本人亦自恃有功，写信给毛泽东和审判长，请求从轻处罚。但边区高等法院在党中央、毛泽东的决策下，顶住各种压力，坚决贯彻法律面前人人平等的原则，公正地审理了此案。在被

害人所在的单位陕北公学大操场，召开公审大会，胡耀邦等为公诉人，边区高等法院雷经天任审判长。经过审理，证据确凿，黄克功本人亦供认不讳，遂当庭宣判黄克功死刑，立即执行。

2、【拓展】“封彦贵与张金才儿女婚姻纠纷案”【刘巧儿案】

封彦贵之女儿（封捧儿）幼时与张金才的次子（张柏）订婚。随后，封彦贵为多索聘礼，暗中又将其女许给张宪芝之子为妻封捧儿与张柏偶然相遇，一见钟情，双方表示自愿结为夫妻。不久，封彦贵为收取高额聘礼，再次把女儿许给朱寿昌为妻。张金才获悉后，遂带人持械闯进封家，抢人回家成亲。封彦贵告至县上，县司法处认为聚众抢亲是违法的，遂一审判决张金才有期徒刑个月，张柏、封捧儿婚姻无效。封、张两家都不满。马锡五受理上诉后，首先询问区乡干部及附近群众，多方了解案情，并找平时与封捧儿来往较多的人谈话，再亲自征求封捧儿和张柏的意见，知道她不愿意与朱寿昌结婚案件事实基本掌握后，马锡五在处理此案时，主要尊重当事人真实意愿，同时深入群众了解情况，对封彦贵和张金才进行思想教育，并多方调解。经过公开审理，当庭宣判：依法撤销华池县原判；封捧儿、张柏自愿结婚，依据边区婚姻条例规定，符合婚姻自主原则，准予结婚，但应履行登记手续；张金才聚众抢亲，扰乱社会秩序，依法判处有期徒刑；封彦贵把女儿当财物多次高价出卖，违反婚姻法令，科处劳役。对此判决，当事人表示服判，群众认为入情入理。

【第二节中国社会主义法的本质和作用】

1、坚持中国共产党的领导。一些法律开始规定党的领例如，公职人员政务处分法规定“给予公职人员政务处分，坚持党管干部原则”；生物安全法规定“坚持中国共产党对国家生物安全工作的领导”

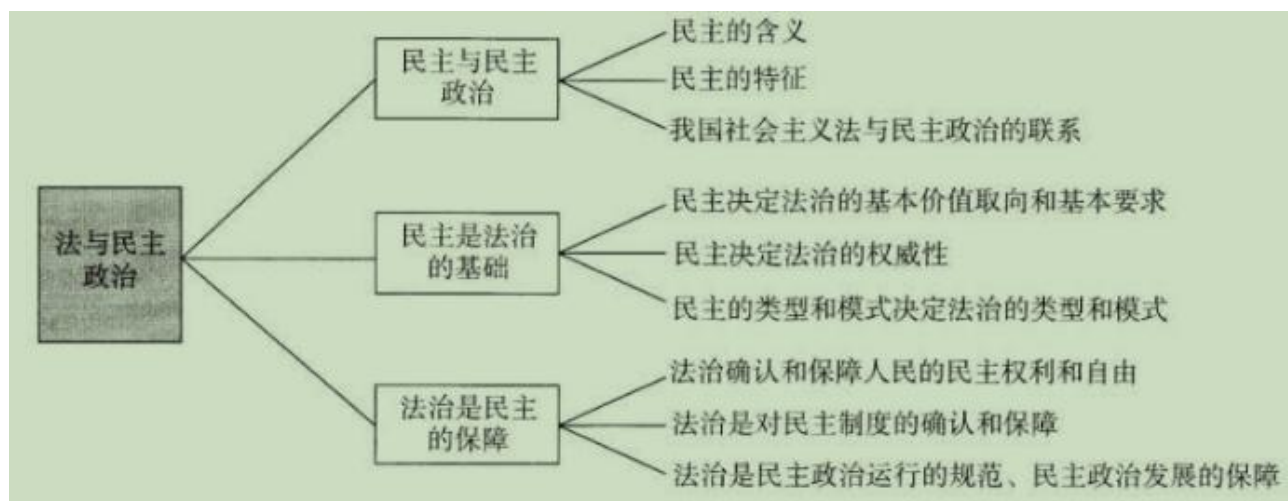
——孟涛：党内法规体系的形成与完善，法学研究，2021

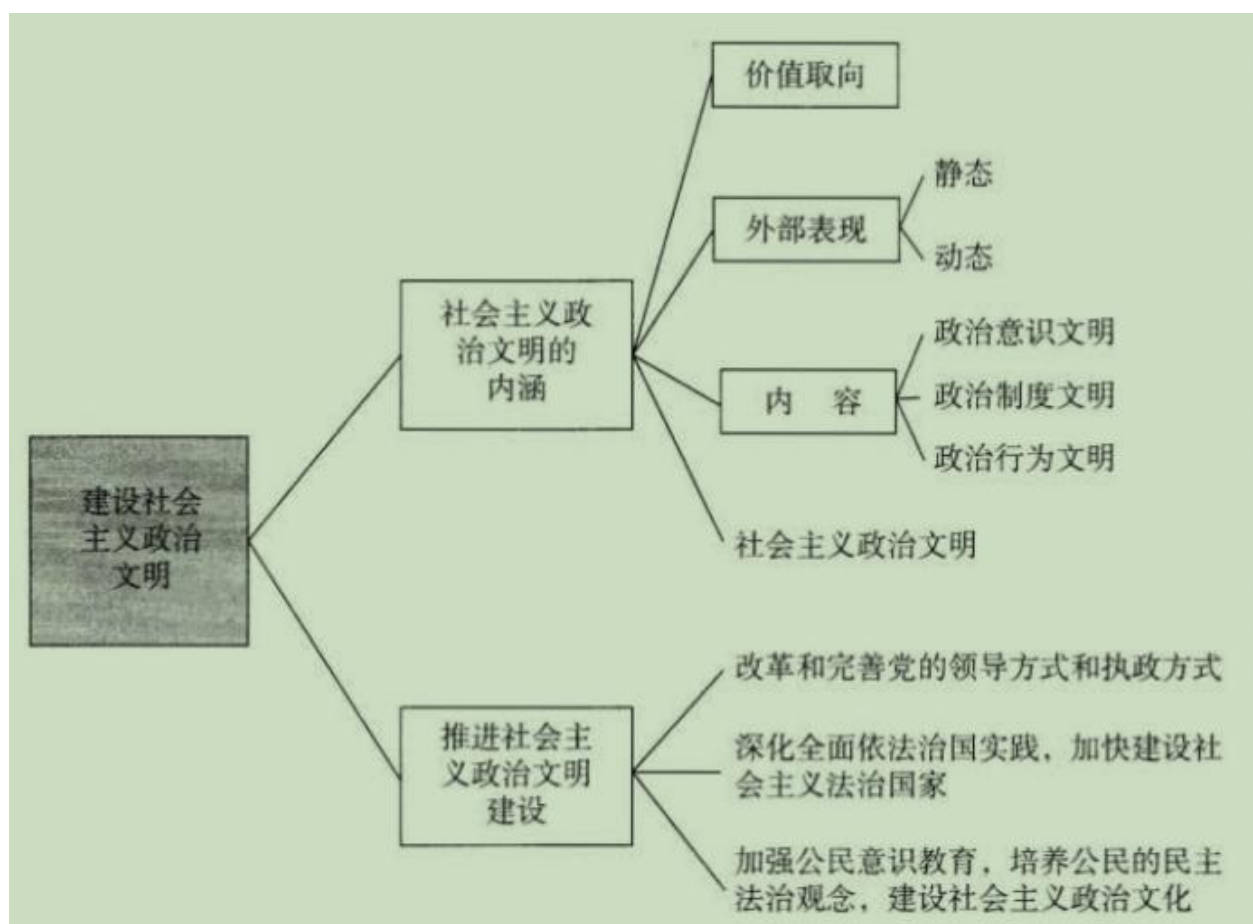
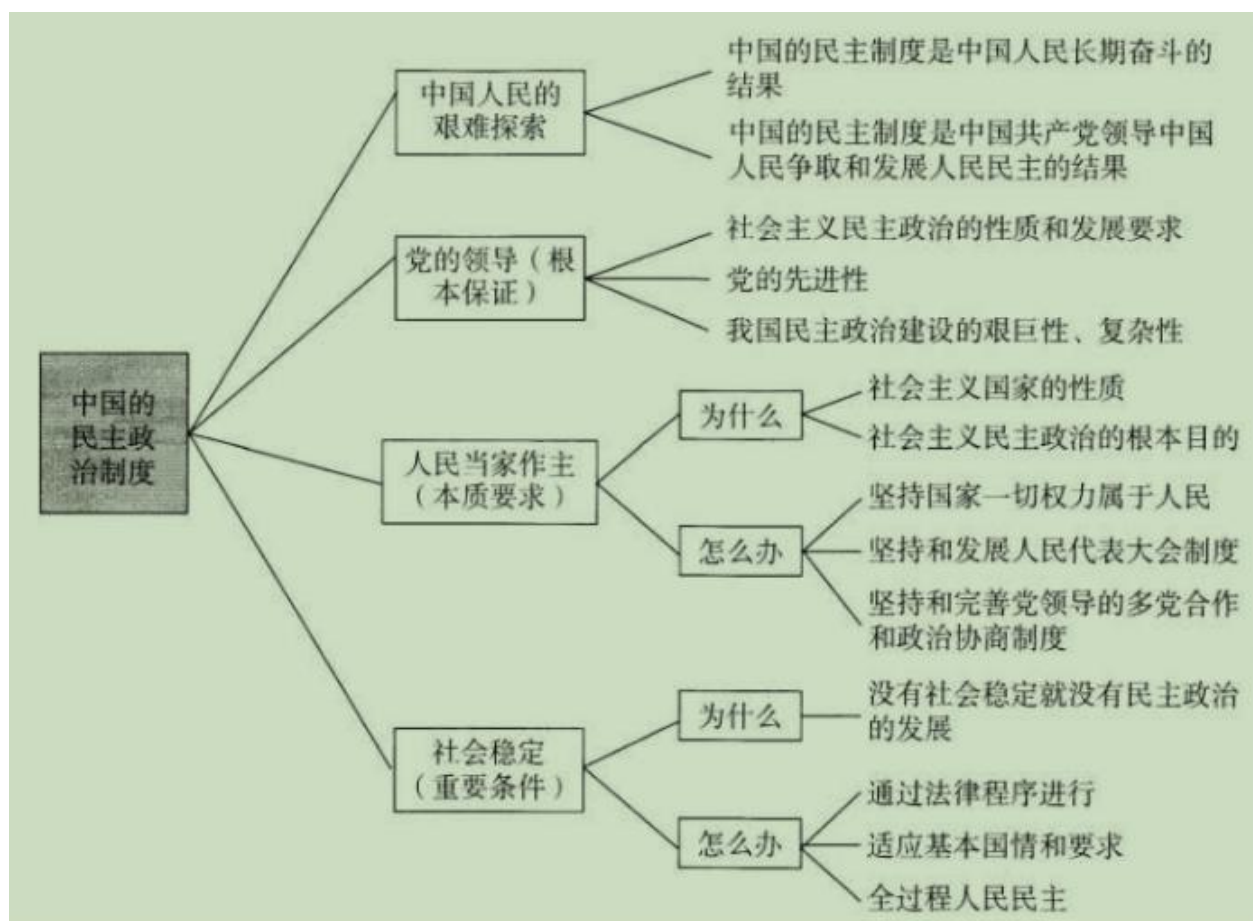
【第三节中国社会主义法发展的历史经验】

【拓展】全过程人民民主。我国全过程人民民主实现了过程民主和成果民主、程序民主和实质民主、直接民主和间接民主、人民民主和国家意志相统一，是全链条、全方位、全盖的民主，是最广泛、最真实、最管用的社会主义民主。我们要继续推进全过程人民民主建设，把人民当家作主具体地、现实地体现到党治国理政的政策措施上来，具体地、现实地体现到党和国家关各个方面各个层级工作上来，具体地、现实地体现到实现人民对美好生活向往的工作上来。

——习近平总书记 2021 年在中央人大工作会议上的讲话

【第十一章中国社会主义法与民主政治】





【第一节法与民主政治的一般关系】

社会主义民主政治是社会主义法的政治基础和必要前提，社会主义法是社会主义民主政治的实现路径与重要保障。

【第二节中国的民主政治制度是符合国情的选择】

- 1、中国人民选择民主政治制度的艰难探索。
- 2、党的领导是社会主义民主政治发展的根本保证。
- 3、社会主义民主政治的本质要求是人民当家作主。
- 4、社会稳定是社会主义民主政治发展的重要条件。

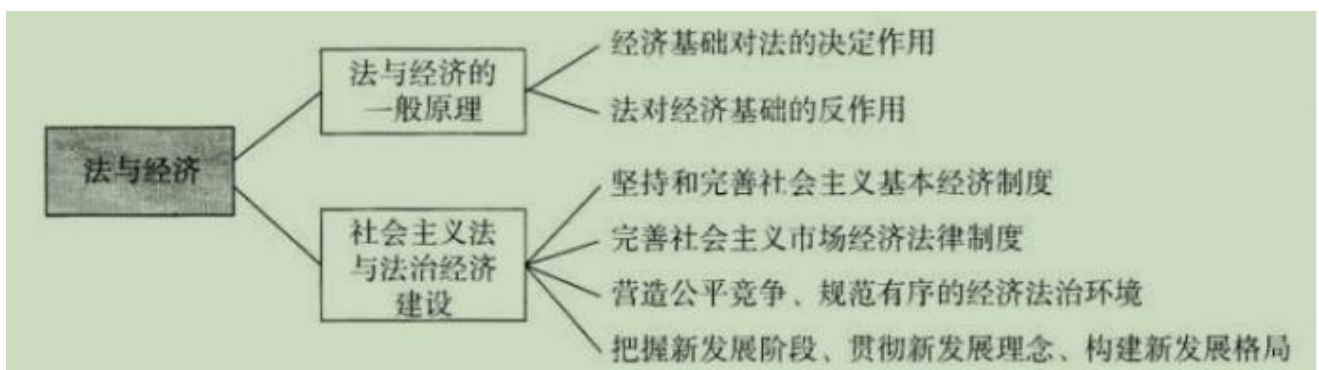
【第三节发展社会主义民主，建设社会主义政治文明】

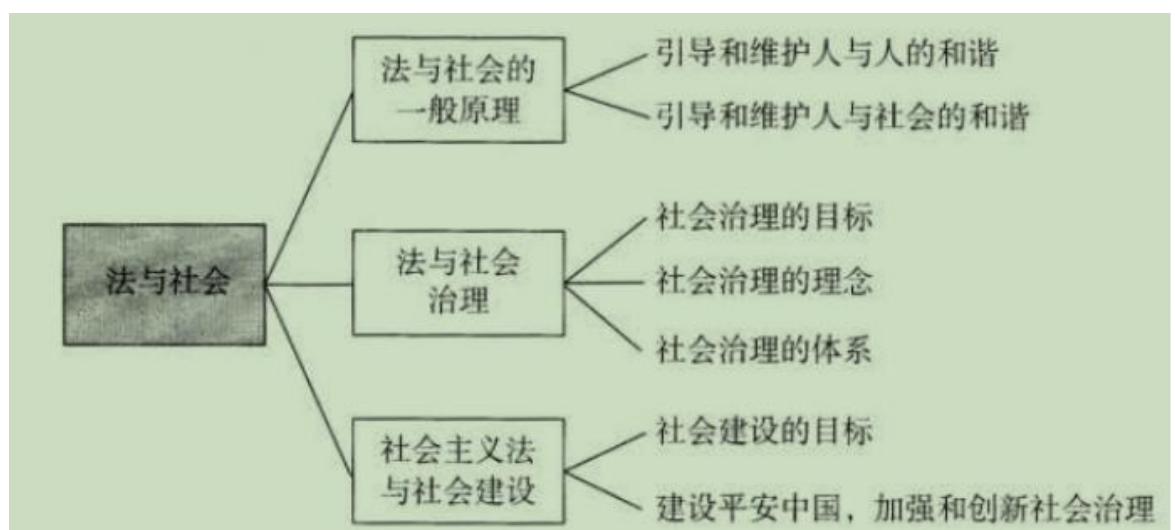
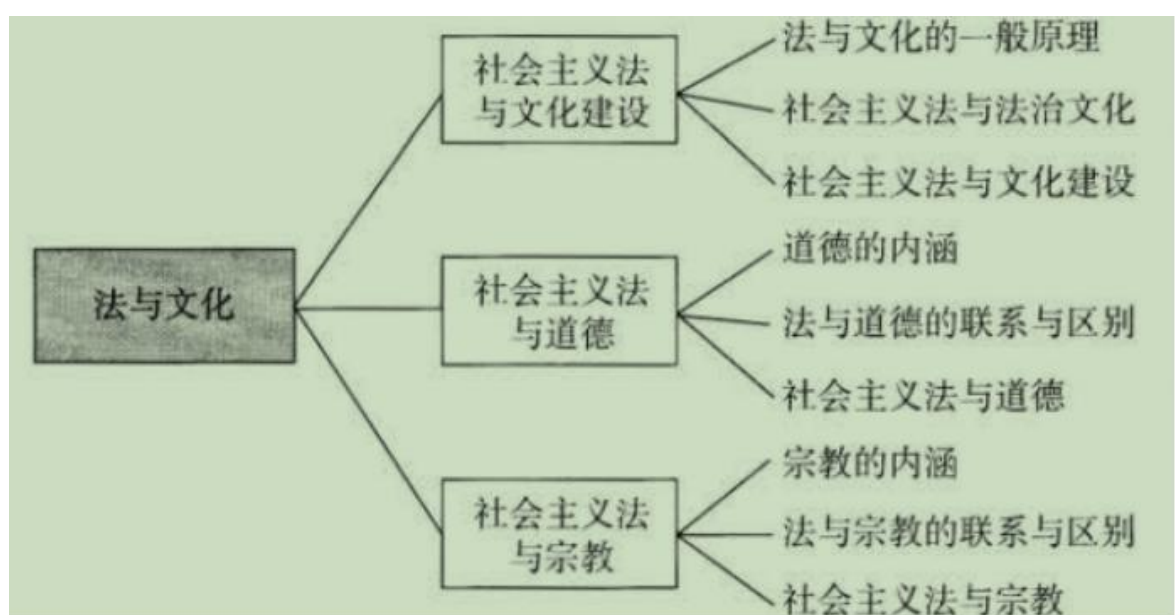
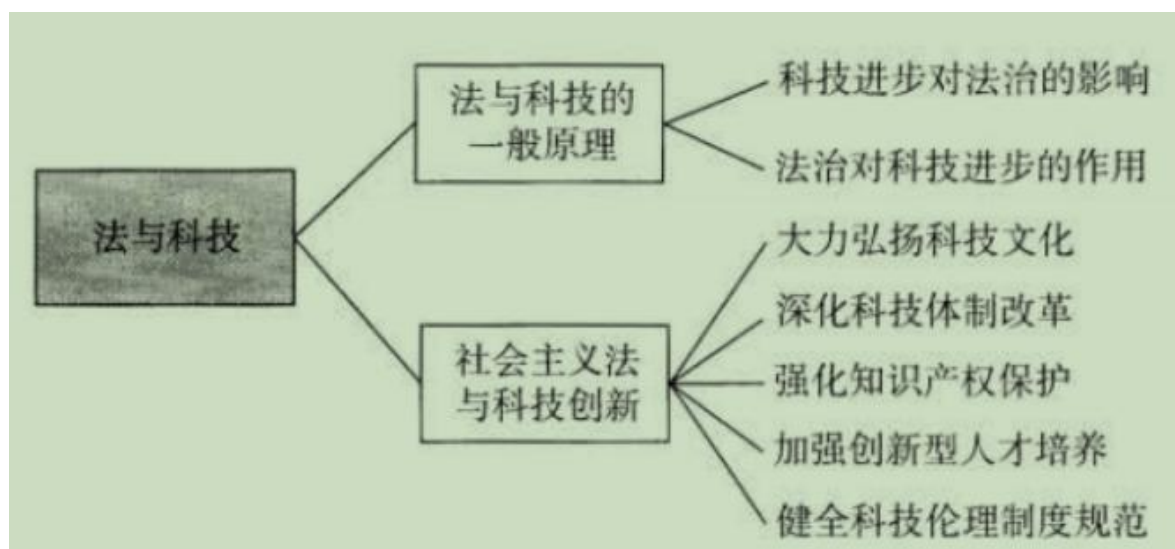
【案例研习】：宁海”36条“——基层民主政治法治化的实践

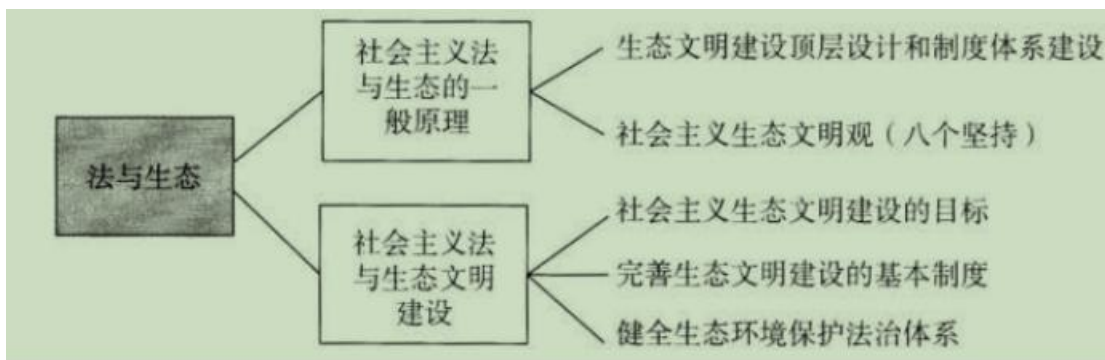
【材料】为解决村民自治实践和村级治理所面临的一系列制度困境，2014月，宁海县委、县政府结合群众路线教育实践活动和中央关于权力清单制度改革的相关要求，制订了村级小微权力清单”36条”“36条”明确了村级组织和村干部职责权限，建立了规范化运作流程，强化过程监管控制，完善配套管理制度，构建起决策权、执行权、监督权相互制约、相互协调的权力运行体系。

【法理分析】首先，法治化建设是推进村级民主政治建设的重要基础。其次，制度优化及其执行力是推进村级民主治理能力建设的有力保障制度具有根本性、全局性、长远性作用，村级民主治理需要优化、完善的制度保驾护航。再次，协商民主是推进村级民主治理能力建设的有力选择。最后，社会主义政治文化是推进村级民主政治的软实力。

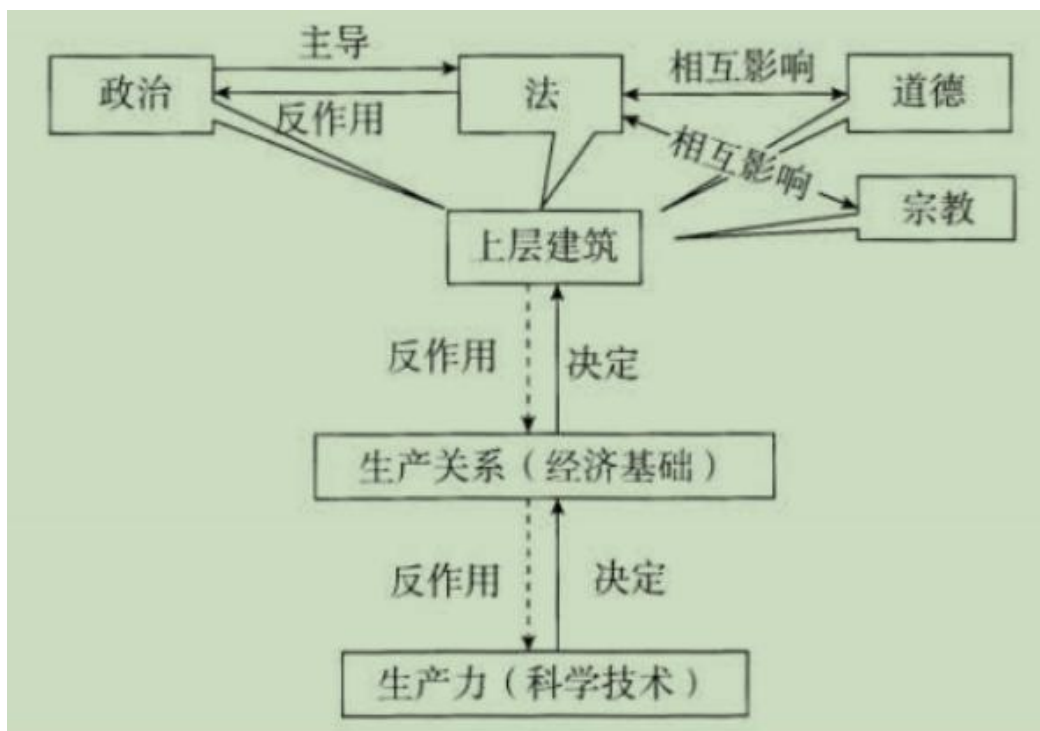
【第十二章 中国社会主义法与经济、科技、文化、社会、生态】







【第一节中国社会主义法与经济】



【拓展】马克思历史唯物主义和辩证唯物主义的四条基本原理：

第一条原理是：生产力决定生产关系，生产关系反作用于生产力第二条原理是：特定社会生产关系的总和是经济基础，经济基础决定上层建筑，上层建筑反作用千经济基础。第三条原理是：上层建筑包括法律、政治、文化（道德、宗教）等等，其中，政治对法律具有主导作用，法律反作用于政治第四条原理是：法律与文化、法律与道德、法律与宗教相互影响。

二、社会主义法与法治经济建设【重点】

【拓展】社会主义市场经济本质上是法治经济。

法治经济，是指国家通过制定法律、法规，调整经济关系，规范经济行为，指导经济运行，维护经济秩序，使整个济逐步按照法律预定的方式快速、健康、持续有序地发展。新发展理念就是指挥棒、红绿灯。创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，是管全局、管根本、管长远的导向，具有战略性、纲领性、引领。

【第二节中国社会主义法与科技】 【新增必考】

科技是把双刃剑，但法律必须对科技活动进行理，促进科技成果商品化（使得民众受惠），要对科技可能导致的问题进行限制，对科技发展方向以引导。

(1) 大力弘扬科技文化 1) 科技文化的灵魂在于追求创新与追求真理 2) 科技文化在日常生活中表现为崇尚科学、崇尚科学家精神、尊重科技工作者和有创新能力的人。

(2) 深化科技体制改革 1) 科技管理体制应该解放科技人员、保障科技创新 2) 科技评价体制是保障科技创新的重要支撑 3) 要坚持科技创新和制度创新“双轮驱动”，优化和强化技术创新体系顶层设计，加快转变政府科技管理职能，着力改革和创新科研经费使用和管理方式，改革科技评价制度

(3) 强化知识产权保护 1) 创新是引领发展的第一动力，保护知识产权就是保护创新，要提高知识产权保护工作法治化水平 2) 要加快完善相关法律法规，加强地理标志、商业秘密等领域立法，强化民事司法保护，提高知识产权案件审判质和效率，完善刑事法律和司法解释，深化知识产权审判领域改革创新，促进知识产权行政执法标准和司法标准统，加大行政执法力度，健全知识产权评估体系，完善知识产权反垄断、公平竞争相关法律法规和政策措施，推进我国知识产权有关法律域外适用，形成高效的国际知识产权风险预警和应急机制

(4) 加强创新型人才培养 1) 我国科技法领域的基本价值选择：尊重劳动、尊重知识、尊重人才、尊重创造 2) 要牢固确立人才引领发展的战略地位，创新人才评价机制，完善知识产权制度，完善科技奖励制度，营造良好的创新环境。

(5) 健全科技伦理制度规范 1) 只有法治才能有效供给和谐、效率和科学伦理（生产力发展必不可少的社会条件） 2) 要抓紧完善制度规范，健全治理机制，强化伦理监督，细化相关法律法规和伦理审查规范，规范各类科学研究活动。

——李学勇．完善科技创新法律制度为建设科技强国提供有力法治保障．中国人大，2021

【第三节中国社会主义法与文化】

一、社会主义法与文化建设

1、【拓展】加强社会主义法治文化建设的工作原则

(1) **坚持党对全面依法治国的领导**，牢固树立习近平法治思想在全面依法治国中的指导地位，确保社会主义法治文化建设的正确方向，增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”，坚定不移走中国特色社会主义法治道路。

(2) **坚持以人民为中心**，做到社会主义法治文化建设为了人民、依靠人民，不断满足人民日益增长的对民主、法治、公平、正义的需要。

(3) **坚持法安天下、德润人心**，把社会主义核心价值观融入社会主义法治文化建设全过程各方面，实现法治和德治相辅相成、相得益彰。坚持知行合一、重在实践，引导全体人民成为社会主义法治的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者坚持继承发展、守正创新，弘扬中华优秀传统文化、革命文化、社会主义先进文化，学习借鉴世界优秀法治文明成果，不断发展和繁荣社会主义法治文化

——中共中央办公厅，国务院办公厅．关于加强社会主义法治文化建设的意见，2021

二、社会主义法与道德【必考点】

区分点	法	道德
产生方式	一般通过特定的结构、程序、方式而形成和实现(自觉的)	人们在长期的共同生产和生活中逐渐产生(自发的),产生早于法律
表现形式	通常以成文的形式表现出来 存在形式:制定法(法典、单行法)、判例、条约或国家认可的习惯法	一般是不成文的,主要体现在人们的意识、信念和心理之中,通过言论、行为、内心信念、社会舆论、风俗习惯等形式表现出来
实现方式	以国家强制力为后盾,主要表现为外在的强制力	主要依靠社会舆论、社会评价的力量,依靠人们的内心信念、内在修养和社会教育的力量来维持
调整范围	人的外在行为,通常是与建立和维护正常的社会秩序息息相关的人的行为	人的外在行为 内在思想、动机
评价尺度和标准	法律自身(合法与不合法、罪与非罪、有效与无效、正当与不正当)	一定社会的价值观念体系(善恶观、公正观、是非观、美丑观、荣辱观)
权利和义务的特点	权利和义务对等,权利和义务法定	道德内容以义务为主,权利和义务具有应然性

3、【拓展】法律是成文的道德,道德是内心的法律

法律和道德都具有规范社会行为、调节社会关系、维护社会秩序的作用,在国家治理中都有其地位和功能。法安天下,德润人心法律有效实施有赖于道德支持,道德践行也离不开法律约束法治和德治不可分离、不可偏废,国家治理需要法律和道德协同发力。

——习近平。坚持依法治国和以德治国相结合。习近平谈治国理政:外文出版社,2017

三、社会主义法与宗教

【拓展】美国法学家伯尔曼曾在其名著法律与宗教中指出:“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”!任何社会,即便是最文明的社会,也有对超验价值的信仰,也有信奉终极目的和关于神圣事物的共同观念;同样,即便是在最原始的社会,也会有社会秩序的组织与程序,有分配权利义务的既定方式和关于正义的共同观念。社会生活的这两方面处于对立之中:宗教之预言的和神秘的一面与法律之组织的合理的一面正相矛盾,但它们又相互依存,互为条件。任何一种法律制度都与宗教共享某种要素仪式、传统、权威和普遍性。人们的法律情感赖此得以培养和外化,否则,法律将退化为僵死的教条。同样,任何种宗教内部也都具有法律的要素,没有这些,它就会退化为私人的狂信。

——哈罗德·伯尔曼。法律与宗教。生活·读书·新知三联书店,1991

【第四节中国社会主义法与社会】

一、法与社会治理【新增必考】

(1) **党委领导**：只有实现党委统一领导，社会治理才能坚持正确的政治方向，才能统揽全局、协调各方攻坚克难。(2) **政府负责**：社会治理的主导力量是各级政府，政府要统筹各方面的力量，整合政治、法律、行政、经济、文化等各种资源，共同实施社会治理。(3) **民主协商**：完善共建共治共享的社会治理制度，凝聚社会治理的最大共识，形成社会治理的最大合力。(4) **社会协同**：社会组织特别是每个行业里的自治组织把本行业规范起来，建立自己的权威性。(5) **公众参与**：让人民成为治理的主体，每个人都参与社会治理。(6) **法治保障**：把法治作为社会治理的基本方式，运用法治思维和法治方式进行社会治理。(7) **科技支撑**：把握数字化、网络化、智能化为标志的信息技术革命带来的机遇，充分发挥现代科技对社会治理的支撑作用。

【拓展】如何完善社会治理体制机制。完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系，打造**共建共治共享**的社会治理格局。健全地方党委在本地区发挥**总揽全局、协调各方**领导作用的机制，完善政府社会治理考核问责机制。引领和推动社会力参与社会治理，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体，确保社会治理**过程人民参与、成效人民评判、成果人民共享**。加强社会治理制度建设，推进社会治理制度化、规范化、程序化

——**中共中央，法治社会建设实施纲要**

二、社会主义法与社会建设【新增必考】

1、五位一体总体布局：经济建设、政治建设、文化建设、社会建设和生态文明建设社会建设的目标是建设社会主义和谐社会。

2、新时代“枫桥经验”可以概括为“矛盾不上交”“平安不出事”“服务不缺位”方面，内涵“法治、德治、自治相结合”的精神。《法治社会建设实施纲要》指出，要坚持和发展新时代“枫桥经验”，充分发挥人民调解的第道防线作用，完善人民调解、行政调解、司法调解联动工作体系，探索在矛盾纠纷多发领域建立“站式”纠纷解决机制，努力将矛盾纠纷化解在基层。【“枫桥经验”】

——**张文显，新时代“枫桥经验”的核心要义，社会治理，2021**

【第五节中国社会主义法与生态】【新增必考】

一、社会主义法与生态的一般原理

1、生态文明，是人类文明发展的一个新的阶段，是以人与自然、人与人、人与社会和谐共生、良性循环、全面发展、持续繁荣为基本宗旨的社会形态。

【拓展】以“**生命共同体**”为核心，创新生态文明。

法治建设价值论生态文明法治理论立足于新时代社会矛盾发生新变化的时代需求，针对中国生态环境保护面临的新形势与新挑战，创造性地提出“生命共同体”的法理命题，从“自然生命共同体”“人与自然生命共同体”“人类命运共同体”三个不同层面，建立了彼此关联、有机统的法价值，为生态文明法治体系确立了“最严密”“最严格”的价值判断标准。

——**吕忠梅，习近平法治思想的生态文明法治理论，中国法学，2021**

【案例研习】无锡冷冻胚胎案

【案情】沈某与刘某都是独生子女，两人登记结婚后，因自然生育困难，沈某与刘某到南京市鼓楼医

院，通过人辅助生殖方式培育了 13 枚受精胚胎，其中枚符合移植标准。但就在植入母体前天，夫妻二人因交通事故死亡。夫妻双方的父母就 13 枚冷冻胚胎的归属产生争议，协商不成，诉诸法院。江苏省宜兴市人民法院立案后，依法追加南京市鼓楼医院为第三人。鼓楼医院认为，根据原卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕；由此提出，胚胎不具有财产的属性，原、被告都无法继承；沈某夫妇生前已与医院签署手术同意书，同意将过期胚胎丢弃；所以请求法院驳回原告的诉讼请求。

【判决要旨】

二审法院审理认为，虽然沈某夫妇生前与医院签订了相关知情同意书，约定胚胎冷冻保存期为 3 年，超过保存期同意将胚胎丢弃，但是沈某夫妇因意外死亡导致合同不能继续履行，南京市鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置。**涉案胚胎我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，确定涉案胚胎的相关权利归属，应考虑伦理、情感和特殊利益保护三个依据。**胚胎具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。法院同时认为，原卫生部的相关规定，是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定。南京市鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于法律享有的正当权利。二审法院作出终审判决：**撤销一审判决；沈某夫妇存放于南京市鼓楼医院的枚冷冻胚胎由上诉人（沈某父母）和被上诉人（刘某父母）共同监管和处置。**

【法理分析】

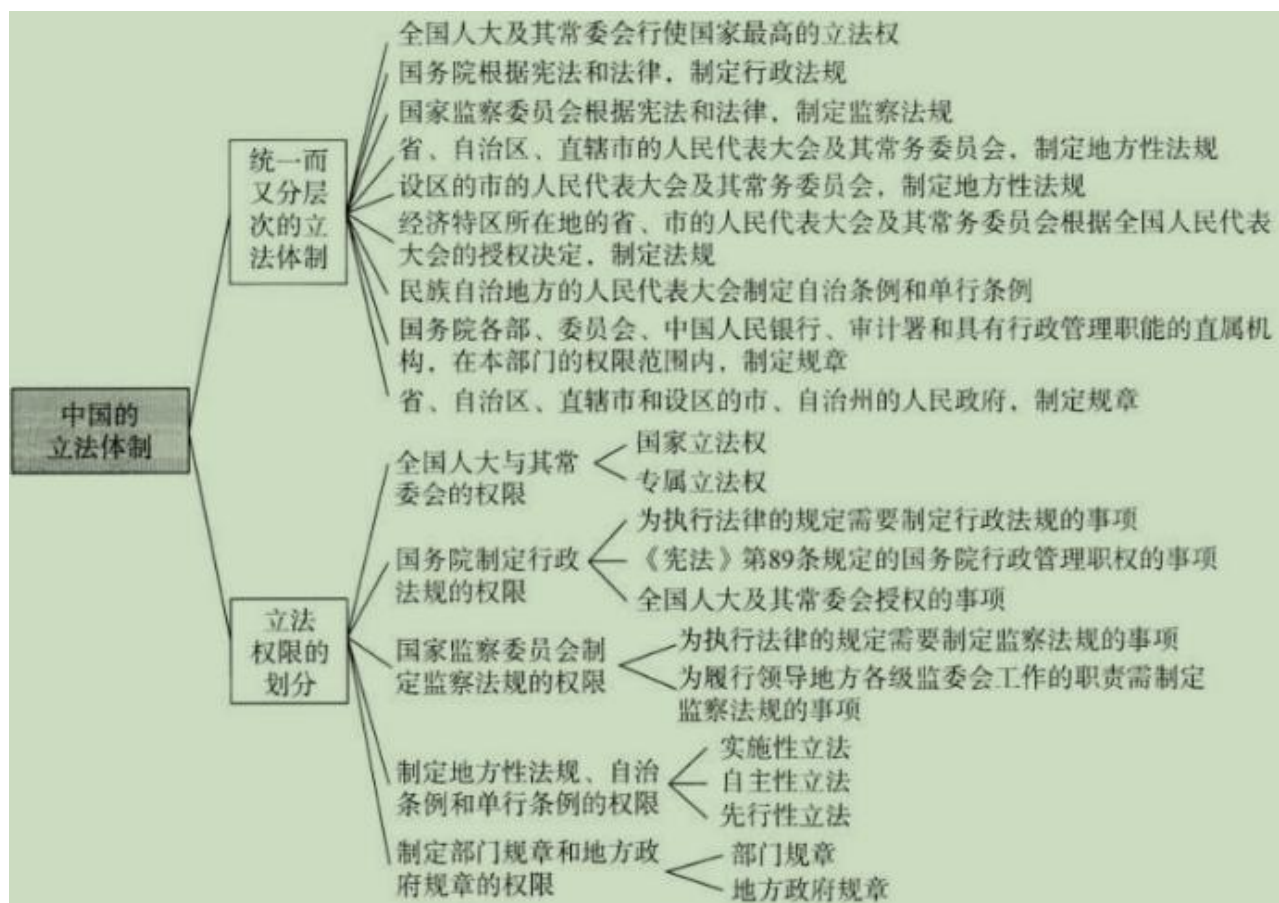
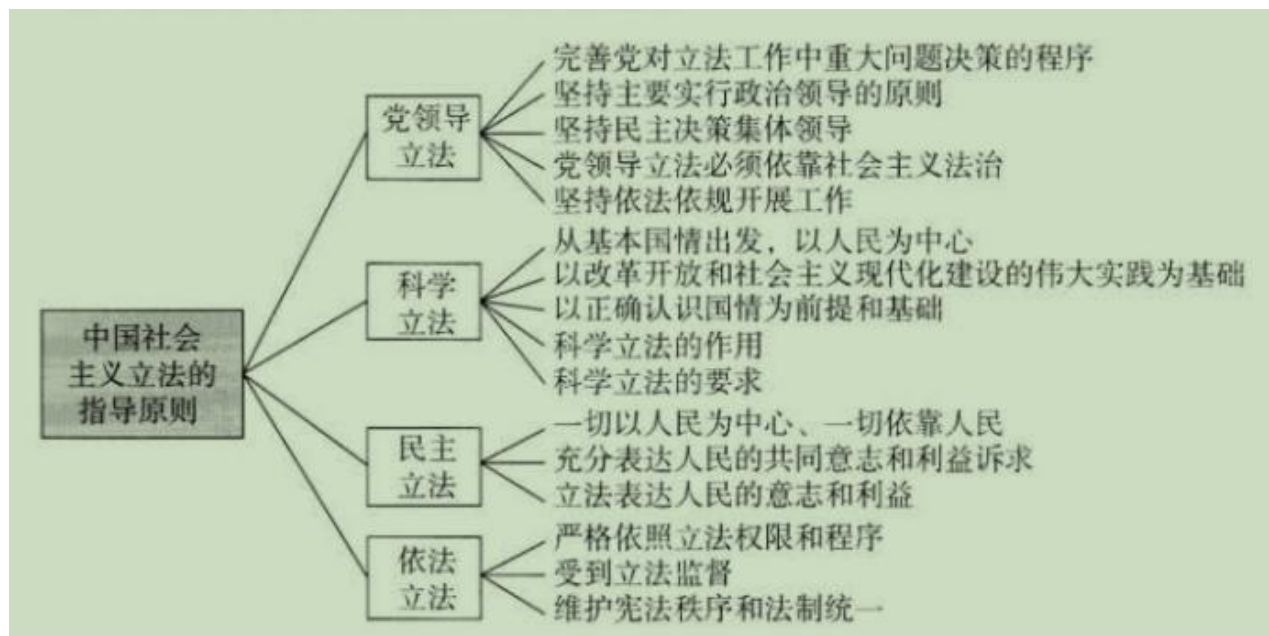
本案涉及两个知识点：一个是法与科技的关系，另一个是法与道德的关系。现代科学技术发展大大扩展了人类活动的空间，也相应扩大了法律的调整间。同时，新技术的出现导致伦理困境和法律评价的困难。本案就属于典型的随着新技术的出现而发生的新型疑难案件。新型案件之新主要在于案件事实之新，有些新型案件虽然事实新颖但仍受既有法律调整，只有那些不受既有法律调整的案件才是疑难案件。这类案件的特殊性是由案件事实之“新”所导致的，这种“新”又突出地和网络、科技联系在一起。**伴随着科技和网络的发展，各类新型疑难案件被推向了司法的竞技场。**新型疑难案件之“新”在于案件事实的新颖性，其之“难”则在于既有法律相对于这种新颖事实的滞后性及不全面性。法官处于一种无所适从的艰难局面。

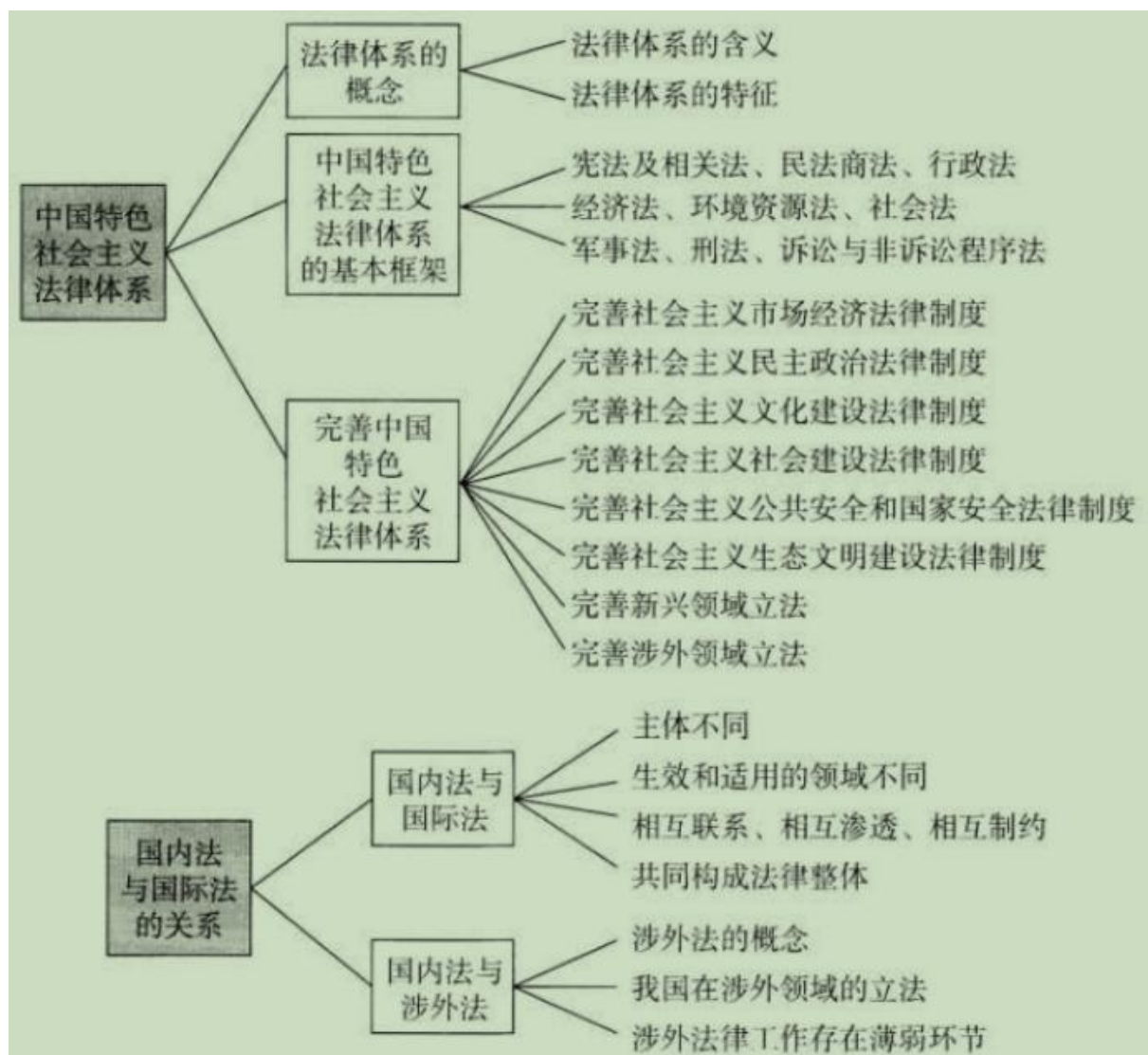
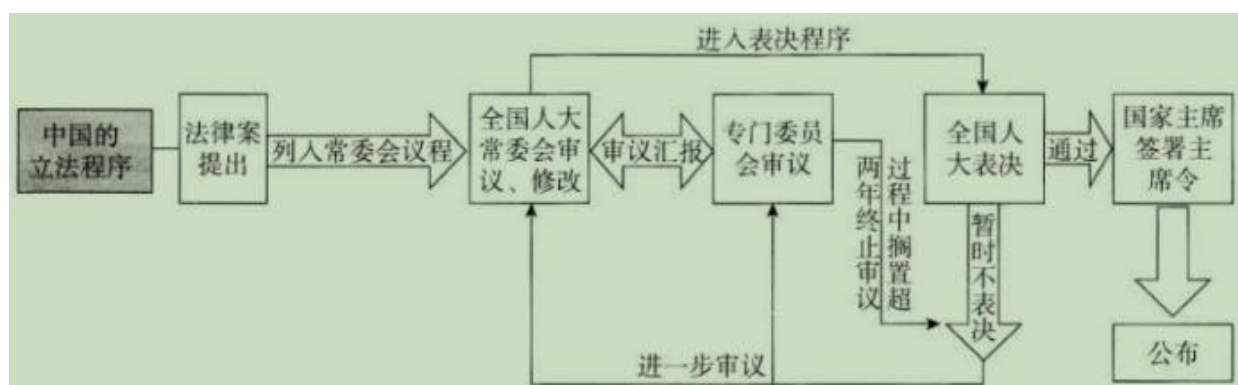
“全国首例冷冻胚胎继承案”它是由人工生殖技术所引发的新型法律纠纷，对于人工胚胎的法律属性在法律上并没有明确的界定，相关主体对于胚胎所享有的权利究竟是监管权还是处置权也不甚明了，这是科技发展带给全人类的一种新型疑难案件。**在法律确认的背后，其实存在非常浓厚的道德考量。**本案就是在立法缺位的情况下，通过司法裁判来推动贯彻特定伦理道德的典型案例。这鲜明地体现在判决书关于“伦理”和“情感”的说理上。法院指出，在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：

一是伦理。施行体外受精胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，具有潜在的生命特质，不仅含有沈某、刘某的 DNA 等遗传物质，而且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。**二是情感。**白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子和独女！沈某、刘某意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，“失独”之痛，非常人所能体味。而沈某、刘某遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。**三是特殊利益保护。**胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。在沈某、刘某意外死亡后，其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且应当是胚胎之最近、

最大和最密切倾向性利益的有关者。综上，法院判决沈某、刘某父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理都是恰当的。当然，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。法官的这一说理既合乎法理基础，又合乎情理，论述冷静，将法律论证与道德说理很好地结合了起来。

【第十三章中国社会主义立法和法律体系】





【第一节中国社会主义立法的指导原则】

一、党领导立法【新增】

【拓展】在党中央层面，凡是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。党中央向全国人大常委会提出宪法修改建议，依照宪法规定的程序进行宪法修订。法律制定和修订的重大问题由全国人大常委会党组向党中央报告。

【案例】2016 月，浙江省杭州市居民潘洪斌致信全国人大常委会，建议审查《杭州市道路交通安全管理条例》，并撤销该条例中违反《行政强制法》设立的措施。他认为：《道路交通安全法》的相关规定里没“扣留非机动车托运回原籍”这一行政强制手段，杭州市道路交通安全管理条例显然违反了法律规定。收到潘洪斌的审查建议后，全国人大常委会法工委认为，该条例关于扣留非机动车并强制托运回原籍的规定与行政强制法的规定不一致，要求对其进行修改。之后，杭州市人大常委会审议通过了一项决定，对杭州市道路交通安全管理条例以修改，删除了“扣留非机动车并托运回原籍”的有关规定。

【第二节中国的立法体制】

一、既统一而又分层次的立法体制

【拓展】中央军事委员会根据宪法和法律制定军事法规，中央军事委员会各总部、军兵种、军区、中国人民武装警察部队，可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令，在其权限范围内，制定军事规章。军事法规、军事规章在武装力量内部实施。

【新增】第十届全国人大常委会第二十九次会议作出关于授权上海市人民代表大会及其常务委员会制定浦东新区法规的决定。根据该授权决定，上海市人大及其常委会可以制定浦东新区法规。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。

【第三节中国的立法程序】【新增修订】

一、法律案的提出

1. 有权向全国人民代表大会提出法律案的主体。一是有关国家机关，即全国人民代表大会主席团、全国人大常委会、国务院、中央军事委员会、国家监察委、最高人民法院、最高人民检察院、全国人大各专门委员会，可以向全国人大提出法律案，由主席团决定列入会议议程。二是代表团或者 30 名以上代表联名可以向全国人民代表大会提出法律案。**【十个人：两团，两委，两央，两高，一监三十代表】**

2. 有权向全国人民代表大会常务委员会提出法律案的主体一是有关国家机关，即全国人大委员长会议、国务院、国家监察委、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院、全国人大各专门委员会，可以向全国人大常委会提出法律案，由委员长会议决定列入常委会会议议程。二是常委会组成人员 10 人以上联名，可以向全国人大常委会提出法律案。**【八个人：两委，两央，两高，一监十常委】**

二、法律案审议

1、全国人大法律案审议流程：全国人大常委会提请全国人大审议法律案列入全国人大会议议程，大会全体会议听取提案人关于法律草案的说明，代表团、有关专门委员会进行审议。

2、全国人大常委会审议法律案的流程：(1)全体会议：全国人大常委会行使职权的基本形式；对法律案的说明、修改意见的汇报、审议结果报告、法律案的表决；(2)分组会议。常委会审议法律案的主要形式；对法律案的具体审议；提案人要派人到会，听取意见，回答询问。(3)联组会议。常委会根据需要，可以召开联组会议或全体会议，对法律草案的主要问题进行讨论。

3、**【三读】**：列入常委会会议议程的法律案，一般要经三次常委会会议审议后再交付常委会全体会议表决。**【修订】**列入常务委员会会议议程的法律案，各方面的意见比较一致的，可以经两次常务委员会会

议审议后交付表决；调整事项较为单一或者部分修改的法律案，各方面的意见比较一致，或者遇有紧急情况的，也可以经一次常务委员会会议审议即交付表决。

【注意】宪法和法律委员会负责统一审议，有关的专门委员会就有关法律进行审议。**【拓展】**《反有组织犯罪法》草案的审议，典型地反映了法律案三审制的过程。

三、法律案表决

1、我国法律案表决遵循多数原则：法律案经过全国人大或全国人大常委会审议后，分别由全国人大会议主席团或委员长会议决定提交全体会议表决，以全体代表或常委会组成人员的过半数通过**【全体过半数】**；对宪法修正案草案的表决，由全国人大会议以全体代表三分之二以上的多数通过。

四、法律公布

1、全国人大及其常委会通过的法律，由国家主席以主席令予以公布。

【注意】全国人大通过的宪法修正案则由大会主席团发布公告予以公布。

2、国家主席并无修改法律的权力，所以该步骤仅是完成形式上的文本公布。

【第四节中国特色社会主义法律体系】

一、法律体系的概念

【拓展】古人讲：“立善法于天下，则天下治；立善法于一国，则一国治”。要加强国家安全、科技创新、公共卫生、生物安全、生态文明、防范风险等重要领域立法，加快数字经济、互联网金融、人工智能、大数据、云计算等领域立法步伐，努力健全国家治理急需、满足人民日益增长的美好生活需要必备的法律制度。要发挥依规治党对党和国家事业发展的政治保障作用，形成国家法律和党内法规相辅相成的格局。要聚焦人民群众急盼，加强民生领域立法对人民群众反映强烈的电信网络诈骗、新型毒品犯罪和“邪教式”追星、“饭圈”乱象、“阴阳合同”等娱乐圈突出问题，要从完善法律入手进行规制，补齐监管漏洞和短板，决不能放任不管。这些年来，资本无序扩张问题比较突出，一些平台经济、数字经济野蛮生长、缺乏监管，带来了很多问题。要加快推进反垄断法、反不正当竞争法等修订工作，加快完善相关法律制度。

——习近平. 坚持走中国特色社会主义法治道路更好推进中国特色社会主义法治体系建设. 求是, 2022

【第五节国内法与国际法的关系】【新增必考】

【拓展】近年来，针对美国频繁对我机构和个人实施“长臂管辖”，我国坚持“以法制法”，完善反制裁、反干涉、反制“长臂管辖”法律法规体系，制定《出口管制法》《不可靠实体清单规定》《反外国制裁法》等，完善外商投资国家安全审查制度，加快推进我国法域外适用的法律体系建设。同时，我国坚持以人类命运共同体理念为引领，积极推动全球治理体系改革和建设，积极参与国际规则制定和实施，推动国际规则变革发展，维护和拓展我国发展新空间，有力维护了国家主权、安全和发展利益。

【案例研习】弗兰某某和董某某子女抚养纠纷案

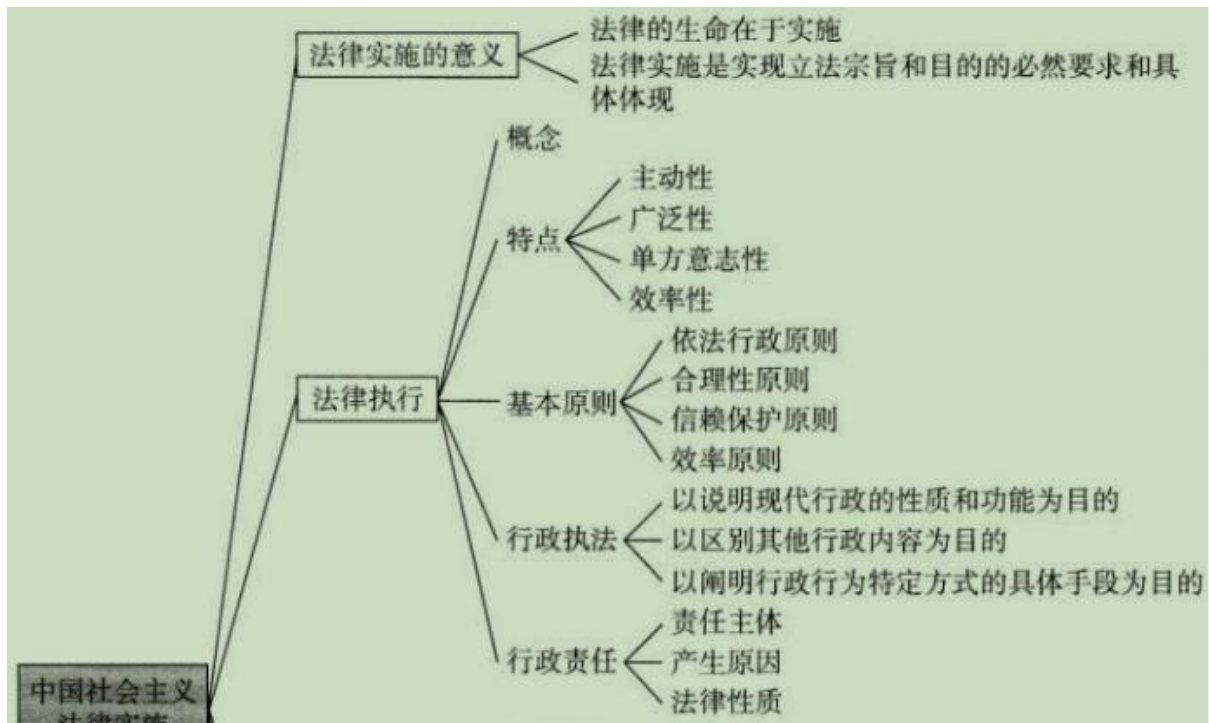
【案情】德国公民弗兰某某和中国公民董某某经自由恋爱，在上海市民政局登记结婚。双方婚后育有一子一女。之后，董某某离开德国回上海定居，弗兰某某并未随行，双方长期分居。女儿董甲和儿子董以随

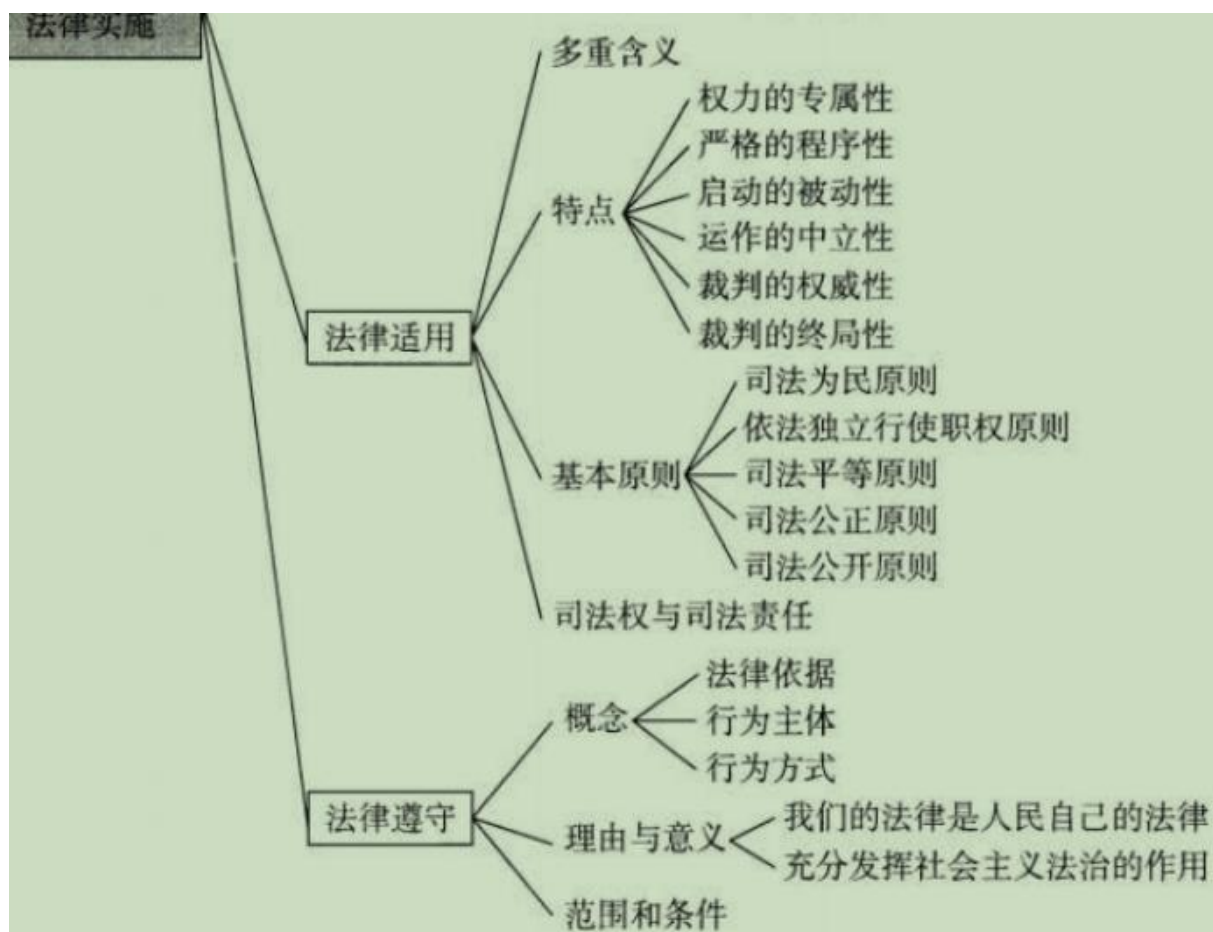
董某某在上海居住，每年有四周在德国生活，其余时间都在上海。2012 年董某某诉至法院，要求解除双方婚姻关系，女儿董甲、儿子董乙均由董某某抚养。法院经审理后认为，我国是联合国《儿童权利公约》的缔约国，关于儿童的一切行动，法院及其他行政、立法机构均应以儿童的最大利益为首要考虑。法院据本案情况分析得出结论：除国籍情况外，在其他重要因素上两名子女均是随董某某生活更符合儿童最大利益原则，因此判决董甲和董乙随董某某共同生活直至 18 周岁。

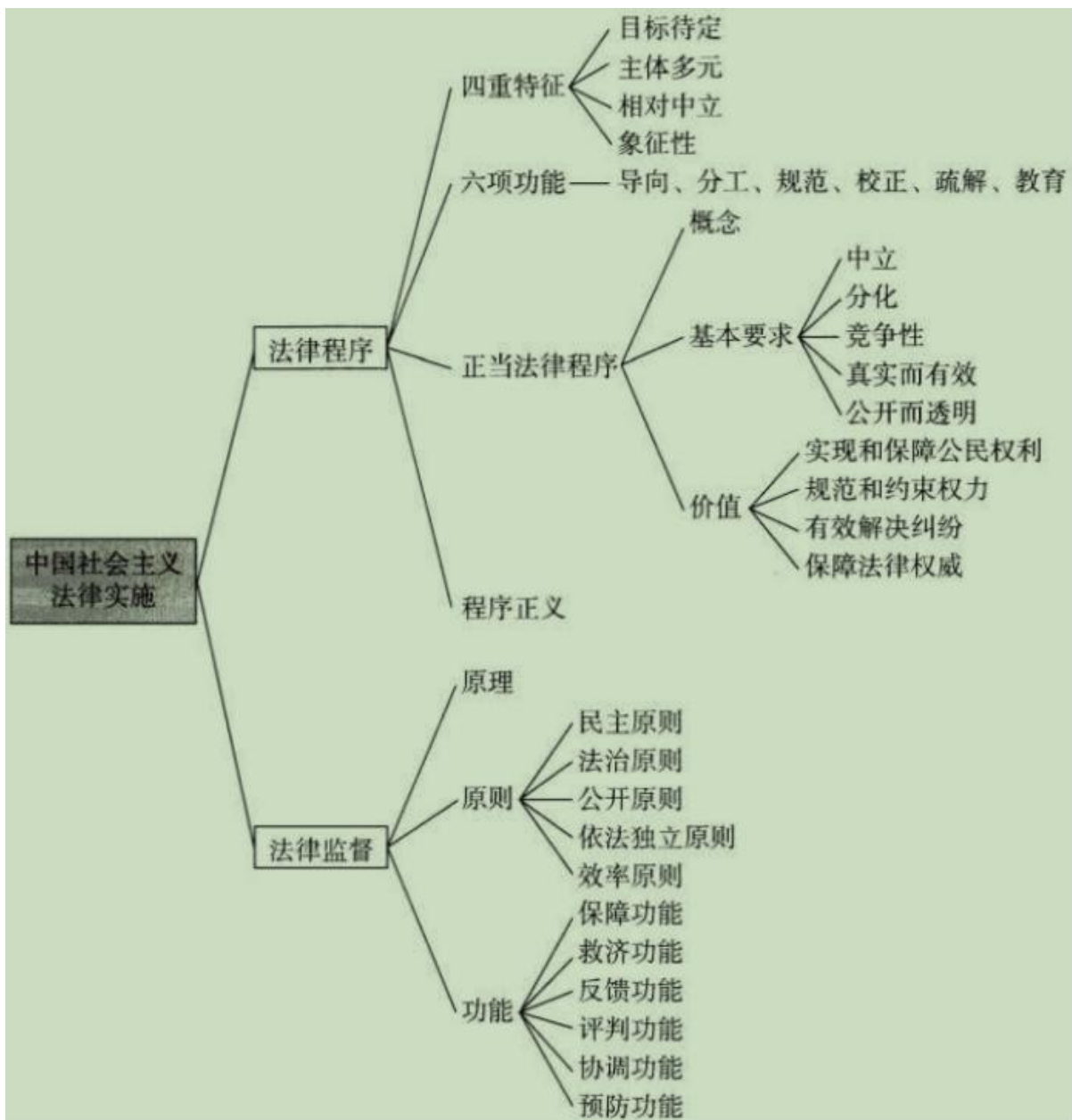
【法理分析】对于国际惯例，英国、美国、法国都认可其在国内的法律效力。英国是在经过议会立法转化为国内法后才具有国内法的效力；美国需要经过美国参议院和总统认可批准，在不违反美国宪法的情况下把条约划分为自动执行（有国内法律效力）和非自动执行（立法行动认可后可获得国内法律效力）两种；法国也需要在不违宪的情况下批准和公布，同时还要以缔约他方实施该条约为条件。中国宪法并未规定国际条约在国内的有效性问题，《民法典》和《涉外民事关系法律适用法》对国际条约的适用问题也未作规定，但一些其他法律作了相关规定。例如，我国《票据法》第 95 条、《海商法》第 268 条、《民用航空法》184 条都规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。”

【小结】总的来说，我国加入的国际条约可以在国内适用，但要通过国内立法程序把条约要求转化为国内法，并可以根据实际情况对有关国际条约中与国内法相冲突的条款根据该国际条约的规定声明保留。同时，条约的国内适用不得违反我国的宪法秩序。所以，我国加入的国际条约在我国的效力受到限制。

【第十四章中国社会主义法律实施】







【第一节法律实施的意义】

一、法律的生命在于实施

【注意】“天下之事，不难于立法，而难于法之必行。”推进法治体系建设，重点和难点在于通过严格执法、公正司法、全民守法，推进法律正确实施，把“纸上的法律”变为“行动中的法律”。

二、法律实施是实现立法宗旨和目的必然要求和具体体现

1、“一个人可以违反法律的表面规定而不违反法律本身”，这是最古老的法律智慧谚语之一。

2、**【拓展】美容案。**1970年代的韩国，某女甲去美容院做隆鼻手术，医师乙操刀，手术失败。乙由于没有医生资格，涉嫌“非法行医罪”被起诉。在这一案例中，审法官忽视了非法行医罪的立法目的是“维护公民生命安全和身体健康”，而是机械理解“医疗行为”，认为美容不算医疗，而没有考虑受害者的利益应得到维护的立法宗旨；二审法官从非法行医罪的立法目的出发，认为此次美容手术在事实上侵犯了甲的身体健康，本着维护甲的权益的初衷，认为美容手术也应该被纳入医疗行为，非法行医罪罪名成立。

【第二节法律执行】

1、法律执行的基本原则【重点】

(1) **依法行政原则**的含义是行政机关必须依据法律法规的规定取得和行使行政权力，并对行为后果承担相应责任。

(2) **合理性原则**是指法律执法过程中需正确行使自由裁量权，所采取的措施和所作出的决定都要合乎理性，即符合案件事实情节和执法对象本身的情况，符合公平的原则。

(3) **信赖保护原则**：一是行政权力的确定力，行为一经作出，若无法定事由和法定程序，不得随意撤销、废止或改变；二是对行政管理相对人的授权行政行为作出后，事后即便发现有轻微违法或有不良后果产生，只要非因相对人过错造成的，也不得撤销、废止或改变；三是行政行为作出后，若事后发现有较严重违法或可能给国家社会公共利益造成重大损失，必须撤销或改变该行为时，行政机关会对因撤销或改变此种行为而给无过错的行政管理相对人造成的损失给予赔偿。

(4) **效率原则**是指在依法行政前提下，行政机关在对社会提供管理和服务的过程中尽可能简洁快速地以尽可能低的成本取得尽可能大的效益，从而获得最大执法效益。

【第三节法律适用（司法）】

1、法律适用的基本原则【重点】

(1) **司法为民原则**

(2) **依法独立行使职权原则**。

(3) **司法平等原则**

(4) **司法公正原则【呼格吉勒图案】**

(5) **司法公开原则。【“阳光是最好的防腐剂”】**

【第四节法律遵守】

1、【拓展】

古希腊伟大的哲学家亚里士多德在其著作政治学中提到：“从本质上讲，人是种社会性动物；那些生来离群索居的个体，要么不值得我们关注，要么不是人类。社会从本质上看是先于个体而存在的。那些不能过公共生活，或者可以自给自足不需要过公共生活，因而不参与社会的，要么是兽类，要么是上帝。”马克思在资本论第一卷中写道“人即使不像亚里士多德所说的那样，天生是政治动物，无论如何也天生是社会动物”。因此，人作为一种社会性的动物，遵守法律、道德行为规范，就成了我们每个人在社会生活中享有安全、自由、平等、权利等的前提。

2、【拓展】

法律具有强制性，但法律的遵守不能仅仅依靠法律的强制性，法的内在价值对法律的遵守尤为重要。这就是德国学者魏德士所谓的法的“道德效力”。“道德效力”是遵守法律的道德基础，具有“道德效力”的法律规范会被人们自愿遵守。法律的约束力不是靠纯粹的“他律”规范，而应该使守法义务得到公民的承认和认可。依靠国家强制力来迫使人们守法，只能事倍功半。法律本身的强制性也是促使人们守法的一个重要因素，但完全建立在强制性甚至暴力基础上的法律不可能长久。

【第五节法律实施的正当程序】【新增必考】

美国联邦最高法院大法官威廉姆·道格拉斯曾说过：“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一实施决不是无意义的，正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”

【拓展】【辛普森案】【刘汉案】

【第六节法律实施的监督】【新增】

一、法律实施监督的原理

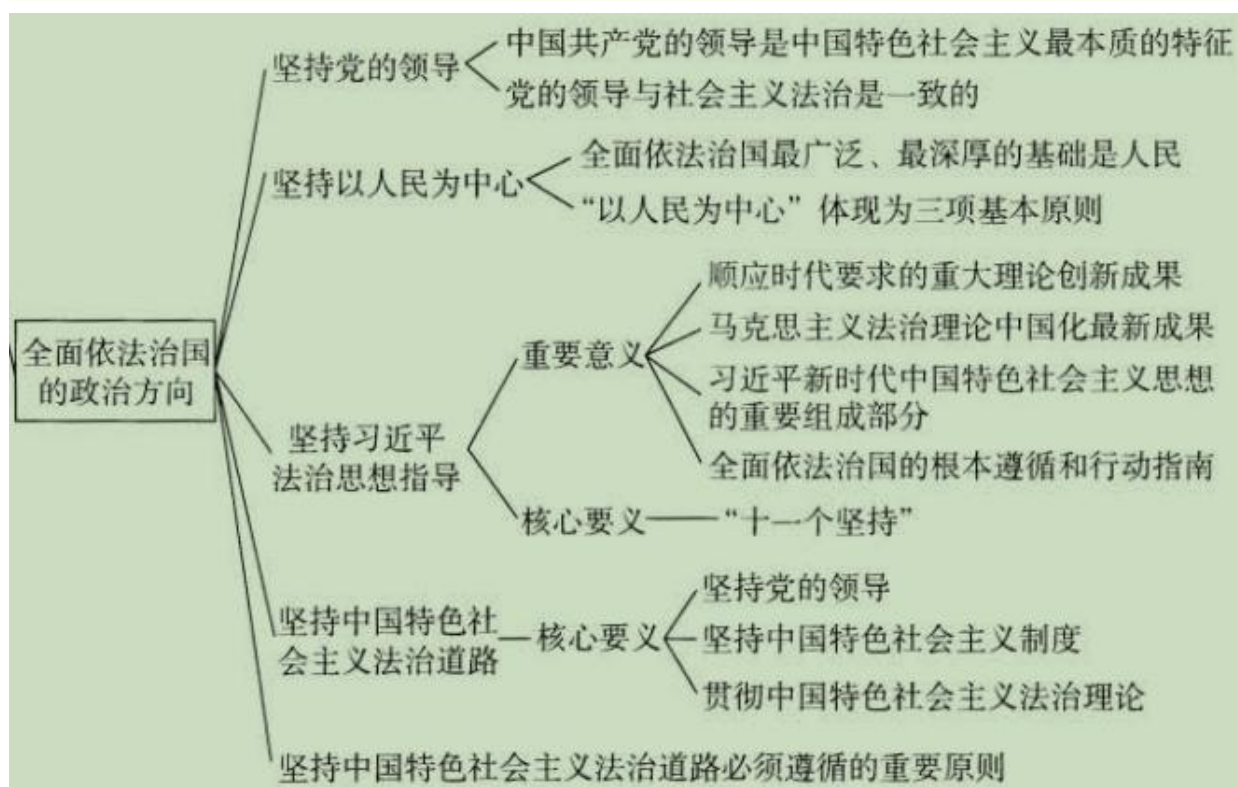
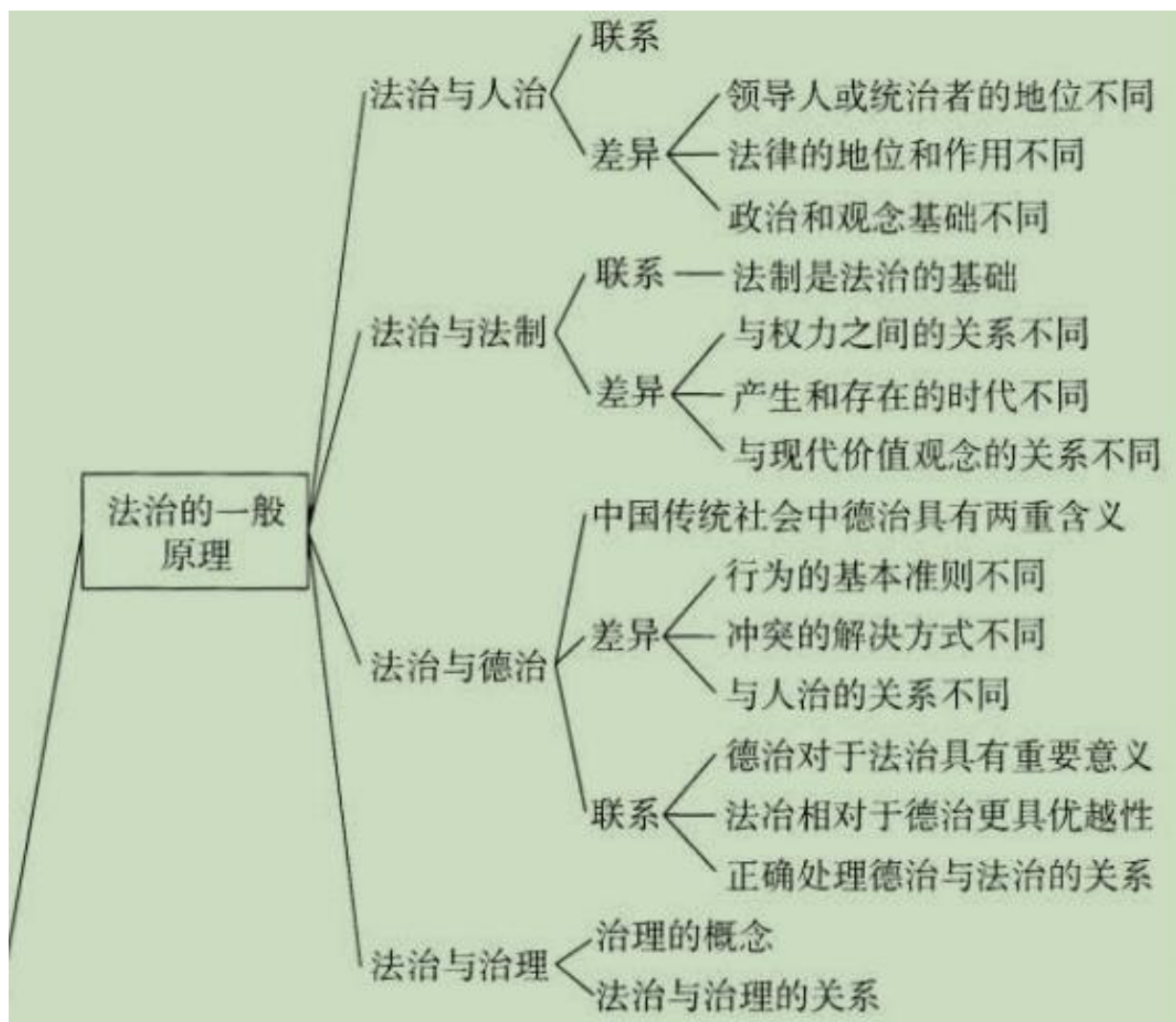
孟德斯鸠指出：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验”权力监督的重要性毋庸置疑。

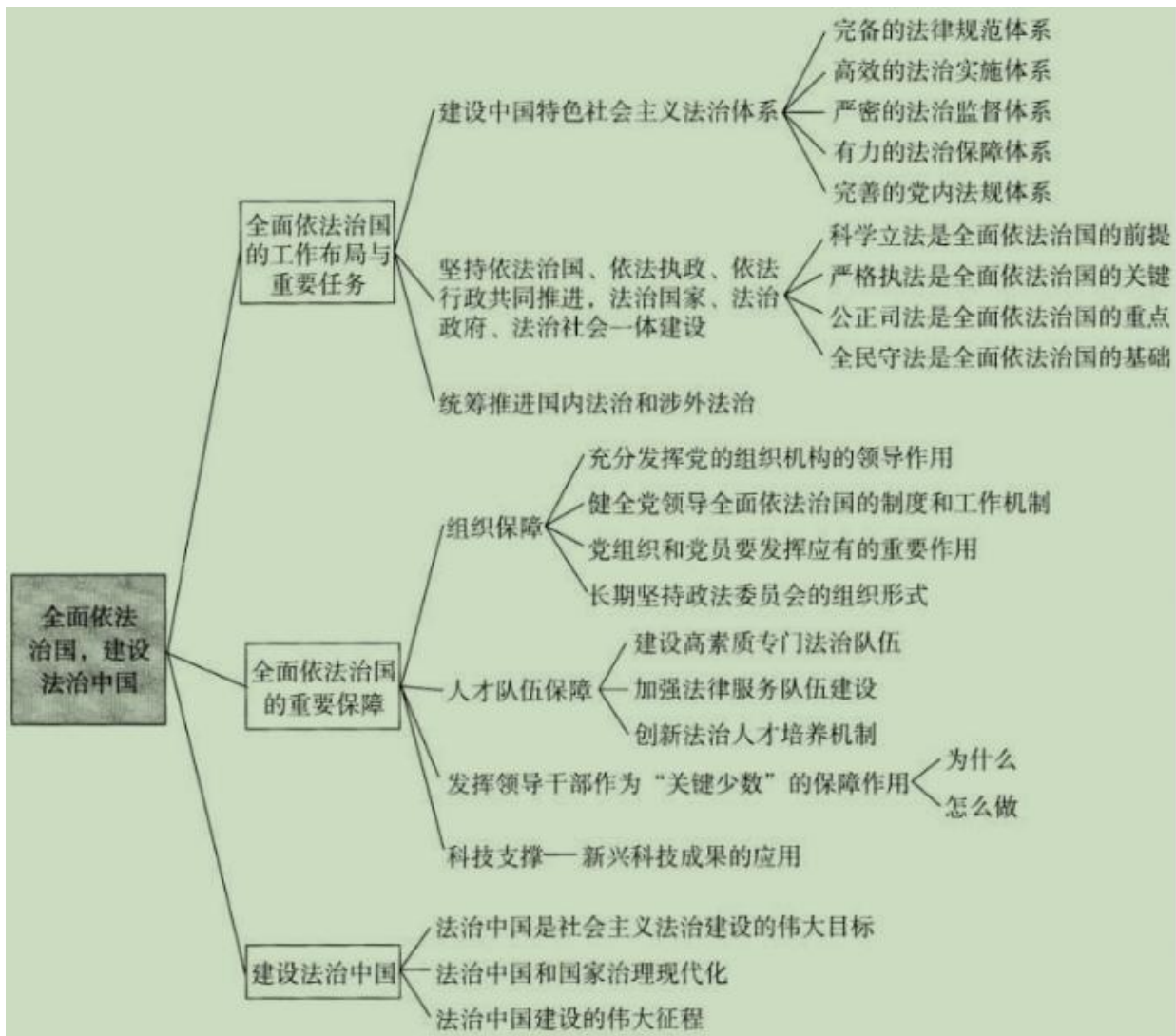
【拓展】【公益诉讼】最高检决定对万峰湖流域生态环境受损情况立案调查，这是最高检直接立案办理的第一起公益诉讼案件，是我国法律实施监督得到切实有效落实的生动案例在这个案例中，法律的有效实施不仅需要法律专门监督机关的监督，还需要党委、人大、政府、社会等多方合力，这也是我国监督体系有效运行的生动证明。

【案例】“浓墨重彩”的“民告官”第一案——包郑照家诉苍南县人民政府强制拆除案

【案例研习】聂某某故意杀人、强奸妇女案

聂某某再审案件体现了程序正义的重要性，程序上的缺陷将严重影响证据的证明力。因此以证据为基础的案件判决将会产生错误，得出非正义的结果。我国公安机关与司法机关必须摒弃重实体、轻程序，重口供、轻其他证据的做法，杜绝刑事逼供违法程序的司法行为。重视程序正义的价值，树立程序正义理念，才能在司法实践中真正落实程序正义，为实体正义的获得提供坚实的程序保证，真正实现“人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。





【第一节法治的一般原理】

一、法治与人治

1、现代世界普遍认为法治优于人治。理由主要在于：**第一，法治更加明确、稳定**，能够保障各种行为预期，实现国家和社会的长治久安，人治国家的命运依赖个别或少数领导人，容易产生动荡局面。**第二，法治保障人的尊严和自由**，符合人性的要求，能够激发人的主观能动性、创造性和公共精神，人治不尊重被统治阶级的尊严，压制其自由意志，不符合人的本性需求。**第三，人治伴随着腐败、衰退、贫穷、动乱**等等恶的治理现象，而法治与繁荣、清廉、富裕、发达等等善的治理有着很强的正相关关系。基于这些缘由，现代国家普遍推崇法治。

二、法治与法制【重点】

1、法治与法制也存在定的联系。法制是法治的基础。有法制不一定有法治，但没有法制就一定谈不上法治。

三、法治与德治

1、【拓展】要坚持依法治国和以德治国相结合，把社会主义核心价值观融入法治建设，完善诚信建设长效机制，加大对公德失范、诚信缺失等行为惩处力度，努力形成良好的社会风尚和社会秩序。

——习近平 2020 日在中央全面依法治国委员会第三次会议上的讲话

四、法治与治理【新增必考】

1、坚持在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化。(1)法治为社会参与治理提供制度基础；(2)法治为政府的治理行为提供基本规范；(3)法治为治理行政与行为提供程序保障；(4)法治为治理的良性推进提供救济路径；(5)法治保证治理的服务本质。

【第二节全面依法治国的政治方向】

- 一、坚持党的领导；
- 二、坚持以人民为中心；
- 三、坚持习近平法治思想指导；
- 四、坚持中国特色社会主义法治道路；
- 五、坚持中国特色社会主义法治道路必须遵循的重要原则

【第三节全面依法治国的工作布局与重要任务】

【新增】《中华人民共和国反外国制裁法》

反外国制裁法是我国为了坚决维护国家主权、尊严和核心利益，反对西方霸权主义和强权政治而制定的一部专门的反外国制裁法，为我国依法反制外国歧视性措施提供有力的法治支撑和保障。2021 年，我国宣布，为反击美国在香港问题上对我非法制裁，适用反外国制裁法对前美商务部长罗斯等个美方人员和实体实施制裁。2022 年，美方宣布售台武器计划。针对美方此举，我国宣布，为了维护中国主权和安全利益，根据反外国制裁法有关规定，对长期参与美国向中国台湾地区出售武器的美国军工企业雷神技术公司和洛克希德·马丁公司的侵权行为实施反制。

【第四节全面依法治国的重要保障】

习近平总书记指出：全面推进依法治国必须建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍。

全面依法治国的科技支撑【新增】【必背】

1、在立法领域，大数据、互联网被广泛运用来收集民意，如今立法过程经常会通过互联网征求社会建议，很多都被采纳，这证明了科技支撑对于提高立法民主性的巨大作用，有利于反映民意、体现民智，提高立法质量和科学性。

2、在执法领域，互联网、人工智能技术的广泛运用推进了行政体制改革，推动了政府职能的转变，提高了政府的管理与服务能力，可以助推政务公开，有效保障人民群众知情权、表达权、参与权、监督权，推动政府及其工作人员改进工作方法，提高工作效率。互联网大数据技术推动了行政流程再造，减轻人民群众负担，推进“最多跑一趟”乃至一趟也不用”的实现

3、在司法领域，互联网在立案、信息传递、卷宗审阅、证据交换、在线审判、执行等方面的广泛运用，有效促进了办案效率的提升，克服了时空的局限，司法信息的网上公开也有效推动了“阳光司法”，有效保障了当事人合法权益。

4、在普法中，现代化科技手段的运用大大提升了信息传递的广度和速度，保障了信息的时效性，有力地提升了普法宣传工作的效果，拓展了普法广度、力度和深度，促进了公民的守法意识。