

第九章法律职业与法律方法

第一节法律职业

一、法律职业的概念

【法律职业的含义】

法律职业是指以法官、检察官、律师为代表的，受过专门的法律专业训练，具有娴熟的法律技能与法律伦理的法律人所构成的自治性共同体。

从狭义上说，法律职业主要包括法官、检察官、律师三种具体的职业。

从广义上说，法律职业还包括一切受过法律专业训练、从事法律工作的人员。

法律职业共同体的成员是法律人，法律人是受过专门的法律专业训练，具有娴熟的法律技能与法律伦理的人，资深的法律人又称法律家。

【法律职业的特点】

一是法律职业的技能特征。

二是法律职业的伦理特征。

三是法律职业的自治特征。

四是法律职业的准入特征。

法律职业这四个方面的特点，我们也可以把它作为一国法律职业成熟的标志。

法律职业的分类

【法官】

法官是依法行使国家审判权的审判人员。

在我国，包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员。

法官的根本职责是参加合议庭审判案件或者独任审判案件。

法官的职责包括依法参加合议庭审判或者独任审判案件以及法律规定的其他职责。

【检察官】

检察官是依法行使国家检察权的检察人员，包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员、检察员和助理检察员。

检察官的职责是依法进行法律监督工作，代表国家进行公诉和对法律规定由人民检察院直接受理的犯罪案件进行侦查。

【律师】

律师是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。

律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。

律师这一职业具有以下几个特点：

第一，律师必须是受过法律专业训练，具备丰富法律知识的人；

第二，律师必须是依法取得律师执业证书的人；

第三，律师是为社会提供法律服务的执业人员。

【其他法律职业】

立法部门的专职工作人员；公证员、法律顾问、仲裁员（法律类）及政府部门中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的人员。

这些法律职业的从业者应当取得国家统一法律职业资格。

法律职业伦理与任职条件

【法律职业伦理】

法律职业伦理是人类社会生活关系之规范、原理、规则的总称，其基础建立于各个人的良心、社会之舆论以及习惯。

法律职业伦理会因时代的不同而在内容上有所差异，但基本内容是相同的。

【任职条件】

拥护中华人民共和国宪法，具有良好的政治、业务素质和道德品行。

具备全日制普通高等学校法学类本科学历并获得学士及以上学位，或者全日制普通高等学校非法学类本科及以上学历并获得法律硕士、法学硕士及以上学位或获得其他相应学位从事法律工作三年以上。

参加国家统一法律职业资格考试并获得通过，法律法规另有规定的除外。

第二节法律解释

一、法律解释的概念

【含义】

法律解释是指一定的人或组织对法律规定含义的说明。

与一般解释相比，法律解释的特点主要表现为：

第一，法律解释的对象是法律规定。

第二，法律解释与具体案件密切相关。

第三，法律解释具有一定的价值取向性。

第四，法律解释受解释学循环的制约。

【必要性】

法律解释的必要性是由法律调整的特殊性及其运作的规律所决定的，它有助于解决法律实施中原则性与灵活性、一般与具体的矛盾，是完善立法的需要。

第一，由于法律具有概括性、抽象性的特点，因此需要法律解释化抽象为具体，变概括为特定。

第二，由于人们在认识能力、认识水平上以及利益与动机的差别，因此会对同一法律规定有不同的理解，特别是对法律规定中一些专门术语有不同的理解。

第三，对于立法缺憾，需要通过法律解释改正、弥补。

第四，通过法律解释解决法律的稳定性与社会发展之间的矛盾。

第五，通过法律解释普及法律知识，开展法制教育。

二、法律解释的分类

【正式解释与非正式解释】

法律解释根据解释主体和解释效力的不同区分，可以分为正式解释与非正式解释两种。

是否具有法律上的约束力是区别正式解释与非正式解释的关键。

【限制解释、扩充解释和字面解释】

根据解释尺度的不同，法律解释可以分为限制解释、扩充解释与字面解释三种。

限制解释是指在法律条文的字面含义显然比立法原意广时，作出比字面含义窄的解释。它是在法律条文的字面含义与立法意图、社会发展需要明显不符时，为贯彻立法意图，反映社会发展的实际需要而设定的解释方法。

扩充解释是指在法律条文的字面含义显然比立法原意窄时，作出比字面含义广的解释。

字面解释是指严格按照法律条文字面的通常含义解释法律，既不缩小，也不扩大。

三、法律解释的方法

法律解释的方法是解释者在进行法律解释时为了达到解释的目标所使用的方法。

【文义解释】

文义解释，也称语法解释、文法解释、文理解释，是指严格遵循法律规范的字面含义的一种以尊重立法者意志为特征的解釋。

目的在于使人们正确理解法律规范的含义和立法者的意志。

这种解释的特点是将解释的焦点集中在语言上，而不顾及根据语言解释出的结果是否公正、合理。

【历史解释】

历史解释是指通过对法律文件制定的时间、地点、条件等历史背景材料的研究，或者通过将这一法律与历史上同类法律规范进行比较研究来阐明法律规范的内容和含义。

进行历史解释的目的，主要是探求 某一法律概念如何被接受到法条中来，立法者是基于哪些价值作出的决定。

【体系解释】

体系解释，又称系统解释，是指通过分析某一法律规范在整个法律体系和所属法律部门中的地位和作用，来揭示其内容和含义。

这种解释之所以必要，是因为每一个法律规范都是统一的法的整体的一部分，也是某一法律部门的一部分。它是在与相关法律规范的相互配合下发挥作用的。

【目的解释】

目的解释是指从制定某一法律的目的来解释法律。

这里所讲的目的不仅可以指原先制定该法律时的目的，也可以是探求该法律在当前条件下的需要。

【系统解释】

系统解释，又称体系解释，是指分析某一法律规范与其他法律规范的联系，以及它在所属的法律制度、 部门和体系中的地位与作用，以便系统地理解和阐明法律规范的内容与含义，确定法律规范的效力等级和法律规范之间的逻辑联系。

其作用在于以法律体系整体为参照，保证法律体系内在的统一性，把握法律原则的精神所在。

【社会学解释】

社会学解释，是指着重于社会效果的预测和社会利益的衡量，根据各种社会因素对

法律规范的社会目的和社会效益进行解释，以更深刻地理解法律的社会内容和利益所在，适应社会的发展变化，使法律适用符合社会政策。

【比较法解释】

比较法解释，是指通过比较外国的立法和判例及其原则、经验和效果，对本国法律进行解释。

有助于在法的适用中准确理解立法原意，同时有助于弥补法律漏洞。

四、当代中国的法律解释

法律解释体制是指国家法律解释权限划分的制度。

根据宪法和相关规定的规定，我国建立了以全国人大常委会的解释权为核心和主体的各机关分工配合的法律解释体制。

【立法解释】

广义上的立法解释，泛指有权制定法律、法规的国家机关或其授权机关对自己制定的法律、法规所作的解释。

对于狭义上的立法解释，有两种不同的观点，一种认为专指全国人大常委会对宪法和法律（狭义的法律）的解释，另一种认为立法解释还包括有关地方人大常委会对地方性法规的解释。

在我国，立法解释的主要任务是：

第一，阐明法律实施中产生的疑义。

第二，适应社会发展，赋予法律规定以新含义。

第三，解决法条冲突以及司法解释之间的冲突。

【司法解释】

司法解释（包括审判解释和检察解释）。

司法解释是国家最高司法机关对司法工作中具体应用法律问题所作的解释。

在司法实践中，审判机关和检察机关为了更好地协调和配合，统一认识，提高工作效率，对如何具体应用法律的问题有时采用联合解释的形式，共同发布司法解释文件。

司法解释的基本作用是为司法机关适用法律审理案件提供说明。这种作用具体表现为：

第一，对法律规定不够具体而使理解和执行有困难的问题进行解释，赋予比较概括、原则的规定以具体内容。

第二，通过法律解释适应变化了的新的社会情况。

第三，对适用法律中的疑问进行统一的解释。

第四，对各级法院之间应如何依据法律规定相互配合审理案件，确定管辖以及有关操作规范问题进行解释。

第五，通过解释活动，弥补立法的不足。

【行政解释】

行政解释指由国家最高行政机关，即国务院及其主管部门对有关法律和法规进行的解释。

它包括两种情况：

一种是对不属于审判和检察工作中的其他法律如何具体应用的问题所作的解释。

另一种是国务院及其主管部门在行使职权时对自己制定的法规进行的解释。

有权进行行政解释的机关包括制定行政法规的国务院以及制定行政规章的各部委。为了保证国家法制的统一，行政解释不得与宪法和法律相抵触。全国人大常委会有权撤销国务院及其主管部门违反宪法和法律的解释。

第三节 法律推理

一、法律推理的概念

■法律推理的含义;法律推理的特征

【含义】

法律推理通常是指以法律与事实两个已知的判断为前提，运用科学的方法和规则，为法律适用提供正当理由的一种逻辑思维活动。

【特征】

法律推理与一般的推理相比，其特征主要表现在：

第一，法律推理是法律运用中的一种思维活动。

第二，法律推理以法律与事实为两个已知的判断作为推理的前提。

第三，法律推理运用多种科学的方法和规则进行。

第四，法律推理的目的是为法律提供正当理由。

第五，法律推理的结果往往涉及当事人的利害关系。

二、法律推理的方式

法律推理的方法有两大类：一是形式逻辑方法，二是辩证逻辑方法。法律推理按照这两种方法可以分为形式推理和实质推理两大类。

【形式推理】

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

演绎推理又可以称为三段论推理，它是从一般到特殊的推理形式，即从一般的知识推出特殊知识的推理活动。

推理的特点是，法院有可以适用的法律规则 and 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），由此法院可以作出一个确定的判决（结论）。

归纳推理是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。

类比推理是一种从个别到个别的推理，它是根据两类对象的某些属性的相似性推出它们在另一些属性方面也具有相似性的推理活动，也是一种或然推理。

【实质推理】

实质推理又称辩证推理,它是指这样一种情形:当作为推理前提的是两个或两个以上的相互矛盾的法律命题时,借助于辩证思维,从中选择出最佳的命题,以解决法律问题。

辩证推理的作用主要是为了解决因法律规定的复杂性而引起的疑难问题。

辩证推理是法官对法律或案件客观事实的辩证推理过程,它必须建立在事物的辩证法的客观基础之上,而绝不应该是从法官的主观想象中得出结论。

第四节法律论证

一、法律论证的概念

■法律论证的含义;法律论证的特点

【含义】

法律论证 (legal argument), 主要是指在司法过程中对判决理由的正当性、合法性或合理性进行论证。

法律论证的目的,是从多种合理甚至合法的法律主张中论证出最佳选择。

【特点】

第一, 强调“法外”因素在法律正当性论证 (证成) 中的意义。

第二, 法律论证的结论不是绝对的, 具有可废止 (defeasibility), 或称为可改写性或可证伪性。

二、法律论证的正当性标准

一是内容的融贯性。

所谓融贯,是指法律体系本身的价值与事实、整体与部分、规则与原则、原理与精神的系统性、连贯性和一致性,以及法律体系与外部社会之间的内外融贯。

二是程序的合理性。

法律论证理论建立在对结论的非绝对性、非唯一性认知上,论证过程的合理、公正

决定着结论的正当性。

三是依据的客观性和逻辑有效性。法律论证不是完全主观和随意的主张，而是必须依据基本的法律和社会规范以及合理的逻辑规则达成。

四是结论的可接受性。法律论证的结果是否正当、合理，取决于其说服力，即能否被决策者和公众认同和接受。

总之，法律论证应注重广泛吸收公众参与，关注法外社会因素，注重协商性和实践理性，同时需要在法治精神、法律原则、民主制度以及公正程序的保障下进行，以保证法律的有效实施和与时俱进的发展，避免法律与社会的脱节，防止法律被误用。

第十章法律关系

第一节法律关系概述

一、法律关系的概念

【含义】

法律关系是根据法律规范产生、以主体之间的权利与义务关系的形式表现出来的特殊社会关系。

在历史上，法律关系的观念最早来源于罗马法中“法锁”的观念，

【特征】

第一，法律关系是依法建立的社会关系。这一特征包含四个方面的含义：

首先，法律规范是法律关系产生的前提。

其次，法律关系不同于法律规范调整或保护的社会关系本身。

再次，法律关系是法律规范的实现形式，是法律规范的内容在现实社会生活中得到的具体贯彻。

最后，法律关系是人与人之间符合法律规范的社会关系。

第二，法律关系是一种体现意志性的特殊社会关系。

首先，法律关系是根据法律规范建立的，而法律规范是国家意志的体现。

其次，法律关系参加者的意志对于法律关系的建立和实现也有着重要的作用。

承认法律关系的意志性，并不能否认它的客观性。其客观性主要表现在：

任何法律关系都根源于一定的经济关系，反映一定的经济关系的要求；

法律关系作为一定社会关系的特殊形式，除了受经济关系的制约外，还受其他社会关系的制约，反映一定社会关系的性质、内容和发展规律的要求；

从法律关系本身来看，其一经形成，就作为一种社会法律现象而存在，并对一定社会关系发生影响。

第三，法律关系是以法律上的权利义务为内容的社会关系。

二、法律关系的分类

【基本法律关系】

基本法律关系、普通法律关系与诉讼法律关系是按法律关系所体现的社会内容的性质所作的分类。

基本法律关系是由宪法或宪法性法律文件所确认或创立的、直接反映该社会经济制度和政治制度基本性质的法律关系。

基本法律关系主要包括公民与国家的关系、国家机构之间的关系、中央与地方的关系、民族之间的关系、所有制关系和分配关系等内容。

基本法律关系是社会中根本性的权利和义务关系，直接反映社会基本利益结构，并构成其他法律关系的基础。

普通法律关系是依据宪法以外的法律而形成的，存在于各类权利主体和义务主体之间的法律关系。

【普通法律关系与诉讼法律关系】

诉讼法律关系是依据诉讼法律规范而形成的、存在于诉讼程序之中的法律关系。

当基本法律关系和普通法律关系受到破坏或引起当事人之间的争议时，由于提起诉讼，诉讼法律关系便产生了。

诉讼法律关系既存在于诉讼程序中出现的各司法机关之间，也存在于各诉讼参与人之间，还存在于各司法机关和诉讼参与人之间。

【平权型法律关系与隶属型法律关系】

平权型法律关系与隶属型法律关系是按照法律关系主体的法律地位是否平等所作的分类。

平权型法律关系是存在于法律地位平等的当事人之间的法律关系。

隶属型法律关系是一方当事人可依据职权而直接要求他方当事人为或不为一定行为的法律关系。隶属型法律关系既存在于具有职务关系的上、下级之间，也存在于依法享有管理职权的国家机构和在其管辖范围内的各种主体之间。

【绝对法律关系与相对法律关系】

绝对法律关系与相对法律关系是按法律关系主体是否完全特定化所作的分类。

绝对法律关系指的是权利主体特定而义务主体不特定的法律关系。

绝对法律关系以“一个人对一切人”的形式表现出来，即一个特定的人 与其他相对人之间的法律关系。

相对法律关系是存在于特定的权利主体和特定的义务主体之间的法律关系。

相对法律关系的特点是参加法律关系的双方或数方均是特定的、具体的人，其表现形式是“某个人对 某个人”。

【调整性法律关系与保护性法律关系】

根据法律关系产生的依据、作用和实现规范的内容不同，还可以将法律关系分为调整性法律关系与保护性法律关系。

调整性法律关系是基于人们的合法行为产生的、发挥法的调整作用的法律关系。

调整性法律关系不需要适用法律制裁措施，法律主体之间即能够依法行使权利、履行义务。

保护性法律关系是由于违法行为而产生的、旨在恢复破坏的权利和秩序的法律关系，它发挥着法的保护作用，所实现的是法律规范逻辑结构中的法律后果的内容，是法的实现的非正常形式。

第二节 法律关系的构成要素

一、法律关系的主体

【法律关系主体的含义】

法律关系的主体是指法律关系的参加者，即法律关系中权利的享有者和义务的承担者。

法律关系的主体具有法律性和社会性。

法律关系主体的法律性是指法律关系主体是由法律规范所规定的。

【法律关系主体的范围】

在我国，能够参与法律关系的主体包括自然人（公民）、法人、其他社会组织和国家。

【法律关系主体的权利能力和行为能力】

法律关系主体参加法律关系还有资格上的限制，这在法学上被称为权利能力和行为能力。

权利能力是权利主体享有权利和承担义务的能力，它反映了权利主体取得享有权利和承担义务的资格。

公民的权利能力分为一般权利能力和特殊权利能力两种。

一般权利能力为所有公民所普遍享有，始于出生，终于死亡，如人身权利能力等。

特殊权利能力须以一定的法律事实出现为条件才能享有，如参加选举的权利能力须

以达到法定年龄为条件。

法人的权利能力始于法人依法成立，终于法人被解散或撤销。法人权利能力的内容和范围与法人成立的目的直接相关，并由有关法律和法人组织的章程加以规定。

行为能力是权利主体能够通过自己的行为取得权利和承担义务的能力。

行为能力以权利能力为前提，自然人有权利能力并不一定有行为能力，法人的权利能力和行为能力是一致的。

根据年龄和精神健康状况的不同，将民事行为能力人划分为三种。

第一种是完全行为能力人。

第二种是限制行为能力人，即 10 周岁以上未成年人。

第三种是无民事行为能力人，即不满 10 周岁的未成年人。

二、法律关系的内容

【法律权利】

法律意义上的权利一词最早来源于罗马法。

从形式意义上讲，法律权利的一般含义是，作为法律关系主体即权利主体或享有权利的人，依法具有自己这样行为或不这样行为，或要求他人这样或不这样行为的能力或资格。

法律意义上的权利与其他性质上权利的主要区别在于，它是体现国家意志的法律、法规所承认和保护。

它们与权利的主要区别在于：

第一，在我国现行宪法中，对中央国家机关使用职权一词，对地方国家机关使用权限一词，对公民则使用权利一词。

第二，权利主体一般是公民与法人和其他社会组织，权力主体则只能是被授予权力的国家机关及其特定的工作人员。

第三，权利和权力的自由度不同。权利主体对其享有的某些权利是可以转让或放弃的，职权不能放弃、不可让与。第四，权力的强制性是直接的，权利的强制性则是

以权力为中介的，是间接的。

【法律义务】

法律义务是指作为法律关系主体即义务主体或承担义务人依法应这样或不这样行为限制和约束。

【法律权利与法律义务的相互关系】

法律权利和法律义务是一对表征法律主体关系和状态的范畴，是法学范畴体系中最基本的范畴。

二者互为目的, 互为手段。

三、法律关系的客体

【法律关系客体的含义】

法律关系客体是指法律关系主体之间权利和义务所指向的对象。

它是构成法律关系的要素之一。

法律关系客体与权利客体既有区别又有联系。权利客体是权利行使所及的对象，没有权利，也就没有权利客体。

【法律关系客体的范围】

法律关系客体是一个历史的概念，随着社会历史的不断发展，其范围和形式、类型也在不断地变化着。

归纳起来, 法律关系客体包括物、行为、精神产品（非物质财富）、人身利益。物。

法律意义上的物是指法律关系主体支配的、在生产上和生活上所需要的客观实体。

第一, 应得到法律的认可。

第二, 应为人类所认识和控制。

第三，能够给人们带来某种物质利益，具有经济价值。

第四，须具有独立性。

行为。在很多法律关系中，其主体的权利和义务所指向的对象是行为。

作为法律关系客体的行为是特定的，即义务人为满足权利人的利益要求而完成的行为，包括作为和不作为，又称积极行为和消极行为。

精神产品（非物质财富）。精神产品是人通过某种物体或大脑记载下来并加以流传的思维成果。

精神产品不同于有体物，其价值和利益在于物中所承载的信息、知识、技术、标识（符号）和其他精神文化。

同时它又不同于人的主观精神活动本身，是精神活动的物化、固定化。

人身利益。人身是由各个生理器官组成的生理整体（有机体）。它是人的物质形态，也是人的精神利益的体现。

第一，活人的（整个）身体，不得视为法律上之物。

第二，权利人对自己的人身不得进行违法或有伤风化的活动，不得滥用人身，或自贱人身和人格。

第三，对人身行使权利时必须依法进行，不得超出法律授权的界限，严禁对他人人身非法强行行使权利。

当人身的一部分尚未脱离人的整体时，即属人身本身；当人身之部分自然地从身体中分离，已成为与身体相脱离的外界之物时，亦可视为法律上的“物”；当该部分已植入他人身体时，即为他人人身之组成部分。

第三节法律关系的产生、变更与消灭

一、法律关系产生、变更与消灭的条件

法律关系的产生指的是在主体之间出现了权利、义务关系。

法律关系的变更指的是法律关系的主体、客体或内容 中的任何一项发生了变化。

法律关系的消灭指的是主体间权利、义务关系完全终止。

法律关系的产生、变更与消灭不是随意的，必须符合两方面的条件：

一是抽象的条件，即法律规范的存在。二是具体的条件，即法律事实的存在。

二、法律事实

【法律事实的含义】

法律事实是指能够引起法律关系产生、变更或消灭的各种事实的总称。

法律事实与一般意义上的事实有重要区别。

法律事实是一种规范性事实。

法律事实 是一种具有法律意义的事实。

【法律事实的分类】

按照法律事实是否与当事人的意志有关，可以把法律事实分为法律事件和法律行为，这是一种最基本、最重要的分类。

【法律事件】

法律事件，是法律规范规定的、与当事人意志无关的，且能够引起法律关系产生、变更或消灭的客观事实。

根据事件是否由人们的行为而引起可以划分为绝对事件和相对事件。

绝对事件不是由人们的行为而是由某种自然原因引起的。

相对事件是由人们 的行为引起的，但它的出现在该法律关系中并不以权利主体意志为转移。

【法律行为】

从法律关系的角度看，法律行为指的是与当事人意志有关的，能够引起法律关系产

生、变更或消灭的 作为和不作为。

行为一旦作出，也是一种事实，它与事件的不同之处在于当事人的主观因素成为引发此种事实的原因。

同一个法律事实可以引起多种法律关系的产生、变更和消灭。有时候一个法律关系的产生、变更或消灭需要同时有两个或两个以上的法律事实。在法学上，人们常常把两个或两个以上的法律事实构成的一个相关整体称为事实构成。

法硕考研