

法学案例系列教材

法理学 案例教材

FALIXUE ANLI JIAOCAI

王彬 主编

李晟 副主编

非
外
借

南开大学出版社

法学案例系列教材

法理学案例教材

王彬 主 编

李晟 副主编

南开大学出版社

天 津

图书在版编目(CIP)数据

法理学案例教材 / 王彬主编. —天津: 南开大学出版社, 2017.3

法学案例系列教材

ISBN 978-7-310-05335-3

I. ①法… II. ①王… III. ①法理学—案例—高等学校—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 021913 号

版权所有 侵权必究

南开大学出版社出版发行

出版人: 刘立松

地址: 天津市南开区卫津路 94 号 邮政编码: 300071

营销部电话: (022)23508339 23500755

营销部传真: (022)23508542 邮购部电话: (022)23502200

*

天津泰宇印务有限公司印刷

全国各地新华书店经销

*

2017 年 3 月第 1 版 2017 年 3 月第 1 次印刷

260×185 毫米 16 开本 10.75 印张 2 插页 268 千字

定价: 32.00 元

如遇图书印装质量问题, 请与本社营销部联系调换, 电话: (022)23507125

前言

法理学作为法学的基础学科，是法律人的世界观与方法论，试图解答法学中的最基本问题：“法律是什么”“法律由哪些要素构成”“法律如何产生和发展”“法律如何运行”“法律如何适用”“法律与其他社会现象之间具有什么关系”等。在这个意义上，法理学似乎是法科学生应当首先学习的入门学科，因此，在课程设置上，法理学往往承担了“法学导论”的角色。但是，最基本的问题往往又是最难回答的，每个问题的回答都会遭遇“奥古斯丁式”的困境，这些问题的回答既需要一定的思辨能力，又需要具备对法律的整体把握。然而，这些知识储备往往又是初学者所不具备的。法理学的这一特色似乎让法理学的学习陷入一种“解释学循环”，学习法理要从最基础的法律知识入手，但是，只有具备整体的法学知识框架，才会对法学原理有更深的了解和体悟！难怪乎学生经常反映，在大一时学习法理学往往懵懵懂懂，在学完法学的核心课程后再回顾法理学往往又会豁然开朗、柳暗花明。

法理学的学科特征为法理学教学提出了挑战，这要求教师能够在法学的生活经验和哲学思辨之间游刃有余，要求法理学的教学既要在谷峰顶上，又要在红尘浪里，要求教师用最浅显的语言、最生动的故事去讲授最深刻的法学道理。这种法理学讲授的方式无法脱离案例教学，这就要求教师要从案例中提炼法理，用法理阐释案例，通过案例教学为法科学生打开法学之门，而这正是本书编写的目的所在。为此，本书选取了数十个具有代表性、经典性的案例，通过案例讲授法理学教材中的基本知识点，为法理学教师提供案例素材，帮助法科学生更好地理解法理学教材。因此，本书既是一本教师参考用书，也是法科学生的辅助教程。

本书的编写具有以下特点：第一，本书选取了法理学通行教材的重点章节，打破了通行教材的编写体例，对现有教材体系进行了整合。本书共分十章，分别是：第一章，法律的概念；第二章，法律的渊源与效力；第三章，法律的基本范畴；第四章，法律要素；第五章，法律程序；第六章，法律方法；第七章，法律运行；第八章，法律价值；第九章，法律与社会；第十章，法治。第二，本书根据“案例材料、法理分析、文献扩展”的体例进行编写，既为使用者进行基本的案情描述，又针对个案进行具体的法理剖析，同时为使用者进行深入学习提供文献线索。

本书是一部集体作品，由八位从事法理学教学研究的教师和一位从事司法实务工作的法官共同完成，作者简介及具体分工如下。

陈光，法学博士，大连理工大学人文与社会科学学部讲师，法律系副主任（主持工作），硕士生导师，主要从事立法学和法律社会学研究，主持国家社科基金等课题多项，出版专著和教材各一部，在核心期刊发表论文十余篇，负责本书第七章内容的撰写。

戴津伟，法学博士，华东政法大学法律方法研究院讲师，主要研究方向为法律方法论，在《求是学刊》《天府新论》《时代法学》等刊物发表论文二十余篇，负责本书第六章内容的撰写。

龚艳，法学博士，中共天津市委党校、天津市行政学院副教授，硕士生导师，研究方向为人权法学和言论自由，出版《仇恨言论法律规制研究》学术专著一部，在《人权研究》《求索》《甘肃政法学院学报》等发表论文三十余篇，主持国家哲学社会科学规划项目、天津市哲学社会科学规划项目等五项，负责本书第八章内容的撰写。

姜新东，法学博士，济南大学马克思主义学院讲师，在《法律适用》《东岳论丛》《山东社会科学》等期刊发表论文二十余篇，作为主要人员参与国家社科基金、省社科基金各一项，主持多项厅级、校级科研项目，有两篇论文曾获省级一等奖；主讲过“民商法学”“经济法学”“法律基础”等课程，负责本书第三章内容的撰写。

李丹阳，法学博士，贵州大学法学院讲师，在《学习与探索》《河南大学学报》《学术交流》等刊物上发表论文多篇，负责本书第五章内容的撰写。

李晟，法学博士，南开大学法学院副教授，硕士生导师，曾在《中外法学》《法商研究》《法学家》等核心期刊发表论文多篇，主持教育部人文社科基金青年项目等课题多项，负责本书第九章、第十章内容的撰写。

李鑫，法学博士，青岛科技大学法学院副教授，吉林大学法学博士后流动站研究人员，主要从事法理学的教学与科研工作。近年来，出版专著、教材两部，在《法学论坛》等核心期刊发表论文十余篇，主持省部级项目两项，获得省部级奖励两项，负责本书第四章内容的撰写。

唐娜，法学硕士，天津市高级人民法院法官，曾在《法律方法》《法制日报》《人民法治》《湖南警察学院学报》《人民法院案例选》等刊物发表文章十余篇，负责本书第二章内容的撰写。

王彬，法学博士，南开大学法学院副教授，硕士生导师，法理学教研室主任，曾在《法商研究》《法制与社会发展》《环球法律评论》《法学论坛》《政治与法律》等核心期刊发表论文四十多篇，主持国家社会科学基金青年项目、教育部人文社会科学青年基金项目等课题多项，负责本书第一章内容的撰写。

需要说明的是，本书的编写过程也是理论研究与实务操作互动的过程，本书邀请了从事司法实务工作的法官同志承担本书的部分撰写任务。本书由王彬进行统稿，由李丹阳统一校对，南开大学法学院硕士研究生刘巧巧、王潇、唐雅蓉、温慧超、朱厚东、郅斌等同学对各个章节进行了认真校对，感谢各位同学的辛苦付出！

王彬

2016年7月19日

目 录

第一章	法律的概念·····	1
第二章	法律的渊源与效力·····	16
第三章	法律的基本范畴·····	34
第四章	法律要素·····	51
第五章	法律程序·····	65
第六章	法律方法·····	83
第七章	法律运行·····	105
第八章	法律价值·····	120
第九章	法律与社会·····	132
第十章	法治·····	149

第一章 法律的概念

【材料 1-1】安提戈涅的抗争

《安提戈涅》是古代希腊的著名悲剧，这个悲剧讲述了这样一个故事：底比斯王俄狄浦斯得知自己弑父娶母，罪孽深重，因此去位，并客死他乡，留下二子二女。二子为争夺王位，刀兵相见。一子波吕涅刻斯率岳父城邦的军队攻打底比斯，另一子厄特俄科勒斯率底比斯军抵抗，两人都战死沙场。克瑞翁，俄狄浦斯王之母/妻的弟弟，继任底比斯城邦的王位。为惩罚叛徒，克瑞翁下令（一个实定法）不许安葬波吕涅刻斯，违者处死。俄狄浦斯之女安提戈涅挑战克瑞翁的政令，认为哥哥即使是叛徒，也应当得到安葬，因为人死了入土为安是天神制定的永恒不变的不成文法。克瑞翁判安提戈涅死刑——将安氏关进墓室，让其自然死亡。安提戈涅的未婚夫、克瑞翁之子海蒙为了爱情而自杀，并导致其母即克瑞翁的妻子自杀，克瑞翁因此陷于极度的痛苦之中。^①

【法理分析】在该剧中安提戈涅在对抗克瑞翁时有一段常常被法学家所引用的台词：“我并不认为你的命令是如此强大有力，以至于你，一个凡人，竟敢僭越诸神不成文的，且永恒不衰的法，不是今天，也非昨天，它们永远存在，没有人知道它们在时间上的起源。”以这段话为依据，这一经典悲剧被视为西方自然法思想的源头。安提戈涅对克瑞翁法令的挑战代表了永恒不变的自然法、高级法对实定法的挑战，因此，希腊经典戏剧《安提戈涅》被视为反映自然法思想的最早历史标志之一。

在该剧中，安提戈涅的要求仅仅是埋葬她的兄长，尽管她的兄长是十恶不赦的叛国者，但是，在安提戈涅看来，神法（即自然法）强调兄妹之间天然的血缘关系，安葬自己的兄长，那是神法所要求的。因为，依照当时的宗教观，人们普遍信仰死后灵魂不灭，应当安葬墓中，无墓的灵魂必然游荡而贫困，所以葬礼就成为家族中的头等大事。安提戈涅认为，埋葬兄长那是神法所要求的义务，如果她服从城邦的法律，使其兄长暴尸田野，那么她就会受到神法的惩罚。因此，安提戈涅主张自然法高于实定法。但是，克瑞翁也面临着两难选择，如果他同意安提戈涅埋葬叛国者，也就意味着纵容叛国者，这不仅仅难以告慰那些为国捐躯的英雄亡灵，更难以维护城邦法律的权威与尊严，这样城邦的统治必将瓦解。

安提戈涅与克瑞翁的冲突往往被视为自然法思维和法律实证主义思维的冲突。所谓的自然法学思维实际是典型的二元论思维，即对事物的认识从应然与实然的区分作为逻辑起点，在自然法思想看来，存在着理想的和现实的两种不同的法律秩序，并用理想的法律秩序来评判现实的法律秩序。但是，何为应然的法律秩序，不同的自然法思想有着不同的解说，“自然”

^① 案例摘自苏力：《自然法、家庭伦理和女权主义——安提戈涅重新解读及其方法论意义》，载《法制与社会发展》2005 年第 6 期。

观念的模糊不清也导致人们在何为自然法的问题上莫衷一是。就该戏剧而言,自然法既可以是习惯法(在古代希腊社会,安葬自己的亲属是不成文的家族习惯法),也可以是上帝的律法(在古代希腊,人们普遍信仰灵魂不灭),也可以是按照人类理性普遍设计的法律,也可以是自然规律。因此,自然法就成为批判现存制度的话语模式,在一定程度上,自然法不过是一个提升规则之权威位阶的一种技术性论辩手段。尽管按照安提戈涅的观点,国王克瑞翁的人定法违背了自然法,是不正义的。但是,按照历史唯物主义的观点,该剧所反映的自然法和实定法的冲突其实体现了家族伦理和政治伦理在特定历史背景下的冲突。俄狄浦斯弑父娶母代表着通过血缘关系维系的社会已经“礼崩乐坏”,安提戈涅以家族伦理对抗国王法令,其实代表着对传统血缘社会的维系,而克瑞翁力图通过严刑苛法维护城邦社会的政治伦理,以此重建政治秩序和社会秩序反而代表了当时历史发展的方向。因此,很难在自然法的维度上评价两者在道德上孰优孰劣。

在不同的历史时期,自然法的论证理路是不一样的,随着人们关于何为“自然”的观念变迁,自然法思维先后经历了古典自然法、经院自然法和近代自然法等几个阶段。在古希腊,自然的观念并非指向现今我们理解的自然界,而是指向“本质”。在希腊人看来,人的理性是对世界智慧的分享,人可以用理性发现自己生活的法则。自然法来自于理性的思考,是永恒不变的正确法则,而习俗中的正义和法律则不完全是这样,习俗的法律是人为的约定,是因时因地因人而异的。这种自然与习俗的对立,是贯穿于希腊哲学中的最重要主题之一。进入中世纪,自然的含义从“本质”转向了“神谕”。所谓符合自然法就是符合上帝的旨意。按照神学家托马斯·阿奎那的观点,法律分为永恒法、自然法、人法、神法等类型。永恒法是上帝所创立的永恒规则,是一切法则的来源。自然法是由人的理性所参与的永恒法,体现了人对上帝智慧的分享。神法是圣经启示的体现,无法通过人的理性来把握。阿奎那是一位经院哲学家,但是,从他对自然法的论述中可以发现,他并没有完全否定人的理性的作用,理性与信仰在他的经院哲学中有机统一起来,这实际上意味着西方的自然法思想开始走向世俗化。近代自然法是世俗化的自然法,经历文艺复兴的思想启蒙,上帝被驱逐下历史的舞台,大写的人的形象得以树立。此时,所谓的自然是指“理性的要求”。这里所说的理性其实是自然科学的发展所带来的两种研究方法:“分析—综合法”与“欧几里得几何证明法”。前者将研究对象分解为基本的要素,将其理念化后形成一定意义的秩序;后者试图从不证自明的公理出发通过演绎法得出定理。建立在理性基础上的近代自然法,是以人的本性和社会本性作为出发点的,所要解决的核心问题是:应当创造何种法则,使人类可以共同生活。这又分别对应着自然状态和社会契约论的思想。根据启蒙思想的观点,在自然状态下,根据理性法则,人们拥有某些“自然权利”,但是,为了实现更好的生活,人们让渡自己的自然权利,签订社会契约,并且根据社会契约组织国家和社会生活。根据这种思维方式,自然状态下的理性法则就是“自然法”,人们所签订的社会契约其实就属于人定法。自然法思维的历史变迁,也说明这种思维方式的意義主要在于用理想的价值标准对现实法律进行批判,但是,何为理想的法律,却是一个历史性和相对性的问题。

【文献扩展】

1. 苏力:《自然法、家庭伦理和女权主义——安提戈涅重新解读及其方法论意义》,载《法制与社会发展》2005年第6期。
2. 徐忠明:《古希腊法律文化视野中的〈安提戈涅〉》,载《中山大学学报(社会科学版)》

1997年第4期。

3. 强世功：《文学中的法律：安提戈涅、窦娥和鲍西娅》，载《比较法研究》1996年第1期。

【材料 1-2】纽伦堡审判

1945年10月，一个由英、法、美、苏4个国家组成的“国际军事法庭”曾云集在纽伦堡，开始一次史无前例的“世纪审判”。他们要审判的对象是第二次世界大战之后德国的23名纳粹党匪首和战争狂人，他们肩负的任务是按严格公正的司法程序去进行一场公正的审判，去伸张人类的正义，而他们面对的最大挑战是：怎样用人类固有的法律正义，去裁决纳粹党徒们那些“史无前例”的罪行？

在审判过程中，以战争狂人戈林为首的纳粹党羽在法庭上无比蛮横，在公诉人对他们的战争罪行进行指控时，这批战犯们无一例外地回答说：自己只是奉“上级命令”而行事。国际法庭的公诉人之一、美国的杰克逊大法官却给了他们雷霆万钧的当头一击。他义正词严地对着法庭发表了他那篇义薄云天的演说：“有一个不容否认的事实是：纳粹党徒，在一个相当大的范围里对人类犯下了前所未有的残酷罪行！谋杀、拷打、奴役、种族屠杀这些行为，不是早已被全世界的文明人认定了是一种罪行吗？我们的提议，就是要惩罚这些罪行！”杰克逊法官接着说：德国法西斯党的种族屠杀、践踏公民权利的“法律”与“法令”，是与人类最基本的道德与人性完全相悖的“恶法”。任何一个有良知的人，都不会执行这样的“恶法”；而这样的“恶法”，也不能成为任何人拿来为自己的犯罪行为做辩护的理由。一句话，“恶法非法”！^①

【法理分析】在纽伦堡审判中，杰克逊大法官与纳粹战犯的法律观可谓是针锋相对。在杰克逊大法官看来，纳粹国家所制定的法令践踏公民基本权利、纵容纳粹战犯进行种族屠杀，与人类的基本道德和良知相违背。如果说杰克逊大法官坚持了“恶法非法”的自然法观点，那么纳粹战犯实际上在利用“恶法亦法”的法律实证主义观点为自己辩护。

根据法律实证主义的观点，法律应当具有这样的品性：首先，法律具有正式性。尽管法律规则与道德规则、礼仪规则、宗教规则和习惯在内容上一致，但是，法律与后者的区别在于，法律经过了官方的正式公布，存在一个明确的制定者。按照这种观点，纳粹政权是纳粹法律明确制定者，而所谓的道德原则则不具有明确的制定主体，法律比道德更为明确。其次，法律具有客观性。法律体现了立法者的意志，尽管这种意志可能不符合人们的理性，不符合人们的道德直觉，不符合人们朴素的正义观念，甚至有些法律条文在人们看来荒诞不经甚至是离经叛道，但是，法律所体现的意志是客观存在的，这种意志不管人们是否同意，因为这种意志的存在，法律规则才构成对人们行为的约束力。最后，法律具有强制性。法律的这种强制性是由国家权力来保证的，权力本身意味着统治者和被统治者之间的某种强制关系，这说明统治者将利用国家权力对违法者进行惩罚。一旦法律规则经过官方的正式公布，则意味着违背这一法律规则，将会遭受法律的制裁。在纳粹战犯看来，服从命令是军人的天职，他们的战争行为是遵守统治者命令的“守法”行为。

“纽伦堡审判”导致了西方自然法的复兴，这体现了西方文化中关于法律的二元论的观点。在西方文化中，“法”和“法律”并非是一概念，这两个概念的差异体现了“自然法”

^① 案例摘自《恶法非法：纽伦堡大审判》，载《上海法治报》2014年4月16日。

(理想法、正义法、应然法)与“实在法”(现实法、国家法、实然法)的二元划分。所谓自然法(“法”),指的是永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理,而所谓实在法(“法律”)则是指国家机关制定和颁布的具体行为规则,自然法是评判法律本身是否“合法”的更高位阶的评判标准。自然法与实在法的划分体现了法学思维中应然与实然的二分,法的“应然”是指“法应该是怎么样的”,即根据自身特性应达到某种理想状态的法,而法的“实然”是指法在当下已经实际存在的状态,即“法实际上是怎么样的”。法的应然问题涉及的是人们对法应当达到的理想状态的价值判断,是对法之好坏善恶的评价;而法的实然是根据社会经济条件所制定出的实在法,但是,这种法有时候并不能体现人们的理想和正义观念。

【文献扩展】

1. 何勤华、朱淑丽、马贺:《纽伦堡审判》,中国方正出版社 2006 年版。
2. 刘星:《西方法学初步》,广东人民出版社 1998 年版。

【材料 1-3】告密者困境

1951 年,《哈佛法律评论》摘要报道了一个德国法院裁决的告密者案:第二次世界大战期间,被告决定摆脱她的丈夫而向当局告密,被告丈夫是一个长期服役的德国士兵,丈夫在探亲期间向她表达了对希特勒的不满。1944 年,被告向当局告发了丈夫的言论,并出庭作证,军事法庭根据纳粹政府 1934 年和 1938 年发布的两部法令,判定该士兵犯有发表煽动性言论罪和危害帝国国防力量罪,处以死刑。经过短时期的囚禁后,他未被处死,又被送往前线。战后,被告和军事法庭的法官被交付审判,检察官根据 1871 年《德国刑法典》第 239 条,起诉二人犯有非法剥夺他人自由罪。1949 年,班贝格地区上诉法院在二审中判定涉案法官无罪,但被告罪名成立,因为她通过自由选择,利用纳粹法律导致了丈夫的死亡和监禁,而这些法律违背了人们的道德良知和正义观念。被告的抗辩理由是:据当时有效的法律,她丈夫对她所说的关于希特勒及纳粹党的言语已经构成犯罪,她告发她的丈夫是一个公民应当履行的义务。^①

【法理分析】这个案件引起了法律实证主义与自然法的著名论战。著名的法律实证主义学者哈特对这个案件的判决提出了批评,在哈特看来,要么不处罚告密行为,要么溯及既往地创设法令惩罚告密者。因为,尽管溯及既往地创设刑事法律是邪恶的,但将其公开适用于案件中,至少体现了坦率的美德。因此,对于是否惩罚告密者,只能在两种邪恶中选择其一,要么是放纵告密者在道德上的邪恶使其免受惩罚,要么放弃法律不溯及既往这一法律体系中珍贵的道德原则。这就是哈特所提出的“告密者困境”。

“告密者困境”反映了人类在关于法律的概念问题上的两难选择。简单而言,自然法研究“法律应该是什么”的问题,而法律实证主义研究“法律是什么”的问题。自然法更为关注法律的正义性,更为关注评判法律自身合法性的价值标准,但是,自然法这个概念又过于含糊,一切强调法价值的法律理论都被冠以“自然法”的标签,但是,这些价值标准往往言人人殊,人们在什么是正义的问题上很难达成共识,反而容易造成人们采取某种道德立场来批判国家实在法,严重侵害了法律自身的安定性。法律实证主义较为关注法律的形式特征,更为强调法律的权威性,但是,法律实证主义不是一个关于法律性质的全面的理论,它只是

^① 案例摘自柯岚:《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》,载《法律科学》2009 年第 4 期。

较好地解决了法律效力的问题，并不能全面回答“法律是什么”的问题。因为，法律实证主义只是客观描述实在法性质尤其是实在法有效性的理论，它并不关注法律本身的目的问题，甚至否定人们关于法律目的的价值判断，容易导致法律适用的僵化。

德国法学家拉德布鲁赫试图调和自然法和法律实证主义的对立，在其著名的文章《法律的不法与超法律的法》中，他提出了一个拉德布鲁赫公式：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“不正当的法”，那么法律就必须向正义屈服。拉德布鲁赫深刻地揭示了法律实证主义与自然法的分歧，深刻剖析了法律的安定性与正义性之间的二律背反。他的观点事实上是相对主义的自然法的观点，他所说的“超法律的法”不再是古典自然法意义的超越国家、超越历史，放之四海而皆准的永恒法则，而是“一种内容可变的自然法”“在不同的时代针对不同的人而变化”。可以说，拉德布鲁赫肯定了法律价值的历史性和相对性，但是，他也没有明确提出衡量法律是否正义的标准，拉德布鲁赫公式中的“不能容忍”“不正当”“不善”仍旧是含混不清的。

【文献扩展】

1. 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》，载《法律科学》2009年第4期。
2. 柯岚：《拉德布鲁赫公式与告密者困境——重思拉德布鲁赫—哈特之争》，载《政法论坛》2009年第5期。
3. 强世功：《法律的现代性剧场：哈特与富勒论战》，法律出版社2005年版。

【材料 1-4】秋菊的困惑

张艺谋导演的电影《秋菊打官司》讲述了这样一个故事：为一些并不很紧要的事，一位农民同村长吵起来了，骂村长“断子绝孙”（村长的确只生了四个女儿）。这种话在中国的社会背景（尤其在农村）下是非常伤人的。愤怒的村长因此和这位农民打了起来，向村民的下身踢了几脚。村民受了伤。这位村民的妻子——秋菊为此非常愤怒。她认为，村长可以踢她的丈夫，但不能往下身踢。她要讨个“说法”，大致是要上级领导批评村长，村长认个错。由于这种纠纷在中国农村并不少见，而且伤害也不重，因此乡间的司法助理员没有给予这位村长正式的处罚，而是试图调解一下。这种调解不能令秋菊满意，于是她到了县城、省城讨“说法”。经过种种努力，最后在一位律师的帮助下，上级派来了公安人员调查，发现该村民受到了轻伤害（但不是下身受到伤害），应当受到治安处罚。村长被抓了起来，判处了15天行政拘留。但是在秋菊被告知这一决定、村长被带走之际，秋菊说，怎么把人给抓了，我只是要个说法。她跑到村外的公路边，看着远去的警车，满脸的迷惑不解：她不懂得为什么法律是这样运作的。^①

【法理分析】秋菊的困惑来源于法律与社会之间的矛盾。在秋菊看来，乡土社会的社会规范才是真正的法律，根据乡土社会的法则，她只要求村长一个正式的道歉，而不愿看到村长受到法律的制裁，因为，村长作为乡土社会的“能人”乐于助人，对秋菊一家也有帮助，在熟人社会里有很高的威望。如若村长因为秋菊的诉讼而吃了官司，则意味着秋菊将背负村

① 案例摘自苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2004年版。

里舆论的谴责。在律师看来,村长的行为构成了对他人的人身伤害,应当受到法律的惩罚。但是,法律的干预并没有带来乡民眼中的“正义”,反而破坏了乡土社会中稳定的社会关系,甚至有可能给秋菊带来更大的麻烦。秋菊的困惑说明国家法必须融入社会生活中去,必须为维系法律的民众所信仰,从而在社会中取得合法性,使国家法由强力的推行变为通过信仰体系维系的合法统治。而国家法律要获得民众信仰的支持,就必须深入民间习惯法中,将法律内化为民众生活中的活生生的经验。因为,法律不仅仅是一套规则,它是分配权利义务、定纷止争、创造合作关系的活生生的程序。秋菊的困惑就在于城市社会的法则在乡土社会没有获得支持,国家的正式法则与乡土社会的民间习惯存在冲突。因此,我们在学习法律的过程中不仅仅要关注纸面上的法律,还要关注“行动中的法律”;不仅仅要关注国家颁布的正式法则,还应当关注存在于社会中的“活法”。我们不能孤立地观察法律,而必须将法律放置到社会的整体背景下进行理解。

在法律的概念的问题上,社会法学不同于自然法学强调法律的价值,也不同于分析实证法学关注法律的形式,而是更为强调法律在社会层面的运行。社会法学是以法律为社会现象之一,用社会学的方法,以它和宗教、道德、政治、经济等邻接社会现象;以家庭、社会、国家等邻接社会形态的关联来研究,以发现法律的成立、变化、发展和消灭的法则。一般而言,社会法学是在人类的行为模式中抽象出法律的概念。在社会法学看来,第一,法律与国家并不存在必然联系,法律并非是由国家创造的,而是从社会中演变产生的;第二,法律在具体的社会群体中起作用,社会法学强调社会群体人与人之间的社会连带关系,强调人们对规则的认同,强调法律应当在实际运作中去发现,而不能一味简单认为国家制定的法律才是法律,如果法律在社会层面不起作用,那么,这样的法律也不是真正的法律;第三,在法律的保障机制方面,社会法学并不注重法律的制裁,而是认为人们所处的社会关系使得法律具有了强制性,利益诱导比制裁在使人们守法方面更有意义。

【文献扩展】

1. 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 2004 年版。
2. 桑本谦:《法治及其社会资源》,载《现代法学》2006 年第 1 期。

【材料 1-5】洞穴奇案

“洞穴奇案”是美国法学家富勒虚构的一个经典案例,这个案例以真实案例为素材虚构而成,讲述了一个十分传奇的故事:五名洞穴探险爱好者进入一个洞穴后,发生山崩而被困于洞穴之中,因为他们没有按时回家,一支营救队伍火速赶往事发现场进行营救。但是,营救并不顺利,营救过程中山崩仍然不断发生,已经有十名营救人员被夺去生命。由于探险者没有带充足的食物,营救人员早就担心被困人员在得到营救之前就已饿死,在被困的第二十天,营救人员才得知探险人员自带了一个无线电通信设备,营救人员迅速与被困洞穴的探险人员取得联系。探险人员询问还有多久才能得救,工程师回答至少还需要十天,又询问现场医疗专家,问在没有食物的情况下,他们是否可能再活十天,专家告诉他们几乎没有可能。随后,洞里的无线设备就沉寂了。之后,探险者请求与医生再次通话,其中的一名队员威特莫尔代表全体探险队员询问,如果他们吃了其中一个成员的血肉,能否再活十天。尽管很不情愿,但医疗专家还是给予了肯定答复。威特莫尔又问,通过抽签决定谁应该被吃掉是否可行,没有医疗专家愿意回答。威特莫尔又问政府官员、法官或牧师、神父能否给予答复,但

是，没有人愿意对此提供意见。之后，洞里再也没有传来任何消息，大家推测是探险者的无线设备电池用光了。当受困者获救后，大家才知道，在受困的第二十三天，威特莫尔已经被同伴杀掉吃了。

洞穴探险队的四名队员被告上了法庭，根据四名被告给陪审团提供的证词，是威特莫尔首先提议大家可以吃掉其中一员以维持生命，同样也是他首先提议抽签，他正好带了一副骰子。四名被告起初并不同意这一残酷的提议，但是后来他们接受了这一提议，并反复讨论保证了抽签公平性的数学问题，最终同意用掷骰子的方式决定生死命运。然而，在掷骰子之前，威特莫尔后悔了这一约定，但是，其他人指责他出尔反尔，坚持继续掷骰子。轮到威特莫尔时，一名被告替威特莫尔掷骰子，同时要求威特莫尔就投掷的公平性表态。威特莫尔没有表示异议，很不幸的是，威特莫尔中签了，他就被同伴杀死吃掉了。

这就是富勒 1949 年在《哈佛法律评论》上所虚构的洞穴奇案的基本案情，富勒还进一步虚构了最高法院上诉法庭五位大法官对此案的判决书，哲学家萨伯对该案借题发挥，将五份判决书扩展到十四份，比较全面生动地展现了西方主要的法理学思想，这个假想的案例也成了西方法学院必读的文本。^①

【法理分析】《洞穴奇案》中的十四份“法官意见书”展示了法官不同的法律推理风格，但是，在不同的司法技艺背后深刻地体现了不同“法律概念论”的差异。“法律是什么”这一基本问题是法哲学的永恒主题，可以说，对“法律是什么”的回答决定了“法律应当如何适用”，也就是说，关于法律的本体论决定了法律的方法论。

对于“洞穴奇案”，法官之所以有不同的判决，根本上缘于法官在“法律是什么”这个问题上的认识差异。对于该案，假想案例中的法典存在明确的条文：“任何人故意剥夺了他人的生命都必须判处死刑。”特鲁派尼法官认为，法律是由明确的条文组成的，正义的实现不能损害法典的字义，不能鼓励任何漠视法律的行为，因此应当判决被告有罪。福斯特法官则认为，法律不仅仅存在于表面的字义规定中，还包含在立法精神中，应当根据法律的目的对法律进行解释。所以，违背法律表面规定的行为未必违反法律本身。根据法律的精神，不能认定为被告有罪。但是，唐丁法官却不同意福斯特法官的意见，在他看来，法律的目的是混杂的、多元的，运用不同的法律目的对法律条文进行解释，有可能会得出不同的答案。因为法律是一个包含着多重目的、相互矛盾的规则体系，根据法律的目的判案远远不如遵循先例来得实在，所以，“洞穴奇案”是一个没有先例的疑难案件。基恩法官则从法律的产生与运行的角度来认识“法律是什么”，在他看来，司法者服从立法者制定的法律，这是已经形成的法治传统，因此，根据立法至上的原则，法律有义务忠实适用法律条文，根据法律的平实含义解释法律，不能参考个人的意愿或正义观念，应当判决被告有罪。汉迪法官则认为法律是一套符合人性的规则，法律不能违背常识和人性，所以民意和常识是判案中必须参考的因素，根据民众的意见，应当判被告无罪。……法律是主权者的命令，还是经过人们同意达成的社会契约？法律是由平实文义构成的规则，还是体现特定的目的和精神？法律是体现少数立法精英的专业理性，还是应体现多数社会公众的意志和常识？法律是应当体现一命换夺多命的社会功利，还是应当平等尊重每一个个体的生命价值？这十四份判决书做出了不同的回答，可见，“法律是什么”是任何时代的永恒主题，是任何法律人都必须决断的问题，也是我们每个法科学生学习法律的起点，我们也期待大家在学习法律后做出第十五份判决。

① 案例摘自萨伯：《洞穴奇案》，陈福勇、张世泰译，生活·读书·新知三联书店 2009 年。

《洞穴奇案》一书可以说是西方法哲学的缩影，在西方的法律思想史上，关于“法律是什么”的回答可谓异彩纷呈。罗马法学家吉尔苏斯说，法律乃善良公正之术；英国法学家奥斯特丁说，法律乃主权者命令；哈特则认为，法律乃是由第一性规则和第二性规则组成的规则体系；美国法律现实主义的代表人物霍姆斯认为，法律乃是法院将要做什么的预测，他还认为，法律的生命在于经验而不在于逻辑；弗兰克的观点则更进一步，他认为法律无非是法官早餐吃了什么；法律社会学的代表人物埃利希则认为，法律的重心不在立法，也不在司法，而在社会本身；马克思却认为，法律乃是统治阶级意志的集中体现。可见，立足于不同的立场，关于“法律是什么”的问题就会做出不同的回答，就像博登海默所说，我们去追问何为法律时，正如拿着手电筒走进一间黑暗的房子，我们所看到的只是用手电筒照亮的房间的某个角落。

【文献扩展】

1. 萨伯：《洞穴奇案》，陈福勇、张世泰译，生活·读书·新知三联书店 2009 年。
2. 王彬：《摆脱道德困境的三条红线》，载《检察日报》2010 年 6 月 24 日。
3. 廖奕：《洞穴奇案的司法哲学》，载《检察日报》2010 年 1 月 21 日。

【材料 1-6】诈骗救妻案

2007 年，北京下岗工人廖某的妻子患上尿毒症，因家庭经济窘困，廖某无能力为妻子筹资换肾，只能通过透析维持生命，因此，他们每月的固定支出就需 3000 余元。因廖妻是外地户口，不能享受北京的医保，又因患病花光了家中所有积蓄，为挽救妻子生命，廖某铤而走险，通过私刻医院公章，在长达四年的时间里，从医院为妻子骗得 400 多次免费透析，总计金额为 17.2 万元。但是，法院仍然以诈骗罪判决廖某有罪。这个案件发生后引起舆论媒体的强烈关注，在社会上引起了人们的争议。有的人认为廖某为了救自己的发妻铤而走险，是纯性情的“真汉子”；有的人则认为廖某诈骗救妻的社会悲剧缘于我国医疗保险制度的不健全，不能让一个人肩负社会分配不公带来的悲剧；而法律专家则认为，廖某的行为尽管在动机上值得在道德上予以肯定，但是，他的犯罪行为完全符合我国刑法所规定的诈骗罪的犯罪构成要件，理应受到法律的惩罚。^①

【法理分析】这个案例反映了法律规范与道德规范的区别。夫妻之间患难与共是中华民族的传统美德，是为人们所提倡和追求的家庭伦理，骗保救妻的行为又的确违背了我国的刑事法律，触犯了刑法中关于诈骗罪的相关条款。在道德意义上，廖某的行为得到人们的同情和肯定；而在法律意义上，廖某的行为却遭到法律的惩罚。道德评价和法律评价的不同，体现出法律具有这样的特征：第一，法律与道德都是调整社会关系的行为规范，但是，法律主要是对人的行为做出合法与否的评价，而道德主要是对人的行为做出善恶与否的评价。前者更为关注人们的外在行为，而后者更为关注人们行为的内在动机。对于廖某骗保救妻的行为而言，不管他的诈骗行为是出于何种动机，只要他侵犯了值得法律保护的利益，就应当受到法律的惩罚，只不过他的犯罪动机可以作为减轻处罚的量刑情节加以考虑。第二，法律是由国家制定和认可的行为规范。法律规范是国家创制的社会规范，具有国家性。这表现为法律是以国家的名义创制的，适用范围是以国家主权为界限的，但是，道德规范是人们在社会交

^① 案例摘自钱兆成：《拿什么来拯救“诈骗救妻”的社会悲剧》，载人民网 2012 年 7 月 13 日，<http://news.sohu.com/20120713/n348089887.shtml>。

往中自发形成的，它的适用范围也不一定以国家为界限，往往是以一定的文化圈为界限。如本案中，我国刑法中关于诈骗罪的规定是由我国立法机构制定和颁布的，并且适用于我国的主权范围内，但是，夫妻患难与共的家庭伦理并不受到国别的限制，并不具有国家性，而是人们在社会交往中约定俗成、共同认可的社会规范。第三，法律是规定权利和义务的社会规范。通过权利和义务的调整机制是法律调整与道德调整的区别，道德主要是通过规定人对人的义务的方式来调整社会关系，而法律的调整方式不仅仅要求人们履行义务，更注重保障人们应有的权利，这使法律为人们提供了比道德更广泛的选择自由和机会，更有助于发挥人们的积极性和主动性。第四，法律是由国家强制力来保障的，而道德主要是通过社会舆论来保障的。廖某的诈骗行为，终将受到法律的制裁，这体现了我国刑法的强制性，但是，对于他的救妻行为则得到社会舆论的更多同情或肯定。所以，道德是依靠人们的内心信念、社会舆论来保障实施的，违反道德要受到社会谴责，而违反法律却将遭到强制性的制裁。

【文献扩展】

1. 庞德：《法律与道德》，陈林林译，中国政法大学出版社 2003 年版。
2. 哈特：《法律的概念》，张文显译，中国大百科全书出版社 1996 年版。

【材料 1-7】“行乞权”问题

随着一些城市颁布了禁止乞讨的规定，乞讨行为进入公众的视野，引起人们的强烈关注。比如，《北京市轨道交通运营安全管理办法（送审稿）》中第 20 条运营安全禁止性规定中“禁止各种危害轨道交通运营安全的行为，其中包括在车站出入口、车站和列车内乞讨、卖艺”。江苏省公安厅出台了《关于妥善处理大中城市流浪乞讨问题的意见》，要求对未满 16 周岁的流浪乞讨人员，要一律送儿童福利机构抚养，流浪乞讨问题严重的城市可对流浪乞讨区域、时间范围予以一定限制。上海市针对地铁乞讨、散发小广告、违规设摊、卖报等行为的整治行动开始“升级”，对违规者的处罚将从批评教育、经济处罚上升到拘留。随着这些规定的颁布，游荡于城市中的行乞人员的利益诉求和权利诉求成为社会的一个热门话题，尤其是当政府救助和社会救助并没有根本解决乞讨问题的时候，“行乞权”究竟是不是一种合法的权利？城市能不能以维护自身的形象作为理由而拒绝行乞，或者是限制乞讨者的行为自由？^①

【法理分析】这个案例反映了法律的价值属性。法律作为调整社会生活的规范体系，从终极的意义上说，法律的存在本身并不是目的，而是实现一定价值的手段。也就是说，社会中所有的立法和司法活动都是一种进行价值选择的活动。因此，我们对于社会中存在的法律现象就应当采取一种价值分析的方法，而价值分析方法就是通过认知和评价社会现象的价值属性，揭示、确证或批判一定社会价值或理想的方法。北京各地的立法体现了各地立法机构的价值选择，即维护城市的文明形象或以维护社会秩序为目的而限制乞讨者的行为自由。但是，这一价值取向并非是正确的或者是理想的选择，这需要在应然意义上揭示法律的价值属性，也就是借助于价值分析的方法批判现实社会中的立法行为。

首先，行乞权的本质实际上是乞讨者这一群体的生存权。贫困是行乞现象存在的根源，贫困不是罪恶，行乞也非罪过，尤其是在现代社会，社会成员的经济权利、社会权利和文化权利的最终实现是国家政府的道德责任，国家与政府才是人权的义务主体，个人在生存权无

^① 案例摘自《行乞权：穷人的道德权利》，载《法制日报》2004 年 2 月 5 日。

法得到满足的时候,他有请求国家或政府给予物质帮助的权利,对于这一点,我国具有明确的宪法依据。因此,从人权的角度看,确保公民权利的义务主体是国家或政府,所以面对乞讨这一社会现象,人们不能单纯地看待行乞现象因对城市形象的破坏而形成的对社会秩序的冲击与挑战,而应着眼于如何建立一套消除贫困的、能够覆盖全社会的,并使人人都受益的保障救济制度。在普遍社会保障制度缺失的前提下,乞讨权就成为那些处于社会弱势地位的贫困者即穷人为谋求生存而享有的道德权利。

其次,行乞权的行使是不受法律干预的一种行为自由。法不禁止即自由,对于行乞行为,我国法律并未明确禁止,根据权利保留原则,对这一自由的限制就不能由地方性法规做出,即使要做出明文禁止,也必须获得法律的明确授权;根据权利推定原则,行乞权就是法律之外的自由权,是由生存权利这一基本权利派生出来的次级权利,因此,只要这一权利的行使没有损害国家、集体、他人的利益就不受法律的干预和侵犯。所以,凡是法律不禁止的权利,属于依据权利推定产生的权利,是人民保留的权利。对于行乞权的限制,不能因维护城市形象而一味禁止,不能为了行政执法的方便剥夺人民的基本权利,而应区分为了生存的行乞行为和妨碍社会秩序和他人行为自由的行乞行为,前者作为一种自由权不应当干预,后者作为一种违法行为,应当禁止或制裁。

再次,行乞权的正当性具有广泛的人性基础。孟子说过:“无恻隐之心,非人也”,因为“恻隐之心,仁之端也”。英国哲学家休谟也曾经说过,同情是人的最原始的情感,是“我们对一切人为的德表示尊重的根源”。因此,权利的行使有赖于人们的同情,对于不幸者的同情正是行乞权作为道德权利的人性基础。“人同此心,心同此理”,同情与怜悯是人们进行施舍的心理动机,贫困与饥饿则是人们希望获得施舍的心理需求,所以,施舍行为作为一种善良的无偿赠与行为,是以同情心为基础的道德义务,而行乞权则是以生存为目的的道德权利。

最后,行乞权的行使具有一定的限度。任何权利的行使都具有一定的限度,行乞权作为一种道德权利也不例外。在现实社会中,以行乞之名欲达行骗之实,或组织、指使、强迫儿童或老人行乞以谋取不正当利益的行为,都是一种欺诈和侵害他人合法利益的行为。这些不尊重他人或侵害他人利益的行为,都属于权利滥用的行为,这种行为才是应当为法律所限制或禁止的,也是政府制裁与惩治的对象。

行乞权问题反映了法律的价值属性,自由与权利、道德与人性,正是行乞权得以存在的价值基础,不管实证法是否规定或认可行乞权,行乞权所反映的价值判断却是普世的、广泛的,现实的实证法也理应反映这些最基本的价值,而运用这些理想的价值标准对现实法律进行批判则体现了一种价值分析的研究方法,所以,我们学习法律的一个任务就是要认知和学习法律的价值属性,并运用价值分析的方法对各种利益进行评价,确定它们在价值序列中的相应位阶,并学习运用对各种价值权衡的原则。

【文献扩展】

1. 林哲:《“行乞权”之争的法理误区——兼评“法无明文禁止之处即可作权利的推定”命题》,载《北京行政学院学报》2004年第3期。
2. 林彦:《乞讨行为规制与乞讨权诉讼——美国经验及对中国的启示》,法律出版社2011年版。

【材料 1-8】“祭奠权”纠纷

2007 年 3 月 3 日,中央电视台《今日说法》栏目“说法周刊”报道了一起所谓“祭奠权”纠纷案或“尽孝权”纠纷案。2006 年中秋节前夕,家住河南禹州的魏玉平准备去大哥家看望年迈的母亲,谁知却听到了一个令她震惊的消息,母亲已经去世 20 多天了。作为女儿的自己却不知道!她赶紧给家住许昌的姐姐魏玉枝打电话,谁知姐姐也一无所知。姐妹俩急忙去找大哥、二哥,可是哥哥们就是不见她们。两兄弟为什么会是这种态度?为什么在母亲去世时不通知姐妹俩来尽孝呢?原来,母亲去世前分别在大哥、二哥家生活,哥俩说两姐妹出嫁以后不照顾母亲。可姐妹俩说,母亲穿的衣服都是她俩买的。就在母亲去世前,因为钱的问题,二哥还和妹妹发生争执并打了她,之后兄妹之间就不再来往了。所以,兄弟俩就没有通知姐妹俩母亲去世的消息,独自为母亲举办了丧事。而姐妹俩认为,兄妹之间无论有什么恩怨,哥哥也不应该在母亲去世时不告知她们,于是将兄长告上了法庭。禹州市法院经审理认为,姐妹俩要求对去世的母亲尽孝的权利,在法律上虽然没有明文规定,但这是每个子女的基本权利。法院遂做出一审判决,支持了原告魏玉枝、魏玉平的诉讼请求,判决两兄弟向两姐妹赔礼道歉。^①

【法理分析】该材料反映了法律的社会属性。法律作为调整社会生活的规范体系,并运行于一定的社会文化环境中,法律规范只有符合一国的社会文化土壤,才能发挥其重要的社会功能。因此,我们学习法律,必须充分重视实证研究的方法。所谓实证研究的方法就是在价值中立的条件下,以经验事实的观察为基础来建立和检验知识性命题的各种方法。也就是说,对于法律知识,我们不能轻易做出价值判断,按照某种主观的价值标准对法律规范进行评判,而是应当立足于社会,通过研究事物之间的因果关系,制定出符合本国社会与文化的法律规范。

关于该案,法学界聚讼纷纭,有人主张祭奠是一种人格权利,它的根据在于中国的文化习俗,有人认为祭奠作为权利并没有明确的法律依据,不能列入人格权的范畴。事实上,祭奠纠纷的缘起在于中国传统法律文化与现代法律的错位。作为一种风俗习惯,祭奠在中国传统文化中具有独特的地位,它体现了中国文化传统中“孝”的理念。而孝道是中国传统礼法文化的核心理念。所谓孝,是子女奉养父母的道德义务和行为规范。根据《礼记·祭统》,孝主要体现在以下三个方面——“孝子之事亲也,有三道焉:生则养,没则丧,丧毕则祭。养则观其顺也,丧则观其哀也,祭则观其敬而时也。尽此三道者,孝子之行也”。作为一种观念,孝道为儒家思想所推崇;作为一种制度,孝则被写入历朝历代的法典中。随着国家转型与社会变迁,孝道成为沉淀于中国民间社会的历史记忆,体现孝道的祭奠行为则成为存活于社会的民间习俗。随着中国法制现代化进程的不断深入,西方的法学思想不断输入,作为“法治后发型”国家的中国,西方的规则体系在中国不断建立,西方化的“权利话语”也充斥于中国社会。但是,法律不仅仅是一种“纸面的法”,而是存在于具体文化环境和社会环境的社会规范。法律体系只有扎根于社会,具有本土化的社会根基,法律才能够真正运行起来。

因此,法律移植造成了国家法律与中国社会的错位,但是,只有真正立足于中国社会和中国文化,按照中国传统的法律文化,制定相应的法律规则,这样的法律才能真正在社会层面运行起来,这样的法律才能真正有效力,并为人们所信仰。在这个意义上,祭奠行为具有

^① 案例摘自姜福东:《祭奠的习俗与祭奠权纠纷》,载《河北法学》2008 年第 5 期。