

Judicial Methodology

Methods for Case Studies in Tort Law

法律适用方法

侵权法案例分析方法

(第2版)

国家法官学院 著
德国国际合作机构



giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

- 素以完备和严谨著称的德国法律适用方法，首次引进中国公开出版
- 以法官亲历式的教学方式，将法律适用方法融入个案的裁判过程中
- 助力法官、律师、法科学生掌握高效和准确的解决法律问题的思路

国家法官学院与德国国际合作机构连续十几年来为中国法官培训法律适用方法，选取中国的案例，运用中国的法律，采用德国的案例分析方法分析案件：归入法（在给定的事实下如何适用法律）、关系分析法（当各方当事人对事实存在争议时如何适用法律）。

这两种案例分析方法逻辑严密，推理缜密，对中国法官提高法律逻辑思维能力、驾驭法律信息资源的能力以及将理论知识运用于司法实践解决实际问题的能力，具有很大的启发和借鉴作用。

上架建议 侵权法·司法实务

ISBN 978-7-5093-5954-9



定价：48.00元

法律适用方法

侵权法案例分析方法

(第2版)

国家法官学院 著
德国国际合作机构

主要编写人员

Prof. Dr. Evelyn Henning

王晓芳

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法律适用方法·侵权法案例分析方法 / 国家法官学院, 德国国际合作机构著. —2 版. —北京: 中国法制出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5954 - 9

I. ①法… II. ①国…②德… III. ①侵权行为 - 民法 - 案例 - 中国 IV. ①D920. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 292132 号

策划编辑 周琼妮 (zqn - zqn@126. com)

责任编辑 周琼妮

封面设计 蒋 怡

法律适用方法：侵权法案例分析方法（第 2 版）

FALÜ SHIYONG FANGFA; QINQUANFA ANLI FENXI FANGFA (DIERBAN)

著者/国家法官学院, 德国国际合作机构

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 × 1030 毫米 16

版次/2015 年 1 月第 1 版

印张/13 字数/197 千

2015 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5954 - 9

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66067023

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

德国国际合作机构-中德法律合作项目和国家法官学院

自1996年以来，我们一直在中华人民共和国卓有成效的司法改革中为最高人民法院和国家法官学院提供支持。为确保法治原则在法律适用过程中得到更好的实施和遵循，我们已为5000多名法官提供了法律适用方法的培训。

欲了解更多信息，请访问：

德国国际合作机构（GIZ）
中德法律合作项目

塔园外交办公楼1-13-2
亮马河南路14号
100600 北京，中国

电话：+86 (0)10 8532 1401
网址：www.law-reform.cn

国家法官学院

通州区天成桥甲一号
101100 北京，中国

电话：+86 (0)10 6755 9045
网址：njc.chinacourt.org

再版序言一

美国法学家德沃金将没有清晰的法律规范加以确定指导的案件定义为“疑难案件”，认为对于“疑难案件”，法官需要通过运用正确的法律解释方法以及价值判断，发现案件的唯一正解。法律适用的结果是否存在唯一正解尚存争议，但是法律适用方法的客观化和统一却并非不可能：法官通过运用统一的、能为客观标准所衡量的法律适用方法，作出契合法律规范和承载法律基本价值内涵的裁判结论，在某种程度上也是回应了统一适用法律的司法本质要求。从方法论的意义上讲，素以完备和严谨著称的德国法律适用方法无疑对我国法律适用技术的完善和发展具有很强的借鉴意义和参考价值。

国家法官学院作为最高人民法院下属的全国法院法官培训机构，多年来一直致力于对外友好交流合作，学习、借鉴有益的经验。自1998年至今，国家法官学院与德国国际合作机构联合举办二十多期法律适用方法培训班，内容涉及刑法、民法、行政法等多个领域，选取中国的案例，运用中国的法律，采用德国的案例分析方法（归入法、关系分析法）分析案件，得出结论。在举办培训班的过程中，参加培训的法官纷纷表示，此两种案例分析方法逻辑严密，推理缜密，对于分析案情、运用法律具有很大的启发和借鉴作用。在举办的二十多期培训班上，对本套书所选的案例都进行了讨论，我们将这些精选的案例集结出版，既是中德双方在法官培训领域的合作成果，也凝结了中德法官的智慧和心血。

此书出版一年，即销售告罄，反映出社会各界对于此书的厚爱。此次再版，我们将法官在培训过程中提出的问题、意见和建议进行详细整理，在原有基础上对部分内容进行了修改，以期能够满足读者的需求，也希望各位法律界同仁提出批评意见。

黄永维

国家法官学院院长

Preface

Ronald Myles Dworkin, an American legal scholar, defines a “hard case” as a case where the judge is required to move beyond the rules that are explicitly articulated in legal texts (such as constitutional provisions, statutes, and cases) and refer to principles. Dworkin argues that the judge must apply the right methods of legal interpretation and value judgment to reach the only correct decision in a hard case. Although it is still controversial whether “the only correct decision” exists as such, the objectivity and unity in application of law would not necessarily be impossible: we may consider that a judge has, to some extent, fulfilled the intrinsic requirements of unity of application of law if he or she applies the law in a way that is united and measurable by objective standards to make an adjudication that both fits within the framework established by legal rules and at the same time is true to the basic values of law. In this way, the German practice on application of law, known for its soundness and precision, is of great reference value for China to further develop and improve the application of law.

As a national training body for judges and an institution subordinated to the Supreme People’s Court of the People’s Republic of China, National Judges College of China has been dedicated for years to the friendly exchange and cooperation with foreign countries, drawing upon the good experience of other countries. Since 1998, the College has, jointly with Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, offered more than twenty sessions of training courses on the application of criminal, civil and administrative laws. Cases were selected for the training courses from those accordingly filed in the People’s Republic of China and were solved by applying Chinese laws, while using German case analysis methods (e. g. inductive reasoning and relation analysis) to reach decisions. During the training, most participants found both inductive reasoning and relation analysis logically rigorous and highly enlightening methods for Chinese judges to refer to when they analyze cases and apply the law. As a collection of representative cases which have been

fully discussed in the training courses , this series of books embodies the achievements of Sino-German cooperation on the training of judges and is a testimony to the hard work and thoughtful decision making of judges from both sides.

The first edition of this book was sold out one year after its publishing , demonstrating its accessibility to all sectors of society. For this second edition we have taken into regard the questions , opinions and suggestions raised by the judges during the training courses and correspondingly revised some parts of this book on the basis of its original contents in order to better fulfill the demands of our readers. We are grateful for any comments and suggestions to this book from our legal colleagues.

Huang Yongwei
President of National Judges College of China

再版序言二

2000年以来，德国国际合作机构（GIZ）中德法律合作项目与国家法官学院在民法、行政法和刑法的法律适用方法方面举办了长期及短期培训班并取得了丰硕的成果。2012年我们将培训中所涉及的材料整理成《法律适用方法》丛书出版。这是双方长期以来卓有成效合作的又一重要里程碑。

我们非常高兴能够向我们的中国同仁呈现《法律适用方法——侵权法案例分析方法》（第二版）。本书两年后即再版，充分反映了此类培训材料具有很高的市场需求度。

培训材料以及以往的培训旨在协助中方合作伙伴建立起以法治为基础的社会主义市场经济。这不仅要求立法者制定相应的法律，同时，也需要法律实践者——包括法官、公务员、律师及其他人有效地实施法律。长远来看，法律只有在其结果可预见的情况下才能很好的执行，否则它的实施不能真正被社会公众所接受并且作为有约束力且可信赖的指导其行为的准则。这一前提经常难以得到保证，因为法律本身常常极为复杂并且即使对法律专业人士来说亦是难以理解。有时法律因为不够明确、存在歧义或者不完整而不能涵盖现实生活中可能出现的各种各样的情况。这也是法律适用方法对于提高结果的可预见性和可理解性至关重要的原因。

上述宏伟目标只有通过接受过专业培训的人员才能实现。因此，对法律实施者的深入培训就显得尤为重要。

我们坚信，本书能帮助法律专业人士提高自身适用法律的能力。本书中介绍的德国方法论由“归入法”（*Subsumtionstechnik*）以及“关系分析法”（*Relationstechnik*）构成。前者是在事实清楚的情况下解决案例的方法，后者则是在事实不清楚的情况下解决案例的方法。该方法论在德国是历史悠久且根深蒂固的法律传统。它在法学教育以及法律实践应用中得到传播，确保了所有法律专业人士都运用同样的方法解决法律问题。

归入法对于所适用的法律具有完全的独立性。因此它能够适用德国法、中国法或者其他国家的法律来解决案件。相对而言，关系分析法反映了德国民事诉讼法的基本原则，这些原则有些区别于中国民事诉讼法的原则。然而，即使各程序法立足于不同的原则，关系分析法也可以通过将其结构适用于既定程序体系的方式，在给

定的程序规则中得到应用。

我们在本书中编写了一些适用中国法的案例作为介绍法律适用方法的素材。需要强调的是，我们仅仅是法律方法论的专家而不是中国法方面的专家。我们尽可能准确地适用德国方法论解决中国的法律问题。尽管如此，对于在适用中国法过程中可能出现的错误希望读者予以包容。

我们希望法律适用方法对中国同仁，来自各级各地法院的法官们的工作都能有所帮助。这样我们编写本书的目的就达到了。

我代表德国国际合作机构（GIZ）中德法律合作项目对组织和支持本次出版的人员和机构表示感谢。特别要感谢我们的合作伙伴国家法官学院的黄永维院长、冯文利副院长以及国际合作处处长王晓芳女士对我们长期以来的支持。

德国教授博士伊芙琳女士（Prof. Dr. Evelyn Henning）为编写及改进培训材料做出了巨大的贡献。伊芙琳教授博士作为德国的资深法官、培训专家及教授确保了培训材料的质量。培训材料的改进也离不开往年作为培训专家参与培训课程的众多德国法官。作为中德法律合作项目法官培训及交流活动的负责人，德国法官杨翰博士（Dr. Johannes Schlichte）负责本书第二版的修订以及团队协调工作。胡兰女士和万迪女士也对本书的出版做出了努力。我对他们表示衷心的感谢。



雅克博士（Dr. Jörg Binding）

项目主任

德国国际合作机构中德法律合作项目

Case Study Methodology-Preface

Since 2000 the Sino-German Legal Cooperation Programme of the Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH (GIZ) and China's National Judges College have been closely working together in conceiving and carrying out long-term and short-term training courses on judicial methodology in civil, administrative and criminal law. In 2012, we began publishing the training material used in those courses, which marks another significant milestone in our longstanding and successful cooperation.

We are proud to present the 2nd edition of this *Judicial Methodology-Methods for Case Studies in Tort Law* to our Chinese colleagues. The fact that the book has seen two editions within only two years is a reflection of the high demand for such training material.

Both our training material and our training courses aim at supporting the efforts of the PR China's authorities to establish a socialist market economy based on the rule of law. Therein lie significant challenges not only for the legislator but also for all those who would implement legal acts in their daily practice—including judges, civil servants, attorneys-at-law, among others. Over the long run, the implementation of law will only be successful if its outcome is predictable. Otherwise, the law and the acts undertaken for its implementations may not truly be accepted by the public as binding and reliable guidelines for conduct. Such a prerequisite for successful implementation of law, however, cannot always be met, since legal acts are often complicated and not easily understood, even by trained legal professionals. Sometimes they are unclear, ambiguous or even incomplete and thus unable to cover all the various situations that may occur in real life. This is why a methodology of law application is essential for enhancing the predictable and comprehensible results.

It is self-evident that this ambitious aim can only be achieved through professionally trained staff. Therefore, thorough training of those in charge of the application of law is essential.

We are confident that this *Judicial Methodology-Methods for Case Studies in Tort Law* will be helpful to all those who wish to improve their professional capacity in implementing the Chinese tort law. The German methodological approach presented in this book is char-

acterized by the “subsumption technique” (*Subsumtionstechnik*), a method used for solving cases where the facts are already clear, and the “relation technique” (*Relationstechnik*), a method used for solving cases where the facts are unclear. This methodology has a long and deep-rooted tradition in the German legal tradition. Its teaching in the legal education and application in the legal practice ensure that all legal professionals have the same approach to solving legal cases.

The subsumption technique is completely independent from the content of the jurisdiction where it is applied. Thus, it can be used for resolving cases under German law, under Chinese law or under any other law applicable, as the case may be. The relation technique, on the other hand, reflects basic principles of the German civil procedure law which in parts are different from those of the Chinese civil procedure law. However, the structure of the relation technique can be adapted to procedural rules—even if they rely on different principles—by adapting this structure to the given procedural system.

Accordingly, the case studies presented in this book serve as examples of how the German methodology can be applied to cases under Chinese law. We should stress that we are experts only in legal methodology and not in Chinese law itself. Nevertheless we have done our best to adapt the German methodology to, as accurately as possible, reflect the specific characteristics of Chinese law. Nevertheless, we kindly ask for indulgence for any errors made as regards the application of Chinese law.

We hope that our Chinese colleagues, judges from Chinese courts at all levels, from all regions and provinces of PR China, will find the case study methodology helpful for their work. Then the aim of this book would be achieved.

On behalf of GIZ's Sino-German Legal Cooperation Programme, I would like to thank all the organizers and supporters of this publication. I am particularly grateful to the National Judges College, notably President Huang Yongwei, Vice President Feng Wenli and Ms. Wang Xiaofang, head of the International Department, for their continuous support and long-lasting trustful cooperation.

The development of and fundamental improvements to the training material are mainly owed to the efforts and achievements of Prof. Dr. Evelyn Henning, whose long-term professional practice as a judge in Germany, as a trainer and an academic teacher facilitated the high quality of our course material. Many German judges who have joined us over all those years as trainers in our courses made valuable contributions to the development of the course material. German judge Dr. Johannes Schlichte, who is in charge of the judicial training

and exchange activities of the Sino-German Legal Cooperation Programme, was responsible for the revision of this book for its 2nd edition and the coordination of our team. Ms. Hu Lan and Ms. Wan Di have also put a lot of effort into this book. I would like to thank all of them very cordially.



Dr. Jörg Binding
Programme Director
GIZ Sino-German Legal Cooperation Programme

目 录

Contents

第一部分 法律适用方法导论

导 论	3
结 构	4
一、理论背景	7
I. 法律、法规与规章的目的	7
II. 人们遵守或违反法律规则的理由	9
III. 法律之外可以作为社会组织原则的选择	11
IV. 采用一定方法适用法律的理由	12
二、归入法	18
I. 归入法简单介绍	18
II. 解决民事案件	33
III. 整体结构	39
三、关系分析法	42
I. 关系分析法简单介绍	42
II. 民事案件中的关系分析法	43

第二部分 侵权法简介

结 构	67
I. 概述	68
II. 普通侵权和特殊侵权	69
III. 责任	78
IV. 举证责任	79
V. 附录:民事侵权中的精神损害赔偿请求权	79

第三部分 归入法案例分析方法(S)

一、归入法案例 S1:车祸	83
二、归入法案例 S2:商店盗窃	87
三、归入法案例 S3:路面施工	95
四、归入法案例 S4:汽车修理	99
五、归入法案例 S5:搬家	104
六、归入法案例 S6:粉刷风波	111

第四部分 关系分析法案例分析方法(R)

一、关系分析法案例 R1	123
二、关系分析法案例 R2	132
三、关系分析法案例 R3	143
四、关系分析法案例 R4	159
五、关系分析法案例 R5	171
六、关系分析法案例 R6	182

Judicial Methodology
Methods for Case Studies in Tort Law

第一部分

法律适用方法导论

导 论

中国正在走向法治国家。法治至少具有两方面的特点：首先必须由立法机关来制定法律，其次制定的法律也必须得到实施。对于法律工作者来说，无论是法官、检察官、律师或是政府工作人员，他们最主要的工作就是实施法律。成功实施成文法律的一个关键要素是它的统一适用，但是这并非总能得到保证，因为法律通常非常繁复，有时没有明确规定，或者无法穷尽丰富多彩的现实生活中各式各样的情形。法律适用的方法论对于解决这一难题是非常有用的，它可以帮助我们获得更统一的结果。

为了实现这一目的，对于法律适用者进行良好的训练是十分重要的。正是出于这个原因，中国的有关部门近年来采取许多措施来保证法律适用者获得必要的培训，一方面他们通过改革现有的相关法律规则，另一方面他们设立并扩建了法律培训设施。在我们的“法律适用方法导论”当中，我们希望能够帮助您了解一种系统性的方法，这种方法是德国的法律工作者在他们法律学习初始阶段所要学习的内容。这种方法使大家都用同一种思维方式来思考问题；您以后会发现，几乎每一个在德国学习法律的人都用的是这种思路。这种方法的好处在于，它与被适用的法律条文内容几乎完全独立存在，自成一体，因此，这种方法也就同样可以帮助中国的法律职业者适用法律。为了使中国读者更容易掌握，我们根据中国法的规则编制了案例与其他示例。当然，我们可能是方法论方面的专家，而您实际上是中国法律的专家。对于我们适用中国法律内容时可能发生的错误，我们恳请您多多包涵，并且请帮助我们改进这本教材。正如我们一贯强调的，方法论并非是一个黑白分明的选择题，它并不是要教给你法律条文的具体内容，而是要提供给你一种分析框架和思路。

本篇“法律适用方法导论”由三个部分组成：第一部分是对于基本原则的介绍，包括法律的目的、法律的实施以及采用法律适用方法的理由。第二部分与第三部分大致浓缩了德国法律职业者在参加工作之前所必须学习的内容：四年的大学阶段学习法律以及在给定的事实下如何适用法律（归入法）。此后，两年的实践训练阶段，他们需要学习当各方当事人对事实存在争议时如何适用法律，而这正是现实生活中最常见的情况（关系分析法）。在本文以及其他用来培训学员应用上述方法解决案件实际能力的其他培训材料当中，我们将通过中国民法方面的案例来作为教学范例。

如果你发现我们介绍的法律适用方法论对你的实际工作确有帮助，那么我们的目标和愿望也就实现了。

结 构

一、理论背景

I. 法律、法规与规章的目的

1. 法律的目标
 - a. 管理社会
 - b. 国家垄断强制力量的补偿
 - c. 影响人们的行为
2. 法律适用的重要性
3. 日常生活中的法律
4. 违法行为与纠纷
5. 法律与正义

II. 人们遵守或违反法律规则的理由

1. 对于某些规则自然而然的遵守
2. 因畏惧强制措施而遵守

III. 法律之外可以作为社会组织原则的选择

IV. 采用一定方法适用法律的理由

1. 法律适用中的问题
 - a. 一般问题
 - b. 具体问题：对于法律条文语言的不同理解问题
2. 一个统一的适用方法如何处理这些问题
3. 法律确定性是统一法律适用最主要的好处
 - a. 实践中的法律确定性
 - b. 法律确定性与法治
 - c. 法律确定性的效果
 - d. 法律确定性在中国
 - e. 法律确定性的局限
4. 采用统一的法律适用方法的挑战
5. 一种可选的方法：归入法

二、归入法

I. 归入法简单介绍

1. 归入法的基本原则
2. 前提：找到准确的法律规定并确定其各个要件
3. 归入法
 - a. 归入的步骤
 - b. 归入法的框架
 - c. 归入法的示范案例
4. 归入法中的困难点
 - a. 未写明的前提要件
 - b. 没有定义的法律术语/法律解释的四个原则
 - c. 加入解释的归入法示范案例
 - d. 收集案件事实
5. 法律的发展
 - a. 类推
 - b. 目的限缩
6. 确定法律后果
 - a. 法律后果是法律分析的一部分
 - b. 对于法律后果的自由裁量权

II. 解决民事案件

1. 对于案件的基础评价：WWW. 法律基础（WWW. LEGAL BASIS）
2. 请求的法律基础和法律条文的结构
3. 归入：请求能够成立吗？
4. 例外
5. 结论
6. 示范案例

III. 整体结构

1. 归入
2. 解决民事案件的基本方法
3. 解决一个关于合同的民事案件

三、关系分析法

I. 关系分析法简单介绍

II. 民事案件中的关系分析法

1. 附随案例

2. 方法介绍
 - a. 事实分类
 - b. 可受理性阶段
 - c. 充足性阶段
 - d. 相关性阶段
 - e. 证据阶段
 - f. 根据调取证据结果所做出的判决

附件：关于证据

一、理论背景

I. 法律、法规与规章的目的

1. 法律的目标

法律是一个国家行使其权力最为重要的手段之一。依照法治原则建立起来的稳定的法律框架是实现社会和谐安宁与公民幸福安康的重要前提。

a. 管理社会

一个社会总是由各种各样的个人所构成，他们持有不同的观点，具有不同的需求。而只有当一个社会以公平的方式平衡各成员之间的利益，它才能够维持内部的秩序。而法律正是实现这种平衡的一种非常有效的工具，可以在保护社会整体的同时，也保护其公民的利益。

b. 国家垄断强制力量的补偿

国家在其疆域之内垄断强制力量，因此需要法律来对人民因此丧失的权利作出补偿。比如，如果一个公民的财产失窃了，他不能自行对窃贼作出惩罚，而国家必须提供有效的措施来保护公民的财产并且惩罚那些违反法律的人。这种措施就包括制定禁止盗窃的法律，并且规定对窃贼的起诉和惩罚。

c. 影响人们的行为

除了保护个人的权利，国家还可以通过法律的手段来影响公民的行为。国家可以通过支持或奖励某些行为，禁止或惩罚另一些行为，实现法律政策的这一功能。

例如：国家想要保障交通安全。因此，国家要求驾驶员在开车上路之前要首先通过驾车考试并获得驾驶执照。在这种情况下，这一法律强制所有驾驶员都持有驾驶执照，这就使得国家能够控制交通状况，并且让驾驶员都能够遵守交通规则。

或者，如果国家想要限制私人机动车的使用，那么它可以修改税法，对于机动车的购买和使用征收更高的税赋，如此一来，机动车对于消费者来说就会更加昂贵，就会有更多人不再使用机动车。这也是国家通过法律手段来实现目标的例证。

国家实现自己目标的方法多种多样。通过法律的手段，国家可以向企业或个人发布命令性规定和禁止性规定，授予某些权利或者施加某些义务或要求。

例如，国家可以：

禁止公民之间使用暴力

要求公司建立监事会

对合同当事人施加义务，要求他们履行约定的合同义务

在所有这些情况下，法律规则本身仅仅是实现目的的手段，用来实现立法者在制定该规则时所想要达到的目的。让我们来看一下上述例证：

规定禁止暴力是为了实现人们之间的和平相处，这是国家和社会都想要实现的目标。

公司必须建立监事会，用来控制公司的管理，以保证投资者利益。

货物销售合同必须得到双方履行，才能保证贸易活动得以有序进行。

2. 法律适用的重要性

但是徒法不足以自行，只有通过法律的适用和公民及国家机关对法律的遵守，才能实现法律的目的。

要点：法律只有通过适当的适用才能实现自身的目的。

社会中的各种利益不会仅仅因为法律中写有规定而自动达成平衡，在存在利益冲突的情形之下，只有当法律能够公平地解决冲突，社会才能达到一个利益平衡的状态。

人民的利益应当高于国家机关手中的权力。只有以此为前提，大多数人才会不再采取自力救济的方式，而是将法律作为实现他们自身权利的一个工具，其目标是将法律视为调整社会关系的公平规则。因此，为人民争取权益并给予保护通常会增进人民对法律以及立法、执法和司法机关的认可。

同样，人们尊重法律并不仅仅因为它存在某些抽象的规定，要求人们做出特定的行为，而是必须通过法律的实施，纠正、必要时甚至惩罚那些违反法律的行为，才能真正对人们的行为产生积极的影响。因此，如前所述，法律的统一适用及其适用的方法正是实现法律目的的关键所在。此外，适用法律的过程不仅应当是统一的，而且必须具有公平性、适当性以及可理解性。

3. 日常生活当中的法律

我们生活的许多方面都是通过法律塑造的，而法律是由国家制定的，国家使法律成为整个社会文化的重要组成部分。无论是购买食物、乘坐公交车或火车旅行、结婚、去餐馆吃饭、申请营业执照、打电话以及许许多多其他日常行为都涉及到个人、组织之间的法律关系。我们平时没有意识到所有这些法律关系，正好证明了我们的行为通常（并且下意识地）与法律规则相一致，因为这些规则已经自然而然地融入了我们的生活，我们在餐馆里用餐后就会付钱，我们打电话后电话公司就会收费，坐公交车必须买票，乘客不得损害公交车或者火车上的设备，这些都是再自然不过的现象了。

4. 违法行为与纠纷

人总是有自由的意志，因此要完全控制人的行为从而防止他们违反法律是不可能的

(也是不可取的)。他们做出选择的理由并非总是出于理性,这就使得人们的行为难以预测。总有人可能会逆法而行。这是个人自由的一个关键要素。不过这种情况并不会妨碍法律规定本身的有效性。与其说法律是反映人们如何行为的一面镜子,倒不如说法律是规定人们应当如何行为的准则。所以,即使有人违反了一项规则,这个规则本身仍然是有效的,而问题在于其实施,是否能够使得所有人的行为都符合这个规则设定的标准。规则适用上的失败就可能导致这项规则在事实上失效,而仅仅是一个人对规则的违反则绝对不会导致规则失效。

法律就是提供了这样一个指导体系,目的在于有序地组织社会生活,最大程度地减少纠纷,并且使得人们能够共同满足基本需求(食物、睡眠、住宿、文化、社会关系)。而当纠纷发生的时候,法律就必须解决这些纠纷。

5. 法律与正义

为了实现所有目标,防止纠纷并且使规则被广泛接受,法律必须在相互冲突的利益之间尽可能的达成平衡。为了实现人们对法律更加全面接受这一目的,法律必须用一种总体上被认为公平的方式来解决冲突。因此,法律就必须坚持把正义作为最主要的目标之一。

所谓正义,首先必须尽量平等对待相同或相似的情况,以使人们能够在通常情况下可以预见自己行为可能造成的法律后果。这就使得他们可以据此来调整自己的行为。因此法律的目标之一就必定是创设法律确定性(也称为法律判决的可预见性)。

而且,同样很重要的是,判决的法律依据也应当符合涉案各方当事人的情况,从而使他们可以有机会了解判决的缘由。因此政府机关的行为和决定本质上应当是透明的。

但是,首先必须考虑的是应当使法律法规的内容与人们的社会价值观保持一致。这样一来,大多数人就可以根据他们对于自我利益和正义的个人理解来理解和感受法律。如果一个法律规则与关于正义和适当性的一般观点相悖,那么对这一规则的接受度就会相当低,而实施这样的规则将会面临巨大的困难。

综上,法律的目标是要用一种统一、公平、适当与具有可理解性的方法来平衡现代社会当中各种互相冲突的利益,使用这样的指导方法,来实现社会当中人们的和平相处,并且通过实现个人的权利来维持国家对于强制力量的垄断。

但是最为重要的是,我们必须牢牢记住所有这些目标都依赖于政府机关以及广大人民对法律的适用。徒法不足以自行,要实现法律的目标,仅仅靠制定出法律是远远不够的,还必须要对于法律的实际的、统一的适用。

II. 人们遵守或违反法律规则的理由

1. 对于某些规则自然而然的遵守

我们在前面已经解释过,大多数法律规范会得到大多数人的自觉遵守。这有很多种

理由。一方面，大量的法律规则是基于广泛的社会共识，社会已经认可了这些规则的内容及其适当性。比如，几乎每个人都觉得自己在饭店用餐之后就应当付钱，同样，大家都都认为杀人是错误的。由此，这些规则就得到了社会的“普遍认可”。另一方面，个人的行为在具体的情形之下会因为对对与错的普遍认知的不同而不同。如果在具体生活当中个人也遵守了这一规则，那么就可以称为是“个体认可”。在现实生活当中，个体认可并不总是和普遍认可保持一致。个体认可和普遍认可之间的区别可以用下列例子加以说明：

要点：“普遍认可” = 一个规则被普遍认为是必需的和正确的。

“个体认可” = 一个规则被特定个人认为是公平和正确的，即使在这个规则适用到他自己身上之时仍是如此，个人作出行为时都遵守这一规则。

所有人都认为，国家有必要通过征税来完成工作（普遍认可）。但是，很多人实际上会试图逃避缴税，甚至还经常使用违法的手段来达到此目的（缺乏个体认可）。同样的情况也出现在对于盗版软件和影碟的使用上。

2. 因畏惧强制措施而遵守

人们有时完全出于自愿遵守许多规定，但是在另外一些情况之下，则必须通过强制力量或者刑罚的威胁才能保证人们遵守规定。比如，人们普遍认同盗窃是错误的行为。但是，如果盗窃不会受到处罚，恐怕会有人因抵挡不住诱惑而去偷盗那些他们迫切想要得到却买不起的东西。要想大多数人遵守一个规则，那么就必须让人们知道，这个规则必定会通过强制力量得到实施，并且对于那些无视这一规则的人进行实际的处罚。

在法律适用的过程中使用的强制性力量还是越少越好，而法律秩序有效运转中最重要的因素正是对于规则的知晓、理解和接受。遵守规则的第一步是知晓规则。在此基础上理解规则通常可以帮助评价规定是否适当。此外，这也有助于实现对规定的接受，或者，对于那些认为规定不可接受的人来说，至少让他们进一步知晓违反规定可能产生的后果。

要点：知晓法律以及某一行为的法律后果的可预见性，会使得法律的实施更加简单，并且也能够降低强制力量的必要性。

因此，使得规定以及违反规定的后果“可以计算”是很重要的。如果公民们都能够事先判断他们行为的法律后果，那么法律规则的实施就会变得更加容易。

如果买方知道他必须支付货款，并且他也知道如果他不付款，法院会判他败诉，而且此后判决将会得到执行，那么买方不付款就没有任何好处，因为判决和执行的成本也将会需要他来承担。

对于企业的法律关系来说，能够预见行政决定或者司法判决的结果也是至关重要的，因为这样律师或者法律顾问才能事先给出行动建议。他们会假定规则得到了大体公

正的适用。在这种意义上，法律规则就能够指导公司的行为，从而帮助他们在一开始就防止纠纷的发生。

III. 法律之外可以作为社会组织原则的选择

纵观中国历史，不同的组织原则间曾经存在长期的对立，最为重要的两个原则大概是法家学说和孔子的儒家学说。

法家学说的主张者认为人类制定法律是将其作为一种组织原则，法律应当首先作为行使权力的工具。而与之相反，儒家学说认为法律只在社会发生动乱之时才有必要。儒家认为行动的守则不应当由人类来制定，它们是自然存在的，而正确行为的力量能够促使其他人也照此行事。他们认为，社会关系是通过特定人际关系中的行为来定义的，比如父子、长幼、夫妻、朋友。

人们行为的守则因此被看作是宇宙秩序的镜像。尽管也需要有法律规章，但是这些规章是保密的，否则人们就会一个劲地寻找法律当中的漏洞。

如果一个士兵逃回家看望病中的父亲，法家会对他课以惩罚，而儒家却会对他施以奖励，因为他表现出了孝顺父亲的美德。

但是，如果儿子举报父亲偷窃，儒家则会惩罚他，而法家则会惩罚父亲。

关于社会应当如何得以组织的这两种学说长期以来同时存在，由此发展出这些理论的混合形式。直到今天，法律适用依然受到儒家学说的影响，特别是涉及到个人之间关系的行为，有的时候并不与法律规定的标准保持一致。

但是与此同时，1982年的《中华人民共和国宪法》清楚地体现了对于法家观点的吸收，在第5条规定：

中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。

以及：

一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律……任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

要点：《中华人民共和国宪法》第5条确立了法治。

如今，成文法律已经形成了一套严格且有约束力的法律体系，来实现有序的社会生活，尽管有的时候这些法律与处理私人关系的传统儒家学说互相冲突，有的时候被儒家的观点所覆盖。

由此，法律制度，至少是作为社会组织和实现政治目标的一种工具，在中国已经受到广泛的接受。经济改革也可以通过创设新型的现代化的商法和行政法来完成，这些法律的目标在于规制个人和企业的行为，以及政府机关的权力。

如果一家外国企业想要在中国投资——这正是中国政府想要达到的目标——这家企业将遵守中国政府在这个领域所制定的法律的内容及其适用。政府将努力通过法律手段来指导这些投资的发展走向。

特别是在经济领域，法律正在迅速成为国家实施其政策的最为重要的工具，同样也成为公司和个人据以行动的制度框架。

但是，在私人关系的领域，以及在国家机关和公司这些主体彼此进行谈判和磋商之时，传统的儒家学说仍然可以发挥充分的作用。在法律提供的制度框架之内，上述领域和规章制度的实际适用依然密切相关。

IV. 采用一定方法适用法律的理由

我们在上文已经详尽的讨论过，法律适用在中国同样是作为一个组织原则来实现安宁和谐的社会生活。而且我们也已经说明了，公平、适当、可以理解的法律适用对于实现这些目标十分重要。

正因为其重要性，法律适用必须被控制和监控。法律判决的适当性可以被所有适用法律的人所审查，判决的可理解性能够通过给出理由来保证，但是，公正判决的关键因素，即判决的统一性，并不能只凭一个法律适用者的决定而得到确保。首先，国家机关任何一个基于法律作出的单一决定都应当是公正且适当的。广泛而言，作出一致且公正的决定的一个关键要素是决定的方法要具有一致性。因此，要实现公正平等的判决不能仅依靠适用法律的单独个人，而是应当依靠司法系统这个整体。法律适用如果不能保持一致性，那么如同适当性和可理解性受损的情况一样，这将严重损害法律判决的权威性。而一种统一的方法，则能够确保所有彼此独立的个人、机关和法庭能够使用相同的方法来适用法律。

1. 法律适用中的问题

a. 一般问题

要将抽象的规则适用到案件的具体情况之中，需要经过充分的训练，因为抽象的规则通常包含了大量的要件，需要首先确定这些要件，然后将它们与案件的情况予以比较。

不管是谁适用法律，他必须首先阅读并理解那些现代社会的规章制度，然后他必须能够判断出这些法律要件对于某一特定案件的情形来说具有什么具体含义。

我们上文已经说明，《中华人民共和国宪法》第5条规定，一切国家机关都要受到法律的约束。法院和行政机关的任务就是在他们的职权范围之内，正确地将法律适用到特定的情形和案例中去。

b. 具体问题：对于法律条文语言的不同理解问题

法律总是通过语言的方式来表达立法者的意图。而这些文字必须被法律适用者所理解，这已经成为法律适用领域的一个特别的问题。

要点：法律通过文字来传达立法者的意图。

文字的问题在于，作者的意思和别人对它们的理解总是可能存在轻微的区别。而且，在法律文件中的文字还可能与它们在日常生活中的意思有所区别。

假设一个警察走进一家饭店，要找某个车牌号码的汽车的主人，他不一定就是指汽车的所有权人。他可能指的是把那辆车停在第二排的那个人，想让这位驾驶员把车停到正确位置。

原则上，法律规范应当用相同的方法去解释。不能根据某个人对于法律的个人理解去适用法律，因为法律必须依据立法者的意图而被适用。这就是司法语言必须体现出特定而稳定的含义的原因。有些情况下法律本身就明确的方法定义了某些词语，如果没有这样的定义，那么法律解释必须借助立法者的具体指令，这些指令通过法规、政府或者高级别法院的解释来作出。

例如，让我们看一下“故意”这个词语在德国刑法当中的意思。法院和法学界将它定义为“明知而希望的行为”。如果一个人对法律并不熟悉，他对“故意”的理解就可能与上述定义存在细微的差别，可能比定义的范围更宽或者更窄。在很多情况下人们的理解可能可以保持一致，但是在某些情况下，对于这个词语的不同理解就会导致不同的结果。对法律不甚熟悉的人所理解的含义通常会比司法意义上含义要宽泛，并且也没有司法意义上的含义那么具体而准确。因此，法官总是要考虑到那些法律本身的相应规定或者由法院和法学专家发展出的定义和解释。

由于包括法官与公务员在内的每个人的观点都带有主观性，他们对于词语的解释也都或多或少带有主观性，这样一来，他们的解释就会互不相同，那么相同的案件由不同的法官或公务员来裁决就有可能产生不同的结果。这将损害到法律适用的统一性。尽管有时法官对于案件的特殊情况拥有自由裁量权，但是还是很有必要确保裁量者就法律术语的统一使用达成共识，并且法律规范的所有要件都得到了考察，整个适用过程当中没有漏掉任何一个要件。只有在慎重考察了某一个抽象规则包含的所有要件之后，才存在自由裁量的余地。法律只是在某个规则的所有要件都满足的情况之下，才允许法官进行自由裁量。也就是说，法官在针对具体案件作出决定时拥有充分的灵活性。但是，该灵活性的范围以法律框架内严格的法律推论为限。

2. 一个统一的适用方法如何处理这些问题

上文所述的问题，其起因主要是法律适用者互不相同的主观观点以及他们对法律的理解存在互相冲突的情况。但是如果每一位法律适用者都使用同一种方法来得出结论，那么这些问题就会大大减少。如果法院、行政机关以及每个适用法律的人在寻求法条的解释以及案件的解决方案之时，都经过相同的步骤，那么每个人都得出相同结论的可能

性就相当大了。在这个方面，使用统一的适用方法具有许多好处：

要点：统一适用方法的好处：

- 统一
- 透明
- 有效率
- 便于检查
- 易于自我控制
- 统一推理结构
- 防止专断
- 便于采信证据

• 一个统一的适用方法能够确保每一个法院和每一个机关在适用某具体的法律规则时都使用相同的方法来检查该法律规则的要件。这样就能够容易地分辨出来，一个特定案件的解决方案与其他案件的解决方案的不同之处到底在于哪一点。这样就能够更容易地判断，一个特定的决定是基于何种理由作出的；若这一决定不同于其他类似案件的决定，那是基于何种单独的理由。通过给出一项有约束力的解释，就很容易使所有的结果保持一致了。

• 统一方法进一步的好处是它具有透明度。尽管法律的门外汉通常难以理解这一方法，但是政府机构、律师、经济组织以及其他与法律适用相关的机构可以迅速适应这种方法，由此就可以产生对于法律更高的接受程度。而且，公司也就可以在法官并未要求的情况下就向法官提供必需的信息，因为他们知道法官将会使用什么样的方法，也知道判决将依据什么根据而作出。这样一来，法院和国家机关就能够提高他们的工作效率。

• 通过具有透明度的判决确立过程还可以使其他机关或者个人能够仔细地检查判决结果。因此上级机关能够更加容易地发现错误并且具体地指出错误所在。下级机关的一个错误决定不仅会由上级机关宣告是错误的，而且更重要的是，上级机关能够定位错误所在，并就分歧之处与下级机关进行具体的沟通。另一方面，如果某一公务员作出的决定受到了质疑，那么法院可以更加容易地判断他是否正确地作出了决定，也就是通过观察他完成法律适用的所有必要步骤。

• 统一方法对于法律适用者自己同样也是很有好处的。通过适用统一的方法，他可以更容易地安排自己的工作，并在感到不确定的时候找到参考的对象，因为他可以很清楚地找到不确定的到底是什么地方。假定你需要适用一个法条，其中包含了没有明确定义的词句。如果没有统一方法，你就必须想方设法自己想一个结论。在你得出最终结论的时候，你没办法确信你自己对法律的理解是否正确，你的解决方案是否符合立法者的意图。统一方法会要求你在适用那些没有定义的词语时必须符合立法者在起草法律之时的本意。如果你意识到你无法确定立法者对某个词语的本意是什么，那么你可以去参考一些资料，比如法学论文、或者已有的法庭判决、或者向上级机构求助。这个方法使得法律适用者能够集中关注最为复杂的环节，更加迅速地解决案子，并且达到更好的效果。

• 统一方法还使得对所有判决使用统一的推理过程成为可能。因此涉案当事人可以

更加深入地理解法律，而且也可以很清楚地了解，要取得胜诉或者得到某个特定的判决需要满足哪些条件。

- 统一地使用方法论来适用法律还能够防止出现专断的判决，因为它们的错误之处很快就会被辨别出来。如果关于如何作出一个决定存在非常清楚的规则，但是这个方法其中的一个步骤被漏掉了，那么要么就是法律适用者犯了一个错误，要么就是这位法律适用者蓄意要避开这个规则。既然方法的某一个步骤是否漏掉是非常容易辨认的一件事情，统一方法就能成为减少法律适用错误甚至消除腐败的一个很好的工具。

- 对于法院来说，法律适用的统一方法在证据采信方面也有特别的好处，因为依据该方法，一开始就能够很清楚的判断哪些证据是必需的，而哪些事实则是无关的或者是不存在争议的。

3. 法律确定性是统一法律适用最主要的好处

a. 实践中的法律确定性

统一方法的主要好处就在于它能够促进形成法律的确定性。

要点：法律确定性能够保护投资者，促进经济发展。

假设你是一家大公司的法律顾问，当新的立法颁布之时，你就会根据该法律来修改你所使用的合同当中的标准条款。你会非常仔细地阅读新法条的内容，然后根据你对该法条的理解来修改合同。如果后来针对这些合同产生了纠纷，而法院在判决中对法条的理解与你原先的理解大相径庭，并由此判决你的合同条款全部无效，这样一来你就会损失惨重。特别是对于外国投资者来说，类似这样的“意外”是他们避免在不稳定的法律环境下进行经济活动的重要原因。

如果存在法律适用的统一方法，那么公司的律师事先就可以用这种方法来理解新的立法，而此后如果有纠纷产生，法院采用的方法也应当与律师的方法保持一致。他们对相关词语使用同样的定义，并且采用同样的标准来得出结论。这样一来，公司和法院对于法律的理解保持一致的可能性就非常大了。通过这种方法，公司能够事先就了解到，法院会认为哪些合同条款是无效的，哪些是有效的。换句话说，公司对于法律的含义和条件能够有确定的理解，于是它在该国的活动就可以得到保障，而不必去担心法院会在日后宣判它的某个合同条款无效，或者某个行为违法。同样，如果公司决定无视法律的内容，那么它也会事先知道法院肯定会作出对它不利的判决。通过这种方法，公司就会知道自己应当如何活动，法院也能够为自己的判决找到合理的理由。这就是法律确定性的效果所在。

b. 法律确定性与法治

法治被明确写入了《中华人民共和国宪法》，而法律确定性正是法治的一个关键方面。法治要成为所有国家机关都恪守的原则，那么就必须是法律规定的内容在事先就得到确定。公民必须事先了解法律说了什么，然后据此来调整自己的行为，并且确保国家机关不