

Judicial Methodology

Criminal Law Case Studies

法律适用方法

刑法案例分析

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和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 法律方法 审判实务

ISBN 978-7-5093-3410-2



9 787509 334102 >

定价：68.00元

法律适用方法

刑法案例分析

国家法官学院 著
德国国际合作机构

主要编写人员

Eberhard Siegismund

Prof. Dr. Evelyn Henning

王晓芳

李纬华

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：刑法案例分析/ 国家法官学院，德国国际合作机构著.
—北京：中国法制出版社，2012. 1
ISBN 978 - 7 - 5093 - 3410 - 2

I. ①法… II. ①国…②德… III. ①刑法 - 案例 - 中国
IV. ①D920. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 275011 号

策划编辑 罗莱娜

责任编辑 周琼妮

封面设计 蒋怡

法律适用方法：刑法案例分析

FALV SHIYONG FANGFA: XINGFA ANLI FENXI

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/2012 年 12 月第 1 版

印张/30 字数/423 千

2012 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3410 - 2

定价：68.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：66017726

传真：66031119

编辑部电话：66067023

邮购部电话：66033288

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

序 一

美国法学家德沃金将没有清晰的法律规范加以确定指引的案件定义为“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，多年来一直致力于与各国保持着友好交流合作关系，并学习与借鉴他国有益的经验。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，主要选取中国的案例，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，对中国法官分析案情、运用法律具有很大的启发和借鉴作用。通过这二十多期培训班的举办，在每期培训班上，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。

2010年，最高人民法院院长、首席大法官王胜俊在准确把握人民法院教育培训工作规律、科学总结教育培训实践经验的基础上，提出了“一个目标、两个转变、三个倡导”的法院教育培训工作方针，即以树立社会主义法治理念、提高司法能力为目标；实现由理论型培训向理论与实践结合型转变，由知识型培训向知识与能力结合型转变；倡导法官教学、案例教学、现场教学。本套丛书的出版，正是以法院教育培训工作方针为指导，运用案例教学的手段，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，以期提升法官学员的法律逻辑思维能力、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。

国家法官学院院长

高憬宏

Preface

Ronald Myles Dworkin, an American legal scholar, defines “hard case” as a case where the judge is required to move beyond the rules that are explicit in legal texts (such as constitutional provisions, statutes, and cases) and resort 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 there is “the only correct decision”, 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 well fits the legal rules and at the same time carries the basic value of law. In terms of methodology, German practice on application of law, which has long been admired for its soundness and preciseness, 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, the National Judges College has been dedicated for years to the friendly exchange and cooperation with foreign countries, drawing upon the good experience of others’ 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. The training courses selected cases from those filed in the People’s Republic of China and applied Chinese laws accordingly, while using German case analysis method (e. g. inductive reasoning and relation analysis) to reach decisions. During the training, most participants pointed out that both inductive reasoning and relation analysis are logically rigorous and highly enlightening methods that Chinese judges should refer to when they analyze cases and apply the law. As a collection of typical 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 represents the wisdom and hard work of judges from both sides.

Wang Shengjun, Chief Justice and President of the Supreme People’s Court, proposed in 2010 a set of guiding principles for judicial training, i. e. “One Goal, Two Transformations and

Three Advocacies”, which is based on the rules and practical experience derived from the training of judges. One Goal refers to the goal of building the concept of rule of law and promoting the judicial capacity in socialist China; Two Transformations refers to transforming from theory oriented training to training that combines theory and practice, and from knowledge based training to training that integrates knowledge and competence; and Three Advocacies refers to the advocacies of peer learning, case method and on-site teaching. Following these guiding principles, this series elaborates methods for application of law through case study and judges’ personal experience, aiming to improve the logical thinking ability, information processing ability and problem solving ability of judges in their judicial practice by applying theories.

By Gao Jinghong
President of the National Judges College

序 二

在过去的十年间，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培训班并取得了丰硕的成果。现在，我们将培训中所涉及的材料整理出版。这是双方长期以来卓有成效合作的又一重要里程碑。

此次出版以及我们所举办的培训课程都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，同时也需要这些法律必须得到有效的实施，这是法律专家、特别是每天都要适用法律解决问题的法官的主要任务。法律只有在其结果可预见的情况下才能很好的得到执行。然而结果的可预见性并非总是能够得到保证，因为法律本身常常极为复杂、不够明确或者不能满足现实的需要。这也是法律适用方法能够有助于确保结论可预见或至少是能够被理解的原因。

为了达到上述目标，对于未来法律适用者的培训就尤为重要。因此，中国的相关部门在近些年为了保证必要的培训也进行了可观的投入。我们此次出版本丛书正是希望中国读者能够了解并掌握德国法律工作者在其开始学习法律时就接触到的适用法律的方法。这种做法能够引导我们在分析法律案件时适用类似的思维方式。其中的一种方法（归入法）旨在通过将法律基础分解为逐个的前提要件并将其与案件事实相比较从而决定抽象的规则在个案中的可适用性。另一种方法（关系分析法）则适用于对复杂的民事案件的理解、架构以及裁判。

这些方法最大的优点是其相对于所适用的法律的内容具有相当大的独立性，因此也可以为中国法官所用。为了使中国读者能够更好地理解这些方法，我们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。也许我们是方法论方面的专家，而您无疑是中国法方面的专家。因此我们希望读者能够指出我们在适用中国法过程中的不足。如果您作为中国的法官认为本书所介绍的方法对您的工作有所帮助，那么我们编写本书的目的就达到了。

这些刑法案例最初是由在比较刑法、国际刑法和跨学科刑法研究方面享有盛誉的德国马克斯-普朗克外国法和国际法研究所为德国国际合作机构编写的，之

后我们根据中国培训班参与者的愿望和建议又对这些刑法案例进行了调整和进一步修改。

最后请允许我对组织和支持本次出版的人员和机构表示感谢：首先要感谢我们的合作伙伴国家法官学院的高憬宏院长、曹士兵副院长以及国际合作处处长王晓芳女士；其次要感谢为我们提供这些案例的德国马克斯-普朗克外国法和国际法研究所；同时还要特别感谢为编写和改进培训材料做出巨大努力的德国专家伊芙琳教授博士（Prof. Dr. Evelyn Henning）、德国国际合作机构（GIZ）的前任同事们和短期培训项目的德国法官专家们，其中伊芙琳教授博士以其多年作为德国法官的经历和高水平的授课于2010年得到了德国法官协会的高度认可；最后还要感谢我们的法律专家蒋毅先生以及我的同事胡兰女士为本次出版所做出的努力。



德国国际合作机构中德法律合作项目主任

施吉（Eberhard Siegismund）

Case Study Methodology-Introductory Remarks

During the last ten years the Sino-German Legal Cooperation Programme of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH has developed a fruitful cooperation with the National Judges College carrying out long-term-training courses on judicial methodology in civil, administrative and criminal law. Now the publication of the used training materials marks another significant milestone in our longstanding and successful cooperation.

The publication and the trainings aim at assisting the Chinese efforts to establish a social market economy based on the rule of law. Therefore not only laws must be created by the legislator; they also have to be effectively implemented. Implementation is the major task of legal experts, especially judges who have to apply the law on an every-day-basis. Successful implementation of the law is only possible if its outcome is predictable. The predictability of the outcome, though, is not always guaranteed, since the law is very often complicated, not precise enough or simply not complete with regards to the many situations that can occur in real life. That is why a methodology of law application can be helpful in leading to predictable, at least comprehensible, results.

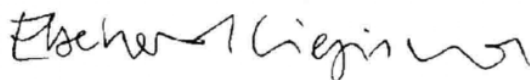
Therefore the importance of a good training of those who will be responsible for the application of laws in the future is evident. Consequently, the Chinese legislator has undertaken considerable efforts to guarantee the necessary training throughout recent years. With this volume of our publications we hope to give you a grasp of the methodical approach German lawyers learn from the beginning of their studies. This approach leads to a similar way of thinking. One of the techniques aims at determining the applicability of the abstract rule to the individual case by dividing the legal basis into its single requirements and comparing these to the facts of the case ("Subsumtionstechnik"). The other technique serves the comprehension, structuring and decision of complex cases concerning civil law ("Relationstechnik").

The advantage of these techniques is that they are largely independent from the content of the law that is to be applied; therefore they can also be useful for Chinese judges. In order to increase the comprehensibility for the Chinese reader we tried to create cases and examples applying Chinese law. Since we may be experts in methodology, you definitely are the experts for

Chinese law; so we ask for indulgence for any mistakes we may have made in the application of Chinese law. If you as Chinese judges find the case study methodology helpful in your work, the aim and objective of this book have been achieved.

At first the Criminal Law cases were developed for the GIZ by the German Max-Planck-Institute for Foreign and International Law, which is well known for its qualified research in the field of comparative, international and interdisciplinary criminal law. Subsequently the cases were adjusted and further developed based on the wishes and recommendations of our Chinese participants.

Last but not least please allow me to express my gratitude to all the organizers and supporters of the publication. First of all I am especially very grateful to the National Judges College, notably President Gao Jinghong, Vice President Cao Shibing and Mrs. Wang Xiaofang, head of International department. I want to thank the German Max-Planck-Institute for Foreign and International Law for the development of the cases. For fundamental improvements of the training materials I want to explicitly honour the efforts and achievements of our German expert Mrs. Prof. Dr. Evelyn Henning as well as our former GIZ colleagues and short-term expert judges. Especially Mrs. Prof. Dr. Evelyn Henning's long-time experiences as a German judge and teacher have led to the high quality which was certificated by the German Judges Association in 2010. My thanks also go to our legal expert Mr. Jiang Yi and my colleague Mrs. Hu Lan, who both have made a lot of effort in making the publication possible.



Programme Director

GIZ-Sino-German Legal Cooperation Programme

目 录

Contents

第一部分 法律适用方法导论

| | |
|------------------------------|----|
| 结 构 | 3 |
| 一、导论 | 4 |
| 二、理论背景 | 5 |
| I. 法律、法规与规章的目的 | 5 |
| II. 人们遵守或违反法律规则的理由 | 7 |
| III. 法律之外可以作为社会组织原则的选择 | 9 |
| IV. 采用一定方法适用法律的理由 | 10 |
| 三、归入法 | 16 |
| I. 归入法的简要概述 | 16 |
| II. 解决刑事案件 | 24 |

第二部分 刑法简介

| | |
|------------------------|----|
| 结 构 | 27 |
| I. 初步考虑 | 28 |
| II. 管辖 | 29 |
| III. 故意犯罪 | 29 |
| IV. 共同犯罪 | 33 |
| V. 过失犯罪 | 36 |
| VI. 不作为 | 38 |
| VII. 犯罪未遂 | 40 |
| VIII. 罪数关系 | 42 |
| IX. 定义举例：特定的刑法规定 | 43 |

第三部分 统一解决方案模式

| | |
|------------------------|----|
| 一、统一解决方案模式——犯罪未遂 | 53 |
| 二、统一解决方案模式——故意犯罪 | 54 |
| 三、统一解决方案模式——过失犯罪 | 55 |

第四部分 案例要点分析

| | |
|---------------|-----|
| 一、帮助犯罪 | 59 |
| 二、盗窃罪 | 64 |
| 三、行为 | 68 |
| 四、犯罪中止 | 72 |
| 五、非法性 | 80 |
| 六、共同犯罪 | 88 |
| 七、过失犯罪 | 96 |
| 八、教唆 | 102 |
| 九、未遂 | 108 |
| 十、因果关系 | 114 |
| 十一、正当防卫 | 118 |
| 十二、主观要件 | 124 |

第五部分 刑法案例归入法分析

| | |
|------------------|-----|
| 一、归入法案例 S1 | 131 |
| 二、归入法案例 S2 | 141 |
| 三、归入法案例 S3 | 146 |
| 四、归入法案例 S4 | 155 |
| 五、归入法案例 S5 | 168 |
| 六、归入法案例 S6 | 182 |
| 七、归入法案例 S7 | 192 |
| 八、归入法案例 S8 | 200 |
| 九、归入法案例 S9 | 216 |

| | |
|---------------------|-----|
| 十、归入法案例 S10 | 227 |
| 十一、归入法案例 S11 | 237 |
| 十二、归入法案例 S12 | 246 |
| 十三、归入法案例 S13 | 271 |
| 十四、归入法案例 S14 | 278 |
| 十五、归入法案例 S15 | 286 |
| 十六、归入法案例 S16 | 298 |
| 十七、归入法案例 S17 | 310 |
| 十八、归入法案例 S18 | 321 |
| 十九、归入法案例 S19 | 334 |
| 二十、归入法案例 S20 | 344 |
| 二十一、归入法案例 S21 | 359 |
| 二十二、归入法案例 S22 | 364 |
| 二十三、归入法案例 S23 | 369 |
| 二十四、归入法案例 S24 | 383 |
| 二十五、归入法案例 S25 | 398 |
| 二十六、归入法案例 S26 | 417 |
| 二十七、归入法案例 S27 | 436 |
| 二十八、归入法案例 S28 | 446 |
| 二十九、归入法案例 S29 | 454 |

Judicial Methodology

Criminal Law Case Studies

第一部分

法律适用方法导论

结 构

一、导论

二、理论背景

I. 法律、法规与规章的目的

1. 法律的目标
2. 法律适用的重要性
3. 日常生活当中的法律
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. 因为受到强制力量的威胁而遵守

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
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
4. 采用统一的法律适用方法的缺点
5. 一种可选的方法:归入法

三、归入法

I. 归入法的简要概述

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
4. 归入法中的困难点
5. 法律的发展
6. 确定法律后果

II. 解决刑事案件

一、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，其次制定的法律必须得到实施。对于法律职业者来说，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。而成功实施法律必须以实施结果具有可预见性为前提——至少是一定程度上的可预见性。但是可预见性并非总能得到保证，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。为了解决这一难题，法律适用的方法论就是非常有用的，它可以帮助我们获得可预见的结果，或者至少是可以理解的结果。

为了实现这一目的，很明显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，中国的立法机关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“案例分析方法导论”当中，我们希望能够帮助您掌握一种系统性的方法，这种方法是德国的法律职业者在他们法律学习初始阶段所要学习的内容。这种方法导致的结果就是大家都用同一种思维方式来考虑事情；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，它并不是要教给您法律条文的具体内容，而是要提供给您一种分析框架和思路。

二、理论背景

I. 法律、法规与规章的目的

1. 法律的目标

法律是一个国家借以统治其地域和人民最为强大的手段之一。法律所追求的目标对于一个强盛的国家来说至关重要。

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。举个例子,如果一个公民的财产失窃了,他不能自行对窃贼作出惩罚,那么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并且规定应当如何起诉并惩罚窃贼的法律。

c) 指导人们的行为

除了保护个人的权利,国家还可以通过法律的手段来指导公民的行为。国家可以通过法律来准许某些行为,禁止另一些行为,以便调整人们的行为,从而达到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,如果国家想要达到限制私人机动车的使用的目的,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金,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和禁令,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:

- 规定禁止杀人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
- 货物买卖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,只有通过法律适用和全社会对法律的遵守,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这么规定而自动达成平衡,只有当法律能够在存在利益冲突的情形之时公平地解决冲突,社会才能达到一个利益平衡的状态。

人们不会仅仅因为法律在理论上授予了他们权利而接受国家对于强制力量的垄断;只有当法律能够帮助个人在现实当中切实实现自己的权利,人们才会不再采取自力救济的行动。人们会将法律当作追求他们自身权利的一种工具,并且将法律视为管理社会关系的公平规则。在社会成员当中形成这样一种态度,不仅有利于个人,而且对于任何希望自己的民众能够认同其法律制度,同时认同制定法律的机构的国家都具有极其重要的意义。

同样,人们的行为也不会仅仅因为法律上存在某些抽象的禁止性规定而自动发生改变。必须通过法律的实施,惩罚那些违反法律的行为,才能真正对人们的行为发生影响。因此,如前所述,法律的适用及其适用的方法正是实现法律目的的关键所在。这种适用法律的过程必须具有公正性、适当性以及可理解性。

3. 日常生活当中的法律

几乎我们所有的社会生活最终意义上都是通过法律来形成的,而法律由国家来制定,国家已经使得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、去餐馆就餐、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都下意识地避免与法律规则相违背,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

即使是那些最为不证自明的法律规定,也不是总能够自动得到遵守,因为人类在行动之前总是面临着各种选择。他们作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。人们总是有做出实施违法行为的可能性。不过这种情况并不会妨碍法律规定本身的有效性。法律不仅是反映人们如何行为的一面镜子,也是规定人们应当如何行为的准则。所以,即使有人违反了一个规定,这个规定仍然是有效的,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定设定的标准。规定适用上的失败就可能導致这个规定在事实上失效;而仅仅是一个人对规定的违反则绝对不会导致规定失效。

法律就是提供了这样一个指导系统,其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的接受,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,以使相应法律规则的受众能够在所有情况下都可以预见到自己行为的法律后果。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(也称为法律决定的可预见性)。

而且,同样很重要的是,决定的法律依据也应当对于涉案各方当事人都具有恰当性,从而使得他们可以有可能会追溯决定的缘由。因此一定程度的透明性也是很重要的。

但是,首先必须考虑的是应当使法律法规的内容尽可能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,那么对这一规则的认可度恐怕就会非常之低,而实施这样的规则将会面临巨大的困难。

总之,法律的目标是要用一种统一的、尽可能的公平、适当且可被理解的方法来平衡现代社会当中各种互相冲突的利益。于是,在国家对个人权利的强制执行具有垄断性的帮助下,人们才可能在社会中和平共处。

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广大人民以及政府机关所进行的法律的适用。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,还有赖于对于法律的实际的、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,大家也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,个人的行为都是在复杂的情形之下作出的,而个人是否会遵守一个被普遍认可的规则,仍然是一个问题。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:

所有人都认为,国家有必要通过征收税金来完成工作(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盗版影碟的使用行为之上。

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

2. 因为受到强制力量的威胁而遵守

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,恐怕会有更多的人会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,那么就必须要让人们知道,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。

毕竟一个法律制度的实施过程当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。只有当人们知道存在某个规定,他们才能够遵守它,只有当他们理解了这个规定,他们才能够就规定是否适当作出评价。这正是促使规定得到接受的方法,或者,对于那些认为规定不可接受的人来说,至少让他们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预见到他们行为的后果,那么法律规则的实施就会变得更加容易了。

如果买方知道他必须支付货款,并且他也知道如果不付款,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由他来承担。

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,不同的组织原则之间曾经存在长期的对立,最为重要的两个原则大概是儒家学说和法家学说。

法家学说的主张者认为人类制定法律是作为一种组织原则,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,兄弟,夫妇,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,但是这些规章是秘而不宣的,否则人们就会想尽办法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,则儒家会惩罚他,而法家则会惩罚他的父亲。

关于应当如何对社会进行组织的这两种学说长期共存,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。《宪法》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地约束所有人的法律体系,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指导个人和企业的行为。

如果一家外国企业想要在中国投资——这正是中国政府想方设法想达到的目标——,这家企业将依据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和平和有效的社会生活。而且我们也已经说明了,公平、适当、可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督。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,并不能只凭单个的法律适用者的决定而得到确保。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,将严重损害法律判决的权威性。而一种统一的方法,应当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,这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。

如上所述,1982年的《中华人民共和国宪法》第5条规定,国家机关和法院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,正确的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的问题

法律总是通过语言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细微的区别。而且,在法律文本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

是指的是汽车的所有权人。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以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。它的定义是“明知而且希望地实施行为”。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以及更少限制。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。

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性使用达成共识,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。(这个问题会在下文中详述)

2. 一个统一的适用方法如何处理这些问题

上文所提出的问题,其主要原因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上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了。如果法院、国家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:

- 一个统一的适用方法能够确保适用法律的每一个法院和每一个机关都使用相同的方法来检查法律规则的要件。这样就能够容易地分辨出来,在某一个特定的案件当中,需要采取的特殊解决方案到底是要集中在哪一个特定的环节之上。于是,通过提供一个具有法律效力的解释,就很容易来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无法理解这一方法,但是律师、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认可程度。而且,公司也就可以在法官并未要求的情况下就向