

高等学校法学案例百选系列教材

总主编 季卫东  
执行总主编 蒋红珍

# 法理学 案例百选

主编 杨力

高等教育出版社

高等学校法学案例百选系列教材

总主编 季卫东  
执行总主编 蒋红珍

# 法理学 案例百选

主编 杨力

高等教育出版社·北京

## 内容简介

本书参照“马克思主义理论研究和建设工程重点教材”《法理学》以及其他同类教材的框架结构,主要涵盖如下板块:法的概念与本质;法的产生、发展与历史类型;法的价值;法的渊源与效力;法律关系;法律行为;法律责任;法律方法;中国社会主义法理学的历史文化基础;中国社会主义法的产生、本质和作用;中国社会主义法与民主政治;中国社会主义法与经济、科技、文化、社会及生态;中国社会主义立法和法律体系;中国社会主义法律实施;全面依法治国,建设法治中国。

本书收录了68个法律“柔性”较大的国内外典型判例或事例。为强化学生的批判性思维,对于每一个判例或事例,除进行“案情概要”或“事例概要”外,还从专业角度进行了“法理评析”,以最大程度地反映它们背后的法理、政策和利益关联。此外,还结合案例选列了参考文献。本书不仅适合法学专业学生使用,也适合其他专业辅修法学课程的学生以及对法理学感兴趣的社会人士选用,有助于读者进一步关注法律更深问题,增强思辨分析其他判例或事例的能力。

## 图书在版编目(CIP)数据

法理学案例百选 / 杨力主编;季卫东总主编. --  
北京:高等教育出版社,2022.3  
ISBN 978-7-04-058331-1

I. ①法… II. ①杨… ②季… 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(2022)第038489号

法律资料分享, docsriver.com

Falixue Anli Baixuan

策划编辑 姜洁 责任编辑 姜洁 袁阳阳 封面设计 杨立新 版式设计 杜微言  
责任校对 窦丽娜 责任印制 刘思涵

出版发行	高等教育出版社	网 址	<a href="http://www.hep.edu.cn">http://www.hep.edu.cn</a>
社 址	北京市西城区德外大街4号		<a href="http://www.hep.com.cn">http://www.hep.com.cn</a>
邮政编码	100120	网上订购	<a href="http://www.hepmall.com.cn">http://www.hepmall.com.cn</a>
印 刷	北京玥实印刷有限公司		<a href="http://www.hepmall.com">http://www.hepmall.com</a>
开 本	787mm×1092mm 1/16		<a href="http://www.hepmall.cn">http://www.hepmall.cn</a>
印 张	19.25	版 次	2022年3月第1版
字 数	460千字	印 次	2022年3月第1次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	42.00元
咨询电话	400-810-0598		

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物料号 58331-00

# 本书作者

(以姓氏笔画为序)

- 丁琳 深圳证券交易所研究员  
马金芳 华东政法大学法律学院教授  
王宁 美国科斯研究院教授  
王禄生 东南大学法学院教授  
边城 荷兰鹿特丹伊拉斯姆斯大学法学院研究员  
刘忠 中山大学法学院教授  
孙文恺 南京师范大学法学院教授  
严行健 华东政法大学政治学研究院研究员  
杜宴林 吉林大学法学院教授  
杨力 上海交通大学智慧法院研究院教授  
杨贝 对外经济贸易大学法学院副教授  
杨永红 西南政法大学国际法学院教授  
杨宇霄 华东政法大学政治学研究院研究员  
何柏生 西北政法大学刑事法学院教授  
陈咏梅 西南政法大学国际法学院教授  
陈柏峰 中南财经政法大学法学院教授  
林彦 上海交通大学凯原法学院教授  
周尚君 西南政法大学行政法学院教授  
周贇 厦门大学法学院教授  
郑智航 山东大学法学院教授  
泮伟江 北京航空航天大学法学院教授  
赵云 香港大学法律学系教授  
柯岚 华中科技大学法学院教授  
侯猛 中国人民大学法学院教授  
夏立安 浙江大学光华法学院教授  
翁小川 澳大利亚新南威尔士大学法学院研究员  
凌斌 北京大学法学院教授  
唐冠虹 英国伦敦玛丽女王大学法学院高级研究员  
宾凯 上海交通大学凯原法学院副教授  
桑本谦 中国海洋大学法学院教授  
黄旭东 华南理工大学法学院教授  
曹志勋 北京大学法学院助理教授

- 梁迎修 北京师范大学法学院教授  
屠凯 清华大学法学院副教授  
彭辉 上海社科院法学研究所研究员  
程乃胜 南京审计大学法学院教授  
焦宝乾 浙江大学光华法学院教授  
曾坚 上海财经大学法学院教授  
赖骏楠 复旦大学法学院副教授  
雷磊 中国政法大学法学院教授  
廖奕 武汉大学法学院教授  
熊丙万 中国人民大学法学院教授

# 总 序

法律秩序运作的基本模式有两种：一种是规则本位的，即成文法体系；另一种是法官本位的，即判例法体系。无论采取哪种模式，从法律面前人人平等的原则出发，实际上都会把同案同判作为司法公正的主要标准。这就势必最终导致尊重既有判例的倾向。

当然，先例拘束力的强弱程度会因国度、文化传统的不同而有所不同。例如在英国，作为最高审判机构的贵族院以及上诉法院的先例曾经具有绝对的拘束力，较高审级的先例对下级的审判也具有绝对的拘束力。直到 20 世纪后半叶，英国法院才开始有权修正自己的先例，从而使得其对后续判决的拘束力有所缓和、削弱。同属判例法体系的美国虽然也奉行遵循先例原则，但在适用上更有弹性，更注重通过审判进行规范创造和制度改革。而在采取成文法体系的欧陆各国，制度并没有明确法院援用判例的义务，下级法院也享有打破先例进行审判的自由，一切以抽象的法律条文为准绳。尽管如此，出于司法统一的考虑，参照既有判例审理案件也成为欧陆各国审判机构的普遍现象。

一般而言，先例或者既有的判例是指在解决具体纠纷时就法律问题所做的具体判断，也就是由法庭给出的法律结论，或者由法院系统宣示的法律定理。为了确保判断的正当性，防止主观造成偏颇，判例除了陈述结论和定理外，还必须通过论证提供判决理由。为了确保判断的可问责性，防止心证过程黑箱化，在判决理由之外还往往会列举法官的补充意见、少数意见乃至反对意见。因而在研究判决时，我们应该区别判决理由与法官意见，但同时又有必要把这两个方面都纳入视野之中，以便更准确地理解判例的内容以及预测其后的判决。如果说同案同判是正义的主要诉求，那么通过判例的拘束力来预测判决进而促成司法统一就是题中应有之义。因此，判例也就自然而然在事实上获得了某种程度的法源性。

判例具有因地制宜、因时制宜的灵活性，有利于在具体语境中权衡不同情节和利害进行法律适用，所以尽管中国采取的是成文法体系，但自古以来也颇重视以事例补充法律、以条例辅助法律的机制。在清代甚至还一度出现过轻律重例的倒置现象。在现代中国，自 20 世纪末叶开始，通过典型案例、参考案例、指导性案例等形式和实践经验的累积，逐步形成了具有鲜明特色的以案指导司法的制度。2010 年 11 月 26 日最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》，2015 年 6 月 2 日又公布了该规定的实施细则，标志着案例指导制度的正式确立和定型。现在推广的这种案例指导制度显然与法学界通常所说的先例或者判例不同，是最高人民法院从各地报送和推荐的实例中筛选出来并进行加工处理后，由审判委员会审定并发布的。在中国，指导性案例不是裁判根据，而只能作为判决理由；可以参照适用，却没有规范的拘束力。的确，指导性案例也具有统一司法尺度的作用，但主要体现在精选样板、加工判文所发挥的示范意义。与之形成对照和互补的，是由最高人民法院审判委员会制定并发布的司法解释。按照规定，法官应该在判决中援引相关的司法解释作为裁判根据，并把司法解释的适用情况作为法官人事考勤的一项指标。如果说司法解释是作为裁判根据的法律的细则化，那么指导性案例就是判决理由的一般性参考框架，是在权衡不同事实、价值以及利害关系时适当增减调整的砝码。通过指导性案例，法律推理的话语空间可以保持适当规模，权利和规范的创造活动也被限定在一定范围之内，这就会增加司法的协调度和精确度。

无论先例、判例,还是指导性案例,都是值得进行研究和推敲的,因为它们都浓缩了事实与规范以及结论三者之间的互动关系。透过它们还可以观察办案法官或者最高人民法院怎样按照一定要件对事实进行选择 and 建构,也可以找到解释、议论、沟通与法理之间的对应关系及其各种不同的组合方式。在这里,存在着规范形成和续造的动态,不断推陈出新又环环相扣,促成法律体系的进化。在这里,书本上的法律与实践中的法律互相交错融合,呈现出多层多样的状况,法律解释也会在特定的语境里发生微妙变化。由此可见,如果不对具体案件中的事实进行细致的观察和分析,就很难理解现行制度的运作,也很难对法律的解释和判断进行适当的评价。如果不深入探讨判例、案例,就很难正确把握权利义务关系的实际构成,也很难对法学理论进行反思和创新。在这个意义上,也不妨把判例、案例理解为法律的一系列实验,是法学知识创新的重要渊源和取之不尽的素材。

由此可见,判例、案例的研究对于法学理论以及各种部门法的学习和知识创新具有重要的意义。无论是司法还是法学教育,进一步发展的关键均在于采取切实手段尽早形成和完善案例研究和评释的机制,因为日常化的案例研究和评释很容易让违法审判以及制裁畸轻畸重的问题显露,可以大幅度减少对审判人员和案件进行监督的制度成本,并形成司法者都各自审慎行事的良好氛围。为了不使案例指导流于肤浅甚至流于形式,必须使案例研究与大学等机构的学术活动和教育课程密切结合起来,把案例评释作为培养法科学学生的基本内容,让他们的专业生涯从有深度的、规范化的案例研究起步。应该采取一些切实有效的措施鼓励研究生和青年学者发表案例的解说和批评,承认有关成果具备不逊于学术论文的价值,这样做下去对法学研究和司法实务的改观都会产生较深远的影响。

正是出于上述认识,上海交通大学凯原法学院高度重视和大力推动分学科或跨学科的判例研究会,在以“三三制”法科专班为抓手的课程设置改革和教学方法改革过程中也一直强调判例评释,并曾经策划编辑有关的课本和参考资料。很幸运的是,我们的努力以及从2015年年底开始酝酿的关于“高等学校法学案例百选系列教材”的构想获得了高等教育出版社的欣赏和支持。感谢陈建华副社长、于明主任和姜洁编辑等的鼎力支持,在2017年启动了与法学类权威教科书配套但又具有一定学术独立性的16种法学案例百选系列教材的编写出版计划,由学科负责人担任各卷主编,从本院以及全国组织案例评释撰稿人。在执行总主编蒋红珍副院长的积极推动和精心协调下,该系列教材编辑委员会多次开会商讨,形成了基本统一的体例和模板,但又给各卷主编们留下了一些自由裁量的空间。

通过各位主编和来自全国不同法学院校的撰稿者们的共同努力,现在这套“高等学校法学案例百选系列教材”终于陆续付梓。借此机会,向参与这项工程的所有专家学者、提供行政支撑的凯原法学院教务办公室、我们的战略合作伙伴高等教育出版社及相关责任编辑、慷慨提供研究资助的文宣基金表示由衷的感谢!但愿这套教材对法学教育内容和形式的改进、法理研究的深入以及庭审指向的司法改革都有所裨益。



于2019年晚春上海

# 前 言

从学术解释分析，“profession”意义上的职业人士，在西方传统上主要是指法律人、医生和牧师三类人，分别对应于大学早期的三大学科，即法学、医学和神学。法律职业人士应至少具有这样的特点：一方面，拥有崇尚公益的精神，其职业行为以为公众服务为宗旨，有别于只是单纯地追逐私利的商业活动；另一方面，学识、技术等胜任力并举，既拥有深厚的学识基础，又娴熟于专业技术并具有更多胜任力，区别于仅满足于实用技巧的工匠型专才。毋宁说，法理学这一学科的最高宗旨在于使法学教育培养出具有这两个方面特点的人才。

胜任力(competency)最早由哈佛大学教授麦克莱兰(David McClelland)提出，指的是“能够区分在特定的工作岗位和组织环境中绩效水平的个人特征”。后来斯宾塞(Lyle Spencer)等学者又将其定义为能将某一工作中有卓越成就者与绩效一般者区分开来的个人深层次特征。实际上，只是一味偏重于知识和技能的训练，不会决定性地影响法科生们未来绩效的高低。法学教育应该更多倾注引导或培育法科生们的学习动机、人格特质、自我概念、价值观、对职业角色担当的认知力、过程执行能力等，具备这些特质才会造就优秀法律人的胜任力。

养成这种胜任力的路线主要包括：一是概论式地讲法律概念、规则和原则，通史式地讲上千年的法制发展史，以及满堂灌式地讲法律制度的所有部类。诚然，这是法科生的必修之道，短时间内好像什么都知道了，但实际可能什么都没有真正掌握，甚至连如何进行法律思考这一起码思维都未能掌握。二是集中阅读少而精的经典判例或重要事例，并且进行深层次的法理解读，目的在于通过系统指导下的判例或事例深度阅读，培养学生自己去思辨地阅读其他判例或事例的能力，以此帮助学生树立一种法律思维的自觉。后者是不少过于“功利化”的法律职业教育易于忽视却极为核心的方面。它不再是惟专业主义和实用主义，而是藉此寻找和叩问法律职业原理的精髓，其中不少讨论会触及、思考法的本体乃至人类生存的基本命题。围绕这些命题的讨论，不会因时代的变迁而消失和褪色，改变的至多是它呈现出来的方式。

毫无疑问，中华法系不同于英美法系，但这并不意味着法学教育与判例或事例研习的隔离。随着一度流行的“学徒制”因难以产生规模效应走向式微，由英国学者贝雷斯(John Byles)原创并由美国教授朗代尔(Christopher Langdell)力倡的“判例和事例研讨”，以其被誉为把法律“既作为科学又作为艺术”，以及让法科生们得以关注法律更深层次问题和成为成功职业实践者的独特优势，已被包括中国在内的绝大多数国家或地区的法学院校所采纳。

推出这本《法理学案例百选》的原旨，就是通过对判例或事例的法理研讨，以归纳性的思考，逆向弥补演绎分析式思考的不足。这一方式有助于改变传统法学教育中教师“独白”的弊端，强化法科生们的批判性思维。不仅如此，从训练疑难决策力的角度来说，判例或事例的研讨又多会选择法律“柔性”较大的国内外典型判例或事例，最大程度地反映它们背后的法理、政策和利益关联，而且把多个部门法以及实体和程序糅杂在一起，突出呈现为一种疑难的堆砌。

必须强调的是，这种判例或事例的研讨绝不应被误解为狭义的“例证”。例证只是对判例或事例的片段引用，而且可能会产生掩盖甚至曲解原意的判断，难以触及概念式分析的精髓。

同时,判例或事例的选择又应当原汁原味,吻合真实情况,富有聚焦于热点、难点和典范的意义,当然最好还能与法科生们熟悉的法律环境相一致。为此,本教材的作者们精心甄选出适合的判例或事例和附带的参考文献,并对判例或事例进行必要的释论,指出其中的关键问题。读者可以进一步梳理隐于判例或事例中的法律语义和涉及的知识点,并且做好预判断和分析,尤其注意复杂案件可能产生的学科知识冲突和歧义;在判例或事例的讨论过程中,对出现的多种备选方案要给予特别关注,特别是站在最合适的法律角度对核心问题加以识别,兼顾其他问题以寻找到最佳的解决路径;最后,还应予以正反两面或留待研究的恰当评论。期待这本集萃了国内外诸多中青年学者心力的“马工程”重点教材配套案例教材,能够促进中国法科生们的胜任力养成。

本书作者  
2022年1月

# 目 录

导 论 .....	1
第一节 法理学的对象、性质和方法 .....	1
1. 法理学的对象	
——法理学是对法的目的性、合理性、正当性的判断和共识	
洞穴案件 .....	1
2. 法理学的性质	
——基于现实具体事例或案例进行法理学思考	
A 公司土地使用权受让案 .....	4
3. 学习法理学的意义	
——法理思维是良法善治的思维	
反抗家庭暴力故意杀人案 .....	7
第二节 法理学的历史 .....	11
4. 封建社会的法理学思想	
——法国封建王朝代言人的高等法院	
莫普改革 .....	11
第三节 马克思主义法理学的形成及其意义 .....	14
5. 马克思主义法理学的立场、观点和方法	
——“均码正义”未必就是正义	
周国平诉华鹏公司拒发工龄补偿金劳动争议案	
尹建文等诉友好公司出租车承包经营案 .....	14
第四节 马克思主义法理学的中国化 .....	17
6. 毛泽东思想的法治理论	
——毛泽东思想中的生存权与发展权	
毛泽东对艾奇逊的驳斥 .....	17
第一章 法的概念与本质 .....	20
第一节 法的概念 .....	20
7. 法的概念	
——法律义务还是道德义务	
“常回家看看”入法后首案判决 .....	20
第二节 法的本质 .....	24
8. 法的本质是由特定社会的物质生活条件决定的	
——互联网的市场竞争法治观	
国家发改委对兰州、泉州网约车管理办法的公平竞争审查案 .....	24

第三节 法的基本特征 .....	29
9. 法是规定权利和义务的社会规范	
——拟制秩序与自由秩序的法定权利和义务	
《中华人民共和国立法法》评析 .....	29
第四节 法的要素 .....	32
10. 法律概念	
——“公共机构”与“双重救济”的认定	
中国诉美国标准钢管、非公路用轮胎、薄壁矩形钢管、	
复合编织袋四种商品反倾销与反补贴案 .....	32
第二章 法的产生、发展与历史类型 .....	39
第一节 两种对立的法的起源观 .....	39
11. 唯物史观的法的起源理论	
——习惯法	
榔规与走婚 .....	39
第二节 法的起源 .....	41
12. 法产生的一般过程和基本规律	
——从裁判规则的个别调整到规范性调整	
张柏芝诉远东公司侵犯肖像权案 .....	41
第三节 法的历史类型 .....	44
13. 奴隶社会的法	
——奴隶买卖中交付前奴隶死亡问题	
保罗虚拟的奴隶死亡案 .....	44
14. 资本主义社会的法	
——契约自由与劳动者保护	
洛克纳诉纽约州案 .....	46
15. 社会主义社会的法	
——革命根据地的司法和立法	
黄克功杀人案 .....	51
第四节 法系 .....	55
16. 法系的概念	
——告密者困境中的英美法系与大陆法系争议	
告密者案 .....	55
第三章 法的价值 .....	59
第一节 法的价值的概念 .....	59
17. 法的价值的基本特征	
——法理与情理	
冷冻胚胎继承案 .....	59
第二节 法与安全 .....	65

18. 法的安全价值	
——数字化转型的促进与规制	
数据分析与禁令条款 .....	65
第三节 法与秩序 .....	68
19. 法的秩序价值	
——法的秩序内在性来源于降低不道德	
蒲连升、王明成安乐死案 .....	68
第四节 法与自由 .....	71
20. 法的自由价值	
——法与自由、秩序、正义的冲突与协调	
《沈阳市行人与机动车道路交通事故处理办法》评析 .....	71
第五节 法与平等 .....	75
21. 法的平等价值	
——平等权的法律保障	
布朗诉托皮卡教育委员会案 .....	75
第六节 法与公平正义 .....	80
22. 正义的概念	
——法律与正义的关系及正义的复杂性	
骆驼遗产继承案 .....	80
第七节 法与人权 .....	85
23. 法的人权价值	
——隐私权:私主体未经授权对个人信息实施拦截	
扎哈罗夫诉三家移动网络运营商侵犯隐私权案 .....	85
第四章 法的渊源与效力 .....	90
第一节 法的渊源 .....	90
24. 法的渊源的概念	
——指导性案例的法源地位	
瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案 .....	90
第二节 法的分类 .....	95
25. 国内法与国际法	
——专属经济区沿海国执法权的合法性	
《联合国海洋法公约》附件七的仲裁程序 .....	95
第三节 法的效力 .....	102
26. 法的效力的范围	
——法的溯及力和从旧兼从轻原则	
白恩培受贿、巨额财产来源不明案 .....	102
第五章 法律关系 .....	107
第一节 法律关系的概念和分类 .....	107

27. 法律关系的概念	
——法律事实的特点与认定	
李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案 .....	107
第二节 法律关系的主体和客体 .....	112
28. 法律关系的客体	
——基于法律真实的客体认定	
刘雪娟诉乐金公司等化妆品使用标识案 .....	112
第三节 法律关系的内容 .....	117
29. 权利和义务的关系	
——作为股东的董事忠实义务与投票权利	
库克诉迪克斯案 .....	117
第四节 法律关系的形成、变更和消灭 .....	121
30. 法律事实	
——法律真实与客观真实	
中国五起影响较大的冤假错案 .....	121
第六章 法律行为 .....	125
第一节 法律行为的概念 .....	125
31. 法律行为的界定	
——基于证明责任、具体情境乃至环境证据等的行为认定	
香港高等法院聆讯龚如心遗产案 .....	125
第二节 法律行为的结构 .....	128
32. 法律行为主体	
——动物以及人工智能能否被赋予法律主体资格	
动物福利立法 .....	128
第七章 法律责任 .....	133
第一节 法律责任的概念 .....	133
33. 法律责任的含义	
——法律责任的界定、要件和种类	
刘丹萍与南京仁创物资有限公司劳动争议纠纷案 .....	133
第二节 法律责任的认定与归结 .....	136
34. 法律责任认定与归结的原则	
——证明责任与证明标准	
徐寿兰诉彭宇人身损害赔偿纠纷案 .....	136
第三节 法律责任的承担 .....	142
35. 法律责任的实现形式	
——系争责任限制条款的法律效力及适用	
张宇、张霞诉上海亚绿实业投资有限公司商品房预售合同纠纷案 .....	142
第八章 法律方法 .....	145

第一节 法律方法与法学思维 .....	145
36. 法理思维	
——司法中的利益衡量	
李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿案 .....	145
第二节 法律解释 .....	148
37. 法律解释的分类	
——体系解释	
王挺诉南京亮达电子商务有限公司、浙江天猫网络有限公司网络购物合同纠纷案 .....	148
第三节 法律推理 .....	154
38. 法律推理的方法	
——简约的力量与两类推定方法	
夏斯塔县的习惯法 .....	154
第四节 法律论证 .....	158
39. 法律论证的正当性标准	
——法律技术方法的论证	
张某水盗窃案 .....	158
第九章 中国社会主义法理学的历史文化基础 .....	161
第一节 中国传统法学思想的形成和发展 .....	161
40. 秦至清的法学思想	
——法律的本我、自我和超我	
乔太守乱点鸳鸯谱 .....	161
第二节 近代法理学的探索与变革 .....	166
41. 对传统法学思想的扬弃	
——司法裁判事实认定的“历史三部曲”	
法定证据制度、自由心证制度、证明责任制度 .....	166
第十章 中国社会主义法的产生、本质和作用 .....	169
第一节 中国社会主义法的产生 .....	169
42. 借鉴人类法治文明成果是社会主义法产生的重要条件	
——从法院的裁判规则到法律制度的健全与完善	
南京鼓楼房产经营公司等诉盛名公司侵犯建筑物区分所有权案 .....	169
第二节 中国社会主义法的本质和作用 .....	172
43. 通过法的立、改、废、释,推动社会变革与进步	
——科学立法	
2015年《立法法》修改 .....	172
第三节 中国社会主义法发展的历史经验 .....	177
44. 经济发展和法律发展相互促进	
——商事仲裁的恢复性功能实现	

国内某仲裁委员会两起关联案件 .....	177
第十一章 中国社会主义法与民主政治 .....	185
第一节 法与民主政治的一般关系 .....	185
45. 法治是民主的保障	
——改革不能以牺牲法治推进民主	
智利的阿连德改革 .....	185
第二节 中国的民主政治制度是符合国情的选择 .....	189
46. 社会稳定是社会主义民主政治发展的重要条件	
——民主政治的边界	
社会公共事件应对的法治保障 .....	189
第三节 发展社会主义民主,建设社会主义政治文明 .....	192
47. 推进社会主义政治文明建设	
——司法金字塔顶尖决策的经济和社会考量	
农村土地流转问题 .....	192
第十二章 中国社会主义法与经济、科技、文化、社会及生态 .....	197
第一节 中国社会主义法与经济 .....	197
48. 社会主义法与经济建设	
——农民无证收购玉米:非法经营还是建设粮食市场	
王力军非法经营案 .....	197
第二节 中国社会主义法与科技 .....	203
49. 社会主义法与科技创新	
——数据流通立法的倾斜性	
《上海市数据条例》中的公共数据授权经营条款 .....	203
第三节 中国社会主义法与文化 .....	206
50. 社会主义法与宗教	
——宗教是人类社会三大规范之一	
宗教信仰自由 .....	206
第四节 中国社会主义法与社会 .....	212
51. 社会主义法与社会治理	
——扫黑除恶	
孙小果案 .....	212
第五节 中国社会主义法与生态 .....	216
52. 社会主义法与生态文明建设	
——环境民事检察公益诉讼	
广州市人民检察院诉张某山、邝某尧环境民事公益诉讼案 .....	216
第十三章 中国社会主义立法和法律体系 .....	221
第一节 中国社会主义立法的指导原则 .....	221
53. 民主立法	

——多数人意见的利与弊	
防止民主的多数人暴政 .....	221
第二节 中国的立法体制 .....	223
54. 统一而又分层次的立法体制	
——司法判决中的经济特区法规与法制统一	
亚太石油国际有限公司诉海南太平洋石油股份有限公司、中国化工进出口总公司、	
三亚凤凰国际机场总公司、中国航空油料总公司参股合同纠纷案 .....	223
第三节 中国的立法程序 .....	227
55. 法律案的提出	
——民间参与国家立法	
《中华人民共和国慈善法》的民间建议稿 .....	227
第四节 中国特色社会主义法律体系 .....	232
56. 中国特色社会主义法律体系的基本框架	
——指导性案例对制定法的重要补充	
中国指导性案例制度 .....	232
第五节 国内法与国际法的关系 .....	236
57. 国内法与国际法	
——条约必须遵守的国际法基础规范	
比利时诉塞内加尔案 .....	236
第十四章 中国社会主义法律实施 .....	241
第一节 法律实施的意义 .....	241
58. 法律实施是实现立法宗旨和目的的必然要求和具体体现	
——司法应以最小成本实现立法的最大儆戒效应	
许霆盗窃金融机构案 .....	241
第二节 法律执行 .....	246
59. 法律执行的基本原则	
——行政法的信赖保护原则	
24家烟花爆竹生产企业诉安徽省政府案 .....	246
第三节 法律适用 .....	251
60. 司法权与司法责任	
——程序性违法行为被排除与制裁	
夏晶宇贩卖毒品罪申诉案 .....	251
第四节 法律遵守 .....	256
61. 法律遵守的概念和意义	
——基于垂直切片视角的法律形式主义与实质正义	
于欢辱母杀人案 .....	256
第五节 法律实施的正当程序 .....	262
62. 正当法律程序	

——正当程序的构成要素和底线正义	
张向阳诉南京大学拒授学位案 .....	262
第六节 法律实施的监督 .....	267
63. 法律实施监督的性质和功能	
——行政执法相对人的实施监督	
王某交通违法受行政处罚案 .....	267
第十五章 全面依法治国，建设法治中国 .....	270
第一节 法治的一般原理 .....	270
64. 法治与治理	
——行政综合执法体制与大社会治理	
城管执法冲突的社会情境 .....	270
第二节 全面依法治国的政治方向 .....	273
65. 坚持以人民为中心	
——在司法判决中反映和维护广大人民的共同意志和根本利益	
张学英诉蒋伦芳遗嘱继承案 .....	273
第三节 全面依法治国的工作布局与重要任务 .....	276
66. 统筹推进国内法治和涉外法治	
——国际社会权力体系牵引的国内宏观立法逻辑	
《中华人民共和国外商投资法》的立法考量 .....	276
第四节 全面依法治国的重要保障 .....	281
67. 全国依法治国的人才队伍保障	
——法学院校人才培养导向	
卓越法律人才的胜任力结构 .....	281
第五节 建设法治中国 .....	284
68. 法治中国与国家治理现代化	
——公民法规审查建议权与宪法实施机制	
孙志刚致死引发的收容审查制度被取消 .....	284

# 导 论

## 第一节 法理学的对象、性质和方法

### 1. 法理学的对象

——法理学是对法的目的性、合理性、正当性的判断和共识

#### 洞穴案件<sup>①</sup>

##### 一、案情概要

《哈佛法学评论》曾经虚拟过一个“洞穴案件”，引起了全世界法理学界的巨大争议。案情如下：4299年5月上旬，在纽卡斯国，五名洞穴探险者不幸遇到塌方，受困山洞，等待外部的救援。十多天后，他们通过携带的无线电与外界取得联络，得知尚需数日才能获救。眼看水尽粮绝，为了生存，大家约定通过投骰子确定牺牲一人，以救活其余四人。威特摩尔是这一方案的提议者，不过投骰子之前又收回了意见，其他四人却执意坚持。结果恰好是威特摩尔被选中，在受困的第23天被同伴杀掉吃了。在受困的第32天，剩下四人被救，随后他们以故意杀人罪被起诉。纽卡斯国《刑法典》规定：“任何故意剥夺他人生命的人都必须被判处死刑。”

在初审法院，被告被判处死刑。被告上诉到最高法院，五位大法官出具了五份不同的判决书。首席大法官特鲁派尼从法律实证主义的观点出发，认为法律是法律，道德是道德，同情心不会让法律人违反自己的职业判断去创造例外，所以他支持有罪判决。福斯特大法官则主张应该根据立法目的，对法律规则进行解释，联邦的法律不适用此案，被告无罪。唐丁大法官则认为这是一个两难的案件，选择回避退出此案。基恩大法官主张法官应当忠于自己的职责，不能滥用目的解释，特别是不能规避法律规则的适用，坚持被告有罪。汉迪大法官则主张抛开法律，用常识判案，通过常识来平衡道德与法律的冲突，坚持被告无罪。

最后，最高法院决定维持原判。这五位大法官在阐述判决意见的过程中，似乎每个人的论述都有道理，但又都不具有充分的说服力，无论如何判决都不能让人信服。无论支持或者反对，都可以列举出许多理由。

<sup>①</sup> 参见[美]萨伯：《洞穴奇案》，陈福勇、张世泰译，生活·读书·新知三联书店2009年版，第6页。



更多法律电子书尽在 [docsriver.com](http://docsriver.com) 商家巨力书店

## 二、法理评析

### (一) 罪与非罪、罪轻与罪重

该案无论是有罪、无罪或罪轻判决,都可以找到能够证立的支持理由,见表 0-1 所示。

表 0-1 判决理由

判决有罪理由	判决无罪或罪轻理由
符合形式理性的杀人罪犯罪构成	符合形式理性适用例外的免责条件
以道德寻求法外正义不能自我指涉	法律的适用仍应以合乎道德为支撑
难以评估“杀人为食求生”的拯救极限	杀人为食是当事人生存的唯一选择
杀人为食协议达成的不合法性	达成杀人为食协议乃“两难”绝境的突围之道
被害人撤回了协议约定	协议已达成,被害人不得随意撤销
面对共同危险的法外道德判断不能产生正效应	共同危险的不可预知
不构成紧急避险	接近紧急避险的责任减免
基于被害人撤回约定而未达成杀人为食的协议	基于被害人首倡而形成酌定的减轻情节
多数人暴政不能替代法律规则	绝境中的多数人道德优先至少不是最差选择
包括生命权在内的人权高于一切	多数人的生命权大于一人的生命权
剥夺他人生命的程序不合乎正义	剥夺生命的程序合乎正义
类似情况不能类似处理	类似情况亦可类似处理

该案件的不同观点交锋激烈,但都缺少一锤定音力量。这不由让人思考这样的问题:作为传统思维的那种“非黑即白”的司法裁判是否过于绝对?

比较常见的意见是,在多元社会中维护和平、安宁、正义的唯一手段就是守护法律,不能出于某一派别的道德或观点而置法律于不顾,毕竟人民是作为整体制定法律来表达意志,在法律之外寻找正义就是不正义的。然而上述观点需要一个前提,就是让所有的观点都能在立法程序中得到倾听,而建立在这个前提之上的理想社会根本不存在。于是,立法时并非所有公民的意见都被聆听,诸如金钱和特权等都会干扰选举和立法,多元化声音很难在立法中通过充分博弈达成一致,所以人们才需要在法律之外寻求正义。其实,该案件无非就是法学流派之间的观点差别。若仅根据现实的法律,则至少应在该案中追究杀人者有罪甚至罪重的法律责任;若根据“法律应当是什么”的立场,杀人者即可能被宣告无罪。

### (二) 法理学的三个论题

法理学研究要以“法理”为中心主题,以“法理”为核心对象。该案以极端方式展示了一个问题:究竟怎么在“法律是什么”和“法律应当是什么”两个核心主题之间进行法律思维?回答这一问题的核心,实际上是法理学上的三个论题:法律与以威胁为后盾的命令有何区别与联系;法律义务与道德义务有何区别与联系;什么是规则以及规则达到何种程度才成为法律。简而言之,如何正确对待法律、命令与道德这些既有区别又有联系的社会现象,它们构成了法理学的研究对象。