

## 《法理学研究》课外阅读书目

### 一、著作类

- 1, 张文显著:《法哲学通论》, 辽宁人民出版社 2009 年 12 月版。
- 2, 朱苏力著:《法治及其本土资源》, 中国政法大学出版社 1996 年版。
- 3, 夏勇著:《朝夕问道——政治法律学札》, 上海三联书店 2004 年版。
- 4, [英] 哈特(1907—1999) 著:《法律的概念》, 中国大百科全书出版社 1996 年版。
- 5, [美] 德沃金著:《认真对待权利》, 中国大百科全书出版社 1998 年版。
- 6, [美] 庞德(1870—1964) 著:《通过法律的社会控制·法律的任务》, 商务印书馆 1984 年版。
- 7, [美] 博登海默著:《法理学: 法律哲学与法律方法》, 中国政法大学出版社 1999 年版。
- 8, [美] 波斯纳著:《法理学问题》, 中国政法大学出版社 2002 年版(新版本)。
- 9, [美] 罗尔斯(1921—2002) 著:《正义论》, 中国社会科学出版社 1988 年版。
- 10, [英] 丹宁勋爵(1899—1999) 著:《法律的训诫》、《法律的未来》、《法律的界碑》、《法律的正当程序》、《家庭故事》、《最后的篇章》, 法律出版社 1999 年版。

### 二、期刊类

《中国社会科学》

《中国法学》、《法学研究》

《中外法学》、《法学家》、《法制与社会发展》、《法学评论》、《南京大学法律评论》

《政法论坛》、《法学》、《现代法学》、《法律科学》、《法商研究》等

## 第一讲 导论—法学与法理学

### 一、法学的研究对象

#### (一) 西方学者的观点

- 1, 研究现存的法律规范、法律制度与法律体系  
(是) —— 实证主义法学派
- 2, 研究亘古不变的理想法和正义法  
(应当) —— 自然法学派
- 3, 研究法与社会的关系、法的社会效果  
(效果) —— 社会法学派
- 4, 研究法的事实、价值与效果  
(综合) —— 统一法学派或综合法学派

#### (二) 中国学者的观点

- 1, 国家和法律
- 2, 法律这种社会现象及其规律  
(阶级性为其核心)
- 3, 法律这种社会现象及其规律, 但  
(权利和义务是法的核心)

#### (三) 权利和义务是法的核心

- 1, 从法的部门的角度看
- 2, 从法的运行角度来看
- 3, 从法的调整对象与方式看

### 二、法学的分科

- 1, 从法的部门分, 有一个法的部门就有一个部门法学。

2, 从法的运行角度分, 有立法学、法实施学(法施行学)。

法实施学包括: 行政(执)法学、司法学、法律监督学。

3, 从认识论的角度分有理论法学和应用法学。

理论法学: 法理学(法哲学)、法社会学、比较法学总论、法心理学等。

应用法学: 民法学、刑法学、经济法学等。

### 三、法学的性质

恩格斯: 法学产生的两个前提

1, 法学既是实践性的又是理论性很强的学科;

2, 法学是独立的, 但它又不是自给自足的学科;

与哲学的关系

与政治学的关系

与经济学的关系

与社会学的关系

与伦理学的关系

3, 法学是关于秩序的科学, 但又以正义为最终目标;

4, 法学从根本上讲是人学。法学应该是体现人类对于自身生存状况的理性把握和反思之学, 是人类对于自身存在价值的探索与追问之学。

### 四、法理学在法学体系中的地位

(一) 新中国法理学的发展(以名称的转换为例)

1, 《法与国家的一般理论》(50年代到80年代初)

2, 《法学基础理论》(80年代初到90年代初)

3, 《法理学》(1994年教育部组织的国家统编教材)

其中也出现过《法学原理》(李放、王哲)、《法的一般理论》(张文显主编)、《法理学》(万斌)等不同的名称。

(二) 什么是法理学?

简单地说, 法理就是法的道理, 如正义、公平、强制等, 构成法的原理性、知识性的东西就是法理学, 它往往不是关于法的具体“知识”, 而是关于法的“思想”。

法理学既是统一的、又是不统一的, 是地方性法理学和一般法理学的统一。如:

欧洲大陆法理学是欧洲政治理性哲学的表现, 是系统的、思辩的和形而上的, 它是法学教授们的创造, 强调立法和法的理念, 一般不关心司法。

英美法理学是经验哲学的表现, 它更多的是法官的创造, 强调司法的理念, 是以法官主体活动为核心展开的对法的讨论。

法律是什么? 耶鲁法学院拱门上方镌刻的两句话直抒其意: “法律是活的生命体, 而不是不变的法典”; “法律的生命不是逻辑, 而是经验”。前一句话是耶鲁法学院教授科宾(Corbin)建议写上的; 后一句话则是法官霍姆斯的语录。

(三) 法理学的对象和范围

法理学要关注法的外在方面, 即关于(about)法的问题, 还要关注法的内在方面, 即法的(of)问题。

法理学的对象: 一般法。它包括两个方面的内容, 一是指古今中外的一切法; 二是指全部的法律现实, 即所有的法的部门和法的运行环节。

法理学的范围:

法的必然性——法的历史与文化;

法的应然性——法的本体与价值;

法的实然性——法的运行与操作

(四) 法理学的价值

1, 培养和形成法律角色的参照系:

价值取向: 关注事物的法的方面;

推理方法: 认定事实、适用法律、作出裁判

基本范畴: 法言法语

2, 具有高度的学理价值:

有利于部门法的学习, 并且部门法上的成就只有体现到法理高度才是属于法学的。

3, 具有法律实践的功能价值:

能指导法律的具体运用。

4, 有利于培养一个合格的公民:

主体意识、参与意识、权利意识、责任观念、宽容精神、法治信仰等。

五、法学的研究方法

马克思说: 划分社会的进步, 不是看生产什么产品, 而是看用什么方法来生产。同样, 学术研究的进步也不是看研究什么问题, 而是看用什么方法来研究。

(一) 方法与方法论: 方法是人们为了解决某种问题而采取的特定的活动方式。把某一领域的各种具体方法组织起来并给予理论上的说明就是方法论。

(二) 法学方法论: 是指由各种法学研究方法所组成的方法体系以及对这一方法体系的理论说明。一般包括两个层次或方面: 第一层次是法学方法论的原则, 它构成了法学方法体系的理论基础并对其他方法的运用发挥着整体性的导向功能;

第二层次是研究的具体方法, 它构成了法学体系的主干部分, 在解决具体的法律问题方面发挥着广泛的作用。

(三) 唯物辩证法是马克思主义法学的根本方法。

它派生了几个方法论原则:

坚持实事求是的思想路线;

坚持社会存在决定社会意识的观点;

坚持社会现象的普遍联系和相互作用。

(四) 法学研究的具体方法:

价值分析方法(价值位阶)

实证分析方法:

语义分析方法(语渊、语境; 核心和边缘);

社会调查方法;

比较方法;

逻辑的方法。

## 第二讲 权利和义务

### 一、权利和义务的概念

1, 利益——负担

利益的分析:

利益本体(需要及其层次)

利益的性质: 物质、精神

利益的主体: 个体、集体、公共、国家、社会

2, 自由——约束

### 3, 可能——必要

对权利与义务的定义应从静态和动态两方面进行思考:

权利就是规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对自由的作为或不作为的方式实现利益的一种能动的手段。

义务是设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对受动的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种约束手段。

#### 二、权利和义务的分类及意义

1, 应有权利义务、法定权利义务与现实权利义务

2, 基本权利义务与具体权利义务

(邱满囤案、秋菊打官司案)

3, 绝对权利义务与相对权利义务

(烟灰缸案、李小姐诉美国通用公司案)

4, 第一性权利义务与第二性权利义务

(亲吻权案)

#### 三、权利的冲突

##### (一)定义

是指合法性、正当性权利之间所发生的冲突。

##### (二)权利冲突的原因与实质

权利冲突的原因是多种多样的,如权利主体不明确、权利内容不确定、法律规则相冲突、公共机构重叠设置或授权不明等。

权利冲突的实质应当归结为利益的冲突。

##### (三)解决权利冲突的一个理论前提:正确理解权利的限度和相对性

梁彗星教授通过回顾 20 世纪以来的立法和判例学说,认为对权利的限制有内部限制和外部限制两种。所谓内部限制,以德国威玛宪法第 153 条(“所有权为义务,其使用应同时为公共福利之役务”)规定的所有权负有义务为开端,认为权利本身包含义务,权利应为社会目的而行使。

所谓外部限制,是在承认并保障权利的不可侵犯性、权利行使的自由性的前提下,以公法的措施适当限制权利的不可侵犯性,以民法上的诚实信用原则,权利滥用之禁止原则及公序良俗原则限制权利行使的自由权。

对权利的限制实际上包含了两层含义:一是对权利内容的限制,二是对权利人行使权利的限制。对权利内容的限制,指的是权利的界限或范围问题。从宏观上看,权利界限的决定因素无疑是经济因素,其他如政治的、文化的、宗教的因素只是权利范围大小的影响因素。

从微观上看,不同人的权利也受到不同的限制。在男女不平等的社会中,妇女权利受到的限制远比男子为多。密尔甚至认为,不同职业的人在不同场合其权利也会受到不同程度的限制。

对权利人行使权利的限制:

第一,受到法律的限制;

第二,不得侵害社会的、国家的、集体的或其他公民的合法权利和自由;

第三,受权利人自身能力的限制;

第四,受一定的社会的经济和文化条件的限制。

##### (四)解决权利冲突的原则

科斯定理:

第一定理:在交易成本为零的情况下,不管权利如何配置,最终的结果都是一样的,即

更多考研专业课资料访问研途宝励学南大考研官网

产值最大化或避免最大的伤害。

第二定理：在交易成本为正的情况下，不同的权利配置将产生不同的社会总产值。  
解决权利冲突的原则：

第一，在涉及财产权利的冲突上，坚持效益最大化的原则，实现社会正义；

第二，在财产权利与人身权利相冲突的情况下，应优先保护人身权利。

第三，在人身权与人身权发生冲突的情况下，应考虑个案带来的整体社会效应。

#### 四、权利义务的关系

1, 经典话语的分析

2, 四种基本关系：

结构上的相关关系

数量上的等值关系

功能上的互补关系

价值上的主辅关系

3, 关于法的本位的认识：

权利义务统一论

义务重心论

权利本位论

#### 五、人权基本理论

1, 当代中国人权研究的进路

(1) 法理学的研究进路；

(2) 宪法学、行政法学、刑法学与诉讼法学等公法进路；

(3) 民商法学与劳动法学、社会保障法学等私法与社会法进路；

(4) 国际法学进路。

2, 人权的概念：人作为人所应享有的权利。它是一种应有权利。其性质是一种道德意义的权利。其主体有个体、集体、国家、全人类。与公民权的不同。

3, 人权的主要内容：

生存权——首要人权

政治权利与自由——核心人权

经济、社会、文化权利——基础与保障

4, 几个问题的探讨

(1) 关于人权的普遍性与特殊性

(2) 关于人权与主权

(3) 关于生存权优先还是自由权优先

5, 人权的法律保护：人权与法律有着十分密切的联系，没有法律对人权的确认、宣布和保护，人权要么就只能停留于道德权利的应有状态，要么经常面临受侵害的危险而无法救济。人权的法律保护首先表现为国内法的保护，其次表现为国际法的保护。

人权的国内法保护：人权与国内法的关系可以这样概括：保护人权是法的重要内容和立法的一个基本原则；法是确认与保障人权实现的有力工具。

人权的国际法保护：

第二次世界大战后，国际社会已形成一个以《世界人权宣言》为基础、由 80 多种人权法律文件构成的国际人权法律体系，并在不断完善。国际人权法大体包括四类：第一，人权宪章类。主要包括《联合国宪章》中的有关人权的条款、《世界人权宣言》、《经济、社会、文化权利国际公约》、《公民权利与政治权利国际公约》、1993 年世界人权大会通过的《维也

纳宣言和行动纲领》等。第二，防止和反对种族歧视类。主要有《防止并惩治灭绝种族罪国际公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行的国际公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》等。第三，特殊主体（社会弱者）人权保护类。其中包括对妇女权利、儿童权利、难民和无国籍人的国际保护。第四，战时国际人道主义保护类。如《关于战俘待遇的日内瓦公约》等。

关于人权的国际保障，国际强行法中都没有明确规定，在国际交往实践中，一般对以下六种严重侵犯人权的行为予以强力制裁或经济制裁：

- 1， 种族歧视、种族隔离、种族灭绝；
- 2， 奴隶买卖、国内实行奴隶制；
- 3， 国家参与或支持恐怖主义、劫持人质；
- 4， 酷刑和其他残忍不人道或有辱人格的待遇或处罚；
- 5， 非法剥夺人的生命或人身自由；
- 6， 发动侵略战争。

## 法理学：从古希腊到后现代 ——法理学的历史展开及其不足

艾佳慧

南京大学法学院

关于此书

“一种按照前现代、现代和后现代展开的叙事”

希望运用细致、翔实的资料展示西方法学理论丰富的，多层次的过往和现实，希望历史地、语境化地理解各种法律理论以及它的作者

“法律不是某种不变的或者超历史的现象，而是在不同的社会历史环境下建构起来的不同的经验现象”

不同的时代有着不同的问题，没有一种“打遍天下无敌手”的“标准”理论，在某种程度上，理论必然都是“地方性”的。

四条理论主线，两条西方法理的知识谱系

一、法律是什么？又应该是什么？

对这一法理学元问题的回答虽然无限多样，但不同的答案其实就粗略界分了自柏拉图以来的诸多法律理论和学派

法律实证主义

法律是什么的问题可以通过一些比较简单的，能提供真实答案的概念来回答

这些概念或者是主权者的命令，或者是规则体系，法学家的任务就在于识别法律和分析法律不会去考虑法律应当是什么，或者认为法律应当是什么的问题不属于法理学范畴

法律现实主义、社会法学、经济分析法学以及各种后现代法学

对确定法律的真实性和唯一性的法律实证主义的挑战和反动

强调“行动中的法律”：社会法学

认为法律就是政治和意识形态：后现代法学

坚持法律应该成为一套市场经济中理性人行动的激励系统：经济分析法学

多元化的理论诉求体现了不同的价值取向，显示了认识法律和解释法律的多重视角

以上是当代，至少是近代以来法律理论的争辩场景

在柏拉图（被视为理想主义或者理念主义的鼻祖）看来，城邦的法律应该要能保证对一种至

高无上的“善”的追求，追求一种哲学王的统治

亚里斯多德（经验主义方法的创始人）追求“良法之治”，他眼中的良法是能够实现“校正正义”和“分配正义”的法律。强调“实践理性”

古希腊之后的各个法学流派和它的代表作者也同样不能回避表达在这个基本问题上的立场以奥古斯丁和阿奎那为代表的神学自然法坚持法律的基础和真理的终极源泉只能是上帝的意志

霍布斯的“利维坦”

笛卡尔的“理性”

卢梭的“社会契约”

康德的“道德律”

黑格尔的“绝对理念”

坚持唯理主义传统的哲学家都认为正义的法律必定来源于某个特定的客体，他们和中世纪的神学自然法一样混同了法律的“实然”和“应然”，将“法律是什么”的事实描述自然转向了“法律应该是什么”的价值判断

弗兰西斯科·培根指出真正的知识唯一地源于经验

大卫·休谟明确提出“实然”和“应然”之两分，反对用理性指导现代性，努力捍卫经验与传统，而法律，在他看来不过就是对作为社会制度表现出来的的人们的牢固的行为习惯的反映

斯密和密尔的功利主义哲学在某种程度上也归属于休谟的经验传统

边沁的复杂性

对“法律是什么”和“法律应该是什么”这样一个法理学元问题没有一个唯一正确的答案

## 二、历史变迁中的法理学及其批判

前现代——现代——后现代的叙事展示了一幅西方社会历史变迁的图景

发端于十三世纪的“文艺复兴”运动首先将“人”从上帝的束缚中解放了出来

宗教改革运动、哥伦布发现新大陆以及蒸汽机代表的工业革命

西方社会的现代化

乐观地认为历史就是一种不断向前的进化史

启蒙思想家都有一种乐观的进步思想，这是一种现代性的观念，即人类能够控制世界的进程，在这个星球上为进步和幸福的社会创造条件

指导原则上的差异（是宗教，习惯，最大多数人的最大幸福，法律下的自由，还是阶级斗争，普遍正义，共产主义或者集体价值），造就了西方世界丰富多彩的法学理论

尼采和马克斯·韦伯几乎在同一个时期从不同的角度对这种洋洋得意的现代理性进行了无情的剖析和批判

韦伯通过论证现代社会“形式合理性”的可能性和必然性，预言了世界的“除魅”和作为现代自由之代价的“理性的牢笼”

尼采不仅尖锐地指出“上帝死了”，我们没有了精神家园，现代人已经无家可归了，而且深刻地认识到真理的相对性和视角的多样性，那种认为我们正不断走向进步、理性的现代性的观点是一种可笑的、浅薄的直线进化论

“一个物、一种习惯、一种器官的进化决不是向一个目标方向的进步，更不是以最短路径和更小力量消耗进行的符合逻辑的进步——而是征服、它们所遭遇的抵抗、为了防御和反击而转换的企图、成功的抵制、的结果等或多或少深奥的、或多或少相互独立的过程。”（尼采）

现代理论场域中基于理性和基于经验的两大派哲学思想的拉锯战

相信世间确有一些值得追求的基础的现代论者（康德主义者）对法学理论的不懈建构 VS.

坚持真理的相对性和视角多样性的后现代“愤青”（尼采主义者）对那些世所公认的基本价值和理论的努力解构

### 三、“上帝死了”，谁来作替补？

在古希腊，“上帝”还没有出生，人们敬畏的是神秘莫测的大自然

随着罗马帝国的衰亡，基督教逐渐深入人心，影响日益深远

奥古斯丁和阿奎那的时代，基督已经无所不在，而且是世俗王国法律的唯一最终来源

伴随西方社会的现代转型，在尼采宣称“上帝死了”之前，法律效力的最终渊源上已经悄悄溜进了不少想代替上帝旨意的“僭主”

这些“僭主”既有霍布斯的“利维坦”，边沁的“最大多数人的最大利益”，也有奥斯丁的“主权者的命令”，为了获得统治的正当性，这些“僭主”之间既相互抵牾又彼此结盟

尼采毫不留情面地撕开了这一早已腐朽的上帝假面，正式宣告了现代人的被“流放”。从此，

现代人裸露于各种欲望和价值之间，在现代性的“未知之海”上四处漂流，无家可归

在一个没有了权威的，价值多元化的时代里，法律效力的“诸神之争”是个永恒而无解的难题

“随着权威的式微和独立思考的增加，一个社会也变得道德上更不同质了，以至于生活在同一政治共同体的人们也许住在各自的、不可通约的道德宇宙中”（波斯纳）

现代西方社会的现实和困境

### 四、法律是政治的晚礼服吗？

温和的功能主义认为，法律为所有社会里的个人确立规则，稳定预期，和以赤裸裸的权力争斗和交易为特征的政治没有多少关系

以奥斯丁为鼻祖的分析实证主义法学（包括凯尔森的纯粹法学和哈特的新分析法学）坚持法律和道德两分，他们视野里的法律（一套已有的完整的规则体系）和政治没有一点瓜葛，因为，法律就是法律，政治就是政治

在社会改良主义看来，法律就是社会变革和社会发展的良好工具

马、恩认为法律之所以穿上权力、进步、社会利益等意识形态的外衣，就是为了掩盖统治现实，法律不过就是政治的“遮羞布”罢了

这种观点被批判法学所继承，他们坚持认为“法律就是政治”

法律一方面为政治服务，另一方面又为现代社会中的个人确立规则，稳定预期，这两方面的功能矛盾吗？

常法之治：法律往往表现为一种与政治无关的规则体系，它是温顺的

变法之治：在一个急剧变迁的转型时期和社会动荡的非常时期，人们的预期被破坏了，作为一个适合于过去社会的法律规则体系必然没有了公信力，需要法律和政治的联姻

更特别的，克里斯玛型统治根本就藐视法律和法治

看到各个伟大作者和他们所处时代的互动，他们对现实世界的深切关注和力图超拔，对人类命运的深刻反思和悲悯情怀，更看到在一个缺乏道德共识、价值多元的现代社会，这些理论的困惑与无奈

### 五、法律的内部视角和外部视角

如果将奥斯丁的《法理学的范围》作为近代法理学的起点的话，在此之后的一百五十年间就是一个法律的内部视角论和外部视角论不断交锋、互有输赢的历史

法律的内部视角一派包括奥斯丁、凯尔森、哈特、富勒以及当代的德沃金

坚持法律是一个独立于政治和道德的规则体系（这一点尤为早期的学者如奥斯丁和凯尔森所



坚持，但到了后期的哈特和德沃金那里却有一点松动），认为只要确定了规则体系，运用逻辑推理、类比和各种法律解释技术就能对各种法律难题获得一个内在于法律体系的“唯一正确的答案”（德沃金语）

这一派学者显然对法律的本质和他们的理性充满乐观和自信，因此，我把他们称作法学界的“康德主义者”

法律的外部视角一派包括以霍姆斯和卡多佐为代表的法律现实主义者，以庞德为领军人物的法律社会学派，以理查德·波斯纳为首的法律经济学派，以及混合了批判法学、女权主义法学和种族批判法学的后现代法学

坚持并没有什么能“自给自足的”法律和法学

坚持对“法律是什么”的回答必须依赖特定的社会和历史背景

认为一切法律说到底都是法律之外的因素在起作用，否认运用法律推理、法律解释和其他的一些法律人的特有方法就能解决诸多法律疑难问题

鼓励和提倡运用其他学科特别是社会科学的方法研究法律和有关法律的各种难题

这一派学者对法律和理性没有那么强的信心，他们往往都有一些或多或少的怀疑主义，认为没有一个普适的真理，真理都是相对的和视角化的，因此，我称他们为法学界的“尼采主义者”

## 六、道德哲学传统和社会科学传统

源起柏拉图和亚里斯多德、运用政治哲学和道德哲学认识法律和研究法律的古老传统与以当代自然科学和社会科学为武器研究法律的新兴传统之间的或明或暗的智识争夺战

道德哲学在漫长的西方法学史上的基础地位和垄断地位

这种可以为我们所了解和把握的道德秩序在柏拉图那里是永恒的“善”，在亚里斯多德那里是城邦“正义”，在奥古斯丁和阿奎那那里是“上帝的旨意”，在卢梭那里是“公意”，在康德那里是“理性”，在黑格尔那里是“绝对理念”，在边沁那里是“最大多数人的最大利益”-----最后，在德沃金那里是“法律原则”

这种道德秩序真的存在吗？真的有那么一种我们可以确定把握的用以评判人们行为的道德标准，一种指导法律实践的道德原则吗？

这些道德理论能帮助我们理解、解释现实世界并指导和预测法律实践吗？

传统的道德实在论已经无法应对价值和道德多元的现代社会

二十世纪以来长足发展的自然科学和社会科学为我们提供了足够多也足够有效的道德哲学的替代品

“理性地研究法律，时下的主宰或许还是‘白纸黑字’的研究者，但未来属于经济学和统计学的研究者”（霍姆斯）

法律经济学

与道德哲学相比，法律经济学关注人的行为，关注行为的不同制约条件，在人们都“趋利避害”这样一个现实假设下，运用各种经济学工具分析法律之下的各种行为以及人们之间的行为互动，因此更能够理解和解释人类行为并且据以进行预测和控制

法律社会学

关注“行动中的法”，依托大量的事实，通过深入实际生活掌握第一手资料，从中发现问题，并检验法律实际运行效果或者为法律的制定提供一定的事实数据

从观察和研究法律的内部视角和外部视角，我们看到了两派学者不同的价值观和各自倚重的知识资源，或许，在某种程度上，这两种视角没有高下之分，而只有观察者所站位置的不同通过考察源远流长的道德哲学传统和方兴未艾的社会科学传统，基本结论是理论的生命力和

有效与否并不仰仗理论的资历和年龄

以一种“想象的道德律”作为分析工具和标准的传统道德哲学不仅无法证伪而且在检测法律的实际效果方面完全无能为力,而新兴的社会科学传统由于拥有大量的基于人性假设的分析工具,就不仅能够游刃有余地检测法律的实际效果,还能够预测和控制法律的效果以及人们的行为,更重要的是,这种分析还能够得到检验,能够被证实或者被证伪

七、中国需要什么样的法理学?

答案仍然是“不能”

以权利理论为例,这是一套来源于西方并运用广泛的理论

但权利是什么?是一个确定不移的“善”,还是一套可以固化的分配格局?权利的保护是绝对的吗?但又是什么人的权利呢?刑事诉讼法中“保护被告人权利”似乎是天经地义,但又将被害人的权利置于何地呢?因此,看起来非常完美的权利理论一碰到“坚硬”的现实便立刻后劲不足了

面对中国社会,我们不仅需要一种研究具体制度,分析细小问题的“微观法理学”,更需要一种大气磅礴并能将中外古今各种理论资源(包括法学的,也包括其他学科的理论)用于分析和研究中国现实问题的“应用法理学”

八、一个分析样本:彭宇案背后的法律规范作用

#### 1、交通事故赔偿规则

1999年8月30日,沈阳市颁布《沈阳市行人和机动车道路交通事故处理办法》,明确了交通事故赔偿中的“过失责任原则”,由此引发了全国范围的“撞了白撞”的激烈讨论。

#### 2、南京彭宇案

2006年11月20日上午8点30分,在83路公交车水西门广场站,青年彭宇扶起跌倒的徐老太并送其到医院,后徐老太咬定陪同她前往医院的彭宇是肇事者。

2007年1月4日,66岁的徐寿兰向南京市鼓楼区人民法院提起诉讼,以彭宇将其撞倒在地致其受伤为由,索赔13.6万余元。

2007年7月,此案一审判决彭宇支付徐老太损失费4万5千余元

法律的规范作用

用一句话概括就是:

指引自己,评价他人,预测司法机关,教育大家,强制个别人.

具体说来-

指引作用体现在用法律指引自己应该如何行为

评价作用体现在通过法律判断他人的行为是否合法

预测作用体现在掌握法律以后,就可以预测到某种行为会否受到法律制裁,受怎么样的法律制裁

教育作用是指法律教育所有公民如何守法

强制作用则体现在,对个别违法犯罪的人,法律会强制性地制裁他们.

法律的指引、预测和强制作用

三位一体的作用机制:

在既定法律规则的阴影下,因预测到法官会对自己的行为进行制裁而不敢如此行为(趋利避害的理性选择)

例：“不准杀人”和“杀人者死”的区别

不同责任规则的后果

彭宇案的后果：三个真实的网络段子

2009年2月22日上午，一位75岁的老人在南京市下关区三汊河公交站台下车时一头栽倒在地，路人很多，但没人敢上前救助，老人为求得帮助，只好大声喊道：“是我自己跌的，和你们无关，你们不用担心！”

2009年1月31日下午，抚顺一老人当街摔倒，数十人围观出主意，但无人敢扶。一位中年男子走过来想伸手，却被身后的妻子一把拉了回去。最后，老人被一名协警扶起，协警说：“如果我没穿制服，也不敢扶。”

山西省原副省长薛军逝世。据说死因是不久前在海南公务，饭前独自上街散步，不慎摔倒晕将过去，街上过往行人，无一人上前讯问或搀扶——这也是没办法的事。扶个南京老太就罚了四万。扶个副省长很可能要枪毙。中国还是要发展科学，给老年人做点手术什么的，都变成不倒翁。在中国，没有车而敢冒疼，上岁数而敢摔倒，都属于自取灭亡。

法律的评价作用和教育作用

“法律必须信仰，否则形同虚设”，但法律如何能被人们信仰？

需要法治宣传、警示和教育，使国家法能内化为人们的行为模式

前提是国家法是一套自我实施的规则且法律评价和普通人评价趋同：

“法律的终极原因是社会福利……在这些问题上，真正作数的并不是那些我认为正确的东西，而是那些我有理由认为其他有正常智力和良心的人都会合乎情理地认为是正确的东西。”

（卡多佐）

回到彭宇案：法律评价与普通人评价的差异

作为一种激励机制的法律

法律（不管是立法还是司法）的首要目的是通过提供一种激励机制，诱导当事人事前采取从社会角度看最优的行动

立法是一种事前防范激励，但如果没有有效的实施（执法和司法），就只是一种“纸面上的法律”，起不到法律应有的规范作用

司法虽是一种基于个案的事后处置，但公正、独立、有效的司法不仅能确保事前规则的有效实施，更能通过判决引导未来的类似行为，提升人们对法治的信任和信仰。从向前看的角度，它是一种通过事后分配实现的事前激励机制。

应该以社会利益为重，在司法裁量权的范围内制定判决

对于事实不清楚、法律不明确的案件，法官如何判决？

疑案（法律明确但事实不清楚的案件）如何判决：海瑞定理 II 和现代程序制度

难办案件（事实清楚但法律不明确的案件）的处理：利用审级制度解决

核心：向前看的、以社会利益为重且以后果为中心的实用主义判决

## 作为激励机制的法律

### —— 一个一般性框架

#### 一、几个基本概念

论效率标准与公平标准

分配正义 (distributive justice): 关涉社会群体的经济状态, 可以通过税法和社会福利法来追求。

矫正正义 (corrective justice): 关涉私人法律上的争议, 特别是损害赔偿诉讼。在法律纠纷中利益的分割可能影响相似境况的群体。

私法应该通过配置 (allocation) 达到资源的有效率使用 (效率标准), 而税法和社会福利法通过分配 (distribution) 实现财富在不同群体之间的公平分割 (公平标准)

事前效率 (ex ante efficiency) 与事后效率 (ex post efficiency)

法律的首要目的是通过提供一种激励机制, 诱导当事人事前采取从社会角度看最优的行动。

——张维迎

杀人为何需要偿命? 千刀万剐等酷刑的经济学解读 (威慑功能)

information (信息)

interactive (互动)

incentive (激励)

institution (制度)

### 什么是理性?

“理性”是主要研究和关注个体行为的经济学对人性的基本假设, 包括以下六个方面:

第一、选择的一致性;

第二、具有感知能力;

第三、具有评估能力;

第四、对环境的全面认识;

第五、动态的一致性;

第六、对现实的共同感知。

A.P. 赫伯特伯爵关于“理性的人”的著名段落

“理性的人总是替别人着想, 谨慎是他的向导, ‘安全第一’是他的生活准则。他常常走走看看, 在跳跃之前会细心察看一番; 他既不会心不在焉, 也不会临近活动门或码头边还沉在冥想之中; 他在支票存根上详细记录每一件事, 并且认为是很有必要的; 他从不跳上一辆奔驰的公共汽车, 也不会从火车开动时从车里走出来; 在施舍乞丐前, 总要细心打听每个乞丐的底细; 抚弄小狗时, 总是提醒自己别忘了小狗的过去和习性; ……做生意时, 他只求薄利, 而且要有像他这样的 12 个人都认为是公平的; ……他像一座纪念碑矗立于我们的法庭上, 徒劳地向他的同胞们呼吁, 要以他为榜样来安排生活……”

### 有限理性

有限理性的“有限”相对于“完全”和“无限”而言

按照波斯纳法官的概括, “有限理性”可以指

(1) 获得信息的费用, (2) 处理信息的费用, (3) 某种无法根除的不确定性, (4) 由于人脑的结构而造成的在信息处理中的歪曲, 或者 (5) 上述各项的某种综合。

简单地讲, 理性就是在不同具体的决策环境下, 为了实现财富或效用最大化的趋利避害

“理性”有事前理性和事后理性、主观理性和客观理性之分

### 交易成本

交易费用是人类社会为了应对“理性有限”和“不确定性”而不得不付出的一种成本

在《企业的性质》一文中, 科斯第一次提出了“交易费用”的概念, 指出企业的存在是为了节约市场交易费用, 而交易费用既包括发现相对价格的费用, 也包括谈判和签约的费用。

在《社会问题问题》一文中, 科斯进一步深化和阐发了这一概念, 指出了交易费用对制度形式的影响以及交易费用和权利配置对资源配置和收入分配的重要性。

一般而言, 交易费用包括度量、界定和保证产权的费用, 发现交易对象和交易价格的费用, 讨价还价的费用, 订约的费用, 执行交易的费用, 监督违约并对之制裁的费用, 信息费用以及维护交易秩序的费用等

张五常的观点: 从广义的角度看, 制度是因为有交易费用而产生的, 所以交易费用应该称为制度费用 (institutional costs)

如何测度交易费用? 首先将交易费用划分为合约费用、信息费用、量度费用、保障费用、执行费用、议价费用以及政治费用等具体类别

然后判断在不同的、可以观察到的情况下, 哪个情况的某类交易费用较高, 哪个较低, 然后把不同的情况排列交易费用的高低。当情况发生变化时, 考察边际上的某类交易费用的变化, 将之与可观察到的行为的转变联系起来; 如果能够交易费用的局限转变与行为的转变有联系, 那说明我们完成了对某种可见行为的解释。

### 个人最优与社会最优

私人成本 (private cost): 行为主体个人直接承担的成本

私人收益 (private benefit): 行为主体个人直接享受的收益

社会成本 (social cost): 私人成本与施加于他人的外部成本之和

社会收益 (social benefit): 私人收益与给他人带来的外部收益之和

个人最优: 边际私人成本与边际私人收益相等之点

社会最优 (帕累托效率): 边际社会成本与边际社会收益相等之点

一般情况下, 个人最优不等于社会最优

### 外部性

什么是外部性?

竞争性的均衡就是帕累托最优, 这也是福利经济学第一定理。在这种状态下, 个人最优等于社会最优

个人收益和社会收益、个人成本和社会成本的不一致就是外部性, 可以说, 外部性的现实存在实际上推翻了福利经济学第一定理

“外部性问题的存在, 反映了人类社会一个根深蒂固的矛盾, 即个人理性和集体理性、个人最优和社会最优之间的不一致。”——盛洪

由于个人最优和社会最优的不一致, 外部性问题往往有帕累托改进的余地。解决问题的核心思路就是使得个人在边际上承担全部的社会成本和获得全部的社会收益, 这就是将外部成本和收益内部化 (internalization of externality)

三种内化方法: 政府出面 (行政管制或发布行政禁令、征税或补贴)、市场解决 (科斯方法) 以及法律的办法

法律制度对付外部性的办法:

产权规则: 适用于交易成本不太高的场合

责任规则: 交易成本太高或者交易不可能进行

行政性规制立法: 有可能使公共安全或不特定多数人受到侵害的“外部性”行为, 或者当一个行为带来的损害太大, 该行为人没有能力偿还的时候

### 激励相容

何谓激励相容 (incentive compatibility)?

通过规则的强制, 迫使产生外部性的个体将社会成本和社会收益转化成私人成本和私人收益, 使得行为主体对自己的行为承担完全责任, 从而通过个体的最优选择实现社会的最优选择, 这就是激励相容

如何确定既能够“实现社会公正”又能够“最小化社会成本实现社会效率”的“法律规则”则是

整个立法的核心

## 二、侵权法中的激励机制

侵权法要解决的主要问题是，如何通过责任规则在当事人之间分配损害的成本。规则的目标在于：1、通过补偿受害人实现社会公正；2、通过最小化社会成本实现社会效率

当个人或组织为了某种目的而采取某种行动时，该行动可能会对其他人带来损害（外部成本），如果损害发生，即为侵权

事后该如何救济（公平），又该确定何种责任规则事前激励当事人采取社会最优的行动（效率）

最优的责任规则需要在不损害激励的情况下实现社会正义所要求的赔偿

侵权法上的责任规则基本上划分为三类

无责任规则

严格责任规则

过失责任规则

不同的责任规则实际上是不同的激励机制，因为在不同的责任规则下，加害人和受害人承担的成本不同，预防事故发生的积极性也就不同

### 关于汉德公式

任何人都会采取措施预防事故的发生，但重要的是他们在多大程度上采取了预防措施  
汉德规则是通过将潜在的预防成本与该成本可能获得的收益相比较，来确定是否存在过失的一种方法。该规则以勒尼德·汉德（Learned Hand）法官命名

汉德法官是 20 世纪美国最伟大的上诉法官之一，他在 1947 年卡罗尔拖船案的司法意见书中确立了这一规则

合众国诉卡罗尔拖船公司（United States v. Carroll Towing Co.）案的基本案情

被告应对其停靠在纽约港的驳船因为脱锚而造成的损失承担多少责任？

汉德法官指出，如果用 P 表示可能性，用 L 表示受到的损害，用 B 表示预防事故，当且仅当  $B < PL$  时，加害人才构成过失。

汉德规则之所以重要，是因为该规则在普通法法官作出的侵权案判决与经济学家们对这些判决进行的推理之间架起了桥梁

用标准的经济学语言来表述，那就是潜在的加害方和受害方都应该采取预防措施，直至最后一美元的预防措施投入恰能减少一美元的损失，这就是效率点或最优点

## 三、财产法中的激励机制

科斯定理：如果交易成本为零，不论法律如何界定初始权利，有效率的结果都会发生。

推论（或科斯第二定理）：在交易成本大于零的现实世界里，对于各种存在“负外部性”的侵害行为或潜在侵害行为，法律可以以正式规则的方式宣布谁拥有权利，谁承担义务，但这种初始权利的分配必须以最大化社会福利为前提。

因此，财产法的核心在于如何界定财产权以降低交易成本和最大化社会福利。

在交易成本大于零的世界里，不同的法律规则（即不同的初始权利配置）会带来不一样的法律后果，或者有效率的结果并不是在每种法律规则下都会出现。如果我们追求社会福利最大化的目的，应该选择能降低交易成本和有效配置资源的法律规则。

法律阴影下的决策和谈判

产权是一个社会最基本的激励机制，在多数情况下，也是将社会成本和社会收益内部化的最有效手段，其他的法律措施通常只能起补充或矫正作用

“公共地悲剧”

财产权是一组权利（权利束），即一组所有者自由行使并且其行使不受他人干涉的权利，占有、使用、收益和处分的权利。

财产法的四个基本问题：

1、私人可以拥有什么财产？

公共产品：具有非对抗性和非排他性的物品

私人产品：具有对抗性和排他性的物品

2、所有权制度是如何建立起来的？

3、所有者如何合法地处置其财产？

4、如何保护产权？如何赔偿对产权的侵犯？

#### 四、合同法中的激励机制

研究重点：如何规定合同法的各个方面以便于从事前角度促进有效率的交易（包括有效率的履约、有效率的违约和有效率的信赖）以提高合同当事人和社会的福利

合同法的目标

1、鼓励合作（通过将不合作博弈解转换成合作博弈解），最小化机会主义行为

2、鼓励合同关系中的信息披露（但不是绝对的）和有效的风险分配

3、确保最优的承诺得以履行（事前可置信威胁的存在，事后通过法院的有效判决）

4、确保最优的信赖（无效信赖不被支持）

合同法是在双方当事人自己不能解决纠纷时，为解决合同纠纷提供的一套规则

合同法以及相应的司法制度规定的是解决合同纠纷的制度环境

在很大程度上，机会主义行为来源于外部性

事前激励的目的在于促使双方当事人有积极性签订一个帕累托改进的合同（合同效力）

事后激励的目的在于使得双方有积极性履行合同以及做出正确的终止合同或违约的决策（违约救济）

事前与事后是相互影响、无法分开的

#### 五、刑法中的激励机制（或威慑机制）

如果将法律视为一种激励机制，不管是针对民事侵权行为还是刑事犯罪行为，法律的目的都是通过责任规则的设计和和实施诱导人们事前选择从社会角度看最优的行为，或放弃从社会角度看不应该采取或法律禁止的行为，只不过我们将前者称为民法，后者称为刑法  
轻微犯罪还是严重侵权？

一个历史维度的分析：在初民社会，侵权和犯罪浑然一体，血亲复仇和侵权赔偿

法律和复仇的关系

国家兴起之后，纠问式诉讼代替了弹劾式诉讼，国家“偷走”了被告人和被害人之间的矛盾

刑民边界的三个标准

（一）外部性标准

激励问题的核心是如何把侵权行为的外部性内部化，但不同侵权行为的外部性程度是不同的，因此需要不同的内部化工具

举例：合同法和证券法对欺诈行为的不同处理

推论：刑民边界与侵权发生的环境相关，在民事责任不足以有效遏制某类侵权行为大规模发生时，该类侵权行为就应该划定为犯罪行为，比如假冒伪劣商品的生产和销售

更进一步，直接外部性和间接外部性的区别

间接外部性事关涂尔干指出的“集体良知”，或者一个社会的价值判断，因此，刑民边界不仅和国家有关，也和时代有关

### (二) 可信性标准

法律的激励效应依赖于惩罚的可信性

1、谋杀不能用民事赔偿规则解决，因为威慑程度不够以及惩罚的可信度不高。杀人偿命才是有效的激励机制

原因：已经死亡的受害人不可能提起诉讼；家属更愿意获得赔偿因而惩罚不可信；即使受害人家属愿意起诉，也缺乏证据收集能力

2、侵权行为未完成的情形下，民事责任不可信

3、加害人的责任能力不足，民事责任也不可信

### (三) 恶性报复标准

从社会层面看，连环复仇是没有效率的。在没有国家追诉之前，为了防止对方家族的复仇行为，每一方都有积极性将对方斩草除根。

复仇的威慑虽然可以成为约束当事人行为的有效手段，但复仇一旦开始就没有回头箭，社会成本巨大

国家公权力的介入，一方面保证加害人受到处罚，另一方面又使得加害人没有理由迁怒于受害人，复仇就在一次惩罚后终结

有效国家追诉的事前威慑功能

## 六、一点总结

法律制度要解决的核心问题是激励问题，即如何通过规则的制定和实施使得个人对自己的行为负责

从这个角度，法律实际上是一种激励机制，通过责任的配置和赔偿（惩罚）规则的实施，内化个人行为的外部成本，诱导个人选择社会最优的行为

如何消减信息不对称并实现有效激励，是法律制定和法律实施中的首要问题

法律经济学为法科学生提供了一个看待法律的统一和宽广的视角

是一个典型的外部视角

更多考研真题、笔记、讲义等专业课资料，欢迎加入 **2018 南京大学考研群: 104232973**；或者加**学姐微信: yantu8977**，可以找学姐免费领取，每人限领一份。

如果有想报 2018 考研专业课辅导班的同学，可以点击了解：<http://www.yantubao.com/zt/product2018?fromcode=2010>，或者加学姐微信：**yantu8977**，详细咨询。