

法律基础

本章主要内容

自 21 世纪以来，法律风险已成为我国法律领域内备受瞩目的话题，然而，法律风险的核心概念尚未明确定义其内涵与外延。不可否认的是，法律风险具有客观存在性，只要法律存在，企业在其日常经营中就面临着因其行为不当而引发不利法律后果的潜在风险。因此，企业需要了解法律的基本概念，以便基于法律规则进行有效的风险管理。

本章旨在通过回顾法律发展的历程，阐述法律的起源、演变、历史逻辑以及基本理念等关键内容，帮助研习者了解法律的核心要素。同时，结合案例详细探讨了公法与私法的概念及其区别，通过比较实体正义与程序正义，揭示了法律追求实体正义和程序正义的价值与意义。随着时代的演进，法律要求也不断精进。本章最后还对法律发展的趋势进行了展望，以呈现出法律领域未来的前景。

学习目标

了解法律诞生与发展的基本逻辑，掌握法律的基本概念；重点掌握不同法系的区别，并加深对公法、私法、程序正义与实体正义的理解。

1.1 法律的发展

1.1.1 法律的概念

1. 法律的定义

法律是由一个国家制定、认可并保证执行，用于确保公权合理性和私权合法性的强制性工具。法律的定义有广义和狭义之分。其中广义的法律包括宪法、法律、行政法规、地方法规、规章、自治条例和单行条例等，还包括国际公约和国际习惯；狭义的法律在我国主要泛指全国人民代表大会及其常务委员会出台并制定或审议通过的各项法律，更多地指一些基本法律，如刑法、民法、各级部门的诉讼法等。

广义和狭义的区别对于理解法律的含义具有十分重要的意义，一则可以结合上下文

和其基本概念进行区分，二则可以从法理学的角度进行判断。当法律和一些行政法规同时出现在文章中时，法律即狭义上的法律；反之，法律无须并列于其他法规之后。

2. 法律的分类

通常而言，我国法律按照法律效力及优先等级可做如下划分。

(1) 宪法：宪法是国家法的基础与核心。宪法根据有无统一的法典形式可划分为成文宪法和不成文宪法，我国的宪法有统一的法典形式，故属于成文宪法；宪法也可以根据效力和修改程序是否与普通法律相同和有无严格的制定和修改机关以及程序为标准再度划分成刚性宪法和柔性宪法，我国宪法因为其制定、修改机关不同于一般法律，故属于刚性宪法。

(2) 法律：法律是从属于宪法的强制性规范，是宪法的具体化，是由全国人大及其常委会制定的。

(3) 行政法规：指由国务院制定的规范性法律文件。

(4) 地方法规：指由省级、市级人大及其常委会制定的规范性文件。

(5) 自治区法规：指由民族自治地方的人大制定的规范性法律文件，包括自治条例和单行条例。

(6) 规章：分为部门规章和地方政府规章，效力层级最低。

值得注意的是，经济特区法规是全国人大及其常委会授权经济特区所在地的省级人大及其常委会针对经济特区制定的规范性法律文件，其效力等级低于作为中央立法的法律和行政法规，高于地方法规。

1.1.2 法律的产生与作用

1. 法律产生的背景

在探讨法律产生与演变的过程之前，我们首先需审视其历史渊源。初期，法律被构想为体现统治者意志的一项约束措施，以及指导被统治者行为的工具，包括诸多公法。然而，随着历史的推移，法律逐渐升华为一种平衡公权合理性与私权合法性的天平，而非单一的政治工具。因此，早期法律所具有的特质，以及其所映射出的利益需求和义务，都与当时的统治阶层、社会性质、生活习惯，甚至神话传说等诸多因素密切相连，这些因素共同影响着统治者权力的运用。

值得明确的是，本书所讨论的法律产生与演变过程，特指体现于法律法规中的具体呈现，即以口头或书面形式表达的内容，而非法律精神的抽象概念。目前，学术界对于法律精神与起源的讨论仍未得出定论，因此，本章并未深入探究此议题。

2. 法律的发展逻辑

所谓的法律发展是指法律的规范性、法律的价值和对于一切社会事件的影响由萌芽到逐渐上升和进步的历史性过程。具体内容包括：

(1) 研究法学发展需要根据具体的法律现象所发生的时间和历史顺序，细致地考察法学发展过程中的问题；

(2) 法律的进步实质上是实现了法律的规范性、法律的价值和法律行为这三重发展的有机结合；

(3) 法律发展阶段是指法律从混乱、矛盾走向系统、严谨、科学，从片面、低层次走向全面、高层次的不断进步的过程；

(4) 法律发展是法律变量和法律变性两者不断交融影响的产物。

马克思认为，法不是自然地存在的，也不会人类社会永恒地存在，法是自然界中人类的历史文明发展至一定时期才可能会逐渐出现的一种社会性现象。马克思主义者认为，法理论是随着四个变量的改革性变化而不断长期进化、演变而形成的：一是人类生产力的提高和发展；二是社会经济的不断繁荣；三是私有制和资产阶级的产生；四是国家的出现。

保罗·维诺格拉多夫（Paul Vinogradoff）将国家社会政治经济文化发展历史划分为诸多阶段，对现代古典法的历史发展进行分解后，提出了法律发展的四个历史时期：

- (1) 图腾法；
- (2) 传统部落社会法；
- (3) 近代城邦社会法；
- (4) 中世纪的国家法律。

其中图腾法被认为是存在于原始部落的一种法的原初模型，被后人誉为“法的枝芽”。罗斯科·庞德（Roscoe Pound）认为现代法律学的发展经历了六大主要发展阶段：

- (1) 原始法；
- (2) 严谨法；
- (3) 衡平法与自然法；
- (4) 成熟法；
- (5) 法律的社会化；
- (6) 世界法。

昂格尔（Unger）从法的社会属性演化角度，将法的演化和发展历程归结为三个重要的时期：

- (1) 从传统的部落社会习俗法逐渐发展到贵族社会的官僚法制度；
- (2) 从传统的贵族社会官僚法制度转变到自由政治社会的法规和制度；
- (3) 从前自由社会法律向后自由主义社会法律的转变。

诸多学者对法律发展的过程争议不断，然而可以确定的是，无论是哪一种探讨和推定，法律的发展都是基于“阶级产生”和“社会发展”而言的一种长期变化和演变。这也体现出法律的一种天然特点，即反映某一阶层的共同利益需求。法律不是某阶层所有的利益需求，也并非只保护某阶层的利益，而是某阶层利益需求的趋同和集合。如我国法律的本质是人民利益和意志的体现，是用于确保公权合理性与私权合法性的强制性工具。

3. 法律的发展类型

基于以上法律发展逻辑的探讨，沿着法律演化发展的历史路线，法律的类型也经历了从习惯法逐渐演变为成文法的过程。

习惯法可以追溯到原始社会中的“习惯”，即原始社会中人们遵守着的“社会准则”

和“道德约束”，人们通过这些习惯对自己或他人的行为进行约束和评判。社会不断进步和发展，私有制和资本主义阶段随之诞生。为了缓和日益增长的生产社会化与生产资料私有制之间的矛盾冲突，国家赋予原有的习惯以一定的法律效力，使部分习惯成为“习惯法”。值得注意的是，虽然习惯法是由习惯进化而来的，但习惯并非悉数进化为习惯法。例如，“父债子还”便是不具备法律效力的一种习惯，即实际中并不存在法律条文要求父债子还。

而成文法则则是社会进步、阶级内部复杂化和不同阶级矛盾加剧演变的结果，表现为书面化的法律形式。《汉谟拉比法典》被广泛认为是世界上第一部最完整的成文法典，该法典编辑和整理了汉谟拉比向神明揭示的自己的伟大政治事迹。需要注意的是，该法典并非完全保护每个资产阶级的共同利益，而是更倾向于维护不平等的阶级社会、贵族奴隶主和贵族资产阶级的共同利益。这也真实地反映了当时古巴比伦的社会阶级状态，进一步证明了法律具有的阶级性。

对于习惯法，其自身具有的“低成本，高效力”的特点有效解决了伴随阶级一同产生的矛盾和纷争。但随着社会的发展，阶级内部关系不断复杂化，不同阶层的矛盾越发激烈，习惯法已经无法满足统治者的管理要求，拥有较高成本但是却更加明确的“书面化”的成文法由此产生，随后逐渐取代了习惯法，成为人类历史上延续至今、发挥重要作用的法律呈现类型。

4. 法律的作用

法律对内的作用是“主要通过惩罚的方式，规范约束社会中人们的言行举止，使得社会中发生的一系列行为尽可能不影响社会秩序，包括公权与私权的和谐、合理、合规”。法律保护的利益具有阶级性，例如奴隶法保护的利益是奴隶主的利益。同理，中国的法律保护的是每一位中国公民的合法权益。究其原因，本质上与我国“人民当家作主”的特性有关。我国并非由单个个体或某一阶层“统治”，而是由全体人民一同推动社会的发展和进步。显然人民内部根据经济实力、社会地位或受教育水平等划分出的群社会具有差异性，但整体而言，全体中国人民是一个整体，民主专政的处事方法也决定了我国的法律是相对公平公正的。

同时，法律对外也可以作为一种真正意义上的“语言”，用于处理各国发生的事务。只有当事国双方或多方都使用一种得到普遍认可的法律作为“语言”，各国对事务的处理才能更加高效。即在处理多国纷争时，找到并使用当事国认可的法律，是真正推动公平、公正、公开审判的前提，而前者亦是跨国法律纷争的难点所在。

1.2 法律理念

1.2.1 公法与私法

1. 公法、私法概念

公法与私法是大陆法系对于法律的分类。公法又有广义和狭义之分。狭义的公法中

协调双方都为公权力的主体，广义的公法是指协调公权力之间关系，以及调节公权力与私权利之间关系的法律规范。即公权力是公法的着眼点。值得注意的是，随着一国经济和社会范围的变化，公法的适用范围也可能会因之改变，即一国经济中公法适用的范围具有动态性，随着一国经济进步和社会发展而改变。社会化的程度也就越高，公权力就越发达。

与之相对应，私法的适用范围主要聚焦于社会生活中的“个体”，往往约束、管制个体之间或者限制个体与小群体的行动，即一系列强调个体与私人之间相互利益关系的法律规范，多以任意性的规范居多，弘扬私法的自治，以个体的自治行为作为其最高的原则与精髓。

值得注意的是，对于行政机关，即公法约束的群体，“法无规定不可行”；对于社会中的个人，“法无禁令即可为”。这再次体现出公私法在强制性上有着本质的区别：公法以强制、禁止为主，而私法以随意、自治为主。究其缘由是因为设立的目的不尽相同：公法是为了约束本就具有较大权力的行政机关，而私法是为了协调本身不具有较大权力的个体的利益关系。

综上所述，公法呈现了更加严谨和复杂的设置与执行流程，具有法律的规范性和完整的理论逻辑框架。公法主要由以下四个部分共同组成：

(1) 公权力：关于公权力的来源、形成及对于公权力的归属与划分（即国家权力与社会公权力）等；

(2) 国家公权力的基本配置：主要包括有关国家行政权力的基本划分及其相互关系、横向的基本配置、纵向的基本配置、国家行政权力和公民社会中其他公权力之间的基本配置、公权力和行政权力之间的基本配置和相互关系；

(3) 社会公法关系：这种关系是一般泛指公权力通过政策和手段调节自身与其他人之间的关系而形成的一种权利和义务关系；

(4) 履行公法职责：指公法对危害国家公权力的不当行为进行惩罚的行为。

2. 公法、私法的意义及区别

公法、私法是依据其调整对象的不同划分的，这也代表着其适用范围有着不同。公法主要适用于行政机关等公权力机关，而私法适用于个人之间。划分公、私法的本质意义在于更容易明确法律关系的特征和性质，进而了解何时适用何种法律规定，应该采用哪种救济办法或者制裁措施，以及案件要由何种性质的人民检察院或者是审判庭接受，适用哪种诉讼程序等一系列法律处置流程。

德国学者基尔克认为，公法与私法的区别是今日整个法秩序的基础。如果这一区别被混淆，甚至无视公法与私法的本质差异，作为社会调整器的法律将会失灵，社会关系和社会秩序将会处于混乱之中^①。具体而言，公、私两种法律主要有以下几点区别：

1) 所保护的利益范围有所不同

公法所保护的利益是公共利益，而私法所保护的利益则是私人的利益。“利益学说”是区分公、私法最充分的一种学说，利益学说以社会利益的多元化和利益关系多极化的

^① 奥托·基尔克. 私法的社会任务：基尔克法学文选[M]. 北京：中国法制出版社，2017.

客观存在作为理论基础，罗斯科·庞德将利益分为个人利益、公共利益和社会利益三类，用于确定法律事件所涉及的各种利益关系的结构，方便进一步规范法律程序的实施和执行。

2) 约束的范围、维系的社会关系不同

从所调整的社会关系也就是实施对象角度分析，公法所需要调整的范围就是一个国家与其公民之间、政府与社会之间的各类关系，主要表现为一种政治关系、行政权力关系及一种诉讼权利关系等；私法则调节私人间的民商事关系，即平等权力主体间的人身与财产关系。在日常生活中，行政机关是公共权力的所有者，往往具有较大的权力，为了防止这种权力被滥用，需要公法来约束和规范其使用权力的方法和手段。

3) 核心理念存在一定区别

公法遵守“国家或政府干预”的核心理念，私法遵守“意思自治”“私法自治”的核心理念，例如我国行政法中涉及的政府对于行政事务的监督和管控、经济法中涉及的政府、国家在市场调节失控时如何实施干预的规范等。行政部门的职权必须接受管控；而在我们的私法中承认了人人平等，每个人（婴幼儿和精神疾病患者除外）都具有完全独立的义务能力，这种义务和权利的履行也应该得到充分尊重。因此，每个人都具有一种法律上的行为自由（其中包括了合同的自由），每个人只对自己的行为负责，每个人的义务和权利都应该由每一个人自由地行使并且得到充分的尊重（其中所有权利不可被他人侵犯）的权利。这些私法自治原则的主体性质构成了近代大陆民法学中的三大基本原则：即契约自由、过失责任以及所有权神圣不可侵犯。

综上，公、私法制度的区分主要是从尊重他人、关爱他人、保护他人的信仰角度出发，认为即便是一个国家，也应当尊重每一位个人的意志与其自由选择。政府为了实现更高价值或者是出于社会福利而对私人事务施加强制措施或者干预时，应有适当的理由。这样既有效地维护了公民私人的自主选择 and 自由，又充分利用了公民个体的自私之心，使得公民个体在追求和实现其自身的合法利益的同时，也能够推动社会的进步与经济的发展。

1.2.2 实体正义与程序正义

1. 基本概念

实体正义和程序正义都是涉及刑事诉讼法的一个专有术语。前者又被称为实质正义、结果正义，指通过整套的法律行政诉讼流程所实现的结果是正义的，即实体上已经实现了正义；后者则聚焦于法律行政诉讼的整个流程是否完全符合法律的规定和精神，即不仅需要充分关注审理结果的真实性和正义，更要实现“看得见的正义”，包括在一系列法律行政诉讼流程中的调查取证、双方都具备享有辩护权的律师等一系列公平、公正、公开的行政诉讼流程都得以实现，其本身就是一个指导审理结果的流程（但又相对于裁判结果而言）的公平。

实体正义包括三方面的“正义”追求：犯罪之人获得惩罚、法律面前人人平等、罪刑相适应。

实体正义被西方大陆法系的国家接受和实施，德国刑事诉讼法中规定：“为了调查事实真相，法院应当依职权将证据调查扩大到一切对裁判有意义的事实、证据。”欧洲司法调查官埃莫里克斯曾说：“只要真相能够得到，它是如何获得的并不重要。”德国学者亨克尔教授也认为：“刑事程序是为寻找实体真实服务的。”

大陆法系国家刑事诉讼对实体正义（效率、目的或者说是目标）的偏爱和注重，一定程度上是历史传统浸染的产物。大陆法系的职权主义诉讼是在中世纪纠问式诉讼的基础上改造而来的，而纠问式诉讼是当时的宗教裁判法庭的发明。出于维护宗教教义考虑，在宗教裁判法庭上，罪行的“真实性”要比任何所谓的“人权”更为重要，诉讼程序的各个要素都必须服务于确定犯罪行为的真实性。法官为此应采取一切必要的手段和措施去调查证据，查明事实真相。注重裁判结果的公正从而相对忽视了对程序过程公正的关照和追求，是大陆法系国家刑事诉讼传统延续已久的精神取向。

实体正义聚焦于“真实错误”，认为流程规定之内可能有纰漏，让有罪之人无法得到应有的制裁，故不能拘泥于框死的流程内，而应该聚焦于“绝对意义上的错与否”。

程序正义是英美法系国家的一种法律文化传统和观念。这源于一句人所共知的法律格言，即正义不仅应得到实现，还要以人们看得见的方式加以实现。美国权威的《布莱克法律词典》对程序性正当程序的含义作出了具体的解释：任何权益受判决结果影响的当事人有权获得法庭审判的机会，并且应被告知控诉的性质和理由、获得法庭审判的机会以及提出主张和辩护等都体现在“程序性正当程序”之中^①。这与“一次犯罪污染的是一条清澈的河流，但一次不公正的审判污染的，是人民赖以生存的水源”所提倡的“必须保证法律判决的公正和公开”类似，即认为法律作为一种强大的工具，如若无法被正确使用，那么它就有可能被用作一种独裁的工具，危害社会的稳定。

2. 法律意义

作为法律诉讼的两大“正义”追求，二者追求和体现的法律精神存在着不同。实体正义所追求的正义，体现出人们对于公正的渴望，渴望作为工具的法律去发挥其惩恶扬善的功能，而不仅仅是作为一个框架或没有人情味的“形式主义工具”；而程序正义体现的是人们对于“人权”的重视，认为即使是犯人，法律也有保护其合法权利的义务，必须按照合法的规定和流程执行整个诉讼过程。

程序正义和实体正义是两种不同的正义追求。关于法系的详细介绍将在下一节呈现。

对于正义的需求将会迫使法律不断进化，不断细化法律的约束点，让更多的实体正义得以通过程序正义来实现，这也是法律发展的趋势，两大正义必将随着时间流逝不断交融。

1.2.3 法系比较

1. 基本概念

法系是指具有共同的法律传统的若干个国家和地区所制定的法律，是一种超出若干

^① Bryan A.Garner. 布莱克法律词典[M]. 8版. 宁波：宁波出版社，2007.

个国家和地区的法律现象的总称。全球范围内存在诸多法系，其中最著名的两大法系为大陆法系与英美法系，不同的法系在正义的法律概念、整体法律诉讼流程乃至法律解释方面都存在着很大的差异，学习不同的法系及其特征对于定义发生在不同的国家尤其是不同法系的国家内的跨境商业行为十分重要。无论何时，“法律”都可以作为共享交流的语言。妥善运用法律语言来管理、降低企业法律风险的前提就在于学习掌握双方所践行的不同法系以及异同点。

法系的概念与法律体系、法学体系、法律文件体系、法律的历史类型等概念不同，不能错误混淆：

(1) 法律体系是指由一个国家内部各个现行法律部门所构成的有机统一整体，即不包括国际法。而且法律部门也不同于部门法，前者包括宪法，后者一般不包括宪法。

(2) 法学体系是指由法学的各个分支学科所组成的有机体系。它与法系有一定联系，但又区别于法系。法学体系是一种学科体系，是一种学理分类。而法系是一种关涉传统的体系，是一种现实分类。二者都具有一定的确定性，但同时又具有一定的开放性与适时变化性。

(3) 法律文件体系可以划分为规范性法律文件体系和非规范性法律文件体系。与法系比较起来是横向分类与纵向分类的区别。

(4) 法的历史类型是按照历史上法的阶级本质和其所依赖的经济基础对法所进行的基本分类。这是马克思主义法学关于法的分类方法的一种。与法系比较，前者侧重时间性，后者侧重地域性；前者侧重实质特征，后者侧重形式特征。而法系是在对各国法律制度的现状和历史渊源进行比较研究的过程中形成的概念。

2. 不同法系介绍

全球曾存在着包括中华法系、大陆法系、英美法系、印度法系以及伊斯兰法系在内的五大法系，后中华法系和印度法系解体，至今只剩三大法系。本书将介绍其中最为著名的两大法系——大陆法系和英美法系。

1) 大陆法系

大陆法系包括两个支系，即法国法系和德国法系。法国法系以 1804 年《法国民法典》为蓝本建立，它以强调个人权利为主导思想，反映了自由资本主义时期社会经济的特点；德国法系强调国家干预和社会利益，是垄断资本主义时期法的典型。属于大陆法系的国家 and 地区除了法国、德国外，还包括意大利、西班牙等欧洲大陆国家，也包括曾是法国、西班牙、荷兰、葡萄牙四国殖民地的国家和地区，如阿尔及利亚、埃塞俄比亚等及中美洲的一些国家。中国在清末、民国时期引进西方的法律，当时的法律基本是以大陆法系国家的法律为参照蓝本，包括德国、日本。中华人民共和国在发展法律的过程中不断借鉴别国的法律，形成了具有中国特色的法系，但其本质上是属于大陆法系的。

大陆法系的特点如下：

第一，继承罗马法：吸收了许多罗马私法的原则、制度，如赋予集合体以特定的权利能力和行为能力；所有权的绝对性，取得财产的各种方法，某人享有他人所有物的某

些权利；侵权行为与契约制度；遗嘱继承与法定继承相结合制度等。此外也接受了罗马法学家的整套技术方法，如公法与私法的划分，人法、物法、诉讼法的私法体系，物权与债权的分类，所有与占有、使用收益权以及思维、推理的方式。

第二，实行法典化，法律规范抽象化概括化。

第三，有明确的立法与司法的分工，强调制定法的权威，一般不承认法官的造法功能。

2) 英美法系

英美法系，亦称“普通法系”“英国法系”“判例法系”“海洋法系”，是以英国普通法为基础发展起来的法律总称，包括了英国从11世纪起主要以源于日耳曼习惯法的普通法为基础逐渐形成的一种独特的法律制度以及仿效英国的其他一些国家和地区的法律制度。产生于英国，后扩展到曾经是英国殖民地、附属国的许多国家和地区，包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、孟加拉、马来西亚、新加坡、澳大利亚、新西兰以及非洲的个别国家和地区。是西方国家中与大陆法系并列的历史悠久和影响较大的法系，注重法典的延续性，以传统、判例和习惯为判案依据。

英美法系特点如下：

第一，以英国为中心，英国普通法为基础；

第二，以判例法为主要表现形式，遵循先例；

第三，变革相对缓慢，具有保守性，有着“向后看”的思维习惯；

第四，在法律发展中，法官具有突出作用；

第五，体系庞杂，缺乏系统性；

注重程序的“诉讼中心主义”。

3. 英美法系与大陆法系比较

1) 判决形式

英美法系崇尚判例法，大陆法系推崇成文法，但这并不意味着英美法系中不存在成文法。所谓判例法，即英美法系的法院判决书中，会大量引用判例来解释法律条文，上级法院判决书里的论证过程，对于下级法院来说具有拘束力，下级法院的论证不能与之相违背；即便是没有上下级关系的法院，其判决书内容对彼此也具有一般的说服力，也就是不一定要遵守，但可以用来支持自己的论证。在效力层级方面，英美法系的判例和成文法具有同等效力。而在大陆法系的国家，一般而言判例是没有拘束力的，其效力弱于成文法。

2) 论证方法

英美法系的判决书，往往采用“归纳法”：大量列举事实和法律依据相类似的判例，得出其中的共同点，总结出一般的法律规则，作为裁判依据；而大陆法系则更多地采取演绎法，即大前提—小前提—结论的“三段论”。例如，以“枪杀警察是犯罪”作为大前提，结合“A以袭警的故意拿手枪射击警察B，致B失血过多死亡”的小前提，就能得出“A的行为构成犯罪”的结论。如果换作欧美法系的法官，在写判决的时候，论证过程就会是“在之前C枪杀警察案中，C也是故意用手枪射杀了警察D，C构成故意杀人罪，所以本案中A罪名成立”。

3) 审判权（最终话语权）

在英美法系中，其审判制度设计上法官和陪审团是有分工的，陪审团被称为“事实认定者”。即法官没有最终发言权，陪审团有最终的发言权。法官在此基础上可以根据陪审团已经认定的事实，向陪审团说明相关法律，帮助陪审团作出决定，或者在陪审团的决定明显违法时推翻陪审团的决定（但刑事案件中，陪审团认为无罪的，法官不能改判）。尽管法官能够以适用法律错误为理由推翻陪审团的决定，但不能推翻陪审团所认定的事实，这就是双方在认定事实和适用法律方面的分工。而在大陆法系国家，虽然有的国家也有陪审员，但陪审员和法官并没有像这样在职权上做出分工。

4) 证据话语权

在英美法系中，人们热衷于寻找人证，即他们认为人证当面的证词可以更好地帮助法官和陪审团作出判决。例如在辛普森杀妻案中，辛普森被要求戴上作案的手套，期间辛普森戴上手套时困难的表演仿佛在说手套太小戴不上，希望以此摆脱嫌疑；而大陆法系对于物证、书面证据的重视程度远高于人证，大陆法系的法官认为人证存在的主观因素可能会给案件带来误会，而沉默的物证才能更好地反映出隐藏在无言中的事实。

4. 判例法与制定法比较

综上，我们发现英美法系与大陆法系各自推崇判例法和制定法，了解它们各自具有的优缺点，对于进一步了解两大法系有着积极的作用。

判例法存在以下优点：

- （1）成本低廉，相对成文法（制定法）而言，制定和运作的成本大大降低；
- （2）更加灵活，对于超过法律规定的案件，能够更快更灵活地依据法官和陪审团的个人经验加以解决。

与此同时，判例法也存在一定缺陷：

- （1）判决理由不够严谨，相对规定好的成文法而言，其判决大多依赖于法官和陪审团的个人经验以及之前对类似案件的处理结果，可能产生误判；
- （2）判决结果可能不一，因为其自身特点，对于某些相似案件，可能得出的结果会有不同。

而成文法（制定法）的优点则主要在于：

- （1）流程简单，相对于判例法，成文法只要依照相关的法律条文即可作出判决，不存在过多复杂的主观因素影响结果；
- （2）能提供更权威的解释，成文法的所有判决结果都有其依赖的法律条文和制度，解释理由更加权威。

但成文法的缺点也十分明显：

- （1）对于超出法律规定的案件，成文法往往无法发挥作用，相对于范围更广泛的判例法，成文法只能依靠法律条文中规定的事宜进行判断；
- （2）对于不合逻辑的法律规定，成文法可能无法及时发现并且予以纠正，从而造成误判、错判。

1.3 法律制度

1.3.1 法律的性质

既然法律的产生与“社会发展”和“阶级产生”密切相关，那么法律的性质是否也能从中推理出来呢？诸多法律是否也具有相同的性质和特点呢？答案是肯定的。在学习了法律产生的原因和作用后，我们将进一步学习、探讨法律具有的共同特点。

第一，法律具有一定的“滞后性”，不管是在习惯法被国家、统治阶级赋予法律效力的下一刻，还是成文法被制定出来的后一秒，它们相对时代都已经“落后”了，即法律所能考虑的范围和内容永远无法匹配所有社会需求。这种“滞后性”与法律产生的背景和原因息息相关。我们知道，公法的产生是为了统治者或某些阶级巩固自身统治、保护自身利益，而私法的产生是为了更好地处理私权纠纷。即无论是公法还是私法，法律都是用来解决纷争和约束规范社会中人们的行为的。法律约束的人们可以是某一个个体、部分群体甚至全体人民，但是不论哪一种情况，由人类组成的社会是动态的、变化的，这就意味着新的问题和矛盾也将随着社会不断的进步而出现，层出不穷的问题和矛盾是不可能仅仅通过一本“相对静态”的成文法或者一些“墨守成规”的习惯法而被根除。法律如同灌溉农田的泉水，必须不断流动、变化，让自己变成潺潺泉水，才能保持活力，其庇护的农作物才能吸收到充足的营养。

那么法律具有的滞后性是否意味着法律没有意义呢？答案是否定的。虽然法律的滞后性使得法律永远无法解决所有问题和矛盾，始终会有问题和矛盾被社会不断激化，但这并不意味着法律就是没有作用的。对法律的不断更新，或者针对某一问题的立法，都证明了法律是一个长期发展的社会现象，法律的发展会顺应社会和时代，法律是服务于社会中的人类的工具。社会的发展和改变，阶级的产生和消亡，都可以通过法律的演变、进化窥知一二。例如2021年1月1日生效的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）中对高空抛物的责任追责以及认定的修改，离婚冷静期的实施等都可以说明虽然单个法律是相对静态的，但是法律始终处在一个运动和发展的状态，这是一个长期的社会现象。

为此，我们必须充分了解法律的“溯及力”，即一个法律“溯及既往”的法律效力，指法律对于其生效以前发生的事件和行为是否适用。如果该国的法律被禁止适用此类事件和行为，那么该法就不具有可追溯性；反之，则该法具有可追溯性。

对于刑法的溯及力，各国有不同的原则：

- (1) 从旧原则，即刑法规定对在其生效之前的所有行为都是不可追溯的；
- (2) 从新原则，即刑法对于在其实施时期之前未经民事机关审判或者裁量尚未被认定的犯罪行为，应当予以依据和追究，并且具有可追溯力；
- (3) 从新兼从轻的原则，即新法原则上对于人们来说具有追溯力，但在旧法（行为时法）并没有认为属于犯罪或者受到处刑后比较轻的情况下，依照我们的旧法进行处理；
- (4) 从旧兼从轻的立法原则，即新法原则上不具有溯及力，但新法不认为是犯罪或

者处刑较轻的，则依新法处理。

上述各项原则，从旧兼从轻的原则既能够符合犯罪和行政法定的基本要求，又能够适应现代社会实际需要，被绝大多数发达国家的刑法广泛采用，我国的刑法也采用这一原则。

第二，法律具有绝对的“强制性”，这是由法律产生的作用和法律制定的流程共同决定的。法律由国家制定并监督执行，这意味着社会中的每一个人原则上都必须遵守法律，任何在无合理理由的情况下不主动完成法律所要求义务的社会公民都会被强制完成该义务，这也决定了法律具有原则上的约束力，可以对公民的行为进行约束和规范。

第三，法律往往体现出“惩罚性”，即违反法律会受到法律惩罚，这一性质使得法律具有本质上的约束力，以惩罚的方式警示社会中的公民，使得法律具有后天的“威慑力”。

第四，法律还必须具有严格的“程序性”，即我们认为法律应该是一种具有严格程序规定的准则、规范，这体现在法律在制定上必须遵守严格的程序、在执行上必须按照既定的要求进行。这一性质要求行政机关不能借用法律的力量而不遵守法律本身，即法律应该是护盾，而不是利剑。

第五，法律具有“普遍性”，即“法的普遍约束力”体现在法律所规定的行为准则是为在一定社会发展阶段内该社会或国家内的一般人或群体所设立的，即法律存在一个“普通人”假设，一般的人（全体）可以做什么，必须做什么，禁止做什么，而不是针对某一个特定的人。具体而言，法律的普遍性体现在三个层面：

（1）在一国主权范围内，法律具有普遍效力，即所有范围内的人都要遵守；

（2）在民主法制的国家内，法律对同样的人、事、物具有平等性，即法律面前人人平等；

（3）不管哪一个国家的法律，其法律体现的要求与人类的普遍要求相一致。

1.3.2 法律的发展趋势

法律本身是一个长期的、发展的社会现象，在法律发展的过程中，会不断与当前社会发展的现状与需求相结合。故对于企业而言，了解法律发展的趋势具有建设性的战略意义，必须保证企业自身的发展战略不与法律发展趋势相冲突，才能合理地预测和管理企业法律风险。

在当前的时代背景下，ABCD 超级智能时代犹如世纪前进的车轮无法阻止。因此了解 ABCD 超智能时代对于预测法律发展趋势就显得尤为重要。

A 即 Artificial Intelligence，又称人工智能。人工智能的发展已经成为时代发展的热点。将其放入波士顿矩阵中，就如身处热点中的问题业务，目前虽然处在热点，但是对于诸多企业而言，还没有正式引进到具体的业务流程中，即目前仍然处在一个发展阶段。即便如此，AI 带来的法律问题却早早进入了社会的视野，如何解决相关法律问题、该运用何种法律作为基础，都是值得考虑的问题。作为一个企业，考虑长期的发展，必然要考虑是否使用新一代的生产机器，对于 AI 带来的法律问题，“商标，知识产权，产权与

隐私权”的保护和探讨就是一个各方关注的焦点。

B 即 Block Chain, 又称区块链。区块链技术是 ABCD 时代中的“革新性技术”, 习近平总书记于 2019 年 10 月在中央政治局第十八次集体学习时明确强调要将我国区块链技术作为核心技术的自主创新重要的突破口, 加快推动我国区块链技术和行业创新的发展。区块链的广泛运用将对企业所面临的“事务、财务”问题产生直接影响, 对一同采用区块链相关技术的大型企业而言, 如何对“隐私权、产权”进行有效的保护是一大讨论热点。对于一个旨在长期应用和发展区块链的大型企业来说, 如何妥善处理因区块链带来的新“法务”问题也是一大难点。在区块链技术中, 最为明显的特点是分布式账本和去中心化, 所谓的分布式账本, 即所有的企业都具有各自的信息系统账本, 每一个交易、每一项事务的实际发生, 都会被某一个选定的记录员进行记录, 随之将其同步到每一个企业各自的信息记录账本上, 成为一个小的信息矩阵, 将这些信息矩阵根据一定的时间串联起来, 便可以构成一个类似于链状的信息流, 即区块链。加密技术使得某一阶段账本若被修改, 其后续的“哈希值”(一种通过加密得出的类似“身份证”的凭证)也将发生改变, 就会造成验证身份的错误, 无法连接上后续的账本, 其他所有企业便可知该企业私自修改了其账本某一矩阵的内容。虽然加密技术使得“哈希值”无法逆向追踪到具体信息, 即只能通过“哈希值”判断是否是该企业, 而无法得知该企业的具体隐私信息, 但目前也存在“成功逆向追踪”的案例, 因此区块链的安全性和隐私也是一大讨论焦点。作为企业, 自身在学习区块链技术的同时, 也要时刻留意可能遇到的法律风险, 进行防范控制。

C 即 Cloud, 又称云计算。云计算主要指的是基于移动互联网的各种相关服务的增加、使用和信息交付模式, 通常涉及如何通过移动互联网为客户提供一个可以进行动态更新、容易扩展且往往是虚拟化的信息资源。云计算技术目前已经较为成熟, 广泛运用于 MIS、财务、金融以及各种 IT 行业, 例如大家熟知的阿里云、百度云以及腾讯云, 等等。企业可以借助云计算来帮助自身处理一些财务、事务。在 2011 年, 中国国家发改委、工信部、科技部等多个部委共同启动并起草的《加快发展高技术服务业的指导意见》中, 云计算信息技术产业被明确定义成为未来高端新技术信息服务业的战略领导者和发展主角。可见, 云计算技术作为一种新型现代化信息技术已经得以广泛推行, 但目前依然缺乏关于如何管控云计算的单独立法。云计算服务经常会涉及数据的安全储存问题, 是否每一个数据的流入和输出都是安全的。虽然亚洲目前也有国家开始起草关于云计算的法律草案, 但是整体而言仍然处在发展阶段, 大多运用的仍是银行、金融业内对于数据安全的法律和法规。对于企业而言, 如何在法律明确规定前管控“产权, 隐私权”等法律风险就是一个值得关注的重点。

D 即 Big Data, 又称大数据, 指无法在一定时间范围内用常规软件工具进行捕捉、管理和处理的数据集合, 是需要用新处理模式才能具有更强的决策力、洞察发现力和流程优化能力的海量、高增长率和多样化的信息资产。“大数据”具有海量的数据规模、快速的数据流转、多样的数据类型和高价值这四大特征。随着时代的发展、互联网技术的成熟, 大数据时代的到来已经不可抵挡, “大数据”在各个领域都有着非凡的意义, 如何去面对大量的数据, 从中挖掘对于企业有价值的信息并加以整合与分析, 帮助企业作出

决策就是企业要关注的内容。但是伴随大数据带来的“黄金数据流”，也催生了一系列前所未见的法律风险，如何在合理挖掘数据的同时，保证数据的安全性和保护数据涉及的隐私权就成了新的法律难点。对于企业而言，一方面要紧跟时代发展，结合自身需求合理地运用大数据帮助企业做决策，另一方面，在使用大数据的同时，也要关注大数据涉及的一系列法律风险，合理地大数据带来的新风险进行管控。

综上所述，法律的发展与时代更迭、社会进步、生产力的发展密切相关。企业在运用新技术的同时也要能够预见其带来的新法律风险，合理地管控法律风险，只有这样才能真正合理保证企业的长期发展不会面临巨大法律危机。ABCD 超级智能时代的来临带来的新一轮法律风险特点聚焦“数据”，该时代的数据具有“大、快、多”的特征：数据量大、数据的更新速度快、数据类型多。新的风险点与“知识产权”“隐私权”密切相关。

复习与思考

- (1) 广义和狭义的法律有什么区别？谈谈你对它们区别的看法。
- (2) 有人说“经济特区法规是针对经济特区制定的法律，所以它不受宪法的约束”。这句话对吗？为什么？
- (3) 有人说“习惯只要经过了一段时间，就会演变成习惯法”。这句话对吗？为什么？
- (4) 你认为习惯法和成文法的优缺点是什么？它们最大的区别是什么？
- (5) 公法与私法的区别是什么？
- (6) “程序就是走个流程，只要结果合法就可以了。”这种说法是否正确？为什么？
- (7) 英美法系和大陆法系有什么区别？
- (8) 法律保护的利益是全面的吗？为什么会产生这样的现象？
- (9) 既然法律具有滞后性，那么用什么方法来解决现有法律解决不了的问题呢？
- (10) 法律的溯及力与滞后性是否矛盾？为什么？
- (11) 你对法律发展的趋势是怎么看的呢？你觉得法律发展趋势对于企业管理法律风险有什么意义？

案例与实训

案例一

廖某无证驾驶机动车辆，不幸与胡某相撞，导致双方车辆受损，胡某受伤。廖某与胡某协商，双方同意由廖某支付 28000 元私了。其后交警部门赶到，处罚了廖某。廖某遂毁约，其理由是，私了的前提是不被罚。现在被罚，当然不应该再私了。

法院认为，道路交通事故发生后，随着交警部门的介入，对于交通事故的处理便形成了公法和私法两个领域。在公法领域，交警部门及其他相关的权力机关依据交通法律、行政法规等相关规定，根据当事人的违法程度及损害后果做出相应的处理，违法情节及损害后果严重的，依法给予相应的行政处罚或刑事处罚，不以事故双方当事人的意志为转移。在私法领域，在交通事故中人身权益、财产权益受损的当事人得以依法行使人身、财产损失赔偿请求权，赔偿请求权的行使以私法自治为原则，赔偿权利人和赔偿义务人

在平等自愿的基础上，可以就赔偿项目、金额及如何赔偿达成赔偿协议，赔偿协议达成后，原因道路交通事故形成的侵权之债转化为合同之债，依法达成的赔偿协议对协议双方当事人发生法律效力，均具有拘束力。但是，赔偿协议中不得附有以关于逃避、规避、免除行政处罚、刑事处罚，或以降低行政处罚、刑事处罚标准为条件的条款，附有该条款的，该条款违反法律强制性规定，均为无效条款。该条款无效，不影响赔偿协议中其他条款的效力。

【思考】请问廖某与胡某的约定是否应该履行？试从公、私法角度解释说明。

案例二

葛某非法采砂，被水务局罚款 50 万元。葛某此前欠陈某 6.5 万元。水务局主张按比例实现债权。陈某认为民事债权优先，意图让葛某先行偿还欠陈某的 6.5 万元。

《中华人民共和国民法典》第一千一百八十二条规定：“侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的，不影响依法承担侵权责任。因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任，侵权人的财产不足以支付的，先承担侵权责任。”《中华人民共和国公司法》第二百一十四条规定：“公司违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任。”前述法律均规定了民事责任优先原则。参照上述法律规定的民事责任优先原则以及国不与民争利的立法精神，若同一被执行人既有民事债权执行案件，又有行政处罚、司法罚款或者罚金刑事处罚、没收财产刑事执行案件，且被执行人的财产不足清偿全体债权人的债权时，民事债权应优先受偿。

【思考】请问葛某应当如何处理债务关系？

案例三

平某向申某转让一套房产，双方共同签订《二手房买卖合同》，合同中明确规定税费完全都由申某承担和缴纳。然而约定后双方发现依据税法的要求，所得税应当由平某来缴纳，契税由申某来缴纳。

双方当事人签订的《二手房买卖合同》是双方真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。在房屋买卖合同关系中，涉及缴纳交易税费的义务，它兼具公法和私法双重属性。从公法上看，根据税收征管法的规定，应遵循税收法定原则，依法纳税是交易主体应尽的法定义务，纳税人如果存在偷逃税款、不足额缴纳等行为，税务机关应根据税收征管法的规定加以追缴，并追究相关责任人的法律责任（如进行行政处罚或对构成犯罪的移送司法机关处理）。从私法上讲，法不禁止就是法所允许，交易双方可就税费承担自由约定。

【思考】判断该如何处理税费的分配。

案例四

某法官陈某投资了李某的合伙企业，于 2004 年 4 月 7 日签署合伙协议书。后来，陈某打算退出，于是在 8 月 14 日和李某签订了一份退出协议书，协议约定陈某把债权转让

给曹某。其后曹某向李某要求承担合伙份额对应价款，李某却不表示同意，主张和陈某的合伙协议无效，理由是陈某严重地违反了《中华人民共和国法官法》的相关规定——法官不得兼任企业或者其他营利性组织、事业单位的职务。

认定双方当事人之间合伙关系效力的关键在于对《中华人民共和国法官法》第四十六条如何认识。本条规定，法官有下列行为之一的，应当给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。其中第九项：违反有关规定从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务的法官不得从事营利性的经营活动，这个规定形式上是从权利管理对法官私法行为资格进行限制或剥夺，不产生对外效力；实质上规范意图不在于私法行为，不是为了规范合同行为，是不属于调整私法行为的强制性规范。私法行为本身对陈某没有影响，只是私法行为主体违反了仅直接调整公法行为的强制性规定，只需承担公法上的责任，也就是说法官违反此规定承担的法律后果是受到处分的行政责任，构成犯罪的承担刑事责任，但从事营利性经营活动的私法行为效力不受影响。判断公民法人是否具备合伙投资主体资格的法律依据应当是民法通则的有关规定。本案陈某系完全民事行为能力人，具有民事权利能力和民事行为能力，在法律意义上具备合伙投资的主体资格，且陈某仅按合伙协议提供资金，实际不参与合伙经营管理，未实际从事经营活动，即便陈某从事了合伙经营活动，民事行为的效力亦不受影响，故2004年4月27日合伙协议书和8月14日协议书有效。

案例五

1995年10月3日，美国西部时间上午10点，当辛普森案裁决即将宣布时，整个美国一时陷入停顿。克林顿总统推掉了军机国务；前国务卿贝克推迟了演讲；华尔街股市交易冷清；长途电话线路寂静无声。数千名警察全副武装，如临大敌，遍布洛杉矶市街头巷尾。CNN统计数字表明，大约有1亿4千万美国人收看或收听了“世纪审判”的最后裁决。陪审团裁决结果：辛普森无罪。

“辛普森杀妻案”被誉为最能体现美国程序正义的典型案列。辛普森是美国著名的黑人橄榄球员，1994年6月12日深夜，洛杉矶西部一豪华住宅区里，一只小狗在不停地狂吠，引起了邻居的注意。人们在一住宅门前发现两具血淋淋的尸体。女死者后来证实是妮克·布朗·辛普森，即著名橄榄球员辛普森的妻子，而她身后是餐馆的侍生郎·高曼。两人浑身血痕，均被利器割断喉咙而死。

在美国的司法体制中，只依赖间接证据就把被告定罪判刑绝非易事。是因为仅凭个别的间接证据通常不能准确无误地推断被告人有罪，必须有一系列间接证据相互证明，构成严密的逻辑体系，排除被告不可能涉嫌犯罪的一切可能，才能准确地证实案情。此外，间接证据的搜集以及间接证据和案情事实之间的关系应当合情合理、协调一致，如果出现冲突或漏洞，就表明间接证据不够可靠，不能作为定罪的确凿根据。比如，在辛普森案中，检方呈庭的间接证据之一是在杀人现场发现了被告人的血迹，可是，由于温纳特警长身携辛普森的血样在凶杀案现场停留了3小时，致使这个间接证据的可信度降低。

虽然被判无罪释放，但大量的证据其实暗示辛普森很有可能就是杀害妻子的真凶。相关记者对社会公民采访时，曾问及“您是否觉得是辛普森杀害了他的妻子”，得到的答案是“是的，我认为他杀害了他的妻子。”而后记者问及“您是否觉得这是一场公正的审

判”，却得到了肯定的答案，这足以体现在英美法系中，程序正义被看得十分重要（相对于实体正义）。判决无罪的原因主要是“证据的无效性”。在辛普森案中，由于检方证据全都是间接证据，因此，辩方律师对这些“旁证”进行了严格鉴别和审核，是这场官司中极为重要的一环。令人失望的是，检方呈庭的证据破绽百出，难以自圆其说，使辩方能够以比较充足的证据向陪审团证明辛普森未必就是杀人凶手。案件有诸多证据，但是其无法被用于佐证辛普森杀害了其妻子，并且最关键的原因是获取证据时的警察有“歧视黑人”的历史且有私闯民宅的嫌疑。于是辛普森作为第一个“被认定杀害他人却被无罪释放的”法律矛盾体引起了世界法律界的关注和争议。

【思考】实体正义与程序正义的意义与区别是什么？