

为了引领新生跨入法学殿堂，
北京大学法学院特邀本学期部分主干必修课授课教师
开讲“法学第一课”

9/17 - 9/22
法学院凯原楼
学术报告厅

北大“法学阶梯” 入门讲座系列

9/17



刘凯湘 教授
民法学



陈永生 教授
刑事诉讼法学

9/18



王 磊 教授
宪法学



湛中乐 教授
行政法学

9/19



强世功 教授
法理学

9/22



江 溯 副教授
刑法学

作为中国近现代法学专门教育的先行者，北京大学法学院一直以来高度重视法学教育的改革和探索。2018年秋季，新学年伊始，北大法学院隆重推出“法学阶梯入门讲座”系列活动。学院邀请《民法学》《宪法学》《法理学》《行政法与行政诉讼法》《刑事诉讼法学》和《刑法学》等——面向大一新生和法硕新生开设的——六门必修课的授课教师，利用开学第一周的授课时间，开讲相关课程的“法学第一课”，就如何进入法学之门，学习相关课程提供方法论上的入门指引。

2018年秋季系列讲座，学院推出民法学、宪法学、法理学、行政法与行政诉讼法、刑事诉讼法学和刑法学等六门“法学第一课”。

在授课形式上，将新生第一堂课由内部封闭授课，打造为开放式讲座，面向全院学生乃至全社会开放，共享优质教学资源。

在授课内容上，不同于第一节课，仅仅简单介绍本学期课程和进度安排，而是对相关法学专业的学科概况和学习方法，做一整体、全面的讲述和阐释，切实在方法论上引导法学新生入门。

北大法学院希望通过“法学阶梯入门讲座”系列活动，进一步提升学院教学质量，增强学生学习兴趣，同时对外展示北大法学院的优秀师资，并承担北大法学教育的社会责任。

为了引领新生跨入法学殿堂，
北京大学法学院特邀本学期部分主干必修课授课教师
开讲“法学第一课”

法学院凯原楼
学术报告厅

北大“法学阶梯”
入门讲座系列之一

如何学习 民法学

9/17 (周一)
8:00 - 9:50



刘凯湘

北京大学法学院教授、博士生导师，
兼任中国商法学研究会副会长，中国法学会民法研究会常务理事等，
担任国家司法考试命题委员会委员。长期从事民商法教学科研工作，
讲授民法总论、债权法、物权法、经济法、商法总论等课程，
出版教材与专著十余部，发表论文近百篇。入选中国当代法学名家。

主办：北京大学法学院

冷 冷门设计工作室
品牌设计 | 包装设计 | 网站建设

9月17日上午8点，北大“法学阶梯入门讲座”系列第一讲“如何学习民法学”拉开序幕。北京大学法学院博士生导师刘凯湘教授主讲，北京大学法学院副院长车浩教授主持。

来自北京大学及周边高校的听众近400人聆听了讲座。车浩教授简要介绍北大“法学阶梯入门讲座”的宗旨和刘凯湘教授的学术背景后，宣布讲座正式开始。

刘凯湘教授表示，这次讲座对2018级的新生意义深远，因为这不仅是新生们上的第一堂民法课，也是新生们本科生涯的第一堂课。刘凯湘教授认为，虽然本次讲座的主题是“如何学习民法学”，但由于新生们大多对法学这门学科还没有基本的概念，所以在向学生们讲解民法学之前，有必要先向学生们讲解一下何为法律以及何为法学。

刘凯湘教授认为：

一方面，法律从本质上来说是一种行为规范。依刘凯湘教授之见，所谓行为规范，就是做任何事需要一种规则去指引、约束，如果不按照这个规则去做可能会有相应的后果。人从出生到死亡，企业从设立到消灭，都要为了各种利益而进行不同的行为，都需要不同的规则去指引、去约束，而法律就是这样一种行为规则。

另一方面，法学则是一种以法律作为主要研究对象的学科，其内容包括法律的制定、法律的执行以及研究法律的发展规律。

在向学生们简单介绍了法律以及法学的基本概念后，刘凯湘教授又进一步向学生们讲解了法律的四种大的分类方法：

第一，公法和私法。公法以研究公权力及其配置、公法关系和公法责任为主要内容，如宪法、行政法等。公法是国家权力如何行使的规则，而私法是调整平等主体之间的法律，如物权法、合同法、婚姻法、侵权法等。公法有很多部门，如行政法、刑法、各种诉讼法、经济法等，私法就是一个部门。就是民法，或者说民商法。

关于公法与私法的关系，刘凯湘教授认为，保护自然人、法人、非法人组织这些民商事主体的权益，包括人身方面的权益、人格方面的权益、身份方面的权益、财产方面的权益，是整个法律制度以及整个社会制度、经济制度的终极目的。

因为，一个国家、一个政府之所以存在，最终的合法性基础是为了人民的幸福，为了人民权利的享有。所以公法是一种途径和手段，最终是为了私主体的利益，这才是进步的、科学的法律。

第二，实体法与程序法。所谓实体法，是指规定具体权利义务内容或者法律保护的具体情况的法律，如民法、刑法、行政法等。与实体法对应的是程序法，主要

是指诉讼法。

刘凯湘教授向学生们举例：

一个人的行为是否构成犯罪、构成什么犯罪以及处以何种刑罚，这是实体法的问题。比如最近的‘昆山龙哥反杀案’，于海明是否构成犯罪、构成什么罪、是否构成正当防卫，这是需要刑法进行认定的。

但出现一个犯罪行为时，针对嫌疑犯如何抓捕、如何审判以及如何执行刑罚，等等，这是一套完整的程序。这就是刑事诉讼法要解决的问题。

通常来说，一门实体法有与之对应的程序法，有刑法就有刑事诉讼法，有民法就有民事诉讼法，有行政法就有行政诉讼法。这就是讲的所谓的三大实体法和三大诉讼法，称为“三法三诉”，是最重要的法律门类。

第三，国内法与国际法。一个国家依据主权制定，或者由立法机关、立法机关授权的其他机关颁布的法律、行政法规等各种法律渊源都是国内法。国与国之间也有很多行为、利益关系需要指引和规范，这就是国际法。

第四，基本法与特别法。一个国家的法律体系里面，宪法是基本法，也是根本法、母法，宪法以外的其他法律部门是特别法。这是第一个层级，比如民法、刑法。放低一个层级，在各个法律部门之中，也存在基本法与特别法的关系。比如说我们现在正在编纂的《民法典》就是一个基本法，但是《民法典》也不可能囊括所有的民事法律规范，仍需要大量的单行法，这些单行法就相当于特别法。

刘凯湘教授在向新生们简单介绍了法律、法学的基本概念以及法律的四大分类后，开始正式向学生们讲解民法学的具体内容。

何为民法

首先，关于何为民法。依刘凯湘教授之见，任何一个法律或者法律部门都会有自己区别于其他法律部门的、特有的调整对象。在纷繁复杂的社会关系中，需要不同的行为规则。

比如，刑法负责界定某种行为是否构成犯罪、构成何种犯罪以及施加何种刑罚；刑事诉讼法是解决犯罪嫌疑人从拘捕到审判执行的一套程序问题，约束公安机关、检察机关和审判机关等；婚姻法主要规范结婚条件、离婚条件、婚姻家庭、亲子关系；而民法的调整对象是作为平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和

财产关系。

刘凯湘教授表示，人之为人最基本的利益就是人身利益和财产利益。

人从生下来就要吃饭，需要衣食住行，需要买房、买车，需要基本的物质生存与生活条件的保障，这些需求的满足和实现都需要人们进行大量的社会关系，这些社会关系都是财产关系；又比如有人发明了专利，转让了专利权并取得收入，这也是财产关系。“天下熙熙皆为利来，天下攘攘皆为利往”，对经济利益的追求是人类发展的基本动力，也是人的基本需求，追求经济利益、追求财产利益光明正大。

正是因为有自然人对财产利益物质享受的不断追求，人类文明才得以发展，国家才得以强大。

人除了生物意义上的概念，还有社会上的人、文化上的人、精神上的人，所以人有人身利益。人希望得到尊重，人有尊严，人有隐私，人有名誉，人有自由，包括行为自由、表达自由等等。所以一个人从生到死，除了追求物质的享受，还有其他的追求，精神层面的需求，需要参加大量的非财产的关系。而上面说的这些社会关系都是由民法进行调整的。而这些法律关系都是由民法进行调整的。

民法的目的和功能

其次，民法的目的和功能。刘凯湘教授认为，民法的使命及目的对于国家的重要性是不言而喻的。

首先是保护民事主体的合法权益。民事主体的人身权益、财产权益是一个政府、一个国家得以存在的唯一正当性依据。最强大的政府、最强大的军队、最强大的税收，如果不是用之于民，如果不是为了人民的富足、安宁、幸福，就失去了合理性和正当性。民事权利是一切社会制度追求的终极目的，是人民的权利、人民的权益，这是民法所要达到的目的。

同时，刘凯湘教授表示，现在《民法典》的编纂不仅仅是部门法立法技术的完善、立法表达形式的完善，而是涉及到整个治国理念、治国方式的进步。所以，党中央在将民法典写进中央报告的时候，是把《民法典》放在实现国家治理现代化的定位上。民法肩负着非常重大的任务。

民法的调整对象

最后，民法的调整对象。民法是一个非常重要的法律部门，但民法又是非常复

杂的法律部门。

刘凯湘教授引用了西方的一句法谚：“民法乃诸法之源”，意思是什么法律规范、法律原则、法律思想都是源于民法，由民法演绎而来的。到今天，民法发展成为非常复杂庞大的体系，包括总则、物权法、合同法、亲属法、继承法、人格权法、侵权责任法、涉外民事关系法律适用法等。

广义的民法还包括商法、知识产权法等。商法又包括公司法、合伙法、票据法、保险法、海商法、证券法、信托法、破产法、期货法等。知识产权法有著作权法、专利法、商标法等。

民法学习的方法

刘凯湘教授在向新生们讲解了何为民法学之后，又根据自己本科阶段、研究生阶段及工作后和同事交流所得的经验，包括从事民法学、债权法、物权法等教学三十多年的体会，归纳了一些民法学习的方法，分享给新生们：

法学方法论的一般知识

（一）司法三段论。关于法学方法论的一般知识，首先是司法三段论，这是法律逻辑问题。司法三段论大前提是法规范，小前提是法律事实，连接是案件的结论。看起来很简单，但这是非常复杂的操作。

（二）法律解释学。刘凯湘教授表示，法律解释学在民法当中尤为重要。民法的性质决定了很多用语的抽象性、模糊性。

比如，《民法总则》规定，民事主体从事民事活动应当遵循公平原则，合理确定各自的权利和义务。

这里的核心是“公平”，什么是“公平”？是否有绝对的公平？例如，继承案件中，父亲去世，没有立下遗嘱，如果膝下三个儿子因为遗产的分配出现争执，应该如何认定？按理说，三人均分是最公平的；但是如果有一个儿子尽的赡养义务多，能否分得跟多遗产？另一个儿子尽的义务少，但原因是穷，应当少分遗产么？

这就是法律解释学要回答的问题。

（三）价值判断、利益衡量与自由裁量。有时候，法律的解释和适用，仅仅运用三段论演绎推理，很难找到结论。此时，法官在个案当中适用法律的价值判断，包括法律思维，就显得很重要。

比如著名的南京彭宇案，这种案子的核心是正确适用《民事诉讼法》上的证据规则。然而，没有确实的证据证明究竟这个老人是被彭宇撞倒了、还是彭宇去救他被讹上了。当证据不足的时候，法院如何认定案件事实，就和价值导向有关。

这种价值导向最主要受三方面因素影响：一是专业知识，二是经验，三是职业良知。这些东西从哪儿来？从法学学习、专业培养中来！

民法学习的一般方法

（一）听课与自学的关系问题。刘凯湘教授认为，大学听课是非常重要的，中学听课在一定程度上是为了背诵和考试，而大学听课的关键是积累知识、培养思维，不是记下来、考完试就完了。

大学听课是为了将来执业和谋生，听课也是整体的法学学习的一部分，所以非常关键。

每个老师有自己讲课的风格，学生怎样听好课、提高听课效率？

按照刘凯湘教授的理解，听课主要是用耳而不是用手。在听与记之间，如果有冲突的话，就尽量听，而不是选择记，从而跟上老师节奏和思维。如果纯粹地听声音，然后死记，生怕漏下什么东西，这是得不偿失的。

至于自学，说到底阅读的问题，这非常重要，社会科学尤其是法学的学习需要建立在大量阅读的基础之上。刘凯湘教授认为，自学能力基本上可以决定一个法学生能否成为一个出色的律师、出色的法官。

（二）关于教材与其他文献。学法律要看的书很多。在著作的选择上，最好选择北大、人大、清华、法大等著名法学院的知名教授编的教材。同时也需要看域外的，比如台湾学者史尚宽教授的民法著作，王泽鉴教授的著作，等。

除了著作之外，刘凯湘教授建议学生们也多多阅读法学论文。

刘凯湘教授自豪的表示，北大法学院的图书馆是我国最好的法律图书馆，几乎订下了国内所有重要的法学期刊。同时，案例也很重要，通过案例可以看清法院裁判的思路，以此矫正自己的错误知识、错误方法和错误理解。

（三）法条的学习方法。依刘凯湘教授之见，学法律不需要背诵任何一个条文。但是，法条很重要，法条是一个法律部门、一个领域里面的精华、浓缩，用最简练的语言总结的，所以不用背法条不等于不用读法条。几乎所有的法学理论、规则、案件总结出来的思路最终都上升为法律、表现为法律条文。

看法条，首先要读懂法条的基本含义。比如，《合同法》规定的租赁合同最长

期限不能超过 20 年，研究者要搞清楚“20 年”具体是指的什么，是自然年还是约定的年份？以及，什么是租赁？是仅指住房租赁还是包括物业租赁？文义解释要搞清楚。

第二，要看到法条背后的东西：为什么做这样的规定，依据是什么？为什么是 20 年而不是 25 年或者 15 年？为什么别的合同里没有最长期限 20 年的限制？要看到立法的背景。

第三，要思考这样的法条隐藏的原理是否公平合理，怎样修改完善。概言之，读法条有三个境界：一是文义解释，二是立法的背景、意志，三是修改的依据、理由。刘凯湘教授认为，一定要读法条，读出感觉、读出美感，当然也要读出知识、读出原理。

（四）阅读与理解。法学院的课程，老师在课堂上经常会说主流观点是什么，也会介绍不同观点。很多问题上都是众说纷纭的，这是因为，法律规则是人制定的，而人的认识是有局限的，没有人是先知先觉、全知全觉，几乎所有法律规范从颁布之日起就落后于社会生活的，人们对法律的看法也是必然有所不同的，见仁见智。

所以法条也罢、学说也罢，一方面要掌握基本的原理、知识、概念，另一方面要质疑、要怀疑、要批判，不要担心怎么会有这么多不一致的观点。观点的分歧没有关系，社会关系本来就是纷繁复杂的，而人的创造力也是无限的，民商事生活更是如此。

第二，在各种观点之中，会有通说、会有主流观点，法条规则基本上是根据主流学说制定的。当然，主流学说并不是永恒的，今天是主流的，明天就未必是，这就是发展。科学的发展、法律的发展、思想的发展从来不是停滞的、凝固的，一定要带着批判精神来质疑各种观点，即便是主流观点。但这种质疑不是为了质疑而质疑，要有质疑的理由。

能够对法条或者观点提出质疑，这很不容易，而如果能够说出质疑的理由，逻辑自洽，证据充分，那就不愧是北大法学院的学生了。

完成这一步要历经艰辛，但做到了就会很愉悦，使你内心安宁和有成就感。学法律很有乐趣，不要以为只有学文学、心理学、历史学才有意思。靠大量的阅读、靠思考性的阅读、靠智力的阅读，才能体验到这种乐趣。

Q&A

在提问互动环节，刘凯湘教授为听众答疑解惑，详尽回答了同学们提出的一些问题。整个讲座持续了两个小时。最后，车浩老师再次向刘凯湘教授表达谢意，北大法学院入门讲座之一在热烈的掌声中顺利结束。

为了引领新生跨入法学殿堂，
北京大学法学院特邀本学期部分主干必修课授课教师
开讲“法学第一课”

法学院凯原楼
学术报告厅

北大“法学阶梯”
入门讲座系列之二

如何学习 刑事诉讼法学

9/17 (周一)
18:40-21:30



陈永生

北京大学法学院教授、博士生导师，
兼任中国案例法学研究会常务理事、中国刑事诉讼法学研究会理事等。
长期从事刑事诉讼法学教学科研工作，
讲授刑事诉讼法学、证据法学、司法制度及刑事侦查学等课程，
出版专著多部，发表论文近百篇。

主办：北京大学法学院

冷门设计工作室

2018年9月17日晚6点40分，北大“法学阶梯”入门系列讲座第二场，在北京大学法学院凯原楼学术报告厅成功举行。本次讲座的主讲人是北京大学法学院院聘教授陈永生老师，北京大学法学院院长助理刘哲玮副教授担任主持人。

本场讲座的主题为“如何学习刑事诉讼法”，讲座内容主要是向新生讲解刑事诉讼的概念与特征、刑事诉讼法的地位以及刑事诉讼法的学习方法。刘哲玮副教授在简要介绍陈永生教授的学术背景后，宣布讲座正式开始。

刑事诉讼的概念与特征

陈永生教授指出，《刑事诉讼法》课程的核心范畴是刑事诉讼，因此，明确刑事诉讼的概念和特征是本学科学学习的第一步，也是本次讲座的第一个主题。

刑事诉讼概念的传统界定是：公安机关、人民检察院、人民法院在当事人及其他诉讼人的参与下依法揭露犯罪、证实犯罪和惩罚犯罪的活动。

陈永生教授认为，这一界定至少存在以下三方面的缺陷：

第一，错误地将公、检、法三机关置于平等地位。

一方面，从实现刑事诉讼机能的角度来看，公安机关的侦查活动应当服务于检察机关的起诉活动，同时结合我国检察机关“法律监督机关”的宪法定位来看，其地位应高于公安机关；

另一方面，在定罪量刑的过程中法院具有无可替代的、绝对权威的地位，因此其地位应高于公安和检察机关。一旦三机关处于平等地位，就会削弱刑事诉讼保障人权的机能。

第二，错误地将当事人置于从属地位。

从传统表述中可以看出，刑事诉讼过程由公检法三机关主导，而诉讼参与者仅处于参与地位，两者处于主角与配角的关系。而在合理的诉讼构造下，警察、检察官所代表的控方与被告人、辩护人所代表的辩方应当势均力敌，权利义务应当平等。

一旦失衡，就必然导致最终决定案件结果的不是事实与法律，而是双方的权势与地位高低。因此，控辩双方应当是平等对抗关系，而非从属关系。

第三，存在片面追诉有罪的倾向。

概念中提到的“揭露犯罪、证实犯罪、惩罚犯罪”的内在含义都在于控制犯罪。

控制犯罪虽然是刑事诉讼的重要机能，但并非唯一机能，保障人权尤其是保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益也应该是刑事诉讼不容忽视的重要机能。

在对刑事诉讼概念传统界定的缺陷进行分析后，陈永生教授对其予以重新界定：

刑事诉讼，是控辩双方在法院的监督、主持下，依照法定的程序，收集证据，认定犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任，保障人权的活动。

在明确刑事诉讼概念基础之上，陈永生教授又进一步对刑事诉讼的特征进行了阐述：

第一，刑事诉讼包括控制犯罪与保障人权两方面内容。

控制犯罪是刑事诉讼最原始、最基本的机能。在奴隶社会，刑事诉讼已经存在，彼时其根本作用在于控制犯罪，以确保侵害他人权益的行为得到有效制裁，让犯罪成为让人望而却步的高成本活动。而进入现代社会后，保障人权机能在刑事诉讼中逐渐被强调，但控制犯罪机能仍处于重要地位，其发挥程度往往取决于侦查活动高效与否。

以2002年北京系列杀害妇女案为例，该案中存在大量的案件线索和证据材料，但侦查机关投入的精力十分有限，导致案件在被害人增至5人时才告破。由此可见，侦查活动的效率对于控制犯罪有极大影响。保障人权是刑事诉讼的现代机能，此项机能建立于人们对“刑事诉讼过程是人权侵犯的重灾区”这一现象的反思的基础之上。

第二，控辩双方在法律上是平等的。

控辩双方的平等地位反映在刑事诉讼上就是双方应当享有平等的诉讼权利。陈永生教授将控辩双方的权利范围比喻为作战双方的武器优劣，控辩双方一旦权利失衡，就好比作战双方一方使用大炮，而另一方使用小步枪，那么这场战争显然有失公平。“武器”的平等是诉讼公正实现的关键。

辛普森案是一个典型案例：辛普森被认定无罪的原因有很多，但其关键原因之一在于美国的辩护律师享有申请鉴定的权利。辛普森律师团队中的李昌钰教授申请鉴定警方在犯罪现场提取的血液样本，联邦调查局出具的鉴定意见表示在样本中发现含有抗凝剂，即发现该案关键证据可靠性存疑的事实依据，进而为辛普森案的无罪判决奠定基础。

如果此案发生在我国，由于辩方不享有启动鉴定程序的权利，案件处理结果必然存在较大差异。

第三，司法控制贯穿于刑事诉讼程序始终。

在侦查、起诉、审判的全过程中，法院都应当有权进行审查，尤其应当享有对侦查活动的审查权。如果控辩双方因为侦查活动发生冲突，而辩方只能向侦查机关就其不当行为提出质疑的话，侦查机关必然会拒绝承认其行为的不合理性，冲突也难以得到有效解决。

而在中国，由于缺乏第三方的监督，缺乏法院对侦查行为的审查权，控辩双方冲突的解决路径只有向侦查机关申请复议、复核，这显然是不合理的。合理的诉讼结构应当是在侦查、起诉、审判的任一阶段，都能够保障三机关间的三角构造，法院均能享有居中审查的诉讼地位。

刑事诉讼法的地位

在对刑事诉讼的概念和特征问题进行梳理后，陈永生教授又带领听众将视角转向刑事诉讼法学的又一基础问题——“刑事诉讼法的地位”，并从刑事诉讼法与宪法、刑法的关系角度进行分析。

（一）刑事诉讼法与宪法的关系

通常认为，宪法与部门法间是母法与子法的关系，但不同的“儿子”与“母亲”之间的亲疏关系不尽相同。相较于其它部门法，刑事诉讼法与宪法之间的关系更为紧密。宪法的核心目标在于控制公权力、保护私权利，而这两大目标的实现与刑事诉讼法联系颇深。

刑事诉讼法和宪法的关系紧密从一个现象中充分体现出来——一旦国家发生政治变动，首先宪法一定会修改，其次刑事诉讼法一定会修改，但其它法律如刑法、民法是否修改则不一定。一个典型的例子是，二战以后，日本被盟军占领，其政治制度被改革，宪法和刑事诉讼法均在第一时间得到修改。

刑事诉讼法与宪法关系紧密的原因有二：

第一，宪法是刑事诉讼法制订的根据。

一方面，刑事诉讼中不同国家机关之间的关系是由宪法规定的。刑事诉讼中的国家机关主要包括法院、检察院与警察机关，其权属往往由宪法规定。中国宪法对于三机关的属性也作出了相应规定，对我国刑事诉讼也造成了深远影响。

以检察机关的角色定位为例，宪法规定检察机关是“法律监督机关”，它不仅

有权对公安机关的侦查活动进行监督，同时对法院的审判活动也享有监督的权力。但众所周知，检察机关也是公诉机关，检察机关在定罪量刑过程中处于低于法院的诉讼地位，但在履行法律监督职权的过程中又处于高于法院的法律地位。

当检察机关地位高于法院时，法院即使发现被告人不构成犯罪或者发现定罪证据不足，敢作无罪判决吗？

答案当然是否定的，这也是我国刑事诉讼中法院无罪判决率极低的原因。陈永生教授在此处分享了对我国无罪判决率的数据统计分析成果，指出我国的无罪判决率近年内虽有略微上涨，但数值仍是全世界最低。这是因为大多数疑罪案件都被中国法院作出“留有余地”的判决，即判决有罪而量刑从轻。

另一方面，刑事诉讼中的公民权利都是由宪法规定的。宪法的核心内容是公民的基本权利，而在刑事诉讼中享有的权利是公民权利的主体部分。我国宪法在规定公民权利的同时也规定了公民义务，具有很强的中国特色，但公民权利依然是中国宪法的核心内容。刑事司法是和平时期国家可能对公民权利进行最严厉限制、剥夺的领域。

从后果来看，公民可能被判以死刑、终身监禁等重刑；从刑事诉讼过程来看，公民的人身自由也可能被长期剥夺。并且，程序还能决定实体，同一案件适用不同的程序审理往往产生不同的结果。因此要保护公民的权利，应当首先保护公民在刑事诉讼中的权利。

域外各国、尤其是法治比较健全的国家，往往在宪法当中对刑事诉讼中的公民权利进行了详细规定：美国《权利法案》规定的各项权利中，公民刑事程序权利比例达 64%；日本宪法规定的各项权利中，公民刑事程序权利比例达 52%；俄罗斯宪法规定的各项权利中，犯罪嫌疑人、被告人权利比例达 48%。

第二，刑事诉讼法是宪法得以实施的手段。

宪法当中很多的制度、原则与规则都依赖于其它部门法，尤其是刑事诉讼法才能实现。宪法如果与其他部门法相分离，就仅仅是宣言而无法得到有效实施。

以美国为例，美国在建国制宪后不久就通过了前 10 条宪法修正案。这些修正案规定了大量的公民在刑事诉讼中应当享有的权利。例如，第四修正案规定了公民有不受非法搜查和扣押的权利；第五修正案规定了公民有不被强迫自证其罪的权利、不受双重危险的权利；第六修正案规定了公民有获得公正的陪审团迅速和公开审判的权利、与对方证人对质的权利、获得律师帮助的权利，等等。

但是，这些宪法性权利长期以来在司法实践中一直没有得到实现。以获得律师

帮助权为例，直到上世纪 60 年代，美国联邦最高法院在大法官沃伦的主导下，进行了正当程序革命，作出了一系列具有标志意义的判决，才使得获得律师帮助权被落到实处。

（二）刑事诉讼法与刑法的关系

中外法学界曾一度认为刑事诉讼法与刑法是从属关系，即刑事诉讼法是刑法的附属品，刑事诉讼法的目的在于保障刑法目的的实现，刑事诉讼法只具有工具价值。随着人权保障观念的增强，人们对刑事诉讼法与刑法之间关系的认识也发生了变化。人们认为，刑事诉讼法不仅仅是实现刑法的手段和工具，还有着自己独立的价值——保障人权。

虽然刑事诉讼的许多制度设计是为了追诉犯罪，但并非所有刑事诉讼的制度设计目标都是如此。甚至，有些刑事诉讼制度为了保障被追诉人的合法权利而牺牲了犯罪追诉效率，比如沉默权规则、非法证据排除规则、禁止双重危险原则等。

刑事诉讼法的学习方法

讲解完刑事诉讼法学的两个基础问题后，陈永生教授又针对刑事诉讼法学课程的学习方法向在场新生进行介绍。

（一）应当熟练掌握刑事诉讼的基本原理

刑事诉讼的知识体系大致包括：原理、制度、具体规则。

原理决定制度和具体规则，掌握基本原理，如何进行制度设计的问题以及诸多实践问题都将迎刃而解。很多问题如果不从原理的角度来分析，而仅从制度的角度进行分析，就可能出现“公说公有理、婆说婆有理”的尴尬状况；而一旦从原理角度进行分析，道理就一目了然。

比如近半年广受争议的“捕诉合一”问题，从刑事诉讼的原理出发，就可以直接发现“捕诉合一”的观点是错误的。

审查批捕和提起公诉是两种截然不同的机能，审查批捕的机能发挥需要检察机关中立地对犯罪嫌疑人是否符合逮捕标准进行判断，这种判断是一种裁判机能；而提起公诉是一种控诉机能。这两种机能的目標不同，不能由同一主体行使，否则就像在运动场上由参赛选手担任裁判一般。

与之不同，“捕诉分离”包括两次审查机制，即有两次纠正错案的机制。从辩

护方角度来看，在捕诉分离机制下，辩护律师有两次辩护的机会，辩护律师可以先向审查批捕的检察官辩护一次，没有成功的话还可以向审查起诉的检察官再辩护一次，这种机制是相对合理的。

此外，“捕诉合一”机制下批捕的检察官必然作出起诉的决定，因为不起诉意味着批捕决定是错误的。而错捕的赔偿机制中包括“追偿”，从检察官个人角度出发，其作出不起诉决定的可能性很小，这是不利于维护司法公正的。

刑事诉讼的基本原理包括刑事诉讼的基本范畴和基本原则两方面。

刑事诉讼的基本范畴包括价值、目的、职能、构造四部分。

刑事诉讼的价值包括内在价值（独立价值）和外在本价值。

刑事诉讼的目的在于指国家建立刑事诉讼制度、进行刑事诉讼活动所希望达到的理想的目标。

刑事诉讼的职能是指参与刑事诉讼的主体在刑事诉讼当中所承担的职责和功能，而不同主体承担的职责和功能是不同的，具体可以根据主体不同划分为三项：控诉职能、辩护职能和裁判职能。

刑事诉讼的构造是指控诉、辩护、审判三种职能在刑事诉讼中的地位 and 相互关系。从古到今，刑事诉讼构造依次经历了奴隶社会的弹劾式诉讼模式，封建社会的纠问式诉讼模式，以及现代社会的当事人主义、职权主义和混合制诉讼模式。

刑事诉讼的基本原则非常多，包括无罪推定原则、控审分离原则、控辩平等原则、司法审查原则、比例原则、不得被迫自证其罪原则，等等。

（二）应当紧密结合各国的司法体制

司法体制与诉讼程序的关系就宛如铁轨与火车的关系，火车再好，铁轨质量不高的话，其运输功能也难以充分发挥。诉讼程序一旦修改，那么旧的、不合理的司法体制也应当作出相应完善，否则，不合理的司法体制就会制约诉讼程序机能的实现。

中国刑事诉讼程序的立法设计和制度设计较之于法治发达国家虽然存在差距，但差距不大，可是刑事司法实践较之于法治发达国家却存在较大差距。

之所以差距大，是因为中国的司法体制存在较多问题，其中的关键问题在于司法地方化。而本轮司法改革的重要内容是司法去地方化，其中包括多项举措，如实现省级以下法院、检察院的省级统管，建立巡回法庭、试行跨行政区划法院等，但相应改革面临的阻力也很大。

（三）应当善于运用模式分析法

模式分析法是指在分析某一事物时，根据研究目的的需要，将其划分为不同的类别，并抽象出不同类别之间的主要区别，以及导致这些差别的结构性原因。模式分析的核心在于分类，它的运用前提在于研究的这一事物存在不同的类别。

同时，同一事物往往可以做出不同类别的划分，这里采用的分类方法应当根据研究需要来确定。在研究过程中还应当抓住不同类别之间的“主要”区别，不宜纠缠细节。

此外，还要找到导致区别产生的原因。研究的意义在于对现行制度改革提出建议，而只有消除导致问题产生的原因才能对制度进行改造。对于刑事诉讼而言，最重要的一种模式分析方法是职权主义和当事人主义模式的划分，此外还包括审判中心主义与侦查中心主义、证据法定主义与自由心证主义、言词审理模式与书面审理模式等不同的模式划分。

（四）应当关注立法、司法解释的最新变化

中国的刑事诉讼目前处于剧烈变革中，《刑事诉讼法》的相关解释也处于不断变化中，且涉及内容广泛而深入。尤其在本轮司法改革启动后，司法解释推出速度极快、频率极高，如果不能及时了解刑事诉讼司法解释的最新变化，就会导致知识滞后，这对于专业法科学子来说是不可原谅的。

以非法证据排除的范围为例，近几年来就经过了多次重大修改，因此想要对非法证据排除规则有全方位的把握，必须熟悉最新法律规范。

（五）应当注意与刑事诉讼有关的数据、尤其是大数据的收集和分析

《刑事诉讼法》是应用型课程，不是理论型课程，因此学好刑事诉讼必须以了解中国实践为前提。要了解中国实践，第一个方法是加深对典型案例的认识，尤其应当对媒体广泛报道的案例进行了解。但有时典型案例只能反映部分情况，如果想对整体情况有所了解，还应当借助大数据分析。大数据是对中国刑事司法普遍情况最直接的展示。

陈永生教授在此处向新生们推荐了一些刑事诉讼学习过程中获取数据的渠道：

《中国法律年鉴》，最高人民法院、最高人民检察院的工作报告（分年度报告和专项报告），中国裁判文书网，国家统计局官方网站“数据查询”栏目，联合国官方网站“数据查询”栏目，主要国家、地区法院、检察院、警察、司法行政机

关的官方网站等。

（六）应当正确对待立法与实践的落差

首先应当承认在中国，法律规范与司法实践是有差距的，但是这种差距不能成为法律职业工作者违法履职的借口。合理的做法是按照立法来开展诉讼活动。即便在有些案件当中不得不兼顾现实，也不能完全迁就现实，在合理的限度内尽量依法办案是法律职业工作者的底线。作为法学学子，在不久的将来，应当尽己所能地推动中国法治的进步。

Q&A

讲座最后，陈永生教授向在场新生们推荐了刑事诉讼法学科的参考书目并在提问环节与学生们积极互动，对同学们提出的问题作出详尽的回答。整个讲座持续了近三个小时。互动环节后，刘哲玮老师再次向陈永生教授表达谢意，宣布讲座正式结束。

为了引领新生跨入法学殿堂，
北京大学法学院特邀本学期部分主干必修课授课教师
开讲“法学第一课”

法学院凯原楼
学术报告厅

北大“法学阶梯”
入门讲座系列之三

如何学习 宪法学

9/18 (周二)
8:00-9:50



王 磊

北京大学法学院教授、博士生导师，
兼任中国宪法学会副会长、北京市宪法学会副会长、
北京市人大常委会立法咨询专家等。
长期从事宪法学教学科研工作，讲授宪法与行政法、港澳台法律等课程，
出版专著多部，发表论文数十篇。

主办：北京大学法学院

冷 锋设计工作室
品牌设计 | 视觉传达

2018年9月18日上午，北大“法学阶梯”入门讲座系列第三场——“如何学习宪法学”在北京大学法学院凯原楼学术报告厅举行。本场讲座的主题为“如何学习宪法学”，主要讲解何为宪法、何为宪法学以及如何学好宪法。

本次讲座的主讲人是北京大学法学院的王磊教授，北京大学法学院院长助理刘哲玮副教授担任主持。

来自北京大学及周边高校的听众近400人聆听了讲座。刘哲玮老师在简要介绍王磊教授的学术背景后，宣布讲座正式开始。

讲座分为五个单元：

宪法是人权保障法

宪法是授权法

宪法是限权法

宪法是根本法

宪法是调整公民权利与国家权力基本关系的部门法

讲座伊始，王磊教授风趣而不失严谨地向同学们强调了学习宪法学的重要性。他认为，虽然在座各位新生在本科甚至高中阶段就已经学习过宪法知识，而枯燥的传统授课方式可能使得许多人对宪法不如对其他法律那么感兴趣，但事实上宪法的学习应当是最有意思的，因为宪法牵涉到社会生活的各个领域。

宪法是人权保障法

为了进一步论证宪法的意义，王磊教授将话题引入了讲座的第一单元——“宪法是人权保障法”。

他首先以宪法的视角，对近期热点的“瑞典中国游客事件”进行深刻剖析，认为在暂时搁置道德对错的前提下，一个合格法律人在本次事件中应当关注的重点是：中国人究竟触犯了瑞典什么法律，以至于瑞典警方对包括两位老人在内的中国一家三口采取了如此粗暴的执法方式？换句话说，整个事件的核心法律问题是当事人的人权是否遭受了公权力的侵犯。

王磊教授进而引申出宪法学界对于人权概念的定义，即人权是之所以为人而区别于动物所享有的尊严和价值，而宪法就是这样一部以保障人权为根本目的之法律。

正是基于这个理由，我国于2004年将“人权条款”写入宪法修正案。值得注意的是，宪法将“人权条款”安置在“公民的基本权利和义务”一章，这体现了人权与公民的基本权利是紧密关联的，但两者在概念界定上仍有一定区别。

人权的概念更加抽象，语义涵盖范围也更加广阔。虽然整个宪法文本只有第三十三条第二款出现了“人权”二字，但从宪法解释学的视角来看，宪法第三十四条到第五十条，从个人自由到政治权利再到社会经济文化权利，都应当被视为人权概念在宪法条文上的映射。

又如，南非宪法法院 1995 年“废除死刑案”中，被告犯罪事实清楚、证据确凿、适用死刑的依据明确，被下级法院判处死刑，但最终南非宪法法院却以死刑违反了南非宪法第 11 条第 2 款的关于禁止残酷的、不人道的、异常的刑罚的规定，宣布死刑违宪。

另一方面，虽然其他法律也同样保障着公民的各项权利，但宪法所保障的人权是公民日常生活中最至关重要的权利，如人格尊严、平等权等，因此需要确立“法无明文规定禁止即自由”的原则，最大程度地保障公民所享有的权利和自由。

王磊老师生动形象的比喻到：

“每部法律都有它的味道，刑法因惩治犯罪所以味道是苦的，民法调整平等主体之间的人身关系和财产关系，味道是酸的。

但宪法的味道是甜的，因为宪法要制约公权力、以保障公民基本权利，避免违宪的法律法规或行为对人权的侵犯”。

宪法是授权法

在“宪法是授权法”单元，王磊教授指出，政府的公权力都是由宪法授予的，因此全国人大与全国人大常委会行使的国家立法权、国务院行使的行政管理权、最高人民法院行使最高审判权以及最高人民检察院行使法律监督权等等，这些国家机关的权力都必须由宪法明文规定。

对国家机关授予公权力的同时，也必须明确授权范围。众所周知，国家权力是一个抽象的概念，而现代国家权力的运作又很难再像古希腊城邦那样通过召开公民大会的方式来进行，需要依据不同的宪法理论对国家权力进行分工、授予不同国家机关不同程度的权力，同时人民保留一部分权利。

这都需要立宪者与修宪者不断地对宪法进行完善。也就是从这个意义上讲，国家机关的公权力是需要宪法授予的，没有授予就不能行使，即“法无明文规定即禁止”，而公民的私权利则与此相反，即“法无明文禁止即自由”。

王磊教授强调，这也是为什么虽然设区的市的人大及其常委会可以制定地方性法规，而区、县、镇的人大就不能制定；为什么人大及其常委会可以按照法定程序

对法官进行任免，而吉林省磐石市中级人民法院对法官的“不信任弹劾办法”则有待商榷——因为宪法没有授权。

宪法是限权法

在“宪法是限权法”单元，王磊教授指出，“权力是有限的”这一观念是建立在宪法是限权法的基础之上的，即宪法本身是一部限制权力的法律。无论是税务机关征税，还是环保机关采取措施保护环境，亦或公安机关对犯罪嫌疑人实施逮捕，都必须在一定范围内行使权力，而这也是最容易引发宪法问题讨论的地方。

权力的有限性不仅体现在权力的内容上，也经常表现在权力行使的程序之中。

王磊教授举了两个例子：

一是，湖南省政府为了加强行政程序合法，率先制定了《湖南省行政程序规定》中，开创了全国“省级行政程序规章”之先河。虽然湖南省政府的出发点是好的，且从法律位阶的角度来看，省政府显然有权制定地方政府规章；但从法律的实际内容来看，《湖南省行政程序规定》可能牵涉到对国家机构的规定，从而可能触及宪法第六十二条第三款规定的、全国人大制定和修改有关国家机构的基本法律的职权，因而值得深入探讨。

二是，个别地方检察院允许当事人在案件调查中自选检察官，甚至引入“末尾淘汰机制”，对被当事人选择最少的检察官进行“处理”。且不论这种办法是否真正能够对检察官依法独立行使职权、维护社会公平正义产生有利影响，在宪法条文已经明确“检察院的组织由法律规定”的前提下，仅凭检察院的内部规范就做出超越宪法和法律规定的规定，显然有越权之嫌。

王磊教授总结道，政府公权力必须是有限的，而宪法正是这样一部限权法。

宪法是根本法

在“宪法是根本法”单元，王磊教授认为，宪法是国家的根本大法，这是当今所有中国公民都能接受的命题。而宪法之所以被称为根本法，存在以下三个方面的理由：

（一）规定内容的重要性。宪法对于公民基本权利与国家机构的规定，都与公民的生活息息相关，而其他法律所规定的内容无论是在对象范围上还是重要程度上都不能与宪法相提并论。

(二) 制定和修改程序的严格性。在我国, 法律的制定与修改可以由全国人大或者全国人大常委会依照法定程序过半数通过, 而我国宪法条文中仅规定了宪法的修改程序, 且宪法的修改只能由全国人大经三分之二以上代表多数表决通过。

(三) 位阶效力的最高性。宪法所享有的最高法律位阶使得一切法律、行政法规、地方性法规以及其他规范性文件都不得同宪法内容相抵触, 即“宪法至上”的原则。

为了进一步说明宪法的根本法效力, 王磊教授以 2003 年的广东“孙志刚案”作为举例。

2003 年, 湖北大专生孙志刚在广州工作, 因晚上出门没带身份证, 被拘留至某派出所。期间, 虽然公司第一时间派人将孙志刚的身份证送至派出所, 但是孙志刚仍被扣押, 并先后被转送至广州市收容遣送站和广州市收容人员救治站, 最终在救治站身亡。

本案的关键争议点是: 孙志刚被收容遣送的法律依据是国务院于八十年代制定的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》, 该《办法》在法律位阶上属于行政法规, 而《宪法》和《立法法》已经规定, 对公民限制人身自由的强制措施和处罚, 只能通过制度法律来规定, 且全国人大及其常委会不得授权国务院就这类事项先行制定行政法规。

宪法作为国家根本法, 具有法律位阶的最高效力, 所以《办法》涉嫌违宪。国务院最终是以“不适应新形势的需要”的理由自行废止了《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》。试图以撤销抵触上位法的下位法的方式建立中国的合宪性审查, 仍然任重而道远。

另一方面, 王磊教授也要求新生们正确地理解宪法作为根本法与作为法律之间的关系。他解释道, 宪法首先是一部法律, 与刑法、民法等其他法律一样具有法律强制力, 这是法律的共性。但在现实生活中, 因为种种原因, 宪法很难被适用, 这是一个值得深思的问题。

尽管宪法作为根本法的观念非常重要, 但宪法也需要“接地气”, 能够真正进入公民的现实生活。中央提出, 依法治国首先是依宪治国, 依法执政首先是依宪执政, 这一论断非常重要。

宪法是调整公民权利和国家权力基本关系的部门法

王磊教授认为, 宪法还是调整公民权利和国家权力之间基本关系的部门法。宪法序言最后一段与宪法正文第五条分别规定了“全国各族人民、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, 都必须以宪法为根本的活动准则”“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”。

宪法是公民权利与国家权力的连接点, 因此需要具体分析公民权利与国家权力之间的最基本的方面。比如说, 公民依据宪法和法律行使选举权, 选举人大代表组成国家权力机关行使立法权, 在通过国家权力机关派生出政府、法院与检察院, 分别行使相应的行政权与司法权, 最终将公民权利与国家权力联系起来”。

另一方面, 宪法也规定权利与权利之间、权力与权力之间的关系。在私权利之间, 个人的权利行使有可能会与他人的权利相冲突。在王磊教授所举例的“美国同性恋婚礼蛋糕”一案中, 同性恋人购买蛋糕不受歧视的平等权利, 与蛋糕店老板宗教信仰自由的权利, 就产生了冲突, 两个权利之间的价值衡量就必须依据宪法作出。

再如, 针对“超市搜身案”, 有人写文章斥责超市侵犯人格尊严, 却反被超市起诉侵犯名誉, 这里个人言论自由与商店名誉权也需要依据宪法衡量。

在公权力之间, 宪法对公权力的划分最终也会影响到私权利的保障。比如, 我国宪法规定, 全国人大常委会的组成人员不得担任国家行政机关、监察机关、审判机关和检察机关的职务, 最终目的还是为了使得国家权力机关代表人民监督“一府一委两院”, 保障公民权利。

再如, 宪法规定, 人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件, 应当分工负责, 互相配合, 互相制约, 表面上看是确定公检法三机关之间的关系, 实际上是为了保障人权, 避免内蒙古呼格吉勒图案这类冤假错案再度发生。

最后, 王磊教授强调, 虽然宪法与民法等其他部门法相类似, 都调整特定的法律关系, 但民法只是调整平等主体之间的法律关系, 而宪法调整的则是不平等主体之间的法律关系, 因为国家作为公权力主体相较于个人作为私权利主体总是过于强大。因此, 同学们学习宪法一定要从公民权利与国家权力两个角度来分析宪法法律关系。

Q&A

在提问互动环节, 王磊教授为耐心地为听众一一答疑解惑, 详尽回答了同学们就宪法学习提出的一些问题, 整个讲座在活跃的氛围中持续了两个多小时。

最后, 刘哲玮老师再次向王磊教授表达感谢, 宣布本次讲座圆满结束。

为了引领新生跨入法学殿堂，
北京大学法学院特邀本学期部分主干必修课授课教师
开讲“法学第一课”

法学院凯原楼
学术报告厅

北大“法学阶梯”
入门讲座系列之四

如何学习 行政法学

9/18 (周二)
15:10-18:00



湛中乐

北京大学法学院教授、博士生导师，
兼任中国行政法学研究会副会长、
中国教育学会全国政策与法律专业委员会副会长、
中国人权研究会常务理事等。长期从事行政法学教学科研工作，
讲授行政法、行政诉讼法和教育法等课程，
出版教材和与专著数十部，发表论文数十篇。

主办：北京大学法学院

冷门设计工作室
LUMINA DESIGN

本场讲座的主讲人是北京大学法学院的湛中乐教授，北京大学法学院院长助理
阎天老师担任主持人。

来自北京大学及周边高校的听众近 400 人聆听了讲座。湛中乐教授系北京大学
法学院教授、博士生导师，兼任中国行政法学研究会副会长、中国教育学会全国政
策与法律专业委员会副会长、中国人权研究会常务理事等。湛中乐教授长期从事行
政法学教学科研工作，讲授行政法、行政诉讼法和教育法等课程，出版教材和专著
数十部，发表论文百余篇。

本场讲座的主题为“如何学好行政法学”，讲座内容主要是向新生讲解何为行
政法、何为行政法学、行政法学的体系与基本内容以及如何学好行政法学。阎天老
师在简要介绍北大“法学阶梯”入门讲座的性质以及湛中乐教授的学术背景以及学
术成就之后，宣布讲座正式开始。

引言

在正式开讲之前，湛中乐教授提出若干问题供同学们思考，希望通过这些问题
引发同学们学习行政法的兴趣，进而为后面所要讲述的内容作铺垫。湛中乐教授所
提出的问题主要包括以下几点：

- 你是否知道“民告官”是什么意思？你是否知道历史上的鲁迅诉民国时期教育
部并且胜诉的故事？
- 你是否知道北京的红黄蓝幼儿园事件、露出城市天际线行动？是否了解假疫苗
事件？
- 你是否知道中国计划生育政策的转变？你是否知道中国 14 亿人口的结构正在
发生重大变化？
- 你是否知道中国改革开放 40 年来，政府在推动改革与开放方面的作用和面临
的挑战？是否知道“权力清单”和“负面清单”？
- 你是否知道近年来的行政机构改革？是否了解政府职能的转变、优化与调整？
- 你是否知道苏嘉鸿诉中国证监会二审胜诉事件？
- 你是否知道我们的母校北京大学曾经也遭遇过学子的起诉，并且学校也有败诉
的历史？
- 你是否知道英国的行政裁判所、美国的独立管制机构、法国和德国的行政法院、
北欧国家的 Ombudsman 制度？

湛中乐教授认为，上述问题与个人命运、社会环境息息相关。这些问题的妥善解决依赖于我们所要学习和研究的行政法。学习和研究行政法要做到知行合一，针对日常生活中的问题，从行政法学的角度提出应对之策。

行政法作为公法的重要组成部分，与国家、社会、政府密切相关，我们要关注社会与国家、公民与政府之间的关系。不仅关心个人利益，还要关注公共利益的实现，关注社会与国家这个整体。这要求我们有责任感、使命感和担当精神，要有家国情怀。

第一部分

引言部分结束后，湛中乐教授正式开始本次讲座第一部分的内容：何为行政法？何为行政法学？

关于行政法的概念，湛中乐教授首先介绍国外理论界的两种经典定义：

一种是美国学者古德诺提出来的，即行政法是公法的一部分，它规定行政机关的组织和职权，并规定公民在受到行政行为侵害时的行政救济；

另外一种德国学者奥托·迈耶提出来的，即行政法是特别用于调整作为管理者的国家和作为被管理者的臣民之间的关系的法律部门。

在此基础上，湛中乐教授简要梳理了国内行政法教材中的定义，进而提出，以下三个命题几乎是行政法学界的共识：

第一，行政法是公法；

第二，行政法是有关公共行政的法；

第三，行政法是控制（规范）行政权的法。

第一，行政法是公法。私法是立法机关为个体共同生活制定的规则，而公法则是调整掌权者与隶属者之间关系的规则。公法包括两个方面的内容：一是有关国家组织的法律；二是调整国家与其成员之间关系的法律。行政法的调整对象是行政机关与公民之间的关系，这一点决定了行政法的公法属性。

第二，行政法是有关公共行政的法。与公共行政相对应的是私行政，私人、经济和社会领域的行政就属于私行政，例如个人对其财产的管理、工业企业的管理、团体事务的管理。公行政与私行政的区别首先体现在主体上，前者的实施主体通常表现为政府，而后的实施主体主要体现为民法上的法人。

二者的区别还表现在目的上，公行政的目的是公共利益，而私行政的目的则是私人之利益。最后，二者在手段上也有所不同，公行政之实施需要国家高权之保障，

因此往往具有强制性，而私行政因为意思自治与契约自由之限制，一般不得强制。公共行政具有权力性、公共性与法律性三大特点。

第三，行政法是控制（规范）行政权的法。启蒙运动后，法治观念已经在各国确立。行政权受法律支配的观念自然随之确立。行政权受法律支配主要表现为法律保留原则和法律优先原则。前者要求行政机关只有在取得法律授权的情况下才能实施相应行为。后者要求行政应当受现行法律的约束，不得采取任何违反法律的措施。行政权受法律支配转化为中国话语就是依法行政。

中国行政法学者通常将依法行政原则分解为行政合法性原则（包括法律保留和法律优先）和行政合理性原则（包括行政公开原则、行政公正原则、比例原则、信赖保护原则、尊重和保障人权原则）。

国务院于2004年颁布的《全面推进依法行政实施纲要》当中将依法行政分为六个原则：合法行政；合理行政；程序正当；高效便民；诚实守信；权责统一。这些原则有着重大的进步意义，需要在行政机关的执法实践以及法院的司法实践当中得到运用。

唯有如此，法律才能树立权威，老百姓才能信服。例如，在汇丰公司不服哈尔滨市规划局行政处罚上诉案中，比例原则在我国司法实践中第一次得到了运用，这一点对于公民权利之保障具有积极意义。

在对行政法的概念作了详细讲解之后，湛中乐教授对行政法的特征进行了介绍。结合学术界的既有学说，湛中乐教授认为，行政法至少具备以下三大特征：

首先，行政法规范涉及的领域较广。税收、工商、警察、交通、金融、海关等领域都属于行政法的调整范围。二战后，现代国家已经进入行政国家时代，国家对社民社会的干预无处不在，行政权成为国家权力中最强有力的权力。在行政国家的时代背景下，行政的范围急剧扩张。

其次，行政法规范灵活易变，修改频繁。行政法规范的易变性取决于行政关系的易变性。这也是行政法解释技术没有民法解释那样发达的原因。

最后，行政法规范过于庞杂，法典化难度较大。各国只有行政程序法，并没有类似民法典那样的行政法典。

在讲解了行政法的概念及特点后，湛中乐教授进一步围绕何为行政法学以及行政法学在中国的变迁这两大问题展开了讲解。

行政法学是一门法律学科，以行政法规范和行政法现象为研究对象。有关行政法的知识体系化以后就形成了一门学科，即行政法学。行政法学不同于行政法，行

政法学一门法律学科，以行政法为研究对象，其任务是生产有关行政法知识；行政法是一个法律部门，其任务是调整行政关系。同时，湛中乐教授还特别强调了行政法学作为部门法的独立性，即行政法学是一门独立于行政管理学、宪法学的学科。

关于行政法学在中国的变迁这一问题，湛中乐教授赞同这样的观点：

中国行政法学“起步于清末，初定于民国，变迁于新中国成立之后”。

清末变法过程中，留日学生归国后将日本的行政法学著作译介到中国。1906年创办的京师法律学堂聘请了日本法学专家冈田朝太郎主讲行政法。

到了民国时期，钟庚言、白鹏飞教授分别在朝阳大学、北京大学等学校讲授行政法。1949年以前的中国行政法学具有如下两个重要特征：基本上是日本行政法学的摹本，而日本行政法受德国行政法的影响最大，因此当时中国的行政法可以归入大陆法系；本土化趋势显现，三民主义、五权宪法理论和建国大纲是当时的行政法理论的基础。

新中国成立前夕，中共中央决定废除国民党的“六法全书”。由此到1980年代之间，我国在建设和研究行政法方面主要模仿苏联。行政法沦为政治的附庸，以管理为灵魂的苏联行政法观念由此给中国行政法学留下深刻的印记。后来，受“法律虚无主义”和“阶级斗争为纲”的影响，行政法和行政法学的发展基本停滞。

粉碎“四人帮”以后，中国共产党对过往经验教训进行了深刻的反思和总结，法律的作用逐渐得到重视，行政法和行政法学在这种背景下逐渐复苏，但是最初并未摆脱苏联模式的影响。

从1980年代开始，行政法和行政法学逐渐复苏。在教学上，北京大学法律系率先在本科生和研究生中开设外国行政法、比较行政法和行政诉讼法等与行政法有关的课程。当时的教学人员多是合并到宪法学或国家法教研室，并无独立的行政法教研室。

在教材上，1983年王珉灿主编的《行政法概要》出版，这是改革开放以来的第一本统编行政法教材。1989年罗豪才主编的《行政法学》是第二本统编行政法教材。在此之后，各种行政法教材不断涌现。龚祥瑞先生的《比较宪法与行政法》和王名扬先生的行政法三部曲已经成为行政法学的经典著作。

第二部分

第一部分关于何为行政法、何为行政法学这一问题得到清楚讲解之后，湛中乐

教授围绕我国行政法学的体系与基本内容这一问题作了细致的报告。

关于行政法学的知识体系，湛中乐教授主要从行政法的理论基础、行政法总论（一般行政法）、行政法各论（部门行政法或特别行政法）这三个方面分别展开论述的。

首先，关于行政法的理论基础问题，湛中乐教授认为行政法的理论基础是指行政法最根本的理论问题。随着行政立法工作的开展，行政法的理论基础逐渐引起讨论，形成多种观点。行政诉讼法的起草过程中引发了“控权”还是“保权”（行政权）的争论。

罗豪才教授等于1993年发表的《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对人一方的权利义务平衡》一文提出平衡论，拉开了争论的序幕。平衡论的基本观点认为，现代行政法追求行政机关与相对方权利义务总体平衡，以兼顾国家利益、公共利益和个人利益的一致。

平衡论的提倡者可以称之为“北大学派”。除了平衡论外，最具有影响力的观点是控权论，其基本观点认为，行政法的主要职能是控权。

同时，还存在服务论之说，其基本观点认为，行政法的理论基础是为人民服务，行政法的唯一目的是执行人民意志。

除了以上几种不同观点外，理论界还存在政府法治论与公共利益本位论这两种不同学说，前者认为，政府由法律产生、政府由法律控制、政府依法办事、政府对法律负责、政府与公民法律地位平等。后者的基本观点是，法的基础是利益关系，行政法的基础是公共利益与个人利益的关系，这种利益关系是对立统一的，公共利益本位是行政法的基础。

在介绍了国内关于行政法理论基础的几种观点之后，湛中乐教授还对西方国家的若干学说进行了梳理。湛中乐教授认为，英国行政法学界也讨论行政法的理论基础，主要存在红灯理论、绿灯理论、黄灯理论三种不同观点。

红灯理论源于19世纪的国家理论，认为管得最少的政府就是最好的政府，法律旨在控制公权力的滥用，司法干预的存在为人们提供了安全之网，起到刹车或者制动器的作用。

绿灯理论则与行政扩张的时代背景相适应，认为国家是促进共同体目标实现的有效方式，法律是授权的工具，起到引擎作用。

黄灯理论类似于平衡理论，介于刹车与引擎之间，择机而行，适度平衡。

美国学者关于行政法的理论基础问题也有深刻的讨论。依据美国行政法学者斯图尔特的研究，美国行政法正在从传统模式向利益代表模式转换。传统模式将行政

机关设想为一个传送带，其职责是在特定案件中执行立法机关的指令。利益代表模式则通过利益代表的参与使得行政过程具有政治性。此外，湛中乐教授还提到了法国学者对行政法理论基础的探讨。

其次，关于行政法的总论问题，湛中乐教授认为，行政法总论研究行政法的一般性问题，即各个行政领域的共性问题。总论与分论的关系可以概括为两个方面：

一方面是归纳关系，行政法总论是特殊领域内的规范模式加以归纳、一般化之后得出的内容；

另一方面是演绎关系，部门行政法的发展需要行政法总论在宏观上的指导。

从内容而言，行政法总论包括行政组织法、行政行为法（包括程序法在内）和行政救济法三大部分。其中，行政组织法主要包括国务院组织法、地方政府组织法、公务员法等。行政行为法主要包括行政行为理论；定型化的行政行为包括行政许可、行政处罚、行政强制措施等。而行政救济法则主要包括行政复议法、行政诉讼法、国家赔偿法等。

在公共行政剧烈变动的时代背景下，有学者提出构建“新行政法”，风险规制、行政自制、合作治理与行政决策等领域的研究都可以归入新行政法研究范围。有学者将新行政法的发展进路归纳为两种：内生增长论与结构转换论。

前者是指传统行政法面临巨大挑战，需要进行较大调整，但这种调整可以在传统框架和结构范围内完成。而后者则指传统行政法结构已经很难适应公共行政的剧烈变化，需要建立新的行政法框架和结构。

最后，关于行政法的各论问题，湛中乐教授认为，近年来发展较快的部门行政法包括教育法、警察法、卫生法等，从某种意义上讲，经济法也是一个部门行政法。关于行政法边界，有些民法学者就曾经有过相应的论述。

从当前研究成果来看，部门行政法研究中往往存在两个困境：要么照搬行政法总论（行政复议法—教育行政复议），要么与行政管理学趋同（教育法与教育学混同），导致部门法研究缺乏知识增量，不符合与行政法总论与部门行政法之间的互动关系。

第三部分

第二部分关于我国行政法学的体系与基本内容这一问题得到清楚讲解之后，湛中乐教授最后对本次报告的重点——如何学习好行政法学这一问题作了详细的报告。

湛中乐教授认为，学好行政法学应从以下三个方面着手：

第一，基本概念和基本原理；

第二，制度规范；

第三，法律实务（包括立法、执法与司法等）。

这是学习和研究行政法的三个层次。

首先，应熟练掌握基本概念（范畴）与基本原理。应当以一本或两本经典的行政法教材为核心，进行对比阅读，还可以进行专题式学习。在阅读教材的基础上，要收集相关专题的著作和论文，加以研习，形成读书笔记或报告。

湛中乐教授建议根据引用率、出版社、期刊级别来挑选行政法教材、著作和论文。在熟练掌握行政法的基本概念和基本原理的基础上，我们还应当具备宪法学、法理学的基础知识。

关于宪法与行政法的关系，存在两种观点：一种是行政法长存，宪法消逝；另一种是行政法是宪法的具体化，宪法典是静态的宪法，行政法是动态的宪法，行政法是宪法的实施法。

学好行政法还需要的法理学和法哲学知识，如权利与义务的关系、公民与国家的关系、权力分立与权力制衡的原理、法律与暴政、善治的关系等等问题。

其次，应当熟练掌握行政法规范。行政法规范是行政法学的研究对象，条文和判决是行政法学的最基本素材。重要的行政法条文包括：行政许可法、行政处罚法、行政强制法、行政复议法、行政诉讼法、国家赔偿法。这是最基本的六部法律，要熟练掌握。

至于如何阅读和学习条文，湛中乐教授不主张死记硬背，而主张在理解的基础上记忆。为了更好的理解法律条文，同学们应当阅读条文释义、立法背景资料以及与条文有关的学术论文。比较阅读的方法也有利于加深我们对某一法条的理解，可以将我国的法律条文与域外国家或地区的条文进行对比阅读，美国、德国、日本以及我国的港澳台地区都是比较好的比较对象。

最后，应当参与行政法律实务工作。不能只将法律实务理解成司法，立法活动和行政活动同样属于法律实务工作。法学与司法之间关系密切，这是不可否认的；但是法学作为一门社会科学，还应当为立法活动和行政活动做出自己的知识贡献。

例如，立法中如何实现不同法律之间的衔接，行政活动中如何确保行政行为的合法性……社科法学具有生命力，而只关注司法会让法学走向封闭和教条。在立法层面，参与立法要求具备专业立法技术，对立法体系、结构与具体内容等有着充分

的理解。在行政层面，参与范围包括行政立法、行政执法与行政司法等。

最后，在司法层面，湛中乐教授建议同学们多阅读、分析案例。这些案例包括最高人民法院已经发布的行政法指导性案例，如田永诉北京科技大学案；还包括最高人民法院公报案例，如甘露诉暨南大学开除学籍案；还应当关注一些热点案例，例如苏嘉鸿诉中国证监会案、刘燕文诉北京大学案、香港嘉利来公司不服北京市外经贸委案、北京二商诉商务部案等。在阅读案例的基础上，还应当多练笔，撰写案例报告，提出见解。

整个讲座持续了三个小时。最后，主持人阎天老师再次向湛中乐教授表达谢意，宣布讲座正式结束。

为了引领新生跨入法学殿堂，
北京大学法学院特邀本学期部分主干必修课授课教师
开讲“法学第一课”

法学院凯原楼
学术报告厅

北大“法学阶梯”
入门讲座系列之五

如何学习 法理学

9/19 (周三)
15:10-18:00



强世功

北京大学法学院教授、博士生导师，
兼任北京大学法治研究中心主任、北大港澳研究中心常务副主任、
北京市政府立法专家委员会委员等。长期从事法理学教学科研工作，
讲授法理学、法律社会学等课程，
出版教材与专著十余部，发表论文数十篇。

主办：北京大学法学院

2018年9月19日下午，北大“法学阶梯”入门讲座系列第五场，在北京大学法学院凯原楼学术报告厅成功举行。本次讲座的主讲人是北京大学法学院的强世功教授，由北京大学法学院副院长车浩老师主持。来自北京大学及周边高校的听众近400人聆听了讲座。

本场讲座的主题为“如何学习法理学”，讲座主要分为三个部分：大学教育和三种教育模式，全球化与中国大学教育改革，以及法律传统、法律教育与法理学。车浩老师在简要介绍北大“法学阶梯”入门讲座的性质，以及强世功教授的学术背景以及学术成就之后，宣布讲座正式开始。

大学教育与三种教育模式

强世功教授认为，要学好法理学就要理解法律体系和法律教育，而要理解法律教育就要有理解大学传统，不同的大学传统和法律传统会形成不同的法律教育模式，而在不同的法律教育模式中，对法理学的理解也有所不同。为此，他首先从三种大学教育模式谈起。

无论中国还是西方，大学教育都始于古典时期。在中国，谈到教育就会想起第一位教育家孔子，而在西方则会以苏格拉底作为教育家的楷模。古典教育所注重的不仅是知识传授，更重要的是人格的养成。孔子认为教育的目标是培养修身齐家治国平天下的“君子”，从而与“小人”相区别；而苏格拉底则认为要培养“哲学家”，唯有哲学家的心灵品格才能承担起君主的治理责任，这就是“哲学王”。

现代大学教育中西方出现了不同的发展路径。在西方，现代大学开始于中世纪，那个时候西方社会的权力分割比较严重，有教会权力、封建权力、行会权力等，大学作为一种行会得到重要发展。1088年建立的意大利波伦那大学往往被看作是现代大学最早起源。中国的大学从汉代设立经学博士开始，也在成建制地发展，一直到晚清引入西方现代大学教育，建立了从京师大学堂。

在这样的历史进程中，逐渐形成了三种教育模式。

首先就是西欧的大学模式，这种模式承继了古典模式的精神，属于关注人格养成的博雅教育。强世功教授以西方大学的文理学院为例，介绍了它的历史起源及其对所以“七艺”的传授，并通过展示从巴黎大学、牛津大学、剑桥大学一直到美国的哈佛、耶鲁等西方著名大学的建筑照片，向同学们说明：这些类似于教会的大学建筑，意味着大学与教会有一个重要的相似之处：都是追求最超越的、绝对的真理。

教堂以信仰的方式体验到绝对上帝，而大学的目标也是要忘掉尘世生活而以理性的方式追求绝对美好的东西。

这个绝对真理可以体现在科学中，也可以体现在哲学中，也可以体现在艺术中，真善美最终合一的最高真理。所以文理学院强调文科与理科不分家，不同的路径来共同促进来探索永恒的真理。

第二种教育模式是德国洪堡创立的研究型大学模式。与西欧大学模式重视本科教育、强调人格养成和探索永恒真理不同，德国大学模式注重研究生教育，强调知识的研究和创造。

这种大学教育追求的不是所谓的绝对真理，而是普遍的知识，相信知识就是力量，一种可以直接服务于社会和国家的力量。这种教育模式所注重的不是人格养成或道德训练，而是科学研究方法和知识的专业化。因此教育中重要的不是经典阅读，而是强调讨论课、讲座、专题研究、科学试验、学术论文的重要性。

德国研究性大学模式对德国的崛起和德国全面赶超英法起到了非常大的作用，可以说德国的崛起在很大程度上要归功于德国大学模式的成功。这种大学模式实际上对美国大学模式的发展产生了重大影响，今天我们所熟知的美国哈佛、耶鲁、哥伦比亚、芝加哥等知名大学都是研究性大学。

中国从宋代以来的书院教育体系一直到晚清的京师大学堂延续的都是古典的博雅教育体系。但是蔡元培从德国引入了研究性大学的模式来改造北京大学，从而使得北京大学从传统强调道德人格的博雅教学转向研究学问的德国大学模式，强调学术“大师”，关注“学问”研究。

可以说，从晚清直至新中国成立后的50年代高校调整之前，中国大学教育主要借鉴德国研究型大学模式。因为中国与一战前的德国类似，是一个后发国家。社会普遍认为教育的根本目标是救国，救国就要依靠知识的力量，需要专业的知识，要培养各种类型的技术专家人才。

第三种模式是苏联教育模式。这种模式比德国大学模式走得更远，将专业教育从研究生阶段提前到本科生，学生一进入大学校园就分专业，各种专业院校成为教育的主体，综合性大学比较少。因为苏联相比于德国，更是后发国家，对迅速现代化的需求更强烈。

我国在50年代引进苏联模式，调整了院系、细分了专业。工业院系就有39种，比如铁道学院、钢铁学院、冶金学院、交通学院、石油学院、邮电学院、地质学院、服装学院、印刷学院等等，基本每个工业部门都有对应的院校，此外就是政法学院、

财经学院、外语学院等。这种模式在短时间内迅速培养了大量适应中国现代化目标的专业人才。

介绍完不同的教育模式后，强世功教授提醒大家，不要简单地臧否任何一种教育模式，而是要思考不同教育模式背后的理念和目标。

今天人们很容易批评苏联模式，但要看到如果没有苏联教育模式迅速、完整地提供现代化建设所需要的各种人才，中国的工业化和现代化进程是不可能迅速提升的。中国今天的成功很大程度上受惠于这种教育模式。

然而，随着时势的变化，中国大学教育模式也在经历着急剧的变化。今天中国的大学教育其实是三种模式的综合。以北京大学为例，本科的专业院系依然存在，但研究生教育飞速发展，目前研究生与本科生人数基本上保持在 1: 1，而且研究生还持续呈现上升状态。最近几年又开始学习美国、加强本科生的通识教育，试图推出美国模式的文理学院。

为什么中国教育要进行不断改革？强世功教授认为适应全球化的需要是最重要的推动力。在接下来的第二部分，他着重介绍了全球化大趋势下，中国大学教育面临的挑战和改革趋向。

全球化与中国大学教育改革

进入讲座第二部分，强世功教授首先介绍了全球化进程的三个阶段。第一阶段是历史阶段，离我们最远，可以追溯至地理大发现；第二阶段是记忆阶段，是以苏美关系为核心的冷战格局的形成和发展；第三阶段是体验阶段，也即我们正在亲身经历的阶段，主要是改革开放之后中国加入了美国主导的全球化。

全球化是什么？强世功教授引用了《共产党宣言》中对全球化和资本主义的经典描述，之后总结到：“资本主义商业、贸易推动的全球冒险，全球化可以理解为全球资本主义所推动的一场伟大革命。”

为了理解资本主义，强世功给大家推荐著名历史学家布罗代尔的《资本主义的动力》，并介绍说这本书将资本主义分为上层资本主义和下层资本主义。其中，下层资本主义的发展依赖于自由竞争，最典型的就是 18 世纪的工业革命，而 18 世纪的全球化就是由工业革命推动贸易的自由化和全球化；而上层资本主义的发展靠的维持高额利润的垄断，而这种高额垄断利润来源于金融、法律、科技等组织起来的复杂体系。这一点在列宁的《帝国主义是资本主义的最高阶段》中也说得非常清楚。

因此，金融和法律对于资本主义的意义不亚于科学技术的意义，而金融的背后乃是数学，这是一种复杂的知识，从来都掌握在少数人手中，他们对资本主义全球化革命的贡献不亚于蒸汽机这样的科学技术发展的重大贡献。

世界金融及其背后的法律服务中心从威尼斯、阿姆斯特丹向伦敦、纽约的转移恰恰是资本主义全球化扩张的最佳体现，而这也带动西方大学的重镇从意大利、英国向美国转移。今天全球的大学中数学、物理、计算机、生物、金融和法律专业之所以具有如此强大的吸引力就源于此。

目前，全球化上层资本主义的西方垄断依然存在，而西方之所以能够持续保持这种上层资本主义的垄断，一个重要原因就在于人才，就在于大学教育。

大学教育一方面是科技创新的思想源头，另一方面在思想文化创新的源头，前者体现为“硬实力”，后者体现为“软实力”，二者结合在一起强化了西方的实力。

由此，全球化对每个国家的教育提出了挑战，要么捍卫西方对全球化的主导和垄断，要么希望打破西方对全球化的主导和垄断。强世功教授认为，全球化就意味着各个国家在全球范围内展开的竞争，包括经济、政治和文化领域的全球竞争，而这种竞争说到底还是人才的竞争，是教育的竞争，是大学的竞争。

任何一个国家要想赢得这场全球竞争，就必须能培养出优秀卓越的创造性人才，这也自然能够在全世界范围内吸引到最优秀的人才，强化其硬实力和软实力，美国成功的秘密在于此。若没有二战后大批欧洲科学家、思想家的涌入美国，就不可能有今天美国和美国大学在全球占据的优势地位。

正是在这场越来越激烈的全球化竞争中，我们才陷入到“钱学森之问”（“为什么中国大学培养不出杰出人才？”）的焦虑中。中国卷入全球化程度越深，全球化竞争越激烈，我们对人才的渴求也就越迫切，我们对中国大学施加的压力也就越大。

强世功教授认为，虽然我们的教育面临很多问题，但必须肯定在短短几十年中教育取得巨大成就，包括成功吸引到全球优秀人才加入到中国教育体系中。今天，中美之间之所以引发贸易战是因为中国的发展已经从下层资本主义开始迈向上层资本主义，中国在科技、金融、法律规则等领域取得了长足的进展，开始打破美国对上层资本主义的垄断。这也从反面证明我们在人才培养和人才吸纳方面取得的巨大成就，而欧美国家来华留学生的逐步增加也是一个例证。

强世功教授强调全球化时代，人才培养也必须从全球化的角度看。今天，中国的海外留学运动已经从研究生、本科发展发展到高中阶段，中国大学如何才能吸引

到最优秀的中国学生乃至最优秀的留学生，成为中国教育改革必须面对的问题。

正是从全球化的角度看，今天全球已经成为一个流动的整体，资本、技术、产品和人才都在全球进行流动。每个国家都在努力吸引全球的资金、技术、资本和人才。而这种全球流动的整体并不是以国家为单位，而是以城市为单位，这就是我们所说的国际性大都市。

强世功教授特别推荐《超级版图》这本书，强调整个全球化的流动实际上是由十几个国际性大都市连接而成的。比如纽约、华盛顿、北京、上海、香港、新加坡、柏林、巴黎、伦敦等这些国际性大都市构成的网络节点疏通了全球化的整体流动。而中国也在不断地推动城市带的建设，建设更多的推动全球流动的大城市节点。从这个角度看，只有能够为这个全球流动网络持续提供精英人才的大学才能够成为“世界一流大学”。

今天，中国能够为上述国际性大都市网络之间的流动持续提供精英人才的是哪个大学呢？首先毫无疑问是北大和清华。

然而，北大和清华作为中国的一流大学过去仅仅在为美国等西方大学提供初级产品，往往是这两个学校最好的本科生在经过初级加工之后进入西方大学进行升级和再加工，然后进入到全球国际大都市的网络中。

强世功教授认为，中国大学要成为世界一流大学，不仅在于能为西方一流大学提供优秀的本科生，而且在于自身能够培养出世界一流的人才，从而吸引西方国家的精英人才进入中国大学来深造。只有最终结束目前这种从中国向西方的单向留学运动，中国大学才能真正成为世界一流大学。

正是为了迈向世界一流大学，中国大学教育在改革开放后短短几十年中就经历了两次大规模的改革运动。

第一阶段的改革是从1998年开始的，在“科技兴国”“人才强国”战略的引导下，中国大学改革的重点就是从苏联模式转向德国研究型大学模式。这个阶段非常重视研究生教育，强调国际化、强调学术发表和科研项目。

2004年北京大学教育改革大辩论中，表面上是学习美国大学教育管理理念，其实学的是其研究型大学的教育管理理念。这个阶段上，中国大学掀起了合并风潮，专业性学校纷纷合并为综合性大学。

第二个阶段就是从提出通识教育理念开始，学习西方大学本科教育中的通识教育理念，也意味着逐渐回归到中国古典传统的通才教育理念中。

2014年习总书记来北大开始，中国大学教育的目标开始从强调研究生教育的

研究型大学模式转向强调本科教育，确立了“立德树人”这个通识教育的基本理念。而随后在十三五规划中正式提出“通识教育与专业教育相结合”的教育理念，目前全国教育工作会议也是在全面推动教育理念的转型。

那么，为什么全球化推动的人才竞争最后竟然落实在通识教育上？那就要真正理解什么才是“通识教育”。强世功教授提醒大家，目前人们对于“通识教育”有很多似是而非的片面理解，甚至不少人将其与“素质教育”等同起来，认为就是要扩大知识面，多一点见识，多了解一些专业知识之外的文化艺术知识，从而提高人文素养。而他认为，通识教育的理念不是简单的知识问题或素养问题，涉及到人与动物相区别的根本哲学问题。

通识教育是塑造完整的、健全的、真正的人的教育。而人与动物区别就在于动物靠本能生活，而人通过语言、思想和智慧而对最美好的生活有一种想像、思考和建构。

因此，人必须回答宇宙的真理是什么，什么样的生活才是最好的生活这个根本的哲学问题。由此，动物没有自由，而人的自由就是在如同神那样最好的生活与比动物还要野蛮的生活之间的沉浮。

由此，通识教育就是教人什么追求宇宙世界的真理，追求过最好的生活。通识教育就是推动人心不断向上，避免人心的堕落。

这个定义看起来抽象，但是如果用这个标准来衡量，恰恰可以看出今天中国大学和中国人生活的全部结症所在，即大学生变成了“精致的利己主义者”，努力进入到金融和法律这些领域中，谋算怎么找份好工作，而他们所能理解的最好生活往往是财富的堆集，这不过是动物式满足本能欲望的生活方式，缺乏人心向上、向善、朝向美好的生活能力和生活愿景。

如果中国的大学生缺乏对探索宇宙真理的兴趣和热爱，怎么可能培养出伟大的科学家和发明家？如果中国大学生对怎样的生活才是最美好生活这个问题缺乏思考的热情和探求的动力，怎么可能产生伟大的思想家、艺术家和政治家？

所以，通识教育看起来抽象，但恰恰回到人心的根本问题，只有把人心中自由创造这个根本问题解放出来，让大学生摆脱动物式的物质欲望，他们才能真正展现出被社会力量所压抑的人心中本身所具有的朝向美好的想象力、创造力和行动力。

在这个意义上，大学教育就是抵抗社会上陈腐的观念和欲望，把人的自由想象力和创造力激发出来。正因为如此，通识教育在西方古代也被称之为“自由教育”。

强世功教授特别强调通识教育关注人格完善、德性养成，但这一切都要通过心智的提升来完成。具体而言就是培养三种心智能力：

第一种是逻辑思维能力。逻辑思维不仅仅体现在理工科，其实任何学科都有。这种能力是我们理解宇宙自然和人类社会的奥秘或运行法则的必备工具。和西方古典的“七艺”相比，中国古典教育中缺乏的就是这种逻辑和科学的教育，以至于中国今天学术研究缺乏“科学精神”，国家治理也缺乏理性化和科学化的精准。这与我们理工科教育的方法有关系。

我们理工科教育是告诉你公式和原理然后去熟练运用。这可以培养出一流的工匠，但难以培养出科学家，因为科学家需要的是科学思维和科学精神，即关注的不是得出正确的结论是什么，而恰恰是对这种结论充满怀疑，从而注如何得出这个结论的过程和方法本身是不是正确的。

因此，真正科学精神乃是对任何结论的怀疑态度，只有这种怀疑才能推动科学技术的创新。

第二种就是想象力。从古代的屈原、史记到唐诗，到金庸武侠和《三体》，证明中国人有对美好生活的丰富想象力。我们今天在这个领域落后于西方，很大原因是丧失了对中国文化塑造美好生活的信念，而亦步亦趋的模仿西方，然而这种亦步亦趋的模仿恰恰限制了中国人的自主性、自信心和想象力，这在中国的思想、艺术和电影领域中表现最明显。而这种思想的想象往往要阅读文明经典、与大师对话，习惯于思考宇宙人生的永恒问题，从能得到心智训练和思维的提升。

第三个是关联创新能力，就是在纷繁复杂的表现现象背后把握住内在关联的能力。要培养这种能力就必须打破专业壁垒，让不同学科的思维方法之间进行交流互动，从而提供新的解决问题的思路。当年苏联模式专业过度划分之后形成专业思维壁垒的弊端就体现在这个地方，缺乏问题关联的能力，缺乏创新能力。

强世功认为，中国今天在经济上发展了、科技上进步了，但人民在精神上很空虚，这些年在宗教、文化、娱乐领域中中的乱象最能说明这个问题。大家除了简单化地羡慕西方文化，丧失了思考美好生活信心和能力。

今天中国处在历史上物质最丰腴的时代，但却成为精神最脆弱、贫乏和苍白的一代，而公权力的腐败、新兴商业阶层的堕落和文化精英的精神迷失要为这个时代承担责任。

强世功教授认为，要定义何为好的生活，必须回到哲学思考上，回到文明传统上来。文明说到底是一种自我认定的美好生活方式。这种生活方式体现在器物、制度、

文学艺术等一切事物里面，包含了最高的精神追求。那我们怎样探索中华文明所奠定的美好生活方式呢？强世功认为，文明凝练在经典之中。要判断一个国家、民族是否拥有文明，就要看它有没有永恒的经典。

因此，通识教育必须从经典开始，通过认真阅读和理解中华文明典籍，重建中国人的精神信仰、生活信念和生活方式。

强世功教授在担任北京大学教务部副部长就负责全校通识教育改革，他也顺便介绍了北京大学通识教育改革的成就，包括淡化专业，强调自主选择，促进专业交叉，以及经典阅读、大班授课和小班讨论的上课模式等。

强世功教授特别指出，本科生直接进入法律专业本身就违背通识教育的基本规律。在美国，商学院、法学院、政府管理学院和新闻学院这些职业化的教育都是在研究生阶段，恰恰是实现通识教育的理念。而在中国大学招生中，最好的本科生纷纷选择职业化的法律和商业管理专业，对大学教育通识教育产生巨大的负面影响。

而中国法学院、经济管理学院毕业的本科生在全球市场中与美国商学院、法学院毕业生竞争中的重要差距就在于我们的学生由于缺乏通识教育而缺乏想象力和创造力。因此马云直言不讳地批评北大清华经管学院的毕业生是有道理的。

通识教育的缺乏导致我们不仅缺乏伟大的科学家、思想家，也缺乏伟大的企业家和律师。

因此，他给法学院本科生的的建议是尽快改变学习习惯，要将高中阶段背诵各种知识点的能力转化成逻辑思维能力、想象能力和关联思维能力的培养，尤其是要意识到本科读法律的弊端和弱点，自觉地利用北大的人文学科优势强化对人文思想经典的阅读。

而对于法律研究生，他的建议是要学会自主决策、规划清晰的职业路径，并以此来自主地进行安排自己的学习。

他还对二者提出了一些共同建议：

第一，要学会将知识转化成能力，学会深度阅读，读懂一本经典胜过大量低水平的阅读，尤其要思考作者是怎么想的、为什么这么想、为什么这么写，你为什么不同意其观念，只有这样才能获得思维能力的训练。

第二，要从被动接受知识转向主动思考问题，根据自己专业背景和未来职业主动构建知识体系。比如将来想做商业律师的同学要主动学习会计、商业管理等领域的知识，而想从事公务员的同学主动学习社会科学知识，包括学会统计学。

第三，要从知识积累和使用转向知识创新。这就需要培养其科学怀疑的态度，

培养其想象能力和关联能力，才能想一些别人想不到的事情。

最后，强世功教授希望大家把眼前的问题和长远的问题联系在一起，简单来说就是一定要注意身心健康。

法律传统、法律教育与法理学

谈完了大学教育的不同模式、面临的挑战和改革以后，讲座进入了最后一个部分——法理学的学习。强世功教授并没有一开始就向大家介绍具体的学习方法，而是对比了不同法律传统下的法律教育，让大家根据不同的职业目标确立学习重点。

强世功教授认为，学习法律之前，首先要明白全球大陆法系和普通法系在法律教育中存在的不同之处。

首先，二者的知识体系不同，大陆法系注重自然理性，法律教育像理科一样是一整套科学体系，而普通法系重视经验和手艺，法律更像一门艺术。

其次，二者的思维方式不同，大陆法系强调的抽象的逻辑思维能力，而对普通法系来说，最重要的是想象力、思维关联能力和说理论辩能力，只有阅读普通法经典判例才能领悟这种能力。

最后，二者的开放程度不同，大陆法系的法律教育是一个封闭的知识体系，而普通法系的法律教育是非常开放的，鼓励法学院的学生读一切学科的东西，尤其法律与社会科学这样的交叉学科的影响力非常大。

这种区别从两个法律体系法理学的内容也可以看出，对于大陆法系来说，法理学是传统中国讲的律学（Jurisprudence），概念法学、法律教义学的痕迹非常浓厚。而普通法系的法理学往往强调法律理论（legal theory），甚至是关于法律的各种理论，比如法律经济学、法律社会学就非常发达。法律的全球化实际上也是法律的美国化，欧洲大陆法系国家也开始纷纷采纳美国式的普通法教育模式。

中国的法律教育情况很复杂，因为中国的法律制度融合了这两种传统。新中国成立后，作为一个后发国家要尽快地建立法律制度，大陆法系无疑是更有效地的。

但改革开放后中国加入WTO，受到美国影响，普通法系的重要性又开始凸显。所以，今天中国的法律教育将是两种传统的混合，法学院内部不同专业之间往往很难相互沟通。

刑法、民法领域中德国日本等大陆法系国家的法学思想和法律教育理念占主导地位。然而，在公司法、证券法、金融法和国际经济法等部门法中，受到美国的普

通法理论的很大影响。然而，宪法、行政法、诉讼法等部门法中的情况更复杂，因为中国政治体制、司法体制是按照大陆法系国家建立模式建立起来的，但这些领域的法学理论又都是美国普通法的。由此这些学科领域中的法学理论和制度实践之间的张力也最明显。

具体到法理学的情况，强世功教授认为，现在中国的法理学也主要分为两块，第一块是欧陆概念法学与英美分析哲学传统下形成的法哲学与分析法理学等服务于司法活动的法理学，第二块是英美普通法系传统下形成的法律社会学、法律经济学等更为宏大社会法学和政法法学。

同学们在同一个法学院里听不同老师的课，就可能注意到这种理论传统的区别，因为每个老师都有不同的知识背景和思维方式。同学们只有通过听课、学习、思考，慢慢掌握中国法学乃至中国法理学的整体面貌。

在讲座接近尾声时，强世功教授向大家提出了学习法理学的三点具体建议：

一是知“法”，对“法”的定义和理解不一样，“法理学”的理论内涵就不一样，这也是为什么法理学中存在着各种各样的法学派别。不同的法学流派对“法”理解不同，所关注的“法”的对象也不同。所以学习法理学，首先要搞清楚每一种法学流派背后的问题意识，弄清楚问题比知道答案更重要。

二是明“理”，即明白“法”的道理。法律人可以强词夺理，但绝不可蛮不讲理。但问题是什么是“理”，对“理”的理解不同，也会有不同的法理学。比如说，有人认为阐释法条的含义才是“理”，那么就会有法律教义学这样的法理学。有人认为社会科学论证和经验证明才是“理”，那就有法律与社会科学这样的法理学。有人认为只有经验体会才是“理”，那可能就进入到法律与文学的领域中。但无论那一种讲“理”的方式，都有一个传统，要进入这个学术研究传统中才能把握其“理”。因此，法理学是多种多样的，不仅“法”是多样的，而且阐述法背后的“理”的方法也是多种多样的。

三是问“学”。学习法理学，一定要注意区别“小学”（法条）和“大学”（法理），因此服务于司法过程的法律人的法理学是律学，是“小学”，而只有服务于人类整体秩序的立法者的法理学才是法学，是“大学”。但无论“小学”还是“大学”，都是一门学问，都有自己的问题意识和学术规范，都有其经典作品，因此无论选择哪个领域，都要从经典著作入手来提升思考问题的能力，回应现实问题的能力。

讲座的最后，强世功教授针对课程内容提醒大家，因为法理学的学习注重经典阅读，大家在课堂前一定要阅读文献并提交读书报告。提前阅读的目的不仅是要让

大家提前掌握知识点，更重要的是比较自己阅读后的理解与老师的讲解有何不同，并进一步体会老师思考问题的方式、阅读经典的方式，甚至挑战老师思考问题的方式，在相互比较和辩驳中才能真正有所提升。

强世功教授向大家表达了自己殷切的期望：法理学很难，经典阅读对同学们智力和心智构成巨大挑战，但法理学是大家成长为卓越法律人的高级阶梯。正如霍姆斯大法官所言，“灵魂的欲望是命运的先知”。他希望大家可以通过法理学的学习，一起经历灵魂通向高级阶梯的进程。

为了引领新生跨入法学殿堂，
北京大学法学院特邀本学期部分主干必修课授课教师
开讲“法学第一课”

二教 109

北大“法学阶梯”
入门讲座系列之六

如何学习 刑法学

9/22 (周六)
8:00-12:00



江 溯

北京大学法学院副教授、博士生导师，
兼任北京大学刑事法治研究中心副主任，
北京大学法律人工智能实验室/研究中心副主任等。
从事刑法学教学科研工作，讲授刑事法学相关课程，
出版教材和专著多部，发表论文数十篇。

主办：北京大学法学院

2018年9月22日8点，北大“法学阶梯”入门系列讲座最后一场，在北京大学理科第二教学楼举行。本次讲座的主讲人是北京大学法学院江溯副教授，北京大学法学院院长助理阎天助理教授担任主持人。

本场讲座的主题为“如何学习刑法”，讲座内容主要是向新生讲授刑法是什么以及如何学好刑法学。阎天老师在简要介绍江溯副教授的学术背景后，宣布讲座正式开始。

刑法是什么

江溯老师在进入主题讲座前，结合同学们的回答以及自身经历，认为之所以要学习刑法，是因为刑法是维护法治的最后一道防线。这是由刑法的性质决定的。刑法是对公民的权利和利益最严重的干涉，学习刑法就是为了在动用刑罚权时保持慎重的态度。江溯老师认为，在弄清如何学习刑法这个问题之前，我们必须了解刑法是什么。他主要从以下五个角度进行探讨：

刑法的概念

传统理论认为，刑法是界定犯罪与刑罚的法律。而江溯老师认为，刑法是规定犯罪及法律后果的法律。因为除了刑罚外，刑法还规定了其他的法律后果。具体而言，刑法是有两个要素组成，即犯罪与法律后果。

（一）什么是犯罪

犯罪的界定存在两种分类，即社会学与刑法学上的犯罪。社会学或者犯罪学意义的犯罪较为宽泛，与之相对是刑法学上的犯罪概念，它是由刑法严格限定的。

犯罪的界定又存在两种路径，即形式的犯罪定义与实质的犯罪定义。形式的犯罪定义将犯罪界定为以刑罚加以威吓的行为，这是从犯罪的法律后果进行界定，没有揭示犯罪的本质特征。实质的犯罪定义一般将犯罪界定为严重侵害法益的行为，探讨犯罪的本质特征。通说认为，我国采取了形式与实质相统一的界定方式，江溯老师结合我国刑法第13条对此进行了解释。

我国刑法中的犯罪具有三个特征：法益侵害性、刑事违法性、应受刑罚处罚性。法益侵害性体现犯罪概念的实质特征，刑事违法性与应受刑罚处罚性则体现了犯罪

的形式特征。江溯老师通过“中国安乐死第一案”对我国刑法“但书”规定进行了分析，认为“但书”规定具有出罪功能。

当然，是否能直接运用“但书”规定出罪仍存在争议。有观点认为“但书”只是对犯罪概念的界定，在个案中不能作为出罪的理由；有的观点则认为可以直接以“但书”规定出罪。江溯老师认为，除了原因“但书”的规定以外，在“中国安乐死第一案”中，其实还可以找到其他犯罪论体系上的出罪理由。

（二）犯罪的法律后果

犯罪的法律后果主要是刑罚，刑罚分为主刑与附加刑，主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑，附加刑包括罚金、没收财产、剥夺政治权利以及驱逐出境。除了刑罚，我国刑法还规定了其他非刑罚措施，如收容教养以及强制医疗。

我国刑法规定，对于管制和缓刑的犯罪分子，可以判处禁止令。另外，刑法第37条之一还规定了从业禁止。从业禁止主要适用于那些利用职务便利实施犯罪的犯罪分子。

另外，反恐法规定的安置教育措施也值得关注。此项规定适用对象特殊，为恐怖主义、极端主义分子。这主要是因为恐怖分子、极端主义分子具有很强的再犯危险以及人身危险，很难通过监狱矫正。值得注意的是，我国刑法第37条的规定与第13条的规定是不同的。第37条之规定是定罪免刑，不予刑事处罚，给予其他处罚。

非刑罚处罚措施又可以分为两类，即保安处分与刑法第37条规定的其他较轻处罚。保安处分与刑罚的性质、目的不同，刑罚主要目的在于处罚，要求行为人具有责任能力，而保安处分的主要目的是为了预防。传统观点认为我国刑罚体系是单轨制，但是实际上我国刑罚是属于双轨制，甚至是三轨制。

（三）刑法与其他部门法的关系

1. 刑法与宪法。刑法与宪法关系密切，一切法律都是依据宪法制定，宪法对刑法具有限制、制约的功能。目前，在德国、美国、芬兰等国家，出现了刑法宪法化现象，即从宪法的角度考量刑事立法与刑事司法。

例如，在研究诽谤罪时，必须考量是否与宪法规定的言论自由相冲突；分析贪污受贿罪判处终身监禁规定时，需考虑是否具有合宪性，如终身监禁是否与尊重保障人权相冲突。欧洲人权法院认为人权包括希望权，而终身监禁剥夺了行为人的希望权，因而违反《欧洲人权公约》。总之，宪法对刑法的制约是法治国家的应有之义。

2. 刑法与行政法。在刑法中，存在大量的行政犯或者法定犯。与之相对的是自然犯，自然犯是违反自然理性的犯罪行为，在所有国家都属于犯罪。行政犯是基于国家行政管理的需要或者社会经济发展的需求而设定的犯罪。例如交通肇事罪，其认定必须以行政法规为基础。正如储槐植先生所言，目前已经进入法定犯时代。江湖老师以“赵春华案”为例，对刑法与行政法的关系进行了详尽分析。

3. 刑法与民法、刑事诉讼法。江湖老师认为，刑法与民法、刑事诉讼法关系密切。他特别强调，刑法专业的同学应加强刑事诉讼法的学习，并结合实务经验说明了刑事诉讼法在实务中的重要作用。

（四）刑法的特征

首先，刑法是公法。刑法是涉及到公共权力的法律。公法是与私法相对应的概念，私法是平等主体之间权利义务法律，公法是规定国家或者行政机关与相对人之间关系的法律。

其次，刑法是实体法。实体法是与程序法相对应的一个概念。实体法是规定相关当事人权利与义务的法律，程序法是规定行使相关权利义务流程的法律。

再次，刑法是强行法。刑法强行法的特征是与公法特征相互关联的。强行法特征表明权利与义务已经在法律中明确规定，不允许当事人私下协商。但是，晚近以来，刑法强行法的特征有所弱化，出现了某些私法化趋势，例如刑事和解。

最后，刑法是保障法。刑法具有谦抑性或者辅助性、最后手段性。刑法并不是主动出击的法律，而是在其他部门法无法发挥作用时出场。但是晚近以来，刑法的最后手段性有所弱化，如拒不支付劳动报酬罪的规定。

刑法的历史

（一）传统社会的刑事立法

江湖老师认为，刑法可以说是人类历史中最悠久的法律。在古代社会，中国刑法是处于领先地位的。在中国的每一个朝代，都会制定、颁布自己的刑法典。传统社会的刑事立法集大成者应属《唐律疏议》。《唐律疏议》被日本学者小野清一郎称为古代人类社会最文明的一部法典，其立法水平极高，影响深远。

19世纪末20世纪初，为了收回领事裁判权，清朝统治者开始以近代欧陆的法律为蓝本，开展声势浩大的法制近代化。及至民国成立，以六法全书为代表的法律

体系逐渐确立。1950年代初期，随着中华人民共和国的成立，由于特殊的历史原因和政治原因，中国开始向前苏联学习，刑法开始打上前苏联的烙印。直至今日，我们仍然能清晰地看到前苏联刑法的影响。

（二）1979年刑法

由于各种原因，从1949年至1979年，除了少数几部单行刑法以外，我国几乎没有刑法。改革开放后，为了与建设社会主义市场经济体系相配套，我国着手建立社会主义法治体系。在建设社会主义法治初期，《刑法》被放在了重要的地位，《刑法》是文革以后较早颁布的一部法律。

（三）1997年刑法及其修正案

《刑法》在1997年进行了大幅度修改。自1999年至今，我国已经颁布了10个刑法修正案。刑法修正案有出两个特征：犯罪化与重刑化。

犯罪化体现在大量增设新罪与修改构成要件，重刑化主要体现在增加数罪并罚有期徒刑的上限、针对特殊主体增设限制减刑制度。当然刑法的修改也存在轻缓化的方面，主要表现为削减死刑罪名，针对某些特殊主体规定宽缓处罚。

刑法的体系

此处所说的刑法体系是《刑法典》的体系，而非犯罪论体系。《刑法》可分为总则与分则，此种立法方式始于1810年《法国刑法典》，后被世界各国所采用。

（一）刑法总则

总则一般规定犯罪与刑罚的一般原理。我国刑法总则的规定方式主要是定义与规则。

（二）刑法分则

刑法分则可分为罪状与法定刑。罪状是对犯罪行为的描述，法定刑是犯罪后被判处刑罚的种类与轻重。罪状可分为简单罪状、叙明罪状、引证罪状、空白罪状；法定刑可分为绝对确定的法定刑、相对确定的法定刑、绝对不确定的法定刑。

刑法的渊源

（一）刑法典

刑法典是刑法的最重要的渊源，它规定了最主要的犯罪和刑罚以及刑事责任的一般原理，是我们学习刑法最重要的文本。

（二）单行刑法

单行刑法是指立法机关所颁布的单独就某一类犯罪行为进行规制的文件。单行刑法的立法方式在我国 1979 刑法时代盛行。1997 年修改刑法时，绝大多数单行刑法被纳入刑法典之中。

一般认为，目前有 4 个单行刑法，但实质意义的单行刑法只有《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》这一个，其他三个单行刑法的内容大体已经通过刑法修正案的方式纳入刑法典。单行刑法处在刑法典之外，容易出现与刑法典不兼容的现象。

（三）附属刑法

附属刑法是附带规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。一般会在行政法规中规定“构成犯罪的，依照刑法追究刑事责任”，如《铁路法》第 60 条。我国附属刑法实际上名不副实，其没有创设罪刑条款，更多是一种指示性或提示性的规定。

刑法的解释

（一）为什么要解释

江湖老师指出，关于法律需不需要解释是存在争议的。他以拿破仑《法国民法典》以及贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中的论述为例，介绍了主张法律不需要解释的学者观点。江湖老师认为，刑法需要解释，这是由语言具有可操作性、法律具有稳定性而社会是变化的以及法律具有简洁性决定的。

（二）刑法解释的立场

江湖老师认为，刑法解释的立场可以从两个角度展开。

首先，就是主观解释论与客观解释论之间的争论。主观解释论，又称为立法原意说，其假定立法者立法是完全理性的。但是，由于立法者不是一个人，况且社会是在不断发展的，我们很难知道立法者的原意。当然，主观解释论并非一无是处，特别是在法律刚刚颁布时，适合采取主观解释论。

客观解释论认为，刑法解释并不需要拘泥于立法者的原意，刑法解释目的也不在意阐释立法者对于刑法条文的理解，而是根据社会现实去探寻刑法文本客观上所体现出的含义。

江湖老师以“李宁组织同性卖淫案”为例，向同学们详尽介绍了司法实践中客观解释论与主观解释论的表现。在此案中，辩方认为，《刑法》以及相关司法解释对同性之间的性交易是否构成卖淫作缺乏明文规定，而根据字典的解释，卖淫是指妇女出卖肉体的行为，因此组织男性从事性交易活动不属于卖淫，根据罪刑法定原则应认定无罪。但是，裁判理由立足客观解释论，认为随着时代的发展、社会的变迁，卖淫的概念应进一步扩大，包括组织同性从事性交易。

其次，在我国，更具有影响力的刑法解释之争是形式解释论与实质解释论。江湖老师认为，该争论起源于日本刑法学界的大谷实与前田雅英之争。形式解释论主张，对犯罪构成要件进行形式解释，在考量处罚必要性或者合理性之前，应当从具有通常判断能力的一般人能否得出该结论的角度出发，进行形式的判定。

形式解释论并不排除实质判断，但应以形式判断优先，如果形式判断某个行为不构成任何一个罪名，则立即出罪；当然，即使形式判断某个行为符合某个犯罪的构成要件，仍然要进行实质判断，以便确定其是否构成犯罪。

实质解释论认为，仅仅强调形式上的罪刑法定原则是不充分的，构成要件符合性的判断不可避免具有实质的内容；某种行为是否构成犯罪，应从处罚的必要性与合理性的角度进行判断。换言之，在实质解释论看来，越是具有处罚必要性的行为，就需要扩张刑法条文的含义，以便能够对之加以处罚。

最后，江湖老师进一步比较两种解释论的差异，他认为这两种解释进路在刑法的立场上是不同的，形式解释论的出发点是罪刑法定原则，而实质解释论则根植于社会危害性理论。在解释方法上，坚持形式解释就是坚持文义解释优先，实质解释论则倾向于扩张解释乃至类推。

江湖老师进一步通过“真军警抢劫案”以及“高买低卖股票案”，对两种解释论进行了细致的剖析，得出应当赞成形式解释论、反对实质解释论的结论。总之，坚持形式解释论是坚守罪刑法定原则以及法治发展阶段的考量。

（三）刑法解释的类型

江湖老师指出，刑法解释可以分为立法解释、司法解释以及学理解释，外加案例指导制度。

首先，立法解释是刑法实行过程中，立法机关对发生歧义的刑法条文所做的解释。立法解释目前有 13 件。

其次，司法解释数量庞大，其根据是 1981 年《全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议》第 2 条，这一根据被 2000 年《立法法》第 104 条所确认。司法解释的形式主要包括规定、解释、答复、批复。座谈会纪要没有规定在司法解释的类型中，但实际上某些座谈会纪要的重要程度不亚于司法解释，比如关于毒品犯罪的座谈会纪要。目前，司法解释问题主要就是数量过度膨胀，检察官、法官过度依赖司法解释。造成这种现象的原因主要是我国立法机关规范供应能力不足以及法官、检察官的法律解释能力不足。

再次，案例指导制度主要是为了摆脱司法解释过多造成的困境。与司法解释不同，指导案例所创设的是个别规则，而司法解释通常是确立一般规则。根据 2015 年《最高法院关于案例指导工作规定》，指导案例实际上具有法源地位。目前指导案例数量不够，而且许多是在重复司法解释的规定，因此实践效果并不理想，援引比例低。

最后，学理解释在任何国家都具有重要功能，因为立法解释与司法解释有其局限性，需要学理予以批判性审视。学理解释需要与立法、司法形成良性互动。

（四）刑法解释的方法

江湖老师指出，刑法的解释方法主要包括文义解释、体系解释、限制解释、历史解释等。

根据罪刑法定原则，文义解释是应优先考虑的解释方法。但是，即使是文义解释，也需要随着时代的发展而做出一定的改变。

适用体系解释方法时，需要考虑只含同类规则、总则对分则指导规则、刑法用语的相对性等规则。

限制解释是指在刑法条文的含义过于宽泛时，限制刑法文义的解释，如《刑法》第 345 条滥伐林木罪。

历史解释是指根据刑法条文制定时的历史背景以及刑法发展的源流，阐明刑法条文含义的解释方法。江湖老师以司法实践中遗弃罪的争论为例，阐释了历史解释的方法。

目的解释是指根据刑法规范目的，阐明刑法条文的含义的解释方法。

如何学习刑法学

如何学习法学？如何学习刑法学？江湖老师结合自身经验，认为应注重以下五个方面：

（一）理念

对于初学刑法的人来说，应确定人权保障理念。罪刑法定原则体现了刑法中的人权保障理念。江湖老师以“2013 年董某、谢某反向刷单案”为例，认为反向刷单这类行为虽然可以说具有社会危害性，但此种行为并不构成《刑法》第 276 条破坏生产经营罪。

（二）法条

要学习、熟悉法条，特别是在当今强调刑法教义学的时代。法条如何学习？江湖老师认为应从两个方面：一是坚持司法论的立场。不要轻易批判法条，要尊重、信仰法条。二是要注意法条与法理之间的关系。

正如陈兴良老师所言，法理是潜藏在法条背后的东西。江湖老师以“什么是伪造”为例，认为伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪中伪造的对象必须以事实上存在公司、企业、机关团体为限，若伪造并不存在的“北大娱乐学院”则不够成本罪。但是，若伪造居民身份证，则不需要以事实上存在真实的居民为限。这是因为上述两种犯罪背后的法益并不一致。

（三）体系

正如德国罗克辛教授所言，体系是法治国家不可放弃的要素。江湖老师告诫同学们，学习刑法尤其要注意体系。目前我国存在犯罪构成的三阶层与四要件体系之争，三阶层体系具有逻辑性、体系性、实用性优点，因此应当选择三阶层犯罪论体系。

（四）案例

案例具有重要作用，指导性案例已经成为一种法源。法律学习者脑中并不能仅仅充斥着各种概念和学说，还要让案例激活这些概念和学说。指导性案例对我们学习刑法具有特别重要的意义，如通过对王志才故意杀人案与李飞故意杀人案指导案

例的学习，可以迅速掌握我国死刑裁量的标准。指导性案例数量有限，因此其他重要案例也需要关注。

（五）学说

学说是学者安身立命之本，不同的学说是从不同的角度出发，对同一问题的阐释。在学习刑法之时，除了重视通说，还要了解重要学者的相关学说。学说的选择应当从中国刑法文本出发，不能一味地迷信外国理论学说。

Q&A

在提问互动环节，江湖老师耐心地解答同学们关于具体刑法的问题以及刑法学习的疑惑，整个讲座在活跃的氛围中持续了四小时。