

法学野渡

写给法学院新生

第三版

法科学生读本

郑永流 著

法学野渡

第三版

郑永流著

写给法学院新生

法科学生读本

中国人民大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

法学野渡/郑永流著. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 8
ISBN 978-7-300-24733-5

I. ①法… II. ①郑… III. ①法学-高等学校-教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 185815 号

法科学生读本

法学野渡 (第三版)

写给法学院新生

郑永流 著

Faxue Yedu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

版 次 2010 年 9 月第 1 版

规 格 155 mm × 235 mm 16 开本

2017 年 8 月第 3 版

印 张 14.75 插页 4

印 次 2017 年 8 月第 1 次印刷

字 数 195 000

定 价 36.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

第三版说明

“流光容易把人抛，红了樱桃，绿了芭蕉”。四回春光渐逝，初夏来临，第三版完成。此次修订全面更新了以数据表现的事实和无法数字化的事实。2018年国家统一法律职业资格考试将取代司法考试，但方案待定，故卷十三保留的司法考试的内容仅作史存。

正如有识者言，本书尽是常识，概无思想。的确，未发生读者把书抛的事故已属万幸。所以，本人不信“作品既出，作者死亡”的名言，认真地对待读者持续的潮评，力图借不断的修订，让作者在作品中多活几年。

本版修订助理由中欧法学院2016级硕士生武子煜担任，在3个月内她三易数据和文字，值得点赞。再请张小丹提供2016年最新德国法学院排名，他刚在德国法兰克福大学法学院通过博士论文答辩。在此，谨对她和他表示由衷的感谢。

郑永流

2017年6月26日

引言 从走兽到飞禽

英国名相丘吉尔曾就第二次世界大战情报战说道：战争是如此残酷，以致只有用谎言来掩护真理。比附一下，拿破仑想让农民在烛光下也能读懂《法国民法典》，终敌不过作为语言文本的法律不易理解之本性，如“善意占有”绝不是“好心地占有”，“风能进，雨能进，国王不能进”的住宅包不包括前店后家式的地方，以致需要有一批以解释法律为志业者。所以，“不读阿佐的书，进不了法院的门”这句中世纪的名言，至今为人铭记。

理解法律不易，因理解而形成的体系性知识——法学，当是专门家之事。既是如此，法学便有入门、深造、自成一系等等位阶。其中，如何领人进门，至关重要。因为近些年来，每年9月都有十万之众迈入中国各大学法学院，无论她或他体悟到与否，这一步实是一种骤变，其可能的一般含义有几个：其一，在生活场域上，从中学到大学；其二，在身心上，从少年到成人；其三，在智识上，从记忆到创造。而其特殊之处在于，从受生活世界支配的芸芸众生到规制社会的法律人。能否使他们由走到飞，把他们训练成这样的法律人，怎样的入门基本上决定着怎样的出门，这就是为什么在世界各名校，再牛的大牌教授也要为青涩新生讲课。

入门的路也有多条，上述由大牌教授亲传为其一，但即便是把礼堂变课堂，听众仍有限，也不是校校有尧舜。显而易见，编写入门读物是另一条更为便利的路。在七八年前就想写点这类读物，但不时被“更重要”的事务阻却，且我也深知，领人进法学之门，不似酒店茶楼的门童，劳动在举手之间，常常是，要么让人找不着北，要么令人望山跑死马。难怪鲁迅说，写通俗文章非大家莫属，话中既透出谦逊，也不乏实

情。想必这也是中国法学作品呈几何级数增长态势，却独缺精到的这类读物之原由。

浅斟低唱有真需求，尽人皆知，但真需求需真功夫。早有出版社约我写此风格文字，生怕举重不若轻，未敢应允。只是2008年拿出了《法律方法阶梯》之后，听人评说，有点深入，也还浅出，增添了些许信心。加上又遇出版方的再三力邀，遂以真需求遮掩真功夫，决定再试笔力。

本书主要为将要和初在研习法学的新人而作，兼及国民大众。它既要说如何研习法学，也讲启蒙、“普法”。前后两者的关系，犹如腊肉有咸味。为达此目的，拟先全景式地展示法学大貌，后简介研习法学的各个阶段及其方法。非专攻法学者，可顾头不顾尾，想专攻者是否得从头到尾，悉听尊便。

法学是最古老的学问之一，但它不仅是知识，也是一门艺术，所以古罗马法学家乌尔比安说“法学（Jurisprudentia）是神人之事，公正非公正之艺术”。因而，法学充满着智慧。所谓智慧，指的是人们不拘泥于教条的辨析和创新能力，它具有因时空而异的历史流变性，因为世界上没有两个相同的案件，正如人不能两次踏入同一条河流。

从知识上看，经两千多年的繁衍生息，法学从作为哲学大家族的一员到自立门户，已成为显贵望族，生出两大支派。一支为法哲学、法史学、法社会学等普适学问，一支为关于宪法、刑法、民法、行政法、诉讼法、国际法等各种法律的具体学问。两类学问虽共享法律之对象，但前类出乎各种法律之中又超乎之上，可谓“青出于蓝而胜于蓝”；后类只钟情于某种法律，别无他念，两支分工近似于自然科学中的数理化与医工农。

不同于文史哲追寻真善美，法学是经世致用之学，它讲的是治国安邦之道，定分止争之术。那么，操持法学知识的法律人又是一群怎样的人？他们当游走于事实与规范，诸如损害与赔偿、杀人与刑罚之间，有着特殊的思维方式：重论证而不直奔结论，讲求逻辑而不炫耀修辞，以推理优先于描述。作为法律人，其品性有殊，择要述之，一当严谨胜于标新，二守谨慎超于自信。因为法律事务关乎人的身家性命、财产安全、社稷天下，不可不如此特殊行事。

正由于有治国安邦、定分止争之需，自古就有专司或兼司法律之人，位列国之栋梁、声名卓著者，中国有耳熟能详的况钟、包拯、海瑞，外国有布雷克顿、科克、霍姆斯。在职业分类上，除了他们从事的

法官工作外，还有检察官、律师和公证员，就专业化程度而言，这些人是完全的法律工作者，这些职业是法律职业的主体部分。在立法机关、政府法律部门工作的人、在基层从事法律服务的工作者、在企业担任法律顾问者和仲裁员等，是半完全的法律工作者。而人民调解员、基层的治安、保卫人员等，则为准法律工作者。

无论从事何种法律职业，都需经专门训练。不同于中学传授的是基础性普适知识，在大学里，法学通常被作为一个专业来对待。所谓专业，意为术有专攻，一般人都会把线穿过针鼻儿，只有把骆驼穿过针鼻儿才叫专长，大学就是培养这种专门人才的场所。法学教育是最古老的职业教育之一。11世纪大学产生之初，法学院就是所设置的三个学院之一，其他两个是医学院和神学院。这三种职业教育培养的均是从事实务的律师、医师和牧师。

今天，当人们进入法学院，在享受人生旅程中那一段自在逍遥的大学时光的同时，要使对未来神圣而又富足的职业的愉快憧憬变为现实，随遇而安，四海游学，已不合时令，善规划者易于成功，也体现出做自己的主人。在过去的语境中，“策划”常与阴谋相连，今人亦认识到，好事、学业、人生也需要“策划”，“策划”甚至成为一种专门职业。因而，有条理的法学研习生活，当从制定一份适当的规划始，当然，这不是要求像德国鸿儒康德那样精准——当他下午出来散步时，邻居们便开始准备晚餐。这既包括整个四年的大事安排，诸如按期毕业、主修辅修、司考、考研、出国、恋爱结婚，也要有分学期的日常计划，譬如课程选择、业余爱好、打工兼职。

恰当的规划是为了更好地接受知识，而学生所要掌握的知识和能力，主要由大学开设的课程提供。大学生中虽流传着“必修课选逃，选修课必逃”之戏语，但如果真如此，那主要是教者无能所致。这就要全面了解法学课程体系。课程所包含的知识又是经由不同方式：讲授课、案例分析、法律诊所、模拟法庭、“席明纳”等，传递至研习者，这些不同的方式又对应地培养研习者的三种能力：知识体系构筑、知识应用训练和知识创新思维。

除了在讲堂里静听业师指点迷津，研习者亦要在课外练就功夫，练功的方式主要有：自发组成研习小组，以在交流中求得甚解；听讲座，以拓展视野，激发灵感；到实务部门去实习，以观察书斋外真实的另一个世界；参加辩论会、演讲赛，以训练征服听众的口头修辞术。

在这个信息时代，人们往往在信息爆炸中无所适从，也就一无所

获，如何取得有用的信息，需要技巧。法律人除了雄辩，就是著文，但写论文不是讲故事，合同、遗嘱、通缉令、起诉意见书、判决书等法律文书应表意精确、言简意赅、格调朴实、语句规整。

中国是一个考试王国。研习法律者要进入典型的法律职业做法官、检察官、律师，要通过“天下第一考”——司法考试，平均13%左右的通过率使“司考”不同于大学日常考试，得具备另一套考试思路和技艺。在司法考试之外，学生还会参加英语四级、六级考试（这是找工作时对英语水平的基本要求），参加各种技能考试（如驾驶执照、计算机二级、翻译等技能等级考试），参加出国考试（托福、雅思等），准备并参加公务员考试。学海无涯，本科四年只是学业的初阶，进阶之方式有多种，到工作中去提升还是留在校园读研、在国内念还是到国外读，这些都是问题。

2008年中国股市暴跌超过60%，股民们自嘲地编有各式段子：“笑着进去，哭着出来；少女进去，大妈出来；老板进去，打工出来；宝马进去，板车出来”。那么，研习法律者以一个门外汉之身进入法学院，当她/他走出法学院时，该是一副何样的面目呢？是像人们熟知的所谓的“哈佛大学法学院名言”所说，“当你走出哈佛大学法学院时，你眼里再没有男人和女人，而只有原告和被告”，还是如本引言标题所示：从走兽变成了飞禽？也许每个人的感受不同，但得出结论所依赖的大学研习过程却大体一样，本书就是要展现从一张白纸到涂满符号这一历程。

现在，让我们上船，共渡到法学的彼岸。

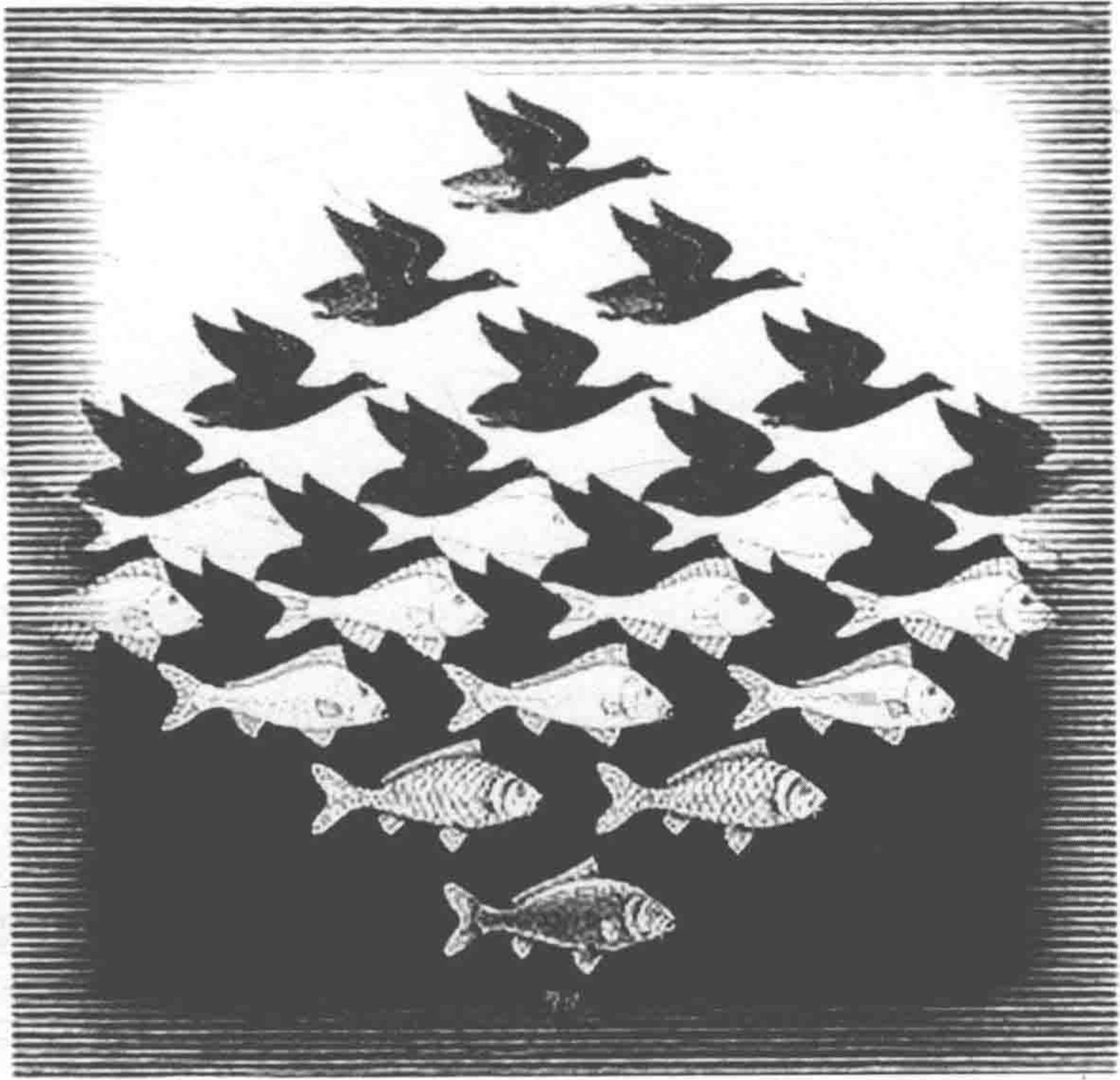
你不必开始于伟大，但必须为伟大而开始。

——齐格·齐格拉尔

目 录

CONTENTS

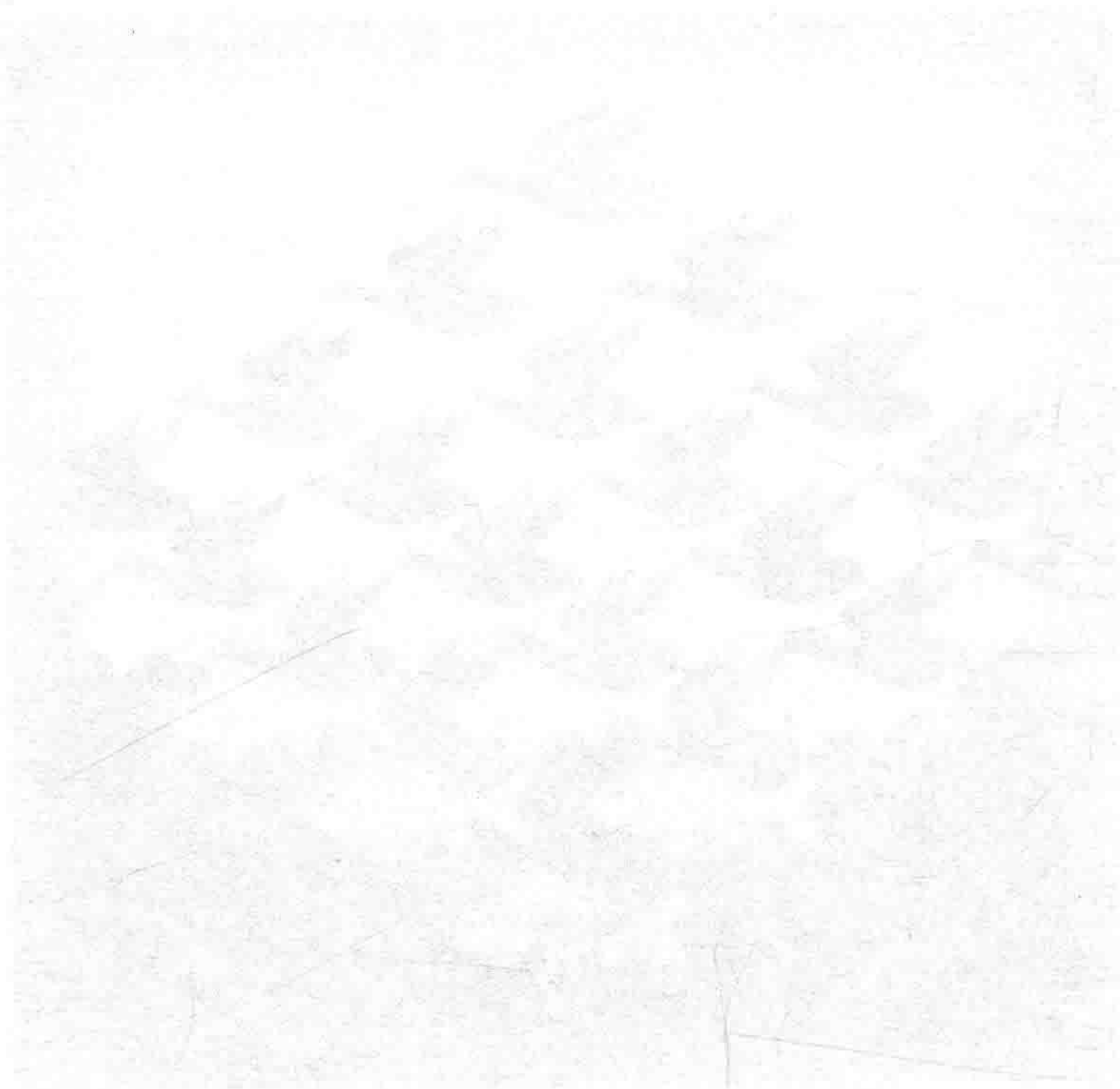
	上	法学气象万千
3	卷一	法学的“国民性”
18	卷二	最古老的学院 最古老的专业
32	卷三	多少法律清风识
56	卷四	在法学地图上
75	卷五	法律人这样思维
87	卷六	大师辈出 高山仰止
98	卷七	职业景色
	下	法律人如何养成
115	卷八	在有航标的河流上淌过
130	卷九	爬上法学的知识树
145	卷十	主课研习
163	卷十一	互联时代的信息获取
176	卷十二	论文不是讲故事
188	卷十三	天下第一考
199	卷十四	国内外进阶之路
221	尾 声	再回首，为何叩开法学朱门？
224	余 白	



上 法学气象万千

你站在桥上看风景，看风景的人在楼上看你。
明月装饰了你的窗子，你装饰了别人的梦。

——卞之琳



于日成于学海

引路于学海 巨力电子书

巨力电子书 巨力电子书

巨力

卷一

法学的“国民性”

一龙生九子，九子各不同，说的是一人自有一人之性格。一国、一文化圈的人又何尝不是，这就是所谓“国民性”。有关这类国民性的说法众多，版本不一，流传甚广的一个为：

一群来自各国的人士在一家餐馆共用晚餐，大家发现汤中有一只苍蝇，于是，

——英国人举了举手：“Waiter，请换成一杯啤酒。”

——法国人说：“亲爱的，看哪，一只苍蝇在游泳。”

——日本人把经理叫来：“你们就是这样做生意的吗？”

——美国人则通知了自己的律师，准备明天起诉餐馆。

——德国人掏出显微镜，要看看苍蝇的细菌指数是否超标，再决定如何行事。

——某国人把苍蝇捞出来放在一边，将汤喝一半，然后去找餐馆索赔。

这虽是不乏夸张的编造，但也的确道出了各色人等的某种特质：

绅士派头、浪漫、效率、好讼、严谨、贪图小利。那么，法学，作为浩瀚学林中的一枝，相对于痛苦的哲学、风流的文学、吝啬的经济学、无所不能的社会学、灰色的历史学、红色的政治学，有无自己的“国民性”呢？如果有的话，又是怎样的风貌呢？抑或可否独秀于林？

●●● 1 多重面具的司法

人们对法学的看法常常是从对法律的印象中得出，而对法律的印象又多出自司法，形成司法—法律—法学这一传递链。因而，先要来白描一下司法的形象。在历史的大舞台上，司法也是戴着多重面具起舞的：

——冷峻威武：无论是昔日还是今天，司法均带有诸多这样的特征：古有立“回避”“肃静”牌的公堂、“威武威武”地喝堂威、拍得震天响的惊堂木、疼人的刑具，今有闪烁的警灯、冰凉的手铐、阴森的监狱，无不令人避犹不及。有时司法还绝非仅暴戾，更是血腥。

民间骂人时常说“你这个挨千刀的”，指的就是古代的凌迟。在古代各种残酷的刑罚中，最残暴的莫过于凌迟。凌迟，原为“陵迟”，意指山丘延缓的斜坡。后取其缓慢之义，将凌迟用作一种刑罚之名，即是以极慢的速度把人处死。这种“极慢”就是刽子手一刀一刀地割去犯人身上的肉，直到差不多割尽，才剖腹断首，使人毙命。所以，凌迟也叫脔割、剐、寸磔等。明代执行凌迟的刀数为历代之最，此朝有两次著名的凌迟处死案件，一是正德年间的宦官刘瑾案，一是崇祯时进士郑鄮案。邓之诚《骨董续记》卷二“寸磔”条云：“世俗言明代寸磔之刑，刘瑾四千二百刀，郑鄮三千六百刀。李慈铭日记亦言之。”实际上，刘瑾被剐三千三百五十七刀。

——温情脉脉：其实，司法也有和颜悦色、柔情似水的一面，它细心呵护人们的生命与健康，努力保障民众的财产与自由，真诚关切个人的家庭幸福与美满。

清朝时范县的崇仁寺与大悲庵相对，寺里一小和尚与庵中一小尼姑私下相爱，被人发觉后被送到县衙要求判罪。知县郑板桥素怀民本思想，见僧、尼年龄相当，便生恻隐之心：私通有碍礼法佛法，但若是在家俗人，不就于法无碍了吗？他问明情由，知晓他们自小青梅竹马，男子因家穷而削发为僧，女子为避嫁人愤而为尼。于是，板桥判令这对青年僧尼先还俗，然后结为夫妻。当时有人作诗一首专记此事：“一半葫芦一半瓢，合来一处好成桃。从今入定风归寂，此后敲门月影遥。乌性悦时空即色，莲花落处静偏娇。是谁勾却风流案，记取当堂郑板桥。”^①

——正义的庇护所：正义的实现有多种途径，而在所有其他道路不通时，司法是正义的最后避难处，若司法不公则正义将流离失所。正如弗朗西斯·培根所说：“一次不公的司法判决比多次不公的其他举动为祸尤烈。因为这些不公的举动不过弄脏了水流，而不公的判决则把水源败坏了。”人世间虽有诸多不公，但令人欣慰的是，纵是在“黑云压城城欲摧”之际，仍有人“为了正义，哪怕天诛地灭”。

1933年2月9日，希特勒想第一次通过广播向德国民众发表演讲。据当时的技术条件，他必须亲自来广播台。依帝国政府的建议，帝国广播协会预先解聘了广播台三名技术人员。理由为，这三个男人被怀疑属于共产党，或与之关系密切。并由此进一步怀疑，这三个人可能对广播台实施破坏。

这三个技术人员向法院提起诉讼，负责审理这一解约保护案的法官在审判中病倒，另一法官奥托·坎-弗罗伊德必须接手这一案件。他严格依照法律作出一份论证明确的判决，判处广播台赔偿那几名原告。这一判决在新闻界引起很大反响，一份报纸选用“如果柏林仍有法官”为标题作了报道。不久，奥托·坎-弗罗伊德因政治不可靠被解除了法官职务。最后他在英国找到了第二故乡，成为牛津大学的法律比较的教授。

^① 曾衍东：《小豆棚·杂记》，盛伟点校，264~265页，济南，齐鲁书社，2004。

●●● 2 法律的神与形

有什么样的法律便大体有什么样的司法，从上述故事中明白可见法律的身影。当然，司法不等于法律，有时法律高高举起板子，司法却轻轻地放下，如日本、美国许多州的刑法有死刑条款，但法院从未或很少判处罪犯死刑；有时法律是非分明，法官却草菅人命，枉法裁判，如佘祥林被冤案。让我们来看看法律的神形真面目。

在神上，中国的“法”字最可传达法律的精义。据我国历史上第一部字书许慎的《说文解字》，“法”的古体是“灋”，它由斗、廌和去三部分构成。“灋，刑也，平之如水，从水；廌所以触不直者去之，从去。”这一解释，一则指明法的价值取向，“平之如水”象征“公平”^①；二则有“裁判的”功能性含义，据传说，“廌”是一种独角神兽，性情中正，明辨是非，在发生纠纷和违法行为时，由廌来裁判，被廌触者，即被认为败诉或有罪，所以“从去”。



古体“法”字

作者2010年6月11日摄于中国台湾“中央研究院”法律学研究所（筹）

中国《宪法》第5条第4、5款 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。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。

任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

中国《民事诉讼法》第3条 人民法院受理公民之间、法人之

^① 后人如蔡枢衡对许慎的诠释不以为然，指出：所谓“平之如水”为“后世浅人所妄增”，不足为训。此处的“水”指古时的一种刑罚，即把有罪者置于水上，随波逐流，即谓放逐。参见蔡枢衡：《中国刑法史》，170页，南宁，广西人民出版社，1983。

间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。

其他语言的“法”字虽无汉语“音、形、意”三结合之长，不能直观“法”之堂奥，但都含有公平之义，唯有公平才成其为法，恶法非法。如在欧陆，表示这一意义上的“法”源于拉丁文 jus，其语义不仅指“法”，也指“权利”“正义”“公平”等，德语 Recht，法语 droit，俄语 право 与 jus 具有相同的功用。

法国宪法第2条 法兰西为不可分割、非宗教的、民主的并为社会服务的共和国。全体公民，不论血统、种族和宗教信仰的不同，在法律面前一律平等。法兰西共和国尊重一切信仰。

在形上，法由语言载负。法有它自己的语言，或为诗的样子，或为数学式的，一般认为，诗诉诸人的情感，数学诉诸人的理性。“仓颉造字”之前，中国的法律“无字无形”，行为规则往往是“用声律成句，以便口传记诵”。在西方，据伯尔曼，最早的爱尔兰法是用诗歌表示的。在古希腊、古罗马，雄辩术盛行，法庭上的辩论，几乎都是运用诗的语言。德国著名童话作家、法学家雅可布·格林说过：法与诗诞生在同一张温床上。因此，文学爱好给我激情，给我灵感，法律职业给我冷静，给我思考，二者相辅相成、相得益彰。但“很多诗人是从法学院逃逸出来的学生”（德国法学家拉德布鲁赫语）。这些逃离法学院的文豪，远有歌德、托尔斯泰、巴尔扎克、泰戈尔，近有诗人海子，他在北大学习法律，毕业后到中国政法大学教哲学写诗。

在人类历史上，数学的兴起与史诗的衰落大致是相伴随的。而雄辩术的衰落，法律的去诗歌化，是由法律形式理性造成的，法律形式理性的表现之一是语言的数学化：思维抽象，讲求逻辑；用语准确，严谨明晰，简约确定，结构稳定。法律语言也由诗走向数学。

对比法律的诗性语言与数学语言，一飘逸灵动，充满感性，一如绕口令，难死众人。

- 汉刘邦约法三章：杀人抵命，伤及盗者刑。

● 苏轼在杭州做官时，曾遇这么一桩案子：杭州灵隐寺有个和尚叫了然，打死相好娼妓李秀奴。苏轼审理这一命案时，见了然臂上有手刺两句诗：“但愿同生极乐国，免教今世苦相思。”苏轼见状，触动诗兴，就着这两句诗，写了一首《踏莎行》的词作为判决书，词道：这个秃奴，修行忒煞。云山顶上空持戒。一从迷恋玉楼人，鹑衣百结浑无奈。毒手伤人，花容粉碎。空空色色今何在？臂间刺道苦相思，这次还了相思债。

● 中国《合同法》第403条第1款 受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

● 某地法院审理一民事案，法官在宣判时例行公事地说，不服本判决可上诉。原告为一农村老太太，其诉求未被全部接受，本来有气，更兼她把“上诉”听成了“上树”，遂指着法官大声呵斥：你安的什么心，我一大把年纪了，还让我“上树”。

● 中国政法大学江平教授曾说他20世纪80年代最早开设罗马法，当时就有人问，你们怎么养骡子养马还有法律呢。人家把“罗马法”听成了“骡马法”。已故中国人民大学佟柔教授也讲过一个笑话：1986年《民法通则》通过后，他到各地去讲学，人家也问他：为什么民法上有法国人？原来《民法通则》中有“法人”规定！

例子总爱表现极端，不可尽信，但越来越理性化的法律总体上给人的印象是庄重、严肃、沉闷，却大抵无错。

●●● 3 法学的品性

法律的神与形极大地决定着法学的品性，因为法学是关乎法律及其应用的学问。当然，被关心的客体与对客体的认识不是一回事，如同情人眼里的女子皆西施，但她们的容颜可能本不一定会沉鱼落

雁、闭月羞花。那么，作为专司打扮法律的化妆师的法学又是怎样的呢？也许这是初入法学大门者急切想知晓的。

●● 3—1 解纷之学

人们处世，或为钱财，或为权势，或为名声，总有纠纷，法律就被创制出来排难解纷，济人利物。而法学就是研究法律如何被创制、如何被应用，所以，法学本分上应属解纷之学。这里借王泽鉴先生在一次讲座中所举的一个实例说明之^①：

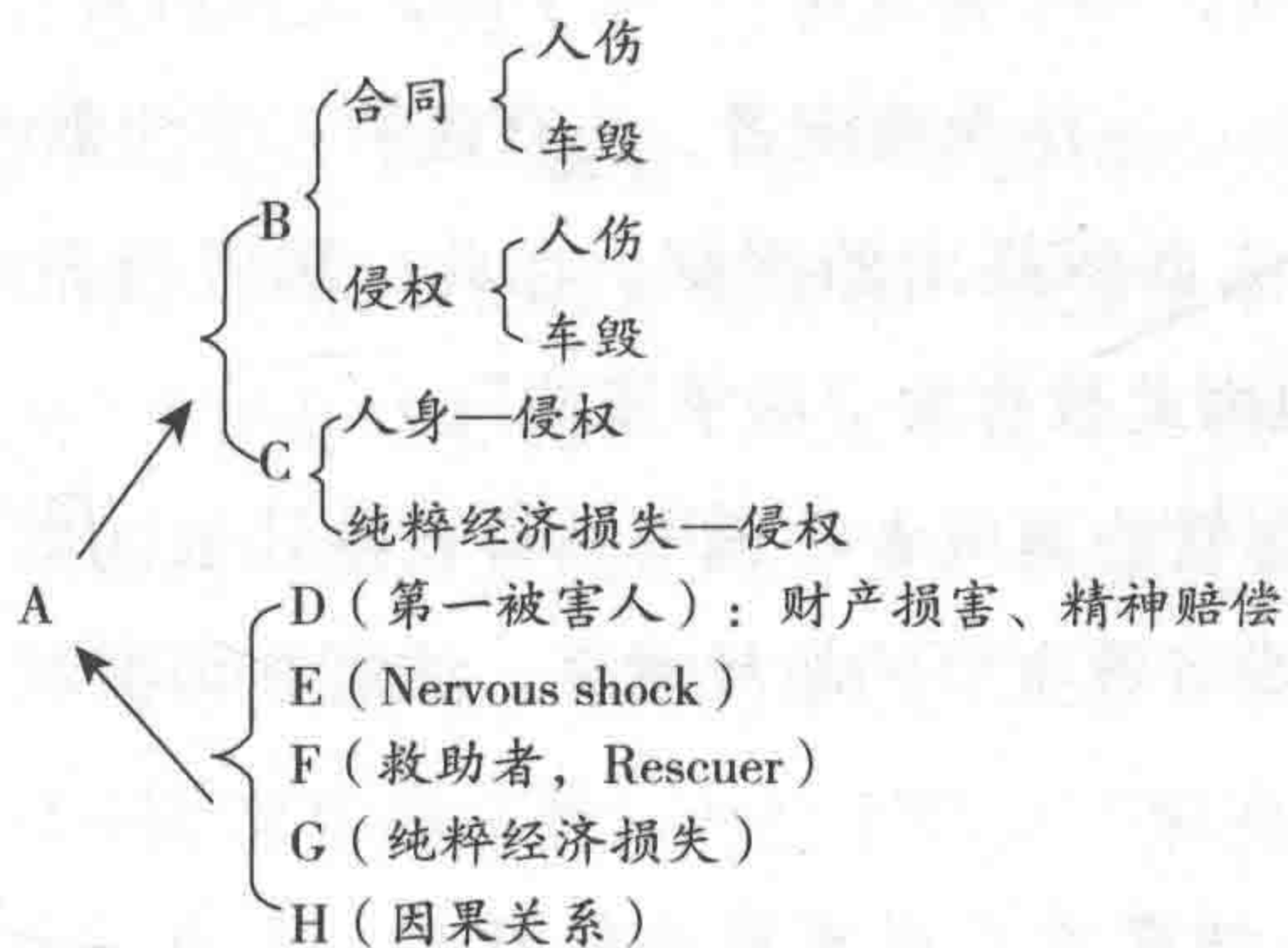
A 向 B 购买 C 制造的卡车，因 A 疏于注意该卡车轮胎具有缺陷，发生车祸，车半毁，A 受重伤成为植物人；撞到路人 D，D 血流如注；D 的（妻、未婚妻或路人）E 目睹其事，精神崩溃而住院；有 F 救助 D，却遭车撞伤。该车祸阻塞道路，G 等出租车不能外出载客；H 驾车不耐久等，跨越 I 的庭院，毁损 I 的花草。



司法女神

在古希腊神话里，主持正义和秩序的女神是忒弥斯（Themis）。她的名字的原意为“大地”，转义为“创造”“稳定”“坚定”，从而与法律发生关联

图片来源：<http://h2och4.mysinablog.com/index.php%...3D328111>



来源：<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=47078>

① 参见王泽鉴：“比较法、判例研究与实例研习”讲座，中国人民大学法学院，2009年11月27日，见<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=47078>，访问时间：2009-12-09。

在 A 与 B 之间，在 B 与 C 之间，在 A 与 D、E、F、G、H 之间会产生合同、侵权等纷争，解决这些纷争是法律的基本功用及法学的本分，而哲学、经济学等不司此职。这可用拉丁文“quis, quid, a quo, qua causa?”（“谁可向谁，依据何种法律理由，主张什么？”）概括之。

● 3—2 法学是生杀予夺之学

法学是一种学说，但不同于哲学等其他学说，法学还是一种对人们的行为有说服力的学说，即作为一种非正式的法律渊源，有生杀予夺之功效，不只是说说而已。通常把这种非正式的法律渊源称“法理”，即被社会公认的正当的法律原理，它立于刑法、民法等法条背后。法理主要是通过学者的著述体现出来，因而，法理与学者的学说密不可分。

在欧陆地区，法理的地位则得到明确的承认。古罗马曾有“法学家创造了罗马法”的谚语，中世纪也有“不读阿佐的书，进不了法院的门”的说法，也因此学说非私人就法律所表示的意见。当代的《瑞士民法典》第 1 条规定：“依字面含义或解释有规定的法律问题，均适用本法。本法无规定者，法官应依习惯法裁断，无习惯法，依法官一如立法者所提出的规则。在此，法官遵循既定学说和传统”。欧陆法也因此被称为“法学家法”。

在我国，尽管法理或者学说不具有在欧陆地区那样的地位，但它们对司法实践有着重要的指导意义，法官在司法裁判中常援引学说来进行论证。

在 2007 年许霆于广州市商业银行的一台自动取款机（ATM）上分 171 次从 ATM 中提取了 17.5 万元一案中，广州市中级人民法院认定许“盗窃金融机构，数额特别巨大”，判处许“无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收全部个人财产”。法院对盗窃这一性质的认知，因中国刑法条文本身未作界定，而直接取自刑法学界

的“私密窃取为盗窃”通说。但也有人认为，许大摇大摆进入一个公共场所，通过ATM取款进行正常的交易，用自己的真实身份取钱，这是一个公开的、知情的交易，毫无私密可言，如果是盗窃，不可思议。

这里不去争辩谁之法理合理，而是想说，无论谁之法理被采纳，法理不仅是温文尔雅的说教，还是直接决定着人们财产、自由的“有牙齿的”言论。

● 3—3 法学不是科学，而是智慧

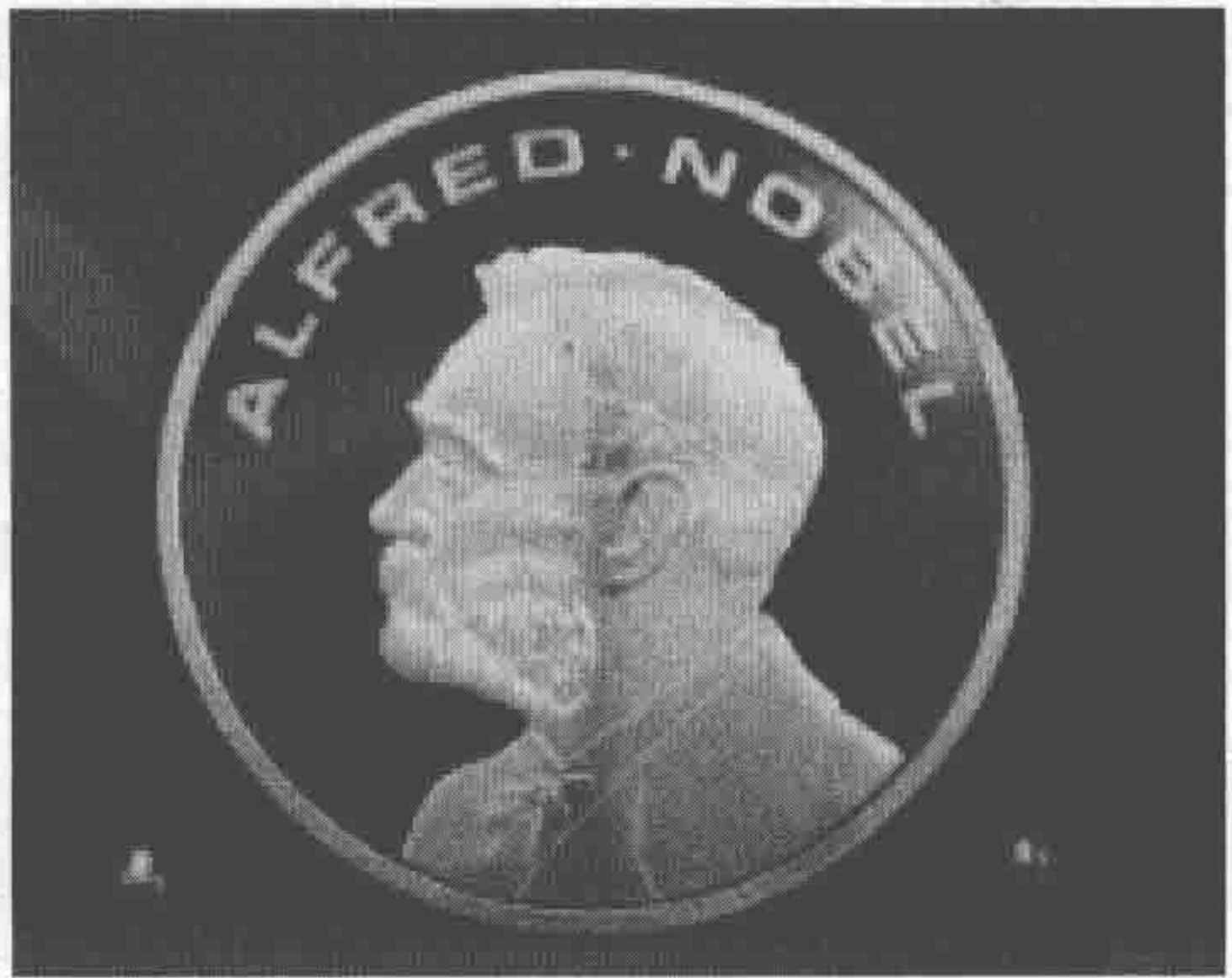
科学要解决的是真假问题，能纳入其范围的是可检验的、客观的、确定的知识。“水往低处流”这一论断，历经检验，是为真理，“太阳绕地球转”业已证为谬误。严格意义上科学只包括物理、化学等实验知识，逻辑、数学这两门是可在形式上验证的科学。

以这种眼光，去打量关于社会的知识，它们均是非科学的。“人往高处走”，何谓高低因人因时而异；“杀人者死”不可检验，因为多数国家废止了死刑，少数国家死刑仍存。社会知识与科学攀亲，冠以社会科学头衔，意在寻找自身的说服力、权威性。

法学被说成科学出于同一愿望，法学所说明的法律是人为建构的，并不存在一种科学意义上的客观法律，自然法学眼里“遵守契约”之“自然法”，社会学者笔下“肥水不流外人田”之“活法”，其“客观性”明显是一些人的假定或合意，是故“自然法”可变，“活法”不居，“十里不同风，百里不同俗”。法学不是对外部世界的描摹，而是对外部世界的建构，人们不能去“发现”法，只是去“发明”法。

不同于科学要分出事物的真假，法学要说明的是法律和判决合不合适、公正与否、满意与否。而对它们的解说总是人的解说，人又是历史社会中的人，无法做到价值中立。因而，法学缺乏不证自明的规律、公理，法律和判决均是有争议的法学产品。

间亦不受空间的限制”^①。自然科学要回答自然规律的“真”的问题，因而，客观、精确、定量、可验证、可重复便成为对自然科学的要求。为实现这些要求，人们所运用的思维方式为分析、观察、描述、实验、解释、归纳、演绎。自然科学各领域为：数学、物理学、化学、天文学、地球科学以及生命科学等。柏拉图学园的大门上刻有“不懂几何的人莫入”。在柏拉图看来，数学的证明是可信的，原理是真实的。



诺贝尔像

图片来源：<http://news.sciencenet.cn/htmlnews/2010...982.shtm>

相对于自然科学对“物”、对“真”的问题的兴致，社会科学关注着人，关注人际关系的“正确”（“对”）的问题。由于社会交往关系不可能是单个个人的行为，什么正确、什么不正确具有一定的普适性，但毕竟人以群分，家庭、政党、行业，各个不一，还要受地域的限制，所以这种普适性又没有自然规律的那么大。正是因为其普适性这种中间特点，有人将社会科学置于自然科学和人文科学之间，它既要满足量的要求，又要坚守质的规定性；在思维方式上，既有经验分析，也有历史诠释，以致难以明确概括出多少社会科学自身的东西。实际上，在自然科学长期为显学及因此只将自然科学视为科学的巨大压力下，社会科学更偏向自然科学的模式，更受其思维方式的影响，如以定量见长的社会学，主要借助于经验—分析，经济学也愈来愈走向数量化、实证化。社会科学的家族也十分庞大，所涵盖的学科有：政治学、经济学、管理学、社会学、心理学、教育学、人类学等。

^① [德] 汉斯·波塞尔：《科学：什么是科学》，李文潮译，49页，上海，上海三联书店，2002。

人文科学的场域是一个自然科学的逻辑经验世界以外的意义世界。意义世界是个人的世界，事情有否意义、有何意义，在于个人的内心感受、情绪体验、心灵直觉，这就生发出“感时花溅泪，恨别鸟惊心”，“有一千个观众，便有一千个哈姆雷特”。人文科学不求“真”与“对”，但求“善”、求“美”、求“情”。人文科学的各部门为哲学、文学、艺术、历史、语言等。

美国当代著名的比较哲学家巴姆（Archie J. Bahm）认为，从不同文化上看，西方与中国的思维方式有着下表所展示的分野。而中国是一个人文传统深厚的国度，因此后一组大体可看作人文科学的思维方式。

西方	中国
分析	综合
理性	直觉、顿悟
思	诗
复杂	简约
逻各斯（logos）	神话
逻辑	修辞
概念	隐喻
推理	描述
精确	形象比喻、随意
普遍	特殊
形式	实质
程序	实体
主客两分	主客不分

那么，法学又算哪一门呢？如果法律规范之总和——法——被确定为法学的客体，那么，法学的任务是如何去认识法，例如，何谓枪支？据《中华人民共和国枪支管理法》第46条和公安部关于枪支弹药管理的有关规定，法律上的枪支是指：以火药或者压缩气体等为动力，利用管状器具发射金属弹丸或者其他物质，足以致人伤亡或者丧失知觉的各种枪支。法学便是认识论上的理论，它不仅在于内部，而且也在外部屈从于无矛盾的要求，这与自然科学相通。

如果把如何制定和适用法律确定为法学的客体，那么这样构想的法学，其目标指向对社会行为的影响。当与社会连在一起时，法学就要受到社会科学研究成果的指导，它要研究规范创制的社会条件、各种可能的影响因素、所期待的结果和所带来的副作用、规范的有效性和实施成本。例如，考虑到中国各地经济发展水平不同，最高法院只规定了构成盗窃罪的财产价值标准从1 000元至3 000元这一幅度，具体多少则由各省确定。法学遂被理解成社会科学。

法学又与法律文本、合同、法院的判决相连，因而，法学又是一门文本科学。首先，文本需要理解，就有解释的问题，因为文本，甚至世界本身是由语言表现出来的，而语言具有多义性、不确定性、可变性。其次，文本的言说者、作者与听众、读者处在不同时空之中，致使即便文本语言是单一确定的，听众、读者也可能不知所云。由于理解的主体性，法学与人文科学共享某些特点，如受制于内心感受、情绪体验、心灵直觉，如同历史学中不存在单数的历史、只有复数的历史，由此便产生了，面对一个法律文本，“两个律师，三种见解”的亦贬亦褒之说。

至此，法学在学科属性上的轮廓已大致显出，它襟自然科学、人文科学且带社会科学。法学真正特立独行之处在于其穿行于事实与规范之间。其意指真正的法产生于穿行之中，而不是仅用既有规范去裁判事实。既有规范只是一个框架，一个待具体化甚至可修正的大前提。

●● 3—5 法学的含义和家族

按三分法，法学是介于三大科学之间，它襟自然科学、人文科学且带社会科学。从法学的这一性质出发，便有了法学的狭义、广义两分。

狭义的法学指关于法律规范及其应用的学科，也称法律教义学。其中，关于法律规范的学问，要解决人类行为和裁判的正式标准是什么的问题，属本体论。关于法律规范应用的学问，要解决如何应用标准的问题，属方法论。

广义的法学指一切涉及法的学科，是狭义的法学与其他学科交叉的产物，交叉之处主要在法律的正当性根据、法律规范的表达、法律规范的形成、法律规范的内容、法律的作用、法律规范的理解、法律规范的应用。

法学家族

狭义的法学	广义的法学
关于法律规范及其应用的学科	一切涉及法的学科
法理学（一般法律规范理论）	法哲学
部门法学（各别法律规范理论）	法社会学
宪法学	法史学
民商法学	法人类学
刑法学	法经济学
行政法学	法政策学
经济法学	人权法学
社会法学	法律语言与逻辑学
诉讼法学	法医学
国际法学	司法鉴定学
法律方法论	法心理学
比较法学
.....	

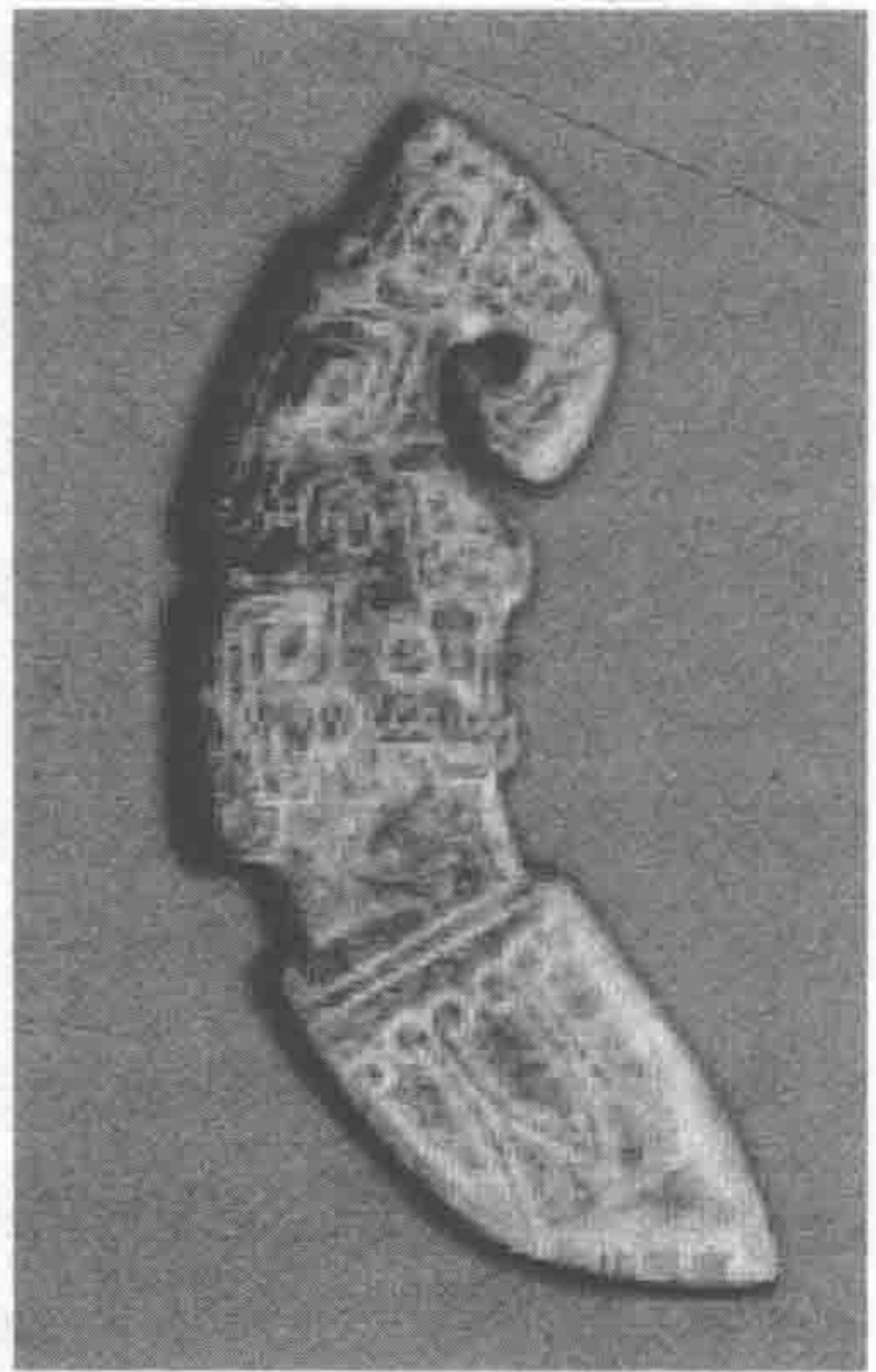
●●● 4 总结：解社会之结的觥

法学之“学”可以在不同意义上使用：首先，它是指“学问”，即对法律之根本原理的哲学追问；其次，它是指“学术”，即对法律的结构所作的规范分析；再次，它可能是指“科学”，即按照自然科学标准对法律所进行的实证研究；最后，它也可能是指“技艺”，即如何应用法律。^① 法学襟自然科学、人文科学且带社会科学。

如果仅这样总结法学还过于抽象的话，那就再借喻一下。清人

^① 参见颜厥安：《规范、论证与行动——法认识论论文集》，5页，台北，元照出版公司，2004。

王明德著有名篇《读律佩觿》。“觿”（读 xī，西）是一种骨制的锥子，用以解结。《读律佩觿》书名之意是说，阅读和应用法律时，可将此书带上，以解惑释疑。引申言之，大千世界，芸芸众生，不免身心两分，滋生纷争，总需有人来解结，法学就担当此功用。它经国济世、定分止争，且一言九鼎、位重权高。法学何尝不是解社会之结的觿呢？



王伯玉觿

图片来源: <http://www.cchicc.com>

商代晚期玉器，青玉质，体呈弯曲的角形，上部雕呈虎形，虎首向下，中部束腰，尾部有钝尖。两面纹饰相同，上部为虎纹，下部为蕉叶纹。铭文字数，外侧缘刻铭文二字，铭文释文为王白（伯）。

法官：你为什么耍印假钞？

被告一脸无辜地说：因为我不会印真钞……

卷二

最古老的学院 最古老的专业

每年九月，当众多新生气宇轩昂地踏入各大学法学院的时候，也许不是每一个人尽知，他们走进的是大学最古老的学院，即将开始研习的是最古老的专业。古老意味着什么呢？古老是令人敬仰的，“不敢高声语，恐惊天上人”；古老同时是沉甸甸的，使人倍感历史的厚重，传承的艰辛。触摸法学，如果你不想人类文明的经历那么快地逝去，这里就是它们的安身之处。

●●● 1 无法学便无大学

无论作为学院，还是作为专业，法学均发端于波伦亚大学。1988年9月18日，在波伦亚大学建校900周年庆典之际（至今仍无确切的史料证明建校日期，大学自定的建校日为1088年6月12日），来自全球各地366所大学的校长们聚集一堂，他们认祖归宗，将这座欧洲最古老的大学——法学家格拉蒂安、哲学家彭波那齐、数学家卡瓦列里、医学家马尔皮杰、诗人但丁和塔索、天文学家哥

白尼、解剖学家莫盖尼、无线电发明者马可尼等，曾先后求学或执教于此的大学——视为所有大学的母校。在这有着非凡历史意义的时刻，在波伦亚圣马乔雷广场，校长们共同签署了《欧洲大学宪章》(The Magna Charta of European Universities)。当时，北京大学王义遒副校长代表中国历史最长且最有声望的大学，广东五邑大学魏佐海副校长代表中国后起的大学，在《欧洲大学宪章》上签字。^①之后，又有400所大学的校长相继表示赞同这个对大学发展有着深远影响的文件。

《欧洲大学宪章》的精义在于，人类的未来在很大程度上取决于文化、科学和技术的发展，而这种发展是在文化、知识和科研中心中促成的，“大学便名副其实地成为了这样的中心”；要培养尽可能具有全面知识的人才，大学应打破学科的界限，实行跨学科和多学科的教育，促进人文科学和自然科学相结合；在继承其科研、职业教育、德育和智育这三项传统任务的同时，必须进行改革，以适应迅速变化的社会情势，迎接21世纪的挑战。

在这所世界所有大学的母校中，法学院又是其前身，可以说，无法学院便无波伦亚大学，无法学便无大学。11世纪70~90年代，在意大利波河平原东南部的波伦亚，一些研习法律的教师和学生自发组织起来，成立了一所主要讲授和研究古代罗马法和教会法的学校，当时人们亦称其为“法律学校”，这就是最初的波伦亚大学。1158年波伦亚大学法学院成立。

需求是创新之父。法律学校首创的原因是，在中世纪初，西欧古代的

Università di Bologna



波伦亚大学

校训: Alma mater studiorum – Petrus
ubique pater legum Bononia mater
大学之母

图片来源: <http://hanyu.iciba.com/wiki/363870.shtml>

^① 参见罗红波编著:《博洛尼亚大学》,80~81页,长沙,湖南教育出版社,1993。

法律传统因外族的人侵而破坏殆尽，而入侵的各族各有法律传统，这使西欧的法律十分混乱，虽然之后形成了“普通法”体系，但发展中的工商业、变化中的商品、信贷和财产转移关系，正在广泛兴起的行会、商会和自治城市，迫切要求一个完善的法律体系和大量的法律工作者。当时以东罗马帝国皇帝尤士丁尼编纂的《民法大全》为主的罗马法、以波伦亚的僧侣革拉在1142年编纂的《教会法会集》为主的教会法并立，司法分由世俗法庭和教会法庭分别掌管。于是，法学也就分为罗马法和教会法两个系统。

波伦亚大学起源于研习罗马法和教会法的学生组织。欧洲“大学”（University）原意是组织起来的团体，后逐渐发展为专指由从事学习、教学和研究的人组织起来的团体。波伦亚所在的伦巴德地区是西欧和东方贸易的通道，有着发达的工商业和大批的自治城市，有利于学术研究。一时间，欧洲各地的学生纷纷前来求学。但是，维护本地人利益的行会规章和法律对外来学生极为不利，学生在房租和学费上受到敲诈。于是，学生们形成了自己的团体，并制定规章，由学生考核教师的水平，规定奖金和授课时间，一节课不能吸引5个学生的教师将被解雇。13世纪初波伦亚大学已有五千余名学生，1316年增设了医学，1360年又增设了神学，成为意大利、法国南部、西班牙、葡萄牙等地大学的榜样。

当时，大学的教学活动是闭门自修，学生一般在13岁~16岁入大学，住在固定的宿舍中，早上五六点钟起床，在食堂就餐，参加礼拜，按时上课，闭门自修，只有在一定时间内才可离开学院外出。有教士身份的学生和教师被要求独身不婚，一些贫困学生也被允许通过乞讨来维持学习。

后来，大学的教学活动从散乱逐步走向系统化，最初的二三年，是以教师讲解为主，每次课长达3小时，每月有一到两次课。学生在毕业前，通常要进行两次考试，学生必须在修业年限届满后才有资格参加考试，习民法的为8年，习教会法的为6年，医学和其他选修科目（如艺术等）均为4年。两次考试一为“学位考试”（li-

centia), 另一种考试称教授甄试 (conventatio), 这个考试相当于教师资格评定。只有通过第一种考试的人才能继续参加教授甄试。考试大都在教会里举行, 成绩公开发布, 由教授团的代表, 即主考官 (Promoteur) 宣布合格名单, 并赠与合格者一些书籍和一顶无檐帽, 作为荣誉的象征。原先大学要求穿戴教士袍服, 由于有不同的学位, 因而产生了各种样式, 授予学位也发展成隆重的穿袍、奏乐、游行和宴会形式。

中世纪的学位本来的意思是任教执照, 大学毕业, 考试合格, 可获“硕士”“博士”“教授”学位。硕士、博士和教授“意味着同一件事——教师资格”。获得学位意味着加入教师同业行会, 并且可以教授你所学过的科目。这几个学位起初并没有高低之别, 后来, “硕士”逐渐只用于低级学院的成员, “博士”“教授”则用于医学、法学、神学三个高级学院的成员。而“学士”之初并不是正式学位, 只是表示学生已经取得学位候选人的资格, 后来才成为一种低于硕士水平的独立的学位。

学生们在大学里学什么呢?

人文学科是他们基本的学习科目, 它包括“古代七艺”, 后来又增加了亚里士多德、托勒密、西塞罗等人的著作。“古代七艺”指文法、修辞、逻辑、算术、几何、天文、音乐七门学问。^① 逻辑学和哲学后成为人文学科的高级课程。对于研习神法、民法和教会法的学生, 除了要学习人文学科的基础科目外, 还需要长时间地学习法学专业, 有的长达 16 年之久。对这些学科结业的学生一般授予博士学位, 获得博士学衔的人, 同时便有资格担任教师、法官、律师、公证人。

在波伦亚大学及稍后的巴黎大学 (1261 年) 和牛津大学 (1168 年)^② 的带领下, 大学犹如雨后春笋, 争相破土。到 15 世纪末, 整

① “骑士六艺”指欧洲中世纪后期骑士学习的六种技艺: 剑术、骑术、游泳、狩猎 (矛术)、棋艺、吟诗。对比中国, 古代儒家要求学生掌握的“六艺”为: 礼、乐、射、御、书、数。

② 有人对牛津大学和剑桥大学做了分析, 牛津大学学生会问: “What do you think?” 剑桥大学学生则问: “What do you know?” 看来, 牛津大学注重思想, 而剑桥大学注重求知。这大概就是牛津出了 29 名首相、剑桥出了 61 个诺贝尔奖获得者的原因。

个西欧建立了近80所大学，其中意大利20所，法国18所，英国2所，苏格兰3所，西班牙13所，葡萄牙1所，德意志神圣罗马帝国内（包括尼德兰、捷克和瑞士）16所，匈牙利3所，波兰、丹麦和瑞典各1所。这些大学成为近代高等教育的先驱，在世界文化史上发出熠熠光彩。

●●● 2 再老也有根

久经海上风浪，惯于浪迹天涯，
 海伦，你那艳丽的面容，你那紫蓝的秀发，
 你那仙女般的风采令我深信：
 光荣属于希腊，伟大属于罗马。

19世纪美国诗人、小说家和文学评论家爱伦·坡在《致海伦》^①中如是吟唱。的确，仅仅三个名字就足以让希腊人感到无上荣光：苏格拉底，柏拉图，亚里士多德。古代希腊是西方文明的摇篮，所以黑格尔说：“一提到希腊这个名字，在有教养的欧洲人心中，尤其在我们德国人心中，自然会引起一种家园之感。”但法学却不然：古希腊各城邦国没有正规的法学教育和训练，也没有出现法律职业阶层。古希腊实行的是大众化司法，“人人皆可为法官”，司法不需要由专门的法律职业人来维持。例如在雅典，除了长老会的元老们可以行使审判权之外，由随机挑选的民众组成的临时陪审团也可以行使审判权，“民主”是判决的重要方式。一个很好的例证就是“苏格拉底之死”。

苏格拉底之死

苏格拉底是当时最负盛名的哲学家，民众大会以281票对220票的结果，判处苏格拉底死刑，课予他的罪名是“不敬神”和“蛊惑青年”。

为何“民主”会处死“智慧”？这可用两千多年后法国人塞

^① 参见[英]苏珊·伍德福特：《剑桥艺术史：希腊和罗马、中世纪、文艺复兴》，罗通秀译，13页，北京，中国青年出版社，1994。

奇·莫斯科维奇在《群氓的时代》里的文字来解释：“一个群体或者一群民众就是摆脱了束缚的社会动物。道德的禁忌松弛了。人与人之间的差别消失了。人们通常都在暴力行为中表达他们的梦想、他们的情感，以及所有的英雄主义、野蛮残暴、稀奇古怪和自我牺牲。一个骚动的、情绪高昂的群体，这些就是人群的真正特点。它也是一股盲目的不可控制的力量，能够移山倒海，克服任何障碍，甚至摧毁人类几个世纪所积累的成就。”所谓民主的多数暴政就源于此。

而罗马自诞生之初起，就充满了征服与掠夺、权利与变革，其间武力与法律为两利器，于是，德国著名法学家耶林（Rudolf von Jhering, 1818—1892）在其《罗马法精神》一书中说：罗马帝国曾三次征服世界：第一次以武力，第二次以宗教，第三次以法律。武力因罗马帝国的灭亡而消失，宗教随着人民思想觉悟的提高、科学的发展而缩小了影响，唯有以法律征服世界是最为持久的征服。

西方正规的、学院式的法学教育和训练始于古罗马。自罗马颁布了著名的《十二铜表法》（公元前451年，是保存至今的最早的成文法）后，罗马法律教育也应运而生。公元前3世纪前后，社会上出现了一些法学家，他们公开招收学生，传道授业。接着，私人创办的法律学校也零星出现，第一个被奥古斯都皇帝授予法律解答权的法学家萨宾（Sabinus）创办了最早的私人法律学校。至公元前2世纪末，首都罗马及各行省都出现了私立法律学校。大约在帝国后期，公立法律学校出现，其中最为著名的是罗马法律学校和贝鲁特法律学校。公元425年，狄奥多西二世在君士坦丁堡创设了世界历史上第一所法律大学，罗马的法学教育达到其鼎盛时代。

罗马的法学教育一开始属于在家庭中进行的贵族教育的一部分，习法是贵族的一种修养，上层人都以学法为荣，以不懂法为耻。西塞罗曾说，就像小孩学诗一样，他儿时学过《十二铜表

法》。之后，法学教育逐渐向平民阶层扩散，并在学校中进行。学校的英文 School 这个词源于希腊文“Scholé”，意为“休闲”(leisure)，指只有有闲才能自由地追求知识。但后来无论是在何种学校中进行的教育，法学教育都以培养法律人才为目的。私人法律学校旨在培养贵族中的年轻人，让他们能在行政和法律职业方面谋得一个职位。在公立法律学校一统天下后，公民充任司法官吏必须受过专门的高等法律教育；申请律师及法官职务的人，



古罗马雄辩家霍滕修斯

据说他在辩论时从不使用稿子，也从不记录辩论对手的发言

图片来源：http://fashi.ecupl.edu.cn/article/show_full.asp?ArticleId=152

必须接受5年以上的法律教育。相比希腊的教育，罗马的法学教育少了一些思辨和理性，而多了一些职业化倾向，但仍受亚里士多德自由教育思想的影响。西塞罗等人认为教育的最高目的是培养雄辩家，而要成为一个雄辩家就必须具有广博的知识。他主张：一个雄辩家应该学习的科目十分广泛，如文法、修辞、算术、几何、天文、音乐、政治、军事、哲学等。法律学校学生的平均年龄在20岁~25岁，在上法律学校之前，通常已经受过文法学校和修辞学校的教育，法律教育培养的是具有博雅基础的法律职业专才。下面是古罗马喜谈法律的人们常做的一道数学题^①：

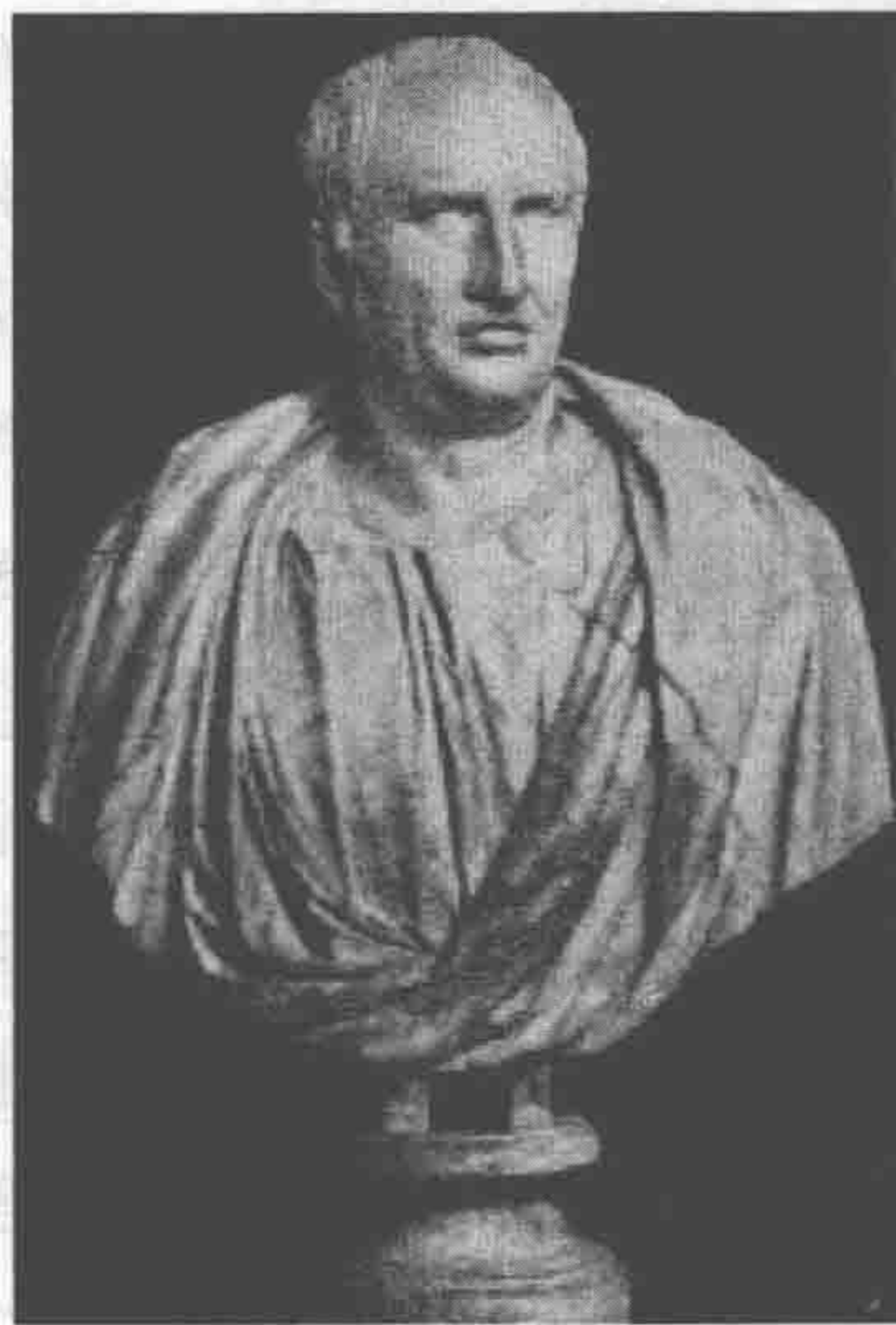
遗产应怎样分配

一位寡妇要把她丈夫遗留下来的3500元遗产同她即将生产的孩子一起分配。生的如果是儿子，按照罗马的法律，做母亲的应分得儿子份额的一半；生的如果是女儿，就应分得女儿份额的两倍。可

^① 参见[苏]Я.И. 别莱利曼：《趣味思考题》，符其珣译，89页，北京，科学普及出版社，1984。

是事情却是：她生了一对双胞胎——一男一女。那么，遗产应怎样分配才符合法律呢？

法律教育的兴起造就了一个职业法学家阶层，法学家的活动分为编撰、办案、答复和著述，其中最多的是答复和著述。他们解答问题的共同原则是：凡依旧法解决问题有失公平时，就从旧法的基本原则中推演新的具体办法加以解决。从公元前3世纪到公元6世纪，罗马共有118名法学家，其中最为著名的有盖尤斯（Gaius，约130—约180）、帕比尼安（Papinianus，约150—212）、保罗（Paulus，？—约222）、乌尔比安（Ulpianus，？—228）和莫迪斯汀（Modestinus，？—244）五大法学家。



乌尔比安（Ulpianus，？—228）

曾身居要职，公元222年时为罗马最高裁判官。乌尔比安提出“法学（Jurisprudentia）是神人之事，公正非公正之艺术”这一经典表述，公法与私法的划分是其重要理论贡献之一

图片来源：[http://fashi.ecupl.edu.cn/...](http://fashi.ecupl.edu.cn/)

公元426年西罗马皇帝瓦伦丁尼安三世与东罗马皇帝狄奥多西二世颁布《引证法》，给予这五名法学家的著述以法律效力，许可在法庭上引用它们。根据《引证法》，凡法律未有明文规定者，依此五大法学家的观点定夺；五名法学家的观点有分歧时，依多数法学家的观点；观点相持不下时，以帕比尼安的为准。而盖尤斯一生著述颇丰，尤以《法学阶梯》（教科书的通名）蜚声法坛。该书语句精练，分析精辟，深入浅出，简略得当，长期被用作法科学学生的课本。公元6世纪，尤士丁尼大帝颁布《国法大全》，其中包括他自编的《法学阶梯》和《学说汇纂》，《法学阶梯》以盖尤斯的为蓝本，但《学说汇纂》选乌尔比安的观点最多。

●●● 3 中国的法学教育

法学教育在西方古老，在中国也不年轻。但在中国古代，法学称为律学，因为从秦开始至清末，法称为律，如秦律、大清律例。对律的研究，主要是解释的学问，称作律学，因而法学教育是律学教育。但与西方相比，二者有明显区别，主要在于：西方法学教育是一种素质教育和独立的职业教育；中国律学教育只是儒学教育的一部分，无论是太学还是国子监，它们虽然在一定程度上亦是律学教育机构，但首先是儒学的教育机构。律学教育的内容多为儒家经典中的涉及法律部分，以刑律为主，以科举考试策问为主要形式。有的儒家更是反对专门研习法律，北宋司马光曾反对王安石设立律学教授、设“明法科”考选法官的变法主张，他认为，“礼之所去，刑之所取”，士大夫只需懂得儒家礼教自然就与法律暗合。律学教育自公元2世纪东汉末出现，至7世纪~12世纪唐宋两朝达到一个比较繁荣的阶段，而元代正式取消了官方的律学教育，一直到清末，律学教育被排除在国家正规的教育科目之外。

多读一年书，少读十年律

说的是在中国古代，儒家经义（“书”）不仅是制定法律的根据，还是断案指针，官吏当然应多读书，以便“引经决狱”。有例为证：

甲、乙双方相斗，乙抽刀刺甲，而甲之子丙举杖击乙，却误伤了自己的父亲。有人说丙犯了“殴父罪”，应当斩首。另有人从《春秋》中找到了例子：许国太子给有病的父亲喂药，事先自己没尝，父亲吃药后而亡。许太子因此犯了杀父罪，但他喂药是孝心的表现，未先尝药只是一种过失，并非存心害父，最后被赦免。据此，引经者认为：丙见人拔刀刺父，即挺杖相护，本不想伤害父亲。据《春秋》之义，此乃属于“君子原心”，应赦而不诛。

近代以后中国的法学教育是从西方传入的，带有强烈的模仿色彩，教师以留学生为主体；急功近利，充当政治变革的工具；缺少

学术传统；各地发展不平衡，且时断时续。中国近代法律教育的序幕是由 1862 年设立的京师同文馆的丁韪良拉开的，法律教育的第一课程为国际法。1867 年，美国传教士丁韪良（W. Martin, 1827—1916）出任同文馆的国际法教师，讲授美国学者惠顿（Wheaton, 1785—1848）的《万国公法》（Elements of International Law），该课程为同文馆学生第七年学习的必修课。从保留下来的光绪四年（1878 年）的两道公法学试题来看，当时的水平不同一般：



图片来源：http://www.legalinfo.gov.cn/misc/2007/02/content_650630.htm

遣使之权，自主之国皆有之，何以辨之？

此国遣使彼国，有拒而不接者，其故何也？

1895 年甲午战争失败之后，中国先进的知识分子认识到，光有“船坚炮利”也不能救民族于危亡，政制不改，无济于事，遂首先起来呼吁开展法律教育，培养治国干才。康有为（1858—1927）在《上清帝第二书》《上清帝第六书》等中明确提出，应当“废八股，兴学校”，远法德国，近采日本，建立新式大学，开展包括法律在内的各门科学的教育。

在此大势下，1895 年，天津海关道台盛宣怀创办了天津中西学堂，以哈佛大学、耶鲁大学为蓝本，由美国人丁家立任总教习。中西学堂的头等学堂分为法律、采矿冶金、土木工程和机械四科，修业 4 年，法律作为专业在中国近代高等教育中首次得以设置。继天津中西学堂之后，1896 年建立的上海南洋公学、1898 年建立的京师大学堂也开设了法律课程。1904 年，清政府建立了中国有史以来的第一所法学教育专门机构——直隶法政学堂。随后，全国各地法政学堂纷纷设立，至 1909 年，全国共有法政学堂 47 所，学生逾万，法学教育空前兴盛。自此，法政学校的开办在近代中国一直长盛不衰，自 1912 年至 1925 年，法政学校即占全国学校数的 40% 左右，而学生数更是占全国学生

数的60%左右，这还不包括大学法科。1932年至1949年间，法科学生数亦占全国学生总数的20%以上。法学再度成为显学。

颇值称道的是，在中国近代法学教育中，私立学校的贡献极为引人注目。在中国近代法制史上占有极重要地位的一群法学家，如王宠惠、吴经熊、盛振为、胡长清、孙晓楼等，皆或毕业于私立法学院，或执教于私立法学院。在各私立法学院中，以1912年的朝阳大学和1915年的东吴大学法学院最负盛名，并称“北朝阳，南东吴”，一时有“朝阳出法官，东吴出律师”的说法。朝阳大学的毕业生中，除少数从事教学和研究之外，几乎所有均供职于司法界，形成“无朝不成院”之势；而东吴法学院前18届毕业生中有半数从事律师职业。

东吴大学法学院

东吴大学是由美国基督教差会监理公会开办的教会大学，1900年11月在美国田纳西州取得执照，核准“文学、医学和神学系，以及可能被认为适宜的其他系科”，校名为“东吴大学校”（Soochow University），第一任校长是孙乐文（Rev. David L. Anderson, D. D.）。1915年，东吴大学在上海创设“东吴大学法学院”，又称“中华比较法律学院”，效仿美国法学院，招收的学生都要有大学学历，学院“办学的目标就是使他们完全掌握世界主要法律制度的基本原理。办学的重要目的是培养一代能为中国新的、更好的法律制度作出贡献的人才”。为了达到这一目的，法学院一并开设民法法系、英美法、中国法三个法系课程，突出“英美法”内容。在学习三个法系的基础课程时，学生可以作比较学习，使东吴大学的法学教育在当时饮誉海内外，培养出一大批现当代著名的法学专家，如王宠惠、吴经熊、倪征燠、李浩培、潘汉典、杨铁樑等，因而东吴大学法学院也被誉为“最著名的法学院”。1952年全国院系调整时，东吴大学改名为“江苏师范学院”，其法学院并入华东政法学院。1951年东吴大学旅台同学会推动在我国台湾地区重建东吴大学，1969年恢复大学建制，如今，东吴大学已成为我国台湾地区的综合性大学，其法律系是我国台湾地区最好的法学院之一，排名第三。

新中国成立之后，由于对旧中国法律和法学理论的否定，我国现代法学教育基本上是从头开始，经历了曲折的发展过程，甚至在“文化大革命”十年间停滞不前。而自20世纪90年代起，又步入快速发展期。据教育部，2015年，全国共有627个法学本科专业学科点，法学专业在校生311429人，知识产权专业在校生8472人，监狱学专业在校生3416人，未分入具体专业的法学类专业在校生4601人。法学已成为一门无可争议的“显学”。

根据教育部学位中心公布的2012年全国学科排名，法学学科前20名的学校及学科整体水平得分为：

1 中国人民大学	95
2 中国政法大学	92
3 北京大学	90
4 武汉大学	86
5 华东政法大学	84
西南政法大学	84
7 清华大学	82
8 吉林大学	80
中南财经政法大学	80
10 厦门大学	79
11 上海交通大学	
南京大学	77
13 复旦大学	
南京师范大学	
山东大学	76
四川大学	
17 对外经济贸易大学	
苏州大学	
中山大学	74
重庆大学	

●●● 4 法学教育模式

法学教育模式是指直至取得法官、检察官、律师等职业资格的整个法学教育过程的制度设置，法学教育的职业教育性质体现于法

学教育模式。在中国，直至取得法律职业资格的法學教育过程为一个阶段：四年大学学习，属本科层次，以培养学生的法律素养为目的，主要是素质教育、专业教育，而非职业教育。在第四年第一学期可参加司法考试，通过者取得法律职业准入资格。随着人们对法學教育的职业性质认识之加深，正在探索一种大学专业学习 + 职业实习的新法學教育模式，这可借鉴当代世界主要国家的法學教育模式，它们有：

●● **4—1 美国 两个阶段：大学非法學学习 4 年 + 大学法學学习 3 年**

美国的法學教育位于本科之后，即在研究生层次上进行。它要求进入法学院的人必须先有一个非法律本科以上的学位，即文学士 (B. A.) 或理学士 (B. S.) 学位，然后经过严格的入学考试进入法学院。学习期限为 3 年。毕业后可以参加各州的律师资格考试。

●● **4—2 英国 三个阶段：大学学习 3 年 + 律师学院培训 1 年 + 实习 2 年**

法学院面向高中毕业生招收法律本科生，经过 3 年左右的大学学习后毕业，如果要从事法律职业，必须再念 1 年的法律职业培训课程，然后还要进行一到两年的专业实习，才可以取得职业资格，成为正式的法律工作者。

●● **4—3 德国 两个阶段：大学学习四年 + 职业预备期 2 年**

学生在大学学习 4 年左右，之后参加第一次考试，它由大学考试和国家考试组成。通过后进入 2 年的职业预备期，在法院、检察院、律师事务所和政府部门实习。最后参加第二次国家考试，通过后便取得充任法官、检察官、律师的资格。

●● **4—4 法国 两个阶段：大学学习 4 年 + 法官学院培训 2 年半**

学生经过 4 年大学学习之后，参加国家、地方团体或法律职业公会组织的考试，合格后，希望成为法官 (含检察官) 的学生，须通过国家统一组织的国家法官学院 (ENM) 入学考试，在国家法官学院接受为期 2 年半的法官基础教育 (含实习)，律师研修期为 1 年半。