

高等学校公共管理类、政治学类、公安学类、马克思主义理论类、
法学类专业基础课程教材

法学概论

顾问 杨小云

主审 冯 果

主编 张 辉



高等教育出版社

高等学校公共管理类、政治学类、公安学类、马克思主义理论类、
法学类专业基础课程教材

法学概论

FAXUE GAILUN

顾 问 杨小云

主 审 冯 果

主 编 张 辉

执行主编 邱昭继 韩 敬

撰 稿 人 (以撰稿章节先后为序)

张 辉 张书友 韩 敬 敖双红

蒋伟龙 涂龙科 周 珺 凤建军

彭慰慰 陈立彦 柳 湘 刘继虎

李国海 梁高峰 颜运秋 许尚豪

欧元捷 许 兵 王 勇 张 磊

邱昭继 宋俊杰

高等教育出版社·北京

图书在版编目(CIP)数据

法学概论/张辉主编.--北京:高等教育出版社,
2017.8

ISBN 978-7-04-048240-9

I. ①法… II. ①张… 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 184706 号

策划编辑 王亚敏 责任编辑 程传省 特约编辑 赵丽 李策 封面设计 王洋
版式设计 马云 插图绘制 杜晓丹 责任校对 李大鹏 责任印制 赵义民

出版发行	高等教育出版社	网 址	http://www.hep.edu.cn
社 址	北京市西城区德外大街 4 号		http://www.hep.com.cn
邮政编码	100120	网上订购	http://www.hepmall.com.cn
印 刷	三河市潮河印业有限公司		http://www.hepmall.com
开 本	787mm×1092mm 1/16		http://www.hepmall.cn
印 张	24.25	版 次	2017年 8月第 1版
字 数	580千字	印 次	2017年 8月第 1次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	46.00元
咨询电话	400-810-0598		

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物料号 48240-00

顾问、主审简介

杨小云教授 湖南师范大学法学博士,博士生导师,教育部高等学校政治学类专业教学指导委员会副主任委员、教育部高等学校中学教师培养教学指导委员会委员。现任长沙学院院长,曾任湖南师范大学副校长。先后主持国家社科基金项目3项(含重点项目1项),出版著作2部,发表学术论文40余篇。入选国家百千万人才工程,被授予“有突出贡献中青年专家”荣誉称号。系第十一届全国青联委员,曾获国家级教学成果二等奖1项。

冯果教授 武汉大学法学博士,博士生导师,全国十大杰出青年法学家,珞珈特聘教授。现任武汉大学法学院院长,曾任最高人民法院审判监督庭副庭长。先后主持教育部重大攻关课题、国家社科基金项目等课题10余项,在《法学研究》《中国法学》等学术刊物上发表论文90余篇。代表性著作:《公司法要论》《证券法》《现代公司资本制度比较研究》《社会变迁视野下的金融法理论与实践》《收入分配改革视域下的金融公平》《企业并购税收法律问题比较研究》。

主编、执行主编简介

张辉教授 南京大学法学博士后,中南大学管理学博士,硕士生导师,湖南省法学教育研究会副会长,湖南省财税法学研究会副会长,湖南省法学在线教育研究中心主任。现任长沙学院法学院院长,长沙仲裁委员会仲裁员,湖南省人民检察院人民监督员。曾任全国先进基层检察院党组成员、副检察长。通过首次国家统一司法考试。系湖南省第八、九届青联委员,湖南省青年岗位能手。先后主持教育部社科项目等省部级课题5项,在《法学》《政治与法律》等CSSCI来源刊物上发表论文20余篇。代表性著作:《宏观调控权法律控制研究》。

邱昭继教授 中国政法大学法学博士,硕士生导师。现任西北政法大学法理学教研室主任、法社会学研究所所长,兼任澳门科技大学访问教授。系美国康奈尔大学访问学者。先后主持国家社科基金项目、司法部项目各1项,在《哲学研究》《法律科学》等学术刊物上发表论文30余篇。代表性著作:《法律的不确定性与法治——从比较法哲学的角度看》。代表性译作:《法律、语言与法律的确定性》《法理学:理论与语境》《马克思主义与法律》《牛津法律理论词典》(合译)。

韩敬副教授 郑州大学法学博士后,东南大学法学博士。现任长沙学院法学院交叉法学教研室主任。通过国家统一司法考试。先后主持教育部社科项目等课题10项,在《河北法学》《河南师范大学学报》等学术刊物上发表论文近20篇。

撰稿人简介

(以撰稿章节先后为序)

- 张 辉** 南京大学法学博士后,中南大学管理学博士,长沙学院法学院教授,硕士生导师。
- 张书友** 中国政法大学法学博士,西北政法大学法理学教研室副教授,硕士生导师。
- 韩 敬** 郑州大学法学博士后,东南大学法学博士,长沙学院法学院副教授。
- 敖双红** 武汉大学法学博士,中南大学法学院教授,博士生导师。
- 蒋伟龙** 武汉大学法学硕士,长沙学院法学院副教授,硕士生导师。
- 涂龙科** 北京师范大学法学博士,上海社会科学院法学研究所副研究员,硕士生导师。
- 周 珺** 武汉大学法学博士,华东政法大学经济法学院副教授,硕士生导师。
- 凤建军** 清华大学法学博士,西北政法大学经济法学院副教授,硕士生导师。
- 彭慰慰** 湖南师范大学教育学博士,长沙学院法学院副教授。
- 陈立彦** 湖南大学法学博士研究生,长沙学院法学院讲师。
- 柳 湘** 湘潭大学法学硕士,长沙学院法学院讲师。
- 刘继虎** 中南大学法学博士,中南大学法学院教授,博士生导师。
- 李国海** 中国社会科学院法学研究所法学博士后,武汉大学法学博士,中南大学法学院教授,硕士生导师。
- 梁高峰** 西北政法大学法律硕士,西北政法大学经济法学院副教授,硕士生导师。
- 颜运秋** 南京大学法学博士后,中南大学管理学博士,中南大学法学院教授,博士生导师。
- 许尚豪** 北京大学法学博士后,中国人民大学法学博士,中国人民大学法学院副教授,硕士生导师。
- 欧元捷** 德国慕尼黑大学法学博士,中国人民大学法学博士。
- 许 兵** 中国人民大学法学博士,司法部司法研究所副研究员。
- 王 勇** 华东政法大学法学博士,华东政法大学国际法学院教授,硕士生导师。
- 张 磊** 复旦大学法学博士后,华东政法大学法学博士,华东政法大学国际法学院副教授,硕士生导师。
- 邱昭继** 中国政法大学法学博士,西北政法大学法理学教研室教授,硕士生导师。
- 宋俊杰** 日本北海道大学法学博士,原湖北经济学院法学院副教授。

交叉法学课程法学概论的教材内容 重构与教学模式创新 (代序)

一、引言

当今世界,人类对自己所面临的各种问题的研究经验反复证明,跨领域的研究往往给我们带来新的解决问题的路径^①,跨领域教育从而也成为大学教育发展之趋势^②——无论是法学还是管理学等方面的教育,它们作为大学教育的一部分,也跟随着这一趋势不断发展。^③也许正是基于这一原因,反映公共管理学融入法学教育的成果,体现公共管理教育之跨领域教学理念的课程——法学概论,现已成为我国高校公共管理类以及与公共管理相关的各类专业^④普遍开设的一门专业基础(核心)课程。但是,长期以来我国法学教育界对于这一课程的研究较为薄弱。当前,在重新审视该课程设置的必要性、性质与内容的基础上,将其与法理学、思想品德修养与法律基础等相似课程区分开来,并深入探讨该课程之教材设计与编写、教学模式的适用等关键性问题,对于推动该课程的建设,进而促进我国高校公共管理类以及与公共管理相关的各类专业人才培养质量的提高,具有十分重要的意义。

二、法学概论课程设置的必要性

公共管理,是以政府为核心的公共部门处理公共事务、提供公共产品和服务的活动。^⑤

① 与世界普遍联系程度日益加深的趋势相反,人类对知识领域的划分越来越细。而当今世界人类所面临的种种问题无一不“牵一发而动全身”。因此,人类不能再以单一领域的眼光看待世界,由于领域的细化而支离破碎的知识,亦很难凭一己之力解决人类所面临的各种问题。

② 例如,近几十年以来,美国就有很多大学推行了协同的跨领域教学实践。

③ 例如,香港大学法律学院设置了两个跨领域的学位课程,分别授予工商管理学学士(法律)学位、社会科学学士(政治与法律)学位;耶鲁大学法学院则以跨领域的方法进行法学教育。

④ 公共管理类专业包括公共事业管理、行政管理、劳动与社会保障、土地资源管理、城市资源管理 5 个基本专业,以及海关管理、交通管理、海事管理、公共关系学等 6 个特设专业。参见教育部高等教育司编:《普通高等学校本科专业目录和专业介绍(2012年)》,高等教育出版社 2012 年版,第 11、16、323-337 页。与公共管理相关的各类专业通常包括政治学类、公安学类、马克思主义类以及法学类专业。

⑤ 黎民主编:《公共管理学》,高等教育出版社 2004 年版,第 1 页。

它属于管理的一种类型,其特点在于公共性,是一种通过公共权力(或者公共资源)来对公共领域的事务进行管理或者服务的活动。任何公共管理活动都涉及“对社会各种利益分配关系进行权衡、协调和处置之公共权力”的设定与行使。可以说,至少从现实主义的向度而言,公共管理活动的核心,在于“社会民众授予和认许公共机关定分止争的公共权力”。

但是,正如有学者所指出的,社会民众对于公共机关权力的界定在客观上不可能十分明确而具体,公共权力这一经过社会权衡、界定而被确认之力,存在对于社会民众权利的超越、背离和异化的可能^①——公共机关存在着不充分行使或者扩张和滥用公共权力的可能性。^②因此,公共权力必须受到体现社会民众意志之法律的控制——以确保其设定与行使,亦即其大小、范围和行使方式以服务于社会民众权利所需的正当职能活动的需要为限。马克思早在1844年就指出“法律的用处通常是限制(控制)^③政府的绝对权力”^④。根据马克思的这一论述,对于现代国家来说,公共权力之法律控制,不仅是该权力合法化的必由之路,也是抑制该权力异化以及保障社会民众权利之所需,当然它也是我国实现依法治国,建设社会主义法治国家的题中应有之义。

总而言之,对于现代法治国家而言,体现社会民众意志并且控制公共权力设定与行使之法律,理所当然地属于公共管理活动之关键性要素。^⑤1875年恩格斯就曾指出:一切自由的首要条件是“一切公务人员在自己的一切职务活动方面都应当在普通法庭上按照一般法律向每一个公民负责”。^⑥美国最高法院在哈洛诉菲茨杰拉德(1982)一案中也这样总结道:“一个称职的公共管理者应该知道法律在规范着其行为”。^⑦

而从另一方面来看,管理思维主要关注效率,公共管理思维亦不例外,法律思维则主要关注合法性。管理思维应当以法律思维^⑧为前提和基础。应当说,法学教育不仅仅在于传授法学知识,还在于传递法律思维,启迪法的智慧^⑨。德国法学家古斯塔夫·拉德布鲁赫有言:“法学对人的智识乐于提供也许是最好的科学思维技巧的训练——任何人,当他从法学转向其他科学时,都会感激曾有过这种法学的润养。”对于以后将要从事公共管理活动的人们来说,他们在学习法律的基本概念、基本知识、基本理论以及具体规定的同时,实际上也在接受法学思维的训练;而这种在潜移默化之中所进行的法学思维训练,能够帮助他们把社会生活中的“人”(包括自然人、法人以及非法人组织)的行为拆解成各种构成要件之组合,并且使之在做事理的判断和分析时,很容易建立条理和架构,从而得以从容地应对公共管理活动中

① 漆多俊:《论权力》,载《法学研究》2001年第1期。

② 公共权力有可能发挥积极作用,为社会民众权利服务;也可能因其不充分行使或者扩张和滥用而侵犯和损害社会民众的权利。

③ 此处的“限制”,实际上是一种“控制”。

④ 《马克思恩格斯全集》(第4卷),人民出版社1958年版,第576页。

⑤ 尽管法律是政治以及公共管理活动之关键性因素,但长期以来它并没有在我国的政治以及公共管理教育中得到应有的重视。

⑥ 《马克思恩格斯全集》(第19卷),人民出版社1963年版,第7页。

⑦ *The U. S. Supreme Court in Harlow v. Fitzgerald*, 475 U. S. 800, 819(1982).

⑧ 法律人,亦即法官、检察官、律师的思维方式是否有别于普通人,这个问题至今尚无定论。尽管如此,人们还是认为某些推理技术是法律决策所独有的。本文之中有关法律思维的论述就是从这种意义上来说的。

⑨ 古希腊哲学家赫拉克利特有言:博学并不能使人智慧。知识可以传授,能力可以训练,智慧却无法传授和训练,只能启迪。

各种复杂的事务。^①

因此,对于在现代法治国家中担负治国理政、经世济民之责——从事公共管理活动的人们来说,具备一定的法学素养,掌握在实践中产生并通过实践加以运用与检验的法学知识以及技能十分必要。^②

也正因如此,国外大多数高校的公共管理类专业都将论述法律在公共管理活动中的功能、角色及所能发挥的作用之课程,作为其专业课程体系中一门重要的课程;^③而我国教育部也将介绍与公共管理类专业相关法律,亦即根据公共管理活动的需求,把法律与公共管理领域连接起来,论述它们之间在理念、方法论和实践中之互动的法学概论课程,规定为高校公共管理类专业课程体系中的专业核心课程。

这里要说明的是,在我国学位授予与人才培养学科体系之中,政治学科是研究公共权力的形式及运作规律的一门独立的社会科学学科。^④公安学学科是研究维护国家社会公共安全和治安秩序、保障人权的警务活动和公安队伍建设的规律和对策的综合性应用学科。^⑤马克思主义理论学科是对马克思主义^⑥进行整体性研究的一级学科。^⑦众所周知,在我国,除了公共管理类专业外,政治学类、公安学类、马克思主义理论类专业^⑧也部分承担了培养公共管理方面人才的任务。因此,如果从培养公共管理方面人才的角度出发,我国高校政治学类、公安学类、马克思主义理论类专业也可以将法学概论课程列为其专业课程体系之中的专业基础课程。

三、法学概论课程的性质与内容

当前我国高校各类专业课程体系中的法学课程可以分为三大类,即理论法学课程、部门法学课程、交叉法学课程。理论法学课程,它承担着法学的理论认识 and 文化传播任务,包括

① 应当说,每一种学科当然都有体系的建构和逻辑的思考,而法学学科则更能鲜明地展现这种注重逻辑的性格。

② 例如,在依法治国的背景下,我们很难想象一个不了解公共权力法律控制的权力限制、正当程序、权责一致等公理性具体原则以及比例适度原则等公理性基本原则的行动者,如果直接参与到公共管理活动中去,不会出现不充分行使或者扩张和滥用公共权力而侵犯和损害社会民众权利的情况。

③ 参见戴维·H. 罗森布鲁姆、詹姆斯·D. 卡罗尔、乔纳森·D. 卡罗尔:《公共管理的法律案例分析》,王丛虎主译,中国人民大学出版社2006年版;肯尼思·F. 沃伦:《政治体制中的行政法》,中国人民大学出版社2005年版;戴维·H. 罗森布鲁姆、罗伯特·S. 克拉夫丘克、德拉曼·戈德曼·罗森布鲁姆:《公共行政学——管理、政治和法律的途径》,张成福等译,中国人民大学出版社2002年版。

④ 该学科主要包括国家、政府和政治的理论与实践内容。由于公共管理活动在公共政策的形成过程中发挥着重要的作用,因此从过程的角度来看,我们也可以说公共管理活动是政治活动的一个部分。

⑤ 该学科的内容涉及国内安全、社会公共安全、社会治安秩序、犯罪预防及治理、公共安全事务服务等领域。在西方国家,该学科被称为警察学或警察科学。有的西方国家在公共管理等学科中设置警察学科。

⑥ 马克思主义是科学的世界观和方法论,是反映客观世界特别是人类社会本质和发展规律的科学,是关于无产阶级和人类解放的学说。

⑦ 它适应时代和实践发展的需求,担负着马克思主义理论人才培养、科学研究、社会服务和文化传承创新的任务,同时为高校思想政治理论课教育教学提供学理支撑。

⑧ 政治学类专业包括政治学与行政学、国际政治、外交学3个基本专业,以及国家事务与国际关系、政治学、经济学与哲学等两个特设专业。公安学类专业包括治安学、侦查学、边防管理等3个基本专业,以及禁毒学、警犬技术、经济犯罪侦查、边防指挥、消防指挥、警卫学、公安情报学、犯罪学、公安管理学、涉外警务、国内安全保卫、警务指挥与战术12个特设专业。马克思主义类专业包括科学社会主义、中国共产党历史、思想政治教育3个基本专业。参见教育部高等教育司编:《普通高等学校本科专业目录和专业介绍(2012年)》,高等教育出版社2012年版,第4、12页。

法学理论课程、法律史课程、比较法学课程。部门法学课程是以调整某一领域社会关系的法律制度和法律关系为论述对象的法学课程的统称,包括三类课程,即与国内各部门法有关的课程^①、有关国际相互交往的法学课程^②以及有关立法、执法、司法等动态法律现象的课程^③。交叉法学课程,有学者称之为边缘法学^④课程,它通常泛指法学课程体系之中,在理论法学和部门法学课程之外,法学与其他社会科学、自然科学课程相结合而产生的科际整合法律课程。为了突破单一领域的局限而产生的系统理论(systems theory)可以作为这种交叉课程建设的理据和指引。形成于20世纪40年代的系统理论认为:“大部分我们观察到的现象都可以用一个复杂系统的模型去理解。复杂系统都有着多面的特性及自我运作的法则。复杂系统本身与它的组成部分是不同的,系统的整体行为不能透过了解其组成部分就能被预测得到。系统的组成部分之间的关系也不一定是线性的关系,因此系统的整体表现往往是动态的。跨领域研究与教学的目的可以是要去了解一个复杂系统的复杂形式,掌握其组成部分之间的关系,以及这些互动关系如何影响系统整体的行为模式,还有它如何回馈影响组成部分的行为。”^⑤而法律唯实论(American Legal Realism)作为影响当代美国乃至很多现代法治国家法学科际整合或者说交叉法学之发展趋势也具有极为重要的影响。大体说来,法律唯实论者的主张特色即在于企图以一种实用主义取向的法律观来取代既有的形式主义传统:“这种法律观认为法是经由创造而非经由发现而来的。据此,法必须立足于人类经验……而非形式逻辑之上。法原则并不是蕴含在某种普世、永恒的逻辑体系当中,而是人们在特殊历史与社会脉络之下,基于特定目的创造形成的社会构建。”^⑥与理论法学和部门法学课程不同,交叉法学课程以法学与其他领域之间的对话和互动^⑦为基础,主要研究方法仍是法律规范和案例分析,但在某种意义上体现了法学与其他领域之结合——以至于往往能够突破理论法学和部门法学课程在视域、理论与方法上的局限,充分体现社会现象与价值议题的多元性与复杂性。而且也正因为如此,目前无论是在美国等现代法治国家,还是在我国的港澳台地区,^⑧这种交叉法学课程受到了法学界越来越多的重视,具有十分重要的地位和强大的生命力。

如前所述,法学概论是我国高校公共管理类专业课程体系中的一门专业核心课程。它在这一类专业的课程体系之中居于核心位置,并与其他拓展性课程之间存在着有机的、内在的联系,是与这类专业之中的其他社会科学课程相结合而产生的一门法学课程。因此,如果我们按这一美国等现代法治国家以及我国港澳台地区所普遍采用、颇具“法律不能脱离现实而孤立存

① 如宪法学、行政法学、刑法学、民法学、商法学、知识产权法学、行政诉讼法学、刑事诉讼法学、民事诉讼法学、经济法学、社会学、环境与资源保护法学、军事法学等课程。

② 如国际公法学、国际私法学、国家经济法学等课程。

③ 如公证法学、律师法学等课程。

④ 有学者认为,交叉法学泛指法学与其他学科因研究对象的交叉重叠而产生的法学学科。其处于法学学科之边缘,故又可称为边缘法学。参见杨宗科主编:《法学导论》,法律出版社2005年版,第8-9页。

⑤ William H. Neweu, A Theory of Interdisciplinary Studies, 19 ISSUES IN INTEGRATIVE STUDIES 1,2(2001)

⑥ Singer, Joseph William, “Review Essay: Legal Realism Now”, *Calif. L. Rev.*, 76(1988), p. 474.

⑦ 法学与其他领域之间的互动关系,可以从简单的意念上的沟通,到在概念、方法、程序、知识、词汇、资料、研究及教育组织方面的相互整合。

⑧ 当前,我国台湾地区法学界已呈现出法学科际整合之发展趋势,如台湾大学法学院设有科际整合法律学研究所,政治大学法学院设有法律科际整合研究所。

在,而应与时俱进回应民意趋势与社会现实需求”之法理意蕴的分类方法,将我国高校不同专业课程体系中的各种法学课程分为理论法学、部门法学、交叉法学三类,那么法学概论这一“法学与其他社会科学相结合而产生的法学课程”,理应属于交叉法学课程的范畴。

概言之,法学概论是一门掇菁撮华、融会贯通地论述公共管理领域之法学的交叉法学课程。它不仅拓展了法学研究的触角和视野,而且能使公共管理类以及与公共管理相关的各类专业学生掌握有关的法学知识,提高其运用所掌握的法学知识解决公共管理工作中遇到的实际问题的能力。当然,这一交叉课程,还具有使法治观念积极深入到社会各个层面的重要作用。

众所周知,课程的设置目的在很大程度上决定着课程的具体内容。从课程设置目的来说,在公共管理类专业课程体系之中,设置法学概论课程的目的主要在于:使得这一专业的学生掌握与其专业相关的法学知识,具备一定的法学素养,进而为学习本专业课程体系中的其他专业课程打下一定的基础。而要实现这一目的,法学概论课程必须整合公共管理领域的基本理论,并在此基础上深浅适宜、繁简合度地论述有关法律解释学^①、法律史学以及法律哲学的内容。

在法学概论的课程内容之中,法律解释学的比重无疑是最大的——它是该课程中最主要的基本内容,但该课程中其他两个方面的内容亦不可或缺。因为任何一种社会现象和法律制度都有其来龙去脉,法律现象和制度亦不例外;而一门学科只有有了自己的哲学理论和方法论,才有可能被称为科学——如果没有法律哲学思想的关照,任何现行法律制度的理解与适用,都必然缺乏法治的价值取向特别是法学方法论的指引,而与法律的本质和规律有所疏离,乃至陷入迷途。可以这么说,要想全面认识现行法律制度及其实践活动,对法律史学和法律哲学的内容作一些必要的了解是必不可少的,否则任何认识现行法律制度及其实践活动的学习过程都会面临重重障碍。

四、法学概论课程的教材设计与编写

一般来说,法学概论课程教材可以按照“基本原理讲透、主要制度讲到、重要规定举要”的原则分为上、中、下三篇以及附录。上篇为法学导论,担负着宏观介绍和指导法学学习的任务,分为绪论和四章,主要论述什么是法学、法律现象、法律概念、法律制定、法律实施等引导性内容。中篇为法律通论,分为十四章,在充分考虑公共管理理论与实践的基础上,主要论述宪法、行政法、刑法、民法、商法、经济法、社会法、环境资源法、民事诉讼法、行政诉讼法、刑事诉讼法、国际公法(国际法)、国际私法、国际经济法等部门法的基本内容。下篇为法学理论,分为四章,主要论述法律方法、法律价值、法律与其他社会规范、法治与法治国家等内容。附录为公共管理组织法律风险管理,主要介绍公共管理组织法律风险管理的基本知识。上篇法学导论最好以法学的基本问题为线索,立足于法学体系的逻辑构成,简要地介绍法学是什么、法律是如何运行的、运用法律应该具有什么样的知识和技术,进而顺理成章地将学生导向中篇法律通论和下篇法学理论的学习。中篇法律通论则有必要在充分考虑公共管理理论与实践的基础上,主要按照从总体论述到分别论述的思路,取精用宏,详略一贯,分别简

^① 这里所说的法律解释学,也可以称为法律本体学,并非指法律解释方法论。

要地介绍法学体系中各个部门法的基本内容,“执简驭繁,则归纳于章节,推理解惑,则演绎于注释”,以使对于法学体系中的部门法有一个比较全面的了解。^①至于下篇法学理论,其在上篇和中篇论述的基础上,可以对法和法学进行一定程度的理论抽象和概括,亦即通过对法学方法论、价值论、社会论以及法治国家理论^②等内容的论述,进一步培养学生的法学素质,并且使之法学素养得以全面地升华。^③至于附录公共管理组织法律风险管理,能够让学生认识到公共管理组织法律风险的存在,必须正面防范风险,进而在一定程度上拓展学生的学习视野和思维空间。

就教材编写的角度而言,法学概论教材中各章节的内容,在充分考虑公共管理理论与实践的基础上,有必要分为知识传授、能力训练、智慧启迪三个层次,注重法理论述、法条阅读、示例分析三结合,按照导入新课、新课讲授、课后指引三个步骤展开,以开辟一条“引发学习兴趣—述论基本理论—拓展理论视野—提升理论高度—追寻理论根源—提高思想水平”的认知路径。例如,每章或节之首可以设置一个导入新课的“引例”栏目。这一栏目旨在引发学生积极思考,激发学生学习的兴趣。但是,其中的“提示”仅提供一种思路,并不束缚学生的思维。在每节之中可以设置“示例”栏目。这一栏目旨在从“合法性判断”和“如何正确地做正确的事”的角度,从社会生活中提取生动鲜活的案例,借以引导学生了解教材中的理论知识,阐释教材中有关的重点和难点。^④在各节之中还可穿插设置选择性栏目——“知识链接”。这一栏目主要针对课文表述中涉及的有关法学理论知识作进一步阐释,以方便学生更加深入地理解“在课文表述这一特定语境中”有关概念、原理和理论的准确意思。在每节之末则可以设置“相关规范性文件”^⑤“法的智慧”^⑥“课后练习”“参考文献”以及“网络资源”等栏目。其中,“相关规范性文件”栏目,为学生提供课文内容所涉及的规范性文件^⑦,以体现教材法理论述、法条阅读、示例分析三结合的基本结构。“法的智慧”栏目,则为学生提供具有法哲学意味、有“画龙点睛”之趣的至理名言^⑧,以使教材内容最终能够超越“不断修订的法律条文”,实现从知识传授、能力训练到智慧启迪的升华。关于“课后练习”,其有必要与学习法律“上接法条、下连案例”的一般学习过程以及实际能力的训练相契合,考虑选择设

① 中篇法律通论的各章在介绍每个具体的部门法时,可以适当论述这一部门法的历史,并且可以适当对不同国家和地区的这一具体部门法进行对照与辨别性的论述。

② 我国现阶段必须关注中国法治建设的社会实践,研究法治国家理论,为依法治国、建设社会主义法治国家服务。

③ 教材上篇法学导论和下篇法学理论之内容都是理论阐述,但是,上篇法学导论的理论深度相对较低,下篇法学理论的理论深度相对较高。

④ 某些章节的“示例”栏目,可以适当选取一些“颇具争议的案件”进行分析评价,借以向学生阐明:一个社会之中必然存在不同社会价值观念的冲突与对抗,很多时候法律条文会存在语言模糊、不够具体明确等问题,因此不同的案件承办人员就所承办的案件对法律条文进行解释时,往往会受到其所偏好的价值观念的影响以致形成各种不同的解释结果,从而也就使得这些案件的处理在“不同社会价值观念并存的社会”之中颇具争议。当然也正因为如此,很多时候即使是熟悉法律的法学教授也并不当地可以预测承办法官将如何在具体案件中判断,也不可能准确地预测不同行政机关的承办人员将如何在具体个案中对法律进行解释与适用。

⑤ “相关规范性文件”栏目之所以设置于每节之末而非之前,其原因主要在于:要准确理解“相关法条”的含义,仅仅对其进行字面解释是不够的,必须深刻把握“相关法条”所涉及的理念问题。易言之,学生只有在学习了该节的理论阐述之后,才有可能对用词极为精简的“相关法条”所传达的法律观念、问题与原则有全面而准确的认识。

⑥ 法的智慧,即法的哲学。

⑦ 这些规范性文件可以进一步分为“必读”和“选读”两个部分。

⑧ 法条浩瀚,法理无穷,教材中这些具有法律哲学意味的至理名言,应当能够简洁地表达法律的精神,展示法律之魅力,并且指引法学理论和法律实践发展的方向。

置“法条分析题”^①“案例分析题”^②“材料论述题”^③等题型。还有“参考文献”和“网络资源”栏目,既可以标明教材所述主流观点的出处,又可以提供中外相关的经典学术文献,还可以体现教材新课导入、新课讲授、课后指引的基本思路,从而为学生提供一个课后阅读的基本路径,解决“一本教材学到岸”的问题^④。

五、法学概论课程的教学模式之适用

从某种意义上来说,教学模式的优劣在很大程度上决定着课程建设的质量和水平,“教学模式的改革”是课程建设过程中极为重要的一个核心环节。因此,为切实推进法学概论这一交叉法学课程建设,必须以建立“一套特有的启发式教学模式”为目标,在充分考虑初次学习法学课程的学生之知识结构和认知能力的基础上,对课程的教学模式进行创新。

目前就我国大多数高校而言,担任法学概论课程教学的教师,大都仅具有理论法学或部门法学的教育背景,对交叉法学课程的研究不多,以致在法学概论课程教学过程中所用的教学模式大同小异,即大都采用部门法学课程所惯用的“法学教科书讲授教学法^⑤与法学判例教学法^⑥相结合”的教学模式。该教学模式原本所适用的教学对象是系统学习过理论法学课程的法学专业学生,因此在实施过程中,注重“解释法学概念、阐述法学理论、注释法律条文、研讨学术问题”,然后通过某一客观真实的法院判例,阐释法律条文和探析法学理论问题。但是,这一教学模式对于初次学习法学课程的学生来说却是不适合的——它的实施超

① 通过“法条分析题”之设置要让学生明白,我们在社会生活中遇到各种法律问题时,能够很方便地通过上网查阅的方式了解相关法律条文的内容,因此学习法律重在掌握解读法律条文的各种法释义学与法学方法,而非“死记硬背”各种法律条文。更为重要的是,具备一定的人文社会科学与自然科学的素养是准确解读法律条文的必要条件——如果不了解法律条文背后的政治、经济、社会、文化乃至自然科学发展条件,是无法了解法律条文之精髓的。

② 某些章节“案例分析题”的设计,不仅要使学生认识具体的法律条文,而且要让学生理解法律原则,例如民法中的诚实信用原则、刑法中的罪刑法定原则、行政法上的法律保留原则和比例原则以及程序法领域的正当程序原则等在具体案件中的运用。

③ 这种“材料论述题”要求学生“申而论之”——针对特定话题提出自己的观点,并展开论述。具体来说,就是给学生提供一系列反映特定实际问题的文字材料,要求学生仔细阅读这些材料,概括出它们反映的主要问题,并提出解决此问题的实际方案,最后再对自己的观点进行详细的阐述和论证。这一题型不仅限于考查阅读理解能力和文字表达能力,更侧重于考查学生发现问题和解决问题的实际能力,具有较强的综合性和现实针对性,能让学生充分发挥自己各方面的潜能。

④ 由于教材内容的基础性,如仅要求学生熟读一本教材,不要求其再阅读其他参考资料,那么就会限制学生的视域和对于问题的深入钻研,进而对学生独立思考和工作能力的培养也极为不利。

⑤ 与英美法系(判例法系)国家法律以判例法为法律主要来源不同,大陆法系(成文法系)国家的法律主要是由“通则部分和各论部分”所构成的各种成文法典。源于法典化之法律文化,大陆法系(成文法系)国家的法学教育,侧重于对立法者所制定的成文法律的解释。而要准确解释成文法律之条文的含义,仅仅对成文法律之条文进行字面解释是远远不够的,必须全面系统地掌握法律条文背后“在立法时就已经被植入成文法律之条文中的法律观念和理论”。职是之故,大陆法系(成文法系)国家的法学教育,普遍注重采用与成文法律的解释密切相关,侧重于通过法学教科书系统传授“在立法时就已经被植入成文法律之条文中的法律观念和理论”的“法学教科书讲授教学法”。我国属于大陆法系(成文法系)国家,“法学教科书讲授教学法”也是我国法学教育中最常见的教学模式。

⑥ 与哈佛大学法学院院长兰德布鲁克首创,当今英美法系(判例法系)国家法学院所普遍采用的“以案例汇编书为教材”的案例教学法(以及通常与其搭配使用的“以问答为主要授课方式”的苏格拉底教学法)不同,此处所说的法学判例教学法,主要存在于大陆法系(成文法系)国家的法学院之中。一般来说,英美法系(判例法系)国家的案例教学法,衍生于“法律系科学”理论,强调之重点为从法院判决中发现法律的原理与原则。而大陆法系(成文法系)国家法学判例教学法,强调之重点为法理观念之厘清与法律之正确解释与适用。因为,对于大陆法系(成文法系)国家而言,抽象的法律原理与原则,已在成文法典的法律条文中表现,司法判决对大陆法系(成文法系)国家来说,并非狭义上的“法律”的一部分。

越了这些初学者的知识结构和认知能力,会使他们的学习积极性和主动性受到某种程度的挫伤,从而影响该课程教学质量的提高。虽然近年来有一些教师也对法学概论课程的教学模式进行了一些有益的探索,但是大多未能突破这一教学模式的内在结构,而仅仅是扩张(或缩小)、变更、重组这一教学模式中的某些环节,或者加入一些新的元素。因此,可以说这些探索并未实现法学概论课程教学模式根本性的创新。

这里有必要指出的是,一般教育学意义上的“范例教学模式”,是由德国 M. 瓦根舍因、J. 德博拉夫等教育家 在 20 世纪 50—60 年代提出并逐步完善的,与同时代的苏联赞科夫的“新教学体系”和美国布鲁纳的“学科结构教学论”并称为最有世界影响的三大教学论流派。^① 这一教学模式强调将精选出来的示范性、典型性的材料作为教学内容,通过个别来说明一般,使学生能由点到面,从部分到整体来理解和推知事物的本质和规律。在教学过程中,范例教学通常要经历四个阶段:(1)阐明“个”的阶段,即通过整体中一个或几个典型事例来说明这个整体的特征。(2)阐明“类”的阶段,即将通过“个”的阶段获得的知识进行归纳、推断,目的在于使学生从“个”的学习迁移到“类”的学习,认识这一类事物的普遍特征。(3)掌握规律的阶段,即通过上两个阶段所获得的认知,让学生进一步探究规律性的认识。(4)获得关于世界关系的切身经验阶段,即在上述阶段教学的基础上取得关于世界的经验和生活经验,目的在于使学生不仅认识客观世界也认识自己,并影响自己的思想情感,提高行为的自觉性。^② 以范例组织教学时,“每个作为范例的个别都是反映整体的一面镜子,这个整体一方面是学科的整体,另一方面是学习者的整个精神世界”,因此,学生就能够从这些选择出来的有限的例子中主动地获得本质的结构性的、原则性的、典型性的东西,并且能够理解和解决一些结构相同或类似的单个现象。^③ 也正因为如此,将这一强调经验和情景对学生的认知、能力、思维和情感有促进作用的“范例教学模式”运用于法学概论这一交叉法学课程的教学,不仅能够极大地促进初次学习法学课程的学生积极主动地掌握“有关法律”的基本概念、基本知识、基本理论以及具体规定,而且能够最大限度地促进这些学生提高运用所学的法律知识解决其工作中遇到的实际问题的能力。但是,在运用这一教学模式过程中,要注意与“法学判例教学法”的区别:一方面,这一教学模式中的“范例”,“作为教学内容的示范性、典型性材料”,不仅要包括“判例”——客观真实的法院判例,还应当包括社会生活中各种“隐含着本质因素、根本因素、基础因素的典型事例”。另一方面,这一教学模式在运用过程中,也不能够像“法学判例教学法”那样,仅仅强调学生“像法律人那样思维”,还要注重引导学生“像懂法律的管理者那样思考”,以使法学概论这一交叉法学课程的教学“不与管理的现实世界相脱离”。^④ 总而言之,这一教学模式不仅具有“法学判例教学法”强调启发性的特点,而且能创设出适合初次学习法学课程的学生们的学习情境,使之能够借助“范例”主动地掌握“有关法律”的基本原理,并且能够进一步理解和解决其专业工作中相同或类似的现象和问题。该教学模式应当是一种与各类社会实践活动高度契合,具有生动性和可操作性,并且能够较好地培养公共管理类专业学生运用所学法律知识解决社会活动中遇到的实际问题能力的教学模式。

① 李其龙编著:《德国教学论流派》,陕西人民出版社 1998 年版,第 4 页。

② 袁振国主编:《当代教育学》,教育科学出版社 2004 年版,第 170 页。

③ 李其龙编著:《德国教学论流派》,陕西人民出版社 1998 年版,第 7—10 页。

④ [美]斯蒂芬·P. 罗宾斯著:《管理学》,中国人民大学出版社、Prentice Hall 出版公司 1997 年版,第 4 页。

另外,应当注意的是,在法学概论这一交叉法学课程的课堂教学过程中,教师不仅要根据教材的论述注重阐释有关的法律规范是什么和应如何适用的问题,而且要适当展开阐述教材限于篇幅未能深入论述的这些法律规范是怎么来的,^①特别是为什么如此的问题。因为,如果在这一课程的教学过程中忽略了阐释这些法律规范“是怎么来的?特别是为什么如此?”的问题,那么很有可能会造成学习这一课程的学生因为被动地接受已成文化之法律规范,以及强调从抽象文字到具体适用的演绎方法,仅仅培养了逻辑思考能力,而缺少创造思考能力、分析与归纳的能力,甚至不关注法律规范的成长与变动的本质,以及法律规范与社会生活互动的现象。更为重要的是,如果这些学生对于有关的法律规范只知其然,却不知其所以然——不了解这些法律规范是怎么来的,特别是为什么如此,那么,不知缘何、为何,也就很难知道如何——在面对比较复杂的问题时,他们很有可能由于缺乏一一对应的法律规范,而丧失了解决问题的能力,对于现行各种法律规范的完善和发展也很难有所思考。

六、结语

交叉法学课程——法学概论之开设,重在使初次学习法学课程的学生树立法治思维,感受法学魅力,进而推开法学之门。当然,这些学生如要更加深入地学习有关的法学知识,还有必要有针对性地进一步选择学习有关的理论法学和部门法学课程。但是,这里应当强调的是,任何法律的学习和实践都离不开经验之积累、逻辑之分析、价值之选择。因为,欲理解法律,必先理解生活。不知生活常识,不解社会机制,不达世事人情,必不了解法律。然经验纷乱,需逻辑齐之。因此,欲精通法律,必先精通逻辑。运用逻辑力量,方能从经验中析出规范,以规范再造经验。然而大前提预设,非逻辑自身所能决定,于是价值选择成为必要。经验、逻辑与价值,是法律内蕴之节点,三位一体,缺一不可。法律规范构造如是,法律文章构造亦如是。经验内容无穷,逻辑方法众多,价值取向不一,构成多解之社会方程。知晓多种解法,属于知识丰富;能以最佳取舍组合获取最优解,是为智慧。法律乃智慧之事,法学乃智慧之学。^②

张 辉

2017年3月16日

^① 阐述这些法律规范是怎么来的,是指对相关法律制度与法律思想的起源和发展进行阐述。应当可以说,人们对于相关法律制度之法律史学的研究,常常能够为现行法律制度的完善和发展提供借鉴。

^② 陈甦著:《法意探微》,法律出版社2007年版,第333-334页。

目 录

上篇:法学导论

绪论 什么是法学 / 3

- 第一节 法学的含义 / 3
- 第二节 法学的历史 / 6
- 第三节 法学的性质 / 10
- 第四节 法学教育 / 13

第一章 法律现象 / 18

- 第一节 “法”与“法律” / 18
- 第二节 法律的特征 / 22
- 第三节 法律的内容 / 24
- 第四节 法律的形式 / 29

第二章 法律概念 / 34

- 第一节 法律体系 / 34

第二节 法律渊源 / 39

第三节 法律效力 / 44

第四节 法律关系 / 48

第三章 法律制定 / 55

第一节 立法概说 / 55

第二节 立法体制 / 57

第三节 立法程序 / 60

第四节 立法完善 / 64

第四章 法律实施 / 71

第一节 法律执行 / 71

第二节 法律适用 / 75

第三节 法律遵守 / 79

第四节 法律监督 / 82

中篇:法律通论

第五章 宪法 / 89

- 第一节 宪法总论 / 90
- 第二节 国家制度 / 91

第三节 公民的基本权利 和义务 / 93

第四节 国家机构 / 95

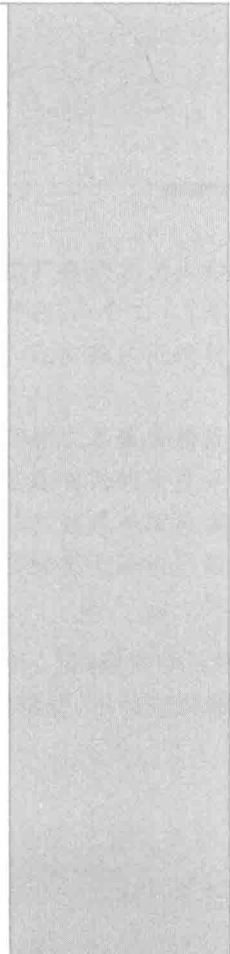
- 第六章 行政法 / 100
- 第一节 总论 / 100
- 第二节 分论 / 107
- 第七章 刑法 / 121
- 第一节 总论 / 121
- 第二节 分论 / 135
- 第八章 民法 / 148
- 第一节 总论 / 148
- 第二节 分论 / 155
- 第九章 商法 / 171
- 第一节 商法总论 / 171
- 第二节 公司法 / 176
- 第三节 破产法 / 179
- 第四节 保险法 / 183
- 第五节 票据法 / 186
- 第十章 经济法 / 190
- 第一节 总论 / 191
- 第二节 分论 / 193
- 第十一章 社会法 / 210
- 第一节 劳动法 / 210
- 第二节 社会保障法 / 218
- 第十二章 环境资源法 / 224
- 第一节 环境资源法的含义和特征 / 225
- 第二节 环境资源法的历史发展 / 227
- 第三节 环境资源法律关系 / 231
- 第四节 环境资源法的基本原则 / 233
- 第五节 环境资源法的基本制度 / 235
- 第十三章 民事诉讼法 / 240
- 第一节 总论 / 240
- 第二节 分论 / 245
- 第十四章 行政诉讼法 / 253
- 第一节 总论 / 253
- 第二节 分论 / 255
- 第十五章 刑事诉讼法 / 264
- 第一节 总论 / 264
- 第二节 分论 / 269
- 第十六章 国际法 / 274
- 第一节 总论 / 274
- 第二节 分论 / 279
- 第十七章 国际私法 / 288
- 第一节 总论 / 288
- 第二节 法律适用 / 292
- 第三节 争端解决 / 296
- 第十八章 国际经济法 / 301
- 第一节 总论 / 301
- 第二节 国际贸易法 / 302

下篇:法学理论

- 第十九章 法律方法 / 317
- 第一节 法律推理 / 317
- 第二节 法律解释 / 321
- 第三节 法律论证 / 324
- 第二十章 法律价值 / 328
- 第一节 法律与秩序 / 328

第二节	法律与自由 / 331	第二节	法律与习惯 / 343
第三节	法律与效率 / 333	第三节	法律与宗教 / 347
第四节	法律与人权 / 335		
第五节	法律与正义 / 337	第二十二章	法治与法治国家 / 350
第二十一章	法律与其他社会 规范 / 340	第一节	法治的概念 / 350
第一节	法律与道德 / 340	第二节	法治的原则 / 355
		第三节	社会主义法治国家 / 358
附录	公共管理组织法律风险管理 / 363		
后记	/ 364		

上篇：法学导论



绪论

什么是法学

.....

法学是研究法律问题的学问,是由诸多法学分支学科构成的相对独立的知识体系。法学在中国和西方都有悠久的历史,并经历了不同的发展阶段和发展形态。法学教育主要有学校教育和职业教育两种基本模式,学校法学教育是现代法学教育的主流。

第一节 法学的含义

引例 . . .

事实:在 19 世纪,英国法官宣布了一条工业生产事故赔偿法的原则:工厂里的某工人如果因另一个工人的疏忽大意而受伤,不得提出诉讼要求雇主赔偿。法官们说,一个工人“承担着这种风险”,即他的“同事”可能是粗心大意的,而且无论如何这个工人比其雇主更清楚哪些工人是粗心大意的,而且也许他对这些粗心的人更有影响。

提示:生活中的法律问题总会引起以下争论:首先,发生的是什么事?站在车床旁的人是否将扳钳砸在另一个工人的脚上?这是关于事实问题的争论。其次,与此有关的法律是什么?这种法律是否允许受伤的工人因此种伤害而从其雇主那里获得赔偿?这是关于法律问题(狭义)的争论。最后,如果法律否定赔偿,它就不公平了吗?如此,法官又是否该不顾法律而同意以任何方式来赔偿呢?以上都是法学要解决的问题。

在讨论什么是法学时,我们想知道的并不是法学中某个具体学科门类(如“刑法学”或“民法学”)有什么特点,而是法学这一知识形态本身如何。在回答这个问题前,不妨先看看“法学”这个词在历史上是怎样形成的以及在不同时代是如何使用的。

一、法学的中西词源

(一) 中文词源

中国的法学已经存在了两千多年,但这门学问在不同的历史时期分别被称作“刑名(法术)之学”和“律学”。早在春秋战国(前 770 年—前 476 年)时期,“刑名(法术)之学”盛极一时。“刑”和“法”都是那时法律的名称,中国有记载的第一部比较系统的成文法典叫做《法经》。因此,“刑名之学”或“刑名(法术)之学”就是用刑和法进行统治的“治世之学”。自商鞅(约前 395 年—前 338 年)改“法”为“律”后,各朝法典都称为“律”,“刑名(法术)之学”随之渐渐让位于“律学”这个新名称了。而在此后两千多年里,“律学”也就成了法律知识的通称。由此可见,中国古代法学名称的更替是法律名称嬗变的结果。

作为一个固定词组的“法学”至迟形成于南北朝(420 年—589 年)时期,但这个词却极少在文献中出现。现代汉语中的“法学”一词不是古代“文物”而是近代舶来品,具体来说是 19 世纪末从日本输入的,中国人原封不动地照搬了日文“法学”一词。^①但“法学”的现代含义也不是日本人的原创,而是日本法学家在法、荷等国的影响下重新创造了汉字的“法学”一词以对应“来自欧洲的法律学说”。因此,现代中国人对“法学”一词的用法其实是西方式的。欲解“法学”真义,还须考其西文词源。

(二) 西文词源

在西文中,与中文“法学”一词对应的词是英文和法文中的 Jurisprudence、德文中的 jurisprudenzen 以及荷兰文中的 jurispruden 等词。这些词的写法大同小异,这是由于它们都来自拉丁文(古罗马人使用的语言)中的 *jurisprudentia*。*jurisprudentia* 是由 *juris* 和 *prudentia* 构成的复合词。其中,*juris* 是 *jus* 的形容词形式,表达法律、正义和权利;*prudentia* 相当于英文中的 *prudence*,表示审慎、智慧和技艺。*juris* 与 *prudentia* 合为一词,就表示“法律智慧”或“法律技艺”。法学家的兴趣并不是通过抽象的思辨发现“真理”,而是公正、合理地解决法律实践中的问题,因此法学又是“善良与公平之技艺”^②。

近代以来,欧洲产生了具有科学主义色彩的“法的一般理论”(Allgemeine Rechtslehre),也就是通常所说的法律科学。“法律科学”在英文、法文中分别写做 *science of law* 和 *science du droit*,德文中则是 *Rechtswissenschaft*。法律科学的兴趣不在实践而在认识,它研究的不是哪个具体国家的现行法,而是法律的“共性”,即古今中外法律共有的概念、原理和结构。在英语国家中,这种法律科学有时仍用 *Jurisprudence* 表达,但首字母要大写。为区别于传统意义上的“法学”(也就是首字母不大写的那个词),现代汉语将表达法的一般理论、法律科学含义的 *Jurisprudence* 译作“法理学”。

① 何勤华:《汉语“法学”一词的起源及其流变》,载《中国社会科学》1996年第6期。

② 舒国滢:《法学是一门什么样的学问?——从古罗马时期的 *Jurisprudentia* 谈起》,载《清华法学》2013年第1期。

二、法学产生的条件

公元前 8 世纪至公元前 2 世纪(尤其是公元前 6 世纪至公元前 3 世纪)是人类文明产生重大突破的“轴心期”(Axial Era),古老的法学就产生于这个时期。法学的产生必须同时具备两个条件:一是法律制度的发达,二是法律实践的普及。

(一) 法律制度的发达

在人类社会早期,曾有过一个“秘密法”时代。中国三代(即夏、商、周)时虽有法律却秘而不宣,“刑不可知,则威不可测”(《左传·昭公六年》)反而成了法律的威力所在。春秋时期(前 770 年—前 476 年)的“礼崩乐坏”瓦解了传统社会秩序,也终结了“秘密法”时代。公元前 536 年,郑国的子产(?—前 522 年)“铸《刑书》”,开创了公布法律的先例;公元前 513 年,晋卿赵简子(?—前 475 年)也“铸刑书于鼎”。法律的公布使行为有了公开、普遍、明确的标准,法律真正成了社会生活的一部分。于是,一种主张凡事“一断于法”并专门研究法律及其运用的“刑名(法术)之学”出现了。

战国时期(前 475 年—前 221 年)的李悝(悝音 kuī,前 455 年—前 395 年)是刑名之学的集大成者,他“撰次诸国法”而作《法经》六篇,这是中国历史上第一部系统的法学著作。公元前 361 年,商鞅携《法经》入秦变法,秦国从此崛起。《刑书》《刑鼎》和《法经》今已湮没无闻,不过幸运的是,1975 年 12 月在湖北省云梦县睡虎地秦墓中出土的大量竹简(称作“睡虎地秦简”或“云梦秦简”)让我们得以一窥那时法律和法学的原貌。这些竹简共 1 155 枚,另有残片 80 枚,写于公元前 4 世纪至公元前 3 世纪,记载了二十几部法律,共 600 多个条文,其中的《法律答问》可称为中国现存世最早的法学“教科书”。完备意义上的中国法学就产生于这个时期,此后传承了两千多年的传统“律学”也滥觞于此。

西方法学的产生时代与中国相近。公元前 451 年—前 450 年,罗马共和国(*Res Publica Romana*,前 509 年—前 27 年)制定并公布了《十二表法》(*Lex Duodecim Tabularum*)。该法有 100 多条,因刻制在 12 块木板(“表”)上而得名。《十二表法》打破了贵族和祭司阶层对法律知识的垄断,在西方法学的产生过程中具有里程碑意义。公元前 254 年,第一位在历史上留下名字的罗马法学家科伦卡尼乌斯(Tiberius Coruncanius,?—前 241 年)开始在公开场合对民众讲解《十二表法》的条文,西方法学自此产生了。共和末期(公元前的最后两个世纪)的罗马进行了频繁的立法活动,解释这些法律的私家著作和教科书也层出不穷,西方法学进入了它的“青春期”。

(二) 法律实践的普及

任何学问的产生都离不开社会分工,而社会分工的产生则依赖于—类社会实践的常规化和普遍化。最常见的法律实践是诉讼活动,也就是通常所说的“打官司”。就在子产“铸刑书”之后不久,郑国大夫邓析(?—前 501 年)就开始替人“打官司”了:“子产治郑,邓析务难之,与民之有狱者约:大狱一衣,小狱襦袴(rú kù)^①……所欲胜因胜,所欲罪因罪。”(《吕

^① “狱”就是诉讼;“衣”是长衣,“襦袴”是短衣和裤子,都是实物形式的“代理费”。

氏春秋·离谓》据说郑国境内的洧(wěi)河发大水,一个富人溺死了,有人捞起富人的尸体。富人的家人得知后,就去赎买尸体,但捞尸者的要价很高。于是家属就去向邓析求教,他说:“你安心回家去吧,他只能把尸体卖给你,别人谁会买?”于是家属就不再去找捞尸者了。这回轮到捞尸者着急了,于是也来请邓析出主意。邓析又说:“你放心,他的家属除了向你买,还能去哪儿买?”“操两可之说,设无穷之词”的邓析可算是中国讼师^①(古时替人打官司、写状子的职业)的“祖师爷”了。

那时在西方也有邓析的同行,古希腊的智者(Sophists,也译作“诡辩派”)普罗泰戈拉(Protagoras,约前490年—约前420年)就以向人传授法律知识而著称。他和一个徒弟曾订有合同,约定徒弟出师时只付一半学费,另一半则等徒弟初次打赢官司时再付清。但这个徒弟出师后却总是不打官司。普罗泰戈拉等得不耐烦了,于是就去找徒弟打官司,他提出了一个二难推理:如果徒弟胜诉,则应按合同约定付给普罗泰戈拉另一半学费;如果徒弟败诉,按法庭的判决,他同样应付给普罗泰戈拉另一半学费。这就是逻辑学上有名的“半费之诉”。在罗马征服了希腊后,罗马人中也产生了不少替人打官司的“辩护士”和设帐授徒的法学家,他们不仅参加诉讼活动、担任法律顾问,还通过著书立说影响国家立法和案件裁判。

第二节 法学的历史

引例 • • •

事实:夫盛衰之故,非偶然也。清明之世,其法多平;陵夷之世,其法多颇。则法之盛衰,与政之治忽,实息息相通。然当学之盛也,不能必政之皆盛;而当学之衰也,可决其政之必衰。试观七国之时,法学初盛之时也,桓、灵不德,阉寺肆虐,而篡于魏;北齐之时,法学亦盛,而齐祚不永,凡疑法学之无裨于世。然而秦尚督责,法敝秦亡。隋逞淫威,法坏隋灭。世之自丧其法者,其成效又如是。然则有机善之法,仍在乎学之行不行而已。学之行也,萧何造律,而有文景之刑措。武德修律,而有贞观之治。及其不行也,马、郑之学盛于下,而党锢之祸作于上;秦始之制颁于上,而八王之乱作于下。有法而不守,有学而不用,则法为虚器,而学亦等于卮言。此固旷观百世,默验治乱之原,有足令人太息痛哭者矣!(沈家本:《法学盛衰说》)

提示:法律发达的时代,法学不一定兴盛;在法学衰微的时代,法律不一定不彰。法学与法律制度、社会生活以及政治局面之间的关系是什么?这是一个值得思考的问题。

法学在人类知识的谱系中已经存在了两千多年,这门学问的形态并不是一成不变的。简单梳理法学的历史,有助于我们更加深入地了解法学与法律制度、法律实践的关系。

^① 也称“状师”。

一、中国法学的历史

(一) 百家争鸣时代的中国法学

先秦诸子生活在一个“王纲解纽”的混乱时代,如何重建秩序成了头等重大的问题,儒家、墨家、道家、法家都给出了自己的答案。尽管诸子中的多数人不是法学家,但他们对法律问题的争论却往往具有哲学高度,尤其是儒法之争对中国后世的法学产生了重大影响,即使对现代人也不乏启示。以孔子和孟子(前372年—前289年)为代表的儒家主张“克己复礼”(《论语·颜渊》),希望通过“省刑罚,薄税敛”(《孟子·梁惠王上》)恢复古典政治来实现“仁政”,反对法律造成的“贵贱不愆”。前文提到的《法经》则是法家学说的典型代表。法家明确提出“缘法而治”(《商君书·更法》)、“圣君任法而不任智”(《管子·任法》)的口号,“重刑轻罪”(《商君书·更法》)的具体措施,以及“法、术、势”相结合的治国理论。儒法之争从秦统一后“明法审令”“事皆决于法”的实践来看,以商鞅、韩非和李斯(约前280年—前208年)为代表的法家在百家争鸣中暂时胜出。

(二) 传统律学时代的中国法学

中国法学自秦汉进入了律学时代,汉武帝(前156年—前87年)“罢黜百家、独尊儒术”后,律学成了儒家经学的婢女。经学家们不仅对律文进行讲习和注解,也给出自法家之手的法典注入了儒家精神。西汉(前202年—9年)大儒董仲舒(前179年—前104年)以儒家经典《春秋》中的微言大义诠释法律,并将“经义”作为裁判案件的依据,这就是“春秋决狱”。东汉(25年—220年)的大经师马融(79年—166年)、郑玄(127年—200年)师徒也曾对汉律作章句注解。尤其值得一提的是,自魏承汉统(220年)后,郑玄的注解获得了排他性的法律效力,他是中国历史上第一位获此殊遇的律学家(《晋书·刑法志》),比古罗马的所谓“五大法学家”早了近两个世纪。

魏晋南北朝(220年—581年)律学名家辈出,律学家杜预(222年—285年)、张斐(生卒年不详)在参与制定晋《泰始律》的同时分别撰写了《律本章句》和《律注表》,对法律术语进行了精密诠释。这时律学已逐渐从经学中获得解放,成了一门独立的学问;中国传统律学中不少重要的概念群,如“十恶”“八议”“七杀”“六赃”等大都成型于这个时期,《北齐律》则代表了这一时期最高的法律和法学成就,并确定了此后一千年中国律典的篇章体例。隋唐(581年—907年)是中国传统律学发展的巅峰,《唐律疏议》是这时期唯一一部存世的官方集体编撰的律学著作,它代表了中国古代法律和法学发展的最高成就,也极大地影响了朝鲜、日本、越南等东方国家。

宋元(960年—1368年)律学盛极而衰,士大夫“读书万卷不读律”的风气和程朱理学的兴起都对律学的发展造成了不利影响。明清(1368年—1912年)以八股取士,读书人的思想被严格地禁锢在朱熹(1130年—1200年)的《四书集注》中。因此,宋元明清的法学研究阵地渐渐由官府降到民间,从主流转向偏门。《折狱龟鉴》(郑克)等判词集、《佐治药言》(汪辉

租)等幕学著作以及《洗冤集录》(宋慈)等法医学著作是这个时代传统法学的残山剩水。此外,“清官”形象和“因果报应”观念开始频繁出现于涉法文艺作品中,并逐渐构成了传统的民间法律观。

(三) 西法东渐时代的中国法学

鸦片战争(1840年—1842年)一声炮响,给中国送来了“欧风美雨”。先进的中国人提出了“师夷长技”“中体西用”的主张,他们开始看重的只是“坚船利炮”,后来才发现“夷律”也是“长技”之一。从丁韪良(W. A. P. Martin, 1827年—1916年)翻译《万国公法》(1863年)起,中国法学就跨入了“西法东渐”的时代。尤其是戊戌变法(1898年)后,大量欧美及日本法学著作被译成中文,走进了中国学生的课堂,“法学”也渐渐成了19世纪末的时髦词汇。随着清廷大规模移植西方法律(1902年—1911年),传统的中国法学悄然寿终正寝了。中国法学结束了独立成长的历史,开始融入世界法学的发展潮流。

二、西方法学的历史

(一) 古代的西方法学

古希腊是西方文明的摇篮,在整个西方法学发展历程中占有举足轻重的地位。尽管还缺乏发达的法律制度以及普遍的法律实践,但古希腊哲学中已包含了丰富的法律思想,除了前文提到的“智者”学派外,最重要的三位哲学家是苏格拉底(Socrates, 前469年—前399年)及其弟子柏拉图(Plato, 前427年—前347年)和再传弟子亚里士多德(Aristotle, 前384年—前322年)。古希腊哲学家们对法与正义、理性的关系,法与人、神、自然的关系,以及守法的道德基础等问题都进行了广泛的探讨和辩论,这不仅构成了后世西方法学的“永恒问题”,更留下了“吾爱吾师,吾更爱真理”的格言。

罗马人对西方文明缺乏思想上的贡献,却表现出了异乎寻常的实践天分。他们把希腊人的哲学思辨用于研究法律问题,把希腊人的修辞术运用于日常法庭辩论,逐渐使法学成了一门精湛的实用技艺。公元2—3世纪,罗马法学进入鼎盛期。“五大法学家”,即盖尤斯(Gaius, 130年—180年)、保罗(Paulus, ?—222年)、乌尔比安(Ulpianus, 166年—228年)、帕比尼安(Papinianus, 150年—212年)、莫德斯丁(Modestinus, ?—224年),就活跃在这个时期。在帝国分裂(395年)后的426年,东、西罗马的皇帝联合颁布“引证法”,赋予“五大法学家”的著作同法律一样的效力。

在西罗马亡国(476年)后半世纪,东罗马皇帝优士丁一世(Flavius Petrus Sabbatius Justinianus, 有时根据英文读音译作“查士丁尼”,483年—565年,527年—565年在位)积六年(528年—533年)之功编纂成《法典》(Codex, 529年)、《学说汇纂》(Digesta, 533年)和《法学阶梯》(533年),这三部著作加上他驾崩后才最终刊定的《新律》(Novels, 565年),统称为《国法大全》(Corpus Juris Civilis),这是古罗马法学的集大成,对后世的西方法学产生了重大影响。

（二）中世纪的西方法学

476年,日耳曼人(Germans)攻陷罗马城,西欧进入了中世纪(476年—1640年)。其实早在这之前的380年,基督教就已被罗马奉为国教,法学则开始沦为神学的附庸,甚至从教会内部的清规戒律中衍生出了所谓的教会法(canon law,也译作“寺院法”)。罗马帝国崩溃后,罗马法学在西欧几近绝嗣,只有教会内部通晓拉丁文的僧侣保留了部分罗马法学的残章断简。蛮族习惯法(customary law)取代了精致的罗马法,野蛮的“神判”和决斗取代了诉讼程序。中世纪的西方法学遭遇了巨大的挫折,出现了严重的倒退。

千禧年(1000年)后,欧洲人对宗教的狂热也逐渐退潮。随着城市共和国的兴起(11—16世纪),刻板的教会法和粗鄙的习惯法越来越不能适应新兴市民阶级发财致富的需要了。1135年,《国法大全》原稿在北意大利的阿马尔菲(Amalfi)重见天日并引起了“罗马法复兴”(Revival of Rome Law)。12—16世纪西方法学的主题是研究和恢复罗马法,产生了以研究《国法大全》文本而著称的注释法学派(glossators)。罗马法复兴在西方历史上与文艺复兴(Renaissance)、宗教改革(Religion Reformation)并称“3R运动”(这三个词的西文首字母都是R,故名),它们共同塑造了现代西方文明。

（三）近代以来的西方法学

17—18世纪是“自然法”(natural law)的时代。自然法学派是一个影响巨大的跨国理论阵营,中国人熟悉的霍布斯(Thomas Hobbes,1588年—1679年)、洛克(John Locke,1632年—1704年)、孟德斯鸠(Baron de Montesquieu,1689年—1755年)、卢梭(Jean-Jacques Rousseau)等思想家都是这个阵营的主将。自然法学家设想人类制定的法律之上还有一种被称作自然法的“更高的法”(higher law),并将其作为衡量法律优劣和善恶的标准。《美国宪法》(The Constitution of the United States,1787年)和《人权宣言》(Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen,1789年)是自然法时代的主要立法成果。

19世纪西方法学的主流是具有“科学”色彩的历史法学(Historische Rechtsschule)和分析法学(Analytical Jurisprudence)。历史法学的开创者是德国人萨维尼(Friedrich Carl von Savigny,1779年—1861年),他认为法律是所谓“民族精神”的产物,主张法学家应通过考察法律的历史来理解民族精神的生成和流变。历史法学派藉此开创了一个现代法学的基础学科,今天我们称之为法律史学。分析法学则形成于英国,边沁(Jeremy Bentham,1748年—1832年)、奥斯丁(John Austin,1790年—1859年)师徒是其奠基人。他们主张区分“法律实际如何”(the law as it is)与“法律应当如何”(the law as it ought to be),试图建立一门“有关实际存在的由人制定的法的科学”。分析法学的重要贡献之一是开创了现代法学基础学科中的另一门学问——法理学。

20世纪的西方法学具有两个明显的倾向:一是研究对象从法律制定(立法)问题转向法律适用(司法)问题,二是现象范围从“书本上的法”(law in book)扩展到“行动中的法”(law in action),并出现了“跨学科研究”的趋势。由于现代西方法学在全球的强势地位,上述倾向在同时或稍晚的中国法学中也有所体现。

第三节 法学的性质

引例 · · ·

事实:《消费者权益保护法》第55条规定:“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍。”王某得知某市百货商场正在销售假冒“三星”品牌的电视机,遂购买了一台价值2300元的假冒电视机。第二天,王某以商场欺诈销售为由,要求该商场赔偿损失6900元。后诉讼至法院,主审法官以王某“知假买假”认定其不属于消费者,对王某的诉讼请求未予支持。

提示:法官按照自己对《消费者权益保护法》第55条的解释对王某的购买行为作出了否定的判断。在此案中,什么是法律上的“消费者”?“知假买假”在法律上的意义及后果如何?王某的行为对于社会而言究竟是有益的还是有害的?对上述问题的回答都直接影响着对这一案件的判决结果,学习法学的目的就是通过对法律概念和法律理论的运用,对上述问题给出可被普遍接受的答案。

一、法学的要素

法学是以法律问题为研究对象的各种研究活动和研究成果的总称。一门学问的要素包括基本假定、现象范围、问题、概念、理论、检验方法和价值观七个方面^①,我们可以通过这七项要素来认识法学的性质。

(一) 基本假定

基本假定是一项研究在逻辑上的起点,任何学问都始于某个基本假定。基本假定不能也不必通过经验加以验证,反而构成了解释经验事实的前提和基础。法学的基本假定是“有法律”,有法律就意味着我们能够区分“税”和“保护费”,区分“征税”和“抢劫”,区分“政府”和“黑社会”,进而对人的行为作出“合法”与“非法”,“守法”与“违法”的评价。因此,“究竟有没有法律”根本不是法学探讨的问题,而是开展法学研究的前提。

(二) 现象范围

现象范围涉及一门学问与其他学问在研究领域上的界限。“法律”划定了法学的研究范

^① [美]斯齐曼斯基等:《社会学:阶级、意识和矛盾》,载《国外社会科学动态》1981年第4期;转引自胡玉鸿著:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版,第40页。

围,法学的现象范围首先当然指向法律本身,包括本国法和外国法、现行的法律和历史上的法律,法律是判断其他现象是否属于法律现象的标准。法学的现象范围还包括因法律而生的社会现象,譬如政府执行法律、法院裁判案件、私人签订合同、官员的腐败行为、民众对法律的态度、守法的伦理义务、法官的审判心理、律师的职业伦理等。

(三) 问题

问题就是那些为了达到特定目的需要解决但尚未解决的矛盾。法学的研究对象既不是法律现象也不是法律概念,而是法律问题。法学首先研究具体的法律实践问题,如法律规定的确切含义是什么?对法律含义的理解有分歧时该怎么办?裁判案件的依据是什么?当法律没有明文规定时如何解决纠纷?此外,法学还研究更具一般性的法律理论问题,如隐藏在法律背后的本质究竟是什么?法律的发展、演变有无普遍性的规律?什么样的法律才是“良法”?等等。

(四) 概念

概念是对事物的特征加以穷举后形成的抽象思维形式。法学之所以成其为法学,也在于其创造并运用了一大批独特的概念,如法人、时效、违约、背书等,它们是日常生活以及其他学科中难以用到的。有些概念尽管是日常语言中通用的,如合法、罪过、子女、物等,但在法学中其往往被赋予了全新的内涵。需要说明的是,法学概念未必是现行法中直接使用的概念,如“犯罪构成”(Tatbestand)这一重要的刑法学概念就不见诸中国现行刑法。

(五) 理论

理论是概念与概念之间通过推理建立的联系,这种联系构成了解决具体问题的框架。任何一门学问都包含着若干特定理论。我们熟悉的“经济基础决定上层建筑”理论就是历史唯物主义在“经济基础”和“上层建筑”这两个概念间建立的一种理论联系。法学是由一系列理论构成的,如民法学中的“法律行为”(Rechtsgeschäft)理论就是在人的意思及其表示与所发生的法律后果之间建立的一种联系。掌握这些理论是实践中解决具体法律问题的前提,法学的进步总是表现为理论上的创新。

(六) 检验方法

检验方法是判定理论可信度的方法。实验科学理论的检验可以通过相对客观、可靠的实验方法进行,法学在检验方法上有别于实验科学,其理论检验方法通常有两种:(1)符合性标准,用来检验某理论的结论与得自现实世界的经验是否一致,这种标准适用于面向法律实践的理论。(2)接受性标准,也就是看某理论能否为学术共同体的多数成员所普遍接受,能否成为法学家们的“共识”,这种标准适用于研究一般性问题的法学理论。

(七) 价值观

现代科学大都坚持“价值无涉”(value free)原则,也就是在研究中仅客观地描述事实而

避免对其作出评价。法学不回避价值问题,是一种“有立场”的学问。法学不仅要研究“法律是什么”,还要研究“法律应当是什么”;法学家不仅关注一个判决是否“合法”,更关注该判决是否“公正”。追求正义并践行正义是法学古已有之的传统,法学理应为现代社会提供“运送正义的方式”并使之不断完善。

二、法学的结构

法学不仅是以法律问题为研究对象的研究活动和研究成果的总称,也表现为现代知识谱系中的一个“学科”(discipline)——相对独立的知识体系。现代的学科划分使法学这门学问成为一个学科,并形成了法学内部学科结构和外部学科结构,前者表现为法学内部诸分支学科间的关系,后者则表现为法学学科与其他学科的关系。

(一) 法学体系与法学分支学科

法学体系即“法学学科体系”,由法学内部属于不同学科门类但又相互联系的法学分支学科(sub-discipline)构成。这些法学分支学科又进一步划分为子学科(或“亚学科”)。从法学学科和其他学科关系的角度可以将法学划分为法学主干学科与法学交叉学科。

法学主干学科是运用法学自身的传统方法独立研究法律问题的学科门类。法学主干学科是法学的固有学科门类,最能体现法学自身的特色。独特的基本假定、精致的概念以及别具一格的理论无不源自法学主干学科。法学主干学科门类既包括应用法学门类(如刑法学),也包括基础法学门类(如法理学)。

法学交叉学科是指法学与其他科学结合、进行跨学科研究而形成的新兴学科门类,也被称作“边缘法学”。有一种观点认为,法学交叉学科主要是运用其他学科的方法和手段研究法律问题,在学科属性上具有“二重性”:一方面,法学交叉学科分享了法学的现象范围,因此属于法学分支学科;另一方面,法学交叉学科运用了其他学科的基本假定和特定理论,因此同时属于其他学科的分支学科。如“犯罪社会学”就既属于法社会学这一法学分支学科,同时也属于应用社会学这一社会学分支学科。法学交叉学科门类同样涵盖了应用法学门类(如司法鉴定学)和基础法学门类(如法律逻辑学)。

(二) 法学与其他学科的关系

人类的知识是一个整体,分科只是出于研究上分工便利的需要,法学在独立成科的同时也与其他学科存在着千丝万缕的联系。

1. 法学与哲学。哲学是一种总体性的知识,但哲学不是科学,不具有科学的可检验性和公度性,也没有独立的现象范围。哲学拒绝在具体学科内部发问,而是试图考问该学科的基本假定。法学的“背后”同样站着哲学。不论在中国还是西方,法律问题最初的思考者都是哲学家。即使在法学已经成为一个独立的学科之后,它仍然受到哲学的巨大影响。当然,哲学并不直接提供具体法律应用问题的答案,而是通过启迪智慧来树立法学家和普通人的法律观。因此,哲学与法学具有一般与个别、抽象与具体的关系。法学中的理论法学分支学科由于以一般性的法律问题为研究对象,因而是把部门法学与哲学连接起来的一座桥梁。

通俗地讲,理论法学就是法学中的“哲学”。

2. 法学与形式科学。形式科学是以形式系统为现象范围的科学,包括数学、逻辑学、语言学、理论计算科学、系统理论等。形式科学不是通过对真实世界的观察来检验理论,相反,理论的有效性取决于以定义和法则为基础的形式系统。形式科学为法学提供具体的常规研究方法。语言是法律的血肉,逻辑是法律的筋骨,语义分析和逻辑分析是法学研究的传统方法。数学和计算科学对于法学也不乏影响,法律的“可预测性”和“可计算性”始终是法学家的追求。近三十年来,中国法学界对“计算机辅助定罪量刑”的探索和尝试也一直在继续。

3. 法学与经验科学。通常所说的自然科学与社会科学皆属经验科学,它们都偏重对经验事实的描述。区别仅在于:自然科学的现象范围是人与自然的关系,也就是过去所说的“生产斗争”;社会科学的现象范围则是人与人的关系,尤其是“阶级斗争”。

(1) 法学与自然科学。自然科学与法学的距离并不遥远。一方面,自然科学的进步拓宽了法学的现象范围,提出了新的法律问题,法学为了应对这些挑战则形成了新的法学理论和法学子学科,如环境资源法学。另一方面,自然科学与法学的关系还表现在自然科学的方法向法学研究中渗透,从而形成法学与自然科学的交叉学科,法医学这门古老的学问就是这样产生的。

(2) 法学与社会科学。尽管法学有时也被归入社会科学,但严格意义上的社会科学其实是运用经验方法研究人类社会问题的学问。法学与社会科学具有重叠的现象范围,社会科学中的经济学、政治学和社会学对法学都产生过重大影响。法律及其发展根源于并且服务于经济生活,法学所关心的“正义”问题与经济学家思考的“效率”(efficiency)、“效益”(benefit)及“效用”(utility)问题密切相关,经济学为法学提供了一个新的思考问题的角度。政治学在相当长的一个历史时期与法学结合在一起,政治学与法学在现象范围上的重合度相当高,国家、立法、行政等问题是政治学和法学的共同研究对象。社会学家提出了包括实验、系统观察、调查、访问、文献考察在内的一系列获取经验证据的方法,法社会学就是运用上述方法研究法律问题的一门法学与社会学的交叉学科,在对法律实施及其社会效果的研究中,法社会学具有得天独厚的优势。

第四节 法学教育

引例 ●●●

事实:新中国的法学教育恢复于20世纪70年代末。北京大学法律系77级不仅产生了一大批法学理论和法律实务精英,还产生了新中国第一位法科背景的国务院总理李克强。被称作“中国法律界黄埔一期”的西南政法学院78级也走出了周强(最高人民法院院长)等法律界、法学界乃至政界知名人物。

提示:法学教育在现代社会承担的使命不以培养法律职业人为限,法律知识、规则意识

和在现行法的框架内寻找问题答案的思维习惯对于任何行业的从业者都是不可或缺的。入行如嫁郎,嫁了才知对错。并不是所有法科学生毕业后都会从事法律职业,学成改行的也大有人在,后者同样是法学教育的骄傲。

法学是一门专业性很强的学问,外行人要通过系统学习和专门训练才能成长为一名“法律人”,否则只能停留在“杀人偿命、欠债还钱”的业余水准。法学又是一门非常古老的学问,法学教育同样古老,在中国和西方法学发展的不同时期分别产生过不同模式的法学教育。

一、法学教育的两种模式

古今中外法学教育大体上可以分为两种基本模式:一是学校法学教育,二是职业法学教育。

(一) 学校法学教育

中国的学校法学教育始于三国时期魏明帝所置的“律博士”。律博士是官方法律教育机构及其官员的名称,历两晋南北朝而不改。唐代的“律学”为国子监六学之一,科举也开“明法”科。北宋初未设律学,但国子监仍有律学博士一职。熙宁六年(1073年),宋神宗置律学,内设律令科和断案科。及至靖康之难(1126年),律学遂绝。“明法”科在两宋也屡兴屡废,最终也在南宋初被彻底废止。元代又取消了延续千年之久的律博士。此后中国在5个世纪中不再有正规的学校法学教育,现代中国的高等法学教育则是一百多年前从西方引进的。

西方早在古罗马时期就有专业法律学校,但近代意义上的高等法学教育则始于1088年建立的波伦亚大学(Università di Bologna,这是西欧第一所大学)。波伦亚大学采取注释法学的教学方法,《国法大全》具有绝对的权威并作为主要的教材使用。12世纪后,大学及其法学院在欧洲主要城市如雨后春笋般地出现了,其中不少至今仍是驰名全球的法学重镇。在现代西方国家中,比较独特的是美国的大学法学教育:美国没有本科层次的法学教育,进入大学法学院的学生必须具有学士学位(B. A. 或 B. S.),并通过“法学院入学统考”(Standardized Law School Admissions Test,缩写为LSAT),学习三年后取得法律博士学位(J. D.),可以参加法律职业资格考试。

近代中国正规法学教育的恢复和高等法学教育的产生是同一个过程。京师同文馆(Tung Wen College)在清同治九年(1870年)的课程表中已包括“万国公法”(今天译作“国际公法”)等法学科目。甲午中日战争后,模仿西方大学学制的北洋西学堂(1903年更名为“北洋大学堂”,今天津大学的前身)设置了近代中国的第一个“律例学门”(相当于法律系),后改称“法科”(相当于法学院)。1902年,京师大学堂(今北京大学前身)正式成立,同年京师同文馆并入,“政法科”是大学堂的分科之一,其下分设“政治门”与“法律门”。除综合性大学的法科或法律门外,清廷还于1906年成立了京师法律学堂,这是中国近代第一所专门法律院校。此外,私立法学院校在旧中国的高等法学教育中也颇引人注目,1912年成立于北京的朝阳大学(中国人民大学法学院的前身之一)和1915年成立于上海的东吴大学法学院

(The Comparative Law School of China)是其中的佼佼者。

(二) 职业法学教育

古代中国法学教育的“首尾两端”都是非正规的职业教育。秦统一后规定“若欲有学法令者,以吏为师”(《史记·秦始皇本纪》),从而建立了一种“边学边干”的职业法学教育,并一直持续到两汉(前202年—220年)。此外,汉代还出现了以“家学”形式存在的职业法学教育,但三国之后律学发展的主流是从“家学”变为官学,从职业教育发展成学校教育。随着律博士在元代被废除,中国的法学教育再次回到民间。明清科举专以制义(也就是“八股文”)取士,中试者又多任州县官,而“坐堂问案”偏又是州县衙门的日常业务,于是就出现了“士大夫与胥吏共治天下”的局面。与没落的学校教育相比,“刑名幕学”这一法学职业教育在明清时期繁荣起来。幕学教育没有专门的机构,而是采取师父带徒弟的学徒制。除师爷外,明清讼师也承担了部分法学教育职能,民间流传的各种“讼师秘本”其实就是一种非正规的实用法学教材。

西方的职业法学教育主要盛行于中世纪的英国。诺曼征服(Norman Conquest, 1066年)后,英国建立的王室法院系统实行死板的“令状主义”,当事人选择令状(writ,类似于当代中国诉讼中的“案由”)不当就会导致败诉。如果没有专家指导,普通百姓根本无法应付。于是律师这一职业应运而生,并自发形成了所谓“法律学徒”阶层,居住在一起的学徒又组成了具有行会性质的“律师学院”(Inn.)。19世纪后,随着英国的近代大学法学教育的兴起,律师学院逐渐变成了大学法科毕业生从事法律职业前的培训场所和注册机构。今天包括中国在内的许多国家的法科毕业生在任职法官和律师前都要经历一个职业见习期或研修期,这多少受到英国职业法学教育的启发。

二、当代中国的法学教育

如前所述,中国的高等法学教育始于清末。新中国成立后的1952年,中央人民政府对全国旧有高校进行了“院系调整”,高校法学教育逐渐形成了“五院四系”的格局。^①但1958年后,由于国内政治形势的变化,起步未久的高等法学教育遭遇了严重挫折。到1977年恢复高考前,中国仅有3所大学仍设有法律系并招收“工农兵大学生”。改革开放后,经过1978—1992年的恢复发展,中国的高等法学教育迎来了高速发展的时期,至2010年,全国设法学本科专业的高等院校有620多所,一个庞大且完整的法学教育体系已经形成。当代中国的高等法学教育分为本科教育和研究生教育两个层次:本科法学教育是使一名外行人跨入“法律之门”的养成教育,研究生法学教育则属“升堂入室”的深造教育。

(一) 法学本科教育

学科与专业并存是当代中国高等院校特有现象,但学科与专业所追求的目标有所区别:学科发展的目标是知识的发现和创新,专业的目标则是为社会培养各级各类人才。在20世

^① “五院”是北京政法学院、西南政法学院、华东政法学院、西北政法学院和中南政法学院;“四系”是北京大学法律系、中国人民大学法律系、吉林大学法律系和武汉大学法律系。“五院四系”在相当长的时间内代表着中国法学教育的最高水平。

纪的八九十年代,法学本科设有法学、经济法学、国际法学(或国际经济法学)等三四个专业;目前中国高等院校通常只设一个法学(一级)专业而不再划分具体的(二级)专业。^①中国法学本科教育的基准学制为四年,在校生修满规定的学分并经考核合格的,授予法学学士学位。课程学习是本科法学教育的主要培养环节。

1. 法学专业课程。当代中国的大学课程一般包括通识课(过去称作“公共课”)和专业课,这两类课程又分别有必修和选修之别。法学教育之所以在高等教育中自成一类,主要体现在专业课的设置上。教育部在2012年确定了法学本科专业的16门核心课程,它们是法理学、中国法制史、宪法、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法、经济法、商法、知识产权法、国际法、国际私法、国际经济法、环境资源法和劳动与社会保障法。这16门课程在当代中国被普遍地作为法学本科专业必修课。在法学专业的课程体系中,还包括不少专业选修课,这些专业选修课有的是某一门专业核心课的延伸和细化(如房地产法、刑事法成案研究、民法成案研究、行政法成案研究、经济法成案研究等),有的是跨学科的综合性课程(如法律经济学、犯罪心理学等)。还有一些专业选修课不传授一般意义上的法学知识,而是培养法律职业技能的实践课(如法律文书写作、模拟法庭实验等)。

2. 卓越法律人才。教育部和中央政法委员会于2011年12月联合发布的《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》(教高[2011]10号)是当代中国提高法律人才培养质量的重大举措。“卓越法律人才培养计划”以培养应用型、复合型法律职业人才为重点,加大了实践教学比重,要求法学实践环节的累计学分或学时不得少于总数的15%;强调通过案例教学、模拟法庭、法律诊所等培养环节和校外实践、专业实习等培养途径,切实提高法科学生解决实际法律问题的能力。

(二) 法学研究生教育

接受过本科阶段的法学教育只表明具备了最基本、最初步的法学专业素养,这对于从事专门的法学理论研究和高层次法律实践都还远远不够。因此,有志继续深造者通常会选择报考硕士研究生。当代中国的硕士研究生教育分为普通硕士研究生教育和专业学位研究生教育,法学研究生教育也不例外。

1. 法学硕士。法学硕士是传统意义上的法学研究生,侧重于法学理论研究,旨在为国家培养学术型人才,基准学制一般为3年。报考法学硕士的考生须具有国民教育序列大学本科学历,但不限制专业。法学硕士的招生考试是全国硕士研究生统一入学考试,考试科目为四门:政治、外语实行全国统考,专业基础课和专业综合课由招生院校自行命题。法学硕士在入学后会被分配到一名本专业研究生导师的门下,由于法学硕士的专业划分很细,研究生必须严格依据所学专业进行学位论文的选题和写作。

2. 法律硕士。法律硕士是法律专业硕士学位研究生的简称,俗称“法硕”。法律硕士主要培养面向立法机关、司法机关、政府部门培养应用型人才,基准学制一般为两年。法律硕士的招生对象最初仅限非法学专业的本科毕业生;自2009年起,允许法学本科毕业生报考法律硕士,俗称“法学法硕”。报考法律硕士同样要参加全国硕士研究生统一入学考试,考试

^① 根据中华人民共和国教育部2012年修订的《普通高等学校专业目录》(教高[2012]9号),法学一级专业下其实还包括具有二级专业性质的“特设专业”,但为数甚少,目前只有知识产权专业和监狱学专业。

科目也是四门;政治、外语实行全国统考,专业基础课和专业综合课则实行全国法律硕士招生院校的联考(“全国一张卷”)。法律硕士没有法学硕士那样详细的专业划分,通常在入学后才选定一个方向,其课程设置与法学本科相似,涵盖了法学专业的多数核心课程。法律硕士毕业时也要根据所选的方向撰写学位论文,但不一定是研究论文,也可以是案例分析或调研报告。

法的智慧

法学是关于神和人的事物的知识,是关于正义和非正义的科学。

——[古罗马]查士丁尼著:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第5页。



相关规范性文件



课后练习



参考文献



网络资源

第一章

法律现象

.....

“法”有严格意义和非严格意义之别，“法律”也有广义和狭义之分。本书所讲的“法”是指“国法”，“法”和“法律”基本可以通用。法律具有规范性、国家意志性、模式性和国家强制性等特征。法律在内容上包括法律规则和法律原则，在形式上表现为法律条文构成的规范性法律文件。

第一节 “法”与“法律”

引例 . . .

事实：美国新泽西州法律规定，在公众餐馆里喝汤发出咕嘟咕嘟的响声会被捕；肯塔基州法律规定，女子如果穿泳衣在街上行走，必须手持球棒或由两名警员陪伴；犹他州法律规定，不得在执行急救任务的救护车后座上做爱。阿根廷法律规定，没有正当理由拒绝求婚的任何妇女，均应向失望的求婚人缴纳罚金。英国法律规定，如果男子在大庭广众之下发誓并在一年之内不与妻子吵架，就可从国库领到一只火腿。日本法律规定，如果丈夫认为妻子睡姿不雅，就可提出离婚申请。

提示：“大自然不行无益之事”，法律却未必如此。因为法律毕竟是凡人的作品，凡人所固有的缺点、偏见、浅薄和愚蠢同样体现在法律中，甚至立法者可能肆无忌惮地将其荒唐念头形诸法律。但法律并不因其所规定事项的荒诞不经而丧失自身的性质，法之所以为法，并不取决于其所行何事，而在于其如何行事。

一、“法”与“法律”的词义

(一) 中文词义

古汉语中与法律现象有关的主要是“刑”“法”“律”这三个可以互训的字。“刑,法也;律,法也。”(《尔雅·释诂》)东汉许慎编写的《说文解字》对这三个字分别进行了解说。

1. “法”。“法”的古体是“灋”。“灋,荆也。平之如水,从水;廌(zhì),所以触不直者去之,从去。”^①在金文和早期的小篆、秦简中,这个字的确由“灃”“廌”和“去”组成,后期的小篆、秦简和隶书则不再包含“廌”(图 1-1)。其中“荆”是刑的古体,后面再谈。“平之如水”比较好理解,“水”被古人引申出公平、公正之义,公平意味着不偏不倚,中国人常说的“一碗水端平”就与西方人以天平比喻公正有异曲同工之妙。“廌”也叫獬豸(xiè zhì),是传说中的异兽,其形似羊非羊、似牛非牛、似鹿非鹿而额生一角。传说虞舜、大禹时期的“法官”皋陶(gāo yáo)常靠此兽断案,獬豸所触的一方委屈(“不直”)而败诉(“去之”)。因此,獬豸在中国古代就成了法的象征:秦汉以降的执法官吏多戴獬豸冠,明清负责纠举官吏不法的“风宪官”(御史、科道官)官服上的补子也用獬豸。獬豸是中国法律的“图腾”(totem),当代中国的不少法学院校都有獬豸雕塑,司法部直属的法律出版社也以獬豸为标志。



图 1-1 “法”字的演变^②

2. “刑”。“刑”的古体为“荆”,在甲骨文中是“人在井中”的会意字,“井”不是水井而是囚禁犯人的土坑,也就是地牢。这个字在使用中由“人在井中”逐渐变成了“人在井外”,成了“从人,井声”的形声字,有时在井中加一“丶”作为指事符号;由于甲骨文中的“人”和“刀”字形相近,在金文和小篆中就变成了左井(井)右刀的写法;直到隶书,“井”才变成“开”(jiān),最终形成了今天的“刑”字(图 1-2)。因此,刑与法相通,表达强制、惩罚,现代法律术语中“刑罚”也是此意。中国春秋之前法律的正式名称皆为“刑”,譬如禹刑(夏)、汤刑(商)、九刑(周)等。“刑”体现了法律之暴力对人的强制和威慑,“大刑用甲兵,其次用斧钺;中刑用刀锯,其次用钻笮;薄刑用鞭扑:以威民也”(《国语·鲁语上》)。现代刑罚虽远不及上古酷烈,但现代法律的强制性却丝毫不逊于古代。



图 1-2 “刑”字的演变^③

① (汉)许慎撰,(清)段玉裁注:《说文解字注》,凤凰出版社 2007 年版,第 820 页。

② 摘自熊国英著:《图释古汉字》,齐鲁书社 2006 年版,第 58 页。

③ 摘自熊国英著:《图释古汉字》,齐鲁书社 2006 年版,第 243 页。

3. “律”。“律,均布也。所以范天下之不一而归于一,故曰均布也。”^①所谓“均布”,其实是古代用竹管或铜管制成的定音仪器,由此衍生出了标准、尺度的含义,因此“律,常也”(《尔雅·释詁》)。汉语中的“音律”“格律”“韵律”乃至“规律”都是指此而言。“律”字从甲骨文直到隶书几乎没有发生字形上的变化,都是左“彳”右“聿”。“律”字从甲骨文直到隶书几乎没有发生字形上的变化,都是左“彳”右“聿”。其中“彳”是表示行动的字符,“聿”则是以手执笔的形状(图 1-3)。由于古时识文断字的往往是统治者,它很可能就是在制定和实施法律,所以“律亦法也”^②。自秦统一以来,中国历代法典的名称都是“律”。由于法律对人是一种严格的拘束,并有严厉的惩罚作为后盾,于是古人把那些重复、有序出现的现象(音阶、时令、天文、气象等)也解释为受到某种“法律”的拘束和强制。现代汉语中的“律”字之所以既用于“法律”也用于“规律”这两类性质迥然有别的法则,大概也是基于上述原因。



图 1-3 “律”字及其部首的演变^③

(二) 西文词义

古罗马人使用的拉丁文是现代欧洲语言的共同“文言文”,拉丁文中用来表示“法”和“法律”的词汇有两个,一个是 *lex*,另一个则是绪论中提到的 *jus*。

1. *Lex*。*Lex* (复数为 *leges*) 专指出自古罗马国家机构、具有条文形式的法,现代法学家称这种法为“制定法”(statue 或 statutory law,详见本书第二章)。欧洲语言中与 *lex* 对应的词有法文中的 *loi*、德文中的 *Gesetz*、意大利文中的 *legge* 和西班牙文中的 *ley* 等。不少现代英文词汇仍保留着拉丁文词根 *lege* (*lex* 的形容词形式),譬如 *legal* (法律的、合法的)、*legality* (合法性) 及立法 (*legislation*) 等。对 *lex* 及其在欧洲语言中对应的词汇,中文一般直接译为“法律”。

2. *Jus*。*Jus* 的含义要比 *lex* 复杂得多,既泛指具有不同形式和来源的法,还指人因法而具有的权利,并兼有公正之义。这种语言现象在欧洲是相当普遍的。与 *jus* 含义相当的词有法文中的 *droit*、德文中的 *Recht*、意大利文中的 *diritto* 和西班牙文中的 *derecho* 等。现代英文中的 *right* 尽管已不再表示“法”,但至今仍保留着“权利”和“正当”的双重含义。英文中还有不少词具有 *juris* (*jus* 的形容词形式) 这一拉丁词根,除本书绪论介绍的 *jurisprudence* (法学) 外,还有 *jurist* (法学家)、*jurisdiction* (司法管辖权) 等;*jus* 这一名词本身则隐藏在 *just* (公正、合理)、*justice* (正义、美国最高法院大法官) 等词中。由于中文也像英文一样没有完全对应 *jus* 的词,因此我们一般根据其表达的具体含义和上下文分别译作“法”或“权利”“公正”。

二、“法”与“法律”的用法

我们在生活和学习中经常遇到的困难是:有些词并没有具体明确的、事先规定好的内

① (汉)许慎撰,(清)段玉裁注:《说文解字注》,凤凰出版社 2007 年版,第 137 页。

② (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,中华书局 1983 年版,第 2 页。

③ 摘自熊国英著:《图释古汉字》,齐鲁书社 2006 年版,第 137 页。

容,用法也比较随意,极易产生歧义。因此,在本书给法(律)下一个应用性的定义前,必须先明确现代汉语中“法”和“法律”的常规用法。

(一) 法

词语具有家族相似性(family resemblances),在许多通名(譬如“法”)之下的词就像一个家族,其意义有其“中心”和“边缘”之别,“法”也不例外。在日常生活和法学研究中,“法”字有严格意义(“中心”)和非严格意义(“边缘”)两种用法。

1. 严格意义上的法。严格意义上的法仅限于“国法”,也就是出自国家的法。在现代国家中,国法通常包括:(1)有立法权的国家机关依法定权限和程序制定的“法”;(2)法院和法官在裁判案件的过程中创造的“法”;(3)有权国家机关通过一定方式认可习惯、学说或其他社会规范形成的“法”。中国自秦汉以来的“法”有过许多具体的名称,如律、令、典、教、格、式、科、比、例等,它们都是不同朝代的“国法”。国法居于“法”字意义的中心地带,是法学的核心问题和常规研究对象,本书的内容也主要围绕当代中国的“国法”展开。

2. 非严格意义上的法。除“国法”之外,我们在日常生活中会遇到的各种“法”都属于非严格意义上的法。具体包括:(1)超国家的“法”。“国际法”是一种凌驾于国家之上的法,它不直接出自某个国家的制定,调整的也不是普通社会成员间的关系,因此显然不同于我们所说的“国法”。(2)非国家的“法”。譬如执政党的党内规章制度就被称作“党规党法”,并具有“条例”“规定”“办法”等与“国法”相同的名称和类似的制定、解释程序;又如作为社会基本细胞的家庭(家族)也有约定俗成的所谓“家法”或“族法”,有人将“家法”“族法”和乡规民约统称为“民间法”。(3)哲理或宗教意义上的“法”。譬如绪论提到的“自然法”(natural law)就是出自上帝或人性的“法”,西方甚至有人认为这种“法”是比国法“更高的法”;又如宗教的“教法”,中国人熟悉的佛法、戒律就是佛陀所传的“法”。(4)比喻或隐喻意义上的“法”。由于中文的“律”和英文的law都兼有普遍规律、一般法则的含义,因此就出现了一大批虽包含“法”字却与法无关的词汇,譬如记忆法、教学法、生存法则、职场法则等。

非严格意义上的“法”与严格意义上的“法”存在或多或少的相似之处,属于同一个词语家族,却因处在“法”字意义的边缘地带而不是典型的“法”。有些非严格意义上的法会在特定情况下进入法学的研究视野,譬如本书第二章就会涉及超国家的“法”(如国际条约)和非国家的“法”(如党的政策、民间习惯)。

(二) 法律

在当代中国,“法律”几乎可以和国法意义上的“法”通用,但具体又分以下两种情况:(1)有权机关依照法定权限和程序制定的国法称为“法律”,通过这种途径产生的法也构成了当代中国法的主体部分。对于国家制定法来说,“法”和“法律”在用法上没有区别,“法”在多数情况下成了“法律”的简称。(2)对于通过其他方式产生的国法,其专名一般不称为“法律”,譬如自发形成的“习惯法”不称“习惯法律”,法院创制的“判例法”也不称“判例法律”。

作为一个专门法律术语的“法律”又分别有广义和狭义两种用法。

1. 狭义的法律。狭义的法律仅指我国最高国家权力机关及其常设机关——全国人民