

法学导论

FAXUE DAOLUN

曹茂君 编著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

法学导论

曹茂君 编著

华中科技大学出版社
中国·武汉

图书在版编目(CIP)数据

法学导论/曹茂君 编著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2012. 1
ISBN 978-7-5609-7531-3

I. 法… II. 曹… III. 法学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 245091 号

法学导论

曹茂君 编著

责任编辑: 梅进伟

封面设计: 潘 群

责任校对: 刘 竣

责任监印: 周治超

出版发行: 华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编: 430074 电话: (027)87557437

录 排: 华中科技大学惠友文印中心

印 刷: 华中科技大学印刷厂

开 本: 850mm×1168mm 1/32

印 张: 11.375

字 数: 311 千字

版 次: 2012 年 1 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 30.00 元



华中出版

本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换

全国免费服务热线: 400-6679-118 竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



前 言

大学人文教育知识体系的组成大致可以分为五个部分,即哲学智慧与批判思维、科学进步与实证精神、文史经典与文化遗产、审美体验与艺术创造、文明对话与世界视野。法学知识属于文明对话范畴的一个分支领域。当今世界存在着三大类型的法律文明体系,这些法律文明体系具有迥然不同的特征。对于这些法律传统的差别和共性的认识,是人们认识世界、了解不同人类生活方式不可或缺的知识。法学知识对于青年学子扩大视野,了解不同文明背景的社会运行机制,具有不可替代的作用。

法律作为人类社会的一种主要的控制手段,在不同的文明背景下,形成了不同的法律表现形式,由此产生了不同的法律运行机制,担负推动法律发展的社会角色也各不相同,人们的法律的价值观念也存在着差别。在每一种法律文明形态中还有一些具体的法律制度是其特有的。但是众多的差异性没有改变法律作为一种社会控制手段要实现的社会公平、正义的目标。不同的社会在自由、平等、安全、效率和秩序之间的具体要求可能会存在差别,但是人类通过法律手段保护人的生命和财产以及社会秩序稳定方面的要求在根本意义上是相同的,这就为人们从人类自身的需要出发,了解不同文明对于各种不同类型社会冲突的法律解决方法提供了基础。

为了使初学者在初步接触法律的时候,对法律有一个全面的、粗略的认识,需要一部介绍法律文明梗概的论著,以便初学者尽快入门。因此,在西方法律发展的早期阶段,就出现了一些具有法律导论性质的论著,其中影响最大的就是罗马法学家盖尤斯的《法学阶梯》,这是一本关于古代罗马法的导论性的著作。盖尤斯的《法

学阶梯》后来成为《民法大全》中《法学阶梯》的直接渊源。在当今世界三大法系中都有对于自身的法律的导论性的论著。由于大陆法系以制定法为主要表现形式,因此大陆法系的法学导论性的著作主要是从制定法的历史发展沿革出发,阐释大陆法系的制定法的起源、演变以及制定法体系的组成。大陆法系的法学教育也是以制定法的系统阐释为主要内容。在英美法系中,判例是法的主要表现形式,而判例的创造者是法官。因此,法官的司法活动是英美法系的法学研究的重点环节。英美法系的法学导论对于判例法的历史沿革并不十分关心,其主要内容是阐释判例法在司法实践中如何形成、演变的。司法审判过程中所涉及的司法技术、法律推理的模式以及程序法律方面的规定,是英美法学家最关注的地方。英美法系的导论性著作从内容上主要是对英美法系的司法审判活动和司法适用技术进行系统介绍,而对于法律追求的理想以及法律作为社会控制手段对于社会的影响和社会制度的构建的作用,这些都不在法学导论的理论范畴之内。在伊斯兰法系,由于伊斯兰宗教法的特征,伊斯兰法具有社会法的典型特征,也就是说,伊斯兰法司法活动主要由教法学家根据对《古兰经》、圣训的理解并结合当地的各种具体情况进行司法。在伊斯兰法的实施过程中,国家的意志色彩是非常淡薄的,主要体现为教法学家根据现实的需要,将宗教教法适用于具体的案件的裁决。因此,在伊斯兰法系中具有法学导论性质的著作阐释的都是如何理解《古兰经》和圣训,特别是圣训的地位和效力。不同法系的法学导论性著作都具有深厚的学术底蕴,同时又清晰地阐释了如何利用历代相承发展起来的法律知识解决具体现实问题的办法。对于初步了解法律的青年学子来讲,法学导论性著作中博大精深的法学理论不仅能让他们感受到学习法律的过程的艰辛,也能从学习法律知识中感受到巨大的挑战,以及能够解决复杂问题的欣慰。

如果从全球化的视野来审视不同的法律文明,并由此撰写一部介绍不同法律文明的差别和共同性的导论性著作,就要求从各

种具体的法律文明体系中跨越出来,从差异性中寻找法律所具有的内在共性,从而揭示出法律的形成和发展的规律。这是本书写作的初衷,也是为了改变现行法学教育中导论性著作在性质上不过是法理学的简缩本的性质。法理学所要解决的是法学领域中一些根本性的问题,而这些问题对于初学者来讲过于深奥而无法把握。

中国现代法学教育的百年发展历史,就是一个不断变化学习对象的过程,这就使得我国法学教育在课程体系建设中长期存在着混乱的局面。尽管也有对法学课程体系的整体规划,但是如何采取循序渐进的方式进行课程体系建设,这一问题却始终处在探索过程中。在中国一些著名高校的法学院中,对于法理学、民法学、宪法学等核心课程应该在何时讲授,始终都没有统一认识。之所以会产生这种局面,一个重要的原因就是我国的法学教育的课程体系是从西方直接借鉴过来的,但是中国的学生却没有西方的文化背景和法律体制的基础。本书的目的在于为初步接触法学教育的人提供一个准确和全面了解法学和法律职业的机会,从而为下一阶段的学习打下一个良好的基础。

作为华中科技大学“百门精品课程教材建设计划”和文科平台课建设的项目,《法学导论》的撰写过程获得学校教务处、督导组老教授以及历届文科学生的鼎力支持。法学院对于《法学导论》教材项目的完成提供了多方面的协助。本书的完成还要感谢华中科技大学出版社梅进伟和张鑫锐两位编辑,他们积极、耐心、细致的工作使得本书能够顺利出版。

本书由曹茂君独立完成,由于水平所限,书中不足之处在所难免。希望能够获得读者的指正,以便不断完善。

目 录

第一章 法律教育与法律职业	(1)
一、英美法系法律教育与法律职业	(1)
(一) 英美法系法律教育	(1)
(二) 英美法系法律职业	(6)
二、大陆法系法律教育与法律职业	(8)
(一) 大陆法系法律教育	(8)
(二) 大陆法系法律职业	(9)
三、中国法律教育与法律职业.....	(10)
(一) 近现代中国法律教育	(10)
(二) 中国法律职业	(13)
第二章 法系概述	(16)
一、法系概述.....	(16)
二、法系划分标准.....	(17)
三、法系的成因.....	(19)
第三章 英美法系	(21)
一、英美法系概述.....	(21)
二、英美法系的历史发展沿革.....	(22)
(一) 英格兰普通法的形成	(22)
(二) 衡平法的兴起	(26)
(三) 美国普通法传统的确立	(28)
三、英美法系的基本特征.....	(32)
(一) 判例法传统	(32)
(二) 普通法和衡平法的划分	(38)
(三) 程序法优于实体法	(41)

(四) 法官和律师是法律运行的中心角色	(50)
第四章 大陆法系	(53)
一、大陆法系概述	(53)
二、大陆法系的历史发展进程	(53)
(一) 古罗马法的产生与发展	(54)
(二) 中世纪罗马法的复兴	(63)
(三) 文艺复兴运动中罗马法属地化运动	(79)
(四) 资产阶级革命时期法典化运动	(83)
三、大陆法系基本特征	(88)
(一) 公、私法划分的传统	(88)
(二) 法的部门划分传统	(91)
(三) 法学家是大陆法系法律创制和运行的中心角色	(95)
第五章 伊斯兰法系	(97)
一、伊斯兰法系概述	(97)
(一) 伊斯兰法系含义	(97)
(二) 伊斯兰法的产生	(98)
(三) 伊斯兰法的发展	(99)
(四) 伊斯兰法衰落时期	(101)
二、伊斯兰法的法律渊源	(101)
(一) 伊斯兰法最根本的法律渊源——《古兰经》	(101)
(二) 圣训	(103)
(三) 教法	(104)
(四) 哈里发政府的行政法令	(106)
三、伊斯兰法的基本内容	(107)
(一) 穆斯林义务	(107)
(二) 伊斯兰法婚姻家庭制度	(108)
(三) 伊斯兰法遗产继承法律制度	(108)
(四) 伊斯兰法土地财产制度	(109)
(五) 伊斯兰法的债权债务法律制度	(110)

(六) 伊斯兰刑事法律制度	(111)
(七) 伊斯兰司法审判制度	(112)
四、伊斯兰法的基本特征	(112)
(一) 伊斯兰法的宗教法特征	(112)
(二) 伊斯兰法独特的发展道路	(114)
(三) 伊斯兰法的分散性	(116)
第六章 法的概念与要素	(118)
一、法和法律的词义	(118)
二、法的定义方法与法的基本特征	(119)
三、法的构成要素学说	(125)
四、法律规则	(127)
(一) 法律规则的逻辑结构	(128)
(二) 法律规则的分类	(130)
五、法律概念	(132)
(一) 法律概念概述	(132)
(二) 法律概念分类	(133)
六、法律原则	(135)
(一) 法律原则的作用	(135)
(二) 法律原则的分类	(137)
(三) 部门法原则	(138)
第七章 法与正义	(147)
一、正义的多重含义	(147)
二、法的实质正义	(153)
(一) 法与自由	(153)
(二) 法与平等	(158)
(三) 法与安全	(162)
(四) 法与效率	(165)
三、法的形式正义	(166)
(一) 自然界和社会的有序性	(166)

(二) 两种无秩序的法律观念	(169)
(三) 人类历史上存在的各种法律秩序观	(171)
(四) 法律秩序体现的形式正义	(174)
第八章 法治	(176)
一、法治与法制概念辨析	(176)
二、法治思想的历史演化	(179)
(一) 古希腊罗马法治思想的萌芽	(179)
(二) 中世纪欧洲基督教法治理论	(188)
(三) 资产阶级革命时期的法治思想	(193)
三、法治国与宪政建设	(199)
(一) 英国君主立宪体制	(200)
(二) 美国联邦宪政体制	(202)
(三) 法国宪政体制	(204)
四、法治国的标准	(207)
第九章 法的现代化与全球化	(213)
一、法的现代化概述	(213)
(一) 现代化理论	(213)
(二) 法的现代化理论	(215)
二、法的现代化标准	(220)
(一) 法律规则体系的形式主义现代化	(222)
(二) 法的价值体系现代化	(224)
三、法的现代化道路	(229)
(一) 内发型法的现代化	(229)
(二) 外发型法的现代化	(231)
(三) 混合型法的现代化	(233)
第十章 法律全球化与法律移植	(240)
一、法律全球化概述	(240)
二、法律全球化与法律本土化	(242)
三、法律移植	(247)

(一) 法律移植概述	(247)
(二) 法律移植的必然性	(249)
(三) 法律移植的模式	(253)
(四) 影响法律移植的因素	(257)
第十一章 权利 义务 责任	(261)
一、权利	(261)
(一) 权利的多元含义	(261)
(二) 权利的存在形态	(262)
(三) 权利的概念	(267)
(四) 权利的分类	(273)
(五) 权利推定	(275)
二、义务	(280)
(一) 义务概述	(280)
(二) 法律义务的分类	(284)
三、法律责任	(286)
(一) 法律责任的概述	(286)
(二) 法律责任分类	(288)
(三) 法律责任的归责	(289)
(四) 法律责任的免责	(301)
第十二章 法学的历史类型以及现代法学特征	(305)
一、实用法学	(305)
二、作为实证科学的法学	(312)
(一) 历史实证主义法学	(314)
(二) 分析实证主义法学	(320)
(三) 社会实证主义法学	(326)
三、法律科学的特征	(335)
参考文献	(342)

第一章 法律教育与法律职业

一、英美法系法律教育与法律职业

(一) 英美法系法律教育

英美法系的法律教育的起源可以追溯到公元 13 世纪英国国王爱德华一世在位期间设立的律师学院,这些律师学院至今尚存的还有林肯、格莱、内殿、中殿等四个。在早期的英国大学里,例如在牛津大学里讲授的法律主要是罗马法和教会法,英国本土的现实法律并没有在大学课堂里讲授。法律职业所需要的知识主要是在律师学院里通过学徒制教育方式来获得。

1753 年,布莱克斯东率先在牛津大学系统讲授英国普通法,从而为英国本土法律进入大学课堂开辟了道路。1850 年,牛津大学设立法律与现代史学院。1874 年,剑桥大学也独立设立了法学院。至 19 世纪末 20 世纪初,英国大学纷纷建立法学院,开设法律课程。英国现代法律教育主要由律师学院和大学的法学院承担。

当代英美法系法律教育主要以美国的法律教育模式为代表。

19 世纪中叶以前,美国法律教育模仿英国法律教育,主要是采取学徒制教育模式。不过,学习法律的场所主要是律师事务所。1779 年,弗吉尼亚的威廉和玛丽学院在北美第一次开设法律讲座。耶鲁大学和哈佛大学于 1800 年和 1817 年先后设立了法学院。19 世纪上半叶,美国大学的法律教育很不正规,没有一个州规定必须具有法律学位才能获得律师职业资格,但这个格局在 19 世纪下半叶发生了很大改变。1850 年,全美仅有 15 所大学设立法学院,1860 年为 21 所,1870 年为 31 所,1880 年为 51 所,1890

年为 61 所,1900 年已达到 102 所。法学院在校学生 1870 年为 1611 人,1894 年上升到 7600 人。法律职业教育逐渐成为大学高等教育的一个重要组成部分,法律从业人员也主要由大学法学院培养产生。

在法律教育成为大学教育的一个组成部分的过程中,法律教育模式也发生了很大的变化。此前,法学院没有什么入学资格限制,学制为一至两年,课程的内容主要是背诵英国普通法教科书。1870 年,C. W. 兰德被任命为哈佛大学法学院院长,由他开创的法律教育改革奠定了现代美国法律教育基本模式。兰德改革主要包括四项内容。①确立专职教师制度,法学院教师的主要构成不再是兼职的法官和律师。尽管法官和律师的司法经验对学生非常重要,但是专职教师可以保证学生法律知识学习的系统性。②确立了法学院入学资格,进入法学院学习要么具有大学学士学位,要么通过法学院组织的考试。③确立了三年制学制,规定了相应的课程体系。④确立了“判例教学法”。“判例教学法”是对传统教科书的灌输模式的颠覆,在这种教学模式下,教学的对象从英国的普通法教科书换成判例汇编。这种判例汇编是经过精心挑选和编排的,它们说明了英美法系的法律原则、规则和概念的含义,以及它们是如何发展变化的。“判例教学法”使得法学院的课堂教学发生了根本变化,学生不再是被动地接受老师的灌输,而是主动地进行法律职业技能培训。在这种教学方式中,学生在老师的引导下逐渐弄清楚典型判例中包含的法律原则和规则的确切含义,以及相应的法律问题解决方案。由兰德倡导的这场法律教育改革最终在 20 世纪初的美国各大学法学院中占据了主导地位,并最终确立了英美法系的法律教育模式。

美国联邦宪政体制下,教育事务属于各州地方政府管辖的事务,这就造成了美国各地大学的法律教育的不统一,各具特色。各个大学法学院都形成了自身的培养特色,培养出来的学生也各具特点。美国社会流传的“哈佛出法官,耶鲁出总统”就是法学院各

具特色的具体表现。不过,美国大学法学院还是有自己的管理机构,这就是全美律师公会和美国法律协会。这两个组织对北美(包括加拿大)各大学的法学院进行评定,评定的标准主要是专职教师(资格、学术特长、授课门数)、图书馆(藏书总量和种类)、授课体系以及师生比例。非官方组织的全美律师公会和美国法律协会对美国法学院的办学条件进行了有效的监督管理。没有被全美律师公会承认的法学院毕业生没有资格参加各州的律师资格考试,这样的法学院对学生几乎没有什么吸引力。

美国法律教育在性质上属于职业教育,因此在法学院学习的学生入学之前都已经获得学士学位。这些学生在大学毕业以后,参加全国性的“法学院入学资格考试”,即“LSAT”(law school admission test)。法学院录取新生主要参考 LSAT 成绩以及学生服务于社会公益事业的纪录。在 20 世纪美国民权运动以前,美国法学院学生主要以男性白人为主;民权运动以后,女性和少数裔学生不断增加。美国大学法学院之所以规定上述入学资格的限制,得益于著名的大法官斯托里在其任职于哈佛大学第一任内森·戴恩讲座教授时,对法律教育性质的改革。斯托里认为,法律教育必须从大学人文教育中分离出来,对学生的培养目标就是毕业以后从事开业律师。这样的法律教育需要具备必要的人文科学知识作为前提条件。斯托里倡导的这项改革,反映了美国南北战争结束以后,由于美国社会发生的深刻变化,导致法律教育形成专业化和职业化的需要。法律职业教育在兰德尔的推动下迅速在美国法学院推广开来。

美国法律教育的职业化特色还直接体现在课程体系的设置上。各个法学院在办学上虽然各具特色,但是课程设置的基本结构是相同的。一般都要求学生修满 90 个学分。第一年主要是必修课,占总学分的三分之一,课程包括宪法、合同法、商法、民事侵权行为法、财产法、刑法和刑事诉讼程序、民事诉讼法、法律文书写作和研究、法律伦理学和职业责任。第一年课程学习的结果决定

学生是否适合从事法律职业,不适合的学生在第一年大多被淘汰。第二、三年主要是选修课程,学生根据自己将来从业的需要和个人的兴趣进行选择,所开设的课程有:信托法、地产权法、立法、家庭法、婚姻法、专利和版权法、证券法、所得税和礼品税法、法律冲突、行政法、劳动法、破产法、不正当竞争法、反托拉斯法、公司法、自然资源法、海商法、环境法、证据法、城市规划法、企业和产业规划、高等民事诉讼、高级刑事诉讼、初审辩护、欧盟法、法律会计、法律伦理等。总体来说,美国法学院绝大部分课程都是实用的专业课程,主要是满足学生将来从事律师事务的需要而设置的。只有在一些著名大学法学院中还开设一些理论性课程,如法理学、法制史、比较法、外国法和法律社会学等课程。这些课程都是作为选修课程设置的。

美国法律教育的职业特色还表现在课程教学的“判例教学法”。前面提到,这种由 19 世纪 70 年代哈佛大学法学院院长兰德创立的教学方法适应了英美法系判例法传统的需要。在英美法系司法实践中,案件的审理包括事实审和法律审两个组成部分,两者都与判例法有密切关系。制定法在审判过程中和判例一样都处于参考地位,但其实际作用在大多数时候不如判例的作用大。“判例教学法”抓住了英美法系的法律主要体现在判例法中这个基本事实。在“判例教学法”中,法学院为学生提供一套判例法教材,这些教材收集了根据一定门类和主题而分类的具有代表性的判例。课程教学之前,教授布置与课程相关的案例材料,学生预先阅读教材中相关判例,了解有关案件的涉案事实和判决依据。每个学生都要为上课准备好经自己独立思考过的案件的发言摘要,其内容包括案件如何进入审判程序、基本事实、法庭规则、法院可能做出的判决结果。正式上课时,老师简单介绍专题概要并引出相关案件的审理实践,然后由学生就涉案的各个环节展开讨论、分析和评价。课程考试也是以分析案例为主要内容。这种方法很符合法律职业的需要,有助于学生形成从业所需要的独立思考、判断、分析、

推理和表达能力,尽快掌握法律事务的各种技巧。正如兰德尔所言:“法律作为一门科学,它由一定的原则和原理所组成。掌握了这些原则和原理并且能够不断熟练和肯定地将其应用于理清头绪万千的人类事务的乱麻,这才是一个真正的律师,因此,获得这种掌握应该成为每个认真学法律的学生的职责。每一个原理都是逐渐演变成现在这个模样的。换句话说,它是经过几个世纪、通过许多判例才成长起来的,这一成长可以通过一系列判例追寻到它的主线。有效地掌握这一原理的最快最好的途径是学习包含这一原理的判例。即使这不是唯一的途径,但今天对达到这一目标的有用和必需的判例只占全部判例汇编的极少一部分,绝大部分是毫无用处的,并且对任何系统学习的目标来说更为有害。而且,基本法律原理的数量比平常所设想的要少得多,同一原理不断地以许多不同的面目出现,并且到了法律论文彼此重复的严重境地,原因就在于有许多的误解。如果这些原理能够这样分类排列以致每一个原理都能够在其固定的地方找到,而不是随处可见的话。其数目就不再会如此庞大。”^①

“判例教学法”主要是通过一系列的问答和辩论,引导学生对司法判例做出详细的分析。这种教学方法要求学生对每一个案件的事实问题和法律问题都有一个清晰的认识,不仅要熟悉法庭的判决依据,而且还要对这些依据始终充满怀疑的态度,不轻易接受权威观点的约束。对于学生来讲,在判例法教学中,是没有标准答案的,也没有最好的答案,只有更好的答案。学生应该从以往的判例学习过程中,寻找到对现实案件最佳的理解方案。通过这种教学方法训练出来的律师通常不轻易屈服、讲求实效、擅长谋略。他们不是把法律看成是僵化的教条,而是作为不断改进美国社会和经济状况的工具。“判例教学法”适应了美国内战结束以后美国社会变革产生的实用主义思想对法律职业的需要,通过法学院严格

^① (美)劳伦斯·M.弗里德曼著《美国法律史》,第681-682页。

专业训练出来的律师以能够为当事人提供最佳的法律服务为职业准则。

法律教育的职业化特征以及“判例教学法”的教学模式决定了美国法学院主要是小班教学,因此法学院招生人数都不是很多,其职业教育的性质决定了学费的高昂。

法学院学生修完所要求的学时课程以后,成绩合格可以获得法律职业博士学位(J. D),然后就可以参加美国各州的律师资格考试。

(二) 英美法系法律职业

英国法律职业主要指律师,传统上英国的律师分为出庭律师和诉状律师,这种划分始于公元 14 世纪,当时英国已经出现了职业辩护人。在普通法法院出庭的是高级律师和出庭律师,而诉讼准备工作则由称为代理人的官员负责。在 15 世纪的衡平法院中有称为诉状律师的人,其承担的事务类似于普通法法院代理人。由此可知,在近代以前,英国的律师分为出庭律师和诉状律师两个阶层。1873 年、1875 年《司法法》将这两类律师类型固定下来。这两类律师的职务范围存在着差异,出庭律师主要是接受诉状律师的委托在高级法院中出庭辩护;诉状律师主要是负责高级法院出庭之外的法律咨询和诉讼准备工作,他们也可以在低级法院中出庭辩护。从着装上也存在着差别,出庭律师出庭时头戴假发、身穿法袍,而诉状律师在初级法庭出庭时仅身穿法衣而不戴假发。在诉讼活动中出庭律师与当事人之间并没有委托合同关系,而诉状律师则有这种关系。

英国的普通法法院和衡平法院的法官采取的是委任制,一般来自下级法院的法官或具有一定资历的律师,公诉人则是内政大臣从执业十年以上的律师中任命。

美国的法律职业的含义相对较为广泛,其范围包括私人执业律师、政府法律官员、公司法律顾问、法官和法律教师。

在美国,法律职业从业资格的获得主要是参加各州的律师资格考试。律师资格考试一般在二月、七月举行,各州自行举行,通过考试获得的律师资格只在本州有效。美国大学法学院毕业的学生绝大部分毕业以后的去向都是担任执业律师。在美国,律师总人数中有四分之三为单独开业律师,其他的则是加入合伙律师事务所。合伙律师事务所是因美国内战以后工业化带来的大公司、大产业对法律职业专业化的需要而产生的。在律师事务所的公司模式体制下,律师业务呈现出高度专业化分工的倾向。公司、证券、投资、劳工、移民、婚姻、税务、汽车事故、遗产、专利与版权等相关事务都已经成为专门的律师事务。跨国大公司的法律部也推动了律师的专业化发展。

美国的公诉人实际上是受雇于政府的律师,他们代表政府提起各种诉讼。

美国的法官一般是从业绩优秀的资深律师中提名,也可以从知名的法学教授中提名。法官一经提名并被议会任命以后,可终身任职。除非身体疾病或道德原因,法官不会因为个人的司法活动和学术见解而被罢免。

在英美法系国家,法官的社会地位崇高,被认为是社会良心的看护者。法官被认为是半人半神的职业阶层,法官之所以具有崇高的地位,主要是英美法系的司法制度中,法官是司法体系运行的中心角色。通过他们创造的判例不断推动着英美法系国家法律的发展,同时通过他们的司法裁量权的运动,对社会疑难问题提出了恰当的解决方案。法官通过他们的艰苦卓绝的工作,赢得了社会的普遍尊重和信任。在美国,“法院将做出决定”成为一切社会争端的最后解决途径,法官也通过自身的努力维护着社会的公平和正义底线。

在美国,除法官之外,法律职业的一大特点就是流动性特别大,一个学习过法律的人一生可能会从事各种不同的职业。

二、大陆法系法律教育与法律职业

(一) 大陆法系法律教育

大陆法系的法律教育在源头上可以追溯到古罗马时期法学家的活动。当时法学家的活动内容之一就是向民众传授法律知识。专门学习法律的人是采取师徒制的方式向法学家学习。现代意义的大陆法系法律教育主要产生于中世纪兴起的大学。当时大学兴起的主要使命之一,就是通过复兴已经消失的罗马法来建立教会法律体系。在大学法律教育发展过程中,逐渐增加了各国本地习惯法的讲解。欧洲大陆的大学中以研究和学习古代罗马法而发展起来的法学教育,其主要内容都是围绕着对国家制定法的理解和适用而展开的。

大陆法系的法律教育在性质上属于普通人文教育,是这些国家的普通高等教育的一个组成部分。法律教育以大学法律院系为教学单位,学生要入学只要通过国家的高等学校入学考试就可以了,大陆法系法学院学生一般来自应届的高中生。作为人文教育的组成部分,大陆法系的法律系课程除了专业的法律课程以外,还包括大量的人文社科课程。

大陆法系国家的大学主要是国立大学,大陆法系国家的法律教育由国家教育行政部门统一管理。教育行政部门统一管理法律教育的教学模式、培养计划、课程体系和考核标准,国立大学的法律院系自身在教学体制上自由度很小。大学法律系国家法学教育因为自主性差而导致彼此之间的竞争性也较差,如在课程体系上,主要都是必修课程,选修课程的范围很小,这种课程体系设置的目的是为学生提供本国法律知识的全貌。

大陆法系的法学教育的课程内容都是抽象的理论讲授,法律的职业技能被安排在学生毕业以后,在从业的过程中再学习。大学的法律教育只是为学生将来从业提供一个理论基础。大陆法系

的法律大多是成文法,其中包含了大量专业术语和原理,它们都与现实生活有较大的距离,这就需要老师在课堂上系统讲解,因此大陆法系在教学方法上,主要以老师的系统讲授为主,这从另外一个角度说明大陆法系的法律教育脱离实践的特征。

大陆法系法律系学生毕业以后,获得的是法学学士学位。在此之后,可以继续攻读法学硕士和法学博士,其目的主要是从事法律专门领域的学习和研究。

(二) 大陆法系法律职业

在大陆法系国家,法律职业一般指从事与法律有关的各种职业的总称。在这些职业中,有法官、检察官、律师、公证人和法学教师。大陆法系法律职业的一个重要特征就是各个法律职业之间彼此隔绝,法律系学生毕业以后选择一种职业后,该职业很有可能就是他的终身职业。在大陆法系,法律职业内部晋升人事制度阻碍了人员之间的流动。

大陆法系国家的法官大多数是法律系毕业的学生通过国家的司法考试后被录用的。法官采取的是委任制,经提名被议会批准以后而获得任职资格。法官在地位上等同于一般公务员,在其履行职责的过程中要求严格遵守法律的基本含义的规定,法官在司法过程中的创造性作用较小。在法律发展和司法实践遇到重大疑难问题的解决过程中,法官的作用很小。大陆法系法官的地位与作用的形成是由于近代资产阶级革命以后,自然理性主义思想要求法官只是国家制定法的机械执行者,不允许法官过多地行使自由裁量权,从而避免因司法专横造成的社会不公。

大陆法系法官在审判活动中,承担了大量庭审前的准备工作,而这些工作在英美法系都是由律师完成的。因为这个缘故,大陆法系国家法院的法官人数要比英美法系多得多。

大陆法系国家的律师一般都是私人开业律师,他的主要职责是为当事人提供法律咨询和诉讼代理。取得律师资格的条件是大

学法律系毕业以后,在律师事务所经过短暂实习,参加国家或律师公会的考核、考试,从而取得律师资格。

大陆法系另外一个重要的法律职业是公证人。公证人是国家根据一定区域和人口而设立的法律职业。大陆法系很多非讼业务,例如婚姻的成立或解除、遗嘱的成立或更改、身份的证明以及文书的证明等,这些业务在英美法系都是由律师来承担,而大陆法系则是由专职的公证人来承担。公证人也必须是大学法律系毕业,通过国家的公证人资格考试以后,方可从业。

大陆法系所有法律职业中,最重要的法律职业是法学教师。在大陆法系,法学教授不仅仅是法律教育的承担者,更重要的是法律的创造者。大陆法系法律主要是制定法,制定法的形成和起草都是一些著名的法学教授的艰苦努力的结果。国家立法机关通过和颁布制定法,只不过是赋予这些法律以正式的效力。正因为如此,对于大陆法系国家重大的社会问题和司法疑难问题的最终解决方案,法学家的意见具有重要的参考价值。

三、中国法律教育与法律职业

(一) 近现代中国法律教育

近代以前的中国传统社会治理体制下,并没有近代意义上的法律教育。清末在外国列强的胁迫下,清政府被迫学习西方的法律制度和司法体系,这也促使了中国近代意义上的法律教育的形成。

1904年,直隶法政学堂的成立,标志着中国近代意义上的法律教育机构的成立以及现代意义上的法律教育的兴起。到1909年,全中国已有47所法政学堂。这些法政学堂在性质上属于文官职业培训,并不是以学历教育为主。在教育体制上模仿明治维新以后的日本大学的教育体制和课程体系。在课程设置上,除了“大清律例”和“大清会典”以外,全部效法日本大学的法律课程。很多

法政学堂的教师或者是日本教授,或者是从日本回国的留学生。因为这个缘故,现代中国法律在教育体制、专业术语以及教学模式上,深受日本近代法律文化的影响。清末建立起来的法律教育具有普通高等教育和职业培训并存、官办法律教育和私立法律教育并存、全日制法律教育和函授法律教育并举的特点。总体而言,这一时期是中国近代意义上的法律教育初创时期。

北洋政府时期是法学教育泛滥时期,法学教育成为高等教育最为热门的专业。造成这种格局并不是因为法学理论水平获得长足的发展或者社会的法律需求增加,而是因为北洋政府将法律教育与法律职业的从业资格及文官资格直接挂钩。法政学堂的学生可以直接获得司法官或检察官资格,加上清末废除科举制度以后,传统至仕路径已经从科举考试转向了法律专业的学习,从而造成大学法律专业学生人数急剧增加。北洋政府时期,中国实际处于割据状态,全国没有一个统一的法律教育管理机构,法律教育的入门资格很低,法政学堂的办学条件没有任何约束,从而造成低水平的法政学堂遍布全国。在此期间,一些私立大学力图改变法律教育的这种粗制滥造状况,北平成立的朝阳大学和苏州成立的东吴大学比较法学院就是两所著名的私立大学法律教育机构,前者效仿欧洲大学的教学模式,后者主要学习和研究英美法系教学模式。这两所大学对于处在发展初期的中国法律教育的正规化建设起到很好的示范作用。

南京国民政府时期,随着中央政府权力的有限集中,法律教育成为中央政府教育部门直接管辖的事务。1933年《考试法》和1935年《法院组织法》将司法考试列为13种高等考试之一。国民政府司法院有权直接审批法学院的设立、批准法学院招生人数、规定统一的必修课程、审核法学院的年度教学计划、审核和颁发毕业证。由于国民政府对法律教育的直接和有效的控制,全国法律教育机构迅速减少,但法律机构和教学体系迅速得到优化,并形成了以“六法全书”为核心内容的课程体系。在此期间,全国的法

律教育形成两种教学模式：一类是以北京大学、武汉大学、朝阳大学为代表的注重法律实务的院系，另一类是以中央大学、湖南大学、东吴大学为代表的注重理论研究特色的院系。通过十几年的努力，培养出一批学贯中西的法学家，初步形成了中国的法律教育体系。

新中国建立以后，宣布废除“六法全书”以及一切伪法统，旧中国的法律教育模式也随之终止。新中国确立马克思列宁主义思想作为法律教育指导方针，并全面借鉴苏联的社会主义法律教育模式。在苏联专家的指导下，新中国努力探索中国的社会主义法律教育的模式。这一时期的法律教育的任务主要是培养政法干部，学习苏联社会主义法制建设的经验。新中国成立以后，法律工具主义思想对法学教育影响甚大。法学教育的目的是为了培养社会主义司法实践的专业人才，法律的专业职能培训的作用突出。在法律工具主义思想作用下，法律的作用更多体现在法律作为专政手段的意义。法学教育培养政法干部的职能严重限制了法学作为独立人文知识体系的形成和发展。随着“反右运动”的扩大化，法学界受到极大冲击，法律教育逐渐走向萎缩，到“文化大革命”时期彻底停滞。

20世纪70年代末80年代初是中国全面恢复法律教育的时期。为了适应改革开放事业发展的需要，法学教育从专门政法学院培养方式转变为综合性大学的普通院系培养方式，逐步建立由本科、硕士和博士组成的学历教育体系。在传统的苏联法学教育模式基础上，大量借鉴西方发达国家法律教育历史的发展经验，形成了适应社会发展需要的课程结构和培养模式。在法律专业的学历教育体系中，增加了针对非法律本科专业学生的法律硕士学历教育，增强了法律教育的适应范围。特别是随着中国市场经济和社会事业的发展，法学教育也从主要培养政法机关和行政机关所需要的专业人才转向培养服务于经济和社会事务所需要的律师、公证员和公司法务人员为主。法学教育的职业教育特征和实践性

特征越来越明显。

中国法学教育经过了一百多年的坎坷发展历程,从最初简单模仿西方的法学教育模式,中间在剧烈的社会变革过程中不断寻求法学教育的性质的定位,最终在中国社会主义市场经济和法治建设的历史背景下,确立了以培养服务于法律事务所需要的专业人才为主要目的的教育模式。

(二) 中国法律职业

法律职业是人类社会专业化分工的必然产物,但是法律职业共同体作为一个独立的社会职业阶层的存在,还必须依赖于一定的社会政治、经济和文化条件。只有当市场经济充分发展的时候,才会在一个社会产生普遍的法律调整的需要;只有一个社会建立了真正的民主政治体制,司法救济途径才会成为主要的权利救济途径。市场化和法治化,使得人们的权利意识和维权意识成为普遍的、现实的需要,法律职业阶层的出现才具有现实的社会基础。反过来,一个相对独立、廉洁和高效的法律职业阶层的存在,可以极大地促进法律的权威性的提高,从而促进一个社会的市场化体制的形成和法治国的建立。

清末修律开启的中国法制现代化过程,也是中国法律职业专业化建设的过程。但是由于20世纪中国政治更迭与意识形态的争斗,相对于法律教育的建设而言,法律职业的正规化建设过程显得更加命运多舛。在20世纪中国法律教育和法律职业之间是阻隔的,未接受过法律教育的人担任法官、检察官,而律师主要是出自大学法学院。法律职业的阻隔严重影响了中国法律职业专业化发展的进程,大量法律专业的学生不能从事法律职业也造成了人力资源的重大浪费。中国近现代法律职业之间的阻隔妨碍了中国法律职业共同体的形成。现代法治社会需要法律职业具有共同的法律教育背景,有着对待法律的共同的信仰。统一的法律知识体系为法律职业提供了共同的专业语言和思维方式,也提供了

普遍的社会正义观念。不同的法律职业在共同的教育背景下,承担着不同的法律角色。它们之间相互制约的关系有助于法律的社会控制手段服务于社会正义事业的需要,有助于法律专业化的发展,从而最终促使法律的权威性的建立。

进入新世纪后,随着统一司法考试制度的实施,法律职业正规化建设获得长足的进步。法官、检察官和律师的从业资格都是通过国家的司法考试来获得,这就保证了法律职业从业者具有共同的法律教育背景和法律价值行为标准与法律信仰。法律职业共同体的最终形成对于中国法治化建设提供了坚实的保障。

律师制度是法律职业专业化建设发展最早的领域。清末修律运动中效法西方而建立起律师制度,其后经过北洋政府和南京国民政府的发展,总体而言,律师在旧中国的标识性意义要大于实质意义。新中国建立以后,律师职业的身份和从业方式发生过几度变迁。从最初的国家工作人员,到国有企业性质的国有律师事务所,再到现在的合伙律师事务所,律师最终适应其职业的性质而成为一个自由职业。律师制度在中国的曲折发展历程,充分反应了律师制度与社会民主政治制度的内在关系。律师制度在近代西方社会是司法民主的重要体现,而司法民主又需要整个社会具有倡导民权、维护民权的政治法律制度基础,所以 20 世纪中国的民主法制建设道路的波折直接体现在律师制度的发展过程中。

改革开放以后恢复重建的律师制度,在市场经济和法治国建设的历史背景下获得了长足的发展。律师的身份已经从原来的“国家法律工作者”成功地转变成“为社会提供法律服务的执业人员”。执业方式也从原来的国家法律顾问转变为合伙律师事务所或单独执业律师。律师管理体制也从国家司法行政机关的单纯行政管理转变成司法行政机关的行政管理与律师协会行业管理相结合的模式,并将最终过渡到国家司法行政机关宏观管理下的律师协会自治管理的模式。

· 法官和检察官制度是国家司法制度重要的组成部分,完备的

法官和检察官制度是国家法治化的重要标准。但是近代中国法官和检察官的职业化进程屡屡受阻,其中主要的原因是由于在法律工具主义的影响下对于司法独立和法官、检察官职业化的禁锢。法官和检察官长期以来主要由非法律专业的人员充任,这种状况严重影响到中国司法审判的公平和公正。2002年,中国统一司法考试制度的最终确立,是中国法官和检察官职业化进程的重要变革,自此以后,法官和检察官任职的前提条件是必须要通过国家的司法考试,尔后通过司法机关的录用程序,成为法官助理或检察官助理、书记员,再经过一段时间的司法审判实践锻炼以后,经各级人民代表大会批准,方可成为法官和检察官。

第二章 法系概述

一、法系概述

当今世界不同文明之间,在法律传统、价值理念、运行机制、法律职业和法律教育等方面都存在着重大差别。在法学领域,将同一类文明体系中具有共同的法律文化传统、法律运行机制和共同法律理念的国家的法律合称为某法系。法系可以理解为具有某些共同特征而被归类的一些国家和地区的法律的总称。

在 20 世纪初,法学界开始研究不同文明之间的法律的区别与联系的时候,法系的概念逐渐形成,但最初法系概念在语言使用上就存在着混乱。在英语中,人们先后使用过 legal family、legal group、legal genealogy,还有人使用 legal system,而 legal system 在含义上是一个多义词,它可以指法律制度、法律体系、法律机制等。法国学者梅里曼在其著作《民法传统》中指出,法律传统的研究范围涉及法律在社会和政治体制中的作用方式如何受到历史文化背景的制约,也就是说法律的制定、实施、改进和法律教育等各个环节都与某一法律文明的历史背景相关。正是在这个意义上,法系一词在术语上用 legal tradition 最为准确。由此,法系的内涵也逐渐确定下来。从字面含义上理解,法系在内涵上包含如下几点:首先,法系不是一个国家的法律的总称,而是一些国家和地区的法律总称,这些国家或地区的法律因为具有某种共同的特征而被归类为某一法系;其次,法系是一些国家和地区的法律总称,这些国家法律具有某种共同的特征,但由于历史传统不同,划分法系的标准并不统一,各个法系都有自己的特征要素;最后,由于国家存在着联邦政治体制或类似的体制,某个国家的法律制度可能会

分属于不同的法系,这可能会造成一个法制不统一的外表印象,但这恰好是联邦体制自治权下,对法律传统和现实尊重的表现。

二、法系划分标准

1900年,在法国巴黎召开的第一届国际比较法大会上,学者们就开始对世界上各种不同的法律制度进行分类研究。不过在相当长的时间里,这种对法律制度的划分主要集中在欧美范围之内,非西方的法律制度很少被关注。基于这个原因,法系的划分标准过于单一,而且还主要集中在私法领域,并没有将一个国家的法律全貌考虑在内。第二次世界大战结束以后,新兴民族国家纷纷获得独立。这些国家陆续建立了自己的法律制度,这些国家建立的法律制度表现出该民族传统和原来宗主国的复杂的关系。复杂的法律制度形成机制和法律制度构成成分的多元化使得很多国家的法律体系呈现出多元复杂的格局,对于法系划分的标准不可能局限于某一个单一性标准。法学界在借鉴语言学和艺术领域的样式理论的基础上,确定了法系划分的多元性标准。

法系的划分标准可以从以下几个方面确定。首先是法的表现形式,在不同的法系中由于不同的历史发展沿革,造成了不同的法的形成和发展机制,法的表现形式也存在着重大差别。英美法系在源头上与早期令状制度相联系而产生了判例法,也就确立了英美法系的判例法传统,因而法的主要表现形式主要是判例法。在大陆法系发展的历史沿革中,因为罗马法在中世纪经过大学的系统改造而从习惯法转变为制定法,法律主要表现为国家制定的成文法。在伊斯兰法系中,法的产生和宗教教义的产生是同步的,因此法的表现形式直接就是宗教教义。

其次,法律思维方式的不同。在英美法系中,司法活动的依据是以往的判例,法律的发展也是以从判例到判例的形式发展起来的。由于在英美法系中司法活动具有较大的独立性,因而司法活动的思维也就决定了人们的法律思维。这种思维是一种从个案到

个案的归纳思维。而大陆法系延续了罗马法的传统,即倾向于将法律的内容规范化和抽象化,并竭力将所有的法律规范组成一个具有逻辑统一性的规范体系。大陆法系司法活动的依据就是这种抽象的规范,法官是采用演绎推理的思维方法推导出司法审判的结果,由于法律的权威性在于国家的创制活动,法律发展的重心在于法律规范的创立和更新,所以推动法律发展的主动力量是远离司法实践的法学家们。司法依据的差别,使得英美法系司法活动以经验主义为主导,先验的理论标准和抽象的规范对于人们没有什么约束力,人们更多的是从以前的判例中推断出司法审判可能产生的结果。在大陆法系,法学家们善于运用抽象思维的方法,将先验的正义观念规定在抽象的法律规范体系中,司法活动就是将这种抽象的规范运用于解决现实生活中的具体争端。法律渊源和司法程序的差异,决定了人们法律思维的差别。

再次,每一个法系中都包含有特别的法律制度。在每个法系的形成和发展过程中,基于历史的环境和法学家的独特创造而产生了一些解决自身问题的特殊制度,这些制度在其他法律制度中是找不到相对应的制度的,而这些法律制度在该法系的国家社会生活中起着重要的社会作用,承载着这个社会的人们独特的价值评判和行为模式,影响着人们的生活方式。在英美法系中信托制度、代理制度、契约法中约因制度以及土地财产权制度,大陆法系的民法中法律行为制度和过错责任制度都是上述特别的法律制度的代表。

最后,在每个法系的法律制度背后都有一种特别的法律思想意识形态作为支撑。这种法律意识形态的差别决定了法律在社会生活中的地位和作用方式,从而也造成法系之间的差异性。

根据上述多元性的标准,可以将当今世界法律体系区分为三大法系,即英美法系、大陆法系和伊斯兰法系。这些法系内部又可以作进一步的划分。例如大陆法系又分为法国和德国两个支系,英美法系分为英国和美国两个支系,伊斯兰法系根据伊斯兰内部

的各种教派又可以进一步进行进一步的区分。

三、法系的成因

前面提到,法系的含义是指一些国家和地区的法律制度因为具有某种共同的特征而被划归为一种类型。不同国家和地区的法律之所以具有某种共同的特征,是因为这些国家和地区在历史发展过程中某些内外原因造成的,这些原因也就是法系的成因。

在法系的诸多形成原因中,首要的原因就是共同的法律文化传统。在欧洲大陆国家,古罗马法是欧洲大陆国家法律的共同文化根基。在中世纪,教会对古代罗马法进行了系统改造,随着基督教社会共同体的形成以及基督教文化在欧洲统治地位的确立,改造过的古代罗马法成为欧洲大陆的共同法。这种欧洲大陆共同法在近代欧洲民族国家的形成和发展过程中,不断增加了民族特色,但是欧洲大陆各国法律的基本特征在中世纪已经基本确定下来。各国法律在语言和术语、司法体制以及法律对社会生活的方方面面的塑造,都具有相同的历史根源,这也就是欧洲大陆法律具有相似性的原因所在。

其次,法系的成因主要是殖民入侵的结果。近代西方列强对世界各地的武力入侵的过程中,在西方文化中心思想的支配下,往往都把他们认为先进的西方法律制度移植到殖民地,这种法律移植在英美法系的形成过程中尤为突出。英国曾经号称“日不落帝国”,其殖民地遍布世界各地,在殖民制度建立过程中,英国将法律制度作为殖民制度的重要组成部分,努力使英国的普通法成为殖民地的有效法律制度。基于普通法传统具有的一些自身优点,在这些殖民地获得独立以后,英国的普通法传统往往都被保留下来,这就是当今世界英联邦国家很多都采用普通法传统而归属于英美法系的重要原因。

再次,法系的成因是宗教传播的结果。法律与宗教有着非常密切的联系。基督教和伊斯兰教的发展过程中,都把法律作为宗

教制度的重要组成部分,这也就造成了在宗教的传播过程中,也将这种宗教所包含的法律制度带到所到之处,这种法系成因在伊斯兰法系的形成过程中最为典型。在伊斯兰教的传播过程中,所建立的都是政教合一的国家,伊斯兰国家所建立的法律制度因而具有共同的特征。

最后,法系的成因是落后国家对先进国家法律制度的学习和借鉴。在各国现代化进程中,一些落后的国家为了实现国家和社会的现代化,往往会积极学习和借鉴西方发达国家的法律制度。通过强行推行先进的法律制度来实现社会的变革,这也造就了一些后进国家与西方发达国家在法律制度上具有类似的特征。

不同的法系成因在不同的法系形成过程中,起到的作用各不相同。在大陆法系形成过程中,共同的历史法律文化传统是造成欧洲大陆国家法律具有相似性的原因,而殖民入侵是南美洲各国法律与欧洲大陆法律具有相似性的原因。在英美法系的形成过程中,殖民入侵是法系的重要成因,但是美国和加拿大的法律制度最初固然是殖民入侵的结果,后期则主要是由于共同的历史文化传统原因。伊斯兰法系的形成过程兼有宗教传播和殖民入侵的原因。

第三章 英 美 法 系

一、英美法系概述

英美法系又称为普通法法系、海洋法系,是以英国中世纪普通法为基础发展起来的、以判例法为法的主要表现形式的一些国家和地区法律的总称。

在法学上,普通法是一个多义词。在大陆法系中指的是中世纪教会根据罗马法发展起来的欧洲大陆共同法,在现代西方社会也可以成为与特别法(适用于特定人或特定地区的法律)相对应的法律;在英美法系国家中,普通法专指诺曼征服以后建立的王室法官根据令状制度而形成的判例法。“普通法”和“判例法”是从不同的侧面反映英美法系的特征,普通法强调的是法律适用范围的普适性和法律内容的统一性,判例法强调的是法律的表现形式。

英美法系的形成主要是从17世纪开始的,在英国对外殖民扩张的过程中,英国法也随之传播到美洲、亚洲、大洋洲和非洲等广大地区,“普通法通过大英帝国的行李列车而被堂而皇之地输出到地球的许多角落,并且至今仍然有着非常重要的影响力”^①。英美法系的分布范围大体包括英国本土(苏格兰除外)、北爱尔兰、加拿大(魁北克除外)、美国(路易斯安那州除外)、澳大利亚、新西兰、印度、巴基斯坦、孟加拉国、新加坡、南非等国家和中国香港地区。

^① (英)约翰·哈德森著《英国普通法的形成》,第3页。