

法学野渡

写给法学院新生

（第四版）

郑永流◎著

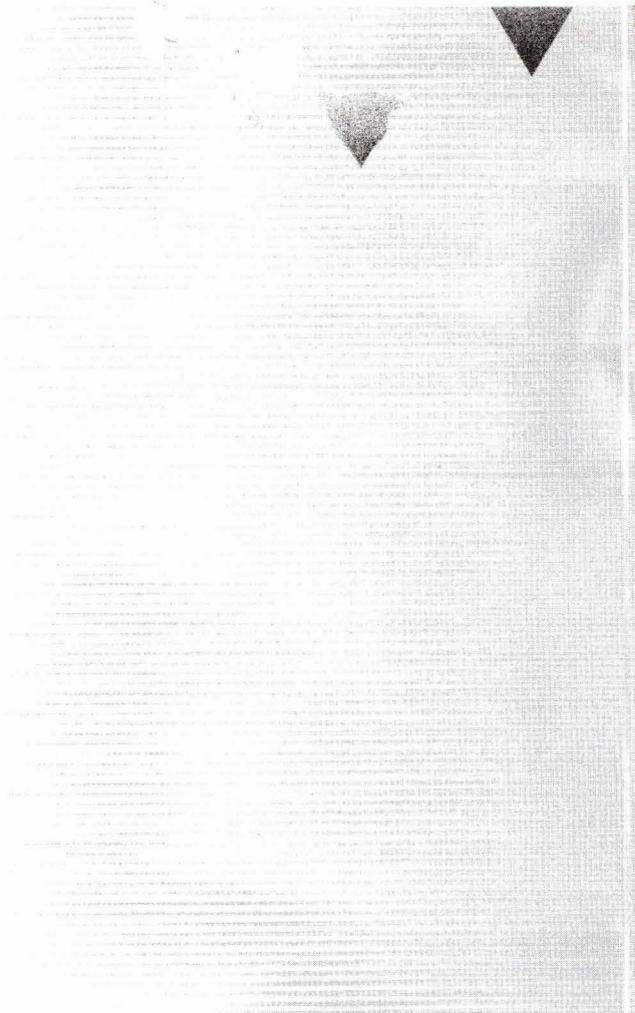
 中国人民大学出版社



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

春潮帶雨晚來急，野渡無人舟自橫。

——(唐) 韦应物《滁州西涧》



法学野渡

写给法学院新生

(第四版)

郑永流◎著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法学野渡：写给法学院新生/郑永流著. -- 4版. --
北京：中国人民大学出版社，2022.3
ISBN 978-7-300-30095-5

I. ①法… II. ①郑… III. ①法学 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2022) 第 031326 号

法律资料分享, docsriver.com

法学野渡 (第四版)

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		
经 销	新华书店		
印 刷	天津中印联印务有限公司	版 次	2010 年 9 月第 1 版
规 格	155 mm×235 mm 16 开本		2022 年 3 月第 4 版
印 张	14.75 插页 2	印 次	2022 年 3 月第 1 次印刷
字 数	195 000	定 价	48.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

第四版说明

以前觉得，读本书的人愈多就愈需快快增修，生怕一字不慎引人“入错行”。但到这一版时却感到有些不敢了，或许还有点倦了，因为除必须更新法条、数字和事实外，似乎该（不）说的都（不）说了，“don't forget, but also not say more”。第X版复第X版，是否有点“为赋新词强说愁”，岂不有负读过此书的人？然而，初衷依旧，本书要用心对待的永远是一波又一波聚首在法律情人（霍姆斯语）窗下的“骑士”。据权威统计，2020年9月有7.7万金榜题名者选择了这个“唯有凭持久而孤绝的激情”“唯有竭力施展神一样的能力”才能赢得其芳心的“情人”。于是，就心安地该怎么改就怎么改地改定了这一版，以法学的含义、法律中的年龄、法系、法律职业资格考试、留学个案为主要增删之处。

此次修订在等待某些新数据中持续了大半年，至今未见公布的例如有第五次全国学科排名，未列之事就交给学子的大拇指吧，它会拨开一层层“无知之幕”。在改新版中，德国洪堡大学法学院的博士生刘敏，德国慕尼黑大学法学院的博士生郑童，中欧法学院的硕士生陈玉月和郭一鸣先后给予我许多襄助，在此，谨对她们的辛劳付出致以衷心的感谢！

郑永流
2022年2月



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，如何领人入门，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缘由。

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、法社会学等普通学问，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。这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、法考、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，以拓宽视野，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”——法律职业资格考试，平均13%左右的通过率使“法考”不同于大学日常考试，得具备另一套考试思路和技艺。在法律职业资格考试之外，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。

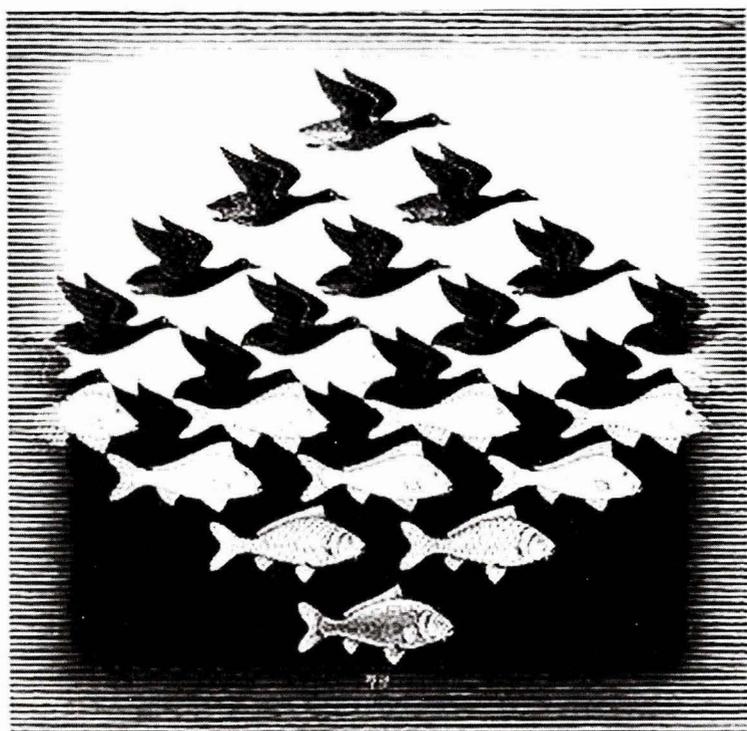
——齐格·齐格拉尔

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	
33	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	
88	卷六	大师辈出 高山仰止	
99	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	
197	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



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

人们对法学家性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，先要来自描一下司法的形象。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、瘆人的刑具，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，凌迟也叫剐割、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，一是崇祯时进士郑鄆案。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，郑鄆三千六百刀。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。”人世问虽有诸多不公，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，成为牛津大学的比较法学教授。

^① 曾衍东：《小豆棚》，盛伟校点，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”，它由灋、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

2010年6月11日作者摄于中国台湾地区“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

^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。