

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

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,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于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。