



学科知识
名家导读书系

法学导读

An Introduction to Law

张力/主编 张正 吴昊 李达 王方岩/编写



NLIC 2970645508



中国书籍出版社
China Book Press



学科知识
名家导读书系

法学导读

An Introduction to Law

张力/主编 张正 吴昊 李达 王方岩/编写



NLIC 2970645508



中国书籍出版社
China Book Press

图书在版编目 (CIP) 数据

法学导读 / 张力主编 ; 张正等编写. — 北京 : 中国书籍出版社,
2010.11

ISBN 978-7-5068-2266-4

I. ①法… II. ①张… ②张… III. ①法学 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 220137 号

组 稿 / 张卓宏

责任编辑 / 贺原平

责任印制 / 孙马飞 张智勇

封面设计 / 3A 设计工作室

出版发行 / 中国书籍出版社

地址 : 北京市丰台区三路居路 97 号 (邮编 : 100073)

电话 : (010) 52257142 (总编室) (010) 52257154 (发行部)

电子邮箱 : bptougao@126.com

经 销 / 全国新华书店

印 刷 / 北京温林源印刷有限公司

开 本 / 640 毫米 × 980 毫米 1/16

印 张 / 20

字 数 / 275 千字

版 次 / 2011 年 4 月第 1 版 2011 年 4 月第 1 次印刷

定 价 / 32.00 元

版权所有 翻印必究

前 言

这是一本专门为对法律及法学感兴趣的初学者编写的入门书。

在西方国家，法治传统源远流长，早在古希腊时期，法律制度就渗透到经济、宗教和社会的各个方面。时至近代，法律对社会政治生活的影响越来越大，托克维尔曾说：“美国所有的政治问题都会转换为法律问题。”世界上的许多政治家，如马克思、列宁、普京、布莱尔、克林顿、奥巴马，都是法学院毕业的学生。在当代中国，法律在社会生活中的地位也越来越突出，大到国家战略、经济运行和社会发展，小到普通老百姓的柴米油盐、买卖交易和婚姻家庭，无不跟法律息息相关。随着“依法治国，建设社会主义法治国家”方略的提出，国家对经济社会和人民生活的管理逐渐被纳入法律化、制度化轨道，法治化进程深刻影响着十三亿中国人的生活模式和行为方式。法律，犹如空气，已经成为我们每个人生活的必需品。朋友，当你的身体、名誉、自由或财产遭到损害时，民法可以以损害赔偿的方式补偿你的损失；当你遭到别人的暴力对待时，刑法会对这些行为加以处罚；当你家的房屋被行政机关非法拆迁时，行政法会教你勇敢地拿起维权的武器；当你准备投资股票、债券时，商法、经济法会告诉你享有哪些重要的权利；当你对经济危机的发生百思不得其解的时候，国际经济法也许会给你茅塞顿开之感……凡此种种，都或多或少、或直接或间接与法律相关。可以说，一个完全不懂法律知识的人，是难以在现代社会中生存和发展的。

法律和法学作为人类社会的一种制度和人类文明的组成部分，已有很长的历史。自从社会有了法，人们就感受到法的力量，或受到法的保护，或受到法的约束，或受到法的惩罚，人们自然就会思考法是什么，评价现行的国家法律制度以及人们的法律行为。在现

实生活中，一方面，由于种种原因，国家已经制定的法律、法规还没有得到充分遵守和全面执行；另一方面，由于对法的本质和作用缺乏深刻的认识，对现行法律制度和法律规范的相关知识了解不够，加之受传统因素的影响，现代法治观念比较淡薄，许多人并不善于运用法律武器维护自身的权益，导致权利遭到侵害而得不到救济的现象十分普遍。因此，系统地了解一些法律知识，掌握我国法律体系的框架，知道自己有哪些权利和这些权利的内容，并学会寻求救济的途径，对于实现个人价值和社会和谐就显得尤为迫切和重要。

我们编写这本书的目的，是想对法学的基本原理和我国的法律体系做一个系统的介绍，把法律大厦的全貌呈现给读者，帮助读者朋友迈出开启法律之门的第一步。这本书既介绍法律制度的具体规定，又注重其后蕴含的法律传统和法律文化；既有法学基础理论和法律发展历史的梳理，也有关于实体法学、程序法学和国际法学的详尽介绍；既有深入浅出的理论分析，又结合案例、判例，寓学于实践，同时行文、结构尽可能轻松活泼，让读者感受知识的愉悦和阅读的乐趣。好，现在就让我们带上法学的地图，开始快乐的法学之旅吧！

张力

2010年10月

目 录

CONTENTS

起程出发！ 第一站：法学简介 / 1

1. 什么是法学——众说纷纭的理解 / 2
2. 法学的源与流——中国VS西方 / 5
3. 一览众山小——法学体系的全貌 / 16
4. 法学的学习方法——理论思辨VS实践经验 / 19

一鼓作气！ 第二站：理论法学站 / 23

1. 探寻法律的发展足迹——法制史点滴 / 24
2. 采撷法学的美丽基石——法理学入门 / 47
3. 到站了，休息一下——理论法学小结 / 75

再接再厉！ 第三站：实体法学站 / 77

1. 一张写满人民权利的纸——宪法 / 78
2. 让行政的权力在阳光下运行——行政法 / 92
3. 对每个公民慈母般的关怀——民法 / 107
4. 用法律为商人及商事活动保驾护航——商法 / 181
5. 一只调控公共经济活动的手——经济法 / 195

6. 礼让不足禁邪，刑法可以止暴——刑法 / 209

7. 到站了，休息一下——实体法学小结 / 239

胜利在望！ 第四站：程序法学站 / 241

1. 民商事争端解决机制的双璧——民事诉讼法与仲裁制度 / 242

2. 惩罚犯罪与保障人权的协奏曲——刑事诉讼法 / 263

3. “民告官”的法律——行政诉讼法 / 276

4. 到站了，休息一下！——程序法学小结 / 293

勇敢探索！ 岔路口：沿着路标，独自上路 / 295

路标1：在混乱中诞生的理性之光——从《战争与和平法》

到国际法 / 296

路标2：令人眩晕的涉外事件——国际私法 / 301

路标3：勇者斗恶龙——从法律的角度分析金融危机 / 306

法学导论

——为初学者准备的入门书——

起程出发！

第一站：法学简介



1

什么是法学

——众说纷纭的理解

在人类浩如烟海的知识体系中，法学是一门有着悠久历史的古老的社会科学。成立于 1088 年的意大利博洛尼亚大学被公认为是世界上最古老的大学，它成立的第一个学院便是研究法律知识的法学院。西方法学的滥觞可以追溯到古希腊、古罗马时期，经过中世纪的发展，近代以来演变为自然法学、分析法学、社会法学“三足鼎立”的格局，时至今日仍对西方法律思想和法律制度有着广泛而深远的影响。而我国，早在春秋战国时期，孔子、商鞅、韩非、李悝、管仲等就是从事法律研究的大家，到封建时期，儒家化的律学逐渐兴起发展，著名的代表人物有马融、郑玄、张斐、杜预、长孙无忌、薛允升、沈家本等等。

古罗马帝国时期的大思想家奥古斯丁说：“时间究竟是什么？没有人问我，我倒清楚；有人问我，我反而茫然不解了。”但对于每一个刚刚步入法学大厦的人而言，“法学是什么”，无论如何难以作答，都是一个必须首先予以回答的问题。

在西方文化中，“法学”一词的拉丁文是 Jurisprudential，大约出现在公元前 3 世纪末期的罗马共和国，它是由 Juris 和 Prudential 两个词合成的。Juris 意为公正、正义，而法律是正义的化身；Prudential 意为智慧、先见、知识，所以 Jurisprudential 一词的意思就是，关于正义的知识和学问，有逻辑、有系统的法律知识、法律学问。这就是拉丁文 Jurisprudential 一词的起源。后来随着罗马法的复兴，这一词被广泛应用于德语、英语、法语、西班牙语等西语语

种，含义愈益丰富、深刻。

我国很早就有了对法律知识和学问的称谓，如《史记·韩非列传》中的“刑名之学”、“刑名法术之学”，主要强调的是名辨，就是对“刑”、“名”进行正名定分，相互辨析，以示区别。自西汉《九章律》后，我国古代多用“律”字代替“法”字，法学遂成律学，主要是对当朝现行的律例进行注释，为立法和司法提供方便，关注的是运用法律的技术问题，而不关注正义等价值问题。我国古代“法学”一词最早出现在《南齐书·孔稚》：“寻古之名流，多有法学。”唐代的白居易在向皇帝的谏言书《论刑法之弊》一文中建议，“悬法学为上科”、“升法直为清列”。但这类“法学”词语的含义仍然接近于“律学”，仅仅只是对律例条文进行技术性的注解、阐释。直到1868年日本法学家津田真道用日语汉字“法学”一词对应翻译英文的Jurisprudence，并传入我国后，现代意义上的“法学”一词才在我国被广泛使用。

关于法学的定义，不同的法学流派有不同的定义，众说纷纭，莫衷一是。其实，早在古罗马时期，“五大法学家之一”的盖尤斯曾给“法学”下过一个经典定义：“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。”^①一般认为，法学，又称法律科学，是一切以法律现象为研究对象的学科的总称，可以说，法学就是研究法律现象的学科。^②那么，法律现象又是什么呢？法律现象是一个十分复杂的概念，包括的内容十分广泛，它不仅包括我们看得见、摸得着的法律条文、法律文本，国家的立法活动、司法过程及其结果，如判决书、调解书等等，还包括隐藏在这些现象背后的法律关系、法律传统和法律文化；不仅包括一个国家的法律制度、法律体系，还包括具体制度所体现的原则、精神理念和价值。如果把法律比作一座大厦的话，那么这些现象就是构成这座大厦的钢架、砖头、

① [古罗马]查士丁尼：法学总论——法学阶梯，张启泰，译，北京：商务印书馆，1989。

② 张曙光主编，法理学，北京：中国人民大学出版社，2003。

水泥、门窗和建筑、设计、装修的风格、理念等等。总之，法律现象不仅是写在纸上的法，而且是社会生活中实际运行的法。比如《合同法》规定了各种各样的合同的订立和生效原则，但是在我们日常的经济生活中它是否得到了落实，产生了什么经济效益和社会效益，尚依赖于我们的实践。

人类科学博大精深，有一种传统划分方法是将其分为自然科学和人文社会科学。自然科学就是研究自然现象和自然规律的科学，如物理学、生物学、化学等；人文社会科学就是研究文化艺术、社会现象、社会发展规律和人与人之间关系的科学，如政治学、经济学、社会学、文学等。法学以法律现象及其发展规律为研究对象，而法律现象是人类社会中所形成的特殊社会关系和社会现象，法学研究的是人与人之间的关系，从这个意义上说，法学是一门社会科学。很多人简单地以为学习法学就是背诵法律条文，这实际上忽略了法学作为一门社会科学对人们法律思维的培养。法学不仅教会人们用法律知识来分析和处理事情，更重要的是，它蕴含着对公平、正义、社会福祉的信仰和追求，推动社会朝着更加和谐美好的方向发展。

2 法学的源与流 ——中国VS西方

作为一门独立的学科，法学不是从来就有的，而是社会发展到一定阶段的产物。在浩瀚的历史长河中，中西方的法学都经历了一个产生、兴起和发展的不断演进的过程。前面提到，法学以法律现象及其规律为研究对象，但并不是有法律现象就有法学，法学的产生必须具备一定的基础性条件：一是法律发展到一定的程度，积累了相当丰富的法律现象和材料；二是由于社会分工，出现了专门研究法律现象的思想家和学者，即职业法学家群体。因此，法律起源在前，法学产生在后。经过漫长的历程，到今天，法学已经发展成为社会科学的一门显学，在繁荣人类文化知识和推动国家良善治理方面发挥着不可替代的作用。“问渠哪得清如许，为有源头活水来”，在厘清“什么是法学”的问题之后，我们需要翻阅历史的长卷，去探寻中西方法学在发展过程中所呈现的不同道路。

2.1 中国法学的发展：穿越历史的丛林

中国法学博大精深，传统法律文化源远流长，中国法学的历史发展曲折而复杂，但大体上可以划分为四个时期：先秦时期、秦汉至清末、清末至民国时期、新中国成立后的共和国时期。

（1）先秦时期：从萌芽到争鸣

原始社会后期，黄帝、蚩尤等部落为了军事征战和祭祀的需要，逐渐产生了一些包括处罚在内的行为规范，《尚书·虞书·舜典》中有“命皋陶作刑”的记载，神祇观念和神权思想便有了萌芽。夏

商周时代，奴隶主贵族为了维护自己的统治，宣称君主的权力“受命于天”，王权是由天神赋予的，法由天定，对战俘、奴隶的惩罚是“天讨”、“天罚”，人们必须服从。到了西周，神权思想开始动摇，周公姬旦吸取商纣王暴政灭亡的教训，提出“明德慎罚”、“以德配天”的政策，反对滥刑乱杀。但由于此时立法尚不发达，人们对法律现象的认识也有很大局限性，因此不可能出现系统的法学研究和法学知识。

春秋战国时期是中国历史上学术异彩纷呈、思想竞相迸发的时期，形成了百花齐放、百家争鸣的繁荣局面。在法学方面，以儒、道、墨、法四家为代表的法学流派各抒己见，有力地推动了中国古代法学的发展。其中，儒家的代表人物是孔丘、孟轲、荀况，其核心思想是礼治、德治、仁政，强调德主刑辅、明德慎罚，坚持“亲亲”、“尊尊”的等级原则，主张道德教化的作用，反对苛政和任意刑杀。道家的老子、庄子崇尚“道法自然”、“无为而治”，反对统治者利用法律等国家机器剥削、压迫人民，过分干预人民生活，其社会理想是“小国寡民”。道家在一定程度上所倡导的是法律虚无主义，主张要遵从习惯法。墨家以墨子为代表，他主张“兼相爱、交相利”，就是人与人之间要相互尊重财产所有权，实行等价交换、互惠互利，这是一种朴素的公平、平等思想；墨家还提出公正审判、罪刑相当以及经济立法要利民等思想，不失为古代法律思想的精华。法家是这一时期颇为显著的一个流派，代表人物是韩非、商鞅、李悝等人。法家十分重视法律的作用，认为法律是公平、正直和赏罚的标准，人人必须遵守，执法要平等；法家特别强调要“以法治国”，主张用严刑峻法统治人民，“以刑去刑”、“以杀去杀”，这样才能维护和巩固统治，这种重刑思想成为后来封建统治者把法律作为镇压工具的渊源。

（2）秦汉至清末：“刑名律学”时期

从秦汉至清末，是中国法学史上以律学为主干的时期。律学，也叫“刑名之学”、“刑名法术学”，是对以律为主的成文法典的条文

进行注释、解释的学问。律学既关注法典的编纂，也注重法理和案例的探讨，其目的是便于法律的解释与适用。中国古代律学滥觞于秦，两汉兴起儒家化律学，经魏晋的新发展，在隋唐兴盛成熟，宋元后渐式衰微，明清终结，绵延两千余年，始终扮演着重要的角色。

秦汉时期，立法活动频繁，先后制订了《秦律》、《九章律》等一大批法律，这为律学的诞生与发展提供了现实的需要。秦代出现了法律注释书《法律答问》，西汉和东汉都曾相继开展大规模以经释律、以经注律的活动，出现了董仲舒、郑玄等律学家。律学在魏晋南北朝时期有了进一步的发展，三国魏明帝在廷尉之下设置了律博士一职，专门为地方行政官和狱吏讲授国家的法律、法令。这一时期律学名家层出不穷，如曹魏时期的刘劭、卫觊，西晋时期的刘颂、杜预、张斐等。《晋律》就是在张斐、杜预的主持下直接制定的，所以后世又把《晋律》称为“张杜律”，张斐还著有《律注表》一书。隋唐是中国封建法制的全盛时期，律学在吸收前代成果的基础上，步入了成熟与发达阶段。不仅官方开展注律活动，如长孙无忌等编著的《永徽律疏》就是中华法系的代表，而且私家编纂的律学著作也为数众多。在发展水平上，儒家正统法学世界观全面渗入到律学之中，有关律学研究的理论也进一步成熟，法典结构更趋合理，律文注释更为全面详尽，法律名词的解释更为精密周全，律学研究的方法也更加多元化。宋朝时期的律学较之隋唐，形衰式微的趋势虽比较明显，但也相当重视律学教育，出现了《宋刑统》这类由朝廷司法官员和法律专家编撰的立法成果。元朝未设律学，但其立法文件，如《至元新格》、《大元通制》、《至正新格》等都可见律学的影子。明清两朝，封建专制集权统治极端强化，法制更加严酷，司法也愈加腐朽，律学也在僵化中失去了生命力，走向了历史的终结。

作为中国古代重要的法律传统之一，律学不同于西方法学传统的基本特征是：以“律”为主要研究对象，重刑事、轻民事；以儒学为指导思想，以注释为基本形态；在总体风格上重实用、轻理论；律学研究者未能形成独立的职业阶层；实行特殊的法律教育机制；

律学成果直接影响法律实践。^①

(3) 清末至民国时期：从传统律学到近现代法学的转型

1840年鸦片战争之后，中国逐步沦为半殖民地半封建社会，以康有为、梁启超、严复等人为代表的资产阶级改良派和以孙中山、黄兴等人为首的资产阶级革命派纷纷提出救世济民的改革方案。内忧外患的清政府迫于各方压力，进行了一次大规模的“变法修律”活动，中国法学步入了从传统律学到近现代法学的转型时期。

这种转型受到了西方法学世界观的巨大影响，伴随着孟德斯鸠的《法意》（即《论法的精神》）、庞德的《社会法理学论略》、穗积陈重的《法律进化论》、拉德布鲁赫的《法律哲学概论》、狄骥的《公法的变迁》等一大批西方法学名著被译介到国内，西方法学的思想、理论、观点开始逐步影响中国人。这些思想观念包括：法律的渊源是人类的理性（自然法），它代表着社会正义；法律是公意的体现；自由就是做法律所允许的事情；国家或政府是人民之间通过协商、订立契约的产物；法律至尊至上，必须用法律来治理国家，法律制定后必须坚决执行；法律面前人人平等；一切拥有权力的人都容易滥用权力，因此，权力必须分立，互相制约，等等。这些思想理论不但影响了法律制度的基本内容和结构体系，如修律大臣沈家本主持制定的《大清现行刑律》、《大清新刑律》、《大清民律草案》等重要法典都大量吸收借鉴了西方法学的成果，更重要的是，在近代西方法学的强烈冲击下，一些学者吸收中国古代法学要素，创作了中国近代法学的奠基之作，如刘世长著《中华新法治国论》（1918年）、王振先著《中国古代法理学》（1925年）、朱采真编《法学通论》（1928年）、杨鸿烈著《中国法律发达史》（1930年）和《中国法律思想史》（1936年）、吴经熊著《法律哲学研究》（1933年）、龚铎著《比较法学概要》（1947年）以及瞿同祖著《中国法律与中国社会》（1947年），等等。总之，随着西方近代法学的逐步引入，中国开始走出传统律学的窠臼，近现代法学初步奠基和形成。

^① 胡旭晟，罗昶．试论中国律学传统．浙江社会科学，2000（4）．

(4) 共和国时期：马克思主义法学的中国化

1949年新中国成立后的很长一段时间里，我国的法学照搬前苏联的法学理论，法制建设不尽如人意。到“文化大革命”时，法制建设遭到极大破坏，法学研究几乎停滞，法学教育被基本取消，中国法学发展陷入了前所未有的低谷。1978年十一届三中全会之后，党和国家重新重视法制建设，不仅建立起了门类齐全的法律体系，法学研究也逐步得到复兴，在鉴别吸收中国传统法律文化和西方法律文化的基础上，形成了中国化的马克思主义法学。在依法治国，建设社会主义现代化国家的新时期，中国共产党人不断丰富和发展着马克思主义法学，对中国特色社会主义法学理论和法制体系的建设产生了重大而深远的影响。

2.2 西方法学的发展

喜欢看武侠小说的朋友，一定对江湖侠客和武林门派不陌生，郭靖、杨过、令狐冲、风清扬、左冷禅都是大家耳熟能详的人物，五岳派、少林派、武当派、昆仑派、峨眉派，各门各派大家也都了如指掌，还有《九阴真经》、《葵花宝典》和《避邪剑谱》等武林秘籍……其实，西方法学就像是一个偌大的江湖，几千年来不断上演着好戏：西方法学有柏拉图、亚里士多德、卢梭、孟德斯鸠、庞德、罗尔斯、德沃金等思想大家，也有自然法学、哲理法学、分析法学、历史法学、社会法学、经济分析法学等流派，更有《论法的精神》、《法哲学原理》和《法律的道路》等经典名著。下面就让我们去一睹这个江湖的纷繁场景与热闹景致。

(1) 古希腊罗马：先贤圣哲的智慧之思

首先，让我们来看看古希腊历史上有名的“师徒法学难题”。

有一个叫欧蒂勒斯的人，向普塔哥拉斯学法律，两人定下合同：学生欧蒂勒斯先付一半学费，另一半学费待学生毕业后，第一次出庭且打赢官司时付清。欧蒂勒斯毕业后迟迟不出庭打官司，老先生

年近需要钱，于是向法庭提起诉讼，并认为一定获胜：

①如果欧氏这次官司打胜，那么按照合同，他应付给我另一半学费；

②如果欧氏这次官司打败，那么按照法庭判决，他也应付给我另一半学费。换句话说，这次官司欧氏或者打胜，或者打败，他都应付我另一半学费。

名师出高徒。普塔哥拉斯老先生没料到学生欧蒂勒斯也提出了一个相反的判决方案：

①如果我这次官司打胜，那么按照法庭判决，我不应付普氏另一半学费；

②如果我这次官司打败，那么按照合同，我也不应付普氏另一半学费。换句话说，这场官司或者打胜，或者打败，我都不应付普氏另一半学费。

这场官司难倒了当时的法官，他无法作出判决，只好记载到案卷中留待后人解决，“师徒法学难题”就成为一个千古难题流传至今。读者朋友也许已经发现这其中的逻辑困境，并暗暗称道古希腊哲学的发达。是的，古希腊发达的哲学启发了人们的认识能力和智慧，也促进了对许多重要法学问题的提出和思考，如法与民主、法与理性、法与神、法与正义、法治与人治，等等。苏格拉底、柏拉图和亚里士多德对这些“永恒的主题”的阐述，孕育了西方法学的诞生。柏拉图在其名篇《理想国》中描述了道德高尚的“哲学王”统治，他的学生亚里士多德有《政治学》、《雅典政制》等传世，亚氏认为“人是天生的政治动物”，第一次系统地提出了法治优于人治的思想：法治比人治更理智、公正，更稳定、可靠，更正确、高明，且不易腐败。但他也并不否定人的智慧，只是强调人的作用，尤其是统治者的个人作用只能在法律范围内，在运用法律上发挥智慧。自然法思想也是希腊人对人类智识的一个重要贡献。此外，智者学派、斯多葛学派也对西方法学有一定影响。

古罗马也是西方法学的重要源头。德国法学家耶林说：“罗马