

法律文化导读

饶文平 主编

 吉林大学出版社
JILIN UNIVERSITY PRESS

法律文化导读

主 编 饶文平

吉林大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律文化导读 / 饶文平主编. — 长春: 吉林大学出版社, 2010.8
ISBN 978-7-5601-6356-7

I. ①法… II. ①饶… III. ①法律—文化—研究—中国 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 167344 号

书 名: 法律文化导读
作 者: 饶文平 主编

责任编辑、责任校对: 赵洪波 李天白
吉林大学出版社出版、发行
开本: 787×960 毫米 1/16
印张: 16.75 字数: 301 千字
ISBN 978-7-5601-6356-7

封面设计: 科发教材出版中心
北京广达印刷有限公司 印刷
2010 年 9 月第 1 版
2010 年 9 月第 1 次印刷
定价: 28.50 元

版权所有 翻印必究
社址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021
发行部电话: 0431-88499826
网址: <http://www.jlup.com.cn>
E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

目 录

第一章 概 述	(1)
第一节 法.....	(1)
第二节 法学.....	(6)
第三节 法律文化	(12)
本章小结	(17)
思考题	(17)
第二章 宪法文化	(18)
第一节 宪法的历史	(18)
第二节 宪法的精神	(28)
第三节 宪法的基本内容	(35)
本章小结	(40)
思考题	(41)
第三章 民法文化	(42)
第一节 民法的历史	(42)
第二节 民法的基本原则	(51)
第三节 我国民法的基本内容	(57)
本章小结	(66)
思考题	(66)
第四章 知识产权法文化	(67)
第一节 知识产权制度的历史	(67)
第二节 知识产权法的精神	(77)
第三节 知识产权法的基本内容	(83)
本章小结.....	(109)
思考题.....	(109)
第五章 商法文化	(110)
第一节 商法的历史.....	(110)
第二节 商法的基本原则.....	(116)
第三节 商法的基本内容.....	(119)
本章小结.....	(129)

思考题·····	(129)
第六章 经济法文化 ·····	(130)
第一节 经济法的产生·····	(130)
第二节 经济法的基本原则·····	(133)
第三节 经济法的基本内容·····	(135)
本章小结·····	(145)
思考题·····	(145)
第七章 刑法文化 ·····	(146)
第一节 我国刑法的历史·····	(146)
第二节 刑法的基本原则·····	(151)
第三节 刑法的基本内容·····	(154)
本章小结·····	(163)
思考题·····	(163)
第八章 行政法文化 ·····	(164)
第一节 行政法的历史·····	(164)
第二节 行政法的基本原则·····	(173)
第三节 行政法的主要内容·····	(180)
本章小结·····	(202)
思考题·····	(203)
第九章 程序法文化 ·····	(204)
第一节 刑事诉讼法·····	(204)
第二节 民事诉讼法·····	(215)
第三节 行政诉讼法·····	(231)
本章小结·····	(242)
思考题·····	(243)
第十章 国际法律文化 ·····	(244)
第一节 国际法·····	(244)
第二节 国际私法·····	(250)
第三节 国际经济法·····	(255)
本章小结·····	(259)
思考题·····	(260)
参考文献 ·····	(261)
后 记 ·····	(264)

第一章 概述

法者，所以兴功惧暴也；律者，所以定分止争也；令者，所以令人知事也。

——《管子》

导言：文化最重要的载体是文字，本章从法的中西词义入手，讨论汉字中与法同义的字，目的是想从文字符号上引导大家认识法。作为对法及与法相关的现象进行研究的法学，是法文化的表现形式之一。希望大家对两者进行学习后，能顺利地接受法律文化这样一个宏观的概念。

第一节 法

一、中国词义

法在古代写作“灋”，是一个会意字，最初由苍颌所造。“灋”字左边是水，意思是如水般平正，象征法律的公正；右边是“廌”和“去”，表示法兽解廌（也作獬豸）秉性公正，能辨是非、明曲直，敢于伸张正义，去除邪恶、阴谋。从法字的最初结构不难找到现在关于法的一些观念的原始依据，“廌”作为传说中远古时代的一种独角神兽，因其能明辨是非、判断曲直的神性，在人们相互间发生纠纷时，就由其裁决。“廌”用其独角“触不直者”，被触者即为“败诉”。古人把这种生性正直、专触不直者的神明裁判者——“廌”纳入法的范畴，显然赋予了法正直而无偏颇的价值内涵。人们将它认为是法的象征，法律的产生也就和解廌的存在连为一体。解廌作为法兽，反映了古代法律起源的一些推断，记载了人类初期审判制度发展史上的一个时代概况，即以神明裁判为主体的法律制度的演变情况。就此点而言，它本身其实就是非常珍贵的历史资料。它将会为世界各国研究东方的法律制度史提供最古老的原始根据。法字虽经千古演变，但其表明平之若水的水旁至今仍是法字不可或缺的重要组成部分。可见公平一直是中国关于法的制定与运用的最一贯的价值观念与价值评价标准。“法”中包含“去”，去即是“弃”、“逐”的意思。“去”字在古文中为“矢”和

“弓”所构成。有学者根据矢、弓上的徽记被原始人用以判断猎物归属的习俗,认为“去”意即“出示证据”。其实,就从矢、弓的意义上讲,有“处罚”、“制裁”的意思。去,延伸为作为惩罚的“弃”或“逐”。对谁采用“弃”或“逐”呢?显然是对“不直者”。这也正说明了法的惩恶价值。有的学者认为:“翻开中国古代法典,有史以来直到清末所有的成文法,几乎都是刑法。”若以现代法学观点分类,在中国几千年之久的数百种古代成文法典中,相对独立的民商法典没有一部。从一定意义上讲,在中国,法与刑法实际是一回事,这种观念对我国现代法的重刑轻民倾向还是深有影响。在中国社会的意识深处,将法律作为惩恶之具来认识的价值观还有十分普遍和深厚的社会基础。

资料:“灋,刑也,平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”

——东汉许慎:《说文解字》



图 1-1 獬豸形象

解说:獬豸(xièzhì),中国上古传说中的一种神兽,它似羊非羊,似鹿非鹿,头上长着一只角,故又俗称独角兽。在中国古代的法律文化中,獬豸一向被视为公平正义的象征,它怒目圆睁,能够辨善恶忠奸,发现奸邪的官员,就用角把他触倒,然后吃下肚子。当人们发生冲突或纠纷的时候,独角兽能用角指向无理的一方,甚至会将被罪该处死的人用角抵死,令犯法者不寒而栗。自古以来被认为是驱害辟邪的祥瑞物。

二、西文中的法

除英语中的“law”可以同汉语中的“法律”对应外,欧洲大陆的各民族语言中都用两个词把“法”和“法律”分别加以表达。比如拉丁文的Jus和lex,法文中的droit和loi,德文中的recht和gesetz,意大利语中的diritto和legge,西班牙语中的derecho和ley等等。值得注意和思考的是:第一,西文中的Jus、droit、recht等词既表示法,又兼有权利、公平、正义等富有道德意味的抽象含义;第二,lex等词通常指具体规则,其词义明确、具体、技术性强;第三,可以认为,法指永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理,而法律则指由国家机关制定和颁布的具体的法律规则,法律是法的真实或虚假的表现形式。这也就是自然法与实在法对立的法的哲学概括。

在西方,公平正义是如何来表现的呢?比较有名的是意大利罗马广场上的正义女神雕像。古罗马人把正义女神的名字改称为朱斯提提亚(Justitia,法律一词Jus因此而来),其雕像的造型,亦已将泰米斯与狄克母女二人的形象合二为一:她一手执宝剑,一手持天平。宝剑代表“正义”;前额垂直的秀发

代表“诚实”，亦即“真相”；最有特色的是她蒙眼闭目，代表审判要“用心灵来观察”。而在中国，我们是习惯于睁大眼睛来判断的，不知道大家有没有注意到獬豸的眼睛，都是怒目圆睁。可见，中国古代并不是不注重公平正义，而是与西方社会对公平正义的判断价值标准不同。

资料：正义女神的蒙眼布

朱斯提提亚形象中最大的特点莫过于那块脸上的蒙眼布了。传说有一天，天庭上的众神失和了，世界处于灾难的边缘，没有人敢站出来调解仲裁。血气方刚的容易受仙女的勾引，老于世故的却不敢对权势直言。天上地下找遍了，也没有合适的人选。最后，天帝身旁站起一位白袍金冠的女神，拿出一条手巾，绑在自己眼睛上，大声说道：“我来！”众神一看，不得不点头同意。她既蒙了眼睛，看不见纷争者的面貌身份，也就不会受到利诱，不必畏惧权势。蒙眼不是失明，而是自我约束，是刻意选择的一种姿态。由这个典故引出一句格言：

“程序是正义的蒙眼布。”这句话现在已经当作格言收入法学词典，并常被人引证。这个在危急关头挺身而出的女神就是忒弥斯，后世被尊称为正义女神。



图 1-2 罗马广场正义女神雕像

三、中国历史上与法相关的字

中国历史上的法，并不是从来就有的，它是古人在平时的社会生活中根据需要而创制的，在具体的使用过程中，有些字曾经替代过“法”字的意思。

（一）法与刑

夏、商、周三代的法常以刑为名，所以此时的刑与法是一个意思。

资料：“夏有乱政，而作禹刑；商有乱政，而作汤刑；周有乱政，而作九刑。”

——《左传·昭公六年》

（二）法与律

1. 律的本义

中国的文字为象形字，“律”字其字义沉淀了先民的思想意识、风俗习惯。这些内容无不与中国传统法律文化的深层价值观紧密相连、水乳交融。“律”字有四种基本意思：

（1）音律、乐律、声律。古人按乐音的高低分为六律和六吕，合为十二律。

资料:《尚书·舜典》:“声依永、律和声。”孔传:“律谓六律六吕,……言当依声律以和乐。”《淮南子·主术》:“乐生于音,音生于律,律生于风,此声之宗也。”唐·柳宗元《非国语上·律》:“律者,乐之本也。”

(2)用来校正乐音的管状器具,即以管的长短来确定音阶。亦由六律、六吕组成,合为七十二律。

资料:《集韵·术韵》:“阳管谓之律。”《礼记·月令》:“律中大蕤。”蔡邕章句:“律,截竹为管谓之律。律者清浊之率法也,声之清浊以律长短为制。”《史记·律书》:“壹乘于六律。”司马贞索隐:“古律用竹,又用玉,汉末以铜为之。”

(3)军令、纪律、法律。

资料:《尔雅·释诂》:“律,常也。”邢昺疏:“律者,常法也。”《广韵·术韵》:“律,律法也。”《正字通》:“律,刑律。”《易经·师》:“师出以律。”孔颖达疏:“律,法也。……使师出之时,当须以其法制整齐之。”

与此义相近的有遵守、效法。

资料:《广雅·释言》:“律,率也。”王念孙疏证《太平御览》引《春秋元命包》云:“律之为言率也,所以率气令达也。”又引宋均注云:“率,犹遵也。”《正字通》:“律,法效也。”《荀子·非十二子》:“劳知而不律先王,谓之奸心。”杨倞注:“律,法。”

还有治理、处治之义。

资料:《尚书·微子之命》:“弘乃烈祖,律乃有民。”孔传:“以法度齐汝所有之人。”约束。《韩非子·难四》:“五伯兼并,而以恒律人,则是皆无贞廉也。”

(4)与“率”同义,可互代。率的本意是捕鸟的大网。

资料:《尔雅·释器》:“律谓之分。”王引之述闻:“律读为率。”《说文》曰:“率,捕鸟毕也,毕,田网也。”《广雅》曰:“罽,率也。是率亦罗网之属,作律者,借字耳。”清·朱骏声(公元1788—1858年)《说文通训定声》:“率,假借为律。”《正字通》:“率,法也。”《孟子·尽心上》:“羿不为拙射变其骹率。”孙奭音义引陆善经注:“率,法也。”焦循《正义》:“《淮南子·览冥训》云:以治日月之行律。高诱注云:律,度也。率与律同。”《汉书·李广传》:“诸将多中首虏率为侯者,而广军无功。”颜师古注:“率,谓军功封赏之科著在法令者也。”

与此义相联系的还有遵循。

资料:《尔雅·释诂》:“率,循也。”郭璞注:“循行。”《诗·大雅·韩》:“率西水浒,至于岐下。”毛传:“率,循也。”《诗·大雅·假乐》:“不愆不忘,率由旧章。”郑玄笺:“率,循也。……循用旧典之文章,谓周公之礼法。”

2. 由法到律

秦国“改法为律”是历史事实,当时律的本义与法是如何联系上的,从古至

今有不少的论述:

(1)战国时期音乐的社会地位逐渐被强调,突出了“律”的地位;秦时度量衡的统一,促进了“律”的意义的规范。以上两者使当时人认为音律及作为发音律器具的管状器具,度量正确,以律代替法可以更加精确地表达出法的量刑轻重。

资料:明代邱濬(1420—1495)在《大学衍义补·慎刑宪·定律令之制》中说到“改法为律”的原因:“李悝所著者,谓之法经,未以律名也。律之言昉(始)于虞书,盖度量衡受法于律,积黍以盈,无锱铢爽。凡度之长短,衡之轻重,量之多寡,莫不以此取正。律以著法,所以裁判群情,断定诸罪,亦犹六律正度量衡也。故制刑之书以律名焉。”

近代思想大家梁启超指出:“盖吾国科学发达最古者莫如乐律。……书言同律度量衡,而度量衡又皆出于律。……夫度量衡自为一切形质量之标准,而律又为度量衡之标准。然则律也者,可谓一切事物之总标准也。……然则律也者,平均正确,固定不动,而可以为一切事物之标准者也。”

(2)借军法的威严来强化成文法的地位与作用,使之成为人人必须遵守的准则,以利于贯彻执行他提出的变法措施。

资料:武树臣等《中国传统法律文化》指出:“律本钟鼎之声调,军队以金鼓之声及节奏指挥战斗。击鼓进军,鸣金收兵。故《易·师》曰:师出以律。律成了军令、军法的代名词。违律者必遭严惩。晋、秦居戎狄之邦,习游牧,善征讨,尚军法。故秦、赵、魏以律名其法,其所由来者上矣!”

解说:秦国“改法为律”

开先河者商鞅。商鞅(约公元前390—338年),少好刑名之学,又长于兵法。曾在魏做官,熟悉李悝、吴起在魏国变法的实践。秦孝公时携带《法经》入秦。公元前359年任大良造,主持秦国变法二十余载。以《法经》为依据,增连坐、垦草、分户、军爵等新令,形成秦国独特的法律。

资料:“法律”一词的最早记录

《史记·田敬仲完世家》载,齐威王(?—前320年,公元前356—前320年在位)时,邹忌答淳于髡曰:“请谨修法律而督奸吏。”

四、法的定义

法是由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的,以权利和义务为调整机制,以人的行为及行为关系为调整对象,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级(在阶级对立社会)或人民(在社会主义社会)意志,以确认、保护和

发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系和价值目标为目的的行为规范体系。^①

法的形成有两种基本方式:(1)制定法律,即享有国家立法权的机关,按照一定的权限划分,依照法定的程序将掌握政权阶级的意志转化为法律。由此形成的法律就是成文法或制定法。一般具有系统的条文化的逻辑结构,形式上,类似于自上而下的统治者的命令体系。(2)通过国家认可的方式形成法律,是对社会中已有的社会规范(如习惯、道德、宗教教义、政策)赋予法的效力,即立法者在制定法律时将已有的不成文的零散的社会规范系统化、条文化,使其上升为法律;或立法者在法律中承认已有的社会规范具有法的效力,但却未将其转化为具体的法律规定,而是交由司法机关灵活掌握,如有关“从习惯”、“按政策办”等规定。

第二节 法学

法学,又称法律学或法律科学,是研究法、法的现象以及与法相关问题的专门学问,是关于法律问题的知识和理论体系,是社会科学的一门重要学科。法学思想最早源于春秋战国时期的法家哲学思想。法学一词,在中国先秦时被称为“刑名之学”,自汉代开始有“律学”的名称。在西方,古罗马法学家乌尔比安(Ulpianus)对“法学”(古代拉丁语中的 Jurisprudentia)一词的定义是:人和神的事务的概念,正义和非正义之学。现代的法學,是指研究法律的科學。法学正是在对法的研究中形成了自己不同于其他学科的独有的文化魅力。

一、法学的研究对象

(一)法学的研究对象首先是法

这里的“法”包括通常所说的各种意义的法,法学从不同的角度将法进行了区分。从形式角度,法包括宪法、法律、法规以及其他各种形式的成文法和不成文法;从体系角度,法包括宪法、行政法、民商法、经济法、社会法、刑法、程序法以及其他各种部门法;从时间角度,法包括古代法、近代法、现代法和当代法;从空间角度,法包括本国法、外国法、本地法、外地法;从历史类型角度,法包括奴隶制法、封建制法、资本主义法、社会主义法;从一般分类角度,法包括

^① 张文显:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第46页。

国内法和国际法、根本法和普通法、一般法和特别法、实体法和程序法;从表现形态角度,法包括动态法和静态法、具体法和抽象法、纸面法和生活中的法、理想法(如自然法)和现实法(如实际生效的法)等等。

法学只有将所有这些不同意义上的法尽收眼底,加以研究,才算是名副其实的法学。

(二)法学还要研究各种“法的现象”

法学现象即基于法产生的各种现象。如立法、司法、守法、法律监督;法的起源、发展、移植、继承、现代化;法律秩序、利益、正义;法律观念、思想、制度、事实、规律等等。

(三)法学还要研究“与法相关的问题”

法和法的现象不是孤立的,它的存在和发展同其他事物,特别是经济、政治、文化等社会现象有着密切的联系。研究这些相关问题可以更好地研究法学的主要问题。

二、中国历史上的法学

(一)春秋战国时期

在中国,法学起源于春秋战国时期。那个时期是中国古代文化史上极为辉煌的时期,各学派相继兴起,百家争鸣。如孔子、老子、墨子、庄子、孟子、荀子、商鞅、韩非对法的起源、基础、功能和限制,法的正当性,法与其他规范的位阶,立法者和司法者的资格,司法权与行政权的调适,人民与政府之间的关系,个人与权威之间的关系,特别是政府各项权力被滥用时个人及民众可作怎样的反应等问题,提出了精辟的看法。而法也成了各家(主要是儒、墨、道、法四家,尤其是儒、法两家)争论的问题之一。

以孔子、孟子为代表的儒家法律思想强调主要依靠道德、礼仪教化手段,并由圣君、贤臣来治理国家,法律(刑罚)只能作为辅助手段。主张“德治”“礼治”或“人治”,反对“法治”,实行“德主刑辅”。

以墨子为代表的墨家,反对儒家学说,他们从“兼相爱,交相利”,即从人们互爱互利的社会信念出发,主张以“天的意志”作为法的根源,以天为法,顺法而行。并认为饥寒是犯罪的原因,应重视生产和节约;要求选拔贤才,执法严明公正。墨家所讲的法是很广泛的,包括法律、道德等所有规范。

以老子和庄子为代表的道家,认为国家应实行“无为而治”。“我无为而民自化,我好静而民自正,我无事而民自富,我无欲而民自朴。”他们既反对儒家的“人治”,也反对法家的“法治”,提倡以道为核心的自然法则。“人法地,地法

天,天法道,道法自然。”

以商鞅、韩非等人为代表的法家与儒家相反,他们强调法律及其强制作用,而轻视圣贤或道德感化作用,即主张“法治”。法家还提出了许多有价值的法律思想,如法作为一种权衡、规矩、尺度,提供一个判断是非的客观准则;法应随时代而变;法由国家制定;法应公开,应平等适用;应严格守法,法与赏罚不可分等等。那时法家所主张的“法治”,是以加强君主专制和严刑峻法为基础的,不同于西方 17—18 世纪反封建专制、反酷刑的法治。

战国时期,魏国执政李悝在各诸侯国法律的基础上制定了中国历史上第一部较完整的法典——《法经》。这部《法经》虽早已失传,但在一些历史著作中载有其篇目。

公元前 221 年,秦始皇建立了中国历史上第一个统一的中央集权制的封建君主专制国家,采纳了法家另一代表人物李斯的建议,下令禁止儒生以古非今、以私学代替法律,而采用“以法为教”“以吏为师”的法家思想来立法。

(二) 汉至民国时期

汉武帝采纳儒家董仲舒的主张,“罢黜百家,独尊儒术”。从此,在思想领域中,儒家学说被奉为正统,儒家的法律思想垄断了长达两千年的法学领域。现在通常所讲的中国历史上的传统法律思想就是指这两千年的儒家法律思想,其本质是推行政治上、思想上的专制主义,其结果是导致法学在中国的衰落。

在这一时期,继百家争鸣而起的是依照儒家学说,对以专制君主名义发布的成文法进行文字上、逻辑上解释的律学,即通常所说的注释法学。东汉经学大师马融、郑玄等都对汉律作过章句注解。晋代张斐和杜预也曾对汉律作注解。东晋后,私家注解逐渐由官方注解所取代。

唐代大臣长孙无忌等人于公元 652 年奉诏编写《唐律疏议》一书,对《唐律》作了权威性的解释,与唐律具有同样的法律效力。这是中国历史上第一部完整保存的法律文献。它以儒家的“德主刑辅”作为主导思想。《唐律》及其《疏议》集战国至隋各代法律之大成,成为唐以后宋、元、明、清各代法律的典范,对当时中国近邻国家日本、朝鲜、越南等国法律也有重大影响。因而在国内外法学著作中,通常将以《唐律》为代表的中国封建法律以及其他国家仿照《唐律》而制定的法律,称为中华法系或中国法系。

从三国魏明帝时起,设律博士一职,专门传授法学。这一官制一直延续到宋,至元代才被废除。清末法学家沈家本在总结中国历史上法学的发展时曾认为,元明清时法学已日趋衰落。1740 年编成的《大清律例》是中国封建社会最后一部法律。

现代法学思想传入中国是在 1840 年鸦片战争后,中国社会逐步转变为半殖民地半封建社会,法律制度和法律思想领域也发生了相应变化。康有为的《大同书》、孙中山关于三民主义和五权宪法的思想、严复所翻译的许多西方名著,都包括了西方 18—19 世纪流行的法律思想,既有民主主义、自由主义,又有社会学、进化论方面的内容。以沈家本为代表的政府官员主要传播西方法律制度,特别是基于罗马法的民法法系法律制度的思想。沈家本任修订法律大臣时,主持中国历史上第一次仿照西方模式改革中国传统法律的工作。他派遣政府官员和学生出国考察和学习西方法律,聘请日本法学家来中国修订法律和讲学,1906 年创立第一所近代法律学校,组织翻译了大量外国法律。

在 1911 年辛亥革命后至 1949 年中华人民共和国建立前,西方各种资产阶级法律思想,继续传入中国,马克思主义法学思想也开始传入中国。

三、世界其他国家的法学历史

人类历史上积累了丰富的法律文化。除中国外,还有古代埃及、古代两河流域邻近地区各国、古代印度以及中世纪伊斯兰教各国、日本和俄罗斯等国家和地区的法律文化。但就内容之丰富和影响之深远而论,西方法学可列为首位。

在以雅典为代表的古希腊城邦,尽管成文法并不很多,也没有职业法学家,但当时哲学、政治学、伦理学、文学等著作中,探讨了关于法的许多基本问题。例如法是神授还是人定;法的基础是权力还是自然、正义或理性;是法治还是一人之治,以及法和民主、自由、平等的关系;法和国家,自然法和实在法之间的关系等等。这些思想对后世西方法学一直具有影响。

与古希腊不同,古罗马的成文法(主要是私法)和法学极为发达。在西方历史上,正是在罗马帝国前期,第一次形成了职业法学家集团,第一次出现了法律教育和法学学派,第一次出现了法学著作。罗马五大法学家之一的盖尤斯的《法学阶梯》,是一部最早的并完整保存下来的西方法学著作。

欧洲中世纪,由于天主教会在政治、经济上占有很大优势,教会神学在思想领域中居于垄断地位,法学与哲学、政治学等都成了神学的附庸。到中世纪中期和后期,随着资本主义经济在封建社会内部的出现和成长,出现了一种以恢复和研究罗马法为核心的法学,即自 12—16 世纪相继出现的意大利的注释法学派、评论法学派以及法国的人文主义法学派。这三个法学流派虽各有特点且相互对立,但通过它们,罗马法在欧洲大陆得到了广泛传播,从而为欧洲大陆以罗马法为基础的统一的资本主义法律的形成创造了有利的条件。与欧洲大陆不同,英国中世纪的法,主要是普通法。这种情况表明了以后西方世界

两大法系的渊源:民法法系(又称大陆法系)是在罗马法基础上发展起来的,而普通法法系(又称英美法系)是在英国普通法的基础上发展起来的。

17—18 世纪资产阶级革命时期最为盛行的法律思想是古典自然法学派,主要代表人物有荷兰的 H. 格劳修斯、英国的 T. 霍布斯和 J. 洛克、法国的 C. L. S. 孟德斯鸠和 J. J. 卢梭等人。他们的学说和政治纲领尽管有很多差别,但总的来说,是新兴资产阶级反封建压迫、争取民族独立的思想,是《独立宣言》和《人权宣言》以及资产阶级民主、法制的理论基础。这个学派极大地提高了法在社会中的地位,倡导了一系列新的法律原则,创立了宪法、国际法等新的法律学科,沉重地打击了神学,使政治学、法学摆脱了神学的束缚。典型的资本主义社会法典《拿破仑法典》,就是在这个学派的思想基础上制定的。古典自然法学派虽然起过巨大的历史进步作用,但它也没有超出时代的限制。

在 19 世纪 40 年代马克思主义出现以前,法学领域几乎一直是由有产阶级思想家、法学家垄断的。他们为法学提供了大量历史资料,形成了众多的法学学派。

资料:西方历史上著名的法学家

古罗马时代的著名法学家有四位:盖尤斯、帕比尼安、乌尔比安、查士丁尼。盖尤斯出身不详;帕比尼安曾担任过申诉官、帝国高级法院院长、近卫都督(相当于副皇帝)等;乌尔比安担任过帝国高级法院法官助理、帝国议事会成员,近卫都督;查士丁尼是东罗马帝国(又名拜占庭帝国)著名的皇帝。

法国近代以来的法学家有居亚斯和朴蒂埃两位。居亚斯虽未当过官,但师从巴黎高等法院院长的法国驻威尼斯大使弗利埃,朴蒂埃则在奥尔良初等法院法官助理的职位上工作了 50 年。

德国近代以来的法学家有萨维尼、耶林、祁克等三位,除耶林外,萨维尼担任过普鲁士枢密院议员、柏林上诉法院法官、最高法院顾问等,祁克大学毕业后担任过律师、见习司法官、军官等。

英国近代以来著名的法学家有科克、布莱克斯通、边沁、奥斯丁、梅因等五位,这五位都有过官员或律师的经历。科克做过律师,担任过诺里奇市法院的首席法官、伦敦市法院的首席法官、英国副总检察长、国会下议院议长、英国检察总长、高等民事法院的首席法官、王座法庭首席法官、枢密院成员等。布莱克斯通做过律师,担任过大学校长、法院陪席法官、国会议员、王室法律顾问、王室副总检察长、高等民事法庭法官等。边沁做过律师,虽然他是个很内向的人,但为了自己的学说能紧密联系实际,他走出书斋,曾经草拟了宪法、民法、刑法以及议会改革的要点,给俄国沙皇编制法律。奥斯丁当过陆军军官,做过律师,被大法官布劳汉任命为第一刑法委员会的委员,担任过皇家刑法和诉讼委员会的成

员。梅因当过民法教授,律室、王室法空,去印度担任过总督府参事。

美国近代以来著名的法学家有霍姆斯、卡多佐、庞德等三位。霍姆斯做过律师,担任过马萨诸塞州最高法院法官和首席法官、联邦最高法院大法官等。卡多佐做过律师,担任过纽约州最高法院法官、纽约上诉法院常任法官和首席法官、联邦最高法院大法官等。庞德做过律师,担任过内布拉斯加州高级法院上诉受理专员和州最高上诉委员会委员、中国国民政府的司法部顾问和教育部顾问等。

四、马克思主义法学

马克思主义三个组成部分中所包含的马克思、恩格斯的法律思想,构成了马克思主义法学。它的出现为法学领域带来了根本变革。它代表了无产阶级及其他劳动人民的利益,以历史唯物主义科学地阐明了法的本质和发展规律,使法学成为一门真正的科学。

(一)马克思主义法学与以往法学的区别

(1)以往法学主要以历史唯心主义为基础,否认经济因素对法的最终决定作用。马克思主义法学认为,法是国家政权阶级意志的体现,而这种意志的内容最终是由这一阶级的物质生活条件决定的。当然,法和经济以外的各种因素也相互作用,但归根结底是由经济因素决定的。

(2)以往的法学否认法的阶级性,马克思主义法学肯定法的阶级性,同时肯定法的继承性。马克思主义法学和社会主义法都是在批判地继承人类历史上优秀法律文化遗产的基础上创立和发展的。

(3)以往的法学大都认为法是超历史的,永恒存在的。马克思主义则认为,法是人类社会发展到一定历史阶段的产物。到了共产主义社会,法也将随着国家的消亡而消亡。那时当然还有具有某种强制力的行为规则,但已不是阶级意义上的法了。

(二)马克思和恩格斯对法学的主要贡献

(1)在阐明历史唯物主义的同时也说明了法的本质和发展规律。

(2)在考察和研究资本主义社会的产生和发展以及在直接参加革命斗争的实践中,分析和批判了资产阶级的法律制度。

可见,各国各时代对法的研究是非常有意义的,因为法学不同于文学、哲学、史学等人文科学,它具有强烈的适用性。法学理论要经世致用,不能变成玄之又玄的经院哲学。

第三节 法律文化

一、法律文化

文化是指人类社会历史过程中所创造的物质财富和精神财富的总和,特指社会观念形态。文化是—定经济、政治、法律等的反映,文化两个字包罗万象,极其广大。凡是人类精神上 and 物质上的一切活动,无不包括在内。作为人类意识形态产物的法律理应包含在文化范围内,成为文化的一个组成部分,而且反过来它又影响着一定的文化。法律是人类社会的一种文化现象,是文化的一种形态。法律的生命力有赖于文化的支撑,社会群体的生活离不开法律,就自然存在着法律文化。所以,我们可以说法律是一种文化、一种科学,有什么样的文化就有什么样的法律。发展到一定阶段的法律文化囊括了当时阶段中所有的法及法学,是当时社会文化、社会文明、社会群体的法律生活与法律意识的总和。

二、法律文化的内容

按我们上文所讲的法律与文化的关系,我们可以这样下结论,只要是法律,必是文化,法律文化即所有关于法、关于法学的一切以文化为表现形式的存在,是指在一定社会物质生活条件的作用下,掌握国家政权的统治阶级所创制的法律规范、法律制度或者人们关于法律现象的态度、价值、信念、心理、感情、习惯以及学说理论的复合有机体。法律文化的大致内容如下。

(一) 现行法

现行法律,按照不同的标准有不同的分类:根据法律的调整对象和调整方法不同可以划分成不同的法律部门。主要有民法、刑法、行政法以及它们的诉讼法,军事法律等。

资料:我国现行宪法及法律共计 534 部,行政法规 490 部,司法解释 194 部,部委规章及文件 7767 部,地方性法律法规未统计。

(二) 法学说

从有法开始,从探讨“法”的本质开始,各思想家就在不断地将当时的社会现实与法联系起来,提出自己的想法,这些想法形成理论后,又会对当时的法律制度产生一定的影响,而且这些法律学说又被后来的思想家进一步加以研究形成不同的学说,如此反复,法学说也成了文化的一个部分,与文化一起影