

清华大学法学系列教材

实践性法学教育讲义 ——把课堂当作社会

陈建民 主编

清华大学出版社

中国政法大学法学教育研究丛书

实践性法学教育讲义

——把课堂当作社会

周道炯 主编

中国政法大学出版社

陈建民 主编

实践教学性 法学教育 讲义

——把课堂当作社会

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

2007年7月,美国天普大学法学院的教授邀请美国5所院校的著名教授对中国25所大学的教师进行了系统的培训,培训内容具体细致地涉及教学计划、教学素材和教学方法的应用,使被培训的教师对实践性教学方法(诊所教学方法可以被应用于教授理论和具有实践意义的法学课程)留下了深刻的印象。本书即是参加培训的教师撰写的诊所式教学方法(也可称实践性教学方法)应用于诊所教育课程以外的法学课程的教案、讲义汇编。本书汇集的法理、民法、婚姻法、刑法、刑事诉讼法、仲裁法、犯罪学、民事诉讼法等学科的教学法、教案或者典型教学片段,为法学教育教学方法的改革提供了一种模式和方法,是探索法学教育方法改革的具体应用的体现。

本书的特点并不是重在介绍具体法学课程的内容,而是重点展示教学活动的组织和实践性教学方法的应用,重点展示引导学生如何用实践的方法学习法律,教师如何用实践的方法教授法律,从这个意义上讲,学生和教师都是这本书的阅读对象。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

实践性法学教育讲义:把课堂当作社会/陈建民主编. —北京:清华大学出版社,2009.5

(清华大学法学系列教材/王保树主编)

ISBN 978-7-302-19690-7

I. 实… II. 陈… III. 法学教育—教学研究 IV. D90-42

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第036374号

责任编辑:方洁 王荣静

责任校对:宋玉莲

责任印制:王秀菊

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:北京鑫海金澳胶印有限公司

装 订 者:三河市溧源装订厂

经 销:全国新华书店

开 本:185×230 印 张:35.5 插 页:2 字 数:638千字

版 次:2009年5月第1版 印 次:2009年5月第1次印刷

印 数:1~4000

定 价:49.00元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:028373-01

PREFACE

It is my great pleasure to write a Preface to this book on Practical Legal Education for Chinese law schools. I believe the exercises in this book have the potential to encourage innovation and creativity in legal education in China today. This book grows out of a conference held during summer 2007 co-sponsored by Tsinghua University Law School (Beijing, China) and Temple University Beasley School of Law (Philadelphia, Pennsylvania, USA) entitled Roundtable on Experiential Education Methods. I was joined in co-chairing the Roundtable by my friend and distinguished colleague Prof. Chen Jianmin of Tsinghua University Law School. The Conference featured five leading U. S. law professors, strong proponents of experiential education, who have created exercises, taught, and written about the virtues of experiential legal education. The Roundtable was unlike most conferences, as it featured demonstrations of experiential teaching techniques and technologies to enhance such teaching such as video, PowerPoint, and DVDs. Attending the Roundtable were law faculty from all over China. They participated enthusiastically in all the exercises and joined together on the final day to create experiential exercises to be used in their own classes. This book is the result of their enthusiastic and creative efforts.



Dean Wang Chenguang's thoughtful Preface focuses on many of the issues we also struggle with in the United States. What is the proper balance between theory and practice, how are law professors to teach practice if they are not ex-



perienced legal practitioners themselves, and should law schools focus on theoretical, normative, and policy issues or more practical concerns?

In the United States, as in China, we continue to struggle to achieve the proper balance of theory and practice in legal education. A recent report from the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, entitled *Educating Lawyers: Preparation for the Profession of Law* exhorts law schools to “mediate between the claims for legal theory and the needs of practice, in order to do justice to the importance of both while responding to the demands of professional responsibility. Law schools face an increasingly urgent need to bridge the gap between analytical and practical knowledge, and a demand for more robust professional integrity.”

Experiential education addresses these questions by exposing students to the concept of law as a means rather than an end. The goal of experiential education is to put students in roles as lawyers, prosecutors, or law makers so they may experience law as a tool to accomplish underlying goals, such as private ordering of economic relationships through contract law, redressing and deterring harm through tort law, challenging government action in criminal defense or administrative proceedings, or punishing and deterring wrongdoers through criminal law. Exposing and considering law as a tool to accomplish other goals opens students’ perspectives to the underlying policy and normative considerations embodied in law. Done well, experiential education helps students cultivate judgment, assess risk in the face of uncertainty, and uncover moral and ethical considerations implicit in legal practice. Exercises as simple as interviewing and counseling a client can be used to achieve multiple pedagogical goals. It can expose gaps in a student’s understanding of legal doctrine, provide a context for assessing the role of the lawyer in achieving proper balance of power and responsibility between the lawyer and the client, and provide an opportunity to cultivate judgment.

Experiential education presumes there should be no tension between teaching theory and practice. On the contrary, teaching law through practical exercises is an effective method to cultivate a deeper legal understanding and encourage individual development of skills, values, and judgments. In addition, by engaging students actively in their own learning, experiential education stimu-



lates creativity and aids in the development of professional identity.

I encourage readers of this book to try at least one of the exercises presented here. It is not necessary to be a skilled legal practitioner to assist students in learning through this method. Engaging in a well designed exercise facilitates student learning through the experience itself. Students learn by doing. The professor can then probe and assist the student to reflect on the experience to achieve more traditional pedagogical goals such as encouraging legal insights and cementing understanding of substantive law and legal doctrine.

I hope you will enjoy teaching through experiential exercises and techniques as many of my colleagues and I have. I welcome your comments, insights, and questions.

Acknowledgments

The Roundtable on Experiential Education Methods and the production of this book would not have been possible without the cooperation and generous support of Tsinghua University Law School under the leadership of Dean Wang Chenguang and Temple University Beasley School of Law under the leadership of Dean Robert J. Reinstein.

Prof. Chen Jianmin (Tsinghua University Law School) co-chaired the Roundtable and provided invaluable counsel, support, and advice. Without her leadership, the Roundtable would not have been a success. Prof. Mo Zhang, Director of Temple's Rule of Law Program in China, provided essential support and coordination for the Roundtable.

Roundtable faculty included wonderful teachers and leaders in the field of experiential legal education, Prof. Alan M. Lerner, (University of Pennsylvania Law School, Philadelphia, Pennsylvania), Prof. Carrie Menkel-Meadow (Georgetown University Law Center, Washington D. C.), Prof. James Moliterno (College of William and Mary School of Law, Williamsburg, Virginia) and Prof. Paul R. Tremblay (Boston College Law School, Boston Massachusetts).

Assisting faculty for the Roundtable were Adelaide Ferguson, Assistant Vice President for International Affairs (Temple University, Philadelphia, Pennsylvania) and Adjunct Prof. John M. Myers (Temple University Beasley



School of Law, Philadelphia Pennsylvania). They contributed to the success of the Roundtable in many ways. John W. Smagula, Director of Asian Programs (Temple University Beasley School of Law, Philadelphia, Pennsylvania) and Lan Rongjie (Sichuan University, Chengdu, China) provided invaluable communications support for the Roundtable.

Several law students were energetic assistants in planning and running the Roundtable and in the production of this book, especially Michelle Liu (Temple Law School), Luo Can (Tsinghua Law School), and Lai Yang (Tsinghua Law School). Also Huang Zhuoying, Lin Lixia, and Wu Xiaoqiu, students in Temple Law School's Beijing LLM program, provided excellent Chinese translations of the English program materials.

The Roundtable was supported by a grant from the U. S. Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor.

Associate Professor of Law

Eleanor W. Myers

Temple University Beasley School of Law

Philadelphia, Pennsylvania, USA

emyers@temple.edu

April 9, 2008

序 言

很荣幸能为《实践性法学教育讲义——把课堂当作社会》一书作序。我相信本书所囊括的训练具有一种潜能,这种潜能能够鼓励今天中国法学教育的改革和创新。本书产生的基础是2007年夏季清华大学法学院和天普大学法学院共同主办的实践性教学方法圆桌会议。我的朋友,清华大学法学院的陈建民教授,和我本人,作为联合主席主持了该次会议。强烈提倡实践性教育的五名美国法学教授在会议中起了重要作用,他们提出了实践性法学教育的训练、教学和写作。圆桌会议与大多数的会议不同,其特色在于教学方式和技巧的经验示范,比如使用录像、幻灯片和光盘。参加圆桌会议的是来自中国各地的法学教育工作者。他们热情参与了所有的训练,并在最后一天创造出了用于他们自己课堂的实践性训练。本书正是来源于他们热情而富有创造性的努力。

王晨光院长的序言关注到许多我们在美国也在努力奋斗的问题。怎样才能达到理论和实践之间适当的平衡?在法学教授本身并非法律从业者的情况下怎么传授法学实践经验?并且,法学院到底应该侧重于关注理论、规范和政策问题,还是更为实际的应用?

在美国,与在中国一样,我们将继续努力奋斗,以达到法学教育理论与实践的适当平衡。由卡内基基金会最近发布了一份关于教学进步的报告,题目是“培养律师:为法律职业做准备”,其中称:为法律职业做准备,要求法学院“调整法学理论需求和实践需要之间的关系,以便公正的认识两者的重要程度,同时回应法律工作者责任和道德的要求。法学院面对着越来越迫切的需求来建立一座桥梁以缩短理论学习和实践知识之间的差距,同时还需要更强有力的职业道德”。

实践性教育把向学生揭示法律概念作为一种手段而非目的,并由此解决以上问题。实践性教育的目标就是把学生置于律师、检察官或立法者的角色中,这样他们才将法律作为一种工具来完成一些基本目标,如通过合同法建立私人订购的经济关系,利用侵权行为法纠正和阻止损害,在刑事辩护或行政诉讼程序中通过刑法惩治和震慑肇事者,或挑战政府行动。揭示并考虑到法律作为一种工具来完成其他目标,打开学生的视野,使他们看到法律体现的深层的政策性和规范性。做得好的话,实践性教育将帮助学生培养在面对不确定因素时判断、评估



风险的能力,而发掘隐含在法律实践中待考虑的道德和伦理因素。

类似简单的会见客户的训练,可以用来实现多种教学目标。它可以揭露学生在理解法律学说上的差距,提供一个背景以评估律师的角色,如何与客户在权力和责任之间达到适当的平衡,并提供一个机会以培养判断力。

实践性教育假设不应有紧张的教学理论与实践。与此相反,通过实际训练进行法学教育是一种有效的方法,来培育对法律更深的理解,并鼓励个人技能、价值、判断力的发展。此外,通过参与学生积极的自我学习,实践性教育激发了创意,并有助于法律执业人员的发展。

一个设计良好的训练有利于学生通过经验本身学习。学生边做边学。教授可以穿针引线,并协助学生反省总结经验以取得传统的教学目标,如令人鼓舞的法律见解,对实体法和法律学说的理解。我希望这本书的读者能够至少尝试一次本书中的训练方式。

我也希望你们能像我和许多我的同事一样,通过实践性的训练和方法享受教学过程。我随时欢迎你们的意见、见解和问题。

天普大学法学院副教授

Eleanor W. Myers

于美国宾夕法尼亚州,费城

2008年4月9日

序

“法律的生命不是逻辑，而是经验。”美国霍姆斯大法官在其名著《普通法》的开篇点睛之句已经成为我国法学教育界耳熟能详的名言。它揭示了法律所承载的历史沧桑和丰富的社会内涵，把法律带入了一个超越“规范逻辑体系”的更为广阔的现实舞台，令法律人俯仰纵横，思绪驰骋。同时，这句名言也给法学教育出了个难题：法学院应当如何教授法律？尤其是如何使学生自觉地获取并批判性地积累法律经验？



长期以来，法学教育在概念、原理、逻辑的知识体系教学上可谓长袖善舞，精巧绝伦；然而在法律经验的教育上却捉襟见肘，乏善可陈。其原因林林总总，见仁见智，难有定论。尽管众说纷纭，但大体上可以归结到如下几点。一是对于大学法学教育的宗旨并无统一认识。法学院应当是以一般人文和法律知识教育为主，还是以法律职业教育为主？这仍然是许多从事法学教育的人没有理清或不愿理清的问题。不少教师仍然认为经验和技能是学生在工作后能自行解决的问题，法学院不用在这一问题上下太大工夫。二是法学院没有一套成型的如同传授法律知识那样传授法律经验的教学方法和体系。经验固然重要，或如同霍姆斯所说是“法律的生命”，但它又是“只可意会，不可言传”的感悟、体会和把握的积累和升华，尤其需要有身临其境的历练。法学院并没有一套系统的能够使学生体验、历练和感悟的教学体系和教学素材。三是大陆法系法典化的法律体系需要认真讲述法条背后的原理和原则，这就带来了思维上从抽象到具体的思维定式，造成法学教育以围绕着各种原理及其逻辑推理为内容的课程体系。四是多数教师都是学校门到学校门的学者，本身就缺乏法律实践的经历。五是我国法学教育与其他高等教育长期采用的教师为主、学生为辅的教学模式。学生的任务就是从书本、课堂和知识体系中被动地吸收现有的知识，而非主动地通过动手与动脑，从丰富的社会生活和法律实践的事例中学习。

为了弥补法学教育中的这些不足，使学生真正学习和掌握“法律的生命”，各



国法学教育都在努力尝试各种不同的实践性法学教育模式,试图在法律知识和规则体系的基础上使学生学会“如何像律师那样思考”,掌握法律实践的基本技巧和能力,具备法律职业者应当具有的良好职业道德和维护社会正义的法律观。法学院的课堂固然无法为学生提供全部社会场景,但可以通过案例研讨、情景教学、法律诊所、社会实践等多种方式使学生模拟各种法律实践,在老师的带领下主动地学习和积累法律经验,从而成长为真正的法律人。

《实践性法学教育讲义——把课堂当作社会》一书就是为此目的而撰写。每章都力图把学生带入特定法律实践的社会空间,使学生像法律职业者那样面对现实的法律问题,主动地思索并提出切实可行的法律对策,从而最终为当事人解决具体的矛盾和冲突。它不仅提供了法律实践的素材,而且提出了一套如何让学生通过“实践”掌握“法律的生命”的教学方法和理念。在这一意义上,该书可谓法学教育改革中的积极尝试,一定会对我国法学教育的发展起到积极作用。

余学识浅显,感悟迟钝。唯不揣冒昧,聊成此序,以祝贺作者们的辛勤努力和不懈探索,以呼吁我国法学教育改革的深化。

清华大学法学院院长

王晨光

2008年4月6日于清华大学明理楼

主编的话

2000年,在美国福特基金会的帮助和资助下,中国的一些院校开始设立法律诊所课程。8年多来,已经有80多所法学院校成为中国法学会法学教育研究会诊所教育专业委员会的委员单位,已经有将近50所学校正式开设了法律诊所课程。法律诊所课程以其深入实际,关注动态和社会变革中的法律,在关注社会弱势群体中学习法律应用,重视法律实际技能的培养和训练的特点获得了各开设课程学校学生的赞美和欢迎。

法律诊所课程的价值还在于其采用了一种新的教学方法,这种教学方法的重要特点是实践性、互动性和参与性。采用这样的教学方法可以更好地调动学生的积极性,使学生真正成为教学活动的主体,使他们在积极主动的状态中学习。这种被称为诊所式教育的教学方法不仅可以适用于诊所课程,还可以适用于其他法学课程的教育。

2007年7月,美国天普大学法学院的教授邀请美国5所院校的著名教授对中国25所大学的教师进行了系统的培训,培训内容具体细致地涉及教学计划、教学素材和教学方法的应用,使被培训的教师对实践性教学方法(诊所教学方法可以被应用于教授理论和具有实践意义的法学课程)留下了深刻的印象。本书即是参加培训的教师撰写的诊所式教学方法(也可称实践性教学方法)应用于诊所教育课程以外的法学课程的教案、讲义汇编。本书汇集的法理、民法、婚姻法、刑法、刑事诉讼法、仲裁法、犯罪学、民事诉讼法等学科的教学法、教案或者典型教学片段,为法学教育教学方法的改革提供了一种模式和方法,是探索法学教育方法改革的具体应用的体现。

本书的特点并不是重在介绍具体法学课程的内容,而是重点展示教学活动的组织和实践性教学方法的应用,重点展示引导学生如何用实践的方法学习法律,教师如何用实践的方法教授法律,从这个意义上讲,学生和教师都是这本书的阅读对象。

中国传统的法学教育方法主要以教师为主,以课堂教学为主,学生对法律在社会中的真实状况并不了解,学生也多不具有应用法律解决冲突的实际能力。法律诊所课程为学生在真实的社会变革中学习法律打开了一扇窗,而本书进一



步将这种教学方法应用于其他的课程,无疑是一种积极的尝试。

本书中各课程教案的编写老师努力尝试用实践性的教学方法来教授法律,让学生在教师使用的教学素材中,通过模拟、还原现实情景等手段,理解法律在真实社会中的功能和地位,学会如何正确地理解法律的原理和精神。用这样的教学法来学习和教授法律,将极大地调动学生对于法律教学活动的参与性,使法学教育从以教师为主导的教学活动变成教学互动、教学相长的教学活动,也同时增加了教学的趣味性和生动性,让学生看到鲜活的法律与现实。

也许我们的尝试还不成熟,我们选择的教学设计并非完美,还存在很多的缺点,但可喜的是,从2008年2月开始,本书汇集教案和讲义的老师都可以采用本书各教案中的教学法来教授所担任的课程,有些课程取得了很好的教学效果。我们希望用我们可能不成熟的教案抛砖引玉,希望有更多的教师来探索法学教育方法的改革,形成更好的教案和讲义。我们相信,本书选编各课程的适用实践性教学方法的教学设计也会在教学实践中得到进一步的完善。

本书的各学科课程教学设计由各参与编写者负责,陈建民完成了全书的统稿。

本书得以出版,要感谢福特基金会、中国法学会法学教育研究会诊所教育专业委员会的大力支持和帮助,感谢美国天普大学法学院在2007年7月对本书所有作者的有效培训和资助,感谢清华大学法学院领导的积极支持和帮助,感谢所有参加编写工作的老师的努力和贡献。

陈建民

2008年4月22日

于清华大学法学院



目 录

1 法理学——实践性教学方法讲义	1
第一讲 法理学绪论	2
第二讲 法的现象与本质	6
第三讲 法的价值	10
第四讲 法的特征、要素和程序	14
第五讲 法的功能与作用	16
第六讲 法与其他社会现象及规范	20
第七讲 法的起源、演进和类型	23
第八讲 法的传统和现代化	24
第九讲 社会主义法制与法治	26
第十讲 法的制定	27
第十一讲 法律规范、体系、渊源和分类	28
第十二讲 法的效力	30
第十三讲 法的实施和适用	32
第十四讲 法律解释与法律推理	34
第十五讲 法律关系	37
第十六讲 守法与违法	40
第十七讲 法律责任、法律制裁和法律监督	43
2 民法学——实践性教学方法讲义	45
第一讲 民法的调整对象	46
第二讲 民法基本原则	47
第三讲 民事法律关系	49
第四讲 合伙企业	52

第五讲	法人	54
第六讲	可撤销的民事行为	57
第七讲	无效民事行为	58
第八讲	效力未定的民事行为	60
第九讲	表见代理	61
第十讲	无因管理	64
第十一讲	不当得利	66
第十二讲	人身权的保护	68
第十三讲	民事特殊侵权之环境侵权	69
第十四讲	合同的订立	71
第十五讲	用益物权	73
第十六讲	担保物权	75
第十七讲	法定继承	77
第十八讲	回顾与复习	79
3	婚姻家庭法学——实践性教学方法讲义	80
第一讲	婚姻家庭法学实践教学定位与目标选择	80
第二讲	婚姻家庭法原理	83
第三讲	亲属制度	85
第四讲	婚姻家庭法的基本原则	87
第五讲	结婚制度	89
第六讲	婚姻的效力	91
第七讲	父母子女关系	93
第八讲	收养	96
第九讲	其他家庭成员关系	98
第十讲	离婚制度	100
第十一讲	离婚的条件和程序	103
第十二讲	单方要求离婚的条件和程序	105
第十三讲	判决离婚的法定条件	107
第十四讲	离婚效力	109
第十五讲	离婚时的财产处理	112
第十六讲	救助措施与法律责任	114
第十七讲	法律责任	117
第十八讲	民族婚姻、涉港、澳、台婚姻及涉外婚姻	119

4 婚姻家庭法——实践性教学方法讲义	122
第一讲 婚姻家庭法概述	123
第二讲 亲属	124
第三讲 结婚制度	126
第四讲 离婚制度	128
第五讲 夫妻关系	132
第六讲 亲子关系	136
第七讲 收养制度	141
第八讲 家庭关系中的法律救助和法律责任	145
5 婚姻家庭继承法——实践性教学法讲义	151
第一讲 婚姻家庭法的基本原则	152
第二讲 结婚的条件与婚姻无效问题	155
第三讲 关于同居	157
第四讲 夫妻财产关系之——共同财产	160
第五讲 夫妻财产关系之——夫妻债务	163
第六讲 离婚制度	166
第七讲 亲子制度	169
第八讲 收养制度	171
第九讲 法定继承	174
第十讲 遗嘱继承	177
6 中国刑法学总论——实践性教学法大纲	180
第一讲 刑法的概念	181
第二讲 刑法的基本原则	181
第三讲 犯罪概念与犯罪构成	183
第四讲 犯罪客体	184
第五讲 犯罪客观方面	185
第六讲 犯罪主体	188
第七讲 犯罪主观方面	190
第八讲 正当化事由	194
第九讲 犯罪停止形态	198
第十讲 共同犯罪形态	201
第十一讲 罪数形态	203
第十二讲 刑罚	205