

国家“十五”、“211工程”课题项目

高等法学讨论教学系列教程

总主编 沈四宝

法理学 讨论教学教程

鲍禄 蒋立山 主编

对外经济贸易大学出版社

国家“十五”、“211工程”课题项目
高等法学讨论教学系列教程

总主编 沈四宝

法理学讨论教学教程

主 编 鲍 禄 蒋立山

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

法理学讨论教学教程/鲍禄、蒋立山主编. —北京:对外经济贸易大学出版社,2006
(高等法学讨论教学系列教程)

国家“十五”、“211 工程”课题项目

ISBN 7-81078-692-X

I. 法... II. ①鲍... ②蒋... III. 法理学 - 高等学校 - 教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 087516 号

© 2006 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

法理学讨论教学教程

鲍 禄 蒋立山 主编

责任编辑:沈雨青

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码:100029

邮购电话:010-64492338 发行部电话:010-64492342

网址:<http://www.uibep.com> E-mail:uibep@126.com

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸:185mm×230mm 26.5 印张 529 千字

2006 年 9 月北京第 1 版 2006 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-692-X

印数:0 001-5 000 册 定价:42.00 元

总 序

对外经济贸易大学法学院，作为财经类院校中的法学院，其主要任务就是为两个市场，即国内市场和国际市场培养高级实用型的法律人才。市场和社会的需要就是我院教学的目标。财经类院校的法学专业历史短，经验少，但专业对口，置身于市场经济之中，社会需求量大，就业率高，容易办出特色，能满足市场和社会的需要，这是办好此类院校法学教学的强大动力。它们将在建立我国社会主义市场经济的过程中，为建立社会主义法治起着重要的生力军作用。

为了达此目的，即为了使财经类院校的法学教学能担负起上述任务，其教学内容和教学方法都应具有自身特点。

对外经济贸易大学法学院，自 1984 年建立国际法专业以来，长期坚持具有特色的教学方向和教学方法。经过近二十年的努力，已经取得了一些成果，尤其在培养适应市场要求的三会人才方面，即培养学生既懂法律，又懂经贸，还能熟练运用外语（英语）的综合性人才方面，积累了一些经验，经受住了社会和市场的验证。我院的毕业生，特别是硕士生的就业率一直居高不下。2002 年，我院的国际法专业被评为全国重点学科，经过激烈的招投标竞争，该专业也荣幸地承担了欧盟法律专业人士的法律培训任务。在国际法专业的博士生中，来自美国、英国、法国、韩国、日本等国及我国香港、台湾地区的学生正在不断增加。

实践证明，在法学教学中实行案例教学和讨论教学，对于培养学生的综合分析问题能力，分清主次和识别真伪能力以及理论联系实际的能力方面起着直接的促进作用。通过案例教学和讨论教学，力求使在校的学生能有更多的机会贴近社会，接触实践，使我们的教学能够实现下述宗旨，即研究理论是为了解决实际问题，研究外国经验是为了解决中国问题。

对外经济贸易大学法学院的国际法专业有两个教学和研究方向：一个是以 WTO 为主的国际经济法（公法）方向；另一个是以比较商法为主的国际商法（私法）方向。现在出版的系列案例教学教材和讨论教学教材，主要就是这两个教学方向上的研究成果。

在我院编写的系列案例评析中也包括相对成熟的英文案例，目的是为了在我院的双语教学中有所依托。

最后要说明的是，本系列讨论教学教材是对外经贸大学法学院“211 工程”建设的

一个组成部分，这里不仅凝结了法学院广大师生的心血，也包含了对外经贸大学从事“211 工程”建设的全体教职员工和领导们的心血，作为现任法学院院长，我在此向所有支持我院发展的同仁们表示最衷心的感谢。

对外经济贸易大学

法学院

沈四宝

关于在法学理论类课程中 进行“讨论教学”的设想（代序）

王 军*

目前，关于在我国法学教育中开展案例教学的讨论，已经有了一定程度的深入。在讨论过程中，一个引起广泛关注的问题是：在我国法学教育的某些以理论学习为主要内容的领域，比如民法领域，如何对传统的演讲式的教学方法进行改革？为此，本文提出在这类课程中进行“讨论教学”的设想，并草拟如下内容供讨论教学使用的资料作为讨论的素材，以期抛砖引玉，引发国内法律教育界的讨论。

一、“讨论教学”的含义及其与案例教学的关系

迄今为止，关于案例教学，尚没有形成严格的和得到普遍认同的定义。一般而言，案例教学指各类以法院案例为基本教材和课堂讨论对象的教学。以美国为例，该国法学院的大部分课程采用的就是这样的教学。因此，可以将案例教学的两个基本特征概括为：首先，以案例为教材；其次，以课堂讨论为主要的教学方法。

有人认为，案例教学，从方法上说，属于“苏格拉底问答法”。笔者认为，这种认识揭示了案例教学的本质。由此提出的问题是，在某些课程中，结合课程的特点和教学的目的，能否一方面采用“苏格拉底问答法”，另一方面以理论资料或包括理论资料和案例在内的综合性资料为教学的内容呢？这正是本文讨论的核心问题。在下文中，为阐述上的方便，我们姑且将这种教学称为讨论教学。

简言之，本文所谓的讨论教学，指以讨论为基本教学方法的教学。讨论的对象包括旨在表述抽象的概念、原理和原则等的理论性资料，也可以包括案例。因此，在这里，案例教学也是一种讨论教学。换言之，广义的讨论教学包括了案例教学。

* 作者系对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师、副院长。原文载于沈四宝主编：《国际商法论丛》（第四卷），法律出版社2002年版，第671～688页，经作者同意删节后作为本书的代序。

二、讨论教学资料编辑应注意的几个问题

在教育部规定的我国大学的法律院系应开设的课程中,至少有一部分课程是理论类的,例如法理学、民法学的总论部分、刑法学的总论部分。笔者认为,对这类课程,鉴于理论的学习是教学的主要内容和目的,在编辑教学资料时应注意以下几个问题:

1. 讨论的对象应以“理论资料”为主

笔者所谓的理论资料,指各类旨在直接阐明法学的概念、原理、原则,具有较强的概括性的资料。这类资料主要为法学家著述的节选以及中国和外国制定法的规定。理论类课程主要的教学目的之一,是让学生对特定学科包涵的知识有全面系统的认识。这恰恰是单纯地以案例作为教学的内容所难以实现的。

2. 可以佐以适当数量的“范例”

所谓范例(Illustration),指用真实案例缩写而成的或虚拟的,旨在阐明概念、原理、原则或规则等的具体例证。范例中包含一个案例的简要事实,并明示或隐含了该案例的争议,可以包含或不包含审理结果。范例一般不包含推理过程,这部分内容可在范例的上下文中进行印证或说明。与案例相比,范例的内容十分简约,通常已压缩到了无法再压缩的程度。

将范例与法学理论、法律规则相结合,是很好的兼顾“点”与“面”,“特殊”和“一般”的方法,既有助于阐明概念,又能够揭示理论和原则的实践意义。

3. 资料的选择应以“精”为原则

资料的“精”指所有的资料都是精心选择的,没有重复和多余,切忌堆砌。在讨论教学中,学生在资料中一般看不到教师关于特定问题的结论。涉及特定问题,结论性意见是讨论的止点或者是最初设计的止点。这种止点是一系列逻辑分析过程的止点,而全部的资料都是与这种分析过程相关的。也就是说,资料的取舍是围绕资料编辑者设计的推理过程的主线展开的。脱离了这一主线,单纯地以传授知识为目的而编入的资料便失去了系统性,就成了杂乱无章的资料堆砌。

4. 资料中应含有充分的信息量

在传统的教育模式下,学生通过课堂获取的信息量一般仅限于教师口授的信息量。由于口授要照顾学生记录口授内容的速度,课堂的信息量受到很大限制。采用讨论教学,由于大量信息将通过自学和课前预习而获得,学生只需要记录课堂讨论的要点,课堂进度不再受学生记录速度的限制,信息量将大大增加。

在传统的教育模式下,许多教师也要求学生课前预习教师开出的教科书或参考书,但由于课堂教学以教师讲授为主,而不是以提问和讨论为主,教师没有机会检查学生的

预习情况,致使教师要求的预习往往得不到落实。采用讨论教学,课堂教学的基本方式是提问和讨论,学生不预习就无法回答问题和参加讨论,这迫使学生在课前预习好全部有待讨论的资料,从而使教学的信息量得到了保证。

课程教学信息量的增大要求教学资料的信息量相应增加。一般来说,其信息量与案例教学的信息量相似,估计至少为传统教学中信息量的3~5倍。

5. 讨论后须辅以讨论题但并不给出答案

讨论题的设计是讨论教学的关键环节。讨论题与资料的作用相辅相成:一方面,讨论题产生于资料;另一方面,讨论题的设计决定了资料的取舍。讨论题应当是法学特定领域中的主要问题。通过讨论使这些问题得到明确,或者在暂时无法或无必要明确的情况下让学生认识到这些问题的存在和重要性,这正是法学教学的主要目的所在。

在讨论教学中,资料的编辑者只提出问题而不给出答案,是这种教学的另一个重要目的所决定的,即培养学生自己分析和解决问题的能力。

三、在施教过程中应注意的几个问题

笔者认为,我国教学改革的核心问题,是教材建设问题。有了好的教材,不同地区、不同学校的教育水平的差距会相应缩小;有了好的教材,不同教师之间施教水平的差距也会缩小。进一步说,有了好的教材和好的教学模式,学生可能会学在教师之前,迫使教师改进教学。另一方面,就教材与教师的关系来说,教材是静态的,教师是能动的、活跃的因素。在案例和讨论教学的教学模式下,教学过程中“变”的因素会更多,因而对教师的要求会更高。现根据笔者近年来从事案例教学的经验和对讨论教学的认识,就讨论教学过程中可能会面临的问题谈几点粗浅的认识。

1. 组织讨论教学的一般方法

(1) 讨论从提问开始

一般地说,讨论教学与案例教学的方法是相似的。与传统的演讲式教学不同的是,在讨论教学的模式下,学生在上课前已经按照拟定的教学进度对预先设计完成的讨论题作了预习,因而学生成了课堂讨论的积极参与者,而不再是消极的受教者。在这种情况下,如果讨论的问题相对简单,答案比较清楚了,学生预习得比较充分,教师就没有必要重复讲授学生显然已经理解的内容了。因此,在上课时,教师首先要做的是通过提问了解学生对教学内容理解的程度,从而使知识的“供”与“求”相适应。

(2) 问题的层层递进和相互间的联系

在讨论过程中,教师的问题应当是层层递进、一环扣一环的,应避免前后矛盾、支离破碎和不成体系的提问。

(3) 学生的回答与教师的解答

在讨论过程中,教师提出的问题应尽可能让学生解答。这是“苏格拉底问答法”的奥秘所在。学生在“被迫”回答问题时精力会高度集中,并且,听课的全体学生的注意力会集中到对一个问题的思考上来。此时,教师的任务并不是立即给出结论,而是归纳和评价学生的观点,给予适度的肯定、否定、反问或提出相关问题。在教师发现学生已经领悟了先前提出的问题之后,便可以进一步提出新问题,使讨论进一步深入。

教师过早给出结论的弊端是:首先,学生会依赖教师的判断,因而放弃了主动思考;其次,学生可能会视教师的结论为真理,因而使学生的创造性被扼杀;再次,当教师的看法有失于偏颇时,无法通过倾听学生的意见而得到纠正。

有人认为,在采用“苏格拉底问答法”的教学中,教师只问问题,通常不回答问题。然而,在许多情况下,学生没有能力对提出的问题形成自己的判断,或者,无法将自己的认识表述清楚让其他学生理解,而该问题的澄清是提出和解决新问题的立脚点。在这种情况下,教师实际上不得不说出自己的意见,以便使讨论继续进行。

总之,讨论教学如何进行,并没有一个固定的一成不变的模式,因材施教因问题施教是教师应始终坚持的原则。如果说其中有规律可循,则基本的规则是:教师是讨论的组织者和引导者,而不是演讲者。

2. 教师给出结论的必要性

如上文所述,当一个问题的解决构成讨论新问题的前提时,对前一问题的讨论通常要有一个结论。然而,当对一个主要讨论题的讨论结束时,是否一定要得出结论呢?笔者认为,当学生没有能力得出结论,或学生的结论显然错误的时候,如果只有一个结论是正确的,或比较合理的,教师应谈出自己的看法。可是,在许多情况下,教师的任务只是让学生知道问题和分歧的存在,并不是务求得出一个惟一的结论。让学生相信只有一个结论是正确的,会扼杀学生的创造性,因而不是正确的或至少不是最好的教学方法。

3. 教师传授相关知识的必要性

笔者所谓的相关知识,是指在严格意义上不属于解答讨论题必须涉及的,但与讨论的主题有关的知识。笔者认为,在进行讨论教学的过程中,教师是否应讲授有关知识,主要取决于以下几个因素:

(1) 对理解讨论的主题是否为必须了解的知识。例如,在讨论罗马法的制度时,如果学生没有系统地学习过这方面的知识,应简单介绍罗马法的概念、影响和与大陆法的渊源关系;在将德国法与我国台湾地区的法律进行比较时,应适当说明后者受前者影响的历史背景。

(2) 是否为学生起码应了解的法律基础知识。讲授这类知识是一种补课。在某些

情况下，这种补课是必需的。不这样做，进一步的讨论就无法进行。

（3）对提高学生的素质是否有益以及时间是否允许。在课堂讨论的过程中，当问题被提出而学生有了解的愿望时，回答问题的知识是最容易被理解和记忆的。因此，以提高效益为原则，教师此时应多讲授知识。如果特定的知识不属于相关知识，但知识的价值很高，对提高学生的素质很有益，讲一些当然无妨。然而，无关知识的讲授如果过多，无疑会冲淡主题，影响进度，这是务必引起注意的。

4. 讨论教学对教师的挑战

开展讨论教学的首要条件是编写出高质量的教学用书，其次就是教师要付出更多的努力组织教学。首先教师必须认真备课。由于学生从原来消极的受教育者变成了积极的参与者，在上课时，可能会提出较难的问题；由于讲课的内容和进度从以前完全由教师把握变成多变的难以把握的过程，教师必须充分熟悉授课内容，精心设计主要的讨论题和围绕主要讨论题出现的子问题，并预先想到学生在课堂上可能会提出的各种问题。其次，教师必须不断充实自己，不断学习新知识，跟踪本领域的新问题。只有这样，才能使授课内容不断充实，使课堂气氛活泼和充满生气。

笔者希望，讨论教学作为在法律理论类课程中进行素质教育的现实可行的手段，通过与案例教学相配合，将代表着我国法律教学模式改革的新方向。

前 言

本书是对外经济贸易大学承担的国家“十五”、“211工程”课题项目，是高等法学讨论教学系列教程中的一部分，也是对外经济贸易大学和中国政法大学部分教师和硕士研究生集体努力的结果。

本教材借鉴了国内传统教材和新近出现的案例式教材的做法，同时，在内容和形式方面都作了一定的创新。在内容上，以国内传统法理学教材为基础，增加了法律运行、两大法系运行比较、超国家法和法律全球化等章，适度突出了比较法学的特色。在形式上，把每章分为基本阐述、问题分析、文献概要、讨论提示、参考资料、本章结语五个板块。其中，基本阐述部分，主要是为了与现有通行教材的知识内容相衔接；问题分析部分把每章内容中带有基础性和前沿性的问题作了简单分析，意在强化“问题意识”；文献概要部分，主要是考虑到初入高等院校的学生，在直接查找和阅读文献方面有许多困惑，意在帮助学生在有限时间里直接迅速地把握有代表性的文献知识；讨论提示和参考资料部分紧跟并对应着问题分析与文献概要，给出进一步的示范和扩展；本章结语部分，针对各章不同情况，分别增加了本章内容的点评、背景知识或部分案例材料。

全书大纲及细目由鲍禄、蒋立山负责设计，并与其他编写者进行了深入讨论，然后由各位编者分工撰写各章，最后由两位主编统稿。

全书分工如下：

鲍禄：第一章、第四章、第十七章、第十八章、第十九章（不包括各章的“文献概要”部分）；蒋立山：第六章、第九章、第十四章、第十五章；姜涛：第二章、第三章、第二十章（第一章、第四章、第十七章、第十八章、第十九章的“文献概要”部分）；贺利云：第七章、第十六章；高鹏芳：第八章；刘光洲：第十二章、第十三章；朱朝锋：第十章、第十一章；宋娟：第五章。

鲍禄 蒋立山

2006年4月

目 录

第一编 导论

第一章 法学	(3)
第一节 基本阐述	(3)
第二节 问题分析	(8)
第三节 文献概要	(11)
第二章 法学简史	(23)
第一节 基本阐述	(23)
第二节 问题分析	(32)
第三节 文献概要	(34)
第三章 法学研究方法	(42)
第一节 基本阐述	(42)
第二节 问题分析	(48)
第三节 文献概要	(52)
第四章 法学教育	(61)
第一节 基本阐述	(61)
第二节 问题分析	(67)
第三节 文献概要	(71)

第二编 法律的性质

第五章 法的概念	(85)
第一节 基本阐述	(85)
第二节 问题分析	(93)
第三节 文献概要	(98)
第六章 法的起源	(107)
第一节 基本阐述	(107)

第二节 问题分析	(115)
第三节 文献概要	(118)
第七章 法的作用	(127)
第一节 基本阐述	(127)
第二节 问题分析	(134)
第三节 文献概要	(137)
第八章 法的价值	(144)
第一节 基本阐述	(144)
第二节 问题分析	(151)
第三节 文献概要	(155)

第三编 法律的运行

第九章 法律运行	(163)
第一节 基本阐述	(163)
第二节 问题分析	(170)
第三节 文献概要	(174)
第十章 立法程序与原则	(182)
第一节 基本阐述	(182)
第二节 问题分析	(188)
第三节 文献概要	(193)
第十一章 法律制度的构造	(201)
第一节 基本阐述	(201)
第二节 问题分析	(208)
第三节 文献概要	(211)
第十二章 司法的性质	(217)
第一节 基本阐述	(217)
第二节 问题分析	(223)
第三节 文献概要	(228)
第十三章 法律适用和法律推理	(237)
第一节 基本阐述	(237)
第二节 问题分析	(247)
第三节 文献概要	(251)

第四编 法律现代化

第十四章 法律现代化的特征与类型	(261)
第一节 基本阐述	(261)
第二节 问题分析	(268)
第三节 文献概要	(272)
第十五章 法律现代化问题：法律移植与法律本土化	(283)
第一节 基本阐述	(283)
第二节 问题分析	(287)
第三节 文献概要	(292)
第十六章 法治国家的理论	(301)
第一节 基本阐述	(301)
第二节 问题分析	(308)
第三节 文献概要	(313)

第五编 全球视野中的法律

第十七章 两大法系：成长与影响	(321)
第一节 基本阐述	(321)
第二节 问题分析	(329)
第三节 文献概要	(332)
第十八章 两大法系：法律运行比较	(344)
第一节 基本阐述	(344)
第二节 问题分析	(352)
第三节 文献概要	(355)
第十九章 超国家法	(370)
第一节 基本阐述	(370)
第二节 问题分析	(376)
第三节 文献概要	(379)
第二十章 法律全球化	(391)
第一节 基本阐述	(391)
第二节 问题分析	(397)
第三节 文献概要	(400)

第一编

导 论

第一章

法 学

第一节 基本阐述

法学，是指有关法律的学问、学科或者科学。如果把对待“学”的“政策”放宽，可以说，人类社会什么时候有了法律，什么时候就应该有了法学。在中国，在现实的环境下，一般意义上的法学当中有两个线索的内容值得特别关注：一个是中国人自己的法学传统，大体上说，春秋战国的百家争鸣时期，作为当时四大显学之一的“法家”就确立了我们自己的法学思想、法学的学术基础和传统。另一个，则是起源于欧洲的西方法学的传统，应该说，它实际上是现代法学的直接渊源。

如同其他很多学科领域——特别是哲学学科、人文、社会学科当中的情形一样，中国的法学学人、法律职业者也是在这样两个传统、两种观念、两类风格当中求生存、谋发展的。

一、法学学科概况

就西方的传统而言，在古代希腊，有关法律的思考和思考的成果就伴随着哲学的、政治的、道德的思想一同产生了。自古罗马，法学成为一门重要学问以来，西方法学，一直没有停顿地在发展着，直到今天。现在，世界范围内，法学也是以从西方生长发展起来的那个传统为基础和骨干的。

现代法学的总体面貌，按照《牛津法律大辞典》的描述，是这样的：“法律科学的主要学科可以划分为七个部门，即：法学理论和法哲学；法的历史和各法律体系的历史；法的比较分析；国际法；超国家法；每个地方可以被确认为独特体系的（包括立