

LAW

把握学科基石
厘清考试思路

法科考试 学生读本

法学名家核心观点汇编

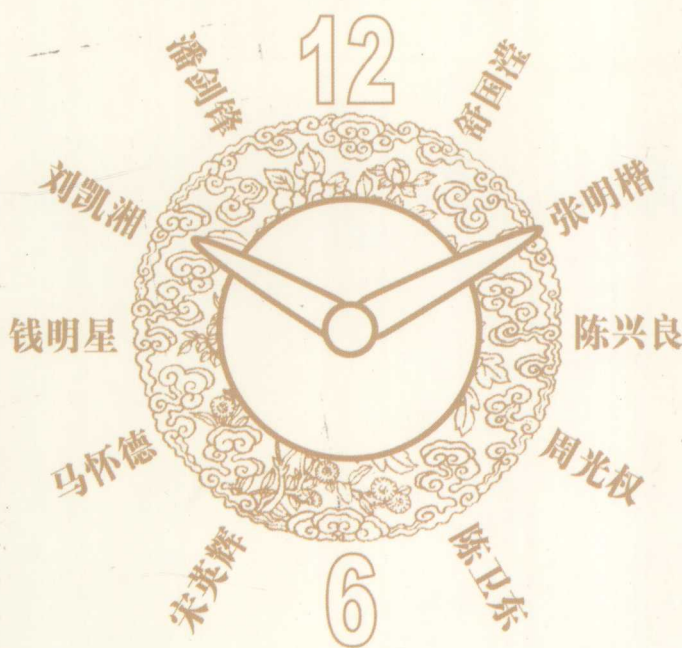
法律考试中心/组编

10位名校一线老师

多年研究成果汇总摘要

10位考试命题专家

解析热点重点设题规律



法律出版社
LAW PRESS CHINA

法科考试学生读本

法学名家核心观点汇编

法律考试中心/组编

撰稿人（以学科为序）

舒国滢 张明楷 陈兴良 周光权



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法科考试学生读本 / 法律考试中心组编. —北京:
法律出版社, 2010. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0642 - 0

I. ①法… II. ①法… III. ①法学—高等学校—教学
参考资料 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 053416 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铖 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/保定市中华美凯印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/880 × 1230 毫米 1/32

印张/15.25 字数/375 千

版本/2010 年 4 月第 1 版

印次/2010 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0642 - 0

定价:29.80 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章

法理学

舒国滢教授

1 导读

9 法律原则适用的困境

——方法论视角的四个追问

24 我们时代的法学为什么需要重视方法

第二章

刑法

张明楷教授

96 导读

97 刑法总论

79 刑法分论

陈兴良教授

96 导读

97 刑法哲学

101 规范刑法学

130 判例刑法学

133 学术地位

周光权教授

139 导读

140 刑法总论

167 刑法各论

第三章

刑事诉讼法

陈卫东教授

199 导读

201 程序正义之路(上)

——刑事诉讼基础理论

216 程序正义之路(下)

——刑事诉讼程序研究

230 案例评析

宋英辉教授

240 导读

242 刑事诉讼原理

262 刑事诉讼专题

第四章

行政法与行政诉讼法

马怀德教授

291 导读

292 公务法人问题研究

299 立法的民主化及其法律监督

308 司法赔偿的归责原则

311 我国行政问责制的现状与发展

316 行政程序法的价值及立法意义

320 行政诉讼范围研究

第五章

民商法

钱明星教授

322 导读

323 物权法概论

349 用益物权

刘凯湘教授

367 导读

368 商法总论

371 公司法

390 合伙企业法

397 企业破产法

402 票据法

405 保险法

第六章

民事诉讼法

潘剑锋教授

413 导读

414 基础理论部分

437 总论部分

457 具体程序部分

第一章 法理学



舒国滢教授

舒国滢，中国政法大学法学院教授、博士生导师、法理学研究所所长、校学术委员会委员。1962年5月出生于湖北省随县（现随州市）。1979年入北京政法学院（现中国政法大学）法律系学习法律，1986年毕业并获法学硕士学位。同年留校法律系法理学教研室工作。1993—1994年获中国政府奖学金赴德国哥廷根大学进修法哲学和法社会学。1995年首批入选“北京市跨世纪理论人才百人工程”。多年来主要从事法理学（法哲学，尤其是德国现代法哲学）、法学方法论和法美学的研究。精通英语和德语。兼任北京市法学会副会长、中国法学会法理学研究会常务理事、中国法学会比较法研究会理事、北京市法学

会法理学研究会副会长,欧美同学会会员。曾任中国政法大学《比较法研究》杂志副主编(1997—2001年)。

舒国滢教授参与编写的教材和著作多次获得包括“五个一工程奖”、“国家图书奖”、教育部“全国普通高等学校优秀教材奖”等在内的多项科研奖励。其中,1995年发表《战后德国法哲学的发展路向》,填补国内该项研究空白,曾经获得北京市第四届哲学社会科学优秀成果二等奖(1996年12月)、政法大学1995—1996年度宪梓科研一等奖(1996年6月);《中国法治建构的历史语境及其面临的问题》获政法大学1996—1998年度宪梓科研二等奖(1998年10月16日);《中国法治建构的历史语境及其面临的问题》获司法部1996年度“金剑文化工程”文章类一等奖。2002年5月中国政法大学五十周年校庆期间,他经过学生评选和学校遴选,分别获得“最受欢迎的青年教师”称号和“优秀中青年学科带头人”称号。

代表著作

《法社会学原理》(译著),中国大百科全书出版社2009年版

《思如浮萍》,中国政法大学出版社2007年版

《法学方法论问题研究》(合著),中国政法大学出版社2007年版

《古斯塔夫·拉德布鲁赫传》(译著),法律出版社2004年版

《法律论证理论》(译著),中国法制出版社2002年版

《法律智慧警句集》(译著),中国法制出版社2001年版

《在法律的边缘》,中国法制出版社2000年版

《中华人民共和国法制通史》(合著),中共中央党校出版社1998年版

《中华人民共和国法制史》(合著),黑龙江人民出版社1997年版

《中国法理纵论》(合著),中国政法大学出版社1996年版
《中国法理学研究综述与评价》(合著),中国政法大学出版社1992年版

代表论文

“并非有一种值得期待的宣言”,载《现代法学》2006年第5期
“在历史丛林中行进的中国法理学”,载《政法论坛》2005年第1期

“法学的问题立场——兼谈‘论题学法学方法’”,载《法学研究》2005年第3期

“法律原则适用的困境——方法论视角的四个追问”,载《苏州大学学报》2005年第1期

“西方法治的文化社会学解释框架”,载《政法论坛》2001年第4期

“从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角”,载《政法论坛》1999年第3期

“大众化与法治化:一个文化—哲学的解释”,载《政法论坛》1998年第3期

“中国法治建构的历史语境及其面临的问题”,载《社会科学战线》1996年第6期

“战后德国法哲学的发展路向”,载《比较法研究》1995年第4期

“权利的法哲学思考”,载《政法论坛》1995年第3期

“法律关系的历史演进”,载《法学家》1993年第3期

“法学研究方法的历史演进”,载《法律科学》1992年第4期

“‘法’的界定:一个世界性的法学问题”,载《政法论坛》1991年第6期

“在法学领域引进系统科学的趋向”,载《政法论坛》1988年第6期

“当代西方法学的综合趋向”,载《法学研究》1987年第5期

导 读

舒国滢教授在法学研究上的代表性观点和贡献主要有以下方面:

一、提出中国法治建设的折中方案

在《中国法治建构的历史语境及其面临的问题》(载《社会科学战线》1996年第6期)中,基于对中国当代法治建设的“时间结构”的分析,认为中国当代这个“共时态”结构中包含有前现代(传统)、现代与后现代三种“历时态”法律文化的混合形态。他指出,中国必须在两个极端的语境(前现代与后现代)的巨大张力之间来进行现代的法治建设。一方面,中国的法治化将继续承受改造和继承传统(前现代)法律文化的巨大压力,尤其是消解以“封建专制主义”为特征的变态人治统治所造成的负成本;另一方面,它又必须面对后现代主义、解构主义的“否定性”、“非中心化”、“反正统性”、“反权威”、“非连续性”、“不确定性”等反理性话语的冲击。由此可见,中国法治化充满着远比人们想象的要复杂得多的问题,甚至具有某种令人难以预测的不确定性和风险性。所以,我们在建构中国法治模式时,既要看到法治化是一种有目的、有价值理念导引的法律(制)发展过程,又要看到这一过程的复杂性和风险性。中国的法治化应当走政府推进型与社会推进型相结合的道路,以政府推进法制的改革为主导,辅之

以社会、民间自然生成的具有现代法治精神的制度、规范和力量。离开前者,仅仅依靠社会生活中习惯、惯例和传统的磨合和实践经验的积累来促进法治化,将会延宕这一过程的尽早实现,而且自然的磨合和积累可能会产生无目标、无序化或多向目标的冲突,将会使法治化过程无端浪费、消耗更多的资源和成本。离开后者,把法治的实现仅仅说成依靠政府的法治发展战略的框架设计,将会忽略亿万民众在法治化过程中的首创精神。中国未来的法治建构,应当激活政府与社会两方面的积极性和创造力,很好地将两方面的经济、政治资源利用起来、统一起来。这个思想被学界称为“政府社会互动法治模式”。

二、倡导大众化与法治化关系之研究

在《大众化与法治化:一个文化—哲学的解释》(载《政法论坛》1998年第3期)中,舒国滢教授认为:大众化与法治化是正在演化中的社会文化形态和制度形态,它们所反映的是近二百年来的人文精神、科学技术、生产方式、社会关系诸方面的变迁及其趋向。与人类历史的漫长生涯相比,大众(化)社会与法治(化)社会仍然不过是特定历史时段内存在的现象,它们均带有这个特定历史时段的精神和物质特征。它们的进程本身都不可能解决处于近现代史中的人类社会深在的矛盾和困境,如世界的祛魅(“世界的解咒”)与返魅、道德、知识的进步与退化,经济增长的极限与人类生存环境的恶化,科学技术的发展与人类可能面临的自毁,人的自由的扩张与其本质的异化,形式的合理性与实质的非理性,理想主义的幻灭与乌托邦的寄托,等等。中国目前的大众化与法治化之关系,问题显得更为复杂。毋庸置疑,中国的大众文化和法治的演进确实存在着相互启动的关系。一方面,大众文化作为一种“内在的、默默起作用的力量”正塑造着国人积极进取、勇于创造、批判、参与的精神,权利和自由意识,平等和效率的观念,以及宽容与开放的心态,等等。这些精神的转型,将推进中国的法治化。另一方面,中国的法治化(法制现代化)为一种有

价值导向、有目的的活动过程,也将以其制度的力量和它的精神、原则的指引,反过来影响大众社会的生活和文化,使之朝着法治所预设的目标健康发展。因此,中国的法治化,已经而且注定是要与大众化进程相伴随,共同经历一个历时形态。这是 20 世纪末的经济、政治和社会文化条件所给予它的一个特殊的历史定位。

三、提出“司法的广场化”与“司法的剧场化”之分析范畴

在《从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角》(载《政法论坛》1999 年第 3 期)中,舒国滢教授认为:历史上,司法的方式经历了一个从“司法的广场化”到“司法的剧场化”的过程。“司法的广场化”是一种人人直接照面的、没有身份和空间间隔、能够自由表达意见和情绪的司法活动方式,如古代的“弃市”、“游街示众”,近现代的“公审大会”、“批斗大会”等。这样一种司法活动方式更适宜于以下三类情形:(1)血缘—地缘关系密切、法律信念和法律感知相近的熟悉人社群。在这种社群中,人们的社会空间关系亲近,更愿意通过直接的照面和本地的仪式来处理类似司法性的事项。(2)激进的革命、社会改革运动或政治运动。(3)法律(尤其是刑法)威慑功能和形象之张扬。司法的剧场化是指在以“剧场”为符号意象的人造建筑空间内进行的司法活动类型。司法的剧场化仅仅是人类“文明的法律制度”下的产物,它构成了这种制度的一个不可分割的部分。作为另一种司法活动方式,司法的剧场化对于现代法治的制度、精神和习惯的形成具有内在的潜移默化的影响:(1)内化人们的理性精神和品质。(2)凸显程序和秩序观念。(3)促成法律活动的技术化和专门化,增强法律的神圣性和权威性。随着社会的发展,社会生活和社会关系的不断复杂化和社会分工的日益专门化,由司法的广场化到司法的剧场化将会成为司法活动类型发展的一个趋向。或者说,现代法治,注定是要选择司法的剧场化的。然而,司法的剧场化也暗含着潜在的矛盾或深刻的悖论。司法的剧场化本质上是一种成

本昂贵的司法活动方式,它们是应经济发展的客观要求而产生,而又以发达的经济、雄厚的财力作为其支撑的基础。一个贫穷的国度,很难支付司法的剧场化所需要的经济成本;在这些国家优先选择和发展司法的剧场化模式,无异于选择一种非分的奢侈。

四、主张从美学的观点考察法律

在《从美学的观点看法律——法美学散论》(载《北大法律评论》第3卷第2辑)中,舒国滢教授认为:法律这样一种复杂的社会事象所暗含的所谓无意识的“隐秘秩序”,有时必须通过美“这扇清晨的大门”才能被人们所知觉和认识。在此意义上,“法美学”不是一门“画地为牢”的学科,而是那种用美学的观点、方法和态度来把握、审视和判断法律现象的问学方式及方向。“法美学”并不像其他艺术门类那样通过直观、感性呈现的方式把美的对象物直接展示给“观看者”,而是通过直观的认识来发现法律内在的美的秩序,探求这种秩序形成的审美动因,并为法律的构建提供某种可以参照的美学标准和原则。法美学将从感性的进路拓展法学的生动形象地观察法律的视野,同时也将激活被传统法学长期压抑的法律认识,使法律研究者们从绝对主义和纯粹理性规则主义的法律教义中逐步解放出来,在法学理论中寻求一种“和谐的自由活动”之旨趣。或者,简括地说,法美学研究所要拯救的,就是我们在法律认识领域正悄然逝隐退化的直观想象的能力以及相应的原创力和自由。

五、倡导法学方法论研究

当代中国的法学面临着发展方向的选择。它由1978年以来的“政策定向的法学”,经过“立法定向的法学”,开始走向“司法定向的法学”。这是因为法律实践的诸多问题愈来愈集聚在司法领域,如何保证立法上建构的规则在司法上得到统一地、一致地适用,成为法治国家建设的重要问题。在这个过程中,法律教义学传统的形成和法学方法论的发展将起着关键的作用。中国法学转向方法论的研究是

一个必然的趋势。我们的时代需要方法,法学方法论将在我们的时代成为显学。

六、译介德国当代法哲学理论及著作

舒国滢教授发表的《战后德国法哲学的发展路向》(载《比较法研究》1995年第4期)是国内第一篇详细评介德国当代法哲学进展的论文。文章主要对1945—1995年期间德国法哲学发展的线索、背景、主要法哲学家(如拉德布鲁赫、麦霍费尔、卢曼、考夫曼)的思想成就作了梳理和概括,并对同一时期国际范围内的法哲学(如L. 富勒、H. L. A. 哈特等人的思想)的进展作了对比研究。文章对“二战”以后德国法哲学界讨论的8个有代表性的前沿问题作了介绍和评论:(1)“法与存在”;(2)“法与事物的性质”;(3)法的“实在”与“应在”;(4)法与道德;(5)合理性与合法性;(6)法与人类形象;(7)法与语言;(8)实践理性与法律论证理论。此外,文章具体考证了“法哲学”名称的由来,德国法哲学课程设置的历史沿革,法哲学与“法学理论”、“法社会学”、“法律教义学”、“法学方法论”、“法律政策学”等学科之间的联系、区别,对德国当代法哲学课程设置的面临的问题进行了分析。自2001年起,舒国滢教授开始翻译德国当代法学理论,尤其是在介译拉德布鲁赫著作及其相关研究方面用力最勤,相继移译出版拉德布鲁赫的《法律智慧警句集》(2001年)和考夫曼的《拉德布鲁赫传》(2004年),受到日本学者关注。他在法律论证理论和法学方法论方面的研究也用心投力,2002年翻译出版德国当代法哲学家罗伯特·阿列克西的《法律论证理论》,2009年翻译出版埃利希的《法社会学原理》,填补了德语法学文献翻译上的一项空白。

法律原则适用的困境

——方法论视角的四个追问

法律原则的适用是当代法哲学家们讨论的热点问题之一,也是法律实证主义理论和新自然法理论争论的焦点。应当说,我国法学家对国际法哲学界的一系列争论所做的反应总体上显得较为迟缓。不过,近年来,国内的法院在司法实践中已经面临着“法律原则如何适用?”的难题,四川泸州法院对“张学英诉蒋伦芳案”的判决(运用《民法通则》第7条之“公序良俗”原则认定黄某书面遗赠无效)引发报章广泛的讨论,这迫切需要法学理论界对该问题进行思考,做出更合理的、更具有学理性的解释。否则,实务界就不能得到法学之智识和技术上的支持。那么,法官就会滥用自由裁量权,这将对我国现行法律秩序的安定性和法律适用的统一性造成损害,且无端增添未来司法改革的成本,加大建构良性的司法传统的难度。兹事体大,不可不察。

一、法律原则是否属于法律规范?

法律原则与法律规则之间的不同早已为法学者们所关注。其中,学者们最有价值的研究,是对两者适用范围和适用方式之差异的发现。学者们看到:在适用范围上,法律规则由于内容具体明确,它们只适用于某一类型的行为。而法律原则对人的行为及其条件有更大的覆盖面和抽象性,它们是对从社会生活或社会关系中概括出来的某一类行为、某一法律部门甚或全部法律体系均通用的价值准则,具有宏观的指导性,其适用范围比法律规则宽广。在适用方式上,法律规则是以“全有或全无的方式”(all-or-nothing fashion)应用于个案

当中的:如果一条规则所规定的事实是既定的,那么,或者这条规则是有效的,在这种情况下,必须接受该规则所提供的解决办法,或者该规则是无效的,在这种情况下,该规则对裁决不起任何作用^①。而法律原则的适用则有所不同,它不是以“全有或全无的方式”应用于个案当中的,因为不同的法律原则是具有不同的“强度”(weight,分量)的,而且这些不同强度的原则甚至冲突的原则都可能存在于一部法律之中。

正是由于法律原则具有上面的特性,它属不属于正式的法律规范就成为争论的问题。坚持“唯有规则方属于规范”的学者否认原则具有法律规范的属性,在他们看来,规则穷尽了规范的内涵和外延,法律规范(legal norm)体系就是法律规则(legal rule)体系,两个概念通用,而且常常不过是同一用语的不同表达而已。与此相反,持“原则亦属规范”的学者不同意将规范作狭义的理解,更不赞成将“规范”与“规则”完全等同。因为若规范等于规则,法律规范就完全变成了刚性的规则体系了,这种理解在实践上缺乏证明力和解释力(“疑难案件”的存在证明规则具有“违反计划之圆满性的漏洞”),而且可能产生消极的法律适用后果(例如,坚持严格规则主义,很可能牺牲“个案正义”)。

如果我们暂时采取后一种立场,也许可以把要讨论的主题进一步推展下去,否则只好中断争论。所以,我们权且把法律规范看作法律规则和法律原则的上位概念,将国家通过制定或认可形成的一般行为规范,统称为法律规范。其不仅包含法律规则,也包含法律原

^① 美国法理学家德沃金(Dworkin)在说明这一点时,曾举棒球规则的例子:在棒球比赛中,击球手若对投球手所投的球三次都未击中则必须出局。裁判员不能一方面承认三击不中者出局的规则有效,另一方面又不判三击不中者出局。这种矛盾在规则的情况下是不允许的。见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第43页。

则。法律规则是采取一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应的法律后果的行为规范。法律原则是为法律规则提供某种基础或根源的综合性的、指导性的价值准则或规范,是法律诉讼、法律程序和法律裁决的确认规范。自然,这样简化的结论肯定不太令人满意,但它并非是最难以论证的问题。

其实,公共政策或国家政策与法律原则之间的关系,才更需要说明。我们经常在法学上将某些公共政策或国家政策也称为法律原则,如我国宪法中规定的“依法治国,建设社会主义法治国家”的原则,“国家实行社会主义市场经济”的原则,婚姻法中“实行计划生育”的原则,等等。它们与所谓“公理性原则”(如法律平等原则、诚实信用原则、等价有偿原则、无罪推定原则、罪刑法定原则等)相提并论。然而,政策到底能否视为原则,这关系到我们如何看待法律原则。无疑,任何公共政策或国家政策都包含一定的价值,其中甚至隐含着某些公理性价值,但政策毕竟不是公理。若认为原则是由法律原理(法理)构成的,是由法律上之事理推导出来的,那么带有规划性和功利目标的政策显然不完全符合这个标准。所以,严格地说,原则与政策有别。但人们一定要把政策称为原则,那只是不严格地使用“原则”罢了。在法律适用上,两者作为推论的条件还是应当加以区分的。

二、怎样看待实定的法律原则与非实定的法律原则?

这里,我们首先遇到了一个哲学问题:法律原则是一种客观精神,还是一种主观精神,抑或两者兼有?假如我们站在黑格尔哲学的角度,把法律原则看作是客观精神与主观精神的统一,那么这种统一并非是纯粹逻辑的、直接的过程,其中包含着诸多差异的实现过程或现实性环节。从本体论讲,法律原则首先是一种客观精神,人类的整体或个体如何分有这些客观精神,转化为主观精神却有形式上和时间上的差别。换言之,人类并非在某个瞬间同时完全认识了所有的