

<<法律的断章>>

图书基本信息

书名：<<法律的断章>>

13位ISBN编号：9787516203453

10位ISBN编号：7516203459

出版时间：2013-5

出版时间：中国民主法制出版社有限公司

作者：吴情树

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<法律的断章>>

前言

序一陈兴良吴情树的学术随笔集《法律的断章》即将由中国民主法制出版社付梓出版，3月初作者来电嘱我为其作序，我答应下来，未及动笔。

3月10日到3月16日我到台湾政治大学参加了一个刑法研讨会，从金门返回厦门，在厦门大学法学院办一场讲座。

正好与在距离厦门不远的泉州的华侨大学法学院任教的吴情树见了面。

虽然我与吴情树见面不多，但我经常通过法律博客获知吴情树的学术动态，也算是间接地了解吴情树的个人情况。

这次见面，又增加了一些感性认识。

对作者的深入了解，才能更好地理解其作品。

当然，这也并不是说吃了一个好鸡蛋，一定要拜见那只生蛋的老母鸡。

对于写序来说，对作者的更多了解是更为必要的。

吴情树的大作取名为“法律的断章”，“断章”一词似乎容易引起误解，其中最大的误解是断章取义，而断章取义被认为是一个贬义词。

其实，“断章”是中性词，其贬义出自“取义”。

断章是指一篇文章的一个段落、一首诗词的一个联句。

著名诗人卞之琳写过一首广为流传的诗，其题目就是《断章》：“你站在桥上看风景，看风景的人在楼上看你。

明月装饰了你的窗子，你装饰了别人的梦。

”在吴情树的这本书中，断章是指短文随笔，以此区别于长篇论文。

在当前我国学术界，逐渐兴起一种文体：学术随笔。

本书大体上就是这种所谓的学术随笔。

钱锺书先生在《窗》一文中曾经幽默地说：“偏见可以说是思想的放假。

”仿照这句话的句式，我们也可以说：“随笔可以说是论文的放假。

”在论文写作之余，信笔随思地写些随笔，也可以说是一种放松之道。

当然，学术随笔也不是那么好写的，除了文思之外还要有好的文笔。

更为重要的是，还要有一颗文人之心。

好的学者应该是诗人，具有诗人的气质与禀赋，这是我在周少华所著的《刑法理性与规范技术——刑法功能的发生机理》（中国法制出版社2007年版）一书的序中所言。

其实，好的学者不仅应当具有诗人的气质，而且应当具有文人的情怀。

论文更多的是需要哲思，而随笔则更多的是需要文心。

从吴情树的随笔来看，还是可以感觉到他在知人论世当中，具有某种悲天悯人的笔触。

在《法律的断章》一书中，有些篇章论及刑法以及更加开阔一些说是法治的内容，这些文字具有一定的专业性，因为是在报刊上发表的，也在一定程度上照顾了普通读者的知识面，因此读起来并不觉得生涩。

例如，在《从〈律政俏佳人〉看刑事法庭的布局》一文中，作者从一部美国电影的法庭布局出发，看出其中蕴含的无罪推定的思想，并由此对比中国的刑事法庭，读出了其中蕴含的有罪推定的思想。

这里表现了作者的法律敏感性。

对此，我也是颇有同感的。

虽然我没有看过《律政俏佳人》这部电影，但从美国其他电影也观察到其刑事法庭的布置确实与我国存在根本差别。

此外，《港剧细节中的香港法治》一文也从港剧中阅读香港的法治精神，同样具有启迪意义。

香港的法庭剧在我国内地十分流行，以至于在很大程度上塑造了我国公众对于法庭审理的理想模型。

我国某些影视作品在描写我国法庭审理情形的时候，也不自觉地模仿了港剧的庭审形式。

其实，法庭布置和庭审形式都是法治精神的特殊呈现，反映了一个特定司法区域的法治状况。

吴情树的这些短文虽然是从影视作品谈起，但对于理解法治精神是具有助益的。

<<法律的断章>>

在《法律的断章》一书中，有些篇章还论及一些基本的法治理念，由此可以看出吴情树对于法治的理解，这也是本书中具有思想性的一些内容，可谓开卷有益。

例如，法律教条主义与法律虚无主义，就是本书多次涉及的一个问题。

这个问题，在刑法中，尤其是在实行罪刑法定主义的情况下，具有特殊的意义。

法律教条主义与法律虚无主义都是我们所要反对的，对此并无异议。

但是，何者是我们当前反对的重点，却是值得重视的一个问题，它涉及刑法的价值选择。

在《法律教条主义是实现法治的大碍》一文中，吴情树将法律教条主义作为法治的大敌，由此而倾向于对刑法进行实质解释，指出：“在解释刑法条文的时候，不能局限于刑法规定的那些用语，而是要探究刑法规范的目的，寻找事物的本质，通过解释的方式，将相同或者相类似的案件事实尽量囊括到刑法规范当中，最大限度地弥补刑法上的漏洞。

”但在《实质解释还是形式解释》一文中，吴情树又把法律虚无主义当做反对的重点，由此而倾向于对刑法进行形式解释，指出：“与其让司法可能会陷入法律虚无主义的危险，还不如坚持法律教条主义，严格恪守规则，这对于培育司法人员和国民的法治规则意识更有好处，这就要求强调形式解释论，大力弘扬规则功利主义，提倡形式犯罪论和形式刑法观。

”以上论述之间似乎是存在矛盾的，不过，由于前文发表于《检察日报》2008年11月12日，而后文发表于《检察日报》2011年6月9日，因此，我更愿意将这种观点的前后不同，视为是思想的某种转变。

站在我的立场上，当然是十分欢迎吴情树的这种思想转变的。

其实，每个人都存在这种学术观点的转变。

只不过当把这些前后发表的短文编辑在一起的时候，这种观点的转变就会以一种更为极端的方式呈现出来而已。

在《法律的断章》一书中，有些篇章论及某些人物，大多是学者，其中既有外国人也有中国人。

本书两篇文章论及德国著名刑法学家雅科布斯，对雅科布斯的刑法思想作了系统介绍，尤其是对雅科布斯敌人刑法的学术观点作了评论。

雅科布斯是一名思想特色极为鲜明的德国学者，其敌人刑法的思想在我国亦产生了较大的影响：当然是反对者众而赞同者寡。

吴情树以《“敌人刑法”能走多远》为题目，也可以看出他对雅科布斯的敌人刑法理论是持一种怀疑态度的。

尽管如此，吴情树还是品味到雅科布斯教授敌人刑法理论中的合理内核：“为诠释犯罪与刑罚之间的关系提供了另外一种指导理念。

比如为我国保留和适用死刑提供了一个崭新的研究视角，也为我国死刑存在的正当性提供了某种解释根据。

”这一评论还是具有一定道理的。

在故意杀人罪的死刑适用中，司法解释一再强调要区分因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾引发的故意杀人犯罪与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪之间的界限，甚至提高到两种不同性质的故意杀人罪的程度，这对于限制死刑适用是具有重要意义的。

而这里的死刑主要适用于严重危害社会治安的故意杀人犯罪，确实可以发现雅科布斯的敌人刑法的身影。

本书还提到了两位中国学者：一位是吴情树的恩师马克昌教授，另一位是北京大学法学院的储槐植教授。

对于马克昌教授，吴情树满怀情感。

收入本书的大多是千字短文，唯独怀念马克昌教授的《永远的先生马克昌》一文长达万言，是本书中篇幅最大的一篇文章。

该文以饱蘸思念之情的笔触，细致地刻画了吴情树心目中与记忆中的马克昌教授的生动形象，令人唏嘘。

吴情树写储槐植教授的文章也令人感动，储槐植教授在读了吴情树发表在报刊上的一篇文章以后，给素不相识的吴情树写来一封信，这当然是一封亲笔信。

可以想象，吴情树接到这封信时的激动心情。

<<法律的断章>>

吴情树与储槐植教授之间的笔墨往来，可以看做是一种学者之间的情感交往，而不仅仅是学术观点的交流。

虽然吴情树与储槐植教授之间年龄相差甚远，但这并不妨碍他们之间的心灵沟通。

这也可以看做是我国年老一辈刑法学者与年青一代刑法学人之间思想传递的一段佳话，值得作为我们这一代刑法学人的集体记忆而珍藏。

更有意思的是，在《法律的断章》一书中还论及我。

《陈兴良教授的学术轨迹》一文，是对我的学术思想的描述之作。

因为说到我，所以可以援引“鞋合不合适，脚最知道”的逻辑，我本人是最有发言权的。

对于我的学术轨迹，我自己在各种场合都作过一些描述，当然近些年来我所出版的著作可以看做是我的学术道路上的脚印。

吴情树对我的学术轨迹的描述也是较为切合我的实际状况的，例如对我的多次学术转向的概括也是我所认同的。

更值得一提的是，在该文的结语中，吴情树指出：“在未来的日子，陈兴良教授的学术研究又会转向何方呢？

值得大家关注和期待。

”这些话好像是一根鼓励的鞭子，促使我在学术的道路上前行。

我可做不到“马不扬鞭自奋蹄”。

《法律的断章》是吴情树的“闲言碎语”，尽管可读，但我还是更期待吴情树的高头讲章早日问世。

此是期许，彼时期盼。

是为序。

<<法律的断章>>

内容概要

《法律的断章》分为五辑：第一辑为“闲庭法治”，这部分内容主要为作者在报刊上发表的法学随笔，如《“我们”的法学从何处来》、《法学与医学的和谐交响》、《港剧细节中的香港法治》等。第二辑为“缘法深思”，主要是作者基于自身的刑法学专业而对我国刑法制度和法律制度具体而微的思考，体现了一个刑法学者的专业素养和扎实的理论功底。如《修法后应公布完整的新法文本》、《刑法修正当心走进误区》、《刑法修正的权限之辨》等。第三辑为“佳作品茗”，作者除了品读著作之外，还描绘了与所品著作的作者的交往经历，读来生动有趣。如《陈兴良教授的学术轨迹》、《行走在理论与现实之间》、《放宽刑法的视界》等。第四辑为“问路法学”，这部分内容主要是作者身为法学院的一名教师在教书育人过程中对法学教育的理解和感悟，其中有对“我国法学教育的未来”这样的宏观思考，也有对“刑法学教学方法之我见”“刑法学习的基本方法”等具体问题的探讨。第五辑为“驻足情深”，这部分内容是作者对师长和母校的深情怀念，文章真诚质朴、感人至深，其中包括《母校的牵挂》、《他，改变了我的人生走向》、《储槐植先生给我一封亲笔信》、《永远的先生马克昌》、《追忆马克昌先生来福建的日子》等。

<<法律的断章>>

作者简介

吴情树，1976年生于福建省安溪县，华侨大学法学院副教授，福建天衡联合（泉州）律师事务所律师。先后就读于西北政法大学、中国人民大学、武汉大学，分别获得法学学士、法学硕士、法学博士学位。主要从事刑法学的教学、研究工作，先后在《法学》、《政治与法律》、《中国刑事法杂志》、《刑事法评论》、《刑法论丛》等刊物上发表学术论文四十余篇，其中多篇被《人大复印报刊资料》转载；在《南方周末》、《检察日报》、《人民法院报》、《法制日报》、《人民检察》等报刊上发表法学随笔近五十篇，在正义网法律博客上开设有博客“清源论法”。

<<法律的断章>>

书籍目录

第一辑闲庭法治 “我们”的法学从何处来 法学与医学的和谐交响 保持对法律的敬畏感 形式法治与实质法治 法治建设中的两个“反对” 法律教条主义是实现法治的大碍 法治政府建设指标中的核心指数 法律应该给爱留出一片天空 警惕变通：规则是如何变形的 从影像中的刑事审判看刑事司法 从《律政俏佳人》看刑事法庭的布局 法官自由裁量权行使的三重制约 为“无盾立法”装上锋利的“牙齿” 抢救危急患者不需要签字的法理 请善意对待侵权责任法 “韩德强打人事件”的法律透视 那温润的濠江剪影 从一离婚案庭审观澳门法治 港剧细节中的香港法治 第二辑缘法深思 纪念罪刑法定原则传人中国100年 修法后应公布完整的新法文本 刑法修正当心走进误区 刑法修正的权限之辨 实质解释还是形式解释 刑法契约化中的刑事法治 雅科布斯的刑法思想 “敌人刑法”能走多远 许霆案：民主解释法律的预演 司法解释过度化的隐忧 法条竞合适用原则的准确表述 刑法第6条中“本法”有多种含义 正反统一：构建犯罪论体系的主导思维 义务犯：诠释犯罪的一个独特视角 死刑杂谈 量刑程序中有必要引进处断刑的概念 特赦，我们准备好了吗 “拐卖人口罪”应当恢复 绑架罪的停止形态与“情节较轻”之关系 非法经营罪司法适用数额标准应统一 利用影响力交易罪中，行贿行为能否入罪 刑事被害人的代理人中，“被害人”应作何种解释 第三辑佳作品茗 陈兴良教授的学术轨迹 一部开创正当行为系统化研究的著作 犯罪构成与正当行为的一体化研究 回归中国，重视中国 以关联的视角看刑事正义 行走在理论与现实之间 放宽刑法的视界 断案要汲取古代司法的智慧 环境侵权的救济之路在何方 第四辑问路法学 我国法学教育的未来走向 刑法学教学方法之我见 刑法学习的基本方法 认真对待司法考试 司法考试改革应向何处去 如何讲授外国刑法学 法学教育的点滴思考 第五辑驻足情深 母校的牵挂 他，改变了我的走向 储槐植先生给我一封亲笔信 永远的先生马克昌 追忆马克昌先生来福建的日子 忆来华大任教的经历 在法学院2012级在职法律硕士开学典礼上的发言 后记

<<法律的断章>>

章节摘录

版权页：例如，我国台湾地区“医疗法”就明确豁免了医疗机构取得同意的义务，其第46条规定：医院实施手术时，应取得病人或其配偶、亲属或关系人的同意，签具手术同意书及麻醉同意书；在签具之前医师应向本人或本人的配偶、亲属或关系人说明手术原因，手术成功率及可能能发生之并发症及危险，在其同意下，始得为之。

但如情况紧急，不在此限。

那么，这种制度设计背后的法理依据是什么？

在学术界则存在着争议，有学者基于生命权至上的理论来解释这一规定的正当性。

他们认为，这是人的生命权与患者的自我决定权之间发生冲突之下的价值选择。

当患者遇到危急情况需要及时抢救的时候，不仅不需要患者的知情同意，也不需要患者家属的知情同意，为了保障患者的生命安全，可以牺牲患者的自我决定权，医院和医生可以在不经同意的情况下径行实施抢救。

而有学者认为，患者的生命权与自我决定权都是人格权的重要组成部分，都是病人固有的基本权利，因此，取得患者或者家属同意的义务与抢救义务都构成了对病人基本权利的全面保护，二者具有不同的价值取向，不构成义务冲突，也不存在患者生命权与自我决定权之间的冲突。

因为即使是无法取得病人本人之实在同意的紧急治疗，其医疗行为中手术行为的正当化根据也是推定的承诺，其本质仍然是对病人的意思自主（自我决定权）的尊重，只是看立法上对推定病人的意思如何选择与立法表达。

笔者更赞同第二种解释理路，因为人的生命权与自我决定权都是人权的重要组成部分，二者不存在孰优先的问题，不能说为了患者的生命就可以不尊重患者的意思表示。

况且，权利之间是否存在冲突也是一个需要争论的问题，或者说，权利冲突的命题是不是一个伪命题也是值得我们研究的。

在这种情况下，我们宁愿将这种为了抢救危急患者的行为看做不仅是为了保障患者的生命安全，更是对患者真实意思的一种推定承诺。

也就是说，当患者处于危急情况需要及时抢救，而不需要签字的行为可以推定是患者本人的意思表示。

就如民法中的“无因管理”可以看做是受益者本人的真实意思表示，其本质仍然是患者自我决定权的体现。

<<法律的断章>>

编辑推荐

《法律的断章》出自于新月派诗人卞之琳一首非常著名的诗《断章》（你站在桥上看风景，看风景的人在楼上看你。

明月装饰了你的窗子，你装饰了别人的梦），法律本是一门枯燥的学问，但法律与诗歌的结合，让《法律的断章》有了美感和诗意。

《法律的断章》的大部分文章为作者近几年在《南方周末》、《法制日报》、《检察日报》、《人民法院报》等报刊上发表的文章的合集，其中收录的部分文章系作者首次发表。

《法律的断章》为“独角札丛”系列推出的又一新作，北京大学法学院陈兴良教授和中国社会科学院法学研究所刑法研究室主任刘仁文教授分别为《法律的断章》作序。

陈兴良教授在序言中写道：“好的学者不仅应当具有诗人的气质，而且应当具有文人的情怀。

论文更多的是需要哲思，而随笔则更多的是需要文心。

从吴情树的随笔来看，还是可以感觉到他在知人论世当中，具有某种悲天悯人的笔触。

”刘仁文教授对《法律的断章》评论道：“在我翻阅情树的这本集子，里面不少文章令我惊喜，有的颇具学术高度和问题意识，有的闪亮着思想的火花和文字的美丽，还有的让我看到他追求美好人格的人生境界。

”

<<法律的断章>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介, 请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>