

大 学 生
撰写毕业论文参考书

法 学 卷

法理学·宪法学·民商法学·民事诉讼法学·
刑法学·刑事诉讼法学·经济法学·行政法学

主 编 熊跃敏

沈 阳 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

大学生撰写毕业论文参考书. 法学卷 / 熊跃敏主编.
沈阳: 沈阳出版社, 2004. 4
ISBN 7-5441-2466-5

I. 大... II. 熊... III. 法学-毕业论文-写作-高等学校-教学参考资料 IV. G642.477

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 031601 号

目 录

第一部分 毕业论文写作指导	1
一、撰写毕业论文的目的与基本要求	1
二、毕业论文的写作步骤	2
三、毕业论文的基本结构	5
第二部分 法理学	7
一、理论前沿	7
二、资料汇集	11
三、优秀论文选读	23
论我国立法程序的完善	23
论权利推定	28
全球化:当代中国法治化的历史新境界	34
知识经济与法制创新的理论研究与实践应对 ——兼评《知识经济与法制创新》	41
四、论文题目举荐	44
五、进一步阅读	45
第三部分 宪法学	46
一、理论前沿	46
二、资料汇集	48
三、优秀论文选读	57
公民权利国家权力对立统一关系论纲	57
论我国宪法关于公民基本权利的限制规定	64
四、论文题目举荐	69
五、进一步阅读	69
第四部分 民商法学	71
一、理论前沿	71
二、资料汇集	81
三、优秀论文选读	107

我国新合同法中的表见代理制度评析	107
我国动产担保登记制度的缺陷与完善	112
论权利抵押权	117
论善意取得制度	122
效率违约的价值评析——对我国合同法第110条的再思考	126
论服务质量侵权责任	129
公司设立制度研究	134
独立董事制度研究	140
四、论文题目举荐	145
五、进一步阅读	146
第五部分 经济法学	148
一、理论前沿	148
二、资料汇集	154
三、优秀论文选读	182
宏观调控法论纲	182
中国公司法之构造缺陷及克服	191
论企业法人越权与法定代表人越权	200
论欧元流通与我国涉外经济法的调整	204
四、论文题目举荐	210
五、进一步阅读	210
第六部分 行政法学	211
一、理论前沿	211
二、资料汇集	216
三、优秀论文选读	227
事业单位的若干法律问题	227
论隐私权与知情权的冲突	232
论行政程序中的卷宗阅览权	238
行政判例制度研究	244
四、论文题目举荐	249
五、进一步阅读	249
第七部分 民事诉讼法学	251
一、理论前沿	251
二、资料汇集	255
三、优秀论文选读	270
论我国民事诉讼证明责任分配的一般原则	270
一事不再理原则重述	278
民事诉讼管辖权异议的程序问题	283

论无独立请求的第三人	287
四、论文题目举荐	291
五、进一步阅读	292
第八部分 刑法学	294
一、理论前沿	294
二、资料汇集	302
三、优秀论文选读	325
社会危害性与刑事违法性关系新论	325
刑法解释的主体	331
论片面共犯的理论基础	336
论不真正不作为犯的构成要件类型及其适用	340
论单位犯罪的刑事责任	348
环境刑法价值理念的重构——兼论西部开发中的环境刑法思想	353
四、论文题目举荐	358
五、进一步阅读	360
第九部分 刑事诉讼法	361
一、理论前沿	361
二、资料汇集	365
三、优秀论文选读	378
论犯罪嫌疑人的诉讼主体地位	378
刑事诉讼程序启动研究	
——对我国现行立案制度的质疑	386
刑事二审“全面审查原则”的理性反思	392
四、论文题目举荐	397
五、进一步阅读	397

第一部分

毕业论文写作指导

一、撰写毕业论文的目的与基本要求

(一)撰写毕业论文的目的

学位论文是为申请一定的学位而撰写的论文,是衡量作者是否达到一定学术水平的重要标志。学位论文分为学士论文、硕士论文和博士论文3种,学位论文通过评审与答辩合格后才能取得相应的学位。不同层次的学位论文对作者有不同的要求。学士论文是大学本科毕业前夕的一次综合性练习,《中华人民共和国学位条例》第四条对此提出了这样的要求:第一,较好地掌握本学科的基础理论、专门知识和基本技能;第二,具有从事科学研究工作或担负专门技术工作的初步能力。通过撰写毕业论文,训练学生综合运用所学专业理论分析问题和解决问题的能力,考核学生专业学习成绩,培养学生在科研选题、查阅和搜集资料、调查研究、分析和论证问题以及文字表达等方面的能力,为将来从事科学研究打基础。

(二)撰写毕业论文的基本要求

第一,坚持理论联系实际。撰写毕业论文必须坚持理论联系实际的原则。理论来源于实践,又反作用于实践。科学的理论对实践有指导作用,能通过人们的实践活动转化为巨大的物质力量。科学研究的任务就在于揭示事物运动的规律性,并用这种规律性的认识指导人们的实践,推动社会的进步和发展。因此,毕业论文在选题和观点上都必须注重联系实际,密切注视社会实践的新情况、新问题。

第二,具有科学性。科学性是指文章的基本观点和内容能够反映事物发展的客观规律。科学性要求观点正确、材料真实、论证较为严密等。文章的基本观点必须是从对具体材料的分析研究中产生出来,而不是主观臆想出来的。科学研究作用就在于揭示规律,探索真理,为人们认识世界和改造世界开拓前进的道路。判断一篇论文有无价值或价值之大小,首先是看文章观点和内容的科学性如何。

第三,具有创新性。毕业论文的创新是其价值所在。文章的创新性,一般来说,就是要求

不能简单地重复前人的观点,而必须有自己的独立见解。创新性主要表现在选择的课题新,研究的方法新,展示的角度新,取得的成果新等。学术论文之所以要有创新性,这是由科学研究的目的决定的。从根本上说,人们进行科学研究就是为了认识那些尚未被人们认识的领域,学术论文的写作则是研究成果的文字表述。因此,研究和写作过程本身就是一种创造性活动。从这个意义上说,学术论文如果毫无创造性,就不成其为科学研究,因而也不能称之为学术论文。毕业论文虽然着眼于对学生科学研究能力的基本训练,但创造性仍是其着力强调的一项基本要求。当然,不同层次的学位论文对创新性的要求有很大的差异。就撰写学士论文而言,能对某一重要专业理论问题的观点进行系统的整理,并加以严谨的阐述,也可以说是在学术上的一个贡献,具有一定的学术价值。

第四,论据要翔实。首先,论据要充分。一篇优秀的毕业论文必须要有充分、翔实的论据材料作为支持。毕业论文必须以大量的论据材料作为自己观点形成的基础和确立的支柱。要使自己的观点能够得到别人的承认,就必须有大量的、充分的、有说服力的理由来证实自己观点的正确。其次,论据要运用得当。要注意论据的新颖性、典型性、代表性,更重要的是考虑其能否有力地阐述观点。再次,论据要正确。毕业论文中引用的材料,必须正确可靠,经得起推敲和验证,即论据的正确性。具体要求是,所引用的材料必须经过反复证实,做到准确无误。

第五,论证要严密。论证是用论据证明论点的方法和过程。毕业论文是以逻辑思维为主的文章样式,它诉诸理解大量运用科学的语体,通过概念、判断、推理来反映事物的本质或规律,从已知推测未知,各种毕业论文都是采用这种思维形式。只有论证严密、富有逻辑性,才能使文章具有说服力。从文章全局来说,作者提出问题、分析问题和解决问题,要符合客观事物的规律,符合人们对客观事物认识的程序,使人们的逻辑程序和认识程序统一起来,全篇形成一个逻辑整体。从局部来说,对于某一问题的分析,某一现象的解释,要体现出较为完整的概念、判断、推理的过程。要使论证严密,富有逻辑性,必须做到概念判断准确,这是逻辑推理的前提;同时还要求有层次、有条理地阐明对客观事物的认识过程;要以论为纲,虚实结合,反映出从“实”到“虚”,从“事”到“理”,即由感性认识上升到理性认识的飞跃过程。

二、毕业论文的写作步骤

毕业论文的写作通常包括选题、搜集与整理资料、确定提纲、撰写初稿与修改定稿等步骤。

(一)选题

选题,是指在对现有的大量资料进行分析研究的基础上,提出问题,确定论文写作的范围和方向。选题是写作论文的起点。选题是否适当,直接反映学生的科研水平,从一定意义上说,决定论文质量的高低,甚至关系到论文的成败。选题得当,可以激发学生的科研热情,充分发挥学生的专长,取得理想的效果。选题不当,也可能会重复前人的劳动,甚至导致论文失败。所以,应该重视论文写作关键性的选题工作。

选题的时机因学生个人情况而有所不同,不能一概而论。按照高等院校本科教学计划的安排,本科生的选题一般在四年级下学期初开始。在此期间,大学生已经学完了本科的基本课程并有了较全面的专业基础知识。本科生的选题可由教师提出范围,供同学们选择;也可以由同学自己拟题,然后再与指导教师商量。学生在确定论文题目时,应注意以下几个问题:

首先,选题要了解学术动态。这是选题的第一步。把握学术动态,就是要了解本学科的研究历史及现状,掌握本学科过去已经进行了哪些研究,取得了哪些成果;本学科发展的新动向、新问题是什么,现在有无研究,若有人研究进展如何,有无新的发展或结论,通过写论文能否取得新的理论突破等等,都要做到心中有数,以便确定自己的研究范围和方向。

其次,选题要具有理论与实践意义。法学研究通常包括理论性课题与实践性课题两大方向,学生在选题时应注重理论与实践的结合。选择基础理论课题,应考察其对法律实务的指导作用;偏重于实务问题研究,也应阐述学理依据。

再次,选题要具有可行性。即选题要符合主客观条件,量力而行。学生在选题时应综合考虑三个因素:一是要有充足的资料来源。“巧妇难为无米之炊”,在缺少资料的情况下,是很难写出高质量的论文的。选择一个具有丰富资料来源的课题,对课题深入研究与开展很有帮助。二是要有浓厚的研究兴趣,选择自己感兴趣的课题,可以激发自己研究的热情,调动自己的主动性和积极性,能够以专心、细心、恒心和耐心的积极心态去完成。三是要能结合发挥自己的专长。选择那些能发挥自己业务专长的课题,对顺利完成课题的研究大有益处。

最后,选题要具有合理性。这里的合理性主要指选题要难易适中、大小恰当。每一个论题都有3级,一级论题较宽,二级论题有所收缩,三级论题比较具体。三级论题较适合一般论文的写作,学士论文应选择这种经过了“三级收缩”的具体论题。初学者选题切忌贪大求全,而应小题大作,这样容易把握,也便于发挥。

总之,大学生在确定论文题目时,应考虑以上四个因素,根据自己的实际,选择有一定难度,但经过努力便可以成功的题目。

(二)搜集与整理资料

论题选定后,研究的目的和方向就明确了,这时就要围绕选题有计划地展开资料的搜集与整理工作。搜集资料和整理资料的过程,实质上也是对论题学习与研究的继续和深入。搜集资料要始终围绕选定的论文题目进行。丰富的资料是写好论文的的必要条件和源泉,论文的观点,最终靠新颖确凿的材料支撑。搜集资料应注意以下几个问题:

第一,搜集资料应全面,有重点。所谓全面是指应搜集和掌握与专题论文有关的所有资料,包括各种不同的学术观点或跨学科的有关资料,这样可以扩充视野,便于研究和选用。工夫下到了,写论文自然就有了坚实的基础。所谓有重点,就是要在广泛搜集的基础上突出重点,分清资料的主与次、重与轻、精与粗、新与旧等,对次要的、一般性的资料,以略读、速读的方式把握其要领,对重点的资料则必须掌握,精心研读,领悟其精髓。例如,写民法学论文就应重点搜集有关:(1)民事立法资料;(2)民事司法资料;(3)国内外重要的民法学著作和学术论文;(4)社会调研资料。

第二,尽可能搜集第一手资料。搜集资料时应尽可能选择第一手原始资料,特别是对经

典著作、法律条文、重要数据资料的搜集更是如此,以免在转引二手资料过程中出现差错。否则,往往一字之差,谬之千里,势必会影响论文的准确性。

第三,对资料进行分类、整理与研读。要真正形成观点,使科研工作进入实质性阶段,还要在搜集工作基本完成后,对资料进行专门的研读整理、分析综合。论文是否有新意、有深度、有价值,取决于这关键的一步。对搜集到的资料应进行分类和整理,便于调度和使用,整理资料主要可采用两种方法:一是横向整理,根据材料的不同性质做分门别类的整理,这样,便于对同类性质的材料进行比较研究,揭示对象的性质;二是纵向整理,即按时间顺序排列资料,以便在动态的分析中把握研究对象,揭示其规律。也还可以按资料的重要程度,分为主要资料和次要资料等,研究者可以根据需要选用。也可以结合使用这些方法,通过这样的梳理,研读的脉络清晰了,可有助于研读的有序和高效。通过对资料的深入分析研究,对论题的认识渐趋明确,观点日见成熟,进而确立论点,并根据论点取舍材料、安排结构、着手撰写论文。

(三)确定论文提纲

当资料整理、研读完毕,主要论点大体确定后,就可以进入确定论文提纲阶段了。制定好论文提纲,是写好毕业论文的关键步骤。提纲是对研究课题的总体构思,论文的基本框架、整体结构、总论点及观点都应通过提纲反映出来。这便于写作者从整体、全局出发,通盘考虑文章内容,系统组织观点材料,形成一条明晰连贯的思路,勾勒出全文的逻辑体系、结构框架,并由此安排推敲文章的起承转合主次详略,下笔时全局在握,思路畅通,一气呵成。因此,要求作者在具体制定提纲时,首先应对论文的全部问题进行周密的思考,提出论点、论据,安排材料的取舍;力求使提纲在整体上体现论文题目的目的性。其次要从各个方面围绕主题来写提纲,既突出重点和主要内容,又适当地照顾全面。明确各部分在整篇论文中所占的比重及相互关系,使论文和题目紧扣起来。

学士论文的提纲应当写得详细一些,包括题目、基本论点、内容纲要,内容纲要通常应具备三个层次,列出比较具体的内容,一些地方关键性的话如何说,何时引用理论论据,哪里需要掌握事实论据,分析论证如何展开,采用何种论证方式,甚至何处总述、何处分说、上下如何衔接、前后怎么呼应等等,动笔前都尽可能地考虑周到,并在提纲中体现出来。初步的提纲撰写完毕后应请指导教师过目,与指导教师共同就文章观点、标题结构、顺序及逻辑性等关键问题进行研究和推敲,听取意见后反复修改,直至合理、完备并最终确定。

(四)撰写论文初稿与修改定稿

论文提纲写就后,即可以动手写论文初稿。写作阶段是作者对专题进行系统地深入研究阶段,是在原有基础上的升华,需要付出更为艰辛的劳动。在写作过程中,要注重以下几个问题。

第一,要学会运用资料。要根据提纲要求,对搜集到的资料去伪存真,去粗取精。在吸收他人成果的基础上提出自己的论点。现代人类的知识是在吸收前人知识的基础上形成和发展的,学术研究更是得益于前人积累的成果。在撰写论文时,合理吸收他人研究成果,把他人著作中的精华部分,通过分析、概括、提炼,用自己的话讲出来,使之更全面、更明确、更精练、更系统,这也是创造性劳动的体现。

第二,要独立思考,勇于提出新见解。写作中通过分析和研究学术资料就会发现,往往就同一问题的研究,会产生出几种不同甚至相反的学术观点。这就需要运用已掌握的专业知识,对众多学术观点逐一进行分析和归纳,并加以科学的总结。其结果通常会产生三种情况:一是同意别人的观点,自己又有新的观点、理由、证据或更好的论证方法,使原有学术观点更加丰富和完善;二是不同意别人的观点,提出自己的观点、论据,阐明自己观点的正确性;三是从不同的视角,不同的研究方法出发,对他人学术成果进行梳理并得出富有启发性的结论。

第三,要突出论文的主题。要使论文写得条理清晰、脉络分明,必须要使全文有一条贯穿线,这就是论文的主题。主题是一篇学术论文的精髓,它是体现作者的学术观点学术见解的。论文影响读者主要就是靠其主题来实现的。因此,下笔写论文时,应始终以自己的主题为中心,对重点要深入研究,选择与该主题有紧密联系的材料,突出重点,按照简要精练的原则,决定资料和观点的取舍。对于那些可写可不写、可引可不引的观点和资料,即使观点正确、资料珍贵也应一律割爱。这是保证论文质量的有效办法之一。

论文的初稿形成以后,应进一步修改、补充和润色,论文的修改应主要审查写作意图是否表达清楚,基本论点和分论点是否准确、明确,材料用得是否恰当、有说服力,材料的安排与论证是否有逻辑效果,大小段落的结构是否完整、衔接自然,句子词语是否正确妥当,文章是否合乎规范。在撰写论文的过程中,应将重点放在论文初稿的写作上,对论文的修改应是局部的改动,避免轻易改变基本论点与体系、结构,甚至推倒重来。因为毕业论文有时间限制,作大的改动将影响论文答辩的顺利进行。定稿后的毕业论文字数应在一万字左右。

综上所述,一篇学位论文从构思到完稿,一般都要经过选择题目,搜集、整理、研读资料,制定提纲,撰写初稿和修改定稿几个步骤。论文质量的高低与作者对每个阶段的把握程度有直接关系。一篇好的学位论文应当做到观点正确、有独创性、结构严谨、逻辑性强、层次清楚、引文正确、行文流畅,并具有一定的深度和广度。

三、毕业论文的基本结构

毕业论文通常包括标题、署名、摘要与关键词、正文、参考文献与注释等几大部分。

(一)标题。标题是对论文内容的高度概括。标题要求准确、简洁、醒目,恰如其分地表述论文的特定内容。

(二)署名。在标题下方中间署上作者的名字,以示文责自负及享有著作权。

(三)摘要与关键词。摘要是用简明扼要的文字对论文的主要内容加以介绍。其作用是帮助读者阅读全文之前掌握论文内容要点。撰写摘要须做到:1.文字简短、精练,一般为三百字左右;2.内容全面,要把论文的主要内容,做出全面、概括的介绍;3.重点突出,要把论文的最突出观点用凝练的语言概括出来;4.客观、准确,避免使用评价性的语言。关键词要体现论文的核心词语,一般为3~5个。

(四)正文。正文是学士论文的核心内容,包括绪论、本论、结论三大部分。

1. 绪论。绪论部分主要说明研究这一课题的理由、意义,要写得简洁。要明确、具体地提出所论述课题,有时要写些历史回顾和现状分析,本人将有哪些补充、纠正或发展,还要简单介绍论证方法。

2. 本论。本论部分是论文的主体,即表达作者的研究成果,主要阐述自己的观点及其论据。这部分要以充分有力的材料阐述观点,要准确把握文章内容的层次、大小段落间的内在联系。篇幅较长的论文常用推论式(即由此论点到彼论点逐层展开、步步深入的写法)和分论式(即把从属于基本论点的几个分论点并列起来,一个个分别加以论述)两者结合的方法。

3. 结论。结论部分是论文的归结收束部分,要写论证的结果,做到首尾一贯,同时要写对课题研究的展望,提及进一步探讨的问题或可能解决的途径等。

(五)参考文献与注释。参考文献即撰写论文过程中研读的一些文章或资料,要选择主要的列在文后。对于论文中引用已发表的文献中的观点、数据和材料等,都要对它们在文中出现的地方予以标明,并加以注释,学位论文的注释通常采用脚注方式,以便于核对与查阅。

第二部分

法 理 学

一、理论前沿

法理学在本世纪学术发展中初步展示了以广阔的视角,全球的视野,科学的精神,多元的方法来研究和审视法律问题的态势,在法制创新的主题下,全面展开了学术研究。

(一)法理学研究范畴厘清

在学术界大都认为法理学与法哲学可以不进行区分的情况下,有学者提出从学科的长远发展看,应对二者进行区分。学者从法理学和法哲学概念的缘由考察起,总结出法理学和法哲学的区别主要在狭义上。具体而言,1. 学科的性质不同;2. 研究的主体不同;3. 研究的对象不同;4. 研究的主要方法不同;5. 研究的主要目的不同。在此基础上,进一步论证了对这两个概念分之利大于弊。并提出对这两个概念作区分的初步设想。

有学者讨论了法律权利的概念,指出法律权利是在法律规则预设的条件实现的情况下,由代表着社会和国家的预约性意见的法律规则所承认的、一定的主体对某种行为的三种状态——做、暂时不做或永久放弃——作自由选择并付诸行动时,他人的不可阻碍、不可侵犯性,也即法律承认的主体行为的正当性。另有学者指出,权利是主体在谋取和实现利益的过程中所产生和拥有的并得到特定社会确认和保障的资源,义务是人们在特定社会中通过利益的反射所付出的成本,是以期望和信任关系为依托,并以规范化了的行为为表现的自我职责和社会职责的统一体。法律意义上的权利和义务就是这种一般意义上的权利和义务在法律领域里的特殊化和具体化。

有学者研究了法的确定性问题,认为法的确定性由法的外部确定性和内在确定性构成。法的外在确定性指法为人类提供秩序化、有序性的社会生活。它是法的功能所在,是法的首要价值。这是由资源稀缺这一事实所决定的。法的内在确定性指法的自身的确定性,包括法

作为社会规范以明确性、普遍性和强制性为特征,以及法以行为为对象。它是法的外在确定性得以实现的前提。另有学者认为法的模糊性是法的绝对属性,法的确定性只在相对意义上存在。

在法治的话语中,法律解释也愈来愈受到学者们的关注。有学者提出法律解释和解释法律是两个不同的概念。解释法律探求的是法律这一社会现象的根本性问题,使用哲学方法说明法律的过程,并以哲理性说明法律为目的,所以是一个哲学命题。而法律解释所针对的是具体规定,为法律实践提供可操作的具体标准,因此是一个法学命题。另有学者在区别法律解释和解释法律的前提下将法律解释定义为:法官按照法律的规范意旨和法律精神,运用法律思维方式,在法律适用过程中对与案件相关的法律和事实的意义所做的阐明。具有三个基本特征:合法性、循环性、创造性。

在对传统法理学基本范畴进行研究的同时,学者们拓展了一些较新的研究范围,如有学者讨论了法律需要的概念和相关问题,认为法律需要即人们基于对法律这种特殊社会调整措施的特征和功能的认知而运用法律来调整一定社会关系的期待和欲求。法律需要的生成经历了从个体到群体到国家,从群体之间竞争到兼具合意与暴力因素的协调的过程。有学者认为法律义务是主体应用采取的行为模式,并是引起偏离行为模式者的法律责任的正当理由。法律义务的要素由“应当+行为+引起法律责任的可能性”构成。有学者提出法律推理的大、小前提都是事实判断和价值判断的复合体,因而价值评价是由案件事实之“是”推出当事人之“应当”的逻辑中介;没有价值评价,就没有判决结论的证成。法律推理逻辑机制的正当理由是保护与社会公共利益相一致的当事人行为,当事人“能够”、“不得不”行为是法律推理逻辑机制的现实基础,而法律规范的“可普遍化性”是法律推理的逻辑根据,也是法律推理的基本公理。

(二)法理学研究的理论创新

法理学在拓展研究领域,理论创新环节中态势强劲:除了对一些原有的薄弱领域,如人权的法律保护;法学方法论;中西法律文化比较研究等进一步加强力度以外,对一些新的时代课题,如:基因工程与法律;可持续发展与法律;全球化和法律问题等都给予足够的重视。通过以法理学的高度对这些新的法律问题做出学理性分析,从而为部门法和我国的法制建设提供理论上的支持和制度创新的证成。

对于法治的理论研究与法治的实践均是受到学者高度关注的。结合我国实际,对于法制现代化的学理分析,更具有突出的现实意义。

有学者运用价值理性与工具理性、个人自由与国家权力两对范畴,对法治现代化的内涵及其在中国的形成条件作了考察,提出中国法治现代化的实现不仅取决于价值理性与工具理性在文化整体意义上的关联性建构,而且取决于个人自由与政府权力之间的张力对社会空间的互动性拓展。另有学者深入地分析了全球化对中国法制现代化的影响,提出当代中国法律发展的范式选择。认为应当对中国法制现代化进程中的外来冲击与内部取向这一矛盾关系进行辩证的思考,既要看到外部冲击对中国法制变革的影响,也要看到中国社会内部因

素才是推进中国法律发展的内在动力。

全球化的背景,对法理学来说既是机遇又是挑战,它为法理学的研究设置了更为广阔的学术背景的理论视窗。有学者辨析了法律全球化与法律国际化这一对比较容易被混淆的概念。法律国际化表征的是各国在法律上相互联系、彼此影响的程度。有学者指出,全球化问题是一个跨学科问题,法律与全球化研究不应该也不可能仅仅局限在法律范围之内。这些问题大致包括:法律与全球化的一般理论、全球化与国家主权、国际人权与国内法、世贸组织与中国法制等。有学者指出 WTO 是法律全球化的重要表现之一,而加入 WTO 对我国的法制建设的推动主要表现在如下方面:(1)入世加快了法律的技术和信息化。(2)入世加快了法律的职业化和法律的共同体化。(3)入世将推进中国法制的现代化。由入世而推进的法制改革包括:法律的市场化、法律的透明化、法律的一元化和法典化、司法审查制度的建立和健全。(4)入世推动中国法律的全球化。(5)入世加快了法学教育的全球化。

除对法律共同体、法律文化、法律移植等理论的研究外,关注法的实践运行,为具体制度运行和法律发展提供理论声援,也是学术研究的创新性体现,例如,对司法改革的研究中,有学者指出,以相对合理主义的态度看待司法改革,存在两个问题。其一,合理主义隐含一种宽容司法操作中“适度违法”想象的主张,在我国司法实践中大量存在远远超出“适度”范围的违法操作的情况下,有可能被用作为司法中的各种不规范行为辩护的理论依据。其二,相对合理主义给予不完全理性的实践者“低调哲学”的理论武器,是否会成为保护落后甚至辩护腐败的理论避风港,值得忧虑。也有学者针对目前法庭审判进行电视直播的改革措施指出,电视直播虽然有利于监督司法活动,防止司法腐败,但也存在严重干扰正常的审判活动的问题。法官、检察官、律师及当事人面对巨大的舆论和心理压力,其正常的思维活动及表达能力也会受到一定程度的影响,证人出庭难的问题将更加突出。

(三)法理学研究视角拓展

法理学研究视角拓展主要有嫁接其他学科的研究成果,进行多重视角的探讨,拓展了思路,开放了思维,例如有学者从哲学、美学、伦理学等角度对法治问题作了多方面的阐释。在《生活的场景与法治的向度》一文中提出,法治的精神意蕴即人们对法的信仰的培育,法治的规范与制度的良性运作,都是也只能是在现实的人的日常生活世界之中展开。因此,立足于现实的人的日常生活世界,关注现实的人的具体生活场景,乃是法治的真实路径与基本向度。在《法治与良知》一文中主张现代社会最基本的主体乃是个人、社会和国家(政府),法治的推行必须以这些基本的社会活动主体具备起码的良知为前提条件与人格保障。法治的昌明要求所有社会活动主体形成与法治的精神实质相一致的,基于法律并以对法律的忠诚为核心的法治良知,因此健全的良知是法治能够顺利地良性运作的社会心理基础。在《法治的审美旨趣与美学意境》一文中提出法治作为人的一种生活式样,反映并体现着现实的人自身的审美旨趣与美学意境。法治的审美旨趣在于寻找一种符合人性并体现情、理、法三者之统一的和谐秩序;由于人性之恶端永远无法消除,人的理性认识也是极其有限的,因此法治的美学意境只能是一种残缺的美,中国法治建设的关键乃是培育全社会健全的法治心态、法治人格与法治情感。

同时,借助国外研究成果,拓展法理学研究领域。有学者沿着韦伯的思路,梳理了法律和

司法的除魅过程。法律的除魅与宗教的除魅是一个相互交织的过程。论文从伊斯兰法的除魅与法的实质理性、罗马法的除魅与法的形式理性、普通法的除魅与法的技艺理性等角度展示了法的除魅过程。有学者则借助哈耶克的“扩展秩序”理论来描述和分析中国的法治进程。西方列强侵入中国的过程也是“法治东输”的过程。虽然中国在现代化之初失去了形成法治理念的机会和演进成法治社会的可能,当今中国仍然存在这种法治发生的元素,这种元素是原发性的,但又是不能为人所左右的。“怎样生活”的选择过程让我们路过法治,只是我国的法治不应该是人为的结果,而是自然演进的“扩展秩序”。

(四)法理学研究方法多元

法理学发展有赖于研究方法的更新、多元,这为法理学的成熟提供必要支持。社会学方法、系统方法、实证分析方法在法理学研究中均得以应用,呈现多元化的态势。

目前,有学者通过对20年来中国法学方法论的更新与演变作了宏观的考察,指出中国法学除了应继续重视学习与引进西方法学方法论之外,还应立足本国民族思维的特点,通过法学方法论的创新来构建原创性的法学理论,并最终使中国法学的传统、重构、解构、建构整合起来,使中国法学进一步走向成熟。

有学者提出语境论,并将其作为法律制度研究的一种进路和方法,这一进路坚持以法律制度和规则为关注中心。力求语境化(历史地)理解任何一种相对长期存在的法律制度、规则和历史正当性和合理性。反对以抽象的、所谓代表永恒价值的词语来评价法律制度和规则,把法律制度和规则看做在诸多相对稳定制约条件下对常规社会问题作出的一种比较经济且常规化的回应。认为语境论与历史唯物主义的方法论是一致的;它强调具体地考察和发现社会生产方式以及受社会生产方式制约的社会生活各个方面对法律制度的塑造和制约。但认为语境论也有一定的局限性,因此并不排斥其他法律的研究方法。

有学者认为20世纪80年代以来社会学方法在我国法学研究中的运用,突破了传统法学理论的一些不足,给长期固定的注释法学、规范法学注入了新鲜的气息,不仅推动了我国法学研究的深入,而且对我国的法学教育、法律实践也有所建树。并提出法律社会学今后研究的重点应放在三个方面:1. 对中国法制过程的研究;2. 对司法领域的研究;3. 对村民自治问题的研究。

有学者认为15年来系统方法的引起和运用,促进了我国法制建设和法学研究的现代化。认为将系统方法运用于法学研究,需要完成四大任务:法学研究与行为科学;系统科学和其他社会科学相互渗透;建立社会行为控制模型;建立法制/法治系统工程的专门研究机构。从此意义上看,系统法学在中国兴起的15年,虽成果累累,但“目标差”巨大,系统法正面临着非常规意义上的挑战。

有学者从实证法学的立场出发论述了法学的三个特征:法学是一门实用性(实践性)学科;是一门以对法律的理解为主要内容的学科;是一门带有很强教义属性的学科。基于对法学这三个特点的认识,作者认为我国法学应进行研究范式的四个转向,即立法中心主义立场向司法中心主义的转向;研究内容从本体论向方法论的转向;研究的价值趋势由单一的阶级意志向价值多元的转向;研究方法的整体主义向个人主义的转向。

有学者借助一个案例研究了中国法理学的知识谱系及其缺陷。作者评论了中国法理学

在自由主义、社群主义、女权主义、教条主义、疏于事实以及陌生于执法等方面所存在的问题和缺陷。这位学者还分析了另一个古代著名故事背后的法理。这种分析方法对法理学研究有着积极的作用。

二、资料汇集

(一)关于权利的相关论述

1. 权利的概念界定

权利的本质是由多方面的属性构成的。对于一项权利的成立来讲,这些属性是一些最基本的、必不可少的要素。归纳起来,主要要以下几点:第一个要素是利益。第二个要素是主张。第三个要素是资格。第四个要素是权能。第五个要素是自由。……对于一项权利的成立来讲,这五个要素是必不可少的。以其中任何一种素质为原点,以其他要素为内容,给权利下一个定义,都不为错。

——选自夏勇著:《人权概念起源》,中国政法大学出版社1992年版。

权利的概念界定有直接概括的方法,例如:权利指法律对法律关系主体能够作出或不作出一定行为,以及其要求他人相应作出或不作出一定行为的许可与保障。

——选自《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版。

权利是权利人为了满足他的利益而采取的,并由其他人的法律义务所保证的被允许行为的尺度。

——选自孙国华主编:《法学基础理论》,天津人民出版社1988年版。

法律权利是规定或隐含在法律规范中,实现于法律关系中的,主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。

——选自张文显著:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版。

以上概括均从某种程度上揭示出权利属性中的“利益”“自由”“资格”等核心因素,对权利概念的界定还有列举式分类描述,例如按照不同划分标准将权利分为:

根据权利的来源和授予对象的不同,可以分为公民权利、国家机关工作人员的权利,等等。

根据权利性质的不同,可以分为政治权利、社会经济权利和人身权利。

根据权利所由确定的法律规定的类别不同,可以分为宪法权利、民事权利、刑事权利、行政法上的权利。

根据实体法律规范和程序法律规范的不同,可以把权利区分为实体权利和程序权利。

根据权利受益的对象不同,可以分为利己权利、利他权利和利社会权利。

权利、人类的权利。

——选自张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版。

2. 权利与义务关系

以马克思主义哲学为指导,以古往今来的法律实践,特别是当代社会的法律实践为基

础,可以把权利和义务的关系概述为:结构上的相当关系,数量上的等值关系,功能上的互补关系。这是权利和义务的真实联系。

——选自张文显著:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版。

从逻辑相关学说角度,权利和义务的逻辑相关学说并不断言,个人的权利必须以履行他本人的义务为条件,而只是说,他的权利必须与别人的应尽的义务相关联。这不仅是一种似乎很有道理的学说,而且,对某些各类的权利和义务来说,它在逻辑上也是无懈可击的。因为正像我们所看到的,法定要求权是根据他人应尽的义务来加以界定的。一种把逻辑相关学说更进一步推广的观点却遇到了严重困难,这里我指的是这样一个论点:一切义务都需要以他人的权利为条件,同时,一切权利都需要以他人的义务为条件。

——选自[美]J.范伯格著:《自由、权利和社会正义》,贵州人民出版社1998年版。

3. 权利与权力关系

权力和权利的互补是指两者在运行过程中实现其价值的统一性和功能的整体性。……权力与权利的互补既要以两者的区分为前提,也是以两者的联系为基础,否则两者便不可能实现互补效应。那么,两者有哪些联系呢?

(1) 权力与权利都是主体需求的产物。

(2) 权力与权利都是规范化的法律表现形式,是对无制约的任性的否定。

(3) 权力与权利既相互制约,又功能互补。

(4) 权力与权利在一定条件下可以转化。

——选自谢晖著:《法律信仰的理念与基础》,山东人民出版社1997年版。

权力是保障权利和自由必不可少的力量,但为了切实保障权利和自由又必须限制权力。

限制权力的目的,自然是实现权利和自由。权力必须尊重权利及其法定界限;同时,权力的某些特性也使人们有理由相信,对权力进行恰当的限制是保障权利和自由的最好办法之一。

——选自程燎原、王人博著:《赢得神圣——权利及其救济通论》,山东人民出版社1992年版。

权力和权利是法律上的一对基本范畴,它们具有相互依存和相互制约的密切关系。

4. 权力与权利的相互渗透

法律上的权利,就权利人有权要求他人作出一定行为或抑止一定行为来说,即就这种权利对他人的影响来说,实际上也是一种“权力”,即他人有作为或不作为的义务,否则公民就有权要求国家运用强制手段进行干预,保护或帮助实现其权利。这时,权利就借国家权力而显示其“法律上的力”了。

同样,权力也可以同时表现为一种权利。

此外,同一主体,可同时享有权利和拥有权力。

所以,权利与权力是互相渗透的。权利中有权力,权力中有权利,广义的权利即包括权力在内,权力也是一种权利。

5. 权利与权力的相互转化

权利与权力相互依存、相互渗透、相互转化,既相统一与平衡,同时又以各自的特点相互