

法学研究

理论研究就是理想之光照亮现实

与

教育

张卫平 著

方法论

学术永远是现实的批判者

张卫平

法学研究
与

教育
方法论

张其成

著

图书在版编目(CIP)数据

法学研究与教育方法论 / 张卫平著. —北京: 法律出版社, 2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0307 - 3

I. ①法… II. ①张… III. ①法学—研究—方法论②法学教育—方法论 IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 285301 号

法学研究与教育方法论

张卫平 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2017 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 31.5 字数 417 千

印次 2017 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0307 - 3

定价:88.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

寻道三十年

《说文解字》有解,三十年为一世,一世也为一代。可见三十年是一个漫长的时段。正因为如此,北京市有关部门还专门为从教三十年的高校教师颁发了从教三十年证书,以此纪念。

三十年前,笔者从西南政法学院(现在的西南政法大学)民事诉讼法专业研究生毕业,并随之登上了讲台。无论是从教,还是研究,至今已有三十年的历史。虽然回望过去,三十年感觉亦不过是弹指一挥间。尽管是匆匆走过,但还是留下自己行行足迹。本书可以说就是自己这三十年法学研究与教育历程的部分总结。

在学术研究之初,并没有什么研究方法论的指引,是典型的“摸着石头过河”。所有的研究几乎都是以发表文章为动机,写文章为发端,实际上是以现实问题牵引,也就是现在所谓的“问题优先主义”。总是在提出问题之后,再去寻找答案。在不断的摸索中,找寻有效解决理论问题和实践问题的途径,也就是方法。将这些经验与前人的论述予以结合、提炼,也就构成了自己的方法论。

由于是问题优先主义,因此,在我的研究过程中,特别重视问题的提出。只要提出了有学术意义、价值的问题,学术论文的一半已经成功,即“问题成立,成功即半”。因此,

在本书的研究方法论部分,有专章论述如何提出学术问题,什么样的问题是具有学术意义的问题。

每一个学科都有自己特定的研究对象。每一个学科也有区别其他学科不同的特点,因此在研究方法上也应该具有其学科相应的特点。民事诉讼法学作为一门独立的学科其特点是非常明显的,如果不能够把握其特点,使用与其相应的研究方法,其研究是很难有所作为的。因此,在本书中,关于民事诉讼法学方法论的论述中,有很大一部分内容就是阐明民事诉讼及民事诉讼法学自身的特点。当然,作为法学的一个分支学科,民事诉讼法学在方法论上也同样具有法学研究的一般特点——规范分析。这也是法学与其他人文社会科学最大的不同。因此,民事诉讼法学的研究在方法论上离不开规范分析研究,规范分析研究是其基本的研究方法。作为法学专业的学生也是以学习和掌握规范分析研究方法为基础。由于民事诉讼与司法制度以及社会实践和传统密切相关,因此,容易牵涉政治、经济、伦理、历史等诸多社会因素,因此,非规范分析的所谓社科分析方法也会经常运用。对此,我特别强调运用这些方法的专业性和取向的问题,否则会影响或干扰我们对问题的理论认识和价值判断。

诚然,研究方法对于研究有其重要意义,但亦如美国著名政治学家莱利斯·里普斯所言:“在所有研究的领域,理解实质必须掌握方法论”。^① 但对待研究方法也没有必要拘泥于形式。在这一点上,我认为,哲学家法耶尔阿本德在对待方法论的无政府主义是有道理的。实际上,不同的视角,不同的切入点、不同的关注点就是不同的方法。还是法耶尔阿本德的那句名言,在科学研究上,“怎么做都行”;亦如《法华经》典故“儿啼黄叶飘然落”之寓意,^②即《金刚经》所倡导之不必“执著佛的法”。^③ 而应当是“无有定法”

① [美]莱利斯·里普斯:《政治学的重大问题》,刘晓等译,华夏出版社2001年版,第15页。

② “儿啼黄叶飘然落”一语,出自《法华经》中的一个典故。讲的是,如何对付小孩啼哭,方法是随手拾起一片黄叶,说这是黄金,小孩便不哭了。意即不管是什么东西,用什么方法只要能起作用就行。

③ 南怀瑾:《金刚经说了什么》,复旦大学出版社2008年版,第185页。

(《金刚经》)。可能我们所应当做的是既讲方法,但不必唯方法,自然而然地对待方法和应用方法,游走于方法的“有”与“无”之间。

与法学研究相比,法学教育方法可能更具有经验性。也就是说无论课堂教学还是学生的培养、论文指导,虽然普适性的规范方法可能相对要少一些,但民事诉讼法学教学,人才的培养,同样也必须根据民事诉讼法及民事诉讼法学的特点。如果没有认识到这一点,也就没有踏入法学教育之门。课堂教学方法、教材的撰写、论文指导也都不能离开这些特点。

民事诉讼法学的教学无法离开民事诉讼法学的研究。没有深入的理论研究,是不可能很好地传授民事诉讼法的知识和思维方法,也不可能正确地指导学生的论文,不可能为学生们指出正确的研究方法和路径。教师没有对民事诉讼知识有切身的体会和感悟,也就不可能将其有效传授给自己的学生。教师最重要的不是传授知识,更重要的是传授学习、思考、研究的方法,这也是传统教育答疑解惑中最深层的要求。作为老师,在课堂上能够直接传授的知识只是学生们应该掌握的知识的很少一部分。老师要做的是授人以渔,而非授人以鱼。

除了关于民事诉讼法学研究和教育方法论的专门论述之外,本书还特意设置了《问答录》。将同学们和青年教师们经常提到的一些问题归纳起来,进行解答或阐述。特别是一些不适合放在本书研究和教育方法论体系中加以论述的若干问题。例如,非专业书籍的阅读、怎样对待考博、怎样处理师生之间的关系、外语工具与学术研究之间的关系等问题。如果认真阅读《问答录》,也许能够更广泛、更立体地、生动地理解民事诉讼法学研究和教育,对民事诉讼法学研究和教育会有更深刻的体会,也许能悟出其中之“道”。

本书中的《随想录》部分是我过去若干年中,自己对法学研究和教育中的一些现象、问题的思考。虽然是随笔,但亦是冷静的审视。有些问题的思考涉及提到一些基本体制性的问题。例如“钱学森猜想”一文。可以说本书的四部分之间具有内在的联系。如果贯通阅读,相信能够更全面理解作者的观点和认识。这些观点和认识如能化作攻玉之石,自是幸事。

本书付梓之时,要感谢我指导的博士生曹云吉、曹建军、吴沅桦同学,他们对本书资料和校对工作付出努力。

最后,还要感谢本书编辑黄琳佳女士为本书出版所付出的辛苦劳作,要感谢法律出版社对本书出版给予的大力支持。

2016 年初冬于清华园

Contents

目 录

第一部分 法学研究方法论

——以民事诉讼法学为中心

第一章 民事诉讼法学:对象、范围与体系 / 003

第二章 民事诉讼法学的贫困化分析 / 021

第三章 民事诉讼法学方法论 / 070

第四章 我国民事诉讼法学的主要任务与重心

——以转型时期为背景 / 112

第五章 问题的提出

——以学术问题为中心 / 129

第六章 法学研究历程自述 / 139

第二部分 法学教育方法论

——以民事诉讼法学为中心

第一章 法学教育的基本理念 / 185

第二章 教学方法论 / 205

第三章 如何学习民事诉讼法

——学习民事诉讼法中应当正确处理的十大
关系 / 239

第四章 硕、博论文的撰写 / 256

第五章 课程体系与教材 / 284

第三部分 理解方法

——张卫平问答录

第四部分 随想录

一、教育与教学 / 411

我的第一堂课 / 411

雕刻时光

——给法学院新生的一封信 / 414

学什么最好? / 420

给考博同学的一封信 / 425

老师,您讲的根本没用! / 428

“五位一体”实践性教学法初探

——对法学教学改革思考 / 431

法科教育三十年叙事 / 437

日本法学教育 / 441

二、学术与研究 / 445

问题的提出 / 445

发展的“瓶颈” / 451

学术研究与性格 / 455

钱学森猜想 / 460

论文合著为哪般 / 466

“法学家”评选杂谈 / 471

三、演讲 / 474

民事诉讼法的思维方式 / 474

四、附录 / 486

我的推荐书目

——民事诉讼法专业 / 486

“ZZ 教学法”

——聆听清华大学张卫平教授的授课有感 / 490

法学研究方法论

——以民事诉讼法学为中心

民事诉讼法学：对象、范围 与体系

一、民事诉讼法学的研究对象

依照以往的观点,一门科学是由其独立的研究对象所决定的。特定的学科就是研究其特定对象客观规律的学问,即作为一门独立的、科学的学科应当是研究或探究相应领域客观规律的学问。按照这种认识,法学就是研究法律及其客观规律的科学。民事诉讼法学属于法学的一个分支学科,相应地,民事诉讼法学就是研究民事诉讼及其客观规律的科学。

现在,人们对于人文科学的认识并不再固执于对所谓客观规律的探究,而在于正确揭示或解释某种现象,揭示该现象更深层的原因。法学与其他人文科学一样,无法像自然科学那样,对其结论在相同的条件下进行有效验证。因为社会现象无法对其环境和条件进行限定。法学与经济学、社会学、政治学、心理学、伦理学等其他人文学科还有所不同,法学不是研究和解释所有法律现象的学科,而是仅以法律现象中的法律规范内在含义为研究对象的学科。以此为根据,我们可以说民事诉讼法学是研究并解释民事诉讼规范的科学,尤其是对民事诉讼法的运用或适用中的正当性与合理性的解释。

民事诉讼法学也要研究民事诉讼这种社会现象,但其研究视角是从民事诉讼法规范分析的视角,而不是从政治学、社会学、经济学、伦理学等人文科学的视角。这一点是应当予以特别注意的。这些人文社会科学也可以将法律现象,如民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼等作为自己研究的对象,从该学科的角度对该现象提供解释。也有的人将这种运用社会科学方法分析和解释法律现象的做法称为社科法学。^① 由于这些分析是依赖于相应的社会科学知识和方法,因而实际上是相应社会科学知识和方法的应用,应归入相应的学科范畴,如经济学、心理学、伦理学、社会学、哲学、语言学、政治学、历史学等。在民事诉讼法的立法和修改过程中,社会科学的原理和知识将得以大量的应用,如经济学、社会学、心理学、语言学、统计学等。

由于存在学科的交叉也就成了法学与这些学科的融合。但其“底色”即方法论依然是相应的学科属性,如法律经济学、法律社会学、法律政治学等,“底色”或“本色”还是经济学、社会学、政治学。民事诉讼法学因为以民事诉讼规范为研究对象,主要研究的是民事诉讼规范的目的、意义、含义、构成、适用条件等,如关于起诉的含义、设定的目的、起诉的条件、起诉的法律效果、起诉行为与受理或立案的关系等。再如,关于判决的含义、判决的种类、判决的成立与生效或确定、判决的形式确定力、实质确定力、判决的主观范围、判决的客观范围、判决的时间范围等。

民事诉讼法学致力于将各种民事诉讼(广义)的法律概念和命题作为法律解释的逻辑前提,从而进行形式逻辑的推理,以保证解释的有效性和正当性。其基本特征是解释学,研究的目的是为人们提供民事诉讼规范中各种概念所应有的含义或价值命题,以便人们判断民事诉讼程序或民事诉讼行为是否遵循了法律,即是否满足法治社会的基本价值观念和要求——必须依法审判。

要使法律规范具有广泛的涵盖性,就必须使法律的命题具有高度的抽象性,抽象的法律规范适用于具体的事件就需要通过法律解释将两者有机

^① 关于社科法学的一般含义,参见苏力:《中国法学研究格局中的社科法学》,载《法商研究》2014年第4期;陈景辉:《法律与社会科学方法论批判》,载《政法论坛》2013年第1期。

地联系起来。另外,依照法治社会的基本要求,法院不能拒绝裁判。这就要求即使在没有法律具体规定的情形下,法院也必须通过法律解释从法律原则和精神中寻找裁判的根据,使法院的裁判具有正当性和合法性。

二、民事诉讼法学研究的范围

民事诉讼法学的研究范围是从其研究对象所涵摄的界域这一视角来观察和叙述的。民事诉讼法学的研究对象与民事诉讼法的外延有直接的关联,外延所及即为民事诉讼法学研究的范围。

民事诉讼法学研究的范围非常广泛,除了民事诉讼法以及适用的规律之外,凡是与民事诉讼运行和民事诉讼法适用关涉的内容以及现象都是民事诉讼法学研究的内容。从相对具体的内容来看,除了我国民事诉讼法文本规范的内容之外,还包括:民间调解或诉讼外调解的研究、仲裁制度及程序的研究、纠纷解决的多元与替代机制和制度的研究、公证制度的研究、民事司法制度及改革研究、民事诉讼制度史的研究、不同国家或地区民事诉讼制度的研究以及不同国家及域外地区民事诉讼制度之间的比较研究。从这些研究对象中,还派生出了更细的学科分支——调解学、仲裁法学、比较民事诉讼法学、涉外民事诉讼法学等。

虽然民事诉讼法学的研究范围非常广泛,但毫无疑问,民事诉讼法及其适用是民事诉讼法学研究的主要内容、中心和重点。因为民事诉讼法规范尤其是民事诉讼法典是民事诉讼程序的基本规范。民事诉讼程序又是民事纠纷解决最复杂、最主要、最高级的程序。所以,民事诉讼法学的研究重点和中心是以民事诉讼法的规范,尤其是以民事诉讼法法典为研究重点。大量的关于民事诉讼法的司法解释和指导性案例都是对民事诉讼法规范的解释和展开,对民事诉讼法司法解释和指导性案例的研究当然也是对民事诉讼法规范研究的展开,也是民事诉讼法学研究的重点。正因为民事诉讼程序的基础性和复杂性,也就使得民事诉讼法学的理论具有了基础性和原理性的特点。其他与民事诉讼程序类型或相关的程序解释理论都可以借助民事诉讼的理论,如仲裁。无论是仲裁中仲裁行为的有效与无效、仲裁行为的

瑕疵处理、仲裁案件事实的认定、仲裁案件的证据运用、仲裁组织构成的合法性、仲裁裁决效力等都可以借助民事诉讼法学的理论或以民事诉讼法学的理论作为参照。

广义的民事诉讼法包括了证据、非讼程序、保全、执行程序等规范,因此,证据、非讼程序、保全、执行程序和规范也是民事诉讼法学研究的对象范围。与广义的民事诉讼法相关的领域或交叉领域也属于民事诉讼法学研究的范围,如民事司法制度、公证、人民调解、各种民事纠纷替代解决机制、私力救济等其他与民事诉讼相关、对接的领域。

民事司法制度与民事诉讼的相关性在于,民事审判权行使的范围——法院主管;民事审判权行使的职能分工——级别管辖、地域管辖、涉外管辖;民事审判权行使的组织方式——独任制、合议制、陪审制;民事执行权的职能分工、执行主体的结构、执行权的内涵等。在宏观层面还涉及司法权的地位与民事诉讼法规范实施的有效性问题。由于司法制度更多地涉及国家权力的基本架构,关涉到政治,因此对民事司法制度的研究也就更为复杂和敏感。在研究中需要注意司法制度的顶层架构或基本结构方面对民事诉讼制度的制约和影响。

公证制度与民事诉讼的相关性主要在于两个方面:一是公证与民事证据制度的关联;二是公证与执行的关联。公证与民事证据制度的关联具体涉及公证证明文书的证据效力以及认定问题,以及公证的证据保全效力的问题。在公证与执行的关联性上,涉及公证债权文书的执行问题。正是由于公证制度与民事诉讼的相关性,因此,公证制度也被纳入民事诉讼法学研究的范围。当然,公证问题也是另一门专门学科——公证学研究的主要内容。

人民调解以及其他替代纠纷解决机制作为解决民事纠纷的非常重要的手段,同时也与民事诉讼程序和规范有密切的关系,也是民事诉讼法学研究的范围。人民调解以及其他纠纷替代解决机制一方面因为涉及与民事诉讼的对接,另一方面也需要借助民事诉讼的一般原理和理论,因此,必然成为民事诉讼法学者研究关注的领域。

广义的民事诉讼法不仅指专门规定民事诉讼程序的民事诉讼法典,也

包括其他所有法律规范中关于民事诉讼的规范。这些规范绝大多数都是实体法规范。因此,民事诉讼法学的研究范围也包括实体法中关于民事诉讼规范的性质和适用问题,以及实体法与民事诉讼法的协调与对接。^①

涉外民事诉讼法与国际民事诉讼法的主要视角不同。涉外民事诉讼或涉外民事诉讼法是以国内民事诉讼或民事诉讼法为中心,对于那些在主体、客体等方面涉及国外或域外的民事诉讼称之为涉外民事诉讼,相应的调整规范称之为涉外民事诉讼法。涉外民事诉讼法相对于涉内民事诉讼法,属于特殊规范,在适用上具有优先性。由于内容有限,因此,通常不作为相对独立的学科门类,如像仲裁法学、证据法学那样,称为“涉外民事诉讼法学”。与此不同,国际民事诉讼法学是以不同国家之间所共同遵循的规范——国际民事诉讼法的适用作为研究对象,相对而言更为复杂一些,因此,也有的学者将其独立为国际民事诉讼法学,属于与国际私法法学相对应的程序法学。^②

三、民事诉讼法学的体系

民事诉讼法的体系与民事诉讼法学的体系,是两个既有联系又有区别的概念。民事诉讼法的体系是指有关民事诉讼相关的规范具有内在联系的统一整体。这里的民事诉讼法是指广义上的民事诉讼法,即通过规范特定的程序,以确认权利义务,解决民事纠纷为目的的法律规范的总和。理想的民事诉讼法的体系应当是能够满足以下基本要求的体系结构,即能否满足在民事诉讼法规范内部之间,具有门类齐全、有机联系、结构严谨、协调统一等基本要求,同时各程序规范又具有一定的完整性和自洽性(在这方面,我国民事诉讼法的缺陷也比较突出。对于一些特殊程序规范,往往仅有一条或几条规定,缺乏完整性,如关于公益诉讼程序的规范、关于文书提出义务

① 关于实体法与民事诉讼法的对接,详见张卫平:《民法典编撰与民事诉讼法的对接与统合》,载《法学研究》2016年第1期。

② 有关国际民事诉讼法的教材,关于国际民事诉讼法的定义。国际私法的教材关于国际私法学的定义。

的程序规范以及关于证据调查的程序规范)。

在民事诉讼法体系中,各规范之间存在一定的逻辑关系,如一般程序法与特别程序法的区别;权利确认程序规范与权利实现程序规范的差异;审理程序规范与保障程序规范的不同。这些规范都具有各自的鲜明特征和属性。如果某种程序与民事诉讼的基本程序在原则、功能等方面具有根本的差异时,也就具有了特殊性,应当制定特别法,如家事诉讼法、民事公益诉讼法、强制执行法等。民事诉讼法的体系化是现代民事诉讼法的内在要求。民事诉讼法的体系化有助于充分地体现民事诉讼法的基本价值、理念、精神;有助于民事诉讼法规范的和谐统一;有助于民事诉讼法规范的实施和遵守。我国现行的民事诉讼法还没有完成其体系化的作业。尚未根据各具体规范的特征和属性形成既相对独立,又彼此具有内在逻辑联系的程序法体系。其原因就在于我们尚未从理论上充分认识民事程序规范各自的特征和属性。正是由于没有意识到家事诉讼与一般民事诉讼的特征差异,也就不可能将其区别规范。

民事诉讼法体系是民事诉讼法学形成、建立的前提和基础。在民事诉讼法的体系尚未建构起来的情况下,不大可能完成民事诉讼法学体系的建构,即使存在民事诉讼法学体系,这种体系也只能是他国民事诉讼法学的体系。当然,这不是说我们不能借鉴他国民事诉讼法学体系内容,恰恰相反,我国民事诉讼法体系的建构需要以他国的民事诉讼法体系以及民事诉讼法学体系作为借鉴或指引,从而建构更为合理、适合我国现实和发展的民事诉讼法体系。

在我国的民事诉讼法文本与规范方面,与一般民事诉讼的某些原则和原理都有所不同的非讼程序、人事诉讼程序还没有从狭义的民事诉讼法法典中分离,成为独立的程序法规范。在立法上,我们还没有注意它们各自的特点和独立性;保全程序、强制执行程序、涉外诉讼程序也还没有达到和实现各自体系化的程度,并构成独立的程序法规范,因此,民事诉讼法学的体系化在我国还有很长的路要走。

在法律领域中,构建统一的法律体系一直是人们所期待的理想。法学