

S 东南法学

SOUTHEAST LAW REVIEW

东南大学法学院
周佑勇 主编

(第4辑)



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

东南法学

(第4辑)

东南大学法学院

周佑勇 主编

东南大学出版社
南京

图书在版编目(CIP)数据

东南法学. 第4辑/周佑勇主编. —南京:东南大学出版社, 2012. 5

ISBN 978-7-5641-3464-8

I. ①东… II. ①周… III. ①法学 文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 092864 号

东南法学(第4辑)

出版发行 东南大学出版社(南京市四牌楼2号, 210096)

出版人 江建中

经 销 江苏省新华书店

印 刷 南京玉河印刷厂

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 9.25

字 数 219千字

版 次 2012年5月第1版第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5641-3464-8

定 价 20.00元

本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话(传真):025-83791830。

《东南法学》编委会

学术顾问 (以姓氏笔画为序)

王利明 张文显 沈四宝 陈兴良

应松年 韩大元

编委会主任 李步云

主 编 周佑勇

副 主 编 汪进元(常务)

编 委 孟鸿志 刘艳红 龚向和 施建辉

孟 红 胡朝阳 戴庆康

本期编辑 欧阳本祺

CONTENTS 目 录

S 东南法学
SOUTHEAST LAW REVIEW

东南法学讲坛

- | | |
|-----------------|---|
| 应松年：当代中国行政法的新发展 | 1 |
| 周少华：法学论文的写作与投稿 | 6 |

各科专论

- | | |
|--|----|
| 汪进元：司法权的价值定位与功能选择
——兼评中国的司法体制改革 | 17 |
| 艾尔肯 方 博：市场经济条件下医疗纠纷防范之对策 | 27 |
| 朱鹏飞：《京都议定书》不遵守情事程序研究 | 35 |
| 戴庆康 彭俊生：《联合国国际货物销售合同公约》第 25
条之 detriment 研究 | 44 |
| 张雪莲：加拿大社会权的司法保护
——基于加拿大最高法院相关案例的分析 | 52 |
| 易 波 张 蹇：论美国州际贸易行政管理权的划分 | 59 |
| 梁 胜：论主权财富基金立法对国际投资法的影响 | 66 |
| 任丹丽：论集体土地上的“户” | 75 |
| 李 可：寺院如何预防和解决环境侵权纠纷
——基于唐宋时期几则案例的考察 | 83 |
| 解瑞卿：应急行政法初论
——概念、特点、基础、体系、地位 | 89 |
| 张 杰 金 琳：破产程序的法律问题研究 | 99 |

教学改革

- 周佑勇 孟鸿志：交叉、团队、实务
——理工类高校法学人才培养模式的创新与实践 108
- 孟 红：法学实践教学体系的构建
——以东南大学法学院法学本科教育为例的分析 114
- 叶树理 杭仁春：工程与法律交叉式教学模式探索 122
- 张 蓉：教学团队建设的实践与启示
——以东南大学法学院刑法教学团队为例 128
- 刘 红：我国法学教育中的“隔离”现象透视 134

当代中国行政法的新发展

应松年

这里我主要讲讲中国行政法在改革开放以后的新发展和最近几年的新发展。前两年在华东(华东政法大学)开会,各个法学学科都谈了一下新的发展状况,刑法、刑诉等在改革开放前后都有发展,行政法在改革开放前没什么说的,基本没什么发展。建国初期,国家的基本政策是废除国民党时用的“旧六法”。废掉以后,行政法只有零星,建立新的政权、组织法,除了部分组织法外,没有体系建立。1954—1955年,人大请了几个苏联专家来讲课,主要讲了《苏维埃行政法》上下册,但没有人继续研究行政法。改革开放前,大陆有范扬《行政法学总论》,算是直接渊源,被参考过。

改革开放,20世纪80年代初期,司法部建立“法学教材编辑部”,要重新恢复法学,把各个大学的老师集中起来,讨论教材编写的过程实际上就是提高的过程。这次出版教材也把行政法列进去了,但行政法找不到太多人编写,我有幸参与了这本新中国最早的统编行政法学教材的编写工作。第一部统编行政法学教材的编写者,都是从全国各地招来的行政法学研究者与教学者,大家从立场、框架到观点、材料和方法认真讨论。大家从编写教材开始,熟悉与感受行政法学的基础问题、基本方法与研究重点究竟有哪些,这个学科的学科体系究竟如何搭建,这个学科在讲授和研究过程中需要突出哪里,需要引导学生学一些什么地方,需要留有余地、保持思考空间的又是哪些地方,如此梳理学科的脉络与血肉,为这个学科的厚积薄发与承前启后打下一个良好的基础,也培养了编写者的科研和教学能力。另一方面,在立法方面,20世纪80年代初期国家制定了《民法通则》之后,提出制定“新六法”。1982年《民事诉讼法》施行,第3条第2款说行政案件法院可以受理,这是彭真的意见。然后搞行政诉讼法,这是1987年。1990年《行政诉讼法》施行,自此中国行政法有了真正发展。

从法治发展的具体原因看,我想把行政法分成三个时期:第一个阶段是从1978年到1990年,即1978年十一届三中全会召开到1990年《行政诉讼法》施行。在《行政诉讼法》制定施行之前,行政法处于准备、酝酿阶段,刚刚开始。开始研究这个问题,因为1978年以后我们提出来“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的十六字方针。说到“有法可依”吧,行政法倒是有很多单行的法,但非常分散,跟现代行政法相比较精神状态也不行。1978年提出来开始法治。小平同志提出“还是法治靠得住”。这是他的体会。他又提出来:不能因

* 中国政法大学终身教授,博士生导师,中国法学会行政法学研究会会长。本文系作者2011年10月10日在东南大学法学院所作主题演讲的内容。

为领导人的改变而改变,不能因为领导人的注意力的改变而改变。法治意味着长治久安,那么我认为这个法治是与我们的社会经济发展相一致的。从1978年到1990年,机会来了,就是《行政诉讼法》的诞生。可以这样说,《行政诉讼法》的诞生是我们中国行政法发展的第一块里程碑。今天来看,我们对《行政诉讼法》在中国行政法历史上起到的作用怎么估价也不过分。我们第一次提出:政府即行政机关的行为也有合法与违法之分,那么什么叫合法?什么叫违法?《行政诉讼法》提了三个条件。事实上,在《行政诉讼法》产生之前,“以事实为依据,以法律为准绳”这两句话是对公检法的要求。我们当时把公检法称为执法机关,没有人说过行政机关也是执法机关。《行政诉讼法》中也规定了“以事实为依据,以法律为准绳”,那么政府在本质上和公检法就是一回事了,也是一个执法机关。“行政执法”、“执法机关”这些概念都是在《行政诉讼法》颁行之后才有的。《行政诉讼法》还有一个重大的贡献:法定程序。权力的行使必须依照程序来办。司法在西方拥有着最大的权威,掌握着人的生死存亡,所以西方的司法是按照严格的程序来办事情的。程序保障了司法的公正。行政机关的权力那么大,同样也只能依据程序来办事。所以《行政诉讼法》提出来的合法性的三个要件对于中国行政法的发展具有深远影响。

第二个阶段是1990年到2004年。1990年我国开始施行《行政诉讼法》,到1993年国务院向全国人大作报告,指出:国家行政机关的工作人员都必须依法行政。从1990年到1993年3年时间,我们政府就提出依法行政。这是一个了不得的进步。当然,我说这是时代的必然。但是也应该看到,中国的这些领导人确实有他们的直觉,他们看到了不依法行政确实不行,不能建立一个好的市场经济。从1993年到1997年4年时间,我国又提出了一个“依法治国”,从法治的形式发展来看,依法行政在其之前。到了2004年,我国政府明确提出要建立法治政府。这也是与我们经济发展的跨越式发展一样,法制建设方面也要快速地发展。我国的行政法治应该怎么个走法?首先是有法可依,没有法律怎么办?那么这个立法怎么立呢?当时讨论的是先把救济完善起来,1990年是《行政诉讼法》,1991年、1992年是《行政复议条例》,后来上升为《行政复议法》。1994年的时候有一个《国家赔偿法》。现在可以这么说,从行政救济这个角度看,我们的法制已经健全了,三部法律都有了——复议、诉讼和赔偿。当然,这个产生得比较早,所以现在迫切需要修改。与这个时代相比,这些法律的差距比较大。《国家赔偿法》已经修改,并取得了很大的成绩,不过有些问题还没有解决。赔偿法制定以后,当时就在考虑:对行政机关来讲,依法行政最重要的是制定什么法啊?当时这个是明确的,我们考虑对当时市场经济影响最大的是哪些法律。当时数了一下,数了十个:行政处罚、行政许可、行政强制、行政收费……就按照这样的顺序排下来。第一个制定的是《行政处罚法》,是在1996年;到2003年的时候,我们制定了《行政许可法》。关于处罚法,我认为可以这么说,该法是现代法治的具体体现。各位看处罚法规定的事情,一个是处罚的种类。为什么要规定处罚的种类呢?因为实践中处罚的种类五花八门,多极了,连个乡政府也可以规定处罚。现在要把它规范起来,一共就六种。我还记得当时讨论劳动教养。劳动教养曾经一度写进了《行政处罚法》草案。很清楚,教养是问题查清以后的一种惩罚。写进去以后经过讨论觉得不行。因为写进去就等于法律承认了劳动教养制度。当时大家的理念是:劳动教养需要改革。所以后来就不写,但不写就产生了这个问题:劳动教养不是行政处罚,如何对其提起诉讼?我看,可以以此为理由:劳动教养是强制教育措施。因为在劳动教养决定里面有这么一句话,显得不伦不类。问题是:到现在为止,劳动教养制度还没有全面改革。

再说关于行政处罚的设定权。谁有权说：你干了这个行为，我可以罚你。这可以说是行政处罚活动当中最最混乱的东西。我们就此考察了部分国家，这个处罚的设定权都在中央的议会一级。那么地方，特别是具有自治权的地方，也具有设定权，但不多见。基本上就是这样，行政机关无权设定。所以当时我们的基本思路是：设定权属于全国人大。中国的实际情况是：有些领域法律覆盖不到，还需要行政法规。此外，还有地方性法规和规章。怎么办呢？最后是这样安排的：设定权属于法律，法律授权给行政法规。而剥夺和限制人身自由的处罚未授权给行政法规，绝对保留。其他的处罚，在法律没有规定的情况下，行政法规可以规定。这就是相对保留。给地方性法规的授权小一点，给规章就更小。但规章以下，不得设定行政处罚。这个规则就是，凡是有对公民的权利有不利影响的，对于这一类的行政处罚的设定权限，规章以下一律不能有。

第三，《行政处罚法》规定了一些程序，有简易程序、一般程序。我们的一般程序实际上是个正当程序：告知、说明义务、听取意见、报告、听证。还有，在裁决作出以后，行政相对人还可以要求重新审查，有要求复查、申诉的权利。后面还有一个裁决作出以后的执行程序。执行程序里面有两条规则：一是裁执分离，裁决和执行分开。在这之前不是这样的，这给腐败开了绿灯。其实裁执分离是行政管理其中的一个基本原则。“权力不能过度集中”，小平同志这句话是一针见血的。我们国家的最大问题是什么呢？是权力的过度集中。就行政处罚制度来说，裁执一体会很糟糕。二是裁鉴分离，作出裁判的人员与进行鉴定的人员进行分离。另外，调查和处罚要分离。调查的人只能将你的资料交给进行处罚的委员会。这种分离看起来设置多了一点，权力分散了，其实是非常好的一种办法。十七大报告对此予以了肯定。该报告不是说了吗？决策、执行、监督相互配合。它的前提就是裁鉴分离。后面还有句话，就是“收支两条线”。原意很清楚：收上来的款项通通上缴，这与本单位的经费没关系。那么，从实际情况来看，《行政处罚法》执行得最差的就是这一条。有这种情况：一个行政机关有五百个岗位。其中三百个编制由财政负担，两百个岗位行政机关自己想办法，你说行政机关除了收费之外自己能想什么办法？可能到现在为止，还有行政机关将罚款、收费部分上缴以后，60%返还给自己。这个制度本身就是一个腐败的制度。前几年我和全国人大内司委到重庆调研，去调查司法机关，要求检察院的罚没收入、法院的司法费通通上缴。大家知道：由于盖房子有多少法院的院长落马了？这些都是制度的问题。你制度设计好了，那个腐败就杜绝了；你制度设计不好，让他又有权，又有钱花，他很容易腐败。不能光说：道德品质不好，资产阶级思想严重。没错，但首要的问题还在制度上。

《行政处罚法》制定以后，我们后来起草《立法法》，将《行政处罚法》中的事项放到《立法法》里面去，包括绝对保留和相对保留，《立法法》里面是十个方面。这十个方面都是全国人大的立法权，其中对政治权利的限制和剥夺、对人身自由的处罚和强制措施，还有司法制度，等等，这些由全国人大来规定，绝对保留。其他的事项全国人大可以通过授权交给行政机关来行使。现在看起来问题还不小。前一段时间讲到房产税的问题。重庆和上海经财政部批准就可以收，说是试点。财政部有权批准？20世纪80年代初，经济体制改革的时候，利改税。这个我国没有经验，所以国务院得到授权可以在经济体制改革期间就工商税制作出规定。《立法法》还规定了：如果行政法规、地方性法规有违宪违法的，所有国家机关、社会团体、公民个人可以要求全国人大常委会审查，那个时候就冒出了《收容遣送条例》。三博士、五学者直接致信全国人大常委会要求审查。温家宝知道了这个事情，他比较明智。道理很

清楚,对人身自由进行限制的强制措施,国务院无权规定,这个规定显然是违反《立法法》规定的。所以温总理说不要等全国人大常委会的撤销,自己撤更主动一些。我想这可能是中国违宪审查制度的一个典型案例。此外,认为规章违反宪法、法律、行政法规,可以向国务院提起,一个层次一个层次报上去,实际上已经形成了一个体系。这个体系算不算中国特色的违宪审查制度,大家可以研究这个问题。遗憾的是,这个《收容遣送条例》被否定以后,再未听说第二个类似的条例被否定。有没有在审查的,不知道。

到2003年的时候制定了一个许可法。现在看起来,与《行政处罚法》比较起来,《行政许可法》涉及的问题更多。许可问题之所以比处罚问题还要复杂,是因为许可权背后牵涉的利益远远大于行政处罚。这不是什么几百、几千、几万、几十万的问题,动不动就是上百万。到2004年以后,我们制定了《全面推行依法行政实施纲要》,对法治政府基本的原则要求作了规定,这是一大进步。我听有人说,十年建成法治政府,现在有意淡化,倒不是不建设,只是比较难。2004年以后,我国建设法治政府的步伐确实是加快了。而且我认为国务院在这方面做了很多事情。

第三个阶段是自2004年国务院发布《全面推行依法行政实施纲要》以后这个阶段。2005年搞了一个《公务员法》,当然,我想大家都会说《公务员法》不尽如人意。说实在的,我也确实尽了我的力量。2007年国务院公布了一个《政府信息公开条例》。我的看法是:该条例是继《行政诉讼法》以后行政法治发展道路上的第二个里程碑,要给它以极高的评价。为什么呢?因为政府信息公开是所有行政法律制度的基础。讲到民主,如果没有信息公开人民就无法作主。《行政处罚法》刚拿出来的时候,一些代表就提出:现在政府处罚权那么大为何还要给它处罚权。他们不理解。后来《行政强制法》出台的时候,他们又提这个意见了。但是我解释说:不是那个意思,这是要规范强制权,而不是要给它更大的权。确实很多人不理解,又没有背景材料说清楚。更多的是经济方面的东西,我也不懂了。它背后又没有说明,我也弄不清了。信息公开是民主的基础,是人民群众参与管理的基础。我认为,信息公开是要经历一个过程。据我了解,美国的信息公开也经历了艰难的过程。2008年,国务院搞了一个《关于加强县市政府依法行政的决定》,国务院已经看到了,依法行政的重点是在县市,有一些效果。我在江苏参加过有关市县依法行政的论坛,无锡等市报告了他们搞法治政府的效果,据说有很大进步,但是从总体上来看,市县政府的依法行政还有待进一步加强。去年国务院又搞了一个《关于加强法治政府建设的意见》,共二十九条。可见,国务院在2004年公布了《依法行政实施纲要》以后,它的步伐并没有停止,还在继续推进。我想这一点是应该得到称赞的。今年第一件事情是,国务院通过了《国有土地上房屋拆迁与补偿条例》,如果认真研究一下,会发现这个条例还是蛮不错的。关于这个条例有好几稿。国有土地上房屋的征收是为了公共利益的需要。不是公共利益,就不能征收。麻烦就在这里,将来的商业利益怎么办?如果同意搞这个项目的話,价格问题自己商量去。公共利益是列举的,不过有一点可以研究一下,最后一稿拿出来征求意见的时候一共有七项公共利益,其中有一项是政府的公用房。但在正式的文件中,这一项没有了。补偿也摆正了,要以当天的房地产的市场价为准。这个规定不错,程序规定也相当严格,而且把强制执行交给法院去办了,有很大的进步。当然这个条例里面还是有一些问题。

最后我想说一说结论。第一个,可以说,法治已经深入人心,人心思法。现在我们老百姓一碰到问题就会问:法律怎么规定的?法律怎么说的?所以说,法治的前进趋势是不可

逆转的。第二个,我们的法治建设确实取得了很大的成就。

再就是关于今后行政法进一步发展的规定。上述几个方面的规定是比较完备的。除了我刚才说的《政府信息公开条例》和《国有土地上房屋征收和补偿条例》,还有一个重要的就是程序。西方的说法就是:法治就是程序之治,把程序放到这么高的位置。温家宝也接受了这样一个观点:没有程序的公正就没有实体的公正,程序是实体的保障。但是程序法的制定存在难度。最开始我们的一个设想就是:先把中央这几种重要的行为的程序制定出来,最后有处罚程序,有许可程序。处罚程序是不利程序,许可程序是受益程序。现在看强制法的程序相当好,相当细。其他的法律里面有关程序的规定大量增加。分门别类的各个领域、各个行业的程序是相当多的。还有好多程序包括不进去,所以还需要统一的程序法典。程序法典能够把不同行为的基本东西囊括起来。在许可法以后,我们就开始起草行政程序法法典。先是框架,后是条文,后来我们把这个稿子交给法工委了。给了他们以后,他们提出了意见,觉得学者味道还浓了一点。后来我们放下了,转向到地方去。地方当然要考虑到,实实在在的东西它才能用。正好那时候,周强到湖南当省长去了,他有这个要求,所以我们双方一拍即合。湖南成立了一个行政程序规定的起草小组。北京也成立了一个起草小组。我们给了他们一个大草稿,他们在草稿上添些东西,符合他们实际需要的就留下。来来去去不停地开会,最后形成了一个稿子,前后其实也不到一年。后来他们通过了《行政程序规定》。这些规定现在看起来,其中有一些大家公认写得好。一个一个行为的程序变成了地方综合性的行政程序规定,再由地方向中央发展。我确信,程序法在当代世界来说是行政法的基本法。没有程序就没有实体的公正。我在大致上的方向是这么想的,《行政程序法》这个法典它主要规定的是各种行政程序的基本的底线,公正的底线,程序正义的底线。德国人说程序法典和与有关程序的其他规定是一般法和特别法的关系。特别法作了规定以后呢,一般法就不再规定了。这个特别法一多,一般法就被架空了。所以我想我们不能这么写。应该是基本法和一般法的关系,基本法“基本”在哪里呢?规定要达到正义的标准,正义的标准有个底线:一、公正;二、公开;三、参与;四、效率。八个字,四个点。实际上,程序制定得好会提高效率。当然,效率与正义有时候是一致的但有时候也会有矛盾。不讲正义或不讲效率都不行,正义和效率并举,在正义的基础上讲效率。那么怎么个提法好?是效率第一还是正义第一呢?效率和正义的关系问题还真是篇大论文呢。

还有一点我想各位可以进行研究,现代社会中的矛盾没有准确的解决机制。原来我们讲应该通过法治体系来解决,从基层开始,然后行政复议、行政诉讼这么一体路径。后来觉得这个不怎么解决问题。所以规定可以通过信访,甚至法院判决以后还可以上诉。我记得有一次人大常委会讨论《民事诉讼法》,主题是什么?第一,解决执行难的问题;第二,解决申诉难的问题。这个申诉难是什么意思啊,那就是说法院没有终审判决。我和徐显明质疑这个提法。现在哪怕最高法院判的案子还可以申诉。你老是申诉下去,这个社会关系安定不下来,这个社会能稳定吗?为什么有些国家有两审终审或三审终审,就是要把法律关系安定下来。如果还不行,有些人走信访的道路。在房屋拆迁补偿中,有些人并不满足于现行的市场价,还要求比市场价高若干倍的拆迁补偿。长此以往,社会矛盾无法解决。在中国这种现状之下,我们解决社会矛盾、社会纠纷到底应该怎么办?这也是行政法必须认真对待和关注的一个重要课题。另外,除了法律,最重要的是实施,我希望在座从事法律工作的人,严格依照法律办事。

法学论文的写作与投稿

周少华*

现在在大学当老师,人人都感到“鸭梨山大”,主要是因为大家都有发表论文的任务,而且是要发在好刊物上。而要在法学核心期刊顺利发表文章,最重要的当然还是首先要把文章写好,这一点,除了自己努力,没人能帮你。文章写好了,才谈得上发表的问题。由于我本人曾经长期从事法学期刊的编辑工作,每年也发表一两篇论文,所以就经常有人向我“请教”法学论文的写作。其实,对于法学论文的写作,我并没有什么独家秘笈。今天,只能根据自己以前从事研究以及从事编辑工作的经验,谈一些个人的感受,仅供大家参考。

一、如何进入法学学术领域

论文的写作是一种学术研究工作,因此,怎样写好法学论文实际上就是“如何进入法学学术领域”的问题。要进入法学学术领域,除了个人有这方面的兴趣之外,还需要一定的知识储备和人生经验。我们知道,在自然科学领域或者艺术领域,经常存在所谓的“神童”或“少年天才”,但是在社会科学研究领域,通常并不存在“少年天才”。因为社会科学关注的是人类社会中与人的社会生活密切相关的现象,对这些现象的认识不但需要知识,更需要人生阅历和社会经验的积累。人生阅历、社会经验越丰富,对社会问题的理解就越深刻。所以,在社会科学研究领域,研究者最有创造力的阶段是在35~50岁之间。

当然,要进入某一学术领域,相关的学术积累是必不可少的。那么,要进入法学研究领域,我们需要哪些方面的积累呢?

第一,了解法学理论的学术发展史。人类的法律是伴随着人类社会的发展而发展的,我们今天的法律制度是对人类以往法律传统的继承和发展,我们既生活在今天的法律制度中,又生活在以往的法律传统中;同样,法学理论也是在继承前人法学思想成果的基础上而发展的,我们从事法学理论研究,不可能离开人类千百年来积累的法学知识传统。因此,只有了解法学理论的学术发展脉络,才能知道哪些理论问题已经有了答案,哪些问题今天仍然是富有研究价值的问题。

第二,掌握法学基础理论。只有掌握了法学基础理论,才有能力发现问题,进行创造性的研究。

第三,掌握法学研究方法。方法问题对于学术研究的重要性是不言而喻的,但长期以来,中国的法学研究却很不重视自身的研究方法。方法的含义是:在给定的条件下,为达到

* 周少华,东南大学法学院教授、博士生导师。本文根据作者在东南大学法学院第三期“青年教师沙龙”(2011年5月6日)上的讲座整理而成。

目的,所采取的行动、手段、方式。如果这里的“行动、手段、方式”采取得不适当,“目的”自然无法达到。因此,有价值的研究成果往往首先有赖于研究方法的选择或创新。法学是社会科学的一支,与其他社会科学学科相比,法学并没有自己独特的研究方法,甚至,与其他学科相比,法学的研究方法相当混乱和幼稚。所以,要提升法学研究的层次,必须重视研究方法的科学性。

第四,了解法学前沿问题。前沿问题一般是法律实践当中遇到的新问题,或者是法学理论研究当中的新问题,或者虽然不是新问题,但对以往的问题有新的思考。所以,关注前沿问题,可以让我们的研究占据应有的高度,把握本学科的最新发展,避免研究内容的落伍。对前沿问题的关注,主要通过阅读最新期刊论文或者学术著作的阅读来实现。

第五,相关学科的知识。学术研究要有宽阔的视野,不能只是把目光集中在自己学科的小圈子里,如果大家都只是局限在自己的学科知识范围内讨论问题,每个人的看法可能都差不多,是很难产生有创造性的成果的。所以,部门法学的研究者要多阅读法理学的著作,而且,政治学、社会学、伦理学、哲学等方面的著作,对开阔我们的视野也是非常有帮助的。

第六,从事法学研究所需的语言工具。大家可能首先会想到外语。的确,在现代社会,信息获取非常便捷,如果不能熟练运用外语,我们掌握的研究资料首先就不如别人,这肯定会制约我们对问题的研究。但是,我这里要强调的却不是外语能力,而是母语能力。至少对于中国的学者来说,要从事学术研究,汉语工具非常重要。现在外语好的人越来越多,汉语好的人却越来越少了。写论文虽然不需要妙笔生花,但是如果论文也能写得引人入胜,在文字上高人一筹,学术层次也能上升一层,投稿命中率也会大大提高。

二、问题意识与法学论文的选题

一篇论文,最重要的莫过于选题。但是,如何选题,又不是一个别人可以告诉你的问题。任何值得研究的问题,只能由你自己在平时的理论研究和学习的过程中、在具体的法律实践过程中去发现。别人的眼睛看到的问题不是问题,只有你自己的眼睛看到的问题才是问题。为什么呢?因为只有你自己注意到的问题,你才会知道它为什么是个问题,这样你才有理由写文章来解决它。只要你对某一个领域作了深入的研究,有思考的习惯,就会发现可写的问题真的是很多。如果你对某一个问题从来没有思考过,就算别人告诉你这个问题很有研究价值,你恐怕也很难写出好的论文来。当然,这不一定是水平问题,高水平的人也并不是在每一个问题上都有发言权。由于每个人的知识结构、人生经验、学术眼光不同,同一个问题在这个人看来很有研究价值,在另一个人看来可能没有什么价值。

我们经常说,作为一个研究者,应该有“问题意识”。所谓问题意识,主要包括这样几个方面的能力:①发现问题的能力。没有这个能力,就会对问题视而不见,遇到了问题,也可能不认为那是问题。②判断问题真伪的能力。发现的问题是真问题还是假问题?假问题:一是在理论上和实践上都是没有价值、没有意义的问题;二是别人早已经解决了的问题。③判断问题重要性程度的能力。问题在理论上的价值,对实践的意义。④分析和解决问题的能力。

那么,问题意识从哪里来?说起来,其实不过是老生常谈:

一是多读书,看看别人都在思考哪些问题,别人是如何思考问题的,然后再想一想别人

为什么思考这些问题、别人为什么这样思考问题。古代、现代,中国、外国,尽管人们所处的时代、所处的环境都不同,文化上也存在巨大差异,但是,古今中外人们所面临的问题其实是差不多的,因此,前人和同时代的其他人对问题的思考方式,都会对我们有帮助。另外,多读书还有个好处就是,让我们知道哪些问题别人已经解决了,我们没必要再白费力气。

二是多注意观察生活。法律是活生生的东西,纸面上的法律好理解,生活中的法律其实非常复杂。现实生活中发生的真实案件,每一个都有特殊之处,每一个案件都可以称得上是疑难案件,这些疑难案件就是我们最好的学术资源。我们研究的问题,哪怕是纯学理性的文章,问题本身应该是来自社会现实,而不能来自想象和虚构,我们应当把社会中的法律现象作为研究对象,而不是把理论本身作为研究对象。

第三点可能有些抽象,但是比较重要,就是要把握好思考问题的出发点,或者说,要明白思考问题的基准是什么。法律代表正义,法律的目的是为了追求善,为了促进人的幸福,因此,无论是从理论上研究法律对人、对社会的意义,还是在实践上用法律解决具体的纠纷、处理具体的案件,都必须将社会的基本价值观作为思考问题的基准,有了这个出发点,我们才能发现真的问题,才能理解我们所发现的问题对于人自身的意义。

所谓“问题意识”,就是你自己要真正明白,你的文章与现有的成果相比,究竟有哪些突破,也就是苏力所说的“什么是你的贡献”,你要有清醒的认识。有了问题意识,才可能找到真正有研究价值的问题,这是写出好的法学论文的前提。

一个问题的“研究价值”,就是指对这个问题的研究在理论上或者在实践上有意义,要么是能够解决理论上的某些认识问题,要么是能够解决实践上的法律适用问题,至少应该满足其中一点。如果不能解决任何问题,我们的研究成果就不能称之为论文,只能算是一堆文字。

三、学术立场与政治正确

说到问题的研究价值,引申出来一个比较重要的问题,就是学术研究与政治正确的关系问题,对这个问题,很多论文作者在认识上存在误区,所以我想专门讲一讲。

法律问题和政治问题不可分,研究法律问题离不开对政治问题的关心。但是,这并不意味着法律问题和政治问题是一回事,尤其是法律的学术研究,应当有自己的独立立场,不能让政治引导学术,学术研究不能跟在政治的屁股后面跑。

我为什么要谈这个问题?因为以前做期刊编辑的时候,我发现一种现象,很多人写文章喜欢紧跟形势,以为紧跟形势的文章就是有新意,就容易发表。于是,今天党中央提“依法治国”了,大家都开始写依法治国的重要意义;明天党中央又提以德治国了,大家又开始忙着讨论依法治国和以德治国的关系;后天党中央又提构建和谐社会了,大家又调过头来研究法制建设对于构建和谐社会的意义。这样的话,我们就可以没完没了地跟风,学术研究就彻底变成了政治的附庸。

是不是这样紧跟形势、紧追热点问题,写出来的文章就一定容易发表?我想,至少严肃的学术刊物并不喜欢这种应景文章。当然,我的意思绝不是说,政治上的一些提法不能拿来作学术研究,而是说学术研究要有自己的立场,要独立思考问题。即便是跟形势,我们也要看政治上的一些提法,是不是在学术上也是有研究价值的问题。政治口号一般都是很正确

的东西,但它们当中的道理一般也都是显而易见的,通常不需要学术再去帮腔。邓小平同志有一句话,我们的制度“不能因领导人的改变而改变,不能因领导人的看法和注意力的改变而改变”。这句话就是谈法制建设的时候说的,我们搞法律的人更应该记住。从事理论研究,也要有这样的立场。

关于学术研究和政治的关系,我想说:在政治立场上,我们当然不能违反四项基本原则;但是在学术立场上,却可以对政治进行反思和批判。学术最大的功能就是反思和批判,只有不断地反思、不断地批判,才会有持续的发展和进步。如果大家都去跟形势,真正独立思考问题的人就会越来越少。如果我们总是制造那些速朽的东西,只追求发表,不考虑学术上的贡献,那就纯粹是浪费纸张。

四、研究方法与学术贡献

要写出好的法学论文,是不是必须采用某种特定研究方法呢?或者说,是不是某一种研究方法,就是进行法学研究的最好方法呢?

近几年,法学界特别热衷于所谓的“实证研究”方法,而且搞实证研究的人,把自己的成果定义为“社会科学”,言下之意,传统的思辨性的法学研究,都不是科学的研究。于是,谁在搞实证研究,谁似乎就无形中高人一等。我还发现,有些老师在指导研究生论文时,也喜欢要求学生搞实证研究。我们从来没有给学生教过实证研究的具体方法,让学生怎么去搞实证研究?

实证研究作为社会学的一种研究方法,的确能够更真实地观察社会现象,也可以作为法学研究的一种重要方法。但是,实证研究的具体方法需要经过严格的训练才能掌握,怎么选点,怎么抽样,怎么设计问卷,怎么调查,怎么分析样本,都是很有讲究的,并不是搞一点调查就是实证研究。如果没有真正掌握实证研究的各种具体方法,而从事所谓的“实证研究”,产生的成果可能会存在严重的问题。思辨性的研究,结论是不是有说服力,一般内行都可以做一个理性判断;但是,实证研究的方法如果运用不当,结论当中的问题往往是发现不了的,除非你一步一步重新做一遍研究。所以,错误的实证研究带来的误导性更强,没有经过方法上的严格训练,实证研究是不能随便做的。

方法固然重要,关键要看用得好不好。我觉得,法学的研究完全可以采用多元的方法,各种研究方法都可能写出好的论文。至于采用哪一种研究方法,不但取决于所要研究的问题的性质,还取决于研究条件,最关键的,取决于你本人的能力能够驾驭哪种研究方法。“方法”对于“问题”而言只是工具,我们不能因为用惯了筷子,在只有刀叉的情况下就拒绝吃饭——关键不在于用筷子还是刀叉,而在于吃饱肚子。

五、交叉研究与学术特色

不同学科之间的交叉研究,如果做得好,的确可以产出很好的成果。但是,做交叉研究有一个前提,那就是你必须对研究所涉及的不同学科领域的知识都有透彻的把握,否则,仅凭对其他学科一星半点的了解就试图搞交叉研究,很容易闹笑话。

这些年,凡是理工科大学新办法学院,都喜欢提倡交叉研究。因为觉得没法与传统的主

流法学院相抗衡,所以试图以交叉研究来突出自己的特色。但是,我们会发现,原来很多理工科大学法学院所大力推动的科技法学、航空法学、卫生法学、房地产法、生命法学,都没有真正发展起来,这些研究领域始终处在整个法学研究的边缘地带。现在,咱们东南大学法学院也认为工程法学、医事法学是自己的一个特色,我有些担心,我们的这两个所谓的特色学科,会不会也是一直都长不大。

有时候,交叉研究很容易做出有新意的成果,甚至可以填补法学研究上的空白。但是,很多法学交叉学科为什么又很难成长起来呢?这主要是因为,大多数交叉学科的研究可能都没有找准方向,不知道交叉学科有价值的问题究竟是什么,往往是为了交叉而交叉。比如研究生命法学,如果没有相当的法学功底,对生命科学的技术特点及其社会意义也没有深刻的了解,就盲目地搞交叉研究,乍看可能觉得很吸引人,但经不起仔细推敲,也经不起时间的检验。再比如法社会学的研究,真正的法社会学,应该是用社会学的方法来研究、分析法律现象,而不是把法学理论与社会学理论简单地掺和在一起,就可以自称是在做法社会学。那样的话,搞社会学的人会耻笑,搞法学的人也未必认同。

所以,做交叉研究,知识结构和方法选择非常重要;另外,还要看我们所要研究的问题有没有交叉的可能,要看不同学科之间是否存在共同所面临的问题需要我们来“科际整合”。比如说法经济学的研究,搞不好的话,在搞经济学的人眼里就可能太外行,闹出学术笑话,甚至给整个法学界丢脸。所以,做交叉研究,要避免最坏的结果,就是不要制造怪胎。

对一个法学院来说,法学交叉学科作为特色来强调当然是可以的,但是,要支撑起一个法学院,还是要靠主流法学学科。主流法学学科,是任何法学院的生存支柱。我这么说,也有很实际的考虑,就是法学核心期刊很少发表法学交叉学科的文章,所以,大家要想在研究上获得成功,还是要把主要精力放在主流学科的基本问题和核心问题上来。

六、语言表达与思想创造

语言是思维的工具,只有掌握好这个工具,我们才能准确地表达思想。作为学术论文,不要求你非得有很强的文学功底。作为论文,只要能把问题说清楚就行了。从语言表达的角度,我认为学术论文的质量可以分为这样的几个层次:

第一个层次是:用通俗、优美的语言,表达了深刻的思想。这是最高的境界,可以说是做到了人们对好文章所要求的信、达、雅。信,就是可信,有说服力;达,就是通达,说得明白、透彻;雅,就是说得优美。论文要达到这个境界不容易,也不可能要求大家都有这个能力。

第二个层次是:用通俗的语言,表达了深刻的思想。对于论文来说,语言可以不优美,但是一定要说得清楚、明白、透彻;也就是说,学术论文的语言,可以没有“雅”,但是不能没有“信”和“达”。做到了“信”和“达”,论文在语言上就是合格的。

第三个层次是:语言虽然很优美,内容却很空洞。这个时候,“信”和“达”都没了,只剩下了“雅”。散文可以是这样的,论文不能这样。

最糟糕的是第四个层次,就是:语言上既不通俗也不优美,内容上又很空洞。在这个层次上,信、达、雅都没有了,只剩下了文字本身,这就不能叫论文,更谈不上学术。“文字垃圾”指的就是这种东西。

对于大多数人来说,只要能做到上面第二个层次就足够了。因为论文最重要的是表达

思想,能够优美地表达思想当然最好,不能优美地表达思想,但是能够清楚、明白、准确地表达思想,也是不简单的。一篇论文,如果语言很别扭,让期刊的编辑根本没法看下去,结果可想而知。而好的语言,一定可以帮助你赢得编辑的青睐——当然,前提是你的文章在内容上也有水平。

我经常给人说,一定要把论文当文章写。论文也是文章,很多人不把论文当文章写。文章不是红头文件,不是法律文书,不是思想汇报,也不是领导讲话和工作报告。文章是什么?“文”好理解,就是文字;“章”的意思是段落、条目、条理、次序。所以,文章是要讲究结构、讲究谋篇布局、讲究论证技巧、讲究语言表达的。另外,论文又不同于其他文章,不同就不同在这个“论”字,也就是必须把功夫下在论证上,能够以理服人。研究同样的问题,表达同样的观点,表述方式不一样,文章的效果是大不相同的。所以,仅仅是观点正确还不够,还得把正确的观点用最合适的方式表达出来,论文也得讲技巧,别拿论文不当文章。

七、如何开始一篇论文的写作

俗话说,“万事开头难”,论文的写作也是一样。我们经常会发现,准备工作做得很充分了,脑子里也有很多想法,我们甚至觉得自己的想法很奇妙,简直就是天才的想法,但就是不知道该怎么把它写出来。或者奇思妙想一落到纸上,我们才发现都是些陈词滥调。这或许不是因为我们眼高手低,而是没有掌握写作的基本方法,或者是缺乏写作训练造成的。

要让某件事情变得简单易行,最关键的是要有周密的计划,就像造房子,要先设计好图纸,事情就好办了。要让论文的写作突破“开头难”的局面,最好的办法当然也是制定出写作计划,就是在动笔前先列出论文的大纲,大纲就是论文的操作手册。大纲要尽可能详细,越是详细,写作就会变得越容易。

一般来说,学术期刊上的论文大多在1万到2万多字,文章正文在结构上分为四五个部分就可以了。在拟定论文的大纲时,可以采取以下步骤:

1. 在深入思考和精心推敲的基础上,写出论文的标题,包括必要的副标题。
2. 根据从资料中提炼出的问题点,拟定文章的二级标题,也就是论文每一个部分的小标题。需要注意的是,二级标题所表达的内容一定要能够被涵括在文章的大标题内,否则文章内容就有可能偏离主题,导致文不对题。

二级标题的作用是统率文章的内容,使得论文各部分在整体上具有统一性和富有逻辑性。二级标题的多少,取决于文章的篇幅长短和所研究的问题本身。

3. 根据文章每一个部分所要讨论的问题,在每一个二级标题下进一步拟定出三级标题。文章很长的话,甚至可以拟出四级标题。这要根据需要而定。

4. 将自己对每一具体问题的思考,以要点的形式填充到相对应的小标题下,可以是已成型的观点,也可以是疑问,还可以是大致的思考方向。

5. 将所搜集的资料中准备引用的素材,以直接引用或间接引用的方式填充到相对应的小标题下,同时做好注释,以防事后可能的遗忘引起学术失范或者著作权纠纷。

6. 将自己的思考和引用的素材结合起来,对相关的问题进行论述或论证,形成一个个意义完整的段落。这个工作不一定从第一段开始做,哪一部分思考成熟了,就可以先写哪一部分。之所以可以这么干,正是写作大纲的功劳,如果写作大纲很周详的话,即使不按部就