

法科学生读本

法学进阶之路

法科学生
读本



王亚新 等 著

- | | |
|-----|------------------|
| 王亚新 | 案例分析的方法与学理 |
| 王利明 | 民法案例分析的基本方法探讨 |
| 张卫平 | 学习民事诉讼法中应注意的十大关系 |
| 张广兴 | 学术规范与法学论文写作 |
| 杨建顺 | 行政法学研究方法论 |
| 陈兴良 | 法学知识形态及其方法论 |
| 郑成良 | 法学方法论 |
| 韩大元 | 迈向专业化的中国宪法学 |

法科學生
讀本

法学进阶之路

王亚新	案例分析的方法与学理
王利明	民法案例分析的基本方法
张卫平	学习民事诉讼法中应注意
张广兴	学术规范与法学论文写作
杨建顺	行政法学研究方法论
陈兴良	法学知识形态及其方法论
郑成良	法学方法论
韩大元	迈向专业化的中国宪法学

图书在版编目 (CIP) 数据

法学进阶之路 / 王亚新等著.

北京: 中国人民大学出版社, 2008

(法科学生读本)

ISBN 978-7-300-08910-2

I. 法…

II. 王…

III. 法学-文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 005645 号

法科学生读本

法学进阶之路

王亚新 等著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 **邮政编码** 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511398 (质管部)
010-82501766 (邮购部) 010-62514148 (门市部)
010-62515195 (发行公司) 010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>
<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北涿州星河印刷有限公司

规 格 148mm×210mm 32 开本 **版 次** 2008 年 1 月第 1 版

印 张 6.875 插页 2 **印 次** 2008 年 1 月第 1 次印刷

字 数 158 000 **定 价** 20.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



编者的话

对于方法论的研究，法学界已经有诸多的“议”与“非议”。这套针对学生的小书因此不敢奢谈“方法论”，只希望定位于对学生们提供学习及写作的指导和帮助，同时，大家可以借助前辈师长的个人经验，对于法学的各个门径有所领略。

其实诸位作者赐稿前，已经在各自的教学生涯中思考良多，想必他们的最低要求，一是让自己目前的学生学路顺畅，二是让目前的学生，今后的法律共同体同仁的术业不致太过于荒腔走板。因此，约稿之初老师们都颇多谦辞，甚至认为个人思考未足普世。即便承认方法的类型化，但类型恐怕难以如学派一样尽数。

我们姑且认为这是这个学科赋予他们的谨慎美德。而编者只针对需求提供素材，况且素材又都是有感而发、深思熟虑的成果。其价值自有话说。

一直都认为，成为法科学子殊为不易。

就学问本身，他们有权利得到更多，更多的指导。

因此，在收录的时候，唯恐遗失珠玉，形式风格上的统一反倒退为其次考虑。幸运的是，各位学者都倾力提供稿件，唯愿读者认为有收获。

他们文风敦厚，语言质朴，思路严谨缜密，对待“面包的学问”，用盐与面包的态度。这是法学家体现教者父母心的方式。

很想借用法国大思想家笛卡尔在《谈谈方法》一书中的自白：

“我并不打算在这里教给大家一种方法，以为人人都必须遵循它，才能够正确地运用自己的理性；我只打算告诉大家我自己是怎样运用我的理性的。”

希望能大致道出作者们的心声。

2007年10月9日



目 录

王亚新 案例分析的方法与学理/1

王利明 民法案例分析的基本方法探讨 /41

- 一、什么是民法案例分析的基本方法 /42
- 二、案例分析的两种基本方法之一：法律关系分析法 /47
- 三、案例分析的两种基本方法之二：请求权基础分析法
(Anspruchsmethod) /56
- 四、请求权基础分析法与法律关系分析法的比较/64

张卫平 学习民事诉讼法中应注意的十大关系 /67

- 一、理论与实务的关系 /68
- 二、程序法与实体法的关系 /69
- 三、基本原则与具体制度的关系 /75
- 四、制度目的与制度运用的关系 /76
- 五、诉讼中静态与动态的关系 /78
- 六、相近概念之间的关系 /80
- 七、一般与例外的关系 /81
- 八、确定性与不确定性的关系 /82
- 九、民事诉讼法律关系的主次关系 /84
- 十、形式上与实质上民事诉讼法的关系/85

张广兴 学术规范与法学论文写作/88

杨建顺 行政法学研究方法论 /110

- 一、学习研究方法的方法——相互尊重，学会接力赛 /111
- 二、培养对行政法学的兴趣——正视行政法学与其他相关学科的关系 /112
- 三、培养行政法学研究能力——注重基础能力，戒除急功近利 /115
- 四、收集、整理、运用资料——兼存并蓄，事半功倍 /122
- 五、珍惜交流和请教的机会——勤学好问，“三人行必有我师” /123
- 六、把握规律，全力以赴，夯实行政法专业知识 /126
- 七、学术论文的写作与学术真诚 /129

陈兴良 法学知识形态及其方法论 /132

- 一、法学的知识形态问题 /132
- 二、法学方法论问题 /141
- 三、以刑法为视角的考察 /149

郑成良 法学方法论 /160

- 一、法学的性质及方法 /160
- 二、规范性研究方法（价值评价方法） /171
- 三、语义分析方法 /176

韩大元 迈向专业化的中国宪法学 /180

一、宪法学研究概况与分析 /180

二、宪法学研究的主要理论成果与新进展 /189

三、2006 年宪法学理论研究评析 /204

四、宪法学发展展望 /209

王亚新（清华大学法学院教授）

案例分析的方法与学理

——兼谈民事诉讼法学与司法实践的关系*

屏幕

案例的作用

- 对概念、程序的形象说明
- 法律问题的解释（“澄清”或“划线”的功能）
- 发展有关的理论、学说
- 推动从“案例”到“判例”的制度建设

第一个部分我就要讲一下案例的作用，但我不用屏幕上的抽象语言，而用具体的例子来解释，画面上的表达由同学们看着自己思考。第一条对概念、程序的形象说明，比如说甲、乙两个人争一块地，甲起诉乙说地是我的，乙作为被告说地是自己的，二人各不相让。此时有与原被告没有关系的第三者丙站出来说：“这块地不是甲或乙的，而是我的。”这是什么人呢？（场上回答：第三人）对，这就是有独立请求权的第三人。如果他说这块地全部是他的，他是有全部独立请求权的第三人，如果他说这块地有一半是他的，他就是有部分独立请求权的第三人。大家看，这样一

* 整理自王亚新教授 2005 年 11 月 7 日西南政法大学司法研究中心讲座。

个例子就把有独立请求权的第三人、有部分独立请求权的第三人、有全部独立请求权的第三人等概念说明白了，这就是案例的第一个作用。

我同样以一个例子来解释案例的第二个作用，我们都知道共同诉讼这一程序或制度，其中有一个概念叫做必要的共同诉讼。那么什么是必要的共同诉讼呢？按照法条的解释就是诉讼标的同一、有多个当事人的诉讼，而此处我们就用案例的方法来解释。比如说共同共有，假如刚才那块地的所有人，双方都不是一个而是多个，而且不是按份的共有而是不可分的，那么发生纠纷打官司时所有的人都必须参加诉讼，否则法院也必须依职权追加。或者说关于一份遗产，在还没有分割前发生了争议并进行诉讼，那么有继承权的所有兄弟姐妹就必须共同参加，只来其中一个或两个都是不行的，其他人都必须参加进来，除非你放弃实体权利。因为遗产没有分割就不知谁究竟应该占多少，其本身就是不可分的，是同一个诉讼标的。这些都算说明概念的典型或者说是该概念的核心部分，因而是容易理解的。但是，当我们到达概念所覆盖的范围边界时，就不这么简单了。比如说侵权行为引起的诉讼，什么叫同一诉讼标的的共同侵权呢？一个人打了某人一拳，另一个人又打一拳，第三个人又踢一脚，复合起来造成了严重后果，构成共同侵权是没有问题的。但不可分吗？受害人先告打自己一拳的那人，后告踢自己一脚的那人，难道不可以吗？但那什么才是不可分的共同侵权呢？这就有点麻烦了。因为任何一个概念都有它的核心部分或典型表现，就像我们说哪些是第三人哪些是共同诉讼人一样，有些会显得一目了然，不言而喻。但麻烦是在司法实践中，总会有些案件在概念的边界上游移，我们不知道是否应该把它归入某一概念或应排除在外。这时案例的另外一个作用

就显现出来了，即所谓“澄清”或“划线”的功能。就同一诉讼标的的必要共同诉讼而言，比如说在黑暗中几个小孩向一个人扔石头，其中一块击中他的眼睛而导致失明。三个或五个扔石头的人是可以确定的，但黑暗中却不能确定这几个人中谁扔的石头致其受伤。此时你可以单告其中一人或另一个人吗？（场上回答：不可以）这个诉讼就是不可分的，这就说明侵权的不可分完全是可能的。还有就是楼上坠物伤人，在知道是谁掉东西的情况下是可以单独起诉的，但在不知道究竟是谁的情况下，整个大楼的住户都有可能成为被告，甚至判他们全部都须赔偿。这个例子就说明案例可以用来澄清一些概念，或用来“划线”。

而且此时对于我们的法条就需要解释了，如究竟什么是“同一”诉讼标的或“同一”法律关系？几个人扔石头只有一个人致人受伤，能够说他们的侵权是同一诉讼标的或同一法律关系、是不可分的吗？由此一些理论上的问题就需要讨论，通过分析案例来发展理论的作用就开始表现出来了。因为案例不是孤立的，而往往会是一串或一系列。刚才讲了，概念经常有明确的中心部分，也有模糊的边缘部分，经过案例的分析引起理论上的探讨，模糊的部分变得清晰了，出现了明确的适用范围或边界。这就有一个随解决案例的需要而在具体的诉讼实践中发展理论的演化过程。今天出现一个案例，通过理论上的探讨把概念的边界拓宽了，而明天又出现一个案例，又可能导致概念的范围缩小，等等。在这种交替中，相关的学说理论就发展起来，使概念的边界变得明确。例如刚才我讲的必要共同诉讼概念。同样，我们刚才也提到的诉讼标的，也是诉讼法上的一个重要概念，在座的李龙老师在这方面是专家。我们民事诉讼法学界还没有很多人做博士论文、硕士论文在这方面进行探讨，他的那本书在这个比较薄弱的研究领域

一定程度上就有了“填补空白”的意义。

案例的最后一个作用，也是很少有人提到的，就是推动从“案例”到“判例”的制度建设。大家知道我们讲的是案例，因为我们还没有判例制度。但从理论界到实务界都说我们不应仅仅停留在案例上，而要想法把它发展为判例。那么案例和判例又有什么区别呢？今年的司法考试就考了这样的题。这个问题也正是我今天晚上想讲的重点，因为前面谈到的三个层次也是我们的教学方法，也是做常规的解释法学时经常使用的一种方法。而我要把这些层次都集中起来并推进到最后一个层次，看看我国的法律制度在案例与判例之间到底还有多大距离，我们都有什么途径可以通向判例制度。

屏幕

一个有关管辖权异议的案例

- 案情的介绍
- 第一诉讼：甲省 A 地的 a 企业诉乙省 B 地的 b 企业，即 a v. b (1996 年 6 月)——因购销合同供货方交付的货物瑕疵而向 A 地法院请求退货
- 第二诉讼：b v. a (1996 年 7 月)——向乙省 B 地法院请求同一合同的购货方给付欠款（依据欠条）
- 甲、乙两省高院之间的协商→向最高法院报请指定管辖→最高法院通知

现在是一个有关管辖权争议的案例，我想学过民事诉讼法的同学理解这一案件都没问题，所以相关概念和制度我就不再介绍。这里有两个诉讼，第一个诉讼是甲省 A 地的 a 企业诉乙省 B 地的 b 企业，即 a 对 b，起诉的时间是 1996 年 6 月，理由是因购销合同供货方交付的货物瑕疵而向 A 地法院请求退货，这个很简单。大

大家要记住这个购销合同是口头合同，没有正式的文本，也要记住起诉的法院在甲省 A 地。而在 1996 年的 7 月，相差不足一个月，第二个诉讼提出，此时原被告和起诉地都倒换过来了，即乙省 B 地的 b 企业诉甲省 A 地的 a 企业，b 对 a，理由是向 B 地法院请求同一合同的购货方给付欠款。这是一个真实的案例，大家可以参见最高法院前副院长，现在全国人大法工委副主任祝铭山主编的一套丛书，其中《管辖权争议纠纷》一书里边第 37 页就可以查到这个案例。这两个诉讼是根据同一个口头供销合同提出来的，诉讼时 b 企业向 a 企业交付了所有货物，a 企业向 b 企业支付了约一半的货款，而总货款大概是二十一万九千多元。在支付一半的货款时，a 企业打了一张欠条，欠条写道：货物收到，已经给付货款 ××，尚欠 ×× 将于某给定时间内偿还，同时注明若发现产品有质量问题就要退货，且若围绕欠款发生争议应向乙省 B 地有关部门请求解决。第二个诉讼就是 b 企业以欠款为理由向 B 地法院起诉 a 企业。两个诉讼的诉状都经法院送达对方，于是 a、b 企业分别到对方起诉地法院提出管辖权异议，主张自己企业所在地法院有管辖权，于是双方法院发生管辖权争议。大家知道，我国《民事诉讼法》第 37 条有关指定管辖作了明文规定，“人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。”而且 1994 年 12 月最高人民法院下达了《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》这一司法解释文件，对管辖权争议问题作了更细化的规定，如不准任一方抢先下判决、必须协商等，因此本案例中争议双方的法院陷入了僵局。它们都是基层法院，经协商未能达成一致，因为双方共同上级法院只有一个，最后通过上报，双方的省高院也未能协商解决，于是在 1997 年 12 月报请最

高法院指定管辖。最高法院于半年后，也就是 1998 年 6 月专门下达一个通知，指定了管辖的法院。通知的内容我们先不交代，暂留一个悬念。我们的案情就先介绍到这里，下面我请几位同学来回答两个问题：第一个问题是你认为本案例中的争议该如何解决，而后我们将把答案拿来与最高法院的解释、我接下来的点评以及三位教授的观点进行比较；第二个问题是你认为这个案件牵涉哪些理论问题或问题点。第一个问题谁愿意主动回答？请举手，请勇敢一点。

（甲同学：我认为应该按合同履行地，由货物的交货地法院管辖，就是 A 地法院管辖。

乙同学：我认为应该由 B 地法院管辖，因为应该由被告所在地管辖。）

好！现在出来了两种观点。下一个问题比较难回答，就是我们暂不考虑结论，先问你认为这个案例涉及哪些理论上的概念或者说涉及诉讼法学上的哪些理论？

（丙同学：我认为涉及诉讼标的问题以及指定管辖问题。

丁同学：我认为还涉及了协议管辖问题。）

很好，这位同学提到了协议管辖问题。

屏幕

该案例涉及的问题群

• 诉讼标的问题

前后诉是一个诉讼标的还是两个诉讼标的？

如是同一个，是前诉并入后诉还是相反？

如是两个，是否应合并，如何合并？

• 协议管辖问题

协议管辖是否优先于特殊地域管辖？

本案欠条是否应视为“协议”?

协议内容应明确到何种程度方有效力?

刚才的几位同学已提到了这两个问题,即诉讼标的问题和协议管辖问题。我把它再细分为两组问题或两个问题群。顺便说一下,案例分析有两种方法:一种是诉讼实务中法官、律师和当事人最关心的,也就是如何解决眼前的问题,结论究竟是怎样的。这当然非常重要。外国有句话,说类似法学这样的学科是“面包的学问”,就是非常讲究实用性或技术性的学问。但我们法学界还有另外一种说法,就是结论是什么其实并不是最重要的,重要的是你的推论过程。同样的结论可以是基于完全不同的理论或逻辑推导过程,这个才是法学的精髓或叫真谛。这两个方法或命题看起来有矛盾,但实际并不一定矛盾。刚才我的提问也是基于这两种方法,一个是结论应当是怎样的,另一个则是都牵涉哪些问题或问题群。第一种方式直接询问结果,但往往容易忽视一些更复杂、更深层次的问题。第二种就是先不考虑结论,但通过考虑涉及的问题或理论往往也能导出结论。回到这个案例,尽管案情很简单,但如果仔细分析起来却涉及很复杂的问题。首先,两个诉讼陷入了争议的僵局,不知道到底谁吞并谁。这就要判断前后两个诉讼的诉讼标的到底是同一的还是不同的,按照法院或司法解释中常用的术语,就是“法律关系”究竟是一个还是两个。“法律关系”和“诉讼标的”两种用法牵涉理论与实务在表述上的不同,我们在这里就把两者都理解为要解决的是同样一个问题好了。那么,本案例中的诉讼标的到底是一个还是两个呢?这个问题非常关键,因为如果是两个就不涉及前后诉相互吞并的问题,完全可以分别进行,只是当两个诉讼只有一个诉讼标的时才涉及谁吞并谁的问题。但大家注意,即使是两个诉讼标的或法律关系时,也

有可能为了方便审理、节约资源等而进行合并审理，大家要注意此处是“合并”而非“吞并”或“并入”，属于诉的合并问题。当然，即使是诉的合并，这也是要在明确存在两个诉的前提下才成立，说来说去都牵涉诉讼标的问题。那么下一个问题就是，如果是同一个诉讼标的，就绝对不允许同时进行两个诉讼，必须有一个谁吞并谁的问题，是前诉并入后诉呢，还是后诉并入前诉？这就是第二个问题。而如果是两个诉讼标的，两诉是否需要合并呢？如需要，则前诉合并后诉，还是后诉合并前诉仍然成为问题，即第三个问题。此处对后两个问题的两组回答虽然在结论上完全同样，但其根据或推导过程及内部逻辑则是完全不同的。关于第一组问题就谈到这里。

第二组问题就是刚才那位同学提到的协议管辖的问题。第一个问题，如果把欠条算是一个关于管辖的协议，但作为后诉的协议管辖是否优先于前诉的管辖？也就是协议管辖是否优先于特殊地域管辖的问题。因为本案的第一个诉讼 a 企业正是按照特殊地域管辖向购销合同交货地，即履行地 A 地法院起诉的；而第二个诉讼 b 企业认为这是协议管辖，而协议管辖有优先权没有？这就是案件争议的另外一个焦点。下一个问题是，此处的协议是一个欠条，它是单方出具的，这能否叫做协议呢？这就涉及法条解释了，管辖的协议是否必须在合同中以单独的条款规定呢？该欠条虽然是单方出具的，但对方拿着来起诉是否意味接受这个意思表示呢？这些问题，我们大家再去思考。最后一个问题就是协议的内容应该明确到什么程度，就是协议的明确性问题。这关系到协议有没有法律效力。

大家可以看到这个案子把这几组问题都提出来了。由于时间关系，我就来解答一下，一会儿再由李老师和徐老师提出批评。