

RESEARCH METHOD OF JURISPRUDENCE

| 陈征楠 朱志昊 主编 |

法学研究方法



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

RESEARCH METHOD
OF
JURISPRUDENCE

法学研究方法

| 陈征楠 朱志昊 主编 |



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法学研究方法 / 陈征楠, 朱志昊主编. — 北京:
法律出版社, 2008. 1
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8008 - 3

I. 法… II. ①陈…②朱… III. 法学—研究方法
IV. D90—3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 188339 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/10.25 字数/300 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 月第 1 次印刷

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 销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn 咨询电话/010 - 63939738

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 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995 苏州公司/0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8008 - 3

定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

本书为华南理工大学法学院法学理论学科研究生学术成果之一。

该成果由华南理工大学法学理论学术团队策划与组织,并完全交由法学理论专业在读硕士研究生具体实施完成;该成果的写作与出版得到了华南理工大学法学专业学科建设基金与“985”工程建设资金的资助;华南理工大学法学院全体法学硕士研究生均参与了本书的编写工作,为本书的面世提供了重要的支持与帮助,并付出了巨大的努力。

特此鸣谢!

前 言

同是刚走入校门的研究生,在入学背景上则是迥然不同的。在中小学阶段高度统一的教育体制下,同学们如同尺寸相同质地良好的白纸,只有在走入大学后才开始勾勒不同的线条和轮廓。

而研究生的来源则有多多样性。以华南理工大学法学院的硕士研究生为例,有来自法学专业院校的本科毕业生,也有综合性大学的本科毕业生;有大学毕业直接上研究生的,也有先工作一段时间后再考研的;有法学专业毕业生,也有其他专业的毕业生。其专业性质、学习方法与习惯各有千秋。

研究生来源的多样性首先是一种有利因素,它便于在学习的过程中集思广益,从而促进营造百家争鸣的学术氛围;但同时,也有其不利的一面,不同教育背景之下所形成的不同的学习习惯、研究方法和撰拟风格,当其差异过大时,就难以并轨于主流化的学术规范与学界普遍认可的评价指标。习惯上的过于随意和方法上的五花八门,必然限制研究生学习和研究能力的扩展,削弱研习效能,从而多走弯路岔道。因此,研究生入学之初,在学习习惯和研究方法上,需要一个“从民主到集中”的斧正过程,这个过程对法学研究生来说,尤为重要。

相对于许多学科来说,“法学”研究更加具有严肃性、规范性的要求。从法学课题的选择、资料文献的收集检索,到法学作品的写作、引证等,都有其特定的规范化要求。正是这些看起来带有细节性、辅助性的工作,却最能反映并在某种程度上直接反映着一个学术共同体的作风修养与研究水平。但从目前情况来看,现有的法学教育体系并未对法学研究方法对于法学研究与法律实践的重要意义给予足够的重视。因此,华南理工大学法学院院长葛洪义教授从此出发,根据多年的教学

研究经验,借鉴和归纳国内外先进的法学研究方法,率先在本院硕士研究生培养中倡导并推行“法学研究方法论”课程,并将此课程作为所有法学硕士研究生入学伊始的必修课,以期达到“工欲善其事,必先利其器”之目的。

葛洪义教授对“法学研究方法论”课程的设置共分为五个部分,分别为:法学研究与法学研究方法、法学作品的写作与学术规范、法学学术刊物和其他出版物、法学研究课题的选择、其他学科方法在法学研究中的运用。第一部分具体的讨论内容为:1977年以来,我国法学界讨论的热点问题主要有哪些?特别是2000年以来的热点问题。要求完成书面讨论稿,其中需要说明各个热点问题形成的原因、代表人物及其相互之间(包括各学科热点问题之间)的关系并特别说明课程学习者认为最有研究价值的问题及其理由。第二部分的具体讨论内容为:比较国内外法学学术刊物、出版物和主管部门有关学术规范的规定中,对各种引证与注释方式的要求与规定,分析其中对引证和注释的基本要求的异同,尤其要重点阐释清楚课程学习者认为最恰当的引证与注释规则及其理由;并通过已经发表的作品举例加以说明。第三部分的具体讨论内容为:比较国内刊登法学文章或出版法学作品的学术期刊、连续出版物和出版社;比较后,选择出最欣赏的期刊、连续出版物和出版社并说明理由。第四部分的具体讨论内容为:选择一个法律领域的研究课题并对开展该课题研究的必要性、可行性及课题基本内容进行说明。第五部分的具体讨论内容为:其他学科方法的渗透对中国法学研究有哪些影响?对我国法学研究提出了哪些新的问题?重点阐述其中两个学科影响法学研究的理论背景、条件、范围和方式。

本门课程的课堂教学环节包括教师讲授、文献阅读、学生练习和讨论等内容。课程尤其注重学习者的实际研究能力的训练,在约五十小时的总课时中,按专业组织讨论的时间几近一半,并且要求学生用于课外阅读和写作时间,不少于课内课时的4倍。学生必须充分利用课余时间,为课堂学习做好准备,必须阅读大量文献资料并进行相应学术能力的训练并针对每单元的讨论主题完成不少于5000字的书面发言稿。在课程结束的时候,要求课程学习者具有能够比较娴熟地写出符合学术规范、有一定独创性的法学论文或其他种类的法学研究作品的能力,

每位同学都必须提交一篇独立完成的法学论文。在本课程的师资力量方面,除葛洪义教授亲力亲为、严格把关以外,他还邀请了内地及香港地区的知名学者来为同学们就相关主题进行悉心辅导。

通过“法学研究方法论”课程的学习和相关文章的写作,来自不同院校和专业背景的同学们掌握了较为完备的法学学术规范,为日后长远的学术发展奠定了较为牢固的法学研究工具性基础。这就像刚入伍的毛头小子都要进行包括队列、射击在内的“共同科目”训练,只有这样,才有望将来在各自兵种的具体岗位上熟练掌握更特殊的军事技术,成为一名合格的军人。“法学研究方法论”也就是我们这些有志于法学研究的年轻人的“共同科目”,它对于华南理工大学法学院长足发展乃至我国法学事业继续繁荣的深远意义,值得我们期待。

陈征楠 朱志昊谨识

2007年10月于广州小谷围岛

目 录

第一讲 法学研究与法学研究方法

法学界三十年热点问题浅述	郭旺生 / 3
法学热点问题讨论	梁 栋 / 11
1977 年以来我国法学研究的热点问题回顾与 新时期展望	石 宾 / 19
近年法学界热点问题浅谈 ——经济发展与法制进步	王蜜蜜 / 35
在前现代与后现代之间游离的中国“现代”法学 ——中国法学近三十年发展概览	叶竹盛 / 46
我国改革开放以来法学热点问题综述	曾 帆 / 52
1977 年以来中国法学发展中的重大热点问题回顾 法的现代性及其中国问题	张洪亮 / 60
	朱志昊 / 68

第二讲 法学作品的写作与学术规范

引证与注释——法学学术作品的外衣	陈文滔 / 79
对我国法学学术期刊注释体例的比较分析	邓 洁 / 86
法学写作引证注释规范比较	张洪亮 / 92
略论我国学术论文写作的注释规则 ——立足于国情与国际学术规范的视野	郑天龙 / 105
引注规范之我见	周 凌 / 112

第三讲 法学学术刊物和其他出版物

我国各种法学学术期刊和出版社的比较	陈文滔 / 134
对几种核心法学期刊的比较研究	高晓奇 / 141
学术期刊、连续出版物、出版社之我见	焦守林 / 148
对国内法学学术期刊、连续出版物及出版社的比较	石 宾 / 157
论法学学术刊物及出版社	吴雁娜 / 165
国内法学学术刊物和出版社的比较	夏菲菲 / 173
我国法学学术刊物评述	闫 慧 / 180
国内法学学术刊物之我见	曾 帆 / 189

第四讲 法学研究课题的选择

论法学硕士教育与法学本科教育的衔接	罗 艳 / 198
法学研究课题的必要性与可行性论证	
——以“正当防卫”为例	夏菲菲 / 205
课题选择:利益相关者参与公司治理机制	薛立波 / 212
音乐著作权集体管理制度研究	闫 慧 / 219
广东农民工权利保护机制研究	杨 丽 / 228
从社会学角度谈黑社会性质组织的认定及控制	张黎黎 / 236
未成年人犯罪问题研究的必要性及其内容	张如意 / 249
现代性问题及其法律面向	朱志昊 / 258

第五讲 其他学科方法在法学研究中的运用

试论类比推理	陈征楠 / 269
当前经济法责任研究的法学方法分析	景晓晶 / 279
强制责任保险中无责赔付原则的法律经济学分析	李杏美 / 293
解析共同犯罪的立法价值	
——研究共同犯罪问题的应然角度	王 婧 / 307

第一讲 法学研究与法学研究方法

【课程讲授内容概述】

首先,法学研究的态度与学风问题。大体可以从三个方面来讲。

第一,态度严谨。错别字、引用资料不准确等问题要竭力避免,要找出某一观点真正的提出者与出处。认真思考问题的同时,要慎重“创造知识”。要像华南理工大学校训上写的那样:“博学、慎思、明辨、笃行”。

第二,多读书,读好书。这既是从数量、内容上来谈,也是从质量方面来讲。“多”不仅是指在法学专业内部的数量,同时也指读书涉猎的范围。法学学说到底要关注“人与社会”的问题,而多读文学、历史、哲学、经济等这些人文社科类的书籍,对看问题的角度很有帮助。同时,要打开思路和眼界,大量阅读外文的专业书。而所谓“好”书,首先要选择那些名人名作、知名出版社的精品、别人已经奉为经典的书,这样可以用有限的精力得到最大的收获。

第三,要学会做人。做人要礼貌、正直、光明正大、富有勇气,包括研究问题的勇气。

上述这些品质和作风,是为法学研究做出贡献的必要条件。

其次,法学与其他学科关系的问题。大体可以从两个方面讲。

第一,法学理论与法学其他学科之间关系问题。法学理论是其他法学学科的根基与灵魂,这是毋庸置疑的,但研究法学理论的理想境界却在于,研究者既要在理论上有所建树,也要在实践上有所贡献,理论与实践的关系是不能被割裂的。

第二,法学与其他学科之间的关系。在分析问题的时候,不能用单一的方法来解决富有综合性的问题。只有运用多种方法,所得到的结果才会是合理的。要关注新学科、新技术、新方法的动态及其对法学研究的影响,尽量将这些新兴的成果运用到法学研究之中。

成熟的法学研究必然要依靠成熟的研究方法体系,这也是我们开设此门课程的宗旨所在。

【讨论内容】

1977年以来,我国法学界讨论的热点问题主要有哪些?特别是2000年以来的热点问题。完成书面讨论稿,其中需要说明各个热点问题形成的原因、代表人物及其相互之间(包括各学科热点问题之间)的关系并特别说明学习者认为最有研究价值的问题及其理由。

郭旺生*

法学界三十年热点问题浅述

1978年12月,中共中央召开了具有划时代意义的十一届三中全会,会议确立了解放思想、实事求是的思想路线,把党的工作重点转向经济建设,提出发展社会主义民主,健全社会主义法制建设的目标,根据会议精神,全国人大及其常委会加强了立法工作。从那时起,中国的法制建设便驶上了高速公路,尤其是在民商法领域,各种法律法规犹如雨后春笋般涌现,到1985年为止,已经先后颁布了《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《继承法》、《专利法》、《商标法》等单行法。1995年更是出现“金融立法年”,颁布了《中国人民银行法》、《商业银行法》、《票据法》、《保险法》、《担保法》。随着立法工作的加快和深入,法学界的争论也呈现出百家争鸣的景象,下面,笔者以法律部门为界限,浅述学术界的热点问题:

一、宪法的热点问题概览

2005年8月12日,北京大学法学院教授巩献田发表的《一部违背宪法和背离社会主义原则的〈物权法〉草案》的公开信,称物权法废除“社会主义公共财产神圣不可侵犯,实际上是用私有财产神圣不可侵犯取而代之,现在贫富差别越来越大,把乞丐的要饭棍和富人宝马别墅一样保护,不是劳动的平等,而是资本的平等”。物权法是否违宪这一质疑的提出,使物权立法顿时停滞下来,从而掀起一场学术争议。

以王利明先生为代表的民商法领域的专家认为,物权并不违宪,物权的主体地位是平等的,物权在受到侵害之后,都应在法律上获得平等的保护。

* 作者系华南理工大学2006级民商法学专业硕士研究生。

高富平教授也认为,物权法并不存在差别对待问题,他的理由如下:第一,《宪法》第6条肯定社会主义初级阶段实行“公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度”,这意味着,这些多种所有制对应的所有权也是社会主义性质的所有权,而不是其他性质的。因此,在地位上,不同所有权根本没有差别。第二,在财产保护方面,宪法肯定合法私有财产受法律保护。《宪法》第13条作了明确规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”只要以合法方式取得,其取得对象又不违反法律和行政法规禁止性规定的财产,都可以为个人取得和拥有(所有权)。在私有财产的民事保护方面,个人财产不弱(差)于国有财产,也不强(多)于国有财产。第三,国家财产神圣不可侵犯并不意味着其自身与非国有财产有差别。显然,“神圣”一词只是修饰语,它并不意味着国有财产真得有魔法,别人碰它不得,或侵占后会遭受特殊的灾祸。国有财产是否神圣关键不在于是否写入宪法或法律,而在于有没有人捍卫这国有财产所有权。物权法正是要强化侵占国有财产者的民事责任,至于国有财产的管理者的其他责任,则不是物权法要完成的任务,而是国有资产管理法等要解决的问题。

巩献田教授又认为:物权法在保护国有资产流失方面没有作为。

魏振瀛教授反驳说:物权法是调整平等主体之间的物权关系法,不是调节不同所有制经济的调节法,反映和保护社会主义基本经济制度,是各个不同部门的共同任务,不同部门的法律有不同的调整对象,物权法是调整平等关系的物权法。

二、法理学的热点问题概览

20世纪90年代以来,随着我国改革开放步伐的稳健迈进,我国逐步确立了经济及整个社会现代化的具体目标与期限。以此为背景,我国许多学者开始重新研究法律发展领域的一个重要内容——法制现代化。

关于法制现代化的思路问题,存在以下争议观点:

公丕祥认为,东方国家与政府在法律转型以及其变革过程中的作用更为明显。在东方社会,拥有强有力的政府系统,是那些原先不发达

国家迅速实现社会以及法制变革的必要条件。可见,他所持观点为“政府推进论”。

张文显认为,世界法律的发展史已经表明,法律移植是落后国家加速发展的必由之路,是中国对外开放的应有内容,也是中国法制现代化的必然需要。一切能够与时代精神融为一体的富有生命力的积极要素都在移植之列。他的观点是“法律移植论”。

朱苏力认为,中国的法治之路必须注重利用中国的本土资源,注重中国法律文化的传统和实际,并且从理论上说明为什么要借助本土资源,论证了利用本土资源可以超越传统,而不是恢复中国的法律传统,可以建立与中国现代化相适应的法治。这是“本土资源论”。

三、经济法热点问题探讨

关于经济法产生的问题,学者们对经济法含义的不同理解,形成了不同的观点。

杨紫煊等学者认为,经济法作为一个法律部门的产生和发展是客观存在的,不以人的意志为转移。所以他们认为,经济法作为一个独立的法律部门产生于古代社会。关乃凡等学者认为,经济法是随着国家与法律的产生而产生,到了垄断资本主义阶段则发展成为一个新的法律部门。李昌麒教授认为,经济法是在现代市场经济发展到一定阶段出现政府干预失灵的特定历史下产生的法律部门。

经济法要在我国法律体系中找到自己的位置必须形成一系列的通说,学术界的争议无疑对经济法的发展有推动作用,但连经济法何时产生也未能形成一个比较一致的观点,经济法的地位必然受到影响,围绕着经济法还有一系列热点问题,例如经济法的独立性问题,经济法的体系问题,独立问题与体系问题有较大的关联,经济法的体系决定了经济法是否应该独立成为一个法律部门,所以以上两种争议问题对经济法的地位有很大影响。

四、刑法热点问题争论

非犯罪化是20世纪中期以来西方国家刑法改革运动的重要组成部分之一,20世纪80年代后期以来,我国有一些学者主张借鉴西方国

家的做法,在我国推进非犯罪化运动。也有学者反对借鉴西方国家的做法,认为我国当前的迫切任务是犯罪化而不是非犯罪化。中国十多年以来,刑法的调整范围是应该扩大还是缩小,学术界存在较大的争议。

非犯罪化提倡者马克昌在《借鉴刑法立法例修改和完善我国刑法》中主张,缩小中国刑法的犯罪圈,认为将轻微犯罪行为非犯罪化是当今各国刑法发展的趋势,汲取外国刑事立法的这种有益经验,是刑法现代化的要求。

犯罪化观点的支持者高格在《刑法思想与刑法完善》中主张扩大中国刑法的犯罪圈,认为非犯罪化是国外西方国家解决犯罪率上升、监狱人满为患、社会矛盾激化的一种措施,不能学习借鉴。

另外,刑法学界还有死刑限制问题,刑罚轻刑化等一系列争议问题,这些问题之所以成为热点主要原因还是法治化进程的需要,现代社会强调人权的保护,像犯罪化与非犯罪化,死刑限制问题,都是在以人为本的法制思想指导下产生的争论,都是在立足本国与法律移植的过程中发生的。非犯罪化与刑罚轻刑化、死刑限制问题相辅相成,目的是加强对犯罪嫌疑人或者罪犯的人权保护。

五、刑事诉讼法的争议热点

2003年,刑事诉讼法学界中呈现了一片繁华的景象,宪法与刑事诉讼、刑事诉讼目的与价值、无罪推定、沉默权、检察制度、辩护制度、被害人制度、证人制度、侦查模式、证据展示制度、辩诉交易、证据法修改、证据立法模式、证据的种类、举证责任、证明标准、非法证据排除规则等等一时间成为争论的热点。

中国法学会副会长、中国诉讼法学研究会会长、中国政法大学终身教授、博士生导师陈光中在《论中国刑事诉讼法与国际准则接轨》中提出,作为程序法在立法上,应当允许沉默权,而又要鼓励犯罪嫌疑人陈述,以利于查明案情,即采取“沉默不从严,坦白要从宽”的政策。

周洪波在《沉默权问题:超越两种理路之新说》一文中对我国建立沉默权制度的困难作了分析。西方法治国家普遍有一套特殊的制度机制和社会治理机制,“诱使”或“迫使”犯罪嫌疑人、被告人在诉讼中作出“自愿性”供述,从而降低了在被告不供述的情况下的定罪难度,以

及为司法容忍罪犯漏网提供了必要的信心。与现代法治国家相比,中国既不具备相应的诉讼制度,在社会治理水平上也有较大的差距。如果当前在中国建立沉默权制度,其“副作用”无疑会特别凸显,通过制度改革为设立沉默权创造应有的条件在短期内也是无法实现的。

刑事诉讼法学界中的学术争议,例如以上的沉默权、检查制度、辩护制度等的产生似乎都可以归因于一个缘由:我国一向偏重“职权主义”模式,随着我国法制建设的进一步发展,我国诉讼法界有众多学者提出我国诉讼法应该逐渐向增强辩护权对控诉权的制衡能力,使控、辩双方攻防手段趋于均衡的方向发展,以上热点问题都是这一理念的体现。

六、民商法领域的争论热点

中国法治建设从1979年到现在已经走过了将近三十年的历程,取得了一系列成就,中国社会主义法律体系中六部最基本的法律中,已有宪法典、刑法典、刑事诉讼法典、民事诉讼法典、行政诉讼法典五部,现在就只缺一部民法典。中华人民共和国成立以来,曾三次起草民法典,第一次是1954年至1956年,第二次是1962年至1964年,第三次是1979年至1981年。1998年王汉斌邀请江平、王利明、王家福、王保树、梁慧星五位教授讨论论是否立即起草民法典,得到一致同意后遂开始民法典的起草工作,具体由法工委负责,并委托了五位教授。经过几年的努力,于2002年12月由全国人大常委法制工作委员会完成了中华人民共和国民法典(草案)的起草工作,并于同月正式提交九届全国人大常委会审议。

民法典起草过程中,产生了民法体系之争,中国近现代经历了三次民法法典化运动,都存在法律体系之争,第一次是在清末,形成了《大清民律草案》;第二次是在民国时期,形成了《中华民国民法》;第三次是在新中国成立后断断续续进行的民法法典化运动。由于中国的民法法典化在很大程度上就是一个法律移植问题(就目前要起草的民法典来说,是以德国民法典为移植对象的)。因此,在三次民法法典化的过程中都面临着体系之争的问题。

1. 人格权是否独立成编

(1)梁慧星认为将人格权摆在“总则—自然人”一章较为恰当,不

应该独立成编。理由:人格是自然人权利的应有之意,不应该独立出来,以免造成逻辑混乱。

(2)主张人格权独立成编,并且置于分则民事权利体系的第一位。代表学者马俊驹教授认为,不能以财产性人格来概括人格的全部内涵,分辨清楚财产人格与人身性人格很有意义;民事主体制度不能包容人格权制度。

2. 制定财产法还是制定物权法

江平教授认为,应该用财产法的概念代替物权法概念。谢怀栻认为,财产权包括物权、债权。物权不等同于财产权。

3. 有关债法体系的整合问题

(1)侵权法是否脱离债法独立成编。对此,梁慧星持否定意见,他认为应该将侵权法保留在债法之中。而王利明则坚持把侵权法从债法中分离出来独立成编。

(2)制定侵权法还是制定合同法。马俊驹教授认为,不应该将侵权法专门成编,合同法与侵权法独立成编。

(3)债法总则的去留或者改造。认为不应该保留的学者:江平,马俊驹。反对学者梁慧星认为,债权总则,绝不仅仅是合同的总则,而是合同之债、侵权行为之债、不当得利与无因管理之债的总则。如果取消债权概念与债法总则,必然会摧毁民法的逻辑与体系。王利明则认为,合同法,侵权法均独立成编后,一定要保留债权的概念与债法总则。

(4)知识产权是否纳入民法典。以郑成思为代表的学者认为,应该把知识产权纳入民法典,他们认为虽然不可以把整个知识产权制度纳入民法典,但可以在民法典中对知识产权的一般规则与比较原则性的东西加以规定。反对者梁慧星认为,知识产权虽然为重要的民事权利,但考虑到现行专利法、商标法与著作权法已经构成一个相对应的知识产权法体系。他认为,知识产权法受国际关系、科技发展影响较大,变动大,并且包含了大量行政法方面的公法规范。民法则以稳定和意思自治理念为特征。所以,民法与知识产权是不能兼容的。另外,还有学者认为应该将知识产权全部纳入民法典,徐国栋认为把财产关系法下紧接物权法的一个分编。