



上海政法学院

Shanghai University of Political Science and Law



中国—上海合作组织国际司法交流合作培训基地

China National Institute for SCO International Exchange and Judicial Cooperation

ORIENTAL YOUTH FORUM

东方青年论坛



第1卷

王娜 / 主编

VOL.1

EDITED by WANG NA



上海社会科学院出版社

SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS



上海政法学院

Shanghai University of Political Science and Law



中国—上海合作组织国际司法交流合作培训基地

China National Institute for SCO International Exchange and Judicial Cooperation

ORIENTAL YOUTH FORUM

东方青年论坛



第1卷

王娜 / 主编

VOL.1

EDITED by WANG NA



上海社会科学院出版社

SHANGHAI ACADEMY OF SOCIAL SCIENCES PRESS

图书在版编目(CIP)数据

东方青年论坛.第1卷/王娜主编.—上海:上海
社会科学院出版社,2017

ISBN 978-7-5520-2193-6

I. ①东… II. ①王… III. ①社会科学-文集 IV.
①C53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 301996 号

东方青年论坛(第1卷)

主 编:王 娜

责任编辑:董汉玲 温 欣

封面设计:裘幼华

出版发行:上海社会科学院出版社

上海顺昌路622号 邮编200025

电话总机021-63315900 销售热线021-53063735

<http://www.sassp.org.cn> E-mail: sassp@sass.org.cn

排 版:南京理工出版信息技术有限公司

刷:上海景条印刷有限公司

开 本:710×1010 毫米 1/16 开

印 张:26.25

插 页:2

字 数:412 千字

版 次:2017年12月第1版 2017年12月第1次印刷

ISBN 978-7-5520-2193-6/C·163

定价:98.00 元

版权所有 翻印必究

前 言

《东方青年论坛》的孕育和诞生是一个非常奇妙的经历！

人类世界由两大部分构成，一是人类可见的物质世界，二是人类可感知的精神世界，两者的相互沟通与强化，依赖于信息在人们之间的传播和流动。丰富的知识体系和无限的信息，将物质世界与精神世界凝为一体。

知识体系和信息是思想表达的基本途径，也是精神活动的载体和产物。物质生命在时间的流逝中逐渐消亡，不留痕迹，而思想结晶却可以随着时间长河的奔流，滚滚向前……

为年轻人提供合适的平台，使其有更多机会表达他们的思想，展示其研究成果，至关重要。年轻人精力充沛，思维活跃。长久以来，表达思想的平台被纳入社会资源配置体系中进行分配，年轻人展示其思想和研究成果的大量需求与相应平台短缺之间的矛盾比较突出。

上海政法学院是一个年轻的学校，虽无上百年的悠久历史，但不乏优秀的年轻人。目前，依托中国—上海合作组织国际司法交流合作培训基地，上海政法学院已经吸引世界各国年轻人来到这里，将自己的成长、人生与上海相连，与中国相连。

《东方青年论坛》应运而生。她和世界各国的年轻朋友一样，可能青涩，可能害羞，甚至可能有缺点，而又充满朝气和希望，在成长的道路上，成为丰富多彩世界不可分割的组成部分……

感谢年轻的上海政法学院！

感谢年轻的中国—上海合作组织国际司法交流合作培训基地!

感谢上海社会科学院出版社的编辑!

没有你们,就没有《东方青年论坛》!

是你们,让我们看到了年轻人的风采!

王 娜

于 AI348 航班上

(印度德里至中国上海)

2017 年 12 月 12 日

目录 | CONTENTS

法学问题

- 法学方法论之“逻辑起点”理论研究 刘旭光 / 3
- 中央地方分权逻辑与“先行先试”的制度功能 王卫明 / 20
- “一带一路”倡议下国际河流共同开发法律机制 贾琳 / 28
- 试论传统法上的“业权”观念 毕巍明 / 39
- 信托公司治理制度特殊性及其框架 沈吉利 / 57
- 论国际私法上的外国法查明 陈万娟 / 77
- 论在华跨国公司地区总部法律规制 李兴臣 / 91

前沿问题

- IB 国际课程的政策意蕴 徐鹏 / 107
- 爬虫协议的正当性评价 朱楠 / 122
- 朝核问题对中韩关系走势的影响 屠烜 / 132
- 古希腊经济研究综述 姚刚 / 149
- 论裁判文书公开过程中隐私保护问题 潘因芝 / 162

死刑问题

- 欧洲视角下的美国死刑制度 种童童 / 179
- 中美死刑案件辩护制度之比较 魏玮 / 198
- 死刑威慑力研究之比较
——以死刑与谋杀率之间的关系为视角 王重 / 211

毒品问题

澳大利亚毒品法庭述评 宋铃珍 / 231

外国合法吸毒场所评述 原 睿 / 249

女性论坛

大学生对校园性骚扰的认知状况调查 杨军红 / 271

“平安校园建设背景下大学校园性骚扰综合防控及治理措施国际比较”

研讨会中英文观点摘要 [越南]陈玉英 [津巴布韦]维奥拉

[阿根廷]姜月汐 [俄罗斯]玛丽亚 / 288

“平安校园建设背景下大学校园性骚扰综合防控及治理措施国际比较”

女性论坛综述 杨军红 / 304

中英双语

非婚同居财产关系法律问题研究 王凌晨 / 311

Legal Research on Property Relations of Non-marital Cohabitation

Wang Lingchen / 323

简析《一个人的朝圣》中风景描写的作用 白云 / 342

An Analysis of the Functions of Scenery Description in *The Unlikely Pilgrimage of Harold Fry* Bai Yun / 361

从女性主义的角度分析《无名的裘德》 郝娅汝 / 387

The Analysis of Jude the Obscure from the Aspects of Feminism Hao Yaru / 398

法 学 问 题

法学方法论之“逻辑起点”理论研究^①

刘旭光

内容摘要:对法学的研究,以及对法律现象规律的理论总结,乃是法学方法论研究的内容和核心。通过对法律方法与法学方法、方法与方法论等两组概念的分析,可以较好地界定法学方法论与法律方法论研究的分野。以西方三大法学流派方法论研究的逻辑起点为视角,探究法学方法论研究中的“逻辑起点”理论,进而丰富法学方法论的研究。

关键词:法学方法论;法律方法论;逻辑起点;三大法学流派

“工欲善其事,必先利其器”,研究法学自然也需要方法。对方法的哲学总结和概括,使得研究法学基础理论、法律运行规律等问题有据可依,有理可循,进而形成一套完整的哲学理论体系,并归结为法学方法论。然而,在我国法学界,法学方法论的研究并未形成统一的学术体系,甚至在对研究法学以及法律现象的方法命名上,尚且没有得到充分的共识。法律方法论者同法学方法论者各执其词,甚至各自划开了彼此的研究范围。因此,从法学方法与法律方法、方法与方法论等两组概念的辩证分析出发,理清法学方法论与法律方法论的根本分野是尤为必要的。本文主要针对法学研究方法论之“逻辑起点”理论进行研究与反

^① 本文系笔者主持的上海政法学院校级基金项目《新时期大学生社会主义法治理念教育研究》(2017XJ06)的阶段性成果。

思,并以西方三大法学流派为视角进行分析阐述,进而对法学方法论的逻辑起点研究作一个清晰的解读。

一、法学方法论与法律方法论的辨析

法学方法论,顾名思义,即法学研究者在研究法学、法律过程中所持有的方法论。而法律方法论,则是法律实用部门,特别是执法者在进行法律推理论证、具体案件法律适用过程中所持有的方法论。法学方法论和法律方法论有着明确的研究视野区分。方法,一般是指为获得某种东西或达到某种目的而采取的手段与行为方式。好的方法可以快速而正确地实现所要达到的目的,事半功倍。古语有云:磨刀不误砍柴工。方法一般是简单直观的,在不同的研究领域内,会有相似或者相近的方法。比如社会科学研究领域的历史研究法、比较分析法、实证分析法等。但是,当具体到某一个研究领域内,则会有一系列相应的范畴、基本原则、理论旨趣、方法手段等。由以上几个要素综合起来,并以哲学的视角进行审视和总结,就会产生一个逻辑自足的体系为所要研究的对象服务。

(一) 法律方法还是法学方法?

厘清法律方法和法学方法,对我们掌握法学方法论和法律方法论的分野有着重要的基础意义。在国内学界,有几组文章是专门以法律方法和法学方法的争论为主题的。^①

王夏昊在其文章《法学方法论的概念及其地位》中指出,法学方法论是对法学方法的反思和理论化。文中还指出,法学方法是指法律人将现行有效的法律规范适用于个案纠纷获得一个正当法律决定的过程中所使用或遵循的方法。笔者以为,如此定义法学方法似有不妥,因为其阐述的大抵都是法律方法的范畴。

^① 王夏昊:《缘何不是法律方法——原本法学的探源》,《政法论坛》2007年第2期;王夏昊:《法学方法论的概念及其地位》,《清华法学》2008年第1期;姜福东:《为什么不是“法学方法”——与王夏昊先生商榷》,《浙江社会科学》2008年第10期;戚渊:《法律方法与法学方法》,《政法论坛》2009年第2期等。

王夏昊从法学方法的主体、客体和内容等三个维度把握法学方法的概念,他一再强调,法学方法一方面要坚持价值判断,另一方面还要坚持理性逻辑自足。然而从其文中的分析,我们不能很好把握法学方法和法律方法之间清晰的分野,这也为其他学者的批驳埋下了种子。王夏昊认为要界定法学方法的内涵,首先需要理清法学方法中法学一词的使用。在汉语语境中,“法学”是一个词义宽泛的术语,包括了所有以法律为研究客体的学科,如法社会学、法史学、比较法学、法哲学等。其引用瑞典法学家 Peczenik 的观点,认为法律研究有不同的类型,这些学科首先运用的是历史学的方法、社会学的方法、经济学的方法、哲学的方法或另一种非法律的方法;另一种法律研究的类型所运用的方法是法的方法,这种方法就是对私法、刑法、公法等法律的实质进行体系分析评价的揭示。人们可以将这种法律研究称为“法的分析研究”“法的原理研究”等。在欧洲大陆,人们常常将这种法学研究称为“法教义学(legal dogmatics)”“Rechtsdogmatik”。^①因此,该文得出结论,即在德国法学语境下,“法学方法论”中的“法学”一词主要指的是“法教义学”,它是与中国语境中的其他法学学科相并列的以法律为研究对象的一门独立的科学。

王夏昊通过对法教义学的历史考察,认为其早在法的法典化之前就已出现。它是罗马法以及法的诠释学的延续和发展,并认为,法的法典化建立在理性自然法的基础上,是对经过理性与经验检验过的法律原则的整理编纂工作。而在这个过程中,必须经过抽象概念思维来精炼这些原则,就需要发展法教义学来使整个法律体制运作理论贯通。此处引用颜厥安的观点,认为法教义学在实质上是理性自然法的实证法理论化。作者又根据实证法学的原理进行合理的扩展,认为任何法系都需要发展各种法律教义与法律推理(在作者看来实质上就是法教义学)来协助他们的法律合理化运作。王夏昊对法教义学进行了分析,认为其认识的起点是特定国家现行有效的法律,其旨趣是为具体的案件寻求法律上的正确答案,其方法是法律人或法律家所独有的体系的、分析的法学方法。随后,作者将法教义学扩展至从事实务的法律人,即法官。然而,作者并未将法学理论研究者意义上的法律人和从事法律实务意义上的法律人所从事的工作视为同样

^① Peczenik. *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p.17.

的。法教义学不仅解释有效的法律规范还将其体系化,而实务法律人则并不有意地将其体系化。但是两者通过诠释学的循环原理而联系起来,他们参考同样的方法论原则。针对王夏昊对法学方法的解读,学者姜福东在《为什么不是“法学方法”——与王夏昊先生商榷》一文中,进行了商讨性批判。文中指出,与其说我们对于“法学”一词存在着模糊的认识,不如说是对于“法学方法”,或曰“法律方法”这个概念本身,产生了认知上的差异。^①姜福东从学科、主体和职业技艺三个视角对这个概念本身进行探究,认为是“法律方法”而不是“法学方法”,且其更贴切地反映了法学研究向具有实践理性品格的学问、向司法实践过程、向法律职业技艺的嬗变。

姜福东认为只有在规范法学的意义上,我们才可以说:法教义学方法论就是法学方法论。姜文表达了对王夏昊在该问题上的赞同,但言外之意,就是法学研究方法绝不仅仅是规范法学层面的,因此,以法教义学即规范法学研究方法论等同于法学方法论是不周延的。关于主体方面,姜文提出了和王夏昊观点迥异的想法。据前文可知,王夏昊在文中将法学方法的适用主体局限于或者侧重于法官,而姜福东则认为不妥。姜文引用德国法学家伯恩·魏德士的问题:究竟是法学的方法论,还是法院的方法论?这个问题就从研究主体的视角直接触及了“法学方法”,或曰“法律方法”概念中所蕴含的意义。王夏昊特别提到德国,在德国,法官因为法学家阶层的强大而被“法学家的法”所吞噬,实践意义的法律方法在一定程度上被遮蔽了。而在英美国家,由于“法官造法”的优良传统,实践意义上的法律方法更受青睐;对于系统化、理论化的法律方法的关注,则是分析法学兴起以后的事。姜福东认为在大陆法系国家,法律舞台上的主角是立法者。但是,来自书斋的法学家,才是这个法律舞台上真正的主角。大陆法系的法律故而被称作“法学家的法”。法官等法律人在法学家所预设的法之下,遵循法学家对于法律规范所做的研究和分析,并将这种知识论意义上的方法运用至司法过程之中,以此定分止争,这就成了大陆法系国家法律适用的常态。于是,“法学方法”的出现也就是不足为奇的事情了。很显然,作为法学家阶层所用的法学方法,实质上直接影响到法官在司法中所应用的方法。

^① 姜福东:《为什么不是“法学方法”——与王夏昊先生商榷》,载《浙江社会科学》2008年第10期。

很显然,笔者认为姜福东坚持法律方法而不是法学方法,其核心观点就是一种实践意义上的意蕴。即“关于法律方法的问题并非只涉及到,甚至也不是主要涉及到‘法学’。在权力分立的法治国家,方法问题的主要对象还是法院。首要的问题是怎样和应该怎样在实践中适用法律规范。”^①伯恩·魏德士甚至认为,“法律科学的方法论”这个称谓,亦即拉伦茨的《法学方法论》书名所用的“Methodenlehre der Rechtswissenschaft”,“掩盖了这门学科的实践意义以及它与历史政治的关系,它常常导致恶法的诞生”。^②德国的法学研究以及司法实践,表明了法律适用方法在法律实务界的弱势和不发达。正因为此,德国人才愈发意识到法院的方法论(司法方法论)的极端重要性。郑永流先生从词源上考证,认为“Juristische Methoden”和“Juristische Methodenlehre”这两个用语翻译成中文“法律方法”和“法律方法论”更为合适,并指出不论是用“法学方法”,还是用其他“××方法”的称谓,都改变不了法律方法这门学科偏向法院、法官、法律适用、法律实务的事实。^③

综上所述,笔者认为法学方法更侧重于法学研究者研究法学理论的范畴;而法律方法乃是如何形成司法裁判的方法论、职业技能意义上的方法。具体来说,法律方法是应用法律的方法,表现为创制、执行、适用、衡量、解释、修改等,法学方法是研究法律和法律应用的方法,表现为分析、批判、综合、诠释、建构等;法律方法重知识与理性在实践中的运用,法学方法重价值与意志的实现;法律方法的运用是一种“技术”活动,它重视逻辑,讲究程序模式,寻求个案处理,解决本体(客观世界)问题,而法学方法的运用则是一种人文活动,它重视思辨,讲究对程序模式的证立,寻求整体的融合,解决对本体的认知问题。^④贺卫方先生在《法学方法的困惑》一文中也强调了区分法律方法和法学方法的重要性,认为前者说明了司法过程中是如何进行法律推理,且逻辑是如何运用的;而后者则是把法律作为一种学术或者科学对象进行研究的途径,具有可描述性。^⑤

① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第291页。

② [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第281页。

③ 郑永流:《法学方法抑或法律方法?》,载戚渊等编:《法律论证与法学方法》,山东人民出版社2005年版,第26—27页。

④ 戚渊:《法律方法与法学方法》,载《政法论坛》2009年第2期。

⑤ 贺卫方:《法学方法的困惑》,载《未名法学》2007年第1期。

故而,无论是法学方法还是法律方法,都不能涵盖对方的所有含义,特别是在使用的过程中,为了不出现理解的偏差,以及内涵的细微差别,应区分两个概念的使用。建议在不同的场合中分别使用。法学方法论更多是用在思考、研究法这一现象的起源、认知起点、学术立场以及由之而来的结论上,甚至是形成一套逻辑学术体系——法学派别;而法律方法,则建议仅以法律方法的使用为限,使用范围在于具体的司法实践,其使用主体不局限于法官的判决,也在于律师、法律人乃至普通民众对法律条文的解释、期待和运用,尽管后者对法律方法的使用并不一定能主导司法的具体实践。虽然司法的最后判决者是法官,法官对法律方法的使用才最具权威和实效性,但是从使用主体的视角来区分法律方法和法学方法是没有太大意义的。另外,法律方法仅是一个解释、运用的工具体系,不能对其进行过分哲学化、理论化的建构、上升至所谓法律方法论的范畴。如果有对于此的理论要求,则由法学方法论指称即可,那么法学方法论的含义就应该针对法这一现象的方法理论体系,且更多是从形而上的哲学思考层面上来予以把握。

(二) 方法还是方法论?

学界有关法学方法、法律方法或法学方法论、法律方法论等相关问题的研究,不胜枚举。^①值得注意的是,有不少学者在方法与方法论两个问题域中都曾深入研究并出版过专著。那么,究竟是方法还是方法论?

① 根据笔者所搜集、整理的专著(包括外文译本)、文献,以专著为例,以方法(且不论法律方法还是法学方法)为研究内容的有:黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版;陈金钊、谢晖主编:《法律方法》,山东人民出版社2002年4月版;葛洪义主编:《法律方法与法律思维》,中国政法大学出版社2002年8月版;戚渊等著:《法律论证与法学方法》,山东人民出版社2005年5月版;陈瑞华:《论法学研究方法》,北京大学出版社2009年版;葛洪义:《法律方法讲义》,中国人民大学出版社2009年版;赵玉增:《法律方法:基础理论研究》,山东人民出版社2010年版;等等。以方法论为主要研究内容的有:杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版;胡玉鸿:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版;卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,商务印书馆2003年版;李其瑞:《法学研究与方法论》,山东人民出版社2005年版;舒国滢主编:《法学方法论问题研究》,中国政法大学出版社2006年9月版;孔祥俊:《法律方法论》(全三卷),人民法院出版社2006年12月版;刘治斌:《法律方法论》,山东人民出版社2007年版;陈金钊等:《法律方法论研究》,山东人民出版社2010年版;沈志先主编:《法律方法论》,法律出版社2012年2月版;等等。

简单地说,方法即手段和工具。而方法论是方法的方法,是对方法体系化的抽象,是针对某个学科领域(如经济学、政治学、法学等)的方法问题的一般性研究。^①具体在法学的领域内,舒国滢教授认为在西方传统法学研究的体系中,法学研究所运用的方法可归结为四种,即哲学方法、分析方法、历史方法和比较方法。20世纪以来,其后的新自然法学、新康德主义法学、新黑格尔主义法学,以及分析实证主义法学、社会学法学、现实主义法学等,既吸收了传统的理论和方法,又有很多新的突破和视角,出现了诸流派之间相互渗透、兼收并蓄的融合现象。^②分析认为,当今的法学所需要的就是把分析法学(关于法律的概念、渊源、形式、效力的解释)、社会学法学(关于社会和文化事实的现实主义解释)以及自然法理论中的价值(如自由、平等、安全、人类幸福等)分析统一起来,建立一门联合诸法学流派的“统一法学”。值得注意的是,舒教授所提出的法学研究方法基本涵括了当下全部研究法学的方法,那么,“方法论”一词就是指对给定领域中进行探索的一般途径的研究。一般来说,它要涉及研究主体思考问题的角度选择、研究对象范围的确定、研究途径的比较选择、研究手段的筛选和运用、研究目的的限定等。^③

笔者以为,方法是中性的,是手段、技巧、工具。就如舒国滢教授所言,在法学领域内,方法可以是哲学方法、分析方法,也可以是历史方法、比较方法。如此这般的方法,对法学研究有着特定的切入角度以及研究结论。但是,能支撑着一个方法的使用的,并非是一个简单的中性工具,其背后皆有一整套方法论体系在发挥着作用,不过一套法学方法论也并非只表现为一个方法的使用。逻辑实证分析法,在实证主义分析法学派里有着重要的地位,实证主义分析法学方法论中,最重要的法学研究方法就是逻辑实证分析法,“有一个基础规范,它建立了最高的、创造法律的权威。这一基础规范的效力是未被证明的并必须这样保留在实在法本身的范围之内。”^④在分析法学的基本立场中,我们不难发现,从一个基础规范作为法律权威的基础,然后逻辑推理演绎出一般法律规范,使用的就是逻辑

① 葛洪义:《法律方法与几个相关概念的比较》,载《法制与社会发展》2010年第3期。

② 舒国滢:《法学研究方法的历史演进》,载《法律科学》1992年第4期。

③ 刘水林:《法学方法论研究》,载《法学研究》2001年第3期。

④ [奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第430页。

辑实证分析的方法。详细来说,逻辑实证分析方法,是从逻辑分析的角度入手,在实然的层面上去认识、研究国家制定的法律规范本身。这种分析方法把法律视为一个独立的、自治的系统,致力于维护法律体系内部的逻辑一致性。逻辑实证分析方法往往以描述性的方法去认识国家制定颁布的法律规范,研究一个个写在白纸上的黑字,力图界定各种概念,对其进行归纳,解释概念的内涵,揭示概念之间的相互关系。同样,逻辑实证分析方法研究法律规范形式上的结构,注重法律规范在形式上的合法性、结构上的完整性、体系上的一致性,而并不考究法律规范的具体内容和内在的品格。反对形而上学的思辨方式和寻求终极原理的做法,将价值考虑排除在法律的研究范围之外,认为只有国家确立的法律规范才是法律。逻辑实证分析方法将法律视为一个独立自治的系统,在体系内分析法律、维护法律的体系完整性和逻辑一致性,充分体现了法学的科学性。逻辑实证分析方法从形式逻辑上对法律概念和法律规律进行分析,可以保证法律的精确性和确定性,通过对权利义务的界定,可为人们的法律行为与法律后果之间的因果关系提供规范化、制度化的指引,从而为人们的相互行为、社会交往、人际交往之间提供准确的后果预测及制度保障。这个方法的背后就是实证主义的法学方法论。

同样,我们也可以从价值分析法和自然法学之间的关系来说明方法与方法论之间的关系。价值分析方法,就是从价值入手,从应然层面上去认识、分析、评价法律的研究方法,其所探究的基本问题为“法律是什么,法律应当是怎样的,法的目的和价值如何?”这种分析方法超越了实然性的法律规则,用哲人的眼光和终极关怀的理念,从道德的维度、伦理的视角去探究法律本身的内在品格。价值分析法从“法律应该是怎样适用的”的视角对法学进行研究,其代表性的法学流派乃是自然法学。自然法学派坚持自由、正义、理性的绝对性,并且主张这些都是法的价值,是法所应当包含的实质性内容。强调法的价值内含于实在法之中,并且可以作为检验实在法是否具有正当性的标准;将法律与自由、正义、理性等相融合,认为正义或自然法一类的东西是法律的必要特征。源于自然法学派的价值分析方法预设了法律背后所具有的价值和终极意义,具有强烈的批判功能,可以对国家所制定的实在法进行审视和评价。

笔者认为方法论可以有不同层次,有哲学意义上的方法论和具体科学的方