

主编◎黄进
执行主编◎曹义孙

中国法学教育研究2013

夏季论文集

裁判方法的基本问题 / 王利明

加强法律职业能力训练，培养应用型法律人才 / 唐波 黄超英

从立法诊所看实践法学教育实质功能的回归与完善 / 李强

法学专业法医学教学改革思路的探究 / 石美森 姜立喆

高校工会若干法律问题探讨 / 王顺安



中国政法大学出版社

CHINA LAW EDUCATION RESEARCH

中国法学教育研究2013

夏季论文集

主 编：黄 进

执行主编：曹义孙

副 主 编：李树忠



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目（C I P）数据

中国法学教育研究. 2013. 夏季论文集/黄进主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 7
ISBN 978-7-5620-4834-3

I. ①中… II. ①黄… III. ①法学教育—中国—文集 IV.
①D92-4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第148097号

书 名	中国法学教育研究 2013 夏季论文集 Zhongguo Faxue Jiaoyu Yanjiu 2013 Xiaji Lunwenji
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) 010-58908325(发行部) 58908334(邮购部)
编辑统筹	第六编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
承 印	固安华明印刷厂
规 格	650mm×960mm 16 开本 12.5 印张 165 千字
版 本	2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4834-3/D·4794
定 价	29.00 元
声 明	1. 版权所有, 侵权必究。 2. 如有缺页、倒装问题, 由我社负责退换。

目 录

C O N T E N T S

专论

王利明

裁判方法的基本问题……3

法学教育

唐 波 黄超英

加强法律职业能力训练 培养应用型法律人才……35

吴 斌 缪 铤

服务性学习引领下基层应用型法律职业人才培养机制研究
——以四川理工学院为例……48

李 强

从立法诊所看实践法学教育实质功能的回归与完善……69

课程与教学

刘保升 董钟元

法学案例教学方法研究
——以人格权扩张问题的分析为视角……85

彭 涛 李永宁

本科生导师制实施中的问题及解决策略
——以西北政法大学本科导师制为例……95

董京波

如何在法学庭审抗辩课中教授案件主张……110

刘海光

我国高校法学专业核心课程教材建设的教育社会学分析
——以《民法学》为例……121

专业教育

邵培樟

青少年知识产权教育刍论

——以《国家中长期教育改革和发展规划纲要》与
《国家知识产权战略纲要》为视角……133

石美森 姜立喆

法学专业法医学教学改革思路的探究……143

百花园

付 昕

浅议为法学专业外国留学生建立预科教育的必要性……159

王顺安

高校工会若干法律问题探讨……176

作者名录……192

目 录

C O N T E N T S

Monographs

Wang Liming

Fundamental Problems of Judging Methods.....3

Legal Education

Tang Bo Huang Chaoying

Strengthen Legal Professional Competence Training,
Cultivating Practical Legal Talent.....35

Wu Bin Miao Xin

On Training Mechanism of Practical legal Talents under the Direction
of Service-style—Take Sichuan University of Science & Engineering
as an Example.....48

Li Qiang

On Regression and Improvement of the Practical Legal
Education from Perspective of Legislative Clinic.....69

Curriculum and Instruction

Liu Baosheng Dong Zhongyuan

On Legal Case Teaching Method—From the Perspective of
Expansion of the Right of Personality.....85

PENG Tao LI Yongning

The Crisis and Resolving of Tutorial System—In Focus of
Northwest University of Politics & Law……95

Dong Jingbo

How to Teaching Cases Opinions in the Law
Court Defense Lessons……110

Liu Haiguang

Educational Sociological Analysis of Chinese Universities' Teaching
Materials of Law Disciplines' Core Curriculum—Take *Civil Law*
as an Example……121

Major Education

Shao Peizhang

On the Intellectual Property Education of Teenagers……133

Shi Meisen Jiang Lizhe

The Research of Teaching Reform of Forensic Science
in Legal Education……143

Spring Gardon

Fu Xin

On the Need of Preparatory Education Foreign
Students Major in Law……159

Wang Shun'an

Legal Problems in the College Union……176

Index of Author……192

专论



MONOGRAPHS

裁判方法的基本问题 王利明

裁判方法的基本问题

◎ 王利明

裁判的方法，又称为法学方法论，其实法学方法论是从德国法中翻译过来的概念，其主要含义，是裁判的方法，是指法官在裁判过程中如何运用方法正确认定事实、解释法律并作出裁判。裁判的方法是司法能力的重要内容，其实今天我们讲的司法能力，一是法官所具备的法律专业素质。包括法律思维、已经掌握的法律的专业知识。二是裁判的经验。霍姆斯（Holmes）说：法律的生命不在于逻辑，而在于经验。对于法官来说，实务经验尤为重要。三是裁判的方法。毛泽东同志曾经形象地概括了方法的重要性，他说：“不解决桥和船的问题，过河就是一句空话。”在这里，毛泽东同志主要强调了方法的重要性。俗话说，“磨刀不误砍柴工”，“工欲善其事，必先利其器”，都强调的是方法的重要性。有人认为，我们现在所处的时代是一个互联网时代，是一个信息爆炸和知识爆炸的时代。这就意味着现在可以通过互联网越来越方便地获取信息、获取知识，所以很多知识实际上也不一定全部要从课堂上获取，大量的知识都

可以从互联网上找到。但是,方法是无法从互联网上学到的,它需要经过系统的学习,同时需要经过反复的、大量的实践。如果掌握了好的方法,再通过这些方法去获取知识,就非常容易而且便捷。法学知识的获取同样如此。掌握一套系统的、扎实的法学知识,必须掌握好方法论。在社会主义法律体系形成之后,我们要从注重立法转向注重法律的适用,要从纸面上的法律变成行动中的法律。而准确适用法律,就需要掌握好一套法学方法。笔者认为,一个优秀的法官除了具备扎实的法学功底以外,还需要具备裁判的方法,能够娴熟地运用法律思维分析和观察各种纠纷,并能够准确认定事实、寻找法律,公正地裁判案件。

在民事案件中,裁判方法一定要和民法的学习结合起来,这一点笔者在《法律解释学导论》这本书中已经谈过。这也就是为什么很多著名的研究法学方法论的学者都是民法出身,例如拉伦茨(Karl Larenz)等人。一方面,因为方法论主要运用在民事争议的解决之中,法律解释学的方法大多都是从民法规范的适用过程中总结归纳出来的,而且民法能够最典型地反映和表现这些方法的适用规律。很多解释方法在刑法中是用不了的,例如类推等,但是在民法里面就可以得到充分的展开,所以方法论的学习离不开民法学。另一方面,学好民法又必须要准确掌握方法论,因为方法论适用的前提是制度规范形成了一个完整的体系,而民法最典型地反映了此种体系性和逻辑性。所以,学好民法必须要掌握好裁判的方法。下面笔者想讨论如下几个问题:

一、司法三段论

关于方法论,笔者想先从司法三段论谈起。什么是司法三段论?司法三段论最初是由亚里士多德从逻辑形式的层面上提出来的,之后运用到法学之中,进而形成了司法三段论。司法三段论的公式是:

$T \rightarrow R$ (如果具备 T 的要件,则适用 R 的法律效果)

$S = T$ (特定的案件事实符合 T 的要件)

$S \rightarrow R$ (得出结论即适用 R 的法律效果)

以《侵权责任法》第6条第1款为例,司法三段论可以通过如下公式予以概括:

大前提:因过错致他人损害应当承担侵权责任

小前提:某人因为自己的过错造成了他人的损害

结论:某人应当承担侵权责任

在司法三段论中,大前提是指能够引起法律效果的法律规范。小前提是指特定案件的事实,它是实际发生的已经引起争议的客观事实。但是,整个案件的事实可能是纷繁复杂的,是一连串的故事,但并非所有故事情节都是三段论中小前提的要件,只有那些与大前提相对应的才构成小前提。因此,必须对特定的案件事实进行整理、归纳,从而判断其是否符合法律所预先规定的事实前提,能否确定为合格的小前提。小前提的确定不仅仅是一个寻求客观真实的过程,也是与大前提相对应的过程,正因为这一过程涉及事实问题,所以我们暂时不讨论。正是大前提需要与小前提进行连接,所以这一过程也称为涵摄。也就是说,如果两者吻合,就将产生一定的法律效果,即裁判结论。司法三段论应普遍适用于所有的案件。无论是在简单案件还是在疑难案件中,都有适用司法三段论的必要。

整个方法论实际上都是围绕着三段论展开的。从方法论的体系上来讲,方法论主要分几个层面,第一个是司法三段论,第二个是法律解释学,第三个是价值判断和利益考量,第四个就是说理论证,但核心还是三段论。法律解释学实际上是围绕三段论而展开的,它是在寻找和确定三段论中的大前提的过程中所需要考虑和展开的问题。而利益衡量、价值判断大致上都是把法学的大前提运用到小前提的过程中,通过价值判断来确定是否符合公平

正义等价值目标。从这个意义上讲，三段论是核心。整个裁判活动应当围绕着法律事实展开，不能脱离任何一方去寻找结论，而三段论就是给我们提供了一个分析框架，所以我们在找法、用法（包括作出裁判）的过程中，不能撇开三段论来考虑问题，一定要在这个分析框架内来考虑问题。举个简单的例子，我们现在经常强调法律效果和社会效果的统一，但是我们在考虑这个问题时，往往都是简单地对裁判结论直接适用价值判断，以检验其是否符合社会效果。笔者觉得，这种方法是有问题的，因为它没有将社会效果的判断置于三段论中，而是撇开了三段论来简单地讨论是否符合社会效果。正确的做法应该是在三段论的框架内分析大前提对应到小前提的过程，发生了连接之后是否符合社会效果，应在这个过程中来阐述道理。如果我们完全撇开这个大小前提的连接，直接针对结论进行判断，这实际上给了法官很大的自由裁量的权力，完全由法官在进行自我评价以及任意裁量，这可能会产生很大的问题。严格地讲，援用法律原则判案（虽然这也是法律的规定）并非“依法裁判”，这种做法很大程度上与单纯采用价值判断进行裁判是等同的。此种做法，本质上是规避推理过程的“向一般条款逃逸”的行为，等于没有援引法律。如果立法的目的仅仅是援引原则即可裁判的话，那么，便没有制定具体规则的必要了。这样的做法，无法体现依法公正裁判案件的宗旨。

三段论源于形式逻辑，它是形式逻辑在裁判之中的应用。其核心是对大前提、小前提、连接这三个要素的考察。裁判的做出，本质上是裁判推理逐步完成、裁判结论逐步正当化的过程。在这个意义上，三段论的推理方式是对裁判结果的验证，而并不是一个简单的“法律效果与社会效果相统一”的过程。三段论是法律推理的基本方法与正确的思维模式，其可以起到一种验证的作用，张岱年先生曾提及，中国人注重整体的思维，注重高屋建瓴的设计。但同时他也指出，中国人并不重视逻辑思维，这是东、西方在思维方式上的重大差异。在我们的裁判中，比较欠缺的是如何按照严密的逻辑进行推论——即通过精细严谨的逻辑分

析得出结论的思维方法。要做到这一点，必须要从三段论着手进行分析。

司法三段论的作用具体体现在：其一，提供分析框架功能。司法三段论确定了司法裁判过程的基本框架。这就是说，裁判活动应当围绕事实和法律展开，不能脱离其中任何一个方面去寻求结论。其二，程序控制功能。司法三段论提供了一个可供操作的适用法律、裁判案件的程序。找法过程的核心是寻找三段论里的大前提，即确定与案件事实相对应的法律规范及细化地确定出该规范的要件。在确定小前提（从案件事实中确定有关的事实要件）、大前提的基础上，通过逻辑分析确定大小前提的对应，最终得出裁判的结论。从上述的分析中，也可以看出三段论实际上是一个验证的过程。其三，提供正确的思维方法功能。司法三段论为法官提供了确定案件事实、寻找法律规范的思考方法。三段论是法律人开展法律推理的基本形式。其四，说理论证功能。司法三段论的说理论证功能，主要表现在对于大小前提的确定以及两者的连接，进行充分地论证，最终得出有说服力的裁判结论。

但是三段论也存在一定的问题，最大的问题就是没有考虑价值判断，因为三段论检验出来的，也可能因为时代的变迁、社会的变化而变得不合时宜。

二、找法（确定大前提）

在法律体系已经形成的情况下，面对纷繁复杂的法律规范，我们应如何取舍？不管是作为律师，还是法官，我们在拿到一个案件之后，究竟怎么去找法？如何寻找可以适用于具体案件的法律规范？这个是学习方法论必须要了解的一个重点问题。找法要找大前提，什么是大前提？与案件事实具有对应性的包括构成要件和法律效果的完全法条。在民事案件中，如何找法，可以从两个方面加以讨论。

（一）准确把握找法的原则

1. 从民事法律规范中寻找裁判依据。这也就是说，如果是一

般的民事案件的话，就要从民法里来寻找裁判规则，而不是从宪法中寻找裁判规范。应当看到，国外一些判例出现一种发展趋势，就是在判例中越来越重视宪法的可司法性，越来越注重援引宪法。但是在我们国家，最高人民法院很早就发布了一个司法解释，宪法不能作为裁判依据，所以，只能从民法里面去寻找。同时，如果可以从民法中寻找法律依据，则不宜从行政法规、规章中寻找。比如，山东冒名顶替上大学的“齐玉苓案”，当时在对这个案件讨论时，笔者就认为这个案子可以作为侵害姓名权的案件对待，仍然是一般的民事案件，援引《民法通则》第99条即可。但是后来把它提升到宪法层面，将其定性为侵害受教育权，反而使问题复杂化。后来最高院作出了一个司法解释，将根据这个案件作出的司法解释废止了。所以我们要重视从民法中寻找裁判依据。所有的宪法规定都可以通过民法转化为具体的裁判规则，法官要援引裁判依据，就可以从民法中寻找。

从民法中寻找裁判依据，应当如何寻找？笔者认为应当从基本民事法律规范中寻找，比如，到商店买一个电器，结果电器质量不合格，造成财产人身的损害，受害人到法院起诉，这样的案件在实践中很多，但是我们看到的判决书所援引的法条是形形色色的，有的是引《消费者权益保护法》，有的引《产品质量法》，有的引《民法通则》，有的引《侵权责任法》，有的引《合同法》……各种裁判依据都有，有七八种之多。这样一来，我们就有一个问题，如果基本的裁判规范不能统一，则很难保障法律适用的统一性和可预期性。援引的法律规范不同，差距就很大。例如，援引《消费者权益保护法》很可能就会产生第49条规定的双倍赔偿问题等。如果在援引的法条上都没有一个基本的共识，如何保障法律的统一性和一致性？所以，现在的很多案件同案不同判，原因就是援引的法律依据不一致。究竟该怎么看待这个问题？笔者个人认为，先应当从基本的民事法律规范中寻找依据，如果基本的民事法律规范里面找不到裁判依据，再从特别法中去寻找依据。基本的民事法律制度在《立法法》中表述为“基本民事

法律制度”，其内涵究竟是什么？有人认为，基本民事法律就是调整基本的民事关系的法律规范。这样解释仍然是很抽象的，笔者的理解是，它是规范基本民事关系，并将成为我国未来民法典组成部分的规范。在有民法典的国家，这是很容易理解的，民法典所作出的规定就是基本民事法律规范。我们国家没有民法典，但是正在制定民法典。将要组成民法典的这些法律，主要是指《民法通则》、《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》等。这些法律就是我们所说的基本民事法律，法官先应当从这些规范中援引法律依据。

为什么先要从基本的民事法律制度中寻找法律依据？首先，法律确定这些基本的民事法律制度，不仅仅是规范了基本的民事关系，更重要的是提供了基本的民事裁判依据，所以法官只能从这些基本的民事法律规范里去寻找依据。其次，在部分法条之中已经规定了要依据基本的民事法律规范来进行裁判。比如，《侵权责任法》第2条明确规定，“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任”。“依照本法”这4个字，包含了深刻的内涵。凡是涉及侵权的这些案件，都应当援引《侵权责任法》。只有在其中找不到规定的时候，才能去援引其他的法律或者是行政法规。在《侵权责任法》颁行之之前，援引《医疗事故处理条例》等规定来判案是合适的。但是，在《侵权责任法》颁行以后，应当依据《侵权责任法》来处理。《侵权责任法》针对医疗损害确定了非常详细的规则，当然要适用《侵权责任法》的规定。还应当注意到，基本的民事法律规范确立了请求权的基础。例如，《合同法》确立了合同请求权，《物权法》确立了物权请求权，《侵权责任法》确立了侵权请求权。而像《消费者权益保护法》、《产品质量法》并没有提供基本的请求权基础，而且也不是专门用来提供请求权基础的，这个请求权基础就是在基本的民事法律制度里面规定的，所以这就是要从基本的民事法律制度里面去寻找法律依据的原因。笔者不赞成援引《消费者权益保护法》的原因主要在于，侵权的请求权基础就是由《侵权责任法》规定的，就是应该

援引《侵权责任法》。合同就是由《合同法》具体确定的，就是应该援引《合同法》，这是没有任何问题的。

在《侵权责任法》制定时，笔者曾呼吁，在第2条中明确规定侵害民事权益“应当依照本法”承担责任。其中“应当依照本法”的说法，就是给法官一个提示：在出现了侵权案件时，不能盲目找法，而应当统一到《侵权责任法》的规定中来，从侵权责任法中寻找裁判依据。同样，对于合同纠纷，原则上也只能从《合同法》中寻找裁判依据。若不遵循严格的法源规则，找法便无法达成统一。更何况，我国的法条的很多规则很不一致。据此，如假冒伪劣造成损害，若是假冒的问题，则可适用《合同法》，若伪劣且造成其他财产损害，则应适用《侵权责任法》。

2. 所寻找的法律依据，必须是包括了构成要件与法律效果的完全法条。所谓“完全法条”，是相对于不完全法条而言的法律规定，包括构成要件与法律效果两个部分。例如，在前面提及的《侵权责任法》第6条第1款中，有构成要件：“过错”、“损害结果”、“因果关系”，所谓法律效果，就是指该条所规定的“承担侵权责任”。而不完全法条则不能引用其作为裁判的依据。找法并不是泛泛地或随意地援引任何一个法条，而是应寻找、确定一个完全的法条。只有这样才能确定有关事实是否满足法律的构成要件，进而确定法律效果。当然，一个请求权基础的确定，可能要通过将数个规范结合在一起完成。例如，受害人遭受他人侵害，要求被告承担精神损害赔偿责任。对此，《侵权责任法》第6条1款中，只是停留在“侵权责任”这一效果上。而原告要求“精神损害赔偿”，其更为具体。对此，还要找到《侵权责任法》第22条关于精神损害赔偿的规定，并与第6条第1款结合起来，这样才能构成精神损害赔偿的请求权基础。

一个完全法条，通常可以提供请求权基础，作为请求权根据。这是完全法条与不完全法条的重要区别。即，在完全法条中，通常包含了请求的依据。如《侵权责任法》第6条第1款中所包含的是侵权损害赔偿的请求权。如果在法条中看不出根据什么提出请求，