

4、建构主义范式，建构主义是一种新的认识论思想，与传统反映论的认识论立场不同，其基本观点是，认识活动不是认识主体对认识客体的反映，而是与实践活动溶为一体的过程，强调认识即过程，而不是主客体反映的结果。它不同于功能主义和冲突范式，不注重结构分析，不关注结构要素之间的关系，其方法论注重情景和过程分析，关注人们实践以及实践过程中人们所建构的意义世界。



其理论假设是：法律的效力和意义并非外在于人们行为实践的工具，而是在实践过程中不断建构起来的；人们的实践过程，既是制定、实施和遵循法律的过程，同时又是法律意义建构的过程。因此其方法论的创新不是仅仅关注法律制度和系统及其内部结构，而是更加注重把这些法律制度和系统当做社会情景，从人们的具体实践过程来理解和领悟法律在社会中的意义



。其具体方法主义是平常事件分析法、叙述分析法。

其二、社会实证研究的具体方法：

统计分析法；文献分析法；社会调查法；实验法、观察法、个案解析法等。

第一、文献分析法，是指研究者利用在档案、报刊、杂志、官方文件、历史纪录等文字材料收集到的信息和资料，不能够直接接触研究对象而间接观察分析获得研究成果的一种方法。其优点是：一方面它是一种对逝去的历史状况进行研究具有不可替代的方法，也是法学研究的主要方法；另一方面它具有涉猎资料丰富、经济便捷、高效节约的研究方法。



但其缺陷也比较明显：

一是文献资料的完整度、可靠性直接决定研究结论的信度和效度；

二是文献资料的有无主观倾向性也会影响研究结论可靠性，特别是对于社会科学文献资料本身就很难保持价值中立。法国的社会学家迪尔凯姆名著《论自杀》和中国法学家瞿同祖先生的杰作《中国法律与中国社会》均是运用文献分析法研究法律问题的典范。



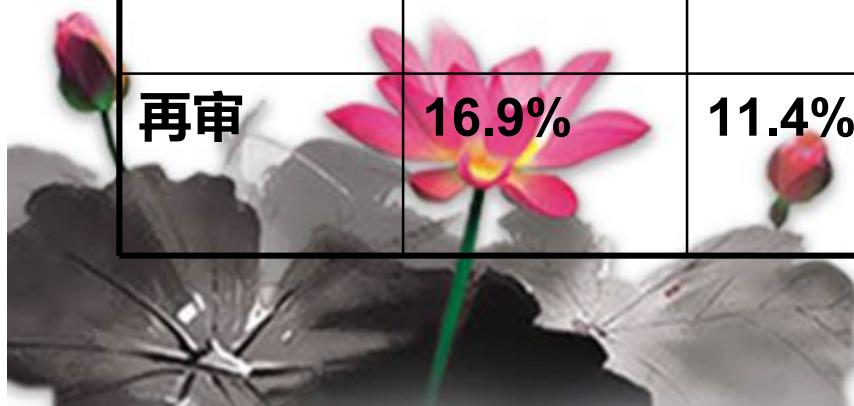
例：民事诉讼调解结案率实证分析：

《人民法院报》巩义法院2004受理案件3000多件民商事案件调解率高达69.4%;据《法制日报》报道,截至2006年底,河北保定市两级法院民事案件调解结案率达到61.8%,同比提高21.4%;易县、定州、容城等基层法院调解率超过70%;而易县西陵法庭庭长樊德生个人所办案件调解率达到98%;据《铜川日报报道》,截至2007年11月22日,该市各级人民法院民事案件调解率达到64.1%,与去年同期相比提高了7.73%。据《驻马店日报》,新蔡县人民法院佛阁寺法庭2008年上半年共收案件67件,结案50件,均为调解结案,调解率为100%;据《人民法院报》报道,宣威法院2009年受理案件86起,调解结案82件,调解率高达95.3%;湖北省保康县2010年1至3月份共审结各类民事案件53件,调解结案47件,调解率达88.7%。



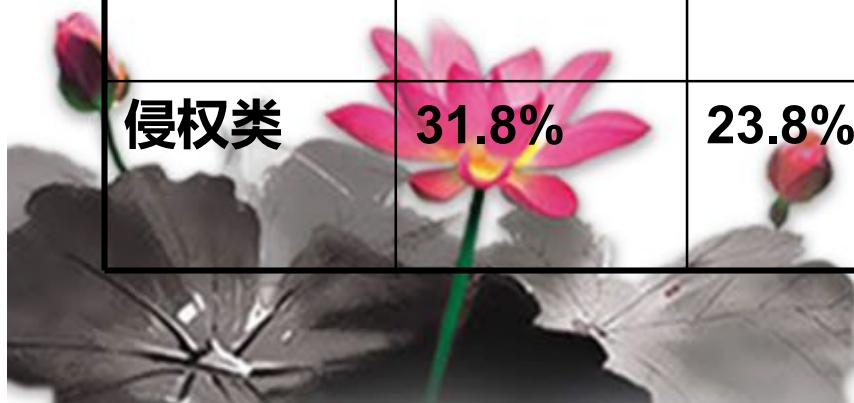
四市法院一审、二审和在审年平均调节结案率；

	A市	B市	C市	D市	平均值
一审	47.5%	32.1%	36.6%	43.5%	39.9%
二审	6.9%	11.9%	10.3%	17.8%	11.7%
再审	16.9%	11.4%	16.9%	13.8%	14.8%



民事诉讼调解结案率实证分析： 四市法院一审、二审和在审年平均调节结案 率；

	A市	B市	C市	D市	平均值
婚姻类	54.0%	40.9%	44.0%	50.7%	50.2%
合同类	44.2%	32.3%	30.2%	17.8%	36.3%
侵权类	31.8%	23.8%	26.9%	13.8%	28.9%



第二、社会调查分析法，是指研究者通过直接了解经验事实的基础上，然后对调查结果进行统计分析得出研究结论的方法。依据不同的标准可以将社会调查分为不同的类型。首先依据调查范围的广泛程度不同，可分为普查、抽样调查、典型调查、个案调查；依据调查所使用的技术手段不同，可以分为观察法、实验法、参与法、问卷法、访谈法等。

普查是对调查对象进行全面的无遗漏的调查方法；抽样调查是指运用抽样原理，在总体中抽取部分样本进行调查，并由此推断总体的特征的一种方法。其中包括随即抽样和非随机抽样。典型调查是在研究对象之中选择一个或数个有代表性的单位进行调查，并由此推断总体问题和趋势的方法。个案调查是对某一个单位（包括个人、家庭、团体、村镇、城市）进行调查的方法。



民事调解高反悔率及其解释：

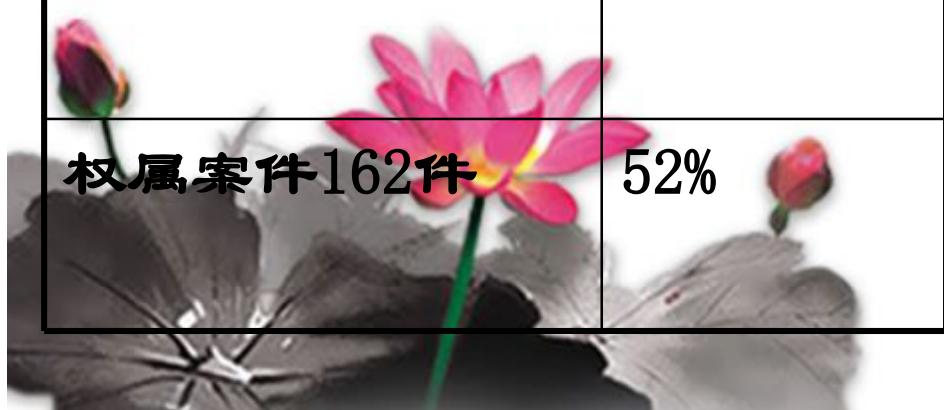
理论假设：调解结案相对于判决结案具有不可替代的优势：一是当事人对调解书不得上诉，也不得就同一事实和理由再行起诉，“案结了事”；二是调节能够节约大量司法资源，降低诉讼三成本；三是调解能够促成当事人纠纷真正平息，特别可以使人民内部矛盾妥善解决，促进社会和谐。

但是，司法实践中调解反悔率高达50%以上如何分析解释？



某法院8年间调解案件反悔率统计

8年共2487件民事 调解案件	反悔率 47%
其中婚姻案件582 件	23%
合同案件1741件	60%
权属案件162件	52%



按协议支付欠款	反悔率 41%
按协议履行其他 义务	33. 2%
支付抚养费、赡 养费	25. 8%

民事调解高反悔率及其解释：

问卷调查和深度访谈。

根据下列四方面问题设置问卷：

- 1、当事人、法官、律师为何选择调解方式结案？如何选择？是否遵循自愿合法原则？
- 2、调解协议的达成形式和实质条件是什么？法院在调解中是如何运作的？
- 3、调解达成后是否能够自愿履行？反悔理由是什么？真正原因是什么？
- 4、强制执行的效果如何？不能执行的原因是什么？

第三、统计分析法

，是指使用统计学原理和技术汇集、整理和分析各种数量资料的方法。主要包括描述统计和推论统计两种基本类型。描述统计是为了减少研究样本中数字的数量而运用百分比、平均数、分数等可操作的方式来描述数据的方法。它可以通过用矩阵图、轴型图、柱型图、圆型图等简化图表，直观明了的表示形式。推论统计是用样本所得的结果来推论总体的方法。一般表现为研究者对可观察的资料和样本继续归纳和概率统计从而得出结论的一种理论或技术。统计分析法常用的形式有平均分析、对比分析、动态分析、因素分析、相关分析和回归分析等。



其三、法社会学研究的阶段。

- 1) 提出和界定问题；
- 2) 回顾别人的相关研究；
- 3) 进行研究设计；
- 4) 收集资料；
- 5) 整理分析资料；
- 6) 解释从资料中获得的发现；
- 7) 得出结论；
- 8) 发表和出版研究成果。



二) 案例分析: 材料一:

- 奥列佛·布朗是非洲裔美国人, 在堪萨斯州托皮卡地区做铁路工人, 住在铁道的旁边。尽管距离布朗家很近的地方就有一所公立的白人学校, 但因为托皮卡的学校实行种族隔离, 布朗家的孩子只能穿过危险的调车场去一公里以外的黑人学校上学。1950年, 布朗的女儿将要上三年级了, 布朗想让女儿转学到白人学校, 但遭到了白人学校的拒绝。1951年, 布朗向法院起诉, 要求下令禁止托皮卡继续在公立学校实行种族隔离, 官司一直打到联邦最高法院。联邦最高法院全体法官一致认为: 隔离教育设施本质上是不平等的, 判决隔离学校违反了《宪法第十四修正案》的平等保护条款。该案推翻了60年前布莱西佛古逊案所确立的“隔离但平等”的先例, 成为美国取消种族隔离政策历程中的一个转折性案件。

材料二：

2005年12月15日，重庆。三名居住在同一条街、就读于同一所学校的花季少女搭乘同一辆车前往学校，不幸遭遇车祸。案事故发生后，三个女孩的家人先后向肇事司机挂靠的单位——重庆铺金公路运输有限公司（以下简称铺金公司）的代表进行协商赔偿。另外两家先后与公司协商“私了”，各自得到20万余元的赔偿。但其中一名受害人何源因系农村户口，铺金公司称，根据法律规定，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》。在这个《解释》中规定：“死亡赔偿金按照受诉法院所在地上年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，按20年计算”。我市2004年度农村居民平均每人可支配收入是2535元，这个数字乘以20年，只能赔偿死亡赔偿金5.07万元，加上丧葬费等，最多只有5.8万元。而重庆市2004年度城市居民平均每人可支配收入是9221元，就有了20万元与5万元的差距。



材料二：续

重庆市2005年5月1日到2006年4月30日发生的交通事故都是依此规定执行的。何源的父母认为，“女儿十多年来一直生活在城里，一直和城里娃一起上学，为什么她读书时不因为她是农村户口而少收学费？为什么她购衣时必须支付完全一样的价格？我们和城里人培养孩子的成本有什么不同？农村户口凭啥要低人一等？”2006年11月1日，重庆市高院施行《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的指导意见》，提出有条件地“同命同价”。何源父母随后将肇事车辆挂靠的铺金公司、车主、司机等告到江北区法院。2007年6月，江北区法院一审后认为，何源父母得到的赔偿金完全符合当时法律法规的规定，判决老何夫妇败诉。随后，原告提起上诉。



此案发生3个月后,最高人民法院民一庭庭长纪敏在2006年“两会”期间称,虽在其他方面尚有争议,但对于同一事故中,既有城市的受害者,又有农村的受害者,应该按一个标准作出赔偿则没有异议。2007年“两会”期间,全国人大代表、最高人民法院院长肖扬表示,最高人民法院对“同命不同价”的问题已有一个初步考虑,并考虑在“两会”后出台相关规定。

由一条司法解释而导致的“同命不同价”,从这条解释实施开始争论就没有停止过,针对交通事故赔偿是否该分等级的问题,形成了两种截然对立的观点:一方认为:该分,因为我国城乡和各个不同的行政区域之间经济发展不平衡;另一方认为:不该分。人有贫富,命无贵贱,生命都是同等的。问题:

1. 根据以上材料,谈谈你对法律价值的主观性与客观性的认识。
2. 谈谈你对法律价值冲突的原因和解决方式的看法。



材料三：

- 被告成都航天中学系“公办民助”办学体制的事业单位，原告向某1996年从该校毕业并升入北京大学生命科学学院。2003年，被告通过翻拍其保存的96级2班毕业合影照制作出原告个人头像照片并在某报有关本校招生的专版中使用；2004年4月，被告又在航天中学网站相关网页使用原告个人头像；此外，被告还在学校门外的《航天中学部分精英学子风采》宣传橱窗中使用原告及其他升入北大、清华的航天中学学子照片。被告使用原告肖像的行为一直处于延续状态。原告认为，被告未经本人同意将原告的肖像多次多处用于其效益丰厚的招生宣传，严重地侵犯了原告的肖像权，于2004年7月向法院起诉，请求判令被告停止侵害、公开赔礼道歉并赔偿精神损失。被告认为，使用原告肖像的目的是激励更多的学生努力学习，鞭策原告珍视荣誉并向更高的目标迈进，是对社会有益的行为，并不是以营利为目的，故不构成侵犯名誉权。
- 该案适用法律的难点在于被告未经原告同意但不是以营利为目的使用了原告的肖像，其行为是否构成侵权。相关的法律依据是《中华人民共和国民法通则》第100条“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”和《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》第139条“以营利为目的，未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等，应当认定为侵犯公民肖像权的行为。”

材料三：

- 法官最后做出了支持原告诉讼请求的判决，并作了较为精彩的论证：首先，阐述了肖像权的含义，并认为在世界范围内注重人权保障、举国上下倡导以人为本的时代背景下，人民法院应当依法、全面、公正地保护公民的肖像权。这个论证充分显示了法官对裁判本案的鲜明的价值取向。其次，具体解释了上述两条法律，认为《民法通则》第100条的立法本意在于授权，而《若干意见》第139条只是某些而不是一般侵害肖像权责任的具体构成。所以，营利的目的并不是侵害肖像权责任的构成要件，只是确定精神损害赔偿责任考虑的因素。故认为对这两个条文的正确理解应是：除了依法正当使用肖像行为，凡是未经公民本人同意，擅自制作、复制、使用、销售、毁损他人肖像的，均应当认定为侵害肖像权的行为。接着，又对排除侵害肖像权的“正当使用”作了分析论证：所谓正当使用，通常指为维护社会利益、公民本人利益和时事新闻报道等需要而使用他人肖像。航天中学宣传精英学子激励学生的行为是对社会有益处的行为，但对社会有益并不等同于维护社会利益，它不是阻却违法的事由。

材料四：罗伊诉韦德案 (Roe V. Wade)

- 1969年, 一位化名杰恩·罗伊 (Jane Roe) 的妇女向得克萨斯州刑法提出了挑战。德州刑法规定:除了依照医嘱、为拯救母亲生命而进行堕胎之外, 其他一切堕胎均为刑事犯罪。原告罗伊声称:她遭受强奸而怀孕, 德州法律禁止堕胎, 她又付不起钱到那些可以合法堕胎的州进行手术, 故不得不继续妊娠;分娩之后, 她不得不将孩子交给了不知身份的人收养。罗伊认为:一个孕妇有权单独决定在什么时间、以什么方式、为何种理由而终止妊娠, 德州刑法剥夺了她的选择权, 因而违反了联邦宪法。被告德州政府主张:生命始于受孕而存在于整个妊娠期间, 因此, 在妇女妊娠的全过程, 都存在保护生命这一不可抗拒的国家利益;宪法所称之“人”包含胎儿, 非经正当法律程序而剥夺胎儿生命为第14修正案所禁止之行为。案件一直上诉到最高法院。1973年, 最高法院以在6.3的多数意见裁定:德州刑法禁止堕胎的规定过于宽泛地限制了妇女的选择权, 侵犯了第14修正案的正当程序条款所保护的个人自由。

- 大法官布莱克曼代表多数意见，做出了支持罗伊的判决。

第一，布莱克曼认为：个人享有宪法保护的隐私权，“隐私权的广泛性足以涵盖妇女自行决定是否终止妊娠的权利”。尽管宪法没有明文提到“隐私权”，但是，布莱克曼大法官指出：无论是权利法案提供的特定保障即第9修正案确认的“人民保留的权利”，还是第14修正案确认的、未经正当程序不可剥夺的个人“自由”，都隐含着隐私权的宪法保护。只有个人权利才是宪法所称的“基本权利”，个人隐私属于基本权利的范围。关于“基本权利”保护的司法规则是：限制基本权利的法律违反宪法，除非限制是为了维护某种“不可抗拒的国家利益”，而限制措施又没有超出实现立法目的所必需的限度。德州法律拒绝孕妇的选择权，不仅给孕妇造成显而易见的身心损害，也给“违愿降生的子女”及其家庭成员带来沮丧和苦恼，故侵犯了妇女受到宪法保护的基本权利。



- 第二, 针对被告主张“生命始于受孕, 胎儿生命权受宪法第14修正案保护”的观点, 布莱克曼指出, 生命始于何时, 不是一个法院可以回答的问题, 如今, 人类知识远远没有达到揭示生命全部奥秘的程度, 因此, 法院冒昧回答这一问题, 将是不合适的。德州法律根据一种生命理论而禁止堕胎是不恰当的。尽管联邦宪法没有关于“人”的解释性定义, 但是, 每一条款的前后文都清楚显示:“人”一词仅仅指已出生的人, 而不包括胎儿。普通法也只是在侵权和继承的狭窄范围内, 例外地将胎儿视为“人”。
- 第三, 布莱克曼还结合西方的法律传统论述了堕胎问题。西方法律传统对堕胎一直采取宽容态度。法律演进的历史表明, 在19世纪中期之前, 法律并没有将堕胎一律作为刑事犯罪。按照古希腊和罗马的法律, 在胎儿具有母体外存活性(viability)之前进行堕胎是合法的。按照普通法, 在胎动之前堕胎不属于可起诉的罪错。无论在历史上, 还是在制定合众国宪法的时代, 妇女都拥有比现代社会更多的堕胎自由。





在19世纪中期之后,各州纷纷制定法律,将堕胎刑事化,其立法目的有三:一是遏制放纵的性行为,但是,德州刑法并不包含这一目的;二是确保孕妇的医疗安全,防止堕胎而导致致命危险,如今,随着医学进步,妊娠早期堕胎的危险性已经小于正常分娩,确保孕妇安全不必在整个妊娠期间禁止堕胎;三是保护未出生的生命,但是,只有当胎儿具有母体外的存活性之后,保护未出生生命才能成为限制堕胎的正当理由。

- 第四,布莱克曼指出:决定堕胎与否的个人隐私并不是绝对自由。在妊娠期间,存在两种“重要和正当”的国家利益,一是保护孕妇健康,二是保护潜在生命,政府得为实现这两种利益而制定限制堕胎的法律。但是,这两种利益在妊娠期间分别存在,各自在某一时间点成为不可抗拒的国家利益。德州法律对堕胎进行了过分宽泛的限制:没有区分妊娠早期和晚期的堕胎;将“抢救母亲生命”作为允许堕胎的唯一理由,而排除堕胎涉及的其他利益。

因此,德州法律违反了第14修正案的正当程序条款。存活性是划分保护潜在生命的国家利益和妇女选择权的一条基本界限,所谓存活性,就是胎儿能够脱离母体、借助人工辅助而成为生命。为了在妇女隐私权和两种不可抗拒的国家利益之间划分界限,布莱克曼将妊娠期分为三个阶段:(1)在妊娠头三个月(第1到第12周),堕胎危险性小于正常分娩,政府没有必要为了保护孕妇健康而限制堕胎,医生与孕妇磋商之后,可以自行决定是否堕胎,不受法令限制;(2)在妊娠头三个月之后、胎儿具有母体外存活性之前,堕胎危险性增加,政府得以保护孕妇健康为目的而限制堕胎,但是,限制手段只能以保护孕妇健康为必要;(3)在胎儿具有母体外存活性(第24到28周)之后,政府可以为了保护潜在生命或者孕妇健康而采取包括禁止堕胎在内的措施,除非堕胎是为了挽救孕妇生命。



考查题

- 1、根据西方三大法学流派的方法论分析思路简要论述西方其他法学流派的法学研究方法（1500字的论文）。
- 2、回答问题：
 - 1) 试分析材料3提供的案例是否为“疑难案件”?应当运用何种法律推理方法?
 - 2) 分析材料4, 试问:分析该法官适用的法律论证方法是否具有正当性?
 - 3) 分析材料4, 试问:分析, 布莱克曼法官为了论证自己的观点, 主要使用了哪几种法律方法?如何反驳他的这些论证方法?

