



法律方法丛书

法律方法论研究

陈金钊 等著

FALUN

FALUN FALUN

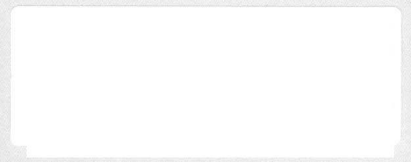
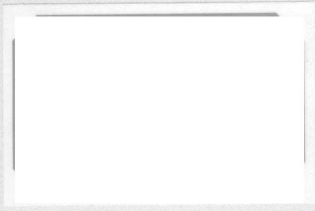
YANJIAO

我们喜欢法律方法论研究

人文社会科学的研究主要是依靠个人进取，但我们近些年的研究几乎都是以团队的方式展开。这主要是因为，法律方法论这一学科涉及的面太宽泛，任何一个人都很难在哲学、逻辑学、修辞学、语言学、解释学和法学方面齐头并进。法律方法论对中国学人来说是新兴的学科，如果没有一批人在做，只靠单打独斗很难碰撞出思想的火花。很多思想包括对国外材料的解读，都需要一些人在争辩中达致理解。没有一个团队之间的相互鼓励，一个人很难说能走得很远。



山东人民出版社



-98

法律方法丛书

法律方法论研究

陈金钊 等著

D90-03

C479



山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律方法论研究/陈金钊等著. —济南: 山东人民出版社, 2010. 5

ISBN 978 - 7 - 209 - 05298 - 6

I. ①法… II. ①陈… III. ①法律—方法论—研究
IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 063677 号

责任编辑: 李怀德 张智慧

封面设计: 武 斌

法律方法论研究

陈金钊等著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

莱芜市华立印务有限公司印装

规 格 16 开 (169mm × 239mm)

印 张 46.25

字 数 860 千字 插 页 2

版 次 2010 年 5 月第 1 版

印 次 2010 年 5 月第 1 次

ISBN 978 - 7 - 209 - 05298 - 6

定 价 95.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。 电话: (0634) 6216033

目 录

导论:关于法律方法论研究的忧思	(1)
一、法律方法论研究的“市场”问题	(2)
二、法律方法论研究的学术背景	(6)
三、技术与经验层面的研究	(11)
第一章 方法论与法律方法论	(17)
第一节 从法学角度对方法含义的考察	(18)
一、方法与法律方法的含义	(19)
二、方法的作用与方法论的分类	(34)
三、所有的法学理论都可以转变为法律方法	(42)
第二节 法律方法论研究的理论问题	(44)
一、法律方法论的研究对象与范围	(45)
二、法律方法研究的方法论	(51)
三、法律方法论研究的理论难题	(53)
第三节 法律方法论的学科体系	(58)
一、作为方法论的法律哲学:为法治实现提出命题	(59)
二、法律逻辑(学):寻求合法性实现的方法	(64)
三、法律语言(学):捍卫客观性的底线	(71)
四、法律修辞(学):有理说得清的艺术(对合理性的追求)	(76)
五、法律解释(学):限制创造性解释的屏障	(81)
第四节 法律方法论研究的使命	(88)
一、法律方法论研究的问题意识在哪里?	(89)
二、法律方法论研究的立场	(91)
三、法律方法论是思维的指南,还是分析的工具?	(98)
四、法律方法论研究的路径:法律方法论的中国化	(99)





第二章 法律方法论的研究现状	(103)
第一节 国外法律方法论研究	(103)
一、国外法律方法论研究的兴起	(103)
二、当代法律方法论研究的理论背景	(105)
三、代表性人物及其作品	(110)
四、国外法律方法论研究的特点	(124)
五、国外“法律方法(论)”的研究用语及其立场	(128)
第二节 中国的法律方法论研究	(136)
一、国内法律方法论研究的兴起	(137)
二、我国法律方法论研究状况	(138)
三、法律方法论研究兴起的条件	(150)
四、存在的主要问题及发展趋势	(152)
第三章 法律方法的体系问题	(162)
第一节 法律发现是一种独立的方法	(162)
第二节 漏洞补充方法的定位(能否单独使用?)	(168)
一、漏洞补充的含义与方法	(168)
二、对漏洞补充的质疑与否定	(170)
三、漏洞补充在法律方法体系中的地位	(172)
第三节 法律论证与法律解释是两种独立的方法	(175)
第四节 逻辑(法律推理)在法治中的作用	(179)
一、法律逻辑的误解与澄清	(180)
二、逻辑的观念	(182)
三、逻辑与法律的关系	(184)
四、法律逻辑的作用	(184)
第五节 法律方法体系的构建	(186)
一、体系构建的难点:逻辑与现实的冲突	(186)
二、基于法律推理模型的法律方法体系	(189)
三、法律方法体系的内容	(191)
第四章 法律发现的方法	(192)
第一节 法律发现的概念	(192)
一、法律产生意义上的法律发现	(192)

二、法律发现与法律适用区分	(194)
三、法律发现与法律解释的交叉	(196)
四、法律发现与漏洞填补的互补	(197)
五、法律发现与法官思维的心理过程	(198)
六、法律发现:寻找裁判规范	(199)
第二节 法律发现的场所:法官法源的形式	(202)
一、法律渊源概说	(203)
二、司法立场的法源理论	(212)
第三节 法律发现的一般原则	(217)
一、主要法源先于次要法源	(217)
二、规则先于原则	(220)
三、下位法先于上位法	(228)
四、特别法先于一般法	(245)
五、程序法先于实体法	(253)
第四节 法律冲突与法律发现技术	(263)
一、原则优于规则	(263)
二、上位法优于下位法	(266)
三、新法优于旧法	(271)
第五节 国际条约与法律发现	(275)
一、国际条约与国内法律的联系论与法律协调发现观	(275)
二、国际条约与国内法律冲突下的法律协调发现原则	(277)
三、国际条约在国内的实施方式与协调发现的技术模式	(281)
第五章 法律解释的方法	(284)
第一节 法律解释的概念	(284)
一、混沌的解释及其研究的定位	(285)
二、法律解释的功能:创造抑或说明的辨析	(293)
三、解释的目的与任务:把模糊的文本说清楚	(294)
四、法律解释的场域:法律遭遇案件	(296)
五、解释的主体与权限:法律解释的分类	(298)
第二节 法律解释的原则	(300)
一、法律解释原则的概念	(301)
二、法律解释的根本原则:合法性	(304)
三、法律解释的派生与补充原则:明晰性、客观性、善意等	(310)





第三节 法律解释的方法	(322)
一、解释方法的证成及其位阶问题	(323)
二、文义解释的方法	(330)
三、历史(法意)解释的方法	(343)
四、体系解释的方法	(357)
五、社会学解释的方法	(363)
第六章 法律推理的方法	(377)
第一节 法律推理概述	(378)
一、法律推理的力量源泉	(378)
二、法律推理的形式和实质	(381)
三、形式推理的特性及策略选择	(385)
四、法律推理的特点	(390)
五、法律推理的分类	(393)
第二节 演绎推理	(394)
一、多种形式的三段论及其逻辑形式	(394)
二、法律三段论的作用及其问题	(395)
三、三段论推理模式的改进:基于常识的推理模型	(398)
第三节 假说推理	(400)
一、假说推理的定义及法律应用	(400)
二、假说推理的结构与逻辑形式	(403)
三、假说推理的特点及应用	(405)
第四节 合情推理	(406)
第七章 法律论证的方法	(408)
第一节 什么是法律论证	(408)
一、法律论证理论的兴起	(408)
二、法律论证理论的研究概况	(411)
三、法律论证的特征	(417)
第二节 法律论证的本质	(419)
一、法律论证中的证明思维	(419)
二、法律论证中的论证思维	(422)
三、证明还是论证:对一些误见的检讨	(425)
第三节 法律论证的问题领域	(429)

一、内部证立的能与不能	(429)
二、外部证立的非单调性	(434)
三、法律规范的可反驳性	(438)
第四节 法律论证的原则	(442)
一、一致性原则:论证的最低要求	(443)
二、融贯性原则:论证的整体性要求	(446)
三、可接受性原则:论证的实质合理性	(453)
四、可普遍化原则:论证的形式合理性	(458)
第五节 法律论证的方法	(463)
一、逻辑方法	(463)
二、对话方法	(470)
三、修辞方法	(475)
第八章 利益衡量的方法	(490)
第一节 利益衡量的概念	(490)
一、利益衡量的界定	(490)
二、利益衡量作为一种法律方法的论辩	(494)
三、利益衡量论在国外的发展	(497)
第二节 利益衡量方法的应用	(504)
一、应用的场合	(504)
二、应用的领域	(508)
三、应用的步骤	(511)
四、利益衡量的标准(或依据)	(516)
第三节 利益衡量的艺术	(526)
一、司法是一种裁判艺术	(527)
二、利益衡量是一种司法艺术	(527)
三、利益衡量的艺术:司法个案中的运用分析	(528)
第四节 对利益衡量方法的规制	(534)
一、利益衡量方法的局限性	(534)
二、规制的方法	(535)
第九章 漏洞补充的方法	(539)
第一节 关于法律漏洞的理论问题	(539)
一、法律漏洞的学术背景	(539)





二、法律漏洞产生的原因	(544)
三、法律漏洞的类型	(548)
第二节 为何要对法律漏洞进行补充	(550)
一、法律价值与漏洞补充:个别正义之需求	(550)
二、法律工具主义与漏洞补充:法律为解决纠纷而存在	(552)
第三节 漏洞补充方法的适用	(554)
一、漏洞补充方法述评	(554)
二、漏洞补充的根据	(557)
三、漏洞补充方法的适用原则	(561)
第四节 漏洞补充的艺术	(563)
第十章 通往宪政之路:宪法解释及其方法	(569)
第一节 宪法解释与法治的实现:以原旨主义理论为例	(569)
一、宪法解释是宪法实现的途径	(570)
二、宪法解释的立场:美国原旨主义的解释方法	(571)
三、中国语境下的宪法解释理论	(583)
第二节 宪法作为法源	(586)
一、宪法作为法源的含义	(586)
二、我国宪法作为法源的意义	(588)
第三节 宪法解释及其方法	(592)
一、合宪性解释	(593)
二、宪法解释与哲学解释	(594)
三、宪法解释与合宪性推定	(595)
四、合宪性解释的运用	(597)
第十一章 刑事裁判方法:以定罪判断为例	(600)
第一节 刑事裁判与法律方法	(602)
第二节 刑事裁判方法的特点	(604)
一、紧缩的刑法渊源	(604)
二、严格的刑法解释	(608)
三、有限的论证场域及鲜明的论证局限	(611)
第三节 刑事裁判方法的运用:以定罪判断为例	(618)
一、犯罪构成在定罪判断中的法律方法论意义	(619)
二、定罪判断的思维模式	(623)

第四节	构建定罪判断大前提的法律方法	(625)
第五节	定罪判断小前提的识别和抽象	(627)
第六节	刑事裁判技巧	(628)
一、	耐心倾听,取得控辩双方的信任	(629)
二、	理性判断,抓住案件重点	(629)
三、	避免“自动售货机”式的审判	(630)
四、	预测裁判的效果,但要控制好“度”	(630)
五、	语言要“讲究”	(631)
六、	多点保守	(632)
第十二章	民事裁判方法:以请求权基础理论为例	(633)
第一节	民事裁判方法的基础理论	(633)
第二节	民事裁判方法的一般特征	(636)
一、	民法解释的静态特征	(637)
二、	民法解释的动态特征	(640)
第三节	民事裁判方法的运行过程	(643)
一、	从法律关系分析方法到请求权基础分析方法	(643)
二、	请求权基础分析方法的运行过程	(646)
第十三章	证明责任规范:克服真伪不明的法律方法	(652)
第一节	证明责任理论的学术背景	(652)
第二节	证明责任规范的方法论意义	(656)
一、	证明责任规范的适用前提:真伪不明的不可克服性	(657)
二、	真伪不明条件下法律适用的难题	(659)
三、	证明责任规范的方法论意义及其内容	(661)
四、	证明责任规范理论的新发展:操作规则	(664)
第三节	证明责任规范的运用	(666)
一、	将证明责任规范判决等同于败诉判决	(667)
二、	将法律问题不明当成事实问题不明来处理	(668)
三、	实例分析:救助行为中的证明责任判决	(669)
第十四章	环境法解释方法:人本主义与生态主义的立场之争	(674)
第一节	人本主义视野下的环境法解释方法	(677)





一、人本主义视野下的环境法的基本问题·····	(677)
二、人本主义视野下的环境法解释方法的特征·····	(679)
第二节 生态主义视野下的环境法解释方法·····	(688)
一、生态主义视野下环境法的基本问题·····	(689)
二、生态主义视野下的环境法解释方法·····	(690)
第三节 环境法中人本主义与生态主义的矛盾及其解决方法·····	(693)
一、案情简况·····	(693)
二、两种立场对本案结果的影响·····	(696)
三、环境法解释方法在本案中的运用·····	(698)
第十五章 国际司法的裁判方法·····	(701)
第一节 法律方法视野下的国际私法(冲突法)·····	(702)
一、国际私法是从对冲突规范的解释中产生的法律部门·····	(702)
二、冲突规范的解释·····	(703)
第二节 国际司法方法的特性:非中央化法律体系下的法律方法·····	(706)
一、不成体系的国际法与法律方法·····	(706)
二、各自为政的国际司法机构与独立的法律适用·····	(708)
三、多元法律文化的并存对司法的影响·····	(709)
第三节 国际法渊源与法律方法·····	(711)
一、国际条约的解释·····	(713)
二、国际习惯法的确定与法律续造方法·····	(721)
后记:我们喜欢法律方法论研究·····	(726)

导论：关于法律方法论研究的忧思

法律方法论是对法律如何被运用的系统思考，如，对法律发现、解释、论证、衡量和推理的技术、技巧、规则、程序、原则等的研究。从法学家的愿望以及研究所展现的成果来看，一般都认为法律方法论的专业性很强，似乎描述的都是职业法律人才能看懂的东西。但实际上，因为法律的运用和人们的日常生活联系太紧密，从而使法律方法论成了人人都可能做出“贡献”的学科。不管对该学科有没有研究，都可以凭着感觉说这一学科存在这样那样的问题，似乎对法律方法论研究的评说无须论证。批评是学科发展的动力，但片段的、说狠话式的批评多少伤害了研究者的“自尊心”。一些批评者对法律方法论研究所怒吼的无用论、废话论建立在没有仔细研究的基础上，因为，如果仔细研究的话，会指出法律方法论的研究存在着什么样的问题，而不会是没有任何铺垫的全面否定。在很多法律方法的研究者看来，这一学科也许是法学各学科中最细腻的学科，如果没有经过专门系统细致的研究，很难对学科是否完善评头论足，虽然这并不影响在诸多判断上发表“高见”。长期以来，其他学科的发展似乎很少能干扰法律方法论学科的孤寂性，学者们基本都是在围绕着法律规则展开自己的言说。然而最近学者看到，近百年来法学的发展已经冲出传统法学的封闭状态，进入了和其他学科相互交融发展的时代。也许这些交融式的研究还不尽如人意，在一些有政治偏好的学者看来，所做的工作更像工匠，而不像是法学家，特别是不像政治法学家，所以在政治舞台和文化舞台上，法学尤其是实用法学的研究很少见到他们的身影。我们这个社会还是强人政治的社会，尽管传统的军事强人已经退出了政治舞台，但是他们的作风依然流传了下来。我们还没有到用法律技术解决政治问题，乃至于社会问题的时代。细腻的法律技术基本上还是被认为是雕虫小技。

但是，在法律方法论所进行的交叉学科研究中，有些人，特别是一些所谓的专业法律人，更愿意把法律应用技术化，这就走向了极端；还有一些学者更愿意把相当狭窄且技术性的法律问题当成广泛社会问题的缩影。如从反垄断案件中提出政治自由问题；在合同法中提出人的自主性问题，即在技术性的法律方法中融进了很多的政治理论和社会学理论。有些人甚至提出“形式服从效果”





的口号,搞所谓的结果决定论。实际上,这种观察问题的方法属于本质决定论,有违法治的基本原则。如果处理不当,就会形成专断的理论基础。对此,实用主义法学者波斯纳说:“这种广义理解反映出兴趣的拓展,而这恰恰是法律学术的特点。”^①我们注意到法律方法论有两个方面的进路:一是根据规范的逻辑分析;二是在逻辑分析中的修辞论证。法律的逻辑运用一直支撑着法治在部分领域的实现,起码使人们的理解活动逐步接近了法治理想。但由于西方近代的法治实践出现了过度依赖逻辑的问题,误导了很多人的思想,他们把法律直接当成了逻辑,因而霍姆斯提出了法律的生命不是逻辑的命题。自此以后,法学之术在于论辩的主张甚嚣尘上。传统的修辞学理论虽然没有得到发展,但实践和理论中却出现了修辞的滥用。人们注意到论辩少不了修辞,但修辞却具有两面性。对同一个行为既可以说成是谦虚,也可以说成是虚伪(还有鲁莽与勇敢、老实与窝囊、粗鲁与豪爽、傲慢与自信、聪明与狡猾、慷慨与挥霍等等)。修辞的不确定性及其变幻使得修辞方法声名狼藉,因而借用修辞进行论证的法律方法论在其不成熟的时候就呈现出危机。人们讨厌法律人的善辩,认为没有他们世界可能更太平一些。这就提醒我们必须防止过度修辞。修辞论证实际上应该有道德因素、政治因素、审美因素,但更应该看到它并不是随心所欲的工具。法律中的修辞应该与法律方法论的使用结合起来,过多的修辞可能会使人无所适从。我们必须注意到,法律论证的方法如果离开逻辑的约束就可能是随心所欲的。在坚持逻辑规则及其相应法律规范的同时,修辞学中强调的“修辞修其诚”还是值得提倡的,虽然在完全的意义上这是做不到的,因为情绪与价值、利益与情景、前见与当下都会影响我们的思考。方法论在很多情况下只是人们思维的路径,而不是思维的全部。^②法律方法论与逻辑学是血缘关系,而与修辞学(语言学)之间的关系是一种亲缘关系。虽然法律方法论离不开这两个方面,但是这两个方面对法律方法论的影响却都不是系统的,只是以一些零散的观点影响法律方法论的研究。法律方法的研习不仅要善于言辞,更主要的是要长于逻辑,提升简化复杂事物与行为的思维能力。除此之外,我们还应该注意如下的问题。

一、法律方法论研究的“市场”问题

人文社会科学的研究者似乎不用关注市场需求的问题。这倒不是因为人

① [美]理查德·A·波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,“原文序”第1页。

② 对修辞的一些认识得益于高万云教授在山东大学威海法学院第64期玛珈山法律方法论论坛上的演讲。高万云认为,人们不可能完全诚实修辞,但我认为这恰恰是倡导修辞立其诚的原因之所在。如果都诚实地进行修辞,讲究这一原则的意义就会失去。

文社会科学的科研成果属于畅销品,而是说这些科研成果从来没有真正进入过“市场”。一部分学者除了迎合政党、政府的宣传要求外,还关心研究成果是否被政府采纳。当然还有一些学者的研究似乎是为学术而学术,把研究成果当成了小圈子里自我欣赏、陶醉和完善自我的过程。人文社会科学研究成果“买家”的单一性,以及研究方式的自言自语使得研究者很少关心市场需求以及读者的忍受力问题。现在,多数的研究者也许最为关心的是发表刊物的级别,转载率、引用率,以及是否在评职称评奖项的时候能否用得上,而这些东西又都与个人的待遇、学校和研究机构的评价紧密联系,思想的创新与文化的发展被丢到了一边。于是,社会科学的所谓科研成果竟成了自我完善、同行欣赏或批判的对象。人文学科如果是这种情况还是情有可原的,毕竟他们担负的是文化积淀与传承的任务。但是像法学这样的实用性学科也都成了这个样子,就不能不让人感到悲哀。法学研究尤其是法律方法论的研究,不能为迎合某种宣传的需要或者把宝押在被领导采纳上,如果是那样的话则研究的成功几率太小。我们不能仅仅把研究的定位放到领导关心的视野,而应该与司法实践的需求结合起来,在司法实践中发现问题,用理论解决问题。法学研究的课题,从开始到结项都应该考虑市场的需求问题。看看对什么样问题的研究是有出路的,什么样的表述能赢得读者,最好是能够使成果研有所用,对实践有启发意义上的指导或至少是有某些参考价值。美国学者埃里克森说:“尽管法学研究成果的市场很难完美,但是我认为它可以运行优良,至少比 Edwards 法官和其他一些批评家们所想象的更好。这个市场的分析人士们不能仅仅将眼光局限在供给方,而供给方确实包括难以尽述的情愿自我沉迷的教授。在需求方来说,这些供给者所面临的有经验的人并不乐意遭到欺骗。尽管一些法学院的教职人员可能偶尔屈从于一些无价值的潮流,但是市场的趋势最终会惩罚他们。从长远来看,最为可靠的学术成果的监控方法是那些消费法律服务的顾客们的需求,以及大学对于那些赢得同行赞誉的教职人员的需求。”^①用市场的观点来看我国的法律方法论研究,我们会发现大家都在忙着引进西方成果,这一方面凸显了西方法学研究的“前卫性”;另一方面也为我国法律方法论的研究赶上西方提供知识储备。这可以说赢得了中国的学术进步的需求,但是问题在于,这种研究缺乏对中国现实问题的关注,司法界普遍对此不甚领情。原本西方的法学研究就不是针对中国司法实践的,缺乏中国问题的针对性和对策性研究。我们把它拿过来除了增加知识量以外,对中国实践的影响似乎微不足道。

法律方法论的研究应该是围绕着法律文本的应用而展开的,理论研究成果

^① [美]罗伯特·C·埃里克森:《“法律交叉”研究成果的市场》,范围译,载冯玉军选编:《美国法律思想经典》,法律出版社2008年版,第246页。





一方面要接受司法实践的检验,看看司法实践中是不是真的有市场需求;另一方面还要接受理论的检验,看看研究成果是否经得起逻辑的检验。任何想从法律文本中获取意义的行为都应该经过方法的拷问,这种拷问是一种理性的、运用逻辑的反思。“法学只有在具备了反思意识与反思能力以后,才会产生法学方法论。”^①可以说,法律方法论文章的影响力并不完全取决于同行的引证率,而是对司法决策者思维的影响程度;它的水平还取决于法学家对法律解释结果与过程的反思能力与水平。当学术都是在用引证率、转载率等来说明自身价值的时候,我们需要考虑还要做点别的什么。布莱恩·辛普森的话对法学研究者也许是有震撼意义的。他说:“文学往往是鼓励法律进行改革的推动力,公众对法律秩序的不满,往往只反映在当时的文学作品中才能上达当局。当狄更斯着力描绘当时司法部的不公和拖拉作风时,他的声音简直使当局不得不听。他对司法界、诉讼程序、衡平法庭、债权法和监狱所做的尖锐批判,有助于形成公众的改革呼声。”^②司法部之所以不敢不听,是因为他的作品已经在社会上产生了巨大的冲击力。法学研究要想获得更大的影响力,需要学习文学的表述方式,应该打动听众,在逻辑基础上做好修辞,给读者提供简明扼要的、有问题意识的对策性研究成果。辛普森的话是在告诉我们,研究成果应该面向读者,作品一旦有了较大的读者面,就会产生社会影响,甚至会影响决策者。在历史的紧要关头,文学作品中的简单修辞也许比长篇大论的理论文章更能影响社会。这提示我们的研究者,我们不仅需要逻辑严密、层次分明、详细论证的成果,也需要简明的修辞来表明我们的立场,有时还得需要借助文学的手法来表达我们思想。也许对法律方法的论证应该是细腻的,但结论一定是简单的。法谚早云“简洁乃法律之友”。^③简洁而明快的法律结论很可能形成法律人的信条,影响法律思维和决断。

除了研究表述方法的改进外,我们还需要有一种学术独立与自由的立场。我们看到,由于法学家没有政治上的权力,因而只能尽力用其学问对当权者施加影响。这就使得法学家们很容易心甘情愿地为当权者服务,成为当权者的奴仆和工具。当然,有时也会出现相反的情况,有很多学者忠于自己的良心,执著于对学术的追求,正是因为他们的努力才使得学术传承没有断流。我们需要把市场看得宽泛一些,不能走极端。这种极端包括,要么把心思全用在迎合权力者的想法上,要么完全割裂与社会的联系,孤立地搞纯粹的学术研究等等。我

① [德]格林记录:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,法律出版社2008年版,译者序言第1页。

② [英]布莱恩·辛普森:《法学的邀请》,范双飞译,北京大学出版社2008年版,第219页。

③ 郑玉波:《法谚》(二),法律出版社2007年版,第81页。

们要看到“法学家虽然有时候不可或缺,但并不真正地受宠于统治者,因为没有人知道他们是在卖弄学问、艰涩难懂以及钻牛角尖的书卷中,将做出什么样的结论。他们一般也不受公众的欢迎,因为他们的言谈高高在上,并喜欢把简单的事情弄复杂”。^① 这个警告虽然不一定是现实状况,但具有警示意义。在许多场景中我们可以看到法学家被鄙视,一些材料显示英国人特别不喜欢法学专家,认为有些“喜欢卖弄学识的法律博士们,他们只懂得把那些被奉为名言警句的东西引来引去,这些引言或者来自千年历史之久的书籍,或是来自其他同样把法律知识埋葬在沉重坟墓中的博士们,他们的理论充满了矛盾,并只会把普通人引向歧途”。^② 一位历史学家曾说过:法律人士最主要的特征之一,就是在任何法律问题上,他们总会站成意见相左的两队,^③总是喜欢把简单问题复杂化。

在法律方法论的研究中,我们需要用行动和全新的成果改变对法学家的这些看法。一要面向读者,找好市场(消费市场在哪里)之所在、社会的需求之何在,读者群在哪里。二要找市场需求的问题在哪里,对那些纯粹理论没有使用价值的命题,要在研究中予以淘汰,而对那些有现实意义的对策性研究应下大工夫进行。三是我们需要用什么手法予以表述,不要把理论总搞成灰色的,理在事中,我们完全可以在对事实的描述中展开理论,而没有必要都搞成是从思想到思想的印证。“问题和方法是任何一项研究的两个基本元素。没有真问题便没有文章,没有适合一定问题的科学方法便没有好文章。而问题和方法又可以从各种角度进行划分,形成各种可能的‘问题—方法’组合。”^④法学的研究方法可以分为实证主义的分析方法和价值分析方法。“法律实证分析的方法元素可以归结为经验的研究方法,与这种研究方法有关,法律实证主义的元素又必然以一定本土实际为选题资源,当然,关注实际并非尾随实际、复制实际,更不是粉饰实际,而是用科学的方法去发现、描述和解读实际。”^⑤由于在国外法律实证主义的研究是一种风尚,所以用这种方法研究中国的实际问题,实际上是用世界的方法研究中国的问题。一般来说,并不是所有的问题都可以用实证主义的方法进行研究。这取决于两个方面,一是与研究的目的有关系;二是与研究

① [比]R. C. 范·卡内冈:《法官、法学家与法学教授》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版,第153页。

② [比]R. C. 范·卡内冈:《法官、法学家与法学教授》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版,第148页。

③ [比]R. C. 范·卡内冈:《法官、法学家与法学教授》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版,第151页。

④ 白建军:《法律实证主义研究方法》,北京大学出版社2008年版,“导论”第14页。

⑤ 白建军:《法律实证主义研究方法》,北京大学出版社2008年版,“导论”第14~15页。





的案件是否具有共性有关系。

二、法律方法论研究的学术背景

在中国进行法律方法论的研究,应该注意到自身的学术背景。这个背景从大的方面看,主要包括三个方面:一是传统中国文化沉淀到今天的影响;二是西方文化不断地在中国的传播,并且还有继续扩大范围和深度的趋势;三是中西方文化的结合在中国所形成的新传统。在充分挖掘国学精粹的口号下,西方文化也出现中国化的趋势。这都是研究法律方法论必须注意的大背景。在历史上我们有律学的解释传统,但近百年来已经在形式上丢失了,活着的只是一些只言片语。在西方文化传入中国以后,中国文化的形式发生了重大变化,起码在形式上我们在追随着西方。法律和法学的形式基本上已经西化,只是还用汉字表达。虽然我们经常听到一些学者说,中国人骨子里还是流淌着龙的血液,中国文化的精髓并没有发生根本的改变,但是,我们必须看到近百年来中国学科的变化对中国人思维的影响,虽然我们不能把什么问题都集中在文化上,让其承担社会进步缓慢的挡箭牌,但是,也不能忽略文化的变异对中国社会变革发展的影响。

(一) 中国传统文化的背景

近些年来,我们开始意识到了国学的重要性,于是很多学者开始关注国学在现代化建设中的作用,试图用国粹来解决一些现代性文化解决不了的问题。这多少有些复兴传统文化的意味,是对近一百多年文化断裂的愤懑。我们看到了很多学者对传统文化丢失的呐喊,认为传统已经失去了意义,但是传统自有进入当今的途径。现在,我们已经不再阅读四书五经,但这并不意味着传统完全消失。即使我们的研究手段、对象以及问题意识等已经发生了大的变化,但是我们还是要注意传统与今天的关系。法学研究近百年来实际上有很多是重复的问题,这很可能是没有历史地总结经验,只注意眼前的问题与资料。我们不能忘记历史,否则会招致社会发展“规律”的惩罚而付出不必要的代价。历史的经验值得注意,万万不可粗心大意。一般来说,问题意识的观念是基于哲学角度的考虑,但在不同的学科和文化背景中,问题的内涵以及面向是很不一样的。比如在德国讨论很多的硫酸是不是武器的问题,窃电是不是盗窃的问题,在中国人的思维中根本就不是一个问题。中国人思维的整体性缺少细腻的分类要求。因而只要有简单的归类,就不会对过于细致的问题提出质疑。所以,我们很容易接受硫酸就是武器,盗电就是盗窃的逻辑。还有在美国被广泛探讨的爱默尔继承案,在中国也不是问题,这不仅是因为我国继承法有“对被继承人有谋财害命行为丧失继承权”的规定,而且在我国的道德中对此早都有明确的