

法律社会学论丛



本书由上海文化发展基金会图书出版专项基金资助出版

Sociology of Law

法律方法

李瑜青◎等著

非外借



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

法律社会学论丛



本书由上海文化发展基金会图书出版专项基金资助出版

Sociology of Law

法律方法

李瑜青◎等著



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

· 上海 ·

图书在版编目(CIP)数据

法律方法/李瑜青等著. —上海: 华东理工大学出版社, 2017. 4

法律社会学论丛

ISBN 978 - 7 - 5628 - 4894 - 3

I. ①法… II. ①李… III. ①法律-方法-高等学校-教材 IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 003701 号

内容提要

本书聚焦法律方法的问题。法律方法为法律判断的形成提供工具,并为法律判断提供合法性保证,对法治社会的建设有着重要的作用。然而,要实现这些价值和作用,首先必须解决几个基本问题,即什么是法律方法、为什么要用法律方法、法律方法和其他的方法是什么样的关系、怎样运用法律方法等。为此,本书试图深刻而全面地解答、阐释这些问题,为广大需要运用法律方法的读者答疑解惑。总体来说,本书是应用性的,也是理论性的;而在法治中国、法治社会建设颇受重视的当下,本书更是具有使命感的。

项目统筹 / 刘 军

责任编辑 / 高 虹

装帧设计 / 戚亮轩

出版发行 / 华东理工大学出版社有限公司

地址: 上海市梅陇路 130 号, 200237

电话: 021 - 64250306

网址: www.ecustpress.cn

邮箱: zongbianban@ecustpress.cn

印 刷 / 上海崇明裕安印刷厂

开 本 / 710 mm × 1 000 mm 1/16

印 张 / 14.25

字 数 / 194 千字

版 次 / 2017 年 4 月第 1 版

印 次 / 2017 年 4 月第 1 次

定 价 / 56.00 元

版权所有 侵权必究

序

这是一部专门讨论法律方法问题的专著，是李瑜青教授和他的团队经多年研究的新成果，书中有不少具有重要意义的新见解。

从法学方法到法律方法，本书在结构设计上就显得颇有态度。从方法论广阔的视野到方法在具体案例中的细腻阐述，本书将宏大和深刻、细腻和可操作糅于各个章节之中，将这两种评价作为坐标系，恰可以画出有序可循的余切函数，结构设计颇显功底。全书无不体现出作者对于法教义学和社会法学的学说知识的把握以及其所持的社会法学立场，特别是在附件中关于立法方法的论述，亦有颇深的立意和理论深度，而这一附件不仅仅构成文章的补充，亦能跳脱出文章的框架，独立成篇而又与全书态度相互呼应。

通过本书，我们不仅可以对法律方法的问题产生更为深刻而全面的认识，也可以感受到作者在理论研究中努力探索的心路历程。因此，这部凝结着作者知识和汗水的书稿，不仅仅是一座知识库，也促使人们就这个题目不断地做深入的探究。



2017.1.6

前 言

20 世纪 90 年代,笔者在做法哲学学习研究时,对法学方法、法律方法等问题有一定的关注,1999 年发表的《方法论的运用和法哲学的定位》一文,算是对这个志趣的一个明确表达。跨过世纪之年后,笔者有幸进入法社会学领域进一步研究法学的一些基本问题,而其中的方法论问题更是笔者研究的重点。之后的几年,笔者的《法理学》《法律社会学理论与运用》《人文精神与法治文明关系研究》《法律社会学导论》等专著出版,其中都谈到了对于法学方法、法律方法的一些见解。而这几年来,随着对法律实践的接触日渐加深,对于法学方法、法律方法的相关问题亦有了更为深刻、更为全面的认识。这样一回顾,写作此书,似乎不仅是为了更为深刻、更为全面地解答关于法律方法的困惑,也是向这么多年来所坚持的志趣迈出新的一步。于是乎,经过几年来忙里抽闲的辛勤写作,我和我的一些研究生合作,本书的初稿终于完成了。虽然经过多次修改和重整的书稿依旧显得有些粗糙和肤浅,但是对于笔者来说,这本书稿意义非凡。

笔者特别要说明两点。其一,本书从方法论的视野谈起,把区分法学方法和法律方法作为首要的问题,由对法学方法的研究转入对法律方法的研究。这种结构设计在法律方法的相关著作中是鲜见的。笔者亦考虑到这种结构设计可能引起的一些疑惑。之所以如此,正如笔者在前面讲到的,该书稿是笔者这些年来对于法律方法研究的一些心得,而笔者对于法律方法的研究与之前对于法学领域方法论的研究是有着密不可分的联系的。这一结构设计不仅是笔者思学历程的一种呈现,而且,笔者也相信这一结构设计能

更深刻、更全面地帮助读者认识和运用法律方法。其二,笔者在本书中努力做到深刻、全面地把法律方法呈现出来,较系统地阐述法律方法的运用过程,但这只是一厢情愿而已。摆在读者和同仁面前的本书,对于法律方法的分析是否深刻,对于法律方法的阐述是否全面,还有待大家的评说。因此,真诚地希望读者、同仁能不吝赐教。

目 录

第一章 方法上的一个问题

- 法律方法运用中为何要重视法学方法 001
- 第一节 问题的提出 001
- 第二节 法学方法从法学理论转换 015
- 第三节 法律关系和原初社会关系双重视角的意义 032

第二章 从法学方法到法律方法

- 法律思维与法律分析 043
- 第一节 法律方法与法律思维 043
- 第二节 法律分析 058

第三章 法律渊源与法律发现 068

- 第一节 法律渊源 068
- 第二节 法律发现 087

第四章 案件事实查明 092

- 第一节 对法律事实的认识 093
- 第二节 案件事实的形成 099
- 第三节 对案件事实的推定 107

第五章 法律解释 110

- 第一节 法律解释的作用和目的 110

第二节	法律解释的种类	116
第三节	法律解释的方法	123
第六章	法律漏洞填补	135
第一节	法律漏洞填补的含义与界限	135
第二节	填补法律漏洞的方法	143
第七章	法律推理与法律论证	151
第一节	法律推理的含义	151
第二节	法律论证	165
附件：立法如何为司法创设基础		
——浅谈对立法方法的认识和运用		180
第一节	法学方法、法律方法与立法方法之辨	180
第二节	当下司法困境的诸多面相	191
第三节	立法方法运用中我们应注意什么？	202
参考文献		210
后记		218

第一章 方法上的一个问题

——法律方法运用中为何要重视法学方法

第一节 问题的提出

围绕法律方法和法学方法这两个概念,学理界和实务界有不少讨论。在法律方法与法学方法的概念认识上,多数学者趋向一个共识性的结论,即认为法律方法一般是指法律适用的方法,而法学方法主要是指法学研究的方法。虽有这般共识,法律方法与法学方法之间的关系,也还是如同“Juristische”与“Rechtswissenschaft”概念一样,难以在所谓狭义与广义的范畴内谋求到真正清晰的结论。^①因而,有我国学者尝试用某种概念,或是法

^① 郑永流主张法学方法与法学研究方法同义,法律方法则是应用法律的方法;参见郑永流:“法学方法抑或法律方法”,载《法哲学与法社会学论丛(六)》,中国政法大学出版社2003年版,第25页。陈金钊主张法学方法是有关学术研究和探讨的方法,而法律方法则是有关法律实践的方法,是理解、解释和应用法律的方法;参见陈金钊:《法律方法论》,北京大学出版社2013年版,第28页。林来梵认为将法学研究方法 with 法学方法此类概念等同,是一种误解;参见林来梵、郑磊:“法律学方法论辩说”,载《法学》(转下页)

学方法论,又或是法学方法与法律方法中的一者,来统筹法律方法与法学方法。^①但是,“法学方法论”一词,在我国大陆地区,被用来专指法学研究方法的总体,已有时日。^②“法学方法”与“法律方法”的广义与狭义之分,又难免有混同之嫌,陷入语言学的泥沼,不利概念价值与意义的彰显。

事实上,德国学者卡尔·拉伦茨的著作《法学方法论》未删减版中,同时兼有法律适用方法以及法学研究方法的内容。这已揭示,法律方法与法学方法,两者即使在概念内涵以及价值、意义等方面有着显著的不同,其也有着密切、不可分割的联系。^③追本溯源,我国大陆理论界对法律方法、法学方法的研究承袭自我国台湾地区,而我国台湾地区又源自德国。正如有学者总结的那样,德国的“法学方法论”一般在两种意义上使用:第一,把它作为一个与法哲学、法律理论、法教义学等并列的学科,进行了哲理化的处理;第二,把它作为一个与法律解释等同的概念,探讨法律适用中的各种法律解释的方法。在德国,即使是以案件的正确解决为主要目标的法律方法适用,通常也都会被归结或涉及哲学意义上的法学方法。^④可见,很多时候,法学研

(接上页) 2004年第2期。威渊主张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,法学方法则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;参见威渊:“法律方法与法学方法”,载《政法论坛》2009年第2期。此外,法学方法还被视为法学方法论,认为其就是民法的解释学,其与现在的法律方法概念的范围并无二致;参见梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2012年版,第3页。进而,也有学者认为,法学方法就是指法律适用的方法;参见舒国滢:《法学方法论问题研究》,中国政法大学出版社2007年版,第36页。诸如黄茂荣、杨仁寿等台湾学者,也秉持类似的观点;参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版;杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社2013年版。本书就法学方法与法律方法等定义,采用理论界共识性的结论,即前者为法学研究的方法,后者为法律适用的方法。

① 例如周永坤主张法学方法包含价值评价、实证方法以及技术意义的方法,其是将法律方法吸收入法学方法体系中;参见周永坤:“法学的学科定位与法学方法”,载《法学论坛》2003年第1期。胡玉鸿主张“法学方法论”作为法学研究中方法的总体架构与体系,涵盖法学研究方法和法律生成与适用的方法两种具体方法;参见胡玉鸿:“方法、技术与法学方法论”,载《法学论坛》2002年第1期。黄竹胜倾心于法律方法与法学方法共收于法学方法论体系的做法;参见黄竹胜:“法律方法与法学的实践回应能力”,载《法学论坛》2003年第1期。严存生主张以广义的法律方法,来统筹法律法学方法与狭义的法律方法,他认为广义的法律方法包括立法的方法、司法的方法和从事法律研究与教育的方法,后者即法学方法;司法的方法,即适用法律的方法,属于狭义的法律方法;参见严存生:“作为技术的法律方法”,载《法学论坛》2003年第1期。

② 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第15页。

③ 以拉伦茨为代表的一批德国学者在对待法律方法的问题上,并没有排斥法学研究方法。参见郑永流:“法学方法抑或法律方法”,载《法哲学与法社会学论丛(六)》,中国政法大学出版社2003年版,第22-23页。

④ 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。

究方法与法律适用方法是被用于同一语义范畴的。^① 法律方法与法学方法间,也是存在着密切的、近乎概念本源性的、根本性的联系。哪怕是在法律适用方法的实践应用过程中,法学方法的身影也衔尾相随。这不是一般对这个问题做一个简单说明就完事了,当我们讨论法律方法时,如何从理论和实践的两个方面进行论证,这是本书所要做的工作。

一、法学研究方法与法律适用方法的区别

法学方法与法律方法间本源性的密切关系,并不意味着模糊两者的区别。恰恰相反,正是法学方法与法律方法在概念内涵等方面的种种不同,才赋予了法学方法之于法律方法的本源性意义与影响。“方法”是为解决特定问题或实现特定目标而采取的手段或工具。按照我国理论界共识性的观点,法学方法是指法学研究领域中所使用的研究方法;法律方法则是在法律适用、应用领域中所使用的方法,其进一步可归纳为在特定的法律制度内适用以及发现相关法律规则和原则,并据此解决具体法律纠纷或争议问题的方法总和。^② 在此基础上,法学研究方法与法律适用方法两者的区别,主要有以下几方面:

第一,从方法的归属上看,法学研究的方法属于法哲学的范畴,其所指向的问题是哪种理论更为正确地对存在的法律问题或法律现象做出说明这一法哲学问题。这里面包括了对法律适用过程中所涉及方法进行的研究,是法学研究中的形而上的问题。因此可以这样说,法学研究方法更关注法的本身、法的本原、法的本质,什么样的法律是良法以及使用何种方法可以更能够在当下对法律做出说明之类的问题。而法律适用的方法属于实践方法论的范畴,解决的是如何在当下适用法律这一法哲学的第二问题,是法的形而下的问题;它关注的是在法律实践过程中,运用何种方法,如是运用三段论演绎推理的方法还是援引司法判例,是固守法律规则还是为了实现个

① 潘德勇:《实证法学方法论研究》,中国政法大学出版社2015年版,第11页。

② 刘治斌:《法律方法论》,山东人民出版社2007年版,第4页。

案的正义而采用某些法律原则来处理具体案件的问题。

第二,从方法追求的目的来看,法学研究方法重视价值和意志的实现,关注的是法旨在实现怎样的价值,体现怎样的意志的问题,研究的是法与正义、自由、秩序、人权、效率的关系等诸如此类的问题,探讨法体现的是神的意志、君主的意志、统治者的意志抑或普通民众的意志等这样一类问题。而法律适用方法强调的是知识与理性的运用,即在法律的实践领域如何运用所掌握的知识 and 理性进行司法裁判的问题。法律方法是法律职业者运用专有的法律知识和经过长期培养形成的特有的法律思维来分析社会生活中具体的案件,进而作出理性的判断,从某种意义上说法律的实践活动是排斥主观感情色彩浓重的感性因素的。

第三,从方法的内部构成上来看,法学研究方法有不同的层次之分,包括法学研究方法的方法论问题,主要指马克思主义的唯物辩证的方法,还有法学研究的基本方法,如阶级分析方法、价值分析方法、实证分析方法、历史考察的方法、比较的方法、语义分析方法、社会效益和经济效益的分析方法等,更多的是学术界在进行理论研究时所涉及的方法。法律适用方法中的诸多方法则是一种平行关系,包括法律发现、法律推理、法律论证、法律解释、漏洞补充、价值衡量等,更多的是司法行政等执法部门在具体适用法律的过程中使用的方法。

第四,从方法运用的方式来看,法学研究方法是一种人文活动,法学本身是一门人文科学,法学方法的运用具有创造性、评价性,是一种价值实现和意志体现的活动。而法律适用方法是一种“技术”活动,它注重逻辑推理,寻求个案的正确处理。在具体的司法实践中,大多数情况下运用的都是逻辑上的三段论的演绎推理方式,即把某一规则用于某一具体案例,作出一项司法判决。它主要是针对个案进行的,是一种针对具体案件的解决方法。

第五,从方法运用的主体来看,法学研究方法的使用者大多是理论研究者,包括法学的理论研究者和教育者。他们关注的无论是理想中的法还是现实中的法,都是从理论层面来思考问题,即使有一些法学家或者法学教育者有从事法律实践的经历,但在进行法学研究时也是从理论层面加以抽象、

概括、分析,以求对法律实践有更好的指导作用。法律适用方法的使用者多是法律实践中的实务工作者,包括立法者、执法者和司法者,其中最主要的是法官、检察官、律师。他们是法律在社会生活中的直接运用者,是将文本中的法律转化为实践中的法律的实际操作者。他们在实践中运用各种法律方法使法律在解决具体纠纷中发挥作用。

二、法学方法的特征

法学研究方法与法律适用方法之间所存在着的诸多区别,其实是一种表象的反映,这些表象受制于法学研究方法的核心特征的作用与影响。以法学研究方法为主要内容的法学方法,其特征表现多样,然而其核心的特征则较为集中,一般表现为本质的理论性特征、灵魂的批判性特征与具体的多元性特征。

(一) 理论性的本质特征

理论,可以解释为是关于对客观事物的本质及其规律性形成的系统认识,它经过逻辑论证和实践检验并由一系列概念、判断和推理表达出来。^①因此,描述一个方法具有理论性的特征,这个理论性一定是在强调对一定对象所形成的系统性解释,这种系统性解释被转化为方法应用于对一定事物的说明或分析。此外,在不太严格的意义上,某种观点,或者是有关现实某一领域的任何抽象的、一般性的陈述,也可宽泛地称其为理论。^②所以,事物的理论性特征也在很大程度上说明其表现出一一般性、抽象性、主观性的色彩。法学方法所具有的理论性特征,不但是其区别于法律方法指向内容的体现,也是其自身最为本质性的特征。

以法学研究方法为主要内容的法学方法所指向的对象当然十分丰富,

^① 杜吉泽、李维香:《自然辩证法简明教程》,高等教育出版社2007年版,第85页。

^② 关于理论的定义,不同的学科、不同的学者有着不同的见解。参见风笑天:《社会学研究方法》,中国人民大学出版社2001年版,第22页。

它所指向的一些领域是法律方法所无法进入的,如法的本质问题。这是一个事实,从古希腊、古罗马时期直至今日的法学研究,都涉及“法律(法)是什么”以及“法律(法)应该是怎么样”等问题。各种各样的法学研究方法,无论在外部的表象上有何种差异,但其方法所指向的落脚点却是共同的,都涉及对这些问题的解释。例如在法理学研究中,法学方法被运用来实现对法一般性问题的诠释,在一般性的意义上阐释何为法律。而在部门法的法学研究中,法学方法被运用来构建具体的部门法体系,其在具体的部门法与法律问题中,进行法律应然性的论证。而“法律是什么”与“法律应该是怎么样”等这些法学研究的问题,均是理论问题,意在解决如法律的本质、特征、内在发展的规律性、法律体系构建的基础等。据此,作为具体研究理论性问题的手段,法学方法也就与生俱来地拥有了理论性的属性特征。

同时,法学研究方法在对法律内在规律的研究过程中,也实现了其自身内容的理论化。这样的理论化在早期,表现为法学方法的抽象性和主观性,以古希腊、古罗马乃至中世纪、近代的法学研究最甚。此时,人们一般是通过对自然现象以及社会现象形而上地思辨,对外部事物观察之后的抽象的主观思考和想象来对“法律是什么”这个命题进行回答。古希腊的亚里士多德、斯多葛学派,中世纪的托马斯主义法学,以洛克、霍布斯、卢梭等为代表的古典自然法学,在法学研究方法上都表露出上述特征。^① 17、18 世纪之后,虽然法学研究方法逐渐摆脱了形而上的抽象性、主观性,但也在理论性的另一个维度,即系统性的知识体系上有所发展。这一时期的法学研究方法,由于经历了较长时间的沿革,知识体系已近完善。以实证分析研究方法、历史研究方法、社会学研究方法等为代表的主要法学方法,经过发展,孕育了分析实证主义法学、历史法学、法社会学等拥有独特研究方法的法学流派,其

① 古希腊时期的法学研究方法并不独立,其主要依托对外部社会事物的观察。奥古斯丁、托马斯·阿奎纳的经院主义法学研究所倚重的也主要是想象。而古典自然法学,有着实证的一面,即引入笛卡尔、莱布尼茨等人在数学上的方法。参见舒国滢:“17、18 世纪欧洲自然法学说:方法、知识谱系与作用”,载《比较法研究》2014 年第 5 期。但诸如洛克与霍布斯二人对自然状态完全不同的描述,以及卢梭的社会契约理论,仍然具有强烈的“先验”想象色彩。

方法也成了独立的理论学说。法学方法的理论性特征,也在新的时期彰显出新的表现形式。

(二) 批判性的灵魂特征

批判性,即对正确与错误的思想、言论或行为的系统地分析、否定、发展。作为法学方法的特征,批判性不仅居于核心地位,同时也是法学方法的灵魂所在。灵魂,原意指附着于人躯体上作为主宰的一种非物质性的事物,后被用来比喻那些起指导和决定作用的因素。^①批判性在法学方法发展过程中的作用,正是决定性的,是其发展的内在动力。可以说,放弃了批判性的灵魂,法学方法也就陷于停滞,流于躯壳。

一方面,对法律问题、社会现象的批判,是法学方法存在的基础,不同的法学方法也被拿来作为不同时代、不同语境下的法律批判甚至社会批判的工具。由于法学方法致力于实现法律的合理化,其当然性地怀疑实然存在的法律的正当性,不以实在法律规范为绝对权威,因此其具有“天然”的反抗色彩。这使得法学方法在早期进而成了人们进行社会批判的工具。正如英国历史法学学者梅因对自然法学所作的评价一样:“时代越黑暗,则诉诸自然法和自然状态便越加频繁。”^②在人类历史中,自然法学呼唤理性、价值分析的研究方法,在中世纪后成了人们反抗封建君权、宗教神权的工具。而告别了“革命”时代,实证主义的法学研究方法又成为人们批判实在法律的有力武器。在理论研究中,学者们以不同的法学研究方法,来对具体的法律问题进行研究,又以不同的法学研究方法来对自己提出的“应然内容”予以论证。人们对法律问题认识的变化,其背后正是不同法学研究方法的批判性运用。假使离开了对法律问题、社会现象的批判,则法学的研究方法也就失去了用武之地,沦为装饰之物。

^① 参见《现代汉语词典》,商务印书馆2004年版,第802-803页。

^② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第53页。

另一方面,法学方法间的相互批判,是法学方法发展的活力源泉。法学方法的发展历史,可以分为非实证主义时期与实证主义时期。非实证主义时期的法学方法体现出价值分析的特点,以托马斯主义法学与经院主义法学的意志论以及古典自然法学的理性论为主,两者分别是以神的意志与理性作为法学研究的方法。^① 但该时期,法学方法整体种类有限,与古希腊、古罗马时期并没有本质性的区别。相比之下,法学方法的实证主义时期,则是法学方法的发展高峰,而这高峰源于 18、19 世纪,绵延至今。其最初的发展形态,是边沁、奥斯丁等对自然法学研究方法的批判。此后伴随着分析实证主义对自然法学研究方法的批判,萨维尼、梅因等提出了法学研究的历史实证主义进路,埃利希、庞德等人提出了法学研究的社会实证主义进路,马克思与恩格斯则提出了法学研究的经济阶级分析的进路,新的研究方法在这一时期开始不断涌现。这些新的研究进路与方法,不只是对非实证主义法学研究方法的批判,同时也是对分析实证主义等其他法学实证主义研究方法的批判。在批判与被批判之中,法学方法也开始了自我丰富、自我完善的过程。以分析实证主义法学研究方法为例,时至今日,在与历史研究方法、社会学研究方法、新自然法研究方法等的碰撞中,其研究方法也已经不再局限于实在规范的实证分析,在语义分析的基础上也开始强调对法律规则以外的社会因素进行分析。^② 各个不同的法学研究方法,在彼此间的批判中,迎来了各自的发展新纪元。

（三）多元性的具体特征

“多元性”,专指在某种程度上相似但又有所不同的事物的组合。法学方法的多元性,既是对现状的具体描述,也是一种未来的发展趋势。^③ 较长的历史沿革之后,法学方法已由单一的方法种类发展到多元化的表现形式。在与其他学科研究方法的不断融合、相互借鉴过程中,多元性,作为法学方

① 曹茂君:《西方法学方法论》,法律出版社 2012 年版,第 178-179 页。

② 何勤华:《西方法学流派撮要》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 92-93 页。

③ 李其瑞:“论法学研究方法等多元化趋向”,载《法律科学》2004 年第 4 期。