



法学的 观念 与方法

〔荷〕扬·斯密茨 著
魏磊杰 吴雅婷 译

梁治平 郑永流 刘作翔 黄 卉 郑 戈 联 推
谢鸿飞 薛 军 朱庆育 方新军 张 翔 袂 荐

阐释教义法学与社科法学论争的世界维度
揭橥中国法学未来当走向何处的理想路径

法学的 *The Mind and Method* 观念 *of the Legal Academy* 与方法

〔荷〕扬·斯密茨 著

魏磊杰 吴雅婷 译

图书在版编目(CIP)数据

法学的观念与方法 / (荷)扬·斯密茨著;魏磊杰,
吴雅婷译. —北京:法律出版社,2017.1

(法律·经典丛书)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0362 - 2

I. ①法… II. ①扬…②魏…③吴… III. ①法学—
理论 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 308175 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吕丽丽

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/市场研发部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

责任校对/杜 进

责任印制/吕亚莉

印刷/固安华明印业有限公司

开本/A5

印张/7 字数/172 千

版本/2017 年 1 月第 1 版

印次/2017 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0362 - 2

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

THE MIND AND METHOD OF THE LEGAL ACADEMIC

Copyright©2012 Jan M. Smits

Published by Edward Elgar Publishing Limited

Simplified Chinese translation copyright © 2017 by Law Press

ALL RIGHTS RESERVED

著作权合同登记号

图字：01-2016-8700

中文版序言

本书英文原版问世于 2012 年。它所讨论的主要问题是：法学是一种什么样的学科？对于一个存在了一千多年的学术领域而言，提出这样的问题似乎有些奇怪，然而在本书成书之时，这样的提问却有充分的理由。对于法律学者而言，对其工作之目的与方法的追问具有重要的意义，因为这能够使得他们认清自己每天究竟做了些什么。法律学科与诸如经济学和心理学之类的其他学科之间的碰撞是促发此种自我审视的一个具体动因。这一碰撞显示，法律学者难以向其他学科的同仁们解释他们自身的研究究竟是关于什么的。这在许多欧洲国家引发了关于法律学术研究之目的与方法的广泛讨论。

而自本书出版以来，对法律学术研究之目的与方法相关议题的关注度未曾有过减退。法律适用——法官与其他法律执业者从事的活动——的方法论不同于大多数法律学者所采用的方法论，这在如今已是被普遍接受的理念。现今，许多欧洲国家的法学院为其博士研究生甚至普通学生提供了学术方法论方面的课程，使这些学生得以意识到，在传统的教义式研究之外还存在一个独立的完整世界。本书对法律学科的这一开放过程贡献了绵薄之力，本人对此深感欣慰。

虽然本书主要为欧洲的读者所撰写，但它也吸引了包括中国在内的其他地域的关注。对我而言，与中国同仁们的合作一直都是极端重要且令人受益良多的事情。过去几年中，在北京、上海以及香港的学术讲演经历让我清楚地意识到，当下中国法学院校中盛行的法学方法论颇为近似于欧洲法学院校的情况。正因如此，对于魏磊杰博士——

我们之间的学术联系可以追溯到大约十年之前——不辞辛劳、耗费心力将本书译成中文，本人谨表最由衷之谢忱。我希望此书能够推进东西法学之间的相互理解。

扬·斯密茨

二零一六年九月于马斯特里赫特

序 言

本书旨在探讨法学研究的目的、方法和组织方式。在过去几年里，这一主题业已获得了众多关注，然而本书的主要目的并非意在详尽呈现近来在诸多国家所引发的相关讨论。相反，下文将对在法律领域中从事学术研究的各个方面进行（往往基于个人体验的）探讨。本书的核心论点在于，法学应当主要处理“应然”问题：“个人和组织在法律上应当做什么？”这个问题不能凭借纯粹地参照国内立法或者判例法来解答，而应当始终根据从其他渊源中获取的诸多论据来解答。这就使得法律学科成为一门高度国际化的学科：它不处理一个或多个法域中的实在法，而是探讨什么是一般性的法律。对于从这一抽象的论断中推导出的许多结论，我在本书中将会深入分析。例如“法学方法的核心是什么”和“法学在何种程度上符合一门学术科目的要求”，诸如此类的问题将会被涉及，同时，也会涉及对于法学研究之组织方式的评估以及围绕此等议题而展开之讨论的重要意义。

撰写本书是一件很享受的事情。在过去二十年里，鉴于曾在不同的法学院工作的经历，我感觉有必要提出自己对于法学研究的看法。这使得我提出了一些有时就连我自己也感到惊讶的见解。我希望读者诸君能够从中发现我在撰写此书时所体认到的启发。当然，坦率而言，可能有些读者会认为我对赫尔曼·梅尔维尔（Herman Melville）“宁可在创新中失败也不要再在模仿中成功”这句著名格言的肯定有些过分。

本书所提出的一些观点，我曾在如下地点举行的会议上加以检验：赫尔辛基（2007年3月21日，赫尔辛基大学经济法研究中心）、

蒙特利尔（2007年9月27日至28日，麦吉尔大学法学教育问题圆桌会议）、马斯特里赫特（2007年11月24日，人权问题研究方法会议）、佛罗伦萨（2007年11月26日，欧洲大学学院）、斯泰伦波斯（2007年12月6日至8日，斯泰伦波斯高级研究所）、蒂尔堡（2008年3月4日，法学研究与法学方法论研究小组）、乌赫勒支（2008年4月8日，荷兰人权研究所）、罗瓦涅米（2009年3月16日，拉普兰大学法学教育三十周年纪念大会）、拉米（2009年3月19日至20日，北欧研究生学院）和伦敦（2011年4月20日，跨国法律研究中心）。本书的荷兰文修订版〔书名为《法学的论争》（*Omstreden Rechtswetenschap*）〕经由莫妮卡·克拉斯（Monica Claes）、扬·弗兰肯（Jan Vranken）、埃里克·范·达默（Eric van Damme）和埃德加·杜·佩隆（Edgar Du Perron）的评论，于2009年11月25日在蒂尔堡大学问世。从上述这些会议中，以及从克里斯塔·杜波依斯（Christa Dubois）、雅普·哈格（Japp Hage）、亚科·胡萨（Jaakko Husa）、米兰·扬科（Milan Janco）、川上·马克（Mark Kawakami）、张·埃里克（Eric Tjong Tjin Tai）和扬·弗兰肯的评论中，我受益匪浅。川上·马克同时还为本书提供了出色的语言编辑。

扬·斯密茨

二零一二年五月于马斯特里赫特

中文版序言 | 1

序言 | 1

前言：处于危机中的学科？

1. 一场身份认同危机 | 1
2. 处在十字路口的法学 | 5
3. 重新发现法学研究方法？ | 7
4. 全书的论证结构 | 8

第一章 法学的类型

第一节 引论

5. 四种类型的法学研究 | 9

第二节 描述性法学

6. 导言 | 12
7. 描述：教义式的研究方法 | 14
8. 系统化 | 17
9. 系统化的规范性结果 | 20
10. 一种内部视角 | 22
11. 法学中的描述：可选择的研究方法 | 24
12. 法律的社会学描述 | 24
13. 法律的经济描述 | 26
14. 法律的历史学描述 | 27
15. 法律的比较描述 | 29

第三节 实证性法学

16. 关于法律效果的研究 | 31

第四节 理论性研究视角

17. 关于法律的研究 | 36

第五节 接下来是什么？

18. 持续的争论 | 38
-

第二章 法律人：对规范性法学的重新界定

第一节 引论

19. 论证过程 | 40

第二节 是什么造就了一门学术科目？

20. 学术科目 | 41
21. 一门学术科目应当满足的条件 | 43
22. （描述性）法学的构成条件 | 45

第三节 规范性法学：探寻法律人

23. 法律的视角 | 47
24. 摆脱规范性的迷雾 | 49
25. 需要一种外部的规范性视角 | 50
26. 其他的规范性学科 | 53

第四节 作为自发秩序的法律

27. 理论背景 | 55
28. 由此造就的影响 | 58
29. 接下来要讨论什么？在法律上应当做什么？ | 65
-

第三章 规范性法学的研究方法

第一节 法学作为处理彼此冲突之论据的学科

30. 导言 | 66

- 31. 本章的结构 | 68
- 32. 寻求魔法之石 | 68
- 33. 应当做什么？教义式的研究方法 | 69
- 34. 应当做什么？法律经济学的作用 | 71
- 35. 应当做什么？实证性研究方法 | 76
- 36. 应当做什么？作为基石的基本权利 | 80
- 37. 中间结论：规范不确定的必然性与必要性 | 84

第二节 迈向一种实证－规范性研究方法

- 38. 个人偏好是决定性的吗？ | 85
- 39. 实证－规范性研究方法 | 87
- 40. 一门论辩性的学科 | 92
- 41. 例证：欧洲私法《共同参考框架草案》 | 95
- 42. 法学并不意在寻求普世性的原则 | 98
- 43. 何时应当出现法律的统一性？ | 101
- 44. 对案件裁决的强调：实践智慧 | 104
- 45. 法律教义的重要性 | 107
- 46. 何种论据占优？缺乏一种第三元素的比较 | 110

第三节 结论

- 47. 小结 | 112
- 48. 作为一门学术科目的规范性法学 | 113

第四章 法律学术话语的组织

第一节 引论

- 49. 关于组织问题的探讨 | 115

第二节 法学中的创新

- 50. 创新的重要性 | 117
- 51. 不同类型的创新性研究 | 120

52. 法学是否可以带来进步? | 122

第三节 法学与方法论

53. 导言 | 125

54. 研究方法与法律 | 127

55. 使选择明确化 | 131

56. 需要一个明确的研究议题? | 134

57. 方法论的多元主义 | 136

第四节 法学圈中的研究文化

58. 导言 | 141

59. 研究项目 | 142

60. 市场与基础性研究的重要性 | 146

61. 一种可选择的方法 | 152

62. 对法学教育产生的影响 | 161

结 语

63. 四点主张 | 171

参考文献 | 173

索 引 | 199

译后记 | 207

前言：处于危机中的学科？

1. 一场身份认同危机

传统法学研究面临着重重压力。在世界诸国中，一场围绕法学研究的目的和方法的讨论已经逐渐展开。这场讨论涉及多个层面。其中的一个问题是，法律学者应该关注什么：围绕立法和判例法的传统研究及将其纳入法律“体系”之中（这越发被视为一种缺乏创造性的活动），抑或一些更为高深的主题？另一个问题是，在法学研究中应当采用的方法以及应当如何对这种研究进行评估。而这又进一步引发出这样的问题：何种研究“更好”以及为何情况应是如此？与此同时，一直都存在主张更多地依循其他学科领域的做法来组织法学研究的诉求，包括引进严格的同行评审（peer review）和杂志的区分。最终，有些学者鼓吹法律学者也应当在实质意义上更多地面向其他领域（尤其是社会科学领域）；法学研究应该发展成为一门国际性的学科，而不是仅仅主要地关注某个内国法。

这场讨论正兴起于一些欧洲国家，尤其是英国与荷兰。根据贝歇尔（Becher 1989, 30）的观点，法律学者被他们大学的其他同行们看作“不是真正的学者……他们的学术活动由散布在‘大范围描述’附近的一系列智识困惑所构成，缺乏激情且毫无创造性”。特文宁（Twining 1994, 141）将传统的法学研究方法描述为“狭隘的、保守的、非自由的、

脱离现实的和单调乏味的”，过多关注技术层面的细节而太少关注“宏大”的问题。在荷兰，引发此等讨论的部分原因至少是，与法学的不确定身份联系在一起的经济后果：法律工作者们往往难以说服其他学科的代表、高校的行政领导和基金会相信他们的研究工作的质量。在德国发生的与此类似的讨论，可参见 Ipsen（2005）、Engel 和 Schön（2007）和 Bernhart（2008）；关于法学方法论的一种一般性的视角，可参见 Van Hoecke（2011）。在法国，一场关于学术研究价值的相关讨论，正在进行中。就此，可参见 Jestaz 和 Jamin（2004）、Pimont（2006）以及 Muir-Watt（2011）。范·格斯特与米克利茨（Van Gestel & Micklitz 2011）皆主张应当更新教义式的法学研究。

关于法学研究的目的和方法的争论，并不限于欧洲范围之内。尽管在一些欧洲国家法律的学术研究往往被视为学术性不足，但在美国的法学院中通常的批评却聚焦在教学和研究的过程中对于理论性和跨学科性的过分关注。

在美国，这种争论可以说最初导源于哈里·爱德华兹（Harry Edwards 1992）大法官所撰写的一篇著名的文章。在该篇文章中，对于法律实践与发表在相当权威的法律评论之上的（在他看来）往往毫无意义的、平庸的跨学科学术作品之间存在的差距，他进行了猛烈的抨击。除此之外，他认为未来的律师们将不再能够接受充分的法学教育来为他们日后从事律师职业作准备，因为这个国家的法学院正在朝培养学者而非律师的方向转变。尽管如此，根据爱德华兹（Edwards 1992，56）的观点，“‘个性魅力’（personal fascination）并不能成为支撑任何种类的学术研究的正当理由”。德博

拉·罗德（Deborah Rhode 2002, 1340）也抱怨太多的法学研究做得并不理想：“它详尽无遗地发掘出一些并不重要的议题或者只是对关涉重要议题的一些耳熟能详的论点进行重现”。

在过去的十年里，尽管关于法学学术研究的目的和方法的争论已经获得了新的推动力，然而它并非是一场崭新的讨论。至少从十九世纪初开始，关于法律学科身份认同的警钟便已经敲响。就此，冯·基尔希曼（Von Kirchmann）和伦德斯泰特（Lundstedt）分别在1848年（《作为科学的法学的无价值性》）和1932年（《法律学科的非学术性特征》）发出了充满悲愤的呐喊。在荷兰，塔科·马尔德（Taco Mulder）在1937年亦曾出版了一本名为《我对非学术化的法学院之控诉》的小书。尽管这些学者的观点多种多样，然而他们都卷入了与传统法学研究的斗争之中。

冯·基尔希曼在1848年作出的呼吁最为契合当前的讨论：他的主要观点是，与绝大多数其他的学术科目不同，法学是（追求）“偶然性的侍女”（maid of the coincidence），主要解决实在法中存在的诸多不确定和分歧。这就使得法学家们——采用基尔希曼带有比喻性的语言说——像蛀虫那般仅仅生长于实在法病枯的朽木之中，而在他看来，这种情形对于法学的学术性特征无疑是致命的。采用他那句著名的表达就是：“既然法学只关注偶然，它自己也就变成了一种‘偶然’；立法者更改三个词，就可使图书馆的全部藏书成为一堆废纸”（第24页）。

另外，伦德斯泰特的批判乃是受到一种具体的（经验主义的）科学观的影响：因为法律学者关注的是正义，而正义却不是一种可以观察到的现象，所以法学研究并非真

正的科学。由此，它只可能是一种阿道夫·默克尔（Adolf Merkel）所言的“实在性法学”（positive science of law）。尽管如此，对于这种鼓吹是什么使得一个领域具有学术性特征的观点，其他学者（包括奥斯丁分析法哲学的那些拥护者）已经给予了彻底的驳斥。

此种饱受非议的“传统”法学究竟是什么样的，明确这一点相当重要。批判传统法学的矛头通常直接指向其秉持的教义式的研究方法，该方法从内部视角出发来考察规则、原则和判例法，并且将法律视作相对独立于社会、经济和政治现实的一种存在。正是立法机关和法院所提供的实在法构成了任何有意义分析的起点。这种实在法当然可以被批判，但是法学界将大量的实在法视为是既定的，而且法律实践本身亦可以从对教义式的批判和系统化中获益。因此，在既定材料中对于融贯性（coherence）的寻求就顺理成章地被视为学术研究的——如果不能说是最重要的——重要组成部分。

麦克拉登（McCrudden 2006, 633）近来把传统法学描述为“立基于权威文本而进行的批判性推理”的一门学科。对此，需要强调两个重要方面。首先，立法机关和法院的核心作用：它们的决定可以被拿来批判，但是它们最终作成的文本却具有权威性。波斯纳（1990, 83）曾言：“明确地说，法律的最终手段实际上是暴力”。在《一位哲学家与英格兰普通法学者的对话》（Hobbes 1681, [2005, 55]）一书中，霍布斯作出了这样的经典表述：“不是理性，而是权威造就了法律。”其次，这种教义式的研究拥有一套自己的方法。尽管这一套法学方法具体由什么构成（它需要某种解释方法、系统化方法和论证方法）可能并不明确，但毋庸置疑的是，它是一种独立的自洽（autonomous）方法：除了其自

身的法律渊源，并不需要参照其他渊源。参见 Posner（2002，1316）、Ibbetson（2003，864）以及下文节码 10 所谈到的内部视角。

2. 处在十字路口的法学

上述诸多讨论证实了法律学科正在经历一场认同危机的结论：不仅圈外人士指责法学的非学术性，而且法律学者自身似乎也不甚明白他们要实践的是何种学科。这场危机令人惊讶。这不可能是一场中年危机：自从在中世纪大学肇建以来，法律学术研究便已经存在。更重要的是，实证科学本身最初就是借助诸如弗朗西斯·培根（Francis Bacon）那样的学者从法学中借鉴研究方法的。在十九世纪，法学被视为人类文明的最重要的成就之一，其地位甚至被认为远胜于许多其他的学术门类。

这不仅适用于描述欧洲大陆的情形，而且对于英美国家而言也是如此。因此，大卫·达德利·菲尔德（David Dudley Field 1859，13-14）曾这样描述法律学术：“将法学与任何其他科学相比，与那些在程度上受到最高赞美的、在研究主题上地位最为尊崇的学科相比，甚至将其与被视为高贵科学的天文学进行对比……虽然这门令人赞叹的科学只是关于无生命事物和些许自然法则的科学，但它却建构了我们话语的主题，调整着人类的行为，无论是理性之人抑或不朽之人，渗透到他们的灵魂深处，压制他们的意愿，并使其自身适应他们纷繁多元的需求、动机和具体情形”。

外部世界对于法学的印象显然已经不再依托法学的这些（或其他