

价值衡量 法律思维方法论

沈仲衡 著



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

价值衡量 法律思维方法论

沈仲衡 著

D90-059
82



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

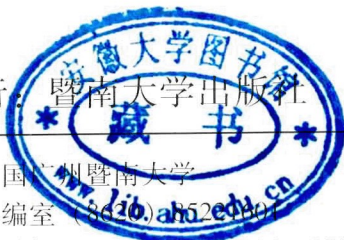
图书在版编目 (CIP) 数据

价值衡量法律思维方法论/沈仲衡著. —广州:暨南大学出版社, 2014. 4
ISBN 978 - 7 - 5668 - 0899 - 8

I. ①价… II. ①沈… III. ①法律—思维方法—研究 IV. ①D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 002685 号

出版发行: 暨南大学出版社



地 址: 中国广州暨南大学

电 话: 总编室 (8620) 85228401

营销部 (8620) 85225284 85228291 85228292 (邮购)

传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编: 510630

网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 广州市天河星辰文化发展部照排中心

印 刷: 佛山市浩文彩色印刷有限公司

开 本: 787mm × 960mm 1/16

印 张: 12.875

字 数: 225 千

版 次: 2014 年 4 月第 1 版

印 次: 2014 年 4 月第 1 次

定 价: 35.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

目 录

导 论	1
第一章 法律思维方法概论	
第一节 法律思维、法律方法与法学方法论释义	7
第二节 法律与法律思维方法的理想模型	12
第三节 西方法治史上的法律形式主义与实质主义	15
第四节 法律思维方法的对象、目标与基本矛盾	17
第二章 价值衡量的理论前提反思	
第一节 近代西方法学方法论——法律形式主义	21
第二节 利益衡量论的形成——从目的法学、利益法学到价值法学、社会学法学	26
第三节 现代与当代西方法学方法论	36
第四节 利益衡量论在日本、中国台湾和大陆的发展	49
第五节 理论总结与反思	50
第三章 疑难案件与价值衡量	
第一节 司法实践中的疑难案件	55
第二节 价值衡量法律思维方法提出的根据和理由	63
第四章 价值衡量的基本界定	
第一节 利益、价值与法律价值释义	73
第二节 价值衡量的内涵与特征	77
第三节 价值衡量的基本价值取向	80

第四节	价值衡量的操作过程及思维要素分析	84
-----	------------------------	----

第五节	价值衡量在法律思维方法体系中的地位与功能	87
-----	----------------------------	----

第五章 价值衡量的核心——价值判断

第一节	价值判断释义及性质	89
-----	-----------------	----

第二节	价值判断的对象与维度	91
-----	------------------	----

第三节	价值判断的标准	94
-----	---------------	----

第六章 疑难案件价值衡量的操作规则与范例

第一节	语言解释的疑难案件	103
-----	-----------------	-----

第二节	“合法”与“合理”相冲突的疑难案件	105
-----	-------------------------	-----

第三节	“法无明文规定”的疑难案件	106
-----	---------------------	-----

第四节	规则规定相冲突的疑难案件	107
-----	--------------------	-----

第七章 价值衡量与法律解释

第一节	法律解释的几个基本理论问题	109
-----	---------------------	-----

第二节	价值衡量与法律解释方法	114
-----	-------------------	-----

第三节	价值衡量与法律漏洞的补充方法	120
-----	----------------------	-----

第四节	价值衡量与价值补充	127
-----	-----------------	-----

第五节	疑难案件法律解释的范例	130
-----	-------------------	-----

第八章 价值衡量与法律推理

第一节	法律推理的内涵及其理论发展	144
-----	---------------------	-----

第二节	价值衡量与演绎法律推理	147
-----	-------------------	-----

第三节	价值衡量与类比法律推理	151
-----	-------------------	-----

第四节	价值衡量与实质推理	160
-----	-----------------	-----

第九章 价值衡量与法律论证

第一节	法律论证的必要性及其内涵、特征	166
-----	-----------------------	-----

第二节	论证的几种理论进路及法律论证的基本理论架构	170
第三节	价值衡量法律思维方法下法律论证的程序、规则和方法	178
第四节	法律论证与法律结论	188
结束语 价值衡量的理论意义及实践意义		191
参考文献		195
后 记		202



导 论

“工欲善其事，必先利其器。”法律思维方法是职业法律人尤其是法官实践法律这门善良和公正的艺术，分析解决法律问题和法律争讼的思维手段和思维工具，是法律人必备的职业技能。在理论上，对价值衡量法律思维方法的研究发端于对形式主义法律思维方法进行质疑和反思而形成的利益衡量论。在实践中，价值衡量法律思维方法是职业法律人，尤其是法官在面对和解决疑难案件时，取向于法律上的价值标准进行价值比对与权衡，形成价值判断，以价值判断为指南对法律进行创造性的解释和适用，以价值判断为基础选择和运用适当的法律推理方法，对法律结论进行充分的正当性法律论证的创造性法律思维方法。

价值衡量的提出有着深厚的理论渊源和明晰的理论发展脉络。发端于欧陆法典编纂运动的概念法学开法律形式主义风气之先，与概念法学的法律形式主义有异曲同工之处的还有英美的传统分析实证主义法学。德国的耶林和美国的霍姆斯作为反叛者开启批判法律形式主义的先河，利益衡量论由此产生。耶林主张克服形式主义解释的弊端，根据功利的要求自由地进行社会利益的衡量和调整。受耶林的影响，欧洲在 19 世纪和 20 世纪之交出现了利益法学和自由法学运动，它们否认国家成文法是唯一法源，主张法律是有空隙的，法官要通过利益

衡量对法律进行创造性的解释来填补法律漏洞；认为法律方法的应用不能仅限于逻辑推演，应根据法律的目的对相互冲突的利益进行利益衡量。在利益法学的基础上，价值法学提出法学理论的一个重要任务就是构建法律的内在价值体系，法官应该取向于法律内在体系内的价值判断标准为客观的价值衡量。霍姆斯在 1894 年之后开始反对演绎思考，在思维方式上倾向于利益的比较权衡。以卡多佐、庞德为代表的社会法学派和以卢埃林、弗兰克为代表的现实主义法学从不同的方面继承和发展了霍姆斯的学术思想。卡多佐和庞德对形式主义法律思维方法进行了批判，强调法官应该发挥创造性以回应社会的法律需求，主张通过利益平衡最大限度地保障社会利益的实现。现实主义法学以一种法律怀疑主义的极端立场反对法律形式主义，认为法官的个性、政治因素或各种偏见对法律判决的影响比法律要大。出于对日本法学中存在的概念法学倾向的批判，日本学者加藤一郎和星野英一提出了作为一种法律解释学方法论的利益衡量论。中国台湾的杨仁寿、王泽鉴和大陆的梁慧星也从民法解释学的角度对利益衡量问题进行了深入的研究，并结合各国、各地区司法实践进行了判解研究。^①

通观利益衡量论产生发展的历史，首先，价值衡量问题在法学史上有着深厚的理论渊源和明晰的理论发展脉络，但学术界对此尚缺乏系统深入的研究，需要对价值衡量问题的理论发展脉络进行系统的理论梳理。^②其次，价值衡量问题仍有许多重大理论问题需要解决，需要进一步研究以求理论上的突破。价值法学和现实主义法学以后，西方法哲学和法学方法论有许多重大的理论创见，并形成不同的理论进路，如新分析实证主义法学、法律诠释学、法律论辩学等，应该分析借鉴这些理论进路的理论观点和研究方法，丰富和发展对价值衡量问题的理论认识。最后，日本及中国台湾和大陆法学界对利益衡量问题的研究大都是在民法解释学的层面进行的，缺乏法哲学与法理学层面的研究。在理论上有必要在法哲学与法理学的高度上，从法的本体论、思维论、方法论和价值论的多重视角深化对价值衡量问题的研究。

价值衡量不仅仅是一个法学方法论问题，也是一个牵一发而动全身的

① 相关著述参见梁慧星主编：《自由心证与自由裁量》，北京：中国法制出版社 2000 年版；梁慧星：《民法解释学》，北京：中国政法大学出版社 2000 年版；梁上上：《利益的层次结构与利益衡量的展开》，《法学研究》2002 年第 1 期，第 52～65 页。

② 资料所及，台湾的杨仁寿先生在《法学方法论》以及季卫东在《法治秩序的建构》中对价值衡量问题进行了简单的理论史梳理。

综合性理论课题。在推崇法律形式主义的概念法学和传统分析实证主义法学那里,法律思维方法中的基本矛盾在理论上被遮蔽了。自耶林和霍姆斯始,西方法哲学普遍主张法律是有空隙或漏洞的,逻辑在司法裁判过程中的作用是有限的,主张赋予法官自由裁量权,允许法官在司法裁判的过程中进行利益衡量和价值判断,从而揭示了法律思维方法中存在的法律的确定性与非确定性、法官的创造性与制约性、个案实质正义与普遍形式正义、逻辑与价值、价值的衡平与选择之间的多重矛盾关系。但现实主义法学和批判法学却走向了相对主义与怀疑主义的理论极端,削弱和解构了现代法治的价值基础,容易导致司法自由裁量权的滥用,引发司法的专断和恣意。从反思法律形式主义和法律怀疑主义出发,价值衡量力求实现法律思维方法基本矛盾的和谐统一,这就需要从本体论的角度解决法律是什么的问题,解决法律的确定性与非确定性之间的关系;从认识论的角度研究法律解释与法律推理过程中的思维特点和思维规律;从方法论的角度研究法律思维方法的特殊性,研究法律思维方法的内在结构与外部关系;从价值论的角度研究对竞争与矛盾的法律价值进行价值衡平与选择的问题。

疑难案件在司法实践中是经常存在的。在处理和解决疑难案件时,案件事实与法律规范之间缺乏单一明确的逻辑关系,存在对法律规范相互矛盾的复数解释结果,存在规范适用上“合法”与“合理”的冲突,存在法律无明文规定的情形,存在规则、规定相冲突的情况。在以上四种情况下,形式主义的法律思维方法的作用是有限的,而且如果从形式主义出发进行裁判也可能会牺牲个案的实质正义。中国正处于社会转型时期,利益关系和利益格局不断演变发展,利益摩擦和利益冲突不断凸显加剧,法律制度的创新发展无法适应社会发展的要求,疑难棘手案件屡见不鲜。现实中,我国法官的法律思维基本上是形式主义的,从制定法出发的三段论的演绎推理方法是普遍应用的法律方法。在司法实践中,禁止“法官造法”,也严格限制法官的自由裁量权。但如果我们消极地等待通过立法来为解决疑难棘手案件提供法律制度保证,而对应由法律解决的利益冲突置之不理(司法实践中,法院对法无明文规定的案件一般拒绝受理,或对当事人的权利主张与利益要求不予支持)或为追求普遍的形式正义而牺牲个案的实质正义,则既违背司法公平与效率的精神,导致社会矛盾的激化,也损害法律的权威,影响大众对法律的信仰。问题的出路在于克服或摒弃僵化机械的形式主义法律思维,进行法律思维方法创新。西方法学理论给我们的启迪和借鉴就是承认价值判断在司法裁判过程中的重要地位和作用,应用

价值衡量法律思维方法解决疑难案件。价值衡量法律思维方法问题的研究对当代中国法治建设具有重大的实践意义和实践价值。

价值衡量是一种力求对形式主义与实质主义进行恰当价值定位的法律思维方法,为此,必须超越法律形式主义与法律怀疑主义在价值判断问题上的极端立场。法律形式主义认为司法裁判是法官从制定法出发纯形式逻辑操作的过程,根本上否定司法的创造性以及价值判断在司法裁判过程中的作用。法律形式主义僵化机械的法律思维容易导致为追求法律的普遍形式正义而牺牲个案的实质正义。要克服形式主义法律思维方法的消极弊端,就必须肯定法官在司法裁判过程中的创造性,承认法官的价值判断在司法裁判过程中发挥的重要作用。但在肯定司法创造性的问题上,作为法律形式主义的反叛者的法律怀疑主义却走向了另一个极端。法律怀疑主义认为,案件事实或法律规则是不确定的,法官的价值观念乃至法官的个性对最终法律决定的形成起决定作用,没有唯一正确的法律答案。为批判法律怀疑主义在价值判断问题上的相对主义、怀疑主义,避免法官在司法裁判过程中价值判断的专断和恣意,就必须解决价值判断的正当性问题。

解决价值判断的正当性问题要求:首先,从法的价值论角度出发,正确认识价值判断的主观性与客观性、绝对性与相对性之间的关系;其次,从法律思维方法论角度出发,把价值衡量放到法律思维方法论整个理论体系中去研究,研究价值衡量在法律方法体系中的地位和功能,探讨价值衡量与法律解释、法律推理和法律论证的关系;最后,必须把价值衡量置于司法裁判活动的全过程之中,研究价值衡量在司法裁判活动各个环节中的地位 and 作用,对价值衡量进行具体的操作性分析,提供具体操作的程序、规则和方法。

本书的基本内容、结构体系及研究思路和方法如下:

第一章是法律思维方法概论。对法律思维与法律方法进行界定,厘清法律思维与法律方法、法学方法与法律方法的关系。在法律理想模型的理论视野中研究法律思维方法的理想模型,探讨法治史上的形式主义与反形式主义,以及法律思维方法的对象、目标与基本矛盾等问题。

第二章是价值衡量的理论前提反思。问题研究的理论切入点是对法学史上的法律形式主义与法律怀疑主义进行理论上的批判与反思。采用历史方法和比较的方法,对价值衡量以及法律思维方法论的理论发展脉络进行系统的理论梳理,并进行深入的理论反思,使问题的研究建立在深厚的思想史基础之上。

第三章是疑难案件与价值衡量。问题研究的实践切入点是司法实践中的疑难案件。采用案例分析的方法,选取法学思想史上和法治实践中的经典案例,阐述疑难案件的类型以及在疑难案件中应用价值衡量法律思维方法的根据和理由。

第四章是价值衡量的基本界定。探讨价值衡量的内涵、特征、基本价值取向、操作程序与思维要素,以及它在法律方法论体系中的地位与功能等基本理论问题。

第五章是价值衡量的核心——价值判断。价值衡量法律思维方法的核心是价值判断,本章侧重探讨价值判断的内涵、性质、对象、维度及标准。

第六章是疑难案件价值衡量的操作规则与范例。在学理上总结和提出不同类型疑难案件中价值衡量的操作规则,是价值衡量得到正确运用的重要法律方法论保障。本章将结合范例分析探讨四种疑难案件价值衡量的操作规则。

第七章是价值衡量与法律解释。价值衡量法律思维方法的一个重要内容和环节就是法律解释,价值衡量贯穿和体现于法律的发现与续造过程之中。价值衡量法律思维方法作为解释者的先见或前理解影响着法律解释活动,价值判断决定着法律解释方法的选择和应用。

第八章是价值衡量与法律推理。本章主要研究价值衡量与演绎推理、类比推理、实质推理等法律推理方法之间的关系。价值衡量法律思维方法必须结合法律推理方法才能得到正确应用;同时,各种法律推理方法也必须以价值衡量法律思维方法为基础才能得到正确应用。

第九章是价值衡量与法律论证。探讨法律论证的基本理论框架,借鉴法律论证理论的观点和方法,阐述在应用价值衡量法律方法时法律论证的程序、规则和方法。

“结束语”主要探讨价值衡量的理论意义与实践意义。系统全面地总结和阐述研究价值衡量法律思维方法的理论意义,总结价值衡量法律思维方法的实践意义,并提出若干法律建议。

价值衡量法律思维方法承认价值判断在司法裁判过程中的基础与核心地位,反对严格形式主义僵化机械法律思维。在近现代西方法学史上,自耶林和霍姆斯始,绵延不断的正是对法律形式主义的批判和质疑。但中国正处于法治建设的初步发展阶段,形式主义的法律精神尚未完全确立,而且法律形式主义作为现代法治的核心理念和基本价值追求也是不能抛弃

的。价值衡量在西方法治国家以及日本、中国台湾等国家和地区是有制度上的保证的，而在中国的司法实践中，制度保证是欠缺的。在中国当下特定的法治实践背景下，探讨价值衡量问题有超越中国法治建设现状的嫌疑。本书的观点是：理论在本性上是批判和反思的，理论不应该仅仅是对现实简单消极的反映或摹写，理论应该超越现实，引领实践。对法律形式主义应该采取否定之否定的态度，坚持其合理内核，摈弃其不合理因素，在法律形式主义的基础上进行法律思维方法创新，使中国的法治建设站在更高的理论起点上。



第一章 法律思维方法概论

本章首先对一些基本概念进行分析和界定，如什么是法律思维？什么是法律方法？什么是法学方法论？什么是法律方法论？然后主要探讨法律思维方法的几个基本理论问题，研究法律与法律思维方法的理想模型，以及法治史的法律形式主义与实质主义，最后探讨一下法律思维方法的对象、目标与主要矛盾。

第一节 法律思维、法律方法与法学方法论释义

什么是法律思维？什么是法律方法？法律思维与法律方法之间的关系如何？法律方法与法学方法有怎样的关系？什么是法学方法论？这些问题在当前的理论界可以说是众说纷纭，观点杂陈。郑永流教授认为，法学方法是研究和预设法律的方法，指向的核心是何谓正确的法律，有关法学方法的学说是法学方法论。法律方法是应用法律的方法，不仅着力于实现既有的正确的法律，还效命于正确地发现新法律，有关法律方法的学说是法律方法论。实质上，法律应用还在造就新的法律，指向何谓正确的法律，正是这一点，体现出法学的实践品

格,引起了从预设法律观向应用法律观的转变。同时,使应用法律的方法与法学方法的主要功能重合。^①郑成良教授认为,法学方法论,是指对法律研究方法的研究,法律研究包括法学理论的研究和法律操作的研究,而后者又包括:法律解释、法律推理、法律思维方法。^②郑成良教授认为,法律思维方式是按照法律的逻辑(包括法律的规范、原则和精神)来观察、分析和解决社会问题的思维方式。^③他认为法律思维是一种职业的思考方式,法官的法律思维最为典型。葛洪义教授认为法律思维包括“关于法律的思维”和“根据法律的思维”两种方式。^④陈金钊教授认为,法律方法是指站在维护法治的立场上,根据法律分析事实、解决纠纷的方法。包括三个方面的内容:“一是法律思维方式;二是法律运用的各种技巧;三是一般的法律方法。”一般的法律方法包括法律发现、法律推理、法律解释、价值衡量、漏洞补充以及法律论证。^⑤孙笑侠教授认为,法律思维是法律人用法律术语进行观察、思考和判断,是一种通过程序进行思考,遵循向过去看的习惯。^⑥本书在借鉴上述理论成果的基础上进行理论分析和研究。

一、法律思维

法律思维是以法律为根据与视角认识、分析和解决法律问题与社会现象的一种思维习惯、思维方式、思维模式或思维活动过程。

法律思维依主体的不同而有不同的内涵和要求。就普通社会人而言,法律思维是社会人依照法律认识、分析和解决社会问题,依照法律规范、指引自己的行为,分析、预测他人和自己的行为及其法律后果的一种思维定式和思维习惯。就职业法律人而言,法律思维是职业法律人认识、研究法律现象,通过法律解决、处理社会冲突和社会纠纷的一种职业思维方

① 参见郑永流:《法学方法抑或法律方法?》, <http://www.law-thinker.com>, 2003年6月18日。

② 参见郑成良:《法学方法论》, <http://www.law-thinker.com>, 2003年5月24日。

③ 参见郑成良:《论法治理念与法律思维》,《吉林大学学报》2000年第3期,第6页。

④ 参见葛洪义:《法律与理性——法的现代性问题解读》,北京:法律出版社2001年版,第33~34页。

⑤ 参见陈金钊:《法治与法律方法》,济南:山东人民出版社2003年版,第198~204页。

⑥ 参见孙笑侠:《法律家的技能与伦理》,《法学研究》2001年第4期,第9~12页。

式、思维模式、思维取向和思维习惯,职业性、法定性与专业性是职业法律人的基本特点和要求。职业法律人的法律思维又包含两种层面:一种是法官、检察官、律师在现行法律制度和法秩序框架内,依法履行自己的法定职责,以解决和处理法律纠纷为目的的“根据法律的思维”;一种是法学家以引导与影响法律实践,推进法律创新发展为目的的“关于法律的思维”。法官、检察官、律师的法律思维基本上是一种“实然性”的思维;法学家的法律思维则兼有“应然性”和“实然性”两种特点与要求。

与自然科学思维、经济思维或伦理道德思维等不同,法律思维主要从以权利义务规定为内容的法律规范出发,以合法性为主要评价标准,以落实公平正义等法律的目的与价值为价值取向。而自然科学思维主要从科学的原理或定理出发,通过逻辑检验、经验或实验的验证,以真伪性为主要评价标准,来探求自然界运动变化发展的客观规律。经济思维则主要从理性的经济人预设出发,以成本与收益的经济核算为主要内容,以效益最大化为基本价值取向来分析评价人们的经济行为。伦理道德思维则从体现或蕴含于人们的内心信念、传统习俗或社会舆论中的道德义务规范出发,以善恶对立为主要评价标准,来分析和评价人们的道德行为或社会的道德现象。法律思维的法定性、规范性、程序性特点尤为突出。

法律思维是一种精神性存在,它内在地存在于社会人尤其是法律人的心理意识和思想观念之中。法律思维有两种典型的理论模型,即实质主义和形式主义,这两种法律思维体现了两种截然不同的思维习惯和思维价值取向。

二、法律方法

“方法”一词在西文中起源于古希腊语,由“沿着”和“道路”两个词组成,意即沿着正确的道路运动或接近某物的途径。方法是人们为解决特定问题、完成特定任务、达致特定目标而采取或采用的活动途径、方式、手段或工具。法律方法是职业法律人应用法律认识、分析法律现象,解决法律冲突和法律纠纷的途径和工具。法律方法是连接观念与现实、规范与事实、“实然”与“应然”的桥梁和渡船,它使通过应用法律这个手段和工具认识、分析和解决社会冲突、社会纠纷成为可能。法律方法主要包括法律发现、法律解释、漏洞补充、法律推理、法律论证、价值衡量等方法。

三、法律思维与法律方法

法律思维、法律方法是法律人职业能力和职业素养的重要组成部分。其中法律思维是法律方法的观念基底和精神内核,深刻地影响着对法律方法的种类、作用、功能等问题的不同理论认知,也影响着法律实践中法律方法的应用。法律方法本身可能是价值中立与价值无涉的,但在法律实践中,法律方法的应用必然要受到法律思维的影响,从而产生一定的价值倾向性。法律方法要得到正确应用,就必须结合法律思维,以法律思维为价值导引;而法律思维只有渗透于法律方法的应用中才能发挥其实践功效。因此,法律思维与法律方法密不可分,在概念上二者有时可以相互替代。

法律思维方法是职业法律人从其法律思维方式、法律思维习惯和法律思维价值取向出发,选择应用适当的法律方法,认识分析法律现象,处理解决法律争议与法律纠纷的一种职业思维方法。本书所研究的价值衡量是一种法律思维与法律方法相结合的特殊法律思维方法。

四、法学方法与法律方法

法学方法有广义和狭义之分。在广义上,法学方法指的是人们在法律研究与实践的过程中所运用的各种方法,既包括法学学者在法学学术理论研究过程中进行理论构建和理论批判的方法,也包括法官、检察官和律师等法律职业者在适用法律解决案件过程中所使用的各种特定方法。在狭义上,法学方法仅指后者,即在法律适用过程中用以发现、选择、解释和论证法律和法律结论的操作方法,这种狭义的法学方法,通常也称为“法律方法”。^①

法学理论研究的方法,包括实证的、逻辑的、历史的、比较的、价值的、阶级分析的、社会调查的等诸多研究方法。法学理论研究方法致力于对实在法体系进行逻辑性、分析性研究,建构关于实在法的应用法学或法教义学理论体系;致力于对实在法进行正当、善恶与否的批判性反思和应然性评价,建构法哲学、法社会学、法史学理论体系,推进法学与法律的创新发

^① 可参见张文显主编:《法理学》,北京:法律出版社2007年版,第13~14页。

法律操作方法具有单纯的实践指向和强烈的实践品格,致力于发现和确定正确的、可适用于个案的裁判规范,解决法律实践中的法律争议与法律纠纷。法律方法原则上不对实在法作善恶、正当与否的评价,但随着形式主义法律思维日益遭到质疑和批判,实质主义法律思维兴起,在这一方面法学理论研究方法与法律操作方法存在功能上的重合。

五、法学方法论

法学方法论是法学方法的体系以及对方法体系的理论说明。法学方法论的出现要晚于法学理论的其他部分。哲学家莱布尼茨曾于1667年撰写了《法学研究与讲授的新方法》,这部著作可以算是法学方法论的先驱。受萨维尼的影响,法学方法论一直是欧陆法学尤其是德国法学的重要研究领域。一般认为,近代法学方法论发端于德国的萨维尼^①对法学方法的系统化研究,卡尔·拉伦茨的《法学方法论》就始于对萨维尼法学方法论的评介。从1802年到1842年,萨维尼先后在马堡大学、兰茨胡特大学、柏林大学开设法学方法论课程,其法学方法论讲义由马扎卡内整理汇编于2004年出版,成为近代法学方法论的开山之作。萨维尼的法学方法论包括三个部分:法学的绝对研究方法、法学的文献性研究、法学的学院性研究方法,其中第一部分分为语文学视角研究、历史性研究和体系性研究,在语文学视角研究中他提出了解释的三个要素:逻辑要素、语法要素和历史要素。其中,逻辑要素是对法律表达出来的思想予以发生学阐述,语法要素对法律表达思想所使用的媒介进行阐明,历史要素对法律所规定的历史对象予以阐明。第二、三种要素仅仅是第一种要素的条件,后者直接包含了真正意义上的解释。萨维尼的法学方法论包括了法学理论研究方法和法律操作方法,是从广义上来理解和应用法学方法这个概念的。拉伦茨则认为,每种法学方法论事实上都取决于其对法的理解,离开法哲学便无法进行法学方法论研究,法学方法论的研究也离不开诠释学和法教义学等学科方法。虽然拉伦茨的法学方法论体系主要是关于法律操作方法的理论体

^① 萨维尼(Savigny, Friedrich Karl von, 1779—1861),德国法学家,历史法学派主要代表。1800年开始先后在马尔堡大学和巴伐利亚州兰茨胡特大学任教。1810年柏林大学创办后他到该校任教,达30年之久,在此期间曾一度兼任柏林大学校长和普鲁士王子的法学教师,并创办历史法学派刊物。1842—1848年任普鲁士政府的修订法律大臣。萨维尼的法学方法论主要体现在他的《萨维尼法学方法论讲义》、《论所有权》(1803)以及《现代罗马法体系》(1840)等著作中。