

喻中著

法学方法论

围绕九对范畴，讨论法学研究的方法、思路，以及法学论文写作的立意、角度、坐标，仿佛文学领域巴乌斯托夫斯基的《金蔷薇》。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

第三卷

法学方法论

德意志法学方法论

（德）考夫曼著 王磊译



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW PRESS

喻中著

法学方法论



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法学方法论/喻中著. —北京:法律出版社,
2014. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7064 - 3

I. ①法… II. ①喻… III. ①法学—方法论IV.
①D90 - 03

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第244820号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印业有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/A5
版本/2014年11月第1版

印张/9 字数/180千
印次/2014年11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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7064 - 3

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在法学文献中,以“法学方法论”为题的著作已有多部,譬如,拉伦茨的《法学方法论》、齐佩利乌斯的《法学方法论》、杨仁寿的《法学方法论》,还有舒国滢的《法学方法论》、王利明的《法学方法论》,等等。只是,这几部同名著作都侧重于讨论法律实践过程中的法律解释、法律推理、法律论证、漏洞补充、价值判断、利益衡量诸问题,亦即在法律实践过程中如何运用法律的方法问题。

我的这本《法学方法论》,暂不讨论法律实践过程中的法律方法,而是侧重于讨论法学研究的方法、思路,以及法学论文写作的立意、角度、坐标。我希望它类似于文学界巴乌斯托夫斯基的《金蔷薇》,或者是美术界笪重光的《画筌》。当然,这只是一个取法乎上的预期或愿景。我知道,我的书没有达到他们的精致程度,也没有那么优美。但就性质、旨趣来说,我的书和他们的论著属于同一类型。因为,这本《法学方法论》所谈论的内容,也是我多年来从事法学理论研究和法学论文写作的一些体会。我愿意把这些体会写出来,与读者朋友交流。

按照我的理解,法学方法论应当聚焦于法学研究与法学论文写作的方法。在这样一项精微的智思活动中,注意以下九对范畴,是很有必要的。

一是“学与术”。法学研究与法学论文写作既然是一项学术活动,那就应当对学与术的关系有自觉而亲切的理解。法律之学与法律之术是有区别的。做一项法学研究、写一篇法学论文,先要有明确的定位,你是要谈“学”,还是要谈“术”?“学”与“术”当然不可能泾渭分明,但两者之间,毕竟还是各有侧重,在本质上也是不一样的。早在1911年,梁启超就讲过学与术的关系。百年后的今天,学与术的分辨依然具有强烈的现实意义。

二是“远与近”。无论是从事研究还是写论文,总会聚焦一个主题。但是,焦点有远近之分。倘若焦点在远处,形成的主要是法理学、法哲学论文;倘若焦点在近处,在细节处,形成的主要是部门法学论文。无论远近,都必须要有距离感,因为焦点与焦距总是连在一起的,有焦点必有焦距。必须要有一个取景框,要透过一面窗子去看。没有距离感,没有窗子意识,研究者不能从对象世界中抽离出来,就不会看见学术,也不能写出严格意义的法学论文。苏轼所说的“不识庐山真面目,只缘身在此山中”,已经把“远与近”的道理讲得很清楚了。

三是“新与旧”。“新与旧”主要谈学术上的创新与传承的关系。一篇学术论文,应当具备承前启后的功能:既要“承前”,又要“启后”,前后都要兼顾。现在,为了达到“启后”的效果,法学论文都要求创新,都希望在法学前沿地带有所挖掘,有所推进。但问题是,何谓“法学前沿”?“法学新知”如何产生?这些问题,都需要交

待。与此同时，“承前”也很重要。要有“承前”或“传承”意识，要有“接着讲”的意识。用本书中的说法，就是要有“学术底色”意识，要追问“何枝可依”。你的学术论文，到底是从哪根树枝上长出来的？是哪根树枝上结出的果？你的学术底色是什么？没有这样的“传承”，就只能提供一些没有根基的“说法”或“意见”，“泛若不系之舟”，而不大可能成为严格的学术论文。

四是“宽与窄”。通常说来，法学研究与法学论文写作提倡“微观论证”，强调研究“小问题”，主张“小题大做”，这当然是有道理的，因为“小题大做”容易写得深入、写得透彻。但是，“窄门”与“宽路”是辩证的。选择窄小的研究主题，同样需要宽大的学术眼界。因此，应当“站在宽阔之处”，以之作为法学研究、法学论文写作的学术姿态；应当重新审视“宏大叙事”与“微观论证”之间的相互关系。此外，各个具体的研究领域，也需要“宽与窄”方面的斟酌。

五是“褒与贬”。古人说，“一字之褒，荣于华袞；一字之贬，严于斧钺”，可能有些夸张。不过，在法学领域内立言，难免会表达某种价值倾向。因此，“褒与贬”旨在区分写作的立场：扬什么，抑什么。在褒贬之间，如何取舍。在社会科学界，向来有“价值无涉”或“价值中立”的说法。但是，绝对的“价值无涉”是不可能的，法学论著不可能像纯净水一样无色、无味、无嗅。针砭现实的法学理论（譬如批判法学）很有意义，但也要注意限度、分寸。有一些法律现象，即使应当予以贬斥，但它的学术意义并不能低估，很可能也是一座值得挖掘的法学富矿。还有一些价值层面上的臧否，换个角度、换个立场，可能就会得出不同的结论。因此，法学研究中的褒与贬、扬与抑，特别需要省思，要避免偏执情绪对法学理性的过度挤压。

六是“信与疑”。法学研究与法学论文写作,要善于从不疑处产生疑问。从某种程度上说,怀疑是学术之始。对于某种思想观点,如果深信不疑,可能就不是学术的态度,而是某种具有宗教意味的信仰。从学术的角度来看,一切人造的理论都是可以质疑的。如果进入信仰的境界,那就不可能展开学术上的争论了,那也不再是一个学术问题了。譬如,倘若你确实相信有一个上帝很庄重、很慈祥地坐在云端里,我还有什么可说的呢?“新儒家”与“新儒学”之间的微妙差异,其实就在这里:新儒家以传教的姿态谈儒家,新儒学以学术的立场论儒学。这就提醒我们,在法学研究中要处理好信与疑的关系。

七是“内与外”。在西学东渐的背景下,流行的学术视角是“东与西”或“中与外”。所谓比较法研究,就是这种视角的产物。这当然不错。但是,“内与外”更具包容性。譬如,我们研究法学理论,但法学理论有法外之理,也有法内之理,这就是两种不同的学术进路。对法内之理的探究,可以深化法学的“专业槽”,相比之下,着眼于法外之理,则能够拓展法学的理论视野。我们研究秩序,但秩序有法律之下的秩序,也有法律之外的、法律所不及的秩序。法学研究既要关注法律秩序,也要关注法律之外的秩序。此外,“内与外”还可以涉及若干更加具体的主题,譬如,自由之内与自由之外,有些人想得到自由,有些人又想逃避自由,这是怎么回事呢?

八是“古与今”。从古今演进、古今变迁的角度从事法学研究,并不仅限于法律史学,而是一个普遍性的法学方法论,因为它有助于强化法学研究与法学论文写作的历史纵深感、历史意识。历史纵深感、历史意识很重要。司马迁写《史记》,绝不是为了成为一个专

业的历史学家,而是为了“究天人之际,通古今之变,成一家之言”。在当代,李泽厚有专门的“历史本体论”,亦称“人类学历史本体论”。中国现行宪法序言的起草者同样善于察古今之变、成宪法之序。如果说,前面所谈的“新与旧”主要是从学术发展脉络的角度谈法学方法,侧重于“词”,那么,这里强调的“古与今”,则主要是从法律发展脉络的角度谈法学方法,侧重于“物”,譬如,法律演进的规律是什么,等等。

九是“法与人”。人们常说,文学是人学,其实法学何尝不是人学。法学研究、法学论文的深度、厚度,在相当程度上依赖于研究者对人的认识理解的程度。如果你对人自身没有足够的理解,你也不可能真正地理解法律。因此,在法学研究过程中,对人的研究堪称一个永恒的主题,也是一个前提性问题。在德国,拉德布鲁赫写过“法律上的人”;在日本,星野英一写过“私法中的人”;我自己则写过“宪法描绘的人”。我的体会是,法学研究不能只见法,不见人,因为法不可能离开人而存在。

以上九对范畴,构成了本书九章内容的标题。当然,这九对范畴背后的内容,并不能边界分明地切割开来。它们之间有一些交叉或重叠的地带。譬如,“远与近”和“内与外”就有一定的交叉,“远处的”可能就是“外面的”。再譬如,“远与近”和“新与旧”也有一定的重叠,“新的”可能就是“近的”,人们常说的“新近”一词,就透露了“新”与“近”之间的相关性。造成这种交叉或重叠的原因在于,法学研究与法学论文写作,归根到底还是一个整体性、融贯性的智思活动。要对这样的活动过程进行楚河汉界式的严格划分,是不大可能的。举例来说吧,如果你去问黑格尔,他的《法哲学原理》是怎

么做出来的,或者让他写一篇“《法哲学原理》创作谈”,他也只能零零碎碎谈一些心得体会。因此,本书分述的九对范畴,只是一个大致的划分,主要在于说明我所理解的法学方法论。

从这九对范畴来看,本书旨在弘扬的“法学方法论”,其实就是“法学的技艺”或“法学从业者的技艺”。希望在这九对范畴统摄下的这本《法学方法论》,以及书后附录的几篇个性化的文字,对于读者的法律学术研究、法学论文写作能够有所助益。

若有赐教,敬请致函:yuzhongdeyouxiang@163.com。

喻 中

2014年7月

目 录

第一章 学与术	1
一、不学则无术：法学研究中的学与术	3
二、思想·意识形态·学术	8
三、法学知识是怎样炼成的	13
四、从法学院到法院的知识转变	17
五、法学论文的义理、考据、辞章	30
第二章 远与近	39
一、找一扇看得见学术的窗子	41
二、超越法律的世界	46
三、两个世界的秩序	51
四、毋忘我：法律学术的憧憬	55
第三章 新与旧	61
一、法学新知的生产机制	63

2 目 录

二、法学前沿的景观	68
三、绕树三匝,何枝可依	73
四、底色意识与法学论文的底色	77
第四章 宽与窄	81
一、站在宽阔之处	83
二、宏大叙事与微观论证	100
三、法理学:解释法律之所以然	104
四、规范法学或逻辑实证法学	108
五、政治法学	111
六、社会学法学	116
七、基础法学	121
第五章 褒与贬	125
一、批判法学及其滥觞	127
二、批判的限度	133
三、无画处也是画	137
四、走出鲁滨逊的孤岛	142
第六章 信与疑	147
一、知识与信仰	149
二、理解他人对法律的理解	153
三、最后一只乌龟	158
四、自由主义的困境	165

五、正处·正味·正义	169
第七章 内与外	173
一、法外之理	175
二、法律之外的秩序	180
三、法治的内在理路与外缘影响	183
四、在自由的内外	186
五、内的逻辑与外的逻辑	191
第八章 古与今	195
一、法律之四季	197
二、分合之道：中国历史上的道统与政统	202
三、时间观念与法律观念	206
四、古今三家之要旨	210
第九章 法与人	217
一、法学家·法律家·政治家	219
二、法律人的社会角色	224
三、人的现代化与法的现代化	229
四、人的维度与法的走向	232
附 录	237
《尚书》与韩国	
——《风与草：喻中读尚书》韩文版序言	239

4 目 录

《尚书》是通往中华文明的津渡	
——答《信息日报》记者问	246
寻找中国法的精神	
——《检察风云》访谈录	252
在政道与法理之间架一座桥	
——《社会主义法治理念概论》创作谈	261
为文明秩序的未来寻求思想理据	
——《法律思想丛书》总序	270

第一章 学与术

一、不学则无术：法学研究中的学与术

二、思想·意识形态·学术

三、法学知识是怎样炼成的

四、从法学院到法院的知识转变

五、法学论文的义务、考据、辞章

一、不学则无术：法学研究中的学与术

1911年,时值辛亥,梁启超写下了一篇题为“学与术”的短文。文中提到,“不学无术”源出于《汉书·霍光传》,本来是用来评价霍光的,却可以视为“学”与“术”对举的肇始。梁启超认为,学与术是两个不同的东西,“学也者,观察事物而发明其真理者也;术也者,取所发明之真理而致诸用者也。例如以石投水则沉,投以木则浮,观察此事实,以证明水之有浮力,此物理学也;应用此真理以驾驶船舶,则航海术也。研究人体之组织,辨别各器官之机能,此生理学也;应用此真理以疗此疾病,则医疗术也。”梁启超还引用西方学者的话表达自己的观点:“学者术之体,术者学之用,二者如辅车相依而不可离。学而不足以应用于术者,无益之学也;术而不以科学上之真理为基础者,欺世误人之术也。”〔1〕

梁启超对学与术的区分,尤其是他对两者关系的界定,对于我们的法学研究、法学论文写作,很有参考价值,也很有针对性。因

〔1〕《梁启超全集》,北京出版社1999年版,第2351页。