


21世纪中国高校法学  
系列教材

编 葛洪义

# 法律方法论

 中国人民大学出版社



D90/431

21世纪中国高校法学  
系列教材

2013

# 法律方法论

主 编 葛洪义

撰稿人（以撰写章节先后为序）

葛洪义 刘 诚 朱志昊

廖 梅 余 军 黄志勇

贾海龙 陈征楠 张友连

RFID

北方工业大学图书馆



C00337185

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法律方法论/葛洪义主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2013. 6

21 世纪中国高校法学系列教材

ISBN 978-7-300-17497-6

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 107375 号

21 世纪中国高校法学系列教材

法律方法论

主 编 葛洪义

Falü Fangfalun

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东方圣雅印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2013 年 6 月第 1 版

印 张 14.5 插页 1

印 次 2013 年 6 月第 1 次印刷

字 数 365 000

定 价 28.00 元

---

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

## 《 \* 任课教师调查问卷

为了能更好地为您提供优秀的教材及良好的服务，也为了进一步提高我社法学教材出版的质量，希望您能协助我们完成本次小问卷，完成后您可以在我社网站中选择与您教学相关的1本教材作为今后的备选教材，我们会及时为您邮寄送达！如果您不方便邮寄，也可以申请加入我社的**法学教师QQ群：83961183（申请时请注明法学教师）**，然后下载本问卷填写，并发往我们指定的邮箱（[cruplaw@163.com](mailto:cruplaw@163.com)）。

邮寄地址：北京市海淀区中关村大街31号中国人民大学出版社411室收

邮 编：100080

再次感谢您在百忙中抽出时间为我们填写这份调查问卷，您的举手之劳，将使我们获益匪浅！

### 基本信息及联系方式：\*

姓名：\_\_\_\_\_ 性别：\_\_\_\_\_ 课程：\_\_\_\_\_

任教学校：\_\_\_\_\_ 院系（所）：\_\_\_\_\_

邮寄地址：\_\_\_\_\_ 邮编：\_\_\_\_\_

电话（办公）：\_\_\_\_\_ 手机：\_\_\_\_\_ 电子邮件：\_\_\_\_\_

### 调查问卷：\*

1. 您认为图书的哪类特性对您使用教材最有影响力？（ ）（可多选，按重要性排序）

- |                |           |
|----------------|-----------|
| A. 各级规划教材、获奖教材 | B. 知名作者教材 |
| C. 完善的配套资源     | D. 自编教材   |
| E. 行政命令        |           |

2. 在教材配套资源中，您最需要哪些？（ ）（可多选，按重要性排序）

- |         |              |
|---------|--------------|
| A. 电子教案 | B. 教学案例      |
| C. 教学视频 | D. 配套习题、模拟试卷 |

3. 您对于本书的评价如何？（ ）

- |                                    |
|------------------------------------|
| A. 该书目前仍符合教学要求，表现不错将继续采用。          |
| B. 该书的配套资源需要改进，才会继续使用。             |
| C. 该书需要在内容或实例更新再版后才能满足我的教学，才会继续使用。 |
| D. 该书与同类教材差距很大，不准备继续采用了。           |

4. 从您的教学出发，谈谈对本书的改进建议：\_\_\_\_\_

**选题征集：**如果您有好的选题或出版需求，欢迎您联系我们：

联系人：黄 强 联系电话：010-62515955

索取样书：书名：\_\_\_\_\_

书号：\_\_\_\_\_

备注：\* 为必填项。



## 教材编写分工

葛洪义（华南理工大学法学院）：第一章、第二章

刘 诚（中山大学法学院）：第三章

朱志昊（华南理工大学法学院）：第四章

廖 梅（华南理工大学法学院）：第五章

余 军（华南理工大学法学院）：第六章

黄志勇（暨南大学法学院）：第七章

贾海龙（华南理工大学法学院）：第八章、第十一章

陈征楠（华南理工大学法学院）：第九章

张友连（浙江工业大学法学院）：第十章

# 前 言

法治不仅是“治国方略”，更是一个以权利的保障和实现为核心的实践体系。这一体系的有效运行离不开个案中法律方法的运用，从而实现“具体的正义”。法律方法乃是法学理论体系中与司法实践“共生共存”的部分。它不仅铸造了法律人独特的、区别于普通人的“思维的法律模式”，甚至可以成为成熟的法治秩序中法律之稳定性和可预测性在智识上的保障。同时，司法实践又为这门学问提供了源源不断的素材，它本身也随着法律人的实践和学者的反思而成熟。正如卡尔·拉伦茨所言，“如果想掌握法律工作中展开的思考方式，就必须密切追寻其轨道。只有借助司法裁判及法教义学中的许多例子，才能充分理解、审查、并且在实务上应用法学方法论的陈述”。

无论是大陆法系国家还是英美法系国家，都存在关于法律方法的理论学说。由于研究传统和文化背景的差异，人们对法律方法及其相关学名采取了不同的称谓，如法学方法论、法律学方法论、法律方法论等。但从总体上而言，与法律方法相关的知识体系其实可以区分为两种存在内在关联但又各自具有鲜明特征、风格迥异的脉络。

一是以法律实践为导向、以法律适用为核心的关于法官在裁判过程中进行法律解释和法律推理的方法和技术，这一知识体系具有专业性、技术性、世俗性和实践性的特点，属于“形而下”的范畴。由于侧重点不同，这一知识脉络往往被冠以“法律方法”（legal method）、“司法方法”（judicial method）与“法律方法论”（legal methodology）等称谓。在判例法传统的英美国家，尤其是实用主义哲学传统浓厚的美国，无论是在法律实践、学术研究或是法学教育中，法律方法都具有非常重要的地位。在美国的法学教育中，设置法律方法课程的目的是给初学法律的学生提供理解法律家在各种各样的职业工作中确定或决定法律的各种方法，并培养学生运用这些方法来完成各项职业任务的能力。

二是涉及法律适用和法律解释的有关法哲学、法理学的问题，即有关法律方法的外向性哲学探究所进行的思辨和论断，这一知识体系具有思辨性和高度的抽象性，属于“形而上”的范畴。在我国法学界颇具影响力的德国法学中的“法学方法论”即属于这一流派。这一流派的研究范围十分广泛：除了考察和研究法律适用和解释的技术以外，同时还研究这些具有技术性的法律方法背后的相关的法哲学问题，如法律适用的一般结构、超越法律规范的评价标准、个案裁判的正当性以及怎样通过法律方法实现正义的问题，等等。

本书所描述、阐释的“法律方法”定位于第一层级，即关于法律适用过程中法律解释、事实认定、法律续造与法律推理的方法与技术。本书在整体框架结构方面，吸收了大陆法系法学方法论注重逻辑严谨、体系完整之特征，但在具体内容的设置与安排上，亦引进了美国法律方法知识体系中的某些重要内容。法律硕士研究生作为我国法学教育所培养的实践型人才，法律方法课程的开设实属必要，这不仅是改革我国当下法学教育课程体系的必要举措（使法律硕士课程体系区别于法学学术型研究生的课程体系），而且有利于塑造学生的法律思维与法律素养，为以后从事法律实务工作打下坚实的基础；与此同时，目前也有越来越多的法律院校在本科生课程体系中增加了法律方法课程或者相关课程，本书亦可作为本科生教材使用。

在我国法学界，历经十多年的戮力耕耘，有关法律方法的学术研究已经初具规模。但在法科学生的教育中开设“法律方法”课程目前尚处于起步阶段，国内学者撰写的这方面的教材亦



寥寥无几。华南理工大学法学院作为我国学界法律方法研究之重镇，以葛洪义教授为核心的研究团队长期致力于法律方法的理论研究与教学实践，早在 2007 年就尝试在本科生、研究生教育中开设法律方法课程。经过几年的探索与实践，现已初步形成一个相对完整与可行的方案，这本教材可以视为这几年实践经验的总结。本教材编写是该研究团队与广东省法律院校有关教师的一次合作，凝聚了诸位教师的努力与辛劳！

法律方法乃是法学体系中博大精深之学问，由于作者水平与能力所限，存在谬误与疏漏之处在所难免。抛砖之作，以求教于大方！

编者

2013 年 4 月 16 日于广州大学城

# 目 录

## 第一篇 法律方法之基本原理

<b>第一章 法律与方法</b> .....	3
第一节 法律与方法的关系 .....	4
一、方法的含义与构成 .....	4
二、法律与方法的联系 .....	6
第二节 法律方法及其特点 .....	9
一、法律方法的含义 .....	10
二、法律方法的特征 .....	10
第三节 法律方法与相关“方法” .....	14
一、法律方法与法学研究方法 .....	14
二、中国的法律方法与美国的法律方法 .....	16
三、法律方法与法学方法论、法律方法论 .....	18
<b>第二章 法律方法与法律语言</b> .....	22
第一节 法律与语言的关系 .....	23
一、语言沟通生活世界与“法律”世界 .....	23
二、法律的权力表现为语言的权力 .....	24
三、法律制度化语言的权力 .....	25
四、法律活动体现为语言活动 .....	26
第二节 法律语言与制度化 .....	27
一、法律与制度的关系 .....	27
二、制度化与再制度化中的法律语言 .....	30
第三节 法律语言的特征与类型 .....	33
一、法律语言的特征 .....	33
二、法律语言的种类 .....	37
<b>第三章 法律方法与法律渊源</b> .....	40
第一节 法律渊源的涵义和功能 .....	40
一、法律渊源的涵义 .....	41
二、法律渊源的功能 .....	43
第二节 法律渊源的类型与适用 .....	44
一、法律渊源的类型 .....	44
二、法律渊源的适用 .....	50



第三节 法条：法律渊源的基本单元 .....	55
一、法条的概念、特征与功能 .....	56
二、完全法条 .....	57
三、不完全法条 .....	58
<b>第四章 法律方法与法理学</b> .....	<b>62</b>
第一节 自然法的本体论、认识论与方法论 .....	63
一、自然法的本体论 .....	63
二、自然法的认识论与方法论 .....	64
第二节 法律实证主义与法律方法 .....	65
一、法律实证主义的特征 .....	66
二、法律实证主义影响下的法律方法 .....	67
第三节 社会学法学与法律方法 .....	69
一、社会学法学的特征与观点 .....	69
二、社会学法学影响下的法律方法 .....	72
第四节 当代法学流派与法律方法 .....	74
一、当代法学流派 .....	74
二、法律方法的新发展 .....	76

## 第二篇 法律方法之具体形式

<b>第五章 法律解释方法</b> .....	<b>81</b>
第一节 法律解释的基本问题 .....	82
一、法律解释的概念 .....	82
二、法律解释的必要性 .....	83
三、法律解释的目的 .....	83
四、法律解释与其他法律方法的关系 .....	86
第二节 法律解释的方法 .....	88
一、文义解释 .....	88
二、体系解释 .....	89
三、目的解释 .....	91
四、类推解释 .....	93
五、解释方法之间的关系及其序列性 .....	95
<b>第六章 法律续造方法</b> .....	<b>97</b>
第一节 法律续造的前提条件：“规则穷尽” .....	98
一、“规则穷尽”的两个层次 .....	98
二、以“规则穷尽”为前提的法律续造与法律解释的关系 .....	99
三、“规则穷尽”的具体情形 .....	99
第二节 规则空缺（法律漏洞）的解决方法 .....	101
一、开放的漏洞、隐藏的漏洞与超越法律的漏洞 .....	101
二、开放的漏洞及其填补方法 .....	102

三、隐藏的漏洞及其填补方法	105
四、超越法律的漏洞及其填补方法	106
第三节 规则悖反的解决方法	110
一、规则悖反的判断	110
二、目的论限缩向权衡模式的转化	111
第四节 规则冲突的解决方法	112
一、规则冲突的含义	112
二、规则冲突中的权衡模式之运用	113
第五节 规则模糊的解决方法	115
一、规则模糊的两种形态	115
二、规则模糊的解决方法	117
<b>第七章 法律事实的认定方法</b>	<b>121</b>
第一节 法律事实与客观事实	121
一、法律事实的概念与分类	122
二、法律事实的特征	123
三、何谓客观事实	125
四、客观事实与法律事实的关系	125
第二节 法律事实认定中的判断与评价方法	127
一、以感官观察为基础	127
二、以社会经验为基础	128
三、以价值判断为基础	129
第三节 法律事实的认定	131
一、实际发生的案件事实的探知	131
二、事实问题与法律问题的区分	135
<b>第八章 判例法方法</b>	<b>140</b>
第一节 法律问题的确定	141
一、案件结果	141
二、事实问题	142
三、法律问题	142
四、具体问题的确定：法律方法运用范围的限定	143
五、法律问题的转化	143
第二节 判例法方法中的依据	144
一、判例法方法依据的作用和类型	144
二、形式依据	145
三、实质依据	147
第三节 先例的使用原则与方式	150
一、遵循先例原则 ( <i>Stare Decisis</i> )	150
二、先例的类比 ( <i>analogy</i> ) 与区别 ( <i>distinguishing</i> )	150
三、先例的推翻 ( <i>overruling</i> )	151
四、先例的综合 ( <i>synthesis</i> ) 与抽象 ( <i>generalization</i> )	152
五、判决理由 ( <i>Ratio decidendi</i> )	153



第四节 其他依据在判例法方法中的使用	154
一、制定法解释	154
二、次要形式依据运用的方法	155
三、政策分析的方法	155

### 第三篇 法律方法之思维方式

<b>第九章 法律推理</b>	161
第一节 推理的含义、种类和结构	161
一、推理的含义	161
二、推理的类型和结构	164
第二节 法律推理中形式推理的局限性	173
一、法律推理的含义和特征	173
二、法律推理中形式推理的局限	175
第三节 法律推理中实质推理的结构	176
一、实质推理的核心	176
二、类比推理的形式结构	177
三、类比推理的风险规避	178
<b>第十章 法律论证</b>	183
第一节 法律论证的内涵及方法论价值	183
一、法律论证的内涵	183
二、法律论证的方法论价值	185
第二节 法律论证的方法	187
一、合法性问题：“规则”为中心的法律论证方法	187
二、合理性问题：“认同”为中心的法律论证方法	189
三、正当性问题：“程序”为中心的法律论证方法	190
第三节 法律论证方法的关键环节	193
一、法律论辩	194
二、法律证成	195
三、法律正确结论	196
<b>第十一章 法律分析与批判</b>	198
第一节 法律方法的灵活本性	199
一、法学方法论的局限	199
二、永不再现的案件事实与背景	200
三、法律方法的实际运用	201
第二节 法律分析	202
一、法律分析及其三个阶段	203
二、法律分析与法律适用的其他技能	204
第三节 法律批判	206
一、法律批判的发端	206

---

二、内部法律批判 .....	207
三、外部法律批判 .....	208
第四节 法律分析与法律批判的训练方法 .....	209
一、导向发现方法 .....	209
二、法律分析训练的方法 .....	210
三、法律批判训练的方法 .....	211
第五节 法律方法与世界观 .....	212
后记 .....	217







# 第一章

## 法律与方法

### 第一节 法律与方法的关系

- 一、方法的含义与构成
- 二、法律与方法的联系

### 第二节 法律方法及其特点

- 一、法律方法的含义
- 二、法律方法的特点

### 第三节 法律方法与相关“方法”

- 一、法律方法与法学研究方法
- 二、中国的法律方法与美国的法律方法
- 三、法律方法与法学方法论、法律方法论

#### 本章导读

本章内容涵盖法律与方法的关系、法律方法的概念与特征、法律方法与法学研究方法及法学方法论等知识领域的联系与区别等内容，目的是对本教材所涉及的法律方法的概念类问题提供一个基本理论方面的阐释，进而重点说明本教材所介绍的法律方法，是指法律工作者在中国的法律实践中运用法律，分析和解决各种具体法律问题的工作方法和思维方式。

法学最鲜明的特征就是其实践性，这是由其研究对象——法律的特性所决定的。法律是为解决现实生活中人们之间存在的各种问题而产生和发展起来的，所以法学必须面对现实问题。在这个意义上，它区别于纯粹的科学认知。人们从事法学学习和研究，不是为了攻克科学难题，不是为了展示某个尖端成果，而是为生活服务，为了人们能够生活在一个美好的公正的社会。<sup>①</sup>因此，法学研究也注定是“想帮助实务家，特别是法官及行政公务员，他们必须就具体的情况作符合法秩序的决定”<sup>②</sup>。法律与法学的实践性，又决定了法律与方法联系的特殊性，决定了法律工作者和法学研究者工作与思维方法的特殊性。

<sup>①</sup> 参见 [德] 魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，235页，北京，法律出版社，2005。

<sup>②</sup> [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，77页，北京，商务印书馆，2003。



## 第一节 法律与方法的关系

法律是衡量行为的标尺，而方法则是对这个标尺的运用。法律把我们日常生活中的问题转化、上升为具有严格标准的法律问题，从而使各种问题可能在法律范围内依据法律设定的方式得到解决；而方法则是为了实现这个目标而必须依赖的路径和措施。方法是法律生命力的重要保证。没有一定的方法，法律的目的是无法达到的。

### 一、方法的含义与构成

在现代社会中，每个人都会经常面临从不同的选项中进行选择、作出决定的问题，而根据自己的自主选择，决定做任何一件事情，都会存在一个方法问题。任何一个有生命的健康正常的人，心中都会有愿望和期待，也就需要实现愿望的方法。愿望能否实现，往往取决于方法正确与否。只有良好的愿望，没有正确的方法，可能一事无成。

#### （一）方法的含义

在我国的有关词典中，对“方法”一词有多种解释。《汉语大词典》对“方法”的解释是：（1）测定方形之法；（2）办法；门径；（3）方术，法术；（4）法则。<sup>①</sup>《现代汉语词典》对“方法”的解释是：关于解决思想、说话、行动等问题的门路、程序等。<sup>②</sup>台湾三民书局股份有限公司出版的《大辞典》对“方法”的解释则是：（1）量度方形的法则；（2）为达到某种目的而使用的手段、办法；（3）道术，法术；（4）使用科学与逻辑的程序与技术作为研究的途径。<sup>③</sup>

从法学角度看，对“方法”一词的理解，不能按照中文常用的习惯，即将方法分为“方”与“法”分别解释，然后合起来说明，即所谓的测定方形之法。在希腊文中，“方法”的意思可以确定为“论述（正确）行动的途径”。所以，现在“方法”的含义一般引申为：在给定的条件下，为了实现特定目标而采取的正确的途径、路径、步骤、手段、措施等。

从与特定目标相联系的角度看，方法是达到目的的途径、措施，特定的目标需要依赖特定的方法来实现，结论依赖于过程。例如，瑞士法学家马斯托拉蒂以为：“方法是指按照确定的程式进行的有计划的过程。从逻辑的角度来看，方法根据超越特定案件的普遍标准确定，独立于结果，因为结果取决于方法。反之，即首先确定结果，然后为此确定有助于形成特定结果的方法，是非理性的典型情况，在法律上被视为任性。”<sup>④</sup>

就给定的条件而论，方法通常是建立在反映特定内容的形式的基础上的。例如，法律禁止杀人，但是，如果要依据法律方法追究杀人行为（甚至要对杀人者处以死刑）的法律责任，就必须依赖刑法与刑事诉讼法的有关法律条文的形式性规定；若计划上大学，正确地实现上学的目标，就必须按照教育部的有关规定，完成相应学业，办理相关手续。所以，方法总是借助于特定的形式，依赖于有关规定。反过来，规定越是明确、具体，方法越是容易

<sup>①</sup> 参见《汉语大词典》，第1卷，1560页，上海，汉语大词典出版社，1990。

<sup>②</sup> 参见《现代汉语词典》，306页，北京，商务印书馆，1983。

<sup>③</sup> 参见《大词典》（中），1995页，台北，三民书局股份有限公司，1985。

<sup>④</sup> [瑞士] 菲利普·马斯托拉蒂：《法律思维》，高家伟译，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛（6）》，9~10页，北京，中国政法大学出版社，2003。

确定，指引性越强。

## （二）方法的构成

方法一词，包含着两个基本因素。

首先，方法是指某个有待实现的目标的确定。没有目标，或者目标严重脱离实际，也就没有方法的其他各个方面，更谈不上方法的使用。例如，你要去美国，你首先要解决的是去或者不去的问题，去的必要性问题，然后才是怎么去；再如，学生考大学，首先必须解决考不考的问题，考的好处问题，报考的条件如何的问题，然后才是解决如何实现考上大学的目标。“是什么”、“为什么”的问题解决了，“如何办”才能提到议事日程上。

目标能否确定下来，取决于每个人的认识或者认识的能力。人是根据自己的认识去设计目标以及实现目标的途径的。古希腊的先哲们曾经雄心勃勃地认为，世界有一个统一的、深层隐藏着、依靠聪明人才能发现的决定一切而自身无须任何东西决定的本质。人们相信，只要掌握这个本质，就能够掌握整个世界。但是如何掌握呢？那就是认识。古希腊先哲据此开辟了一条通过人的认识，把握整个世界，从而把握人类自身的知识之路。为什么西方国家一直比较重视知识，重视探求客观真理的知识？就是因为这个思想原因。

然而，这种对人的认识能力的充分信任，近代以来却遇见一个严峻的挑战，即人的认识有没有界限？显然，如果人的认识能力是有限的，人对世界本质的认识就可能受到这种有限认识能力的限制。由此，出现了一场后人称之为认识论转向的哲学思潮。认识论指研究人类认识的本质及其发展过程的哲学理论。这种理论致力于对人的认识能力进行批判性检验，探究人的认识的界限，其研究的主要内容包括认识的本质、结构，认识与客观实在的关系，认识的前提和基础，认识发生、发展的过程及其规律，检验认识的真理标准，等等。总之，认识论与世界观相联系，而对世界的根本看法则又决定了认识世界和改造世界的方法论。认识论、世界观、方法论就是这样联系在一起的。

如同方法与方法论不同，认识与认识论也不同。方法论与认识论这些涉及更为复杂的哲学问题的理论，不是这里需要讨论的。需要注意的是方法与认识的关系。但是，认识问题与认识论的发展有密切关系。在认识论转向的过程中，康德曾经提出一个重要的观点：人类知识只能达到人类经验的领域，或者说，一个人的认识只能发生于自己的感性和知性的具体对象领域，超出这个范围的东西，就不再是知识的对象，而是信仰的地盘。关于康德的结论，哲学上有许多争论，但是，无论道理何在，仅就必须谨慎地对待自己的认识能力、认识结论而言，康德的确给予我们重要的启发。那就是，尽力把我们自己的判断建立在可靠的知识基础上，认识具体实在的东西，以此确立目标并努力实现它。

准确、小心地确定一个或一系列具体而非宏大的目标，是做实事的前提。帮助每一个人保护自己的合法财产，比帮助人类实现正义要容易得多，因为我们可以比较容易地获得有关合法财产的知识，而要认识什么是正义（甚至真正的正义），则要困难许多。这当然不是说正义是不可知的或无法企及的，而是说，离开具体可靠的知识的正义，离普通人比较遥远，或许它属于哲学家的使命。每一个致力于解决现实问题的人，包括法律人，都必须把自己关于正义或者其他重大问题的理解与现实问题结合起来，从解决现实具体问题着手。把认识具体目标的问题作为方法的首要内涵，即是基于这种考虑。

其次，方法意味着我们必须思考如何选择实现目标的途径与办法。如果决定去美国，那么下来就面临一系列选择：时间、交通工具、地点（出发地与到达地），等等。对需要前往美国的人来说，这些都是必须先行计划和决定的。而影响上述选择的因素则至少可能有：是否有时间上的紧迫性要求？是否方便与美国接待方取得联系？是否存在一些法律上的问题？价格因素