

Archiv für juristische Methodenlehre

# 法学方法论论丛

第一卷

舒国滢◎主编

- 扬·夏普：方法论、一般法律教义学与案件的解决  
马丁·霍何胡特：国家法与法哲学之间的方法论  
莱纳·施罗德：世纪之交的德国方法大讨论  
杨 贝：古希腊的双生花：衡平与修辞学  
金振豹：法律适用模式的比较考察：以德国和美国为例  
周升乾：法学方法论中的体系思维  
王夏昊：宪法中的权利、规范与条文  
王 旭：行政法规范论  
雷磊等：案例指导意欲何为？

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 法学方法论论丛

第一卷

郑国枢主编

- 第一輯：方法论——法教义学的方法论的反思  
● 第二輯：法律解释——法律解释的理论与方法  
● 第三輯：法律推理——法律推理的理论与方法  
● 第四輯：法律论证——法律论证的理论与方法  
● 第五輯：法律适用——法律适用的理论与方法  
● 第六輯：法律思维——法律思维的理论与方法  
● 第七輯：法律教育——法律教育的理论与方法

中国政法大学出版社  
CHINA UNIVERSITY OF POLICE SCIENCE PRESS

Archiv für juristische Methodenlehre

# 法学方法论论丛

第一卷

舒国滢◎主编

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

法学方法论论丛 / 舒国滢主编. —北京: 中国法制出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4194 - 0

I. ①法… II. ①舒… III. ①法学 - 方法论 - 文集  
IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 288663 号

策划编辑 周林刚

责任编辑 周林刚

封面设计 李 宁

---

## 法学方法论论丛

FAXUE FANGFALUN LUNCONG

主编/舒国滢

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960 毫米 16

版次/2012 年 12 月第 1 版

印张/23 字数/311 千

2012 年 12 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4194 - 0

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66067024

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

主办单位：中国政法大学法学院方法论研究中心

主 编：舒国滢 中国政法大学法学院

编 辑：王夏昊 中国政法大学法学院法学方法论研究中心

平宏民 中国政法大学法学院法学方法论研究中心

雷 磊 中国政法大学法学院法学方法论研究中心

杨 贝 中国政法大学法学院法学方法论研究中心

对外经济贸易大学法学院

冯 威 中国政法大学法学院法学方法论研究中心

中国政法大学法学院

秘 书：付子醒

## 卷首语

## 法学方法的今古两问

——从拉伦茨与菲韦格开始

无可否认，法学方法论近年来逐渐成为法学研究与实务的热点之一。但喧嚣的背后，依然有很多悬而未解的问题。例如“法学方法论”或“法律方法论”的译名之争，法学方法论研究对象与范围的厘定等等。这些细微之处的观念争锋，交织着宏大视角下的学科论辩，真可谓“所习不同，所务各异，言势殊也”（刘勰：《文心雕龙》）。问题背后所显现的，不仅是对中国语境下的话语体系、思想维度和时代背景的体悟差异，更多的是对西方法学的问题意识、研究视域和知识范式的不同解读。

“法学到底是一种什么样的学问？”这个元理论问题数百年来一直困惑着最有智慧的头脑。它又可以转换为以下两个支问题：

为什么德国法学家卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）将其1960年出版的方法论著作叫作《法学方法论》（*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*），而不是我们中国学者所主张的“法律方法论”（我们或许可以简单地称之为“拉伦茨问题”）？这个问题需要从德语“法学”（*Jurisprudenz*）和“法律科学”（*Rechtswissenschaft*）的语源与发展、部分地也需要从对中国古代律学性质的思考中寻得。法学是一门古老的学问或技术，这无论在中国还是在西方都是一个不争的事实。所不同者，中国的古老法学（律学）并未经受知识论上的“范式”革命，而西方法学则经历了一个漫长的知识论上的变迁，其突出之处在于：法学的修辞学知识—技术范式逐渐被形式逻辑（几何学）的知识—技术范式所遮蔽，甚至被取代。

西方当代法学及其论证方法与古代修辞学之间到底有何关联？在这方面，德国法学家特奥多尔·菲韦格（Theodor Viehweg）于1953年出版的《论题学与法学》（*Topik und Jurisprudenz*）一书至少帮助我们拾起了部分线索（因而我们也可以称之为“菲韦格问题”）。为此，考察西方古代的“修辞学”（*Rhetorica*）、“开题术”（*ars inveniendi*）、“论题术”（*Topica*）、“争点论”（*die Statuslehre*, *Stasis-theory*）和“决疑术”（*Casuistry*）等古老的方法论是必要的。因为法学（*Jurisprudence*）与这些学问之间的关联是了解西方法学传统的一个关键。共和国早期的罗马法学家们面对待决的案件，特别是针对案件中的疑难法律问题，首先运用的是一套决疑术方法（*casuistic method*），而不是后来才形成的抽象的理论—形式逻辑的方法。即使在“希腊化”之后的“古典时代”，罗马法学仍然是以判例法为对象和根据的实践法学或法的实践知识（*jurisprudentia*）。更进一步说，这种以判例法为对象和根据、“以问题为取向的”的法学仍然是一种（高级的）法律决疑术，一种“善良与公平的艺术”（杰尔苏语）。

只有通过上述未知之地的探索和思想巡游，才能部分地明白“拉伦茨问题”与“菲韦格问题”，理解拉伦茨关于“法学”的定义，即“以某个特定的，在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限，借以探求法律问题之答案的学问”。这种“狭义的法学”（拉伦茨称之为 *Rechtswissenschaft im engeren Sinne*，也就是传统上所说的 *Jurisprudenz*）当然有自己独特的论证方法，这些方法不同于法史学所运用的“历史学的方法”（*Methoden der Geschichtswissenschaft*），也不同于法社会学所运用的“社会学的方法”（*soziologische Methoden*）。这个道理，听起来其实并不复杂。

目前，我们国内对于法学以及法学方法论的认识还不免有些混乱。在一定程度上，我们仍然惯于作出形形色色的时代宣言，翘首期待着某个可能的“戈多”，而对于我们夙夜操持的法律这个行当，



则往往满足于“想当然”与另类“前理解”的层面。诚然，对法学性质等元问题的追问，对历史幽微之处的探寻，不免显得有些迂阔，但好在我们已经启程。

幸有学界后进，协力接引西方法学的方法论脉络。他们怀抱谦逊的态度，习其语言，入其语境，窥其妙谛，并集成斯文。看得出来，在这个自由法学、利益法学、论题学与论证理论等多元竞逐的当代法学方法论场域中，他们也在尝试着找寻和建构自己的立场。在对元问题的关怀之外，他们也开始熟悉于面对具体的部门法问题与司法裁判制度，实实在在地切近法的实践知识。当然这仅仅是一个开端。

在这个缤纷繁华却又略显浮躁的世界，学术亦未免被批量化生产的命运。在这个“没有根据的时期”，精神与思想又似乎注定在“解构”与“失序”中“独钓一江秋”。可是，人类每每精神困顿之时，反思的落点总是集中于“方法的转向”。转型时期，方法论的反思与更新尤显重要。编辑《法学方法论论丛》，并非意欲追求逝去的光荣与梦想。对于这样恢宏的志趣，又岂是薄薄的纸张可以承载。如若可为那些依然抱持理想、未废学道的同道中人，提供一方净土，余意足矣。或可云：“虽不能至，心向往之”。

思维的幡儿还在舞动，天已经透亮了。大道青天，前路漫漫，只等着我们这些赶路人继续前进。

舒国滢，作于风瀛斋  
2012年9月28日

# 目 录

## 卷首语

法学方法的今古两问

——从拉伦茨与菲韦格开始 ..... 舒国滢 / 3

## 专题：理论与历史之间的法学方法论

方法论、一般法律教义学与案件

的解决 ..... [德] 扬·夏普 (冯威 译) / 3

国家法与法哲学之间的方法论

——有时作为一种对理论与实践之断裂

的掩饰 ..... [德] 马丁·霍何胡特 (赵静 译) / 27

世纪之交的德国方法大讨论

——科学理论式的精确化努力抑或对法与司法功能变迁

的回应? ..... [德] 莱纳·施罗德 (雷磊 译) / 43

## 论 文

古希腊的双生花：衡平与修辞学 ..... 杨 贝 / 103

法律适用模式的比较考察：以德国和美国为例 ..... 金振豹 / 119

## 法学方法论论丛

- 法学方法论中的体系思维 ..... 周升乾 / 146
- 宪法中的权利、规范与条文  
——规范理论的视角 ..... 王夏昊 / 168
- 行政法规范论  
——行政法解释学研究的前提性作业 ..... 王 旭 / 190

## 评 论

- 法律原则如何适用？  
——《法律原则适用中的难题何在》的线索  
及其推展 ..... 雷 磊 / 227
- 法学的问题立场与修辞学转向  
——《走近论题学法学》读后 ..... 宋旭光 / 261
- “同案异判”问题研究 ..... 冯文生·平宏民 / 283

## 案例指导与指导案例

- 案例指导意欲何为？  
——新法学·读书沙龙第七期“案例指导制度”  
讨论纪要 ..... 雷磊等 / 299
- “功夫在身外”：浅议案例指导制度的运行环境 ..... 吴光荣 / 344
- 行政处罚中的正当程序：6号指导案例解析 ..... 姚宝华 / 347
- 编者后记 ..... 355

## 专题：理论与历史之间的法学方法论

**编者按：**欲研究一学科之内涵，不可不明该学科之要旨、定位与历史。要旨指明该学科之目标、功能与意涵，定位涉及该学科与他学科之关系（学科结构），历史则积淀起该学科之学术传统并构成后续研究的始发点。德国乃法学方法论研究之母国，本专题的三篇专论均来自当代德国学者。他们或就方法论之要旨，或就其学科定位，或就其近代（十九世纪）以来的历史变革展开了取精用弘、辨思无滞的论述。他们并不限于方法论研究的“内在观点”，也时常站在实践乃至具体历史的角度上来看待方法论（研究），有辩护亦有批评，从而为更深刻地理解方法论提供了契机。本专题定位于“理论与历史之间”，意在为读者提供一种多元化的理解框架。



# 方法论、一般法律教义学与案件的解决

[德] 扬·夏普\* 著 冯 威\*\* 译

## 1. 法学方法的概念

法学的方法 (Methode als juristisch) 这一名称并不明显足够让人们认识到, 这种方法何以应当成其为方法。跃入人们视野的那一系列基准点, 虽然初看上去紧密地关联着, 然而细究之下却显露出差异。在像我们这样的法典化法律 (kodifizierte Recht) 中, 人们容易想到, 法学方法必然首要地是制定法解释的方法 (Methode der Auslegung des Gesetzes)。但在此就会产生如下疑问, 是不是应当将法学 (Rechtswissenschaft) 与司法裁判 (Rechtsprechung) 也涵盖进来, 以至于称之为法律解释 (Auslegung des Rechtes) 更为恰当。\*\*\* 接下来的疑问是, 由谁来进行解释。是由娴熟而博学的法律人, 还

---

\* 扬·夏普 (Jan Schapp, 1940—), 德国吉森大学民法与法哲学教授, 推动了吉森法学教育模式的进一步改革, 研究领域涉及伦理学、法律理论、法学方法论与法律行为教义学, 著有《民法原理》与《物权法》两部教科书。

\*\* 冯威, 中国政法大学 2011 级法理学博士研究生。

\*\*\* 根据现代汉语主要使用双音节或多音节词汇的惯例, 本文将德文 “Recht” 主要译为 “法律” 这一双音节词汇, 同时可以与 “法” 这一单音节词汇互换使用; 与此相应的, 将德文 “Gesetz” 主要译为 “制定法”, 而不译为 “法律” 或 “法”, 以免与 “Recht” 相混淆。对于德文合成词 “Gesetzgebung” “Gesetzgeber” 等, 其确切涵义虽为 “制定法的创设 (者)”, 在此仍遵循通例译为 “立法 (者)”, 料想不会造成混淆。此外, “juristische” 一词, 源自拉丁词汇 “iuris”, 兼有 “法律的” 和 “法学的” 两重含义, 尚无通例。这里的交待, 对于理解下文 “法律总论” 与 “制定法总则” 的区别, 也是有益的。——译者注

是由某些在制定法中寻求着他的法律（nach seinem Recht suchen）的公民？这倒不是要将公民自己、当然更主要的是司法裁判对系争案件的适用（Anwendung），与制定法解释——或曰法律解释——混为一谈。显而易见，除了制定法解释的方法以外，还需要与此不同的第二种法学方法。难道立法机关最终没有采用一种独特的方法，以至于人们必须从中才能如愿获得对制定法的正确解释？同样的，难道司法裁判没有采用自己独特的方法，以至于并非制定法解释所能道尽？是否最终还存在一种法学研究和法学教学的方法（eine Methode der rechtswissenschaftlichen Forschung und rechtswissenschaftlichen Lehre），以至于必须联系起来加以考察？法学方法作为个别方法的多样化呈现，其涵义同样不令人满意，毕竟，仅就对个别方法要素不加区分地杂糅这一点就应当得到证成。换言之，方法何为？

“Methode”一词译自古希腊语，字面含义为“Nachgang”（跟着走的路）。因而这一词汇乃是基于对达到某一目标之道路的想象。但这条道路显然并非广为人知。必须有某些人先行探路（vorgehen），然后人们才能跟着走（nachgehen）。只有那些提前知悉道路的人才能达到目的地。我们乐意将指引道路者称为教师（Lehrer），而将被指引道路者称为学生（Schüler）或学徒（Lernenden）。师父领路，徒弟遵从。

方法因而就是法律人教育（Ausbildung des Juristen）中的指导性观点。娴熟的法律人形象取决于两个根本方面。他既能具备足够的法律知识（Kenntnis des Rechtes），又能将法律适用于系争案件。与此相应，法学方法也具有双重目标。它既指引着获取法律知识之路，又在此基础上指引着法律适用之路。人们可以将这双重目标分别称为法律理论（Theorie des Rechts）与法律实践（Praxis des Rechtes）。在法律人教育中起初只是模拟性的实践，最终涓集汇流于法律职业实践之中。在德国，直到今天模范的法官都是由这种法律理论与实践的教育所塑造的。

我们的上述疑问“方法何为?”，已经暗示了区分法律理论与法律实践的重要性。至于区分理论与实践的必要性，在此我们无法作进一步的证立。它起源于柏拉图—亚里士多德的哲学。自此以往它在西方思想中被落实为科学的组织模式（Organisationsmodell von Wissenschaft）。这同样适用于法学。今天我们的法学教育同样是在区分法律理论与法律实践两方面的基础上组织起来的。当我们询问法律方法（Methode des Rechts）是否也是一种法律教育方法（Methode der juristischen Ausbildung）时，我们已经很好地接受了上述区分。

以此为基础，马丁·莫洛克（Martin Morlock）所提出的“法学方法论中理论与实践的割裂”（Theorie - Praxis - Bruch in der juristischen Methodenlehre）之疑，可以被分为两项疑问。法学方法论——在某种程度上作为将理论本身当作实践的元理论（Metatheorie）——足以描述通往法律知识的道路吗？法律理论——根据其适用方法——实际上在法律实践中得到了适用吗？这些疑问并非空穴来风。众所周知，传统的法学方法论没有为我们指示出通往法律知识的任何道路。虽然法律知识对于法律实践而言是不可或缺的，但是传统的法律适用方法在这方面显然不令人满意。这两项疑难因而一直伴随着我们，并应当在下文得到阐述。

## 2. 传统的方法论

我们接下来试图概述传统的方法论在解决上述方法论疑问时采取的思想立场。我们如果在此不对个别作者予以探究，就无法得出一般的趋势。卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）的《法学方法论》影响至今不衰，也是我们主要关注的对象。

传统的方法论将上述两项疑问放在处于核心位置的制定法解释与制定法适用之后。因而，它完全处在现代欧陆法律的大规模法典



化影响之下。其基本观念是，法律的法典化终究能够得到阐释。由于民法首先得到了法典化，因此这一思想似乎并不适用于公法。但另一方面，（源自英格兰的）公法本身在现代西方国家被视为制定法重心，以至于它也必须被吸纳到这一思想的适用范围中来。人们甚至可以说，民法法典化的思想，乃是将一种在公法中业已发展起来的制定法概念借用到民法中来的。

传统方法论以制定法为中心的立场，为方法论这一概念本身带来了重大后果。一方面，制定法与法学之间的关系显得毫无实质必要性，如果不是被彻底淡化的话；另一方面，司法裁判显得不过是制定法的实施而已。制定法适用的范型乃是将待决案件涵摄（Subsumtion）于制定法之下。

尽管如此，传统的方法论现在也为缓和与限制制定法的极端化发展出了一些技艺。譬如从预设的法律体系（das - vorausgesetzte - Rechtssystem）角度来解释制定法的文义。立法者的历史意图则受到客观目的论原则（objektiv - teleologischen Prinzipien）的限制，后者同样构成了制定法的基础。立法者的意图几乎被毫无察觉地转换为制定法的意图（Willen des Gesetzes），后者被认为比法律的意义（Sinn des Rechtes）这一称呼更为恰当。另一方面，涵摄——至少部分地——被规范与事实相互接近的诠释学程序（hermeneutisches Verfahren der Annäherung von Norm und Fall）取代了。然而，这种相对化总的来说是从预设的出发点——即立法者意志的全能命题（die These von der Allmacht des gesetzgeberischen Willens）——推导出来的。因而它并没有描绘要通往法律所实际经过的道路，毋宁只是试图为上述立场提供一种可接受的措辞。

因而，对于一种方法论必要的是，率先意识到制定法在通往法律的道路上具有何种意义。显而易见，对于娴熟的法律人而言，制定法乃是一种参照点（Merkposten）。一方面，制定法是从作为基础的法律体系中概括出来的，并以法律体系中的规整（Regelung）为