

中国特色社会主义  
法治理论系列研究生教材

01

法学  
方法论

舒国滢

王夏昊

雷 磊

| 著 |

涉外卷



中国政法大学出版社

# 法学方法论

舒国滢

王夏昊

雷磊

| 著 |



中国政法大学出版社

2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（C I P）数据

法学方法论/舒国滢,王夏昊,雷磊著.—北京:中国政法大学出版社,2018.5  
ISBN 978-7-5620-7879-1

I. ①法… II. ①舒… ②王… ③雷… III. ①法学—方法论—研究生—教材  
IV. ①D90-03

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第285711号

---

出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号  
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)  
承 印 北京中科印刷有限公司  
开 本 880mm×1230mm 1/32  
印 张 14.5  
字 数 310 千字  
版 次 2018 年 5 月第 1 版  
印 次 2018 年 5 月第 1 次印刷  
定 价 59.00 元

### 舒国滢（1962—）

中国政法大学教授，博士生导师，法学院教授委员会主席，德国哥廷根大学访问学者，主要研究方向为法哲学、法美学、法学方法论。著有《在法律的边缘》《法哲学：立场与方法》《法哲学沉思录》，译有《拉德布鲁赫智慧警句集》《法律论证理论》《论题学与法学》等。

### 王夏昊（1970—）

中国政法大学教授，法学院法学方法论研究中心主任，主要研究方向为法哲学与法学方法论。著有《法律规则与法律原则的抵触之解决》《司法公正的技术标准及方法保障》等。

### 雷 磊（1982—）

中国政法大学教授，德国基尔大学、海德堡大学、瑞士弗里堡大学访问学者，主要研究方向为法哲学与法学方法论。著有《类比法律论证》《规范理论与法律论证》《法律体系、法律方法与法治》《规范、逻辑与法律论证》，译有《像法律人那样思考》《法律逻辑》等。

中国特色社会主义  
法治理论系列研究生教材

---

编审委员会

(按姓氏笔画排序)

| 顾 问 |

江 平 李德顺 应松年 张文显  
张晋藩 陈光中 徐显明

| 编委会主任 |

黄 进

| 编委会委员 |

马怀德 孔庆江 王 旭 王敬波 卞建林  
朱 勇 刘 飞 曲新久 李树忠 李曙光  
张 伟 费安玲 高 祥 席 涛 焦洪昌

| 编辑部 |

王振峰 何 欣 袁 钢 肖宝兴

## 第一章 法学方法论的概念 / 1

---

### 第一节 法学方法论的界定 / 1

- 一、法学方法论中的“法学”含义 / 1    二、法学方法论的界定 / 11

### 第二节 法学方法论的研究对象与任务 / 20

- 一、法学方法论的研究对象 / 20    二、法学方法论的研究任务 / 29

### 第三节 法学方法论的意义与功能 / 37

- 一、法学方法论与知识论 / 37    二、法学方法论与法治 / 46

## 第二章 法律中的概念/ 57

---

### 第一节 法律概念的性质与功能/ 58

- 一、法律概念的重要性/ 58
- 二、法律概念的性质/ 65
- 三、法律概念的功能/ 73

### 第二节 法律概念的类型/ 82

- 一、描述性概念、评价性概念与论断性概念/ 82
- 二、分类概念与类型概念/ 89
- 三、描述性不确定概念与规范性不确定概念/ 94

### 第三节 法律上的定义与涵摄/ 99

- 一、定义理论/ 99
- 二、概念涵摄/ 105

## 第三章 法条与法律规范/ 111

---

### 第一节 法条与规范的概念/ 111

- 一、法条的概念/ 111
- 二、规范的概念/ 113
- 三、法条与法律规范/ 115

### 第二节 法条的类型与竞合/ 121

- 一、法条的类型/ 121
- 二、法条间的竞合/ 135

### 第三节 法律规范的类型与体系/ 149

- 一、规范的要素分析/ 149
- 二、法律规范的类型/ 153
- 三、法律规范的链条与体系/ 162

## 第四章 法律适用的一般原理/ 168

---

### 第一节 法律适用的目标/ 168

- 一、依法裁判/ 169
- 二、个案正义/ 173
- 三、依法裁判与个案正义的平衡/ 175

### 第二节 法的发现与法的证立/ 183

- 一、法的发现与证立之分/ 183
- 二、法的证立层面的优先性/ 186

### 第三节 法的证立的层次/ 191

- 一、法的证立的两个层次/ 191
- 二、内部证成的要求与结构/ 194
- 三、外部证成的相关问题/ 215

## 第五章 案件事实的形成/ 223

---

### 第一节 事实问题与法律问题/ 223

- 一、事实问题与法律问题的传统区分/ 223
- 二、事实问题与法律问题的进一步区分/ 226

### 第二节 案件事实形成的基础/ 230

- 一、案件事实形成的要素基础/ 230
- 二、案件事实形成的理论基础/ 250

### 第三节 案件事实形成的过程/ 260

- 一、从事件到事实/ 262
- 二、从生活事实到要件事实/ 267
- 三、从要件事实到案件事实/ 272



## 第六章 法的渊源/ 278

---

### 第一节 法的渊源的概念/ 278

- 一、法的渊源的概念界定/ 278 二、法的渊源的功能/ 285

### 第二节 法的渊源的范围与分类/ 294

- 一、中国法的渊源的范围/ 294 二、法的渊源的分类/ 301

### 第三节 法的渊源的适用准则/ 310

- 一、一般的法的渊源的适用准则/ 310 二、制定法的适用原理与准则/ 315 三、判例的适用原理与准则/ 319 四、法教义学的适用原理与准则/ 326

## 第七章 法律解释方法/ 333

---

### 第一节 法律解释方法的概念/ 333

- 一、法律解释方法的界定/ 333 二、法律解释方法或规准的功能/ 341

### 第二节 法律解释方法的种类与适用准则/ 350

- 一、法律解释方法的种类/ 350 二、法律解释方法的适用准则/ 359

### 第三节 法律解释规准的优先性关系/ 366

- 一、法律解释规准的优先性关系原理/ 366 二、法律解释规准之间的优先性关系内容/ 375

## 第八章 法律漏洞的填补/ 385

---

### 第一节 法律漏洞的概念/ 385

- 一、法律漏洞的界定/ 385 二、法律漏洞的分类/ 394

### 第二节 规范漏洞与部门法漏洞的填补方法/ 403

- 一、类比法律推理/ 403 二、反向法律推理/ 408  
三、当然法律推理/ 413 四、目的限缩与目的扩张推  
理/ 417

### 第三节 法体系漏洞的填补方法/ 421

- 一、法律规范冲突漏洞的填补方法/ 421 二、无据式  
体系违反法律漏洞的填补方法/ 430

## 参考文献/ 439

---

- 一、外文文献/ 439  
二、中文文献/ 447

## 第一节 法学方法论的界定

### 一、法学方法论中的“法学”含义

无论在西方还是在中国，“法学”都是一个具有多种意义的概念。所有以法或法律为研究客体的知识体系，都可以被称为“法学”。法学方法论中的“法学”是哪一种意义上的“法学”呢？要回答这个问题，我们首先要明白下列问题：通常所谓的“法学”包括了多少种类？这个问题涉及法学的分类问题。拉伦茨指出：“时至今日，有一系列不同的学科以法为研究客体，其中最重要的包括法哲学、法理学、法社会学、法史学及法学（=法教义学）。”〔1〕阿尔尼奥认为，法律科学的家族有不同的成员，按照它们对法律兴趣的不同，主要成员有：法教义学、法社会

---

〔1〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第72页。在这里，拉伦茨所谓的“法理学”不是中国法学当中所谓的法理学，而是指法理论。

学、法的历史研究和法的比较研究等。<sup>[1]</sup>佩岑尼克认为,按照研究的方法不同,法律研究有不同的类型,主要包括:法历史学、法社会学、法和经济学、法哲学和法教义学等。<sup>[2]</sup>这些法学家关于法学的分类有以下两方面的共同点:一方面,他们的分类标准是研究者对法或法律的研究视角、兴趣、方法;另一方面,无论他们各自所列举的法学种类有多少种,都有一个共同种类,即法教义学。法学方法论中的“法学”是指法教义学。中国大陆地区法学界很多人之所以将“法学方法论”称为“法律方法论”,主要原因就在于他们不明白法学的这种分类以及法教义学是什么。

毋庸置疑,法教义学(legal dogmatics)是德语国家法学中的一个术语,即“Rechtsdogmatik”。在中国法学界,不同的人对该词有不同的译法,大陆地区的学者一般将其翻译为“法教义学”,<sup>[3]</sup>部分台湾地区学者将其翻译为“法律信条论”,<sup>[4]</sup>还有的学者将其翻译为“法释义学”。<sup>[5]</sup>这些不同的译法就说明,不同的人对法教义学有不同的理解。那么,到底何谓法教义学呢?

考夫曼认为:教义学,依康德的意思,认为对于本身之能

---

[1] Aulis Aarnio, *Reason and Authority*, Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 75.

[2] Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 17.

[3] [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第4页。

[4] [德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,五南图书出版公司2000年版,第12页。

[5] (台)颜厥安:《规范、论证与行动——法认识论论文集》,元照出版公司2004年版,第26页。

力不予预先批判的纯粹理性的独断程序的教义学者，通常从一个前提出发，即对一事物不加考虑，而以预先赋予的真理加以接受。法教义学家通常不提出疑问，即法律究竟是什么？法律的认识是不是存在？在何种范围以何种方式存在？不过这并不意味着法教义学是在毫无批判的情况下进行的，法教义学在进行批判性的研究时是从体制内部的问题进行论证，而不及于现行体制之是非上着眼。<sup>〔1〕</sup>那么，法教义学对于那个预先赋予的真理加以接受的前提是什么呢？它就是，特定国家现行有效的实在法。这就意味着，法教义学将特定国家现行有效的实在法作为其不容怀疑的合理的研究前提或研究对象。正如拉伦茨所说：“法学（法教义学——引者注）不想转变成一种或者以自然法，或者以历史哲学，或者以社会哲学为根据的理论，而想维持其法学的角色，它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的。”<sup>〔2〕</sup>既然法教义学将特定国家现行有效的实在法作为预先接受的合理的研究前提和研究对象，那么，法教义学者为什么还要研究现行有效的实在法呢？法教义学的研究内容或任务是什么呢？

任何特定国家的现行有效的实在法，都是被规定在该国家的不同国家机关所制定或发布的无数法律文件之中的，例如制定法和判例。这些法律文件都是用日常语言表达的，而日常语言与其所表达的意义之间并不是完全固定的一一对应关系。这就导致了下列问题：特定国家现行有效的实在法的意义是什么？

---

〔1〕 [德] 阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，五南图书出版公司2000年版，第12页。

〔2〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第77页。

或者说，它们的内容是什么？这就需要对特定国家的现行有效的实在法进行诠释或解释，从而揭示和说明现行有效的实在法的意义或内容是什么。这就是法教义学的研究任务之一。作为一种科学或学科，法教义学不仅仅诠释或解释法律的意义或内容，即生产关于法律的信息；而且，还要将其诠释或解释的法律的意义或内容体系化。这样，法教义学的研究任务可以用两个词予以标示：解释（interpret）和体系化（systematize）。以解释为焦点的法教义学可称为实践（务）的法教义学，而以体系化为焦点的法教义学也可称为理论的法教义学。<sup>〔1〕</sup>法教义学的实践部分与理论部分即解释与体系是相互作用的。每一个法律解释都是在一定的理论即概念框架下被生产的，而这个理论或概念框架是由理论法教义学所阐述的。在疑难案件的情形中，这个概念框架并不能给一个可接受的解释结果提供支持，这就需要更仔细地重新确定必要的概念背景。另外，一个新的概念框架一般会导致一系列新的实践解释。如果没有关于法律规范的详细且大量的知识，法律的体系化就不可能完成。相反，每一个法律解释结果都必须在一定的体系框架中被实现。总之，体系化和解释共同作用的结果是法体系，而该法体系为每一个法律解释方法（interpretative approach）提供了必要的概念框架。<sup>〔2〕</sup>

在各种各样关于法律的研究中，法教义学是一种最古老的法律研究。在欧洲大陆，它的历史与欧洲大学的历史一样长。

---

〔1〕 Aulis Aarnio, *Reason and Authority*, Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 75.

〔2〕 Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer Publisher, 2011, pp. 184, 195.

欧洲大学的历史开端于意大利的博洛尼亚大学，该大学对法律的研究事实上就是对罗马法的研究或解释。法教义学的许多概念、思想工具都来自于罗马法。在这个意义上，法教义学与罗马人所创立的法学即“Jurisprudentia”是一脉相承的。<sup>〔1〕</sup>前述的其他法律研究，大多都是在19世纪之后产生的。法教义学与其他法律研究之间的区别何在呢？根据前述关于它们之间的分类标准，它们之间的区别主要在于其各自对法律的研究方法和研究兴趣不同。

法社会学的知识兴趣不是有效的法律规范的内容，而是法律社会中行为的规律性或不变性，因此，它研究的对象是人的法律行为和作为指导行为的因素的法律规范。它研究法律所运用的方法是经验的社会科学的方法，如统计方法。它与法教义学的区别在于，前者属于经验科学，后者属于诠释学。法教义学虽然在解释有效的法律规范的过程中可能运用法社会学所提供的事实，但是解释本身具有非经验的性质。<sup>〔2〕</sup>法史学的知识兴趣是历史上或过去的有效的法律规范的内容，因此，它的研究对象是过去时代的法律。它研究法律所运用的方法是历史学的方法，或描述或解释（explain）法史学或解释因果关系或解释意图。它既可研究单个的现象如某个法律规范的历史，也可研究法律制度，亦可研究事件。法教义学和法史学在方法上的区别不是决定性的。因为两者都要运用法的渊源解释法律文本，

---

〔1〕 法教义学的历史及其与罗马法学的关系，参见舒国滢：《罗马法成长中的方法论因素》，载《比较法研究》2013年第1期。

〔2〕 法教义学与法社会学之间的关系，参见 Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer Publisher, 2011, 以及 Aulis Aarnio, *Reason and Authority*, Dartmouth Publishing Company, 1997, pp. 75 - 76.

其不同在于论证或推理的过程中所使用的材料。法史学只运用它感兴趣的那个时代的有效的法的渊源。它首要的兴趣不在于按照一定的法律论证或法律推理的原则运用法的渊源，也就是说，它的研究目的不在于为解决案件提供一个正当的法律决定，而在于过去的社会规律或制度变化。<sup>〔1〕</sup>比较法学研究的对象是外国的法律，而法教义学研究的对象是特定国家的现行有效的法律。前者运用的研究方法主要是解释方法，辅助的方法是经验方法和历史方法。因此，这两者的主要区别不在于研究方法而在于研究对象。<sup>〔2〕</sup>法教义学与法哲学的最主要区别在于，前者是以特定国家的现行有效的实在法为其前提，而后者则超越特定国家的实在法。也就是说，法教义学不逾越现行法，是在体制内批判现行法；而法哲学不局限于现行法的范围，是对现行法采取超越体制的立场，以哲学的方式反思、讨论法律的根本问题或根本难题，它仅对现行法有关价值（正面价值）与负价（负面价值）感兴趣。<sup>〔3〕</sup>但是，任何法教义学都要预设一定的法哲学；同时，法教义学也不是片面地从属于特定的法哲学，对其也有一定的促进作用。<sup>〔4〕</sup>

与其他的法律研究相比较，法教义学的典型性质是以特定国家的现行有效的实在法为其研究对象，生产关于实在法的意

---

〔1〕 法教义学与法史学之间的关系，参见 Aulis Aarnio, *Reason and Authority*, Dartmouth Publishing Company, 1997, pp. 76 - 77.

〔2〕 法教义学与比较法学之间的关系，参见 Aulis Aarnio, *Reason and Authority*, Dartmouth Publishing Company, 1997, pp. 77 - 78.

〔3〕 [德] 阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，五南图书出版公司 2000 年版，第 7 - 8 页。

〔4〕 法教义学与法哲学之间的相互关系，参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 120 - 121 页。



义或内容，并将其体系化。在这个意义上，法教义学是一个实践或实务（practical）领域，或者说，是一种接近于实践的研究。从这个社会实践中，我们获得了关于根据特定法秩序的信念是什么的内容。<sup>[1]</sup>这样，有人就可能提出下列问题：法教义学与法律实践或实务之间的关系是什么呢？最典型的法律实践或实务是司法裁判或法官作法律决定。因此，前述的问题就可以转换成下列问题：法教义学与司法裁判或法官作法律决定之间的关系是什么呢？在逻辑上，法官针对特定案件作法律决定可以分为三个步骤：确定特定案件的事实；厘清法律规范的内容；将事实与规范联结到一起。但是，事实上，法官作法律决定并不是这三个步骤先后相继的过程。事实的确定离不开法律规范内容的厘清，法律规范内容的厘清离不开案件事实的确定。法律规范的内容作为法官的“前知识”，像一面镜子，他或她通过这个镜子必然地考量证据的证明。因此，法官作法律决定必须解释特定国家的实在法。这就意味着，无论是法教义学还是法官在各自的实践中都必须解释法律。在这个方面，他们具有相似的内在视角，即认识论上的内在视角。<sup>[2]</sup>法官作法律决定不仅离不开法教义学对实在法的解释，而且必然和必须利用法教义学的理论部分即法体系。原因在于，确认司法问题的规范维度与事实维度，即解释的基本功能，必然是在目前被接受的法体系所提供的认知的背景中发生的，只有在一定的法体系之中，法官才可能确认将要解决的正确问题以及法律决定所需要

---

[1] Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer Publisher, 2011, p. 195.

[2] Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable*, D. Reidel Publishing Company, 1986, pp. 9 - 10.