

胡玉鸿 著

法理文库

法学方法论导论

法学方法与法律人（第一卷）

山东人民出版社

胡玉鸿 著

法学方法论导论

法学方法与法律人（第一卷）

图书在版编目(CIP)数据

法学方法论导论/胡玉鸿著. — 济南: 山东人民出版社, 2002. 4

(法理文库/徐显明, 谢晖主编)

ISBN 7-209-02983-4

I. 法... II. 胡... III. 法学-方法论-研究
IV. D90-03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 23298 号

法学方法论导论

胡玉鸿 著

*

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照日报社印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 17.375 印张 4 插页 420 千字

2002 年 4 月第 1 版 2002 年 4 月第 1 次印刷

印数: 1-3000

ISBN 7-209-02983-4

D·724 定价: 34.00 元

序

法学方法理念的革新

正所谓十年磨一剑,玉鸿君的《法学方法论导论》作为他的雄心勃勃的《法学方法与法律人》的第一卷终于顺利付梓。作为他的同事与同道,十分乐意为之作序,并借此机会谈谈法学方法问题,与尊敬的关心法学方法问题的读者交流。

古人云:工欲善其事,必先利其器。虽则好的方法未必出优秀成果,但是,错误的方法产生好成果却纯属偶然。翻开科学史,科学研究的进步常常伴随方法之争与方法之进步是常态,足见方法对科学研究的重要价值。令人遗憾的是,方法滞后正是我国古代文化的致命弱点,人们首先关注的是做学问的立场观点而非方法,这并不是说中国古代完全不讲做学问的方法,而是说方法问题始终处于边缘、从属地位甚至蒙昧状态。^①方法的落伍严重阻碍了我国古代科学、特别是社会科学的发展。

近现代以来,方法在漠视方法的文化里命运堪忧。首先,方法仍然被冷落。无论在自然科学或在社会科学领域,人们对于引进

① 我国古代涉及方法问题的观念主要有:先秦的正名学说、宋儒的格物致知理论和清乾嘉学派的考据情结等等,这些均具有明显的方法意义。但是,总的来说,我国古代的方法观念未能形成系统的知识体系,除非你用现代方法论对它加以建构。

和解释西方认识结论的重视远甚于其方法。其次,方法的虚化。在科学泛化和哲学泛化的时代氛围里,自然科学和社会科学方法不分,两者又都为哲学方法所取代,而哲学方法又被劣化为空泛的、无法操作与规范化的教条,方法成为为先在的结论服务的套话与空话,成为拒绝理性批判的口实。其三,方法的政治化与附庸化。人们偏执地将方法与政治立场挂钩,只要立场对了,方法也就对了,甚至结果也就对了;如若立场错了,则一切免谈。近年来,这一观念在自然科学领域已悄然退出,但在社会科学领域仍很叫座。这样的方法实际上充当了权力与真理间的桥梁。它的逻辑结构是这样的:立场决定方法,方法决定真理。立场是什么?立场是态度、是看法,是主观的。谁有权将立场与真理划等号?结论不言自明。所以,这种方法虚无主义背后是言说者的利益与价值,是言说者的一言堂,是对言说对象人格尊严的蔑视与冒犯,是对宪法规定的言论自由的漠视。

与国人轻视方法的传统相反,西方文明似乎开始就很重视方法问题。在公元前6世纪的科学与哲学生成浪潮中,毕达哥拉斯对数学及其形式的研究就有重要的方法意蕴,苏格拉底对归纳论证和普遍性的研究更是自觉的方法研究,亚里士多德对辩证法和工具论的研究已使方法思想成为系统的知识体系。希腊人的方法偏好后来成为西方文化的重要特质之一——重工具理性的研究。虽然中世纪的方法研究走上了神学的歧途,但是,重方法的传统从未中断,我们从当时普遍开展的对教义的辩论中可以窥见一斑。进入近代以来,归纳与演绎、证明主义、怀疑主义、概率主义、证伪主义、范式理论、科学研究纲领方法论理论等各种方法理论层出不穷,涂尔干开创的社会科学方法论、马克斯·韦伯的价值中立理论等各种专门的社会科学方法论更是令人目不暇接。

关于方法与方法论本书作了很好的描述,为了叙述的方便,我这里统称为方法问题。什么是方法?方法有何用处?这是方法的

首要问题。对方法本体的认识大体上经历了两个阶段。18世纪以前的古典方法论视方法为达到目的的手段,是“一本解决问题的规则指南”。现代的方法论是发现的逻辑,它只是一套(甚至可能是不紧凑的、根本谈不上可机械照搬的)评价各种现成的清楚表达理论的规则。^①即是说,古典方法论是教义性的,它告诉人们追求真理的途径。现代方法论是反思性的和规范性的,它不承认惟一的、独断的达于真理性认识的道路,它主要研究什么样的手段是不允许的。现代方法规则并不具有证明结论具有科学性的意义,它只具有否定的意义:不遵守该规则的知识不能被接受为科学的知识体系,它只能是巫术、宗教、意识形态或别的什么主观宣示。可以称这样的方法观为“篱笆式”方法观。依据现代方法观,人们永远无法找到一个永恒的、唯一的达于真理性认识的方法——“芝麻开门”式的万能钥匙,就像永远无法达到超越批判的绝对真理一样。追求或相信一个永恒的可到处套用的方法与信仰永恒真理的认识属于同一个时代——一个愚昧的时代,一个思想独断的时代。

立足于现代的方法观,法学方法问题可以分为三个层面:一是哲学层面或方法论层面的内容,它研究方法问题的一般知识,研究方法的本体问题,研究自然科学方法和社会科学方法的异同,研究在追求真理的道路上何种方法是不可取的,研究方法宽容的哲理等等。二是理论研究使用的具体方法以及规范。这一层面上的方法包括实证分析和价值评价两种,以及这两种方法的综合运用或延伸——比较方法。实证又可分社会实证、经济实证、逻辑实证,价值分析也可依其基本立足点及涉及的领域分为政治的、经济的、社会的、文化的等等。三是法律实践的方法。这是超越传统方法论范围的内容,它源于法律问题的特殊性。因为法学研究不仅仅

^① 参见[匈]拉卡托期:《科学研究纲领方法论》,欧阳绛、范建年译,商务印书馆1992年版,第142页。

关涉认识领域,而且关涉实践领域,甚至主要关涉实践领域。也就是说,法学是一个关涉人际关系的高度职业化的知识体系,它不仅追求真,而且追求善,甚至追求美,用康德的话来说就是,它不仅包括纯粹理性而且包括实践理性。这个层面的方法包括立法行为、行政行为、司法行为、其他法实践行为等与法律有关的行为的方法,这里的方法表现为在相关领域中追求善的规范。例如:立法方法、法解释方法、法规范选择方法、法事实认定方法、法推理方法等等。

这样的法学方法理论有何意义?本书从法学方法理论与法学研究的理论框架、与法学理论的深化、与中国法学的关系、与法理学研究体系、与法学理论和法律实践的关系等五个方面作了独到的分析。我想从一个更细微的视角来审视这一问题:方法问题对法律人的行为及其结果有何影响?从这一视角来看,法学方法的影响起码有:(1)法学方法对法行为有规范意义,它是法律人的“道德圣经”和行为手册,这里的方法是消极意义多于积极意义的,它主要是规定哪些行为是不许可的。对于法学研究来说,它规定哪些基本假设是不许可的(例如,假设基于人种或阶级等标准的人的不平等的必然性),任何违背真实的描述与说理都是非道德的,法律人依据任何集团私利与个人利益来建构理论体系或推导法律结论均为恶等等。(2)评价功能和文明积累功能。前已论及,现代方法观具有反思性,这种反思性使它对以往的法律理论与实践作出评价,通过评价使文明得以继承与深化,使非文明的理论与实践得以扬弃,从而将文明提升。而新的法文明又反过来影响法律人的行为。(3)它使法律人群体得以形成并获得相对独立性。法律人是一个利益共同体,与其他利益共同体不同的是,他的利益在于法律及其权威本身,在于对真和善的追求。何以使法律人成为真正意义上的利益群体?独立的利益群体除了具备共同的利益基础以外,必须具有维护共同利益的手段。对法律人来说这就是他的自

律及由此而来的社会尊重。此种社会属性从何而来?除了其他因素(例如人格魅力)以外,最基本的就是具备最大社会认同的专业方法。(4)为全球法律人之间的认同与沟通提供标识与手段。中国的法学需要走向世界,中国的某些法律需要同外国接轨,中国的某些司法判决需要外国的承认与执行,所有这些都与外国在理论和实践上互动的条件之一无疑是中外法律人之间的职业认同,法学方法正是这种认同的基础。虽然法学方法是多元的,但是,法律人行为的基线是有共识的,缺乏这种共识,全球范围的法理论与法实践的互动便不可能。如果我们认识到这一点,我们就不会将中西法学的隔阂、将中国法学的边缘地位、将中国法律实践的遭非议等等过多地归咎于西方中心主义,归咎于法律霸权主义,甚至归咎于可恶的阶级偏见。

基于以上分析,我们可以来看看当代中国法学的方法问题了。

中国法学对方法的关注始于改革开放时代。诚如拉德布鲁赫所言,方法关怀起始于“病态的科学”,“就像因自我观察而受折磨的,多数是病人一样”,中国法学的方法觉醒肇始于严重病态的法学。人们认识到阶级斗争法学与改革开放的时代不合拍,看到它对长期隔绝的外部世界缺乏解释力,对改革开放的现实缺乏理解力。人们最初的选择是在原有的理论框架内、在原有的方法圈子里找出路:通过不断的“特设”来解释反常。但是,其结果既无法“预见新事物”,又破坏了旧理论的逻辑性,因而人们便转向方法的寻觅。随着改革开放的深入,方法关怀日益强烈。进入新的世纪,可以说已经形成了小小的方法热潮:吉林大学开展过关于法学方法论的讨论,山东大学出了相关文集,同时有关解释学、法解释学、一般方法论的译著与论著也相继面世。

本书对各家方法论作了精彩的文献综述,我这里想对我国从哲学中照搬而来的阶级斗争方法论作些补充分析。依愚见,我国传统法学中的方法论失误可以分为三个方面:认识论方面的、本体

论方面的、伦理上的。

在认识论方面,我们的方法观仍然是旧式的,表现在:其一,确信一元方法论,认为存在惟一的、排他的方法。其二,独断的缺乏反思的方法观。认为只有自己把握了真理之门,其他的方法都将导致谬误甚至罪恶,拒绝方法上的对话,缺乏方法观上的苏格拉底精神或希腊式的辩证法。^①其三,缺乏社会科学的方法观,自然科学社会科学方法论不分,使方法停留在自然科学层面或哲学层面。

本体论方面的失误表现在:其一,缺乏规范的方法观,单纯视方法为研究者达到目的的工具,未看到方法对研究者的规范意义,使方法成为任意挥舞的金箍棒,为达到研究者预先设定的目标,研究者可以根据需要筛选事实甚至违背逻辑。其二,忽略求善的方法。我们为法学方法设定的目标历来只有真而没有善。这与我们将法学视为科学,而我们的科学观又是自然科学的科学观有关。当我们将法学视为与自然科学无异的科学的时候,我们就自然而然地将法学方法的目标定在了真。唯真的方法定位对方法带来了消极影响。第一,重实然轻应然。真假只对实然描述的命题有意义。对于规范性的应然命题而言只有正当与否的问题,所以,“真”的定位必然忽略应然的论证。第二,混淆应然与实然,将实然等同于应然。在许多学者那里,一个实然的描述是真的,就等于说一个对应的应然的陈述也是善的。第三,将应然规范的建构立基于真之上。这在法理学教材中表现得最为明显。整个法理学体系实际上是由真导出善的体系——由对法发展史(法的历史类型)的描述得出社会主义法正当的结论。其背后隐藏的是一个休谟问题——事实能否证实价值?价值与经验有关,但将经验作为价值的惟一

^① 辩证法一词在希腊的原本含义是对话、辩论,是通过论辩而追求真理与正义的过程,而不是绝对真理式的教条,辩证法一旦成为绝对真理式的教条,就失去了它的方法论意义,而成为言说者垄断真理的权杖。

基础却存在危险,它可能为科学名义下的道德独断主义张目。“真”的基地上的应然规范是非反思的、非批判的,而价值只有在评判中才能生存。其三,缺乏实践之维。因为真理是个纯理论问题,法律实践与真理无关,自然被冷落。^①

在伦理目标方面,传统方法观的最大缺憾在于将人工工具化,法学方法的最终指向是如何统治人,如何将部分人的利益最大化、永久化。据此,法学寻找的基地是利益,是利益的对抗,且其目标不在于如何合理地分配利益,而在于以利益的对抗为原因,来证明现实规范的必然性。

传统的法学方法与现代法律精神是否相符?答案是不言自明的。进一步的追问是:如何重塑中国法学方法?本书作者鉴于传统法学方法见利不见人的失误,提出法学方法新的逻辑起点:人!提出“人是法学研究的逻辑起点”的全新论断,这不啻是法学方法理念的一次重大革新。

现代精神的核心是人性的张扬,是人的尊严的尊重与护卫,是人的自由与解放,是一个大写的人!如果说资本主义是金钱的时代,那么,前资本主义就是权力的时代,理想的时代就应当是对金钱和权力加以规范而达于人的自由与解放的时代——人的时代!如果说传统法学方法论可以称为“权力法学方法论”的话,那么,玉鸿君的方法论似乎可以称为“人的法学方法论”。他在评析个人主义和整体主义方法论的基础上,详细论证了人作为法学研究逻辑起点的正当性,并进而对作为法学研究逻辑起点的人这个概念作了严密的解析:人的模式的科学内涵,人的模式的学科渊源,最后的落脚点在于法学研究与人的模式构造,以作为本卷的结论,也作为下卷的前提。

^① 在主流观念里实践只具有检验真理、并受真理指导的意义,它与善没有关联,所以,作为研究真理的方法就与实践无关。

《法学方法论导论》是在多年的学术积累的基础上写就的,而非急功近利的浮躁之作,本书最后部分就是以长达五万字的长篇论文为基础的,这虽非法学方法问题,却是为人为学根本的方法问题。这正是当代中国学人所缺乏的,这也是我乐意为之作序的原因之一。

是为序。

周永坤

2002年2月

序

本体视角的法学方法

胡君玉鸿,其性也温柔,其学也敦厚。乙亥年仲夏,与君初会于春城,知君虽贵为一校之长,仍伏案爬格,高论迭出。令我辈象牙塔内休闲之人,顿觉汗颜。越五年,再会胡君于石头城,拜读其《“人的模式”构造与法理学研究》,深为其精辟见解所折服。是夜,余因其灼见而辗转反侧,兴奋难眠,思忖再三,鼓起勇气,约稿于君。去岁深秋,三会胡君于清华园,知其为著本书,摘抄、整理相关论述不下百余万字,装订成册,煌煌数卷。如今《法学方法与法律人》(第一卷)即将“闪亮登场”、展现于世。余有幸先睹大著,岂不快哉?

翻阅人文—社会学科,但凡横空出世、嘉惠天下之学说,每每借迥异之“人的模式”设定而独辟探研路径,是以孔孟、苏(格拉底)柏(拉图)主性善,故有人治理想出焉;商韩、亚(里士多德)西(塞罗)持性恶,使得法治主张存焉。人之模式设定,不惟制造某种人文—社会学说诞生之逻辑前提,亦且产出某种社会—政治制度之观念基础。因之,借圣人伦理行治者,抱持一“人之模式”;以契约法律为治者,坚守另一“人之模式”。如此,则人之相异模式设定,既为泽惠学术繁荣之甘雨,更为勘验制度清明之衡器。

质言之,人之模式设定有赖人之本体生存,故弃本体生存之人

而寻访人之模式,无异逆水行舟、缘木求鱼,不可得也。本体者,事物之本原也。近世以来,崇尚实证之科学思潮遽行天下,人类之本体关怀,困顿于笛(卡尔)氏之主、客对立,两难之间,世人常舍人文而取科学,乃至以科学替人文、以物质代精神(所谓“一份钱财、一份精神”是也)。科学俨然为“后上帝之上帝、后神学之神学”。其流弊所及,终致以客伤主、异化横行,人欲役物,反为物役,此情此景,令仁人志士痛心疾首,形诸笔端。其坚守人文主义之脉动,力倡商谈对话之学理,令科学诉求载诸人文关怀,以弥合物我之裂痕、实现天人齐一。此所谓“原天地之美”、“达万物之理”,致主客之和。

人之模式既赖其本体生存,则以之而构造法学方法,实则在人之本体存在中发现法学方法。“法律人”如同“经济人”、“理念人”,不过对人之学理假定。然则此一假定,架设了通达法学方法之桥梁。众所周知,主、客对立之哲学观,亦引致形上、形下睽隔,主体、方法悖离。以致方法、本体,如牛郎织女般隔河相望,纵有鹊桥,也蹙乎即逝,不得永叙。自“法律人”(人之模式)假定而解法学方法,其所得者,即在“天河”之间,搭架牛郎织女得相会、永叙之鹊桥,令法学研究、法学方法、法律制度既见人,亦见物;能通情,可达理。

或以为,“人之模式”,一如“自然状态”、“绝对理念”……缺乏实证说服,难为法律方法。自表面看来,此说信然,实则放眼望去,任何自成一家的法律学说,无不借助假设以立证、为言说。却不说自然法学,即今倡导“纯粹法学”之凯(尔森)氏,也不忘“基础规范”之前设,而使分析实证搭乘难得实证之“基础规范”来推演;推动“活法论”之埃(利希)氏,亦终然躲不过“社会本身”为何物的质疑、诘问,意在解构法律本质、批判“本质虚构”之“后现代”诸公,照例无可奈何地编造绝对的“不确定”,鼓吹“不确定”的确定……故欲求事事实证,反致不能实证。窃以为,难以终极实证之假设,常为理论创新之肇始,方法进化之台阶。此即理论源于实践、高于实践

之谓也。倘理论时时处处“紧跟实践”、“临摹形势”，不得左右、亦步亦趋，则世间只需摄影机、照相机、录音机……则可矣，何需思想之大脑、批判之智慧、方法之创新？王公安石曰：“世之奇伟、瑰怪、非常之观，常在于险远。”余不惧鸚鵡学舌、东施效颦之讥，而谓“世之奇伟、瑰怪、非常之理，常在于假说。”

胡君大著共分三卷面世，将为目下吾国法理著作之最大部头。去岁夏日，君电话嘱余为之序，余受之有愧、却之不恭，勉强为如上言。唯望其非画蛇添足、多此一举，以不侮没胡君之妙论、辜负胡君之期待，如此，则知足矣！

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元2002年4月3日 时在杭州

目 录

序 法学方法理念的革新 周永坤(1)

序 本体视角的法学方法 谢 晖(1)

第一章 法学、科学和法学方法

第一节 法学是一门科学吗? (1)

一、法学及其研究对象 (1)

二、关于“科学”含义的争论 (12)

三、法学科学化的难题所在 (18)

四、科学的定位与法学科学化问题 (23)

第二节 法学的科学化与法学方法 (26)

一、科学即方法 (26)

二、法学理论的科学特质及其要素 (30)

三、信守科学规则与反对唯科学主义 (47)

第三节 法学:社会科学抑或人文科学? (52)

一、社会科学与人文科学的界分 (52)

二、法学属于社会科学抑或人文科学的争论 (58)

三、法学的人文科学属性 (61)

四、法学研究与价值判断 (69)

五、法学研究与人文精神 (76)

第二章 法学方法论的基本问题

- 第一节 法学方法论释义**…………… (88)
- 一、“方法”与“方法论”…………… (88)
- 二、法学方法论的研究契机…………… (99)
- 三、学术界有关法学方法论概念的探讨…………… (104)
- 四、法学方法论内涵的界定…………… (110)
- 第二节 法学方法论的内容建构**…………… (115)
- 一、相关法学方法论论著内容简评…………… (115)
- 二、法学方法论内容体系建构的初步设想…………… (132)
- 三、法学方法论内容的系统分解…………… (136)
- 第三节 西方三大法学流派方法论检讨**…………… (140)
- 一、价值分析方法论…………… (140)
- 二、实证分析方法论…………… (157)
- 三、社会分析方法论…………… (168)
- 第四节 法学方法论在法学研究中的意义**…………… (179)
- 一、法学方法论与法学研究的理论框架…………… (179)
- 二、法学方法论与法学研究的深化…………… (180)
- 三、法学方法论对中国法学研究的现实意义…………… (182)
- 四、法学方法论与法理学体系…………… (183)
- 五、法学方法论与法学理论和法律实践…………… (186)

第三章 个人主义方法论与法学研究

- 第一节 个人主义方法论与整体主义方法论概述**
…………… (188)
- 一、个人主义方法论…………… (188)
- 二、整体主义方法论…………… (208)

三、个人主义方法论与整体主义方法论 的差异·····	(214)
第二节 个人主义方法论的法学研究史 ·····	(220)
一、霍布斯与个人主义方法论·····	(220)
二、洛克与个人主义方法论·····	(231)
三、哈耶克与个人主义方法论·····	(240)
第三节 法学研究中的整体论误区 ·····	(264)
一、整体的推论与个人的失落·····	(264)
二、共同意志论·····	(268)
三、公共利益论·····	(277)
四、人民论·····	(289)
第四节 法学研究中个人主义方法论过时了吗? ·····	(295)
一、对个人主义方法论的诘难·····	(295)
二、代替个人主义方法论的理论尝试: 社群主义·····	(300)
三、法学研究中个人主义方法论的生命力·····	(311)
第四章 人是法学研究的逻辑起点	
第一节 法学界关于法学研究逻辑起点的争论 ·····	(321)
一、法学研究逻辑起点的概念及其设定的 意义·····	(321)
二、有关法学研究逻辑起点的理论争议·····	(325)
三、法学研究逻辑起点争论的理论启示·····	(330)
第二节 马克思主义关于法学逻辑起点的论述 ·····	(342)
一、学术界有关马克思主义哲学逻辑起 点的探讨·····	(342)