

刘治斌 著

法理文库

# 法律方法论

山东人民出版社

教育部人文社会科学重点研究基地项目资助

刘治斌 著

# 法律方法论

## 图书在版编目(CIP)数据

法律方法论/刘治斌著. — 济南: 山东人民出版社,  
2007.7

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 978-7-209-04273-4

I. 法... II. 刘... III. 法律-方法论 IV. D90.03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 106991 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

## 法律方法论

刘治斌 著

---

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 13.25

字 数 280 千字 插页 4

版 次 2007 年 7 月第 1 版

印 次 2007 年 7 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04273-4

定 价 28.00 元

---

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0633)8221365



# 法理文库

主编：徐显明  
谢 晖  
王人博

山东人民出版社

## 目 录

|                          |      |
|--------------------------|------|
| 导论:关于“法律方法”的检讨及其批判 ..... | (1)  |
| 一、法律方法的含义 .....          | (3)  |
| 二、法律方法、法律方法论及法学方法论 ..... | (9)  |
| 三、法律方法的特点 .....          | (15) |
| 四、法律方法的意义 .....          | (20) |
| 五、法律方法批判 .....           | (24) |
| 第一章 法律思维与法律职业 .....      | (31) |
| 一、法律职业及其理论构建 .....       | (31) |
| (一)法律职业化的历史回顾 .....      | (31) |
| (二)作为职业的法律 .....         | (35) |
| (三)作为方法的法律职业 .....       | (48) |
| 二、法律思维:一种职业主义的视角 .....   | (52) |
| (一)关于法律思维的学术考察 .....     | (53) |
| (二)法律思维与法律职业的关系 .....    | (61) |
| (三)典型的法律思维是司法思维 .....    | (71) |
| 三、当代中国的法律职业化及其制度建设 ..... | (87) |
| (一)中国法律职业分工和专业化的历史 ..... | (88) |
| (二)中国法律职业化的制度保障 .....    | (92) |
| (三)法律职业道德建设 .....        | (98) |



|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 第二章 法律理论与法律方法 .....      | (103) |
| 一、初识法律 .....             | (103) |
| 二、不同法律观与方法理论 .....       | (116) |
| (一) 实证分析法学与法律方法 .....    | (116) |
| (二) 自然法学的法律观与方法论 .....   | (121) |
| (三) 社会学法学的法律观与方法论 .....  | (127) |
| (四) 多元法律观与方法论 .....      | (132) |
| 三、作为法律判断的依据 .....        | (137) |
| (一) 制定法 .....            | (144) |
| (二) 习惯法 .....            | (146) |
| (三) 法律解释 .....           | (151) |
| (四) 法律政策的考虑 .....        | (152) |
| (五) 案例或判例制度的影响 .....     | (153) |
| (六) 契约 .....             | (157) |
| (七) 国际条约或惯例 .....        | (158) |
| 第三章 司法过程中的法律发现及其方法 ..... | (160) |
| 一、法律发现的含义 .....          | (160) |
| 二、法律发现的方向及情形 .....       | (165) |
| (一) 法律发现的方向 .....        | (165) |
| (二) 发现法律的情形 .....        | (168) |
| 三、法律发现方法的实证分析 .....      | (175) |
| (一) 法律识别 .....           | (176) |
| (二) 法律解释 .....           | (180) |

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| (三) 漏洞填补 .....           | (184) |
| 四、影响法官法律发现的因素 .....      | (198) |
| 第四章 法律解释理论及方法 .....      | (207) |
| 一、法律解释的涵义及目标 .....       | (207) |
| (一) 法律解释问题 .....         | (207) |
| (二) 法律解释的目标 .....        | (211) |
| 二、法律为什么需要解释 .....        | (221) |
| 三、法律解释方法研究的价值 .....      | (231) |
| 四、当代中国的法律解释 .....        | (238) |
| (一) 权力分配:可质疑的法律解释者 ..... | (238) |
| (二) 适用方法:实际的解释者 .....    | (242) |
| 五、法律解释方法及规则 .....        | (245) |
| (一) 法律解释方法 .....         | (245) |
| (二) 法律解释规则 .....         | (257) |
| 第五章 法律推理与法律判断 .....      | (259) |
| 一、法律推理与方法概述 .....        | (259) |
| 二、经验法则的地位、作用及局限 .....    | (267) |
| (一) 经验方法的界定 .....        | (269) |
| (二) 推理中常用的经验方法 .....     | (273) |
| (三) 经验方法的地位和作用 .....     | (280) |
| (四) 经验方法的局限性 .....       | (285) |
| (五) 结论 .....             | (288) |
| 三、案件事实的构建与法律判断 .....     | (290) |
| (一) 事实问题与法律问题的区分 .....   | (291) |



|                                   |              |
|-----------------------------------|--------------|
| (二) 案件事实的构建 .....                 | (299)        |
| (三) 事实认定之前的先行判断 .....             | (305)        |
| (四) 事实与法律之间的视界交流 .....            | (314)        |
| (五) 中国司法界关于“案件事实”认知的新动向 ...       | (319)        |
| <b>第六章 法律论证:一般法律理论抑或方法 .....</b>  | <b>(331)</b> |
| 一、法律论证的认识旨趣 .....                 | (333)        |
| 二、一般法律理论或方法 .....                 | (337)        |
| 三、法律论证的方法论的解读 .....               | (341)        |
| (一) 法律论证的含义 .....                 | (341)        |
| (二) 法律论证的性质 .....                 | (345)        |
| (三) 法律论证的特征 .....                 | (349)        |
| 四、以司法裁判的合理性证立为核心的法律<br>论证范围 ..... | (352)        |
| 五、判决理由与法律论证 .....                 | (362)        |
| 六、以“事物本质”作为论据的论证 .....            | (368)        |
| <b>第七章 适用法律中的方法反思 .....</b>       | <b>(375)</b> |
| 一、正确认识法律方法 .....                  | (375)        |
| 二、法官被信任是最好的方法 .....               | (387)        |
| 三、方法选择的基本准则 .....                 | (398)        |
| (一) 公平 .....                      | (398)        |
| (二) 程序 .....                      | (399)        |
| (三) 权衡 .....                      | (400)        |
| <b>主要参考文献 .....</b>               | <b>(407)</b> |
| <b>后 记 .....</b>                  | <b>(413)</b> |



## 导 论

# 关于“法律方法”的检讨及其批判

所有的方法都不能被视为偶像，它们只能被视为工具。我们必须用另一些方法来检验其中的一种方法，弥补和克服它的弱点，使我们在需要之时能够随时利用其中那些最强大最出色的因素。<sup>①</sup>

——卡多佐

法治实现的一个重要环节就是法律适用。法律适用就是通过发现体现在一般的、抽象的法律规范中并由法律渊源学说来定义的现行有效的法，并将其符合事实地适用于裁判当下纠纷或争议的活动过程。在这个过程中，适用法律者所要做的工作主要有三：一是发现法律，二是认定事实，三是将认定的事实涵摄于法规范之下并作成适当的裁判即适用法

---

<sup>①</sup> [美] 本杰明·卡多佐：《法律的成长》，刘培峰、刘骁军译，贵州人民出版社 2003 年版，第 55 页。

律。所谓发现法律，主要是指适用法律者必须能够确定，现行有效的法律体系中存在着可以作为当下案件裁判的规范依据；所谓认定事实，主要指的是当下案件的事实是能够依照法律规范的构成要件予以查明。我国诉讼法规定适用法律必须“以事实为根据，以法律为准绳”表达的正是这个意思。而如何认定事实、如何发现有效的法律并释明其意义并进而做出裁判等问题，就是法律方法问题。

法律方法或者说与法律方法相关问题的讨论，近些年不但在我国法学理论界似乎正在成为一种时尚，法律实务界一些有志于将自己打造成学者型职业者的法官和律师也纷纷从知识建构的立场对自己的职业技能在进行反省。法学理论界和法律实务界的这般热闹景象，一时也引得哲学、逻辑学研究领域部分研究哲学方法论与逻辑推理的学者把自己的研究兴趣与方向转向法律方法或与之相关的问题的讨论。法学界乃至其它学科目前对于法律方法问题所表达的这种高度关注，恰如拉德布鲁赫在其最后一版《法学导论》（1929年）中所忧虑的：“正如那些费心于自我审视的人大多是病人一样，忙于探讨自身方法论问题的科学也常常是病态的科学；健康的人和健康的科学常常不对自身探究很多。”<sup>①</sup> 在此前，

---

<sup>①</sup> G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1929, Nachdruck Frankfurt/M 1952, S. 242. 转引自〔德〕魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第289页。

忽视法律方法问题可以说一直是我国法学研究的一个特色。<sup>①</sup> 上世纪 90 年代后期,法律方法论渐受学界关注的原因,除前述法学自身的现状确需自省之外,我国法学研究与法治实践逐渐由立法中心主义向司法中心主义的转向也是主要原因之一。

## 一、法律方法的含义

目前,国内学术界对于法律方法概念的理解是极不统一的。不统一的原因,一是由于研究者自身对于法学、法学方法(论)、法律职业者(法律人)等相关概念的涵义的不同理解;二是国内关于法律方法的理论来源,除主要受大陆法系学者(主要是德国、法国、日本)有关法学方法论、法律解释学说的影响外,还受到英美法学者有关法律推理理论的较大影响。大陆法与英美法在法源理论、诉讼模式以及对法官适用法律的要求上都有很大的差异,具有不同的理论与制度特色。而我们在相关理论的引进、推介和运用中,还没有能力构建自己的研究框架和理论体系,因而研究中存在认

---

① 可参见陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社 2003 年版,“序”第 2 页。在先,苏力先生和国内其他一些学者也都曾指出我国法学研究中对方法问题关注不够的缺憾。参见苏力:《语境论——一种法律制度研究的进路和方法》,《中外法学》2000 年第 1 期。魏德士亦称“法律方法问题在德国长期以来不受欢迎,即使对著名学者和实践家而言也不例外。”[德]魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 289 页。



识上的分歧、乃至混乱自是情理中之事。<sup>①</sup> 随着研究的深化,相关学术研究和法律职业群体的广泛参与和介入必将会在短期内使我国法律人对于其职业方法进行反省的能力大大提升。

就现有的研究旨趣来看,法律方法论大体涉及下述三个层面的基本问题:一是作为一种思维模式被予以关注,其核心是法律职业者的思维方式训练及其特性研习;二是作为宪政体制下的一种分权方法,以一种制度性安排和运行的方式被实际运用;三是作为一种适用法律的具体方法被关切。就法理学自身对上述问题的关切程度来看,学者们对于以探讨法律适用与判断形成过程的程式及方法为主要内容的方法问题更加偏爱。以探讨适用法律解决纠纷的过程中的方法为主要旨趣的研究,更具有一般法律理论的科学品性。本书关于法律方法的讨论,也主要限定于第三个层面。在此意义上笔者认为,法律方法存在于适用法律的过程中,为特定法律职业者(主要指参与案件处理的法官、律师和检察官)所特有。法律方法就是法律职业者在特定法律制度内适用及发现有关法律规则和原则,并据此解决具体法律纠纷或争议问

---

① 法律方法研究中之所以出现这种“理论争鸣”,陈金钊、焦宝乾将其归因于二:一反映出学界在接受和吸纳国外相关法学知识与资源的不同理解;二反映了在一个法治欠发达的国家谈论方法,在一个方法论传统本就匮乏的国度建设法治,必然所要面临的诸多理论和实践上的若干困惑。参见陈金钊、焦宝乾:《中国法律方法论研究学术报告》,《山东大学学报》(社哲版)2005年第1期;林来梵、郑磊则认为这种理论上的混乱部分肇始于学界对于这一概念的固有理解,即想当然地将德国和我国台湾地区学者所谓的“法学方法论”视同于我国传统教科书所指向的法学研究的方法的结果。参见林来梵、郑磊:《法律学方法论辩说》,《法学》2004年第2期。

题的方法之总和。<sup>①</sup>

以法律为业者是一个特殊的职业群体。一般认为，一切以法律为业或专门从事法律工作的人都可以称为法律职业者，又称法律人。不过，本书所说的法律人，则主要指直接参与解决、处理法律纠纷和争议等问题的法官、律师、检察官等从事特定法律职业的群体。广义的法律职业者还包括法学家、立法机构的专职法律工作者、企业法律顾问等。但是，正如法律工作的职业化与广泛存在的社会分工有关一样，职业化即意味着一些行当的专门化，同时又意味着在一定意义上这些专门化的行当所拥有的知识被该行业的人员所垄断。在社会分工日益细密的现代社会，法律职业群体内部的不同职业群体之间也存在一定的分工，而且，法律职业群体内部还在继续不断向专业化分工方向进一步地分化，例如，法学家群体与从事法律实务的法官、检察官和律师群体的分离。广义地说，法学家群体当然属于法律职业群体，但是随着法律学术和法律实务两个领域的从业者的职业化发展，以学术为业的法律人已经在法律职业者群体中逐渐与以庭审活动为中心的律师、法官、检察官群体相分离，成为一

---

<sup>①</sup> 刘治斌：《司法过程中的法律方法问题》，葛洪义主编：《法律方法与法律思维》（第2辑），中国政法大学出版社2003年版，第107～127页。

个新的独立的共同体和新的职业（相对于法律实务而言）<sup>①</sup>，两者之间存在明显区别，因此，本书所谓的法律职业者是作了特定限定的，或者说本书所谓的法律职业者是在狭义上使用的，主要指律师、法官、检察官等直接参与法律纠纷和争议解决的人，本书“法律人”概念的使用也是在与上述“法律职业者”概念大致相同的含义上使用。法律人是因共同的法治事业（美国法学家富勒称为“服从规则治理的事业”）而形成的一个职业共同体，这个事业需要从业者具有相同的知识背景、专门的思维方法以及特殊的技能。

法律事业是一项职业化特征很强的事业。现代社会，“职业化”不仅意味着一种特定的工作岗位或工作关系，表示着一种特定的职业信仰和职业责任，同时还意味着这一行业不是任何一个人都可以自由进入的领域。只有那些具有专业知识和技能的人，才能够从事这一职业。法律职业之所以能够成为一个独特的行业，原因是多方面的，其中的重要原因之一就是：法律职业者处理案件与解决纠纷的方法具有自己的特殊性，这种特殊性最直接和最明显的体现就是，它受有关现行法规范的约束，以专门的思维和方法的训练为基

---

① 参见[美]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第224～225页。波斯纳从经济分析的角度指出，在职业化的过程中，“没有哪个职业希望自己同任何其他工作岗位共享一个波段。如果法官和从业律师对法律学术都一目了然，法律学术就不是一个分离的职业了。”波斯纳在某种意义上是说，现代法律职业其实首先是法律学术人为自己的经济利益而建立的一种“职业”，法律学术因此也就是一种为“学术”而而为的“学术”。事实就是爱德华兹法官所指出的：几乎所有还有点价值的法律学术作品都来自学术界，而法官和律师，甚至偶尔教授，都抱怨这些学术成果大多数与自己关心的问题毫不相关。



础，并经过一定的经验习得而逐渐养成。在职业活动中，法律职业者以解决具体法律问题为己任，具体法律问题，涉及的是实际生活当中实实在在的纠纷或争议。每一个当事人，每一个事件都有其特殊性，就像一棵树上不会有完全相同的两片树叶一样，实际生活中的纠纷或争议，也不可能在所有要素上完全相同。面对具体法律问题，法律职业者在法规范的约束和对规范意义确信的前提下，以适当的方法解决问题，通过对个案的裁判实现法律的公平与正义。在适用法律的职业活动中，法律人虽然是以对事实的确认开始其裁判作业的，这并不意味着法律职业者在开始裁判作业之前不关心一般法律问题，事实上，法律职业者对具体纠纷的解决一直都是以其对一般法律问题的认识和理解为前提的。

法律方法的核心问题是法律思维。<sup>①</sup> 法律思维是法律职业者根据法规范进行思考、判断和解决法律问题的思维定势，是受法律意识、法律思想和法律文化所影响的一种认识与实践法律的思维方式。法律职业者在法律知识日趋专业化以及与之相伴随的法律运作日趋职业化的客观背景下，通过接受一定的法律专业知识和技能的训练，形成了一种显然有

---

<sup>①</sup> 陈金钊教授认为，法律方法包括三个方面的内容：除法律思维方式外，还有法律运用的各种技巧和一般的法律方法。参见陈金钊：《司法过程中的法律方法》，载《法制与社会发展》2002年第4期。这种对法律方法内容的划分，似乎是想区分存在于科学方法论当中的观念、价值与具体操作程式与规则之间的差别。在这个意义上，如此细致的区分自然是十分必要的。但是，它所产生的误导也是明显的，那就是使人误以为思维方式本身并不能包括关于对象目的的方法与技巧。实际上，德国学者恩吉施的《法律思维导论》（中文版，郑永流译，中国政法大学出版社2004年版）主要就是在“法律思维”概念之下讨论法律方法问题的。

别于非法律从业者以及一般大众的思维形式，即法律思维。有学者认为，法律思维可以分为“根据法律的思考”和“关于法律的思考”两种方式。“根据法律的思考”强调法律思维必须从现行法律及其运行状态出发，运用逻辑的、经验的方法解释法律的存在形式和内容；“关于法律的思考”则强调从多维视角出发，特别是从法律与社会的关系出发，运用各个学科的知识体系，综合地、全方位地考察法律现象。以解决具体法律问题为己任的法律职业者尤其擅长于“根据法律的思考”，这是法律职业者必须忠于法律的必然要求。但是，纯粹的“根据法律的思考”也有明显的局限性，“根据法律的思考”最终取决于“关于法律的思考”。<sup>①</sup>优秀的法律职业者就是那些能够在根据法律思考当下需要解决的问题的同时，还能够对现行有效的法律的意义本身进行深入反省的人。

虽然任何法律思维都是“根据法律的思考”与“关于法律的思考”的结合，但是，这两种思考方式之间还是存在着方法的差别。法学研究中关于两种思考方法的理论反思，导致了近年来国内法学研究在方法论发展上的两个面向：一个是法律理论的研究或教学方法论的面向，继续在“法学方法”或“法学方法论”的主题下进行，主要是一种“关于法律的思考”；一个则以法律的适用、特别是司法过程中如何形成法律判断以及如何获得该判断的正当性的实际操作方法为面向，这个面向新近在“法律方法（论）”的名

---

<sup>①</sup> 参见葛洪义：《法律与理性：法的现代性问题解读》，法律出版社2001年版，第33～34页。

义下迅速发展。<sup>①</sup>这主要是一种“根据法律的思考”。需要指出的，这种学术研究主题的划分并不能因此割裂法律思维的两种形式之间的联系，特别是根据法律的思考，不可避免地会涉及对现行有效法律本身的思考和认识。

## 二、法律方法、法律方法论及法学方法论

前述已指出，在法律方法问题的讨论中，法律方法、法律方法论及法学方法论几个概念在目前的学术研究中的使用是比较混乱的。原因之一在于法学理论研究中关于方法问题的讨论，相当长一个时期只在法学基础理论（法理学）这门学科中涉及，而且一般也都只讲法学研究方法，对于司法过程中法官具体适用法律规范解决个案的方法鲜有论述；原因之二在于晚近不到 10 年时间内，国内学术界对于司法过程中的方法问题的关注又完全是从欧美及我国台湾地区的学术成果中汲取理论营养的。理论引进中对于不同国家和地区，以及同一国家和地区的不同学者的理论介绍，因不同学者基于各自不一的“前见”在意义转释时采取了不同的中文表达，从而也就有了同一中文概念所涵摄问题域不一致的种种情形。因此，在关于法律方法问题的讨论中，清醒意识

---

① 一个能够证明这一面向发展的迹象是，不但近年来国内各类法学专业期刊上发表与之相关的研究文章增多了，而且国外的一些专门著作也被译介引进。并且已经有了两份公开的出版物作为其稳固的阵地。其中一个为葛洪义教授主编，中国政法大学出版社定期出版发行的《法律方法与法律思维》，另一个由山东大学陈金钊、谢晖教授共同主持的《法律方法》，定期由山东人民出版社出版发行。