

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编



法学方法论 问题研究

RESEARCH ON THE METHODOLOGY OF LAW

舒国滢 王夏昊
梁迎修 等著



中国政法大学出版社

D90/262

2007

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编

法学方法论 问题研究

RESEARCH ON THE METHODOLOGY OF LAW

舒国滢 王夏昊
梁迎修 等著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法学方法论问题研究 / 舒国滢等著 — 北京: 中国政法大学出版社,
2007.9

ISBN 978-7-5620-3113-0

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第151405号

- 书 名** 法学方法论问题研究
出 版 人 李传啟
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印** 北京华正印刷有限公司
规 格 880×1230 32开本 15.25印张 425千字
版 本 2007年10月第1版 2007年10月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3113-0/D·3073
定 价 38.00元

- 声 明**
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

总序

无论我们怎样“重新发现了人的心灵”，但我们无疑早已进入了“分析的时代”。这个时代的学者被迫在各种话语、多重立场和意见杂陈的喧嚣中找到冷静、客观、理性辩论的基点，为“心的概念”、可以接受的表达、正确的理解和沟通、可靠的知识建立起一个商谈的平台。

这样一种精神气质亦渐渐蔓延至法学研究者的日常作业之中，我们在哈特、德沃金、拉兹、麦考密克和阿列克西的作品中已经感受到法学分析和论辩本身所透现的“精致的风格”，而这种风格恰恰是法学这样一门学问自始不可或缺的。

现代的法律已经逐渐脱离原始法的直观、感性的想像，变得愈来愈抽象和晦暗不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多种系统环境包裹着的系统。生活在当下的每一个人，哪怕是创造法律身形的立法者和专事研究的法学者亦难以窥览其复杂交织的全貌。不可否认，最优秀的法学者都会在这个利维坦面前显得局促和惶惑。我们似乎普遍具有前所未有的无力感。

其实，这也是一种挑战，一种像埃德加·莫兰(Edgar Morin)所称“复杂性的挑战”。复杂而混沌的法律问题要求我们的法学者学会“与不确定性一起工作”，在无序的、非常规的社会事

2 法学方法论问题研究

件、法律案件以及语义模糊的法律条文所构成的“意义漂移的世界”寻找到一种确定无疑的知识圭臬、商谈的规则和求解的答案。无论如何,在这个过程中我们一刻也离不开法学方法。尽管我们并非倡导“方法至上”(约翰·杜威语),但我们也惟有依靠方法才能使自己的信念逐渐通过证成转化为知识。

我们收录于“丛书”的作品并非是一眼即寻求到“法的目的地”的理论体系,它们大多只是尝试从某种法学方法、视域或立场出发探寻某个特殊法律问题的理论努力,它们所提供的或许只是一个可能的出发点、一种认识的可能性或者一个在众多理解中的一种理解。但我们希望有一份真诚的心情对待学术,并在法学方法论领域始终保守这一谨慎的态度。

舒国滢

2006年9月于北京

目 录

| | |
|----|---------------------|
| 1 | 导论 我们时代的法学为什么需要重视方法 |
| 1 | 一、问 题 |
| 8 | 二、反 思 |
| 14 | 三、转 向 |

上 编

| | |
|-----|---------------------|
| 22 | 第一章 法学方法论的概念 |
| 22 | 一、缘何不是法律方法论 |
| 35 | 二、法学方法论的研究对象和范围 |
| 48 | 三、英美法系中的法学方法论 |
| 60 | 四、法学方法论在法理学体系中的地位 |
| 73 | 第二章 现代法学方法论的缘起与发展趋势 |
| 73 | 一、现代法学方法论缘起的社会背景 |
| 83 | 二、现代法学方法论缘起的法学背景 |
| 97 | 三、现代法学方法论缘起的哲学背景 |
| 112 | 四、现代法学方法论的发展趋势 |
| 128 | 第三章 法学方法论的意义与功能 |
| 128 | 一、法治与法学方法论 |

2 法学方法论问题研究

- 144 二、法学方法论在法治实践中的功能和作用
159 三、法学方法论在知识上的贡献

175 第四章 法学方法论的比较研究

- 175 一、比较法与法学方法
180 二、两大法系制定法解释的比较考察
204 三、两大法系判例制度的比较考察

下 编

223 第五章 法的渊源论

- 223 一、法的渊源概念之溯源
227 二、法的渊源概念之界定——法学方法论的视角
246 三、法的渊源的内容
273 四、法官法源(法的渊源)的方法论意义

280 第六章 案件事实的形成

- 280 一、客观事实、事实范型、裁判事实
295 二、裁判事实形成的基础
312 三、裁判事实形成的过程
325 四、裁判事实形成的正当性基础

339 第七章 制定法解释

- 340 一、法律解释的必然性及其原因
352 二、制定法解释的目标
370 三、制定法解释的方法
376 四、制定法解释方法的位序问题

| | |
|-----|-------------------------|
| 394 | 第八章 法律漏洞的认定与填补 |
| 394 | 一、法律漏洞概述 |
| 404 | 二、法律漏洞的认定 |
| 406 | 三、法律漏洞的填补 |
| 423 | 四、我国司法实践中法律漏洞填补技术的发展与完善 |
| 432 | 第九章 法律体系 |
| 432 | 一、法律体系概述 |
| 437 | 二、抽象概念与外部体系的建构 |
| 449 | 三、类型与部分可变的法律体系 |
| 464 | 四、法律原则与内部体系的形成 |

导 论

我们时代的法学为什么需要重视方法

一、问 题

不可否认,每一个时代都有自己的独特的法律现象或法律问题,各个时代的法学必须针对这些现象或问题提出新的解释或解决方案;每一个时代有各时代的法学思考者和法律解释者,这些思考者和解释者的经验和知识的前提及其所依赖的语言和思想情境各有不同,就可能使他们回答法律问题的方式及运用的话语体系存在差异;每个时代都有不同的法律制度及其制度变种,受时代之制度推动的法学也会随制度的变化而变化,呈现出时代之精神气质和制度气候的特殊印痕。因为“任何一种法律思考都不可避免地带有它得以型塑的‘历史气候’(historisches Klima)的印记;同样,处在‘意义之网’中的著者们也从一开始就被不知不觉地限制在历史可能性和规定性的界限之内。”^[1]我们谁也挣脱不了历史和现实情境条件对研究者之视域、问题意识、方法和论述能力的宰制。

我们当代中国的法学到底面临什么样的问题?对此,各位学人会

[1] 舒国滢:“寂静的旅途”,载《在法律的边缘》,法制出版社2000年版,第1页。

2 法学方法论问题研究

有不同的问题意识、不同的论述维度和不同的判断标准。^{〔1〕} 为了避免身陷中国法学的宏大问题场域之争论,这里只突出讲三方面的问题:

(一) 关于法学的性质和立场尚未达成共识

什么是法学之“学”?应当说,法学之“学”并不是一目了然的概念。我们可以在不同意义层次上使用法学之“学”一词:①它可能是指(哲学)“学问”(Philosophie, philosophy),即对法律之根本原理的哲学追问;②它是指(理论)“学术”(Theorie, theory),即对法律本身的实存结构(原则、规则等)所做的理论分析(规范研究);③它可能是指(实证)“科学”(Wissenschaft, science),即按照自然科学标准对法律的结构、功能等所进行的实证研究;④它也可能是指“技术之学”,即将法律作为一门实用的技艺(技术, Technik, craft)来加以研究。^{〔2〕} 那么,法学到底是指其中哪一种意义上研究活动的名称?这里恐怕难以简单作答。在当今的知识分类体系中,我们同样不容易为法学学科找到确切的位置:在自然科学、社会科学和人文科学(精神科学)这三种基本的知识形态中,法学应属哪一种知识形态?这似乎也是不可以一言以

〔1〕 吉林大学的邓正来教授2005年在《政法论坛》发表17万字的长文“中国法学向何处去?”,指出自1978~2004年中国法学暴露的根本问题是未能为评价、批判和引导中国法制发展提供作为理论判准和方向的“中国法律理想图景”,一时引起普遍关注,并引发一波热烈的讨论。中山大学的刘星教授注意到1980年代以后西方法学理论的“中国表达”中存在着“学术推进的目标缺席”、“知识评介者的学术权力支配”、“权威导引的单面作用”以及“理解西方法学理论的过程中的背景知识的差异”等现象(参见刘星:“西方法学理论的‘中国表达’”,载《政法论坛》2005年第1期)。清华大学许章润教授认为,中国法学存在着“现代汉语文明法律智慧的接生者”问题,而中国“第五代法律公民”的当代使命在于“建设现代中国文明的法律智慧”(许章润:《法学家的智慧》,清华大学出版社2004年版,第25~35页)。

〔2〕 颜厥安:《规范、论证与行动——法认识论文集》,元照出版公司2004年版,第5页。

蔽之的。也许,我们过分纠缠于词语的辨析,而忽略了我们所要探究的真正问题。这里的真正问题是:法学能不能当做自然科学来加以研究?法学是一门(自然或社会)“科学”吗?

我们的研究发现,近现代法学(特别是19世纪德国的“概念法学”)呈现出某种“纯知化”倾向,即以自然科学(尤其是几何学和物理学)的知识范式来建构法学。表现在:法学家们对公理体系思维抱持某种近乎拜物教式的信念,认为:法律内部应当有某种前后和谐贯通的体系,所有的法律问题均可通过体系解释予以解决。建构概念清晰、位序适当、逻辑一致的法律公理体系,对于所有的法学家都有难以抵御的魅力。道理很简单:假如法学家能够将法律体系的各个原则、规则和概念厘定清晰,像“门捷列夫化学元素表”一样精确、直观,那么他就从根本上解决了千百年来一直困扰专业法律家的诸多法律难题。有了这张“化学元素表”,法官按图索骥,就能够确定每个法律原则、规则、概念的位序、构成元素、分量以及它们计量的方法,只要运用形式逻辑的三段论推理来操作适用规则、概念,就可以得出解决一切法律问题的答案。法律的适用变得像数学计算一样精确和简单。我们把这样一种体系化工作的理想称为“法律公理体系之梦”。^[1]

这一被近代以来渐成强势的“科学—技术理性”话语所宰制的法学(法律科学),遮蔽了法学作为古老的学问和知识的传统,将作为“实践知识”的古老法学驱逐出法学思考、论辩与写作的过程。说到底,古老的法学(古罗马人使用*jurisprudencia*,中国古代则称为“律学”),则是法律的实践知识或法律实践之学,即以特定的概念、原理来探求法律问题之答案的学问。实践性构成了法学的学问性格,我们可以从以下几点来看:

1. 法学的研究是具有主体间性的科学活动。法学的思考是一种“对象化指向的思考”。法学实践活动的所有方面(法律认识、法律判

[1] 舒国滢:“寻访法学的问题立场——兼谈‘论题学法学方法’”,载《法学研究》2005年第3期。

4 法学方法论问题研究

断、法律理解、法律解释等)都是围绕着这个对象化指向领域而展开的。一如哈贝马斯所言,法学实践活动所追求“实践的认识兴趣”,它的目的不是把握“客观化的现实”,而是维护“理解的主体间性”,以“确保个人和集团的……自我理解以及其他个人和集团的相互理解”。〔1〕

2. 法学的判断(如亚里士多德对实践之思所强调的那样)也不是真与假的判断(至少首先并非真与假的判断),而是合理与不合理、有效与无效、正确与不正确、公正与不公正的判断。法学所讨论的实践问题,总是“应然的问题”,即什么应做、什么不应做或什么允许去做、什么不允许去做的问题;这些问题的讨论与“正确性的要求”(claim to correctness)相关联。〔2〕从实践角度看,法学的陈述主要不是“描述性陈述”(descriptive statements),而是“规定性陈述”(Prescriptive statements)或“规范性陈述”(normative statements)。法学所要处理的恰好不是一些可以量化或计算的问题,它要“理解”那些对它而言“既存的事物”(现行的法律规范),以及隐含在其中的意义关联。进一步说,法学是一门有关法律实践的社会生活关系、通过规定性陈述来进行合理与不合理、有效与无效、正确与不正确、公正与不公正判断以理解事实与规范之意义的学问。

3. 法学尽管并不排斥“对普遍者的知识”,但它更应该“通晓个别事物”,〔3〕是反映人的经验理性的学问,是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现,其中经验占有重要的地位。

4. 从方法论的角度看,法学强调“个别化的方法”,强调“情境思维”(situational thinking, situative Denkweise)和“类推思维”(analogical

〔1〕 J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Suhrkamp Frankfurt a. M., 1991, S. 221.

〔2〕 Robert Alexy, *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, in: Luc J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London 1999, p. 23.

〔3〕〔德〕亚里士多德:《尼各马科伦理学》,苗力田译,中国人民大学出版社2003年版,第126页。

thinking, analogische Denkweise)。情境思维,简单地说就是依据具体言谈情境(Resituation)的思维,它要求所有对话都应当在一定的语用学情境下展开。由此发生的语用学情境也是法学思考的出发点,参与法学论辩的谈话者如果想要为自己的观点确立论证的根基,就必须把自己所有的思想成果追溯至它的情境源头或初始情境(Ausgangssituation),由此出发重新对它们加以阐释。类推思维则是法学思维的最重要的特性,德国法学家阿图尔·考夫曼甚至认为,“法原本即带有类推的性质”〔1〕

由于大家对法学的性质和立场没有一个统一而明确的认识,中国当代法学的发展必然带有某种盲目的散漫化的倾向。每一个法学者基本上按照自己的知识兴趣来为法学定位,开辟法学的领地,同时也影响着法学的格局,而且基本上都将各自的研究宣布为法学的“正宗”。此种局面将影响深远。

(二) 法学知识的生产过程无序,难以形成成熟的法学知识共同体

现下中国知识的生产在整体上存在着如下的问题:①知识生产过程的无序性。现代技术(尤其是电脑技术和网络技术)手段的发展在减轻知识生产劳动强度的同时,也增大了其生产过程的无序性。在知识生产线上的“知识复制”挤压着真正的知识创造过程。②伪劣知识淘汰优良知识的逆增量趋势。“知识复制”必然带来知识检验和鉴别的难度,故而伪劣知识充斥知识市场,形成增量强势。③知识生产的利益趋同现象。在这个充满物欲和权势的时代,知识创造不再是一种纯粹的“智性活动”,它受到来自物质利益和权势的诱惑,最终沦为物欲和权势的婢女。最令人触目惊心的是,伪劣知识增量有愈演愈烈之势,其本身构成了某种知识(或思想)的形式和内容,深深地渗透到知识生产过程之中,我们有时难以将其从理想形态的知识生产中剥离出去,它们构成了一种惰性的积累力量,宰制知识人的知识认知、知识视

〔1〕〔德〕阿图尔·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,“中文版序”第7页。

6 法学方法论问题研究

野、知识沟通,甚至成为一些知识批判者之“知识批判”和“知识反思”依凭的资源。由此观之,我们似乎真正到了深陷泥淖而试图抓住自己的头发将自身拔脱出来的困境之中,现实所呈现出的是漫无边际的“知识生产大跃进”之喧嚣和轰鸣。

在当下法学知识的生产中,其情形同样堪忧,基本上呈现为“法学伪劣知识无序积累”的局面。大量的法学生产者的作品以“法学知识”的面貌出现,但实质上它们本身不构成真正的知识,而且可能是仿冒的伪劣产品。这种法学伪劣知识充斥法学之中,混淆了法学知识的标准和界线,整体上伤害了法学者的原创力和自律感,即使一些优秀的学者也丧失了自持的能力,会时不时地参与“法学伪劣知识无序积累”的竞争,同样制造一些垃圾知识。概括地说,法学知识生产者的知识生产能力处于委顿状态,知识创造之源陷入枯竭;故此,大家将知识兴趣和生产活动的重心投放在“知识复制”,满足于制造“泡沫学术”和“印刷文字崇拜”,甚至以贩制伪劣知识和垃圾知识为要务。

这种知识生产过程难以形成成熟的法学知识共同体。其所生成的可能是一个又一个散居各种孤岛的“知识小众”。这些知识小众有自己的私人知识、自己的知识兴趣和自己的批判标准,而且可怕的是它们可能有自己依赖的权力和力量。当真正需要学术批评的时候,这些知识小众很可能会在正当的学术批评之外形成对垒的阵营。

更令人忧心的是,由于不能形成法学知识共同体,我们所建立的法学知识体系就缺乏稳固的基础和结构,很容易遭致法学之外的知识界(某些“知识黑客”)的攻击,更容易受到政治话语的冲击。这种法学知识体系更类似于“法学的积木”,哪怕一个呀呀学语的稚童,只轻轻一推,这个被搭建的积木立刻坍塌。当学者们把这种知识体系带进立法、执法和司法实践时,他们遇到“稚童推积木”的尴尬局面是可想而知的。

(三) 法学没有为法律实践(尤其是司法实践)提供足够的智力支持

我们知道,法学的研究总是指向法律现象或法律问题的。故此,

法学的兴衰注定是与一个国家法律制度的发展相关联：法制兴则法学繁荣；法制衰则法学不振。同时，法学并非“纯思”，它的理论兴趣不在于寻求“纯粹的知识”或“纯粹的真理”。法学必须关注和面向社会的世俗生活，为人们社会生活中的困惑、矛盾和冲突（例如人们之间的经济纠纷，人们行为所造成的损失之承担）寻找到切实的法律解决方案，确立基本的原则，或为法律的决定做出合理而有说服力的论证。法学实践活动的所有方面（法律认识、法律判断、法律理解、法律解释等）都是围绕着这个领域而展开的。法学者应该探讨：①法律制度问题。法律制度是法学研究的对象。无论是应用法学（如民法学、刑法学、诉讼法学）还是理论法学、法律史学、比较法学，都必须以法律制度作为考察的出发点。离开了法律制度这个研究对象，法学将无以存在。②社会现实或社会生活关系问题。国家制定法律，建立法律制度目的在于用它们来调整人类社会的生活关系。所以，法学也必须研究社会现实或社会生活关系。更确切地说，法学要研究那些与法律制度有关联的社会现实或社会生活关系问题。如果我们能够从法律的角度对此生活关系进行判断和评价，那就可以断定这种社会现实或社会生活关系就具有“法律制度的关联性”，否则就不具有“法律制度的关联性”。③法律制度与社会现实相互如何对应问题。法学并不单纯去研究法律制度或社会现实，也就是说，法学既不完全脱离社会现实或社会生活关系来思考、观察或建构法律制度，也不完全离开法律制度来考察纯粹的社会现实或社会生活关系。实际上，我们在社会中所遇到的大量问题是法律制度与社会现实之间相互如何对应的问题，这些问题需要由法学来加以研究并予以解决：在现实生活中，我们不难发现有不切实际的法律制度（例如那些在社会生活中根本不起作用的“书面上的法律”）。另一方面，即使法律制度在立法层面上看是完全切合实际的，但它们在执法、司法和守法上未必完全被应用于社会现实或社会生活关系之中。例如，在执法者违法的场合，即便有良好的法律也不一定能够产生立法者所期望的社会现实或社会生活关系。这反映出“应然”与“实然”、“规范”与“事实”、“制度”与“现实”之间存在着差

别性、不一致性。有时,执法者尽管极尽努力,但在客观上也难以消除它们之间的这种差别性、不一致性。

这就要求法学为法律实践提供持续的智力支持。理论和实践之间应当形成良性的共生系统。然而,我们在当代中国常常看到的是,当实践真正需要智力支持的时候,法学却并不在场。面对疑难的个案,几乎所有的人都显得手足无措。专家和民众似乎都在踊跃地(借助媒体)“表达意见”,于是形成一片嘈杂之声。有时,“民众的愤怒”甚至淹没了专家的声音。最后,精英的知识让位于“民众的常识”。这不能不说是法学的一种悲哀。

二、反 思

法学何以沦落至此?兹事体大,学人不可不察。此处谨提出如下几点看法:

(一)中国法学可能还没有完成“自治化”过程,还没有完全析离紧裹在身的外部知识——意识形态的胎衣

从西方历史看,法学沿着两条线索发展:一个是法律家或专业法学家的法学,这种法学“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”〔1〕。该法学运用一套法律家创制的法律语言,沿用来自法律家经验的解释方法,完成法律实务之问题解答,以追求实践—技术的知识之旨趣。我们权且称之为“应用的法学”或“法学内的法学”,德文名曰 Jurisprudenz(“狭义的法学”)或 Rechtsdogmatik(“法律教义学”)。另一个是哲学家、伦理学家或政治学家的法学,也可以说是专业法学以外的思想者的法学(简称为“法学外的法学”)。这种法学所关注的问题、运用的语言及知识追求与法学内的法学有所不同,其采取“外观的立场”而又企图深入法律之内在的根本问题(如“法律存在和效力的终极根据”)。故此,该法学与法学

〔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19页。

内的法学之间时常处于格格不入的关系状态：法律家满足于体制内的法律解释、评述和法的续造，极力在实在法的平台上开展工作（但这样一种受限的工作场域，也可能使法律家养成了多少有些僵化、呆板、褊狭、封闭的观察和工作的风格）。法律家们在追求法之安定性与一致性的理念推动下，守护着经年相沿的行事方式和语言体系，不大情愿在法律之外寻求问题求解的视角，抵御来自正统法学之外的思想方式、概念和知识。他们在长期的历史风尘中堆积起来的法律实践—技术的知识沉岩，构成了法学外的法律思考者和研究者们掘进的障碍，他们在法律实践—技术的知识浮层甚或在这个浮层之上捕捉法律精神的游移空气和“本体论之根”。自然，法学外的法学至多间接地影响了专业法律家们的工作，或者充其量构成了法律家的“知识之晕”的外沿，成为法律家视界筛选之后的知识剩余。其所造成的结果是：一方面，法学外的法律思想者用一般知识的范式度量法律家的智识工作，轻视甚或否定他们在知识论上的贡献；另一方面，专业法律家在实在法的平台上常年营造的知识壁垒无形中阻隔了法学外的知识侵入，也使未经法律知识训练者难以入得法律的厅堂。应该承认，在历史上，法律知识与其他知识体系的阻隔既限制了法律家的视野，也导致法学外的知识人思考的褊狭。一般的知识人若不懂得法律的专业知识，那他们对法律的学问就只能止步于隔窗窥室，而法学外的法学要经由此一知识厅堂建造法律体系的大厦，并且实际地影响政治—法律制度的建构则无异于痴人说梦。

由于历史上的原因，新中国的法学一直深受政治意识形态的左右，在这个母体中孕育的法学胎儿本身存在着营养不良的问题。后来，当这个法学胎儿呱呱落地时，它仍不能完全脱离意识形态的胎衣而存活，于是一再从中获得滋养。当意识形态的胎衣逐渐解体后，这个羸弱的婴儿尚不能独立呼吸，于是又不得不用其他知识的外衣来加以包裹，由此汲取生命的养分。法学成了其他知识体的附着物，它不能与其孕育的母体完全析离。这就是为什么我们虽然有法学之名，却无法学之实。换言之，我们现在的法学在主流上还不是“法学内的法