

法律人丛书

丛书主编

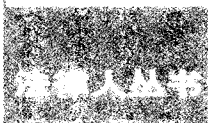
霍宪丹 贺卫方

法律方法论

陈金钊 主编



中国政法大学出版社



法律方法论

山东省社会科学规划项目

主 编 陈金钊

副主编 焦宝乾 吴丙新

撰稿人 陈金钊 焦宝乾 吴丙新 桑本谦
孙光宁 侯学勇 张传新 张利春
张志文 尹传波 东广明



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律方法论/陈金钊主编. —北京:中国政法大学出版社,2007.7

ISBN 978-7-5620-3061-4

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 099458 号

书 名 法律方法论

出 版 人 李传敢

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

E-mail: zfs620@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 固安华明印刷厂

规 格 787×960 16 开本 25.75 印张 485 千字

版 本 2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3061-4/D·3021

定 价 42.00 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

编写说明

这本《法律方法论》是“山东省法律方法论研究基地”集体研究的又一成果。该书系2001年我们申报的山东省社科规划项目的完成稿。此前我们在中国政法大学出版社出版了法律人丛书之《法律解释学》(教育部社科规划项目)一书,并在山东人民出版社的支持下编辑出版了《法律方法》(1—6卷)。对法律方法论课题的研究得到了国家社科基金、教育部社科基金、司法部社科基金、山东省社科基金、山东大学学科发展基金的赞助。特别是霍宪丹、贺卫方、李传感、李怀德、张越诸位先生对我们研究的肯定,使我们倍受鼓舞。在此我们表示深深的谢意。

虽说学问是研究者自身努力的结果,但学术是学者与社会互动的产物。我国法学研究缺乏的是相互争鸣。如果没有学术争鸣,对某一领域的研究就不可能深入下去。现阶段我们的学者对资料的收集、理论的整理做了大量的工作,但创造性的探究还显缺乏,浅尝辄止,几乎成了法学研究的明显缺陷。我们这本《法律方法论》对资料的梳理做了一些工作,对学界同仁的一些观点进行了不同程度的评介,对法律方法论的体系及框架性理论进行了研究。法律方法的研究在中国大陆才刚刚开始,所以进行理论上的梳理性研究是必要的。理论联系实际首先要求我们掌握理论,联系实际则是我们努力的方向。同时,我们也非常欢迎学界进行反批评。如果没有各界的批评,我们的“学问”则很难变成学术。除此之外,我们想说如果没有研究团队的协作也不可能有连续不断学术作品出版。由于该书是合作的产物,书中难免有不少交叉或矛盾之处。尽管我们的研究目标一致,但对各种问题却又有不尽相同的认识。这一方面会使该书的文风及逻辑出现一些不和谐,例如,本书主编认为,法官应坚持司法克制主义,而本书作者之一的张利春就坚持司法能动主义。我们研究法律方法,但我们也对法律方法进行反思。桑本谦在本书最后一章就对法律论证方法进行了批判。我们认为,这些分歧和批评也可能是我们今后进一步研究的起点。好在,国内关于法律方法论的研究处于起步阶段,我们的失误与教训正好可以成为后来研究者的经验。我相信经过今后几年的努力,我们在法律方法论方面的研究会有一个较大的发展。

对法律方法论的研究,我们一直试图把其引向形而下,突出法学的实用性,

写出对中国司法实践有实用价值的作品。但由于目前关于法律方法论的研究还没有较完整的体系，学者们基本上还都在探索基本理论问题，对实践的关注也基本上是一种姿态，深入的调查和研究并没有真正地开展。尤其是本书的作者们，基本上没有投身到司法实践中去，理论研究的进展仍然是我们关注的焦点。所以，从整体上看这本书仍属于理论作品。最多按项目申报的分类来说属于“应用理论研究”。但我们在努力——努力使我们的研究“脱离”实践但又面向实践，为司法活动提供更多的方法论选择。我们很清楚，理论与实践是社会分工不同的两个领域，并不能使二者截然分开。在人的大脑里，理论与实践都属于思维决策的同一过程。但对一个个体来说，在社会中都有自己的角色，都有自己关注的“重要”领域。法官、律师、检察官和法学家虽然都属于法律职业，但又有不同的分工。我只想使我们的研究面向并贴近司法实践，而不是代替其他法律人的活动。这种面向只要能对法律人思考法律问题有所启发，那我们的目的就算达到了。在统稿结束后，我对整篇著述进行了反思，认为最大的问题在于没有注意到读者，只注重了学者层面的思索。这也许是法学著述的共同弊端。我们往往只注意尽情地阐发自己的理论学思，而没有考虑读者的接受情绪。生硬的法学文字已经使很多人产生了厌恶，我们没有办法像畅销书那样赢得广阔的市场。这可能是法学研究者目前还没有办法解决的问题。因为我们对法律方法的理论探索还远没有完成，许多原理与具体案件的结合点，我们还没有找到。好在我们已注意到了这一问题，相信能够在不久的将来加以解决。

该书的具体分工如下：

- 陈金钊 导论、第二章、第三章（一）
- 焦宝乾 第一章、第五章
- 吴丙新 第七章
- 桑本谦 第十一章
- 孙光宁 第四章（二、三、四）、第八章
- 侯学勇 第九章
- 张传新 第十章
- 张利春 第六章
- 张志文 第三章（二、三）
- 尹传波 第四章（一）
- 东广明 第四章（五）

作者简介

陈金钊，男，1963年生，山东莘县人，法学博士，山东大学威海分校副校长、山东大学关键岗位教授，山东省法理学专业泰山学者梯队骨干成员，法理学专业法律方法论方向博士生导师。先后在《法学研究》、《中国法学》、《法律科学》等杂志上发表文章150余篇，在中国政法大学出版社、法律出版社等出版专著、教材10余部。曾获中国十大青年法学家提名奖、山东省优秀教师、全国师德先进个人、山东省十大中青年法学家等称号。现任山东大学法律方法论研究所所长、山东省“法律方法论”重点人文社会科学研究基地主任、兼任中国儒学与法律文化研究会副会长、中国法理学研究会理事等。

焦宝乾，男，1976年生，河南郑州人，法学博士，山东大学威海分校法学院副教授，吉林大学法学博士后流动站研究人员。研究方向为法律方法论。主要研究成果为：独著专著1部（《法律论证导论》，山东人民出版社2006年版）、合著专著1部、译作1部、参编教材1部。另外在《法学研究》、《比较法研究》、《法商研究》、《法制与社会发展》、《北大法律评论》等刊物上发表学术论文20余篇。

桑本谦，男，1971年生，山东济南人，法学博士，山东大学威海分校法学院副教授。代表作为专著《私人之间的监控与惩罚——一个经济学的进路》，另在《法学研究》、《法律科学》、《现代法学》、《法学》、《法制与社会发展》等刊物发表论文20余篇，2006年《法律解释的困境》获山东省社会科学优秀论著三等奖。

吴丙新，男，1972年生，河南镇平人，法学博士，山东大学威海分校法学院副教授，研究方向为刑法基础理论、法律方法论。主要研究成果：合著《法律解释学》1部，参编教材2部。在《法制与社会发展》、《国家检察官学院学报》等刊物发表学术论文20余篇，其中4篇被人大复印资料全文转载，2篇被《高等学校文科学报文摘》论点摘编。“关于罪刑法定的再思考”一文获2004年山东省社会科学优秀成果三等奖。

张利春，男，1978年生，山东沂源人，山东大学法学博士研究生。现任山东大学威海分校法学院助教，日本东京大学大学院法学政治学研究科客座研究

2 作者简介

员。研究方向为民法解释学。主要研究成果为：在《法制与社会发展》、《苏州大学学报》、《山东警察学院学报》等刊物发表专业论文数篇。

侯学勇，男，1977年生，山东冠县人，山东大学法学院博士研究生，山东政法学院教师。研究方向法理学、法学方法论。主要研究成果为：在《法律方法》、《河南省政法管理干部学院学报》、《山东警察学院学报》等刊物发表学术论文数篇，参与编写人民出版社2005年出版的“社会科学与您同行”丛书法学卷《权利之学》。

张传新，男，1969年生，河南濮阳人，南开大学哲学院博士研究生，山东大学威海分校副教授。研究方向为法律逻辑学、法学方法论。编著6部，学术论文20余篇。

孙光宁，男，1981年生，山东枣庄人，山东大学威海分校法学院2004级法理学硕士研究生，研究方向为法律方法论。先后在《政法论丛》、《河南政法干部管理学院学报》、《法律方法》等杂志上发表文章数篇。

东广明，1981年生，男，山东济南人，山东大学威海分校法学院2004级法理学研究生，研究方向为法律方法论。

尹传波，男，1980年生，山东沂南人，法学硕士，山东大学威海分校助教。

张志文，男，1980年生，山东临清人，法学硕士，山东交通学院助教。

目 录

1	导论：法治与法律方法论
1	一、法律方法论的意义
13	二、法治与法律智慧
16	三、法律研习的智慧之窗
22	第一章 法律方法纵论
22	一、“法律方法”用语辨析
26	二、“法律方法”的概念
35	三、法律方法的性质与特征
44	第二章 法律思维
44	一、法律思维的逻辑基础
56	二、法律思维与日常思维
65	三、法律思维模式
85	第三章 法律渊源与法律发现
85	一、司法视角的法源理论
97	二、法律发现方法
104	三、法律发现的过程
111	第四章 法律解释方法
111	一、文义解释方法
141	二、目的解释方法
155	三、体系解释方法
165	四、历史解释方法
182	五、社会学解释方法

191	第五章 法律论证方法
191	一、法律论证：作为一种法律方法
192	二、法律论证的形式
200	三、法律论证形式的理性重构 (rational reconstruction)
205	四、法律论证的结构：内部证立与外部证立的区分
213	五、三段论推理在法律论证中的运用
233	第六章 裁判中的利益衡量
234	一、利益衡量方法的知识背景
242	二、利益衡量方法的必要性证明
248	三、利益衡量方法的运用
261	第七章 法律漏洞补充方法
261	一、法律漏洞的语境分析
271	二、法律漏洞的成因分析
275	三、法律漏洞的种类
277	四、法律漏洞之填补
287	第八章 法律拟制方法
287	一、法律拟制方法纵论
298	二、法律拟制对司法的意义
303	三、法律拟制方法的个例分析
310	第九章 法律分析方法——以法律关系为例
311	一、法律关系的根源及其重要性
315	二、法律关系的一般理论
323	三、法律关系的逻辑模型
335	四、个案演示——根据法律关系原理的分析
341	第十章 法律推理与逻辑分析方法
341	一、法律推理的含义和特点
346	二、法律推理的逻辑基础
349	三、法律推理理论的历史考察

358	四、法律推理的过程
370	五、法律推理的目标
375	第十一章 对法律方法论的反思——以法律论证为例
375	一、法律论证从何而来？
378	二、案件争议中的法律论证
381	三、交流可以消除道德分歧吗？
386	四、“理性辩论规则”可以检验司法程序吗？
391	五、不是共识，又是什么？
396	六、问题还出在哪里？

导论：法治与法律方法论

一、法律方法论的意义

在中国法学界，关于法律方法论的研究刚刚起步，法律方法论自身的“合法性”问题还没有解决，却又遇到了“内外交困”的情景。从外部环境来看，西方法学界正在对传统的形式主义的法律方法论进行围攻。许多学者提出不存在独立的法律方法命题，认为所谓法律方法并没有什么特别之处，只不过是般的方法在法律场景中的应用，如逻辑的方法、经济学的方法或伦理学的方法等。即使是法律思维，许多学者也都认为那不过是日常思维在司法中的应用。甚至有学者还认为，法律方法对法治没有起到正面的作用反而走到了法治的反面，成了破坏和瓦解法治的方法。从内部环境看，在中国的法学界，甚至在中国的律学传统中，法律方法论一直不受重视，很少有著述专门研究法律方法论。在大学的法科教育中，知识和原理的传授构成了法学的主干内容，而司法伦理学、法律方法论这样一些职业必修课至今在绝大多数法学院中还没有一席之地。法律方法论在我国主流法学中倍受冷落。尽管这几年在许多学者中萌动了法律方法论意识（如部分大学开设了法律方法论课程，法律思想网中也有了法律方法论的栏目，有一些学者开始研究法律方法论的课题），并且很多学者相信，规则（包括程序）、理念和方法是法治实现不可或缺的因素。但从总体上看，法律方法论仍然处在学界的边缘，甚至连法官及其法院系统的研究机构也没有正视法律方法论的应有地位。法官们研究的课题多围绕完善立法展开，而所谓培训工作大多是对新法规的宣传。

（一）法律方法论的积极意义（功能）

德国法学家伯恩·魏德士在其所著的《法理学》第20章中叙说了法学方法论的功能，主要内容包括：

1. 法律约束力作为宪法要求，使得法律方法论有利于权力的分立。宪法将法律应用归结到国家组织的基本原则中，宣布一切活动都要受到法律的约束。在基本法的效力领域，都有法律原则明示：法律应用的方法不能由解释者任意选择。法官等法律人只能是根据已公布的法律阐释规范的意义及事实的法律意义。

这样立法者就成了一般规范的创立者，而法官等法律人就成了法律的应用者，立法与司法有了明显的分工。但也有相反的观点，有学者就认为，“司法披着‘解释’的外衣，篡夺了立法的功能”。^{〔1〕}任何解释都程度不同地带有“任意”或恣意，因而在很大程度上也是在立法，起码可以称之为准立法活动。现实主义法学或后现代法学的理论都带有这种倾向。德国法学家拉伦茨指出：“如果大家追随这种见解，并且认为对价值判断本身不能作合理论证，那么法学可以有助于推导出‘正确’裁判的希望可以说是完全破碎了。……法官受法律约束，根本无法实现，所谓法律支配，只是一种幻想。”^{〔2〕}法律方法论的重点是司法方法论，重点要解决法律规则向判决的转换过程。而要研究司法问题，首先得弄清楚司法与立法的界限，明确立法与司法的不同分工。立法向社会输入一般的法律规范，而司法则为当下的案件寻找规范。立法者与司法者的权力明显分开，针对个案的规范不单纯由一般规范的涵盖来完成。但是，司法者的“立法”权实际上是针对个案的“立法”，不属于向社会输入法律规则式的立法，法律方法论在这里只是为立法与司法权的详细划分提供了帮助。这一结论在大陆法系表现得尤为典型。另外我们还可以根据立法与司法活动的特点来进一步区分司法与立法权力的界限。比如在法律解释的问题上，立法机关和司法机关都享有该项权力，对二者的区分可以就权力行使的主动性与被动性以及解释对象的一般性和个别性上来区分。还有法律方法的多样性也在一定程度上可以防止法官的专权。当法官能用一种方法解释清楚法律的含义时，他还可以用其他方法进行辅助证明。但实际情况往往是，用一种方法难以叙说清楚具体案件中的法律意义，这时法官就必须运用其他方法继续他的解释，“除非有严重的法律不法之情形，其不得动辄基于法理念修改实证法”。^{〔3〕}

2. 法律方法论加强了法官的自我监督与法的安全性。按法治的原则要求，司法者对于同样情况应同样对待，而要做到这一点就需要运用法律方法进行评析。为检验法官是否在事实上对同样情况也做出了相同的裁判，方法论要求法官在判决前提与推论之间建立一种可检验的推导关系。所以，法官必须尽可能准确地表达出他对法律规定的解释以及对事实的法律意义的认定。现在我们看到各种形式的司法改革措施，都是在制度体制方面做文章，而这些都属于外在于主体的因素。这些因素在一定程度上确实也起了有限的作用，但是，由于没有深入到法律的深层思维，所以只能起到制度所能起的作用。法律方法论对权力任意行使的

〔1〕〔德〕魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第292页。

〔2〕〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第3页。

〔3〕〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第10页。

限制，主要发生在法律思维过程。它要求法官在说服别人之前，首先得说服自己。而这种说服不是凭感觉，而是靠方法支撑的理性。法官行为一旦受方法论制约，判决的理性成分就会增加，法律自身的安全性也会得到提升。

3. 法律方法论还有利于对法院裁决进行批评性研究。对某一个案件，观察者站在不同的角度用不同的方法，会有不同的结论，但是，任何看法并不能完全从感觉得出，都需要更一般或更高规则的支撑。法律方法论正好提供了观察问题、解决问题的各种方法。正是在各种方法的竞争中，“正确”的结论才能涌出。所以法官公开判决理由和论证的义务能够检验被使用前提与从中得出的结论是否令人信服，而判决理由的做出是一系列法律方法的综合应用的结果。法律方法论具有总结法律经验、解释司法过程和对法律判决进行反思批判的功能。美国法学家庞德认为，经验与理性构成了完整的法理学。经验与理性亦是人类知识的两种途径。法律方法是法律人生的经验总结，是建立在概括技巧基础上的经验智慧，但这种智慧被总结出来并不是仅停留在理论层面，它同时又以“前见”的角色去重新阐释、解读司法过程。同时，这种理论化的经验又可能成为一种标准，去评判司法实践。掌握法律方法的法律家的思维是一种批判性思维。

4. 对法律工作者而言，对方法的忠诚起着自我监督的作用。当法律适用的“精神和目标”毫无约束地横行时，方法发挥着报警器的作用，反之，如果赋予法律适用自身以单独的“精神”，那么则意味着踏上了非理性的道路。也许只有具体的法律适用者的精神在起作用。如果法律适用者不打算用其自身的法政策愿望与目标来代替立法地位的话，那么，方法上的自我约束是有益的。由于法律方法论的应用，因而法官则没有被捆在制定法规或判例法规则上，他可以较为自由地选择方法。但是，法官也不能任意地应用法律方法，每一种法律方法都有其应用的大致条件，法官对法律的忠诚包括对法律方法谨慎使用。对法律方法，法官也不能自由取舍。如同法官必须忠实地执行宪法和法律一样，法官不能“像一个立法者那样可以自由地运用他认为最佳的社会命题，或者基于道德和政治的信念自由地确立他认为的最佳准则。相反，法官有义务只使用那些满足一定标准的社会命题，有义务只确立那些由于适用审判的制度性原则而产生的规则”。^{〔1〕}这种对法律与法律方法的忠诚是法律人的职业道德的内容，因而对法律人的行为起着自我监督的作用。

5. 法律方法论对“法的内在道德属性”而言是不可缺少的前提。该概念来自美国法学家富勒，他借助这一概念强调了法的规则特征以及规则的重要性。但是，如果没有法律方法论，这种价值就得不到实现。在分析具体问题时，魏德士

〔1〕〔美〕艾森伯格：《普通法的本质》，张曙光等译，法律出版社2004年版，第3页。

认为,德国历史在1933年以后,“倘若(当时)及时地研究法律方法论,可能非常有帮助,倘若注重了方法问题,那么参与其中的法学家可能就不会对民族社会主义中整个法律秩序通过解释而发生的嬗变那么狂热了。如果(当时)对他们的行为进行方法上的分析,就能使他们明白,‘民族法律更新’只不过是將新的世界观添加到现行的法律秩序中的做法”。^[1]法治需要法律方法。法治理论要求法官尽力根据法律回答所有的问题,尽可能用法律思维去填堵实证法的种种漏洞,去消除各种冲突的法律,去说明各种规范的模糊界限,去协调一般规范的共性与具体案件的个性之间的紧张关系。而法律方法论能在这些方面为法律人提供理论上的帮助。郑永流说:“法律似可归结为法律者的饭碗之一。”“没有方法论的自觉训练,的确也可凭借职权断案,但常断不明案,当事人每每不服。这固然有时是判断者的价值观出了问题,如徇私枉法,如因循守旧,却也大量表现为技艺不行。法学是一门充满实践理性的学科,魅力主要不在于坐而论道,构建价值,因为其他学科也共担这种使命,而在于通过规范把价值作用于事实,做出外有约束力,内有说服力的制断技艺。”^[2]

无论是制定法还是判例法,其发展趋势是:随着社会关系越来越复杂,社会就拥有越来越多的规则,人们似乎想从复杂的法网规范中获得法律的确定性,并最终收获法治,但“英国《防止欺诈法》的历史表明,详尽具体的法律只是激发了律师和法官的解释技巧”。^[3]这种技巧同时也是一把双刃剑,即一方面可能促进法治的实现,另一方面则可能会使有些人更容易地曲解法律。法律方法论的责任之一就是促进技巧朝着有利于法治实现的方向发展。由于法律方法论主要由法律家或法学家所掌握,而这些方法论的应用具有一种法的建构性功能,因而在司法过程中,法官的行为由于得到了方法论的支撑而具有内在的力量。由于方法论与法律规范间的理论关系得到阐述、确认和接受,因而运用方法进行裁判越来越成为法律的优势之所在。这在一定程度上促成了法官判决的权威性——一种来自慎思明辨的活动,娴熟的技艺,系统的方法运用的权威。法律家的技能构成了法官等法律人解释作品的结构性和基础性的要素。法律家基于法律方法和技巧对法律进行创造性地应用。虽然我们并不能排除法律方法论可能服务于特殊的目的,但我们应该看到,法律方法论是一种实践智慧,从其立场的出发点来看,它要尊重职业共同体的价值追求和遵循基本逻辑。它的功能不是任意地解释法律,

[1] [德] 魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第289页。

[2] [英] 恩迪科特:“论法治的不可能性”,陈林林等译,载《比较法研究》2004年第3期。

[3] 郑永流:“译后小记:让规范舞动起来”,载[德] 恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第284~285页。

而是合理地、自由地对法律进行合逻辑地发展和改进，是在法律分化过程中整合法律的意义，是在人与社会、人与自然的和谐关系中完善法。那种打着法律方法论的旗帜，任意曲解法律的做法，已经背离了法律方法论——维护法治的宗旨。

法律方法论打破了司法过程的条文主义的绝对性，为法治实现提供了多元方法，因而也是在一定程度上为法律实现提供了多条途径。考夫曼指出：“如果人们把方法论所称的方法单纯描述为，为了认识客体（不需要是客体）的一种合乎计划、理性的程序，那么，在法学方法论上，我们就因为‘合乎计划’意指‘符合体系’这个特征而陷入困难之中。”^{〔1〕}时至今日，很多法律家已经看到，制定法不完备已经不是一种缺陷。不需要解释就能应用的制定法是不存在的。法律方法论就是要解决法律规范与事实之间的天然裂缝，在复杂案件中，法官不可能只服从制定法。即使在简单案件中，法官判案也应该给出法条外的更多理由，而法律方法论正好能在这方面提供帮助。

（二）对法律方法论意义的另一种思考

“社会科学方法论的转向发生在科学主义思潮勃兴之时，至 19 世纪上半叶，自然科学、社会科学、法学形成三足鼎立之势，但法学这一足偏于贫弱；并且前两者的方法论有趋于合流之势，日益形成对法学的压倒性优势。”^{〔2〕}“至 19 世纪 30 年代，法学虽然赢得了科学之名，但其代价是丧失了作为元科学的某些独立风格，法学开始依傍自然科学蹒跚行进。”^{〔3〕}但是，自上世纪 60 年代以来，哲学解释学形成流派，其主旨是要消解科学主义强调的主客之分，强调人文社会科学主要是一种理解的活动。因而，奠基于科学主义的法律方法论受到解释哲学的冲击，许多解释哲学家认为，方法并不是获得真理的途径，在某种意义上还很可能遮蔽人们去发现新的真理。因而，从哲学解释学兴盛（乃至更早的现实法学兴起）时起，包括法律方法在内的方法论受到质疑与批判。例如，德国法学家考夫曼说：“法学方法的不具合理性，如同其实际运作一样，情形不胜枚举”。^{〔4〕}他认为不存在合理的法学方法。在法律实务中，法律方法论的应用有许多不良的记录。首先在法律解释方法中，对各种解释方法没有优位确立，法官在选择解释方法时完全靠个人喜好。其次，虽然法律论证强调了判断的合理性，但论证各方并不能论证出都能接受的结果，对判决结论人们无法从最终意义上核明

〔1〕〔德〕考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，五南图书出版公司 2002 年版，第 55 页。

〔2〕李可等：《法学方法论》，贵州人民出版社 2003 年版，第 155 页。

〔3〕李可等：《法学方法论》，贵州人民出版社 2003 年版，第 157 页。

〔4〕〔德〕考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，五南图书出版公司 2002 年版，第 60 页。

它的正确性。许多经过论证的结论只有微弱的说服力。法律方法论的坚持者没有考虑到各种不同方法所解释和论证出来的结果的相互矛盾性。因此,“法学方法并非完全合理性的,根本是件很清楚的事。”^{〔1〕}对于这种反法律方法论的倾向我们的态度是:认真对待但不盲从。

1. 法律方法论并不能保证法治必然地实现。在反思了德国二战前后的历史以及那一阶段的法律方法论研究后,魏德士总结说:“大多数关于法理学和方法论的文献都在很大程度上表现出非历史性、非政治性,对1919年、1933年、1945年、1989年之后宪法更迭的方法论争逐渐消失,尤其是教科书中,‘法律科学的方法论’这个称谓掩盖了这门学科的实践意义以及它与历史政治关系,它常常导致恶性循环法的诞生。”^{〔2〕}魏德士认为,应当抛弃那种试图非历史地、表面上非政治地对法律方法进行阐述、传授和实践的做法。无历史的法理学是危险的,非历史的法律适用是一种幻想。同样非政治的法律适用也是一种幻想。对历史经验的研究要求德国法律工作者对某些方法的思维模式保持特殊的、批判的警惕性,因为这些方法思维模式已被证明是用来使法迎合当时权力者的任何改革愿望的、惟命是从的工具。魏德士设想,在极权制度(如纳粹德国)对整个法律秩序的转义解释时,法律方法能否成为一个有效的栅栏,以阻止通过解释使法律秩序产生嬗变?他的结论是否定的。因为在很大程度上,社会变迁带动法律意义的改变。他认为:“方法意识可以使人们认识到法官对法律进行转义解释的风险。但是,法律方法不是一个安全的栅栏,作为实现预先规定的实质性价值标准的形式理论,它自己并不具有将形式上有效颁布的法律规定区分为‘正义’(可适用)和‘非正义’(不可适用)的标准。对此,由法哲学、文化传统和宗教而不是由法律方法论建立的超越法律的实质标准是必要的。”^{〔3〕}因为,法律方法论的核心理论中,没有实质性的正义标准,因此,对法律运用者来说,就不可能成为阻止专断与任意的有效栅栏。法律方法作为工具可能在缓和法律规定的不法性,但不能阻止它。从这个角度看,法律方法论的主要作用是在司法领域。法官尤其是大陆法系的法官,在多数情况下只能在个案中衡平或协调规则与价值的紧张关系。这表明,法律方法具有法律实践的意义,方法论的运用程度决定着法律应用的质量。但我们看到,法律方法论具有价值中立性。它可以成为填充解释者所倾向的价值的有效工具。因而,“倘若将法理学简化为方法问题,那么法理学就是犹如一个领航员,尽管他拥有极好的测量计算仪器,但却找不到可靠的坐标

〔1〕〔德〕考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,五南图书出版公司2002年版,第67页。

〔2〕〔德〕魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第219页。

〔3〕〔德〕魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第420页。

(无线信号发射点、灯塔和星星)来确定其立足点和目标。法学和法律实践在哪里,并且怎样发现监督其发展的法律内容与标准的可靠点,这个问题是无法避免的。这个固着点就是法律秩序的基本价值及其效力基础”^{〔1〕}。因而在研究与应用过程中,基本价值不可放弃。任何法理学不研究法的价值基础,就等于失去了自身的对象。对法律价值问题的研究,本身就带有法律方法论的意义,但这只是一种方法,它不能代替我们对其他法律方法的研究。

2. 法律方法很可能背离法治宗旨。对法律方法论的不恰当运用很可能会背离法治的目的而出现异化。这种提法首先是看到了法律方法的价值中立性或者说是工具性,因而担心法律一旦被一些居心叵测的法律人所掌握,其结果是:法律方法不仅不能维护法治,反而成了瓦解法治的因素。韩德强认为,所谓法律方法论异化,“是指在司法实践活动中,司法主体基于对司法资源进行交易的目的或其他非法目的,运用法律方法,规避法律,利用法律漏洞,或因错用、误用、借用法律方法,改变或消减司法实践活动的程序公正或结果公正,致使法律方法丧失其所具有的特有属性或积极性作用的行为或现象”^{〔2〕}。法律方法的异化主要表现为:①法律思维的异化,其实质是司法主体的个人价值立场及见解与案件判决结果之间的关联关系发生变异。在实际的司法过程中,“是思维主导法律而不是法律控制思维,是主体思维的价值取向决定法律思维的性质而不是法律自身的客观属性决定法律思维的性质”。②法律方法因应用对象的立场变异而产生的异化。法律方法论设计者的初衷是想通过大体一致的法律方法来规范法律人的思维,但由于法律方法多种多样,这就进一步强化了对法律含义的不同解释,因而也就为律师、法官等把司法权作为资源进行交易提供了方便。如果说不掌握法律方法时偏袒一方,法官心里还有些茫然的话,那么一旦得到法律方法的支持,这种交易或者司法腐败就变得有恃无恐了。③法律操作技巧可能服务于异化的目的。美国法官万斯庭曾讲:“通过解释什么是先例,什么是附论,什么是判决理由,法官可以使法律朝着一个方向发展,也可以朝着另一个方向发展。”^{〔3〕}不同的操作技巧会产生不同的判决理由,而不同的判决理由有时会出现截然相反的判决结果。不同法律技巧的运用很可能会葬送法律方法的规范性品格。

3. 法律方法论的异化会产生许多恶果。韩德强认为,大体上有这几个方面恶果:①上诉、申诉、累诉、缠诉案件增多;②法律工具主义泛滥,法治信念丧

〔1〕 [德] 魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第422页。

〔2〕 韩德强等:“法律方法论的异化及其危害”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第4卷,第21~44页。本自然段未注明引文均见该论文。

〔3〕 宋冰主编:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第329页。