

法学方法与 法学方法论

FAXUE FANGFA YU FAXUE FANGFA LUN

刘瑞复/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013027381

D90-03

16

法学方法与 法学方法论

FAXUE FANGFA YU FAXUE FANGFA LUN

刘瑞复/著



法律出版社



北航

C1635232

D90-03

16

图书在版编目(CIP)数据

法学方法与法学方法论 / 刘瑞复著. —北京:法律出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4438 - 5

I. ①法… II. ①刘… III. ①法学—方法论 IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 000762 号

法学方法与法学方法论
刘瑞复 著

编辑统筹 法律应用出版社
责任编辑 何海刚
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 30
字数 500 千
版本 2013 年 3 月第 1 版
印次 2013 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4438 - 5

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

在法的领域,人们对方法和方法论越来越感兴趣。这不是偶然的。正确的法学方法和法学方法论、科学的法学理论,是法的发展合乎规律的结果,也是法学理论新发展的需要。看来,法学方法—法学方法论—法学理论这个逻辑主线,是谁人都摆脱不掉的。人人学习法学方法和法学方法论,人人研究法学方法和法学方法论,法学界即将迎来这样一种生动活泼的学术局面。

本书的写作动机来自下面的情况。开始时,我在讲授合同法、企业法和公司法以及经济法理论中,特别是在经济法基础理论的研究中,都面临一个关键问题,就是法学理论的武装问题,感到自己现成的法学理论不能有效地提供研究当代国民经济运行法律调整问题的理论支撑。由此,便试图体系化地寻找并描述一种有别于现成理论的理论,而解决这一难题,法学方法和方法论自然被提到首位。这就引出了我对法学方法和方法论的研究。我于1981年提出法学方法论的认识论原则,引进了包括技术经济分析方法在内的几个新方法;1984年发表在《哲学研究》上的那篇文章,是研究法学与经济学结合问题的,提出了法学学科的方法论武装问题,“编者按”做出本文其实难副的评价,并呼吁开展“学科对话”;1993年,召开北大数学系、经济系和法律系部分师生“学科对话”会,与会者认为法学引进数学方法、经济学方法是可行的;1994年在香港召开的一次国际学术会议上,提出建立“数量法学”学科,并对其概念、学科的研究对象和范围、分支学科的构成等做了初步说明,而后关于法学方法和方法论关系的思想基本定型;到2010年,法的一般科学方法、基本法学方法和新法学方法的范围和内容,总算确定下来了。本书应当是对法学方法和方法论问题研究的初步总结。其主导思想,以我的《关于法学理论的理论问题》和《关于法学方法的方法论问题》这两篇论文为指引。

本书是由理论材料、法律材料和实践材料构成的。其中有两类材料需要说明:一是引用了自己发表过的法学理论材料及法学方法和方法论材料,这些属于自己研究成果的材料,写作本书时仍不想改变它们;二是引用了法学和其他学科的一般材料,这些材料属于通说性材料,是本书立论的铺垫材料。这两

类材料未加注解,只在正文论述中做了材料来源的说明。

一般理论是学科形成的标志,每一学科一定要形成自己的一般理论。一般理论是学科的基础理论和基本知识,是基本的学科范围框架。这样,追求法学方法论自身的理论化和体系化,从而形成一门法学新学科,便是自然而然的事情了。本书关于法学理论和法学方法与法学方法论问题研究的系统化梳理,不过是探索这两种理论体系相融合的一种尝试。应当说,这里的融合体系的表达,仅仅是对其一般理论问题研究的初步概括。我们知道,任何学科若形成一般理论,都需要经历长期的扬弃过程,需要无数人的共同努力。

批评和反批评是学术理论发展的不竭动力。率直地说,没有相互批评就没有学术理论发展本身。况且,以我的学识完成上述研究无疑是困难的,因而必须欢迎批评或批判。在耐心寻找学术诤友中,我想起了马克思。在黑格尔哲学被奉为“国家哲学”受到统治当局和学术庸人们的热捧之时,马克思坚决地批判了黑格尔哲学,批判他“头足倒置”的唯心主义本性;而当黑格尔成为“一条死狗”任人唾骂之时,马克思却站出来声称自己是“黑格尔的学生”,肯定黑格尔的巨大学术功绩。决绝的自信力和伟大人格,这就是马克思。我同一位法学家说过:人们的成长背景和经历不同,立场、观点不可能完全一致,但在学术领域,不做学术诤友,也不必成为敌人。这个想法,我想学界同仁会赞同的。

2012年“6月30日早晨八点半,旭日临窗”,我写完了本书的最后一段文字。这本书是微不足道的,但我们的法学世界是青春世界,它或许展现了一条洒满阳光的学术之路。

刘瑞复

2012年7月1日

识于北大蓝旗营寓所

内 容 简 介

本书在法学方法和法学方法论研究中,以中国特色社会主义理论为指导,坚持社会主义法治理念,从我国实际情况出发,借鉴包括西方国家在内的优秀法制文明成果,使之保证正确的政治方向和应有的学术水准。

本书努力实现法学方法和方法论理论体系与法学理论体系的统一。其每个理论体系的内容和架构,均为作者多年研究的成果,而这两个理论体系的融合,能够体现作为一般理论的法学方法和方法论的体系化。本书论证的学科一般理论,具备了“三基四性”(基础知识、基本理论和基本技能;科学性、资料性、公认性、适用性)要求。

本书共8部分,约35万字。内容包括导论——法学方法与法学方法论的关系;法律观与法律辩证法、法律辩证法的表现形式和实现方式;法的一般科学方法、基本法学方法、新法学方法、科际方法的法学统合;结论——法学方法论的变革。上述结构,以法学方法——法学方法论——法学理论为论证的中心线索,在具体内容上逻辑地展开。

本书可为科研工作的参考,也可作为高校政法院系《法学方法论》课程的教学用书。

目 录

导论——法学方法与法学方法论的关系

1. 关于法学方法与法学方法论的界定 2
2. 关于法学方法的对象规定性 8
3. 关于法学方法论的指导地位 18

第1章 法律观与法律辩证法

1. 法律观的方法论表达 25
 - 1-1 法律观的基本问题 25
 - 1-1-1 法学以法律观反映外部世界 25
 - 1-1-2 基本问题的两个方面 27
 - 1-2 法学方法论是法律辩证法 30
 - 1-2-1 表现法最普遍辩证关系的法律辩证法 30
 - 1-2-2 作为方法论的法律辩证法 35
2. 法律辩证法的组成部分 37
 - 2-1 法律辩证法的普遍联系观 37
 - 2-1-1 法的全面联系 38
 - 2-1-2 法的本质联系 40
 - 2-1-3 法的继承性联系 41
 - 2-2 法律辩证法的矛盾观 42
 - 2-2-1 法的矛盾的特定性 42
 - 2-2-2 法的倾向性 44
 - 2-3 法律辩证法的发展观 45
 - 2-3-1 不断发展的法 45

2-3-2 法发展的客观规律性	49
2-3-3 法发展的历史进步性	51
2-4 法律辩证法的实践观	57
2-4-1 法的认识总过程	58
2-4-2 法学理论检验标准问题	61
2-4-3 法学方法选择与认识论、实践论的非对应关系	64

第2章 法律辩证法的表现形式和实现方式

1. 法的普遍联系性	69
1-1 法与意识形态的联系	69
1-1-1 法学是一种意识形态	69
1-1-2 法构成中的法意识	72
1-2 法与国家的联系	74
1-2-1 阶级统治和依法治国	74
1-2-2 “半国家”下的法	76
1-2-3 “全民国家”和“全民法”	77
1-2-4 所谓“福利国家”及其立法	79
1-3 法与社会的联系	80
1-3-1 “市民社会”或曰“公民社会”的法	80
1-3-2 “契约社会”的法	82
1-3-3 所谓“社会权力”	87
1-3-4 法上的“社会公平正义”问题	88
1-4 法与其他社会规范的联系	92
1-4-1 法与国家政策	92
1-4-2 法与道德规范	93
1-4-3 法与宗教教义	100
1-4-4 法与社会组织规章	101
2. 法的矛盾性	102
2-1 法的调整性与社会决定性的矛盾	102
2-1-1 “调整作用”同“反作用”的联系和区别	102
2-1-2 矛盾源于两种盲目性	104

2-2 法的利用机制同社会规律作用的矛盾	106
2-2-1 法利用社会规律的特点	107
2-2-2 法利用社会规律的方式和机制	108
2-3 法的意志同社会主体意志的矛盾	110
2-3-1 社会主体意志的二重性	110
2-3-2 法同特殊意志的矛盾	113
2-4 法律秩序稳定性同社会秩序变动性的矛盾	114
2-4-1 法律秩序是一种矛盾状态	114
2-4-2 两种矛盾情况和两种解决办法	116
3. 法的发展性	118
3-1 法从低级向高级的发展	118
3-1-1 约束性规则转化而成法	119
3-1-2 从法现象到法的完备形态	121
3-1-3 新的法现象、“法群”	122
3-1-4 法的类型化	125
3-2 法发展的状态	129
3-2-1 法的废改立	129
3-2-2 法发展的合理状态	133
4. 法的实践性	135
4-1 立法的实践后果	135
4-1-1 立法的社会后果	135
4-1-2 授权立法、委托立法的实践得失	138
4-2 执法权的行使	141
4-2-1 执法主体的适格性	141
4-2-2 委托办理社会事务	142
4-2-3 正确行使执法权	143
4-3 司法和仲裁活动	144
4-3-1 司法和仲裁的实践功能	144
4-3-2 司法和仲裁活动的合法性、适法性	145
4-4 守法是“自己对自己适用法律”的实践	147
4-4-1 “自己对自己适用法律”	147

4-4-2 守法的实践意识 148

第3章 法的一般科学方法

1. 法的具体—抽象—具体方法	153
1-1 法是实在的具体	153
1-1-1 法的“实在”不是“设定存在”.....	153
1-1-2 法具体的基本特征.....	154
1-2 从法的具体上升到抽象	155
1-2-1 抽象是对法具体的改造制作.....	155
1-2-2 法学范畴体系的形成.....	159
1-2-3 法学固有范畴的确当性.....	162
1-3 从抽象上升到法的理论形态的具体	167
1-3-1 抽去了作为“实在”的具体.....	168
1-3-2 思维再现法的具体表现形式.....	169
2. 法的逻辑方法	175
2-1 法学下定义	175
2-1-1 下定义方法的重要性.....	176
2-1-2 法定定义和学理定义.....	177
2-1-3 下定义的规则.....	178
2-2 法学思想的逻辑联系	181
2-2-1 构成真的判断.....	181
2-2-2 法的推理.....	182
2-2-3 法的逻辑结构与板块结构.....	184
2-3 所谓“法律教义学”	186
2-3-1 依法办事与“以圣经为依据”.....	186
2-3-2 批判法律也要遵守逻辑规则.....	187
3. 法的归纳演绎方法和综合分析方法	190
3-1 归纳和演绎是同一思维过程	190
3-1-1 归纳法和演绎法的基本形式.....	191
3-1-2 对两个关系的认识.....	192

3-2 分析和综合的结合	193
3-2-1 局部性分析和整体性综合	194
3-2-2 综合和分析方法与混合主义、解构主义	198
第4章 基本法学方法	
1. 法注释方法	203
1-1 法注释方法的由来和发展	203
1-1-1 “以礼入法”下的法注释	203
1-1-2 法注释的早期文本	206
1-1-3 西方国家的法注释	213
1-1-4 “泛解释化”思潮的形成	214
1-2 法律注释与哲学解释、语义学诠释	216
1-2-1 从文本出发的三种思维进路	216
1-2-2 “解释学”、“诠释学”对法学理论的影响	219
1-2-3 “法律解释学”、“法律诠释学”的学科性问题	222
1-3 法注释的一般方法	224
1-3-1 名词术语的定义化和含义一致性	225
1-3-2 条款关系解析	229
1-3-3 对“意义”的理解	235
1-4 法注释的效力	239
1-4-1 具有法律效力的法律解释体系	239
1-4-2 学理解释和任意解释无法律上的效力	241
2. 法实证方法	242
2-1 作为方法的法实证	242
2-1-1 从“实证科学”到法实证方法	243
2-1-2 法实证的内容和特点	244
2-1-3 实证调研是法实证方法的中心环节	246
2-2 法实证方法的采用	248
2-2-1 法实证的程序、方式和方法	249
2-2-2 立法实证调研方法	252
2-2-3 案件实证调研方法	254

2-3 “预先方案”的可靠性问题	254
2-3-1 “预先方案”是主观过程	255
2-3-2 “假设—验证”模式	256
2-4 法实证主义方法论的危机	257
2-4-1 法注释主义修正形式的危机	257
2-4-2 危机解决之法	260
3. 法比较方法	261
3-1 法比较方法与比较法学	261
3-1-1 是方法还是学科	261
3-1-2 法比较的核心是法比较方法	263
3-1-3 法比较的要素	266
3-2 法的可比较性	268
3-2-1 法相容关系的比较	269
3-2-2 法不相容关系的比较	271
3-3 法比较的内容	272
3-3-1 法意识之比较	272
3-3-2 法体系之比较	275
3-3-3 法关系之比较	279
3-4 对法比较研究的再认识	288
3-4-1 比较方法应用存在的问题	288
3-4-2 对中西法比较结果的反思	289

第5章 新法学方法

1. 法的横断学科方法	295
1-1 法的系统论方法	295
1-1-1 法的整体性分析	296
1-1-2 法的结构、功能和行为的整合	297
1-1-3 法的外部适应性	300
1-1-4 系统论与法律辩证法	304
1-2 法的控制论方法	307
1-2-1 法律系统的稳定状态分析	307
1-2-2 法律系统的动态关联分析	308

1-2-3	法律系统的协调机制分析	312
1-2-4	建立“法律控制论”学科的可行性和难度	314
1-3	法的信息论方法	316
1-3-1	法的信息分析	317
1-3-2	法的信息流程	321
1-3-3	法的社会后果的信息反馈	322
1-3-4	信息立法和信息论方法的应用	326
2	法的定量分析方法	328
2-1	法的定性分析基础上的定量分析	328
2-1-1	定性分析与定量分析的结合	328
2-1-2	科学事实、临界判据与法律规范	330
2-1-3	站在数学方法入口处的法学	332
2-2	法的相关分析	336
2-2-1	相关分析是法的定量分析的基础	336
2-2-2	法的相关分析工具	338
2-3	法的弹性分析	339
2-3-1	法的弹性问题	339
2-3-2	弹性分析的立法直接应用	342
2-3-3	弹性分析的立法间接应用	342
2-4	法的风险分析	344
2-4-1	“法律风险”概念的提出	344
2-4-2	法律风险立法决策方法	345
2-4-3	法律风险理论的应用	346
2-5	数量法学中的数学方法	348
2-5-1	数量法学的学科特征	348
2-5-2	数量法学与芝加哥学派、哥伦比亚学派理论的区别	351
2-5-3	法学理论体系与数学方法体系的有机结合	352
2-6	数学方法的工具性	354
2-6-1	工具性是数学方法的根本特征	355
2-6-2	法学不能数学化	357

3. 法的经济分析方法	360
3-1 “科斯定理”的分析方法	360
3-1-1 “科斯定理”的假设性质	361
3-1-2 “科斯定理”研究者的进一步假设	362
3-1-3 “科斯定理”的基本分析方法	367
3-2 波斯纳的分析方法	369
3-2-1 波斯纳的三个假设	369
3-2-2 波斯纳的基本分析方法	375
3-3 当代条件与法的经济分析方法	378
3-3-1 对“法律经济分析”方法的初步评价	378
3-3-2 法与经济相互关系的科学分析	384

第6章 科际方法的法学统合

1. 经济学价值方法的法学统合	390
1-1 把“使用价值”转变为法学上的“价值”	390
1-1-1 西方主流经济学对价值概念的错误理解	390
1-1-2 围绕“内在实质”和“内在尺度”焦点的转变	392
1-2 法的价值分析	393
1-2-1 违法行为与法的价值的等同性分析	393
1-2-2 法的价值限定分析	394
1-2-3 价值分析方法的法学意义	396
2. 语言学结构方法的法学统合	398
2-1 把结构主义改造为法的结构分析方法	398
2-1-1 结构主义方法论的基本特点	398
2-1-2 法的结构分析方法的视野	402
2-2 法的结构分析方法	404
2-2-1 法的结构构成分析	404
2-2-2 法的结构变动分析	409
3. 史学方法的法学统合	420
3-1 把史料整理转换为法学的法史论证	420
3-1-1 法的历史分析方法并不是“历史方法”	420

3-1-2 考据方法的转换	422
3-1-3 “口述历史”方法的转换	427
3-2 历史与逻辑相统一的法学论证方法	428
3-2-1 对“历史与逻辑相统一”的理解	429
3-2-2 法历史的逻辑的论证问题	433

结论——法学方法论的变革

1. 关于法学研究范式的转变	442
2. 关于法学理论创新	454
3. 关于科学的法学方法论的确立	458

导论——法学方法与法学 方法论的关系

法学理论的发展水平,最明显地表现在法学方法和方法论的成熟程度上。任何新的法学方法,只要它不仅仅是现有方法量的扩大或换一种说法,都会促进法学理论的进一步发展。在我国,法学是一门发展中学科,在法学通向科学的道路上,正确解决方法和方法论问题,对法学理论的深化和理论体系的形成,具有关键意义。进一步说,它将引发传统立法向着充分反映时代条件的立法的变革。

1. 关于法学方法与法学方法论的界定

法的领域的任何认识活动和实践活动,都存在方法与方法论的关系问题,但人们对其相互关系性质的认识并不一致。为摆脱将法学方法视同法学方法论,或将法学方法论变为法学“工具主义”的误区,有必要探讨两者的界定问题。

方法,是主体认识活动和实践活动的手段、方式、步骤和程序。

我们可以从以下三方面认识方法的自身规定性:一是方法具有工具性特征。方法是达到主体的某种目的的工具。工具和目的是紧密联系在一起的,如航天的工具是宇宙飞船、空天飞机,这样的工具是为了航天目的而使用的。如果没有航天目的,那么作为工具的宇宙飞船、空天飞机便毫无意义。从主体的思维上说,逻辑也是方法,逻辑是认知客体的工具。正确的认识离不开逻辑。亚里士多德认为逻辑学不是理论知识,不是实际知识,只是知识的工具。这也是从主体的思维意义上说的。逻辑混乱,思维工具出了问题,理论研究工作是不可能搞好的。二是方法适合对象的规定性。方法是主观过程,是主体通过主观上的方法与对象客体发生联系,离开了对象客体的规定性,方法便失去了自身意义。如杀鸡的方法是用刀,用什么样的刀,要适合于鸡的规定性,“杀鸡焉用宰牛刀”讲的正是这个道理。列宁在《哲学笔记》里讲,方法“是从它的对象自身中取得规定的东西,因为这个方法本身就是对象的内在原则和灵魂。”^①由此而论,方法是不能硬加到对象上去的,作为主观过程的方法同客观对象的要求应当一致。三是方法属于认识论范畴,也属于实践论范畴。认识活动和实践活动的统一性,认识论和实践论的统一性,决定了认识方法与实践方法不可能孤立存在。如 $1 + 1 = 2$,既是理论方法,也是实践方法,统称数学方法。实践中,1头牛加1头牛等于2头牛,不能说成“牛加法方法”,1件衣服加1件衣服等于2件衣服,不能说成“衣服加法方法”,可见不能把数学

^① 列宁:《哲学笔记》,中共中央马克思、恩格斯、列宁、斯大林著作编译局译,人民出版社1974年版,第237页。