



21世纪法学系列教材

法学基础理论系列

法律方法论

陈金钊 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D90-03
20132

阅 览



21世纪法学系列教材

法学基础理论系列

法律方法论

主 编 陈金钊

撰稿人 (以撰写章节为序)

陈金钊	焦宝乾	李 辉	于晓青
魏胜强	武 飞	孙光宁	王国龙
张传新	吴丙新	杨建军	李 鑫
侯学勇	王瑞君	张其山	



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律方法论/陈金钊主编. —北京:北京大学出版社,2013.3

(21世纪法学系列教材)

ISBN 978-7-301-22102-0

I. ①法… II. ①陈… III. ①法律-方法论-高等学校-教材

IV. ①D90-03

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第026668号

书 名: 法律方法论

著作责任者: 陈金钊 主编

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978-7-301-22102-0/D·3268

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 20.75印张 395千字

2013年3月第1版 2013年3月第1次印刷

定 价: 37.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

从研究现状看,我国学界对法律方法论的论述,基本以引介评价西方的理论为主。最近虽然已经萌生了自主、自觉的方法论意识,把法律方法论研究的中国化提上了议事日程,但是引介、融贯西方理论的研究还会持续一段时间。在我国的法律方法论研究刚刚起步的时候,由中国学者编写此类课程的教材还比较困难,而直接援用西方的教材又不切合中国人的思维特点,也不符合中国法治建设的实际。作为某一学科的教材,应该把学界较为成熟的观点介绍给学生,把一些有争论的观点留到课堂上讲解。但目前,关于法律方法论,什么是成熟的观点还很难确定,这不仅因为法律方法需要更长时间的探索,而且还需要司法实践和法治逻辑的双重检验。然而,中国的法治建设、司法实践需要法律方法,卓越法律人才的培养离不开法律方法论。法学教育的培养目标需要我们把法律方法论作为独立的课程认真进行开发研究。法律方法论是一个以培养法律思维能力、把握法律技术为目的,带有某种程度艺术成分的综合学科,是我国目前的法理学所不能代替的课程,除非法理学教材也以法律方法为主要内容,以训练和提升法律思维水平为基本目标。就目前来看,法理学的学科范围过于宽泛,负载了太多的政治、道德、社会责任,而且我国的法理学者大多缺乏规范法学或教义法学的训练,缺乏对法律方法论的自觉意识,所以法理学的教学不能代替法律方法论的训练。

教材不是经典,而是一个供教师和学生进一步探讨的文本。对学生一定要讲清楚这一点,千万不要以为教材里说的都是对的。教材只是法律思维训练的文本部分,既不能代替教师的讲解,也不能代替学生的思考。这不仅是因为教材的编写要给教师留下讲课的空间,而且也要给学生留下进一步充实、想象和批判的空间。讲课过程中的再创造,对教师授课提出了更高的要求。编一本针对中国学生和教师的《法律方法论》教材实际上无前例可循。当然,这也不意味着我们所编的这本教材完全是创造。在本教材中,我们只是提出了法律思维是法学教育的主要目标,只是本着法治需要法律方法,司法需要法律技能,法学教育需要法律方法的训练而编写。由于受篇幅所限,该教材还只是以叙述理论为主,案例的说明只有靠授课教师们自己添加。另外,法律方法论作为一门独立的课程开设才刚刚起步,教材的编写也没有更多的经验积累,缺点和错误在所难免绝不

是套话,欢迎使用者提出具体意见,以便再版时修正。

该教材的编写由陈金钊担任主编,负责统稿。

参编人员基本情况和具体撰写分工如下(按编写章节排序):

陈金钊 山东大学威海法学院教授,博士,博士生导师,负责撰写导论、第一章一、二节、第二章一至二节。

焦宝乾 山东大学威海法学院教授,博士,博士生导师,负责撰写第一章第三节、第二章第四节、第六章第一、二节。

李 辉 北京理工大学法学院讲师,博士,负责撰写第二章第三节。

于晓青 浙江工业大学法学院副教授,博士,负责撰写第三章。

魏胜强 郑州大学法学院教授,博士,硕士生导师,负责撰写第四章第一、三节。

武 飞 山东大学威海法学院副教授,博士,负责撰写第四章第二节。

孙光宁 山东大学威海法学院讲师,博士,负责撰写第五章、第九章第二节。

王国龙 西北政法大学刑事法律学院副教授,博士,硕士生导师,负责撰写第六章第三节。

张传新 山东大学威海法学院教授、博士,硕士生导师,负责撰写第七章。

吴丙新 山东大学威海法学院教授,博士,硕士生导师,负责撰写第八章第一节。

杨建军 西北政法大学教授,博士,硕士生导师,负责撰写第八章第二节。

李 鑫 青岛科技大学法学院讲师,博士,负责撰写第八章第三节。

侯学勇 山东政法学院副教授,博士,负责撰写第九章第一节。

王瑞君 山东大学威海法学院教授,博士,硕士生导师,负责撰写第九章第三节。

张其山 山东大学威海法学院副教授,博士,硕士生导师,负责撰写第九章第四节。

目 录

导论 法律方法论的意义	1
第一章 法律思维是法律方法论的核心	8
第一节 法律思维的概念	8
第二节 法律方法与法律思维的关系	17
第三节 当代法律思维新取向	19
第二章 法律方法与法律方法论	27
第一节 法律方法的概念	27
第二节 法律方法论的研究对象	37
第三节 运用法律方法的立场	43
第四节 法律方法论的历史发展	56
第三章 法律发现	68
第一节 法律发现的概念和特征	68
第二节 当代法律渊源的分类	75
第三节 法律发现的逻辑	86
第四章 法律解释	97
第一节 法律解释的概念	98
第二节 法律解释的原则	109
第三节 法律解释方法	128
第五章 法律论证	139
第一节 法律论证的概念	139
第二节 法律论证的基本方法	145
第三节 内部证成与外部证成	165
第六章 利益衡量	178
第一节 利益衡量的概念	178
第二节 利益衡量的理论	185
第三节 利益衡量方法的应用	190

第七章 法律推理	200
第一节 法律推理及其过程	200
第二节 法律推理的理论形态	211
第三节 形式推理与实质推理	217
第四节 法律推理的基本模式	222
第八章 法律要素的应用方法	238
第一节 法律概念及其应用	238
第二节 法律规范的适用	249
第三节 法律原则的理解与应用	260
第九章 法律分析方法	269
第一节 法律关系分析法	269
第二节 请求权基础分析法	284
第三节 犯罪构成分析法	291
第四节 证明责任分配法	303

导论 法律方法论的意义

提升法律思维水平是法学教育的目标之一,而高水平法律思维的标志之一就是掌握相当数量的法律方法,是各种各样的法律方法支撑着法律思维方式的存在。“法学院的目的是改变人,通过在法学院的经历使人们变成另一种样子……使他们对自己有一种全新的作为法律专业人士的概念,忠于法律职业的价值观,取得一种费解而神秘的被称为‘法律人思维方式’的推理方法。”^①通过大量研习法律方法,法科学学生的法律思维水平就会得到提升。目前,教育部正在进行卓越法律人才培养方案的实施,要建立法律人才培养国家标准、改革法律人才培养模式、建设法学师资队伍、建设法学教育实践平台。其中,改革法律人才培养模式就需要强化法律思维与法律方法的训练,只有这样才能培养出卓越法律人才。法学或法律是一门实践技艺,其中法律方法论包含了法律人集体的经验和智慧,是在经验基础上的理性表现形式。通过法律方法论的学习,能够使我们比较快地掌握法律论断和推理方法,把模糊的法律说清楚,把不确定的法律变得确定,使一般的法律变成具体的判决,既维护法治又智慧地解决社会的纠纷,化解社会矛盾,实现社会公平正义。法律方法论是提升人们理性思维能力和用法律解决问题之能力的必要训练。

一、法律方法论体系与教材框架

法律方法论既是一种关注司法实践的理论,又是十分关心法律人思维水平提升的学术。法学甚或法理学的实用品格在法律方法论中得到了充分的体现。随着我国法治逐步走向细腻,社会对法律方法论的需求会逐步增大。早期以灌输知识为主的法学教育,应该转向更加理性和有智慧的技能训练。法律方法论作为一种实践智慧和逻辑理性,在法学教育中应该占据重要的位置。近些年,虽然国内学者在法律方法论研究方面取得了很大成就,但至今还没有编出一部能够适用于我国法学本科教学的教材。这是因为到目前为止,我们对法律方法论体系还没有进行系统深入的研究。即使在国外,关于法律方法论体系的建构似乎也是众说纷纭。我们的研究发现了大量的法律方法,如,“客观目的探究、法律修正与正当违背;类比、法律补充、反向推论;法律论证、法律诠释等方法相继

^① [美]博西格诺等:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社2002年版,第416页。

被列入方法清单”^①。从感知到的材料看,逻辑一致的法律方法体系有:(1) 建立在法律推理基础上的方法论体系,主要围绕着形式推理和实质推理展开体系性的论述;(2) 建立在法律解释方法基础上的法律方法体系,主要包括文义解释、体系解释、目的解释、社会学解释等方法;(3) 围绕着法律发现而展开的法律方法论体系。本书主要是围绕着法律渊源而展开法律方法论体系建构。其实,无论是哪一种法律方法论体系,其中都包含了法律解释、法律发现、法律论证、法律推理、利益衡量等方法。

“谁都知道方法的重要,但不是谁都认为方法论有什么重要的。教方法还能教,但教方法论谁都不知道该怎么教。教方法的书不少,教某个领域某种方法的具体步骤,相当不错,也很重要。但只是知识和技能之间,还没有到抽象点的能力,更谈不上鉴赏力。而现有的讨论方法论的书,其中虽有可称道者,但更有难以卒读的。”^②各种具体的法律运作方法,实际上各个部门法学多少都会涉及,但是较为系统的法律方法论教材在我国大陆还是凤毛麟角。因而本书的编写也是一种尝试。本书的编写以培养法律思维为基本目标,叙述了维护法治的基本立场,以法律发现方法为逻辑起点,以法律推理为终点,粗略构建了包括法律发现、法律解释、法律论证、利益衡量、法律推理等为主要方法的法律方法论体系。这个体系是一个开放与交叉的,以司法三段论为主要架构的法律方法论体系。只不过我们所说的三段论是一种前提开放的、可修正、可废止的三段论。在司法过程中法律效力具有一定程度的可废止性和可修正性,这就意味着法官针对个案的裁判不是依据现成法律,而是把法律作为修辞,根据具体的情景,权衡各方面要求而临事议定的。所有的法律方法的运用都是为建构法律推理大前提做准备的活动,而证据学等都是为法律推理的小前提做准备的活动。因而,所谓法律方法就是建构、确定法律推理大前提的思维形式。

法治的实现需要三段论式的法律推理。我们设想法律思维的基本属性是根据法律的思考,也即任何一个法律判断都应该是根据法律得出的。这就意味着,要想赋予事实以法律意义,首先就应该寻找法律根据——即法律发现或者法律检索。针对个案的法律发现,很可能会发现明确的、模糊的、多义的、单义的、矛盾的法律规定,甚至还有法律空白。这就需要法律解释、法律论证、利益衡量、法律推理等法律方法来确定个案的法律意义。在本书中,法律推理有两种含义:(1) 在法律解释、法律发现等方法的运用中都需要法律推理,这时候的法律推理是根据法律规定的推理,在各种法律方法中都有推理的身影。这种意义上的法律推理的前提是现成法律规范。(2) 由于法治要求所有的判断都应该是以法律

^① 郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2008年版,第21页。

^② 朱晓农:《方法:语言学的灵魂》,北京大学出版社2008年版,第322页。

作为依据的,但对于个案来说,作为裁判的理由不是现成的,而是根据法律构建的,在构建过程中,立法者所创建的法律是可修正可废止的,这就意味着包括法律推理在内的各种各样的法律方法都是为法治命题——法律推理的前提做准备的活动。所有的根据案件事实和各种法律渊源所建构的裁判理由——是某一个案件司法推理前提,法律裁判最终是根据这个裁判理由作出的。这是法律推理的第二种含义,即根据构建的法律进行法律推理。整个法治都应该是建立在这两种推理基础上的,在宏观思维模式上,案件结论都应是法律推理的结果。所以,很多学者把法治的过程也称为法律推理的过程。对一个人的思维过程来说,三段论并不能解决所有的问题,笛卡尔早就发现“在逻辑方面,三段论和大部分其他法则只能用来向别人说明已知的东西,……并不能求知未知的东西”^①。好在,方法论也不止是三段论一种,在逻辑规则基础上人们已经发现很多的方法。逻辑学、修辞学和解释学等方法论中,逻辑构成了这些方法的基础,但逻辑已经成了基础性工具而不是唯一的方法。

本书的编写体例也贯彻了这一思想。在第一部分首先描述了与法治相适应的法律思维方式,认为学习法律方法论的基本目的就是形成和强化法律思维方式。在对法律思维的基本要素有所了解的情况下,对法律方法以及维护法治的基本立场进行了界定;接着就对具体的法律方法如法律发现、法律解释、法律论证、价值衡量、法律推理以及法律分析等方法进行了介绍。严格来说,本书的内容还属于宏观理论性的知识,还没有达到细腻法治对法律技能的要求,只能与现阶段的简陋法治相适应。虽然在一些章节附加了案例分析,但总的来说还属于宏观理论的传授,目的还在于培养法律思维方式,而不是办理案件的具体行动方案。但这些法律方法的基本规则、原理、技术以及经验技巧,是我们从事法律职业所必需的。有了这些内容,便可以在灵活运用的基础上,不断创新,培养出能适用于案件的实践智慧。

二、法律方法论的意义

法律方法产生于法治的需求,没有法治就不需要法律方法。这里所讲的方法是指以理性为特征的,主要运用法律逻辑与修辞、综合各种社会规范和社会情势的思维方法。我们的研究发现,只有这样的方法才是和法治相匹配的。对于那种不管人之死活、不管是否公正、不管社会关系的解决问题方法或技巧,我们不能称之为法律方法。这就意味着,我们所说的法律方法是维护法治的,是在坚持宪法和法律至上的基础上,追求社会公平正义的方法。从理论上讲,法律方法要解决法治所需要的合法性、客观性、合理性和正当性等基本命题。从实践的角度

^① [法]笛卡尔:《谈谈方法》,王太庆译,商务印书馆2009年版,第15页。

度看,法律方法要为法治的实现找到合乎上述要求的途径与方法。法律方法是实现法治的工具。然而我们必须看到,法律方法对法治的维护,不是建立在机械司法的基础上的,而是建立在“活”法的基础上的。这里的“活”法不是指那种植根于社会生活关系的“活”法,而是以各种法律形式为基本建筑材料,构建针对个案的法律——即在各种法律判断的基础上形成司法三段论的大前提。这里所谓“活”就是针对案件建构法律而不是机械地根据法律的推论。在方法论运用过程中,我们会发现“方法改变前提,前提改变结论,结论改变行为”^①。这种改变也可以称之为构建,即把一般的法律构建成针对个案的法律,完成一般法律的具体化任务。在有些人看来,法律前提的构建既然改变了法律,那么立法者所设计的法治目标就难以实现了,但是法律方法的主要使命不是续造法律,而是设法把理想的法治变为现实的法治。

法律方法论是维护法治的理论。司法要敢于拒绝舆论的过分要求,要敢于和权贵斗争,要敢于和邪恶较量,要能够摆脱无理的要求,总之要敢于奉行司法独立之精神,它所依靠的是什么?回答是在制度保障的基础上,还要有方法、有艺术。之所以这么强调是因为法律方法论在方法论前面加了限制词——法律,并且这里的“法律”不完全是指制定法规范,而是经过解释、论证、衡量等方法临事而构建的可靠前提。在这里作为法律推理的前提临事而构建,似乎冲破了法律规范的预先设定,但由于法律方法论充分地考虑了先前法律规范、程序以及法律原则,只是把一般的规范和个案进行了有机的结合,最多是把一般与个别放到了同等重要的位置,把一般的正义和个别正义实施了有机的结合,因而维护了法治的底线——在法律推理大前提的建构中,就对法官的任意与专横进行了限制,所以还是属于法治。只不过法律方法论视角下的法治已经不是机械法治,而是能够兼顾一般法律规范与个案事实特性、在一般正义和个案情景的结合中去实现的法治。在法律方法论中法治的实现不再机械,法治的原则不再是理想,而具有了现实可能性。法律方法论的运用,可以避免一些包揽诉讼的讼棍,根据一部法典把诉讼双方都说成有理,或者都说成有罪的问题。

在中国社会主义法律体系基本建成以后,对法治的促进主要就不是依靠立法,而是要依靠司法过程为法治树立思维的典范。法律人的思维应该成为社会的主流思维方式。这意味着法治时代的思维应该更为讲究理性和逻辑。法律理性在三个领域是关键的:法律的获取、判决的证成、概念和体系的建构。^② 法律方法既实现既有法律,又在个案中续造或者完善法律。“法律方法的发展历程清楚地反映了这种双重性。然而,不管是实现还是续造法律,只是在法律应用之

① 郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2008年版,第22页。

② 参见舒国滢:《法哲学:立法与立场》,北京大学出版社2010年版,第52页。

中法律方法才有所作为。因此,法律方法就是应用法律的方法。”^①现在,很多人对法律的学习存在误区,不少人在谈到法律学习的时候,往往说这是一门需要死记硬背的学科。但实际情况远不是如此,对理解法律的技能和应用法律的技能把握也许才是最重要的。“很悲哀,在法学这个学科中,如果学生对法律知其然而不知其所以然,成功的记忆往往只能导致失败。”^②

法律虽然对权利和权力作出了规定,但是仅仅依靠法律所授予的强力并不足以使人们的决策理性化。为了实现法治,必须在法律思维决策层面加上法律方法和法律思维的过滤。这一方面能够保证决策的合法性、正当性、客观性、合理性等,另一方面也能够限制任意或打着合法旗帜作出非法的举动。郑永流认为,法律方法之所以需要就是因为事实与规范不对称。因为规范是一般性的规定,就出现了规范与事实之间的五种情形:一是事实与规范相适应,不存在扩张与缩小的例外;二是规范与事实相对适应,但存在一定扩张或限缩以及自由裁量的例外;三是规范与事实不能相适应,即虽然有法律规定,但这种规定存在着需要变通的情况,如与法律价值发生冲突、与社会的本质相矛盾,或者事实本身不清楚,等等;四是事实缺乏规范标准,但由于“法律禁止法官在法律上沉默”,法官不能因法律没有明文规定而拒绝审判案件,因而出现法律空缺;五是事实与法律在形式上相适应但实质上不适应。^③其实,法律方法论不仅包括对司法过程借助方法的描述,还包括对待处理事实和法律本身的评价。这就是说法律方法论不仅是描述性的,而且也是评价性的,需要用法律作为修辞进行综合性描述。法律方法论所提供的概念、原理可以帮助法律人比较便捷、准确地描述司法过程,还可以用法律方法评价思维过程,像合法性、合理性和客观性的命题在很大程度上是需要借助方法论来实现和衡量的。“成功的法科学学习取决于下述几种相异而互补技能之同时发展:优秀的语言技能;相关法律领域的知识;高水平的论证识别、构建与评价技能。”^④

三、学习法律方法论的意义

法科学生学习法律方法论有重要意义,“工欲善其事,必先利其器”。法律不是简单的规范体系,法学也不是繁杂的知识系统,法律人一生都会在一个叫做法律思维或法律方法概念的包围下苦苦思索。也许未来的“法盲”是指那些知道法律的规定,但不掌握法律思维和法律方法、不知道如何运用法律的人。法律方法是指实现法治所需要运用的方式、手段或工具。法律方法的运用不仅决定

① 郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2008年版,第21页。

② [英]沙龙·汉森:《法律方法与法律推理》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第1页。

③ 参见郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2008年版,第13—16页。

④ [英]沙龙·汉森:《法律方法与法律推理》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第1页。

着法治的成败,而且还决定着试图成为法律人的职业生涯能否成功。所谓的卓越法律人才必定是对法律方法能够娴熟运用的人。法律方法虽然具有很重要的意义,但也不能将其绝对化。就像一则笑话讲的:一个醉汉在路灯下反复寻找丢失的钱包,仍然找不到,这时候有人问他:你能确定你的钱包丢这里了吗?他说不能确定,但接着说的话对我们理解法律方法的意义有重要启示。他说:这里有路灯啊。孤单单地讲法律方法,只能让人感觉到这是骗人,但纯粹的经验也不可能获得普遍的真理。经验与理性不是对立的,因而在学习法律方法论的时候,必须把理性与经验结合起来。不能从思想到思想,而应该从理性到经验,把一般的法律方法论和活生生的司法实践结合起来。学习法律方法论的目标是形成个体的法律思维方式。尽管方法论是重要的,被视为是法律人和法治事业的指路明灯,但是我们还是必须和具体的场景结合起来才能使其正确和恰当地发挥作用。

法律方法论是综合运用法律的理论,与一般的关于法律的知识与规范比较,它不仅关注法律本身,注重法律教义学阐释,而且还注意从法律外部观察研究法律,因而在一定程度上超越了法律文本,是一种对法律的整体性的解释。通过对法律方法论的学习我们可以获得对法律的立体认识,在获取体系性法律的知识的同时,搞清楚法律思维和运作的过程,全方位眺望法律,提高运用法律的能力。从法学是一门实用学科的角度看,对法律的运用能力的提高比对知识的把握更重要。当然,对法律知识的把握是具有法律运用能力的前提。司法实践所需要的法律远远超过课堂上所学的。法学教授和课本无法预料未来所有的情况,教授所能做的也只是提升学生的理解能力。法律方法论致力于培养学生的敏锐判断力、发现问题和解决问题的能力,以便在出现疑难问题的时候有解决问题的多种思路。法律方法论是法律运用的方法,如果你想在法律问题上成为一个成熟的思想者,那么最好的方式之一就是掌握法律方法。前不久法律方法论还是一个冷门,但最近关于法律方法论的知识、原理、技巧和智慧几乎在法学界遍地开花。

法律方法论的学习是提升法律思维水平的重要步骤。在法律人的各种各样的能力系统中,也许最重要的就是演绎推理的能力了。说它重要是因为演绎推理能力无法天然获得,必须经过后天的训练;法学教育至少是法律方法论训练,其重要任务是培养学生推理、论证以及论辩的能力。建立在逻辑基础上的法律方法论可以增强我们的反思能力。在这里,所谓反思就是运用逻辑的一些基本规则和法律方法论所揭示的一些原理、原则和规范反思我们所得出的法律判断。如果我们只注意学习法律知识、原理和教科书中对法律的解释,“那么,将来很可能是一个只会简单操作法律技术的人,而是不具有自我反思精神的法律学

人”^①。法律人不能满足于在体制内进行法律解释、评述和法律的续造,这样开展工作就会出现一种受限制的工作场域,也会养成僵化、呆板、褊狭、封闭的工作风格。^② 实际上法律是社会关系中的法律,虽然法治要求我们主要运用法律手段解决问题,但法律手段不是孤立地运用法律条文,法律外的很多因素影响着我们对于法律的理解、解释和运用。只是法律外因素进入司法是需要法律方法论作为铺垫的。法律方法论的学习使学生能够达到对法律的正确理解,“使他们能够忆起心里牢记的知识,然后运用规则、论证和语言之间相互关系的清晰理解,满怀信心地应用或者解释这些知识,为那些真实的或假想的问题寻求合理的解决方案”^③。

【思考练习题】

1. 简论学习法律方法论的意义。
2. 如何学好法律方法论?
3. 如何建构法律方法论教材体系?

① [日]星野英一:《民法的另一种学习方法》,冷罗生等译,法律出版社2008年版,第25页。

② 参见舒国滢《法哲学:立法与立场》,北京大学出版社2010年版,第42页。

③ [英]沙龙·汉森:《法律方法与法律推理》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第2页。

第一章 法律思维是法律方法论的核心

英美分析法学认为,法理学的首要任务是研究、阐明甚或评论、修正律师和法官“发现”法律结论的方法(例如法律推理、法律解释等“方法”);其次才是思考实际体现在法律或应该成为我们法概念部分的本体论问题。^①这无疑是说,法理学的主要成分是法律方法论。法律方法论的最高层面或者说核心层面是法律思维方式,但从理论形态上,法律思维方式是一个宏大的概念,各种法律方法支撑一个人的法律思维水平。人们对法律方法掌握得越多,法律思维水平就越高,反之,不掌握法律方法就不可能有高质量的法律思维。这一点意味着法律思维与法律意识是不一样的,法律意识重在对法律的姿态,但法律思维则重在掌握法律知识、法学原理、规范体系等的基础上,理解、解释和应用法律,其中法律方法构成了法律思维的基础,而提升法律思维水平则是法律方法论训练的核心目标。

第一节 法律思维的概念

国外的有些法学著作,在谈到法律思维的时候往往说:法律思维就是像律师那样思考,或者说像法官那样思考。这种说法实际上是在讲:法律思维是一种职业思维——即法律人的思维。法律人的思维有什么特点呢?对此问题似乎也不好统一解说,因为作为主要法律人的律师和法官之间,思维方式还是有很大的区别。法官以公正、公平等作为最佳的形象;而律师除了按法律的要求追求公正外,还要为当事人利益服务。职业道德对法官和律师有不同的要求。以律师思维为例,细心、追求实据、缜密思考是其特质。一般认为律师性格较常人谨慎。“例如,企业经营者往往觉得律师提出咨询意见,‘总是想最坏的情况’,‘老说这不能做那不能做’,这是因为多数律师须以法律为准绳。以律师处理若干非诉讼业务(比如为企业提供法律规划)为例,这样一种从外观上看起来‘消极’的谨慎,其实负担了重要的且必要的‘积极’目的与功能,亦即透过事先缜密的规划,将委托人可能面临的不确定性变为确定,以维护其利益。因此在律师身上,积极性的谨慎与稳健反而是较常出现的性格,甚至可以说,这种谨慎是律师的‘必备

^① See Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 84.

态度’。”^①律师必须提前预知各种法律风险,而法官则恪守司法权的被动性,以端庄、严肃、不偏不倚地忠于法律与正义作为其形象。尽管都是法律思维,但不同的法律职业有不同的特点。

一、法律思维是“根据法律的思维”

关于法律思维,思想家们赋予其多种含义,但从法治的要求来看,法律思维的核心要义在于它是“根据法律的思维”。根据法律进行思维是法律思维的最根本属性,它意味着只要是被称为“法律思维”的思维方式,其思考问题的出发点和得出的结论都是有法律根据的。法律思维属于法眼观世界,赋予世界以法律色彩或意义。法律思维把世界都看成是法律笼罩下的世界,法律人就是运用法律观察、分析、描述以及解决问题等。由法律与思维组合而成的法律思维,标示着法律对思维过程的约束或者思维结论的限定。这种限定,一方面强化了法律对法律人思维的约束,另一方面也使得法律规范在思维中得到运用。法律显著的特征是对行为的规范,然而,这只是表面特征,因为只有人的思维接受法律的约束,才能转变为行为的规范。所以,法律思维是法律活动的核心层次。“一切法律思维活动,既要符合人类思维的一般规律,例如符合推理的一般规则,又要符合法律规则、法律原则和法律的基本精神。”^②根据法律的思考主要强调了法律思维过程中的逻辑因素,即把演绎推理、类比推理的方法运用到思维过程中去。但这并不意味着,在法律思维过程中不讲辩证法,而只是说法律思维的根本属性,或者说其显著特征是根据法律的思考。

法律在思维中的运用,不仅赋予法律以生命,而且也在运用中完善发展法律。法学家们发现,单纯的根据法律的思考可能会出现所谓机械司法的问题,出现法律思维脱离社会关系的情形,于是法律社会学的解释方法、实质推理的方法、价值(利益)衡量的方法大量出现在司法过程中,甚至有极端者否定法律对思维决策者的控制。但不管人们对法律思维赋予多少种含义,法律思维的根本属性还是根据法律进行思考。前后逻辑的一致性、价值观念与法律规范等的融贯性、法律内部的体系性等都包含根据法律思考的成分。我们注意到,法律思维像其他思维形式一样具有时代性,但核心的骨架是按照法治的要求不应该发生变化。发生变化的主要是法律的内涵。这里的法律是指一种泛义法律,即作为法律思维之根据的法律,主要是指法律规范,但不局限于法律规范。除法律规范以外,还包括法律原则、法律概念、法学原理、法律方法、法律价值等。我们必须明确,概念、原则等的运用是有条件限制的,有法律规范的时候,我们就不能直接

① 陈长文、罗智强:《法律人,你为什么不争气?》,法律出版社2007年版,第16页。

② 葛洪义:《法律方法讲义》,中国人民大学出版社2009年版,第15页。

适用法律原则,法律原则是我们理解法律的重要因素,只是在没有法律规范的时候我们才直接根据法律原则进行思维。另外,也不能根据单独的概念生成规范,等等。因而,这里的法律大体上与法源的概念接近。当然,这样界定法律思维之根据的法律确实有些泛化了。但是它扩大了合法性的范围,克服了单一法律所造成的法律难以适应社会的情形。我们必须明确,制定法规范是法律的主要渊源,其他法律渊源的运用必须经过论证,只有这样才能保障最低意义上的法治——限制任意的目标得以实现。

二、法律思维方式类型

对法律思维方式的类型可以进行多角度考察。本书描述了三种最基本的思维类型:涵摄思维、类型思维和反省思维,强调了形式逻辑规则在法律思维中的基础地位。而对于新近兴起的论证、论辩等强调一般与个别具有同等重要性的思维方式没有罗列其中。中国的法治处于起步阶段,首要的任务是树立法律的权威,需要在法律思维方式中强化以形式逻辑为基本方法的思维方式。

(一) 涵摄思维模式

涵摄思维是建立在三段论的基础之上,主要运用演绎推理方式进行思维的模式。在根据法律进行思维的总前提下,将法律的一般性规定运用于所欲调整的具体情况。在对事实的解释过程中,依据法律规则或合同的约定作为大前提进行直接的推理。在传统的涵摄模式中,假定法律隐含了调整事实所需共性条件,法律人的任务就是从个案事实中抽象出共性,然后将其涵盖在法律的共性之下进行推理,就可得出法律结论。涵摄思维的经典模式就是形式逻辑中的三段论运用。这种思维方式在维护法治方面起了很重要的作用,但由于对其运用的僵化,近百年来受到了学界的无情攻击。其中最主要的理由有:(1)从逻辑上看,法律——主要是制定法,作为推理的大前提在与事实遭遇的时候,会出现模糊性、不确定性、不周延性;(2)从法律与社会的关系上看,稳定性的法律不能适应不断变化的社会现实,即法律的进步赶不上社会的变化的步伐;(3)从语言学的角度看,法律语言的概括性虽然很高,但所能概括出来的规范与原则,面对丰富多彩的事实,常常捉襟见肘,只能涵摄进部分内容,而无法与活生生的案件对接。因而,以三段论为主要思维形式的涵摄思维,一直被各种各样的法学理论所批判。

涵摄思维虽然有这样那样的缺陷,但它仍然是法律思维最基本的形式。我们的研究者在批判和反思三段论的时候,过度地夸大了疑难案件的数量,过度地贬抑了三段论的作用。当然,早期的有些法学家对三段论的过度褒扬也是存在问题的。实际上三段论像其他任何方法一样也只能解决典型的案件,不可能解决所有的问题。我们主张法律思维的主线仍然是根据法律的思维,也是莫过于