



法律方法文丛
Legal Method Library

中国法律方法论研究报告

Report of Chinese Research on Legal Methodology

陈金钊 焦宝乾 / 等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律方法文丛
Legal Method Library

中国法律方法论研究报告

Report of Chinese Research on Legal Methodology

陈金钊 焦宝乾 著
孙光宁 姜福东 侯学勇



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国法律方法论研究报告/陈金钊,焦宝乾等著. —北京:北京大学出版社,2012.3

(法律方法文丛)

ISBN 978-7-301-20176-3

I. ①中… II. ①陈… ②焦… III. ①法律-方法论-研究报告-中国 IV. ①D920.0-03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 019622 号

书 名: 中国法律方法论研究报告

著作责任者: 陈金钊 焦宝乾 等著

责任编辑: 刘 雪

标准书号: ISBN 978-7-301-20176-3/D·3053

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> 电子邮箱: 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: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 21.5 印张 363 千字

2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 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 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

**教育部人文社会科学重点研究基地
“吉林大学理论法学研究中心”重大项目
“法律方法理论研究”阶段性成果
项目编号 10JJD820008**

作者简介

陈金钊:1963年生,山东莘县人,山东大学教授,法学博士,博士生导师,主要研究方向为法律解释学,在《法学研究》、《中国法学》等杂志上发表文章一百余篇,在中国政法大学出版社等出版专著《法律方法论研究》、《司法方法与和谐社会的建构》、《法律解释学》、《法律方法论》、《法治与法律方法》等多部;系中国法理学研究会常务理事、中国儒学与法律文化研究会副会长、山东省法学会常务理事、法律方法论研究会会长;山东省人文社会科学重点研究基地“山东大学法律方法论研究中心”主任,山东大学威海分校副校长。

焦宝乾:1976年生,河南郑州人,法学博士、博士后,山东大学威海分校法学院教授,博士生导师。研究方向为法律方法论。主要研究成果为:独著《法律论证:思维与方法》、《法律论证导论》,合作专著《法律解释学》、《法律方法论》等多部,译作1部,参编教材4部。另在《法学研究》、《比较法研究》、《法商研究》、《法制与社会发展》等刊物上发表学术论文四十余篇。主持国家社科基金项目、教育部人文社科项目、司法部项目、山东省社科项目若干。

侯学勇:1977年生,山东冠县人,法学博士,山东政法学院副教授,法律方法研究所所长,研究方向:法理学、法学方法论。曾在《法制与社会发展》、《华东政法大学学报》、《法学论坛》、《东南学术》、《浙江社会科学》等刊物发表论文二十余篇,独立出版专著《法律论证的融贯性研究》。

姜福东:1972年生,山东即墨人,法学博士,青岛科技大学政法学院副教授,主要研究方向为法律方法论。近年来在《法商研究》、《法制与社会发展》、《环球法律评论》、《法制日报》等刊物上发表文章近三十篇。出版独著《法律解释的范式批判》,合著2部、参编教材1部,主持山东省软科学项目1项,参加国家社科基金项目等多项。

孙光宁:1981年生,山东枣庄人,法学博士,山东大学威海分校讲师,主要研究方向为法律方法论,已经在《青海社会科学》、《政法论丛》、《天府新论》、《理论视野》、《兰州学刊》、《长白学刊》等核心刊物发表论文三十余篇,曾参加山东省社科项目、教育部项目以及国家社科基金项目等,合著《法律方法论》、《法律解释学》和《法理学》等。

目 录

导论 漫话自主性法学与法律方法论研究 /001

- 一、虚其心,纳天下之学术 /003
- 二、潜其心,观法治之兴衰 /006
- 三、平其心,论法律之价值 /008
- 四、定其心,应社会之变化 /009
- 五、尽其心,兴方法之学问 /010

第一章 法治实现之路

——中国法律方法论研究综述(2002—2005) /013

- 一、法律方法论与法学方法论 /015
- 二、法律解释之研究 /022
- 三、法律论证之研究 /026
- 四、利益衡量与价值衡量之研究 /030
- 五、漏洞补充之研究 /033
- 六、法律推理之研究 /035

第二章 法学中国化与法律方法论研究

——2005 年度中国法律方法论研究报告 /037

- 一、研究资讯与研究特点 /039
- 二、法律方法论的基本理论 /041
- 三、法律论证理论研究的新进展 /045
- 四、非形式逻辑与法律推理观念的更新 /049

- 五、法律解释研究及其本体论转向 /051
- 六、部门法学中法律方法论意识的觉醒与研究进展 /053
- 七、人工智能与法律方法之研究 /057
- 八、简单评价与研究展望 /057

第三章 法治实践对法律方法的需求

——2006 年度中国法律方法论研究报告 /063

- 一、研究资讯 /065
- 二、法律方法论的基本理论 /066
- 三、具体法律方法的研究 /072
- 四、部门法学对法律方法的研究 /082
- 五、法律史方面对法律方法的研究 /088
- 六、总结与展望 /091

第四章 法律方法论学科意识的觉醒

——2007 年度中国法律方法论研究报告 /095

- 一、研究资讯 /098
- 二、法律方法应用的立场及其基础 /100
- 三、研究法律方法的方法 /104
- 四、“具体”法律方法的研究 /108
- 五、中国法律史视角下的法律方法论研究 /111
- 六、部门法学的法律方法研究 /113
- 结语 /120

第五章 回应实践能力的彰显

——2008 年度中国法律方法论研究报告 /123

- 一、学术资讯 /125
- 二、历史与现实相融合的经验(判例)研究 /126
- 三、在法律思维中寻求智慧的方法 /131
- 四、恢复解释的本来面目、在和谐旗帜下衡量法意 /142

五、支撑法律方法“脊梁”的是逻辑 /144

六、部门法方法论 /148

结语 /158

第六章 研究的困惑与执着

——2009 年度中国法律方法论研究报告 /161

一、学术资讯 /164

二、法律思维及法律渊源 /166

三、法律解释及利益衡量 /172

四、法律推理与法律论证 /175

五、语言、修辞、历史与法律方法论的研究 /180

六、部门法方法论研究 /184

结语 /201

第七章 法治迈向方法的时代

——2010 年度中国法律方法论研究报告 /203

一、法学走向法律方法论的时代? /206

二、“能动司法”的是是非非 /209

三、法律渊源与法律适用 /212

四、传统法律方法研究 /217

五、法律修辞方法与法律语言 /221

六、司法实务中的法律方法研究 /223

七、法教义学与法律方法论教育 /226

八、中外法律方法论历史传统的回顾性研究 /229

九、部门法方法论研究 /231

结语 /244

第八章 中国法律方法论研究的理论反思 /245

第1节 中国法律方法论研究内容的变迁

——以三对概念的对比为线索 /247

第2节 法律是封闭的还是开放的？

——我国法律方法论研究理念上的反思 /262

第九章 《法律方法》十卷回顾与展望 /277

一、《法律方法》各卷的研究主题 /279

二、《法律方法》各卷的作者构成 /281

三、《法律方法》各卷的主要研究方法 /283

四、《法律方法》今后的发展展望 /287

结语 /289

第十章 “玛珈山法律方法论坛”百期回顾 /291

一、论坛发展的三个阶段回顾 /293

二、百期论坛所取得的成绩 /294

三、百期论坛所积淀的经验 /298

四、百期论坛存在的不足及展望 /300

附录 中国法律方法论研究：人物与作品等信息 /313

后记 /331

导 论



漫话自主性法学与法律方法论研究*

* 本文根据第100期玛伽山法律方法论坛上的讲话整理而成。本次论坛在荣成市人民法院王殿彬院长和李雪莲副院长支持下召开,特此致谢。

随着中国经济的腾飞,中国人的民族自豪感和文化主体意识得到了强化。在世界范围内,现在关于政治、经济以及社会发展的“中国模式”的问题已经被世界各国的学者热议。^①虽然人们对其具体内容是什么并不十分清楚,但却开启了中国人思考文化与学术的独立发展的自觉意识,包括法学在内,人们都在考虑具有自主知识产权理论体系。这个理论体系不是要指导政治、经济和文化等方面的进步,而是要解释中国近百年来步履蹒跚的发展与进步。已经有法学家们在思考,在21世纪,是不是会进入一个“中国法的时代”呢?中国法时代需要价值的转换和方法的创新。我们进而要提出的问题是:立法视角的法学会不会向司法视角的研究转换呢?中国法学一直是一个由立法需求所主导的时代,从形式上也可以把这个时代叫做法律的移植时代或者西方法律向中国传输的时代。这个时代会不会随着中国经济的强盛而终结呢?自主性的中国法学会不会引领一个中国化的法律方法论的时代呢?法律方法论的兴盛是中国法治的开端,我们该怎样建构呢?这既是中国法律学人的胸怀,也是能否成功的立场。我们该怎么办?

一、虚其心,纳天下之学术

在一百多年的发展中,中国的法律从形式到内容已经逐步西化了。虽然我们在每一个阶段都能听到一些学者以不同方式表达的哀鸣,但很多固有的传统已逐步被抛弃,西化成了一百多年来思想和法律发展的主流倾向。这也许是我们虚心过度而导致的结果,也许是经常被动挨打而产生的不自信心理。我们确实需要虚心向西方学习,也包括向东方其他国家学习,但是,虚心不能与自卑等同,学习与照搬也是有区别的。虚心是必须的,但是应体现在学习基础上建构新的符合中国实际情况的理论体系,而不是体现在揣摩或研究西方人的原意上。西方的思想与理论是建构我国理论体系的素材。这也许是我们这个时代倡导创新的价值之所在。这种创新也许不倡导也多少会出现一些,因为在社会发展问题上完全的模仿是不可能的。但对社会的整体发展问题,我们不能跟着感觉走,必须首先进行理论的创新,

^① 在《畅谈中国模式 激辩发展方向》标题下,北京大学中国经济研究中心姚洋认为,中国模式如果从经验的角度看包括四个要素:一是社会平等;二是贤能体制;三是制度有效性先于制度纯洁性;四是中性政府。载《社会科学报》2010年4月1日,第3版。

为决策者提供更多的理论参考,而不是指明唯一的道路或模式。这也就意味着,不仅研究者要虚心接受天下之学术,而且实践者也需吸纳各种学术观点。

有学者仍然认为,我们的制度和行为仍然是传统中国的继续,甚至现代制度的运行也难以逃脱传统的支配。我们现在的制度既不是西方理性的制度,也不是传统的制度,但是在制度的骨子里以及运行仍然是传统的模式,至少是有传统思维的重大影响。也有人认为,传统的形式最终被否定,基本已经成为趋势。然而,最近三十多年经济的迅速发展,似乎挽救了中国的威权传统。人们发现泰国、韩国、包括我国大陆以及台湾地区的经济腾飞基本上都是在威权模式下发展起来的,而一旦进入所谓西方的民主形式,经济都会出现停滞甚至倒退。完全按照西方模式搞民主,结果使已经腾飞的经济受到严重的挫折。但在发展中我们能看到的是:中国传统文化正在逐渐萎缩,西方文化从形式到内容(包括法律在内)逐步在中国蔓延,目前似乎还没有什么东西可以阻挡。尽管文化的演变是缓慢的,但到今天为止,我们基本上完成了(除政治领域以外的)主要法律的西化“目标”。我们已经接受了西方的一些法律原则与规则,其中经济领域中表现最甚,基本上完全是实行与西方一样的规则体系。西方人在早年试图通过武力没有解决的问题,终于在不使用武力的情况下,我们在某种自觉意识支配下主动地接受了。尽管我们在政治上始终保持着对西方法治的警惕,但实际上却在很多方面模仿西方的制度,尤其是美国的一些做法。

对于这种现象,有一种错误的观点认为,现在与清末相比没有质的区别。我认为这是相当不负责任的。很多人为了迎合西方而编造各种各样的悲惨中国,或者为了达到语不惊人死不休的目的而夸大其词。面对这种情况,我们应该思谋,西方思想挟持我们的时代什么时候才能结束?中国人的智慧哪里去了?社会发展需要知识分子说实话,以强化理论的批判功能。但社会的进步不需要未经论证的偏执。我们深深地感觉到,现代法治是西方人控制我们的文化的一个组成部分,我们基本上是被法治的,尽管我们不愿意承认。但由于我们没有自给自足的理论,因而只能跟西方人走。现在,离开西方传来的学术语言,我们基本上无法阐述学术成果。记得有哲学家说,人们所发现的就是其能够发现的,我们所发现的东西实际上是愿意发现的东西。我们认为西方的法治好,我们就会发现大量的法律规则可以适用于我们。但我们发现,法律乃至法治,不光是西方的优秀,就像一句广告词里说的:“不必东奔西走,本地就有好酒。”我们必须转身看一下自己的文

化里面究竟有什么好东西。只要想发现,我们就一定能够发现。这就意味着,我们的研究不仅要重视吸收西方的文明,还要重视中国的传统,而且还要注意研究今天的文化——即那种新近形成的传统。民间、民族、传统的,很可能包含着未来中国法律需要的优秀品质。发现面向的转移,我觉得在一定意义上就是西方法律在中国传播的终结,会产生一个新的不同于法律移植时代的新时代。随着中国的强大,法律应该结束移植的时代,而应该进入自主的良性发展的时代。在这个时代,我们对西方法律已经有了一定的了解。但两千年的旧传统基本被我们的多数学者遗忘,我们所拥有的只是那些包括西方思想和传统在内的新传统。我们不是在追求像美国一样的霸权,但我们要求世界对我们平等对待。但在追求平等的过程中,我们应该虚心接受中外古今的学术思想,并在此基础上建构我们的理论体系。以便在自主理论的支持下,而不是在西方理论和价值观的挟持下谈论我们的诉求。

在理论与实践的关系上,我用一个带有更多修辞色彩的话来说,就叫做“如何定位理论与实践的双重面向”。因为,现在理论与实践的关系如果分解到具体(理论研究者和法律的实践者)的两类人身上,存在着很多的误解——最主要的是一种分裂式认识错位——即理论研究者认为自己就是理论的化身,理论是对实践的提升,理论要指导实践。这是一种理论优越论的倾向。实践者往往也以实践的把握者自居,认为理论都是脱离实践的,理论对实践没有任何意义,即所谓理论主要是解释实践。还有一部分人认为,理论研究与实践没有关系,理论就是理论,实践就是实践,实践与理论没有必然的联系。按照社会分工的观点,这种认识似乎没有什么问题,但是,这种由理论的分化研究以及长期的教育训练所造成的认识的分裂,使我们遗忘了一个最基本的东西:理论也是实践,实践也是理论。理论是在研究实践,是对实践的研究,理论还要影响实践;实践也是制度与理论的实践,离开理论与实践也就无所谓实践,离开实践也就无所谓理论。对于制度你可以说它不是理论,但我们不能忘记的是:完善的制度是理论的设计。所以对理论研究者来说,我们应该有更多的实践情结,而对法律人来说,应该有更多的理论情怀。理论研究者,该如何面向实践问题,过多地讲实践者该如何如何的话,就会有班门弄斧、指手画脚、指点江山的嫌疑。“言过其实是时尚的宠儿。法理学界的作者们也不例外。他们往往或者把法律发现过程的理性因

素,尤其是逻辑推理的效力过分夸大。”^① 我们应该避免这样极端的立场。实际上,理论对实践的作用没有理论家吹嘘得那么大,但也绝不是像有些不懂理论的人说得那么没有作用。

二、潜其心,观法治之兴衰

法学的研究应该以法治的实现为最终目标,尤其是对法律方法与技术的探讨始终不能忘记法治理想。围绕着法治,我们有太多的话题;离开法治,我们的法学研究者便没有职业与精神的家园。中国驶向法治,我们认为是一个必由之路,是中国人自己的选择,是对十年“文化大革命”的拨乱反正。但是,我们必须正视一个问题,在中国进行法治建设还没有进行充分的理论论证,最多只是在中西之间进行了非常简单的类比,是在充满感性和模糊认识的基础上就开始法治建设的。像我国近三十年的经济建设所取得的成绩是“没有设计”的奇迹一样,我们对法治的理想,只是在一种自然的比较中进行的,没有进行系统、充分的理论论证。到目前为止,法治在中国基本上还是一种口号(除了在部分领域得以实施以外)。已经上升到所谓战略位置的法治早已经被我们政治文化和习惯所吞噬。即使在法学界,由于受后现代思想的影响,否定法治的观点远比证成法治的理论系统。近些年的法治建设像经济建设一样,基本上是摸着石头过河,走一步看一步,走两步退一步。因而我们必须说,中国的法学家是不称职的,包括与法治关系密切的政治学,也没有对法治进行有逻辑的、系统的论证。甚至到现在我们都没有意识到:经济领域中的法治,实际上也是西方人为我们设计的“圈套”,通行于世界的法治原则,原本也是他们的地方性规则,但由于几百年来形成的强势话语权,使得我们必须按照他们设计的规则与程序运转。这是一个以经济技术引领的、以强势群体利益最大化为目的的规则体系。中国等发展中国家只能跟着西方走,人民也只能“自愿”地接受更多的剥削。当然,即使我们看清楚了西方人的诡计,也没有办法从根本上改变。因为我们所使用的话语系统以及这个话语系统所支持的价值,离我们经济上的平等利益相差很大。我们现在不受剥削还不行,

① [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2010年版,第十版前言第1页。

所以第三世界国家都在拼命地引进外资。在资本全球化的背景下,这构成了世界发展的大势。

在中国没有自主性文化和系统理论的时候,近期出现较大改观的可能性不大。我们的经济总量虽然搞上去了,但只体现在量的方面,人均财富的差距、幸福指数等方面还存在很多问题,尤其是我国的核心技术还十分落后。当然,以西方为标准的话,我们“落后”还不仅在技术领域,还有其他方面,如果思维不加以改变的话,我们永远也赶不上西方的进步,所以我们应该改变思路。尽管我们没有办法在经济领域不遵守西方人所设定的法治原则,但是,只要我们主张自主性发展,就必须对西方法治保持一定警觉。现在我们防备最严的是西方的政治体制与法治的原则,有关部门甚至会对这些领域的研究加以干涉,这是十分荒唐的。保持警惕是必须的,但拒绝研究则十分不明智,我们必须区分研究与宣传。我们对西方经济领域中的法治原则基本是照单全收的。这当然也不是我们自愿的,西方话语霸权迫使我们不得不为之。对政治领域的拒斥也许是有一些道理,但是对许多问题拒绝研究没有任何道理。这只能证明我们在政治文化以及所坚持理念等方面的不自信。

对比一下法治意识形态我们很快就会发现,西方国家支持法治的是一些保守派,坚持的是保守主义或自由主义,但在我国对法治呼喊最响的是激进主义的改革派。他们要彻底地实行法治,而忽略了法治只能是渐进的、改良的,而不能是革命的。只要我们的改革不断地进行就不可能有不变的法治。所以要建成法治就要研究中国人民的生活方式以及中国人民所希望的生活方式,否则的话我们就会永远处于不停的改革与转型期,法治则永远是一种希望。法治社会是稳定的社会,但不是不发生变化,只不过这种变化是渐变,而不是远离我们生活与要求的一次又一次的质变。就像许章润说的中国的法治应该紧扣中华民族的历史心弦,关注时代的文化命运,把历史与现实、中国与西方有机地结合起来。在这种情怀下,我们要找出中国自身的问题。大的方面的问题,如社会的性质似乎是政治家们的事情,但法学家不能在此把自己封闭起来,应该积极参与解释与研究;而小的方面有很多是法律问题,是法学家应该注意的,我们不能老是拿马伯里、埃默尔说事,我们还真是需要拿许霆、邓玉娇案说理。

三、平其心,论法律之价值

中国模式的崛起可以说是 21 世纪最重要的事件之一。尽管中国模式对发展中国家来说是发展的经验问题,但对西方尤其是美国则更多的是一种价值问题。因为中国模式是对西方价值的挑战和竞争。^① 中国模式对中国人来说也许是唤醒了我们对中国文化的自信心。虽然中国模式还处在变化之中,目前也没有出现严肃的学术研究,但对“中国模式”的命题肯定会引来一系列的论证,这与人文社会科学的理论创新是联系在一起的,包括法学在内都应该进行与此问题相关的研究。这里面既包括比较的研究,也包括中国化问题的研究,内容应该十分丰富。对于西方的法律价值,我们进行了多年的引进、消化和吸收,但目前基本上还是没有与中国固有文化接轨,实际上也很难完全融合。但这并不意味着,在建构中国化的理论体系的时候应该排斥西方法律的价值。对正义、自由和平等的理解,甚至包括对秩序的理解都是不一样的。对法律价值的研究,我们有点太偏重于西方人的原意是什么,唯恐误读了西方人的思想。这从翻译学的角度看是正确的,但从哲学解释学的角度看则是不可能的。

我们应该注意到,法律方法论的研究不是纯技术的研究,对于法律价值与社会事实问题必须给予足够的关注。公平、正义与人权都是我们应该注意到的内容,但是我们不能空洞地谈论法律价值。我们发现,到目前为止我们还没有见到围绕着社会利益而展开的法学研究,更多的是围绕着法律和行业利益而进行的研究。我们必须注意的是我们不能把西方的法学理论或法律方法当成具有普适意义的原理,法律社会学的研究已经揭示,法律或法学都是一种地方性知识,西方法学中并没有解决中国问题的法学与法律方法论,借用许章润的话说中国的法学家应该建立现代文明的法律智慧。在建构这样的智慧中,我们不能排除西方的文明,但这只是借鉴意义上的,我们不能把西方的法律文化直接当成中国人行为的指南,法律方法论的研究应该彰显中国问题与经验。就法治建设来说,我们不可能复制西方的模式,尽管有很多的东西是可以借鉴的,但如果完全以西方为蓝本,我们就搞不成中国的法治。中国文化的包容性决定了,法学中国化肯定不会是固步自封的,

① 郑永年:《中国模式经验与困局》,浙江人民出版社 2010 年版,第 2 页。