

“十一五”国家重点图书出版规划
21世纪法学研究生参考书系列

法律方法讲义

葛洪义◎著

中国人民大学出版社

葛洪义◎著

法律方法讲义

中国人民大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

法律方法讲义/葛洪义著.

北京:中国人民大学出版社,2009

(21世纪法学研究生参考书系列)

ISBN 978-7-300-11461-3

I. 法…

II. 葛…

III. 法学—方法论—研究生—教学参考资料

IV. D90-03

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 211366 号

“十一五”国家重点图书出版规划

21 世纪法学研究生参考书系列

法律方法讲义

葛洪义 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京山润国际印务有限公司

规 格 155mm×235mm 16 开本

版 次 2009 年 12 月第 1 版

印 张 16.75 插页 3

印 次 2009 年 12 月第 1 次印刷

字 数 275 000

定 价 35.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

作者简介

葛洪义，法学博士，现任华南理工大学法学院院长，教授，博士生导师；兼任中国法学会法理学研究会副会长、广东省法理学研究会会长、中国政法大学法学理论专业博士生导师、厦门大学法学理论专业博士生导师、吉林大学理论法学研究中心兼职教授等职。代表性著作有：《探索与对话：法理学导论》、《法律与理性——法的现代性问题解读》、《法与实践理性》；代表性论文有：《法律·权利·权利本位——新时期法学视角的转换及其意义》、《法的普遍性、确定性、合理性辨析》、《法官的权力》等；主要研究领域：法律本体论，法律方法论、地方法制理论等。

导 言

本书的写作，首先是为初学法律者提供一个熟悉法律人特有的、我称之为“法律方法”的知识框架，以便他们能够更好地借助这个知识框架实现掌握和运用相关法律的目的；其次，则是试图对法律人的工作与思维的方式方法，在以往平面式描述的基础上，作一个纵向分析，即将这种方式方法与其得以存在的特定机制联系起来，为高年级法学本科生和法学、法律硕士研究生更深入地思考和研究运用法律解决现实问题所必然涉及的理论层面的知识，提供一种进路。在对法律方法平面式的描述中，通常侧重于分析、罗列各种具体的以法律思维为核心的法律方法，如法律推理、法律解释、法律论证等。而在本书中，则是将这些具体的方法置于一个更为广阔的背景之下来加以分析，从而帮助学习者理解。法律方法的存在和普及，是我们有幸生活于其间的这个大时代的必然要求。

为了帮助读者方便地阅读本书的内容，下面，我首先介绍一下本书中法律方法问题及其形成的背景、范围和叙述框架。

一、法律方法问题及其产生背景

2002年，我随同司法部国家司法考试司的领导，就国家司法考试问题在北方几个城市调研。在入住的某宾馆大院的院墙上看到一则标语：“关系就是生产力，发展才是硬道理。”拉关系、找门路、走后门，一直

被认为是一种庸俗的做法。这则标语自然给我留下深刻印象。后来想想，它说得还是很对的。走后门固然不对，但是去前门也得找到路才行。通过处理各种关系，找到解决问题的正确道路，就属于方法问题。

“方法”(method)一词来自于希腊语 *μεθοδος*，原意是从……到……的途径，意思是沿着一定的道路前进。所以，从字面上看，方法应该是达到目标的路径。故，有学者把“方法”理解为，“在给定的前提下，为达到一个目的而采用的行动、手段或方式”^①；由于方法显然是指意图实现目标者的路径选择问题，对于行为人而言，方法一定是至少被他自己认为是正确或者相对正确的选择，因此，方法的基本含义也可以表述为：在特定条件下，为了达到某个特定目的而采取的正确的途径、步骤或措施。法律方法，也可以说，就是法律人化解矛盾、处理纠纷以及观察、思考和解决各种法律性质的社会问题而采取的法律上认为正确的途径、步骤或措施等。

不少胸怀善意的人，对法律方法持有疑义。他们不希望，更不喜欢存在这样的法律方法，因为他们敏感地意识到，如果存在这样的法律方法，许许多多的人将无法像读小说、看报纸、听故事那样来品味法律，也无法再就法律问题像今天这样可以在互联网上自由自在地发表意见。因为，这是一个被专业人士控制的“专业”问题。专业意味着一种门槛，将不懂专业的人拦在门外；法律人垄断着法律的话语权，意味着一种知识霸权的形成。由这个认识出发，人们很自然地形成了一定的担忧和误解。人们害怕、担心这种垄断的出现，担心大众会被剥夺话语权利，进而丧失维护自己权利的能力。所以，他们更期待一种大众化、娱乐化、通俗化的“司法”，质疑被称为“法律方法”的方法的存在。他们不认为这样的方法是一个历史与逻辑相统一的结果，宁愿将法律方法作为一种权贵觊觎他人财富的“阴谋”。本书将告诉大家，这种担心是不必要的，而且恰恰相反，正是法律方法的发展，创造了一种制度化的公众参与机制。而没有制度化的公众参与，就没有真正的公众参与。

常识告诉我们，不同职业的人做事情都会遵循不同的与自己职业相关的职业制度与职业思维习惯，法律人也是如此。就此而言，所有职业都是如此，因为它太平常，所以，人们容易忽视这一点。不同的只是，法律方法比其他职业的方法具有更重要的影响。由于法治社会意味着法

^① [德] 阿·迈纳：《方法论导论》，王路译，5页，北京，三联书店，1991。

律调整社会关系的普遍性、广泛性和深刻性，每个人都会无可避免地与法律发生这样或者那样的联系，所以，法律方法就以法律人为中心，而向整个社会蔓延，成为全社会观察和思考法律问题，乃至各种社会问题及其解决的基本方法。在先进的法治国家，无论是民间生活，还是政治活动，都与法律密切关联，自然地，也就都离不开法律人和他们所擅长的法律方法。在这个意义上，法律方法又不同于其他职业的方法，其影响更加广泛和深远。今天的许多传统职业者，例如政治家、新闻记者、科研人员、会计师、企业家、商人等，尽管他们依然依靠自己的传统职业方法工作，但是，也不能不高度地尊重法律方法。

在我国，法律方法受到普遍关注则是 21 世纪初以来的事情。^① 导致这一围绕新的工作与思维方式而形成的新的研究领域出现的，从根本上说，是进入新时期我国社会面临的人民群众日益增长的物质文化需要与落后的生产力之间的矛盾与斗争。正是为了寻求解决这个矛盾，我国在经济领域大力推动经济体制改革，努力建立社会主义市场经济体制；而在政治领域，则强调加强民主法治建设，推动建设社会主义法治国家。前者解决经济增长问题，为满足人民群众物质文化需要积累财富，后者解决社会公正问题，保证增长惠及全体社会成员。两者的密切联系，也说明了法治建设在新时期以来中国社会发展中的重要地位和作用。法律方法的提出，显然与这个宏观背景是分不开的。

具体而言，法律方法有三个逻辑前提：

1. 社会政治、经济、文化问题的法律化

法律方法存在的第一个逻辑前提，就是法律的存在。没有法律，也就无所谓法律方法；法律作用越大，作用领域越宽广，法律方法就越重要。法律方法在我国法律界、法学界受到普遍关注，是与我国法治国家建设逐步深入的背景紧密地联系在一起。

“文化大革命”期间，我国基本上处于法律虚无主义时期，律师制度已经被废止，“公检法”被砸烂，也就谈不上法律方法。而改革开放以

① 我国法学界较早关于法律方法的系统研究，首推梁慧星在最高人民法院所作的有关“民法方法论”的演讲，也体现在其 1995 年出版的《民法解释学》一书中；更为直接的研究则开始于 2001 年由作者在西安发起召开的首届全国“法律方法与法律思维”专题学术研讨会；较早的相关专门研究成果有 2002 年陈金钊、谢晖主持的《法律方法》和葛洪义主编的《法律方法与法律思维》（第 1 辑）。参见梁慧星：《民法解释学》，北京，中国政法大学出版社，1995；陈金钊、谢晖主持：《法律方法》，济南，山东人民出版社，2002；葛洪义主编：《法律方法与法律思维》，北京，中国政法大学出版社，2002。

来,国家开始尝试运用法律调整各种社会关系,从而使社会各个领域的问题逐步法律化。新中国成立初期,我国建立了中央高度集权的政治体制,政治、经济、文化以及社会各个领域都被纳入政治权力的高度统一掌控之下。这个体制的最大弊端就是严重抑制了地方、基层和公民个人的自主性与创造性,社会缺乏活力。没有不同的衣服色彩、没有不同的思想主张、没有不同的生活方式,一切都是统一的。30年前开始的改革,最初提法就是改变与生产力发展不相适应的经济、政治、体制。实际上,也就是放权让利,即通过中央向地方、上级向基层、国家向个人的放权让利,把每个人都作为一个有理性、有思想、有行为选择自由的人,调动各方面的积极性,让大家一起行动起来。那么,在这个过程中,如何既能够保证各级国家机关和公民个人的权力(利),又维护中央的统一权威?这就是法律。法律体系的统一性保证了国家权力的统一性,法律规则的确定性保证了权力与利益分配的权威性、严肃性。因此,加强法治建设,也就成为必由之路。

1978年中国共产党十一届三中全会公报强调指出,在工作重心转移到经济建设方面的同时,必须加强社会主义民主,健全社会主义法制。应该说,这是在政权建设方面对“文化大革命”错误的重要纠正。1980年,邓小平发表了有关社会主义民主必须制度化、法律化,以使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人看法和注意力的改变而改变的具有深远历史意义的重要观点。^①1996年2月,时任中共中央总书记的江泽民在中南海主持第三次中央政治局法制讲座时,就依法治国问题发表了重要讲话。他指出,依法治国是社会进步、社会文明的一个重要标志。坚持依法治国,就是使国家各项工作逐步走上法制化和规范化轨道。江泽民甚至指出,是否能够学会并善于运用法律管理社会,是对党在新的历史时期的领导能力和执政水平的重大考验^②。同年3月,“依法治国,建设社会主义法治国家”,载入了《国民经济和社会发展规划“九五”计划和2010年远景目标纲要》,成为我国现代化建设重要的指导方针。1997年9月,党的十五大报告则把依法治国进一步提到治国方略的高度,明确提出了建设社会主义法治国家的目标。强调:依法治国,

① 参见邓小平:《党和国家领导制度的改革》,载《邓小平文选》,2版,第2卷,281页,北京,人民出版社,1994。

② 参见江泽民:《各级领导干部要努力学习法律知识》,载《江泽民论社会主义精神文明建设》,北京,中央文献出版社,1999。

是党领导人民治理国家的基本方略，是发展社会主义市场经济的客观需要，是社会文明进步的重要标志，是国家长治久安的重要保障。把依法治国作为治国方略，标志着中国共产党执政方式和社会主义国家治理方式的重大发展。依法治国，就是党领导人民群众，依照宪法和法律的规定，管理国家各项事务，保证国家各项工作都依法进行。这样，依法治国就把坚持党的领导、发扬人民民主和严格依法办事在理论上联系在一起。1999年3月15日，九届全国人大二次会议通过了宪法修正案，把“依法治国，建设社会主义法治国家”写进了宪法。可见，这些政策和理论观点的提出，实际上都是中央基于社会发展的实际需要，应对现实社会提出的各种实际问题而采取的重大措施。

在上述指导思想影响下，我国法治建设受到前所未有的关注。权力法定化、利益权利化，国家管理、公众活动规范化、制度化，促使政治、经济、文化及社会各个领域的问题逐步法律化。这里有个小故事。2008年下半年，广州的小区业主与开发商之间在停车位问题上发生了尖锐矛盾。开发商希望将小区车位出售给业主，业主如果不买，开发商计划将车位向社会出售。对此，业主表示了极大的愤慨。其中涉及的法律问题在此不赘。耐人寻味的是，在小区业主向各级政府反映问题的过程中，地方政府及有关部门的领导，建议他们找法院，到法院起诉。对此，许多人表示不理解。其中有位业主说道：“我从小接受的教育就是：有问题找党和政府，什么时候变成找法院了？”停车位问题显然是个经济问题，在法律上一般涉及的是民事法律问题。在这个具体纠纷中则可以看出，经济问题在一定情况下就是一个政治问题。曾几何时，单位职工发生的任何问题，首先都是寻求单位领导解决；解决不公，则向领导的领导反映。向上级反映，直到向党中央反映。而公民个人遇到甚至结婚离婚这样的个人私生活问题，也必须首先得到单位领导的批准；没有单位的，也必须经街道办事处领导批准。这是一个政治权力无微不至地渗透到社会各个领域的典型样本。而现在，有问题找组织，变成了找法院，这不能不说是一个有相当震撼力的变化。它显示出，在新的历史时期，领导必须依据自己的职责范围行使权力，群众也必须依法维护自己的权利。

以往我国的法学教育中，人们有时把法律制度作为与政治制度、经济制度、文化制度等并列的一个制度，更多时候甚至把法律制度作为政治制度的组成部分，视为完善这些制度的必要的规则体系。这种情况在改革开放以来逐渐发生了根本性变化：法律制度不再局限于政治制度的一个部分，相反，政治制度、经济制度、文化制度等各种制度都应该依

法形成和运行。公众不仅依法维护自己的经济民事权利，而且开始行使自己的公民政治权利，积极参与各项公共事务。同时，依法行政成为国家的一个重要决策。社会政治、经济、文化问题，就是在这个背景下，逐步被转化为法律问题的。

2. 法律问题的专业化、知识化

社会政治、经济、文化问题的法律化，必然将以往的各种矛盾、分歧以法律问题的形式表现出来。法律问题，顾名思义，是因为法律规定而产生的需要用法律方式解决的问题。这当然不是说各种问题原本不存在，而是说，原有的政治、经济、文化领域的问题，因为法律规定的缘故而发生了性质上的变化。这个变化意味着现代社会面临的各种问题，不再是一个大众话题，而成为一个专业问题，必须运用专业的法律知识去解决。法律作为一个专业知识领域的存在，是法律方法存在的第二个逻辑前提。

现代社会的法律通常是由选举产生的政治机构——立法机关制定的，并由同样作为政治机构的执法、司法机关加以实施。实践中，人们往往因此而认为法律仅仅是政治权力的产物，以为掌握了政治权力就可以随心所欲地操弄法律。这是一个低级的、错误的认识。法治社会的一个基本要求就是：政治权力必须依法设计、依法配置、依法取得、依法行使。依法办事意味着：法律本身具有自己的独立性、特殊性，不受个人的意志左右；法律具有自己专门的知识内容，不是掌握政治权力者想怎么干就怎么干，可以随意摆布的。相反，法律是对政治权力的约束。20世纪90年代中期，我国有关法制与法治的讨论，所争论的核心问题就在于此。^①

社会政治、经济、文化问题的法律化，需要用法律所规定的方式，依据法律的基本原理，遵循法律的基本价值，使用法律的专业语言，把各种社会问题转化为法律问题，并且在法律的框架内加以解决。因此，法律本身成为一个现代社会的专业领域，拥有自己的语言、技术、制度、文化标识等专业知识，也就必然要求法律工作的从业者必须拥有相关法律知识。

在我国，基于这个认识的形成，产生了法律职业化以及面向法律职业的法学教育改革的要求。有两个标志性的事件：

一是法律硕士教育制度的形成。1995年前后，国务院学位办决定在全国开展法律硕士专业学位（简称JM）培养的试点工作。此前，国务院学位

^① 参见郭道晖：《从人治走向法治——五十年来我国法制建设的曲折经历》，载《百年潮》，1999（7）；李步云、黎青：《从“法制”到“法治”二十年改一字——建国以来法学界重大事件研究（26）》，载《法学》，1999（7）。

办已经推出了 MBA 等专业学位教育制度。在有关文件中,法律硕士专业学位教育被定位为培养实务类法律高级专门人才的教育形式,着重于学习者的法律职业素养的养成。显然,JM 是参照美国法律教育中的 JD 制度创立的,目的是推动建立面向法律职业需要的法学教育模式^①,这个教育领域的决定,强化了法律不仅是一个知识系统,而且也是一种专业能力的观念。

二是法律职业化与国家司法考试制度的建立。法律工作本是专业性很强的职业化工作。美国法学家波斯纳认为:“职业是这样一种工作,人们认为它不仅要求诀窍、经验及一般的‘聪明能干’,而且还要有一套专门化的但相对(有时则是高度)抽象的科学知识或其他认为该领域内有某种智识结构和体系的知识。”^②而我国 1995 年制定《法官法》、《检察官法》时,在法官、检察官的录用方面,就开始尝试、模拟之前已经举办多年的律师资格考试,设置了专业考试。比较之前制定和修订的《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》,这个专业知识的考试制度堪称为一次革命性的创举。由此,最高人民法院开始强调法官职业化问题,对法官的专业知识和能力提出了一系列明确要求。2001 年全国人大常委会对《法官法》、《检察官法》与《律师法》进行了修改,由此我国建立法官、检察官、律师三考合一的国家司法考试制度,法律工作的专业化与职业化取得了标志性的成果。从此以后,在高等法学教育必须面向中国法律职业发展需要的问题上,全国法学界、法律界形成了基本共识,尽管人们对法学教育与法律职业的关系还存在不同的认识,但就应该重视两者的关系而言,是没有分歧的。^③

法律工作的职业化是以法律问题的专业化、知识化共识为前提的。专业化意味着排他性,即形成了一个专门的、与其他工作人群不同的以法律为业的群体,从而推进法律方法与法律思维的发展。可见,法律问题的专业化、知识化是法律方法存在的重要逻辑前提。

3. 专业法律问题解决方法上的制度化

法律问题的专业化、知识化,意味着法律问题的解决必须依赖专业人士,而专业人士区别于非专业人士的地方,不仅在于有无专业知识,还在于前者需要依赖特定的制度和技术开展工作。如同医生,需要按照

① 参见曾宪义:《中国法律硕士专业学位教育的创办与发展》,载《法学家》,2007(3)。

② [美]波斯纳:《超越法律》,苏力译,44页,北京,中国政法大学出版社,2001。

③ 参见胡水君:《法律职业与法律教育》,载《中国法律年鉴》,2004。

专业的程序，依赖专业器械诊断病情，如无特殊情况，断不可违反制度。母亲对小孩发热，往往拿出退烧药喂之，而无论发热原因；医生则不会，他（她）一定要查清病因或排除某些情况方可用药。在医院，医患之间、医生护士之间、医生之间、门诊病房之间、不同科室之间、诊断或治疗各个环节之间，是通过很多制度联系起来的，这些制度一般是不允许被违反的。可见，一个成功的医生，不仅要有高超的医术，还要有一个医术得以发挥的良好的制度环境。法律职业也是如此。

很久以来，许多人都被一个历史形成的法律神话所迷惑：法律的实施，制度是不重要的，重要的是执行者、司法者乃至所有官员的道德品质和勇气。人们相信，一个或一群正直、正派、不趋炎附势的一身正气的好官员，既是法律，也是作为法律的目的的正义的根本与最终保证。不破除这个历史久远、流传甚广的神话，不揭露其虚幻甚至虚伪的本质，在中国是不可能形成法治的。必须思考一个问题：为什么带着荣誉的历史光环从中国古代走进现代中国的都是包公、海瑞这样的具有悲剧色彩的历史人物，而不是某个法律或者制度？为什么现在被“拿下”的法官数量一年比一年多？被追究法律责任的法官的职务越来越高？显然，我们的制度在对法官的约束方面，即使不能说是无效的，也必须承认是低效的。我们似乎一直走不出自己的“英雄时代”，渴望英雄，渴望救世主。毫不怀疑，按照这样的思路开展工作，在以后的某个日子里，今天的某个或某些法官同样可能会被塑造为英雄，其英雄事迹甚至可能一点都不逊于包公、海瑞，但不是今天或现世。

每个人都是生活在今天或现世的，我们追求法治，是因为法治是一个世俗的事业，人们不需要那种虚无缥缈的英雄人物，那至多只能在事后抚慰那些受伤的身体和心灵，或麻痹人们的思想。必须说明的是，对历史上的伟人，应该心怀敬意，但只有当正派不是个别人的品质，而是法官们普遍的素养，才会对一般公众有现实的意义和价值。用职位高的人管住职位低的人，甚至把美好生活的希望寄托在钦差大臣或者中央大员的身上，这个观念已经被历史证明是错误的，不能解决根本与普遍问题。历史已经证明，这样的制度是靠不住的。因此，必须重点对基层和一线的法律工作岗位心怀敬意，关注那些工作在基层和一线的法官乃至所有法律人，为在这样的环境中每天面对日常矛盾与纠纷的人创造一个不犯或者少犯错误、能够正确处理问题、能够充分展示他们的专业技术的制度条件。这个制度条件还是法律人思考和解决问题所依赖的安全路径，当他们循着这个制度工作时，不仅能够公正地处理问题，而且也不

会因为公正而受到惩罚。只有这样，法律人才能保证普通人安全地生活在合理的秩序之中。没有这个制度，无法按照这个制度所要求的方式进行工作，就没有普遍公正。从这个意义上看，中国历史上罕见的几位英雄官员，其事迹已经构成一种反讽，所揭示的不过是人们对一个无法带给公众普遍公正的社会的无奈。

为专业化的法律问题的解决创造良好的制度条件，使法律人能够以专业技术解决法律问题，是法律方法形成的第三个逻辑前提。

在我国，经过三十多年的法治建设，这三个方面的前提条件已经初步具备，从而推动了法律方法问题的形成。这也是法律方法问题在今天的中国能够受到普遍关注的原因。

二、本书中“法律方法”的范围

我国的法律方法问题，既有普遍性，又有特殊性。所谓普遍性，是指世界各国的法律方法，都必然围绕法律人工作的技艺来展开；所谓特殊性，则是指我国开展法律方法研究需要解决的是与我国实际相关的问题。我们希望对法律方法所展开的各种思考，能够切实解决中国自身所面临的问题，更加有针对性。

法律方法以及一些类似概念是20世纪90年代末和21世纪初在我国被广泛接受的。目前，有关法律方法的研究，实际上是许多关注点各不相同的，甚至相互矛盾的思考的汇集。如何使其在研究目的上获得更广泛的共识，以开辟中国法律方法研究的独特领域，这是极为迫切的工作。下面，我们通过对几个相关概念的比较，来说明本书中试图讨论的法律方法问题的特点。

（一）法律方法与法学研究方法

我国各种版本的法理学教科书中通常都有“法学研究方法”一节，介绍了有关法学研究中必须坚持的唯物辩证法、实证分析法、价值判断法以及比较、历史、社会学、经济学等方法。这些方法一般属于“关于法律的

思考”^①，对人们获取有关法律的认识有很大的帮助。但是，法律方法一般属于“根据法律的思考”，要求根据法律思考和解决问题，而不是重在对法律的批判性考察。两者有一定的内在关联，前者必然影响后者，但它们在侧重点上是不同的。前者以法律的正确性与正当性为主要目标；后者则以法律的正确与正当为思维的前提。正如德国法学家拉伦茨所指出的：“每种法学方法论事实上都取决于其对法的理解。”^②他同时强调：“假使法学不想转变成一种或者以自然法，或者以历史哲学，或者以社会哲学为根据的社会理论，而想维持其法学的角色，它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的……它所关心的不仅是明确性及法的安定性，同时也致力于：在具体的细节上，以逐步进行的工作来实现‘更多的正义’。谁如果认为可以忽略这部分的工作，事实上他就不该与法学打交道。”^③法治固然必须宽容对法律的批判，但更离不开对法律的坚守。在中国改革开放之初，法律思想领域既面对法学体系的建设任务，又面临着复杂的各种分歧和拨乱反正的历史任务。在当时的背景下，法学研究更多的是批判性地创建中国自己的法学理论体系，自然而然地集中于关于法律的性质、作用等宏观问题的思考方面；而随着法治的不断进步和社会的发展，维护法律的权威逐渐成为法治发展的中心问题，因此，法律方法才成为一个被普遍关注的研究领域。可见，法学研究方法与法律方法在我国是不同历史时期出现的关注点有所不同的研究领域。

（二）中国的法律方法与美国的法律方法

法律方法也不能完全等同于美国大学里普遍开设的法律方法、法律研究课程。两者尽管非常相似，但不完全相同。在美国，有的学校把法律方法与法律研究作为一门课程，有的又分开作为两门课程。该课程设置的目的是，帮助初学法律的学生系统掌握法律职业者选择、分析、运用法律的各种方法。法律方法课程主要是培养学生学习处理具体案件的推理过程，包括法律的确定、推导适用和证据的确认等，着眼点完全在于个别案件的处理。这与美国的法律体系的特点是联系在一起的。在判

① 有关“关于法律的思考”与“根据法律的思考”的划分，参见葛洪义：《法律与理性：法的现代性问题解读》，33~34页，北京，法律出版社，2001。

② [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，3页，北京，商务印书馆，2003。

③ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，77页，北京，商务印书馆，2003。

例法国家，一个学生的法律知识与他对具体案件的了解和把握情况是分不开的，因此，法律方法课程更多的是帮助学生了解不同类型案件中推导结论的具体过程及其特点，从这一意义上说，法律方法与法律推理极为接近。而法律研究课程则主要是帮助学生学习如何查询各种法律资料。由于美国是一个判例法国家，同时还存在联邦与州两个不同的法律体系，所以，如何认识、识别和发现可资利用的法律资源，是法学院学生的一项重要学习任务。法律研究课程就是解决这个问题的，类似于我们的法律文献检索。在美国部分学校里，这门课程甚至是由图书管理人员来承担。不过，在美国法学院图书馆工作的人，一般不仅要具有图书馆学的学位，通常还必须同时具有JD学位。由此可见，在美国这个比较成熟的法治国家，法律方法与法律研究更多地侧重于具体案件的处理和法律文献在相应案件处理过程中的使用。而在我国，法律方法在大部分学校并没有作为一门课程进入本科生或研究生的教学计划。它作为一个研究领域的形成，与中国法律工作职业化、专业化的过程是同步的，是中国法治发展到一定阶段而提出的需要研究的问题。从这个意义上看，我国的法律方法尚不足以作为一门成熟的课程，而是作为一个进一步推动和深化对中国法治的认识的概念而存在的。因此，目前在中国，法律方法还必须通过法治概念证明自身的存在意义，需要通过对法治的理解和分析，来论证法律方法作为一个一般概念的含义、特征及价值；同时，对具体案件处理过程的分析，也多是依据成文法国家法律的特点，进行一般性地总结，侧重阐释一般原则和规律。因而，中美两国，法律方法课程之间固然有许多可以相互吸收和借鉴之处，但差别也是显而易见的。

（三）法律方法与法学方法论、法律方法论

法律方法也不同于欧洲大陆国家特别是德国的法学方法论。方法论这个词具有高度抽象的哲学意蕴，通常是指针对某个学科领域（如经济学、政治学、法学等）的方法问题的一般性研究，所以，如同方法的方法。这有点类似于语言和语言学之间的关系。德国的法学方法论一般在两种意义上使用：第一，把它作为一个与法哲学、法律理论、法教义学等并列的一个学科，进行了相当哲理化的处理。这个意义上的法学方法论更为关心的是法律适用中的正确结论的唯一性问题，探讨主观价值判断与结论正确性之间的关系以及过程。第二，把它作为一个与法律解释等同的概念，进而探讨法律适用中的各种法律解释的方法。由于法律解

释的方法问题与对作为法律解释主体的人、作为法律解释客体的法律的哲学理解密切相关,所以,后一种对法学方法论的理解也很容易哲理化。可见,德国的法学方法论虽然也是以案件的正确解决为目标,但是,通常都会归结到哲学问题之上。20世纪90年代以来,随着德国学者拉伦茨和我国台湾地区学者杨仁寿的《法学方法论》进入我国图书市场^①,在推动祖国大陆法学学者关注法律方法问题的同时,也使部分学者开始使用“法学方法论”一词指称法律方法。^②在不是很严格的意义上,法律方法与法学方法论之间也经常互换使用。我国有些学者正是由此出发,由现代解释学的理论和学说,从哲学的视角进入到法学方法论的领域。实际上,我们不使用“法学方法论”这一词汇,很大程度上就是为了避免产生这个误解——“法学方法论”一词,在祖国大陆很早就被用来专指法学研究方法的总体,“法学方法论就是由多种法学研究方法所组成的方法体系以及对这一方法体系的理论说明”^③。所以,继续这样使用,容易产生混乱。同时,尽管法学方法论对法律解释、法律论证提供了诸多宝贵的学术资源,但是,法律方法研究并不想使自己成为哲学的一个分支,也不想涉及复杂的哲学问题。如前所言,法治是一个世俗的事业,是由一些平凡的、至多是受过系统的法律专业训练的人来操作的,我们希望法律人都能够同时成为伟大的法律思想家,但我们不能把法治的希望寄托在法律人都能够成为法律思想家上。从我国实际出发,我们希望努力使“法律方法”成为一个在法律实践中具有比较强的可操作性的语词而不至于把法官、律师们吓着。

相同的原因,法律方法不是法律方法论。法律方法论是一个完整的体系,而法律方法则是围绕法律人的实际工作而形成的由一些零散、缺乏内在关联而实际有益的知识构成的集合体,贯穿始终的就是有关法律人工作方式方法的经验、原理和理论。任何知识的背后都有自己的哲学,法律方法也不例外,但是,本书中的“法律方法”不是由某一种哲学思想主导的知识与思想领域,而是由多种哲学支撑的,或者说,是由一些

① 拉伦茨著、陈爱娥翻译的《法学方法论》2003年在祖国大陆出版之前,该书由(台北)五南图书出版公司出版发行的1997年版,已经进入大陆;杨仁寿的《法学方法论》1999年由中国政法大学出版社出版发行之前,也已经进入祖国大陆。

② 例如由中国政法大学法学院、浙江大学法学院、山东大学法学院、华南理工大学法学院等单位2006年发起的年度性的法律方法学术论坛,名称就确定为全国“法学方法论论坛”。

③ 张文显:《法哲学范畴研究》,15页,北京,中国政法大学出版社,2001。

有共同或相似倾向的哲学思想支撑的学术领域。

目前情况下，与其说法律方法是一个思想体系、学科体系，不如说它是一个工作、职业的指引和引导。法律方法研究期待为逐渐体制化的中国社会提供一个普通人可能达到的职业与专业思维的维度，以进一步强化作为法治核心要素的体制的力量。

三、本书中“法律方法”的框架

写作一本讨论法律方法的书，本是我多年的心愿。而本书写作的直接动因则是为学生提供一本有关法律方法的教科书或参考用书。

法律方法是法律人的工作方法，但这并不意味着法律方法仅仅或主要是一种工作经验。实际上，法律方法包含着丰富的理性内容，从而使其可以通过课堂获得必要的基础训练。郑永流教授曾经对法科学生实践能力中的“训练”一词作了一个很好的说明：“选用‘训练’一词，是因为我常想起，刘翔们为何跑得风驰电掣，那是每天跑多少万米训练的结果。一个脑袋里不装十几个案例，不做几十次案例分析的学生，将来何以成为法官、律师？法学是一门充满实践理性的学科，魅力主要不是坐而论道，而在于如何通过规范把价值运用于事实，作出外有约束力、内有说服力的判断”^①。因此，法科学生作为未来的法律人，需要借助课堂，主动完成这一专业转型。正因如此，“像法律人那样思考问题”，今天已经成为法科学子的座右铭。法学教育也需要为此而努力。“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，忠诚于法律职业的价值观念，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”^②。

与上述情况相适应，我国少数的学校已经为法学本科生开设或考虑开设法律方法的课程；部分学校的法学研究生，特别是法律硕士研究生，也已经开设法律方法或者法学方法论课程；法学理论专业博士研究生也有了法律方法或者法学方法论的研究方向。课程开设了，也就急需编写一部有关法律方法的教科书。根据这个情况，大约五六年前，或许因我

① 郑永流：《义理大道，与人怎说？——法律方法问答录》，载《政法论坛》，2006（5）。

② [美]博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，416页，北京，华夏出版社，2002。