



Western Methodology of Legal Science

西方法学方法论

曹茂君 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

Western Methodology of Legal Science

西方法学方法论

曹茂君 著

图书在版编目(CIP)数据

西方法学方法论 / 曹茂君著. —北京:法律出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3252 - 8

I. ①西… II. ①曹… III. ①法学—方法论—西方国家 IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 038603 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘晓蕊

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/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/固安华明印刷厂

责任印制/陶松

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/37.25 字数/483 千

版本/2012 年 4 月第 1 版

印次/2012 年 4 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3252 - 8

定价:73.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

西方法学研究中一个令人困惑的现象,就是学者们经常要向人们解释“法律是什么”。类似的问题在其他学科研究中似乎并不存在。这个法学研究最基本的问题常常令人烦恼不已。法学常常被人们认为是幼稚的学科或者落后的学科,一方面在于其研究对象的多变性,另一方面在于法律科学随着时代的发展存在着重大的差异。不同时期法学研究在内容上不像其他学科之间那样存在着内在的关联。不同时代的法学知识的差异性,使人们感到迷惑:法律在每个时代面临的问题难道不一样吗?

法律作为人们行为的规则,是法学主要的研究对象。但是,法律在人类历史发展长河中经历了不同的发展阶段。在最初的习惯法阶段,法律并没有完全和道德、宗教规范区别开来。法律的形成和发展很大程度上是一种自发的产物。习惯法从形式上反映的是一个社会的共同意识,这种意识受到当时社会的宗教意识的约束,因而最初的法学不能宣称自己具有创造法律的功能,只不过是习惯法进行阐释。由于习惯法的简单、粗糙,并且不能直接作为人们的行为依据,更不能作为司法裁判的依据,因此,最初的法学的主要功能就是从习惯法中创造出各种司法裁判规则。这种从形式上没有创造法的法学,实际上却创造了无数的解决实践问题的法律技术,从而形成了人类最初的法律知识体系。习惯法时代的法学为人类提供了确定人际关系和解决社会冲突的基本规范。但是,这种法律很杂乱,矛盾冲突也比比皆是。习惯法注定要向制定法发展。在制定法阶段,法学的主要功能不再仅仅限于提供司法裁判规则,还要向人们提供简洁、清晰并且具有内在逻辑一致性的法律规则体系。创造出具有逻辑一致性的法律规则体系成为法学发展第二个阶段的主要任务。在欧洲

中世纪兴起的大学法学教育中,法学家们创造了法律概念的唯名论方法、不同权威性规定的辩证逻辑方法以及由法律原则确保法律规则逻辑一致性的方法。通过这些方法,中世纪的法学家们将社会生活某些领域零散形成的法律规则转变成由原则、规则和概念形成的法律部门体系。在这个转变过程中,法学所具有的功能不仅限于对已有的社会规则的注释,而且还具有创造社会生活中没有的规则的能力。在习惯法向制定法的发展过程中,法学所具有的创造性功能,使法律从诸多的社会控制手段中分离出来,成为一种独立的社会控制手段。法学也成为人类知识体系中一个相对独立的学科知识体系。到了近代,随着自然科学取得的巨大成功,人类理性的认识能力也获得了充分的展现。人类相信,只要掌握了人类社会和自然界的发展规律,就可以通过规划、设计和实践探索,创造出一个美好的世界。法律适应时代的发展,产生了法典化运动的需要。法典化形式存在的法律,不仅作为人类行为规则的价值而存在,而且还具有实现人类社会理想目的的功能。法学在法典化时期的主要功能,就是通过寻找人类社会发展的法律规律,为法典化提供实证的理论依据。

一个人的成长,经历了少年、青年和壮年,最后迈入老年。在一个人一生经历的不同阶段,其面临的任务和需要解决的问题并不相同,因此,需要从现实出发,通过自身的努力去寻找解决这些问题的具体办法。在人类社会的发展过程中,法律经历了习惯法、制定法和法典化等不同发展时期。在这些不同的时期,法律的表现形式、法律的任务和法律自身的体系都是不同的。法学需要配合法律发展的不同时期的任务以及所具有的现实条件,完成不同的知识体系的创造。为此,需要发展出不同的法学方法论去完成这些使命,这是法律和法学自身的性质所决定的。

在其他学科看来,法律和法学的特殊发展道路,才会形成法学发展的困境。如何让人们清晰地认识法律科学知识体系的创造机制,就成为法学方法论承担的主要任务。因为这个缘故,在西方法学理论中,法学方法论是一个传统的研究领域。但是,我国法学对这个问题的研究还处于空

白状态。《西方法学方法论》一书恰好填补了这个空白。该书指出,西方社会历史发展的每一个重大的社会变革,都对法学提出了属于自身的特殊问题。法学为了完成时代的使命,从现有的法律现状出发,结合时代的思想潮流,创造出符合时代需要的新的知识体系。该书从方法论角度,清晰地向人们展示了法学和法律如何通过自身的变革,顺应了时代发展的需要。这种研究视角在法学界是具有创新意义的。而以往的法学著作对西方法律和法律思想的介绍,受学科局限,将思想和制度的变革割裂开来,人们很难认识到时代变革的思想如何直接转变为制度的创新。以往的法制史和法律思想理论还可能犯一种错误,即把不同时代的法律和法学任务视为大致相同,或者把现代的法律任务视为古代社会既有的法律任务。即使是介绍不同的学术观念,也常常使人难以理解学者们提出的一些学术见解是回答法学领域的什么具体问题。以自然法为例,在不同的时代,自然法存在的形态和发挥作用的方式实际上完全不同,但是,人们往往把自然法当成是一脉相承的东西。

改革开放以后,我国法学积极介绍、引进西方法律思想和理论,以促进我国法学学科的完善。然而,如何系统消化外来的知识,阐释西方理论的形成背景和知识体系的创造过程,进而形成解决中国现实问题的法律和法律理论,则是法学研究中的薄弱之处。没有这个环节,中国法学的研究就有可能对西方的法学理论浅尝辄止,很多学术观念与西方的学者的本意大相径庭。从这个意义上说,法学方法论问题的研究还只是一个开始。

作者是本人指导的硕士和博士。在校期间他就确立了法学方法论作为学术主攻领域。经过十余年的努力,终于有一本较为系统的阐释西方法学方法论的作品问世。这是作者长期努力探索的结果。该书从方法论角度向人们展示了西方法学在长期的历史演化过程中,为了完成时代赋予的特殊历史使命,进行了各种创新性探索,给人们一个了解西方法律和法学理论的崭新的视角,对于我们学习和了解西方的法学具有很好的工

具性作用。

作为作者的导师,我十分欣慰地看到该书的出版。希望该书能够对繁荣我国的法学研究起到积极的推动作用。

2011 年 12 月

目 录



目 录

第一章	法学方法论导论	001
第一节	方法概述	003
一、	方法的含义	003
二、	方法的构成要素	004
三、	方法研究的两个层次	007
第二节	人文社会科学方法论特征	013
一、	人文科学研究活动的构成要素	013
二、	人文科学研究中的“科学范式”	015
三、	人文科学研究的三个发展阶段	018
四、	人文科学的特殊性以及方法论的特征	023
第三节	法学方法论导论	036
一、	法学方法论的多层次含义	036
二、	法学方法论的历史变迁	037
三、	法学方法论中人文主义和科学主义的冲突与融合	038
第二章	古罗马法学中的方法论	045
第一节	古罗马社会法律渊源的多元性	047
一、	古罗马习惯法的形成方式	047
二、	《十二表法》的产生及在罗马法发展进程中的意义	051
三、	古罗马社会万民法的形成	054
第二节	古罗马法学发展过程中法学家的不同使命	059
一、	早期罗马社会祭司法学和世俗法学的作用	059
二、	罗马帝国初期法学家法的形成	062

三、罗马帝国晚期法学的注释功能	064
第三节 古罗马法学家创造法律的方法	072
一、权利本位的法律创造方法	072
二、衡平的法律创造方法	075
三、罗马法的体系化方法	078
四、罗马法学的法律救济方法	079
第四节 古代罗马法学家的法律思想与罗马法的特质	082
一、古希腊哲学思想对罗马法学家思想的影响	082
二、古代罗马法学的特质	090
第三章 中世纪经院主义法学方法论	095
第一节 中世纪前期欧洲日耳曼习惯法的特征	097
一、罗马帝国灭亡后欧洲的经济和社会发展状况	097
二、中世纪前期日耳曼习惯法的性质与特征	098
三、早期教会对日耳曼法发展的影响	102
第二节 教皇革命以后教会的新使命与欧洲大学法学教育的兴起	104
一、教皇革命以前的教会与世俗社会的关系	104
二、教皇革命爆发后教会的重大变革	106
三、教皇革命以后欧洲大学法学教育的兴起	108
第三节 经院主义法学方法论的形成	110
一、大学法学教育中注释法学研究方法的形成	111
二、经院主义法学方法论的前提条件	117
三、唯名论的法律概念创造方法	122
四、经院主义法学的体系化构造方法	125
五、经院主义法学的辩证逻辑法律制度创造方法	127
第四节 经院法学对教会法律体系的构建	134
一、教皇革命以前的教会法律体系	134
二、教皇革命以后法律体系创建的依据	136
三、教会法律体系的构建	137

第五节 延续习惯法发展模式的商法体系形成	156
一、中世纪商法形成的经济和社会基础	157
二、教皇革命以后商法的自主性发展道路	157
三、商法体系的基本特征	159
第六节 经院法学的历史贡献——法律科学的自主性	163
一、欧洲近代“法治”学说的萌芽	163
二、欧洲共同法理念的形成	165
三、法律科学自主性特质的形成	166
第四章 近代理性主义法学方法论	171
第一节 近代理性主义思潮的兴起	173
一、文艺复兴运动时期对经院神学的批判	173
二、文艺复兴运动时代科学探索活动的兴起	174
三、理性主义科学方法论的确立	176
第二节 西方法学发展史上两种法学思维模式	178
一、法学研究中意志论思维模式	178
二、法学研究中理性主义思维方式	179
第三节 近代西方理性主义法学方法论的思想基础	182
一、古罗马法学中自然理性主义法律思想	182
二、中世纪宗教法学中的理性主义思想	184
三、近代古典自然法中的理性主义思想	185
第四节 经院主义法学的理性主义批判	191
一、对“君权神授”理论中君权产生学说的批判	192
二、对“君权神授”理论中君权继承学说的批判	194
三、理性主义法律思想对统治权性质的认识	196
第五节 罗马法属地化运动中理性主义法学方法论	202
一、近代《法学阶梯》的属地化运动	203
二、罗马法属地化运动中形成的新认识	205
第六节 启蒙运动中理性主义法律思想的实证化	209

一、启蒙思想家倡导的理性主义法律体系的特征	210
二、理性主义法律体系创建的前提条件	212
三、理性主义自然法的实证化	217
第七节 理性主义法学的科学化与近代法典化运动	229
一、近代法典化运动的性质与现实条件	230
二、近代法典化运动的几个发展阶段	233
三、法典化运动对法学理论发展的影响	236
四、近代理性主义法学对西方社会文明的历史贡献	238
第五章 历史实证主义法学方法论	243
第一节 19 世纪法律科学的新标准与新任务	245
一、19 世纪初欧洲对理性主义法学的反思	245
二、法律科学的实证主义科学标准的确立	248
第二节 19 世纪初德国法制变革的困境与历史法学派的产生	252
一、19 世纪初德国法制变革的迫切需要	252
二、萨维尼关于法律和法学的历史实证主义的理论	257
三、历史法学理论的两大脉络：法律的历史经验分析和法学理论的 体系化处理	263
第三节 法学中法源问题的历史实证主义研究	273
一、历史法学派关于法源的学说	274
二、法典编纂运动中立法和法学的使命	275
第四节 德国民法典编纂的法律素材之争	282
一、民法典编纂的法律素材的学说	283
二、德国民法典编纂中日耳曼法的地位	285
三、德国民法典编纂中潘德克顿学说的作用	287
第五节 法学实证主义方法论——概念法学的体系化理论	293
一、古代罗马法的体系化特征	293
二、法学实证主义的体系化自主发展理论	295
三、利益法学的体系化理论	299

第六节 历史实证主义法学方法论建构下法律科学的特征	305
一、历史法学理论的历史实证特征	305
二、历史法学理论的体系化特征	308
三、历史法学理论中体系化与历史经验的冲突与融合	310
第六章 社会实证主义法学方法论	321
第一节 19 世纪末欧洲社会实证主义思想的兴起	323
一、18 ~ 19 世纪欧洲社会制度重建理论的重大缺陷	323
二、人类社会知识体系的三个发展阶段	324
三、社会实证主义思想的兴起	329
第二节 社会实证主义方法论基本要素	335
一、社会实证主义思想对“社会”概念的解析	335
二、社会实证主义研究的基本原则	338
三、社会实证主义的概念内涵确定方法	340
四、社会实证主义对社会现象的阐释理论	341
第三节 欧洲文明史上实用法学的社会实证主义剖析	350
一、古代罗马法学的实证分析	350
二、罗马法复兴运动后制定法的实证分析	356
三、德国历史法学派理论的实证分析	357
第四节 社会实证主义法学的研究对象与任务	364
一、社会实证主义法学研究对象的特殊性	364
二、社会实证主义法学对法律属性的阐释	369
三、社会实证主义法学的研究范围	376
第五节 法律变迁过程的社会实证主义法学考察	382
一、法律功能变迁的社会实证主义分析	382
二、社会实证主义法学研究中“理想类型”的阐释方法	388
第六节 正义问题的社会实证主义法学分析	390
一、西方法学史中正义问题的传统分析方法	390
二、社会实证主义法学对自然法理论的批判	393

三、社会实证主义法学的社会本位正义观	396
第七章 分析实证主义法学方法论	401
第一节 光荣革命以后英国普通法传统面临的挑战	403
一、英国普通法传统的形成及特征	403
二、英国工业革命时代普通法传统面临的挑战	410
第二节 分析实证主义法学的目标——逻辑自治法律体系的构建	412
一、科学理性主义时代实证主义思想的兴起	412
二、分析实证主义法学的产生	415
第三节 分析实证主义法学方法论的雏形——功利分析法学	420
一、英国光荣革命以后社会制度重建面临的问题	420
二、18 世纪末英国法制变革的现实任务及法学研究方法的变革	426
第四节 分析实证主义法学的研究对象、范围和任务	432
一、分析实证主义法学研究对象的特殊属性	432
二、分析实证主义法学方法论的特征	433
三、分析实证主义法学研究的准确范围	438
四、分析实证主义法学对法律与道德的区分	441
五、分析实证主义法学的任务	447
第五节 分析实证主义法学理论特征	458
一、分析实证主义法学的简约性	459
二、分析实证主义法学的整体性	461
三、分析实证主义法学的融贯性	462
第八章 实用主义法学方法论	465
第一节 美国“进步时代”法律制度和法律学说面临的挑战	467
一、“进步运动”以前美国法律制度与学说的特征	467
二、工业化以后美国法律制度和学说面临的挑战	470
第二节 美国“进步运动”时期社会转型与思想意识变革	472
一、19 世纪末美国的揭幕运动	472

二、19 世纪末美国社会转型时期的思想变革	474
三、美国实用主义思想的兴起	477
第三节 美国实用主义法学的目的与任务	484
一、实用主义法学对机械司法理论的批判	484
二、实用主义法学的目的与任务	486
第四节 实用主义法学对美国法律制度和法律实践的变革	489
一、美国法律的确信性与法律重述的编纂	489
二、法律的目的与法律功能主义学说	501
三、实用主义法学的司法推理方法	506
第五节 实用主义法学的理论构建	524
一、实用主义法学的法律概念	524
二、实用主义法学对法律稳定性和发展性的实证分析	527
第六节 实用主义法学的自主性问题	532
一、美国传统法律科学的自主性的基础	532
二、20 世纪美国法律科学的自主性面临的挑战	533
三、实用主义法学对法律科学自主性内涵的解析	534
 结语 法学使命的追寻与法律的自我发展道路	 548
 参考文献	 566
 后记	 576

第一章

法学方法论导论



