



高等学校法学规划教材



法学方法 与现代司法

Law Methodology &
Modern Judicature

李可 著

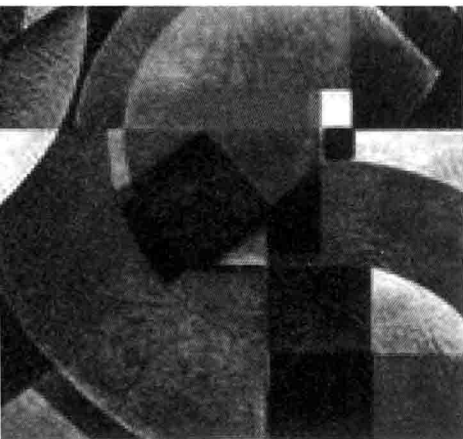


知识产权出版社
Intellectual Property Publishing House

2014 年度教育部人文社会科
内部管理的模式选择与目标定
(项目批准号: 14YJA82001)



高等学校法学规划教材



法学方法 与现代司法

Law Methodology &
Modern Judicature

李可 著



知识产权出版社
Intellectual Property Publishing House

图书在版编目(CIP)数据

法学方法与现代司法/李可著. —北京:知识产权出版社, 2014. 8

(高等学校法学规划教材)

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2891 - 2

I. ①法… II. ①李… III. ①法学—方法论—高等学校—教材 IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 183995 号



责任编辑: 李燕芬

装帧设计: 薛磊

责任出版: 刘译文

法学方法与现代司法

李可 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司	网 址: http://www.ipph.cn
社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号	邮 编: 100088
责编电话: 010 - 82000860 转 8173	责编邮箱: nancylee688@163.com
发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102	发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270
印 刷: 保定市中华美凯印刷有限公司	经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店
开 本: 787mm × 1092mm 1/16	印 张: 14.25
版 次: 2014 年 8 月第 1 版	印 次: 2014 年 8 月第 1 次印刷
字 数: 203 千字	定 价: 38.00 元
ISBN 978 - 7 - 5130 - 2891 - 2	

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



司法问题与法学门径

——李可著《法学方法与现代司法》序

一直以来,吾国古已有之的“无讼”、君主集权(立法、司法、行政统于君权)以及“私了”诸传统,使得纠纷讼于公堂判断、争执率由司法裁决的理念可谓匮乏,故司法在人们的观念中也无足轻重。所谓“天下衙门朝南开,有理无钱莫进来”,在另种意义上说明人们“厌讼”的缘由,既非人情羁绊,亦非道德陈词,而是制度设置及其利弊权衡迫使人们不得不弃诉讼而寻求纠纷的其他解决方案。中华人民共和国成立以来,我们不但接续了中国传统对司法的态度,而且因为我国体制无所不在的伟力,直接遏制了司法作为独立的纠纷裁判者的职能,也影响了人们对司法裁判效力的态度:既然“信访”之类的“制度”可以轻易影响、耗散,甚至消除司法的效力,人们还值得以对待法律的心态,来对待生效的司法裁判吗?进言之,既然讲话、指示、一言堂等可以轻易架空、变更,甚至消弭法律的规定及其精神,人们还能以谦恭、崇敬和信仰的心态,来对待法律以及司法吗?

也因如此,法学在我国长期以来难以进入学术和知识的主流。曾几何时,

在“运动治”优于“法治”时,学术之林没有法学的位置,法学和法律一样,被驱逐出局,共和国成了一个既无法律,自然也无法学的国度。接着,尽管因人们对无法无天、家国浩劫的痛定思痛,法学作为必要的知识得以恢复,但对法律的意识形态化解释,以及既有制度本身对法治的高度警惕、任意诠释、甚至南辕北辙,导致法学虽有了法律这个研究对象,但法律仍附随于时移世易,听命于政治安排,法律从来没有、也不可能以自治的面目作用于社会。因之,法学的研究对象和内容,可谓变色龙。迄今为止,这种因应政策、讲话、时事而展开的“法学研究”,仍是中国“主流理论法学”的看家本领。大致每年一度的“中国法学理论研究会”的年会,如果抛开对上述因素的攀附、靠拢,似乎便和“主流”渐行渐远,似乎就丧失了号令法律学林的理由和能力。

至于司法、司法裁判、司法判(案)例和法学之间的关系,人们更是隔膜,故谈不上它是进入法学的门径。它一直没获得我国法学研究的特别青睐,也没有被定位为法学研究的一般对象。“主流法学者”宁可在缺乏规范、富于宣告精神的文件、指示、讲话中寻章摘句、字斟句酌,也决不愿意把精力花在研析既有的司法裁判上。这种情形,兼之目前吾国因司法的尴尬地位所决定的司法裁判本身的说理简陋、表述单调、创意匮乏等,都加剧了学者们的学术研究对司法裁判文书的轻忽、怠慢——从而司法这个西方法学的重要门径,在我国的法学研究中却被严重堵塞。

但不得不指出的是:我国现代国家的建设,“国家治理能力”的创新,法治国家的构图等宏大事业,都绕不开司法这个核心话题。现代国家建设也罢,“国家治理能力”创新也罢,归根结底要落实在以法治为核心的现代法律制度上。所以,法治不是“法律部门”的“内部作业”,而是现代国家各行各业、各个主体、从官到民都须完成的“公共作业”。而这一“公共作业”的关键所系,就是司法的作业。在此意义上,司法独立地、不受外部制约地坚守法律、裁判案件,不仅关乎法治实现,而且关乎现代国家是否建立;不仅关乎实践作业,而且关乎法学作业。不关注司法的法学作业,即使论者运用生花妙笔,引经据典、下笔千言,也只是完成了法律外围的作业,而没有深入法律内部,完成法学自身的作业。

或以为,作为以法律为研究对象的法学,不止研究司法,而且研究从法律规范,到法律理念、法律主体、法律行为、法律监督的完整的法律运作过程。因此,它不仅需要关注司法,而且也需要关注立法、行政、公民的法律观念及其日常交往等和法律须臾不可分离的内容。这样一来,则把法学界定在对司法话题的关注上,就显然限缩了法学的研究对象。这样反而会忽略法学更为广阔的学术领域,影响法学的一般社会实践价值。

诚哉斯言!不过即便如此,即便有人把法学的研究对象扩展到人们公共交往行为、甚至私人交往的所有领域,但司法仍然是法学研究最为重要的领域,因为司法作为社会纠纷解决的正式手段,不仅亦步亦趋地执行法律的既定规范内容,以在个案中最终实现法律的使命,而且通过个案的审理,矫正对法律既定规范的逾越,并创造性地补救法律规定自身的缺欠,从而为法律本身号脉、诊断、治病。所以,当司法把法律的静态规定导入动态实践中时,也使看似完美无缺的法律在司法借助个案的更加仔细的把脉、诊断、治疗中获得新的意义。

司法的这种创造职能,乃是借助法律方法的运用来实现的。几乎可以说,凡是司法实践,都是法律方法的运用活动,都伴随着法官对法律规定和案件事实相勾连的理解、解释、推理。但法律方法远不是日常司法中法官必须遵循的这些一般技巧,甚至这些技巧的掌握不仅对那些专门受过法学训练的人而言能轻车熟路地掌握,而且对那些没有受过法学训练的人来说,掌握起来也并不费劲。正因如此,才有所谓司法和法官是“法律的自动售货机”之说。

但问题是,法律并不能保障随时提供解决现实案件的直接方案,也不能保障自己内部是无矛盾的、逻辑自足的,甚至还不能保障其文字表述都是准确明晰的。因此,看似意义澄明、逻辑严谨、包罗万象的法律,会不可避免地产生意义模糊、意义冲突和意义空缺这三类“病症”。法律方法更重要的作用,不在于面对案件时毫无障碍地把法律规定运用于案件事实中,而在于当法律出现上述“病症”时,法官寻求何种有效手段加以施救。只有在这样的司法场域,法官的能动性、创造性以及其对国家法治整体的运行和维护职能,才能更加突显。

这其中的法律方法是多方面的。我在《法律哲学》中曾系统归类为九种方

法,并在后续的研究中进一步提出了“通用司法方法”和“特用司法方法”这样的概念。^{〔1〕}摆在眼前的李可博士的《法学方法与现代司法》一书,则是作者在多年的相关探究中,以其旧著《法学方法论》(与罗洪洋合著)和《法学方法论原理》^{〔2〕}为基础,以司法中法律(学)方法论的构造为核心,以法律解释、法官衡量和执果索因为主题词的法律(学)方法论新探索。其研究的基本场域是司法,是对司法中方法论构造活动的理论提升;其研究的重要结论是以新的理由肯定了司法中的法律(学)方法论构造和执果索因这一思维逻辑路向的一般关联;其在探究中的重要观点是提出并区分了法官衡量的三种不同向度:即法益衡量、利益衡量和价值衡量。该书作为作者以法律方法为主题的第三部学术著作,和其前两部著作相比较,明显特点是论述内容对司法活动的进一步贴近。通读书稿,也可发现该书存在的如下两组矛盾。

一组是:作者籍由本书试图建立现代司法的方法论体系,但由于其事实上只关注并重点论述了两种常用的法律方法,即(扩大的)法律解释方法和利益(价值)衡量方法,因此,该著的优点是深化了相关主题词的研究,并提出了一些不无创意的思考,如法律解释方法位序,法益、利益和价值的区别说以及对执果索因司法模式的重新审视和批判等。但其缺点是作者并没有借该书完成其构造现代司法方法论体系的期许,反之,如果按照该著的“方法论体系”,法律的不少“病症”并不能得到有效克服。因此,与其说该著是一部研究司法方法论体系的,倒不如说是一部以法律解释和利益衡量(均取广义)为例,研究司法中的裁判方案如何形成的书,换言之,是一部研究司法中法官思维路线的书。

另一组是:一方面,作者对国内目前法律方法研究的有些内容、有些领域以及有些作者及其观点掌握较为全面,从而其所引证的内容也主要集中于相关的内容、领域和作者。这显示了著者对我国法律(学)方法论研究所关注和把握的程度。但另一方面,又不得不指出的是:对我国法律(学)方法研究中的另一些

〔1〕 参见谢晖:《法律哲学》,湖南人民出版社2009年版。

〔2〕 该两书分别由贵州人民出版社2003年出版和法律出版社2011年出版。

成果、领域和主题,不知是作者因为好恶而刻意规避,还是未曾关注,在书中却明显有所忽略。甚至对有些学者专研司法方法的论著也未予关注和提及。^{〔1〕}这些都会不可避免地限制作者在法律(司法)方法研究领域更开阔的视野、更扎实的论证和更容易被读者所接受的结论,并因之也影响了著者寻求建立法律(司法)方法论体系的努力。

上述矛盾的存在,并不影响我对这部明显具有积累、开拓和创新作品的评价。无论其司法论域的设定、不同法律(学)方法构造技术的阐明还是对执果索因司法模式的新论述,都凝结着一位探索者的艰辛劳动。因此,在这个被定义为劳动者的节日里,我要对作者勤奋刻苦、勇于探索、善于创新的精神表达由衷的敬意,也要对其循序渐进、积土成丘、滴水成渊,从而不断推出新的学术成果表达真挚的祝贺!

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

2014年5月1日于北京

〔1〕 如董皞:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版。



目 录

第一章 现代司法的方法论基础:一种司法方法论的建构	001
第一节 司法方法论成立的理由	002
第二节 司法方法论成立的边界	007
第三节 司法方法论的结构	009
第四节 司法方法论的内容	014
第五节 司法方法论与司法方法学、法律方法论的关系	018
第二章 现代司法的方法论体系(一):法律解释的方法论构造	020
第一节 法律解释方法位序表的元规则	020
第二节 法律解释方法位序表的背后	032
第三节 当代法律解释学的困境	041
第四节 对法律意图主义另类思考	059
第三章 现代司法的方法论体系(二):法益衡量的方法论构造	068
第一节 法益衡量与价值衡量的位阶	068
第二节 法益衡量的方法论构造	078

第四章 现代司法的方法论体系(三):利益衡量的方法论构造	091
第一节 利益与价值之辩	091
第二节 利益衡量与概念法学	101
第三节 利益衡量的定律	104
第四节 利益衡量的方法论构造	112
第五章 现代司法的方法论体系(四):价值衡量的方法论构造	124
第一节 价值判断的客观化	124
第二节 价值判断的证立	134
第三节 价值衡量的十大进路	140
第四节 价值衡量的方法论构造	153
第六章 现代司法的方法论模式:从二维叙事到执果索因	160
第一节 司法方法论上的二维叙事	160
第二节 执果索因式的司法模式	178
后 记	211



第一章

现代司法的方法论基础： 一种司法方法论的建构

“司法方法论”的英文为 *justice methodology*，是指对司法过程中的各种方法的理论化，并将之整合成一个指向正当裁判的有机体系。它要研究法官司法的基本立场、价值、态度和方法，追问法官司法背后的哲学基础和伦理关切。同时它要回答如下问题：司法过程是一个客观的、可复现的过程吗？司法过程是可以认识并实证化的吗？司法过程的性质、特征和规律是什么？等等。因而，从静态上看，司法方法论固然是对司法方法的提炼和抽象，是对司法过程诸要素的规范分析；但是从动态上看，司法方法论也是对司法过程中人与法、规范与事实、事件与场景之间互动关系的考察。下面我先分析司法方法论成立的必要性。

第一节 司法方法论成立的理由

在实践中,司法是部门法的末端和出口,其中的诸多问题往往为各部门法学所瓜分,更为诉讼法学所囊括。因而,有关司法方法论的问题也总是依傍其他部门法学而无法得到完整地、系统地、独立地探讨。在理论上,法律现实主义和自由主义——例如弗兰克的极端断言实际上泯灭了司法方法论生成的可能性。弗兰克将法律判决看成是法官个人直觉和预感的产物^{〔1〕},那么规则、逻辑和理性在司法过程中并无实质性作用而纯粹为论证之“装饰品”。对于现实主义取消方法的极端倾向,规范主义和一些温和的现实主义一开始就给予了严肃的批评。^{〔2〕}这种批判为司法方法论之成立打开了缺口。事实上,司法虽然是一种实践理性,但是据笔者的研究,在司法这一层面也可以成立一个方法论层次,具体理由兹陈述如次:

(1) 从学科性质上看,法学应是一门实践科学或应用科学,其活动的目的直接指向实践应用,是为解决实际问题而从事之活动。因此法学方法论的研究也应当密切联系实践、关注实践。^{〔3〕}一切理论,唯有应用,才具有生命。一切规范的设置都是为了“定纷止争”,都是围绕“诉讼”这一中心环节而展开的。若非如此,法律将形同虚设。法学方法论的研究应往返于理论与实践之间。顺理成章地,对于司法方法论的研究应当进入法学方法论的视野。可以预计,司法方法论的研究将成为未来中国法理学研究中的重中之重。例如,法官在司法活动中的裁判行为是理性的还是非理性的?司法技术是一种单纯的技术理性

〔1〕 See Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, Tudor Publishing Co., 1936, p. 120.

〔2〕 See Halper, *Logic in Judicial Reasoning*, 44 *Indiana Law Journal*, 1968, p. 38. R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 36.

〔3〕 与笔者持类似看法的还有郑戈、杨仁寿等人。参见郑戈:《法学是一门社会科学吗?——试论“法律科学”的属性及其研究方法》,载《北大法律评论》(第1卷第1辑),法律出版社1998年版。杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版。

还是一种实践理性？这些领域在理论中不无疑问，在实践中自然至关重要。无疑，这是一个极具方法论意味的课题，应当引起每一位法理学研究者的关注。例如，马克思主义认为，法学理论必须来自于丰富的社会生活实践，必须从现存的社会关系出发，从而深入探讨法的本质和法的运行规律。

正因为看到这一点，有学者疾呼：“法学研究的结论必须具有建设性，必须有助于解决实际的法律问题，必须促使问题沿着一定‘应有’的方向解决，而不可能囿于‘实有’的范围。”〔1〕具体到法学方法论上，其必须从实践中总结出一些切实可行的法律方法，尤其是司法方法，来加以哲学上的改造，而后又将其运用于对实践的指导。由此而形成的理论层次就是司法方法论。

（2）从知识发生学上看，司法方法是法学知识的滥觞。西方历史上最早的世俗知识分子是国王的律师，即职业法律人。〔2〕在近代的大部分时间里，法学家活动的中心地点主要是法庭和公证处，其所从事的大部分工作是为当事人代理诉讼，并且从诉讼中获得其生活来源和职业技术以及其他相关的知识。在我们这个职业化的社会里，法学家所传授的知识主要是一种方法论意义上的知识，是一种诠释法律和进行诉讼活动的法律技能。日本学者星野英一（ほしのえいいち，1926—至今）甚至认为：“法律家没有什么特别的权威，作为法律家的权威只存在于法律的技术层面，例如逻辑推理、概念和制度沿革意义的说明等理论构成上。”〔3〕此言虽有点言过其实，但也确实道出了司法方法在法学知识中的地位之重要。

由于传统的法学方法论是一种诉讼技术或技巧，因此笔者认为在具体的技术层面上成立一种方法论并无不妥。此外，注释方法也是原初意义上之法学方法论的一个重要组成部分，而正是“这种研究方法的系统性特征使法学继续保

〔1〕 葛洪义：《法律的理论与方法——法理学作为一门科学的条件和界限》，载《中外法学》2001年第2期，第163页。

〔2〕 参见〔美〕伯特兰·儒弗内尔：《欧陆知识分子对资本主义的态度》，载〔英〕F. A. 哈耶克编：《资本主义与历史学家》，秋风译，吉林人民出版社2011年版，第47—48页。

〔3〕 转引自段匡：《日本的民法解释学》（续），载梁慧星主编：《民商法论丛》（第6卷），法律出版社1996年版，第399页。

持着‘科学’的地位。而且,这种以揭示‘意义’(meaning)为主要目的的方法经过人文学者的不断发展,最终发展成为一种系统的方法学,即关于‘解释’(interpretation)的科学。近代所有关于人类自身的科学(science of man)都是在这种方法学的基础上建构和发展起来的”^[1]。

从方法抉择的角度看,在具体的技术层面也需要一种方法论。卡多佐发现,在司法过程中,并非一种方法在起作用,有时,尤其是在穷尽某种公认的首要方法的时候,是两种及以上的方法共同在起作用,最终将导致法官作出这样而非那样的判决。例如在诉诸对规则与事实的逻辑推演出现冲突或分歧时,法官不得不求助于共同体普遍的正义情感以作出最终决定。“之所以遵循了一条道路,而关闭了另一条道路,这是因为在这位司法者的心目中有这种确信,即他所选择的道路导向了正义。”^[2]同时,在司法过程中,法官还可能通过利益衡量方法以走出规范冲突的困境。“诸多类推和先例以及它们背后的原则都被摆到一起,相互争夺着优先权;但最终,那个被认为是最根本的、代表了更重大更深广的社会利益的原则打得其他竞争原则落荒而去。”“谋杀者由于谋杀而失去了遗嘱继承权,这是因为不允许罪犯从犯罪中获利所服务的社会利益比维护并强制执行法定所有权所服务的社会利益更为重大。”^[3]

卡多佐以自身的经历告诉我们,在英美法系的司法过程中,法官有时要综合运用逻辑、类推、哲学等方法,才能顺利地完成任务。在由上述各种方法推演的路径出现分歧时,又必须加进历史或习惯、社会效用或某些强烈的正义情感、甚或法官本人对法律精神的半直觉性领悟,以作出裁判。^[4]“在一种逻辑与另一种逻辑之间,通过指导人们作出选择,正义对逻辑起着作用,情感对理性

[1] 郑戈:《法学是一门社会科学吗?——试论“法律科学”的属性及其研究方法》,载《北大法律评论》(第1卷第1辑),法律出版社1998年版,第5页;另见[美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧等译,中国大百科全书出版社1996年版,第5页以下,以及伯尔曼对于中世纪经院注释法学一节的论述。

[2] [美]本杰明·N.卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第23页。

[3] 同上书,第23—24页。

[4] 同上书,第24—25页。

起着作用。反过来,通过清除情感中那些起专断恣意的东西,通过制约也许会过分的情感,将情感同方法、秩序、融惯性和传统联系起来,理性又对情感起着作用。”“有时,一个题目会既适合于使用这种方法也适合于另一种方法,并且都很自然。在这种情况下,习惯或效用的考虑就经常会出现,来调整方法的选择。剩下的部分也许就得由法官的人格、品味、训练或精神倾向来支配。”〔1〕

总之,如果经常有好几种相互冲突的司法方法都可以适用于手头案件,这里必然就发生一个选择的过程。为了使该过程不变成一个专断的、恣意的过程,就需要一种司法方法论来确定适当的司法目标,确立这些方法之间在特定司法语境下相对固定的关系。“这种选择及随之而来的辛苦,绝非判决过程的暂时情况,而是判决过程不可分割的条件,是判决过程必须忍受的原始咒语。”〔2〕

(3) 从认识论角度看,司法方法论的成立也有其坚实的理由。法学方法论中的认识论过程应是一个由实践到认识,再由认识到实践,如此循环往复、不断深化的过程。〔3〕 在这个过程中,人们有一个不断试错纠错的过程,而且只有通过法律在现实生活中的生动展开,上述试错和纠错之目的才能达成。反映到内在结构上,法学方法理所当然地包括法学思维方式和实践性法律技巧。〔4〕 台湾学者杨奕华亦提出,法学方法论在内容上应包括“哲学”部分、“现象”部分、

〔1〕〔美〕本杰明·N.卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第26、31页。

〔2〕〔美〕本杰明·N.卡多佐:《法律的成长·法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第60页。

〔3〕对此有人将它概括为认识论的“三阶段论”:现象论、实体论、本质论。三阶段论所遵循的基本思路是:“从现象论出发,以实体论为中介达到本质的把握。”(柳树滋:《上升法:从社会到自然》,载孙小礼、李慎主编:《方法的比较——研究自然与研究社会》,北京大学出版社1991年版,第174页)认识过程的三阶段论基本上类似于辩证法上的“从个别判断趋向特殊判断,最后进至普遍判断”的思想。

〔4〕参见严存生:《法学方法论现代化有感》,载《法制现代化研究》(第6卷),南京师范大学出版社2000年版,第36页。严存生认为,工作方法也是法学方法中的一个层次或内容。笔者的理解是,工作方法其实是技术上的方法。在该文中,严存生认为法学没有独创的方法,这一说法值得商榷。我们认为,法学所独享的方法是规范分析的方法,凯尔森是这一方法的创始人和杰出代表。在我国,张文显、孙国华、沈宗灵等是最早提出法学有独享之方法的学者(分别参见张文显主编:《马克思主义法理学——理论与方法论》,吉林大学出版社1993年版,第54页;孙国华主编:《法理学》,法律出版社1995年版,第26页)。

“技术”部分和“实践”部分。^{〔1〕}大体上相当于本书所建构的哲学层面的方法论、部门法学层面的方法论、技术层面的方法论及司法层面的方法论(司法方法论)。

“司法过程中有多少成分属于推理,有多少成分属于纯粹的感情,司法方法的研究者无法达成一致。”“无论法学家还是哲学家都无法解释推理的理性,无法使这一过程站得住脚,无法证明我们忠实于它的合理性。”^{〔2〕}而只有运用一种有关此过程的方法论,我们才能对之作出妥当的回答。

(4) 从历史的维度上看,司法方法论也是因应全球法学从立法中心主义走向司法中心主义之潮流。近代民族国家初创时期,奉行洛克、孟德斯鸠和伏尔泰的法典化理念,将资产阶级从封建主手中夺得的权利法典化,从而在法、德以至英、美各国掀起了一股法典化的高潮。相应地,立法机关也就在三大机关中取得了中心地位。在资产阶级的多数权利被法典化以后,如何贯彻和实践这些权利就成为资产阶级国家的主要关切。这样,司法机关自然就在三大机关中取得了中心地位。同时,司法中心地位的确定也是近代欧美资产阶级国家中权力膨胀和权利冲突之结果。此外,司法中心主义地位的确定还是近代欧陆理性主义法律观吸收经验主义法律观合理内核的结果。

(5) 从研究对象和方法上看,司法方法论拥有独立的研究对象和方法。司法方法论的研究对象和方法不同于整体法学方法论的研究对象和方法,其重要原因乃在于前者是一种实践方法论,是一种应用方法论,其目的主要是为法官裁判提供一个既合法又合理且可接受的证立理由;而后者主要是一种理论方法论,其目的主要是反思法学研究的立场、程序、指向和方法。由此观之,笔者发现司法方法论的研究对象主要是个案事实和裁判规范的性质、事实与规范之间的关系、联结事实与规范的司法方法的适切性等;其研究方法主要是法律逻辑

〔1〕 参见杨奕华:《法学方法论研究范畴之商榷》,载杨建华教授七秩诞辰祝寿论文集编辑委员会编辑:《法制现代化之回顾与前瞻——杨建华教授七秩诞辰祝寿论文集》,台湾月旦出版股份有限公司1997年版,第136—155页。

〔2〕 [美]本杰明·N.卡多佐:《演讲录·法律与文学》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2005年版,第52页。

学、法律解释学和法律伦理学。

如前所述,在司法过程中,司法方法论和司法哲学无时不在,只是它们在有的国家或有的案件(比如简单案件)中隐而不显而已,而在有的国家(比如英美判例法国家)或有的案件(比如疑难案件)中效用显著而已。“在类推模棱两可、先例悄然无声的新情形下,通过缩小或扩大权利和救济范围以满足某种法律责任理论,某种目的哲学,就成了判决的基础。”^{〔1〕}司法方法的一个重要任务是在法无明文规定时,法官怎样找到适合于手头案件的规则,并予以正当性论证。司法方法就是要为法官的这一行为作出指导。在司法实践中,法官与其“临时抱佛脚”找一种司法方法论和司法哲学当“救命稻草”,不如秉持某种一以贯之的方法论或哲学。“如果缺乏适合的哲学,他将完全误入歧途,最好的结果也不过是陷于经验主义的泥潭而不能自拔,仅凭细枝末节就枉自宣判。”^{〔2〕}

上述五点理由足以证明司法方法论成立的必要性,同时亦可得出,司法方法论的出现是为了保存法学的实践面目、维持其目的性之要求,司法方法论的出现是法官对自身司法行为自觉反思之结晶。当然,从根本上讲,司法方法论的出现是解决疑难案件中存在的规范与事实之间的不一致之必然要求。

第二节 司法方法论成立的边界

当然,在实践层面成立一个司法方法论并不意味着将法学方法论作为一门通俗意义上的方法学予以处理。方法学研究的是个别性的具体方法,其目的是“明确经验方法(观察和实验)与理论方法(假说和演绎)的含义、理论基础、操作步骤、使用中的注意事项等”^{〔3〕}。将法学方法论等同为一种方法学曾是法学

〔1〕〔美〕本杰明·N.卡多佐:《法律的成长·法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第57页。

〔2〕同上。

〔3〕吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第607页;另可参见张文显主编:《马克思主义法理学——理论与方法论》,吉林大学出版社1993年版,第52—53页。