

玛珈山法政文丛

主编：汪全胜 张 铭

19

中国法律方法论 研究报告(2011—2016)

孙光宁 等 / 著

Chinese Legal Methodology Research Report (2011-2016)



知识产权出版社

国家图书馆出版单位

玛珈山法政文丛

主编：汪全胜 张 铭

19

中国法律方法论 研究报告(2011—2016)

孙光宁 等 / 著

Chinese Legal Methodology Research Report (2011-2016)



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法律方法论研究报告, 2011—2016/孙光宁等著. —北京:
知识产权出版社, 2017.9

(玛珈山法政文丛/汪全胜, 张铭主编)

ISBN 978-7-5130-5138-5

I. ①中… II. ①孙… 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 (2017) 第 226198 号

责任编辑: 李学军

责任出版: 刘译文

装帧设计: 刘伟

中国法律方法论研究报告 (2011—2016)

孙光宁 等著

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: 北京市海淀区气象路 50 号院 邮 编: 100081

责编电话: 15611868862

责编邮箱: 752606025@qq.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司

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: 16

版 次: 2017 年 9 月第 1 版

印 次: 2017 年 9 月第 1 次印刷

字 数: 265 千字

定 价: 56.00 元

ISBN 978-7-5130-5138-5

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

本书系国家 2011 计划司法文明协同创新中心研究成果

玛珈山法政文丛

编辑委员会

主 编：汪全胜 张 铭

委 员：（以姓氏笔画为序）

王瑞君 刘 军 张 乐

姜世波 姜爱丽 赵 沛

焦宝乾

总 序

山东大学（威海）法学院是年轻的法学院。说它年轻，一是成立的时间很短，比不上动辄百年或者少说几十年历史的法学院，如果从1994年山东大学威海校区筹建法律系招收经济法专科起算，2014年才迎来它的20年诞辰。如果说有“法学院”名称，那也就是不到10年的时间。2004年，威海校区院系整合，设“法学院”，将原马列部的行政管理专业、社会工作专业并到法律系，建法学院，由谢晖教授出任法学院首任院长。二是师资队伍年轻，平均年龄据我估算，也就40岁左右吧。目前，法学院教职员工70余人，除原有师资以外，对学院师资引进作出贡献的有两位人物：一位是从河南大学来山东大学威海校区任法律系主任的陈金钊教授，学科初建、专业方兴，陈金钊教授引进了不少人才；另一位就是谢晖教授，2004年及其后几年，其广纳国内高校的青年才俊。法学院的人才引进不仅引起了国内的注目，更是成效显著。自2004年始，科研产出占整个威海校区文科学科的一半甚至还多，是山东大学威海校区乃至山东大学的增长点。年轻，不等于没有资历。在这20年的发展过程中，一些学科、一些学者在国内渐有声望，法律方法论研究中心2006年被批准为山东省人文社会科学重点基地，逐渐形成了一支职称结构、年龄结构、学历结构、学缘结构都比较合理的学术团队；陈金钊、谢晖、焦宝乾、桑本谦等学者在国内学术界的影响日显，陈金钊、谢晖被称为著名法学家也不为过。山东大学（威海）法学院的声誉、影响力并不比那些有一定历史的法学院低或小，说起山东大学（威海），至少在法学界，会让人联想到山东大学（威海）法学院吧。

学院的发展离不开人才,学科的发展也离不开人才,没有人才或者没有很好的人才成长平台,发展从何谈起?!山东大学(威海)法学院一方面继续延揽人才,为他们创造良好的成长环境,另一方面对于现有人才也想方设法给他们成长的空间,让他们在威海生活得开心、舒心、放心。威海是最适宜人居的城市,但是仅有这样的自然环境还是远远不够的。这几年,一些人追求更高的平台、更大的发展空间,离开威海。先有主张“华夏多元学术文化格局”,不赞成“大家者流,争聚京华皇城脚下”的谢晖教授北上京城;再有为法律系初建、迎着重重困难顶着种种阻力而发展学科、提升层次的陈金钊教授南下华政;还有如罗洪洋教授、桑本谦教授、谢维雁教授、董学立教授、苗金春教授诸君,或东奔,或西走。诚然,人才流动是一种正常现象,但是对我们山东大学(威海)法学院来说未尝不是一种损失,甚至是巨大的损失。

人才、学科是山东大学(威海)法学院发展的着力点。法学院现已形成了法律方法论重点学科、刑法学科、国际法学科、政治学科、立法学科、行政管理学科等学群,一些青年才俊也迅速成长。2013年,山东大学威海校区启动学科建设资金,对法律方法论学科给予重点扶持。自2014年始,法律方法论作为一个专业,将独立招收博士研究生,这是一个很好的发展机遇,也是我院学科发展的良好平台。法律方法论学科(基地)有了学校的支持,有了该学术团队的精诚合作,我相信,该学科还有更大的发展空间。学校学科政策扶强不扶弱,但对于学院来讲,除了重点学科之外,还有更多其他的学科,也需要有一定的政策与经费支持,不能发展一个学科,其他学科就不再考虑了。目前,除了法律方法论学术团队以外,我院其他各专业、各学科人才成长也很快,每年都有教师博士毕业,或主持省部级以上课题。随之,博士论文或课题成果的出版也面临问题。如何扶植这些成长的学科,如何扶持这些年轻才俊,让他们尽快成长,更重要的是,将这些成果推向社会,扩大法学院的影

响，这些问题亟须规划与考虑。在这样的背景下，法学院学术委员会经过商议，决定设立“玛珈山法政文丛”，资助年轻教师学术著作的出版，以振兴法学院的学术，继续保持或扩大法学院的发展强势。

这里我首先要感谢知识产权出版社的李学军编辑，因为他的促成与努力，我们才能够将出版文丛的想法付诸实施。法学院与知识产权出版社共同策划、出版“玛珈山法政文丛”，每年计划出版3~5本，为我院青年才俊提供成果展示的平台。我相信，“玛珈山法政文丛”的出版，一方面会为我国学术研究增加些许色彩，另一方面也为学界同仁了解山东大学（威海）法学院、山东大学（威海）的学人，提供一个很好的窗口。

本文丛的出版，得到了知识产权出版社特别是李学军编辑的大力支持与帮助，也得到了山东大学（威海）学科发展经费的资助，在此，特表示诚挚的谢意！

汪全胜

于威海玛珈山下枕涛书斋

2013年11月17日

目 录

第一章 法律体系形成后的研究转向 1

——2011 年中国法律方法论研究报告

- 一、学术资讯 1
- 二、中国特色法律体系的形成与能动司法 2
- 三、法律修辞与法律语言 6
- 四、法律方法在司法实践中的适用 10
- 五、案例指导制度 13
- 六、对传统法律方法的研究 15
- 七、法律方法教育与教学 21
- 结语 22

第二章 法律方法论实践特征的提升 24

——2012 年中国法律方法论研究学术报告

- 一、法律方法总论 25
- 二、案例指导制度 27
- 三、法律论证与法律修辞 30
- 四、法律解释 33
- 五、法律推理 36
- 六、其他法律方法 37
- 七、部门法方法论 39
- 结语 42

第三章 法治思维引导下的法律方法论研究 44

——2013 年中国法律方法论研究报告

- 一、法律方法总论 44

- 二、法律解释 48
- 三、法律论证 53
- 四、法律推理 56
- 五、其他法律方法 57
- 六、部门法方法论 58
- 结语 62

第四章 全面推进依法治国中的法律方法论研究 63

——2014 年中国法律方法论研究学术报告

- 一、理论基础的探索与提升：法教义学与社科法学之争 64
- 二、法律方法论体系的充实与完善 67
- 三、法律方法对法治实践的推动与促进 74
- 结语：在法治进程中凸显实践指向 79

第五章 迈向法治新常态下的法律方法论研究 81

——2015 年中国法律方法论研究报告

- 一、理论基础：教义法学与社科法学之争的延续与扩展 82
- 二、法律方法论基本问题研究的推进 86
- 三、从宏观法治理念到微观法律制度的展开 94
- 四、法律方法论在部门法学中的丰富与深入 96
- 结语：与法治进程同步发展的法律方法论 103

第六章 法律方法论学科的拓展 104

——2016 年中国法律方法论研究报告

- 一、法律方法论的理论基础：从探究历史到关注现实 105
- 二、法律方法论的理论体系：多个分支学科的共生发展 110
- 三、部门法方法论：法律方法论分析视域的扩展与延伸 118
- 结语：法律方法论成为独立学科的期待与可能 123

第七章 全国法律修辞学研讨会介绍及研究综述 124

- 一、当法律成为修辞——第一届全国法律修辞学研讨会综述 124
- 二、研究的拓展和丰富——第二届全国法律修辞学研讨会综述 132

三、法律话语权的争夺——第三届全国法律修辞学研讨会综述 128

四、第四届至第六届全国法律修辞学研讨会简介 149

五、司法中的法律修辞：国内研究述评 158

第八章 法律方法论研究的阶段性回顾与反思 171

一、法律方法的内部体系及其实践技艺 171

二、法律方法研究的实践面向 176

三、法律方法研究的开放性理念 189

四、法律方法论研究受域外论著的多种影响 203

后 记 237

第一章 法律体系形成后的研究转向

——2011 年中国法律方法论研究报告

中国特色社会主义法律体系已经形成，司法成为法治建设的重心。这为我国法律方法论研究提供并营造了珍贵的时代机遇。本年度中，法律修辞学和法律语言学受到了更多关注。传统的法律方法研究（如法律解释、法律推理、法律论证）越来越让位于贴近我国法律运行实践的法律方法论研究。随着研究的深入，法律方法的教学开始受到重视。在既有研究基础上，学界对法律方法论的研究领域在不断扩展与延伸。我们应当抓住法律体系已经形成，法律方法论面临大发展之时代机遇，深入推进此研究。

一、学术资讯

学界与实务界在本年度较为密集地举办了系列法律方法论研讨会。如第六届“全国法律方法论论坛暨‘法律方法’教学研讨会”于12月13~14日在上海政法学院举行。5月14~15日，第一届全国法律修辞学研讨会在山东大学威海分校召开，本届研讨会共分为“修辞学与法律修辞学”“逻辑学与法律修辞学”“语言学与法律修辞学”和“法学与修辞学”四个单元。南开大学法学院承办的第二届全国法律修辞学学术研讨会也于12月10日在天津召开。11月5日，西南政法大学承办的全国法理学年会暨“法治发展与社会管理创新”研讨会在重庆召开，其中主题之一为“法律论证理论与法治发展”，会议就法律方法论的一些主题，如法律修辞学问题做了研讨。8月10日，“法律实证主义与当代中国法治发展”论坛在北京举行。8月24日，“第七届中国宪法学基本范畴与方法”学术研讨会在云南大学法学院举行。2011年10月17日，由中国社会科学院法学研究所民法室、《法学研究》编辑部、湖南大学法学院共同举办的“中国民法实证方法学术研讨会”

在广西召开。6月11日,“法律方法与社会矛盾化解”学术研讨会暨山东省法律方法研究会第三届年会在东营市召开。山东大学威海分校玛珈山法律方法论坛已经举办138期。

案例指导制度问题引起了人们的高度重视。4月9~10日,在华东政法大学举办了主题为“中国案例指导制度的具象化”的第七期“判例研读沙龙”。5月12~23日,由光明日报社、中国审判理论研究会、最高人民法院中国应用法学研究所、中国人民大学国际学院和法学院、人民法院报社及江苏省高级人民法院共同举办的“中国特色案例指导制度研讨会”在江苏淮安召开。9月23日上午,由中国人民大学刑事法律科学研究中心、国家法官学院和中国行为法学会法律语言研究会联合举办的“司法判例制度研讨会”在中国人民大学举行。

本年度,一些高质量的法律方法专著推出,如吴从周《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》(民法法学与法学方法);雷磊《类比法律论证:以德国学说为出发点》等。在2010年国内推出的代表性法律方法论译著如英格博格·普珀《法学思维小学堂——法律人的6堂思维训练课》、罗伯特·阿列克西《法、理性、商谈:法哲学研究》、玛利安·康斯特布尔《正义的沉默——现代法律的局限和可能性》、弗兰克·克罗斯《美国联邦上诉法院的裁判之道》、萨尔托尔《法律推理:法律的认知路径》等。

法律方法集刊继续出版,主要包括《法律方法》(第11卷)、《法哲学与法社会学论丛》(总第16期)、《法律方法与法律思维》(第7辑)。“法学方法论丛书”“法律方法文丛”和“法律方法丛书”也继续推出相关作品。

二、中国特色法律体系的形成与能动司法

2011年法律界的一件大事是,中国特色社会主义法律体系已经形成。在此背景下,对司法问题的关注成为法学研究中的一大热点,这也为以司法为主要场域的法律方法论提供了新的背景。学界对此也开展了诸多研究。例如,有人指出,“立法中心主义”的研究为我国法律体系的建构和充实作出了重大贡献,然而在我国法律体系形成后,这种范式隐含的学术缺陷也日益明显,有必要向“体系后研究范式”转型,赋予解释论以应有的时代使命。有学者认为,今后我国法律体

系的完善在很大程度上不妨归结为技术重构,即立法技术、解释技术、行政技术以及法庭技术的实实在在的改良。与此相应推动实用法解释学发展便是大势所趋。显而易见,中国正在迎来一个“解释者的时代”^①。《法学》2011年第8期推出“我国法律体系形成后司法的责任和使命”^②。2010年我们所作中国法律方法论研究报告的主题即“法治迈向方法的时代”。《时代法学》2011年第3期推出了陈金钊主持的“法治的方法论时代”系列笔谈。^③此外,还有学者从社会管理创新的角度分析了法律方法的重要意义。^④总之,中国法律体系形成这一背景,彰显出法律方法论在中国研究的重要时代意义与价值,其影响至为深远。

在此背景下,本年度学者们就范围广泛的问题,对法律方法论做了整体研究。如有学者以法律方法论为视角分析了宋代的司法判例集,指出了中国古代所运用的法律方法带有整体性的特征,与西方法律方法论中的分析性、逻辑学特征并不相同。^⑤在当代,以规则为主的法律体系中,司法运用法条和法典为常态。有学者对“法条”(规则)给予了特别的关注:一方面,从总体上来说,尽管人们都在极力地批判法条主义,但这种处于“穷途末路”的法条主义却是需要我们予以坚决捍卫的,法条主义所处的“穷途末路”困境恰恰说明了中国法律学研究的贫困。^⑥当然,这种法条并非完全概念法学所强调的僵化法条,也应当是与时俱进的。增加了弹性的内容,这种新型法条主义更易为人接受、且对法律职业及整体社会法律事业更有益。^⑦在微观层次上,法律规则和原则通过法律方法论的司法运用是学者们研究的重

① 季卫东:“法解释学大有发展”,载《东方法学》2011年第3期。

② 包括何勤华《新形势下法院在提升法律体系的品质、维护法制权威中的作用》、张勇《规范性司法解释在法律体系实施中的责任和使命》和张卓明《完善法律体系的司法路径》。

③ 此外,相关论文还有陈金钊“法治论者的思想挣扎——法治迈向方法论时代的理论背景”,载《扬州大学学报》2011年第3期、“法治信念的危机与法治论者的姿态——法治进入方法论时代的背景考察”,载《法学论坛》2011年第1期。

④ 葛洪义:“社会管理创新与法律方法”,载《法学》2011年第10期。

⑤ 陈锐:“宋代的法律方法论——以《名公书判清明集》为中心的考察”,载《现代法学》2011年第2期。

⑥ 王国龙:“捍卫法条主义”,载《法律科学》2011年第4期。

⑦ 刘星:“中国早期左翼法学的遗产——新型法条主义如何可能”,载《中外法学》2011年第3期。

点。就规则来说,有学者区分了司法规则和法律规则,认为司法规则对有效维护国民权益,促进司法公正的适时实现以及完善现行立法均具有不可替代的重要意义。在与宪法与法律原则保持一致的前提下,司法规则应具有优先于法律规则的裁判规范效力。^① 还有学者以案例的方式说明了法律规则的确定性及其局限。^② 法律及其规则的确定性也是人类应对社会生活复杂性与变化性的“适应性机制”,是一种“法律之道”。^③ 基于法律规则,还有研究者构建了“要件审判九步法”,并付诸司法实践,取得了一定效果。^④ 就原则的司法运用来说,有学者认为,在成文法的背景下,法律原则的适用要满足两个条件:一是事实条件,即个案裁判事实存在规则漏洞;二是推理条件,即法官必须经由一个说理性的“更强理由”的论证过程,来解释为何某条法律原则可以作为个案裁判的依据。^⑤ 作为总结,法律方法论主要包括法学理论方法与法学实践方法,将法学理论方法运用于实践即为实践方法,具体体现为裁判方法。在裁判方法中,又从程序与实体上划分为两部分,即程序裁判方法与实体裁判方法。关于裁判方法,仍有许多问题值得我们进一步研讨,以期取得更多的共识,树立司法权威,推进司法工作的规范化发展。^⑥ 在构建法律方法体系时,我们应当吸收大陆法系的经验,从科学主义转向人文主义。^⑦

针对法律方法在国内研究的发展进程,有学者认为,我国法律方法论研究在理念上大体经历了从封闭性到开放性的转变过程,受此影响,“唯一正确答案”立场上的局限性显现,合理性思维逐渐被认可;开放法律观念下,法官具有了一定程度的造法权力,法律方法的证立

① 王杏飞等:“论我国司法规则的效力”,载《政治与法律》2011年第1期。

② 孟勤国:“法律规则的确定性及其局限”,载《法学评论》2011年第5期。

③ 周少华:“法律之道:在确定性与灵活性之间”,载《法律科学》2011年第4期。

④ 邹碧华:“要件审判九步法及其基本价值”,载《人民司法》2011年第3期;陈婷婷等:“推行要件审判九步法的调查报告”,载《人民司法》2011年第3期。

⑤ 齐晓霞等:“浅析成文法背景下法律原则的适用”,载《东岳论丛》2011年第5期;李鑫:“法律原则的适用方式:类型化之研究”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第11卷),山东人民出版社2011年版。

⑥ 吴庆宝:“运用裁判方法规范裁判标准”,载《法律适用》2011年第1期。

⑦ 魏建国:“大陆法系方法论的科学主义误区与人文主义转向”,载《法学评论》2011年第1期。

功能也日益受到重视。^① 实际上,我们一直通过包括本法律方法论研究年度报告在内的形式,对我国法律方法论研究状况本身进行研究。我们推出了《中国法律方法论研究报告》(陈金钊等著,北京大学出版社),即是这方面成果的一个集中展现。

近年来,最高人民法院一直在倡导能动司法(或司法能动),用于指导司法实践。和去年一样,2011 年能动司法依然是法律方法论研究中的热点问题。^② 有学者认为,当代中国法院系统倡导和践行的能动司法,是指司法主体为实现法律效果和社会效果的有机统一,积极行使司法权,主动采取多种手段解决法律纠纷的一系列司法活动的总称。^③ 其法哲学基础是新原意主义,宪政基础是共和主义,而现实依据则包括法官自由裁量权、行政权的扩张,自治法向回应法的转变等。^④ 还有学者继续从比较视野中分析能动司法。^⑤ 对能动司法在中国司法语境下的处境,有学者给予了肯定态度,认为中国能动司法理论的可能宪政逻辑是:民族国家之间的激烈竞争、司法社会主义特色的塑造、司法服务于政治、转型时期需要司法快速作出回应等。能动司法理论宪政逻辑的合理之处在于它是从中国国情、中国民众的社会需求出发而不是西方的现行司法理论出发去论证自己的合理性。^⑥ 能动司法的出现回应了转型时期风险控制、秩序重建的需要,因而获得高度的政治合法性。“能动”应有之意包括:通过裁判确立风险社会的法治信念,重建社会共享价值体系;通过始终如一的适用法律,实现社会治理模式向规则之治转型;完善民众参与司法机制,让司法成为

① 侯学勇:“法律是封闭的还是开放的?”,载《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 2 期。

② 娄正前:《诉求与回应:当今中国能动司法的理论与实践》,法律出版社 2011 年版;公丕祥、安东主编:《人民法院能动司法制度建设初探》,人民法院出版社 2011 年版;最高人民法院编写组:《当代中国能动司法》,人民法院出版社 2011 年版。

③ 姚莉:“当代中国语境下的‘能动司法’界说”,载《法商研究》2011 年第 1 期。

④ 李辉:“论司法能动主义的基础”,载《西南政法大学学报》2011 年第 1 期;李辉:“司法能动主义与我国的能动司法”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第 11 卷),山东人民出版社 2011 年版。

⑤ 万巍:“司法能动主义的理论源流”,载《理论界》2011 年第 5 期;刘练军:“比较法视野下的司法能动”,载《法商研究》2011 年第 3 期;秦前红等:“中美司法能动主义比较研究”,载《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 1 期;冯静:“司法积极主义的意蕴探寻”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第 11 卷),山东人民出版社 2011 年版。

⑥ 杨建军:“中国能动司法理论的宪政逻辑”,载《法学论坛》2011 年第 1 期。

第一块“公共领域”。能动司法应当建立在对司法的本质属性与时代使命的准确把握基础上,在政治功能与审判职能之间保持必要的张力和平衡。^①但是,也有学者对能动司法表达了一些忧虑,认为能动司法在总的方面松动了规则与程序的严格性,其理论导向是消解法治。我们必须看到,能动司法应该是附条件的、具有方法论属性。^②还有学者对以上各种态度进行了综合反思,认为“能动司法”命题的提出及其争议所反映出的不仅是当下法律人尝试建构一种属于中国自己的司法方法与司法模式的努力,而且也反映出当下中国司法/法治只有在与西方法律话语展开对话的基础上才能够得以建构自己的法律命题与法治理论。^③还有学者提出了将能动司法付诸实践的某些具体方法^④,甚至还有学者提出了“新能动司法”^⑤和司法能动主义的中国化等主张。^⑥但无论如何,法治服务于政治不能抛开法律的规则和程序来片面地追求社会效果。如果离开法律方法——这一基本的司法规律办案,将会彻底断送司法公正。^⑦在法律方法论研究中,需要对能动司法理念保持一定克制。

三、法律修辞与法律语言

在2011年法律方法论研究的一个突出特点是,学界对法律修辞学这一法律方法论新领域极为重视。这集中表现在,学界连续在上半年和下半年分别在威海和天津举行了第一、第二届全国法律修辞学研讨会。而且,在重庆举行的全国法理学年会中也对法律修辞学进行了专题探讨。从总体上来说,法律修辞学是近些年法学“知识增长”的亮

① 吴英姿:“风险时代的秩序重建与法治信念——以‘能动司法’为对象的讨论”,载《法学论坛》2011年第1期。

② 陈金钊:“‘能动司法’及法治论者的焦虑”,载《清华法学》2011年第3期。

③ 方乐:“能动司法的模式与方法”,载《法学》2011年第1期;方乐:“当下中国能动司法的知识反思”,载《浙江工商大学学报》2011年第3期。

④ 例如,杨建、庞正:“法律原则之于司法能动的意义”,载《浙江社会科学》2011年第10期;朱福勇:“民事法官能动性:权利保障与权力回应”,载《现代法学》2011年第2期。

⑤ 杨力:“风险社会下的新能动司法:司法多边主义构想”,载《山东社会科学》2011年第1期。

⑥ 王彬:“司法能动主义的中国化”,载《法学论坛》2011年第6期。

⑦ 陈金钊:“难以践行的誓言——关于法官法治信念的考察报告”,载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第5~6期。