



| 谢晖法学论著系列

法律哲学

司法方法的体系

谢晖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

 | 谢晖法学论著系列

法律哲学

司法方法的体系

谢晖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律哲学:司法方法的体系 / 谢晖著. —北京:
法律出版社, 2017. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5836 - 8

I. ①法… II. ①谢… III. ①法哲学 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 091718 号

法律哲学

——司法方法的体系

FALÜ ZHIXUE

——SIFA FANGFA DE TIXI

谢 晖 著

策划编辑 周丽君

责任编辑 周丽君

装帧设计 贾丹丹

出版 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 三河市兴达印务有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 24.75

字数 430 千

版本 2017 年 9 月第 1 版

印次 2017 年 9 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5836 - 8

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

再版说明

《法律哲学》这部书,由湖南人民出版社于2009年年初出版,现征得湖南人民出版社及该书初版编辑戴军先生的同意,纳入法律出版社出版的“谢晖法学论著系列”中再版。

该书既是一部有关法律哲学的作品,同时也是一部探究司法方法体系问题的作品。所以,为了文题之适切,在再版时加了个副标题——司法方法的体系。狭义上讲,法律方法所讲的就是司法方法,因此,两者间并无根本区别。但广义上讲,除司法方法外,法律方法还包括立法方法、行政(执法)方法、(律师)法庭论辩方法,甚至公民法方法、守法方法等,因此,司法方法仅仅是法律方法之一种,这正是我在本书再版时给书名加副标题的“司法方法的体系”,而不用“法律方法的体系”之缘由。

关于司法(法律)方法的体系,在我国学界,大多以法律解释这个词为纲领,提挈其他所有的司法方法,如王利明、梁慧星、王彬等,皆是如此。也有学者以论题学、法律推理、法律论证、利益衡量、漏洞补充等作为构建司法方法的逻辑起点,如舒国滢、张继成、熊明辉、张宝生、张斌峰、焦宝乾、张利春等。郑永流则从法律人的思维过程出发,阐述其阶梯式法律方法体系。这些有关法律方法体系的不同观点和论述,各有千秋。

本书则尝试从“法律病灶”这一法律的问题出发,并通过对“法律病灶”的类型化处理,对症下药,阐述

针对不同“法律病灶”的司法应对手段。透过此,本书也对常见的各类法律方法及其适用领域作出了有针对性的论述,与此同时,还提出了“事实替代”这一独特的司法方法。在相关研究中,笔者试图贯彻的基本方法——规范分析方法。自然,这一有关司法方法体系的论述,也是一种尝试性的研究。这一司法方法之理论体系,能否与司法实践中法律运用的方法相呼应?尚有待司法实践之检验。

有了体系,并不意味着这个体系就一定完善。在司法方法论的研究上,我一直未曾止步于这一体系,也一直探寻在此体系基础上,设法进一步完善该体系。尽管在本书之外,并未形成专门的、系统的著述,但不时有相关的研究论文发表。因此,对相关的后续研究,我将结集为《法律(司法)方法论》一书,也将收在“谢晖法学论著系列”中,静待读者们届时能并观两书,比较阅读,或更有收获。

因此,本书再版时,并未改动初版的内容,只对其标点和个别文字做了修改。感谢湖南人民出版社及戴军先生慷慨授权本书在法律出版社出版;也感谢法律出版社及本丛书策划人周丽君编辑热情应允将本书纳入“谢晖法学论著系列”中再版!本书的再版,受到中南大学法学院及该院陈云良院长的特别支持,在此特致谢忱!

谢 晖

2017年2月9日于北京

法律哲学与法学之道（第一版序）

四年多前，在岳麓山下召开的一次会议上，湖南人民出版社戴军编辑告诉我：该社欲组织出版一套“边缘法学丛书”，并期望我能把“法律哲学”的写作任务承担下来。尽管多年来，我的从业方向基本属于法哲学和法律哲学领域，但要让我依据“边缘法学”的思路，就“法律哲学”专门写一部书，还颇费踌躇。因为在我看来，“法律哲学”、“法律解释学”之类，完全属于法学的“正宗”内容，而不属于“边缘法学”的范畴。一直以来，我把“法哲学”和“法律哲学”作了分类处理，前者可谓交叉学科，而法律哲学，则是在法律规范和司法判例等制度事实中，寻求法律之道、法学之道的学问，故而把它放在“边缘法学”从书中，让我无不为难。兼之对一切命题作文，我向来反应很慢。所以，接受了该任务之后，数年准备，半年写作，才算初步完成了这么一部聊可称为“法律哲学”的书。

但是，作为一位法哲学与法律哲学的教学、研究从业者，能写出反映自己思考的系统的法律哲学作品，向来在自己的谋划中。按照原先的计划，该作品共分三卷：第一卷论述“人的规范生存与法律的规范结构”；第二卷论述“法律有效的事实根据和逻辑根据”；第三卷论述“法律规范的病理和医理”。将要出版的这部作品，其实是我“法律哲学”三部曲中的第三卷。第一卷和第二卷，只能候来日有暇时，慢慢撰写。行文至此，不由得让我生发出这样的感慨：人的一生想做的事情很多，但能做的事情却很有限。不时看到

在一些文化名人的传记中,为这些名人曾设计的庞大写作计划不能完成而遗憾的文字。如今,我也经常能碰到此类问题。每到这时,才能真正体会脚踏实地、按部就班的珍贵!可惜,这个变动不居的社会,以及自己逸动不居的心灵,每每让计划旁落,让理想东流。反思既往的教训,或许让自己能够笃信一样追求。

何为法律哲学?我对它是这样界定的:以规范分析方法,研究法律内部的一般问题——包括法律规范,以及根据法律规范的法律运行等的学问。这和借助哲学的思辨方法,以研究法律之社会、文化、思想根据,或者研究法律外部之一般问题的学问——法哲学形成鲜明的对照。法哲学和法律哲学的这种划界,并不是笔者有意画地为牢,而是哲学学科与法学学科既有规定的必然。在我看来,法哲学是哲学的分支学科,在本质上,它属于哲学范畴。不论就研究方法,还是问题域,都属于哲学领域。而法律哲学,却属于法学的范畴,其研究方法——规范分析方法,以及问题域,都属于法学的范畴。仅仅从名称出发,把法律哲学归类于“边缘法学”的范畴,在我看来,尚值得存疑。因之,能否称法哲学与法律哲学这两门不同的学科为交叉学科?即是法学和哲学的交叉?换言之,能否把法哲学与法律哲学这两门学科归类为“边缘法学”的范畴,还是很值得再探讨的。

法律哲学所欲探究的,可称为法律之道和法学之道。鄙以为,法学之道虽异于法律之道,但两者的逻辑勾连,不应被人为否定。法律虽诞生于生活经验、主体需要、经济交往、文化积淀、政治博弈、社会关系的规定性等等社会事实,但法律规范一旦自这些社会事实中被抽象、提取出来,不论它是以制定法的形式被提取,还是以判例法的形式被提取,都构成一种独立的存在,即以正式制度事实的方式存在。这种制度事实中,本身含有其自在的道理和规定性。所以,尽管法律和宗教一样,没有自己的历史这种说法有一定道理,但这绝非对法律的研究,可以用其他研究所替代,或者说一个人发现了社会的、经济的、文化的、政治的规定性,也就发现了法律自身的规定性,从而舍弃对法律的专门研究。因为这些规定性不能直接系统化为人们交往行为的法律准则。从社会事实的规定性到法律规则的转换,还必须经过人们系统的思维加工和文字谋划。这样一来,法律以及经由法律所导致的法律实践,自身就是法学研究的对象。法律哲学的基本使命,就是揭示法律及由法律所引导的实践的一般规定性,即揭示法律之道。对法律之道揭示的直接后果,便成为法学

之道——法律哲学的基本内容。所以,放弃法律自身的规定性,而一味在法律之外寻求法学之道,研究法律哲学,无异于南辕北辙,不得要领。

一直以来,笔者也非常关注“法外求法”,也关注以其他学科的方法来救济法学研究的不足,以拓展、加深对法律的理解和观察。即使在关注法律的内部问题研究的同时,也没有放弃对法哲学问题的关注,对民间法研究的倡导。但与此同时,笔者也在不断反思:法学自身的研究方法、研究领域又是什么?倘若法学只能借助其他学科的方法,研究法律外部的问题,这门学问的相对独立还有可能吗?这样的思考,迫使我进入自己既不熟悉,也无兴趣的规范领域,借助对法律规范、法律判例自身的规范分析,获得有关法律的“真理”。其实,此一过程,自从边沁—奥斯丁以来,不论在英美法律学术界,还是在欧陆法律学术界,都成为法律学术的主流。即使在法律哲学领域,规范研究方法,以及借助这一方法对法律和法律实践自身的研究也蔚然成风。这和国内学术界,特别是法理学界的研究路数大相径庭。好在这些年来,国内法理学界已对此多有关注。以规范研究为核心的法理学(法律哲学)正在我国萌芽并成长。换言之,我国法律哲学对法律之道、法学之道的建构,正在进行中。

既如之,为何还要接受一套名为“边缘法学”丛书的约请,把自己的《法律哲学》放在这套从书中出版呢?这出自两个原因:一是湖南人民出版社戴军君的真诚;二是既然湖南人民出版社把“法律哲学”已经列为“边缘法学”丛书的一种,本人不写,其他人照样会写。与其如此,不如自己写作,并按照自己的理解来“正本清源”,或许更能对法律哲学之为“正宗”的法学领域,而非“边缘法学”领域做点事情。当然,如上见解,也只是笔者一孔之见。是非曲直,更愿闻同人们的批评、纠谬。

还须说明,本卷内容,所涉及的完全是法律方法问题,也是近年来,我对此一问题思考的系统总结。2008年7月在日照召开的“全国第三届法律方法论坛”上,我就相关问题做了一个梗概的发言。发言一结束,就接到西南政法大学副教授赵树坤博士的短信:“观点清晰,表述干净!对法律方法的界定太窄!”她的后一提醒,对我而言,弥足珍贵。迫使我思考:尽管法律方法运用的典型场合,在法律出现“病症”时,但绝不能说在日常的法律执行和司法活动中,就不需要法律方法。只是此时法律方法的呈现,太过日常,因之,研究的意义也就不很突出。此外,还须稍加说明的是,在本卷中,我对法律之三种病症及其克服方法的论述,并不意味着相关方法只能在克服其中某一病症中发挥作用,反之,在克服其他法

律的病症中照样可以发挥作用。只是必须说明,这时它们的作用,是“辅助的”,而不是“专门的”、“主导的”。例如,法律解释的主导功能在克服法律的模糊不明,但在法律出现冲突时,它照样可以辅助地作用于法律冲突这一法律病症的救治。

在此,自然忘不了感谢促成本书的朋友们:感谢戴军编辑的约请和督促,这既是本书写作的压力,更是本书写作的动力;感谢同人孙新强教授,助我把目录翻译成英文。他的专业英语水平,向来被国内同人所称道,此次翻译,他重视有加,相信必会为拙著添光加彩。感谢弟子王林敏、魏治勋、尚海涛、王宗冉诸位。自搜集案例开始,一直到具体校对稿件,他们自始至终在协助我。这些,让笔者省心省力不少。至于本书中立意的深浅、观点的对错、论证的得失……皆由我来负责。

谢 晖

2008 年 12 月

目 录

导论:规范分析方法 / 1

- 一、何以我国法学期以来方法缺席? / 1
- 二、法学领域中的三种实证 / 4
- 三、规范分析方法:一种合法/非法、运行/效果、
权利/义务分析方法 / 13
- 四、规范分析方法的普通对象:制度事实 / 20

上篇 法律模糊及其救济

导言 法律的病灶之一:模糊不明 / 27

第一章 法律解释与法律模糊的释明 / 34

- 一、法律解释、一般问题与法律模糊的释明 / 35
- 二、法律解释、字面辨析与法律模糊的释明 / 39
- 三、法律解释、意义限缩与法律模糊的释明 / 45
- 四、法律解释、意义扩张与法律模糊的释明 / 51
- 五、法律解释、历史溯源与法律模糊的释明 / 54
- 六、法律解释、比较分析与法律模糊的释明 / 58
- 七、法律解释、目的(体系)说明与法律模糊的释明 / 62
- 典型案例(一) 许霆案:扩张解释还是类推定罪? / 67

第二章 法律推理与法律模糊的释明 / 72

- 一、法律规定与案件事实之对接与乖张 / 73
- 二、法律推理,在法律解释所不及处 / 78
- 三、演绎推理、大前提与模糊释明 / 83
- 四、归纳推理、小前提与模糊释明 / 89
- 五、辩证推理、实质性抉择与模糊释明 / 94
- 六、类比推理、判例制度与模糊释明 / 100

典型案例(二) 彭宇案:通过推理确定小前提 / 105

第三章 法律论证与法律模糊的释明 / 111

一、观点多元、复杂推理与论证解决 / 111

二、理性论辩、法律论证与模糊释明 / 117

三、主体互动、推理交锋与模糊释明 / 122

四、疑难复杂案件、解决方案交涉与模糊释明 / 128

五、实质合理、可接受性与模糊释明 / 133

六、协商辩驳、理性妥协与模糊释明 / 139

典型案例(三) 河鲈科淡水小鱼案:通过论证释明模糊 / 144

中篇 法律冲突及其救济

导言 法律的病灶之二:法律冲突 / 151

第四章 效力识别与法律冲突的消解 / 156

一、效力识别、原则优先与法律冲突的消解 / 156

二、效力识别、上位法优先与法律冲突的消解 / 162

三、效力识别、特别法优先与法律冲突的消解 / 167

四、效力识别、新法优先与法律冲突的消解 / 173

五、效力识别、程序法优先与法律冲突的消解 / 178

六、效力识别、国际法优先与法律冲突的消解 / 184

典型案例(四) 李慧娟法官判决种子纠纷案:法官效力识别的边界? / 190

第五章 利益衡量与法律冲突的消解 / 193

一、利益衡量、价值冲突与法律冲突的消解 / 193

二、利益衡量、利益冲突与法律冲突的消解 / 200

三、利益衡量、主体身份与法律冲突的消解 / 205

四、利益衡量、社会规范与法律冲突的消解 / 211

五、利益衡量、社会舆情与法律冲突的消解 / 216

六、利益衡量、社会形势与法律冲突的消解 / 222

典型案例(五) 泸州“二奶”遗赠案:公序良俗原则优先 / 227

第六章 事实替代与法律冲突的消解 / 232

一、事实替代、调整不能与法律冲突的消解 / 232

二、事实替代、事物规定性与法律冲突的消解 / 238

三、事实替代、既有规则与法律冲突的消解 / 243

四、事实替代、两造协商与法律冲突的消解 / 249

- 五、事实替代、社会交涉与法律冲突的消解 / 255
- 六、事实替代、(法官)规范构建与法律冲突的消解 / 260
- 典型案例(六) 顶盆过继案:以习俗替代契约 / 266

下篇 法律漏洞及其填补

导言 法律的病灶之三:法律漏洞 / 271

第七章 类推适用与法律漏洞的填补 / 275

- 一、法律漏洞、类推适用与漏洞填补 / 275
- 二、类推适用、事实判定与漏洞填补 / 281
- 三、类推适用、效力等级与漏洞填补 / 286
- 四、类推适用、法律限制与法律漏洞的填补 / 291
- 五、类推适用、可接受性与漏洞填补 / 297
- 六、类推适用、判例规则和漏洞填补 / 302
- 典型案例(七) 中国网游第一案:虚拟财产也是财产 / 308

第八章 法律发现与法律漏洞的填补 / 311

- 一、法律发现、法律不能与漏洞填补 / 311
- 二、法律发现、个案规定与漏洞填补 / 316
- 三、法律发现、民间规范与漏洞填补 / 322
- 四、法律发现、社会政策与漏洞填补 / 327
- 五、法律发现、法学理论与漏洞填补 / 333
- 六、法律发现、生活常理与漏洞填补 / 338
- 典型案例(八) 里格斯诉帕尔默案:从公共政策中发现法律 / 344

第九章 法律续造与法律漏洞的填补 / 349

- 一、法律续造、法律拟制与漏洞填补 / 350
- 二、法律续造、法官造法与漏洞填补 / 355
- 三、法律续造、内心确信与漏洞填补 / 361
- 四、法律续造、道德取向和漏洞填补 / 366
- 五、法律续造、政治倾向与漏洞填补 / 371
- 六、法律续造、法官能力与漏洞填补 / 376
- 典型案例(九) 米兰达诉亚利桑那州:通过判例续造宪法权利 / 382

导论：规范分析方法

法学有没有自己特有的方法？如果有，其特有的方法是什么？这是目前为止，中国法学界并没有认真对待、当然也没有认真解决的问题。在中国，大概每位法学研习者都会有如下突出的感受：法学似乎只会借助其他学科的分析方法，而没有自己独特的分析方法。法学要探求法律存在和法律思维的根本问题，似乎只能借助于哲学的思辨分析方法、价值分析方法、甚至语义学分析方法等；法学要探求法律的成本与效益关系问题，似乎只能在经济学的基本分析方法——成本与效益分析方法中获得灵感；而法学要追寻法律的社会效果问题，若离开社会调查、比较等社会学分析方法，便似乎无所作为。这种情形流传久远，以致一个普遍的印象是：法学没有自己的分析方法。为什么会产生这种情形、形成这种印象？这是需要人们继续深入反思的问题。^①

一、何以我国法学长期以来方法缺席？

对于这一问题，或许需要在两个路向上反思。

第一个路向是在研究对象上：法律没有自身的知识属性，因而法学缺乏自身的独立性。由于我国法学长期以来依赖于政治学，甚至依赖于意识形态，法律

^① 值得注意的是，这个问题在中国和西方有不同的社会背景。这个问题在中国表现为方法缺席，而在西方则可能表现为法学独立性的式微（参见[美]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第533页以下）。前者是法学不发达的产物；后者则是法学发展创新过度的产物。

自身作为一种知识体系并没有引起人们的深刻关注,反倒是法律之外的种种因素成为法学必须关注的问题。法学不是以规范知识为对象,而是以非规范的社会现象为对象。例如,人们曾津津乐道的法律“是阶级力量对比的产物”、“是阶级矛盾和阶级斗争不可调和的产物”等论断,尽管自法社会学的立场观之,并非没有道理——特别在前资本主义时代,此种情形完全可以在历史实证中得到部分印证。但恰恰是被人们已然接受的此类观念,使法律本身规范社会的功能大打折扣。与此形成对照的是:法律以及在法律作用下的正式制度自身作为人类心智(理性)最重要的产物,似乎不被安排在一种知识体系中。法律似乎是远离知识的存在,它就是一些冷冰冰的规定,和知识毫无关联。^① 这种对法律的见解,在事实上把法律在公民的日常交往行为中剔除了。既然法律不是知识,那么,即使有法律规定,法律也可由人、由种种关系所左右而任人宰割。这正是法律以及法学在我国不太被关注,从而有法律但并没有在法律规制下的秩序的原因所在。

这种情形,和西方近代教育传统中对法律的重视,对法律作为知识的追求形成明显对照。一个被法律人津津乐道的故事是:首开近代西方大学教育先河的意大利波伦亚大学,最早所设立的专业便是以讲授罗马法为主的法学专业。自那时起,法学专业就是和神学、医学、文学比肩的四大专业之一。^② 而且在其后欧洲大学的发展中,一所综合性大学倘若没有法学专业,是不敢想象的。这说明,早在近千年前,欧洲大学就已经把法律当做一种知识来认真对待了。重要的是,对作为知识的法律的讲授,既不同于讲授神学——哲学时的冥思和思辨,也不同于讲授文学时的刻意的精神关照。由于法律固有的日常生活和日常交往实践面向,导致对法律的讲解总是要开发出技术操作层面的知识来。就此而言,法学教育和医学教育倒很相像。也正是在这种类似解经般的法学教学和研究中,才渐渐生发出一套对法律本身作为知识的阅读技巧和论述方式,形成一套完全独立于神学、哲学、政治学等学科的独立学科,这就是法学,或者法律教义学,同时逐渐形成了法学自身独立的研究方法——规

① 对法律的此类认识,尤其在民间盛行。只要做个随机的社会实证调查,问问人们对法律印象便不难得出这个结论。

② 有关波伦亚大学法学及其和西方法学、法制传统的关系的论述,参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第143页以下。

范分析方法。但遗憾的是,直到今天为止,我国法学界对法律这种知识的讲授,即没有严格按照知识的要求去梳理(于是法学教育往往仅仅变成了法条的文义诠释),也没有在此基础上形成严格的规范分析方法,尤其是没有把法律作为其唯一的研究和教授对象,而是夹杂了本来应由其他学科所承担的对象和内容。特别是理论法学,更是如此。例如,改革开放以来,在法学恢复过程中的某些阶段,法理学教材、文章、会议把诸如社会主义初级阶段的法理学问题、一国两制的法理学问题、西部大开发的法理学问题、和谐社会建设的法理学问题等与政治政策、政治意识形态紧密相关的问题作为其重要内容。毫无疑问,这种情形只能冲淡法理学对自身研究对象的努力,最后导致一种符合逻辑的结局,那就是因为研究对象的飘忽不定,在研究方法上也就无所作为。

由上述研究对象方面所呈现的问题,可进一步在第二个路向上反思:在学术分工的角度,为什么在研究方法上中国法学自身的方法会缺席。事实上,任何研究方法都是在对对象的研析、命名和处理过程中得出的。从一定意义上讲,完全可说一定的对象产生一定的方法。当某一学术研究的对象本身暧昧不明时,企图从中获得严整工稳的方法,无疑只能是无米之炊。尽管在人类学术史上,不少人企图建立符合一切知识和学问的方法体系,但迄今为止,这些所作所为都仅仅是一种停留在学者们主观世界的一些学术努力。最重要的方法论——演绎推理的学问推演模式,在近代以来也受到了全方位质疑和责难。退一步讲,即使人们真能找到一种放之四海而皆准的学问方法体系,但具体到某一学科,仍应当有自身的独特方法,否则,学术分工就只能有胜于无了。一言以蔽之,所谓统一的、适用于所有学科的学术研究方法,只能是在学术分工背景下各个学科所公用的方法,它可能推进某一具体学科的发展,但不能替代某一学科根据自身的研究对象所提炼出的特有方法。否则,所谓学科的独立也就成了海市蜃楼。

但自近代以来,随着社会分工的日益发展,任何一种学问都不可能一统天下,即使哲学也是如此。我们的生活所面对的是五花八门的分工行业,所以,有谚曰:“进得一门比海深!”此情此景,更需要韩愈那般的清醒:“闻道有先后,术业有专攻”。因之,社会分工背后所蕴含的必然是学术分工。而学术分工的一个必然逻辑要求是:一方面,将一定的研究对象纳入一定的学科框架中;另一方面,根据一定对象来抽取其中所蕴含的方法。法学正是在这种社会分工的推动下所产生的一种学术分工。

这种学术分工在其研究对象所框定的范围内,自然要求和这一对象相切应的研究方法。近代西方法学特别是欧陆法学的发展及其对法学研究方法特别关注,向我们提供了一条坚实的透过法学研究对象,而寻求并论证法学方法的路径。这条方法不是别的,就是规范分析方法。

中华人民共和国成立以来,我国法学研究所遭受的无端挫折以及在法学恢复时期以来,法学在研究对象上的模糊不明,直接影响了学者们对法学方法的总结和提炼。可以想见,法学工作者在法学研究对象忽而贯彻一个口号,忽而又贯彻另一个口号的情形下,还能钻研什么法学方法。人们跟风都唯恐不及呢!研究对象模糊不明的情形,还导致了即使那些钟情于法学的同人们,因为其各自偏好的影响,顺便把其他学科的研究方法借来,权作为法学研究的方法,所以,人们在看到有关法学的作品时,什么比较的方法、阶级分析的方法、社会调查的方法等,不一而足,但就是见不到法学自身的方法,就是见不到规范分析方法。正是此种情形,严重地影响了在我国法学作为一门重要的学科的独立性,也影响了法学在整个当代中国学术体系中的地位和进一步的话语权,由此更进一步的,当然是法学对中国法治建设的支持力度还明显不足。这在中国“入世”过程中法学家作用几无的情形中不难查见。

检讨了我国法学研究方法——规范研究方法的缺席,人们自然会问,究竟什么是规范分析方法?下面,我将从分析盛行在法学领域中三种实证方法入手,进一步说明什么是规范分析方法以及这种方法何以在法学中是最基本的方法和其独有的方法。

二、法学领域中的三种实证

习法者众所周知,在当代西方法学世界,尽管法学流派纷呈,但真正能主导法学者,仍然是自然—价值法学、社会—实证法学、规范—分析法学。这三大法学的分野,既有在基本主张上的分野,也有在研究方法上的分野。对习法者而言,这些都应当是耳熟能详的。在这里,我想进一步说明的是:三大法学在研究方法上尽管不同,但相关学者们都紧紧围绕着法律规范、司法判例和法律实践,走向了实证的风格。于是,在我看来,所谓实证,就不唯社会实证,而且也出现了价值实证和规范实证这些借实证来更加理性地说明法律理论、法律哲学问题的学说。这里不妨就此展开做一些说明:

第一,关于价值实证。或许,人们会认为把价值分析和“实证”这样的字眼结合起来,有点滑稽或者不伦不类。但我要说,价值分析方法并

非一套只讲究大而无当的理想,不食人间烟火的空洞说教方式,它本身并不必然拒绝实证。因为价值本身作为人类交往行为中必须考量的重要因素之一,就存在于人类的行为之中。尽管有人说“人之所以异于禽兽者几希”,但在这里,我恰恰是要进一步说明人区别于禽兽的那些因素的可贵。比如,人是追求道德价值的,人是追求自由德性的,人是借助道德价值以获取利益的。所以,面对各种利益,君子爱财,取之有道:“不以其道得之,不取也”;^①所以,“得道多助,失道寡助”。这就说明,道德价值对交往行为中的人们而言,不仅仅是一种应然的期待,而且是必须面对的现实。

这种情形,就决定了在学术上价值分析方法的可实证性。所以,那种一味地把价值分析方法排除于实证范围的说法和做法,显然是罔顾价值本身作为人们交往行为中的一种实然存在,人云亦云地把价值仅作为一种应然性的理想。诚然,因为每个人对道德价值所持的标准各异,所以人们在交往行为中对道德价值的选择有时候也就显得各不相同。但人们对德性的追求却是共同的。从来没有人反对德性,正像没有人反对功利一样。问题只是人们所坚持的是何种德性、何种功利。恰恰是这种德性与人类交往行为内在关联,就决定了道德价值判断(方法)在实证这一面向上的可行性。

一般说来,价值分析是要预设一种较高的并具有普遍意义的价值,以使其作用于交往行为中的人们。在这个意义上讲,价值分析本身具有提升人类道德境界的目的。但在法学领域当中,价值分析一方面指向立法过程中如何通过权利义务的分配,以确保人类德性(如诚实信用、如善良风俗等)能够在人们交往的规范世界中得到弘扬;另一方面则是指向司法过程中如何通过判决保障社会基本道德准则能够进一步得到彰显。

最近发生在南京的徐××诉彭宇一案的一审判决^②引起了广泛的争论,尽管作为一份基层法院的裁判文书,其对有关判决结论的深入论证的关注令人欣慰。争论的核心是法院在判决中引入的“常理”是否和案件所查明的证据内容相吻合?同时,这一“常理”在何种意义上是常理?判决是否会因此一常理而掩盖其他“常理”?在既有证据无法充分地说明原、被告各自主张的情形下,按照法官所援引的“常理”是否会对当下

^① 《论语·里仁》。

^② 相关判决书以及对该案的评论,参见 http://www.fatianxia.com/subject_list.asp?id=100, 2007年10月10日访问。