

创新思维法学教材

Legal Textbooks of Creative Thinking



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

The Course of Legal Methodology

本教程以培养高素质的现代法律人才为指向，贴近法律实践、法律适用，反映法律现象和司法过程的思维机制的特殊性，结合案例分析，论述法律方法，阐明法学方法的理论原理和适用机理。

法学方法论教程

张斌峰 ▶ 主编



创新思维法学教材
Legal Textbooks of Creative Thinking

法学方法论教程

The Course of Legal Methodology

张斌峰 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学方法论教程/张斌峰主编. —武汉:武汉大学出版社,2013. 11
创新思维法学教材
ISBN 978-7-307-11769-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 224160 号

责任编辑:田红恩

责任校对:鄢春梅

版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:崇阳县天人印刷有限责任公司

开本:787×1092 1/16 印张:22.5 字数:546千字 插页:2

版次:2013年11月第1版 2013年11月第1次印刷

ISBN 978-7-307-11769-3

定价:42.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

《法学方法论教程》作者简介



张斌峰（1962—），哲学博士（南开大学），河南省光山县人，现任中南财经政法大学法学院教授、法学理论专业硕士生、博士生导师。曾历任南开大学哲学系教授、逻辑学专业博士生导师，湖北大学哲学研究所副教授，郑州大学哲学系讲师。中国社会科学院哲学所、台湾大学访问学者（陆委会“中华文化基金”项目）。主要研究方向为法哲学和法学方法论（哈贝马斯法哲学、法律逻辑、法律符号学和法律语用学，兼及人文社会科学方法论）。现兼任中国法理学研究会理事、中国逻辑学会理事、中国符号学与语言逻辑专业委员会委员等职务。主持2007年度国家社科基金项目——《法律推理研究——语用学与语用逻辑的视角（项目批准号：07BZX046）》，另，还主持和承担省部级研究项目多项。出版《人文思维的逻辑——语用学与语用逻辑的维度》（天津人民出版社2001）等三部个人学术专著，合著有《二十世纪意义理论的发展与语言逻辑的兴起》（中国社会科学出版社2007版）等多部，发表学术论文100余篇，编著有《法律逻辑学导论》（武汉大学出版社2010）、《符号学导论》（河南省人民出版社2005）、《中国古典传统与西方现代自由》（湖北人民出版社2000）、《殷海光学术思想研究》（辽宁大学出版社2000）和《E时代·新人类·新艺术》（湖北人民出版社2007），编有《殷海光文集》（湖北人民出版社2001）。

编写说明

我国法学方法论尚无适合于法学专业本科高年级和硕士生乃至博士生进行法学方法论训练的正式教材（按照教材体例编写），因此之故，编写一本适合法学方法论训练，系统呈现当代法学方法论的知识谱系，精阐法学方法论尤其是法律方法的基本原理，服务于训练和提升当代法学本科生、研究生和博士生的法律适用能力、法律思维能力、法律推理能力、法律论证能力、法律解释能力、法律类型化能力和法律价值思考能力，这在中国的当下情境下（宪法尚无根本效力，立法、司法乃至执法政治挂帅的情势下，人情与司法腐败盛行下），法治现代化、司法公正、司法公信力、法律人的思维能力、司法判决的合理性及其有效性亟待提升，也迫在眉睫！

本教程尝试汲取当代全球法学方法论知识谱系之精华，整合反思和重建，透过引介和更新知识谱系、新信息、新资料和新成果（如把语用学方法、类型化方法和价值思考导向法引入法学方法论），实现法学方法论的知识更新和学术创新。力争做到新颖、规范、科学、准确，以及先进性、实用性、启发性、趣味性和技艺性之统一。具体说来，本教程的定位与风格如下：

一、基础性、脉络性和系统性之面向

本教程致力于呈现当代法学方法论（尤其是法律方法论）的基本知识谱系，系统梳理和清晰阐释当代法学方法论的知识谱系和学术共识，从而协助读者了解当代法学方法的历史演变过程，以及法学方法论的理论前沿问题，系统掌握法律思维、法律发现、法律推理、法律论证、法律解释、法律类型化思维法、法律价值导向法的学理内涵，并熟练地运用各种法律方法，提升法律理论思维能力和解决司法实务的能力。通过提炼和抽绎，力争更为简洁、独到、合理、深刻；以法律方法（法律适用的方法）为中心，也将面向理论理性的法学方法论融贯于其中；为了增加其权威性，本教程引用经典作家（如拉伦茨、考夫曼、恩吉施、波斯纳、魏德士、哈贝马斯、阿列克西、菲特丽丝）的经典论述，适度反映当代从事法学方法论或法律方法论学者等国内知名学者（舒国滢、郑永流、谢晖和陈金钊等）的论述；也勾画和呈现法学方法论（法律方法论）的历史发展以及最新演进，试图在形成知识脉络和综合创新的基础上，形成和构建当代法律方法论之知识系统的“理想类型”。

二、时代性、当下性和创新性之探求

现代法律人之于法学方法论的追随者和探索者们，当有敏锐的洞察力和思辨能力，用前瞻性、独创性、批判性和建设性的言说，追踪国内外前沿的法学理论之进展；基于社会生活和制度语境的变革，提出具有创新意义的法学理论问题；基于法学研究或学术争鸣的热点问题，采取新的视野、新的境界、新的思维、新的参照、新的方法，提出新问题、新观点和新



思路；基于既有的法律观念、法律范畴、法学知识体系或法律知识背景，经过缜密思考和严格论证，从而能够提出更具涵盖性、启智性的概念，或体现时代精神和时代精神的新话语、新命题、新推论、新论证或新原理。所有这些理性与追求都无不推动法律方法论成为我们这个时代的法学学科中的“显学”和最为显著的知识增长点，那么我们能为“她”做些什么样的奉献呢？我们唯有：

——面向全球化、面向世界、面向未来。中国社会向现代市场经济社会、法制现代化也就是当代中国法治化进程，权力本位向个体权利、公民权利本位的转向；思想观点要摆脱陈旧和僵化的政治意识形态，批判人治，直面正义、自由、民主、法治、宪政，追求现代性，直面中国法制的现代化。

——面向知识创新、致力于当代中国法学方法论的“推陈出新”和“综合创新”，引入新知识谱系、新成果（如语用学方法引入法学方法论）、新资料，实现法学方法论的知识更新，致力于学理、知识的更新，有新的论题、新的信息、新的语言、新的表述。

——纵观当代全球哲学、法哲学和法学方法论，致力于当代法学方法论的新开展：当代全球哲学、法哲学和法学方法论展现出——从一元主义到多元互动，从“形而上学”到“后形而上学”；从事实世界到生活世界（“语言游戏”、规范世界和文化传统）；从主客观二分到主客合一；从群体主义到个体主义；从主体主义到主体间性；从个体主义到交互主义；从义务本位到权利本位；从主观权利（主观法）到客观权利（客观法）；从“交往自由”到“交往权力”；从抽象权利到具体权利；从“天赋人权”到“商谈权利”（“权利起源于商谈”）；从“纸上之法”到“行动之法”；从法制到法治，从德治到法治；从政治至上到法律至上；从“以法统治”到“依法治国”；从“无限理性”到“有限理性”；从全知全能到“无知论”（或“理性不及”）；从分析哲学到“后分析哲学”；从形式逻辑到非形式逻辑；从理论理性（逻辑理性、工具理性）到实践理性，再从实践理性到“交往理性”（或“沟通理性”）；从全权话语到自我独白；从自我独白到对话商谈；从说者中心到听者中心；从论证逻辑到修辞论辩；从逻辑实证分析到（超越形式法、理性法的）商谈语用范式；从逻辑语义分析到语用整合综观；从演绎推理到实质推理（归纳类推、实践推理、辩证推理等疑难案件中的推理）；从实质推理到语用推理……我们唯有顺应全球哲学、法哲学和法学方法论的新潮流和新趋势，才能与时俱进，奋勇前行！

——面向哲学、法哲学和法学方法论的语用学转向。语用——在语言使用之中，在言语行为活动之中，在多主体的交互行为活动之中，在多主体交往行为者所处的语境与人文网络之中；语用学及其方法——面向语言使用、言语行为（会话、对话、商议、商谈、论辩、辩论）、语言游戏（如从司法的广场化到司法的戏剧化）和生活世界，直面具体问题进行分析（具体化思维或情境化思维），以人与人之间的言语行为（交互行为活动）为媒介，通过语境和主体间性及其人文网络，综观法律言语行为的语用意义；法律方法论的语用学转向——意味着，法律是内在于法律言语交往行为活动（语言使用）中的事实性和规范性的互动；法律方法论乃为关注法律之事实与规范何以实现互动之学：它以交往理性化解事实性与规范性的内在紧张关系，将二者的互动搁置于法律的言说者和使用者——之多主体的会话、论辩、论证、商谈——等言语交往行为活动之中。

所有的法律活动都是法律行为主体运用语言（语用）而进行的言语交往行动；法律是内

在于法律言语交往行为活动中的事实性与规范性的互动；现实法律活动中尤其是司法判决过程中的事实性与规范性总是不对称的，怎样实现二者的对称（或等置）呢？本教程认为唯有在法律的交往行为活动的“语言游戏”之中，在法律商谈、法律论辩、法庭会话、法律解释之中；法学方法论是研究在其理论构建与实践，运用多主体交互行动理论、法律商谈理论、语用学方法、法律类型化方法、价值思考导向法；在超越主客体二分而走向主体间性，在多主体的交互行动的“理想话语情境”中反思、批判和重构法学和法律方法论的研究“对象”与“本质”；在当代哲学的语用学转向的视域，证成法学研究的“语用分析法”，并以语用学透视法律推理、法律论证、法律解释等法律方法，独立提炼、概括和证成了法律的类型化思维法和价值导向法；从而在理论上形成逻辑层次分明、知识脉络清晰和学理致思富有创新性，且在实践层面适合于中国司法场域，在扩展实践理性的交往理性或沟通理性视野中，通过多主体之间的会话、对话、商谈、协商或商议式的论辩，以可接受性的、正确的、恰当的、合理性的法律语用（法律商谈）实现法学方法、法律方法的“有效性”，以语用规则、语用论辩过程，在理论理性与实践理性和交往理性的统一与互动之中，实现法律的事实与规范的对称（或“等置”）。本教程在内在学理上超越了法学方法论（法律方法）的包摄或涵摄模式、推论模式、等置模式以及评价模式，反思了这些模式的合理性和局限性，创造性地提出了语用模式而取而代之；本教程也克服了仅仅以逻辑或理论理性探讨法律推理、法律论证和法律解释的单向度的有效性之局限，走出了凸显“交往理性”（沟通理性，统摄实践理性）的语用有效性之路径，而以非逻辑的、非形式的、非语形上的、非表面上的、非单向度的“有效性”，实现多维度的有效性之间的相互融贯！

——面向法学方法论的本土化。本教程致力把法学方法论的知识、原理和理论的本土化，透过中国语境下的审视、反思，实现法学方法论的本土性——中国语境下的创造性转化。本教程在语用学的“理想的话语情境”中反思了中国情境下的也就是“政法传统”下的“倒置的法律推理”（“先定后审”），提出和证成了正当合理和可接受性的语用推理。从而在“照着讲”的基础上“接着讲”，致力于法学方法论知识的创新与本土化的创造性转化——将解决“中国问题”，落实、落地于中国的立法和司法的本土语境之中，注重在法律推理、法律论证和法律诠释的理论基础上，探索进一步地运用语用学与语用逻辑的方法论研究当代中国法学方法论的，通过中西方语用学与语用逻辑的交互性诠释，探寻和实现当代中国法学方法论的知识创新。

三、实践性、实用性和技艺性之养成

实践性——法学方法论（和法律方法论）是实践知识在实践中形成的技术和艺术，显示出实践理性和沟通理性。本教程认为，与其说法律的生命力在于经验，不如说法律的生命力在于实践，由于经验来自于实践，实践出真知，但实践又离不开以理论为指导，为此本教程重在培养学生的法律的理论思维能力、法律思维能力，注重理论联系实际的能力、法律实践理性能力。

实用性——内容上删繁就简，侧重基本概念、问题意识和基本原理；逻辑结构简洁清晰，文字表述精简和流畅；在体例上，采用法言法语法谚做各章节开头，在各章文尾附有阅读文献、思考题、练习题和论述题；其中练习题设计合乎司法考试试题类型和解题思路，以



论述题、案例分析题为主，也兼及选择题。

技艺性——结合（事例或实例）案例论述法学方法论和法律方法。运用法学方法论的知识（至少）对于重大的、疑难的、经典的乃至新发生的案例，创造性地作出缜密而又准确的分析。选取经典、具有时代气息的案例，进行分析和解读，使读者能够从作者对案例的分析和论述中，理解抽象的法理论述，抽绎出法律方法的义理和技艺；每章至少采用两至三个案例，精选中外古今尤其是当代和当下的经典、最新的案例，且案例分析理论联系实际，凸显理论理性与实践理性的统一。选取的案例要么是经典大案，要么是能够反映和代表中国法治进程的大案和要案。

本书的编撰者情况如下：

全书的规划、协调和统稿：张斌峰

各章具体承担人如下：

第一章：张斌峰、杨世屏、王金建

第二章：张斌峰、杨世屏、彭榆琴、杨鑫瑶

第三章：张斌峰、李永成、张毅龙、张蕾

第四章：聂长建、张斌峰、张毅龙

第五章：王元元、杨岗营、杨晓娜、陆洲、刘玉芳

第六章：聂长建、余继田、徐梦醒、齐建英

第七章：聂长建、齐建英、赵凯

第八章：李永成、徐梦醒

第九章：徐梦醒、李永成、肖宇

第十章：徐梦醒、张斌峰

第十一章：闫斌、张彩旗

第十二章：闫斌、张斌峰、张毅龙

第十三章：兰艳、张存为

第十四章：张存为、李依林

张斌峰

2013年8月于武汉南湖之滨

目 录

第一章 法学方法论研究的对象与价值	1
第一节 “法学方法论”与“法律方法论”辨析	1
第二节 法学方法论研究对象的多维阐释	7
第三节 法学方法论意义与价值	16
第二章 法学方法论的语用学转向	28
第一节 法学方法的传统范式及其历史局限性	28
第二节 语用学方法及其基本特征	36
第三节 法学方法论的语用模式：法学方法论的语用学转向	46
第三章 法律推理概述	59
第一节 法律推理概述	59
第二节 法律推理的语用学转向	68
第四章 司法三段论的语用分析与建构	77
第一节 超越“三段论”的司法三段论	77
第二节 司法三段论适用的语境分析	86
第三节 司法三段论之小前提的选择与确定	95
第五章 法律推理（上）：法律归纳推理和法律类比推理	100
第一节 法律归纳推理	100
第二节 法律类比推理	111
第六章 法律推理（中）：法律适用中的实质推理、推定和倒置推理	129
第一节 法律适用中的实质推理	130
第二节 法律适用中的推定	136
第三节 法律适用中的倒置推理	142
第七章 法律推理（下）：法律语用推理	152
第一节 语用学视野下的法律推理	152
第二节 法律语用推理及其特征	161
第八章 法律论证（上）：法律论证理论概述	170
第一节 法律论证的理论渊源	171
第二节 法律论证的内涵与特征	182

第三节 法律论证的形式·····	191
第九章 法律论证（中）：法律论证的有效性·····	201
第一节 法律论证有效性的界定·····	201
第二节 法律论证的融贯性·····	207
第十章 法律论证（下）：法律论证与交往理性·····	227
第一节 法律论证与论辩·····	227
第二节 语用·····	235
第三节 交往理性引导下的法律论证·····	245
第四节 交往理性精神的缺失在法律论证中的体现·····	252
第十一章 法律解释（上）：法律解释的基本理论·····	260
第一节 法律解释概述·····	260
第二节 法律解释的方法·····	266
第十二章 法律解释（下）：法律解释的正当性及其实现·····	284
第一节 普遍语用学及其方法论意义·····	284
第二节 法律解释的语用学维度·····	288
第三节 法律解释的正当性及其实现·····	295
第十三章 法律类型化思维法·····	305
第一节 西方学者的类型化思想·····	306
第二节 类型化思维的界定·····	310
第三节 类型化思维模式的应用·····	316
第十四章 法律价值导向法·····	328
第一节 价值导向方法的界定·····	329
第二节 价值导向方法的确定·····	337
第三节 价值导向方法的运用·····	343

第一章 法学方法论研究的对象与价值

道法自然，理在法中，入乎其内，出乎其外，法在理外，内外兼治。

——作者

法律是内在于法律语言使用之中的事实性与规范性的互动。

——作者

法学方法论(或狭义的法律方法论)是在法律交往行为活动中，研究怎样实现事实性与规范性之互动的学科。

——作者

第一节 “法学方法论”与“法律方法论”辨析

一、“方法”与“方法论”

(一) 什么是“方法”与“方法论”？

方法是指在给定的前提下，为达到一个目的而采用的行动、手段或方式。

古希腊语的“方法”一词的字面意义为“到……途径”。因此方法在字面上的含义就是“论述(正确)行动的途径”。其基本意义是指，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。而它的引申意义是指涉及研究过程中所运用的工具或技术，是为达到研究目标和产生可靠知识所选择、涉及和运用的适当的程序与规范。研究者运用方法的目的，就是要针对研究目标而回答如何实现研究目标所提供的计划并对其作出描述。简单地说，它是回答关于研究的目的——什么、为什么和怎么样的。

鲍亨斯基说：“方法是任何特殊领域中实施程序的方式，即组织活动的方式和使对象协调的方式。方法论就是讨论方法的理论。”^①鲍亨斯基还把语形学、语义学和语用学看成符号学方法的三个维度，这一论述具有重要的方法论意义，体现了语形学、语义学和语用学更大的方法论价值。而中国学者认为：“方法只是一种方便，用来指称问题、工具以及使用者等诸多因素构成的复杂关系。如果错误地把方法看做一种单一、孤立和完整的现象，而无视其背后掩盖着的诸多要素及其复杂关系，就无异于以幻化为实相了。”^②这无异于是说，方法即

^① [瑞士]鲍亨斯基：《当代思维方法》，童世骏、邵春林、李福安译，上海人民出版社1987年版，第9页。

^② 杨立华：《方法的幻相》，载《中国哲学史》2000年第3期。



方法论，乃为指涉研究对象之完整而系统之复杂关系的知识范式。

什么叫方法论呢？在我们看来，方法论是关于方法的系统理论或学理性的言说，是所有具体的人文与社会科学普遍使用的知识范式。方法论是对所有的学科都有意义的方法。或者说，方法论或作为逻辑学的一些方法是普通的或一般的方法论的对象。这种普遍的方法之所以是普遍的方法，乃是因为，它们对于所有的科学或学科都有意义，或至少是部分地有意义。德国学者也如是说，方法是“对那些总是指导着科学探索的推理和实验原理及过程的一种系统分析和组织……也称之为科学的方法。因而，方法论是作为每一门科学的特殊方法的一种总称”^①。总之，方法论的任务是说明这样一种方法，凭借这种方法，从我们想象的或认识的某一特定的对象出发（或问题意识出发），应用有效的思维规则和恰当的价值选择，通过确定的概念、判断和完善的推理与论证来达到人的思维服务于自己所树立的目标。

显然，方法论与逻辑学有着内在的关联，但它又不简单地等同于逻辑，尤其是不等同于作为严格的或狭义的形式逻辑，它更多的是对逻辑学的应用。方法作为一个独立的概念，是由近代以来的西方思想家提出来的，它自然被打上了西方近代哲学和科学的主客观二分的色彩。康德认为，方法被用来认识客体，它意味着我们如何能够完全地认识一个客体的方式。方法可以被解释为，一门科学获得有关其对象的有效判断的方式，也可理解为意谓与必要规则相联系的行动方式。显然，就方法论与逻辑学的关系来看，方法无非就是对客体或被研究对象进行概念的限制、区别、划分和排列的方法，对被考察情况的发现、解释、论证和系统构造的方法，因此从逻辑学的视角来看，方法特别是对于科学探索和哲学探索的推理原理应用有关的逻辑分支，它在某种程度上是应用逻辑思维的结果，但它本身又不太需要过度的形式化。总之，方法也常常是对逻辑的应用过程，它甚至可以应用专门的函项，通过特定的形成规则来构造符号系统或建构模型。

具体说来，方法论中应当包括的逻辑学及其相关的因子有：定义、区分、划分、论证的理论；普通符号学、语法学（句法学）、语义学与语用学、文化符号学（如“汉语文化语用学”等）等。从逻辑的视角来看，方法论属于广义的逻辑。我们给出方法论的这种知识定位，只是为我们提供一种定向的帮助，以便于把方法论引入既有的人类知识的系统中。

（二）“方法”与“方法论”的区别

方法与方法论有什么样的区别呢？方法论是对方法的哲学与逻辑的研究，它不应该是对各种具体方法的简单罗列和描绘，而应侧重揭示如何合理有效地使用具体认识方法的方法，方法论是“方法的方法”。所以，“方法”与“方法论”的主要区别为：

（1）方法是一种探索认识事物和实践活动的路径、程序、方式、模式、技术或者手段；而方法论则是对方法作原理上的说明，它重在解决研究认识事物和实践活动中所应遵行的逻辑机制与操作规范，方法论重在论，重在论理，且具有理论上的系统性。

（2）方法是“技”，方法论则是“道”。方法追求科学性，方法论则追求和上升到哲学之理论思维、逻辑思维和价值思考的高度。因此，它是对整个学科的分析思路的理论说明，它必须设定该学科研究的逻辑起点、基本范畴、前提预设以及检验手段等相关问题。

（3）方法具有明显的技术性质，能够适度地保持价值中立；而方法论未必保持中立，它

^① 转引自[美]唐·埃思里奇：《应用经济学方法论》，经济科学出版社1998年版，第26页。



试图在整个价值层次与体系中,探索方法的路径。

二、什么是“法学方法论”与“法律方法论”?

(一) 什么是“法学方法论”?

目前,国内学术界,关于什么是“法学方法论”的准确用语,相当混乱。自1949年以来国内连法学都取消了,哪里谈得上什么是法学方法论呢?1991年,台湾学者杨仁寿的《法学方法论》得以在大陆出版,之后拉伦茨的《法学方法论》一书也被引进,自然也就首先在中国大陆学界先有“法学方法论”,尔后才有“法律方法”。只是近年来才流行“法律方法”一词,有学者倾向于将“法学方法论”改称为“法律方法论”;也有主张二者通用,不做区分者。鉴于二者在应用中存在的差别,我们认为应当对二者各自的含义清晰化,以解决法学研究和法律应用中称谓及其上的应用困难。

郑永流教授认为,从词源上看,“法学”一词主要源于德国,托马修斯以前法学的表述为 *Jurisprudenz*,它直接采自拉丁语 *Jurisprudentia*。在他之后,“法学”一词表达为 *Rechtswissenschaft*,它由法、法律、权利(*Recht*)和科学(*Wissenschaft*)合成而来。在当今德国学界, *Rechtswissenschaft* 逐渐取代 *Jurisprudentia* 的地位,作为法学的表述词。当然仍然会有互换使用的情况,但 *Jurisprudentia* 更多是指 *Rechtswissenschaft* 出现以前的法学和今天狭义的法学,即法律教义学,意为有关现行法律的学说。德语形容词 *juristisch* 词根源于拉丁语 *Jus*,既指法学也指法律的、司法的,偏向法律实务。所以,法学方法论应表述为 *Rechtswissenschaft Methodenlehre*,也即法律科学,一般包括法哲学、法律理论、法史学、法社会学、比较法学和法教义学;而法律方法 *Jurisprudenz Methodenlehre*,也称为法律适用方法论,则理应成为法学方法论的一部分,拉伦茨认为:“方法论不是列举一些确定规则,只需遵守它们即可确保可靠地法规范适用。解释及所有与解释相关的作用,它们不是仅依确定规则进行的活动:解释者具有创意的想象力乃是必要的要求。”“就像多数的法规范,在适用方法上的知识时仍有相当的判断余地。方法上的提示提供方向上协助,可以审查思考过程中是否遗漏重要的观点,可以强制解释者说明解释过程。然而,如果认为解释者应该盲目。毫无创意地服从这些指标,那就把事情看得简单了。”“‘方法论’比较是为从事法学研究、提供专家鉴定意见以及说明判决理由的程序而设计的。”^①显然,法学方法论除了考察和研究法律适用和解释的技术以外,同时还研究这些具有技术性的法律方法背后的相关的法哲学问题,如法律适用的一般结构、超越法律规范的评价标准、个案裁判的正当性以及怎样通过法律方法实现正义的问题等。

台湾学者杨仁寿先生撰著的《法学方法论》是中国大陆最早出版的,也是大中华地区第一本法学方法论著作,该书认为,“法价值理念及概念之探究与确定,与法源之研究固系法理学课题之一,即法学方法论亦系法理学的重要任务,而法学方法论乃系综合对于法之‘体’、‘用’所为研究之成果,借以确立法学研究之合理方法,而验证法之妥当性。”^②该书的第一篇之第一章引论、第二章恶法亦法——基于实践理性;第二篇法学认识论、第三章法学发展

① [德]拉伦茨:《法学方法论》,商务印书馆2003年版,第31页。

② 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第95页。



论——基于理论理性；第四篇法学实践论，包括第一章法学之基本理论、第二章狭义的法律解释、第三章社会学的解释、第四章价值补充、第五章漏洞补充、第六章类推适用与其他法律之阐释方法、第七章利益衡量和第八章法律行为之解释方法；第五篇法学构成论又回到了法学的理论建构上。法学方法论不能脱离法学理论、法律哲学、法律逻辑，在此意义上看，“法学方法论”的研究仍然是法理学、法哲学的一部分。

张文显教授认为，法学方法论就是由各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，并认为法学方法论的内容可分为两个层次：第一个层次是法学方法论的原则，即以马克思主义的唯物辩证法为指导，坚持实事求是的思想路线，坚持社会存在决定社会意识的观点，坚持普遍联系的观点，坚持历史发展的观点；第二个层次是各种法学方法，即阶级分析法、价值分析法、实证分析法（包括社会调查的方法、历史考察的方法、比较的方法、逻辑分析的方法、语义分析方法）^①。我们认为张文显教授主编的《法理学》对“法学方法论”的理解是狭义的，仅仅局限于法学研究的方法论，并没有同时凸显出法学方法论之实践理性的维度。

舒国滢教授认为，法学方法（论）是指法律人将现行的法律规范适用于个案纠纷获得一个正当法律决定的过程中所使用或遵循的方法。从广义上讲，法学方法，包括法学建构的方法、法学研究的方法（哲学的方法、分析的方法、比较的方法等）和法律适用的方法。从狭义上讲，法学方法，主要指法律适用的方法^②。

何谓“法学方法论”？在笔者看来，狭义的“法学方法论”是以法律和法学研究的理论理性或逻辑理性为面向：它以一套先设的假定为根据，确定基本的研究立场，从事法学理论之建构；同时也据此直面法律之实践理性：探讨、诠释、批判法律的起源、存在与演化现象、法律适用和法律实践等。如此之法学方法论有以下特征：

（1）法学方法论首先必须有建立在某种哲学基础上的假定，即有“本体论的承诺”，这是方法论得以成立的基本前提。正如拉伦茨所言：“如果不考虑法哲学，就根本无法研究法学方法论。”^③这是因为方法终归离不开对象（本体），方法论是我们观世界的视角，离开了世界，就无“观”的对象，自然也无须“观”的视角或“观”的路径（方法）；法学要实现其认识目标总是以如何认识“法”——“这个事物”（法律现象、法律规范、法律行为、法律事实）为基础的，方法论以本体论为基础，本体论也离不开方法论的支撑，没有关于“观”的方法论就无所谓世界观。因此，“方法论会导向哲学”，每种法学方法论总有相应的法哲学，并努力实现其对法——“这个事物”的认识，而不拘泥于特定实证法秩序。例如，本书所倡导的“法学方法论研究的语用学转向”，就预设了法学研究由以事实世界为逻辑前提而转向了规范世界、行动世界、生活世界以及法律的“语言游戏”的世界（多主体之间的交互行为活动）。法律推理取决于逻辑学（形式逻辑、非形式逻辑和辩证逻辑，相应产生形式推理、语用推理或实质推理以及辩证推理），本书首倡的法学方法论的语用学转向来自哲学上的语用学转向；法律解释与哲学上的解释学也休戚相关。所以说在法学中，法学方法论与哲学以及逻辑学和符号学科

① 张文显主编：《法理学》（第三版），高等教育出版社、北京大学出版社2007年版，第24页。

② 舒国滢等著：《法学方法论问题研究》，北京大学出版社2007年版，第6页。

③ [德]拉伦茨：《法学方法论》，商务印书馆2003年版，第21页。



联系最为紧密。

(2) 法学方法论必须体现理论理性、逻辑理性和知识谱系的系统性。法学方法论要能对法学所研究的对象进行系统的建构与严谨的逻辑论证,其任务是各种法学研究方法组成一个体系,区分它们的层次、协调它们的关系,使之在结构上和谐,在功能上互补。

(3) 法学方法论必须体现研究者的学术立场和价值立场:法学方法论研究者总得运用某种特定的方法论理论资质或学术范式,而且他还必须持有特定的(社会价值或法律价值和法律秩序)价值立场。

(4) 法学方法论还必须具有实践性的功能。法学方法论内在包含着法律的实践理性,它既面对理论理性,又面对实践理性,即使是纯理论研究,它也最终直接或间接地付诸法律适用和法律实践。

(二) 什么是“法律方法论”?

关于“法律方法”之用语,各国的使用习惯并不一致。英美法系通常采用“法律方法(Judicial Method)”,以此来指称法官在裁判过程中的法律解释和法律推理的方法和技术。无论是在大陆法系国家还是英美法系国家,都存在关于法律方法的理论学说。但是从用语上,“法学方法论”一语似乎在大陆法系尤其是德国更为常见。“法律(学)方法论”则是日本学者的相应用语。而在判例法传统的英美国家,法律方法的运用极其普遍。如《牛津法律大辞典》对法律方法的界定是:“在某个特定法律制度之内可用来发现与解决具体问题或具体争议有关的原则和规则的方法之总和。法律方法论的适用首先取决于确定引起问题的事实,并认定事实的事实所在……一旦事实被认定,则必须对其进行分类或识别,以确定应当调查何种法律问题或法律点。”^①法律方法在古罗马以来的漫长演进中,其范围在不断扩大,导致法律方法存在广义与狭义之分。狭义的法律方法的内容为法律解释,具体方法就是萨维尼总结的语义、逻辑、历史(主观)和体系解释四准则,结果的正义性、合目的性充其量可以在模棱两可的情况下起作用。在借助法律解释方法解决了判断的大前提的确定性问题之后,剩下的便只是进行演绎推理了。狭义的法律方法首先通行于民法领域,因为民法是解决个人冲突的规则体系,它远离政治领域。

19世纪末以来,封闭的法律体系为一切案件准备好了一个唯一正确的答案——这样的传统法律观便招致越来越多的批判,新法律观把法律视为开放的、未终了的、有待具体化的规范体系。这样,法律方法的内容得到了极大的拓展,自由裁量、利益衡量、合目的性、论题解释、诠释循环、填补法律漏洞、法律者的是非感、合宪性解释、法官对制定法的正当违背等方法或判断中要考虑的因素被相继提出来。应用法律不仅是一个将事实与规范对接的法律推论活动,还是一个续造既有法律或发现新法律的过程。这样,在从规范到事实的过程中,仅凭演绎推理是不够的,还有归纳、设证、类比等概括形式。所以,广义的法律方法既有法律适用的方法,又有法律发现的方法。

存在一种专属于法律人的发现、分析、推理、解决各种社会性问题与矛盾的方法。法律人是根据“法律发现”并处理问题的,但不意味着法律方法就是被动地适用法律。传统的法律方法,即建立在萨维尼集大成的解释理论基础上的法律方法,是狭义的,它把法看成是一个

^① [英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第607页。



预设的、封闭的、自主知识体系。拉伦茨虽然说他的法学是“这种狭义的法律教义学上的法学，但他突破了萨维尼所持的封闭的法律观”^①。特别其诠释学思考，给法律方法提供了独立的方法路径。

郑永流教授认为：“法律方法论是一门关于正确和公正地作出法律判断的学说。‘正确地作出法律判断’指结论是合逻辑地从事实和法律规范中推出，‘公正的作出法律判断’指结论充分平衡了当事人利益。”^②可以看出，法律方法是法律人对法律方法在具体案件中的实践与应用。

陈金钊则认为，法律方法论的研究对象包括：法治与法律方法论、法律方法用语辨析、法律方法的性质与特征；法律思维、法律渊源与法律发现，法律解释方法，法律论证方法裁判中的利益衡量、法律漏洞补充方法、法律拟制方法、法律关系分析方法、法律推理与法律逻辑分析方法^③。

综上所述，本书认为，法律方法论主要关注法律适用，探讨如何解决司法判决的合理性，主要属于实践理性或交往理性的维度——以解决事实与规范如何互动的学问——为其基本的问题意识；它涉及司法判决过程中的参与者，也就是法律人的思维方式、推理方式、论证方式、解释法律的方法和价值思考导向等。

（三）“法学方法论”与“法律方法论”之间的关系

我国学者郑永流对学术界相关理论进行分析后指出，法学方法是研究和预设法律的方法，指向的核心是何谓正确的法律，有关法学方法的学说是法学方法论。法律方法是应用法律的方法，不仅着力于实现既有正确的法律，还效命于正确地发现新法律，有关法律方法的学说是法律方法论。二者如果局限在领域上，则明晰可分，但由于后者还同时具有前者的主要功能，法律方法也可指法学方法，遂造成用名困难。

郑永流教授还认为，要紧之处不在于用什么提法，而在于各提法指向的实质立场究竟是什么，以及体现何种法律观。为了突显法律观是应用法律观，郑永流教授还主张，中文以采用法律方法和法律方法论的表述为宜。很多学者也采取这一称谓，理由是，“法律方法论”毕竟是学术界通用的用语。在西方法律学史上，这个用语相沿成习，有着特定的内涵和所指。在我国，采用“法律方法”这个用语，并用来指称法律应用的方法，似乎更为妥当。本书不认同郑永流教授的学术观点，理由在于：

中国大陆先有“法学方法论”，广义的法学方法论包括法律方法论，法律方法论是广义的法学方法论的一部分。1999年台湾学者杨仁寿的《法学方法论》出版，之后引进了德国民法学家卡尔·拉伦茨《法学方法论》一书，其实中国大陆学界肯定是有“法学方法论”后才有“法律方法”，只是近年来才流行“法律方法”一词，有学者倾向于称为“法学方法论”，有的称为“法律方法论”，更甚于有二者通用不作区分者。鉴于二者在应用中存在的差别，我们认为应当使二者各自的含义清晰化，以解决法律应用在方法名称上的困难。

中国大陆使用“法律方法”，在用词上区别于德、日以及我国台湾地区的“法学方法论”。

^① 郑永流：《法律方法阶梯》，北京大学出版社2008年版，第27页。

^② 郑永流：《法律方法阶梯》，北京大学出版社2008年版，第26页。

^③ 参见陈金钊：《法治与法律方法》，山东人民出版社2003年，第4页。



但总的来说,两者在研究领域上没有什么不同,只是狭义的“法学方法论”特指纯粹的法学学术研究方法,如此情境下的法学方法论主要属于理论理性(逻辑理性)的维度(用于建构法学理论体系的概念分析法、逻辑分析法),而广义的法学方法论是理论理性与实践理性的统一,它“真包含”法律方法论(或者说法律方法论“真包含于”法学方法论,法律方法论乃广义法学方法论);而后者也就是法律方法论,它主要关注法律适用,探讨如何解决司法判决的合理性,主要属于实践理性的维度(乃为解决内在于语言使用之中的事实与规范如何互动的学问);它涉及司法判决过程中的参与者,也就是法律人的思维方式、推理方式、论证方式、解释法律的方法和价值思考导向等。

法学方法论,从广义上讲,包括法学建构的方法(即从某种目的出发建构法学概念和理论体系的方法)、法学研究的方法(即正确地进行法学研究所应遵循的一套原则、手段、程序和技巧,如哲学的方法、历史考察的方法、分析的方法、比较的方法、社会学的方法)和法律适用的方法;从狭义上讲,法学方法论,主要是指法律适用的方法,又可以称为“法律方法”;它以事实的认定和法律规范的寻找为中心,这样的法学方法论主要是指研究正确地适用法律所应遵循的一套原则、手段、程序和技巧的理论。舒国滢主编的《法理学》认为:从广义上讲,法学方法,包括法学建构的方法、法学研究的方法(哲学的方法、分析的方法、比较的方法等)和法律适用的方法;从狭义上讲,法学方法,主要是指法律适用的方法。它所讨论的主要问题包括:(1)法条的理论;(2)案件事实的形成及其法律判断;(3)法律的解释;(4)法官从事法的续造之方法;(5)法学概念及其体系的形成。这其中又包括法律解释的方法、法律推理的方法、法律论证的方法、体系建构的方法等等。

总之,法学方法论是既区分而又整合的方法:广义上的法学方法论属于上位概念,而法律方法论只是单向度的实践理性面向,故属于下位概念,或种概念或子概念;广义的法学方法论(或“法律学方法”)是理论理性(或逻辑理性)与实践理性以及交往理性的统一,可以涵摄(真包含)法律方法,法律方法只局限于法律适用,只面向实践理性,但它却是法学方法论的核心(或重心之所在)。

第二节 法学方法论研究对象的多维阐释

法学方法论何为?其研究对象是什么?学术界对此论题的论述也是莫衷一是,本书力求在既有论述基础上,尝试以更为清晰的逻辑理路,对法学方法论的研究对象进行多维阐释。

一、法学方法论是研究法律适用的学科

(一) 法学方法论是关于法律实践之学

法学方法论以法律实践为基础,法学方法论具有实践性与应用性,实践性构成了法学方法论尤其是法律方法论之最为显著之性格。一般认为,人的活动可以分为认识活动和实践活动两种类型。根据这种区分,方法也可以分为认识方法和实践方法。法学和法学方法既是理论知识又是实践知识,它来源于实践,脱胎于实践,也应用于实践,因此它们是理论性的学科又是实践性的学科;它是有价值的理论知识,既不是“纯知化”的科学,就在于它能够把真知付诸与实践,解决法律实践中的难题。也正因为“法律是一门艺术,在一个人能够获得对