

CSSCI 来源集刊

法律方法

(第14卷)

主 编 陈金钊 谢 晖
执行主编 焦宝乾

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

法律方法

(第14卷)

主 编 陈金钊 谢 晖

执行主编 焦宝乾

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律方法. 第14卷/陈金钊,谢晖主编. —济南:
山东人民出版社,2013. 11

ISBN 978 - 7 - 209 - 07886 - 3

I. ①法... II. ①陈... ②谢... III. ①法律 -
文集 IV. ①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 282198 号

责任编辑:李怀德

法律方法(第14卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东出版传媒股份有限公司

山东人民出版社出版发行

社址:济南市经九路胜利大街39号 邮编:250001

网址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规格 16开 (180mm×255mm)

印张 24.5

字数 520千字

版次 2013年11月第1版

印次 2013年11月第1次

ISBN 978 - 7 - 209 - 07886 - 3

定价 52.00元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

《法律方法》稿约

本刊是由山东省人文社会科学重点研究基地“山东大学法律方法论研究中心”主办,山东大学(威海)法学院、华东政法大学科学研究院分卷编辑出版,陈金钊、谢晖教授主持的定期连续出版物。自2002年创办以来,已推出多卷。2007年,本刊入选CSSICI集刊,并继续入选近年来CSSICI集刊。本刊作为我国法律方法论研究的一方重要阵地,诚挚欢迎海内外理论与实务界人士惠赐稿件。

一、栏目设置

本刊近几卷逐渐形成一些相对固定的栏目,如域外视窗、部门法方法论、裁判方法论、方法史论、青年论坛、书评、综述等。当然,也会根据当期稿件情况,相应设置一定的主题研讨栏目。

二、来稿要求

1. 本刊属于专业研究集刊,来稿必须以法律方法为主题。近年来经常收到不属于法律方法的投稿,增加了不必要的审稿负担。因此,作者请将法律方法方面的作品投稿本刊。

2. 来稿须是未曾在任何别的专著、文集、网络上出版、发表或挂出,否则本刊无法采用。

3. 来稿如是译作,需要提供原版外文(书面或电子版均可),已获得版权的证明。

4. 来稿请将电子版发到本刊编辑部邮箱 falvfangfa@163.com 即可,不需邮寄纸质稿件。

本刊对来稿以学术价值与质量为采稿标准。请把联系方式(地址、邮编、电话、电子信箱)注明在来稿首页上,不要放在论文末尾,以便联系。发电子邮件投稿时,主题一栏请注明作者、文章全名;附件WORD名称也应包括作者、文章全名,请用WORD2003版本。

5. 本刊属于集刊,出版周期相对较长,作者投稿时对此要明确。来稿一经采用即通知作者,出版后寄样刊。

6. 为方便作者,来稿的注释体例采用页下注释,注释符用“1、2、3……”即可,每页重新记序数。正文中注释符的位置,应统一放在引用语句标点之后。

每个注释即便是与前面一样,也要书写完整。不可出现“同前注……”、“同上”。

7. 来稿需要加上中文摘要、关键词(无需英文)。作者简介包括:工作(学习)单位、职称、学历和研究方向等。欢迎来稿注明基金项目。

附:注释的书写格式

(1) 期刊论文

武树臣:《论判例在我国法制建设中的地位》,载《法学》1986年第6期。

匡爱民、严杨:《论我国案例指导制度的构建》,载《中央民族大学学报》(哲学社会科学版)2009年第6期。

(2) 文集论文

郑成良:《法律思维是一种职业的思考方式》,载葛洪义主编:《法律思维与法律方法》(第1辑),中国政法大学出版社2002年版。

叶俊荣:《法学学科成就评估报告》,载许章润主编:《清华法学》(第4辑),清华大学出版社2004年版。

郑永流:《法学方法抑或法律方法?》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(6),中国政法大学出版社2003年版。

(3) 专著

王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第71~72页。

(4) 译著

[美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第414~415页。

(5) 教材

张文显主编:《法理学》(第3版),法律出版社2007年版,第75页。

(6) 网络论文

张青波:《〈论题学与法学〉要义》,载 <http://www.law-thinker.com/show.asp?id=3560> (最后访问日期:2007-3-1)。

(7) 外文作品的引用

Paul Van Den Hoven, The Dilemma of Normativity: How to Interpret a Rational Reconstruction? Argumentation 11: 411 - 417, 1997.

Matti Ilmari Niemi, Phronesis and Forensics, in Ratio Juris, Vol. 13 No. 4 september 2000 (392 - 404).

Aleksander Peczenik, On Law and Reason, Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 23.

Zenon Bankowski et al(eds.), Informatics and the Foundations of Legal Reasoning, Kluwer Academic Publishers, 1995, pp. 12 - 15.

(8) 报纸

葛洪义:《法律论证的“度”:一个制度问题》,载《人民法院报》2005年7月4日,第5版。

CSSCI 来源集刊

为适应我国信息化建设，扩大本刊及作者知识信息交流渠道，本刊已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录，其作者文章著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录，请在来稿时向本刊声明，本刊将做适当处理。

目 录

法律方法课程开发专栏

法律方法论课程开发研究	陈金钊(1)
法律方法教育之思考	蔡 琳(97)
简论我国法律方法论课程设置的几个问题	焦宝乾(108)
法律方法课程开发的路径选择	
——从施瓦布的实践性课程开发理论谈起	赵玉增(114)
刑罚裁量教育和训练内容体系研究	王瑞君(126)
类型化方法在刑法教学中的应用	戴津伟(135)

理论研究

民国时期的法律方法研究:法律漏洞及其补充	刘昕杰 汤 敏(146)
常人方法学法律研究评述	彭艳崇(160)
作为认识论的事实与价值二分法	
——兼论自然权利与法定权利之争	熊文聪(167)
影响性案件中的后果主义论证	韦志明 余继田(178)
传媒控制下的民意多元与失真及其对司法的影响	侯学勇(190)
法官的法律方法素养与司法公正	
——一种法经济分析的进路	吕 芳(202)

裁判方法论

致命的失衡:回顾德雷德·斯科特案	[美]丹尼尔·A.法伯著 邹 奕译(214)
美国法中的遵循先例与推翻先例	李桂林(240)
判决书“情理不足”之探析	郭春镇(249)
论基层法官的整合型法律解释	石东洋(260)

法律修辞、语言

论法律修辞的限度

——兼及法律修辞在法律方法体系中的定位 李 亮(269)

法官话语的通俗化

——法律语言学抑或法律语用学的视角 王凤涛(278)

论法官判决中事实认定的修辞 赵 岩(299)

语用视野下的描述性融贯

——由间接证据的分析切入 徐梦醒(307)

部门法律方法

条约的动态解释方法研究

——兼及法律修辞在法律方法体系中的定位 姜世波 张雪莹(314)

“涉外民事关系法律适用法”命名之不当

——以冲突规范的调整对象为视角 董金鑫(337)

论合同作为法源

——基于司法语境的分析 谢 慧(346)

刑法隐藏漏洞的认定与填补

——目的性限缩在刑事审判中的运用 唐 娜(357)

性犯罪记录公告制度的刑事政策分析

——兼论“梅根法”在我国的适应性 刘 军(366)

刑法文义解释与刑法语料库的构建 苏 凯 林 静(374)

新媒体时代实质刑法解释的宣示

——基于侵犯著作权罪主观方面的分析 王翠霞(381)

CONTENT

On Legal Method Curriculum Development

On Legal Method Curriculum Development	Chen jin zhao(1)
Thinking on Legal Method Education	Cai lin(97)
Some Problems in Legal Method Curriculum Setting	Jiao bao qian(108)
Path Choice in Legal Method Curriculum Development	Zhao yu zeng(114)
The Conten of Education in Measurement of Punishing a Criminal	Wang rui jun(126)
The Use of Type Method in Criminal Law Teaching	Dai jin wei(135)

Theory of Legal Methods

The Study of Legal Method in Period of the Republic of China ...	Liu xin jie, Tang min(146)
A Survey of the Study of Ethnomethodology	Peng yan chong(160)
The Philosophical Connotation of Dichotomy between Fact and Value and Its Use in Law	Xiong wen cong(167)
Consequential Argument of the Influential Cases,	Wei zhi ming, Yu ji tian(178)
Public Opinion in Context of Media Control and Its Influence in Judicial Process	Hou xue yong(190)
On Judge's Legal Method Quality and Judicial Justice	Lv fang(202)

Legal Methods in Judicial Process

A Fatal Loss of Balance: <i>Dred Scott</i> Revisited	Daniel A. Farber(214)
Stare Decisis and Overruling of Precedent in American Law	Li gui lin(240)
Deficiency of <i>Qing li</i> in Judgements	Guo chun zhen(249)
On Integrated Interpretation of Law by The basic level judges	Shi dong yang(260)

Rhetoric and Argument in Law

On Limitation of Legal Rhetoric Li liang(269)

Judge Discourse Popularized Wang feng tao(278)

On Rhetoric Used in Fact-finding of Judge’s Decision Zhao Yan(299)

The Descriptive Coherence in the view of Pragmatics Xu meng xing(307)

Legal Methods in Branch Law

Dynamic interpretation of Treatises Jiang shi bo, Zhang xue ying(314)

Debate on the Name of Law of Law Application of Foreign
Civil Relations Dong jin xin(337)

On Contract as Source of Law Xie hui(346)

On Recognition and Filling of Criminal Hidden Gaps Tang na(357)

Analysis of Criminal Policy on Sex Offender Announcement System Liu jun(366)

Literal Interpretaion and the Construction of Criminal Corpora Su kai, Lin jing(374)

To declare the Substantive Interpretation of the Criminal Law In The Era of
New Media Wang cui xia(381)

法律方法论课程开发研究

陈金钊^{*}

摘要:本论文主要论述了法律方法论学科的独立性以及设立法律方法论学科、开发法律方法论课程对培养卓越法律人才的意义。在此基础上,研究了法律方法论教材的编写问题,论证了法律方法论课程群的设置。本文的立意在于,通过法律方法论课程开发、教材编写以及专门的训练,提升准备成为法律人的逻辑推理、理解解释、论辩修辞等能力。

关键词:法律方法论 课程开发 学科设置 教材 法律方法论课程群

引论:法律方法论学科与课程开设情况

对于很多人来说,法律方法论还是一个很陌生的词汇。这不仅包括一般的公众,就是一些职业法律人也是不甚了解,就是多少知道一些法律方法论学者,在很多场合也表现出某种程度的斜视或不以为然。这可能是有两个方面的原因造成的:一是中国古代哲学在走到方法论的时候出现了停滞。在整体性思维之下,方法往往被视为雕虫小技。尤其是在人们日常生活中辩证思维盛行,在形形色色的辩证统一的旗帜下,整合性思维代替了所有的方法。人们在意识的深层不重视奠基于形式逻辑的方法论,在很多决断过程中不讲逻辑蔚然成风。二是现有法律教育模式虽然来自西方,但对西方法律与法学的接受,基本是对概念、原理等知识论,因而向学生传授的也基本是知识性的。论说,这能够改变不重视逻辑的习性,但真到对法律案件进行评说的时候,对法律的理解、解释和运用的时候思维路径又回

^{*} 陈金钊(1963-),华东政法大学法律学院教授,法学博士,法律方法论专业博士生导师,研究方向是法律解释学。

该文是司法部“国家法治与法学理论研究”立项课题“法律方法论课程开发研究”(项目编号12SFB2007)的论文部分。该课题的教材部分将由华中科技大学出版社出版。本文吸收了山东省人文社会科学重点研究基地“山东大学威海法律方法论研究中心”骨干成员焦宝乾、汪全胜、孙光宁、武飞、张传新、吕玉赞以及法律方法论专业博士生等的集体智慧,特别是在2011年山东大学威海法学院在申报自主设立二级学科“法律方法论”的论证材料。虽然该论证由作者主持,并反复修改,但孙光宁、吕玉赞还是出了很大的气力。作者在此对山东大学法律方法论研究基地骨干成员多年的努力以及对我本人的大力支持特表示深深的谢意。

到了从前。到目前为止,法律方法论在我国法学院课程体系中并没有立足之地。只有极少数法学院开设了法律方法论课程。要求开设法律方法论课程,还停留在教育部、中央政法委在关于培养卓越法律人才的决定中的规定之中。实际上,囿于法律方法论教师的匮乏以及转岗教师的研究以及教学能力等方面原因,也只有少数学校能够开设此类课程。

其实,现在我国多数法学家对法律方法论既熟悉又陌生,所谓熟悉是因为虽然多数法学家没有系统学习过法律方法论,但在各自的教学过程中,都会自觉或不自觉,程度不同地向学生传授理解、解释和运用法律的方法。说陌生是因为,对法律方法论学科的最新进展以及学科体系并不了解。从总的方面看,法学教授们都在不自觉地运用着某种法律方法,但很多人对法律方法论学科还存在着很深的误解。法律方法作为一门认识、发现、解释和论证法律的思维工具,在大陆法系和英美法系皆有深远的发展源流和广泛的运用基础。在大陆法系关于法律适用的这门学问常被称为“法学方法论”(Methodenlehre der Rechtswissenschaft),另外还有类似的相关词语如“法律科学及其方法”(Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode)、“法律的方法及其体系”(Methode und System des Rechts)、“司法方法论”(Juristische Methodenlehre)、“法律思维”(Juristische Denken)、“法律发现”(Rechtsfindung)、“法律获取”(Rechtsgewinnung),在英美法系研究法律适用和解释的著作一般被冠以“法律推理”(legal reasoning)、“法律方法”(legal methods)等。法律方法论一般是指与法律解释、法律发现、法律获取、法律推理、法律论证等运用法律的方法。在我国现有法学研究中,既有学者使用“法律方法论”也有用“法学方法论”之称谓,我们在此对这两者不做严格意义上的区分。在传统的法理学教材中,法律方法论或法学方法论被我国学者认为关于法律适用的一般学问。^[1]

一、法律方法论在国外

对法律方法论在国外的情况,我们从学科研究与教学两个方面考察。

(一)法律方法论研究构成了当今世界法学知识的新增长点

法律方法论不仅受到了法学、社会学的关注,而且哲学界的很多大腕学者也都把法律方法论当成了重要的研究课题,发表许多的文章和著作。特别是自1970年代以来,西方法学界开始普遍关注法律推理或者法律论证等法律方法论问题。1980年至今国际法哲学界很有影响的Law and Philosophy Library丛书,已经推出50多部涉及法律解释、法律推理或法律论证等法律方法论著作。很多理论家感觉到,西方的法治之所以能够实现,除了有宗教传统、重视逻辑和分析方法以外,在很大程度上还在于他们在思维方式上对法律方法论的运用。在当代经典的法学理论著作中,法律方法论作品也占据相当的数量,如德国法学家阿列克西的《法律论证理论》、《法理性商谈》、《法:作为理性的制度化》、《法的概念和效力》(Begriff und Geltung des Rechts),《法律方法的基本特征》(Grundzüge der juristischen Methodenlehre)和《正确性论证》(The Argument from Injustice),德国法学家拉伦茨的《法学

[1] 参见焦宝乾:《“法律方法”的用语及概念解析》,载《甘肃政法学院学报》2008年第1期。

方法论》,英国法学家麦考密克的《法律推理与法律理论》、《修辞和规则》(Rhetoric and the rule: A Theory of legal Reasoning),与魏因伯格合著了《制度法学》、主编了《制定法解释》等等,美国法学家德沃金的《法律帝国》、《原则问题》、德国法学家阿尔尼奥的《作为合理性的理性》,佩策尼克的《法律论证的基础》(Grundlegend der juristischen Argumentation)和《法律科学:作为法律知识的法律学说》,考夫曼的《法律哲学》、美国法学家波斯纳的《法官如何思考》。在这些年的世界法哲学大会上,均有围绕法律解释、法律推理或法律论证等法律方法论的议题。

法律方法论主要致力于规范和事实之间的对应、调适和等置。法律方法论与法哲学、法教义学(部门法学)和法社会学共同构成了法律知识论的四种形态。在英美法系,法律方法论与分析法学、经济分析法学、批判法学、社会法学等一起构成了法律知识论的多元形态。这些法律方法论之外的其余法学知识类型未必都专门致力于我们所谓的“法律方法论”研究,并在理论渊源、研究进路、研究风格特色等方面与法律方法论存在一定差异,如萨默斯、Martin P. Golding、Hart, H. M., and Sacks, A. M、Richard A. Wasserstrom、Scott Brewer、Fredrick Schauer、William N. Eskridge、Andrei Marmor、Lloyd L. Weinreb、Peter Goodrich 和 Zenon Bankowski 等,但他们所进行的研究都为法律方法论的研究提供了某种知识启示。法律方法论关于法律规则、法律原则、类型、法律规则和事实诠释关系的研究也为分析法学、法社会学、现实主义法学等的研究提供了某种观察、分析和描述法律的内部视角和规范进路。这些学科在当代的合力和链接,共同揭示出了法律的方法论基础。可以说,西方法学在法律方法论研究上已经走完了基础理论的研究阶段,并且对法律方法最为重要的法律解释规则、逻辑推理规则、法律发现规则、法律论证规则、法律修辞规则开展了细腻的研究。对司法实践产生了巨大的影响,很多的法律方法的思维规则已经构成了法律人思维组成部分。目前,他们对法律方法更深入的研究表现对各种相互矛盾的法律思维规则进行融贯论的消解。理论和实践在思维过程中已经浑然一体。世界范围内的各大法学流派无不关注法律方法论的研究。源自于大陆法系的历史法学、概念法学、形式主义法学、自由法学、法社会学、利益法学、价值法学,以及发源于英美法系的形式主义法学、现实主义法学、批判法学、分析法学、社会法学都包含各自的法律方法论。在德国、美国、英国等国家的很多法学院,都把法律方法论作为一个相对独立的学科,并开设专门的课程对学生进行训练。然而,我国现阶段还在争论这些来自西方的法律方法论,在概念、原理的理解上是否正确;还在呼吁法律方法论应该是一个独立的学科,还要启蒙法律方法论对法治的积极意义。

在世界范围内有一个很大的群体从事于法律方法论研究,研究成果层出不穷,如 Patarro 的《法律与权利》,Shiner 的《法律制度和法律渊源》,Sartor 的《法律论证:法律的认识进路》,Stelmach 和 Brozek 的《法律推理的方法》,Klatt 的《使法律明确:法律论证的规范性》(Making the law explicit: the normativity of legal argumentation),Weinreb 的《法律理由:类比在法律论证中的运用》(Legal Reason: The use of Analog in Legal Argument),Alexander 和 Scherwin 的《阐明法律推理》(Demystifying legal Reasoning),Wagneretal 的《解释、法律和意思建构》(Interpretation, Law and the Construction of meaning),Huhn 的《法律论证的五种类

型》(The Five Types of Legal Argument), Anderson 的《法律决定中的“发现”》(“Discovery” in Legal Decision – Making), Braet 的《论证图式的最老类型》(The Oldest Typology of Argumentation Scheme), Mark 的《法律的沟通之维》(Law as Communication), Walton 的《法律中人工智能的论证方法》(Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law) 和《法律论证和证据》(Legal argumentation and evidence), Kramer 的《法律方法论》(Juristische Methodenlehre), Katja 的《公共法中的类比构造的方法》(Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht), Roethel 的《私法中的规范具体化》(Normkonkretisierung im Privatrecht), Bergmann 的《法律原则理论》(Theorie der Rechtsprinzipien), Carsten 的《理由和决定》(Begründen und Entscheiden), Stegmaier 的《知识,法律是什么:司法实践的知识社会学视角》(Wissen, was Recht ist: Rechtspraxis aus wissenssoziologischer Perspektive), Fishcer 的《纯粹解释的表象:论题隐含了民法中的法律续造》(Der Schein der reinen Auslegung——Topoi verdeckte Rechtsfordildung im Zivilrecht), Schulev – Steindl 的《主观权利的概念》(Der Begriff des Subjektiven rechts), Kramer 和 Ernst A. 合著的《法学方法论》(Juristische Methodenlehre), Neumann 的《法律论证理论》(Juristische Argumentationslehre), Vogel 的《法学方法论》(Juristische Methodik), Bydlinski 的《法学方法论与法概念》(Juristische Methodenlehre und Rechts begriff), Pawlowski 的《法律人的方法论》(Methodenlehre für Juristen), Rüthers 和 Birk 合著的《法理论》(Rechtstheorie), Bund 的《法学逻辑和论证》(Juristische Logik und Argumentation), Wagner 和 Haag 合著的《现在逻辑和法学》(Die moderne Logik in der Rechtswissenschaft), 都直接涉及法律方法的论述和研究。

重视建立在逻辑基础上法律方法论,是西方法学的特点。这种在很多实务法律人看来没有用处的研究,实际上是从不同的角度审视法治的各个环节以及司法实践中的重要问题。这些研究构成了法律智慧学术基础,吸引着包括政治智库很多学者来此探宝。而在中国,很多人在庸俗短视的实用主义的支配之下,还在不停地追问这种研究的用处何在?而很少反思自身对学术智慧的消费能力。

(二)法律方法论都是必修的重要课程

从教学的角度看,法律方法论在德国、美国、日本等国家很多大学的法学教育中,学生选课的上座率远远高于法哲学或者法理学。这倒不是因为法律方法论不是高深的理论,而是很多人都认为法律方法论更接近法律实务,能够显现法学理论的实用品格。西方有些法学家认识到,法律制度性规定都可以通过自学来获取,而能力的提升需要不断地训练,因而在专业教学上,非常重视实践环节,包括法律检索、法律论辩、法律论证以及法律解释技术等课程等很受欢迎,造就了一批准备成为法律人的专业能力,而不是像我们这样仅仅重视阅读能力。可以说,法律方法论课程群构成了法学教育的重要内容。在大陆法系,法律论证、法律修辞、法律发现、论题法学、法感、法律解释、人工智能和法律、判决获取理论、结果论证理论、法律逻辑成为其法学教育、课题研究、博士论文、教授资格论文等的重要内容和研究方向。基尔大学、法兰克福大学、波恩大学、柏林大学、杜宾根大学、慕尼黑大学、基森大学、根廷根大学、维也纳大学等很多德国高校分别为博士研究、博士后研究提供了类比论

证、一般论证、结果导向的论证、法律解释、法感等法律方法论的论题、基金。在荷兰,由冯·爱默伦和格鲁特德斯特开启的语用-辩证论证理论,并由菲特丽丝推进的语用-辩证法律论证理论,成为法科学生法学课程的一个重要内容,并成为阿姆斯特丹大学等大学博士培养、博士论文写作的主体。

西方法律方法论教材情况,可参见焦宝乾:《西方法律方法论教材及其启示》,载《清华法学》2012年第5期。

二、法律方法论在国内

随着我国法学界关于法律方法论的讨论逐渐升温,更主要的是中国法治建设开始走向细腻,出现了对法律方法、技术和技巧的更多需求,学者们日益意识到法律如何操作和适用之研究的重要性。特别是在我国社会主义法律体系形成以后,法治建设重点由立法转为司法、执法活动,法学即将进入以解释、论证方法为代表的法律方法论时代。因而法学教育也应该适应法治建设的需要,改变以知识传授为主的教学方式,应致力于培养学生的法治思维水平,提升运用法治方式进行管理以及化解社会矛盾的能力。法律方法是“一种关于如何形成司法判决”的方法论而非单纯的技巧,不是停留于价值层面的抽象判断,是在对待法律态度的谦抑原则下,将价值寓于方法之中的理性智慧。法律方法关注动态的法律运行而非静态的法律制度以及法律知识,是对一般性的法律如何转变为具体法律的过程的研究。学习掌握法律方法是初入法律人生的第一步训练,并将伴随法律人职业生涯的每一个思考。只要想成就较为完美的法律人生,显现你的职业智慧和能力,就必须始终研习法律方法论。这是展开法治思维的基础性原理。

2011年底,教育部、中央政法委联合发布了《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》,正式启动了“卓越法律人才教育培养计划”,该计划的主要目标就是提高法律人才培养质量。其中,特别强调了“加强校内实践环节,开发法律方法课程,搞好案例教学,办好模拟法庭、法律诊所等。”这意味着,我国的法学研究与教育需要经历从宏大叙事到微观论证的研究转换;以立法为中心的研究视角正在逐渐转为司法为中心的研究。返回“法的形而下”,形成法学理论的实践品格,成为我国法学研究的一种重要进路。进入本世纪,法律方法论逐渐成为法学研究中的“显学”。上个世纪国内法律方法论研究还主要局限于对法律解释的研究,但在进入本世纪以来,学界逐渐有了“法律方法论”研究的自觉意识。越来越多的学者和法官开始关注和研究法律方法及基本理论问题,法律方法论的学科意识开始觉醒。^{〔1〕}从研究的属性上看,法律方法是关注法治实践的理论,主要内容包括法律发现、法律解释、法律推理、法律论证、法律修辞及价值衡量等方法。

从研究目的看,法律方法是捍卫法治的理论,是实现法治的思维工具。从学理的角度分析,法律方法可以分为法律发现、逻辑推理、修辞论证和法律解释四个方法论系统。尽管各种方法间存在着不同程度的交叉,但通过认真的研习还是能够大体上区分出各种具体的

〔1〕 参见陈金钊、焦宝乾等:《中国法律方法论学术报告》,北京大学出版社2012年版,第95~120页。

方法及其功能。这些方法不是法律规则或法律原则的简单复述,而是为准确理解、解释、适用法律提供思维引导和价值判断的简约有效的思维规则。其中,法律发现和法律推理提供了实现合法性的路径;法律修辞和价值衡量提供了实现合理性的方法;法律解释为法律的意义设置了边界,对限制法律的创造性运用有积极意义。法律方法作为帮助人们理解、解释和运用法律的工具并非价值无涉,在有些具体案例面前法官必须要进行结果导向下的价值补充和利益衡量,以满足可接受性这一重要的司法裁判标准,并同时利益(价值)衡量方法的局限进行规制,这既符合法律的规范性特征,又是法律方法将价值寓于方法之中的现实路径。

自上个世纪90年代法律方法论研究兴起以来,我国学界推出了大批法律方法论研究译著、专著与论文。实务部门的法律家立足于司法实践,也推出了一些法律方法论研究成果。这方面的丛书除了人民法院出版社的“法律方法与应用法学文库”,各地法院和法官也越来越关注法律方法或裁判方法的研究,推出了一些法律方法作品,如北京大学出版社自2010年其推出了“法律方法文丛”,“湖北法官论丛”、“法官审判技能培训丛书”、“西安市中级人民法院审判实务与理论研究丛书”。山东人民出版社也推出了法律方法系列丛书。各出版社出版法律方法论专著60余部。许多台湾学者的早期的相关研究著作也传播到大陆,并产生了重要的影响。如:杨仁寿的《法学方法论》、黄茂荣的《法学方法与现代民法》和《法学方法和现代税法》、王泽鉴的多部作品、颜厥安的《法与实践理性》、林立的《法学方法论与德沃金》、廖义铭的《佩雷尔曼之新修辞学》、吴庚的《政治理论与法学方法》、王鹏翔的多部作品、吴从周的《概念法学、利益法学与价值法学》等。从1994年起至今陈金钊在湖南人民出版社、中国政法大学出版社出版《法律解释学》等专著7部。

我国法律方法论研究的兴起,还表现在近年来国内各主要期刊的重视,十多年来,每年都发表一百篇左右法律方法论方面的论文。随着研究的深入,还有以书代刊的形式推出的法律方法论方面的专门出版物,目前主要有《法律方法》(陈金钊、谢晖主编)、《法律方法与法律思维》(葛洪义主编)、《法哲学与法社会学论丛》(郑永流主编)、《判解研究》(王利明主编)等。一些法律方法论研究机构纷纷成立。如山东大学威海法学院2001年设立“法律方法论研究所”,后更名为“山东大学法律方法论研究中心”,2006年经山东省教育厅批准成为山东省人文社会科学“十一五”重点研究基地。2010年被设置为十二五强化建设的重点研究基地。2008年1月,中国政法大学法学(律)方法论研究中心成立。近年来,国内建立了一些“法律方法论”的网站,如法律思想网、法理与判例网、民间法与法律方法网、华南理工大学法学院开办了“法律方法与法律思维”、西北政法大学法律方法网等。网站能够及时便捷地反映学界的最新动态信息。近年来,国内法学界和逻辑学界均召开过关于法律解释、法律论证、法律思维、法律逻辑等方面的学术研讨会。特别是,全国性的法律方法论坛迄今已经连续举办了8届。全国法律修辞学会议举办了3次。山东省法律方法论研究会也已经举办5届年会。法律方法论研究已经成为我国法学知识量增长最快的领域。在浙江大学、辽宁大学、山东大学(威海)等高校法学院,已经给本科生开设了法律方法论课程。

经过这些年的研究,我国法律方法论取得了巨大成就。从现有的研究队伍和研究成果来看,法律方法论已趋于成为相对独立的学科。国内法律方法(论)研究的范围与体系已经大致明朗,现在国内的法律方法论体系基本上沿用了陈金钊在《法律方法论》(中国政法大学出版社 2006 年版)和《法律方法论研究》(山东人民出版社 2010 年版)的体系;研究的理论深度也在不断加深。当然,这一体系还存在很多的问题,最主要的是:各种法律方法都程度不同地存在交叉,如何证成法律发现、法律解释、法律论证、法律推理、价值衡量是一种独立的法律方法,还需要理论家们不懈努力。我们需要看到,司法实践并不需要界限特别清晰法律方法,法律人对案件的处理都是运用综合的方法。但是从课程开发的角度看,只有清晰了相关方法的大体界限才能更好地搞好教学活动。鉴于法律方法论在不同国家研究中所展现出的不同风格面相,国内的研究还需要进行理论上的整合与创新,并充分发掘历史传统与现实需求情况,由此才有可能构建中国本土的法律方法论知识体系。目前,国内外对法律方法的理论进行了多角度、长时间的研究,人们已经发现了法律发现、法律解释、法律论证、法律修辞、法律逻辑、价值衡量等方法的大体区别。有中国特色的、服务于中国法治建设的法律方法论理论体系呼之欲出。这种趋势适应了中国法治走向细腻的时代要求。

伴随着法律发现方法的深入研究出现法律检索课程,而随着法律解释方法的进展,部门法学的教学呈现出教义学特色,而随着价值法学的拓展,价值衡量方法已经充斥到法律运用的各个环节。近些年法律论辩、论证理论所衍生的法律修辞方法使得法律思维的路径更为开放和宽广。法律方法已经从发现走向解释、由解释而衍生出衡量,传统封闭的法律方法在捍卫法治的前提下意义呈现出更多的开放性,一种更为全面的法律思维方式正在形成。然而,各种方法转变为执法、司法能力的训练方法,需要法学家们在课程及其教材建设上努力开发。如何运用法律方法论课程及其教学手段,提升法科学生的能力是各国法学家都在探索的问题。总体而言,国内法律方法在法学教育中的课程与教材开发,仍然滞后于理论研究的进度。而在西方各国法学教育中,各具特色、较为成熟的法律方法论教材有多种版本。

在我国,法律方法论课程开发以及教材编写活动刚刚开始,出版了屈指可数法律方法论教材。郑永流教授在北京大学出版社了《法律方法阶梯》(2008 年),陈金钊在中国政法大学出版社了《法律方法论》(2007 年),这些书虽然没有冠以教材,但基本是教材的编写方式,因而很多学校把它当教材使用。由陈金钊主编在北京大学出版社推出《法律方法论》教材(2013 年);葛洪义主编《法律方法讲义》(21 世纪中国高校法学系列教材)在中国人民大学出版社 2013 年出版;王利明编著了《法律解释学》2011 年在中国人民大学出版社出版;陈金钊与熊明辉教授共同主编,在中国人民大学出版社出版了法律逻辑与法律方法结合的《法律逻辑学》(2011 年)。从总的方面看,法律方法论无论是在课程开发和教材编写方面都存在很多明显不足。教材的内容从西方移植的痕迹还比较明显,理论性的描述较多,中国的经验成分太少,对法律思维规则缺少精炼简约的表述。法律方法论与中国文化传统、中国法治建设需要相结合方面还存在着诸多的问题。各大学的法学院现在能够胜任