

郑永流：法学方法抑或法律方法? PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022_E9_83_91_E6_B0_B8_E6_B5_81_EF_c122_485503.htm 内容提要：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。为了突显法律观当是一种应用法律观，本文主张将法律应用中的方法称为法律方法。关键词：法学方法 法律方法 应用法律观 近年来，国内法学界关于法律应用的方法的研究已趋热势。但对这类方法的名称、主要内容、功能等问题，人们的看法不一且未及深究，譬如在名称上，用法较乱。也许是拉伦茨的《法学方法论》为人们提供的一般方法论上的启蒙意义及其它原因，国内多数人都因袭法学方法和法学方法论的提法，也有一些人用法律方法或法律思维。要紧之处还不在于用什么提法，而在于各提法指向的实质立场究竟是什么，以及体现出何种法律观。（一）由于该方法和学科的理论主要源于德国，其属性与有关德语术语的使用相连，在此有必要先稍作语言上的释义。Methodenlehre der Rechtswissenschaft 和Juristische Methodenlehre 或Juristische Methodik是这门学科的两种德文表述。在德国自然法学家克里斯蒂安托马修斯(Christian Thomasius, 1655-1728)以前，德语中法学一词为Jurisprudenz，它直接采自拉丁语Jurisprudentia，仅在词尾作

了些微变化。托马修斯以后，法学又有一个新表达Rechtswissenschaft，它由Recht(法、法律、权利)和Wissenschaft(科学)合成而来，直译为法律科学，通常也可称法学，它是拉丁语*Jurisprudentia*和英语及法语*Jurisprudence*的德语对译，显然，这是受当时日益兴盛的科学的影响所致。在当今德国学界，法律科学一般包括法哲学，法律理论，法史学、法社会学、比较法学和法律教义学。

Rechtswissenschaft一词日益取*Jurisprudenz*的地位代法学之谓。当然，互换使用的情况仍存在，但*Jurisprudenz*现只更多指*Rechtswissenschaft*出现以前的法学，和今天狭义的法学(本人译为实用法学)，即法律教义学(*Rechtsdogmatik*)，意为有关现行法律的学说。*Jurisprudenz*的狭义化倒是准确反映了从前法学的实践智慧(*prudentia*)的品质。而德语形容词*juristisch*词根源于拉丁语*Jus(Juris)*，既指法学的，也指法律的、司法的，偏向法律实务。*Methode*和*Methodenlehre*、*Methodik*的意思分别为方法和方法论。拉伦茨虽在《法学方法论》(学生版)中开篇就指明，他所讲的法学是狭义的法学(*Rechtswissenschaft im engeren Sinne*)，也就是*Jurisprudenz*，在第二章中用*Methodenlehre der Jurisprudenz*来表达其法学方法论，但是，该书的标题却使用了一般认为指广义的法学*Rechtswissenschaft*一词，在行文中有时又将*Jurisprudenz*与*Rechtswissenschaft*互换，这是其一。其二，也是关键之处，拉伦茨在未删节本中既讨论了法律应用的方法，也用了近一半的篇幅论述历史上法学研究的方法。其三，中译者将这两个德语词均译为法学，没有对它们的内涵与使用变化作出必要的交代。其四，中国学界也无广狭义法学之说，这四个原

因遂造成我们对之笼而统之的理解不清和混乱。我以为，中文以采用法律方法和法律方法论表述为宜，其对应的德文是Juristische Methoden 和Juristische Methodenlehre 或Juristische Methodik。这里先只表明态度，理由容在下文中详述。德语区多数学者一直采用Juristische Methoden来涵摄这类法律方法，而以Juristische Methodenlehre或Juristische Methodik去标称这一学科。近代法律方法论的奠基人萨维尼也是在Juristische Methodenlehre称谓下论述其关于法律解释的理论的。它最早反映在1802-03年他的“法律方法论”讲座中，后由他人集成《法律方法论》(Juristische Methodenlehre)一书。其八卷本巨著《当代罗马法体系》(System des heutigen Rouml. rg Sandk ü hler(Hrsg.), Europauml.die zu Philosophie und Wissenschaften, Band 4, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1990, S.87. 2、参见Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 2.Aufl. 1989, S.795. 3、见拉伦茨，《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版有限公司，1996年；另见 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S.17. 4、作为佐证，特列举的以上述提法作书名的有较大影响的德语法律方法论著作：FBydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl.1991 ；AEKramer, Juristische Methodik, 1998 ；FM ü ller, Juristische Methodik, 8. Aufl.2002 ；H-MPawlowski, Einf ü hrung in die juristische Methodenlehre, 3. Aufl.1999 ；JSchapp, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, 1983 ；RZippelius, Juristische Methodenlehre, 8 Aufl.2003。 5、该书的原型是德国著名童话作家雅各布格林(Jacob Grimm)的听课笔记。当时，萨维尼在德国马尔堡大学任私人讲师，1802-03冬季学期，他

开设了两次各为两小时的“法律方法论”讲座，雅各布格林是初任教师的萨维尼的第一批学生之一，并与萨维尼建立了终生的友谊。1933年，著名的萨维尼学研究者、法社会学家坎托诺维茨(Hermann Kantorowicz)在萨维尼杂志第53卷中首次注意到格林的听课笔记，由于时局不利，坎托诺维茨(通过其学生)对格林的听课笔记的整理工作停止下来。这项工作后由格哈德韦森贝格(Gerhard Wesenberg)完成，并以《法律方法论》为名于1951年由KF克勒出版社出版。但从上切不可以得出萨维尼只关注实践性的法律方法论，而未顾及理论性的法学方法论，后者集中反映在其《论当代立法和法学之使命》(1814)中，对此需专文论述。

6、拉伦茨自著的《法学方法论》至1991年共出六版，从第五版起，正如拉伦茨在第六版序言中所作的说明：为不致使读者绕远道至十九世纪，删节了论及方法史的前四章，称作学生版。全文版也同时流通。台湾陈爱娥女士所译为拉伦茨自著的第六版，也即学生版第二版。拉伦茨和卡纳里斯合著的学生版第三版又删节了第二版中的第一章“现代方法上的论辨”。见注3，Larenz/Canaris, Vorwort.

7、卡尔恩吉施(Karl Engisch, 1899-1990)是著名德国法哲学家、当代法律方法论的开创者，其法律方法论集中体现在《法律思维导论》(Einführung in das juristische Denken, 1956, 9. Aufl. 1997)中。该书被誉为法律方法论的一本经典之作，也同时是20世纪初以来的一本关于法律方法论发展的导论，于1956年面世，已出九版，陪伴了几代法律者，至今仍是法科大学生研习法学必读之入门文献。另见瑞士学者Philippe Mastronardi, Juristisches Denken, 2001. 在该书中，他还专门论述了法律思维与法律方法的关系。

8、参见孟德斯鸠，《论法

的精神》(上),张雁深译,商务印书馆,1982年,第77页。9、参见诺伊曼,《法律教义学在德国法文化中的意义》,载郑永流主编《法哲学与法社会学论丛》(五),中国政法大学出版社,2002年,第17页。10、注9,诺伊曼,第20页。11、对法律教义学新的理解,使以往的它与法哲学、法律理论、法史学、法社会学的分界被打破,可能引起对法学内部学科关系的重新定义。对此,诺伊曼以为,法律学者在多大程度上被要求作为法律教义学者和法哲学家,是一个次要问题。如果人们将法哲学理解成实践哲学的一个分支,那么,法哲学与法律教义学的边界是相互渗透的。见注9,诺伊曼,第21页。但我认为这似乎是一个值得探讨的问题。12、参见注7,Philippe Mastronardi, S.287. 13、注3,Larenz/Canaris, S.9. 另参见拉伦茨,《法学方法论》,陈爱娥译,引论,第3页。14、见考夫曼,“法哲学的问题史”,载考夫曼/哈斯默尔主编《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社,2002年,第184页。15、这一表述源出于恩吉施一句被广泛引证的名言:“目光在大前提与生活事实间流盼”,德文为Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt,见Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1943, 3.Aufl. 1963, S.15. 16参见注14,考夫曼,第52页。17、Bernd Rüthers, Rechtstheorie, Verlag C. H. Beck, 1999, S.367. 另一德国教授诺伊曼在去年夏天与我的一次交谈中也指出,拉伦茨的法学方法论告诉人们的更多是对规范与事实关系的理论分析方法,而对司法判决实践中实际使用的方法的关照不够,这种缺陷正是近十多年来德国法学界和法律实务界所要努力克服的。100Test 下载频道开通,各类

考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com