

法学方法论的新典范？

——托马斯·默勒斯《法学方法论》检视

雷磊

摘要：在中国法学方法论研究的两波热潮中，译著的传播都在中间扮演了一个非常核心性的角色。与第一波热潮中的代表性译著即拉伦茨的《法学方法论》相比，或将成为第二波热潮中代表性作品的默勒斯的《法学方法论》在定位和内容上都有所差异。在定位上，默勒斯一书是方法论的“百科全书”“实战指南”“操作手册”。在内容上，一方面，该书处理了法学方法论的概念、案件事实、法的渊源、法律解释、法的续造等经典主题，虽然以呈现通说为主，但也不乏自己的见解；另一方面，它凸显了方法论的欧洲之问（欧盟法的引入）、时代之问（经济分析方法的运用）和伦理之问（与价值理念的关联性）。“法律方法的跨洋之旅”为法治文明互鉴所必需，也是构建自主法学知识体系的重要助力。

关键词：默勒斯；法学方法论；实用全书；经典主题；当代之问

〔中图分类号〕D910.4 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180（2023）04-0025-19

一、中国法学方法论研究的两波热潮

中国学界法学方法论研究大体经历了两波热潮。第一波热潮大约是在2000年前后，当时笔者刚上大学。中国最早研究法学方法论的毫不意外的是民法学者，比如梁慧星教授1995年出版了专著《民法解释学》^{〔1〕}，而王利明教授1999年从我国台湾地区介绍引入了台湾“司法院大法官”杨仁寿写的《法学方法论》到大陆出版。^{〔2〕}后来对于中国学界产生重要影响的德国学者卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）的《法学方法论》最早也是在我国台湾地区出版的，后来在2003年被商务印书馆引入。^{〔3〕}

〔作者简介〕雷磊，法学博士，中国政法大学教授。

〔基金项目〕第五批国家万人计划青年拔尖人才资助（2019）项目。

〔1〕梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版；最新版本为《民法解释学》（第5版），法律出版社2022年版。

〔2〕杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版；最新版本为《法学方法论》（第2版），中国政法大学出版社2013年版。

〔3〕〔德〕卡尔·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年版；同一译本见商务印书馆2003年版。

第一波热潮有一个非常显著的特点，那就是从总体看，当时方法论研究的领衔性学者是法理学者，而不是部门法学者。比如2004年笔者上硕士研究生的时候，中国政法大学作为主办方承办了首届全国法学方法论大会，这基本上是在法理学界内部举办的会议。为什么在当时法理学界会兴起方法论研究的热潮？当时，舒国滢教授在首届全国法学方法论大会上作了一个基调性报告，题目叫作“并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么需要重视方法”。报告将当时中国法学研究存在的问题概括为三个方面，即关于法学的性质和立场尚未达成共识，法学知识的生产过程无序难以形成成熟的法学知识共同体，以及法学没有为法律实践（尤其是司法实践）提供足够的智力支持。报告也提出了三个转向，即法学之利益—兴趣的转向：由政策定向的法学，经立法定向的法学转向司法定向的法学；法学视角的转向：返观实在法；法学方法的转向：方法的回归。⁽⁴⁾应当说，报告对问题的剖析是准确的，而对转向的预言，除了第一个转向因为中国大规模的法典化运动尚未结束，甚至方兴未艾而未能完全符合外，其他两个转向也基本得到了印证。这第一波法学方法论研究的热潮持续了10年左右的时间，大概贯穿了笔者的整个学生生涯。因此，笔者于2004年本科毕业时撰写的毕业论文主题是“法律解释的客观性”，2007年硕士研究生毕业论文的主题是“法律规范的冲突及其解决”，2010年博士毕业论文的主题是“类比法律论证”。这大略也算是中国法理学阶段性发展的一个侧影。

回顾21世纪最初10年的讨论，各位法理学者处理的大多是非常一般性的主题，包括基础性的知识，比如法律解释的方法以及适用顺序、法律续造的方法（漏洞填补、法内续造和法外续造），也包括更为基础性的问题，比如法学方法论的概念、意义、功能等。其中的一个争议焦点是“法律方法”和“法学方法”的关系及其辨异。⁽⁵⁾当然，争议一如既往地没有取得共识，以至于今天在不同高校的法学理论学科下设研究方向的，有的叫“法学方法论”，有的则叫“法律方法论”。但不管怎样，当时法理学者进行的大多是这类抽象的讨论。但是，从2010年前后开始，法理学界的法学方法论研究热潮已经慢慢变冷了。其中原因非常复杂，但可能有一个理论上的原因，就是法学方法论研究如果不和具体的法教义学、部门法学结合，在一般理论层面的推进基本也就到此为止了。

大概近四五年来，中国学界正在兴起法学方法论研究的第二波浪潮。与第一波研究热潮的不同之处在于，这波研究热潮的主体变成了部门法学者。⁽⁶⁾因为方法论并不是屠龙之术，更不是橡

(4) 舒国滢：《并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么需要重视方法》，载《现代法学》2006年第5期，第3—12页。

(5) 例如参见郑永流：《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（六）》，中国政法大学出版社2003年版，第20—32页；王夏昊：《缘何不是法律方法——原本法学的探源》，载《政法论坛》2007年第2期，第138—144页；赵玉增：《法律方法与法学方法概念辨析》，载《学习与探索》2007年第2期，第116—119页；张传新：《法律方法的普遍智力品格及其限度——从法律方法与法学方法称谓争论谈起》，载《求是学刊》2008年第5期，第87—92页；戚渊：《法律方法与法学方法》，载《政法论坛》2009年第2期，第35—42页。

(6) 当然，这不是说法理学者已完全不关注法学方法论。事实上，第一波热潮中法学方法论的代表性学者如舒国滢、陈金钊、谢晖等，一直在这一领域持续发力。

皮图章,而需要俯下身子亲近实在法,亲近司法实践,具备法律世界的“烟火气味”。这种“亲近”不仅是基于观察者观点的,更应是基于参与者观点的。⁽⁷⁾这种将方法论研究与具体实在法和司法实践结合起来的第二波研究热潮,可以说真正代表了法学方法论研究的常态。其中可能有三个非常重要的促成因素。

一是近年来案例研究的兴起。比之于十几年前、二十年前,案例研究(大样本案例分析,也包括个案研究)已经成为如今法学研究的一个常态。尤其是第二个五年司法改革开始正式推出案例指导制度以来,包括指导性案例在内的典型案例和热点案例都刺激了中国法学界的案例研究。而案例研究的强化势必带来与之结合紧密的方法论研究的趋热。在课堂上,开设“案例研习课”的部门法教师也开始有意识地将法律解释、续造的方法运用于个案分析。即便是法理学者,尤其是青年一代的法理学者,也加入这场案例研究的“盛宴”之中,特别是围绕指导性案例的运用和编辑方法产出了大量成果。⁽⁸⁾

二是鉴定式方法的兴起。鉴定式教学法近年来“红遍大江南北”,一开始是为有德国留学背景的民法学者,以及一批从德国留学归国的年轻民法学者所大力倡导,之后波及刑法学和部门法学等学科。部门法学者通过课堂、暑期班、训练营和案例分析大赛等多种形式扩大鉴定式方法的影响力。鉴定式方法最典型的是民法中的请求权基础思维。⁽⁹⁾请求权基础思维训练的基本程式是,在给定小前提(案件事实)的框架下,通过请求权基础的搜索锁定大前提(法律规范),从而运用司法三段论得出适用结论。⁽¹⁰⁾可见,鉴定式的核心就是涵摄技术,而涵摄本身就属于法学方法论的内容,当然在涵摄之外也要辅之以其他的解释和续造方法。

三是法教义学研究的自觉。无论是案例研究和鉴定式方法的推广,背后都是法教义学的兴起。事实上,早在20世纪90年代中期刑法学者陈兴良就提出了“深挖专业槽”的口号⁽¹¹⁾,并在之后的研究成果中首次使用了“教义学”的称谓。⁽¹²⁾虽然部分法社会学学者对这种“内部人”的专业化之路提出了批判,但之后法学研究的教义化趋势并未停止,问题研究的精细化和体系建构的自觉性日益明显。民法学和刑法学尤其具有代表性,甚至连一向以政治系统与法律系统结合部自居的宪法学也开始不断教义学化。而“法学方法论”中所谓的“法学”,拉伦茨曾开宗明义、非常明

〔7〕关于“观察者观点”与“参与者观点”,参见〔德〕罗伯特·阿列克西:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆2015年版,第25-26页。

〔8〕例如参见孙光宁关于指导性案例(个人)之方法论研究的一系列论文,以及以此为基础结集出版的两本专著。参见孙光宁:《中国司法的经验与智慧:指导性案例中法律方法的运用实践》,中国法制出版社2019年版;孙光宁:《指导性案例如何参照:历史经验与现实应用》,知识产权出版社2020年版。另见王彬:《案例指导与法律方法》,人民出版社2018年版;杨知文:《指导性案例编撰的法理与方法研究》,商务印书馆2022年版。

〔9〕吴香香:《请求权基础思维及其对手》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2020年第2期,第90-106页;金晶:《请求权基础思维:案例研习的法教义学“引擎”》,载《政治与法律》2021年第3期,第88-103页。

〔10〕吴香香:《请求权基础:方法、体系与实例》,北京大学出版社2021年版,第3页。

〔11〕陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1997年版,第704页。

〔12〕陈兴良:《刑法教义学方法论》,载《法学研究》2005年第2期,第38-56页。

确地指出它首先就是“法教义学”(Rechtsdogmatik)。^[13]法学方法论包括教义学是法律人的看家本领。清人魏源说:“技可进乎道,艺可通乎神。”笔者也曾指出,以技术吸纳视野,以逻辑包裹激情,以论证代替想象,以理由击碎直观,是在现代社会系统这个利维坦面前为法学赢得力量的根本途径。^[14]这才是我们法律人的工作方式。法律人当然要追求公平和正义,但怎么追求公平和正义?仅停留在价值宣称的层面是不够的。我们更多需要的是通过一种庖丁解牛般的技术,不仅要看得见的方式,而且要以说得出的方式来实现具体正义;或者用拉伦茨的话来说,致力于“在细节上逐步落实‘更多的正义’”。^[15]而这一点离开了法学方法论是无法达成的。

二、法学方法论的两本经典译作

无论两波研究热潮有着多么大的不同,有一个共同现象却是值得关注的,那就是不管是在第一波热潮还是第二波热潮的研究中,译著的传播都在其中扮演了一个非常核心性的角色。第一波热潮中的代表性译著无疑就是拉伦茨的《法学方法论》。^[16]不仅该书的许多观点一度被我国法理学者奉为圭臬,例如关于法学的性质、法条的类型、法律解释的方法、法律漏洞的分类、内部体系和外部体系的区分(尽管首倡者是利益法学的代表人物菲利普·黑克),而且该书的基本结构安排深刻地影响了我国法理学者相关方法论专著的篇章安排以及法学院开设的课程安排。^[17]甚至有中国学者将一本关于德国法学方法论史的专著命名为《制造“拉伦茨神话”》,将拉伦茨作为德国方法论的集大成者。^[18]当然,社会环境在变化,司法实践在发展,不仅拉伦茨的《法学方法论》被其弟子们不断推出新版,而且在拉伦茨之后同样涌现出了一些优秀的方法论作品。但如果说对中国学界,尤其是对目前正处于第二波热潮可能会产生影响力的话,那么不久前刚出版中译本的托马斯·默勒斯(Thomas Möllers)的《法学方法论》或许将成为代表。^[19]

该书作者托马斯·默勒斯是德国奥格斯堡大学法学院民法、经济法、欧盟法、国际私法、比较法和法学方法论教席教授,欧盟“让·莫内”讲席教授;奥格斯堡大学学校董事会前理事,奥格斯堡大学法学院前院长,现任常务副院长、欧洲法研究中心主任、欧中法律研究与创新中心主任,欧洲科学院院士、德国联邦银行货币和外汇基金会理事会主席,让·莫内欧洲卓越中心主任。默勒斯教授在北京大学法学院、清华大学法学院、中国政法大学、浙江大学、西南政法大学民商

[13] [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第251页。

[14] 雷磊:《规范理论与法律论证》,中国政法大学出版社2012年版,第6页。

[15] [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第253页。

[16] 另一本影响比较大的译作是[德] 卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版;最新版本为《法律思维导论》(修订版),法律出版社2014年版。

[17] 雷磊:《域外法学方法论论著我国大陆传播考略——以欧陆译作与我国台湾地区作品为主线》,载《东方法学》2015年第4期,第16-17页。

[18] 顾祝轩:《制造“拉伦茨神话”:德国法学方法论史》,法律出版社2011年版。

[19] 或至少为代表之一,当然也包括恩斯特·克莱默的《法律方法论》([奥] 恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版)。

法学院和山东大学法学院等多次举办讲座或授课，也兼任美国北卡罗来纳大学教堂山分校、佩珀代因大学、乔治·华盛顿大学的客座教授，匹兹堡大学、澳大利亚悉尼大学法学院、法国里昂第三大学（让·穆兰大学）访问客座教授，中国政法大学、甘肃政法大学客座教授。已被翻译成中文出版的著作有《欧洲资本市场法的新发展——从德国的视角》^{〔20〕}、《法律研习的方法：作业、考试和论文写作》（第9版）^{〔21〕}和《法学方法论》（第4版）^{〔22〕}。

默勒斯的《法学方法论》在内容上跟拉伦茨的《法学方法论》有传承关系，但也存在着比较大的差别。如果要进行一个整体定位，可以这么说：拉伦茨的书更像是一本学术著作或者是专著型教科书，而默勒斯的书更像是一本实用全书。一方面，本书的英译本书名《如何用法学论证工作》已经更清楚地表明了其实务倾向；另一方面，就像作者本人在“中文版前言”里指出的，本书是对《法律研习方法》一书的补充，能为法科生、科研及实务者的日常工作带来直接的增益。^{〔23〕}《法律研习方法》的中译本被李昊教授纳入其主编的“法律人进阶译丛”之中。李昊教授近年来在中国不断推广完全法律人教育，从法学教育的视角来涉入法学思维和法学方法。默勒斯教授的《法学方法论》就是这种思维和方法的升级版。“实用全书”这一定位体现在三个方面。

第一，这本书是方法论的“百科全书”，有大量知识性为主的内容。这跟拉伦茨的书不太一样。拉伦茨《法学方法论》的全本分为两部分：历史的一批判的部分和体系部分，这是传统德国学者的写法。历史的一批判的部分进行学说史梳理，也就是该书的第1—5章；体系部分是作者自己对于这一领域研究的系统性展开，两个部分既要体现传承也要体现创新。我们最开始引入的版本之所以叫“学生版”，就是因为它去掉了历史的一批判的部分的前4章，从萨维尼一直到19世纪末为止的学说史都给去掉了。因为他的学生威廉·卡纳里斯（Wihlhelm Canaris，也就是拉伦茨《法学方法论》一书学生版的续写者）认为这部分对于学生，尤其是对于在德国准备国家考试的学生来说帮助不大。因此，拉伦茨的方法论有着非常浓厚的学术色彩，强调方法论学说。而默勒斯教授这本书主要以知识性为主，虽然这本书有92万字，译成中文近千页，但考察各章会发现，书里面的很多表达是非常简洁的，没有很冗余的学说堆砌，对于各个学派的介绍也只是点到为止，所以它是一个全景式的知识地图。为了更直观地展现两者的异同，我们将两本书的篇章目录整理如表1所示。通过篇章目录的对比也显示出两本书在具体内容设计上的不同。对于默勒斯《法学方法论》在内容上的主要特色，我们将在下一部分具体论述。

〔20〕〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《欧洲资本市场法的最新发展——从德国的视角》，申柳华、李海等译，中国政法大学出版社2016年版。

〔21〕〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法律研习的方法：作业、考试和论文写作》（第9版），申柳华、杜志浩、马强伟译，北京大学出版社2019年版。

〔22〕〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版。

〔23〕〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第2页。

表1 两本《法学方法论》的目录

拉伦茨《法学方法论》		默勒斯《法学方法论》	
第一部分 历史的一 批判的部分	第一章 萨维尼的方法论		
	第二章 19 世纪的“概念法学”		
	第三章 实证主义科学概念影响下的法理论与方法论		
	第四章 20 世纪上半叶法哲学对实证主义的背离		
	第五章 当代的方法论论争		
第二部分 体系部分	第一章 导论：法学的一般特征	第一部分 基础：法源	第一章 法学方法论：说理学说及正当化学说
			第二章 法源
			第三章 次级法源及法认知源
	第二章 法条理论		
	第三章 案件事实的形成及其法律判断		
	第四章 制定法的解释	第二部分 解释	第四章 经典的解释方法：文义、体系与历史
			第五章 目的、逻辑与结果取向的解释
	第五章 法官进行法续造的方法		第六章 目的解释的对立模型及法续造的基本形式
		第三部分 具体 化及建构	第七章 立法、行政及司法对法的具体化
			第八章 动态体系、案例类型，以及作为具体化方法的案例比较
	第六章 法学中概念和体系的形成		第九章 法教义学和一般法律原则
			第十章 建构意义上的权衡
		第四部分 宪法 及欧盟法所致的 优先性	第十一章 作为上位法的宪法
			第十二章 欧盟法及国际法的优先性
		第五部分 法的 和平性与安定 性：法学方法论 的目标	第十三章 法续造的界限
			第十四章 现代法学方法论
			第十五章 进阶练习

第二，这本书是方法论的“实战指南”，包括很多明显具有实用性的进阶练习。书中各个部分都穿插了“进阶练习”部分，设计了一些思考案例，第 15 章是对这些案例的参考答案。这些练习无疑都是面向学生的。就像作者在“第四版前言”里说的，“多所大学将本书作为准备第一次司法考试及第二次司法考试实习期之参考资料”，他觉得非常欣慰。⁽²⁴⁾这也是本书的一个定位。

第三，这本书是方法论的“操作手册”。它总结了 150 多个论证模型，提供了 100 多个案例。

(24) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第 4 版），杜志浩译，北京大学出版社 2022 年版，第 1 页。

尤其是这本书的第五部分——在笔者看来最具创造性的一个部分——主体包括两章，第十三章讲的是法续造的正当性，第十四章则推出了作者自己所支持的所谓“现代法学方法论”，即一种介于古典和后现代之间的方法论立场，它反对后现代的方法多元主义，提倡一种统一的方法论。这种方法论是什么？默勒斯用“元方法”去指称它。这个元方法又是什么？作者概括出了法律解决问题时的一套检索顺序，有了这套方法后就可以把各种方法以系统方式运用起来。除此之外，他又讲到当各种方法之间发生冲突时所运用的四个论证规则。据此，可以把默勒斯提出的这些主张归纳为三套论证模型（5+6+4）：一是关于法续造正当性判断的五个步骤，即第一步（经典的论证模型）、第二步（将目光投向法效果）、第三步（作为上位法的宪法）、第四步（上位的欧盟法及国内法）和第五步（权限界限）；二是元方法的构造，即怎么组织运用各种方法的六个步骤（检验步骤与权衡），包括第一步（案件事实诠释学）、第二步（演绎：萨维尼的解释学说及结果导向的解释）、第三步（具体化与建构）、第四步（上位法的审查）、第五步（法续造及其界限）和第六步（公平性审查及正确性保障）；三是四个论证规则，包括优先性规则、推定规则、论证负担规则、衡量规则。^{〔25〕}这些操作性的步骤和模型在以前的方法论研究里是比较欠缺的。它们虽然并非类似谈判技巧那般纯实务性的操作方式，但仍是我们从事方法论实操时能够把握的抓手，能够以看得见的方式告诉我们怎样将方法论运用起来。这就是两本书在定位上的差别。

三、法学方法论的经典主题

作为“百科全书”式的法学著作，默勒斯的《法学方法论》自然处理了法学方法论的经典主题。虽然作者在通常情况下呈现的都是各该主题的通说，但也不乏自己的见解。

（一）什么是“法学方法论”？

默勒斯开宗明义地指出，法学方法论就是对法律人思维的训练。^{〔26〕}什么是“法学”？法学或者说教义学，是以特定法秩序为基础，求得规范问题之解答的学问。一方面，法学（Rechtswissenschaft）处理的是规范问题，要提供涉及“应当”“允许”“禁止”“权利”“义务”的规范命题，例如，“张三应当按时纳税”“李四不得损害他人的健康”“王五有言论自由”“赵六有履职义务”等。另一方面，法学对规范问题的回答以现行法秩序为限，换言之，它要提供的是法律命题而非道德命题。所以，上述规范命题都以合法性（legality）为真值条件，或者说以现行法律规范为依据。

什么是“方法论”（Methodenlehre）？方法论是在以特定法秩序为基础探求具体问题之规范性解答的过程中遵循的规则、形式、路径及其体系化。一方面，方法论以说理论证的方式来解决规范问题。换言之，它不仅要为法律问题提供答案，而且要为其答案提供理由。由此，方法论就具有论辩学说的色彩。法律论证目的，在于反驳（证伪）错误观点，论证“合理的”结论，为有说服力的解决方案奠定基础，即致力于说服他人，并从一开始就考虑各种可以想见的解决路径。

〔25〕〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第698—746、789—798页。

〔26〕〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第10页。

另一方面，方法论以正当化裁判结论为自己的任务，即进行裁判的证立。这种正当化既有实体性的面向，也有程序性的面向，既涉及个案正当的问题，也涉及对法官权力的限制问题。⁽²⁷⁾

法学方法论的基础性工作，就是解决大前提（规范）与小前提（事实）之间的不对称或等置问题⁽²⁸⁾，也就是要塑造出恰当的裁判规范与个案事实，并合乎逻辑地推导出裁判结论。法律论证理论将这一过程分为两个层面，一个是内部证成的层面，另一个是外部证成的层面。前者涉及的是从既定前提中推导出作为结论的法律决定的有效性问题，而后者涉及的则是这些前提本身的正确性或可靠性问题。⁽²⁹⁾需要在外部证成层面上得到证立的前提按性质可分为规范命题与事实命题。事实命题证成的核心问题在于，司法裁判所要采纳的小前提即案件事实是什么？规范命题的证立主要包括三组问题：第一，应当去哪里寻找裁判的大前提（规范命题）？第二，大前提（规范命题）与小前提（事实命题）之间存在缝隙怎么办？第三，找不到可直接适用的恰当大前提怎么办？⁽³⁰⁾这三组问题分别指向“法的渊源”“法律解释”与“法的续造”。

（二）案件事实理论（案件事实诠释学）

默勒斯将自己的理论定位为处于经典的法学方法论与后现代的法学方法论之间的“现代法学方法论”。这种方法论的一个重要特征，就在于主张“唯有对案件事实的每个棱角都了如指掌，才能得出某种法的解决方案”。⁽³¹⁾这就是作者所谓的“案件事实诠释学”。

在作者看来，法学方法论通常只限于法的适用，故而是一种“法适用的方法论”。但在法律实践中，查明案件事实却是法的发现过程中的关键性步骤，甚至占据了法律人日常工作的一大部分。法学方法论必须发展出确立事实的方法，从而使法律人有能力对情况、事件和陈述作出解释。⁽³²⁾案件首先是一个特定时空中发生的事件，是实际上发生的某种状态或过程。但进入法律实践和法庭活动中的却是与该事件相关的事实，也就是用语言陈述出来的对象。对于作为事件的案件，可以用日常语言或生活语言来进行陈述，这就是生活事实（用默勒斯的话来说即“原始案件事实”）。但是能够真正涵摄于法律规范之下的，是对生活事实进行“剪裁”和“加工”后的案件事实。所有案件事实都是运用法律判断对原始案件事实所作的选择、解释及联结的结果。一方面，要运用实体法对原始案件事实进行“剪裁”和“加工”。对作为形成法律事实之基础的（实体）法律规范的选择，既取决于裁判者迄今当时已经了解到的情况，又取决于他对于案件事实所属的或初看之

(27) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第24-30、41-45页。

(28) 郑永流：《法律判断形成的模式》，载《法学研究》2004年第1期，第140页；郑永流：《法律判断大小前提的建构及其方法》，载《法学研究》2006年第4期，第3页。

(29) Jezy Wróblewski, Legal Decision and Its Justification, in: H. Hubien (Hrsg.), Le Raisonnement Juridique, Akten des Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie, 1971, S. 412.

(30) 舒国滢、王夏昊、雷磊：《法学方法论》，中国政法大学出版社2018年版，第215-220页。另有第四组问题涉及法律规范的效力，已然涉入法哲学领域，在此不赘述。

(31) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第755页。

(32) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第758-759页。

下可能归属的规范整体的认识。⁽³³⁾ 另一方面，也要运用程序法和证据法对原始案件事实进行“剪裁”和“加工”。案件事实的认定需要符合合法性（思维法则、经验法则、自然法则）与合法性（证据法）。它包括两个阶段：第一个阶段是证据事实的认定，即运用查明（观察、鉴定）和证明等方法来认定“眼前的事”（如张三死了）；第二个阶段是案件事实的推定，即运用法定推定（不可推翻的推定、可推翻的推定）或/和经验推定（根据经验法则）来推定“曾发生的事”（如张三被李四杀了）。为此，法律人负有对事实的调查义务，需要围绕法律规范的构成要件对委托人进行访谈，鉴定事实的争议点；在诉讼程序中则要分别贯彻提出原则（谁主张谁举证）和调查原则（法院依职权主义调查当事人未主张的事实并提出证明）。⁽³⁴⁾

案件事实诠释学构成了为法律解决方案进行说理的六步检验法的第一步。因为只有以完整的案件事实为基础，才能开展法律问题之解决。⁽³⁵⁾

（三）法的渊源理论

通常认为，从司法裁判的角度看，法是一种裁判依据。相应地，法的渊源（*Rechtsquellen*）就是这种裁判依据的来源。法的渊源的功能体现在两个方面：一是指示法官去寻找作为裁判依据之法律规范的处所：法官去哪里寻找法律决定之大前提？二是通过框定裁判依据的寻找范围来限制法官的权力。法的渊源确立的是“依法裁判”之“法”的适格来源，从而促成“依法裁判”之目标的实现。⁽³⁶⁾ 据此，“法源”仅是对法律适用者而言具有约束力之法律规范来源。

默勒斯法源理论的独特之处，在于依据法源对司法裁判之拘束力的强弱划分了三种类型：第一类是基础性法源，包括宪法、法律、法规、规章等。基础性法源对于裁判具有强拘束力，裁判者有法律义务依据基础性法源进行裁判，否则就没有履行依法裁判的职责。例如，法律和法规除非出于形式或实质的理由被认定为无效，否则它们就具有效力和约束力；规章除非违反上位法或被事后废止，否则也具有约束力。第二类是次级法源，包括法官法、行政规则、私人创设的规范（如合同）等。次级法源对于裁判具有弱拘束力或者说推定拘束力，且并不总是具有普遍约束力，或者说并不能始终对所有人发生效力。法官在审理案件时对次级法源负有参详义务或辅助性的遵从义务。例如，若存在多种解决方案，且它们的说服力相当，此时最高法院判例的约束力即体现为对论证负担的影响；若有人意欲偏离过往之判决，则其应对此专门进行论证。第三类是法认知源。法认知源只是社会学意义上的法源，它帮助法官恰当地认识（识别）生效之“法”，而其自身并不产生拘束力。例如，国外法院的判决、示范性“法律”、法学学术文献就属于这类渊源。⁽³⁷⁾ 可见，默勒斯并未采取狭义的法源概念，即将法源限于“具有约束力”的来源（基础性法源与次

〔33〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（全本·第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第359页。引用时略有调整。

〔34〕〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第760—761、763—764页。

〔35〕〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第789页。

〔36〕雷磊：《法的渊源理论：视角、性质与任务》，载《清华法学》2021年第4期，第36页。

〔37〕〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第64—65、132、135页。

级法源),而是采纳了广义的法源概念,将不具有约束力的来源(法认知源)也纳入其中。⁽³⁸⁾

(四) 法律解释理论

在绝大部分情形下,在适格的来源范围内,总是能够为案件的解决寻找到至少一条提供解决办法的法律规则。但同样地,在很多情况下,法律规则总是无法与案件事实直接对接起来。法律规则所使用的术语存在模糊、歧义、评价开放等情形,法律规则具有复数构成要件需要从中选择,法律规则规定的后果也并非总是唯一的。如何将一般的、抽象的法律规则与具体的、个别的案件事实衔接起来?这就需要进行法律解释。法律解释,就是通过对法律文本意义的理解与选择来解决大、小前提之间衔接问题的途径。

默勒斯同样不必可避免地论述了经典的法律解释的四种方法:一是文义解释,即以法律概念在日常或专业上的意义或使用方式来获得法律解释。文义解释构成了解释程序的开端,也构成其界限。作者在这里援引了德国行政法学者科赫(Koch)和吕斯曼(Rüßmann)的三领域模型。⁽³⁹⁾语义解释能够划定的是肯定选项域和否定选项域,但对于中立选项域中的表达则需要通过其他解释方法来确定其含义。作者还提出了探明法概念文义的三个步骤:首先应当考察立法者先前确定的法学语言习惯,然后考察法学专业的语言习惯,最后考察日常的语言习惯。这同时也排定了立法者确定的含义、专业概念用法与日常语言习惯之间的先后次序。⁽⁴⁰⁾

二是体系解释,即依据法律概念在法律体系中的位置及其上下关联来揭示争议概念的含义。体系解释有两方面的要求:一方面是无矛盾,也就是对某个法律概念的解释结果不得与同一体系中的其他法律规定相冲突,这属于逻辑要求;另一方面是融贯性,也就是当对某个法律概念有多种解释时,要选择那种与同一体系中的其他规定在价值上最融贯的那种解释。这其实是双重体系观在法律解释领域的体现,如果说无矛盾是外部体系(抽象的一概念的体系)的要求,那么融贯性就是内部体系(原则的一价值的体系)的追求。⁽⁴¹⁾据此,具体的体系解释模型包括比较规范的构成要件要素,考察构成要件要素在法律结构中的位置,不得对例外作扩张解释,维系法秩序及宪法的统一,此外还包括解决法律规则的冲突规则。⁽⁴²⁾

三是历史解释,即以法律规范的历史起源关系或其立法历程为依据来揭示概念的含义。其中,对法律规范的历史起源关系(规范前身)的研究属于狭义历史解释,而对具体规范立法历程的研究属于谱系解释。两者都服务于立法意图(主观解释)的揭示。狭义历史解释关注相关法律规范

(38) 但由此会产生“法源”概念功能弱化的缺陷,使之要么缺乏规范性意义,要么没有足够的区分度。对于社会学意义之法源概念的批评,参见雷磊:《法的渊源理论:视角、性质与任务》,载《清华法学》2021年第4期,第30-31页。

(39) Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982, S.195.

(40) [德]托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第197页。当然,默勒斯认为有一个例外:日常语言习惯在刑法领域有着决定性意义(同上,第197页)。

(41) 关于双重体系,参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第548页及以下。

(42) [德]托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第226-233页。

的先行规范（历史上源头性的、已然失效的规范文本），以探明立法者的历史意图。谱系解释参考一部法律的立法历史，并根据立法材料（立法的程序中所积累的、官方公布并可为公众所获取的文件）来探究立法者制定规范之初的意图。但默勒斯也指出，立法者意图只能被赋予一种推定效力。人们必须参考立法意图，但若不愿遵循，原则上也可以推翻之。论证负担的大小则视具体案件中立法者意图的明显程度而定。^{〔43〕}

四是目的解释，即探究法律内在的理性，即一部法律的精神和目的。目的解释采取两步法，首先需要指明前提，即何谓论据所要辩护的目的性命题，然后再形成解释的结论。要探究内在于法律的目的，可以通过明示或推断的规范目的，可以援引各法律文件篇首的立法理由，也可以采纳“法不禁止即自由”之类的解释辅助手段。默勒斯的特殊之处在于，一方面，他不仅将目的解释视为一个独立的解释步骤，同时也将之视为解释之目标。^{〔44〕}因为在作者看来，无论文义解释、体系解释还是历史解释都明确了某种目的（多为历史上立法者的主观目的），因而无法否认目的解释本身也同样反映目的（法律的客观目的）。而与其他解释的不同之处在于，其他解释均为揭示目的的手段，而目的解释直接论证和表明目的。所以目的解释既是方法，又是目标。它与其他解释方法之间的关系，就涉及客观目的与主观目的之争。^{〔45〕}另一方面，他将目的解释单独成章，并将后果（结果）取向的解释和法的经济分析纳入其中，从而相比于经典法学方法论赋予目的解释广泛得多的时代内涵。下文第四部分还将回到这一点上来。

（五）法的续造理论

法的续造是超越或违反法律文义的法律适用活动，可以分为狭义和广义上两种理解。拉伦茨曾将狭义上的法的续造分为两类：一类是法律计划内的法的续造（漏洞填补）。根据漏洞的性质不同，他又将相应的填补方法分为两组，即填补明显漏洞的方法（类推、目的性扩张等）和填补隐蔽漏洞的方法（目的性限缩等）。另一类是超越法律计划的法的续造，包括根据法律交往的需要、事物本质的考量或法伦理原则等进行的法的续造。^{〔46〕}默勒斯对狭义上的法的续造着墨不多，仅仅是对法的续造的三种基本形式，即目的性限缩（包括避免不公平之结果与归谬法）、具体类推（法律类推，包括当然推论与“不公平”论证）和整体类推（法类推）的论证模型和步骤等进行了论述。无论何种续造形式，关键在于对法目的的探寻。^{〔47〕}

广义上的法的续造还包括一般法律条款的具体化与法律原则的论证两部分，而这也正是默勒斯方法论的着力点所在。一般条款属于规则之一种，但它并非包含不确定法律概念的法律规则。因为不确定法律概念是存在概念核的，只是其尚须借助方法上的辅助手段予以探究或明确。而一

〔43〕〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第238、241、247页。

〔44〕〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第253-262、323页。

〔45〕雷磊：《再论法律解释的目标——德国主/客观说之争的剖析与整合》，载《环球法律评论》2010年第6期，第39-54页。

〔46〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（全本·第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第465、519页以下。

〔47〕〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第363-393页。

般条款有着高度抽象性,无法明确把握其概念核。⁽⁴⁸⁾ 社会伦理观念经过百年的传统积淀而深植于普遍法意识之中,由此转化为法伦理的尺度与标准。而一般条款是面向法律赖以为基础的社会伦理观念的“窗户”,也是提高法的社会认可度的通道。因此,它无法作语言层面上的“解释”,而必须在价值层面上结合个案“具体化”。一般法律条款的具体化主要通过例示规定与案例对比法来进行。前者主要是立法对法的具体化,在性质上属于“特别法”,优于一般条款适用;后者是法院对法的具体化,是一种从案件到案件的推理,关键在于通过各种论据证明相似案件之间的可比性。与此不同,法律原则的论证包括两个步骤:第一步是基于“法”(诉诸法律或通过归纳)而论证法律原则,包括从历史中推导出法律原则,进行具体类推和整体类推等。第二步是法律原则的具体化,即将法律原则具体化为法条或法律制度,这主要通过“衡量”来实现。而法律原则的衡量(以基本权利的限制为例)必须符合正当目的、适当性、必要性、均衡性等要求。值得注意的是,默勒斯所支持的“现代法学方法论”的一个重要特征就是重视这种一般条款的具体化以及法律原则间建构意义上的衡量。⁽⁴⁹⁾ 这两个主题在传统的法学方法论中虽然已被顾及,但在默勒斯看来却没有被提升到应有的地位(《法学方法论》第三部分共四章花费在这一主题上)。

四、法学方法论的当代之问

除经典主题外,默勒斯的《法学方法论》在内容上的特色可以用三个关键词来概括:欧洲之问、时代之问、伦理之问。它们是默勒斯的《法学方法论》相比于拉伦茨的《法学方法论》的主要不同之处,或者说有所增益的地方。

(一) 欧洲之问

用作者自己的话来说,现代法学方法论不同于经典法学方法论的首要表现,就在于前者是一种“走向欧盟的法学方法论”。⁽⁵⁰⁾ 经典法学方法论以德国法学家萨维尼(Savigny)的法律解释四要素说为开端⁽⁵¹⁾,以战后德国以基本法为轴点构建的国内法秩序以及以此为依托的评价法学为主。因此,经典法学方法论基本上是一种“国内方法论”。但正如德国法哲学家齐佩利乌斯(Zippelius)所说,对象决定方法。⁽⁵²⁾ 奥地利法学家克莱默(Kramer)也指出,法律适用方法的学说自始就不是脱离各个现行有效实在法的一种超国家的“纯粹科学”意义上的法理论。⁽⁵³⁾ 欧盟立法大量进入国内法秩序或国内法秩序的欧盟化必然会对其为处理对象的方法论产生影响。在这本书里,读者可以看到大量有关欧盟法和欧盟法院判例的内容。从本书的构成来说,“欧洲之问”

(48) 当然,默勒斯也承认两者的界限是模糊的。参见[德]托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第455页。

(49) [德]托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第416-419、421、433、493-498、755页。

(50) [德]托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第818页。

(51) [德]萨维尼、[德]格林:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,法律出版社2008年版,第8页及以下。

(52) [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第1页。

(53) [奥]恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第12页。

体现在三个方面。

第一方面，欧盟法的引入对于“法源”理论产生了影响。以前德国法学方法论中所说的法源立足于国内法，最多加上国际条约，而默勒斯教授这本书回应了作为欧盟成员国之德国的国内方法研究，如何去回应欧盟法成为德国法院之裁判依据这样一个现象。这首先就体现在法源方面。应当说，欧盟法无论在权限内容上还是权限行使上都是受限的。从权限内容看，欧盟立法遵循“有限的具体授权原则”，即由成员国自行决定将哪些权限授予欧盟机构。在欧盟立法权限方面，《里斯本条约》之后开始适用成文化的“权限清单”，区分专属管辖权、共享管辖权和补充管辖权。从权限行使看，欧盟立法遵循“辅助原则”和“比例原则”。前者指的是，当欧盟不具有专属管辖权时，若成员国无法充分实现相关措施的目标，而基于相关措施的范围和效果，唯有欧盟层面才能更好地实现它们的目标时，欧盟始具有行动的权力。后者指的是，欧盟采取的措施在内容和形式上不得超越为实现条约之目标所必要的限度。⁽⁵⁴⁾

尽管受到种种限制，但欧盟法在其权限范围内的确在德国法源体系中扮演着重要角色。一方面，欧盟法原则上构成了成员国法的上位法；另一方面，欧盟法本身又可区分出不同的层面，有基础法、次级法、第三位法之分。基础法就是欧盟成立的基础性条约，包括《欧盟运作方式条约》《欧洲联盟条约》《欧盟基本权利宪章》，被称为欧盟的“宪法”。此外，欧盟（欧共体）与第三方国家或组织签订的国际条约和国际习惯法可自动成为欧盟法的一部分。次级法就是欧盟的立法机关（委员会、理事会、议会）制定的法，包括条例、指令和决定。第三位法是经次级法授权而制定的规范。近年来，越来越多的条例和指令规定了一种授权性规范，以委托欧盟的行政机构制定条例和指令等法律文件，其目的在于对次级法作进一步的具体化。这就是所谓的“行政或专家委员会程序”，其颁布的规范性文件就是第三位法。⁽⁵⁵⁾ 因此，欧盟法本身也构成了一种等级秩序：基础法优于次级法，第三位法必须符合次级法，欧盟与第三方签订的国际法条约地位低于基础法，但高于次级法。⁽⁵⁶⁾

这些法源加入国内法的运用过程中会产生什么样的影响？情形可能非常复杂。虽然可以说欧盟法是德国法的上位法，但其实在实践中没有那么简单。欧盟法区分为三个不同的层次，是不是这三个不同层次均为德国法的上位法？未必见得。例如，欧盟立法既可能要求成员国国内法与之“完全协调”，也可能只要求成员国国内法达到“最低限度的一体化”。再如，欧盟法院和德国联邦宪法法院关于欧盟法与国内法之关系的态度也是不太一样的。欧盟法院极力想要把欧盟法作为上位法贯彻到各个成员国家中去，但是德国法院并不这样认为。因为德国联邦宪法法院认为德国国内基本权利保护水平要高于欧盟的保护水平，所以它提出了“宪法同一性理论”或“同一性保留理论”。⁽⁵⁷⁾ 德国联邦宪法法院认为，欧盟法的引入不能破坏德国宪法的同一性的价值。据此，只

(54) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第85-86页。

(55) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第87-89页。

(56) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第94页。

(57) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第103页及以下。

要认定有可能动摇基本法秩序的“宪法同一性”，德国就有不遵守欧盟法的正当理由。换言之，尽管欧盟法的位阶原则上高于基本法，但在欧盟法之上，更存在着构成基本法不容改变之核心内涵的“宪法同一性”。由此，构成宪法同一性之基本法核心内涵，如人的尊严的保障，足以抵挡欧盟法在位阶上的优先性。⁽⁵⁸⁾这其实相当于将德国基本法的部分内容（尤其是基本权利章）置于欧盟法之上，将其作为审查欧盟立法的标准了。所以，欧盟法加入德国法源体系所形成的结构是非常复杂的，它们与德国国内法之间不是简单的上下位阶关系。⁽⁵⁹⁾

第二方面，欧盟法的引入对于法律解释理论也有影响。欧盟法院要求法官对于欧盟法作自主解释。也就是说，在进行法律解释时，欧盟最高法院不会受制于每个成员国对法概念所形成的固有理解。而国内法的法官在解释溯源于欧盟法的概念时，同时充当“欧盟法官”的角色，即必须对这些概念作独立解释。如自主解释的概念与国内法的语言习惯相矛盾，则自主解释优先于成员国之解释。⁽⁶⁰⁾换言之，无论是欧盟最高法院的法官还是国内法院的法官，在解释欧盟法的时候是不需要看所在国国内的那套解释方法的，而可以自主进行解释。但是情形又没有那么简单。从实际运作的角度看，法官可能会通过比较法引入成员国的那些具体解释方法，因为这些方法可能会被认为已成为通说。因此，默勒斯在“解释”这个部分阐述文义解释、历史解释、体系解释、目的解释（结果取向的解释、法的经济分析）的时候，每一节的最后一点都在说明欧盟最高法院是怎么运用相关解释方法的。也就是说，这套解释方法不仅在德国已经成为通说，而且在欧盟层面同样被运用，由此造成一种方法的趋同。

不过，在欧盟层面上也有自己独特的解释原则。例如令人印象深刻的“实际有效原则”。它指的是条约条款的解释方向，在于使得条款的目的尽可能地被实现，使条款体现“实际的益处”，并使它的“效益”得以发挥。换言之，若某种解释能够最好地发挥规范的效力且能使规范实际的益处最大化，则应优先采纳之。⁽⁶¹⁾也就是说，在解释欧盟法的时候要考虑，采取某种解释时成员国有没有执行它、实现它的可能性，要没有可能性就别这么解释了，没有意义；这又演化出了两个子要求：一是规范的解释必须使规范不至于完全没有意义；二是规范解释必须符合等价原则和效率原则。⁽⁶²⁾这么做无疑是为了尽最大可能确保欧盟法得到尊重，因而属于结果取向的论证。这些内容在以规范性论证为取向的德国传统方法论里是没有的。

第三方面，欧盟法在法律适用过程中具有优先性。欧盟法的优先性涉及欧盟法和德国国内法之间适用上的关系，这里面也比较复杂。

首先，要区分效力优先性与适用优先性。通常认为欧盟法对于德国包括其他成员国是有直接效力的。当然，这必须符合一定条件，具体而言就是两条：一是规范的适用不以成员国的实质性

(58) 黄舒梵：《什么是法释义学？：以二次战后德国宪法释义学的发展为借镜》，台大出版中心2020年版，第160页。

(59) 默勒斯为此勾划了三个金字塔，当然这还包括国际法在内。参见〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第119页。

(60) 〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第92-93页。

(61) Lothar Kutscher, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Bruxelles: Europäische Gemeinschaften, 1976, S. 23.

(62) 〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第298-299页。

法律文件为条件，从而在内容上具有无条件性；二是规范具备诸如为成员国设定某一作为或不作为义务这样清晰而明确的内容，从而具备足够的确定性。但欧盟法具有直接效力不代表其相对于国内法具有“效力优先性”，事实上，它相对于国内法仅具有“适用优先性”。两者的区别在于，前者意味着凡是与欧盟法相冲突的国内法就丧失了效力，以后不再可被适用；而后者意味着即便与欧盟法相冲突，国内法的规范仍然有效，也就是说在涉及与欧盟法无关的事实时，它将继续得以适用。欧盟法的优先适用也须符合两个条件：一是规范必须足够具体，以至于能够被直接适用；二是与欧盟法相冲突的国内法规范无从以合基础法的方式进行解释，从而使得这一冲突得以解决。⁽⁶³⁾ 这说明，合基础法解释要优先于冲突时的适用优先性：唯有无法进行合基础法的解释时，才能基于适用优先性将国内法规范弃之不用。这就涉及欧盟法的间接适用问题。

其次，是欧盟法的直接适用与间接适用。欧盟法的直接适用就是上述欧盟法直接适用于国内，并相对于国内法具有适用优先性的情形。而欧盟法的间接适用或者说隐形适用方式，是在适用国内法时根据欧盟法予以解释。德国的法官不仅是德国的法官，也是欧盟的法官，所以他也要对国内法进行合乎欧盟法的解释。这里又包括两种类型：一种是合基础法解释。合基础法解释既包括次级欧盟法的合基础法解释，也包括国内法的合基础法解释，从内容看既包括狭义上的解释，也包括法的续造。⁽⁶⁴⁾ 另一种是合次级法解释，又包括合条例解释与合指令解释。其中，合指令解释既包括垂直的合指令解释，也包括水平的合指令解释。后者指的是，虽然指令缺乏水平的第三人效力，但在对私主体之间生效的规范所进行的合指令解释具有一种“初步证明”意义上的推定效力。据此，法官若意图另作解释，其必须驳斥对于合指令解释这种优先选择。也就是说，对于适用于私人间的国内法规范，法院也有义务优先采纳符合指令的解释，除非法官有更强理由能够偏离之。这其实又是一种论证负担的分配要求。此外，作者认为合指令解释乃是一种独立的（不同于体系解释的）法构造，本身也是一种解释目标，在位阶上要高于其他解释模型。⁽⁶⁵⁾ 可见，合欧盟法解释的引入被认为是创设了不同于传统解释方法的新模型。

对于欧盟法的引入在法源的层面、解释的层面以及适用的优先性层面的影响，默勒斯的法学方法论都顾及到了。这在以前的方法论著作中是罕见的，或者说没有进行过如此体系化的论述。

（二）时代之问

方法论也得与时俱进。此间最明显的体现就是将后果（结果）取向的论证，尤其是法的经济分析纳入法律解释之中。法的经济分析研究法律规则在结果预估（实证分析）及目标实现（规范分析）两个意义上的影响。它要求法律适用要得出经济学上最有效率的结论，或者尽可能以可获得经济学上最有效率的结论来解释法律规范。⁽⁶⁶⁾ 法经济学的基本假设是，个体原则上能够理性地

〔63〕〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第100、631页。

〔64〕〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第636—637页。

〔65〕〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第646、647页。

〔66〕Stefan Grundmann, Methodenpluralismus als Aufgabe: Zur Legalität von ökonomischen und rechtsethischen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung, Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht 61 (1997), S. 425.

行动,能够为实现个人利益最大化的目的而依据成本和收益作出符合自己私利的决定(经济人假设)。其背后更深一层的假定是,行为人有清晰定义的目标,有实现这些目标的手段,并且知道如何使用这些手段(理性选择理论)。⁽⁶⁷⁾我们都知道,法的经济分析是近年来非常流行的一种研究范式,它起源于美国,目前在世界范围内包括德国和中国都日趋流行。一个例证是,2015年笔者到海德堡大学访学时旁听了法学院的“法学方法论”课程,讲授者专门花了一节课来讲经济分析。这在传统的方法论里也是没有的。尽管如此,要注意的是,默勒斯将法的经济分析视为“特别敏感的后果理念”,最终将其定位在目的解释的框架之内。⁽⁶⁸⁾这是德国学者在思考后果考量和经济分析时的一个基本姿态。具体而言,德国人在定位法的经济分析时有这样两个特点。

第一,德国法学界运用经济学范式时,几乎不将涉及法的经济学论据作为独立论据,而是使得既有的经济学范式对于法教义学有益。⁽⁶⁹⁾换言之,要将经济分析放在既有方法论的框架里面,而不是把经济分析作为一种统摄其他方法的“元方法”来使用。法经济学学者通常将经济分析作为一种元方法,认为一切法律适用问题最后都可以还原为成本—效益分析,用比如帕累托最优模型或现在更流行的卡尔多—希克斯模型来解释法律。但德国法学方法论总是试图将经济分析定位到既有的方法框架之中。这个框架就是后果考量,后果考量又被定位在目的解释里或者目的考量里。所以它是把经济分析作为诸多方法中的一种来对待的。

第二,德国学者也特别强调经济分析的局限性。一方面,经济分析所秉持的效率标准本身有局限。它没有回答资源的分配是否公正,或者说是否符合伦理及社会观念。法的经济分析注重纯粹的效率思考,而忽略了立法者相关的价值安排。例如,身体和生命这类法益需要特别的行为义务,纯粹的经济分析不能为其提供足够的考虑。另一方面,经济分析所倡导的价值(效益)并不是基础价值。经济学的考虑不能违反宪法,并应当与法律的价值安排相一致。⁽⁷⁰⁾

默勒斯认为,法的经济分析不会替代传统的法教义学,但可以作为后者的补充。⁽⁷¹⁾因为法律人不是,或至少不只是经济人。⁽⁷²⁾这也是德国法学方法论对于时代风尚的内化能力和魅力所在。

(三) 伦理之问

方法论一手连着教义学,一手连着伦理学。从根本意义上来说,方法论是一套正当化司法裁判的学说,它最主要的工作就是使得我们的伦理判断/价值判断尽可能地可视化、客观化、可操作。前文提到,公平正义很重要,但是如何实现同样很重要,这就需要方法论。反过来说,方法论高度的精致化之后也不能切割和价值基础之间的联系。因为如果走向另外一个极端,即纯技术主义

(67) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第303页。

(68) 笔者同样赞成这一定位。参见雷磊:《反思司法裁判中的后果考量》,载《法学家》2019年第4期,第25—31页。

(69) Kristoffel Grechenig/Martin Gelter, Divergente Evolution des Rechtsdenken-Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* 72 (2008), S. 519.

(70) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第308—309页。

(71) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第311页。

(72) 关于法律的经济分析方法本身的反思与批评,参见雷磊:《司法裁判中的价值判断与后果考量》,载《浙江社会科学》2021年第2期,第43—53页。

路线，就会导致德国法学家魏德士（Rüthers）所说的“方法论上的盲目飞行”。^{〔73〕}拉伦茨本人就是个很好的例子：对于在第三帝国时期曾有过的不光彩经历，拉伦茨虽然在二战后未公开表示过悔意，但在1960年初版的《法学方法论》的字里行间其实已经透露出这样一个意思：方法论并非纯粹的技术手段，而要与作为法秩序基石的价值体系紧密联结起来。诚如他所指出的，“法学方法论是特定法秩序的方法论，而法秩序本身对法院的活动会有一定的要求，这些要求反过来一起决定法院的论证方式和说理风格”。^{〔74〕}而德国语境中的“特定法秩序”，就是以德国基本法所确立的客观价值秩序为基础的法秩序。此外，他在1979年还专门撰写了专著《正确法：法伦理学基础》来论述德国法的伦理基础。^{〔75〕}而相比于拉伦茨的书，默勒斯教授的《法学方法论》的伦理反思色彩更强，这主要体现在三个部分。

第一部分是关于法学方法论的定位。默勒斯认为，法学方法论存在着对正义的实质性要求。法哲学的核心问题在于“什么是法”，而法学方法论则紧随其后追问“法如何才能被正确地适用”。作为与价值有关的论辩学说及正当化学说，方法论无法摆脱各自法秩序的价值，要将人格尊严与自然法作为最终效力依据。它要限制法律适用者的主观偏好（法律适用的客观化），使得对结论的论证尽量避免与法秩序产生价值冲突（体系化功能），引导法律获取的过程并保障法的安定性（审查功能）。因此，法学方法论并非无涉价值，它的目的是使说理经得起理性的事后检验，并通过其自身的程式实现正义。^{〔76〕}

第二部分是一般法律原则。默勒斯主要以民法和欧盟法来例证了一些重要的一般法律原则，如民法上的私法自治原则、自决（自我决定）原则、欧盟法上的国家责任请求权原则等。^{〔77〕}为什么说一般法律原则与伦理学的结合非常紧密？按照德国学者的通见，整个法秩序可分为三个层级，即法律规整、法律原则和法理念。^{〔78〕}这三个层级之间处于不断具体化的关系之中：法律原则是对法理念的具体化，而法律规整（规则）是对法律原则的具体化。法理念是最抽象、最根本的价值安排，是原则统一的基点，其实是更抽象和更高位阶的原则。在德国传统中，法理念有三种即法的安定性、正义、合目的性。^{〔79〕}在默勒斯的书中也是一样——作者在全书的结束语中说道：“基于其‘理性要求’，法学方法论建立了信赖，并由此实现了合目的性、法安定性和正义性这三个法理念。”^{〔80〕}从这三个基本价值出发可以演化出一般法律原则，法律原则有的被实证化，写进法律条文之中，有的没有被实证化，留在法律明文之外。实证化的就是实在法原则，没有实证化的是

〔73〕 Bernd Rüthers, Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug?, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 1249.

〔74〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（全本·第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第316页。

〔75〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《正确法：法伦理学基础》，雷磊译，法律出版社2022年版。

〔76〕 [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第53、57-61页。

〔77〕 [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第498-521页。

〔78〕 对于第三个层级，默勒斯教授用的称呼是“法制度”。

〔79〕 [德] G. 拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第73-77页。

〔80〕 [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第824页。

一般法伦理原则，它们会被具体化为民法领域、刑法领域或者其他法领域的基本原则。最后才是法律条文所规定的具体法律规定或者说法律规则，而特定领域法律规则的总和就是法律制度或法律规整。法律规整（规则）是实在法的主要组成部分。因此，一般法律原则既是对法理念的具体化，又是特定领域法律规整的主导性思想，是向法律规则提供价值指引的规范通道，具有鲜明的伦理色彩。这个部分在拉伦茨的书体现得不够明显，他只是对于原则这个现象作了一般性讨论，而没有像默勒斯那样去讨论具体的部门法原则。

第三部分是关于法学方法论的目标。在前文提及的为法的解决方案进行说理的六步检索顺序中，第六步叫作“公平性审查及正确性保障”，这一步很明显具有伦理学色彩。在作者看来，在对各种方法模型进行了累积式的通盘审查后，检验的过程应当以“正确性审查”为终点。虽然有关正义性的问题必须通过法学方法论得到理性保障，但法学上可操作的检验过程最终也要诉诸法律外的价值标准，以避免不公正的结论。这正是法学方法论的目标所在。⁽⁸¹⁾还是那句话，不能切断方法与基础价值之间的联系。另外，检验步骤所在的第五部分的标题就叫作“法的和平性与安定性：法学方法论的目标”。方法论所取向的最基础的法理念就是法的安定性，虽然它也不能脱离实质正义。准确地说，方法论应当是在安定性的基础上再去追求实质正义，应当定位在这两者之间。

因此，如果说法学方法论是法哲学的一条腿的话，那么法伦理学就是法哲学的另一条腿。缺少了任何一条腿，法哲学都将难以立足。在法律适用过程中，“方法的倡导”与“价值的回归”应当并行不悖。⁽⁸²⁾

五、结语

一百多年前的20世纪初，在美国法学院协会的安排下，一个专门的编辑委员会受命组织学者对欧陆法哲学作品进行翻译与出版工作。编辑委员会里有大名鼎鼎的美国法学家罗斯科·庞德（Roscoe Pound）和约翰·威格摩尔（John Wigmore），而选取的书目也都是彼时欧陆各国的代表作品。其最终成果就是声名显赫的“现代法哲学系列译丛”（The Modern Legal Philosophy Series）。在“丛书总序”中，编辑委员会这样写道：“教师们、学生们、从业者们都必须首先完全地熟悉世界上的其他法律思维方法。作为对即将到来的这些活动的首要准备，我们首先要熟悉国外伟大的现代思想家所做的工作，以了解法学的一般学习状况。在经历了这些之后，我们才能培养出自己的优秀的原创思想家。当然，我们的法律最终只能由我们自己的思想家创造出来；但这些人必须首先了解当今世界的学习状况。”⁽⁸³⁾

(81) [德] 托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第791—792页。

(82) 雷磊：《法哲学的“另一条腿”（译者序）》，载[德] 卡尔·拉伦茨：《正确法：法伦理学基础》，雷磊译，法律出版社2022年版，第8页。

(83) The Editorial Committee, General Introduction to This Series, in: Science of Legal Method: Select Essays by Various Authors, trans. by Ernest Bruncken & Layton B. Register, The Boston Book Company, 1917, p. vii.

诚哉斯言！我们期待未来中国的法学方法论研究能够产出更多的优秀作品，能够基于中国的实在法秩序、价值理念和思维方式提出更具有原创性的学说体系，以回应法学方法论的时代之问、中国之问，乃至世界之问。但这并不意味着我们可以不再去了解国外法学方法论的最新成果，可以不再去消化和吸纳其中的合理成分。“法律方法的跨洋之旅”为法治文明互鉴所必需，也是构建自主法学知识体系的重要助力。就此而言，如果说拉伦茨的《法学方法论》是经典时代的学术经典，那么默勒斯的《法学方法论》就是后经典时代的操作宝典。它或许并不打算提供一切方法问题的最终解答，但却将这个时代最重要的方法论议题及其（也许只是暂时的）思考成果呈现在了中国读者面前。

A New Paradigm of Legal Methodology?

—A Reading of *Juristische Methodenlehre* by Thomas Möllers

LEI Lei

Abstract: In the two waves of legal methodology research in China, the spreading of translated works has played a very central role. Compared with the representative translation of the first wave, Larenz's *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, there are differences both in positioning and content of Möllers' *Juristische Methodenlehre*, which may probably become a representative work of the second wave. In terms of positioning, the Monograph of Möllers is an “encyclopedia” “practical guide” and “operation manual” of methodology. In terms of content, on the one hand, this book deals with classic topics such as the concept of legal methodology, the facts of the case, the sources of law, statutory interpretation, and the development of law, although presenting dominant opinions at large, there is no lack of its own insights; on the other hand, it highlights the question of Europe (the introduction of EU law), the question of the times (the use of economic analysis methods) and the question of ethics (the relevance to value concepts) in methodology. The “transoceanic journey of legal methods” is necessary for mutual learning of the rule of law and civilization, and it is also an important input for building an independent legal knowledge system.

Keywords: Möllers; Legal Methodology; Practical Encyclopedia; Classic Topics; The Question of the Times

（责任编辑：王乐兵 汪友年）