

# 目 录

## 作为“科学”的法学

- 存在(理智上可辩护的)法律教义学么? 论法条主义、通说与  
法学的智识责任 ..... 王凌皞( 1 )  
论法教义学的理论风格与当代使命 ..... 宋旭光( 19 )  
作为概念理论的法理学及其实践意义 ..... 马 驰( 31 )  
法条主义的意识形态特征与信任功能 ..... 伍德志( 42 )

## 什么是法学的“科学性”?

- 论法律科学  
——从“Jurisprudence”和“legal science”展开 ..... 何小元( 58 )  
追寻科学性的当代中国法学:动因、路径与反思 ..... 赵英男( 63 )  
法学科学性的再认知  
——以基尔希曼和拉伦茨“共识性”科学观为标准 ..... 冯 雷( 77 )  
法学如何成为一门科学  
——经济学对规范法学的改造 ..... 刘 晓( 88 )

## 法学的“科学性”与法理论

- 德沃金论价值统一 ..... 沈宏彬(105)  
“作为法律性质的强制”否议 ..... 雷槟硕(118)  
论解释作为法律的结构 ..... 陈 辉(132)  
“末法”之“法”:宗教秩序的衰落与法律化 ..... 刘明玉(147)  
知识考古学视角下的自由法运动全球史 ..... 朱明哲(153)

## 实证化与范式融合:法学研究的新趋势?

- 基于状态空间模型的公务员腐败现象产生机理  
——以“监察体制改革前”为“状态空间” ..... 王树梅(169)  
领域法学何以兴起? ..... 杨文德(178)

# 论法教义学的理论风格与当代使命

宋旭光\*

**[摘要]** 不同的时代对法教义学的理论风格有不同的要求。面对社科法学的挑战和复杂法律实践的双重压力,当代的法教义学,在尊重实践权威的基础上,越来越重视认知上的反思,在坚持解释和体系化任务的同时,更为强调为个案解决提供规则和论据的功能。这种风格的法教义学恰好符合中国转型社会的需求,它继续强调法律规范作为裁决依据的必要性,但也允许社科成果作为实践论据转化进入法学知识体系之中,从而实现与社会实践的沟通。

**[关键词]** 法教义学;社科法学;法学方法论;法律论证;转型中国

## 一、导 论

正如德国法学家拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)所言:“每个时代必须重书它的法学。”<sup>(1)</sup>不少人都承认,我们时代法学的一个突出特点就在于方法论意识的觉醒:在当代中国,随着域外理论的不断引介和本土知识的持续积累,诸多法学流派的长久论争,不同立场观点的竞合交织,使得我们不得不向理论分歧的最深处即方法论问题不断追溯。尤其是法教义学与社科法学的交锋,亦是愈演愈烈,不仅涉及到传统立场进路的宏观争议,也扩展到论证理论、诠释学、自然法理论、系统理论等诸多学派的细微脉络之中。从观点与理念的争锋,到概念与立场的厘清,再到方法与视角的界定,在一次次竞争与对话中,二者固应更加清楚地认识到彼此的分歧所在,同时也在努力寻找交流和合作的可能。本文正是聚焦于此,并重点讨论这样一个问题:法教义学理论应当是什么样子的?在当前的时代背景下,它又肩负着什么样的使命?

为此,在文章伊始,我们将首先面对批判者对法教义学的质疑,尤其是所谓僵守条文、漠视现实的批评。我们将指出,尊重实践和保持反思从来都是法教义学的内在要求。以此为基础,我们将继续论证,法教义学的理论风格是由社会需求决定的:或偏于保守或偏于创新,但其以法律规范为核心的规范性立场不能改变。于是,在当前的时代背景下,面对社会的快速变迁和法律事业的不断变革,我们时代的法教义学研究偏于反思性和创新性的风格就得到了正当化。最后,我们将再次回到法教义学与社科法学之争,并指出,如果前者能将反思因素融入其理论框架中,就不仅可以吸收具有批判反思性的社会科学成果,因此部分回应了社科法学的挑战,更可以为法律问题的解决提供合法性证成方案,从而满足了转型时期的实践需求。

## 二、从教条守旧到实践反思:揭开法教义学的迷雾

国内关于法教义学的讨论已经很多,在我们看来,法教义学的核心特征即在于它“从某些未加检

\* 宋旭光,深圳大学法学院助理教授,法学博士。

基金项目:中国法学会2017年度部级法学研究课题项目“法学方法论更新问题研究”;司法部2016年度国家法治与法学理论研究项目“变迁社会的司法证成模式研究”(16SFB3005)。

(1) 转引自[德]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版,第9页,注10。

验就被当作真实的、先于的前提出发”,<sup>[2]</sup>这种前提在现代法治国家便是法律规则,在这个意义上,本文所讲的法教义学是一门探究实证法律规则之客观意义上的、理解的文化科学,目的“在于为司法裁判准备和提供规则”。<sup>[3]</sup>因此有些批判者会认为,法教义学是教条、守旧、自给自足、漠视现实的,因此难以处理疑难案件和复杂社会问题。<sup>[4]</sup>无疑,如果把法教义学界定成这样一种学问:它从无需检验就确定为真的法律规范出发,而不对这些前提进行反思和批判,那么,它对于法律的发展就没有任何的推动意义。<sup>[5]</sup>这无疑将对法教义学构成毁灭性打击。但下文将指出,这种批判实际上是通过将法教义学塑造成一种不允许任何反思、创新因素存在的“概念法学”或“机械法学”的假象,从而为其贴上的错误标签。

### (一) 批判者的靶子:教条守旧的法教义学?

我们知道,法教义学主要是在欧洲大陆确立并发展起来的,它的出现与罗马法文献的发现与近代大学制度的建立不无关系。12世纪的注释法学,被维亚克尔(Franz Wieacker)称为历史上第一个自主的法教义学、欧陆法教义学之鼻祖,<sup>[6]</sup>其后经过评注法学、人文主义法学、历史法学、概念法学以及价值法学、评价法学的发展,直至形成今日的法教义学知识体系。在这种历史脉络中,法教义学确实有很长一段时间深受形式主义风格的影响,诸如德国潘德克顿(pandekten)学派与概念法学所强调的“演绎-体系”模式的法教义学在很长时间都是法学的主流范式。这是法教义学常常被认为具有形式主义风格的历史因素。<sup>[7]</sup>

当代的直接批评则来自于法教义学之外的挑战者们。特别是上个世纪60年代以来,随着社科方法的引进以及社会现实的复杂变迁,法教义学的自主性和实效性受到了一定的冲击。首先,法教义学的特质在于其所坚守的规范性立场,即以法律规范为基础的法律思维方式,<sup>[8]</sup>不过,随着社会学、经济学等其他社会科学方法的强势介入,再加上女性主义、批判法学等诸多学派的异军突起,这种以“规范”为中心的立场就显得有些单调和无力了。在批判者眼里,法教义学忽视了法律所处的经济、社会、政治环境,幻想在法秩序内部“自给自足”,必然只关注普遍原则和形式理性,忽视了语境知识和具体问题。<sup>[9]</sup>因此,即使法教义学在常规法学教育和简单案件也许能够发挥作用,但必然无力面对疑难案件的复杂要求。

其次,在批判者的建构中,法教义学是完全自闭于实在法体系、局限于诠释与体系化方法的,因此不难想象,他们也必然认为,法教义学难以回应时代背景的转变带来的新的实践要求。在当代,地区交流的广泛深入,科技进步的日新月异,不同法律文化的持续碰撞,社会、政治、经济体制的不断变革,人口爆炸、环境危机带来的新型问题,都给原有的法学范式和方法提出了新的要求。在批判者看来,

[2] 参见[德]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版,第4页。

[3] [德]诺依曼:《法律教义学在德国法文化中的意义》,郑永流译,载郑永流主编:《法哲学与法社会论丛》(第5辑),中国政法大学出版社2002年版,第15页。

[4] 这种批评很常见,例如,纪海龙:《法教义学:力量与弱点》,载《交大法学》2015年第2期,第95—101页。

[5] 参见[德]弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,载《比较法研究》2012年第1期,第143—144页。

[6] 参见[德]维亚克尔:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第42页。

[7] 不过,实际上,即使是概念法学的代表人物普赫塔(Georg Friedrich Puchta)也从来没有主张过法教义学的绝对自主性和独立性;相反,在他看来,体系性和逻辑性只是法律的一个面向,它还必须在不断变迁的社会语境中不断地调整自己,是为法律的社会面向,他也认识到,若将法律看作是不变的或有着有限渊源的,必然会导致其在解决具体问题时的无力(See Claes Peterson, *The Concept of Legal Dogmatics: from Fiction to Fact*, ARSP, Beihefl 102, 2005, pp. 119—125)。

[8] 雷磊认为,法教义学在元方法论上坚持对于法律事业的内在态度,即对“规范”与“规范性”的强调,这又体现在三个方面:在裁判理论上,主张“认真对待法律规范”;在法概念论上,主张“法律是一种规范”;在法学理论上,主张“法学应持规范性研究的立场”(参见雷磊:《法教义学的基本立场》,载《中外法学》2015年第1期,第198—223页)。根据这种分析,法教义学与社科法学在法概念论和法学理论上的分歧是难以调和的,本文则主要是在裁判理论中讨论这一问题。

[9] 例如,李晟:“实践视角下的社科法学:以法教义学为对照”,《法商研究》2014年第5期,第82页。

即使在简单案件中,法律的体系化也根本无法达至法教义学所追求的演绎证成的结论;特别是新问题的解决,往往并没有成熟的教义可以引用,更需要是新鲜经验数据和实践审慎的衡量。因此,如果法教义学依然致力于将法律秩序塑造成一个严密、封闭的体系,就无法将社会的最新变化纳入进来,无法适应不断变迁之社会的现实要求。正是在这个意义上,法教义学以及法学方法论被讥讽为一个精心编织的美丽谎言,或一种掩饰司法参与者个体性策略的工具。与之相对照的是,社会科学方法所带来的反思视角、经验思维,恰恰符合了这种新情境的要求,这就使得前述批判更显真实。

### (二) 历史的反驳论据:不同时期的法教义学理论

前述批评真的有意义吗?难道法教义学注定就是教条守旧、老态龙钟的代名词吗?<sup>[10]</sup>我们将首先从历史脉络中寻找论据。虽然“Rechtsdogmatik”有时也会被译为“法释义学”,但“注释”或者“诠释”只是教义工作的一部分,从历史上来看,法教义学的方法并不是一成不变的。在某种意义上,反而正是通过诠释或其他法学方法的运用,法教义学才不断将新的要素纳入法学知识体系之中。《法国民法典》、《德国民法典》至今依然适用,在某种程度上正是源于法教义学的不断评注和解释。在这里改变的并不是法律本身,而是我们对于法律的理解和感知方式。<sup>[11]</sup>

例如,在注释法学那里强调的是对《国法大全》以及其他法源文本的注释,即“系统地阐述法律规则的细节以及它们的相互关联、它们对于具体类型的情况的运用”,主要的方法是“辩证的注释方法”。<sup>[12]</sup>而13世纪中后叶开始的评注法学则不仅关注文本的注解,也开始以“教义学推释”的方式为罗马法注入新的内容,以回应时代的要求,他们所运用的方法也从“或然性”的辩证三段论转向了“确定性”的明证三段论。<sup>[13]</sup>与前两者不同,15世纪末16世纪初的人文主义法学在主张“回归罗马法原典”的同时,也强调本国习惯法的重要性,其为了教学需要对罗马法素材的系统整理又进一步强化了法律的体系化。<sup>[14]</sup>自此之后,法律体系不仅成为法律分类的方式,而且成为理解(或者建构)社会本身的方式,<sup>[15]</sup>这进一步夯实了法教义学在整个法学研究中的关键地位。

其后,随着法律民族主义的兴起以及科学主义的影响,许多法学家开始用“真正科学”的方法(例如逻辑推演与经验确证)改造法学。一方面,诸如莱布尼兹(Gottfried Wilhelm Leibniz)、萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)等人开始致力于建构一种法律程式或理论,以达至只有在数学领域或形式逻辑中才能建立的确定性。而到了概念法学特别是潘德克顿学派那里,他们更是试图通过概念建构与逻辑演绎的方法建构完美的法律公理体系,一劳永逸地解决所有的法学问题。另一方面,也有一批学者试图将法教义学彻底地经验化,并因此否定了规范性存在的可能。例如罗斯(Alf Ross)就尝试将法教义学变成一门经验社会科学,在这样的教义学体系中,关于有效法律的命题指涉的必须是社会事实,而这些命题也必须能够通过一定的程序被予以证实。<sup>[16]</sup>

经过利益法学或价值法学的发展,如今的法教义学不再是“法学的概念天国”,也非纯粹经验研究

[10] 粗略来说,面对这种挑战,法教义学大体上有三种可能的回应策略:首先,几乎完全否认或回避,继续主张法教义学的自主性和独立性;其次,完全或部分上承认,并因此主张使用社会科学甚至科学的方法来改造法教义学;最后,继续坚持法教义学的核心立场,但通过对它的局面改造允许或者至少不反对社科成果进入到法学知识之中(参见宋旭光:《面对社科法学挑战的法教义学:西方经验与中国问题》,《环球法律评论》2015年第6期,第121—123页)。毫无疑问,本文在这里以及在后文中所隐含的回应道路是第三种路径。

[11] Csaba Varga, *Theory of Law: Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes*, Szent István Társulat, 2012, p. 162.

[12] 参见舒国滢:《波伦亚注释法学派:方法与风格》,载《法律科学》2013年第3期,第33—44页。

[13] 参见舒国滢:《评注法学派的兴盛与危机:一种基于知识论和方法论的考察》,载《中外法学》2013年第5期,第1006—1038页。

[14] 参见舒国滢:《欧洲人文主义法学的方法论与知识谱系》,载《清华法学》2014年第1期,第126—156页。

[15] See Donald R. Kelley, *Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1990, pp. 8—9, 48—52, 60.

[16] See Henrik Zahle, *Legal Doctrine between Empirical and Rhetorical Truth. A Critical Analysis of Alf Ross' Conception of Legal Doctrine*, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 4, 2003, pp. 805—806.

的领地。经由二战后所发展的“自然法内化于宪法”理论和“宪法基本权的客观价值秩序”理论,<sup>[17]</sup>以及近年来不断发展完善的“原则”理论及其方法论(“衡量”方法),概念法学所坚持的法律效力问题与利益法学所坚持的妥当性问题,在制度上和方法上也找到了可能的出路。从这里来看,法律规范之演绎推论的不充分性,也就并不必然对法教义学产生负面影响了。当代的法教义学多已抛弃这种幼稚的演绎主义,即规则的无反思崇拜和机械适用。法教义学不仅关涉既有法律的体系重构,而且也提供基于正义的规范概念,对既有的或者将来的法律规则进行评价,这些概念要借助于内在于法律体系中的法哲学以及制定法、案例或道德哲学中的正义观念等因素。

不难看出,在历史进程中,法教义学固守规范要求的立场并没有变化,只是随着时代的变迁,它的研究视角、风格或方法呈现出关注重心在文本分析与现实适用之间不断转移的过程。因此,仅仅因为它固守规范要求就将其定位为一门缺乏反思批判性的学问,至少从历史脉络来看,肯定是不合适的。特别是如今目的法学、价值法学与评价法学所代表的经验、实践面向的法教义学早就已经成为主流,<sup>[18]</sup>如果再以污名化的“概念法学”来批判法教义学至少显得有些不合时宜了。

### (三)本文的立论依据:法教义学的双重视角

在下文,我们还要指出,实践与反思是人作为理性存在者的内在要求,在特定法秩序框架之内,实践导向的法教义学研究必然蕴涵了某种反思的视角,在关注真实生活的基础上,依实践者的审慎理念(理论反思)而行动,是为“经(法)科学反思的法教义学”。<sup>[19]</sup>

首先,从人的本质图像来看,作为理性存在者,人类的认知和理解是具有双重性的:“我们获取、拥有并且使用我们的知识;但同时我们也对我们作为认知者自身的活动有所意识。”<sup>[20]</sup>前者指的是认知的实践,后者是认知的反思。作为反思的实践者,我们不仅是要以一种内在的、个人的、展望的和参与者的视角,根据“施事者的行动理由”来建构行为的内在机制,而且也参考一种外在的、公共的、回溯的和观察者的视角,根据其行动原因来建构行为的外在方式。<sup>[21]</sup>实践视角要求的是对社会实践和历史的尊重,这是实践参与者的应有之义;根据维特根斯坦的观念,如果你要参与某个实践游戏,就必须遵守这个游戏的构成性规则。但这并不意味着我们的任务就仅仅是依照常规规则按部就班地处理问题,它会导致我们主体性与反思能力的丧失。实践是有目的的,当前既有的概念和经验框架为我们的研究提供了一个基本起点,但也同样会为我们的智识工作留下一些未决的难题。反思视角的加入,关键就在于,我们要根据这些未决问题对相关的程序和过程进行改进和完善,并最终导向实践问题的合理解决。

进一步来说,尊重实践与保持反思的双重视角从根本上也是源于法教义学本身的二元属性:它既是一种法律实践,也是一种学术实践。<sup>[22]</sup>作为对于法律规范的研究,法教义学属于法律实践的一部分,它以法官、律师等实践法律人的视角为基本的出发点,内在参与者视角是其主要的知识来源。另一方面,法教义学还是一种学术实践,必然受到学术范式的拘束,这不仅要求教义学者描述实践,还要求他们进行理论上的反思。简言之,它是以某种理论框架为基础对现行实在法的解释和体系化。法教义学不仅积极要求法学家在从事解释和体系化活动中对可能的后果保持审慎的警惕,而且有时还强调这种对既有法律的反思或者对部分法律规范的“小额抵抗”是法律得以发展和进步的必要过程。

[17] 参见王立达:《法释义学研究取向初探:一个方法论的反省》,载(台湾地区)《法令月刊》2000年第9期,第26页。

[18] 参见陈辉:《德国法教义学的结构与演变》,载《环球法律评论》2017年第1期,第149—167页。

[19] [德]福斯库勒:《法教义学贡献了什么:介绍与展望之十二个论点》,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》2015年第1辑,法律出版社2015年版,第20页。

[20] See Stephen Toulmin, *Human Understanding*, Princeton University Press, 1972, General Introduction, p. 1.

[21] See Stephen Toulmin, *Return to Reason*, Harvard University Press, 2001, p. 214; Stephen Toulmin, *Knowing and Acting*, Macmillan, 1976, pp. 281, 296—298.

[22] See Kaarlo Tuori, Two Challenges to Normative Legal Scholarship, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 53, 2008, pp. 178—181.

• 22 •

再者,法律秩序的弹性也为反思因素提供了可能的空间。<sup>[23]</sup>依法裁判是法治社会的基本要求,但这并不意味着法律规范就能为每一个法律问题带来确定的解答,或者说,仅仅诉诸法律规范往往并不能为法律案件提供唯一正确答案。法律秩序是有弹性的,其原因可能在于:(1)法律条文具有模糊性、含混性和不确定性,法律解释有多种可能选项;(2)法律规范彼此之间可能发生冲突,这些冲突并不是都能通过冲突法则来进行解决;(3)法律原则、基本权利等一般性条款的存在,使得合法性界限更加宽松;(4)在少数情况下,不能忍受的不正义、极端的无效率也可能会成为阻却规范适用的理由。一旦我们承认这种弹性空间存在的话,那么,在对规范进行解释和体系化的过程中,就不可避免地要引入价值评价、经验评估等因素。死守最低层级的精细规则体系而不回溯基本原则是对于法教义学的错误应用。<sup>[24]</sup>

总之,法教义学所强调的是尊重法律的规范性力量,并尽可能在法律秩序的框架内解决法律问题,以保证法的安定性,但却从来没有否认在秩序框架内进行内部反思的必要性,甚至也没有对外部反思完全关上大门。也就是说,法教义学的“独断”并非认知或理论上的教条主义,其强调的是对于权威文本的尊重,它所坚守的是整个实在法秩序的合理性,而非对每一个法律规范或司法判例都不予批判。在规范与法秩序整体框架不相契合时,反思批判也成为法教义学的功能之一。<sup>[25]</sup>

### 三、因应时代的变与不变:法教义学的理论风格与学科基质

从现代法的发展来讲,基本权利的确立、一般性条款(法律原则)的援引、规范目的的明确界定,在为法律裁决提供合正义性与合目的性依据的同时,也使得法律体系保持着一定程度的开放性和弹性,为反思因素和经验素材进入法教义学提供了可能的空间。因此,以实践问题的解决为导向,在坚持依法裁判的前提下,保持对反思和经验的开放,以法学方法论对法学本身的情况、思考方式、所利用的认识手段进行自我反省,建立一种以法律规范为基石、以法律人为主体的、强调反思功能的理论模型,就因应了这种发展,导向了一种新的法教义学理论。

#### (一)法教义学的变:因应时代使命的功能扩展

从传统上来讲,作为一门以现行法秩序为研究对象的学问,法教义学的功能主要是为了满足理解和应用法律的实践需求,为此,它至少要完成这三项任务:(1)法律规范的识别;(2)法律规范的体系化;(3)法律体系的修正或转化。<sup>[26]</sup>当代法律实践的复杂性决定了法教义学的功能必然要在此基础上得以扩展。法律的不确定性在很大程度上得到了承认,而如何在这种不确定性之间寻找安定性因素,并同时保证法律裁决的正确性,就成为法教义学的一个重要使命:一方面,要建构适应社会变化的法律概念,努力通过解释和体系化的方法拉近法律规范与社会生活的距离;另一方面,若之于某一案件法律秩序可能提供多种答案,就不仅要列举出这些选项,而且要分析这些选项之优先性关系的条件并给出理由。这就意味着法教义学必须“提出解决疑难的法律案件的建议”。<sup>[27]</sup>这就超越了对法律本身的研究,而将其目的扩展为具体个案之解决方案的证成,为此它还要“存储、分析和评估迄今所用

[23] 参见宋旭光:《依法裁判与民意诉求:基于弹性法律秩序的方法论反思》,《浙江社会科学》2016年第2期,第51—53页。

[24] 参见[德]施蒂尔纳:《现代民法与法教义学的意义》,陈大创译,蒋毅校,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》2015年第1辑,法律出版社2015年版,第110—111页。

[25] 参见[德]施蒂尔纳:《法教义学在进一步国际化的世纪之初的重要性》,李云琦译,吴训祥校,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》2015年第1辑,法律出版社2015年版,第23页。

[26] See Eugenio Bulygin, *Legal Dogmatics and the Systematization of Law*, *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, pp. 193—205.

[27] [德]阿列克西:《法律论证理论:作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第311页。

• 23 •

的解决方案的经验和后果”。<sup>[28]</sup>

伴随着功能的扩展,法教义学也开始了方法论的更新。<sup>[29]</sup>(1)法律的封闭体系观念被打破,开放性和弹性的体系框架被更多人强调;(2)法教义学的教区性已经突破,普遍的一般法教义学理论成为可能;(3)教条式的研究遭到抛弃,它的批判和反思功能也得到强调;(4)法教义学领地不再为法学家所独占,法官等实践法律人也开始参与其中;(5)它不再固守僵化的法条主义,也努力回应外在变迁和社会发展的要求;(6)演绎逻辑和公理体系不再是方法的唯一选项,似真性、模糊性和可废止性(非单调推理)开始进入人们的视野。

另一方面,虽然法律规范作为法律决定之证成的基本依据是坚守法治的基石,但这并不代表法律人没有自由判断的空间。法教义学必然有着一定的价值预设和哲学预设,并且在这一系列预设的背景之下从事工作,其中不可能没有反思活动和价值判断的空间。作为正义问题之解决的法“应对一个社会当中出现的各种法律问题予以公正地解决”,<sup>[30]</sup>这就需要法律人在具体语境中对相关的问题进行反思,才能做出决定。当然,有人会指出,法学家的个人反思会导致哲学的混杂或理论本身的复杂,这有悖于法教义学的实践目的。正是出于这样的理由,有人主张,可以以一种弱的哲学理论和社会中心的道德理论来帮助法教义学的反思工作。<sup>[31]</sup>一种中度的(弱的)哲学理论可以凝结更多不同学派的哲学共识,而社会中心的道德理论本身就是社会实践中道德推理的最终证成凭证,因为再往下追问就将进入理论哲学探讨,而非实践争论了。

总之,法教义学将多维度法律理论的概念模型和主张考虑进来,这意味着传统的法教义学范式失效了,而替代它的是一种包容法律规范之意义、法律实践的需求、法律的功能和价值的新范式。<sup>[32]</sup>

## (二) 法教义学的不变:学科基质的稳定性

在这样一个变化之中,法教义学的基本立场和核心地位依然没有改变,这很大程度上来源于其学科基质(disciplinary matrix)的稳定性。<sup>[33]</sup>我们知道,每一个学科都有自身的核心问题,这些核心问题确立了学科的界限和流派的区分。如果我们同意法学的核心问题是“应当做什么”的规范性问题,那么,无论坚持何种方法和进路,若不想失掉法学的称谓,就不能忽略了对规范性力量的强调。正是基于这一核心性质,法教义学形成了自己的学科基质,这些内容未必都被明确地表达出来,但却可以潜在的存在。每一个致力于教义学研究的学者,都不可能离开这样的学科基质随意地思考、处理问题,而只能在此基础上借鉴或者吸收外来学科的知识和方法。

而且,对于反思因素与创新性的强调,并不必然意味着对规范性立场或法治优先性的反对。法教义学在规范上是封闭的,但在认知上保持着开放,允许各种外部因素的进入。<sup>[34]</sup>为了面对经济、政治和社会条件的不断变化以及外在学科的批评,保持对这些领域的认知开放、对外在批评的虚心接纳以及加强理论的内在反思,并不会导致法教义学自主性的丧失以及法律人思维和法律共同体认同的解构,保证法律学科的独特性和正当性的是法律规范及其实践,它们组成了一个“滤网”,使得任何外在

[28] [德]吕特斯:《法官法影响下的法教义学和法政策学》,季红明译,蒋毅校,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》2015年第1辑,法律出版社2015年版,第146页。

[29] 参见焦宝乾:《法教义学的观念及其演变》,载《法商研究》2006年第4期,第91页;Mark van Hoecke and Mark Waddington, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, No. 3, 1998, p. 528; Mark van Hoecke and Franqois Ost, Legal Doctrine in Crisis, *Legal Studies*, Vol. 18, No. 2, 1998, pp. 200–210.

[30] [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第13页。

[31] 参见[瑞典]佩岑尼克:《哲学有助于法律教义学吗?》,柳承旭译,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第4辑),中国政法大学出版社2007年版,第304–310页。

[32] See Jerzy Wróblewski, Paradigm of Legal Dogmatics and the Legal Sciences, in Zygmunt Ziemiński (ed.), *Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law*, Rodopi, 1987, pp. 75–88.

[33] “学科基质”是库恩(Thomas S. Kuhn)为避免“范式”概念的混淆而提出来的替代性概念,它由符号通式、形而上典范、价值、范例四种元素构成(See Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Second Edition, The University of Chicago Press, 1970, pp. 182–187)。

[34] 参见刘涛:《法教义学危机:系统理论的解读》,《法学家》2016年第5期,第167–171页。

话语要想进入法律领域都必须通过它的过滤。

总之,法学的科学性是独特的,它的独特性就在于它的规范性;法学的自治性是相对的,这不代表认知的封闭性和方法的自足性,而是在于其学科基质的相对稳定和自主进化。除非将法学学科整体地从现有的学科体系中移除,否则这样的情况还将依然继续。

## (三) 再塑合法性基础:以法律论证为中心的方法论重构

实践法律人首先面对的是作为经验事实的具体案件,他们必须诉诸现行法规范为解决方案提供合法性证成。法教义学的功能就在于提供这一合法性证成的规范性论据,帮助法律人展现“这些论据如何可能符合特定管辖区中的规范设置”。<sup>[35]</sup>由此法学的实践性得以复归,理性论证(而不仅仅是预设的法律体系)成为法学的边界线,法教义学通过主体间的共识努力获得新的合法性基础。<sup>[36]</sup>

首先,社会分工赋予了法教义学两大关键角色:其一,告诉人们法律规定了什么;其二,通过告诉人们法律规定了什么来告诉人们应当如何行动。作为认知性活动的法教义学,以既有的法律体系为模型和认知框架,目的在于法律规范的体系化和概念工具的建构;作为实践行动的法教义学,是对特定问题的回应,是通过将预期目标规范化地归属于既定事实的模型设置,是智识上对法律的反思性实践。因此,法教义学的实践功效应当是“为评价自由空间给出主体间可验证的以及公众可理解的标准”。<sup>[37]</sup>这就意味着法教义学命题应当具有“公共可控性”,是建立在命题本身的可接受性以及说者与听众之间的理性交流之上的,而不是学者在象牙塔里苦思冥想的“独角戏”。<sup>[38]</sup>

其次,对于“应当做什么”,常有分歧。我们不仅可能对规范本身的内容存有争议,对于具体问题的妥当解决方案更是可能存在冲突,因而必然需要一种程序或方法来识别、考量这些不同观点和立场,以提出解决问题的建议。因此,法律的理解和适用,绝非简单的法律解释和逻辑推论。证成教义学陈述的规则不是逻辑的,而是实践的,即具体阐述法律规范并最终服务于规范之执行与适用的实践需求。从实践的观点看,法律问题以及个案纠纷的解决都是建立在被普遍接受或可接受的观点(即论题)之上的。这些论题帮助法律实践者在法律文本的不同解读中进行选择,在法律原则和价值的基础上填补法律漏洞。因此,以论证为导向的法教义学“应以理性的说服力并且援引普遍认可的基本价值(价值确信)来阐释现行法”,<sup>[39]</sup>它的核心任务就不仅仅是通过传统方法维系法律体系的融贯性、清晰性、客观性和透明性,还要考量到规范体系内的主导性规范观点,或者法律体系内在的深层道德。

第三,根据法治要求,法律推理必然具有形式和实质两种面向,前者意味着法律结论必须建立在法律规范之上,而后者意味着法律结论必须是合理的、可接受的。如何最大程度地实现合法性(安定性)要求与正确性要求的统一,需要法教义学的素材和法律论证的方法。<sup>[40]</sup>因此,论证导向的法教义学理论之所以可能,不仅在于反思实践者的视角将描述与建议、解释与评价、分析与批判结合在一起,因而提供了一种整全的理论,更是在于二者之间的互相合作:法教义学是“为特定的法律问题作出实质性的(充分证成的)解决方案的认知性整体”,<sup>[41]</sup>而法律论证理论是为这种解决方案提供论据和论证模型的学问。

如果说我们承认法学通说是教义学研究的基础,而疑难案件是检验教义学理论的重要标准的话,那么法律论证理论在这两个方面能给法教义学提供帮助:一方面,法学通说的形成依赖于理性论证程

[35] Jans Smits, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Edward Elgar, 2012, p. 97.

[36] 参见[德]诺依曼:《法律教义学在德国法文化中的意义》,郑永流译,载《法哲学与法社会论丛》第5辑,中国政法大学出版社2002年版,第20–21页。

[37] [德]维亚克尔:《法教义学的实践功效》,王洪亮译,载田士永等人主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第43页。

[38] See Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer, 2011, pp. 79, 95.

[39] [德]吕特斯:《法官法影响下的法教义学和法政策学》,季红明译,蒋毅校,李昊、明辉主编:《北航法律评论》2015年第1辑,法律出版社2015年版,第142页。

[40] 参见[德]阿列克西:《法的安定性与正确性》,载宋旭光译,雷磊校,《东方法学》2017年第3期。

[41] Aulis Aarnio, Paradigms in Legal Dogmatics, in A. Peczenik, L. Lindahl, and G. van Roermund (ed.), *Theory of Legal Science*, D. Reidel, 1984, p. 30.

序或可接受的修辞技术,因而与法律论证、法律修辞密切相关;另一方面,疑难案件的裁决必然是以教义学论述(即法律文本的意义、法律背后的意图和法律体系内含的法律哲学或深层道德,或是法律传统中被普遍接受的论题)为基础的,偶尔也可能超出法律本身的束缚,求助于外在立场的帮助,而法律论证理论的程序主义和交往理性在某种程度上就可以保证这种超越不会带来合法性的危机。

#### 四、我们时代需要什么样的法教义学?

在不同时代的法教义学理论中,反思要素的重要性是不一样的:之于形式主义法学或概念法教义学来讲,社科法学的那些批判大抵是合理的,因为这种法学明显偏向了固守既有实践的保守主义;但在现实主义或评价法学的框架内,批判反思所带来的创造性因素则是更为重要的。既然法教义学的理论风格会随着其时代使命的不同而有所变化,那么,在当代尤其是处于转型时期的中国又需要什么样的法教义学理论呢?

##### (一) 保守与开放的跷跷板偏向哪边?

边沁(Jeremy Bentham)曾描述过一种被称为非弹性悖论的现象:人们担心裁判者会滥用权力,于是会严格限制他的自由裁量权,但僵化地遵守先例又会带来大量的个案不正义,长期积累后人们又会要求裁判者回应社会的主流价值诉求。<sup>[42]</sup>实际上,法教义学也会在严格模式与宽松风格之间往返回复。法教义学所被允许的创新程度和反思空间,往往是由社会或者法律秩序的稳定程度决定的:一般来讲,当法律秩序非常稳定的时候,法教义学必然是较为保守的,它更多是帮助人们理解法律规定,而无需太多创新;而在法律秩序频繁变化因而总是需要不断调整以融入新条款、适应新变化时,法教义学工作就“被迫”成为更具创新性的研究,它的目的就不再是为了恢复旧的法律秩序,而是在于发现新的法律秩序,并使新的发展和变化能够在这种新秩序中得以体现。当然,这样的工作决不是脱离了既定体系的法的自由发现,而是立基于既有范畴和概念基础之上的反思,这也是法教义学者所可能被允许创新程度的底线。

现今多数国家包括中国的法律体系多已是初步体系化的产物,法教义学者常是以这种体系为基础、以特定法律的新发展为起点展开研究,他们并不像法哲学家那样关注新概念和新规则的本质,也不像政治科学家一样关注它们产生的渊源和政治语境,他们只是考虑如何将这些新的变化融入到其所在的法律领域之中,并提出应对这些新变化的建议。<sup>[43]</sup>尤其在当代中国,社会发展和立法频率不断加快,这要求我们必须不断地将新变化纳入到原有的法律规范框架之中:不仅需要运用各种方法识别法律渊源,确定法律规范的意义和范围,建构法律体系,而且还要帮助它保持逻辑上的一致性、认知上的融贯性和道德上的正当性;这里所处理的对象不仅包括法律条款,也包括判例、习惯、现行的权威法理学说,甚至包括主流民意和社会现实的结果;这个过程不仅包括理论的建构,而且包括对于可能解释选项的限制。<sup>[44]</sup>

另一方面,与转型背景相随而来的是,法律法规急剧膨胀,法律部门逐渐增多,法律制度不断革新,法律观念更新加快,新型法律问题层出不穷,裁决权力隐形扩张,这也在考验着当代中国法学研究回应现实的能力,法学理论一定不是单一的、保守的,而是多元的、富于变化的。如果法教义学缺乏反思性和创新性,不关注合法性要求与社会效果的协调,那么,实在法的僵硬性就会持续放大,法学知识就无法为司法实践提供智识上的支持,社会对于司法的不满意就会传递给法律学术和法学教育。不

[42] See G. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford · Clarendon Press, 1986, pp. 280 – 285.

[43] See Pauline C. Weaterman, *Open or Autonomous: The debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law*, in Mark van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Hart Publishing, 2011, p. 89.

[44] See Roberto J. Vernengo, *Systematization in Legal Dogmatics and Judicial Decisions*, *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, pp. 231 – 239.

难看出,在这样的变迁社会中,法教义学的跷跷板无疑会向创新的一端倾斜,我们称之为开放风格的法教义学(或反思实践的法教义学)。

##### (二) 教条守旧的批判是否适用于开放风格的法教义学?

既然我们时代需要的是一种偏于开放风格的法教义学理论,那么,教条守旧的批判是否适用于开放风格的法教义学呢?

首先,在批判者的眼中,教条的法律人手里的工具只有逻辑和诠释,但他不可能依赖法律规范演绎出法律决定,或者说,法律规范在司法判决中发挥着极其有限的作用,仅仅是用来“装点合法性门面”的修辞策略。实际上,批判者混淆了法的发现与法的证成两种不同性质的过程:法的发现是结论得以确定的过程,个人的法感、直觉、动机、意志和偏好等心理和事实要素都可能在其中发挥作用;法的证成则是法律决定获得正当化的过程,在其中客观的论述、逻辑的法则、理性的商谈将起到关键作用。<sup>[45]</sup>无论法的发现是多么偶然、任意和非理性,但在法律的证成这一层面上,法律决定都必须通过诉诸法律依据而得到理性之证成。<sup>[46]</sup>而在证成的层面上为判决提供法律依据的任务,恰恰是法教义学所能胜任的。

而且,这种证成活动并不像批判者所说的那样,仅仅是一种逻辑活动,而是与社会实践相关联的实质论辩。在这里要强调内部证成和外部证成的区别:前者是指从既定的前提到作为结论的法律决定的推论的逻辑有效性,这是一种形式逻辑的问题;而后者是指推导所依据的这些前提的妥当性,它更多是修辞的论辩问题,它提供了构成有效推论所需要的前提(事实与规则)。<sup>[47]</sup>而修辞性论辩在很大程度上是依赖于论证所处时代与领域的共识的,因而是与法律共同体的信念以及社会、经济与政治环境密切相关的。虽然在多数情况下,法教义学者经常使用一种修辞方法将其伪装成好像“本身就是法律体系的直接结论”<sup>[48]</sup>。

再者,开放风格的法教义学并不是在“真空”中运行的,它也并没有对经济、社会、文化等诸多外部因素紧闭大门。它只是会提醒我们,法律问题必须通过法律渠道解决,外部问题必须转化成法律问题才能进入法律渠道。例如,法律解释和体系化并不是一个自足的活动,而是一种评价性的意义归属活动。也就是说,在从法律条文等法律素材到法律规范再到个案规范的推进中存在着缝隙。通过不同的解释方法和理解模型,可以从法律条文得到不同的法律规范表述,但并不是每一个规范表述都能够与案件事实相对应,也并不是每一次对应都能够带来个案正义。因此,这里还必然存在对于规范表述的选择问题,被选择的适用于当前个案的规范表述即是可以与案件事实一起演绎推出法律决定的个案规范表述。如图示1:

需要指出的是,虽然这些变化也会带来范式多元化和不稳定的问题,<sup>[49]</sup>但这恰恰揭示了法教义学对所在共同体的生活形式的依赖:“法教义学是在讲述或描述一个社会;它揭示这个共同体是如何以及通过哪些内容来界定其理念的。”<sup>[50]</sup>从这个意义上讲,真正的法教义学研究必然是依赖于具体生活形式和实践需求的,它不可能固守于任何一种理论的模型,也不以任何一种单一范式作为评价标准。<sup>[51]</sup>对法教义学理论的检验标准,并不存在一个阿基米德式的外在支点,而是依赖于根植于这一

[45] 参见焦宝乾:《法的发现与法的证立》,载《法学研究》2005年第5期,第154 – 157页; Jerzy Wróblewski, *Legal Decision and Its Justification, Logique et Analyse*, Vol. 14, No. 53 – 54, 1971, p. 412.

[46] 参见黄舒芫:《变迁社会中的法学方法》,(台湾地区)元照出版公司2009年版,第26 – 27页。

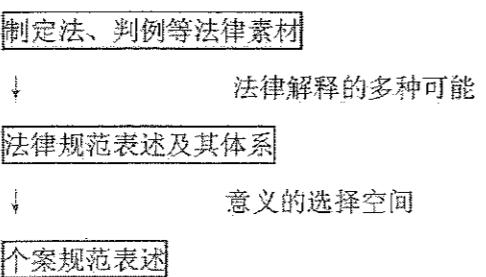
[47] See Jerzy Wróblewski, *Legal Decision and Its Justification, Logique et Analyse*, Vol. 14, No. 53 – 54, 1971, p. 412; [德]阿列克西:《法律论证理论:作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第282页。

[48] Eugenio Bulygin, *Legal Dogmatics and the Systematization of Law*, *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, p. 204.

[49] See Enrique Zuleta Puceiro, *Legal Dogmatics as a Scientific Paradigm*, in A. Peczenik, L. Lindahl, and G. van Roermund (ed.), *Theory of Legal Science*, D. Reidel, 1984, p. 23.

[50] Matti Ilmari Niemi, *A Conventionalist Analysis of the Preconditions of Knowledge in Legal Dogmatics and the Foundations of Legal Orders*, *Scandinavian studies in law*, Vol. 40, 2000, p. 95.

[51] See Aulis Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turun yliopisto, 1977, pp. 262, 282.



图示1 从法律素材到个案规范表述

活动本身的实践论证。<sup>[52]</sup> 从这一视角来看,法教义学就不仅是对于法律规范的解释和体系化,更是一种在不同的情境中为法律问题之解决提供有效且有用之论据的实践智慧。

总之,很多时候,法律实践者所关注的最主要工作不是法律本身,而是有关于法律的知识,这种知识本质上是实践性的、目的导向的,所关涉的是问题的解决,因此协商和纠纷解决是核心。在这样的程序中,论证的效果成为核心性因素,法教义学所提供的规则不再是有着核心和边缘地带的固定结构,而是在一个修辞性语境中为了特定观点的证成和问题的解决而使用的。法教义学可能就不再是或者不仅仅是帮助我们理解制定法或者权威学说的内容,更为重要的是告诉我们可以用于法律论辩的规范立场或规范论题的具体力量。因此,只要不是固守教条的形式主义理论,所谓的教条守旧的批判并不能对法教义学研究构成根本的挑战。

### (三)何以实现法教义学与社科法学之间的合作?

开放风格的法教义学理论既坚持以法律规范为根据处理问题,又努力在法律秩序的弹性空间内,将社会科学研究成果等素材作为法律论据纳入法律问题的处理之中。<sup>[53]</sup> 例如,在法律秩序的弹性空间内,为法律解释选项的选择以及法律后果的证成提供可靠的论据;在法律秩序的弹性用尽也无法实现正义之结果,因而在极端情况下可能需要诉诸法外因素来作为证成司法决定的理由时,社科成果又可以作为超越法律的依据起作用。

首先,这种法学理论并没有预设真理的唯一性、价值的客观性和认知的确定性。法律本身是一种弹性的框架秩序,教义学论述具有领地面向,法律推理是一种可废止的、辩证的认知过程。它并不能将社会科学的帮助拒之门外,也不能忽视外在批评的重要性。例如,对于法律文本的多重解释之间的选择,应当尽可能地考虑到每一种选择可能造成社会效果,这样一种后果主义的论证方式需要社会科学的帮助。而只有在外在批判的帮助下,法教义学者才能够理解自身所维系的法律规范背后的社会基础、价值预设及其所欲达成的目标,认识到意识形态、社会现实等多重因素对法律过程的影响,甚至反思自身的哲学基础、认识论和方法论的预设在各种活动中的正当性。<sup>[54]</sup>

其次,大部分人都会承认,社科法学的研究可以为立法、司法决定或者政策的作出提供事实性素材,也与法律事实的认定与证明问题是密切相关的,而对于法律问题,它们不容易产生直接作用。这其中的缘由在于“是”与“应当”的二分:从事实问题无法得出规范结论。如果说法教义学的任务在于为法律人应当如何判决案件提供帮助的话,那么社科法学在很大程度上是试图为裁判者将会如何判决作出预测。这固然有巨大的差别,但在实践中往往会有这样一种情况:我们虽然表面上是在提出预

<sup>[52]</sup> See Jyrki Uusitalo, *The Representation of the Legal System in Legal Dogmatics*, in Aleksander Peczenik and Jyrki Uusitalo (ed.), *Reasoning on Legal Reasoning*, Society of Finnish Lawyers, 1979, p. 183.

<sup>[53]</sup> 法社会学视角的分析,参见李卫东:《法律议论的社会科学研究新范式》,载《中国法学》2015年第6期,第25-41页;法教义学视角的分析,参加孙海波:《法教义学与社科法学之争的方法论反省:以法学与司法的互动关系为重点》,载《东方法学》2015年第4期,第81-82页。

<sup>[54]</sup> See Kaarlo Tuori, *Two Challenges to Normative Legal Scholarship*, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 53, 2008, p. 191.

测,但实际上所做的却是应当如何的评价。<sup>[55]</sup> 因此,虽然“是”与“应当”是逻辑二分的,但在实践中二者之间的距离也并不是不可跨越的。法律判断的可预测性立基于法律规范的权威性,也来自于法官行为的规律性以及社会现实的稳定性。或者说,法教义学关注的是“法律是什么”,虽然它也会对个案进行研究,但更多的精力是在于某一类问题的解决,而社科法学关注的是诸如“此一问题的法律是什么”的问题,其意更多是在地方性知识之上,因而在寻找法律渊源作为裁判依据的问题上,二者可以合作。在法教义学的活动中,社科成果的纳入通过了法律秩序的“滤网”,因而转化成一种可以为法律系统所辨识的话语体系。因此,法教义学就被看作是沟通法律科学与社会现实的一种关键的拟制。没有这种法律素材的拟制,就无法完成法律的体系化,而如果没有法律的体系化,法律的可预期性就无法实现。<sup>[56]</sup>

更进一步来说,这种转换往往是在解释中进行的。我们可以将法律解释区分认知解释、裁判解释与创造解释,<sup>[57]</sup> 在这三种解释活动中,社会科学都可以发挥作用。具体来说,认知解释是一种不问实践效果的理论活动,通过诉诸语言规则、解释方法、经验素材和法学通说来分析法律文本,以区分出法律规范可能具有的不同含义,它只有通过裁判者的认可和选择才可能影响实践;裁判解释是裁判者在认知解释之后根据裁判语境进行的一个选择,作为实践活动,这种选择本身并不是客观的,要受到多重因素的影响;创造解释则是超出了认知解释的范围,赋予了法律文本一个新的意义,这种创新和裁判解释中的选择同样是一种实践活动。传统的法教义学关注的更多是作为理论活动的认知解释,而社科法学也常常以后两种解释活动的存在为理由来批判法教义学的空洞和无用性。反思实践的法教义学与此不同,它不仅重视语言学、发生学和体系性的法律论据,也关注普遍实践论据,前三者是制度性论据,而普遍实践论据作为实质性论据则可以将案件分析中的经验因素和价值因素纳入考量,这种纳入要通过国际合作的方式来完成。<sup>[58]</sup>

总之,虽然对于社会科学成果的吸收往往不会在法教义学研究得到直接的体现,但从实际情况来看,法教义学在努力为法律问题的解决提供满意方案的过程中,不可避免地涉及到对于这些经验因素的考量。只是由于社科成果既不是正式的法律渊源,也难说是非正式的法源,法律证成的依据不能建立在这样的素材之上,因此经验因素要进入法律实践,必须经过法教义学框架的检验,并且往往会在被鉴定为好的实践理由或论据之后,才能在法律论证中发挥作用。

## 五、结语

实践法律人对于法律的服从绝非是无原则、无批判地盲从,而是在一系列原则(诸如逻辑上的一致性原则、知识论上的融贯性原则、价值论上的正确性或正当性原则)指导之下的反思性服从。作为一门实践学问,法教义学的主要目的就在于为实践中出现的具体案件提供解决方案并给出证成。因此,法教义学者不仅要弄清楚法律规定了什么,还要为决策者提供解决问题的建议。这就要求法教义学不能仅仅局限于法律规范内部的形式内容,还应当扩展到整体的制度性安排以及道德的或伦理的、政治的或政策的、实用的或实效的等多层面的实质内容。<sup>[59]</sup> 因此,法教义学必然要综合三种不同的维

<sup>[55]</sup> See Aulis Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turun yliopisto, 1977, pp. 262-263. pp. 262-263.

<sup>[56]</sup> See Claes Peterson, *The Concept of Legal Dogmatics: from Fiction to Fact*, ARSP, Beiheft 102, Franz Steiner - Verlag, 2005, pp. 119-125.

<sup>[57]</sup> See Riccardo Guastini, *Juristenrecht: Inventing Rights, Obligations, and Powers*, in Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreto, and Diego M. Papayannis (ed.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, 2013, p. 151.

<sup>[58]</sup> 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论:作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第288页。

<sup>[59]</sup> 参见王立达:《法释义学研究取向初探:一个方法论的反省》,载(台湾地区)《法令月刊》2000年第9期,第33页。

度：描述－经验的维度；逻辑－分析的维度；规范－实践的维度，<sup>[60]</sup>因此必然需要与其他学科的合作：在经验层面上需要社会科学的帮助；在规范层面上依赖法哲学和道德哲学的支持，<sup>[61]</sup>在分析层面上则主要以逻辑和语义分析为工具。

不过，这些更深层次的反思、更长远的考量，并不是对传统教义学工作的否定，相反，它必须以分析、解释和体系化的工作为核心，才能将法律问题置入更为广阔的语境来讨论，为它们的妥善解决提供建议。因此，法教义学的反思主要是以法律体系或其内在的深层道德为基点的，任意的道德评价和完全外在的自由思考超出了教义学的范围。法教义学这种对于外在思考的“惰性”并不是一种“狂妄无知”，而是为了维护法律体系的正当运作，因为过度地敏感于外在批评和社会变革，就会影响法律体系的稳定性、法律决定的一致性和形式正义的实践。因此，外在学科的理论只能作为法教义学的辅助学科和资料来源来使用。这样的合作不仅要求法教义学保持认知上的开放，也要求交叉学科的研究必须考虑法律实践的独特性，尽可能地尝试理解法律人之间讨论问题的方式和论证风格，因为这是法治社会的运作机制。

总之，在当代，尤其在转型中国背景下，社会变迁的加剧使得法教义学必然是更具有创新性的，就此而言，我们所主张的法教义学理论在坚持核心规范立场的基础上，以实践问题为导向，融整反思因素与经验论据进入研究范畴，一方面增进了法教义学与社科法学的谅解与合作，另一方面则促进了法学理论与法律实践之间的勾连，进一步增强了法教义学回应实践需求的能力。

## 作为概念理论的法理学及其实践意义

马 驰\*

**[摘要]** 针对法律现象，存在规范理论、经验理论和概念理论三种不同的理论类型。概念理论并非语义理论，它有关事物的自明性知识，属于元理论的范畴，最能体现法理学的独特性。法律领域中的概念理论分为法教义学概念理论、一般法律概念理论和法律概念理论三种。法教义学概念理论具有实践意义，但其不属于法理学。一般法律概念理论来自对法律性质的整体考虑，其主要任务在于分析和确认法律的性质，而非用来影响法律实践。法律概念理论发挥实践意义的情形是罕见的，它同时也不能因为涉及疑难案件，或因为必定包含在任何案件中而被证明具有明显的实践意义。因此，作为概念理论的法理学在整体上与法律实践的关系是松散而间接的。

**[关键词]** 法理学；概念分析；实践意义

### 一、导 言

关于法理学的“有用性”或实践意义(practical significance)，历来存在两种截然相反的观点。在许多法理学的初学者和部门法学者看来，法理学所热衷的问题(例如法律是什么)与法律实践，特别是具体的个案裁判距离甚远，基本没有什么实践意义。由于在很多人看来，理论的有用性或实践意义是这种理论价值的必要前提，上述论调很容易转化为某种怀疑论：由于缺乏实践意义，法理学本身的存在价值是令人生疑的。<sup>[1]</sup> 另一种观点主要来自于法理学内部，即认为法理学知识缺乏实践意义的观点是错误的，法理学知识具有较为明显的实践意义，和其他法律知识一样，也在某种意义上可以指导法律实践。<sup>[2]</sup>

在我看来，通过否认法理学的实践意义，进而否认法理学自身的价值，这一观点并不值得特别重视。想想数学、天文学中那些“无用”的知识就可以轻易知道，理论存在的价值并非仅仅依赖其实践意义。主张无用的知识必定是无价值的，证成这一立场应该并不十分容易。但是，法理学究竟有什么样的实践意义，的确是一个值得讨论的问题。在这篇论文中，我力图证明那种认为法理学具有明显实践意义的观点似乎过于简单和乐观，法理学与法律实践之间的关系在整体上应当是松散而间接的，即便它能够影响到法律实践，这种影响的发挥机理也比我们想象的要复杂得多。

人们通常会认为，知识的实践意义是指它对人们行动的指导作用，如果某种知识可以很好地指导我的行动，它大概具有实践意义。这种说法既不精确，也非常具有误导性。因此在进入到正题之前，我先要对所谓“实践意义”这一说法做出澄清，防止后文的论述产生某些不必要的误解。

首先，按照西方自亚里士多德、康德以来的学术传统，不应当将实践广泛地与行动联系起来(除非对行动做出特别的界定)。实际上，实践仅涉及那些人们带有规范意涵的行动，例如我应不应该多读书，这是一个实践问题，而我应该如何操作我的电脑则并非实践问题。

其次，实践意义是知识对实践的影响力，这种影响力不仅指“正面影响”。“年轻人应当多读书”，

[60] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Trans. by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 9.

[61] 例如，魏治勋：“司法判决与社会认知的冲突与弥合：对理解‘天津老太非法持枪案’两种范式冲突的反思”，《东方法学》2017年第3期，第103—105页。

\* 马驰，天津商业大学法学院副教授，法学博士。

[1] Richard Posner, *Law and Legal Theory*, Clarendon Press, 1996, p. 3.

[2] Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, p. 26.

作为一种知识,自然会对我产生“正面影响”(假设多读书这件事情是有价值的话),但“读书无用论”大概也有实践意义,尽管在很多人看来,这种影响力是负面。在这个意义上,实践意义的有无具有描述性的品格,人们无需再借助某种实质判断,就可以确定。

第三,第二点不能被误解为,实践意义是一种“事实上”或具体的影响力。我所理解的实践意义,是知识抛开其特定情形中的抽象实践意义,而不是其在特定情形中具体的实践意义。如果有人认为,“年轻人应当多读书”这句话是否具备实践意义,取决于这句话的特定听众是否“听得进”这句话,那么他此时就是在主张具体的实践意义。而按照我在本文中对抽象意义的理解,“年轻人应当多读书”一定具有实践意义,因为它的内容直接指向某种实践活动;而“这本书有 589 页”没有实践意义,尽管不能排除此种情况的发生:有听众在听到了该书的页数后,产生了畏难情绪进而放弃了阅读该书的计划。之所以要强调所谓的抽象实践意义,是因为本文要讨论的是法理学知识基于自身的性质是否具有实践意义的问题,而不是法理学在特定情形中(例如在当代中国)会发挥何种实际影响力的事宜问题——尽管这种事实问题本身并非不重要。

最后,讨论的法律知识或法理学的实践意义,自然主要是指其针对法律实践的影响力,不可能将所有和法律有关的实践都考虑进去。这里,“法律实践”与“和法律有关的实践”应当被区分开来。典型的法律实践应当是司法活动中的法律推理,当然有时也可以包括同样涉及法律推理的立法活动或行政行为。但不应将所有涉及法律的实践均视为法律实践,例如公民的守法活动或政府虽涉及法律但政策意味较浓的社会治理活动。

## 二、三种类型的法律知识

在目前中国的学术语境中,讨论法理学的实践意义是一件非常困难的工作。一个明显的原因在于,法理学内外对于什么是法理学这一前提问题难有定论。从逻辑上来说,只有明确了什么是法理学,才好继续深究其实践意义。同理,任何声称已经确认法理学某些价值的研究必定也包含了对法理学自身内容和性质界定。<sup>[3]</sup> 但正如“什么是哲学本身也是一个哲学问题”那样,什么是法理学同样也是个令人挠头的法理学问题。

在这篇论文中,我将法理学视为某种概念理论。很难在较短的篇幅内,彻底论证法理学仅仅是概念理论。我只希望证明,法理学必定包含概念理论,而这种理论最能体现法理学所具有的、其他理论和学科不可取代的独特性。再退一步说,由于本文的重点在于讨论作为概念理论的法理学的实践意义,因此我只需证明,的确存在着某种有关法律的概念理论,至于它是不是就是法理学的全部,其实并不影响我对其实践意义的进一步探索。在这个意义上,我并不想争夺“法理学”命名权,而只是希望说明有关法律的概念理论的性质和意义。

### (一) 规范理论与经验理论

在现代学术研究中,经验理论和规范理论是有关人类知识的一对重要区分。经验理论主要采取描述的方法,将客观现象的性质和特征用描述性语言呈现出来,特别需要使用归纳法来体现不同客观现象之间的因果关系。根据其观察对象是单纯的自然现象还是由人类活动构成的社会现象,经验理论又可区分为自然科学和社会科学。物理学是前者的代表,经济学、社会学是后者的代表。与关注“是”的经验理论不同,规范理论关心“应当”。由于自然对象缺乏自由意志或自由行动的能力,规范理论通常只限于人的行动,即关注人应该如何行动,何种行动是有价值的、正确的。在不添加其他条件的情况下,可以根据行动的主体是个人还是人类群体(社会或国家),将伦理学和政治学视为规范理论中的重要分类。

无论经验的方法还是规范的方法在法律领域中均有所体现。法律知识(即有关法律的知识,并非

[3] 陈景辉:《法理论为什么是重要的》,载《法学》2014 年第 3 期。

法学)因此可以区分出经验的法律知识和规范的法律知识。毫无疑问,规范的法律知识占据了一个比较明显的位置。原因在于,法律本身是对人们行为的规范或要求,关注人们应当如何行动。具体来说,法律知识中最具代表性的知识,或可称为法学的知识,主要解决如下问题:依据法律,人们应当如何行动。由于法学对人们如何行动的探究离不开法律这一前提,法学带有明显的教义学(dogmatic)特征。法教义学(Rechtsdogmatik)的说法虽然来自德国,但却比较准确地体现了这类法律知识的特点:对于法教义学来说,存在实在法或法秩序的限制,研究者不能随意地跳跃至外在于法秩序的立场,对法秩序持彻底批评的态度。这些既定的实在法或法秩序,显然构成了研究者通常不能逾越的“教义”或“信条”。此外,英美传统中的法律推理(legal reasoning)的说法与法教义学异曲同工,即依据已有的法律,推理出相关的判决。在这个意义上,以法教义或法秩序为前提的法律推理,大致构成了法律实践活动的主要内容。

当然,法律领域中规范的方法不仅仅限于法学或法教义学。在很多情况下,法律虽然存在,却需要跳出法秩序,在更为一般的意义上进行规范判断。比较典型的情况是立法活动。立法是现代法律制度的重要来源,当立法机关创设法律时,虽然要以已存法律制度的授权为前提,其内容却不能是对已存法律的再现,否则立法的必要性也就不存在了。换句话说,立法者必须要在法律之外寻找立法依据,在这个过程中,问题便不再是“依据法律,人们应当如何行动”,而只是“人们应当如何行动”。由此,立法学只能是伦理学或政治学的一部分。<sup>[4]</sup> 另一种比较复杂的情况是,司法审判等法律适用的活动不满于“依法裁判”,需要通过超越实在法立场来理解实在法的真实要求,或是直接借助实在法之外的伦理学或政治学对个案做出判断。此时,法教义学与相关的伦理学、政治学相互混杂,但其中的规范方法依然是主线,“人们应当如何行动”的基本问题没有发生变化。

法律是人类社会中的重要现象,采取经验的方法,对法律现象进行社会科学意义上的研究,既然是可能的,也是必要的。目前学界盛行的法律经济学、法律社会学等研究,是经验方法在法律领域的重要体现。例如,将立法的内容、判决的内容、相关公职人员的涉法行为、普通公民的涉法行为等现象视为法律现象的情况下,法律社会学研究可以断定某个法律现象产生的社会原因,同时探究它产生的实际效果。法律经济学可以将法律制度视为影响人们行为的制度因素,使用经济学的方法测算其如何才能导致效率的最大化。

在上述列举的理论中,是否包含了法理学? 比较容易排除的是法教义学。法教义学知识通常会因为不同的法律部门而具化为不同的部门法学,民法学、刑法学这些典型的部门法学当然不是法理学。而上述理论中除法教义学之外的其他理论,无论是规范理论还是经验理论,在当下中国法学的语境中,似乎都属于法理学。例如所谓立法学、法伦理或法政治学、司法裁判方法论、法社会学、法经济学等。我认为,产生这种观感的主要原因在于,人们将法律部门作为区分法律知识最重要的标准,如果某种法律知识超越了不同的部门法学,显然不能被视为某种部门法学,而只能将之视为法理学的组成部分。<sup>[5]</sup> 由此,法理学实际上承担着法律知识中的“兜底学科”或“剩余学科”的职能。<sup>[6]</sup>

“兜底学科”的说法或多或少解释了中国目前法理学研究中理论类型多元乃至细碎的现实。但无论如何,这并非法理学的理想定位。主要原因有三点:1) 任何学科都无法在缺失自身独特的问题意识、立场和方法的情况下,仅仅以“他人不研究”为标准,成就自身的独立地位。<sup>[7]</sup> 2) 如果说法理学作为兜底学科,既包含有经验理论,又包含有规范理论,则其内部差异与分歧巨大,除了以法律为研究对

[4] 在德国传统中,这类有关“法律应当是什么”的理论被称为“法哲学”。抛开特定的语言习惯不论,我看不出来,为什么哲学只能解决应当是什么的问题,此种法哲学与伦理学或政治学又有什么严格界限。参见[德]考夫曼:《当代法哲学与法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2002 年版,第 11 页。

[5] 准确地说,这里还必须排除法制史研究。

[6] 张书友:《何谓法理学》,载《法学教育研究》2013 年第 2 期版,第 189 页。

[7] 关于学科独立性与问题、立场和方法间的关系,详见拙作《法理学的范围》,载《甘肃政法学院学报》2015 年第 6 期。

象之外,其他共性太少,不具备统一学科的性质。3)诸如立法学、法伦理或法政治学、法社会学、法经济学等研究,与作为其母学科的伦理学、政治学、社会学、经济学更为接近,基本可以视为是运用其母学科的方法针对法律现象所做的解析。例如,法律作为社会现象,当然进入了社会学的研究视野,法律社会学完全可以被视为社会学的组成部分。又如,公民是否具有守法义务的问题虽然属于有关法律的规范问题,但该问题与政治学中的政治义务的证成问题没有实质区别——因为遵守来自政治权威的法律是服从政治权威的义务最重要的体现。将这些研究统称为法理学,既没有必要,也似乎言不达意。因此我倾向于认为,无论是经验的法律知识还是规范的法律知识,它们在知识属性上不具有独立性,并非法理学的主要组成部分。

## (二)概念理论

其实,在经验理论和概念理论之外,还存在一种依照概念分析方法(*conceptual analysis*)产生的概念理论,可以成为我们理解法理学独特性的重要线索。在近代哲学中,康德因回应休谟的怀疑论而对先天综合判断的证立让综合与分析的区分名扬天下<sup>[8]</sup>。康德是从命题中主词与谓词的关系来区分综合判断和分析判断的,按照他的理解,如果谓词B完全外在于主词A,则此命题属于综合判断;相反,如果谓词B完全隐藏或包含在主词A的概念中,或者说主词与谓词具有同一性,则此命题属于分析判断。在分析判断中,由于并不需要任何经验证据就可以进行,这表明对象(概念)自身已经包含了获得分析判断的一切条件,因此分析判断均为先验(transcendental)或先天的(prior)的。康德认为,正是这里的不依赖经验的先天性,保证了分析命题的必然性(necessary)。

在现代哲学讨论中,最能体现分析理论的当属概念理论。概念理论在性质上既非描述理论,也非规范理论,而是它们的前提,或元理论(meta-theory)。描述理论是对对象性质和因果关系的描述,规范理论是对主体应当如何行动的规定,而其论断之所以有意义,必定以其使用概念有意义为前提。假如有动物学家断定,“鱼类可以用鳃呼吸是其不会溺水的原因”,无论正确与否,这句话有意义的前提是,存在一类阐释什么是“鱼类”,什么是“鳃”,什么是“呼吸”的理论。同理,“成年子女应该赡养父母”同样有赖于什么算作“赡养”,什么算作“父母”等等概念理论。如果人们在作为元理论的概念层面上发生分歧,那么他们在经验理论或规范理论层面上的争议很有可能不过是鸡同鸭讲。

值得注意的是,不应当将概念理论与经验理论或语义理论混为一谈。概念命题不是对对象特征的描述,当我在概念意义上指出,会游泳是鱼类的必要条件时,我的意思并不是说,对于所有鱼类来说,你都可以观察到它都会游泳;而是说,我愿意将会游泳作为给一类动物贴上鱼类的这一标签的必要条件,这完全不是对特定对象的特征的描述。你不可能通过找到一只不会游泳的鱼来证明我的概念是错误的,因为我已经说了,会游泳是鱼类的必要条件,不会游泳的动物不是鱼。我不是在断定某种动物的特征,而是对我所使用的语词所做的限定。那么,这是否意味着,概念理论其实就是用来取得语词含义的语义学呢?应当说,概念的确会受到人们语言习惯的影响,但不宜将两者等同。原因在于,语言的含义基本受制于人们赋予它的意思,但这种赋予往往是模糊的,或者完全依赖其发生的话语境;而概念理论却是精确的,或者至少追求精确性。例如,假如我对“成年子女应该赡养父母”中的“父母”的概念产生了疑问,语义学能够在多大程度上帮助我呢?语义学的确可以告诉我,“父母”的意思必定并非比如“兄弟”,但它也不得不承认,“父母”一词在语言中是模糊性:养父母也可以是父母;某些民间习俗中的“干爹干妈”也可以是父母。而我确认概念的目的,恰好是希望将这种模糊性排除出去。就此,亦有学者指出,<sup>[9]</sup>“谈论某个概念即是在谈论此概念的内容与概念使用间的联系,有理由认为,人们具备一种前语言的能力去发展概念,在人们学会相关语词的使用之前,这种概念就已经发展出来了,没有这种能力,便不可能掌握语言。”因此,概念分析是对人们前语言直觉的反思,这种反思

[8] [德]康德:《纯粹理性批判》,邓晓芒译,人民出版社2004年版,第8页。

[9] Kenneth Elmar Himma, “Conceptual Jurisprudence”, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2015), p. 68.

是将已经暗含在人们语言表达中的直觉认识更为清晰地表达出来,其过程或许离不开语言实践,但却不是对语言实践简单的总结归纳。这里,我认为前语言直觉是概念分析不可少的因素,概念知识具有某种“自明性”(trutistic),<sup>[10]</sup>它既不来自经验,也不完全取决于价值取向,笛卡尔所说的“理性的直观(觉)”是这类知识明显包含的特征。<sup>[11]</sup>

或许我们应当将“如何确定概念”这一一般的艰难问题交给哲学家思考,只需关注法律领域就可以了。显然,概念命题在法律领域中无处不在。法律人对诸如犯罪、违约、侵权、抢劫罪、不可抗力等法律概念非常熟悉。在特定的法律教学或法律推理活动中,法律概念是获得正确法律命题的抓手,也是法律思维的锚定。将立法条文或司法先例等法律渊源教化为包含大量法律专门概念的裁判规范,再在个案中判断特定的事实是否符合相应的概念或裁判规范的过程,应当是法律思维的基本样态。由此,如果一个法官要判断其正在审理的案件是否属于抢劫罪,他大概必须对抢劫罪这一概念加以分析,无论其概念分析的依据是什么。类似抢劫罪这类概念,我称之为法教学概念。

法理学与概念分析之间存在何种关系?按照上文的说法,造成法理学“兜底学科”的原因很大程度上是因为此种朴素的认识:法理学是有关法律的一般(general)或整体意义上的理论,其内容不可能限于特定的部门法。正如前文所主张的那样,这并非构成法理学的充分条件。但不得不承认,将一般性被视为构成法理学知识的必要条件大概不会有什麼争议。准确地说,法理学的一般性不是要将那些超出特定部门法的知识均视为自己的内容,毋宁是,法理学主张自己的研究对象不是特定的部门法或法律现象,而是一般意义上的、与其所处的具体时空没有必然联系的“法律”<sup>[12]</sup>——它并非英格兰的法律,也非中国的规范;既非古代的法律,也非现代的法律;既非民法,也非刑法。

在此种一般性的意义上所理解的法理学,必将包含某种有关法律的概念理论。对此,一个最为明显的例证是,在法理学中,一个针对一般意义上的法律最为直接也最重要的问题是,“法律是什么?”此问题显然是个概念问题。这一概念问题不是在问某种特定的法律是什么,而是在问一般意义上的法律是什么,包含哪些必要条件。而法律的概念的确定,如同确定鱼类概念那样,并不是对特定法律现象的描述,也不是对有关法律的语言实践的归纳,而是要依据某种前语言的直觉,断定有关一般意义上的法律必然包含哪些属性。这便是所谓“法律的概念”(the concept of law)

不仅如此,对一般意义上法律的探究还体现在法理学对一般法律概念的分析和建构。这里,我们必须对法理学中的一般法律概念和特定法律实践或法律部门中特殊法律概念加以区分。由于法理学的一般性,它不可能对诸如“抢劫罪”这样仅仅属于刑法领域的概念感兴趣,它所关注的是那些具有普遍性的“核心概念”(core concepts),以及将这些概念联系在一起的方式。<sup>[13]</sup>在现代法理学中,法律规范、法律体系、法律权威、法律义务等概念及其展开,占据了法理学概念分析中的重要地位。核心概念牵扯到法律的根本性质,对这些概念的理解,也将直接影响到人们对法律现象的根本认识。由此,讲究一般性的法理学,由于重视对“法律”乃至法律领域“核心概念”的分析,与其他法律知识区别开来。这类概念可被称为一般法律概念(general legal concepts)。

在不对概念理论作进一步限定的情况下,上文中至少提到了三种有关法律的概念类型,即法教学概念、一般法律概念(即核心概念)和法律概念。在下文中,我将依次对上述概念理论的实践意义加以检讨。

## 三、法教学概念理论的实践意义

对“抢劫”之类概念的厘定,显然不属于法理学,而是部门法研究的重要内容,原因在于这类概念

[10] Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, p. 35.

[11] [法]笛卡尔:《探求真理的指导原则》,管震湖译,商务印书馆1991年版,第10页。

[12] Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, p. 7.

[13] Kenneth Elmar Himma, “Conceptual Jurisprudence”, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2015), p. 66.

缺乏超越特定部门法的普遍性。因此,对其实践意义的讨论显然超出了本文的写作目的。不过,我依然愿意简要说明法教义学概念发挥实践意义的机理,以此印证另外两类专属于法理学的概念理论缺乏直接实践意义的特质。

几乎不需要论证的是,法教义学概念由于可能直接决定案件的判决,因此极具“实践意义”。一套有关“抢劫”的概念理论,决定了某个特定的案件事实或行为是否属于抢劫,因此也就决定了相关案件的规范效果。这里,相较于其他领域中的概念,法教义学概念在法律实践中发挥了独特而重要的功能。换句话说,其他领域中概念理论通常并没有法教义学概念之于法律实践那般重要。首先举一个经验理论领域的例子:2006年,国际天文联合会对行星进行了概念界定,冥王星由于不符合该界定,不再被天文学研究视为行星。行星概念不包含冥王星,这一概念命题对冥王星的研究几乎没有影响,也不会影响到天文学其他领域的工作。即便在伦理学或政治学等规范领域,某个行为是否应当或被允许,也并不完全取决于其中所涉及概念。例如,养子女有赡养养父母的道德义务吗?要回答这个伦理问题,并不取决于“养父母子女关系”是否属于“父母子女关系”的概念判断。人们并不需要依赖“子女有赡养父母的道德义务,且养父母子女关系(不)是父母子女关系”,来推理出“养子女(没)有赡养养父母的道德义务”。如果某个概念理论成功地证明,养父母子女关系不是父母子女关系,并不能必然导致养子女没有赡养养父母的道德义务,这种义务的支持者依然会主张说,“没错,养父母子女关系不是父母子女关系,但我依然认为,养子女有赡养养父母的道德义务,无论你把这种关系叫什么。”

与伦理学或政治学规范领域相比,法教义学概念之于法律推理的实践意义便不难看清了。伦理学或政治学中的规范判断是不设前提或理想的规范理论,<sup>[14]</sup>其所涉概念的意义在很大程度上在于澄清问题,而非影响实质判断。作为非理想的规范理论,法教义学的判断或法律推理包含有明显的局限性,“它可能只是通往某个决定,而不是通盘考虑之后得出的那个对于当下案件来说最佳的决定。”<sup>[15]</sup>抛开可能其他更为复杂的说法或其背后的价值考量(例如法律的安定价值),可以确定的是,法教义学必须要以法律为前提,或是说法律推理必须是“依法的”。在不能将这里的仅仅法律视为抽象而不易觉察的正义观念的情况下,来自权威的规则或制度,几乎是法律必备的表现形式。如此一来,法教义学概念的实践意义便会显现出来。养子女有赡养养父母的法律义务吗?如果有法律规定已经规定,子女有赡养父母的法律义务,那么上述法律问题的答案在很大程度上取决于我们有关“父母子女关系”的教义学概念。在此意义上,由于法教义学概念是联系个案事实与法律规则或制度的纽带,它必定会直接而深刻地影响到法律实践。

#### 四、一般法律概念理论的实践意义

一般法律概念是指那些不局限于特定法律部门,通行于所有法律领域的一般概念。在中国法理学教研活动中,法律规则、法律原则、法律渊源、法律效力、法律关系、法律权利、法律义务、法律行为、法律部门、法律责任、法律程序等概念属于此种类型。<sup>[16]</sup>在现代西方法理学的讨论中,法律规范、法律体系、法律权威、法律权利、法律义务等概念被人们反复提及。一般法律概念与法教义学概念存在明显差异。法教义学概念来自对法律实践或法律渊源中重要且或出现频率较高的语汇进行的总结与归纳,由于受到法律部门这一最重要的法律区分标准的影响,法教义学从一开始就没有力图创设出通行于全部法律领域的教义学概念,而一般法律概念的一般性则是其必要条件。“抢劫”当然是属于刑法的教义学概念,但其并非一般法律概念。在这个意义上,法教义学概念具备的实践意义,不会当然

<sup>[14]</sup> 陈景辉教授将本文语境中的法教义学判断和伦理学或政治学判断称为“非理想的规范理论”和“理想的规范理论”,“非理想”与“理想”的说法比较传神地体现出了前者所受到的来自法教义的限制,后者则没有严格的限制,需要进行“通盘考虑”。

<sup>[15]</sup> [美]肖尔:《像法律人那样思考》,雷磊译,中国法制出版社2016年版,第9页。

<sup>[16]</sup> 张文显主编:《法理学》(第四版),高等教育出版社2011年版。

导致一般法律概念的实践意义。

然而,这个问题的复杂性不在于确认法教义学概念并非一般法律概念,而在于,如何解释两者之间可能的联系。有时候,人们会觉得首先存在某个一般法律概念,不同部门法中的教义学概念只是这个概念中的特殊版本而已,因此一般法律概念理论会直接影响到法教义学概念理论,从而间接影响到法律实践。例如,“人身权”似乎可以作为一般法律概念而存在,法理学的研究如果包含了对此概念的确认,那么它将影响到比如刑法对“侵犯公民人身权利、民主权利罪”和民法对作为民事权利中私人人格权和身份权的理解。一般法律概念于是便具有一定的实践意义。

在我看来,这种看法既误解了法教义学概念,更误解了一般法律概念。法教义学概念在法律推理中发挥着重要作用<sup>[17]</sup>,其既敏于实在法自身,又敏于其所要应对的具体案件事实。所谓敏于实在法自身是指,法教义学概念必须受制于其所在法律体系的意义脉络。在制定法中,法律条文有时会明确规定某个法教义学概念,例如,我国《刑法》第22条的内容是,“为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备。”即便除去这类并不少见的情况,在法学方法论的意义上,按照立法者原意或概念所处的文义背景等主观主义的解释方法,在法教义学概念的厘定中占据了一个比较显著乃至优先的地位。法教义学概念同时还要敏于其所应对的案件事实,这是说,“如何公正地处理个案”,是厘定法教义学概念的主要依据。我国《刑法修正案(五)》将“信用卡诈骗罪”的典型情节增加了一项,“以虚假的身份证明骗领信用卡的”,这虽然也属于法教义学概念法定的情形,但做出这种修改的理由却明显来源于相关法律实践。可以想见,法律实践中出现了以虚假的身份证明骗领的信用卡,并实施诈骗的案件,依据原有法律规定,并不属于信用卡诈骗罪,这显然不利于更公正地处理这类案件。在这个意义上,厘定法教义学概念的需求来自于法律实践,而法教义学的目的恰好在于,如何在实在法自身的意义脉络中,不断回应法律实践,将概念理论化、体系化。

当然,批评者仍然会指出,既然“如何公正地处理个案”在法律知识中占据着重要的地位,那么我们为什么不能依据某种超越特定部门法的普遍公正观,去设计某些“一般法律概念”,以此指导法律实践呢?反击此种论调的一个明显而不彻底的理由是,在传统法教义学区分不同部门法知识的情况下,构建这种类型的一般法律概念在知识上是冗余的。处理刑事案件应依据刑法教义学,处理民事案件应依据民法教义学,让“侵犯公民人身权利罪”必须符合民法中的人格权和身份权,在实践和理论上都缺乏必要性。诚然,对特定刑事案件和民事案件的处理的确涉及某种普遍的公正观,但为什么这种公正观不能直接针对特定法教义学概念而发挥作用,必须借由某个超越不同法教义学概念的“一般法律概念”发挥作用呢?除非取消不同部门法知识之间已经建立的教义学传统,否则这种一般法律概念并无存在的必要。

其实,如果我们能够正确地理解究竟什么才是“一般法律概念”,上述力图将之与法教义学相联系,进而发挥实践意义的尝试均会归于失败。一般法律概念是基于法律整体性质的考虑,而进行的概念建构,其主要任务在于分析和确认法律的性质,而非用来影响法律实践,即便人们可以在法律实践中使用这些概念。在这个意义上,前文设想的所谓超越不同部门法的“人身权”概念无论成立与否,均非一般法律概念,因为它无论具有什么内容,均非对法律性质的直接认识。接下来,我将以霍菲尔德(Wesley N. Hohfeld)的权利概念理论和格雷(John C. Gray)的法律渊源概念,来证明我对一般法律概念的上述判断。

霍菲尔德本人将自己的理论称为“基本法律概念”(fundamental legal conception),这表明他力图超越具体部门法的划分,厘定具有普遍意义的一般法律概念——尽管其著作所使用的例证均来自私法。<sup>[18]</sup>霍菲尔德认为,在法律语境中,人们对权利概念的使用是混乱的,权利的词汇至少存在请求

<sup>[17]</sup> 雷磊:《法律概念是重要的吗?》,载《法学研究》2017年第4期。雷磊并没有区分法教义学概念和一般法律概念,在我看来,他的论证仅展示了法教义学概念的价值,当然不能就此证明法理学的实践意义或价值。

<sup>[18]</sup> [美]霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友译,中国法制出版社2009年版,第28页。

权、特权、权力和豁免之间的差别,而这些不同的权利类型与其他相关观念一起,构成了四对八组,逻辑关系严密清晰的概念集合。霍菲尔德权利概念不是法教义学概念,这不单是因为其普遍性,更是由于他的理论所展示的权利概念,既与法律材料自身的表述不同,又与法律实践中法官或律师习惯用法不同,更非基于个案公正的考量。尽管霍菲尔德本人认为,他的理论是为了破除法律实践中所使用的语言的“贫乏与含糊”,<sup>[19]</sup>但该理论与法律实践之间的关系无疑是松散而间接的。一方面,法律实践中所使用的术语即便如同霍菲尔德所期待的那般清晰,这种清晰也不会像法教义学概念那样直接影响到法律推理的具体结果。另一方面,霍菲尔德的理论诞生已经超过一百年了,英美法律实践中依然在使用被霍菲尔德所鄙夷的粗鄙术语;反倒在法理学中,人们一致认为该理论是权利概念理论和法律关系概念理论所无法忽视的贡献。霍菲尔德的理论最好被视为对法律现象的某种逻辑化和分析化的认识,这种认识来源于法律言谈中某些深层次结构,它是先天的,涉及法律的性质或必然特征。在我看来,除非我们将“能够把话说清楚”视为某种重要的实践意义,否则不宜过分夸大这种概念理论的实践意义。

相比于霍菲尔德的权利概念理论的精妙和严谨,格雷的法律渊源理论看上去要平凡和普通一些。况且,法律渊源概念更像是法学中比较初步和简单的“基础知识”,以至于初学者在学习具体的部门法知识之前,最好理解什么是法律渊源,否则他将难以理解诸如“民法的法律渊源”之类常见表述的意义。但是,为了理解“民法的法律渊源”这句话的意义,所需要的是有关法律渊源这一术语的语义学,而非其概念理论。正如前文已经强调的那样,概念理论并非有关特定词汇的语义学,在概念理论与其语言习惯并不完全重合的情况下,理解概念理论就不是这种语言实践所必须的。格雷的法律渊源理论正好属于这种不符合语言实践的概念理论。格雷是在区分法律与法律渊源的意义上实现对法律渊源概念的厘定的。在格雷看来,只有法官在裁判过程中确定当事人权利义务的一般规则才是法律,诸如制定法、司法先例、习惯法、专家意见等等法律材料只有经由法官的解释,才可能影响到判决。正因为这些材料不能直接决定判决的内容,因此它们只是法律的渊源,而非法律本身。<sup>[20]</sup>这种法律渊源概念明显来自某种对法律基本性质的看法,与法律实践中所使用的法律渊源术语存在一定差别。不仅如此,这种有关法律性质的认识对法律实践并没有什么实际意义,将各种法律材料视为法律渊源而不是法律本身,只是强调了在法律渊源和法律本身之间,相隔着无法被忽略的法官自由裁量权,这并不包含对法官司法裁判的任何实质建议——法官的裁判究竟应该更忠实于法律渊源,还是应该因为个案正义而背离法律渊源,都与法律渊源概念本身无关。

## 五、法律概念理论的实践意义

“法律是什么”概念问题属于法理学的研究范围,体现法理学最为核心的问题意识,这一主张大概不会遭到太多反对意见。争议在于,法律概念理论应当如何开展,以及它是否具备实践意义,或具备何种实践意义。抛开第一个其实更为困难的问题,本部分专注于法律概念理论的实践意义。在法理学内部,许多思考法律概念问题的学者,对这种理论的实践意义均充满信心,而这正是我要怀疑的。

### (一) 极端不正义的制定法

我们知道,传统法理学在法律概念理论上的争论,主要表现在对“法律在概念上与道德是否具有必然联系”的检讨。从历史的角度来说,诸如“告密者案”之类真实的司法难题,迫使法理学必须判断,类似纳粹德国所颁布的邪恶命令是否还能够被视为法律。在许多人看来,这种只能由法理学者回答的问题直接左右了特定案件的判决结果,因此极具实践意义。事实上,被人们津津乐道的“拉德布鲁

<sup>[19]</sup> 同上,第26页。

<sup>[20]</sup> [美]格雷:《法律的性质与渊源》,马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第87页。

赫公式”的确为战后德国相关案件的处理提供了指导,阿列克西甚至就此喟叹,<sup>[21]</sup>“对于法律的概念和性质的实践影响力这一问题来说,没有比邪恶政权中极端不正义的制定法更为明显的例证了。”

在我看来,阿列克西有关法律概念理论对法律实践具有指导意义的看法有些过分简单了。就法律在概念上与道德是否具有必然联系”这一法律概念争论而言,双方所争论的是道德性是否是法律概念所具备的“必要条件”而非充分条件。概念的必要条件只能用来做消极的排除,而无法做积极的识别。这意味着,无论双方谁会胜出,它也不会直接告诉法官什么是法律,而只能告诉法官哪些不是法律,例如极端不正义的制定法不是法律。当然,这并不等于说,一种有关什么不是法律的理论因此就没有了实践意义,而是说,这种理论实践意义的发挥需要其他条件。比如,“告密者案”的法官或许一旦将纳粹的邪恶命令排除在法律之外,他就可以直接适用那些没有因为邪恶而被怀疑的法律渊源,问题就会变得简单而没有争议了。

上述论证一方面证明,法律概念理论的实践意义并没有我们起初想象的那般直接而明显,另一方面也暗示我们,法律概念理论的实践意义与其所处的特殊情境有关。“拉德布鲁赫公式”实践意义的发挥非常依赖某些特定事实的出现,如纳粹邪恶政权发布一些存在重大道德缺陷的法律,而且一些特定案件的判决结果又直接受制于某种是否要将这些邪恶规定视为法律的理论知识。换句话说,假设上述特定事实并不存在,法律概念理论的实践意义就消失了。根据本文导言的界定,我所理解的实践意义是一种抽象的实践意义,这种实践意义并不依赖某个特定事实的出现,而是基于其特定的内容。更何况邪恶政权颁布极端不正义法律的事实,出现的概率并不高。这就好比说,称小说《红楼梦》具有垫桌脚的意义是令人困惑的,纵然我或许可以在某个极为罕见的情况下将这部小说用来垫桌脚,也不能证明这本小说原本就具有垫桌脚的意义。

### (二) 疑难案件

上述论证的反对者或许会提出,如果我打算依据法律概念理论鲜有派上用场的机会来证明其缺乏实践意义,那么一旦发现,类似告密者案涉及恶法的案件即便十分少见,但如果所谓疑难案件(hard case)充斥着法律的日常实践,<sup>[22]</sup>我的论证依然将被击溃。对此,我首先并不认为这种论调的支持者可以轻易地证明,疑难案件在法律的日常实践中无处不在。不过,考虑到疑难案件和简单案件的界分本身构成了另一个重要的理论问题,<sup>[23]</sup>这里显然不是就其展开争论的地方。但我的主张是,即便疑难案件的确频发,也依然难以说明法律概念理论所具有的实践意义。

在法理学的语境中,疑难案件当然是指所谓法律疑难,而不是事实疑难。这种法律疑难是说,没有明确的、来自法律权威的法律规则来处理这类案件。这又至少可以区分出两种情况:1)案件同时符合两个以上的法律规则,且正确的判决必定要适用其中某个规则。2)现有的法律规则均不能适用,正确裁判的恰当依据在现有法律规则之外。在我看来,无论哪种情况,法律概念理论均不会提供直接的指导。就第一种情况而言,假如法官对被告人究竟定抢劫罪还是抢夺罪不能确定,但很确定两者罪名必居其一,那么他显然需要依靠某种法教义学知识来帮助他确定,其中法教义学的概念理论自然会发挥实践意义。当然,学者们或许会争论,某些不完全局限于现有法律规则的正义观念或道德考量,会在法官的选择中发挥重要作用。即便如此,这类理论也明显属于规范理论,而非本文所界定的概念理论。很明显,第二种情况才是更容易发现法律概念理论的场合。当法官遇到没有法律规则可以使用的案件时,他必定求助于现有法律规则之外的资源来做出正确的判决。这里,发生了一场有关法律概念的重大争议。<sup>[24]</sup>按照法律实证主义的看法,由于法律和道德在概念上没有必然的联系,因此无论什么资源,只要它是依据其内容的道德性来适用至特定案件的,必定不属于法律,法官只是行使某种

<sup>[21]</sup> Robert Alexy, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*. Vol. 21(2008), p. 283.

<sup>[22]</sup> Ibid.

<sup>[23]</sup> Andre Marmor, *Interpretation and legal theory*, Hart Publishing, 2005, p. 95.

<sup>[24]</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 81.

自由裁量权,让法律之外的资源进入到案件裁判中。而根据德沃金著名的观点,法律实证主义上述看法实际上是在纵容法官创制溯及既往的法律,是对公民权利的不尊重,因此无论依据何种方法,那些来自法律权威之外的资源(如德沃金意义上的原则)也是法律。

但是,尽管上述争论既是真实的,也是重要的,却很看出其直接的实践意义。按照德沃金和包容性实证主义(inclusive positivism)的看法,原则的确属于法律,因此适用原则也依然是在适用法律。而按照排他性实证主义者(exclusive positivism)的看法,法官当然可以适用原则,但原则并非法律。在这种情况下,争论原则是否属于法律是一回事,如何适用原则是另一回事。法律概念理论所要解决的原则的法律地位问题,不会直接影响到其具体的适用方法。这里的道理在于,在没有来自法律权威的理由可以支撑特定判决的情况下,法官已经无法躲藏在法教义学概念中来论证自己的规范判断,他此时必须要为他自己的判决提供一个穿破法教义学的实质理由,这一过程与伦理学家或政治学家做的事情并没有实质区别。在这种情况下,将其所采纳的理由称为法律还是道德,抑或是其他任何东西,对均不能直接对这种判断的实际内容产生影响。

### (三)所有案件

在一些法理学者看来,法律概念理论的实践意义既不依赖罕见的不正义制定法的情形,也不依赖更为常见的疑难案件的情形,而是说法律概念理论的实践意义在“任何案件”中都有所体现。夏皮罗曾提到,<sup>[25]</sup>“分析法理学对于法律实践来说有着深刻的实践意义(profound practical implications)——或者换句话说,在任何特定案件中法律是什么这个问题,决定性地依赖在一般意义上法律是什么这个问题的答案。”夏皮罗认为,在特定法域中,人们不单要知道谁拥有创设法律的权威,还必须在一般哲学的意义上,理解法律权威是如何确立的,知道什么事实最终决定法律体系的存在及其内容。因为没有这个信息,法律权威文本的“应当如何解释等问题,是不可能清楚说明的”。在我看来,这种有关法律概念理论实践意义的观点实在太夸张了。我们需要做一些比较深入的辨析。

如果夏皮罗的观点是,在没有理解法律的来源或其构成前提的情况下,人们不可能理解律的具体要求,进而无法正确地开展法律实践,那他显然需要为这一观点提供更多的证据。常识告诉我们,对事物必然性质或来源的理解,当然有助于我们对它的认识,但不必在任何情况下,均将前者视为后者的先决条件。例如,一位红学家当然可以依据《红楼梦》的成书背景,对该小说进行更为精准的解读。但这并不意味着,一个并不十分了解《红楼梦》成书背景的中学生,对该小说的解读就是完全失败的。对事物的理解存在不同的向度,以该事物的概念理论为前提的理解,只是其中的一种可能性,尽管这种理解或许更为深刻,却并非唯一。在法律领域中,理解法律的概念并非开展法律实践的前提,法官无需有意识地选择某个法律概念理论中的某个特定立场,照样可以进行正确无误的法律推理;而两个具有不同法律概念立场的法官,对具体案件的判决可以是完全一样的。

我相信,夏皮罗其实真正想表达的是,<sup>[26]</sup>任何特定法律存在或内容(他称为法律事实),均依赖(in virtue of)另一个事实,而后的存在又能依赖第三个事实,直至不断延伸至某个终极事实,作为法律存在的基础。显然,这里需要某种说明,表明为什么法律的存在依赖此种终极事实而非彼种终极事实,这正是法律概念理论的任务。法律实证主义和非法律实证主义是法律概念理论中一对基本分歧,前者认为法律存在的终极事实在于社会事实,而后者认为它是由道德(或至少是由社会事实和道德共同)决定的。例如,当我主张我国存在一条内容为“子女有赡养父母的法律义务”的法律时,我的论据必定包含了某种法律概念理论意义上的判断,即“法律是来自国家权威的要求”。夏皮罗的意思好像是说,既然每个指向特定法律及其实践的、类似“子女有赡养父母的法律义务”的判断必定依赖某个法律概念判断,后者因此也就必须具备“深刻的实践意义”了。这个论证可以接受吗?

我可以接受的是,任何法律事实均依赖某种终极事实,但我看不出来,断定这种终极事实的法律

[25] Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, p. 26.

[26] Ibid

概念理论因此就具备了“深刻的实践意义”。从本体论的角度来说,任何事实的存在都必须依赖其他事实,无论是将前者分解为后者,还是将后者视为前者的原因。如果按照传统形而上学的看法,后者应该具有某种“优先性”(priority),但这种优先性是否就意味某种实践意义的产生来源?我手中的《红楼梦》在终极意义上来源于几百年前一位叫曹雪芹的文人,在不添加其他条件的情况下,如何可能认定,这一事实包含某种“深刻的实践意义”?当然,准确地说,我们讨论的是知识的实践意义,而不是事实自身的实践意义。夏皮罗应当将自己的说法明确为,确定法律终极事实的概念理论具有实践意义。但是,如果这种理论确认的是某种终极事实,它自然能够囊括所有的法律事实,因此大概非常笼统和抽象。将某种笼统和抽象的知识视为具有“深刻的实践意义”是一件古怪的事情。在传统形而上学中,解释世界本源的哲学理论无不声称自己发现了足以说明宇宙万物的终极存在,但它们明显只是具有理论的深刻性,而不具有实践的深刻性。

因此,夏皮罗只是证明了所有有关特定法律事实的判断一定潜藏着某种法律概念理论,却没有说明后者为何就具有实践意义。换句话说,证明法律实践活动必定包含了某种法律概念理论,不等于说法律概念理论因此具有实践意义。之所以如此,主要原因在于,相比于法教义学,法律概念所关注的理论问题距离法律实践要遥远得多。法律概念理论非常笼统和抽象,它与具体法律实践之间虽然有联系,但联系却不是直接的。否则,就难以解释,即便基于同一法律概念立场,两位法官针对特定案件的处理依然会存在分歧,而在法律概念立场上存在分歧两位法官,却可能对特定案件的处理没有分歧。在这个意义上,法律概念理论更像是法律知识中的元理论或二阶理论(second-order theory)<sup>[27]</sup>与规范伦理学和元伦理学相互分离类似,<sup>[28]</sup>虽然可以说任何一阶理论中都预设了某种二阶理论,但却不能说,任何二阶理论均承诺(commit)了某种一阶理论。一阶理论与二阶理论是可分离的,不能因为一阶理论具有明显的实践指向,就认定其背后二阶理论的实践意义。

## 六、结语

本文的基本观点是,如果说法理学的主要内容是概念理论——无论是一般法律概念理论还是法律概念理论——那么它的实践意义是令人生疑的。在法理学与法律实践之间,并不存在许多人所期待的那种紧凑而直接的关联。

无疑,法理学的这种弱实践特征,并不必然导致其价值的消失。在将法理学理解为有关法律的概念理论的情况下,我更愿意相信,这种知识的功能主要体现在对法律领域中的问题开展最大限度的澄清(clarification),而不是提供某种实质的规范立场或经验知识。在这个意义上,亦如洛克将哲学视为科学的“小工”,<sup>[29]</sup>只是为科学扫除其前进道路上的垃圾,法理学或许也将自己视为法律知识的小工。当然,至于这位小工究竟应该如何开展工作,已经不是本文所能讨论的问题了。

[27] David Plunkett, and Scott Shapiro, “Law, morality, and everything else: General jurisprudence as a branch of meta-normative inquiry”, *Ethic* 128 (2017), p. 44.

[28] [澳]麦凯:《伦理学:发明对与错》,丁三东译,上海译文出版社2007年,第4页。

[29] [英]洛克:《人类理解论》,关文运译,商务印书馆1959年版,第13页。

# 法条主义的意识形态特征与信任功能

伍德志\*

**[摘要]** 法律主要以信任模式发挥其功能。法律是一套不以具体情境为转移的普遍化符号体系,能够稳定人们对风险的理解与接受,从而建立对他人的信任关系,实现有风险但也可能有益的合作。通过法条主义的意识形态装扮,法律能够成为政府与公民或公民与公民之间值得信任的沟通媒介以及指引行为的稳定标志。法条主义既非单纯的谎言,也非单纯的谬误,而是法律实践功能压力之下的必然产物,法条主义能够使人们假定法律规范的适用即使受到外界干扰也能维护其意义的稳定性,从而使法律规范成为普遍信任的稳定信息基础。没有法条主义这样一种“错误”的意识形态,很多法律实践就是不可能的。从制度的视角来看,法条主义为了维护对法律的信任,采取了一系列象征性的风险掩饰技术,体现为对事实判断、政治权衡以及价值争议的象征性隔离,由此使法律系统一方面可以维持法条主义对法律规范意义的象征性稳定,另一方面可以在法条主义的外在名义下正当地吸收其他社会领域的合理要求。

**[关键词]** 控制模式;信任模式;法条主义;象征性稳定

长期以来,法条主义一直被当成一种错误的法律理论与法律方法。法条主义作为一种法律理论,由于其对现实法律运作的过度简化,现已成为法学学者唯恐避之不及的过时理论,法条主义作为一种法律方法由于其缺少灵活性也成为不通情理、脱离现实的形式主义代名词。在国内法学界,法条主义几近于人人喊打的过街老鼠。<sup>[1]</sup>从实证主义的角度来看,法条主义无疑不是法律实践的准确描述,从道德正义的角度来看,法条主义无法顾及个案中的具体情境。更高明的批判则是实用主义的批判,如在波斯纳看来,法条主义本身就可能是一种实用主义选择。<sup>[2]</sup>

如果纯粹理论的角度来看,这些理论批判都是正确的,但理论的正确性代替不了实践的正确性。正确的理论可能植入不了真实的实践,真实的实践往往需要的是错误的理论。而法条主义的捍卫者大多从法治的必要性来论证法条主义的正当性,<sup>[3]</sup>这种理论吁求固然非常可贵,但始终还是理论,而理论意识难以替代实践意识,<sup>[4]</sup>实践仍然遵循着自己的逻辑。尽管近百年来无数法学家对法条主义有着不间断的批判,但由于社会的功能需求与实践压力,法条主义在法律实践中仍然是一种不可替代的话语模式,这是同时符合法律人与普通公民双方期待的一种潜在共识。对法条主义的理论解构固然难以破坏法条主义作为一种实践意识在现实当中难以撼动的地位,而对法条主义的理论辩护则也

\* 伍德志安徽大学法学院副教授,法学博士。

[1] 参见王国龙对法条主义批判理论的总结,王国龙:《捍卫法条主义》,载《法律科学》,2011年第4期;另外也请参见邓正来:《中国法学向何处去》,商务印书馆,2006年,第65—70页;苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》,2009年第1期;柯岚:《法律方法中的形式主义与反形式主义》,载《法律科学》,2007年第2期;陈瑞:《法理学中的法律形式主义》,载《西南政法大学学报》,2004年第6期,等等。

[2] 参见[美]理查德·波斯纳《法官是如何思考的》,苏力译,北京大学出版社,2009年,第224页;也可参见国内学者对此的回应,如李明:《法条主义、实用主义与制度结构》,载《北大法律评论》2013年第14卷第1辑;王立军:《能动与克制之间的功利追求》,载《政法论坛》2011年第5期。

[3] 参见王国龙:《捍卫法条主义》,载《法律科学》,2011年第4期;解永照、王国龙:《能动司法与规则治理》,载《学术界》2012年第7期;黄卉:《论法学通说》,载《北大法律评论》2011年第12卷第2辑。

[4] 参见法皮埃尔·布迪厄:《实践感》,蒋梓骅译,译林出版社2003年版,第125页。

有杞人忧天之嫌,其要么夸大了理论解构对实践的负面影响,要么低估了实践相对于理论的自主能力。本文认为,法条主义作为法律系统的意识形态,本身就是法律实践的一部分,没有法条主义,法律就是不值得信任的,很多法律实践甚至非法条主义的法律实践就是不可能的。如果我们联系法学界关于社科法学与法教义学的争论,那么我们可以说,没有法条主义作为掩护,两者都无法正当地融入法律实践。法律是一套不以具体情境为转移并能够代表未来的普遍化标志,这一套标志稳定了人们对未来风险的理解与接受,从而建立对他人的信任关系,实现有风险但也可能有益的合作。但前提是,这一套标志的意义至少能够维持象征性的稳定,哪怕这种稳定只是一种“幻觉”,而法条主义就是法律系统维护这种“幻觉”的有着实践用途的意识形态策略。

功能主义是本文的基本方法论视角,其思想基础是卢曼的功能—结构主义,这不同于早期功能主义的本质主义色彩,卢曼的功能主义既不是演绎式的,也不是归纳式的,而是启发式的,<sup>[5]</sup>功能主义以问题为出发点,探索社会所能提供的解决机制。功能主义不否认功能替代物,甚至看似不相关的现象从功能主义的角度来看可能都属于功能等价的。本文一方面在于阐明法律的功能定位以及法条主义作为一种意识形态对于法律实践的功能,另一方面在于阐明为了实现法条主义的信任功能,法律系统演化形成了哪些功能上类似的制度机制。

## 一、通过法律的普遍信任

在传统法学理论中,我们基本是围绕解决纠纷这一功能基点来建构理论体系的,但这种功能基点更偏向于控制功能,不足以解释法律的实际运作与社会影响。为了更准确地解释法律现象,本文选取了控制与信任这一组二元对立概念作为功能基点。这些功能基点并非是对法律本质的界定,而只是一种特殊的理论视角,因此本文也不排除对功能基点的其他理论选择。理论视角的不同会影响到理论对于现实的解释力,而任何理论在某种程度上都是对现实的人为建构,都多少带有一点追求元叙事的野心,本文也希望通过这一组功能基点来更自然、更准确地解释法律的社会意义。

### (一) 社会交往的控制模式与信任模式

社会交往无疑是充满风险的,用信息经济学的术语来说,这是源于信息不对称,<sup>[6]</sup>而用卢曼的社会学术语来说,这是源于双重偶然性,<sup>[7]</sup>虽然两者用语不同,但道理同一。社会学与经济学其实只是从各自不同的角度发现了相同的问题,这个问题都源于一个基本的事实:交往双方都掌握了一些对方所不知道的信息。由于我们无法掌握他人的未来行为信息,这不仅使得我们预测他人行为变得困难,而且也使得他人预测我们的行为也变得困难,而且这种信息不对称还会自我循环,他人的行动不仅会影响到我们的行动,而且我们对他人的行动的期待会进一步影响他人的反应,由此循环往复,使得行为语境变得更加复杂、不可预测,由此就便导致了双方之间不可名状的双重偶然性问题。不论是我们是面对单一的个体,还是面对一定规模的组织,甚至复杂的系统,我们都可能面临信息不对称的难题,其他个体、组织或者系统作为外在于我们的他者都有着一些我们无法共享的信息,如果不解决信息不对称问题,我们不仅难以建立对他人、对社会的安全期待,也难以根据对他人的行为期待来安排自己当下的行为。

为了克服这个问题,社会演化成两种不同的降低交往风险的行动模式,一种为控制模式,一种为信任模式。<sup>[8]</sup>控制的重点在于通过收集更充分的信息来消除不确定性,以降低客观风险,而信任则不谋求完全的信息,而通过有限的信息潜在地推断未来的可靠性,侧重于降低主观风险。控制与信任

[5] 参见[德]尼可拉斯·卢曼:《信任》,瞿铁鹏、李强译,上海世纪出版集团2005年版,第5页。

[6] 参见张五常:《爱价与竞价》,中信出版,2012年,第287—288页。

[7] 参见高宣扬:《鲁曼社会系统理论与现代性》,中国人民大学出版社,2005年,第151—152页。

[8] 参见[德]尼可拉斯·卢曼:《信任》,瞿铁鹏、李强译,上海世纪出版集团2005年版,第21页;

是管理学与组织社会学所普遍使用的一对概念,但也可以用于法律领域,因为法律领域与管理领域都有着类似的问题,也即如何在特定的信息条件下规范与激励人们的行为。因此,本文中控制(control)的含义也是借自管理学与组织社会学,<sup>[9]</sup>不同于法学家庞德那种宏观意义上的社会控制,<sup>[10]</sup>庞德的“社会控制”是一个包括任何能够实现某种社会秩序的制度与机制的概念,甚至本文的“信任”也是这样一种机制,但本文严格区分控制与信任。任何降低交往风险的社会机制都可能包含控制因素与信任因素,而且两者还存在一定的功能替代关系,<sup>[11]</sup>当由于信息匮乏而无法进行控制时,信任就是一种降低风险的替代方式,反之也能成立。尽管如此,不同的社会机制对两者的偏重是不同的。控制指向现在,目的在于通过现实性的物质力量并在掌握充分信息基础上对行为进行精确安排,因此侧重于降低客观风险。而信任指向未来,并通过有限的信息符号对未来的可靠性进行潜在性的正面推断,因此侧重于降低主观风险。

控制主要通过设置严格的标准对他人行为做出精确安排,从而保证行为目标的预期实现,以降低他人行为的客观风险,<sup>[12]</sup>控制试图在当下就能够规划好未来,要求在当下就必须能够制定详细的规范标准,收集充分的信息,对未来的风险进行精确的评估和预防。控制不信任未来才能兑现的安全,只求掌握现在,要求在现在就安排好所有事务。控制可能表现为:科层制,管理,合同,权力,等级制,惩罚,计划,评估等等。<sup>[13]</sup>这些控制机制都力求能够收集充分的行为信息,从而实现对人际行为的精确安排。如科层制要求严密的档案分类与整理,而管理要求建立严密的监控机制,合同要求对来才会发生各种异常情况要设定详细的权利义务条款,等级制要求具备严格而又详细的职责定位以及为防止越位的惩戒机制,惩罚如做到赏罚分明,也必须要有观察入微、准确区分对错的监控机制,计划的有效性则依赖于对计划外的变化的准确预知,等等。这些控制机制克服信息不对称的方式就是收集更多的信息,从而在此基础上对行为实现精确安排,以降低客观风险。由于控制的有效性是建立充分信息的基础上,只有在具备发达的信息收集能力、综合能力以及分析能力,我们才能实施有效的管理与控制,<sup>[14]</sup>这不仅要求具备强大的物质力量,也要求具备出色的认知能力,只有当我们有着足够的人手、设施与能力去收集、存储与分类信息时,才能将正确的信息落实到具体的违规者与合规者身上,由此才能实现赏罚分明,实现预期的行为控制目标。

但由于人类理性的有限性与社会交往的广泛性,我们的信息收集能力以及控制能力往往是十分有限的。特别是由于现代社会时空的错位,人们的交往范围已经远远超出时空一体的面对面互动范畴,<sup>[15]</sup>这大大加强了现代社会交往的风险性,但风险介于现实性与非现实性、规范与事实、主观与客观的双重性特征,<sup>[16]</sup>也意味着降低客观风险并不是减少风险意识的唯一方式,我们同样可以通过降低主观风险的方式来减少风险意识。而信任就是减少主观风险的一种机制。

与控制对未来的不信任不同,信任对未来的不确定性持一种包容态度,信任不谋求对他人行为的精确控制,即便他人的行为在未来是不确定的,安全仍然是可以期待的。信任是根据有限的信息对未

[9] 控制与信任这一对不同降低风险的行为模式在管理学与组织社会学中的应用非常多,但对于本文也极具启示意义,See, T. K. Das and Bin - Sheng Teng, Between Trust and Control: Developing Confidence in Partner Cooperation in Alliances, *The Academy of Management Review*, Vol. 23, No. 3. (Jul., 1998), pp. 491 - 512.

[10] 参见[美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第9页。

[11] See, Guido Mollering, "The Trust/Control Duality", *International Sociology*, 2005, 20(3), pp. 283 - 305.

[12] See, T. K. Das and Bin - Sheng Teng, Trust, Control, and Risk in Strategic Alliances: An Integrated Framework, *Organization Studies*, 2011(22), p. 254; Andrej Rus and Hajdeja Iglic, Trust, Governance and Performance: role of International and Interpersonal Trust in SME Development, *International Sociology*, 2005, 20(3), pp. 371 - 391.

[13] See, W. Richard Scott, *Organization: Relational, Natural, and Open Systems*, Prentice - Hall, Inc, Englewood Cliffs, New Jersey, 97632, 1987, p. 282.

[14] 可参见吉登斯对现代民族国家控制条件的论述,参见[英]安东尼·吉登斯:《历史唯物主义的当代批判》,郭忠华译,上海译文出版社2010年版,第173 - 174页。

[15] 参见[英]安东尼·吉登斯:《现代性后果》,田禾译,译林出版社2000年版,第15 - 18页。

[16] 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2003年版,第26 - 35,90页。

• 44 •

来可靠性的潜在性推断,是一种促进风险交易的机制。<sup>[17]</sup>在信任当中,对未来的确定性假定使我们一定程度漠视当下的不确定性事实。信任介于知与无知之间,<sup>[18]</sup>并通过知推断无知,通过有限的过去推断无限的未来。信任是一种“信息透支”,尽管信任并非完全没有信息基础,但信任却超越其收到的信息去冒险地界定未来,<sup>[19]</sup>因此,信任与风险密切相关,信任某种程度是建立在幻觉之上,因为在信任关系中,可利用的信息少于能够保证成功的信息。人们在难以完全看透现实的情况下,通过对经验的粗糙提炼,将某些信息符号标志挑选出来作为证明信任与不信任的指标性事件与关键性变量,<sup>[20]</sup>如血缘、种族、学历、肤色、着装、谈吐甚至面相都有可能在被人们在信息匮乏环境中作为决定是否付出信任的关键性符号,在特定的制度条件下,法律也是这样一种信任符号。在信任关系中,人们会想当然地将容易获知的表面信息当成内在可靠的外在符号,从而放弃了对深层次信息的追问,并由此在主观层面上假定风险已经得到控制。

但是人们会如何接受这种不充分信息引导下的交往呢?这和信任特殊的复杂性简化方式有关。卢曼认为,在信任关系中“系统用内在的确定代替外在的确定性,因而提升他对外部关系中不确定性的耐受性。”<sup>[21]</sup>与控制不同,信任主要通过增加对行为风险的心理承受力也即通过降低主观风险的方式来保证外在世界的可靠性。信任很多时候并没有解决风险问题,信任只是增加了对于风险的心理承受力。信任一个人,很大程度意味着我们在无法完全掌控这个人的行为与动机的情况下可以放心将自己的重要事务或重大利益托付给他的自由裁量权。因此,信任“并不在于安全的增加及不安全相应的减少;相反,它在于以安全为代价的可承受的不安全的增加。”<sup>[22]</sup>信任的意义主要就不在于对风险的实际减少,而在于即使在风险未必实际减少的情况下提高了对于风险的心理承受力。即使信任有风险,人们也不会产生心理负担。这就为人们在缺少充分信息的情况下积极从事有风险的交往提供了心理基础与社会动力。

因此,通过信任,人们会超越有限的认知,将交往范围扩展到认知所无法把握的新领域,但信任并没有保证新领域中客观风险的实际减少。例如,在家族企业内部家族成员更易得到信任,即便其并不具备经营的必要能力。<sup>[23]</sup>血缘构成了信任推断的基础,即便其未必可靠。又如,欧洲历史上一个少数教派瓦勒度教派所建立的信任网络即便在基督教会的打压下也能够将重大而长期的集体性事业置于其他成员的失信、失误或失败的风险之中。<sup>[24]</sup>教派也是一种可信性符号,即便其潜含有巨大风险。在日常人际关系中,当面对自己值得信任之人时,如家人、朋友、同学,即使对方偶尔失约,我们也仍然会将其解释成意外,并继续坚持对方仍不失诚意的规范性期待。人们能够超越这些特定的关系纽带信息,建立远远超出这些纽带所能保证的可靠性的信任关系。信任所特有的包容性就在于即使遭遇他人的非预期行为,仍然在主观上保持对他人稳定的安全期待。在更广泛的政治领域,民主国家的公民尽管享有极为宽泛的政治自由,但只要没有超出法律的界限,不同的观点与行为并不被视为威胁,而是有价值与值得信任的创造力。自由意味着不确定性,但只有在信任态度之下不同的观点或行为才能作为一种正面性因素得到规范性期望的坚持,而极权国家的公民由于不被信任会被看成是“可疑的,永远不忠诚的,不服从的,会犯罪的”,因此一有异常举动就可能被严密监视与控制,<sup>[25]</sup>这两种不同的态度就是信任与控制的差别。极权社会比民主社会更不可欲,主要不是因为极权社会的控制更

[17] 参见[美]詹姆斯·S. 科尔曼:《社会理论的基础(上)》,邓方译,社会科学文献出版社1999年版,第108页。

[18] 参见[德]盖奥尔格·西美尔:《社会学:关于社会化形式的研究》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第251页。

[19] 参见[德]尼克斯·卢曼:《信任》,瞿铁鹏、李强译,上海世纪出版集团2005年版,第26页。

[20] 参见[德]尼克斯·卢曼:《信任》,瞿铁鹏、李强译,上海世纪出版集团2005年版,第99页。

[21] [德]尼克斯·卢曼:《信任》,瞿铁鹏、李强译,上海世纪出版集团2005年版,第35,103页。

[22] [德]尼克斯·卢曼:《信任》,瞿铁鹏、李强译,上海世纪出版集团2005年版,第104页。

[23] 可参见福山的相关论述,[美]弗兰西斯·福山:《信任:社会美德与创造经济繁荣》,彭志华译,海南出版社2001年版,第61 - 148页。

[24] 参见[美]查尔斯·蒂利:《信任与统治》,胡位钧译,上海人民出版社2010年版,第5页。

[25] 参见[波兰]彼得·什托姆普卡:《信任:一种社会学理论》,程胜利译,中华书局2005年版,第197 - 198页。

加严密,而是因为极权社会因缺乏社会信任而产生的普遍恐惧感。<sup>[26]</sup> 恐惧感就是对不确定性的极度焦虑。通过以上所述,我们可以认识到,信任不谋求对他人行为的完全控制,信任虽然需要具备一定的认知基础,但其对信息的要求明显比较低,从而大大降低了人们的信息负担。

## (二)作为符号体系的法律与通过法律的普遍信任

法律作为一种降低交往风险的制度体系更偏向于信任。而传统法学理论主要从控制角度来界定法律的功能,法律系统中的各种制度机制,如严密的规范体系,精确的权利义务安排,轻重得当的法律责任体系,繁琐的法律程序,严明的制裁机制,都具有明显的控制指向。这些制度机制一直以来都是法学研究的重点,但都以纠纷的解决为功能导向,强调对充分信息的掌握与对行为的精确安排,目的都在于通过法律机关的实际行为控制来降低客观风险。法律中的各种行为控制机制仍然很重要,但法律对整体性社会秩序的维持却不能完全通过行为控制本身得到解释。法律的功能更大程度上不在于实际的行为控制,而在于通过行为控制所展现出来的符号化意义。如果从控制的角度来界定法律的功能,就会发现法律是一种非常低效的控制机制。

卢曼曾指出,“如果法律的功能在于依靠权力和制裁来保证所规定的作为或不作为的贯彻,那么实际的法律运行就会经常甚至多数情况下不能自己运转”,<sup>[27]</sup> 以我国香港特区为例,香港是一个高度法治化的地区,香港也有着极为良好的治安环境,香港每10万人中的犯罪率远低于东京、纽约、巴黎、伦敦、多伦多这些发达国家的主要城市,但即便如此,在香港,根据香港警务处的统计,香港多年来的犯罪总破案率只有45%左右。<sup>[28]</sup> 在大陆地区,根据公安部的早年统计,公安机关对犯罪案件的总体破案率只有41%。<sup>[29]</sup> 其实这些统计数字还只是根据被发现的罪案所统计出来,还尚不包括那些未被发现的罪案,因此实际的犯罪率要高于统计出来的犯罪率,而统计出来的破案率也低于实际的破案率。国家的各种控制力量,如政府、警察、法院并没有收集一切违法信息的能力,如果法律的实施完全依赖于国家的信息收集、监控与制裁能力,很多法律将根本得不到实施。即便在美国这样的法治国家,被逮捕、审判与监禁的客观风险是相当低的,强奸的制裁风险只有12%,抢劫的制裁风险只有4%,恐吓、盗窃与汽车事故的制裁风险只有1%,<sup>[30]</sup> 法律制裁风险比统计出来的犯罪率更低,因法律制裁风险还涵盖了没有被警察发现的案件。法律之所以难以做到追究大部分的违法行为,是因为执法资源总是非常有限的。由于这一点,执法机关常常实施选择性执法,执法机关几乎总是从最容易侦破的那些案件中选择他们的追诉对象。<sup>[31]</sup> 不仅如此,警察部门往往还根据对违法行为严重性的主观感觉来决定是否执法。<sup>[32]</sup> 以上所述也仅仅是刑事法律的社会控制功效。对于数量更多的民事违法行为,我们有理由相信在政府与公民对这些违法行为的重视程度远逊于刑事犯罪的情况下,法律实施效率会低得多。因此,如果客观风险与主观风险完全一致,那么人们不论对于社会还是政府都会丧失信心,而违法行为在理性的指导下也会变成一项有利可图之事。

如果从控制的角度来界定法律的功能,那么法律将无力维持社会秩序。尽管很多学者都能从法律之外发现能够解决社会纠纷的非正式社会控制机制,但这并不意味着非正式的社会控制机制可以替代正式性的法律控制机制,<sup>[33]</sup> 如果是这样,那么国家的法治建设失去了必要性。在这里,我们不是

[26] 参见[美]汉娜·阿伦特:《极权主义的起源》,林骧华译,三联书店2008年版,第574—596页。

[27] 参见[德]N. 卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第78页。

[28] 参见香港特别行政区警务处:《罪案数字比较》,http://www.police.gov.hk/ppp\_sc/09\_statistics/esc\_2001\_2013.htm,2016年3月8日访问。

[29] 参见韦洪乾:《承认30%的破案率也是转变执法观念》,载《检察日报》,2004年6月16日。

[30] Tom R. Tyler and Yuen J. Huo, *Trust In The Law: Encouraging Public Cooperation With The Police and Courts*, Russell Sage Foundation, 2002, p. 22.

[31] 参见[美]理查德·波斯纳:《联邦法院:挑战与改革》,译海平译,中国政法大学出版社2002年版,第317页;

[32] 参见[美]让妮娜·贝尔:《警察与警务》,刘毅译,载[美]奥斯汀·萨拉特编:《布莱克维尔法律与社会指南》,北京大学出版社2011年版,第142页。

[33] 典型如埃里克森的观点,[美]罗伯特·C·埃里克森:《无需法律的秩序》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第167—179页。

· 46 ·

要否定法律对于维护社会秩序的作用,而是重新解释法律发挥这种方式。在我们对完善法律体系、提高法律解决纠纷能力的强调中,往往着重的是法律系统的信息收集能力与社会控制能力,但法律系统的信息收集能力往往难以满足社会控制的要求。实际上,法律的运作除了产生信息需求外,还会产生“信息冗余”,“信息冗余”不是一种信息,而是对其他信息需要的排除。<sup>[34]</sup> 法律运作的格式化与可重复性特征,能够使我们排除对经验环境中各种复杂信息的需求,我们大多数情况下只需要关注法律规范是如何规定的,而不必具体考察当事人复杂的动机、社会舆论的道德要求或者宏观的政治需求与经济需求。例如,法官在判断是否成立抢劫罪时只需要认定是否存在抢劫行为的证据即可,不必去考察犯罪嫌疑人是否生存困难,是否为了筹集病危家庭成员的医疗费,或者经济下滑导致失业率大增,即便这些法律运作之外的信息可能影响到法院最终的判决,但也不构成审判的必需信息。法律实际上减少了社会交往的信息负担,因为人们可以依赖可见的明文法律规范来推测他人行为,由此可以对各种复杂的背景因素进行“选择性失明”。法律适用的可重复性不在于具体案件的类似性,而是其符号化的效果,只有简单化的符号才具有可重复性,而依赖于具体情境的行为控制是无法原封不动地扩展到未来的个案的。就此而言,法律就是一套不随情境为转移的普遍化标志,其之所以必要,那是因为我们无法看见标志背后的未来,很显然,这套标志也不可避免地存在名不副实的风险,因为我们的未来完全可能是另一个样子。<sup>[35]</sup> 符号是对存在诸多可能性的未来的简化,通过符号化我们就超越人类在经验上的时空局限性,<sup>[36]</sup> 减少对未来的忧虑与信息需求,因为符号表象在当下的可见性以及能够延续到未来的稳定性能够保证对不可见未来的安全感。

法律在此主要以信任模式发挥其功能,法律规范是判断现代社会人际交往安全性的信息符号,<sup>[37]</sup> 但法律运作只能提供非常有限的关于未来的信息,人们只能在此基础上进行有风险的信任推断而无法进行完全的行为控制。以法律为指导的人可以一定程度忽视法律符号背后的信息与后果,并在面对不确定风险时能够假定社会交往的可靠性,正因为如此,法律能够超越多变的具体情境建立广泛的交往关系,但同时也不可避免遗留了失望的风险。类似于一般性的信任关系,通过法律的信任也是一种“谨慎的不介意”,因为其“放弃了某些可能深一层的信息”以及“对结果的持续控制”。<sup>[38]</sup> 各种法律运作也并不能实现对未来的完全控制,但能够让人们超越有限的法律运作,将正面性期待扩展到法律能够实际保障的范围之外。正式性的法律运作仍然很重要,但正式性法律运作的信息符号意义远远大于对纠纷的解决意义,其象征意义远远大于其对行为的实际控制意义。如法律制裁的信息符号意义就源于暴力的高度结构独立性,暴力是以“行动取代行动”,<sup>[39]</sup> 暴力可以脱离语境的限制仅仅以力量优势为前提,而不受等级秩序、角色语境、群体身份或价值判断等结构性因素的限制。<sup>[40]</sup> 暴力诉诸人类最原始的生物本能,是最直观的信息符号,因此能够被多元化的个体与群体广泛认知,从而可以构成信任的普遍信息基础。即便是我们熟知的合同控制也有着显著的信息符号意义,由法律所保障的合同对于合作关系的继续往往不在于其实际的条款有多么详细,而在于合同本身已经构成了一种交易双方的约定俗成的信任标志,<sup>[41]</sup> 合同对于社会交往的核心意义在于其法律强制力,其对

[34] 参见[德]N. 卢曼《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第185页;类似观点还请参见[美]阿德里安·沃缪勒:《不确定性状态下的裁判》,梁迎修、孟庆友译,北京大学出版社2011年版,第74页。

[35] 参见[德]N. 卢曼《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第65—66页。

[36] 参见[英]A. N. 怀海特:《宗教的形成/符号的意义及效果》,周邦宪译,贵州人民出版社2007年版,第101页。

[37] 参见张维迎:《信息、信任与法律》,三联书店,2006年,第38—44页。

[38] [德]尼可拉斯·卢曼:《信任》,瞿铁鹏、李强译,上海世纪出版集团2005年版,第29—30页。

[39] [德]尼可拉斯·卢曼:《权力》,瞿铁鹏译,上海世纪出版社2005年版,第70页。

[40] 参见[德]尼可拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯译,上海世纪出版集团2013年版,第144—145页。

[41] 芬兰与挪威有学者对一所大学与软件供应商之间合作关系的变迁进行了研究,发现合同控制对于每一次信任的建立都是必要的。See, Ari Heiskanen, Mike Newman, and Merja Ekin, Control, Trust, Power, and the Dynamics of Information System Outsourcing Relationships: A Process Study of Contractual Software Development, *Journal of Strategic Information Systems*, 17 (2008), pp. 268—286.

· 47 ·

于社会合作的促进效应往往远远超越合同中的具体条款,有了合同我们似乎更安心了,但合同本身的缺陷与模糊也往往成为纠纷的来源。

法律作为一套普遍化的符号体系,体现于一系列制度保障机制当中,如高度统一性的知识体系,受过同质化法律教育的法律共同体,统一性的司法考试,普遍设置的司法机关,纠纷的普遍可诉性,这些制度机制一定程度保障了法律符号体系能够面对不同的处境时能够得到相同或相似的理解,成为各色个体与群体中最畅通的符号标志。法律是“铁面无私”的,正因为法律不通人情,因此法律能够超越人情,成为大多数人最值得信任的符号标志。现代社会中法律符号的信任效果远远超出其他类型的可信性符号,如种族、血缘、宗教教派等,这些符号体系不仅涵盖范围有限,而且缺少普遍化制度机制的支撑,不足以超越现代社会的多元化特征,建立真正稳固的普遍信任。而且这些符号由于意义指向的局限性还可能成为不同种族、血缘、教派之间不信任的来源,<sup>[42]</sup>不同群体的成员之间往往因为外在符号的差异而对收益与风险都不可观察的公共决策持强烈怀疑态度,如在欧洲的整合过程中,民族身份成为了难以逾越的“前政治信任基础”,民族的不同严重妨碍了互相承当义务、互相为彼此牺牲的信任关系的形成,因为任何统一的政策都可能被怀疑对其他民族造成了损害。<sup>[43]</sup>实际上即便在单一民族国家内部财富分配都无法做到绝对的公平,但不可知的不公平在信任条件下就是可以接受的。而人们可以借助法律这个高度普遍化的沟通符号,脱离具体情境的限制,建立相互之间的信任,从而即便仍然残留风险的情况还能保持有风险的合作。

## 二、法条主义作为意识形态:对法律意义的象征性稳定化

稳定的信任关系必须以有着稳定意义的信息符号作为基础。不论何种法律运作,如成为信任的稳定信息基础,就必须维持其意义的稳定性,这种稳定既可以是实质性也可以是象征性的。前述的普遍化的制度机制无法完全保障法律规范意义的稳定性,不确定性风险仍然存在,而这需要法条主义从主观上来降低风险。家庭成员之间之所以存在难以撼动的信任关系,很大程度上也是因为血缘纽带被家庭伦理所赋予的高度稳定性意义,而且这种稳定性在很多情况下还是象征性的,而非实质性的,正如前文所述,血缘纽带并不能保证家庭成员在新情境中的可靠性,不确定性风险仍然存在。同样道理,对于作为社会信任的普遍信息基础的法律,法条主义在面对多变的具体情境时也维护了规范运作意义的象征性稳定。如果说家庭伦理是掩饰家庭成员风险维护家庭关系稳定的一种意识形态,那么法条主义也就是掩饰法律运作风险维护法律规范意义稳定性的一种意识形态。法条主义在立法层面假定法律体系有着完整、严密的逻辑结构,在执法与司法层面则假定可以通过根据既定的法律规范以及严格的逻辑推导得出法律决定,即使法官与执法人员实际做不到这一点时,也绝不会承认自己的个人想法或偏见参与了法律决定,而总是声称在“严格依法办事”;而在普通大众对于法律的理想性认知与期待中,法律除了条文所体现出的文字含义外应当是别无二解的。而法官与执法人员的法条主义宣称在一定程度上也迎合了这种认知与期待,从而保证了法官在不得已情况下造法的社会正当性。法条主义意识形态的基本内容就是法律规范有着完整、确定的逻辑结构,能够适用于多变的语境,可以作为指引行为的稳定标志。

### (一) 作为意识形态的法条主义

法条主义批判者基于理论与实践的二元划分,将法条主义与法律实践绝对对立起来,并试图用某种更具解释力、更有灵活性的法律理论代替这种错误的法律理论,进而能够有效地指导法律实践。固

<sup>[42]</sup> 关于种族身份导致不信任的情况,请参见 Russell Hardin, *One for all: Logic of Group Conflict*, Princeton University Press, 1995, pp. 46–70; 关于血缘作为信任基础的局限性的情况,请参见郑也夫:《信任论》,中国广播出版社2001年版,第93–94页;关于宗教派别导致不信任的情况,请参见[印度]阿马蒂亚·森:《身份与暴力——命运的幻象》,李风华等译,中国人民大学出版社2012年版,第1–14页。

<sup>[43]</sup> 参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《后民族结构》,曹卫东译,上海人民出版社2002年版,第112–114页。

然,法条主义不论是作为法学理论还是作为法律方法,都是非常贫乏的。法条主义不论是在法律教义当中,还是在法律实践当中,从实证的角度来看都是虚构。法条主义掩盖了立法的不完善、解释的主观性与历史性,法官在审判过程中的价值权衡与政治权衡。而且由于普通公民与法律系统之间所存在的高度信息不对称,人们大多也无法观察到法官在何种情况下进行了政治权衡,何种情况将个人的价值偏见带入判决当中,在多元化的规范当中何时进行了主观性的选择,人们也很难凭借法条主义对案件审判进行具体指导与批判,并对法官的实体判断进行有效约束。很多判决中的推理也属于法官的潜意识,即便要求法官就他们的判决说明实际出自何种动机,他们也未必能够做到这一点。法条主义不仅从理论角度难以解释现实当中法官所存在的大量自由裁量权,而且从方法论上也无力应付具体案件中的实体正义。

如果说法条主义是一种错误的法学理论或者法律方法,并且近百年来经过社会法学、现实主义法学、批判法学、实用主义法学等各种理论的不间断批判,但为什么这种批判丝毫没有撼动法律实践中法官对法条主义的坚持,也没有撼动普通公众对法治的法条主义认知与追求?由于法律系统的功能压力,不论是法律人还是普通公众都倾向于以法条主义来理解法律系统的运作,法条主义是符合法律人与普通公民共同期待的潜在性共识,<sup>[44]</sup>构成了法律人与公众所共同坚持的正统性意识形态。即便对于美国联邦最高法院这种政治性极强的法院在公众心目中的形象都是法条主义式的,<sup>[45]</sup>如果联邦最高法院破坏这种形象,则就会遭致社会舆论的一片谴责,如在1954年布朗案判决著名的脚注11中引用了社会科学领域的文献,就立刻有人抱怨该判决更像是一个社会学的论文,而不是法律意见。<sup>[46]</sup>对于法官来说,法条主义是他们关于司法行为的“官方”理论与被他们所内在化的司法“游戏”规则,<sup>[47]</sup>在很多法官看来,对他们最恶劣的批评就是被标签为政客,并被认为是在审判中以结果而不是以规则为导向,<sup>[48]</sup>法律人普遍厌恶政治中的谈判、权宜与武断,而与此相应的是,公众普遍认为政治不可避免是肮脏的,<sup>[49]</sup>法条主义因此是法律人与公众双方所最易于接受的共同假定,即便这个假定不是真实的。而且法条主义作为一种意识形态也不仅仅是一种理论虚饰,而且还是一种实实在在的实践压力,因为在任何法律论证的框架内,一种行为如想成为正当的,就必须能够证明在所有的类似情境中均为正当,可普遍化、要求同等情况同等处理是任何法律论证的基本属性与潜在假设。<sup>[50]</sup>这正是法条主义的要求。

对于这种坚持与追求,我们就不能仅仅停留对法条主义作为一种法律理论或法律方法是正确还是错误的简单批判层面上,而必须超越正确与错误,挖掘法条主义更深层次的意义。从知识社会学的角度来看,法条主义作为法律系统的意识形态既非蓄意的谎言,也非单纯的谬误,而是“从某种因果决定因素产生的必然和无意的结果”,意识形态作为一种理论不论真假,都是实践的一个功能。<sup>[51]</sup>意识形态不仅仅是对于实践的一种描述,而是实际上参与到实践的构成当中,按照齐泽克的观点,“意识形态不是用来掩饰事务的真实状态的幻觉,而是用来结构我们的社会现实的(无意识)幻想”<sup>[52]</sup>以

<sup>[44]</sup> 参见周贊:《一百步与五十步:法条主义与其批评者的差别》,载《江汉论坛》2014年第2期。

<sup>[45]</sup> See, Vanessa A. Baird & Amy Gangl, *Shattering the Myth of Legality: The Impact of the Media's Framing of Supreme Court Procedures on Perceptions of Fairness*, *Political Psychology*, Vol. 27, No. 4 (Aug 2006), pp. 597–614; J. M. Scheb & W. Lyons, *The myth of legality and popular support for the Supreme Court*, *Social Science Quarterly*, 81, 2000, pp. 928–940.

<sup>[46]</sup> 参见[美]劳伦斯·M. 弗里德曼:《评判法官:关于法官思维方式和行为方式的一些评论》,载[美]约翰·N. 卓贝尔编:《规范与法律》,涂永前译,北京大学出版社2012年版,第161页。

<sup>[47]</sup> 参见[美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第38、42页。

<sup>[48]</sup> 参见[美]哈里·T. 爱德华兹:《从法官的角度谈司法规范》,载[美]约翰·N. 卓贝尔编:《规范与法律》,涂永前译,北京大学出版社2012年版,第272页。

<sup>[49]</sup> 参见[美]朱迪丝·N·施克莱:《守法主义》,彭亚楠译,中国政法大学出版社2005年版,第15–16页。

<sup>[50]</sup> 参见[英]尼尔·麦考密克:《修辞与法治》,程朝阳等译,北京大学出版社2014年版,第63、122页。

<sup>[51]</sup> 参见[德]卡尔·曼海姆:《意识形态与乌托邦》,黎鸣等译,商务印书馆2000年版,第23、62、128页。

<sup>[52]</sup> 参见[斯洛文尼亚]斯拉沃热·齐泽克:《意识形态的崇高客体》,季广茂译,中央编译出版社2014年版,第30页。

“真/假”来看待意识形态是肤浅的，意识形态不是对于现实的虚假描述，其本身就是现实的一部分，并推动着现实的运转。即便法条主义对于解释法律实践是一种错误的理论，但错误的理论如同形形色色的意识形态一样，也能够服务于特定的法律实践功能。没有法条主义这样一种“错误”的理论，很多法律实践就是不可能的。无论是社科法学中关于政治、经济、文化、心理等的外在经验考虑还是法教义学中的法律人通说，在缺乏法条主义的掩护之下，都很难得到人们的认可，因为无论是复杂的外在经验还是理论化的法律人通说，对于大多数法律外行都太过于难以捉摸，都比不上“白纸黑字”的法条在认知上来得简单，法条主义的假定大大减轻了人们的认知负担，使得人们不必去计较法律决定背后的深层次因素，而仅仅以“白纸黑字”为依据，从而方便了基于法律的信任以及对于法律的信任。因此，法律实践很大一部分是由“幻觉”构成的，如果我们“知情太多”，“看穿”了社会现实的真实运作，这种现实就会瓦解。<sup>[53]</sup> 如果我们知道法官在判决中掺杂了各种政治考量、个人好恶、偏执情感甚至奇思妙想，我们也就无法放心地将自己的权益交给法官来处理了。我们之所以信任法官，并愿意接受法官的判决，正是基于对于法官作为法律“化身”的假定：法官能够不带个人观点与好恶、持之以恒、一以贯之的适用既定的法律。这种假定使得人们不必计较法律运作中实际存在的不确定性，大大降低了人们对于法律的认知负担。按照经济学的观点，意识形态是节省信息成本的一种工具。<sup>[54]</sup> 用本文中的术语来说就是，人们在法条主义这个意识形态的支持下有了更大的“信息冗余”。在法条主义这个意识形态的“迷惑”下，我们可以适当地漠视规范之外的不确定性风险，这提升了我们在充满风险的社会中进行积极冒险的能力。法条主义能够使人们假定法律规范的适用即使受到外界的干扰仍然能够保持意义的稳定性，从而能够对法律付出信任，或引导人们以法律作为信息符号对他人付出信任，积极参与各种有风险的社会活动。很多学者不论是通过理论分析还是实证研究都会得出结论：法治国家由于对财产权的明确划分与保护而有着更高的社会信任度，<sup>[55]</sup> 或者以法律为基础的正式合作能够促进以信任为基础的非正式合作的繁荣。<sup>[56]</sup> 法律能够促进社会信任是毫无疑问的，但法律能够实现这一点并不完全是因为严密的规范与严明的制裁，而也相当大程度上依赖于法条主义意识形态对法律普遍有效性的虚构。法律信任和法律实践带有很大的盲目性。

为什么我们难以从理性认知出发建立对法律的信任呢？首先完全准确的信息会导致人们对法律丧失信任，正如上文所言，客观的法律制裁风险会使违法行为成为一项有利可图之事。其次，即便只有少数案件是不公正的，但关键是我们无法知晓这少数的不公正案件到底是哪些。无知使得我们无法基于充分信息准确辨别哪些案件是公正的，哪些是不公正的。为了降低认知负担，我们对于复杂的法律现象只能做出完全肯定或完全否定的泛化性判断。这是人类面对无知时所普遍采取的一种认知模式。这就是一种信任的态度，其不能忍受矛盾，也不能忍受模糊不清，信任的逻辑决定了我们不能“差不多地信任”，<sup>[57]</sup> 这一点正如曾有记者向崔永元提到国产奶粉合格率是99%，问其是否对国产奶粉有信心，但崔永元立即提出反驳：他不知道另外的1%在哪。<sup>[58]</sup> 信任遵循全赢或全输的原则，<sup>[59]</sup> 法律系统中少数不公正的案件，只要其实际发生过或我们听说其发生过，就足以使我们难以建立对法律的整体性信任，进而延伸到未来无数个案当中人们对法律的拒绝。而且这少数不公正的案件一旦被

<sup>[53]</sup> 参见[斯洛文尼亚] 斯拉沃热·齐泽克：《意识形态的崇高客体》，季广茂译，中央编译出版社2014年版，第15页。

<sup>[54]</sup> 参见林毅夫：《新结构经济学》，苏剑译，北京大学出版社2014年版，第279页。

<sup>[55]</sup> 参见张维迎：《产权、政府与信誉》，三联书店，2001年，第10页；Lanlan Wang and Peter Gordon, Trust and Institutions: A Multilevel Analysis, *The Journal of Socio-Economics*, 40(2011), pp. 583–593.

<sup>[56]</sup> See, Jack Knight, Social Norms and the Rule of Law: Fostering Trust in a Socially Diverse Society. Karen. S. Cook. Editor. Trust in Society. Russell Sage Foundation, 2001. pp. 354–371; Karen S. Cook, Russell Hardin, and Margaret Levi, Cooperation Without Trust? Russell Sage Foundation, 2005, p. 84.

<sup>[57]</sup> 参见[德]扬·菲利普·雷姆茨玛：《信任与暴力——试论现代一种特殊的局面》，赵蕾莲译，商务印书馆，第14页。

<sup>[58]</sup> 参见刘凌林：《寻找1%》，载《中国企业报》，2013年3月12日，第017版。

<sup>[59]</sup> 参见德米歇尔·鲍曼：《道德的市场》，肖军、黄承业译，中国社会科学出版社2003年版，第407页。

• 50 •

公众发现，而且还得不到纠正，还具有指标性和代表性价值，成为公众判断法律整体性公正进而决定是否与法律合作的重要信息依据。正如南京彭宇案所产生的恶劣影响并不仅仅限于个案本身，而是现实当中无数的根本不会进入诉讼程序的行为决定，当人们再次看到摔倒的老人时，决定他们行为的既不是当下这个老人的诬赖风险，也不是他们的胜诉概率，因为这些都不得而知，而是彭宇案中法律在制裁倚老卖老上的无能为力这一众所周知的信息。这少数不公正案件不可能通过法律系统自身得以完全消除，但如果我们还认为法律即使不完美还是需要遵循的话，那么就必须通过法条主义这样一种虚幻的方式将个案不公解释成事实上的意外，而不是当成规范固有的缺陷。由此，我们才能在法律本身即使存在风险的情况下，还能使人们继续以法律为基础保持普遍合作。

## (二) 法条主义对法律规范意义的象征性稳定化

为了建构赢得信任的信息，法条主义是最根本性的意识形态策略。按照现代语言哲学理论，法律规范作为一门独特语言的意义取决于特殊的语境与解释者，正所谓“世界上没有两片完全相同的树叶”，这意味着法律规范的意义是不可能具有绝对的确定性的。而法律规范是判断现代社会人际交往安全性的重要信息符号，为了建立人们对于法律的信任或基于法律运作的信任，法律系统只能通过维护法律规范意义的象征性稳定来实现这一点。法律系统在实现社会交往安全的功能压力之下，甚至可能采取一种欺骗性的“虚幻”方式来保证自己的功能承诺。<sup>[60]</sup> 外在世界是高度复杂的，但行动仍然必须要做出，而行动又不能是任意的，必须有某种确定的依据，而法律系统正是通过法条主义这种“虚幻”的方式保证了行动的确定性。尽管西方法学理论长期以来就有对法条主义不间断的批判，但这种批判恰恰表明法条主义的持久生命力，因为法条主义适应了整个法律实践的功能需求。法条主义能够使法律作为穿梭于复杂的外在世界的主线，使人们在面对诸多失望可能的现实时，仍然能够相信法律的普遍有效性。

通过法条主义的意识形态装扮，法律能够成为政府与公民或公民与公民之间值得信任的沟通媒介，使人们相信法律是客观中立的，可以成为指引行为的稳定标志。法条主义被用以说服那些遭遇失望风险的人，不论他们遭遇何种失望，法官总是在法条主义的名义之下宣称这是根据客观性法律规范逻辑推导的结果，这就使得规范的可信性与正当性在遭遇失望时仍然能够得到坚持，因为法律并未歧视任何人。即使在实际不符合法条主义的法律实践当中，法官都以法条主义来掩饰实际的价值权衡与政治权衡。英国法官关于先例的理论就认为，先例只能要么被遵守要么被区别，<sup>[61]</sup> 不论是遵守还是区别，都没有否定原有法律规范的既定效力，因此并没有破坏法律规范作为信任的稳定信息基础的象征意义。法条主义在法官意识当中甚至到了不自觉的地步。法官往往并不会煞费苦心地去确认适用法律与创制法律的界限，法官在他认为是纯粹适用法律的过程中也可能制定新法律。<sup>[62]</sup> 法官对法条主义的自我宣称实际也是在迎合公众对法律的规范性期望，没有法官对法条主义的自我宣称，就无法取信于民。如果实在达不成法条主义的结果，那么就必须予以掩饰。在美国，联邦最高法院大法官会议的内部讨论是不能对外公开的，因为“偶尔出现的不和谐音符”会极大地影响在任法官的声誉。<sup>[63]</sup> 声誉就是一种信任现象，通过法条主义的外在表象，人们即使对法官的实际想法并非知根知底的情况下也能信任法律的确定性与完美性。在法国，议庭也不允许出现异议，要用同一种声音来表述法律，而不能破坏法律中的清晰性与确定性。<sup>[64]</sup> 中国法院也是如此，尽管在判决中看不到实用主义的思考，但有法官也坦率承认，他们经常是实用主义审判，但经常装作法条主义而已。<sup>[65]</sup> 不仅法

<sup>[60]</sup> 参见高宣扬：《鲁曼社会系统理论与现代性》，中国人民大学出版社，2005年，第98–99页。

<sup>[61]</sup> 参见[英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威》，朱峰译，法律出版社2005年版，第162页。

<sup>[62]</sup> 参见[英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威》，朱峰译，法律出版社2005年版，第180–181页。

<sup>[63]</sup> 参见[美]杰弗瑞·A. 西格尔、哈罗德·J. 斯皮斯、莎拉·C. 蒂娜莎：《美国司法体系中的最高法院》，刘哲伟、杨微波译，北京大学出版社2011年版，第314页。

<sup>[64]</sup> 参见[英]尼尔·麦考密克：《修辞与法治》，程朝阳等译，北京大学出版社2014年版，第329页。

<sup>[65]</sup> 参见于明：《法条主义、实用主义与制度结构》，载《北大法律评论》2013年第14卷第1辑。

律人的职业意识形态认为法官是在释法而非变法,公众也期望法官是在释法而非变法,法律职业理念与公众期望共同决定了只有法条主义才能满足双方的互信要求,<sup>[66]</sup>才能使法律成为双方沟通的可信标志。尽管法条主义掩饰了实际的法律运作,但只有通过掩饰,人们才会将法律当成稳定的信息标志,并在此基础上进行信任推断,实施有风险的合作。法条主义附属于整体性的法律实践要求,在法律系统的功能压力之下,法条主义是一种必要的与无意识的虚构。

法条主义为了稳定化法律规范的意义,还采用了一项我们熟知但也极具迷惑性的法律技术,也即规则与原则的区分。众所周知,规则与原则在法律系统中一般作为两种不同的规范来对待,规则一般较为具体,而原则较为抽象。法条主义涵盖整体性法律实践,但有着严格适用条件的规则并不能涵盖所有社会问题。这就可能导致失望,为了避免可能产生的失望,维护法律值得信任的幻想,原则应运而生。原则具有高度的抽象性,高度的抽象性意味着即便是互相冲突的规则都可以归结到同一原则之下,即便在规则上遭遇失望的人都能够被说服其失望是符合原则所代表的期望的。不仅如此,即便不同原则的适用之间存在冲突,也不会导致相互否定,因为对于冲突的原则我们只能进行相互衡量或平衡。<sup>[67]</sup> 原则能够掩盖法官对不同规则进行选择时的价值权衡与政治权衡,制造法律系统统一性的假象,维护了法律规范的连贯性与稳定性。原则类似于卢曼所谓的“或然性公式”:能够不知不觉地穿越确定性与不确定性之间的界限。<sup>[68]</sup> 原则基本没有明确的适用条件与适用范围,只是给人们画了一个可以任意伸缩的框框,原则本身虽然没有确定性但却显得毋庸置疑,并要求比规则得到更大程度的尊重,使人们即使在实际遭遇不平等时,还能高呼不可名状的法律正义。原则由于高度的不确定性,当然无法做到解决纠纷、控制行为,但在符号层面上却具有实践意义:原则的象征稳定性能够使人们以此作为信息基础对政府与他人付出信任,并愿意承当可能的风险。

在法律规范体系当中,宪法基本就是原则的集合,宪法规定了公民的基本权利与义务,但这些权利义务缺乏明确的适用条件,解释的弹性极大,这同时也意味着宪法规范无须经常性修改。高度稳定的宪法却能够维护国家的象征性统一,不同种族、不同利益群体、不同阶层在某种程度上都可以整合到一个宪法框架当中,从而能够避免公众因无法直观判断财富分配的公平性而对统一性政治决策产生的不信任。这也是哈贝马斯等学者所推崇的宪法爱国主义的宗旨所在。哈贝马斯认为,现代民族国家的认同应由民族主义爱国主义转向宪法爱国主义,其实质就由建立在民族身份基础上的政治信任转向建立宪法基础上的政治信任。宪法爱国主义就是通过普遍性的民主与人权来建立超越民族身份的普遍信任关系,从而维护国家的象征性统一。<sup>[69]</sup> 众多周知,马丁·路德·金所领导的民权运动力求在既有的联邦宪法框架内通过非暴力方式谋求黑人的平等权利。黑人的民权运动在抗议白人政府歧视的同时,也坚持了人权法案的正当性。美国民权运动之所以能够赢得白人群体的信任,正是因为对在美国社会享有崇高地位的宪法的坚持,宪法成为实际上可能会导致社会秩序失控的民权运动最显著的可信性标志之一。<sup>[70]</sup> 因此,宪法作为一套解释弹性极大、无须进行经常性修改的原则体系能够成为不同群体相互信任的稳定信息标志,从而能够即使在实际上遭遇可能不公平的政治决策时,还能够对政府的未来抱以稳定的信任。

[66] 参见[美]朱迪丝·N·施克莱:《守法主义》,彭亚楠译,中国政法大学出版社2005年版,第11页。

[67] 参见[美]迈克尔·D·贝勒斯:《法律原则:一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第13页。

[68] 参见[德]N.卢曼《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第116—117页。

[69] See, Jürgen Habermas, *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historian's Debate*, edited and translated by Sherry Weber Nicholsen, MIT Press, 1989, p. 255; [美]扬·维尔纳·米勒:《宪法爱国主义的一般理论》,徐霄飞译,载《清华法治论衡》2009年第02期。

[70] See Jeff Wallenfeldt, *The black experience in America: from civil rights to the present*, Britannica Educational Publishing, 2011, pp. 34—39.

### 三、法条主义的风险掩饰技术:对不确定性因素的象征性隔离

法条主义维护了法律意义的“虚假”稳定性。但法条主义实现这一点并不仅仅是因为空洞的说教,也需要一系列制度条件的支撑,这些制度条件不在于使得法条主义变成事实,而是通过一系列的制度“假象”使法条主义更有“欺骗性”的说服力。而且更重要的还在于,尽管稳定的信任要求稳定的法律规范意义,但法律如果完全脱离现实或拒绝回应其他社会领域的要求,从而完全无法兑现自己的承诺,那么肯定也不会得到人们的信任。任何意识形态如果完全脱离现实,最终都会破灭,更何况法条主义并不是什么神圣性的宗教信仰。因此,意识形态也需要适应变化的外部环境。但现代法律制度是如何在保持法条主义意识形态的可信性的同时,也能够维持对于外部现实的不确定性的认知与学习呢?在适应外部不确定性的同时,其他社会领域的干扰可能会使法律的意义失去稳定性,这会破坏法律的信任功能,但法律也不能完全漠视其他社会领域的干扰以及由此带来的不确定性。为了一方面继续维护法条主义对法律规范意义的象征性稳定性,另外一方面又可以在法条主义的外在名义下正当地考虑其他社会领域的合理要求,法律系统就通过种种象征性的风险掩饰技术将其他社会领域的不确定因素隔离、消解、掩盖起来,但同时在掩饰之下又不会过分阻碍对其他社会领域合理要求的吸收。在法条主义的风险掩饰技术的支持下,社科法学中各种外在的经验考虑就有了正当地进入法律实践中的可能,从而使得法律不会过于脱离社会现实。

在现代社会,其他社会领域的不确定性因素对法律确定性的干扰主要来自对判定事实的科学要求,政治领域中的权衡以及道德领域中的价值争议。通过规范与事实、政治与司法、程序规则与实体规则的分化,法律系统就可以将判断事实真假、权衡政治利害、调和价值争议等众口难调而可能遭受不公正非议的事务排除在法律系统之外。这些法律系统之外的因素即使实质上参与了法律决定的做出,并导致不符合法条主义意识形态的不确定性,那么不确定性也不会被归责于法律系统本身,法律规范意义的象征性稳定仍然能够得到维持,法律规范的正当性仍然值得坚持。这些分化技术有着类似的功能,目的都在于将法律系统之外的因素与法律系统象征性地隔离开来,从而维护法条主义意识形态的有效性,同时也不会过分妨碍对于外部现实的不确定性的认知与学习。至于为什么这些象征性隔离会有实践效果,我们也许要将其归因于制度符号类似于福柯的“知识—权力”或者布迪厄的“象征权力”所具有的对认知与意识的塑造能力。<sup>[71]</sup> 这些所谓的“权力”也不完全是一种外在的压制,在某种程度上也源于公众基于自身安全需求所做出的制度选择,尽管这种安全可能是虚幻的。

#### (一) 对事实判断的象征性隔离

法律规范作为一套符号体系代表的是对未来的稳定期望,相比于不稳定的未来,符号具有更大的稳定性。现代社会的法律基本都是实证法,实证法必须能够通过白纸黑字的符号化方式被书写出来,而书写能够帮助我们摆脱熟人社会具体互动处境的束缚,大大扩张我们的交往潜力,因为书写是“讨论与交流的普遍载体,它可以使原封不动地普及建议、理论与规范。”<sup>[72]</sup> 因此,法律能够借助书写的符号形式将现在原封不动地扩展到未来。<sup>[73]</sup> 但未来始终是不可预知的,“人们不可能抢在未来的前头,以便在现下的决定本身里限定住未来的潜在危害。”<sup>[74]</sup> 因此规范所指示的未来与未来才会发生的经验事实之间必然存在难以克服的张力。但法律的特殊性还在于其对于经验事实的免疫力。卢曼认

[71] 参见[法]米歇尔·福柯:《知识考古学》,谢强、马月译,三联书店2000年版,第203页;以及法皮埃尔·布迪厄:《帕斯卡尔式沉思》,刘晖译,三联出版社2009年版,第200—201页。

[72] 参见[法]阿兰·佩雷菲特:《信任社会——论发展之缘起》,邱海婴译,商务印书馆2005年版,第66页;也请参见[德]尼可拉斯·卢曼:《权力》,瞿铁鹏译,上海世纪出版社2005年版,第8页。

[73] 参见[英]安东尼·吉登斯:《历史唯物主义的当代批判》,郭忠华译,上海译文出版社2010年版,第39页。

[74] Georg Knecht/Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁显贵译,台湾巨流图书公司1998年版,第223页。

为,法律就是对抗现实而稳定化的行为期望(expectation),主要功能在于保持规范性期望的稳定性。<sup>[75]</sup> 规范性期望的稳定性不意味着期望在事实上的完全实现,而在于即使在期望没有实现的情况下还能坚持期望的正当性。这实际上就意味着信任,信任对于异常风险有着特殊的包容性,信任在风险未必实际降低的情况下能够提升我们对风险的内在承受力,而通过法律的信任则就意味着即使人们实际遭遇不符合法律规范的失望时,还能坚持法律规范的正当性,也即法律规范对于行为的符号指示价值。通过法律的信任也并非源于法律所要求的行为在经验上的规律性,我们也不应指望所有人都会自觉遵守法律,规范的目的不在于控制未来,我们单凭规范无法预测未来,规范更大的意义在于增加了我们对于未来风险的内在承受力。

规范所具有这种对抗事实的能力并不意味着规范的适用可以脱离具体的事物,而在于规范对事实的象征性隔离。抽象的规范的适用肯定是离不开具体的事实的。如果法律完全杜绝非法律事实的影响,规范性期望会更加不可靠,因为事实本身也有一定的规范性力量。<sup>[76]</sup> 虽然法条主义要求我们将规范制定得尽量精确一些,以保证无须法官特别解释就能够根据日常语境得到准确适用,但规范的过分僵化也会妨碍规范功能的实现。任何可信的制度体系都必须保持对非制度事实的一定开放性,法律不能蛮横地忽视科学上的新发现与现实的行为困境。但规范对事实的开放性并不然导致规范的不确定性。美国法学家弗兰克认为法律的确定性只是一种法律人与公众为获得安全感所有意无意制造出来的神话,因为在事实认定这一对法律适用至关重要的环节并没有确定性,事实更多地源于法官在认证证据过程中的主观猜测,与此相应的就是法律权利只是在法律诉讼中关于未来的一种赌博。<sup>[77]</sup> 弗兰克的观点颇为偏颇,但确实道明了事实的不确定性对于规范确定性的可能破坏。但弗兰克无法解释为什么在法律系统在如此不可靠的情况下,还能够正常运转?我们为什么不用更加变化多端的政治来代替同样变化多端的法律?针对弗兰克的批判,现在需要解决的问题是法律如何在保持对不确定事实的开放性的情况下,还能维持人们对法律确定性的信任。根据信任的逻辑,这个问题就意味着在法律对未来才会发生的事物保持开放性适应的同时,还能维持法律规范作为信任的信息基础的象征性稳定性。规范通过与事实之间的分化解决了这一问题。

正如哈特所认为的,法律规范作为语言本身就是一种对外界事实有着认知能力的“开放性结构”。<sup>[78]</sup> 但法律规范语言的特殊性还在于采取了“条件程式”的形式,也即“如果……那么……”的形式,<sup>[79]</sup> 这更明确地将对外界事实的考虑纳入到规范结构当中。通过“条件程式”,规范与事实得到了重新组合,法律在保持规范上的封闭的同时,也实现了认知上的开放,一方面即使在遭遇异常行为时也不会使规范无效,另一方面,也能够响应认知方面重新确立事实的要求。<sup>[80]</sup> 规范将事实的认定留给了未来,当下唯一能够确定的就是条件程式的结构。条件程式在坚持法律规范意义的稳定性的同时,也正当地将认定事实的认知要求纳入到法律决定当中。通过这种方式,法律在保持对事实的开放性过程中也维持了自己的形式化象征地位。如果从动态的角度来看,事实与规范之间实际上有着类似于齐佩利乌斯所说的“眼光的往返流转”的关系,也即两者是多阶段、逐步尝试、深入的相互选择过程,在此过程中,不相关的规范与事实以及不恰当的解释被逐步排除。<sup>[81]</sup> 但在这一过程中,只有规范性条文作为可见的主线贯穿其中,这保证了通过法律的信任的稳定性。事实的不确定性在貌似确定性

[75] 参见[德]N.卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,68页。

[76] 参见[德]尼可拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯译,上海世纪出版集团2013年版,第167页。

[77] 参见[美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版,第15—38页。

[78] 参见[英]H·L·A·哈特:《法律的概念》,许家馨等译,法律出版社2006年版,第119—131页。

[79] 参见[德]N.卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第102页。

[80] 参见[德]尼可拉斯·卢曼:《法律的自我复制及其限制》,韩旭译,载《北大法律评论》1999年第2期;[德]N.卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第38—42页。国内有学者也曾表达过类似的意思,如刘星

认为法条主义本身及其所对应的实践本身是内在地富有弹性的,参见刘星:《怎样看待中国法学的“法条主义”》,载《现代法学》2007年第3期。

[81] 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第130页。

性的条件程式的遮蔽之下,退居不可观察的幕后,变成了可接受的风险。

由于法律文本作为书写与文字符号的属性以及条件程式对这种属性的加强,法律脱离了信息传递的时间束缚与信息传递者的意向束缚,能够作为信息被重复使用,因此能够实现对抗事实的高度稳定性,但对法律的意义理解也失去了情景上与意向上的一目了然,而这必须被解释所取代。<sup>[82]</sup> 法律解释在此具有一个重要功能:弥补规范与事实之间的张力,当法官试图做出相对于以前案例的不同判决时,能够将当下的案件事实当成普遍规范的例外情况,在此过程中,不符合规范的现象被象征性地消解,规范还可以继续被看成持续有效的。<sup>[83]</sup> 当法官需要对某个案件需要做出不同于过去的判决时,会强调该案的特殊性而不是普遍性,但特殊性恰恰在另一面衬托了规范的普遍性。公民的权利主张即使被法律所否决,但这也只是对事实的否决,而不是对既定规范的否决,法律仍然值得信任。

## (二) 对政治权衡的象征性隔离

政治历来被当成是对司法独立与法律公正的最大威胁,但是正如现实主义法学与批判法学的研究所表明的,实际的司法审判中往往不可避免地包含有政治权衡的成分,法条主义很多情况下只是一个神话。当然,不是说法律与政治就没有区别,但由于法官实际决定动机的复杂性与不可观察性,如果法律制度如果不能以显而易见的符号化方式表明法律独立于政治,那么即便实际的司法审判没有政治因素的干涉,人们也不会信任司法的独立性与公正性。重要的不是司法审判是否实际存在政治权衡因素,而是司法的独立性是否能够得到象征性地确立。这类似于冯象曾经提到的一个法国谚语:“教鱼游泳”,鱼是否会游泳是不重要的,重要的是教,教了之后,即使鱼的游泳技能没有任何实际变化,但由此产生的感觉也是不一样的。<sup>[84]</sup> 因此,法律秩序必须通过一种象征化的方式来树立法律独立于政治的可信性,而这就是三权分立的象征性意义。司法、行政、立法之间泾渭分明,这种表象上的区分掩盖了法律也是一种非常有效的权力执行措施的事实,<sup>[85]</sup> 三权分立的宪政制度为三权之间设立了一系列符号化的职能范围与程序界限,只要不逾越这些可见的界限,那么司法的独立性及其法条主义的意识形态承诺就可以被假定是可信的。中国司法之所以不可信,原因主要也不在于大多数情况下政治实际干预了司法,而是因为司法权与行政权共同受党委的领导这个显而易见的外在表象,这个表象使得三权之间的符号化界限与象征性区分归于无效,政治是否实际干预司法反而变得次要,中国各种群体性事件以及大量的上访已经表明人们在纠纷进入司法之前就相信政府与法院是一丘之貉,从而拒绝了司法。

另外,通过立法与司法的分化,法律系统在维持法律规范意义的象征稳定性的同时还能保持对政治压力的适应性。立法与司法的分化意味着将政治与司法分隔开来,立法属于政治协商与妥协的范畴,立法无须顾及与前期法律规范或判例的延续性。立法变革只有在政治领域而非法律领域才具有正当性,将法律的变更转移到政治领域后,人们就不会对政治领域也提出法条主义的要求,由此法律系统通过立法就能够正当性地对政治要求做出一定的回应。在政治系统,政治家对失望风险的处理方式是灵活变通,而在法律系统,当人们遭遇失望风险时,还能够继续坚持规范是可靠的。人们对于政治家与法官的态度也有因此有着根本性不同:人们对政治家感兴趣的是他的独特性格特征,如勇敢、诚实、灵活、机智、随机应变,<sup>[86]</sup> 而对法官性格特征的要求则是严肃、古板、不通情理、持之以恒,简而言之,对法官性格特征的要求也就是没有性格特征。如何维持法官的这种形象?只有将政治权衡转移给立法,但这种转移也只须是象征性的,法官在审判过程中仍然可以在法条主义的外在名义下进行大量的政治权衡,但是当人们提到政治时,首先想到不会是法官,而是政客。司法与立法的分化转移了法律系统通过规则治理的功能压力,在保持法律对政治要求的适应性的同时,也维持了法律规范

[82] 参见[德]N.卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第129—134页。

[83] 参见[德]尼可拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯译,上海世纪出版集团2013年版,第93—96页。

[84] 参见冯象:《政法笔记》,江苏人民出版社,2004年,第128—129页。

[85] 参见苏力:《送法下乡》,中国政法大学出版社,2000年,第51—53页。

[86] 参见[英]泽格蒙特·鲍曼:《自由》,杨光、蒋焕新译,吉林人民出版社2005年版,第103—104页。

意义的象征性稳定。尽管法治绝不意味着实际上就会依照稳定规则进行治理,但法治也必须形成依照稳定规则进行治理的假象。

立法当中的各种政治权衡与妥协是公开化的,但法条主义意识形态支配下的司法实践却不允许这么做。为了回避缺乏操守的指责,即便政治性极强的美国联邦最高法院在遴选案件时都极为自制,以避免那些极具争议性的案件,并将其留给政府部门去处理。<sup>[87]</sup> 即便法官进行了实质上的政治权衡,也要声称是依法判决。这不仅是法官一体遵循的“司法游戏规则”,也是公众对司法应有品质的期望。为了维护人们对司法的信任,法条主义是信息成本最低的说服方式。近年来不少学者提倡司法能动主义,认为司法应该及时回应多变的民意、社会情势或公共政策,这实际上就是强调司法的政治功能,<sup>[88]</sup> 能动司法本意在于提升公众对司法的满意度,但对于目前中国社会中普遍存在的信任危机,只有法条主义作为低成本的假设才能大大方便公民对法律的信任以及公民之间以法律为基础的信任。

立法与司法的分化也使得法律解释变得必要,“解释”这个词本身就是掩饰实际司法运作的一种修辞,因为在日常语义理解中,解释只是阐发法律,但不创造法律,因此契合于法条主义的意识形态要求。尽管根据伽达默尔的哲学解释学,任何解释都具有主观性、历史性与创造性,<sup>[89]</sup> 而在法学领域,也有学者对文本解释方法进行“去魅化”,认为由于法律规范无法自行适用,也无法自为解释,法律适用很多情况下实际上是一种源自规范上的“虚无”的“无中生有”,是一种创造性决断,<sup>[90]</sup> 或者认为法官都是从当下政策目的、公共福利需要出发并具有未来指向的实用主义者。<sup>[91]</sup> 但理论上的暴露不会导致法律的解构。由于实践话语对于理论话语的“操作关闭”,<sup>[92]</sup> 对解释的解构基本不影响解释在法律实践中的意识形态功能,解释本身附属于整体性法律实践。解释在日常语义当中被当成法律规范的“再现”,“再现”不影响法律规范本身的完整性,尽管解释过程中存在创造性,但这一点是并不能直观地被观察到,恰恰相反,法官在修辞上仍然坚持法条主义,因此带有政治色彩的立法与强调法条主义的司法因此被象征性地隔离开来。即使解释从事后看来是错误的,人们一般也仅仅将其责任归结到做出解释的法官,而不会破坏法律规范本身的正当性。法律规范在日常语义对法律解释的理解当中能够“万变不离其宗”,不论法官如何解释规范,规范仍然是原来的规范,仍然是公民与公民之间、公民与政府之间最清晰可辨的可信性标志。

### (三) 对价值争议的象征性隔离

现代社会是一个价值多元化的社会,而法律中的实体规范可能涉及到各种难以调和的价值争议,极具争议性的实体规范会破坏人们对法律的信任。但法律系统很多情况下也拿不出能够得到大多数人认可的共识来解决价值争议。法律系统为了减轻实体规范的功能压力,就将法条主义的意识形态要求从实体规范一定程度转向了程序规范。程序规范是形式化特征更显著的规范类型,在程序规范

<sup>[87]</sup> 参见徐清:《美国联邦最高法院的案件受理决定权——历史的另一个视角》,载何勤华主编:《外国法与比较法研究》(第一卷),商务印书馆2006年版,第286—338页。

<sup>[88]</sup> 这方面的文献极其繁多,如苏力:《关于能动司法与大调解》,载《中国法学》2010年第1期;龙宗智:《关于“大调解”和“能动司法”的思考》,载《政法论坛》2010年第4期;刘旺洪:《社会管理创新:法院的职能定位与实践路径——兼析能动司法的范围和限度》,载《法制与社会发展》2012年第6期;姚莉、显森:《论能动司法的社会管理功能及其实现》,载《法商研究》2013年第1期;公丕祥:《当代中国能动司法的意义分析》,载《江苏社会科学》,2010年第5期;李清伟:《司法克制抑或司法能动——兼论公共政策导向下的中国司法能动》,载《法商研究》2012年第3期;王德玲:《论我国社会转型期的能动司法》,载《山东社会科学》2012年第9期,等等。另外见对能动司法可能导致本末倒置的一个批评,参见张超:《能动司法与实用主义后果论——基于“法治”理念的一个检讨》,载《法律科学》2012年第5期。

<sup>[89]</sup> 参见[德]汉斯·格奥尔格·伽达默尔:《诠释学 I: 真理与方法——哲学诠释学的基本特征》,洪汉鼎译,商务印书馆2007年版,第364—395页。

<sup>[90]</sup> 参见[德]卡尔·施密特:《论法学思维的三种模式》,苏慧娟译,中国法制出版社2012年版,第49—69页。

<sup>[91]</sup> 参见[美]理查德·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第339—358页;[美]理查德·波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第453—464页。

<sup>[92]</sup> 参见[德]贡塔·托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骐译,北京大学出版社2004年版,第19页。

领域,我们更容易坚持法条主义。通过将价值问题转换为程序问题,人们即使在遭遇价值上的失望风险的同时,还能坚持程序规范的可信性与正当性。而且过于僵硬的规范反而不利于规范性期望的稳定化,因为这会导致更多的失望,适度地容忍偶尔失望的规范会更加有利于保持规范性期望的稳定化。<sup>[93]</sup> 而过于具体的实体规范会难以容忍失望,因为实体规范越具体,被违反的可能性就越大。但程序规范则要容易遵守得多,因为程序规范一般只是一种形式上的要求,其本身并不做出具体的价值要求与承诺。程序规范不仅更容易满足法条主义的意识形态要求,而且仍然保留了对各种道德价值的开放性。尽管法律系统在貌似公平的程序外观之下对多元化的价值不可避免地进行了有选择地吸收,但在表面上我们是看不出这种吸收是有歧视性的。程序规范将结果的最后确定留给了未来,程序的实质内容就是商谈,而未来的不确定性是商谈中唯一真正不变的东西,决定在最终做出之前仍然是开放性的。<sup>[94]</sup> 每个参与程序性商谈的人都将自己托付给未知的未来的支配之下。用我们熟悉的术语来说就是,程序规范具有合法化功能,通过参与的开放性、选择的自主性能够达到“作茧自缚”的效果:程序结果不论好坏都成为可以接受的。<sup>[95]</sup> 在本文的语境当中,这就是程序的信任效果,程序通过自身的特殊信息标准增加了对未来的不确定性风险的内在承受力。由于程序规范并没有严格限定未来,因此无须就指向未来的实用主义考量而频繁改变现有程序规则,因此就可以构成信任推断的稳定信息基础。而且程序本身就是一种关于组织行动的信息,<sup>[96]</sup> 对于不可直接观察的实体正义,程序正义能够提供低成本的信息判断标准,正因为如此,程序正义所建构的信任肯定会潜含风险,因为人们将缺乏直观性的实体正义托付给了高度简化的程序标准。

毫无疑问,现代程序规范本身就可能体现了平等、尊重等道德价值,但对这种价值的认知与辨识要远远易于实体规范,因此是建立信任的一种有效方式。很多经验研究也能够说明这一点,如澳大利亚学者克里斯蒂娜·墨菲通过对纳税者的相关问卷调查的研究证明了程序正义对于信任的效果:相比于结果的可接受性,程序正义对于公民是否信任决策者有着更大的影响力。<sup>[97]</sup> 美国学者汤姆·R·泰勒等人根据对来自加利福利亚等美国地区的问卷调查的研究也指出,根据程序正义进行判断的被访者比根据分配正义进行判断的被访者更多,尽管程序正义与实质正义对于法律决定的信任与可接受性都有影响,但程序正义比宏观层面上的分配正义与微观层面上的结果可接受性对于人们是否信任与接受政府有着大得多的影响力。<sup>[98]</sup> 具体而言,泰勒还指出,塑造公众对司法机构与执法机构的信任的主要不是对决定结果的评价,如诉讼成本,办案是否迟延,打击犯罪是否高效,而是对以过程为基础的程序公平性的评价,如是否公平对待,是否尊重公民权利,是否有尊严地对待公民。<sup>[99]</sup> 相比于实体规范,人们更倾向于通过信息成本较低的程序规范来建立对未来可靠性的信任,因为我们更容易判断他人是否遵守了程序规范而不是实体规范。程序规范对于失望风险具有更大的包容性,其通过信任的建构能够使人们在遭遇失望时仍然坚持程序本身是公正的,从而不必介意当下结果的好坏,并相信下次继续参与程序仍然是值得的。封闭而又开放的程序规范在保留不确定性作为可接受风险的同时也实现了对法律可靠性的稳定信任。

<sup>[93]</sup> 参见[德]尼克斯拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯译,上海世纪出版集团2013年版,第167页。

<sup>[94]</sup> 参见[德]尼克斯拉斯·卢曼:《影响到每个人的事务》,王小钢译,载邓正来主编:《西方法律哲学家研究年刊(2008)》,北京大学出版社2009年版,2008年第3卷。

<sup>[95]</sup> 参见季卫东:《法治构图》,法律出版社,2012年,第128—129页。

<sup>[96]</sup> 参见[美]乔尔·布罗克纳等:《理解程序公正和分配公正之间的相互作用》,管兵译,载[美]罗德里克·M·克雷默、汤姆·R·泰勒编:《组织中的信任》,中国城市出版社2003年版,第536页。

<sup>[97]</sup> See, Kristina Murphy, The Role of Trust in Nurturing Compliance: A Study of Accused Tax Avoiders, *Law and Human Behavior*, Vol. 28, No. 2 (Apr., 2004), pp. 205—206.

<sup>[98]</sup> See, Tom R. Tyler and Yuen J. Huo, Trust in the Law, Russell Sage Foundation, 2002, pp. 53—55;也可参见[美]汤姆·R·泰勒等:《对组织权威的信任》,载[美]罗德里克·M·克雷默、汤姆·R·泰勒编:《组织中的信任》,中国城市出版社2003年版,第457页。

<sup>[99]</sup> See, Tom R. Tyler, Public Trust and Confidence in Legal Authorities: What Do Majority and Minority Group Members Want From the Law and Legal Institutions? Behavioral Sciences and the Law, 2001(19), pp. 215—235.

## 什么是法学的“科学性”？

# 论法律科学

——从“Jurisprudence”和“legal science”展开

何小元\*

**[摘要]** 法的产生和发展过程在何种程度上反映了其的内在规律，科学和法律的方法到底是否像一些人所声称的那样严格地区别于彼此，什么是法律科学？法学满足什么样的品格和特征才可以堪称科学性。本文通过梳理法学的产生和发展的过程探赜法学的学科属性，以及反思法律实践的动态性质来揭示法律的性质和目的，来帮助我们对法学的学科性质有更好的理解。

**[关键词]** 法学；科学；法律科学

## 引言

“法学是一门科学吗”，对于这个问题，一般来说不好直接回答。我们说一门学科具有科学性，是说这门学科的知识品格和方法具有科学的特征。对于法学而言，通常我们所讨论的法理学可以说在最基本的层面上是一门试图理解“法律”的学科，该门学科应该帮助我们丰富语法和词汇来描述法律世界，并探讨用以思考法律世界的多种方法和途径及其背后的理由。除非我们丰富语言，否则法学将不会以科学的方式向前发展。

对此，我们不得不谈谈“知识”的重要性问题。所谓的知识，是指思想(minds)与环境之间连接的关系。那么如何理解法律知识与司法环境中的法律问题。这是个复杂的问题，法律知识是一个要求很高的概念，而不仅仅是法律思想和司法环境之间的联系，同时还需要说明另一个问题，如果“我”相信事情就是这样，并且事实证明“我”的信念是真的，那么“我”也知道那件事情还远未确定是这样的。换而言之，不是每个真正的命题都等于知识，而是为了知道 p 我需要与 p 的内容保持特殊的关系。这种关系的特殊性质与“我”与有关命题的真实性相关的证据相关。只有通过挑选那些实际上使命题真实的事实在能让“我”知道 p。相比之下，提及任何其他仅仅表明 p 的真实性的事实在相当于是未能产生知识，因为随机真理并不构成知识。<sup>[1]</sup> 因此，当我们谈论法学和类似术语时，我们的所表达的意思应该需要一个明确的定义来澄清问题，才可能消除一些最初的误解和含糊之处。从这个角度我们可以理解凯尔森为什么煞费苦心来界定“法”，其最终目的无非是要寻找法学的科学性。

## 一、什么是法律科学

尽管人们对“法律科学”的含义讨论已持续了几个世纪，但至今为止依然尚不清楚——或者更确切的说，事实上我们并没有一个意义明确的、甚至是一个通用的术语。<sup>[2]</sup> 因此，当我们在使用“法律

\* 何小元，中国政法大学法学院 2015 级法理学专业博士生。

[1] Cairney. Jurisprudence or Legal Science: A Debate About the Nature of Legal Theory. IJarc publishing. 2005, p90.

[2] See Carlos Santiago Nino, Algunosmodelosmetodológicosdeciaciadajurídica, México, Fontamara, 1999, 9.

科学”这样一句话的时候，它所指的是什么一个对象问题，这需要我们来厘清。让我们先从法学一词谈起。

现代“法学”一词，来源于西方，它是一门古老的学问。在英语世界，法学一词所对应英文为“Jurisprudence”。根据何勤华教授的梳理，西语中“法学”一词来源于自公元前 3 世纪开始出现 jurisprudentia，发展到现代的 jurisprudence、Jurisprudenz 以及 legal science、juristic science，the science of law，science du droit，science juridique，Rechtswissenschaft 以及 law、droit、Recht 等形态，成为科学的专用语，经历了 2300 多年的演变过程。<sup>[3]</sup> 这些后来发展的词汇，在使用的过程中出现歧义，其中比较典型的是“Jurisprudence”和“legal science”。首先，“Jurisprudence”一词最早出现，是在奥斯丁的《法理学的范围》中使用，书中的 Jurisprudence 译为法理学，是指以实在法为研究对象的学问，它既包含了特定实在法研究，又包含了对一般意义上实在法的总括和抽象研究，<sup>[4]</sup> 它是关于实在法的一般原理、概念和特征的科学，即“实在法的形式科学”。<sup>[5]</sup> 其次，另一个重要的概念是“legal science”，它的直译为“法律科学”，它既可用于指研究法律的人所从事的一系列活动，也可以用于这类活动的结果。当有人使用“法律科学”来引用从某种意义上说是法律作为研究对象的一套学科时，就会伴随歧义发生，比如莱夫斯基(Wroblewski)有时不分青红皂白地将所有法律学科称为“法律科学”，<sup>[6]</sup> 以及马里奥约里(Mario Jori)还考虑将法律知识的全部内容命名为法律科学。<sup>[7]</sup> 这些笼统称谓实际是有违科学本质，或者没有体现“科学”的应有之意。

尽管 jurisprudentia 在发展的过程中的内涵越来越丰富，但是学者发现仍不能确切地反映社会上法律科学的发展状况以及成果。尤其是随着近代科学技术的勃兴，各部门法的发达，人们开始用各种科学的方法来研究法学，说明法学发展的某些内在规律，并将法学本身也视为一种科学。<sup>[8]</sup> 从而使西语“法学”一词形成为一个概念群，对法学这一学科的说明和表述也越来越充分，越来越科学。<sup>[9]</sup> 在这里，我们值得强调的是职业法学家阶层的出现与宽松的学术环境对“法学”一词的形成与发展也是尤为重要。<sup>[10]</sup>

从目的角度来说，法律理论的任务与其说是试图揭露其“必要形式”，还不如说它是处理“是”或者“应该是”服务于法律实践当中问题更为贴切一些。无论是法理学(jurisprudence)还是法律科学(legal science)的支持者，他们所寻求的理解在许多方面都是相同的：两者都试图揭示法律实践的默契，作为更广泛的道德和政治理论的表达。然而，正是通过对法律实践的实质理解，而不是试图揭示其所谓的形式基础，只有这样才能找到最丰富的理解。通过努力提供法律实践形式的科学知识，理论家只提供我们社会生活中最抽象的观点：在寻求超越特定文化和制度安排的限度时，理论家提供的法律知识形式太遥远，无法让普通律师或评论员(commentator)感兴趣。只有通过寻求在更广泛的道德和政治思想流程中找到法律原则和概念，才能更深入地了解我们的法律实践。<sup>[11]</sup>

[3] 何勤华：《西语“法学”一词的起源及其流变》，载《法学》，1996 年第 3 期。

[4] 参见[英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社 2002 年版，第 3 页。

[5] 陈林林，夏立安：《法理学导论》，清华大学出版社，2014 年，第 4 页。有鉴于此，有人主张将 jurisprudence 译为“法学”，但汉语中“法学”一词外延过大，反而可能词不达意(本句中就是如此)。译者认为，“实在法学”或许是 jurisprudence 最为准确的译法，但着实啰嗦，且将 jurisprudence 译为法理学已经成为学界多年通例，不易妄自另译。故此，将之译为“法理学”更为妥当，请读者留意。(可参见：约翰·奇普曼·格雷；《法律的性质与渊源》，马驰译，中国政法大学出版社，2012 年版，第 4 页。)

[6] See: Wroblewski 1989(n.10), 14.

[7] See: Jori 1976(n.9), 4.

[8] 何勤华：《西语“法学”一词的起源及其流变》。

[9] 何勤华：《西语“法学”一词的起源及其流变》。

[10] 何勤华：《西语“法学”一词的起源及其流变》。

[11] M M Cairney. Jurisprudence or Legal Science?: A Debate About the Nature of Legal Theory.

## 二、存在分歧

法律作为社会制度的一部分，由于学者观察视角和使用法律方法上存在差异，导致他们对法律的理解有所不同，进而形成各自法律知识体系。关于法学科学性质的争论在法学理论史上占了很大一部分。如果说本体论是回答关于什么是事物的本身，即回答了什么样的实体是法律问题的话，那么认识论则是探讨法律的科学知识是由什么组成的问题。<sup>[12]</sup> 但不管怎么样，就具体经验科学而言，惟自然科学才具有真正科学之品格。人文科学若要跻身科学之列，便必须在方法和对象上以自然科学为马首是瞻。<sup>[13]</sup> 但问题的关键之处在于法学的学科本质是否如自然学科里所说学科品质特征一样，法律科学是以处理谨慎问题还是科学的问题为学科任务，这是值得我们深究的问题。

在二十世纪的大部分时间里，分析法学理论认为，客观性只能与法律规范性的无价值说明相结合。许多理论家试图通过分析定义和详尽的语义标准来捕捉法律规则和概念。也有些学者认为“社会科学”存在很多问题，但它却与法理学相关的模式更为接近，当然这里指的是没有受到意识形态严重影响的社会科学。<sup>[14]</sup> 这里需要指出的是我们所说的“法律科学”到底是指什么。拉丁语词根 *scientia* 表示“知识”、“学问”、“科学”，<sup>[15]</sup> 而现在我们通常所说“科学”一词本身的含义不仅含糊不清，而且含糊不清。按照著名学者阿尔瓦罗 (Álvaro Núñez Vaquero) 的观点，总结为以下几点：

第一个歧义在于所指的对象不明确。法律科学 (legal science) 术语一词既可以用来指那些研究法律的人所进行的一系列活动，也可以指这些活动的结果。

第二个歧义在于概念清晰度不够和使用方式各异。首先，当人们使用法律科学 (legal science) 一词来指代那些在某种意义上将法律作为研究对象的一系列学科时，就会伴随着模糊性。除此之外，一些学者不加区分地使用该词，泛指代所有涉及法律的学科：法学、法理学、法律教学、法律社会学、法律人类学、比较法、历史法律等。而且当“法律科学”被用于指特定法律制度和研究所有法律命令的结构、框架或基础研究时，由于概念清晰的原因，在文献研究中经常出现一些类似错误，有必要保持不同类型的研究之间的区别。其次，“法律科学 (legal science)”一词至少存在两种方式使用：一是指研究法律内容的学科；二是仅指定研究法律内容的一种或一些可能方法，这些方法应该被称为“科学”。正如他在文中所使用“法律科学”一方面指确定法律内容的所有方法，另一方面指作为“严格意义上的法律科学”。

第三个歧义在于“科学 (science)”一词在我们分析事实的表达中的含义不清楚。为了认识到问题之所在，很有必要考两种情况，那就是将关于一门学科作为科学所满足的条件之讨论持续了多久，以及从某种意义而言，考虑一个学科所满足的条件之争论有多长时间被认为是科学的，而且这样的事实是仍然存在的。

第四个歧义在于“法律 (law)”一词指代不明。事实上，在过去半个世纪里，许多理论都把“法律的概念”作为核心议题来讨论，但是含义指代不一。如果我们所说的“法律科学 (science of law)”或“法律科学 (legal science)”的含义不知道取决于哪种预设的法律概念的话，那么误解的风险似乎将成倍地增加。<sup>[16]</sup>

由此可见，综上所述，“法律科学”一词意义指向不明且含义丰富，为了尽可能消除歧义，我们需要加以限制条件并说明它是在何种意义和语境下使用的。

[12] R Guastini, A realistic view on law and legal cognition, *Revus*, 2015 (forthcoming).

[13] 参见毋国平：《法学的科学性与“法”：以纯粹法理论为中心》，载《法律科学》，2014年第32期。

[14] M. M. Cairney, Jurisprudence or Legal Science?: A Debate About the Nature of Legal Theory.

[15] 王人博：《法学的传统与观念》，载《南京大学法律评论》，1997年。

[16] Álvaro Núñez Vaquero, Five Models of Legal Science [J], *Revus*, Vol. 19, no. 19 (2013), pp. 53 – 81.

## 三、如何看待法学的科学性

通过观察学科建立史，我们有发现每门学科在成立过程所做的努力都存在地相似之处。任何一门学科在其建立之初，都是经历过寻找最契合模式去完成自身学科建立。这里为了更好理解自然科学与社会科学之间差别的属性，我们举个例子，它是发生在早期的地质学家罗伯特·迪克 (Robert Dick) 如何将地质学发展成为一门科学的过程找到启示。在维多利亚时代，科学、科学家和评论家出生的塞缪尔·斯迈尔斯 (Smiles) 对迪克看法：<sup>[17]</sup>

“他写作非常好，但他的前提不正确。当他经过这条路时，除了工作之外，他不可能看到岩石；现在他把它们拿来以阐明他的理论。当我想知道什么是岩石时，我会去看它，锤击它，解剖它。然后我才知道它究竟是什么。我反对这种永恒的理论化。我的想法是，我们对地质知种类之甚少，但这些人却以科学的名义使它变得有尊严。地质科学，为什么？难道他们不知道我们可以研究的只有极少数暴露的岩石。我们可以检查的只是地壳的一小部分。与深埋地下的巨大岩石，或者与形成我们永远看不到的海床的岩石相比，我们可以看到的是什么样的岩石？不，不可以！我们必须耐心地工作，收集事实，并且随着时间的推移，地质学将会发展成为一门科学。”<sup>[18]</sup>

在这个例子是否足以说明这样一个问题，从制度化的系统性旨意来看，根据法律找出应该做之事要比“科学”更为“谨慎”，并不一定取决于规范性事实的地位问题，而是程度问题。由此可见，“法学”中的科学性与“自然学科”的科学说的不是同一个东西，他们之间属性是存在区别的。但无论那一门学科，在其建立成为学科之前，会有许多科学模式可供选择，是经过一个类似于猜字谜的努力过程，在无限趋近的谜底的过程中“择优”，找到最恰当的模式与之对应，找到最具有解释力的理论模型。著名的法律科学模型学者阿尔瓦罗 (Álvaro Núñez Vaquero) 在其《Five Models of Legal Science》(由 Ester González Bertrán 翻译) 中详细地叙述了五种法律科学模型类型，他将其分类为：规范主义模式 (the normativist model)、现实主义模式 (the realistic model)、论证主义模式 (the argumentativist model)、技术模式 (the technological model) 和批评模式 (the critical model)。<sup>[19]</sup> 每一种理论模式所强调的侧重点不一样，当面对待决法律问题之时，得结合具体语境加以甄别和适用。

倘若没有经验主义的法学能否成为一门科学？<sup>[20]</sup> 众所周知，霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes) 有句至理名言：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”。在他看来，真正的法律科学并不主要在于按照神学方式钻研教义，或者效仿数学的逻辑阐发，也不仅限于将其作为人类学文件而从外部 (from the outside) 开展研究；真正的法律科学有一个甚至更重要的部分，即立足于准确测定的社会需求 (而非基于传统)，从内部 (from within) 确立法律的先决条件。<sup>[21]</sup> 而普赫塔 (Puchta) 则认为科学法<sup>[22]</sup> 是“科学演绎的产物”，主要存在于法学家的意识之中，由法学家来表述。法学家可以根据科学“演绎”来建构法条，赋予其法效力上的权威性。故而法就不仅仅是意志的产物，而且也是来自抽象推导之概念的产物，具有了理性或逻辑——体系性<sup>[23]</sup>。通过这种方式，法学 (科学) 与法本身被混合在了一起，因为科

[17] M. M. Cairney, Jurisprudence or Legal Science: A Debate About the Nature of Legal Theory [J]. 2005. p166 – 167.

[18] See also: S Smiles, Robert Dick, Baker of Thurso, Geologist and Botanist (London, John Murray, 1878), p. 130.

[19] Álvaro Núñez Vaquero. Five Models of Legal Science, *Revus*, Vol. 19, 2013, pp. 53 – 81. Álvaro 提醒读者，这是一种不对称的分类，因为虽然表征每个模式的基本标准是关于法律学者应该做什么的学说，并且这些学说都有自己所强调不同的理论问题。

[20] Sean Coyle, George Pavlakos. Jurisprudence Or Legal Science, A Debate about the Nature of Legal Theory. See also Philip Leith, John Morison, Can Jurisprudence Without Empiricism Ever be a Science P147.

[21] 霍姆斯：《科学中的法律与法律中的科学》，姚远译，载《法治现代化研究》，2017年第2期。

[22] 普赫塔主张有三种法源，即“直接的民族信念”、“立法”和“科学”，它们分别对应于习惯法、制定法和科学法。

[23] 参见雷磊：《法教义学能为立法贡献什么？》，《现代法学》，2018年第2期。

学法既具有科学（学术）性，又具有效力上的权威性。它反映了一种关于法律获取的理性主义观念：“让理性取代意志”（ratio star pro voluntate），而达成这一目标的中介就是法教义学<sup>[24]</sup>。对于凯尔森而言，他则坚持认为，他的纯理论的意图是提供一种方法将“法学（legal science）提高到一门真正的科学，一门人文科学的水平”；<sup>[25]</sup> 罗斯则在《论法律与司法》中提倡法律领域将经验原则应贯穿到其最终结论中；<sup>[26]</sup> 哈特认为，“法律概念”关注的是对法律思想总体框架的澄清；<sup>[27]</sup> Alchourrón 和布雷金（Bulygin）规范体系的概念似乎是实体法学者所做的理想化努力。<sup>[28]</sup>

人们不禁会问，法律科学中“科学”一词其本质是什么，它所承载的是一种“绝对的真理”还是“相对的公平与正义”？维加（Vega）在谈到法的本质时说到，法律自身的本质使其实践不可避免地与哲学思想和概念联系在一起。<sup>[29]</sup> 这种实践的法律观与法律哲学作为一种实践哲学的观点紧密相连。不同版本的类似观念表达在当代著名法学家的著作中可以找到，他们超越了“法律实证主义—自然法”的二分法（Aarnio、Alexy、Atienza、Nino、Peczenik 或 Zagrebelsky 等），根据他们的说法，法律学者不仅描述实证法的内容，也不应该仅仅描述实证法的内容，他们还必须为那些疑难案件，也就是至少显然法律没有给出唯一正确答案的案件，提出解决方案。<sup>[30]</sup>

如此说来，舒国滢教授在访谈录中所强调“戴逸之问”，——“法学是幼稚的”，这一语正式击中了我国法学现今发展之状况，亦是指出困扰着我国法学发展之问题所在。<sup>[31]</sup> 法律若想作为一门成熟的学科，不仅需要完成自身体系化过程，而且在加强法教义学的研究的同时，不故步自封，通过寻求在更广泛的道德和政治等思想领域中找到法律原则和概念，深入法律实践<sup>[32]</sup>，即要有效处理当下现实法律纠纷，又高瞻远瞩地实现法学的学科布局，只有这样才能全面提升法学的科学性水平。

<sup>[24]</sup> 同上，第 30 页。

<sup>[25]</sup> See also: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), in English trans. by Stanley Paulson: *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of law*, Oxford, Clarendon, 1992, 1.

<sup>[26]</sup> See: Alf Ross, Preface, in *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1957, ix.

<sup>[27]</sup> See: Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1994, v.

<sup>[28]</sup> See: Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, 25.

<sup>[29]</sup> J. Vega, *Legal philosophy as practical philosophy*, Revus, 2018 (in print).

<sup>[30]</sup> Gálvaro Núñez Vaquero, *Five Models of Legal Science*. See also: <https://journals.openedition.org/revus/2449#bodyIn13>, last visited 30/08/2018.

<sup>[31]</sup> 舒国滢：《求解当代中国法学发展的“戴逸之问”——舒国滢教授访谈录》，载《北方法学》第 12 卷总第 70 期。

<sup>[32]</sup> M. M. Cairney, *Jurisprudence or Legal Science: A Debate About the Nature of Legal Theory*.

## 追寻科学性的当代中国法学： 动因、路径与反思

赵英男\*

**[摘要]** 时至今日，科学不仅改变了我们的生活样貌，也改变了我们的认知方式。科学成为我们评判事物的标尺、改造世界的武器。在思想史中，科学可以被理解为寻求法则性知识的努力，也可以被理解为一切非独断的、有根据的知识体系。从这两个不同角度出发，我国法学追寻科学性的努力可以被区分为体系化努力（法教义学）与工程学进路（社会科学研究）。它们对于法律的概念、法律规范性以及法律在司法裁判中的作用存在不同乃至相反的理解；但又共同体现出我国法学在追寻科学性过程中可能存在的不足。

**[关键词]** 科学；体系化；工程学；法教义学；社科法学

时至今日，科学不仅改变了我们的生活样貌，也改变了我们的认知方式。科学成为我们评判事物的标尺、改造世界的武器。它仿佛在地上行走的神，所到之处无不引起人们的惊喜与战栗：人们惊喜它所带来的变革、更替与创新，同时也战栗于它对既有观念、价值的颠覆和冲击。对于法学这门古老的学科而言，变革与冲击、惊喜与战栗的交织格外激烈。比如，从不同法系来说，电的发明挑战了《德国民法典》中对于“物”的定义；<sup>[1]</sup> 科学精神的弥漫，使得德语中法学的名称从以拉丁文为词源的 *Jurisprudenz* 转变为 *Rechtswissenschaft*（法律科学）；<sup>[2]</sup> 社会科学对于事实的认定结论逐步得到接受，成为科学证据辅助事实裁判者在裁判中理解证据、认定事实。<sup>[3]</sup> 从法学思潮来讲，美国的法律现实主义思潮、批判法学、法律与经济学研究，都力图将法学从重重教义中解放出来，通过引入自然或社会科学方法而将之改造成为一门科学。从法学教育而言，欧陆或英美主要法学院中科学研究方法进入法学课堂，具有政治学、经济学背景的教师资比例逐渐上升。<sup>[4]</sup>

这些罗列的现象虽然零散，但却说明了一个基本事实：追寻科学性在法学作为一个学科的发展中具有重要作用。自 1980 年代以来，我国法学也概莫能外。追寻科学性的过程，形塑了我们对于法律的概念、法律的规范性、司法裁判方法这三个最重要的基本理论问题的理解，某种程度上主导着法学理论话语的变迁。

\* 赵英男，北京大学法学院博士研究生

<sup>[1]</sup> 此案即为德国民法中非常有名的“窃电案”，在 1885 年有人私自引线将发电机的电能窃为己用。法院在裁判时却未将此行为归为“盗窃”，因为根据查士丁尼《民法大全》的定义，无体物并不能构成盗窃罪的客体，而所谓无体物就是“不能接触之物体”（Incorporates sunt quae tangi non possunt）。这一判决完全没有考虑当时德国科学界对于电的理解。但之后有学者改变了《民法大全》中对于“有体物”的界定而将“电”容纳其中。比如，Heinrich Dernburg 认为，受到人的外力引导的气体是有体物，而电和受到引导的气体没有不同，因而电也可以被视为盗窃行为的对象。See Heinrich Dernburg, *Nochmals Diebstahl an Elektrizität*, DJZ 1987, S. 78. 在此感谢耶拿大学李鼎熙博士提供本注释资料。

<sup>[2]</sup> 根据德语释义，*Rechtswissenschaft* 相比于 *Jurisprudenz* 更突显法学作为一门“科学”的特征，它与经验科学（自然科学）相对，属于广义的精神科学范畴。See <https://de.wikipedia.org/wiki/Rechtswissenschaft>, 2018-6-20.

<sup>[3]</sup> Muller v. Oregon, 208 U. S. 412. (1908). 在本案中，布兰代斯的意见书中采纳了社会科学证据作为论证依据。由此开启了美国司法中采纳社会科学证据的传统。

<sup>[4]</sup> Brian Tamanaha, *Failing Law Schools*, The University of Chicago Press, 2012, p. 58.

本文将以这三个理论问题为核心,围绕我国当代法学追寻科学性的历程依次讨论如下问题:首先,我们为何要介意法律是否具有科学性?这背后有何内在理论动因?其次,在追寻科学性的过程中我们都有哪些努力与尝试,具有何种理论路径?最后,科学性带给法学哪些得与失,我们是否还有必要继续追寻法学的科学性?

## 一、追寻科学性的动因

### (一) 什么是科学?

若想回答我们为何要介意法律是否具有科学性,首先有待解决的是如下问题:“科学”在此语境中意味着什么、又对法学提出了何种挑战,使得我们有必要证明或论述法学具有科学性或至少能够同科学展开有益对话、相互补充?因此,我们有必要对什么是科学加以初步分析。由于这一思想谱系过于复杂,从论证目的出发本文只处理如下三个问题:其一,通过分析科学与哲学的关系,厘清科学的含义;其二,通过讨论自然科学与人文科学的分野,分析科学的研究对象;其三,通过分析科学方法与真理(*truth*)的关系,讨论科学作为一种认知方法的力量与局限。以下分而述之。

#### 1. 科学 vs. 哲学:科学概念的含义

在今天,我们往往将科学(*science*)理解为自然科学,它包括以物理学、天文学为核心的物理科学(*physical sciences*)和以生物学、化学为基础的生命科学(*biological sciences*)。当然它也包括经济学、社会学、政治学等社会科学。但大体而言,我们想到科学,往往是与实验、数据、测量相关的场景,它与面对文本展开解读、分析,针对命题加以反驳证立的场景截然不同。但从思想史角度来看,科学最初是以自然哲学(*natural philosophy*)的面目出现的。两者的亲密关系体现为思想家所秉持的自然科学理论在某种程度上决定了他们所构建的哲学体系。

这一传统自前苏格拉底时期开启,<sup>[5]</sup>历经苏格拉底、亚里士多德为代表的希腊哲学,<sup>[6]</sup>伊壁鸠鲁、斯多葛学派为核心的希腊化哲学,<sup>[7]</sup>一直延续到笛卡尔所开启的现代哲学传统。<sup>[8]</sup>即便在17、18世纪崇尚理性的启蒙传统中,霍布斯、洛克、维科以及德国古典哲学思想家依旧保有了这一特征。比如,霍布斯在论及公民社会与国家(*commonwealth*)时,将认知人类社会同理解几何图形加以类比。他指出,我们之所以具备几何学的知识,是因为我们知道一个几何图形的生成变化;因此我们若想了解人类公民社会,就需要了解这样一个社会生成的原因及其发展变化。<sup>[9]</sup>洛克在分析人类为何能够认识世界这一认识论问题时,则借鉴了自然科学中的因果学说。他认为人类心智是一块白板(*tabula rasa*),外在世界对于人类感知觉的刺激使得人类心智中产生观念(*ideas*),借助于观念,人类获得了对

[5] 参见基尔克、拉文、斯科菲尔德编:《前苏格拉底哲学家》,聂敏里译,华东师范大学出版社2014年版。仅列举我们耳熟能详的思想家,比如德谟克利特,他持有源自论学说,认为宇宙世界由原子运动构成;而这进一步影响到了他的伦理学说:在他看来,原子的“偏斜”使得人在宇宙中有存在自由意志的可能。

[6] 苏格拉底与亚里士多德都将自己的形而上学体系同自然哲学紧密结合在一起。比如,苏格拉底的“理念说”,认为经验世界中每种物体背后都有普通人无法获知的“理念”存在。后者构成前者的原因。这种对于自然世界的解释成为苏格拉底哲学的基石。

[7] See A. A. Long & D. N. Sedley ed., *The Hellenistic Philosophers* (vol. 1), Cambridge University Press, 1987. 比如这一时期的伊壁鸠鲁学派,在宇宙论或自然哲学上他们认为世界由原子构成。这些原子又在“虚空”中不断运动碰撞。这一观点影响到他们在伦理学上的立场:因为世界上存在虚空,因此人类存在自由意志。

[8] 笛卡尔著名的怀疑论学说认为,我们的经验感知很有可能欺骗我们。比如,当我们认为面前有一张桌子时,这张桌子很可能是魔鬼变幻的模样而非桌子本身。因此,我们对于自然界的认知并不能以来感知觉经验。对于自然界的这一基本认识,开启了笛卡尔通过“我思”(*cogito*)来论证我们何以能够认知外在世界的认识论学说。

[9] See Tom Rockmore, *On Constructivist Epistemology*, Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 33.

于世界的认知。<sup>[10]</sup>意大利思想家维科则与霍布斯观点接近,认为科学旨在了解人类建构的事物。<sup>[11]</sup>

当然,对于科学和哲学关系最具代表性的论述体现在德国古典哲学传统之中。科学与哲学在此起始于康德、终结于黑格尔与马克思的传统中由彼此融合最终走向分道扬镳。康德通过《纯粹理性批判》与《未来任何形而上学导论》等著作试图论证一个核心问题,即我们的认识是如何可能的。更准确来说,康德试图为日常生活中经验知识的有效性提供证明。这体现在他对于休谟有关“因果性”(*causality*)观点的反驳中。休谟认为事物间的因果性不过是人们的一种认知习惯,可能会受到后来经验的修正。康德则通过先天范畴(*categories a priori*)与逻辑,试图证明人类先天具有的认知能力使得我们对于感性素材(*sense data*)的认知是可能、必然为真的。换句话说,康德试图将一切自然科学的基础奠定在哲学之上,因为哲学在康德眼中提供了人类对于世界的认知何以可能、为何必然为真的证明。

此外,他将自己的学说视为“批判的”(*critical*)。如其名言所说,阅读休谟使得他从独断论(*dogmatism*)的迷梦中醒来。<sup>[12]</sup>独断论意味着缺乏证明或根据的断言与主张,因此“批判”(*critique*)在康德笔下意味着分析一个命题、一种知识得以可能的条件。在《纯粹理性批判》第二版序言中,康德非常著名地指出自己这一理论筹划是与逻辑学、数学以及自然科学为蓝本的。<sup>[13]</sup>换句话说,康德开启的“批判哲学”(*critical philosophy*)不仅为科学何以可能提供认知论或形而上学的证明,而且本身也是科学。

康德的这一立场在康德之后的德国古典哲学传统中得到继承。这至少体现在两个方面。首先,比如黑格尔非常强调“体系”(*system*)这个概念,他通过《哲学百科全书》将人类知识划分为逻辑学、自然哲学、精神哲学,并以“理念”(*idea*)的演进发展(或辩证运动)过程统合这三个部分。简言之,黑格尔也认同知识不是一系列缺乏证明的论断或主张,而是内部各要素之间彼此关联、相互证立的有机整体或总体(*totality*)。这与康德的“批判”概念非常接近。其次,无论是康德之后的费希特还是黑格尔,都将讨论知识何以可能的理论体系命名为“知识学”(*Wissenschaftslehre*)。德语中的“知识”(*Wissenschaft*)同时也具有“科学”的含义,而且该“知识”并不局限于自然科学,也包括一切非独断的、成体系的知识与理论。

在黑格尔之后,哲学与科学逐步结束了亲密状态,自然哲学渐渐不再被人提起而为自然科学所取代。此时哲学与科学的关系也走向了对立。这正如恩格斯在《路德维希·费尔巴哈与德国古典哲学的终结》一文中结尾所言,历史的发展已经使得哲学不再成为我们知识来源,因为我们所需要的,“是从事实中发现联系”。<sup>[14]</sup>此时,“科学”的含义便不再如先前那样广泛,而是如同我们今天所理解的那样,以自然科学或社会科学为核心。科学与哲学从彼此融合到分道扬镳,不仅体现出“科学”这个概念涵义的变迁,也意味着科学不再成为一切成体系的、有根据的知识的总称,而逐渐特指运用某种方法研究特定对象的学科。因此,我们有必要先从科学的对象入手理解科学。

#### 2. 自然科学 vs. 精神科学:科学研究的对象

科学与哲学的分道扬镳,使得“科学”概念的含义限缩为特指运用某种方法研究特定对象的学科。更确切地说,此时的科学约略等同于自然科学。这就使得认识自然世界以外的对于人类社会—历史的研究似乎被排除在科学范畴之外。但事情并没有这么简单,因为根据伽达默尔考证,1863年约翰·

[10] See Tom Rockmore, *Epistemic Constructivism, Realism and Idealism*, draft, forthcoming. 感谢Tom Rockmore教授慷慨地将尚未正式出版的书稿与我讨论。本书中译本将以论文形式见于期刊《外国哲学》。

[11] See Tom Rockmore, *On Constructivist Epistemology*, Rowman & Littlefield Publishers, 2005, pp. 33–34.

[12] Immanuel Kant, *Prolegomena to Any Future Metaphysics*, Gary Hatfield trans., Cambridge University Press, 2004, p. 90.

[13] Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*, Paul Guyer and Allen Wood trans., Cambridge University Press, 1998, pp. 106–107.

[14] 马克思:《马克思恩格斯全集》(第21卷),中共中央马克思、恩格斯、列宁、斯大林著作编译局编译,人民出版社2003年版,第352页。

斯图尔特·密尔的《逻辑学》德文版问世。在这个译本中翻译者将密尔对于道德领域的归纳逻辑分析,理解为“道德科学”(moral sciences),并认为其归属于与自然科学不同的“精神科学”(Geisteswissenschaft)。<sup>[15]</sup>由此,精神科学一词正式进入德语传统,有关自然科学与精神科学乃至社会科学的关系,成为19世纪中叶之后的重要争论议题。<sup>[16]</sup>

遵循伽达默尔的归纳,这一争论中大体而言存在两派比较典型的立场。一种立场是将自然科学与精神科学的差异理解为本体论的差异,而非方法论的不同。这一派学者以新康德主义者为代表,认为自然科学的方法可以运用到人类社会—历史领域。具体来说,我们不仅可以通过法则性知识(比如,几何定理、万有引力定律等)理解自然世界,也可以通过探寻社会历史所包含的法则而理解人类活动。<sup>[17]</sup>伽达默尔指出,如果沿着这一法则性知识前进,并试图以此法则性知识预测人类社会现象的话,精神科学与所谓的社会科学(Sozialwissenschaft)是基本一致的。<sup>[18]</sup>

另一种立场则是伽达默尔本人坚持的立场,他将此传统上溯到狄尔泰所继承的德国历史主义、浪漫主义。<sup>[19]</sup>此立场认为自然科学与精神科学的差异不仅是本体论上的,也是方法论上的。具体而言,精神科学之所以不同于自然科学,不仅在于它以人类社会—历史领域为研究对象,更在于它不以掌握或提出法则性知识为认识目的,而是注重认知者本身的内在感受及其与认知对象的互动关系。<sup>[20]</sup>

由此,我们可以看到对于人类社会—历史现象的“科学”研究,至少从思想史传统而言呈现出两种彼此相关但又相反的理解。这两种对于精神科学的理解之所以相关,是因为它们都承认自然科学与精神科学的差异在于两者具有不同的研究对象;两种理解之所以相反,是因为新康德主义式的理解预设了研究者与研究对象的截然分离,因此才能够主张像研究自然世界一样观察人类自身的活动,把握其中的规律;而伽达默尔所秉持的立场则认为研究者与研究对象之间存在着紧密关联,研究者的认知活动本身就会改变其认知对象,因此把握两者之间的互动关系才是精神科学的主要任务。

### 3. 科学 vs. 真理:科学方法有效性

有关研究者与研究对象之间的关系的争论,不仅体现在精神科学范畴中,对自然科学而言也同样如此。这一争论的重要性在于,如果我们无法证明研究者的研究活动没有改变研究对象,那么我们就无法主张研究的结论是客观的,也无法认为科学所提供的一套认知方法是可靠的。简言之,如果科学无法承诺带来真理,也即对于事物本身的认识,那么科学作为认知方法同样具有很大的局限。

所谓对于事物本身的认识,在此指的是当我们面前有一张桌子时,我们希望自己对于桌子的认识来自于桌子本身,而非我们头脑中主观的构想或创造。但此时的问题在于,我们很难证明自己的认知到底来源于桌子本身还是头脑的主观建构。比如,爱因斯坦这样描述科学研究:

无论物理学概念看上去多么像就是由外在世界决定的,它们是由人类心智自由创造而非唯独由外在世界决定的。……永远无法把……理论同真实的运行机制加以比较,甚至就连这一对

<sup>[15]</sup> Han – Georg Gadamer, *Truth and Method* (second edition), Joel Weinsheimer and Donald Marshall trans., Continuum, 2004, p. 3.

<sup>[16]</sup> Id., pp. 7–8.

<sup>[17]</sup> Frederick Beiser, *The Genesis of Neo-Kantianism: 1796–1880*, Oxford University Press, 2014, pp. 460–463.

<sup>[18]</sup> Han – Georg Gadamer, *Truth and Method* (second edition), Joel Weinsheimer and Donald Marshall trans., Continuum, 2004, p. 4.

<sup>[19]</sup> Han – Georg Gadamer, *Truth and Method* (second edition), Joel Weinsheimer and Donald Marshall trans., Continuum, 2004, pp. 172–207. 伽达默尔的分析主要集中在考察自己的哲学诠释学与狄尔泰为代表的历史主义、施莱尔马赫为代表的浪漫主义之间的差异。

<sup>[20]</sup> Id., pp. 267–277. 伽达默尔通过“诠释学循环”阐明在人类理解活动中“视域”(前见)所发挥的作用,以及在该循环中解释者对于解释对象的建构。

比是否具有意义也无法想象。<sup>[21]</sup>

不过除了爱因斯坦的观点外,也有很多科学家认为通过科学方法所获得的知识,就是有关事物本身的知识。根据汤姆·洛克摩尔(Tom Rockmore)教授的分析,比如,诺贝尔物理学奖得主史蒂文·魏恩伯格就认为,科学的目的就是揭示事物本身或实在的知识。物理学家格拉肖也认为,科学能够获得永恒、客观、非历史的、社会中立的、外在和普遍的真理。<sup>[22]</sup>由此,我们可以看到在讨论科学作为一种认知方式的力量或局限时,依旧存在着两种针锋相对的立场:一种立场认为科学能够获得必然为真的知识,而另一种立场则对此表示怀疑。

通过以上稍显冗长的讨论,本文从科学概念的含义、科学的研究对象、科学方法的有效性三个角度试图澄清“什么是科学”这个问题。大体而言,分别对每个角度来说,思想史传统中都有两种彼此针锋相对的立场,大致可以归纳如下:

什么是科学?			
	科学概念的含义	科学的研究对象	科学方法的有效性
立场 I:	一切非独断的、有根据的知识体系	人与社会—历史现象的互动	无法证明科学能获知事物本身的知识
立场 II:	以某种方法研究特定对象的学科(自然科学)	法则性知识	科学能够获知事物本身的知识,即真理

### (二) 法学追寻“科学性”的焦虑

在澄清什么是科学这个问题后,我们就可以将科学的特征同法学的特性加以对照,以此来分析为何追寻“科学性”成为法学的一种焦虑。从法律本身来说,它至少具有以下三点特征使其与我们先前界定的科学存在缝隙。其一,无论我们采纳何种定义,在当下不容忽视的现实是法律主要是以成文的制定法形式存在。它以大量的教义(doctrines)或信条(Dogma)为构成要素。即便在普通法国家,制定法也大量存在,并且成为法官的主要裁判依据。以至于我们可以说法律在现代社会就等同于由教义组成的全体。其二,这些教义大体上由国家权力机关制定并颁布,并由相应国家机构执行。一言以蔽之,成文制定法以国家权威作为背书,公民个人极少或不能质疑法律的权威与正当性,而应当依据法律的指引行动。最后,正因为国家权威的背书,使得法律教义本身具有规范性、评价性特征。法律的概念是对于日常行为的评价而非描述,因为它体现着立法者的意志。法官、律师与法学研究者都是通过法律概念来理解现实生活中人们的日常行为,而非通过人们的日常经验来证立或证否法律概念。

由于以上法律本身包含的特性,我们会发现无论采纳何种立场中对于科学的理解,法律都难以被纳入“科学”的范畴。这主要体现为以下三个方面:

首先,即使从最广泛的概念含义出发,将科学理解为一切非独断的、有根据的知识体系,法律也不必然与科学相符。因为如前所述,法律的核心特征或对于我们实际生活所产生的影响,不在于它内在包含的教义是否是有根据的、可证立的;而在于法律体现了立法者的意志或国家的权威。正如拉兹分析法律权威时指出的,法律的性质在于它是一种二阶排他性行动理由。作为一种行动指引,它排除了行动者考虑其它行动理由或要素的必要性。<sup>[23]</sup>这意味着即使法律在内容上是非理性的或存在瑕疵,

<sup>[21]</sup> Albert Einstein and Leopold Infeld, *The Evolution of Physics: The Growth of Ideas from Early Concepts to Relativity and Quanta*, Simon and Schuster, 1961, p. 3.

<sup>[22]</sup> See Steven Weinberg, “The Revolution that did not happen,” *New York Review of Books* 45, 15, October 8, 1998, pp. 48–52.

<sup>[23]</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law* (second edition), Oxford University Press, 2009, pp. 17–18.

并不影响法律所具有的规范性或效力。<sup>[24]</sup>

其次，从科学的研究对象出发，法学分析主要围绕法律概念展开，即使有针对案件事实的讨论，其目的也并非确定客观事实到底是怎样的，而是旨在判定该事实可否被涵摄入某一法律概念。比如，在哈特提出的经典案例中，一条法律规定公园中禁止任何车辆(vehicle)通行。在司法裁判中法官常常要做出裁量的是，脚踏车、轮滑、婴儿车是否也属于被禁止之列。在此分析过程中，法官也关注事实（比如，脚踏车、婴儿车或轮滑与机动车的差异或相同之处），但目的却在于判断该事实是否可涵摄入车辆这个概念之中，以便做出裁判。<sup>[25]</sup> 换句话说，无论我们将科学理解为精神科学（对人类社会一历史的研究）还是自然科学（对自然世界的分析），法学似乎都与科学相去甚远，因为它似乎以自己建构的概念世界为主要研究对象，即使关注真实世界，也是服务于对于概念世界的理解的。

最后，从研究方法的有效性来看，科学试图获得对于事物本身的知识。虽然这一主张能否得到证明尚存在争议，但科学家都认为科学活动以获得知识为目的，具有理论旨趣。但法学则与此不同，它是以实践为指向的研究活动。在有关法学方法论的讨论中，学者很少争论法学方法是否能够保障我们获得对于事物本身的认识；相反，我们更关心的是通过何种方法解读、认知法律，使之能够更好地发挥行为指引的功能。<sup>[26]</sup>

基于以上三方面特质，法学与科学之间的关系相对疏远而非亲近。这样我们也就不再理解，在科学成为万物的尺度、成为理性唯一代言人的时代，法学为何孜孜不倦地执着于拥抱科学。同时，也隐含着一个我们或许尚未提及的议题：既然两者分属不同范畴，法学追求“科学性”的意义何在？本文二、三部分将依次对这两个问题予以探讨。

## 二、追寻科学性的路径

### （一）体系化 vs. 工程学：两种模式

依据前文对于科学两重含义的界定，法学对于科学性的追寻大致也可以区分为两种模式。如果我们将“科学”理解为一套成体系、有根据的非独断论的知识，那么法律汇编、成文法编纂某种程度上就属于法学科学化的努力，因为这些活动旨在将法律规则整理成为逻辑一致、内容融贯的法律体系。由于法律成文化、法典化的历史非常悠久，在此意义上我们可以说法律或法学走向科学化的历程起源很早。不过具有突出影响并对当代法律文化、法律制度与法学方法起到重要作用的，则是 18 至 19 世纪分别出现在大陆法系与普通法系的概念法学、形式主义法学思潮。

概念法学(Begriffsjurisprudenz)与法律形式主义(Legal Formalism)是关于法律规则的学说，两者虽

<sup>[24]</sup> Id., p. 31. 拉兹指出，即便法律可能实际上并不构成行动的最佳理由，或者说法律所要求的行为与我们的日常道德规范存在矛盾，但我们依旧需要遵循法律的行为要求。因为作为排他性理由的法律并不要求我们将法律与其它理由进行权衡。法律排除了我们考虑其它理由的可能。不过拉兹也承认，此时的法律具有道德瑕疵，使得我们服从法律的道德义务不再那么充分。更确切说，拉兹认为法律主张而不一定实际拥有权威，因为法律的内容完全可以是从法律的道德义务不再那么充分。See also John Gardner, *How Law Claims, What Law Claims*, <http://ssrn.com/abstract=1299017>, 2018-7-1.

这一观点与 Robert Alexy 截然不同，Alexy 认为法律必然具有道德正确的内容；也与 R. Dworkin 的观点不同，Dworkin 认为法律是政治道德的分支，两者应当具有一致性。有关这两种观点的批判，See Andrei Marmor, *What's Left of General Jurisprudence? On law's ontology and content*, <http://ssrn.com/abstract=3165550>, 2018-7-1.

<sup>[25]</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (3rd edition), Oxford University Press, 2012, pp. 128-129. See also Brian Tamanaha, *Beyond the Formalist - Realist Divide*, Princeton University Press, 2010, pp. 168-169.

<sup>[26]</sup> 当然，在近年来不少法学家开始讨论如何认知法律的理论问题。他们将这一努力成为有关法律的元理论或本体论。See David Plunkett and Scott Shapiro, "Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry", *Ethics*, Vol. 128, 2017, 38-68.

然名称不同，但其核心立场非常相似。<sup>[27]</sup> 它们都具有如下预设：其一，法律是一套不存在漏洞与矛盾的规则体系；其二，因为法律不存在漏洞，因而能为所有司法问题提供法律答案；其三，法官因此没有必要自由裁量，也不需要考量裁判后果，而是只根据法律规则作出裁判。在现实中的法律体系不满于上述预设时，持有该思潮立场的学者往往试图通过法律论证、法律逻辑、法律解释等法学方法将既有法律规则加以体系化，构建成具有严密逻辑的知识体系。因此，本文将这一追寻法学科学化的方法称为“体系化”路径。

如果我们把“科学”理解为运用自然科学、社会科学方法来分析法律规则、理解法律现象，以便更好地通过法律推动社会稳定、经济繁荣等目标，那么法学追寻科学化的历程开始地相对晚近。在大陆法系特别是德国，这一历程开始于自由法学与价值法学对于概念法学的批判；在美国则开始于法律现实主义对于法律形式主义的反动，并体现在之后的社会法学、法律与经济学运动、批判法学运动等思潮之中。这些思潮的界定及其内部争议非常复杂，限于论证目的，本文试图指出的是无论是自由法学、价值法学，还是法律现实主义及法律与经济学运动、批判法学思潮，它们都更倾向于从工具价值角度看待法律。这些思潮的倡导者比较重视分析法律之于社会或经济、政治的作用，将之视为实现更宏大的社会工程、社会政策或社会价值目标的手段与工具。<sup>[28]</sup> 因此，本文将这一追寻科学性方法称为“工程学”路径。以下我们本文着重分析这两种路径在中国法学思潮中的嬗变及影响。需要指出的是，每种思潮的兴起背景、核心主张与理论、实践影响都非常复杂，本文只是从“科学性”角度出发尝试对之加以归纳。

### （二）体系化 vs. 工程学：中国现象

自 20 世纪 70 年代末法学学科建设得到恢复以来，由于应对本土现实问题的需要以及对于国外盛行思潮的引介，我国法学思潮的交替更迭可谓精彩纷呈，其中以法学理论尤甚。从中国法学追寻科学性的角度审视过往历史，可以看到体系化与工程学这两种科学化路径在短短四十余年的时间内前后更替、轮番浮现，并最终演变为当下社科法学与法教义学之间的争论。

在 20 世纪 80 年代，我国法学追寻科学性的突出特征是以工程学路径为主。这一时期，沈宗灵先生翻译的《通过法律的社会控制》一书出版，庞德的社会法学、综合法学思想逐渐得到大家的接受。与先前高度意识形态化的理解不同，法律被重新定义为应对社会问题、保障社会秩序的一种手段。<sup>[29]</sup> 与此同时，北京大学不仅举办了法律社会学理论会议，同时也成立了相应的研究机构，即比较法与法社会学研究所。<sup>[30]</sup> 在这一思潮影响下，法学与社会学被紧密地结合起来，从法律之于社会的功能或作用看待法律本身的价值或意义成为具有代表性的研究方法。<sup>[31]</sup> 比如，季卫东教授在 20 世纪 90 年代初通过多篇富有创造性的论文分析了法律的程序性之于现代社会的价值。<sup>[32]</sup> 不仅在当时引领风气之先、得到广泛关注，时至今日也是法学理论类文章最高引用量的保有者，可见此思潮之于我国法学发展的重要意义。

<sup>[27]</sup> 在此需要提及的是英美法学思潮中，与形式主义近似的还有法条主义(legalism)思潮。它是盛行于美国的法律形式主义在英国的对应物。在一些论者看来，法律形式主义与法条主义都是德国概念法学扩散、传播的结果。See Roger Cotterrell, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford University Press, 1995, pp. 51, 91-94. See also Brian Tamanaha, *Beyond the Formalist - Realist Divide*, Princeton University Press, 2010, pp. 13-43.

<sup>[28]</sup> Brian Tamanaha, *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, 2006, pp. 118-133.

<sup>[29]</sup> 庞德：《通过法律的社会控制/法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆 1984 年版。

<sup>[30]</sup> 1987 年 9 月 12 日-13 日，中国经济体制改革研究所政治法律研究室和北京大学法律系法学理论教研室联合主办“法律社会学理论讨论会”在北京召开。相关介绍，参见龚津航：《改革与法律社会学——我国首次举行法律社会学理论讨论会》，载《法学》1987 年第 10 期。也参见刘思达：《中国法律社会学的历史与反思》，《法律与社会科学》（第七卷），法律出版社 2010 年版，第 25-37 页。

<sup>[31]</sup> 赵震江、季卫东、齐海滨：《论法律社会学的意义与研究框架》，载《社会学研究》1998 年第 3 期。

<sup>[32]</sup> 季卫东：《程序比较论》，载《比较法研究》1993 年第 2 期；季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，载《中国社会科学》1993 年第 1 期。

进入20世纪90年代,我国逐步确立市场经济制度,对于国外法律制度与体系的学习、借鉴也越发深入,立法数量随之大幅增加。大量法律的涌现,使得梳理与解释法律规则,解决法律体系内部矛盾、弥补法律漏洞变得越加重要。此时,法学对于科学性的追寻不仅有工程学路径的努力,也有体系化路径的身影。

从工程学路径来看,梁治平教授倡导法律与文化研究<sup>[33]</sup>、苏力教授倡导法律与本土资源的融合,<sup>[34]</sup>某种程度上都体现了学者在立法层面对当时移植国外法律制度与规则的担忧。借由波斯纳著述的译述、科斯定理的引介,法律经济学也在我国初露峥嵘,法学与经济学开始走向融合,法学学者开始借助经济学知识分析立法与司法裁判的合理性或科学性。<sup>[35]</sup>

与此同时,追寻科学性的体系化路径也逐步出现。在90年代中期,梁彗星教授写作了我国第一部有关法律解释理论与方法的著作《民法解释学》。<sup>[36]</sup>梁治平教授主持召开法律解释学会议,并主编出版会议论文集《法律解释问题》。<sup>[37]</sup>与此同时,台湾学者黄茂荣、杨仁寿的法律解释作品被引入大陆。<sup>[38]</sup>张志铭教授撰写并出版了博士论文《法律解释操作分析》。如何运用法学方法来理解法律,如何通过法律解释技术将法律规则整理为逻辑一致、内容融贯的体系,成为当时学者关注焦点之一。<sup>[39]</sup>

进入2000年以后,两种科学化的路径各自有着长足的发展。体系化路径很快摆脱起步状态而走向成熟。以陈金钊、谢晖教授为代表的学者,将西方哲学诠释学引入我国法律解释学领域。至此,法律解释学不仅是对法律文字含义的分析,同时也包括我们如何能够认识法律、理解法律等哲学认识论层面问题的讨论。<sup>[40]</sup>同时,以刑法与民法为代表的部门法理论中,法律解释学的地位日益重要。形式解释与实质解释、主观解释与目的解释等争论主导了部门法中对于法律条文含义的分析,也推动了不同观点之间的争鸣。<sup>[41]</sup>这一时期同样也是工程学路径长足发展的时期,法学与社会学、经济学等

[33] 梁治平:《法律的文化解释》(增订本),北京三联书店1994年版。

[34] 苏力:《法制及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

[35] 刘思达:《中国法律社会学的历史与反思》,载《法律与社会科学》(第七卷),法律出版社2010年版,第25—37页。

[36] 梁彗星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版。本书在20余年的时间内多次再版,至今已由法律出版社出版第四版。

[37] 梁治平主编的《法律解释问题》(法律出版社1998年版)一书成为法律解释研究在大陆法学研究中得到重视的标志。有关法律解释如何走入大陆学者视野,可参见本书编者前言。

[38] 首版参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版。黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版。该理论框架将法律解释总结为:狭义法律解释、价值补充、漏洞补充三个方面。其中狭义法律解释包括:文义、体系(扩张、限缩、反对、当然解释)、法意、比较、目的或合宪性解释以及社会学解释。价值补充包括:不确定的法律概念、概括性条款;漏洞补充包括:法理补充、类推、目的性扩张/限缩以及创造性补充。根据笔者阅读所见,近年来权威且流行的法律解释专著、教材依旧承袭杨、黄两位学者倡导的理论框架,在概念使用、体系脉络方面基本一致。具体参见王利明:《法律解释学》(第二版),中国人民大学出版社2016年版;陈金钊、孙光宁:《司法方法论》,人民出版社2016年版。

[39] 张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1998年版。本书在2015年由人民大学出版社再版时更名为《法律解释学》,至今仍为大陆有关法律解释基本概念与理论框架的经典之作。

[40] 引进哲学诠释学作为理论资源的主要著作有谢晖、陈金钊:《法律:诠释与应用——法律诠释学》,上海译文出版社2002年版;基于哲学诠释学对法律解释基本理论范畴的分析,参见谢晖:《法律的意义追问》,商务印书馆2003年版。以及王彬:《法律解释的本体与方法》,人民出版社2011年版。值得指出的是,但这一进路的研究并未突破杨仁寿、黄茂荣与梁彗星等人建立的法律解释基本概念范畴与理论框架。其内在原因主要有两个方面:其一是学者个人研究兴趣与视角离开了哲学诠释学;其二是哲学诠释学引入法律解释领域存在理论上的争议。参见陈坤:“重申法律解释的明晰性原则”,载《法商研究》2013年第1期。

[41] 有关形式解释/实质解释、主观解释/客观解释之争的文献很多,代表性专著可参见,刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版;魏东:《保守的实质刑法观与现代刑事政策立场》,中国民主法制出版社2011年版;魏东主编:《中国当下刑法解释论问题研究——以论证刑法解释的保守性为重心》,法律出版社2014年版。邓子滨:《中国实质刑法观批判》(第二版),法律出版社2016年版。相关论文可参见,苏彩霞:“实质刑法解释论之确立与开展”,载《法学研究》2007年第2期;苏彩霞:“刑法解释方法的位阶与适用”,载《法学研究》2007年第2期;陈兴良:“走向学派之争的刑法学”,载《法学研究》2010年第1期;陈兴良:“形式解释论的再宣誓”,载《中国法学》2010年第4期;张明楷:“实质解释论的再提倡”,载《中国法学》2010年第4期;劳东燕:“刑法解释中的形式论与实质论之争”,载《法学研究》2013年第3期;

社会科学得到进一步整合。苏力教授《送法下乡》的出版,带动了经验研究、田野调查等方法在法学中的运用。<sup>[42]</sup>以贺雪峰、陈柏峰为代表的学者形成了以实地调研、参与式观察为特征的华中乡土学派。<sup>[43]</sup>这一进路的“学术阵营”,《法律和社会科学》集刊在这一时期创刊,并且将先前的法社会学或社会法学研究、法律经济学研究、法律人类学研究等逐步统合并称为法律与社会科学研究或社科法学,并将以围绕法律规则为主的研究,称之为法教义学。<sup>[44]</sup>

近年来,工程学与教义学两种路径的发展又出现了新的变化,这主要体现在社科法学与法教义学之间的论战。在《法律人思维?》一文中,苏力教授对于只集中法律规则的法学研究提出批评,并对自己一直称为“法教义学”的研究路径提出质疑。<sup>[45]</sup>这一核心观点在2001年前后已然被提出,但在近年来才真正引发学界的广泛关注与回应。<sup>[46]</sup>其原因可能包括以下两点:其一,学科内部社科法学倡导者通过刊物组稿、讲座与谈、会议讨论、课程讲授等途径对于社会科学方法在法学领域拓展的推动;其二,我国司法实践的发展、国外制度与学说的借鉴以及针对具体法学议题的研究都使得重新思考、理解法学理论基本问题成为一种必要。因此,社科法学与法教义学的讨论不仅牵动的人员广泛(既包括基础理论学者,也包括部门法学者),同时涉及的理论议题或讨论层次也非常复杂多样。

随着大数据、人工智能、机器学习等话题在学术界得到越来越多的关注,社科法学与法教义学之间的关系也发生了微妙的变化。两者之间论战的声音逐渐变弱,探索科学技术如何融入司法裁判、法律制度构建的声音逐步增强。<sup>[47]</sup>社科法学与法教义学似乎不再视自己为对方的替代者,而是更加务实的思考科技能够为法学带来什么,以及法律如何规制科技所带来隐私泄露、知识产权保护、不平等竞争等问题。<sup>[48]</sup>

以上是从追寻科学性的两种路径出发,对于我国20世纪80年代以来法学思潮的简要归纳。以下,本文从法律的概念、法律规范性、司法裁判方法三个角度评述两种追寻科学性的模式对于我们认识、理解法律所带来的影响。

### (三)体系化 vs. 工程学:三重影响

这三个问题之所以重要,是因为如果我们都认可法律能够指引个体行为、维护社会秩序,那么实现这一目标的前提就在于我们都能够认识并理解什么是法律。因此,我们首先有必要确定法律的概念。其次,在确定什么是法律后,我们还要说明法律为什么具有规范性,也即我们为什么遵守法律、接受法律的指引?最后,我们有必要明确法律在司法裁判中的作用,也即法律是否能够决定一切案件的结果?

[42] 苏力:《送法下乡》,中国政法大学出版社2000年版。需要指出的是,《送法下乡》一书并非田野调查方法在法学中首次成功运用。在此之前,以夏勇、高鸿钧、张志铭、贺卫方、刘广安为代表的学者在90年代展开有关法律权利的社会科学调查。最后成果汇总为《走向权利时代》一书。参见夏勇编:《走向权利时代:中国公民权利发展研究》(修订版),中国政法大学出版社2000年版。但如刘思达的观察,90年代的社会科学调查并没有带动法学界整体对于该范式的重视。

[43] 刘思达、侯猛、陈柏峰:《社科法学三人谈:国际视野与本土经验》,载《交大法学》2016年第1期。

[44] 《法律和社会科学》集刊于2006年创刊;“法律和社会科学”年会、研习班也相继展开;“社科法学连线”作为学者对话平台于2013年底启动。参见侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期。

[45] 苏力:《法律人思维?》,载《北大法律评论》(第14卷第2辑),北大出版社2013年版,第429页;苏力:《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》,载《比较法研究》2001年第3期。

[46] 比如,法理学层面有关法律人思维是否存在的讨论(孙笑侠:《法律人思维的二元论兼与苏力商榷》,载《中外法学》2013年第6期;焦宝乾:《法律人思维不存在吗?——重申一种建构主义立场》,载《政法论丛》2017年第6期);法学中有关教义学地位的讨论(雷磊:《法教义学的基本立场》,载《中外法学》2015年第1期);法学中社会科学方法的前景等(侯猛:《社科法学的跨界格局与实证前景》,载《法学》2013年第3期)。此外,还可参见《北大法律评论》刊物组织的法学理论与部门法学者有关法教义学和社科法学的大讨论,参见《北大法律评论》(第17卷第1辑),北大法律出版社2017年版。

[47] 侯猛:《司法中的社会科学判断》,载《中国法学》2015年第6期;侯猛:《社科法学的研究格局:从分立走向整合》,载《法学》2017年21期。

[48] 侯猛:《互联网技术对司法的影响——以杭州互联网法院为分析样本》,载《法律适用》2018年第1期。

就法律的概念而言，体系化路径与工程学路径对法律提出了相当不同的理解。换句话说，当两者都在讨论“法律”时所指涉的对象并不完全一致。如前文所述，体系化的科学性努力，旨在将法律规则建构为逻辑一致、内容融贯的整体。在这一路径看来，法律就是成文的法律规定。最经典的表述，如凯尔森所说，法律规则要包含条件与后果，也即在某一行为满足法律所规定的事实在时，相应法律后果就会产生。法律规则之所以能够施加该法律后果，是因为上一级法律规则的授权；而上一级法律规则所具有的效力则来自更上一级规则，如此直至推导到“终极”规则，即“基本规范”(Grundnorm)。<sup>[49]</sup>因此理想的法律体系应当是一个金字塔结构，从一般规范能够推导出具体规范，从上一级规范能够推导出下一级规范。无论是20世纪90年代末的法律解释学，还是当下的法教义学，我国法学追寻科学性中的体系化努力与凯尔森的论述大体一致，将法律主要理解为国家制定的成文法，并试图将之体系化为逻辑严密的整体。<sup>[50]</sup>

但是工程学路径对于法律概念的界定与之相当不同。无论是20世纪80年代肇始的法律社会学研究，还是90年代兴起并发展的法律经济学，还是当下的社科法学，都坚持如下基本区分，即书本之法不同于行动之法。<sup>[51]</sup>前者是书面的法律规定，后者是实际生活中人们遵循的法律，两者常常存在着表达与实践之间的背离。因此，工程学路径试图倡导关注行动之法的法学研究，分析具体情境中社会行动者遵循何种规则行动、法官依照何种依据裁判。这意味着法律的概念得到了扩充：我们称之为法律的规范，不仅仅包括国家制定的规则，还包括不成文的习惯、习俗与道德。<sup>[52]</sup>

对于法律概念的不同界定，也使得两种追寻科学性的模式在研究方法上有很大差异。体系化的研究方法多以分析性的方法为主，也即在明确法律规则的含义后，讨论一个行为是否违背或符合法律规则的要求。<sup>[53]</sup>而从工程学的路径则多以描述性的方法为主。<sup>[54]</sup>此时学者往往先从具体社会行为出发，分析其互动过程或机制，从而讨论行动者在此行为中可能遵循着怎样的规则，并推定此规则是规制该类行为的法律。简言之，体系化路径的研究方法是从规则到行为，而工程学路径则是从行为到规则。<sup>[55]</sup>两者间研究方法的差异，导致了两者在理解法律规范性上的不同。

法律的规范性意味着法律作为一种行为指引或社会规制手段，能够成为我们实施或不实施一个行动的理由。更确切地说，当法律作为我们的行动理由时，我们实施该行动只是因为法律如此规定，而非基于其它考量（比如，这么做在道德上是妥当的或对我们有利）。简言之，法律的规范性意味着我们不是因为法律的内容，而是因为法律是法律而服从它。体系化的路径特别是当下的法教义学更倾向于接受法律的规范性。因为法教义学展开的前提是默认法律概念具有某种效力，由此学者、法官或律师才能够根据法律规定来评判一个具体行为是否合法。比如，法律规定某路段汽车时速不得超过50千米/每小时。法官需要认可这一规则的效力或接受其作为行动的理由，才可能判定超过限速的司

[49] Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (second edition), Max Knight trans., University of California Press, 1976, pp. 221–235. See also Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, p. 17.

[50] 我国对于凯尔森法学的继受主要体现在法律体系概念以及法律效力概念上。我们认可了凯尔森的论证，即法律是由宪法、制定法、习惯法以及习俗等不够层级规范构成的体系，并将这一说法视为我国法律的渊源；同时也接受了他将法律效力划分为法律规范效力(validity)与实效(efficacy)的区别。参见沈宗灵主编：《法理学》（第一版），北京大学出版社2000年版，第397–404, 463–577页。

[51] 强世功：“中国法律社会学的困境与出路”，《文化纵横》2013年第5期。

[52] 林端：“法律社会学的定位问题：Max Weber与Hans Kelsen的比较”，《现代法学》2007年第4期。

[53] 一个非常直观的例子是，我们依据某种背景性理由制定并颁布法律；但在评价法律所规制的行为时，我们不再诉诸该背景性理由而直接通过法律来评价该行为。比如，下文将要讨论的，基于交通道路安全这一背景性理由我们制定高速路限速法律规则。在评价司机驾驶时，我们不再考虑司机的驾驶是否事实上安全或危险，而是根据限速规则分析司机是否超速行驶。

[54] 代表性著作可以参见苏力：《送法下乡》（修订版），北京大学出版社2011年版。

[55] 在这里笔者愿意借用Frederick Schauer的一组区分来阐明这一问题。Schauer指出，法学研究中的“规则”可以区分为真正的规则以及经验规则(rules of thumb)。前者意味着规则能够成为个人行动的指引，成为个人行动的理由；后者则并非如此，它源自于人们日常行为模式的总结。人们的日常生活中可以随时打破该类规则。See Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford Clarendon Press, 1991, pp. 196–206.

机违法。

但是工程学的路径则完全不认同这一做法。同样是汽车超过限速的案例，一位社科法学学者或法官可能会有如下推理：有关公路限速的规定是为了保障行车安全，那么超过限速的驾驶在本案中可否保证行车安全呢？根据社会科学方法检测，从该段路况、汽车性能、天气变化等角度考虑，以该司机驾驶时速在该路段行驶，安全驾驶的概率为0.99；因此可以考虑从目的解释出发，既然该司机超速驾驶没有造成危险，那就不构成违法。由此可见，工程学路径并不将法律规范性作为展开研究的预设。相反，它将行动合理与否的最高评判标准交付与科学方法而非法律。换言之，工程学路径认为法律之所以具有规范性，并不是因为它能够作为我们的行动理由，而在于它符合科学研究的结论或结果。

如汽车超速案例所体现的，当体系化路径与工程学路径对于法律的规范性有不同理解时，两者对于法律规则在司法裁判中发挥的作用也有截然不同的看法。这主要体现在如下争议中，比如，法律规则是否是决定案件结果的唯一要素？法官在司法裁判中是否还需要考量其它因素？

体系化路径试图将法律规则建构成逻辑一致、内容融贯的整体。这一目标显然在现实中很难实现，但此努力方向则至少意味着如下两点推论。其一，将法律规则建构成逻辑一致的整体，消除法律规则的模糊性，最大限度保证法官依法裁判而非自由裁量；其二，通过探寻法律规则之间的逻辑关系，使得法官在面对复杂的司法实践时能够从既定规则从推理出相应的法律规则作出裁判。因此，虽然现实中体系化路径或法教义学的支持者也承认在司法裁判中法官也会考量道德、社会政策等法律规则之外的因素，但毫无疑问这一路径的努力方向是试图将法律规则确立为决定案件结果的唯一要素，将法官对其它因素的考量降低到最低限度。

同样，工程学路径也对此提出质疑。在工程学路径或社科法学支持者看来，司法裁判并非是法官从逻辑一致的法律体系中从一般规则到具体规则的演绎，而是从司法裁判后果出发判断何种后果是最可欲的，然后通过法律规则对之加以正当化。如前所言，体系化路径也不排斥司法裁判中对于案件后果的考量，但与工程学路径细微却关系重大的不同之处在于，案件结果是来自于法律规则还是法官个人的偏好、倾向与价值判断。换句话说，体系化路径与工程学路径可能对一个案件给出相同裁判结果，但获得该结果的过程则完全相反。体系化路径要求法官依据规则进行法律推理，但工程学路径则允许法官先确定案件结果然后给它披上“法律的外衣”。这也就意味着秉持工程学进路的学者、法官更倾向于认为法律规则并非决定案件结果的唯一因素，甚至有可能只具有修辞意义而无实质重要性。<sup>[56]</sup>

基于上述讨论，我们不难看出两种路径在看待什么是法律、法律是否具有规范性、法官应当如何裁判等基本问题上存在很大差异。虽然两种路径在相当程度上都试图科学化法律、将法律从僵化的意识形态中解放出来，但由于它们对什么是科学有着不同理解，因而也为认识、理解法律提供了完全不同的视角。出于论证目的，本文并不处理两种路径内部的争议，而是提出并尝试解答如下问题：如何评价我国法学追寻科学性的努力？以及，我们是否有必要追寻法学的科学性呢？

### 三、追寻科学性理论反思

上述问题的提出并非偶然。本文从科学概念的含义、科学研究的对象、科学方法的有效性三个角

[56] 有关这一问题的经典讨论，See Brian Tamanaha, *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, 2006, pp. 227–228. Tamanaha非常敏锐的指出，两种路径获得结果可能是一样的，但是法官在作出裁判时的思维方式则完全不同。Tamanaha担心基于后果或目的的考量，会导致“法治”理念受到削弱，法官个人意见成为决定案件结果的核心要素。这一分析虽然成立，但正如本文所言，两种思维模式对于法律规范性的理解截然不同乃至相反，在工程学即法律工具主义视角来看，法教义学进路对于法律规范性的理解是成问题的。除非借助于法官个人的道德考量和价值判断，否则法律本身并不具有规范性。

度界定什么是科学。而从我国法学追寻科学性的路径来看，无论是体系化努力还是工程学路径，都尚未厘清它们对于科学研究对象、科学方法有效性等问题的主张。这两个基础问题如果得不到明确界定，我们有理由担心我国法学追寻科学性的努力是否能够成功。此外，如本文第一部分所述，法学基于自身特性很难归属于科学范畴。在当下这一科学时代中，虽然我们能够理解法学追寻科学性、以科学论证自身正当性的焦虑，但法学是否有必要走向科学化、追寻科学性，仍值得我们认真思考与探究。为了论述简便，本部分将以法教义学和社科法学为代表，依次分析这两个问题。

在当下，以法教义学和社科法学的研究已然深深改变了我们对于法律概念、法律规范性以及司法裁判方法的认识与理解。它们推动了我国法学的发展繁荣，并促进了法学研究者与实务人员的理论自觉、方法论意识。但从追寻科学性这个角度审视，法教义学与社科法学研究在理论构建方面仍有一些缺憾，这突出体现在以下两个方面。

首先，无论是法教义学还是社科法学都未明确界定在自己的研究中，研究者与研究对象之间的关系。根据本文梳理，思想史传统中有关科学研究对象的界定大体上存在两种观点。一种观点将科学的研究的对象界定为把握法则性知识，也即自然界或人类社会中的规律，以此解释、分析、评价甚至预测自然现象或社会现象的发生；另一种观点则认为科学应当关注研究者与研究对象之间的互动。<sup>[57]</sup>这两种观点之间的核心差异在于，前者认为研究者对于研究对象的理论表述、分析解释可以如实反映研究对象的面貌；而后者则认为研究者对于研究对象的理论表述、分析解释已经使得研究对象发生改变，因此研究者无法完全获知研究对象的本来面目。

具体到法教义学与社科法学，法教义学学者和许多社科法学的支持者都认为法学研究的目标是提出一套法则性的知识，以此来解决司法实践中所面临的问题。比如，法教义学学者试图将司法裁判中的案件加以类型化，通过类案比较分析，从中抽象出可以适用于类似案件的一般性规则，以此确保类似案件类似判断，并保证法律的公平与平等。许多社科法学学者通过大数据统计、基于算法的深度学习或机器学习等方法，也试图寻找法则性知识，为类型化案件的处理提供一般性标准。既然是法则性知识、一般性标准，那么它们必然是不带有研究者主观色彩的。

但也有很多社科法学学者并不试图掌握法则性知识，而是通过质性研究方法（比如，田野调查、深度访谈、参与式观察、撰写民族志等）来理解司法实践中人与人之间的互动机制或模式。秉持这一研究方法的学者强调司法实践发生时语境的重要性。这一语境既可以包括国家宏观的政策背景，也包括行动者之间的权力关系，甚至还包括个人利益或道德动机以及传统习俗等因素。这些考量既无法量化也无法一般化为某种法则或规则。由此我们可以看出，从科学的研究的对象角度分析，社科法学与法教义学之间不再是泾渭分明的关系、更准确说，社科法学内部不同研究取向之间的差异，甚至比社科法学与法教义学之间的差异要巨大。因此，虽然当下社科法学研究如火如荼地展开、社科法学与法教义学之间的论战也非常激烈，但社科法学内部的矛盾或复杂性尚未得到我们充分重视。

其次，因为法教义学和社科法学没有阐明自己研究中研究者和研究对象的关系，那么它们对于科学方法有效性的理解也有待澄清。因为如果我们没有厘清研究者的研究活动是否改变了研究对象，我们也就无法阐明科学研究的结论是客观可靠的。简言之，法教义学和社科法学都没有澄清自己的研究方法能否保证我们获得事物本身的知识，即真理。对于法教义学而言，研究方法主要以概念层级与含义的辨析，法律命题成立的条件与逻辑关系、法律制度的比较为主。虽然都以严格的形式逻辑为指导，但我们不难察觉到不同学术背景的学者使用者不尽相同的概念体系。对于同样的法律行为，他们可能有着不同的概念界定，而不同概念之间的逻辑关系在不同学者体系中也不尽相同。<sup>[58]</sup>因此，

<sup>[57]</sup> 在认识论中，这两种立场分别被视为实在论和建构主义。相关讨论参见 See Tom Rockmore, *On Constructivist Epistemology*, Rowman & Littlefield Publishers, 2005

<sup>[58]</sup> 最为明显的例子是刑法理论中的“犯罪构成”学说，同一行为在不同构成理论中具有不同的地位。

法教义学并不承诺我们可以获得有关法律现象的必然为真的知识，而只提供给我们诸多理解法律现象的概念框架。我们如何理解某一法律现象，完全取决于我们采纳了何种概念框架或教义学说。

对社科法学而言，情况也大体相同。对于法律的社会科学研究，永远无法同物理学、天文学那样主张可以获得永恒的、客观的、非历史的知识。因为法律作为一种社会现象，本身具有社会性、历史性或者说是高度语境化的，这对于社会科学方法的运用提出了三重有待克服的困难：

首先，高度异质化的法律现象包含了复杂的因果关系，无论定量研究还是定性研究都只能揭示出因果关系的某一层面。这就使得不仅对于特定案件，甚至对于大量某类特定案件的分析结论都难以一般化、法则化。其次，法律现象彼此之间差异巨大，使得大数据统计、基于算法的深度学习或机器学习等方法的使用需要格外谨慎。因为任何统计方法都是以统计对象之间的同质性为基础的，否则对于统计对象的叠加或加权便不再有意义。最后，即使运用社会科学方法正确地得出了相对普遍性的结论，但很有可能对于解释、分析、预测法律现象意义不大。比如，社会科学与司法裁判研究最为成功的成果是西格尔与斯佩思的“态度模型”理论。两位美国学者通过大量统计美国最高法院判例，提出法官政治意识形态对于判决结果的影响模型。但即使这样优秀的研究成果，最多只能解释 71% 的相关法律现象，<sup>[59]</sup> 这与自然科学理论的信度与效度不可同日而语。这正如美国法学家布莱恩·莱特戏谑地调侃：如果我们通过投掷硬币来解释法律现象，成功率也能达到 50%。<sup>[60]</sup>

通过以上分析不难看出，由于法教义学和社科法学都缺乏对于自己研究对象的界定，因此它们也未阐明其研究方法在何种意义上是有效的。在基本认识论问题上的暧昧不明，使得我们进一步思考，法学有必要追寻科学性吗？

如果我们采纳宽泛理解，认为科学等同于成体系的、有根据的知识，那么法学从律师行的学徒制度进入现代化大学课程之中，无疑证明了追寻法医学科性的必要。因为它使得法学不再是某个社会阶层的垄断，也不再是某一群体内部神秘的、不为外人理解的技艺，而是可以通过理性与逻辑加以认识、评判的知识。从这个意义上说，法学的科学化是与法学世俗化、理性化、大众化相伴随的，也是进一步实现社会平等与正义等价值的内在要求。如果我们采纳较为狭义的理解，认为科学等同于运用自然科学或社会科学方法研究法律现象，毫无疑问法学的科学化也是有意义的。它使我们对于法律的认识摆脱了主观经验、直觉印象与传统框架，能够更细微和精深的认识并理解法律现象。

因此，法学与科学虽然属于不同范畴，但在世俗化的科学时代，追寻法学的科学性是有意义的。不过与此同时，我们也要注意到科学性并不是法学的全部，甚至也并非法学的核心。对于物理学、天文学以及化学、生物学来说，否认其科学性即意味着不仅否认了该学科存在的必要性，甚至等同于已经断言该学科不复存在。但对法学而言，我们很难认为当法学不等于科学时，法学就没必要存在或已经不复存在。试想在基层法院中经验丰富的法官和奔走于田间地头地纠纷调解员们。他们可能并不掌握成体系的、有根据的知识，也并不十分了解自然科学研究方法。但是在实践中，他们摸索出化解纠纷、实现正义的有效方法。这些方法或许能够用书面加以表达，或者只能停留在口头描述，有时甚至只是使得他们模糊地感受到面对问题时“该怎么办”，但毫无疑问它们都属于理解、适用行为规范的知识，当然也属于法学的知识。在此意义上说，身为学院中的研究者，我们有必要推动法学的科学化；但从司法实践角度而言，我们完全没必要排斥非科学化的法学知识，相反，从这类知识中我们反而可以感受到生活的真实。

<sup>[59]</sup> See Jeffrey Segal & Harold Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge University Press, 1993.

<sup>[60]</sup> Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, 2007, p. 131.

#### 四、总结

在以上讨论中,本文从界定“科学”这个范畴的涵义入手,分析了在思想史语境中大体存在的两种理解科学的方法或进路。并由此出发,较为详细地描述并比较了我国法学追寻科学性的两种路径,即教义学思路和体系化方法。本文认为,科学与法律之间存在着范畴上的差异构成了法学追寻科学性的(社会因素以外的)内在动力;追寻科学性的不同路径体现了我们对于“科学”概念本身的不同理解。这些理解成为当下我国法教义学和社科法学之争的理论预设的一部分。在当下的讨论中,无论教义学路径还是工程学路径,都未在认识论层面对自己的主张加以反思和澄清,特别没有阐明在自己的研究中,研究者与研究对象之间的关系;也没有说明自己研究进路的有效性,也即通过该种研究是否能够获知真实。因此,本文认为虽然法医学化的努力在我国已经获得丰富成果,但在元理论层面的分析和探索,仍有待展开。

## 法学科学性的再认知

——以基尔希曼和拉伦茨“共识性”科学观为标准

冯雷\*

**[摘要]** 随着“互联网”、“大数据”、“人工智能”等科技浪潮的兴起,科学技术进步给法学领域带来众多的挑战,法学科学性的问题也随之突显出来。本文试图从“教义学”的法学和“典范知识”的科学语境出发,通过对基尔希曼与拉伦茨对于法学科学性问题的不同科学立场的对比,寻找到两者的“共识性”科学观:即作为以“客观性”和“确定性”为典范知识的科学观。并以此为科学性的标准,分别从法学的研究对象、法学方法、法律程序和法律职业群体四个方面去证明法学是具有科学性的。

**[关键词]** 法学;科学;客观性;确定性

德国法学家基尔希曼于1847年在柏林法学会作了题为《作为科学的法学的无价值性》(商务印书馆2016年版)的主题演讲,公开否定了法学的科学性。德国法学家拉伦茨于1966年(距离基尔希曼演讲大约120年)同在柏林法学会上作了题为《作为科学的法学具有不可替代性》的主题演讲,充分肯定了法学的科学性。

法学究竟有没有科学性?法学在什么意义上是科学的?标准是什么?有何依据?这些问题是我们试图要回答的问题。这些问题的回答关乎法学的学科地位和本质,也是我们对于法学知识的一次反省和检讨。

#### 一、法学科学性的语境

##### (一)作为典范知识的科学

法学科学性的问题,德国法学界一直持续的关注和讨论,这是有深刻的文化背景的。在德国语言中,法学这个词,本身就是由法与科学这两个词合并在一起构成的,<sup>[1]</sup>因此,我们要讨论法学科学性首先我们要明确在什么意义上在谈论法学与科学,也就是法学科学性的语境。

科学通常有两种用法。“‘科学’一词在现代汉语里的确有广义和狭义两种用法。广义的用法,大略相当于高端知识、典范知识,与 episteme 或 scientia 相当;狭义的科学,大略相当于英文的 science,即优先指现代科学(经验科学、实验科学、技术科学)。”<sup>[2]</sup>

德语中科学应该从广义用法来理解。“德文 wissenschaft 保留了 episteme 和 scientia 的完整意义,是这两个古典语在现代的忠实翻译。它并不优先指向‘自然科学’,但也没有像汉语的‘知识’那样被泛化、淡化到包括普通经验。相反,在德语学术语境中,经常会有‘哲学何以成为严格意义上的科学,‘化学还是不是严格意义上的科学’之类的说法’。<sup>[3]</sup>这意味着在德国,科学一词其实是一种知识品格

\* 冯雷,工程技术大学公共管理与法学院法律系讲师,辽宁大学法学理论博士研究生。

[1] “法学”一词的德语表达是 Rechtswissenschaft,它是有“法律(Recht)”和“科学(Wissenschaft)”合成的专有名词,因而顾名思义,德语区的法学从一开始就是作为科学来对待的。参见:吴光荣:《留德随感——也谈科学的法学》,载《法律适用》2009年第7期第88页。

[2] 吴国胜:《什么是科学》,广东人民出版社,2016年,第25页。

[3] 同上,第25页。

的象征，是一种知识的典范和标杆。某个学科的知识只有达到了科学这一品质才能是合格的，才能被冠以科学的名号，进入科学的殿堂。

从这个意义上说，科学的含义在德语世界与英语世界有着截然不同的理解。它们大体上对应着上文中科学的两种用法：在英语世界里，用词汇 science 来表征，大体指现代科学；而在德语世界里，用词汇 wissenschaft 来表征，大体指系统的、确定的和可靠的典范知识。虽然现代科学本身就是一种知识的典范，但是，它并不是知识的唯一典范。德语世界的科学一词就表达了除了现代科学的典范以外还存在其他知识的典范。从这个意义上说，在英语世界，科学的范围一般限定在能够为经验所把握和实证所证实的领域，大体指自然科学和数学，而不包括人文的学科；而在德语世界，科学的范围除了包含英语世界的科学之外，还包括哲学、人文和社会学科的内容，这意味着在德国，存在科学有自然科学与非自然（文化）科学之分。<sup>[4]</sup> 我们认为法学的科学性是从科学的典范知识这一语境而言的，并不是针对现代科学的语境而言。因而，按照现在自然科学的标准，法学的科学性是成问题的。

## (二)作为法教义学的法学

法学有众多的含义和领域。但我们讨论法学科学性问题时往往倾向于从法教义学的意义上去讨论。在德国的语境中,法学指德国特有的法教义学,法教义学这个概念是其他国家法学中所没有的概念,所谓法教义学是指立足于当下的法秩序,关注和服务于法律实践的,对于法律的规范进行解释、适用和续造提供规范、体系知识的学问。在这个意义上说法教义学可以与狭义的法学、实在法学、法律学、法释义学等属于在同一或近似层面上通用。<sup>[5]</sup>正如诺依曼所说,“法教义学要以对一国现行实在法秩序保持确定的信奉为基本前提,这也是所谓的‘教义’的核心要义所在。”<sup>[6]</sup>在众多关于法教义学的定义中,王泽鉴先生格外抓住了这一“核心要义”:“法教义学是一门将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑的前提,并以此为出发点开展体系化与解释工作的规范科学。”<sup>[7]</sup>

基尔希曼和拉伦茨讨论法学科学性都是在法教义学(法释义学)的语境下展开的。基尔希曼在《作为科学的法学的无价值性》中也明确表达了这一语境,“法学的任务不过是解释、澄清,就像小学教师的工作一样。当然,法学并不愿意承担这样的任务,这是不足为奇的。人们总感到诧异,为什么法学在任何地方都长期受到包罗万象的法典的压制?人们也为这探寻过原因,结果却是把法典当成罪归祸首。然而这是与真理背道而驰的,法典越出色、越能反映真理,他就越是法学的内容——以最精确的形式得到表达的内容,法学所能够提供的也仅此而已。”<sup>[8]</sup>因而,基尔希曼认为的法学是法释义学,即法教义学。

拉伦茨在《论作为科学的法学的不可或缺性》中提到，“我今天打算探讨的问题是，法学——也就是按照特定的方法对实在法进行的思想的诠释和领悟。即所谓的法律教义学，包括比较法、法学方法论、法的一般理论——能够为现实的法律生活，为法官、公务员和立法者的活动做些什么，以及法学不能做什么。”<sup>[9]</sup>拉伦茨所言的法学也是指法教义学，这与其在《法学方法论》中的语境是一致的：“时至今日，有一些不同的学科以法为研究客体，其中最重要的包括法哲学、法理学、法社会学、法史学及法学（=法教义学）。它们从不同的角度来观察法规范，因此其观察方法亦异。”<sup>[10]</sup>

(4) 李凯尔特认为存在着与自然科学相对应的科学形态用来区分自然科学,他称其为“文化科学”。也有学者则认为与自然科学相对应的应该是社会科学与人文科学,总之,虽然文化科学、社会科学与人文科学之间的界限可能还存在着较多争议,但它们都象征着与自然科学相区别的这一意义上是相近似的。

[5] 参见：阿图尔·考夫曼、温弗里德·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年版；凌斌：《什么是法教义学——一个法哲学追问》，载《中外法学》2015年第1期。

[6] 乌尔弗里德·诺依曼:《法律教义学在德国法文化中意义》,郑永流译,载《法哲学与法社会论丛(第5辑)》,中国政法大学出版社2002年版,第17页。

[7] 王泽鉴：《人格权法——法释义学、比较法、案例研究》，北京大学出版社2013年版，第11页。

[8] 基尔希曼：《作为科学的法学的无价值性》，赵阳译，商务印书馆2016年版，第30—31页。

[9] 拉伦茨著：《论作为科学的法学的不可或缺性》，赵阳译，载《比较法研究》2005年第3期，第147页。

[10] 拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第112页。

## 一 法学科学性的标准·基尔希曼与拉伦茨的“共识”科学观

#### (一) 基尔希曼否定法学科学性的科学标准

基尔希曼演讲开篇就指出：“‘法学作为科学的无价值性’一方面可以解释为：法学尽管是一门科学，却不像其他科学那样能够并且应当对现实以及人们的生活产生影响；另一方面也可以理解为：法学作为‘科学’，从理论上说是无价值的，它并非‘科学’，不符合‘科学’一词的真正定义。”基尔希曼所认为的科学是什么样的？从其演讲的整个内容来看，其所认为的科学正是自然科学，基尔希曼的演讲中随处可见自然科学与法学之间的比较，正是基于自然科学的立场，基尔希曼才认定法学没有科学性。

在自然科学所取得伟大成就的背景下,所有知识都要冠以科学之名才能够获得合法性,否则就是迷信与狂想等不可靠的知识。由此,科学主义开始大行其道,法学也不例外,必须要证明自己具有科学性,是一门科学。但我们需要注意的是,科学不是万能的,诚然科学能够相对准确地揭示必然性的规律,提供确定、可靠、普遍的知识,但是人类社会的存在不能仅有科学,还需要有道德、伦理、宗教、艺术等等学问,而如果我们把这些涉及人类良知、灵魂、灵性、直觉的知识都变成科学的话,那将会是人类的灾难。而在科学主义盛行的时代,这样的趋势也蔓延到了法学。

基尔希曼否定法学的科学性，正是在科学主义盛行的时代，法学无法符合自然科学全部的要求而得出的无奈结论。法学由于其研究对象和方法的特点并不符合当时自然科学所标榜的知识特点，所以科学性遭受质疑。

第一,法学研究对象的法律是不确定的,变化的。“婚姻、家庭、国家和财产都已经经历了异常多样的形态。这种题材的可变性说得通俗一点就是各项具体法律制度的不断发展。”<sup>[11]</sup>与自然科学相比,两者在研究对象上的区别是显见的。“即使有关这些自然现象本质和力量的法则是人们付出长时问的努力才发现的,但这些法则本身在过去、现在和将来都始终如一地存在着。然而法学则情况不同。当法学通过经年累月的努力终于为它的某个分支找到了正确的概念和法则时,那个研究对象本身已经发生了变化,法学这个学科在不断的发展中总是落伍,永远追不上现实。”<sup>[12]</sup>

第二,法学研究对象的法律是主观的,感情的。“法律不单纯是一种认识,它同时还是一种感受,它不仅存在于人们的头脑中,而且还存在与人们的心目中。其他学科的研究对象是没有这种附加物的。光到底是以太的波动还是粒子的直线运动?理性和智力是一回事还是有所区别?四次的代数方程式能否直接求解?任何答案都同样受欢迎,只要它是真理。法学则不然,人们在探求这里的进程中掺杂了多少私愤、狂热和派系之争!”<sup>[13]</sup>,“在这一点上我们可以看到法学同自然科学的差别有多大。在自然科学领域,占主导地位的是和睦,是平静的协作,一个人所发现的东西,其他人会心怀感激地加以接受,大家共同来建设一项事业;即使有时产生激情,这种激情也仅仅是由于虚荣,而不是植根于研究对象本身,因此它也会很快地消失。”<sup>[14]</sup>

第三,法学研究方法具有主观性。“法学和其他学科一样,最正确的研究方法应当是对任何一个新事物不带一丝先入为主之见地深入探究,从而由事物本身归纳出新的概念和法则。不能因为某一种法律制度在其他法律制度之后出现,就认为它是有其他制度衍生而来。”<sup>[15]</sup>基尔希曼认为,法学研究方法的主观性在于脱离现实。法学的研究方法过于倾向于历史研究,这当然与萨维尼历史法学的影响有很大关系,而现实德国的社会状况与过去罗马时代有很大的差别,“这样的研究方法和研究对

[11] 基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,商务印书馆2016年版,第16页。

[11] 基尔希文,《...  
[12] 同上,第 17 页

[13] 同上, 第 22 页

[14] 同上, 第 24 页

[15] 同上, 第 19 页

象之间充满了矛盾,这是由于对德国法中的各种制度缺乏一个自由、科学的理解,因而人们除了古为今用地硬套罗马法的制度外,根本不知从何处着手。”<sup>[16]</sup>

### (二) 拉伦茨肯定法学科学性的科学标准

拉伦茨对法学科学性肯定却是基于社会科学立场。拉伦茨在演讲中表明科学绝不仅仅指自然科学,科学还应包括社会科学,而在社会科学的立场上,法学具有科学性。因为拉伦茨所认为的科学是一个更具包容性的概念,传承了德国科学典范知识的传统,其至少包括自然科学与社会科学。

“这里我只强调一点:如果一个人将科学的概念限定得如此狭窄,以至于它只包括独立于经验性前提的逻辑和数学,以及仅仅致力于量的研究并且其结果可以表示为数量关系的自然科学,那么它尽可以不把法学或者任何一门人文科学当做真正的科学,对科学的概念做如此限定,是科学发展的某个特定阶段的结果,我认为这种限定是没有道理的;我更倾向于认为,科学是任何可以用理性加以检验的过程,这种过程借助于特定的,为其对象而发展出的思考方法,以求获得系统的知识。”<sup>[17]</sup>

社会科学的科学性必须承认知识的主观性、变动性。这是由社会科学的研究对象所决定的,社会科学研究对象是社会现象,这种现象的显著特征就是有人的主观因素的介入,包括人的认知、情感的表达和意志的体现,因而,社会科学中纯粹客观性是不存在的,其知识或多或少必然会有主观性;而人本身又是一个非常复杂的存在,其需求会随着社会和时代的进步而不断的变化,因而,社会科学中高度的确定性是不存在的,其知识必须要不断的更新,不断地创新来适应人的需要,因为社会科学说到底还是关于人的科学,其要满足人的尊严、价值和需要。所以,在社会科学中,普遍认为:问题是确定的,但答案可能是不确定,或是变动的。

拉伦茨认为,法学作为社会科学的一个分支,一方面,其科学性的体现并不是绝对的客观性和确定性,而是必须承认其具有主观性和变动性,法学科学性体现为:其只具有相对的客观性和确定性。“要求法学方法总能推导出绝对确定的、可以精确验证和预测的结果,这是误解了法的本质,也误解了法学研究对象的特征为法学所设定的界限。在关于法的问题中,精准的确定性是不存在的,因为这里所涉及的不是单纯的量的大小。在此所牵涉到的是人的利益、人的命运,还有不同的正义观念和评价。”<sup>[18]</sup>

另一方面,即使承认法学具有主观性和变动性,法学仍然具有客观性、确定性。法学不会丧失理性的控制,彻底沦为情感的产物,正像实现主义法学所诟病的那样,法学变成了一种预测学,其科学性无从谈起,事实并非如此。与自然科学高度客观性与确定性不同,我们不能期待作为社会科学的法学会像自然科学一样具有高度的客观与确定性。“法律人往往只能满足于主观的确定性。但是这并不能构成轻视法学所发展出来的理性方法的理由。即使对于最终决定而言还有回旋余地,通过这些方法至少可以清楚地列出各种可能的解决方案,剔除不适宜的方案,从而使最后做出的价值判断变得清晰。籍此可以高度接近一种永远无法完全实现的理想状态,即司法应植根于理智的基础,这是无可争辩的。”<sup>[19]</sup>

### (三) 殊途同归的“共识”科学观

基尔希曼与拉伦茨分别从否定和肯定两个角度共同捍卫了法学的科学地位。对于法学科学地位的捍卫不仅仅需要从肯定角度去积极论证、证成、证立,还需要从否定的角度去反思和批判,有的时候,反思和批判要比空洞的论证更有洞见和价值,反思和批判带来的往往不是对法学学科的摧毁和打击,而是使法学逐渐摆脱非理性、非科学的要素,使法学的理论和方法变得更加科学,不断地与时俱进,不断焕发生机活力,以科学的姿态屹立于社会科学之林。

[16] 同上,第 19 页。

[17] 拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性》,赵阳译,载《比较法研究》2005 年第 3 期。

[18] 同上,第 149 页。

[19] 同上,第 150 页。

基尔希曼在他的时代完成了这样一种使命:他通过对法学科学状况的彻底揭露来给当时的人们以警醒,法学作为科学仍然需要长足的发展和进步,任重而道远。他否定法学的科学性并不是要否定法学的科学地位,将法学彻底从社会科学中抹去,而是为了使法学能够成为科学所进行的反思,清楚地揭露出来法学成为科学之路上的障碍和阻力,给后世的人们如何去改进法学提供了明确的方向和指引。

如果说基尔希曼从否定的角度捍卫法学的科学地位,那么拉伦茨无疑从肯定的角度捍卫了法学的科学地位。拉伦茨以有力的论证来回应了基尔希曼揭露的法学非科学性的弊端,经历了一百多年的沉淀,法学已经具有了新的研究范式,新的理论和方法,法学遭受质疑的命运必须要加以改写,否则,人们对法学失去信心,对法律失去信念。

法学科学性的争论能否增进知识,提出新的科学理论和方法,取决于能否形成“共识性”科学概念。所谓“共识性”科学概念,要求争论者对科学内涵有一种“趋同”的或“最低限度”的共识,以此来展开法学科学性的讨论,这种思路要使争论者在一个概念意义上讨论问题,避免自说自话,孤芳自赏,但这种思路并不是要垄断科学的定义,实现科学的统一,而是要做到“求同存异”,否则,争论者不在一个平台或概念意义上讨论问题,永远也不可能形成真正的交锋与知识的增长。科学本身从来就没有什么国界,垄断科学无异于痴人说梦。

基尔希曼与拉伦茨分别站在自然科学与社会科学的立场上来认识法学的科学性看似对立,实质上是一致的、统一的。自然科学与社会科学属于科学的两个领域,两者的争论建立在“共识性”科学概念基础上。这种“共识性”科学其实是对自然科学与社会科学的综合,一种更具“典范”知识的科学。

两者的对立,显然就是一个否定论,一个肯定论。表面上看确实如此,但我们很快就会发现,基尔希曼否定法学科学性的理由恰恰也正是拉伦茨肯定法学科学性的依据。那就是:科学作为客观的、确定的知识。基尔希曼否定法学科学性,是因为法学不能做到客观、确定;拉伦茨肯定法学科学性,是因为法学能够做到客观、确定。两者在对科学的认知和理解上是一致的,统一的,也就是说两者对于什么是科学,科学的“最低限度”或“最大公约数”层面上是保持一致的,这就是“共识性”科学观。所不同的是两者对于客观与确定的程度有着不同的认识,基尔希曼认为的客观性、确定性具有绝对性;而拉伦茨认为的客观性、确定性具有相对性,这意味着:两者在“共识性”科学观的基础上,对于科学的标准在认识上并无本质上的不同,只存在程度上的差异。因此,对于基尔希曼与拉伦茨而言,法学科学性的争论与其说是不同的科学标准的争论,不如说是在“共识性”科学概念下,不同科学立场的争论。

我们惊讶于间隔一百多年的争论,两个完全不同时代的人,却在同一个“共识性”科学概念的框架下针锋相对。他们的观点看似相悖,实则通过对比,我们发现两者在本质上具有一致性,他们共同捍卫了科学追求客观、确定知识的内涵与要义,传承了科学典范知识的传统。也许肯定与否定的回答并不重要,真正重要的是,保证我们争论建立在同一个概念,同一语境,同一个平台基础上,即建立在问题的“共识性”概念基础上。

基尔希曼与拉伦茨“共识”的科学观可以理解为:科学作为具有客观性、确定性的知识。即具有“客观性”与“确定性”的知识应该作为最低限度的科学。因此,本文把基尔希曼与拉伦茨“共识”科学观的“客观性”与“确定性”作为科学性的标准来证明法学具有科学性。与以往论证法学科学性的思路的不同在于:以往众多学者都是依据各自独立的科学性标准来证明法学的科学性或否定法学的科学性,而本文的思路是寻找和发现学者们对科学的“共识”,以学者们的“共识”科学观为标准去论证法学的科学性。

客观性与主观性相对,这不仅意味着法学知识确实存在客观性,<sup>[20]</sup>而且它就应该是非个人化的、

[20] Ronald Dworkin, Objectivity and Truth: You Better Believe it. Philosophy and Public Affairs, Vol. 25, No. 2 (Spring, 1996), pp. 87 – 139.

不是恣意任性的。可能在法学领域中的客观性是有别于本体论上或自然科学意义上的客观性。<sup>[21]</sup> 法学领域的客观性所表征的是法学知识的获得应该是理性的,而不是任性的。“认识论上的客观性是与理性紧密相关的。一个人在认识论意义上客观地对待某些事件是其对此成为一个理性判断者的条件。然而,客观却并不是充分条件。存在着各种不是由于偏见而是由于认知不能、轻率和其他过失造成无能为力的状况,他们不会销蚀人的客观性,但却可以销蚀其理性。”<sup>[22]</sup> 法学知识的获得并不是来自人们的异想天开、像是艺术创作一样的天马行空般的直觉表达。而是必须依靠人的理性、冷静、缜密、审慎、逻辑地去发现它。需要指出的是,客观性绝对不能等同于真理,尽管两者关系密切,但即使我们做到了客观性,我们非常理性、最大限度地避免了主观任性地去做获取知识,但我们仍然不能保证其一定就是真理。

确定性是指法学知识应该避免模糊不清,模棱两可的情况,无论是静态的法律概念、规则、原则、体系,还是动态的法律的决定、程序、判决等方面。由于人类理性的有限性,法学知识的确定性是相对的。但这并不影响我们追求法学知识的确定性。当然,有学者认为客观性与确定性其实是同义词。波斯纳先生认为:“客观性与非个人化以及确定性是相联系的,有时我把这三个词作为同义词来使用。”<sup>[23]</sup> 本文认为在这里有必要区分两者是基于基尔希曼与拉伦茨对科学性的理解就区分了这两个概念的。

### 三、法学科学性的证立

#### (一) 法学研究对象的科学性

作为法教义学研究对象的实在法,其科学性主要是通过其自身的科学性以及其对科学性的追求来保证的。一方面,实在法自身具有科学性。甚至有学者认为,实在法本身就是科学的产物。<sup>[24]</sup> 现代法学认为,作为法学研究对象的实在法不仅包括规则本身,还包括社会生活。在这个意义上,法教义学与社科法学之间似乎也不是铁板一块,泾渭分明。也就是说,无论把法学研究对象理解为规则本身,还是包括社会生活,其都具有某种程度上的客观性和确定性。“无论其具体形态如何,生活关系总是体现了特定的客观关联,而使这种关联变得清晰,是法学必须关心的事……并非只有客观关联、客观逻辑结构才构成法学的研究对象……并非实在法中的一切都是由‘实在’——即偶然的状况甚或立法者的专断——所决定。各种各样的问题、规范以及客观逻辑的结构、‘立法所涉之实体’,这些对于立法者乃至法官而言,在很大程度上是预设的,而不能抛诸脑后。虽然他们也可能随着历史而演化,但是相对于表面现象,相对于个别法律、条例以及法院判决,它们是相对稳定、有其自身份量的。而这些正是法学优先试图揭示的。”<sup>[25]</sup>

另一方面,实在法自身追求科学性。众所周知,受近代科学的影响,法学的研究对象成为实在法以后,实在法自身的客观性与确定性一直作为衡量其优劣的最基本的标准。如何保证实在法的客观性与确定性?最根本的做法便是理性构建一个科学的实在法概念体系,这个概念体系具有高度的确定性,以至于对人类社会的每一种行为都有调整内容的明确规定,而这个概念体系一旦确定,就会脱

<sup>[21]</sup> 波斯纳先生认为:存在三种意义上的客观性,第一种是本体论意义上的(客观被理解为与外部实体相符);第二种是(自然)科学意义上的客观,强调可再现性(replicable);第三种是法学意义上的客观,即合乎情理(reasonableness)。而所谓的合乎情理,即使不任性、不个人化和不政治化,就是既非完全的不确定,也不要求本体论意义上的或科学意义上的确定,而是只要有说服力的、尽管不必然是令人信服的解释,并总是伴随有这种解释,就可以修改答案。参见:波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第9页。

<sup>[22]</sup> 莱特:《法律和道德领域的客观性》,高中等译,中国政法大学出版社2007年版,第204~205页。

<sup>[23]</sup> 波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第9页。

<sup>[24]</sup> 参见:罗杰伯科威茨:《科学的馈赠——现代法律是如何演变为实在法的?》,徐丽丽译,法律出版社2011年版。

<sup>[25]</sup> 拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性》,赵阳译,载《比较法研究》2005年第3期。

离人们的意志,具有像“自动贩卖机”一样的客观性。

概念法学的集大成者,鲁道夫·耶林曾致力于建构一个逻辑严谨、结构合理、层次清晰、效力等级明确的实在法体系,这个概念体系可以囊括几乎所有当时人类社会的行为和关系,可以堪比博物学“百科全书式”的概念体系,尽管罗道夫·耶林后来意识到了这个概念体系的缺陷,但其追求实在法应当具有客观性与确定性的科学品质却一直影响着后世。

汉斯·凯尔森构建的科学概念体系要比鲁道夫·耶林贯彻的更为彻底。与耶林后来转而关注法律背后的利益不同,凯尔森致力于拒斥一切价值因素的效力等级清晰的实在法体系,尽管其哲学思想受到了相对主义的某些影响,但其对实在法的客观性的科学追求可谓是前无古人的,在这个意义上,他的法学常常被称为“纯粹法学”,其核心要义可能想表达这样一种法律理想:即规则就是规则,法律就是法律,不让法律染指政治、道德、宗教等法律之外的因素,更能够保证法律的客观性和确定性,不被其自身之外的“主观”力量所裹挟和利用,保持其自身的科学性。

近代自然法学的代表人物富勒同样表达了确保实在法科学性的主张。近代多元社会以后,价值问题的不确定性给自然法带来了极大的挑战,富勒独辟蹊径转而关注法律自身的内在价值(道德),富勒认识到“在定义科学的时候,人们相当有可能、而且实际上是相当习惯于侧重于它的结果,而不是产生这些结果的活动。”<sup>[26]</sup> 富勒赞同凯尔森的主张,把科学定义为“根据不断上升的一般性程度而对关于自然现象的命题所做的一种安排”,<sup>[27]</sup> 于是,富勒提出了法律自身应当追求的八个品质或价值,其中包括了:确定性、一般性、公开性、非溯及既往、一致性、可行性、稳定性、官方行为与法律一致性。不得不说,这个八个方面的品质都表现出了某种“客观性”,不同于以往自然法价值内涵的表达,富勒更关心的是非常确定的、易于操作、便于衡量的尺度和标准,应该说这种对法律自身科学性的追求与主张,并不逊色于实证法学的任何一种主张,不仅如此,富勒的对法律自身价值的八个方面的主张几乎成为当代实在法科学性表达的代名词。也就是说,如果当代实在法不能满足这八项基本的品格,其科学性是很难保证的。

#### (二) 法学方法的科学性

法学方法在法教义学层面而言,可以理解为法律方法,也可以理解为法律技术。<sup>[28]</sup> 是法律职业者解决具体法律问题所应用到的方法,一般包括法律解释、法律推理和法律论证等方面。

法律解释的客观性与确定性是如何做到的?法律解释的客观性最初是通过再现立法者的原意来保障的,在萨维尼的倡导下,提出了文义解释、历史解释、体系解释等科学的解释方法,但后来人们发现仅仅依靠再现立法者的原意是不够的,有的时候,必须允许解释者依据当下的需要对法律进行一种“创造性”的解释,于是便产生了“目的解释”,目的解释方法产生以后,饱受质疑,原因在于法律的客观性与确定性受到了威胁,目的解释的方法是否科学?正如拉伦茨所言:“在这里必须纠正一种在法律人中间一向广为散布的错误认识,即认为当法律人开始评价之时,就是理性控制的可能性消失之时,也就是科学弃他而去之时。法学并非仅仅为法官提供做出客观公正评价所需的经验性资料,它还提供法律所包含的、或多或少得到明确宣示的评价尺度。正如今天的‘评价法学’所认为的那样,法律解释的根本任务恰恰在于,将这些评价尺度从包含他们的那些规范中剥离出来,阐明它们的范围,它们的相互关联或者彼此间的界限,从而以理性的方法为个案中需要寻求的价值判断做出准备,使这种价值判断高清晰度地——即使不是精确无误地——显示出来。”<sup>[29]</sup>

法律推理的确定性虽然饱受质疑,但我们认为法律推理的确定性在大多数情况下是存在的。从法形式主义对法律推理确定性的倡导到法现实主义对法律推理确定性的动摇,从德沃金司法判决“唯

<sup>[26]</sup> 富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第140页。

<sup>[27]</sup> 同上,第140页。

<sup>[28]</sup> 学界对于法学方法与法律方法的区别是存在争议的:有观点认为两者并没有区分的必要;有观点认为区分两者是有必要的。而区别的依据往往是前者偏向理论研究,而后者更倾向于法律实践。

<sup>[29]</sup> 拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性》,赵阳译,载《比较法研究》2005年第3期。

“一正解”到新分析法学对其普遍的怀疑。法律推理的确定性的争议确实较大。其实问题可能出在法律推理中的辩证推理部分。因为就形式推理来讲,尤其是演绎推理的三段论在逻辑上的确定性少有质疑。但在规则两难或不确定的情况下辩证推理带有极大的不确定性。我们认为法学中所追求的确定性虽然不能达到自然科学程度,但仍然具有相当程度的确定性。因为在进行辩证推理的时候,仍然需要遵守既定的方法:规则的逻辑性和价值的一致性、价值衡量的位阶、比例原则、功利原则等。这些价值衡量的技术方法能够最大限度的保障法律辩证推理的做出并非来自于决定者或裁判者的主观臆断。

法律推理的客观性在其确定性面临困境的情况下越发突显出来。就法律推理客观性而言,法律推理的客观性并不是总是与结果的正确性或真理性相关,而是强调推理过程是理性的。即便疑难案件存在价值衡量,需要辩证推理,但只要法官做到足够理性,我们就认为其推理是客观的。“也许他们的观点或信仰是错误的,但是,在形成观点的方式上或者把握观点的条件上没有发生情绪诱导性扭曲。例如,这就意味着,如果人们在形成观点和判断的时候是建立在他们可利用的相关证据基础之上,留心自己是否出在一个可能会影响他们的感知或思想过程的环境中,而且当他们对于相关信息的选择和评价是明智的而非受情绪性或其他理性歪曲之影响的时候,他们在这个意义上就是客观的。观点和信仰如果以一种客观方式被表达或支持就是客观的”<sup>[30]</sup>,

与上文约瑟夫·拉兹主张的客观性取决于观点以客观方式表达至不同,波斯纳主张的客观性更注重观点的说服力,李桂林先生也赞同波斯纳“合乎情理”的客观性,<sup>[31]</sup>这也意味着在推理的结果必须要有充分的说理,必须进行充分的法律论证。只有论证充分,合乎情理的结论才能为人们所接受。因而,人们之所以能够欣然接受对自己不利的判决,不在于其背后的强制力,而在于那逻辑严密,论证有力,既合乎法律又符合理性的客观性。人类有法律活动至今,诞生了无数伟大的法律判决和决定,其说理的精彩程度让人折服。以至于使我们相信,法学并不是预测学,而真正的科学。

### (三) 法律程序的科学性

法律程序的科学性主要体现在其本身及结果的客观性与确定性。一般认为,法律实体结果的客观性与确定性是由法律程序决定的,一个正当的法律程序往往带来结果的可接受性和妥当性。“程序的独立价值与独立的程序价值结合起来,才使程序有可能在传统道德式微、人们的世界观发生无从弥合的分歧而呈现千姿百态的价值多样状况下发挥整合化和正统化的功能。”<sup>[32]</sup>而这样的认识正基于法律程序的科学性。

第一,法律程序的客观性主要体现在对恣意的限制。恣意意味着非理性的任性,是人行为主观性的体现。法律程序的要义就是要限制这种恣意。法律程序的设计,尤其是司法程序的建构中,角色的分化、程序外因素的阻隔、对立意见的交涉、直观的公正、任何人不能做自己案件的法官等几乎每个程序性安排都表现出对恣意的最大限制。“甚至可以说难免违背人的本性、激情以及共同体习俗之嫌,是根据和平共处的理性对群体性自由选择的范围进行必要而适当的压缩。”<sup>[33]</sup>

第二,法律程序的确定性主要体现在法律程序在确定的时空中、按照既定步骤展开。案件通常有诉讼时效,尽管案件性质不同,诉讼时效的长短也不尽相同,但诉讼时效的规定大都是确定的。当然,案件的诉讼时效会发生中止或中断的情况,但这并不影响诉讼时效的确定性。同样,案件也都有管辖制度,无论通常的被告原则,还是例外的原告原则,案件都会有明确的管辖内容。即便在复杂的涉外的案件中,依据冲突规范也最终能够确定管辖。一个案件的审理或一个法律决定的做出都要经过确定步骤。一般而言,一个案件要经过起诉、受理、答辩、庭审、辩论、合议、判决到执行的过程。当然,如

[30] 莱特:《法律和道德领域的客观性》,高中等译,中国政法大学出版社2007年版,第204—205页。

[31] 李桂林:《法律推理的客观性及其实现条件》,载《政法论坛》2008年第3期。

[32] 季卫东:《法律程序的形式性与实质性》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2006年第1期。

[33] 同上,第114页。

果不服一审判决,还有二审、甚至再审等程序,这些程序性安排都是十分明确的,而且是不能任意改变的。其确定性之高并不亚于物理定律或数学公式。英美法系法官所认为的“实体事小,程序事大”的思想充分体现了程序不可轻易改变的确定性。

正是基于法律程序的客观性与确定性,才最大限度地保证了程序结果的客观性与确定性。

第三,程序结果的客观性是由程序本身决定的。只要我们按照正当的程序,走完所有步骤,结果往往具有客观性。比如象棋的对弈,裁判者,对弈双方完全按照既定的象棋规则,经过正当的对弈程序,其胜负的结果即具有客观性,因为胜负的结果是由参与对弈者的能力所决定的,而不是由参与者或裁判者的主观所决定的,在规则对于对弈双方都是既定的情况下,对弈者的能力正是在程序因素中体现强弱的,可能是某关键性的一步决定了最终的成败,而这关键性的一步恰恰是程序性的因素。正如罗伯特议事规则所反映的真谛:在经由民主合意通往真理的道路上,唯有正当的程序规则才能胜任。该议事规则正是避免了对立意见之间直接的冲突,而通过有条不紊充分的表达,使得理性的交涉始终掌握着主导,其结果的客观性也就顺理成章。试想如果完全背离罗伯特议事规则,整个交涉过程都在争吵、谩骂、甚至口头攻击或诋毁的情况下进行的,是很难形成结果的,即便形成结果,往往也是荒唐的,其客观性必然受到质疑。

正当程序弱化了单一主体的主观意志、一元价值观或程序外道德因素的力量,尽量压缩了独断专行,主观臆断等非理性的生存空间,代之以集体决策、平等、参与、商谈、合理的讨论规则和合理化的论证等程序性制度安排,因而,法律程序结果的客观性可以理解为一种“共识”或“合议”的客观性,这种“共识”或“合议”的客观性是相对于单一主体的主观性而言的。“从表面上看,作为程序合生物的决定或判决知识实体性结果。但它不同于纯粹的‘主权者的命令’,也不限于或实体或程序的某一方面特性,而必须按照约定的标准和条件,在适当整理争论点、公平听取各方意见的基础上,通过使当事人理解和信服的方式而综合形成,兼有形式化条件、客观法、实体形成等不同性质的因素。”<sup>[34]</sup>

第四,程序结果的确定性虽然饱受质疑,但同样情况同样对待,类似案件类似处理的程序安排容易导出同案的“唯一正解”。如果我们把通过程序去寻找确定性的结果同科学追求真理做比较的话,那么,我们会更容易理解正当程序是如何导致确定结果的。我们期待通过程序而做出的判决或决定具有确定性,能够最大限度的同案同判,实际上我们希望获得案件判决结果的一致性。因为只有这样,法律才实现了公正。科学追求的真理在法律领域就是公正。如何保障每一个案件判决或决定都能符合真理,都能让公民体会到公平和正义?一个简单的做法就是通过交涉,所谓的真理越辩越明,程序的要义在于对立意见的交涉、辩论和妥协。通过程序性的交涉使得真理脱颖而出,被多数人所掌握,同时可以改变决定者或裁判者的僵化思维,促成理性的选择。在当今多元社会中,法律决定或判决结果的确定性不仅仅意味着正确,还意味着可接受。对于前者,新程序主义思想家哈贝马斯、卢曼,我国学者季卫东等人主张:就法律的正确性而言,程序取代了自然法。也就是说,在当下的社会中,程序本身就意味着正确性;对于后者,程序包含了决定参加者对最终结果接受的因素:对判决结果的信心,对参加者人格的尊重、权利的保证,这其中包括回避、公开、告知、抗辩、听证等程序安排。正当程序的结果必然会“公理日申”。

### (四) 法律职业群体的科学精神

法学之所以具有科学性,在于法律职业群体的科学精神:一种独立的职业理性思维或法律思维。一种不同于公民大众自然理性的人为理性。法律职业群体的法律思维决定了法学知识的客观性与确定性。这也有助于我们理解为什么在英美法系判例法发展主要依靠法官而并没有导致“人治”。相反,其法律表达和运作表现出高度的客观性与确定性。这主要是因为,法官虽然是具有情感因素的人,但是法官的情感因素被人为的理性所限制和制约住了,也就是说,法律职业者的在面对法律问题的时候,其独特的科学精神决定了其理性往往高于感性,而理性是获得科学知识的前提,科学的产生

[34] 同上,第114页。

与进步主要依赖于人的理性,而非情感。如果说,大陆法系法学科学性主要是通过形式化表达的立法来集中表达的话,那么,英美法系法学科学性主要是通过形式化运作的司法来实现的。

第一,法律职业者通过程序进行思考,避免先入为主的认识有利于形成法律决定或判决的客观性。在两造相争,裁判者或决定者保持中立的程序中,裁判者或决定者只有通过程序才能获知与案件相关的事与证据,其不能多说话,尽量给人中立的感觉,其需要认真提取双方的言论才能充分知晓案件的来龙去脉,进而形成理性的决定或判决,法官的这种被动性、中立性的行为方式与其理性思维有着密切的关系,这样鲜明独特的思维方式使得法律职业者更像是从事科学的研究的科学家,在价值中立的实证精神下,寻求每一个案件的“唯一正解”。

第二,法律职业者在捍卫法律的前提下,审慎地对待自己的感情有利于形成法律决定或判决的客观性。法律职业者并非没有情感,只是他们的情感往往会被另外一个更重要的使命所牺牲,这就是服从法律。法官除了法律,没有其他的上司。即使法官想要表达自己的情感也只能在法律规则允许的范围之内。法律的规则和程序是事先预设好的,法官不可能完全无视规则和程序,天马行空的任性决定或判决,所谓的自由裁量权仍然是在规则许可的条件下的一种权力,但它不能超越规则,脱离规则。因此,我们可以认为法官只是在由规则和程序所构成的宫殿里进行着理性的思维活动,久而久之,他们已经习惯了不苟言笑,不过多表达情感的行为方式,他们已经习惯了用规则来衡量和约束一切,包括自己的感情。

第三,法律职业者追求“法律真实”,虽然不同于自然科学的“客观真实”,但仍然具有客观性。在表面上看,作为法律职业群体所追求的真实并不总是有客观的真实情况相符,有时候甚至与客观真实情况相悖。因此我们很容易误解法律所追求的真实情况过于主观,完全有可能颠倒黑白,指鹿为马。事实上并非如此。在诉讼中,案件的真实情况是通过证据来还原的,而对证据的认定并非是随意的,其认定和质证过程主要围绕证据的客观性、合法性、关联性等重要方面进行的。一般而言,没有经过质证的证据是不能被采纳作为定案的依据的。因而,诉讼中的各方,尤其是法官对证据的认定并不能完全主观臆断。法律真实的客观性往往建立在证据的合法性基础上。正是证据认定标准需要合乎法律这一“客观”准则,才使得证据有了坚实的客观基础。我们在诉讼中通常说的“讲证据”,其实是指表达一个这样的基本信念:即打官司最终的胜负可能并不取决于双方当事人、律师和法官的意志,而是由客观的证据来决定的。“用证据说话”的思维逻辑表达了一种实证主义的立场,在确凿的证据面前无须多言,事实胜于雄辩。

可能会有这样的质疑,诉讼中也会有伪证,在个别时候,根据非法证据排除原则,决定案件客观真实的证据无法被采信,法律职业者所追逐的法律真实有客观性吗?诉讼中的伪证并不是通常情况,个别情况下确实存在,但伪证的存在本身的价值是有利于法律事实客观性的,通常情况下,任何证据都需要被质证,质证的目的在于“证伪”,伪证也是一样的,没有经过质证我们无从知道那个是伪证,正是因为伪证的存在,我们不断的去伪存真,排除一切不可能,才能逐步的接近真实的情况。另外,非法证据排除的原则的存在是为了限制公权力而牺牲了案件客观真实,表面上看确实如此,其实不然。非法证据排除原则其实是为了获得将来案件最大的客观性与确定性,而暂时牺牲了个案的客观性与真实性。这一原则的适用必然会给公权力部门带来两个方面的重大影响:一方面是不再选择非法手段获取证据。而非法手段获取证据往往会造成冤假错案。冤假错案一定不可能是案件的客观真实情况;另一方面是公权力部门在取得证据的时候必然会谨慎小心,没有十足把握不会调查取证。这样做本身必然会最大限度的促成和还原案件的客观真实情况。

第四,法律职业者“非此即彼”的思维方式能够最大程度的确保法律的确定性。法律决定者或裁判者的思维是追求确定性的答案。含混不清、模棱两可的做法并不是法律职业者的思维方式,因为法律职业者的责任和义务恰恰是要给出明确的答案,无论肯定还是否定,法院的判决必定是一方胜诉,另一方败诉的。一个似是而非的判决会使法律的确定性荡然无存。当然,法律职业者往往也需要价值衡量,尤其是在疑难案件中,价值衡量的基础当然肯定两个价值都有合法性、合理性,即便如此,价

值衡量的结果也必然会明确支持某一个价值,而牺牲掉另外一个价值。由此可见,价值衡量与非此即彼的思维方式并不冲突。

法律职业者“非此即彼”的思维方式容易走向极端,这种思维真的会促进法律的确定性吗?这里我们要澄清一个误解:即法律的确定性等同于法律的正确性。尽管法律的大多数规定是合理的,正确的,但不合理、不正确的规定也是存在。“非此即彼”的思维方式却是容易走极端,亚里士多德的中道权衡和儒家所倡导的“中庸之道”似乎更为可取。但是极端往往带来的是深刻、彻底和确定。这也为着“非此即彼”的思维方式带来的不是高明的正确,就是彻底的错误。对也对的明确,错也错的清楚。法律职业者这种思维方式是可敬的,因为它使得我们很容易就能发现并改成法律中的错误。因而,法律职业者这种“非此即彼”的思维方式并不能保证法律的正确性,但却有利于法律的确定性。

## 结语

李约瑟曾经提出过一个关于科学的疑问:为什么科学只诞生在西方?在其他文明中为什么没有产生科学?这说明科学这一概念有从文化角度解读的必要。科学对客观的、确定的典范知识追求反映了人的价值追求和偏好,形成了后世科学的目的、精神与方法都是指向获得客观、确定的知识。如果把科学作为所有学科追求的一种典范知识的话,科学可以作为所有学科的上位概念来理解。也就是说,一个学科是不是科学关键看它能不能提供具有客观性与确定性的典范知识。法学也不例外。只不过在追求这种典范知识的科学过程中,一方面,科学使得法学的研究对象变成实在法,法学方法越来越形式化为“人为理性”;另一方面,正如韦伯所言,法律程序与法学家集团起到了至关重要的作用。这意味着,作为科学的法学应致力于完成两个最基本的任务:第一是实在法表达的科学化;第二是实在法运作的科学化,即法学方法、法律程序的科学化与法律职业者科学精神的培养。

# 法学如何成为一门科学

## ——经济学对规范法学的改造

刘晓\*

**[摘要]** 虽然实证法学和一部分理论法学是科学,但作为法学核心的规范法学不是科学,因此,法学的科学性受到质疑。规范法学虽然无法成为一门科学,但也可以努力提升其科学性,方法就是以实证法学为基础,改造规范法学的研究方法。通过实证研究与规范研究的划分,可知规范研究应该首先确立评价标准,然后根据评价标准评价法律制度的优劣和完善建议的优劣。比较福利标准和公平标准可知,福利标准更适合作为法律制度的评价标准。据此,引入经济学中的成本收益分析方法,并将法律解释方法纳入其中,改造规范法学的研究方法。

**[关键词]** 法学的科学性;规范法学;实证法学;法经济学

科学在人类发展的历史中扮演了极为重要的角色,科学往往代表了真理。而在人们的印象中,法学往往充满了各种不确定性和主观色彩,法学很难被称为一门科学。对此,本文将首先考察法学是否是一门科学,如果法学并非一门科学,则重点研究如何才能提升法学的科学性。

### 一、法学是科学吗

要回答法学是不是一门科学,法学是否具有科学性这个问题,必须首先弄清科学是什么?其次弄清法学是什么?在此基础上,才能回答法学是否具有科学性的问题。

#### (一) 科学是什么

对于什么是科学,可以参考词典中对科学的定义。在《现代汉语词典》中,科学是指:“反映自然、社会、思维等的客观规律的知识体系。”<sup>[1]</sup>在《辞海》中,科学是指:“运用范畴、定理、定律等思维形式反映现实世界各种现象的本质和规律的知识体系。”<sup>[2]</sup>上述词典对科学的定义是比较一致的,都认为科学是一种知识体系,组成这一知识体系的是反映现象的规律的知识,因此,科学的核心是“规律”。

在《现代汉语词典》中,规律是指:“事物之间的内在的本质联系。这种联系不断重复出现,在一定条件下经常起作用,并且决定着事物必然向着某种趋向发展。”<sup>[3]</sup>在《辞海》中,规律是指:“事物发展过程中的本质联系和必然趋势。具有普遍性、重复性等特点。它是客观的,是事物本身所固有的,人们不能创造、改变和消灭规律,但能认识它,利用它来改造自然界,改造人类社会。科学的任务就是要从感性认识上升到理性认识,揭示客观规律,指导人们的实践活动。规律可分为自然规律、社会规律和思维规律。”<sup>[4]</sup>因此,组成科学的规律,必须是客观规律,具有普遍性和重复性。由于科学是关于规

\* 刘晓,上海大学法学院,讲师

[1] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年9月第7版,第735页。

[2] 夏征农,陈至立主编:《辞海》,上海辞书出版社2009年9月版,第1234页。

[3] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年9月第7版,第491页。

[4] 夏征农,陈至立主编:《辞海》,上海辞书出版社2009年9月版,第785页。

· 88 ·

律的知识,因此科学的任务自然是揭示规律。

在揭示规律的过程中,必然要提出理论,理论要想揭示规律,首先必须是科学理论。对于一种理论属于科学理论还是非科学理论,波普尔提出了“可反驳性”标准<sup>[5]</sup>,他认为,科学理论是指能够经验地加以检验的理论,即可能找出经验事实来反驳该理论。非科学理论是指不能够经验地加以检验的理论,即不可能找出任何经验事实来反驳该理论。<sup>[6]</sup>波普尔的这一标准与上述科学的定义是相符的。既然组成科学的规律是反映现象的规律,那么规律本身必然可以由现象进行检验,以判断规律是否成立。现象与经验事实是一回事。如果某个理论不能被任何可以想象的经验事实所反驳,该理论就不能反映现象,也就不可能成为反映现象的规律。

由科学的定义以及科学理论的检验标准可知,科学的核心是反映现象的规律,科学的任务是揭示科学规律,就要提出各种科学理论。科学理论要想成为规律,前提是科学理论可以用经验事实加以检验,从而区别于非科学理论。科学研究必然是围绕现象和理论展开的,从现象中归纳理论,再用现象去检验理论并加以改进,最终提出规律。

#### (二) 法学是什么

对于法学是什么,同样可以参考词典中对法学的定义。在《现代汉语词典》中,法学是指“以法律、法律现象及其规律性为研究内容的科学。”<sup>[7]</sup>在《辞海》中,法学是指“以法律为主要研究对象的学科。”<sup>[8]</sup>上述词典对法学定义的分歧颇值得玩味。《辞海》认为,法学的研究对象主要是法律,并认为法学是一门“学科”,而《现代汉语词典》则认为法学的研究对象除了法律,还包括法律现象及其规律性,法学也不仅仅是一门学科,而是科学。从两种定义的差异可知,研究对象是否包括现象及其规律性,决定了法学是一门学科还是科学。上文已经指出,科学的核心是反映现象的规律,如果法学的研究对象包括现象及其规律性,认为法学是科学就说得通了。

对于法学的研究对象,学者普遍认为不仅包括法律,还包括法律现象。有学者将法律和法律现象分开,认为:“法学是研究法、法的现象以及与法相关问题的科学。法学首先研究各种法律规则,同时研究社会中的各种法律现象,如法律活动、法律观念、法律历史等,还研究与法律相关的政治、经济、社会、伦理等问题。”<sup>[9]</sup>有学者则将法律包括在法律现象中,认为:“法学是一门专门以法律现象为研究对象的学科。……法律现象包括立法、司法、执法、诉讼、法律规范、法律渊源、法律关系、法律行为、法律意识等等。法是法律现象的中心,其他法律现象都与法有着这样或那样的联系。”<sup>[10]</sup>还有学者指出了研究法律现象是为了揭示其规律性,认为:“法学的研究对象为法现象。……法学研究就是通过对法现象研究,以揭示法现象及其隐藏的法关系之内在规律性,并进而找到解决法现象和理顺法关系的良策。”<sup>[11]</sup>

上述法学的研究对象仍然较为笼统,可以通过法学研究的问题类型,更具体地了解法学是什么。有学者根据法学回答的四类问题,将法学研究分为四种类型。第一类问题是如何描述法律?研究目的是描述本国现行的法律、历史上的法律或者国外的法律。回答这类问题的研究是描述法学。第二类问题是应当如何评价法律?研究目的是在描述法律之后,对法律进行评价,或者在描述法院判决之后,对判决进行评价,并提出其他更好的做法。回答这类问题的研究是规范法学。第三类问题是适用某种法律规则会带来什么样的后果?研究目的是探讨法律对社会所产生的效果。回答这类问题的研究是实证法学。第四类问题是法律是什么?法律什么时候生效?法律如何形成?研究目的是探讨法

[5] 可反驳性与可检验性和可证伪性是同一个意思。

[6] 参见卡尔·波普尔:《猜想与反驳:科学知识的增长》,傅季重、纪树立、周昌忠、蒋弋译,中国美术学院出版社2003年6月版,第252页。

[7] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年9月第7版,第355页。

[8] 夏征农,陈至立主编:《辞海》,上海辞书出版社2009年9月版,第559页。

[9] 孟勤国,黄莹:《法学研究的对象和任务》,《江汉论坛》2014年第4期。

[10] 朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社2012年1月第2版,第2页。

[11] 肖海军:《从法学的研究对象与论证思路看法学研究方法》,《时代法学》2016年第6期。

· 89 ·

律的正当性、法律与其他规范体系(如道德)的关系,以及历史、社会和经济等因素对法律发展的影响。回答这类问题的研究是理论法学。<sup>[12]</sup>

### (三) 法学是科学吗

法学是否属于科学,关键在于法学是否具备科学的特点。上文已经指出,科学的核心是反映现象的规律,科学的任务是揭示规律,提出各种可以用经验事实加以检验的科学理论。由于法学包括不同的研究类型,因此不能一概而论,必须逐一分析不同的法学研究是否属于科学。

第一,描述法学会回答如何描述法律的问题。描述法学会通常被视为法教义学研究方法或者法律体系化的同义词。自然科学也要对研究对象进行描述,在自然科学的影响之下,学者发展出了法律几何学,将杂乱无章的法律规则进行归纳整理,形成具有逻辑联系的法律体系。<sup>[13]</sup> 描述法律与描述自然现象类似,体系化的方法在自然科学中也被广泛采用,但由于描述的对象是现象本身,重点在于观察、发现和描述现象,离提出反映现象的规律还有一定距离。因此,描述法学会只是科学的准备阶段,还不能算是科学。

第二,规范法学会回答应当如何评价法律的问题,即回答一个人应当做什么和不应当做什么,从而评价现有的法律规范或者提出更好的法律规范。重点在于判断行为的好坏,对行为进行价值判断。法学会领域的大部分研究都是针对这类问题。回答这个问题不依赖于现实世界,回答一个人应当做什么,与这个人实际上做什么不存在任何关联。<sup>[14]</sup> 由于价值判断无法用经验事实加以检验,不能依赖经验事实推翻一个价值判断,因此对法律规范的评价不是科学理论,无法成为反映现象的规律。因此,规范法学会不属于科学。

第三,实证法学会回答适用某种法律规则会带来什么样的后果的问题。其目的不在于对法律进行描述,而在于探讨法律适用的效果,法律对社会现实的影响。<sup>[15]</sup> 由于法律规则是现象,社会后果也是现象,研究法律规则会引发何种社会效果,也就是研究一种现象的出现,会带来何种其他现象的出现,需要借助某种理论,这种理论可以反映现象之间因果关系的规律。由于此处所需的理论可以被观察到的经验事实或现象所推翻,所以是科学理论。由于实证法学会需要借助科学理论解释现象、推测现象,因此,实证法学会是科学。

第四,理论法学会回答法律是什么、法律和其他规则集合(如道德)有什么不同,法律在什么时候生效以及法律如何形成等问题,这些问题传统上由法哲学和法理学来处理。理论法学会的价值在于通常不以实体性法律作为起点,而是设法获得与各种法律领域相关的洞察。<sup>[16]</sup> 在这些问题中,有些不是经验性问题,比如法律和道德的区别、法律在什么时候生效,回答这些问题的理论无法用经验事实进行检验,不是科学理论。而有些问题则是经验性问题,比如法律如何形成,回答这些问题的理论可能揭示某种规律,可以用实际发生过的经验事实进行验证,是科学理论。因此,一部分理论法学会属于科学,另一部分则不属于科学。

综上所述,在法学会的四种研究类型中,实证法学会和一部分理论法学会是科学,描述法学会、规范法学会和一部分理论法学会不是科学。

在四种法学会研究类型中,不少学者认为核心是规范法学会,因为法学会的核心是规范性问题。<sup>[17]</sup> 有学者提出:“法学会的研究对象是本国现行法律,法学会的研究任务是研究现行法律的不足、提出完善现行

[12] 扬·斯密茨:《法学会的观念和方法》,魏磊杰、吴雅婷译,法律出版社2017年1月版,第9—10页。

[13] 扬·斯密茨:《法学会的观念和方法》,魏磊杰、吴雅婷译,法律出版社2017年1月版,第12—19页;屈茂辉,匡凯:《传统法学会的几何学范式论析》,载《法学家》2014年第3期;[美]I.伯纳德·科恩:《自然科学与社会科学的互动》,张卜天译,商务印书馆2016年11月版,第139—150页。

[14] 扬·斯密茨:《法学会的观念和方法》,魏磊杰、吴雅婷译,法律出版社2017年1月版,第47—48页。

[15] 扬·斯密茨:《法学会的观念和方法》,魏磊杰、吴雅婷译,法律出版社2017年1月版,第31—32页。

[16] 扬·斯密茨:《法学会的观念和方法》,魏磊杰、吴雅婷译,法律出版社2017年1月版,第36—37页。

[17] 扬·斯密茨:《法学会的观念和方法》,魏磊杰、吴雅婷译,法律出版社2017年1月版,第10页、第47页。

法律的对策。……法学会因法律规则而生、为法律规则而存,可以说,法学会就是法律规则之学。”<sup>[18]</sup> 这种观点从规范研究的成果占全部法学会研究成果的比例就足以看出。该学者进一步指出其他法学会最终也是为规范研究服务的,认为:“法学会也研究法律现象和与法律相关的问题,但研究法律现象和与法律相关的问题不是法学会的终极目的,而是服务于研究法律规则,如法律史学提供历史的经验和教训,比较法学会分析不同国家法律实践的利弊得失,理论法学会以各种方式解释法律规则的正当性和逻辑性,等等。”<sup>[19]</sup>

因此,虽然实证法学会和一部分理论法学会是科学,但作为法学会核心的规范法学会不是科学,必然使法学会的科学性受到极大的质疑。

由于规范法学会是法学会的核心,如何使规范法学会具有科学性,是一个值得重点研究的问题。从上文可以看出,虽然规范法学会不是科学,但实证法学会属于科学,如果能够将规范法学会与实证法学会相结合,自然可以极大提升规范法学会的科学性。本文余下部分就是为了这一目标努力,试图提出一种以实证法学会为基础的规范法学会研究方法。

## 二、规范法学会欠缺科学性的体现

传统法学会研究方法主要是指规范法学会,也被称为法解释学、法教义学。规范法学会的共同特征为:将研究对象定位为法律规范本身,尤其是那些成文化的“书本法律”;关注法律规范的建构和立法的完善,将构建良法美制作为研究的归宿;注重法律规范内部的逻辑演绎和规范分析,强调成文法体系结构的完整性;追求法律规范的有效实施,注重从立法完善的角度解决法律实践中的问题。<sup>[20]</sup>

对于规范法学会的局限性,有学者认为其局限性在于过于注重演绎推理,而演绎推理的前提依据是一些源自西方法学的理论,据此对中国法律问题进行或批判、或建构、或解释的分析。按照这一逻辑,中国立法出现问题的主要原因是没有坚持那些源自西方的法学原理,而司法实践出问题的主要表现则是成文法遭到架空和规避,司法实务界没有接受西方法学的那套概念、思维和价值判断。对于成文法规范的正当性,研究者习惯于从基本原则加以解释,而这种基本原则又深深地受到西方法学的影响,如刑法中的罪刑法定、罪刑均衡、适用法律一律平等,民法中的公平、等价有偿、情势变更等,行政法中的法律保留、成比例、正当程序等,刑事诉讼法中的无罪推定、程序正义、有效辩护、禁止强迫自证其罪等。而对于司法实践中存在的问题,研究者除了提出一些老生常谈的立法完善方案以外,再也无法给出富有启发性的建议。对于这些问题发生的原因,除了将问题归结为立法不完善、成文法过于抽象等原因以外,几乎无法给出令人信服的分析。<sup>[21]</sup>

该学者实际上是想表达,将一些源自西方法学的理论作为演绎推理的前提依据,是不合理的。规范法学会的不足,主要是忽视了评价标准的选择。具体而言,主要采用规范法学会的现有研究有两个方面的不足:第一,现有研究没有明确评价法律制度的标准是什么。不论是将中国的制度与外国的制度进行比较,还是将两种可供选择的制度进行比较时,都没有明确比较优劣的标准,并根据这一标准进行比较。在现有研究中,比较的结论或评价的结论往往以十分简短甚至仓促的方式得出。第二,现有研究没有明确用建议制度取代现有制度的标准是什么。现有研究普遍认为,建议制度优于现有制度,就应该用建议制度取代现有制度。与此同时,现有研究有时又会考虑将外国制度本土化的问题,建议制度与现有法律体系的兼容性问题,但并未将上述考虑因素整合在一起,形成明确而统一的评价标准,以判断建议制度是否应该取代现有制度。导致现有研究对提出的建议缺乏充分的论证,结论缺乏说

[18] 孟勤国,黄莹:《法学会研究的对象和任务》,《江汉论坛》2014年第4期。

[19] 同上。

[20] 参见陈瑞华:《法学会研究方法的若干反思》,《中外法学会》2015年第1期。

[21] 同上。

服力。

例如,在研究知识产权损害赔偿中实际损失的确定时,有些学者比较了中国和美国的制度后,认为美国的制度比中国的制度更好,中国应借鉴美国的制度。这些学者的论证过程如下:有学者认为:“因美国判例法对上述损失的计算有着详细的规定,值得我们借鉴,故笔者在论述此问题时将着重援引美国法上的规定。”<sup>[22]</sup>有学者认为:“美国所失利润的计算标准更为全面、精细,值得我国借鉴。”<sup>[23]</sup>有学者认为:“借鉴美国的司法实践,权利人应提供相应证据证明实际损失与侵权行为间的因果关系:(1)权利人应证明其产品与侵权产品间存在竞争关系;(2)应证明不存在非侵权的替代产品或者侵权前专利产品所占市场份额;(3)权利人还应证明其具备满足市场需求的制造和销售能力等。”<sup>[24]</sup>可以看出,这些研究在评价现有制度以及提出完善建议时,忽略了评价标准问题,导致论据单薄,结论缺乏说服力。

### 三、实证研究与规范研究的划分对规范法学的启示

#### (一) 实证研究与规范研究的划分

划分实证研究与规范研究是社会科学方法论的一个基本要求,这种划分已被社会科学诸多学科所接受。<sup>[25]</sup>例如,在社会学领域,巴比认为,社会科学理论处理的是“是什么”,而不是“应该如何”。社会科学只能帮助我们了解事件本身和事件的成因。只有在人们同意比较好坏的标准之后,社会科学才能告诉我们事件应该如何。<sup>[26]</sup>在经济学领域,李俊慧认为,要区分实证经济学与规范经济学。实证经济学或实证分析认为经济学理论要用于解释世界、解释现象,回答“是什么”、“为什么”的问题,而不是回答“好不好”、“应不应该”的问题。好与坏是主观的价值判断,没有客观的标准,也就是科学所无法回答的问题。但是,如果人为地事先确定一个客观的标准,然后科学就可以回答好不好的问题了。规范经济学或规范分析一定要先基于实证分析,在实证分析的基础上再根据事先确定下来的价值判断,就能做出“应不应该”的回答。<sup>[27]</sup>

法学界也注意到了实证研究与规范研究的划分。例如,张千帆认为,法学研究有两大类问题需要考虑,第一类是法律应该实现的目标,是价值或规范性问题。第二类是实现目标的手段和方法,是实证或事实性问题。规范与实证的基本区分是无可置疑的。法学研究必须以大量的事实根据为基础,但法学研究不能停留在这一步,而是还要对作为公共政策的法律作出判断,比较不同的法律与政策选择的优劣,并最终得出结论,某项选择与其它选择相比,对实现特定目标是不是最优的。这项价值判断的结论取决于作为衡量标准的目标。<sup>[28]</sup>包万超认为,实证行政法学研究行政法“是什么”或“如何存在”,研究的问题包括:行政法是怎样存在的,解释存在的原因,推测某项立法是否能实现既定目标,分析其实施后果如何。规范行政法学则要说明行政法“应当是什么”或“如何改进”,研究两方面的问题:一是纯粹的价值判断,探讨法律应当做什么,不应当做什么;二是具体的制度选择,即为了实现特定的目标,应采取何种制度或者提出何种立法建议。规范分析不能脱离实证分析,因为规范分析以基本价值判断为前提,规范研究要有说服力,必须以实证分析为基础,规范分析实际上是包含了一定价

[22] 参见张广良:《知识产权侵权民事救济》,法律出版社2003年6月版,第167—168页。

[23] 参见张玉敏、杨晓玲:《美国专利侵权诉讼中损害赔偿金计算及对我国的借鉴意义》,《法律适用》2014年第8期。

[24] 参见李秀娟:《专利侵权诉讼中实际损失之确定标准——美国的经验》,《专利法研究(2010)》,知识产权出版社2011年9月版,第530页。

[25] 参见包万超:《行政法与社会科学》,商务印书馆2011年4月版,第68—69页。

[26] 参见艾尔·巴比:《社会研究方法(第十一版)》,邱泽奇译,华夏出版社2009年2月版,第12—13页。

[27] 参见李俊慧:《经济学讲义(上)》,中信出版社2012年9月版,第55—60页。

[28] 参见张千帆:《认真对待实用主义——也谈中国法学应该向何处去》,《现代法学》2007年第2期。

值标准的实证分析。<sup>[29]</sup>

法律经济学致力于用经济学方法分析法律问题,自然也将经济学中对实证研究与规范研究的划分一起引入到法学研究中。例如,沙维尔认为,法律的经济分析方法中有两种与法律规则有关的基本问题,第一种是法律规则效用的描述性分析,即判断法律规则对人们行为的影响。例如,机动车事故责任制度对交通事故的多少、事故受害者的赔偿以及诉讼成本会有什么影响?第二种是法律规则社会最优性的规范性分析,即在采用一定社会福利标准的基础上,对社会政策和以此为基础的法律规则进行评价。如果按照一定的标准,一项法律规则所导致的社会福利水平高于另一项法律规则,那么可以说第一个法律规则优于第二个。例如,给定机动车事故责任制度的各种结果,分析机动车事故责任制度对社会而言是不是最优的。规范性分析是有条件的分析,这种条件表现在对法律规则是否最优进行判断的结果,取决于分析判断时所采用的社会福利标准。<sup>[30]</sup>

可以看出,社会科学普遍划分实证研究与规范研究,实证研究用于描述和解释事实,规范研究用于指导和建议,规范研究必须以实证研究为基础。

#### (二) 对规范法学的启示:根据评价标准进行分析

规范法学研究的对象主要是法律制度,目的是评价法律制度的优劣,并针对法律制度提出完善建议,回答的都是“好不好”和“应不应该”这类价值判断问题,属于规范研究。从上文可知,学者在划分实证研究与规范研究的基础上,也指出了规范研究的基本方法:规范研究必须以实证研究为基础,即事先确定评价优劣的判断标准(什么是好),然后通过实证研究确定相关制度符合该标准的程度(是不是好),最后得出制度优劣的结论(哪项制度更好)。通过事先确立评价标准,明确区分价值判断环节与事实判断环节,规范研究就可以同实证研究结合起来。

尽管大部分的规范法学研究没有明确提出评价标准,没有明确区分价值判断和事实判断,也即没有明确区分规范研究和实证研究。但是,只要该研究需要评价法律制度和提出完善建议,就必然要提出评价标准,并根据该评价标准进行价值判断和事实判断。因此,大部分的规范法学研究中隐含了评价标准,也隐含了价值判断和事实判断。例如,上文提到的“美国所失利润的计算标准更为全面、精细,值得我国借鉴。”<sup>[31]</sup>其中隐含的评价标准有两个,一是“所失利润的计算标准越全面、精细,该计算标准就越好”,二是“某国的计算标准比我国好,就值得我国借鉴”。根据该评价标准,该文的事实判断为“美国所失利润的计算标准比我国更为全面、精细”,从而得出该文最终的价值判断“美国所失利润的计算标准值得我国借鉴”。

通过指出评价标准,更容易发现研究结论是不是可靠,因为评价标准本身可能就缺乏合理性。例如,上述两个隐含的评价标准都忽略了成本问题。就第一个评价标准而言,即便该计算标准非常全面、精细,在运用时却可能需要付出大量的成本,甚至超出法官的能力范围,也不能认为这是个好的计算标准。就第二个评价标准而言,即便某国的计算标准比我国好,我国如果要借鉴,势必需要改变立法或者改变对立法的解释、法官需要重新学习和理解,这些成本如果大于对赔偿数额精确性的提升,我国就不值得借鉴。

因此,实证研究和规范研究的划分对规范法学研究的启示在于,在评价法律制度和提出完善建议前,应该首先提出评价标准,并确保评价标准的合理性,然后再根据评价标准进行准确的事实判断和分析,最终得出的结论才具有说服力。

[29] 参见包万超:《行政法与社会科学》,商务印书馆2011年4月版,第70—81页。

[30] 参见斯蒂文·沙维尔:《法律经济分析的基础理论》,赵海怡、史册、宁静波译,中国人民大学出版社2013年1月版,第1—2页。

[31] 参见张玉敏、杨晓玲:《美国专利侵权诉讼中损害赔偿金计算及对我国的借鉴意义》,《法律适用》2014年第8期。

#### 四、规范法学研究中评价标准的选择

既然大部分的规范法学研究中隐含了评价标准，并据此作出了事实判断和价值判断，那么评价标准的选择就至关重要，是研究结论具备合理性的前提。在为数众多的评价标准中，公平和福利（效率）是最主要的两个评价标准。下文将首先阐述与选择评价标准有关的理论，然后具体分析公平标准和福利标准的选择。

##### （一）与选择评价标准有关的理论

卡普洛和沙维尔详细研究了两种法律政策的评价标准，一是基于公平观念的公平标准，二是以法律规则如何影响福利为基础的福利标准。他们认为，在评价法律规则时，应该一律使用福利标准作为规范评价方法，法律规则的选择只应该以它对社会生活中福利的实际效果为依据。在对法律规则的评价中，诸如矫正正义等公平观念不应给予特别的强调。<sup>[32]</sup> 理由有二：第一，追求公平会牺牲福利。因为公平观念的特征在于，对公平程度的评价并非单一地取决于法律政策对福利的影响，因此，公平观念在考虑其他因素时可能与福利标准相冲突，导致满足公平观念的要求会使每个人的状况变得更糟，也即社会福利减少。<sup>[33]</sup> 第二，为了提倡公平观念而牺牲福利，并没有支持其合理性的根据。<sup>[34]</sup>

当然，他们也承认，逻辑本身无法解决对规范性问题的不同意见，单纯逻辑不能告诉我们何者应是评估的首要原则，福利应成为唯一关注点的论断中包含了价值判断。但是，假设大多数人的确认为福利相当重要，那么任何有可能使所有人受损的公平观念都会被认为是有问题的。<sup>[35]</sup>

由于评价标准的选择涉及价值观的争议，很多学者认为价值观的争议难以解决。例如，巴比认为，评价标准取决于人们的共识，但共识很难达成。他认为，涉及价值判断时，人们很难获得一致的测量标准，所以科学也很难平息有关价值观的辩论。类似这样的问题通常都被看作是观念和信念的问题。社会科学所面临的最大难题之一，就是如何让大家赞同成败评价的标准。社会科学只能帮助我们了解事件本身和事件的成因，只有在人们同意比较好坏的标准之后，社会科学才能告诉我们事件应该如何。但是，要获得共识几乎不可能。<sup>[36]</sup> 波斯纳则认为，学者无法决定评价标准或目标，不如专注于研究不同政策实现目标的程度。他认为，学者并不选择目标，只限于研究通向目标的路径，如果该社会的目标有争议，那么专家可能做的一切就是显示一些具体政策会如何推进或迟滞各自的目标，他不可能仲裁这些目标。经济学家不可能做最后的决定，说社会应当瞄准增长、平等、幸福、存活、征服、停滞、社会正义或任何其他东西。道德两难是有关目的的争论，而富有成果的思考，那种有所推进的推理，是有关手段的思考。<sup>[37]</sup>

尽管评价标准的选择困难重重，却是研究法律制度时必须确定的前提。因此，即使存在不完美的地方，还是应该尽可能确定最合适的评价标准。对此，可以采用波普尔的分析框架来确定评价标准。

前文已经提到，波普尔用可反驳性<sup>[38]</sup> 来区分经验理论和非经验理论。经验理论是指能够经验地加以检验的理论，即可能找出经验事实来反驳该理论，如科学理论。非经验理论是指不能够经验地加

<sup>[32]</sup> 参见路易斯·卡普洛、斯蒂文·沙维尔：《公平与福利》，冯玉军、涂永前译，法律出版社2007年10月版，第3页。

<sup>[33]</sup> 参见路易斯·卡普洛、斯蒂文·沙维尔：《公平与福利》，冯玉军、涂永前译，法律出版社2007年10月版，第43页、第57—58页、第515—516页。

<sup>[34]</sup> 参见路易斯·卡普洛、斯蒂文·沙维尔：《公平与福利》，冯玉军、涂永前译，法律出版社2007年10月版，第516页。

<sup>[35]</sup> 参见路易斯·卡普洛、斯蒂文·沙维尔：《公平与福利》，冯玉军、涂永前译，法律出版社2007年10月版，第67页、第519页。

<sup>[36]</sup> 参见艾尔·巴比：《社会研究方法（第十一版）》，邱泽奇译，华夏出版社2009年2月版，第12—13页。

<sup>[37]</sup> 参见理查德·A·波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年11月版，第54页、第73页。

<sup>[38]</sup> 可反驳性与可检验性和可证伪性是同一个意思。

以检验的理论，即不可能找出任何经验事实来反驳该理论，如哲学理论。如果哲学理论只不过是一个对世界的孤立断定，那么这个哲学理论是无法评判的，但如果把哲学理论看作对一组问题提出的解答，那么这个理论就可以评判。我们可以提出这样的问题：这个理论解决了这个问题吗？这个理论比其他理论更好地解决了这个问题吗？这种解决简单吗？<sup>[39]</sup> 法律制度的评价标准属于上述分类中的非经验理论或哲学理论，对这些评价标准无法用经验事实加以检验，只能将它们看做对一组问题的解答，通过考察这些评价标准对这组问题的解答，从而对这些评价标准进行评判。

##### （二）公平标准和福利标准的选择：以知识产权损害赔偿制度为例

让我们以知识产权损害赔偿制度为例，具体分析公平标准和福利标准的选择。对于知识产权损害赔偿制度而言，公平标准的理论主要是矫正正义，认为要让加害者对其所造成的损害予以赔偿，尤其是当加害者存在过错的情况下应当赔偿。就赔偿问题而言，受害者应当被回复原状。<sup>[40]</sup> 从这种理论出发，可以得出损害赔偿的最高指导原则是填平原则，即赔偿被害人所受的损害，使被害人回复到损害事故未发生的情况下应有的状况。<sup>[41]</sup> 福利标准以福利最大化为评价标准，认为评价知识产权损害赔偿制度时，要综合考量该制度的收益和成本，进而选择财富最大化的制度。<sup>[42]</sup> 具体而言，就是用尽可能小的成本实现知识产权损害赔偿制度的目标，即《侵权责任法》的目标：保护权利、预防和制裁侵权行为。<sup>[43]</sup>

根据波普尔的分析框架，在比较这两种评价标准时，应首先列出损害赔偿制度的立法和解释中的疑难问题，然后比较它们各自解决问题的程度。

第一，侵权获利的赔偿数额能否超过权利人实际损失的数额？根据公平标准中的矫正正义，侵权获利赔偿不能超过权利人的实际损失，损害赔偿应以填平损失为限。根据福利标准，当侵权获利大于实际损失时只赔偿实际损失，会使侵权人因侵权而获利，无法实现预防侵权行为的制度目标，因此只要制度成本不过高，就应赔偿大于实际损失的侵权获利。

第二，《商标法》第63条引入了惩罚性赔偿，那么知识产权法中是否应该引入惩罚性赔偿或倍数赔偿？根据公平标准中的矫正正义，不应引入惩罚性赔偿，倍数赔偿也应以填平原则为指导。根据福利标准，要比较收益和成本之后才能判断。如果惩罚性赔偿或倍数赔偿能解决发现侵权的概率问题，提高对侵权行为的威慑，更能实现预防和制裁侵权行为的制度目的，且制度成本不过高的话，应引入惩罚性赔偿或倍数赔偿。

第三，损害赔偿的数额由于证据难以获得无法精确计算时应该怎么办？根据公平标准中的矫正正义，要填平权利人的损失，就应尽可能获得相应的证据，应该由法院调查相应的证据，直到获得可以精确计算赔偿数额的证据为止。根据福利标准，要比较精确计算赔偿数额对实现“保护权利、预防和制裁侵权行为”这一制度目标所带来的收益，以及相应的制度成本。如果制度成本大于增加的收益，则不应精确计算，应采用推定或酌定的方法确定赔偿数额。

比较两种标准对上述三个问题的回答可知，公平标准从一个特定的原则出发，推理所有问题的答案，既不考虑该公平原则与法律制度的立法目的是否一致或冲突，也不考虑实现该公平原则须付出的代价和成本。而福利标准则以实现法律制度的立法目的为收益，同时考虑实现立法目的的成本，最后选择财富最大化的制度。因此，尽管上述两种标准都能回答法律制度的优劣问题，但福利标准比公平

<sup>[39]</sup> 参见卡尔·波普尔：《猜想与反驳：科学知识的增长》，傅季重、纪树立、周昌忠、蒋戈译，中国美术学院出版社2003年6月版，第252—255页。

<sup>[40]</sup> 参见路易斯·卡普洛、斯蒂文·沙维尔：《公平与福利》，冯玉军、涂永前译，法律出版社2007年10月版，第93—95页。

<sup>[41]</sup> 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年10月版，第14—17页。

<sup>[42]</sup> 参见路易斯·卡普洛、斯蒂文·沙维尔：《公平与福利》，冯玉军、涂永前译，法律出版社2007年10月版，第3—5页、第38—41页。

<sup>[43]</sup> 《侵权责任法》第1条规定：“为保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，促进社会和谐稳定，制定本法。”

标准更适合作为法律制度的评价标准。

## 五、规范法学研究所需的经济学理论

采用福利标准作为法律制度的评价标准,势必要用到经济学的基本理论进行实证研究。本文认为,规范法学研究中需要用到的经济学并不复杂。这部分将阐述规范法学研究中需要用到的经济学理论。

在规范法学研究中需要用到的经济学,主要是经济解释的方法。经济解释是指以经济学的角度,用上科学的方法,来解释现象或人的行为。<sup>[44]</sup> 其中,推测与解释是同一回事,推测是先见到局限的变动而推断什么现象会跟着出现;解释是见到现象的出现,而追溯是什么局限变动促成的。逻辑的结构一样,所以推测与解释相同。<sup>[45]</sup> 经济解释主要是基于经济学中的两个假设,通过边际分析法运用需求定律。

经济学有两个基础假设,第一个基础假设是个人做选择。个人做选择是指任何人的行为,都是由个人作出可以被推测的选择。个人是所有经济分析的基本单位,因为所有的选择和行为都是个人做出的。至于事实上个人的行为是否都是主动选择的结果则在所不问。第二个基础假设是人是自私的。人是自私的是指个人在局限条件下争取自己最大的利益。究竟人是否真的自私并不重要,重要的是我们指明一些局限条件,在这些局限条件下人因为自私会做出某些选择,在另一些局限条件下人因为自私会做出其他选择。这些由自私的假设推出的可以验证的推论可以由事实进行检验。判断这些假设是否恰当,关键在于由假设推出的推论是否被事实推翻。<sup>[46]</sup>

经济学中最重要的理论是需求定律,反映了人类行为的规律。需求定律是指任何物品价格下降,该物品的需求量上升。首先,需求定律中的价是指某人为某物在边际上愿意付出的最高代价,也即该物在边际上的最高使用价值。这里的价并不局限于市场价格,而是指任何代价。用金钱来衡量的市场价格,只是一种最常见的代价。有些物品没有市场,或者是非金钱物品,或者在某些制度下市场不存在,所以没有市价,但获得这些物品,同样需要付出代价,需求定律同样适用。其次,需求定律中的量是指在不同的价格下,某人意图换取的最高的量。<sup>[47]</sup> 由于需求量是人的意图,是抽象的概念,无法直接观察,要以需求定律解释现象,就必须以可以观察到的量的变化表示需求量的变化。对此有两种方法,第一种方法是将需求量与成交量挂钩,以成交量的变化表示需求量的变化。由于成交量真实存在,其变化可以观察,因此需求量的变化也可观察。例如,复印的纸张数量和进口的苹果数量都是成交量,可以用来表示需求量。但是,有些情况下完全没有成交量,需求量也可能变化,在不能以成交量表示需求量的情况下,第二种方法是不管成交量,直接以可观察到的行为变化来表示需求量的变化。例如,行人捡起他人掉在地上的钞票,顾客排队购买打折商品,这里没有成交量,但都能表示需求量的转变。<sup>[48]</sup>

在运用需求定律时,经济解释的基本方法是边际分析法,即从局限条件的转变推断行为的转变。解释行为只需要知道局限条件的变化,会导致人的行为如何变化即可。<sup>[49]</sup> 换言之,我们不需要知道代价和需求量的具体数值,只需要知道代价和需求量的变化情况。知道代价变大或者变小,就可以推断出需求量是变多还是变少。

[44] 张五常:《经济解释(二〇一四增订本)》,中信出版社2015年2月第2版,第45页。

[45] 同上,第79页。

[46] 同上,第83—93页。

[47] 同上,第137页、第149—151页。

[48] 同上,第177—178页。

[49] 同上,第407—408页。

## 六、用经济学改造规范法学研究方法

经济学理论要成为规范法学研究方法的一部分,还需要与规范法学研究的特点相结合。这部分阐述如何用经济学改造规范法学研究方法。

### (一) 评价制度优劣的经济分析方法

从经济解释的角度来看,法律制度是行为人面临的代价之一。法律制度的变化,使人的行为付出的代价变大或变小,从而引起人的行为发生变化。根据需求定律,法律制度的代价变大,该行为的需求量变小;法律制度的代价变小,该行为的需求量变大。受法律制度影响的人有很多,所有受法律制度影响的人的行为变化的总和,就是法律制度对社会整体的影响。

受法律制度影响的人有哪些,根据法律性质的不同而有所区别,需要具体进行分析。本文阐述的研究方法主要是针对私法的研究方法,因此重点讨论受私法制度影响的人。对私法而言,法律的基本结构是权利—义务—责任。私法以权利为核心,通过设定权利来保护权利人,同时要求义务人履行义务,在义务人违反义务时要求其承担法律责任,并在产生纠纷时由法院保障实施。因此,受法律制度影响的人主要是权利人、义务人和法院。

对权利人而言,法律赋予其权利,当权利得到实现时,就能实现法律的立法目的,从而获得相应的收益。当然,设定权利只是实现某项法律制度的立法目的的手段,如何设定权利要根据特定的立法目的来决定。例如,在侵权法的简单模型中,经济目标是使伤害成本与预防成本之和最小化。考特和尤伦认为,侵权责任系统的经济目标即使预防和事故伤害两项成本的加总最小化。<sup>[50]</sup> 沙维尔认为,社会的目标是注意成本与事件预期损失之和最小化。<sup>[51]</sup> 如果改用收益和成本来表示,减少事故伤害的损失就是侵权法的收益,预防成本或注意成本是侵权法的成本。减少事故伤害通常就是侵权法的立法目的,这一立法目的是通过设定人身权等权利来实现的。事故伤害带来的损失越小,侵权法的收益越大。<sup>[52]</sup> 因此,法律制度的收益要根据实现该项法律制度的立法目的的程度来衡量,当一项法律制度实现立法目的的程度越高,该项法律制度的收益就越大。

对义务人而言,法律在设定权利的同时,也要求权利相对应的义务人履行义务。但是,义务人要履行义务,同样也要付出一定的成本,才能避免对他人权利的侵害。<sup>[53]</sup> 例如,在上述侵权法的简单模型中,义务成本就是预防成本,预防指的是任何降低事故发生概率和数量的行为。<sup>[54]</sup> 预防成本也被称为避免伤害的成本、花费在预防措施上的费用<sup>[55]</sup> 或注意成本<sup>[56]</sup>。

对于法院而言,当事人产生法律纠纷时,需要由法院解决纠纷,法院要付出运行成本。当然,制度的运行成本不仅包括法院的运行成本,还包括其他参与解决纠纷的主体付出的成本。例如,在侵权法的复杂模型中,除了考虑简单模型中的预防成本和伤害成本,还要考虑运行成本或管理成本。<sup>[57]</sup> 沙

[50] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学(第六版)》,史晋川、董雪兵等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2012年9月版,第211页。

[51] 斯蒂芬·斯蒂芬·沙维尔:《法律经济分析的基础理论》,赵海怡、史册、宁静波译,中国人民大学出版社2013年1月版,第158页。

[52] 参见斯蒂芬·沙维尔:《法律经济分析的基础理论》,赵海怡、史册、宁静波译,中国人民大学出版社2013年1月版,第258页。

[53] 参见李琛:《教人以善 当使可从》,载《电子知识产权》2004年第7期。

[54] 参见罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学(第六版)》,史晋川、董雪兵等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2012年9月版,第190页。

[55] 参见罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学(第六版)》,史晋川、董雪兵等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2012年9月版,第189—190页。

[56] 参见斯蒂芬·沙维尔:《法律经济分析的基础理论》,赵海怡、史册、宁静波译,中国人民大学出版社2013年1月版,第258页。

[57] 参见罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学(第六版)》,史晋川、董雪兵等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2012年9月版,第211页。

维尔认为,运行成本是指当损害发生时,当事人为了解决纠纷而承担的法定成本和其他成本。这些法定成本包括通常很重要的当事人的时间、精力和感情成本以及负效用。运行成本,可以分为调解案件的运行成本和诉讼案例的运行成本。<sup>[58]</sup> 考特和尤伦则提出了管理成本,认为管理成本是为了分配事故损害成本而产生的。比如,私法系统会引发须支付给律师、法官以及其他参与解决法律纠纷的官员们的费用。”<sup>[59]</sup> 运行成本和管理成本的含义基本相同,都是为解决纠纷产生的成本。

综上所述,衡量法律制度的净收益的方法为:首先,法律制度的收益可以根据实现该项法律制度的立法目的的程度来衡量,当一项法律制度实现立法目的的程度越高,该项法律制度的收益就越大。其次,法律制度的成本包括对他人施加的义务成本和制度的运行成本。对他人施加的义务成本主要是他人为履行义务而花费的成本。制度的运行成本主要是他人不履行义务时通过诉讼解决纠纷的成本。可以用公式表示为:法律制度的净收益 = 所有受法律影响的人的净收益的总和 = 总收益 - 总成本 = 实现立法目的的收益 - (义务人履行义务的成本 + 制度运行成本)。知道了法律制度的净收益大小,就可以比较具体法律制度的优劣,净收益较大的制度优于净收益较小的制度。

## (二) 提出制度完善建议的经济分析方法

在确定了制度优劣之后,如果要提出制度完善的建议,就是建议从一种制度转向另一种制度,必然会产生转换收益和转换成本。根据福利标准,转换收益减去转换成本的净收益较大的建议优于净收益较小的建议。<sup>[60]</sup>

首先,转换收益是从现有制度转换成新制度时会产生的收益,等于新制度的收益减去现有制度的收益的差额。例如,在比较了各种知识产权损害赔偿制度的优劣后,如果结论是某种知识产权损害赔偿制度的净收益大于中国现有的知识产权损害赔偿制度,该种制度的净收益减去中国现有制度的净收益,就是中国引入该种制度的转换收益。

其次,转换成本是从现有制度转换成新制度时会产生的成本。法律制度转换的方式主要有两种,一是改变对现有制度的解释,其转换成本是从中国的现有制度中解释出新制度所要付出的改变解释的成本。二是改变现有制度的立法,其转换成本是将中国的现有制度变成与新制度一样所要付出的改变立法的成本。

如果这种新制度来自外国,则转换成本就是中国通过解释或立法的方式引入这种外国新制度的法律移植本土化的成本。法律移植本土化的成本包括内部因素的成本和外部因素的成本,内部因素的成本是指被移植的法律与中国的法律体系(如法律词汇的含义、法律的结构、法律的原则、立法精神、法律的地位、法律调整的社会关系的种类等)相匹配和融合所付出的成本。外部因素的成本是指中国的政治、经济、文化对被移植法律的接受及影响所付出的成本。<sup>[61]</sup> 例如,由于确定知识产权损害赔偿数额的技术性较强,受政治、经济、文化等因素的影响不大,因此无须考虑外部因素的成本,只须首先,要重点考虑与中国现有法律制度的融合程度,与中国现有法律制度的融合程度越高,本土化的成本就越小。其次,还要考虑与中国的理论学说的融合程度,与中国的理论学说的融合程度越高,本土化的成本也越小。

## (三) 经济学改造后的规范法学研究方法的步骤

根据上文的分析,经济学改造后的规范法学研究方法有以下步骤:

<sup>[58]</sup> 参见斯蒂芬·沙维尔:《法律经济分析的基础理论》,赵海怡、史册、宁静波译,中国人民大学出版社2013年1月版,第256—258页。

<sup>[59]</sup> 参见罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学(第六版)》,史晋川、董雪兵等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2012年9月版,第211页。

<sup>[60]</sup> 参见张丽、宋宏飞:《法律移植及本土化研究》,中国人民公安大学出版社2010年12月版,第151—153页;黄文艺:《比较法:原理与应用》,高等教育出版社2006年4月版,第118—119页。

<sup>[61]</sup> 参见张丽、宋宏飞:《法律移植及本土化研究》,中国人民公安大学出版社2010年12月版,第154页。  
· 98 ·

第一步,描述研究的问题,第一类是立法问题,即某一法律制度存在两种以上可供选择的制度,如比较法上的不同制度;第二类是解释问题,即某一法律制度存在两种以上可能的解释,即根据文义解释会出现两种以上解释的可能。

第二步,明确法律制度的评价标准采用福利标准,即净收益较大的制度或解释优于净收益较小的制度或解释。同时,明确评价完善建议的标准也采用福利标准,即净收益较大的建议优于净收益较小的建议。

第三步,比较可供选择的制度或解释的优劣。根据福利标准,比较可供选择的制度或解释的收益和成本,收益可以用实现立法目的的程度来衡量,对应法律解释方法中的目的解释。成本由义务成本和制度成本之和来衡量,其中制度成本包括法律解释的成本,体系化有助于降低法律解释的成本,对应法律解释方法中的体系解释。根据比较的结果,得出净收益较大的制度或解释较优。

第四步,对较优的制度或解释是否应取代现有制度或解释,提出制度完善建议。根据福利标准,比较较优制度或解释取代现有制度或解释的转换收益和转换成本。如果转换收益大于转换成本,则建议用较优制度或解释取代现有制度或解释;如果转换收益小于转换成本,则建议继续采用现有制度或解释。

## 七、采用经济学改造后的规范法学研究方法的范例

这部分以一项具体研究来示范经济学改造后的规范法学研究方法的应用,这项研究的主题是知识产权损害赔偿中的证明妨碍规则。<sup>[62]</sup> 下文将根据经济学改造后的规范法学研究方法的四个步骤,依次阐述具体研究中如何遵循这四个步骤。

### (一) 描述研究的问题

第一步,描述研究的问题,第一类是立法问题,即某一法律制度存在两种以上可供选择的制度;第二类是解释问题,即某一法律制度存在两种以上可能的解释。

#### 1. 背景:证明妨碍规则是为了解决知识产权损害赔偿举证困难的问题

我国知识产权法规定了实际损失、侵权获利、许可费和法定赔偿4种损害赔偿的计算方法。最高院通过司法解释具体规定了实际损失和侵权获利的计算公式。由于权利人产品因侵权减少的销量通常难以确定,我国法院通常采用的计算公式为:实际损失 = 侵权产品的销量 × 权利人产品的单位利润。<sup>[63]</sup> 侵权获利 = 侵权产品的销量 × 侵权产品的单位利润。<sup>[64]</sup> 但是,由于侵权产品的销量和侵权产品的单位利润通常由侵权人掌握,权利人一般无法从公开渠道获得,因此,权利人往往无法举证证明实际损失和侵权获利,通常又没有许可费可以参考,使得法院在绝大部分案件中只能采用法定赔偿的

<sup>[62]</sup> 参见刘晓:《知识产权损害赔偿中证明妨碍规则的成本收益分析》,载《证据科学》2016年第5期。

<sup>[63]</sup> 《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第20条第1款规定:“专利法第六十五条规定的权利人因被侵权所受到的实际损失可以根据专利权人的专利产品因侵权所造成销售量减少的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积计算。权利人销售量减少的总数难以确定的,侵权产品在市场上销售的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积可以视为权利人因被侵权所受到的实际损失。”

<sup>[64]</sup> 《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条规定:“商标法第五十六条第一款规定的因被侵权所受到的损失,可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润乘积计算。”

<sup>[65]</sup> 《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第24条规定:“权利人的实际损失,可以据权利人因侵权所造成复制品发行减少量或者侵权复制品销售量与权利人发行该复制品单位利润乘积计算。发行减少量难以确定的,按照侵权复制品市场销售量确定。”

<sup>[66]</sup> 《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第20条第2款第1句规定:“专利法第六十五条规定的侵权人因侵权所获得的利益可以根据该侵权产品在市场上销售的总数乘以每件侵权产品的合理利润所得之积计算。”

<sup>[67]</sup> 《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第14条规定:“商标法第五十六条第一款规定的侵权所获得的利益,可以根据侵权商品销售量与该商品单位利润乘积计算;该商品单位利润无法查明的,按照注册商标商品的单位利润计算。”

方法酌定损害赔偿的数额。

为了解决知识产权损害赔偿举证难的问题,2013年《商标法》<sup>[65]</sup>和2016年最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)(以下简称“《专利解释二》”)<sup>[66]</sup>先后规定了证明妨碍规则,规定与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下,法院可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料。但是,由于上述2条规定的构成要件和法律效果模糊不清且没有统一,增加了法律适用的难度,加上法官普遍对证明妨碍规则的原理不太了解,使得法官在司法实践中基本不适用上述证明妨碍规则,导致损害赔偿举证难的问题依然得不到解决,法定赔偿依然被广泛采用。

## 2. 证明妨碍构成要件的不同解释

《商标法》、《专利解释二》和《民诉解释》规定的证明妨碍的构成要件都有4个,其中3个构成要件可以一一对应,只在表述上略有差异。区别在于,《商标法》和《专利解释二》规定的第一个构成要件要求权利人尽力举证或初步举证,《民诉解释》规定的第二个构成要件要求当事人申请且理由成立。详见下表:

表1 证明妨碍的构成要件比较

《商标法》第63条	《专利解释二》第27条	《民诉解释》第112条
权利人已经尽力举证	权利人已经提供侵权人所获利益的初步证据	
与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握	与专利侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握	书证在对方当事人控制之下
		承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的
人民法院可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料	人民法院可以责令侵权人提供该账簿、资料	人民法院应当责令对方当事人提交
侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料	侵权人无正当理由拒不提供或者提供虚假的账簿、资料	对方当事人无正当理由拒不提交

因此,有待解释的问题是,应该如何解释《商标法》第63条中的权利人尽力举证以及《专利解释二》第27条中的权利人提供初步证据?权利人举出哪些证据可以满足尽力举证或者提出初步证据的要求?

第一种解释是不可替代说,认为要求权利人尽力举证或初步举证是为了判断侵权人掌握的相关证据是否对证明待证事实具有不可替代性,权利人是否可以获得其他证据来证明待证事实。只有当侵权人掌握的相关证据对证明待证事实具有不可替代性时,侵权人拒不提供相关证据才会导致待证事实真伪不明。<sup>[67]</sup> 第二种解释是初步证明说,认为要求权利人尽力举证或初步举证是证明妨碍的独

[65] 《商标法》第63条第2款规定:“人民法院为确定赔偿数额,在权利人已经尽力举证,而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下,可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料;侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的,人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。”

[66] 《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第27条规定:“权利人因被侵权所受到的实际损失难以确定的,人民法院应当依照专利法第六十五条第一款的规定,要求权利人对侵权人因侵权所获得的利益进行举证;在权利人已经提供侵权人所获利益的初步证据,而与专利侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下,人民法院可以责令侵权人提供该账簿、资料;侵权人无正当理由拒不提供或者提供虚假的账簿、资料的,人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。”

[67] 参见吴汉东:《知识产权侵权诉讼中的过错责任推定与赔偿数额认定——以举证责任规则为视角》,《法学评论》2014年第5期

立构成要件,是要求权利人完成对待证事实的初步举证责任。但是由于相关证据由侵权人掌握,所以权利人的证明标准可以适当降低,只要尽力举证或初步举证即可达到证明标准,从而完成举证责任,此时举证责任转移给侵权人,由侵权人提供相关证据进行反驳,否则承担不利后果。最高人民法院的法官在《专利解释二》的讲座中,就采第二种解释初步证明说,也得到了一些地方法院的认同。

## (二) 明确法律制度的评价标准采用福利标准

第二步,明确法律制度的评价标准采用福利标准,即净收益较大的制度或解释优于净收益较小的制度或解释。同时,明确评价完善建议的标准也采用福利标准,即净收益较大的建议优于净收益较小的建议。

### 1. 评价制度优劣的标准

要比较证明妨碍规则的不同解释的优劣,需要比较不同解释的收益和成本,净收益较大的解释优于净收益较小的解释。

#### (1) 证明妨碍规则的收益:实现立法目的

一项法律制度的收益可以用实现该项法律制度的立法目的的程度来衡量。证明妨碍规则是为了弥补举证责任制度的不足而创设的。在某些情况下,承担举证责任的当事人无法提供证据证明待证事实并不是因为他没有尽力搜集证据,而是因为对方当事人实施了证明妨碍行为。此时,如果坚持按照举证责任规则,由权利人承担不利后果,将阻碍对案件事实的发现。<sup>[68]</sup> 因此,证明妨碍规则规定,在出现证明妨碍时,避免适用举证责任规则,而是做出有利于负有举证责任的当事人(受妨碍人)的调整,<sup>[69]</sup> 弥补受妨碍人因证明妨碍所遭受的损害,惩罚证明妨碍人,预防证明妨碍行为。证明妨碍规则的立法目的在于促使证据持有人协力提供证据,从而更好地发现案件事实。<sup>[70]</sup>

因此,在证明妨碍规则存在多种可能的解释时,越能促使证据持有人协力提供证据,发现与赔偿数额确定相关的案件事实真相,该种解释的收益就越高。

#### (2) 证明妨碍规则的成本:义务成本和运行成本

证明妨碍规则的成本有两类,一是他人为了履行义务而花费的成本,<sup>[71]</sup> 包括证据持有人为履行证据提供义务花费的保存证据和提供证据的成本,以及证据持有人提供证据使他的个人权益受损的成本。<sup>[72]</sup> 二是制度的运行成本,<sup>[73]</sup> 如果证据持有人履行了提供证据的义务,此时法院要花费对这些证据进行认证的成本。如果证据持有人不履行证据提供义务,此时法院要花费适用证明妨碍规则的成本。证明妨碍规则的确定性和可操作性越强,法官的自由裁量空间就越小,法官适用证明妨碍规则的成本就越低,证据持有人履行义务的成本也越低。

体系化和相应的体系解释都是为了降低制度的运行成本。体系化要求证明妨碍规则在不同法条中的规定保持一致,逻辑自洽,避免出现矛盾和分歧。在民事诉讼法已经规定了证明妨碍规则的一般

[68] 参见毕玉谦:《民事诉讼证明妨碍研究》,北京大学出版社2010年版,第10—12页;于鹏:《民事诉讼证明妨碍研究》,中国政法大学出版社2014年版,第44—46页;沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第370页。

[69] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第370页。

[70] 参见毕玉谦:《民事诉讼证明妨碍研究》,北京大学出版社2010年版,第12—16页;于鹏:《民事诉讼证明妨碍研究》,中国政法大学出版社2014年版,第150—156页;张泽吾:《举证妨碍规则在赔偿确定阶段的适用及其限制——兼评新<商标法>第63条第2款》,载《知识产权》2013年第11期,第43页;吴汉东:《知识产权侵权诉讼中的过错责任推定与赔偿数额认定——以举证责任规则为视角》,载《法学评论》2014年第5期,第130页;芮文彪、凌宗亮:《新<商标法>加大损害赔偿力度的理解与适用》,载《中华商标》2015年第2期,第31页。

[71] 参见李琛:《教人以善 当使可从》,载《电子知识产权》2004年第7期,第56页;罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学(第六版)》,史晋川、董雪兵等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2012年版,第188—190页。

[72] 参见于鹏:《民事诉讼证明妨碍研究》,中国政法大学出版社2014年版,第61—64页。

[73] 参见罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学(第六版)》,史晋川、董雪兵等译,格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2012年版,第211页;斯蒂芬·沙维尔:《法律经济分析的基础理论》,赵海怡、史册、宁静波译,中国人民大学出版社2013年版,第255—256页。

规定时,知识产权法针对损害赔偿规定的证明妨碍规则属于具体规定,原则上应该与民事诉讼法的一般规定保持一致。如果知识产权法要作出区别于民事诉讼法的特别规定,必须有充分的理由。体系化也有降低制度成本的作用。当不同法条对证明妨碍规则的规定不一致时,可能得出矛盾和分歧的解释结论,会增加了法官适用法律和证据持有人履行义务的成本。

因此,在证明妨碍规则存在多种可能的解释时,证据持有人履行义务的成本越低,法律适用等制度运行成本越低,该种解释的成本就越低。

## 2、评价制度完善建议的标准

制度完善就是从一种制度转向另一种制度的过程,必然会产生转换收益和转换成本。转换收益减去转换成本的净收益较大的建议优于净收益较小的建议。<sup>[74]</sup>

首先,转换收益是从现有制度转换成新制度时会产生的收益,等于新制度的收益减去中国现有制度的收益的差额。在比较了各种证明妨碍规则的解释的优劣后,如果结论是某种证明妨碍规则的解释的净收益大于中国现有解释的净收益,则该种解释的净收益减去中国现有解释的净收益,就是采用该种证明妨碍构成要件的解释的转换收益。

其次,转换成本是从现有制度转换成新制度时会产生的成本。对于证明妨碍构成要件的解释而言,法律制度转换的方式是改变对现有制度的解释,其转换成本是从中国的现有制度中解释出新制度所要付出的改变解释的成本。

### (三) 比较可供选择的制度或解释的优劣

第三步,比较可供选择的制度或解释的优劣。根据福利标准,比较可供选择的制度或解释的收益和成本,根据比较的结果,得出净收益较大的制度或解释较优。

#### 1、证明妨碍构成要件的不同解释的收益

首先,比较两种解释实现证明妨碍规则的立法目的的程度。在证明损害赔偿的数额时,权利人通常要证明侵权产品的销量、收入或利润,这是在实际损失、侵权获利和许可费的计算中所必需的证据。

第一种情况是,权利人可以获得推算侵权产品的销量、收入或利润所必需的证据。例如,权利人可以获得侵权人总的销量、收入或利润,除以侵权人的产品种类,则可以推算侵权产品的销量、收入或利润。<sup>[75]</sup>又如,权利人可以获得侵权产品在某段时期、某家分店或某个型号的销量、收入或利润,则可以推算侵权产品在整个侵权期间<sup>[76]</sup>、所有分店<sup>[77]</sup>、所有型号<sup>[78]</sup>的销量、收入或利润。此时根据第一种解释不可替代说,权利人可以证明侵权人掌握的账簿、资料对证明侵权产品的销量、收入或利润具有不可替代性,因为上述推算的结果必然是不精确的。根据第二种解释初步证明说,权利人也可以达到较低的证明标准,如优势证明标准,从而完成初步的举证责任。在这种情况下,采第一种解释和第二种解释都能适用证明妨碍规则。

第二种情况是,权利人无法获得推算侵权产品的销量、收入或利润所必需的证据,尤其是上述与侵权人的销量、收入或利润相关的证据。此时根据第一种解释不可替代说,权利人只要初步证明侵权人存在侵权收入,例如侵权产品可以从公开渠道以一定价格购买到,并初步证明侵权产品的销量、利润率等证据无法从公开渠道获得,即能证明侵权人掌握的账簿、资料对证明侵权产品的销量、收入或利润具有不可替代性,从而适用证明妨碍规则。根据第二种解释初步证明说,如果权利人只能证明侵权产品可以从公开渠道以一定价格购买到,而无法获得与侵权人的销量、收入或利润相关的其他证

<sup>[74]</sup> 参见张丽、宋宏飞:《法律移植及本土化研究》,中国人民公安大学出版社2010年12月版,第151—153页;黄文艺:《比较法:原理与应用》,高等教育出版社2006年4月版,第118—119页。

<sup>[75]</sup> 参见福建省高级人民法院(2014)闽民终字第641号民事判决书;浙江省杭州市中级人民法院(2004)杭民三初字第308号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2003)二中民初字第06284号民事判决书。

<sup>[76]</sup> 参见湖北省高级人民法院(2014)鄂民三终字第00775号民事判决书;广东省高级人民法院(2013)粤高法民三初字第2号民事判决书。

<sup>[77]</sup> 参见浙江省高级人民法院(2008)浙民三终字第108号民事判决书。

<sup>[78]</sup> 参见广东省高级人民法院(2011)粤高法民三终字第326号民事判决书。

据,则无法满足即便是较低的证明标准,无法完成初步的举证责任,从而无法适用证明妨碍规则。

第一种解释不可替代说不论权利人能否获得推算侵权产品的销量、收入和利润所必需的证据时都能适用证明妨碍规则,而第二种解释初步证明说仅在权利人能获得上述证据时适用证明妨碍规则,在权利人不能获得上述证据时无法适用证明妨碍规则。因此,第一种解释不可替代说比第二种解释初步证明说的适用范围更大,能促使侵权人在更多情况下协力提供证据,发现与赔偿数额确定相关的案件事实真相,更能实现证明妨碍规则的立法目的,收益更高。

#### 2、证明妨碍构成要件的不同解释的成本

其次,比较两种解释花费的证明妨碍规则的成本。

就对他人施加的义务成本而言,第一种解释不可替代说与第二种解释初步证明说相比适用范围更大,似乎会让更多侵权人承担保存和提供证据的成本,但结合证明妨碍规则的其他构成要件和制度设计,事实并非如此。侵权人履行义务的成本包括保存证据的成本和提供证据的成本。就保存证据的成本而言,证明妨碍规则的构成要件包括“与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握”,满足这一要件的侵权人本就负有法定、约定或依习惯上保存证据的义务,<sup>[79]</sup>证明妨碍规则的适用范围大小不会影响侵权人本就应付出的保存证据的成本。就提供证据的成本而言,虽然证明妨碍规则的适用范围越大,侵权人整体增加的提供证据的成本就越高。但是,由于侵权人协力提供的证据仍属于权利人承担举证责任的一部分,所以《民诉解释》第112条规定由权利人支付侵权人提供证据的费用,免去了侵权人支付提供证据的成本。<sup>[80]</sup>因此,第一种解释不可替代说与第二种解释初步证明说相比,并不会让侵权人承担更多保存和提供证据的成本,即两种解释的义务成本相同。

就制度的运行成本而言,由于第一种解释不可替代说使《商标法》、《专利解释二》、《民诉解释》规定的证明妨碍规则的构成要件保持一致,而第二种解释初步证明说则使上述法律规定的构成要件产生分歧,因此第一种解释不可替代说比第二种解释初步证明说的法律适用成本更低。此外,第一种解释不可替代说与第二种解释初步证明说相比,证明妨碍规则的适用范围更大,意味着法院要同意更多权利人要求侵权人提供账簿、资料的申请。在侵权人提供账簿、资料时,法院要付出更多认证的成本。在侵权人拒不提供账簿、资料时,法院要付出更多适用证明妨碍规则的成本。但是,法院付出的上述额外成本与权利人自己多提供一份证据时法院多付出的额外成本接近,小于提供该证据证明待证事实所带来的收益,尤其是该证据对证明待证事实具有不可替代性,则更是如此。因此,第一种解释不可替代说与第二种解释初步证明说相比增加了一定的认证成本,但减少了不同法律规定不一致带来的法律适用成本。

#### 3、综合比较证明妨碍构成要件的两种解释的收益和成本

综合比较两种解释的收益和成本,第一种解释不可替代说的收益高于第二种解释初步证明说,且高出的这些收益大于第一种解释不可替代说所增加的法院认证成本。同时,第一种解释不可替代说使不同法律规定相一致,法律适用成本低于第二种解释初步证明说。因此,第一种解释不可替代说的净收益高于第二种解释初步证明说。根据福利标准,可以得出结论,第一种解释不可替代说优于第二种解释初步证明说。

### (四) 提出制度完善建议

第四步,对较优的制度或解释是否应取代现有制度或解释,提出制度完善建议。根据福利标准,比较较优制度或解释取代现有制度或解释的转换收益和转换成本。如果转换收益大于转换成本,则建议用较优制度或解释取代现有制度或解释;如果转换收益小于转换成本,则建议继续采用现有制度。

<sup>[79]</sup> 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年3月版,第372页。

<sup>[80]</sup> 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年3月版,第373页。

或解释。

对于《商标法》第63条中的权利人尽力举证以及《专利解释二》第27条中的权利人提供初步证据如何解释,最高人民法院的法官在《专利解释二》的讲座中采第二种解释初步证明说,也得到了一些地方法院的认同。可以说,中国目前采用的解释是第二种解释初步证明说。是否应建议中国转而采用第一种解释不可替代说,需要考察转换收益和转换成本。

首先,考察转换收益。转换收益实际上在上文已经分析过了,第一种解释不可替代说的净收益高于第二种解释初步证明说。即中国转而采用第一种解释不可替代说的转换收益较大。其次,考察转换成本。第一种解释不可替代说同样符合《商标法》第63条中的权利人尽力举证以及《专利解释二》第27条中的权利人提供初步证据的文义要求。因为权利人仍需要尽力举证或提供初步证据,以说明权利人确实无法从公开渠道获得侵权产品的销量、收入、利润等的证据,而侵权人掌握的账簿、资料可以证明上述事实时,才可以说明侵权人掌握的账簿、资料对证明待证事实具有不可替代性。同时,第一种解释不可替代说使《商标法》第63条、《专利解释二》第27条与《民诉解释》第112条规定的证明妨碍规则的构成要件保持一致,避免了目前采用第二种解释初步证明说会产生的矛盾。我国法院放弃第二种解释初步证明说,转而采用第一种解释不可替代说,只需要与《民诉解释》第112条保持一致,并在《商标法》第63条和《专利解释二》第27条的文义范围内进行解释即可,转换成本较小。

由于转而采用第一种解释不可替代说的转换收益较大,而转换成本较小,因此转换收益大于转换成本。因此,可以提出制度完善建议,对于《商标法》第63条中的权利人尽力举证以及《专利解释二》第27条中的权利人提供初步证据的解释,应该放弃中国目前采用的初步证明说,转而采用不可替代说,要求权利人尽力举证或初步举证只是为了判断侵权人掌握的相关证据是否对证明待证事实具有不可替代性,权利人是否可以获得其他证据来证明待证事实。

## 八、结 论

通过对法学是否是一门科学的追问,发现虽然实证法学和一部分理论法学是科学,但作为法学校心的规范法学不是科学,因此,法学的科学性受到极大的质疑也就不足为奇了。

规范法学虽然无法成为一门科学,但也可以努力提升其科学性,方法就是以实证法学为基础,改造规范法学的研究方法。通过实证研究与规范研究的划分,可知规范研究应该首先确立评价标准,然后根据评价标准评价法律制度的优劣和完善建议的优劣。比较福利标准和公平标准可知,福利标准更适合作为法律制度的评价标准。据此,引入经济学中的成本收益分析方法,并将法律解释方法纳入其中,改造了规范法学的研究方法。

当然,本文提出的这一研究方法仍有待完善,有待更多的实际研究进行检验,以发现问题并不断完善。在实践中检验和完善研究方法,正是科学精神的要求。

## 法学的“科学性”与法理论

# 德沃金论价值统一

沈宏彬<sup>[1]</sup>

## 导 论

德沃金在2011年出版的作品《刺猬正义》中,系统性地发展出了一套元伦理学理论,作为其法理论、分配正义理论等具体理论的基石。在这套元伦理学理论中,德沃金惊人地提出了一个看似难以置信的主张,即诸种价值(至少伦理价值和道德价值)是相互统一的。本文旨在系统性地检讨德沃金对这一主张的证明。概言之,德沃金对价值统一命题的说明,依赖于一个相当虚弱的实在论立场。在这种立场下,规范性属性并非是客观存在的,而仅仅是被人们假定存在的。我将主张,相较于这种虚弱的实在论立场,一种非实在论的认知主义立场更为合理。而在这种立场下,价值统一命题几乎不可能是真的,但与此同时,这个命题本身亦变得不重要。即便诸种价值并不统一,依然存在客观为真的非怀疑论命题。

## 一、价值统一

德沃金在《刺猬正义》中尝试主张了一个“庞大且古老”的哲学命题,即“价值的统一性”(the unity of value)。按照他的理解,这个命题意味着:

“关于过得好、好生活以及美妙之事的真理,不仅相互融贯,并且相互支持:我们对其中任何一方的看法,最终必须和关于其他两者我们所能找到的最强有力的论证相并存。”<sup>[1]</sup>

需要注意的是,德沃金在<sup>[1]</sup>中所表达的价值统一,并不是指世界上仅存在一种价值,各种不同的价值都能够最终还原到这个终极价值上,也不是指各种价值只是某种根本价值的不同表现形式,而是指各种价值(至少是伦理学价值、道德价值和美学价值)是相互支持和强化的。这种“相互支持和强化”的关系,德沃金以伦理和道德价值,做了进一步的解释。他指出,

“我将尝试证明,至少伦理和道德价值是相互统一的:我描述的理论就是关于何谓过得好,以及如果我们想过得好,就必须为他人做些什么,或不得做什么的理论。”<sup>[2]</sup>

从德沃金之后的论述看,这句话是指,对伦理价值客观正确理解,必须将我们如何对待他人的道德议题纳入考虑。正确的伦理生活中,必然包含了某些我应当如何对待他人的道德要求,而遵循这些道德要求也支持和强化了正确的伦理生活,让人们在自己的生活中过得更好。只有当我们得到了一组关于伦理和道德的理解,这种理解使得这两者能够相互支持和强化,此时我们才能主张自己客观上正确理解了伦理和道德的要求。与这种主张相对的是被德沃金称之为狐狸式的主张。这种主张被德沃金总结为一种实质的价值多元论。这种观点主张,各种道德原则和理念不可避免地处在相互冲突的境地之中。以赛亚·伯林被德沃金视为这种价值多元论的代表人物,前者在不同的场合表达了诸

[1] 沈宏彬,华东政法大学法律学院讲师、法学博士。

[1] 德沃金:《刺猬的正义》,周望、徐宗立译,中国政法大学出版社,2016年,第1页,译文有改动。

[2] 同上,第1页,译文有改动。

种价值总是处在冲突之中,因此不可能存在某种行动方案,能够不造成任何价值的损失。

要注意的是,无论是德沃金所主张的价值统一命题,还是以伯林为代表的价值多元论,都是关于价值是以何种方式存在的价值本体论主张。这和另一种生活中常见的冲突情形不同。比方说,因为我精力有限,因此如果下午安排去参加体育活动,那么我就不可能撰写哲学论文了。这个例子显示出,体育活动和哲学反思在我的生活中无法同时实现,但这并不等于体育活动和哲学反思这两种价值本身必然相互冲突。我们可以设想,如果我合理安排时间,或者我的体力更好一些,那么参加完体育活动之后,我还是可以进行这些思考。而伯林和德沃金所关注的是价值本身存在的方式,前者主张,诸种价值在性质上必然是相互冲突的,而后者主张价值本身是相互支持和强化的。

## 二、诠释性概念与概念诠释

### (一) 诠释与目标

前面提到,德沃金与伯林不同,主张各种价值在概念上并非是相互冲突的,相反是融贯一致且相互支持的。要说明这一点,就必须首先阐明价值概念的性质。他将价值概念界定为一种“诠释性概念”。诠释性概念是德沃金基于概念的“用法”(usage),或者说人们使用和响应(respond to)概念的不同方式而对概念做出的分类,其中的一种概念类型。他将概念分为以下三类:

- 判准性概念:共享一个判准性概念的必要条件是,人们共享关于这个概念正确使用的标准。
- 自然种属概念:共享一个自然种属概念的必要条件是,这个概念被用来指涉某种特定的自然事实。
- 诠释性概念:共享一个诠释性概念的必要条件是,人们普遍承认这个诠释性概念包含了特定的价值,并且分享了关于这个概念的各种典范(paradigms),但对概念所包含的价值究竟意味着什么,则存在分歧。<sup>[3]</sup>

上述界定较为抽象,我们可以通过例子具体加以说明。首先,“春节”是个判准性概念,这是因为这个概念指的是农历正月初一的节日,这是中国人约定俗成的产物。其次,“老虎”是一个自然种属概念,人们共享这个概念是因为都承认这个概念是用来指涉拥有某种DNA结构的猫科动物。只有当我们用“老虎”这个概念指涉这种猫科动物时,才算是正确使用了这个概念。最后,“正义”是一个诠释性概念。我们共享这个概念,一方面是在抽象层面上,我们都承认正义指的是某种重要的政治价值,另一方面则共享了一些正义的典范。例如,我们都认为“奴隶制是不正义的”、“种族隔离是不正义的”、“累进税率是正义的”等等。但和前两种概念不同,我们依然会对正义概念究竟意味着什么,发生真正的分歧和争论,没有任何社会共识或自然事实能直接确定正义究竟意味着什么。一个功利主义者会主张,正义是指“最大多数人的最大幸福”,而一个罗尔斯主义者则认为,正义是指两项正义原则。但这并不影响,这两者分享了同一个正义的概念。

规范性概念在类型上属于诠释性概念,这使得在确定这些概念究竟意味着什么时,不能直接诉诸任何社会共识或自然事实。合理的方案是德沃金所说的“概念诠释”(conceptual interpretation)。这种类型的诠释是德沃金诠释分类学中的一种,还有其他两种诠释:

- 合作性诠释:它假设诠释对象有一个作者或创造者,作者开始了一项工程,而诠释者试图对推进它。
- 说明性诠释:它所假设的有所不同:不是假设诠释者与某个对象或事件的创造者合作,而是假设一个事件对诠释者所面向的听众具有某种特殊的重要性。
- 概念诠释:它假设诠释者在寻求某个概念的含义——如正义或真理,这个概念不是由单独某个人创造或再造的,而是由概念所属的社群创造或再造的。诠释者同样以作者的身份属于这个

[3] 同上,第174—176页。

社群。<sup>[4]</sup>

从上述的界定看,德沃金诠释分类学是以“诠释者在诠释中所扮演的角色”为标准进行的分类,但诠释者之所以会扮演不同的角色,则是因为在不同类型的诠释中,诠释的“目标”发挥着不同的作用。(1)在合作性诠释中,诠释者将作者所创造的对象归为某个类型,并将这个类型所具有的目标赋予这个特定的对象,并以该目标为标准,对作者创造的特定对象予以补充性的诠释。(2)在说明性诠释中,诠释对象并无特定的创作者,诠释诠释者是依据听众对诠释对象关注的目标给出诠释。(3)在概念诠释中,诠释旨在寻找社群创制的某个概念的意义,诠释者通过赋予该概念特定的目标从而使其对社群成员而言变得有意义。

目标在不同类型的诠释中都发挥重要的作用,表明德沃金在一般层面上持有一种以目标为核心的诠释理论。德沃金指出,

“当一个诠释最好地实现了诠释对象的目标,这些目标是被恰当地分配给诠释性实践的目标,而这些实践又被恰当地认定为正确,这个诠释就是成功的——它在诠释对象的含义上,获得了真理。因此,分析性地看,诠释可被视为包含三个阶段。在诠释社会实践时,首先我们要将这个实践识别出来:我们让自己去做的是法律诠释而非文学诠释。其次,进行诠释时,我们必须将某些目标分配给特定的类型或亚类型,这些被认为是妥当的。最后,当我们试图确定在某些特定场合,这组目标是否得到最好的实现,对此必须做出诠释。”<sup>[5]</sup>

按照上述看法,诠释是一种将某个目标赋予特定的对象,并给出这个目标最佳的实现方式。在合作性诠释中,目标是诠释者对作者给出正确补充的标准;在说明性诠释中,听众对诠释对象重要性的判断,构成了诠释的目标,而正确的诠释必须回应这个目标;在概念诠释中,目标赋予了社群创制的实践以意义(meaning),并且以目标为根据,调整具体的实践形式。这也契合德沃金明确将诠释视为一种基于价值的重构(reconstruction)的看法。可以说,如何赋予特定的诠释对象正确的目标,就成了诠释成败的关键。

鉴于本文的主旨,我们在这里只关心,在概念诠释中,如何赋予诠释性概念以妥当的目标。前文提到,在诠释性概念中,同样也存在创作者,但创作者并不是单一的而是整个社群,且社群成员同时也是概念诠释的诠释者。首先,作为社群成员,当我们将某个目标赋予对象时,必须考虑到这个目标能否反思性地归属于“我们”这个单一的论述社群(discourse community)。只有目标能够最佳地证立论述社群中人们分享的各种典范时,这个目标才能被反思性地归属于这个社群。这就使得不同的目标赋予和诠释形成了真正的竞争。其次,一旦将某个目标归属于诠释性概念,我们就能以此为标准,对社会实践进行调整,使之成为目标在特定环境下最佳的实现方式,某些被视为典范的情形可能被修正或放弃。这和合作性诠释存在明显的差异。在诠释特定的小说时,我们可能会发现将小说这类文体的目标赋予这个特定的文本,却显示出这个文本非常糟糕和混乱。但在概念诠释中,如果以赋予的目标为标尺,某些实践显得相互冲突和混乱,那么我们可以像作者那样,直接修正甚至放弃这些冲突和混乱的部分,而不是只能宣布相应的实践是失败的。德沃金在《身披法袍的正义》中,结合法律这种特定的诠释性概念,对诠释性概念成功诠释的标准,有比较精炼的论述:

“我们因此可以区分两个维度,在这两个维度上,我们可以衡量某个被提出的辩护是否真是成功的:首先,一个辩护必须至少在大体上契合他意图为之辩护的东西:认为当代的法律实践服务于贯彻某位神的意志这种价值,而这位神的意志即揭示在某些确定的神圣文件当中——这不会是一个与当代法律实践相称的辩护。即便这是一个法律实践应当采纳的正当而重要的目标,我们也不能主张说,它是我们法律实践的目标,因为这个主张甚至与律师和法官的实际所为都不相符。其次,一种关于某种实践的辩护要做的,必须比大体契合这一实践要更多;它还必须描述

[4] 同上,第151页。

[5] 同上,第146页。

该实践所服务的一些十分重要的价值。说这些实践为许多律师提供了一种相当好的生计,这不能证明这些法律制度与实践是正当的。这种结果,尽管相当真实,但对于为一种具有重大后果的政治实践做辩护来说,却还是不够重要、不够有价值。”<sup>[6]</sup>

概言之,对诠释性概念的概念诠释的核心,同样是赋予相应的概念一个目标。所赋予的目标是否妥当,则由以下两个标准确定:

- 契合:该目标对概念的证立,能够契合论述社群所共享的多数概念典范。
- 重要性:该目标能够说明既定概念的真正的重要性或价值。

可以说,最终客观正确的诠释,就是对这两项条件的最佳权衡。这就是说,概念诠释并不单纯追求机械的一致性或粗糙的前后一致,也拒绝诠释者将自己偏好的价值随意赋予概念。好的诠释,必须在上述两者之间谋求最佳的权衡结果。

## (二) 目标的重要性

前文提到,一个社群共享特定的诠释性概念,必要条件是共享一定的概念典范。这是一个社会事实,通过经验的方法即可确定多数典范。但如何判断某个目标是否具有足够的的重要性,是否使得相应的概念负载真正的价值?这在某种意义上可被视为是一个认识论问题。为了解决这个问题,德沃金提出了一种认识论的道德责任原则(the principle of moral responsibility):

“我们的道德责任要求我们尝试将自己反思性的确信编织成一个尽可能细密而有效的过滤器,进而将我们的个人史作为一个整体,在更加一般性的个人史的因果性模式中,尽可能发挥这些确信的力量。这要求我们在不同的确信之间,追求充分的价值融贯(coherence of value)。也要求我们在彼此一致的的确信之间追求本真性(authenticity):我们必须找到强烈影响我们,当相互冲突的动机对我们形成压力时,足以发挥过滤器作用的确信,尽管这些冲突性的动机同样来自于我们的个人史。我们最初的确信是初步的、未经塑造的、分散的、抽象的,因此也是松散的。责任要求我们批判性地诠释这些乍看上去最有吸引力或最自然的确信——理解并详细说明这些乍看上去就具有吸引力的确信,以实现整全性(integrity)和本真性的双重目标。我们比照其他确信,以及在适当的生活方式中,什么让我们感觉自然,尽可能对这些确信做出逐一诠释。”<sup>[7]</sup>

上面这段话说明了,在面对特定的诠释性概念时,判断我们所赋予的价值是否重要的标准。标准主要有两项:

- 融贯性:所赋予的特定价值应当和我们确信中的其他价值保持融贯一致,
- 本真性:这种诸价值之间的融贯一致应当对我们来说具有本真性。

这里的本真性是指,某种对各种价值融贯一致的说明,应当对我们来说具有最强烈和自然的吸引力,相较于其他相竞争的整体性说明,这种对诸价值的说明应当使得我们最有动机去遵循价值行动。举例来说,由于我们的各种价值确信在反思之前,是“初步的、未经塑造的、分散的、抽象的,因此也是松散的”,因此可以兼容不同的整体性说明,纳粹提出的系统化的种族主义意识形态,可被视为对这些初步确信的整体性说明,而在现代文明社会,存在一种以人的尊严和自主为基础的整体性观念,同样可以整体性地说明这些初步的确信。这两者比较来看,显然后者对我们来说具有“本真性”,即在这种整体性说明下,各种价值对我们有自然而强有力的吸引力,而在前者的说明中,这些价值都遭到了严重的歪曲,以至于我们不可能有强烈的动机去实现这些价值。

## 三、责任与价值统一

让我们回顾一下讨论的起点,德沃金尝试证明价值统一命题,即各种价值是融贯一致且相互支持

[6] 德沃金:《身披法袍的正义》,周林刚,翟志勇译,北京大出版社,2014年版,第16页。

[7] 德沃金:《刺猬的正义》,第123页。

的。为了证明这一点,他主张价值概念在类型上属于诠释性概念。获得对诠释性概念客观为真的理解,关键是在诠释中赋予相对的概念妥当的目标。判断赋予目标是否合理的标准有二,即“契合”与“重要性”。其中,对重要性的判断标准,则进一步诉诸对各种价值整体性的说明,说明成功的标准同样是两项,即“融贯性”和“本真性”。这样,特定的价值是否最终能和其他价值相统一,主要是由对该价值诠释的两方面所决定的:

- 诠释的“重要性”标准,要求我们构造一个对各种价值的整体性说明,将这个特定的价值安置其中,而该说明满足融贯性和本真性的要求。
- 诠释的“契合”标准,要求我们充分考虑各种概念典范,确保所诠释的结果的确是对“我们”共享概念的诠释,而非发明一个新概念。

这两个条件并不必然得出,各种价值是统一的,完全存在一种可能性是,当我们在诠释特定的概念时发现,如果我们构造一个符合融贯性和本真性要求的整体性说明,那么赋予这个概念的价值,将无法说明多数的概念典范。这将使得相应的诠释会被合理视为诠释者在发明新的概念,而非对论述社群共享的既有概念的合理诠释;而如果要说明足够数量的概念典范,那么就只能赋予该概念其他的价值,而这个价值又无法被安置到上述对价值的整体性说明中。最终唯一合理的主张就是,该价值和其他价值并不是统一的,而是存在严重的断裂和冲突。这种结果被德沃金称之为“内在怀疑论”。

要想排除内在怀疑论,德沃金就必须提出一种对各种特定价值的诠释方案,正面证明这些价值“不仅是融贯一致的,并且是相互支持和强化的”。在《刺猬正义》这本书中,德沃金在第三、四、五部分中,尝试证明主要的伦理、道德和政治价值是融贯一致且相互支持和强化的。按照德沃金的逻辑,如果我们认为他对这些价值的整体性说明,一方面符合融贯性和本真性的要求,一方面又能说明我们所理解的多数价值典范,那么我们就有理由相信,他的说明是客观为真的。这些价值真的是融贯一致且相互支持和强化的。

让我们暂时接受德沃金关于这项道德责任的相关看法,承认这项责任的重要性(德沃金称之为“文明的基石”)以及责任实现的上述两项标准,并且接受德沃金对特定价值的诠释。现在的问题是,德沃金的这些主张是否是尽到责任的主张呢?价值是否真的就是统一的呢?德沃金似乎给出了自我拆台式的回答,他指出:

“然而,到目前为止,尽管我们自觉地着手实现这种责任,但显然这一责任将不可能完全实现。我们不可能期待构建一个绵密的、具体的、相互交织的、完全融贯的确信过滤器,包裹着我们的意志,毫无例外地发挥作用,带给我们永恒的适宜的光芒。这将是康德笔下那些具有完美善良意志的人才能达到的,没有人如此智慧、富有想象力且具有善意。所以我们必须把道德责任看作是一项永远在进行之中的工作:有的人是负责的,他将道德的整全性和本真性作为合适的理想,并为实现它做出合理的努力。”<sup>[8]</sup>

在上述论述中,德沃金指出,只有康德笔下那种拥有完美善良意志的人,才可能最终满足道德责任的要求,提出客观为真的整体性诠释,而在现实生活中,没有人是如此的“明智、富有想象力、良善”。在我看来,这几乎是一个毁灭性的主张。这等于主张,或许在那个由康德笔下具有完美善良意志的人构成的目的王国中,人们能够做出客观为真的规范性主张,但在这个由普通人组成的世界中,包括德沃金本人在内,没有任何人能够提出客观为真的主张。这将导致一种基于能力的外在怀疑论,直接威胁到德沃金的整个实践哲学理论。

## 四、责任的合理性基础

德沃金可能会指出,我在这里误解了这种作为认识论的道德责任的含义。德沃金承认,在日常生

[8] 同上,第124页。

活中,我们分享了很多规范性概念的典范,因此尽管不否认我们总会在规范性问题上出错,但几乎没有人会怀疑,我们有能力做出正确的规范性判断。德沃金对诠释性概念与道德责任的说明,仅仅是一种理想化的哲学说明,让我们得以看到已经身处其中的实践推理的基本结构。对普通人来说,这种结构中的道德责任固然不可能完全实现,但责任的实现是一个程度问题:我们相信某些人的做法比另一些更负责任,而当自己在做规范性判断时,也需要尽可能遵循责任的要求。以上论证中,核心是如下主张:

- 责任程度命题:我们应当尽可能以负责任的方式行动。<sup>[9]</sup>

然而,按照德沃金的逻辑,由于上述“责任程度命题”在性质上依旧是一个规范性命题。这个命题是否为真,同样最终依赖于对各种价值整体性的说明作为判断的标准。对康德笔下理想状态的理性行动者来说,他们可能清楚地知道,自己是否真的负有这项责任,但对生活在现实世界中你我这样的普通人来说,“为什么我要遵循德沃金所说的道德责任”,这依然是一个有待回答的问题。

德沃金在论及自己的伦理观念时,提出了一种可能的辩护策略。他主张,

“我们是具有自我意识的动物,拥有自己的动力、本能、品味和偏好。为什么我们会希望满足这些动机和品味,这并没有什么神秘的。但为什么我们会希望拥有更具批判意义的好生活,就显得有些难解:当动力消失或者即使没有消失时,我们都会因拥有这种生活而引以为傲。只有当我们认识到我们负有过得好的责任,并且相信过得好意味着以这种批判的方式创造好生活,而不是享乐的生活时,我们才能理解这种追求。”<sup>[10]</sup>

进而,

“这些批判性态度只对作如下想法的人有意义,即认为用自己的生命创造点什么什么是一件重要的事情,或认为自己负有一种在生命中创造价值的个人责任。它们对那些仅仅是碰巧想要某种生活的人没有意义。他们甚至完全不知道为什么感到遗憾。”<sup>[11]</sup>

总结上述这两段话,可以得到一个论证:(1)我们是有自我意识的动物;(2)拥有自我意识的动物,会对自己的行动持有各种反思批判的态度;(3)这些态度有意义的前提条件是,我们认为自己的生活是重要的,自己有责任在生活中创造价值;(4)要在自己的生活中创造客观为真的价值,就必须遵循作为认识论的道德责任原则。换言之,对有自我意识的行动者来说,做任何行动都是自己有意识的选择,而将自己的生活视为重要、遵循相应的道德责任原则,则是无可选择的。放弃这一点,做出主动的、有意识的选择,和那些偶然发生在我们身上的事,就无法划清界限,我们作为有自我意识的动物这一点,也将变得无法理解(make no sense)。最后,德沃金认为,我们最好相信,自己已经事实上承认了自己生活的重要性,进而接受了相应的道德责任。<sup>[12]</sup>

这是一个对我们为何会承担道德责任的好的论证吗?我认为不是。在这个论证中,德沃金认为我们承担道德责任,是因为我们不得不选择如此。但这究竟是什么意思?(a)如果这是一个心理学主张,例如当有人击打我的膝盖时,我将不得不发生膝跳反射,那么这将违背德沃金对规范性真理的看法。对德沃金来说,规范性领域的真理无法被还原成任何非规范性的事实,而我们为什么要承担这里的道德责任,这是一个规范性问题,那么对它的回答就不可能完全建立在一个心理学主张上。(b)如果这是一个规范性主张又如何?那么我们就必须进一步追问,究竟是何种决定性的理由,使得我们不得不如此行动?德沃金对此似乎没有任何进一步的回答。他的主张似乎只是,如果我们要让其他的规范性判断有意义(make sense),唯一的方式就是选择相信这个主张是真的。

[9] 同上,第124—125页。

[10] 同上,第216页。

[11] 同上,第229页。

[12] 同上,第229页。

## 五、规范性领域的认识论

### (一) 整体性认识论

在(b)中的主张被德沃金称之为“整体性的认识论”(integrated epistemology):

整体性的认识论:为了对关于如何判断什么是正确的理论进行检验,我们必须对什么是正确的做出假定。<sup>[13]</sup>

这种整体性的认识论反对两种主张:(a)反对主张存在某种普遍的认识论原则,能够认识一切领域的真理;(b)反对主张存在某种普遍的真理,能够决定任何领域的认识论原则。按照这种整体性认识论,规范性领域的真和相应的认识论是相互决定和支持的。我们首先要假设(assume)存在某些规范性真理,以决定采取何种与这些假定的规范性真理保持一致的认识论原则,以认识其余的规范性真理。规范性领域的认识论原则。对德沃金来说,我们首先假设每个人的人生具有客观的重要性,进而确定相应的道德责任原则作为认识论原则,以及相应的概念诠释方法,从而确定其他的规范性真理。反过来,这些其他的规范性真理又对最初的人生重要性的规范性假定构成支持。最终,最初假定的规范性真理和其余的真理,形成了一个相互支持和强化的结构。对德沃金来说,这个结构就是判断特定规范性主张是否为真的客观标准。

不过,在整体性的认识论中,关键的是“我们必须假设哪些事真的……”这一点。这几乎明确指出了,德沃金不认为这个世界上存在任何客观的规范性属性(normative property)。生活中某些事实具有规范性,只是因为我们假定,将它们“视为”具有规范性的,我们人生中的价值是我们创造(create)的。尽管德沃金主张,自己是一个实在论者,主张某些规范性判断客观上是真的。但实际上他所主张的这种“真”是在帕菲特所说的肤浅的意义上主张的,即使是虚无主义者也不会反对这种真。

这里我举一个“研究北韩法律的自然法学家”的例子:这位法学家从自己支持的自然法的观点看,北韩并不存在真正意义上的法律。在这个意义上,他是北韩法律的虚无主义者。但这并不影响,当我们问这位法学家,“辱骂金正恩是否会被判处死刑?”时,他可以回答,“这样做真的会被处死”。这是因为自己的自然法立场并不拒绝他可以“假定”北韩法律的有效性,并因此做出上述回答。

同样,在元伦理学上,虚无主义并不反对上述被“假定”的真理,这是一种肤浅意义的真。虚无主义所反对的——亦是实在论所保卫的——是某种更深层的意义(deep sense)。实在论主张,在这个世界中客观存在某些不可还原的规范性属性,这些属性的存在不依赖于我们主管的欲望、选择、判断和假设,这些属性是这个世界的一部分;而虚无主义者主张,不存在这种客观属性,尽管即便如此,我们还是能拥有熟悉的规范性论述(normative discourse)。

德沃金明确拒绝实在论的上述主张。在他看来,实在论预设了一种糟糕的认识论假说,即所谓“因果性影响假说”(causal impact hypothesis),

因果性影响假说:这种假说认为,道德事实能够使人们形成与那些道德事实相符合的到的确信。

实在论赞成上述假说,怀疑论者反对这一点,而德沃金明确主张自己支持怀疑论的主张。在他看来,实在论之所以要支持这一点,是因为他们预设了另一种假说,即“因果性依赖假说”(causal dependence hypothesis),

因果性依赖假说:该假说认为,除非因果性影响假说是正确的,否则人们就没有任何理由认为,他们的任何道德判断正确反映了道德真理。

首先,CI是一个错误的假说,这种假说是将自然科学领域的认识论原则,未经反省就直接用在了规范性领域。这直接违背了整体性认识论的基本主张。德沃金颇具讽刺口吻地说,到目前为止,科学

[13] 同上,第98页。

尚未发现这个世界中存在任何被称之为“moron”(这个词在英文中指“傻瓜”)的道德实体,也没有揭示出这些实体是如何刺激我们的大脑和神经,让我们因果性地产生诸如“奴隶制是不正义的”之类的规范性判断。这是近乎“疯狂”的想法,没有任何被证实的可能。

其次,让实在论者认为自己必须为这个疯狂的 CI 假说辩护的深层动力,实际上来自 CD。CD 暗示了如果 CI 是错误的,那么这个世界上就不存在规范性真理。德沃金的主张是,CD 本身也是一个实质的规范性主张,怀疑论者想借助 CD 来否定规范性真理是自我击败的。我们可以借助一个类比来理解为何 CD 是一个实质的规范性主张。某人可能主张,“如果这个世界不存在上帝,那么所有的道德约束都不存在”。这实际上预设了,“道德是上帝的律令”这个主张,而如果这个主张为真,那么诸如“同性恋在道德上是正当的”等实质的规范性主张就是假的。前面提到,对德沃金来说,证明一个规范性主张为真或为假,只能诉诸另一个实质的规范性主张,因此这就证明“道德是上帝的律令”这个主张,同样是一个实质的规范性主张。同样的论证可用以证明 CD 同样是一个实质的规范性主张。因此,如果怀疑论说,由于 CI 是错误的,我们找不到任何事实来担保规范性判断的真,因此根据 CD,不存在任何规范性真理;德沃金会主张,你所根据的 CD,本身就是一个规范性主张,只有你假定它是真的,你的怀疑论才能成功,但一旦你假定它是真的,那么至少规范性领域就存在了一个客观为真的主张 CD。

## (二)一个二分法

“整体性认识论”是不是对?按照德沃金自己的主张,认识论原则是和相对的本体论主张相对应的。我们只有首先预设某些真理,才能以这些真理为基础,寻找判断其余主张是否为真的合理方案。整体性认识论本身是一个认识论原则,它也依赖于一种本体论主张。首先需要说明的是,尽管德沃金主张这种原则也能适用于非规范性领域,但我将只在规范性领域检讨这种主张的正确性。简单来说,整体性认识论背后预设的本体论主张是,

“道德和其他价值门类,这个整体在哲学上是独立的。回答关于道德真理与知识的各种大问题,答案必须在这些价值门类中寻找,而非在此之外寻找。一个关于价值的实质理论必须包含一种价值领域的真理理论,而不是等待这样一种真理理论。”<sup>[14]</sup>

这就是说,价值领域的规范性主张,不可能被完全还原为任何非规范性的主张,因此任何非规范性主张的真值,也就不可能因果性地直接决定规范性领域的主张的真值。为了证明这一点,德沃金在《刺猬正义》第一部分中对各种版本的怀疑论进行了检讨,检查怀疑论者是否有可能做到上述还原。最终的结论是,没有一种版本的还原论是成功的。这就印证了被德沃金称之为“作为到的认识论原则的休谟原则”,

作为道德认识论原则的休谟原则:该原则主张,任何关于世界是如何的命题,无论作为一个科学意义上的还是形而上学意义上的事实问题,都无法给出一种情形,在这种情形之中——而不借助任何藏在缝隙间的某个价值判断——就能推导出这种情形应当是什么的结论。<sup>[15]</sup>

在我看来,德沃金主张规范性领域的真是不可还原的,以及相应的作为认识论原则的休谟原则,大致上都是合理的。但问题在于,从这两个条件中,并不能得出在价值领域的整体性认识论就是正确的。之所以德沃金认为上述条件足以证明整体性认识论是对的,是因为他预设了以下两分法。某个主张为客观为真,

要么因为这个命题客观地描述了经验世界的某些自然事实;

要么因为我们主动选择将这个主张“假设”的确是真的。

既然规范性领域的客观真理不能被完全还原为非规范性事实,那么规范性主张也就不可能因为正确描述了经验世界某些自然事实而为真,那么唯一的合理解释就是,根本的规范性主张,是我们主

[14] 同上,第 24 页,译文有改动。

[15] 同上,第 45 页,译文有改动。

动选择将其视为是真的。以此为基础,来判断其他规范性主张的真值。但以这种方式解释规范性领域的真,会遇到前面提到的难题:为什么我们要将一些规范性命题主动选择将其视为是真的?德沃金的回答是,我们不得不将其视为是真的,不然我们在人生中做出的其他规范性选择将丧失意义(make no sense)。但我们还是会回到之前提出过的问题,这里的“不得不”是什么意思?

如果这是一个心理学主张,那么这将违背德沃金对规范性真理不可还原的看法,因为这意味着整个规范性领域,直接建立在了一个非规范性事实的基础上。

如果这是一个规范性主张,那么让我们如此选择的决定性理由是什么?对此没有任何回答。这使得这个“不得不”的选择,在规范性领域中,成了一个独断的选择。

从上面的分析看,尽管德沃金主张自己是一个最低限度的实在论者,但实际上他对实在论的辩护是错失焦点的,传统意义上的反实在论者完全能接受他的上述主张。之前提到的“研究北韩法律的自然法学家”的例子已经显示出,实在论和反实在论所争论的,并不是德沃金辩护的这种过于“内在”的真理是否存在,而是争论在德沃金那里只是被“假定”的规范性命题,是否客观上是真的。因此,要充分说明规范性领域的真理,就必须放弃德沃金提出的虚弱的实在论——这实际上是一种虚无主义,而为更深层意义的真辩护。

## 六、非实在论的认知主义

### (一) 非实在论

前面提到,德沃金拒绝传统实在论的理由是,这种理论预设了一种错误的形而上学主张,即主张在形而上学领域存在某些具有规范性属性的实体,这些实体以因果性的方式使得我们具有某些为真的规范性确信。诚然,如果实在论支持这样一种看法,那么的确相当荒谬,显然不存在任何古怪的规范性实体。在这个意义上说,合理的理论必然是一种非实在论。但与此同时,德沃金又提供了明确的论证,指出规范性领域内的真理是不可还原的。因此,传统的将规范性领域的真还原成诸如自然事实、情感投射等非实在论,同样是错误的。

然而,这并不等于德沃金这种虚弱的实在论是剩下的唯一选项。帕菲特指出,当我们说存在某种属性时,会有两种可能的含义:

描述契合意义:它与我们用来指涉它的描述性词语或短语相契合。

必然外延相同意义:不同的概念必然是外延相同的,当这些概念必然被用于指涉所有且唯一的事物。<sup>[16]</sup>

举例来说,

- 这座楼房可以居住。
- 这座楼房具有可居住性。

此处“可居住性”就是在“描述契合”意义上存在的性质。另一种类型的例子是:

- 《理与人》的作者。
- 《论重要之事》的作者。

这两者都指向“帕菲特”这个人物。在这个意义上,这两个概念指向“必然外延相同意义”的某件事。但要注意的是,尽管这两个概念都指向帕菲特,但它们指涉了帕菲特在“描述契合”意义上的两种不同属性,即帕菲特既是《理与人》的作者,又是《论重要之事》的作者。德沃金所反对的外在怀疑论,是在后一种意义上使用“属性”这个概念。比方说:

- 使得某个行动是正确的属性,就是我们在情感上表达赞成的主观态度。

这个主张是指,“使得某个行动正确”这个规范性属性,和“情感上赞成的主观态度”这个心理学

[16] Derek Parfit, On What Matters, vol. III, Oxford University Press, 2017, pp. 66–68.

上的自然属性,指向的是同一个事实。德沃金明确反对了这类主张,正确地指出任何自然事实命题都无法因果性地决定规范性命题的真值。但他的反对并不会否定存在“描述契合”意义上的规范性属性。这就是说,尽管规范性属性和自然属性并不是“必然外延相同意义”上的属性,但这不影响它们指向了不同的“描述契合”意义上的属性,不能直接得出结论说,规范性属性在客观上就是不存在的,只是被人们“假定”的。以下的主张尽管是错误的,但是有意义的:

- 我们在情感上所表达的赞成的主观态度,使得某个行动是正确的。

这就是说,“情感上赞成的主观态度”这种心理状态,同时包含了另一种不同的“描述契合”意义上的规范性属性,正因为这种心理状态同时包含这种不同的属性,从而使得它能够“使得”某个行动是正确的。德沃金对怀疑论的拒绝,并不能直接拒绝在“描述契合”意义上存在规范性属性。这种属性并不必然预设任何传统实在论所预设的道德或价值实体。它只是强调,某些规范性命题的真并不是人们主观假定或选择的,而是客观为真的。

## (二) 认知主义

上述这种“描述契合”意义上的规范性属性只是意味着,的确存在着客观为真的规范性命题。还需说明的是,如果规范性命题的真,从根本上并不是我们假定的,而是客观为真,那么我们该如何知道哪些命题是真的呢?是否意味着到底我们还是需要某种隐蔽的 CI 假说来识别规范性命题的真?答案是否定的。问题出在之前提到的二分法上。对德沃金来说,存在以下两分法。某个主张为客观为真,

- 要么因为这个命题客观地描述了经验世界的某些自然事实;
- 要么因为我们主动选择将这个主张“假设”的确是真的。

这并没有穷尽所有的可能。我们必须放弃这种错误的两分法,代之以一种三分法。一个命题为真,

- 要么是因为它正确描述了经验世界的某些自然事实;
- 要么是因为我们主动的选择是其为真;
- 要么是因为以客观正确的方式思考它,确认它是真的。

德沃金正确地主张,第一种情况不适用于确定规范性命题的真值;而我也说明,第二种情况也同样不适合。唯一合理的方式是第三种方式,即以正确的方式思考它,便能确认其真值。此处可以类比数学命题来说明。例如,“ $1+1=2$ ”这个数学命题为真,即不是因为它正确描述了任何自然事实,也非因为我们选择将其视为是真的,而是因为以正确的数学思考方式看,这个命题必然是真的。数学的思考方式没有留下怀疑这个命题为真的任何可能,如果我们怀疑它,我们便不可能以正确的方式思考任何数学知识。需要补充的是,我所说的“以客观正确的方式思考”,并不意味着我们总是要主动意识到某个演算过程。 $1+1=2$  对几乎所有人来说,都是直接“看”出来的。这是因为这个数学命题的内容非常简单,使得我们几乎用直觉就能直接判断其为真。但这个直觉并不是生物学的本能,其背后是我们进行数学运算的理性能力,当一个人真正学会进行数学演算时,他就能不费力地直接确定  $1+1=2$ 。

规范性主张亦可作如是观。如德沃金所言,规范性属性是一种客观的、不可还原的属性,因此某个规范性命题是否为真,就要看它是否能得到其他为真的规范性命题的支持。而对那些处在论证链条底部的根本性的规范性命题,它们的真值则依赖于我们用正确的实践推理方式去思考它们。当它们的内容非常简单直接时,我们可以用某种直觉直接确定它们的真值,例如我们会主张“以虐待儿童为乐显然是道德上邪恶的做法”。这种直觉同样不是生物学本能,而是依赖于实践推理能力。当我们能熟练进行这种推理时,也就能轻而易举地看到以虐待儿童为乐,在道德上的邪恶性。这是一种认知主义的观点,即主张我们的确能认识客观存在的规范性属性,而这种特定的认知主义被帕菲特称之为“理性的直觉主义”。德沃金注意到了理性的直觉主义观点。他在《刺猬正义》中讨论 Wiggins 的一个长篇注释中提到:

“‘我看到天在下雨’,某个看了窗外的人说,这为他相信天在下雨提供了一个论据。‘我看

到费马大定理能够被证明’,即使是一位声名卓著的数学家这么说,也不能为他的这个确信提供一个证明,哪怕仅仅是证明的开始。”<sup>[17]</sup>

总结起来,德沃金的反对意见是,当我说“我看出费马大定理可被证明”时,这并没有提供任何理由正面证立这个定律。但这个反驳对直觉主义者而言并不致命。直觉主义者会主张,即便在数学领域能够进行熟练运算的人而言,也不能直接确定费马大定理是否能得到证明。我们有很多好的数学理由怀疑,这个定律是否最终能否证明。但对  $1+1=2$  来说,只要会基本的数学推理,都能够直接确定这个命题为真。在数学领域没有留下任何的可能空间,让我们怀疑这个命题的真。如果一个人否认  $1+1=2$ ,我们会合理怀疑他是否理解数学推理究竟为何物,而不是认为自己有必要给出进一步的数学证明。

在我看来,德沃金之所以会拒绝直觉主义的观点,是因为他未能区分直觉主义所说的“直觉”和生物学意义上的“本能”之间的区别。在德沃金看来,主张我们能直接“看”出  $1+1=2$  等于主张人具有某种生物学上的本能,能判断数学命题的真假。德沃金主张,即便某种进化论能说明我们为何会拥有这种生物学本能,这种说明依然不能被视为是对相应主张的辩护。这个主张是对的。但理性的直觉主义者所主张的“直觉”背后是一种理性能力,而非生物学本能。这种理性能力的核心,是我们能够理解这个世界的某些特征,并以特定的方式回应(respond to)这个世界的某些客观特征。这里的“回应”并不难理解:当我们听到有人呼救时,主动前去营救,这就是回应了这个呼救;而当我们理解了这个世界的某些客观特征之后,形成了相应合理的信念,或采取了相应合理的行动,这就是回应了合理性的要求。

这种回应是非自愿性的。例如,一个暴君对我说,如果不真诚地相信  $1+1=3$ ,他将对我施加恐怖的制裁。我们假定这个暴君总是说到做到,并且拥有一种仪器,能够准确测定我的信念。但即便如此,我也无法使自己真诚的相信  $1+1=3$ ;同样的,如果这个暴君对我说,如果不真诚地相信,我有理由去经受无尽的痛苦和折磨,他就会施加恐怖的制裁。但这依然不可能让我相信自己有理由去经受无尽的痛苦与折磨。但与此同时,这并非是另一种 CI 假设的版本,并不意味着我们如何回应外部世界,是被因果性地决定下来的。尽管合理回应外部世界的方式独立于我们的意愿,但并不独立于“我们是谁”(who we are)这一点。这里我们可以用“天文学家和道德哲学家”的例子来说明这一点:

天文学家在课堂上可以主张,“通过对行星 A 及其卫星 a 的观测,我们发现 a 围绕 A 的公转,会对 A 上的自然现象产生因果性的影响,但这种因果性的影响到目前无法合理解释。我们只能承认,这就是一种事实存在的因果关系”。但如果道德哲学家主张,“‘为了让自己开心而折磨他人’在道德上是邪恶的,我们没有任何理由这么做,但为何这在道德上是邪恶的,我们尚且没有任何合理解释,它就是一个赤裸裸的事实”。我们会认为这个道德哲学家发了疯。

我们在理性上拒绝为了让自己开心而折磨他人的行动,并非有什么外在的事实因果性地决定了这一点,而是因为这个行动是不合理的。换句话说,如果我们不能解释“为什么”这个行动是不合理的,那么就必须修正相应的信念与行动。而对“为什么”的回答,将最终涉及到我们对客观世界的哪些事实或属性,对帮助我们更好的存在和生活有帮助和意义,后者在某种意义上定义了我们的身份,回答了我们是谁的问题。我们之所以称自己为理性的行动者(rational agency),在某种意义上说,就是因为我们可以对自我的存在进行自觉地反思,并以这种非自愿的理性方式回应这个世界,让自己过得更好。

德沃金可能会主张,这种直觉主义是一种逃避证明责任的遁词。它似乎允许我们在面对对方的诘问而理屈词穷时,直接主张“我就是看出 p 是真的”。但我认为这个担忧并不成立。注意,直觉主义者所说的,能够直接诉诸直觉判断的为真的命题,要么是分析性的、要么是明显为真的。这就是说,如果你怀疑这些命题为真,那么我们能合理怀疑你并未理解或掌握相关的推理能力。但很多主张并不

[17] 德沃金:《刺猬正义》,第 84 页注释,译文有改动。

符合这两者,如德沃金所说的费马定律的例子,即使熟练运用数学推理能力的人,也无法直接判断相应的主张是否为真。这就要求作出相应主张的人进一步的证明。这就是说,面对命题  $p$ ,是否能主张  $p$  是分明为真的,还是需要进一步的辩护,这有赖于具体的论证,即我们是否能对  $p$  提出合理的怀疑。进一步的辩护是以解决合理怀疑为目的。当不存在任何合理怀疑的余地时,我们就能主张,有决定性的理由相信命题  $p$  是真的。

总之,如果我们接受上述直觉主义版本的认知主义观点,那么根本的规范性主张,并非我们“假定”或“选择”将它们视为是真的,而是我们的的确认识到它们是真的。它们的真是由客观世界的某些特征所给出的理由支持的。我们在充分理解这些特征之后,会非自愿地意识到,这些特征使得我们应该以某种特定的方式作出回应。相应的,德沃金对概念诠释的主张也就是错误的。诚然,规范性概念的确是诠释性概念,但对这些概念的诠释,并不是由我们分配或赋予给它们特定的目标,而是通过在关于这个概念分明为真的不同判断之剑进行反思平衡,诠释出这个概念自身内在承担的目标或价值。

## 七、再论价值统一

如果上述看法大体不错,德沃金所主张的价值统一命题,几乎不可能为真。德沃金之所以主张诸种价值是统一的,依赖于他对诠释性概念以及概念诠释的看法。之前我们提到,对特定价值概念,诠释成功的标准有两项:

- 诠释的“重要性”标准,要求我们构造一个对各种价值的整体性说明,将这个特定的价值安置其中,而该说明满足融贯性和本真性的要求。
- 诠释的“契合”标准,要求我们充分考虑各种概念典范,确保所诠释的结果的确是对“我们”共享概念的诠释,而非发明一个新概念。

可以说,对特定价值的最佳诠释,实际上就是在这两个标准之间进行权衡,而在《刺猬正义》中,德沃金尝试证明,存在一种对伦理和道德各种价值的诠释,一方面能够证明这些价值是相互融贯且互相支持的,另一方面也能充分契合这些重要价值的各种典范,因此他会主张至少这些价值是统一的。然而,德沃金在《法律帝国》中诠释法律概念时,已经被指出在很多情况下总是用“重要性”挤压“契合”。这就是说,宁可在契合标准上放宽要求,也要确保重要性标准。这个问题在《刺猬正义》中对各种伦理道德价值的诠释上依旧存在。当然,德沃金主张的概念诠释方法,并不拒绝这种取舍。面对上述主张,德沃金总是会指出,这无非是诠释内部的不同观念的竞争罢了。

可是,如果上述直觉主义的看法是对的,那么德沃金的概念诠释就存在很大的问题了。某些规范性命题是真的,并不需要诉诸诠释,而是由我们通过正确理解其内容而确定。例如,“为让自己高兴而残酷地折磨他人,这是严重不道德的”,这个主张显然为真。这使得这些命题和德沃金所说的典范,在对特定的规范性概念的诠释中,具有了完全不同的地位。德沃金的概念典范只是一些约定俗成的看法,在诠释中诠释者很有可能决定,为了最佳地诠释某个概念,应该放弃说明某些典范,以换取在“重要性”标准上做得更好。但这些分明为真的命题,由于其本身是真的,因此不允许诠释者随意放弃对它们的证立。这些命题也就构成了限制德沃金概念诠释的界限。

上述主张并不直接否定价值统一命题,但我相信这使得要想论证价值统一变得异常困难,毕竟如果不能随意裁剪人们对价值的基本理解和判断,很难想象那些在不同领域发挥作用的价值,能够恰好天衣无缝地相互融贯在一起,并且能够相互支持和强化。甚至可以主张,即使我们发现了某一种特定的诠释方案,恰好能做到这一点,与此同时这又被认为是理解各种价值的唯一方案,那么单凭“唯一方案”这一点,我们就能合理怀疑它是否妥当,毕竟这几乎是不可能的事情。但如果接受了理性的直觉主义,那么即使承认诸种价值无法实现统一,也并不会带来严重的实践后果。概言之,德沃金之所以要强烈的辩护价值统一,是因为作为认识论的道德责任主张,只有在这样一个前后融贯且相互支持的价值网络中,价值才以本真的状态存在,我们也才能得到特定价值客观为真的主张。如果价值统一是

不可能的,那么规范性领域的各种真理就变得岌岌可危,唯一为真的将会是内在怀疑论的主张。但理性的直觉主义并不赞成上述观点,判断根本的规范性命题是否为真,只需要以正确的方式思考这些命题即可,因此即便它们之间无法保持融贯一致,也不会使其不再是真的。

在这里需要补充的是,前面提到德沃金将诠释视为一种建构或重构性的工作,诸种价值是以道德责任原则要求的方式被建构起来的,而本文前面的论证已经拒绝了这种主张,但建构主义(constructivism)依然可以以另一种方式,在理性直觉主义下得到合理理解。这就是将建构主义视为一种启发性的哲学反思方式,使得人们能够以系统性的方式理解这个价值。例如在理解“法律”这个规范性概念时,“法律是人为创制的规范”、“法律是一种规则体系”等等,对我们而言都是分明为真的事实,但我们依然缺乏对法律的系统化理解。对法律这一概念的分析或说明,就是要以建构性的方式,系统性地说明这些分明为真的事实。例如,拉兹以特定的权威观念为核心,提出了一种法律的概念分析,这被视为是目前对法律概念最系统的说明理论,这也正是这种理论的优势所在。

有读者会指出,以这种方式理解建构主义,似乎除了这个名词之外,和德沃金的主张再无相似之处,那么为什么依然要拯救建构主义这个概念,而非另起炉灶呢?在我看来,上述理解的建构主义,固然和德沃金的主张存在很大的不同——德沃金可被视为一种“从上而下”的建构,即首先建构最抽象的伦理价值,进而以此为基础,诠释出与这一抽象观念相契合的其他更具体的价值;而此处主张的建构主义则可被视为一种“从下而上”的建构,即从具体但分明为真的规范性事实为基础,向上构建系统性的价值观念——但在深层的一个点上依然保持了一致,即各种价值总是和我们的某种自我理解相关,是从这些基本的自我理解中建构起来的,而非完全独立于我们之外的某种神秘事实。

## 余 论

本文检讨了德沃金对价值统一命题的基本论证。我们看到,德沃金对这个命题的论证,预设了一种虚弱的实在论立场。这种实在论立场主张,我们只能假定某些规范性命题是真的,以确定另一些命题的真值。这实际上已经和虚无主义的看法相去不远。而如果我们修正德沃金的主张,指出某些基本的规范性命题的真,并不是由人们假定或预设的,而是事实上是真的,只要我们以正确的方式、充分理解这些命题的内容,就能直接判断其真值,那么价值统一命题就几乎不可能是真的。不过,前文也提到,德沃金之所以需要辩护价值统一命题,是因为按照其理论,如果这个命题为假,那么规范性领域将不存在非怀疑论的客观真理;而如果我们承认,某些规范性命题的真可以通过正确思考其内容而判断,那么即便诸种价值不是统一的,也不会影响到规范性领域中存在客观为真的非怀疑论命题。

在最后我想补充说明的是,建立在对德沃金价值理论反省的基础上,我们也能对德沃金在法理学上的基本主张做出准确的理解和反省。概言之,德沃金之所以主张不存在说明性法理学的空间,是因为按照他的理论,对任何规范性概念的诠释,都必然需要诠释者做出实质的选择,选择将何种目标赋予这个概念。只有建立在目标赋予的基础上,才可能展开对概念的诠释。这样说明性理论自然不存在理论空间。但我们已经看到,这种观点是错误的。某个规范性主张负担了何种价值,这并非是理论家所赋予的,而是其内在包含的。理论家的任务,是系统的说明我们在回应这个价值时所形成的片段化的理解,从而整体性地说明这个价值。这种整体性的说明也系统性地促进了对我们自身的理解。这样说明性理论不仅是可能的,且是有意义的。任何关于法律的进一步规范性理论(如法治、守法义务等等),都必须建立在对法律概念合理说明的基础之上。

# “作为法律性质的强制”否议

雷槟硕\*

**[摘要]** 人们通常通过法的强制性来认识法律,进而将强制的显性特征认定为法律的性质。析清法律性质与强制之间的关系首先要阐明法律性质与强制的概念,限定文章探讨的范围。在此基础上,通过实质与形式两个方面探究法律的性质。在实质上,法律性质首先需要解决的正是法律获得性质的甄别标准,分析实证主义为我们提供了“承认规则”解决这一问题——规范性来源;形式上法律需要借助具有道义态度的道义助动词表达,并且规范语句借助道义助动词意欲解决的仍是规范性问题。并且,通过实质与形式上的规范性的分析,强制并非法律的性质。最后,通过规范性进路形成对法律性质的初步界定。在法律规范性来源于社会事实命题正确的基础,驳斥“强制作为法律的性质”。

**[关键词]** 法律性质;强制;规范性;道义助动词;承认规则

人们通常以法律的外在特征作为对法律认知的着眼点,东西方法律文化都存在类似的理念。司法女神朱蒂提亚手持的不仅有天平,还有一把剑;传统中国的司法部门——衙门,也是衙役两侧站立,打板子的形象与法律似乎胶结在一起。法律给人以强制的直观感受,感受会随着频率的增加转化为内在认知,个体认知伴随社会互动与国家政权统治目的需求共振,形成关于法律的“常识”,进而板结形成固定印象。由此带来的一个问题:将作为法律特征的强制界定为法律的性质。作为“常识”的“法律就是强制力”或者“强制是法律的性质”占据着日常生活,可这种常识与实质并不相符:法律具有强制力毋庸置疑,但将强制力作为法律的本质似乎混淆了性质与功用、本质与显像之间的区别。无论从何种角度,析清法律与强制之间的关系是明确法律的必然要求,也是现代法治理念的题中自有之意。

## 一、理论分析基础

任何研究都必须有出发点;同时,出发点必须坚固。否则,出发之后可能偏离研究的目的。本文是对“作为法律性质的强制”的否议,首先是对何为“法律性质”,何又为“强制”作出基本界定。否则,研究范围可以无限延展,对于法律性质与强制的分析可能脱离法理学或者法学的范畴。

### (一)“法律性质”的基础

依照传统马克思主义法学的观点,法具有三层本质:国家意志性、阶级意志性与物质制约性。<sup>[1]</sup>通过唯物辩证法的方式界定法律,必须透过现象看本质。由此,作为规则的法律应该“对任何要摆脱单纯偶然性和任意性而取得社会的固定性和独立性的生产方式来说,是一个必不可少的要素。”<sup>[2]</sup>依照历史法学派的观点,法律是民族精神的产物。可以发现,不同立场、不同视角可以得出不同的结论。为此需要将文章探讨的法律进行限缩理解,如果不将法律限缩在当代社会的语境之中,不免需要进行历史文化的考古。但本文所探讨的就是当代社会中运转的法律,在此基础上,进一步追问这样一种要

\* 雷槟硕,上海交通大学凯原法学院2018级法学理论博士研究生。

[1] 参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社,2001年,第34—40页。

[2] 《马克思恩格斯选集》第25卷,人民出版社,1974年,第894页。

素如果限缩在当代社会之中,其性质如何?

首先以2017年3月15日公布的《民法总则》为例。很少有人会质疑《民法总则》(2017年10月1日生效后)是否是法律。大多数人会给出接近的答案:因为《民法总则》是全国人大(有权主体)在其法定权限范围内、依照法定程序制定的,因此其是法律。可为何全国人大制定的就是法律?是全国人大赋予了《民法总则》草案以法律的性质吗?如果答案为是,就是一种朴素的分析实证主义观点。认可权威机关在其法定权限范围内依照法定程序制定的就是法律。但社会法学派、自然法学派、现实主义法学派等等其他学派都会来表达不同程度的反对或异议,就与分析实证主义法学派分歧最大的自然法学派来说,其未必会认可(而非不认可)《民法总则》是法律,究其原因是自然法学派判断文本是否是法律的关键无关于是否是权威机关制定,而关乎是否符合道德。因此,根据法律与道德之间的关系问题,分为两大学派。相反,两大学派(乃至更多学派)依照法律与道德之间的关系来判断某文本是否具有法律性质。即“法概念争议的主要问题是法律与道德关系”。<sup>[3]</sup>

但通过法律与道德之间的关系来判断文本是否是法律,实际上着眼的是文本的内容是否需要符合道德的要求。基于不同的立场设定,会产生不同的认定结果。如果以立场为出发点,而不做进一步的还原可能陷入立场之争,而非对法律性质本身的探讨。如分析实证主义是否有道理,或者其理论论证是否具有合理性?即使是自然法学派也不会断然否定。同样,社会法学派或者法律现实主义对法律性质的分析理论是否具有相应的说服力?新分析法学派也不会轻易否定。或者,不同学派对法律性质的界定本质上是立场之间的坚持与妥协,以及对要素排列的价值倾向之争。和道德领域的诸神之争一样,立场之争得不出唯一的答案。将立场消去,会发现不同学派对法律的界定本质上是对法律规范性的论证。因此,草案亦或具体文本是否为法律或者具备法律性质的规范性来源于何处?确定了规范性来源就明确了文本获得法律性质的根基。规范性来源于道德就是自然法学派,规范性来源于程序则是分析法学派。所以,从实质上说发掘法律性质首先要解决文本规范性问题。

其次,如果将法律限缩在具体的文本,还必须考虑到法律是借助文本的形式来表达,文本又不是文字的堆砌或者语言的笼统构造体。表现为文本形式的法律通常借助各种类型的语句来表达,一系列的语句通过立法技术以及语言的语义、语用以及语法,结合社会中的理念、惯习等系列要素构造而成。抛去属于实质内容的理念与惯习,语句作为法律的性质是什么?语句本身并无意义,和短语一样,语句都是对论题的形式表达。两者的区别在于“短语描述一个论题,而语句则描述一种事态(state of affairs),即某个被认为真实的论题(topic thought of as real)”。<sup>[4]</sup>所以,语句本身并不能作为法律的性质,语句通常作为法律性质的载体出现,表达特定的态度。因为,法律首先是一种规范,规范就必然表达特定的态度或者提供行动的理由。态度的表达或行动理由的提供又要依赖特定语句(尤其是道义助动词)的形式。或言之,前文提及的规范性表达需要借助道义助动词及其背后的道义逻辑。以道义助动词作为语句表现形式实现特定态度或行动理由供给,实质上仍是道义逻辑的功用。因此,形式上的文本语句与实质上的规范性回溯是法律性质的一体两面。实质规范性问题无法脱离语句的道义助动词表达,实现文本或语句的道义功能实质就是追问实质规范性问题。最终,形式上的语句载体仍回归到实质上的规范性问题上。

综上所述,将法律限缩在法律文本,法律性质问题要先解决法律的规范性问题。或言之,法律之所以得到人们的遵从或作为人们行动理由的法律的原因何在?“法律就是法律”,其本身就是行动理由,或者“法律之所以是法律乃是因为其符合特定的标准”,不同的观点实质上都致力于进行合理的证成。不同的出发点、立场、路径会得出不同的结论,即是说法律会因此获得不同的性质认定。形成对法律性质的正确认知从根本上是析清法律的规范性来源,就能从根本上捍卫正确的出发点、立场以及路径。

[3] [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5页。

[4] [丹麦]阿尔夫·罗斯:《指令与规范》,雷磊译,中国法制出版社2013年版,第18页。

## (二)“法律强制”的界定

回答“作为法律性质的强制”问题的第二个基础是“强制”。何为法哲学领域的强制？关于强制的阐释，元照英美法词典给出了三种解释：“①武力、暴力、强制、强迫，通常用于表示非法行为；②效力、法律约束力；③<英格兰古法>事前从犯，英格兰古法中用来指某种事前从犯[ *accessary before the fact* ]的术语。”<sup>[5]</sup>从法的一般理论出发，作为法律的性质的强制不会涉及个别法意义上的英格兰古法。相反，法的一般理论视角更多涉及前两种含义。即法律领域谈到的强制根据前述解释可以分为两种：一种基于对法律规定违反的非法行为，一种则是作为法律的表现形式的效力或约束力。但法的一般理论中主张的法的强制是指法律本身的强制，不能脱离法律为标准对行为进行评价界定为非法。<sup>[6]</sup>所以，法律强制只能在第二种意义上主张，可一旦将法律强制等于法律效力，则回答法律强制就变成了回答法律的效力问题，并且，法的效力与法律效力又不是同一回事。法的效力可以分为“法律效力、现实效力与道德效力”，<sup>[7]</sup>如果进一步对应，法的强制可以分为法律强制、现实强制与道德强制。但无论是法的强制还是法律强制都不等同于法的效力或法律效力。如《民法总则》在2017年10月1日后具有法律效力，但不等于《民法总则》的强制实施。主张法律具有法律效力是从规范性意义上主张法律因其规范性来源具有约束力，更多地是内在视角下的接受；而主张法律的强制实施，则更多地是从外在视角观察之后陈述。因此，法律强制不等同于法律效力。但这并非否认法律强制与法律效力之间具有紧密的联系，正是法律效力与法律强制之间的紧密联系，导致人们误以为法律效力就是法律强制。

容易产生误解的另一个词汇是法律制裁。奥斯丁认为法律本质上主权者发布的命令，而命令的关键体现为“在一个命令没有被服从的条件下，或者（使用一个类似的表述），在一项义务没有被履行的条件下，如果一个不利后果是可能出现的，那么一般来说，这个不利后果就可以被称为‘制裁’，或者叫做‘强制服从’（enforcement of obedience）。”<sup>[8]</sup>从奥斯丁的观点出发，命令是以制裁为后盾的，但不等于奥斯丁认为法律（主权者发布的命令）的强制等同于制裁。在语句中，奥斯丁用到了“不利后果是可能出现的”，如果“制裁”等于“不利后果”，就意味着“制裁是可能出现的”，即“制裁”并不必然出现，或者“制裁”不是法律的必然组成部分。而“强制”尽管并不需要每次介入人们的生活中，都强制作为法律目的实现的辅助存在于法律之中。可以说，法律制裁是间或存在的；法律强制是一直存在，间或出现的。如张三与手机销售商签订一个关于买卖合同，购买一部某品牌的手机，后因手机爆炸导致张三左耳失聪，该案出现了违约责任与侵权责任的竞合，根据《合同法》第122条规定，张三可以选择其中一种责任形式进行主张。就法律强制来说，《合同法》是具有强制力的，但法律强制并不必然进入张三与手机销售商之间的纠纷。当手机销售商拒绝承担侵权责任或违约责任时，张三可以依据《合同法》107条向手机销售商主张违约责任或者依据《侵权责任法》第6条第1款、第41条、第42条向手机销售商主张侵权责任；又或者张三同时主张侵权和违约责任时，手机销售商可以依据《合同法》第122条法律责任竞合的规定主张张三只能主张一种责任。在合同得到履行的前提下，前述各种责任并不会介入，当合同并未得到履行或违约情形出现，法律的强制才可能介入其中。法律的强制介入不等于法律制裁的必然出现，在该案中手机销售商未能积极有效履行合同，假定经诉讼裁判手机销售商承担违约责任，意味着法律强制的介入。如果裁判生效后，手机销售商主动履行了违约责任，就无须强制执行。因此，并不一定需要对手机销售商进行制裁。

最后，区分法律强制、法律效力与法律制裁之后，还必须对法律强制做一个初步界定：法律强制是

[5] 薛波主编：《元照英美法词典（缩印版）》，北京大学出版社2003年版，第565页。

[6] 霍菲尔德在其《基本法律概念》中指出了非法行为的存在，所谓“许可某行为的法律规则与禁止某行为的法律规则同样是真正的法律……后一类则称为‘非法’”。（[美]霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友译，中国法制出版社2009年版，第49页注1。）但此处的非法并非法律本身为非法，而是法律所评价的行为。

[7] 参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第149页。

[8] [英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，北京大学出版社2013年版，第23页。

存在于法律规范之中，具有保障法律实现的工具力量。它并不必然进入法律调整的社会生活之中，是法律指引作用的要求，同时也是法律指引作用的辅助手段。

## 二、实质：规范性与强制

明确法律性质的基础与界定法律强制之后，必须回答法律性质与法律强制之间的关系。否则，则无法实现“作为法律性质的强制”否议的目的。但需要再次强调指出的是，本文强调的法律是指规范性文本，而非其他。如果将法律的范围扩张，既可以指习惯法，又可以指治理意义上的法律秩序，无疑将超出本文讨论的范围。

### （一）主权者的命令与基础规范

在西方法哲学的发展脉络中，关于法律的追问是最重要的问题之一。从索福克勒斯的《安提戈涅之死》到洛克、卢梭的自然法定义。在法律实证主义出现之前，回答法律是什么的问题几乎为自然法学派所垄断。对于法律性质的研究基本着眼于法律与道德之间的关系，如前文所述，法律的性质根本上是上帝的意志或者自然法。但此种研究还是超出法律本身，法律实证主义则将对法律的研究限缩于实在法，或者仅仅对法律进行纯粹的描述性或概念分析研究。尽管这种研究可以追溯到托马斯·霍布斯，甚至有人主张可以追溯到托马斯·阿奎那。<sup>[9]</sup>但一般认为现代法律实证主义是从杰里米·边沁和约翰·奥斯丁开始，尤其是奥斯丁，其被认为是法律实证主义之父。他主张“法律是什么是一回事，法律的优点和缺点是另一回事。”其中奥斯丁对法律的定义就是前述“主权者的命令”，这是最容易让人们认为法律性质为强制的观点。在奥斯丁的定义中，可以发现法律的三个要素：第一，命令；第二，主权者；第三，隐蔽指出的习惯性服从。

首先，命令在三种意义上使用：

第一，一个理性存在提出的要求或愿望，是另一个理性存在必须付诸行动和遵守的；第二，在后者没有服从前者的要求的情况下，前者采取的不利后果，会施加于后者；第三，前者提出的要求的表述和宣布，是以文字或其他形式表现出来的。<sup>[10]</sup>

但奥斯丁的命令同义务和制裁具有不可分割的相关联系。即“一个理性存在提出的要求或愿望，是另一个理性存在必须付诸行动和遵守”的所表述的是一项义务，因为不遵守义务导致的不利后果就是“制裁”，而这些表达通过文字或者其他形式表述或宣布就是“命令”。通过文字或其他形式表述的往往是规范文本，规范文本在这个意义上等同于命令的形式。但如前文所述，法律强制存在却间或适用，而法律制裁间或存在，法律强制可以推动法律制裁的实现，即法律强制是法律制裁的前提；却不能反过来说法律制裁是法律强制的前提。并且，命令（规范文本）如果是理性存在提出的要求或愿望，就不能将强制纳入命令之中。要求或愿望很难说具备强制力。

其次，主权者。命令之所以是命令，乃是因为它是主权者发布的，主权者作为政治上的优势者，其所发布的命令有强制力。当主权者发布的命令不能得到履行，就可以将不利后果通过强制力付诸行为人的身上。普通主体发出的要求或愿望不能形成有效的强制力，而主权者作为政治实体中最高主体发布的命令（要求或愿望）相对具有强制力。但主权者强制力的形成主要来源于两种方式，一种是主权者所凭借的暴力力量，当命令遭到违反可以借助暴力力量惩罚或者镇压，以其外力实现内在目标；另一种则是主权者的身份或者资格，“这个身份的存在，使得对违反该要求之行动施加惩罚具备了正当化的条件。”<sup>[11]</sup>依赖第一种条件的强制同作为法律的性质的强制相悖反，因为作为法律性质的强制是内在于法律的强制，但暴力力量的强制是外在力量。尽管通过法律规定的形式明确下来，但却只

[9] 参见[英]布莱恩·H·比克斯：《牛津法律理论词典》，邵昭继等译，法律出版社2007年版，第129页。

[10] 同前注[8]，第26页。

[11] 陈景辉：《命令与法的基本性质》，载《北方法学》2013年第4期。

是保障适用的手段。依赖于第二种条件的强制存在自身无法解决的问题——何以主权者可以发布命令,或者主权者的身份或资格从何而来?

最后,习惯性服从。习惯性服从既是命令的根基,也是奥斯丁解决主权者身份的方案。“为使一个个人或群体在一个社会成为一名主权者……一个特定社会中的每一个人,必须习惯地服从某个个人,或者群体;反之,被服从者必须没有习惯地服从另外—个特定的社会优势者。”<sup>[12]</sup>命令遵从与主权者身份的获得从根本上得益于人们普遍的服从于主权者这一事实,这一结论反而排除了强制作为法律的性质。即规范文本是法律原因在于其是主权者发布的命令,主权者能够发布命令的原因是主权者的身份,主权者身份或资格的获得在于人们的习惯性服从。则法律是否是法律不在于其自身是否具有强制力,而在于获得人们普遍服从的主权者发布,主权者本身无需必然诉诸强制力。

针对奥斯丁的强制问题可能存在的反对意见主要有两种:第一,主权者发布的命令规范性来自于主权者发布的行为本身,主权者的身份负责主权者发布行为的规范性,命令的规范性由主权者发布行为负责。主权者行为则是来自主权者的意志,“根据唯意志论,义务来源于对道德行为者具有立法权威的、因而能够为他们立法的某个人的自我命令。”<sup>[13]</sup>主权者最终立法行为或者普遍性服从等社会事实,则需要进一步考虑,普遍性的服从是否是强制的结果。第二,从主权者身份到普遍性服从是应然到实然的过渡,遵从休谟的告诫,实然能否跨越到应然,或者实然能否推导出应然都是值得质疑的。<sup>[14]</sup>因此,凯尔森提出了他的纯粹法理论与基础规范。凯尔森对奥斯丁理论的质疑,既包含了对奥斯丁的批评,也包含了对奥斯丁理论的认可。批评奥斯丁采取了错误的演绎路径——还原论(reductive),“在20世纪上半叶,汉斯·凯尔森尝试提供一种最清晰、最明确的反还原主义的法理论。”<sup>[15]</sup>他认为作为法律的规范性文本(命令)规范性并非来源于主权者发布的事实,规范性文本或主权者发布的命令如果成立必须满足基础规范的要求,而基础规范的效力则是预设的。<sup>[16]</sup>即是说,基础规范的规范性是康德先验意义上的。如果凯尔森的主张是成立的,则普遍性的服从就不能作为规范性的来源,强制主导下的普遍性服从主张也就不具备任何意义,同时,从基础规范到命令(规范性文本)的规范性传递也避免了还原论的危机。

但凯尔森与其基础规范并未成功。首先,凯尔森在后期理论中修正了自己的观点,认为“基础规范的内容取决于构成特定秩序之事实,即该秩序多少为人所遵循。”<sup>[17]</sup>从反还原论的角度,凯尔森踏上了自己的对立面,从还原论的角度捍卫自己反还原论的立场。基础规范作为预设的规范,却需要从特定秩序的事实获取,特定事实如果是实然的,何以产生应然的基础规范?凯尔森不得不吞下失败的苦果。并且,如果不考虑基础规范内容来源于特定秩序之事实的话,是否基础规范可以作进一步的回溯?科尔斯戈德主张“实践的反思心灵结构作为我们的道德同一性为我们道德行为的规范性提供了积极的辩护。”<sup>[18]</sup>即是说,实践的反思心灵结构或者实践同一性可以作为基础规范的规范性来源,则凯尔森将基础规范预设为规范性基础必然面临失败。对于强制作为法律的性质更是无力寻求证据支持,尽管凯尔森可以主张不存在惩罚或制裁的并非完整的规范,“契约和遗嘱只是法律的不完整形态或者只是法律的片段(fragments),它们的最终落实仍然需要惩罚的参与。”<sup>[19]</sup>也唯有如此,权利概念才能得以存在,按照凯尔森的说法就是“权利概念中所意味着的法律主观化、客观意义的法律规范作为个人的主观意义的权利的体现,才是有根据的。”<sup>[20]</sup>但哈特指出无效的契约或遗嘱并非不完整或法

[12] 同前注[8],第265页。

[13] [美]克里斯蒂娜·科尔斯戈德:《规范性的来源》,杨顺利译,上海译文出版社2010年版,第20页。

[14] 参见[英]休谟:《人性论(下)》,关文运译,商务印书馆1980年版,第509—510页。

[15] Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2014, p. 13.

[16] 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第181页。

[17] [奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第85页。

[18] 文贤庆:《科斯佳对规范性问题的证明——一种强硬性辩护》,载《伦理学研究》2014年第6期。

[19] 同前注[11]。

[20] 同前注[16],第136页。

律的片段,因为遗嘱无效并非是对义务的违反,更不是违反法律,我们仅是没有依据遗嘱相关法律规定行为。<sup>[21]</sup>

由此,无论是奥斯丁的主权者命令,还是凯尔森的基础规范与“不完整形态”都不能证明法律的性质为强制。

## (二)多样性的法律、规范性与强制

奥斯丁与凯尔森的失败是否意味着反对者是正确的?哈特持有反对法律命令说与基础规范的观点。哈特在其《法律的概念》第三章“法律的多样性”集中讨论了“无效作为一种制裁”、“授予权力规则作为法律的片段”以及“扭曲作为统一性的代价”,逐一反驳了凯尔森的观点,间接指出了法律具有强制性,但不等同于法律以强制为性质。哈特进而提出了自己的规则理论。法律作为初级规则与次级规则的结合,包括两种规则:“第一种类型规则科以义务;第二种类型规则授予权力,包括公共和私人的。”<sup>[22]</sup>

依照此种观点,法律分为两类规则:权利规则和义务规则,其中如前所述,权利规则并非作为义务规则的片段,具有相对独立性的权利规则就无需将强制作为其根本。如我国《宪法》第13条第1款、第2款规定的私有财产权和继承权,《宪法》第34条规定的选举权与被选举权等等,同《宪法》第56条规定的纳税等义务共同组成我国《宪法》中公民的基本权利与义务。并且,私有财产权、继承权以及选举权、被选举权等各类宪法上的基本权利并非不完整的片段。而从权利和义务何者为基础的角度,关注的则是辩护目的,“辩护性或者道德式的理解方式,即要么权利是义务的辩护/道德依据,要么义务是权利的辩护/道德依据。”<sup>[23]</sup>将同强制性结合紧密的义务作为基础,仍是以替权利进行辩护为目标。无论何者为基础,在法律范围内谈及权利和义务的基础性仍是规范性的问题。法律权利与法律义务的基础必然是法律规范,即使某一部法律以义务为本位也必然是实现部分个体的权利或特权。但无论何种本位,通过法律规范规定的形式都是规范性的问题。但比权利和义务或者授予权力规则与义务性规则的规范性问题更为要紧的是法律的规范性问题,因为法律本身就足以成为法律权利和法律义务的规范性基础。在现代民主国家,公民之所以具有基本权利与基本义务的前提是宪法的明文规定或宪法的推定。<sup>[24]</sup>但宪法的规范性基础为何?凯尔森的基础规范已经在前述述及,尽管凯尔森的基础规范并未述及强制性作为法律性质,但因为基础理论的失败而不能作为证据证成。

对于这一问题,哈特提出的方案则是其授予权力规则中的承认规则。授予权力规则中的承认规则作为甄别标准确定规范性文件的法律性质。这句话释放出两个信息:第一,从辩护性或道德式理解的角度,授予权力规则相对于义务性规则更为基础,尽管人们往往通过义务性规则来认识法律。但承认规则并非人们的日常工作,专业人员通过法定程序或者特定活动负责规范性文件的法律性质识别工作。如果存在基础性和衍生性的区分,即并不必然具备强制性的授予权力规则是更为基础性的规则,这意味着法律性质并不必然具备强制性。相反,具有强制性特征的义务性规则属于授予权力规则的衍生品。授予权力规则负责提供义务性规则存在的道德依据或辩护性证成。第二,法律的性质由承认规则负责。规范性文件获得法律的性质的前提在于承认规则的识别,但承认规则与基础规范的区别在何处?如果不回答承认规则与基础规范的区别,以及承认规则如何解决基础规范无法解决的问题,哈特的规则学说为法律性质提供的证成也将面临失败。与凯尔森不同,哈特选择了与奥斯丁相同的演绎进路——还原论。哈特认为“承认规则既非有效亦非无效,它就是单纯地因为妥当而被采用……如果这种规则确实存在于社会群体的实践中,我们就没有必要另外再去讨论这项社会规则‘有没有效力’”。

[21] 参见[英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第28页。

[22] 同上注,第74页。

[23] 陈景辉:《权利和义务是对应的吗?》,载《法制与社会发展》2014年第3期。

[24] 此处强调的是分析意义上的设置,按照《德国基本法》的规定,基本权利既具有主观权利的内涵,也具有客观秩序的属性。客观秩序的属性则主要是指自然意义上的基本权利先于国家产生,目的在于对抗国家,对纳粹式政权采取必要的警惕。此处并非在这个意义上主张,否则极易引起争议。

……承认规则的存在是事实问题。”<sup>[25]</sup>但哈特的解决方案将规范性问题回溯到社会事实，实际上进入了哲学上的“范畴错误”(category mistake)，规则属于抽象的客体，而非存在于时空之中的实体，实践则是具体的事件，两者分属于不同的形而上学范畴。<sup>[26]</sup>或者回答凯尔森的诘问：如何实现从实然到应然的跨越？不解决规范性上的“休谟难题”，承认规则作为规范性问题的解决方案就很难成功，而将规范性作为替代强制解决法律性质的方案也将破产。

在哈特之后，关于规范性问题的探讨并非毫无进展。拉兹便是其中一员，拉兹主张“从权威到行动理由”，实践权威赋予了规范性。法律规定如此，就是告诉我们该怎么做，当法律如此规定或者并不这么规定时，意味着法律意在产生实践差异(practical difference)。<sup>[27]</sup>法律就是这种权威，“权威的本质要求服从，即使我们认为服从会同行动理由相矛盾。”<sup>[28]</sup>但权威不等于威权，或者权威不仅仅是纯粹强制意义的，“权威与权力的不同在于其强制性必须基于社会承认，从而形成一种优越的价值，导致自发的遵循。”<sup>[29]</sup>基于社会承认获得的强制是社会集体成员的压力性强制，而非法律自身内部具备的强制。法律自身内部的强制则是抽象意义上的，社会集体成员基于共识或价值认同形成的强制则属于经验意义上的。即使拉兹的理论具备解释力，仍必须消除前述范畴错误。

面对诘难，哈特并非不知所措，他在《法律的概念》第二版后记中进行了回应：“承认规则事实上就是一种司法上的惯习规则，只有在法院加以接受并加以实践，用以鉴别法律和适用法律时，它才能够存在。”<sup>[30]</sup>这被称为哈特的“惯习主义转向”，惯习主义形成了两大方向：排他性法律实证主义与包容性法律实证主义。包容性法律实证主义的代表是科尔曼，科尔曼主要借鉴了布莱特曼的共享合作行为理论；排他性法律实证主义的代表主要是拉兹与安德瑞·马默，尤其是马默在吸收大卫·刘易斯的协调性惯习与约翰·塞尔的社会惯习理论之后，对布莱特曼的共享合作行为理论作出了批判性发展。两大分支针对从社会事实到法律性质获得规范性提出了不同的解决方案，但不得不说两种两大分支都没有完全解决规范性的难题。因为规范性不仅涉及实质内容的功能赋予，还涉及形式表达的语句模态；同时，规范性不仅解决个体维度的自我约束，“人们不可能私人的遵守规则，因为，否则，相信遵守规则便等同于遵守规则了。”<sup>[31]</sup>还必须解决社会整体维度的规范性问题。因为，个体维度的规范性存在不稳定的问题。

### 三、形式：道义助动词与强制

除实质上，规范性与强制以及表达规范性的命令、义务、制裁、惩罚等与强制容易混淆的原因外。在形式上，规范性借以表达的语句、语词也是容易导致规范性与强制产生混淆的原因。

#### (一) 强制的“应当”、“禁止”与“应当”、“禁止”的规范性

我国《老年人权益保障法》第13条规定：“老年人养老以居家为基础，家庭成员应当尊重、关心和照料老人。”第19条规定：“赡养人不得以放弃继承权或者其他理由，拒绝履行赡养义务。”《侵权责任法》第65条规定：“因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。”细心浏览规范性法律文件可以发现很多类似的法律条文，法律条文中使用“应当”、“禁止”、“不得”等类似的词汇，阅读的直觉告知阅读者，该法律条文规定了义务，如《老年人权益保障法》的赡养义务、《侵权责任法》的环境污染侵权赔偿义务等。而阅读的直觉或观感多来自于词汇背后的含义，何为“老年人”，无论55周岁还是65

<sup>[25]</sup> 同前注[21]，第98—100页。

<sup>[26]</sup> 参见[美]斯科特·夏皮罗：《合法性》，郑玉双、刘叶深译，中国法制出版社2016年版，第134—135页。

<sup>[27]</sup> 参见[美]朱尔斯·L·科尔曼：《原则的实践——为法律理论的实用主义方法辩论》，丁海俊译，法律出版社2006年版，第174页。

<sup>[28]</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 3.

<sup>[29]</sup> 季卫东：《论法制的权威》，载《中国法学》2013年第1期。

<sup>[30]</sup> 同前注[21]，第225页。

<sup>[31]</sup> [奥]维特根斯坦：《哲学研究》，韩林合译，商务印书馆2013年版，第144页。

周岁是否是老人，起码10周岁不能算作老人。关于词汇的含义，社会有基本的认知与共识。但“必须将作为语言符号的短语与它表达的意义内容(它被称为观念[idea])区分开来。观念是一个抽象的意义内容，而非关于论题的想法(thought)。”<sup>[32]</sup>这是文章第二部分“实质”要解决的问题，本部分负责解决词汇等形式问题。老年人、家庭成员、环境污染都是陈述性词汇，是存在逻辑真值的事实描述。或者作为一个命题(proposition)，意义内容是可以通过真/假的逻辑符号判断的，如窗外下雨了。但法律规范或者法律条文特殊性不在于其描述某个事件，或言之，法律从不致力于事件或行为的描述。法律规范中对行为或事件的抽象描述的目的最终在于规制。规制的实质必须借助规范或条文中的语词表达，这种语词就是“应当”、“禁止”、“不得”等。黑尔将具有类似词汇的语句称为“规定语言”，<sup>[33]</sup>罗斯则称之为“指令式言语”，“指令式言语的语句是一种表达某个指令的语言形式，指令是某种被认为 是行为模式的行动观念。”<sup>[34]</sup>其中根据指令有效性依赖的情境不同，指令又可以分为人格化指令与非人格化指令。前述法律属于人格化的指令中以制裁为后盾的指令与非人格化指令中的准命令，对于法律的服从是基于对制裁的恐惧与对非人格化权威的尊重。行为人之所以赡养父母是基于对不赡养父母产生的制裁的恐惧或者对作为非人格化权威的法律的尊重。显然，这不是法律的全部，仅是前述采用“应当”、“不得”、“禁止”等语词的法律规范。并且，赡养父母作为一项法律义务并不排除赡养父母还作为一项道德义务，尤其是在一个传统伦理与熟人逻辑主导的社会，道德义务的驱动力比法律规范更强劲。

但无论是法律义务还是道德义务，义务借助道义助动词表达的是特定态度。“应当”、“禁止”、“不得”等表达了强制化的要求，不同于描述性语句，强制性要求不存在逻辑真值。《老年人权益保障法》要求我们进行赡养，我们能做到的不是认为这句话本身为真或假，而是接受或拒绝。<sup>[35]</sup>命题的真假由其内容宣示，而指令的接受则涉及存在的认可。或言之，命题真假的判断涉及认知的客观性，而认知的“客观性”在于，“命题的真假取决于它的内容，而非任何特定个人对待它的态度。这种客观性之所以可能，是因为存在检验命题真值的程序，它们独立于任何个人的主观特性。”<sup>[36]</sup>我们应当如何、不能如何或者禁止如何依赖于我们的主观特性，也必然涉及每个人对待它的态度。作为个体的我们能做到的只能是接受或者拒绝，对其存在进行认可判断。而一旦指令逻辑分为接受或拒绝成立，即使在“应当”、“禁止”、“不得”等词汇构成的语句中，法律也不以强制作为其性质。因为法律规范发布的是一个指令，但指令存在两个方面的选择：接受和拒绝。当指令受众选择接受，就不存在强制或制裁；只有指令受众选择拒绝，伴随在拒绝之后的法律后果才得以适用。即是说：义务性法律规范形成一条指令，尽管指令本身似乎伴随不利的后果(强制或制裁)，但不利后果仅紧跟逻辑选择的拒绝。对于指令逻辑另一部分的接受不能认定存在强制。因此，义务性法律由具有强制的拒绝指令逻辑和不具有强制的接受指令逻辑组成。不能因此认为强制是义务性法律的性质。因为，可以借助具有强制的拒绝逻辑概括义务性法律，同样可以借助不具有强制的接受逻辑概括义务性法律。

故此，强制必须借助“应当”、“不能”、“禁止”等道义助动词表达法律规范对特定行为的某种态度。但态度广义可以分为两大类，义务性法律仅是一种态度模式。并且，特定态度中存在行为选择的空间，空间又可以分为拒绝和接受。所以，强制必须借助“应当”、“不能”、“禁止”等道义助动词不等于“应当”、“禁止”、“不能”等道义助动词在法律规范中必然表达强制性含义。

同时，法律规范借助“应当”、“禁止”、“不能”等词汇传达规范性态度。这同规范的存在价值和功

<sup>[32]</sup> 同前注[4]，第16页。

<sup>[33]</sup> 参见[英]理查德·黑尔：《道德语言》，万俊人译，商务印书馆1999年版，第5—7页。

<sup>[34]</sup> 同前注[4]，第47页。

<sup>[35]</sup> 指令性言语也可能存在逻辑真假问题，如张三停车，其朋友告诉他：“停在这里要被罚款”。这个指令性言语的表达是采用陈述的方式，而非张三朋友对张三发出指令，张三朋友表达的实际是“如果警察发现你停车在此会给你开罚单。”张三的朋友做的是把相应法律规范或者规范要求表述给张三，而非法律规范自身发出指令或警察对张三开出罚单，这就是指令式言语。

<sup>[36]</sup> 同前注[4]，第78页。

能密切相关。就规范的功能来说,基本包括指导行为、评价行为和预测行为。<sup>[37]</sup>要实现相应的功能,规范本身必然具有相应的倾向,这种倾向就是规范性,无论是指导/指引、评价、预测,还是教育或强制,都是规范性的外延。从规范本身观察,规范的功能就在于规范行为,规范行为在于其具备规范性。规范性表达的方式则是“应当”、“禁止”、“不能”等词汇,道义助动词表达规范的意志与态度。无论是拒绝还是接受的道义态度,规范性要求的出现,行为人必然做出一个选择,行为人无法即选择接受,又选择拒绝;也没办法不选择接受,又不选择拒绝。因为接受意味着不拒绝,而拒绝意味着不接受。道义逻辑选择之间是相互排斥的,无论采取何种态度,必然只能择取其中一种,即接受与拒绝是两种排斥的状态。在拒绝之后可能面临强制的后果,可在接受之后并不需要承受强制的后果。强制的后果因此非必然的,但无论是拒绝还是接受,规范性的态度却是必然的。

### (二)“允许”的独立性

“应当”、“禁止”、“不能”等道义助动词的表述并非必然是强制化的表达,与之相反的“允许”、“可以”更不能是强制化的表达。如《合同法》第223条第1款规定:“承租人经出租人同意,可以对租赁物进行改善或者增设他物。”《婚姻法》第9条规定:“登记结婚后,根据男女双方约定,女方可以成为男方家庭的成员,男方可以成为女方家庭的成员。”

在包含“应当”、“禁止”等义务型道义助动词的规范语句中,如果采取拒绝的态度,可能引发强制的后果。但在包含“可以”、“允许”等权利型道义助动词的规范语句中,很少发现强制的后果。如依据《合同法》第223条第1款的规定,承租人经出租人同意可以对房屋进行改造,但经出租人同意后,承租人未做改造也不为法律禁止,不作为并不会引发强制的后果,或者不进行改造法律不会强制承租人进行改造。对于这一结论必须考虑一种反对意见,就是凯尔森曾提出的:授权性规则并非完整的规则。除前述授权性规则与义务性规则的辩护性要求以及现行法律规范中的授权性规则和义务性规则的分析性的论证外,还必须回应形式上的论证问题:授权性规则需要借助“允许”等类型的道义助动词表达,如果在道义逻辑中,“允许”不能独立存在,就意味着凯尔森一定程度上是正确的。冯·赖特在其道义逻辑中并不明确“允许”是否可以被还原到义务或者应当上,罗斯却明确表示“冯·赖特用以支持其主张——‘允许’(实施某个特定行为)不能被充分地定义为仅仅是对(不做那个行为)义务的否定——的论据是不可信的。”<sup>[38]</sup>因为在罗斯那里,否定性的允许规范就是肯定的义务性规范。如果将义务性规范分类,可以分为应为型义务和勿为型义务,其中应为型义务借助“应当”表示,表达积极要求的态度——要去做;勿为型义务借助“禁止”表示,表达消极要求的态度——不要做。权利型规范通常可以采用“允许”表达,既可以表达积极的态度,也可以表达消极的态度。正是这种态度的概括性,导致权利的滥用以及罗斯对“允许”的独立性表达怀疑。因此,在《指令与规范》一书中,罗斯借助了霍菲尔德的权利概念进行分析与还原,义务同请求权(claim)相对立,而允许与无请求权相对立。张三应当赡养父母,不得冷落父母,意味着张三的父母对张三具有赡养的请求权。而张三作为承租人经出租人李四同意,可以在承租房屋上进行改造,即李四允许张三改造,就等于不禁止张三改造,也就是说张三无义务不改造,李四对张三改造没有请求权。因此,允许可以被还原或替换为义务性的表达。同样,义务也可以被替换为权利型的表达,或者“应当”与“禁止”可以找到相应的权利型否定表达,尽管这种表达可能不是“允许”。将“可以”、“能够”、“有权”或者“被授予”等谓词予以特定化,在权利—义务对应的规范语句表达中表示对义务的否定。如“有权”特定化为积极允许,同消极义务相反;“可以”特定化为消极允许,同积极义务相反。“b 对 a 负有作为义务(积极义务)”同“b 相对于 a 拥有对不作为的允许”(消极允许)相反;而“b 对 a 负有不作为的义务”(消极义务)与“b 相对于 a 拥有对作为的允许”(积极允许)相反。<sup>[39]</sup>一旦几者之间可以相互还原,就不能认为二者依赖于另一者,

<sup>[37]</sup> 参见徐梦秋等:《规范通论》,商务印书馆,2011年,第55—58页。

<sup>[38]</sup> 同前注[4],第155页。

<sup>[39]</sup> 参见雷磊:《法律权利的逻辑分析:结构与类型》,载《法制与社会发展》2014年第3期。

尽管罗斯认为冯·赖特反对“允许”可以还原为义务是错误的,但不等于罗斯认为义务是更为基础的。即使在罗斯所引用的霍菲尔德的《基本法律概念》中,权利与义务的关系也是以“相关”和“相反”的关系罗列出来的。<sup>[40]</sup>所以,“允许”与“应当”等道义助动词是可以相互还原和表示的,反面证明了各自的独立性。

再者,在“允许”内部存在一种特殊类型的权利或“允许”。该类规范就是私法中的“法不禁止即允许”或被称之为“萨尔蒙德原则”,如挠头皮的自由。该类自由或“允许”并不存在明确的法律规定。其仅为萨尔蒙德原则概括存在,此类“允许”不为法律所明确规定。“一般来说,赋予自由的法律作为设定义务的法律的例外而发挥作用。”<sup>[41]</sup>与凯尔森所主张的权利作为不完整的规定完全相反,萨尔蒙德原则赋予的权利依赖于义务规定的缺位。如果按照凯尔森的路径去规定,将不完整的法律规定补全,就意味着义务的产生。而义务的产生必然导致萨尔蒙德原则在该义务约束的范围内无效。因此,对于萨尔蒙德原则确定的隐含“允许”而言,其同“应当”与“禁止”是非此即彼的对立关系。该原则确立的“法无禁止即允许”是“允许”在规范中的特殊表达,作为个例提供了“允许”具有相对独立性的证明。

### (三)行动理由、道义态度与规范性

如前所述,无论是表达义务的“应当”、“禁止”、“不能”,还是表达权利的“可以”、“允许”、“有权”都表达了语词背后隐含的态度,而态度从法律的角度涉及的是规范性。行为主体应该遵守法律,或者行为主体可以实施一定行为,都表达了法律对行为的特定态度和态度背后的规范性。因此,探讨“应当”、“禁止”与“允许”根本上还是探讨规范性问题。进一步分析,作为行为规范的法律可以引导或评价行为主体的行为是因为其规范性,而法律为何具有规范性?

法律引导或评价行为的规范性来自于其自身,或者说法律本身就是提供行动理由的规范性来源。尽管提供行动理由的规范性力量很多,包括前述所反驳的强制性力量,都可以作为行动理由的支撑力量。但法律的独立性在于其自身就可以作为行动理由,提供规范性来源。只是此种规范性是行动规范性,与道德、宗教信仰、纪律分别提供不同程度的行动规范性。并且,不同规范性之间很难严格区分,在一定程度上几者相互支撑甚至相互转化。这也导致了规范性的混淆,将常识中“强制”误以为规范性的来源。在日常生活的实践中,强制与法律本身都可以作为行动理由或者提出规范性要求,但很多法律规定往往借助强制作为规范性要求的辅助理由,“制裁导向的说明法律之规范性的尝试却走向了死胡同。它说明了法律构成理由的一种方式。但是它无法说明法律何以是规范。”<sup>[42]</sup>法律作为规范最重要的表现就是其所表达的态度不依赖于强制或者道德支持。并且,当强制或宗教信仰、道德提供其他的行动理由时,法律可以作为二阶理由对一阶理由进行否定。其中行动理由中已经包含了道义态度,无论是何种价值倾向,可以是基于统治需要的暴力强制,也可以是基于信仰需求的宗教宣扬,一旦通过立法转化为法律规范,就成为独立的行动理由。

如果法律提供行为主体行动理由或特定行为的态度,即是说法律解决行动的性质问题。但其自身不能解决自身的性质问题,法律作为手段同主体不同,无法进行反身性规定。这也是奥斯丁要诉诸主权者身份的重要原因,主权者可以通过反身性规定自身的性质(尽管存在个体不稳定以及对于个体的不信任等问题)。因此,解决法律的规范性问题最终必须诉诸其他理由。而这种理由未必是强制,因为强制与法律可以作为行为主体的行动理由,在目的手段的关系中,强制可以作为法律的手段辅助适用,在现代国家中却不能作为法律规范性证成的理由。所以,最后回答“作为法律性质的强制”的否命题的关键回到了法律规范性的论题。

<sup>[40]</sup> 参见[美]霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友译,中国法制出版社2009年版,第28页。

<sup>[41]</sup> [美]卡尔·威尔曼:《真正的权利》,刘振宇等译,商务印书馆2015年版,第23页。

<sup>[42]</sup> [英]约瑟夫·拉兹:《实践理性与规范》,朱学平译,中国法制出版社2011年版,第183页。

#### 四、法律的性质初步界定

无论从实质上探讨规范性与强制之间的关系,还是从形式上探讨规范语句用以借助表达的道义助动词与强制之间的关系,发现法律性质与强制的探讨都离不开规范性这一核心。如果从实质与形式上排除强制作为法律的性质是反面的否议,界定法律的性质以及法律得以确认其性质的规范性来源则是从正面否定强制并非法律的性质。

关于法律的性质与法律的规范性来源前文已有部分述及。依据英美法哲学的进路,对法律性质的探讨已经到达社会事实的命题,当前存在的困难是如何规避休漠难题或者范畴错误?首先必须指出,无论是排他性法律实证主义还是包容性法律实证主义,在一点上可以达成共识:承认规则是法律规范性的来源。其中的逻辑关系可以总结为:人们的行动理由是法律,或言之,行动规范性来源于法律;而法律的规范性来源于承认规则。但承认规则的规范性来源于何处?规范性回溯的链条在哈特的界定中设定为法官的惯习性实践。只是这种惯习性实践如果是社会事实就必须面对凯尔森的诘问与哲学的指责:何以社会事实产生社会规范。与自然规律不同,社会规范不存在因果律的问题,如果自然规律的因果关系是充要条件,则社会规范只能算作必要条件。但即使是必要条件也必须回答,何以承认规则可以产生法律的规范性?

在《法律的概念》一书中,充当承认规则的是“女王议会所制定者即是法律”。<sup>[43]</sup>该条承认规则是一项法官遵循的惯习性规则。关于它的惯习性实践的内涵,哈特着笔很少。但哲学领域的大卫·刘易斯为这一问题的解决提供了解决方案:协调性惯习。或者说,哈特的惯习主义转向受到了刘易斯的影响。协调性惯习致力于解决现实生活中的协调难题,张三靠左走,李四靠右走,如果不存在一项法律该如何处理?尤其是在一个存在大量主体的社会,不存在法律就很难解决协调性难题。每一个主体都有自己的行为偏好,当行为偏好占据主导,社会就容易陷入无序,囚徒困境进而产生。<sup>[44]</sup>协调性惯习就是在协调难题出现的情况下,基于共同利益的存在,通过不断的行为模仿与便利需求形成近乎一致的习惯。但德沃金指出“法律人必须取得一致或存在共识,方存在惯习。”<sup>[45]</sup>菲尼斯则认为打破囚徒困境或者更为麻烦的性别之战主要有两种策略:第一是全体一致,第二是建立权威。<sup>[46]</sup>在群体社会中,小团体达成一致的成本已经很高,整个社会达成一致几乎不可能,不采用代议方式无法取得形式一致。为此,科尔曼在其《原则的实践》中认为哈特的承认规则是法官的惯习性实践。将主体限缩于法官群体,则共识或一致的难度就降低了很多。该种惯习性实践包括两个部分:聚合行为/汇聚行为和批判性反思态度。“聚合实践只是证实承认规则存在的条件,当有人对于承认规则的存在表示怀疑时,我们可以通过指出官员们的聚合行为来证明承认规则的确存在。”<sup>[47]</sup>但聚合行为作为社会事实仍然无法产生规范性,在惯习性实践中负责规范性供给的是批判性反思态度。如果前文述及的规范性表达的是特定态度是正确的,批判性反思态度的确可以供给规范性。“行为者对于自身行动的具有自我意识的反思的能力,赋予我们对自身的权威,正是这种权威给予道德要求以规范性。”<sup>[48]</sup>其实的聚合行为实践与应然的批判反思性态度相结合,通过自我权威的设定,赋予承认规则以规范性。

<sup>[43]</sup> 同前注[21],第97页。

<sup>[44]</sup> 参见[美]大卫·刘易斯:《约定论:一份哲学上的考量》,吕捷译,生活·读书·新知三联书店2009年版,第1-5页。心理学家格里高利·S·伯恩斯和他的同事将囚徒困境引入了性别角色,通过核磁共振仪的实验,发现女性在合作时,大脑中的前腹侧纹状体和眶额叶皮层是产生多巴胺反应的部位,这是参与冲动控制、强迫行为和奖赏机制的大脑部位,如伯恩斯所说:人类天生就能够相互协作。(参见[美]克里斯托弗·莱恩、[美]卡西尔达·杰萨:《亚当夏娃在拂晓》,徐志戎译,江苏凤凰文艺出版社2017年版,第195-196页。)这在一定程度冲击了协调关系所致力解决的囚徒困境。

<sup>[45]</sup> Ronald Dworkin, Law's Empire, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000, p. 136.

<sup>[46]</sup> 参见[美]约翰·菲尼斯:《自然法与自然权利》,董娇娇等译,中国政法大学出版社2005年版,第187页。

<sup>[47]</sup> 陈景辉:《法律的界限:实证主义命题群之展开》,中国政法大学出版社,2007年,第200页。

<sup>[48]</sup> 同前注[13],第21页。

但科尔曼必须面对另外一个问题,法官对于承认规则的适用是一项权利还是一项义务?如果是权利,法官就可以自由裁量,法律的性质不可能任由法官不去适用承认规则而不确定。适用承认规则对于法官来说,在一种惯习性实践中表现为义务。义务履行的原因是什么?根据聚合行为实践的需求,是法官群体中个别法官看到其他法官也这么做。但如果权威为自我设定的,法官适用承认规则的义务就来自于自我设定的理由。法官既然可以依据自我设定的理由适用承认规则,同样可以依据自我设定或改变的其他理由不适用承认规则。个体自我设定义务存在不稳定的问题,为此科尔曼引入布莱特曼的共享合作行为理论。共享合作行为在惯习性实践中会推动群体互动,如在部队中,每一个士兵正步踢踏的高度、幅度、频率、长度与时间都大致相当,每一个士兵都必须考虑自己同排和整体的幅度,以防发生冲撞。这种实践中包含了群体的相互的回应(在近似的时间内踢踏和其他士兵类似高度、幅度、频率和长度的正步)、对共同行为的认同(认可作为整体正步踢踏的检阅活动)以及对相互支持的认同(认同相互之间趋近彼此的踢踏动作)。<sup>[49]</sup>面对个体自我设定的不稳定性,共享或者共同认同可以形成相对稳定的约束力量,而不是任由个体自我寻求其他理由解除义务。同理,法官之间存在的承认规则适用的惯习性实践,依据这项原则判断法律的性质。同时,法官适用承认规则的活动无需解决法律的内容问题。“规划本身提供的是一种断然性的理由,而不是推定的理由。当我们确定了一个规划,就意味着我们在一般情况下不在权衡规划所确定的事务。”<sup>[50]</sup>承认规则负责法律的规范性、确认法律的性质,但对于法律的内容却无需涉足。

但不得不指出的问题,科尔曼借助布莱特曼的共享合作行为理论解决规范性来源问题却忽视了其他的两个问题:第一,实然何以结合应然,如果休漠难题依然成立,实然与应然之间就已经存在鸿沟;第二,经由社会事实或惯习性实践确认的法律性质到底为何?针对第一个问题,共享合作行为理论与协调性惯习结合的结果是相互回应、相互认同(共同行为的认同、相互支持的认同),但共享合作行为理论的基础仍是个体,相互回应与相互认同如何在个体之间形成共同的认可,而非个体认同的简单相加。这种困境不是简单的实然到应然的跨越问题,还涉及个体到集体(包括社会)的应然实现。首先,哈特主张一米就是一米,对其证明是荒谬的,其存在就是事实,但问题在于“一种规则是有效的,并不能表明它本质上是规范性的,不能从中推出某种人‘应该’或‘不应该’做什么。”<sup>[51]</sup>如果有效与规范性分离,则惯习性实践从根本上就不可能,因为惯习性实践描述的有效行为与规范性存在于两个范畴之中。为了弥合这一鸿沟,就必须从休漠难题出发,休漠指出的“是”与“应当”之间是何种鸿沟?起码休漠并没有明确说“是”无法推导出“应当”。“尽管休漠任何地方都没有确切地这样说,‘不能从是推出应当’的原则仍然几乎普遍地被当作休漠在《人性论》第三卷第一章最后的附论的要旨。”<sup>[52]</sup>休漠只是以附论的方式指出“是”不能直接、当然的推出“应当”,与后来学者说“是”不能推出“应当”这一断然性结论不同。同时,“是”与“应当”即使相互分离也不意味着“是”与“应当”绝对的分离,“不意味着存在着独立于价值的事实判断……判断本身就包含了对判断内容或对象的一种承诺,这种承诺意味着主体对他所持有的信念和所做的事情负有责任。”<sup>[53]</sup>规范性并非事实本身具有的,而是主体附加或赋予给社会事实的。根据约翰·塞尔的理论,事实分为原初事实与制度性事实。原初事实包括基本的生物、物理事实,如张三是一个人、李四手里拿着一张纸,本不存在社会意义,往往借助具备真假的命题表达。而“制度性事实=地位功能→道义性权利→独立于欲望的行为理由。用通俗易懂的话说,所有的制度性事实并只有制度性事实是地位功能;地位功能蕴含道义性权力,而道义性权力

<sup>[49]</sup> 参见前注[26],第127页。

<sup>[50]</sup> 沈宏彬:《成规、规划与法律的规范性》,载《法制与社会发展》2016年第5期。

<sup>[51]</sup> 赵晓聃、郭贵春:《规则遵循与意义的规范性》,载《科学技术哲学研究》2014年第6期。

<sup>[52]</sup> [美]希拉里·普特南:《事实与价值二分法的崩溃》,应奇译,东方出版社2006年版,第30页。

<sup>[53]</sup> 郭贵春、赵晓聃:《规范性问题的语义转向与语用进路》,载《中国社会科学》2014年第8期。

提供独立于欲望的行为理由。”<sup>[54]</sup>就个体而言，自我设定义务的原因在主体具有自身所需要的地位功能，其自然具备相对于自己的道义性权利，这种道义性权利可以为自己提供理由，尤其是可以提供独立于欲望的行动理由。因此，行为本身无法提供理由，行为背后为主体所赋予的行动理由才是真正规范性的来源。具体的行为作为符号表示行动理由，或言之，具体的行为（是）与主体提供的行动理由（应当）相结合共同推出规范性。更为重要的是，这种主体地位提供的独立于欲望的行动理由是实践同一性基础上的反思性态度。反思态度的存在为规范性从个体走出提供了可能，否则不仅集体规范性无法形成（个体无法反思，必然意味着个体不会轻易改变态度，更不会考量其他主体的态度，反思态度为个体走出自我提供了可能。），个体也会陷入线性认知。为了走出个体自我的窠臼，我们仍需重复维特根斯坦的警告“人们不可能私人的遵守规则，因为，否则，相信遵守规则便等同于遵守规则了。”

法律无外乎说是规则，因此，法律不可能是私人的事业。并且，个体实践很难存在。现代社会除了抽象演绎，个体实践即使表面看起来在单独实施（张三在唱歌，李四在宿舍里观看83版《天龙八部》），但实质上个体仍在深度参与社会共同实践。否则个体所参与的不再是社会规范，而只能是技术规范或者受自然规律的制约。既然无法脱身于整个社会实践，就需要不同程度的参与进来。而一旦参与到社会实践中，“处于社会交往实践中的每一个体，既承担着由别人的道义态度构建的道义境况，又把自己的道义态度投射出去，赋予他人以责任与权利，从而参与构建着别人的道义境况。”<sup>[55]</sup>并且，个体意向性与集体意向性是两种并列存在的意向性，并非说集体意向性由个体意向性组成。因为在集体活动中，个体意向性无法涵盖合作行为或集体行为引发的实践。相反，关于集体活动或合作行为的实践在认知中就存在独立的集体意向性区域。个体规范性的不稳定性在共享合作行为中的解决方案之所以成立并非依赖于个体意向性；而是在相互认可、互动中，集体意向性存在相互吸引与相互牵引的功能。并且，任何的实践都不是文字的推演，都是有具体语境的。在具体的语境中，文化氛围、政治需求、经济发展等都会对语境进行型塑。前述论证成立的前提之一就是现代社会，现代社会的主要元素之一就是具有悠久的传统、相对稳定的伦理道德以及历史演进的规训。种种要素为语境的形成与变化提供了构筑的材料与框架，法律的性质以及法律的规范性都在语境中探讨。种种要素在现代社会最重大的功能就是其形成了隐规范性，尽管本文致力于探讨法律的规范性来源，但不得不承认法律的规范性从来不是完全独立的。尽管哈特的承认规则提供了可资利用的概念分析工具，但无法将承认规则从社会实践中完全剥离，因为承认规则存在于社会实践之中。社会实践从来不是数学模型，是处于发展中的，关于承认规则的社会实践是理论分析的人为锚点。并且，承认规则本身并非社会实践，承认规则作为法律规范性甄别的标准仍是规则，有关承认规则的惯习性实践才是实践活动。有关承认规则的批判反思性态度与有关承认规则的实践则是聚合行为。在交互合作的集体意向性中，承认规则被赋予地位功能。承认规则将聚合实践（实然）以及聚合实践的主体持有的反思性态度（应然）赋予法律。因此“法律”得以成为法律，或“法律”因此具备了法律的性质。

因此，通过回溯法律的规范性可以发现广义上的法律规范性分为法律具有规范性与法律的规范性来源于何两个问题。法律具有规范性是指法律能够对人们行为进行约束，为人们行为提供行动理由，或言之为一种行动规范性。人们将法律性质误以为强制正是因为法律有时甚至在部分法律中主要通过强制来实现。但这种强制展示的只能是法律具有规范性，通过强制提供行动理由。但不能反向证明规范性是强制。再者，法律为何具有规范性，则涉及识别法律的标准问题。哈特的承认规则为我们提供了可操作的理论分析工具以及正确的演绎路径，但在具体的细节上存在定位及认知偏差。哈特之后的拉兹、科尔曼、马默、夏皮罗等人分别发展了承认规则的理论。通过不同的理论可以发现，法律的规范性来源于承认规则，而承认规则的规范性来源则是他们没有有效解决的。承认规则的规

<sup>[54]</sup> [美]约翰·塞尔：《人类文明的结构：社会世界的构造》，文学平、盈俐译，中国人民大学出版社2015年版，第21页。

<sup>[55]</sup> 徐竹：《理性空间的社会化：布兰顿规范性实践概念的社会科学哲学意蕴》，载《哲学分析》2011年第4期。

范性来源于集体意向性占据的惯习性实践活动。在现代社会中，关于承认规则的惯习性实践活动是一种建构性实践。<sup>[56]</sup>或者说通过承认规则的识别，集体或群体建构出法律。所以，就性质而言，法律是一种“人类想象的产品”。想象/建构法律的目的在于实现有效的社会合作与规范社会生活（包括规范个体的行为），基于目的需要采取不同的措施和手段，强制就是其中之一。

所以，“作为法律性质的强制”是不能成立的。

## 五、结语

法律究竟是什么？行文至此亦未敢下一个结论。尽管文章第四部分得出法律是人类致力于有效社会合作和规范社会生活的想象或建构产品，但仍然是以规范性演绎的角度展示。至于对法律性质的认知，往往是立场决定的。自然法学派、社会法学派、概念法学派、历史法学派、分析法学派等等观点不一而同。之所以存在这么多的学派，一定程度上就是因为关于根本问题“法律是什么”的理解存在分歧。但对于法律性质的判断，抽象出共同点发现，实质就是法律的规范性问题。沿着该条路径，从正反两个方面去回答。从反面否议方面，分为实质与形式去发掘，强制并非法律的性质。从正面在回答法律规范性的问题之后界定法律的性质，也驳斥了强制作为法律性质的观点。最后，否议“强制作为法律的性质”不等于否定强制。作为法律实施的工具或制裁作为行动的理由仍旧是有市场的，这仍需要更多的学术努力。但本文所要表达的无非是：强制对于实施法律很重要，不等于强制就是法律的性质。

<sup>[56]</sup> 参见[美]安德瑞·马默：《社会惯习——从语言到社会》，程朝阳译，中国政法大学出版社2013年版，第53-61页。

# 论解释作为法律的结构

陈 辉\*

**[摘要]** 以规范客观性为前提和基础的正统法律解释学理论由于其客观性问题受到反解释学立场和诠释学立场的双重夹击。反解释学立场尽管正确地批评了规范客观性之困难,然而又陷入了事实客观性之困难。客观性在认识论上的困难源于哲学本体论难题。只有彻底清除客观性残余,采取诠释学立场,以解释作为法律之结构,才能建构一套可靠的解释学体系。

**[关键词]** 正统法律解释学;客观性难题;反解释学立场;诠释学立场

## 引 言

对于法典化国家来说,法律条文和制定法的出现必然伴随着法律解释,“无论立法者多么高明,规章条文也不能网罗一切行为准则,……法律本身的天然局限性就是法律解释学的根源”。<sup>[1]</sup>因此,法律解释学不仅是法理学的重点,更是部门法学的核心。法律解释学自上个世纪九十年代以来在国内理论学界成为热门话题,<sup>[2]</sup>随着我国制定法体系的日益壮大和完善,法律解释学不仅从法理学的抽象探讨深入到部门法的具体化,而且在理论和实践层面全面铺开,可以说,我国切切实实迎来了一个“解释者的时代”<sup>[3]</sup>,今天的法学(无论是法理学还是部门法学),各种解释学的理论、技术和方法的讨论和分析波澜壮阔、层出不穷,真正形成了学科繁荣标志的“学派之争”<sup>[4]</sup>;法律解释学在当代中国影响较大的有三种立场和主张,<sup>[5]</sup>即自德国法学家萨维尼以来直到拉伦茨主张的正统法律解释学,<sup>[6]</sup>

\* 陈辉,南京师范大学,讲师,法学博士,中国法治现代化研究院研究员。

本文是提交“法学的科学性”学术研讨会论文,文章尚未发表,请勿引用。

[1] 季卫东:“法律解释的真谛(上)”,载《中外法学》1998年第6期,第1页。

[2] 1997年1月11—12日在清华大学召开的“法律解释(学)”学术研讨会显然标志着我国的法律解释学研究达到相当的高度和程度,自此以后到如今我国关于法律解释学的论文、著作可以说相当的丰富。

[3] 参见季卫东:“法解释学大有发展”,载《东方法学》2011年第3期,第126—128页。

[4] 参见张明楷:“学术之盛需要学派之争”,载《环球法律评论》2005年第1期,第50—57页。

[5] 需要说明的是,中国传统法律制度中的“引经注律”、“集解”、“疏议”等都可以发现法律解释的技术、方法等,但由于当代中国的法律制度体系基本从大陆法系尤其德国移植,法律解释技术、方法等发生根本变化,采用传统法律解释学立场和主张的相对较少。当然,有些学者认为,虽然当代中国法律制度体系与古代根本不同,但是古代的解释方式还是在我国司法实践中占据重要地位。参见季卫东:“法律解释的真谛(下)”,载《中外法学》1999年第1期,第1—7页。

[6] 正统解释学的立场认为“法律解释是解释者对解释文本的意思的理解和说明”,此种立场以法条和制定法的客观性为前提和基础,并以此为基底展开对法律技术、方法的探究。对于正统法律解释学的发展脉络,可以参见拉伦茨《法学方法论》(非学生版)第一部分“萨维尼以来的法律理论和方法论”,非常遗憾该部分尚未有中文译本,Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6Aufl. Springer – Verlag, 1991, S. 11—189;张志铭:“《法律解释学》的内容框架和写作场景”,载《国家检察官学院学报》2016年第1期,第149页;张志铭:《法律解释学》,中国人民大学出版社2015年版;董唆:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版。

自施莱尔马赫、狄尔泰,尤其是海德格尔、伽达默尔主张的哲学诠释学为基础的法律诠释学,<sup>[7]</sup>以及以后现代法学、法律现实主义、法经济学派等代表的反法律解释学的立场。<sup>[8]</sup>

然而,法律解释学这件足够华丽的外衣之下,已经爬满了虱子:解释学充满了问题,例如解释是一种包摄技术还是兼有创造规则的功能,法律解释是开放系统还是封闭系统,是等级结构还是平面结构,是否存在完全客观的解释?<sup>[9]</sup>更令人困扰的是,解释就是客观法律基础之上的阐明、解释可以具有相当程度的主观性和创造性、解释不过就是假象,当我们遇到解释学的三种如此截然相反的理解和立场时,我们已经可以感受到解释学的问题和危机:学派之争的形成固然是学科兴盛的标志,但是解释学的这三种根本不兼容的理解和立场问题显然足以影响到解释学的学科定性和价值。有些学者显然已经注意到了法律解释学这三种立场的根本矛盾和不兼容,<sup>[10]</sup>但是更多的学者对于正统解释学的立场和法律诠释学的立场之间的关系持有乐观态度,认为二者并不是完全不能兼容并试图提出互补的方案和策略。郑永流所谓“解释无诠释流于空洞,诠释无解释走向盲目”<sup>[11]</sup>更是推波助澜,将融合正统解释学和诠释学的热情推向高潮。<sup>[12]</sup>需要指出的是,法律诠释学固然有许多值得正统解释学借鉴的地方,例如埃塞尔借鉴“前理解”,<sup>[13]</sup>恩吉施、拉伦茨借鉴“诠释学循环”,<sup>[14]</sup>似乎都构成对正统解释学的良好补充与改进,但是这些学者只是对法律诠释学一些可能与根本立场并不相关的技术和方法的借鉴。当我们面对正统解释学与诠释学的立场的根本冲突时,<sup>[15]</sup>如何“出释(解释学)——人造(诠释学)”,显然存在根本的困难。付玉明在试图将诠释学引入刑法解释学时就意识到了二者“在基本立场上存在不可逾越的鸿沟”,但是“两者按照各自的发展方向在实践中都遭遇了困境”,于是试图将二者互补。<sup>[16]</sup>问题在于,既然存在鸿沟,互补又是如何可能的?显然我们不能因为需要就强行互补。此外,随着近些年法教义学和社科法学争论和后果主义主张的兴起,解释是否一种假象的问题已经需要认真考虑。<sup>[17]</sup>

[7] 此种立场以主体性或者更确切的说主体间性为基础,突破了法条和制定法客观性基础,探求法律的意义,需要说明的是,虽然法律诠释学突破了法条和制定法的客观性基础,但还是认为存在客观正确的法律规范。对于法律诠释学的发展脉络,可以参见洪汉鼎主编:《理解与解释:诠释学经典文选》,东方出版社2001年版;郑永流:“出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系”,载《法学研究》2002年第3期,第21—33页;谢晖:《法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学》,商务印书馆2003年版。

[8] 需要说明的是,我们所谓的反解释学立场,通指那些否定法条和制定法文本在司法裁判中具有重要性的理论,而无论其基于何种根据,例如法律现实主义、法律实用主义、后现代法学等。例如苏力主张“实践中的法律解释是一个制度的产物,即一个权力结构的产物,是一个集体活动的产物,而不是纯粹个人性的智识探讨的结果”。桑本谦甚至指出解释不过是一种“假象”,是“法官用以确定某种判决方案的功利性权衡被装扮为探寻法律真实含义的智识性追求”。因此,真正重要的不是对法条和制定法的解释,而是法官(的权力、偏好、理性)、法律背后的利益等才是法律之根本。可参见苏力:“解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问”,载《中国社会科学》1997年第4期,第12—31页;桑本谦:“法律解释的困境”,载《法学研究》2004年第5期,第3—13页。

[9] 参见季卫东:“法律解释的真谛(上)”,载《中外法学》1998年第6期,第1—2页。

[10] 参见陈金钊:“法律解释的‘正确性’何在——当代中国法律解释学的境遇之一”,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2009年第5期,第68—77页;李可:“当代法律解释学的困境——反思诠释学及哲学对法律解释学的入侵”,载《重庆理工大学学报(社会科学版)》2012年第26卷第12期,第37—42页;郑旭文:“法律解释的‘科学主义’解构”,载《中南大学学报(社会科学版)》2012年第6期,第67—72页。

[11] 郑永流:“出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系”,载《法学研究》2002年第3期,第21页。

[12] 需要指出的是,不止中国学者,自从德国法律诠释学兴起以来,许多德国学者受到诠释学的影响但是仍然正统解释学立场或者说试图在正统解释学和诠释学之间做出融合努力,例如拉伦茨、恩吉施、埃塞尔等人;纯粹的法律诠释学立场学者反而非常少,例如考夫曼。

[13] Vgl. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenvahl in der Rechtsfindung*, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Athenaeum Verlag Frankfurt am Main, 1970.

[14] 参见卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版;卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版。

[15] 法律解释学立场和法律诠释学立场的对比请参见郑永流:“出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系”,载《法学研究》2002年第3期,第30页。

[16] 参见付玉明:“诠释学视野下的刑法解释学”,载《法律科学》2011年第3期,第38页。

[17] 参见苏力:“法条主义、民意与难办案件”,载《中外法学》2009年第1期,第93—111页;杨知文:“司法裁决的后果主义论证”,载《法律科学》2009年第3期,第3—13页;孙海波:“‘后果考量’与‘法条主义’的较量——穿行于法律方法的噩梦与美梦之间”,载《法制与社会发展》2015年第2期,第167—177页。

本文追根溯源,对法律解释学的三种基本立场进行系谱学考察,发掘其起源、问题焦点和目的导向,从而为法律解释学的可行性前景作出勾勒。我们认为在解释学的发展谱系中,客观性问题是其基本立场发展与改变的核心关切,正是随着对客观性难题的解决尝试引发了解释学三种立场的出现和发展。在我看来,通过法律诠释学立场,亦即将解释作为法律的结构,在此基础上解决解释学赖以基础的客观性难题才可获得解决,从而一种可靠的解释学理论才有可能。准此,文章分为三个部分:第一部分分析解释的客观性依赖与问题,第二部分对解释赖以基础的客观性难题及其解决可能性做出分析,第三部分建构以解释作为法律之结构为基础的解释学立场之可能性。

## 一、以法律客观性为前提和基础的解释理论及其问题

### 1. 客观性作为解释之基础与正统解释学之建构

法律解释如何产生,为什么会产生?这是考察法律解释之谱系首先要提出的问题。主张三权分立的孟德斯鸠曾经认为法官的任务只在于“制定法的精确复写”,法官不过是“宣示法律的嘴”;德国1813年巴伐利亚邦的敕令禁止所有官员和学者对1813年刑法典的解释,在费尔巴哈看来解释可能是“新立法的真正坟墓”。<sup>[18]</sup>因为,“真正的立法者不是那颁布法律的人,而是以其最高权威阐释它们的人。”<sup>[19]</sup>但是,如果解释是不可避免的,那么它并不会因为其可能带来的风险而被消灭:法官在适用法律时,必然首先要理解法律,而“理解的发展和它的说明被称之为解释”。<sup>[20]</sup>而且,事实也证明禁止解释是“立法者天真的纪念碑”。<sup>[21]</sup>可以说,当解释是法官裁判绕不过去的桥梁从而在法律适用中必须加以考虑时,法律解释的前提和基础已经被预设:法官是适用法律而不是创造法律,法律解释是在法律适用过程中的技术。换言之,法律解释的基础在于有客观的法律存在,法律适用和法律续造之间存在区分可能性。

按照法治国家依法裁判的要求,显然法官在司法裁判的绝大多数情形下应该适用法律而不是创造法律。如此,司法裁判理论必须能够明确区分法律适用和法律创造在方法上的差异。实际上法律适用与法律创造及其方法的差别确实是法学方法论处理的核心主题之一。埃塞尔对法律适用做过界定:“通过‘法律发现’、‘法律适用’和‘法律认识’这些词我们的语言指向的是一个从‘正确的’法律规范出发的、设身处地理解(*nachvollziehbarer*)之认识行为过程,这就是说指向从有效法律的可证明的相关形式或者规则出发的法律判决的获得。”<sup>[22]</sup>如此,法律适用的过程,就是从规则出发到判决的过程,就是通过逻辑三段论将案件事实涵摄于规范之下的过程,就是演绎性证明展开的过程。<sup>[23]</sup>德国法学家阿列克西通过法律论证理论的内部证成结构,尽可能穷尽法律适用过程各个阶段所需要的规范,将演绎性证明过程进一步细化为尽可能展开的众多三段论推理的证明过程。<sup>[24]</sup>如此,当法律规范不存在而进行司法裁判的情况就不属于法律适用。

然而,我们如何断定法律规范存在或者不存在呢?“法律规则具有‘法律语句’(法条)的语言形式。”我们通过法条来判断法律规范存在与否。因此,对法条的理解和解释就成了法律适用的前提。

<sup>[18]</sup> 参见阿图尔·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司1999年版,第12—13页。

<sup>[19]</sup> 海因里希·门罗:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店2007年版,第226页。

<sup>[20]</sup> 弗里德里希·阿斯特:“诠释学”,洪汉鼎译,载洪汉鼎主编《理解与解释:诠释学经典文选》,东方出版社2001年版,第9页。

<sup>[21]</sup> 参见阿图尔·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司1999年版,第12页。

<sup>[22]</sup> Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Anthenaeum Verlag Frankfurt am Main, 1970, S. 14.

<sup>[23]</sup> 参见尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第17—48页。

<sup>[24]</sup> 参见罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第274—285页。

· 134 ·

### 论解释作为法律的结构

根据这个逻辑,解释是属于法律适用范围之内的一种情形,<sup>[25]</sup>“解释总是基于某个给定的东西,即文本”<sup>[26]</sup>,因此“解释乃是一种媒介行为,借此,解释者将他认为有异议文字的意义,变得可以理解。”<sup>[27]</sup>在法律适用范围内的解释,其目的和功能显然受此制约:“解释的标的是‘承载’意义的法律文字,解释就是要探求这项意义。……解释程序的特征是,解释者只想谈论文字本身,并不想对它有何增减。”<sup>[28]</sup>准此,在司法裁判中,解释是一种针对客观存在的、表达法律和法律规范的法条的行为和方法,解释显然不是法律本身。这套对解释的理解和建构就是我们常见的、在方法论中居于主流的正统解释学理论。

然而,解释的这样一种内涵和定位的前提在于,法律适用和法律续造之间存在明确界限:在法律适用过程中通过法律解释对法条和法律进行阐明和解析,而在法律续造时采用类推等特殊的法律论证形式对法条和法律进行补充和阐明。拉伦茨对此并不乐观。<sup>[29]</sup>

拉伦茨自己也承认,按照此种界分,显然我们很难在法律解释、制定法内的法的续造和超越制定法的法的续造之间划出明显界限。我们甚至在拉伦茨用“狭义的解释”之外并没有找到广义的解释,而是直接过渡到了“制定法内的法的续造”可以看出其思想的挣扎和矛盾之处:所谓“制定法内的法的续造”可能就是“广义的解释”,或者它本身就兼具解释和法律续造的双重属性……唯有如此解释,才能解决他在这里出现的逻辑断裂并且符合本段的一贯逻辑。因此,虽然拉伦茨试图在法律适用范围内的法律解释和法律续造之间进行区分并且强调进行两者界分的必要性和可能性,但是这种努力和尝试并不成功。

### 2. 区分法律适用与法律续造的客观性难题

需要指出的是,拉伦茨显然并不认为自己的划分是失败的,他认为虽然这三者的之间的界限并不明显,但是却各有典型的方法,即狭义的解释是在可能的字义范围内进行,制定法内的法的续造超出字义范围但仍然在立法者的计划、目的范围内,而超出制定法的法的续造则是超越了前两者但仍然在整体法秩序范围内。因此区分仍然是可能的和必要性。<sup>[30]</sup>考夫曼对于拉伦茨的这种自信进行了批评,在他看来以“可能的字义”来限定狭义的解释范围根本不可能:“因为当我们说,解释可以及于‘可能的字义’时,其实我们已经处在类推之中了,因为这种‘可能的字义’既非单义亦非相当,而只是一种类似。恩吉施(Engisch)的评论:只有在‘清楚而明确的字义’范围内,才能够说是一种‘解释’,这个说法自身矛盾,因为根本没有一个‘清楚的字义’,一个单义的‘意义概念’。只有意义空洞的概念才是明确的(严格说来只有数字概念),只要在这些概念中能够被‘解释进去’一种意义,它就不再是单义的,而是类似的。”<sup>[31]</sup>据此,当我们认为自己在解释时,我们实际上已经陷入了类推。或者说,根据所谓的“可能的字义”这个标准,我们实际上已经无法区分解释与类推了。而当狭义的解释无法与类推相区分时,这就意味这它无法与拉伦茨所谓的制定法内的法的续造和超越制定法的法的续造相区分。<sup>[32]</sup>

当考夫曼指出拉伦茨意义上的解释与类推区分之难题从指出其无法在解释与两个续造之间做出典型方法的区分时,显然就到了反思那个最初假定——法律适用与法律续造区分可能性的问题。埃

<sup>[25]</sup> 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第132页。

<sup>[26]</sup> 萨维尼、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7页。

<sup>[27]</sup> 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第193页。

<sup>[28]</sup> 参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第194页。

<sup>[29]</sup> 参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第246页。为了更清楚的表达笔者的意思,本段翻译个别词语翻译参照德语版本略有改动。可参见 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.Aufl. Springer - Verlag, 1991, S. 366.

<sup>[30]</sup> 参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第246页。

<sup>[31]</sup> 阿图尔·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司1999年版,第13页。

<sup>[32]</sup> 对此,我们可以从类推作为主要的填补法律漏洞的方法之一为拉伦茨所主张这个事实得以印证。参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第258页。

塞尔一针见血的指出,我们当初所意指的法律适用、法律发现存在问题:“因此法律适用只是看起来像是采用一种唯一的方式,即通过逻辑三段论将案件事实涵摄于相应规范之下。决定性的因素实际上存在于两个先行判断的推论,即关于待判决纠纷是否以及怎样需求规范和关于一个“合适的”规范、一个满足正义需要的最佳规范。对此需要广泛深入的前思考(Vorüberlegung)作为对案件事实的“充分”探究和评价。”<sup>[33]</sup>具体而言,法律适用、法律发现“是一种逐步进行的,从存在的领域探索前进至当为的领域,以及从当为的领域探索前进至存在的领域,是一种在事实中对规范的再认识,以及在规范中对事实的再认识之过程。这项事实:所有的法律发现都是一种类推的过程,而且指向扩张的结构,也说明了这个令我们一直钦佩的现象:‘制定法比立法者聪明’,亦即,从制定法中可以解读出立法者根本未做规定的判断。”<sup>[34]</sup>因此,我们可以说,我们曾经以为可以区分开来的法律适用、法律发现与法律续造、法律创造,实际上根本无法区分。埃利希(Ehrlich)对比明确做出断言:

“法学家不创造法律,而是发现法律。尽管人们并不怀疑,每一个判决都是对有效法律的补充,它不止是有效法律的凭证,毋宁也能成为新法律的来源。亨利·梅因有一次以诙谐的方式描述道,正如英国的律师们在法官判决悬而未决时争论应该适用有效法律的基本原则,但是一旦判决做出,其自身就已经变成了法律,并且很可能在其中几乎首次被表述的法律基本原则出现在一个有效法律的漏洞中。罗马人也很可能对此心知肚明:他们的法律不止被记录在法学家的著作中,它毋宁就是这些法学家的一个作品。因此法律发现就完全变成了法律续造。”<sup>[35]</sup>

如果法律适用和法律续造本质上并无不同,实际上也无法区分,这意味着什么?如前所述,当我们说法律适用、法律发现时,我们首先预设了一个客观的法律存在;因此当我们适用法律的时候就意味着我们先找了这种客观的法律,而解释就是对这种客观存在的法律的澄清和解明。换句话说,当我们区分法律适用和法律续造时,我们是以客观存在的法律为前提的,相应的解释也以此种客观性为基础。而当解释以客观性为依托时,法律解释不过是客观存在的法条和制定法的阐明,已如上述。据此,解释附属于法律并且为法律所决定。但是,如果法律适用与法律续造无法区分,是否意味着其前提假设——法律的客观性存在问题?而一旦法律的客观性存在问题,解释就会成为无本之木,换言之当客观性无法作为法律和解释的基础时,法律是什么,解释如何表现,它们之间的关系又会呈现出什么样的复杂关系?

### 3. 法律解释目标和方法的客观性分歧

正统解释学理论的解释目标显然是为了获得客观的法律意涵,而解释方法的选择与使用显然也是以该目标为指向。然而,正如作为区分法律适用和法律续造基础的客观法律之确定存在问题一样,我们在确立法律解释的目标和方法的时候,也遭遇了相同的客观性困境:法律解释的主观论和客观论立场之争与刑法领域的形式解释与实质解释之争实际上就是基于客观性分歧而形成。法律解释的主观论强调的是“探求历史上的立法者事实上的意思,亦即立法者的看法、企图和价值观”。<sup>[36]</sup>客观论认为“法律从被颁布时起,便有它自己的意旨(sein eigener Sinn)……法律解释的目标,即在探求这一个内在于法律的意旨(der dem Gesetz immanente Sinn)。而无论是主观论还是客观论,都试图寻找一种可靠的解读法条的方式从而获得客观、正确的法律”,<sup>[37]</sup>但是究竟主观论还是客观论是正确的,存在

[33] Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Anthenaeum Verlag Frankfurt am Main, 1970, S. 28.

[34] 参见阿图尔·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司1999年版,第36页。

[35] Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Scientia Verlag Aalen, 1987, S. 2.

[36] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第265页。

[37] 陈坤从认知语言学的视角来论证通过主观解释论立场获得客观、正确法律的可能性和必要性以及客观论解释论立场的问题,可以说就是最好的佐证。参见陈坤:“论刑法主观解释论的正确性——从认知语言学的视角看”,载《浙江社会科学》2015年第5期,第77—86页。

争议。<sup>[38]</sup>尤其是随着语言学理论从语义学理论到语用学理论的转变,<sup>[39]</sup>无论是主观论还是客观论都遭遇了巨大挑战。换言之,无论是主观论还是客观论都取决于词与物的关系问题。

我国刑法解释学中形式论和实质论首先由梁根林提出,他将形式论与主观论,实质论与客观论相等同。<sup>[40]</sup>然而,学界对此并不认同。刘艳红认为形式解释论就是对刑法构成要件采取形式的解释,而实质解释则是不仅从形式上解释,而且从实质上把握。<sup>[41]</sup>苏彩霞更明确指出“形式的刑法解释论主张对刑法法规进行字面的、形式的、逻辑的解释,实质的刑法解释论主张对刑法法规进行实质的、价值的、合目的的解释”。<sup>[42]</sup>按照此种理解,显然解释的主观论与客观论和形式论与实质论并不相同,<sup>[43]</sup>即“双方争执的焦点在于构成要件符合性的认定,究竟是纯事实的判断,还是可能同时涉及价值判断”。<sup>[44]</sup>至此,刑法领域的形式论和实质论之争似乎更像是科学面向的法教义学和经验、实践面向的法教义学的争论。<sup>[45]</sup>概念法学和利益法学、价值法学的争论。

然而,当代维度的实质解释和形式解释的争论并不止是以传统维度意义上的形式论和实质论之争。<sup>[46]</sup>陈兴良指出形式解释论并非只是根据法律条文的字面含义进行解释,形式解释论者不反对实质判断,它们的根本区别在于“在对刑法进行解释的时候,是否先行进行形式判断,然后再进行实质判断。换言之,在形式判断与实质解释判断之间形成逻辑上的位阶关系。尤其是在刑法没有所谓的形式规定的情况下,能否通过实质解释将其入罪?”<sup>[47]</sup>张明楷认为实质解释论指“对构成要件的解释不能停留在法条的字面含义上,必须以保护法益为指导,使行为的违法性与有责性达到值得科处刑罚的程度;在遵循罪刑法定原则的前提下,可以做出扩大解释,以实现处罚的妥当性”。<sup>[48]</sup>二者的分歧只在于:利用何种程度的客观性。

综上,我们可以看到,正统解释学理论建基于法律的客观存在(或者更准确的说法条和制定法的客观存在)之上,然而,当我们试图根据此种客观性法律界定解释的内涵、目标和方法时,我们却看到其中产生了诸多问题和分歧;如此,要支持正统解释学的立场必须首先探讨和解决一个问题:客观存在的法律有没有可能,是如何可能的?

## 二、规范客观性之难题与反解释学立场之主张与问题

### (一) 客观性作为法律规范前提和基础之可能性

可以说,人们一直在试图为法律确立客观性。从古希腊以来一直到近代占据统治地位的自然法

[38] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第266—270页。

[39] 词语与物的关系问题决定了法条的主观论或客观论的可能性,维特根斯坦就采取过语义和语用两种完全不同的立场,从对而语言如何反映事物,我们如何解释语言的问题产生的重大影响。参见罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第60—67页;考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第163—200页。

[40] 参见陈兴良:“形式与实质的关系:刑法学的反思性检讨”,载《法学研究》2008年第6期,第107—108页。

[41] 参见刘艳红:“走向实质解释的刑法学”,载《中国法学》2006年第5期,第177页。

[42] 王彩霞:“实质的刑法解释论之确立与展开”,载《法学研究》2007年第2期,第38页。

[43] 概念法学强调以概念为基础的字面理解和逻辑演绎,建构“概念天国”,而价值法学和利益法学则强调概念所反映的价值和利益的考量。详细可参见吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学——探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社2011年版。

[44] 劳东燕:“刑法解释论中的形式论与实质论之争”,载《法学研究》2013年第3期,第123—124页。

[45] 科学面向的法教义学正是主张通过一套形式化的体系,以概念为基础,通过形式逻辑建构一套概念的金字塔式的制定法体系,法官的审判工作由此就是进行法条字面概念的解读并进行逻辑演绎从而获得判决;而经验、实践面向的法教义学则强调注重生活而不是概念,从而重要的不是字面的解读而是概念后面的利益、价值目的的考量。参见陈辉:“德国法教义学的结构和功能”,载《环球法律评论》2017年第1期,第149—167页。

[46] 参见劳东燕:“刑法解释论中的形式论与实质论之争”,载《法学研究》2013年第3期,第123—125页。

[47] 陈兴良:“形式解释论的再宣示”,载《中国法学》2010年第4期,第28页。

[48] 张明楷:“实质解释论的再提倡”,载《中国法学》2010年第4期,第49页。

理论的前提和基础就是客观性：根据奠定自然法基础的客观性是来自于“自然之物”还是“自然之理”，<sup>[49]</sup>自然法的意义可以从两个角度来阐述，第一种角度的阐述可以归结为“自然法是一种其内容与自然相符合的法。”<sup>[50]</sup>另一种角度的经典阐述可以归结为“‘对自然法的最佳描述是，它为法律与道德之间的交叉点提供了一个名称。’在何谓‘实然’与何谓‘应然’之间存在着无可争辩的张力，各种自然法理论都在试图解决这一问题。简单来说，它的主要观点是，自然的即应当的。”<sup>[51]</sup>第一种阐述可以追溯至古希腊，也是大陆法系国家理论脉络的理解。<sup>[52]</sup>而第二种阐述是奥斯丁、哈特等英美法律实证主义传统的用语。<sup>[53]</sup>

实证主义的兴起无论如何可以说是对自然法试图从“自然”中获取客观存在的自然法的怀疑和不信任——绝不可能存在一个客观的自然法。<sup>[54]</sup>事实上，无论是从历史路径还是哲学路径出发，我们都无法获得一个客观有效的自然法：从历史维度而言自然法从古希腊以来到中世纪再到近代霍布斯、洛克和卢梭等人的描述中展现出完全不同的内涵，<sup>[55]</sup>从哲学思辨角度分析自然法之“自然”观念可以从多角度分析，<sup>[56]</sup>自然可以作如何多的解释，甚至自然法的历史就是自然观念的变迁史。<sup>[57]</sup>如此，自然法由于客观性之难题，为实证主义所抨击和取代，而实证主义试图通过国家立法确立的法条和制定法，为法律赋予客观性。换言之，依照该种理念，通过客观表现的法条和制定法，客观性之法律得以可能，而解释则可以以此为基础。

然而，以法条和制定法为核心的法律实证主义之客观性前提在于形式和内容的分离，即，通过法条和制定法文本，将客观性建立于以法律语言表达的“主权者命令”，将内容的考量排除在法律问题之外。如此，实证主义立场<sup>[58]</sup>首先遭遇的问题和指责是该立场完全的形式化导致的法律内容与道德分离、法律失去了正义内容的约束。尤其在纳粹德国时期，法律实证主义立场无法对抗邪恶的法律弊端体现得淋漓尽致。<sup>[59]</sup>对实证主义的此种指责虽然有一定道理，但这却并不是实证主义的致命弊端。<sup>[60]</sup>并且，尽管实证主义存在这个缺陷，但是却并不能由此导出回归自然法就是正确的——自然法的客观性难题并没有由此就获得解决。此外，实证主义的这个弊端也可以得到解决，拉德布鲁赫就对此进行了出色的尝试：二战以后的拉德布鲁赫显然对自然法和实证主义的各自的问题了如指掌，因此哪一种立场他都觉得不合适，而“拉德布鲁赫公式”的推论，即通过法的安定性和正义之间关系调和

<sup>[49]</sup> 参见汪雄：“柏拉图思想中‘自然’的呈现与‘法’的二重张力”，载《首都师范大学学报（社会科学版）》2016年第5期，第66—70页。

<sup>[50]</sup> 施塔姆勒：《正义法的理论》，夏彦才译，商务印书馆2016年版，第93页。

<sup>[51]</sup> 雷蒙德·瓦克斯：《读懂法理学》，杨天江译，广西师范大学出版社2016年版，第18页。

<sup>[52]</sup> 例如按照考夫曼的表述，人们将自然理解为“实体存有论的”并且试图从自然中寻求正当和正义。参见考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第29—30页。

<sup>[53]</sup> 可参见 H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb. 1958), pp. 593—629; 哈特：《法律的概念》（第二版），许家馨、李冠宜译，法律出版社2011年版；陈景辉：《法律的界限：实证主义命题群的展开》，中国政法大学出版社2007年版。

<sup>[54]</sup> 参见【考夫曼】：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第109—110页。

<sup>[55]</sup> 对于自然法历史及其内涵的经典分析和比较可参见列奥·斯特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，生活·读书·新知·三联书店2003年版。

<sup>[56]</sup> 张汝伦教授对于“自然”这个概念的多种理解和含义进行非常有趣的归类和分析，参见张汝伦：“什么是‘自然’？”，载《哲学研究》2011年第4期，第83—94页。

<sup>[57]</sup> 参见登特列夫：《自然法：法律哲学导论》，李日章等译，新星出版社2008年版，第1—11页。

<sup>[58]</sup> 当我们说法律实证主义时，我们通常指的注意力集中在规范上的规范逻辑实证主义（Normlogischer Positivismus），而不是注重法之事实的经验实证主义（Empirischer Positivismus）。参见考夫曼：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第115页。

<sup>[59]</sup> 参见考夫曼：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第117—119页。

<sup>[60]</sup> 例如哈特对此就非常不以为然。在他看来，自然法所谓“恶法非法”的立场与实证主义认为“恶法亦法”的立场相比较，或许后者更能够有勇于承认和面对错误，从而改正错误的态度，而前者甚至在否认一些基本事实。参见 H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb. 1958), pp. 593—629。

努力（否认公式和不能容忍公式），拉德布鲁赫成功地构造了一种自然法和实证主义之间的互补结构。<sup>[61]</sup>自此，通过拉德布鲁赫公式，自然法和实证主义的弊端似乎由此得以解决：自然法可以解决法律内容的道德性（正义）问题，实证法可以赋予法律以（形式的）确定性或安定性。而通过拉德布鲁赫公式的天才设计，自然法和实证主义得以互补，法律的正义与安定性得以共同实现。如此，通过拉德布鲁赫公式，似乎一种客观而公正的法律得以可能。

## （二）法条与制定法之客观性难题

显然，鉴于正义内容的客观性难题和实证主义形式化的指责，拉德布鲁赫公式尽可能地将客观性赋予正义的内容和利用实证主义的客观性、消解实证主义形式化的弊端：通过不能容忍公式，发挥制定法的客观性和确定性，即“除非制定法与正义之间的矛盾达到了不能容忍的地步，制定法已经成为非正确的法律时”，或者通过否认公式，将正义对制定法的作用限缩为非常明显的框架，即当正义根本不被追求并且作为正义核心的平等在实在法制定过程中有意不被承认时，制定法就会被否认。

如果说拉德布鲁赫公式能够对法律之客观化有所贡献，显然我们首先需要预设，以法条形式表现出来的制定法其客观性和确定性是不容置疑的；而正义的内涵虽然总是存在争议，但是无论如何，对于极端不正义问题，似乎应该就是客观的和确定的，例如“纳粹种族法缺乏法律本质就像写在额头上一样”容易辨别<sup>[62]</sup>。然而，实际上拉德布鲁赫公式所依赖的这两种显而易见的客观性实际并不存在：首先，拉德布鲁赫公式所依赖的制定法的确定性问题。显然，对法条和制定法确定性的建构和信赖是法律实证主义的基本立场。实证主义坚持实在法和应然法分离的一个重要理由就是法官能够简单理解法律、明确定义法律并且适用之。<sup>[63]</sup>换言之，可以说在多数情况下，我们对法条和制定法的理解都非常简单、明确和客观。当法律是什么客观明确时，我们只要对比其是否属于极端不法从而是否需要容忍就已经足够。如此拉德布鲁赫在构建该公式时，必须分为两步，第一步采取描述的立场，客观确定法律规定的内容时什么，第二部分析它是否属于极端不法的情形。拉德布鲁赫公式本身的设计，应该就采用了这种描述性的观察者立场。<sup>[64]</sup>但是，当人们发现立法者与经验性的制定法作者并不相同，或者更确切地说我们在法条和制定法中“并不寻求立法者实际所想的意义，而是寻求一种要求的意义，因此是一种制定法所拥有的意义，尽管该意义没有被放进去”时，<sup>[65]</sup>这种描述性的立场下的制定法的客观明确性就被颠覆了，取而代之的是一种参与者立场下的理解。而这就意味着，实证主义和拉德布鲁赫公式赖以基础和前提的法条和制定法的客观明确性并不存在。德国柏林墙射手案就是对此观点的最好论证和说明：两个东德士兵为了阻止一位东德青年跨越柏林墙而开枪射击并导致该青年死亡。两个士兵事后获得了嘉奖。但是在两德统一以后，两个士兵被追责被判有罪，并且判决的依据不是联邦德国的刑法，而是根据当时有效的东德实在法。于是非常有趣的一幕出现了：同样的《东德刑法典》和《东德边防法》，却给出两种截然不同的结果，东德的执法者（司法者）认为两个士兵无罪并且受到嘉奖，而西德的法官却判决其有罪。<sup>[66]</sup>

其次，极端不正义情形的客观性和确定性问题。拉德布鲁赫预设了极端不正义的客观性和确定

<sup>[61]</sup> 对于“否认公式”和“不能容忍公式”的具体内容和表述，参见拉德布鲁赫：“法律的不法与超越法律的法”，舒国滢译，载雷磊编《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社2015年版，第3—16页。

<sup>[62]</sup> 参见足立英彦：“拉德布鲁赫公式——参与者视角抑或观察者视角”，陈辉译，载雷磊编《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社2015年版，第139页。

<sup>[63]</sup> 安德瑞·马默：《解释与法律理论》，程朝阳译，中国政法大学出版社2012年版，第143—144页。

<sup>[64]</sup> 参见足立英彦：“拉德布鲁赫公式——参与者视角抑或观察者视角”，陈辉译，载雷磊编《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社2015年版，第133页。

<sup>[65]</sup> 参见足立英彦：“拉德布鲁赫公式——参与者视角抑或观察者视角”，陈辉译，载雷磊编《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社2015年版，第140页。

<sup>[66]</sup> 许多学者相当精彩的分析和展现了对《东德刑法典》和《东德边防法》的解释过程，例如扬·西克曼：“‘拉德布鲁赫公式’与柏林墙射手案”，陈辉译，载雷磊编《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社2015年版，第390—393页；罗伯特·阿列克西：“柏林墙射手案：论法、道德与可罚性之关系”，雷磊译，载雷磊编《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社2015年版，第414—428页。

性,实际情况却并非如此。且不说对纳粹法律的否定是战后共识的产物,即使确实存在否定纳粹法律的客观明确性,这种客观明确性也只是个例外——通过许多年后的柏林墙射手案,拉德布鲁赫公式的客观明确问题再次成为焦点:东德法律之不法是否已经到了不能容忍的地步?当我们可以发现东德的不法明显要比纳粹德国的不法更低时,<sup>[67]</sup>我们应该如何取舍?如此,拉德布鲁赫公式所谓极端不法情形并不是那么显明客观,我们还是可以质疑“不能容忍公式”中制定法与正义之间的冲突达到不能容忍的地步的客观标准是否存在?“否认公式”中正义根本不被追求、平等被否认的客观标准是什么?

### (三) 反解释学立场之客观性前提与问题

当伦德斯特(Lundstedt)指出,我们能够随心所欲的使用词语从而决定法律的含义时,伦德斯特所代表的法律现实主义表达了对法条和制定法表现的法律深深的失望。<sup>[68]</sup>自然法以自然正义为基础寻求客观法的努力,实证主义从法条和制定法表达的法律规范、命令中获得客观法的企图,似乎根本就是缘木求鱼。<sup>[69]</sup>尤其是即使当我们穷尽客观性、确定性寻求的技术,例如拉德布鲁赫公式,也无济于事时,我们似乎不得不同意这个结论:“倾向于首先通过每个法条寻求立法者意图的现代法教义学,从来没有充分注意到,实际上接近生活的法之意义更多的依赖于对它的解释,依赖于有能力运用它的人。同一个法条在不同的地方或不同的时间可能完全是不同的东西,不是出于别的理由,而是因为人们基于不同的教育、不同的生活理解、不同的官方和社会地位作出判决。”<sup>[70]</sup>如此,从法条和制定法中寻求客观性的努力,就此归于败绩。<sup>[71]</sup>一旦法条和制定法的客观性不存在,那么以此为基础的法律和解释之客观性就失去了根基。如此一种反解释学立场就变得顺理成章:

霍姆斯“法律的生命不在于逻辑而在于经验”的论断吹响了反解释学立场的号角:法律适用绝不是以法条和制定法文本为基础的逻辑演绎,因为作为规则目的的社会利益随着社会的变化而变化,死守规则不过固守传统而已,因此通过逻辑演绎我们获得的不过是一对偏离现实的传统。因此“对于法律的理性研究而言,懂的法条的人可能掌握着现在,但掌握未来的人则是统计学与经济学大师”。<sup>[72]</sup>显然,在霍姆斯看来,真正的、客观的法律并不存在于法条和制定法中,而在于统计学和经济学的规律,因此围绕法条和制定法展开解释和逻辑推理显然没有意义。黑克明确指出法官受到法律约束,但是这个法律并不是法条和制定法,“因此期待法官不是依循字句,而是根据利益的要求来服从法律”。<sup>[73]</sup>卢埃林将客观性的寻求从纸面规则(paper rules)转移到(法官和所有公务员)行为的考察,<sup>[74]</sup>弗兰克侧重于从心理学角度分析法官人格对于判决的影响从而获得一个客观判断,<sup>[75]</sup>以波斯纳为代表的法律经济学则秉承了霍姆斯的“懂的法条的人可能掌握着现在,但掌握未来的人则是统计学与经济学的大师”教诲,将法律之客观性寄托于经济学原理……<sup>[76]</sup>

如此,当我们采取反解释学立场,放弃将法条和制定法作为司法裁判的核心时,法律的客观性乱

[67] 参见扬·西克曼:“‘拉德布鲁赫公式’与柏林墙射手案”,陈辉译,载雷磊编《拉德布鲁赫公式》,中国政法大学出版社2015年版,第396—397页。

[68] See A. Vilhelm Lundstedt, Legal Thinking Revised: My View on Law, Almqvist & Wikswells Boktryckeri Aktiebolag Uppsala, 1956, p. 23.

[69] 伦德斯特明确指出,客观法的概念由于必须作为规则和命令背后预设的主体不能被发现以及判决被认为是由于法官判决的某种超个体的(supraindividual)意志的表达必定违反逻辑而根本无法成立。See A. Vilhelm Lundstedt, Legal Thinking Revised: My View on Law, Almqvist & Wikswells Boktryckeri Aktiebolag Uppsala, 1956, s. 24.

[70] Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft, Scientia Verlag Aalen, 1987, S. 7.

[71] 对于法条和制定法提供客观性的问题和批判,德国的利益法学和自由法运动、美国和斯堪的纳维亚的法律现实主义、批判法学、法律实用主义和后现代法学等都提出了系统的批评,黄金荣对此做了非常精彩的谱系描述,具体参见黄金荣:“法的形式理论性——以法之确定性问题为中心”,载《比较法研究》2000年第3期,第289—310页。

[72] 霍姆斯:“法律的道路”,张千帆、杨春福、黄斌译,载《南京大学法律评论》2000年秋季号,第14页。

[73] 菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第29页。

[74] See Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence—the Next Step*, Columbia Law Review, pp. 449—456.

[75] 参见于晓艺:“基本法律神话的破灭——评《法与现代心智》”,载《法律科学》2007年第1期,第165—168页。

[76] 参见理查德·波斯纳:“超越法律的道路”,张千帆译,载《南京大学法律评论》2000年秋季号,第21—22页。

象丛生:“裁判始终是作用于法官的不同力量的结果:法律规范的意义和字句(Sinn und Wortlaut)是这些力量的一种,但不是唯一的。……科学的任务是,检测在裁判中表现出来的对其起源追求、其效果、方式和价值并且勾勒出一个这样的形象,什么在裁判中产生并且基于何种理由发生。”<sup>[77]</sup>如此,“面对司法实践中的问题,仅仅从法条出发进行法教义学的解释远远不够,需要结合政治、社会、文化等多方面的因素进行权衡……”<sup>[78]</sup>如此,法官在司法裁判中陷入困境:这些因素中何种考量具有重要性,具有何种重要性,法律最终呈现出何种客观性?当客观性本身陷入如此混乱之境时,后现代法学彻底反对一种客观化的可能性,表现为反基础主义、解构主义、新实用主义等,<sup>[79]</sup>批判法学甚至将法律看成是政治意识形态,完全不具有客观性。<sup>[80]</sup>

综上,法律的客观性难题将法律和解释推入了深渊:法律是什么,法律如何表现出来,法官与法律的关系如何?当我们把卡夫卡的《审判》以及最后的预言作为对司法裁判过程的隐喻,把乡下人还原为诉讼当事人,把守门人还原为法官时,作为法学博士的卡夫卡显然是在通过这个故事全面提出对法律的问题与困惑:法律是否真的客观存在,在整个诉讼过程中当事人是已经进入了法律之门还是更可能始终站在法律之外,法官在法律的适用中处于什么地位,他本身代表法律、就是法律,还是他只不过是通往法律之门的看门人,甚至法官自己是不是也不知道法律是什么,是否存在?<sup>[81]</sup>

### 三、解释作为法律结构之可能性

#### (一) 不以客观性为前提和基础的解释理论之可能性

可以看到,当我们试图将客观性作为法律解释和论证的前提和基础时,我们发现这个前提和基础本身并不是已知的,其本身还有待被寻找和确定。将客观性作为已经前提和基础加以利用的正统解释学和反解释学立场因此都陷入了客观性困境中。<sup>[82]</sup>当然,从逻辑上说我们没有发现客观性并不表示它不存在,正如我们可以为自然法理论辩护说虽然从古至今的自然法都不相同甚至都很主观,但是并不代表我们以后会通过某种方式或者某个人发现客观的自然法,犹如我们曾经在自然科学的漫漫长夜中等待牛顿的出现。然而,我们的面前已经出现道路分叉:我们是要继续这种还处在漫漫长夜中的客观性寻求之路,还是另辟蹊径,寻找一种超越客观性依赖之路,即我们并不将法律之客观性作为前提和基础,而是作为有待发现和论证的目标。

客观性不作为前提和基础而是作为有待发现和确定的目标,这种可能性是否存在?如果客观性并没有向来我们展现,我们凭什么对客观性有如此自信?显然,从形而上学、本体论的角度,我们很难不将客观性作为前提和基础,否则就将陷入主观主义、怀疑主义、相对论的泥潭;但是当我们从知识论的角度来看时,客观性却决不能作为基础和前提——庄子“子非鱼”的典故显然就揭示了客观性作为知识论基础之困难:当我们从纯粹客观性的立场出发时,我们只能得出不可知论的结论,但是实际上我们的认知并不是从客观性出发,而是从一些可能是主观获得的共同性出发。<sup>[83]</sup>诚如狄尔泰所说,我们总是从生命表现中获得认知和理解的可能性,我们自己的感受推知其他人的感受,我们通过移

[77] Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Scientia Verlag Aalen, 1987, S. 35.

[78] 陈柏峰:“社科法学及其功用”,载《法商研究》2014年第5期,第71页。

[79] 徐振东:“后现代法学方法论的理论光谱”,载《法制与社会发展》2007年第4期,第108—116页。

[80] 参见吴玉章:“批判法学分析”,载《中国社会科学》1992年第2期,第141—155页;孙笑侠、周婧:“一种政治化的法律方法——对昂格尔法律方法论的解读”,载《环球法律评论》2007年第4期,第4—25页。

[81] 参见卡夫卡:《审判》,钱满素、袁华清译,湖南人民出版社1982年版,第1—226页。

[82] 显然,客观性问题不止是法律领域的问题,而是一个普遍性的哲学难题,自古希腊以来的怀疑主义到休谟、康德的批判和反思,客观性本身构成了形而上学和知识论的巨大难题和挑战,可参见E·策勒尔:《古希腊哲学史纲》,翁绍军译,山东人民出版社2007年版,第256—260页;休谟:《人性论》,关文运译,商务印书馆1996年版,第206—294页;康德:《纯粹理性批判》,李秋零译,中国人民大学出版社2003年版,第9—15页。

[83] 参见郭庆藩撰:《庄子集释》,中华书局2013年版,第538—540页。

情、模仿和重新体验等获得对他人乃至整个世界万事万物的理解。<sup>[84]</sup>

何以如此？我们如何可能从一些并非客观的前提出发获得正确、可靠的知识？对此康德在知识论批判中做过说明和论证：我们径直获取那种客观知识、对物自体认知是不可能的，我们只能从自己的理性出发，建构我们与物之间的关联，从而获得知识。<sup>[85]</sup>当六祖慧能对于风吹幡动的现象解读为“不是风动，不是幡动，仁者心动”时，<sup>[86]</sup>当王阳明对有人所谓“如此花树在深山中自开自落，於我心亦何相关”而其对曰“你未看此花时，此花与汝同寂；你来看此花时，则此花颜色一时明白起来。便知此花不在你的心在外”时，<sup>[87]</sup>慧能和王阳明显然相当清楚客观性的难题所在，而选择一种超越客观性依赖的路径。<sup>[88]</sup>慧能和王阳明对强调“心”的作用的路径，结合海德格尔的“操心”概念，显然会更加清晰。按照海德格尔的说法，在世存在的此在（人）正是通过操心，即通过对物的操劳，对其他人的操持，我们才能够获得对物和他人的领会和认知。<sup>[89]</sup>当他强调此在在世界中存在（In – der – Welt – sein）时，他要指出一种主体一客体对立模式的知识论错误，而一种超越主客观的立场必须得以主张。<sup>[90]</sup>如此，一种超越客观性依赖的知识论立场不仅是可能的，在某些学者看来甚至时必须的。

当我们将此种知识论立场贯彻到法学领域、当我们否认存在一个客观的法条和制定法时，我们又如何解释现实中存在的法条和制定法呢？德沃金令人信服地指出，制定法并不是通过法条的“白纸黑字”表达出来的显明事实，它存在“理论争议”。而“理论争议”本身的存在证明制定法、法律本身并不是客观存在的，或者说至少对于我们来说制定法、法律并未向我们展示其客观性。毋宁，我们需要一种更具主观性但绝非任意性的方式理解和把握法条、制定法和法律本身。<sup>[91]</sup>而解释的这种样式和形态就是诠释。<sup>[92]</sup>如此，我们就从一种以客观性为基础的对法条和制定法的描述性立场、观察者立场，过渡到了一种也强调主观性或者说超越主客观的参与者立场<sup>[93]</sup>、规范性立场<sup>[94]</sup>和解释性立场<sup>[95]</sup>。根据这种解释性立场，确定法条、制定法的内容是什么并不依赖于事先确定的客观性基础，而是完全依赖于解释实践，依赖于我们如何解释并证成这种解释的正确性或优越性。需要指出的是，依赖于解

[84] 参见威尔海姆·狄尔泰：“对他人及其生命表现的理解”，李超杰译，载洪汉鼎主编《理解与解释：诠释学经典文选》，东方出版社2001年版，第93—109页。

[85] “理性只洞察自己根据自己的规划产生的东西，它必须以自己按照不变的规律进行判断的原则走在前面，强迫自然回答自己的问题，必须不让自己仿佛是被自然独自用襟带牵着走；因为若不然，偶然的、不按照任何事先制定的计划进行的观察就根本不在理性寻求和需要的一条必然规律中彼此关联。理性必须一手执其原则（惟有依照其原则，协调一致的显像[Erscheinung]才能被视为规律），另一手执它按照其原则设想出来的实验走向自然，虽然是为了受教于自然，但却不是以一个学生的身份让自己背诵老师希望的一切，而是以一个受任命的法官的身份迫使证人们回答自己向他们提出的问题。”康德：《纯粹理性批判》，李秋零译，中国人民大学出版社2003年版，第9页。

[86] 参见慧能著、郭朋校释：《坛经校释》，中华书局2012年版第29—30页。

[87] 参见王阳明撰、邓艾民疏：《传习录注疏》，上海古籍出版社2012年版，第231页。

[88] 虽然禅宗的知识论法门和阳明心学显然不同，但是在看透客观性困难和选择超越客观性依赖这点上，二者殊途同归。需要指出的国内经常有将慧能和王阳明的这两段著名对话归为典型的唯心主义，在我们看来这无论如何是一种误读，尤其时当我们把这两位著名人物的言论放入具体语境时，我们更能清楚的发现，显然二位都在阐述一种对客观性幻象的批判和对超越客观性依赖的方法的主张。

[89] 参见马丁·海德格尔：《存在与时间》，陈嘉映、王庆节译，生活·读书·新知三联书店2006年版，第221—227页。

[90] 对于在世界中存在作为此在的基本建构的具体分析和论述，参见 Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, zweite, unveränderte Auflage, Max Niemeyer Verlag Tuebingen, 1972, S. 52—59。

[91] 参见罗纳德·德沃金：《法律帝国》，李冠宜译，台湾时英出版社2002年版，第1—94页。

[92] 需要说明是，此处使用“诠释”而不再使用“解释”一词，我们意图表现的是一种解释基础的转变，亦即从一种以客观性为基础的解释转变为以超越主客观性为基础的解释（即诠释）的转变。因此，诠释属于解释的一种。郑永流教授对解释学的发展谱系进行了较好的归纳和分析，清晰勾勒了解释理论从一种客观的解释学理论向超越主客观的诠释学理论的发展过程。参见郑永流：“出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系”，载《法学研究》2002年第3期，第21—33页。

[93] 参见足立英彦：“拉德布鲁赫公式——参与者视角抑或观察者视角”，陈辉译，载雷磊编《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社2015年版，第133—135页。

[94] 参见扬·西克曼：“‘拉德布鲁赫公式’与柏林墙射手案”，陈辉译，载雷磊编《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社2015年版，第393—395页。

[95] See Ronald Dworkin, *Law as Interpretation*, Critical Inquiry, Vol. 9, No. 1, The Politics of Interpretation (Sep., 1982), pp. 180—181.

释实践并不是说谁能解释、谁想解释，法律就是什么，果真如此则所谓解释性立场不过是主观任意而已；因此解释性立场毋宁是一种既非依赖客观，亦非主观任意的立场，“法律命题既非对法律历史的简单描述，亦非在某种程度上脱离法律历史的简单评价（evaluative）。它们是解释性的法律历史，它结合了描述和评价但与这二者都不同”。<sup>[96]</sup>如此，解释性立场虽然否认了法条、制定法和法律的客观性依赖，但是却并不由此就走到了否认客观性的反面。<sup>[97]</sup>例如，在柏林墙射手案中当我们采用解释性立场对《东德刑法典》和《东德边防法》进行解释时，我们既不能认为关于两个士兵是否构成犯罪法条和制定法完全是客观明确的，也不能认为与法条和制定法完全没有关系而主要取决于谁在判决。根据解释性立场，关键的在于法官如何根据法条和制定法做出更好的解释和论证。<sup>[98]</sup>

## （二）解释作为法律之结构及其解释学体系之重构

显然，根据解释性立场，“法律是诠释性概念。法官们应该透过诠释其他法官决定法律是什么的实践，来决定法律是什么。”<sup>[99]</sup>换言之，法条和制定法并不是法律的客观形态，更不是客观法律本身；但是法条和制定法也不是无关紧要的或者说是空洞无物从而可以往里面填充任何东西形式，毋宁法条和制定法的存在提供了一个解释的框架和结构，客观、正确的法律要从中寻找，解释因此绝不是对客观法律的澄清和阐明，也不是作为一种“假象”而存在，毋宁它就是“客观”法律本身，或者更确切地说，它本身是法律得以认知的结构，法律只有通过解释才能为人们所认知。然而，当解释与法律合一，或者说当解释作为法律之结构时，整个解释学体系该如何建构和配置呢？

首先，在取消规范客观性之前提和预设时，我们固然解决了法律客观性带来的诸多难题，但是却又存在着一个亟需解决的问题：在失去客观性制约之后，法律解释学理论如何获得正确、错误的判断标准？法条和制定法是否还有价值，该如何发挥作用？取消规范客观性作为法条和制定法的前提，意味着我们放弃了语义学理论建构的词与物之间一一对应的关系，意味着我们在正统解释学理论中预设的客观法律这个本体、实体不再作为解释的框架和界限。但是这是否意味着，由于我们理性局限性而无法获得对作为本体、实体和客观法律的认知，解释就无法获得判断其正误的标准，从而解释就变成解释者任意为之的工具。<sup>[100]</sup>

在后现代法学看来，在语义丧失客观性基础之后，词与物之间的关系被切断，因此法条和制定法本文就成了权力的工具，可以法官可以往里面填充任何东西。后现代法学采取解构主义立场，声称法律就是政治，明确主张法律虚无主义……<sup>[101]</sup>从某种程度上，后现代法学的主张和立场有一定道理，它对法条和制定法的批判也是切中要害的。然而，后现代法学的问题在于，按照此种虚无主义的后现代法学的立场，法律本身就会变得毫无意义、毫无价值。此种法律怀疑主义立场对我们的法律实践不仅无益，而且有害——当法条和制定法变成由于语义丧失客观性而变成任意的工具，那么我们的政治生活显然就不得不放弃法律这个“游戏”；反之，如果我们要“认真对待法律”，我们就必须放弃后现代法学的立场，为法条和制定法建立“游戏规则”。<sup>[102]</sup>正如语言学领域，虽然语义的客观性是成问题的，但

[96] Ronald Dworkin, *Law as Interpretation*, Critical Inquiry, Vol. 9, No. 1, The Politics of Interpretation (Sep., 1982), p. 179.

[97] 解释性立场绝不像所谓后现代主义、反基础主义和实用主义那样完全否认客观性，套用康德的话语，客观性就像物自体那样，我们不能认识，但不能否认。参见罗纳德·德沃金：“客观性与真：你最好相信它”，沈宏彬、夏阳译，载《法哲学与法社会学论丛》2012年第2期，第48—98页。

[98] 有学者认为在简易案件中我们似乎完全可以采取描述性立场解释和适用法律。但是一个案件是否属于简易案件本身可能也是个解释性问题，而非描述性问题。可参见安德瑞·马默：《解释与法律理论》，中国政法大学出版社2012年版，第143—179页。

[99] 罗纳德·德沃金：《法律帝国》，李冠宜译，台湾时英出版社2002年版，第417页。

[100] 在此需要说明的是，法律现实主义、法经济学和批判法学等基于法条和制定法的客观性难题而提出的批判是成立的，法条和制定法确实因为无法反映其客观本质、实体而往往与现实不符、被人利用、成为阶级斗争的工具等等，但是这些学派是用事实的客观性批判法条和制定法的规范客观性，且不说其本身的客观性立场存在的问题，当我们挑出客观性的窠臼而为法条和制定法建立正确性规则时，显然也就解决了这些学派的批判。

[101] 参见徐振东：“后现代法学方法论的理论光谱”，载《法制与社会发展》2007年第4期，第110—114页。

[102] See Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, pp. 8—11.

是语言本身绝不是随意而毫无规律性的。因为如果语言想要具有意义,想要与成为与他人沟通的渠道,它就一定要有一定的规则、规律,即使是“语言游戏”,想要让人进入这个游戏一起玩,显然是需要建立一定的规则,否则语言本身毫无价值。<sup>[103]</sup>因此,为了使法条和制定法具有意义,我们可以为法条和制定法的解释建立规则。关键的问题在于,撇开客观性,我们如何为法条和制定法建立解释规则,建立正确、错误之标准?

论述至此,显然必须先解决真理与客观性的关系问题,根据真理符合论的观点,“如果我们不是认识了物自身,以便确定哪种真理可能或必然与之相符合的话,我们又何以知道有关物的真正的真理的某些情况?”<sup>[104]</sup>但是,我们不可能直接认识物自身这种客观存在,客观存在本身反而是有待发现和确定的东西,实际上“我们所发现、提出、阐述或为之辩护的真实的东西,都是用词来把握的,……真或假一定只是针对词语的连接:这扇门是关着的;这只粉笔是白色的”,<sup>[105]</sup>而“因为话语、陈述、规定或者言说都是人的行为,结果是,不是人符合于物,而是物以人,以人的主体。被人们所熟知的‘我’为标准”。<sup>[106]</sup>例如对一个牧人来说,太阳每天东升西落,但是对于天体物理学家来说太阳并不是围绕地球东升西落,相反是地球围绕太阳转。而太阳也不是宇宙的中心,它从属于更大的银河系等等。哪一个还是真正的太阳呢?是牧人的太阳还是天体物理学家的太阳?当然也许是问题提错了,关键的在于,我们想要拥有科学还是想更贴近生活。<sup>[107]</sup>概言之,跟我们来照面的并非是一个“纯粹的物”的世界,而是一个具有实用性质、指向一定目的的工具性世界,对我们来说正确的或者错误的认识只在于它能否满足我们的目的。当然,必须要强调的是,工具性目的的满足显然还是要以我们不能直接把握的物性为前提。我们是能够认识的是一个工具性、目的性的世界,而通过这个世界我们能够推导和构建出物的本体、实体。<sup>[108]</sup>

因此,当我们取消法律的客观性前提和基础时,法条和制定法并不会由此就会成为后现代法学、解构主义等所认为的变成意志和权力的角斗场,抛开语义学的客观性,我们可以通过由我们使用法律之目的获取正确和错误之判断:一般而言,法律既作为我们实际生活的组织形式,也是判决规范。<sup>[109]</sup>换言之,在司法裁判中法律需要作为判决规范,满足法官的裁判需求,同时在日常生活中法律是我们生活的组织形式,它需要满足人们的生活需求,正如埃利希对家庭法的论断“家庭成员事实上据以生活者并不是家庭纠纷据以作出裁判者——(我们)描述的所有权,是它在森林和牧场、耕地和农田中样子,而不是在民法典中的形象。”<sup>[110]</sup>而法教义学和社科法学的争论在某种意义上实际上是各自把握了法律的一半真理,<sup>[111]</sup>“在法学的众多研究方法中,能够体现法律人知识和思维特性的当属法教义学;而更具有社会亲和力、更能回应社会和公共政策需求的,当属社科法学。”<sup>[112]</sup>就此而言,认为这场争论

可能不过是一场“意气之争”,因为两者的功能实际上是互补的。<sup>[113]</sup>

如此,在我们解释法条和制定法文本时显然要把握法律作为判决规范和生活组织形式的功能和目的,“科学也早已表明,法条肯定不被视为固定不变的教义,而是活生生的力量。当阐释法条的含义时,我们当然还没有说它如何有效;这并不取决于其解释,而是取决于其内在力量(*innerwohnenden Kraft*),取决于其存在的社会形态,取决于使用它的状态。”<sup>[114]</sup>当然,说“取决于其内在力量”显然并不由此就倾向于社科法学的反规范主张,而是要在法条的教义解读和利益、价值考量之间维持一个平衡,以保证法条和制定法作为判决规范和作为生活组织形式目的的满足。显然,德国法教义学的演变历经“科学面向的法教义学”到“经验、实践面向的法教义学”的演变、从概念法学到利益法学、价值法学之倾斜,实际上也是试图在寻求这样一种平衡。<sup>[115]</sup>因此,基于这样一种解释理论和体系,我们不难发现解释学的主观论和客观论争论何以渐渐变得鸡肋,因为客观性本身就是一个说不清的事情,无论是主观论还是客观论主张的客观性,都显得有些独断;而概念法学和利益法学、价值法学的平衡问题、法教义学和社科法学的关系问题却会成为学界持续争论和突破的关键,因为这确实关系到法律两种功能和目的如何实现,法条和制定法的如何获得最好的解释以实现两种功能和目的最大程度得到满足。就此而言,融惯性理论显然提供了平衡法律诸多目的考量从而最大可能满足众多需求的具体标准,为建构解释标准提供了有益支持。<sup>[116]</sup>

需要指出的是,以解释作为法律之结构的解释体系在刑法学领域已经初现端倪:德国刑法学已经从一种本体导向的刑法学体系走向一种功能主义体系,这种“揭示事物客观本质或物本逻辑”的本体导向刑法理论显然是以客观性作为前提和基础的,德国刑法学显然意识到了这种物本逻辑的客观性难题之所在,因此走向一种超越本体论的功能主义立场。“功能主义刑法学体系意味着,刑法理论的构建不再(只)是本体论意义上的逻辑展开,而应当以刑法的目的为首要诉求,并以此来指导对教义学理论的建构”。<sup>[117]</sup>可以看到,当德国刑法学体系放弃所谓物本逻辑时而选择以目的为核心导向时,刑法学理论显然在围绕将解释作为法律之结构、建构一种超越客观性基础之解释学体系上迈出了一大步。<sup>[118]</sup>

## 结语

当我们采取正统解释学立场时,我们将客观性之可能性寄托于法条和制定法,即我们以法条和制定法的客观存在作为区别法律适用和法律续造以及解释与类推的基础;而法条和制定法之客观性取决于表达它们的文本、语义之客观性,解释只是对既有客观法律不明确之处的澄清,因此正统的解释学理论围绕法律文本和语义之客观性基础构建了整套解释学理论。但这些“法律的语义学理论”<sup>[119]</sup>

[103] 参见罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,中国法制出版社2002年版,第60—66页。

[104] 马丁·海德格尔:《物的追问:康德关于先验原理的学说》,赵卫国译,上海译文出版社2010年版,第24—25页。

[105] 马丁·海德格尔:《物的追问:康德关于先验原理的学说》,赵卫国译,上海译文出版社2010年版,第33页。

[106] 马丁·海德格尔:《物的追问:康德关于先验原理的学说》,赵卫国译,上海译文出版社2010年版,第42页。

[107] 参见马丁·海德格尔:《物的追问:康德关于先验原理的学说》,赵卫国译,上海译文出版社2010年版,第12—13页。

[108] 参见马丁·海德格尔:《存在与时间》,陈嘉映、王庆节合译,生活·读书·新知三联书店2006年版,第80—84页。

[109] Vgl. Eugen Ehrlich, Soziologie und Jurisprudenz, Scientia Verlag Aalen, 1987, S. 8.

[110] Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Scientia Verlag Aalen, 1987, S. 37.

[111] 例如伦德斯特对法律规范进行批判的主要理由就是规则、规范并不能反映所谓实体法、客观法(*material or objective law*),并不能与法律现实相符合,只有社会福利(*social welfare*)的考量才能将法律客观表现出来。因此所谓法律现实主义坚决主张法律不是规范,而是“现实”。See A. Vilhelm Lundstedt, Legal Thinking Revised: My View on Law, Almqvist & Wiksell Boktryckeri Aktiebolag Uppsala, 1956, s. 23—31.但是,伦德斯特如此论证的时候,恐怕忘记了法条和制定法裁判功能的考量,法律规范对于法官来说,恐怕远比所谓“现实”更容易捕捉和使用。

[112] 陈柏峰,“社科法学及其功用”,载《法商研究》2014年第5期,第67页。

[113] 详细参见尤陈俊:“不在场的在场:社科法学与法教义学之争的背后”,载《光明日报》2014年8月13日第16版。

[114] Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Scientia Verlag Aalen, 1987, S. 34.

[115] 参见陈辉:“德国法教义学的结构与演变”,载《环球法律评论》2017年第1期,第149—167页。

[116] 关于融惯性理论可参见【美】罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台湾时英出版社2002年版,第185—278页;王鹏翔:“法律、融惯性与权威”,载《政治与社会哲学评论》2008年第1期,第23—68页;雷磊:“融惯性与法律体系的建构——兼论中国当代法律体系的融惯化”,载《法学家》2012年第2期,第2—4页。

[117] 参见劳东燕:“刑法解释中的形式论与实质论之争”,载《法学研究》2013年第3期,第124页。

[118] 需要强调的是,虽然刑法解释学体系已经有了向功能主义转向的趋势,并且有学者尝试着构建功能主义解释学体系。参见劳东燕:“功能主义刑法解释论的方法与立场”,载《政法论坛》2018年第2期,第10—27页。但是,在刑法领域要彻底清除客观性残余,建构一种彻底的功能主义解释学体系,不得不面对和解决两个刑法的两个特殊难题:罪刑法定原则以及刑事政策与刑法体系的关系。这是客观化残余最坚固的阵地,不能很好的解决则整个功能主义体系会功亏一篑。限于文章主题的相关性和篇幅,只能通过另一篇文章来探讨一种彻底化的功能主义刑法解释体系之可能性与建构了。

[119] 这个概念是德沃金提出来的,用来指那些相信和依赖法律语义之客观性的理论,“坚持所有法律人在判断法律命题时,都遵从某些语言标准的哲学家们,或许不自觉地,都提出了确认这些标准的理论。我把这些理论集体称为法律的语义学理论”。参见罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台湾时英出版社2002年版,第31—45页。

随着语义客观性之消解和坍塌;当我们发现“法律的语义学理论”太过于理想和不现实,语义不确定并且常常随着语言的使用而变化时,法律文本和语言之客观性遭到彻底的怀疑,尤其当我们发现法条和制定法并不像正统解释学所认为的那样只是存在小瑕疵需要弥补,而是整个法条和制定法规范都似乎是可拥有解释权的法官在里面填充任何内容的空洞形式时,重要的似乎已经不是如何解释法条和制定法,而是什么东西实际上在客观决定法律,如此我们采取反解释学立场似乎就是具有相当的合理性;然而接下来的问题在于,如果将法律客观性之可能性寄托于法社会学、法经济学、法心理学等诸多理论,但究竟何种客观性能够支撑法律之客观性却难以获得令人满意的答案。在客观性的镜像和困扰之下,我们的法官受困于“法律守门人”的角色——他究竟跟法律是什么关系,他究竟认不认识法律,他所认识的法律是客观的法律吗?

以客观性为基础的法律及其构造给法律理论和实践带来了根本性困难,只有放弃将客观性作为法律和解释之基础,根据法律之使用目的和功能建构出一套解释学的体系,法律解释学才能摆脱客观性的困扰。当我们放弃客观性的困扰时,我们会发现,解释必须作为法律之结构,因为“法院是法律帝国的首都,而法官是法律帝国的君王(princes),但不是它的预言者与先知。”<sup>[20]</sup>

## “末法”之“法”:宗教秩序的衰落与法律化

刘明玉\*

**[摘要]** 宗教不仅是一种精神信仰,还是一种“总体”的生活方式,传统宗教因缺乏“涉真性”理由而受到质疑,上帝之死致使宗教及其价值系统不可避免地崩溃,诸如世界意义、生活意义等持续弱化、甚至趋于消解。宗教世俗化表现为宗教的超验成分从人类的知识结构或道德体系中分离,但宗教因素的清除过程可能会伤害道德本身,一个可行的方法就是借助科学语言将道德要素转译出来,而将道德的根源设定在人类的理性或本性之内,即发现长期承载道德的宗教观念的理性替代物。法律是“后宗教”社会的关键性力量,宗教伦理向法律漫溢与迁移也许有助于法律缔造出完美的新秩序。

**[关键词]** 宗教世俗化;道德;新秩序

宗教与人类文明相伴而生,公元前8世纪末,城邦已遍及希腊社会,所有的城邦除了必须要有一堵墙、一群居民、一个港口外,还必须得有一座神庙,可见宗教对于希腊社会的重要意义,“轴心时代”之下的各个文明区域的情况莫不如此。启蒙运动主张“以知识代替幻想、祛除巫魅”拒斥一切不符合算计与实用原则的东西,宗教信仰与宗教伦理因而被认作是人类非理性的建构而不断遭受淡化与消解。同时,现代社会的“分殊化”也使宗教无法再全面支配社会,宗教降格为与政治、经济、道德、科学、教育相类同的特殊作用的功能系统,诚如梁启超所言:学术则方兴未艾,宗教却已属“末法之期”。宗教衰落的事实致使世界意义与生活意义等终极性的问题不再有“普遍与唯一”的答案,人类社会所能形成的价值共识日益弱化、内涵日益“稀薄”甚至趋于消亡,社会也因最高价值的丧失而陷入虚无主义。“没有了上帝,道德还有意义吗”,<sup>[1]</sup>“后宗教时代”须确立一种替代性秩序,新的象征体系和世俗秩序要求宗教抛弃其神学内容并与其他的社会次属系统共同完成社会意义的整合,于是,“黑夜的法律”与“白日的法律”交互映照、相得益彰。宗教价值不断外溢与迁移,合理纳入宗教伦理成分的法律则有可能成为现代社会新的“象征物”、重拾对意义的追求以及担负全球伦理的构建。

### 一、“信与义”,宗教情感与伦理

西方宗教中的上帝是一个有形有格、有血有肉的形象,这一形象聚合了犹太教宗教崇拜、希腊哲学理性和基督教道德实践等重要内容。因此,一个呈现在宗教视域里的上帝是人的宗教信仰、理性逻辑和道德价值的根据,也是一切价值的终极承载者。人类为何需要幻想一个“绝对存在”或“永恒的一”,如上帝、梵或涅槃?欧里庇得斯的解释是“每个人的心智都是一个神灵”,柏拉图也深信每个人的精神都是神圣的,在他或她心中都有一个魔灵,即一种神圣的活力,“使我们从地上上升,趋向我们天上的同类”。古印度数论派则提出了“神我”概念,即培育一种更伟大的自我意识超越自己,因为人越是受苦,越是认同这个朝生暮死的世界,就越是渴望“神我”那绝对和无限的真实。现代神学家舍勒也表达过类似的观点,他认为形而上学或宗教性是人的一种本质规定性,个体的有限性使得人的存在成为偶在,偶在使得人生变得脆弱无根,于是向神圣的绝对之域的延伸便构成人的本质性意向。通过神

[20] 罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台湾时英出版社2002年版,第415页。

\* 刘明玉,中山大学南方学院,讲师。

[1] [英]蒂姆·莫尔根:《理解功利主义》,谭志福译,济南:山东人民出版社2012年版,第41页。

性的支持,人的有限性获得超越,生命的意义有了着落,心灵的秩序获得安顿。甚至,假如人没有上帝的自我启示,也会建构一种形而上学作为启示信仰的代用品。<sup>[2]</sup>伊利亚德表达了自己折衷性的观点,他认为神圣与世俗是人类生命存在的两种基本形式,即超越性的、神圣性的道德理想与经验上可见可触的、凡俗的日常生活。世俗生活是一种“社会的分散状态”,每个人优先考虑的是自己,表现为对物质生活的渴望和私人利益的强调。而神圣世界所唤醒的是每个人的共同的社会情感和道德理想,每个人的思想集中在共同信仰和共同传统之上,由此构筑和强化了“集体理想”及“在道德上重塑了个体和全体”。如《加拉太书》所言:你们受礼归入基督的,都是披戴基督了,并不分犹太人和希腊人、自由人和奴隶、男人和女人,因为你们在基督里都成为“一”了。如同希腊竞技会中哀悼者的表演一样,上帝也是人类受制于生命的有限性而表现出对完美世界的求索和自我超越。

宗教与道德的关系源远流长,希腊大哲赫拉克利特曾有“人的德性就是他的守护神”这样的话语,哲学家海德格尔经过考证发现道德或伦理的古希腊语“ethos”含义是“人近神而居的居所”,神学家哈纳克认为耶稣将宗教与道德合为一体,宗教与道德是灵魂与形体的关系。由此可见,人类的道德观念最初具有宗教的属性,宗教伦理的核心表现为一种“神义论”,即“关于神和世界的形而上观点”,它的理论体系依个人“从何处”来,又被拯救“到何处”以及“如何才能被拯救”等问题而展开。通常它包含着两个方面的关系,人与神的关系和人与人的关系。如,《摩西十诫》的前四条规定了人应当如何对待上帝,后六条则规定了人应当如何对待他人。这两类规范散见于《圣经》各处,大到不可信奉“异神”,小到饮食禁忌,六百一十三条戒律涵盖人类生活的各个方面,抛开那些典型的神学规范或褪去其中神学属性,不少律法条文直接与现实生活、人伦关系、人性及人类社会的普遍理想相关联。如,《路加福音》记载耶稣把并非犹太人的撒马利人称为“邻人”,因为他们有爱心、能救死扶伤,它体现的是基督教对自然种族或民族认同的一种超越、对普遍仁爱的追求。《以塞亚书》则表达了难得的同情与宽容,“压伤的芦苇,他不折断,将残的灯火,他不吹灭”、“人拔我腮颊的胡须,我由他拔;人辱我吐我,我并不掩面”。印度耆那教的大雄及追随者将“非暴力”当作他们唯一且永恒的宗教准则,他们认为一切有呼吸、存在、鲜活、有知觉之造物都不应该被杀戮,亦不应遭受暴力、虐待、折磨或驱赶。印度史诗《摩诃婆罗多》是这一思想的经典表述,它反映的是刹帝利武士阶层的社会精神气质,一位国王或武士的天职要求他为了保卫其社会团体而战斗和杀戮,但这与崇尚戒杀的理想相背离,故事悲剧性的结果宣告了刹帝利暴力天命思想的终结及戒杀与同情作为时代精神的确立。公元1世纪,菩萨成了佛教世界里慈悲怜悯的新典范,他们不仅不会消失在涅槃之极乐中,反而为大众的利益牺牲了自己的幸福,他们“欲成为众生之庇护所、众生安宁之所、众生最终之救济、众生之岛、众生之光,导引众生解脱之法”。<sup>[3]</sup>伊斯兰教最初被称之为“塔扎克”,这个词语包涵了“纯净”、“慷慨”、“骑士品质”等义,穆斯林因此被要求应具备同情和慷慨的美德,奉“主”之命他们必须将一定份额的收入分给穷人,“天课”可清除他们内心积习已深的自私自利,“乜贴”制度则试图调节贫富分化。伊斯兰教虽非是戒杀的宗教,但《古兰经》只允许自卫作战,它谴责战争为“大罪”,即使是报复也必须被切实控制在一定的限度之内。

古希腊的司法裁决来自正义女神岱基,当一个判决被歪曲时她因此受到伤害。若是贵族收受贿赂或作伪证以获取私利,她将报告父亲宙斯,宙斯的眼睛能看见一切、明了一切,于是社会的保护者便以瘟疫、饥荒和政治灾难来惩罚犯罪的城邦。抛却“神话”上的隐喻,宗教伦理对法律的适用有实际的影响。在12、13世纪,两名强盗窃修士什物被制服,负责看管强盗的修士因自我防卫错手杀死了强盗。虽然修士有充份的理由,但教皇亚历山大三世认为修士非同世俗之人,他过着完美的生活、应该有更高的道德要求,杀人是一种“罪孽”,哪怕所杀的是一个坏人。耶稣曾告诫说,如果一个人拿走了你的外套,也让他拿走你的斗篷。因此,应该追究修士罪责。另一起案件发生在19世纪末,一艘英国

船只在好望角海域发生海难,两名成年男子为自保杀掉了小孩并将其吃掉。这两名男子回国后因谋杀罪被起诉,庭审中被告辩称紧急状态下没有法律,他声称“任何一个人都有保全自己生命的义务”,并且“一个人在紧急状态下牺牲他人来挽救自己的生命,在道德上不存在着罪恶”。对此法官却不予认同,他确定紧急避险的法律源于古希腊的道德哲学,但那时的异教徒们所强调的是一种牺牲自己、成全他人的利他主义道德,英国的基督教徒们则没有理由不去强调这样一种高尚的利他主义。由此,宗教不仅是一种精神信仰,它还是一种生活哲学、一种社会制度、一种意识形态、一种“总体生活方式”,具有改造社会的作用。

## 二、“祛魅与多神”,神学的衰落与伦理转向

启蒙运动以知识代替幻想、祛除巫魅,传统宗教因缺乏“涉真性”理由不免受到质疑,以信仰、理性、道德“三位一体”所表现出的上帝因哥白尼、达尔文、康德、尼采以及其他批判而宣告死亡,上帝之死必将导致宗教及其价值系统不可避免地崩溃。宗教世界中的上帝一旦不复存在,有关永恒、永生及灵魂的不朽的观念就没有了依归,如果没有了上帝与不朽,也就不会再有真正和根本意义上的罪与罚,善恶、正邪、功罪的道德判断就会失去最终的根据,罪恶的惩罚也会失去根本的效力。因此,一个存在着的上帝对于道德而言有着特殊的意义。道德理论自身存在着一种难以克服的两难,“形式的道德律”与“实质的幸福律”之间存在着明显的“视差”,美德与幸福分属不同的价值系统,不能给人带来幸福的道德说辞毫无说服力,弥合冲突的唯一办法就是上帝的存在,一个全智、全善与全能的上帝了然一切并依凭每个人德行的多寡来分配幸福,既不偏袒又不会亏欠,这是完美的道德论说的表达。但这位必要的“法官”已不再存在,社会伦理秩序的基础渐变得脆弱而不确定。陀思妥耶夫斯基对此深表忧虑,“无论是一个人或一个民族,都不可能没有一个更高的理念而活下去,而在世界上只有一个这样的理念,那便是人类灵魂不死……灵魂不死的观念乃是生命的本身,乃是良心的完整性与真实性的第一个泉源,也是其断然的程式”。<sup>[4]</sup>

伴随上帝的落幕,曾经占据支配性地位的宗教逐渐丧失了其社会性法权,诸如世界意义、生活意义等终极性的问题也不再有一个客观、普遍的统一尺规和统一答案,生活世界呈现出价值多元的状态,达成意义共识的可靠性基础持续弱化、内涵也日益“稀薄”甚至趋向消解。现代社会是一个价值多元的社会,国家的政治理念难以转换为个人的生活理念,社会的核心价值也不大能被自我所完全认同,孤立的原子化个人主义越发成为一种潮流,而共同承担的群体化倾向则愈渐颓废。“神圣秩序”的坍塌使人类跌入价值空洞或陷入无知的迷思中,人们的情感世界表现出失落、虚无、惶恐及至无所适从,“认同危机”使人类社会长期弥漫着一种失落的气氛,以致功利化、商品化、消费化、享乐化等世俗化浪潮乘势泛起,这种浪潮推衍出一对逆向的涡流。第一种思潮可认为是一种“顺流”,它主张世间的秩序正由神圣走向凡俗,此世的事务不再由一种超世的意义理念来提供正当性,世俗知识获得了自主的正当性以及公民身份的非宗教化。<sup>[5]</sup>第二种思潮可认为是一种“逆流”,祛魅之后又立新“神”,沃格林就曾预言“新的象征”将又会从世俗的科学语言中发展起来并取而代之,“人造物”的崛起应验了他的说法,商品和货币最终获得了这种神秘性,成为了新的世界象征。人们正被越来越多的身外之“物”所控制,“人与世界”、“人与人”以及“人与自身”的关系,正在遭受了一种不容置疑的异化。

但“虚无主义”并非一无是处,它至少使人类有机会拟定新的价值,其他理论家非常清楚现实处境,他们深知不但可以没有“上帝”,且如果要保留住“善”,在某种意义上说,我们必须丢掉上帝,宗教的反神学论是这个时代的必然。去除了神话,宗教或许会死亡,但是道德必须存在下去。道德与宗教

[2] 舍勒:《死、永生、上帝》,孙周兴译:香港汉语基督教文化研究所1996年版,第2页。

[3] 凯伦·阿姆斯特朗:《轴心时代》,孙艳燕译,海口:海南出版社2016年版,第435页。

[4] 转引自贝德叶夫:《杜斯妥耶夫斯基》,孟祥森译,台北时报出版公司1986年,第99页。

[5] 刘小枫:《现代性社会理论绪论》,上海三联书店,1998年,第497页。

长久以来一直互融共生,如将所有的宗教因素从道德中剔出,则很可能伤害真正的道德要素,一个可行的方法就是借助科学语言将原本由宗教语言所表述的那些真正的道德要素转译出来,使其不至于因为社会变迁而被人们所抛弃,一言以蔽之,即我们必须发现那些长期承载着最根本道德的宗教观念的理性替代物。近世“激进的世俗神学”派代表朋霍费尔声称基督教及其伦理思想的世俗化是教会未来的“黄金时代”,即宣告一种“非宗教的基督宗教”的到来。这种主张“隐匿”了上帝,破除了关于地狱、魔鬼等迂腐说教,将教徒的生活中心由“彼岸”引向“此世”,“上帝的超越性”也被转化成“此世的超越性”,教会由“君临人类”转化成为人类及其社会而存在,甚者,新正统派神学代表布鲁内尔直截了当地提出“以基督宗教伦理学代替神学”的口号。无神学色彩的佛教则生发出“人生佛教”的思想,太虚大师认为“正法期‘超欲梵行’,及像法期‘即欲咒术’,皆将退为旁流,而末法期佛教之主潮,必在密切人间生活,而导善信男女向上增上,即人成佛之人生佛教”,其中“即人成佛”、“人圆佛即成”寓意佛成于人的现实生活与俗常德行中,鼓励僧众和信徒从现实境况出发,由自身当下做起,将“佛国”理想实现于在人间净土中,否则,人格尚亏,菩萨的地位无处安置,更谈不上佛陀果成。<sup>[6]</sup>“人生佛教”其要义在于以大乘佛教“舍己利人”、“饶益有情”的精神去改进社会和人类,建立起完善的人格、僧格,从而把大乘佛教的人世精神推向了一个新阶段。

关于宗教在未来社会中的存在方式,卢克曼认为现代的科学世界观不足以全面取代宗教,社会生活和个人生活的意义问题仍然属于宗教而非科学所能解决。宗教虽然不再能够支配整个社会,也不再能够充当道德合法性的惟一根基,但是改变了形式的宗教依然能够对当下的社会发挥作用。根据他的判断,一种曾经作为社会建制的、有一套组织制度的“有形宗教”将转变为作为个人内在信念的“无形宗教”。<sup>[7]</sup>关于这种转变,《塔木德》所给予的阐释非常清楚,法利赛人目睹自己敬拜神的圣殿被毁,拉比约书亚不胜唏嘘,认为以色列的罪孽得到救赎的地方遭到损毁实为不幸,拉比约翰兰则安慰他:不要悲伤,我们拥有一种与圣殿相当的救赎,行仁慈之事,正如:我渴求爱而非献祭。<sup>[8]</sup>由此,一些富有包容性气质的法利赛人已经明白,他们并不需要一个敬拜神的圣殿,内在于人心的“仁慈”比“有形的”圣殿更符合上帝的意愿,他们对于宗教理念的认知已近乎于超然状态,像“雅歌”所描述的情境那样,当两三个犹太人融洽地坐在一起读书时,神就坐在他们中间。一种没有上帝的宗教代表半梦半醒地意识到迷信时代的结束,没有善的道德是极为可能存在的结果。

### 三、“替代与重构”,新秩序与法律

宗教的世俗化过程表现为宗教的超验成分从人类的知识结构或道德图谱中剔除出去,而将知识的基础或道德的根源设定在人类的理性或本性之内,就像拉比约书亚质疑“天籁之音”时所说的:“这诫命不是在天上”,后宗教时代社会秩序重建的支配性法权也必不在上帝那里,这一历史性的变革可以说是新的精神纪元,但又不免令人忧心。人类“宗教情感”的退化使得传统宗教及人格崇拜不再具有整合社会的能力,“善”的理念又无法代替上帝崇拜与宗教虔诚成为新的情感寄托,社会因意义的丧失而处于“失灵”状态。曾经存在的上帝是一切问题的答案,如今他的死又将所有问题抛回人类。法律秩序取代宗教秩序目前只是一个脆弱的说辞,新秩序的出现需要一个漫长的过程,其间宗教与法律互动极有意义,它的意义不仅是对宗教伦理的拯救更为重要的是对现代社会意义共识的重构。宗教与法律在历史中重叠共生,“神圣观念”也与“正义观念”相互依存,它们共同分享着四方面的属性,即仪式、传统、权威和普遍性,同时是教会最先让西方人明白现代法律制度是怎么回事。<sup>[9]</sup>宗教价值向

[6] 太虚大师:《即人成佛的真现实论》,载《太虚大师全书》,宗教文化出版社2005年版,第459页。

[7] 卢克曼:《无形的宗教》,覃方明译,中国人民大学出版社2003年版,第1页。

[8] C. G. Montefiore, H. Loewe, A Rabbinic Anthology (New York, 1976), pp. 430–31.

[9] 伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,三联书店1991年版,第75页。

法律迁移在其世俗化之前早已存在,而法律能否在未来社会缔造出完美的秩序将取决于对宗教伦理的纳受。

从历史来看,宗教对法律的影响可以说是无处不在,从抽象的法律理念到具体法律条文,如宪法、民法、刑法、诉讼法、国际法等,从法学方法到法律技术不一而足。古希腊诗人荷马在《伊里亚特》中这样写道:仿佛黑沉沉的大地,被暴风雨压抑得沉痛呻吟。在阴云密布的秋天,阵阵急雨从天而降——这是愤怒的宙斯在向有罪的人们大发雷霆,因为集会上在强制进行不公正的审判,不顾真理,丝毫不畏惧神的严惩……诗文表露了宙斯作为法律的代理人“对那些不顾正义的人的愤怒”,他正以“正义”的化身直接表达对世俗审判不公的反对态度。《申命记》里则有大量关于世俗领域、独立司法、立宪君主等问题的主张,其中最具价值的是司法改革方面,依照传统各支派长老被授权在当地神殿进行执法,改革则要求在各城都委任审判官,并在耶路撒冷设立一个最高法庭审理存有疑间的案件。它还限制了君主的特权,规定君主的唯一职责是诵读成文律法并与百姓一样服从律法。类似的情况在英国同样存在,“上帝”及“上帝造法”的观念使得法律得以置于君王之上,并最终诞生出现代法治理念。罗马法的编纂最能说明两者间的关系,当时基督教希望将法律系统化以统一罗马帝国辖区内不同宗教的法律,编纂庞大法典的行为被视为上帝博爱精神的表达。相关法律条款的修订,基本上也是按基督教的教义来处理。在罗马文明遭受围剿之时,一群有远识的教士冒着极大的风险搜集并珍藏罗马法的典章范本,或背诵、或口传而将罗马法艰难地保存下来。从罗马法的编纂、修订以及“护法传法”的全过程来看,基督教所表现出的精神上的力量可谓至大至深。享有“法治国”之誉的美国更是如此,美国宪法的精神及最初的条款形式是几位清教徒在飘洋过海途中设定的,这些清教徒在早期殖民地指引民众生活和创设社会制度中发挥了重要作用,更有一种说法认为,早期的清教徒被迫迁徙到新世界,它的直接或表面原因是在英格兰受到了宗教迫害,但究其根本则是清教徒对“上帝之城”的追求。由此,托克维尔不尽赞叹,“清教主义不只是一种宗教教义,而且在许多方面与最为绝对的民主与共和理论相对应”。与其他宗教相比,韦伯称基督教为“独具一格都市的、尤其是市民的宗教”,他认为正是基督教形成了市民社会的格局、并最终产生了现代的社会。

宗教伦理内容直接转化为法律要素的例证也大量存在,如法律规定抗辩事由中的“意外事件”与“紧急避险”,翻译为英美法的法律概念是“上帝的行为”,而规定“紧急避险”不违法的理由,即“必要时无法律”的原则产生于中世纪教会法。<sup>[10]</sup>“良心自由”思想的提出者是法国中世纪著名的经院哲学家阿贝拉,它的本意是信徒依靠对上帝的信仰即可产生内在的道德意识与是非善恶判断的能力,这项原则给西方社会留下了一个超越世俗法律的精神自由的空地,它既可转化为宪法体系里的核心——公民自由权利,也可以表现为“公民不服从”的社会和政治权利。<sup>[11]</sup>“契约”的精神也可以追溯到圣经中上帝与诺亚及其子孙的“彩虹之约”:“我与你们立约,凡有血肉的,不再被洪水灭绝,也不再有洪水毁坏地了”,通过几番约定上帝与人的关系由此改变。“临终遗嘱”一直是天主教徒企图完成自我拯救的慈善性赠与,如今它变成了调整社会关系与经济关系的手段。现在为人们所熟悉的人身权利、人身自由、言论与出版自由、宗教信仰自由以及辩护制、陪审制、全民投票与不得自证其罪等权利,也都与当时社会所濡染的新教思想密切相关。《古兰经》的教义里散布着各类经济行为的规范,如“不要欺诈而侵蚀别人的财产”、“不要以别人的财产贿赂官吏”、“禁止利息”、“当放弃余欠的利息”、“应当把孤儿的财产交还他们”以及“饮酒和赌博”等大罪的条文,放置于现代社会都具有极为现实的意义。佛教“一日不作,一日不食”的寮房规约、合会制度及“教育刑”主义的“忏悔法”,对现代法律的参鉴作用也非常大。

未来的法律将与宗教伦理深度融合,或将以阿育王“大摩崖法敕”相类似的形式出现,这些诏敕分散于世界不同地域,它们都以巴利语写成,并刻有动物形象和类似法轮的图形,每一条诏敕开头都写

[10] 张明楷:《刑法格言的展开》,北京大学出版社,2013年,第284页。

[11] 单纯:《论西方宗教与法治社会的关系》,载《中国政法大学学报》2013年第12期。

着“天爱喜见王诏”，然后宣讲关于非暴力和道德感化的高尚的伦理规范。公元前260年，孔雀王朝的军队征服了羯陵伽国，阿育王在一道诏书中记录了这一场战争，他被战争杀戮的苦难惨状所震惊：不论如何，征服未曾征服之国者，于彼杀戮苍生，或死亡或移送，天爱对此一切感苦恼，又思虑与悲痛故……或彼等善保全自身，未曾灭杀彼等之爱情，以陷朋友、知己、同僚、亲族于不幸，由此其不幸又为彼等之灾害即是……虽百分之一或千分之一，天爱对此现在亦感悲痛。于是，他下令将这道诏书雕刻在一大块崖壁上，目的在于警醒主张征服战争的君主，如果一定要发动战争，则必须是人道的，而实现胜利的同时应当“为念宽容及刑罚之轻”。唯一真正的征服是“法”，阿育王意指一种合乎道德的努力，以有益于人们的今生和来世。他的正法并非提及佛教关于“无我”的教义或瑜伽，却专注于善行和仁爱之美德。<sup>[12]</sup>

## 结 论

伯尔曼曾断言西方的法律科学实际上就是世俗的神学，这在宗教秩序崩溃后的现代社会颇耐人寻味。法律是“后宗教”时代新秩序建构的关键性力量，宗教世俗化结果与表现就是法律秩序的崛起，但这个秩序可媲美于上帝么？宗教也许只是它的表达方式出了问题，它所蕴含着的终极关怀与自我超越的思想仍具有深远的意义，它引导人类超越有限与匮乏，追求无限与完满，使人们内存善念并且敢于直面命运的不确定性。法律本身虽也包含着重要的价值，如自由、正义、权利、程序等，但这些价值的基本取向大致是抽象、非人性化、外在及怀疑人性，外在性的价值以及相应的制度设计不能完善个人人格也无法确立社会之道德理想，这是法律终不能成为完美秩序的原因。现代的法律已然得势，它不必去分享上帝的荣耀，但一个“更高价值”的导引可使之处于良好状态，就像实体法需要自然法一样，宗教的世俗伦理也许可以积极充当这一“更高的法”的角色，<sup>[13]</sup>得益于宗教价值填充的法律则有可能主导一个新的世界秩序。

# 知识考古学视角下的自由法运动全球史

朱明哲\*

**[摘要]** 起源于德奥青年犹太法学家群体的自由法运动从此前欧洲法学中吸取了许多资源，又传播到东亚、北美各地。其实，无论是自由法运动的支持者对法德理论渊源的理解，还是其他人对他们作品的理解，都充满了误解和曲解。作为一个词，“自由法”大致意味着法律的解释者同时应该考虑社会对法律的期待，从而也创造法律。隐藏在这个词背后的现实则是由法律的适用者决定何为社会所需要的法律，并以此为根据掌握决定法律之定义与意义的权力。自由法运动先吸收了出现在德国的“斗争的法”命题与出现在法国的“多元的法”命题，却有意剥离了后者保守、反对共和的政治主张。当日本学者移植“自由法”理论时，又把惹尼的多元主张和自由法运动混为一谈，找到了突破继承于外国的法律制度、回归本土社会的可能。正在进行法典化的中国也有一批法学家在还没有稳定成文法体系的时候便给予经日本引入自由法学者，认为这是保持法律与生活事实一致的不二法门。其结果是国民党政府对司法的干预有了理论背书，法学也反之获得了附丽政治的机会。1933年纳粹上台后，国家社会主义法学立刻使用自由法运动提供的现成话语，要求法律屈从于“民族的集体生活”。但是，当时并未接受自由法思想的法国同样因为维希政府的反犹立法而出现了反犹法学，可知其实是否有自由法并不会改变政治强力的逻辑。

**[关键词]** 自由法运动；词；物；科学性；政治性

## 一、“自由法学”的词与物

“老师，您教的都是些没用的东西。”法理学和法史学专家常在学生迷茫的眼神中感受到这句话，而法律理论史的研究者则更对类似的质疑习以为常。如果我们认为法学的核心任务就是通过把一时、一地之内有效的规范材料整合成内部融贯的法律体系，并以此帮助裁判者在个案中依法做出正确的判决，那么法律理论史确实对此贡献不大。然而现代法学院的教育者们有时会忘记，我们所培养的学生固然将成为具有高度专业素养的职业法律人，但他们同时也是一个社会的公民。作为一个职业法律人，工作的重心当然要放在如何从可以为人所认识的法律体系中获得大众所接受之“正确”标准，并以教义学的精细运用说明此种价值观在个案中要求何种裁判。作为公民，则有必要了解我们到底为何接受了此种而非彼种“正确”，从而保持对这种“正确”展开反思批判的可能性。诚然，当我们如是断言时，不言而喻的立场是，反思批判的进路是一种可能有用的学说史进路。而且我们是在福柯（Michel Foucault）的意义上使用“批判”一词的：“不受如此统治的艺术。”(*l'art de n'être pas tellement gouverné*)<sup>[1]</sup>

批判的理论史还与一种独特的史学方法相连：知识考古学。传统的学说史研究关心人们说了什

[12] 凯伦·阿姆斯特朗：《轴心时代》，孙艳燕译，海南出版社2016年版，第409页。

[13] 於兴中：《法治左右》，法律出版社，2015年，第123页。

\* 朱明哲，中国政法大学比较法学研究院讲师，法学博士。  
其本文是作者所承担的国家社科基金青年项目“中法法律交流档案研究(1877—1958)”(17CFX007)的阶段性研究成果。

[1] Michel Foucault, *Qu'est-ce que la critique? suivi de La culture de soi*, Paris, Vrin, 2015, p. 37.

么、怎么说，亦即那些用以形成学说的“话语”。知识考古学则把话语理解为一种通过语言而为的实践，我们应该关心的是那些并不连续的话语实践所以形成的历史条件、它们彼此叠加的形态、它们转变和消灭的规则。<sup>[2]</sup> 福柯所提倡的结构主义方法可以帮我们认识那些让话语实践最终得以发生的客观情境和规则，却忽略了实践与客观结构之间的交互关系。要更好地理解形成我们观念的历史，就必须理解这种反思关系，即经历布迪厄（Pierre Bourdieu）所说“从本相所形成的表相到表相背后的本相”（la représentation de la réalité à la réalité de la représentation）的转变。<sup>[3]</sup> 换言之，我们不但要去展现、描述一个话语实践发生的客观条件，还要试着理解客观结构中的行动者通过有意识的实践到底做了什么。于是，作为理论载体的文本成了写作者的话语，又进一步成了他们在给定历史情境之下所为之事。

在本项研究中，我们将把批判的目光投向“自由法学”，看看不同国家的学者用这一套话语所做之事能如何揭示不同特定历史情境下的话语实践规则。传统的理论史书写把“自由法运动”（Die Freirechtsbewegung）看作一场关于法律与社会关系的运动，研究者关心的是其核心主张。将其主张总结为“法官必然是法律的制造者而非适用者”<sup>[4]</sup> 的作者关心的是法官的角色，更谨慎地总结为“强调法律不约束法律的适用者，他们自由地选择法律、推崇成文法的真意而非拘泥于文义”<sup>[5]</sup> 的作者关心的则是法官适用法律的过程，而总结为“一种改良甚至带有一些革命色彩的运动……反对当时占据主导地位的形式主义和实证主义，力求全面现代化法学，并特别主张法学与社会学之间的相互渗透”的作者则侧重其法学观念<sup>[6]</sup>。无论选择何种侧重点，传统方法强调的都是“自由法运动”这个词的含义。在这一视角下，“某位作者属于（或不属于）自由法运动的成员”等价于“某位作者接受（或不接受）自由法运动的核心主张”，“某国法学接受（或没接受）自由法学”也等价于“某国有（或者没有）法学家为自由法学鼓与呼”。人们假设一个词有大致确定的核心意思，可以据以评价我们是否在正确的意义上使用了它。

我们关心的则是词背后的物，亦即“自由法学”/“自由法运动”及过去的人们为其附着的意义到底让他们能够讨论何种现实。它背后的现实是，法官以法律和社会之间的中介面貌出现，在定义法律和决定法律的意义方面享有了更大的权力。无论是自由法学还是和它相连的那些概念，毕竟服务于人们交流的需要。在人类的交流过程中，我们既不能保证自己准确地理解了上一位发言者的意思，也不能保证我们的听众能够准确、善意地理解我们的意思。所以同一个词的含义总会在一个区间内有所差异。通过研究不同时间、空间内的人们用来表达同一个现实的同一套语言的微妙差别，我们恰恰获得了描述一个该特定历史语境中的客观条件的机会，也因而可能理解他们通过谈论这一现实所做的事情。

自由法学不但有自己的历史，而且有一段全球史。现有研究主要局限在自由法学是否与美国现实主义法学有关的讨论上。<sup>[7]</sup> 其实，自由法学的产生本身就是欧洲法学交流的结果，并远渡重洋在东亚发挥了重要的作用。为了理解这段历史，我们选择了关心不受国界限制之行动者（法学家）和事物（法学知识）的全球史视角。<sup>[8]</sup> 学者早已习惯使用“法律移植”来描述法律体系从一个国家到另一

[2] Cf. Michel Foucault, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, pp. 63-65.

[3] Pierre Bourdieu, “L'identité et la représentation [éléments pour une réflexion critique sur l'idée de région]”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1980, vol. 35, no. 1, pp. 63-72.

[4] Pattro E. et C. Roversi (dir.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Amsterdam, Springer, 2016, vol. 12, p. 114.

[5] Hilgendorf E. et J. C. Joerden (dir.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, J. B. Metzler, 2017, p. 161.

[6] Albert Foulkes, “On the German Free Law School (Freirechtsschule)”, *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1969, vol. 55, no. 3, pp. 367-417.

[7] Eg. Ibid.; James E. Herget et Stephen Wallace, “The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism”, *Virginia Law Review*, 1987, vol. 73, no. 2, pp. 399-455.

[8] Cf. Akira Iriye, *Global and Transnational History: The Past, Present, and Future*, Palgrave Macmillan UK, 2013, pp. 9-10.

个国家的运动。<sup>[9]</sup> 我们借用“移植”的比喻，意欲用“法律理论的移植”描述产生于一个国家的法律理论在另一个国家得到接受的过程。<sup>[10]</sup> 下文将首先探讨中欧的法学家如何整合德国和法国的理论资源，从数个保守的法律理论中创造出具有革命精神的自由法学。然后，我们将转向东亚，考察日本和中国法学家对自由法学的移植。最后，我们将展现战争阴云之下德国和法国的法学家如何把自由法学的遗产（或缺失）转变为符合纳粹政权的法律学说。

## 二、共谋：自由法学的德法渊源（1848—1912）

### （一）斗争的法：德国法学家对法律安定性的质疑

从许多方面看，以1848年为界限把“长19世纪”（1789—1914）分成两个不同的时段都是合理的。这一年，革命的浪潮席卷全欧。德国爆发了历史上第一次大规模的革命——“三月革命”，资产阶级建立统一德国议会、整合支离破碎的封建割据的诉求早在1812年法军撤退时便提出，如今又一次爆发。法国的革命则推翻了“七月王朝”，建立了短暂的保守共和国——第二共和。无论是在西北的英国，还是在地中海沿岸的南欧国家，革命裹挟着历史前进。激进的运动甚至蔓延到了当时作为欧洲历史一部分的南美。<sup>[11]</sup> 革命的前景似乎是一项同时表现为割据和整合两种相悖逻辑的事业——民族国家。一方面，现代民族国家要求用明确的边界切割作为历史共同体的“欧洲”，从而用领土实现作为具体个人之集合的人民与作为想象实体的政治体在空间上的一体化。另一方面，它又以民族同一性的叙事，实现了人民和领土的均质化，从而让人们得以想象一个超越乡土、地区、宗教的更大的政治共同体。革命的背景则是工业革命对生产要素流动性的需要和对更大市场的渴望。

伴随革命出现的还有一种独特的进步主义时间观：世界是不断发展的，社会也会随之发展。人们开始承认，每个时代与此前的时代都在一些重要的方面有所不同。时间不仅是向前延伸的，而且一个时代总是比过去的时代要好。这种时间观在“现代”形成，并逐渐在与其他时间观的竞争中占据上风，但我们无以准确地指出它的准确起源究竟在哪个具体的历史时点，只能说从学术史的角度看，达尔文的《物种起源》（1859）和第一次梵蒂冈大公会议（1869—1870）都是对这种时间观的特殊回应。只不过《物种起源》把生物系统的演变与时间的流逝相联，而梵一大公会议则把“教皇不谬论”正式奉为教义，从而拒绝在教廷官方立场中容纳进步主义时间观。<sup>[12]</sup> 正如一位工业巨子所言：“没有什么极限！永远都在前进，没有限度，就这样。”<sup>[13]</sup> 变化、进步、增长成了处于工业革命之中的人们脑中固有的关键词。民族主义、以人民之名组成的政府、增长与变革……拿破仑军队的炮声开启的欧洲历史进程，在19世纪中期终于完全展现出了其特色。

于是，我们在读到《作为科学的法学的无价值性》时，很难不佩服基尔希曼（Julius von Kirchmann）高超的洞察力。这名时任柏林检察官的法学家和哲人，在他1847年于一个柏林法学会的演讲中明确提出了法律需要不断发展的观点。<sup>[14]</sup> 正如演讲题目所显示的，基尔希曼认为法律作为一门科学没有

[9] 系统的阐释，see Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1993. 对沃森的批评，see Otto Kahn - Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law”, 37 *Modern Law Review* 1 (1974); Pierre Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111 (1997). 沈宗灵教授对沃森和卡恩·弗伦德争论的批判性反思颇有见地，见沈宗灵：《论法律移植与比较法学》，载《外国法译评》1995年第1期。

[10] 参见朱明哲：《东方巴黎——略论二十世纪上半叶法国法学在中国的传播》，载《北大法律评论》2014年第2期。

[11] 关于1848年革命浪潮的研究汗牛充栋，想要穷举、甚至只是列举一些代表作都必然是徒劳无益的。本文的分析受以下两部关于19世纪欧洲史的著作的启发较多。Eric Hobsbawm, *The Age of Capital: 1848 – 1875*, Hachette UK, 2010; Stefan Berger, *A Companion to Nineteenth-Century Europe: 1789 – 1914*, Wiley-Blackwell, 2006.

[12] 参见朱明哲：《面对社会问题的自然法》，载《清华法学》2017年第6期，第75—99页。

[13] 转引自[法]乔治·杜比主编：《法国史》，吕一民等译，商务印书馆2010年版，第994页。

[14] [德]尤利乌斯·基尔希曼：《作为科学的法学的无价值性》，赵阳译，载《比较法研究》2004年第1期，第138—155页。

价值。在19世纪的真理观念中,科学的研究的对象是固定不变的,科学知识体系仅仅随着对对象研究的深入而演进,本身既不会改变对象,也不会因为对象的改变而有所不同。彼时作为蓝本的“科学”是数学和物理学这样致力于建立公理体系的学科。虽然萨维尼(Karl von Savigny)等人在德意志民族主义兴起的政治环境中所提出历史法学否定了17、18世纪自然法对普世公理体系的追求,但法律科学对概念与规则之形式构建的体系感必须规训民族历史发展的历史感。<sup>[15]</sup>换言之,萨维尼在与蒂堡(Anton Thibault)论战时关于德国民法典编纂时机尚未成熟的断言,实际上意味着科学性必须凌驾于民族统一的政治必要性之上。而他的对手蒂堡的主张则其实是,追求政治统一的德国不但应该像率先建立了民族国家的法国一样有一部统一的民法典,而且这部民法典的内容应该接近更加现代、灌注了普世自由主义精神的《法国民法典》。他把政治需要和诉求置于科学之上。<sup>[16]</sup>与其说基尔希曼“立法者三个更正词则法学家的藏书尽成废纸”的嘲讽是他灵光一现的独创,倒不如说是对他三十年前德国法典编纂论战的参与。萨维尼所提倡的历史法学在基尔希曼眼中成了对变动不居、充满谬误的立法的注解,以科学体系规训政治权力的志业最终变成了学术为权力撰写注脚的工作。于是,基尔希曼意识到把法学作为一种科学的路根本走不通。既然如此,有没有机会再像蒂堡那样选择用法学参与政治呢?所以他才说:“法律不单纯是一种认识,它同时还是一种感受,它不仅存在于人们的头脑中,而且存在于人们的心目中。”<sup>[17]</sup>当法学开始关注存在于人们心目中的法律时,它便不再囿于立法者提供的材料,而是勇敢地面对在社会运动中表达出来的未来之法(*lex ferenda*)了。于是,法律也变得可以和时代一起不断进化,而且进化的动力就存在于

可惜的是,当时的法学家并未马上意识到基尔希曼之谕的重要性,人民心目中的法律最终也没有通过法学、而是通过1848年发生在德国各个主要城市的暴动表达出来。

所幸,无论是法律进步论还是1848年的革命,最终都在法学中找到了回响。1872年,在维也纳的法律协会,耶林(Rudolf von Jhering)以“为权利而斗争”为题做了自己告别维也纳大学和法学界的演讲。在演讲的一开始,耶林就把矛头指向了萨维尼和普赫塔(Georg Puchta)把法的产生比作语言的理论。<sup>[18]</sup>“如同语言或艺术的形成,法的形成同样是毫无痛苦地发生的,无须奋斗、斗争,甚至连探求也不需要……一条新的法律规则,如同某个语言规则,也是自然而然地产生。”<sup>[19]</sup>耶林指出,和平是法律的表象,但是这种法律的和平必须通过斗争才能实现。而斗争恰恰是政治、而非科学的性质。经由斗争实现的变革是剧烈的,也是无法通过科学规训的。在19世纪下半叶,政治早就不是蒂堡所想象的那种法国人和德国人之间的斗争,也不是基尔希曼所预见的抽象的斗争,而是具体的群体为了具体的利益进行的斗争。耶林笔下斗争着的人也不再是抽象的道德人,而是农民、军官、商人、城市手工业者、食利者、游历欧洲的英国人。每个不同的群体都有自己所珍视的利益,因此具有了不同于其他群体的情感。正是因为这些具体的、活生生的人在自己法情感的激发下不断为了保卫自己的利益而斗争,法律得以产生和进化。

所以,决定法律的内容的不是法学家,也不是立法者,而是斗争着的人们。甚至法学本身也要不

[15] 参见舒国滢:“德国1814年法典编纂论战与历史法学派的形成”,《清华法学》2016年第1期,第92—111页。

[16] Cf. Paolo Beccati,《German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and “Conceptual Jurisprudence”》,in Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hofmann et Patrick Riley (dir.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, Springer Science & Business Media, 2009, p. 185-224.

[17] [德]尤利乌斯·基尔希曼:“作为科学的法学的无价值性”,赵阳译,《比较法研究》2004年第1期,第143页。

[18] 参见[德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,法律出版社2012年版,第4页。后来印刷发行的版本是在演讲时的讲稿基础上扩充而成的,所以会有一些在演讲中其实并未提到的内容。但是,对和平的法律发展的批评确实出现在了演讲中。除非特别说明,我们依据的是正式出版的文本。

[19] [德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,法律出版社2012年版,第4页。有趣的是,就算把法律比作语言,仍然不会遮蔽其产生发展过程中的斗争。布迪厄早就向我们指出,语言的发展恰恰是斗争、有时是你死我活的斗争的结果。

断斗争:“这种实证主义是法学的死敌;因为它将法学贬低为手工艺,故而法学须与其作殊死斗争。倘若法学不能随时保持警觉,那么实证主义所散播的杂草种子,会迅速蔓生,使各种科学窒息于其下。”<sup>[20]</sup>同时,法官也不应该推卸自己从正义的角度进行价值判断的责任、以实证法的规定为借口放弃思考。“法官不仅应该进行思考,他也可以,而且应该去感受,也就是说,在适用制定法之前,他应该先让制定法受其法感之批判。”<sup>[21]</sup>无论通过法学还是制定法实现的法律安定性,强调的都是法的静态性格。这种安定性不但误解了法律史,而且本身会成为斗争的障碍,从而让窒息法律本身的发展。既然法律的生命在于斗争,那么就应该抛弃对这种安定性的盲目崇拜,转而直面社会,让社会中的斗争推进法律的进化。于是,到了19世纪下半叶,历史法学所坚持的那种法律安定性在喧嚣的变化和对斗争的重视下已经开始动摇了。

## (二)多元的法:法国法学家对法律渊源的初步探索

19世纪下半叶的法国同样面临着重大的变革。普法战争的失利不但带来了统一的德国,也催生了法兰西第三共和国——法国历史上第一个(也是至今唯一一个)延续了超过70年的共和政权。第三共和的缔造者在各个方面都视自己为大革命的继承人,自然也接受了革命共和主义坚定的立法至上主义的信念,正如1794出版的思想教育课本《无套裤汉的新共和派教义问答》(*Nouveau catéchisme républicain à l’usage des sans-culottes*)所写的那样,共和主义者所服从的“永远是法律,只有法律,而不是其他任何事物”。而作为公意之唯一代表的立法者以人民之名行使立法权,也就意味着立法者所为之事不可能是错的,所以它可以制定任何规则。第三共和国的国父们也正是这样做的。这些少有意识形态色彩的机会主义者时刻准备制定法律巩固新生的、处于国外和国内保皇势力威胁之中的共和政权。于是,中央政府的权力进一步得到强化,由共和主义的师范学校培养的师资任教的公立学校提供普遍、免费、强制的教育,民事婚姻成了唯一有效的婚姻形式,教会作为共和国的敌人成了打击的对象。

在政治动荡的表面之下,则是“美好年代”的经济不平等带来的风起云涌的社会斗争。从有产者的角度看,经济和社会的发展进入了繁荣的“美好年代”,但《民法典》所构建的“资产阶级的和平”也在此时备受挑战。<sup>[22]</sup>从工人阶级的角度看,19世纪末是属于左拉的《萌芽》的时代,也是由1905年工人国际法国分部成立和1906年《亚眠宪章》所代表的年代。1900年前后是新世纪的开始,也是“长夜”的深处,但只要“团结起来到明天”,就可以赢得“最后的斗争”。<sup>[23]</sup>从1880年到1890年,平均每年发生400场罢工,5倍于上一个十年。每年有78000人次参与罢工。<sup>[24]</sup>1884年允许设立行业工会的法律既是对工人运动的积极回应,又推动了罢工的发展。它本来是延续1881年结社自由法的逻辑发展,最终则超越了原先自由主义立法的计划,开启了以特别立法适应工业生产环境和劳资双方特殊关系的时代。<sup>[25]</sup>终于,罢工的规模在1906年达到了历史的高点。关于罢工的人是也在改变,从1890年开始,组织和参与罢工的人开始认识到这一产业运动不妨作为政治动员的一种方式。<sup>[26]</sup>在法国乃至全欧,仰赖马克思主义的传播和各国社会主义政党的活动,阶级意识在工人中间以不亚于物质进步

[20] [德]鲁道夫·冯·耶林:《法学是一门科学吗?》(上),李君福译,载《比较法研究》,2008年第1期,第154页。

[21] [德]鲁道夫·冯·耶林:《法学是一门科学吗?》(下),李君福译,载《比较法研究》,2008年第2期,第158页。

[22] André-Jean Arnaud, *Essai d’analyse structurale du code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1973, pp. 9-10.

[23] Cf. Maurice Tournier, “‘Le Grand Soir’, un mythe de fin de siècle”, *Mots*, 1989, vol. 19, no. 1, pp. 79-94.

[24] Cf. Vincent Viet, “Les républicains face aux grèves: intervenir pour ne plus avoir à intervenir (1880–1914)”, *Cahiers Jaurès*, 1 mars 2011, N 199, no. 1, pp. 53-69.

[25] Cf. Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Presses Universitaires de France, 2001, p. 265.

[26] Cf. John Merriman, *Europe 1789 to 1914: Encyclopaedia of the Age of Industry and Empire*, Detroit, Thomson Gale, 2006, p. 2265.

的方式迅速形成。<sup>[27]</sup> 罢工表达了重新制定一部符合时代精神、而不是体现19世纪初那个农业社会之需求的《民法典》。恰恰共和派政府也没有排除社会主义作为一种可能政治改革方向的可能,反而表现出了对工人和无产阶级的亲近。其结果便是,在民法学家眼中,无产阶级的法律马上就要通过无所不能的立法权变成现实了。

如果不让“无产阶级的民法典”取代1804年的《拿破仑法典》,就必须让法律的解释者获得一种新的方法,从而让“法官即便严守‘适用法律而非再造法律’的角色,也能通过司法中的解释,回应进化和社会进步中产生的需要”。<sup>[28]</sup> 如果立法的文本中存在漏洞,法律的适用者又不希望立法权来填补这些漏洞,那么一个简单的方法就是重新区分“法”与“立法”,并强调除了“立法”以外的“法”的重要性。共和主义的立法至上论把法等同于立法,赋予了立法者随时改变法律的权力,也通过承认立法中的漏洞让这种权力的行使变得必不可少。但如果有漏洞的立法仅仅是范围更广的规范系统之一部分,那么就算立法有漏洞和不合时宜的地方,也未必不能通过其他的“法”正确地解决个案争议。这样一来,立法者的干预就显得不必要了。相反,通过法来更正立法的权力从立法者的手中转移到了法律的使用者手中。所以,对于那些不愿意与共和政府妥协的法学家而言,法律渊源必然不能仅仅包括立法。通过反思法律渊源而挑战立法至上主义的历程从此在法国的法学界展开。

在法律渊源领域古老的多元主义立场于19世纪末悄然复兴。标志性的时刻是1899年。这一年,南锡法学院教授惹尼(François Gény)出版了《实在私法的解释方法与法律渊源》(*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*),巴黎的普拉尼奥(Marcel Planiol)开始出版三卷本的《民法导论》(*Traité élémentaire de droit civil*),两书是“令立法全能信念正式灰飞烟灭的一击,既标志着法学真正迈入20世纪,又标志着学说的法国概念从此创生”。<sup>[29]</sup> 惹尼和普拉尼奥的说法大同小异,总体上来说就是确立了立法、习惯、判例和学说四种法律渊源的分类,区别仅仅在于习惯与判例的关系而已。惹尼主张,为了正确理解立法权和法律解释方法,必须重拾法典的起草者所持之正确的立法理念,承认立法所确定之规则必须在司法和学说的解释中得到不断发展。<sup>[30]</sup> 立法者只能确定成文法的形式和内容,却无以垄断所有的法律。既然法官需要依法裁判,而立法必然是有漏洞和需要在个案中解释的,那么法官就需要从其他地方寻找规范,习惯、判例和学说都是可以参照的资源。正因为法不等于立法,所以在依法裁判的时候需要寻找其他法律渊源,习惯、判例和学说也就顺理成章了。惹尼因此把自己提出的方法称为“自由科学的法探索”。法律的适用者在实践中需要找的正是立法之外的规范。更进一步,惹尼强调,“自由科学的法探索”只能以自然法为指导方案。<sup>[31]</sup> 虽然惹尼避免让自然法取代实证法的地位,然而至少正义的理念是法律解释时的“指导方向”和“考虑因素”。<sup>[32]</sup> 每当法律的解释者要确定法律的意义或弥补法律漏洞的时候,他都要寻求正义原则的指导。<sup>[33]</sup> 甚至可以说,在法律有漏洞或缺陷的时候,法律的解释者取代了立法者的地位,他们的任务不再像所谓“传统方法”的支持者所声称的那样要决定什么立法的政治意志,而是去理解什么是正义的要求。

同样是把法律的适用者从立法文本的束缚中解脱出来的努力,同样是让法律的解释者突破法律

[27] Cf. Maddalena Carli, “Le socialisme en France et en Europe”, *Cahiers Jaurès*, 1 octobre 2012, N° 205 – 206, no. 3, pp. 11-47; Eric Hobsbawm, *The age of empire, 1875 – 1914*, New York, Vintage, 1989, pp. 112-142.

[28] Raymond Saleilles, “Droit civil et droit comparé”, *Revue internationale de l'enseignement*, 1911, LXI, no. 1, pp. 5-32.

[29] Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 131. 该书已由笔者译出,[法]菲利普·热斯塔茨、[法]克里斯托弗·雅曼:《作为法律渊源的学说》,中国政法大学出版社2018年版。

[30] 关于惹尼的立法观更全面的研究,参见朱明哲:《法国民法学说演进中对立立法者认识的变迁》,载《苏州大学学报(法学版)》2014年第3期。

[31] Cf. Michel Villey, “François Gény et la renaissance du droit naturel”, *Archives de philosophie du droit*, 1963, vol. 8, p. 197-211; Ward Alexander Penfold, An ineluctable minimum of natural law François Gény, Oliver Wendell Holmes, and the limits of legal skepticism, *History of European Ideas*, 2011, vol. 37, no. 4, pp. 475-482.

[32] François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Pichon et Durand – Auzias, 1899, Tome II, p. 104.

[33] Ibid., p. 100.

• 158 •

的文义回应社会变迁的主张,开发法律渊源理论的法国法学家和把法律的动荡性揭示出来的德国法学家恰恰提出了完全不同的主张。基尔希曼和耶林重拾了萨维尼-蒂堡论战中蒂堡的观点,主张保持法律生命力唯一的方法是把法主要理解为政治。惹尼等法国法学家的革新者则在批判历史法学的同时颇为吊诡地站在了萨维尼的那一边,主张只有把法律理解为科学,方能正确地让它适应社会变迁。前者呼吁法学家去理解社会的呼声,后者则坚持法学家要引导社会的发展。更为吊诡的是,在法学理论创新方面贡献最大的惹尼恰恰在政治上极为保守。他不但反对民主制、为传统的社会等级制度辩护,还处在反犹主义的边缘,总之从各个方面来看都是19世纪末的法国右派的典型。法律渊源的多元性抵制的正是共和派立法者通过法律改造社会的主张。然而恰恰是他的“自由科学的法探索”启发了德国、奥地利那些信奉进步主义的法学家,其中有不少还是犹太人。

### (三)自由的法:德奥法学家对保守法律理论的转化

所以,当“自由法运动”在上一个世纪之交于德国和奥地利发展起来时,德国和法国的法学家已经为该运动的支持者准备好了最重要的语言工具。人们习惯上认为支持自由法运动的学者包括了埃利希(Eugen Ehrlich)、康托洛维茨(Hermann Kantorowitz)、福克斯(Ernst Fuchs)、施坦普(Ernst Stampe)、荣(Erich Jung)、辛茨海默(Hugo Sinzheimer)、博齐(Alfred Bozi)、伊赛(Hermann Isay)等人。<sup>[34]</sup> 学说史已经明白指出他们反对的是一种把法律等同于立法、认为所有法律问题都可以通过对立法中既有条文进行文义分析和逻辑推导找到正确答案的方法。他们也批评大学里的法学家只关心概念的建构,而不关心社会生活世界。<sup>[35]</sup> 他们支持的则是学者和法官共同摆脱立法的束缚,把目光投向生活世界,观察和理解社会现实中产生的“活法”。<sup>[36]</sup> 有利于他们的历史事实是,当他们登上历史舞台时,基尔希曼、耶林和惹尼早就已经为他们准备好了一套反对立法至上主义、强调法之可变性、揭示法律发展中的利益斗争因素的台词了。他们所需要做的只是根据自己的理解把这些台词念出来。

于是,我们看到在自由法运动的宣言性作品中,康托洛维茨重拾了因为耶林而在19世纪末的法学中广为流传的“斗争”概念,把自己的檄文命名为“为法学而斗争”。在快速回顾了当时法学界涌现的文献后(包括基尔希曼和耶林,其中法国法学的发展应该指的是惹尼),康托洛维茨认为一种新的法律观已经产生,一种独立于国家权力之效力的法正在获得人们的重视,最好称之为“自由法”。<sup>[37]</sup> 但是,康托洛维茨所面对的历史情境和基尔希曼、耶林甚至同时代的惹尼都不一样。这本小册子在1906年出版时,德国既没有革命的风险,也不像法国那样面临把已经有百年历史的《民法典》一股脑抛弃的呼声。如果说一部重要的法典刚出现时,最显而易见的重要工作应该是去逐条解释这部法典,那么到底为什么会在酝酿了将近一个世纪后才姗姗来迟的《德国民法典》生效后,德国法学反而遭到了自由法运动的奇袭呢?维亚克尔(Franz Wieacker)细节丰富的著作对此亦未明说,但他暗示我们,自由法运动参与者们的不满一方面来自于概念法学对教义学技术的过于推崇,另一方面则来自于在概念法学支配下制定的《德国民法典》中的抽象一般规则实际上只是对现实中种种社会矛盾的和稀泥。<sup>[38]</sup> 或许正是在这样的考虑之下,康托洛维茨才呼吁法学抛开类推、拟制等一系列人为的解释技艺,直面生活事实中的冲突。<sup>[39]</sup> 这样一来,司法就不再是科学的了,甚至法学也不再是科学得了。它们都直面意志与利益的分歧,所以也都是政治性的。那么,康托洛维茨为之斗争的法学实际上正是政治性的法学。

自由法学对基尔希曼和耶林的传承相当清楚,但是它和惹尼的关系则暧昧得多。很多作品都把

[34] Cf. Albert Foulkes, “On the German Free Law School (Freirechtschule)”, op. cit.

[35] Cf. Hilgendorf E. et J. C. Joerden(dir.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, op. cit., p. 252.

[36] Cf. Pattaro E. et C. Roversi(dir.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, op. cit., p. 187; Albert Foulkes, “On the German Free Law School (Freirechtschule)”, op. cit.

[37] [德]赫尔曼·康特洛维茨:《为法学而斗争/法的定义》,雷磊译,中国法制出版社2010年版,第5-9页。

[38] [德]弗兰茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第552页。

[39] [德]赫尔曼·康特洛维茨:《为法学而斗争/法的定义》,雷磊译,中国法制出版社2010年版,第25-29页。

自由法运动与惹尼联系起来,认为他启发了包括埃利希、福克斯和康托洛维茨在内的人。<sup>[40]</sup> 无疑,从他们的作品中不难看出对惹尼“自由科学的法探索”理论的赞美。只不过这种启发完全可能出于对惹尼的误解。和他那个时代不少法国法学家一样,惹尼精通德语,而且比绝大部分的法国法学家更关心德国法学的发展。在他作品的脚注中,我们可以找到许多当时赫赫有名的德国法学家的作品,耶林也包括在内。初步的阅读会揭示,惹尼赞同耶林对概念法学的批评,并或多或少把耶林的批判转化成了他自己对所谓“解经方法”的批评。在这个意义上,传统的学说史研究至少部分是准确的。但是,更仔细的阅读则会让我们意识到,惹尼不同意耶林几乎所有没那么抽象的论述。他不同意耶林关于习惯法不是独立法律渊源的观点,也不同意国家可以垄断所有法律的创制权,更不同意应该把法律的发展理解为力量的作用(斗争)。可以说他们除了共同反对一种死板、僵化、教条、只关心法律规则的形式推理的旧法学之外,几乎没有其他的共同点,而他们所批判的这种旧法学还未必真正在历史上存在过的。<sup>[41]</sup> 同样的论断适用于惹尼和埃利希的关系。惹尼和埃利希一样,认为国家无法垄断法律的生产。但是埃利希认为社会团体、职业联合会等社会自组织所创设的行为规范应该视为法律,惹尼对此无法接受。惹尼认为有能力在国家之外创造法律的只能是天主教会。所以,惹尼和埃利希所说的“非国家的法”或“社会”背后的社会现实实际上大相径庭。正如法哲学家们大谈特谈法律与道德的分离或联系,但他们每个人所使用的“道德”具体指什么其实全然不同。由此我们可知,学说史的考察果然不能只关心人们用的词,更要小心挖掘这些词背后的“物”。<sup>[42]</sup>

更值得注意的是,惹尼不但了解自由法运动,而且是它的批评者。在他的《实证私法的解释方法与法律渊源》第二版中,惹尼加入了四篇后记,其中一篇边用了74页的篇幅详尽回顾自由法运动的发展。虽然他坚持自己的研究是“描述性的,仅仅力求展现该运动之真相”,但他最后得出的结论确实该运动已经失败了。<sup>[43]</sup> 他对康托洛维茨宣言的评价是:“以令人警醒的尖锐笔调写就,根据作者的需要而显得暴戾,这部作品的基础是肤浅的历史考察、难于理解的哲学思考和政治或者琐碎的幻觉,让我们想起……自由思想者的反教权主义。”<sup>[44]</sup> “自由思想者的反教权主义”!这是甚至连政教分离也不愿接受的惹尼能够在文章中写的最尖刻的否定。在更为具体的实质判断上,惹尼则指出,康托洛维茨和他的同道有时候竟然想用所谓的“自由法”取代正式存在的立法,这也是惹尼所不能接受的。<sup>[45]</sup> 不过,就连惹尼也认为,这一运动的后来的失势并非因为没有提出一套替代性的法律解释方法,而是因为它的主张与德国传统上以国家吸收所有个人利益的国家哲学格格不入。换言之,其失败并不是因为科学性不足,而是因为在政治上逆风行驶。

### 三、误用:自由法学的东亚移植(1879—1949)

西欧和中欧的学者在19世纪和20世纪之交的时刻终于通过文本的书写、流传、阅读、理解、阐发,形成了一套关于“自由法”的论说。虽然他们面对的是不同的社会、回应的是不同的问题、使用的

[40] Cf. Benoît Frydman, “Le projet scientifique de François Gény”, in Clément Thomasset (dir.), *François Gény, mythe et réalité*, 1899—1999, Paris, Yvon Blais, 2000, pp. 213-231; Roscoe Pound, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 1911, vol. 24, no 8, pp. 591—619; Albert Foulkes, “On the German Free Law School (Freirechtsschule)”, *op. cit.*

[41] 关于所谓“解经”学派内部的多元性,参见Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 87-95.

[42] 本段引用的惹尼的观点,分散在他两部巨著《实证私法的解释方法与法律渊源》(两卷本)和《实证私法的科学与技术》(四卷本)那洋洋两千余页的文字中,在有限的时间内想一一寻找实在力有不逮。由此我们可知,学说史的研究者果然不能只是记住作者提出的观点,更要小心记下他们提出这些观点的地方。

[43] François Gény, “Le mouvement du ‘freies Recht’ (libre droit) dans les pays austro-allemands (Chapitre quatrième de l’épilogue)”, in *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, vol. II/II, pp. 330-403.

[44] *Ibid.*, pp. 372-373.

[45] *Ibid.*, p. 378.

• 160 •

是不同的材料、主张的是不一样的法律渊源与解释方法,但他们终究在共谋中创造了一种新的语言模式,用来讨论一种把立法边缘化的渊源理论和让法律的适用者摆脱文义的解释方法。对于没有经历整个过程的人而言,“自由法”此时已经不是一个包括了种种在细节上彼此冲突、充满动态的理论光谱,而是一个抽象的、聚合式的成说。来到欧洲学习的东亚学生又把这套成说放进他们的行李箱,漂洋过海带回欧亚大陆的东端。移植到他乡的学说又开出了和在家乡完全不同的花朵,法律思想的全球史意义此时凸显的最为明显。日本法学家借助这套说辞,找到了突破继承于外国的法律制度、回归本土社会的可能。正在法典化过程中的中国法学家则以此等说法,在法典远远没有脱离时代的情况下,为司法党化的政治干预背书。

#### (一) 日本:通过自由法学寻找本土社会

日本法学家对惹尼和他的同道萨莱耶(Raymond Saleilles)尤为推崇。二人1892到1912年的430多封通信此前一直由一位日本法学家保存。面对20世纪初在借地借家问题、刑法之教育功能、劳工运动、永小作权等法律争议背后所表现出的社会动荡时,日本法学家试图通过突破传统的成文法解释来寻找合适的法律安排。<sup>[46]</sup> 最早把惹尼介绍到日本的是对法国法研究相当深入的杉山直治郎。不过真正大张旗鼓地推崇“自由法”的,还要数牧野英一、富井政章和石坂音四郎。值得一提的是,自由法学在欧洲产生时已经清晰可见的层累叠加效应,在日本学者对自由法的移植过程中显得尤其明显。日本学者对自由法学传播最大的特点是他们借用了“自由法”这个产生于德奥的外衣和旗帜,在实质上使用的是惹尼的著作,却也同时在惹尼保守的观点上涂抹了耶林和康托洛维茨的色彩。

其中,牧野英一在民法领域最大的贡献就是引入了自由法学,而在刑法领域则是教育刑罚论。<sup>[47]</sup> 牧野英一先是在穗积陈重的影响下接受了法律的进化论,又在耶林的著作中找到了这种关注法律之动态的理论。无论穗积陈重还是耶林,都是自然法的强烈反对者,他们认为古典时代那种普遍的、永恒的自然法主张在时刻处于运动中的法律发展中是站不住脚的。然而,与他们恰恰相反,牧野英一却从中发现了普遍自然法的可能性。他主张唯一能把握法律之变化的观念便是自由法。而自由法的演进恰恰不是局限于一时一地的、而是普遍的、世界的。所以,法律的进化论和一种世界法的理论融合于自由法的观念中。<sup>[48]</sup> 所以,虽然牧野英一以自由法之名实际上引入的是萨莱耶根据施塔姆勒(Rudolf Stammle)学说改造而来的“可变的自然法”。<sup>[49]</sup> 富井政章敏锐认识到牧野之自由法学与欧陆“新自然法”的关系,并进一步从惹尼的理论中为这种可变自然法找到了具体在法律使用中实施的方法。他主张学说和判决也是法律渊源,认为法官要从不同的法律渊源中探求符合社会理想的法则。<sup>[50]</sup> 相比之下,留学德国、作为德国学说在日本代表的石坂音四郎则更坚决地接受了康托洛维茨对传统法律解释工具的批判。他认为所有的解释方法无非是文义解释和非文义解释(论理解释),其中“论理解释之意义,殊欠明了”。<sup>[51]</sup> 二者并不彼此独立,论理解释只是要求解释者参考立法材料、历史沿革、从体系出发、依据法律理由、依法律原则、制定法律的原因、实际之结果诸种。<sup>[52]</sup> 石坂接着又指出“其中多半,实无何等价值可言”,因为真正的区别无非在于前者依据法规的形式关系解释法

[46] 相关的论述可见牧野英一「法律学の主觀的新思潮」法学协会雑誌21卷9号1284頁(1903年);同「法学研究の態度に関する基本観念」同22卷8号1124頁(1904年);中田薰「仏蘭西ニ於ケル自由法説」法学协会雑誌31卷1号40頁、2号244頁(1913年);野田良之「法における歴史と理念」(東京大学出版部、1951年)。

[47] 关于牧野英一法理学的整体介绍,参见坚田刚「牧野英一の法理学——法律進化論から自由法論へ」獨協法学第38号39頁(1994)。

[48] 牧野英一「自由法と進化的及び普遍的」,『民法の基本問題外編第三』(有斐閣、1937年)2頁以下。

[49] 参见朱明哲:《面对社会问题的自然法》,《清华法学》2017年第6期,第75—99页。

[50] 「自由法説の価値」『法学协会雑誌』33卷4号(1915年)。

[51] [日]石坂音四郎:《法律解释论》,涂身洁译,《法律评论》1926年第143期,第5—10页。刘昕杰、杨晓蓉录本文为涂身洁所著,应为误书。本文原载[日]牧野英一:『穗积先生還暦祝賀論文集』(有斐閣書房,1915),后收录于[日]石坂音四郎:『民法研究(改纂·上卷)』(有斐閣書房,1919)年版。参见日本国立国会图书馆http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/946651(最后访问时间2016-08-29)。

[52] [日]石坂音四郎:《法律解释论》,涂身洁译,载《法律评论》1926年第143期,第5—10页。

律,后者依据实质的法律目的和生活关系解释法律。<sup>[53]</sup>

耶林反对自然法,惹尼有意与自由法划清界限,要说真正“原封不动”移植欧洲理论的恐怕只有英年早逝的石坂音四郎。假如我们坚持说耶林、惹尼等人的理论都有一个核心的主张,任何对这种核心主张的背离都是误读,那么我们必须说日本学者对欧陆法学的移植、特别是对惹尼理论的移植无疑是一种误读。但如果跳出这种带有后见之明、居高临下的判断,虽然未必同情但总归尝试去理解这种误读带来的后果,我们会发现自由法学的传播帮助日本法学家从对德国法学的继受转向了自觉的发展。其中对关于物权流转的《民法典》第176条的解释就是一例。

第176条文本是“物权的设定及转移,只因为当事人的意思表示而发生效力”。从相似性来说,这一条文重述了《旧民法》财产编第296和331条所继承之法国法:“当事人就标的物及其价金相互同意时,即使标的物尚未交付、价金尚未支付、买卖即告成立,而标的物的所有权亦于此时在法律上由出卖人移转于买受人。”(《法国民法典》第1583条)但是,留学德国、接受了负担行为和处分行为之二分的日本学者主张,所谓“意思表示”在此处仅仅指处分行为的意思表示。<sup>[54]</sup>虽然就连许多留法民法学家也逐渐接受了德国法上处分行为的无因性理论,但是也有不少法学家认为这种学说移植与日本民间物权变动模式相去甚远,为了证明他们的观点,开发其他的法律渊源就成了一个可以尝试的道路。如末弘严太郎就引用了大量大审院的判例,证明司法机关在新民法颁行后仍采取接近法国法的解释,没有在负担行为外要求处分行为,也不把公式方法看作权利转移的必要条件。末弘严太郎一战期间留学法国,正好是萨莱耶等人所鼓与呼的法律多元论方兴未艾时。<sup>[55]</sup>但是末弘在为自己所选择的方法辩护时,却用的是耶林的腔调:对负担和处分行为作区分和不作区分的解释,都可以于第176条的文义范围内成立,真正能够起决定意义的恰恰是利益权衡。<sup>[56]</sup>末弘严太郎进一步主张,解释法律文本不能脱离“存在中的法”。<sup>[57]</sup>此后,末川博和川岛武宜也在他的号召下,主张对照交易习惯解释第176条。

选择了“自由法”的日本学者,偏偏没有接受与自由法关系最为密切的另一个关键词:斗争。从立法文本中脱离的法官,又重新落入了判例、学说和习惯织就的规范之网。所以说到底,法律仍是科学的、而非政治的。但这种自由的科学探索最终和惹尼所提倡的那种解释方法又大不一样,法学家不负有引导社会发展之职责,而是让判例和交易习惯引导他去把社会生活中出现的法律形式化。在此过程中,日本法学家成功发展出了一套让他们可以在移植的文本和本土的社会之间建立对话的法学语言。

## (二)中国:借助自由法学背书政治干预

相比于日本,中国在学说移植上处在更复杂的处境中,因为中国法学家同时直接从欧洲进口理论商品,也从日本进口经过日本学者改造的理论商品。对自由法学的引入也不例外。从整体上看,中国法学者接触自由法学的时间并不晚。1913年,《独立周报》和《法政杂志》上就分别出现了介绍和反对自由法的文章。<sup>[58]</sup>中国法学家最初从欧洲直接引入“自由法学”时,甚至没有像他们的日本同行那样主张自由法学是德法合谋的产物,而是径自把惹尼所谓“自由科学的法探索”当作了自由法学的口号。<sup>[59]</sup>当然,此种做法也未必没有收到日本学者的影响。如上杉慎吉虽然在他批评自由法的文章中

[53] [日]石坂音四郎:《法律解释论》,涂身洁译,载《法律评论》1926年第143期,第5—10页。

[54] 川名兼四郎「物權ノ設定移転ヲ論ス」法学協会雑誌21卷2号203頁(1903年)、富井政章「我国法上ニ於ケル物權の意思表示」法学協会雑誌24卷1号13頁(1906年)。

[55] 关于牧野英一对末弘严太郎的影响,参见後藤巻則「民法學の方法——末弘民法學までの素」獨協法学第40号135頁(1995年3月)。

[56] 末弘严太郎「物權法上卷」63頁以下(有斐閣、1921年)。

[57] 末弘严太郎「自序」「物權法上卷」(有斐閣、1921年)。

[58] 《法兰西自由法说》,载《独立周报》1913年第26期以下;[日]上杉慎吉:《非自由法说》,天硕译,载《法政杂志》1913年第10期,第224—228页。

[59] 《法兰西自由法说》(续),载《独立周报》1913年第27期。

说自由法说是“近时德法两国法学界所发生”,但还是认为它“先起于法兰西”。<sup>[60]</sup>然后,随着留学英美的学生回国者日增,“自由法运动”终于在民国学者的论述中表达成了一项横扫欧美日各国的进步运动:“自由法运动之说,始创于法,继行于德,今又盛唱于日本。考此说又来,实根据于法国法学家祁尼之解释方法论一书。”<sup>[61]</sup>可见,中国法学家在移植时忽略了自由法产生时的多重渊源,而是将其反战视作仅仅诞生于一个国家,然后辗转流传到其他国家的线性发展。

至于从日本移植的一支,最为明显的是传承自刚石坂音四郎的观点。从日本明治大学回国从教于朝阳大学胡长清、留学日本后任教于北平大学和燕京大学的彭时、中山大学教师朱显桢三人均曾大篇幅介绍过石坂音四郎的解释方法。这一系列作品恰好出现在从1926年到1936年之间这一段从大理院晚期一直到稳定下来的司法院的时期,中间还有《民法典》起草颁行等重要事件。而且胡长清、朱显桢在民国时期本来也不是籍籍无名之辈。更不用说去世多年后仍能吸引中国读者这一事实也说明其理论在中国接受程度之高。

朱显桢认为,对应今天所知“主观说”的立法者意思探究说实在已经为当时大部分学者所抛弃:“立法者意思探究说,既受上述之种种攻击非难,则其说之无价值,当可想见,近来关于法律解释之目的,除少数学者而外,一般皆已唾弃此说而不顾了。”<sup>[62]</sup>官费留学日本并加入同盟会的罗鼎也曾提到:“吾人固主张立法与司法应取同一之态度,然非谓法律应对的依从立法者之意思以解释也。”<sup>[63]</sup>但就算有著名学者坚持的、对应客观说的法律意思探究说,也有重大缺陷:“法律意思探究说,到底亦不免为一谬见。现代著名之学者,虽多有坚持此说者,然而吾人熟考之余,终以未能左袒此说为恨。”<sup>[64]</sup>因为法律终究是一种人类的造物,所谓法律的意思不过是解释法律者自己内心对法律理解的投射而已。

有疑问的是,如果非要从文义之外寻找法律的解释,却既不能通过探求立法者意思,又不能假定法律有一定的客观意思,那么解释如何避免“方法论上的盲目飞行”?后来进入民法编纂委员会的胡长清对此问题的回答是:“夫法律,所以调和实际生活现象者也,解释法律而不顾社会常识观念,则去法律之本旨远矣。”<sup>[65]</sup>朱显桢在8年后重复了这一说法:“实际法律解释家,不悉社会实际生活之情形,不能为法律解释之基础,而达法律最终之目的。”看来让法律适应社会生活是一个核心的立场,并没有因为成文法体系从旧律向“六法”的转变而发生改变。朱显桢进一步说:

法律内容之规范的思想,乃依法文自体合理的判断所推论之思想,非立法者之具体的意思,故为抽象的、客观的,而非具体的、主观的。而且此思想,从一定时代一定国民之思想上的要求,合理的判断法文,可以得到普遍一致之结论,所以一定时代,一定国民之程度,为确定的普遍的。于此意义,吾人以法律之內容为法律自体所包含之规范的思想。<sup>[66]</sup>

所以此种法律体系中所包含的规范思想本身会随着时间空间改变,但是对于每一个给定的时间和空间范围之内,用以引导法律解释的规范思想是客观不变的。所以法律解释的前提就变成了去探究给定社会在思想上对法律提出的要求。于是,判例之所以成为创造法律规范的材料,是因为法官本身也是社会生活的观察者。在社会面前,成文法规范的约束力显得不重要了。

然而自由法学并不仅仅是一种客观和技术性的解释方法。其发展和继受很明显地与20世纪初对法律社会层面的关注相连。而且,中国学者对此其实洞若观火。如果说1913年自由法刚刚进入中文文献时,人们还只是认为其产生动力在于斤斤于文本的传统法律解释观念和采取社会学说适用法律的法律解释现实之间的冲突,后来人们已经很清楚地意识到社会发展与法律文本之差异所造成的

[60] [日]上杉慎吉:《非自由法说》,天硕译,载《法政杂志》1913年第10期,第224—228页。

[61] 王凤瀛:《自由法运动》,载《法律评论》1924年第48期,第1—4页。

[62] 朱显桢:《法律解释论》,载《社会科学丛刊》1935年法律专号第2卷第8、9号合刊,第225—266页。

[63] 罗鼎:《法律解释上之英美法源》,载《法律评论》1923年第19期,第11—12页。

[64] 朱显桢:《法律解释论》,载《社会科学丛刊》1935年法律专号第2卷第8、9号合刊,第225—266页。

[65] 胡长清:《常识的法律解释》,载《法律评论》1927年第44期,第13—15页。

[66] 朱显桢:《法律解释论》,载《社会科学丛刊》1935年法律专号第2卷第8、9号合刊,第225—266页。

不正义才是该说产生的深层背景。如刑法学家江镇三就说：

吾人细推原由，盖从前个人制度，过度发达，契约自由与所有权之绝对性，极端滥用，以致社会交接，全离仁爱之意念，唯利己之方策是务，借主雇主等有产阶级，对于赤贫寒苦之物产阶级，可以任意要求，所谓双方意思之合致，事实上只为富者屈服贫者之结果。<sup>[67]</sup>

蔡枢衡也提醒人们：

“(牧野英一)教授斯著原以日本社会为背景，在日本现行刑法无罪刑法定主义明文之前提下，企图引民法上之自由法论进入刑法之中，以打破刑法不许类推解释之表现，在资本主义刑法文化发展过程中，实为极有意义之著作。惟我国社会进化之阶段与日本不同，刑法上之有规定与无规定，亦各异趣。姑勿论我国各种法典尚尽在于初备之境地，社会制度尚未成熟，自由法伦的思潮是否接受，以至于应如何接受，尚属问题，似未可不一考其究竟，据袭他人成说以为已有。”<sup>[68]</sup>

西欧所谓法律社会化，目的是校正工业化、城市化以后的弊病。同样是法律和社会不协调，在西欧(确切地说是在法国)表现为1804年的《民法典》无法适应工业社会的生活，而在中国和日本更像是外来的制度与本土之社会之间的矛盾。以致连法学家也感叹“在现在的法律之下，往往人民以为是者，法律以为非；法律以为是者，人民以为非”。<sup>[69]</sup>究其原因，无非“人民的是非观念是中国的，而法律的是非观念是外国的”。<sup>[70]</sup>表面上看，似乎中国的法学家本也可以把握机会，用欧洲学者提供的这一语言模式为外来法本土化的努力背书。但是，毕竟世纪初的中国法学家核心问题并非本土资源，而是建设符合西方法律观念的现代法制体系。<sup>[71]</sup>在这种语境之下，自由法的观念就算可以如同在其他国家一样帮助法律的适用者摆脱法典严格文义的约束，却不会让他们转向对传统社会的研究。

甚至连上杉慎吉所担心的借自由法之名减损国家权力的危险，在民国法学中都不见踪影。相反，自由法学增加、而不是减少了国家以社会名义的干预。在民国的法律场中，政治权力处在超越其他竞争者的地位。所以对于希望多少能获得对规范解释权的法官和法学家来说，最有效的策略是尽可能地换取政治资本，获得政治权力的背书。其中一种手段便是尽可能地采取政治言说规范时使用的语言模式。但这并不意味着他们必须同时接受对规范的政治解释，因为人们可以用同一种词汇、语法、行文风格去表达完全不一样的意思。与此同时，政治权力也确实在有意识而明确地生产和固化一种言说规范的语言模式。如司法党化运动，便生产了一种法律解释方法，要求法律的解释者适用党义、从具体时代的民族需要出发，推求革命人民心中主观的法律情感，从而在解释时采取“论理解释”，创造实在的法律。<sup>[72]</sup>这种解释方法实际上要求法律的解释者不拘泥于文义。于是一种相当吊诡的现象出现了：政治权力作为法典编纂的推手，一方面在制定法典，另一方面在推行一种反成文法的解释方法。这种矛盾的立场或许只能说明当局并未严肃对待法典。而无论这一立场是否在理论上成立，它都是分析民国法学与司法之关系不得不考虑的背景。

民国法学家选择这一强调非成文法渊源、强调进步的学说，至少部分迎合了政治权力进步主义和轻视成文法约束的立场。于是，民国法学家不但借助自由法指出法律是政治的，还将原本作为自由法产生土壤的社会和本来应当作为发现自由法之工具的法学也政治化了。其结果是，在一个政治权力本身支配一切的语境中，一切关于法律的叙事也不可避免地成为了政治的一部分。自由法这种与执政党使用同一种语言模态的理论仍然令法学家在司法、法学和立法之间的客观结构中可以“做事”。

[67] 江镇三：《法律与正义》，载《法苑》创刊号，1933年7月，第21—24页。

[68] 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，清华大学2005年版，第255页。

[69] 阮毅成：《怎样建设中国本位的法律》，载《政治评论》1935年第156—157期合刊，第7—9页。

[70] 阮毅成：《怎样建设中国本位的法律》，载《政治评论》1935年第156—157期合刊，第7—9页。

[71] 关于传统派和进步派的争论，参见朱明哲：《论王伯琦对法国学说的拣选与阐述》，载《清华法学》2015年第2期，第155—174页。

[72] 参见陈新宇、陈煌、江照信：《中国近代法律史讲义》，第274—275页。

他们关于法律解释的讨论因此获得了政治的背书。法学一方面支持政党关于司法的立场，认为法官要从社会中发现规范、要考虑法律解释的政治性，另一方面不断把政治语言吸收入法学。<sup>[73]</sup> 法学虽然看似对一些政治权力未必每次都有明确和不容置疑的答案的具体问题上，法学尚有在政治权力的庇护下相对独立地确定法律之含义的可能性。但最终丧失了在政治权力独大的法律场中真正形成与政治解释对抗的可能。

#### 四、嬗变：自由法学的战时命运(1933—1944)

##### (一)莱比锡大会后的纳粹法学

1933年初，纳粹党夺取政权。随后在1933年10月的莱比锡德国法学家大会上，希特勒发表了关于国家与法的演讲。按照施密特(Carl Schmitt)在《领袖保护法律》(1934)一文中的记录，希特勒提出了实质法和空洞合法性之间的对立，前者与道德和正义不分，后者则与错误的中立性相连。<sup>[74]</sup>同年，德国法学家大会并入了国家社会主义法学会，正式开启了德国法学界整体国家社会主义的道路。1935年通过的《纽伦堡法案》更是把反犹主义政策的法律化推向了一个前所未有的程度。其中，《保护德国血统和德国荣誉法》极大程度限制了犹太人的人身权和经济自由。《帝国公民权法》剥夺了一切政治上可疑的人、特别是犹太人的公民权，他们成了仅仅对帝国负有义务而不享受任何政治权利的人。与此同时，一大批犹太法学教授丧失了公职。

在这样的语境中，自由法运动的支持者们和他们的学说的处境就显得相当微妙了。包括埃利希、康托洛维茨、福克斯等人在内的许多自由法学倡导者都是犹太人。然而吊诡的是，正是这些犹太法学家的主张为纳粹法学开辟了一条反形式主义的新路。支持纳粹的法学家批评历史法学派概念化的体系构造所造成的封闭性“阻断了民族与法律、法律与道德以及法律与真实生活之间的必要联系，逻辑推导所付出的代价是人的道德感和精神信仰；法律被一小撮精英玩弄于股掌之中，作为其合法性基础的人民大众反而被挡在了门外”。<sup>[75]</sup>为了摆脱这种困境，就有必要像希特勒所呼吁的那样取消对错误的中立性的依赖、抛弃技术的体系构造，而是直面那种“实质法”、与正义本身和道德别无二致的生活中的法。要真正理解法律，就要在民族共同体的实际生活中理解法律。于是，解释法律的核心任务实际上就成了解释生活，所以施密特和拉伦茨(Karl Larenz)这样的纳粹时期最优秀的法学家出于种种目的选择了解读“生活”的法学理论。<sup>[76]</sup>在实际操作中，对生活的解释又嬗变为对纳粹党政治主张的体系化和理论化。

高仰光认为基尔希曼对形式理性之自负与僵化的质疑长期以来并未得到学界主流的重视，“可是到了1933年，基尔希曼的质疑却直接转化成了行动”。<sup>[77]</sup>其实这样的说法不无可疑之处。无论是基尔希曼还是耶林这样的先行者虽然强调回归生活，但如上文所言，他们所说的生活实际上是人民通过交往行为和社会运动所表达出的政治需求。我们当然没有必要把现代平等主义的思想生硬地套在19世纪的思想家身上，并认为他们所说的生活是所有人的生活。他们所构想的那些可以通过其“生活”表达出自己对法律之期待的人首先是在19世纪的历史舞台上大放异彩的资产阶级。而到了国家社会主义时期，只有“德意志民族”的生活才是法律正当性的来源。耶林、基尔希曼和他们之前的蒂堡都指出法律不仅是科学的产物，也是政治的产物。只不过在一个党派活动和工会都遭到法律禁止的时

[73] 亲属法上关于国民党“男女平等”之价值取向的作为法律解释的目的可谓最佳证明。参见胡长清：《中国民法亲属论》，商务印书馆1936年版，第7页；史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第6页。

[74] Cf. Carl Schmitt, “Le Führer protège le droit.”, Cités, 2003, no. 14, pp. 165-171.

[75] 高仰光：《纳粹统治时期德国法律史学的源流、变迁与影响》，载《比较法研究》2017年第2期，第139—160页。

[76] 同上，第139—160页。

[77] 同上，第139—160页。

国家社会主义的政治。“政治”的内涵从一种不同利益之间依照既定规则竞争了一种执政党进行统治的工具。所以,说到底反对形式理性、回归法律的政治可避免地变成了国家社会党的意志凌驾于一切法律之上,与基尔希曼、耶林、康托洛夫思想的那种生活相去甚远。

由法学的主要倡导者在二战期间命运各有不同。埃利希1922年过早辞世,博齐和施坦普在纳粹上台时已经是接近八旬的老人,未受太多牵连。康托洛维茨、福克斯、辛茨海默被迫离职,远走他乡,其中辛茨海默还进了集中营。荣格则因为拥护国家社会主义政权和支持反犹政策在纳粹时期大放异彩。人们有时难免因为自由法学与纳粹法学在反形式主义上的相似性和后者对前者一些概念、术语的引用而指责这些犹太法学家倒持太阿、作茧自缚。然而这样的指责是站不住脚的。因为二战时期法国的经验说明,当政治的风向使劲向右吹时,无论选择形式主义还是反形式主义的立场,都会对个人命运或法学整体的转向带来实质的影响。一个令人尴尬的事实是,法学家对法学的影响力比他们想象的要小得多。

## (二) 维希政府时期的法国反犹法学

1940年开始,法国分成了两个部分:维希政府所统治的区域和德占区。实际上,除了阿尔萨斯-洛林以外,法国本土大部分的区域都处于维希政府的管理之下。但是后者需要与德国人协调行动,在德占领土上德国法优先于法国法适用。最近,维希时期的司法运作成了研究的主题。<sup>[78]</sup> 同时相伴而生的还有关于当时所盛行之法律理论的争论。<sup>[79]</sup> 诚然,法学家队伍和任何一个群体一样,在这种极端状态下都会表现出不同的选择。有些人选择了积极参与(如担任部长职务),也有些人选择了积极抵抗(如加入戴高乐将军的自由法国运动),仍然留在法律职业中的人合作或不合作的程度也各有不同。认为可以用一种统一的行为模式概括他们的选择注定要失败。<sup>[80]</sup> 但法学家们在面对维希政权时表现出了至少一种共性:他们并未质疑“伪政府”及其反犹主义法律的合法性。如何为这种态度命名?到底认为这是“法律实证主义”的滥用还是一种正确实证主义态度的缺失,在今日也意味着法律实证主义在法国的政治正当性。如果认为正是因为法学家采取了实证主义的态度而把法律理解为一种本身不具备道德价值的命令,那么自然可以以此为例指责实证主义是一种带有历史污点的立场。相反,如果认为法学家们是因为其本身的政治倾向而真诚拥护这些反犹主义法律、乃至曲解法律使其变得更为严苛不可接受,那么当然可以认为坚持实证主义可以避免这种法律政治化引发的弊病。

维希政府时期通过了大量反犹立法,主要涉及犹太人身份地位的问题,其中最著名的是禁止犹太人出任公职的法律。后来成为法国行政法上重要任务的迪韦尔热(Maurice Duverger)就在文章中特别谈到了立法者出于犹太人之危险性而禁止其出任公务员的决定。<sup>[81]</sup> 多年以后,人们仍因此谴责迪韦尔热没有明确表示反对,而仅仅在法律技术的范围内探讨问题。在大部分情况下,法院可以适用这些反犹的法律。法官无法拒绝裁判,所以一旦有当事人主张适用这些法律,法官必须对其文本作出解释。和法官不同,法学家可以选择自己讨论的对象,法学期刊也可以选择自己刊登的论文和栏目设置。只要他们坚决反对,即便在维希政府的反犹政策最极端的时期,法学家仍然可以选择说什么和不说什么、写什么和不写什么。解放后当选为巴黎法学院院长的朱利奥德拉莫朗迪埃(Léon Julliot de la

<sup>[78]</sup> René Lévy, "Les juristes français et le régime de Vichy : à propos de deux ouvrages récents", *Crime, Histoire & Société*, 1 juin 1998, vol. 2, no. 2, pp. 111-119; Jean Marcou, *Le Conseil d'état sous Vichy : 1940 - 1944*, Thèse de doctorat, Grenoble II, Grenoble, 1984; Liora Israël, *Robes noires, années sombres : La Résistance dans les milieux judiciaires*, Fauvel, 2005.

<sup>[79]</sup> Danièle Lochak, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", in *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP - PUF, 1989, pp. 252-285; Michel Troper, "La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)", in *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP - PUF, 1989, pp. 286-292.

<sup>[80]</sup> Liora Israël, "La résistance par le droit ? Un enseignement paradoxal de l'histoire de la France des années sombres", *Histoire de la justice*, 15 février 2013, no. 22, pp. 7-18.

<sup>[81]</sup> Maurice Duverger, *La situation des fonctionnaires depuis la révolution de 1940*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1941.

Morandiére)院长在1942年的民法课上说犹太人地位问题其实是一个公法上的问题,所以不应该在民法课程里讲解。还有一些教授把1940年关于犹太人身份的立法放在大纲的最后,然后以时间紧迫为由避而不谈。然而,学说最终没有对犹太人问题保持沉默。出现了一些以犹太人地位为题目的博士论文。至于法学期刊,以在立法和案例评注方面最具影响力的《达洛兹注释集》为例,在四年内在“犹太人”类别之下评论了28部法律和19部法令。<sup>[82]</sup> 在维希政府治下,“犹太人立法”成了一个登堂入室的法律学科,就像合同法、继承法一样。法学家们以超脱的语言评论着其中的文义解释、漏洞填补,就好像在评论其他的法律一样。

洛夏克(Danièle Lochak)认为当时法学院中占支配地位的法律实证主义是法学无法反省反犹立法、而只能把它们“日常化”的罪魁祸首。<sup>[83]</sup> 大部分法学家认为“民族革命”所产生的法律秩序是有效的,那么作为其一部分的反犹立法也只能是有效的。作为法律中立的解释者,就算再怎么反对这些立法的内容,在解释的时候最多也只能尽量缩小其适用范围、减轻其严苛程度,除此之外无法做得更多。而且,既然司法中出现了适用反犹立法的判例,法学家就必须对其加以评论,而不是置若罔闻。由此,学界反而进一步确证了这些反犹立法的合法性。特罗佩尔(Michel Troper)批评洛夏克理解错了实证主义的立场。她选择的那些法学家在解释反犹立法的时候总是试图探究立法者通过立法文本表达出来的价值。但真正严格的实证主义仅仅满足于描述规范,而不认为表达价值是法学的任务。<sup>[84]</sup> 不仅如此,洛夏克的结论从历史证据上说也是站不住脚的。两次世界大战之间的岁月里,自然法支持者的语句构成和19世纪末法国自然法复兴时已有明显的不同。自然法也从一种呼吁社会进步、法律改革的话语变成了一种强调秩序、民族特性、天主教道德的话语。换言之,当时反对实证主义的往往正是那些全心全意支持维希政府保守派天主教法学家,说他们游走在反犹主义的边缘已经算是客气了。<sup>[85]</sup>

人们把德国反犹法学的兴起看作自由法学过于泛滥的结果,而在法国则看成是相反的法律实证主义的败笔。自由法学强调法律的政治性,因而法学家应该贴近人民的感受。一方面,法国法学家把法律看作科学,从而远离政治的喧嚣,作为科学冷静、审慎、不带感情色彩的研究的对象;另一方面,他们对犹太人的境遇确实漠不关心,从而无法设身处地去体验那些受迫害的人的感受。与其把法国的反犹法学归咎于实证主义,倒不如说是缺乏一种产生自由法学的环境所致。时局虽然艰难,但至少仍有一个相对稳定的社会秩序,解释和适用各种反犹立法的权力仍然保留在职业法律人的手里。在这种前提下,大部分的法国法学家安静地选择了与现政权和平相处也就不令人吃惊了。

## 五、结论:永世流浪的犹太人

从中世纪开始,欧洲流传着关于“永世流浪的犹太人”的传说。在耶稣前往刑场的路上,一个相传名为阿哈斯韦卢斯(Ahasverus)犹太人因妒忌拒绝善待受刑的耶稣。耶稣对他说:“我站着就得安息,而你将永世流浪。”他从此失去了死亡,不得不在地上流浪,永不安宁,并恰如其分地在重大事件中出现,推动历史的发展。这一传说在19世纪起广泛出现在欧洲文学中,又因为夏加尔(Marc Chagall)以其形象象征犹太人流散的历史而广为人知。

虽然本文的重点不在于自由法学本身,但我们都知道其核心是一场由进步犹太青年学者主导的运动,并传遍了全世界。正如阿哈斯韦卢斯出现在耶稣受难这个象征这救赎的时间点,自由法运动出现的时刻,正是在单一的成文法在理论上自称唯一的法律渊源、法律的科学性超越其政治性的关键历史时刻。它以此前的法律多元时代的经验和那些反对成文法至上信念的作者为理论资源,以生动

<sup>[82]</sup> Danièle Lochak, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", op. cit.

<sup>[83]</sup> Ibid.

<sup>[84]</sup> Michel Troper, "La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)", op. cit.

<sup>[85]</sup> 参见朱明哲:《面对民族主义的自然法学》,载《中外法学》2016年第5期,第1325-1345页。

的语言和极富感染力的论据力求法学家们把目光重新投向正在剧烈变动的社会。然后，“自由法学”的名字先后出现在日本和中国，但承担这一头衔的却不一定那些有可能和这些犹太青年知识分子站在一起的欧洲法学家，它所对应的法律思想也不再是要求法律回应社会变迁的主张。最不幸的是，进步犹太学者的理论在1933年之后反而成了反犹政权的工具。已经不再年轻的自由法学支持者们这次亲自向世界的尽头漫游。那个充满乐观情绪、在旧欧洲的土壤上狂飙突进的犹太法学家群体从此也成了绝响。在此后漫长的岁月里，每当有人反对法学上的形式主义、强调法律的政治性、呼吁人们重视法律与生活之间的联系，都会再次回到“自由法运动”。

法学像一面镜子，照出其所发生的那个社会的样子。当基尔希曼和耶林提出法律是一场斗争时，他们耳边是革命的炮声。当惹尼主张立法只是多种法律渊源之一时，他看到的是法国的共和主义者建立立法至上主义的努力。当中欧的进步知识分子强调法律面对生活时，他们作为政治上的边缘人希望通过降低法律文本的重要性而多少争得一些以学术发展法律的空间。当日本的法学家欣然接受自由法时，他们为解决外来规范与本土社会的冲突找到了一套理论工具。当中国的法学家通过自由法学说中重新发现社会时，他们找到了寻求政治权力背书的机会。而当欧洲的反犹主义者需要一套帮助领袖摆脱成文法约束的话语时，他们十分大度地启用了犹太人的贡献；当他们不需要时，则安心做一个严守反犹实证法的技术人员。自由法学在不同时空中的不同命运，映照出了每个法律场中政治与学术的关系。偶尔，比如在惹尼的法国，学术最终成功在法律场中获得了高于政治的规训能力。但事情并非总是如此。

### 实证化与范式融合：法学研究的新趋势？

## 基于状态空间模型的公务员腐败 现象产生机理

——以“监察体制改革前”为“状态空间”

王树梅\*

**[摘要]** 在假定公务员完全具备相应业务能力的情况下，通过状态空间模型化的方法分析发现，监察体制改革前，公务员腐败的产生在很大程度上取决于行政领导的价值判断。监察体制改革以后，强化了行政机关外部法律监督，但要有效遏制腐败，建立反腐败的长效机制，还必须充分保障公民监督权利的实现。

**[关键词]** “委托—代理”关系；状态空间模型；公务员腐败；监察体制改革

### 一、问题的提出

腐败是运用公共权力来实现私人目标<sup>[1]</sup>，它是社会的毒瘤，是影响社会经济发展和国家长治久安的致命风险。自十八以来，中央强力反腐，创造了史无前例的反腐记录。<sup>[2]</sup>为从根本上解决腐败问题，破除反腐败体制障碍，构建长效的反腐败机制，国家在2016年底拉开了新一轮的监察体制改革帷幕。<sup>[3]</sup>在经历一年多的试点改革后，2018年3月，十三届全国人大一次会议通过了《中华人民共和国宪法修正案》，确立了监察委员会作为国家机构的宪法地位，并颁布了《中华人民共和国监察法》，为进一步充分发挥监察效能，继续深入推进国家监察体制改革提供了制度保障。自监察体制改革以来，学界围绕监察体制改革的宪法与法律依据<sup>[4]</sup>、监察体制改革的价值与意义<sup>[5]</sup>、监察委员的职责与权

\* 王树梅，贵州民族大学商学院副教授，中国政法大学法学院宪法与行政法学博士研究生。

[1] 王沪宁：《反腐败——中国的实践》，三环出版社，1990年，第12页。

[2] 马怀德：《国家监察体制改革的重要意义与主要任务》，载《国家行政学院学报》2016年第6期。

[3] 2016年11月7日，中办印发《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》，（以下简称《方案》）部署在上述3省市设立各级监察委员会，要求从体制机制、制度建设上先行先试、探索实践，为监察体制改革在全国推开积累经验。随之，第十二届全国人大常委会第二十次会议于2016年12月25日通过了《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》（以下简称《决定》）由此，国家监察体制改革试点工作拉开了序幕。

[4] 参见马怀德：《国家监察体制改革的重要意义与主要任务》；童之伟：《将监察体制改革全程纳入法治轨道之方略》，载《法学》2016年第12期；秦前红：《困境、改革与出路：从“三驾马车”到国家监察——我国监察体系的宪制思考》，载《中国法律评论》2017年第1期；韩大元：《论国家监察体制改革中的若干宪法问题》，载《法学评论》2017年第3期；焦洪昌，叶远涛：《论国家监察体制改革的修宪保障》，载《北京行政学院学报》2017年第3期。PH

[5] 参见：参见马怀德：《国家监察体制改革的重要意义与主要任务》；袁曙宏：《深化国家监察体制改革的四重意义》，载《中国纪检监察》2018年第5期；陈光中，邵俊：《我国监察体制改革若干问题思考》，载《中国法学》2017年第4期。

限<sup>[6]</sup>、对监察委员的监督制约<sup>[7]</sup>各抒己见，多有论述。但是鲜有从权力腐败的产生机理角度讨论监察体制改革的意义。

行政权是一项重要的国家权力，是一种实在的社会控制力量<sup>[8]</sup>，因此，本文以“监察体制改革前”为“状态空间”分析行政机关公务员<sup>[9]</sup>腐败现象的产生机理，探究监察体制改革的意义以及深化监察体制改革的方向。

## 二、状态空间模型化方法

罗斯最早提出了委托—代理关系的概念。他认为，“如果当事人双方（或更多）中的一方，代表另一方的利益行使某些决策权，则委托—代理关系产生了。”<sup>[10]</sup>现在“经济学意义上的委托—代理关系，泛指任何一种涉及非对称信息的交易，交易中有信息优势的一方称为代理人，另一方称为委托人”。<sup>[11]</sup>在委托—代理关系中，“由于代理人委托人双方目标函数不一致，而且存在不确定和信息不对称，代理人有可能偏离委托人的目标函数，而且委托人难以观察并监督，就会出现代理人追求自身利益最大化而损害委托人利益的委托代理问题。”<sup>[12]</sup>委托—代理理论的研究内容为委托—代理合同问题及其解决。<sup>[13]</sup>委托—代理理论试图模型化如下一类问题：委托人想使代理人按照自己的利益选择行动，但是委托人不能直接观测到代理人选择了什么行动，只能观测到由代理人行动和其他外生随机因素共同决定的代理人行动的不完全信息。委托人的问题是，如何设计一个激励合同，让委托人根据观测到的代理人的不完全信息，对代理人进行奖惩，以保证代理人做出对委托人最有利的行动选择。<sup>[14]</sup>

状态空间模型是委托—代理理论的基本模型之一。<sup>[15]</sup>状态空间模型化方法是由威尔逊(Robert Wilson)、斯宾塞(Michael Spence)和泽克豪森(Richard Zeckhauser)及罗斯(Stephen A. Ross)最初使用。<sup>[16]</sup>威尔逊(Robert Wilson)运用状态空间模型化方法提出了寻找最佳收费时间表的方法<sup>[17]</sup>；斯宾塞(Michael Spence)和泽克豪森(Richard Zeckhauser)则分析了汽车和健康保险的最优合理近似机理机制<sup>[18]</sup>；罗斯(Stephen A. Ross)通过对委托—代理关系的研究认为对代理人的激励与实现帕累托最

[6] 参见：江国华、彭超：《国家监察立法的六个基本问题》，载《江汉论坛》第2期；陈光中、邵俊：《我国监察体制改革若干问题思考》。

[7] 参见童之伟：《对监察委员会自身的监督制约何以强化》，载《法学评论》2017年第1期；江国华、彭超：《国家监察立法的六个基本问题》，载《江汉论坛》第2期。

[8] 参见胡建森主编：《公权力研究——立法权、行政权、司法权》，浙江大学出版社，2005年，第201—238页。

[9] 《公务员法》(2005)中所称公务员，是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。它包括党的机关、人大机关、政协机关、行政机关、法院、检察院、各民主党派机关和部分社会团体机关工勤人员以外的、纳入行政编制的公职人员。为了便于讨论，本文所称公务员仅指行政机关中纳入行政编制的非领导成员，行政领导指在行政机关实际享有决策权的领导成员。

[10] Stephen A. Ross, "The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem", *American Economic Review*, Vol. 63, No. 2, 1973, pp. 134.

[11] 张维迎：《博弈论与信息经济学》，格致出版社、上海生活·读书·新知·三联书店、上海人民出版社2012年，第238页。

[12] 殷萍萍：《委托代理理论研究综述》，载《现代营销(学苑版)》2012年第7期。

[13] 崔宏轶：《委托人“理性”对激励约束机制的冲击：政府投资代建制改革困境研究》，中山大学出版社，2014年，第12页。

[14] 参见张维迎：《博弈论与信息经济学》，第239页。

[15] 委托代理理论模型包括基本模型和动态模型。其中基本模型方法又包括：状态空间模型化方法、分布函数的参数化方法、一般化分布方法。参见张维迎：《博弈论与信息经济学》，第239—230页。

[16] 同上，第239—241页。

[17] See Robert Wilson, "Investment Analysis under Uncertainty", *Management Science*, Vol. 15, No. 12, 1969, pp. B650—B664.

[18] See Michael Spence and Richard Zeckhauser, "Insurance, Information, and Individual Action", *The American Economic Review*, Vol. 61, No. 2, 1971, pp. 380—387.

优并不矛盾。<sup>[19]</sup>状态空间模型是包括委托人的期望效用函数和代理人的参与约束条件与激励相容约束条件函数在内的模型。状态空间模型表述如下：

委托人的期望效用函数：

$$(P) \int v(\pi(\alpha\theta) - s(x(\alpha, \theta))), g(\theta) d(\theta)$$

代理人参与约束条件：

$$(IR) \int u(s(x(\alpha, \theta)))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha) \geq \bar{u}$$

代理人激励相容约束条件：

$$\begin{aligned} & (IC) \int u(s(x(\alpha, \theta)))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha) \\ & \geq \int u(s(x(\alpha', \theta)))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha'), \forall (\alpha') \in A^{[20]} \end{aligned}$$

在这一模型中，委托人首先必须满足代理人的参与约束条件(IR)，否则代理人就会拒绝。正如在同等付出的情况下，法官的待遇如果低于其做律师的报酬，法官就会辞职做律师。其次，委托人的条件还必须满足代理人的激励相容约束条件(IC)，否则就不能保证代理人按照委托人的利益选择行动。委托人只有满足了代理人的参与约束条件(IR)和激励相容约束条件(IC)，才能将自己的期望效用函数(P)最大化。此时的数学表达式为：

$$\begin{aligned} & \max_{as(x)} \int v(\pi(\alpha, \theta) - s(x(\alpha, \theta)))g(\theta)d(\theta) \\ & \text{s. t. } (IR) \int u(s(x(\alpha, \theta)))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha) \geq \bar{u} \\ & (IC) \int u(s(x(\alpha, \theta)))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha) \\ & \geq \int u(s(x(\alpha', \theta)))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha'), \forall \alpha' \in A \end{aligned}$$

理论上，委托人可以设计一套有效的激励合同，包括增加代理人选择特定行动的期望收益、降低选择行动 $\alpha'$ 的期望收益，或者增加选择行动 $\alpha'$ 的预期成本、降低选择特定行动 $\alpha$ 的预期成本，以满足代理人的参与约束(IR)和激励相容约束(IC)条件，代理人就会自觉按照委托人的利益需要选择行动 $\alpha$ 。反之，则代理人不选择委托人所期待的行动，而选择对自己更为有利的行动。

## 三、公务员腐败的制度性“状态空间”：“委托—代理”关系网

委托—代理关系不仅存在于经济领域，也可以“存在于一切组织，一切合作性活动中，存在于组织中的每一个管理层级上。”<sup>[21]</sup>行政权的运行是一种合作性的活动，该过程中存在多重委托—代理关系。针对公务员而言，行政机关与公务员基于行政职权配置形成了职务上的委托—代理关系；基于行政领导的命令与指挥权，在行政领导与公务员之间形成了委托—代理关系。下面将具体阐述这两个委托—代理关系及其相应制度“状态空间”。

[19] See Stephen A. Ross, "The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem", *The American Economic Review*, Vol. 63, No. 2, 1973, pp. 134—138.

[20] A-代理人所有可选择行动的组合； $\alpha$ -代理人的一个特定行动， $\alpha \in A$ ； $\alpha'$ -代理人的行动， $\alpha' \neq \alpha$ ； $\theta$ -不受代理人(或委托人)控制的随机变量； $u$ -代理人拒绝参与的最大期望效用(也称保留效用)； $u(\cdot)$ -代理人选择行动的期望收益函数； $v(\cdot)$ -委托人的期望效用函数； $c(\cdot)$ -代理人选择行动的预期成本函数； $s(x)$ -委托人设计的一个由 $x$ 决定的激励合同； $x(\alpha, \theta)$ -由 $\alpha$ 和 $\theta$ 共同决定的一个可观测的结果； $\pi(\alpha, \theta)$ -由 $\alpha$ 和 $\theta$ 共同决定的产出函数，其直接所有权属于委托人； $g(\theta)$ -随机变量的密度函数。

[21] M. C. Jensen, W. H. Meckling, "Theory of the firm: Managerial behavior, agency cost and ownership structure", *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, No. 4, 1976, pp. 309.

### (一) 状态空间模型方法在分析公务员腐败机理中的适用性

根据公共选择理论的观点,行使公权力的人(国家代理人)同私人经济中的个人一样是理性“经济人”,同样具有自利、有限理性的特点。<sup>[22]</sup> 公务员在运用法律赋予的权力时,选择自认为最有利的行动属人性使然。在我国,行政权由国家权力机关通过立法的方式将其授予中央行政机关。获得授权的中央行政机关再逐级授权给下级行政机关,并最终划分到具体公务员手中。<sup>[23]</sup> 在强调集中统一领导的原则下,各级行政机关的职权实际上是由各级领导分配给下属。组织与个体之间、上级与下级之间,均存在严重的信息不对称。公务员的理性“经济人”特点和行政组织内部的信息不对称,与经济学中委托-代理理论的人性假设与研究背景完全一致。运用委托-代理理论可以分析人们在经济行为中的行动选择,当然也可用于分析公务员在公共行政活动中的行动选择。

本文研究的核心是阐释在权力高度集中的情况下,制度设计的以引导公务员正确行使公权力的激励机制为什么失效。这是基于整体和概括的研究,不是基于个案的行政行为或特定行政机关的研究。不需要通过笔者主观的定义有关的具体变量来构建一个复杂的数学模型,以及获得一个数学意义上的解,只需论证是否存在某一行动选择使公务员的效用大于制度期望的行动选择,以及导致这一行动产生的主要原因。因此委托-代理理论的状态空间模型化方法能适用于对该问题的分析论证。

#### (二) 第一委托-代理关系

行政权的运行由其产生、行使并发生一定结果的整个过程组成。<sup>[24]</sup> 就行政权的产生而言,根据主权在民原则,国家权力来源于人民的授予,行政权是国家权力的重要组成部分,它同样源自于人民的授予。<sup>[25]</sup> 如前所述,在我国,行政权由国家权力机关通过立法的方式将其授予中央行政机关。获得授权的中央行政机关再逐级授权给下级行政机关,并最终划分到具体公务员手中。行政机关与公务员通过一定法律规范,形成了一种职务上的委托关系。行政机关的职权、职责以及行政优先权均由具体公务员承受;公务员必须以行政机关的名义、按照行政机关的意志,实施行政管理活动,并由行政机关对外承担因此而引起的法律责任。<sup>[26]</sup> 就行政管理活动而言,代表国家的行政机关与公务员之间的信息是不对称的。行政机关处于信息劣势地位,是委托人,公务员具有信息优势,是代理人。以下将其简称为“第一委托-代理关系”。

#### (三) 第二委托-代理关系

在权力集中的运行体系中,行政机关被分成了若干的级别,各级别行政机关内部的公务员又分成不同的职务层次,形成不同层次的上下级的多级领导链。根据《公务员法》第54条之规定,除非明显违法的决定或者命令,公务员应当执行领导的决定或者命令。因此,法律赋予了行政领导对公务员的命令和指挥权。与依令执行公务的公务员相比,行政领导处于信息劣势地位。这一领导链的每一层次的领导与被领导关系之间,均存在信息不对称,构成一个自上而下的委托-代理关系链。尽管各层次的权力范围不同,但具有领导与服从的基本共性,本质同属一类委托-代理关系,以下将其简称为“第二委托-代理关系”。

## 四、基于状态空间模型的公务员腐败现象的机理分析

“腐败的本质是权力的‘越轨’”,<sup>[27]</sup> 在行政机关表现为公务员违法行政。两个委托-代理关系并

<sup>[22]</sup> 参见李春根,廖清成主编;彭迪云,王为民,黑启明,高萍,姚林香副主编:《公共经济学》华中科技大学出版社,2015年第2版,第59页。

<sup>[23]</sup> 参见姜明安,毕雁英:《党员干部法治教程》,中国法制出版社,2014年,第159页。

<sup>[24]</sup> 参见胡建森主编:《公权力研究:立法权·行政权·司法权》,第264页。

<sup>[25]</sup> 同上,第231-237页。

<sup>[26]</sup> 参见徐继敏主编:《行政法学》四川大学出版社2009年版,第62-63页。

<sup>[27]</sup> 贺文华:《中外廉政制度比较》,中国政法大学出版社,2016年,第14页。

存于同一行政机关中,身为两个委托人的共同代理人的公务员,在遇到两个委托人的期望效用函数(目标)不一致时,将做何种选择行动?下面运用状态空间模型化方法分析回答这一问题。

#### 1. 公务员理性选择的约束条件

这里假定:第一委托-代理关系中,法律本意所期望的公务员选择行动为(即依法行政的行动选择),第二委托-代理关系中行政领导所期望的公务员选择行动为(且的某一特定行动选择)。首先就公务员的参与约束条件进行分析,根据定义:

$$\int u(s(x(\alpha, \theta)))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha) \geq \bar{u} \quad ①$$

如果没有第二委托-代理关系存在,①式即为代理人依法行政的参与约束条件。其中  $\int u(s(x(\alpha, \theta)))g(\theta)d(\theta)$  代表公务员依法行政获得的收益,包括薪酬、荣誉及晋升机会等货币化的和非货币化的收益,  $c(\alpha)$  代表依法行政所付出的个人成本,包括个人的努力、身体和精神上的负担等,不等式左边代表公务员选择行动  $\alpha$  的净收益;  $\bar{u}$  代表公务员从事企业相当工作可能获得的最大净收益。

当行政机关中同时存在第二委托-代理关系时,参与约束条件将存在依法行政的参与约束条件和服从领导意志的行政行为的参与约束条件两种情况,数学表述分别为:

$$\text{依法行政: } (\text{IR}) \int u(s(x(\alpha, \theta)))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha) - c'(\alpha) \geq \bar{u} \quad ②$$

$$\text{按行政领导意志: } (\text{IR}) \int u(s(x(\alpha_1, \theta)))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha_1) - c_1 + u_1 \geq \bar{u} \quad ③$$

上述二式中符号左边代表选择行动  $\alpha$  或  $\alpha_1$  时代理人的净收益。②式中  $c'(\alpha)$  为公务员未按照行政领导意志行事付出的额外成本,比如升迁机会丧失等。在第一委托-代理关系中,行政机关一般无法对公务员的具体行政权行使过程施以全面监控,通常只能对行政权行使的结果进行观测,如行政违法案件是否明显减少、行政复议与行政诉讼案件的数量变化等,且这些结果并非由行政机关工作人员行动选择为唯一因素决定,可能还有其它因素共同作用产生,加之这些因素之于结果的权重难以准确量化,因此无法据此制定一个针对具体行政行为可行的评价和奖惩标准。同时,由于行政机关本身不具备行为能力,其权力和意志是授予具体的人来行使。对于公务员的考核、评价和判断,实践中往往由行政领导负责实施。尽管行政领导未必能够全程监控公务员的行为,但能够清楚观察到其行为结果是否符合自己的预期目的。此时,行政领导可能将制度设计的激励措施为自己所用,即通过对公权力的控制和支配将其变成一种私的力量<sup>[28]</sup>。行政领导根据自己观测到的结果给予公务员针对性的激励。对称心的公务员给予较好考评等级,让其获得奖励或者加以提携、委以重任等,反之,行政领导可以对“不听话”的公务员,给予较差的评价等级,或者是将其边缘化,甚至可能对其进行刁难、打压。由于受特别权力关系理论的影响,我国《行政诉讼法》明确将行政机关对公务员的奖惩、任免等管理活动排除在行政诉讼受案范围之外,公务员即使不服行政机关的人事和行政处分等决定,也不能获得行政系统以外的权利救济。因此,当领导意志与法律本意一致时,  $c'(\alpha) = 0$ ,否则大于0。③式中  $u_1$  代表按领导意志行事获得的额外好处。如前所述,由于行政领导掌握了对公务员的评价、判断权,能够对作出符合自己期待行为的公务员加以提携、委以重任等,实证研究也表明领导对公务员晋升起决定性作用<sup>[29]</sup>,因此按领导意志行事能够获得的额外好处即  $u_1 > 0$ ,表现为获得晋升、调整至重要岗位等。③式中  $c_1$  代表公务员实施  $\alpha_1$  承担法律责任的成本。当领导意志与法律本意一致时,  $c_1 = 0$ 。  $c'(\alpha) > 0$  当两个委托-代理关系存在于同一行政机关中,①式不一定是代理人的参与约束条件,②、③式至少应有一个被满足,否则将无人愿意参与,即没有人愿意从事行政机关工作。由于第二委托-代理关系

<sup>[28]</sup> 参见张华:《腐败犯罪控制机制研究》,中国长安出版社,2013年,第13页。

<sup>[29]</sup> 参见余绪鹏:《县级党政领导:年龄、教育背景与职业路径——基于40位党政一把手的简历分析》,载《领导科学》2016年第8期。

是领导与公务员之间命令—服从关系所衍生,可能并不为公务员薪酬和奖惩制度设计者所认识,因而在制度设计之初仅考虑满足第一委托—代理关系的参与约束条件<sup>①</sup>式。前述及,行政领导掌握了公务员的评价、奖励判断权。为了论述<sup>②</sup>、<sup>③</sup>式是否满足参与约束条件,下面我们将考察监察体制改革前,公务员实施违法违纪行为的个人成本,即公务员可能受到的惩戒。

为便于讨论,笔者将公务员违法违纪行为分为两类:一是公务员的一般违法违纪行为,二是公务员行使职权严重违法构成职务犯罪的行为。《行政诉讼法》第66条规定,人民法院在审理行政案件中,认为行政机关的主管人员、直接责任人员违法违纪的,应当将有关材料移送监察机关、该行政机或者其上一级行政机关;认为有犯罪行为的,应当将有关材料移送公安、检察机关。然而在实践中,法官对公务员违法违纪以及职务犯罪的认定很困难。主要是证据材料中几乎没有涉及主要责任人违法违纪的线索,即使有原告反映类似问题,也没有证据可供查实。所以法院一般不会将违法违纪或者严重违法构成犯罪的公务员移送有权处理机关。

根据《中华人民共和国行政监察法》(以下简称《行政监察法》)第24条、《行政机关公务员处分条例》(以下简称《处分条例》)第34条之规定,公务员违法违纪行为的处罚,由任命机关或者行政监察机关决定。

根据《国家赔偿法》第16条之规定,允许公务员在一定范围内出现差错而不承担责任。另外,由于赔偿义务机关和公务员、行政领导的关联关系以及行政追责追偿监督制度的缺失导致实践中追责主体消极追责追偿。<sup>[30]</sup>因此学界将这一条款称为“休眠条款”。有关调查表明,26个省(市、区)在国家赔偿法实施20年间,向责任人追偿的赔偿费用仅占财政核拨费用总额的3%,个别地方零追责追偿。<sup>[31]</sup>可见,公务员较少因为违法违纪承担民事责任,《国家赔偿法》规定的惩戒功能发挥很有限。

公务员行使行政职权构成犯罪的,根据《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)规定,由人民检察院行使侦查权。但是职务犯罪通常具有隐蔽性,如果没有利益相关人等的举报、控告,人民检察院对于职务犯罪的立案侦查需要行政机关主动报案,或者纪检监察机关及其他行政监督机构、审判机关对涉嫌犯罪的案件移交。

故公务员实施违法违纪行为可能受到惩罚的主要途径可归纳为以下三类:

I 任命机关、上级或同级人民政府认为其违法违纪应当给予行政处分或者移送人民检察院立案侦查;

II 监察机关认为其违法违纪应当给予行政处分或者移送人民检察院立案侦查;

III 审判机关向有权机关提出处分建议,或者将涉嫌职务犯罪的案件移送人民检察院立案侦查。

第I类情况属于行政系统内部自我监督。第III类情况,审判机关没有直接处分行政机关工作人员的权力,一般不予移送有权处理机关,在此本文不进行专门论述。

第II类情况看似监察机关独立行使行政监察权,但根据《行政监察法》规定可知,监察机关对本级人民政府和上级监察机关负责并汇报工作,对同级政府组成人员无权监察。所以II类与I类本质上同属行政系统内部监督。根据《行政监察法》《处分条例》规定,由行政系统内部决定是否对违法违纪公务员予以处罚,以及给予何种处罚。从其中有关处分(监察)权限、程序及有关决定形成的规定来看,行政机关领导拥有行政处分决定权。由此可见,在第一委托—代理关系中,无论公务员违法违纪行为内部追究责任,或者对公务员职务犯罪向司法机关的移送,很大程度上由行政领导决定。

如果领导判定 $x(\alpha_1, \theta)$ 等同于 $x(\alpha, \theta)$ ,如前所述,公务员违法违纪由行政系统内部追究责任或者公务员职务犯罪向司法机关的移送的,两者很大程度上由行政领导决定的情况下,我们认为,公务员

<sup>[30]</sup> 参见曲三强,李沙沙:《论国家赔偿中的行政追偿》,载《中共浙江省委党校学报》2017年第1期,第122—123页。

<sup>[31]</sup> 《国家赔偿:淡化‘追偿’不能淡化问责》,2018年5月6日,<http://news.sina.com.cn/o/2011-01-22/020621855462.shtml>

实施违法违纪行为的成本 $c_1$ 为0;为方便分析,我们假定公务员行动选择 $\alpha_1$ 与 $\alpha$ 所付出的个人努力成本相等<sup>[32]</sup>,则:

$$\int u(s(x)(\alpha, \theta))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha) = \int u(s(x)(\alpha_1, \theta))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha_1) \quad (4)$$

因为 $u_1 > 0$ ,则有:

$$\int u(s(x)(\alpha_1, \theta))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha_1) + u_1 > \int u(s(x)(\alpha, \theta))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha) \quad (5)$$

根据<sup>[5]</sup>可知,当存在第二委托代理关系时,公务员依法行政(即选择行动 $\alpha$ )不满足激励相容约束条件,即当 $\alpha' = \alpha_1$ 时,

$$\begin{aligned} & \int u(s(x)(\alpha, \theta))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha) \\ & < \int u(s(x)(\alpha', \theta))g(\theta)d(\theta) - c(\alpha'), \forall \alpha' \in A \end{aligned}$$

此时,第一委托代理关系中的激励相容约束条件失去激励作用,第二委托代理关系中的激励相容约束条件对代理人产生激励效果。

## 2. 委托人的效用最大化

根据上文分析,第一委托—代理关系由于不能满足公务员的激励相容约束条件,制度设计的激励措施不能发挥其应有功能,取而代之的是第二委托—代理关系中行政领导对公务员的有效激励,论及第一委托—代理关系中行政机关的效用最大化已没有意义,在此仅就第二委托—代理关系中行政领导效用最大化加以论述。

下面首先考察当行政领导意志与立法本意不一致,要求公务员实施有违立法本意的行为 $\alpha_1$ 是否需要付出成本,它包括激励公务员实施该行为的成本和行政领导因此受到的惩罚。

前述及,监察制度改革前,制度设计的激励机制由行政领导主导了其功能的发挥,可能成为行政领导对公务员的有效激励;在必要情况下,行政领导能够将公权力私有化,利用行政机关的资源对公务员予以激励。

根据《处分条例》第35条、36条的规定,给予各级政府组成人员的开除、撤职以外的行政处分由同级政府或者其上级政府做出决定;拟给予撤职开除处分的由同级政府向同级人大提出罢免或撤职处分。《处分条例》第37条规定,对地方各级人民政府工作部门正职领导人员处分,由本级政府决定。由此可见,行政系统内部掌握或主导了行政领导违法违纪的处分决定权。

当行政领导令公务员实施 $\alpha_1$ 行为,给行政相对人造成损害的,前述及,由于追责追偿机关和公务员、行政领导的密切关联等原因,追责追偿机关消极追责,而且实际上当涉及到行政内级别较高的责任人员时,已经超越了该机关的追责追偿权限<sup>[33]</sup>。因此,行政领导命令公务员实施 $\alpha_1$ 行为承担民事责任的可能性极小。

如前所述,行政领导行使职权,严重违法,构成犯罪的,如果没有利益相关人等的举报、控告,人民检察院对于职务犯罪的立案侦查需要行政机关主动报案,或者纪检监察机关及其他行政监督机构、审判机关对涉嫌犯罪的案件移交。

根据《宪法》、《地方政府组织法》规定,权力机关对行政机关享有广泛的监督权。但是由于权力机关在方方面面受到行政机关的制约,导致权力机关很难把监督落到实处<sup>[34]</sup>。通常权力机关在对政

<sup>[32]</sup> 鉴于实践中公务员实施的合法与违法行政行为个人成本相当,所以为方便分析,可以假定公务员行动选择 $\alpha_1$ 与 $\alpha$ 所付出的个人努力成本相等。

<sup>[33]</sup> 参见曲三强,李沙沙:《论国家赔偿中的行政追偿》,第122页。

<sup>[34]</sup> 参见叶春涛:《地方人大对政府工作监督存在的问题及原因分析》,载《福建省社会主义学院学报》,2013年第1期。

府行为的监督上,很少采取法律强制措施,对带有“惩戒性”的法律监督形式使用较少。<sup>[35]</sup>

综上所述,在行政领导让公务员实施有违立法本意之行为受到的惩罚主要依靠内部实施的情况下,受到惩罚的可能性与遭受处罚的严厉程度极低。亦即行政领导可以利用制度资源激励公务员按照自己的意图行事,并且受到惩罚的可能性很小,腐败成本很低。

由于行政领导命令公务员实施  $\alpha_1$  行为的个人成本极低,甚至可以忽略。此时委托人需要以自有资源向代理人支付的激励成本  $s(x(\alpha_1, \theta)) = 0$ 。因此在满足公务员参与约束条件下,可以将第二委托-代理关系的委托人期望效用函数由  $(P) \int v(\pi(\alpha_1, \theta)) - s(x(\alpha_1, \theta)) g(\theta) d(\theta)$  变为  $\int v'(\pi'(\alpha_1, \theta)) - g(\theta) d(\theta)$ 。式中  $v'(\cdot)$  为行政机关领导的期望效用函数,  $\pi'(\alpha_1, \theta)$  为由公务员选择行动  $\alpha'$  与随机变量  $\theta$  共同决定的产出函数。尽管委托人行政领导仍然不能观测到公务员的选择行动,但其能够观察到产出,并能够事先确定使其期望效用函数  $v'(\cdot)$  最大的特定产出  $\pi'(\alpha_1, \theta)$ , 要求公务员以实现特定产出  $\pi'(\alpha_1, \theta)$  作为行政目标,并根据该目标的实现程度给予相应的激励。

综上所述,在一个权力趋于高度集中的行政机关内部,行政领导有机会、有能力实现自身效益最大化。而公务员也能因为对领导的服从实现自己利益的最大化,达到与领导“双赢”的局面。这种系于第二委托-代理关系的权力的运行模式在行政机关建立起领导的“最高权威”,进而衍生出“对领导的服从即是组织的服从”的潜规则。同理,这一潜规则不仅存在于某一级行政机关内部,还可能存在于任何权力高度集中的行政组织体系中的上下级之间。因此,监察制度改革前,在权力高度集中的行政机关,公务员腐败行为的产生在很大程度上由行政领导的私德和价值判断决定。

## 五、余论:监察体制改革后的“状态空间”是怎样的?

显然依靠权力行使者的道德不足以防止权力腐败。为此必须强化行政权异体监督。监察体制改革后,监察委整合行政监察、党的纪检部门、检察院的反贪局、职务犯罪预防等部门为一体,改变了过去“九龙治水,各自为战”的局面,实现了党纪、政纪处分与刑事处罚的无缝对接,提升了办案效率,扩大了监察范围,完善了监察程序和手段。并且监察委在宪政结构上是与“一府两院”并列的国家机关,提高了其监察的独立性和权威性。因此行政机关受到外部法律监督的力度明显增加。

### (一) 监察体制改革后公务员的委托-代理状态空间模型

当行政机关外部法律监督明显增强的情况下,意味着行政领导命令公务员实施有违法律本意的行为成本的出现。设领导违法行为被监督发现的概率为  $P$ ,  $0 < P < 1$ <sup>[36]</sup>, 法律规定的违法责任成本为  $L$ , 领导违法实际成本为  $PL$ , 此时行政领导的个人效用函数变为:

$$\int v'(\pi'(\alpha_1, \theta)) g(\theta) d(\theta) - PL$$

当  $\int v'(\pi'(\alpha_1, \theta)) g(\theta) d(\theta) - PL > 0$  时, 领导有腐败的动机, 其值越大领导的腐败意愿越强烈。

当  $\int v'(\pi'(\alpha_1, \theta)) g(\theta) d(\theta) - PL < 0$  时, 领导个人效用函数为负, 此时领导不敢腐败。

同理, 在外部法律监督力度增加的情况下, 此时公务员按照行政领导意志行事的效用函数为:

$$\int u(s(x(\alpha_1, \theta)) g(\theta) d(\theta) - c(\alpha_1) - P_1 + u_1$$

当  $\int u(s(x(\alpha_1, \theta)) g(\theta) d(\theta) - c(\alpha_1) - P_1 + u_1) > \int u(s(x(\alpha, \theta)) g(\theta) d(\theta) - c(\alpha))$  时, 公务员会选择违法违纪行为。

[35] 参见巴兵:《地方人大对政府的监督研究》,郑州大学,2005年硕士学位论文,第12页。

[36] 从外部监督的实际情况,P大于0,而小于1。

通过分别对行政领导和公务员的效用函数分析,可以得出以下结论:①由于外部法  $v$  法律监督的力度决定违法违纪行为被监督主体发现的概率  $P$ , 提高外部监督的效度,无论是对行政领导还是公务员,其违法行为的效用会被降低,驱动其腐败的动力就会减小;②尽管违法责任  $L(l)$  已由法律规定,不受外部法律监督的影响,但当存在有效的外部法律监督时,  $L(l)$  越大, 违法行为的效用就越小, 法律责任对腐败的威慑力就越大;③当缺乏外部法律监督时,  $P$  趋于0, 即使加大法定违法责任  $L(l)$  的值, 由于  $PL(Pl)$  趋于0, 对违法违纪行为的效用影响甚微,也不具备对腐败的威慑力。

### (二) 对监察体制改革的展望与建议

前述已述,由于外部法律监督的力度决定违法行为被监督主体发现的概率  $P$ , 提高外部监督的效度,无论是对行政领导还是公务员,其违法违纪行为的效用会被降低,驱动其腐败的动力就会减小。监察体制改革以后,对行政权的外部法律监督作用加强,但是从打造“不敢腐、不能腐、不想腐”的制度铁笼,构建长效反腐败机制而言,尚需进一步深化监察体制改革。加强监察委的监督效度首先要解决的问题是对位高权重,且权力集中的监察委<sup>[37]</sup>的监督。倘若不能对监察委进行有效监督,那么监察委内部同样也会存在导致监察委产生腐败的第二委托-代理关系,从而降低监察效度。如相关监察委近日披露的广东梅州市蕉岭县监委主任温健忠、蚌埠市监委副主任赵明伟涉嫌严重违纪被调查的案例、安徽省纪检厅驻卫生厅纪检组长吴敦武被审查起诉<sup>[38]</sup>等案例就是明证。对监察委的监督早在监察体制试点改革之初,就已经引起国家领导人的重视<sup>[39]</sup>, 学界对如何避免监察委“灯下黑”也展开了颇多讨论。现有监察体制的设计虽然充分考量了监察委内部、以及监察委与检察院等国家机关之间的监督制约。但是“国家权力是个密闭的机器,以国家权力制衡国家权力,老百姓不能参与其中,也难以避免‘官官相互’”<sup>[40]</sup>, 从而难以达到治本的效果。因此,深化监察体制改革必须要保障公民的参与权。公民参与的前提是反腐信息的公开透明,应将“反腐倡廉机制透明化。将反腐倡廉机构、职责等透明化,定期公布不涉密的监督、监察和案件查办运行流程及结果”<sup>[41]</sup>。

[37] 参见童之伟:《对监察委自身的监督制约何以强化》。

[38] 参见:《监委刀刃向内:安徽广东市县监委领导被查创两个第一》,2018年5月7日,<http://news.eastday.com/c/20180505/ula13880525.html>;《吴敦武受贿案已指定起诉系安徽首例省监委移送案》,2018年5月7日,<http://news.sina.com.cn/c/nd/2018-05-05/doc-ifzyqqir1870029.shtml>。

[39] 参见:《王岐山在北京、山西、浙江调研监察体制改革试点工作时强调实现对公职人员监察全覆盖完善党和国家的自我监督》,2018年5月5日,[http://www.xinhuanet.com/politics/2016-11/25/c\\_1119993502.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2016-11/25/c_1119993502.htm)。

[40] 郭道晖:《社会权力和公民社会》,载《山东科技大学学报》2007年第2期。

[41] 周昕皓:《整体治理视域下的国家监察体制改革》,载《东岳论丛》2018年第3期。

# 领域法学何以兴起?

杨文德\*

中国的领域化法治探索是与改革开放相伴而生的,产生的早期理论创新最典型的就是以经济法为代表的现代法理论。具体表现为:经济法在与民法、行政法的独立部门法地位争论中,引出了对传统法律部门划分理论尤其是调整对象论的批驳,进而对全新社会领域及其集群问题作了问题导向式的理论回应。从这个意义上讲,经济法是最早也是最典型的领域法理论与实践。随后,社会法、环境法、网络法、文化法、军事法,以及正在受到重视的政党法等不断跟进。在全面深化改革,全面推进依法治国,从中国特色社会主义法律体系向法治体系转变的过程中,我国的法学研究也必须直面来自法律实践的挑战和法学方法论的变革。近几年重回视野的以“中国法治实践学派”为代表的实践法学和由财税法学界组织讨论的领域法学是两种有益的范式尝试。无论是实践法学还是领域法学,都是在中国法治发展新阶段基于中国法学问题意识的理论探索,都在试图寻找中国法学研究的新的逻辑起点。

什么是领域法学呢?领域法学是以一定经济社会领域为划分依据,以该领域内的各种法律问题、各类法律关系为研究对象的交融性学科体系,是对传统部门法学的超越和有益补充。对应的,领域法是与一定领域问题相关的各种法律规范的总和。传统部门法学以静态的闭合的规范属性为依据划分,基本是农业文明和工业文明时代法律实践的产物,而领域法学是以动态的开放的问题导向为依据划分,是急剧变化的、复杂的信息时代法律实践的产物。

## 一、领域法学的兴起具有强烈的时代背景

2011年第十一届全国人大四次会议宣布中国特色社会主义法律体系已经形成,法律体系的形成并不意味着法律规范的完备。一方面关涉国家和人民政治经济生活的一些重要法律规范还没有制定出来,依然存在空白点和盲区;另一方面现有部分法律还存在相冲突、不协调、没接轨和可操作性弱等问题。所以,党的十八届四中全会审时度势,在《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确提出要“加强重点领域立法”,在约1.7万字的《决定》中用了近十分之一篇幅来部署该问题。重点领域立法是对中国特色社会主义法律体系的进一步完善,突出法治建设的领域化问题,不贪大,不求全,以重点领域为着力点,从框架式法律体系建设向精准化法治体系建设迈进。哪些领域是重点领域呢?它和十八大提出的经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设的“五位一体”总体布局是紧密相联的。只有从这个角度,涵括政治、经济、社会、文化、生态、军事、党建领域的法治,才能实现中国特色社会主义法治一体化、系统化的建构。2016年5月17日,习近平总书记在哲学社会科学工作座谈会上的讲话中明确指出:“要加快发展具有重要现实意义的新兴学科、交叉学科,使这些学科研究成为我国哲学社会科学的重要突破口。”而我国法学研究领域出现的诸如环境法、文化法、卫生法、网络法、金融法、财税法、教育法、体育法、航空法等等,有些是随着经济社会发展出现的新学科、前沿学科,有些是交叉学科、冷门学科,它们很难被归为传统的某一部门法,所以领域法学理

\* 杨文德,甘肃省社会科学院《甘肃社会科学》编辑。

论的创建,为这些学科的发展提供了安身立命的契机。

## 二、领域法学的兴起具有鲜明的问题意识和现实回应性

德国数学家希尔伯特说:“只要一门科学分支能提出大量的问题,它就充满生命力;而问题的缺乏则预示着独立发展的衰亡和终止。”问题意识是推动科学发展的原动力。那问题从哪里来呢?一般情况下,传统学科经过长期的发展,已经形成了自己的相对闭合的研究范式和研究方法,要从成熟学科中发现新问题是相当难度的。成熟的学科对应着定型的人类社会活动,在相应领域的社会问题也都被无遗漏地涵盖。而新的问题是在新的社会领域中出现的,既往的定型化知识范式不能也不该刻舟求剑般地削足适履,此时真正需要的是我们自觉的开展理论创新。所以,跳出惯性思维,从学科与现实的联结处、学科与学科的交叉处寻找问题,总能发现超现实、超学科的问题。习近平总书记在哲学社会科学座谈会上的讲话中指出,要以我国实际为研究起点,以我们正在做的事情为中心,从我国改革发展实践中发现新问题、构建新理论。领域法学恰恰处在现实问题的中心和学科的交叉处,它的兴起是对法学领域一些新兴问题和交叉问题的回应,是对一些新兴权利的回应,而且这些新领域的研究大都已初成体系,成为化解现实问题和国家治理现代化的重要支撑。

## 三、领域法学的兴起是对部门法学的突破和补充

长期以来,在关于法律体系的理论中,存在一个世界性困惑,即民法与个别法律的界限问题。如我国和前苏联有民法与经济法的争论,日本、法国有民法和商法的争论等。还有就是一些新兴学科、交叉学科的独立部门法属性论争。一般情况,出现一些新领域的法律现象,总要争一争自己是独立部门法,以此来证成学科存在的合法性和合理性。如我国长期对经济法、环境法、卫生法、体育法、科技法等的独立部门法地位的论争,耗费大量的精力和资源在这些无谓的问题上,无助于领域问题的解决和学科本身的发展,更多是基于知识权力背后的利益的争抢。我国法律体系划分是以部门法为基础的。传统部门法以宪法为统领,由行政法、民商法、刑法、经济法、诉讼法等组成。一般认为,是根据单一法律调整对象和调整方法划分的。而领域法以一定经济社会领域为划分标准,以该领域内的各种法律问题、各类法律关系为研究对象,具有综合性、交融性的特点。既可以解决类法律问题,也避免新兴交叉学科为争独立部门法地位而绞尽脑汁,所以领域法的提出是对部门法的突破。不但有助于解决领域问题,还有助于新学科的培育和健康成长,避免机械划归部门法导致知识结构的僵化和碎片化。传统部门法有其存在的特定时代背景和法律实践基础,对于包括经济法、社会法、环境法等在内的新兴法领域,则迫切需要理论创新。不同层面的有效理论架构,组成完整的理论解释体系,以回应由于学科壁垒无法独立应对领域问题的部门法解释困境。领域法正好可以突破部门法边界,整体性回应这些问题,进而解决好领域问题,是对部门法的有益补充。

## 四、领域法学的兴起是对传统法学研究方法的超越和革新。

近几年,我国法学研究方法领域法教义学和社科法学的论争颇为激烈。法教义学是更侧重于以法解释学、对策法学为主的“规范法学”研究,该方法以法律条文的制定、修改以及实施为研究目的。但是,由于其研究视角的单一性和封闭性,必然存在一定局限。社科法学运用经济学分析、社会学建构、人类学进路以及综合的社会科学分析方法,结合政治、社会、文化等多方面因素进行权衡,更好的回应了法律实践诉求。而领域法学研究方法吸纳了法教义学注重逻辑分析的优势和社科法学注重跨学科的优势,不仅引入政治学、社会学、经济学、伦理学等其他社会科学的不同研究视角,还借鉴自然科学的方法,如环境法会涉及环境科学的方法,生命法会涉及生物工程的方法,体育法会涉及人体力

学的知识,科技法会涉及科技知识,更利用大数据、人工智能等新技术,用循证的研究方法,是更广泛意义上的以解决问题为导向的综合研究方法,超越了法教义学和社科法学,形成多元化的法学研究方法,不仅弥补了传统“规范”法学的固有缺陷,更能为法学研究注入源头活水,提供新的视野和境界。

总之,领域法学和实践法学、数据法学等一样,都是新词,但还远没有成为热词,没有成为规范法学范畴。不管是为了应对中国独特的法治实践,还是具有更广阔的学术指向,领域法学都应该在全球法学一般范式和框架下进行构建、沟通和评判。所以迫切需要法学界给予足够重视和务实关注,以推动对该范式理论范畴、理论基础和方法论的研究,进而促进对现实法治问题的解决,更好服务于我国法治体系建设。