

作为职业知识体系的法学

——迈向规范科学意义上的法学

孙笑侠

(浙江大学 法学院, 浙江 杭州 310027)

中图分类号: DF0-05 文献标识码: A

当代中国法学在短短的 20 余年之间, 有了长足的发展, 无论规模的扩大, 还是质量的提高, 无论是思想的生产, 抑或是作用的发挥, 都是可圈可点的事。当代中国法学, 是借助于改革开放机遇短期内因应时代“激素”发展起来的学科, 我们有了两三万人的法学队伍和五六百所法学院系, 的确产生了一些优秀的学者, 可是, 的确也鱼龙混杂。远眺一派人多势众的景象, 近看是不少人花拳秀腿的热闹, 细察是看家本领基本功的欠缺。这个“基本功”是什么? 这个“基本功”何以构成法学的看家本领? 本文重点就谈这个问题。

自 80 年代初恢复法学研究以来的十多年时间里, 我们会发现中国法学只有所论之观点, 而少有持论之方法, 更不存在各家的方法论。法学中有相当一部分的主题, 原本就具有大众性, “专业槽”比较低, 所以法学就成了人人可参与的热门“学问”。在没有方法意识的所谓“学术”之中, 自然就谈不上有成熟意义上的法学。

1980 年代至 1990 年代中期的 10 年间, 就是在这种状态之下, 法学活动中自然而生长起来的方法具有这样一个特点: 无方法意识作用下的规范注释

方法。这种方法与欧洲法学早期的方法颇为相似, 它对法条作一定的实证注解, 但貌合神离。行外人士并不知道法学应当怎样, 但他们知道法学不应当是这样的。在“外行看热闹”的情况之下批评了中国法学, 认为这是法学幼稚的最集中体现。法学界内人士于是自以为醒悟过来, 对“注释法学”也紧跟着进行了一番讥讽与攻击之后, 很少有人甘心继续埋头于“注释”, 一时间法学界东施效颦之风四起, 一些学者不安份于“注释”就变着花腔花调说话, 法学论文似乎都得写得象文学作品。当然, 时隔不久, 另一种认真的学者也出现了——民法与刑法这样的部门法学里面也出现了一些从事民事法哲学、刑事法理学或者诉讼法社会学之类学问的学者。他们的确对学术多元化做出了不可低估的贡献, 但是这样的研究究竟是不是属于民法与刑法的主流呢? 尤其严峻的问题是在法学教育, 是不是可以在大学里就讲这样的理论给法科学生听呢? 法科学生的学习过程中都遵循着民事哲学、刑事法理学这样路径来学习, 是否可行?

在理论法学领域, 也有类似的问题。提到中国当代法学我们不能不提到苏力。自从苏力 1990 年代初回国之后, 理论法学开始出现了多样化, 他的学术贡献不可低估, 令人耳目一新的学术样式在青年学者和学生中产生了广泛的影响, 但是苏力所做的研究在整体上是属于法社会学的, 而不是规范科学

收稿日期: 2006-09-18

作者简介: 孙笑侠(1963-), 男, 浙江温州人, 浙江大学法学院教授, 博士生导师, 法学博士。

意义上的法学的。咱们暂时撇开苏力的贡献,对事不对人地来说,法社会学能否成为法学的主流?笔者本人也曾经请教过苏力——法学是否存在主流与非主流、正宗与非正宗的问题?

以我之见,法学首先是一种职业知识所构成的体系,其次才是一种社会科学的组成部分。研究是一回事,它可以多元化,况且中国法学队伍人数众多,不怕形不成多元化格局。可是教育是另一回事,需要强调主流和一体化。法学教育应当是以职业型教育为主的,而不是以通识型教育为主。我们的法学教师不应该轻率地给学生讲讲福柯们或者苏力们,动不动就用法文化学、法人类学、法社会学、法经济学这样的非主流的法学(或曰法学交叉学科)来教育我们的学生。害得法科学生不会解释合同法规,却在解读文艺作品。学生们误以为这是法学的主流,把这当作法学的时髦而加以效仿,这就是法学教师的失职。他们毕业后多数不从事学术研究,而是从事法务工作。试想一个法科学生在法学院没有接受正宗的或主流的法学教育,反而是接受了非主流法学倾向的影响,他不但不会办案,而且可以说他是法学院的次品,至少也是“种豆得瓜”的尴尬。所以我要呼吁法学家们正视这个问题,重视对法科学生做正确的而不是错误的引导。

“中国法学向何处去”?我从法学生态角度(主流法学与非主流法学)把这问题解读为:中国法学研究与教育目前处在这样的阶段——法学学术生态多元化到来以前的混沌而蓬勃的发展态势,法学因没有确立主流法学而失去了方向。所以我主张中国法学的发展方向应当允许多元化的学术生态之下,尽快确立主流的法学研究与法科教育,这样才能完成中国法学向成熟转型。那么,什么才是主流的法学呢?我们不妨从法学襁褓时期的法学方法特征来发现一些规律性的问题。我们不难在这一事实中得到一些启发。

法学在最初产生的时候,首先登上历史舞台的就是注释法学。12世纪初期出现在波伦尼亚大学的注释法学派(Glossatoren),由当时任教于此的法学家 Imerius(1055-1130)创立,该学派以经院哲学的方法论从事罗马法典的注释工作。到13世纪中叶,由法学家 Accursius(1182-1260)完成该学派之集大成为止。经过 Imerius的弟子,人称“法学百合”的四博士,再经过 Vacarius Placentinus、Azo Portius Accur-

sus等几代法学家,他们的影响力在欧洲的某些地区一直延续到17世纪^[1]。我们今天所谓的规范实证法学,也可称之为教义式法律学,就源于此。它几乎是当代法典法系的主流法学的代名词,德国法学家几乎都是规范实证的法学家,他们的著作也基本上踏着教义式的脚步遵循规范的法律学方法进行法律分析。甚至英美法系的法学也离不开规范实证法学,还有日本甚至我国台湾地区的法学家也都遵循规范实证法学的路径来进行法律分析和法律教育。这种规范实证法学起源于中世纪的意大利,后经演变为一种法学流派,成为世界各国公认而通用的主流法学。

注释法学在产生的初期就具有了规范实证分析的一些特点,或者说是法律教义学之特点。中世纪学术文化与基督教思想发生密切关系,基督教信仰认为:以良知和超越宇宙权威所规律的教义和真理,尤其以圣经上的上帝启示为一切知识和信仰的最后依据,应当有绝对的权威。当时的法学家因而也奉罗马法大全尤其是学说汇纂为“成文的理性”(ratio scripta),它在社会生活的行为规范作用,被看成是与圣经在思想信仰上具有同样绝对的权威性。由于主张法典的权威性,注释法学派以谨慎严肃的态度,对罗马法大全的全部内容进行逐字逐句地训诂式的注释,期能使法典完美无缺^{[1]65}。

当然,我们知道,奉法典为绝对权威进行注释的另一类型,就是中国(清末以前)的律学。律学在中国之所以成不了法学,是有多种原因的,其中主要是因为法学的独立自主性与批判性功能没有在律学中得到体现。法学具有独立自主性,律学依附于王权。可是为什么在中世纪的意大利却没有把注释法学变成“律学”呢?那是因为注释法学有方法论。从注释法学的早期就出现了借助于苏格拉底的方法论,这是一种经院哲学的方法论。注释法学派利用这种辩证方法来解释罗马法大全中的矛盾对立之处,并说明如何解决它。注释法学派在中世纪以来的大学得到极为重要的发展——发展成为有一定的注释形式的辩证性的注释方法(didaktisch-exegetische Methode)^{[1]68}。在法学研究中注重概念的方法性或工具性意义,并借助于概念、范畴及逻辑来研究法律,这就是注释法学的特点,也是后来的规范分析法学的特点,或者说,它也是中国律学没有发展成法学的主要原因。

与意大利的注释法学先后产生的疏证法学还在实务上从事法律评鉴,与注释法学共同构成中世纪意大利法律学方法论的原型。继此之后,规范法学经历了边沁、奥斯丁、梅克尔(A. Merkel 1836-1896)^①、凯尔森、哈特、霍菲尔德、拉茨、拉伦茨、麦考密克、阿历克西,等等。通过法学史,我们可以发现,在任何国家的任何时期,规范法学都居于最基础的、最主流的、最正宗的地位。这是为什么?为什么说规范分析是主流法学(或曰基础法学、正宗法学)?因为法学首先是一种规范科学,因而它是一种职业知识。下面就谈谈这个问题。

法学研究的对象有三个不同的层面,即规则、事实与价值。根据法学研究的这三个对象,法学形成了三个“向度”: (1)规范法学; (2)社会法学; (3)哲理法学。不难看出我国法学在研究对象、方法方面也已在1990年代初期开始出现这三种向度的雏形。这一迹象显现于关于“法的本位是什么”的问题讨论过程中^[2]。但是遗憾的是没有被继续关注,也没有得到进一步发展。

在三者之间,我们如果不区分主次关系,法学就会丧失根基,迷失方向。我认为法学的主流与基础是规范法学。社会法学与价值法学虽然是不可或缺的两个向度,但它们都不能担当法学作为职业知识的使命。社会法学这个向度遵循“问题先行”原则,一切以解决问题的需要为准则,尽管它很实用,但是它容易陷入“无原则”或“丧失立场”的困境。比如苏力的研究中有时会以本土问题的解决为目标导向,而并不在乎甚至轻视了法治的一些基本原则和立场。价值法学这个向度虽然凌驾于实在法之上高瞻远瞩地进行价值评判,但是难免是主观评价而难以成为认识或真理的问题。^②

在规范法学的向度,法学着重于法概念及法制度的基本理论,因其教义式的方法,而又被称为“法教义学”。尽管我们很难建立埃赛尔(Esser)所期望的构筑一种独立体系的法概念及法制度的基本理论,但是我们的法律家应当相信通过努力,我们能够促使规范法学或法教义学努力地保持价值中立地“将评价的问题转换为认识或真理的问题”^[3]。正如拉伦茨所强调的,法学是“作为规范科学的法学”,他把法学定义为“以处理规范性角度下的法规范为主要任务的法学……它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容,以及法院判决中包含的裁判准

则”^{[3]77}。

规范法学是一切法学的基础。因为它所研究的是实在法的问题,它把实在法的内容以及与实在法有关的法律现象概括为概念,并建立关于实在法的一系列基本的范畴体系。我们不必担心规范分析会丧失对法律价值的关照,正如尼尔麦考密克提到的,一些杰出的分析法学家如边沁、奥斯丁、凯尔森、哈特、拉茨等,也对规范的法律哲学和政治哲学做出了重大的贡献,提出了关于正义和良好法律的要求^[4]。如果不研究实在法以及实在法中的概念、制度和运行规律也就无以研究法的社会运行实效与法的价值。这一点在历史法学派的萨维尼那里也很有力地得到印证。我们知道萨维尼的理论是历史法学派,这并不属于规范法学的向度,但是他却特别重视对实在法的规范分析方法,在他的《法律方法论讲义》中表现出明显的法律实证主义倾向^[5]。

(图一法学的三度)

对象	规则	事实	价值
基点	实在法	活法	自然法
方法	规范分析	社会分析	价值分析
向度	规范法学	社会法学	哲理法学
流派	分析法学、纯粹法学、新分析法学、制度实证主义法学等等	社会学法学、现实主义法学、法律社会学、经济分析法学,等等	自然法学、新自然法学
论题	法是什么	法实际上是什么	法应当是什么
性质	作为规范科学的法学	作为社会科学的法学	作为人文科学(哲学)的法学
知识	职业知识	通识	通识
科学	因规范的学问而形成自恰的科学体系	科学性因现实主义特征而被怀疑	因不能“价值中立”而不是科学

① 19世纪末期在德国出现一个以梅克尔(A. dolf Josef Merkel 1836-1896)等人为代表的德国分析主义法学派别,它强调对于现行法律进行逻辑操作的法律实证主义,强调法官忠诚于法律,强调合法性而不讲合理性(正当性)问题。

② 分析法学主张,法律有一种客观地可以认识的性质,这种性质独立于任何具有价值的预想之外。(麦考密克,魏因贝格尔·制度论[M].北京:中国政法大学出版社,1994:114.)

从规范法学的向度来理解,法学就是一种职业知识体系与职业能力教程,它所具有的实践意义在于:首先,规范分析能为法律适用提供科学的概念体系与专业语言。规范法学之所以最接近于司法实践,是因为它能够与实践提供一系列科学分析的专业语言。专业语言是同业对话的基础和前提。规范分析中的确定的专业语言和词汇对于法律适用具有重要意义。第二,规范分析是法律适用的方法之一。法律适用中的解释方法、推理方法大都属于规范法学的方法。第三,代表了法律适用的某种规范科学的思维方式,可据此改变普通人基于生活逻辑而形成的思维定势。因此拉伦茨认为法教义学“提供给法律实务界许多裁判的基准,它们常常被引用”^{[3]112},规范法学“不止于对司法裁判提供助力,其最重要的任务之一是:发现一些现行法迄今尚未解决的法律问题,借此促成司法裁判或立法的改变”。麦考密克在《论分析法学》中也论述了规范分析法学对于法律适用的价值,他说:“我们需要法律的技术人员,能干和有想像力的技术人员。但是要成为这样一个技术人员,其任务就是要仔细研究技术。……这种技术的第一个必要的条件就是简单明确的法律知识。第二个条件是对法律知识是什么样的知识和法律事实是什么样的事实有一种熟悉情况的了解。第三个条件是对我们从这种知识得出的论证的逻辑有一种训练有素的洞察力。……”^{[4]131},其中的技术人员就是职业法律家,其中的技术就是规范分析方法,也就是

我前面所谓的法学“基本功”。如果再延伸开去,我们还解决了另一个问题——有人说法理学者或法哲学家应当懂一门部门法,这是为什么?这是因为没有对实在法作规范分析就无法真正地去研究法理学,例如拉伦茨首先是民法学家,其次是法理学家和法哲学家。

当然,规范法学必须以实在法为研究对象,因此,我们可以说,规范法学依赖于立法、司法乃至法治的程度,法治达到何种程度,那么法学也会发达到何种程度。因而,“中国法学向何处去”也可以是另一种回答:跟着法治步伐行走,必然会迈向规范科学意义上的法学。

参考文献:

- [1]戴东雄. 中世纪意大利法学与德国的继受罗马法[M]. 台北:元照出版公司, 1999: 64.
- [2]孙笑侠. “权利本位说”的基点、方法与理念——评“法本位”论战三方观点与方法[J]. 中国法学, 1991(4): 48-53.
- [3]拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆, 2003: 103.
- [4]麦考密克,魏因贝格尔. 制度法论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1994: 113.
- [5]陈爱娥. 萨维尼:历史法学派与近代法学方法论的奠基人[C]/许章润. 萨维尼与历史法学派. 桂林:广西师范大学出版社, 2004: 46.

本文责任编辑:张永和