

略论社科法学与教义法学的理论分歧

——以对中国法律实践的认知为视角

蔡琳

内容提要 社科法学强调对于“现实”与“中国”的关注,批评教义法学是一个不顾国情的舶来品,这样的看法源于社科法学与教义法学对中国法律实践的认识分歧。社科法学强调中国法律实践中合法性评价的多元性,审判活动与日常判断的相似性;而教义法学则主张实证法秩序在合法性评价上的权威性,以及审判活动中法律思维的特殊性。法学的跨领域研究必须从法学的立场出发,法学理论并非现实的摹写,社科法学在研究方法和理论主张两方面都应有足够的自觉。

关键词 社科法学 教义法学 合法性评价 法律思维

蔡琳,南京大学法学院副教授 中德比较法研究所研究员 210093

一、问题的提出

近年来,法理学界“教义法学”与“社科法学”的“竞争态势”引起了众多关注^[1]。

法教义学大致可以等同于狭义或本义的法学,它是一种多维度的学科,包含了对现行有效法律的描述以及对此进行的概念-体系的研究,也包含了解决疑难法律案件的建议^[2]。国内“法教义学”这个名称是相当晚近被引入的概念,但从一些相对重要的文献来看,部门法学界对于法教义学的含义与意义并不存在太大的争议,法教义学也日益获得学者、法官等法律人的肯定与接受^[3]。

如果部门法领域承认法教义学,那么“对法规范、法体系、法律之一般性质进行分析、描述与说明”^[4]的法理学,本应认可与部门法教义学相称的、作为方法论的教义法学。但是,我国法理学界却产

[1]例如苏力、侯猛、陈柏峰、孙笑侠、陈景辉、雷磊等学者都在法学期刊上发表了意见相左的理论观点。

[2]See Aleksander Peczenik, “A Theory of Legal Doctrine”, Ratio Juris. Vol.14, 2001, p.75.

[3]参见张翔:《宪法教义学初阶》,〔北京〕《中外法学》2013年第5期;朱芒:《中国行政法学的体系化困境及其突破方向》,〔北京〕《清华法学》2015年第1期;金可可:《民法实证研究方法 with 民法教义学》,〔北京〕《法学研究》2012年第1期;陈兴良:《刑法知识的教义学化》,〔北京〕《法学研究》2011年第6期。

[4]颜厥安:《规范建构与论证——对法学科学性之检讨》,载颜厥安:《规范、论证与行动——法认识论论文集》,〔台北〕元照出版公司2004年版,第18-21页。

生了社科法学与教义法学两派的严重分歧。

我国社科法学一直以来侧重于“中国”“语境式”的“经验”研究,强调中国法律实践的“特殊性”^[1];也正基于此,社科法学批评教义法学缺乏“经验”的层面,“主要依赖于外国法学的继受”^[2],将一国法律制度作为信条的根本出发点^[3],是一个不顾国情的舶来品^[4]。这个指责很严重,因为如若教义法学不能反映和回应“中国法律实践”,那么它要成为中国法学理论的一部分就存在很大的疑问。但是,社科法学的批评是否真的能够成立呢?

二、“中国法律实践”的认知框架

通常而言,无论何种法学理论,对于一国法律实践样态都会有一种基本认知,社科法学如此,教义法学亦如是。当社科法学如此批评教义法学时,其可能有两个层面的理解:一是基于经验的否定,对于教义法学所理解的中国法律实践,社科法学会说:“嘿,中国法律实践不是这样!”第二个层面则是肯定的、规范性的主张:“看,这才是中国的法律实践!”

对于前者——也即否定性主张来说,尽管社科法学经常运用个案的、实证的视角去揭示中国法律活动中非法律因素的重要性,但这种通过个案描绘的中国法律实践的特殊性,并不足以构成“中国法律实践”的一般性理解。作为法律实践中人之行动的多重可能,使得无论是法教义学还是社科法学所理解的法律实践,都无法构成对所有现实可能情形的完整摹写。更何况我国各地区法律发展的不平衡,基层法院、派出法庭与上诉审法院之间审判视角的差异,任何一个个案、法院、地区的特殊性都无法被统称为一种特殊的“中国法律实践”^[5]。因此,如若否定性的批评没有肯定的、规范性的主张为支持,它并不足以构成一个真正有效的批评。

如果社科法学依然主张“教义法学无法反映中国法律实践”,那么,两者的分歧之处恐怕不在否定的、经验性层面,而在肯定的、规范性主张。易言之:社科法学主张的“中国”法律实践“应该”呈现为另外一种样态,而这种样态有异于教义法学的理解。

认知“中国法律实践”必须关注两个关键词:“中国”和“法律实践”。

首先,尽管立法、执法、司法都与法律相关,但我们不妨将法律实践理解为以裁判为中心的法律活动。浅层的理由是:社科法学对于教义法学的批评,以及社科法学对于法律实践活动的研究,大多集中于审判领域。深层的理由则是:法学的主要任务就是为判决做准备,法学具有实践指向和规范性^[6]。而且从系统论视角观之,法院审判活动在法律系统内部本身就具有核心的地位,只有通过裁判活动才能确认那些不确定的权利或原则,并使其获得强制力,而其他法律活动——例如订立合同或立法则并不能直接产生强制性的运作。因此,一个统一的司法裁判机制,构成了整个法律系统的核心,形成了一种裁判的链条,来统合这个法律系统的合法/非法区分^[7]。

其次,理解“中国”之法律实践,需要关注“中国”的特殊性。作为现代法律的继受者,自然会在法律发展中反思本国文化、制度等各类特殊元素,这样的“中国”理解会有着“历史/经验的”和“比较的”

[1]例如王启梁直接使用“中国”作为题目的核心界定词,王启梁:《中国需要社会法学吗?》,〔北京〕《光明日报》2014年8月13日,第16版。

[2]凌斌:《什么是法教义学:一个法哲学追问》,〔北京〕《中外法学》2015年第1期。

[3]陈柏峰:《社科法学及其功用》,〔武汉〕《法商研究》2014年第5期。

[4]例如苏力、侯猛、陈柏峰、孙笑侠、陈景辉、雷磊等学者都在法学期刊上发表了意见相左的理论观点。

[5]参见陈景辉:《法律与社会科学研究的方法论批判》,〔北京〕《政法论坛》2013年第1期。

[6]张嘉尹:《台湾法学典范的反思——从德国当代法科学理论的兴起谈起》,〔台北〕《世新法学》第6卷第1期,第23页。

[7]参见〔德〕卢曼:《法院在法律系统中的地位》,陆宇峰译,〔北京〕《清华法治论衡》2009年第2期。

的一面,但是,这种历史经验的维度并不能被理解为“史学”的考证,如果它构成解释和理解法律实践活动的背景,那么它往往是理念化的,并非是描述性的具象,而是一种近乎韦伯之“理想型”的概念。因此,法律实践“中国特殊性”的“一般认识”往往来自于当代法律史学、法律文化、法社会学等领域学者在描述中国法律实践时,相对于其他国家而构筑的理论框架或理想型。

大体而言,关于法律实践“中国”元素的基本认识主要有如下三个方面:

1. “国家法/制定法”一元论的否定

无论是“情理法”模型,还是“国家法/民间法”、“制定法/习惯法”^[1]二元模型,情理、民间法、习惯法、政治惯例都外在于“国家法/制定法”而存在,都蕴含了对于国家法/制定法一元论的否定。国家法并不被视为“法”的全部,而被视为“法”的一部分。例如被视为“中国人千百年来传统文化沉淀下来的独具魅力的概念工具”^[2]的情理法模型,天理、人情、国法三位一体,作为制定法的国法并不占据特别重要的地位^[3]。

我国清末以来的法律传统断裂与法律变革,使得这种认识与“西方与中国”、“传统与现代”的二元化相裹挟,构造出一种特殊的中国式法律实践认识。一般来说,当我们谈及依据“民间法”与依据“国家法”判断之间的分歧,谈到国家法带来的“困惑”,总是有一种关于“国家”与“社会”分离的想象。国家法与民间法处于平行关系中,“民间法”概念像一幅定格的胶片,呈现出静滞的一种“乡土社会”秩序,国家与“民间”的二元性似乎预设了“社会空间”上的分隔与二元性。在这个想象中,“国家法”处于“庙堂之高”,而“民间法”处“江湖之远”。这里的“国家法”想象明显带有韦伯式西方形式理性传统的特性,国家法秉持形式理性,民间法则秉持情理等发挥着秩序化和纠纷解决的重要作用;形式理性的法和社会所需求的情理之间存在着对抗关系^[4],或至少存在着平行的关系。在法律实践中,国家法的运行机理是形式主义取向的,演绎式的;而情理或民间法的运行机理则是实质主义的、经验的。

2. 合法性评价的多元化

“国家法/制定法”一元论的否定往往也意味着合法性评价上的多元。在国家法的运作中,合法性评价的标准是“法律”;而在另外一个领域,无论是“民间法”、习惯法、情理或其他,评价标准则转变为“非法律的”那些人情、道理、关系等等。

合法性评价的多元化很容易导致多元评价上的相互否定关系。例如在国家法/民间法二元认知中,法社会学和法人类学家往往强调法律多元,强调民间法具有与国家法同等的法律效力,那么,个案中的合法性评价也就变成了国家法与民间法的二元状态,这种二元化很容易因为争夺合法性评价的权威而演变为彼此的相互否定。这个问题并非中国独有,因为在探讨法律起源时,我们总是将国家法、情理、习惯视为一个整体,当他们彼此分离时,他们就有可能相互争夺判断的权威性,并造成评价上的分裂^[5]。而且,对于参与审判活动的各个主体来说,不同的人可能有不同的目的或需求,也可能持

[1]根据余盛峰的考证,“习惯法”一词是通过日本人对《瑞士民法典》相关词汇的汉字转译而最终被移植至中国的汉语文本。中国历史上并不存在这种从习惯到法的司法实证化机制,存在的是未被法律编纂的流动的“风俗”。参见余盛峰:《近代中国“法律渊源”中的“习惯法”》,载黄宗智、尤陈俊主编:《历史社会法学:中国的实践法史与法理》,〔北京〕法律出版社2014年版,第201-215页。

[2]张世明:《法律、资源与时空建构:1644-1945年的中国》第1卷,〔广州〕广东人民出版社2012年版,第53页。

[3]参见范忠信、郑定、詹学农著:《情理法与中国人》(修订版),北京大学出版社2011年版。

[4]例如黄宗智对于中国传统的解说是以韦伯的观念作为挑战对象,参见黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》,卷一,〔北京〕法律出版社2014年版,第16-17页。

[5]〔美〕塔马纳哈:《一般法理学:以法律与社会的关系为视角》,郑海平译,〔北京〕中国政法大学出版社2012年版,第11页。

有不同的规范性理由,例如习惯、伦理等等,法律实践中如何容纳或吸收这些非法律的规范性理由,也会产生评价多元的状态^[1]。但问题在于:对于个案中法律判决的正确性而言,是保持实证法、“情理”或其他标准在评价上的分裂,并否定制定法在合法性评价上的优先性,还是承认制定法在合法性评价上的权威性?

3. 合法性评价与日常判断的相似性

对于传统中国审判活动的解读,有一种看法认为并不存在一个由“规则型法”或是某种规范所提供的合法性评价^[2]。在他们看来,中国传统的审判存在样态,与日常判断具有高度的相似性,即便通过审判而获得的结论,也并非最终权利确定的状态,而是一个暂定性的“半事实性状态”^[3]。换句话说,合法与非法,正当与不正当之间存在一个灵活的边界,个案中的“情理”也具有了“个别主义”的性格。在这样的背景下,人们往往并不认为有一种特定的合法性评价,依然主张一种最后的“公论”,而这个公论并不存在于某种既定的法律规范之中。在“纠纷解决”的前提下,人们借助于无穷尽的伸冤、诉说去获得利益,司法判断的公权力不断回应这样的需求,在此过程中或许可以获得某种“公论”^[4]。而所谓正确的裁判就被认为应该是符合这个普遍公论的裁判。

三、“中国法律实践”的认知分歧

通过上述讨论,我们可以发现,如果社科法学与教义法学对于“中国法律实践”存在认识分歧,那么,他们的分歧将集中于如何理解以审判为主的法律实践中这些“中国”元素。“中国”元素的三个基本认识之间存在着密切的相互关联,无论是对“国家法”一元论的否定或是合法性评价上的多元化,都涉及如何看待国家法在合法性评价上的地位。如果合法性评价中国家法不具有特殊的地位,那么,依据日常情理作出的判断也就与依据法律的裁判活动混同起来,并进而可能否认裁判活动中法律思维的特殊性。相对来说,社科法学对于这些“中国”元素持比较肯定的态度,而教义法学则并不简单认可这些“中国”元素。

1. 制定法的权威:肯定或否定

现代法律裁判中,参与审判活动的各个主体可能有着不同的目的或需求,法律规范也存在漏洞、空缺、冲突等等,这些都是无可避免的司法裁判中的“开放性”。如同麦考密克所言,法律作为一种制度秩序,构成了某一社会背景下,人们之间共同所拥有的一种理解和解释的框架。作为一种规范性秩序,它不停地需要被解释;而作为一种实践型秩序,则不停地需要适应当下的实际问题。因此,特别是在司法裁决的背景下,与之相伴随的就是一种论辩实践,一种在不同类型的论证中作出决定的实践^[5]。

社科法学与教义法学都可以对法律规范进行解释,但是,他们的差别之处在于:究竟“何种理由”足以证成这样的解释?或是某种法律解释“何以获得合法性评价”?在这一点上,社科法学可以运用外在于法律系统的某个规范性理由——例如经济利益、政治稳定、情理——去证成这个解释,而教义法学则必须依赖于作为体系性的法秩序。

法官在法律适用的过程中,会运用经验知识和价值判断进行解释或弥补规范的缺陷,这些解释或

[1] 泮伟江:《当代中国法治的分析与建构》,〔北京〕中国法制出版社2012年版,第210页。

[2][3][日]寺田浩明:《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》,载〔日〕寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,〔北京〕清华大学出版社2012年版,第259页,第253页。

[4] 参见〔日〕寺田浩明:《“非规则型法”之概念——以清代中国法为素材》,载〔日〕寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,〔北京〕清华大学出版社2012年版,第357-393页。

[5]〔英〕麦考密克:《修辞与法治——一种法律推理理论》,程朝阳、孙光宁译,北京大学出版社2014年版,第8页。

弥补是法官对于特定社会情境的回应。教义法学认为,这样的回应并不是制定法权威与情理之间的对抗,更不是否定制定法的权威。教义法学主张“从规范中来”——以规范为解决问题的出发点;到规范中去——最终以体系性的规范作为证立的依据^[1]。在教义法学看来,仅凭“后果”考量不能取代实证法秩序来证成某种法律解释或法律判断。简单一点说:教义法学是主张认知上的开放性,但强调运作上的封闭性;而社科法学则是既主张认知上的开放性,又主张运作上的开放性。

2. 合法性评价:整合或分裂

我们自然不能否认:一个判决是合法的并不一定是正确的。教义法学并不否认国家法与其他评价标准之间可能存在分歧,但是它并不仅仅是承认分歧,而是试图将这些分歧整合进入一个以实证法为核心的法秩序之中。虽然我们不能将教义法学的法秩序仅仅理解为一套法条,但国家法为主的成文法条依然是法教义体系中必要的、也是最核心的内容。

那么如何形成一套体系化的实证法秩序?这依赖于法教义的发展与研究。一项成熟的法教义不应仅包含对现实经验的细致归纳,对制度规则的逻辑演绎,还要与复杂现实保持密切关联,向其开放并为其提供基本导引^[2]。这些均导致法教义学的缔造需经长期的规则拣选、逻辑锤炼,以及与现实经验之间持续不断的反复回溯与彼此作用^[3]。具体来说,教义学的工作分为三个步骤:去情境化、一致化、再具体化。通过去情境化的步骤可以将各个具体的法律问题浓缩为教义学的规范与概念^[4],法教义学关心个案,这个关心并不是关心个案中的“非法律”因素,而是关心“判决中法官对相应法律规范的认识,它的认识框架是什么”,这里包含两个方面的内容:一是从判例中抽取出其规范性命题;二是从判决本身的历史定位来说明法律的发展^[5]。然后,通过一致化的步骤把提炼出来的教义内容建立一个体系,尽量保持这一体系的内部无矛盾,之后通过具体化的步骤在个案中应用这一体系,以保证法律适用的同一与法律体系的前后一致^[6]。经验知识和价值判断可以通过“去情境化”的过程“教义化”,便于之后遇到类似问题时运用。在运用法教义学体系证成法律判断的过程中,也可以通过个案的特殊性对既有的法教义进行反思,并进一步修正、促进法教义学体系的发展。从这个角度来说,教义法学并非不关注经验知识、价值判断、民间习惯、情理,而是这些内容必须要通过“去情境化”的处理纳入实证法秩序之内。需要注意的是:教义法学主张的体系性并非是一种现实的描述,而是一种规范性的表达。即便现实中法律规范、理念、判例的冲突在所难免,教义法学还是会主张法秩序应该具有“体系化”的特征。

但是,社科法学不仅是从经验上否定存在一个体系的法秩序,同时也认为不应该主张一个体系化的法秩序。社科法学更关注合法性评价上的分裂。他们重视国家法与国家法之外规范性理由的多元化,更关注实证法之外的“习惯”、“情理”、“民间法”,他们并不会考虑将这些非法律的评价依据纳入到法律体系内部。但是我们可以想象:如果依照二元关系去描述“国家法”与“民间法”的法律实践,我们势必会有两套不同的实践模式,在国家法的运作中,裁判依据的是“法律”;而在“民间法”的运作中,“裁判”的依据的是那些“非法律的”人情、道理、关系等等。这种二元关系很容易转变为判决“评价上”的相互否定。因此,社科法学完全可能会认为一个判决满足了法律的评价,但是不符合情理。这

[1]雷磊:《法教义学的基本立场》,〔北京〕《中国法学》2015年第1期。

[2]Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2.Aufl.,1986, Heidelberg:C.F.Mueller,S.

[3][4]卜元石:《法教义学与法学方法论话题在德国21世纪的兴起与最新研究动向》,〔南京〕《南大法律评论》2016年春季卷。

[5]《判例研究六人谈:判例研究及其对中国法学理论的影响》,〔上海〕《华东政法大学学报》2015年第5期。

[6]See Alexander Peczenik, "A Theory of Legal Doctrine", Ratio Juris. Vol.14, 2001, p.75.

样的世界是二元的,一个是国家法的世界;另一个是“国家法之外的法律”世界,两个世界之间缺乏“整合”的可能,甚至于演变为相互的否定。

3. 法律思维:职业或非职业

除了合法性评价的分歧之外,两者对于法律实践中参与者——法律人的思维也有着不同的观点,教义法学强调法律思维的职业性特征,而社科法学则更为强调法律思维与日常判断的相似性。

法律实践是法律职业者和外行所共同参与的实践活动。如果认同审判活动与日常判断的相似性,那么就必然预设每个人平等的实质性评价资格,法官的法律判断也就并不具有特殊的地位,法官的法律思维也不必具有专业性或特殊性,而所谓的“法律”裁判不过是因为“法官”这个角色作出了这样的判断,而非法律思维活动的必然结果。因此,社科法学学者认为不存在法律职业者的特殊法律思维活动,法律职业者与法律外行在审判中并没有思维上的差异^[1]。

教义法学自然持相反的态度,教义法学主张法律思维与日常判断的差异性。法律职业者和外行之间的差异首先在于他们对于合法性评价的关注不一样,对于法律人来说,他们认为制定法具有合法性评价上的权威,而对于外行来说,也许是实质正义、或是具体情理的考量,等等。

法律职业人并非是三头六臂异于常人,从个人决策的角度来说,他也会有常人的心态、顾虑、实质的价值判断,这些都可能构成其思考法律问题和论证判决结果的内在动机。但是,一件事在道德上是好的未必就构成在法律上去做这件事的理由^[2]。或许,在事实的探究方面他们会有一些思维上的共性,但是差别还是明显的:第一,不同的角色和知识背景决定了案件事实不同的叙述方式,法官所关心的故事从法条出发,他首先考虑的是这些事实是否符合法条相应的构成要件。例如近来争议颇多的“快播”案,辩护律师的辩论给我们讲述了一个以技术人员为核心的故事,这个故事能够说服很多常人,但是未必能够说服法官^[3]。法官所构筑或愿意聆听的“故事”——也就是据以裁判的案件事实,是与法条构成要件相关的事实。那么,哪些是与法条构成要件相关的事实?这一方面取决于法条平实表述的内容,另一方面也基于相应法理论、法规、判决等形成的法教义学。例如判断何为“法律上的过失”^[4],自然需要一套法教义学命题来作为理解的前提,而不仅仅从常人的日常生活判断出发。

即便是社科法学发达的美国,也一样重视法律思维训练^[5]。例如 *Adams v. New Jersey Steamboat Company* (1896) 一案中,乘客 Adams 财物失窃要求蒸汽船公司赔偿,蒸汽船公司是否能够免责,存在两类可资选择的判例。针对先例选择的考量因素,一些社会心理学家对一般大学生和法学院学生进行了调查,结果发现一般大学生和法学院学生做出的判断并不相同。在法学院学生和法官们看来,类比需要基于“法律关系”上的相似性,例如提供服务者是否承担相当的安全注意义务,这种基于不同法律关系而产生的安全注意义务上的差异需要一定的法律知识方可判断,而外行却不会考虑这一点。从这次实证调查的结果来看,法学院法律知识的训练可能是产生不同类比结果的原因^[6]。

[1]苏力教授批评不存在法律人的思维,孙笑侠教授撰文回应,参见孙笑侠:《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》,〔北京〕《中外法学》2013年第6期。

[2]Joseph Raz, “Reasoning with Rules” in *Between Authority and Interpretation*, Oxford university Press, 2009, p.211.

[3]对于这个问题的讨论,可参见刘哲玮:《法庭上应该如何讲故事?——从“快播案”庭审展开》,北京大学法学院:<http://www.law.pku.edu.cn/xwzx/pl/16870.htm>,访问时间:2016年1月25日。

[4]See Aleksander Peczenik, “A Theory of Legal Doctrine”, *Ratio Juris*. Vol. 14, 2001, pp.77-78.

[5]例如纽约大学法学院律师培养项目(Lawyer Program)的读本, see Anthony G. Amsterdam, Peggy Cooper Davis, and Aderson Bellegarde Francois, *Lawyer by the Book*. 2009-2010 Edition.

[6]See Barbara A. Spellman and Frederick Schauer, “Legal Reasoning”, in K. J. Holyoak and R. G. Morrison eds, *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, Oxford University Press, 2013, pp.719-735.

也许,社科法学否认法律人思维的特殊性,是因为“中国”元素中混同了审判活动与日常判断活动,在他们看来,法律裁判活动和其他纠纷解决机制之间并无本质的差别,审判不外乎是为了纠纷解决。但事实上,法律诉讼根本就不是纠纷解决的唯一方式,甚至不是最好的方式。不仅如此,当事人引发的个案只是法律系统对其他社会子系统——如政治、经济、教育、科学等系统——中的变化做出回应的一个契机、一个触发点,表面上,法官是在为个案的解决苦苦思索,但是每个司法决策所引发的后果其实是整个法律系统再次调整与其他系统之间的结构耦合关系。法院的社会功能是不断再生产“一般化的规范性期望”,而不仅仅是解决个案纠纷^[1]。

基于上述认识,我们借助于一个判决来说明社科法学与教义法学对于法律实践理解的差异性。在“无锡胚胎案”的二审判决书阐述理由的部分,法官这样表述:

“在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下,结合本案实际,应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属:一是伦理。……二是情感。……三是特殊利益保护。……在沈某、刘某意外死亡后,其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体,而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。综上,判决沈某、刘某父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的。”^[2]

在社科法学看来,这样的判决无疑是受欢迎的:(1)判决中法官考虑了情感、伦理,考虑到个案中的特殊因素。(2)这个判决有效地解决了纠纷。但对于教义法学而言,这个判决至少需要考虑如下三个问题:(1)法官作出的结论是“情理”上的正当性,忽略了很多法律问题和法律观点,那么这个判决是否一定具有法律上的正当性?(2)在判决中,伦理、情感这些本身并不属于法律领域的词语,这是否会导致将法律问题还原为伦理情感问题?(3)更重要的是:个案纠纷的解决并非是审判的终极目的,个案的审判是法秩序形成的一个部分,那么关于“胚胎‘相关权利’归属应依序考虑三个因素——伦理、情感、特殊利益保护——来判定”这个裁判要旨是否能够给予人们“一般化的规范性期望”?

四、结 语

基于以上的论述,我们发现当社科法学质疑教义法学时,问题并不是教义法学真的如社科法学所批评的那样是个舶来品、无法反映中国法律实践,而是社科法学和教义法学对于“中国法律实践”的认知有着根本性的差异。

基于教义法学秉持的“到规范中去”的“形式法治”要求,教义法学反对将法律问题还原为经济问题、政治问题或是道德问题,法律是一种语言的作业,有其自身的操作系统和交换符码,但是这并不意味着不接纳可能存在的“情理”,对于教义法学而言,经验知识、价值判断、情理并非是完全排斥在法律运作之外的;教义法学主张在法律的体系内,保持一定的开放性以吸纳非法律的各种理由;在法律的运作中,又保持法律的特性,为法官解决法律问题提供一套理性化的标准。教义法学可以结合实证法之外的情理等非法律的规范性依据的考量,又不至于丧失制定法的权威,让法律“缴械投降”。教义法学并不像“社科法学”那样,假设存在着“法律”与“非法律”的两种法律实践样态,甚至于否认现代法律裁判与日常判断的差异;而是在裁判论证过程中,关注经验知识与价值判断如何进行“编码转化”以实现承担“裁判理由”的角色^[3]。我们可以认为教义法学的“实证法秩序”具有开放性的一面,但教义法学所秉持的法学方法禁止未加过滤或未加以反省即径行输入其他学科的理论^[4]。

[1] 宾凯:《从决策的观点看司法裁判活动》,〔北京〕《清华法学》2011年第6期。

[2] (2014)锡民终字第01235号。

[3] 雷磊:《法教义学的基本立场》,〔北京〕《中国法学》2015年第1期。

[4] 〔德〕阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第30页。

法律实践有其地区性甚至是民族性的一面,这是法学研究所面对的现实秩序,但是法学本身也并非仅仅是地区性或是民族性的。一国之法教义的形成,固然应该以一国之法律制度、法律实践作为其根本出发点,但从法律发展史来看,法治后发国家对于其他法学先进国家法理论的继受并不一定会产生水土不服的现象。充其量,这不过关涉立法和各个部门法法教义体系如何形成的问题。即便说部门法教义学还处于法学继受阶段,也并不影响认可教义法学的必要性与重要性。对于“现实”的关切,是社科法学的长处,然而在面对“现实”的同时,社科法学也需要在理论主张和研究方法上保持足够的反省。

在方法论上,需要注意不同学科立场的差异。作为法学,并不是对于法律现象的社会科学研究;所谓跨领域研究,也只能是从这个学科(法学)的立场或是那个学科(例如社会科学)的立场出发,对法学而言,只有从法学的立场出发才能谈跨领域^[1]。

在理论主张方面,首先,无论是借助于“情理”,还是“民间法”等理论资源,都会存在合法性评价上分裂的可能,这样的方式对于价值多元、复杂的现代社会来说,容易造成社会的分裂而非整合;其次,如果我们在“中国法律实践”这个命题中过于强调“特殊性”,过于强调西方与中国、传统与现代的二元划分,这种化约式的理解会导致忽视传统与现代、西方与中国彼此之间的建构式关系^[2]。更重要的是:法律与现实、法律与社会并不是简单的镜像关系。法秩序所构筑的理念现实,作为人的造物,有时候无力改变现实,但法律并不是对习惯、情理等其他因素的确认,通过法律规则和制度的建构也能够起到推动引导社会发展的作用^[3]。通过去情景化、一致化、再具体化的循环往复所建构的法教义,构成了我们法律知识最为重要的一部分,这些知识同样也是我们经验世界的一部分;通过法教义的发展与变更,我们整个的法律观念世界也开始发展、转换和创新^[4],正如诺伊曼所言,“一本鸟类教科书不会改变鸟的世界,一本刑法教科书会改变刑法”^[5]。

法规范对于社会现实的调控,并不预设法规范与社会现实的重合,为了发挥法规范调控社会现实的功能,规范与现实、法律与其他规范性理由之间,恰恰必须保持一定的距离。如果失去了这样的基础,法秩序本身的价值就会一次又一次的被现实的民意或是其他的“价值”所取代,也就使“法律”失去了对现实评价“法”与“不法”的能力^[6],“法治”也将荡然无存。

〔责任编辑:钱继秋〕

[1]张嘉尹:《宪法之“科际整合”研究的意义与可能性——一个方法论的反思》,〔台北〕《世新法学》第3卷第2号,第24页。

[2]参见刘擎:《批判语境主义视野下的现代中国》,载许纪霖、刘擎主编:《何谓现代,谁之中国?——现代中国的再阐释》,〔上海〕世纪出版集团2014年版,第22-28页。

[3]范愉:《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,〔北京〕《中国法学》2006年第4期。

[4]〔美〕列文森:《儒教中国及其现代命运》,郑大华等译,〔北京〕中国社会科学出版社2000年版,第52-53页。

[5]参见郑永流:《重识法学:学科矩阵的建构》,〔北京〕《清华法学》2014年第6期。

[6]参见黄舒荪:《正确之法或框架秩序?——一个对“法官受法拘束”意义的方法论反省》,载黄舒荪:《变迁社会中的法学方法》,〔台北〕元照出版公司2009年版,第65-70页。