中外法学 Peking University Law Journal
Vol.27, No.1(2015)pp.198－223

法教义学的基本立场

雷 磊*

摘 要 当下中国的法学研究越来越呈现出一种方法论上的自觉，而法教义学是其中一种方法论范式，它在方法论上的主张大体可分为具体方法、方法预设和元方法论三个层面。其中元方法论或基本立场可以分为三个层面：其一，在裁判理论上，主张“认真对待法律规范”，即以法律规范为司法裁判的依据、框架和基础，但并不反对、甚至必然接纳经验知识和价值判断；其二，在法概念论上，主张“法律是一种规范”，作为具有规范性的事物，法律既不同于经验事实也不同于价值；其三，在法学理论上，法教义学主张“法学应持规范性研究的立场”，因为它本质上是以建构性活动为中心的实践科学。正因为对“规范”与“规范性”的强调，所以法教义学在元方法论层面是一种“规范法学”。

关键词 法教义学 方法论范式 基本立场 规范 双重规范性

一、法教义学的方法论范式

当下中国的法学研究越来越呈现出一种“流派化”发展的趋势。[1] 这种流派化发展的重要特点在于，法学研究越来越呈现出一种方法论上的自觉。如果说在建国初期乃至文革后的一段时期，学者们尚未受到方法论的启蒙，大体在同一种范式（马克思主义的哲学－政治话语）之下对法律的概念、现象、制度进行无意识地探索的话，那么在今天，越来越多的学者从开始被某种研究方法或模式在直觉上吸引发展到越来越自觉地在自己的整个研究活动中去贯彻同一

* 中国政法大学法学院副教授。本文为中国政法大学2012年度校级人文社会科学研究规划项目“法律体系的融贯性论证与建构：理论问题及其中国样态”的阶段性成果。初稿曾提交于“社科法学与法教义学的对话”学术研讨会，感谢张继成、左卫民、郑戈、周尚君、龚春霞等师友的批评指正！

〔1〕 陈金钊教授曾于2007年发表“当代中国法学的流派化旨趣”一文，指出当代中国法学者“尤其没有流派化意识”（陈金钊：“当代中国法学的流派化旨趣（下）”，《扬州大学学报（人文社会科学版）》2007年第3期）。如果说这一判断搁在当时大体无误的话，那么经过数年的锤炼与发展，中国法学者、尤其是青年法学者已经开始在学科方法论方面“逐渐苏醒”、自觉强化意识。

套方法或模式，甚或有部分学者已开始对这套方法或模式进行理论上的总结和反思。

根据托马斯·库恩(Thomas Kuhn)的界定，范式(paradigm)就是一种公认的模型或模式。归纳起来范式的特点是：在一定程度内具有公认性；是由基本定律、理论、应用等构成的一个整体，它的存在给科学家提供了一个研究纲领；范式还为科学研究提供了可模仿的成功先例。〔2〕仿照这个定义，我们可以认为，方法论范式指的是在研究方法方面的某种公认的模型或模式，它由某个或某些相互融贯的主张结构化为研究手段方面的纲领，并能为后来者提供可模仿的先例。就此而言，我们有理由认为，法教义学构成了当下中国法学研究的一种方法论范式。法教义学主要来自于德国传统，被认为是原本意义或狭义上的法学/法律科学(Rechtswissenschaft im engeren Sinn)，〔3〕是公认的与法哲学、法社会学、法史学、法政治学等基于其他学科视角进行的法学研究相并列的研究视角，并在德国的法律文化塑造、法学教育与法律实务中都发挥着重要作用。〔4〕同时，法教义学虽兴于德国，但早已跨越国界，在异域产生影响。中国的法教义学研究虽然起步较晚，但却较快地引起了法理学者与部门法学者的关注。〔5〕论者主要以德国作为模仿的先例，意图以教义学作为摆脱法学幼稚病的突破口。惟有疑义者，在于这套方法论范式的主张即研究纲领究竟是什么。

笔者认为，方法论纲领大体可分为三个层面：一是任务或工作，或者说具体方法的层面。在这一层面上，德国学者罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)曾做过一个相对全面的概括。在他看来，法教义学要进行三个层面的工作，即对现行有效法律的描述、对这种法律之概念一体系的研究、提出解决法律争议的建议。这三种活动分别对应于描述一经验的维度、逻辑一分析的维度以及规范一实践的维度。〔6〕二是工作前提上的倾向，或者说方法预设的层面。任何

〔2〕 参见(美)托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社 2003 年版，页 9。

〔3〕 参见(德)卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，页 76、112。

〔4〕 参见(德)乌尔弗里德·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：《法哲学与法社会学论丛(五)》，中国政法大学出版社 2002 年版；卜元石："法教义学：建立司法、学术与法学教育良性互动的途径"，载田士永等主编：《中德私法研究》第 6 卷，北京大学出版社 2010 年版。

〔5〕 主要文献参见，焦宝乾："法教义学的观念及其演变"，《法商研究》2006 年第 4 期；武秀英、焦宝乾："法教义学基本问题初探"，《河北法学》2006 年第 10 期；白斌："论法教义学：源流、特征及其功能"，《环球法律评论》2010 年第 3 期；许德风："法教义学的应用"，《中外法学》2013 年第 5 期；许德风："论法教义学与价值判断：以民法方法为中心"，《中外法学》2008 年第 2 期；陈兴良："刑法教义学方法论"，《法学研究》2005 年第 2 期；张翔："宪法教义学初阶"，《中外法学》2013 年第 5 期；吉冠浩："刑诉法研习中法教义学之提倡"，《中国刑事法律杂志》2013 年第 6 期。很有趣的是，陈兴良教授早年致力于刑法哲学和价值论的研究，近期发生了"教义学转向"；类似地，在法理学界，郑永流教授早年致力于法社会学的研究，后来也发生了"教义学转向"。

〔6〕 参见(德)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，页 311。在这一层面上，另有两种广为流传的见解：一种是温德沙伊德(Windscheid)的观点，认为法教义学的任务包括法律概念的逻辑分析、将此一分析综合而成一体系、运用此一分析结果于司法裁判之论证(参见颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社 2003 年版，页 151)；另一种见解认为法教义学的核心任务是研究各种法律规定和学术观点的解释及其体系化(王世洲："刑法方法理论的基本问题研究"，《法学研究》2005 年第 5 期；白斌，见前注〔5〕，页 10－12)。显然，前一种观点只涉及了阿列克西所说的层面中的后二个。而如果我们将解释的对象主要限定于法律概念的话，那么可以认为后一种观点只涉及了阿列克西所说的第二个层面。故而我们在此采纳最广泛的理解。

范式都有其方法论预设，在卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)看来，法教义学的预设在于“假定现行法秩序大体看来是合理的”。〔7〕有论者进一步将其概括为对现行法秩序的合理性的确信、以一国现行实在法秩序为基础及界限、相对于实践理性与道德的诸基础理论的中立性。〔8〕三是元方法论(meta－methodology)或者说基本立场(basic standpoints)的层面。这个层面涉及的是具体方法和方法论预设背后的理论立场，也即为何法学必须要假定现行法秩序的大体合理性，并在实在法秩序的框架内去对法律进行描述、分析并提出解决争议的办法。它实际上是一种“理论的理论”，反映的是法学者和法律人对于法律事业的态度。具体来说，它又可以分为三个方面：一是裁判理论上的基本立场，它涉及的是法教义学如何理解司法裁判活动及其性质；二是法概念论上的基本立场，它涉及的是法教义学如何理解法律本身及其性质；三是法学理论上的基本立场，它涉及的是法教义学如何理解法学研究及其性质。所以，法教义学的基本立场既与法学方法论相关，也与法哲学相关。

中国学界对于法教义学的元方法论鲜有完整剖析，但它却恰恰能揭示出法教义学与其他方法论范式之间最为根本的差异。因为这种差异主要不在于“是否应将法学外的知识引入法学”这一问题上的争议，而是基本立场的分歧。本文的主旨即在于尝试从上述三个方面对法教义学的基本立场进行阐释。其基本思路为：澄清裁判理论上对于法教义学的流行误解；阐明法教义学在裁判理论上反对和支持的基本主张；陈述法教义学在法概念论上所反对和支持的基本立场；论证法教义学在法学理论上所预设的基本立场。

二、裁判理论 I：法教义学不反对什么？

在澄清法教义学在裁判理论上的基本立场之前，首先要明白的是法教义学与其他法学范式的共同之处是什么。之所以要提出这个问题，是因为学界存在一种对于法教义学的常见误解，而其他范式的支持者经常基于这一误解对法教义学进行抨击，从而也将这一误解视为自己与法教义学的根本区别。这一误解可以用一个概念来概括，即“法条主义”(legalism)。〔9〕

法条主义这一称呼涵盖了诸多可能的意义。〔10〕法条主义的反对者也并未对这一在中文语境中含有明显贬义色彩的称呼下过精确的定义。一般而言，法教义学的核心被认为在于“强调权威的法律规范和学理上的主流观点。”〔11〕这说明，法教义学主要包含两层意思：一是以法律规范作为处理法律问题的核心。“教义学处理的对象可以是个别规范、规范要素、规范复合体、规范的

〔7〕 拉伦茨，见前注〔3〕，页 77。

〔8〕 白斌，见前注〔5〕，页 9－10。

〔9〕 参见邓正来：“中国法学向何处去(上)——建构‘中国法律理想图景’时代的论纲”，《政法论坛》2005 年第 1 期；朱苏力：“法条主义、民意与难办案件”，《中外法学》2009 年第 1 期。

〔10〕 王国龙教授将“法条主义”称作是“稻草人”式的指称概念，并梳理了它在西方的不同含义(参见王国龙：“捍卫法条主义”，《法律科学》2011 年第 4 期)。

〔11〕 许德风，见前注〔5〕。

联系以及规范和事实之间的关系。”[12]因此，法教义学又可被界定为狭义的规范科学。[13] 二是主张建设多数法律人的共同意见，即“通说”(herrschende Meinung)，此类通说即为教义(Dogmatik)的主要内涵。[14] 当然，这两个部分又是相互联系的，因为对于现行法律规范的理解与解释构成了建设通说的主要任务与工作方式。因此，反对者高举的法条主义大旗主要是针对第一个部分。假如我们不去严格区分作为内容的法律规范和作为表述形式的法律条文的话，那么“法条主义”所概括的法教义学的一个基本主张就是“从法条中来，到法条中去”。

但这是一个似是而非的主张。据“法条主义”的一个特定的版本，这被解读为：法条(法律规范)穷尽了法律的全部内涵，也构成了法律裁判的唯一依据。从微观层面而言，它指的是，法律的适用是一个将事实涵摄于法条之下，即通过逻辑演绎推导出结论的过程。这一过程中无需裁量法条之外的知识、经验与价值判断。从宏观层面而言，它勾勒的是这样一幅图景：法律(法条的集合)是一种自在自为的系统，是一种与人们的生活、感受、行为及其价值观念无关的闭合体系。其他范式(主要是经验法社会学)对法教义学的激烈抨击也在于此。例如邓正来教授就认为，“法条主义”论者所从事的基本工作乃是试图建构一个在概念系统上比较完整、逻辑自恰、传达便利和运用有效的有关各部门法的规则体系。他基于此指出了法条主义的两点缺陷：一是上述观点惟有根据那种“方法论本质主义”，在把那些独立于立法机构而存在的自生自发规则切割掉或者统合进立法之中的前提下方有可能成立。而且这种对立法所做的“方法论本质主义”设定本身，也表明了他们相信理性能够解决法律发展中所存在的全部问题。但这种观点无疑太狭隘。二是法条主义的预设还极容易导致耶林(Jhering)所谓的那种“概念法(理)学”，而这会使法律的发展在适应新的且不断变化的社会与经济环境时蒙遭不适当的限制，因为他们完全忽略了法律与社会、经济、政治乃至人之想象之间的关系。[15] 进而，许多案件的判决(尤其是疑难案件)都不是教义分析的结果，起支配和指导作用的是政治性判断和政策考量。[16] 总而言之，在法教义学的批评者看来，法律体系是一种活的、实践的体系，而不是书面上白字黑字组成的文字体系。裁判者只有运用经验知识(社科知识)和各种价值判断才能恰当地解决个案。

在学说史上的确存在过批评者所刻画的这种法条主义。[17] 它来源于德国的概念法学及美国的法律形式主义(机械法学)。这两个学派都是在近代自然科学思维模式的影响下形成的，它们都力图将自然科学，主要是几何学的基本思维引入法学，希望对法学进行科学化的改

---

〔12〕 *Dreier*, Recht－Moral－Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, 1981, S.72f.

〔13〕 陈妙芬：“Rechtsdogmatik—法律释义学，还是法律信条论?”，《月旦法学杂志》第 58 期。当然，陈妙芬教授更倾向于用“法律信条论”这一称呼。

〔14〕 黄卉：“论法学通说(又名：法条主义者宣言)”，《北大法律评论》第 12 卷第 2 辑。

〔15〕 邓正来，见前注〔9〕，页 17－28。

〔16〕 朱苏力，见前注〔9〕，页 99、109－110。

〔17〕 我们或可称之为“狭义上的法条主义”。当然，将“法条主义”这种称呼保留给这种特定的版本也无不可，也就是将法条主义与法教义学这两个概念区分开来。但也有学者如黄卉的做法是更新法条主义的含义，见前注〔14〕。

造。几何学的基本主张有二:其一,知识的出发点在于某些不证自明的前提,这些前提一般被称为公理或定理;其二,知识来自于从这些前提出发的合乎逻辑(演绎)的推导。就第一点而言,在概念法学看来,法学知识的出发点在于一些法学上的公理或定理,而这些公理或定理凝聚在法学的"概念"(Begriff)之中。不同的概念归属于不同的层级,它们之间能相互组合并推导出下位的概念。〔18〕理想的情形是,把不同的概念结构化为一个金字塔:在金字塔的上端存在少数几个抽象程度高、作为法律体系基础的重要概念(如普赫塔的"自由"),而越往下概念数量越多、抽象程度越低。〔19〕以此将法律概念体系打造为一个近似于公理体系的东西。在德国进入法典化时代(《德国民法典》的制定者们大都经受过概念法学的熏陶)之后,这种不证自明的前提就顺理成章地由"概念"转换为"法典(法条)"。法典(法条)被认为是完美、闭合的体系,能够为一切案件情形提供答案。〔20〕这也就导向了第二点主张。温德沙伊德(Windscheid)的观点就此而言很具有代表性:"判决就是将法律概念(在法典化之后即为法条)作为(数学)因数进行计算的结果;自然,因数值愈确定,计算所得出的结论则必定愈可靠。"〔21〕正因为法律推理的前提是完美而确定的,而推理的方式即演绎又是一种必然性推理,所以推理的结论是唯一正确的。法条主义的称呼也大体产生于此时。

但是情形早已发生变化。利益法学将利益衡量引入法学判断之中并将其作为核心,在此基础上发展起来的评价法学则在立法者未作衡量的"空隙"之处发展出一套评价的程序与方法。〔22〕例如拉伦茨(Larenz)就将法律适用的整个过程划分为法律解释、法律内的法的续造与法律外的法的续造三段,这远远超越了制定法实证主义意义上的"法条主义"。而就宏观层面而言,从利益法学的代表黑克(Heck)将法律体系区分为内部体系(原则的体系)与外部体系(概念的体系),并成为通说之后,法律体系就不再被视为是封闭、静态的系统,而被视为是开放、灵活的体系了。因为原则与价值判断的密切关联性,法律体系就不再只是个语词系统,而更是一个意义的系统了。

法教义学完全赞同上述晚近的理解。在宏观的层面上,它并不认为规范体系是个闭合的系统:规范的意义受到既有的语言使用规则的制约,也受到许多其他因素的影响(目的、发生史、历史、社会、理性等等),从而多少显现出某些不确定的面相(法律解释的必要);规范有时存在空缺、矛盾、言不及义、言过其义等缺失,都需要我们根据某些方法对其进行发展、修正与改造(法的续造)。与此相应,在微观的层面上,在法律适用的过程中对规范以及规范背后的意义进行阐释与发展时,并不排斥对经验事实(社科知识)与价值

〔18〕 参见前期耶林(Jhering)的著名论点:"概念是有生产力的,它们自我配对并产生新的概念"。(*Jhering*, Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklung, Band I, 9.Aufl., 1968, S.29.)

〔19〕 关于概念法学的代表人物普赫塔(Puchta)的"概念金字塔"观念,参见拉伦茨,见前注〔3〕,页 49。

〔20〕 *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Band1, 1892, S.372f.

〔21〕 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Aufl., Band I, 1906, S.110.

〔22〕 *Pawlowski*, Einführung in die Juristische Methodenlehre, 2.Aufl., 2000, S.90f.

判断的运用。黄舒芃教授在《数字会说话?》一文中为我们很好地展现了这一点:[23]我国台湾地区"司法院大法官会议"的某一个解释文涉及对某个条例中一个规则是否"违宪"的判断。该规则规定,曾犯故意杀人、抢劫、抢夺、强盗、恐吓取财等罪,经判决罪行确定者,不准办理营业小客车驾驶人职业登记,这就涉及是否不当侵害"宪法"上的一项基本权利即职业自由。显然,此规定背后所欲追求的目的在于"公共安全"。此时涉及的第一个问题是,该项禁止性规定与提升公共安全之间究竟有无关联、有多大的关联。"大法官"列出了一系列社会学上的统计数据(曾受上述刑事处罚之人危害公共安全的再犯率),并将其判断为社会危险性"低"。此处显然既涉及经验—事实,也涉及价值判断。第二个问题是,此时公共安全与职业自由孰轻孰重,即哪个原则值得优先保护,这又涉及价值判断。[24] 在此,一个涉及禁止营业小客车的宪法学教义学说已经容纳了特定的经验知识和价值判断。

在这种意义上也可以说,法教义学并非不关注经验知识和价值判断,而是致力于将它们"教义化"和"类型化",以至于当今后的司法裁判再次遇到类似问题时只需"中立地"适用教义即可。当然,教义也并非绝对,它依然保留了被案件的特殊情形和价值判断所挑战的可能,挑战如果成功,则会造成教义的变迁。[25] 进而,如果我们主张这些知识和判断必然与社会科学发生联系的话,那么就可以认为,将社会科学带进法教义学的领域,无论就理论模式或社会事实样态而言都是可能的。[26] 德国法社会学者雷宾德尔(Rehbinder)就曾指出,将社会科学引入法教义学的情形主要出现在三个地方:概括性条款和不确定法律概念的具体化、发现法律漏洞时的法律创造、以及目的论解释。[27] 因此可以说,在大量的案件中,运用经验事实(社科知识)和价值判断(政治性判断与政策考量属于价值判断的一种形式)不仅可能,而且是必要的。自由法运动的先驱康特罗维茨(Kantorowicz)就曾不无道理地说过:"没有社会学的教义学是空洞的,而没有教义学的社会学是盲目的"。[28] 因此,法教义学并不排斥对经验事实(社科知识)与价值判断的运用。

---

[23] 参见黄舒芃:"数字会说话?——从大法官释字第584号解释谈事实认定在规范违宪审查中的地位",《中研院法学期刊》第1期。

[24] 这里要指明的是,任何经验—事实的知识最后都要经由论证转化为价值判断。所以,它们只是价值判断的依据,而不是价值判断本身。这里存在着从实然到应然的过渡,也是"数字会说话"一文立论的核心。经验社会学只能提供经验获得的素材,对于法律评价问题本身是无能为力的。相似的观点参见(德)托马斯·莱塞尔:《法社会学基本问题》,王亚飞译,法律出版社2014年版,页89—90。

[25] 对法教义学与价值判断之间关系的仔细梳理可参见许德风,见前注[11],页170。

[26] 刘星教授表达过大体相近的观点。他曾针对中国的法学发展指出,人文社会科学式的法学努力可以被"法条主义"内化为自己话语的出发点,从而让前者成为后者的辅助支撑(参见刘星:"怎样看待中国法学的'法条主义'",《现代法学》2007年第2期)。

[27] *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 3.Aufl., 1993, S.13.

[28] *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie: Ausgewälte Schriften zur Wissenschaftslehre, 1962, S.122.

三、裁判理论 II:法教义学反对什么、主张什么?

(一)三组对立的观点

如果在"社科知识或/与价值判断的不可避免性(以及法律体系的开放性)"这一点上,法教义学与其他法学范式(主要是经验法社会学)并无区别,那么法教义学在裁判理论上的独特主张又是什么呢?本文认为,这可以从三组相互对立的观点中凸显出来。

1.法教义学反对摆脱"法律约束"的要求,主张法律(规范)对于司法裁判的约束作用

经验法社会学的智识来源主要是法律现实主义。在法律现实主义者看来,法在本质上与现实相关联,是从个案到个案发展出来的,因而法官的任务在于通过个案权衡来作出合乎现实的判决。[29] 法律规范往往决定不了裁判结果,它起到的作用无非是事后的正当化而已,或者说给已经作出的裁判披上一层法律的外衣。法官裁判案件的过程通常是先有裁判结果,后找法律规范。真正能对案件裁判起到作用的是大量法外的因素,政治的、经济的、文化的、功利的、个人偏好、情感的等等。这些因素未必会出现在判决书之中,但却是推动裁判的那只看不见的手。所以,令法律现实主义者特别感兴趣的是对事实,尤其是对司法裁判的心理学或社会学基础进行研究。它反对对法条的机械适用,强调案件的社会因素与/或法官的个人因素。这使得法律现实主义理论走向了法官免于法律约束这一逻辑结论。

对现实主义理论进行反驳的一个重要前提是区分法官的内在动机(innere Motivation)与证立(Begründung)。这种区分在法学方法论上也被称为"法的发现"(Rechtsfindung)与"法的证立"(Rechtsbegründung)之间的区分。[30] 前者是法官实际思考、得出判决的过程,后者则明确体现在判决书的论证说理之中。法教义学可以承认在法官实际思考得出判决的过程中充斥着法感和各种各样的法外因素,也不否认从发生学的角度而言的确有可能是这些因素最终引发了法官作出的判决,但同时也还有以下两项独特主张:

其一,在司法裁判中,法的发现与法的证立这两个层面可以相对分离。判决实际上是如何做出的和判决如何进行论证说理是两个完全不同的问题,这类似于科学哲学上所说的心理与逻辑的二分。直觉、偏见和价值这些因素很可能影响到法官就法律问题做出判决的过程,但所有这些均属于发现的过程,它们至多只是使裁判程序开始的因素,但却不是最终使得裁判成立的依据。法官可以基于个人的价值做出裁判,但这样做的前提是这种价值也能够为理性的他人所接受,为此就必须进行充分的法律说理和论证。因此,司法决定的客观性依赖于司法证立的过程,即法官支持自己的结论时所给出的"合理化"。关键的问题在于所给出的理由对于确

〔29〕 这种观点,例如,参见(美)本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆 2002 年版,页 150。

〔30〕 详细论证参见焦宝乾:"法的发现与证立",《法学研究》2005 年第 5 期。

立结论是否合适，而不在它们是不是预感、偏见或个人价值前提的产物。[31] 对此，科赫(Koch)和吕斯曼(Rüßmann)曾一言以蔽之："可疑的动机不会使得好的理由变坏，而高尚的动机也不会使得坏的理由变好。"[32]

其二，相比于法的发现层面，司法裁判更应关注的是法的证立层面。正如颜厥安教授所言，司法裁判的重点在于是否充分而完整地进行对法学判断之证立，而不在于这个裁判事实上是透过何种过程发现的。经验也显示，一个法学上之判断，往往先有结论，再找理由，这些结论也常常是透过直觉产生。但是只要这个结论可以经由逻辑严谨的步骤加以证立，当初这个结论是如何产生的就并不重要。[33] 也就是说，一个判决实际上是如何产生的并不那么重要。这是因为，一方面，发生学上的说明(因果关系)往往有多种可能，我们常常无法来判定究竟是哪一个因素实际上促发了裁判；另一方面，这些因素往往与法官的真实思维活动联系在一起，而对于这种裁判的"内在层面"是无法进行有效的规范控制、检验和评价的。因此，司法裁判如想合理化，只能在"外在层面"进行评判和检讨。就此而言，如何组织论证说理、如何产生为裁判活动的参与者与受众所能接受的结论，才是司法裁判所应关注的重心。正如有学者认为的那样，理性可接受性(rational acceptability)应被视为法教义学的规制性和构成性原则。[34] 而这一点只有在法的证立的层面上才能最大程度地实现。法官之所以在认可多元化的裁判要素的同时依然可以受到法律的约束，就是因为能够得到控制的不是法官的思维过程，而是他对判决的外在证立。这意味着，受约束的不是法官是如何想的，而是他在判决书中是如何说的。[35]

2.法教义学反对过度夸大法律的不确定性，主张司法裁判的法律(规范)属性

反对法教义学的论者当然可以在承认法的发现与证立之二分的同时，继续主张说：即使在法的证立层面上，法官也往往需要依赖于法律之外的那些社会因素来进行说理和论证，因为法律是不确定的，它本身并没有固定的含义，因此往往无法作为裁判的充分理由。这一点在疑难案件的裁判中体现得尤其明显，因为一大部分疑难案件都是由法律规则的缺陷所引起的。[36] 疑难案件虽然数量不多，但却是裁判的核心，也是作为职业和学科的法律实践的核心。如果说在这个核心领域法律是不确定的话，那么我们难以说法律能对法官的说理论证起到决定作用，从而法律约束的要求也发挥不了作用。

法教义学承认法律的不确定性和法律规则的缺陷，也承认法官在此时需要从事续造活动，

---

[31] Martin P. Golding, "Discovery and justification in science and law", in Aleksander Peczenik et al. eds., *Theory of legal science*, D.reidel publishing company, 1984, p.113.

[32] *Koch* und *Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S.1.

[33] 颜厥安，见前注[6]，页 152。

[34] See Jyrki Uusitalo, Legal Dogmatics and the Concept of a Scientific Revolution, in: Zenon Bankowski ed., *Revolutions in Law and Legal Thought*, Aberdeen University Press, 1991, p.120.

[35] Vgl. *Shu－Perng Hwang*, Vom Wesen der richterlischen Rechtsanwendung. Eine Überlegung zur Freirechtsbewegung, Rechtstheorie 37 (2006), 221.

[36] 一般而言，法律规则的缺陷可以分为四类：模糊规则、漏洞规则/空白规则、冲突规则、不良规则。参见季涛："论疑难案件的界定标准"，《浙江社会科学》2004 年第 5 期。

但同时主张这并不影响司法裁判和论证活动的法律属性。首先是因为，为了弥补法律的不确定性和缺陷而进行的续造活动发生的场所是法律论证场域。法律论证与裁判相伴而生，它使得疑难案件的抉择有其特有的法律性质。正是裁判的结果与特殊论证场域的特殊论证方式相关联，才使得决定具有该场域特有的属性。波舍(Poscher)曾详细列举了法律论证场域四个方面的特殊性，即具有历史性和回顾性的向度(遵循先例、先前的立法行为、成文法的历史目的或立法者的历史意图等)、强调论证的一致性、路径依赖和拥有某些特有的论证方式。〔37〕这会导致如下结果：第一，即使法律不确定，法律论证场域也不会容纳全部可能的裁判，因为并非每一项政治的或道德的可能决定都能获得教义学上有效论证方式的支持。第二，即使在疑难案件中，对各种有效法律论证的抉择有时也无需由法律之外的考量或者标准来指导。虽然导向不同结果的论证方式在一般意义上是开放的，但对于必须做出决定的法官来说却并非如此，因为他要考虑到先前裁判的存在以及法律论证一致性的要求。第三，即使法律不确定，且法律论证场域的限制、先前的裁决或教义学都不能确定选择，裁判仍然是特殊的法律裁判，因为它是在法律论证场域内做出的裁决，由此天然地服从该场域在论证和裁判上的路径依赖效应，又天然地对该场域做出承诺。〔38〕因此，法律论证场域具有的教义学结构不同于政治论证场域或经济论证场域，这使得法律论证与政治、经济、道德之间保持了一定的距离。在这一场域中，无论是简单案件还是疑难案件的裁判都是法律裁判。

其次，需要区分裁判的依据与裁判的理由。在宽泛的意义上，裁判的理由指的是法律论证活动中的一切直接或间接地用以支持裁判结论的论据。但从性质上讲，裁判的理由可以分为两类：一类是实质理由，一类是权威理由。实质理由是一种通过其内容来支持某个法律论断的理由，它的支持力完全取决于内容——可以是有关道德的、经济的、政治的。权威理由是因其他条件而非其内容来支持某个法律论断的理由，这些条件中最重要的是“来源”。〔39〕在法律论证中，法的渊源是最重要的权威理由。当我们去问一个判决的内容为何有约束力时，通常的回答是“因为某个制定法就是这样规定的”、“因为某个先例已经确立了这种做法”或者“因为我们的习惯法要求这样做”。在这种意义上，可以说司法裁判必须是基于来源的。法律论证具有典型的权威论证的性质，而法律渊源作为权威理由也可以被称为裁判的依据。当然，这并不是说实质理由或者法外的因素不会影响裁判的证立。在疑难案件的判决书中，我们经常会发现运用大量的法外理由来进行说理和论证的情形。但是，这种说理和论证必须在法律渊源或法律制度的框架内进行。政治的、经济的、道德的因素即使可以进入司法裁判与论证之中，也必须借由法律本身的“渠道”来进行。正是在此意义上，阿列克西主张法律论证是普遍实践论证的一种“特殊情形”(special case)：一方面，它并不排斥普遍实践论证的各种形式(包括实用主义论证)，甚至主张这些论证在各个层面上都与法律论证衔接在一起；但另一方面，它要求裁判

〔37〕 具体参见(德)拉尔夫·波舍：“裁判理论的普遍谬误：为法教义学辩护”，隋愿译，《清华法学》2012 年第 4 期。

〔38〕 同上注，页 112－113。

〔39〕 See Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp.313－315.

结果必须在现行有效的法秩序框架内(由制定法、先例、习惯法、教义等构成)与基础上做出。[40] 因此,实用主义哲学与法教义学并非不能兼容,但它和自身不受任何限制的实用主义哲学存在本质差别,因为它的理性思考结果必须能够再回到法条上来。而这正是法教义学的教义性。[41]

以法律漏洞为例,法律漏洞可分为部分漏洞与全部漏洞,制定法已有规定但不完全的是部分漏洞,而制定法全未规定的是全部漏洞(也叫立法空白)。[42] 毋庸置疑,无论在哪种漏洞的情况下,法官填补漏洞时,都必须要考量时下的需要、在民众中占统治地位的观念、个案的利益状况及其典型的社会学结构,从而将这些新的规范整合进制定法所追求的目的之中。[43] 但是,在部分漏洞的情形中,即使是不完全的制定法规定依然发挥着两种作用:一是起着指示性的功能,即指示法官去发现符合制定法目的的法外要素;二是制定法构成了司法裁判的界限,或者说法官活动所不得逾越的下限(Untergrenze)。[44] 这意味着,法官在进行论证时必须表明,他的判决依然处于制定法的界限之内,尽管他在填补漏洞的实际过程中运用了很大的裁量权。虽然法律适用不再被视为单纯的逻辑涵摄,制定法也可能不再是事实上的判决基础,但它却是法官进行合目的性的个案裁判活动的下限。漏洞填补意味着基于制定法合乎实际地解决具体案件。就此而言,法官所作出的符合实际的判决依然是根据制定法进行的,因此依然受到制定法的约束。在全部漏洞的情形中,情形同样如此。当出现立法空白时,法官可能考虑用以填补空白的途径有两个:一是在制定法内去寻找填补漏洞的规范依据,二是在制定法外的其他法源中去寻找规范依据。前者最典型的情形有类推与法律原则的具体化。类推是在当下案件无可直接适用的法律规则时去找一条规定了相似案件类型的规则,将后者的法律后果适用于当下案件。类推虽然从效果上看是扩张了规则的适用范围,从而产生了一条新的规则,但其依据依然在于既有的制定法规则本身。同样,有时当案件无规则可循时,也可以考虑将某个抽象的法律原则(例如"公序良俗")予以具体化来为案件提供答案,虽然在具体化的过程中不可避免会有法外因素的介入(填充"公序良俗"的实质内容),但在法律论证中作为裁判结论之依据的依然是法律原则本身。至于寻找其他法源(先例、习惯法、教义等)中的规范依据,由于其他法源同样构成了现行法秩序的一部分,所以尽管这种活动在制定法外进行,但却依然具有"法律"的属性。[45] 由于现行法律渊源与有效的法律制度本身构成了任何裁判活动不可挣脱的"枷锁",所以从裁判依据的角度来说,无论是简单案件还是疑难案件都是法律"决定"司法裁

---

〔40〕 参见(德)罗伯特·阿列克西:"特殊情形命题",载氏著:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社 2012 年版,页 78—79。

〔41〕 参见(德)沃尔福冈·弗里希:"法教义学对刑法发展的意义",赵书鸿译,《比较法研究》2012 年第 1 期。

〔42〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,页 430。

〔43〕 *Kantorowicz*, Methodenreform und Justizreform, Deutsche Richterzeitung 3(1911), 353.

〔44〕 Shu—Perng Hwang, *Supra* note 35, at 228—229.

〔45〕 "法律"属性的另一个表现在于,即使在其他法源中寻找规范依据,所找到的依据也不得与制定法的明文规定及其目的相悖。这是现代社会立法优位的体现。

判。法外的因素在裁判过程中只是扮演了裁判的实质理由的角色。

3.法教义学反对轻视规范文义的倾向，主张认真对待文本本身

现代社会之于法律的一个态度在于认为，法律不仅仅是概念、文义和语词的体系，更是价值、目的和意义的体系。司法裁判活动并不是僵化地适用概念、文义和语词的过程，而更应是一个发掘和主张价值、目的和意义的过程。因此，既然法律本身服务于社会和社会实践，法官就应当在法律的“语词”之外去发现“意义”，辞穷之处去证明未言明的“客观的社会目的”。〔46〕法教义学之所以有时会被人自觉或不自觉地贴上“法律形式主义”、“概念法学”、“法条主义”这类标签，就是因为在某些反对论者看来，法教义学过于“狭隘地”专注于法律文本却不顾及文本背后的目的、意义与价值，以至于常常会导致“荒谬”的结论。对于这种误解以及价值判断的重要性，前文已有论述。法学方法论中的目的解释、体系解释（融贯性解释）、目的论扩张、目的论限缩、类比推理、当然推理等诸多方法在脱离法律本文背后的目的、意义与价值的前提下也根本无法运用。

但另一方面，法教义学确实主张“认真对待文本和语词”（taking text and words seriously）。正如美国法学家肖尔（Schauer）所言，法律主要由规则构成，而规则的主要特征在于（正是这一特征使得它们成为规则）规则“说出来”的东西非常重要。因为规则运用的关键因素在于规则的话语，即使规则的话语有时看起来是错的或者与规则背后的正当化依据（backgroundjustification）不一致，即使服从规则在某些场合会产生糟糕的结果。〔47〕因为法律论证所要求得出的那个结论未必就一定是对实质理由进行通盘考量之后的那个最佳结论。例如，在美国的一个著名案例 United States v. Locke 案中，〔48〕土地管理局拒绝了一份土地变更申请，理由是这份申请是在 1982 年 12 月 31 日当天递交的，而相关法律规定这类申请应当在每年的“12 月 31 日之前”递交。虽然对于法院和任何普通人而言法律文本明显有误，议会真正想说的应该是“12 月 31 日当天及之前”，但最高法院的六位大法官认定土地管理局的做法并无问题。对于这一判决，某些持实用主义立场的学者认为它重视规则的实际用语到了极端荒谬的地步，〔49〕但六位大法官认为需严格贯彻“12 月 31 日之前”这条规则的字面意思的态度本身就说明，规则之所以具有“规则性”（ruleness），很大程度上恰恰系于规则的语词而不是其目的。重视规则的语词并不意味着忽视价值、目的和意义，相反，认真对待文本和语词恰恰是追求另一类价值的体现，即法的安定性和可预测性的价值。法的安定性和可预测性对于现代法治的重要意义不言而喻，而能承载起这类价值的只能是法律文本和语词本身，因为对于社会公众而言，经颁布而成为其行为准则的仅仅是法律文本和语词本身。同时，法的安定性价值的背后亦耸立着“权力分立”的政治价值。在 United States v. Locke 案的法官看来，洛克先生的主

〔46〕 参见庞德对于法律的定义：“法律是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制。”（（美）罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆 2008 年版，页 20）。

〔47〕 See Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer*, Harvard University Press, 2009, pp.17－18.

〔48〕 471 U.S. 84 (1985).

〔49〕 Richard Posner, “Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution”, 37 *Case Western Reserve Law Review* 179 (1986).

张本身的对错并不那么重要，重要的是一个更大的问题，即最高法院能否改写有明显错误的联邦制定法。法治与人治的一个根本差别在于前者对不受控制的个人判断（哪怕是来自于高度专家化的法官）保持高度警惕。所以，虽然有时适用一个清晰但会导致（法官看来是）错误的规则好像不太公正，但要求法官去遵从一个（他认为是）错误的规则恰好是法律的要求。[50] 由于这些价值涉及的是法律（立法）的功能和权限问题，因而不同于各种实质价值（它们往往被统合在"个案正义"的名义之下），可以被称为"形式价值"。当然，这并不是说规则的语词和文本应当无条件地得到坚守，法教义学并不否认在某些情形下为实现个案正义可以偏离语词和文本，但此时法官必须进行"特别证立"（special justification）。他必须同时证明，偏离行为不仅在个案中实现了实质正义，而且实质正义的重要性是如此之大，以至于即使偏离立法明文也在所不惜。这里需要平衡实质价值与形式价值，或者说个案的实质正确性与形式正确性。[51] 所以，即使规则的语词和文本不是终止之语（the last word），它也总是初始之言（the first word）。因此，要理解法律和司法裁判，就要理解：被写下的法律文本本身就是重要的，它不仅仅是通往其背后的实质价值的透明玻璃窗。

（二）小结：法律事业的内在态度

至此，我们可以总结认为，在司法裁判领域，反对教义学的基本主张在于：法律规范并不比法外因素（主要是各种社会因素）更重要，甚至比法外因素更不重要。主要是这些法外因素及其反映出来的实质价值判断，引导着裁判结果的得出，充斥着司法论证的过程。相反，法教义学的基本立场则在于反对将法律规范降低到与别的因素相同的地位，主张法律规范的主体地位。它并不反对将法外因素引入教义学的论证之中，但是它主张裁判过程对这些因素的吸纳都必须以法律规范为基础，即将法律规范作为证立法律主张或裁判结论的依据、框架和基础。所以，我们可以将前述法条主义的主张改造为法教义学的如下基本主张：①"从规范中来"改为首先以规范为解决问题的出发点；②"到规范中去"改为最终以规范作为证立的依据。而在这两者之间的空间中，可以经验事实与价值判断来填充。[52] 当然，此处尚有两点需要强调：其一，这里所说的"规范"当在广义上来理解：它不仅包括制定法规范（立法的产物），也包括判例

---

〔50〕 Frederick Schauer, *Supra* note 47, at 10.

〔51〕 在拉德布鲁赫（Radbruch）的法哲学里，实质正确性与形式正确性分别被称为"正义"与"法的安定性"（*Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 8.Aufl., hrsg. von Erik Wolf und Hans－Peter Schneider, 1973, S.142.）。阿列克西（Alexy）将两者的平衡称为二阶正确性（[Richtigkeit zweiter Stufe], Vgl. *Alexy*, Rechtssicherheit und Richtigkeit, in: Gerloch/ Tryzna/ Wintre(Hrsg.), Methodologie Interpretace Práva A Právní Jistota, 2012, S.378, 383.）。

〔52〕 当然，这些经验事实的运用与价值判断是否应该/能够被理性化，这种理性化是否属于法学的任务，对于这些问题同样有不同的观点：根据纯粹法学者凯尔森的观点，这些显然不属于法学的任务，凯尔森从根本上否认存在什么法律解释的方法，而只认为其是一种规范框架内的意志活动，而意志活动不属于法律科学的研究对象。而根据评价法学者的观点，对它们进行理性化的规训当然是必要的，也在很大程度上是可能的，法学方法论要做的就是这样的工作。当代法教义学坚持的是后一种主张。另外要指明的是，纯粹法学主张的并不是法律本身的纯粹性，而是法学研究的纯粹性：保持中立，不去触碰价值判断和经验知识。它并不反对法律实践中会涉及这些因素。

法规范(司法的产物)和习惯法规范(传统的产物);不仅包括法律规则,也包括法律原则。所以,当法教义学主张以法律规范为核心时,并不像某些反对者所认为的那样限于制定法规则。其二,在裁判说理过程中,经验知识与价值判断必须予以"转译",也就是以法律的概念与法律场域的游戏规则来进行"编码转化",从而承担起"裁判理由"的角色,参与到司法裁判和法律论证的过程中来。因为法教义学是按照法律自有的标准处理法律的。它的概念和规制模式彼此固定化,虽然是通过交互关系、补充和替代可能性,以及一个特别的概念和规则的交流系统来实现的。这一系统使法教义学能够克服社会现实的复杂性和偶然性,并采取一种以此为目的的既稳定又灵活的方式。法教义学的任务,是"在其具体领域内操作性地以法学方法处理正义问题"。〔53〕〔54〕

综上,如果将法教义学在裁判理论上的基本立场简化为一句话,那就是,认真对待法律规范(taking legal norms seriously)。以法律规范为司法裁判的依据、框架和基础寓含着一种关于法律事业的内在态度;而否认这一点的法学范式则大体持一种关于法律事业的外在态度。结合上一部分的观点,我们可以借助两位美国学者所绘的一张图来说明法教义学和其他法学范式之间的关系:〔55〕

研究者使用的材料与方法 / 研究者采取的观点与态度	运用内在于传统法律实践的材料与方法来研究和决定法律问题	运用外在于传统法律实践的材料与方法来研究和决定法律问题
关于法律事业的内在态度	1	2
关于法律事业的外在态度		3

很显然,方格 1 是反对论者所批评的法条主义的态度与方法。方格 2 与方格 3 都反映了法学与其他学科交融后的结果,但两者的区别在于,表格 2 指的是在法律规范的框架中,运用

〔53〕 Vgl. *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S.22, 16, 50.

〔54〕 这后一点实际上蕴含着法教义学的两个基本主张:第一,主张法律推理的"论证模式"(Argumentations－modell)。与论证模式相对的是"认知模式"(Erkenntnismodell)与"决断模式"(Dezionsmodell)。认知模式认为司法裁判是对法律规范之意义进行纯粹认知的过程(以演绎为工具),决断模式认为司法裁判本质上是法官的"意志行为"。而论证模式则主张司法裁判采取一种"中间道路",既非纯粹的演绎也非纯粹的决断,而是在法律规范的基础上和框架内所进行的理性说理和论证活动(三种模式的区分参见 Alexy, *Supra* note 51, at 390.)。第二,主张法律系统的认知开放与运作封闭。法律系统绝非与生活世界及其其他社会系统相互隔绝,而是可以充分学习和吸纳经验、价值与意义;但另一方面,法律系统作为社会系统之一种,其成分和程式在一个循环流转于系统内部的过程中持续运作,获得自我复制和内在的进化(参见 *Luhmann*, Soziale Systeme, 1984, S.60ff.;关于法律系统之运作封闭性,也可参见(德)尼可拉斯·鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,台湾五南图书出版有限公司 2009 年版,页 64)。

〔55〕 See Jack M. Balkin and Sanford Levinson, "Law and Humanities: An Uneasy Relationship", 18 *Yale Journal of Law & the Humanities* 164 (2006).

传统法律实践之外的其他材料与方法来解答法律实践问题，而表格 3 则意味着完全以其他研究领域为视角来审视评判法律问题。左下角空白方格的态度不可能出现，因为既然要以其他领域的姿态来研究法律问题，就不可能在材料与方法上局限于传统法律实践的范围。当代的法教义学是方格 1 与方格 2 的结合，它既要运用传统法律实践的材料与方法，也要运用其他学科的材料与方法，两者一起服务于规范性实践的目的。这意味着当代法教义学已不再限于狭义的法条主义的资料与方法，而包容了更为多元化的要素。但是，法教义学对于法律事业的态度一定是内在的，这是它有别于其他法学范式的根本之处。正如芬兰学者阿尔尼奥(Aarnio)所言："其他法学范式固有其自身的价值，但它们相对于法教义学而言都只是信息来源(sources of information)。法社会学确实能提供有助于理解社会的信息，但对于法教义学而言，它最多只能作为一种实践论证(practical arguments)的来源，即在法律推理中被用来支持结论。"〔56〕德国法社会学者莱塞尔(Raiser)也观察到，法社会学自 20 世纪初诞生以来始终承担的是一种补充性功能。〔57〕它弥补了传统法教义学或法条主义的不足与空白，但并没有，也不能推翻法律规范及其适用的基本框架。

当然，法教义学关于法律事业的内在态度不仅仅体现在它在裁判理论上的基本立场，同样也体现在它在法概念论和法学理论上的基本立场，甚至这后两个方面是造成教义学与其他范式分歧的更深刻的根源。下文就将分别论述这两个方面。

四、法概念论：法教义学反对什么、主张什么？

法概念论的核心涉及的是"法律是什么"或"法律的本质(性质)是什么？"这一问题。这一问题也构成了当代法律实证主义与非实证主义(自然法学)两大阵营对立的试金石。法教义学并不必然要在这两大阵营之间选择站队。〔58〕所以，特定的法教义学者可以持任何一种"强的"概念论立场，无论是惯习理论、〔59〕制度理论、〔60〕权威理论〔61〕还是共同善理论、〔62〕内在

〔56〕 Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer, 2011, p.19.

〔57〕 莱塞尔，见前注〔24〕，页 126。

〔58〕 将法教义学与法律实证主义(很多情况下其实是与之并不相同的"制定法实证主义"，只是某些反对者并没有意识到这种裁判理论上的方法论阵营与法概念论上的阵营间的区别)联系在一起，是反对者对法教义学的另一个误解。这或许与前文所提到的那个误解相关：在近代法教义学发展的初级阶段(概念法学)的教义学者大多是实证主义者。但法教义学并不预设任何强的法概念论立场，可以作为例证的是，当代德国著名宪法教义学者罗伯特·阿列克西在法概念论上就是位非实证主义者。

〔59〕 (英)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；(美)安德雷·马默：《社会惯习——从语言到法律》，程朝阳译，中国政法大学出版社 2013 年版。

〔60〕 (英)尼尔·麦考密克、(奥)奥塔·魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社 2004 年版。

〔61〕 (英)约瑟夫·拉兹：《法律的权威》，朱峰译，法律出版社 2005 年版。

〔62〕 (英)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。

道德论、[63]双重本质论[64]都与法教义学相容。但是，法教义学在法概念论上确实预设了一种佩策尼克(Peczenik)所说的“弱理论”(weak theory)，[65]也就是一种“弱的”概念论立场。本文接下去就将以对比的方式来阐明这种弱的概念论立场。

(一)法教义学反对的法概念论立场

总的来说，在概念论层面上，法教义学所反对的是这样两个命题，而它们正好分别构成了其他两种法学范式的核心方法论主张。一个命题是“事实还原命题”(fact reduction thesis)。这是经验法社会学的内在主张。经验法社会学或许并没有明确的所指，它只是指明了一种将法学置于大社会科学的视野之下，以社会科学知识来取代规范中心主义，或以法社会学为法学研究正朔的态度。但在方法论的层面上，它运用的多为经验－实证主义方法(社会调查、观察、数据统计、分析等定量和微观的研究)。[66]

经验法社会学研究的核心是人们的行为及其规律性。在社会学的视野中，行为是一种外在事实。因而它所要做的，其实是将法律及其现象还原为一种外在的事实，而外在事实是可以通过经验－实证的方法来进行描述与分析的。因此，经验法社会学对于某种纠纷的实际展开过程、对于某个制度的实际运用尤其感兴趣，认为可以从中揭示出某种超越于规范本身的“真实社会结构”。例如描述一起“炕上开庭”的场景，包括对其中所涉及人物的座位安排、话语策略、神情姿态等细节的描述，进行微观的权力－政治结构或行动剖析。[67] 当然，经验法社会学也未必完全局限于描述和分析，有时也会提出一些“启示或建议”。但这些启示或建议往往指向法律制度的失灵或盲视，而造成这一结果的原因则是“不适应现实或与现实不符”。因此，要么法律需要被修改以适应现实(较为温和的反规范论主张)，要么法律在社会行动或国家治理中压根起不到多大作用，至多只是用以解决问题的备选手段之一(较为激进的反规范论主张)。[68] 其背后的基础在于一种实用主义逻辑：有用即真理，能解决社会问题和纠纷就好。

---

〔63〕 (美)朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版。

〔64〕 (德)罗伯特·阿列克西：《法概念与法效力》，王鹏翔译，台湾五南图书出版股份有限公司 2013 年版。

〔65〕 Alexander Peczenik, *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as Source of Law*, Springer, 2005, p.80.

〔66〕 当然，在经验社会学之外，尚有理论社会学的研究。而且在我国也不乏有以韦伯、卢曼、托伊布纳等社会学家为楷模来进行的法律社会学研究。但相对来说目前影响较大还是经验性的法律社会学研究。所以这里所说反对的“事实还原命题”只是反对将法律还原为经验事实，而并不从整体上反对“法律是一种社会事实(制度性事实)”这种法律实证主义式的强概念论主张。至于法教义学与理论法社会学的关系，是个很有意思的主题。有学者认为，两者至少具有“家族相似性”：社会科学研究作为既存现象的社会，而法教义学的核心任务在于对人际关系得以法律化的联结方式(即规范)进行解释，在这种意义上是对法律这种社会现象的研究(Aulis Aarnio, *Supra* note 56, at 33.)。对此本文保持开放讨论的余地。

〔67〕 参见强世功：《法制与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社 2003 年版，页 193。

〔68〕 从这个角度而言，经验法社会学并不是必然不提出规范性主张，而是说这种规范性主张是法律之外的(政治、伦理等)的规范性主张。

至于手段是什么并不重要，政策、习惯、潜规则、土办法、人情、甚至江湖黑道的招数，只要能解决问题，服务于那个最终的目标，无论是否与现行法律相悖，都可以用。法律被认为只具有一种工具性价值，随时可以被放弃，或者在好一点的情况下（其实更坏？）被各种现实的社会资源误释和误用。由于关注于事实层面的考察，而事实必然具有差异性、偶然性（不同时空环境下同一手段的效果不同），因此经验法社会学又通常倾向于“语境论”，〔69〕其得出的结论也往往带有“多重让步状语从句”〔70〕的色彩，甚至强调要关注的是自身的描述与分析方法，而不是其结论，最终呈现出一种“理论的反理论”倾向。因为任何理论都呈现出一种普遍性的倾向，经验所具有的恰恰是特殊性，因此这是经验法社会学必然的后果。

究其原因，经验法社会学认为，法律是行为（经验事实或者说外在事实）的整体而非规则的整体，是实然而非应然，法律是通过人们的现实行为（包括法官的行为）被创制出来的。对此，我们可以借用德国自由法运动先驱康特洛维茨（Kantorowicz）对现实主义法学的批评来指明经验法社会学在法概念论上的两个偏见。一个是“形式主义偏见”，即认为在法条主义（法教义学）那里，法律仅由正式法（形式规则）组成。但它没有认识到，法教义学同样不否认社会中存在许多“未表述出来的大前提”，但它们也必须是一般性的，即是法律规范。这点前文已有交代。另一个是“社会学偏见”，即认为制度的存在有赖于人们以特定方式行为这一事实，因而研究制度主要在于进行社会学观察。但法教义学认为，对社会现象的研究不能脱离开对调整着这些现象的规范的考量。正是因为有了这些规范，不同性质的社会现象才得以区分。因此法社会学方法不能脱离规范性因素，也要考察社会行为背后的规范。〔71〕

从根子上说，经验法社会学对法律事业采用的是一种外在态度，缺乏对法律这种独特事物的独特属性的关注。这种独特属性，用凯尔森（Kelsen）的话来说就是“规范”，用哈特（Hart）的话来说就是“规则”。从哈特的理论来看，法律这种事物是与“（社会）规则”相关的。（社会）规则有两个面相：在外在面相上，它呈现为一种社会实践或者说人们行为的规律性，这是外在事实的层面；在内在面相上，它呈现为一种人们的批评性反思，而将这种反思达到持续的社会压力的地步时，就会导致义务的产生，就此而言这属于内在的规范性态度的层面。〔72〕也可以说，它在外在面相是个“是”（is），而在内在面相上是个“应当”（ought）。用凯尔森的话来说，规范的存在是事实（is）问题，而其内容是应当（ought）的问题。法律之所以和外在事实不同，最根本之处还在于应当的这个属性。应当与是的

〔69〕 参见苏力：“语境论”，载苏力：《也许正在发生：转型中国的法学》，法律出版社 2004 年版，页 235－236。

〔70〕 冯威：“法律规范性命题在中国的际遇——以对苏联‘维辛斯基法学’的五组观察为切入点”，载《“中国：再认识”》（第二届新法学·青年论坛论文集），2012 年 9 月，页 105。

〔71〕 See Hermann Kantorowicz, “Some Rationalism about Realism”, 43 *Yale Law Review* 1244－1247 (1934).

〔72〕 See H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1994, pp.86－87.

分离是现代哲学的根基。所以，某事实存在并不能推导出它应当如此。经验法社会学在概念方法论上最大的问题也在于此，它从对外在事实的描述与分析中直接推导出应该做，或者用事实层面的东西来证明规范层面的东西。最明显的例子就是对“实效”(efficacy)与“效力(有效性)”(validity)这两个概念的混淆。〔73〕所以他们会从某种采取非法措施导致问题被解决这个事实出发认为这种手段是有效的，也会从法律失灵(没有实效)这一事实出发认为法律无效(例如从很多人不遵守交通规则推导出交通法规无效或失效)。正因为只关注事实这个外在面相，所以经验法社会学采取了一种极端外在的研究姿态，即观察、描述、分析并进行规律性的总结。而这种做法，恰恰是错失重点的。这种做法，是社会学的典型做法，却不是法学的做法。

法教义学所反对的另一个命题是“价值还原命题”(value reduction thesis)。这是本文暂且称为“价值法学”的共同主张。与经验法社会学相比，这里所称的“价值法学”更不是一个严格的学术称呼，它包含了有的学者依据中国法学学说史的顺序概括出来的相继出现的两个学派，即“政法法学”和“权利本位学派”(当然，也有论者指出后者其实与前者一脉相承，应被视为前者的发展)。〔74〕政法法学与权利本位论的称呼只是分别指明了以特定的政治意识形态来指导法学研究以及以某种特定的理论主张来引导法学研究的倾向，它们并不是方法论层面的称呼。在方法论层面，它们都呈现出某种预设的(广义上的)价值判断先行的定性和宏观研究，既不注重经验实证、也不注重逻辑实证的研究。

与经验法社会学相反，价值法学走向了另一个极端。它将法律首先理解为一种理念(意识形态)，认为法学的首要任务在于树立特定的价值标杆(无论是马克思主义式的还是西方自由主义式的)。只要弄清楚了这件大事，其他一切都只是操作的问题。所以他们倾向于宏大叙事和理念之争，诸如我国学界在解禁之初所出现的几场大争论，如“法的阶级性与社会性”、“人治与法治”、“权利本位与义务本位”等，都是在价值法学之内进行的争论。这样的研究在当时有其重要的意义，尤其是在价值倾向尚存在重大分歧、实在法律制度又尚不完善的年代，可以说为中国法学的发展起到了披荆斩棘的开路作用。但今天的情形早已不同，当然这只是背景变迁方面的原因，不足以构成对价值法学的充分反对。价值法学在研究姿态上存在的最大问题还是在于采取一种外在的视角，只不过这种“外在”指的是一种外在于规范的价值科学的研究，而不是事实科学的研究。与经验科学正好相反，它忽略了法律(规范)亦有实证的面相，忽略了实在法作为既定的存在构成了法学思考的前提及与别种思考的区别(法学是“戴着镣铐跳舞”!)。在方法论的层面上，它试图以一种价值的诉求来取代规范的研究，用“好的”来消解“应

〔73〕 具体区分参见(奥)凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，页 31。

〔74〕 “政法法学”的称谓首见于苏力，见前注〔69〕，页 3 以下；“权利本位学派”的称呼则首见于张文显、于宁：“当代中国法哲学研究范式的转换——从阶级斗争范式到权利本位范式”，《中国法学》2001 年第 1 期。

当",或者从"好的"推导出"应当",或者将两者完全等同起来。[75] 这种做法实际上抹杀了法律(规范)与道德(规范)之间的差异。就道德(规范)而言,并不存在规范性与评价性之间的缝隙,也就是说从道德的角度而言,一件事在道德上是好的就足以构成去做这件事的理由(好的就是应当做的)。但是法律(规范)在某种程度上的确具有拉兹(Raz)所说的"不透明性"(opaqueness),即在法律的规范性与评价性之间存在着缝隙。[76] 也就是说,从法律的角度而言,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(好的未必就一定是应当去做的)。这种缝隙来自源于法律的权威性或者社会实践的面相。当然,从法教义学的角度而言,这类缝隙并不是绝对不可跨越,而是说必须要考虑到跨越的难度和为此承担的论证负担(见前文"认真对待语词和文本"部分)。所以,价值法学其实忽视了一般意义上的伦理学(政治哲学是其一部分)和法学在研究对象上的不同,尽管笔者并不否认法理学其实也是伦理学(政治哲学)的一部分。

总之,事实还原论与价值还原论试图分别用"行为(经验事实)"或"价值"的范畴去阐释法律,但法律的属性恰恰与既有别于事实也有别于价值的"规范"范畴相联系。[77] 规范既与事实相关,也与价值相关,但却独立于这两者。它的存在是一种社会事实(不同于"经验事实"!),它的内容与一定的价值和理念追求相关,但它本身却是一种规范。或如德国法学家拉德布鲁赫(Radbruch)所言,法律是一种服务于法理念的现实。[78] 经验法社会学与价值法学都没有看到这一点,它们都采取了对于法律事业的外在姿态。

(二)法教义学主张的法概念论立场

其实通过上文已然明了,法教义学主张的基本立场是:法律是一种规范或者说具有规范性的事物。除此之外,它并不主张更多的东西。因此法教义学背后之法哲学的核心议题或者说范畴即规范性(normativity)。至于在规范性之外,法律是否还拥有别的必然特征(essential feature),[79]则与法教义学的基本立场无关。法教义学的研究是以规范性这个概念为核心的。因为对于法学领域的基本概念(如权利、义务等)与基本原理(如权利与义务的关系),法教义学都是从规范性的视角去分析与处理的。那么,规范性究竟意味着什么?这涉及到对"规范

---

[75] 例如权利本位论的首倡者张文显教授用以证明权利与义务相比更为根本的思路,就是从许多个应当的理由推导出"权利是法律的本位"的结论。当然,张教授一般都将自己认为"应当如何"的观点在表述上写作"是如何的"。参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社 2006 年版,页 427。

[76] See Joseph Raz, "Reasoning with Rules", in his *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p.211.

[77] 参见凯尔森对于"法律与道德"(规范与价值)、"法律与自然"(规范与事实)之间区分的论述(Vgl. *Keslen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1.Auflage 1934, Hg.v. Matthias Jestaedt, 2008, S.15f, 25f.)。

[78] Radbruch, *Supra* note 51, at 119.

[79] 当代法概念论争议的焦点之一即是"什么是法律的必要特征"这一问题。实证主义者认为只有事实的面向才属于法律的必要特征,而非实证主义者则认为理想的面向也是。See Robert Alexy, "On the Concept and the Nature of Law", 21 *Ratio Juris* 292 (2008).

性"概念本身的理解。我们将有关法律之规范性的研究分为三个层面,而与法教义学相关的法概念论领域的研究也大体在这三个层面上展开。〔80〕

第一个层面是语义的层面(语义的规范性)。我们首先可以从语言的角度去理解规范性。按照塞尔(Searl)的观点,不同类型的语句具有不同的"适应指向"。〔81〕一些语句具有语句适应世界的指向,即语句应该去适应世界;而另一些语句具有世界适应语句的指向,即世界应该去适应语句。后一种语句与规范性现象关系密切。因为规范性的要义并不在于描述和反映世界,而在于向世界提出某种要求和期待。在语义层面,规范性现象最明显的标志词是"应当"(ought),带有"应当"的语句所表达的内容是一种语义学的规范概念。因为语义学的规范指的是规范语句(如法条)的意义或内容,所以它是脱离了现实条件(时空)而仅仅存在于语义空间或逻辑空间之中。在命题的意义上,也仅在命题的意义上,规范是一种"应当",它既非"是"(描述语句的意义),也非"好"(评价语句的意义)。20 世纪的语言哲学、分析哲学为研究这一层面上的规范现象提供了诸多的逻辑和认识论工具。规范的结构与构成要素理论、〔82〕类型理论〔83〕等是典型的语义规范理论。〔84〕语义学规范是一种不附效力概念的规范,〔85〕因此在语义的层面上各种规范(如道德规范、法律规范、一般命令)尚无法得以充分的区分。〔86〕这个层面涉及的是语言哲学上的一般研究。

第二个层面是理论的层面(理论的规范性)。在这个层面上,我们会主张说规范是一种实在、一种客体、或者说一个"东西"。但是这种实在又不同于物理世界中的实在,因为一个很典型的标志是规范的存在只有时间的维度而没有空间的维度。我们无法像指着一张桌子那样指

---

〔80〕 以下部分很大程度上受益于马驰:《法律规范性的基础》,法律出版社 2013 年版,第 3－17 页。阿列克西提出了一种不同于本文所阐释的三个层面的另一种"三层面学说",即语义的层面、证立的层面和动机的层面(Robert Alexy, "Normativity, Metaphysics and Decision", in Stefano Bertea and George Pavlakos eds., *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford and Portland, 2011, pp.220－221.)。他所谓的语义层面与本文一致,而后两个层面都可以包含进实践的层面之中。但对于动机的层面究竟是否属于"规范性"本身就存在很大的争议,因为论者可以争论说法的动机压根就与规范性无关。

〔81〕 (美)约翰·塞尔:《心灵、语言和社会》,李步楼译,上海译文出版社 2006 年版,页 98。

〔82〕 典型如 George Henrik von Wright, *Norm and Action*, Routlegde & Kegan Paul Ltd, 1963, p.70.; Joseph Raz, *Practical Reason and Norm*, Princeton University Press, 1999, p.50.

〔83〕 如条件式规范与定言规范、一般规范与个别规范的区分。但是,对于规则与原则的划分是否也属于语义层面则是有争议的。因为有相当一部分学者会认为原则本身并不是属于语义层面的东西。

〔84〕 由于这些理论也是规范适用论的前提,所以规范理论既与法概念论相关,也与法律推理理论(裁判理论)相关。

〔85〕 *Sieckmann*, Semantischer Normbegriff und Normbegündung, *ARSP* 80 (1994), 228. 当然,如果我们要将语义推论性也作为语义规范的一种属性即"语义效力"的话那就另当别论了,但此时对于效力的理解不同于通常意义上的理解(参见雷磊:"逻辑推断抑或意志行为?——对凯尔森晚期规范理论中一个命题的批判",《政大法学评论》第 130 期(2012 年 12 月))。因为正文中所说的效力是法律上的效力概念,而语义效力更多是逻辑上的效力概念。

〔86〕 当然,在凯尔森早期的规范理论里,他认为还是可以将道德规范与法律规范从语义上区分开来的,即后者包含着制裁,而前者则不包含。但一则语义的道德规范是否一定不包含制裁值得怀疑;另一方面,即使如此,包含制裁也不是语义的法律规范所独有的,例如一般命令语句的意义也可能包含制裁。

着一个占据一定空间位置的东西说，那就是规范。但是如果将存在的外延扩大，将所有具有时间维度的事物都视为存在，那么这种维度中的规范就可称为某种意义上的存在。〔87〕有论者进一步主张，规范与物理实在至少有三个区别，即：①规范是规定性的，它的存在本身主张一种对人的拘束力，而物理实在则没有；②规范具有内容，而内容依赖于语言，但对物理实在的认识则不依赖于语言；(3)规范的产生和存续与人们的主观意识(意向性)密切相关，而物理实在则不需要这种意识。〔88〕正因为如此，我们无法将规范还原为一种作为自然现象的外在事实，否则就会犯下摩尔(Moore)所说的"自然主义谬误"。〔89〕法律规范当然与一定的经验事实相关，比如桌上的一本写满被叫做"法条"的书，但显然我们无法说经验世界中的这本书就是法律规范，因为后者只是前者所要表达的"意义"。再如，法律也与这样的事实相关，即某个被叫做"议会"的组织通过某个程序制定并颁布了某个文本，但我们显然也无法将法律规范还原为这种制定和颁布的行为。这个层面涉及的是哲学上本体论的研究：规范(法律规范)究竟是什么？

第三个层面是实践的层面(实践的规范性)。就此而言，哈特(Hart)的名句"举凡法律存在之处，人的行为便丧失了任意性"〔90〕是对实践规范性最好的诠释。规范性在实践的层面上提出了"法律应被遵守与适用"的要求，或者用现在流行的理由理论的术语来说，它指明法律扮演着行动理由的角色。这种要求导向了法律拘束力、法律义务等概念。当然，法律作为行为的理由并非一个特殊的动机性理由，而是一种普遍的规范性理由，后者意味着足以为某个行为提供辩护。〔91〕例如当某人开车闯红灯被交警处罚时，他以赶去机场送人为理由进行抗辩，这并不足以使得他的行为正当化，充其量只是出示了一个特殊的动机性理由；而如果他举出某个法律法规来证明自己的行为属于可闯红灯的例外情形(如"送急诊病人去医院")，这就提供了一个足以正当化其行为的理由。这里就引发了一个问题，为什么法律能起到这种作用？对于这个问题的不同理解与回答导向了我们称之为"说明性的效力概念"与"证立性的效力概念"的区分。"说明性的效力概念"(explainatory concept of validity)指的是将"法律能扮演行动理由或约束我们的行为"作为一种既定的事实，然后去说明为什么会出现这种效果，即探求规范性的来源，例如诉诸于法律惯习主义、规划理论、构成性理论等等。〔92〕说明性的效力概念并不区分法律体系与法律规范这两个层面，而统之以"法律"的称呼，大多从整体主义的进路进行说明。相反，"证立性的效力概念"(justificatory concept of validity)指向的是这样一种观念：因为法律符合了某些标准(也只有符合这些标准)，所以它能起到扮演行动理由或约束行为的作

〔87〕 麦考密克等，见前注〔60〕，页 49。

〔88〕 马驰，见前注〔80〕，页 16－17。

〔89〕 Gorge E. Moore, *Principia Ethica*, Thomas Baldwin ed., Cambridge University Press, 1993, p. 62.

〔90〕 哈特，见前注〔59〕，页 6。

〔91〕 有学者分别称为"说明性理由"与"正当化理由"，参见陈景辉："裁判可接受性概念之反省"，《法学研究》2009 年第 4 期。

〔92〕 一般意义上的研究参见(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。

用。按照实证主义的观点,这些标准大体指向权威性制定(或者也包括社会实效);而按照非实证主义的观点,除了权威性制定与社会实效外,还包括内容正确性(道德正确性)。当然这只是一般意义上的所谓效力(概念)要素。在法律体系与法律规范这两个层面,这几个要素的有无及其权重是不一样的。例如一般都认为社会实效对于法律体系的效力而言是个最重要的因素,而在法律规范的层面上即使是非实证主义者也认为一个规范没有实效几乎不影响其效力。在此不展开这些讨论。〔93〕证立性的效力概念设定了一套筛选的标准,只有通过这套标准检测的法律体系或规范(被称为"有效的法律[规范]")才能成为正当化行为的理由,才具有规范性。例如对于一位非实证主义者而言,道德上极端恶的法律可能就不具有规范性,因为它是无效的,不能对行为进行约束或起到真正理由的作用。这个层面涉及的是实践哲学与行动理论的研究。

总之,法律的规范性就是法律作为一种规范这一特殊存在所具有的特殊性质和存在方式,以及这种存在所产生的或主张的对人类行动的拘束力。〔94〕法教义学的概念论立场最核心之处即在于对法律的规范性是什么以及规范性如何可能的问题进行法哲学和哲学上的阐释。因为认识到法律是一种规范以及法律具有规范性构成了对法律事业秉持内在态度的重要前提和组成部分。

五、法学理论:法教义学反对什么、主张什么?

法教义学秉持一种对法律事业的内在态度,不仅体现在裁判理论和对法律性质的理解上,也体现在对于法学之性质的理解上。这就涉及到了法教义学背后所预设的法学理论上的基本立场。按照法学研究的意旨或目的最终在于描述和理解现实,抑或是引导和规范现实,我们可以将法学理论分为描述性的法学理论(descriptive theory of law)与规范性的法学理论(normative /prescriptive theory of law)。意旨或目的意味着立场,因此描述性与规范性构成了法学理论的两种对立立场。〔95〕大多数学科既可以是描述性的,也可以是规范性的。哲学的目的可以是为更好地理解世界提供方法论工具(如诠释学),也可以为世界观念的重构提供某种标准(如规范伦理学)。同样,研究法律现象的学者既可以意在陈述实情(state what is the case),提供关于既有法律实践或理解的概览;也可以意在建构理想(construct what ought be the case),提出解决法律实践问题的一般性标准或模型。无疑,法教义学主张一种规范性的法

〔93〕 具体讨论例如参见阿列克西,前注〔64〕,页 131 以下。

〔94〕 马驰,见前注〔80〕,页 23。

〔95〕 布莱恩·比克斯曾将法律理论的类型分为四种:描述性的、分析或概念性的、描述与规定混合的、规定性(规范性)的。但一方面,他自己也承认,分析或概念性的理论也可以被看作是描述性理论的一种(自然这是站在英美实证主义的立场上来看的)。(见 Brian Bix, Legal Theory: Types and Purposes, http://ivr-enc.info/index.php? title=Legal_Theory:_Types_and_Purposes, 最后访问日期:2013 年 12 月 29 日。)另一方面,所谓描述与规定混合的立场其实是以理论家个体的研究旨趣为出发点的杂糅形式,说到底对于这些人而言,描述现实最终是服务于规范现实的,因此它属于规范性理论的一种。

学研究立场，它所反对的是纯粹的描述性研究立场。〔96〕

法教义学既反对停留于经验－描述层面的法学研究，也反对止步于分析－描述层面的法学研究。经验－描述式法学研究的代表是前文提到的经验法社会学。在经验法社会学看来，法学不是一门理性的科学，而是经验的科学或社会科学。它的方法是观察，它的目的是预测效果，它的模式是自然科学式的。相反，法教义学认为，一方面，法律必须依照其目的来解释，而这些目的需要就其对于社会生活的影响来探究，因此法律的理解与适用不能脱离对社会现实的社会学研究。但另一方面，法学自身并不是社会科学或经验科学，它无法被后者所取代，理性与规范性的立场必须得以坚守。经验法社会学在研究立场上的偏颇在于：其一，混淆了自然科学与规范科学。自然科学只处理由自然法则来调整的事实，就此而言，合法与非法的事实没有差别。而规范科学涉及人定规则所调整的人类行为，必须能区分合法与非法行为，它必须能判断出后者并事前规定它们应当如何。其二，混淆了说明（explanation）与证立（justification）。经验科学的主要方法就是“原因→结果”式的说明，而规范科学的主要方法就是“理由→结论”式的证立。法律实践的主要问题是，一个判断能否被证立为一个合乎法律的结论，或至少相容。一个判断能否被推翻，也只看其是否得到了法律上的理性证立。因而相对于发生学意义上的说明，法律更需重视规范意义上的证立。其三，混淆了现实与现实的意义。将现实作为法学的研究对象，必然要求将法律还原为可观察或可触及的事实。但法律人关注的是可观察的事实的意义，而意义不是观察得到的，更不可被感官触及。〔97〕这一点前文已然揭明。

分析－描述式的法学研究以英美分析法学以及纯粹法学为代表。哈特将自己的理论称作是“描述社会学”（descriptive sociology），〔98〕就是一种很典型的描述性立场，因为其理论意旨在于为更好地理解西方社会的法律提供概念工具（即“社会规则”）。其阵营的后辈学者们大多持有这种立场。〔99〕另外，或有一种比较流行的误解认为，凯尔森的纯粹法学是一种典型的规范性法学理论。因为无论是凯尔森自己还是许多其他学者都曾将纯粹法学视为“规范法学”的代表。但这一所谓的“规范法学”指的是以规范这一范畴作为法理学研究的核心要素的研究进路，而非本文所意指的以理论作为规范现实之力量的一种理论姿态。前者以“规范”指称研究对象，而后者以“规范（性）”指称研究立场，不可混淆。事实上，凯尔森对于“规范”（应当）的界定已然揭示出他的理论同样是一种描述性理论。凯尔森所想要提供的，无非是用以说明何以

〔96〕 由于规范性研究必然以描述对象作为前提，所以规范性法学研究并不可能完全摒弃描述性的工作，它只是反对停留于描述性的工作。此外，有学者会区分所谓的“规范理论”与“元理论”，后者指向的是对前者所使用的基本概念的分析与界定。法教义学当然也不反对这种意义上的元理论，这甚至是必要的。

〔97〕 这里借用了康特罗维茨对于法律现实主义的批评，只是所使用的术语有所不同，因为康氏依照新康德主义西南德意志学派的传统将法学视为“文化科学”。参见 Hermann Kantorowicz, *Supra* note 71, at 1248－1251.

〔98〕 哈特，见前注〔59〕，页 2。

〔99〕 一个晚近的概述参见 Reidar Edvinsson, *The Quest for the Description of Law*, Springer, 2009, pp.1ff.

对法律现象的认识不同于对自然现象的认识这一问题的工具而已。他从康德的先验理论那里找到了这个工具,那就是规范。他的整个思路是:首先,对法律的认识是既定的事实;其次,只有预设了规范,才可能有这种事实;所以,规范的范畴必须被预设。[100] 这是一种倒推式的、说明式的论证思路;或者说,规范的作用在于解释既定的事实而不在于改变事实。正如他所认为的,法律科学的对象是规范性的,而法律科学本身则是描述性的。[101] 所以,凯尔森的理论依然属于本文所说的描述性法学理论。

分析—描述的法学理论虽然承认法律的规范性,但仅仅将规范性作为认识法律现象的一种视角,认为脱离了规范性的视角就无法理解法律与法律现象(当然我们也会说"法律是具有规范性的事物",但这只是一种貌似本体论上的论述。脱离了认识的主体,法律本身是无所谓规范不规范的)。但在"法学研究如何对待法律的规范性"这一问题上,这一进路的研究者持的却是一种描述性的立场,也就是说他们认为法学理论的任务只在于(更好地)描述清楚法律这件事(将它与别的事区分开来),而不在于别的什么。相反,规范性的法学研究立场则不仅从规范性的视角来认识法律现象,同时也认为法学理论更重要的任务在于为法律实践提供规范性的标准,建构出抽象或具体的理论模型、方法、程序或实质性的准则。所以,法教义学持的是一种"对于规范的规范性立场"(此种规范性大体等同于规定性或评价性),它与对于规范的描述性立场存在以下两个方面的不同:

其一,法学者的自我认知:观察者的立场抑或参与者的立场。观察者的立场不问某一法律体系中的正确决定是什么,而更关心在此一特定法律体系中决定如何实际地作出。相反,持参与者立场的人则在某一法律体系中参与到有关此一体系的命令、禁止、允许以及此一体系所欲达致的目的争议之中。[102] 对于规范的描述性立场所持的是一种观察者视角,就这一点而言,它与经验法社会学反而是一致的。差别只在于,经验法社会学采取的是一种外在观点(external point of view)基础上的观察,而对于规范的描述性立场采取的是一种内在观点(internal point of view)基础上的观察。[103] 前者指的是站在某个法律体系之外对于这个体系进行纯叙事性观察(如观察到"红灯亮行人即止步"这种规律性现象),后者则指的是站在某个法律体系之内(观察者可以是受法律体系约束的人,也可以是不受法律体系约束的人,只要他了解这个法律体系即可)对于体系的理解性观察(如从红灯亮行人止步,绿灯亮行人行路中推出存在着

---

[100] 参见(美)斯坦利·鲍尔森:"英译者导言:论凯尔森在法学中之地位",载(奥)凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社 2008 年版,页 23—24。

[101] 凯尔森在晚年明确作了说明:"假如伦理学与法学被称作'规范'科学的话,那么这不是说它们创设了规范(或者规定人们的行为),而是说它们的对象是规范(它们描述规范)。"(See Hans Kelsen, Norms and Statements about Norms, in his *General Theory of Norms*, trans. by Michael Hartney, Clarendon Press, 1991, pp.152 —153.)

[102] 阿列克西,见前注[64],页 42—43。引用时改变了一些表述。

[103] 许多学者包括阿列克西在内,都将内在观点/外在观点的区分与参与者的视角/观察者的视角的区分划等号。但这是对哈特理论的误解,内在观点并不等同于参与者的视角,它依然是服务于描述性理论的。具体区分参见陈景辉:"什么是'内在观点'?",《法制与社会发展》2007 年第 5 期。

交通规则)。[104] 而法教义学持一种参与者的立场,它要求身处某个法律体系之中的人对于"此情此景中法律应该要求如何行动"、"正确的法律标准是什么"这类实践问题提出自己的主张。在一个法律体系之中,处于参与者立场中心位置的是法官。法官行为的特征在于,他并不能像写生画家那样对身处其中的法律体系进行写意式的素描,而得像雕塑家那样小心翼翼地按照规范性价值观念塑造好法律的每一个细节,因为它的决定将直接关系到当事人的权利和义务,也可能影响到整个法律理念和体系的转变。在裁判过程中始终有一种"正确性宣称"(claim to correctness)在引导着法官,它告诉法官法律裁判有合理与不合理、有效与无效、正确与不正确、公正与不公正的区分,并迫使法官承载着一种使命感去努力作出合理、有效、正确、公正的判决。因而法教义学主张:法学家应将自己想象为负有法律义务来对法律问题作出合理回答的法官,或为法官解决法律问题提供一套理性化的标准。

其二,法学的学科定位:理论科学抑或实践科学。根据经典的理论与实践的二分法,理论涉及认知,而实践涉及行动。理论科学强调的是对法律与法律现象作纯粹的客观描述。将法学视为一门理论科学的观点兴起于自然科学占据支配地位的19世纪和20世纪初。在"科学意识形态"的强势之下,法学理论也被迫以自然科学的范式来调整自己的研究立场,由此诞生了所谓"法律科学"(legal science)。法律科学的代表人物就是凯尔森,他旗帜鲜明地主张法律科学就是要排除一切价值考量的描述性学科,只不过对法律现象的认识与描述不同于对一般自然现象的认识与描述,因为它必须要借助于"规范"这一工具来进行(就此而言不同于经验社会学)。但无论如何,法学的任务不在于评价,而在于说明和描述。其所谓的纯粹法学,即指排除事实考量与价值考量后对规范性现象的描述。在他看来,尽管法律不是纯粹的(法律是意志的产物),但法学却是可能做到纯粹的。纯粹法学甚至不承认实践理性这样的概念,认为凡涉及"如何做"的问题都没有正确的答案,都是"不科学的",因此要被放逐于法学领域之外,甚至放逐于任何够格称得上是学问(科学)的领域之外。[105] 相反,法教义学认为,法学不仅要描述其对象,更要为法律实践提供如何做的正确性标准(评价标准)。法学要告诉人们(尽管是间接的),在特定的情形中,在法律上应当、不得、可以或能够去做什么。一方面,这些问题是实践问题,因为它们关涉行动,并且这种行动是公共领域的行动而非私人领域的行动。两者的区别在于私人领域的行动更多反映个人偏好(如口味),而公共领域的行动则必须具备理性(公共理由)才能为之。在这个意义上,法律是实践理性(理由),而法学是实践学科。另一方面,这些问题又是特殊的实践问题,因为它们要回答的不是在一般意义上人们应该如何行动,而是在法律

---

[104] 参见波斯特码对哈特观点的理解:"(法学的)任务在于说明法律实践及其与其他重要社会实践之间的关系,而只有充分考虑到参与者自身理解的前提下才能做出合适的说明。"(See Gerad J. Postema, Jurisprudence as Practical Philosophy, 4 *Legal Theory* 329 (1998).)就此而言,不难理解为什么哈特将自己的理论称为"描述社会学",尽管它与经验社会学的路数有着很大差别。因为它与经验社会学一样都采纳描述的立场。

[105] 当然,从逻辑上讲,对规范的描述性立场并不一定要像纯粹法学那样决然反对"法律框架内的实践是可以被理性化"的这一主张本身,它所反对的只是将这种理性化拉入法学之中。它可以认为这属于政治学、伦理学或其他学科的研究对象。从这一点而言,纯粹法学只是对规范的描述性立场的特定版本。

框架之下人们应该如何行动(因此是具有法律意义的行动),或者说法律的存在是如何改变人们行动的理由结构的。这样一些特殊的实践问题,尽管以法律存在的事实为前提,但仅依靠对事实的描述是无法作出令人满意的回答的。当然,对法律实践的描述本身是可能的,但是它无法应对社会对于实践科学本身的要求,即为特定实践问题的解决提供专业、理性和有说服力的理论标准。法教义学与对规范的描述性立场不同之处在于,它认为,不仅对于行为的框架即法律的研究属于法学的范围,而且对于这一框架内之实践的理性化同样属于法学的范围。

所以,无论是经验—描述式的法学研究(经验法社会学),还是分析—描述的法学研究,坚持的都是一种描述性研究立场。只不过前者完全依照自然科学的观察方式,研究的是与法律相关之行为的规律性(regularities),可以被认为是持一种"外在的观察者视角";而后者则认为规范(规则)是理解法律现象必不可少的基础,只有理解了规范(规则)才能明白行为人行为的意义,但是其旨趣依然在于"更恰当地"描述法律这种社会现象,可以被认为是持一种"内在的观察者视角"。相反,法教义学的姿态根本上是以法律规范为中心的,并且它在法学理论上抱持的是"参与者的视角"之下规范性的研究立场,它认为法学本质上是以建构性活动为中心的实践科学。[106] 法教义学的目标在于在层次不同的抽象层面上将法律构造为一种因相互支持关系联结在一起的规范的融贯性网络。法教义学不仅要将法律体系呈现为内部融贯的集合,而且也应当使它与背后的正当化脉络(道德和政治哲学)相协调,[107]以此达到法律作为实践理性和法学作为实践科学之效果。因此可以说,法教义学所秉持的基本立场是一种"双重规范性"(double normativity):它既主张法律的规范性,也主张法学的规范性。

六、结 语

行文至此,我们可以对法教义学的基本立场作一个总结:在元方法论上,法教义学坚持对于法律事业的内在态度,是一种典型的"法学内的法学"。[108] 这种内在态度的集中体现就是对"规范"与"规范性"的强调。它体现在三个方面:其一,在裁判理论上,主张"认真对待法律规范",即以法律规范为司法裁判的依据、框架和基础,但并不反对,甚至必然接纳经验知识和价值判断;其二,在法概念论上,法教义学主张"法律是一种规范",作为具有规范性的事物,法律既不同于行为(经验事实)也不同于价值;其三,在法学理论上,法教义学主张"法学应持规范性研究的立场",因为它本质上是以建构性活动为中心的实践科学。正因为如此,我们也可以认为法教义学在元方法论的层面是一种"规范法学"。[109]

---

[106] 阿尔尼奥将法教义学和本文所说的两种描述性立场的差别分别概括为"认识论上的内在观点"和"认识论上的外在观点",参见 Aulis Aarnio, *Supra* note 56, at 23.

[107] See Alexander Peczenik, A Theory of Legal Doctrine, 14 *Ratio Juris* 75, 79 (2001).

[108] "法学内的法学"与"法学外的法学"的对称参见舒国滢:"从方法论看抽象法学理论的发展",载氏著:《法哲学:立场与方法》,北京大学出版社 2010 年版,页 42。

[109] 当然,一定要注意本文对这个称呼的使用不同于凯尔森意义上的术语,因为后者只主张法律的规范性,但并不主张法学的规范性。

最后需要并非画蛇添足式地指明二点:其一,本文的主旨只在于廓清法教义学在各理论层次上的基本立场,无意、也无力为法教义学范式做全面的辩护。与任何学术进路一样,法教义学有其弱点,它并不能包打天下,也无力解决特定社会的所有问题(或者说取得社会治理的支配性地位),有时也无法从根本上解决特定的现实问题(如缠讼现象)。实践问题的复杂性决定了它压根就不是法教义学一家、甚至不是法学一门学科所能解决的,而需要有政治学、经济学、社会学等诸多学科的合力。要法教义学为这些问题的解决从整体上负责无疑是不切实际的,也是一种苛责。所以,法教义者并不反对、甚至一定程度上欢迎从其他学科视角对于法律与法律现象的研究,也不反对研究者个人从多个角度进行法学研究。其二,本文也可视为对法教义学所作的一种"弱辩护"。正如一位年轻的部门法教义学者在近著中所言,学术多元乃是学术之生命所在,但任何学科皆有其基本任务与基本方法。对于此"学科基本",固执之而不知方外天地,则难免僵化狭隘;然而尽弃之如抛敝履,则该学科也就崩坏无疑了。[110] 法教义学的力量恰恰在于为法学提供了这种"学科基本",因为法学对于知识与实践的独特贡献正是由法教义学来供给的。

Abstract: The current approaches of legal study in China become more and more conscious of their own methodology, among which legal dogmatics represents one paradigm. Its methodological claims are divided into three levels, i.e., that of concrete methods, of presumptions of methods, and of meta-methodology. The meta-methodology or basic standpoints can further be divided into three dimensions. Firstly, regarding theory of adjudication, legal dogmatics contends that"taking legal norms seriously", which regards legal norms as grounds, framework and basis of judicial decision, and raises no objection to, even necessarily accepts empirical knowledge and value judgments. Secondly, in terms of concept of law, it asserts that"law is a kind of norm ". As a normative phenomenon, law is different from both empirical facts and value. Thirdly, in legal theory, legal dogmatics believes that "legal research should hold a normative standpoint", since it is a constructive activities centered practical science in essence. Because of the special emphasis on "norm " and "normativity", legal dogmatics can be said of a "normative theory of law" in meta-methodology.

Key Words: Legal Dogmatics; Paradigms of Methodology; Basic Standpoints; Norm; Double Normativity

(责任编辑:许德风)

[110] 张翔:"自序",载氏著:《宪法释义学:原理、技术、实践》,法律出版社 2013 年版,页 1。