

法教义学:建立司法、学术与 法学教育良性互动的途径

卜元石*

一、问题的提出

法学应当围绕制定法进行,为什么还会有疑问?什么是法学方法,竟然还不明确?究竟什么是法学,难道还要讨论?这些就是在写这篇文章时忽然觉得是无法回避的问题。而之所以对法教义学这一问题产生兴趣,主要是源于以下几件事情:一是国内近几年来关于法学研究方法方面的讨论,其中包括对“注释法学”的批判和“社科法学”^{〔1〕}的出现。二是我在参考美国与德国学术界(这里不考虑从事务人员所写的文章^{〔2〕})就中国法

* 法学博士,德国弗莱堡大学法律系教授。在本文的写作过程中,与弗莱堡大学东亚研究所助教徐杭、北京大学法学院郭雳博士和许德风博士、中国政法大学田士永博士的讨论受到了很多启发,特别感谢清华大学法学院王洪亮博士组织的小型研讨会,提供了与很多同行交流的平台,从中受益匪浅,在此一并感谢。当然文责自负。

〔1〕“社科法学”的提法,最初源于朱苏力:《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。

〔2〕在研究方法上,德国的学术文章与实务人员所写的文章并没有太大不同,而美国这两者的差别是显而易见的。

研究时,注意到研究方法与研究对象方面的明显差异:一是德国的论文不突出强调方法论。治学的方法一般只有一个即法教义学的方法,即通过对法律规范的解释来研究法律。而美国的论文方法则变幻无穷,如社会学方法、人类学方法、历史学方法、心理学方法、经济学方法等。说得极端一点,美国的法学研究似乎可以运用法学外的任何方法,而法学自己的方法——法教义学的方法自20世纪20年代起一直处于一种逐渐衰落的状态。^[3]美国与德国论文的第二点不同在于,美国的论文似乎更强调立论,也就是在论文一开始设置一个问题,然后作者依据某一理论推导出假设,然后进行定性或定量研究,以验证假设是否成立及判断理论的真伪。而德国的论文对于法律概念与法律规范的研究主要不是为了证明某一个理论或是假设,而是解决具体的法律适用问题。

这种研究方法的不同也延伸到研究对象取向上的不同。与欧洲不同,美国从80年代开始在很多法学院就已经设置了研究东亚各国法律的研究中心。以美国研究中国法有代表性的学者如哈佛大学的威廉·P·奥尔福德(William P. Alford)、纽约大学的杰尔姆·科恩(Jerome Cohen)、哥伦比亚大学的本杰明·利布曼(Benjamin Liebman)、伯克利大学的兰德尔·佩伦布姆(Randall Peerenboom),还有老一代的威廉·C·琼斯(William C. Jones)与斯坦利·B·卢布曼(Stanley B. Lubman)为例:他们关注的话题都集中在中国能否摆脱人治这一中心问题上,从这一中心出发,对媒体报道与司法独立的关系、中国的媒体管制、司法改革、信访制度、律师在社会中的作用和行政法的发展等进行专题研究。在德国也有学者专门对中国法进行研究,但研究题目集中在对中国新颁布的各项新法规或司法解释的内容与体系上,主要是对其适用、进步与不足进行评述。^[4]这并不能说明德国对于中国能否形成法治社会未给予足够的关注,而只是德国式法教义学方法在对中国法研究上的运用。

比如,同是研究中国的劳动合同,一个美国学者会花费很大的精力进行实证调查,研究为什么中国会出现拖欠农民工工资的情形。至于说什么是劳动合同与劳务合同的区别、工资请求权是什么性质、能否转让、请求权什么时候因为超过诉讼时效而不能再行使等,都不是他们特别关心的问题。而一个德国学者则首先去看劳动合同的定义、劳动合同成立与生效、撤销、在未达成劳动合同时事实劳动关系中双方的权利义务关系,至于说拖欠工资的问题,他也会提及,但不会是研究的重点,即便为重点也只是从规范的角度试图提出法律上改进的可能。^[5]

对于任何一个学科,方法的重要性是毋庸置疑的。没有方法的铺垫,法学的意义

[3] 参见格雷厄尼吉/盖尔特(Grechenig/Celter):《法学思维的差异演变——从美国的法律经济分析到德国的法教义学》(Divergente Evolution des Rechtsdenken-von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik),《拉贝尔杂志》(RabelsZ)第72卷(2008年),第525页以下;沈明:《世道在变》,载苏力主编:《法律书评》(第3辑),北京大学出版社2005年版。

[4] 具体参见德国专门研究中国法的杂志《中国法杂志》(Journal for Chinese Law)的内容目录。

[5] 对于美国与德国学者治学方法的不同,可参见许德风:《表面的道理与背后的道理》,载苏力主编:《法律书评》(第3辑),北京大学出版社2005年版,第97页。

和价值也同样会变得根应该更多学习美国的,弓度背后的经济学原理,而国为代表的欧陆式“正统的辨析与理论的构建的

法教义学或法律教野。^[6]所以直到目前头争,仅法教义学在近几年出版《法治的本土资源》过一般将其称为理论法自觉认识,也没有进行过时因为充满了法言法语究在中国进入了一个新循善诱,也可以引人入胜重要的是,法学也可以法论的意识,也许正是因

回到法教义学的这除了目前通用的法教义然是已经通用的翻译方系在一起。^[9]即便在德

[6] 相关学术论文包括法研究》1995年第4期;舒国载《现代法学》2006年第5期梵、郑磊:《基于法教义学概念看待中国法学的“法条主义”值判断——以民法方法为重点法学到宪法解释学——中国第2期;行政法角度的探讨,参流主编:《法哲学与法社会学》教义学方法论》,载《法学研究

[7] 许德风(前引6,《

[8] 尤陈俊:《困境及其学论丛》第11期,第99页。

[9] 即便注释法学、解脱离实际的工匠式劳动。

国的论文不突出强调方法、历史学方法、心理学以运用法学外的任何方法一直处于一种逐渐衰落(乎更强调立论,也就是)设,然后进行定性或定义对于法律概念与法律具体的法律适用问题。

与欧洲不同,美国从80究中心。以美国研究中P. Alford)、纽约大学的曼(Benjamin Liebman)、一代的威廉·C. 琼斯例:他们关注的话题都媒体报道与司法独立的作用和行政法的发展研究题目集中在对中国适用、进步与不足进行予足够的关注,而只是

的精力进行实证调查,劳动合同与劳务合同与超过诉讼时效而不能先去看劳动合同的定关系中双方的权利义务点,即便为重点也只是

法的铺垫,法学的意义

一从美国的法律经济分析到Konomie und deutscher Dogma-),载苏力主编:《法律书评》

se Law)的内容目录。

背后的道理》,载苏力主编:

和价值也同样会变得根基不稳,法学研究的努力方向就会变得不明确。法学在中国是应该更多学习美国的,引入其他社会科学及经济学方法,注重研究“活”法,或是法律制度背后的经济学原理,而不是停留在纸面上的法律规范?还是延续一直以来效仿以德国为代表的欧陆式“正统的”法教义学方法,即通过解释法条来研究法律,着眼于概念的辨析与理论的构建的方法?这一争论也是写这篇文章最直接的动因。

二、法教义学的概念

法教义学或法律教义学作为一个学术概念,在中国似乎近几年才进入人们的视野。^[6]所以直到目前为止,对于法教义学的提法也存有疑义。^[7]先抛开这种概念之争,仅法教义学在近几年才引起注意的这一事实本身就值得回味。因为在朱苏力1996年出版《法治的本土资源》之前,部门法研究或多或少都是采取法教义学的方法,只不过一般将其称为理论法学^[8]、注释法学、解释法学或是概念法学,对方法本身既没有自觉认识,也没有进行进一步的反思。在前苏力时代,法学文章客观、冷静、理性,但同时因为充满了法言法语,对于法律学科以外的人不具有可亲近性。苏力之后,法学研究在中国进入了一个新的时代。通过朱苏力,中国的法律人看到了法律文章也可以循循善诱,也可以引人入胜;法学研究也可以接近大众,法学书籍也可以成为畅销书;最重要的是,法学也可以是其他学科的方法。也许是因为这种震撼才产生了探究法学方法论的意识,也许正是因为这种碰撞才使得法教义学浮出了水面。

回到法教义学的这一概念本身,即德文中的Rechtsdogmatik,中文的翻译有几种,除了目前通用的法教义学这样一种翻译方法,还有法解释学、法释义学。法教义学虽然是已经通用的翻译方式,但是它的用词很容易让人将其与教条主义或是法条主义联系在一起。^[9]即便在德文中,教义学(Dogmatik)与教条主义(Dogmatismus)也是共用

[6] 相关学术论文包括从法哲学的角度的探讨,参见舒国滢:《德国战后法哲学的发展路向》,载《比较法研究》1995年第4期;舒国滢:《并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么需要重视方法》,载《现代法学》2006年第5期;武秀英/焦宝乾:《法教义学基本问题初探》,载《河北法学》2006年第10期;林来梵、郑磊:《基于法教义学概念的质疑——评〈中国法学向何处去〉》,载《河北法学》2007年第10期;刘星:《怎样看待中国法学的“法条主义”》,载《现代法学》2007年第2期;民法学的角度,参见许德风:《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》,载《中外法学》2008年第2期;宪法学的角度,参见范进学:《从规范分析宪法学到宪法解释学——中国宪法学研究范式转型之宪政意义》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第2期;行政法角度的探讨,参见王旭:《中国行政法学研究立场分析——兼论法教义学立场之确立》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第11期,北京大学出版社2007年版;从刑法学的角度,参见陈兴良:《刑法教义学方法论》,载《法学研究》2005年第2期。

[7] 许德风(前引6,《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》),脚注15。

[8] 尤陈俊:《困境及其超越:当代中国法学研究中的法律人类学》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第11期,第99页。

[9] 即便注释法学、解释法学和概念法学这些概念,也在这几年的讨论中常被描绘成一种没有创造性、脱离实际的工匠式劳动。

同一个词根。因此,法教义学在德语中也是有一定贬义色彩的。^[10]但法教义学是否就是为人所诟病的、只“追求概念精致”、抛弃了“现实的逻辑”^[11]、以“学术想象代替现实状况”^[12]的一种法学呢?

(一) 法教义学 = 狭义上的法学,教义学的方法 = 法学的方法?

法教义学^[13]的具体含义是什么,因为其使用的语境不同,得出的结论也不尽相同。^[14]在大陆法系法教义学非常发达的德国,对此也没有一个统一的定义。简单地说,法教义学至少可以从下面几个方面来理解^[15]:

1. 法教义学一方面是以现行法律的内容和适用为对象建立的法律知识体系,包括从制定法中、学术研究中以及相关判例中得出的关于现行法的所有理论,基本规则与原则。^[16]在这个意义上,可以将各个部门法学的知识体系与其相关的法教义学等同起来^[17],即民法 = 民法教义学,刑法 = 刑法教义学。由此可以说,法学(Jurisprudenz^[18])就是法教义学或

是教义学法学(dogmatische Rechtslehre)与原则就上升为法

2. 法教义学,也就在于,法学是关于现无明文规定而拒绝判例中可能的漏洞,为法官

3. 法教义学是法是对现行有效的法律对现行法所确立的体系之“法”,“获得对于法的认

法教义学在德国之法学是以理解法律规范同,其知识不是通过观科学的区别在于,法学答案。面对新的案件,

[10] 格罗斯菲尔德(Großfeld)著:《比较法的力量和弱点》(Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung),原文第28页。(该书中文译本已出版,参见伯恩哈德·格罗斯菲尔德:《比较法的力量与弱点》,孙世彦、姚建宗译,清华大学出版社2002年版)

[11] 尤陈俊(前引8),第99—100页。

[12] 陈柏峰:《法律民族志与当代中国法律社会学的使命》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第11期,第118页。

[13] Dogma 希腊语原意是“确定的看法”、“具有约束力的学说”,后用在哲学与神学中。在神学中指的是不以理性的可证明性为前提存在的、以信仰为支撑的信条;从信仰(Dogma)中获得了约束力。之后该概念才被用在法律中,参见吕特斯(Rüthers),《法学理论》(Rechtstheorie),C. H. Beck, 1999, § 7 Rn. 310 ff.; 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88页。

[14] 参见舒国滢(前引6,《德国战后法哲学的发展路向》),第353页;王旭(前引6,《中国行政法研究立场分析——兼论法教义学立场之确立》),第232—233页。

[15] 舒国滢(前引6,《德国战后法哲学的发展路向》),第353页,援引阿列克西(Alexy)和德莱尔(Dreier)指出法教义学包括三个向度:法社会学、法学理论和法哲学,这是不完全准确的,法教义学与三者其实是一种平行的关系。

[16] 吕特斯(前引3),§ 7 Rn. 312。

[17] 陈兴良(前引6,《刑法教义方法论》),第40页,以及其中对拉伦茨和阿列克西的引注;林来梵/郑磊(前引6,《基于法教义学概念的质疑——评〈中国法学向何处去〉》),第20页。

[18] 德文中的Jurisprudenz与英文中的Jurisprudence貌似相同,意义却相差甚远。德文中的Jurisprudenz常与Rechtswissenschaft(法学)一词作为同义词来使用,但严格地说,Jurisprudenz比Rechtswissenschaft语义更为狭窄。Jurisprudenz是法学的核心,是围绕法律文本进行诠释的科学,也可以说是应用法学、实践法学的意思。而Rechtswissenschaft则还包含了法哲学、法制史与法社会学等学科。而英文中的Jurisprudence则包含法理学与法哲学的意思。相关讨论可参见舒国滢:《走出概念的泥潭——“法理学”与“法哲学”之辨》,载《学术界》2001年第1期,第107页;舒国滢:《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》,载《法学研究》2005年第3期,脚注41;郑永流:《法学方法抑或法律方法?》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第5期;许德风(前引7),脚注14;王夏昊:《缘何不是法律方法——原本法学的探源》,载《政法论坛》2007年第2期。

[19] 舒国滢(前引14)的学者来说,一般都对其学术对比较法与法教义学之间互拉伦茨在其《论作为法学的科出,法学就是法教义学,但其法学内部划分的通说不同。

[20] 关于法教义学的

[21] 参见吕特斯(前引

[22] 赖泽尔(Raiser):《14页;对此亦参见舒国滢(前引

[23] 考夫曼:《法哲学》

[24] 对于法学作为自古古老学科之一。德国讨论比较性》(赵阳译,《比较法研究》20有所回应,前引19提到的拉伦已经对法学的科学性提出了质个法学弄得乱七八糟,一条子误。”在其《法哲学》一书中(J律涉及的是为价值所决定的其知识可以检验,所以同样是Braun):《法学导论》(Einführ版,第357页以下。从法学是

[25] 吕特斯(前引13)的“法学”含义诠释,载《法

10) 但法教义学是否就以“学术想象代替现实”
法?

得出的结论也不尽相同、统一的定义。简单地

法律知识体系,包括从制,基本规则与原则。^[16]在等同起来^[17],即民法 = z^[18]就是法教义学或

l Ohnmacht der Rechtsvergleichung
比较法的力量与弱点》,孙世

《法哲学与法社会学论丛》

学与神学中。在神学中指的
获得了约束力。之后该概念

k, 1999, § 7 Rn. 310 ff.; 焦

祖(前引 6,《中国行政法学研

阿列克西(Alexy)和德莱尔
全准确的,法教义学与三者其

阿列克西的引注;林来梵/郑磊(前

甚远。德文中的 Jurisprudenz
比 Rechtswissenschaft 语义更为
是应用法学、实践法学的意思。
Jurisprudenz 则包含法理学与
哲学”之辩,载《学术界》2001
考方式,载《法学研究》2005 年
去社会学论丛》第 5 期;许德风
论坛》2007 年第 2 期。

是教义学法学(dogmatische Rechtswissenschaft)。^[19]被大多数人所接受的理论、基本规则与原则就上升成为法学中的“教义”。

2. 法教义学,也就是狭义上的法学(或是原本法学^[20]),产生的原因和存在的必要在于,法学是关于现行法的学问,而现行法律是不可能面面俱到的,法官又不能以法无明文规定而拒绝判决,因而法学(也就是法教义学)的任务就是解释制定法,填补其中可能的漏洞,为法官判案提供可供选择的论据。^[21]

3. 法教义学是法学的这一前提,也决定了法学的方法就是法教义学的方法,也就是对现行有效的法律规范进行解释、归类与系统化的方法。^[22]而这种方法必定是在现行法所确立的体系之内(systemimmanent)进行的,也就是说,法学不再过问“什么是法”,“获得对于法的认识是否可能”等法哲学的问题。^[23]

法教义学在德国之所以被理解就是法学,与法学作为自主学科的定义有很大关系。^[24]法学是以理解法律规范内容为目的的学科。^[25]法学与经济学、社会科学、自然科学不同,其知识不是通过观察或是经验,而是通过对法律文本的解释而获得。法学与自然科学的区别在于,法学对于一个确定的法律问题不总是能提供毫无疑问、十分确定的答案。面对新的案件,法学所能够提供答案的确定程度可能是有限的。法学从已有的

[19] 舒国滢(前引 14),第 103 页。法教义学可以说是“正统”的法学,所以在德国所有不从事法教义学的学者来说,一般都对其学术活动与法教义学之间的关系作出说明。比如 Großfeld(前引 10),第 28 页以下,对比较法与法教义学之间互补关系的论述,已及所有法社会学学者、法哲学家、研究法院管理制度的学者等。拉伦茨在其《论作为法学的科学的不可或缺性》(赵阳译,《比较法研究》2005 年第 3 期,第 147 页)一文中指出,法学就是法教义学,但其认为的法教义学也包括比较法、法学方法论与法的一般理论的观点,与目前德国法学内部划分的通说不同。

[20] 关于法教义学的起源亦可参见王夏昊(前引 18),第 104 页。

[21] 参见吕特斯(前引 13),§ 7 Rn. 313 f.

[22] 赖泽尔(Raiser):《法社会学》(Rechtssoziologie),莫尔·西贝克(Mohr Siebeck)出版社 2007 年第 4 版,第 14 页;对此亦参见舒国滢(前引 18,《走出概念的泥潭——“法理学”与“法哲学”之辨》),第 104 页。

[23] 考夫曼:《法哲学》(Rechtsphilosophie),C. H. 贝克(C. H. Beck)1997 年第 2 版,(原文)第 12 页。

[24] 对于法学作为自主学科的问题,德国讨论比较少,可能是因为法学与神学、哲学等属于最早起源的古老学科之一。德国讨论比较多的是,法学是否是一门科学?从基尔希曼 1847 年在《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)一文中,否定了法学是一门科学开始,几乎所有的法哲学学者都对此有所回应,前引 19 提到的拉伦茨的文章只是其中之一。考夫曼(前引 23 第 65 页)指出,帕斯卡尔在 1670 年就已经对法学的科学性提出了质疑,其中援引了帕斯卡尔对此问题的经典论述:“向极点靠近三个纬度就会把整个法学弄得乱七八糟,一条子午线就决定了真理(……),在比利牛斯山这边的是真理,而在那边的却是谬误。”在其《法哲学》一书中(原文第 66 页)也列举了相当多的其他学者的相关文章,考夫曼认为,不能因为法律涉及的是为价值所决定的规范,就得出其不具有科学性的结论,与之相反,法学有自己的方法、对象、体系,其知识可以检验,所以同样是科学;吕特斯(前引 13),§ 7 Rn. 291 f. 大体观点相同;约翰·布劳恩(Johann Braun):《法学导论》(Einführung in die Rechtswissenschaft),莫尔·西贝克(Mohr Siebeck)出版社 2007 年第 3 版,第 357 页以下。从法学是否有自己的知识体系与方法来论述这一问题,结论倾向认为法学是科学。

[25] 吕特斯(前引 13),§ 7 Rn. 302 ff.;类似看法,参见范进学:《“法学”是什么?——比较法视域中的“法学”含义诠释》,载《法学论坛》2006 年第 4 期。

教义出发,只能在某种程度上预测一个法律案件可能的判决结果,以及排除那些与现有体系相矛盾、完全站不住脚的结论。但是法教义学可以把已有的对于法律问题的论证与学说整合到自己的知识体系中,使得法律人在面对新问题时,可以从这个体系中提取所需要的知识,所以法教义学可以降低法官审判时在对同一法律条文的不同理解中作出选择所遇到的困难,因而“法教义学能够使判决更加理性化”^[26]。所谓法学的方法,实际上可以认为是法教义学的方法,也就是法律解释与漏洞填补的方法。法律解释的方法不仅是法教义学对法律进行学理解释的方法,更是法官判决时依循的方法。^[27]

在中国,关于法学方法论的关注始于20世纪90年代中期^[28],其中关于概念的厘清构成了讨论的一个重点。“法学方法论”是关乎“法律方法”、“法学方法”、“法学研究的方法”,是“法律学方法论”的同义词。^[29]“法学”一词在中文中的表述常常给人的感觉是一种形而上学的学科,因此“法学方法”也就自然而然让人联想到是法学治学的方法。这里的确存在中国法学界一个“固有的误解”^[30]。在德国法的语境中,法学的方法一般认为是法律解释与法律适用的方法,也是所有法律系一年级学生入门的必修课。法学方法实际上是法教义学的一部分,只是因为,在“二战”后的蓬勃发展而逐渐独立出来,并形成一门学科分支。而作为学科分支的法学方法论,因为同时探讨法的正当性问题,所以也成为法哲学的一个部分。^[31]

我国有学者^[32]将法学中的方法问题分成三个层次:第一个层次是哲学问题的法学方法论;第二个层次是法学研究者从事法学研究的方法,如实证的方法,田野调查的方法;第三个层次是法律技术层面的适用法律的方法。也有学者将第二层次与第三层次分别称为法学方法与法律方法。^[33]如果与德国语境的法学方法论相对比,可以发现,德国的法学方法不包括我国学者所提到的第二个层次。法学研究的方法对于德国法学工作者而言,是一个不言自明的事情,因为狭义上的法学就是以现行法为对象,对于法律进行解释的法教义学,所谓“方法”就是解释的方法(在法学理论研究时当然也

[26] 格罗斯菲尔德(前引10),第28页。

[27] 这两种解释的性质不完全相同,作为治学方法的法律解释方法更强调解释的合理性和体系性,作为实务的法律解释方法更强调案件的关联性。克里勒(Kriele)著:《创造法律的原理:从宪法解释的问题说起》(Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation),东克尔和洪堡(Duncker & Humblot)出版社1976年第2版,第320页以下。

[28] 具体研究成果,参见李路、李海涛、沈克非:《法律方法研究文献题录》,载 <http://www2.scut.edu.cn/juris/publish/news/xueshudashi/2j96a28vn1scn.html>。(2008年9月5日访问)

[29] 林来梵、郑磊:《法律学方法论辩说》,载《法学》2004年第2期。

[30] 同上注,第3页。

[31] 同上注,第5页。

[32] 周永坤:《法学的学科定位与法学方法》,载《法学论坛》2003年第1期,第99页。

[33] 郑永流(前引18,《法学方法抑或法律方法?》)。

会运用社会科学一般的研究,而不是我们通常所从德国对于法学的定义学,跨学科研究所用于法学方法论的差异理以我们不要惊讶,一个译所造成的问题,而是基是什么的问题,都刚的学科:法哲学、法理当^[35],但这种标准的根据方法与法律方法,并不“民法问题”是不到最后,都会归结为如题。不对法学学科划分的位置,就可能很难理社会科学的学者可能题,可以完全从法律概可以“甲说乙说随便说的隔阂。

[34] 舒国滢(前引6,一问题作了初步的探讨;林概念:它可以指广义的法学态——法哲学、法理学与法的品性决定了社会科学方法是一种解释学,一种关于事成的知识家族”。这种看法

[35] 根据中国学科分其他学科,与学术文献中对

[36] 本文在使用“法

[37] 正如侯猛在《社和法律人类学研究,无论是观察社会生活中存在的事实检验假说,反对用非真需要建模,然后收集数据;研究中的“非法学化”问题

[38] 石世豪:《甲说乙说》,2008年9月号。

果,以及排除那些与现有的对于法律问题的论时,可以从这个体系中—法律条文的不同理解上化”〔26〕。所谓法学的漏洞填补的方法。法律是法官判决时依循的

〔28〕,其中关于概念的厘“法学方法”、“法学研究”中的表述常常给人的联想到是法学治学的国法的语境中,法学的—一年级学生入门的必修后的蓬勃发展而逐渐仑,因为同时探讨法的

层次是哲学问题的法正的方法,田野调查的—将第二层次与第三层与法论相对比,可以发—研究的方法对于德国是以现行法为对象,对学理论研究时当然也

解释的合理性和体系性,作原理:从宪法解释的问题说n),东克尔和洪堡(Duncker

载 <http://www2.scut.edu>.

第99页。

会运用社会科学一般的归纳与演绎的方法),“方法论”就是对于不同的解释方式的研究,而不是我们通常所理解的对于传统的法教义学和其他新兴的跨学科方法的研究。从德国对于法学的定义和学科划分来看,跨学科的法学研究本来就不是狭义上的法学,跨学科研究所用的方法从来都不是法学方法论所关心的问题。由此可见,这种对于法学方法论的差异理解,主要源于我们在界定法学的内涵与外延上与德国不同。所以我们不要惊讶,一个德语概念进入中国法的语境,怎么就模糊难辨了呢?这不是翻译所造成的问题,而是因为在中国,对什么是法学,法学之所以作为一个自主学科的根基是什么的问题,都刚刚开始讨论。〔34〕法学似乎理所当然地包括所有和“法”字沾边的学科:法哲学、法理学、法社会学、法制史,等等。法学的学科分类虽然有国家标准〔35〕,但这种标准的根据是什么,似乎没人过问。〔36〕而在解决这一问题之前,讨论法学方法与法律方法,并不能真正地以正视听。

“民法问题”是不是“民法学问题”?“法学是否需要实证的方法”?这些问题追到最后,都会归结为如何界定什么是法学的问题,以及法学与其他学科如何分工的问题。不对法学学科划分背后的逻辑进行探讨,就可能在现有的学科分类中找不到法学的位置,就可能很难理解法学的理论与概念与社会学中的理论与概念的不同。其他社会科学的学者可能很难理解〔37〕,法学的学说与理论,比如是否存在物权行为的问题,可以完全从法律概念出发,以对法律规范的推导而得出,而且对法律的解释似乎也可以“甲说乙说随便说”〔38〕,因此认为“闭门造车”必然脱离实际,实际是源于学科之间的隔阂。

〔34〕舒国滢(前引6,《并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么需要重视方法》),对这一问题作了初步的探讨;林来梵、郑磊(前引29),第7页:“我们的‘法学’概念是一个宽泛、灵活而非严格的概念:它可以指广义的法学,也可以指狭义的法学;可以指理论法学,也可以指实用法学。”傅欣:《论法学三形态——法哲学、法理学与法社会学》,载法律教育网。作者将法教义学同法理学等同起来;许章润:《法学自身的品性决定了社会科学方法应用前景的有限性》,载北大法律信息网。作者认为,“就整体而言,法学基本上是一种解释学,一种关于事实与规范互动图景的描述、评价和阐释的技艺”,“法学主要是由众多部门法学构成的知识家族”。这种看法比较接近法学即为法教义学的认识。

〔35〕根据中国学科分类标准(820),广义的“法学”分为理论法学、法律史学、部门法学、国际法学、法学其他学科,与学术文献中对于法学学科的划分有一定偏差。

〔36〕本文在使用“法学”一词时,沿用这种传统理解的广义上的法学。

〔37〕正如侯猛在《社会学人类学对法律研究的介入》一文中所指出的:“不同于规范法学的法律社会学和法律人类学研究,无论是做经验的定性分析,还是做实证的定量分析,都需要遵循研究法律问题的基本步骤:观察社会生活中存在的现象;解释可观察现象中存在的问题;提出前提是真实的并可操作的假说;用经验事实检验假说,反对用非真实的假说解释并不存在的问题;将假说再提升加以一般化。”在法律经济分析中也需要建模,然后收集数据,通过数据对经济学模型进行检验,进而得出结论。参见周林彬:《中国法律经济学研究中的“非法学化”问题》,载《法学评论》2007年第1期,第32—33页。

〔38〕石世豪:《甲说乙说随便说——法学上“学说”的性质及其取舍问题》,载台北《全国律师月刊》2000年9月号。

（二）法教义学与法哲学、注释（解释）法学、概念法学、规范法学、实证法学的区别与联系

认真地讨论法教义学时发现，在相关中文文献中与这一概念相近的各种名词实在不胜枚举，其中有一些使用也不统一。在这里，不可能对各种法学流派进行详细的梳理，只能选取一些常用的、与法教义学接近的名词进行简要辨析。首先要指出的是，法教义学与法哲学的区别在于研究对象的不同。法教义学研究的是现行的法律规范，而法哲学是研究法本身是什么的问题。^[39] 法哲学是沟通法政策学与法教义学的桥梁，其核心任务是解决哪些法律是正义的命题。^[40]

注释（解释）法学^[41]在至今为止的中文文献中，指代的实际上就是法教义学。在中文的语境中，也有人把概念法学与注释（解释）法学，即法教义学等同起来。实际上，概念法学^[42]同利益法学^[43]与评价法学^[44]一方面固然是法哲学的流派，但其主张实际针对的是适用法律的规则。概念法学主张法律条文是通过概念构建起来的，而概念通过不断的抽象化可以构成概念的金字塔，在具体案件中，即便法律没有明文规定时，法官仍然可以从这一金字塔中推导出如何处理案件的规则。所以概念法学与法教义学的交叉在于法教义学解释法律的方法。现代意义的法教义学解释法律所使用的方法实际上是建立在概念法学基础之上，同时也融合了利益法学与评价法学思想，从而使法教义学大大地向前发展了。

对于“规范法学”与“实证法学”的分析就相对困难得多。“规范法学”对应的外文概念有两个：legal normativism 和 normative jurisprudence，在中文文献中，概念的使用也

不一致。直接体现在而“实证”一词在中文中 empirical。有时“规范

先说用在实证法就是“实在”（positive 法律之所以“实证”（在法学严格区分法与道法律现实主义相对立 normativism 意义上的与法律现实主义^[48]）或法令等经验组成的是规范主义都有一定是规范主义，是因为实证法学与规范法学等查”中的“实证”（emp 究对象的观察、实验开展规律的方法。

什么是 normative “好”与“坏”价值判断法哲学问题的讨论，而 综上，实证法学的 者的出发点都是法律

[39] 陈兴良（前引17），第40页。

[40] <http://lexikon.meyers.de/meyers/Rechtsphilosophie>。（2008年9月5日访问）

[41] 德文中与注释（解释）法学中“注释”一词相对应的应该是 Exegese, Auslegung, Erläuterung；在诠释学出现后，也可认为是 Hermeneutik。注释（解释）法学的范围包括对于现行法律解释的法教义学，对于学说汇纂以及其他的日耳曼法等历史法律文本的注释，参见孙笑侠：《法学的本相——兼论法科教育转型》，载《中外法学》2008年第3期，第419页。

[42] 德文 Begriffsjurisprudenz，提出于19世纪中期，主要代表人普赫塔（Puchta）、温德沙伊德（Windscheid）。

[43] 德文 Interessenjurisprudenz，提出于19世纪末，活跃至20世纪中期，主要代表人耶林（Ihering）、黑克（Heck）。利益法学的出发点认为，每一法律规范都是立法机关对于某一利益冲突作出的选择。所以，法官的任务就是在具体的审判中，考察案件涉及哪些需要进行衡量的利益。之后再考察制定法是否已经对这一利益冲突作出了选择。在法律没有明文规定的情况下，允许法官造法。但是法官必须参照立法机关在制定法中类似情形对于利益衡量所作出的选择。利益法学承认法律是可能存在漏洞的，在这一点上有别于概念法学。

[44] 德文 Wertungsjurisprudenz，提出于20世纪中期，主要代表人拉伦茨（Larenz）、维亚克尔（Weacker）。评价法学的出发点认为，法律以立法机关的利益判断为基础。对于利益的判断构成了法律规范的内容。如果法律没有明文规定，而这一漏洞为立法机关故意所为，比如法律在法律结果方面赋予法官自由裁量的权力或是在事实构成方面使用不确定的法律概念，法官可以代替立法机关作出决定。行政法中一直讨论的行政行为合理性及合法性的司法审查，也会涉及这一问题。

[45] 孙笑侠（前引4）

[46] 德文：Rechtspolter森、哈特。法律实证主义陈景辉：《独立的法律研究：社会学论丛》第7期，第170

[47] 郑永流：《法哲

[48] 英文 legal realism 说所关心的对象不是法律

[49] 林来梵、张卓明（人文社会科学版）2003年一个分析，载《中国法学》法学》，载《浙江学刊》2005解，是将规范为焦点、终点

[50] 参见 M. D. A. 弗 dence），斯威特和马克斯

念相近的各种名词实在法学流派进行详细的梳理。首先要指出的是,法乃是现行的法律规范,而法学与法教义学的桥梁,

实际上就是法教义学。在法学等同起来。实际上,法学的流派,但其主张实法学概念构建起来的,而概念法学没有明文规定时,所以概念法学与法教义学解释法律所使用的方与评价法学思想,从而

“规范法学”对应的外文文献中,概念的使用也

访问) Erläuterung, 在诠释法解释的法教义学,对于学说兼论法科教育转型》,载《中

Windschicht)、温德沙伊德(Windschicht)

主要代表人耶林(Ihering)、黑格尔作出的选择。所以,法官考察制定法是否已经对这一言必须参照立法机关在制定法的,在这一点上有别于概念

Larenz)、维亚克尔(Wieack)的判断构成了法律规范的内结果方面赋予法官自由裁量权决定。行政法中一直讨论

不一致。直接体现在凯尔森的学说有时被认为是实证主义,有时被认为是规范主义。而“实证”一词在中文语境使用的情形也一样,它对应的外文同样有两个:positive 和 empirical。有时“规范法学”与“实证法学”还会被合并使用,即“规范实证法学”〔45〕。

先说用在实证法(学)〔46〕、分析实证法学、法律实证主义这些概念中的“实证”,也就是“实在”(positive),即能够呈现在外部世界的意思。而实证法学的不同流派都主张法律之所以“实证(在)”,是因为法通过立法机关制定,并在社会中发生影响。〔47〕实证法学严格区分法与道德,在这一点上与自然法学截然对立,在肯定法的实在性上又与法律现实主义相对立。但是与法律现实主义相对立不只是“实证法学”,还包括 legal normativism 意义上的规范法学,即主张法律是由规范组成的封闭体系。在这一点上,与法律现实主义〔48〕运动中认为法在规范意义上并不存在,而是由一个个偶然的判例或法令等经验组成的看法完全相反。所以,认为凯尔森“纯粹法”的学说是实证主义或是规范主义都有一定的道理。说它是实证主义,因为它把道德从法中完全排除;说它是规范主义,是因为它强调法本身是自足自洽的体系。在中国的讨论中也倾向于把实证法学与规范法学等同起来。〔49〕而用在法学语境“实证研究”、“实证分析”,“实证调查”中的“实证”(empirical),更多是一种经验的意思。所谓的实证研究就是通过研究对象观察、实验和调查,获取客观材料,从个别到一般,归纳出事物本质属性和发展规律的方法。

什么是 normative jurisprudence 意义上的规范法学呢?这里“规范”更多的是解决“好”与“坏”价值判断的意思。所以在这种意义上的规范法学,泛指关于法的道德性等法哲学问题的讨论,而不是有明确观点的一个法哲学学派。〔50〕

综上,实证法学和 legal normativism 意义上的规范法学与法教义学的交叉点在于三者的出发点都是法律规范的实在性。但“实证法(学)”更应被理解为一种法哲学的流

〔45〕 孙笑侠(前引41,《法学的本相——兼论法科教育转型》),第419页。

〔46〕 德文:Rechtspositivismus,英文:legal positivism,实证法创始人奥斯汀,20世纪的主要代表人物凯尔森、哈特。法律实证主义的任务在于确立法学为独立学科与拥有独立研究对象的一种法哲学的流派,参见陈景辉:《独立的法律研究对象之确定——分析法律实证主义本体论之检讨》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第7期,第170页。

〔47〕 郑永流:《法哲学是什么?》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第1期,第19页以下。

〔48〕 英文 legal realism,又译为现实主义法学。之所以被翻译成现实主义,可能是因为这能够体现其学说所关心的对象不是法律应该怎样(what the law ought to be),而是注重描述法律是怎样的(what the law is)。

〔49〕 林来梵、张卓明:《论权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2003年第6期;林来梵、张卓明:《法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》,载《中国法学》2002年第2期;林来梵、郑磊:《所谓“围绕规范”——续谈方法论意义上的规范宪法学》,载《浙江学刊》2005年第4期,第140页。只是在规范法学的操作层面上,“规范”的作用究竟如何理解,是将规范为焦点、终点还是出发点,尚存在争议。

〔50〕 参见 M. D. A. 弗里曼(M. D. A. Freeman):《劳埃德法理学导论》(Lloyd's Introduction to Jurisprudence),斯威特和马克斯韦尔(Sweet & Maxwell)出版社2002年第7版,第353页以下。

派,讨论的是法是什么的宏观哲学问题,而法教义学则着眼于具体法律规范的微观考察。规范法学指引下的、操作层面上的法学可以与法教义学重合。

法的“实证研究”是考察运行状态中的法(law in action),是对法律的动态研究,法教义学的研究对象则为写在纸上的法(law in books),是对法律的静态考察。在德国,并不是没有侧重法律现实运行状态的研究,只是这种研究被从严格意义上的法学中剥离出来,从而在民法中形成了法律事实研究(学)(Rechtstatsachenforschung),在公法中形成了行政(管理)学(Verwaltungslehre),在刑法中形成了犯罪学(Kriminologie),而真正发挥一定影响的只有犯罪学。^[51]这三个学科也可以被认为是法社会学的部门。在德国,法教义学在整个法学谱系中的位置可以参考下图,同时上文所讨论概念的关系也可以图形化为:

法学 ^[52] (Rechtswissenschaft)	非解释 法学	基础学科	法制史	
			法哲学*	1. 法伦理学 2. 法学理论 3. 法学方法论 4. 法哲学史
			法社会学	1. 法律事实研究学 2. 行政(管理)学 3. 犯罪学
		国家理论/比较法 学等/立法学/法 政策学等		
	交叉学科	法政治学,法心理 学,法人类学等		
		法律经济学		
	解释法学	法教义学 (Jurisprudenz)	民法、刑法、程序法、公法等部门法	
狭义上的法学		法律解释的方法(法学方法)**		
		对于学说汇纂以及其他的日耳曼法的注释		

* 规范法学、实证法学是其中流派

** 概念法学、利益法学、评价法学为不同的方法,同时也是法哲学的流派

[51] 关于法社会学在德国状况的综述,参见米夏埃尔·弗拉泽(Michael Wrase):《法社会学与法与社会运动——在危机与新生之间的德国法社会学》(Rechtssoziologie und Law and Society—Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch),载《法社会学杂志》(Zeitschrift für Rechtssoziologie)第27卷(2006年),第289页至第312页。

[52] 舒国滢(前引34),第6—7页,也将基础学科和教义学法学称为“法学外的法学”与“法学内的法学”。

(三) 法教义学与

法教义学与价值判

但在关于法教义学的中并不存在固有的矛盾或已经固定了立法者的价值论证,法官在一目了;价值判断的合理性。只是没有明文规定,法官第54条规定了受合同情况下,法官无须考察;用《合同法》第54条。进行价值判断,判定被者使用如“诚实信用”等立法者实际上已经赋予可以说,至少在成文法断是例外,而不是常态。法官在觉得两难的案件成为推动法律发展的一没有认识到司法过程中特别前提,就像“泸州遗

[53] 我认为,法教义学律(Gesetzestreue)”和“结果公tische Methodenlehre),法律渊历史哲学(Geschichtsphilosopl对这一问题进行回答的。参LIT Verlag, 2004, 42 ff.;也fallgerechtigkeit)的关系,参961026/961027_1_4.pdf (200

[54] 许德风(前引6);景,载《中国社会科学》2004科法学的方法,参见何海波:《贺寿文集》,中国法制出版社

[55] 参见许德风(前引[56] 参见许德风(前引断问题是民法问题的核心”,

[57] 田士永:《法律行》第11期,第243页以下。

[58] 周永坤:《高楼坠

具体法律规范的微观考察。在对法律的动态研究,法律的静态考察。在德国,严格意义上的法学中批判法学(Kritik),在公法中犯罪学(Kriminologie),而真是法社会学的部门。在上文所讨论概念的关系

	1. 法伦理学 2. 法学理论 3. 法学方法论 4. 法哲学史
	1. 法律事实研究学 2. 行政(管理)学 3. 犯罪学
法	
法	
理	
	法、公法等各部门法
	“(法学方法)”
	法的注释

的流派

Wrase):《法社会学与法与社会学—Die deutsche Rechtssoziologie》第27卷(2006

差外的法学”与“法学内的法

(三) 法教义学与价值判断

法教义学与价值判断^[53]之间的关系最近才在国内民法界的讨论中凸现出来^[54],但在关于法教义学的中文文献中一直也都有所提及。法教义学与价值判断之间其实并不存在固有的矛盾或是无法跨越的隔阂,与此相反,现行法的制度在大部分情况下已经固定了立法者的价值判断,法教学研究是为了发现这些价值判断并对其合理性进行论证,法官在一目了然的具体案件中,只要适用法律即可,无须过问法律规定背后价值判断的合理性。只有当法律规定不明确,需要进行目的解释来查明法律的内容,或是没有明文规定,法官需要填补法律漏洞时,才需要进行价值判断。比如说,《合同法》第54条规定了受合同一方恶意欺诈而达成的合同,被欺诈方可以撤销合同。在一般情况下,法官无须考察第54条撤销权的规定所隐含的价值判断是否正当,可以直接适用《合同法》第54条。但如果涉及第三人欺诈的情况,因为法律没有规定,法官才需要进行价值判断,判定被欺诈方在这种情况下是否仍然享有撤销权。此外,如果在立法者使用如“诚实信用”等具有弹性的一般条款或是如“合理的”等不确定的法律概念时,立法者实际上已经赋予法官在司法过程中引入价值判断来适用法律的权力。^[55]所以可以说,至少在成文法国家,价值判断通常完结于法律的颁布,司法过程中进行价值判断是例外,而不是常态,否则立法就失去了意义。但正是这种例外的价值判断,才会使法官在觉得两难的案件中拷问法律制度的时效性,对其进行必要的修正,从而才可能成为推动法律发展的一个动力。^[56]如果不去区分立法过程和司法过程的价值判断,没有认识到司法过程中价值判断的例外性,可能就会认为背弃法律的明文规定也无须特别前提,就像“泸州遗赠案”^[57]、各种“高空坠物案”^[58]以及一系列涉及知识产权的

[53] 我认为,法教义学与价值判断的关系如果进一步上升到法哲学的高度,涉及的实际上是“忠于法律(Gesetzestreue)”和“结果公正(Gerechtigkeit)”之间的关系,而这一问题又牵扯了六个方面:法学方法(juristische Methodenlehre),法律渊源(Rechtsquellenlehre),法哲学(Rechtsphilosophie),认识论(Erkenntnistheorie),历史哲学(Geschichtsphilosophie),国家理论(Staatstheorie)。而自由法学与利益法学都是从法学方法的角度对这一问题进行回答的。参见克里勒(Krielle):《法哲学基本问题》(Grundprobleme der Rechtsphilosophie),LIT Verlag,2004,42 ff.;也可以将两者关系看成一种法体系性(Rechtssystematik)与个案正义(Einzelfallgerechtigkeit)的关系,参见黄舒凡:《正确之法与框架秩序》,载http://www.iias.sinica.edu.tw/resource/961026/961027_1_4.pdf(2008年9月11日访问),其实法教义学的根本就是法学的体系性。

[54] 许德风(前引6);王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年第6期;在行政法领域也有这个方面的初步探讨,只是价值判断被定性为社科法学的方法,参见何海波:《中国行政法学研究范式的变迁》,载《行政法的中国之路:应松年教授七秩华诞贺寿文集》,中国法制出版社2005年。

[55] 参见许德风(前引6),第170页以下,有对于这一问题的详细论述。

[56] 参见许德风(前引6),第178页;从价值判断在立法与司法中疑难案件中的作用可以说,“价值判断问题是民法问题的核心”,王轶(前引54),第104页。

[57] 田士永:《法律行为违背善良风俗中意义要素的分析》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第11期,第243页以下。

[58] 周永坤:《高楼坠物案的法理分析——兼及主流法律论证方法批判》,载《法学》2007年第5期。

案件^[59]所展示的那样。

这些案例之所以引人注目,不是因为案件涉及的法律问题没有明文规定,而是恰恰相反,法官在有明文规定的前提下,作出了超越法律的判决,而用以进行这种超越的手段就是价值判断。中国虽然不承认三权分立,但也承认立法、司法、行政功能上的区分,所以当法官^[60]取代了立法者的位置时,我们要问在中国“法官造法”的宪法基础何在?“法官造法”的法定前提何在?造法要遵守的规则是什么?这些问题在中国相关的讨论中并没有深入下去,而最多只是指出外国的做法。^[61]在这些根本问题没解决之前,法官积极超越制定法造法,其实是让人比较担忧的现象。没有合法性与规范化保障的“造法”与“枉法”之间,也许只是一线之隔。

进一步说,如果法官必须进行价值判断的话,法教义学要求这种价值判断必须以现行法中已经固定下来的价值评价为根据。也就是说,在上面提及的因第三人欺诈而订立的合同中,如果认为被欺诈人比合同相对方更值得保护的话,法教义学要求我们必须论证作出的这种价值判断应该与我国民法已有的价值体系不冲突。保证体系内部无矛盾性是法教义学的首要任务。

价值判断能不能脱离法教义学中的价值体系,按照经济学的价值体系进行呢?比如说,允许被欺诈人在合同相对方知情的情况下撤销合同是否更符合效率?能否在价值判断时引入经济学中的福利或是效率作为参考,是大陆法系德国、奥地利、瑞士等国家在试图把法律经济分析方法融入法教义学、司法实践中讨论最多的一个问题。^[62]目前的结论是,如果通过不同的法律解释方法可以推导出若干个、从法教义学角度来看无可厚非的结论,而在对这些结论进行取舍的时候(所谓的法律后果分析—Rechtsfolgenanal-

[59] 崔国斌:《知识产权法官造法批判》,载《中国法学》2006年第1期。

[60] 我们这里不谈最高法院的司法解释。

[61] 相关讨论参见张其山:《法官造法的限度及方式》,载《法律方法》第7卷;张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,载《中国法学》2008年第3期;赵学升:《法律的发现之探寻——以我国法律漏洞的弥补及法律适用能力的提高为切入点》,载《法律适用》2006年第5期;刘治斌:《司法过程中的法律发现及其方法论析》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2006年第1期;郭庆珠:《从法官找法到法官“造法”逻辑推演的正当性基础及界限——从行政正当程序原则在一起案件中的适用谈起》,载《重庆社会科学》2006年第1期;何家弘:《论法官造法》,载《法学家》2003年第5期;常鹏翱:《“找法”与“造法”的方法——装修他人房屋案件的法律适用》,载《法学与实践》2006年第5期;田成有:《法社会学视野中的法官造法》,载《现代法学》2003年第3期。

[62] 在这一点上,许德风在《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》一文虽然没有明确的探讨,但实际上回答了像德国这样的民法教义学为什么天然地排斥法律经济分析,因为来源于经济学的价值“效率”不在以“自由”支撑的德国民法价值体系之内,而“价值的判断仅在其体系内部有意义”,将“自由”与“效率”进行比较可能就是“拿苹果和梨比”。《论法教义学与价值判断》一文不仅回答了法教义学与法律经济分析等学科之间所存在的,甚至可以说是固有冲突的内在原因,更是提出了一条解决二者矛盾的道路:在价值判断上,实用主义与先验伦理可以并行,用多种价值判断解释一项制度更为合适。但问题是,如果有多种解释,最终解释的取舍仍然涉及价值判断。

yse),可以引入经济分析

(四)法教义学在大陆

如果从法教义学即法学学者的一项最重要说,民法学者比较熟悉的出版第13个版本。这和与地区,比如德国、瑞士的。法律评注在某种程度这种不可译性是源于评所引用判例的全文另外最关键的判决论证部分答案因情况不同而变化释,主要是将法律规定下,一般只有突破了法法学研究的工具,也是律学中传递下去,法性研究基础之上。

如果从法教义学解释方法的定型化、司一致的基础。^[66]而在释来完成的。而对于法释、历史解释,国内不(年主编的《法律方法》律方法与法律思维》(里也就不再进一步讨

[63] 克里斯蒂安·基析》(Norminterpretation und 期(1989年),第111页以下 Rechtsprinzip),莫尔·西贝作为立法政策的前提下,才

[64] 当然,法学教科

[65] 具体可参见拉下。

[66] 此点参照陈兴良

yse),可以引入经济分析的方法作为辅助。〔63〕

(四) 法教义学在大陆法系其他国家实践中的体现

如果从法教义学即为狭义的法学的角度出发可以发现,在具体实践中,大陆法系法学学者的一项最重要的研究任务是就已颁布的各项法律撰写法律评注。〔64〕比如说,民法学者比较熟悉的《Staudinger 民法典评注》,创立于 1898 年,共 82 卷,目前已经出版第 13 个版本。这种评注展示了某一领域学说与判决的集合,很多大陆法系国家与地区,比如德国、瑞士、日本、中国台湾地区等的法学发展,就是靠这种法律评注推动的。法律评注在某种程度上的不可译性导致国内学术界对此还没有太多感性认识。这种不可译性是源于评注中大量引用的判例。要真正理解法律评注的内容,必须把所引用判例的全文另外翻译出来,因为评注中判例的引用通常非常概括,往往只是最关键的判决论证部分。什么样的判决可以被收录到法律评注之中?这一问题的答案因情况不同而变化。对于违反善良风俗等一般条款或不确定的法律概念的注释,主要是将法律规定具体化,并形成了各种案例群。〔65〕在法律规定明确的前提下,一般只有突破了法律条文规定本身的判决才能够被收录进去。法律评注不仅是法学研究的工具,也是法官判案、律师办案必须依赖的工具。法律评注在一代代法律学人中传递下去,法学的知识与理论就是这样扎扎实实地建立在代代相传的延续性研究基础之上。

如果从法教义学中使用的法律解释方法就是法官适用法律之规则的角度看,法律解释方法的定型化、司法的三段论(大前提、小前提与结论)提供了保证法律适用前后一致的基础。〔66〕而在三段论的第一个阶段,如“找法”的阶段,就是通过对法律进行解释来完成的。而对于法教义学中法律解释的各种方法,如文义解释、目的解释、体系解释、历史解释,国内不仅有梁慧星在 1995 年出版的《民法解释学》,陈金钊、谢晖在 2002 年主编的《法律方法》,段匡在 2005 年出版的《日本的民法解释学》,葛洪义主编的《法律方法与法律思维》(至今已出版三辑),更有德国拉伦茨的《法学方法论》等,所以这里也就不再进一步讨论。

〔63〕 克里斯蒂安·基希纳/斯特凡·科赫(Christian Kirchner/Stefan Koch):《规范解释与法律经济分析》(Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts),载《分析与批评》(Analyse und Kritik)第 11 卷第 2 期(1989 年),第 111 页以下;还可参见艾登米勒(Eidenmüller):《效率作为一项法律原则》(Effizienz als ein Rechtsprinzip),莫尔·西贝克(Mohr Siebeck)出版社 1995 年版,认为只有当制定法中体现了立法者把效率作为立法政策的前提下,能够在解释法律时运用经济分析的方法。

〔64〕 当然,法学教科书与关于部门法的专著也都是法教义学的具体实践体现。

〔65〕 具体可参见拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 604 页以下。

〔66〕 此点参照陈兴良(前引 17),第 41 页。

题没有明文规定,而是恰,而用以进行这种超越的去、司法、行政功能上的区“法官造法”的宪法基础么?这些问题在中国相¹⁾在这些根本问题没解现象。没有合法性与规范

要求这种价值判断必须以面提及的因第三人欺诈而的话,法教义学要求我们本系不冲突。保证体系内

学的价值体系进行呢?比否更符合效率?能否在价系德国、奥地利、瑞士等国论最多的一个问题。〔62〕目、从法教义学角度来看无可果分析—Rechtsfolgenanal-

第 7 卷;张翔:《两种宪法案件:从十:《法律的发现之探寻——以我第 5 期;刘治斌:《司法过程中的期;郭庆珠:《从法官找法到法官中的适用谈起》,载《重庆社会科学》第 1 期;鵬翔:《“找法”与“造法”的方或有:《法社会学视野中的法官造

为重点》一文虽然没有明确的探分析,因为来源于经济学的价值体系内部有意义”,将“自由”与它不仅回答了法教义学与法律经了一条解决二者矛盾的道路:在更为合适。但问题是,如果有多

三、法教义学:建立中国学术与司法的良性互动法学

中国部门法学中法律概念以及法律规范本身大多是借鉴外国法而产生的。在立法主导法学发展的时代结束以后,学术界的首要任务就是要同化这些外来的法律制度,构建中国自己的部门法知识体系,为中国的司法部门提供现实的知识辅助。而这种同化的过程,需要以中国自己的判例为基础对中国现有法律规范进行注释、整合与体系化。这种同化进程的必要前提,也是其应达到的效果,在于实现司法审判与学术研究的互动与良性循环。学术研究的目的是为法官提供法律适用的指南^[67],反过来,法官的司法实践可以为学术研究提供素材并对法律规范学解释的合理性进行检验。如果没有这种呼应,学术的成果不免流于孤芳自赏,而司法实践也会失去足够的理论支撑。这种互动要求学术研究重视中国已有判决与已有学说的总结,注重学术的延续性,能够不断汇总研究成果,以定期更新的如法律评注等著作固定下来,针对现有规范的知识与认识。

中国目前司法与学术是否已经具备了实现这种良性循环的前提了呢?首先,这种前提包括法律的相对稳定性和相对完备,在法律变化迅速的时代或是法律匮乏的时代,法教义学难以进行;其次,要求法院(至少)省高院,最高法院系统公开其判决,以便圈定法律条文在实践中提出的问题,使学术研究能够结合实际,能够为司法判决提供理论支撑;再次,司法实践能够借鉴学术研究成果,吸收学术界对于司法判决的批判。这几个前提在中国还没有完全被满足。其中一个核心的问题是中国公开的法院判决数量非常有限。而且,如何建立系统化公开法院判决制度还没有被提上司法改革的议事日程(至少在最高人民法院司法改革的举措中还没有提及)。法院判决的不公开迫使部门法研究只能就理论谈理论,或是局限于引入外国的理论与判例,无法形成以中国法律规范为中心的理论体系,而这样的研究成果必然不会为司法界所重视。很多对于中国法条主义的批判,其实是没有看到中国部门法研究理论脱离实践背后隐藏的“无米之炊”的无奈与困境。法学学术研究在中国的持续发展,需要更多中国自己的判例,而不仅仅是田野调查或是实证研究。如果中国能够逐渐开放对司法判决的管制,可以想象,在“中国问题”^[68]意识已经成为学术推动性力量的今天,法学界对于中国自己判决的关注会是一个自然而然发生的转变,也会成为部门法研究的主流。而法官才会更有动力去参考这种以中国自己的法律与司法判决为研究对象的学术研究成果,判决的论证也会逐渐专业化。^[69]而且,随着中国法官渐进的职业化和法律日益的复杂

[67] 大陆法系特别是德国法,之所以是一种以学者为主导的法律体系,因为其法学研究很大一部分是为司法提供依据。法官审判必须要参考学说。

[68] 朱苏力:《面向中国的法学》,载《法制与社会发展》2004年第3期。

[69] 在一部分地区的法院,如江苏高级法院,实际上已经有这方面的努力。

化与技术化,在司法部
上在目前,最高法院就
一个法律评注替用品

对于中国形成司
续稳定发展要求有一
社会动荡。这种渠道
活动进行监督,一个有

我能理解,即便解
变形走样、会不会导致
部门法的评注,从来都不
术权威很难垄断一个
在大陆法系的很多国
官对于法律评注的依
规范的适用应该是统
型案件”,即当法律评
造性思维。如前文所

虽然东亚三国都
德国法学教育的特色
上。^[70]与美国的案例
例教学实际上是只要
教授同样在上课时讲
题^[71],在熟悉法律规
的方法应用。

这种练习课在基

[70] 范剑虹:《民商法
期,哈尔滨工业大学出版社

[71] 对此王泽鉴在其
也有他当年经历的关于民法
文(载《与民法同行》,法律

[72] 德国的法律因其
参见马江:《中国民法典的
期》,中国政法大学出版社:

互动法学

小国法而产生的。在立
司法化这些外来的法律制
现实的知识辅助。而这
规范进行注释、整合与
于实现司法审判与学术
用的指南^[67],反过来,
解释的合理性进行检验。
我也会失去足够的理论
的总结,注重学术的延续
制定下来,针对现有规范

的前提了呢?首先,这种
时代或是法律匮乏的时
能系统公开其判决,以便
能,能够为司法判决提供
对于司法判决的批判。
是中国公开的法院判决
有被提上司法改革的议
。法院判决的不公开迫
与判例,无法形成以中
司法界所重视。很多对
论脱离实践背后隐藏的
需要更多中国自己的判
开放对司法判决的管制,
今天,法学界对于中国自
研究的主流。而法官才
对象的学术研究成果,判
业化和法律日益的复杂

因为其法学研究很大一部分是
努力。

化与技术化,在司法部门内部也会产生这种从学术研究中获取知识支撑的需求。实际
上在日前,最高法院就相关法律出版的理解与适用类图书,在某种程度上起到的就是
一个法律评注替用品的作用。

对于中国形成司法与学术的良性循环,我抱有比较乐观的态度。中国社会长期持
续稳定发展要求有一个权威、公正的渠道来释放社会矛盾,避免个体的不公正上升为
社会动荡。这种渠道非一个公正的司法部门来担当不可。而司法的公正要求对审判
活动进行监督,一个有效的方式就是通过公开判决进行。

我能理解,即便解决了判决公开的问题,也难免产生对于法教义学会不会在中国
变形走样、会不会导致学术垄断的种种疑问。在有法律评注传统的国家,对于任何部
门法的评注,从来都不是一个垄断的市场。与之相反,市场的激烈竞争使得单个的学
术权威很难垄断一个部门法。我也能理解对于法律评注导致法官思维惰性的担忧。
在大陆法系的很多国家,法官离开了法律评注进行判案简直是无法想象。但是这种法
官对于法律评注的依赖性,这种“惰性”恰恰是法律评注要达到的目的。因为对于法律
规范的适用应该是统一的,不应因法官个体的不同而有差异。只有出现了所谓的“新
型案件”,即当法律评注在个案中无法为司法实践提供知识体系时,才要求法官运用创
造性思维。如前文所述,在成文法国家,法官的作用不应该在于替代立法者。

四、法教义学在法学教育中的延伸

虽然东亚三国都大规模继受了德国法,但是在法学教育方面没有一个国家吸收了
德国法学教育的特色。也许是一种悖论,德国法学教育的重点实际上是放在案例教学
上。^[70]与美国的案例教学不同,德国的案例教学对于学生的参与要求更高。美国的案
例教学实际上是只要求学生教授上课时参与讨论教科书中的法官判决。而在德国,
教授同样在上课时讲一些 leading cases,但更重要的是要求学生独立做大量的案例练习
题^[71],在熟悉法律规范的同时训练他们对于所学知识在具体案件中通过司法三段论^[72]
的方法应用。

这种练习课在基本法律领域——民商法、公法和刑法中都有开设。德国法学教育

[70] 范剑虹:《民商法中沉默的法律含义——教学案例解析》,载葛永平、孙璐主编:《德国法研究》第1
期,哈尔滨工业大学出版社2007年版。

[71] 对此王泽鉴在其报告《德国民法的继受与台湾“民法”的发展》中(《比较法研究》2006年第6期)
也有他当年经历的关于民法练习课颇为生动的介绍。王利明在《法学方法论与民法案例分析的基本方法》一
文(载《与民法同行》,法律出版社2006年版)对于德国民法案例练习的两种方法也有比较具体的阐述。

[72] 德国的法律因为大量使用参引性条文,所以也使三段论的使用更有必要。对于参引性条文的使用
参见马江:《中国民法典的制定应超越严格体系化思维》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(第5
期),中国政法大学出版社2002年版,第261页。

的目标明确,就是为了培养未来的法官而服务。德国的两次司法考试也完全是一种案例考试,没有任何选择题形式的客观题。^[73]可以说,德国法律系学生在毕业时至少完成了几百个案例。这种训练使得法律人的思维有序。相比之下,中国目前本科法学教育中这种对于思维的条理性训练还是很少的。

行文至此,我们一个自然的反应是,司法三段论这么浅显的方法人人都懂,难道还要投入如此大的精力专门去学?我们部门法的教育不也都是结合案例进行的吗?系统学过法律的人在学习部门法时,难道不是在学习法律知识的同时“顺便”或是“附带”地就学了法律适用规则了吗?^[74]事实并非如此。德国技术合作公司(GTZ)在中国进行法官培训的过程中发现,大部分法官并没有掌握这种方法,而且通过两至三个星期的强化培训,很多人还是无法掌握这种方法。令人惊讶的是,这些法官都是各地选派的业务骨干。所以来自德国的培训教师认为,没有方法论训练可能是导致判决质量不稳定的因素之一。即便如此,可能有人对于法律使用规则的专门训练还会抱有怀疑,也会质问,没有自觉运用法律适用的方法是不是必然导致结果错误?可能从事司法实践的法官会反驳说,在大多数情况下,审判案件更多凭借的是一种用言语难以表达的,在司法实践中形成的法律直觉,而不是机械的三段论方法。^[75]

三段论的功能当然不能绝对化,三段论不能取代法律直觉、经验或是判断力,而且不能替代疑难案件中的价值判断,也不能对各种解释方法的取舍提供现成的答案。但三段论作为方法上的监督,可以检验借助直觉对案件形成的初步判断是否正确,不至于漏掉相关的法律问题以及过快直奔(可能是错误的)结论,从而保证司法判决理论的逻辑性和严密性。而且通过直觉形成判决对简单的案件可能比较容易进行,在比较复杂的案件中,有序的思维本身就成了一种必需。而且进一步说,如果法官是独立的,只服从于法律与良心,也应当为一定的适用法律规则所约束。

德国技术合作公司参与培训的师资发现,方法的培训在思维形成定式后很难改

[73] 当然这种考试方法也不能避免应试教育的种种弊端,比如导致学生只关注司法考试的内容,造成视野的局限性和基础学科的衰落。

[74] 王夏昊:《缘何不是法律方法——原本法学的探源》,载《政法论坛》2007年第2期,第143—144页,有一段颇为风趣和精当的评论,“因为在中国当今的法律语境下,没有多少人会认为法律适用是一门独特的技术、学问和智慧;甚至有人会觉得,法律的适用就像人用刀砍人一样简单,如时不时地有人会说从事政法工作的人就是掌握刀把子的人。”

[75] 就此,拉德布鲁赫对此甚至有一句引用率极高的经典评论:“原来解释就是结果,是解释结果(而不是通过解释得出结果)——在结果都已经确定时,才会选择能够解释这一结果的方法,所谓解释的方法事实上就是事后从法律文本中论证之前通过对于法律文本创造性补充已经得出的结果,无论把这种创造性补充称为什么,总是可以找到这样或那样的解释方法——是基于相似性的类推或是倒推、加以论证”,Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl.,《法学导论》,Koehler, 1952,原文第161页。括号中的补充文字为作者添加。

变。好在这方面我们有一种系统训练的人都有终生受益。当然德国案件中具有法律意义的具体问题,学会在疑难借鉴的。其积极意义人才方面的保证,对于当然,在引入案例的教育模式下,大学会上会延续下去,如何能通识性教育与专业教育

本文的标题没有对象,为抽象法律的任务,我们很多的法教义很少由法学家来主宰。教义学仍然可以为立法能够发现其中究竟存一种对制定法的系统化混合继受不同国家的性,考虑到在移植过程性难以排除。再加上:

[76] 中国政法大学也月第1版已经明确指出这一

[77] 何海波(前引54)的行政法学。一部分原因法学的贫弱形成对照的是立法北大法律信息网):到今天说,在过去二十余年民法立法机关制定相应的民事法学研究的一个特点。

[78] 王轶(前引54)

[79] 参见Rüthers(前引54)的那样,在立法的后面跋足

法考试也完全是一种案
系学生在毕业时至少完
下,中国目前本科法学教

内方法人人都懂,难道还
结合案例进行的吗?系
同时“顺便”或是“附带”
作公司(GTZ)在中国进
而且通过两至三个星期
这些法官都是各地选派
可能是导致判决质量不
一门训练还会抱有怀疑,
错误?可能从事司法实
一种用言语难以表达的,

经验或是判断力,而且
会提供现成的答案。但
步判断是否正确,不至
而保证司法判决理论的
较容易进行,在比较复
如果法官是独立的,只

维形成定式后很难改

关注司法考试的内容,造成

2007年第2期,第143—144
认为法律适用是一门独特
不时地有人会说从事政法

就是结果,是解释结果(而
的方法,所谓解释的方法事
与果,无论把这种创造性补
或是倒推,加以论证”,
51页。括号中的补充文字

变。好在这方面我们也已经起步,在刑法与民法方面也都有各种尝试。^[76]可能受过这种系统训练的人都有体会,德国的这种案例教学法对于学生判断力敏锐性的提高能让人终生受益。当然德国的法学教育有德国的问题,但是在本科阶段,训练学生在给定案件中具有法律意义的事实要素与一般性的描述分离出来,之后运用所学知识解决具体问题,学会在疑难案件中进行价值判断,就各种学说进行讨论,是非常值得吸收与借鉴的。其积极意义除了锻炼思维,更重要的在于为实现司法与学术的良性互动提供人才方面的保证,对于形成规范的法律用语也很有帮助。

当然,在引入案例练习课这一问题上也存在一些现实的难题。比如,在中国现有的教育模式下,大学考试的分数对于就业影响不是绝对的,现有的司法考试模式总体上会延续下去,如何能够调动学生参与的积极性?如何在学时固定的情况下,在平衡通识性教育与专业教育之余还挤出时间分配给案例练习课?

五、法教义学对于立法的贡献

本文的标题没有提及法教义学对于立法的贡献,主要是因为法教义学以现行法为对象,为抽象法律的适用提供具体的解释。但这并不意味着法教义学不能为立法服务,我们很多的法教义学研究都是以立法为导向的。^[77]尽管任何一个国家的立法都很少由法学家来主宰,“力量的逻辑”代替“逻辑的力量”^[78]也许更是一种常态,但是法教义学仍然可以为立法作出不可替代的贡献。通过对中国已有法律规范进行系统化,能够发现其中究竟存在哪些矛盾,可以了解如果通过立法改进,应该从何处入手。这种对制定法的系统化和提供立法的备选也是法教义学的应有之义。^[79]正是因为中国混合继受不同国家的法律的特点,而来自不同国家的法律概念本身就不一定具有兼容性,考虑到在移植过程中难以避免的误解与误读,中国现行法律之中存在矛盾的可能性难以排除。再加上活跃的地方立法与司法解释,中国法律规范之间的矛盾不是个别

[76] 中国政法大学也开始了这方面的试点;陈兴良:《刑法案例教程》前言,中国法制出版社2003年4月第1版已经明确指出这一点。

[77] 何海波(前引54),“虽然‘诠释法学’是中国学者耳熟能详的概念,但它似乎从未主宰过中国当代的行政法学。一部分原因是,中国行政法制建设处在起步阶段,立法严重缺漏导致‘无法可依’……与诠释法学的贫弱形成对照的是立法法学的盛行。”王轶:《对中国民法学学术路向的初步思考》(2004年学术报告,载北大法律信息网):到今天为止的中国民法学的研究,总体上体现出来是一种面向立法的民法学研究,也就是说,在过去二十余年民法学研究的过程中,民法学者所从事的研究工作一个最重要的目标是为我国国家的立法机关制定相应的民事立法,提供必要的参考和建议。这就是我们的民法学研究呈现出来面向立法的民法学研究的一个特点。

[78] 王轶(前引54),第116页。

[79] 参见Rüthers(前引13),§7 Rn. 320;拉伦茨(前引19),第154页,“法学决不像一些人可能认为的那样,在立法的后面跛足跟进,而往往是毋宁走在立法的前面。”

现象,而是大量存在于不同部门法与不同法律之间,上位法与下位法之间,法律与司法解释之间,就是在同一法律之中也存在概念的混淆。这种矛盾与疏漏一部分可以通过法教义学的解释方法解决,也可以通过法教义学的系统化方法来发现。

比如说,民事主体的概念以及与之相关的权利能力的概念,直接牵涉诉讼法与程序法中的当事人能力问题,中国目前关于实体法上具有权利能力主体的范围在不同法律中的定义并不一致,在程序上对于当事人能力,《民事诉讼法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政复议法》等的规定也不相同。这种重复规定不仅浪费立法资源,更重要的是这种差别是无法对其合理性作出说明。通过整合就比较容易发现哪些是疏漏、哪些需要改进、哪些可以通过解释的办法来解决。

还有,比如说撤销权的问题,在《合同法》第74条中规定了为了保护债权人利益的撤销权,在《企业破产法》第31条中也有类似的撤销权。在《外商投资企业清算办法》没有废止之前,根据第28条规定,自清算开始之日前的180日内,企业某些处分行为无效,其目的也是在于保护外商投资企业清算中债权人的利益,而纯内资企业的非破产清算中债权人却没有这种权利。这就是一个典型的教义上的矛盾。因为无论是税务上还是出资时的优惠待遇,可以从吸引外资的角度来正当化这种差别待遇。但是为什么外商独资企业与内资企业的债权人要进行差别对待,对此无法解释。更重要的是,非破产清算以企业的财产能够清偿对外债务为前提,既然债权人以企业现有财产即可以获得清偿,规定处分行为无效这种制度的必要性又在何处?

再比如,行政法中行政行为的执行力与公定力的关系。一般通说认为,行政行为一旦作出告知,对行政相对人就具有了执行力与公定力,行政机关可以强制执行。但同时又规定,行政相对人在3个月内可以提起行政诉讼。我们就不禁会提出这样一个问题,既然法律给予行政相对人3个月的考虑时间来决定是否寻求法律救济,再规定行政机关可以立即执行岂不是与这种观念背道相驰?从理论上讲,强制执行必然是以被执行对象穷尽了一般法律救济手段或放弃了法律救济手段为前提,否则就会导致执行回转成为一种常态。当然,我们国家在实践中之所以没有产生很大的问题,是因为行政机关没有执行职权是惯例,行政行为一般通过法院来执行。在法院执行的情形中考虑到了行政相对人行政诉讼期限这一因素。但是对有执行权的行政机关而言,这种矛盾还将继续存在。^[80]

六、法教义学与法学研究方法的多样性

如何看待法学研究方法的多样化?没有人能否定法律人需要跨学科的知识,也没

[80] 参见沈岷:《行政行为公定力与妨害公务》,载《中国法学》2006年第5期,脚注27,“公定力理论也不应成为改革不停止执行制度的障碍”。

有人会否定法学方法于法的认识,提出了答案。在反垄断法这学主流的国家,经济处与局限之分,但没有相互竞争的关系。在于以法教义学为主。重要的是,中国很多部

法教义学的长处知识体系。理论不断的知识与理论添加于现为要想在这样的一要不仅能够解释某个盾。如果去考察欧洲突破,这种突破是如何难。^[82]因此,法教义解释适用的问题上,一推移,在不再能令人代替。^[84]

交叉学科研究的以提供立法建议,但其立法已经结束的今天学科研究也无法解决英国在内的欧陆国家

[81] 同样观点:孙笑的法学的规范实证的法学,又被称为‘法教义学’。

[82] 比如让与担保。

[83] 谢晖:《规范解释社版》2000年第6期;德国手(Jaeger)“越来越少了,更

[84] 比如在民事主体两合公司或无限公司的民事以保证法律的相对稳定性。

位法之间,法律与司法与疏漏一部分可以通过来发现。

,直接牵涉诉讼法与程力主体的范围在不同法:《行政诉讼法》、《国不仅浪费立法资源,更重:容易发现哪些是疏漏、

为了保护债权人利益的《商投资企业清算办法》,企业某些处分行为无而纯内资企业的非破产矛盾。因为无论是税务中差别待遇。但是为什法解释。更重要的是,人以企业现有财产即可

般通说认为,行政行为几关可以强制执行。但此不禁会提出这样一个寻求法律救济,再规定讲,强制执行必然是以前提,否则就会导致执生很大的问题,是因为在法院执行的情形中的行政机关而言,这种

性

要跨学科的知识,也没

期,脚注 27,“公定力理论也

有人会否定法学方法多样化的积极价值。跨学科的法学研究极大地丰富了传统的对于法的认识,提出了法教义学看不到问题,为一些法教义学无法解决的问题提供了答案。在反垄断法这样在很大程度上依赖于国家经济政策的领域,即便是以教义学为法学主流的国家,经济分析的手段也是不可或缺的。法学方法中只是有研究功能上的长处与局限之分,但没有优劣与先进落后之分。彼此之间应当是一种相互配合,而不是相互竞争的关系。但如果一定要争论谁为主谁为辅的问题,在目前的阶段,我会倾向于以法教义学为主。^[81] 因为中国是一个成文法国家,制定的法律是法学的基础。更重要的是,中国很多部门法还没有在中国法律与法院判决基础上建立自己的知识体系。

法教义学的长处在于能够以已有的法律规范为中心,形成一个构架坚固的理论与知识体系。理论不断在司法实践中接受考验,对于司法实践的批判与总结又不断将新的知识与理论添加于这一体系之中。这样法律的发展是渐进的但也是稳固的。这体现为要想在这样的一个理论体系中突破,必须有非常令人信服的理由。新的理论必须要不仅能够解释某个个别问题,更重要的是与所突破的理论相关联的制度不发生矛盾。如果去考察欧洲有民法典的国家在制定以后一百多年来都经历了哪些制度上的突破,这种突破是如何发生的,可以发现,提出新的理论并为司法实践所接受非常困难。^[82] 因此,法教义学的方法给人的一般感觉是欠缺创造性。^[83] 实际上,在很多法律解释适用的问题上,一直存在主流与非主流的观点交替的现象。主流理论随着时间的推移,在不再能令人信服地解释法律时,就有可能为论证更为优越的非主流观点所代替。^[84]

交叉学科研究的对象是一种规范与规范效果互动的问题,可以诠释社会现象,可以提供立法建议,但是对于法律概念的厘清和体系的构建帮助不大。而法学在大规模立法已经结束的今天,面临的很多问题是纯粹的整合现有法律规范的问题,是通过跨学科研究也无法解决的问题。如果深究美国的法学方法为何如此发达,而德国、包括英国在内的欧陆国家仿佛故步自封,承继的是几百年流传下来的法教义学方法,可以

[81] 同样观点:孙笑侠(前引 41),第 422—423 页。“我认为至少应该在法律教育过程中,主流或正宗的法学是规范实证的法学……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,又被称为‘法教义学’……我认为,法学的主流与基础是规范法学,规范法学是一切法学的基础。”

[82] 比如让与担保发展突破物权法定与物权公示原则,又如精神损害赔偿的问题突破了损害的定义。

[83] 谢晖:《规范解释的创新何以艰难——兼论我国规范法学研究的创新问题》,载《山东大学学报:哲社版》2000 年第 6 期;德国的法学学者也感叹,在法学知识已经达到高度积累的今天,能够创设新理论的“猎手(Jaeger)”越来越少了,更多的人能作的只是拾遗补阙(Sammler)了。

[84] 比如在民事主体这一问题上,传统的民法在条文中倾向于自然人与法人的“二分法”,而对合伙、两合公司或无限公司的民事主体地位,没有明文规定过渡到今天的“三分法”。这种看似缓慢的法律演化可以保证法律的相对稳定性。具体参见卜元石、韦西蒙:《第三民事主体的中德比较研究》(未刊稿)。

发现,产生这种差异固然与美国是判例法国家有关^[85],但更有其深刻的社会与历史原因。^[86]实际上,直到20世纪初期,美国法学(主要由兰代尔倡导^[87])的方法与欧陆法学并无太大区别。但是美国的法律现实主义运动彻底颠覆了传统的治学方式。此外,美国的实用主义取向也是一个很关键的原因。而这种法律现实主义运动在欧陆法圈并没有发生过,欧陆国家对于美国的实用主义取向也抱有一定的怀疑。在德国,因为“二战”的缘故,导致当时的法学研究被迫局限于制定法的研究,不去对法律规范的道德基础进行考量。^[88]“二战”以后有短暂的自然法的复兴,但是很快又回归到其法教义学的传统上面。^[89]所以欧美法学方法多样化上的差异并不能说明其优劣。更何况,美国法学界对于跨学科研究成为法学研究的主流所造成的学术、教育与司法实践的脱离,也不乏批评^[90]及反思^[91]的声音。

[85] 但同是英美法系的英国在方法论上也是一种教义学的传统方法。

[86] 具体参见 Grechenig/Gelter(前引3),第513页以下。

[87] 具体参见孙笑侠(前引41),第430—431页。

[88] 格雷歇尼吉/盖尔特(前引3),第559页。

[89] 格雷歇尼吉/盖尔特(前引3),脚注275、284。

[90] 多林(Dolin):《失去的机会:法学院如何让学生、公众与法律实务界感到失望》(Opportunity Lost: How Law School Disappoints Law Students, The Public, And The Legal Profession),载《加利福尼亚西部法律评论》(California Western Law Review)第44卷(2007年),第219页以下,一文中指出,权威法学期刊的文章越来越抽象,与法律实践的关联越来越少(脚注115),文章能否发表更多取决于其内容的独特性,而不是学术上的严谨性(脚注117)。

[91] 费尔德曼(Feldman):《一个学科的转变:法学教授的今天和过去》(The Transformation of an Academic Discipline: Law Professors in the Past and Future (or Toy Story Too)),载《法学教育杂志》(Journal of Legal Education)第54卷(2004年),第471页以下,尤其是第487页至第490页,一文回顾了美国法学教育发展的百年历史,指出自哈佛大学法学院第一任院长兰代尔(Langdell)开创案例教学法时起,美国法学教授对于自身的角色首先定位于实践中的法律人(lawyer),然后才把自己看成是大学教授(第487页)。兰代尔倡导的案例教学法就是一种教义学的方法(第476页以下),而法教义学使得法学教授实践与学术的双重身份能够很好地结合在一起(第480页)。那时法学期刊上的文章似乎与措辞讲究的上诉状没有太大差异,都是先提出某一方面的法律问题,然后找出相关的先例,之后提出解决的建议,一般在结尾都会提出改革某项法律的建议(第483页)。法学研究也是以参与司法实践为导向,以为司法实践提供贡献为目的(第487页)。自1920年以后,法律现实主义运动逐步改变了美国法学研究的方法,法学教授一直试图在实践中以法律人与大学教授的双重身份中寻求平衡(第480页)。在跨学科法学研究成为主流的今天,法学教授双重身份之间的张力不断增加,这体现在,一方面,司法判决中引用法学期刊文章的数量逐渐下降,另一方面,越来越多的学者对于教义学的方法已经失去了信心(第490页),在法学研究中明确不再以影响立法与司法为目的(第489页)。作者认为,法学教授必须认识到他们今天的身份就是大学教授,而不再主要是实践中的法律人(第490页)。不是法律专家的法学教授还能干什么呢?作者提出多少有些惊悚骇俗的结论:法学教授可以指导其他学科来进行跨学科研究(第492—494页)。原因是法学教授在跨学科研究方面领先于其他学科,已经积累了很多经验,可以帮助其他学科跨越学科的藩篱。所以法学教授的未来不再是成为法律专家(legal expert),而是成为跨学科专家(interdisciplinary expert)。一些守旧的法学教授、二三流法学院的老师(因为知名法学院的教授大都去作跨学科研究去了)则会继续从事法教义学的研究,坚守法学自己的领地(第495—497页)。

在中国,真正法学理论的介绍与评论。在法目的是什么?是对立法准备像法律经济分析在补充,还是将二者有机:种方法应用于中国?

如果是为了立法服跨学科研究能够对法律定的前提,实际中运行法,可以解决中国规范如登记簿的公信力、抽否应该允许平行进口,方法可能提供新的思路经济学人士参与其中,《引立法时吸收实践部门的只不过这种活动没有-

中国跨学科法学经验与实证的支持,避国法律形成自己法律与法律现实之间的背在。在很多情况下,因的。但是至少有实证的

如果为了司法服点上值得思考的是,美

[92] 刘宏恩:《从心理方面的发展——白建军:《

[93] 就此可参见许德风:《洪范评论》第7辑,200

[94] 中国法律规范的影响,参与立法者法律知识欠

[95] 参见常鹏翱:《界

其深刻的社会与历史原
导^[87])的方法与欧陆法
传统的治学方式。此外,
实主义运动在欧陆法圈
的怀疑。在德国,因为
不去对法律规范的道
是很快又回归到其法教
能说明其优劣。更何况,
、教育与司法实践的脱

感到失望》(Opportunity Lost:
载《加利福尼亚西部法律评
出,权威法学期刊的文章越来越
为容的独特性,而不是学术上

(The Transformation of an Aca-
;学教育杂志》(Journal of Legal
回顾了美国法学教育发展的
去时起,美国法学教授对于自
(第487页)。兰代尔倡导的
实践与学术的双重身份能够
斥书没有太大差异,都是先提
尾都会提出改革某项法律的
贡献为目的(第487页)。自
试图在实践中以法律人与大
天,法学教授双重身份之间的
降,另一方面,越来越多的学
响立法与司法为目的(第489
要是实践中的法律人(第490
的结论:法学教授可以指导其
面领先于其他学科,已经积累
成为法律专家(legal expert),
学院的老师(因为知名法学院
的领地(第495—497页)。

七、中国跨学科法学研究的意义

在中国,真正法学跨学科研究才刚刚开始。之前很多的研究局限于对国外现有理论的介绍与评论。在法学跨学科研究起步之后,一个很现实的问题就是,这种研究的目的是什么?是对立法、司法还是同时对两者有影响?其在法学上的定位是什么?是准备像法律经济分析在美国取代传统的法学方法那样占据主导地位,还是只想成为其补充,还是将二者有机结合起来(当然这种可能性是否存在是另外一个问题)?如何将各种方法应用于中国?

如果是为了立法服务,如何将研究成果转化为法律规范就是必须要解决的问题。跨学科研究能够对法律制度的设计提供新的视角。比如法社会学可以检验立法时设定的前提,实际中运行的状态,在社会中产生的效果^[92],经济学中分析交易成本的方法,可以解决中国规范层面无法进一步讨论的问题,也更可能形成新颖的见解。^[93]比如登记簿的公信力、抽象原则与有因原则对于物权交易的影响、宅基地的可转让性、是否应该允许平行进口,在教义学的讨论似乎到了尽头的时候,经济分析和甚至实证的方法可能提供新的思路。当前的立法,也试图建立在经验与实证的基础上,也会有经济学人士参与其中,《劳动合同法》制定前对于《劳动法》的执行状况也作了一定调查,立法时吸收实践部门的经验,也是为了考虑法律所要规制的社会关系的实际情况^[94],只不过这种活动没有一定的系统性。

中国跨学科法学研究的另外一个作用在于,为从外国引进法律制度的同化,提供经验与实证的支持,避免法教义学研究与实践脱节的问题。在中国这样一个由引进他国法律形成自己法律制度的国家,难以避免出现移植的观念水土不服,以及法律规定与法律现实之间的背离。如果不通过法社会学的方法,就无法准确了解问题的症结所在。在很多情况下,因为种种原因,特别对于外国法进行定量和定性研究都是不现实的。但是至少有实证的意识可能也会使法学研究更有价值。^[95]

如果为了司法服务,什么样的研究才能影响判决,才能为法官所接受呢?在这一点上值得思考的是,美国自1976年开始对联邦法院法官进行微观经济学方面的强化训

[92] 刘宏恩:《从心理学到法学的学习路:我思我感》,载台北《法官协会杂志》第6卷第2期;在犯罪学方面的发展——白建军:《论法律实证分析》,载《中国法学》2000年第4期。

[93] 就此可参见许德风:《论现行保证制度的局限及其完善——以成本收益分析为中心》,载《法商研究》2008年第1期;许德风:《论担保物权的经济意义及我国破产法的缺失》,载《清华法学》2007年第3期;冯玉军、李秀君:《权力、权利和利益的博弈——〈城市房屋拆迁管理条例〉的法经济学分析》,载吴敬琏、江平主编,《洪范评论》第7辑,2007年。

[94] 中国法律规范的欠缺多少是因为缺乏实际论证造成的,很难量化,在很多情况下,意识形态的影响、参与立法者法律知识欠缺、利益集团的博弈都起一定作用。

[95] 参见常鹏翱:《异议登记的制度建构——法律移植的微观分析》,载《中国法学》2006年第6期。

练,到1983年,美国1/3的联邦法官都参加过培训^[96],一些法律经济分析的推动者被任命为美国最高法院法官,波斯纳的个人魅力与学术能力等都是法律经济分析最终能够对司法产生影响的重要原因。而其他的跨学科研究也同样在影响司法的道路上做着各方面的努力。^[97]不谈中国可否复制这一模式,单从法官/法院在中国国家权力体系中的定位,就可以看出跨学科法学研究在中国对于司法的影响很可能是有限的。在成文法国家,“法官判决的合法性不是建诸于法官的权威之上,而是以立法者的权威为基础。”^[98]美国的判决可以更多地从法律政策出发,对于判决可能产生的社会影响作出与先例或制定法相反的判决。抛开在中国法官造法的宪法基础不谈,就是考虑到中国法官现有的教育背景,比较现实和合理的改善判决质量的途径也不是去扩大法官自由裁量权,鼓励法官使用法律经济分析等跨学科的方法超越制定法进行判决,而是为法官提供法律解释的备选可能。所以跨学科的方法影响司法的一个比较现实的可能是,在教义学的框架下进行,比如在前文所述的教义学的法律后果分析中进行学习。^[99]

中国跨学科法学研究同样也存在各种困难与局限。局限包括研究对象的局限与研究结果的理论化和普遍化。困难在于著书立说的压力以及研究费用的限制,导致进行田野调查和实证研究也是一件很困难的事。但最主要的还是具有研究能力人员的欠缺。在中国不仅从事跨学科法学研究的人很少,就是连跨越广义法学的内部各个领域(比如在从事法哲学或是法制史研究的同时也进行部门法研究)或是跨越部门法(比如同时从事实体法与程序法)的研究都很少。各个部门法学疏于沟通与交流是一种常态。进行跨学科研究要求法学毕业生必须经过相应的方法训练,了解其使用方法所归属的社会科学门类的基本知识。而其他社会科学研究人员因缺乏法学知识,导致对于所调查法律现象的确定与调查结果的分析成为一个难题。研究的成果最终转化成法律规范方面的建议,也同样需要对中国现有法律规范准确而完整的把握。^[100]这就要求进行法学的跨学科研究的主体,应该以受过系统训练的法律人为主体。在美国从事法律经济分析的主体也是法学院的研究人员。当然,中国法学研究的人数众多,接受多个学科的系统教育因为中国学科设置的灵活性更为可能,所以解决这个问题应该相对容易些。

[96] Butler: The Manne Program in Economics for Federal Judges, Case Western Reserve Law Review, Vol. 50 (1999/2000), 351-420.

[97] 参见戴昕:《心理学对法律研究的介入》,载苏力主编:《法律和社会科学》2007年第2卷,法律出版社2007年版。

[98] 乌尔弗里德·诺伊曼:《法教义学在德国法文化中的意义》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(第5期),中国政法大学出版社2002年版,第15页。

[99] 比如,对各种网上银行失窃案可以从经济分析的角度确定在银行与客户均无法证明自己无过错的情况下,谁来承担责任更符合效率。

[100] 周林彬(前引37),第27页,指出经济学家的参与并不能保证立法更合理,毕竟如何把结果转化成法律规范是法律人的专长。

着眼法学的“中国的问
态,而应当包括中国法律规
运用法律的法律人。在这
在摸索如何上路。学科要
律人对于其他学科对法律
性完全可以抱以更加开放
自信。法教义学是法律人
领域。法律人需要其他学
也许我们制定的法律
语权的想法太强烈了,也许
定法,探寻法学在中国前行
回到制定法,建立以引
导法学时代结束后中国法
作出的贡献。加强思维训

法律经济分析的推动者被
是法律经济分析最终能
在影响司法的道路上做
法院在中国国家权力体
影响很可能是有限的。在
而是以立法者的权威为
可能产生的社会影响作
基础不谈,就是考虑到中
途径也不是去扩大法官自
制定法进行判决,而是为
的一个比较现实的可能
后果分析中进行学习。^[99]
包括研究对象的局限与
研究费用的限制,导致进
是具有研究能力人员的
广义法学的内部各个领
域)或是跨越部门法(比
于沟通与交流是一种常
练,了解其使用方法所归
缺乏法学知识,导致对于
究的成果最终转化成法
完整的把握。^[100] 这就要
以人为主体。在美国从事
学研究的人数众多,接受
以解决这个问题应该相

stem Reserve Law Review, Vol.

科学》2007年第2卷,法律出版

流主编:《法哲学与法社会学论

客户均无法证明自己无过错的

合理,毕竟如何把结果转化成

八、结 语

着眼法学的“中国的问题”,并不局限于关注制度的形成与法律制度在运作中的状态,而应当包括中国法律规范的理解与中国司法判决的总结批判,以及培养能够准确运用法律的法律人。在这种意义上,法教义学的路在中国不是已经走到头了,而是还在摸索如何上路。学科要合作,但更要分工。没有法教义学,法学何以安身立命?法律人对于其他学科对法律研究的介入尽可以不必怀有敌意,对于法学研究方法的多样性完全可以抱以更加开放的态度,但对于法学的自主性却应该有方法的自觉与学科自信。法教义学是法律人所最擅长的,也是其他社会科学学者无法对法学作出贡献的领域。法律人需要其他学科的知识,但不一定需要其他学科的方法。

也许我们制定的法律与心中的理想状态差距太远了,也许我们想夺回知识界的话语权的想法太强烈了,也许我们想摆脱法学落后的心情太迫切了,让我们更想超越制定法,探寻法学在中国前行的途径,却忽略了什么是法学得以立足的根本。

回到制定法,建立以中国法律规范为中心的法教义知识体系,这就是中国立法主导法学时代结束后中国法律人的首要任务。而逐步开放判决就是司法机关为此所能作出的贡献。加强思维训练是法学教育为此所应该做的准备。