

什么是法教义学：一个法哲学追问

凌 斌*

摘要 当代中国的法教义学研究在方法论上还有很大分歧。就其特定的立场和方法而言，法教义学是对由本国立法条文和司法案例中的法规范构成的实定法秩序做出体系化解释的法学方法。法教义学与其他法律解释方法的主要差别，体现在对实定法秩序体系化解释的司法中心主义。这就要求法教义学既必须给价值判断留出弹性空间，同时又必须保持法律体系的相对封闭性。然而，法教义学的中国化过程，在一定程度上偏离了原本的立场和方法。这一方面表现为对立法中心主义的法律解释学的沿袭，因此难以摆脱概念法学的积习。另一方面则表现为不以本国司法裁判为法律教义，缺少实定法的司法维度，仍然主要依赖于对国外法学理论的“法学继受”。要推进真正的法教义学的研究和教学，需要清除伪装为法教义学的概念法学、继受法学和立法论思维。

关键词 法教义学 法解释学 价值判断 法律思维 继受法学

一、从刑法教义学的立场之争谈起

“什么是……”这一问题，是哲学思考的起点。在柏拉图关于哲人苏格拉底的各篇对话中，都会提出“什么是”的问题。比如，苏格拉底在遭受审判之前，向游叙弗伦提出的问题是：“什么是虔敬”。〔1〕而在著名的《理想国》中，苏格拉底的问题是：“什么是正义”。〔2〕法哲学是哲学在法律领域的应用。法哲学对法律事务的追问同样以“什么是”开头。比如法理学著作回答的

* 北京大学法学院教授。感谢梁根林主编的约稿和督促，促成了本文的写作。感谢王世洲、葛云松、许德峰、刘哲玮、江溯等师友长期以来在日常交流中就这一主题对我的帮助。感谢苏力、王世洲、梁根林、张骥、沈岍、许德峰、薛军、张翔、刘哲玮、江溯、邓峰、车浩、金锦萍、彭冰、李红海等各位师友的批评意见和在讨论中给我的启发。感谢孙海波博士出色的研究助理。一如成例，文责自负。

〔1〕（古希腊）柏拉图：《游叙弗伦》，严群译，商务印书馆1999年版，页17。

〔2〕（古希腊）柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹名译，商务印书馆1997年版，页6。

根本问题,就是“什么是法律”。〔3〕在法教义学蔚然成风之际,我们势必提出这一问题:什么是法教义学?

苏格拉底追问什么是“正义”,当然不是要找到一个本质上正确的概念,而是在问我们需要什么样的正义观念,什么样的正义观念有助于人的完善和城邦秩序。对于“什么是法教义学”的追问,也旨在探求这一问题:我们需要的是什么样的法教义学,什么样的法教义学对中国的法学研究和法治发展有所裨益。

几乎所有学者在提及法教义学时,都会重复这样的套话:法教义学这一概念出自德文“Juristische Dogmatik”或“Rechtsdogmatik”,英文对应于“legal doctrinal analysis”和“legal dogmatics”,中文则有法释义学、法律信条论、法律教义学、教义法学和法教义学等多种译法。但这只是法教义学“叫什么”,而不是法教义学“是什么”。尽管法教义学进入中国已然有近十年的时间,尽管有法教义学取向的作品已然成为许多学科的主流,但是,什么是法教义学,仍然是一个尚无定论的问题。这突出表现在围绕法教义学形成的两个基本争议:一是法教义学和法解释学的异同,二是法教义学与继受法学的关系。要回答这两个问题,都必须首先追问的是,究竟什么是法教义学,究竟法教义学在立场和方法上的方法论特征是什么。

在关于法教义学的众多讨论中,刑法学者对法教义学立场和方法的追问,体现了难得的方法论自觉。刑法教义学的立场之争,焦点在于对实定法的解释态度。依照冯军教授的表述,“服从刑法的权威是适用刑法的当然前提,刑事法治的实现需要确保刑法规范的纯洁”,“必须在刑法教义学的体系之内进行刑法的目的理性思考”。〔4〕或者用张明楷教授的概括,主要分歧在于“解释法条与批判法条的关系”。〔5〕尽管两位学者讨论的是“法规范维护说”和“法益保护说”这些具体的刑法理论,但是触及的却是何为法教义学这一根本问题。〔6〕尚无定论因而有待澄清的是,法教义学的研究范围、立场和方法究竟是什么?法教义学信奉的究竟是具体的立法条文还是整体的法律秩序?法教义学应当致力于维护实定法秩序的体系建构,还是服务于法律所承载的公共目的?是应当致力于立法解释的体系性,还是服务于司法裁判的实践性?不回答这些问题,中国的法教义学研究很难具有真正的学术自觉。

刑法学者关于法教义学立场的论述,同时触及了当代中国法教义学研究的一个基本问题:法教义学与法解释学的异同问题。张明楷教授明确主张:“刑法教义学原本就是刑法解释学或者说就是狭义的刑法学”,“不认为刑法教义学与刑法解释学存在什么区别”。〔7〕很显然,张明楷教授之所以格外强调这一主张,是因为刑法学界对此尚存争议。相比于其他学者的不加反思、不加论证,相比于想当然地认为自己以往所做的法解释学研究就是法教义学,刑法学者

〔3〕 比如,(英)哈特:《法律的概念》(第二版),李冠宜、许家馨译,法律出版社2006年版,页1。

〔4〕 冯军:“刑法教义学的立场和方法”,《中外法学》2014年第1期。

〔5〕 张明楷:“也论刑法教义学的立场:与冯军教授商榷”,《中外法学》2014年第2期。

〔6〕 同上注。

〔7〕 张明楷,见前注〔5〕。

的理论反思显然具有更为清醒的方法论自觉。不过,仍需进一步追问的是,如果这两个概念原本就是一回事,为什么还要在已经长久使用的“法解释学”之外,提出“法教义学”概念呢?为什么还会在中国的法教义学者内部存在争议呢?究竟法教义学是否具有区别于法解释学的独特之处?法教义学研究仅仅是对立法条文的体系解释,还是应当有其司法维度?法教义学对本国的立法条文和司法案例应当采取何种立场?很显然,问题不像张明楷教授处理的那么简单。这些问题,同样最终指向了法教义学的方法论本身,指向了对法教义学的实质理解。

总之,要回答上述问题,都必须首先回答:究竟什么是法教义学。不论是部门法学主张的法教义学的纯粹性,还是理论法学提出的交叉学科的互补性,都要求中国学者形成自己的方法论自觉。这不是对德国法学的精确继受所能解决的,而是取决于中国法学自身的理论成熟。有待研究的是,法教义学是否有其独特的方法论意义,是否有其特定的立场和方法,究竟能为当代中国的法学研究和法治实践贡献什么。

二、法教义学的立场

就中国学者普遍援引的关于法教义学的界定来看,法教义学是一种特定的法学方法,有其基本的立场和方法。

在立场上,法教义学的确具有独一无二的特点:那就是其法律实定主义(legal positivism)的彻底性。法教义学要求对实定法秩序抱有坚定信仰。正如诺依曼所说,“法教义学要以对一国现行实在法秩序保持确定的信奉为基本前提,这也是所谓的‘教义’的核心要义所在。”〔8〕在众多关于法教义学的定义中,王泽鉴先生格外抓住了这一“核心要义”:“法教义学是一门将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑的前提,并以此为出发点开展体系化与解释工作的规范科学。”〔9〕对实定法秩序的坚定信奉和毫不怀疑,这就是法教义学的根本出发点。这就是法教义学的独特之处。索福罗斯在《安提戈涅》中通过男主人公克瑞翁之口,最早宣告了这一法教义学立场。〔10〕但是在法教义学之前,还没有任何一种法学类型敢于将自己建立在如此绝对的实定主义立场之上。〔11〕反之,如果对于寻求实定法秩序的体系化解释这一立场也加以否认,那就超出了法教义学的一般范畴。

要理解法教义学对实定法秩序不加怀疑的信奉立场,必须澄清以下几个问题。首先,实定

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

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

〔10〕参见(美)博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,页4;(美)波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,页11;苏力:“自然法、家庭伦理和女权主义——《安提戈涅》重新解读及其方法论意义”,《法制与社会发展》2005年第6期。

〔11〕许多主张法教义学的中国学者都表达了这一克瑞翁式的实定主义立场。比如宪法学者就认为“所谓‘中国的宪法学’就是以中国宪法这个特定的法秩序(包括文本与制度)作为‘基础和界限’,其研究出来的结论也只针对中国。”参见林来梵:“中国宪法学的现状与展望”,《法学研究》2011年第6期。

法秩序不同于实定法规范。实定法规范是特定的,对应于某个立法条文或司法判决,是构成实定法秩序的具体内容。实定法秩序是一国实定法规范的总和。法教义学并非对任何立法条文或司法案例都不加怀疑,而是对作为法规范总和的实定法秩序抱有坚定信念。这意味着,如果一个立法条文或司法案例中包含的法规范与整个实定法秩序的规范体系发生冲突,法教义学就必须对这一法规范给予批判。法教义学正是通过梳理和批判散落在具体立法条文和司法案例中的法规范,实现对作为规范整体的实定法秩序的体系化解释。

其次,并非所有现行有效的立法条文和司法判例都属于法规范,都构成一国实定法秩序的规范内容。由实定法规范构成的——法教义学的信奉对象——实定法秩序,要小于一个国家现行有效的全部立法条文和司法案例的总和。也就是说,真正构成一国实定法秩序的法规范,只是部分立法条文和部分司法案例。大量的司法案例都只有个案意义而没有规范意义,因此并不构成实定法秩序的一部分,也就不是法教义学的研究对象。

法教义学致力于解释的法规范,是“约束性或支配性规则”(binding or governing rules)。只有具有约束力或支配力的有效规范,才是法教义学的研究对象。那些“不完全法条”,以及没有创造而只是适用具体规则的司法案例,都不构成实定法秩序的一部分,因此都不是法教义学必须尊重和解释的法规范。这意味着,一方面,法教义学不需要研究所有立法条文和司法案例,而是只需要研究那些作为“约束性或支配性规则”的法规范。另一方面,一旦实定法秩序中产生了新的法规范,比如一个司法案例中包含了“约束性或支配性规则”的澄清或改变,法教义学就必须认真加以对待。不论是实行判例法的美国,还是不实行判例法制度的德国和中国,都有很多创生了“约束性或支配性规则”的司法案例。比如张学英诉蒋伦芳案对《民法通则》“公序良俗条款”的澄清和界定,^[12]就变动了中国实定法秩序的内在体系,就是法教义学不能忽略的规范改变。

最后,作为法教义学研究范畴的实定法秩序,既包括立法条文,也包括司法案例,两者缺一不可。拉伦茨就是从立法和司法的实定法秩序出发,将法教义学理解为“以处理规范性角度下的法规范为主要任务的法学,……关切的是实定法的规范效力、规范的意义内容,以及法院判决中包含的裁判准则。”^[13]卜元石教授的界定同样如此:法教义学是“包括从制定法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。”^[14]很显然,与立法条文一样,司法裁判也是实定法,也是法教义学应当“作为坚定信奉而不加怀疑的前提”。正如金德豪伊泽尔的形象比喻,法教义学包含了从对立法条文解释到对司法的案例应用的全过程,包含了“法律思维”的首尾两端:“①制定法以及议会决定的[立法]政策;这两者就预先确定了教义学工作的研究对象,也就是说,确定了教义学的输入端(Input);②司法判决:其将教义学中所发

[12] 四川省泸州市纳溪区人民法院民事判决书(2001)纳溪民初字第561号,法宝引证码:CLI.C.37779;四川省泸州市中级人民法院民事判决书(2001)泸民一终字第621号,法宝引证码:CLI.C.22368。

[13] (德)拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,页77。

[14] 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”,《中德私法研究》2010年总第6卷,页6。

展出来的成果和方法付诸于实践,这样,其便对教义学的输出端(Output)产生了决定性的影响。”^[15]实证法秩序不仅包括一部法典的全部规范,也不仅是一个国家全部的立法规范,而且是一个国家所有立法规定和司法裁判中包含的法规范的总和。

由此反观前述的刑法教义学的立场之争,就在于法教义学所信奉的对象,应当是具体的立法条文(法律部门),还是整体的“实定法秩序”。法教义学的一般立场在于,信奉和尊重由一国立法条文和司法案例中包含的全部具有约束力或支配力的法规范组成的实定法秩序。

三、法教义学的方法

法教义学的特定立场,决定了其特定方法。法教义学在立场和方法上的一个突出特点,是其司法中心主义。

就方法而言,法教义学的独特性在于,以体系化的方式将一国立法和司法的实定法规范融为一体。因此,尽管法教义学的研究范围既包括立法也包括司法,但是法教义学的研究对象,既不单是法律条文(不同于狭义的法解释学),也不单是司法案例(不同于一般的案例分析),而是对全部立法和司法的体系化解释。法教义学方法的宗旨在于,在一国的立法条文和司法案例构成的实定法秩序内,基于其法规范体系(亦即现行法体系),得出解决具体问题的司法结论。法教义学方法,至少在理论上,不限于任何一种法解释学方法(如目的解释)或法经济学方法(比如成本收益分析)。至少在理论上,这些具体的法律解释方法都可以服务于法教义学,服务于从实定法秩序内的法规范体系得出的司法结论。

因此,法教义学的独特意义,因此不在于包罗万象,也不在于法学学说的体系性本身。认为“法教义学的根本就是法学的体系性”,^[16]是不确切的。法教义学的根本是法律的体系性。法学不是法律。法教义学的体系化功能,寻求的不是一般的学术意义上的体系性。^[17]法教义学的体系化功能,是为了特殊的实践意义上的体系性。法教义学的意义不是法学自身的体系性,而是法律秩序的体系性。法教义学是实践导向而非理论导向的,是服务于法治实践的学问。法学的体系性建构是在法律的体系性建构的过程中发展起来的。一如前述,连接立法和司法,以一个国家立法和司法的全部实定规则为指向的体系建构,才是法教义学真正独特和真正有价值的地方。

正是法教义学的这一独特方法,使之可以发挥重要的法治和法学作用。王泽鉴先生总结的法教义学的四个功能很能体现学者们的普遍共识:体系化功能(“有系统的整理分析现行法

[15] 参见(德)沃斯·金德豪伊泽尔:“适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?”蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期。替换了文中的一个词。

[16] 卜元石,见前注[14]。

[17] 这一点其他法学方法乃至社会科学方法都能做到。比如波斯纳的《法律的经济分析》,就是以经济学方法系统梳理普通法的著作。法经济学在美国法学中的系统化作用,丝毫不亚于法教义学在德国法学中的作用。参见(美)波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2012年版。法教义学者夸大了自己研究方法本身在体系性上的优越地位。

律的概念体系”）、稳定功能（“为司法实践及特定裁判提出适用的法律见解”）、减轻论证负担功能（“减轻法学研究及法院裁判论证上的负担”）和修正与更新功能（“探寻符合体系的新的合理解决方法途径”）。〔18〕正如学者们所强调的，法教义学的这四个功能，不是割裂的，而是一体的。〔19〕其中第二和第三个功能，也就是“稳定”和“减轻论证负担”的功能，都直接服务于司法裁判。第一个功能，即“体系化”功能，是在第二和第三个功能基础上的抽象升华，对象是包含了立法和司法的“现行法律的概念体系”。而第四个功能，即“修正与更新”的功能，则应视为在前三者的基础上的进一步发展。〔20〕很显然，服务于司法裁判，是法教义学多种功能的基础。法教义学的基本功能在于，通过运用法律解释将立法条文应用于司法案例，并在此基础上形成和发展法律规则和法学学说的一般体系。

从德国学者的描述来看，法教义学的任务和内涵，主要包含的也是这三方面内容：判决说理、概念演绎、体系建构。其“运作机制”是“立法—司法—法学”的循环往复，并以司法为中心。〔21〕温德沙伊德主张法教义学有三项任务：其一，法律概念的逻辑分析；其二，将此一分析综合而成一体系；其三，运用此一分析结果于司法裁判之论证。〔22〕阿列克西也认为，法教义学是这三种活动的混合体：“①对现行有效法律的描述；②对这种法律之概念——体系的研究；③提出解决疑难的法律案件的建议。”〔23〕尽管学者们将“司法裁判之论证”、“解决疑难的法律案件的建议”归结为法教义学的“第三类”功能、任务和涵义，但是就其方法论意义而言，则是“第一位”的。法教义学要将司法裁判纳入法律体系的牢笼，就必须首先立足于司法裁判的说理过程。〔24〕一如前述，法教义学的内容尽管是理论性的，但其宗旨却是实践性的。法教义学的实践导向，要求其研究结论是“可司法”的，是提供给法官并且能够为法官所用的一套理论学说。

中国学者研习法教义学的一个最为深刻的感受，正在于德国“学术与司法实务良好互动”，〔25〕“法学与司法之间的深入对话”，〔26〕“学术界与实务界的紧密联系”，〔27〕“司法审判与

〔18〕 王泽鉴，见前注〔9〕，页11—12。

〔19〕 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。

〔20〕 还有学者将最后一个功能进一步归纳为“法理学随着各种规范性后果的所得到的发展，这些规范性后果如成文法解释的各种学说、法律内部体系的学说、法律渊源学说”、“道德哲学学说的发展，如‘充分’因果关系学说背后的关于正义的哲学”、“法理学和道德哲学背后的基本哲学立场的阐明”。武秀英、焦宝乾，同上注。

〔21〕 黄卉：“从德国宪法判例中学习宪法实施技术——《德国宪法案例选释（第1辑）基本权利总论》评介”，载黄卉主编：《福鼎法律评论》创刊号，法律出版社2012年版，页1。

〔22〕 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。

〔23〕 （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。

〔24〕 参见（德）Ralf Poscher：“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。

〔25〕 张翔：“宪法教义学初阶”，《中外法学》2013年第5期。

〔26〕 武秀英、焦宝乾，见前注〔19〕。

〔27〕 卜元石：“德国法学的现状与发展前景”，载：<http://www.njudcir.com/xinwendongtai/201310/98.html>，最后访问日期：2014年5月3日。

学术研究的互动与良性循环”,〔28〕“沟通理论界与实务界的桥梁……构筑统一的法律共同体的钥匙”。〔29〕在德国,“由于司法实践和法学研究之间的良性互动,法学教科书和法典评注为了反映最新的司法实践成果而常常再版,更新很快。学者也将自己的学术成果被法典评注所引用,进而影响司法视为最高学术成就。”〔30〕比如“德国刑法判例和刑法学说之间经常是会互相影响的”,〔31〕“判例研究与法学发展存在着休戚与共、相辅相成的关系”。〔32〕因此可以说,“法教义学的发展乃是在法官的推动下进行的。”〔33〕这是因为,“一般法教义学,尤其是民法、刑法教义学的服务对象是法官。它从法官的角度看待法律问题,因而是以法庭为背景的学问。”〔34〕

尊重和研读司法案例及其裁判规则,不仅是法教义学的必要内容,而且是其独特的学术品格。这就是诺依曼所谓的“法教义学的任务,在于为司法裁判准备和提供规则。”〔35〕也正是法学的这一基本任务,决定了“法教义学的‘最终目标’(ultimate objective)仍是‘确立用以决定案件的规则’。”〔36〕对此,魏德士的论述更加一针见血:“法教义学为什么会产生呢?原因在于法学是关于现行法的学问,而现行法是不可能面面俱到的,法官又不能以无明文规定而拒绝裁决,因为法学(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。”〔37〕

德国法教义学的这一司法取向,不仅主导着法学研究,而且深入到法学教育和司法实践当中。表现在法学教育方面,法教义学是一套案例研习方法,为法官审判提供必要的参考;〔38〕而就司法实践而言,法教义学则是一种判决说理方式,体现在法官的司法实践当中。很显然,之所以存在这样一种法官和学者良性互动的理论基础,就在于法教义学的落脚点是一种判决说理方式,法教义学的立法解释和体系建构,都在围绕着最终的司法裁判——“教义学的输出端”。离开了司法裁判这个实定法基础,法教义学就会失去其源头活水。

因此,并非所有案例分析都是法教义学,也并非所有法条解释都是法教义学。一方面,不以体系化解释实定法秩序为目的的案例分析,并不是法教义学。案例分析可以服务于多种目的。很多以中国案例印证德国教义的案例分析,就不是法教义学。还有些研究虽然以“法教义学”为名,实际上是对德国法教义学的梳理,不是对本国法律教义的研究。这类研究当然也可

〔28〕 卜元石,见前注〔14〕。

〔29〕 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。

〔30〕 卜元石,见前注〔27〕。

〔31〕 金德豪伊泽尔,见前注〔15〕。

〔32〕 章剑生、黄卉:“中国案例指导制度的具象化判例研究及其方法——基于第七期“判例研读沙龙”的评论性综述”,《华东政法大学学报》2011年第3期。

〔33〕 许德风:“法教义学的应用”,《中外法学》2013年第5期。

〔34〕 王本存:“论行政法教义学——兼及行政法教科书的编写”,《现代法学》2013年第4期。

〔35〕 诺依曼,见前注〔8〕,页15。

〔36〕 许德风,见前注〔33〕。

〔37〕 (德)魏德士:《法理学》,丁晓春译,法律出版社2005年版,页373。

〔38〕 卜元石,见前注〔14〕。

以是好的研究,只是并非方法论意义上的法教义学作品。^[39]因为这些研究虽然有助于理解德国法及其普遍原理,但是对于体系化解释中国的实定法秩序并无直接的意义。实定法秩序,首先意味着主权和国别。不受主权和国别限制的是自然法,不是实定法。另一方面,不同于以往的概念法学,法教义学是一种旨在将立法条文应用于司法案例、将司法裁判吸纳进立法规则的法律解释方法。一如前述,这并不是说法教义学不能容纳其他方法,但是其他方法最终都要服务于法教义学的这一核心方法。法教义学的概念阐释和理论建构,都以立法和司法的体系化解释为旨归。这也是法教义学不同于以往的法律解释方法乃至法学方法的方法论意义。法教义学在法律解释方法上的独特性,就在于其增加的司法维度,就在于其总是从具体案例出发来解释立法条文,从而实现立法和司法的体系化解释。

总之,法教义学的特定方法,就是从真实案例出发,在本国实定法秩序的体系限度内,寻找和解释适合于司法裁判的法规范。法教义学是对由本国立法条文和司法案例中的法规范构成的实定法秩序做出体系化解释的法学方法。

四、价值判断的封闭与弹性

法教义学的司法中心主义,决定了价值判断的不可或缺。因为司法过程的每一个环节,都可能涉及到从普遍规则到具体情形的适用问题,都存在着价值判断的解释空间。不过,尽管学者们都同意,价值判断是法教义学的重要环节,但实际上,即使在法教义学内部,关于价值判断的立场和方法也充满分歧。究其实质,尽管法教义学日益倾向于为价值判断留出弹性空间,但是并未在价值判断的方法上获得足够的理论自觉。

中国的法教义学者,对价值判断持有看似截然对立的立场。我们可以称之为“封闭派”(亦被称为“传统派”)和“开放派”(亦被称为“现代派”)。法教义学的封闭派,将法律教义视为一个“封闭体系”,只允许发现,不允许创造;将教义分析视为一套工程技术,一套操作手法,反对法律规则体系以外的价值判断。这派学者固守法教义学方法的纯粹性,希望通过常规的法律解释,解决法律体系面临的所有现实问题。体现在司法裁判上,封闭派法教义学要求法官放弃原则解释,排斥一般条款,仅仅适用具体规则,以常规的法律解释方法解决一切问题。这就是“封闭派”的立场:法教义学是万能钥匙,没有打不开的门。大体可以说,封闭派的法教义学就是传统的“概念法学”。^[40]

相比之下,法教义学的开放派则普遍承认超出法律技术的价值判断。王泽鉴先生的说法很有代表性:“法释义学为法律实践(法律解释及法的续造)提供了法概念性手段,但不是评价中立、纯粹逻辑概念上的思考模式。法释义学的概念、分类、原则都是与价值有关,具有实质的

^[39] 比如,参见朱晓喆:“第三人惊吓损害的法教义学分析:基于德国民法理论与实务的比较法考察”,《华东政法大学学报》2012年第3期。

^[40] 刑法领域的论述和批判,冯军,见前注[4]。

目的,参与法规的形成与发展。”〔41〕开放派的法教义学者意识到,要将之区别于概念法学和形式主义,就必须承认,法教义学“不仅对法条、先例等的字面含义进行描述,有时还伴随着许多道德和别的实质理由。”〔42〕正如考夫曼所说,“法教义学反对概念法学的价值无涉,它仍然为价值判断的产生开放出了一定的空间”。〔43〕因此“强调法教义学并不等于主张法学教育只传授抽象枯燥的技术,而无视公平、正义等道德要求。恰恰相反:透彻了解法律规则背后的价值权衡,是真正掌握法教义学的前提。”〔44〕正如阿列克西看到的,法教义学包含了描述和规范两个维度,概念法学只关注了实定法的描述维度,而忽视了“实定法本身也是一个‘价值负担者’(value-burdened)的存在,教义学者需要对某个规范的解释、某个新的规范或新的制度提出建议并加以证立,或者对法院裁判就其在实践上的缺陷进行批评,提出某个相反的建议。”〔45〕开放派法教义学希望超越概念法学,也就必须将价值判断作为法教义学不可或缺的核心内容。

但是,具体到价值判断的适用范围,法教义学的开放派中也有不同观点。“保守开放派”认为,“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。”〔46〕因为“至少在成文法国家,价值判断通常完结于法律的公布,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。”〔47〕“积极开放派”则认为,“法官在区分简单案件与疑难案件时”,甚至“是在三段论推理中,找法(明确大前提)的过程本身也常常需要借助价值判断。……价值判断是一项贯穿裁判始终的工作。”〔48〕魏德士就直截了当地承认,“涵摄的过程(将某一生活事实归入某一规定了相应法律后果的规范)总是包含着评价的因素”。〔49〕在此基础上,进一步产生了调和开放派:“有必要进一步区分简单案件裁判中的‘弱价值判断’与疑难案件裁判中的‘强价值判断’”。〔50〕不论在价值判断的适用范围上持何种态度,这些观点的一个基本共识在于,疑难案件最能体现法教义学的价值判断。也就是说,法教义学要超越概念法学,就必须能够有效解决疑难案件的价值判断问题。

那么,究竟什么是价值判断呢?或者说,法教义学的价值判断是否具有独特的法律方法?

〔41〕 王泽鉴,见前注〔9〕,页12。

〔42〕 See Aleksander Peczenik, “Can Philosophy Help Legal Doctrine?”, *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 1 (2004), p.106.

〔43〕 参见(德)考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,页15。

〔44〕 许德风:“论法教义学与价值判断——以民法方法为重点”,《中外法学》2008年第2期。

〔45〕 阿列克西,见前注〔23〕,页312。

〔46〕 卜元石,见前注〔14〕。

〔47〕 卜元石,见前注〔14〕。

〔48〕 许德风:“论基于法教义学的案例解析规则——评卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》”,《中德私法研究》2010年总第6卷,页27-28。

〔49〕 魏德士,见前注〔37〕,页301。

〔50〕 孙海波:“在‘规范拘束’与‘个案正义’之间——论法教义学视野下的价值判断”,《法学论坛》2014年第1期。

迄今为止，法教义学者还没能给出明晰的概念界定，也没有提供一套不同于概念法学的有效的价值判断方法。承认价值判断不可或缺的开放派，也只是摆出了一个开放的姿态，而没有任何开放的作为。否则，法教义学就应当发展出一套在价值判断时有所不同的解释方法。而不是如今这样：即使在价值判断时，遵循的仍然是常规的法教义学“口诀”，^{〔51〕}仍然是法解释学的那些传家宝。而就价值判断的“价值取向”而言，以信奉实定法秩序为立场的法教义学，诉诸的必然是实定法秩序的内在价值。所以，即使开放派也认为，一般条款和抽象概念的解释、法律漏洞的填补仍需恪守法律体系的内在价值，仍需落实在现行法体系的既有规则。否则就不是法教义学，而是任何东西。因此考夫曼明确表示，教义学“在进行反思批判时，比如检验某条法律规范的合宪性，仍然要在体系范围内进行论证，也就是说现行有效的体系并未被触碰。”^{〔52〕}这样一来，实定法秩序就成为了一个封闭体系。在立场上看似截然对立的开放派和封闭派，在方法上并无本质的区别：最终都回归了法解释学的传统方法。

因此，尽管支持开放派法教义学的学者会声称，法律方法中也有“符合‘超越’制定法文本、具有‘超越法律’作用的方法”。^{〔53〕}但是，一旦我们仔细审视这些方法，就会清楚地看到，它们仍然没有超出“法解释学”的固有范畴：比如“在文义解释中就有限缩解释和扩张解释，另外在论理解释中就有体系解释、历史解释、当然解释、目的解释、合宪性解释，再加上比较法解释和社会学解释，也是超越制定法文本的。”^{〔54〕}其中“‘超越法律’的，正是法律漏洞的填补方法。……仅仅填补漏洞的法律方法和法律思维，在德国法上就包括以下内容：类比推理、习惯（法）补充、法官法补充（如自由法学所谓‘法官创造性的个人评价’）、法理与学说、政策补充、反向推论、目的性扩张、目的性限缩、利益衡量。”^{〔55〕}经过一长串罗列，价值判断被牢牢固定在了传统的概念法学的常规方法上，也就是局限为法律人的“看家本领”。

从这些方法中，我们看不到在“超越制定法文本”（应为“实定法文本”，狭义的法解释学往往误以为实定法就是制定法）之后，法律人有什么特殊的知识和方法，可以保证其“能够超越法律，去探寻法律之外的社会后果（意义）、政治效果、正义价值。”^{〔56〕}在一个高度复杂多元的现代社会中，尤其在中国这样一个因历史悠久、人口众多、幅员辽阔、地区差异而在多样性和差异性上远远高于德国乃至美国的国度，这些法律解释方法能否提供有效的分析工具，从未得到充分的证明，甚至没有得到应有的反思。归根结底，法教义学表现出的解释方法，不论是对封闭派还是开放派来说，都只是一种常规性的分析流程，一种操作手册式的工程技术，而并没有处理根本性的价值冲突的特殊能力（这也是法教义学者通常只喜欢处理常规案件，不喜欢面对疑难案件的原因所在）。价值判断最终的依托仍然只能是法官个人或者法律人共同体的经验积累和实践理性，而不是法学方法或者任何其他方法。

〔51〕 许德风，见前注〔44〕。

〔52〕 考夫曼，见前注〔43〕，页 15。

〔53〕 孙笑侠：“法律人思维的二元论”，《中外法学》2013 年第 6 期。

〔54〕 同上注。

〔55〕 孙笑侠，见前注〔53〕。

〔56〕 孙笑侠，见前注〔53〕。

顺便提及,之所以社科法学的研究者会认为法教义学在价值判断上无所作为,并不是因为法教义学者什么都没做,而是做的没什么不同。法教义学只是给出了一系列名词概念,但是没有给出任何特殊“方法”。如果“目的解释”也只是法官或者法学教授的主观判断,没有像法经济学、法社会学那样提出一整套研究方法,那就不具有方法论意义。如果法教义学者最终能够强调的只是德国法学家的“智慧”、“经验”,就怪不得社科法学的研究者否认法教义学在价值判断上的专业性。依靠“智慧”、“经验”进行价值判断未必不如经济学、社会学方法,只是在方法论上没有独立的意义。不是所有牛奶都叫特仑苏,不是所有方法都有方法论的意义。

因此可以说,法教义学虽然给价值判断留出了弹性空间,但仍然是封闭性的。很多学者都混淆了封闭性和弹性。这里所谓的“封闭性”,并不是贬义词,而是考夫曼说的“在体系范围内进行论证,也就是说现行有效的体系并未被触碰。”这种“封闭性”体现为法教义学以实定法秩序为归依,以诸如目的解释、体系解释、文义解释等常规解释方法作为价值判断的基本方法。这些方法,仍然是探寻实定法秩序的内在价值。实定法秩序之外的价值,必须能够在实定法秩序内部找到形式依据,才可能获得承认。对于法教义学来说,没有实定法秩序内在价值支撑的外在价值,只能通过立法或其他政治过程吸纳进实证法秩序,相应的责任也只能由议会或者其他政治机构承担。这种封闭性源自于法教义学方法论的内在要求——不能容忍对实定法秩序(亦即现行法体系)的突破。

与此同时,封闭可以有弹性的。正如吹了气、扎了口的气球,封闭而有弹性。许多批评法教义学的学者以封闭性批评弹性,许多论述法教义学的学者以弹性来辩护开放性,都是混淆了两者的不同性质。并且,法教义学在价值判断上的封闭性,从未妨碍法教义学的主张者们信奉并坚守这一解释方法。道理不难理解,法教义学的落脚点并不是社会后果,而是分析过程。法教义学的法律方法或法律思维,就如同是中学的数学考试,验算结果不重要,重要的是演算过程。

当下关于法教义学的批评与辩护,都陷入了低级的方法论误区。批评一种方法(包括法学方法)有所局限,是没有意义的。反过来,以无所不能来捍卫一种研究方法,也是庸俗的。一种方法就如同一种工具,必然是专业化的,也就必然不会通用于任何情况。没有一种方法(也包括法学方法)可以是万能钥匙,任何严肃的方法(也包括法学方法)都不会是万金油。

对于法教义学的研究者而言,形成方法论上的自觉性,要比捍卫方法论上的纯粹性,在法学研究和法治建设上更有意义。这就如同对于婚姻家庭而言,爱情的忠贞要比处女情结更有意义。这就必须从法教义学的方法论性质出发,基于法教义学特定的立场和方法,对当代中国的法教义学研究,对法教义学与法解释学和继受法学的实质关系,做出理论上的反思和批判。

五、法教义学还是注释法学?

反观当代中国的法教义学研究,首当其冲的问题在于,普遍欠缺对本国司法裁判的认真研读和细致分析。很多以法教义学为名的研究,往往将本国案例作为国外法学理论的批判对象或者本土例证,而不是当做“具有约束力或支配力的法规范”,给予“实定法秩序的体系化解

释”。究其原因,是以往的概念法学和注释法学仍然在影响着当代中国的法教义学研究。关于法教义学与法解释学关系的争论,反映的正是这一问题。

学界关于法解释学与法教义学概念界定的分歧,并不在于概念本身有何本质区别。那完全是一个定义问题。就此而言,学者完全可以把法教义学和法解释学这两个名词互换,或者选择任何一种不同的命名方法。概念争议背后的关键,是两者在方法论意义上有何分别。也就是说,前述的法教义学与通常所说的法解释学,在立场和方法上是否有所不同。一如前述,本文对“什么是法教义学”的追问,不是为了给出一个本质上正确的概念,而在于考察,我们需要的是什么样的法学方法、特别是法律解释方法(研究者根据自己的喜好可以称之为法教义学、法解释学或任何其他名字)。

一般而言,当代中国法学研究中的“法解释学”概念有两种含义。一是广义的,用以指称所有法律解释方法;一是狭义的,仅指以现行立法条文为解释依据的法律解释方法。从法解释学的广义概念来看,法教义学也是一种法解释学。为了方便比较,本文将法解释学做狭义的理解。当然,这只是一个出于行文必要的技术处理,并不妨碍学者依据自己的偏好仍将法解释学作为一个广义概念。

狭义的法解释学是立法中心主义的(但不是立法论的),司法案例对于法解释学不具有约束(binding)或支配(governing)意义。这大致符合学界的通常用法,法解释学理解的“法律”主要是“立法”(制定法),其关注点主要在于立法条文,而不是司法案例。法解释学的法律解释和价值判断因此并不必然受到司法案例的规则和事实的约束。尽管中国法学界最初关于立法论和解释论的法学讨论,^[57]促成了以法教义学为代表的解释论转向,^[58]尽管法教义学和法解释学有许多相近之处,比如法解释学和法教义学均以实定法为研究对象,使用相同的条文解释方法,都是法律实定主义的产物,并且都曾声称自己就是狭义法学的代名词。^[59]但是,我们仍然可以看到两者的基本分别:法解释学定位于对立法条文的抽象解释,是以立法为中心的,而法教义学则强调立法条文在司法案件的具体适用,是以司法为中心的。可以说,法教义学和法解释学的基本差别,就在于对司法案例的不同立场和方法。一如前述,相比于立法中心主义的法解释学,法教义学是司法中心主义的。

法教义学和法解释学概念混淆的原因在于,当代中国的法教义学研究,很多时候仍然没有摆脱立法中心主义的积习,仍然缺少本国实定法的裁判维度。从这些法教义学研究中,我们看不到中国法官的奠基作用,看不到中国“法学与司法之间的深入对话”、“学术界与实务界的紧密联系”,更看不到“法教义学的发展乃是在法官的推动下进行的。”如果说宪法教义学还情有可原,民法学、刑法学和行政法学的教义学研究也是如此,就无论如何难辞其咎。^[60]法教义

[57] 参见韩世远:“民法的解释论与立法论”,《人民法院报》2005年5月18日B1版。

[58] 参见林来梵、郑磊:“法律学方法论辩说”,《法学》2004年第3期;陈兴良:“刑法教义学方法论”,《法学研究》2005年第2期。

[59] 王泽鉴,见前注[9],页11;张翔,见前注[25];林来梵、郑磊,同上注;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》”,《河北法学》2007年第10期。

[60] 卜元石,见前注[14]。

学的研究者不能总是以“当下中国并没有形成完善的判例体系”为借口,更不能把研究最高人民法院的司法解释、研究学者的虚构案例,等同于研究具体真实的司法案例。旨在“为司法裁判准备和提供规则”的法教义学,如果要对中国的司法判决发生作用,无论如何不能只是讲德国案例,而与中国案例无关。

限于篇幅,本文不可能对全部法教义学研究一一检审。这里以写作本文中查阅的法教义学文章作为一个分析样本。这些样本的选择是有偏的,而且多为方法论研究,并不都是法教义学的具体研究(但是很多研究都像前述的冯军和张明楷教授的文章那样,是以具体的法律问题或法律理论为基础)。我希望读者可以进一步从本学科的法教义学的具体研究中,对这一问题做出更多检验。至少就这些论文而言,不难看到这一明显的事实:尽管中外学者一再强调法教义学以司法裁判为教义,但是国内学者关于司法案例、特别是中国司法案例的援引和分析,确实还很不足。中国的法教义学研究还没有把本国的司法裁判作为重要的教义来源和信仰依据。

表 中国法教义学论文中的司法案例

指 标 类 别	有 案 例				无案例
	引用方式		统计分析		
虚拟案例(个)	提 及	分 析	总 计	百分比	15
德国案例(个)	1 [61]	2 [62]	3	20%	
美国案例(个)	4 [63]	2 [64]	6	40%	
中国案例(个)	2 [65]	0	2	13.3%	
案例总计(个)	1 [66]	3 [67]	4	26.7%	
论文总计(篇)	8	7	15	100%	
	9				
论文百分比	37.5%				

从上表可以看到,在全部 24 篇论文中,15 篇(62.5%)文章没有援引任何司法案例,只有 9 篇(37.5%)文章引用了总计 15 个司法案例。这些案例中,绝大多数(11 个,73.3%)引用的是

[61] 许德风,见前注[33]。

[62] 许德风,见前注[33];冯军,见前注[4]。

[63] 张翔,见前注[25];冯军,见前注[4];陈兴良:“刑法教义学方法论”,《法学研究》2005年第2期;黄卉,见前注[21],页1—2。

[64] 张翔:“宪法解释方法的运用——以德国艾弗斯案为例”,《学习与探索》2011年第3期;陈兴良,见前注[58]。

[65] 孙海波,见前注[50]。

[66] 陈兴良,见前注[58]。

[67] 许德风,见前注[44];许德风,见前注[48],页29—32;孙海波,见前注[50]。

德国案例、美国案例或虚拟案例,最多的是德国案例(6个,40%)。其中又有一多半(8个)只是被简单提及,没有详细分析。在仅有的7个分析性案例中,有3个是中国案例(分布于3篇论文),并且还有两个相互重复。即使是分析中国案例的这3篇论文,对这两个中国案例的处理,也只是作为运用德国法教义学方法的原始素材,而不是据以展示法律教义的规则来源或方法范例。相比之下,对6个德国案例的援引和分析,不是用以表明法教义学的推理逻辑,就是指示某个法教义学规则的实际来源。很显然,中国案例只是鱼肉,德国案例才是刀俎。在面对中国的司法案例时,中国学者并未抱有一种“对[本]国现行实在法秩序保持确定的信奉”、“将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑”的教义学立场,也没有展现出“法学与司法之间的深入对话”、“学术界与实务界的紧密联系”的教义学方法。

尽管这些法教义学论文并未涵盖中国学者的全部法教义学研究,而主要是关于方法论的探讨,但是其中本国案例的分析比例如此之低,对于以司法裁判为基础的法教义学而言,无论如何是一个值得反思的问题。在全部24篇文章中,只有两个中国案例得到了较为细致的教义学分析。在全部24组作者中,也只有两位以中国案例作为教义学的分析对象。不论是文章数还是作者数,都只占了全部文献的1/12。实在是太少了。如果说宪法学是因为“巧妇难为无米之炊”,那么刑法学和民商法学涉及的司法案例并不少。且不说这些年不断爆发的热点案件,比如张学英案、刘涌案、药家鑫案、李天一案,等等。就是常规案件,每年审结的案件数以千万,也几乎没有讨论。即使是关于法教义学方法论的研究文章,也不应当在案例分析上如此贫乏。

因此必须指出的是,不论关于法教义学和法解释学的观点如何,前述的刑法教义学立场之争,都忽略了法教义学的司法维度,因此难以将法教义学同法解释学、特别是同概念法学区分开来。正如冯军教授本人意识到的,“一种能够在刑法体系内正确处理现实问题的刑法教义学,在对刑法规定的理解和阐释中总是必然包含着历史和现实的沟通”,^[68]也就是立法和司法的沟通。缺少了司法维度,实定法规范就不再是完整的法秩序。缺少了司法维度,法教义学就成了跛足的学问。总之,缺少司法维度的法教义学,就不再是名副其实的法教义学。

有待中国学者反思的是,当代法教义学研究是否还残留着许多旧的概念法学、注释法学的积习,还没有真正将法教义学的立场和方法贯彻到底。

六、法教义学还是继受法学?

那么,当代中国的法教义学研究如何解决内在的价值判断难题呢?对于很多学者而言,法教义学的价值判断实际上另有法门。学界称之为“继受法学”。在当代中国的法教义学研究中,继受法学是用以解决价值判断最为流行的解释方法。甚至可以说,继受法学是比法教义学更为基本的当代中国法学的研究范式。所有法学论证和法律解释,都可以通过继受法学的方式来实现。

[68] 冯军,见前注[4]。

前述刑法学者的教义学立场之争,也很能反映这一问题。尽管都承认和强调以实定法秩序为主臬,但是学者们在自己的研究中,却没有贯彻这一法教义学的立场和方法,而是沿袭了继受法学的惯常思路。不论是“法规范维护说”还是“法益保护说”,都是继受自德国学者的刑法理论,都并非来自于对本国实定法秩序的提炼和研究。实际上,纵观两位教授的长文,都没有对任何一个本国具体案例的判决理由给予尊崇信奉和充分讨论。当他们围绕诸如“蘑菇案”这样一系列虚拟案例展开讨论时,实际与以往的法解释学没有任何差别。这些案例不过是藉以探讨刑法理论的引子,并不构成学者信奉和诉诸的权威规范的教义渊源。

继受法学不同于比较法学。“比较法学”是一个法理学分支,旨在比较各国、各法系的制度和理念异同,有其自己的理论体系。^[69]而继受法学则是当代中国法学的思想图式,以域外的法律制度或法学理论作为尺度和标准,用以衡量中国的立法和司法实践。其典型模式就是:因为德国法或美国法上如此,所以中国法上也(应)如此。^[70]尽管越来越多的学者开始反对继受法学,但是这一方法仍然是当代中国法学研究的主流。法教义学的引入,本身也是继受法学的一部分。因此格外需要中国的法教义学者警惕的是,不要因此在方法论上、特别是价值判断上仍然无法摆脱继受法学的桎梏。

中国学者对张学英案的法教义学分析,就是一个典型例证。张学英案中,终审法官诉诸“公序良俗条款”,排斥继承法的适用,显然是一个价值判断问题。而中国学者关于本案中公序良俗原则的法律解释,就熟练运用了“继受法学”的研究范式。这里援引一例:^[71]

让我们参照一下在同等的情况下,德国和法国乃至我国台湾地区将如何适用公序良俗原则的吧。正如同德国联邦最高法院在就被继承人在剥夺其妻子继承权的情况下立他的情妇为单独继承人的案例中所阐述的那样,“……如果被继承人具有其他动机,即如旨在给其情妇提供生活保障,则这种行为通常就是有效的。”在法国,“……如果……赠与是基于男方向女方赔偿损失的意愿或为了保证女方日后的前途,或是为了感谢女方对赠与人(或遗赠人)的照顾,则合同有效(法国最高法院第三民事法庭1965年7月1日判决)。……所以从域外司法实践考察,对于基于婚外同居关系的赠与是否视为违反公序良俗,还是得视其动机不同而区别对待:就以是否以维系婚外性关系作为赠与的目的来区分。……在本案中,黄永彬……立遗嘱,是为了处理自己的后事,而绝对不是为了开始或者继续与张学英的同居关系,而应该是对张这么多年来照顾和陪伴的感谢,因此黄永彬的遗嘱并不违背公序良俗,应该是有效的,张学英完全可以凭借遗嘱获得遗赠。

简而言之,就是嫖娼是不道德的,找小三、包二奶则符合公序良俗。这就是继受法学下常常能够得出的神逻辑!

这就是法教义学者最常用也最有效的价值判断方法。在当代法学研究中,也包括以法教

[69] 参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社2004年版,页1-2。

[70] 参见凌斌:《中国法学时局图》,北京大学出版社2014年版,页16。

[71] 金锦萍:“当赠与(遗赠)遭遇婚外同居的时候:公序良俗与制度协调”,《北大法律评论》2004年第1辑,页301-303。

义学为名的研究中,这样的分析思路随处可见。不难想见,如果对什么是中国的“公序良俗”这样根本性的价值判断,也需要甚至只能援引德国、法国的判例加以确定,那么还有什么价值判断问题不能通过继受法学来加以解决呢?

实际上,这也是法教义学可以宣称自己无所不能的秘密所在。因为任何问题都可以通过继受法学找到答案。通过对欧美判例的细密援引,法教义学就解决了自身欠缺价值判断依据的方法论缺陷。这样,以法教义学为名,基于欧美经验的判例规则和知识体系,就可以自由运用于中国的司法实践。法教义学之所以能够在中国大行其道,最重要的原因,其实不是中国已经结束了大规模的立法阶段,社会主义法律体系初步建成。明眼人都知道,中国立法建设的道路还很漫长。法教义学在当代中国大行其道的真实原因,其实和这三十年中国法学发展的逻辑一脉相承:从继受我国台湾地区法学,到继受日本法学,再到继受德国法学,从继受德国法学的立法解释,到继受德国法学的司法阐释。按照顺序,能继受的法学资源,只有法教义学了。

同时,继受法学也借助法教义学,将其应用范围从立法推进到了司法领域。之所以中国的法教义学最喜欢运用继受法学支持其价值判断,乃至误解为这就是法教义学固有的解释方法,就在于两者原本就是一体。当代中国的许多法教义学研究,不过是德国法学进军中国司法的带路先锋。尽管如此,一如后文所述,随着苏力代表美国法学对德国法学发起挑战,继受法学的范围也开始扩展到了社科法学。但是,法教义学对社科法学的吸收仍然表现为一种继受法学。社科法学的结论而不是方法,才是法教义学看中的内容。援引波斯纳和援引拉伦茨具有异曲同工之妙。德国法也好,美国法也好,都可以作为支持价值判断的“教义”依据。

只不过,这套依靠“继受法学”做出价值判断的法教义学,如果真能成功(理论上可能,实践上当然是不可能的),中国大陆也就变成了中国台北。这时,中国法学家就可以对国外学者说,在我国大陆地区,一如“在我国台湾地区,民法学者也持同样的观点,也存在类似的判例。例如……1980年台上字第2505号判决也主张:‘以相奸行为作为契约之标的,系以金钱之交付,维持不正常关系,属违背公序良俗。为断绝不正常关系,约定给付金钱,即无违背公序良俗之可言。’”〔72〕这倒是率先在法律上实现了两岸统一,而且符合了普世价值。只不过,法律移植走到这一步,就真正变为了文化上的自我殖民。婚姻家庭领域永远是道德基础最为深厚的地方。如果可以凭一句“为断绝不正常关系,约定给付金钱,即无违背公序良俗之可言”,就认定奸夫淫妇之间的财产赠与合法有效,那么中国的文化根基也就被彻底斩断,传袭千年的传统道德也就魂飞魄散。读一读这份1980年台上字第2505号判决,还有谁敢说,我国台湾地区是保留中华传统文化最多的地方!

在很多学者看来,这理所当然,这就是中国法学相比于欧美法学所具有的“后发优势”。对于这些以继受法学为价值判断依据的研究者而言,国外法律中包含了普世价值,因而可以并且应当应用于中国问题。既然我们可以抄袭国外技术,为什么不能也照抄法律呢,如果国外的法律和国外的技术一样就是比我们的先进?这不也是发展中国家的“后发优势”么?对于这些学者来说,法律就是一种技术,无关乎价值选择和文化冲突,因此可以直接参考借鉴;或者即使法

〔72〕 同上注。

律也是一种价值,那也应该向西方学习借鉴,既然西方的法律正是普世价值的一部分,代表着中国未来的发展方向。这种“法学末世主义”构成了当代中国法学的信仰基础。〔73〕

借鉴前人的经验和智慧,不论是古今中外,当然都是有益的。严肃的学术研究都不会反对这一点。〔74〕批评者的善益提醒在于,要在方法论上形成自己的理论区分:参考不等于参照,借鉴不等于皈依。真正的法教义学要以本国实定法秩序为信奉对象,不是以国外的法学理论或裁判结果为最高标准。很多当代中国的法学研究,以教义法学为名行继受法学之实,就从根本上背离了法教义学的基本立场:非但没有把本国的法律教义当作“实定法”,而且把德国、美国的法律教义当作了“自然法”。法教义学原本致力于“实定规范”的研究,是实定主义意义上的规范法学。但在中国,则成了自然法意义上的规范法学:一旦需要价值判断,就把美、德的“实定规范”作为“应然规范”,中国的法律规范反而只能成为批判的对象。这样的解释论与其批评的立法论有何区别?这样的规范法学,是 *normative jurisprudence*,不是 *jurisprudence of norms*,不是真正的法教义学。其结果,必然和半个世纪前的日本一样:〔75〕学者们“十年如一日仅埋头在法典和外国法律书里,并且还以概念的精确和逻辑推理的一贯性而自豪。……如果仅仅是通过法律书来理解想象日本这个国家的话,即使把它当作是欧洲的一个国家也不为过。”〔76〕

因此,要推进中国的法教义学研究,就必须在真伪法教义学之间做出清楚的区分。不祛除伪装成法教义学的继受法学,就不可能有真正的法教义学。这当然不是要排斥对国外法律技术和法学方法的借鉴,而是要强调和坚持法教义学的基本立场:以本国实定法秩序为最高准则和信奉对象。

七、结语:法教义学的中国化与司法化

综上所述,真正的法教义学,是对本国实定法秩序的体系化解释。一国的实定法秩序包含了现行立法和生效判决中具有约束力或支配力的全部法规范。这意味着,真正的法教义学研究,必然是本国化的。法教义学的中国化是法教义学的应有之义。这样的法教义学,仍然是当代中国所缺少的。我们应当欢迎并推进真正的法教义学的研究和教学。

要推进真正的法教义学,首先需要清除伪装的法教义学。本文赞赏真正的法教义学,看重这一法学方法对法学研究和法治发展的潜在意义,因此要进一步揭露和批判伪装的法教义学。为此目的,必须首先明确一些基本的法学概念。阅读中国学者关于法教义学的论文,一个突出感受在于,大家完全不是在一个概念体系下讨论问题。细问之下,甚至同一学科的同样主张法教义学的两位学者,对于同一概念也往往有全然不同的理解。细看之下,甚至同一学科的同样

〔73〕 更为深入的批判,参见凌斌,见前注〔70〕,页18以下。

〔74〕 同上,页85—87。

〔75〕 章剑生、黄卉,见前注〔32〕。

〔76〕 段匡:《日本的民法解释学》,复旦大学出版社2005年版,页29以下。

以法教义学为名的研究,也往往有全然不同的路数。法教义学名下,是一个各种立场、方法和主张的大杂烩。这正是中国法学家久以来的通病:概念机会主义,欠缺理论反思,缺少方法论自觉。

基于前文对于法教义学的界定和论述,本文主张,不要把“法学”或“法学方法”这样的普遍概念直接对应于法教义学。也许半个世纪前还可以这么做。就像一个世纪之前或者初中阶段还可以把经典力学直接称为物理学。我们在当下探讨学术问题,应该针对的是当下的学术生态。就当代中国法学而言,还存在着狭义的(立法中心主义的)法解释学、法经济学,以及继受法学、概念法学等法学方法。“法学方法”(亦即“法律方法”、“法律科学”乃至“法律思维”之类)可以作为一般意义上的法学研究、解释、推理和论证方法的统称。这个概念是在和其他学科方法(如“经济学方法”)相区分的意义上使用的。就此而言,法经济学等社科法学方法,也属于法学方法。^[77]同时,法学方法中与法律解释相关的方法,也应该一般性地称之为“法律解释方法”。旨在解释法律的法教义学、法经济学,都是法律解释方法。同时,也应当把法律解释和法律解释学区分开来。^[78]有法律就有法律解释,这是法律的本性决定的。不同的法律解释方法,在源远流长的法学史中相继出现。法解释学只是其中的一个特定流派。其他法学流派也有自己的法律解释方法,比如法经济学。这样一系列区分,有助于我们更为清楚地认识法教义学的方法论意义,把握其核心的立场和方法,从而推进真正的法教义学研究。

思考法教义学的方法论意义,不是宣称“广义的法教义学就是狭义的法学”就可以万事大吉。众多的法教义学方法论的研究者,都喜欢举出一个德国法学家的说法,^[79]然后声称:因为“法学”和法教义学是同义词,因此法学就是法教义学,只不过现在的法学概念被法经济学之类玷污了。这种让人啼笑皆非的论证方式,居然广为流传,实在是匪夷所思。按照这个逻辑,法学就应该是法理学(jurisprudence)。很显然,就算这些德国学者说的没错(因此也仅限于德国)，“什么叫”和“什么是”也是两个问题。我们难以想象,一个物理学家会说,历史上物理学和经典力学是同义词,因此物理学就是经典力学,只不过物理学被量子力学和相对论玷污了。法学界所以不会这么想,是因为在他们心目中,法教义学既是最古老的(因此与法学同名),又是最先进的(因此是法学主流)。

法学界这种说法的背后,无非是主张法教义学才是法学的正统。否则,每每拿“法学就是法教义学”说事,又是所为何来呢?然而,如果法教义学的意义仅仅在于给法学重新命名,那就没有任何学术意义。如果法教义学的命名就是为了给一些学科和学者争地盘,也没有任何学术意义。如果法教义学的旗帜就是为了给概念法学重新披上合法外衣,就更没有任何学术意义。因为这样的讨论只是语词之争和利益之争。其结果,表面上把法教义学说成“every-

[77] 法经济学与经济学方法的差异,参见(美)波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,页465以下。

[78] 法律解释与法律解释学是两个相关联但又不同的概念。大体而言,法律解释是一种对法律文本之含义进行阐明和澄清的活动,而法律解释学则是以法律解释为研究对象的学问或学科。参见陈金钊:《法律解释学——权利(权力)的张扬与方法的制约》,中国人民大学出版社2011年版,页1-2。

[79] 拉伦茨,见前注[13],页72。

thing”,实际上只能使这个概念成为“nothing”。我们应当将自称狭义法学的广义法教义学,与作为一种特殊法学方法的狭义法教义学,区分开来。否则,如果什么样的内容都可以塞进去,把法教义学变得无所不包、鱼龙混杂,法教义学就变了味,就会失去其促进中国法学和法治的本来意义。方法论的自觉不是为了跑马圈地,而是为了更好地推进学术研究。

正是本着这样的方法论追问,本文批判了一系列伪装的法教义学。伪装的法教义学,一是概念法学的借尸还魂,二是继受法学的新瓶旧酒,三是立法论思维的死灰复燃。这三种伪装的法教义学结合在一起,使得法教义学的中国化过程,有被篡夺和误导的危险。

这些伪装的法教义学,明显脱离于中国的司法实践,沿袭的仍然是继受法学的移植模式,延续的仍然是立法论思维,从而把德国法教义学的学说和案例,发展为新的概念法学和注释法学。^[80]由此产生了一个与真正的法教义学根本背离的解释现象:许多中国的法学学者不是以本国立法为“教义”来源,也并不致力于从本国司法中归纳“教义”成例,而是将德国法典、德国案例和德国学说,作为获得和演练“教义”的主要甚至全部内容。从信仰启示的解释传统来看,许多中国法教义学者的信仰文本是德国的法典、案例和学说。这也是为什么法教义学本来是解释论的,但是许多以法教义学为名的研究,走的还是立法论的老路。这类研究尽管诉诸的是法律解释,但是实质上仍然是“批判现有法条之不足——提出立法或修法方案的惯常研究思路。……把法治理想寄托于制定出完美的法律,而不是对现存法律的充分落实。……未能深植于现存有效法律的事实。”^[81]这样的“法律解释”需要打上引号,实际上与美国法官的“先知立法”类似,都是以解释之名行立法之实,旨在通过法学研究和法学教育改造中国的司法乃至立法实践。

这类研究据以批判和“解释”现行法的依据,往往就是继受法学的内容。在这些学者眼中,德国法(有时也是美国法或者其他国家和地区的法律制度和法学理论)就是中国法教义学的自然法(乃至永恒法和神圣法),而中国法则是世俗法。前者是上位法,后者是下位法。作为下位法的世俗法注定是有缺陷的、短暂的、转瞬即逝的,因此本质上是无关紧要的。^[82]本着下位法服从上位法的基本原则,中国法的出路就在于移植德国法,中国法学的意义就在于继受德国法学。德国法代表着神圣秩序或普世价值,德国法学就是这种神圣秩序和普世价值的最佳阐释。因此,许多当代中国法教义学研究和教育的主旨,仍然定位于继受德国法的规则、案例和学说,并予以校正中国法与中国法学。相应地,一些中国法教义学者的根本信念,仍然是学好德国法,修正中国法。就此而言,当代中国法教义学的最高美德不是反思,而是虔敬。最高目标不是批判,而是照搬。终极归宿,不是中国,而是德国。这种以西为师、教育国人、改造现实的“法律思维”,仍然是立法论的,所依赖的仍然是高高在上、自上而下的灌输和强制。这种立法论思维的法教义学,倒是鲜明体现了当代中国法学的固有传统。

[80] 梁根林教授早有一阵见血的批评。参见梁根林:“犯罪论体系与刑法学科建构”,《法学研究》2013年第1期。

[81] 张翔:“形式法治与法教义学”,《法学研究》2012年第6期。

[82] 凌斌,见前注[70],页16。

这也是为什么说，许多当代中国的法教义学研究，根本背离了真正的法教义学。真正的法教义学，比如德国的法教义学，信仰的依据是本国法典，不是外国法典，研习的对象是本国案例，不是外国案例。德国法教义学的“教义”是本国法，不是外国法。德国法教义学研究也不可能只是“做应用题”。如果法教义学的确如一些中国学者宣称的是狭义法学的同义词，那就不可能只是重复和套用成例通说。与当代中国的法教义学根本不同的是，不论是法学师生还是法官律师，德国法律人信奉的约束性或支配性规则，必然是真实的德国司法案例。德国学者当然也会虚拟案例，通过“思想实验”讨论教学和研究中的法律问题，^{〔83〕}但是不会将一个几百字乃至几十字的案例小说，当做有约束力或支配力的实定法规范。与真正的法教义学相比，当代中国的法教义学混杂进了许多以往的法学糟粕。

当下热议的法教义学与社科学术之争，往往也是美德法学（及其各自的解释传统）经由中国学者的间接碰撞。这正如当年的日俄战争发生在中国一样。因此毫不奇怪，人们争议的焦点，始终在于美国法学还是德国法学更好。中国的法律人，在这场关于“法律人思维”的论战中，就像日俄战争中的国人一样，充当了“看客”。这一情景，在当年深深刺痛了鲁迅的内心，最终激励了一代中国人的思想转变。如今的一幕，同样值得我们认真反思：“法律人思维”到底是“谁的思维”？“像法律人一样思考”，到底是“像哪个国家的法律人一样思考”？是“像美国法律人一样思考”，还是“像德国法律人一样思考”，还是像“中国法律人一样思考”？

真正的法教义学，必须直面和研究本国的司法案例，从中发现和提炼具有约束性或支配性规则的实定法规范，努力将本国司法的判决说理与本国立法的条文规定结合起来，实现本国实定法秩序的体系化解释。正是在本国实定法的体系化解释中，法教义学研究可以提炼中国法律的内在精神，从而发展出中国法学的自身的知识体系和理论方法。这一过程中，社科学术和继受法学当然都可能有所帮助。但是真正有意义的法学突破，仍然在于法教义学本身的中国化和司法化，在于法教义学真正立足于本国的司法实践。法教义学是从本国的真实的司法案例出发，寻求本国实定法秩序的内在体系，从而逐渐发展出一套以本国实定法为教义的、相对系统的法学体系。

这需要中国学者虚心、耐心和诚心地向中国法官学习，努力从众多的司法案例中发现和提炼那些具有约束性或支配性规则的实定法规范，那些丰富和发展实定法秩序的法治酵母。只有中国学者真正秉承“对[本]国现行实在法秩序保持确定的信奉”、“将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑”的教义学立场，才能真正实现“学术与司法实务良好互动”、“法学与司法之间的深入对话”、“学术界与实务界的紧密联系”和“司法审判与学术研究的互动与良性循环”，才能使中国的法教义学研究，真正成为“沟通理论界与实务界的桥梁”，“构筑统一的法律共同体的钥匙”。这些中国学者在德国法教义学研究中看到的法治美德，应当成为中国法教义学研究的不懈追求。

应当看到，并非所有的法教义学研究都是伪装的或者真伪难辨。不论是否以法教义学为

〔83〕 参见凌斌：“思想实验及其法学启迪”，《法学》2008年第1期。

名,越来越多的中国学者已经开始了中国化和司法化的学术努力。^{〔84〕} 案例指导制度、判解研究等司法和法学的良性互动,也已经形成了制度上和理论上的积累。^{〔85〕} 植根于本国司法实践的法学研究,也许有望走出概念法学和继受法学的立法论阴影,为中国法学开辟出一片沃野千里的广阔天地。

Abstract: For the legal scholarship in contemporary China, it is necessary to define what is the Legal Dogmatics. According its position and methodology, Legal Dogmatics is a legal method to systemize the positive legal order of the binding and governing legal rules in legislative articles and judicial decisions of a state. The main difference of the Legal Dogmatics from the Legal Hermeneutics is its judicial centralism in the systematic explanation of the judicial decisions from the positive legal order. The key problematic issue of the Legal Dogmatics in China is the neglect of the domestic judicial decisions as the legal dogma, the lack of the judicial dimension of the legal order, and dependence on the foreign theories through the legal transplantation. The value judgment of the main Chinese Legal Dogmatics is the foreign theories through the legal transplantation. The Legal Dogmatics leaves a room but not a specific method to its value judgment. The law and social science is hard to take the place of the Legal Dogmatics in the value judgment issues. The promotion for the true Legal Dogmatics in China has to clean away the false one: the legal hermeneutics, the legal transplantation, and the legislative thinking in the name of the Legal Dogmatics.

Key Words: Legal Dogmatics; Legal Hermeneutics; Value Judgment; Law and Social Science; Legal Thinking; Legal Transplantation

(责任编辑:江 溯)

〔84〕 比如,参见陈兴良:“故意毁坏财物行为之定性研究——以朱建勇案和孙静案为线索的分析”,《国家检察官学院学报》2009年第1期;沈岷:“受害人故意伪证的国家赔偿豁免——基于司法实务的考察”,《法商研究》2007年第5期,等等。

〔85〕 比如,参见张志铭:“司法判例制度构建的法理基础”,《清华法学》2013年第6期;李诚:“从指导性案例看司法者释法”,《人民检察官》2014年第2期;刘作翔、徐景和:“案例指导制度的理论基础”,《法学研究》2006年第3期,等等。