

法社会学与规范性问题的关联方式

力量与限度

雷磊*

摘要 法的规范性问题是法学研究的核心问题,法社会学在对这一问题的处理上既有其力量,也有其限度。法社会学包括经验法社会学与理论法社会学,后者又分为法的社会理论与社会哲学。就外部关联而言,经验法社会学对于法的规范性的说明是失败的;社会理论对于现代社会中法律系统之规范性的功能主义说明与法理论的视角形成良性互补;社会哲学对法的规范性的证立有否定法具备独有的规范性、甚至最终否定法的规范性本身之虞。就内部关联而言,法的社会哲学可以作为理念准则或辅助性论据直接参与对规范性法律命题的塑造;经验法社会学亦可以对法教义学进行“扰动”,或以经验论据的方式间接或直接“影响”规范性法律命题的塑造,但无法替代或决定后者。在认识论层面上,事实与价值(规范)的二分法无法被超越,但它与法社会学能否处理规范性问题无关,因而是一个被错置的批判起点。

关键词 经验法社会学 理论法社会学 法的社会理论 法的社会哲学 法的规范性

引言

没有糟糕的方法,只有糟糕的作品。对于法律和法律现象而言,任何一种视角和方法的研究都是有益的——无论这些研究带来的结果是对于法律之特性的另类说明或辩护,还是解构,后者至少可以让传统法律研究者意识到某些研究的盲点,或其基本预设并非是那么地“天然”。所以,尽管笔者认为至少从18、19世纪以后,法教义学作为狭义上的法律科学无疑构成了法学的核心部分,但并不否认基础研究(它在实质上是从其他学科的视角出发对于法律的研究)的

* 中国政法大学教授。本文系“中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目”的阶段性成果。

重要性:不仅法哲学如此,法社会学、法经济学、法人类学等同样如此。尤其是法社会学研究近年来在中国方兴未艾并日益成熟,不管是基于田野调查和统计数据的经验法社会学,还是以“社会理论法学”之名进行的理论法社会学,都从自己的角度为中国的法学研究做出了贡献。

但是,法学毕竟有自己的核心问题。所以有一个检验某种研究的“相对”重要性的方式,就是看这种研究对核心问题的说明力如何。法的规范性(the normativity of law)就属于这样的问题。所谓法的规范性,用哈特的经典表述来说就是:“凡有法律之处,人类的行为在某个意义上就不是随意的,或者说是‘具义务性的’”。〔1〕简单地说,就是法的应然拘束力。“法的规范性”问题要回答的核心问题是:法为什么具有规范性,或者说法为什么能拘束人们的行为?这一问题的重要性不仅得到法理论和法哲学学者(他们有时被称为规范法学者)的重视,在今天也受到了法社会学者的承认。因为“法律的规范属性,乃是法律不可被化约的本质性属性。如果规范性因素被化约掉,则法律也就不成其为法律了。”〔2〕所以,“真正科学的法社会学研究”不应局限于对法律实践进行事实意义上的描述,更应“正面描述作为一种规范而存在的社会事实方面”。〔3〕在笔者看来,恰恰在这个问题上,法社会学同时显现出了它的力量与限度。

一、主题限定:一个预备说明

在正式进入主题之前,首先要来对本文标题所涉及的一些用语作出限定或说明,以免因对用语的理解不一而产生不必要的争议。

首先,本文所谓的“法社会学”既包括经验法社会学,又包括理论法社会学。经验法社会学采取统计、调查、实验乃至当前流行的大数据分析等方法,观察、描述和解剖特定时空范围内的法律实践(经验—实证方法),强调社会环境因素对于法律运行的影响和法的社会实效(“活法”“行动中的法”),有的还试图从中提炼出一套规律性的经验模型。今日中国“社科学” (“法律与社会学科”)的一个主要分支即是经验法社会学,其典型的研究主题是乡村司法和基层治理。与经验法社会学相比,社会理论法学更加注重在理论框架下观察法律现象,更加重视理论内含的反思机制,更加重视“宏观”理论的建构和运用。〔4〕本世纪以来,中国的法学研究者在全面阅读西方(法)社会学者(近来尤其是卢曼)的经典作品的基础上,将其理论范式引入对中国社会和法律的观察,针对中国的社会法律转型提出各种解释方案,更有以“社会理论法学”(社会理论之法)为该阵营命名者,基本就属于理论法社会学的脉络。如果说经验法社会学重在“定量”的话,那么理论法社会学无疑更注重“定性”。当然,无论是哪一种法社会学,都拥有一个基本立场,那就是埃利希的那句名言:“在当代以及任何其他的时代,法的发展的重心既不在立

〔1〕 (英)哈特:《法律的概念》(第三版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第138—139页。

〔2〕 泮伟江:“双重偶联性问题与法律系统的生成:卢曼法社会学的问题结构及其启示”,《中外法学》2014年第2期,第546页。

〔3〕 参见泮伟江:“超越‘错误法社会学’:卢曼法社会学理论的贡献与启示”,《中外法学》2019年第1期,第38页。

〔4〕 参见陆宇峰:“社会理论法学:定位、功能与前景”,《清华法学》2017年第2期,第99页。

法,也不在法学或司法判决,而在于社会本身。”〔5〕因为无论是哪一种法社会学,都是从社会学视角对法律和法律现象的研究,都属于社会学的分支。

其次,本文中的“规范性”指涉的是法社会学的研究对象、而非研究立场。研究对象和研究立场是两回事。法社会学的研究对象,笼统地说就是法(或法律体系)。法社会学与规范性问题的关联,指的就是法社会学对于法(或法律体系)的规范性问题的处理,或者说从法社会学的角度如何对法(或法律体系)的规范性进行说明或辩护。在宽泛的意义上,具有规范性的研究对象也包括法律实践(当然,在有的法社会学理论,法与法律实践原本就是一回事)。进而,如果我们将法教义学视为法律系统的自我观察和自我描述的话,因而作为内在于法律实践的、严格意义上的法学〔6〕的话,那么法社会学对法或法律实践的规范性问题的处理也就包括了对法教义学之规范性(这一点当无任何疑义)的处理。另一方面,法社会学的研究立场,指的是该研究本身的性质为何,是描述性的还是规范性的。〔7〕描述性研究旨在对研究对象进行观察、说明和分析,透析其内在特点或总结其规律,以期获得对对象的恰当认识。而规范性研究旨在为研究对象提供判断标准(应当/不应当),以期对对象进行评价、规定和调整,影响与对象有关的行动或实践。借用马克思的名言来说,前一种研究意在解释世界,而后一种研究致力于改造世界。要指出的是,研究对象与研究立场并无必然关联,描述性研究不见得不能处理规范性的对象,规范性研究也并不一定见得就能对规范性对象进行最佳处理。前者如凯尔森的纯粹法学说,就是一种对作为规范体系的法的描述性研究(尽管他的“规范法学”的定位会引起一些误解)。应当说,大部分法社会学理论(并不限于经验法社会学)都是描述性理论,只有少部分持规范性立场。〔8〕但无论持何种研究立场,只要涉及对法的规范性问题的处理,都属于本文考察的范围。

最后,这里所说的“关联方式”包括两种,即外部关联和内部关联。所谓外部关联,是指超然于法(或法律体系)之外对法的规范性现象进行观察、描述或提供判断标准,但一般而言不直接进入法律实践,参与法律运作。所谓内部关联,则是指进入法(或法律体系)之内,直接或间接地参与法的规范性实践,作为法律实践的组成部分发挥功能。要注意的是,上面所说的描述性研究/规范性研究的区分与这里所说的外部关联/内部关联并不存在对应关系。也即是说,并非描述性研究就一定得采取外部关联的进路,反之亦然;也并非规范性研究就一定得采取外部关联的关系,反之亦然。正如后文所显示的,无论是描述性研究还是规范性研究,都有可能采取外部关联或是内部关联的方式。接下去我们就将以外部关联和内部关联为序,来依次阐

〔5〕 (奥)欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,作者序。

〔6〕 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,第72页。

〔7〕 参见雷磊:“如何学习法理学?”,《研究生法学》2011年第4期,第115—116页。尽管该文中的立场划分直接针对的仅是法理学,但也适用于整个法学研究。

〔8〕 当杨帆试图以“‘社会理论法学’的规范性立场”来证明理论法社会学能为法的规范性提供根基(参见杨帆:“法社会学能处理规范性问题吗?——以法社会学在中国法理学中的角色为视角”,《法学家》2021年第6期,第39—42页)时,在某种程度上就混淆了研究立场的规范性与研究对象的规范性,或至少犯了以偏概全的错误。因为并非所有的社会理论法学都持规范性立场,而描述性的理论法社会学也未必不能处理法的规范性问题(见下文)。

明经验法社会学和理论法社会学处理法的规范性问题的方式。

二、法社会学与规范性问题的外部关联

(一)说明与证立

法或法律实践何以具有规范性?对于需要从理论上进行解释。但解释是一个比较模糊的概念,它既可以意味着对对象的说明,也可以意味着对对象的证立。故而对规范性的解释理论可分为两种进路:一种是说明性理论,也就是首先将法或法律实践具有规范性认可为一种既存现象,然后去说明何以法能具有规范性。这种理论持一种描述性的立场,所争议者只在于什么样的描述或借助于什么样的认识论原则能帮助我们更好地来认识法的规范性。最基本的认识论原则有两个,一个是因果原则,一个是诠释原则。运用因果原则说明法或法律实践的规范性相当于澄清它之所以如此的原因(cause),而运用诠释原则说明法或法律实践的规范性相当于澄清它的理由(reason)。当然,这种理由是说明性理由(explanatory reason)。说明性理由必定同时可以扮演原因的角色,反之则不行。另一种是证立性理论,它认为法或法律实践必须符合特定的判准才具备规范性。换言之,从这种理论出发,并非所有的法或法律实践都必定具备规范性,只有符合它所提供之判准的法或法律实践才被认为具有规范性。所以,这种理论的逻辑起点并非对实在之法或法律实践的规范性的认可,而是对规范性判准的设定。用规范性标准去判断哪些法或法律实践具有规范性相当于为此提供证立性理由(justifying reason)。

因此,在理论与实现的关系上,说明性理论与证立性理论是不一样的:前者具有“理论对世界的适应指向”,当理论与现实不一致时,要负责的是理论而不是现实;而后者具有“世界对理论的适应指向”,当理论与现实不一致时,要负责的是现实而不是理论。^{〔9〕}与此相应的是,不同说明性理论所争议的是哪一种理论(原因或说明性理由)是对现实更好的说明,而不同证立性理论所争议的是更理想的规范性标准(证立性理由)是什么。说明性理论属于描述性研究,而证立性理论属于规范性研究。经验法社会学就属于对法或法律实践之规范性进行说明的描述性研究,而理论法社会学则有可能与经验法社会学一样旨在说明规范性,也有可能属于对法或法律实践进行规范性证立的规范性研究。

(二)经验法社会学:一种失败的说明

经验社会学可以对法和法律实践进行描述和说明,但它是一种失败的描述和说明。这是因为:一方面,经验法社会学的认识论原则无法恰当地描述出法的规范性现象本身。这可以与法理论对法或法律实践的处理形成鲜明的对比。经验法社会学与法理论对规范性问题处理方式的差别是因果性社会科学与规范性社会科学的差别。自然是一个彼此间作为原因和结果(即依据被称作因果的原则)联结起来的要素体系,自然法则就是对这一原则的运用。描述自然法则的科学就叫自然科学。社会是一种人类行为的秩序。我们当然可以用因果原则来确定人类行为,因为人及其行为首先就是一种自然(生物的或物理的)存在。以此方式形成的就是

〔9〕 这里借用了安斯康姆的“语言对于世界的适应指向”和“世界对于语言的适应指向”的说法。See G. E. M. Anscombe, *Intention*, 2nd ed., Oxford: Blackwell, 1976, p. 56.

因果性社会科学,它其实是自然科学方法对于社会的运用。与此不同,我们也可以将人类的相互行为视为被规范确定的、也即以确定行为之规范为研究对象,如此形成的就是规范性社会科学。因果性社会科学与规范性社会科学奉行不同的原则,即因果原则和归结原则。因果原则(自然法则)说的是:有 A 则必然有 B;而归结原则(规范命题)说的是:如果有 A 则应当有 B。^[10]

两者之间的区别是“是”与“应当”的区别。要注意,“是”与“应当”都是人类用来描述世界的方式,但却属于不同的范畴。举个例子:红灯行人止步,绿灯行人行走。对此,经验法社会学的描述只能是“(在特定的时间和地点)红灯亮起时行人止步,绿灯亮起时行人行走”。或者说,“红灯或绿灯亮起时原因,行人止步或行走是结果”,它只能描述出一种规律性行为;而规范性社会科学的描述却是,根据“红灯亮起时行人应当止步,绿灯亮起时行人应当行走”的规范,人们这么做。这里面的区别在哪里?其一,因果原则是必然的,归结原则不是必然的。只要“红灯或绿灯亮起时原因,行人止步或行走是结果”得以确定,那么当前一个事实出现时后一个事实必然出现。^[11]相反,即便“红灯亮起时行人应当止步,绿灯亮起时行人应当行走”得以确定,也不见得当红灯亮起时行人就必然会止步(想一想中国式过马路!),绿灯亮起时行人就必然会行走。显然,在红绿灯的情形中,后一种描述更贴切。其二,因果联系独立于人类的干预,归结关系是通过由法律权威即某种意志行为所制定之规范来建立的。因果关系的运用所展现的自然法则不以人的意志为转移,就像太阳落下去天就会黑,大风起时柳条就会扬起那样。而红灯行人止步、绿灯行人行走并非自然法则,而是基于人类制定的某个交通法规中的规范。正是由于这一规范的存在,才在红绿灯亮起与行人止步或行走之间建立起了关系。其三,自然法则必须要按照事实去校准,但人类的作为与不作为的事实应当按照有待规范科学描述之规范命题去校准。自然法则要符合事实关系,假如我们发现红灯亮起时行人没有止步、绿灯亮起时行人没有行走,或者行人止步并非因为红灯亮起、行人行走并非因为绿灯亮起,那么两者的因果联系就不成立。相反,即便红灯亮起时行人没有止步、绿灯亮起时行人没有行走,或者行人止步并非因为红灯亮起、行人行走并非因为绿灯亮起,也不影响“红灯亮起时行人应当止步,绿灯亮起时行人应当行走”这一规范的效力。相反,我们会说(在前一种情形中)行人的行为是错的或不合法的。正因为如此,哈特认为要恰当描述出上述现象就必须采取“内在观点”。^[12]

经验法社会学对于法或法律实践的说明之所以是失败的,就是因为它采取的是纯粹的外在观点,或者说外在观察者的立场,而没有像法理论那样采取内在观察者的立场(见下文)。它至多只能描述出人类行为的规律性(具有规律性的行为可以称为“习惯”),但却无法描述出规

[10] Vgl. Has Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe der 2. Auflage 1960), hrsg.v. Jestaedt, 2017, S. 153.

[11] 当然,经验法社会学者可能会说,行人之所以止步或行走,原因不在于红灯或绿灯亮起这一事实本身,而在于“红灯亮起时行人应当止步,绿灯亮起时行人应当行走”的规范。但是,其一,经验法社会学在确立这一规范与行人止步或行走之间的因果关系时,同样是将这一规范作为事实来对待的,因而他们所确立的依然是两个事实之间的关系。其二,抛开这一点不论,这种情形能够说明的也只是规范之约束力(规范的实效),而没有说明规范何以具有规范性,因而与要解决的核心问题无关。

[12] 参见哈特,见前注[1],第146页。

范本身,因为它缺失了内在面向(规范性态度)。如此一来,它就无法说明作为一种社会事实的法与自然事实之间的差别何在。而将法界定为一种有别于自然事实的社会事实,正是说明法的规范性的关键。^[13]所以,经验法社会学对法或法律实践的描述是一种不到位的描述,而法作为一种独特的社会实践需要的是一种“深度描述”。之所以不到位,是因为因果性社会科学研究焦点在于人类“行为”(经验事实的层面)。尽管经验法社会学者会声称他们不会忽略法律规范,但其重点依然在于规范下的行为而非规范。而规范性社会科学则要求将重点置于规范本身,虽然它也考察行为(法律实践的组成部分),但强调的是行为的规范意义,所以两者的区别是“法律规范下的行为”与“法律规范下的行为”之间的差别。^[14]这种重心的错置导致了对于法的规范性问题求解是缘木求鱼,因为法的规范性问题处理的是作为规范的法本身、而不是别的什么(包括具有法律意义之行为)的规范性。正因为如此,所以哈特才会说,如果没有“规则”(规范)的观念,我们就连最基本形态的法律也无法说明。^[15]

另一方面,经验法社会学的因果描述也无法说明法的规范性来源(为什么具有规范性)。比如,为什么“不得盗窃”这个规范具有拘束力?经验法社会学可能会这样说明:是因为制定这个规范的人(立法者)受到了某种情感动机的影响。但是情感动机只是立法者制定“不得盗窃”这个规范这一事实的原因,而不是“不得盗窃”的理由。同样的道理,特定的社会环境和社会因素是影响立法出台这个规范的原因,而不是这个规范有拘束力的理由。当然,经验法社会学者可能会指出,为什么规范性来源理论就必须是理由理论、而不能是原因理论?答案是:不可以。因为这最终会消解法的规范性本身。为了证明这一点,让我们举一些例子。法国社会学家雷蒙·布东曾对社会学上的四种行动模式如何在生活实践中导出应然性(即如何从事实推导出规范)举过如下四例:^[16]

第一类(传统行为):我同他握手[果],因为他是法国人,法国人见面时握手[因]。

第二类(情感动机):她保护他[果],因为她喜欢他[因]。

第三类(价值理性):我不偷窃[果],因为我认为不应该偷窃[因]。

第四类(工具理性):我穿外套[果]是因为天气冷,因为外套能简便地帮助抵御寒冷[因]。

如果仅仅是如此,那么这种说明就是失败的,因为我们在这四个例子中看到的只是两个事实之间的因果联系。因为很显然,这里的每一类情形中,“因”都是事实,“果”也是事实(行为)。正如上文所说,它只是澄清了某种行为的原因,完全限于事实的层面,而与规范(规范性)无关。

[13] 再一次指出,以经验社会学或自然科学的方法去研究法或法律实践完全是可能的,因为法或法律实践首先就是一种(从物理、心理的角度出发的)自然现象。这里只是说,这种方法无法说明法的规范性。

[14] 故而鲍姆加特纳明确指出,法社会学就是对法律行为的科学研究。参见(美)M. P. 鲍姆加特纳:“法律社会学”,载(美)丹尼斯·帕特森编:《布莱克维尔法哲学和法律理论指南》,汪庆华、魏双娟等译,上海人民出版社2013年版,第411页。

[15] 哈特,见前注[1],第137页。

[16] (法)雷蒙·布东:《价值观溯源:信念的哲学与社会学追问》,邵志军译,江苏凤凰教育出版社2014年版,第84页;转引自杨帆,见前注[8],第36页。据原引用者的说明,此处的引用并非完全的直接引用,而是根据自己的论文调整了一下例子的顺序,并以括号说明相对应的行动方式理论。另外,这四种行为模式源自韦伯的理论。为了更清晰地予以说明,笔者在杨帆改述的基础上,在每一个语句中以方括号的形式加上了[因]和[果],以表明其因果联系。

但其实经验法社会学想要做的,却是通过经验手段(事实)来说明规范性来源(规范)。也就是说,因是事实,而果是规范。当然,如果同情地予以理解,可以认为这里只是表述问题:每一个语句中的前半句想要表达的其实不是某种行为,而是一个“规范”,而规范的标志词是“应当”。如此,我们就可以将表述调整为:

第一类(传统行为):我应当同他握手[果],因为他是法国人,法国人见面时握手[因]。

第二类(情感动机):她应当保护他[果],因为她喜欢他[因]。

第三类(价值理性):我不得偷窃[果],因为我认为不应该偷窃[因]。

第四类(工具理性):我应当穿外套[果],是因为天气冷,因为外套能简便地帮助抵御寒冷[因]。

“因为”后的部分就是对前面这个“规范”之规范性来源的说明,它看起来就建立在因果联系的基础上,因而不违反经验法社会学的原则,不是吗?遗憾的是,这种思路依然是错的。这里,我们首先要对规范与应当的关系稍作说明。规范的含义是:某事应当是或应当发生,尤其是某人应当以特定方式来行为。要求他人要以特定的方式来行为的行为是意志行为,“应当”就是每一个意图指向他人行为之人的意志行为的主观意义。但只有当“应当”同时具有客观意义时才是有效的、拘束受众的规范。“客观”意味着不仅从实施行为的个人,而且从不参与行为的第三方的立场出发,甚至当人们压根就不知道这一行为及其意义时都是“应当”的。^[17] 所以可以说,规范是“应当”,但“应当”未必都是规范。^[18] “应当”要成为规范,就必须获得某个更高规范的授权。也可以将前一种应当称为“主观的应当”,后一种应当称为“客观的应当”。很显然,无论是“我应当同他握手”“她应当保护他”“我不得偷窃”还是“我应当穿外套”都属于主观的应当。倒不是因为它们仅针对个别的受众——事实上个别规范亦是规范^[19]——而是因为它们仅得到了传统行为、情感动机、价值理性和工具理性这类事实条件的支撑。除非放弃这类事实说明,转而去诉诸于更高规范之授权作为基础,才能使它们转变为客观的应当,但这么做就已然放弃了经验法社会学的路子。再说得明白些,这些主观的应当反映的其实是某人持有某种规范性观念的事实,而非规范本身。比如,因为他是法国人,法国人见面时握手,所以我认为我应当同他握手;因为她喜欢他,所以她认为她应当保护他;因为我认为不应当盗窃,所以我认为我不得盗窃(这是同义反复);因为天气冷而外套能简便地帮助抵御寒冷,所以我认为我应当穿外套。在原句中省略掉的“我(她)认为”就表明:这些语句虽带有“应当”,表达的却是事实,虽然这属于内在事实(观念事实),而非外在事实(行为事实)。它们仅表达出了相关行为的主观意义、而非客观意义,故而不足以成为规范。但只有规范才具有规范性。所以,经验法社会学的说明依然限于两个事实之间的关系(观念事实的成因),而无法说明法的规范性来源。原因理论的最终结果就是将(观念)事实等同于规范,从而将规范性事物(包括法)的规范性等同于(观念)事实的因果性,从而彻底消解规范性本身。

[17] Kelsen (Fn.10), S. 24.

[18] 所以刚才提及的“规范”都加了引号,因为它们仅仅是主观的应当而已。

[19] 如凯尔森就将法律体系视为法律体系调整人类行为之一般规范与个别规范的全体。Vgl. Kelsen, *Der Begriff der Rechtsordnung, Logique et Analyse* 3 (1958), S. 150.

一言以蔽之,法或法律实践的规范性来源问题无论如何没法转变成“可以用经验手段的社会学进行描述的问题”。〔20〕究其根本,是因为经验社会学对“规范”进行的行为主义解释:它“在一种行为实施中的情境化社会秩序的框架内解释规范”,从而使得“规范性的规范概念转变为经验科学的规范概念”。进而,法也被理解为“特定的行为类型”。〔21〕无疑,对行为或经验事实的解释要以因果原则为归依。但正如上文所显示的,要对法或法律实践的规范性来源求解,只能依靠诠释原则、而非因果原则。当然,“诉诸于更高规范之授权”的做法本身也有局限性,因为这个更高规范本身又需要另一个更高规范的授权,如此无穷倒退终须一个终点。因此,凯尔森才不得不预设所谓的基础规范(Grundnorm)作为超验逻辑预设。〔22〕但以此方式只能说明法律规范之效力传递问题(内部理论),但却无法说明这个预设本身、以及借其而成体系的法律整体的规范性。因而法的规范性需要一种外部理论来诠释。这要么会导向法理论或法哲学,如拉兹的服务型权威观、夏皮罗的规划理论、科尔曼赖以支柱的共享合作理论,要么会导向法的社会理论(见下文)。

(三)理论法社会学:说明或证立

理论法社会学与规范性问题的关系比经验法社会学更加复杂。理论社会学可以分为两类,一类与经验法社会学一样对法的规范性进行说明。只是它更接近于法理论的做法,也即对法或法律实践进行的是“理论描述”而非“经验描述”。另一类则用来对法的规范性进行证立,也即为法或法律实践的规范性提供判准。我们可以将前一种理论法社会学称作“法的社会理论”(以下简称“社会理论”),将后一种理论法社会学称为“法的社会哲学”(以下简称“社会哲学”)。

1. 社会理论对法的规范性的说明

当代影响最大的社会理论当属卢曼的系统论。卢曼的社会理论有两个基本的逻辑起点:一是功能分化原则。功能分化原则承接自古典社会理论的“社会分工”特质,但用更抽象但更准确的术语阐述了该原理。在卢曼看来,在现代社会中,法律系统与政治系统、宗教系统、经济系统等相互分离,它们依据不同的“符码”和“纲要”自我观察和自我再生产;它们各自承担不同的全社会功能,彼此不可通约、不可替代。〔23〕二是双重偶联性问题。社会学家帕森斯第一次对这个概念进行了详细阐述,他将社会学研究的焦点置于社会互动关系,认为一方主体的行动依赖于对他方主体行动的期待,而后的行动又反过来依赖于对前者行动期待的期待。因此,在社会互动的结构中,行动者的行动选择具有高度的不确定性。〔24〕这使得社会交往的不确

〔20〕 杨帆,见前注〔8〕,第36页。

〔21〕 Kelsen (Fn.10), S. 346 ff.

〔22〕 Vgl. Peter Stegmaier, Rechts und Normativität aus soziologischer Perspektive, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 3. Aufl., 2017, S. 69, 80. 罗尔对社会学的“规范”概念进行了更细致的分析,他认为这一概念由三个意义维度构成:行为的一致性、对行为举止的评价以及对特定行为之有拘束力的期待(Röhl, *Rechtssoziologie: ein Lehrbuch*, 1987, S. 199 ff.). 但这三个维度的核心依然是“行为”。

〔23〕 See Niklas Luhmann, *The Differentiation of Society*, New York: Columbia University Press, 1982, pp. 232-238.

〔24〕 参见泮伟江,见前注〔2〕,第548页。

定性大大增强。

那么,法律与上述问题有何关联?或者说,现代社会为什么要分化出一个专门的法律系统呢?在社会中,行动者是对对方的行为有所期待的,如果对方行为没有满足期望就会产生失望。解决失望的办法有两种:一种办法是随时调整和改变自己的行为 and 预期(认知的立场)。但这种做法并不可取,因为如果每当对方的行动不符合自己的预期就做出相应改变,那么行动者自己的行动也会充满变数,难以被预期。反过来说,面对自己难以预期的行动,对方也会更频繁地调整行动。事情就会变得越来越糟糕。另一种办法是坚持原先的行为和预期(规范的立场)。换言之,要稳定人际交往的预期,既包括自己对他人行动的预期,也包括他人对自己行动的预期,不能随便做出改变。为了对这种规范性预期提供担保,就需要有一种承担担保功能的特定机制,现代法律系统扮演的就是这种机制的角色。具体来说,法律体系的做法是:通过某种条件化的纲要(如果……那么……)的设置,将符合规范性预期的行动判定为合法,从而诱发行动者双方都倾向选择“合法”的一面,而否定“非法”的一面。而这种判定,是法律体系通过自我递归、自我参照的方式做出来的。^[25]这其实就是法教义学的方式。正是由于法教义学的存在,使得法律论证与其他论证发生了高度分化,法律系统由此得以在全社会范围内执行“稳定规范性预期”的功能。

可见,卢曼的社会理论对于法(法律系统)的规范性说明是一种功能主义的说明。一方面,它是一种“社会”理论,因为它将规范性视为法律系统的社会功能问题:正是出于稳定化社会交往中的规范性预期的需要,才会有作为此担保的法律系统及其规范性的必要。另一方面,它也是一种社会“理论”,因为不同于经验法社会学,它并非对具体法律实践的经验描述,而是一种解决诸如“现代社会如何可能”“法律系统何以必要”的理论模型。同时,它超然于法律本身的运行逻辑之外,只是对法律系统的外部观察和描述;它并不试图用别的系统的逻辑去冲击法律逻辑,进而破坏法的自治性(这是实在法的规范性的重要前提),而只是以社会学的视角描述出了法的独特性和重要性。这正是其不同于经验法社会学(它试图用自然科学的逻辑去取代法律系统的逻辑),而能对法或法律实践的规范性进行较为成功的深度描述的原因。在这一点上,它可以与法理论这种内部观察和描述形成互补。^[26]当然,由于社会学本身的进路所限(观察者进路),社会理论只能说明法律规范的社会功能,而无法说明规范性本身(规范是什么?规范性是何种性质?);功能主义的说明也只是对规范性的一种(尽管是较好的)说明方式,它无法取代其他可能的说明方式。这也是为什么社会学永远无法排斥对法的规范性的法理论思考的原因。

2. 社会哲学对法的规范性的证立(或消解)

与社会理论不同,社会哲学是对社会现象的哲学考察。社会现象由人们通过其行动、通知、观察和期待构成和确定,就像在社会共同体(政治的、经济的、家庭的、法律的或其他的共同

[25] 参见(德)卢曼:《社会中的法》,李君韬译,台湾五南图书出版公司2009年版,第152页以下;泮伟江,见前注[2],第556—558页。

[26] 在此意义上,哈特将自己的理论称为“描述社会学”(参见哈特,见前注[1],第7页),并非没有道理。

体)的情形中那样。社会哲学的一个根本性组成部分是社会伦理学,它要回答这样一个问题:社会共同体的何种行为以及个体相对于社会共同的何种行为在伦理学上是可辩护的。故而社会伦理学属于实践哲学的一部分。除此之外,社会哲学还包括理论的部分,它对社会现象与理论哲学的其他组成部分,如行动理论、认识论、语言哲学等的关系进行分析。^[27]所以,与社会理论不同,社会哲学的主体部分具有较为明显的规范性。换言之,很多社会哲学本身就是一门规范性学科。

规范性的社会哲学可以用来对法的规范性进行证立。因此,与说明性或描述性的社会理论和经验法社会学不同,这类理论社会学是要为法提供证立判断的:只有通过判准测试的实在法才具有规范性。比较典型的是哈贝马斯的商谈理论。与传统的强调实质价值标准的哲学不同,商谈理论试图为法的规范性提供一种程序性的判准。它试图将法的正当性建立在某种理性商谈的结果上,用是否符合商谈程序来判断法律规范的正当性(如果法律规范是这种商谈的结果的话)。就像哈贝马斯所指出的,在民主治国条件下,包括司法决定在内的所有政治和法律决定,其正当性都取决于经由交换合理理由的理性商谈达成的共识。^[28]而一旦将这种商谈程序法律化,也即建制为实在法,那么就可以实现“通过合法性的正当性”了。由于理性商谈预设人权(作为自由而平等的商谈主体的资格)与人民主权(民主)的价值,所以正当的法必然立足于这两种价值之上。法或法律实践的规范性就寄托在这种合法性和正当性之上。这种理论的确能对法的规范性进行证立,但它提供了一种区分性的证立标准:只有实现这种商谈程序法律化的实在法体系才有规范性,没有实现商谈程序法律化的实在法体系(如通过专制君主制定和颁布法律)则没有规范性。^[29]

规范性的社会哲学不仅可以证立法的规范性,也可能会消解法的规范性。当然,这原本就是一体两面的事,因为规范性判准一方面可被用以为(部分)实在法进行辩护,而另一面也可同时用来对(另一部分)实在法进行批评。如果特定社会哲学提出的判准与提出时实在法的实际情形相距较远,它就可能被定性为一种批判理论。典型如马克思的社会哲学。马克思主义以历史唯物主义(生产力与生产关系、经济基础与上层建筑的矛盾运动、阶级意志的中介)与辩证唯物主义去看待法律现象和法律的本质,将对法律的观察重心聚焦于特定历史时期的物质生活条件,并基于此对资本主义法律进行了批判。这是社会哲学对于法律的一种洞见。但如果错误地将马克思主义的观点作极端化理解就可能导致否定和消解法的规范性本身的后果。典型如早期的苏联学者帕舒卡尼斯和斯图契卡,就将法律等同于特定社会的经济关系或“商品生产社会中的社会关系”,主张没有商品经济、社会关系和法律关系的存在,所有的规范都将失去

[27] Vgl. Dietmar Pfordten, Was sind Rechts- und Sozialphilosophie?, <http://www.rechtsphilosophie.uni-goettingen.de/sozialphilosophieDE.html>, (abgerufen am 25 Oktober 2021).

[28] 参见(德)于尔根·哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2011年版,第273—277页。

[29] 从法律实证主义的角度来看,哈贝马斯的学说其实是一种法伦理学说,更接近于自然法的立场,只不过是一种“程序自然法”。而这与实证主义传统将“法的规范性”看作是法概念论、而非法伦理学理论的做法相去较远。

意义，^{〔30〕}从而混同了社会关系(经济关系)、法律关系以及法律这三者。进而可以推知，法的规范性是虚幻的，真正重要的是社会关系和经济关系。所以，他们是用过于极端的社会学观点来取代了规范的观点，沦为一种反规范理论。

社会哲学本身就是哲学的一个分支，它与政治哲学、法哲学之间的界限并不十分明显。要说与传统的法哲学有什么分别的话，那就是与传统上借助于价值论、理念论来探讨法的性质和正当性基础不同，它更多地将法视为一种社会现象，并借助了后来发展出的诸多理论资源(语言哲学、行动理论、各种批判理论)来分析和评价法律。这样一来，我们在承认这种理论法社会学对于法的规范性来源之说明的重要性的同时，也会产生一个疑虑：它是否本身就属于哲学的一部分，就像道德哲学、政治哲学与法哲学密不可分一样，社会哲学也与法哲学密不可分。换言之，它本身就是哲学(无论是哲学的哪个部分)视角对法的研究？这种紧密联系的一个例证就是法哲学家阿列克西将哈贝马斯的商谈理性原则引入法律论证理论，建构出完整的法律商谈的规则和形式，以确保将法律论证理解为普遍实践论辩的特殊情形。^{〔31〕}与这一问题相比，更严峻的问题是，由于它想要为法的规范性提供一个外部的判准，所以会使法的规范性仰赖于这些外部判准，造成用这些判准的规范性去取代实在法的规范性本身，而没法澄清法本身、或者说法独有的规范性何在。极端的情形就是像早期苏联学者那样最终否定法的规范性。^{〔32〕}

综上，经验法社会学对于法的规范性的说明是失败的，根源就在于它所秉持的(也是其不可放弃的)经验还原论立场。但就像一位社会理论法学阵营的青年学者所指出的：“任何试图把法律现象还原为经济、政治、道德、意识、生理现象，把法律决定还原为利益算计、敌我决断、伦理考量、心理分析、科学检测的做法，都从根本上低估了现代社会和现代法律的复杂性，可能把法学研究和法律实践引向歧途。”^{〔33〕}法的社会哲学对法的规范性的证立或批判不可谓无益，但它本身就可能是哲学的组成部分，且有否定法具有独有的规范性、甚至最终否定法的规范性本身之虞。与此相比，理论法社会学的另一支——法的社会理论——对于现代社会中法的规范性问题的理解则助益更大，可以与法理论的视角形成良性互补。

三、法社会学与规范性问题的内部关联

(一) 两组视角的区分

理论法社会学对于法的规范性的说明是有意义的，但它的理论姿态采取的是一种观察者的视角(卢曼的系统论采取的是对法律系统的二阶观察)，也即在不触动既有法律体系的前提

〔30〕 *Soviet Legal Philosophy*, trans. By Hugh Babb, Boston: Harvard University Press, 1951, p. 20, 138, 149, 166.; (前苏联)帕舒卡尼斯:《法的一般理论与马克思主义》,杨昂、张玲玉译,中国法制出版社2008年版,第40、47、50、52页。

〔31〕 参见(德)罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第352—362页。

〔32〕 当然,这不是说他们的社会哲学毫无意义,而只是说在“外部关联”的视角下它有可能有此风险,但这不妨碍在“内部关联”的视角下它对法律实践(法教义学)的可能助益。详见下文。

〔33〕 陆宇峰,见前注〔4〕,第97页。

下对其运行进行恰当的实然描述。但是,法学之所以为一门规范性学科,不仅在于它要研究法的规范性问题,即对法的规范性本身进行恰当的描述,还要以一种参与者的视角去提出法律上的规范性命题,也即在既定的法律体系中,人们应当做什么、不得做什么、可以做什么和被授权做什么的应然命题。这是一种对法律实践的参与,典型的代表者就是法官。这里就涉及观察者的视角与参与者的视角的区分。^[34]另一方面,无论是观察者还是参与者,都可以采取外部视角或是内部视角。由此就形成了对法律实践的四种研究视角:外部观察者的视角、外部参与者的视角、内部观察者的视角、内部参与者的视角。

经验法社会学和法的社会理论采取的就是外部观察者的视角研究,法理论(一般法学说)采取的是内部观察者的视角,法哲学(包括法的社会哲学)采取的是外部参与者的视角,而内部参与者视角的典型则是法教义学。^[35]作为围绕现行实在法进行解释、建构和体系化的作业方式,法教义学从近代以来逐步成长为法学研究和法律实践的基本样态,成为学界与实务界共同的交流平台。法律论证之不同于普遍实践论辩的特殊之处,就在于它不涉及绝对的正确性,而涉及现行有效的法秩序的框架内与基础上什么是正确的。^[36]从某种意义上说,法律实践与法教义学是一体两面的事,法律实践的规范性与法教义学中规范性命题密切相关。所以,要证明法社会学对于规范性法律实践的影响(与法律实践规范性的内部关联),就要证明自己对于法教义学中规范性命题的意义,也即,法社会学以何种方式去参与到法教义学中规范性法律命题的塑造之中,或者说影响到对规范性法律命题的具体主张。

(二)理论法社会学的参与方式

社会理论的主要作用在于对法或法律实践的外部观察,能够参与法教义学之规范性法律命题塑造的是社会哲学。社会哲学参与塑造的情形有两种,一种是作为法教义学说的理念准则,另一种是作为法教义学说的辅助性论据。

前一种情形的例子依然是哈贝马斯的商谈理论。理性商谈不仅可以外部关联的方式为法的规范性提供证立标准,而且也可以内部关联的方式为特定法律规范的教义学内涵提供理念准则。哈贝马斯的商谈理论建立的是一种“理想言谈情境”。理想的商谈是在不受限定的时间、不受限定的参与资格与完全无强制性的条件下,借助于设立语言概念的充分清晰性、经验信息的充分性、角色转化能力与准备的充分性及无偏见性,来寻求某个实践问题之答案的活动。^[37]而现实的商谈在各种条件的限制下,只能追求相对的正确性和相对的共识。如诉讼活动中的商谈,就不可能向社会公众的道德商谈一律开放;现代诉讼法上普遍确立的诸多原则以及“既判力”学说都决定了,诉讼法教义学不可能接受司法过程的理想商谈模式。然而,诉讼

[34] 关于这一区分参见(德)罗伯特·阿列克西:《法概念与法效力》,王鹏翔译,台湾五南图书出版公司2013年版,第42—43页。

[35] 参见(德)马蒂亚斯·耶施泰特:《法理论有什么用?》,雷磊译,中国政法大学出版社2017年版,第71—74页。

[36] 参见(德)罗伯特·阿列克西:“特殊情形命题”,载(德)罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第79页。

[37] 参见(德)罗伯特·阿列克西:“商谈理论问题”,载(德)罗伯特·阿列克西:《法理性商谈》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第106页。

法教义学却可能以自己的方式吸纳商谈理论的要素,在不追求绝对共识结果的同时引入共识达成的基本条件,构造适合司法场域的最低限度的“理想言谈情境”,从而强化司法裁判的正当性。^[38]在此,理想商谈承担的是“调整性理念”(regulative Idee)的角色,它要求围绕特定实在法规范所形成教义命题尽可能地去追求这种理念,尽管由于既有制度和原理的制约,永远无法百分之百实现它。

后一种情形指的是当既有的法教义学说不敷使用或不足以应对新实践时,社会哲学发挥“辅助性原则”的角色,来支持和强化新的教义学主张。应当说,部门法学的教义化程度越高,法哲学(包括法的社会哲学)在具体法律问题上就当与之保持越大的距离,为它留下越大的空间去自主解决问题。^[39]只有当出现所谓的“疑难情形”时,才需要社会哲学的出场。例如,关于各国刑法上普遍规定的“紧急避险”条款,已经发展出相对稳定、被普遍认可的教义学说。也即,紧急避险要满足四个条件:①必须针对正在发生的紧急危险;②所采取的行为应当是避免危险所必要的;③所保全的必须是法律所保护的利益;④不可超过必要的限度,就是说,所损害的利益应当小于所保全的利益。这四个条件的判断在通常情形中相对不成问题,但当出现所谓“营救式刑讯逼供”的情形时就会发生疑难。所谓营救式刑讯逼供,即侦查机关并非为了获取指控犯罪的证据,而是为了营救处于危境中的他人,而对犯罪嫌疑人实施的刑讯逼供。^[40]例如,侦查机关获知一名恐怖主义活动的犯罪嫌疑人在一家人口密集的大型商场安放了炸药,且炸药将不定时被引爆,而且也抓获了该犯罪嫌疑人的同伙。为了挽救社会公众的人身、财产安全,侦查人员对改名同伙实施刑讯逼供,让他交待出了炸药的具体安放地点,从而排爆成功,避免了爆炸的发生。那么,侦查人员是否有罪?是否可援引紧急避险作为违法阻却事由?很显然,在这种情形中,①③④三个条件都能得到满足,唯一可虑的是②:刑讯逼供是否是避免危险所“必要”的?此处,“必要”涉及到的并不只是事实判断(如侦查人员是不是真的来不及查找炸药的具体安放地点),更重要的是涉及到社会伦理的判断。它涉及的核心问题是:(侦查人员所代表的)社会共同体的何种行为是可辩护的?尤其是当这种行为会给个人的权利(如人权)造成严重侵害时?对此,规范个人主义和规范集体主义就可能给出不一样的回答。^[41]

理论法社会学(社会哲学)对于法教义学之规范性法律命题的塑造采取的是直接参与的方式,只不过有时是作为理念准则来指导特定法教义学说的形成,有时(在疑难情形中)则是在穷尽既有的法教义后涉入社会哲学。即便在后一种情形中,社会哲学也是在教义学的框架和体系内发挥作用的,也即作为价值—伦理判断的依据,并最终将价值—伦理判断凝聚和类型化为

[38] 这一例证取自陆宇峰,见前注〔4〕,第101页。尽管作者以此例来说明的是“对法教义学的‘激扰’”,但笔者认为它更适合来说明社会哲学承担法教义学之价值依据。因为它并非只是生活世界对法教义学系统的外部激扰,使得法教义学作出相应调整;而是直接作为特定教义学主张的价值追求,要求教义命题在特定制度(如诉讼制度)的限定条件下尽可能地去实现它。

[39] 参见雷磊:“法哲学在何种意义上有助于部门法学?”,《中外法学》2018年第5期,第1200页。

[40] 龙宗智、夏黎阳主编:《中国刑事证据规则研究:以刑事证据的“两个规定”为中心》,中国检察出版社2011年版,第38页。

[41] 关于这两种立场,参见(德)迪特玛尔·冯·德尔—普佛尔滕:《法哲学导论》,雷磊译,中国政法大学出版社2017年版,第46—147页。

新的法教义命题。当然,这两种情形的区分只是相对的:因为无论如何,它们都“从外而内”地直接参与了对法教义学说的塑造。

(三)经验法社会学的参与方式

经验法社会学对于法教义学中规范性法律命题的影响方式有两种,一种是间接参与,另一种是直接参与。

1. 社会效果对法教义学的“激扰”

经验法社会学可以通过对法教义学的“激扰”来间接参与规范性法律命题的塑造。持外部观察者视角的经验法社会学与持内部参与者视角的法教义学根本上属于不同的社会脉络,各自取向于科学和法律两种彼此分离的系统逻辑。因此,前者无法直接改变后者,只能对后者施加“激扰”。法教义学是否回应这种外部的“激扰”,则取决于法教义学是否与经验法社会学形成“共振”。法教义学通常只能以其固有结构“理解”经验法社会学的激扰。^[42] 笼统地说,经验法社会学的激扰就是法律实践(它亦处于生活世界之中)要面对的社会效果,它要求司法裁判及教义学说要进行后果考量。但是,即便法教义学要对裁判的后果或者说社会效果予以回应,它也必须要以自己的逻辑、语言和思维方式来进行回应,以确保自身运作的独立性。例如,在著名的赵春华持枪案中,要回应社会公众对天津摆摊老太的去罪化吁求同样需要以教义学的方式来进行,如通过对非法持有枪支罪中枪支、持有与抽象危险的要素做限制性解释来实现。^[43] 于此,作为对非法持有枪支罪教义学说之“激扰”因素的社会效果,是引发既有刑法教义学调整的原因,但并非教义学论证的理由本身。教义学论证的理由永远是法教义本身。

这种激扰机制使得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同时又灵活的方式。这就导致了法律系统(法教义学)的一个重要特征,即认知开放与运作封闭。^[44] 一方面,法律系统绝非与生活世界及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。^[45] 外部知识要想进入法律系统之中,就必须以法律的概念与法律场域的游戏规则来进行“编码转化”,如此才能参与到法教义学论证的过程中来。之所以说经验法社会学的这种参与方式是“间接的”,是因为社会效果并非直接作为法教义学说(规范性法律命题)的组成部分发挥其规范功能,而仅能促成法律实践和法教义学的自我调整。社会效果仅仅供给了外部的动力,经验法社会学所得出的主张,总要经由法教义学的“过滤”和体系重构,才影响法律的实际运作。因为具有规范性功能的仅仅是法教义学中的规范性法律命题本身,而非社会效果。

[42] 陆宇峰,见前注[4],第101页。即便作者是针对社会理论法学(理论法社会学)与法教义学的关系来作出如上论述的,但笔者认为它更适合经验法社会学与法教义学的关系。

[43] 参见劳东燕:“法条主义与刑法解释中的实质判断——以赵春华持枪案为例的分析”,《华东政法大学学报》2017年第6期,第16—34页。

[44] Vgl. Luhmann, Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie, 1984, S. 60 ff.

[45] 参见(德)尼可拉斯·鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,五南图书出版有限公司2009年版,第64页以下。

2. 经验论据的规范意义

经验法社会学有时也可以以“经验论据”的方式,直接参与法教义学中规范性法律命题的塑造。^[46] 首先必须承认,经验描述本身就是法教义学的一个层次,经验论据在法教义学论证中也是不可缺少的。^[47] 规范性法律命题得以作出的基础,一个是既有的法律规范,另一个就是经验描述,只有具有准确和妥当的经验基础,规范性法律命题才会有评价的对象。从这个意义上讲,经验的层面其实是规范性层面作业的预备阶段。当然,经验论据对于规范性法律命题的意义不止于此,因为不同的事实可能会引起不同的规范性评价。这方面最典型的研究是王鹏翔和张永健的论文《经验面向的规范意义》。这篇文章提出了“具有规范重要性的差异制造事实”这个重要概念,简言之,某些事实的存在及其发生几率对规范的证成有决定性的影响,会造成规范上的差别对待。^[48] 因此,实证经验研究可以从“这种事实是否存在”以及“它存在的概率和程度是多少”这两个方面对其进行描述,进而对法律运作的规范结果产生影响、做出判断。所以,法教义学“本来就有经验面向”,且不可或缺。

毋庸置疑,在经验描述作为规范性评价之基础的意义之上,基于不同的事实(及其发生几率)自然会塑造出内容不同的具体规范性命题。但是,“具有规范重要性的差异制造事实”这一说法本身可能会导致一些误解,一些对这个层次的经验论据具有不应有的过高功能的期待。这里的问题主要有两个:其一,经验论据或者说事实本身是没有什么规范意义的,它之所以有规范意义是因为论证者(提出或接受这一论据的人)认为它有,或者根据某个规范它有(某个规范将它规定为构成要件的组成部分)这种意义。其实,“具有规范重要性的差异制造事实”这个表述本身就不是个经验层次的论据了,因为它包含着“规范重要性”这个规范性因素。事实本身是无所谓有没有规范重要性的,也不会自己产生规范上的差异。是因为我们认为它有,或我们根据规范判定它有,它才有。黄舒芃曾写过一篇论文《数字会说话吗?》,数字也是事实,但数字的重要性不是由它的事实性决定的,而是我们认定的。^[49] 俗话说“事实胜于雄辩”,但事实之所以能成为规范性论证中的论据,只是因为我们对于某些事实拥有相对一致的规范性观念。其二,虽然经验论据本身不具有规范意义,但它的确可能会影响或产生规范性意义。只是,对于法学研究而言,有意义的影响必须是对法教义学中规范性法律命题的影响,而不是别的层面的影响。王鹏翔和张永健曾为“具有规范重要性的差异制造事实”提出这么一个例证:“如果‘白人法官会导致做出不利于非裔族群的判决’这个差异制造事实成立,那么这个差异制造事

[46] 有学者称之为“内在观点的法学实证研究”,它“寄望借由实证研究回馈到‘规范性问题’的解答”。参见邱文聪:“被忽略的(立法)事实——探询实证科学在规范论证中的可能角色兼评释字第584号解释”,《台大法学论丛》第37卷第2期(2008年),第235页。

[47] 阿列克西认为,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—经验的维度、逻辑—分析的维度以及规范—实践的维度(阿列克西,见前注[31],第311页)。可见,经验描述是法教义学活动不可或缺的第一个层面。

[48] 参见王鹏翔、张永健:“经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色”,《中研院法学期刊》第17期(2015年),第234—239页。

[49] 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(2007年),第23页以下。

实将可以作为支持某些规范主张(例如,合议庭的法官或陪审团的组成应考虑到族群分配比例)的理由。”〔50〕“合议庭的法官或陪审团的组成应考虑到族群分配比例”的确是个规范主张,但与法教义学无关。因为它不是规范性法律命题,而是个司法社会学或司法组织学上(因而是社会学或组织学上)的规范主张。

所以,理论法社会学(社会哲学)可以直接参与对法教义学说或规范性法律命题的塑造,而经验法社会学也可能会“影响”(而非“决定”)规范性法律命题的塑造。这种影响要么是间接的,也即对法教义学进行“激扰”;要么是直接的,也即以经验论据的方式成为规范性命题的基础或产生规范上的重要性。但无论如何,规范性命题的规范理由或规范意义都并非来自经验法社会学,而是来自法律或法教义学自身。

四、一个被错置的批判起点:事实与价值/规范的二分法

最后要来处理一下关于事实与价值(规范)的二分问题。这个问题之所以值得我们关注,是因为有一种思路认为,主张法社会学(尤其是经验法社会学)处理不了法的规范性问题的哲学根源就在于事实与价值(规范)的二分法。由于社会学感兴趣的是可被经验把握的世界,这使得它被归诸“事实”的一侧,而与“价值(规范)”绝缘。因此,只要证明“事实与规范二者并不是截然二分的”,就可以为此观点开辟空间,即“社会事实(或社会实践)在现代社会可以是一种法律规范性基础的重要来源,而法社会学则可以是勾连二者的重要认知渠道”。〔51〕因此,批判事实与价值(规范)的二分法被当作反驳“法社会学处理不了规范性问题”的起点。但是,笔者将在本部分说明:这一二分法依然是成立的(只要理解正确),但这并不影响法社会学对法的规范性问题的处理(这一点前文已充分证明)。

(一)二分法在何种意义上能成立?

二分法的复杂性在于,“事实”与“价值(规范)”本身就是多义的。众所周知,二分法起源于“休谟定律”。在休谟看来,人类理性的对象可分为两种,即观念的关系(逻辑)与实际的事情(事实)。第一类对象只需要依赖直觉的确定就可获得,而第二类知识的获得则完全依靠经验。理性的作用在于确定真假,而真假判断的关键在于对观念的关系是否符合或者对实际存在的事情是否符合。由于情感、意志等都无法用真伪进行评价,它们就丧失了成为理性研究对象的资格。理性所及的对象涉及事实命题,而理性不及的对象涉及价值命题。前者通常采用的是“是”或“不是”的联系词,而后者通常采用的是“应当”或“不应当”的联系词。〔52〕

如何准确理解这段话?首先要注意两点:其一,在休谟提出二分法时,用的是“事实”与“价值”的二分,而非“事实”与“规范”的二分。当然,在那个时候,“规范”与“价值”是不区分的,直

〔50〕 王鹏翔等,见前注〔48〕,第239页。

〔51〕 参见杨帆,见前注〔8〕,第35—36页。另要注意的是,杨帆在该文中将事实与价值二分的主张与形式主义的法律方法,进而又与主张法律系统之封闭性的观点等同起来。但在理论层面和逻辑上,三者是三种独立的主张,未必见得等同。囿于篇幅,在此不赘述。

〔52〕 参见(英)休谟:《人性论》(下),关文译,商务印书馆1980年版,第498—510页;进一步参见雷磊:“作为科学的法教义学?”,《比较法研究》2019年第6期,第89页。

到凯尔森才将与“事实”相对的这一侧中又区分出了独立于价值的“规范”这一范畴。其实,如果我们把价值区分为主观价值与客观价值,那么规范就相当于客观价值。^[53]而休谟所说的“价值”显然是主观价值。其二,“事实”既可以被理解为自然事实,也可以被理解为社会事实。前者将事实等同于自然现象,后者将事实理解为包含人类意向的特殊事实。^[54]休谟所说的“事实”显然只是自然事实。因此,休谟定律说的似乎是自然事实与主观价值的分离。但如此来理解二分法依然不够准确。

要准确理解二分法,关键在于:我们至少可以在双重层面上来理解“事实”和“价值”,即本体论的层面和认识论的层面。在本体论的层面上,事实和价值都是存在物;在认识论的层面上,事实和价值都是可以用语言来表达的命题,又称事实命题与价值命题。道德是一个社会的主要价值。如果在道德的意义上来理解价值的话,那么本体论和认识论意义上的道德就是哈特说的“实在的道德”与“批判的道德”^[55](或者“价值性事实”与“评价性认知”)。由此,就会产生四种关系,即本体论事实与本体论价值(价值性事实)的关系、本体论事实与认识论价值(价值命题)的关系、认识论事实(事实命题)与本体论价值(价值性事实)的关系,以及认识论事实(事实命题)与认识论价值(价值命题)的关系。

首先,在本体论的层面上,事实与价值的关系取决于对事实的理解。价值性事实无疑是客观价值,而本体论事实则有可能是自然事实,也有可能是社会事实。价值性事实(实在法的道德)与自然事实(如太阳东升西落)无疑是两回事,但与社会事实则是一体两面的。从价值这一侧来说,价值性事实或实在的道德本身就是一种事实,例如中华民族传统上尊老爱幼,这是我们的实在道德规范,本身就是个事实;从事实这一侧看,尊老爱幼这个实在道德规范又蕴含着中华民族的共同价值观,也具有价值的面向。同样的道理,在法律实证主义的视野中,法律就是一种事实,但不是自然事实,而是社会事实。在哈特看来,法律之所以是一种社会事实,是因为作为法律体系之效力基础的承认规则具有社会规则的属性。社会规则的独特性在于,它既具有共同实践(规律性行为)这个外在面向(是一种自然事实),也具有内在的规范性共识(规范性态度)这个内在面向(是一种客观价值),所以它已经包含着规范(性)。^[56]可见,在本体论的层面上,社会事实与规范(客观价值)是纠缠在一起的。所以,在本体论的层面上,事实与价值可能是相关联的。

其次,本体论事实与认识论价值(价值命题)的关系要作具体理解。假如在社会事实的意义上理解本体论事实,那么,无论认识论价值是主观的还是客观的,都与社会事实无关。因为一者是实在的道德(价值性事实),一者是批判的道德(评价性认知),两者不可混淆。法律实证主义的分离命题在此意义上就可以成立,因为它指的是,作为本体论事实的法律(规范)与作为评价性认知的道德(批判的道德)之间则是可分离的。法律是一种社会事实,就决定了法律的

[53] Vgl. Kelsen (Fn.10), S. 53.

[54] 在社会事实中与人类制度相关的部分被称为“制度性事实”。

[55] 参见(英)哈特:《法律、自由与道德》,支振锋译,法律出版社2006年版,第22页。

[56] 参见哈特,见前注[1],第170页。

存在、或者说某个事物能否作为法律而存在,与它在内容上是否符合某个评价标准无关。^[57]假如在自然事实的意义上理解本体论事实,那么:如果价值命题是客观价值命题,那自然与任何自然事实无关,两者就是分离的;而如果价值命题是主观的,那么在特定的伦理学立场(如情感主义伦理学或认知伦理学)下,两者有可能相联系。例如,休谟本人就是个道德情感论者,也就是说,在他看来,一切道德判断都来自于判断者的主观“情感”或“意志”。道德判断体现为价值命题,而“情感”或“意志”无疑属于事实(心理事实)。这里其实涉及的是价值命题背后的本体论依据问题。所以,本体论事实与认识论价值(价值命题)也可能是相关联的。

再次,认识论事实(事实命题)与本体论价值(价值性事实)的关系也作具体理解。无论是自然事实还是社会事实,事实命题都需以“是”或“不是”来对之进行描述。事实命题如果描述的是自然事实,自然与价值性事实无关。但另一方面,由于价值性事实与社会事实是一体两面的,因而对于价值性事实可以像对于自然事实那样进行描述,以形成事实命题。如果事实命题描述的是价值性事实,两者必然相关。如果描述与价值性事实相符,那么它就是真的;如果描述与价值性事实不符,那么它就是假的。所以,认识论事实与本体论价值也可能是相关联的。

那么,这是否意味着事实与规范的两分法不成立?并非如此。其实二分法真正要表达的,只是认识论意义上的分离,也就是事实命题与规范命题的分离。^[58]所以,我们说从“是”推不出“应当”,或者从“应当”推不出“是”,“是”与“应当”属于两种逻辑范畴(命题逻辑与模态逻辑/规范逻辑)。例如,我们不能从“今天食堂里有鱼”推导出“我今天应当吃鱼”,反之亦然。我们也不能从“大家都做x”推导出“A应当做x”(A为某个人),反之亦然。同样的道理,在规范三段论推理中,大前提与小前提是互推的,因为它们分别属于规范命题与事实命题。有人认为,三段论不是要从大、小前提结合推出结论吗?这是否就意味着规范命题与事实命题互通了呢?我们看个简单的例子:

大前提:开车闯红灯者应被处以二百元的罚款。

小前提:甲开车闯了红灯。

结论:甲应被处以二百元的罚款。

我们可以看到,在这里,之所以得出“甲应被处以二百元的罚款”的结论,是因为“甲(的行为)”符合了规范命题中“开车闯红灯者”这个构成要件。或者说,小前提被归入了大前提的构成要件之下。^[59]而大前提的构成要件依然是个(类型化)的假设事实命题(“开车闯红灯者”

[57] 这种分离是概念、性质上的分离。但这不妨碍从本体论的观点看,法律与道德(实在的道德)在内容上的重合,任何法律体系都会包含一些实在道德同时作出规定的内容,如果这些实在道德是维系任何社会所必须的,也就是如果它们是人类共同的实在道德,那么就可以像哈特那样称之为“自然法的最低限度内容”(参见哈特,见前注[1],第260页以下)。但是,主张法律具备最低限度的道德内容是一种法伦理学的观点,而不是法概念论的观点。作为一个实证主义者,他可以一方面主张一个不符合最低限度道德要求的法律也是法律(这是从法律的角度来看的),但另一方面有主张任何法律应当符合最低限度的道德要求,否则在道德上有缺陷(这是从道德的角度来看的)。

[58] 休谟本人也许还没有去清晰区分本体论和认识论两个层面,但其核心意思指向的是认识论层面的分离。

[59] 从这个意义上说,现在很多从事鉴定式案例教学的民法学者将这种推理称为“归入法”(subsumption),而非传统的称呼“涵摄”,是有道理的。

＝“如果开车闯红灯”)。更重要的是,“甲应被处以两百元的罚款”这个个别规范之所以有拘束力,其基础在于“开车闯红灯者应被处以二百元的罚款”这个一般规范,而不是“甲开车闯了红灯”这个事实命题,它只是结论的条件、而非其效力基础。所以,在认识论的层面上,事实与价值必然是分离的。

对于以上讨论的结果,我们可以用下述表格予以归纳:

表 1 事实与价值的关系

	事实(本体论)	事实(认识论)
价值(本体论)	可能关联	可能关联
价值(认识论)	可能关联	必然分离

(二)超越二分法的错误尝试

法社会学者并没有仔细区分他们所力图超越的“事实”和“价值”是在哪个层面上说的。如果两者都是在认识论的层面上说的,那么正如刚才所述,超越是不可能的。因为经验法社会学的做法只能是将一个规范命题置于事实命题的基础之上,而这是错的。例如,我们日常生活中经常会有这样的场景:父亲说:“你应当在每天八点半之前上床睡觉。”孩子问:“为什么?”父亲说:“因为这是我说的。”“孩子应当在每天八点半之前上床睡觉”是个(个别)规范命题,而父亲说的这句话是个事实命题。但之所以这个个别规范命题有效,是因为父亲说的这句话吗?显然不是,而是因为“孩子应当听从父亲的话”这个更加一般的规范!所以,完整的三段论推理应当是这个样子的:

大前提:孩子应当听从父亲的话。

小前提:父亲让孩子每天八点半之前上床睡觉。

结 论:孩子应当在每天八点半之前上床睡觉。

之所以我们有时会认为个别规范的效力基础来自于某个事实,是因为我们往往会将作为效力基础的大前提省略掉——或许是因为大前提是我们的共识(如父亲的情况下),或者因为它来自于特定群体的信仰(如上帝)。同样的道理,上文所引用的布东的四个例子也是不完整,完整的样子其实应该是这样的:

第一类:

大前提:我们应当遵照法国人的传统来行为。

小前提:法国人见面时握手,而他是法国人。

结 论:我应当同他握手。

第二类:

大前提:喜欢一个人,就应当保护他(她)。

小前提:她喜欢他。

结 论:她应当保护他。

第三类:

大前提:应当按照一个人的主观想法去行事。

小前提:我认为不应该偷窃。

结 论:我不得偷窃。

第四类:

大前提:应当按照行为的目的或后果来行为。

小前提:天气冷,外套能简便地帮助抵御寒冷。

结 论:我应当穿外套。

所以,试图通过事实或经验描述去求得规范命题的基础(规范性)的方法是行不通的。当然,这里所涉及的规范性只是认识论意义上的规范性,笔者并不认为经验法社会学想要在这一意义上来证明法的规范性的。它更可能是想要证明本体论意义上的规范性。如此,就不能将四类情形中的[因]——他是法国人,法国人见面时握手;她喜欢他;我认为不应该偷窃;外套能简便地帮助抵御寒冷——理解为事实命题,而只能将它们理解为本体论事实(自然事实)。至于[果]——我应当同他握手;她应当保护他;我不得偷窃;我应当穿外套——则有可能是本体论意义上的,也可能是认识论意义上的。如果是前者,那么正如前文所说,四个例子所能说明的只不过是某人(我或她)持有某种规范性观念的事实(我或她认为……),这样的事实并非前述社会事实或价值性事实,而是与个人相关的心理事实(自然事实的一种),因而[因]和[果]建立起的无非是两个自然事实之间的联系。它无法与作为社会事实、乃至制度性事实的法律联系起来,自然无法说明法的规范性。如果是后者,那么四个例子中的“应当”表述就仅是一种命题。但同样如前所述,这种应当只是反映命题提出者之主观的应当,而非客观应当。用本部分的区分来说,它只是一种关于主观价值的命题,而非关于客观价值的命题。主观价值命题的确可能与心理事实(自然事实)发生联系,后者进而与另一种自然事实发生因果联系。如,我之所以主张“我应当穿外套”,是因为我认为我应当穿外套,而这又是因为天气冷,外套能简便地帮助抵御寒冷。但是,规范是一种客观价值,规范命题是一种关于客观价值的命题。对此,经验法社会学是无能为力的。

综上,事实与价值(规范)二分法真正主张的仅仅是事实命题与价值命题的分离。这一意义上的二分法是无法被超越的,但经验法社会学所意图批判的并非在此。而在其他的层面上,事实与价值(规范)的确可能相关联,但经验法社会学却无法借此来说明法的规范性。因此,事实与价值(规范)的二分法是一个被错置的批判起点。

五、结 语

法或法律实践的规范性问题是一个复杂的问题,也是法哲学和法理论一直以来所谈论的一个疑难问题。法社会学进入对这一问题的讨论,可能为这一问题提供有别于法哲学和法理论的回答,从而在肯认法或法律实践之规范性面向的基础上提供新的理解视角和知识增量。尤其对于进入大规模陌生人社会和转型社会的中国而言,从社会学的视角去为法或法律实践的规范性进行辩护具有较大的说服力和不容小觑的优势。在这一问题上,迄今为止最为成功的是理论法社会学,法的社会理论对于现代社会中法律系统之规范性的功能主义说明会与法理论的视角形成良性互补,而法的社会哲学则可以直接参与对法教义学说或规范性法律命题

的塑造。与此不同,经验法社会学对规范性问题的意义则较为有限,它虽然可以直接或间接“影响”法教义学中规范性法律命题的塑造,但无法替代或决定后者。它对于法的规范性的外部说明则是失败的。因而总的来说,法社会学对法或法律实践的规范性问题的处理既有其力量,也有其限度。

最后要指明的是,法社会学与法哲学或法理论的互动性也是双向的,不仅法社会学可以对传统上法哲学或法理论所处理的主题做出自己的贡献,而且法哲学或法理论也可以对法社会学的研究做出贡献。比如对于法社会学研究而言,最基础的问题就在于如何界定它的考察范围(哪些社会规范属于法)。如果它还想要成为“法”社会学、而不是别的什么社会学的话。而这一点,就有赖于法理论的思考。^[60]笔者相信,随着双方了解的加深和对各自局限认识的深入,法哲学/法理论与法社会学携手并进必将成为中国法学未来发展的趋势。

Abstract: The problem of normativity of law is the core issue of legal research. Sociology of law has both its strength and limits when dealing with this issue. Sociology of law can be divided into empirical sociology of law and theoretical sociology of law, and the latter is further divided into social theory of law and social philosophy of law. As to the external perspective, empirical sociology of law fails to explain the normative nature of law; social theory through its functionalist explanation of the normative nature of legal system in modern society constitutes a benign complement to the perspective of legal theory; social philosophy with its normative justification of law has a risk that may lead to deny the unique normativity of law, even the normativity of law itself. As to internal perspective, the social philosophy of law can be used as an ideal criterion or auxiliary argument to shaping of normative legal propositions directly; the empirical sociology of law can also “disturb” legal dogmatics, or “influence” indirectly or directly the shaping of normative legal propositions as empirical arguments, but it cannot replace or determine them. In epistemology, the dichotomy between facts and values (norms) cannot be overcome, but it has nothing to do with the question whether sociology of law can deal with the problem of normativity, so it is a misleading starting point for criticism.

Key Words: Empirical Sociology of Law; Theoretical Sociology of Law; Social Theory of Law; Social Philosophy of Law; Normativity of Law

(责任编辑:章永乐)

[60] 所以凯尔森认为,社会学法学预定法律的法学概念,即由规范法学所界说的法律概念,参见(奥)汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2017年版,第266页。当杨帆将“社会规范”作为经验法社会学“第二层的描述对象”(杨帆,见前注[8],第38页)时,就没有注意到研究对象的区分。法是一种社会事实,但并非所有的社会事实都是法。非正式的社会规范与正式法律之间当然存在互动,但对这些“非正式的社会规范”的描述与“法”的规范性问题无关。