

社科法学如何处理规范性问题？

兼与雷磊教授商榷

吴义龙*

摘要 在法学研究中，人们无法从“是”推出“应当”这一“休谟问题”在法学研究中的具体体现，便是经验研究能否以及如何处理法的规范性问题。无论从封闭体系还是开放体系的角度回答这一问题，法教义学都面临诸多困境，其根源在于证立逻辑以及形式化和非语境的局限。社科法学从因果解释角度回答这一问题且直面“休谟问题”：价值是客观的主体性事实；可以借助问题和对问题的成功解决跨越从“是”到“应当”的鸿沟。在这一过程中，“价值判断”至关重要。社科法学的回答，是基于方法论上“猜测—反驳”的演绎假设的检验逻辑。在这一启示下，法教义学和社科法学的合作有了新视角：社科法学的相对优势在于能较好应对不确定性情形下的各种问题从而形成规范；法教义学的相对优势则体现于在相对确定的语境下协调各种规范使之体系化以便应对各种具体案件。

关键词 社科法学 法的规范性 因果规律 价值判断 检验逻辑

引言

我们无法从“是”推出“应当”，或者说无法从一个事实命题推出一个价值命题。这就是众所周知的“休谟问题”。〔1〕就法学研究而言，其研究对象，要么是法律规范，要么是法律规范，考虑到“价值”与“规范”很大程度可互换，因而“休谟问题”在法学研究中是一个绕不过去的议题，这就是“经验研究能否以及如何处理法的规范性”的问题，或者说“法为什么能够约束

* 河南大学法学院副教授。

〔1〕 参见(英)休谟：《人性论》(下册)，关文运译，商务印书馆1980年版，第509—510页。

人的行为”的问题。^{〔2〕} 对此学界的大致共识是,经验研究和规范研究的对象不完全一致,例如,从事规范研究的陈兴良认为,经验研究把法当成整体性的事实,关注的是法的运行的一般规律,而不是具体法律条文;^{〔3〕}从事经验研究的贺欣主张,经验研究是从法律的外部来研究法律,研究的重心不是书本的法律而是实际运作的法律。^{〔4〕} 但这一共识在一定程度上回避了上述问题。

然而,被回避的问题仍然存在。对此泮伟江曾追问,经验研究如何“正面描述作为一种规范存在的社会事实方面”?^{〔5〕} 在法社会学取向的学者中,杨帆借助社会理论对相关问题展开论述并试图澄清法社会学在这一问题上的规范性立场;^{〔6〕}郭栋从关于法律的事实和作为事实的法律两方面论述了法律的社会科学研究如何可能;^{〔7〕}程金华以具体例证细致展示了如何通过经验研究解决规范性问题。^{〔8〕} 另外,王鹏翔和张永健两位详尽论述了实证研究至少在两个层面如何与规范论证相勾连,并对规范之学如何进行实证研究进行了类型化建构。^{〔9〕}

毫无疑问,上述这些尝试值得肯定。尽管如此,这些研究或过于宽泛,在事实细节和操作方面关注不够,如杨帆和郭栋;或将研究重心放到实证方面,理论的一般化方面有欠缺,如程金华坦言其论文在事实与规范之间难免有含糊、跳跃,以至于实然如何与应然在逻辑上实现“无缝对接”信心不足。^{〔10〕} 例外的是王鹏翔和张永健,兼顾到具体操作和理论一般化。但是,在人们也许更关注的一些问题上,如价值与事实是一元还是二元,或事实命题与价值命题是性质等同还是截然不同,讨论得仍然不够。

本文写作的出发点,是在上述成果基础上试图对这一议题有所推进:既有操作性的具体实例,也关注理论的一般化。为增强论证力度,本文写作策略是,与雷磊的观点进行对照,将各自理论观点的实质方面展现出来,从而有利于针对同一问题不同观点之间的交流、碰撞与对抗,目的在于经由严格学术批评而达到学术研究的良性发展。以雷磊论文(后简称雷磊文)作为切入点,不仅在于作者在年轻法理学者中的学术影响力,更在于其论点本身的代表性:无论是从外部关联还是内部关联角度看,经验法社会学对法的规范性问题的回

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

〔3〕 参见陈兴良:“法学知识的演进与分化——以社科法学与法教义学为视角”,《中国法律评论》2021年第4期,第79页。

〔4〕 参见贺欣:“经验的研究法律:基于社会科学的外部视角”,《学术月刊》2021年第3期,第106页。

〔5〕 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。

〔6〕 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30—44页。

〔7〕 参见郭栋:“法律的社会科学研究如何可能”,《法学家》2021年第6期,第45—59页。

〔8〕 参见程金华:“四倍利率规则的司法实践与重构:利用实证研究解决规范问题的学术尝试”,《中外法学》2015年第3期,第684—716页。

〔9〕 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”,《北航法律评论》2016年第1辑,第28—80页。

〔10〕 参见程金华,见前注〔8〕,第715页。

答都失败了;因为“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,而是来自法律或教义学自身。”^[11]正是这里的“无论如何”,触发本文的讨论不能止步于雷磊文,而应在相关议题上予以延伸、拓展和深入。因为这个“无论如何”隐含了法教义学在方法论上的“自负情结”,也就是不恰当地高估在法教义学方法论中处于核心地位的“体系性”所具有的功能,而没有看到其局限性。

本文结构安排如下:第一部分有关核心术语的界定,特别是解释为何本文没有使用学界就这一议题而言更常用的“法社会学”而使用“社科法学”。第二部分讨论法教义学在回答“法为何具有规范性”问题时遭遇的困境:从封闭体系和开放体系角度进行了论述以及考察困境产生的根源。第三部分从因果解释角度回答“法为何具有规范性”这一问题,并从正面回应“休谟问题”;同时为了总结(针对社科法学)和对比(针对法教义学),简要概括了社科法学方法论。第四部分指出法教义学和社科法学合作的可能,并对两者合作的现状及未来图景进行了论述、推断。

一、关键术语的界定与澄清

如本文标题所示,笔者没有用“法社会学”这一术语,用的是“社科法学”。不用“法社会学”,是因为学界对该术语界定的范围与笔者在本文中论证的对象不完全一致,以及这一术语在使用中容易引发误导性的论断。

社科法学,是相对于法教义学而言,最初由苏力在讨论当代中国法学发展的格局时提出。^[12]自那时起,学界对社科法学的研究涌现出大量文献。^[13]尽管如此,社科法学如何界定是一个未决的、有争议的问题。^[14]在此笔者不打算讨论界定问题,而是径直给出定义:借助社会科学的理论、方法和成果来研究法律问题。在这个意义上,可以说社科法学是法律的社会科学研究的简称。也许有人会质疑:这里的“社会科学”如何界定?这同样是有关定义的未决的、有争议的问题。^[15]对此笔者仍然直接给出界定:以寻求、验证现象或事件之间因果规律为目标的经验科学。尽管如此定义不是唯一的,但仍然是可能的一种,并因此如果在这样界定下能回答前文所设定的问题,可以说其满足了论证逻辑的要求。

概言之,只要研究法律问题应用的理论和方法是经验的且以因果律的寻求、验证为目标,

[11] 雷磊:“法社会学与规范性问题的关联方式:力量与限度”,《中外法学》2021年第6期,第1420页。

[12] 参见苏力:“也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览”,《比较法研究》2001年第3期,第3页。

[13] 例如,侯猛:“社科法学的传统与挑战”,《法商研究》2014年第5期,第74—80页;李晟:“实践视角下的社科法学:以法教义学为对照”,《法商研究》2014年第5期,第81—86页。

[14] 参见孙海波:“论法教义学作为法学的核心——以法教义学与社科法学之争为主线”,《北大法律评论》2016年第17卷第2辑,第226页。

[15] 有关的一个争议是,社会科学是否仅仅有关因果说明,还是也包括诠释性的。参见侯猛:“司法中的社会科学判断”,《中国法学》2015年第6期,第43页。

都可涵盖在“社科法学”之下。也许有人质疑这一界定过于宽泛,笔者也承认;之所以这样,主要是考虑到“社科法学”这一术语已深入人心。或许有人指责这一界定过于狭窄:没有将诠释(解释或理解)社会学纳入其中。的确如此。在社会科学研究方法的文献中,大都将诠释方法与因果方法区别对待。^[16]在法学界甚至法社科界,学者将理解方法与因果方法并列;^[17]甚至是因果解释自身,有时也要人文阐释的协助。^[18]笔者之所以将诠释方法排除在外,主要是基于本文论证对象的考虑,即如果要处理规范问题,诠释方法很难胜任,^[19]而因果方法却有其优势。

学界通常认为“法社会学”包括法的社会理论(社会理论法学)和社会哲学。尽管社会理论法学没有一个统一的理论架构,但大都以法律的“意义”寻求为其目标,从而在功能上接近法哲学。这种视角隐含的是方法论上的诠释社会学,以及社会理论法学之所以能处理规范性问题,主要是基于其规范性立场的观点。^[20]一方面,诠释方法不易处理规范问题;另一方面,如果持有规范立场,将遭遇类似凯尔森的“基础规范”所面临的困境。另外,“法社会学”这一术语在使用中,学者将其分为经验法社会学和理论法社会学,主张这两者存在根本差异:前者不关注或几乎不关注理论;后者不关心或几乎不关心经验。^[21]这一想法背后预设的是:经验和理论可分离。这是错误的。对此,一个反驳理由是:经验或事实同时渗透或负载理论。^[22]

最后,经验科学的目标在于,试图发现并以一般性的陈述系统表述各种事件发生的条件(原因)及其结果(后果),并且对条件和结果之间的关系进行系统说明,也就是对“为什么”的问题的回答;^[23]或者说是借助所谓“演绎一律则模型”,即结合一些全称规律和具体初始条件,对被说明项进行逻辑推演。^[24]例如,为何苏格拉底会死?答:所有人都会死(全称规律),苏格拉底是人(初始条件)。规律和条件两者不可或缺。值得注意的是,人们通常说的因果关系,不同于因果律:因果关系是具体的,而因果律是抽象的,是解释为什么会有这种因果关系的普遍规律。^[25]另外,社会科学不仅探寻因果律,还强调对其进行验证,要求原因和结果都是可观察的,也就是因果律具备可证伪性。

[16] 参见林聚任:《社会科学研究方法》,山东人民出版社2017年版,第32页。

[17] 参见陈柏峰:“法律经验研究的机制分析方法”,《法商研究》2016年第4期,第46页。

[18] 参见侯猛,见前注[13],第77页。

[19] 例如,如果对某一对象经过诠释之后,发现可能有不同的“意义”,如何在这不同的“意义”之中进行选择,对于诠释主义来说,就是一个难题。

[20] 参见杨帆,见前注[6],第41页。

[21] 参见雷磊,见前注[11],第1406页。

[22] 参见(英)卡尔·波普尔:《实在论与科学的目标》,刘国柱译,中国美术学院出版社2008年版,第41页。

[23] 参见(美)欧内斯特·内格尔:《科学的结构——科学说明的逻辑问题》,徐向东译,上海译文出版社2002年版,第4、17页。

[24] 参见(美)卡尔·亨普尔:《自然科学的哲学》,张华夏译,中国人民大学出版社2006年版,第15页。

[25] 参见(英)卡尔·波普尔:《客观的知识——一个进化论的研究》,舒炜光等译,中国美术学院出版社2003年版,第347页。

二、困境:封闭体系、开放体系及困境根源

(一)封闭体系下的困境

内部视角是在法体系之内,不牵涉体系外的任何因素;外部视角是在法体系之外,与体系外的因素相勾连。在这里,笔者重点讨论雷磊文的观点:该文集中反映了法教义学在封闭体系下处理法的规范性问题时所面临的一些困境。

1. 内部视角

就此而言,凯尔森的工作仍然是奠基性的。在凯尔森看来,其理论的核心目标,在于借助所谓“回退推理”模型对法律规范(系统)的效力基础,即合法律性进行一种形式上的说明。对此凯尔森问道,“一个规范为何有效?它的效力基础何在?”^[26] 对此,只有两种可能的“回退”路径:要么来自非规范的事实因素;要么来自另一更高规范。^[27] 如果是前者,将遇到“转换问题”:规范如何由事实转换而来。由于凯尔森认为“从某事是什么无法推出某事应当是什么”,^[28] 直接否定了“转换问题”这一可能性,从而规范效力只能来自另一(更高)规范。为避免效力传递无穷倒退的困境,凯尔森断言到,“它的效力不能再从一个更高位阶的规范中推导出来,它的效力基础不能再被质疑。这样一种被预设为最高位阶的规范在这里被称为基础规范”。^[29] 在这里,从认识论角度而言,基础规范被视为一个思维预设而不是经验事件。^[30]

凯尔森的论证是一个先验论证,从而具有先验论的一般性问题,即结论的非充分决定性。意思是,即便承认论证的“回退推理”以及某些特定描述的独特性是正确的,仍然存在这种可能性,也就是一个令人信服的需要某种前提的观念并不必然导致一个唯一的结局。对凯尔森而言,确立一种规范性解释的诉求是一回事;而能够对这种诉求提供单独说明,并将其视为唯一确定、因其内在特性而排斥其他一切替代选择,则是另一回事。^[31] 恰恰是“则是另一回事”,对凯尔森的理论论证而言是致命的。对此凯尔森晚年承认,“基本规范的确成为维幸格的‘假设’哲学意义上的虚构。这种意义上的虚构的特点是,它不仅与现实相矛盾,而且它本身也包含矛盾”。^[32] 这意味着凯尔森最终放弃“回退推理”模型的第二种,不再承认规范的效力来自另一更高规范。雷磊文之所以认为其论证能成立,在于始终将这一核心命题视为其论证的基础,即规范性法律命题的理由只能来自法律或法教义学本身,而不能是任何其它来源。这就意

[26] (奥)汉斯·凯尔森:《纯粹法学》,雷磊译,法律出版社2021年版,第24页。

[27] 参见(美)斯蒂芬·特纳:《解释规范》,贺敏年译,浙江大学出版社2016年版,第30页。

[28] 参见凯尔森,见前注[26],第7页。

[29] 参见凯尔森,见前注[26],第242页。

[30] 参见(英)韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第358页。

[31] 参见特纳,见前注[27],第27、88页。

[32] Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, translated by Michael Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 256.

味着：一方面，规范性产自于(基础)规范，只有规范的才能对规范进行解释；另一方面，规范既不可化约同时也不可消除。^{〔33〕}很明显，这就是上述“回退推理”模型的第二种；而这一路径已失败。

2. 外部视角

实际上，雷磊文也认识到“基础规范”这一理论预设的弱点，并断言道：“但以此方式只能说明法律规范之效力传递(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。”^{〔34〕}如果将社科学法作为一种外部理论，那么这种进路在雷磊文看来是失败了。对此，雷磊文从两方面进行了论证。

一方面，从认识论原则看，社科学法遵循的是因果原则，不同于基于归结原则的规范研究，从而无法对规范现象给予恰当描述。雷磊文通过一个例子展开讨论：红灯亮行人止步，绿灯亮行人行走。对此社科学法能做的，是根据“有 A 则必然有 B”的因果原则对规律性行为进行事实描述；而规范研究则是依据“如果有 A 则应当有 B”的归结原则对行为进行规范归结。^{〔35〕}首先，雷磊文对因果功能存在误解，即因果分析关注的不是“是”，而是探寻事实背后的规律，即关注的是“为什么”的问题，不是“是什么”的问题。^{〔36〕}还有一个误解，即因果关系不同于因果规律：前者是具体的，后者是抽象的。红灯亮是原因，行人止步是结果，这是因果关系；但社科学法更加关注的问题是：为何红灯亮时行人止步？为了回答该问题，需要因果律介入。另外，因果律并非雷磊文认定的那样是必然的。事实上，大多数因果律尤其是社会科学，基本都是或然性的。例如，美国大多数城市新教徒的年自杀率普遍高于天主教徒的年自杀率。^{〔37〕}同时，因果律之所以不是必然的，也在于因果律可能出错。^{〔38〕}

另一方面，雷磊文认为因果分析关注的是原因，而不是理由。对此，社科学法学者可能会质疑：为何规范性来源的理论只能是关于理由而不是原因？雷磊文对此的回答是不可以，因为这最终会消解规范性本身。为表明理由理论的正确性，雷磊文援引法国社会学家雷蒙·布东(Raymond Boudon)举过的一个例子，该例子试图论证四种行动模式如何在生活实践层面导出应然性。这其中的第三种行动模式是：我不得偷盗[果]，因为我认为不应偷窃[因]。对此社会学的解释之所以被视为失败，是因为雷磊文持有的一个基本断言，即“应当”要成为规范，就必须获得某个更高规范的授权。如此一来，(我认为)的这种应当，也就是例子中的第三种行为模式，由于是“主观的应当”(观念事实)，而不是“客观的应当”(规范本身)，导致其解释的不成功。换言之，只有规范才具有规范性，否则规范性事物等同于(观念)事实的因果性这种做法将会彻底消解规范性本身。如果是这样，便会遭遇这一困境：“诉诸更高规范之授权”将不可避免

〔33〕 参见特纳，见前注〔27〕，第 15 页。

〔34〕 雷磊，见前注〔11〕，第 1412 页。

〔35〕 雷磊，见前注〔11〕，第 1409 页。

〔36〕 参见(美)艾·巴比：《社会研究方法》，邱泽奇译，清华大学出版社 2020 年版，第 83 页。

〔37〕 不仅社会科学，自然科学中统计规律也很常见。参见内格尔，见前注〔23〕，第 604 页。

〔38〕 参见(美)R. 卡尔纳普：《科学哲学导论》，张华夏、李平译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 199 页。

地遭遇“基础规范”的理论预设的致命弱点。

3. 反还原论与休谟问题

以法体系为界限,将法律现象分为内部和外部:内部是规范的世界;外部是经验的世界。这是法教义学的基本立场。但这会带来一些问题:内部和外部是何种关系?体系外部的经验事实能否以及如何进入体系内部?问这些问题,主要是因为法教义学者看来,法教义学倾向于从法体系内部寻找规范性基础,法教义学在处理规范性难题上采取的是“内在参与者”的态度。^[39]如前文所述,内部视角的进路已失败了;同时外部视角的路径也走不通。为何会出现这种“死局”?从“还原论”这一角度可对此进行解释。

还原论是科学哲学和分析哲学上的一种理论学说,指的是一组在经验上可确证的陈述推出另一组陈述,尤其是指不同层次或不同性质科学陈述间的一种推导。例如,我们可以把宏观状态有关温度的陈述还原到微观状态分子运动的理论陈述。“还原”强调的是陈述之间的逻辑关联。^[40]抛开复杂的学说争论不谈,^[41]回到我们的议题:如果认为规范可由事实经过某种机制转换而来,且能说清其中的逻辑关联,就是还原论;否则就是反还原论。这样来看,雷磊文似乎持反还原论,尽管没有明确使用“还原”这一术语。而在另一场合,雷磊明确提出了反还原论。^[42]

在这里,有两个(相关联)层面的问题值得讨论:一个问题产生于“误解”;一个问题产生于“盲区”。关于“误解”的问题是这样的:在法教义学者看来,事实及其关系之所以无法说明法的规范性来源,是因为如果将事实视同于规范,那么法的规范性本身将被彻底消解。^[43]与之相关的表述是,作为外在态度的经验视角,“缺乏对法律这种独特事物的独特属性的关注”。^[44]之所以说是“误解”,是因为还原论者其实不会否认法律具有规范性,同时也承认法律和事实在属性上有质的不同。即便如此,也不能直接得出结论说,法的规范性来源不可能是经验世界。这里的关键词是“来源”或“基础”。这就如同说,尽管有机生命的属性在质上不等同于无机世界,也不能因此而直接否定有机生命的来源或基础是无机世界。

之所以有“误解”,是基于知识的“盲区”,也就是不清楚由事实转换为规范的具体机制,即还原论所强调的“逻辑关联”。这就如同说,由于不清楚有机生命是如何从无机世界转换而来(生命如何起源),就直接认定有机生命不可能从无机世界而来。我们不能因为不清楚事件之间的转化或演化机制,就直接否定转化或演化的可能。只要承认无机世界先于有机生命,就可以肯定地说,有机生命必定源于无机世界,否则就会走向“无中生有”的不可知论。尽管笔者也承认,这其中的具体转化和演化机制仍有不少疑问和争议。与之类似,只要承认经验世界先于

[39] 参见孙海波,见前注[14],第214页。

[40] Nagel Ernest, *The Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation*, Cambridge: Hackett Publishing Company, 1979, p. 364.

[41] 董春雨:“从因果性看还原论与整体论之争”,《自然辩证法研究》2010年第10期,第24—29页。

[42] 参见雷磊:“法教义学的基本立场”,《中外法学》2015年第1期,第212页。

[43] 参见雷磊,见前注[11],第1411页。

[44] 雷磊,见前注[42],第213页。

法律现象,就可以说作为制度事实的法律一定是由经验现象而来。如果是这样,那么法的规范性来源或基础必定来自体系之外。

在笔者看来,对于法教义学者而言,无论是“误解”还是“盲区”,都可能与“休谟问题”有直接关联。而如果回到休谟问题的“源发地”,就会发现:休谟问题的智识遗产并非像多数人所认为的那样,是由休谟本人提出的。^[45] 休谟在讨论道德并非理性对象提出来的过程中断言道:

可是突然之间,我却大吃一惊地发现,我所遇到的不再是命题中通常的“是”与“不是”等连系词,而是没有一个命题不是由一个“应该”或一个“不应该”联系起来的。这个变化虽是不知不觉的,却是有极其重大的关系的。因为这个应该与不应该既然表示一种新的关系或肯定,所以就必须加以论述和说明;同时对于这种似乎完全不可思议的事情,即这个新关系如何由完全不同的另外一些关系推出来,也应该举出理由加以说明。^[46]

显然,休谟当时的处境如同法教义学者:“是”不同于“应当”,的确出现了一种新的关系。但与法教义学者不同的是,休谟没有直接肯定说,无法从“是”推出“应当”,而是说对此要论述、说明和举出理由。

(二)开放体系下的困境

如果僵硬地坚守法体系的封闭化、静态化,法教义学很容易被人们视为概念法学,并被贴上僵化、封闭、保守等标签。^[47] 自从黑克、耶林倡导的利益法学兴起之后,随着价值判断的介入,法体系被视为开放、灵活的体系了。^[48] 按照考夫曼的表述就是,“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”。^[49] 可见价值判断在法体系中的重要性。但价值判断是什么意思,法教义学者没有给出界定。^[50] 结合相关论述,可将其归结为一旦法体系内部无法处理问题时引入来自体系外的实质理由。问题是,价值判断如何使得法体系变得开放? 对此法教义学没有带来更多实质性的知识增量,且不可避免遭遇到一些困境。这体现在三方面。

1. 体系之外与价值判断

法教义学者承认为避免法体系的封闭性而要关注价值判断,但同时又说法教义学致力于将其“教义化”和“类型化”。^[51] 法教义学之所以关注价值判断,必定是由于法体系内出现难题,无法通过自我调整解决,不得不引入体系外实质价值判断来协助。但在将价值判断“教义化”和“类型化”之前,至少应有以下环节要完成:①以何种方式引入新的价值判断,按照何种标准引入? ②引入新的价值判断后,如何具体解决难题,以及如何协调新的价值判断与体系内既

[45] 参见孙伟平:“休谟问题及其意义”,《哲学研究》1997年第8期,第25—31页。

[46] 休谟,见前注[1],第509—510页。

[47] 张翔:“形式法治与法教义学”,《法学研究》2012年第6期,第7页。

[48] 参见雷磊,见前注[42],第202页。

[49] (德)阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第15页。

[50] 例外的是周光权教授。参见周光权:“价值判断与中国刑法学知识的转型”,《中国社会科学》2013年第4期,第121页。

[51] 参见雷磊,见前注[42],第203页。

定价值的关系? ③解决完难题后,如何将新的价值教义化和类型化? 只有完成这些操作后,才可以说“法教义学并不排斥对经验事实和价值判断的运用”;〔52〕否则,如同凌斌评论的那样,“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”。〔53〕

另外,法教义学者在引入新的价值判断的时候,通常会设置一些限制条件,目的在于避免新的价值判断的引入对原有实在法体系造成过大冲击。例如,孙海波为此设定两条程序性原则:融贯性和最小损害原则。〔54〕设置一些限定条件的想法没错。问题是,如何设置条件,以及条件如何适用? 以最小损害原则为例。该原则目的是将因新的价值判断的引入对法教义学的损害控制在最小幅度内。尽管孙海波从三方面来建构最小损害原则,但由于这三项标准都是程序性的,结果是无法让人们对处理结果是否是“最小”进行判断。这是因为逻辑上完全有这种可能:有两种或以上不同的操作过程,每一种从程序和形式上都符合上述三项标准,但却无从判断哪一种才是“真正”最小的。当然,在法教义学的“装备”或“智慧”中,还有不少其它替代方案。对此凌斌给出这样的结论性评价,“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”。〔55〕

2. 体系之内与价值判断

在法教义学者看来,发生价值判断,仅仅是因为在法体系内部出现某种难以克服的困难之际,从而向体系外进行“求助”。许德风认为,尽管价值判断可能发生在法律制定和应用的各个环节,但仍然必须将价值判断和法教义学相区分:前者有关规则的正当性;后者意味着以规则行事的正当性,随后以拉伦茨的观点对此展开说明,即从价值判断到判决结论要经过两个层次的推理:第一个层次推理的任务在于,通过立法或司法活动将价值判断转化为法律规范,并通过法教义学将这些法律规范体系化;第二个层次的推理旨在通过法教义学将这些法律规范具体适用到案件审理中。〔56〕

显然,可断定这一观点有两方面意蕴:①两个层次之间是泾渭分明的,各自具有相对独立性;②价值判断只发生在第一个层次的推理,第二个层次的推理不牵扯任何的价值判断。雷磊也持类似观点:一旦法教义已经形成,通常情况下就无需重启价值判断的过程,裁判者只需从法教义学的角度进行裁决即可。这是因为现行实在法就是目前在价值判断问题上人们所能达成的最低共识;而且,此时法教义学已经将价值判断凝聚和固化在法律规范之中了。〔57〕换言之,在法体系内部,当法教义学已经形成的时候,就意味着价值判断已经被蕴含在法律规范中,裁判者只需按照法律规范进行裁决即可,而无需借助价值判断的协助。

〔52〕 雷磊,见前注〔42〕,第203页。

〔53〕 凌斌:“什么是法教义学:一个法哲学追问”,《中外法学》2015年第1期,第233页。

〔54〕 参见孙海波:“‘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,第79—81页。

〔55〕 凌斌,见前注〔53〕,第234页。

〔56〕 参见许德风:“论法教义学与价值判断”,《中外法学》2008年底2期,第171、173页。

〔57〕 参见雷磊:“作为科学的法教义学?”,《比较法研究》2019年第6期,第92页。

然而,上述断言高估了体系化的能力。抛开实在在法律体系这种体系化程度离理想公理化体系(如几何学)有很大差距这一事实不说,单以几何学这种高度形式化的公理体系而言,也不能认为但凡体系内部出现任何问题,都必定能够在体系内部得以解决。即便是在一个无矛盾的推理系统中,也永远存在着不可证明的定理。这就是所谓“哥德尔不完备性第一定理”的含义。该定理带给我们的一个启示是:即便没有外部价值判断的介入,法体系内部仍然存在某些其无法通过法教义学自身能解决的问题。另外,更为致命的打击来自于“哥德尔不完备性第二定理”,也就是,如果一个形式系统是一致的,那么这个一致性也无法在该体系内部得以证明。换言之,如果一个形式系统是一致的,那么这个一致性的证明必定来自体系外部。^[58]如此一来,这就意味着法体系如果要保持其内部融贯性、一致性或不矛盾性,则必须借助外部世界的因素。

3. 法律解释与价值判断

在法教义学者看来,法律规范的解释及其体系化是法教义学的两大中心任务。^[59]鉴于体系化与价值判断有重要关系,这就带来一些问题:法律规范的解释与价值判断之间是否有关系;如果有,是何种关系?对此劳东燕主张,教义学本质涉及的是价值判断的规范化问题,具有将价值判断问题转化为法解释技术问题的功能。换言之,通过解释,价值判断将被转化为法律规范,从而融入到法体系之中。在劳东燕看来,“重要的不是得出特定的价值判断,而是要学会运用法律规则来解决价值分歧”。^[60]

劳东燕的主张存在与雷磊之论断同样的问题,这就是缺乏中间步骤,即如何通过具体操作将价值判断规范化?然而与雷磊不同的是,劳东燕拿出了具体的方案,即法律解释。但问题是,法律解释能胜任吗?劳东燕承认法律解释与文学作品的解释有某种共同点,即对同一文本的解释存在多种可能性。这样一来,如何在不同的可能解释结果中进行合理选择?更重要的是,劳东燕颠倒了价值判断与法律解释两者的关系:不是通过法律解释将价值判断融入教义之中;而是先有合理的判断,然后才是借助解释(以及其他各种手段)以大致符合法律的形式进行司法裁决。

另外,解释有多种方法。在一个具体案件中选择哪一种解释方法,这本身就是一个判断,是解释方法所无法解决的问题。^[61]例如,即便是“秘密窃取”这一通常看起来似乎不可能有分歧的术语,解释起来也需要价值判断的先行介入:是从主观还是客观要素或者两者兼顾来界定“秘密”的特征?当有不同意见时以何种标准来抉择?“窃取”对象的性质是否也属于考虑的因素?这都是陈兴良和张明楷在解释盗窃罪时不得不首先要面对的一些判断。之所以先有(价值)判断,就是因为所要解释的对象有解释的多种可能性且不确定。

[58] 参见罗西:“哥德尔定理及其方法论意义”,浙江大学硕士学位论文,2015年,第21—23页。

[59] 参见孙海波,见前注[14],第209页。

[60] 劳东燕:“刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的‘以刑制罪’现象”,《政法论坛》2012年第4期,第32页。

[61] 参见苏力:“解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问”,《中国社会科学》1997年第4期,第12—31页。

(三)困境怎样产生?

在雷磊看来,“(法教义学)具体方法和方法论预设背后的基本立场是,为何法学必须要假定现行法秩序的大体合理性,并在实在法秩序的框架内去对法律进行描述、分析并提出解决争议的办法”。〔62〕 尽管雷磊提出了这个法教义学的根本性问题,却没有对此进行充分论证。在笔者看来,关于这个问题的讨论很大程度可以回答这一小节标题中的问题,即困境怎样产生?对此可从两方面来论述。

1. 证立逻辑

证立,也就是证成、证明或者辩护;证立是与发现相对而言的。这一对范畴及其区分是从知识论转借而来,与知识的产生相关联。尽管有些知识的产生与人们的直觉、偏见或价值相关,但却无法被逻辑所证明。如果知识不能被证明,就难以将其称为科学。为避免这种困境,学者将知识的发现归为心理学领域,将证立视为逻辑学家关注的对象。后来人们意识到司法裁决中也有类似情形。在法律现实主义看来,司法裁判的过程并非逻辑分明,其中参杂不少非理性因素,从而导致法律的不确定性。为挽回法律的客观性,法律形式主义区分了法的发现和法的证立,并主张:非理性因素的确影响法官的裁判过程,但这是发现的过程,没有损害裁判的客观性,因为客观性存在于证立的过程。进一步而言,在法律形式主义看来,法的发现和法的证立可以相对分离,尽管其也承认司法裁判大多是先有结论,后有理由。关键在于:只要这个结论可以经过形式逻辑的严格证明即可,而当初这个结论是如何产生的就不再重要。〔63〕

换言之,法官的裁判如何作出并不重要。为了使得裁判的结果能够被当事人所接受,便有了所谓的“证立逻辑”。如果是这样,是不是可以说结论本身不重要(因为已经承认裁判如何做出不重要),只要能够对结论进行合理化就可以了?更进一步,是不是可以认为某些结论即便其本身是合理的,但如果不能从逻辑上给予证立,就应该抛弃之?证立逻辑的困境是明显的:因为总是存在这种可能性,即从其他大前提也可以经过逻辑推理得出同样的结论,那么如何在这些不同的大前提间进行选择?更进一步,如何在不同的竞争理论中进行裁定和评价?如何能证明在不同理论中所最终选择的理论是合适的?对此,波普尔将前者称之为“第一问题”,后者称之为“第二问题”,并将这两个问题称为知识论的核心问题。〔64〕 就此而言,人们往往将第一问题转换为第二问题,也就是试图通过对其所选择的理论进行证明从而对不同理论进行评价和裁定。但这在逻辑上行不通:我们无法给出任何肯定的证明或理由以支撑其选择的理论;〔65〕 因为只要证明者声称完成证明,就会遇到对“证明”的“再证明”这一问题,从而导致无穷倒退。

2. 形式化与非语境

为避免证立的无穷倒退,就必须有一个不容置疑的前提。在封闭体系下,这个大前提是

〔62〕 雷磊,见前注〔42〕,第200页。

〔63〕 参见焦宝乾:“法的发现与证立”,《法学研究》2005年第5期,第149—160页。

〔64〕 参见波普尔,见前注〔22〕,第11页。

〔65〕 参见波普尔,见前注〔22〕,第11页。

“基础规范”；而在开放体系下，“法秩序的大体合理性”的功能，就是充当法体系的公理，一个不证自明的大前提。^{〔66〕}在法教义学者看来，作为科学化方法的体系化是整个法教义学工作的核心，典型表述来自罗伯特·阿列克西：①对现行有效法律的描述；②对这种法律—概念体系的研究；③提出解决疑难的法律案件的建议。^{〔67〕}显然，这种作为方法的体系化思维就是形式化的公理方法，即在构造形式语言的基础上建立形式系统。^{〔68〕}在雷磊看来，法教义学体系的基石是构建一个公理体系，该体系有两个基本要求：构成体系之出发点的是那类不证自明的前提；形成体系的基本方法在于逻辑推演。^{〔69〕}

不幸的是，这种公理化的形式逻辑体系的构建无法经受哥德尔不完备性定理的打击。如前文所述，一方面，任何一个形式系统是不完全的。在法学领域，这意味着总是有一些案件的判决无法判定。如果是这样，法教义学者的一个断言遭到反驳：法律体系是连贯的，意味着法律体系不应为同一类案件提供两个或两个以上不兼容的解决办法。^{〔70〕}另一方面，形式系统不矛盾性的证明无法来自内部，而是外部。尽管雷磊意识到，法教义学并非公理体系，而是要借助外部因素，但却坚定地断言，“但无论如何，这种兼具一定的稳定性和开放包容性的体系依然是一种体系，体系化的努力对于教义学而言依然是不可放弃的要求”。^{〔71〕}可见，其终归还是回到了形式化的公理方法。

如果我们将“形式化”作为硬币的一面，那么该硬币的另一面就是“非语境”。所谓语境，指的是讨论问题时必须考虑该问题所处的具体时空、相关资源以及制度条件等。换言之，所讨论的问题应当是具体的而非抽象的，或者说，是具体地而非抽象地讨论问题。为什么要强调语境？一个主要考虑是，这样能够较容易确定一个问题的（不同）回答是否正确或者合理。比方说，水和钻石哪一个更有价值？对此没法回答：不同语境下的回答是不一样的；而一旦有了具体语境，就很容易给出正确回答。换言之，针对的问题如果没有具体语境，我们就无法对给出的回答是否合适进行检验。事实上，所有东西的价值都是可改变的，而改变取决于具体语境下的需求和目的。

三、出路：因果解释、价值判断及其方法论

（一）规范有效的因果解释

本部分将通过例证展示因果解释如何回答“法为何具有规范性”的问题。然后，将讨论转

〔66〕 参见(德)阿图尔·考夫曼：“法哲学、法律理论和法律教义学”，载阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学予法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第4页。

〔67〕 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328—355页。

〔68〕 参见唐方方：“哥德尔定理的意义”，清华大学硕士学位论文，2005年，第24页。

〔69〕 参见雷磊，见前注〔57〕，第96—99页。

〔70〕 参见雷磊：“法教义学与法治：法教义学的治理意义”，《法学研究》2018年第5期，第70页。

〔71〕 雷磊，见前注〔57〕，第102页。

到“休谟问题”:先论述价值与事实二分的崩溃;后考察如何从“是”到“应当”。

1. 规范为何有效:两个例证

为什么“不得盗窃”这个规范具有拘束力?这是雷磊文提出的一个例子。对于这一问题,人们其实想问的是:如此行为的原因是什么?对此已有大量法律经济分析文献给出令人信服的解释,尽管是从其反面,即为何有“财产权”这一角度展开论述:①促进生产式工作的激励;②对维护和保有正当占有财产有激励;③有助于财产转让;④一定程度可避免纠纷。^[72]立法者制定这一规范,是因为该规范将导致可欲结果的出现:有效分配和使用稀缺资源。另外,还可以这样论证,即从反面问:如果允许人们盗窃而不受任何法律规范拘束,将有什么情况发生?显然,这会导致某些不可欲结果的出现:人们不会努力生产工作,而是想方设法盗窃他人财产。如果多数人都这样,整个社会的财富将大幅减少,人们甚至会有限资源放到如何避免他人盗窃这方面,从而进一步导致资源浪费(非生产性地使用资源)。

雷磊文给出的另一个例子:为何甲开车闯红灯应被处以两百元罚款?这是因为有一条具体规范的存在,即“甲应被处以两百元的罚款”。为何这一具体规范有拘束力?雷磊的回答是:基于“开车闯红灯者应被处以二百元的罚款”这个一般规范。如果继续追问下去,很明显,这将遭遇“无限倒退”。因果解释的进路是这样的:假定人们的需要是获取安全有序的交通秩序,那么何种方式有助于该需要的满足?如果立法者制定一些规则可实现该目的,那么可以断定,这些规则将会被立法者所采纳、制定和实施。另外,雷磊称之为的“一般规范”能否满足人们这一需要,可以借助事实来验证,即通过观察和测度实施这些法规之系统性后果是否实现了该法规的预期目标,即人们对交通安全秩序的渴望和追求。^[73]

这里涉及到的“属性”“需要”“需要的满足”等术语,究竟是什么意思?其在规范有效的因果解释中起何种作用?这就是接下来的任务。

2. 价值是主观的还是客观的?

认为价值是主观的这种论断,可称为主观价值论,即认为价值仅仅是人们关于对象的某种态度、情感。例如,张三认为甲是一位好老师。主观价值论的弱点在于:一方面忽视对象的客观方面对主体的影响;另一方面,如果我们继续追问张三,为什么认为甲是一位好老师?张三的回答,要么仍坚持主观论的思路;要么就会走到客观价值论上去,即这是由于甲存在一些客观属性所导致的结果。^[74]但是,还有另一种可能性,即“关系说”的价值论:价值是一个表征“关系”的范畴,反映的是在人类实践活动中主体与客体的需求与被需求的关系。实际上,“关系说”的价值论是法理学界的正统观点,^[75]但由于学界没有对其展开进一步论述,特别是对“关系”及“需要”讨论的不够,导致人们很容易又回到主观价值论。

[72] 参见(美)罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,史晋川等译,上海人民出版社2010年版,第69页;(美)理查德·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2012年版,第43页。

[73] 参见李德顺:《价值论:一种主体性的研究》,中国人民大学出版社2020年版,第163页。

[74] 关于主观价值论和客观价值论不足的讨论,同上注,第157页。

[75] 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2018年版,第310页。

日常用语中,人们常把“需要”与“想要”混为一谈。例如,李四“想要”当一名科学家。“想要”是主体态度或情感的显示,是主观的。但“需要”和“需要的满足”是主观的吗?不是。在这里,“关系”体现为主体与客体的相互作用,即主体需要与客体属性彼此一致的状况、状态。由于状况、状态是客观的,可以说“关系”是客观的、进而“需要的满足”也是客观的。例如,“吃饭能缓解、消除人们的饥饿感”这种主体与客体相互作用的关系是客观的,不依赖于人们的意识。^[76]尽管关系是客观的,但这种关系却是以“主体为尺度”,^[77]也就是主体起决定性作用。例如,钻石有价值。一方面,这是基于钻石的固有属性,更重要是另一方面,即人们基于特定需求对钻石属性“赋予”价值。拿马克思的话来说,就是“使用价值表示物和人之间的自然关系,实际上是表示物为人而存在”。^[78]

但是,不同主体对同一客体的“赋值”可能不同。如张三和李四对同一钻石的估价不同,这要如何解释?表面看,这一“赋值”因人而异,似乎是主观的;但其实不是。对此仍然要回到唯物史观:不把主体视为抽象的主观存在,而将其看成社会的历史的存在。主体不等同于主观;主体具有客观性,其存在、能力、需要都是客观规定性的体现。人的需要,即便是心理的或精神的,但从根本上说,是与人的社会存在相联系而不完全依赖于人的主观意识。^[79]例如,来自偏远农村的孩子和来自繁华都市的孩子对未来职业的“向往”极有可能不同,这要如何解释?显然,出生阶层是一个重要因素。^[80]

小结一下。价值是客观的:①价值是主体与客体相互作用的反映,这一“关系”是客观的;②客观的价值关系是主体性的,价值是人们“赋值”活动的结果;③主体存在客观性。这其中,特别要指出的是,主体性不等同于主观性。概言之,价值是一种客观的主体性事实。^[81]

如果是这样,事实与价值/规范的二元论就动摇了,并且也将会彻底的崩溃:如果我们能够完成从“是”到“应当”这最后一步的话。

3.如何从“是”到“应当”?

对此,实用主义哲学,特别是杜威的以寻求因果律为核心的探究逻辑给了我们一些实在的启发。在杜威看来,“规范”的形成过程,无非是人们在实践活动中遇到问题(出现某种特定需要),对此设计(或猜测)不同解决方案并对其比较,从中找到相对较为合理可行且被证明具有成功效果的方案,然后将其以规则或规范的形式明确化、类型化,用于指导以后同类问题的应对。例如,当农业专家告诉农民应这样而不那样做时,并不是为农民设立一种理想,而是在指导农民采用那些经试用并被证明有效的方法。注意的是,这不是说这些合理可行的方案是完美的,或者因其符合某个绝对形式,从而成为“需要规范的”;而是说,它们仅仅是到目前为止

[76] 李德顺:“‘满足需要’有何错——答王玉樑”,《马克思主义研究》2013年第9期,第139页。

[77] 参见李德顺,见前注[73],第50页。

[78] 《马克思恩格斯全集》第19卷,人民出版社1963年版,第406页。

[79] 参见李德顺,见前注[73],第73页。

[80] 田磊:“再见美国梦,警惕美国病——读帕特南《我们的孩子》”,《中央社会主义学院学报》2018年第3期,第83—88页。

[81] 参见李德顺,见前注[73],第50页。

的经验表明可以获得且达到特定结果的最好方法。正是在这个意义上,对这些方案或方法的抽象,可以认为是对未来事业提供了一种相对而言的规范或标准。^[82]

当然,从人们在实践中总结出的一些应对问题的成功做法到真正的法律规范,是需要一个过程的。对此,马克思说过,“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的产品生产、分配和交换用一个共同规则约束起来,借以使个人服从生产和交换的共同条件。这个规则首先表现为习惯,不久变成了法律”。^[83] 另外,“如果一种生产方式持续一个时期,那么,它就会作为习惯和传统固定下来,最后被作为明文规定的法律加以神圣化”。^[84] 在这里,所谓“共同规则”,大致可被理解为人们应对实践问题而总结的成功做法;所谓“持续一个时期”,是这一成功做法经过事实检验并经受住了时间考验。

可以说,这就是对前文提及的“转换问题”,即规范如何由事实转换而来的一个正面回应。从逻辑上看,的确无法从“是”推出“应当”。对此要换一种问法,即如果“应当”存在,那么这个“应当”从何而来?而这其中的重要“缺环”是“问题”。如果我们认为一个具体问题的出现以及对问题的解决是事实,那么由事实到规范的“鸿沟”就可以直接跨越了,其跨越的具体路径是:对问题的(不同)解决方案进行猜测、试错和比较,直到找到暂时可算作是最好的解决方案,而该方案的抽象就是“规范”或“应当”的形成。马克思说过:“社会生活在本质上是实践的。凡是把理论导致神秘主义方面去的神秘东西,都能在人的实践中以及对这个实践的理解中得到合理的解决。”^[85] 马克思的这句名言,对“休谟问题”的解决是一个提醒!

(二)价值判断:澄清与操作

前文表明,“应当”或“规范”是对寻求到成功解决问题方案的一个总结、归纳或提炼的结果。在解决问题的过程中,“判断”或“价值判断”起决定作用。在既有研究中,学者对“价值判断”的界定和使用是混乱和错误的,有必要对此给予进一步考察。

1. 不确定情形下的决策

人们认为,价值判断是指某一特定客体对于主体有无价值、有什么价值、有多大价值的判断。^[86] 这没错。但问题是,“判断”要如何界定?我们每天应该吃一些新鲜蔬菜。这是一个价值判断,却没有“判断”的发生。“判断”发生在需要人们在特定语境中进行决策且该决策发生在不确定情形下。可以说“判断”是决策者在不同的可选方案中进行权衡、比较和选择的思维活动。例如,一个人生病了且吃一些新鲜蔬菜有不良反应。那么对该病人来说,一系列判断得以产生:该不该吃一些新鲜蔬菜?少吃一些行不行?如果可以,少吃多少?是否有其他补救或替代手段?诸如此类。

在杜威看来,不少表面看是“价值判断”的东西,其实不是,而是穿着判断的外衣,没有实质

[82] 参见(美)约翰·杜威:《逻辑:探究的理论》,邵强进等译,华东师范大学出版社2015年版,第77页。

[83] 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1995年版,第211页。

[84] 《马克思恩格斯全集》第25卷,人民出版社1974年版,第894页。

[85] 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社2012年版,第135页。

[86] 参见(德)魏德士:《法理学》,丁晓春等译,法律出版社2003年版,第54页。

性判断。之所以如此,主要是因为人们把两件事搞混淆了:直接价值和价值的判断。所谓“直接价值”,是人们对一些明显确定的价值的认知、直接享受或使用。例如,张三通过工作挣到一笔钱,这当然值得称赞;但没有关于价值的判断,因为没有问题。如果张三拿到这笔钱后,不知该如何使用,才有价值判断产生的可能。区分这两者的关键是要问:价值存在与价值判断,谁先谁后?对此人们往往认为先有价值、后有对价值的判断。但实际情形却是,先有判断、后有价值。这是因为,一个价值是不是真正的价值,只有经过判断才能予以确认;即便过去是价值,现在或将来未必是。价值判断,是预期性的而不是回顾性的;是对不确定情形下将要做什么的一个预判,而不是对是否符合过去某个既定“价值判断”的一个陈述。^{〔87〕}

2. 如何评估价值判断?

如果我们将所构建的目的(价值判断)视为一种可期待后果,那么可通过两种方式来进行合理评估。

一种是通过考察所预期结果若要实现需具备何种具体条件,也就是在目标已经确定的情形下,通过考察实现该目标的手段是否适宜来对其加以判断。假设有一位高三学生,就读于一所水平一般的高中,平时成绩平平,但该生如果将北京大学定位为自己的高考目标,该如何对其评估?首先考察一下这位学生各项能力,然后综合起来看,其能否在高考前这段时间借助各种可行方式,使其达到以往北大平均录取分数。如果经过客观评估,确定这些条件不足以使其实现预想目标,说明其目标不适合。对此杜威断言道,对目标的评估就在对作为手段的权衡的同一个评价之中。除非能够控制那些可促使预期结果实现的具体条件,否则根本就无法控制可期待的结果的实现。概言之,所期待结果如果是合理的,那一定是根据起作用的各种现实条件而构建的。^{〔88〕}

另一种方式是,考察一下所期待的结果如果实现,可能会引发什么样的后果,特别是那些事前没有关注的后果,包括短期的和长期的,部分的和整体的,概言之,系统性的后果。通常的情形是,决策者在进行决策时将大多注意力都放到了所要实现的目标以及相关手段方面,而可能会忽略这一目标实现后可能有其他的系列连锁反应,这其中,可能有负面效应的产生,甚至可能超过其通过目标实现而获取的正面收益。与之相关的是,由于人们的行动、决策是持续性的,一个目标实现后,会有新目标的产生。已经实现的目标,相对于下一步目标而言,就是一种手段;同时也是对先前评估的检验,并可将其当作实现新目标的条件来看待,从而必须把它当成可能的阻碍来评估。^{〔89〕}

正是在这个意义上,杜威说到,我们关于价值所有可说的话,都是关于价值的发生条件和它们所产生的后果。^{〔90〕}

〔87〕 参见(美)杜威:《评价理论》,冯平、余泽娜等译,译文出版社2007年版,译者序,第9、14、19页。

〔88〕 同上注,第29—34页。

〔89〕 参见杜威,见前注〔87〕,第50页。

〔90〕 参见杜威,见前注〔87〕,译者序,第15页。

(三)经验作为方法

在法教义学者看来,社科法学在方法论上不成熟。^[91]这也许是因为社科法学者关注重点并非方法而是问题,且只有针对问题才能讨论方法。^[92]尽管如此,这不意味社科法学没有自己的方法论。在这里,笔者对其简要论述之:既是概括(针对社科法学),也是对比(针对法教义学)。

1. 检验逻辑

知识的一个重要目标在于探寻外部世界的真实面目。但从逻辑上来说,针对同一研究对象可以构造不同理论学说且各自逻辑自洽。如此一来,就出现一个问题:如何在这些不同的竞争理论之间选择一个相对更好的?在波普尔看来,这就是根据理论能否经历并且经受住了对它的检验。就此而言,“经验”就成了分辨各种理论的辨别方法,^[93]因为只有经验也就是可观察事实才可能对理论进行检验。检验方式就是所谓“猜测—反驳”,即面对特定问题,先是构造出一个解决方案(理论及其推断),然后通过经验事实对其验证。如果猜测的方案没有被反驳,就意味其暂时得以确认,直到有新的证据将其反驳。要指出的是,这一“猜测—反驳”的研究路径不存在逻辑上的无限倒退,这就是所谓的“证实与证伪之间的不对称性”。^[94]

例如,价值关系,作为客体属性与主体需要相一致的状态,是一种客观事实。但人们对价值关系的认识却有主观成分且可能出错,那么人们将如何解决这一问题?可行的方法是,先根据已有知识背景构造出其认为是合理可行的价值关系模式,然后观察或推断这一价值关系运作的实际后果,看这一后果是否与人们的可期待结果吻合。如果不吻合,重复上述“构造—验证”过程,经由多次试错,直到出现暂时令人们满意的结果。恩格斯的一段话可帮助我们理解其中的逻辑。他说道,“可是,如果我们达到了我们的目的,发现事物符合我们关于该事物的观念,并产生我们所预期的效果,这就肯定地证明,到此时为止,我们对事物及其特性的知觉符合存在于我们之外的现实”。^[95]

2. 理论和语境

在法教义学者看来,社科法学关注的问题大多有一定的地方性,坚持具体问题具体分析;且分析上具有语境的依赖论。其结果是,社科法学“理论”不具有普遍性,呈现出一种“理论的反理论”倾向。^[96]然而,这一论断是错误的。

在社科法学看来,研究起点并不是对现象的观察和描述,而是始于一个具体问题,^[97]然后针对问题进行尝试性猜测,也就是构建一个理论来回答问题。从问题到理论,这一过程没有

[91] 参见孙海波,见前注[14],第229页。

[92] 参见苏力:“好的研究与实证研究”,《法商研究》2013年第4期,第17页。

[93] 参见(英)波普尔:《科学发现的逻辑》,查如强等译,中国美术学院出版社2008年版,第16页。

[94] 同上注,第176页。

[95] 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社2012年版,第758页。

[96] 参见孙海波,见前注[14],第228页。

[97] 关于具体问题的细致讨论,参见吴义龙:“社科法学的方法论特征”,《法律方法》2015年第18卷,第38页。

固定的逻辑通道;很多时候,依赖的是直觉、灵感或其它非理性因素。对此爱因斯坦说到,“从这些定律出发,用单纯的演绎就能获得世界的图景。要通向这些定律却没有逻辑推理的途径,只有通过基于对经验对象的倾心之爱的直觉,才能达到这些定律”。〔98〕值得注意的是,一个理论被构建出来的时候,(立即)就具有普遍性,〔99〕只不过理论的普遍性水平有高低之分。〔100〕

此外,对现象的解释,只有理论本身是不够的,还要有具体的约束条件。例如,苏格拉底为何会死?为了解释这一点,需要一个普遍性理论,即所有人都会死;但同时还要有具体条件,也就是苏格拉底是一个人。只有两者相互结合,才能共同(缺一不可)解释这一现象。〔101〕而法教义学者所针对的“语境论”,仅仅是这里的约束条件而已,其忽略了还有经验性的因果律。

四、合作:体系化功能的新视角

在法教义学者看来,“体系化”既是其价值追求的目标,也是其讨论问题的起点。但问题是,“体系化”发挥其功能的适用条件是什么?在笔者看来,“体系化”的形成及其发展的一个重要前提是面对的语境是(相对)确定性的。与之相对,社科法学的相对优势在于能较好应对不确定性情形下的各种问题。如果是这样,法教义学和社科法学就有了合作的可能。

(一)合作的前提条件

社科法学并不一般地反对法教义学的这一基本论断,即教义就是发展出一般性权威命题或原理,〔102〕而是问:如果一般性权威命题能发挥其所预设的作用,是在何种条件下?因为总是存在这种可能:在某些特定条件之下,一般性权威命题将失效。很显然,一般性权威命题要想发挥其应有作用,至少要满足这一条件,即其所面对的语境是不变的,是能够援引该权威命题来有效解决问题的。换言之,一般性权威命题发挥作用的前提是其适用的语境不变。这就是为何法教义学者始终强调法秩序的大体合理、法的安定性以及可预测性至关重要的根源所在。

一旦权威命题适用的条件变化了,社科法学的作用便体现出来:引入判断(不确定情形下的决策),以及根据因果律推断出一些可观察命题,从而与实际状况比较来确证(而不是证实)或证伪该因果律。这一过程没有逻辑倒退(证实与证伪的不对称性),同时可反复进行(猜测—反驳),直到暂时找到在新语境下解决问题的成功办法,并最终成为新的一般性权威命题。如果是这样,法教义学和社科法学就有了合作的可能:语境不变时应用法教义学;语境变化时应用社科法学。要特别强调的是,顺序不能颠倒:社科法学在前;法教义学在后。〔103〕

〔98〕 波普尔,同前注〔93〕,第8页。

〔99〕 参见内格尔,见前注〔23〕,第65页。

〔100〕 参见波普尔,见前注〔93〕,第116页。

〔101〕 参见亨普尔,见前注〔24〕,第15页。

〔102〕 参见雷磊,见前注〔70〕,第62页。

〔103〕 参见熊秉元:“论社科法学与教义法学之争”,《华东政法大学学报》2014年第6期,第143页。

(二)合作现状及其图景

当代中国法学和法律面临的重大语境就是“中国”。“中国”具有的特性在两个方面制约着知识或法律的体系化程度及其进程。一方面,当代中国处于经济社会高速发展和全面转型的时代,几乎所有领域变化都很快、很大,面临的不确定性程度比较高。从而以构建一般性权威命题为核心的教义体系的条件经常处于不完备的境地,因为总是有可能出现某种新的情况导致原有权权威命题不再能发挥其作用。另一方面,中国是一个政治、经济、文化发展极不平衡的大国,各个区域的情况不完全相同甚至差异很大。如此一来,这对法律体系化构建和发展来说非常不利,因为形式化的一个显著方面就是要忽略或假设外部实质方面的相同,尽可能找到实质内容的共同点,所谓的“提取公因式”。^[104]

如果是这样,就意味着在当下语境中,相比较构建和发展教义体系而言,找到各种应对层出不穷的问题的成功解决方案也许更为紧迫一些,这正是社科法学的“用武之地”。只有社科法学“先行一步”,借助其自身方法论上的相对优势寻求到解决新问题的成功方法,将其转化为“规范”之后,在这个基础上,体系化的工作才能顺利得以开展。当然,这也不是说教义(体系化)的工作只能建立在社科法学的基础之上,完全可以同时参考、借鉴和汲取其他国家尤其是德日的教义学,只不过应时刻考虑到中国语境。

在当下中国语境下,就法体系化的建构和发展而言,基础性的工作也许要社科法学的积极介入才可能继续往前推进。面对未来,可以预测,随着中国经济社会发展速度的持续降低,中国将进入到一个相对变化不大也不那么快的时代,同时各个地域的差异性也会在一定程度上的缩小。到那时,所谓“大体合理的法秩序”这一理论预设才是令人信服的。社科法学的功用会持续下降,但不会消失,只是在边际上继续发挥其功能。与之相对,法教义学体系化的各项功能也才真正发挥出其最大功效。

五、结 语

法为何具有规范性?这是法教义学者抛给社科法学的难题。但令法教义学者没有想到的是,法教义学自身无法以一种令人信服的方式回答这一问题:无论是在较“强”意义上的版本,即将法体系视为一个绝对封闭的体系;还是在较“弱”意义上的版本,即将法体系视为一个开放体系,都是如此。前一版本失败的原因在于无限倒退。后一版本失败的原因在于两方面:①即便引入外部理由,但仍要在体系内论证,从而回到原初境地;②不清楚外部理由如何进入体系。困境产生的根源是:①证立的逻辑。但只要证明者声称完成了证明,就会遇到对“证明”的“再证明”这一问题;②形式化也就是非语境化的局限。对此,“哥德尔不完备性第二定理”表明:形式系统的融贯性或矛盾性的证明无法来自内部,而是外部。

借助马克思的唯物史观,以及实用主义哲学特别是杜威的探究逻辑,本文成功跨越了从“是”到“应当”之间的鸿沟。一方面,唯物史观告诉我们,价值是客观的。尽管价值由主体尺度

[104] 苏永钦:“大民法典的理念与蓝图”,《中外法学》2021年第1期,第57—86页。

决定,且因人而异,但主体自身却存在着客观性;另一方面,实用主义告诉我们,规范是人们为应对问题而寻求成功解决方案的结果。在解决问题的过程中,“判断”或者“价值判断”起决定性作用。对其评估可从两方面进行:①借助预期目标实现要具备的条件;②通过考察预期目标实现后的后果。这两方面都借助“如果……那么……”假言命题的形式进行推断,而这隐含的是“猜测—反驳”的演绎假设的检验逻辑,即面对问题,先构建出一个解决方案(理论及其推断),然后通过经验事实对其验证。如果构建方案没有被证伪,就意味着其暂时得以确认直到有新证据将其反驳为止。

但这不意味法教义学“一无是处”、社科法学“无可挑剔”。两者各有其适用条件并在此基础上有合作可能。对于社科法学而言,其方法论上的相对优势是,在语境发生变动的情形下能较容易寻求到解决问题的成功方案,结果是规范的形成。对于法教义学来说,其方法论上的相对优势是,在语境不发生变动的稳定情形下,借助体系化的各项功能而较容易寻求到合适的规范从而将其适用到具体案件。如果是这样,考虑到当下中国:①发展变化较快且大;②各地差异不小,结果是,更多需要社科法学发挥其作用,进行基础性的工作。面对未来,可以推测,随着发展步伐相对放缓,各地差异不同程度减少,到那时社科法学将会“退到幕后”,不会消失,而是在边际上发挥作用;同时法教义学则会“走向前台”,更大程度发挥其体系化的功能。

Abstract: In legal research, the “Problem of Induction” raised by Davide Hume, which means it is impossible to deduce “ought to be” from “is”, is embodied in the the question whether and how empirical research can deal with the normativity of law. From either the closed system or open system perspective, legal dogmatics is facing several dilemmas, rooted in the logic of proving and the limitations of formalization and non-contextualism behind it. Law and social sciences answers this question from the perspective of causal explanation and responds to the Problem of Induction. In the process of problem-solving, “value judgment” is crucial, which is widely misunderstood in academic community. The capacity of law and social sciences based on the verification logic of deductive hypothesis of the “hypothesis and refutation” methodology. Enlightenment of law and social sciences methodology enables new perspective of cooperation between legal dogmatics and social sciences. Law and social sciences has the comparative advantage of handling various problems under uncertain circumstances and forming normative rules; legal dogmatics has the comparative advantage of coordinating normative rules and systematizing them, and thus to resolve specific cases under contexts with certainty.

Key Words: Law and Social Sciences; Normativity of Law; Law of Causality; Value Judgment; Logic of Testing

(责任编辑:章永乐)