

超越社科法学与法教义学的纷争

——特集导读

李学尧 成凡*

一、本期专集的内容简介

本期“法律与认知科学”专集一共收录了四篇论文。此处,先对其内容作一简要介绍。

成凡的《法律认知和法律原则:情感、效率和公平》一文写作于2014年之前。该文只在法律和认知科学的一个学术会议上宣读过——但它却是2014年之后国内诸多法律和认知科学研究成果的基础。在葛岩老师组稿的《法律与社会科学》2017年第2期“法律和认知科学”特集中,成凡所著的《权利来自于哪里:法律与认知的视角》一文是该文的姊妹篇。在这两篇文章中,成凡努力运用脑科学的理论去重新建构法律理论。他立论的一个基本出发点是:基于他修正过的三脑理论(情感脑、公平脑和效率脑),推导出法律的情感原则、效率原则和公平原则(在《权利来自于哪里》一文中,他则通过三脑理论推导出人权规则、产权规则、效率规则)三个法律认知原则(似乎与自然法学、分析法学和法经济学进路的元理论有着某种关联)。继而,运用演化博弈理论,他系统全面地阐述了公平原则在法律认知原则系统内的主导地位。从某种意义上,也可以如此理解:从表面上看,成凡试图运用认知科学的理论来重构法学理论,而事实上,他只是在运用“更加科学”的方法和理论,夯实、优化了传统法学理论。

与成凡的“建设性视角”不同,桑本谦运用同样的理论工具,来系统性解构传统的刑法教义学。在《从要件识别到变量评估:刑事司法如何破解“定性难题”》这篇理论想象力和建构力令人惊叹的文章中,作者秉承其一贯的“替代法教义学”的理论追求,运用行为法经济学的相关外部智识资源,特别是进化心理学、进化伦理学等研究方法,如演化博弈、道德直觉等,在试图有效“解码”刑罚的法律实践前提下,体系化地阐述了运用“变量评估”替代“要件评估”的认知基础及其优势。它与传统刑法教义学的根本区别在于:试图更努力和有效地揭示出刑法实践的底层逻辑、用变量评估法更有效地解决刑法“定性难”的疑难案件。然而,在本文作者看来,如果以体系化、定分止争的功能定位等教义学特征进行衡量,桑本谦所做的研究仍旧是一种“刑法教义学”。

* 李学尧,上海交通大学凯原法学院教授、法学博士;成凡,华中科技大学法学院教授、法学博士。

关于要不要保留死刑,是一个很复杂的社会心理学问题。郭春镇与黄思晗《死刑观的认知基础》一文在传统伦理学的理论框架内,将民众的死刑观概括为“死刑有威慑力”的功利理性和“死刑适用是否公平”的道义理性。该文的主要创新点在于:一是,他们基于社会心理学的理论视角,不带任何价值预设地对公众法律意识进行分析。它区别于主流刑法学以及相关法社会学的已有研究。后者在研讨死刑要不要保留的问题时,总是基于某种确定的规范性视角,或者是在做纯粹的学术综述(关注的是学者和司法者的死刑观)。二是,他们对公众这两种死刑观背后的认知基础展开系统的阐述。这与成凡的研究一样,实质上都基于这样的理论前提:不同的权利观念或者死刑观,事实上可以共存于同一个社会主体身上,他们呈现或者表达不同的权利观念或者死刑观,常常只是因身处不同的社会场景(启动了不同的道德决策系统)而有所调整。

范良聪和许彬《集体行动中赏罚效果的差异性研究:来自公共品实验的证据》一文,主要是基于“社会合作何以可能”,这一社会理论最为核心的问题。人类社会中集体行动的困境无所不在,如何摆脱这种困境引发了社会科学各分支学科的“集体行动”,法学亦不例外。从根本上而言,几乎所有的法律规则都旨在通过引入某种规则,激励或者约束逐利主体的行为,使之朝着有利于社会利益的方向行动。然而,其悖论在于:作为一种激励或约束机制,规则本身也具有公共品的属性。把握规则所具有的这种二阶公共品属性对于理解规则的供给,进而把握法律制度中规则设计无疑十分重要。该文就旨在沿着这一进路,以行为的视角研究奖励和惩罚规则的私人供给。其对于法学研究的意义,不仅在于提供了一种方法上的进路,而且其提供了对于法律制度本身的行为基础的重新认识,从而为构建和优化法律中的相关制度提供了参考。

按照某些学者的“刻板印象”,法律和认知科学的研究“似乎都应该采用脑部扫描的方法,主要是一种读心术”。而本集的论文显然远远超越了他们的这种预期,本集的议题从法律制度何以可能(成凡文)、社会合作何以可能(范良聪等人文),再到定量刑罚何以可能(桑本谦文)和为什么形成这样的死刑观(郭春镇等人文),都不是那种炫技式的研究成果。按照传统的学科划分,这四篇论文之间关系看上去也没有内在联系,分属于三个不同的二级学科:法学理论(成凡文)、刑法学(桑本谦文、郭春镇等人文)、经济法学(范良聪等人文)。按照研究方法划分,这四篇论文则也可以被分析法学(成凡文)、法社会学(郭春镇等人文)、法经济学(桑本谦文)和制度经济学(范良聪等人文)等研究群体所“认领”。

由于篇幅及编辑时间所限,本集还有三篇尚未刊登的长篇文章,研究的对象及其研究方法更为“发散”:《行为实验视野下的法律技术》(李学尧、刘庄文,采用行为实验的方法,研究议题是司法决策理论)、《创业企业中创业激励股权的行为实验研究》(吴旭阳文,采用行为实验的方法,研究领域是公司治理与创新)、《执果寻因与后验概率:法律人偏爱的贝叶斯公式记法》(杨安文,采用数学建模和计算的方法,研究领域是人工智能理论应用于法学实践)。有鉴于此,有必要在此说明一个问题:为什么将这些看起来风马牛不相及的论文放在一起,并用“法律和认知科学”的主题作为统率?对此问题的解释,实际上也让我们有机会在另外一个层面上进一步阐明“从一种法教义学到另外一种法教义学”(或是,更加科学的“法教义学”)、“统合视角下的法律和认知科学”的理论视角。

二、从一种法教义学到另外一种法教义学

20世纪晚期,随着认知(神经)科学研究的推进,法律和认知科学逐渐成为全球法学研究的一个新兴领域。它主要结合脑科学和认知神经科学,对法律和法律知识进行研究,所关注的是“人类感知、判断、决策与行动的内在机制与物质过程”。相关的智识研讨涵盖经济学、组织行为学、社会

学、人类学、人工智能和信息科学等学科，是法学和社会科学、自然科学的一次史无前例的知识综合，运用的方法远远超越此前法学与社会学、人类学、经济学等社会科学交叉所运用的方法，包括但不限于社会调查、行为实验、大脑扫描、统计和建模、博弈论、拓扑和图论、计算机模拟等。与传统的法学相比，研究内容也更加广泛，其尝试回答或者清晰化主流法学理论通过概念拟制、模糊化等技术来进行回避的一些问题。

毋庸讳言，法律和认知科学的研究容易引起人误解，甚至反感。有些受某种不可言状的学术政治心理所累的人们，还用“‘神经’的法学”“不正经的法学”类似双关语进行讽刺。在我们看来，即使是法律与认知科学的学者，对此概念也存在诸多误解。比如，传统法心理学的研究者，就很容易会将法律和认知科学定义为一种“神经技术应用于刑事诉讼领域”，甚至只是应用于“刑事证据与刑事侦查领域”的研究路径。在这个思路下，它仅仅是被用来优化人们对刑事责任的理解，以及重新设计刑事诉讼程序。在这个学术群体里，扩张性的学者最多也就是在前述思路的延长线下，将研究视角放在“民事责任”“精神损害赔偿”以及“程序正义”等议题上。

显而易见，在法学通说看来，这种跨学科性质的研究是不重要的。因为，法学本质上是一门“解释学”，其“高尖端”的研究水准体现在于巧妙处理实体法领域的“疑难案件”。20世纪下半叶声势浩大的法律与社会运动，包括令人不明觉厉的法和社会理论、具有一定技术门槛的实证研究等，对于主流的法学研究或者法律实务来说，也都只是辅助性的，抑或是外部视角的。对于具有强烈人文学科色彩的传统法学而言，尽管哲学、政治学、历史学、语言学等是它的重要智识来源，但也都是可以被随意忽略的外部知识。比如，法律学者在谈论法律与道德的理论时，很少会引用伦理学家的论著。而在民法学、刑法学等“法教义学”的核心领域，更多的论著会直接完全地排斥外部知识，甚至法学意义上的跨学科知识。

20世纪70年代之后，在英语世界，法经济学在一定程度上对主流法学形成了真正的生存挑战。这种外部知识的介入之所以会形成实质性的学术压力，主要源于法经济学和其他跨学科研究不同，它的研究触角直接伸入到了所有实体法领域，在疑难案件的处理中，直接与传统法解释学进行短兵相接式的智识竞争；同时，也可能是因为成本收益方法的简约性以及其更容易吸引住法学界最优秀的研究人员。毋庸讳言，它在很多疑难案件中，特别是在传统法教义学刻意回避的一些涉情感、数字计算、多元价值观争议的疑难案件中，显得更加逻辑自洽、体系统一，更具有可预测性。

用正义理论研讨中经典的道德困境，如电车场景和月台场景，或许可以将法经济学的智识扩张限定在特定的范围内。在这里，我们发现，人类有一种场景化的无意识伦理观，它会导致我们以自反的方式做出一些悖论式（包括悲剧性或者美德伦理式）的选择。在电车场景下，当我们只需按下一个开关，就可以通过杀死一个人来拯救五个人，大部分人很容易就会同意这是一种正确的做法；但在月台场景下，若我们需要用手去推一个无辜的人，用他的生命来换取轨道上五个人的生命时，大部分人都不再确信我们这样做是正确的。在这两种场景下，行事者实质上并没有明显的道德水平差异。这种背反的例子，实质上说明了，为什么习惯于从“个人体验化的道德本能”出发来展开“规范论”意义推演的传统法教义学，始终具有法经济学学者们所无法理解的理论魅力。比如，在逻辑推演上显得杂乱无章、难以逻辑自洽地说明其规范性要求的比例原则，可能就是符合了人类的某种场景化的生物本能，而变得很具有可操作性。

在这个背景下，一种同样基于认知科学最新发展，经认知心理学改造应用、在法经济学内部脱胎而出的行为法经济学在2000年前后也应运而生。这一学术群体的特点是，它主要针对的研究主题都是实体法问题。一方面，它和法经济学一样，触及所有的实体法运转问题；另一方面，它比

法经济学具有更符合现实的理论解释力和预测力。在这种理论视角下,原来具有鲜明后果主义导向而规范性视角严重不足的法与社会科学研究方法,在一定程度上消解了事实与规范两元对立;其在认知科学的助推下,学术生命力大大增强。

认知心理学以及神经学等研究揭示认知偏差的存在,意味着一种温和的家长式管理的合理性。法律和认知科学的交叉研究,特别是行为法经济学,在很大程度上对政府规制理论进行了升级式创新。在弱家长主义的思路下,政府有责任去引导其公民实现自身利益的最大化,但是政府必须审慎选取引导的方式与程度,否则政府很容易侵犯公民的自治权利。所以政府在引导公民追求自身利益最大化的过程中,可以充分利用人类的行为规律,使引导措施的强制程度最低、可接受性最强。如桑斯坦教授所称的“助推”,既实现父爱式干预的目的,又不至于侵犯当事人的自治权利。

三、统合在“人性”与“行为”之下的法律和认知科学

行文至此,我们实质上已经将法律和认知科学的概念定义在了“一种包括了但不限于被认知心理学改造过的法心理学、法经济学、法解释学的学科群”。总而言之,按照我们的理解,法律和认知科学的研究,最重要的是要回到人类行为以及人性的多元性、丰富性,尤其是回到人的情感面上,考察行为、制度、环境之间的交互作用;运用认知神经科学、脑科学、基因科学等最新的科学理论和方法,将情景依赖的决策和道德判断原理有效地纳入考量,在此基础上思考法律规则的正当性、合法性、合理性,最终在兼顾秩序的安定性和价值的多元性的前提下,找到一致原理与多元冲突之间的权衡之路,真正实现定分止争。在这种思路下,很多法律问题所面临的创新发展与权利保障的两元对立困境,会得到很大幅度的缓解。

由于本文的两位作者都身在所谓的“法学理论”学科,所以,也想再在此多费些口舌,阐明法律认知科学与传统法理学的关系。法学理论尽管作为职业性(professional)的世俗知识,但其规范深处是对人性自身的终极关怀。乌尔比安曾将法学定义为“关乎人事与神事,关于正义与非正义的学问”。这清晰地揭示出法学理论若无关于人性自身,则不能称之为法学。按照我们的理解,认知科学对传统法理学最本质的影响在于:它在理论上实质性地重构了关涉法律的人性基础问题研究。也正是在这个意义上(当然也不止于此),我们认为,出于人本主义的原则,将人工智能等科技应用于法律领域的研究,认知科学(特别是有关于道德判断)的研究成果亦是其不可或缺的前提。

传统法学理论对人性的研究多始于假设,如霍布斯为论证基于平等个体的共同体何以可能这一问题时,首先将人置于一个天性暴露的状态,他们相互竞争、猜忌、争夺荣誉,他们也因而充斥着对暴死的恐惧与对和平的向往。洛克在论述相似的主题时,则将人性定义为自由、平等与博爱。但在认知科学领域,他们不再满足于假设,而是将这类探究延伸至人脑层面,试图发现不同欲求、主观价值、行为规范的神经基质与机制,分辨进化、遗传、生理—病理、文化、教育、职业以及其他习得因素的各自作用。换言之,在人脑基质的科学研究中,为公平、正义、同感、同理心、合作、自利等人类本性做论证。

显然,法律和认知科学还可能会在科学的意义层面重构传统的权利理论。近代法律体系是围绕人权与权利建构起来的,而权利也成为当代人行动的护身符,因为其意味着个人自由活动领域,也标识出与他人界限。正如黑格尔直接点明的:“所有法律皆为道德意义之存在,即存在于每个人内在的自由意志之中。”^{〔1〕}现代法学权利理论的基石实质上来自自由主义哲学(建立在假设基础

〔1〕 [德] 黑格尔:《法哲学原理》,邓安庆译,人民出版社1970年版,第18页。

上的)自由意志理论。尽管依然存在争议,但认知神经科学的相关实验和研究成果,都会或多或少地解构传统的“自由意志”之假设。当自由意志理论在认知科学探究下消融,势必需要重构作为现代法学大厦基石的权利理论。

四、“法律和认知科学”的有用与无用

有一个问题必须面对,即相比传统的基于法条的法学知识,这些新兴的法律和认知研究,尽管实质上有着前文所述的不同程度的法教义学化努力,但它还没有大规模、成建制地进入法庭。这些知识的大部分,既没有被写进判决书,也没有被当成办案的依据。既然在法庭上还不能直接用,那么,法律和认知科学,对法学院来说,是不是个花架子——看上去很美、很炫,但实际上没什么用?

打开“法律和认知科学”的方式是法学的知识生态。在这个生态系统中,“法律和认知科学”是高阶的基石种,一般又被称为“旗舰种”。与之类似的,是黄石公园的狼和印度的老虎。20 世纪的案例研究说明,这些“旗舰种”并不是摆设,没有它们,生态系统不能自我维持。“法律和认知科学”也是这样,主要功能体现在以下三个方面:

1. 纠错功能

法律是用自然语言代码写的操作系统,最主要特征是语言的循环网络。这个系统自我运行的能力很强,但是自下而上的纠错能力很弱。法官一般是被动地执行法律,而不能自己造法。这个时候,能影响立法的知识研究,就发挥着自上而下的纠错功能。

虽然系统恢复会有延迟,但不至于死机或者崩溃。事实上,社会对这个系统变动的反应是很真实的。人们比较熟悉的例子,是酒驾和家暴的入刑,都有效地控制了类似行为。

2. 信号功能

“旗舰”物种标志系统信息量,知识领域也是这样。“法律和认知科学”标志了不同法律领域和法学教育的深度。当我们说一个法学院“好”的时候,指的往往就是这种深度。越是基层生态,越是隐藏而难以观察。所以前沿研究的深度,反而标志了基层的富饶,否则何以支持研究?

行业 and 知识都存在竞争,法学和其他学科或者职业存在竞争,法学院之间也存在竞争,不同法律实务部门也存在竞争,同一个法学院的不同学科之间也存在竞争。所以有没有“旗舰”物种以及“旗舰”物种够不够炫,直接标志着系统的信息量,这也是其魅力和关注度的认知依据。

3. 创生功能

“旗舰”种之所以是“高阶的基石种”,因为它开辟了全新的生态位,激发下一种可能。从这个角度上,“法律和认知科学”不仅是成果,而且是基础,建筑在它之上的法律智能系统,也许将创造非常不同寻常的法律行业和法学教育。

确实,创造力和想象力不容易,也许需要时间。但类似家用电脑和智能手机,从新鲜事物到日常生活普及,不过两代人之间——这就是创新的 30 年法则。事实上可以说,在这个时代的我们每一个人,都已经在一生中见证奇迹。

也许,“法律和认知科学”的发展,正在悄无声息地为奇迹奠基。

2019 年 12 月 7 日 修订于青岛