

法教义学:力量与弱点

纪海龙*

目次

- 一、引言
- 二、法教义学的力量:作为就法律实践进行的沟通
- 三、法教义学的潜在弱点:作为科学化方法的体系化
 - (一) 实证法体系、法的体系与法学体系
 - (二) 公理式推演体系与法律背后的原则/价值
 - (三) 概念的体系与规范的体系
- 四、对德国式法教义学潜在弱点的克服
- 五、结论

摘要 法教义学不可替代的功能在于就法律实践进行的沟通,尤其是法教义学为法律系统内的沟通提供了“法言法语”。法教义学的方法有三个:法律渊源学说、法学方法论与体系化。而德国式法教义学的潜在弱点在于不恰当的体系化。不恰当的体系化会导致僵化、保守以及对其他学科知识和视角的忽视。但这种不恰当的体系化并非法教义学的必然结果。避免此弱点的途径是在处理疑难案件时的两步走:第一步是首先忘却体系、直面问题,就各种解决方案在法学与非法学上的论据进行充分辩论,并得出此案件的应然处理方案;第二步是回归体系,将上一步中得到的案件处理方案纳入到体系中,对其给出法律体系内部的名分。

关键词 法教义学 体系化 法律规范 法律概念

一、引言

中国的法学发展已经到达了区分流派、讨论方法的时期。而法教义学和“社科学”之间的争

* 华东政法大学国际金融法律学院讲师、法学博士。本文系国家社科基金一般项目“互联网平台融资的法律规制研究”(项目号 14BFX089)的阶段性研究成果。作者感谢德国波恩大学 Martin Scheimaier 教授就本文主题与笔者的讨论,尤其感谢德国科隆大学 Hans Peter Haferkamp 教授与笔者通过电子邮件的交流以及惠寄资料。笔者感谢金可可、朱晓喆与孙维飞就文末“胚胎案”的讨论,尤其感谢孙维飞对笔者思路的整理和关于此案具体解决方法的提示。当然,文责自负。

议尤其热烈。在这种争议中,虽然不乏“意气之争”,但也对法教义学者提出了一系列不可回避的问题,例如法教义学虽然能发挥一系列作用,^[1]但其不可取代之处究竟为何?法教义学的潜在弱点在哪里,如何弥补之?

正如德国学者自己指出的,对于什么是法教义学,从来就没有定论。^[2] 本文认为,至少要区分如下三个不同侧面的法教义学:作为一种人类实践活动的法教义学;作为一种研究方法的法教义学;作为行动结果即知识体系的法教义学。这三个方面本质上说的都是一个事,因为实践活动自然也包括实践方法和实践结果。但其各自侧重点不同。如果遵循功能主义的思路,那么在言及实践活动时,可能更侧重于看该活动(社会运作)能实现哪些社会功能,也就是为何此种实践活动在社会中具有不可替代的地位;在言及实践结果时,更侧重该实践活动的产品以及该产品对社会发生的其他作用或曰效果;^[3] 而不是能够实现此种功能,以及除了会实现特定功能,还会带来哪些附带的效果,则取决于此种社会实践具体采取哪些方法。下文第二部分从法教义学这种社会实践活动切入,着重从法教义学不可取代的功能角度去理解法教义学,并将法教义学定位为面向法律实践的法学技艺,揭示法教义学不可被取代的功能是就法律实践进行的沟通;第三部分则侧重从方法和效果角度去理解法教义学,将之定位为法的“科学化”,重点揭示法教义学之特定体系化方法的潜在不良效果;第四部分提出避免法教义学潜在弱点的初步建议;最后是简短的结论。须说明的是,限于学识,本文所言之法教义学,主要是私法教义学。

二、法教义学的力量:作为就法律实践进行的沟通

大千社会,现象杂多,法亦纷纭。人如何能认识纷纭的法律呢?一个不懂法律的外行,如何能成长为一个“有水平”的法官、“专业”的律师呢?答曰:接受法学教育,并参与法学实践。学习法律,不可能只是去背诵条文;操作法律,也不应该外行直接动手。那么,“条文”和“外行”之间的沟通纽带是什么呢?曰:法律背后的道理。法教义学就是一套话语体系,这套话语体系以法(律)为对象,以阐述(现行)法以及(现行)法背后的道理为己任。这至少包括:

1. 现行法是什么。如人们翻开《合同法》条文,就能看到《合同法》第94条第4项规定,“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的”,“当事人可以解除合同”。这通常是一个(貌似)简单的经验认识过程,但其简单也只是貌似而已。^[4] 而且也涉及根本性的理

[1] 关于法教义学能够发挥的多种作用,参见许德风:《论法教义学与价值判断》,载《中外法学》2008年第2期,第167~170页;张翔:《宪法教义学初阶》,载《中外法学》2013年第5期,第918页;白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,载《环球法律评论》2010年第3期,第14~16页;魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第140~142页;[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,第328~335页。

[2] 见前注[1],罗伯特·阿列克西书,第310页;Matthias Jestaedt, Wissenschaft im Recht, Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1, S. 4, 5.

[3] 在卢曼的系统论中,卢曼区分了社会系统的功能和效果。例如法律系统的功能是唯一,只是“稳定规范性预期”;而法律系统的效果可以是多种多样的,比如保障自由、定纷止争、行为指引乃至“帮助律师谋取生计”。对此参见陆宇峰:《走向“社会司法化”——一个“自创生”系统论的视角》,载《华东政法大学学报》2012年第3期。将此种思路转用到对法教义学的观察,我们也可以区分法教义学的“功能”和“效果”。法教义学这种社会实践具有特定的或至少是很难替代的功能;但此种社会实践会带来的效果、作用可能是各种各样的。

[4] 之所以说“貌似”简单,是因为对于法学门外汉而言,面对具体案件,其实很难联想到相关条文,即便这个条文就是被印刷在面前的那个《合同法》小册子里。另外,现行法律的确也纷繁复杂,且很多不成体系。例如,一个在外商投资领域工作的低年资律师,必然要经过一两年甚至更长的时间,经过持续的法律检索(legal research)方面的练习,才能大致熟悉此领域的相关法律法规。即便在某细分领域内摸爬滚打多年的资深律师,也会经常地遇到需要他进行彻底的法律检索的案件。也许,只有真正操作过法律检索的人,才知道它的确只是“貌似”容易。

论问题,即现行法到底是什么,亦可称之为法律渊源学说,包括对法律渊源的发现。例如,判例和(教义学)学理,可以作为法律渊源吗?

2. 如何理解某个条文下的具体概念。其实这关涉条文的构成要件(或曰适用范围)和法律后果。例如上列条文中的“合同目的”究竟何指?如丈夫购买汽车是为了送给妻子作为结婚十周年纪念日的礼物,而经销商迟延履行,在纪念日后才交货,那么购买汽车作为礼物是否为“合同目的”,或者此事由在哪些情况下会构成合同目的?丈夫可以基于此事由解除买卖合同吗?此项工作,也包括对某一规范下类案的整理。此为法律解释的工作。

3. 对现实生活中的某类案件进行归纳,总结司法裁判中的价值判断,并探讨如何基于现行法妥当实现司法经验中体现出的价值判断。^[5]此亦为法律解释的工作。

4. 阐释某个具体条文或制度背后的道理。如合同法定解除上列条文涉及的是,只有在违约后果较严重的情形才可以基于一方当事人的违约,突破合同信守原则和交易维持原则。具体涉及上开买汽车例子,就是单纯动机是否可以构成“合同目的”。^[6]再如,动产善意取得制度背后的道理是什么?^[7]而阐述这些背后的道理,往往会涉及历史研究和比较研究。如研究《侵权责任法》第15条各种责任承担方式的流变来源。^[8]此种工作,一是为法律解释和法律释义做准备,二是为体系构成做准备,是介于法律解释和体系构建之间的一种工作。

5. 与上开“合同目的”例子相关的是,一个概念在多个法条中出现,比如《合同法》第62条第1项和第5项、第94条第1项和第4项、第148条、第166条以及第231条中,均出现“合同目的”字样,其各自的涵义是否一致?不一致时究竟各自何指?诸如此类的例子很多。如法律不同地方出现的“交付”一词、^[9]“财产”一词,^[10]均作何解释。此类问题,介于法律解释和体系构建之间。

6. 此条文/制度与彼条文/制度之间的关系,如《合同法》第107条下的损害赔偿(尤其是其中的“填补赔偿”类型)与《合同法》第94条规定的合同解除条件之间的关系;《票据法》第35条第2款和《物权法》第224条对票据设质规定不同要求(一要求背书,一不要求背书),这两种票据质押之间的关系。^[11]类似的例子无处不在。^[12]此类工作,是在阐述具体法条背后之道理的基础上,澄清法律规范与法律规范之间的关系。其更偏向于体系构建,但也涉及法律解释。

7. 从既有法律规定中概括发现更有阐释力和涵摄力的新概念,例如德国学者 Emil Seckels 基于《德国民法典》中撤销、撤回、终止、解除等制度,提出了形成权这个概念/制度。^[13]此类工作,虽

[5] 例如孙维飞:《祭奠纠纷的类案研究》,载《交大法学》2012年第1期。

[6] 关于动机与合同目的的关系,可参见崔建远:《债权:借鉴与发展》,中国人民大学出版社2012年版,第404~405页。

[7] 对此可参见纪海龙:《解构动产公示、公信原则》,载《中外法学》2014年第3期。

[8] 对此参见张谷:《作为救济法的侵权法,也是自由保障法》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2009年第2期。

[9] 对此问题的提出,参见金可可:《民法实证研究方法 with 民法教义学》,载《法学研究》2012年第1期,第50页。

[10] 对于“财产”各个不同含义的精彩梳理和解析,参见张谷:《试析“财产”一词在中国私法上的几点用法》,载《中德私法研究》2013年总第9卷,第135~154页。

[11] 对此问题颇有说服力的解释,参见熊丙万:《论票据质押背书的效力》,载《当代法学》2009年第4期。

[12] 例如,《公司法》第16条第1款中越权担保的规定与《合同法》第48条(越权代理)、第49条(表见代理)和第50条(越权代表)之间的关系;《物权法》第86至88条中的“提供必要便利”和《物权法》第35条及《民法通则》第83条后句中的“排除妨害、消除危险”之间的关系;《侵权责任法》第15条中的“排除妨碍”和“消除危险”与《物权法》第35条中的“排除妨害”和“消除危险”之间的关系;《合同法》第43条下违反保密义务的损害赔偿和《侵权责任法》第2条、第6条规定之因侵犯民事权“益”而承担的赔偿损失责任之间的关系;等等,不一而足。

[13] 参见 Hans Döle:《法学上之发现》,王泽鉴译,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》第四册,中国政法大学出版社1998年版,第12~15页;关于此发现在法学方法论历史上的意义,see Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012, S. 415 f.

也涉及解释,但其实更偏向于体系构建。

8. 法律规定不完备的情形,所做的法律漏洞填补工作。例如一位名画家在别人的画布上作了一幅画,该画家和画布原所有权人就此画的所有权发生争执。由于中国《物权法》并没有规定加工制度,从而存在法律漏洞。此项工作,实际是运用现行法中并不存在的概念和制度,基于法律创制的各种方法,去填补漏洞。^[14]

9. 在法律规定有缺陷的情况下,通过法律漏洞填补的方法,去弥补法律规定的缺陷。例如《物权法》没有规定越界建筑,如果机械适用法律,则在越界建筑的任何情形,被越界人都可基于《物权法》第35条主张排除妨害,即拆除越界建筑,但拆除所有已建的建筑构成社会资源的浪费,从而《物权法》第35条缺少本应存在的例外规定。故而在满足特定条件下,应基于利益衡量思想限制《物权法》第35条的适用。^[15]

10. 发展、研究现行法中并不直接体现的抽象概念和原则,如民事法律事实、^[16]比例原则^[17]等等。按照王轶对民法中问题的类型化,这一类问题似乎应主要属于所谓的“纯粹民法学问题”。^[18]

11. 编撰体系书,也就是通常所说的教科书,比如民法总论教科书。也即是上述所有内容体系化地展现出来。没有教科书,学生无从学习。凡是认真从事过教学工作的人,都能体会一本优秀教科书的价值。而能够去繁化简,编撰经得起时间与实践检验的优秀教科书,也许是法教义学者“功力”的最高体现。

当然教义学者还进行其他方面的研究,比如关于民法典制定的研究。但这些研究,就像本文的研究一样,往往已经并非非法教义学领域内的研究。比如关于民法典的话题,必然是综合法(教义)学、(法)社会学、(法)史学和(法)哲学等各个学科知识和视角的讨论。

以上列举即法教义学活动的主要内容,即认识现行法,体系化地整理现行法和现行法规背后的道理,用其来进行沟通和交流,以指导法律实践。从而法教义学包括但不限于法解释学,还包括体系整理等工作。法教义学在很大程度上与大家常说的部门法学重合。^[19]而法释义学或法信义学则都是对法教义学的不同译名而已。以上的列举,也揭示了法教义学所运用的三个方法:法律渊源学说、法律方法论(法律解释和漏洞填补)、体系化。

法学首先是一种技艺。^[20]而这种技艺,主要体现在法教义学中。这便是法教义学的实践导向。法教义学的目标读者群,除了法教义学研究者群体自身之外,主要是法律实践的参与者,如法官、立法者、律师。这些参与者,先是作为法科学学生学习法教义学;然后又用法教义学的知识,指导自己的法律实践。从而,法教义学一方面建立在现行法(*lex lata*)上,^[21]另一方面面对的是特定的

[14] 对此可参见纪海龙:《法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例》,载《法律科学》2014年第4期。

[15] 见前注[14],纪海龙文,第84页。

[16] 王轶:《论民事法律事实的类型区分》,载《中国法学》2013年第1期。

[17] 如 Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Mohr Siebeck, 2010.

[18] 关于民法问题和纯粹民法学问题这种类型化,参见王轶:《对中国民法学学术路向的初步思考》,载《法制与社会发展》2006年第1期;王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版,第3~28页;见前注[16],王轶文,第75、78~79页。

[19] 林来梵认为法教义学实际上也可用来指称部门法学,参见林来梵、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7期,第20页。

[20] 关于作为“技艺”的 *jurisprudentia*,参见郑永流:《安身立命,法学赖何?——法学的科学性及其自主性散论》,载《法制日报》2001年1月14日,第003版。

[21] 许德风先生将之称为“无法律,不教义”,参见许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期,第938页。

行动者,即法律实践的参与者。^[22]法教义学便构成了学术和实践的共同交流空间。例如德国法下的法典评注书,作为典型的法教义学著作,大多是由法学家和法律实践者(主要是法官,也包括律师)共同撰写。法教义学的语言,便成为了法学家和法律实践者之间的共同母语。而正是通过法教义学,学术和实践的互动得以充分实现。^[23]而没有这种“法言法语”,则法律人群体便会处于“失语”状态,基本没法沟通。而这正是法教义学的功能,是其不可替代之处。

一言以蔽之,法教义学的功能在于沟通(communication)。这里的沟通是法律实践中的沟通。法律实践中的沟通,首先是教学,即培养未来的法律实践者。正如上个世纪著名元伦理学家英国学者黑尔颇有洞见地指出,“没有原则(引者按:黑尔的原则,从其上下文看,也可理解为规则、原理或规律),我们就无法从我们的前辈那里学到任何东西。这可能意味着,每一代人都必须从零开始自学”。^[24]同样,如果没有法教义学对法律知识的整理,每一代法科学生也都必须要从零开始自学。回顾改革开放以来中国法学、法律和法治的发展历程,我们必须承认,如果没有对其他法秩序(如民国时期的中国以及台湾)法教义学的学习,我们现在应该还是处在法律发展的“茹毛饮血”时代。其次,这里的沟通,也包括司法和立法活动中的沟通,指导法官判案实践,为立法提出建议,等等。

将法教义学的功能定位在法律实践中的沟通,这并非是泛泛之谈,而是一种社会学角度高度凝练的理论概括。这个理论概括可具体分解为如下几个方面:

第一,法律实践中的沟通(法教义学)是就法律规范进行的沟通。法律实践是法规范的操作,从而必然是就法律规范进行的沟通。这一方面意味着法教义学是关于法规范的知识,从而法律中的各种概念只是对法规范进行沟通的手段。另一方面,在成文法国家,尤其在法典化的国家,法教义学的对象主要是成文规范。而由于成文规范主要是国家权力的产物,从而法教义学的操作,易于(虽然并不必然)导致对国家权力的无条件遵从。

第二,沟通意味着理性的沟通。从而,关于法律规范的沟通,必然要讲法律规范背后的道理。凡是能讲清楚规范背后道理的任何方法,法教义学均不应排斥。从而,无论是法律的经济分析,亦或法社会学的事实研究,均可构成法律规范背后的道理。法教义学无须排斥,也不应排斥这些外部视角的观察。

第三,法教义学这种关于法律实践的沟通,提供了法律人的法言法语。从而,任何外部视角对法律的观察,如果它们能在法律实践中起到作用,必须被转译为法教义学的语言。而这也正是法教义学绝对不可替代之处。如同翻译外语作品最好应由目标语言作为母语之人进行,将法外视角对法律规范的观察转译为法教义学的语言,合适的人选也应是(熟悉法社会学或法律经济分析等方法的)法教义学者。

第四,理性的沟通要求各种道理之间无矛盾,要求将规范背后的意旨串联起来理解。这在一定程度上要求法教义学的体系化。

第五,至关重要的是,将法教义学的功能定位为关于法律实践的沟通,也就意味着体系化也只是沟通的手段。而这便破除了法教义学“科学化”的迷梦。法教义学体系化的功能不在于科学化,

[22] Jestaedt, supra note [2], at 6.

[23] 关于法教义学的实践功能,亦可参见陈玉山:《论法教义学的实践品性》,载《合肥师范学院学报》2010年第2期。

[24] 黑尔继续指出,“即令每一代人都可以自学,它们也不能在没有原则的情况下这么做。因为自学和其他教育一样,也是原则的教育”。参见[英]理查德·黑尔:《道德语言》,万俊人译,商务印书馆2005年版,第60页。

不在于发现真理,发展自然科学意义上的“知识”,而在于人与人之间(在法律实践中的)沟通。法教义学不是一种科学,至少不是自然科学意义上的科学。

至于学者总结的法教义学的众多功能,如理顺和体系化功能、稳定功能、减负和否定禁止功能、对法律适用的约束与革新功能、批判与修正功能,^[25]要么是“沟通”功能的具体体现,如理顺和体系化;要么是法教义学的作用,而非独一无二、不可替代的功能。本文认为法教义学的功能在于关于法律实践的沟通,强调的是法教义学独一无二、不可替代的功能。而法教义学其他的作用或效果,并非法教义学独一无二、不可取代之处,例如不独法教义学,法律本身也可发挥约束作用;例如法律经济分析、法社会学等外部视角对法律的观察,也能起到对法律的批判和修正作用。

三、法教义学的潜在弱点:作为科学化方法的体系化

法教义学的操作模式,是一个先抽象再具体化的操作模式。这分三步走。第一步:抽象与提炼。也就是从现行法律规定和法律实践中,抽象出背后的道理。这些道理,或者体现为价值(判断),或者被描述为概念及制度。第二步:体系化。将通过第一步提炼出来的诸道理、价值、概念、制度尽力融贯为无矛盾的体系。第三步:将如此形成的(道理或价值的)体系反过来适用到对具体法律规范的应用以及对法律案件的解决,适用到法的创制(如立法、法律漏洞补充)中。德国学者 Jestaedt 将此总结为:去脉络化(Dekontextualisierung)、一致化(Konsistenzialisierung)、再具体化(Rekonkretisierung)。^[26]

如果观察普通法的实践,可发现普通法中的法律推理过程,其实与上述教义学的操作过程也大致吻合。迈尔文·A. 艾森伯格(Melvin A. Eisenberg)在论述普通法中法律推理的原则时,概括了如下四个基本的理念:^[27]1. 法官造法:即(在立法没有介入的前提下)法官创制关于私人行动的规则。2. 法律推理的原则在于教义命题(doctrinal proposition)和社会命题(social proposition)之间的互动;教义命题在形式上具有规则(rule)的形式,包括法规和先例本身,也包括无约束力的教义阐释,如其他州的法规或先例,以及重述、学者阐述等;社会命题是上述教义命题以外的命题,如道德规范、政策、经验命题。教义命题是被法律专业人士作为法律规则(as legal rules)所援引的。^[28]3. 法律规则只能由社会命题所正当化,社会命题用来正当化教义命题。4. 在法律推理中应贯彻一致性原则,而这个一致性取决于诸社会命题间的一致性。^[29]法律推理存在一个基本的二元困境,即社会一致性理想(ideal of social congruence)和教义稳定性理想(ideal of doctrinal stability)之间的紧张关系。解决这个紧张关系的方案是符合以及基本上符合社会命题的规则应被运用,而不符合社会命题的规则(坏规则, poor rules)应被抛弃。

从而,从粗略的大框架上看,法教义学和普通法法律推理的操作,具有很大的一致性,即 1. 立足于现行法;2. 讲规则背后的道理(抽象化思维);3. 道理与道理之间讲究一致性(弱的体系思维);4. 规则不合理时对规则的改变(法教义学操作主要通过漏洞填补以及立法做出)。只不过判例法

[25] 参见前注[1],魏德士书,第140~142页;类似总结亦可见前注[1],罗伯特·阿列克西书,第328~335页。

[26] Jestaedt, supra note [2], at 6.

[27] Melvin A. Eisenberg, “The Principles of Legal Reasoning in the Common Law”, in Douglas E. Edlin (Ed.), *Common Law Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), p. 82.

[28] Melvin A. Eisenberg, supra [27], at 83.

[29] Melvin A. Eisenberg, supra [27], at 85.

下法律适用的功夫主要在于识别,而成文法下主要在于解释。

接下来的问题是,既然在大体框架上法教义学操作和普通法的法律推理没有本质区别,那为何法教义学会被人们认为僵化、保守、远离生活呢?即便在德国,也存在对法教义学质疑的声音。德国学者将此种质疑总结为三个方面:在国际比较层面,法教义学在学科上的地方主义,也即太德国(Provinzialismus, zu deutsch);在与非法学学科的比较层面,法教义学在学科上的孤立主义,也即太独特(Isolationismus, zu eigenbrötlerisch);在法学学科内部的整全主义,也即太霸道(Integralismus, zu vereinnahmend)。〔30〕这三点,也许也能概括中国的非教义学学者对法教义学的观感吧。

法教义学的弱点,要从其方法中找寻。如上所述,法教义学的方法有三:1. 法律渊源的识别;2. 法律方法论(主要包括法律解释和漏洞填补);3. 体系化。法教义学潜在弱点的原因在于体系化。德国式的法教义学作为一种学术研究,作为一种科学化探索,以体系化为形式。作为形式的体系化,其实也有不同的形式。而不恰当的体系化会导致法教义学的保守和僵化倾向。

人们在法(教义)学中经常谈及体系,但往往并不清楚谈及的体系何指。对于体系,至少要区分:实证法体系、法的体系与和法学体系;公理式的体系与法律背后的原则/价值;规范的体系与概念的体系。

(一) 实证法体系、法的体系与法学体系

实证法本身有其体系,如民法、刑法、宪法、行政法、诉讼法,均是按照体系进行的划分。即便在英美法系,也有合同法、侵权法、财产法、刑法等体系性的划分。而民法下又有《合同法》《物权法》等不同法律。实证法体系是立法的产物。但立法的这种体系,同时也是长期以来法学对法材料进行体系化整理的产物。无论如何,此种体系化对于立法规制以及对于找法,都具有意义。不过,实证法本身的体系,是一种较弱意义上的体系,其只是类似于中医药铺中的各个抽屉,或者类似于图书馆对图书的摆置,起到的功能是分类整理。并不能将此种体系理解为一个整体,更不能将其理解为一个无矛盾的统一体。当今社会的很多立法,是为了应对眼前的现实问题而进行的,并非构成一个整体。只要翻开任何一本“法律法规全书”,就能直观地看到这一点。随着社会生活日益复杂,这样的立法规制,更多地是按照社会事实领域(例如环境保护法、消费者保护法、企业国有资产法),而不是按照逻辑(例如物权法、债法)进行的。而且,“数量庞大的法律渊源与来自不同时期的法律规范导致了大量规范冲突:许多法律规范调整相同事实,但却产生不同的、甚至截然相反的法律后果,可见,整个法律制度实际上并没有形成无内部矛盾的统一体。它总是存在价值评价矛盾、错误与规范漏洞”。〔31〕实证法是有漏洞的,对于这点应该没有异议。

但19世纪的德国法学家,将法(Recht)与实证法(Gesetz)进行了明确的区分。对于萨维尼,“法首先产生于习俗和人民的信仰,其次乃假手于法学——职是之故,法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜矻矻的伟力,而非法律制定者的专断意志所孕就的”。〔32〕对于19世纪的德国法学者而言,实证法虽然可以有漏洞,但法本身却可以是无漏洞的。普赫塔写道:“……习惯法和制定法也呈现出其不完备性。此种漏洞被〔学术〕体系展示出来,并被学术体系所填补。”〔33〕早期,耶林说

〔30〕 Jestaedt, supra note [2].

〔31〕 见前注〔1〕,魏德士书,第118页,边码271。

〔32〕 萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第11页。又可参见萨维尼:《历史法学派的基本思想》,艾里克·沃尔夫编,郑永流译,法律出版社2009年版,第8~9页。

〔33〕 Georg Friedrich Puchta, Pandkten, 8. Aufl., besorgt von Rudorff, 1856, § 16, S. 29.

过法是“内在地完整(vollständig)的历史产物”。^[34] 从而,当时的法学家认为,整个法体系(而非实证法体系)是无漏洞的。^[35] 如果法体系是无漏洞的,那么法学体系便也应是无漏洞的。因为法体系的存在本身默然无声,其只能基于法学认识才能被呈现出来。法是“民族精神”,从而只能由法学家这个“神汉”来呈现出来。例如上文所引普赫塔的观点,便是认为习惯法和制定法的漏洞应通过学术体系而被填补。而由于学术将法体系中隐藏的法规呈现出来,法学便在历史上也就首次变成了法律渊源。^[36] 由是,法学实证主义(rechtswissenschaftliches Positivismus)在19世纪的德国占据了主导地位。此等法学实证主义,只是从体系、概念和原理中获取法条及法条的适用,不承认可以从法学以外的价值和目标(例如宗教的、社会的或科学的价值和目标)中获取法律发展变化的动力。^[37]

之所以介绍一百多年前德国历史法学派的观点,是因为当今德国法和德国法学的根在历史法学派。历史法学派的观点,也潜在地、默默地影响着今天的德国法学,转也就对中国法学产生影响。法学体系无漏洞虽然是19世纪历史法学派的思想,虽然当今中国恐怕没有人会承认法(教义)学体系无漏洞,但教义学者在面临问题时,自觉或不自觉地为既有教义学体系提供问题答案,自觉或不自觉地为没有找到答案是因为自己的教义学功力不足,这种想法恐怕也的确存在。面临问题,首先在教义学体系内寻找答案,这本身并没有错,因为这一方面有利于既有知识的运用,而不至于对于所有问题都另起炉灶,另一方面也有助于相同事务相同处理。但这种习惯性思维,自觉或不自觉就会导致,在处理法学问题时丧失运用其他学科知识和视角的敏感性。

但在当今的社会,不得不承认法最主要是立法者制订的实证法^[38]和法官在长期判决中发展出的司法实践。^[39] 从而,我们应当承认法的体系最主要是由实证法体系所组成。同时,也就必须把实证法体系和法学家构建的法(教义)学体系严格区分开来,而不是把法学家构建的法学体系混同为法的体系。即我们应该对上述的法学实证主义时刻保持警惕。实证法体系只是粗略的、抽厘式、更多是按照社会生活事实排列的,体系内的规范相互间可能有矛盾。而法学家构建的法教义学体系,则只应是对实证法的理性说明和理解,其独一无二的功能就是就法律实践进行的沟通。从而,不应将教义学体系臆想为俯视着大地上实证法的天上高级存在。法教义学的任务应是说明实证化背后的道理,既包括单个规范背后的道理,也包括各个规范之间的关系,以求为法的适用服务;并发现实证法的不足之处,依据实证法背后的价值观念以及社会需求去(指导立法者和法官)补充和完善实证法的不足之处,以求为法的创制服务。法(教义)学体系不能也不应排斥任何外在视角对法律的观察,而是应时刻对这些外在视角对法律的观察保持敏感度,将之内化、转译为法教义学体系中的知识。在实现此任务时,虽然也应采取体系化的方法,但尤其要小心提防法律概念

[34] Rudolf Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1. Teil, 2. Aufl., Leipzig 1866, § 3, S. 26.

[35] 这一点在当时的德国应为通说。更详细的引证参见前注[13], Jan Schröder, at 250.

[36] Jan Schröder, supra note [13], at 587.

[37] 参见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第415页。需注意的是法学实证主义与法律实证主义的不同。前者是从法科学中获取法律;而后者认为实证法是几乎唯一的法律渊源。

[38] 卢曼认为法的实证化是社会系统功能分化不可避免的后果。只有实证化的法,才能一方面吸收现代社会中(结构性地决定)的过度可能性,另一方面又是通过选择性的程序对之选择性地吸收,从而既能对付可能性增长,也能实现可能性化简。Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl., 1987, S. 204. 中文版参见尼克拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海世纪出版集团2013年版,第245页。

[39] 按照卢曼的观点,法官的活动其实是和立法者一起将法予以实证化。参见前注[38],卢曼书,第244页。

的公理式演绎体系的可能弊端,而应时刻用法律规范背后的原则或价值监视演绎方法的适当性。

小结:当今的法教义学不应在实证法体系之外寻求法的体系。法教义学是对实证法体系的理解与阐释;应对法学实证主义的潜在影响加以警惕,重视外在视角对法律的观察。

(二) 公理式推演体系与法律背后的原则/价值

所谓公理式的推演体系,是从一个被设定为公理的最高规范或一个抽象的最高概念出发,进行推演,获取进一步的知识。例如平面几何从几个少数公理出发,推演^[40]出整个平面几何体系。法教义学中也存在此种操作。例如萨维尼从法律事实出发,推演出整个法律关系体系:法律事实划分为自由行为和偶然情况;自由行为划分为侵权和意思表示(法律行为);意思表示又划分为单方意思表示和合同。^[41]再如施塔姆勒从法这个概念出发,进行不同方向的划分,将之分为:人法和物法;一般法和特别法;客观法和主观法(权利);合法和违法。^[42]按照此种方法,权利这个概念,也可划分为支配权和形成权;支配权可划分为绝对权和相对权;绝对权划分为财产权和非财产权;财产权划分为物权和无形财产权;物权划分为自物权和他物权;等等。^[43]有学者总结现代民法的体系化方法与罗马法时期不同,罗马法时的民法体系是对象分类式的,如人法、物法、诉讼法;而现代民法的体系化是要素分析式的,如权利主体、权利客体、权利行使、权利消灭等等。^[44]我国学者李锡鹤从资源稀缺性和人性在于意志表达这两点出发,构建其民法的体系,似乎运用的也是此种公理式的推演方式。^[45]

从一个前提出发进行逻辑的推演,这种方法本身当然不错。甚至对于科学认识(包括法学认识)都必不可少。需要警惕的则是将此种推演极端化。极端化可能体现在,把此种方法视为法学的唯一科学认识方法,从而认为依照此方法得出的概念划分具有绝对正确性,认为其是完整的、覆盖所有的。从而天然地排斥不能归入概念类型的新事物,或至少会特别纠结于究竟把某新现象归入到哪个概念下。大陆法系国家对信托性质的争论,^[46]20世纪90年代对股权性质(物权亦或债权)的争论,莫不是此种思维方式的表现。而这两个例子也表明,此种推演式的体系并不能满足丰富多彩的现实生活。虽然依据逻辑而进行的概念分类和推演,背后必然也会在一定程度上反映出社会事实。但就像 Eugen Ehrlich 所说:“刮脸刀片也可以用于切面包,只是很难避免其危险和缺陷。”^[47]如

[40] 这里用推演,而非演绎一词,是因为演绎指向的是命题或曰判断(即句子),也就是从大前提经由小前提到结论的过程。而推演还包括了概念的划分,比如通过属加种差的方法从一个属概念开始,越来越细分地获得种概念。

[41] F. C. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Dritter Band, 1840, S. 5 ff.

[42] Rudolf Stammler, Rechtsphilosophische Grundlagen, 1928, S. 46 f.

[43] 概念推演,至少可追溯到柏拉图的分解法或曰二分法(Dihairesis),即一种进行区分的方法。“区分”以一个具有统一性的概念为前提。例如要了解“钓鱼”是怎么回事,首先要确定它是一种“技艺”,是众多技艺之一。但这个认识是不充分的,因为在“技艺”和“钓鱼”之间还有许多“居间者”。因此柏拉图首先把技艺分为“创造的”和“获得的”,再把获得的技艺分为“自愿的”和“强迫的”,把强迫的技艺分为公开的“斗争”和暗地里的“算计”,把算计分为“针对无生命的东西”和“针对活物”亦即“猎取”,把猎取分为“针对陆生的”和“针对水生的”,把水生的分为“水鸟”和“鱼”,然后把捕鱼分为“不造成伤害”(用网)的和“造成伤害”(用刺)的,把用刺的方式分为“从上往下刺”(叉鱼)和“从下往上刺”——亦即“钓鱼”。参见先刚:《试析柏拉图的“辩证法”概念》,载《云南大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

[44] 参见杨代雄:《民法学体系化思维模式的谱系》,载《江海学刊》2010年第1期。

[45] 参见李锡鹤:《民法原理论稿》,法律出版社2012年版。尤其可参见该书第26页“可支配稀缺资源”的类型划分表。

[46] 对此参见周小明:《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年版,第65~69页。

[47] E. Ehrlich, Die juristische Logik, S. 273,转引自前注[13],Jan Schröder, at 419.

果给予逻辑以充分的关照,那么就可能损害了生活的丰富性。

法学家要时刻对于法学的多重面相加以警醒。法学是现代社会中法律实践的一种,而法律实践更是整个社会实践的一个方面。^[48] 法学又不仅仅是法律实践的一种,而同时又是科学实践的一种。从而法学,具有多重身份和面相。^[49] 这就决定了,法学一方面要用科学的方法(包括逻辑的方法)处理法律,另一方面也要面对社会实践。而只有重视法律(规范)背后的目的、价值、原则,^[50] 法学才能保持法律和社会之间的张力。这种目的、价值、原则,起到了沟通法律实践和社会实践的作用。所以,法学运用概念体系对法律的描述,只是一种居于次位的形式性的体系;法学对法律更重要的描述,是用价值、法律目的、法律原则来描述法律背后的道理。在法学体系中,概念的逻辑体系只是居于次位的形式,而价值、规范目的和原则,才居于主位。这既包括每个单独法律规范背后的法律意旨,也包括从诸多法律规范中归纳出来的法律原则,还包括基于社会需求而被社会普遍认可的价值,以及作为思维和论证形式的元规范^[51](例如比例原则)。法学的任务,不仅是用形式逻辑的方式去构建概念,来描述法律;更应是一方面从法律中总结实证法认可的普遍价值(如私法自治、信赖保护),另一方面从社会需求中发现应被法律认可的普遍价值(如被法律认可前的劳动者保护、消费者保护),并促使此等价值在立法或司法实践中得到认可。而这个价值体系应该优于概念逻辑体系。例如由于德国法中侵权法的固有缺陷,导致特定的价值不能被德国民法典中的规则所保护,德国司法和学说便突破违约和侵权的二分法,而借用耶林的理论,发展出了缔约过失责任。^[52] 正是为了恰当保护欺诈、胁迫之受害人的利益,学者才会突破合同无效便不再能被撤销这个逻辑障碍,而认为无效的合同也可被撤销。^[53]

这里需要提及的是,本文此处讨论的价值、原则等,与卡纳里斯、拉伦茨等人认定的法的内在体系,^[54] 在理论层面上略有区别(尽管在实践层面也许区别不大)。本文此处言及的价值,并非“法”的体系,而是作为法学认识结果的价值或原则集合,也即是“法学”的价值集合。所谓并非

[48] Kaarlo Tuori, “Self-Description and External Description of Law”, in NoFo 2, November 2006, pp. 27-28.

[49] Kaarlo Tuori, *supra* note [48], at 28.

[50] 粗略地讲,“目的(Zweck)”和“价值(Wert)”一般可以互换使用,因为价值也暗含着该价值构成值得追求的目的。只是两者的侧重点不同,目的更为具体些,侧重于指明行动的方向;而价值较为抽象些,侧重于指明如何确定目的方向。另外,“价值(Wert)”和“原则(Prinzip)”之间,其实也很难区分,两者经常也可以混用。但在法律领域,法律原则多从实证法中得来,或至少基于传统;而价值则可以基于法律,也可以来源于法律之外。关于目的和价值之间的关系,参见 Rühl & Rühl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., 2008, S. 272 f; 关于价值和原则之间的关系,参见该书第 289 页以下。

[51] 对于不具有实质内容,而只具有形式性的元规范,参见 Humberto Ávila, *Theory of Legal Principles* (New York: Springer, 2007), pp. 83-126.

[52] 对于此段历史,详细的叙述见 HKK-Harke, § 311 II, III。由于中国侵权法的保护范围要广于德国法,从而缔约过失责任在中国法下是否还应被定性为合同责任和侵权责任之间的第三条道路,亦或直接归入侵权责任的范畴,颇值得探讨。

[53] 未成年人甲受乙之胁迫,将某物卖给乙,乙将该物出卖于丙。甲的法定代理人拒绝追认甲和乙之间的买卖合同,从而该合同为无效合同。乙将该物出卖于丙便为无权处分。丙是否能够取得所有权,取决于丙是否为善意。丙不知甲是未成年人;但是知道甲受乙胁迫的事实。然而,在善意取得情形,受让人(丙)只是知道所有权人(甲)和出让人(乙)之间的可撤销事由,还不足以认定丙的恶意,而只有在甲乙之间合同的确被撤销时,才可认定丙的恶意(德国民法第 142 条第 2 款)。从而,如果甲乙间无效的合同不能被撤销,则丙便可以善意取得。德国学界认为在此情形,无效的合同也可被撤销。Hans Döle, *supra* note [13], at 15-18; 又可见王泽鉴:《无效法律行为之撤销》,载前注[13],王泽鉴书,第 26~38 页。

[54] 关于法的内在体系,参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2005 年版,第 348~362 页。

“法”的体系,是因为实证法法律背后虽然有道理,立法者虽然在立法时,是受一定的价值支配,但这些价值,并非法律本身。每一位读者都可以从中读出各自的价值集合,而不是去“发现”法律背后客观存在的价值体系(客观精神)。^[55] 从而,这些被读出的价值集合,并非法律渊源,也不具有规范效力。^[56] 这些被读出的原则和价值,毋宁是在论证具体问题之解决方案时的论据。从而,对于这些价值集合的论证,遵循商谈的规则:谁主张,谁举证。另一方面,“法学”认识出的价值集合和拉伦茨等论述的“法的内在体系”也具有共同点:一是在于对概念和规范所应实现的目的和价值的重视;二是都承认价值集合的开放性和变动性。

小结:要警惕公理式的演绎体系;应时刻关注规则背后的价值和原则。法学中认定的价值集合,并非构成一个具有法律效力的价值体系,而只是在论证中可资利用的论据。

(三) 概念的体系与规范的体系

与把法的体系和法学体系混淆在一起相关的,是把法的体系不自觉地看成是概念的体系。例如耶林曾在其著作中,认为法学的任务首先是认识“法字母”,就像字可被分解为字母,字母的组合便构成各个不同的字,法律也就可以通过特定数量的概念及其组合被描述出来。^[57] 但我们必须清醒地认识到,法律的最小分子,从来就不会是概念,而是规范!而所谓的法律概念,只是规范的名字或构成要素而已。例如使用所有权这个概念,其实是用来指代所有构成所有权制度的各个规范。^[58] 再如善意取得这个概念,其实描述的是《物权法》第106至108条。从而,法的体系,从来就不应是概念的体系。“法律,是由规范组成,也只是由规范组成。”^[59]

不得不承认,概念对于法律适用必不可少。首先是没有概念,人类不能思维;其次是因为规范是由概念组成的。大陆法系法律适用过程的最后一步为司法三段论(涵摄)。而涵摄的过程,实际就是确定案件事实是否满足规范的构成要件的过程。所谓的构成要件,其实便是一个又一个的概念。如果一个规范中存在某个概念,如“合同目的”,那么在适用法律时,必然要面对单纯的动机是否属于“合同目的”这样的问题。这是对于法律适用必不可少的法解释工作。

而在德国式法教义学中,存在一种特定的关于概念的操作,其作用便在于维护既有的法学体系,而这种操作天然具有忽略对规范的探求,忽略案件背后真实利益关系和其他学科知识的倾向。此种操作便是建构(Konstruktion)。

建构这种技术,是19世纪德国法学最核心和最受欢迎的操作方式。^[60] 施塔姆勒曾说,“在方法层面上,法(学)的体系化和法(学)上的建构并无差别”。^[61] 建构是“通过(外在)体系中既存的或可无缝植入其中的某些概念,来把握某规范或某合同模式的规制内容”。^[62] 于此,人们将某个法律现象归入到某个概念中,从而可以将适用于此概念的所有规范,都适用于此法律现象。例如人们讨论履行是一个合同还是一个事实行为。如果将履行定性为合同,那么一个无行为能力人所为的

[55] 当然,这也并不会导致对于特定法律,存在无数的解读。对于特定问题,一般也就只有几种不同观点而已。

[56] 对此亦可参见前注[50], Röhl & Röhl 书,第442页以下。

[57] 对此的详细介绍和进一步的引注,参见吴从周:《概念法学、利益法学和价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社2011年版,第85~89页。

[58] Röhl & Röhl, supra note [50], at 189.

[59] Röhl & Röhl, supra note [50], at 189.

[60] Jan Schröder, supra note [13], at 406.

[61] Rudolf Stammler, supra note [42], at 48.

[62] Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Springer 1995, S. 268;中译文亦可参见前注[54],卡尔·拉伦茨书,第320页。

履行行为便为无效。如果把占有认定为事实而非权利,那么关于权利取得的规定便不能适用于占有,从而占有也可以通过暴力获得。^[63] 对于期权(Option),可被认定为买卖合同的预约,或具有长期效力的合同要约,或形成权的赋予。^[64] 构建这种技术有其积极意义,其一方面有助于人们把问题表述清楚,另一方面发现相同种类的问题,从而对之进行相同处理。^[65] 尤其是有助于启示人们发现可能(类推)适用的规则。^[66] 例如,如果我们把期权视为形成权,则适用于形成权的相关规则,如对形成权行使本身不可设定条件,便可能会被(类推)适用到期权中。

但在逻辑上,建构这种技术并不能成立。建构这种技术,与归纳(抽象)之后再演绎的方法非常相似。通过归纳的方法获取规则或原则,是基于一个或多个判断获得一个更加抽象的规范或原则,然后再将之(类推)适用到别的案件中;而建构,则是将一个或多个规则上升到一个种概念,如所有权、合同、形成权等等,然后再将此种概念连结的所有规则,适用到被认定为属于这个种概念的属概念或现象上。^[67] 从而,归纳在逻辑上的不成立,^[68]也同时适用于建构。我们不能保证适用于某个种概念的所有规则,也肯定对于这个种概念下的所有现象都适用。其原因在于,抽象出种概念的过程,去除了太多的具体因素,而被构建入种概念的现象永远是具体的,从而可能存在特殊情况。从而建构这种法律适用技术,不可能是逻辑上的必然要求,也不应具有法律上的约束力,毋宁只是发挥思维上的启迪作用。从而,德国学者也承认,建构本身并非只是逻辑上的操作,某种建构是否合适,常常取决于法律的目的、交易上的需要等等。^[69]

尤其需要警醒的是,建构本质上只是通过在概念上定性,迂回地去找寻合适的规范。这种迂回的方式,一方面可能会导致目光主要聚焦于概念,而非具体案件所应适用的规范。另一方面,这种迂回的方式,自然便将解决问题的路径向既有的体系引导,“在存疑案件中并不是通过评价来自己做出决定,而是倾向于去寻找也许已经存在的解决办法,即人们猜测解决办法就掩藏在概念中”。^[70] 从而,建构非常容易导致人们忽略案件背后的真正利益和价值,尤其容易导致人们忽略用其他学科的知识(如经济分析)去分析疑难的法律案件。

小结:法律体系是规范的体系而非概念的体系。建构这种技术,虽然有其作用,但其容易导致对概念本身的关注而忽视对规范的探寻,并且容易导致对案件背后真正利益、价值的忽略,以及导致对其他学科知识的忽略。

四、对德国式法教义学潜在弱点的克服

如上所述,体系化的思维,构成了德国式法教义学的突出特征。首先不得不承认的是,任何学科,都必须要在一定程度上体系化,除非否认这个学科的科学属性。但不当的体系化,会导致法学和法律实践忽略社会经验、价值和其他学科知识。从而法学和法律实践中应实行的体系化,应是

[63] Jan Schröder, supra note [13], at 273.

[64] 参见前注[54],卡尔·拉伦茨书,第322页。

[65] Röhl & Röhl, supra note [50], at 71.

[66] Jan Schröder, supra note [13], at 408.

[67] Jan Schröder, supra note [13], at 273.

[68] 在自然科学哲学中,休谟第一次提出了归纳在逻辑上站不住脚,此被罗素称为“归纳问题”。简明的介绍可参见 A. F. 查尔默斯:《科学究竟是什么》,鲁旭东译,商务印书馆2011年版,第41~76页。

[69] 参见前注[54],卡尔·拉伦茨书,第324页。

[70] Röhl & Röhl, supra note [50], at 68.

以法律背后的价值集合为支撑,以规范作为最小单位构建的体系,而并非是概念推演式的概念体系。这要求在具体处理法律问题时,以问题为导向。解决问题居首位,维持体系居次位。具体而言,在面对疑难案件^[71]时,应分如下两步走:

第一步:直面问题,暂时忘却构建技术,寻找应然(即具体案件中应该的处理方式)。所谓直面问题,即直接面对案件应当如何处理这个问题,探求具体案件中的“应然”,也即探求原告的诉求是否应得到支持。所谓直接面对,是指探求问题答案时,虽然应参考现行法和法学理论,但不应拘泥于它们,甚至要抛掉某事实属于何种法学概念,即首先抛掉构建这种技术,而是要考虑可能涉及的各种支持或反对某种处理方式的论据,如社会价值、法律原则、后果考量、手段适当性等等。在各种论据间进行反复衡量后,得出案件的应然处理结果。这是一个对各种论据都开放的理性辩论过程。依此,在疑难案件中,并非优先运用构建这种体系化的方法,即并非首先凭借既有的法学概念体系去得出具体案件中的应然处理后果。只有这样,才能克服法教义学体系化特征导致的潜在弱点。

第二步:回归现行法和教义学体系。如在上文中强调的,任何对法律现象的观察,如果能对法律实践发挥作用,必须要转译成法教义学这种“法言法语”。从而,处理疑难案件的第二步便是,将第一步中得出的具体案件的应然处理结论,转译为适当的教义学语言,为第一步中理性辩论得出的应然处理结论,寻找现行法和教义体系中适当的概念和制度,以实现第一步中得出的结论。

以上两步走的操作方式,与法律论证理论中的“法的发现”和“法的证立”之间的区分,有类似之处,也有不同之处。法的发现指的是正确裁决被做出的实际过程,其是一种心理过程,其中可能充斥着利益、偏好、前见、法感觉等,该过程属于描述性的过程。法的证立则涉及对判断进行证立以及涉及评价判断中所使用的评价标准,其只涉及与裁判证立过程中提出的论述相关的要件而不考虑大量的现实因素。^[72] 本文所主张之两步走中的第一步,与法的发现过程有相似之处,即此时各种因素都会掺杂进来,并需要针对各种论据进行充分的辩论。但与所谓法的发现不同的是,本文主张两步走中的第一步,也是一个证立过程,而不仅仅是对法的发现过程的描述;其也是“规范性的”,而不是“描述性的”。其虽然可能(或必然)受前见、法感觉、偏好等的指引,但并不止于这些,而更多的是一个理性辩论过程。而在本文所主张的两步走中,第二步与法的证立实质相同。只不过本文更强调第二步中的证立属于法律内部视角下的操作。进而需要指出的是,第一步中的理性辩论过程与第二步中的证立不同点只是在于,在第一步的理性辩论中,法的内部视角并不起决定性作用;而在第二步中,则必须要用法的内部视角下的操作,实现第一步中得出的结论。第二步中的证立方法,解决的是如何通过对现行法规范的处理,去实现案件结果的实质正当性;其方法包括但不限于法律方法,例如法律解释、漏洞填补等。^[73] 另外,如果通过第一步中的理性辩论无法

[71] 简单案件可直接适用法律得出结论。当然,这里又涉及如何划分简单案件和疑难案件这个颇为疑难的问题。此不赘述。

[72] 关于法的发现与法的证立,参见雷磊:《法律论证何以可能?》,载《政法论坛》2007年第4期,第142页;雷磊:《法教义学的基本立场》,载《中外法学》2015年第1期,第204~205页;焦宝乾:《法的发现与证立》,载《法学研究》2005年第5期。

[73] 从这个意义上讲,法律方法并不是一种获取案件结果的“做法”,案件结果的获取应依赖于第一步中的理性辩论;法律方法是在案件结果已经被获取后,依据法的内部视角给出的一个“说法”,即法的内部视角下的证立。但这并不是说法律方法这种“说法”可有可无。恰恰相反,法律方法坚持了法的规范性,是认真对待有效之法律规范的方法,是解决案件处理结果实质正当性与形式法治之间张力的必要手段,是法治的要求。即:法律方法是一种修辞,但只要坚持法治,它就是必不可少的修辞。

达成共识,那么便应直接跳入第二步,选择符合法律内部视角下之证立结果的方案。

此种两步走的操作方式,是以问题为导向,从问题出发,从论理上并不拘泥于现行法和教义学理论,但最后会回归到现行法规范和法教义学的语言。现试举例说明。具体例子为江苏宜兴法院宣判的中国首例冷冻胚胎继承权案:小夫妻采用人工辅助生育技术繁育后代,计划于2013年3月25日进行胚胎移植手术。但不幸于2013年3月20日发生交通事故双双身亡。男方父母诉求得冷冻胚胎的继承权。本案一审法院宜兴法院于2014年5月15日判决驳回诉讼请求。主要根据是冷冻胚胎不具有财产的属性,不能被继承;且胚胎被取出后,唯一能使其存活的方式就是代孕,但该行为违法。而一审法院的判决被二审法院江苏省无锡市中级人民法院撤销。二审法院于2014年9月17日做出终审判决,判定胚胎由小夫妻双方父母四位老人“共同监管和处置”。〔74〕

学者在讨论本案时,主要纠结于冷冻胚胎是否是物。如是,则可继承;如否,则不可继承。这是典型地运用建构技术的体系思维。而如果按照上述两步走的方式,也就是首先不从构建技术入手,即首先不讨论冷冻胚胎到底是物还是人格利益,而是如上文所示之第一步,直接考虑案件中的具体问题,那么问题的焦点便应是,老夫妻是否有权继承该胚胎。〔75〕对此应进行各种支持或反对的论据的衡量。如果先破除头脑中关于物还是人格利益的纠结(即放弃建构这种技术),那么会立刻发现,其实并没有正当的理由反对老人继承胚胎,例如老人继承胚胎,将其制成标本,放置家中,以供追思,有何不可?反对的理由或谓:老人继承胚胎其实是为了代替已故子女行使其生育权。但此理由并不足以反对老人的继承权,而只能限制对胚胎的进一步利用。也就是应该区分能否继承和继承后对胚胎的利用。由于生育权作为具有高度人身属性的权利,除非有小夫妻明示,否则老人不可代其行使。从而,应禁止的是老人将胚胎发展为人,而非是老人对胚胎的继承。到此,第一步尚未完结。尚需要考虑的是,如果法院允许老人继承胚胎,会带来何种可能的现实后果(后果导向的思维方式)。一种现实后果便是,老人将胚胎发展为人。而在中国代孕违法以及存在代孕“黑市”的情况下,允许老人获得胚胎的后果很可能是老人找人代孕,以求保住家族的“血脉”。〔76〕即便法院判决禁止老人将胚胎发展为人,此种禁令在现实中也很难执行。从而,防范老人找人代孕的唯一机会在于不允许老人实际占有胚胎。至此,第一步分析的结论是,老人有继承权,但老人不应获得胚胎的占有。可以看到,第一步中使用的各种理由,不见得一定是法律和教义学上的理由,而是现行法(禁止代孕)、教义学(生育权的高度人身性)、后果考量(很难执行代孕禁令)各种理由的综合衡量。

接下来的第二步是将第一步中分析和衡量得出的结论,转化为教义学中的语言,即运用现行法和教义学中的概念和技术,实现基于第一步理性辩论得出的上述结论。首先可以认定胚胎构成物。因为如果胚胎非物,则老人即便将胚胎制成标本、以供追思这种想法,也会被否定。另外,如果小夫妻在世时胚胎被盗,小夫妻自然可以主张返还请求权,而这典型是一种物上请求权。接下

〔74〕 关于此案参见二审法院的终审判决书2014(锡)民终字第01235号。<http://weibo.com/p/1001603756502501452557>,最后访问时间2014-09-29。

〔75〕 本案一审法院宜兴市人民法院的讨论焦点便是冷冻胚胎是物还是人格利益,并在认定胚胎是人格利益的基础上,否定了老父母的继承权。而与此相反,本案二审法院江苏省无锡市中级人民法院则直面问题,认为“本案的争议焦点为:涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体如何确定?”以上参见二审法院判决书2014(锡)民终字第01235号。一审法院的处理方式是典型的建构思维;而二审法院则是直面问题的思维方式。

〔76〕 当然,这里还存在小夫妻生育权和老人保住家族“血脉”这两种利益之间的衡量,甚至也包括胚胎如被发展成成人,该婴儿的未来福利。压倒老人保住“血脉”这个利益的一个理由是小夫妻的生育权的高度人身性,另一个理由是婴儿出生即无父母对婴儿也并非福利。

来顺理成章,胚胎作为遗产一部分,可被老人继承。最后,老人虽然对之有继承权,但老人不得行使《物权法》第34条规定的返还请求权,理由在于《物权法》第7条所规定的物权行使应尊重社会公德。在无法防范代孕的情况下,应基于《物权法》第7条禁止老人行使物的返还请求权。设若在一个社会中,可以有效防范老人将胚胎发展为人,则老人行使物权返还请求权以占有该胚胎,应予认可。从而在第二步中,回归到现行法和教义学的处理方式,便是老人有权继承,但禁止老人行使物的返还请求权。^[77]

本文希望通过对该案的分析,来展示疑难案件中上述两步走的分析路径。尽管对此案的处理还可能存在不同的观点,但只要上述两步走的分析路径能够通过对此案的讨论得以展现,那么本文分析此案的目的便已经达到。

五、结 论

作为法律实践的语言和作为法律实践之沟通空间的法教义学,具有不可替代的功能。但在科学化之法的观念影响下,以体系化为方法的法学科学化过程,可能会倾向于忽略现实、屏蔽其他学科知识,从而具有保守、僵化、封闭的潜在倾向。如果法教义学体系化的方法是“把法学体系视为法律渊源+公理式推演+概念体系”,那么此种法教义学必然会体现保守、僵化、封闭的倾向。这实际也是一直被各个法学流派所批判之概念法学的特点。虽然最新的研究表明,在历史上从来就没有任何人全面主张过概念法学,而是概念法学被各个法学家在构建自己的方法论理论时,不停地被树立为批判对象加以抨击。^[78]但本文上述的讨论也表明,概念法学的各个侧面的消极倾向,都不同程度地(潜在)存在于自历史法学派发展过来的德国式法教义学中。

然而也要清楚地认识到,法教义学的上述弱点,并非是其必然的构成因素,毋宁只是“偶素”而非“常素”。为了克服法教义学的上述(潜在)弱点,就应该1)严格区分法的体系和法学体系(相应地严格区分解释论和立法论);2)重视价值(原则)体系和社会现实(包括其他学科知识对法律现象的分析),概念体系是为了价值体系服务;3)同时也应清楚概念和对现象的定性,都是为了寻找合适的规范。现代的法教义学理论应重视的是规范和规范背后的道理、价值、原则,而并非概念和概念的体系化。

(责任编辑:宾 凯)

^[77] 本案二审法院判定胚胎由小夫妻双方父母四位老人“共同监管和处置”,实际上是承认了胚胎是物且可被继承,否则何来监管权与处置权?而与本文观点不同的是,二审法院并没有对老人行使物上请求权进行限制。

^[78] 参见[德]汉斯·彼得·哈佛坎普:《概念法学》,纪海龙译,载《比较法研究》2012年第5期。