

法律议论的社会科学研究新范式

季卫东^{*}

内容提要 本文以“法律不确定性问题”为出发点,沿着通过教义学或科学技术来摒弃不确定性以及反过来在不确定性的前提条件下考虑制度设计这样两条基本线索,梳理了法解释学与法社会学之间的争论以及不同的应对策略,从中归纳出作为科学的法学观、作为技艺的法学观以及法律的本质就是话语实践的核心命题。作者认为今后中国的问题导向跨学科研究应该聚焦法律议论,特别是法的社会科学研究要把重点从结构、功能转移到价值涵义,以便真正深入到规范的领域进行实证分析,与此同时切实加强法解释学以及法律实务部门之间的对话。因此,作者提倡“议论的法社会学”研究范式,试图以此深化法律方法论的探讨,促进思想与制度的创新。

关键词 法律社会科学范式 不确定性问题 权利抗辩清单 网络互动关系

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2015.06.002

序 言

虽然姗姗来迟,但2014年发生的中国法学方法论之争的确具有深远的意义。毫无疑问,这样的思想交锋,不仅有利于重新认识事实与规范之间关系,也能促进法律社会科学研究范式创新。本次法学方法争论的背景是,近两年法教义学在理论界和实务部门开始抬头,并对既有的学术潮流、特别是社科法学提出挑战或者抵抗。针对有关新动向,属于“社科法学”阵营的一些学者纷纷提出质疑和反驳。有人甚至还预言,30年后在中国将有法教义学之殇。于是乎,在2014年的春夏间就有了三场两派辩论的擂台,分别在中国政法大学、中南财经政法大学以及上海交通大学法学院举行。北京大学法学院主管的集刊《法律与社会科学》编辑部组织的“社科法学与法教义学对话”,则把这

^{*} 上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师。本研究得到国家社科基金重点项目(项目批准号:10AFX003)、清华大学产业发展与环境治理研究中心“法制与问责”项目的资助,特此鸣谢。在专辑策划和本文写作过程中,程金华、郑戈、刘思达、侯猛、林喜芬等同仁提供了建言和帮助,我的助手、博士研究生(特别是许月、杨帆、徐晨、曹勉之、林浩舟、谭俊)曾经帮忙查找和核对文献,还阅读并讨论了本文草稿,对这些贡献也一并致意。

场争论推向高潮^①。但是,披览相关文献,感觉问题状况和思想焦点似乎还没有完全梳理清楚。不得不承认,在一些关键主张上,两派甚至还在继续上演京剧《三岔口》那样的黑暗中乱斗,并没有进行实质意义上的正面交锋。

鉴于中国的公权力缺乏有效约束、规范体系缺乏充分的自我完结性、审判过程受到过多外部影响、法律解释学的积蓄也非常薄弱,笔者始终认为现阶段中国法学研究的一项最重要的任务还是加强法律适用的推理和解释环节,甚至有必要在法律职业共同体当中鼓励法教义学的规范思维方式,让制度担纲者本身树立必要的法律信仰,进而通过示范作用在公民的社会日常生活中酿成守法精神。否则,施密特式的主权决断论或者具体秩序论就会横行无忌,法治原则根本就无法落到实处,作为正义屏障的法律职业精神也难以弘扬^②。当然,在社会体制转型期法律的形式性要求势必遭遇严峻的挑战,立法质量问题也会妨碍法教义学态度的形成以及法律解释学技术的有效运用。在此背景下,关于法律与社会关系和相互作用以及具体秩序的问题导向跨学科研究才有了广泛的用武之地。但关于法律的社会科学研究,还是应该与法律解释学形成某种相辅相成(以加强规范的功能实效),或者相反相成(以加强制度的反思理性)的关系^③。否则,脱离法律规范本身而片面强调经验科学和实证研究技术的社科法学将有可能发生蜕变、流于精巧的素材—数据游戏,或者在法学界被边缘化。

也就是说,法的社会科学研究范式创新的方向是从结构—功能主义转向涵义的分析^④,即深入到规范的价值涵义领域——按照卢曼的概念界定,这种涵义(Sinn, meaning)发挥着如下作用:通过主观与主观之间(主观间性)的可以互相沟通并达成共识的方式,把多种多样的体验可能性综合起来,从而使得自己可以有意识地、切实地预期到他者的预期(所谓“预期的预期”正是复杂系统理论和社会博弈理论的核心观点之

① 关于这场法学方法论之争的来龙去脉以及主要观点,参见尤陈俊《不在场的在场:社科法学和法教义学之争的背后》,载《光明日报》2014年8月13日;孙光宁、焦宝乾《法治中国背景下的法律方法论研究——2014年中国法律方法论研究学术报告》,载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2015年第3期。社科法学与法教义学争论双方的代表性主张,例如苏力《中国法学研究格局中的社科法学》、陈柏峰《社科法学及其功用》、侯猛《社科法学的传统与挑战》,载《法商研究》2014年第5期;张翔《形式法治与法教义学》,载《法学研究》2012年第6期;陈景辉《法律与社会科学研究的方法论批判》,载《政法论坛》2013年第1期;雷磊《法教义学的基本立场》,载《中外法学》2015年第1期。

② 卡尔·施密特曾经深入分析法学思维模式中决断论与规范论之间的相克关系,但他持反对规范论的立场,而提倡具体的秩序论,并以此作为纳粹政权的法学指导思想。参见[德]卡尔·施密特《论法学思维的三种模式》,苏慧婕译,中国法制出版社2012年版。

③ 从不同角度论述两者互补关系的文献可以举出谢海定《法学研究进路的分化与合作——基于社科法学与法教义学的考察》,载《法商研究》2014年第5期;熊秉元《论社科法学与教义法学之争》,载《华东政法大学学报》2014年第6期。具体研究成果可以举出程金华《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》,载《中外法学》2015年第3期。

④ 有关背景的说明可以参见[日]和田仁孝《法社会学的解体与再生——超越后现代》,弘文堂1997年版)。这么说并不意味着结构—功能的分析不再需要,或者无足轻重,只是想强调法社会学应该把规范本身也纳入射程之中,甚至作为研究的重点,而不能仅仅满足于围绕法律的各种现象的研究。

一) ⑤。其中特别是要聚焦立法、执法以及审判的沟通行为和话语空间(作为社科法学与法教义学的中介)及其规范的涵义,同时也参与法治秩序的建构并注重法律现象的政策科学研究(作为社科法学与政法法学的中介),而不是相反、脱离甚至排斥法律解释的实践以及相应的制度改革举措。有心的读者或许从上面的阐述内容中已经关注到了作为中介的法社会学定位。在黑格尔那里,中介是指经过反思理性化之后向绝对之物发展的过渡。根据缪勒(Johannes P. Muller)的实践辩证法,中介则意味着个别之物通过政治的、实践的调解以及法律程序中的沟通行为等互动关系而实现不断变化的各种因素的动态均衡。这里所说的法社会学的中介作用显然更接近缪勒的概念理解,与《尹文子》把“综核名实”、进行黑白分明的判断作为法律精髓的思路也有相通之处。需要特别指出的是,在这里,无论中介还是动态均衡,并非指回避对立、提倡无我、强调归一的片面化、绝对化的整体性“和谐”,而是以对立的存在为前提的。因为没有真正的对立和张力,中介就会流于形式,法治理念也就会失去立足之地,抗辩的话语空间也就无从构建。当然,上述论断并非简单地等同于激进阶级斗争学说,而是指关于社会和法律的纠纷理论范式,与合意理论范式形成鲜明的对照。

所以,提倡“议论的法社会学”,作为变得日益暧昧不清的“法与社会”研究运动乃至那种偏激化、解构化的“社科法学”今后的一个替代性范式。其宗旨是建立关于语言博弈及其程序条件和寻求权利共识等建构机制的广义法社会学模型,以便实证地分析和说明法律体系和法律秩序的本质,并推动中国法学理论的创新。这样重新定位后的程序-沟通-权利共识指向的法律社会科学研究,对克服国家规范体系碎片化、各部门法相互间缺乏沟通渠道、“新的中世纪”⑥在全球规模再现等各种各样的割据局面理当有所贡献。对法律解释学真正在中国确立其学科地位,当然也是大有裨益的。与此同时,能够兼做实用法学跨部门、跨学科、跨国界交流平台的重新定位也有利于广义的法社会学本身的发展、壮大以及进入法学主流。实际上,只有在提出关于规范适用和制度运行的真问题并有效解决这些问题的基础上,法的社会科学研究才能真正凸显自己的认同性和独特意义。

一、法律不确定性问题的不同应对

法教义学与社科法学之争的根本焦点其实是法律的不确定性(indeterminacy)问题。众所周知,法律规范适用的本质是事实认定、权利判断以及对越轨行为的制裁。因此,客观性、中立性、公正性理所当然地成为法学自始至终所追求的基本目标。在成文法系

⑤ 参见[德]尼可拉斯·卢曼《法社会学》村上淳一、六本佳平译,岩波书店1977年版,第92页以下。

⑥ 关于由主权国家构成的世界秩序将把“新的中世纪”作为替代模式的主张,参阅Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, New York: Macmillan, 1977; [日]田中明彦《新的“中世纪”——21世纪的世界体系》,日本经济新闻社1996年版, John Rapley, “The New Middle Ages”, *Foreign Affairs* Vol. 85 No. 3 (2006)。

国家所采取的方式是特别强调法官严格遵循条文规定的内容,以防止审理案件中的主观任意。其典型表述就是孟德斯鸠描绘的法官理想图像:机械地照本宣科,而绝不对法律内容进行任何修正^⑦。在判例法系国家,特别强调的先例的约束力、慎密的推理以及议会主权,从而避免判决蜕变成审判机构的命令。正是基于这样排除法律之外各种因素影响的思路和逻辑演绎的操作方式,法教义学、实证主义法学、法的形式性理论才渐次发展蔚为大观。这是一个把规则逐一嵌入正当化连锁结构之中的推理体系,其基础是对部分规则的公理性和实效性的信赖以及把这种信赖逐层推广到其他规则,编织环环相扣的法律之网的机制。

法教义学之类的学说和解释技术以及相关的所有努力,从本质上来看,都是要在丧失了客观标准的大变动时代,重新确立起一种伦理的绝对标准,只不过在这里人们把法律规范本身当做一种形而上学的绝对标准罢了。中国的法家在战国时代提倡“夫立法令者,以废私也”的口号、奉法律为公共标准^⑧,或多或少,也颇有那么一点异曲同工之妙。而在实践中,法教义学试图通过有限的分析程序来不断简化无限复杂的社会现实和语言博弈;通过稳固的预期设定来使法律关系具有确定性,防止法官的政治信条和个性以及经济社会背景对审判过程的干扰;从而增大社会行为及其结果的可预测性。这种作业理所当然值得适当评价,特别是在中国某些地方、某些时期法律适用太过率性而为的那种语境里。

法教义学的方法论前提是笛卡尔式的主客二元论及其不同翻版或变种。例如主观价值/客观事实、实质合理性/形式合理性、道德/法律、政策/权利、理念/规则等各种对立概念,都具有非此即彼的零和性。这样的思想传统与始于孟子的“天人合一”、“道法自然”的观念大异其趣^⑨。的确,中国传统的法律话语中也充满了各种对立概念。例如安定的“经”与变通的“权”、“治人”与“治法”、“德主刑辅”、案件的“轻重”、管制的“宽严”、关系的“亲疏”、“教”与“罚”、“预防”与“惩戒”、“治本”与“治标”,等等。但是,中国式的相对概念不是基于或有或无的逻辑,而是处于或多或少的状态,因而不仅没有加强法律的确定性,反倒使得法律的运用更加灵机应变,甚至通过极其流动化的修辞和调整导致投机心理的蔓延以及对正义进行判断的终结^⑩。与中国的对称化修辞方式不同,法教义学或者实证主义法学采取对立化修辞方式,目的很清楚,即:通过二元论的一系列概念的严格区分和不同的应对举措来彰显法律的形式性,并强调严格遵循形式要件,以此防止规范应用中的摇摆和扭曲,从而为权利体系以及法治秩序奠定制度设计的基础^⑪。然而现实情况反复证明:即便是关于形式性的讨论,法律家们都无法避免各种

⑦ See Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven and London: Yale University Press, 1949, p. 169. 参见[法]孟德斯鸠《论法的精神》(上卷),许明龙译,商务印书馆2009年版,第81-82页。

⑧ 语出《韩非子·诡使用》。

⑨ 参见张世英《天人之际——中西哲学的困惑与选择》,人民出版社1995年版。

⑩ 季卫东《超近代的法——中国法律秩序的深层结构》,密涅瓦书房1999年版,第67页以下。

⑪ 参见夏勇《法治是什么?——渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》1999年第4期。

不同的形式要件之间的纠结,特别是原则(法律的一般条款)与规则(法律的具体条款)之间的对峙或者冲突。因为规则在形式上的正当化会导致某种刚性需求,而公序良俗、诚实信用等原则在形式上的正当化则会导致一些弹性需求。换言之,前一种形式是法律确定性的屏障,而后一种形式却会成为法律变动性的原因,在这里不同的形式将产生不同的效应。这就是所谓“法律的形式性悖论”——固守形式要件的结果却有违形式要件。这种形式性悖论也体现了法教义学或者实证主义法学内在的根本矛盾。

美国的现实主义法学派认识到在法律形式性上体现的这种张力会削弱法律适用的确定性和客观性,于是有弗兰克(Jerome N. Frank)和卢埃林(Karl N. Llewellyn)分别指出审判机构在规范推理以及事实认定方面的可变性、主观性问题,并把实验和科学创新作为解决之策^⑫。后来批判法学继承了这条思路但却将之推到极端,彻底否定法律议论的确定性、客观性、中立性、公正性,把认定事实和判断权利的作业都还原为法律之外的政治和意识形态^⑬。事实上,揭露法律制度以及法律职业隐蔽起来的主观偏向和权力策略始终是批判法学的基本立场。

二、“作为科学的法学”与验证的困境

为了克服司法过程的不确定性和主观性,兰德尔(Christopher C. Langdell)等一大批学者开始大力提倡“作为科学的法学”^⑭,试图以事实验证的确定性来弥补规范的不确定性;尤其是强调把各种社会调查、实验以及经验分析方法运用到对规范现象的研究方面,以便准确地预测和把握判决以及法律推理。例如在1932年,美国联邦最高法院的布兰德斯(Louis D. Brandeis)大法官在一个判决中发表少数意见指出“物理学中发现和发明的成功证实了试行错误的过程是如何重要。科学的进步大部分是实验的成果。……有人认为,现代社会之所以为解决其问题而苦恼,与法院对于社会科学领域中的实验持限制的态度有关”。而该案件的多数意见也承认各州有权进行实验性立法,只是这类法律实验不能突破联邦宪法所规定的自由^⑮。在中国的改革开放时代,也有立

⑫ Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, New York: Brentano's, 1930, p. 98. Cf. also James E. Herget & Stephen Wallace, "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism", *Virginia Law Review* Vol. 73 (1987) pp. 399-455. William W. Fisher III, Morton J. Horwitz and Thomas A. Reed (eds.) *American Legal Realism*, New York: Oxford University Press, 1993.

⑬ Cf. David M. Trubek and John Esser, "Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box?" *Law and Social Inquiry* Vol. 14 (1989) pp. 3ff. 也参阅船越资晶《批判法学的构图》(东京:劲草书房2011年版)。

⑭ Cited from Christopher C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston: Little, Brown & Company, 1879, p. viii.

⑮ See *New State Ice Co. v. Liebman*, 285 U.S. 262, 310, 311 (1932). 转引自[日]小岛武司《迅速的审判——美国民事訴訟法的研究》,中央大学出版社1987年版,第245-246页。

法预测之议^{①⑥}。美国还出现过运用经验科学的数据分析判决行为和运用符号逻辑学(symbolic logic)改进法律解释技术的各种尝试,其中一个典型表现就是借助计算机推动的“判决法理学(jurimetrics)”研究。实际上,法律的科学化成为19世纪后期以来的全球大趋势,关于法律的社会科学以及法社会学就是在这样的背景下应运而生的。

进入20世纪之后,在刑事诉讼领域,借助确定性、客观性很强的自然科学知识和方法形成所谓“科学的证据”用于事实认定的纠纷处理方式日益普及。在民事诉讼领域,涉及医疗责任、环境保护、建筑标准、知识产权等前沿问题的“科学审判”以及针对社会风险的“预防性科学诉讼”也日益增多。中国从1980年代初开始也有人借助数学方法和综合评判模型改善公害诉讼案件的审理^{①⑦}。笔者和北京大学法学系赵震江教授在1984年联名发表的关于法律与科学技术之间关系和相互作用的论文,可谓科学法律观在中国的先声之一,在当时引起了较大反响^{①⑧}。欧美法学界以司法应用为目的的科学研究也越来越发达,形成了所谓“法庭科学”的专攻领域。另一方面,波斯纳曾经认为经济学就是一种“接近自然科学的‘刚硬’社会科学(“hard” social science)”^{①⑨},试图通过加强目的与手段的分析来提高法律判断和决定的精密度和效率,从而引领了所谓“法庭经济学”的潮流。即便是基于逻辑演绎的纯粹理论,也被认为与自然科学同样能为政治和法律领域的准确预测提供基础^{②⑩}。但是,事实证明,通过科学以及社会科学的方法和手段未必能够真正克服法律适用过程中的不确定性和主观性。正如意大利出身的著名法学家卡拉曼德雷(Piero Calamandrei)所阐述的那样:

“的确,法官并非机械装置或计算机。法官是活生生的人。确定法律的内容并适用于具体事实的工作虽然被理解为在真空试管的三段论推理,但实际上却是在精神封闭的坩埚里进行的颇带神秘色彩的综合性作业过程。要在坩埚里把抽象的法律与具体的事实熔融一体,必须让直觉与感情在不断鼓动的良心之中热烈燃烧。也就是说,合法性以及一般的法律规范理论乃有益于法律家的学术尺度。但按照这种方式对判决进行逻辑分解,就像化学家的物质分析,即

①⑥ 吴大英、任允正认为,为了预测立法的未来状况和发展趋势,需要采用专门的科学方法和手段来获得经验性资料,这也是制定立法计划以及及时进行规范立改废的前提条件。参见吴大英、任允正《立法制度比较研究》,法律出版社1981年版。实际上,早在1950年代,威廉·艾德洛特(William O. Aydelotte)就利用电子计算机分析英国谷物法制定过程中的下院议员投票行为,后来一些投票行为研究还进行过模拟实验。据宋成有、沈仁安《数量方法与美国历史学》,载《国外社会科学动态》1983年第8期。

①⑦ 参见邓建熙等《模糊数学在环境污染案件审理中的应用》,载《中国社会科学》1983年第5期。

①⑧ 赵震江、季卫东《法律与科学技术》,载《法学研究》1984年第1期。后来这方面的研究有长足的进步,其中苏力:《法律与科技问题的法理学重构》,载《中国社会科学》1999年第5期一文尤其值得赞赏。

①⑨ Richard Posner, Law and Literature: A Misunderstood Relation, Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1988, p. 272. 但在该书英文第二版中,作者对经济学的科学目标采取了更中庸的立场,不在固守科学主义判断标准,而对文学叙事和法律修辞等话语行为中体现的涵义处理技艺持理解的同情立场。参阅理查德·波斯纳《法律与文学》,李国庆译,中国政法大学出版社2002年版,第393页以下和译者解说。

②⑩ 演绎理论的倡导者、数学家和生物学家阿那托尔·拉波波特(Anatol Rapoport)就持有这样的观点。虽然纯粹理论通常以理想化的状况为前提条件,未必有直接的实用价值,但却可以启迪和揭示真理,从而对规律进行预测。参见[美]爱·麦·伯恩斯《当代世界政治理论》,曾炳均译,商务印书馆1983年版,第496-497页。

便能够检验出构成鲜活的有机物的所有元素成分,也不可能创造和描述从这些元素的神秘结合方式中诞生生命的机制”^{②①}。

另外,很多法学研究者都注意到日本医疗事故诉讼史上最著名的判例“东京大学附属医院腰椎穿刺案件”,最高法院判决中关于因果关系的理由说明特别具有深远影响,被专业论著广泛引用。在这里,日本最高法院明确指出“与自然科学上的证明绝不容许任何疑义的标准不同,诉讼上的因果关系证明是对照经验法则来综合考察所有证据,确认特定事实引起特定结果的关系,从而证明一种高度概率性。后者的标准是只要能达到普通人能对真实性确信无疑的程度,就必须而且足以做出判定”^{②②}。其理由是审判的证明只是以过去一次发生的事实为对象,而自然科学的证明则是以多次发生的事实为对象,必须探求在过去和未来都适用的普遍规律,不容许任何反证现象有存在的余地。所以,司法程序中的证明归根结底不过是办案法官认为已经得到证明的内省确信而已。

实际上,即便审判机构非常重视自然科学意义上的证明,也会存在所谓“科学鉴定的两难困境”^{②③},即由于法官不可能具有足够的科技专业知识,必须对涉及科技的案件争议点另行进行科学鉴定;但对这种科学鉴定结果的评价和取舍也还是需要充分专业知识的,而判断权却只能由法官来行使。在21世纪初期的司法改革中,通过导入专业裁判员(或陪审员)等举措改进了司法鉴定制度的运作,但上述两难问题并没有真正化解。何况科学上的争论焦点与司法过程的事实认定上的争论焦点本来就未必完全一致,因为法官、检察官、律师以及法学研究者的目的是判断当事人是否负有法律责任,根本就无法避免价值的考量。审判机构在形成心证之际,需要对当事人的叙事做出分析,在此基础上建构和检验假说,并且要在法定审理期限内迅速对不断累积和变化的大量假说和暂时性结论进行处理、裁量、判断。因此,法律决定不得不立足于不确定性;甚至可以说,自然科学技术的影响越强,不确定性以及决策的风险性反倒越大。

正是在这样的背景下,加上美国法官政治倾向左右判决的典型事例和围绕法律和审判的政治活动的活泼化趋势的影响,批判法学的所谓“法的极端不确定性”命题开始重新抬头,甚至在相当程度上得到法学界主流的承认^{②④}。对司法实践的调查研究也已

②① [意]皮埃罗·卡拉曼德雷《诉讼与民主主义》,小岛武司、森征一译,中央大学出版部1976年版,第43页。实际上,卡拉曼德雷提出了与孟德斯鸠截然不同的法官理想图像:不是无生命的存在物,而是有灵魂的法律决定者,即“具有深切的人情味而肩负审判重任的参加型法官”(见同书第47页)。

②② 日本最高法院昭和50年10月24日判决,民事判例集第29卷第9号第1417页。参见[日]龟本洋《审判与科学的交错》,载《岩波讲座·现代法的动态》第6卷,岩波书店2014年版,第4-7页;[日]津田敏秀、山本英二《疫学的因果关系》,同书第99-102页。

②③ 中野贞一郎“科学鉴定的评价”,载[日]中野贞一郎编《科学审判和鉴定》,日本评论社1988年版,第27页。该文首先指出并论述了涉及科技知识的民事诉讼中所存在的这种两难困境。

②④ See Neil MacCormick, “Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS”, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 10 (1990) pp.553-555. Robert A. Kagen, Adversarial Legalism: The American Way of Law, Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2001, p. viii-x.

经证明,个人的效用和价值判断本身是无法量化的。因此,某种判决是否对自己有利、有利程度的大小以及价值顺位等判断都会因人而异,难以进行外在的客观衡量,法律的可预测性、确定性也很难真正实现。如果硬要要使这种可预测性、确定性成为现实,那么法律秩序的正当性恐怕就只能是强制,而不是合意或者承认。批判法学因其激进性、破坏性而让很多职业法律人敬而远之,近些年其影响力也在日渐衰减。但是,批判法学对法律职业共同体的思维方式、话语内容以及制度操作技艺所进行的研究和反思其实还是具有很强穿透力的。如果我们站在法社会学与法解释学进行建设性对话的立场重新玩味批判法学的一些见解,那就很有可能把其中富有学术价值的命题从愤世嫉俗的泥潭里拯救出来,作为法学研究范式转变的参考。

三、“作为技艺的法学”与议论的形态

既然法律的适用以及法学不可能完全克服不确定性和主观性,那就不得不以不这样的现实为前提来定位法律和法学。因此,另一种立场是干脆从技术甚至艺术的角度来理解法学的本质,并且在这样的框架中追求正义和公平。即便是凯尔森的纯粹法学体系,其实并没有把法律适用简单地看成是层层推理和演绎的逻辑操作,也没有试图建立一个类似数学或者几何学那样的法学体系,而在相当程度上承认主观意志在规范决定中的作用。凯尔森明确说过,“法律体系的各个规范并不是能从根本规范合乎逻辑地演绎出来的,而必须由特别的制订行为加以设定。这样的制订行为不是出于思考,而是出于意志”^⑤。在这里,法律的解释和适用侧重决定的内容正当性以及论证根据的自洽性,并不特别需要经验性事实的检验和科学的确证。试图通过欧几里得公理体系那样严密的结构和逻辑推理来追求法律的确定性不仅在实务上难以操作,在制度设计层面也没有落地的可能。但是,法律决定如果基于主观性、不确定性,那么怎样才能具有正当的根据和说服力?这是法律学者内心深处始终潜在的焦虑,不断产生出对数学和自然科学的憧憬以及某种实证主义情结。美国法社会学界始终重视经验科学以及结构-功能分析法,但从 1980 年代开始也把注意力转向价值涵义以及相应的沟通行为,逐步形成了所谓“安赫斯特学派”。属于这个学派的一批学者通过法律意识的调查、法院外解纷方式(ADR)以及街道行政执法的考察以及法律三类型论或法律多元主义框架的建构,推动了“日常生活中的法律”研究,把法律理解为从话语、实践中自发生长而成的社会结构,更加强调微观层面的支配与抵抗活动对于秩序的塑造作用,着力描述个人行为与社会结构之间的互动关系对制度、文化以及意识形态的影响。

不言而喻,实践中的法律主要表现为话语,主要通过立论和相应的议论来达成合意或共识的沟通活动,来呈现出一定的过程和结构并具有制度的前提条件。任何一个法

^⑤ 参见[奥]汉斯·凯尔森《纯粹法理论》张书友译,中国法制出版社 2008 年版,第 82 页。这里的引文进行了适当调整。

官都知道,在处理案件时必须始终面对当事人双方的一系列不同权利主张及其论证;要在大量的叙事和修辞中,要在这样的话语与话语相互对抗的构图中进行抉择,必须对复数的解答不断进行斟酌、权衡以及说服的作业。在这里,议论由复数的立论组成,每一个立论都必须给出理由、进行事实上或者逻辑上的严密论证,每一个立论都是可以辩驳的并通过反证的检验而正当化。也就是说,关于法律和正义可以有多种多样的看法,但只能做出一个决定;因此判决必须尽量考虑各种不同主张及其理由,以便说服社会。换句话说,要把被对立的权利主张撕裂成两个系列的法律议论重新统合起来,只有通过辩驳和验证这样的过滤装置才有可能。只要我们从这个角度来重新认识法律的确定性、客观性、公正性,就有可能找出解决问题的线索。这正是托尔敏(Stephen Toulmin)对议论结构的分析以及所提倡的“优化求证法(good reasons approach)”为什么引起我们重视的主要原因。他的思路和主张非常清晰、深刻,他说“我确信,通过对照现实中进行的议论评价来试验我们的想法,而不是对照哲学家的理想把法学当做逻辑学的普及形态,我们终将树立一个与传统的逻辑学截然不同的逻辑学体系”^{②6}。这种逻辑学体系以解析“议论的样式”为宗旨,把法律思维方式本身作为逻辑学的模型,而不是把逻辑学作为法律学的模型,就像胡适把司法中的勘验技术以及相应的推理过程作为历史考据学乃至文学研究的模型那样。在阿列克希(Robert Alexy)所倡导的“法律议论的学说”当中,通过对法律规则的选择和解释以及权利认定的理由论证,我们也可以发现同样的方法论取向^{②7}。

四、抗辩清单对于法律沟通过程的重要性

在这种法律的逻辑体系里,任何立论都是附带消灭条件的,因而有可能被归入例外之列、是不确定的。但是,如果立论经得起辩驳和反证的检验,那就可以存续于议论的过程-结构,因而具有确定性、客观性、正当性。笔者以为,把例外和反驳的条件也都编织到法律规则体系里去的这种“可撤销性(defeasibility)”,对于正确把握“议论的样式”以及法律的逻辑体系具有关键的意义,对于进一步深入理解中国特有的法律试行现象也颇有启迪作用^{②8}。在20世纪的法学理论界,是哈特(H. L. A. Hart)首先发现并从理论上阐述了“可撤销性”这个概念。在相关论述中,他把法律实证主义传统与维特根斯坦的哲学精神通过并列、交错和冲突最后巧妙地融合在一起,形成了以语言博弈为特征的法学新境界,通过语义分析方法建立起另一种自我完结的法律规则体系。这片丰饶

^{②6} Stephen E. Toulmin, *The Use of Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 10. 关于托尔敏的议论模型学说的内容概述,参阅[日]龟本洋《法的思考》,有斐阁2006年版,第226页以下。

^{②7} 参见[德]罗伯特·阿列克希《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版。

^{②8} 关于中国法律试行的理论分析,参阅季卫东《法律编纂的试行——在事实与规范之间的反思机制》,载季卫东《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版。

的思想矿藏最近在欧美法学界引起了越来越浓厚的兴趣^{②9}。

这里试举一例加以说明。哈特认为,有效合同的成立必须满足一定的条件;如果存在虚伪表示、强迫、丧失意识、不道德的目的之类的事实,有效合同不就能成立。这些作为撤销合同理由的事实不妨称作抗辩清单。稍微深入思考一下就可以领悟这样的道理:几乎所有法律概念,几乎所有的权利认定和保障,如果离开了关于不能适用规范的例外事由或者可以削弱规范的消极事由的清单,都无法进行充分的说明。显而易见,这种权利抗辩清单对于分配举证责任的制度安排也具有重要意义^{③0}。正是因为存在这样的抗辩清单,所以法律领域当中的语言博弈更加活泼并且不断延展,使得一种语言断片的周围逐渐出现越来越多的不同语言断片与之相互补充或者相互拮抗,使得一种语言博弈的边缘逐渐出现更大范围的语言博弈,从而形成不断扩张的多项语言博弈的复杂状况。关于权利确定化的共识通过这样议论纷纷的状态而渐次凝聚,并作为法律决定表达出来。这是一个动态的过程,其结果和效果会在很大程度上受到程序设计方案的制约。因此,权利抗辩清单是必须与程序公正原则相匹配的。正是在这样的框架下,哈特提出了法律就是第一层规则(责任规则)和第二层规则(承认规则)的结合这个著名命题。在某种意义上也可以说,他是把涉及语言博弈的语言博弈作为法律体系的本质^{③1}。由此可见,法律的存在与客观事物的存在不同:法律是通过语言表述出来的。所有权、股份公司、专利、法定继承、当事者适格等等现象,都不是在法律之外客观存在的实体,而是由法言法语构成的,是思想观念上的拟制。离开话语,离开议论,就根本没有法律可言。但在这里需要提请注意的是,尚处于试行(暂行)过程中的语言表述本身并非法律;只有当某一暂定法律表述、判断、决定的正当性得到认证之后某一法律规范才因而存在。而对之进行认证的仍然还是法律话语,这里存在着复杂的、互相关涉的话语连锁,甚至还有那么一点循环论证。在这个意义上也可以认为,社会结构来自话语;话语里面也隐藏权力关系,至少是关于权力的预期。

托尔敏非常重视哈特提出的这一命题,并把它与法律议论的思维方式或逻辑模型中的反驳条件等量齐观^{③2}。由此可以推而论之,法律议论的最根本特征在于双重可撤销性或者说双重不确定性:法律依据是可以因抗辩而撤销的,需要正当化的主张、命题以及决定也是可以因抗辩而撤销的。正如拉丁格言所表述的,“一切主张在未经证明之前应推定其不成立”,这里存在着说服力竞争以及淘汰的机制。这种正当化过程才是法律秩序的生命力源泉,也是规范确定性的关键所在。概括起来说,如果抗辩的空间较

^{②9} Cf. Jordi F. Beltrán & Giovanni B. Ratti (eds.) *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012. Claudia Blosier, Mikael Janvid & others (eds.) *Defeasibility in Philosophy: Knowledge, Agency, Responsibility, and the Law* Amsterdam: Editions Rodopi B. V., 2013.

^{③0} H. L. A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, XLIX (1949) pp. 174ff.

^{③1} 参见[英]哈特《法律的概念》张文显等译中国大百科全书出版社1996年版第五章以及[日]桥爪大三郎《语言游戏与社会理论——维特根斯坦·哈特·卢曼》,劲草书房1985年版关于哈特的法律规则学说的分析。

^{③2} Toulmin, *The Use of Argument*, op. cit. p. 131.

窄,则证明的义务负担也较小;反过来,倘若抗辩的空间较广,那么证明的义务负担也就相应地增大——因此,抗辩清单具有促进论证性对话的功能,并加强法律秩序的正当化机制,从而加强规范体系的确定性。另外,在主观与主观相碰撞的话语空间中,法律解释共同体内部分享的理念、语法、修辞、逻辑以及实践理性也可以在相当程度上构成客观的判断标准,促进规范文本的确定化^{③③}。哈特和托尔敏的理论焦点实际上是聚集在法律作为一种语言样式而发挥功能的基本机制之上。辩驳、论证、承认、撤销、变更、确定等一系列议论和达成共识的过程,正好反映了法律秩序最核心的建构装置,也就是规范的话语技术。围绕包括公正程序要件在内的第二层规则的各种语言博弈使得法律规范及其适用机制变得可视化了,也就是可以根据经验科学的方法进行观察、进而进行实证分析了。而不断扩张的多项语言博弈的复杂状况可以把社会规范及其正当化、内在化功能也作为第二层规则的关联现象也纳入视野之中,同时也可以从个人行为的层面研究法律规范的形成和运作,这就为法社会学研究开拓出新的空间,也为法解释学或法教义学与法社会学之间的竞争、合作以及互相补充提供了广阔的机会性结构。更重要的是,聚焦议论的法学研究可以促使法律命令说(权力的逻辑)以及法律道德说(传统的逻辑)逐步式微,加强庭审功能和律师的角色作用。在一定意义上也可以说,要建成法治中国的巴别塔,语言博弈与沟通机制具有决定性意义。

五、议论的法社会学:研究范式创新

基于上述分析,法律命题不确定性的渊源以及法律规范确定化的机制就在法律议论及其抗辩清单之中,而围绕秩序建构的个人间话语博弈以及法律与社会之间的互动关系为法的社会科学研究提供了非常辽阔的发展余地。为此,研究方法的重点从应该结构和功能转移到涵义上来,聚焦沟通行为,立足主观间性和话语博弈,建立一个兼顾程序、沟通以及权利共识指向的理论体系,并对实践中的法律意识和法律行为进行实证分析,进而在制度改革方面推动政策科学研究。法律议论的样式、象征性权力的作用、对话和抗辩的条件、程序公正的程度、决定的风险性和正当性以及处理纠纷和进行决定的各种机制设计方案等等,都将成为广义法社会学研究的重点对象,应该也有可能吸引更多的法解释学研究者以及不同学科的专家参与其中。我们可以说,在当今的时代,尤其是在中国,需要确立一个新的跨学科知识领域,即“议论的法社会学”^{③④}。这就是笔者

^{③③} Cf. Owen M. Fiss, “Objectivity and Interpretation”, *Stanford Law Review* Vol. 34 (1982) pp. 739ff.

^{③④} 邓肯·肯尼迪曾经提出“法律立论的符号学”的主张,宗旨颇有相通之处。See Duncan Kennedy, “A Semiotics of Legal Argument” *Syracuse Law Review* Vol. 42 (1991) pp. 75ff. , Cf. also Anne Wagner & Jan M. Broekman (eds.) *Perspectives of Legal Semiotics*, New York: Springer, 2011. 法律符号学虽然具有人类学维度,但更强调价值内涵的形成和表达以及有意义的沟通,立足点是索绪尔(Ferdinand de Saussure, 1857-1913)式语言学(欧洲流派)或者皮尔斯(Charles S. Peirce, 1839-1914)式逻辑学(美国流派),而这里所说的“议论的法社会学”则更侧重一定社会结构(特别是人际网络)中的沟通行为和互动关系,立足点是结构-功能-涵义三位一体的话语空间、抗辩和论证的正当化机制分析以及相应的公正性制度条件研究。

对今后法的社会科学研究范式转移的基本认识。

回望 20 世纪,关于法的社会科学研究曾经风靡全球,形成了“法与社会”研究范式;在方法论上,侧重结构与功能。然而,正当性论证不断促进实质问题的议论,势必使得社会价值的涵义凸显出来,全球化对本土文化认同的挑战进一步加剧了这样趋势。因此,法社会学的范式创新应该打破法与社会二分法的窠臼,聚焦涵义之网和沟通活动,进而对法律意识、法律知识以及法律思考形态进行深入的考察、分析以及解释,在形成权利共识的同时加强规范的反思理性。为了回应这样的时代需求,议论的法社会学将特别注重议论实效化的程序条件,主要包括参加议论的动力或诱因体系、确保论证性对话这一本质性特征、议论与法律判断以及制度改革之间的关系,并使潜在的议论规则尽量显现出来。这实际上是要改变“法与社会”运动把社会与法律对立起来并过分强调社会生活的那种状态,使法律职业的思维方式、个人主体的议论和行为变成广义法社会学研究的中心内容,进而剖析法律教义、制度结构与人们的法律意识乃至法律意识形态之间的关系和相互作用。在这个意义上,议论的法社会学也是实践(实务)指向的,也不妨理解为“法律的社会解释学”。

“议论的法社会学”在方法论上的主要特征是跳出法律与社会的二元论窠臼,把社会理解为法律运作的场域,把法律理解为社会生活的编码,从而扬弃以法律/社会的分离格局为前提的法律工具主义观点;与此同时,把社会中的法律秩序理解为包括支配与抵抗之前较量在内的多项语言博弈的复杂状况以及带有不确定性的价值涵义构成物。议论的法社会学将致力于对实践的观察、分析以及诠释,强调主体对结构的塑形作用,进而从事实与话语之间的交相影响中解读社会价值的涵义,侧重法律沟通过程、规范选择的行为以及秩序的建构-解构-再建构机制的经验性研究,也包括法律意识的比较、解释、反思以及批判。在一定程度上也可以说,这样的研究新范式企图围绕法律的专业话语与社会话语提供必要的媒介物和沟通方法,为象征性符号互动的秩序提供不可或缺的认识论框架,并使得具有鳞片化结构特征的中国传统法律秩序也获得更精准的科学表达,进而为法治的制度设计勾勒出一些破解难题的辅助线。

实际上,哈贝马斯在价值与事实之间构建的商谈理论与“议论的法社会学”的宗旨非常接近,只是前者更侧重社会的理性—德性沟通过程、后者更强调法律的内部—外部沟通过程而已。哈贝马斯明确指出:为了矫正极端客观主义的社会科学的流弊,需要反过来发扬主观精神,但又不能放弃理性的立场,于是需要在合理性的语境里重构道德话语,与卢曼的法律系统理论特意设置观察者或技术专家的视点形成鲜明的对照。哈贝马斯更强调社会主体的作用、强调相互主观的商谈,并通过不同意见之间的沟通网络和互动过程来适当调整结构与实践之间的张力。然而后期哈贝马斯主张只有法言法语才能成为生活世界与系统以及各个子系统之间的普遍性沟通媒体从而发挥整合功能。他说:

“法律可以说起一种转换器的作用,只有它才能使进行社会性整合的全社会交往之网保持不破。具有规范内容的信息只有用法律的语言才能在全社会

范围内循环;如果不把信息翻译成复杂的、对生活世界和系统同样开放的法律代码,这些信息在由媒介导控的行动领域内将是对牛弹琴”^⑤。

为了防止法律体系的保守化、维护批判精神,哈贝马斯引进了道德话语,并把导致讨价还价和妥协的交涉这一政治性契机也嵌入独立自治的规则体系之中。然而哈贝马斯还是坚持道德只有转译为法律代码才能具有超越邻近范围的效果这一命题。这意味着要把公民自主的沟通活动加以程序化。由此可见,哈贝马斯的商谈理论以一种双轨的规范性互动过程为特征,即围绕法律和权利的正式议论以及围绕道德和社会自治的非正式议论,并且这两个不同层次之间也存在着相互审核、相互蕴含的关系。

在哈贝马斯止步的地方,仍可进一步追究:程序正义的最本质特征是不容许双重标准,在双轨的议论和交涉过程中能否实现规则的统一?怎样才能避免社会化的私人自主与政治化的公共自主之间发生分歧甚至对峙?在平面化的相互主观性沟通活动中,虽然程序规则和议论规则能够防止所谓“双重不确定性”问题的出现,但为达成共识而促进反复议论的理想条件却面临时间压力以及无法作出决定的压力,应该如何克服这类困难^⑥?这些问题正是“议论的法社会学”所必须面对和进一步寻求答案的。

六、政策议论与社会议论

“议论的法社会学”当然特别关注法律的议论,特别是职业法律人的话语行为及其制度条件。然而也要看到,论证性对话以及抗辩的活泼化势必不断凸显价值和立场的差异,因而加强议论和交涉的政策指向,助长法律沟通的政治化趋势。政策议论以及法律沟通的政治化势必加剧判断和决定的不确定性,也使得法律关系在关于正义、道德以及社会福利的层出不穷的辩驳之中难以稳定。为了解决这个问题,德沃金沿袭主流法学的固有思路,特别强调记述个人权利的“原理”与记述社会整体目标的“政策”之间的区别,主张法庭辩论以及司法判断应该聚焦于寻求权利的正解^⑦。在传统的形式性要求之外,他还提出了著名的整合性学说,对法律的推理和解释设定了三个限制条件:第一、推理和判断必须与法律规范体系的整体相吻合。因而需要明确区别立法者与审判者,防止法官造法现象的滋长^⑧。这是最基本的限制条件,同样适用于立法者。第二、当与法律规范体系的整体相吻合的解答存在复数时,必须从中选择出一个解答作为判决内容,为此还要另行对法官追加两个限制条件。一个是法官可以根据自己信奉的政治理论或者原则进行选择,但这种政治理论或者原则必须能够为法律规范提供最相洽

^⑤ [德]哈贝马斯《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第69页。

^⑥ 参见季卫东《法律程序的形式性与实质性——以对程序理论的批判和批判理论的程序化为线索》,载《北京大学学报》(人文社会科学版)2006年第1期。

^⑦ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1977) pp. 82ff., 90ff.

^⑧ 参见[美]罗纳德·德沃金《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第238-241页。

的说明。第三、另一个限制条件是这种政治理论或者原则必须首尾连贯,适用于该法官处理的所有案件,而不能左右摇摆、自相矛盾^③。德沃金认为,只有当上述三个限制条件都得到满足时,法律解释就不会轻易被个人价值偏好、政治目的、结果乃至政策左右,才具有从原则到规则的整合性。

显而易见,德沃金是希望禁止、至少极其严格地限制法官进行政策性讨论的。但是,只要到司法现场考察一下就明白这样的道理:法律解释的实践往往不得不进行各种利益和价值的比较权衡,不得不从社会福利的角度对个人之间的权利主张进行适当协调,不得不考量某一规则或判决对当事人以外的其他人的影响,这些现象与德沃金的理论主张并不符合。在这里,我们有必要换个角度看问题。站在议论的法社会学这一立场上,可以推断出这样的结论:法律议论既然无法杜绝政策问题,那就应该从场域的建构开始,为政策性讨论确立必要的游戏规则,并加强科学论证的环节。首先应该形成理想的对话状况,明确程序公正的条件,确立规则选择的标准。其次还要确立议论的基本框架,以便合理控制说服力竞争的连锁反应,为达成基本共识以及关于具体权利的共识准备条件。需要注意的是,这样的话语空间毕竟是为抗辩而创出的,而抗辩势必承认关于法律的不同视角以及法律思考的多元论逻辑(最典型地表现为律师使用法言法语的党派性)相应地也就要承认从法律上解决问题的方案具有复数性,可能有若干个正解。在这个意义上,法律议论的场域充满了矛盾、冲突以及张力,法官必须不断面对各种各样的主张、论证以及解释之间的竞争,也不断面对自反性悖论。为了跳出这个悖论的陷阱,法官有时不得不利用裁量权自己进行决断。当然,这是一种带着枷锁跳舞的决断主义。但无论如何,这样的抗辩和决断都会从不同角度加强法律秩序的主观性和不确定性,而规范关系的确定化只能是话语技术不断竞赛的结果,即关于权利的共识产生于永不停息的较量,从暂时的共识到恒久的共识,从局部的共识到全面的共识。在这里,能够确保语言博弈的自由和公平的程序竞技场具有决定性意义。

为了限制法官进行决断的恣意,民主问责经常成为司法改革的一个口号或者举措。所谓司法参与,所谓舆论监督,包括微信朋友圈里对热点案件的围观和争辩,都是民主问责的具体表现方式。这意味着判决的正当化根据除了法规、先例、学说、解释、推理技术之外,还有社会实践以及一般群众的话语博弈。法律决定既然是通过议论就权利问题达成共识之后才做出的,而不是事先的武断,那就必须不断接受实践理性的检验,在制度层面主要体现为广泛的意见竞争以及说服技术较量。为此,围绕案件审判的沟通需要把法院之外的公民议论以及相应的互动关系也嵌入其中,使得法院内部的议论与法院外部的议论都能成为法律判断的参照材料。与此同时还应确保这些议论属于论证性对话的范畴,而不是某种情绪化的倾向舆论。参加议论的任何人都必须有在被说服之后修改或放弃自己主张的思想准备,这是法律议论的基本共识,也是通过选项减少的方式实现法律关系确定性的人格保证。在这里,议论的法社会学与哈贝马斯的商谈理

^③ 前引^③,德沃金书,第314-315页。

论能找到很多共鸣之处。

然而需要注意的是,在人际关系网络非常强韧的中国社会,议论样式会具有鲜明的圈子化特色,多层多样的场域导致语言博弈更加复杂化^⑩。在法律秩序的基层,存在着人与人之间错综复杂的关系。关系这个表述本身就带有自身与他者的二元性,而法律是以关系的撕裂、人与人之间的对立为前提的,但同时法律也是克服这种人际纠纷的尝试或者制度安排。只要纠纷不消失,关系就不可能成为和谐的统一体,因此在法律的深部始终会产生出某种两项对立的因素,助长语言博弈。因此,在纵横交错的网络里,始终存在着各种各样活泼的沟通行为和复杂的互动关系,也存在一个就解决问题的方案进行讨价还价的“意见市场”,使得法律规范的贯彻被阻碍、被扭曲。另外,在法律适用过程中如果存在大量的社会交换,势必导致规范秩序中频现混沌。一般而言,不断编织关系网的个人或社群都是秩序的建构者,同时也是一旦有机会就破坏规则的自我中心主义者。秩序的担纲者,甚至包括执法者和司法者,都有这样的两面性。对中国法律议论的社会科学研究必须从正视这样的两面性开始。另外,电子信息技术和互联网实际上放大了中国社会中人际关系网的传统特征,加强了人们相互间沟通、交涉的能率和波及效应。在话语空间平面化的状况中,立法者、政策决定者赋予规范文本的涵义很容易在互动关系中发生这样或者那样的变化,人们根据自己的体验做出大相径庭的理解和诠释,甚至完全忽视原来的意图。在一定条件下,个人可能创造出自己主宰的场域,把志趣相投者凝聚在一起,形成和扩大一时一地的倾向舆论。由此可见,互联网以及借助电子信息技术强化的人际关系网已经成为个人进行各种社交活动的重要平台和媒介,也可能在相当程度上成为个人对社会结构反复进行重构的工具,甚至还有可能发展成一种有效的对抗性权力。不言而喻,议论的法社会学还将把这样一种具有全球性、网络性、风险性以及大众性的崭新的社会时空结构作为经验科学研究和数据实证分析的对象,并在秩序与混沌的边缘探讨法治模式创新的可能性。

结 语

本文把现实主义法学以极其鲜明的方式提出的“法律不确定性问题”作为出发点,并沿着通过制度设计或者科学研究等等方式来摒弃不确定性以及反过来在不确定性的前提条件下进行制度设计和科学研究这样两条基本线索,梳理了作为法学主流的法解释学与作为新兴学科的广义法社会学之间的辩论以及不同应对策略,关照中国法教义学与社科法学之争的来龙去脉和视觉上的盲点;从中归纳出作为科学的法学观与作为技艺的法学观以及法律的本质就是话语、叙事以及议论,就是沟通行为,就是象征性符号的互动关系这样的核心命题。在上述背景下,笔者把批判法学制作的关于主流法律

^⑩ 参见季卫东《公约、公愤以及公议——现代中国的法律话语空间》,载[日]佐佐木毅等编《过去·现在·未来公共哲学丛书4——东亚公共空间的创立》,东京大学出版会2003年版。

思维方式以及职业法律人的话语和行为的透视图进行了反转,以便把一些对法律秩序深层原理的洞见和颇有启迪意义的命题群从激进主义的泥潭里拯救出来,荡涤掉其愤世嫉俗的附着物,从而使不同程度上存在的各种法治破坏力转化成根据反思理性进行制度建设的动力,并在这种思路中界定中国语境里的相关问题。

聚焦法律议论,是要把法社会学研究的重点从结构、功能转移到价值涵义,以便真正深入到规范的领域进行探索、观察以及实证分析,与此同时也就可以切实加强和法解释学以及法律实务部门之间的深入对话,并形成某种相辅相成或者相反相成的关系。相信大家就可以就这一判断达成基本共识:议论是一切法律现象最典型的表现形态。推而论之,关于议论的理论就是程序的理论,也是关于解释和论证的理论,只是侧重点各有不同而已。由此亦可见,从 1993 年发表程序论^⑪到现在倡导“议论的法社会学”聚焦法律秩序中的结构与话语之间互动关系以及实践问题,同时酝酿进行两岸三地法律意识的调查和比较研究,并试图在指导思想层面上推动中国法律意识形态的重构等学术活动的轨迹可以看出,笔者的立场和观点是始终一贯的、顺理成章的。至于所谓“法律不确定性问题”,笔者要强调指出:打开困境的关键并非严格的教义信仰,也不是彻底的科学主义,而在于法律议论本身的可撤销性,或者说与各种权利主张相伴随的抗辩清单。在不断反驳和论证的话语技术竞争过程中,解决方案的多样性会逐步淘汰减少,直到最后找出一个大家都承认或者接受的正解,至少是唯一的判定答案。其实这也是中国法律试行制度的内在逻辑,与卢曼的“学习的法”概念以及哈贝马斯的商谈理论可以相映成趣。而我们念兹在兹的法律确定性,只有在这个意义上才是可行的、真实的,并且通过程序要件获得制度上的保障。然而不得不承认,这种确定化的过程本身却是周流不息、永无止境的。

法律与社会的关系,归根结底就是通过议论反复寻找权利共识的动态。议论可以在关系网络中进行,也可以在公正程序中进行,还可以在自由的市场或广场中进行,因而会呈现截然不同的样式和结局。由此也可以推定,议论中呈现出来的互动关系的形态决定了各种法律制度的运行,而改革成败的密码应该也有可能法律议论、政策议论以及社会议论的交叉口解读出来。这样多层多样的、辽阔无边的话语空间,值得我们去观察和发现,并开展经验科学的研究和价值涵义的对话,进而推动法社会学乃至法解释学的范式创新。其理论基础已经奠定了,主要是从哈贝马斯沟通行为学说—肯尼迪象征符号学说的社会视角与麦考密克的市民议论学说—阿列克西法律论证学说的法律视角所看到的话语分析法,另外还有因为“法与社会”运动中出现文化诠释论的转向而产生一系列实证性业绩可资借鉴。在中国的法社会学史学和当代日常生活中的法律实践

^⑪ 季卫东《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,载《中国社会科学》1993 年第 1 期。

研究方面,已产生出一批在国际上引人注目的成果^⑫,显示了可进一步拓展的前景。

正是根据基于以上的分析、总结以及判断,笔者特此提倡“议论的法社会学”,并认为这就是中国法学和法治范式创新的一个非常重要的切入点。如果聚焦法律议论的社会生态和制度安排,就会发现把法教义学与社科法学的争论与合作推进到新阶段的重要契机已经隐然可见,并有可能在这个基础上形成一个在规范和价值涵义领域长驱直入、具有中国风格的法律社会科学研究新流派。

Abstract: This article starts from the issue of legal uncertainty, along with two basic clues including through dogmatics or scientific technique to abandon the uncertainty and considering system design under the uncertain precondition, sort out the discussion between legal hermeneutic and legal sociology and their different strategies, and conclude that the nature of legal concept as science, legal concept as technique and the law is the core of speech practice. The author supposes that future Chinese issue guiding of interdisciplinary research should focus on the legal discussion, especially the legal social scientific study of law should transfer the emphasis from structure and function to the implication of value for real empirical analysis in normative fields, at the same time, strengthen the communication with legal hermeneutic and legal practical departments. Therefore, the author encourages the study method of legal sociology in discussion, tries to enhance the discussion of legal methodology, and promote the innovation of thought and institution.

(责任编辑: 李小明)

^⑫ 例如: Philip C. C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996; Kevin J. O'Brien & Li Lianjiang, "The Politics of Lodging Complaints in Chinese Villages", *China Quarterly* No. 143 (1995) pp. 756-783; Li Lianjiang & Kevin J. O'Brien, "Villagers and Popular Resistance in Contemporary China", *Modern China* No. 22 (1996) pp. 28-61; Kevin J. O'Brien "Rightful Resistance", *World Politics* Vol. 49 No. 1 (1996) pp. 31-55. 应星、贺雪峰、程金华、贺欣、刘思达、侯猛等新锐的研究成果也大致可以归结于这个范畴。