

系统论法学视角下现代司法裁判中 规范与事实的区分

泮伟江^{*}

内容提要 随着中国法治建设不断深入,如何说明和论证司法裁判中抽象法律规范和具体个案事实的区分,已成为法学理论的一个重要问题。传统的法学理论主要通过休谟定律来说明此种区分的合理性,但遭遇巨大的挑战。系统论法学放弃了先验论的进路,将法律系统看作是一种运作封闭和认知开放的社会系统,进而将法律规范与案件事实的区分理解为法律系统内部的一种认知图式。该图式在法律系统内部执行了自我指涉与外部指涉,协调法律系统与环境之间的关系,有助于实现法律系统保障规范性预期之社会功能的实现。

关键词 司法裁判 法律规范 案件事实 系统论法学 认知图式

目 次

- 一、引言
- 二、休谟定律论证规范与事实区分的局限性
- 三、规范与事实区分作为法律系统的认知图式
- 四、规范与事实区分图式的社会功能
- 五、结语

^{*} 北京航空航天大学法学院教授。本文系 2022 年度国家社科基金重点项目“系统论视野下数字法治基本问题研究”(项目批准号: 22AZD149) 的阶段性成果。

一、引言

党的十八大以来,我国不断完善立法体制,加强重点领域立法,中国特色社会主义法律体系日趋完善。截至2024年6月,我国现行有效法律303件,行政法规598件、地方性法规1.4万余件,国家和社会生活各方面总体实现有法可依。^①在这种情况下,法律实施和法律适用工作的重要性日益凸显,人们越来越深刻地认识到简单案件与疑难案件之间的差异。在简单案件中,法官通过法律教义学的基本知识体系和法律解释的一般方法,就可以作出正当合理的个案裁判。但是在疑难案件的裁判中,案件事实的复杂性远远超越了法律条文字面含义所能够覆盖的范围,因此导致法律规范与案件事实之间存在着裂缝。此时,仅仅依靠法教义学的基本知识,凭借一般法律解释的方法,往往难以作出正当合理的个案裁判。在疑难案件的裁判中,如何消弭司法裁判实践中广泛存在的法律规范与案件事实之间的裂缝,就成了当前中国法学理论研究的一个重要问题。

当前法学理论对该问题形成了两种不同的理解和解决方案。一种理解认为,法律规范与案件事实的裂缝虽然不可避免,但是通过法律教义学知识的丰富和发展,以及法律解释方法的巧妙运用,仍然可以较好地实现正当的司法个案裁判结果。^②另一种理解则认为,法律规范与案件事实之间的裂缝主要是由法律规范脱离社会现实的原因所导致的,解决的方案是在司法裁判中更加重视案件事实的复杂性,通过调查蕴含在案件事实的各种复杂因果关系,探查案件事实自身包含的“是非曲直”来裁断案件。^③在这种方案中,司法裁判中法律规范与案件事实之间的区分被打破,法律规范在司法裁判中发挥的引导和拘束作用被降低到最低限度,法官的自由裁量权被放大到最高限度。

在这两种理解中,第一种理解强调法律规范在整个司法裁判中的基础性地位,从而将司法裁判的过程看作是一个法律适用和法律解释的过程。第二种理解则质疑法律规范在司法裁判中的此种基础性地位,提倡在司法裁判中给予案件事实更重要和基础的地位,从而构造出一种以案件事实为中心的裁判结构,以及与此相配套的法律知识体系。可以发现,这两种理解之间的一个核心分歧点在于:第一种理解坚持司法裁判与案件事实之间的两分,因此将司法裁判过程理解为一个一般性法律规范适用到个案事实的过程;而第二种理解则放弃了司法裁判中抽象法律规范与特殊案件事实的区分,认为特殊的个案事实中就已经包含了“是非对错”的规范,因此,通过对个案事实中包含的“是非对错”之规范的阐释,可以作出更加公正与合理的个案裁判。

这并非一个无关紧要的问题。一方面,对于许多法教义学工作者来说,其工作的基

① 参见陈文清:《完善中国特色社会主义法治体系(学习贯彻党的二十届三中全会精神)》,载《人民日报》2024年8月6日,第6版。

② 参见黄卉:《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》,载《北大法律评论》(第12卷第2辑),北京大学出版社2011年版,第376页;许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期,第973页。

③ 参见苏力:《是非与曲直——个案中的法理》,北京大学出版社2019年版,第5页。

基础,就是承认现存法秩序是大致合理的,因此整个法教义学工作都是围绕着法律规范的解释和适用展开的。^④如果取消司法裁判中法律规范与案件事实的两分,对法律教义学的作业来说,无异于釜底抽薪。如此,整个法律职业和法学教育,都面临着重大的调整。另一方面,大量的社科法学研究又将打破司法裁判中法律规范与案件事实的两分,作为开展社科法学研究工作的基础和条件。如果严格坚持司法裁判的此种两分结构,则社科法学的许多主张和理想都难以落实,最终社科法学可能不得不萎缩为司法裁判中的一种法律解释方法(后果考量)。由此提出的更深层的法学理论基本问题是:在司法个案裁判中,抽象法律规范与具体个案事实之间的区分是否是不可取消的?如果是不可取消的,其合理性基础是什么?这给现代法律和现代社会带来了哪些收益?同时现代法律和现代社会为此又不得不付出的成本是什么?

传统的法学理论通过运用规范与事实区分之休谟定律,采用一种规范主义的进路论证司法裁判中法律规范与案件事实之两分结构的不可取消性。这种论证思路强调,规范与事实的两分是一种哲学上的真理,司法裁判中法律规范与个案事实的两分之所以不可取消,是因为这乃是休谟定律在司法裁判领域的具体体现而已。社科法学之所以反对司法裁判中法律规范与案件事实的两分,是因为社科法学无法处理规范问题。^⑤这种观点遭遇了不少批评。例如,许多论者指出,规范与事实分离的休谟定律有其严格的适用范围,主要适用于纯粹的自然事实与价值的两分,但是社会事实包容价值,因此休谟定律在适用到社会事实与法律规范的关系问题时,需要作更严格的限制。^⑥本文尝试采用一种非规范主义的进路——系统论法学,来解释和说明司法裁判中法律规范与案件事实的两分。作为一种非规范主义的规范理论,系统论法学并不从先验的立场来说明现代司法裁判的此种两分结构,也不将此种两分结构看作是一个无需解释的客观存在,而是将现代法律理解为一个运作上封闭、认知上开放的自创生社会系统,以此观察司法裁判中此种两分结构在整个法律系统运作中的地位和作用。系统论法学对现代司法裁判两分构造的观察和描述,有助于我们对现代司法裁判和现代法律形成更深刻的认识。

二、休谟定律论证规范与事实区分的局限性

通常来说,司法裁判中规范与事实的区分被看作是一种客观事实的存在,无需对此作出任何反思与论证。社科法学与法教义学围绕法律适用过程中法律规范与案件事实的关系问题所展开的一系列争论,促使我们认真对待和反思此种区分的合理性。通过休谟定律来论证司法裁判中规范与事实的区分,远未达到令人满意的效果,反而是心理学

^④ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第252页。

^⑤ 参见雷磊:《法社会学与规范性问题的关联方式:力量与限度》,载《中外法学》2021年第6期,第1420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》,载《法学家》2021年第6期,第34页;吴义龙:《社科法学如何处理规范性问题?——兼与雷磊教授商榷》,载《中外法学》2022年第6期,第1586页。

的图式理论为认识法律系统内部规范与事实区分的地位与功能提供了重要启示。因此,系统论法学通过引入和借鉴心理学的图式理论,认为司法裁判中规范与事实的区分是法律系统协调自身与环境关系的一种认知图式。

(一) 司法裁判中规范与事实区分的非必然性

无论是从事法律实务工作还是从事法学教育和研究工作,对于大多数法律人来说,司法裁判就是一个依法裁判的过程,也就是通过解释法律规范的含义,将法律规范适用到个案事实,并作出判决的过程。如果否定这一点,法律人在法学院所学到的多数法律知识和技能都会失去用武之地。法治原则要求法官必须受法律的约束。因此,司法裁判必须于法有据,即“以事实为依据,以法律为准绳”。在诉讼过程中,任何要得到法官支持的诉求,都必须寻求一个或者多个法律条文作为请求权基础。但如果我们跳脱现代法律人基于日常工作经验形成的视野,从比较法律文化和一般法理学的层次审视这个问题,答案就没有如此简单。例如,韦伯是公认的比较法律文化研究的大家,他在《法律社会学》中非常雄辩地指出,“将涉及法律的各种生活关系加以概念化”^⑦,形成法命题,并进而将法命题加以整合形成法体系,从而使得司法裁判变成了对抽象规则的适用,此种法律实践的模式最早仅仅出现在近现代的欧洲。在世界比较法律史的宽阔视野中,无论是古代中国、印度、伊斯兰等,还是中世纪时期的欧洲,裁判的结构都不遵循此种模式。

从人类法律发展和演变的历史来看,司法的历史远远比立法的历史悠久。法律人类学的研究表明,在人类社会早期,初民社会中并没有专门的立法机构和立法活动,但是中立第三方以权威者身份介入和解决纠纷的工作却非常活跃,这可以被看作人类社会最早期的司法工作。^⑧在这种类型的司法工作中,规范与事实之间并不作明确和断然的区分,法官不过是根据纠纷的内容以及各种事实所蕴含的是非曲直之理,最终作出一个权威性的裁决,并被纠纷各方当事人所接受。英国普通法的历史也表明,作为裁判标准的法律规范并非总是先于裁判而存在,反而是司法实践经验的总结。^⑨提前制定抽象与一般的成文法律规范,将它们作为司法裁判的判准,这似乎仅仅是现代司法裁判的一个特殊成就,而非普遍的历史经验。从法律思想史的角度来看,对此种现代司法裁判的构造提出质疑的也大有人在,并且影响不小。美国法律现实主义的代表人物卢埃林就从根本上否认法律规范在司法裁判中的这种基础性地位,主张“不相信传统的法律规则或概念足以描述法院或人们的真正做法”,同时还认为“传统的规定性的规则”并非“法院判决形成的有力的关键因素”。^⑩在当代中国法理学中,许多从事社科法学的研究者也认为,“法条主义”无法有效地解决疑难案件,因为相对于简单案件的事实,疑难案件的事实更为复杂。而法教义学的法条主义方法论过于受法条含义的拘束,因此在裁判疑难案件中,

⑦ [德] 韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2005 年版,第 27 页。

⑧ 参见 [美] E·A·霍贝尔:《初民的法律:法的动态比较研究》,周勇译,中国社会科学出版社 1993 年版,第 19-30 页。

⑨ 参见泮伟江:《一个普通法的故事:英格兰政体的奥秘》,广西师范大学出版社 2015 年版,第 62-76 页。

⑩ See Karl N. Llewellyn, *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, Vol.44:1222, p.1237 (1931).

往往忽略了疑难案件事实的丰富性和复杂性,生搬硬套地解释和适用法条,从而导致裁判结果的不合理。^⑪

列举法律史、法律文化比较研究、法律思想史和社科法学研究的诸多证据,并非是要否定现代司法裁判的此种基本构造,而是要指出,此种将抽象与一般的法律规范内置为个案裁判之基本前提条件的做法,并没有法律人通常所认为的那样,是自然的和天经地义的。在司法裁判过程中,明确区分法律规范与案件事实并且将法律规范作为裁判的大前提、将案件事实作为裁判的小前提、运用逻辑三段论的方式作出司法判决的裁判构造,需要在理论上得到更有力理由的支撑与说明。

(二) 休谟定律的论证及其局限性

已经有学者在法律方法的层次为此种模式提供了一个强有力的论证。^⑫但从问题的根源上来说,这不仅仅是一个司法裁判方法运用的问题,更是一个司法裁判本体构造的问题。就司法裁判本体构造层次而言,传统法理学的处理主要是指出法律的规范属性,并通过运用休谟定律来论证司法裁判的此种法律规范与案件事实二分的构造。关于休谟定律,英国哲学家休谟在《人性论》第三卷第一章的最后一段中的几句话,通常被看作是它的出处:

“在我所遇到的每一个道德学体系中,我一向注意到,作者在一个时期中是照平常的推理方式进行的,确定了上帝的存在,或是对人事做了一番议论;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‘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。因为这个应该或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,即这个新关系如何能由完全不同的另外一些关系推出来的,应当举出理由加以说明。”^⑬

通常来说,这段话的含义被理解为无法从“是”推出“应当”,因此将研究“是”的事实科学与研究“应当”的规范科学作了一个区分。耶林和凯尔森等人,都不同程度上运用了休谟定律来说明法律的规范性内涵,并在此基础上将法律科学与事实科学进行区分,指出法律规范的性质是一种“应当”,也即“某人应当以特定的方式来行为”。^⑭因此,休谟定律也被作为一个核心的论证理由,来说明司法裁判过程中法律规范与案件事

⑪ 参见苏力:《农村基层法院的纠纷解决与规则之治》,载《北大法律评论》第2卷第1辑,北京大学出版社1999年,第80-99页;苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

⑫ 参见雷磊:《为涵摄模式辩护》,载《中外法学》2016年第5期。

⑬ [英]休谟:《人性论》(上),关文运译,郑之骧校,商务印书馆1980年版,第509页。

⑭ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(原书第2版),法律出版社2021年版,第6页。耶林关于法律应然性质的阐述,参见Rudolph von Jhering, *der zweck im recht, erster band*, 3 Aufl.1893, S.3ff。

实区分的正当性。^⑮这种理论认为,如果放弃法律规范在司法裁判中的地位,将其压缩到最低限度,而围绕案件事实来形成一套裁判的构造,就会带来两种可能的结果。一种结果是完全放弃了法律的规范性,从而以一种事实科学为基础,以因果关系为内涵,作出裁判。这完全误解了法律的性质,因此是不可接受的。另外一种可能的结果是,虽然没有放弃法律的规范性,但混淆了规范与事实的界限,从事实中推导出规范,从而违背了休谟定律,这也是不可接受的。

运用休谟定律揭示法律的规范性特征,从而论证司法裁判中规范与事实二分的构造,是现代法理学中的主流理论。但近年来,一些学者对这个理论提出了挑战。例如,哲学家普特南就指出,休谟定律中与规范相区分的事实,主要是纯物理的事实,但人们日常生活中的许多事实,都不是纯物理事实,而是内置各种价值的社会事实。^⑯例如,如果从纯物理事实的角度看,货币就是一张纸。但货币的核心内涵并非其作为纸张的属性,而是承载了经济中的交换价值。因此,在社会科学中,规范与事实的二分并非绝对的。在此基础上,司法裁判中的案件事实,虽然也包含了大量的物理事实,但主要是一种蕴含着各种价值和规范的社会事实。就此而言,以案件事实为核心构建一套司法裁判的构造,并非只处理事实科学层面的因果关系,同时也处理了价值问题。

这种批判是很有力的。尤其值得注意的是,凯尔森运用休谟定律说明法律性质时,并没有着重讨论司法裁判中法律规范与案件事实区分的问题,而是从两个方面来运用休谟定律说明法律的性质。首先,凯尔森运用休谟定律将法律与道德进行了区分。在这个工作中,凯尔森着重揭示了法律并非作为一种规范而存在,而是作为一种事实,与作为价值的道德相区分。^⑰即便法律作为一种规范而存在,也是作为一种特殊类型的社会事实而存在,而非作为一种具有形而上学正确性的永恒规范而存在。其次,凯尔森纯粹法学的一个重点工作确实是运用休谟定律来说明法律本身具有规范性的内涵,但他是通过将法律关系与各种事实关系相区别来说明这一点的。^⑱如果说,司法裁判中法律规范与案件事实之间的关系是存在于法律内部的一种关系,则法律关系与任何其他社会关系的比较,都超出了司法裁判所能够涵盖的范围。

直接运用休谟定律来说明司法裁判中规范与事实各自的地位与作用,其论证效果在一定程度上仍然是可疑的。说明法律是一种规范、具有应当的品质,并不能直接推导出要在司法裁判中形成法律规范与案件事实的二分构造。在人类历史的大部分地区的大部分时间中,司法裁判的实践都没有像现代法律体系一样,对二者作出如此鲜明和严格的区分。因此,如果我们要探究和说明司法裁判中法律规范与案件事实各自的地位与作用,进而说明此种二元区分构造的合理性,就必须对现代法律系统内部的结构和运作形成更系统而深刻的认识。在这方面,系统论法学提供了许多丰富的洞见。

^⑮ 参见雷磊:《法教义学的基本立场》,载《中外法学》2015年第1期,第213页。

^⑯ 参见[美]希拉里·普特南:《事实与价值二分法的崩溃》,应奇译,东方出版社2006年版,第37-58页。

^⑰ 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1995年版,第4页。

^⑱ 参见前注^⑭,凯尔森书,第4-12页。

三、规范与事实区分作为法律系统的认知图式

运用休谟定律揭示法律的规范性,并据此论证司法裁判中法律规范的基础性地位,其隐含的一个论证是,法律规范由于其内在蕴含的“规范性”品质,因此具有一种自然正确性。这种关于法律规范自然正确性的假设,与法律工作者预设法律秩序大致是合理的预设,刚好重合在一起,因此受到了大多数法律工作者和法教义学研究者的默示同意。^{①⑨}他们认为,疑难案件中裁判结果有种种错误的原因不在法律规范本身,因为法律规范内在是正确的,正确的不可能变成错误的。以此推论,如果疑难案件的裁判结果出错了,只能是法官在裁判中错误地运用了解释和适用法律规范的方法和技艺。但事实上,法律规范的“规范”地位并非源于其内容的自然正确性。例如,通过法律修改和废止的程序,一个原本被预设为正确的法律规范就失去了法律规范的资格和地位,因此也就不再“正确”。就此而言,一条具体法律规范的正确与否,其实是偶联的和可变的。在司法裁判中,法律规范的正确性是被预设的,因此也是可以通过立法程序修改的,而非天然正确。

系统论法学将现代法律系统理解为一种运作封闭和认知开放的自创生系统。作为一个自创生的社会系统,法律系统以法律沟通为基本单位,通过法律沟通的递归性运作,将自身从它的社会环境分化出来。^{②⑩}同时,系统论法学也认为,法律系统的运作是以合法/不合法的二值代码为基本结构展开运作的。^{②⑪}例如,在司法裁判中,任何一种诉求,要么被法官判定为合法,要么被法官判定为不合法,而不可能被法官判定是美的或丑的,或被法官判定是利可图的或无利可图的。法律系统的核心工作,就是对案件诉求作出合法性判断,所有法律系统的运作与设置,都必须围绕对案件诉求的合法性判定展开和进行。虽然法律系统内部运作的基本结构是合法/不合法的二值代码,但系统论法学同时也认识到,这样一个结构要有效运转,判定“何为合法,何为不合法”的判准,仍然是不可或缺的。^{②⑫}各种实证法的法律规则、原则、先例等,都能够作为判定“何者合法、何者非法”的判准,在法律系统内部发挥作用。

(一) 心理学的图示理论

在系统论法学的分析框架中,司法裁判中法律规范与案件事实的区分,不再是许多学者所设想的那样,是一种先验论意义的自然正确,而仅仅是法律系统内部的一种认知图式(cognitive schema)。图式的概念最早由德国哲学家康德提出,后来认知心理学研究进一步提出了图式理论。康德在《纯粹理性批判》的第一编第二卷第一章“纯粹知

^{①⑨} 参见前注④,卡尔·拉伦茨书,第252页。

^{②⑩} 参见[德]尼克拉斯·卢曼:《法律作为一个社会系统》,杜健荣译,载《研究生法学》2008年第5期,第119-128页。

^{②⑪} Vgl. Niklas Luhmann, Die Codierung des Rechtssystems, Rechtstheorie, 17 (1986), S.171-203.

^{②⑫} Vgl. Niklas Luhmann, Das Recht des Gesellschaft, 1993, S.189.

性概念图式法”中,集中地阐述了他的图式概念。^{②③}图式作为纯粹知性概念(范畴)和经验直观之间的中介或桥梁,既与范畴同类(知性概念的图式),又与直观同类(感性概念的图式),因此可以通过判断力的归摄程序,调和与弥补二者之间的裂缝。^{②④}康德关于图式在抽象的概念范畴与具体直观的经验事实之间发挥中介和桥梁作用的思考,对于我们理解规范与事实二分图式的功能和意义,具有非常重要的启发和借鉴意义。在康德的基础上,巴特利特正式提出了心理学意义的图式概念。巴特利特通过记忆实验发现,人们总是倾向于将外部输入的刺激与已有的经验和熟悉的东西关联起来,用已有的知识对它们进行加工和转换,进而将其转换成自己能够理解的形式。在这个过程中,图式发挥了非常关键的作用。因此,巴特利特认为,图式是“对过去反应或过去经验的主动组织,……不是简单地作为个别成分一个接着一个运作,而是作为一个统一整体运作”^{②⑤}。心理学的图式理论的启示是,人类的认识并非纯经验和个别的累积过程,而是依靠心理系统的内在结构的运作形成的,图式在这个过程中发挥了非常重要的中介和桥梁的作用。在心理学的图式理论研究中,皮亚杰的发生认识论所提供的图式理论最为重要和知名。皮亚杰曾经给图式下过定义:“图式是指动作的结构或组织,这些动作在同样或类似的环境中由于重复而引起迁移或概括。”^{②⑥}皮亚杰认为:“构建各类最基本认识形式所依赖的动作的一般协调,不仅以神经系统的协调为前提,而且以更深层的协调为前提,事实上,它们是控制整个形态发生的相互作用。”^{②⑦}在认知心理学的研究中,各种类型的图式在协调心理系统与环境的关系中,发挥了非常重要的作用。例如,心理系统之所以能够对外部环境中的刺激作出反应,一个重要的条件和基础就是心理系统具有反应的图式。此外,图式还能够使得系统将此前的运作经验和结构以记忆的形式保存起来,并将它们与之前的各种图式予以协调,从而形成图式系统。由此带来的一个效果就是能够使得系统对同类事物或者不同状态下的同类事物作出“恰当而又经济的”反应,“从而缩短反应的时间和节省作出反应所需要的精力”。^{②⑧}从系统理论的视角来看,图式在心理系统的自我指涉和外部指涉中发挥了非常重要的中介和桥梁作用。

(二) 法律系统中的认知图示

系统论法学将认知心理学中的图式概念进一步抽象化和一般化,指出不仅心理系统具有各种不同类型的认知图式,社会系统也具有自身的各种不同类型的认知图式。与心

②③ 参见[德]康德:《纯粹理性批判》,邓晓芒译,杨祖陶校,人民出版社2004年版,第138-144页。国内《纯粹理性批判》的各个版本均将 Schema 翻译为图形,但许多康德哲学与图式理论的研究者,往往都自动将该词翻译成“图式”,本文也一律处理为“图式”。

②④ 参见[德]海因里希·纳特克:《康德〈纯粹理性批判〉术语通释》,高小强编译,四川大学出版社2013年版,第188-189页。

②⑤ F. C. Bartlett, *Remembering: A Study in Experimental and Social Psychology*, Cambridge University Press, 1932, p. 201.

②⑥ [瑞士]J. 皮亚杰、B. 英海尔德:《儿童心理学》,吴福元译,商务印书馆1981年版,第5页。

②⑦ [瑞士]皮亚杰:《生物学与认识:论器官调节与认知过程的关系》,尚新建等译,生活·读书·新知三联书店1989年版,第9页。

②⑧ 参见石向实:《论皮亚杰的图式理论》,载《内蒙古社会科学(文史哲版)》1994年第3期,第12页。

理系统一样,社会系统的这些认知图式在引导社会系统内部运作,调和社会系统与其环境的关系方面,发挥了非常重要的中介和桥梁作用。例如,在法律系统中,合法/不合法的二值代码,以及相同/不同的二分图式,都在法律系统内部的运作中发挥了非常重要的引导和控制作用。而以区分法律规范与案件事实为核心特征的司法裁判构造,在法律系统中也发挥了一种认知图式的作用。这意味着,法律系统通过此种图式化的构造和设置,引导法律系统内部的运作,实现法律系统的运作封闭性与认知开放性,以此调整法律系统与其环境之间的复杂关系。

系统论法学的法律观中,法律系统维持与其环境之间的界限,形成自身内部运作的封闭性与自主性至关重要。法律系统内部运作的封闭性与自主性,并非系统与环境“隔绝”和“自足”意义上的自主性。恰恰相反,系统论法学认为,法律系统要维持自身内部的诸运作,就必须依赖环境所提供的各种资源和信息。这就像细胞一样,虽然通过细胞壁形成了细胞与它的生物环境之间的界限,并且通过这个界限的设置,细胞通过自身内部的运作网络,自己生产自己,自己繁殖自己,但细胞要实现这一切,都必须不断地从环境中吸收各种养料,并依赖环境提供的各种合适条件。

社会系统与生物系统之间存在许多明显的差异,因此分析社会系统的自创生性质时,并不能简单地照抄照搬生物自创生系统的结论。例如,生物自创生系统往往有明确的出生与死亡的时刻,但社会系统持存的时间要远远长于生物系统,甚至根本就没有明显的出生与死亡的时间。另外,诸如细胞等生物自创生系统往往与其环境之间存在着诸如细胞壁等实体性的界限,但社会系统以沟通为基本单位,因此与环境之间并不存在明确的实体性界限。

尽管如此,社会系统与其环境之间的抽象界限仍然是存在的。很多证据都可以揭示这一点。例如,作为社会系统的法律系统,其内部诸要素的运作,与法律系统环境中各种要素的变化之间,并不存在一种点对点对应的同步关系。换言之,环境的变化并不必然引起法律系统内部运作的调整。即便环境中诸要素的变化最终引起了法律系统内部结构与运作的调整,二者之间也并非同步变化的关系,法律系统也需要一定时间的运作,才能对环境的变化作一个事后的调整与回应,因此法律系统内部运作的调整总是滞后于环境中诸要素的变化。此种系统内部变化的滞后性,就体现了系统与环境之间界限的存在。^{②⑨}更进一步地说,法律系统内部经过一番运作和处理,也可以对环境中的诸要素的变化漠然处之,不作任何应对。是否要对环境中的诸要素的变化作出反应,主动权掌握在法律系统自身,而非环境。例如,法律往往通过设定条件的方式,来调控是否需要对环境中的各种事实的发生作出回应。当环境中的事实并不符合法律系统事先所设定的条件,法律系统就不会对环境中的事实作出任何反应。这进一步证实了社会系统与它的环境之间确实存在着某种界限。换言之,“系统与环境之间的交换形式并不是由环境,而是

^{②⑨} See Niklas Luhmann, *Differentiation of Society*, Canadian Journal of Sociology, Vol.2:29, p.30 (1977).

由自创生系统的封闭性组织形式来确立的”^{③②}。

系统论法学进一步认为,法律系统通过内部诸要素的递归性运作,将自身从环境中分出,形成了法律系统与它的环境之间的界限。这意味着,一个法律沟通只能连向另外一个法律沟通,就像生物系统中,一个细胞只能连向另外一个细胞。这就是法律系统的自我指涉。法律系统的自我指涉是法律系统内部落实法律系统运作封闭性与自主性而形成的运作结构。除此之外,法律系统内部还发展出了外部指涉的运作结构,以实现对其环境中诸事实的变化作出观察和认知的能力。显然,法律系统的这种外部指涉,指向的必然是法律系统外部的的事实。因此,规范与事实的区分,恰恰就是法律系统内部的一种“设置”,作为法律系统内部的一种“图式”引导法律系统内部的运作,发挥协调法律系统与外部环境关系的功能。法律系统通过对规范的递归性指涉,形成自身内部运作的封闭性,从而在自身与社会环境之间划出了一条界线。而对法律系统来说,司法裁判中的各种案件事实,就是法律系统的外部指涉点。

(三) 法律系统内部规范与事实区分的原理

无论是作为法律系统内部自我指涉点的法律规范,还是作为法律系统之外部指涉点的案件事实,都不是原始和天然的,而是法律系统内部的人为构造。具体来说,在法律系统中,承担自我指涉点功能的法律规范并不天然就是规范,而是法律系统自我建构出来的规范。作为法律系统自我建构出来的规范,法律规范的规范性“独立于内容”,主要是一种形式规范。哈特和拉兹的法律理论将法律规范独立于内容的效力特征,称作是法律的权威性。^{③③} 同样地,作为法律系统外部指涉点,法律系统中的事实,也并非自然存在的原始事实,而仅仅是法律系统内部建构出来的人为事实。对法律来说,法律事实与原始事实的分类是不可取消的。原始事实是法律之外的自然事实;而法律事实则是法律系统内部的事实,是法律内部“构造”出来的关于自然事实的一则“信息”。

关于法律系统中规范与事实的此种人为建构性质,已经在现代法理学中得到了广泛的承认。例如,郑永流指出,虽然“事实首先是一种客观存在的状态,但真正有意义的是进入人的认识活动的事实。事实借助物质性证据和人的陈述显现出来,弄清楚什么事实,实则又是主要围绕陈述的真假展开”^{③④}。刘治斌也认为,“法律判断中所涉及的‘事实问题’与引起争议的生活中的真实情况是有区别的”^{③⑤}。此外,蔡彦敏、陈杭平等学者都对客观事实与案件事实作了明确的区分。^{③⑥}

在这个问题上,法律诠释学研究非常富有启发性。法律诠释学是伽达默尔哲学诠释

^{③②} Georg Kneer / Armin Nassehi, Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme: Eine Einführung, 1. Aufl. 1993, S. 51.

^{③③} See H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and political theory*, Oxford University Press, 1982, p. 243-268; Joseph Raz, *Promises and Obligations*, in P. M. S. Hacker & Joseph Raz ed., *Law, Morality, and society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford university Press, 1977, p. 211.

^{③④} 郑永流:《法律判断大小前提的建构及其方法》,载《法学研究》2006年第4期,第3页。

^{③⑤} 刘治斌:《案件事实的形成及其法律判断》,载《法制与社会发展》2007年第2期,第15页。

^{③⑥} 参见蔡彦敏:《对“以事实为根据、以法律为准绳”原则的重新解读》,载《中国法学》2001年第2期;陈杭平:《论“事实问题”与“法律问题”的区分》,载《中外法学》2011年第2期。

学在法律中的运用。伽达默尔认为,任何解释都包含着历史性、前见和传统的因素,因此解释的过程往往包含着文本与现实,传统和当代之间的解释学循环。^{③⑤}此种解释学循环并不仅仅是方法论意义的,“而是描述了一种理解中的本体论的结构要素”^{③⑥}。诺伊曼等学者将伽达默尔的哲学解释学运用到对司法裁判现象的分析,指出外在于法律系统的各种规范与事实,与司法裁判中的规范与事实之间,存在着性质的根本差异。前者不过是未经加工的“原材料”,而后者才是真正在司法裁判中发挥作用的规范与事实。作为司法裁判中的规范与事实,它们都是人为建构,并且在解释学循环的意义上相互对对方提出了要求,相互适应。^{③⑦}德沃金的法律理论借鉴了伽达默尔的哲学诠释学,也认为法律解释的对象并非某种自在自为的客观存在,而是“创造性解释”的产物。^{③⑧}系统论法学关于司法裁判中规范与事实关系的理解,与法律诠释学的观点有着异曲同工之处。但与法律诠释学不同,系统论法学主要是从法律系统内部运作的自我指涉与外部指涉的区分与配合来理解司法裁判中规范与事实之间的区别与联系。系统论法学认为,无论是细胞、大脑(神经系统)、心理系统还是法律系统,它们都是自创生系统,因此其内部运作都包含着自我指涉与外部指涉。就此而言,这些不同类型的自创生系统之间具有异体同型(homology)的关系。^{③⑨}这就为不同学科研究成果之间的相互借鉴提供了便利。通过参照神经生理学的一些重要研究成果,可以更好地认识法律系统内部运作的特征。

这方面,秘鲁生物学家马图拉纳和瓦瑞纳做的鸽子颜色感知实验,提供了非常深刻的启发。通过他们的实验发现,存在于外部的颜色来源和光线来源与鸽子神经系统内部感知光线的神经细胞的活动之间,并不存在着——对应的关系。与此相反,正是鸽子神经系统内部不同神经细胞之间的递归性连接,以及由此种连接所制造出来的差异,形成了鸽子的视觉效果。^{④①}后续的许多神经生理学研究进一步揭示了,生物体的大脑并不直接与外部世界接触,直接感知外界变化。人类只是通过感觉器官将外部的的事件转化为内部的神经元活动。在转化之后,“各种不同的环境事件都失去了它们的特别性质,都毫无例外地被转化成神经电位”^{④②}。换言之,虽然我们的视觉、嗅觉、听觉、味觉和触觉彼此不同,但它们的底层语言是统一的,都建立在统一的神经元递归性的自我指涉活动基础之上。在生物体的视觉神经系统的运作中,存在着两种指涉和指涉点:一种指涉是神经系统内部的自我指涉活动,作为这些自我指涉活动的指涉点,相关的神经细胞并不与外界接触;另外一种指涉则是外部指涉,作为这些外部指涉活动的指涉点,这些神经细胞能够直接感知和处理外部世界的刺激。科学研究显示,大脑中处理感觉刺激的神经细胞有

③⑤ 参见[德]汉斯·格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》(下卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第341-393页。

③⑥ 高鸿钧:《伽达默尔的解释学与中国法律解释》,载《政法论坛》2015年第3期,第11页。

③⑦ Vgl. Sehe Ulfrid Neumann, Juristische Argumentationslehre, 1986, S.19-20.

③⑧ 参见[美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第40-42页。

③⑨ 参见[美]冯·贝塔朗非:《一般系统论:基础、发展和应用》,林康义、魏宏森等译,清华大学出版社1987年版,第79页。

④① Vgl. Georg Kneer / Armin Nassehi (Fn.30), S.52.

④② Georg Kneer / Armin Nassehi (Fn.30), S.52.

500 万个,但处理并运用刺激的神经细胞则数以亿计。换言之,在大脑中,一个外部指涉点对应着 4 万个内部自我指涉点。

不但人类的生理系统是通过自我指涉与外部指涉的区分和相互配合,形成运作的封闭性与认知的开放性,人类的心理系统也是如此。人类的心理系统能够指涉、确认、描述和观察外在于人的各种各样的物理的与社会的事实。但是,在人类心理系统中,外部世界的事实是以“信息”的方式存在的。人类思想中的各种事实,只是人类通过心理系统运作所建构出来的某种对外部事实的“指涉”,而非事实本身。^④人类心理系统能够指涉外部世界的事实,并且制造出关于外部世界事实的各种“信息”,主要依靠的还是人类心理系统自身的运作。在这方面,胡塞尔的意识现象学关于人类意识的研究特别富有启发性。胡塞尔认为,人类的意识总是同时包含两个方面的活动,一方面指向某个外在的对象 (noema),另一方面又指向意识本身 (noesis)。^⑤如果从静态上看人类的意识,只能观察到意识的意象性结构,即意识总是关于某物的意识。但如果从动态角度观察人类的意识,就可以发现,“意识在关涉某物之前,必须首先就其自身的现象,先天地确定显现者”^⑥。例如,我意识到窗外有一朵花,这个时候,我既意识到窗外的花,同时也意识到“我正意识到窗外有一朵花”。我们人类的意识总是能够同时意识到这两个方面的内容。胡塞尔的现象学指出,意识指涉的外在对象是“侧显的、非绝对所与的、仅只是偶然的和相对的存在”,而意识本身自我指涉和递归式的运作则是意识活动中“一个必然的和绝对的存在”,意识只有在此种外部指涉与自我指涉同时发挥作用时,才能够真正产生有意义的经验。^⑦如果意识并不指向某个对象,那么意识就是空的,但如果意识无法形成递归性的自我指涉,那么意识就根本不会发生。

如果把胡塞尔现象学关于意识活动的这个双重内容普遍化,那么,一切自创生系统在与外部世界打交道时,都同时包含着这两个活动,我们将前一个活动称作是外部指涉,而将后一个活动称作自我指涉。^⑧通过自我指涉与外部指涉的结合,自创生系统建立起了自身的观察能力。而对法律系统来说,规范与事实之间的关系,就类似于人类大脑运作的自我指涉与外部指涉之间的关系。因此,对法律系统来说,法律要形成指涉、确认、描述和说明社会事实的能力,就必须首先形成自身内部的递归性运作的的能力。这种递归性运作的的能力,在法律系统内部,就被象征性地表达为法律的规范性,也即法官必须受法律约束的功能迫令。法律系统的运作永远只能递归性地连接到法律系统内部的一项运

^④ 这方面的研究文献已经相当丰富。参见 [美] 杰拉德·埃德尔曼:《比天空更广阔》,唐璐译,湖南科学技术大学出版社 2012 年版,第 78-79 页。其中特别令人印象深刻的是马图拉纳的青蛙实验。See J. Y. Lettvin, H. R. Maturana, W. S. McCulloch, W. H. Pitts, *What the Frog's Eyes Tells the Frog's Brain*, Proceedings of Institute of Radio Engineers, Vol.47:1940, p.1940-1951 (1959).

^⑤ 参见 [德] 胡塞尔:《纯粹现象学通论:纯粹现象学和现象学哲学的观念》(第 1 卷),[荷] 舒曼编,李幼蒸译,商务印书馆 1992 年版,第 202 页。

^⑥ 马迎辉:《胡塞尔论能意—所意——一种基于“显现”之先天可能性的研究》,载《哲学分析》2014 年第 6 期,第 12 页。

^⑦ 参见前注^⑤,胡塞尔书,第 134 页。

^⑧ Vgl. Niklas Luhmann, *Die neuzeitlichen wissenschaften und die phänomenologie*, 1. Aufl. 1996, S.34-40.

作之中,从而通过法律系统内部的递归性运作,形成法律系统与社会之间的界限。就此而言,法律系统的运作永远都无法连向法律系统外部的某个运作或者某个事实。但通过法律系统内部的递归性运作,尤其是通过法律系统内部合法/不合法的二值代码化结构,法律系统形成了一种指涉、观察和描述法律系统外部事实的能力。^{④⑦}作为法律系统内部的外部指涉点,法律中的事实永远不可能与法律外的自然事实完全同一,必然是经过法律系统的“裁剪”和“格式化”,因此必然带有法律系统的“偏见”。这就像是在量子力学领域,任何微观世界的物理事实,都不过是通过各种精密的科学实验仪器的运作“探测”(指涉)的事实一样。^{④⑧}对法律系统来说,它用来探测各种法外关系的探测器,就是各种法律系统内部构造的概念与学说。这些法律系统内部构造出来的概念与学说越发达,它就越能够探测出外部世界各种事实的更细微的差异与特征。

就此而言,法律系统内部各种事实之间的关系,也必然不是法律外部各种事实之间的“自然因果关系”,而不过是通过法律系统内部计算所形成的某种指涉与归因关系。同时,就像人类的大脑虽然能够探测到外界环境的变化,但未必一定要根据外界环境变化作出改变一样,法律系统即便能够形成对外界环境事实变化的感知与认识,也未必一定要根据这种外部环境事实的变化而作出改变。究竟什么时候作出改变,什么时候维持不变,这主要是根据法律系统内部“算法”的运算来作出决定。但有一点是确定的,哪怕法律系统决定根据事实变化作出改变,也必然是要依赖法律自身内部的递归性运作才能够实现。“开放依赖于封闭”,这恰恰是法律系统必须在内部预设法律规范与个案事实区分的真正原因。

四、规范与事实区分图式的社会功能

正由于法律规范与案件事实的区分在法律系统内部作为认知图式发挥作用,执行了协调法律系统与社会环境关系的功能,因此,对该认知图式的大量批评,也往往集中在法律功能的层面。其中最重要的一个批评是,这样一种法律系统内部的认知图式,破坏了法律系统社会功能的有效发挥。例如,由于该认知图式的存在,司法裁判不得被理解为一个法律适用的过程,因此法官在个案裁判中,受到了法律规范的抽象性和一般性的束缚,不能最大限度地关注和挖掘个案裁判中各种特殊事实的重要性,因此不能很好地作出最大限度令当事人满意的个案裁判。就此而言,仅仅从法律系统内部运作的结构层面对法律规范与案件事实二分图式作出说明是不够的,还必须同时在功能层面揭示此种认知图式在何种意义上促进了法律系统之社会功能的发挥,并具体说明此种法律系统之社会功能的具体内涵是什么,以及由此付出的社会成本是什么。

^{④⑦} Vgl. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S.44-54.

^{④⑧} 参见成素梅:《在宏观与微观之间——量子测量的解释语境与实在论》,中山大学出版社2006年版,第5-13页。

（一）法律规范必然是抽象和一般的

系统论法学认为,作为一个自创生的复杂巨系统,法律系统是运作封闭和认知开放的。更具体地说,法律系统通过内部自我指涉与外部指涉的区分与配合,来实现运作封闭和认知开放的效果。具体到司法裁判领域,法律规范与案件事实各自作为法律系统的自我指涉点与外部指涉点发挥作用,保证了法律系统内部自我指涉与外部指涉运作的展开。规范与事实的区分因此作为法律系统内部的图式,引导了法律系统的内部运作。

在法律系统内部自我指涉与外部指涉之间的关系中,自我指涉具有更基础的地位,因为任何的外部指涉,都以法律系统自我指涉的运作为基础才能够实现。就此而言,在司法裁判中,法律规范比案件事实具有更基础的地位与重要性。例如,法律规范通常是通过“如果……那么……”的条件式纲要的形式呈现出来。法学理论上,通常将“如果……”部分称作是行为模式,而将“那么……”部分称作是法律效果。从系统论法学的角度看,法律规范中行为模式的部分为法律系统设定了条件,如果这些条件被满足,法律系统就要对外部环境中发生的事实作出反映,赋予其法律效果。如果这些条件不被满足,法律系统就对外部环境中发生的各种事实保持冷漠的态度,不闻不问。

特别值得注意的是,法律规范逻辑结构中的行为模式部分,是运用抽象和一般的法律语言建构起来的,具有一般化和抽象化的特征。从法律演化的历史上来看,这是现代法律的一个特殊成就。从比较法律史来看,无论是西方中世纪传统的法律还是中国古代的法律,都没有形成对法律事实的如此抽象程度的建构。例如,瞿同祖就曾指出,中国传统的法律强调特殊主义,而非普遍主义,具体表现是虽然法律普遍适用于所有人,但法典中仍然规定了很多只适用某种特殊身份的特别性规定。^④这方面更典型的例子是西方中世纪时期最早的盎格鲁-撒克逊法律汇编《埃塞尔伯特法》为各种伤害确立的详细收费表:“四颗前牙每颗值6先令,其他每颗值1先令;拇指、拇指指甲和食指、中指、无名指、小拇指以及它们各自的指甲都被区别开,并为它们每一个确定了一个单独的价钱,称为赔偿金。”^⑤很难想象现代刑法或者侵权行为法的法律规范,会对行为模式作如此具体和细致的规定。一般来说,所有这些具体的损害事实,在法律规范的行为模式部分,都被浓缩成“损害”这样一个抽象的概念。

现代法律在行为模式部分选择用一般和抽象的法律概念和术语进行界定,从而选择性地忽略了现实生活中各种具体生活事实之间的千差万别。同时,不仅法律规范的行为模式部分的规定是抽象的,即便是司法裁判中的案件事实,其实也是用法言法语予以描述和呈现的,因此剔除了客观事实的大量个别特征。在这个描述过程中,法律规范中的行为假定部分,往往对案件事实的描述发挥着重要的影响。在这种情况下,司法裁判中案件事实的描述也被抽象化和一般化了。这就意味着,法律系统一般只考虑案件事实中那些具有一般性的事实特征。

^④ 参见瞿同祖:《法律在中国社会中的作用——历史的考察》,载《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第406页。

^⑤ [美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第63页。

（二）规范与事实区分图式有助于保障社会预期

在许多个案特殊主义的拥护者看来,现代司法裁判所设置法律规范与案件事实的二分图式,损害了司法裁判的个案正义与合理性。这就进一步引出了一些问题,也即,如果跳出法律系统内部运作的结构和机制的视野,从更大的社会视角来考虑,那么,司法裁判中规范与事实的二分图式的社会功能是什么?为了实现这种社会功能,现代法律系统又不得不付出何种社会代价?为了将这个社会代价降到最低,又可以做些什么?要回答这些问题,就需要在一个更抽象和一般的层次思考法律在现代复杂社会中地位和功能的问题。如果司法裁判主要追求个案裁判的圆满解决,为此就不得不最大限度地限制法律规范中事实条件设定的抽象性和普遍性,从而使得现代法律能够随时根据社会生活情境的变化而不断地作出自我改变。

确实,对于个案纠纷的实质性化解来说,个案发生的社会情境中诸事实的特殊性非常重要,即便根据抽象法律规则判定,不同个案的事实是“类同的”,案件各方当事人的利益情感诉求和诉讼期待也差异极大。个案裁判要做到真正的定分止争,就必须考虑案件当事人不同的利益情感诉求和诉讼期待。这个时候,适当牺牲法律的一般性,或许是必要的,也是值得的。但在更多的情况下,在司法裁判中完全满足所有各方当事人的诉求和期望往往很难实现。起诉到法院的许多纠纷往往是不可调和的,也是使用调解、仲裁等其他替代性纠纷解决方式都解决不了的纠纷和矛盾。因此,对于现代多元纠纷解决体系中的法院而言,司法裁判更具普遍性的生活场景是,诉讼双方当事人希望法院给出一个非此即彼的答案。这意味着,无论法院作出什么样的裁判结果,如果有当事人满意,就必然有其他当事人感到失望。系统论法学认为,现代法律系统的主要社会功能并非在冲突中满足任何特定一方的诉求和预期,而是支持和保障某种社会一般化的规范性预期。而社会一般化的规范性预期,必然只能与个案裁判中部分当事人的预期一致,极端情况下,这种预期甚至可能与个案裁判中任何一方当事人的期望都不完全一致。^{⑤1}在法律社会学和法律人类学的研究中,此种个案纠纷的处理方案是失败的。^{⑤2}但在系统论法学的视野中,这种个案纠纷解决方案仍然可能成功。

将法律系统的功能理解为是对一般化预期的保障,在法理学中有着悠久的传统。早在18世纪,边沁的法理学对此就有非常细致清晰的阐述。许多法社会学研究者也认同法律的功能是保障和稳定预期的说法。^{⑤3}但这些研究都没像系统论法学那样,明确地区分预期的两种类型,即个体的期望与社会的一般性预期。^{⑤4}个体的期望带有强烈的心理学色彩,指的是某个个体在某个时刻的心理状态,这在很大程度上是很难预测的。而社

⑤1 参见[美]斯蒂芬·B.戈尔德堡等:《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》,蔡彦敏等译,中国政法大学出版社2004年版,第388-389页。

⑤2 参见王启梁:《非正式制度的形成及法律失败——对纳西族“情死”的法律人类学解读》,载《云南民族大学学报(哲学社会科学版)》2006年第5期,第66页。

⑤3 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第6-13页。

⑤4 期望与预期是一个词,对应英语的Expectation,借助于汉语的表现力,我们可以将二者含义的细微区别表达出来。前者是个体化的,更多地与个人的心理因素结合起来;后者则是社会性的,更强调社会多数人的—般化预期。

会性预期则服从“大数原则”,虽然未必能够被准确测量,但却是一种超越个体心理的、相对客观的社会事实。如果我们将法律系统的功能理解成稳定社会的一般化预期,而非将其理解成稳定个体的特定化期望,就能够对法律形成不同的理解。围绕着个案纠纷中不同个体的各种特殊性期望的回应和安抚,可以发展出以个案中具体事实为中心,以个案纠纷当事人满意度为衡量指标的法律裁判观。系统论法学则以个案纠纷中社会一般性预期的保障为中心,强调个案裁判的核心工作是对行为与事实的合法性作出判断,在此前提下,兼顾个案纠纷中当事人的主观满意度。

强调“个案事实”的重要性,其潜台词则是希望法律“通过事实进行学习”,即随时准备着根据事实的差异和变化进行自我调整。从社会学的角度看,这是一种典型的认知性态度。除了认知性态度之外,面对事实的变化与差异,人们还可以持有一种“不作出学习和改变”的规范性态度。例如,在爱情领域中,“通过事实作出学习”的认知性态度往往被谴责,而即便海枯石烂却永不变心的规范性态度才被看作是爱情的真谛。在个体的日常生活中,认知性态度与规范性的态度彼此融合,形成一种水乳交融的关系。但从社会秩序来看,认知性态度与规范性态度往往是彼此分化的。^⑤这种分化并非说在有些领域只有认知性态度,在另外一个领域只有规范性态度;而是说,在有些领域,认知性态度具有更基础的地位,而规范性态度的权重要远远弱于认知性态度,而在另外一些领域,规范性态度具有更基础的地位,而认知性态度的权重要远远弱于规范性态度。例如,在科学研究的领域,认知性态度的重要性显然要远远超过规范性态度,否则科学的发现与创新就会变得特别艰难。个案事实在科学研究中的重要性无可置疑。当科学实验中事实发生变化时,与事实不一致的理论认识也必须随之作出改变与修正。与科学领域不同,在法律领域中,规范性态度的重要性要远远超过认知性态度。就社会秩序形成的原理看,假如一切行动都遵循认知性态度展开,就会形成“双重偶联性”的困境,最终遭遇霍布斯式的秩序难题。因此,在社会生活的秩序中,需要有一种事物,使得人们因事实变化而产生失望态度时,能够坚持“不学习”的规范性态度,从而形成稳定的规范性预期。在前现代社会中,道德、宗教与法律的混合体承担这个功能,而在现代社会中,法律系统主要承担此种稳定规范性预期的功能。

现代法律主要是通过自身内部运作的封闭性来承担此种稳定规范性预期功能的。法律系统稳定规范性预期的功能给法律系统的内部运作的结构带来了很大的影响。其中一个特别重要的影响是,它在法律内部创造了如下的可能性,即法律必须在时间上提前决定哪些一般性的预期是要予以保护的,而哪些预期是要提前予以压制的。那些需要提前予以保护的预期,被标示为是合法的,而那些提前被压制的预期则被标示为是非法的。此种结构在法律系统内部制造了一种决策的处境,那就是在个案裁判中作出要么合法、要么不合法的非此即彼的判决。

^⑤ 参见[德]卢曼:《法律社会学》,宾凯、赵春燕译,上海人民出版社2013年版,第83页。

（三）法律系统中规范与事实区分的社会成本

在司法个案裁判中,为了维持社会的一般性预期,很多时候都不得不牺牲个案纠纷处理的绝对合理性。这是现代法治不得不付出的必要成本和代价。这就意味着,当法律系统之外的各种社会事实发生变化时,法律系统未必就需要“随风起舞”,而是应当保持着战略定力——维持既有的运作与结构。一方面,法律并不必然随着社会事实的变化而发生变化,而是要在不同的情境中尽量维持自身的同一性,从而在不同的语境中能够被不断地确认,承担稳定社会一般性预期的功能。另一方面,法律的含义又不能因此完全被封印和固定,而必须具备足够的丰富性与变化可能性,能够随着情境的变化而具有适应性。用信息论的术语来说,前者体现了法律的冗余性,后者则体现出法律的多样性。

为了平衡这二者的关系,法律系统在内部发展出了各种各样的结构和方案。其中一种方案是,通过现代法律内容与形式的分离来平衡现代法律的稳定性与适应性的紧张关系。现代法律的规范性乃是一种独立于内容的规范性。这就使得即便在法律内容发生变化的情况下,法律仍然不至于过多损失自身的形式有效性。而法律内容的正确性,主要是通过立法者吸纳社会共识来实现。对于法官来说,作为一个法律工作者,他应该最大限度地遵循法律规范的约束,从而守护法律形式的有效性。这当然不是说法官在个案裁判中,在内容的正确性方面完全无所作为。但法官在这方面的空间必然是有限的,相对于立法来说,法官这方面的工作仅仅是补充性的。总而言之,法律系统为了承担稳定社会沟通的规范性预期功能,就不得不付出一定的社会成本,也即忽略一些个案特殊性,因而也不得不付出牺牲部分个案正义与合理性的代价。即便如此,现代法律还是发展出了一些内部机制与举措,将此种社会成本缩小到最低限度。

首先,现代法律系统不仅通过规范与事实二分图式建构起了依法裁判的纵向司法结构,而且还建构起了同案同判的横向司法结构,从而形成了“依法裁判”与“同案同判”纵横交错的司法裁判结构。^{⑤6}换言之,在现代司法裁判过程中,一个正当的个案裁判需要同时满足“依法裁判”与“同案同判”的要求。如果说,依法裁判的要求更侧重于规则的抽象性与一般性,则相对来说,同案同判的要求更多地考虑到了个案的特殊性。

其次,现代法教义学早已与19世纪的概念法学不可同日而语,法教义学不再完全固守法学概念的抽象形式性和体系封闭性,而是采纳了开放体系的概念,并且重视隐含在法律概念背后的各种价值基础。^{⑤7}同时,法律教义学在坚持法律体系观的基础之上,也有限度地吸收了社科法学的许多研究成果,丰富了法教义学知识体系,从而使得法教义学知识能够更有效地兼顾案件事实的复杂性。^{⑤8}

再次,现代法律方法论在传统的萨维尼的四种法律解释方法之外,又进一步发展出了漏洞填补、法律续造、结果考量等方法,在一定程度上也调和了法律规范的抽象性与个

^{⑤6} 参见泮伟江:《论同案同判拘束力的性质》,载《法学》2021年第12期。

^{⑤7} 参见前注④,卡尔·拉伦茨书,第609-613页。

^{⑤8} 参见苏永钦:《法学为体,社科为用:大陆法系国家需要的社科法学》,载《中国法律评论》2021年第4期,第89-92页。

案事实的特殊性,从而使得追求正当的个案裁判的目标变得更容易被实现。^{⑤⑨}

最后,特别需要说明的是,现代司法裁判中一般法律规范与个案事实的二分作为现代法律系统内部运作的认知图式发挥作用,并不意味着,这是一种理想类型意义上“法条”与“后果”之间对立,从而形成了一种二选一的结构。规范与事实的区分,与规范与事实的对立,并非一回事。这更不意味着,在具体的司法裁判实践中,法律规范与个案事实之间,在重要性方面需要作一种非此即彼的选择。事实上,在各种具体的疑难案件的裁判过程中,有时候对规范的解释是更重要的,但有时候对事实的解释更有助于疑难案件的解决。作为法律系统内部运作之认知图式的规范与事实二分,并不在抽象和一般的层面更重视法律规范或者个案事实,而是根据个案裁判的需要,提倡在规范与事实之间目光的往返流转,从而综合法律规范与个案事实,作出公正的个案裁判。

五、结 语

在法律适用的过程中,法律规范与个案事实之间的错位与裂缝,是大量疑难案件产生的重要原因。这既给司法裁判者带来了巨大的挑战,同时也引发了法学理论研究者的大量关注和讨论。从理想类型的角度来说,面对当前中国法律适用过程中抽象一般的法律规范与复杂具体的个案事实之间的错位和裂缝,法学理论领域形成的两种不同意见,代表了两种关于法律实施模式的不同理解。^{⑥⑩}如果坚持以法律规范与个案事实两分的司法裁判构造,就必须坚持立法在法治系统工程中的优先地位,坚持以法律教义学为核心的法律作业方式,因而也就要坚持以法律教义学为核心的法学教育模式。如果突破法律规范与个案事实两分的司法裁判构造,围绕个案事实及其蕴含的“是非曲直”来裁断案件,那么立法在整个法治系统工程中就不再占据优先地位,法律教义学也不再是司法裁判作业的主要工具,整个法学教育模式因此也必须作相应的深刻调整。

从一个更宏观的社会视野来看,如果像社科法学所主张的那样,在司法裁判中打破一般法律规范与具体个案事实的二分结构,将法律规范的地位和作用压缩到最低,在某些特殊类型的疑难案件的裁判中,确实有可能促进个案裁判的公正性,但若将它扩张为司法裁判的一般模式,必将牺牲法的安定性,进而损害现代法治在超大规模陌生人社会治理中发挥“固根本、稳预期、利长远”功能。但如果过于僵硬地坚持法律规范与个案事实二分结构的刚性,完全不考虑个案的特殊性以及社会急剧变迁的事实,法律又显得过于死板和落后于时代,也会带来某些特定类型疑难案件之个案裁判公正性的现实难题。这就需要我们形成对现代司法裁判规范与事实二分结构的正确认识,尤其是正确认识抽象法律规范与个案事实之间的体用关系与主次之分。

运用系统论法学的方法,对现代司法裁判中一般法律规范与具体个案事实二分的

^{⑤⑨} 参见雷磊:《法律方法、法的安定性与法治》,载《法学家》2015年第4期,第6、13、17页。

^{⑥⑩} 参见强世功:《中国法治道路与法治模式——全球视野与中国经验》,载《行政管理改革》2019年第8期,第38页。

结构,进行一种实用主义意义上的理论说明和阐述,有利于更好地理解规范与事实二分构造在法律系统内部发挥的作用和所处的地位。通过引入认知心理学的图式理论,本文认为,司法裁判中抽象法律规范与具体案件事实的二分,在法律系统内部作为认知图式有效地协调了法律系统与社会环境的关系。随着现代通信和交通工具的普及和应用,以及我国社会主义市场经济的快速发展,中国社会日益呈现出高速流动、更加复杂和多元等新特征,中国特色社会主义法律体系“稳预期”功能的重要性日益凸显。因而,对法律系统在现代社会执行稳定规范性预期的功能来说,规范与事实的二分图式是不可取消的。

Abstraction: With the constant deepening of the rule of law in China, how to explain and justify the differentiation between abstract legal norms and specific case facts in judicial adjudication has become an important issue in legal theory. Traditional legal theory mainly explains the rationality of this distinction through Hume's axiom, but faces huge challenges. System theory of law abandons this approach of a priori theory, viewing the legal system as an operationally closed and cognitively open social system, and the differentiation between legal norms and case facts is regarded as a cognitive schema within the legal system. This schema executes both self-reference and external-reference within the legal system and coordinates the relationship between the legal system and the environment, contributing to the realization of the social function of the legal system to safeguard normative expectations.

(责任编辑:赵毅宇)