

法律的“交叉”研究和应用的原理

郑永流^{*}

内容提要 什么是法律取决于什么是正当性标准,而正当性标准又具有多维性;作为当代法律中最主要形式的制定法,其形成和运行是多种因素导致的。因而,法律是复数的,制定法是动态变化着的,这两个判断构成了教义学和非教义学共同对法律进行研究和应用的根据。如果将这两种法律研究和应用的知识统称为法学,那么,法学本身就具有内在的交叉性,教义学和非教义学的知识并存,同时两者之间及其各自内部充满论辩性,在浩瀚学林中独树一帜。

关键词 教义学 非教义学 交叉研究和应用

引言

依据“法学是关于法律的教义学和非教义学的知识”的基本立场,法律研究的范式遂分为教义学的和非教义学的研究,经典的也是狭义的法律研究是教义学的,非教义学研究是其他学科对法律的研究,当它们一道对法律展开研究时,可称法律的交叉研究或多学科研究。据此,就20世纪的中国法学而言,法律研究在大部分时间内是一种交叉研究,而且是以非教义学的法律研究为主,其中政治学和社会学介入的程度最深,从民国汪荣宝、瞿同祖到后来的经济决定论即是。纯的法律研究即法律教义学只是近十几年才逐渐成为法学舞台的主角,这与世界学术研究是从单一学科到交叉学科的发展趋势相左。恕不追如烟往事,无论如何,如果不固守教义方法,法律的交叉研究今已成常规,而与其他学科相比,法××学在数量上远多于××政治学,××经济学。^①为何法律吸引了几乎所有的学科和像哈耶克、科斯、哈贝马斯等思想家的目光?历史告诉的事实无数,但理由不会自我呈现。是法律之水太浅,可任人嬉游,还是法律的险峰魅力无限,正是各路英雄一展身手之地?法律的交叉学科研究的原理究竟何在?这正是本文倾力要论证的。同时这个原理也适用于在应用法律中多学科的共同参与,以往对交叉方法或

^{*} 中国政法大学中欧法学院教授,博士生导师。

^① 业已得到公认的有:法哲学、法史学、法社会学、法人类学、法经济学、法政治学、法律语言学、法律逻辑学、法律修辞学、司法统计学、法庭科学、司法鉴定学、法医学等。

视角的臧否只限于学术研究,实际上它与应用的关联更紧,因为法律是人的行为指南,不是供人欣赏的艺术品,而且在应用法律中法律本身会改变,这也在回答何谓法律的本体论问题。在应用法律中多学科的参与未必都那么深,但肯定地广。

2005年美国国家科学院提出适用交叉学科研究的四个标准:问题或课题是复杂的;问题的重要见解或理论由两门或多门学科提供;单门学科不能全面处理或解决该问题;问题是尚未解决的社会需求或议题。^②固然这非常适合回应今天人类共同面临的一些重大威胁或难题,诸如国际恐怖主义;民族、种族冲突和领土争端;地球环境灾变;人口、资源、贫困问题;科技发展与社会风险等。^③但这四个标准似乎不足以解释为何自法律出现之始,其他学科就对法律一直保有浓烈的兴致,甚至长期视法律为自家事务,而且这种兴致是全方位的?久远且全面,经验上观察,其他学科的人是从多个路径进入法律的。当然,法律人操弄他山之石也不在少数,似无规章概率可言,这使得如何揭示法律的交叉学科研究的具体发生机制,颇费踟躇。斟酌之下,拟从两个层面来论证:各学科对什么是法律的整体和具体的回答;各学科在制定法从形成到运行全过程中的介入。

一、正当性解释权竞争下的法律定义

鲜有一门学问像法学一样对自己的研究客体如此的莫衷一是。诚然,人们都在不同地言说法律,也有共识:不以法律为客体的研究不能称为法律研究,但什么是法律,就人言人殊了。那么,分歧和困惑究竟何在呢?尼采说过:只有没有历史的东西才可被定义。人们似可反驳道:不存在没有历史的东西。的确,事情都有自己的过去和未来,正是如此,尼采才是对的,因为定义的本性是超越时空的,而人们所做的“定义”总是此在的认识,只不过被说成亘古不变的罢了。这为法律概念的斑斓历史所充分证明了,以致在法律概念的舞池里各学科欣然下足、争妍斗艳。为何至此?

在根本上,是因为法律是判断人的社会行为的正当性的标准,正当性标准是一种主观判断、情感好恶或偏好,是“意义世界”的产物,意义世界是主观的,随时代可能发生改变。标准的提供者关心的是如何让社会变得更好,更符合他/她心中的期待。人们设立标准不是用来“解释”事实,而是用来改变事实。

正当性标准不是像自然规律一样被发现的,而是被创造的,故法律被称为人定法。法律不是对外部自然世界的描摹,而是对人的内部世界的建构,人们不能去“发现”法,只是去“发明”法。人定法随着人的对事情的认识的变化而改变,同性婚姻从禁止到合

^② 转引自[美]艾伦·雷普克《如何进行跨学科研究》,傅存良译,北京大学出版社2016年版,第85页。

^③ 《21世纪100个交叉科学难题》(李喜先主编,科学出版社2005年版)一书荟萃的交叉科学难题,涉及各类科学和学科(自然科学、社会科学、数学科学乃至哲学等)之间的大跨度、多方式的交叉主题,这些选题是从宇宙起源、物质结构、生命起源和智力起源四大基本难题中衍生出来的,如宇宙中正反物质不对称和暗能量、宇宙中的生命、量子理论和广义相对论的统一、细胞进化论、生物体的复杂功能、脑与意识、历史动态演变的定量规律、科学与宗教、基因社会学等。

法化,死刑从普遍到例外,但事实并没有改变,生物学上的父母子女关系一如既往基于DNA,而在法律上子女有婚生与非婚生之分。同样的杀人大恶,赦与不赦与对生命的认识相关。因此,任何一条法律规则都是可变的,因而是可争议的。人们争论的是规范的正当性,有时分歧之大,以致帕斯卡尔感慨道:在比利牛斯山这边是真理,而在那边是谬误。

正因为正当性的标准的不确定性,无人能垄断正当性的标准是什么,许多学科遂可以从自身角度来提供正当性标准。文学、哲学、经济学、历史学或社会学都可以提供关于法律的性质的洞见。回首往昔,各学科对正当的法律的理解大体可分为两个阵营:失去与社会现实联系的种种规范主义;淡忘了一切规范立场的各类客观主义。相应地,它们对法律的看法分为规范法律观与事实法律观。^④在种种充满理想成分的规范主义后面是各种哲学思潮,形而上学之于古代自然法,基督教哲学之于中世纪的法,近代人文主义之于理性法,逻辑实证主义之于制定法;在各类回应了现代社会事实的客观主义中,有哲学和社会科学的支持:马克思的经济决定法律等上层建筑的理论,古典社会学钟情习惯法,实用主义之于法律现实主义,卢曼的系统论将法律系统作为诸社会子系统之一。力图走出第三条路的沟通事实与规范的实践法哲学则以实践哲学,尤其是诠释哲学为基础。各门学科以揭示法律的正当性总体存在为己任,但似乎没有一种学问把握过总体。

于是,可以说,法律概念是学问的产品,不同的学问生产出不同正当性的标准及法律概念,法律便是复数的。^⑤因此,这个产品不如物理学、化学的客体那么客观和硬,又不像思想、观念、诗歌、心理那么主观和软。不同于其他学科,学问与对象可两分,学科追随对象,如二战与战争史学、小说红楼梦与红学、印象派画与艺术鉴赏等可两分,法学与其对象——法律不是两分的,而相反,法律既是法学或学问的研究对象,又是法学或学问的产品。众所周知,《民法大全》由《法学阶梯》、《学说汇纂》、《法典》和《新律》组成,其中《法学阶梯》和《学说汇纂》都是罗马法学家的经典学说,《唐律疏议》亦是律和学的合集。法国民法典直接采用《法学阶梯》的体例,德国民法典则以《学说汇纂》体例为蓝本。

各学科对法律整体的正当性解释权的竞争还蔓延至制定法的具体规则上,也就是本文所称的具体的法律,具体的法律更直接地规制着人的行为。人们每天都在回答什么是具体的法律,如宪法民法等都有限制自由的规定,现行宪法第51条规定:中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。但限制的根据是什么,法律规则本身不能自我证成,而是仰仗哲学、伦理学等外部理由供给,如美国法哲学家范伯格从社会哲学(本文认为是伦理学)

^④ 参见郑永流《实践法律观要义——以转型中的中国为出发点》,载《中国法学》2010年第3期。

^⑤ 复数的法律还另有解读,如桑托斯主张法律有三个时空:超国家即全球、民族国家、亚国家即地方。民族国家一直被视为法律的唯一时空,但全球和地方作为法律的时空,一直都存在着。特维宁把法律分为:全球法;国际法;区域法;跨国法;共同体间的法律;领土国家的法律;亚国家法;非国家法。他们对法的界定大大增强法律概念的厚度。

角度总结出限制自由的六大理由: 损害原则、冒犯原则、法律家长主义、法律道德主义原则、极端的家长主义和福利原则,^⑥其中法律道德主义原则为通奸、乱伦等行为的犯罪化曾提供并在一些国家和个案中继续提供着正当性支持。广受争议的 2009 年“南京换妻案”以适用中国刑法第 301 条定为聚众淫乱罪为结局,但该案中的“换妻”行为并未侵犯刑法上的法益,定罪的真正理由名为刑法第 301 条,实是冒犯了人们和法官的道德观: 换妻是不道德的,尽管大家没有意识到依据的是法律道德主义原则。

另外,在对具体的法律的解释上正当性也见仁见智。例如,对于男女的权利和自由,世界上绝大多数国家的宪法规定了法律面前人人平等或权利平等原则,中国宪法第 33 条第 2 款: 中华人民共和国公民在法律面前一律平等。第 48 条: 中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。但如何理解男女平等,尤其是与文化和宗教传统的关系,依不同的法哲学理论和学者的学说作出的解释各有千秋。康德的理性法理论: 平等对待的普适规范优于文化和宗教的特殊性; 功利主义: 给女性平权的整体效益大; 社会学: 排除女性平权已过时了; 法律现实主义: 女性解放是事实,平权实际存在; 法律的经济分析: 如能证明减少成本女性平权就是正当的; 卢曼的系统法学: 女性平权有利于政治系统的稳定; 德沃金的原则论: 平权是公平律令; 罗尔斯的正义论: 排除女性平权侵害了社会契约; 哈贝马斯的商谈论: 男女不平等损害了商谈,从而危及国家的合法性。^⑦

再以时下在各国争议颇大的同性婚姻合法化来分析对具体的条款的解释。2017 年 6 月 30 日,德国联邦议会修改了民法典,承认了同性婚姻。但对德国基本法第 6 条“婚姻与家庭受国家特别保护”存有不同理解,主流法学家认为,此条没有明确的价值取向,不包含对同性婚姻的排除,因此修改民法典允许同性的人结婚与基本法的规定没有冲突。多数民意也认同同性婚姻,反映了社会价值观在不断变化。而执政联盟两大党之一的基民盟的多数成员则将婚姻理解为异性间的,德国总理默克尔也多次强调基督教核心价值观中对家庭的重视和保护,有议员还说这最终一定会被上诉至德国联邦宪法法院,联邦宪法法院有权以违宪为由否决法律。

二、作为多因之果的制定法: 从形成到运行

静态法律概念的多维度局面是基于各学科对正当性标准的不同理解而形成的,由于制定法在多维的法律概念中硬度最强,在当今的功能和作用最广,下文遂以制定法为对象展开。由于制定法从形成到运行的过程漫长,每个环节是非封闭的,每个环节产生的结果不仅需要各种因素的影响,且也是各种因素合力的产物,这是各学科能够介入法

⑥ 参见[美]J·范伯格《自由、权利和社会正义》,王守昌、戴棚译,贵州人民出版社 1998 年版,第 45-46 页。在《刑法的道德界限》(第 1 卷)中,他列出了 10 个,商务印书馆 2013 年版。

⑦ 参见 Philippe Mastronardi, *Angewandte Rechtstheorie*, Haupt Verlag, 2009, S. 263-264.

律研究和应用的根本原因。这里所说的介入不仅是指对其他学科知识的一般应用,这发生在所有学科间,如物理学家霍金也要用文学的知识才能写出脍炙人口的《时间简史》,而更是主张用它们的方法来回答法律问题,及至形成新的概念和理论,如自然法、立法社会事实、证明事实、法医学、社会科学面向的证据。更重要的是,在制定法的运行中,制定法本身也会改变,这又回到何谓法律的本体论问题上。

(一) 制定法对社会生活的全面规制

制定法从古代或以刑法,或以民法,或以行政法为主到今天全面深度地规制社会生活,形成完整的法律体系,以致在法律部门分为公民法外,还普遍采用行业法或领域法的分类,如教育法、卫生法、农业法、金融法、科技法、交通运输法、邮政法、旅游法、新闻与传媒法、体育法、食品法、自然资源法、能源法、建筑法、会计法、房地产法、商业法。^⑧这不仅仅是增加了一种分类,更大的意义在于:之一,由于某一个行业法跨多个传统的部门法,比如新闻与传媒法,就涉及到宪法的言论自由、行政法中的新闻传媒业管理、民事侵权法和刑法上的非法出版罪,或者在一部领域法如《土地法》《草原法》《森林法》中,并行存在行政法、民法、环保法的不同规范,甚至某类关系如医患关系也是跨不同法的,如民法、消费者权益保护法。这就要求人们注重多部门法的沟通。之二,为满足行业和领域的系统功能,需要精深的被规制领域的专业知识,公司法、竞争法、税法、反倾销法本身就带有跨学科特点,尤其是金融法,由于金融产品的极大创新,形成银行、券商、基金、私募、信托、保险、财富管理机构等资产管理行业体系,再如卫生法中有关人工辅助生殖技术、人体器官移植技术、克隆技术、人格权商品化、代孕等。时下炙手可热的人工智能日益智能化,机器越来越具有人的属性,如何在法律上“智能”地应对人工智能,需法律人深入人工智能的腹地,与科学家和技术人员一道,设计出新的法律人格、财产权、知识产权、标准化、防止歧视和偏见的制度。

这些变化源于法律的“实践导向”,各种法律要直接回答人们在生活世界如何行为。在如何行为中存在种种问题,因而法律又是“问题导向”的。显然,实践和问题是不理会有无学科归属感的,那是学界应当津津乐道的,正确的答案对于行动着的人才“王道”。在许多法律领域,正确的答案常常出自各类专业人员的知识合力。曾统治高引证率十余年的LLSV组合^⑨以他们金融学、经济学、法学和管理学多元化的学科背景优势,自20世纪90年代以来,运用金融经济学和计量经济学方法,在宏观上探究法律和金融的关系,法律起源与金融发展,法系与金融发展,司法效率与金融发展,投资者保护与金融发展等问题;在微观上分析法律与企业融资能力,融资成本,法律体制的质量与企业所有权和企业规模,投资者保护与企业公司治理,公司价值等,取得了丰硕的理论成就。

^⑧ 参见孙笑侠《论行业法》,载《中国法学》2013年第1期。参见刘剑文《论领域法学——一种立足新兴交叉领域的法学研究范式》,载《政法论丛》2016年第5期。

^⑨ LLSV取自Rafael La Pona, Florencio Lopez de Silanes, Andrei Shleifer和Robert W. Vishny四人的姓氏首字母。

(二) 制定法制定的现实依据: 立法社会事实

立法机关依据什么制定法律? 影响一项立法的因素也有很多, 其中有一些事实因素。这些影响立法的社会、文化、经济和政治的事实, 本文称为“立法社会事实”, 它有别于法律实施中的个案事实和司法社会事实(见下文)。^⑩立法社会事实关乎法律的内容清单和内容的正当性。如果不明立法社会事实, 带来的后果将是, 或因过分超前使制定出来的规范而被束之高阁和规避、空转, 或因过分滞后使规范遭弃用。在内容清单上, 这属事情的适法性的认定, 适法性指向某事项适不适合由法律规制, 以防止过头的臃法和过少的法律漏洞。具备了适法性的社会问题要成为法律问题须经一个界定过程: 问题客观存在; 已经被社会上多数人所觉察、认同、感受; 与既定的价值、规范、利益发生冲突, 并且由社会中的团体与个人表达出来; 属于立法管辖范围并且能被列入立法机关的议程。内容的正当性具体指立法目的和实现立法目的的手段, 尤其是如何平衡利益之间的冲突。立法社会事实的发现也是对法律的宪法审查的一个重要阶段。

立法社会事实的范围十分广泛, 如何获得这些社会事实, 如“问题客观存在; 已经被社会上多数人所觉察、认同、感受”, 非立法者仅以法律知识和直觉而能为之的。当讨论亲属相盗是否应入罪时, 人们发现, 中国古代对亲属相盗均作了特别规定, 使之与一般盗窃罪区别开来, 体现“亲疏有别、尊卑有别”伦理规范。^⑪这种历史考察有助于判明法律与伦理的关系。中国的民法对德国的继受很多, 而德国的直接来源于西方中世纪的教会法, 尤其是像婚姻、继承、家庭、财产、合同, 这已进入历史学、神学领域。立法中的最重要任务是如何处理利益冲突, 如一些企业家认为现行《劳动合同法》过于偏重保护劳动者, 而对企业利益保护不足, 对企业发展明显不利。这需要运用社会学的调查方法去确定是否和如何“明显不利”。^⑫

立法评估是发现立法社会事实的重要途径之一, 它改变了过去仅靠“想法、点子”等直觉式的睿智来判断立法的必要性的习惯。立法评估分为立法前评估和立法后评

⑩ 1962年, 美国学者戴维斯(Kenneth Culp Davis)在《行政程序中解决证据问题的一个方法》一文中区分了“立法事实”(legislative facts)和“裁判事实”(adjudicative facts), “立法事实”是法官在造法的时候需要考虑的事实, 案件中所争议的事实是“裁判事实”。本文未采用“立法事实”的表达, 是因为它更适合法官造法的传统, 但也遭质疑, 而大部分国家包括中国是制定法传统, 立法与司法分立, “社会事实”在其中都有作用但不一样, 故分为立法社会事实与司法社会事实。这对概念部分源于作者的《实践法律观要义——以转型中的中国为出发点》, 载《中国法学》2010年第3期。

⑪ 亲属相盗, 1997年11月4日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》中认为“偷拿自己家的财物或者近亲属的财物, 一般可不按犯罪处理; 对却有追究刑事责任必要的, 处罚时也应与社会上作案的有所区别。”

⑫ 1954年美国的布朗案是用社会科学证据来“证明”立法事实的里程碑案。布朗案是一系列有关种族隔离教育案的统称。诸原告(之一是布朗)都面临废止“隔离但平等”的法律原则, 案件需要法官论证的核心是: 学校对白人学生与其他有色人种学生进行隔离是否会给后者造成不利的心理影响? 最高法院在判决中引用了7份心理学试验报告和社会研究报告, 其中有《强制隔离的心理影响: 一份关于社会科学意见的调查》(1948), 该报告显示, 在849名被调查的社会科学家中90%的人认为, 强制隔离会对被隔离者造成心理的不利影响。最高法院最终判决种族隔离式教育违宪, 极大地促成了种族融合学校的兴起。参见[美]约翰·莫纳什、劳伦斯·沃克《法律中的社会科学》(第6版), 何美欢等译, 法律出版社2007年版, 第184-187页。

估,立法评估报告已成为一些国家立法机关通过立法草案举行立法公共听证的重要依据之一。立法评估需要一整套较为实用的评估方法,这有赖社会学、经济学等相关学科的深度参与,其中成本—效益方法是立法评估常用的分析方法之一,它被用于计算尚未制定的法律可能产生的效用以及评估法律生效后产生的实际效用,为法律的立改废提供可靠的量化的事实依据。同理适于正在搅动中国法治进程的各类法治指数的建立和完善,所谓法治指数是衡量一个国家的法治状况的量化标准和评估体系,它通过主观评价和客观评价综合再现立法社会事实。^⑬

当然,尽管立法社会事实是事实,应当看到经由社会科学和数学等呈现出来的这种事实不仅存在局限性,如调查样本的有限性、历史经验的时代性、主观评价的偏好,更要意识到人们容易以社会科学的事实来表达对现状的承认甚至赞美,以存在代替合理,缺乏“改造世界”的抱负。因而,对立法社会事实当由研究者进行分析,作出价值判断,并向立法机关建议转成立法政策,而立法政策的核心是要确立法律奉行何种主义,主张什么价值观,协调哪些利益,解决何种冲突,这是政治学擅长的,于是形成了所谓法律政策学或法政治学。另外,那些技术性较强、关联部门多、涉及社会关系广的法律,比较适宜委托专门研究机构或专家学者起草。但这些不是本文研究的重点,这里论证的只是呈现立法社会事实是各学科介入立法的根据。

(三) 制定法规范的文本表达

作为文本,制定法如何表达,是像耶林所说:立法者应该像哲学家一样思考,但像农人般说话,还是只讲究精准、理性和逻辑,哪怕成拗口令,^⑭抑或将日常用语与法律语言融合,考验着立法者。无论怎样的追求,法律是一种行为规范,体现的是“规范性应当”,规范的表现方式是条件式的,即,有这样的条件便产生这样的后果,“当怎样,然后怎样”,规范的结构是事实构成+法律后果,凯尔森将之称为“归属律”,以有别于自然科学的因果律,当然也明显不同于社会科学的准因果律、人文诸学科的信念。具体上,法律通过允许、禁止、命令和激励四种应当的模式,规定了人们行为的一般模式、模型、标准或方向。在制定法中,还存在服务于行为模式的条文。各类条文是用书面语言来表达的,规范以文字为载体,法律条文中的多数概念、术语及其他词句直接渊源于社会生活,如《民法通则》第7条中“社会公德、社会公共利益、社会经济秩序”都不是专业的法律概念,而分别是伦理学、社会学、经济学等其他学科的术语,人们应结合所属学科之含义来理解,同理适用于住宅、劳动权、欺诈、乘人之危、追认等。这同时也为语言学、修辞学、逻辑学的介入提供了必要性,更要紧的是,当这种支持是把握法律规范的特点来

^⑬ 目前在国际层面上有世界银行开发的世界治理指标(World Governance Index, WGI)、世界正义工程(The World Justice Project, WJP)的法治指数(Rule of Law Index)。国内有《中国人民大学中国法律发展报告(2015)中国法治评估指标》、中国政法大学《中国法治政府发展报告》、余杭法治指数、法治广东以及法治湖南等地方性法治指数。

^⑭ 中国合同法第403条第1款:受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利,但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

进行时,以语言学为例,既不是将立法语言作为语料来讨论语言的有关问题,也未逃离语言学的圈子,也不是将法律的特点视为立法语言的特点,这混淆法律与语言的界限,甘为法学的附庸,而是形成一门新的学科:法律语言学。

语言学除了为立法中语言的精准、简洁提供帮助外,^⑮其中言语行为理论为立法及司法中使用的语言的性质给出了最准确的解释。言语行为理论的基本主张可以归结为“说话就是做事”,这正是法律语言的主要功能,它不是描述,而是确认权利和责任的归属。因此,法律语言不是“语言”,而是具有法律效力、能带来法律效果的“行为”,是以语言表现出的行为,即言语行为。这是语言学对研究法律的最大贡献。语言学还作用于在司法中如何理解法律文本,在法庭中如何使用语言,提供语言学证据,这方面的研究和应用已初显成效。

三、法律运行的过程:个案事实,司法社会事实

法律既是行为规范,也是裁判规范,解决纠纷或问题是法律作为裁判规范的天职。如何解决纠纷或问题,作出有法律效力的判断,其基本过程以本人的六步论为例是:A.处理事实和提出案件问题;B.寻找规范;C.分析事实构成;D.建构大前提;E.涵摄(归入);F.得出结论。其中A的目标是确认事实,建构小前提;BCD是确立规范,建构大前提;EF是将大小前提进行等置处理,给出结论。在法律判断形成的不同阶段,各学科发挥着不同的作用,大体上,自然科学和社会科学的证据发生在处理事实和提出案件问题的A阶段;社会学强调的习惯法进入在寻找规范的B阶段,它不仅一般是在制定法之后,还由于法院有合法的职权使之对个案有效或无效;如果作为大前提的规范有漏洞或不公正,需要道德的介入或利益的考量,这是在建构大前提的D阶段出现。下文来具体分析它们作用的机制。

(一) 确认事实,建构小前提阶段

这一阶段要处理的是,生活(案件)事实是否可以法律评价,而成为法律事实,再证明生活事实是否存在,而成为证明事实。因而,建构小前提的过程是生活事实——法律事实——证明事实。各学科的方法发生在由生活事实到法律事实、由法律事实到证明事实这两个层面,且主要在后一层面。

首先,由生活事实到法律事实依赖人们是否将前者“归属”于法律。对法律规范的理解决定着生活事实的意义。而前理解(前见)是理解的前奏,前理解引导着理解。前理解告诉人们,何种生活事实的特点对于法律判断可能是关键的,指引判断者往何方向去查明生活事实和寻找法律规范。司法者的前理解主要来源于长期积累起的职业经

^⑮ 2007年7月,全国人大常委会法工委成立了立法用语规范化专家咨询委员会,《现代汉语规范词典》主编李行健、原北京大学中文系教授苏培成等16位语言文字方面的专家被聘为委员。2014年5月,全国人大常委会法工委续聘、增聘17位专家咨询委员。

验。美国的法律现实主义的口号“法律就是法官所说的”,是前理解理论在法律实践中的集中爆发,在此,我们看到了哲学诠释学和心理学的踪影。

其次,由法律事实到证明事实是求“真”,即生活事实是否存在,被证明存在的有法律意义的事实是证明事实。事实真实既可通过物质也可经由言辞得出。求物质性之“真”的方法大体分三类:查明、证明和推定,查明主要是在侦查和诉讼中,证明和推定后两者是在诉讼中。

在侦查中,查明的事实的内容一般有七个方面,也常用“七何”来表示,具体指何人、何事、何时、何地、何物、何情、何故。查明事实的方法主要有观察、实验、鉴定等,如现场勘查中对各种物体的方位、遗留物品、尸体、血迹、足迹、凶器、指纹、犯罪痕迹,鉴定中包括指纹鉴定技术、足迹鉴定技术、笔迹鉴定技术、记录物证的技术,这需要大量的自然科学的支持,以形成法庭科学。

在诉讼中,认定事实的主要方法是证明。证明就是用证据来说明未知事实的存在与否,从分析证据的方法所依赖的知识类型上看,既有自然科学的也有社会科学的知识。因此,严格说,并不存在自然科学证据与社会科学证据之分。只存在用自然科学或社会科学的方法(非常识)提供的证据,后者如在商标侵权案中对商标图案区分度的调查报告,学界将此称为社会科学证据,它仅是证据法学上的一种理论分类,没有被纳入如中国《民事诉讼法》第63条规定的七种证据中:书证;物证;视听资料;证人证言;当事人的陈述;鉴定结论;勘验笔录。在鉴定结论中以往也不包括以社会科学的方法形成的社会调查报告、社会实验报告,但它们在商标侵权、名誉侵权、商业秘密、产品质量、药品及食品安全、反垄断、环境污染等案件审理中对行为与损害的因果关系有着特殊的解释力,在司法中作用日益显现,^{①6}只是其合法律性有待解决。

由于言词证据是经过证人、被害人、犯罪嫌疑人、被告人、鉴定人等的感知、判断、记忆、检索、陈述这几个过程“加工”过的,其陈述受感受力、记忆力、判断力、表达能力、利害关系和思想感情等因素的影响,不能如实反映案件客观情况的可能性较大,甚至有的还会歪曲、伪造、隐瞒事实。求言词之“真”的方法主要是逻辑方法,如同一律、矛盾律和排中律。

(二) 确立规范,建构大前提阶段

立法机构制定的法只是一阶法,在许多情况下要通过司法来续造,即建构大前提,形成二阶法。理由是存在事实与规范关系不同程度的不对称情形,不对称情形又可分

^{①6} 如在2006年“星源公司诉上海星巴克咖啡馆有限公司等商标侵权及不正当竞争纠纷案”中,依《中华人民共和国商标法》第14条规定“认定驰名商标应当考虑下列因素:(1)相关公众对该商标的知晓程度。”据此,原告星源公司、统一星巴克提供的六项证据中有:公证抽样调查及媒体对被告侵权的相关报道,用以证明相关公众在经营主体及其产品和服务方面对原、被告产生混淆,被告主观上具有恶意。被告上海星巴克、上海星巴克分公司提交的证据中有:市场使用情况调查报告、撤销连续三年停止使用注册商标申请书等证据材料。说明经对在上海的5家统一星巴克连锁店进行调查,星源公司取得“星巴克”商标(第42类)专用权后,一直没有使用,为此上海星巴克依法申请撤销该注册商标。参见中华律师网 <http://www.lsbar.com/caseContent/5270>,最后访问时间:2017年6月17日。

为两类,一是有法律规定但不明确或不合理,二是法律应当规定而未规定,这使得对法律的运用是反思性应用,反思性应用的结果是形成二阶法,各学科的作用贡献显现在这个过程中。

对第一种情形中有法律规定但不明确的解决方法是法律解释,法律解释分为字义解释、体系解释和历史解释三种,对林荫道两旁的树木是否为森林,涉及语义学的中心和边缘理论,体系解释得益于系统论的整体和关联的观念,历史学有助于鉴别议会立法辩论的原始记录,从而发现立法者的原意。

正是法律作为文本的可解释性,“作为文学的法律”这种思潮便出现,它将法律看成与文学作品一样,以文学分析的技巧及方法,如上下文、修辞、隐喻、寓言对法律文本进行解释,以探求法律文本的真意。其姊妹“法律中的文学”她致力于研究文学作品中的各种法律,当时人们对于法律的看法,司法如何运行等,固然形象生动,能激发当代人对法律更深层的省思,但较之历史文献的记载,真实性不强,可信度欠高。这是人们在评价和借鉴“法律与文学运动”的理论当注意的。

对于有法律规定但不合理,解决的方法是客观目的探究,法律的客观目的与立法者的意图有时一致,有时不一致,在不一致时,要服从客观目的,因此,客观目的探究改正着法律,其结果是限缩或扩张法律规范的适用范围。而什么是法律的客观目的,有时只有在社会变迁的动态中去考察,途径是用社会科学的方法确立司法社会事实,如《民法通则》未规定隐私权等人格权,通过探究第120条“公民的姓名权、肖像权、名誉权受到侵害的,有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可要求赔偿损失”的意旨是保护人格权,故可进行目的性扩张,将保护范围扩至隐私权等人格权。以往的规范的目的探究,主要依凭解释者的理解和经验,如果有社会科学的研究报告,如对以往判决的统计分析,岂不更有说服力?^{①7}

对第二种情形法律应当规定而未规定,法律存在漏洞时,填补漏洞的方式主要有:类比、法律补充和反向推论,这些方法具有造法性质。类比的原理和方法由哲学和逻辑学供给;可资补充法律的有习惯法、法官法、学理和惯例,习惯法可经法律明文承认,如无法律承认适用,通常由法院认定适用,所以有“习惯法不过是法官法”的断言。如民法的典权制度,《民法通则》等众多的民事法律法规中均未涉及到对典权制度的立法规定,最高人民法院通过批复、司法解释将典权制度作为习惯法予以认可。在此,伦理学、社会学和历史学汇聚一堂。对于某一法律规范可否作反向推论,应视事实构成(M)与法律结果(P)间之逻辑关系加以决定,事实构成与法律结果之间有多种逻辑关系,只有M为P的必要条件和充分必要条件,才可作反向推论。

^{①7} 现有一些作品,如骆意《论诚实信用原则在我国民事司法裁判中的适用——基于对〈最高人民法院公报〉中53个案例的实证分析》,载《法律适用》2010年第11期。

四、法律职业的多科知识和技能要求

法律的“交叉”学科应用在法律职业中表现得最为具体和充分,教义的和非教义的两类法律知识类型在法律实务中通过个案的法律论证结合在一起。法律实务与以认知求真为目标的法律研究不同,它是解决问题和纠纷导向的,追求的目的是判断和决策的适当性和有说服力。从事法律实务的人要处理的是特定情况,需要满足他们的客户对特定问题有明确答案的要求,而问题和纠纷并不是按民法典、刑法典或学科分类发生的,虽然案件被归为民事或刑事的,但民刑交叉、行刑交叉问题,层出不穷。^⑮ 问题和纠纷本身更多是综合的、弥散的、非纯粹的,因而,要恰当地解决问题和纠纷,需要法律人综合运用大量的多科性知识和职业技能,正如人们对中国基层干部工作特点所描述的,“上面千条线,下面一根针”。

对律师的基本职业技能,MacCrate 报告(美国律师协会,1992年)确定有十个:1) 解决问题,2) 法律分析和推理,3) 法律研究,4) 事实调查,5) 口头和书面交流,6) 咨询或建议,7) 谈判,8) 理解诉讼和替代性纠纷解决程序,9) 组织和管理的法律工作,10) 认识和解决法律难题。除此,MacCrate 报告还列出了“一般技能”,它们包括团队合作、沟通、解决矛盾、个人效率、分析、综合、评价和创造力。^⑯ 显然,这些知识和职业技能涉及法律教义学内部各个学科,也关联着法律教义学之外的多个学科。

同时,伴随社会治理方式向法治化的转变,法律职业的外延大大拓展。以往的法律职业指法官、检察官、律师、公证人,他们被称为“完全的法律人”。今天,它们只是典型的法律职业,从事法律职业的过有,或是半完全的法律人:立法机关、政府法律部门的工作人员,基层法律服务工作者、企业法律顾问和仲裁员等;或是准法律人:人民调解员、基层的治安、保卫人员等等。法律职业外延的拓展也意味着更重要的知识内涵的改变。由于社会复杂程度的提高和快速的变化,一方面知识分工加剧,律师和企业法律顾问等的称呼前常常加上了××专业,如知识产权律师、反倾销法务、婚姻家庭法顾问。^⑰ 尤其集智慧和商业利润于一身的律师,是一个知识密集型职业,如作为建筑房地产律师,要熟知建筑房地产知识,它包括房地产类、建设工程类两大类,在房地产类中还可分为土

^⑮ 民刑交叉研究的力作之一是[日]佐伯仁志、道恒内弘人:《刑法与民法的对话》,于改之、张小宁译,北京大学出版社2012年版。

^⑯ Report of the ABA Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap(“The MacCrate Report”) 1992. [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2013_legal_education_and_professional_development_maccrate_report\).authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2013_legal_education_and_professional_development_maccrate_report).authcheckdam.pdf).

^⑰ 在德国,专业律师的数量在1960年到2012年间增长差不多50倍,从900出头增长到44000有余。尤其是在2000年到2012年间快速增长,从1100出头增长到44000。在此期间,专业律师在全部执业律师中所占比重从将近12%上升到28%。获得认证的专业律师头衔从1960年到1980年间的税务和行政事务律师两个,到1990年代的6个,如今已至20个。See Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen. 2012. <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>.

地管理、规划、征地拆迁、房地产开发、房地产登记、房地产买卖、房地产租赁、物业管理等子类。再如作为一名银行律师,需要具备民法、银行和资本市场法律方面的丰富知识,他需了解宏观经济背景,具备良好的英语能力,国际经验也显得重要。另一方面,分工过细又导致综合,甚至在律师业中出现了专门的知识管理(know-how management)的律师(PSL, Professional Support Lawyer),有些律师事务所还专门设立知识管理团队,一些大公司的法律部也有一批人专门在从事知识管理。这些律师日常的工作包括管理律师事务所的专业知识电子数据库,帮助举办培训讲座,帮助律师解决疑难杂问,以及培养初级律师。是故,他们可被称为律师的律师。这是许多社会科学及其社会职业难以比拟的,人文学科更是如此。

五、结论: 法律及其过程效果是多学科交互作用的产物

由于什么是法律取决于正当性标准,而正当性标准又具有多维性;制定法从形成到运行各环节的结果是多因导致的。也即,法律不仅是复数的,还是动态变化着的,这两个判断构成了法律的交叉学科研究和应用的根据,也说明了法律研究和应用非一家之私品,任何一种类型的法律研究对规范和与规范相连的事实都没有垄断的权利,都应抛弃“矿工视角”。^②依据这个结论,值得总结的还有以下三点。

(一) 各学科研究和应用法律的重点领域及贡献重点领域表

学科 \ 领域	法律概念	立法			司法	
		立法政策	规制领域	文本	小前提建构	大前提建构
哲学	X	X				X
伦理学	X	X				X
逻辑学				X	X	X
政治学	X	X				X
经济学	X		X		X	X
统计学		X	X			X
社会学	X	X	X		X	X
人类学	X	X	X		X	X
心理学					X	X
语言学			X	X	X	X
文学	X			X	X	X
历史学		X	X			

^② 1877年 Gustav Rümelin 在图宾根的校长讲话中说:学者应该像矿工一样,在偏僻的寂静之地,伴着昏黄的矿灯,只寻找某种特定的矿藏,其他诱惑必须搁置一旁。这种局限于专业的立场后被人称作“矿工视角”,参见 Eric Hilgendorf, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft, in: Juristen Zeitung, 19/2010, S. 916.

学科 \ 领域	法律概念	立法			司法	
		立法政策	规制领域	文本	小前提建构	大前提建构
神学(宗教学)	X	X	X			X
自然科学和技术 物理学 化学 医学 生物学 计算机技术		X	X		X	
狭义法学(法律教义学)	X		X		X	X

本表是对上文的概括,以直观各学科作用的重点领域,囿于表格形式,分类粗放,意在提示,不当处请见文字叙述。如果不是分科述之而是概括其他学科为法律的研究和应用的贡献方式,主要有二:提供经验证明和正当性判断。经验证明由社会科学和自然科学承担。一般认为,上表中的政治学、经济学、社会学、心理学等社会科学的研究方法有解释、理解和批判三种。解释是对社会现象之间的因果关系的陈述;理解是了解社会现象背后的动机、行为背后的意义;批判就是对社会现象进行正当与否的价值评判。在法律的研究和应用中,社会科学的主要运用解释、理解的研究方法,如已初成气候的“法律实证研究”是解释方法的集中体现;^②在本文的论证路径中,社会科学例如还通过立法前评估和立法后评估旨在改善立法质量;设立指标或指数来监测法治的运行行为社会治理提供决策依据等,来回答法律在静态和动态中客观上“是”如何的问题。因此,社会科学是法律教义学的必备前置科学,为法律教义学的展开铺平道路。另外,社会科学还与自然科学一道为执法司法中个案事实的确定提供必然性和或然性证据,解决法律判断的小前提问题。^③

各人文学科则通过理解和批判的方法提供“善/恶”的正当性判断,它们在制定法本身的性质之外处思考,将道德、政治、文化、宗教、种族、性别等因素纳入识别法律和法律

^② 关于法律实证研究的系统性述评,参见程金华《当代中国的法律实证研究》,载《中国法学》2015年第6期。但学界对法律实证研究与法律的社会科学研究或者法社会学的关系时有误解:或等而视之,或并列对待。实际上,社会—法律研究(Socio-Legal Studies)或法律的社会科学研究,或法社会学有两种路径:宏观与微观,法律与社会的宏观理论属前者,例如卢曼的系统法学,哈贝马斯对自由主义、福利国家、程序主义三种法律范式的划分;法律实证研究属后者,例如“农民法律意识研究”。

^③ 有一些学者指出,法律教义学或法律形式主义理论受自然科学影响颇深,它在近代表现出的概念法学、汇学说纂法学和兰德尔关于合同基本定理是对欧几里得几何学的公理体系的效仿,依赖于演绎推理而忽视归纳。参见中村宗雄,《法学和自然科学在方法论上的关联——以自然科学启迪法学体系创新的构想》,陈刚译,来源:法律博客——亚洲法研究所(<http://asianlaw.fyfz.cn/blog/asianlaw/index.aspx?blogid=28260>);参见黄宗智、高原《社会科学和法学应该模仿自然科学吗?》,载《开放时代》2015年第2期。

运行的全过程。以批判方法为例,批判法律研究的核心主张是:一切法律都是政治,在立法和司法中充满着对社会福利、权利、道德、分配公正、经济效率等的政治纷争。女性主义法学认为社会和法律都是充斥着男权意识,法律具有男人的性别。这些主张影响到人们关于什么是正当的法律和如何正当地应用法律的判断,回答法律判断的大前提问题。

(二) 法律教义学与其他学科的关系,法学的交叉性质

然而,以展现事情的因果关系为任务的经验和数据,道德、政治、文化、宗教、种族、性别等作为正当性判断的因素本身不是法律,经验命题和正当性判断要指明的制定法的法律问题是在教义学中显现的,没有教义学甚至法律问题都不存在,或者不知问题有何法律意义,因为教义学是法律的存在之家,其任务是识别、解释和体系化制定法规范。因此,经验命题需转化为规范命题,正当性判断需转化为规范性判断,教义学为这种转化提供了框架和平台。首先,如上述,教义学安排法律通过允许、禁止、命令和激励四种应当的模式,规定了人们行为的一般模式、模型、标准或方向,具体是条件的表达方式,即,有这样的条件便产生这样的后果,规范结构是事实构成+法律后果。其次,设立了一些转换装置,比如一般条款、法律原则、不确定概念等,以便让正当性判断进入规范之中。再次,提供了一整套以法律解释为主体的法律方法,使得它们能通过教义学的回应从外部进入法律体系的内部,如宪法等规定的基本权利在客观价值上对私法关系的效力,是通过对私法中的诚实信用、善良风俗等一般条款作合宪性解释而发生的。

尽管经验命题和正当性判断有时能越过现行法律而直接作用于生活,但在一个法治社会,通过教义学的转换而致法律系统的价值的调整与升级,使正当性反思和建构具有法律效力的普适性。易言之,非教义学中自然科学和社会科学对因果关系的证明、社会科学和人文学科对什么是正当的法律的各种回答,必须经由教义学的对什么是法律的识别才有意义和实际效力。当然,教义学可能错误地拒绝非教义学,但非教义学只有在被教义学正确地接受时才把正当转为合法。同时,非教义学的知识是依托教义学的知识在法律运行过程中进入的,没有教义学,非教义学的知识是漫无目标的、破碎的、无效的。

有鉴于法律教义学与其他学科的关系,对什么是法学必须重新界定。本文认为,法学是一种关于法律的知识,法律包括实证法(制定法)和非实证法,这种知识由教义学式的和非教义学式的法律研究和应用的知识构成。非教义学的知识体系是开放的,自然科学、社会科学和人文学科都可在制定法形成和运行的某一阶段和领域介入,在它们介入制定法后所生成的知识就是法学知识,如法哲学、法社会学、法经济学。也即,对制定法的整体及至某一条文既可以作教义学式的研究,也可以是非教义学式的研究,如民法研究,见下表。

教义学研究	非教义学研究
民法总论 民法方法论 比较民法	民法哲学 民法史 民事政策

如果将这两种法律研究统称为法学,那么,法学本身就具有交叉性。^④在此意义上,法学的交叉性质也必须重新理解,它不是像通常认为的(包括笔者以前的看法)是指法律教义学与其他学科的外在交叉,

而是意味着教义式的和非教义式的法律研究内在并存,“隔行不隔山”,共同构成法学,同时两者之间及其各自内部充满论辩性。这一特点使得法学在全部学科中具有唯一性,没有一个学科具有这样的内在交叉性和论辩性。因此,法学不属于自然科学、社会科学和人文学科中任何一种,是一个关于法律的教义学和非教义学的知识的独立学科。

(三) 法律的交叉研究和应用的品位和痛点

法律研究和应用的交叉性,使之成为一项高品位甚至高冷的事业,它需要从业者兼通教义学与某些学科,不仅要有广度,也需有深度。正是因此,在法律研究和应用的久远历史中,不断有百科全书式的学问大家愿意现身,如德国法学家特奥多尔·蒙森(Theodor Mommsen, 1817-1903),他以《罗马史》而获1902年诺贝尔文学奖。法律研究和应用历来是学术和实用双重意义上的“显学”。“显学”也意味难学,法律的交叉研究和应用的困难,之于其他学科的一些学者,他们意在提供解决问题的视角和方法,在于他们研究(还未及应用)法律时本能地只有本学科的视角,常常找不到或看不清法律问题是什么,空余明眸,发现不了聚焦的目标。所谓法律问题由生活事实是否适合既存的规范而生,如在列车的卫生间里抢劫是否为中国《刑法》第263条在公共交通工具上抢劫而须加重处罚?能否发现法律问题依赖法律教义学构筑的关于法律的知识体系;更难以发现法学问题,几乎每一个法律问题均可在法律教义学体系的不同层面上被转化为法学问题,形成不同的理论。只有在发现了法律问题之后才能谈得上去寻找解决问题的方法。而之于力图跳出教义学框架的法律人,未免对人文社会科学的方法不熟悉或一知半解,许多关于因果关系的结论不是建立在用科学方法得来的数据上,或是基于个人的感悟和经历“想出来”的,或是把“随意”误当“随机”而进行的调查得来的,并用表格、饼图、矩阵等形式把失真表现得更加漂亮和真实。在论文中常见“本文采用实证方法、经济学方法”,可见的只是几个数字,仨俩经济学术语;在争论中常常听到的是“我认为”,鲜见“证明为”;论文的结尾难觅“结论”而“结语”连篇。^⑤

一些其他学科的学者发现不了法律问题,教义学法律人不会用其他学科的方法,方法与问题的拥有者双盲,造成了他们在从事法律的交叉研究和应用时自嘲/被嘲为:在法学家中是最懂哲学/经济学/文学的,在哲学家/经济学家/文学家中最懂法学的。

^④ See Yongliu Zheng, Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft, in: Frank Saliger u. a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, C. F. Müller, 2017, S. 483-492.

^⑤ 更多的分析可参见乔晓春《中国社会科学离科学有多远?》,北京大学出版社2017年版。

交叉不免沦为装饰,跨界掩饰着思想的苍白。在理想上,为了能够进行多学科的综合研究,学者必须同时兼通两种学科,这样他就可以不再依赖其他专家,而是自己能对从来源学科输入到目标学科的知识进行评估。而目前要求精通两界三科不免是强人所难,但以一业为本,兼知他业,当是从事交叉研究和应用的最基本的准入资格。

观念易变,方法沧桑,法律常在。在这个领域,既未像霍姆斯预言的由统计学或经济学一统天下,也未如凯尔森所愿,将形而上学和经验科学驱除,唯留得法学的纯净。即便交叉研究今已成气候,内部也时有冲突,如法律与文学对立,法律与经济学。本文对法律的交叉学科研究和应用的根据的论证,在风险社会+大数据的形势逼人强的压迫下,意不在努力掀起交叉的又一波高潮,相反,主要是“穷理以致其知”,探究为什么在法律研究和应用中各学科是如此的交叉,是真如德国量子物理学家、诺贝尔奖获得者马克斯·普朗克所说“科学是内在的统一体,它被分解为单独的部分,不是由于事物的本质,而是由于人类认识能力的局限性?”还是另有奥秘?本文的回答如上。附带才是提醒跃跃欲试的各科学人,最要紧的不是马上投身交叉之海,而是要形成对法学的新理解,充分认识交叉的困难所在,且须溅身冷水,思索一下,自己有无操弄大潮的技艺。

Abstract: What the law is depends on what the standard of legitimacy is, however, the legitimacy standard is multidimensional; As the main form in contemporary law, the statutory law's formation and operation are caused by many factors. Therefore, the law is plural and the statutory law is dynamic, and the two judgments constitute the basis of research and application on the law by both the doctrine and the non-doctrinal science. If the knowledge of the two legal studies and applications is collectively referred to as jurisprudence, then jurisprudence itself has internal cross, doctrinal and non-doctrinal knowledge coexist, and there exists argumentation between them and inside themselves, which is unique in the vast forest of knowledge.

(责任编辑: 李小明)