

## 中國大陸法學研究格局的流變\*

蘇 力\*\*

### 摘 要

近30多年來，中國大陸的法學研究開始形成了政法法學、法教義學和社科法學三個流派，並日漸顯著。本文分析了為何一度遭法學人嚴厲貶低的政法法學會浴火重生，其價值何在；為何除了在傳統的刑法和民法領域外，許多部門法研究中，法教義學與社科法學的邊界已經日漸模糊，有時相互重疊；以及中國大陸地區社科法學未來研究應努力超越的一些問題。

關鍵詞：法學研究、大陸、政法法學、法教義學、社科法學。

### 目 次

壹、引言	肆、法教義學的尷尬
貳、浴火重生的政法法學，以及 為何？	伍、社科法學的幾個問題
參、法教義學與社科法學的邊界 流變	陸、也算結語

\* 本文曾以〈中國法學研究格局的流變〉為題，刊載於法商研究，2014年第5期，頁58-66。

責任校對：林庭伊、鄧婉伶。

\*\* 北京大學法學院天元講席教授，長江學者，博士。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/02011171.pdf>。



一個新的科學真理的獲勝，並非因其說服了對手，幡然猛醒，  
更多因對手終已老去，而熟悉新真理的新一代已長大成人。

——馬克斯·普朗克<sup>1</sup>

## 壹、引言

本篇並非一篇必要的文字。

十多年前，針對世紀之交中國法學的發展，我在一篇文章中概括，並進而粗略分析了當時中國三種比較顯著的法學研究傳統：注重政治意識形態話語的政法法學，注重法律適用解決具體法律糾紛的註釋法學，以及借鑒社會科學的經驗研究方法、試圖發現制度或規則與社會生活諸多因素的相互影響和制約的社科法學。我斷言：

隨著中國社會的發展變化，[……] 政治話語派在狹義上的法學研究中的顯赫地位會逐步被替代，事實上已經基本被取代，儘管這一派所關注的問題並不一定會在社會中湮滅。這一派所起到的社會功能有可能將為更多的非法律職業的知識份子所扮演，由社會活動家來扮演，而不是由學術法律人或實務法律人來扮演。因此，在這個意義上，並且也僅僅是在這個意義上，……政法法學將逐漸在當代中國法學的舞臺上隨著中國社會的發展而隱退，隨著法學研究的日益專業化而隱退，且僅僅是「隱退」而已。政治標籤的翻新、自我排隊和給他人排隊的做法在法律學術界會變得越來越沒有意義。但是，隱退並不意味著政法學派沒有價值，而只是說，它已經基本完成了其歷史使命……。

---

<sup>1</sup> MAX KARL ERNST LUDWIG PLANCK, SCIENTIFIC AUTOBIOGRAPHY AND OTHER PAPERS 33-34 (F. Gaynor trans., Philosophical Library 1968) (1949).

在未來中國法學中起主導作用的更可能是詮釋法學和社科法學。但是，這兩派在社會中所起到的作用是不同的。對於法治和法學的發展來說，它們的功能是互補的，儘管它們之間不無可能產生激烈的、有時甚至是意氣化的爭論<sup>2</sup>。

13年過去了，中國法學當然有變化，但基本格局並沒有、也不可能有什麼重大變化——重大到需要並值得另行撰文分析。兩個會議促成了本文：主要是臺灣中央研究院法律學研究所的簡資修研究員邀請我參加「2014年兩岸四地法律發展學術研討會」（臺北，2014年6月18至19日），希望我就這三個學派的問題，根據過去大陸10多年來法學的發展，做個專題報告；接著，應侯猛、陳柏峰教授的邀請，此文修改後也提交了「社科法學與法教義學對話會」（武漢，2014年5月31日至6月1日）。

交代寫作背景，表明本文是另一種命題作文，缺乏集中的學術問題提煉，因此註定學術意義不足。

也正因為這一自我警醒，我才需要避免託詞，認真撰寫本文，力求以更多學術思考的「乾貨」來消除或弱化會議激素留下的早產，即便不可能完全彌補其先天的孱弱，也要令它盡可能獲得「脫會議」的、獨立的學術智識意義。文章自然還要涵蓋這三個所謂流派，但過去十多年來，發表的論文和著作太多了，沒有人有能力，其實也不值得，哪怕僅僅全都瀏覽一遍；這意味著，即便想從宏觀上粗略勾勒這些年來中國法學研究的狀況，也註定不可能。而且這類描述，若僅僅是描述，即便有資料意義，也沒有任何學術意義。我必須從中發現還有些學術意味的問題，做些許理論性分析，對之前某些論斷予以調整或限定。這不僅需要重新選擇學術爭點問題，也還要圍繞這些爭點來重新結構本文。

---

<sup>2</sup> 參見蘇力，也許正在發生——中國當代法學發展的一個概覽，比較法研究，2001年第3期，頁1-9（2001年）。

但這種努力的優點卻會是另一些讀者眼中的一個弱點：僅僅以我對相關學術研究的瞭解程度，簡單勾勒當下中國法學的格局，並且是以對我最便利的方式。這種勾勒一定偏頗，一定不公正，因為我的立場和偏見，因為我毫不掩飾的對經驗研究、社科法學的偏愛，對法教義學的質疑和懷疑。但這種有偏見的立場其實是任何人寫作時毫無例外的境地，無論他是何等相容並包或鄉愿。我們註定無法作為真理代言人來到這個世界，即便打算扮演神諭者，那也只是扮演。因此我歡迎批評，拋磚引磚——等待拍磚。

## 貳、浴火重生的政法法學，以及為何？

在法學研究中，傳統上地位顯赫的政法法學確實已經衰落。這個衰落不只是法律學人的更替，也不全是原先有較重政治意識形態意味的專業（「法理」）的轉型，最重要的標誌其實是，曾構建政法法學的、引發過長期熱烈爭論的問題，如法律的刀制、水治或階級性和社會性問題，如今都不再作為學術問題為法律學人關注<sup>3</sup>，儘管如今的法律學人仍會關心一些有政治實踐意味的命題，但都不是冒充為學術。如庫恩（T. S. Kuhn）所言，科學革命帶來的範式（paradigm）轉換會完全改變常規的研究。

但我的話只說對了一半，甚或只有三分之一。首先，儘管當年我已預感，政法法學有可能陣地轉移，從學界轉向社會，從法學圈內的政治意識形態話語轉為公共話語，但我還是嚴重低估了這一轉變。就在我預測之際，一個重要社會現象是，公共知識份子的興起<sup>4</sup>，一些相對年輕更自由派的法律人和法學人迅速轉化為法律公

---

3 參見凌斌，中國法學時局圖（2014年）。

4 參見蘇力，遭遇哈姆雷特，讀書，2002年第5期（2002年）；Richard A. Posner 著，徐昕譯，公共知識份子——衰落之研究（2002年），該文是此書之代譯序。

知，政法法學的一些關鍵字和理念，通過他們，而不是通過我預言的「非法律職業的知識份子」或「社會活動家」，通過數量日益增多且總體來說趨於寬鬆的各類公共媒體，起初主要是報紙和週刊，後來則有了更為便利的博客甚或微博這類自媒體，針對或創造公眾關注的政治法律事件，很快在整個社會普及了，也影響了中國社會的法治實踐。儘管如何評價法律公知的這類影響，會因評論者的視角和意識形態傾向不同而不同。

但無論如何，由於陣地轉移了，政法法學對法律學術的影響總體上是日漸式微。在校園內，最多只是在大學本科甚至新生中，它還有些許影響。但這究竟說明了什麼，卻還是可能給出不同的解釋。一種解釋會是，政法法學主張的一些核心觀念如法治和權利等已深入人心，已經成為中國法學的共識甚或背景知識，乃至令其在學界才變得寂寞起來，波瀾不驚了。而另一種解釋則是，由於意識形態化和教條化，缺乏足夠的思想和學術深度，政法法學已經邊緣化了。

但學術影響的衰落是一回事，甚至從社會角度來看是相對不重要的一回事，重要的是，政法法學對中國當代的治法律實踐仍然保持了一定影響。事實上，法律公知的社會影響力和知名度普遍，甚至遠遠，高於法律的「專業」知識份子。而僅此一點就可以解說，也可以推斷，法律公知一定後繼有人，一定會有人樂此不疲。

與偏右的法律學人的日益非學術化趨勢同時，過去10多年來，法學界出現了顯著的意識形態的分殊，出現了一些學術研究的政治傾向顯著「左傾」的法律學人。但有別於昔日無論左右的政法法學人士的是，這些左傾學人可以說重新構造了政法法學；他們以智識和學術獲得了相當數量的讀者，引發了至少一部分法律人對當代中國社會的一系列法律問題的重新思考，從而大大拓展了法學學術背後的意識形態頻譜和格局。這是我錯失的另一個三分之一。舉兩個

例子。

馮象2003年出版的《政法筆記》以近乎冷酷的眼光從政法的視角考察了當代中國法律的實踐，將中國法學界25年來一直全力迴避的「政法」這個詞重新打造，成為一種重要的且很有智識意味的學術考察視角。他犀利地指出，今天中國的「法律〔……〕在努力學習爭取成為資本的語言和權勢的工具」；他認為「法治本身，〔……〕不可避免的充滿了倫理疑問」，「本質上是一種權力話語重寫歷史、以程式技術掩蓋實質矛盾的社會控制策略」<sup>5</sup>。

馮象的法律專長其實是智慧財產權法。即便如此，他的智慧財產權法律觀也完全有別於習慣於王婆賣瓜的部門法學者。例如，他認為互聯網的出現，已經令諸多智慧財產權成為「孔雀的尾巴」——美麗的累贅；他因此預言了智慧財產權的終結（the end of intellectual property）<sup>6</sup>。

托克維爾（Alexis-Charles-Henri Clérel de Tocqueville）的一個獲得廣泛贊同的經典觀點是必須將政治問題轉化為法律問題才可能進入「美國」司法<sup>7</sup>，而馮象在《國歌賦予自由》一文中針對罷工權問題，研究指出，在當下中國，許多法律問題必須先轉化政治問題方才可能進入司法<sup>8</sup>。而有不少例證支持了他的這個結論。

馮象其實是一位嚴肅深刻的學人，涉獵極為廣泛，任教清華法學院，卻很難說法律是他的專業，最多是他的專業之一，卻並不是其主要關注。在他的研究中，法律居於頗為次要的地位，更顯著的是他的政治學、倫理學和社會關切、是他的文學、西學乃至古典

5 馮象，政法筆記，頁168（2004年）。

6 Xiang Feng, *The End of Intellectual Property: Challenges Beyond the "China Model"*, 2 INT'L CRITICAL THOUGHT 99, 99-106 (2012).

7 Alexis-Charles-Henri Clérel de Tocqueville著，董果良譯，論美國的民主（上），頁310（1991年）。

8 參見馮象，國歌賦予自由，北大法律評論，2014年第1輯（2014年）。

(聖經) 研究等<sup>9</sup>。

在憲法學界，近年來，政治憲法學開始顯著，同規範憲法學在學術追求上針鋒相對；在一定意義上，或可視政治憲法學為憲法學研究中的政法法學。但無論政治憲法學者還是規範憲法學者，都太多複製或複述了外國的研究，與當代中國其實是有點隔閡的。相比之下，強世功的幾篇論文反而顯得比較突出。主要汲取了德國學者卡爾·施密特（Carl Schmitt）的政治哲學和憲法思想，強世功在這些文章中集中討論了中國近代「黨國」體制的政治實踐，展開了有一定深度的分析和闡述<sup>10</sup>。

黨國問題在近代中國是有歷史的，最早也許是我將之納入法學話語的，在回應美國學者阿帕漢（Frank K. Upham）的一個書評中<sup>11</sup>。我將之視為現代中國的民族國家重建（the constitution or reconstitution of China as a modern nation-state）的一個重要經驗現象和政治制度實踐，是近代中國的一個重要制度創造<sup>12</sup>。我的分析很快獲得了美國以及其他西方學者的關注<sup>13</sup>。強世功試圖進一步開發

---

9 關於馮象的學術，我曾有過較為系統的分析討論。請參見蘇力，經意與不經意之間，收於：法律書評第四輯（2006年）。

10 參見強世功，中國憲法中的不成文憲法——理解中國憲法的新視角，開放時代，2009年第12期（2009年）；參見強世功，中國憲政模式？巴克爾對中國「單一政黨憲政國」體制的研究，中外法學，2012年第5期（2012年）；參見強世功，白軻論中國的黨國憲政體制，開放時代，2014年第2期（2014年）；參見強世功，如何探索中國的憲政道路？——對白軻教授的回應，開放時代，2014年第2期（2014年）。

11 Frank K. Upham, *Who Will Find the Defendant If He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, 114 YALE L.J. 1675, 1675-1718 (2005).

12 參見蘇力，中國司法中的政黨，法律和社會科學，2006年第1期（2006年）。Suli Zhu, *Political Parties in China's Judiciary*, 17 DUKE J. COMP. & INT'L L. 533, 533-60 (2006).

13 此文英文版被先後收入下列英文書籍中。Suli Zhu, "Judicial Politics" as State-Building, in BUILDING CONSTITUTIONALISM IN CHINA 23, 23-36 (Stephanie Balme & Michael W. Dowdle eds., 2009); Suli Zhu, *The Party and the Courts*, in JUDICIAL INDEPENDENCE IN CHINA: LESSONS FOR GLOBAL RULE OF LAW PROMOTION 52, 52-68 (Randall Peerenboom ed., 2009); Suli Zhu, *Political Parties in China's Judiciary*, in

這個概念，實質成為一個具有規範意義的憲制或政體概念，並引發了美國學者白軻（Larry Catá Backer）的關注，以及他們之間的對話<sup>14</sup>。

但在時下中國法學界，占主流的是自由主義的憲法學者，無論規範憲法學者還是政治憲法學者。在他們看來，只有自由主義的三權分立的、有司法審查的憲法政體才是規範的，也是普世的，黨國政體或體制不但不可接受，而且註定是不值得研究的。即便在社會主義憲政學派學者看來，黨國體制也是必須以社會主義憲政和法治改造的。因此，目前，並沒有自由派或其他憲法學人就此展開什麼學術討論，偶爾聽到的只是一些誅心之論了。「寂寞開無主」，無言是最大的輕蔑；在一些學人看來，視而不見或許是最佳的學術應對策略。從傅柯（Michel Foucault）的權力觀來看，這其實從來就是學術中的重要權力策略之一，並因此也算得上政法法學的實踐之一種。

強世功的研究，在我看來，總體上是斷言多於分析，立場強於論證。然而，無論其傾向如何，結論如何，政治正確與否——符合或不符合哪位讀者的先期判斷，強文都毫無疑問觸及了近代中國政治法律憲制的一些重大問題。不管個人好惡，黨國體制，不僅僅是在1949年之後，而且在1927至1949年間，起碼是塑造現代中國，甚至是令其得以發生成長的最基本和最核心的制度。鑒於這方面的學術研究空白，它可能為中國的或一般的憲法／制研究提供新的視角和新的刺激。這需要將黨國問題置於近現代中國民族國家發生和建設的宏大國際和社會語境下，需要對中國現代政治歷史和政治實踐

---

THE CITIZEN AND THE CHINESE STATE 533-60 (Perry Keller ed., 2012).

<sup>14</sup> 參見白軻著，王可任譯，強世功對「不成文憲法」以及中國憲政秩序的研究，開放時代，2014年第2期（2014年）；白軻著，王可任譯，創建發展一套健全的中國憲政理論——強世功有關中國憲政形式主義與合法性問題的論述，開放時代，2014年第2期（2014年）。



的瞭解和洞察，需要更為細緻的經驗研究。而這不大可能僅僅，甚或主要，訴諸作者本人更偏好的政治哲學或理論辨析和推演。

政法法學的這段很容易為人忽視的歷史變遷給人以啟發。我不曾相信意識形態可能終結，卻曾相信完全可能嚴格區分學術與意識形態，並因此，相信隨著學術發展和法學研究的職業化和專長化，政法法學會退出歷史舞臺。但15年來中國法學發展的經驗令我覺悟，這註定只會是我一廂情願。法學研究很難避免意識形態的影響，更難避免人們對法學研究作品做政治意識形態的理解；重要的是意識形態傾向也並不自動決定研究之水準高下<sup>15</sup>，即便這可能影響讀者喜歡或不喜歡或哪些讀者喜歡——而讀者的喜歡或不喜歡往往受讀者的意識形態影響，而不因為讀者沒有意識形態！

但值得提問的是為什麼會是如此？政法法學之所以可能浴火重生，根本原因或許在於，在我看來，儘管都生活在這個社會中，生活在這個世界，但由於利益、社會地位、教育甚或僅僅是偏好不同，人們就一定會有「道不同」的艱難處境。即便我們可能分享一些可能被視為普世價值的語詞，如「善惡」什麼的，我們也很難分享這些詞所指向的具體的人和事。什麼是好的、可欲的，社會一定會並永遠會有不同判斷；即便種種都可欲，這種種可欲在人們各自的或各自不同時期的計算公式中，權重也一定會不同。不作死，不會死，道理都懂，但人類有時就是一種愛「作」的動物——因為它的利益和偏好會隨著各種境況的改變而改變，他們就沒法不折騰。

---

15 馬克斯、凱恩斯在西方經濟學界都受到了嚴肅批評甚至澈底清算。但馬克斯和凱恩斯都如馬克斯筆下的那個在歐洲（如今已不只歐洲）徘徊的幽靈，不時來騷擾經濟學界。關於馬克斯，see THOMAS PIKETTY, *CAPITAL IN THE TWENTY-FIRST CENTURY* (Arthur Goldhammer trans., The Belknap Press of Harvard University Press 2014) (2013); 關於凱恩斯，see N. Gregory Mankiw, *What Would Keynes Have Done?*, N.Y. TIMES (Nov. 28, 2008), [http://terpconnect.umd.edu/~jneri/Econ201/files/Mankiw%20Nov%2030\\_NYT\\_%20What%20Keynes%20would%20have%20done.pdf](http://terpconnect.umd.edu/~jneri/Econ201/files/Mankiw%20Nov%2030_NYT_%20What%20Keynes%20would%20have%20done.pdf); Richard A. Posner, *Keynes and Coase*, 54(4) J.L. & ECON. S31, S31-S40 (2011).

即便在一些問題上此刻有重疊共識，但在另一些問題上，或在另一時空，也無法獲得共識，只能「不相為謀」，最多也只能「和而不同」。

而人類的許多稟賦在如今的市場經濟和傳媒條件下有時也會變得意義重大了，因為市場和傳媒會極大地放大人的某些自然稟賦或能力或機遇的差別，放大與這些差別相伴而來的經濟和社會後果。而在這種狀態下的人們就一定會提出各種根據和理由，要求「損有餘而補不足」，要求社會資源的各種形式和名號的重新分配。很難堅持只是「多勞多得，按勞分配」，「按資分配」，或只是由企業家獲得創業的全部風險剩餘，或福利國家，或其他。注意，這裡的問題是我們沒法找到一個能說服並讓一切人接受並自覺遵循的應當或不應當，各種「應當」會在現代社會中不斷塑造出來，以各種根據和理由。

此外，無論怎樣努力，也一定會有國家和民族的政治經濟文化利益的分歧，一定會有認同的分別。

正是因為這一切，政法法學的重生，就是必然的，註定的，是遲早的。但這絲毫不意味，我也反對，把政治態度或立場本身當成政法法學，它還必須是學術，而不只有姿態，不是偽學術，它必須給法學研究帶來的新的刺激或新的可能。

而只要不在經驗事實上有錯，或有意扭曲，你也還很難說這些受意識形態影響和塑造的話語和結論誰對誰錯，更難令對方信服自己錯了。即便硬邦邦的經驗事實，對於不同的人來說，意義也完全不同；因為，如尼采（Friedrich Wilhelm Nietzsche）所言，「沒有事實，只有解釋」<sup>16</sup>。許多法學的問題將註定有強烈的意識形態意

---

<sup>16</sup> FRIEDRICH NIETZSCHE, *THE WILL OF POWER* 267 (Walter Kaufmann & R. J. Hollingdale trans., Vintage Books 1968) (1901).

味，爭論不清，化解不了。也許結果只能是，少數派給多數派讓道；但如詹姆斯·斯蒂芬（James Fitzjames Stephen）所言，那也不是因為少數派知道自己錯了，而是他們知道自己是少數<sup>17</sup>！

### 參、法教義學與社科法學的邊界流變

在多年苦苦追求之後，當年的詮釋法學或註釋法學，以傳統刑法和民法為典型，如今在國際的學術語境中找到了自己的位置，將自己同德國接了軌，如今更多自稱法教義學，規範法學，有的則譯為法律信條論，是以法律的教義／信條（Dogma）為核心意念展開的理論話語，「高大上」的說法則是「純粹理性在現有理論架構上運作，而為現行批判它自身的能力」<sup>18</sup>。

如果僅僅是以教義、信條或概念為中心展開的法學話語，也好理解，也不會有其他什麼麻煩。只是，有一些學者將法教義學全等於或幾乎全等於法釋義學或法解釋學，而這個法解釋學又寬大到幾乎在任何條件下都可以做目的性解釋，在刑法中甚至包括極為寬泛的刑事公共政策，乃至已經無所謂什麼必須信守的教義之際，麻煩就來了，因為這時，無論誰說法教義學之際，沒有人能大致確定地知道他究竟指什麼。例如，有學者將法教義學等同於除法社會學、法史學之外的關於法律司法適用的一切法學。這種山不厭高海不厭深、有容乃大的博大胸懷令人感佩，只是這般界定的法教義學中已經消解教義不知教義為何物之際，這個概念也就沒有了能指的意義這就沒法討論一些學理問題了。

---

17 JAMES FITZJAMES STEPHEN, LIBERTY, EQUALITY, FRATERNITY: AND THREE BRIEF ESSAYS 70 (1991).

18 這是康德（Immanuel Kant）的說法。轉引自 Arthur Kaufmann 著，劉幸義等譯，法律哲學，2版，頁12（2011年）。

因此，我在此必須首先界定一下我所說的法教義學是什麼，同時也界定一下社科法學，就為了讓讀者清楚，我說的法教義學或社科法學大致是指什麼樣的法學研究。因此，這裡給出的定義都是功能主義的，是初步的，而不是本質主義的。它不代表，也不追求獲得，學界的一致認可，因為不可能；除了各方都有誤解<sup>19</sup>。甚至讀者可以說，我下面給出的界定不過是我自己樹立起來的一個稻草人，為了便於後面的一系列分析和論述。

我理解的法教義學主要關涉制定法的司法解釋，也包括各部門法學界長期奉行的學說，如刑法的犯罪構成理論，民法的意思自治原則和誠信原則等。這是以規範和教義為中心的研究，通常法教義學主張要盡可能避免關注法律的社會實踐後果，因為那就會導致實質正義，就不是以法律為中心了；不得已而必須關注時，也只作為考量因素之一納入司法。

但這種觀點如今已經有所改變。例如在刑法中，由於德國學人已不斷將法律之外的知識判斷吸納到法教義體系和論證當中，不再僅僅關注教義了；日益增多的中國刑法學人也開始強調將刑事政策整合到刑事教義學中<sup>20</sup>。但這種整合的說法也表明，刑事政策考量完全是配角，刑法理論的基本框架和主幹是，也應當是教義的。法教義學研究中想像的法律解釋者是穩定和統一的，通常僅僅是法官或是以法官角色思考的法學人。

相比之下，社科法學是針對一切與法律有關的現象和問題的研

---

19 正如波德賴爾（Charles Baudelaire）所言，「只因誤解，社會方得以運轉。……如若不幸，人們相互理解了，他們就再也達不成一致了」（CHARLES BAUDELAIRE, MY HEART LAID BARE AND OTHER PROSE WRITINGS 201 (Noman Camerson trans., Dufour Editions 1986) (1951))。看似憤世嫉俗的斷言，其實並非；無數青年男女間的戀愛和分手就是注。

20 參見陳興良，刑法教義學與刑事政策的關係：從李斯特鴻溝到羅克辛貫通中國語境下的展開，中外法學，2013年第5期（2013年）。

究，包括法律制度研究，立法和立法效果的研究，也包括法教義學關注的法律適用和解釋，主張運用一切順手的、有理論解說力且簡明的經驗研究方法，首先注重甚至集中關注其專業領域的問題（內在視角），並注意利用其他可獲得的社會科學的研究成果因此也包括有根據有理由的常識（外在視角）。社科法學也關注法律適用和解釋，但它關注的法律適用者或解釋者也不局限於傳統的法官，常常包括了一切相關案例或糾紛的裁斷者，有法院，也有其他適用解釋法律並做決定的行政機構決策者，如證監會、銀監會、專利局、反壟斷部門、環保局的官員。就此而言，社科法學與法教義學的關注領域有重疊，卻不重合。

在關注司法或准司法的法律適用、解釋和裁斷問題上，兩者對事實和規範的關注程度也很不同。法教義學首先關注法律和教義，事實或非常規只是法律教義分析必須應對考量的要點之一。幾乎完全相反，社科法學則集中關注事實，包括本領域的相關知識、相關制度機構的許可權、歷屆政府和本屆政策導向，可能的當下和長期效果、社會福利，甚至影響本領域的最新技術或最新科研發現，眼下的突發事件等，甚至法律、規範和教義在這裡是作為事實之一在法律實踐中必須給予足夠的關注，卻從來不是必須不計代價予以恪守的天條或「教義」。它更注重司法或准司法的系統後果。在這個意義上，社科法學其實拒絕社會效果／法律效果的分別——法律邏輯推導的結論只是推導結論，根本就算不上效果（effect）；法律的效果只能是社會效果。而正由於法教義學和社科法學各自將對方的核心考量僅僅作為自己的考量因素之一，就此而言，兩者看待法律和世界的方式一定是尖銳對立的<sup>21</sup>。

---

21 但真正值得注意的是，從邏輯上看，在司法實踐層面，兩者不僅在許多具體司法問題上有可能重合，而且有可能整體上會聚甚或重合，即便術語不同。但這得取決於在研究中，自覺或不自覺地，各方會以何種方式包容對方，以及包容多少；而一旦包容對方的量與質的超過自身時，即便堅持原名，自身也就變質了。

在時下中國法學特別是傳統的民法（或許主要只是物權，因為諸如侵權和合同這些法律領域的實踐，如今也已受到美國法傳統的較大影響了），以及傳統的刑法研究中，法教義學受到了學者普遍和高度的讚賞，在學術發表和學界關注度上，已是絕對主流和主導。這兩個部門法研究的精細程度也確實有很大推進和提高，並影響到了相關的立法<sup>22</sup>。

或許也應當提一下規範憲法學，因為其也自視為法教義學，堅持法教義學的傳統。但由於還缺乏有足夠影響力的成果，至少目前在學術上還不大成氣候。憲法研究的教義學之路能否走得通，也很可疑；至少，中國憲法過去10多年來的幾次重大修改，無論是「三個代表」入憲還是保護私有產權入憲（2004年）；都更多是社會和政治變遷的後果，與規範憲法學沒有什麼的聯繫，甚至與之毫無關聯。規範憲法學在我看來基本停留在一種獨孤求敗的境地，甚或就是一部分規範憲法學者的屠龍術。

法教義學最喜歡自稱是自給自足的法律科學，可以從法律文本和法律教義中求發展和圓融，即便在疑難案件中，也「能為〔……〕案件的裁決提供理論上可行、規範上可欲、實證上充分的說明」<sup>23</sup>。但我後面會說，這些說明即便再充分、可欲和可行，在司法實踐中也沒有獨立的用處，就因為「這個社會更看重判斷（judge）<sup>24</sup>，而從來都不是說明（elaboration或justification）」。

---

22 或許還應當提一下規範憲法學，因為其也自視為法教義學，堅持一種法教義學的傳統。但由於還缺乏有足夠影響力的成果，至少目前在學術上還不成氣候。憲法研究的教義學之路能否走得通，也很可疑；至少，中國憲法過去10多年的幾次修改，無論是「三個代表」入憲還是保護私有產權入憲（2004年）；都更多是社會和政治變遷的後果，而與規範憲法學的研究沒什麼顯著的聯繫。與之都毫無關聯。規範憲法學在我看來基本停留在一種獨孤求敗的境地。

23 「教義學理論……堅持疑難案件裁判的法律屬性，進而捍衛法律的自治性」。Ralf Poscher著、隋愿譯，裁判理論的普遍謬誤：為法教義學辯護，清華法學，2012年第4期，頁102（2012年）。

24 Oliver Wendell Holmes, *John Marshall*, in *THE ESSENTIAL HOLMES: SELECTIONS*

這裡先要指出的是，如今用作支持和主張法律教義學的學者的一些主要理由或核心論證，公開或隱含，但很少自覺的，卻是政治學、社會學、歷史的甚或信念的。例如，最重要的理由之一是，當代中國法治建設重點如今從立法研究轉向了司法研究，因此需要法教義學<sup>25</sup>。而另一個不大公開說的，而是擺在那裡讓人看或用來炫耀的是，法律教義學歷史悠久，其純正的羅馬法的或德國法血統和門第。

這兩個理由其實都沒有絲毫法教義學的意味，其核心其實恰恰是社會學和政治學的。即便後者強調學術的傳承和正統，其實關注點也不是法律教義本身，而是知識的譜系和門第。而從另一角度看，無論這種法教義學如何自詡純真，說到底，不用細看，就可判定其完全是贗品，因為其寫作用的是中文，而不再是高貴的拉丁文或德語了。而語言影響思維，並且任何翻譯都必定有創造，因此也必定是背叛。

但上述幾點，儘管犀利甚至刻薄，卻不構成反對法教義學的理由，相反我從來都高度支持和尊重法教義學，也尊重法教義學者的那份驕傲、矜持和自豪。首先因為只有熱愛學術的學人才會有這份驕傲、認真且矯情；但更重要的是我對法教義學的社會功能主義和實用主義理解，即在傳統的刑法和民法等長期穩定的領域內，就如同圍棋的定式，法教義學可以穩定有效地應對大批量的常規案件，稍加拓展，還可以用來應對許多稍有異常的案件。在傳統刑、民法司法實踐中的這種有用性，確定了法教義分析在法學教育中一定會甚至永遠會佔據一個重要位置。

而如此界定法教義學，那麼法教義學就是一個比先前的註釋法

---

FROM THE LETTERS, SPEECHES, JUDICIAL OPINIONS, AND OTHER WRITINGS OF OLIVER WENDELL HOLMES, JR. 208 (Richard A. Posner ed., 1992).

25 參見馮軍，刑法教義學的立場和方法，中外法學，2014年第1期（2014年）。

學或詮釋法學邊界更狹窄的領域。因為，在今天的日益增長的法律部門中，真還能拿出「教義」的法律部門並不多，往往就是傳統的刑民法領域。越來越多的、之前理所當然屬於註釋法學的一些部門法領域如今越來越有別於傳統的刑法和民法研究，它們已經開始擺脫了1990年代普遍流行的那種對相關立法或法規的字面含義解說，開始關心立法或規管或司法的實際後果，它們不得不根據變化的社會語境而不再僅僅是根據某外國法的變動來調整修改中國的法律，它們開始注重應對中國新出現的有法律意味的社會事件，因此，它們變得越來越像基於經驗的政策性和對策性的研究。今天，對策研究在法學中已不再具有15年前人們提及法學對策研究所伴隨的貶義了。從研究類型和知識類型上看，這些部門法領域如今更像是社科法學主導了，儘管這些研究者根本不在乎或並沒在乎「社科法學」這個不會帶來任何智識收益的標籤。

之所以可能如此，是因為在諸如金融、證券、稅收、環境、資源、勞動、反壟斷、社會法、國際貿易和WTO、智慧財產權等法律領域，本來就幾乎沒有什麼非常確定和穩定的教義，甚至很難說有什麼可以配得上「教義」一詞（屢試不爽乃至接近永恆的套路或定式）。想想不斷衍生的金融工具，想想金融數學和金融工程。而這些領域如今還在迅速擴大，在這裡，重要的往往已不是事後救濟，而更多是事前規管，一般也都有專業對口的政府部門或機構來管，很少有案件走進法院。

或者就算有教義，如反壟斷法中的「追求壟斷」（monopolize），或著作權法中的「合理使用」等，但今天的法律實踐都已表明這都是一些偽裝的教義。因為這些教義在這些部門法實踐的經驗確認上常常很不確定，有時幾乎在每個案件中的確認都不一樣，根本無法直觀地從現象本身來認定或判定，常常需要在具體語境下通過經驗資料或材料甚至通過專門的經驗研究才能判定，還常常伴隨了執法者或裁斷者的其他眾多政策考量。換言之，這些



「教義」在經驗世界中並沒有持久穩定且易於識別的物件。因此，反壟斷法中的*per se*原則如今幾乎沒法用了，而「戲仿」的出現令版權作品的合理使用的數量或比例原則也不好用了。

但更多的相關法律領域是之前就沒有教義的領域。如騰訊公司為電腦遊戲發行了QQ幣，這種虛擬貨幣違反了國家的金融法規嗎？而是否違法，這其實取決於這對國家的金融有沒有，以及有多大衝擊，有多少風險，乃至需要設計監管？這些問題的研究，從部門分類來看屬於金融法研究，但從知識類型和研究風格上來看，完全構成社科法學。甚至，對這一問題的研究結果是一則引發監管者或金融法學者興趣和關注的新聞或新聞週刊的長篇報導，或是一篇正式發表的論文，或是一個向相關部門提交的研究報告，也不那麼重要<sup>26</sup>。而從去年開始的關於餘額寶的大量討論和研究；吳志攀教授新近對商業預付卡作為部門貨幣的討論，都屬於典型的金融法研究，卻也是社科法學的研究<sup>27</sup>。

這類研究都注重從經驗層面關注這些事件或現象對國際國內的真實影響或風險，關心其對整個社會生活可能產生的不同後果，幾乎從不過分糾纏教義或概念，即便糾纏也並不真的因為教義，而是借題發揮；它們總是盡可能從具體法律爭點所必需和必備的專業和相關理論和技術知識切入和展開的研究、分析和論證；不關心本學科是否有獨一無二的理論，也不一定真的以學術發表為追求，以推

---

26 參見楊旭，我國網路貨幣的發展與政策研究，*財經問題研究*，2007年第10期（2007年）；鄒恒，構建我國虛擬貨幣監管制度的思考，*南方金融*，2008年第5期（2008年）；又請參見彭燕，虛擬貨幣對中央銀行職能的影響，*東北財經大學碩士論文*（2010年）；肖永紅，虛擬貨幣法律規制研究，*浙江財經學院碩士論文*（2012年）。而且這些研究也確實影響了法律法規，2008年10月29日，國家稅務總局在相關批覆中，明確規定，個人通過網路收購玩家的虛擬貨幣，加價後向他人出售取得的收入，屬於個人所得稅應稅所得，應按照「財產轉讓所得」項目計算繳納個人所得稅；稅率固定為20%。

27 參見吳志攀，金融多元化：「部門貨幣」問題研究，*北大法律評論*，2013年第2輯（2013年）。

進學術發展為指導，甚至承認不承認其是學術對研究者都不太重要，這類研究關心的僅僅是有效應對本領域內日新月異的現實問題。

因此，侯猛教授2013年討論社科法學的論文<sup>28</sup>，認為目前中國地區社科法學研究的隊伍不夠大，缺少強有力的實證研究的斷言，在我看來，就很值得商榷。如果僅看侯猛教授分析的社科法學確實格局不大，無法同傳統刑、民法的強大軍團媲美。但侯猛關注的更多是從傳統法理學中蛻變出來的社科法學學者，這些法律學出身的作者也許是，儘管未必都是，今天中國最自覺的社科法學追求者，甚至是代表性力量，但他們至少從數量上看未必是，從他們涉及的領域來看則肯定不是，當下中國社科法學的最主要的研究者，因為社科法學的研究早已不限於侯猛教授關注的從傳統法理學中蛻變出來的社科法學研究<sup>29</sup>。而按照這一思路，上一節我放在政法法學名下討論的，例如馮象的研究，就同時也屬於社科法學。社科法學的研究不應當僅僅以學者的學科出身來界定，而應當以其研究法律問題的思路和方法來界定；而就此而言，社科法學已經蔚為大觀了。

#### 肆、法教義學的尷尬

但同15年前相比，由於一系列新的社會經驗，令我對法教義學在中國的未來並不十分看好，甚至還不如當年我對註釋法學的未來的判斷。

---

28 侯猛，社科法學的跨界格局與實證前景，法學，2013年第4期，頁33（2013年）。

29 以法律社會學之名，強世功也曾討論過社科法學在「困境」問題，但他同時也指出不應當僅僅以學者的學科出身，而應當以其研究法律問題的思路和方法，來界定問題。請參見強世功，中國法律社會學的困境與出路，文化縱橫，2013年第5期（2013年）。

首先，儘管刑民法教學在法學院中舉足輕重，但就如今一個國家的整個法律體系而言，就法律實踐而言，就對社會影響的深度和廣度而言，由於其他法律部門的興起和擴展，平心而論，已經很難說，傳統的刑、民法仍然是一國最重要或最主要的法律部門了。想想美國的次貸危機；想想雷曼兄弟破產引發的全球性的金融危機！想想反恐帶來的刑法、刑訊逼供和情報收集與公民隱私問題，想想棱鏡門（PRISM/US-984XN）和斯諾登（Edward Snowden）！

其次，法教義學的適用範圍也在收縮，而不是在拓展。例如，今天，即便商法（公司、破產、票據、海商、信託和保險）這些法律部門也很難恪守教義了，公司的組織結構已基本沒法用教義來確定了，必定要由具體的公司根據各種複雜綜合性的社會、制度因素來確定，不僅要考慮政府規制、稅收等相對穩定的制度因素，也要受行業甚或企業家精神這些高度不確定的因素影響。

第三，即便傳統的刑、民法也受到眾多非教義性質的而是經驗性質的社會實踐的衝擊。如果不是法律保守著歐洲傳統的法律分類，例如，智慧財產權就已完全可以整合在物權或財產法名下了。在美國年輕一代的學者都已經是如此授課和寫作的了；當年鄭成思也曾有過這樣的建議，僅僅因其勢單力薄，壯志未酬。換言之，物權法之所以神聖或獨立，部分原因在德國是其法律學術的傳統——沉澱成本或路徑依賴，在當下中國除了民法物權法學者的「人多勢眾」外，另一個因素則是考慮大陸與臺灣的統一。而這兩點都表明，不論將物權法說得多麼科學和了不起，這個體系都不是天然或必然的，而是有學術以外的力量擠塑的。

而傳統民法的曾經核心構成部分，如侵權法、親屬法、遺產繼承的許多問題，如今都已就很難僅用甚至主要無法用教義學來處理了。想想各種類型的產品責任；想想代孕和克隆（clone）。中國一個晚近的司法案件有關受精胚胎能否作為遺產為兩家失獨老人繼

承<sup>30</sup>，對個傳統民法的核心物權也提出了挑戰——儘管我相信通過物權法解釋可以有效應對，但需要解釋，並且無論解釋為何，解釋者都不可能僅僅考慮甚至主要不是考慮物權法的法條，即便他自稱如此。在刑法上，許多涉嫌金融犯罪問題，特別是有關互聯網金融問題，首先涉及的就是公共政策分析和經濟效用分析，而不是教義分析，儘管在法庭辯論上看到的往往有教義分析的包裝<sup>31</sup>。

社科學甚至會通過常識或民意侵入法教義學的堅強領地，傳統刑、民法，乃至刑、民法學者並不自覺。一個典型的例證在醉駕入刑後，最高法院某領導關於醉駕未必一律入刑的說法引發了公眾爭論<sup>32</sup>，這一事件就可以視為一個有公眾參與的經驗導向的社科研究，其中隱含的公共選擇就改變了或是規定了相關部門的法律實踐。這位領導的理論根據是刑法的第13條的但書，但廣大民眾，包括公安交警和檢察院系統，都沒理睬也沒糾纏這個教義<sup>33</sup>。不理睬不糾纏不是因為他們不懂或反對這一教義，他們完全理解，一般說來也支持這個抽象的教義——他們都不會認為偷人10元錢就構成盜竊罪；但在醉駕問題上，在中國當代社會條件下，他們知道不能只看這個天然正確的教義，而必須有根據地想像如此執法和司法的可

30 失獨老人「爭孫」請求被駁回：受精胚胎不是遺產，不能繼承，現代快報，2014年5月16日F8版。

31 請參見吳景麗，*互聯網金融的基本模式及法律思考（上）*，*人民法院報*，2014年3月26日7版；吳景麗，*互聯網金融的基本模式及法律思考（下）*，*人民法院報*，2014年4月2日7版。又請參見彭冰：*非法集資與P2P網貸*，*新浪財經新聞*，2014年5月24日，<http://finance.sina.com.cn/money/lcp2p/20140524/110019215025.shtml>（最後瀏覽日：2014年5月7日）；劉燕，*深度剖析：監管餘額寶的真問題與假問題*，*互聯網金融與法律*，2014年6月23日，<http://www.mpaypass.com.cn/news/201406/23145121.html>（最後瀏覽日：2014年5月7日）。

32 2011年5月10日，最高人民法院黨組副書記、副院長張軍在全國法院刑事審判工作座談會上表示：「不應僅從文意理解刑法修正案（八）的規定，認為只要達到醉酒標準駕駛機動車的，就一律構成刑事犯罪。」他引用刑法總則第13條：「危害社會行為情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪。」

33 邢世偉，*公安部：警方對醉駕一律刑事立案*，*新京報*，2011年5月18日A7版；邢世偉，*最高檢：醉駕案證據充分一律起訴不論情節輕重*，*新京報*，2011年5月24日A01版。

能後果：對有權有錢有勢者網開一面，引發法官、警官和檢察官的腐敗，損害法律和司法的權威。他們基於日常經驗做出了判斷，因此就只能委屈一下相關教義了。同樣，在遺產繼承問題上，在遺囑繼承與法定繼承衝突的條件下，法院採納了與民意更為一致的觀點，並不因為他們不懂得尊重立遺囑者的意思自治，他們的更大關切是，如果開了這個口子，當代中國家庭內財產關係以及配偶的預期利益就會變得格外不穩定<sup>34</sup>，儘管在判決書中，他們的這個關切被包裝為法教義學的公序良俗。

我只是說這類考量是屬於社科法學主張、宣導和堅持的，但嚴格說起來，卻與社科法學的堅持、主張和宣導根本無關，而主要是普通人和許多法律人在涉法事務中（也可能包括一些閱讀）逐漸感悟到的並追求的並得到法院認可的個人的或社會利益，他們自覺實踐，並由此獲益。也因此，即便法教義學學者針對這些問題可以提出德國或法國或美國或天國在此類問題上做法和論證時，但那也只有博學上的意義，卻缺乏實踐上的意義，不僅缺乏法律上的合法性，也缺乏修辭上的說服力。說博學上的意義，並不是否認其有學術參考價值；但所謂參考價值在教義學上的含義就是，你也可以不參考。

因此，一些學者用來主張教義學之高大上的所謂圓融、自治或自給自足，是真的，但又是造作的。其所以自治或自給自足，只是因為大家都願意接受這個解釋，因為這個解釋與法律人願意接受的那個利益基本格局一致，而不是相反；而一旦遇到某個就是想從邏輯上矯情的人，他就一定挑得出刺——因為哥德爾不完備定理（Gödel's incompleteness theorems）。因此，法教義學的自給自足、

---

34 2001年四川省瀘州市納溪區人民法院納溪民初字第561號民事判決書、2001年四川省瀘州市中級人民法院瀘民一終字第621號民事判決書。又請看朱鵬景，「二奶」該不該按遺囑繼承遺產？，南方都市報，2013年11月8日AA19版。

自治圓融是知識權力的產品，而並非教義學自身的規定。

這種例子在司法實踐中也很多。換言之，在司法上法教義學的嚴謹和縝密必須通過權力架構和系統來保證，而不是教義學之內生的，也不像法教義學者認為的那樣是與權力無關的。這就是傑克遜（Andrew Jackson）大法官說的：「如果我們之上還有一個法院，我們的一些判決，我們對法律的解釋就一定會被推翻」；「我們說了算不是我們不出錯，我們不出錯只是因為我們說了算」<sup>35</sup>。當然這個例子是美國聯邦最高法院，對於精通德日法教義法學者，因此沒有說服力了，甚至不恥。但不恥並不是論證。請關注一下德國或日本二戰期間的一些判決，戰後受到嚴厲譴責的<sup>36</sup>。也還不僅是過去，是希特勒時代。我手邊還就有一個日本的例證：對於同一事件，相鄰兩縣的地方法院在兩個月內對同一當事人所作的完全相反——甚至包括罰款的數額也完全一致——的判決<sup>37</sup>。卡夫卡（Franz Kafka）若有在天之靈，也一定會感歎！

但我並不是借此來輕薄法教義學。我其實相信日本這兩縣的地方法官都很真誠，各自也都有自己的嚴謹縝密的法教義支持，也有對制定法的堅信等一系列法解釋的前提條件；我甚至接受這兩個判決都可以成立——世界上有許多事情確實並不都那麼黑白分明。正如波斯納（Richard A. Posner）所分析的，許多法律判決之所以看

35 *Brown v. Allen*, 244 U.S. 443, 540 (1953) (Jackson, J., concurring).

36 參見Ingo Müller著，王勇譯，*恐怖的法官：納粹時期的司法*（2000年）。該書揭示的事實之一就是，德國法官是在經過嚴謹、縝密且富於邏輯性的「法理論證」之後，才有了臭名昭著的「紐倫堡法」，而並非其他。

37 日本西部相鄰的佐賀縣與長崎縣交界處有個名叫「諫早」的海灣，中央政府出錢在那裡修建了大堤，要將堤內海水抽乾造田。這個工程同時引發了贊同和反對的人士也都不少。反對的，要求「開門」，打開大堤的水閘，而另一方則反對「開門」。2014年4月，佐賀地方裁判所（地方法院）判決「開門」，否則每天罰款49萬日元；同年6月，長崎地方裁判所則作出了相反判決，禁止「開門」，否則每天罰款49萬日元。社會，讀賣新聞，2014年6月4日，<http://www.yomiuri.co.jp/national/20140604-OYT1T50085.html>（最後瀏覽日：2014年8月22日）。

起來很嚴謹，例如賠償數額居然精確到幾分錢，其實僅僅是為了掩飾其不嚴謹；而且也真有些事本身就沒有那麼明確的是非，只因為矯情多了，才有了是非<sup>38</sup>。但恰恰因此，這才表明法教義學的邏輯嚴謹和分析縝密在任何司法中都足以保證一個必然結論的觀點是虛幻的，因此，法教義學的自給自足、自洽圓融自然也就應聲倒下。

法律教義的功能在很大程度上是為了簡化法律人在常規或同類案件決策時的資訊需求，因此可以用規則或教義來置換許多相關但在歷史上無法或很難獲得的資訊。也因此傳統刑民法領域，教義學通常茁壯成長。只是一旦社會發展了，人們獲得相關資訊很是便利之際，或是決策必須考慮大量不同資訊之際，教義在這些法學部門的位置就會改變。大資料的出現，例如，就改變了因相關資料不夠而發生的對於理論模型和理論推論的需求，全數據的分析甚至可能令刑法和民法中的因果關係也變得不那麼重要了，而關聯關係變得更重要了。典型的例證是，嚴格責任在古代各個社會都流行，但在《法國民法典》和《德國民法典》這個原則就一度被過失原則置換，這就因為在近現代社會獲得確定過失之資訊的手段增強了；但在現當代社會，嚴格責任又重新在產品責任或高風險行業中全面復興，根本原因也許並不是經濟學理由：資訊不對稱（這只是反轉了舉證責任，但不對稱的說法還是假定這些資訊可以獲得），而更可能因為在社會層面的這種關聯關係太強大了，因此完全可以取代了過失責任的因果關係。

---

38 這並非調侃，太多的學者從經驗和研究中得出了這樣的結論。如，蒙田稱「學識製造紛爭」；米蘭·昆德拉 (Milan Kundera) 稱：為什麼人類一思考，上帝就發笑，就因為人們越思考，彼此分歧就越大。請參見，Charles Larmore 著，劉擎、應奇譯，現代性的教訓，頁184-185 (2010年)。也因此，波德賴爾稱，「只因誤解，社會方得以運轉。……如若不幸，人們相互理解了，他們就再也達不成一致了」(BAUDELAIRE, *supra* note 19)。這種看似憤世嫉俗的斷言，其實並非；無數青年男女間的戀愛交往，往往是因為他們相互不真正理解，而分手卻常常是因為他們的相互增進了理解。

因此，在法教義學傳統上占支配地位的刑民法中，不屬於教義的統計概率也已悄然進入，常常置換了傳統法教義學的因果律或因果律推定。今天基於基因測試的親子鑒定，即便從來也沒有100%過，還是令各國民法中的親子關係推定（婚姻期間所生的孩子，若在一定年限內不提出質疑，就不得再質疑親子關係）只剩下（包括母親和嬰兒和兒童）公共政策上的意義了，或許還有減少無謂訴訟的功能，在世界各國都無法能阻擋人們訴諸DNA來驗證和重新確定親子關係了<sup>39</sup>。刑訴法學者，至少在中國，對證據確定性之言辭表達仍然是在傳統教義學或哲學層面的，特別是「不存在合乎情理的懷疑」，但事實上，即便99.99999%概率的DNA證據也是概率論的——他們在智識上已經接受概率論上的確定性，只是言辭上堅持的還是教義學上確定性。

其他法律部門乾脆概念層面的堅持也不見了。歐盟或美國對中國太陽能發電的太陽能板徵稅的稅率完全建立在統計分析之上，看是否為保護歐洲或美國的相關產業之「必需」，一個完全非教義的概念，一個完全是經濟學或政策的概念。美國政府不允許採購華為或中興公司的通訊設備，中國政府時下禁止使用Win8，同樣可能與教義無關，而與國家戰略安全的公共政策有關。歐盟對來往於歐洲和其他各國的飛機航班徵收大氣污染稅，但除了歐盟有相關立法外，有什麼樣的教義可以支援如此的法律？至於歐元區的希臘債務問題，義大利、葡萄牙、西班牙等國的債務問題，以及為解決歐債

---

39 在中國，2007年的一個報導稱，親子鑒定業務每年都以20%的高速度遞增，在浙江等部分省市增幅竟高達50%左右。董盟君編輯，親子鑒定數量每年以20%的速度攀升，數字天下，2004年9月28日，<http://www.people.com.cn/GB/news/36248/36249/2813971.html>（最後瀏覽日：2014年5月7日）。德國，又請參見，李岩，秘密親子鑒定生意火，德國政府出面欲叫停，北京晚報，2005年1月4日，<http://news.sina.com.cn/w/2005-01-04/15574713215s.shtml>（最後瀏覽日：2014年5月7日），以及黃芳編輯，德國：私自進行親子鑒定引發社會許多爭議，搜狐新聞，2007年3月13日，<http://news.sohu.com/20070313/n248689328.shtml>（最後瀏覽日：2007年8月11日）。



危機德國提出的貨幣主權讓度的問題，又如何偽裝或包裝成教義？

最後，儘管法律教義學在中國法學界獲得了很大發展，我也完全支持其進一步發展。但也必須注意，過去十多年裡，在許多案件或事件上，有些甚至本來頗為常規的案件，法教義學並沒能事先幫上什麼忙，相反因恪守某個常規的教義惹出了一些甚至持久的麻煩。姦淫幼女的司法解釋<sup>40</sup>，據說是——我也承認——很符合刑法的教義學<sup>41</sup>，但中國最高法院自身前前後後的諸多舉動就表明了教義學可以說明消除語詞涵義上的困惑，卻無法幫助其消除面對真實世界的尷尬與困惑<sup>42</sup>。從其頒佈至今10多年過去了，即便悄悄停止適用了，卻還是一直受到中國社會的詬病。怎麼可能，在這個問題上，整個中國社會都錯了，一錯就錯了十多年，而就教義對了？！那就讓我矯情一下，即便真的是中國民眾錯了，那麼這個錯誤也必須作為教義學的真理標準，變成刑法的教義，而不是相反<sup>43</sup>。這類案件還真不少。劉湧案；藥家鑫案；許霆案；李昌奎案。而每一次這種事件發生，不僅令刑事司法的權威在社會層面受損，也同樣令法教義學的聲望在法學界受損。我也不是沒說法教義學沒拿出好辦法；只是全都是事後拿出來的，是損害發生後，用來止損的，因此是後果導向的偽裝成教義學的。而且，你懂的，事後諸葛亮並不真

40 《關於行為人不明知是不滿十四周歲的幼女，雙方自願發生性關係是否構成強姦罪問題的批覆》，2003年1月8日最高人民法院審判委員會第1262次會議通過，2003年1月24日起施行。

41 參見陰建峰，主客觀相統一原則豈能動搖——有關「姦淫幼女犯罪」司法解釋專題研討會紀要，法學，2003年第10期（2003年）。

42 據稱，最高院於2003年8月內部發布了《關於暫緩執行〈關於行為人不明知是不滿十四周歲的幼女，雙方自願發生性關係是否構成強姦罪的批示〉的通知》。因為是法院內部通知，法院沒有公開承認自己的解釋有問題。最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部印發《關於依法懲治性侵害未成年人犯罪的意見》的通知（2013年10月23日）。

43 「真理就是為歷史焙烤硬化，因無法否認，也無法拒絕的錯誤」。FRIEDRICH NIETZSCHE, *THE GAY SCIENCE* 110-112, 151 (Bernard Williams ed., Josefine Nauckhoff trans., Cambridge University Press 2001). 波斯納對軍隊中的迷信，也曾做過類似的實踐性分析。

的就是諸葛亮，有沒「事後」這兩字，差距大著了。

相反，只要社會認同司法判斷和處理基本公正，有些看起來似乎不符合或不那麼符合法律教義的司法處置，如成功指控危害公共安全罪的孫偉銘案件<sup>44</sup>，不但獲得了社會普遍的好評，事實上為諸多後來的法院作為先例予以遵循<sup>45</sup>，也推進了中國的立法。在一個民事案件中，不那麼教義學的四川瀘州二奶繼承案的處置沒有尊重當事人的意思自治<sup>46</sup>，也不僅獲得了民眾的廣泛認可，同樣為其他法院自覺遵循<sup>47</sup>。怎麼可能想像這麼多法院或法官都錯了。

前面提到法教義學宣導者的一個重要社會學和政治學根據是，中國的法律體系已經基本建成<sup>48</sup>，依法治理需要更多法教義學。我對此不爭辯。但即便真的如此，首先也必須看到，由於中國的繼續深化改革，及其大國崛起，它必定要有也一定會有制度創新，因此就需要並一定會有大量立法或修法了。

---

44 2009年7月23日，成都市中級人民法院對發生在2008年底的孫偉銘無行駛證且醉酒駕車造成四死一重傷案進行了公開宣判。法院一審認定孫偉銘的行為已構成以危險方法危害公共安全罪，且情節特別惡劣、後果特別嚴重，故依法判處其死刑，剝奪政治權利終身。孫偉銘不服一審判決提出上訴，2009年9月8日上午，四川省高級人民法院作出二審判決，改判無期徒刑，剝奪政治權利終身。

45 其實，孫偉銘案並非首創，而是遵循先例。早在2007年初，佛山市人民檢察院就曾以危害公共安全罪指控黎景全醉駕案，佛山市中級人民法院也曾判處其死刑，剝奪政治權利終身；2008年廣東高級人民法院維持原判。最高人民法院覆核也認定，黎景全行為已構成以危險方法危害公共安全罪，但量刑不當。未核准被告人黎景全死刑，發回廣東省高級人民法院重審。孫偉銘案之後，請看，以危險方法危害公共安全罪，王鑫、李燕、李震，醉駕「悍馬」一審獲刑12年 蔣佳君不上訴，華西都市報，2010年7月16日21版。

46 2001年四川省瀘州市納溪區人民法院納溪民初字第561號民事判決書、2001年四川省瀘州市中級人民法院瀘民一終字第621號民事判決書。

47 朱鵬景，「二奶」持遺囑，告原配索財產被駁回，南方都市報，2013年11月7日AA01版。

48 2011年3月10日，時任全國人大常委會委員長吳邦國向十一屆全國人大四次會議作全國人大常委會工作報告時宣佈，一個立足中國國情和實際、適應改革開放和社會主義現代化建設需要、集中體現黨和人民意志的，以憲法為統帥，以憲法相關法、民法商法等多個法律部門的法律為主幹，由法律、行政法規、地方性法規等多個層次的法律規範構成的中國特色社會主義法律體系已經形成。

而且，千萬不要誤以為堅持法教義學適用就一定能消除或限制立法效果。2013年6月，廣東省高級人民法院曾解釋，提供手淫服務（「打飛機」）不是賣淫服務<sup>49</sup>。這個解釋看起來很教義學，但是裝的；主要還真不是法教義的結果。法教義學並沒有規定對賣淫一定要做狹義解釋；也沒規定「淫」這個詞的字面含義一定不包括手「淫」。若僅就字面來說，似乎應當包括，至少只要法官願意，至少——一筆寫不出兩個「淫」字吧。不但字面解釋成立，而且之前的一些司法實踐，一些判例，全國的包括廣東的，就表明是包括了手淫服務的<sup>50</sup>。當然刑法涉及人身自由應當做嚴格解釋，刑法應當謙抑，這些「應當」只是看起來像教義，即便我贊同，其實卻是偽裝成教義的公共政策，而公共政策不能算教義吧——即便法教義學包括刑事政策，包括的含義也恰恰因為它不是。

其實，廣東法院在處理這類案件一定涉及了其他非刑法教義學的考量。因素之一，不很重要，但法官都可能且應當想到，只是想到了也不大會公開說的是，在廣東特別是東莞這個色情業相對發達或猖獗的地區<sup>51</sup>，若賣淫包括了手淫，就一定會增大執法的要求，增加公安的工作量，引發治安案件和司法案件激增，也會對法院構

---

49 髮廊提供色情服務，廣東省高級人民法院：「打飛機」不屬賣淫，深圳晚報，2013年6月27日A20版。

50 2004年福州福清法院審理的湯某等涉嫌按摩店手淫服務案，被告人行為構成容留賣淫罪；2008年重慶市黔江法院審理的龐某涉嫌會所色情按摩案協助組織賣淫罪未獲認定；事實上，就在廣東省高級人民法院2013年6月認定「打飛機」不屬賣淫前不久，江門法院在認定一宗組織賣淫罪案件中也曾認定手淫服務屬於賣淫行為。公安部認定口淫手淫雞姦等屬於賣淫嫖娼行為，2013年6月28日，法制網，[http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2013-06/28/content\\_4599231.htm?node=37232](http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2013-06/28/content_4599231.htm?node=37232)（最後瀏覽日：2014年5月7日）。

51 「東莞」當地對色情行業表現出不可思議的寬容甚至是縱容。儘管各種掃黃打非行動時常進行，但最後的結果，是從業人員號稱不怕員警怕記者，平日裡招搖過市、肆無忌憚；……記者兩次撥打報警電話，猶如石沉大海，再無音訊；是色情服務在一座城市司空見慣，甚至以「性都」之名積聚人氣。這樣的情況，在其他一些地方也或多或少地存在。楊凱，東莞色情業：當地表現出不可思議的寬容，人民日報，2014年2月11日5版。

成的案件壓力；這很可能超過當地的執法 and 司法能力，且不說引發其他社會熱議或爭議了。而僅此，就可能迫使廣東省高級人民法院對賣淫做限制解釋。設想一下，如果當地很少有手淫服務，假定一年全廣東也就三件五件，我敢斷定無論廣東省高級人民法院將之視為或不視為賣淫就都無大礙；甚至為表明改革開放的前沿廣東兩手都很硬，作為一項政績追求，就將每年這三五起手淫案件全都定為賣淫案，又有何妨？！只是此案的政策意味太強烈，廣東省高級人民法院就不能不考慮諸如法不責眾的問題，就不能不考慮執法司法能力的問題。因此，法教義學的諄諄教誨，法律解釋的種種理論，根本無法阻擋法官的實用主義思考，然後再用這些教誨或理論來支援他們的政策性判斷。

因此，廣東省高級人民法院在此案中的法教義學解釋很明智，但明智在此的意思並不是他們誠實，而恰恰是他們不誠實——不帶貶義的；他們用法教義學避開了可能激化紛爭的道德因素。但這並不等於該解釋沒有立法效果，事實上廣東法官追求的就是這樣的立法效果。在他們看來，這就是非道德意義層面的社會功能層面的「好」的立法效果。

廣東省高級人民法院的這個例子還表明，所謂法教義學追求的是以理想法官為主體的司法思考，有關法律解釋和適用，這個說法就不可能為真。即便外國學者、法官真這麼說了，那麼他們如果不是真糊塗就一定和廣東省高級人民法院一樣有意裝糊塗。如果真的如此，那麼德國聯邦最高法院為什麼還將它認為特別重要的民事裁判編輯成冊呢？編輯成冊的意義，我想來想去，就是立法或指導司法的意義。而且，如果可能把律師、檢察官、員警、政府公務員或那些不搞教義學的法學人都被排斥在法教義學之外，那就沒有作為法教義學發生和存在之前提的那個法律人共同體了；而如果沒有其他法律人的合作，單靠法官，法教義學可能搞下去嗎？應當消極被動的法官，他如何可能在這樣的環境中實踐其法教義學？一個自詡

為法教義學者又何以判斷自己的研究真的符合法官的法教義學需求，為法官提供了有效的法教義學指導呢？更重要的是，如果一位法官遵循法教義學屢屢受困，而以注重判決之系統後果的實用主義思考卻令法官一再獲益，那麼我敢說，法官最後都會選擇後者，除非他不是理性人，除非他是一台自動售貨機。但有哪個國家真的希望法官成為自動售貨機嗎？即便是韋伯（Max Weber），他為德國的法教義學傳統提供了最強大的宏觀理論支援——形式理性法，卻也擔心司法變成了自動售貨機<sup>52</sup>。

最後也許還要提一下法教義學的啦啦隊。在整編註釋法學並遣散了其麾下的部分部門法，法教義學從原先政法法學中獲得了一批新的自願者。後者當年曾熱情參與諸如刀制水治、人治與法治等有強烈法治意識形態的法學大詞的討論，只是自1990年代後期始，政法法學的老範式已失去了學術繁衍能力，學術的潮起潮落促使較為年輕的學人關注起抽象的法律人思維或法官思維這類問題，又先後從美國和德國引進了法律推理和法律解釋或法律方法論這類新設備，以自己更為抽象的有關司法論證、推理和解釋的理論闡述加入了廣義的法律教義學的行列。

但這類抽象的理論敘述的最主要功能其實是傳播了法律教義學以及相關概念，培養並強化了部分法律人對法教義學或與之相伴的法律解釋或法律思維或法律方法的信任。就此而言，這類著述的主要功能其實還是法治意識形態的，而不是法教義學的。法教義學永遠必須附著於對日常具體案件的分析。也因此，持久專注於部門法的法教義學者通常不在意這支法教義學的志願者隊伍。宣導法律推理、解釋和法律思維的自願者只是在宣傳教義學，不是運用，甚至都算不上推廣。他們只是一支活躍氣氛熱烈場地的啦啦隊。

---

52 MAX WEBER, MAX WEBER ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY 354 (Max Rheinstein ed., Edward Shils & Max Rheinstein trans., Harvard University Press 1967) (1954).

## 伍、社科法學的幾個問題

除了各部門法自身的社科法學的轉變外，一些年青學者也在努力推動以社科法學為旗幟的發展<sup>53</sup>。我不打算描述這些發展，而試圖討論這類努力中提出的一些問題。

侯猛曾經提到，目前社科法學的一個重要不足是缺少強有力的實證研究<sup>54</sup>。我認為，這個問題不很真實。若僅從學術著作上看，確實缺乏這樣的有廣泛影響的研究。但這真的是社科法學發達或有影響力的標誌嗎？當下中國的法教義學中也沒有這樣的有廣泛影響力的著作，外國人的除外；而且外國人著作的所謂影響力也主要是有較多中國學者引證其著作，但這種引證並不一定證明了其在中國的學術影響力，在我看來，也可能甚至更可能證明了中國學者由於種種原因就是追求高大上而不大願意引證中國學人特別是同代學人的著作。因此，在這裡，引證其實不代表學術影響力，不引證反而是因為學術影響力。換言之，無論引證或不引證都被操縱為一種微觀的權力運作，即便這些引證者沒有讀過或沒讀懂過傅柯。因此，也就不能將時下的引證這點太當真了。

但更重要的問題是，法學研究在很大程度上更像工科，其主要追求並不是「學術」或理論創新，而是能有效回答和解決問題，當然能發現全新的問題，或展開煥然一新的視角，也很好。而一旦理解法學研究的工科特點，在我看來，鑒於外國學者已經做了大量研究，目前的最大問題反倒可能首先是，中國學者如何學會運用已有的研究成果，用來具體分析研究中國的問題，即便是簡單地適用；

---

53 主要在侯猛教授的努力下，從2006年起持續出版了《法律和社會科學》雜誌，如今已經有一定的學術聲譽；也一直召開了社科法學的年會；會同其他青年學者，侯猛還同尤陳俊（中國人民大學）、王啟梁（雲南大學）、陳柏峰（中南財經政法大學）和李學堯（上海交通大學）等，又於2013年創立社科法學聯線和社科法學論壇。

54 參見侯猛（註28）。

而只要適用得多了，中國法律人就一定會遇到並會發現新問題，就會充實豐富和推進相關的研究成果。在這一方面，社科法學研究者其實更應當向法教義學者學習，就是先不太計較創新，而是先踏踏實實學習甚至複製。

其實，真正重大的研究成果一定會很難出現，因為那需要範式的轉換，而範式轉換幾乎不是，至少不全是，努力的結果，而是各種條件的促成，不可能經常發生。即便不是範式轉換，而是新資料的發現，或對舊有資料的全面重新解讀，也需要各種條件的促成。侯猛提到的我的《送法下鄉》，其實真算不上什麼重大研究成果，即便對當時中國的法學研究有一定衝擊力。那本書不過是在一個法律人高歌前行的時代，把絕大多數法律人其實都知道影響中國基層司法的眾多事實或條件擺了出來，令法律人無法駝鳥，無法用高歌理想替代回答現實。我只是把這些具體問題帶進入了學術分析和話語；而在此之前，中國學者習慣於認為學術是用來勾勒宏大理想的，是不能甚至不應用來描述和分析卑微現實的，似乎只要正眼看了這些卑微現實就已喪失了學術的貞潔。

此外，儘管社科法學是社會科學導向的，注重經驗的，但必須注意，在有了足夠品質保證的前提下，修辭會影響學術研究成果的傳播和影響力。這在之前的法學研究和寫作中，學者們是一直關注不夠的，乃至於許多學人不但習慣了而且已經認定了那種沉悶得不動聲色的所謂法學學術文體，或是因翻譯造成的冗長文體。這是一種自絕於讀者的文體，意思是，你不關心讀者，不關心他們的疑問或疑惑，不關心他們的知識水準和理解能力，那麼你的分析論證就更少可能獲得讀者的由衷關切。而且，注意修辭，並不是花裡胡哨，排比或堆砌，常常相反，好的修辭必須是乾淨、洗練、簡潔甚至直白，但必須是有趣的，問題有趣，結構有趣，表達有趣。中文社科學界中，這種例子也早就有了，如費孝通的文字，張五常的文字。而與此有關的另一個問題是想像力，我會後面再談。

侯猛在討論實證研究時，隱含的一個假定，就是這個世界上有某些地方，學者通常稱其為「田野」，會更有利於產生重要學術成果的；而現在社科法學的受制於學者沒有自覺找到並長期進入這個田野。對於這種說法，我首先承認，對於某些社科法學的研究者，是可能有或應當找到或建立這樣的一個田野的，例如上訪研究，或調解研究，或基層司法研究。但另一方面，我又必須跟侯猛抬一下槓，不能將「田野」太當真，將之實體化本質主義化，乃至窒息了自己的學術研究。我覺得，這樣一個「田野」概念，與當年強調文藝界「深入生活」的說法一樣，很可能變成一個神話。

我是有證據的，《江村經濟》是費孝通摔壞了腿，根本走不到田野，只能待在姐姐家中的產物。《鄉土中國》幾乎全是中年費孝通對他早已疏遠的早年鄉間生活的回憶和反思，最多也只能算是在都市中遠眺了一下「田野」。但這兩部作品給人的啟發遠超過許多人的田野調查，也包括費孝通自己的一些完全基於田野調查的成果。

因此有必要，基於法學研究來思考和反思「田野」作為學術訓練和研究，從理論上看，一個學者必須有自己的「田野」。但這個田野可以就是他／她自己的專業實踐；其中也可以包括他／她的一部分日常生活，儘管不能全等於書齋。重要的是他／她要有問題意識，包括對自己的生活或書齋，即在沉浸於其中的同時，至少偶爾還能用旁觀者的眼光來看自己的生活和書齋，以旁觀者的或反思者的視角把自己的專業、生活或書齋構建成一個有問題也可能有答案的田野。一個典型的範例是現象學，那就是以研究者自身的思維過程作為「田野」的。

因此，就中國法學的社科研究而言，需要有學者在自己的校園生活之外找到一個學術研究的田野，但未必都需要一個很特別很外在的田野。如果沒有學術的自覺，即便真到了一個「田野」，也會



什麼都看不到。想想吧，有多少大學教員後來進了法院任職或兼職，如今法院裡也有很多法官曾先後獲得了碩士或博士學位，他們的核心工作是審判，沒有多少時間從事研究，但他們中有不少人還是希望做些研究，希望自己能充分發揮和利用自己的優勢，也希望獲得學界的認可。但他們大多一直站在「希望的田野」上，但就是沒——或至少還沒——站在豐收的田野上。田野之缺乏並不是制約中國社科法學發展的主要問題。

社科法學研究成果的真正不足，並不是沒有或沒有進入田野，在我看來，更可能是有志於社科法學研究的學人還沒能在自己的專業和日常生活中自覺構建起自己的那個田野，並保持學術的敏感。對於絕大多數法學人，田野其實一定不是一個自然地理空間，而是一個由思想構建的空間。要構建這個田野，除了需要日常的經驗材料外，更需要的是，熟練運用各種可適用的相關理論和工具（邏輯分析和統計分析，大資料），如魚得水。我們還有誰不知道科斯定理（Coase theorem）呢？但能如庖丁解牛那般將其運用於我們的感官獲得的所有材料嗎？如果對理論、資料和相關資訊的不是純熟，我們就無法看到田野，就無法看到值得研究和分析的有意思的問題。

要構建這樣一個廣闊且有豐富產出的田野，另一必備的條件是想像力。社科法學強調並注重經驗和實證，但這絲毫不意味著不需要或是可以放逐想像力。任何出色的研究，都需要強大並堅實的想像力。自然狀態和社會契約是想像，甚至因為霍布斯和洛克兩人各自對這兩者的想像不同，他們各自的國家理論和社會理論也就不同了。康德（Immanuel Kant）關於世界永久和平的未來，關於死刑正當性的論證，都基於想像；事實上，他對死刑正當性的論證：即使人類明天滅亡，我們今天也有義務將所有待決死刑犯處決——僅

僅基於我們對於死刑犯的自由意志的尊重，即便在我這位死刑的鐵杆支持者看來，也太矯情了<sup>55</sup>。科斯（Ronald H. Coase）的放牧者和種植者的想像，羅爾斯（John Rawls）的初始位置、無知帷幕和重疊共識的想像等，都是其研究成果的不可缺少的在先條件。甚至在自然科學上，也是如此。牛頓（Isaac Newton）的萬有引力定律無論如何都不可能從普通人的日常直接感官經驗中概括產生；愛因斯坦（Albert Einstein）相對論在經驗上根本就是不可思議——一個人以光速運動時看到的扭曲的時間和空間，這需要何等的想像！甚至一個好的提問也需要想像，提出遺傳學兩個基本規律——分離規律和自由組合規律——的偉大生物科學家，孟德爾（Gregor Johann Mendel），最早的提問，在他當神父時，就是，為什麼會「種瓜得瓜，種豆得豆」？

想像力的意義或功能就是在這樣一個構建的思想空間中嘗試著將那些之前怎麼看都不大可能相關的經驗現象一一勾連起來，憑著某種神龍見首不見尾的直覺或預感，察知這個聯繫能否成立，是否有「料」（juicy），令研究者決定嘗試一下，甚至常常是推動、鼓動甚至激動著這個學人如同一位戀愛者，知道可能被拒，還是希望並感嘆自己能有一次機會告白。即便錯了，也錯的挺有意思，無怨無悔，值。這種想像力既是一種社科的能力，也是一種人文的能力，其中或許有天賦，但至少這種想像力的展開和鋪陳是可能通過訓練而得以強化的。

## 陸、也算結語

以上對時下中國法學格局的勾勒，是以對我最便利的方式，這

---

<sup>55</sup> 參見Immanuel Kant著，沈叔平譯，法的形而上學原理：權利的科學（1991年）。

種勾勒一定偏頗、不公正。不僅材料不完整，更因為我的立場和偏見，因為我毫無掩飾的對經驗研究、社科法學的偏愛，對法教義學的質疑和懷疑。我們註定無法作為真理代言人來到並待在這個世界。因此我歡迎批評，拋磚引磚——等待拍磚。但最後我還要說幾句。

第一，我支持法教義學——鑒於其對於處理常規案件以及對於法學教育的意義；但我沒法堅信法教義學。因為對我這種人來說，法教義學的最大弱點不是不適用，而是不長知識，無法以簡單的統一規則系統來解說複雜問題；其中還隱含了對語詞和概念的迷戀，一種柏拉圖主義傾向。我更偏好實用主義，注重經世致用，相信知識源自生活，反感本本主義，相信「盡信書不如無書」。任何喜歡摳字眼、搬書本、說人名而不是觀察和解說社會經驗現象的做法，在我看來，都有本本主義的嫌疑。

但我還真不認為中國的法學出路在理論上交戰。在思想和學術的市場上，我相信的是自由競爭，物競天擇，用進廢退；也因此，我還不相信什麼鄉愿式的「相容並包」。

這場競爭已經開始。社科法學最重要的工作就是要以有說服力的簡單便利的理論，以及有效可行的解決問題的辦法，來爭奪法律學術的和法律實踐的受眾。這個競爭還不能僅僅停留在謙謙君子，各自守住自己的一畝三分地，相安無事，不碰法教義學的禁脔，只在法教義學不屑或沒法進入的領域或邊緣地帶做道場。社科法學必須進入，其實也已經進入了，刑法和民法這些傳統法教義學固守的核心陣地。

而時下社科法學的最大問題就是，特別是在諸如刑法和民法這些領域在司法實踐上同法教義學競爭時，社科法學還拿不出什麼像樣的東西來，或還沒拿出有足夠數量且更令法教義學者信服的學術成果，拿出來的至少還不像拉倫茨（Karl Larenz）或考夫曼

(Arthur Kaufmann) 或李斯特 (Franz Ritter von Liszt) 或羅可辛 (Claus Roxin) 那麼令中國的法教義學者信服。

「知恥者近乎勇」，社科法學學者必須持久努力；更必須準備好，在部門法的每一個街角，每一座高樓同法教義學展開廝殺，準備自己倒下，但也要等著看最後是誰倒下。無論誰勝誰負，或是雙贏，才可能完成中國法學的歷史轉型，才可能有必要的學術創造。

基於這一殘忍的達爾文主義或叢林原則，以及我個人對當代世界及其對法律法學需求的理解，即便不想得罪人，結論卻還是會得罪人：如果堅持純粹法學的路數，堅持教義、語詞甚或詞典定義的進路，那麼作為一個傳統，法教義學很可能最終將為法律人遺忘，無論它曾經或還有多麼輝煌。就如同當年聖托馬斯阿奎那 (St. Thomas Aquinas) 《神學大全》(Summa Theologica) 中展現的那個驚人輝煌的經院哲學一般——教義一詞也正源自經院哲學！但今天，除了研究中世紀學術的人，以完全有別於中世紀哲人的外來者的視角切入外，還有誰或幾人關心？！若按照目前的法學發展趨勢來看，我的很可能過於樂觀的估計是，大約30年後，法教義學的研究——有別於教學，很可能不再能進入中國頂尖高校法學院頂尖學者的視野，相關的研究會轉移到二流或三流法學院中去<sup>56</sup>。

這並非一個居心叵測存心噁心人的希望，而只是一個推斷。但這也並非法教義學的唯一前景或規定出路。它也可能，完全可能，如同中國的一些法教義學研究者宣導、主張和努力的那樣，堅持其學術開放性，注意吸納有關法律的多學科經驗研究的知識和成果，以各種途徑或設置甚或偽裝將法律的系統社會後果考量納入法教義學分析或話語系統中，在這個不斷自我修改、吸納和融合過程中，華麗轉身，實際變成了社科法學。它還完全可能「成功」保留其教

---

56 但這一格局不僅取決於法學人的帝國心態和行為，在更大程度上更得取決於其他學科的帝國主義格局和態勢。

義法學的名號，儘管衣鉢沒了。但這是成功嗎？什麼意義上的？而且有必要爭一個名分嗎？真正的法學人關心的從來都是真實世界，馬克斯的話，改造世界，而不是解釋世界；霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, Jr.）的話，想事兒，而不是想詞兒。

最後，本文的寫作起因也反映了中國法學學術的一個現象：如今許多所謂的學術「研究」部分地甚或完全因會議的激素而催生！無論好壞，這種激素都在剪裁著我們和後人視野中當今中國學術的那道風景線！在這個學術大繁榮甚或太繁榮的年代，記憶中的或想像性記憶中的那個以研究者個人智識追求為導向的、「潛心向學」的學術傳統已悄悄被置換。而僅此一點，也值得法學人警醒，值得納入我們對中國法學格局的審視。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- Alexis-Charles-Henri Clérel de Tocqueville著，董果良譯（1991），論美國的民主（上），北京：商務印書館。[De Tocqueville, Alexis (1850), *De la démocratie en Amérique*. Paris: Pagnerre.]
- Arthur Kaufmann著，劉幸義等譯（2011），法律哲學，2版，北京：法律出版社。
- Charles Larmore著，劉擎、應奇譯（2010），現代性的教訓，北京：東方出版社。[Larmore, Charles. 1996. *The Morals of Modernity*. Cambridge: Cambridge University Press.]
- Immanuel Kant著，沈叔平譯（1991），法的形而上學原理：權利的科學，北京：商務印書館。[Kant, Immanuel. 1887. *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, Ltd.]
- Ingo Müller著，王勇譯（2000），恐怖的法官：納粹時期的司法，北京：中國政法大學出版社。[Müller, Ingo, and Deborah Lucas Schneider. 1991. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*. Cambridge, MA: Harvard University Press.]
- Ralf Poscher著，隋愿譯（2012），裁判理論的普遍謬誤：為法教義學辯護，清華法學，2012年第4期，頁102-115。
- Richard A. Posner著，徐昕譯（2002），公共知識份子——衰落之研究，北京：中國政法大學出版社。[Posner, Richard A. 2003. *Public Intellectuals: A Study of Decline*. Cambridge, MA: Harvard University Press.]
- 白軻著，王可任譯（2014），強世功對「不成文憲法」以及中國憲

- 政秩序的研究，開放時代，2014年第2期，頁20-29。
- （2014），創建發展一套健全的中國憲政理論——強世功有關中國憲政形式主義與合法性問題的論述，開放時代，2014年第2期，頁37-56。
- 吳志攀（2013），金融多元化：「部門貨幣」問題研究，北大法律評論，2013年第2輯，頁470-481。
- 肖永紅（2012），虛擬貨幣法律規制研究，浙江財經學院碩士論文。
- 侯猛（2013），社科法學的跨界格局與實證前景，法學，2013年第4期，頁30-35。
- 凌斌（2014），中國法學時局圖，北京：北京大學出版社。
- 強世功（2009），中國憲法中的不成文憲法——理解中國憲法的新視角，開放時代，2009年第12期，頁10-39。
- （2012），中國憲政模式？巴克爾對中國「單一政黨憲政國」體制的研究，中外法學，2012年第5期，頁952-972。
- （2013），中國法律社會學的困境與出路，文化縱橫，2013年第5期，頁114-120。
- （2014），白軻論中國的黨國憲政體制，開放時代，2014年第2期，頁30-36。
- （2014），如何探索中國的憲政道路？——對白軻教授的回應，開放時代，2014年第2期，頁57-69。
- 陳興良（2013），刑法教義學與刑事政策的關係：從李斯特鴻溝到羅克辛貫通中國語境下的展開，中外法學，2013年第5期，頁974-1005。
- 陰建峰（2003），主客觀相統一原則豈能動搖——有關「姦淫幼女犯罪」司法解釋專題研討會紀要，法學，2003年第10期，頁100-107。
- 彭燕（2010），虛擬貨幣對中央銀行職能的影響，東北財經大學碩士論文。

- 馮軍 (2014), 刑法教義學的立場和方法, 中外法學, 2014年第1期, 頁172-197。
- 馮象 (2004), 政法筆記, 江蘇: 江蘇人民出版社。
- (2014), 國歌賦予自由, 北大法律評論, 2014年第1輯, 頁234-245。
- 楊旭 (2007), 我國網路貨幣的發展與政策研究, 財經問題研究, 2007年第10期, 頁49-54。
- 鄒恒 (2008), 構建我國虛擬貨幣監管制度的思考, 南方金融, 2008年第5期, 頁40-41。
- 蘇力 (2001), 也許正在發生——中國當代法學發展的一個概覽, 比較法研究, 2001年第3期, 頁1-9。
- (2002), 遭遇哈姆雷特, 讀書, 2002年第5期, 頁44-53。
- (2006), 中國司法中的政黨, 法律和社會科學, 2006年第1期, 頁256-284。
- (2006), 經意與不經意之間, 收於: 法律書評第四輯, 頁1-224, 北京: 北京大學出版社。

## 2. 外文部分

- Baudelaire, Charles. 1986 (1951). *My Heart Laid Bare and Other Prose Writings*, translated by Noman Camerson. Chester Springs, PA: Dufour Editions.
- Holmes, Oliver Wendell. 1992. John Marshall. Pp. 206-209 in *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, edited by Richard A. Posner. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Nietzsche, Friedrich. 1968 (1901). *The Will of Power*, translated by Walter Kaufmann and R. J. Hollingdale. New York, NY: Vintage Books.
- . 2001. *The Gay Science*, edited by Bernard Williams, translated by Josefine Nauckhoff. Cambridge: Cambridge University Press.



- Piketty, Thomas. 2014 (2013). *Capital in the Twenty-First Century*, translated by Arthur Goldhammer. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Planck, Max Karl Ernst Ludwig. 1949. *Scientific Autobiography and Other Papers*, translated by F. Gaynor. New York, NY: Philosophical Library.
- Posner, Richard A. 2011. Keynes and Coase. *Journal of Law and Economics* 54(4):S31-S40.
- Stephen, James Fitzjames. 1991. *Liberty, Equality, Fraternity: And Three Brief Essays*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Upham, Frank K. 2005. Who Will Find the Defendant If He Stays with His Sheep? Justice in Rural China. *Yale Law Journal* 114:1675-1718.
- Weber, Max. 1967 (1954). *Max Weber on Law in Economy and Society*, edited by Max Rheinstein, translated by Edward A. Shils and Max Rheinstein. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Feng, Xiang. 2012. The End of Intellectual Property: Challenges Beyond the “China Model”. *International Critical Thought* 2:99-106.
- Zhu, Suli. 2006. Political Parties in China’s Judiciary. *Duke Journal of Comparative and International Law* 17:533-560.
- . 2009. “Judicial Politics” as State-Building. Pp. 23-36 in *Building Constitutionalism In China*, edited by Stephanie Balme and Michael W. Dowdle. New York, NY: Palgrave Macmillan.
- . 2009. The Party and the Courts. Pp. 52-68 in *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, edited by Randall Peerenboom. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2012. Political Parties in China’s Judiciary. Pp. 533-560 in *The Citizen and the Chinese State*, edited by Perry Keller. London: Routledge.

## The Evolution of Legal Researches in Mainland China

*Suli Zhu\**

### Abstract

Legal research in mainland China has been developing over the past 30 or more years, with three major schools forming: politics and law; doctrinal analysis of law (Rechtsdogmatik); and law and social sciences. This paper analyzes the rebirth of the school of politics and law, which has been once severely criticized during the 1980s and 1990s. The boundaries between doctrinal analysis of law, mainly in criminal law and civil law, and research in other sections of legal practices, such as intellectual property, commercial law, antitrust, etc., are increasingly vague or overlapping. I also anatomize the problems that law and social sciences researchers must confront and overcome.

KEYWORDS: legal scholarship, Mainland China, politics and law, doctrinal analysis of law, law and social sciences.

---

\* Chair Professor of Peking University.