

学术争鸣与中国法理学的发展

曾立城 雷 磊

【摘要】学术争鸣对中国法理学的发展具有特殊意义。相比于部门法学,法理学的话题相对分散,方法更加多元,立场分歧影响更大,由此带来互动无效性和发展无序性的质疑。通过对近二十年来中国法理学发生的十场学术争鸣的考察可以发现,法理学讨论的意义首先维系学科自身的存在价值,同时也具有聚焦核心议题、拓展法理学论域、提升方法论自觉、增进问题内省和论证深入、建构学理体系的价值。未来中国法理学的发展存在着研究论域上向部门法理学拓展,研究进路上向流派化演变以及研究姿态上向参与者转换的趋势。

【关键词】学术争鸣;中国法理学;学科发展;自我观察

【作者简介】曾立城,中国政法大学2020级法学理论专业博士研究生;雷磊,中国政法大学教授。

【原文出处】《法学评论》(武汉),2024.1.42~55

【基金项目】本文为2021年度教育部哲学社会科学研究后期资助重大项目“时代镜像中的法理学研究”(项目批准号:21JHQ012)的阶段性成果。

引言

从20世纪七十年代末以来,中国法学经历了逐渐摆脱政治话语,从幼稚走向成熟的过程。尤其是近二十年来,法学的专业化程度不断提高,法学作为自主知识体系的地位也慢慢得到社会认可。在整个法学学科体系中,法理学具有十分独特的地位:它既是法学的组成部分,也是哲学或其他社会科学的组成部分。说它是法学的组成部分,是因为它以“法”这一现实领域为研究对象;说它是哲学或其他社会科学的组成部分,是因为它从哲学或其他社会科学理论的框架出发来对法进行观察和思考。

正因如此,法理学的发展呈现出与部门法学迥异的特点。部门法学主要致力相关制定法的理解与适用,也即法教义学研究。法律条文对法教义学而言既是镣铐,也是凭证。虽然部门法学者们可能围绕法条的意义及其适用语境产生分歧,但实在法毕竟构成了争论双方共同的出发点与讨论的平台。^①而双方所努力的目标,正在于使自己的学说通过竞

争成为“法学通说”,继而使其在司法裁判中发挥“准法律”的功用。相比于部门法学,法理学的话题相对分散,方法更加多元。举凡哲学或其他社会科学领域所涉及的话题和方法,在法理学领域基本都可以找到对应物。每一次新的哲学思潮或社会科学理论的兴起,都是法理学传统更新的契机。哲学或社会科学研究中多元主义的存在,造成了法理学研究话题纷呈、进路繁多、学派林立。由此,法理学者间真正有效的对话很难在不同的进路之间开展。更何况,理论交锋的背后往往隐藏着立场和价值分歧,而现代社会的价值多元性在某种意义上使得法理学者注定难以形成共识。这就可能给外部观察者带来两点质疑:其一,法理学者之间的互动是无效的;其二,法理学学科的发展是无序的。

本文将通过考察学术争鸣在中国法理学发展过程中的地位来回应这两点质疑。我们首先考察近二十年来中国法理学发生的十场学术争鸣,接着阐明学术争鸣之于中国法理学发展的意义,最后指出中

国法理学未来的发展趋势。我们将发现,一方面,法理学虽然没有自己的“法律”,但法理学者之间并非没有任何共识,许多学术争鸣其实是不同学者对相同前提的不同推演。另一方面,争鸣与论战是法理学的常态,虽然客观上在特定时空中可能达成学术共识,但法理学者在主观上并不以此为已任,而更应深耕各自的学理体系,通过各自学理体系的解释力平等地获求在学术市场中的影响力。

一、近二十年中国法理学的十大争鸣

在正式展开考察之前,有必要作三点限定:其一,本文所谓“法理学”,仅包括法哲学与法理论,社会科学进路内部的法理学争鸣不在考察之列,除非涉及法哲学/法理论与社会科学进路之间的争鸣。其二,所谓“学术争鸣”,必然包含理论主张的建构与批评两个面向。确切地说,它是一方提出理论建构,另一方进行批评,前者接着进行反批评(和辩护)或者对自己的理论进行重构的过程。其三,考察的时间段限于“近二十年”。不仅因为这是距今最近的时段,也因为在我国法理学的发展史中,这二十年是超越“公理”、跨越“真理”、诉诸“道理”的时代。^②正是从这一阶段开始,法理学者真正超越了对常识的纯粹“主张”和“表达”,开始展开对论点的论证、批评和交锋。

根据哲学上本体论、认识论和价值论的三分,法理学也可以被分为法概念论、法认识论和法伦理学三个组成部分。法概念论处理法概念(法是什么)及其他法学基础概念(如权利、法的渊源等),法认识论涉及法律知识的获得方法(如何认识法/法律知识如何可能),法伦理学关注法律秩序的理想状态(什么样的法是公正的)。^③以下第一至第四场争鸣属于法概念论领域,第五至第七场争鸣属于法认识论领域,第八和第九场争鸣属于法伦理学领域。此外,还有一场争鸣涉及法理学者对法理学学科性质的理解分歧。

(一)法概念之争:法律是什么?

回答“法律是什么?”,关键在于解释法律的规范性。从学说史上看,我国法理学者对法律的规范性的关注,首先是20世纪90年代以来继受凯尔森和哈特的法律理论的结果。两人以各自的才智,提供了

法律实证主义的典范。虽然法律实证主义的引介早于自然法理论,但是不久之后,陆续有学者翻译和传播阿列克西、德沃金、菲尼斯等学者的作品,举起了自然法理论的大旗。当然,在这个过程中,双方学者不是只扮演着域外学说传声筒的角色,他们也逐渐发展出参与国际对话的雄心。

法律实证主义认为,法律的规范性来源于社会事实,它和道德不存在概念上的必然联系。自然法理论的观点正好相反,它主张法律与道德的概念联系。面对两种立场之间的漫长争论,我国学者主要采取了四种论争方式。其一,以具体论战为切入点,反省其中的理由,从而巩固或者削弱一方立场。例如主张夏皮罗的辩护反而可能架空社会事实命题,或者莱特和拉兹的论证无法成功分析法律的性质。^④其二,系统阐述某个理论版本,展现其中的矛盾并尝试修补。例如要求德沃金的法律解释理论放弃客观性的解释目标,或者强调菲尼斯的自然法原则尚不足以克服事实与价值的认识论难题。^⑤其三,借助哲学视角补强或者重构法理学论证。例如在塞尔的制度事实理论与哈特的规则理论之间建立关联,或者主张法律实证主义有必要重新向功用主义寻求依靠。^⑥其四,澄清各方的基础概念和命题。例如对分离命题、规范性、权威、自然法等说明。^⑦整体来看,由于域外的代表性学者仍然构成这场争鸣的基石,法律实证主义与自然法理论在我国虽然不剑拔弩张,但是已经各自走向精耕细作和蓄势待发。一旦出现本土原创的系统见解,双方的激烈碰撞与呼应值得期待。

(二)法的规范性之争:法社会学能够处理规范性问题吗?

规范性是法学研究的首要关怀,这其中并不是只有法律实证主义与自然法理论的对手戏,法社会学也在争取一张登台唱戏的门票。与规范法学不同,它遭遇的是门槛问题:法社会学能否(而非如何)处理规范性问题?整体来看,反对者通常来自规范法学领域,法社会学者则往往对此不以为然。但值得一提的是,规范法学者不必须拒绝、法社会学者也不必须支持一个肯定的答案。

事实与价值、应然与实然之间相互不可推导,是法社会学对规范性问题力所不能及的通常理由。^⑧这个理由是如此地深入人心,以至于法社会学者不得不承担起(通过语言哲学或者实用哲学等)消解这种二元论的论证负担。通常做法是主张事实本身拥有规范意涵,或者将规范与价值还原为经验事实。例如强调“差异制造事实”的独特意义,从社会事实中提炼出“事理”乃至“法理”,又如主张社会规范来源于事实、是一种主体性事实。^⑨关于这个论争焦点,另有观点认为,事实与价值的二元论是一个被错置了的批判起点,当然,法社会学处理规范性问题的能力也不根源于此。^⑩

近年来,社会理论法学的参与,丰富了论争的内容和层次。为了给一项立法决策提供支持理由,经验法社会学者可能揭示立法的动因和利益博弈,评估条文的实施效果和社会影响。为了证明一个司法裁判是正确的,他们也可能运用后果考量或者通过社会科学方法解释法律条文。^⑪但是,作为整体的法律秩序的规范性问题该当如何?我国的社会理论法学者借鉴以卢曼为代表的系统论法学,通过功能主义将法律阐释为社会集体的行为预期。^⑫由此可以形成三组对立格局:关于法律体系,法律实证主义、自然法理论与社会理论法学的同台竞技;关于立法政策,出现伦理学/价值导向和社会科学导向的立法学;关于裁判的正确性,法教义学和社科法学也在不断地争辩和寻求合作。

(三)权利的性质之争:权利的独特性和正当性何在?

我国学者对权利概念的讨论,主要是在20世纪八十年代以来的权利本位说思潮背景下,延展利益论和意志论/选择论的争议主线。近年来,权利泛化的忧虑还使新兴权利话题成为论争侧线。权利的性质说明涉及它的正当性来源和独特性表现,新兴权利话题涉及它的外延和边界,但后者仍然召唤权利的一般理论的介入。

拥有一项权利,意味着什么受到了认可与保护?按照利益论,答案是个人利益或公共利益。意志论的想法不同:受到认可与保护的是权利人的自

由意志和选择能力。然而,两者都在某些方面违背了我们的通常理解。意志论的缺陷是丢失了普遍性:某些基本权利不可以被放弃,某些权利人不具备自主选择能力。并且,意志论夸大了权利的对抗性,权利的放弃也不是权利实践的核心情形。^⑬利益论的问题在于缺乏区分性:权利人不必须从义务的履行中获得好处,义务履行的受益人也不必是权利人。此外,利益论无法匹配权利的规范力,利益受损与权利受侵之间不可通约。^⑭面对质疑,我国学者或者修正与推进利益论和意志论的新版本,或者开辟超越二者的第三条道路。例如通过类型描述重构意志论、通过角色责任补强利益论以及脱胎于利益论的证立论和脱胎于意志论的要求论。^⑮

关于新兴权利,法理学者的争辩集中在概念澄清和识别标准。就概念澄清来说,较早的研究着力于陈述“新”的表现和“新兴”与“新型”的区分,^⑯权利理论介入不深。到目前,情境命题和领域命题成为新兴权利概念分析的角力点。否定论者强调权利的动态性和权利观念的重要性,主张新兴法律权利仍然以既有道德权利为前提。^⑰肯定观点认为权利的动态性与具体化有其限度,强调法律权利与道德权利无法等同。^⑱至于新兴权利的识别,学者列举的标准虽然多元,但是都不约而同地回溯各自的权利观。例如关注权利的社会基础、权利冲突的利益权衡或者权利人活动自由的重要性。^⑲利益论/意志论立场的不同,新兴权利的形成理由也将大不相同。

(四)法源概念之争:什么是法的渊源?

我国学者很早就认识到,法的渊源的概念易于引人误解,发生歧义也已经是世界学说史上的显然事实。^⑳盲目地引介只会加剧理论的混乱,因此,学者关于法的渊源的概念争辩,既有对域外观点的补强和重构,也出现了本土原创的学说见解。

法的渊源理论遭遇到两个困难,即概念的冗余和内容的歧义,讨论者视角的差异是困难的主要成因。从本体论视角来看,法的渊源理论牵涉到法律体系的性质和效力,于是有必要回归法哲学。其中,表现形式说认为法的渊源是法律的存在形式和载体,效力渊源说强调它还应当具备拘束力。如果在

本体论视角上更进一步,承认法的渊源就是法律本身,法源概念也要被法概念取而代之。^①

为了避免概念冗余,部分学者意识到应当区分法的渊源与法的形式或效力,从本体论视角转向了认识论视角。^②认识论视角进一步分为法的创制视角和适用视角。形成渊源说是创制视角的典型,它认为法的渊源是法律得以形成的资源、进路和动因,立法者借助法源理论行使国家意志,才使法源转化为法律。^③如果说创制视角关注立法者,那么适用视角关注的就是裁判者,认为法的渊源是法律适用的起点和司法裁判的素材,它是裁判依据(也有学者主张包括裁判理由)的来源。^④概念含义的争论,还延伸出法源类型的分歧。正式渊源与非正式渊源,必须的渊源、应当的渊源与可以的渊源,主要渊源与次要渊源,法定渊源与酌定渊源,效力渊源与认知渊源等分类方式相继登场。^⑤

面对法源概念的可能冗余和歧义以及法源分类标准的不统一,回溯法源理论的元理论正在成为趋势。法源概念的功能、法源理论的定位将得到反思,并可能出现两种相反的姿态:简洁的态度遵循“如无必要,勿增实体”,同情的立场善意预设法源的非冗余和实践功用。

(五)法律人思维之争:存在独特的法律思维吗?

法律人群体是否拥有独特的职业思维?十年前,苏力与孙笑侠教授曾经展开争论。对立观点主要包括:在起源上,法律人思维的提法,是对美国法学院新生教育中“像法律人那样思考”的误读式移植,还是来自20世纪末我国本土的法律职业化运动;在理由上,是不同的法律人角色实际上奉行不同的利益立场,而从立场出发的后果思维与普通人并无二致,还是说独特的法律方法决定了独特的法律思维;在价值上,宣传法律人思维,是我国法律从业者的营销策略与法学教育的正当化手段,还是有益于疏律维权、定纷止争并维护法律的安定性。^⑥双方争论同时涉及法律人思维的历史、分析与评价层面,为后续讨论奠定了基础。^⑦由于分析层面最为重要,讨论焦点逐渐呈现为后果思维的定位问题:它在司法方法中承担着什么角色?

对待后果考量的裁判方法,可以区分出强、中、弱三种态度,我们用元方法论、例外论和吸收论分别指代。按照元方法论,法官需要在疑难案件中放弃教义学思维,通过后果主义获得超越法律的裁判结论;更重要的是,法律教义本身也形成于后果考量,之所以在简单案件中可以径行适用法律教义,是因为这个做法通常符合好的结果。^⑧例外论主张,在通常情况下,传统的法律方法足以应对司法实践,这也符合法律安定性的价值要求,因此后果考量仅仅出场于疑难案件。例外论者有时还会提出更多限制后果考量运用的条件。^⑨吸收论则认为,后果主义无法一般地成立,后果论证不具备独立的司法方法意义,而是已经蕴含在既有的法律适用方法。^⑩法律人思维的话题,是法教义学与社科法学争论的先声,后果考量的性质与地位问题,仍然将贯穿在后一场争论当中。

(六)司法裁判的性质之争:如何理解“同案同判”?

我国案例指导制度司法改革启动以来,“同案同判”成为一个常常惹人驻足的学术热点。法理学者的主要关注是同类案件的识别标准与适用规则,以及同案同判这个说法的理论性质。关于同类案件的识别标准,目前形成否定说、争议焦点说、关键事实说、法律要件说等竞争观点。^⑪关于同类案件的适用规则,分歧在于它们究竟是对拟适用的法律条文的指引、还是可以直接作为支撑裁决结果的理由。^⑫同案同判的理论性质是个更为基础的问题。这是因为,案件的相似性是一种评价事实,评价的标准取决于对同案同判的整体理解。

热点议题的争论往往牵扯出基础议题上的对立,同案同判的研究也是如此。重新梳理这场争鸣,更为基础的二阶问题指向了司法裁判的构成性义务,一阶问题则涉及同案同判在其中的定位。在二阶问题上,有学者只认可依法裁判是司法裁判的构成性义务,有学者主张依法裁判和个案正义都属于构成性义务,还有学者认为同案同判是在依法裁判和个案正义之外的第三项构成性义务。^⑬由此,在一阶问题上,形成了同案同判的不同地位:其一,如果只有依法裁判是构成性义务,而同案同判区别于依

法裁判,那么它就只是可被凌驾的道德要求;其二,虽然同案同判本身不是裁判的构成性义务,但只要它是依法裁判的应然之义,那么它也能够成为一项衍生的司法义务;其三,同案同判本身不仅是构成性义务,而且是相对于依法裁判的深层次义务。^③当然,从中可以发现一个共识:没有讨论者否认依法裁判的重要性。在这个意义上,他们都秉持着认同法教义学的立场,无论他们是否实际从事法教义学的工作。

(七)法律科学之争:法教义学还是社科法学?

法教义学与社科法学的竞争和对话,是十余年来影响最广的法学争鸣之一。双方不仅仅是“在部门法的每一个街角、每一座高楼……展开厮杀”,^④而且必然在更为一般的问题上发生抵牾。从规范法学上看,论争焦点既在于个案分析的方法,更根本的是法律科学(狭义的法学)的理论性质。

对法教义学来说,个案分析是法律评价的工作。它要求针对制定法条文展开解释和续造,司法者的目光往返流转于规范和事实,最终涵摄得出具体法律后果。当然,它不排斥个案正义的要求超越法律安定性价值的例外情形。^⑤社科法学倾向于跳脱制定法的拘束。一方面,它充分重视社会效果,并主张以此作为裁判的指引。另一方面,它解构法律教义,强调法教义学的缺陷和社科方法对法教义学的同化。^⑥

裁判方法差异的背后,是对法学学科属性的不同理解。^⑦首先,如果承认法律的有效性和法学的规范性,那么重视经验和因果判断的社科法学可能就是“走调的法学”。^⑧其次,社科法学还面临自主性的质疑:它使法学成为社会学、经济学、心理学等外学科的演武场。法教义学则强调社会科学知识的运用必须通过教义学方法的转译,或者说,“法学为体,社科为用”。^⑨最后,社科法学也向法教义学施加科学性困扰:价值判断如何可能是客观的?而通过“自然科学—社会科学—社科法学”的亲缘关系,社科法学能够轻松自信地宣示自身的客观性和可验证性。^⑩法教义学通常采取的一个回应策略是诉诸理性的存在。^⑪

目前还不能断言、也不必期盼双方偃旗息鼓。只要真正的问题悬而未决,争论和对话就会持续下去。当然,双方已经越来越友善地理解对手,法教义学不再被当作机械刻板的概念法学,社科法学也不被认为总是置制定法和法律教义于不顾。更多的学者取长补短,探索二者协同合作的可能。^⑫“没有社会学的教义学是空洞的,没有教义学的社会学是盲目的。”^⑬法教义学者和社科法学者可以异口同声地赞成康特洛维茨的这句断言,虽然各自的解读也许仍不尽相同。

(八)法治观之争:形式法治还是实质法治?

法治作为法律事业的理想,是我国法学研究的“桂冠问题”。它发端于“人治/法治”大讨论,经历过“刀制/水治”辩驳,最终走向法治知识的反思。^⑭形式法治观和实质法治观表达了对法治概念的不同理解。有趣的是,形式法治论者和实质法治论者都认为对方的理论具有初步吸引力。这不只是欲扬先抑的修辞手法,它也说明了争议的复杂程度。

按照形式法治论的说法,法律是应对价值分歧的公共判断标准,这就要求法律具备形式合法性,法治也只呈现为一种构成性内在价值。有论者还通过澄清典型偏见或者抨击实质法治论的方式,来间接地辩护形式法治。^⑮实质法治论者也向形式法治论发难:一方面,形式化要求不足以实现法律的指引功能;另一方面,人们的法治期待包含了实质内容。这两个批评也透露出实质法治论的主张:一方面,为了指引行动,法治将额外地要求实质价值;另一方面,指引功能不是法律的唯一追求,只有安置了实质价值的法律才能够与法治观念相匹配。^⑯当然,除了形式法治对抗实质法治的争鸣,各自的内部也已经出现相竞争的法治观念。^⑰

一条论争侧线是,法治反对法律解释吗?肯定观点主张,解释结果可能偏离文本原义、破坏法律的安定性,也可能违背实证主义的法律概念观和严格服从观。^⑱否定观点则认为,法治反对的只是假解释之名的过度解释,“认真对待规则”非但不反对解释,反而内在的要求认真解释。^⑲交锋当中,双方法治观念的差异逐渐显现出来:或者将法治理解为依照法

律办事,向往先进国家的严格执法和普遍守法;或者主张法治的对立面是专制,因此要求限制公权力以及司法中的任意解释。法治观不同,对法律解释的评价各执一见或许在所难免。

(九)科技法伦理之争:科技中立还是科技向善?

科技发展带来生活便利,也带来风险。在良好运行的社会中,风险应对是法律和政策的任务。但是科技与法律隔行如隔山,法律人一定要事必躬亲吗,通过法律强制实施伦理道德的边界在哪里?如果科技向善确有必要,又该去寻找哪一种“善”?自动驾驶和基因编辑的法理讨论就分别涉及科技法伦理的边界问题和立场分歧。

与电车难题相似,当自动驾驶遭遇紧急情况,就出现应当牺牲乘客还是碰撞路人的选择题。有学者坚守伦理学的谦抑性,允许算法随机决定损害对象:自动驾驶的汽车应当是驾驶专家、而不是道德专家,碰撞困境的解决办法在于技术升级、而不是伦理原则。^⑤也有学者认可伦理原则的有限性,但主张仍然有理由优先保护乘客:精致的伦理学推理难以适应现实变化,不具有可行性;算法替代了乘客的司机角色,也要替代乘客做出自我保全;乘客优先更能满足社会预期和实现市场拓展。^⑥最后一种观点诉诸伦理原则,并反对乘客优先,它包括三种论证策略:第一,指出乘客优先的市场论证和特殊地位论证都存在困难;第二,主张路人优先的自动驾驶汽车更符合功利原则;第三,宣示一条在乘客和路人之间保持中立的判断标准。^⑦

基因编辑分为基因治疗和基因增强。关于基因治疗的大多数意见是表示支持。说理思路可简化为:X是某种好处,基因治疗能够促进X,因此是可欲的。这是个殊途同归的结果,因为学者珍视的X各不相同。它包括胎儿的健康权或发展权、父母的生育自由和亲权、共同善,或者兼而有之。^⑧对待基因增强,学者的保守态度也是出于不同的价值观:Y是一种坏处,基因增强促进了Y,因此应被禁止。Y可能包括破坏人性、侵犯尊严、违背自主性、不平等。反对者还强调,基因增强不可能成功地避免Y。^⑨当然,也有学者附条件地支持基因增强,或者认为现有

的反对理由无法成立。^⑩基因编辑的法理争议折射出学者不同的伦理立场选择。

(十)法理学的学科性质之争:普遍法理学还是特殊法理学?

法理学的学科自省来源于法理学者的危机感与进取心,落脚于法理学理想的构思。徐爱国教授在2016年撰文宣告,中国法理学积重难返,正在走向死亡,也应该走向死亡:它的知识结构混乱并且缺乏思辨,它的研究高度主观化和个性化,它的学者追名逐利和炒作热点。^⑪但指摘不是为了置之死地,而是呼吁一种新陈代谢。至于新的法理学姓甚名谁,学者们见仁见智,各种提法不一而足。这场争鸣主要展现出地域上的普遍法理学与特殊法理学的张力:法理学应当是一门无关政治的纯思学问,还是应当更新它的意识形态和主权理论;它应当是超越国别的一般理论,还是应当立足当代中国的现实问题。^⑫还有学者呼吁法理学的中国学派,以中国现实的地方性知识推演出可普遍化的理论。^⑬争鸣的背后,是我国法理学者面对传统法理学的缺陷与西方法理学的强势,寻求确立中国的话语体系、提供原创性理论的自主意识。^⑭

不论怎样构思,一门恰当的法理学至少应当具备相对部门法学而言的独特性和实践重要性,这就涉及法理学在领域上的普遍性或特殊性问题。如果按照法概念论、法认识论和法伦理学的三分法,法理学对部门法实践的意义是能够以不同方式改变疑难案件的裁判思路 and 结果,法理学与法教义学知识则存在抽象与反哺、输入与运用、蕴含或融合的重叠关系。^⑮陈景辉主张理想的规范理论和元理论构成了法理学的两个部分,其中理想的规范理论可能从整体上促进部门法学重构法律秩序。^⑯马驰则坦然承认,概念理论是法理学的当然组成部分,但是它与法律实践只存在松散而间接的关系。^⑰近年来,一些青年学者开始关注具体部门法学的基础概念、学科结构或价值立场,为开拓部门法理学(也可称作领域法理学)作出了有益尝试。^⑱普遍性和特殊性的争鸣,是对法理学学科性质和价值的追问。法理学有了安身立命的所在,学术争鸣也就不是空洞乏味的。当

然,学术争鸣也能够反过来为学科发展提供动力。

二、学术争鸣之于中国法理学研究的意义

对法理学研究来说,学术争鸣不必然、甚至通常不走向学术共识,但是仍然具有重要的学科发展意义。从以上十场学术争鸣来看,它们聚焦了法理学的核心议题、拓展了话题、提升了方法论自觉、增进了问题内省与论证深入、促进了学理的体系化。

(一)聚焦核心议题

形成规模的学术论争突显出法理学的固有组成部分。这并不是指,什么是法理学的固有组成部分,取决于学者们的讨论参与程度和激烈程度;而是说,某些议题当然地归属于法理学的论域,吸引着不同时代与理论传统的学者前来一探究竟,于是聚沙成塔,逐渐形成讨论的规模和分化的立场。改革开放后,法律的阶级性与继承性之争登上台面,此后我国学者也经历过从法律的强制性到规范性的思考转折,目前,法律实证主义与自然法理论对立的攻防正在上演。这些争鸣的视角或有差异,但都紧紧围绕着法律的概念分析与性质说明。讨论切入点的差异是时代背景和理论资源的影响结果,念兹在兹的问题意识却普遍而持久。

学术争鸣还可能呈现核心议题之下的共同预设或暂时共识。学者之间的观点分歧,时常来自对相同前提的不同推演。所以不预设同一个命题,难以出现真正的学术讨论。法概念之争是法律实证主义、自然法理论乃至社会理论法学对法律体系的规范性做出了不同证明或说明,而规范性转向本就是早期争鸣的结果;在司法裁判性质之争中,无论怎样理解同案同判的定位,参与学者都间接表达出对法教义学立场的接受态度,因为依法裁判正是法教义学的基本承诺;法理学的学科自省催生了法理学的不同版本,但是没有哪个版本能够放弃宣称学科的独特意义和实践价值。

学术批评也筛选出议题之下的代表观点和代表作品。学者参与议题的办法是写作和发表,一份作品越是重要,就拥有越多的学习者、追随者和反思者。这不仅表现在,凯尔森、哈特、德沃金、拉兹等人的代表作品进入中文世界之后,就吸引了我国学者

的解读、阐释和评议,为后续论争奠定了基础。^⑤我国法理学者的原创作品也将成为学术批评的对象,其中的得失将接受不同读者目光的检视。^⑥当然,批评者并非圈定经典作品的权威,但批评只要是严肃的,就足以成为后来学者打量这一份作品及其意义的参考依据。就此来说,学术争鸣是学生友好和读者友好的。

(二)拓展法理学论域

学术争鸣拓展了法理学的议题范围,发掘出新的研究动向。法理学研究当然不是无所不包的,它无意充当法学中“兜底学科”和“剩余学科”的角色,将其它法学子学科不处理的问题都接纳进来。但是在核心议题之外,法理学的边界和话题并不总是明确而有限的。这首先体现为法理学与部门法学的知识交织。回顾学科史,法理学者时常踏足部门法领域,并可能同时教授一门部门法学课程。学科分工的精细化,不代表法理学与部门法学就要“大路朝天,各走一边”。二者完全可以以不同的姿态来讨论同一个对象。例如,面对新兴科学技术,部门法学者的典型作业方式,是在制定法体系的框架下推论法律后果和责任分配;法理学的讨论无需受限于制定法的评价,来研判新兴事物的法学性质和规制策略,从而或者为法律教义提供理论支撑,或者提出法律变更的建议和意见。长期以来,法政策学在我国未受到过多重视,法理学者对人工智能、生物科技、体育竞技等话题的参与,已经透露出开拓部门法理学版图的意愿。

除了与部门法学,法理学还可以与政治哲学、伦理学或者社会学等法学之外的学科互动。法律的概念、法治观、科技的法律伦理等论争话题,既属于法理学,也为外学科的学者所研究,不同学科的研究进路和结论可以同样地精彩。对待法理学与外学科的关联,我们有必要破除如下观念,否则可能导致法理学的自我矮化与萎缩:法哲学和法伦理学附庸于哲学和伦理学,是哲学和伦理学在法律场景的应用。即使“应用”的成分确实存在,法哲学和法伦理学也有机会为哲学和伦理学提供知识增量。这就好比思想实验是场景化的,实验结果却能够为理论提供支

撑或证伪。法理学的讨论,既需要运用到哲学、逻辑学、伦理学的理论资源,也可以提供独特的命题或者显现后者的困境与误区。

最后,国家制度设计和法律实践也可能催生新的争论话题。这些话题通常构成法理学核心议题的讨论侧线。例如,在确立案例指导制度之前,我国学者鲜有关注同案同判的法学性质,但是在此之后,法理学者不仅从同案同判的定性问题回溯到了司法裁判的本质问题,而且可以在法律效力理论或法律渊源理论的框架下讨论指导性案例的地位问题。^⑥类似地,新兴权利的议题开启于公众的权利意识觉醒、权利话语兴起、权利制度化水平的提高以及对权利泛化的担忧,落脚于新兴权利的概念证明和识别标准,并促使讨论者反思权利理论的立场和权利的独特性与正当性来源。

(三)提升方法论自觉

法教义学与社科法学的学术争鸣,最早体现出我国法理学者的方法论意识觉醒。在2006年召开的首届全国法学方法论论坛上,舒国滢教授以“我们时代的法学为什么需要重视方法”为题作了基调演讲,指出当时的中国学者尚不明确法学的性质和立场,法学知识的生产过程缺乏秩序,也不能够为司法实践提供助益,进而呼吁转向法教义学的理论脉络。^⑦此后发生的法教义学和社科法学争鸣,是以法律科学的方法选择为中心展开的。社科法学首先发难:法律的解释与适用并不那么客观中立,价值考量的主观性和任意性导致法教义学不具备科学的品质。法教义学除了自我辩护,也提出批评:采用田野调查、成本—收益分析等描述方法的社科法学,无视了法律的规范性,消解了法学的自主性。

相比于法教义学和社科法学的争论,规范法学和经验法学是一组更加根本和全面的对立。规范法学和经验法学不只是在裁判方式和法学学科属性上观点相左,它们几乎可以在法理学的每一片领域和每一个议题上形成竞争。关于法律的概念观,规范法学关注法律的规范性与效力,形成自然法理论和法律实证主义分庭抗礼的格局;经验法学强调非国家法在法律生活中的重要角色,通过民间法、习惯法

等“活法”形式扩展法律的外延。对于立法政策,规范法学既要运用和反思价值立场的评价,也要顾念法律教义的体系性;经验法学解读立法的背景动因,并预判新修条文的社会效果。规范法学建构法律的理想,考察法治的多种可能表达与功能,辨别正义的所指与要求;经验法学解构法律的理想,强调法治的社会背景与工具价值,也可能将正义化约为收益大于成本的经济价值。

最后,值得一提的是规范法学内部分析方法的兴起。概念分析和理论分析方法的运用,使法理学研究逐渐摆脱纯粹的价值宣示,追求更加清晰和客观的学理表达。分析方法在法概念论的使用尤其广泛,学者不仅借此澄清法律、权利、法律渊源等基础概念,而且开始反思分析方法本身的性质、功能和任务。^⑧但是分析方法也可以在其他论题域发挥作用,法理学学科的层次结构、法理学与部门法学的关联方式,都需要诉诸一种理论分析的方法。^⑨分析性法理学的崛起,是中国法理学走向成熟的一个标志。

(四)增进问题内省与论证深入

问题内省是指,反思具体问题意识的前提预设、可能含义和层次。问题内省可以避免无效的理论交锋,也可以使解答过程更加地有的放矢。学术争鸣的过程,有时候是一个争论焦点从模糊到清晰的过程。这一点尤其体现在法律人思维之争中。法律人思维之争与其说已经逐渐平息,不如说被切割出多条支线来分别处理。它涉及法律人群体的边界问题,也涉及法教义学的方法特征以及后果考量的司法地位问题(这条支线贯穿到了法教义学与社科法学之争),最后,到哪里去寻找法律人思维也成为问题:法律人思维来自现实中法律从业者心理学事实的归纳,或者来自一个学理上建构的可企及的职业形象。又如,权利概念独特性的说明和权利观念正当性的证明在权利性质之争的前期区分并不明显,现在逐渐显现为两个不同的切入视角。法律渊源概念之争也不止步于照搬域外的法源学说或者结合我国规范体系的类别化处理,而是开始回溯到法源理论的元理论,探讨法源概念的学理定位。

论证的深入通常表现为说理的绵密和错误的纠

正。在法理学的发展过程中,这两点总是同时发生。每当两相争执不下,更多的理由就被提出,来支持或者反对特定的理由或观点,来填补可能的缺漏,使之更具有说服力。例如,意志论被指责缺乏普遍性、利益论被指责缺乏区分性,于是有学者引入类型理论、角色理论或其他理论来激活或改造意志论和利益论。法律渊源概念的本体论视角也没有随着法律适用视角的兴起而衰落,有学者作出有益尝试,通过引入效力因素,来限缩早期流行的表现形式观,重新回归本体论视角。法理学的思想史,就是个不断提出主张再不断纠错的历史。例如像法律的概念这样的疑难问题,相比于知道什么是正确的,学者知道得更多什么是错误的,对错误的共识也比对真理的共识更加容易形成。共识当然不等同于真理,但是知道什么是错误以及为什么错误,也就离一个正确的答案越靠近。

(五)学理的体系化

学理的体系化表达了一种做研究的理想。论题域的圈定、方法论自觉和深入地论证,最终都要服务于法理学的体系建构。学理的体系性要求问题意识的有序勾连、基本概念的清晰一致、方法和立场的一以贯之。学理的体系化是学者个人值得孜孜以求的目标,但做研究既是私人的、更是公共的事业,法理学的体系建构最终依赖学术共同体的久久为功,即使它对学者群体来说显得可望而不可即。

首先,论题的体系搭建起法理学的学科框架。法理学不是毕其功于一役,只关注唯一一个根本问题。关键在于区分哪些问题是相互阻隔的,并从属于不同的高阶问题;哪些问题是相互勾连的,高阶问题的解答影响或决定了低阶问题的研究走向。例如,法概念的立场可能决定法律义务、法律权利、不法行为的定义方式,^①权利的规范力和权利观念的重要性深刻影响新兴权利的概念证明,法律解释的正当性及其限制可能受制于法治观的不同理解。当然,两个问题意识之间是否存在关联、如何关联,有时候是可争议的。对一名法理学的初学者来说,他可以自由选择一个踏足法理学的议题,这个议题将催促他去刨根问底,去由点及面、逐渐立体地探究到

更多关联议题。

其次,概念是思维的工具,概念的清晰是理论的美德。它要求消减概念的可能模糊和歧义,尤其要注意概念在不同论题中的同一性。例如,关于法社会学能否处理规范性问题,学者抱持的规范性观念是有差异的,观察对象也有区别,它可能指涉法律秩序的效力来源、法律条文的立法理由、司法判决的正确性根据,言说者应当明确自己的具体所指。概念内涵与外延的匹配也是一个要求。例如,按照法源的表现形式说或效力渊源说,由于学说、习惯和政策通常不构成法律的存在形式也不具备法律拘束力,正式渊源与非正式的渊源的分类法就应当被放弃。又如,假设一个人既主张利益衡量是新兴权利的识别方法,又是意志论的捍卫者,那么他的权利观似乎就是自相矛盾的。

最后,研究方法和立场应当一以贯之。方法和立场的选择取决于学者个人志趣,本身不存在对错之分。在一场学术争鸣的起始阶段,有时候会出现一部混杂不同方法和立场的作品,作者意图表明不同的方法和立场都支持相同的结论。这种写作策略无可厚非,但随着讨论的深入,不同的方法和立场将被区分处理,它们与结论的支撑关系被分别检验。例如在同案同判的司法性质和基因编辑的正当化理由之争中,情况就是如此。可以说,学者有必要表露自己的方法和立场,并在不同的论题中予以坚守和维护。

三、中国法理学的未来发展

中国的法理学穿行于“历史的丛林”,^②但是它也没有迷失自我地无序生长。回看改革开放以来的四十余年,法概念论、法认识论和法伦理学研究逐步走向纵深,其中也蕴含着中国法理学发展的三个未来趋势:在论域上,部门法理学的重要性提高;在进路上,形成不同的理论传统和学术流派;在姿态上,国际影响力上升,为世界法理学供给原创学说。

(一)论域:从一般法理学到部门法理学

一般法理学不是法理学的全部。按照论题域的不同,法理学可区分为一般法理学和部门法理学。一般法理学和部门法理学都属于超越实在法的基础

研究。二者的区别在于,一般法理学处理整个法学普遍的基础问题,可划分为法概念论、法认识论和法伦理学三个组成部分;部门法理学仅涉及部门法学特殊的基础问题,包括民法哲学、刑法哲学、宪法哲学等分支。

但是,在我国的法理学研究格局中,部门法理学长期未获得足够的重视。无论是法理学教材还是课堂讲授内容,都鲜有部门法理学的容身之地,它的科研队伍也难以称得上规模壮大和成果丰硕。部门法理学隐而不见,其实不是我国独有的现象。康德和黑格尔的法哲学都以部门法理学为主要内容,直至1932年拉德布鲁赫出版的《法哲学》^③也还着笔甚多地讨论了契约、婚姻、刑罚、国际法等部门法理学主题。但是在科学主义思潮和体系化思维的影响下,特殊法理学逐渐让位于一般法理学,只是间或充当这门学科的边角料角色。

法理学的学科性质之争已经表明,激活部门法理学,需要摆脱一种普遍主义,在一般法理学和部门法学的夹缝中确认它的独特意义。首先,某些概念为具体的部门法学所独有,例如所有权、婚姻、刑罚、战争。它们的内涵无法从一般法概念(如权利、法律行为、法律后果等)直接推演得来,同时又有超越实在法进行阐释的必要。其次,部门法学的方法论也不完全相通。这在刑法领域尤其明显。刑法的法律渊源范围最为狭窄,刑法条文的解释也最为严格,法律续造甚至受到禁止。最后,部门法学的价值基础各不相同。民法学重视意思自治和诚实信用,刑法学平衡打击犯罪和保障人权,经济法学协调国家规制与市场自治。而一般法伦理学实在不便反思这些价值基础,它对普遍价值的提炼(例如正义)又通常只是高度抽象的。从这三个方面来看,部门法理学具有相对于一般法理学和部门法学的独立性,它也无意挤占一般法理学的固有地位。

部门法理学将成为法理学者与部门法学者紧密沟通的渠道。考夫曼说“法哲学是法学家问,哲学家答”,^④这个说法对部门法理学尤其贴切。当法教义学者试图超越教义理论,迈向基础理论,他从事的就是一种部门法理学的研究。^⑤所以这是一个由部门

法学者和法理学者共同开发的领域,部门法学者的优势也许在于对法律教义的外部知识需求更加敏锐,法理学者则是在法理学知识和方法的运用上相对更加娴熟。最终,部门法理学向法教义学输出概念、方法和价值立场。对法教义学来说,这些外部知识既可能是奠基的理由,也可能是革新的推手。

(二)进路:从方法论无意识到流派化发展

学术争鸣提升了中国法理学的方法论自觉,在此之前的方法论无意识状态是“知识暴食症”^⑥下“六经注我”的结果。在中国法理学的起步阶段,既有苏联理论的遗留,也有西方学说的传入,还有传统文化的复兴,不同时代、不同地域的理论传统置身在同一个时空中喊话。徐爱国教授将这样的法理学形象比喻为“沙质的城堡”,它初看起来宏伟壮丽,但却无法消弭不同学说派别的内在张力。^⑦在一定程度上,结构松散是法理学学科难以摆脱的宿命。这是因为,哲学、逻辑学、伦理学、政治学或社会学等等学科,以及这些学科的不同内部分支,都可以是法理学的理论资源,打造一个兼容并包的法理学是不切实际的。

因此,方法论无意识状态的对立面不是某个理论传统的一枝独秀,而是不同流派的百家争鸣。流派的出现首先要求学者个人通过严格的学术训练,在运用理论资源时,避免在不同的学说传统之间摇摆不定、陷入选择困难的状态,辨明自我的方法进路并注意与其它方法进路相区别。在此基础上,承认相同的理论承诺的学者群体汇聚成一个流派。这个理论承诺一般是方法或知识上的共识,例如对分析方法或实证方法的自觉运用,对功利主义、义务论或至善主义立场的接受。在目前我国法理学的研究格局中,分析法理学和社会法理论的流派化已经渐趋成熟,二者可能成为未来法理学的两个重要方法流派,并在各自分工的基础上探索友好协作。

学术流派的存在目的不是相互驱逐,而是形成学术对垒和良性竞争。法学研究不是学者的个人独白,而是群体性的借鉴和批评,学术创新与学术繁荣都是在学派之争中实现的。^⑧以上十场学术争鸣也表明,彻底击溃竞争观点或对立进路,不是做研究的常态,通常情况只是以学者接力的方式提供法理学

的知识增量,最终形成不同的学理体系。

(三)姿态:从叙介者到参与者

中国法理学的第三个发展趋势是从世界法理学的叙介者转变为参与者。叙介者形象是我国法理学成熟化的历史必然。20世纪七八十年代,法学教育重启,但当时的法学知识是贫瘠的。所以,在马克思主义法学的指导下,翻译、传授和应用域外先进理论成为兴建中国法学的捷径。仅就法理学学科来看,引介对象的来源既有苏联,也有欧陆国家和英美国国家。^⑨近二十年来,法理学译著更是异彩纷呈,在国别来源、话题领域上迅速扩散。^⑩域外学说的流入,充实了中国法理学的发展内容,也为之后的学术争鸣提供了直接的理论资源。

叙介者形象更是一种逻辑必然。如果法学翻译只是一种时代需求,那么随着国家制度的完善和法治实践的稳固,对域外法学的兴趣也要大打折扣。^⑪这就又涉及法理学在地域上的普遍性或特殊性问题。法理学不同于部门法学,它的问题意识和研究对象超越了具体国别的实在法秩序和具体社会的法治实践,这就决定了法理学应当是普遍的或者可普遍化的理论。即使是部门法教义学,从先进国家继受可资借鉴的教义学知识和可普遍适用的教义学方法,也并无不妥。^⑫实际上,法理学的引介是全球化法学交流的一个片段,它几乎发生在当下的任何一个国家和地区。

从叙介者到参与者的角色转换,不是要放弃域外法学的翻译与传播,而是要避免局限于围观和代言西方理论、开辟西方理论的中国市场,强调我国学者加入国际对话的自主意识,为世界法理学贡献来自中国的学说理论。越来越多的中青年学者具备海外留学背景,精通一门或多门外语,他们将成为提升中国法理学国际影响力的主力军。近年来,一批学者已经开始在国际知名的法理学刊物上发表文章,或者现身于世界法哲学和社会哲学大会(IVR)等国际会议。^⑬无论是加入经典法理学议题的学术争鸣,还是取材于中国特色的法治实践,输出具有普遍效用的地方性知识,都将成为未来学者开拓中国法理学版图的两种具体参与姿态。

结语

近二十年来,中国学者越来越习惯于以学术争鸣的方式探索法理学的体系建构,反省法理学的议题范围与方法进路,并逐步发展出参与国际对话的自主意识。这并非纯粹是历史的偶然,也一定程度上反映出法理学的内在属性。因为法理学处理关于法律的公共议题,但法理学研究是学者个性化的。个性化意味着“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”。所以,法理学通常难以形成学术通说,它不是要教授确定的知识,而是要激发反思、论证与建构。学术争鸣代表了学者相互倾听与理解的努力,内在要求了善意和同理心,并促使对方做出理论升级。就此而言,学术争鸣构成了法理学的存在方式和生命力所在。

注释:

①一定程度上,实在法的存在和内容,就是评判法教义学主张的事实基准,也为后者的科学性辩护提供了可能。参见[德]卡尔·拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性——1966年4月20日在柏林法学会的演讲》,赵阳译,载《比较法研究》2005年第3期。

②这个说法参考了王轶:《民法学如何讲道理?——以物权变动模式的立法选择为例》,载《中外法学》2023年第1期。

③参见雷磊:《法哲学在何种意义上有助于部门法学》,载《中外法学》2018年第5期。

④参见蔡琳:《实证主义真的胜利了吗?——以哈特、德沃金之争为中心》,载张仁善主编:《南京大学法律评论》,法律出版社2015年版,第10页;沈宏彬:《社会事实、价值与法律的规范性》,载《环球法律评论》2017年第3期。

⑤参见赵英男:《重访法律解释中的建构性与客观性——对德沃金理论的批判性考察》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》,商务印书馆2021年版,第52—68页;陆幸福:《自然法理论的认识论难题——菲尼斯的解决方案及其反思》,载《法制与社会发展》2019年第2期。

⑥参见马驰:《社会规则理论与作为制度事实的法律》,载《北方法学》2013年第5期;也可参见王波:《社会事实如何产生规范性?——论法律实证主义对“休谟法则”的解决方案》,载《法制与社会发展》2015年第5期;泮伟江:《功用论视野中的英美法实证主义传统》,载《清华法学》2010年第6期。

⑦参见陈景辉:《法律的界限:实证主义命题群的展开》,中国政法大学出版社2007年版,第16—83页;范立波:《论法律规范性的概念与来源》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第4期;朱振:《法律的权威性:基于实践哲学的研究》,上海三联书店2016年版,第34—56页;杨天江:《自然法的概念史:从乌尔比安到阿奎那》,载《朝阳法律评论·第10辑》,浙江人民出版社2015年版,第43—63页。

⑧参见陈景辉:《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。

⑨参见王鹏翔、张永健:《经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色》,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》,法律出版社2017年版,第46—51页;陈柏峰:《事理、法理与社科法学》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期;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;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。

⑩参见雷磊:《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。

⑪参见侯猛:《只讲科学性,不讲规范性?——立法的社会科学研究评述及追问》,载《中国法律评论》2021年第4期;侯猛:《司法中的社会科学判断》,载《中国法学》2015年第6期;贺欣:《社科法学与法教义学的初步比较——从“儿童最佳利益”谈起》,载《中国法律评论》2021年第5期。

⑫参见泮伟江:《超越“错误法社会学”:卢曼法社会学理论的贡献与启示》,载《中外法学》2019年第1期;泮伟江:《法社会学视野中的法律规范》,载《中国法律评论》2023年第1期。

⑬参见吴然:《基于角色责任的利益理论——权利概念分析新解》,载《法制与社会发展》2017年第1期;张峰铭:《论权利作为要求——超越利益论与选择论之争》,载《法制与社会发展》2021年第2期。

⑭参见陈景辉:《权利的规范力:一个对利益论的批判》,载《中外法学》2019年第3期;张峰铭:《论权利作为要求——超越利益论与选择论之争》,载《法制与社会发展》2021年第2期。

⑮参见方新军:《为权利的意志说正名——一个类型化的视角》,载《法制与社会发展》2010年第6期;吴然:《基于角色责任的利益理论——权利概念分析新解》,载《法制与社会发展》2017年第1期;于柏华:《权利的证立论:超越意志论和利益论》,载《法制与社会发展》2021年第5期;张峰铭:《论权利作为要求——超越利益论与选择论之争》,载《法制与社会发展》2021年第2期。

⑯例如姚建宗:《新兴权利论纲》,载《法制与社会发展》2010年第2期;谢晖:《论新型权利的基础理念》,载《法学论坛》2019年第3期。

⑰参见陈景辉:《权利可能新兴吗?——新兴权利的两个命题及其批判》,载《法制与社会发展》2021年第3期。

⑱参见刘叶深:《为新兴权利辩护》,载《法制与社会发展》2021年第5期;张泽键:《权利无法新兴吗?——论既有权利具体化的有限性》,载《法制与社会发展》2022年第3期。

⑲参见雷磊:《新兴(新型)权利的证成标准》,载《法学论坛》2019年第3期;王方玉:《权利的内在伦理解析——基于新兴权利引发权利泛化现象的反思》,载《法商研究》2018年第4期;张超:《新兴权利的利益衡量判定——以侵犯人格利益个案为背景的分析》,载《法制与社会发展》2022年第3期。

⑳参见周旺生:《重新研究法的渊源》,载《比较法研究》2005年第4期;彭中礼:《法律渊源词义考》,载《法学研究》2012年第6期。

㉑参见陈守一、张宏生主编:《法学基础理论》,北京大学出版社1981年版,第340页;王勇飞编:《法学基础理论参考资料(修订版)》,北京大学出版社1985年版,第1135页;张文显主编:《法理学(第5版)》,高等教育出版社2018年版,第87页;刘作翔:《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第3期;冯威:《法律渊源的冗余与宪法的自我指涉——从宪法渊源回归宪法原则规范与宪法解释》,载《中国法律评论》2022年第3期。

㉒参见周旺生:《法的渊源与法的形式界分》,载《法制与社会发展》2005年第4期;马驰:《法律认识论视野中的法律渊源概念》,载《环球法律评论》2016年第4期。

㉓参见周旺生:《重新研究法的渊源》,载《比较法研究》2005年第4期;周旺生:《法的渊源意识的觉醒》,载《现代法学》2005年第4期。

㉔参见陈金钊:《法源的拟制性及其功能——以法之名的统合及整饬》,载《清华法学》2021年第1期;彭中礼:《论法律形式与法律渊源的界分》,载《北方法学》2013年第1期;雷磊:《重构“法的渊源”范畴》,载《中国社会科学》2021年第6期。

㉕参见张文显主编:《法理学(第5版)》,高等教育出版社2018年版,第89—91页;王夏昊:《法适用视角下的法的渊源》,载《法律适用》2011年第10期;周永坤:《法理学(第2版)》,法律出版社2004年版,第43页;周安平:《法律渊源的司法主义界定》,载《南大法学》2020年第4期;雷磊:《法的渊源:一种新的分类法及其在中国语境中的运用》,载《河北法学》2021年第11期。

⑳参见苏力：《法律人思维》，载《北大法律评论》，北京大学出版社2013年版，第429—469页；孙笑侠：《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》，载《中外法学》2013年第6期。

㉑例如桑本谦：《“法律人思维”是怎样形成的——一个生态竞争的视角》，载苏力主编：《法律和社会科学》，法律出版社2014年版，第1—25页；焦宝乾：《法律人思维不存在吗？——重申一种建构主义立场》，载《政法论丛》2017年第6期。

㉒参见桑本谦：《法律教义是怎样产生的——基于后果主义视角的分析》，载《法学家》2019年第4期。

㉓参见陈辉：《后果主义在司法裁判中的价值和定位》，载《法学家》2018年第4期；孙海波：《通过裁判后果论证裁判——法律推理新论》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2015年第3期；杨知文：《后果取向法律解释的运用及其方法》，载《法制与社会发展》2016年第3期。

㉔参见雷磊：《反思司法裁判中的后果考量》，载《法学家》2019年第4期。

㉕例如，否定说可参见周少华：《同案同判：一个虚构的法治神话》，载《法学》2015年第11期；争议焦点说和关键事实说可参见张骐：《再论类似案件的判断与指导性案例的使用——以当代中国法官对指导性案例的使用经验为契口》，载《法制与社会发展》2015年第5期；孙海波：《重新发现“同案”：构建案件相似性的判断标准》，载《中国法学》2020年第6期。法律要件说可参见雷磊：《如何理解“同案同判”？——误解及其澄清》，载《政法论丛》2020年第5期。

㉖两种观点例如可参见黄泽敏、张继成：《案例指导制度下的法律推理及其规则》，载《法学研究》2013年第2期；朱振：《从依据到理由——迈向一种实质性的同案同判观》，载《浙江社会科学》2022年第4期。

㉗三种观点分别可参见陈景辉：《同案同判：法律义务还是道德要求》，载《中国法学》2013年第3期；雷磊：《同案同判：司法裁判中的衍生性义务与表征性价值》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第4期；孙海波：《类似案件应类似审判吗？》，载《法制与社会发展》2019年第3期。

㉘依次参见陈景辉：《同案同判：法律义务还是道德要求》，载《中国法学》2013年第3期；雷磊：《同案同判：司法裁判中的衍生性义务与表征性价值》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第4期；孙海波：《“同案同判”与司法的本质——为依法裁判立场再辩护》，载《中国法律评论》2020年第2期。

㉙侯猛、苏力：《关于问题意识的对话》，载侯猛编：《法学研究的格局流变》，法律出版社2017年版，第27页。

㉚参见许德风：《法教义学的应用》，载《中外法学》2013年

第5期；张翔：《宪法教义学初阶》，载《中外法学》2013年第5期；雷磊：《法教义学的方法》，载《中国法律评论》2022年第5期。

㉛参见苏力：《想事，而不是想词——关于“法律语言”的片段思考》，载《东方法学》2023年第1期；贺欣：《社科学法与法教义学的初步比较——从“儿童最佳利益”谈起》，载《中国法律评论》2021年第5期。

㉜关于法教义学和社科学法背后的法学知识论分化，例如可参见谢海定：《法学研究进路的分化与合作——基于社科学法与法教义学的考察》，载《法商研究》2014年第5期；陈兴良：《法学知识的演进与分化——以社科学法与法教义学为视角》，载《中国法律评论》2021年第4期。

㉝赵静：《法学的科学性问题的研究》，载《北方法学》2022年第6期。

㉞舒国滢：《法学的知识谱系》，商务印书馆2020年版，第1611—1632页；苏永钦：《法学为体，社科为用——大陆法系国家需要的社科学法》，载《中国法律评论》2021年第4期；雷磊：《法教义学之内的社会科学：意义与限度》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023年第4期。

㉟参见桑本谦：《法律论证：一个关于司法过程的理论神话——以王斌余案检验阿列克西法律论证理论》，载《中国法学》2007年第3期；侯猛：《司法中的社会科学判断》，载《中国法学》2015年第6期。

㊱参见舒国滢：《论法学的科学性问题的研究》，载《政法论坛》2022年第1期；雷磊：《作为科学的法教义学？》，载《比较法研究》2019年第6期；赵静：《法学的科学性问题的研究》，载《北方法学》2022年第6期。

㊲例如宋旭光：《面对社科学法挑战的法教义学》，载《环球法律评论》2015年第6期；车浩：《法教义学与社会科学——以刑法学为例的展开》，载《中国法律评论》2021年第5期。

㊳[德]赫尔曼·康特洛维茨：《法律科学与社会学》，雷磊译，载《荆楚法学》2022年第1期。

㊴参见雷磊：《探寻法治的中国之道——中国法治理论研究的历史轨迹》，载《法制与社会发展》2020年第6期。

㊵参见陈景辉：《法律的内在价值与法治》，载《法制与社会发展》2012年第1期；陈金钊：《实质法治思维路径的风险及其矫正》，载《清华法学》2012年第4期；王志勇：《经典形式法治观的两难困境及克服——从富勒到菲尼斯》，载《北方法学》2021年第4期。

㊶参见李桂林：《实质法治：法治的必然选择》，载《法学》2018年第7期；沈宏彬：《反对形式法治》，载《法制与社会发展》2017年第2期；金韬：《价值如何进入法治：形式法治理论

的失败》，载《法制与社会发展》2020年第1期；郑玉双：《实现共同善的良法善治：工具主义法治观新探》，载《环球法律评论》2016年第3期。

④⑧例如，王琳区分了国内形式法治论的四个版本，参见王琳：《我国形式法治论诸版本区辩与批判性反思》，载《法制与社会发展》2019年第3期。不同的实质法治论也表达了不同的价值诉求，例如基本权利、人的尊严或者共同善，分别参见金韬：《价值如何进入法治：形式法治理论的失败》，载《法制与社会发展》2020年第1期；李桂林：《实质法治：法治的必然选择》，载《法学》2018年第7期；郑玉双：《实现共同善的良法善治：工具主义法治观新探》，载《环球法律评论》2016年第3期。

④⑨参见陈金钊：《法治为什么反对解释？》，载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第1期；陈金钊：《法治反对解释的原则》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2007年第3期；王金龙：《当“反对解释”遭遇“如何解释”——评陈金钊与范进学法律解释问题的争鸣》，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法（第12卷）》，山东人民出版社2012年版，第229-239页。

⑤⑩参见范进学：《“法治反对解释”吗？——与陈金钊教授商榷》，载《法制与社会发展》2008年第1期；魏治勋：《为什么法治必然要求法律解释》，载《求是学刊》2016年第6期。

⑤⑪参见李大山：《自动驾驶无需高阶道德算法》，载《自然辩证法通讯》2023年第6期。

⑤⑫参见朱振：《生命的衡量——自动驾驶汽车如何破解“电车难题”》，载《华东政法大学学报》2020年第6期。骆意中：《法理学如何应对自动驾驶的根本性挑战？》，载《华东政法大学学报》2020年第6期；郑戈：《电车难题与自动驾驶系统算法设计中的伦理考量》，载《浙江社会科学》2022年第12期。

⑤⑬三种论证策略分别参见陈景辉：《自动驾驶与乘客优先》，载《华东政法大学学报》2020年第6期；翟小波：《痛苦最小化与自动驾驶》，载《华东政法大学学报》2020年第6期；郑玉双：《自动驾驶的算法正义与法律责任体系》，载《法制与社会发展》2022年第4期。

⑤⑭参见朱振：《反对完美？——关于人类基因编辑的道德与法律哲学思考》，载《华东政法大学学报》2018年第1期；马驰：《人类基因编辑的权利基础》，载《华东政法大学学报》2019年第5期；郑玉双：《生命科技与人类命运：基因编辑的法理反思》，载《法制与社会发展》2019年第4期；姚大志：《基因干预：从道德哲学的观点看》，载《法制与社会发展》2019年第4期。

⑤⑮参见陈景辉：《有理由支持基因改进吗？》，载《华东政法

大学学报》2019年第5期；孙海波：《基因编辑的法学哲学辨思》，载《比较法研究》2019年第6期。

⑤⑯参见王凌峰：《基因改造、人性与人类价值——辩护一种自然主义的“人类改进”概念》，载《华东政法大学学报》2019年第5期；刘叶深：《基因提升伤害平等和伦理了吗？》，载《华东政法大学学报》2019年第5期。

⑤⑰参见徐爱国：《论中国法理学的“死亡”》，载《中国法律评论》2016年第2期。

⑤⑱参见季卫东、舒国滢、徐爱国等：《中国需要什么样的法理学》，载《中国法律评论》2016年第3期。

⑤⑲参见王若磊：《不曾生，何谈死？中国法理学的死亡及其生的可能》，载《济宁学院学报》2016年第4期。

⑤⑳参见李林、齐延平：《走向新时代中国法理学之回眸与前瞻》，载《法学》2018年第6期；舒国滢：《新中国法理学七十年：变化与成长》，载《现代法学》2019年第5期。

⑤㉑参见雷磊：《法哲学在何种意义上有助于部门法学》，载《中外法学》2018年第5期；雷磊：《法理学与部门法学的三重关系》，载《河北法学》2020年第2期。

⑤㉒参见陈景辉：《法理论为什么是重要的——法学的知识框架及法理学在其中的位置》，载《法学》2014年第3期；陈景辉：《部门法学的教义化及其限度——法理学在何种意义上有助于部门法学》，载《中国法律评论》2018年第3期。

⑤㉓参见马驰：《作为概念理论的法理学及其实践意义》，载《中国法律评论》2018年第3期。

⑤㉔例如郑玉双：《法理学贡献于刑法学的方式：以刑法观为例》，载《中国法律评论》2018年第3期；张峰铭：《刑法是后置法吗？——法域冲突问题之体系反思》，载《法制与社会发展》2023年第4期；翟小波：《道歉的概念：一些初步的思考》，载《交大法学》2023年第4期。

⑤㉕书评文章例如参见钟芳桦：《凯尔生：〈纯粹法学第一版〉导读》，载《台湾法学杂志》第187期；王旭：《法律的自恰、权威与正当——〈法律的概念〉批判性阅读》，载《河北法学》2007年第7期；陈景辉：《哈特〈法律的概念〉导读》，载《台湾法学杂志》第189期；庄世同：《从“法概念”到“法理学”：德沃金〈法律帝国〉导读》，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》，法律出版社2012年版，第188-199页；范立波：《作为诠释事业的法律——德沃金〈法律帝国〉的批判性导读》，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》，法律出版社2014年版，第273-303页。

⑤㉖例如苏力教授《法治及其本土资源》、舒国滢教授《法学的知识谱系》等作品的系列书评。

⑥参见张骐:《再论指导性案例效力的性质与保证》,载《法制与社会发展》2013年第1期;泮伟江:《论指导性案例的效力》,载《清华法学》2016年第1期;雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,载《中国法学》2015年第1期。

⑧参见舒国滢:《并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么需要重视方法》,载《现代法学》2006年第5期。

⑨参见邱昭继:《法学研究中的概念分析方法》,载《法律科学(西北政法大學学报)》2008年第6期。刘叶深:《法律概念分析的性质》,载《法律科学(西北政法大學学报)》2011年第1期。朱振:《什么是分析法学的概念分析?》,载《法制与社会发展》2016年第1期。

⑩参见郑玉双:《以器御道:中国法理学的分析性品格之塑造》,载《法治现代化研究》2018年第4期。

⑪凯尔森的法学静态学即属典型。参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说(第2版)》,[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第141-239页。

⑫参见舒国滢:《在历史丛林里穿行的中国法理学》,载《政法论坛》2005年第1期。

⑬中译本参见[德]拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2013年版。

⑭[德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第3页。

⑮相关著作例如陈兴良:《刑法哲学(第6版)》,中国人民大学出版社2017年版;黄茂荣:《法学方法与现代民法(增订七版)》,植根杂志社有限公司2020年版;王贵松:《行政裁量的构

造与审查》,中国人民大学出版社2016年版。

⑯同前注⑩,舒国滢书,第44-45页。

⑰同前注⑯,徐爱国文。

⑱参见张明楷:《学术之盛需要学派之争》,载《环球法律评论》2005年第1期。

⑲例如[美]罗·庞德:《通过法律的社会控制法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,杨昌裕、楼邦彦校,商务印书馆1984年版;[苏]Л.С.雅维茨:《法的一般理论——社会和哲学问题》,朱景文译,孙国华校,辽宁人民出版社1986年版;[德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,林荣远校,商务印书馆1991年版;[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1995年版;[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版。

⑳关于法理学翻译在中国的发展阶段,可参见付子堂、郭小东:《认真对待法学翻译——以新中国法理学译著70年为研究对象》,载《法治社会》2021年第2期。

㉑这是苏力教授对法学翻译的悲观预言。参见苏力:《当代中国的法学著作翻译——从制度或经济学的角度考察》,载《清华法学》第4辑。

㉒参见雷磊:《法教义学:关于十组问题的思考》,载《社会科学研究》2021年第2期。

㉓例如 Luo Yizhong, I Should Not Be a Free Rider, nor Am I Obligated to Obey, Ratio Juris 30(2017), pp. 205-225; Xiaobo Zhai, Bentham's Exposition of Common Law, Law and Philosophy 36(2017), pp. 525-560.

Debates and the Development of Chinese Jurisprudence

Zeng Licheng Lei Lei

Abstract: Academic debate has special significance to the development of Chinese jurisprudence. The orderliness of the development in jurisprudence as well as the effectiveness of legal theorists' interaction could be in doubt. After examining ten debates in Chinese jurisprudence in the last two decades, it can be found that the debates in jurisprudence are valuable because jurisprudence itself is meaningful. Besides, those debates have five other values on issues, methodology, argumentations and theoretical system construction. Three tendencies of Chinese jurisprudence development were shown as well: from general jurisprudence to special jurisprudence, from methodological blindness to consciousness, from translating foreign theory to participating in debates of worldwide jurisprudence.

Key words: Academic Debate; Chinese Jurisprudence; Development of Discipline; Self-observation