

法学的本相

兼论法科教育转型

孙笑侠*

本文重点想要论述法学原本具有的品相,旨在归还法学的本来面目。本文从法学的起源时期的方法、法学研究对象的“三度”、法学的特点等方面入手来分析法学的本相。我们不妨先从法学襁褓时期的法学方法特征来发现一些规律性的问题。

一、规范注释法学的源起

法学在最初产生的时候,首先登上历史舞台的就是注释法学。我们今天所谓的规范实证法学,或称“教义式法律学”,就源于此。它几乎是当代法典法系的主流法学的代名词,德国法学家几乎都是规范实证的法学家,他们的著作也基本上踏着教义式的脚步遵循规范的法律学方法进行法律分析。甚至英美法系的法学也离不开规范实证法学,还有日本甚至我国台湾地区的法学家也都遵循规范实证法学的路径来进行法律分析和法律教育。这种规范实证法学起源于中世纪的意大利,后经演变化为一种法学流派,成为世界各国公认而通用的主流法学。

12世纪初期出现在波伦尼亚大学的注释法学派(Glossatoren),由当时任教于此的法学家 Imerius(1055-1130)创立,该学派以经院哲学的方法论从事罗马法典的注释工作。到十三世纪中叶,由法学家 Accursius(1182-1260)完成该学派之集大成为止。经过 Imerius 的弟子,人称“法学百合”的四博士,再经过 Vacarius, Placentinus、Azo Portius、Accursius 等几代法学家,他们的影响力在欧洲的某些地区一直延续到十七世纪。^[1] 注释法学在产生的初期就具有了规范实证分析的一些特点,或者说是法律教义学之特点。中世纪学术文化与基督教思想发生密

* 浙江大学光华法学院教授。

[1] 戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,台大法学丛书编辑委员会,元照出版公司1999年版,页64。

切关系,基督教信仰认为:以良知和超越宇宙权威所规律的教义和真理,尤其以圣经上的上帝启示为一切知识和信仰的最后依据,应当有绝对的权威。当时的法学家因而也奉罗马法大全尤其是学说汇纂为“成文的理性”(ratio scripta),它在社会生活的行为规范作用,被看成是与圣经在思想信仰上具有同样绝对的权威性。由于主张法典的权威性,注释法学派以谨慎严肃的态度,对罗马法大全的全部内容进行逐字逐句地训诂式的注释,期能使法典完美无缺。^[2]

当然,我们知道,奉法典为绝对权威进行注释的另一类型,就是中国(清末以前)的律学。律学在中国之所以成不了法学,是有多种原因的,其中主要是因为法学的独立自主性与批判性功能没有在律学中得到体现。法学具有独立自主性,律学依附于王权。可是为什么在中世纪的意大利却没有把注释法学变成“律学”呢?那是因为注释法学有方法论。

从注释法学的早期就出现了借助于苏格拉底的方法论,这是一种经院哲学的方法论。这种方法论包括了古典晚期的三个学科,即语法学、修辞学和辩证法的技巧。早期经院哲学家首先在神学领域运用这种方法论。^[3]注释法学派仿效神学中的经院哲学方法,特别是利用这种辩证方法来解释罗马法大全中的矛盾对立之处,并说明如何解决它。这种方法不仅对罗马法,而且扩大到其他法源,如寺院法、部族习惯法及封建法书。用经院哲学方法从事法源的文义解释,以确立法律概念,又从同类的法源中,归纳相互的关系,尤其章节或概念之间的对立之处,予以合理的解决。^[4]注释法学还为了保持法学体系的完整性,重视依罗马法大全的编纂体系构建了五个部分,^[5]更值得我们重视的一个做法是,欧洲中世纪的大学法律课程的构成就是以此为基准的。注释法学派在中世纪以来的大学得到极为重要的发展——发展成为有一定的注释形式的辩证性的注释方法(didaktisch - exegetische Methode)。^[6]大致分为两类:一是法典体系的总注释,二是法源泉个别内容的注释。前者说明法典各体系的内容摘要,后者为法条本身的释义以及各法条之间的关联与区别。

早期注释法学派值得我们关注的是他们的法条注释的五种主要方法:(1)类似章句之归纳与新敕法援用摘要。这是将罗马法大全的个别法源与其他法源有相互关系之处加以分类收集。(2)法条疑难的提出。这在于提出罗马法大全中的章句或法条的矛盾(基于法典权威理论,是不允许法的内容出现矛盾的,有矛盾而成为法条疑难),阐释各自的含义,以便解决其矛盾或提出折衷见解。(3)区分与鉴别。区分是用于法律概念的区别,比如针对某一个上位概念,遵循逻辑理论分析出许多下位概念;区分的说明如用于区别法律的构成要素或法律的效果,就称为鉴别。(4)论证。罗马法大全中的一些法律理论用来论证法律的疑难,这种理论的论证力之大小是相对的,只是视其与被论证问题之间有何种关系。分为任何情形均适用的一

[2] 同上注,页65。

[3] 公元1121年间撰写《是与否》探讨神父在宗教重要问题上的见解。他将这些见解分为赞成与反对党两派,而让信仰者以自己的良知去判断其是非。

[4] 同上注,页65。

[5] 逻辑法学体系的五大部分包括:学说汇纂上集(第一章至第二十四章第二节)、学说汇纂中集(第二十四章第三节至三十八章第十七节)、学说汇纂下集(第三十九章第一节至第五十章第十七节)、敕谕集成(第一章至第九章)、综合集(敕谕集成第十章至第十二章、法学提要、新敕谕等)。参见同上注,页66。

[6] 同上注,页68。

般论证与特殊情况方能适用的特别论证。(5)事实问题。事实问题不能从法源的章节内容解决,必须先分析或讨论该事实的性质与范围,故事实问题也成为注释方法之一。

在法学研究中注重概念的方法性或工具性意义,并借助于概念、范畴及逻辑来研究法律,这就是注释法学的特点,也是后来的规范分析法学的特点,或者说,它也是中国律学没有发展成法学的主要原因。

注释法学派借苏格拉底的经院哲学的法学方法,其注释成就对疏证法学派以及后世法学产生了重要影响,受过注释的罗马法在实务上得以继续发展,而没有受注释的罗马法就没有受后世的实务的继受。紧接着注释法学派,在十三世纪出现的疏证法学派,不再对罗马法大全作总体解释,而是对个别法律问题深入研讨,尤其解决社会实际面临的个案为主。疏证法学学者以诉讼实例为出发点,就其个别的法律问题分析其构成要件、因果关系和效力等,同时将注释法学的见解扩充解释或类推适用,以期发展成权威学说与定义性的法律概念。^{〔7〕}如果没有注释法学派的理论注释罗马法典,无法促进疏证法学在法实务上的卓越成就;没有疏证法学在实务上的法鉴定,则罗马法无法在欧洲大陆得以复兴并成为欧陆各国尤其是德国法实务继受的对象。

中世纪欧洲大学法律教育的授课方法是以注释法学派的法学研究方法为基础的。疏证法学与注释法学共同构成中世纪意大利法律学方法的原型。此后发展随着罗马法被德国法继受,注释法学为主的法律方法也影响了德国法律学方法。后来包括概念法学在内的规范分析法学,它经历了边沁、奥斯丁、梅克尔(A. Merkel, 1836 - 1896)^{〔8〕}凯尔森、哈特、霍菲尔德、拉茨、拉伦茨、麦考密克、阿历克西,等等。其间它都在不断随着时代的发展变化而发展变化,各个代表人物的思想都具有自己的特色。

二、法学的“三度”

比较所有的社会科学,唯独法学研究的对象有“三度”。我们知道,法学首先以国家制定的实在法规则为研究对象——这就存在着第一个对象——作为规则存在的实在法。法律是通过实施才有意义的,所以法学者必须结合法律在现实生活中的实施来分析法律规则在社会动态中的状况——这就存在了第二个对象——作为事实存在的社会中的法。此外,法学学者还会注意到,无论实在法抑或社会中的法,都需要从道德或更高的层面来审视,人类最伟大之处在于反思自己以及自己的劳动成果,所以法律还常常被从道德角度进行反思,这就产生了第三个对象——作为价值存在的应然法或自然法。我没有发现在其他社会科学研究中也存在这样的三重对象。至少三重对象在社会科学研究中是非常少见而奇特的。这个特点取决于法律的三个特点,即国家性、社会性与意志性。国家性决定了它的“规则”之维,社会性决定了它的“事实”之维,意志性决定了它的“价值”之维。

〔7〕 同上注,页83。

〔8〕 19世纪末期在德国出现一个以梅克尔(Adolf Josef Merkel 1836 - 1896)等人为代表的德国分析主义法学派别,它强调对于现行法律进行逻辑操作的法律实证主义,强调法官忠诚于法律,强调合法性而不讲合理性(正当性)问题。

根据法学研究的这三个对象,法学形成了三个“向度”:(1)规范法学。它是以实在法即制定法为基点,其研究对象着重于实在法规范以及权利义务的运用规律,它对实在法进行解释性或说明性地研究,这便是它的风格和目的。纯粹法学、规范分析法学及后来的语义分析法学就是属于规范法理学。(2)社会法学。它以“社会中的法”为研究基点,它将法律现象放进社会领域联系地加以研究,其方法是结合社会各方面因素来动态地分析法律及其权利义务的社会运动规律,所以可以认为,它的风格和目的就在于,它对实在法进行社会性或历史性的研究。社会法学派、历史法学派以及经济分析法学派可归纳到这一类。当代所谓“法社会学”就是属于社会法学的一个分支。(3)哲理法学。它研究的基点主要是“应然的法”,它从“应然”的哲理出发以探求法和法律的基本的、普遍的价值规律,其目的是探求人类的法律价值观,并对实在法上的权利义务进行批判性的研究。价值分析是它的主要研究方法。西方自然法学派和新自然法学派就属于这种法学。不难看出我国法学在研究对象、方法方面也已在90年代初期开始出现这三种划分的雏形。这一迹象显现于关于“法的本位是什么”的问题讨论过程中。^[9]

尽管存在着三个向度,但是三个向度、三种方法、三个基点、三个对象并不是无主次之分的。我们如果不区分三者的主次关系,法学就会丧失根基,迷失方向。社会法学与价值法学虽然是不可或缺的两个向度,但它们都不能担当法学作为职业知识的使命。社会法学这个向度遵循“问题先行”原则,一切以解决问题的需要为准则,尽管它很实用,但是它容易陷入“无原则”或“丧失立场”的困境。比如苏力的研究中有时会以本土问题的解决为目标导向,而并不在乎甚至轻视了法治的一些基本原则和立场。价值法学这个向度虽然凌驾于实在法之上高瞻远瞩地进行价值评判,但是难免是主观评价而难以成为认识或真理的问题。^[10]

我认为至少应该是在法律教育过程中,主流或正宗的法学是规范实证的法学。^[11] 尽管规范法学根据法条判例严格地作演绎功夫、“内容范围狭窄”^[12] 忽略法律的社会源泉,但是它有两个方面是它合理性的基础,应当予以肯定:一是它的研究基点。将法律规范作为基点,“可打破将法律视为专受制于历史与民族的法观念,而于此限度内,其贡献甚大”^[13];二是它能够结合法律适用等具体问题进行研究,开辟了法学研究的另一条实证的路径。在规范法学的向度,法学着重于法概念及法制度的基本理论,因其教义式的方法,而又被称为“法教义学”。尽管我们很难建立埃赛尔(Esser)所期望的构筑一种独立体系的法概念及法制度的基本理论,但是我们的法律家应当相信,通过努力我们能够促使规范法学或法教义学保持价值中立地“将评价的问题转换为认识或真理的问题”。^[14]

正如拉伦茨所强调的,法学是“作为规范科学的法学”,他把法学定义为“以处理规范性角

[9] 参见孙笑侠:“‘权利本位说’的基点、方法与理念——评‘法本位’论战三方观点与方法”,《中国法学》1992年第3期。

[10] 分析法学主张,法律有一种客观地可以认识的性质,这种性质独立于任何具有价值的预想之外。(英)麦考密克、(奥)魏因贝格尔:《制度法论》,中国政法大学出版社1994年版,页114。

[11] 我的观点并不说明我的研究是属于主流的法学,我过去研究之主要成果恰恰不是主流的。

[12] 吕世伦:《西方法律思潮源流论》,中国人民大学出版社1993年版,页19。

[13] 洪逊欣:《法理学》,1986年台湾版,页104。

[14] (德)拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年中译版,页103。

度下的法规范为主要任务的法学……它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容,以及法院判决中包含的裁判准则。”^[15]“法学主要在理解语言表达及其规范性意义”,我们透过解释来理解法律,所以法学又是作为“理解的”学问。

在三种向度之间,我不同意葛洪义教授 20 年前所主张的“它们之间不应有孰轻孰重的问题”,^[16]我主张将三者加以区别主次。我认为法学的主流与基础是规范法学,规范法学是一切法学的基础。因为它所研究的是实在法的问题,它把实在法的内容以及与实在法有关的法律现象概括为概念,并建立关于实在法存在与规律的一系列基本的范畴体系。如果不研究实在法以及实在法中的概念、制度和运行规律,也就无以研究法的社会运行实效与法的价值。规范法学为法学研究提供了基础性工作,这表现为,对法律概念的归纳形成法学范畴;对法律现象的概念分析构成法学研究的基本要素。

法学“三向度”图表

	第一向度	第二向度	第三向度
对象	规则	事实	价值
基点	实在法	活法	自然法
方法	规范分析	社会分析	价值分析
追求	合法性追求	真实性追求	真理性追求 ^[17]
功用	司法运用法律教育	理论	理论
向度	规范法学	社会法学	哲理法学
流派	分析法学、纯粹法学、新分析法学、制度实证主义法学等等	社会学法学、现实主义法学、法律社会学、经济分析法学,等等	自然法学、新自然法学
论题	法是什么	法实际上是什么	法应当是什么
属性与功能	作为职业知识的法学	作为社会科学的法学	作为人文科学(哲学)的法学
知识	职业知识	通识	通识
科学	因规范的学问而形成自恰的科学体系	科学性因现实主义特征而被怀疑	因不能“价值中立”而不是科学

法律现象的形式考证构成法学其它研究的材料。我国九十年代法学最重要的理论贡献之一应当说是“法学基本范畴”理论,^[18]依我看这首先是一个分析法学的基本问题(尽

[15] 同上注,页 77。

[16] 参见葛洪义:“实证法学和价值法学的协调与我国法学研究”,《法学》1987 年第 5 期。

[17] 此处受苏力的启发。苏力把“社科学”作了细致的区分,他说,强调人文传统的社科学比较关注大写的真(Truth),强调社会科学的社科学比较关注小写的真(truths)。苏力:《也许正在发生》,法律出版社 2004 年版,页 18。

[18] 参见张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版。

管其中也无意识地混杂着一些价值范畴)。我们不必担心规范分析会丧失对法律价值问题的关照,正如尼尔麦考密克提到的,一些杰出的分析法学家如边沁、奥斯丁、凯尔森、哈特、拉茨等,也对规范的法律哲学和政治哲学作出了重大的贡献,提出了关于正义和良好法律的要求。^[19]

如果规范法学不首先解决法学基本范畴问题,不确立法学基本范畴体系,则无法进行法学研究。另外,如果离开规范实证分析中的法律现象的形式考证,那么价值分析也就成为无本之木,无源之水。而哲理法学的基础或前提至少应当是存在一系列法律概念和基本法学范畴。我们不难发现在法的价值研究中,有些论著忽视甚至舍弃法学范畴和法律概念,使得价值研究流于言之无物的空谈和无意义的争论。因为没有科学严密的专业语言和范畴,就不能进行理论思辩和推理。这一点在历史法学派的萨维尼那里也很有力地得到印证。我们知道萨维尼的理论并不属于规范法学的向度,但是他却特别重视对实在法的规范分析方法,在他的《法律方法论讲义》中表现出明显的法律实证主义倾向。^[20]

尽管苏力属于所谓“社科学”,但他也不得不承认,“诠释法学”“是生产大量满足社会法律实务需求的法律人(包括学术法律人的最初训练)的最主要装配材料和流水线。”^[21]从规范法学的向度来理解,法学就是一种职业知识体系与职业能力教程,它所具有的实践意义在于:^[22]首先,规范分析能为法律适用提供科学严谨的概念体系与专业语言。规范法学之所以最接近于司法实践,是因为它能够与实践提供一系列科学分析的专业语言。专业语言是同业对话的基础和前提。规范分析中的确定的专业语言和词汇对于法律适用具有重要意义。第二,规范分析是法律适用的方法之一。法律适用中的解释方法、推理方法大都属于规范法学的方法。第三,代表了法律适用的某种规范科学的思维方式,可据此改变普通人基于生活逻辑而形成的思维定势。因此拉伦茨认为法教义学(即规范法学)“提供给法律实务界许多裁判的基准,它们常常被引用。”^[23]规范法学“不止于对司法裁判提供助力,其最重要的任务之一是:发现一些现行法迄今尚未解决的法律问题,借此促成司法裁判或立法的改变。”在立法准备工作上,拉伦茨认为规范法学有三方面的任务:第一,将待决之务当作法律问题清楚地显现出来,并指出因此将产生的牵连情事;第二,它必须与其他学科,特别是经验性的法社会学合作,研拟出一些能配合现行法的解决建议,供作立法者选择的方案;第三,它必须在起草技术上提供协助。^[24]

麦考密克与魏因贝格儿的《制度法论》中有一篇是《论分析法学》,其中论述了规范分析法学

[19] 麦考密克、魏因贝格儿,见前注[10],页113。

[20] 陈爱娥:“萨维尼:历史法学派与近代法学方法论的奠基人”,载许章润《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社2004年版,页46。

[21] 苏力:《也许正在发生》,法律出版社2004年版,页20。

[22] 英国法学家梅因曾著文评价奥斯丁的规范法学,他虽然以批评为主,但也看到规范法学的优点:第一,对于语言分析的贡献,梅因说,“赋予法学理论严格而一贯的术语”;第二,使思考明确;第三,梅因认为奥斯丁的规范法学的方法是根据严密的科学手续来建设法学体系。H. Maine Lectures on the Early History of Institutions(London 1975),转引自林文雄:《法实证主义》(第五版),元照出版有限公司2003年版。

[23] 拉伦茨,见前注[14],页112。

[24] 拉伦茨,见前注[14],页124。

对于法律适用的价值。麦考密克说：

我们需要法律的技术人员,能干和有想像力的技术人员。但是要成为这样一个技术人员,其任务就是要仔细研究技术。……这种技术的第一个必要的条件就是简单明确的法律知识。第二个条件是对法律知识是什么样的知识和法律事实是什么样的事实有一种熟悉情况的了解。第三个条件是对我们从这种知识得出的论证的逻辑有一种训练有素的洞察力。第四个条件是了解前两个条件的社会学方面和经济学方面。第五个条件是以规范道德和政治哲学为基础对其他一切进行批判性思考的能力。^[25]

这篇文章更增加了我对规范法学是法学主流和法学基础的信心。其中的技术人员就是职业法律人,其中的技术就是规范分析方法,也就是我前面所谓的法学“基本功”。如果再延伸开去,我们还解决了另一个问题——有人说法理学者或法哲学者应当懂一门部门法,这是为什么?这是因为没有对实在法作规范分析就无法真正地去研究法理学。其例证如拉伦茨是民法学家兼法哲学家。

当然,规范法学必须以实在法为研究对象,因此可以说,规范法学依赖于立法、司法乃至法治的程度,法治达到何种程度,那么法学也会发达到何种程度。因而,“中国法学向何处去”也可以是另一种回答:跟着法治同步行走。

三、法学的基本特点——职业知识体系

专业知识(包括职业知识)与专业屏障是“专业化”之树上结出的相联又相异的两颗果实。“我们所知道的各种法律(也就是公开宣布并执行的规范)的历史在很大程度上就是各种法律工作日益专门化的历史,”^[26]而法的发展带来的一个结果则是法律活动的进一步的专业化。法学思想虽然自古希腊就存在,但是法学作为独立的学科进入大学制度进行传授,那是11世纪之后的事,大约可将1088年的波伦那法学院确立为法科教育的源头,也可以说是法学被从政治学中分离出来的、专业化的开端。

直到很晚,人们对法学的专业性仍然没有足够的认识。中国社会对法学的专业性的认识到今天仍然是模糊的。我们基层的一些担任领导干部的人,根本不把法学当作专业知识,不认可法律工作的专门化,不认可法律人思维的特有规律,进而不认可法律职业的自治性,因而也就不认可司法的独立性……这一系列的问题都是连环套式地相关联的。我们认可法学作为专业,其实只是认可了它在学科体系中是跟政治学、社会学、文学、历史学、物理学、心理学、化学一样的学科意义上的专业,还不是职业意义上专业。如果只强调法学作为学科的专业性还是不够的。所以,我们应当强调法学的职业性定位。我们认为,法学是职业知识体系。关于这个话题,其实早就有过一场争论。

英国亨利六世时的大法官福蒂斯丘关于法律具有职业神秘性的思想,即法律乃法官与律

[25] 麦考密克、魏因贝格尔,见前注[10],页131。

[26] (美)波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,页7。

师界的特殊科学。^[27] 130 年之后,他在《英国法礼赞》中描述的法官与国王对话的场面居然真的隆重上演了——法官柯克与英王詹姆士一世就国王可否亲自坐堂问案发生分歧。柯克那一段精彩的阐述中提到:

的确,上帝赋予陛下丰富的知识和非凡的天资;但是陛下对英格兰王国的法律并不精通。涉及陛下臣民的生命、继承、动产或不动产的诉讼并不是依自然理性来决断的,而是依人为理性(artificial reason 又译技术理性)和法律的判断来决断的;^[28] 法律乃一门艺术,一个人只有经过长期的学习和实践才能获得对它的认知。法律是解决臣民诉讼的金质魔杖和尺度,它保障陛下永享安康太平。^[29]

如果把法学定位为职业知识体系,那么我们可以从以下几个方面来考察法学的特点:

第一,法学不是通识,而是职业专门知识。法学有职业作为背景,而其他学科很少有这样的特点。比如历史学背后显然没有一个历史职业,农林学背后的农民或农业专家也不构成一个职业。法律是技术理性,只有受专门的法科训练并拥有技术理性的人,才能职业化地来掌握法律的解释与适用大权。因此,法律就是一个职业等级的领地。柯克所谓“自然理性”与“技术理性”之区别,显然道出了基于普遍的道德观念而形成的大众逻辑与根据专业的专业思维而构筑的职业逻辑的区别。法学非通识,有别于大众常识,传授一种技术理性而不是自然理性。

第二,法学是关于规范的科学。这也正是卡尔拉伦茨说的,从这个意义上看,法学是关于现行法之陈述所构成的体系。法学的这种“陈述”不是“真”与“假”问题,而是“妥当”与“不妥当”的问题。因此,拉伦茨说法学的确定性会显得比较弱。^[30] 这就与那些以量化为主的学科区分开来了。作为规范的科学的法学,还区分事实上的效力与规范上的效力,法学会把重点放在后者,或者说法学构筑了一个以规范虚拟的有效力的世界,其内部的逻辑是自恰的。比如,某人不遵守契约,他必须预期将面临来自法律世界的制裁,即使在现实世界里制裁方自愿放弃制裁,但在规范意义上,他仍受契约的约束。^[31] 因此,有学者称,法学服务于法的制度的切实实现,它应该为判决各种案件准备各种规则。^[32]

第三,法学是最具世俗性的社会科学或人文科学。^[33] 作为人文社会科学的一种,法学是

[27] 福蒂斯丘在其《英国法礼赞》中借虚拟的大法官之口劝告国王不要充当职业法官,不要取代法官和律师的专业化工作,他说因为“我很清楚,您的理解力飞快如电,您的才华超群绝伦,但是,要在法律方面成为专家,一个法官需要花二十年的时光来研究,才能勉强胜任。”(美)爱德华·S·考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店 1996 年版,页 33。

[28] 原文应为 artificial reason,季卫东把它译为“技术理性”似乎更贴切些。季卫东:“法律职业的定位”,载《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社 1999 年版,页 200。

[29] 考文,见前注[27],页 35。

[30] 拉伦茨,见前注[14],页 80。

[31] 拉伦茨,见前注[14],页 81。

[32] (德)科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社 2003 年版,页 233。

[33] 依我国教科书的通说,法学属于社会科学。但也可以从另一个角度来看,法学是人文科学。比如当我们讨论法律的价值问题的时候,它就是一人文科学的话题。西方也有不少学者认为法学属人文科学,比如科殷,参见其《法哲学》,同上注,页 233。

最古老的人文社会科学,又是最直接接触世俗事务的人文社会科学。法学知识直接作用于人们的行为进而作用于社会,通过规范来建立社会的规则秩序。法学所关注的是世俗世界的事务,小到诸如蝇头小利之纠纷,大到大义春秋之国事,法学不负责超凡的精神世界的事务。因而不如人文学科那样强调精神的境界(如文学艺术却是超然的,追求高雅脱俗);相对于人文学科而言,法学是功利的学科,其应用性之强,是可想而知的,法律人追求实效的务实特点也在此找到了根源。

第四,法学具有自治性,但另一面就是它对其它学科知识的高度依赖。法学必须与道德、政治、经济、习惯等因素相隔离,否则形式合理性与实质合理性全都混为一谈,就无法律、法治可言。正是因为法学是自治的,是以规则为主要研究对象的,因此,它极容易脱离活生生的现实社会生活内容,脱离人文科学与社会科学所提供的全部知识,因此法学就很容易沦为无根无据的空洞知识。要使法学充实起来,就必须强调它对其它学科知识的依赖。法学“不能脱离各种社会科学而把自己孤立起来,它需要了解、认识社会的现实。”^[34]

第五,法学具有保守性,维持秩序的法律一般不会作超前改革,作为规范科学的法学总是以熟悉、便利和重复性而存在,不刻意追求创新。法学的这种保守性格与法律职业共同体一脉相承。只是我们不知道是职业背景造就了法学的性格,还是法学的保守造就了职业共同体的保守性。为了阐明法官的保守性,^[35]许多思想家甚至把法官看作是法律借以说话的嘴巴。^[36]判例制国家遵循先例的原则被当作是尊敬前辈、传承经验的最好方式。有句格言说“老路是安全的路”(拉丁文为 *Via antiqua via est tuta*, 英文为 *The old way is the safe way*)就是指这个意思。法官的这种保守或稳妥有时还表现为遵循业已形成的传统价值,因而,其思维总是向过去看,不求激进,甚至还表现为比较保守。^[37]这对于一个健全的社会,是一种必要的调节器和安全阀。因为任何社会的进步都是在激进与保守这两种势力的平衡中得以发展的。

第六,法学与国家、与政治有着天然的联系。法学兴衰总与国家兴衰成正比,而文学艺术等学科却可能在国运衰败的情况下而发达起来,^[38]法学与政治的天然关系非常密切但应当为

[34] 科殷,见前注[32]。

[35] 有的学者从法律职业所居的中产阶级的安逸地位来说明它们的保守性。法国比较法学家勒内·达维德说法国的法律职业吸引了这样一些人——他们并不雄心勃勃的不愿意冒商业生涯的竞争风险的人。(德)K·茨威格特等:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,页231。

[36] 许多著名思想家都曾有过类似的观点。西塞罗的《论法律》第3章第122节:“官员只是说话的法律。”科克爵士在卡尔文案件中:“法官是说话的法律。”18世纪有句法律格言说“国王只不过是执行中的法律。”孟德斯鸠在《论法的精神》中认为:“国家法官只不过是讲法律的嘴,仅是被动物,没有能力削弱法的强制性和严格。”在美国,大法官马歇尔重述了这番话,他把法官说成“只是法律的代言人”,不能随意行事。(英)哈耶克:《自由宪章》,杨玉生等译,中国社会科学出版社1999年版,页246注释之[4]。

[37] 人们不能指望法官成为革命家,或激进的改革者。这与法官在任命之前的长期的律师经历有关,到了他们成为中年或老年的时候担任法官,这种工作经验把他们塑造成了一个墨守成规的行业。(英)阿蒂亚:《法律与现代社会》,范悦等译,辽宁大学出版社、牛津大学出版社1998年版,页29以下。

[38] 参见苏力:“反思法学的特点”,《读书》1998年第1期。

保持自治性而相对隔离,在间隔的关系中寻求法律自在的天空。

第七,法学是大人的学问。少年人不容易学好法律,因为法学是大人学问。美国JD教育之所以设计成本科后的法科教育,是有其充分的合理性的。一个没有任何社会直接知识与间接知识的少年,高中毕业后立即进入大学法学院学习法律,他会难以把握法律的真谛。因为法学的学习需要以人文与社会知识以及较成熟的人生观、社会观和世界观为基础。

从1977至1979年的三届法科毕业生来看,成才情况呈现整体效果,当时中国只有少数几所大学招收法科专业学生。这些学生都是老三届,入学当时的年龄大都是二十以上,他们多数人有过工作经历,思想成熟,社会经验丰富。所以他们在法律学习之后就快速成长起来,而且后劲很强。中国法律界与法学界的“西南政法现象”就告诉我们这样一个“大人学法律容易成才”事实。这三届以后呢?我们基本上是在应届高中毕业生中招生。他们大都是十七八岁的少年,加上现在的独生子女给教育带来的特殊情况,法科教育中我们明显感到学生对法律学习的效果不是太理想,他们的成才周期很长,甚至压根就成不了才。刨除80年代人才稀缺和眼下法律人才饱和的因素,我们仅从九十年代早期的法科毕业生来看,他们成才基本上是在毕业后十年左右的时间。这也从一定意义上说明,法科学生的年龄越大,对法律把握得也就越好。

四、30年法科教育走到了新的路口

今年是我国恢复法学教育后的第三十个年头。在这样一个时期,我们法学界和法律教育界都在作一些法律教育改革的思考与准备。当代中国法学在短短的三十年间,有了长足的发展,无论规模的扩大,还是质量的提高,无论是思想的生产,抑或是作用的发挥,社会责任的履行,都是可圈可点的事。但是作为法学内部成员,我们不能不冷静地反思我国的法学学术,反思我国的法律教育。我们不能满足于现状,陶醉在30年的成果之中,应当看到现状与法学研究与教育在未来的理想发展的目标要求是不相称的。当代中国法学,是借助于改革开放机遇短期内因应“时代激素”而发展起来的新学科,我们有了二万人的法学队伍和六百余所法学院系。可是,华夏法学之林,远看一派人多势众的景象,近看是不少人花拳秀腿的热闹,细看是看家本领基本功的缺乏。

自70年代未恢复法学研究以来的30年时间里,我们会发现中国法学学者的情况是:多有所论之观点,而少有持论之方法,更不存在各家的方法论。法学中有相当一部分的主题,原本就具有大众性,“专业槽”比较低,所以法学就成了人人可参与的热门“学问”。在没有方法意识的所谓“学术”之中,自然就谈不上有成熟意义上的法学。

80年代至90年代中期的十年间,就是在这种状态之下,法学活动中自然而生长起来的方法具有这样一个特点:无方法意识作用下的规范注释方法。这种方法与欧洲法学早期的方法颇为相似,它对法条作一定的实证注解,但貌合神离。行外人士并不知道法学应当怎样,但他们知道法学不应当是这样的。在“外行看热闹”的情况之下批评了中国法学,认为这是法学幼稚的最集中体现。法学界内人士于是自以为醒悟过来,对“注释法学”也紧跟着进行了一番讥讽与攻击之后,很少有人甘心继续埋头于“注释”,一时间法学界东施效颦之风四起,一些学者

不安份于“注释”就变着花腔花调说话,法学论文似乎都得写得像散文诗。当然另一种学者也出现了——时隔不久,民法与刑法这样的部门法学里面,也出现了一些从事民事法哲学、刑事法理学之类学问的学者。^[39] 他们的确对学术多元化做出了不可低估的贡献,但是这样的研究究竟是不是属于民法与刑法的主流呢? 尤其严峻的问题是在法学教育,是不是可以在大学里就讲这样的理论给法科学生听呢? 法科学生的学习过程中都遵循着民事哲学、刑事法理学这样路径来学习,是否可行? 我们曾在上个世纪末的 1999 年提出“返回法的形而下”,^[40] 这个提法正是基于这样的一种考虑,过去把法学作为意识形态的一个部分,后来又在法学研究上脱离了法律实践,现在是到了正本清源的时候了。我们所谓的法的形而下就是指实证法本身和社会中的法律现实问题,对于法律教育而言,其中更为重要的是针对实证法本身的注释式的教学。

同样在法理学领域,自从大家深深喜爱的苏力 90 年代初回国之后引起了法学理论的多样化,学术生态也多彩而活跃了。苏力的学术贡献不可低估,在青年学生中产生广泛而普遍的影响,甚至也一定程度上促进了中国社会科学的知识增长,但是苏力所作的研究在整体上是属于法社会学的。几乎同时在中国法学界又出现了季卫东的法社会学作品。他们二位形成了对中国法治发展的两种截然不同的学说,朱苏力是强调社会进化的(最初的作品为《法治及其本土资源》),季卫东则是强调理性建构的(最初代表作为《法治秩序的建构》)。法社会学可以是法学研究的一种流派,但它能否成为法学教育的主流?^[41] 我曾经在一次“法律与人文”的研讨会上请教过苏力,法学是否存在主流与非主流、正宗与非正宗的问题? 法学首先是一种职业知识所构成的体系,其次才是社会科学的一分子。研究是一回事,它可以多元化,况且中国法学队伍人数众多,不怕法学生态形不成多元化格局。教育则是另一回事。法学教育是职业型的教育,而不是通识型的教育。我们不能动不动就给学生讲福柯、吉尔兹、哈贝马斯,动不动就用法哲学、法文化学、法人类学、法社会学、法经济学这样的非主流的法学来教育我们的学生。一些法学教师在法学作品里用文学作伪装,满足法学少男少女们的文学情结。解读文学作品中的法律问题在个别学者中作研究是无可厚非的,但是学生们却把解读文学作品当作法学流行的时髦而加以效仿,误以为这是法学的主流,这就是法学教师的失职。毕业后多数的学生不从事学术研究,而是从事法律实务工作;我们不能以一些非职业性的知识、思想与方法当作主

[39] 苏力把这部分的学术成果与学者称为“社科学派”。从他们的学术特点看,多是在法律外部来分析法律的,我看不如称为“法外学派”、“科际学派”或“交叉学派”。当然也如他所说,苏力自己也归于此类,其特点大致是:不满足于对法条和概念的解释,试图探讨支撑法条背后的社会历史根源,探讨制定法在中国社会中实际运作的状况以及构成这些状况的诸多社会条件;他们几乎全部都是改革开放之后培养出来的年轻一代学者;借鉴其他社会科学和人文学科的理论资源和研究方法,试图通过更为具体的问题的分析来把握法律;最大的特点是,不把法律话语作为自给自足的体系,而是把法律话语与社会实践联系起来考察。苏力,见前注[21],页 12-15。

[40] 我们倡导“返回法的形而下”,旨在把它作为浙江大学法学研究的一种特色和方向。参见孙笑侠:《返回法的形而下》,法律出版社 2003 年版。

[41] “非主流”一词无任何贬义。其实在学术或文学艺术流派中,有时被定义为“非主流”的东西恰恰是代表着发展趋势的,甚至是更引人注目具有生命力的。被定义为“主流”的东西恰恰不是最有意义和最有影响力的。

流法学去教育学生,更不能把文学性的、宣讲式的、散文式的法学论著奉为经典。试想一个法科学生在法学院没有接受正宗的或主流的法学教育,反而是接受了非主流法学倾向的影响,他不但不会办案,而且可以说他是法学院的次品,至少也是“种豆得瓜”的尴尬。

实事求是地说,中国法学目前蓬勃发展的背后却是一片混沌状态,这已经深度影响到我们的法学院教育质量。我认为,过去的三十年是我国法治的“立法中心时代”,所以法学与社会科学知识的界线完全可以模糊的,这个基本事实决定了我们的法学没有被当作职业知识体系来对待。根据各国法治的发展规律,法治会出现立法完备之后的“司法中心时代”,那么,法学的职业性特征必然会被强调。目前,中国法学的转型期已经到来,不抓住这个转折时期,其发展前景将令人堪忧,所以“中国法学向何处去”问题的提出是适时的。我从法学生态角度(主流法学与非主流法学)把这个问题解读为:中国法学研究与教育目前处在这样的阶段——法学学术生态多元化到来以前的蓬勃而混沌的发展态势,法学因没有确立主流法学而失去了方向。所以我主张中国法学的发展方向,应当允许多元化的学术生态之下,尽快正本清源,确立主流的法学研究与法科教育,这样才能完成中国法学向成熟转型。

我对这个问题的理解是:主流法学是必不可少的基础性的东西,但它可能不具有某些非主流法学那样的影响力,没有镁光灯聚焦,甚至面临的只是冷板凳;非主流法学它永远替代不了主流的法学,但非主流法学中某些理论思潮的积极作用是不可低估的,也是主流法学无可替代的。

五、传授职业知识的法科教育

把法律教育定位为职业知识的传授,意味着什么?它意味着我们的“法学教育”应当是一种法科职业能力的教育,而不是把法学当作通识来教育。它是一种注重职业方法与能力的教育,而不是注重法律知识的教育。这也是符合我们的政府与社会呼吁多年的“能力教育”或“素质教育”之精神的。所以我主张把“法学教育”改称为“法律教育”或“法科教育”。

有的学者担心法科教育缺乏通识教育或博雅教育的优点,诸如法科生会不会没了“人文关怀”,会不会缺乏德性品格,等等。这的确是我国法学教育所必须认真面对的。我们应该在法律教育的过程中去强调、处理好对法科生的品德教育,特别是职业伦理教育。这是另一个话题。理论上讲,法律,应该是已经吸收了世界观、价值观、道德观的规则体系;另一方面来说,我们正在学习的法律知识是可以通过一定的世界观、价值观、道德观来评价的,当讨论课上法律教授对法律条文进行立法政策学意义上的评价和分析时,实际上已经输入了人文关怀。我们所担心的是不称职的法律教师,而不应该担心法律教育本身。所以担心法律教育缺乏人文和德性关怀的理由基本上是不成立的。

法科教育的性质定位直接决定了法科教育课程体系的构造、课程内容的设计、教师素质的要求、教学方式的选择、教学方法的组合五个方面。在当代中国,法科教育该怎么改革?当然也涉及课程体系、课程内容、教师素质、教学方式、教学方法等诸方面问题。本文限于篇幅,不可能对这五个方面进行一一分析,仅以哈佛兰代尔时期的教学方法为例来说明。

哈佛大学兰代尔院长倡导案例教学法之前的美国法律教育,是把法律教育看作是学科教育的。兰代尔把案例教学法成功应用于法学教育之后,美国法学院开始是把法律教育定位为职业

教育的。在兰代尔之前,法律是按照“德维特方法”(Dwight method)来教育的,它冠以哥伦比亚大学一位法学教授的名字,这是一种讲授、背诵材料和练习相混合的方法。法学生为上课作准备得靠对专题论著的阅读,厚重的教科书只是解释着法律和综述领域内的精华思想(把某一专题领域内的精华文献集中复制颁发给学生的做法至今仍然是法学院的重要教学环节,相比而言,我国目前连这一点还难以做到)。那时的考试就是靠背诵,靠记忆力。兰代尔的进路完全不同,在他的合同法课堂中,他要求学生只阅读原始的资料即案件,并描述他们各自的结论。为有助于学生学习,他收集一批案例并予印刷出版,只附上一两页的导言。兰代尔的教学进路是受当时盛行的经验主义的极大影响。他相信法律家能象科学家那样依靠对某种原则或原理内核的深入认知来开展工作。接着,这种认知通过法院判决的途径得以最好的发展,从那里法的原则首次成为有形的实在被触知。国家法可能会改变,但是正如法律家所知的那样,法的原则或原理必须在任何地方被不断实践。用兰代尔的话来说就是“精通这些原则或原理,并以一贯的娴熟与确信将它们实际运用于人际事务的一团乱麻,是真正法律家的一种素质构成。”^[42]

当年兰代尔进行教学改革的时候遇到极大的阻力,许多学生对他的改革感到愤慨,在他任职的前三年,入学人数从165下降到117人。^[43]到兰代尔1895年离开院长职位时,案例教学法已经在哈佛及其它六所大学牢固地建立,芝加哥、哥伦比亚、耶鲁及其它精锐的法学院均已热衷于案例教学法,兰代尔的学生们也不断地广泛传播这种方法,到1920年,案例教学法成为占主导地位的法律教育方法并延续至今。

案例教学法并不能代替法学教育的所有方法,特别在制定法为主要传统的国家。事实上案例教学法在美国也不是全部方法,我们不能迷信它。但是兰代尔的案例法与他的另一个更重要的思想是同出一辙的,那就是案例法所依赖的条件是法律素材与数据,而法律素材与数据就需要一个图书馆。案例教学与法学图书两个基本理念都是基于兰代尔的两个观点:一是他认为法学是科学;其二,法学科学的一切可利用的材料在于出版了的书籍。所以他极为重视图书馆,认为法学教育的中心是法学图书馆。他曾有这样的名言:“图书馆是教授和学生的应有的必要场所,……它对我们,就像大学所有的实验室之于化学和物理学者一样,就像自然历史博物馆之于动物学者一样,就像所有的植物园之于植物学者一样。”当然现在有人认为他混淆了作为经验的科学和作为理性活动的科学,但至少兰代尔当时始终坚持对这两点不动摇,从而引导了美国法律教育的理念。

在恢复法科教育三十周年的今天,我们如果还不强调法科教育的职业型特征,将会贻误法科学生,也会危及到法治建设。法学作为职业知识体系,那么法科教育则应该主要作为职业型的教育,而不是主要作为通识型的教育。我们的法科教育应该从原有的通识型教育逐渐转向通识型与职业型教育的兼顾,甚至有的法学院可以确立自己职业型教育的特色。与此教育转型的同时,教育行政部门对法科教育的主导地位也应当有所变化,应当尊重法科教育的规律,让法律职业共同体适度介入法科教育,对法科教育履行一定的评估、监督、指导的功能。

[42] 转引自 David A. Garvin, Making The Case, Professional education for the world of practice. *Harvard Magazine*, September 29, 2003. p. 58.

[43] 同上注。

我们主张法科教育向职业型转变,并不反对个别法学院保持它的法学的学术性研究、通识性的教育的特色,或者说,保持少量的这样风格法学院也是社会所需要的。

有的学者或教育家提倡一流大学应当培养一流人才而不是工匠式的人,法律教育界也有学者主张一流法学院应当培养“治国之才”而不是“法匠”。这个观点乍听起来是很有道理的。可是,他们疏忽了一个重要的问题,那就是人才成长的过程和规律——第一,踏实掌握职业技能是走向职业之路的开端,不踏踏实实地掌握职业技能怎么可能成长为这个职业的佼佼者?第二,杰出的人才通常都有一技之长,不管是不是工匠,他最初的成功都或多或少是通过这个谋生的基本功;第三,大量实例告诉我们,有几个人是在大学四年里就成为杰出的人才的呢?真正的成长是在大学毕业之后的社会实践中。一名法科生如果不首先学习“法匠”——即职业技能,怎么可能发展成为伟大的法官和律师?怎么可能成长为治国之才?即使我们明知法科生将来要到政府当公务员、到企业当经理、到党政机关当秘书,我们仍然要把他们作为法律人来培养,之后再交由社会和他自己去选择成才的模式。从世界各国法律人的成长规律来看,只有踏实地掌握法律职业技能与职业伦理的人,才有可能成长为杰出的法律人,进而,才会成长为卓越的法律家、商界领袖或政治菁英。

从“法学是大人の学问”来看,结合美国法学院的本科后的JD教育经验,我认为中国法科教育如果能够尝试2+2+2的本硕贯通模式(简称“三2制度”),则是非常理想的。所谓“三2制度”是指同一批学生经过2年通识教育、2年本科法律教育、再加上2年研究生阶段的教育。这样的制度设计,解决了我们现有法律教育中的许多弊端。它基本上解决了职业型教育与通识型教育在中国教育体制下的冲突。高中生在高考中通过背诵取得高分立即进法学院学习大人の学问,又缺乏通识教育的基础,尚未形成成熟的世界观、社会观和人生观。“三2制度”可以使得在法律本科教育之前有了良好的通识教育的宽厚基础,又使得本科教育与研究生教育不因急于司法考试、找工作而呈现快餐式教育的状况。我们知道任何教与学的活动都只能在从容的状态下进行。更为重要的是,让法科教育在加强素质训练方面有更大的空间,包括博雅的人文精神的熏陶;社会科学基本能力的培养;法科职业伦理素质的养成;法律职业技能方法的训练,等等。

当然,法学院的课程体系、教育方式、教学方法、研练模式等等,都需要做一番改革和发掘。我们过去实行的课程体系是否需要作些调整?教育方式中是否应当更多地体现学生的自主性?教学方法是否应当改变目前的单一形式而采取多样化形式?特别是我们过去较少采用法律实践式的研练,应该把它们作为实践性必修环节,包括法律写作、法律诊所、模拟法庭、模拟谈判,等等。通过这种实践性必修环节,我们的法科生不仅在职业技能上得到训练,^[44]还在职业伦理上得到了实践。这样也能够与司法统一考试的关系得到一定的协调,而不致于出现两种极端的情况:一是法学院变成司法统考的考前辅导班;二是法学院与司法统考完全脱节成为象牙塔式的书院教育。我们只有改革目前的法科教育状况,引导它向职业型的方向发展,才能使法科教育、司法考试、法律职业三者的关系统一起来、协调起来。

在法科教育三十年的今天,我们期待着所有法学教育工作者的反思与觉悟……

[44] 据郑永流教授口头介绍,法律教育在德国不称“法律教育”而是叫“法律训练”(Juristische Ausbildung),德国法律教育中基本不使用“教育”(Erziehung)概念。某种意义上说,法学教育应当改称为“法律训练”。