

中国本土化法教义学理论发展的反思与展望

泮 伟 江^{*}

摘要:在当前中国法教义学研究中,关于法教义学是什么的抽象理论很发达,而实体性的本土化法教义学理论发展则很薄弱。“学艺不精说”和“无米之炊说”是目前学界探讨本土化法教义学理论不发达成因的两种主流学说。但这两种学说都受法教义学研究者个人经验与视角的局限,并不令人满意。如果“跳出法教义学看法教义学”,以法社会学的眼光将本土化法教义学理论的研究与实践放到中国法律系统演化的整体框架与结构中,就能发现制约中国本土化法教义学理论不发达的基本限制性因素。只有中国法律系统从中国社会整体的结构中分化出来,实现法律的相对自主性,并在法律系统内部形成法教义学与司法判例的功能分化与良性互动,成规模的本土化法教义学理论发展才有可能。

关键词:法教义学 法律系统 判例 同案同判 裁判的调解化

一、引言

法教义学在中国法学研究领域本是一个相当冷僻的概念。该概念最初仅仅出现在一些德国法学译著中,随后在一些具有留德背景的法学研究者中逐渐流行起来。法教义学最初被作为重要主题进行专门的讨论,应该开始于一本具有留德背景的民法学同仁主办的刊物《中德私法研究》于2010年发表的一期专题研讨论文。^①许德风、张翔、白斌、雷磊等具有德日法学教育背景的学者也分别就法教义学问题展开了初步的论述。^②2014年围绕法教义学的几次专题研讨会,引起了法学界广泛而热烈的讨论,法教义学迅速成为中国法学研究领域中的重要问题。

晚近围绕法教义学的讨论,成果卓著,意义重大。这反映了中国法学研究者方法论意识与反思精神的觉醒。当然,繁荣之下也有隐忧。例如,多数讨论都是围绕着“法教义学是什么”的问题展开的,往往着重于“法学研究应该如何做”,或者“一种好的法学研究应该符合哪些特征”等层面的论证。在许多论者看来,法学研究的“正宗”就是法教义学。^③因此,中国法学界下一步最应该做的就是开展轰轰烈烈的法教义学研究,并积累出一批“以中国法律规范为中心的”真正具有中国问题意识和反映中国法学研究水准的法教义学理论成果。基于转型期中国法律实践发展出中国的法教义学体系,这是转型期中国法律学者的伟大

^{*} 北京航空航天大学法学院副教授

基金项目:北京市社会科学基金项目(15FXB018)

^① 参见卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第3~25页;许德风:《论基于法教义学的案例解析规则——评卜元石〈法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径〉》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第26~38页;[德]维克亚尔:《法教义学的实践功效》,王洪亮译,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第39~60页。

^② 参见许德风:《法教义学与价值判断》,《中外法学》2008年第2期;白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,《环球法律评论》2010年第3期;张翔:《形式法治与法教义学》,《法学研究》2012年第6期;雷磊:《法教义学的基本立场》,《中外法学》2015年第1期。

^③ 参见舒国滢:《求解当代中国法学发展的“戴逸之问”》,《北方法学》2018年第4期。

使命。^①

遗憾的是,与热火朝天的各种“关于法教义学”的研究和讨论相比,真正的、具有实质意义的法教义学研究仍是较为少见。目前更常见的情况是,在引介和阐释“法教义学是什么”以及“法教义学有多重要”方面,论者往往妙语连珠、滔滔不绝,但在真正立足于中国司法实践的本土化法教义学建构方面又难免捉襟见肘起来。

理想与现实的巨大落差引人深思。为何中国法教义学的现状是流于清谈而短于实践?如果说,中国法学研究的主流将来必须要走“法教义学道路”,那么,是什么制约了中国本土化法教义学理论的真正展开与落地生根?困难究竟在哪里?

作为国内法教义学研究的开拓者之一,卜元石教授早在2010年就有专文探讨和反思该问题。^②同时,各种公开的学术研讨和许多学者私下的交流也都表明,许多研究者都意识到了问题的严重性,并已进行了初步的分析。目前比较被认可的解释主要有两种,笔者将其概括为“学艺不精说”^③与“无米之炊说”。前者将本土化法教义学理论之难产的原因归结为法教义学研究者的教义学功夫与涵养的匮乏,属于从主观上找原因;后者则认为,当前我国学说与判例沟通渠道和机制建设滞后,由此导致可公开的案例太少,从而使法教义学研究面临“无米之炊”的困境,属于从客观上探根源。两种学说都促进和加深了我们对问题的认识与思考。但不可否认,既有的反思多数是基于研究者个人经验的观察与体会,因而缺乏系统性与学术的深度。这与问题本身的重要性相比显然是远远不够的。

工欲善其事,必先利其器。法教义学方法论与观念的启蒙,仅仅是实现中国高质量和成规模的本土化法教义学理论产出的第一步。同时,我们还必须直面当前的现状与困难,观察制约中国法教义学研究的种种因素,寻求突破之道。也许“跳出法教义学看法教义学”,用一种法社会学的眼光,将“法教义学研究与实践”看作是一种客观存在的社会实践与现象,并观察它在整个法律体系中所处的位置和功能,不失为一种值得尝试的方法与路径。

二、既有学说的洞见与不足

无论是“学艺不精说”还是“无米之炊说”,都是笔者基于中国法教义学的研究现状而进行的提炼和概括。事实上之前没有任何一位学者曾将这两种观点予以专门的主题化处理,但我们确实可以从大量的作品中归纳和概括出许多共同特征以及隐含在这些特征背后的共同思维倾向与看法。“学艺不精说”最明显的特征就是重视个案分析,并且特别注意在进行个案分析时展示法律适用的方法与规范的运用问题。笔者称此种类型的法律个案分析为“示范性”的个案分析,即通过个案分析来展示法教义学方法的复杂精妙之处。这方面最有代表性的作品就是黄卉教授《论法学通说》一文中对“泸州二奶案”的精湛分析。^④此外,“学艺不精说”也特别重视案例分析的基本方法与规范^⑤以及判决书制作与说理技术等方面的研究与探讨。^⑥持“学艺不精说”的法学研究者往往具有持续集中的在海外法教义学先进国家法学院接受规范法学训练的经历,因此也深切感受到我国法教义学研究的功夫和技艺与海外法教义学发达国家与地区的巨

^① 卜元石教授就曾明确指出,当下中国法学研究的任务是构建中国自己的部门法知识体系,以中国自己的判例为基础对中国现有法律规范进行注释、整合与体系化。参见卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第21页。

^② 参见卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第3~25页。

^③ “学艺不精说”的表述似乎带有某种挑衅的味道,但是在本文中其是一个中性的概念。尤其考虑到,作为“学艺不精说”代表人物交流与讨论的平台“判例研读沙龙”所追求的在案例研习方面互相切磋、自我教育、共同提高方面的追求,就更能显示,所谓的“学艺不精”,更多的是在一种自我批评与自我反省的意义上使用的。

^④ 参见黄卉:《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》,载贺剑主编:《北大法律评论》(第12卷第2辑),北京大学出版社2011年版,第334~382页。

^⑤ 参见解亘:《案例研究反思》,《政法论坛》2008年第4期。

^⑥ 参见傅郁林:《建立判例制度的两个基础性问题——以民事司法的技术为视角》,《华东政法大学学报》2009年第1期。

大落差。2008年9月28日开启的“判例研读沙龙”系列会议可以被看作持“学艺不精说”学者的一个主要沟通平台。2013年出版的《大陆法系判例：制度·方法》^①是“判例研读沙龙”所积淀出来的阶段性成果，集中呈现了这些学者在相关方面的思考和探索。

“学艺不精说”是在对“注释法学”的批评进行回应的基础上发展起来的。长期以来，对传统部门法研究的一个尖锐批评是：由于预设法律规则的规范性并严格地将自己的工作看作是对规范的适用，因此传统部门法研究无法处理复杂疑难案件。因为复杂疑难案件中的案件事实往往是“不规则形状体”，很难形成与规范之间的直接对应关系。此种“规范与事实之间鸿沟”的存在导致法教义学很难形成高质量的本土化研究成果。

然而，大量的法律方法论研究已经揭示出，法教义学拥有丰富的工具和方法，做到“戴着镣铐跳舞”，既能够以法律的规范性为工作的前提，恪守法官必须受法律约束的法治准则，又能够尊重与关照个案事实的特殊性与不规则性，通过一种复杂的“在规范与事实往返顾盼”的工作过程，实现对复杂疑难案件的正当裁量。^②当然，光从抽象理论的层次指出这种可能性是远远不够的。理论层面指出的可能性并不能直接转化为现实性。更多的情况是，虽然理论上的可能性已清晰可见，但在本土化的案例分析实践中，法教义学处理和分析复杂疑难案件的能力并没有很好地被体现出来。

“学艺不精说”的问题意识由此而产生。认识到严格遵守法律的规范性并不妨碍法教义学处理复杂疑难案件的能力，这仅仅是一种方法论的自觉，但在方法论自觉之外，还必须有严格、规范和系统的法教义学训练。持“学艺不精说”的学者由此产生的一种冲动，就是试图挑选典型与合适的本土疑难案例，进行某种“示范式”的案例分析，从而在事实层面展示此种可能性的现实性。“学艺不精说”的潜台词是，如果全国范围内大量的法学研究者见识了法教义学功夫的真正威力，并广为传播，勤加练习，最终就可以大大提升中国法教义学研究的品质，从而本土化高质量的法教义学理论的繁荣也许就指日可待了。

遗憾的是，对个别复杂疑难案件方法论意义的“展示性”或“示范性”研究，与本土化法教义学理论体系的建构，二者尽管有紧密联系，却是两件不同的工作。二者之间的一个核心与关键的区别是，此种方法论上的个案展示与示范往往是彼此孤立的，并不能形成体系化的法教义学理论。而本土化的法教义学概念的提炼与体系的建构，一定不是基于特定和少数的复杂疑难个案为样本的法律方法论能力的展示，而是基于大量的本土司法实践生产出来的同类型案件的归纳、提炼、批判与体系化。

确实有一部分从事案例分析与研究的学者注意到了该问题。据此，他们提出的解决方案是进行一种“法社会学式”的对同一法院大量案例的整理与比对，在此基础上对地方性的“裁判习惯法”进行学说和理论体系的提炼与体系化。^③这种解决方案确实部分地解决了上述个案式案例分析所存在的问题，我们也希望有学者能够沉潜于心，长期坚持这种吃力不讨好但也许意义重大的努力。假以时日，也许确实有可能形成某种体系化的法教义学理论。^④

但笔者对此种进路的本土化法教义学理论研究的效果，仍然保持高度怀疑的态度。例如，此种法社会学调查式的案例收集与整理，是集中在一个法院，还是综合多个法院？如果集中在一个法院，那么由此整理出来的裁判规则，是否具有全国的普遍适用性，甚至具有成为抽象与普遍程度更高的本土化法教义学理论之潜质？如果是多个法院，由于我国地大物博，南北差异、东西差异、城乡差异都极大，一直以来都有立法宜粗不宜细的传统，各地法院在裁判案件时又往往因地制宜、互有差异，那么，此种不同地区、不同层级

① 参见黄卉等编：《大陆法系判例：制度·方法》，清华大学出版社2013年版，第1页以下。

② 参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第18～24页；郑永流：《出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系》，《法学研究》2002年第3期；郑永流：《法律判断大小前提的建构及其方法》，《法学研究》2004年第1期。

③ 参见王亚新：《判例研究中新视角与方法探求》，《昆明理工大学学报》（社会科学版）2011年第1期；朱芒：《判例在中国的作用》，载黄卉等编：《大陆法系判例：制度·方法》，清华大学出版社2013年版，第3～7页。

④ 目前这方面的努力已经形成了相对比较可观的初步成果。参见朱芒：《行政诉讼中判例的客观作用——以两个案件的判决为例的分析》，《华东政法大学学报》2009年第1期；章剑生：《对违反法定程序的司法审查——以最高人民法院公布的典型案例（1985—2008）为例》，《法学研究》2009年第2期；等等。

法院的不同判例,其相互之间的不一致与矛盾又该如何处理与平衡?所选择的此种“裁判习惯法”是否具有全国的典型性与普遍性?这些问题不解决,则此种个别与分散的“裁判习惯法”的整理,就很难真正沉淀出足够系统而强有力的中国本土化的高质量法教义学理论成果。

“学艺不精说”更根本的困境是,这样一种“自我批评”很可能是一种“自我苛责”,它实际上隐含着学者对自身能力的过高估计与期待。从心理学的角度看,最终产品的提供者往往会将产品失败的主要责任揽到自己身上。但现代工业大生产的经验是,许多产品的成功与失败,都不仅是某一道工序的贡献与责任。现代科学研究也远远超越了近代早期那种个体户或手工业式的阶段,而依赖于大型的科研设备与各种制度性的基础条件。而“学艺不精说”对现代科研工作的认识和心态并没有随之更新,仍然停留在古老的个体户科研工作者经验之上。实质上,现代法教义学研究仍然需要建立在许多客观的制度性条件之上,而这些条件的建设远远超出个人能力的范围。例如,“学艺不精说”主要关注的是法律规范个案适用的方法与工具的运用方面。这方面的工作虽然很重要,但其本质上并不属于法教义学研究的核心工作,而是属于裁判过程中的最关键的工作。它之所以关涉到法教义学研究,并在法教义学研究中具有重要性,乃是因为法教义学研究所观察的对象,即大量的司法案例是在此种法律适用过程中生产出来的。因此,如果缺乏对法律适用过程的理解,不具备法律适用的诸种方法论手段和能力,就很难做出好的法教义学研究。^①相对于成文法规范,法律适用过程是对成文法规范的二阶观察,即是“对观察的观察”,而法教义学研究则是对二阶观察的观察,也即“对观察的观察的观察”,是一种三阶观察。^②体现在个案分析过程中的那种法律方法论的眼光与能力的配备,是二阶观察者即司法裁判者要重点解决的问题,三阶观察虽然也需要具备此种能力,但这是必要但不充分的条件。

当然,也许有论者会指出,“学艺不精说”除了自责的含义之外,也暗暗包含着对裁判者的指责。例如,许多中国法官不会正确地分析案例,缺乏必要的法律思维能力、不会正确地撰写合格(符合法教义学研究需要)的判决书。^③正是因为他们提供的案例质量不合格,所以才导致本土化法教义学理论生产的落后。由此产生的一个顺理成章的想法是,“示范性”的各种判例分析和案例教学可以促进学生的判例思维,基于一种建设性的立场和期待,大量经受这种判例教育的人才进入司法系统之后,可以大大促进高质量判例的生产。当然,高质量的个案式判例分析也具有一种辐射效应,假设法院中的法官也是这些判例分析论文的读者,这种判例分析方法与技巧的传播本身就可以促进判例生产质量的提升。

不过,此种思路的问题在于,它过分强调了认知因素的重要性而忽略了结构性或者制度性因素对于法官裁判实践所发挥的重要影响。在法官职业系统中,支配一个法官行为的主要因素,并非该法官个人知识水平的高低,而是法官职业系统中存在的诸多结构性因素。所谓的结构性因素,简单地说,就是中国法院系统的法官要在现有的国情和体制下做好自己的日常工作所必须扮演的角色、在日常工作中必须考虑的那些因素等。这些因素对法官日常工作的影响要远比法官的法教义学素养重要得多。因此,即便是经过规范而严格法律训练的合格法学院毕业生,当他进入法官队伍后,或许也同样会做出一些让法学院的教授感到匪夷所思的案件判决。要解决这些结构性的问题,“示范性”地展示个案分析技巧的培训班和交流会是远远不够的。

以此种社会学眼光来观察法教义学,则“学艺不精说”对本土化法教义学理论产出之荒芜的解释,就像许多人将中国电影的普遍低质量归因为中国缺少电影大师一样。这也许是手工业者时代的古典作家对大工业时代电影产业的理解,但也是一种时代错位的理解。

“学艺不精说”的不足之处,恰恰体现了“无米之炊说”的深刻。持“无米之炊说”的学者认识到,中国本

① 参见卜元石:《法教义学与法律方法论话题在德国21世纪的兴起与最新研究动向》,载张仁善主编:《南京大学法律评论》(第5卷),法律出版社2016年版,第3~22页。

② 关于二阶观察的问题,Vgl. Niklas Luhmann, Einführung in die Systemtheorie, vierte auflage, Carl—Auer, 2008, S. 141—165.

③ 参见傅郁林:《建立判例制度的两个基础性问题——以民事司法的技术为视角》,《华东政法大学学报》2009年第1期;黄卉:《关于判例形成的观察和法律分析——以我国失实新闻侵害公众人物名誉权案为切入点》,《华东政法大学学报》2009年第1期。

土化法教义学理论之不彰的根本原因可能不在于研究者能力之不足,而是受到某种更根本的基本制度的制约。“无米之炊说”看重的是“判例与学说良性互动”之渠道是否畅通的问题。卜元石教授的《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》^①与笔者在《当代中国法治的分析与建构》^②中的相关阐述和分析,也许是对此种看法比较有代表性的系统表达。值得注意的是,“学艺不精说”与“无米之炊说”之间并非截然区分和非此即彼。例如,笔者之前既是“无米之炊说”的拥护者,同时也部分同意“学艺不精说”的观点。黄卉教授是“学艺不精说”的代表人物,但也注意到了无米之炊的问题,因此她关于通说制度与法律评注的观察与思考,也可以说比较典型地体现了“无米之炊说”的观点。^③ 本文关于“学艺不精说”与“无米之炊说”的概括与区分乃是一种理想类型的区分,因为学艺不精与无米之炊构成了中国本土化法教义学理论不发达的两个独立的理由。

“无米之炊说”的深刻之处,就在于它把探寻原因的目光放到了本土化法教义学理论生产的机制与制度性条件方面,而非仅仅希望凭借法教义学研究者群体单独的努力来扭转格局。如果说,本土化法教义学理论生产的机制与体制性条件不具备,而苛求中国法教义学研究者凭借着某种伟大的献身精神和主观能动性的发挥,就能克服所有困难并生产出大量高质量的本土化法教义学理论产品,这本身就是不现实的。可以说,“无米之炊说”的思考方向是正确的。但问题在于,制约中国本土化法教义学理论成规模生产的机制性和结构性因素,究竟体现于何处?

类似于“学艺不精说”,“无米之炊说”的支持者在反思与检讨的过程中再一次受到自身经验因素的制约与局限。他们将问题的症结归纳为我国判例与学说之间沟通与互动的机制和渠道匮乏。例如,卜元石教授就认为这主要是由于“法院判决的不公开”。^④ 笔者也一度认为,“判例汇编制度与评价制度”的匮乏,导致学说与实务之间缺乏有效的通道进行良性互动和交流,客观上阻碍了法教义学的研究。^⑤ 也有学者指出,如果能够汇合法院、学术界、出版界的力量,形成一种法典评注与法学通说的机制,那么一定能够大大促进法教义学的研究。^⑥

虽然无米之炊的隐喻非常形象,但持该学说的学者并不认为“米”的分散性或者“米”本身的质量是一个问题,而是认为“米”的供应渠道出现了问题。如果解决“米”的供应渠道问题,只要“米”能够源源不断地供应出来,则问题就解决了。但正如本文开头即已指出的,即便不考虑中国裁判文书网建成以来所公开的海量案例,即便在此之前,获取案例的渠道也是非常丰富的。因此,问题的关键并不在于法教义学研究之原材料的供应匮乏,而在于,法教义学研究其实对案例也是有要求的。就这一点而言,“学艺不精说”的见解又似乎更为高明。因为如前所述,“学艺不精说”已经包含对“案例素材”质量的不满意,同时也已经开始反思中国本土的案例制度的问题。

如果高质量本土化的法教义学理论体系的建构乃是对案例这种原材料的“精加工”过程,那么此种“精加工”过程必须以某种前期的对案例原材料的“合格”开采与“粗加工”为条件。法教义学研究者所展开的“法社会学习习惯调查式”的案例整理工作的低效率,一方面意味着,法教义学既无必要也无精力和能力直接参与到此种案例原材料的开采与“粗加工”的工作,同时也意味着,此种案例原材料的开采与“粗加工”有着与案例原材料“精加工”不同的工艺要求。

“无米之炊说”强调制度因素在解释中国本土化法教义学理论体系建构困难方面的重要性,这无疑是

① 参见卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第3~25页。

② 参见泮伟江:《当代中国法治的分析与建构》,中国法制出版社2017年修订版,第268~279页。

③ 参见黄卉:《小议德国式法律评注图书的编辑与出版》,《科技与出版》2015年第6期。

④ 参见卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第22页。

⑤ 参见泮伟江:《当代中国法治的分析与建构》,中国法制出版社2012年版,第269~279页。

⑥ 参见黄卉:《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》,载贺剑主编:《北大法律评论》(第12卷第2辑),北京大学出版社2011年版,第348~349页。

深刻的。但它将根本原因归结为由于学说与判例沟通渠道的匮乏而导致的案例供给不足,因而又找错了解决问题的关键。真正制约中国本土化法教义学理论发展的因素,并不是简单的案例供应匮乏问题,而是合格案例供应匮乏的问题。而合格案例供应匮乏问题的解决,不能光从供应渠道建设的角度来着手,而应同时考虑合格案例之生产机制与标准的贯彻。此种反思必须超越法教义学研究个人经验的反思与总结层次,而在一个更高的层次上用法社会学的眼光与方法将法教义学研究放到整个法律体系的结构与演化过程中进行观察。其中,首先必须考察的一个问题,就是法教义学研究与判例制度在整个法律体系的演化与发展中各自扮演的角色以及二者之间的相互关系问题。

三、从法律系统演化视角观察法教义学的制度环境与功能特征

从法律系统和法学演化的历史看,我们大致可以把法学研究区分为三个层次:第一个层次的法学研究是一种司法裁判经验的粗略概括和总结。这项工作也是目前面临“案多人少”压力的多数中国法院内部都在做的一个工作。通过将诉讼中常见的各种纠纷进行归类 and 整理,形成某种经验性的“法则”,从而减少法官的工作压力,增强法官的裁判能力,这是其基本的诉求。^①当然,当此类经验性的“法则”不断地累积也不断地被使用与分析时,规则本身的合理性与科学性问题也将会不断地被提出。当沿着这个方向的研究越来越专业和精深时,往往会为某些概念的提出预留空间。^②但大学里专业化的法教义学理论研究一般不从事此种案件素材的“粗加工”工作。作为对案件素材的“精加工”过程和最终法教义学理论与学说体系的生产过程,独立的法教义学研究是在大学法学院产生之后才出现的。这意味着法教义学研究与司法裁判之间出现了比较彻底的分化与独立,于是就出现了专门化的法学学术生产机制。法教义学研究一方面以本国司法裁判中出现的大量本土化案例为研究对象,另一方面又独立于本国的司法裁判体系,具有自己的研究兴趣和规则约束。这就是第二层次的法学研究。当然,中世纪晚期一直延续到近代早期的罗马法研究,也可以看作是第二层次的法学研究。但在当时的欧洲,此种罗马法研究本身属于自然法研究的一部分。因此,我们也可以说它并不属于严格意义的本土化法教义学研究。第三层次的法学研究则是更晚近时期出现的,由于法律系统发展得日益庞大并且在现代社会的治理中占据着越来越重要的地位,因此人们需要一种关于法律系统的整体理论来帮助人们理解和认识法律本身。这就是法律理论的研究。

法教义学与司法裁判之间的分化、独立与互动协作,恰恰是于历史的演化中在出现法律系统功能与结构的重新调整之际蓬勃发展起来的。更具体地说,这是与“法律系统的分出”息息相关的。^③所谓“法律系统的分出”,简单地讲,就是法律自主性的实现,即法律系统根据法律自身的标准来处理法律纠纷,而不是按照各种真理、政治、经济、审美或道德的标准来处理法律纠纷。相对于各种真理、政治、经济、审美或道德的标准,法律系统内部的标准才是判定行为或事件合法性的标准。这意味着,法律系统内部建立起来的各种裁判准则,都必须服务于对行为和事件合法性的判定。而凡是与法律系统判定合法性工作无关的案件事实与价值,法律系统基本不予考虑。法律系统通过对行为或事件合法性的判定,在现代社会中承担了稳定规范性预期的专门功能。

就此而言,“法律系统的分出”也意味着法律系统功能的特定化,即在现代社会法律系统越来越失去了“良知调节器”“社会化、教育与启发”等功能。然而,反过来说,此种“功能丧失”也给法律系统带来全新的优势,即通过“对可能之法进行限定这种重新界定的方式……引起可能之法的无限扩展”。^④

由此我们可以观察到法教义学的两个根本性特征,即法教义学所处理材料的特定化和法教义学内容

① 就笔者调研和走访的几个法院而言,面临着“案多人少”的各个法院都在不断总结和整理类似的“办案规则”与“工作规则”。例如,北京市西城区法院2017年就曾经在内部整理出了一本《特色审判机制及其规范化成果选编》,里面包含了类似于“未成年人刑事案件审判工作规则”“驾驶案件审理规程”“金融借款合同纠纷办理规范”的内容等。

② Vgl. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1. Aufl., 1995, S. 264.

③ 关于“法律系统的分出”的详细阐述, Vgl. Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1. Aufl., 1999, S. 35-52.

④ [德]卢曼:《法社会学》,宾凯译,上海人民出版社2013年版,第275~278页。

生产中依据标准的特定化。^①所谓法教义学处理材料的特定化,指的是法教义学内容的生产主要以法规为材料,而通常意义的“社会事实”,^②或者各种纯粹的自然常数等意义的自然事实,都不再是法教义学工作处理的材料,因此也不再直接被法教义学予以论证和处理。^③国内社科法学与法教义学之间争论的实质就是在对法学处理材料选择方面的分歧。法教义学者强调法教义学研究材料的特定化,将研究材料严格限制在法规范的范围,^④而社科法学的研究者则反对此种材料的特定化,主张要将法规范之外的各种社会事实也都纳入法学研究的处理范围之内。^⑤对于我们理解法教义学来说,这个争论是有意义的,但是它的意义必须以在“法律系统的分出”为参照框架进行观察才能够被认识清楚。同时它的意义也是有限的,因为除了研究材料的特定化之外,在“法律系统的分出”背景下,法教义学还有进一步的和更重要的特征,即法教义学工作依据标准的特定化。

所谓法教义学工作依据标准的特定化,就是指法教义学依据“正义”的标准来进行法教义学概念的选择与提炼。^⑥值得注意的是,此处所谓的“正义”,并非道德哲学意义上的“互惠”与“公正”,而是特指在法律系统自主与分化语境下特定的正义概念,即“相同情况相同处理,不同情况不同处理”。^⑦面对任何一个待解决纠纷中的行为或者事件,法律系统都被强制性地做出一个“判断”:合法或非法。这意味着,在法律系统内部,只要是相同事实,就必须被相同处理;而不相同的事实,则不能被相同处理。依照惯性原理,相同事实相同处理,往往不需要专门论证,因此论证的负担主要被转移到不同事实不同处理方面。

如果没有法教义学工作的补充,“正义”的标准就是空洞的。因此,“正义”标准在如下两个方面必须由法教义学概念与命题加以补充:(1)各种事实之间不同方面的相同与不同,是与法律相关的;(2)以何种理由可以证成相同处理与不同处理是合适的。法教义学在法律系统内部的功能恰恰就体现在这两个方面。针对第一个方面,法教义学的概念研究提供了各种“范畴”,使得法律系统能够相对清晰地划定事实比较的范围,从而保证了“同案”与“不同案”的可比较性。如果相关“范畴”都被否定了,那么就不再涉及相同或不同的问题。在此基础上,各种法教义学命题则为“同案同判”以及“不同案不同判”提供了更为具体的判准。^⑧如此一来,一种特别的以教义学概念和命题的提炼与体系化为特征的“同案同判”的法教义学就从法律系统内部分化出来。

一方面,法教义学以法律系统内部的“正义”标准为基础,但另一方面,它并非“正义”标准本身,同时它与法律系统内部的个案裁判系统也并非一回事。“正义”是法律系统内部的抽象总标准,法教义学与法律系统的个案裁判系统,都以它为基础和总纲领展开工作。在法律系统内部,学说(法教义学)与判例既相互依赖,又承担着不同的功能。虽然个案裁判与法教义学都遵循正义原则,但“迟来的正义并非正义”,因此相对于法教义学,个案裁判仍然必须相对快速地对案件纠纷做出裁决。同时,在正义原则允许的范围内,个案裁判仍然需要考虑到个案事实的各种特殊性,以照顾正当个案裁判的需要。相对而言,法教义学则有更多的时间和更大的范围来对个案之间的各种“同与异”进行更精细的分析和比较,并在一个更大的视野中将个案裁判纳入到整个法教义学体系中进行思考,从而相对比个案裁判会更注重“诸个案裁判之间的一致性”问题。^⑨因此,判例与学说的良性互动,既以法教义学与个案裁判系统共同遵循“同案同判”原则为基础,也以法教义学与个案裁判之间时间面向的功能分化为基础。

学说与判例之间基于功能的分化在一定程度上也规定了法教义学理论生产的外部条件与内在性质。

① Vgl. Niklas Luhmann, *Kontingenz und Recht*, Suhrkamp Verlag, 1. Aufl., 2013, S. 243.

② 参见[法]E. 迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第23~34页。

③ Vgl. Niklas Luhmann, *Kontingenz und Recht*, Suhrkamp Verlag, 1. Aufl., 2013, S. 243.

④ 参见雷磊:《法教义学的基本立场》,《中外法学》2015年第1期。

⑤ 参见侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期。

⑥ Vgl. Niklas Luhmann, *Kontingenz und Recht*, Suhrkamp Verlag, 1. Aufl., 2013, S. 244.

⑦ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1. Aufl., 1995, S. 214-238.

⑧ Vgl. Niklas Luhmann, *Kontingenz und Recht*, Suhrkamp Verlag, 1. Aufl., 2013, S. 246-248.

⑨ Vgl. Niklas Luhmann, *Kontingenz und Recht*, Suhrkamp Verlag, 1. Aufl., 2013, S. 253.

一方面,法教义学虽然从裁判系统中分化出来,成为一种相对独立的功能子系统;另一方面,它本身仍然内在于法律系统之中,法教义学自身理论生产的成熟仍然高度依赖于裁判系统为它准备的各种条件。反过来说,裁判系统的高度专业化与高质高效,也有赖于高质高效的法教义学研究理论与理论产出的支持。

我们也可以将法教义学与医学进行类比,来观察法教义学与司法裁判实践之间的关系以及二者在整个法律系统内部所产生的分化与合作。一方面,无论是医学还是法教义学,两者都不是如基础物理学或者数学那样的纯理论研究,而是在大量的医疗实践案例或者司法实践案例的积累与整理基础上进行的观察与研究,同时,这两种研究也都有非常鲜明的实践指向,在一定程度上服从并服务于医生和法官的日常医疗实践需要与审判实践需要。但另一方面,无论是医学研究还是法教义学研究,它们确实与医生的日常医疗实践和法官的日常裁判工作呈现出了功能子系统分化意义的差异性。因为无论是医生还是法院,最大限度地完美解决个案就是他们工作中最核心的内容,而医学与法教义学则相对超脱,更关注于具有较高抽象性与普遍性的具有体系性价值的理论建构与产出。

由此可见,法教义学一定是一种以概念和命题的提炼与体系化为核心特征的工作,因此具有很高程度的抽象性。正如德国法社会学家卢曼所指出的那样,法教义学的概念并非“固定意义”,而是“提供批判距离的可能性,从中组织一种思考、证立、关系权衡,并从中证立法律材料的可运用性,即给定的控制”。^① 它非但不“禁锢精神,反而提升了处理文本与经验的自由度”。由此可见,法教义学既提升了法的确定性,也增加了法的不确定性,因为法教义学总是能够预先为未来的个案裁判提供“比实际需要的更多的可能性”。^② 这意味着,“法教义学的规则也包含了其他判决可能性的普遍化与问题化”,^③即出现在司法裁判程序中的诸项法律论证,并不仅仅是针对个案中的个人,也不仅仅是针对个案纠纷解决的妥适性,而是针对未来类似案件的适用。甚至,个案的妥适性以及安抚纠纷当事人的愤怒也受到压制,而“同案同判”原则成为司法活动主导型的建构性因素。^④ 法教义学使得司法裁判的判准从法律纠纷的日常生活的具体情境中解脱出来,从而使得法律概念与命题的某种“图示化运用”成为可能。^⑤

上述关于法教义学与裁判系统的功能分化与合作的论述,可以帮助我们更深刻和更透彻地观察“学艺不精说”的不足之处。“学艺不精说”强调法律方法论的实战性运用。法律方法论注重规范在个案裁判中的正确适用问题,因此强调各种法律适用方法的比较、提炼与总结,其目光关注的焦点是“规范与事实之间的往返顾盼”。^⑥ 法教义学概念和命题的提炼与生产,当然也无法回避“规范与事实之间的往返顾盼”,但由于法教义学专注的重点并非“个案裁判的正当性”问题,而是通过“同案同判”的正义原则引导此种“规范与事实之间的往返顾盼”,因此法教义学工作更侧重于“法适用关系的关系化”,即将诸多同类个案裁判中适用的各种具体判定案件事实之“相同”或“不同”的分类范畴与根据进行“比较”“分析”“归纳”与“反思”,在此基础上予以概念化、命题化和系统化,从而将这些判准法教义化。^⑦ 如此一来,通过法教义学工作,这些根据个案情境形成的分类范畴与根据就从个案情境中“脱嵌”出来,变成抽象的和普遍化的可以适用于此后不同个案情境的法教义学概念与命题。从法律系统演化的角度看,法教义学的发展和成熟在法律系统内部承担了一种特殊的功能,那就是将法律系统通过裁判获取的规范经验以“意义沉淀”的方式予以提炼与总结,形成法命题,从而使法律演化的成就得以稳定化。^⑧

就此而言,如果法律方法论的功能定位是对“规范—事实”关系的反思与控制,那么法教义学的功能定

① Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Verlag Kohlhammer, 1. Aufl., 1974, S. 16.

② Niklas Luhmann, Kontingenz und Recht, Suhrkamp Verlag, 1. Aufl., 2013, S. 244.

③ Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Verlag Kohlhammer, 1. Aufl., 1974, S. 19.

④ Vgl. Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp—Taschenbuch Wissenschaft, 1. Aufl., 1995, S. 261—263.

⑤ Vgl. Niklas Luhmann, Kontingenz und Recht, Suhrkamp Verlag, 1. Aufl., 2013, S. 221.

⑥ [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第10页。

⑦ Vgl. Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Verlag Kohlhammer, 1. Aufl., 1974, S. 17—18.

⑧ Vgl. Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp—Taschenbuch Wissenschaft, 1. Aufl., 1995, S. 274—276.

位则是“对判决之间的一致性检验”，^①简而言之，就是使类似案件获得一致的解决方案。^②当然，这并非否认法教义学在一定程度上有提升裁判成效的功能，而只是说，虽然法教义学确实能够卸裁裁判过程中的一部分论证负担，但它同时又大大开放了更多的反思可能性空间，因而大大增强了个案裁判的论证负担，也大大“增大了裁判的困难”。^③

总之，法律方法论更注重法律适用的妥适性问题，因此其处理的核心问题是“规范与事实”之间的关系，而法教义学则进一步处理个案裁判之间的一致性问题，因此更侧重于概念和命题的选择、提炼与体系化的工作。如果我们无法有效地区分法教义学与法律方法论之间的联系与区别，那么我们就无法进一步认识法教义学内容的生产与繁荣的可能性及其条件问题。

四、中国本土化法教义学理论不发达成因的再反思

通过把法教义学放到法律系统整体的演化和发展的历史中观察，我们发现，虽然在法律系统演化的某个特殊阶段，法教义学与司法裁判系统在功能上分化开来，形成某种既相互独立又相互合作的关系，但法教义学仍然是法律系统内部的子系统，法教义学研究本质上仍然以法律系统的演化与自主为条件，同时又受法律系统演化和发展程度的制约。也就是说，法教义学本质上是一种制度推动的法学。^④因此，法教义学与司法裁判系统，都要受法律系统内部“同案同判”之正义原则的规制。就此而言，是否存在着一个在现代社会中承担“保障规范性预期”功能，根据“合法/非法二值代码”建构起来的，以“同案同判”为最高标准运行的，从全社会中分化出来的法律系统，就构成法教义学概念和命题之提炼与生产是否有可能充分发展并繁荣的基本条件。

换句话说，法律系统从整体社会结构中分出的程度与法教义学概念和命题的提炼与生产之间，既互相作用，又互相限制。很难想象，一个国家的法律体系除了提供相对严格的“合法/非法”的裁断之外，还承担维稳、教育、良知调节等其他各种功能，甚至这些功能的分量还大大超过提供合法性判断的功能时，该国法教义学的概念和命题的提炼与生产会比较发达与繁荣。

中国的法教义学研究长期徘徊在比较法意义上的对西方法教义学研究成果的评介，却难以形成本土化法教义学理论，其中最根本的制约因素，就在于中国法律系统并未充分地从中国社会整体的结构中分化出来，并以此种分化为前提建构起法律系统相对于社会整体环境的相对自主的内部复杂结构。更具体地说，尽管中国已经初步建立起“立法”与“司法”的功能分化，也建构起了一套相对比较完备的法律程序机制，但整个中国法律体系并未严格按照“合法/非法”这个二值代码化的图示建构起来，也因此整个法律系统内部的运作也没有完全按照“相同情况相同对待，不同情况不同对待”之正义原则的引导与规制进行。^⑤

这也许可以解释，晚近法教义学研究者对最高人民法院2011年推出的指导性案例改革的“过分热情”（尤其是对比司法实务界的冷淡态度）以及对“同案同判”原则的强烈主张。^⑥因为恰恰是“同案同判”原则使得法教义学的概念、准则、原则和裁判规则被凸显出来，并成为法官对抗针对个案与个人的论证思路。^⑦而反过来说，由此产生的大量司法判决和论据，经过进一步的整理与提炼又成为法教义学研究的基本素材。法教义学研究只能依据这些素材生产出有效产品。只有具备成熟的裁判制度，才有可能形成规模化的本土化法教义学理论成果。而只有“同案同判”原则在法律系统内部得到真正落实，成熟的裁判制度才

① Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Verlag Kohlhammer, 1. Aufl., 1974, S. 19.

② Vgl. Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1. Aufl., 1995, S. 274.

③ Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Verlag Kohlhammer, 1. Aufl., 1974, S. 22-23.

④ “受制度推动的法学”的说法来自于德国法学家阿列克西，但本文中该概念的含义与阿列克西语境中的含义略有不同，本文更清晰地指向作为法律系统内部分化之子系统的系统化的法教义学研究实践。阿列克西关于“受制度推动的法学”的阐述，参见[德]阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第316页。

⑤ 参见泮伟江：《当代中国法治的分析与建构》，中国法制出版社2017年版，第3~35页。

⑥ 参见泮伟江：《论指导性案例的效力》，《清华法学》2016年第1期。

⑦ Vgl. Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1. Aufl., 1995, S. 264.

有可能真正实现。持“无米之炊说”的学者仅仅认识到裁判与学说沟通机制的匮乏,尽管看准了方向,却又看错了对象。

大量的事例都表明,我国现阶段的个案裁判过多地承担了维稳和道德教育功能,因此并没有严格按照“合法/非法”之图示进行。在我国各级法院的判决中,大量的判决都是“情理法并重”,哪怕在立法规则和相关法教义学通说都很明确的情况下,都可能会因为个案裁判之“社会效果”(如考虑个案判决对“维护社会稳定”“为经济建设保驾护航”等方面的影响)而突破法律的界限。

一个典型的例子就是中国法院对于“疑难案件”的态度。在一个法律系统自主的社会中,疑难案件并不是作为“麻烦”而是作为法律系统发展与演化的“机会”而出现的。所谓疑难案件,简单地说,就是利用法律系统既有资源很难对案件事实的“合法/非法”做出判定的案件。法律系统并不着眼于个案地解决疑难案件,而是通过案件的判决对权利进行类型化构造,从而形成抽象的权利界限和规则,将解决个案纠纷的经验内化到治理结构中,变成治理结构的内化经验和知识。

当然,通过提供非此即彼的答案,法律系统并不保证围绕疑难案件的相关争议完全消除,而实际情况往往可能是,法律系统给出的关于案件事实的合法或非法的判决,进一步激化了围绕案件事实产生的矛盾。正因如此,我国法院对于疑难案件往往避之唯恐不及。下级法院遇到疑难案件,往往倾向于通过内部的请示与汇报制度来转移“麻烦”与责任,而上级法院也往往千方百计地回避公开审理疑难案件。而在最高人民法院公布的指导性案例中,几乎不见真正的疑难案件,最高人民法院更倾向于选择公布争议较少,实际上已经在实践中被接受甚至最高人民法院司法解释已经规定得比较清楚的案件。^①

当法院不是将疑难案件看作法律发展和演化的资源与机遇而是看作避之唯恐不及的“麻烦”时,则“法律系统的分出”与法教义学的发展空间就是非常有限的。在这样一种心态下,法院跳脱法律系统本身为司法裁判所设置的轨道与界限,将裁判调解化,从而按照某种“摆平理顺”的原则和方法论处理案件,或许就在所难免。

我国司法实务对正当防卫类案件的处理,或许是说明上述问题的一个特别典型的例子。我国司法实务对正当防卫的认定一直存在着过严的问题。正如有学者指出的,虽然 1997 年刑法修改放宽了对正当防卫的限制,鼓励当事人进行正当防卫,但从 1997 年至今,司法实务对正当防卫认定过严的做法并未得到实质性改观。^② 说我国现行刑法中正当防卫条款是一个“沉睡条款”或“僵尸条款”并不为过。如果仔细分析我国司法审判实践中的相关判决,就可以发现,在个案审判中,法官往往根据个案裁判的具体需要,随意地限缩刑法中正当防卫条款构成要件的范围。

由此可见,我国法院在审理正当防卫类案件时,多数个案裁判并没有按照“合法/非法”的二值代码所规定的结果运作,而是在个案裁判中“因时因地制宜”,以各种不同的方式对正当防卫条款做了各种各样的限制和改动。正如有学者指出的,“正当防卫制度本身以‘法无需向不法让步’为基础,因而,它势必要求相应的裁判机制与法律系统重视法与不法之间的明确区分”。^③ 但即便如此,正当防卫类案件仍很难做到“同案同判”,因此很难对未来的个案裁判发挥应有的作用,同时也导致法教义学概念与命题的精细化作业难以开展。

这仅仅是我国司法实践根据个案需要规避甚至修改法律明文规定的一个例子。如果出现法律没有明文规定而需要法官做出复杂解释的案件,那么违背“同案同判”原则处理案件的情况就更普遍了。这种现象不仅存在于基层法院,也存在于各级上诉法院甚至最高人民法院的裁判实践中。例如,有诉讼法学者就注意到,在民事诉讼案件中,无论是初审法院、上诉法院还是最高法院,往往都在案件审判的过程中,突破法律规定的举证责任分配规则,而相对比较随意地变更举证责任的设置,从而对案件的判决结果产生实质

① 参见陈巍等:《案例指导意欲为何?——新法学·读书沙龙第七期“案例指导制度”讨论纪要》,载舒国滢主编:《法学方法论论丛》(第 1 卷),中国法制出版社 2012 年版,第 316~318 页。

② 参见劳东燕:《正当防卫的异化与刑法系统的功能》,《法学家》2018 年第 5 期。

③ 劳东燕:《正当防卫的异化与刑法系统的功能》,《法学家》2018 年第 5 期。

性的影响。^①

本文并不反对在个案裁判过程中可以适当地突破国家正式法律规则的规定,考虑个案纠纷事实的特殊性,从而实现个案正义。本文所主张的是,即便是此种个案中“超越法律”的尝试与努力,也必须在“同案同判”原理允许的范围之内,并在“同判原理”原则以及法教义学体系的引导下进行,仍然必须借助于教义学的概念与命题,通过比较个案与先例之间的“同”与“不同”,并论证“不同处理”的根据和理由来实现。^②而对于司法裁判的调解化,其实质是基本抛弃由正义原则和法教义学协同建构的法律系统的内部诸种结构化设置,完全沉迷于个案情境中的各种过于具体而特殊的政治、经济、伦理道德和情感要素,从而基本放弃了法律系统内部跨情境的图示化运作。这显然是与“法律系统的分出”趋势完全背道而驰的。

五、对本土化法教义学理论未来发展的审慎展望

一个有着几千年文明传统,人口超过 13 亿,面积 960 多万平方公里的东方大国所进行的法治转型,一定是人类历史上前所未有的大事件。经过 40 年的改革开放,我国社会已经发生了深刻的转型与变化,目前我国已经进入超大规模陌生人群治理的新阶段和新常态,呈现出许多前所未有的新特征。例如,个人需求的多元化与复杂化,大规模人口流动带来超大规模陌生人群治理问题,人与人通过商品关系突破了空间限制而不断地被抽象化与复杂化等。^③

在超大规模陌生人社会中,整个社会机制也必须随之演化。这就对“法律系统的分出”提出了要求。换句话说,这需要我国的法律系统能够在内部建立起足够的复杂性,从而能够化约我国超大规模陌生人社会阶段的社会过度复杂性。这就要求我国司法系统不能再是一个超大规模的“基层法院”。

这既对中国的法教义学提出了挑战,也提供了千载难逢的机会,赋予法学研究者以时代的伟大使命。中国的法教义学应该为这个伟大的时代贡献出大量高质量的本土化法教义学理论成果。但当前的现实是,尽管中国法学研究越来越多的认识到此种使命与担当,并且做出了艰苦卓绝的初步努力,但结果仍然令人失望。法教义学研究者因此也在痛苦与失望中进行着反思。“学艺不精说”富有自我批评与自我反思的精神,将所有的责任都揽到自己身上,认为主要是因为“我们做得还不够,我们做得不够好”。部分有识之士则认识到,在现代工业化大生产的时代,对现状与不足的反思更应关注生产机制与体制问题,并初步指出了学说与判例良性互动与沟通机制等方面的缺陷。但这些思考仍然是初步的,原因是他们都停留在具体的和局部的制度设置上,而缺乏对一个能够为法教义学的发展提供基础性条件的整体性架构的思考。因此,问题的关键是描述出这个作为具体部门法教义学研究基础的一般性架构,并基于中国法律发展的阶段与现实,将该架构在具体制度层面予以具体化的落实。

卢曼早在 20 世纪 70 年代就曾指出,如果要演化出现代法律系统,就必须在以下三个方面实现法律系统的内部复杂性:首先,法律系统内部规模的提升,即法律系统内部要素数量的增加。这主要是指法律系统内部案件判决的数量。其次,法律系统内部多样性的提升,即要素差异性的提升。具体来说,就是法律系统内部判决多样性的提升。最后,法律系统内部诸要素的相互依赖性的提升,即要素间的依赖性提升。具体来说,这是指判决之间的相互依赖性。^④

按照卢曼的观点,法律系统内部这三个层次的变化可能性,为法律系统提供了对环境复杂性变化做出不同反应的可能性。反观中国法律系统内部复杂性建构的问题,我们可以发现,当前中国法律系统内部复杂性的前两个层次的条件已基本具备。

例如,根据姜峰教授的整理与统计,自改革开放以来,我国法院受理案件已经连续增长 30 年,从 1978 年的 61 万件增长到 1 200 多万件,增长约 20 倍。30 年里法官人数则从 1978 年的 6 万余人增长到目前的

① 参见胡学军:《中国式举证责任制度的内在逻辑》,《法学家》2018 年第 5 期。

② 参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 246~315 页。

③ 参见泮伟江:《超大规模陌生人社会治理:中国社会法治化治理的基本语境》,《民主与科学》2018 年第 2 期。

④ Vgl. Niklas Luhmann, Kontingenz und Recht, Suhrkamp Verlag, 1. Aufl., 2013, S. 257.

21万余人。这还仅仅是全国法官数量与案件数量的平均数,并未考虑地区差异。显然,经济发达地区法院审理的案件数量要远超这个数字。例如,江苏省法院每年审结的案件数量在90万件以上。^①法院审理案件数量的急剧增长,已经催生出各种各样的关于我国法院“案多人少”现象的热烈讨论以及法官额制改革、法院审判“繁简分流”改革的诸多改革措施。

就案件类型的多样性与差异化方面而论,我国法院处理的案件类型,从新中国成立初期民事方面以离婚案件为绝对多数,刑事案件以杀人、强奸等传统罪名的案件为主,如今逐渐出现各种各样民事、刑事、经济、金融、环境、行政、互联网纠纷等大量的新型案件类型。

然而,我国司法裁判明显而普遍的“调解化”特征,却妨碍了我国法院每天处理的大量和不同类型的案件之间相互依赖性的有效建立。我国的法律体系仍是一个低度教义学化体系。这大大限制了我国法律系统内部适当复杂性的建构。每天发生在全国各级法院中的大量法律演化与创新,既无法通过法教义学提炼的概念而在语言上固化与沉淀下来,也未能被提炼和总结成一般性的法教义学命题,而是再次被法律系统所遗忘。

基于实践需要,许多基层法院的法官尝试将法庭内部反复大量出现的一些案件类型的审判经验予以文字化和系统化。尽管这些工作仍然属于案例材料的“粗加工”,因此仅仅是第一层次的法学研究,但此类需求之旺盛与普遍存在客观上仍表明了司法实践对高质量本土化法教义学成果反哺司法审判实践的渴求。晚近互联网技术的发展及其在司法系统的适用,带来了案例数据库建设的蓬勃发展,这虽然不能根本性地实现“同案同判”,但确实一定程度上改善了局面。^②

种种迹象表明,中国法律与社会的演化已经进入某种实质而关键的“演化关口”阶段。随着进入超大规模的陌生人社会,各种全新的问题也随着演化的升级而涌现出来。中国“法律系统的分出”虽然仍面临着一系列的现实障碍与困难,但社会对法律提出的功能要求是现实存在的,由此产生的刺激与推动“法律系统分出”的动能与力量也是巨大的。同时,在社会与法律的共同演化和转型的过程中,各种认识也在不断地深化。这是一个暗潮涌动的过程,它有利于本土化法教义学的各种条件的发育和成长。中国法律体系进一步的分出与自主化的未来仍然是可期的。反过来说,大量高质量的本土化法教义学理论成果的涌现,如果有朝一日成为现实,那么其对整个中国“法律系统的分出”与自主性的实现,也是大有帮助的。

面对着这个伟大的时代,中国的法教义学研究者与法学理论研究者,是否能够担当起我们的使命?基于中国司法的伟大实践,中国本土化的高质量法教义学理论成果是否能够不断涌现?在全面依法治国的号角声中,在轰轰烈烈的司法改革背景下,以“同案同判”之正义原则为基础的法教义学和司法裁判机制能否形成合理的分化与自主,各自突破“瓶颈”,脱颖而出?未来中国是否能够打通理顺学说与判例之间良性互动与合作的各种体制与机制性障碍?未来中国的法教义学研究者与中国的司法实践者,是否能够通力合作,共同演奏出中国法治转型伟大时代的乐章?

我们不妨拭目以待!

责任编辑 王虹霞

① 参见姜峰:《法院“案多人少”与国家治道变革》,《政法论坛》2015年第2期。

② 数据库建设的实质是将大量的案例收集在一起,并适当地通过一些算法使人们可以通过搜索来发现类似案件。但此种通过算法形成的类似案件,与通过上诉机制,尤其是通过论证与说理形成的类似案件,是两种性质完全不同的“类似案件”。参见贺剑:《法教义学的巅峰:德国法律评注文化及其中国前景考察》,《中外法学》2017年第2期。