

# 论法学家与法律家之思维的同—性

周 贇

(厦门大学法学院副教授、法学博士 福建 厦门 361005)

**摘要:**虽然从表面上看法学家与法律家之间存在各种不同点,其中最重要也最内在的一条似乎是法学家从事的是理论研究工作,而法律家从事的是法律实践工作,但是,如果仔细考察法官工作的事实认定和法律适用过程,那么就会发现两者的思维模式其实是一致的。这就意味着法学家与法律家主要具有的是同一性而非表面看上去的各种差异性。指出并证立这一点,除了有助于更清楚地认知二者关系之本质面相外,还有助于我们考察当下我国高等法学教育模式的设置基础和进一步调整等问题。

**关键词:**法学家 法律家 思维模式

## 一、引言:问题的提出及限定

有论者在谈及国内法理学现状时指出,在相关研究中强调、或过分强调所谓理论联系实际,虽可能使“法理学具有某种实用性,但其实际效果却事与愿违”,<sup>①</sup>因为这一做法很容易导致“内则法理学之学理、学格丧尽,外则法理学之声誉渐丧”;<sup>②</sup>而另有论者在谈及国内部门法学时更是坦陈:“中国法学要想真正作出独立的贡献,中国法学者要想提出富有创见的理论,就必须走出‘对策法学’的误区,真正从学术的角度、世界的眼光来分析‘中国问题’,并在解释和解决问题的过程中反复设定疑问,引导出富有见地的新思想和新理论”。<sup>③</sup>看起来,这是一种与过去动辄强调理论联系实际、强调理论源于但又高于并指导实践的说法有所不同甚至对立的论调。应当说,至少从如下意义上讲,此种论调当然有道理:法学家本就应该是在“坐在书斋”(指外在于法制实践)中的观察者、学习者和研究者,其职责在于按照理论逻辑进行理论认识、理论批判及理论构建,这使得他们的研究工作基本与法律实践尤其是具体的法律实践没什么直接(此处的“直接”特指理论研究不直接服务于、更非直接指导实践)关联,甚至也不应该有什么直接关联。

那么,是否可以就此认为法学家与法律家存在根本的不同、或在主要层面上存在不同?俗语云,真理再进一步往往意味着荒谬。至少在这个问题上,我们又看到了这句俗语的真理。因为当我们仔细打量如下一些经验现象时就很可能对如上推论产生疑问、进而发现很有必要对这样一组问题作一番细致思量:法学家与法律家及其工作是否真的存在根本不同?还是说至少在某些主要层面上具有一致性以至于一个人或一部作品可以同时扮演好法学家与法律家或论文与法律文书之角色?如果是,那么这种一致性是偶然现象还是必然逻辑?进一步而言,又是什么决定了这种一致性之偶然或必然存在?

可能引发如上疑问的典型现象有:假如法学家与法律家真的存在根本不同、或在主要层面上不同,那

基金项目:国家社会科学基金资助项目(12CFK007);福建省社会科学基金资助项目(2012B017);中央高校基本科研业务费资助项目(2013221017)

么,首先,如何解释古罗马法律家与法学家工作的同—性(部分法学家关于疑难案件的解答以及部分法学家的作品可以直接用来作为判案依据)?其次,如何解释自汉代以来盛行于传统中国“引经决狱”判案模式中经学家的关键职能<sup>⑦</sup>或者,如何解释传统中国几乎所有青史留名的“X青天”们总是习惯援引儒家经典作为判案依据,且其自身往往就是高明的经学家?再次,如何解释至少在普通法历史上,几乎所有的法学家同时又是大法官、大律师?这一点也可以表述为:为何普通法系国家中一个好的判决书几乎就是一篇极佳的法学论文?或者,为何法学家关于某个经典案例的理论剖析文章往往又可以被视为一个说理充分的判决书?以及,为何有时候在普通法系国家的法律实践中一些理论家的作品会被援引来作为权威的裁判理由<sup>⑧</sup>复次,如何解释至少清末民初以来的前几代法学家往往同时也是法律家的现象<sup>⑨</sup>最后,又如何解释为什么今日中国的许多在职(往往是检察官、法官或律师)法律硕士生们——当然有的也可能是单纯为了一种经历或其他什么——愿意重返高校学习理论而不是案例分析技巧或其他什么实践经验?

当然,在当下我国之所以有特别的必要澄清法学家与法律家思维的同—性,也是因为它可能有助于我们反思我国高等法学教育的顶层设计:当前,似乎从高层决策者到高校、教师以及学生都认为,由于法律是一种强实践理性智慧,因此有必要加大高等法学教育中的“实践教学比重”。<sup>⑩</sup>而如果能够证成法学家与法律家思维的同—性,那么所谓加重高等法学教育中的“实践教学比重”可能就是不必要的。如果再考虑到如下一点,那么我们甚至可以说此种制度逻辑可能具有一定的误导性:它可能使人们尤其是年轻学生们认为既然法律是一种强实践理性智慧,那么就没有必要努力学习法学理论。然而实际上,一门职业无论是否具有强实践意味,都一定首先需要认真对待相应的理论学习。

为了论说的方便性与清晰性,在回答如上问题之前,有必要对本文涉及的几个术语作一说明。(1)所谓“法律人”,泛指一切以法律、法学为志业的人,包括法学家和法律家。(2)所谓“法学家”,指那些以法律理论产出为主要工作的职业人员。很显然,最典型的法学家是单纯供职于高校、科研院所的教研人员。<sup>⑪</sup>而所谓“法律家”,指主要以解决法律实务问题为志业的职业人员。相应的,最典型的法律家是法官和律师。(3)有些法律人可能既是法学家又是法律家,如前文提及的普通法系国家的大法官们。那么,这是否意味着本文对“法律家”与“法学家”之界定含混不清?对于这种可能的质疑,笔者可以预先作出这样的回应:所谓一个人同时是法学家与法律家往往是从不同角度或者说对该人的不同侧面进行界定的结果,而这不能从反面推导出本文界定的不清晰,这正如我们可以清晰地界定“丈夫”与“儿子”但又并不妨碍我们可以将某人既认定为丈夫又认定为儿子的情形。从某种意义上讲,也许正是因为经验世界中存在这种混淆的可能才恰恰说明本文的界定是清晰的,这正如当代著名法哲学家拉兹当年在谈及概念模型的创设时曾指出的:“我们应当记住,清晰的概念区分并不意味着概念所涉及的事例也清晰存在。所以,缺乏清晰事例不应当成为我们努力阐清概念区分的障碍”。<sup>⑫</sup>

## 二、理论与实践的表面分野:法学家与法律家的相异表象

乍看上去,法学家与法律家存在太多的不同:从工作内容上看,法学家从事的是事理认知与理论探析、争鸣的工作,而法律家则以解决实践中的法律问题即为实践中的法律问题提供可接受的答案为主要任务;从工作形式上看,法学家往往以理论成果的产出为衡量标准,而法律家则往往以纠纷是否得到妥善解决为标志;从工作的属性上看,法学家的基本属于个人思想自由的范畴,因而法学的昌盛多以研究是否自由、是否具有创造性为前提,而法律家的工作往往涉及公共权力、公共利益或单个公民的现实利益,因而需要遵循严格且既定的程序并以一种相对保守的立场权衡各种实际利益。一般而言,法学家对法治实践的影响往往是“慢性”或间接的,而法律家对法治实践的影响则往往是“急性”且直接的……

首先必须承认的是,对于如上提及的这些区别以及其他一些此处尚未提及的法学家与法律家的不同,在现实中肯定是存在的;但承认这一点并不意味着两者在根本上不同,或者说在主要层面上不同。因为一对本质相同或内在矛盾相通的事物,完全有可能在现象上表现出巨大的差别,这正如一对现象上非常相近的事物其本质却可能根本不同一样。事实上,在如上列举的区别以及其他尚未罗列出的区别中,除了工

作内容的不同这一点是两者看上去不可逾越的区别外,其他诸如工作属性、工作形式以及对实践的影响等方面,其实都只不过是外部因素(如国家体制设定)导致的二者之分别,而并非由法学研究、法律实践本身所致,因此,也随时可以随着外部环境的变化而相互交融甚至替换。关于这一点,我们可以很清楚地在古罗马法律实践中的“法学家”与当代相关主体之比较中看到:在古罗马,尤其是那些所谓钦定——所谓钦定,当然也就意味着是一种正式的国家制度安排——法学家,其关于疑难案件的解答乃至个人学术作品都可能被直接用作判案依据,因而至少从这个角度看与当代法制实践中的法律家工作形式、与实践的直接关联度以及工作属性、甚至是否具有公权属性方面都并无什么不同。可能也正是从这种意义上讲,英国的罗马法专家尼古拉斯经过一番考察后才会得出这样的结论:“在现代世界没有与罗马法学家严格对应的职业”。<sup>⑩</sup>德国法学家萨维尼也才会认定,在古罗马世界中,“他们的理论和实践乃是同一的。他们的理论是构建来即刻加以适用的,而他们的实践则因为秉受科学的洗礼而全然升华”。<sup>⑪</sup>

至此我们可以看到,所谓法学家与法律家的不同,真正出自其本性的区别也许仅仅在于他们工作内容的不同,这种不同套用马克思的那个著名的口号可以表述为:法学家的任务在于“认识世界”,而法律家的任务在于“改造世界”。简言之,法学家的任务是理论,而法律家的任务是实践。

在哲学界,对“理论”与“实践”之关系的认知历来存在争论:在传统中国,它们大体可以替换为“知”与“行”的关系,人们在讨论其关系时有的强调“知在行先”,有的认定“行在知先”,而有的则试图调和二者故主张“知行合一”;在西方国家的哲学谱系中,也分别有类似如上三种主张的认识。<sup>⑫</sup>当然,为当代中国学术界更为熟悉的则是深受马克思主义哲学影响的毛泽东思想中关于二者关系的分析:在《实践论》一文中,毛泽东同志根据他对马克思主义哲学的把握提出:“只有人们的社会实践,才是人们对于外界认识的真理性的标准……人在实践过程中,开始只是看到过程中各个事物的现象方面,看到各个事物的片面,看到各个事物之间的外部联系……这就叫做认识的感性阶段,就是感觉和印象的阶段……社会实践的继续,使人们在实践中引起感觉和印象的东西反复了多次,于是在人们的脑子里生起了一个认识过程中的突变(即飞跃),产生了概念……这个概念、判断和推理的阶段,在人们对于一个事物的整个认识过程中是更重要的阶段,也就是理性认识的阶段……即达到于论理的认识”。<sup>⑬</sup>总之,我们可以用毛泽东同志自己的话将其理论与实践的关系观概括为“通过实践而发现真理,又通过实践而证实真理和发展真理”。<sup>⑭</sup>

从如上简要描述中我们可以看出,虽然中西方国家的不同学者对于实践与理论关系的认知各有不同,也各有千秋,但似乎无论哪一种观点都建立在实践与理论二分的前提基础上。换言之,它们都认定实践与理论是根本不同或至少可以说是在主要层面上不同的两个范畴。这一点即便在有些喜好立异、也颇具思想锐度的学者那里似乎也得到了承认,如法国哲学家福柯就明确宣称从理论到实践有一段巨大的距离,所谓“需要被采纳的方案、战术和目的对于那些正在进行战斗的人来说是一个问题。知识分子能做的事情是提供分析的工具……对于说‘这正是你必须做的!’这句话来说,他当然什么也没有提供”。<sup>⑮</sup>

然而,即便我们承认法律家的工作是“实践”而法学家的工作是“理论”,并且也承认从哲学角度看实践与理论确实存在根本的不同,也并不一定意味着法律家与法学家在根本上或在主要层面上是不同的,因为如果我们可以证成如下命题,那么就能说明法学家与法律家在本质上恰恰具有同一性:作为典型的实践理性之学的法学从根本上与法律实践具有一致性,而法律实践过程中对事实的认定以及对法律规范意义的阐释又具有理论认知的面向,两者具有的主要是相通性、相同性而非相异性。

### 三、相同的思维模式:法学家与法律家同一性的根本基点

在《伦理学》中,古希腊著名哲学家亚里士多德曾将人类智慧区分为实践智慧和理论智慧。后来,人们渐渐地把它们对译为“实践理性”和“技术理性”。<sup>⑯</sup>其中,技术知识是实现某种一般的规范或范式的知识,它具有可规律化、确定性、可通过语言传授、进而可机械应用的特征,当然,它也存在明显的外在且预先之判准。与技术智慧总具有一个外在的目的因而其判断标准也总是相对更为客观不同的是,实践智慧往往以“做好本身为目的”,相应的,也只能以“是否做好”作为它的判准。具体说来,实践智慧是一种关于一般

规范就某个别情况如何可被给予具体内容的知识,因此它所意欲的结果不能先于该具体情况而给定。此外,与技术智慧可以简单传授不同,实践智慧必得仰赖此种知识的运用者在具体语境中主观能动性的发挥。这就是说,实践知识具有不可精确性、可意会而不可言传性、不可机械应用性并且也很难完全规律化的属性,因而往往没有外在的判准。<sup>⑦</sup>显然,按照这一标准、当然也按照亚里士多德本人的划分,可以很容易地认定伦理活动、法律活动、政治活动都是典型的实践智慧,因而相关的学问就是所谓的实践智慧之学。

德国著名哲学家加达默尔接着亚里士多德的观点指出,实践智慧之所以具有如上特性,是因为它的“对象”并非永远固定而是处于经常变化之中的具体的人类实践。在典型的实践智慧运用的情形中,人们总是需要根据具体的语境不断充实、修正预先设定的规范、标准。加达默尔指出:“人对于他应当是什么所具有的观念,也就是他的正当和不正当的概念,他的庄重、勇敢、尊严、忠诚等概念,虽然某种意义上都是人所注目的理想观念,但它们与那种要制作的对象的计划对于手艺人所表现的理想观念仍有区别……手艺人由于对他的对象具有计划并且又有执行规则,从而他着手执行这项计划,但是,他也可以被迫使自己适应于具体的情况和所与的条件,也就是说,他可以被迫不完全像他原来所想的那样去执行他的计划。但是这种改变决不意味着他关于他想要做的事情的知识因此而更加完善。他其实只是在执行过程中省略了某些东西。就此而言,这里所实际涉及的乃是他的知识的应用以及与此联系的讨厌的不完善性问题。反之,在‘应用’法律的人那里完全是另一种情况。在具体情况里他将必须松懈法律的严厉性。但是,如果他这样做,并不是因为他没有别的更好办法,而是因为如果不这样做,他将不是正当的”,<sup>⑧</sup>并且更重要的也许是,虽然“他在法律上进行缓和,他并没有减低法律的声誉,而是相反地发现了更好的法律”,<sup>⑨</sup>而这其实也正是古希腊、古罗马中的“衡平”或“公道”观念;并且,也只有在这个意义上,我们才能理解为何德国著名哲学家康德可以断定:“最严格的法律是最大的错误或不正当”。<sup>⑩</sup>

这也就是说,当法官在应用一条规范处理案件时,他并不像手艺人那样只需要简单地将规范照搬或套用到案件中就可以,因为法律总是抽象、概括的,而案件本身又一定是具体的,所以法官必须进行“缓和”,即根据案件的具体情况进行一定的修正才可以公道地适用法律。笔者认为,正是法官工作具有的这一属性才使法官以及其他法律实践家在运用法律解决问题的过程中实际上具有了事理认知与理论探析(即理论工作)的本质面向。关于这一点,我们可以从法官工作最核心的两个方面——事实认定和法律适用——进行分析和证立:

1. 关于事实认定。大体说来,法官认定事实的过程在根本上也是一个类似理论家进行事理认知即“认识世界”的过程。关于理论认知的过程,康德曾经有一个绝妙且著名的说法,即人类认知世界的过程其实也是“人类理性为自然立法”的过程,所谓当人类走向自然界并试图认识后者时,“不是以小学生的身份复述老师想要提供的一切教诲,而是以一个受任命的法官的身份迫使证人们回答他向他们提出的问题”。<sup>⑪</sup>换言之,“不存在能够远离经验的对世界的描述。虽然我们认识的世界不是我们的创造物,也不只是我们观点的某种提要,但是除了依据我们自己已有的概念工具,经验世界就不可能被认识”。<sup>⑫</sup>如果我们认可康德的这个说法,再考虑到法官认定事实的过程其实也是拿着法律规范中的概念、术语不断地向案件事实本身提问,不断剪裁、规范案件事实本身进而将它们加工为法律事实的过程,那么所谓法官的认定事实工作不正是一项典型的理论工作?论及此处,也许有人会说,就算从这个角度看法官的认定事实工作确实具有理论工作的本性也不意味着法官的这项工作与法学家的相关事理认知工作一致,因为法官毕竟面对的仅仅是具体的事物或案情,而法学家的认知则往往需要从具体到抽象或从现象到本质的跃进。对于这种可能的质疑,笔者可以预先作这样的回答:首先,笔者意欲证立的并不是法律家与法学家工作的完全一致性,而仅仅是为了证明他们的工作在最核心层面即思维层面上具有同—性。其次,其实所谓法官更多关注具体、关注现象而法学家更多关注一般、关注本质说到底不过是人们的一种偏见而已。因为一方面,至少对于那些高明的法官而言,当他意欲作出一个明智的判决时,一定少不了要将涉案事实与相类似案件中的相关事实作一比较、把握,而这种比较、把握的过程其实也就是一般化的过程;另一方面,所谓事物的本质其实很难界定清楚,当法官将“许霆案”<sup>⑬</sup>中当事人那一系列行为现象认定为“盗窃金融机构”时是否

属于对事物本质的把握和揭示?对于事物“本质—现象”二分命题更要命的也许是,其实无论是本质还是现象都不过是有关主体所能够把握的事物层面而已,即不仅现象而且“一事物的本质(也都)不过是关于‘此物’的见解而已”。<sup>④</sup>

2. 关于法律适用。曾经有媒体报道,有些地方人民法院正组织人手进行所谓判案软件的开发。<sup>⑤</sup>很显然,在相关人士看来,法律适用是一项相对简单或至少不需要发挥创造性的工作。果真如此,那么法律适用将肯定与理论工作不具有同一性。然而,事实恰恰并非如此。为了论说的方便,我们不妨将法律适用分为如下三个步骤:第一,法律发现,即识别、判定最适于当下案件事实之法律规范的过程。第二,法律解释,即对已发现之法律进行适于当下案件事实的意义阐释。第三,法律适用,即在证立已经选定之规范及相应阐释意义与当下案件事实具有内在逻辑关联的基础上,将法律适用于案件事实进而得出法律结论。在这三个步骤中,显然前两步更具有根本性、决定性作用,因此,如果我们能够证立这两步与理论工作具有内在的同一性,那么实际上也就等于证立了法律适用与理论工作本身的同一性。

如前所述,法律发现的过程即识别、判定最适于当下案件事实之法律规范的过程。从另一个角度看,这其实也就是将当下案件这一“特殊事物”归入某个或某些法律规范这一“一般范畴”之中的过程。可以看到,这种将特殊事物归入一般事物的过程是一种典型的“判断”,而“判断,是认识的主要行为……判断是认识获得完全的实现”,<sup>⑥</sup>因此可以说这里存在一个典型的事物认知过程。就法律发现来说,这里至少认识、探知了两样本来未知的事物:一是案件事实的“本质”得到了揭示,如某个伤人行为被认定为正当防卫;二是某些规范与当下案件事实存在内在关联,如刑法中关于正当防卫的条款与本案的内在逻辑关联。

就法律解释而言,其看上去似乎更不是认知活动,但实则不然,因为当法官面对案件事实对法律进行意义的阐释时,与其说他是在“解释”<sup>⑦</sup>不如说他是在“探析”——他探析的是该法律规范在当下案件事实这一具体语境中的具体规范意图和规范语义,而这之所以属于“探析”的范畴是因为在他之前这一工作从未有人从事过。有关这一点,我们可以从哲学解释学的分析中得到进一步的证明,“尽管说话包含着把所意指的东西置于已有的词义的普遍性中去的意思,但却不能把说话认作是这样一种把特殊事物置于普遍概念中去的归类活动的组合,这一点是显而易见的。说话的人——也就是说,使用普遍的词义的人——是如此的指向对事物进行直观的特殊因素,以致他所说的一切都分有了他正在考虑的环境的特殊本质。这反过来意味着,通过与此构成而被意指的一般概念自身也通过每次的对事物的直观而得到充实,从而最终也产生出一种更适合于直观事物特殊性的新的、更专门的语词构成。因此,说话尽管是以使用具有普遍意义的前定词为前提的,但它同时又确实是一种经常的概念构成过程,语言的意义生命就通过这种过程而使自身继续发展”。<sup>⑧</sup>如果我们认同如上论说,再考虑到法官面对具体案件解释规范时实际上也就是如上一个“说话”的过程,那么,法官的每次解释难道不正是一次创造?或者我们也可以说,法律解释其实也就是典型的理论争鸣,因为不同立场的主体(如诉讼各造、法官)完全有可能对法律作出不同的理解,并且更重要的也许是从根本上讲其实并没有决然的道理可以证明谁的解释才是“唯一正解”。而这不正如在理论争鸣过程中,对某个问题的理论认知是没有决然的标准一样?<sup>⑨</sup>换个角度看,我们甚至也可以证立法学家面对法律时的研究工作与法官法律适用工作具有内在的一致性。根据通说,我们大体可以将法学家或法学的任务作这样的归纳和描述:“法学必须对其研究对象进行全方位的研究,即既要对法进行历时性研究——考察研究法的产生、发展及其规律,又要对法进行共时性研究——比较研究各种不同的法律制度,它们的性质、特点以及它们的相互关系;既要研究法的内在方面,即法的内部联系和调整机制等,又要研究法的外部方面,即法与其他社会现象的联系、区别及其相互作用;既要研究法律规范、法律体系的内容和结构以及法律关系、法律责任的要素,又要研究法的实际效力、效果、作用和价值。总之,凡属与法有关的问题和现象都在法学研究的范围之内”。<sup>⑩</sup>如果这里所谓的“法的产生、发展及其规律”不是哲学意义(此为法哲学的研究范畴,不属于本文所谓之“法学”)上的、而指的是具体的实在法(如《中华人民共和国刑法》)产生、发展及其规律,那么法学家固然需要对法进行历时性研究、共时性研究以及关注法律的内在方面、外在方面,而法律家又何尝不需要做这些工作:如果没有对法律的历时性研究和共时性研究,那么他怎么可能

在法律解释的过程中很好地运用所谓历史解释、体系解释、比较解释乃至社会解释等基本方法?如果法律家不关注法律的内部联系和外部联系,那么他怎么可能娴熟而有说服力地运用本就具有效力等级差的各种法律规范?又怎么可能确切且同时扮演社会中的“一面镜子和一个发动机”<sup>⑧</sup>之角色?

可以说就法官而言,不仅事实的构成最终取决于法官的探析,而且连作为判决结论之大前提的规范(有学者称之为“审判规范”以区别于由立法机关的“立法规范”)尽管在很大程度上要受到立法的先在制约也最终取决于探析、认知。因为正如前文所述,从根本上讲只有通过法官结合一个个具体的案件,立法的规范意义才能最终得以彰显。这也可能正是美国著名法学家德沃金如下著名论断的要害所在:“在法学与判决或其他法律实践之间,没有什么固定的界线……任何法官的观点本身就是一种法哲学,尽管它可能藏身于对案件事实等方面的争鸣之后。法学是任何判决及法律决定的无声开场白”。<sup>⑨</sup>

总之,至少在思维模式这一点上,我们有充分的理由相信法律家的思维与法学家的思维并无什么不同;再考虑到思维模式对于一项工作具有的支配性、主导性地位,我们当然有理由认为法学家及其工作与法律家及其工作具有足够的同—性。<sup>⑩</sup>

#### 四、理论与实践关系的再认识:基于法学家与法律家思维的同—性

前文尝试证成的“法学家与法律家具有思维的同—性”这一命题具有哪些可能的意味?就本文逻辑而言,或许首先要探讨的就是此一命题对于认知法律理论与实践关系所具有的可能意味。康德在谈到理论问题的一个困难时曾提示过这样一种技巧,“如果一个人不能证明一事物是什么,他可以试着去证明它不是什么”。<sup>⑪</sup>根据这种认知进路,我们不妨在探讨、揭示法学家与法律家具有思维的同—性对于法律理论与实践之关系的认知“意味着什么”之前先来看看它“不意味着什么”。

首先,它当然不意味着理论家的理论工作应当始终且直接关联着法律实践,并以“指导实践”为志业。这种说法看上去似乎与本文的主旨“理论家与法律家具有同—性”相悖,但实际上并非如此。我们强调法学家与法律家具有思维尤其是思维模式的同—性,并不意味着它们的思维本身完全一致,至少在他们思维的关注重心乃至对事物的关注层次上可能有所不同,即法学家更讲求思维的逻辑性、片面性(深刻性),而法律家则更讲求思维的妥协性(所谓“辩证思维”)、全面性;法学家更关注的是法律实践中那些可理论化、可问题化的层面,而法律家更关注的是妥善地解决实践中的法律问题。当然,指出这些不同不是为了证否两者同—性的命题,这就正如民法学家与刑法学家也有很多不同,但考虑到他们在思维模式上的基本一致性,我们还是有足够的理由将他们同时归诸法学家这一上位概念之下。指出这些不同的目的在于明了如下一点:虽然法学家与法律家具有思维模式上的同—性,但是毕竟两者具有表现上的不同。因此,理论虽然最终可能确实来源于实践但是并不总是意味着它高于实践、进而应当用来直接指导实践。

其次,虽然我们强调法学家与法律家思维模式的一致性,并且无论法学家的理论多么密切地关注实践,以及法学家们有多么强的意欲指导实践,但是决不意味着理论可以用来直接指导实践。原因有三:(1)从根本上讲,无论哪一种实践智慧之学,“它所教导的并不是去解释和决定某种具体实践情境的实际操作知识……毋宁说它是对此类知识的反思……因此,实践的科学虽然也许是一种‘一般的’知识,但这种知识与其说是制造的知识,倒不如说是一种批判”。<sup>⑫</sup>这也就是说,关于实践智慧的理论如果要成为理论而不是完全蜕变为实践本身,那么其就只能以批判作为其本来面向,这使得它注定无法指导实践尤其是无法直接指导实践。(2)一如其他理论,法学理论工作也可以以揭示实践为面向,从而在某种意义上为实践提供方法论支持,但这仍然不意味着它就高于实践进而可以指导实践,因为从逻辑上讲,法学理论并不必然可以为实践活动提供足够的方法指导。事实上,法学作为一种实践智慧之学,一如所有其他实践智慧之学,虽可以研究、揭示实践工作中使用的方法,如法律解释学对各种法律解释方法的研究,但无论相关理论怎么完善,它也无法为如何遵循这些方法制定出一套简易可行的规则,因为为了遵守这些规则实践者又将面临一个新问题:如何更好地遵循这一套规则?即实践者一定还将吁求一套指导这些规则使用的新规则。如此循环往复,以致无穷。总而言之,理论永远也无法为实践提供那“最后”的规则。加达默尔在谈及理解的

难题时曾明确指出：“不管用什么方法和手段，理解的艺术都不需要明确地意识到指导、控制它的规则。它就如修辞学一样建筑在每个人都在某种程度上具有的自然能力之上。这是一种技巧，一个具有天赋的人能以这种技巧胜过他人，而理论至多只能告诉我们为什么会如此”。<sup>⑤</sup>其实，并非仅仅理解及其理论具有这种关系，法律实践与法学理论又何尝不是如此？也正因如此，我们才可以断言，法学家无法为法律家提供足够的方法指导。（3）在面对实践中的某个具体问题时，尽管有时候法学家的相关理论成果可能确实为法律家直接采纳（在这个意义上可以说“高于”实践家提出的意见），但这并非必然，而不过是恰好此一理论成果更具可接受性而已。从根本上讲，法学家和法律家关于该问题的各自结论相互间存在的不过是一种类似“市场竞争”的“平等”关系，而非前者指导后者的关系，因为正如前述，从根本上讲，它们都不过是理论的一种罢了。从某种意义上讲，笔者赞成苏力关于法学家自恋是一种病态的说法，因为法学不能“作为一种有意图的工具来推动社会的变革。的确有这种情况，并且时而也有成功的例子。但是，就总体来说，即使成功也并不是法学本身造就了这种成功，而是社会已经发生了变化，需要这种法学或法律；或者是以法律名义的国家强力起了作用。然而，即使是后者，法律能否真正成功，能否真正为人们接受，仍然不是利用法律推进改革的政治家或法学家能肯定的，而必须经过长期的公共选择”。<sup>⑥</sup>

以上我们从两个方面考察了“法学家与法律家具有同一性”这一命题“不意味着什么”，那么，这一命题又“意味着什么”？简言之，它意味着法学家的理论研究与法律家的实践工作本质上是相通的，因而根本没有必要、也不宜夸大两者之间的区别。而只有明了、承认这一点，我们才能理解本文引言中罗列的那些现象；也才能有把握地回应引言中提出的那个问题：一个法律人之所以可能同时扮演好法学家与法律家的角色，一部法律作品之所以可能同时是一篇好的法学论文和一个好的判决，就是因为法学家与法律家内在的思维模式是一致的。

## 五、代结语：法学家与法律家思维的同一性对法学教育的意义

虽然通过“法律家与法学家具有同一性意味着什么”这一问题的讨论，笔者已经展示出本文命题的意义，但是，正如加达默尔所言：“命题的意义是相对于它所回答的问题的，但这也就是说，命题的意义必然超出命题本身所说的东西”。<sup>⑦</sup>相应的，在笔者看来，证立法律家与法学家思维的同一性这一命题至少涉及这样一个问题：当下中国看似繁荣的高等法学教育如果有意识地调整，那么应当如何调整？

从数字方面看，基本上可以断言当下中国高等法学教育已经明显呈现繁荣之势，一方面，按照一个广为流传的说法，中国法学院校已达到 600 多所；另一方面，人们对高等法学教育的质疑大概也达到了前所未有的“高度”。这其中最典型的是：学院式（理论性）法律教育有什么用？此种质疑的意思是：如果法学院的教育并不能保证一个受教育者成为一个好的部门法之法律职业人，那么法学院的理论教育还有什么用？按照笔者的观察，与法学院“同病相怜”的至少还有中医学院、文学院、音乐学院等，因为中医学院、文学院、音乐学院等也无法保证它的合格毕业生一定就能成为一个好医生、作者或谱曲者。

为了应对此种质疑，许多高校开始通过开设所谓诊所式法律教育，或通过如聘请更多法官、律师进入大学讲堂等方式来把更多的“实践技巧或实践智识”带入高等法学课堂，以帮助法学院更好地锻造出杰出法律家，进而回应高等法学教育有什么用的质疑。这种努力本身当然值得期许，但其效果却注定很可疑。其原因有三：（1）在前文中笔者已经指出，实践技巧是一种类似灵感的東西，它根本无法在课堂上进行传授，而是取决于实践者本人的禀赋以及在具体实践中的感悟、积累，正因为如此，所以美国著名法学家霍姆斯才会在讨论法学院的作用问题时断言“大师无法通过学院教育锻造出来”。<sup>⑧</sup>因此，可以肯定，不仅当下主要由理论工作者（高校教师）提供的高等法学教育内容无法保证法学院的合格毕业生成为实践高手，即便是那些高明的法律实践家，当他走向讲坛而非在具体案件中点拨学生时，也肯定无法保证后者必定成为高明的实践家。（2）同样在前文中笔者已经证立，其实法学院的所谓理论教育离实践并没有想象中的那么远，因为从根本上讲，也许除了诸如法哲学、法史学等科目以外，绝大部分法学课程与法律实践在思维模式上其实是一致的。因此，那种关于法学院的教育内容离实践太远、进而蜕变为“屠龙之术”（虽然精妙但无

实际用途,因为世间本就没有龙)的判断或担心其实并无道理。(3)从经验上看,即便是经常被国内鼓动所谓实践教学的论者拿来说事儿的、首倡案例教学的美—国著名法律教育家兰代尔也非常强调理论教育的重要性。按照霍姆斯等人的介绍,“兰代尔教学法”非常强调在坚持案例教学之形式的同时注意引导学生挖掘具体案例背后的法理、法意及逻辑,也正是因为这种对法理的重视,兰代尔才认定法学教育的中心是法学图书馆而非教室、当然更非法院或律所。“图书馆是教授和学生的应有的必要场所……它对于我们,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。”<sup>⑩</sup>可以说,所谓“兰代尔教育模式”从表面上看似乎确实是案例讨论贯穿始终,但实际上它并非不注重理论,相反,它恰恰非常重视法学教育中的理论部分,所谓案例不过是组织理论讨论的依凭而已,也即学生进入课堂之前在图书馆中进行理论思考的依凭;<sup>⑪</sup>这也意味着,所谓“兰代尔教育模式”其实与我们当下的高等法学教育——虽然我们不开—设专门的案例教学,但是其实几乎在每一门课程中都穿插着案例讨论——并无什么根本的不同,有的可能仅仅是水平或者说程度上的差距而已。

这也就是说,当下中国的高等法学教育当然有其不足,但这种不足其实很可能主要不是模式上或根本上的不足,而更多的是“人”(包括教育者和受教育者)或水平上的不足,在目前的讨论中,人们似乎很少提及或正视这一点。<sup>⑫</sup>当然这种不提及或无视很可能不是因为相关论者真的忽略了,而不过是由于正关注或讨论高等法学教育出路的往往也正是当下法学教育的从业者或受教者,因此他们往往“选择”不—正视这一问题罢了。也许当下中国高等法学教育的出路也<sup>⑬</sup>可能并不—定需要进行“百元大钞”式的革命式的调整,而可以仅仅是作“小零钱”式地不断改善和提升,<sup>⑭</sup>这意味着各级教育行政主管部门以及高校内部的教育行政主管部门应摒弃推广各种带有强制意味的教育规划或教育指导意见,而将更多的精力用在做好各种细节上面,为让每一位教师都尽可能发挥自己的能动性进而更快提升自己的水平创造条件。

注释:

①②谢晖:《法理学的能与不能》,《法学》2000年第12期。

③陈瑞华:《徘徊于问题与主义之间》,《读书》2004年第1期。

④正因为儒家精英们在“引经决狱”断案模式中的关键地位,所以笔者曾经称此种模式为“以师为吏”,以对应、区别于先秦时期部分侯国在法家影响下推行的“以吏为师”的实践。参见周贇:《传统中国厌讼文化考》,《山东大学学报》2006年第4期。

⑤一般说来,在英国,只有那些历史上的经典(1765年布莱克斯通的《英国法评论》之前),如12世纪的格兰维尔、13世纪的布拉克顿、17世纪的柯克等人的作品才可以作为法官说理的权威渊源,其他的理论作品仅具有参考意义或补充价值,但这些“参考意义或补充价值”并非不重要。而在美国则没有这个时间限制,法官甚至可以援引同一时代尚在世的学者之理论作为法律渊源。See Gary Slapper, David Kelly, English Legal System, 5th edition, Routledge Cavendish Publishing Limited, 2003, p. 5. Neil Duxbury, Jurists and Judges: An Essay on Influence, Hart Publishing, 2001, p. 24.

⑥参见许章润:《书生事业 无限江山——关于近世中国五代法学家及其志业的一个学术史研究》,载许章润主编:《清华法学》第4辑,清华大学出版社2004年版,第40—70页。

⑦参见《教育部 中央政法委员会关于实施卓越法律人才培养计划的若干意见》。

⑧这里也许有必要说明这样一个问题:对法律现象的研究可能包括两个尽管交叉却又大体可分的层面或进路,其一是从法律之外并站在实在法之前来追问法律的本质、法律的起源、法律与道德的关系等问题,此种法学可以称之为“法哲学”或“关于法律的理论法学”;其二是在法律之下、并以承认实在法为前提探析法律实施、法律关系、法律行为、法律方法等问题,可以称之为“法理学”(与一般所谓“法的一般理论”意义上的“法理学”有所不同)或“根据法律的理论法学”。有关法学的此种划分,参见周贇主编:《法理学教程》,对外经济贸易大学出版社2007年版,“绪论”第1页。考虑到“法哲学”到底是属于哲学还是属于法学颇有争议,并且在许多地方(如欧洲大陆)法哲学课程事实上也往往由哲学教授开设,也考虑到事实上大部分法学(也许尤其是部门法学)研究确实主要具有的也是“根据法律”的属性,因此,笔者在本文中“将法学家”限定为“根据法律的理论法学”意义上的法学家。

⑨Joseph Raz, The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Clarendon Press, 1979, p. 93.

⑩[英]尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第29页。

⑪[德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第24页。

⑫参见顾红亮:《实用主义的误读——杜威哲学对中国现代哲学的影响》,华东师范大学出版社2000年版,第9—69页。

⑬⑭《毛泽东选集》第1卷,人民出版社1991年版,第284—286页,第296页。

⑮Michel Foucault, Power/ Knowledge, Edited and Translated by Colin Gordon, Pantheon, 1980, p. 62.



⑫⑬ See Aristotle, *Ethics*, Translated by D. P. Chase, the E. P. Dutton & Co., 1934, p. 135.

⑭⑮⑯⑰ [德]加达默尔:《诠释学 I:真理与方法》,洪汉鼎译,商务印书馆 2007 年版,第 431—433 页,第 433 页,第 579 页,第 502 页。

⑱⑲ [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 46 页,第 91 页。

⑳ [德]康德:《纯粹理性批判》,邓晓芒译,人民出版社 2004 年版,第 13 页。

㉑ Roger Scruton, *Kant*, Oxford University Press, 1982, p. 94.

㉒ 参见《许霆案》, [http://baike.baidu.com/link?url=UiHphH663gF1F6kIS\\_zF0j5cQWh\\_kXAQPpM--9NeBlmrUm6oYZ1vGj2h7CP4JWxxotpx\\_0\\_il70EzcQoYhvK](http://baike.baidu.com/link?url=UiHphH663gF1F6kIS_zF0j5cQWh_kXAQPpM--9NeBlmrUm6oYZ1vGj2h7CP4JWxxotpx_0_il70EzcQoYhvK), 2013-06-20。

㉓ [德]尼采:《权力意志》,张念东等译,商务印书馆 1991 年版,第 191 页。

㉔ 参见李远:《中国法庭引入电脑判决系统 使用软件判案》, [http://news.ccidnet.com/art/1032/20060914/899583\\_1.html](http://news.ccidnet.com/art/1032/20060914/899583_1.html), 2013-06-25, 等等。

㉕ [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义译,法律出版社 2004 年版,第 95—96 页。

㉖ 按照一般的理解,“解释”主要不是一项创造性、探索性的活动,只有哲学解释学才第一次全面且深刻地证立了解释的创造性、探索性。此处讲的“解释”指一般意义上的解释。

㉗ 这也正是为什么再“好”的判决也总是有人存异议的原因之所在。事实上,在面对几个“旗鼓相当”的法律解释结论时,唯一有效的判断标准就是法官的司法权。换言之,至少在这种情况下,法官的解释被最终执行的原因就在于他是法官,而其他解释者不是法官。

㉘ 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版,第 2 页。

㉙ 美国法学家施瓦茨在谈到美国联邦最高法院时有一个著名的说法,即“最高法院既是一面镜子也是一个发动机——最高法院反映了其所作用的社会的的发展,并且促使社会沿着当时占主导地位的法哲学的发展方向”。[美]施瓦茨:《美国最高法院史》,毕洪海等译,中国政法大学出版社 2005 年版,“前言”。

㉚ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 90.

㉛ 美国纽约州锡拉丘兹大学法律史学者霍伊利茨的如下观点从一个侧面也呼应着本文的这一结论;或者说只有明了这一点,我们才能明白何以霍伊利茨会自信满满地宣称:“欲了解某一特定情形中的法制状况,既可以通过考察立法、司法实践进行,也可以通过考察法学家的所想、所做进行”。Michael H. Hoeflich, *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Eighteenth Century*, the University of Georgia Press, 1997, p. 3.

㉜ [德]加达默尔:《诠释学 II:真理与方法》,洪汉鼎译,商务印书馆 2007 年版,第 302—303 页。

㉝ [德]加达默尔:《哲学解释学》,夏镇平、宋建平译,上海译文出版社 1994 年版,第 21 页。当然,这里其实在根本上关联着的是康德当年早就已经揭示出的关于判断力是无法教授而只能从具体事情上去感觉、领悟的这一事实。关于康德的相关分析,参见[德]康德:《判断力批判》,邓晓芒译,人民出版社 2002 年版,第 12—16 页。

㉞ 苏力:《反思法学的特点》,《读书》1998 年第 1 期。

㉟ O. W. Holmes, *Collected Legal Papers*, Constable and Company, Ltd., 1920, p. 37.

㊱ 转引自孙笑侠:《法学的本相——兼论法科教育的转型》,《中外法学》2008 年第 3 期。

㊲ 考虑到目前国内学生尚没有有在课前做大量功课的普遍习惯,那么片面地强调在国内高等法学教育中引进案例教学,非但无益反而很可能导致“双误”:一方面,由于学生没有有在课前学习理论的习惯,因此这种案例讨论必定会耽误学生理论素养的提升;另一方面,由于案例教学——诚如前文分析已经表明的——本就不能从根本上保证所谓实践能力的提升,因此当然也就无助于学生实践技巧的改善。

㊳ 人们在讨论当下中国法学教育问题时除了怀疑理论教育离实践太远外,似乎更喜欢将之归咎于招生规模过大(法学教育的大众化或去精英化)、归咎于部分法学院教学条件太差、归咎于办学特色不明显、甚至归咎于法学教育的市场化等原因而非“人”的原因。

㊴ 这里之所以说“也”,是因为笔者曾撰文提出过这样一种相对比较“百元大钞”式的思路:即为实现当下中国法学院的盎然生机,可能需要对整个法学教育作“学院的归学院,职业的归职业”式的改革,从而切割法学理论教研工作与法律实践工作。必须指出的是,如果仔细比较那篇文章与本文,那么读者可以很容易地发现这两种思路其实在根本上是可以相容的(因为两者角度不同),因而这里强调“小零钱”式的改革并不意味着笔者今日观点已经发生方向性转变。参见周赞:《当下中国法学高等教育之惑》,载周赞主编:《厦门大学法律评论》总第 19 辑,厦门大学出版社 2012 年版,第 305—326 页。

㊵ 此处“百元大钞”以及“小零钱”借用的是德国哲学家胡塞尔的一句口头禅。据说胡塞尔当年遇到有人动辄高谈阔论时就总是提醒对方说:“不要总是谈大钞票,先生们;小零钱,小零钱!”转引自[德]加达默尔:《哲学解释学》,夏镇平、宋建平译,上海译文出版社 1994 年版,第 131 页。

责任编辑 王虹霞