

概念分析与微观论证: 中国法学的未来面向 ——接着《中国法学向何处去》讲

黄金兰, 周 贇

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 近一年来, 学界围绕邓正来的长文《中国法学向何处去》展开了一场大讨论。冷静分析现有的这些讨论, 我们会发现其更多地似乎只是“照着讲”, 即更多关注的是“中国法学向何处去”这个问题本身; 而相对地缺乏另一种对待经典的态度——“接着讲”的态度。按照这种态度, 我们必须认真地回应、回答“中国法学到底应该向哪儿去”这个问题, 而不仅仅是继续开放出这个问题的各个面向和层次。

关键词: 中国法学; “接着讲”; 概念分析; 微观论证

中图分类号: DFO 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2007)05-0175-05

Conceptual Analysis and Microscopic Proves: An Orientation of Chinese Jurisprudence in the Future ——Take up the ball of *where will Chinese jurisprudence go*

HUANG Jin-lan, ZHOU Yun

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005 China)

Abstract: In the past one year, Chinese law educational world has put forward a large scale discussion on an article of Professor Deng, the topic of which is *Where Will Chinese Jurisprudence Go*. To be regretful, in existing discussion, there is nearly no one has answered where will jurisprudence go on earth. So, the discussion up to now is not all-sided even it may be busy and ardent. A comprehensive discussion of the topic should answer the question itself at least. This article argues that conceptual analysis and microscopic proves may be a orientation of Chinese jurisprudence in the future.

Key words: Chinese jurisprudence; take up the ball; conceptual analysis; microscopic proves

一、引言: “照着讲”还是“接着讲”

邓正来关于中国法理学研究现状及未来的长文《中国法学向何处去》¹自发表以来已经引起了国内法学界的普遍关注和巨大反响。以笔者并不全面的统计就看到《政法论坛》、《河北法学》等期刊已分别开辟专栏对之展开专门的讨论。应当说, 当下的相关讨论, 其情不可谓不热烈。然而, 若仔细分析已有的这些关于《何处去》之讨论, 我们会发现这样一个问题: 即, 它们更多地是在“照着讲”, 而很少或几乎没有“接着讲”^④。换言之, 现有讨论对于“娜拉为什么会出走”(为何要关注中国法学向何处去)这个问题关注的较为充分, 而对于“娜拉出走后”也即中国法学到底应该往哪儿去的问题没有予以足够的回应。

也许有论者要说, 我们为什么要接着讲? 《何处去》一文不早就明确提示了“当我把你从狼口里拯救出来以后, 请别逼着我把你又送到虎口里去”? 这种可能之诘问背后的意思是: 《何处去》本来就不希望读者“接着讲”, 因为那无异于是制造新的“狼口”或“虎口”。但笔者更愿意这样理解《何处去》的意图: 它主要的不是解决问题, 而是提出问题, 所谓“把那个被遮蔽的、被无视的、被忽略的关于……的问题开放出来”。退一步讲, 即便《何处去》真的不愿意中国法学作为一个整体掉进某种“口”, 这也并不意味着它反对我们尝试着去个别地回答“中国法学到底向哪儿去”这一问题; 毋宁说, 它反对的仅仅是无视法学研究之“理想图景”的缺失, 以及不分青红皂白地向中国法学强加在部分人看来

收稿日期: 2007-04-18

作者简介: 黄金兰(1978-), 女, 江西萍乡人, 厦门大学法学院讲师, 法学博士, 研究方向: 比较法学、法文化学;

周 贇(1978-), 男, 江西宜春人, 厦门大学法学院讲师, 法学博士, 研究方向: 法哲学。

是“神”而另一部分人看来是“魔”的理想图景罢了。

这就正如笔者曾专门撰文指出的,作为整体的中国法学可以不要一个“统一”的理想图景,因为那意味着多样性的灭失进而也必定意味着中国法学的枯萎;但是,作为个体的法学人或者作为某一个流派的法学人,则必须有自己的“理想图景”,因为唯有如此才不至于沦为学术投机分子,也才能为中国法学的发展作出真正的贡献^[1]。

因此,笔者以为,在关于《何处去》的态度上,除了“照着讲”以外,还必须要有“接着讲”的一面。那么,中国法学到底应该向哪儿去?作为一个整体性的问题,笔者当然无力也无意对之进行回答;但是,如果考虑到中国的学术传统以及当下中国法学研究已经出现的一些“苗头”,那么,也许我们可以尝试着对这个问题作一种非全局的、也即能够与其他“答案”相容的回答。

因此,所谓“接着讲”的前提就应当是对中国(法学)学统进行必要之分析了。

二、概念分析:中国(法学)学统应补的一课

让我们首先对“概念分析”作一大致的界定。所谓概念分析,首先指的是强调抽象概念的设定和界定在学术研究中具有一种关键性、核心性地位;其次,它还强调对概念进行一种语义、语用及其逻辑等各方面进行一种分析性的探究。

在西方学术界,自古希腊以来,就有一种将理念世界(实际上即由抽象的概念所组成的概念世界)作为最真实之实在的观念,因此,抽象概念或范畴在西方学术界一直以来具有非常重要的地位。西方学术所具有的这个属性表现在法学领域就是重视对概念、术语的设计和构建——这种“重视”,最早可以在古罗马法中看到;而最近的表现则是19世纪出现的一种相信逻辑万能的、绝对形式主义的“概念法学”。

可能也正是由于“概念法学”过分地注重逻辑真理、过分地重视形式的研究,因此,它往往容易使概念法学者所谓之法律与社会现实、社会正义相脱节;也因此,在西方学术界,自耶林(F. Jhering)创设“概念法学(Begriffsjurisprudenz)”一词用来讽刺和攻击具有如上研究倾向的学术活动以来⁽⁹⁾,它就遭到持续不断的攻击、甚至鄙弃:可以说,从耶林的目的法学到自由法学,再到现实主义法学以及某些后现代法学运动,都始终以“概念法学”作为一个主要的学术批判对象——这其中,霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)的相关批判结论“法律的生命从来都不是逻辑,而一直是经验”^[2]更是成为了一句为法学界所熟知的论断。那么,我们是否也应该像西方学术界那样对概念法学、特别是其研究方法予以否弃呢?特别是,作为法学后进国度,我们是否应特别注重发挥我们的“后发优势”而在学术发展之初就警惕、提防、避免相关学术理论的出现呢?本文以为,就当下中国的法学而言,我们需要的可能恰恰不是“人云亦云”地、一概地否弃概念法学;相反,我们倒应该好好地补上概念分析一课——因为我们的学统当中恰恰缺的就是这一门课(当然,在补课的过程中,我们应注意避免极端的逻辑主义、形式主

义——任何事情走入极端都不足取)。笔者之所以有这样的主张,主要基于如下几个方面的考虑:

第一,中国特有的学术传统背景决定了我们有必要特别强调概念分析。

通观古中国的学术传统,我们会发现它历来轻视抽象的概念以及对概念间逻辑关系的分析。可以说,在古中国占强势地位的儒、法、道诸家都强调名实关系(所谓“名实相符”)而非抽象概念本身的价值——或者套用现在流行的话讲,即中国学术传统强调“理论联系实际”。因此,当公孙龙提出“白马非马”时才能引起轩然大波(而相对地,柏拉图的“理念世界”却在西方获得了比较普遍的认同);当邓析等人擅长语词切换以赢得官司时才会落得一个“操两可之说,可与不可日变,以是为非,以非为是,是非无度”以及“好治怪说、玩琦辞”¹⁰的恶名。也因此,中国的学术传统历来就只关注现实的人世生活,而对以概念为基础进行抽象的逻辑思辩(墨家稍有,但基本不占主流¹¹)则不予重视;甚至于在很大程度上还对概念以及相应的逻辑思辩持有某种过分的戒备心理。例如,孔子就对“名”(类似于本文所谓之概念、范畴;当然,也可作“名分”讲,但名分本身从根本上讲亦是一种抽象的概念)保持着一种超乎寻常的警惕心理,他说,“名不正,则言不顺;言不顺,则事不成;事不成,则礼乐不兴;礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则民无所措手足”——在这里,我们可以很明显地看到孔子居然将“名不正”的危害推衍到“民无所措手足”这一重大现实问题上;因此,孔子强调“故君子名之必可言也,言之必可行也。君子于其行,无所苟而已矣”¹²。而荀子亦明确指出,“今圣王没,名守慢,名实乱,是非之形不明,则虽守法之吏,诵数之儒,亦皆乱也”¹³——也就是说,如果名实关系乱了,则其必然的后果就是“皆乱”(这同样是从“名”推衍到现实世界的重大问题)。总之,正如学者李泽厚所说,在古中国,“从孔子起,重视的都是‘名’(概念)与‘实’的关系,是‘必也正名乎’,而不是‘名’自身独立发展的价值”,“其根由则在于天人不分的巫史传统,没有可能从独立科学基础上发展出高度抽象的‘先验’观念和思维方法”⁽¹⁴⁾。

第二,中国法学的现状决定了我们有必要特别强调概念分析。

如前述,就中国而言,现代意义上的法学最初是一个舶来品;甚至于在很大程度上我们也可以说,今日中国的法学仍是舶来品——以致有学者在谈论近些年的中国法学史时指出“所谓中国法学史,实际上就是一部西方法学在中国史”。当然,这或许不能完全归咎于中国法学自身,因为客观的实际情况迫使我们只能采取一种移植(包括对制度及其背后之理论的移植)的思路;但是,这种一味地借鉴却也使中国法学带上了一种先天不足,那就是我们历来只注重对西方重大法学思潮或法学成果进行某种囫圇吞枣式的介绍和借鉴,却在很大程度上缺乏一种精雕细刻的精神。其中最为明显的两点表现是:其一,完全置法学之为实践理性之学的属性于不顾,而采取一种为学术而学术的态度,其结果就是当西方出现一种新思潮时,马上就有一大批研究

者一拥而上,殊不知有些思潮所产生之大背景在当下的中国根本就不存在^④。因此,相关的学理研究就呈现出一种“理论透支”的局面:即为了追求所谓的理论创新或理论成果而完全不顾现实社会的发展或实际生活的需要,在还不具备相关理论背景的情况下引进、鼓吹某种理论。在这种情形中,相关研究怎么可能是精雕细刻式的?其二,在我们的法学讨论或法制实践中经常出现某些不符合常规的做法。让我们以“法律行为”这一概念来说明这个问题。我国《民法通则》第54条规定:“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为”,这就是说,民事法律行为就是合法的民事行为。然而,从一般的语言习惯和词语逻辑的角度讲,所谓“法律行为”本来应该是“与法律相关、相涉的行为”(包括合法和不合法的行为),而不仅仅是符合法律要求的行为,与之相对的不应是“非法行为”而是“与法无关的行为”。也正是在这个意义上,本文称学界(特别是民法学界)对法律行为的界定是不符合常规的;如果我们当初在设定相关法律规定时能够采取一种更为慎重的态度,也许类似这种问题就可以在很大程度上避免。为何这样讲呢?有学者对“法律行为”一词的演变作了如下考证:“中文中的‘法律行为’一词始于日本学者。日本学者借用汉字中的‘法律’和‘行为’两个词,把德语 Rechts-geschäft(由‘Rechts’和‘Geschäft’构成)译为‘法律行为’。由于德语中 Rechts’兼有‘公平’、‘合法’等意思,所以,法律行为的原初含义是合法的表意行为”^[3]——试想,如果我们当初在引进“法律行为”这个概念时稍对德语中“Rechts”一词进行分析,从而找出其与汉语中“法律”一词之间的区别,又怎么会致如此结局?

第三,概念以及概念的构建本身并没有什么“错”,相反,它是任何学术(当然包括法学)所必需的工具。

学术活动的一个重要目的在于认识世界。而所谓认识世界,就必定涉及到一个如何认识、也即通过什么途径认识的问题。关于这个问题,在哲学史上已有大量的著名理论,如柏拉图的“理念说”、洛克的“白板说”、康德的“先验综合范畴说”以及儒家的“格物致知”理论都提出了某种解答。这其中,笔者较为认可休谟的相关说法,休谟认为,人对世界的认识大体遵循的是这样一条路径:感觉→印象→观念→实体(substance)观念以及概念(其中印象与观念之间有一种多次反复、反省的关系);休谟并引用塔西陀(Cornelius Tacitus)的话说,“当你能够感觉你愿意感觉的东西,能够说出你所感觉到的东西的时候,这是非常幸福的时候”^[4]。这就是说,人类对世界的认识,其最高的境界是概念的抽象——同时,抽象的概念也是我们“说”(认识、表达)世界的必要而有效的工具。

因此,虽然概念法学由于其过份极端的形式主义属性而确实具有某些不足(最典型的就是对实践的脱离),但是,我们并不能因之就否定概念以及概念分析在科学研究中所具有的重要价值。也因此,考虑到概念以及概念分析在法学研究中所具有的如下重要地位,笔者认为中国法学应当重视概念分析。有学者对概念以及概念分析之于法学的意

义作了如下精辟的论证:

“我们要以肢体动作达到一个目的,即不能不用方法,要运用心智,探求真理,当然更不能不用方法。……如何能使方法简便呢?曰,建立概念系统。宇宙间万万事象之错综变幻,匪夷所思,倘都靠经验个别具体的来认知或了解,势必极为艰苦而有限,所以只能用抽象的形式,来代替真实的事物,再从其抽象形式上求其了解,就比较方便得多。……法学是在人群社会关系中寻求真理的学问。这种关系更是万分复杂,更需要建立概念和原则”;

“从法律方面讲,我们意识的具体化,首推方式化(Formaliser),就是把我们的意识用言语、文字等方式(也即概念)表达出来”;

总之,“没有概念逻辑,就不成其为法学”^[5]。

如上这个结论再进一步讲就是,我们也可以说,没有概念分析就不成其为法学。

如上三个方面的分析表明:第一,中国固有的学术传统背景很难催生出概念分析理论——并且它还似乎已经为中国法学因对概念及概念分析的重视而陷入“概念法学”的泥淖打了“预防针”;第二,中国法学所具有的某种先天不足使得学界目前对于某些基本概念、术语还存在一定程度的认识误区;同时,也使得引入概念分析方法对法学或法律实践中的某些概念、术语进行详尽的解释和说明成为必要;第三,没有概念分析就没有法学。因此,结论就是:概念分析是中国法学应当补上的一课。

三、微观论证:中国法学已经出现的一种研究走向

关于中国的传统学术,有这样一种观点,即古中国“有律学、无法学”。虽然,这种说法有可供商榷的地方,但应当承认,典型意义上的、以“权利—义务—责任”为核心范畴的现代法学在中国大陆的产生,则确实是自清末以来的事情。综观现代法学在中国一百多年的发展历程,特别是改革开放以来的几十年,我们可以看到如下基本的发展线索:即由本体论的一头独大到方法论的迅速崛起。具体说来,这一发展历程可分析如下:首先,中国法学界在过去关注的是“法”本身以及一些法学大命题(如法治、良法)和基本概念(如权利、义务)本身,但随着相关研究的深入以及我国立法的逐渐完善,纸面上的法律如何走向生活、走向实践成为了学界必须面对和解答的问题。因此,中国法学界开始普遍比较关注法律方法论的研究,相应地产生了大量的有关法律解释学、司法过程论、裁判方法论的理论文章和著作。

那么,“由本体论的一头独大到方法论的迅速崛起”这一判断与“微观论证:中国法学已经出现的一种研究走向”有何关系?欲回答这个问题,首先须对“微观论证”以及“法律方法论”作一界定。所谓微观论证,按照有关学者的说法,即“通过对法律之内部问题的观察和梳理,以解决实在法可能存在的冲突、漏洞、不足、超前、滞后等问题,以完善实在法从纸面的法到实际行动中的法之过程”,“如果说宏大叙事更垂青于立法及其相关问题的话,微观论证则更关注于司法及其相关问题”^[6]。这就是说,本文此处所谓之“微观论证”强调的是与那种注重对法学大命题、法学基本

范畴等进行研究的“宏大叙事”思路相对应的一种研究思路——它强调对小(具体)问题进行解答;它强调对每一个法学或法律术语进行分析(这就是说,它与前文所谓之“概念分析”有内在的关联或重合);它强调对每一个具体的法律规则进行研究;它还强调,即便研究“大”问题,也应注重从“小”视角切入;当然,它尤其强调以司法者的立场展开分析。而所谓法律方法论即以法律方法为研究对象的理论。那么,何谓法律方法?对于这一问题,在不同的学者那里对之有不同的界定,笔者这里仅采用如下一种说法,即:“所谓法律方法是指站在维护法治的立场上,根据法律分析事实、解决纠纷的方法”;具体说来,法律方法包括法律发现、法律推理、法律解释、漏洞补充、法律论证、价值衡量等几种^⑥。那么,微观论证与法律方法论存在哪些关联?

首先,法律方法论本身就是一种微观论证的理论。如所知,法律方法论是一种司法视角的理论,因而,也是一种典型的根据法律的理论。在这里,所谓“根据法律”就已经意味着它的微观论证属性;而所谓“司法视角”,则注定其主要的不是关注诸如法的善恶、法的历史、法的发展规律、法与政治经济文化之关系以及诸如法治、人权等法学大命题,而只能是面对具体案件、具体规则等微观问题的理论;并且,也正因它欲解决的是关于案件之审判的问题,故它必须论证法律文本中的概念术语或规则为何与当下案件之间具有关联。而欲证立文本法律与案件事实之间的关联,首先就得弄明白文本法律中的概念、术语或规则本身的意蕴——对这项工作的完成,当然就得依赖分析实证、微观论证方法。

更进一步讲,其次,如上所列举之具体的法律方法与微观论证之间也存在某种关联。让我们以法律发现为例来对这种关联作一定的说明。所谓法律发现,按照有关学者的界定,“是指在某一特定的制度内用来发现与解决具体问题或在具体问题上确定与案件相关的法律原则、规则的意义而使用的方法”^[7]。举例说来, Tom 的父母就 Tom 与 Mike 之间的一个购买行为发生争议,前者主张该行为无效,后者则主张该行为有效。此时,法官就应当进行法律发现,从思维过程来讲包括以下几个方面:(1)他得找到国籍法的相关规定判定 Tom 是否属于中国人;(2)他得找到诉讼法的相关规定判定该案是否属于其所属法院的管辖范围;(3)他得找到民法的相关规定判定 Tom 是否具有相关行为能力;(4)他还得找到有关买卖合同的相关法律规定来判定该行为是否有效(当然,可能还包括其他内容)。很显然,欲“找到”与案件事实相关联的如上法律规范,首要的前提之一就是有关术语、概念的内涵有清楚的认识,并且特别重要的是必须对拟选择的法律规范与当下案件的案件事实之间的关联进行论证¹¹——也正是在这里,法律发现与微观论证之间“搭上了关系”。也正是因为法律方法与微观论证、分析实证之间存在的如上有机而必然之关联,因此,如果我们承认法律方法论已呈昌盛之势,那么,所谓微观论证的思路也就必定会出现于法学研究之中。

至此,关于微观论证的问题可能还会有如下疑问:第一,当前中国法学真的已经出现了这种研究转向(法律方法

的昌盛)么?第二,即便这种研究转向真的出现了,它就一定会成为中国法学的一个未来面向?换言之,它出现的必然性、必要性也即合理性是什么?

对于第一个问题,笔者以为,只要我们对“中国期刊网”上输入“法律解释”或“法律方法”等关键词进行搜索,很容易就会得到“验证”——这其中较有说服力且值得一提的一个现象也许是:山东大学法学院已有一批博士生以一篇博士论文的篇幅对“应当”、“可以”等法律用虚词展开了系列专题研究。

而对于如上第二个问题,笔者拟作如下回应:首先,它系中国法制建设的实践逻辑使然。如所知,真正的新中国法制建设始于上世纪 70 年代末、80 年代初,在当时那样一种国际国内背景下,似乎也只有择取一种“有比没有好”、“粗一点比细一点好”^[8]的法制建设思路。这种思路反映在法学研究中就必定只能是主要地关注一些框架性的、基础性的命题。相对地,在进入本世纪以来,特别是加入 WTO 后,单纯的制度设计这一任务应当说已经完成得比较好,因此,在这种情况下,如何使纸面上的法律走向实践就成为了摆在学界前面的突出问题。而这当然就决定了法学研究必须向微观论证的思路转换——或至少可以说,必须兼顾微观论证的思路。其次,它也是学术研究本身的发展逻辑使然。一般而言,学术研究不外解决三个问题,“是什么”、“为什么”以及“如何是”;并且,无论你先对哪个问题展开研究,当你深入到一定的层面后,都一定会被“命令”(command)去关注其他两个问题。因此,如果中国法学前一阶段的研究大体是一种本体论(“是什么”以及“为什么”)的话,那么,在发展数十年之后对方法论(“如何是”)进行关注也就是题中应有之义了。最后,正如上文已经揭示的,考虑到中国学统本就缺乏微观论证的精神,因此,即便仅仅从学术研究的丰满度或全面性的角度讲,似乎也应当倡导或实践一种微观论证的法学。

四、概念分析与微观论证:中国法学的未来面向

让我们重新回到《何处去》一文。在文章的结尾处,作者指出:

“……中国法学界的上述取向,在很大的程度上还使得中国法学或中国法律被打扮成了一种只关注法条的逻辑自恰性和社会是否失序等问题的‘价值中立’的、与政治不涉的、与对我们自己生活于其间的那种社会秩序之性质或正当性不相干的一堆‘概念’或超然之物,或者说,在法律‘技术主义’和‘方法论主义’支配的情形下,更是误以为韦伯所担忧的‘价值诸神’的冲突是与社会秩序之建构或维护的问题不涉的问题。因此,中国法学或中国法律不仅丢失了对公共领域中基本伦理原则之问题上的相对主义或虚无主义进行批判的能力,甚至自己都对公共领域中基本伦理原则之问题本身表现出了一种相对主义甚或虚无主义的取向。”

必须承认,如果中国法学真的达到了像耶林所说的那样沉溺于“概念天国”之中的程度的话,那么,这个批评就实在是很有力。但问题的关键恰恰在于,当下中国法学对很多基本的概念、术语还根本处于一种——套用《何处去》的

话讲——“前反思性”的接受状态中。因此,如上这个批评就很可能是一种“透支”的批评。也因此,我们也可以接着问《何处去》的作者:仅仅因为担心掉入概念法学的泥淖就否弃概念分析,是否有点因噎废食——尤其是对于缺乏相

关学统的中国法学而言?更进一步也是更重要的是,强调“概念”、强调“技术主义”、强调“方法论主义”是否就必然与强调“理论联系实际”、强调“面向本土的法学”、强调“关注中国现实的法学”相冲突?

注释:

¹ 5中国法学向何处去》系邓正来的一篇长文,曾分四期刊载于《政法论坛》2005年1-4期。为行文的方便,下文以《何处去》表述。另外,下文未注明出处的引文皆出自该文。

^④ 照着讲”与“接着讲”是当年冯友兰先生在谈及如何诠释中国古代经典的态度问题时提出的一种划分(可参见冯友兰著:《中国现代哲学史》,广东人民出版社,1999年版,第20页),严格说来,本文此处用的“接着讲”与冯氏用语的原意并不完全相同:冯氏所谓“照着讲”就是对理论本身的解读,“接着讲”则是解构之后的读解;而本文所谓“接着讲”是指试着去回答、回应本文提出的问题(也即中国法学到底应该向何处去的问题)。

^④ 耶林是在《法学的概念天国》(Im Juristischen Begriffshimmel)中提出这个说法的。耶林对“概念法学”的批判包括如下几个方面:第一,过于关注抽象概念,而忽视其适用条件;第二,忽视法律概念使用过程中相关个人或社会利益的考量;第三,固守法律概念与法律事实之间的对应关系;第四,无视法的目标与宗旨;第五,错误地运用数学方法来分析法学(社会学)问题。转引自(英国)哈特:《法理学与哲学论文集》,支振锋译,法律出版社,2005年版,第279-281页。

^{1/4} 分别参见《吕氏春秋·离谓》、《荀子·非十二子》;另外,韩非子亦有专文讨论名实问题(强调的也是“名”在现实世界的运用,而不是逻辑中的可能性),见《韩非子·问辩》、《韩非子·说难》等篇。

^{1/2} 墨子在论辩或证立命题的过程中非常重视对概念及概念逻辑的使用。举例言之,墨子曾有如下一段论述:“今有一人,入人园圃,窃人桃李,众闻则非之,……此何也?以亏人自利也。至攘人犬豚者,其义又甚入人园圃窃桃李。是何故也?以亏人愈多,其不仁兹甚。至入人栏廄取人牛马者,……至杀不辜人也,……以其亏人愈多,其不仁兹甚矣,罪益厚。当此天下之君子,皆知而非之,谓之不义。今至大为不义攻国则弗知非,从而誉之谓之义,此可谓知义与不义之别乎?”(见《墨子·非攻》)在墨子的这段话中,我们确实是可以非常清楚地看到其中对概念逻辑的倚重:对对窃桃的否定,到对窃鸡豚→牛马→人→国之否定。墨子的这种概念逻辑之“纯度”,与西方学术界的相关理论相比,亦实可谓有过之而无不及。

^{1/4} 参见《论语·子路第十三》。

^⑧ 参见《荀子·正名》。

^⑦ 参见李泽厚:《实用理性与乐感文化》,三联书店,2005年版,第12-13页。李泽厚并对中国古典缺乏概念及概念分析的原因进行了较为精到的揭示,“……其根由则在于,天人不分的巫史传统,没有可能从独立科学基础上发展出高度抽象的‘先验’观念和思维方法。这使得中国人的心智和语言长期沉溺在人事经验、现实成败的具体关系的思考和伦理上,不能创造出理论上的抽象的逻辑演绎系统和归纳方法(墨辩略有而失传)”。

^⑩ 这一点如近些年来国内学界部分学者对后现代法学以及此前之现实主义法学的青睐可以看出。以现实主义法学为例,它强调的是对文本法以外的法之研究,主张现实运作中的法——或者套用霍姆斯(Holmes)的话即“法律就是指法院事实上将做什么的预言,而绝不是空话”——才是唯一真正的法,并且坚持认为争议性而非稳定性才是法律永恒的属性(关于现实主义法学,可参见(爱尔兰)凯利著:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社,2002年版,第346-350页)。国内学界对这种学说或相关理论进行追捧,却忽略了这种思潮产生的背景在于:其一是为了克服“概念法学”过度的形式主义之弊病;其二是对彼时伴随西方社会转型而产生的一种特有的对成文法不信任之心理作出理论回应(可见周赞:《现实主义法学批判研究》,载《济南大学学报》,2006年第1期)——很显然,如上两种主要之背景性的因素在当下中国都不具备。

^⑩ 参见陈金钊著:《法治与法律方法》,山东人民出版社,2003年版,第198页以下。需说明的是,该论者关于法律方法包括法律思维、法律技巧和一般法律方法(即上文正文中六种法律方法)的论断笔者并不赞成,因为法律思维、法律技巧——一如该论者将它们与“一般法律方法”相对称一样——是与法律方法相对称的两个范畴,而非法律方法的下位概念。因此,在上文的引文中笔者没有引用相关的内容。

¹¹ 当然,由于本文此处例举的是一个简单而典型的案件,因此,相对而言可能不需要进行特别的概念分析工作;但是,在某些疑难案件中,欲发现与案件事实相匹配的法律规范,却非进行一番专门的论证工作不可。

参考文献:

[1] 周赞,黄金兰.中国法学无须一种总体性的“法律理想图景”[A].分析与批判:学术传承的方式[C].北京大学出版社,2006.

[2] [美]霍姆斯.许章润译.法律之道(The Path of Law)[J].环球法律评论,2001.

[3] 张文显.法哲学范畴研究[M].中国政法大学出版社,2001.67.

[4] [英]休谟.关文运译.人性论·上册[M].商务印书馆,1980.11-38.

[5] 王伯琦.近代法律思潮与中国固有文化[M].清华大学出版社,2005.149-150、152、206.

[6] 谢晖.法理学:从宏大叙事到微观论证[J].文史哲,2003,(4).

[7] 谢晖,陈金钊.法理学[M].高等教育出版社,2005.364.

[8] 邓小平文选·第2卷[M].人民出版社,1993.146、147.