

法治话语体系构建中的法律方法研究

——2018年中国法律方法论研究报告

孙光宁 吕玉赞

摘要:法治话语体系并不仅仅是纯粹观念认识的问题,它还具有法律方法论的“实体性”内容。2018年正式进入了法律方法研究的新时代。法律方法研究开始自觉分享法教义学的操作范式,从而迈向了一条精细化和理性化的道路。法律方法理论研究不仅整体转向了中国法治实践,而且法律人工智能作为一种新的法律方法也得到了国内学者的集中关注。在自觉回应中国法治实践的过程中,部门法研究完美展现了法教义学与法律方法论的亲缘性,并且立足于中国法治实践反思性地建构了本土化的微观法治话语体系。

关键词:法治话语体系;法律方法论;法教义学;法律解释;法律人工智能

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2020.02.0017

只有建构中国特色的法治话语体系,才能为法治这一世界性概念提供中国要素。法治话语体系并不仅仅是纯粹观念认识的问题,它还具有“实体性”的内容。中国的法治理论和法治话语从性质上讲也是建构我们对中国法治实践的自我理解^①。建构法治话语体系首先要按照法治的要求,塑造根据法律进行思考的思维方式。在法律思维中不是要舍弃传统的整体、辩证和实质思维,而是要在传统思维方式中引入法律方法的因素^②。在中国特色法治话语体系的自觉建构过程中,中国法律方法论研究开始分享法教义学的基本立场和体系思维,并通过不断创新法律方法理论和部门法方法论,建构了可以切实指引和回应中国法治实践的微观法治话语。遵循以往法律方法研究报告的“惯习”,2018年度研究报告也以法学类CSSCI来源期刊和集刊刊载的论文为主,展示以上内容。

一、法律方法基础理论:法教义学的深度探索与体系变革

一般来说,法律方法不是被等同于传统的法教义学,就是被看作一种科学的为实现其目标特地援引法教义学的基本态度^③。最近几年的法学研究(尤其是法理学研究),对法教义学的深度挖掘已经成为法律方法学者的重点关注。有学者梳理了德国法教义学的发展,认为经过利益法学与自由法运动的冲击,以评价法学为主导的法学理论对于法教义学观念进行了持续的现代转型,从而呈现出开放和包容的趋势^④。法教义学有着十分重要的意义。对立法来说,一方面,法教义学可以影响立法的内容,其影响途径分为三种,即直接为立法提供支持、间接为立法提供支持,以及对立法进行批判。另一

收稿日期:2019-07-20

基金项目:国家社科基金重大专项“社会主义核心价值观背景下的案例指导研究”(19VHJ004)。

作者简介:孙光宁,山东大学(威海)法学院教授,博士生导师(威海 264209; zhenzheng3000@163.com);吕玉赞,华东政法大学法律方法研究院助理研究员(上海 200042; lvyuzan@aliyun.com)。

① 朱振:《中国特色社会主义法治话语体系的自觉建构》,《法制与社会发展》2013年第1期。

② 陈金钊:《法理学对中国哲学社会科学体系构建的意义》,《学术月刊》2019年第4期。

③ 克里斯蒂安·布克:《法教义学——关于德国法学的发展及其思维与操作方式的思考》,吕玉赞译,陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第24卷),北京:中国法制出版社,2018年,第3-20页。

④ 雷磊:《什么是法教义学?——基于19世纪以后德国学说史的简要考察》,《法制与社会发展》2018年第4期。

方面,法教义学也可以影响立法的体系,这种结构性影响更加稳定和持久^①。对于法治而言,作为方法的法教义学既能促进法的安定性,又有助于建构融贯的法律体系,对于任意类型的法治都具有重要意义^②。此外,法教义学还能够担当教学方法的角色,这也是其实践意义的扩展^③。

针对中国法教义学研究,有学者认为,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^④。在更宽广的视野内,法律是复数的,制定法是动态变化着的,这两个判断构成了教义学和非教义学对法律进行研究和应用的共同根据。如果将这两种法律研究和应用的知识统称为法学,那么,法学本身就具有内在的交叉性,教义学和非教义学的知识并存,同时两者之间及其各自内部充满论辩性,在浩瀚学林中独树一帜^⑤。

除了法教义学的基础理论之外,很多部门法也日益重视法教义学的分析视角,实质上体现了法律方法运用的普及性,此类研究成果将在部门法方法论中予以详细介绍。法教义学是以法律适用为导向的实践性科学。对此,有学者对法教义学进行了反思,认为法教义学家过于单薄地理解了法律实践的意义,因而在根本上误解了自己的主张^⑥。运用法教义学知识来观察中国的法律实践虽然具有精细化论证的优势,但是舶来的“法教义学”知识与中国实践问题解决之间存在先天的“水土不服”,不同留学背景的法学者所带来的这些不同“洋知识”,极易造成法教义学体系上的混乱^⑦。为了解决法律的稳定性和社会的变动性之间的矛盾,有学者提出了“持法达变”的思维模式。“持法达变”不是乱变,而是在法律方法运用基础上的变化。在持法达变的过程中,即使法律有所变化,也是在依据法律原则、规则应变,不可以违反法律原则和规则乱变^⑧。从修辞和记忆的意义而言,“持法达变”可以视为对法教义学的基本立场进行的一次成功的“中国/汉语表达”。法教义学不仅探究既存的法律见解,而且重视创新,并考查由此产生的调整需求。因此,在教义学主导法律实践和法学研究的前提下,有时需要借助经济分析等社科法学的知识纠偏“教义学启发式”思维^⑨。

针对法律方法自身的历史与现状,有学者认为,欧陆的法律方法研究走过了一条起始脱离法律文本、以经验和情感为底色的泛方法,中途围绕法律文本、以理性为基础的严格方法,后又以严格方法为主体,包括各种泛方法、体系呈开放性的道路^⑩。法律方法的发展史和学术史在某种意义上也就是法教义学的发展史和学术史。卡尔·拉伦茨出版《法学方法论》,在一定程度上改变了战后评价法学和法学方法论的理论面貌,使德国法学在一般法学的技术层面上整体向前推进了重要的一步。此外,弗朗茨·维亚克尔、阿图尔·考夫曼、莱因霍尔德·齐佩利乌斯等人,在战后德国评价法学和法学方法论上均作出了各自的理论贡献^⑪。具体到我国,司法方法论也应从法律方法论中独立出来予以深入研究。法官的司法方法理论素养及实践技能需要大力提高。司法方法的制度空间,今后还须通过司法改革予以改进^⑫。

人工智能的发展,不仅在社会生活多方面提出了需要法律回应的新问题,而且也形成了法教义学本身变革的推动力。人工智能的广泛运用,不仅会重构公众认知法律的模式,而且也会重构法律规则

① 雷磊:《法教义学能为立法贡献什么?》,《现代法学》2018年第2期。

② 雷磊:《法教义学与法治:法教义学的治理意义》,《法学研究》2018年第5期。

③ 张淦纶:《作为教学方法的法教义学:反思与扬弃》,《法学评论》2018年第6期。

④ 泮伟江:《中国本土化法教义学理论发展的反思与展望》,《法商研究》2018年第6期。

⑤ 郑永流:《法律的“交叉”研究和应用的原理》,《中国法学》2018年第4期。

⑥ 王凌峰:《存在(理智上可辩护的)法律教义学么?》,《法制与社会发展》2018年第6期。

⑦ 舒国滢:《中国法学之问题——中国法律知识谱系的梳理》,《清华法学》2018年第3期。

⑧ 陈金钊:《法律如何调整变化的社会——对“持法达变”思维模式的诠释》,《清华法学》2018年第6期。

⑨ 戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

⑩ 郑永流:《欧陆法律方法的方向性进程》,《清华法学》2018年第2期。

⑪ 舒国滢:《战后德国评价法学的理论面貌》,《比较法研究》2018年第4期。

⑫ 焦宝乾:《我国司法方法论:学理研究、实践应用及展望》,《法制与社会发展》2018年第2期。

本身的形态以及法律的价值导向^①。人格权制度、数据财产保护、知识产权保护、侵权责任认定和承担等,都需要随着人工智能技术的发展而作出必要的调整^②。由于人工智能技术的复杂性、裁量的独立性和行为自控性等特点,使得现实中会出现人工智能因过失导致的法益侵害,存在无法归责的空白地带^③。但也有学者指出,人工智能给当今法律带来的现实问题完全可以在既有法律主体格局中加以解决,并无将人工智能拟制为法律主体的必要,也无可操作性^④。人工智能技术的发展和运用所提出的问题,现行民法的基本理念和基本规则都是可以应对的,不必改变民法的基本理念和基本规则而另去寻找新的解决办法^⑤。同时,人工智能司法介入的广泛性与深刻性,还引发了“一种实践、两套话语”的独特现象。有学者认为,尽管法律规范可以设定建构人工智能权利话语,但这一权利设置更多体现为无权利的义务^⑥。为了熨平法治话语体系中的这种“分裂”,有学者建议,在大数据与人工智能司法应用的过程中要协调话语冲突,推动技术知识与专业知识的深度融合、明晰技术权力对专业权力的介入边界^⑦。

就论文发表篇数和影响力而言,法教义学已经成为国内法理学研究的重要增长点,这一点在 2017 年度的总结性分析中得到了直接肯定。通过对于法律话语的再陈述,法教义学将生成一种具有更高体系化水准的法学话语。这种法学话语的目的就是从法律现象学的陈述中,识别出法律权威之语言表现中的“本质性”关联^⑧。如果说一般法理意义上的法教义学是一种主张从法律内部出发的“法学研究方法的世界观”的话,那么,法律解释、法律推理、法律论证、法律思维等法律方法研究就是此种“法学研究方法的世界观”的技术落实。法律方法研究在中国法理学界可谓已成蔚为大观之势,此领域的研究也是中国法理学界少有的可以与国际同行并驾齐驱的领域之一^⑨。以司法理论和法律解释学为代表的法律方法体系,不仅为司法体制改革提供了重要的理论启迪^⑩,而且也萌生了建构本土化的微观法治话语的自觉意识,目前正在与实践话语的结合中成为推动法治进程的重要力量。

二、法律方法理论体系:转向整体的中国法治实践话语

法治话语体系的塑造不仅需要法教义学将法律规范裁剪为司法裁判的依据、框架和基础,更需要持续不断地创新法律方法理论来处理“法律问题的复杂性”。2018 年完全进入了法律方法论研究的新时代,法律解释、法律论证、法律推理、法律发现、利益衡量等法律方法理论不仅转向了整体的中国法治实践,展现出了一定的本土化色彩,而且法律人工智能、司法大数据等作为一种全新的法律方法,也得到了法律方法论学者的集中关注。

(一)法律解释

在法律方法的理论体系内,法律解释的研究成果最为全面丰富,体系性和操作性也较强,尤其表现在欧陆学者的成果之中。从 20 世纪 90 年代开始,法律方法的研究也是以法律解释为开端并逐渐

① 李晟:《略论人工智能语境下的法律转型》,《法学评论》2018 年第 1 期。

② 王利明:《人工智能时代对民法学的新挑战》,《东方法学》2018 年第 3 期。

③ 储陈城:《人工智能时代刑法归责的走向——以过失的归责间隙为中心的讨论》,《东方法学》2018 年第 3 期。

④ 龙文懋:《人工智能法律主体地位的法哲学思考》,《法律科学》2018 年第 5 期。

⑤ 杨立新:《用现行民法规则解决人工智能法律调整问题的尝试》,《中州学刊》2018 年第 7 期。

⑥ 刘振宇:《人工智能权利话语批判》,《自然辩证法研究》2018 年第 8 期。

⑦ 王禄生:《大数据与人工智能司法应用的话语冲突及其理论解读》,《法学论坛》2018 年第 5 期。

⑧ 乔鲍·沃尔高:《法律及其教义学研究》(上),吕玉赞译,陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第 22 卷,北京:中国法制出版社,2018 年,第 32-35 页。

⑨ 李林、齐延平:《走向新时代中国法理学之回眸与前瞻》,《法学》2018 年第 6 期。

⑩ 徐显明:《中国法理学进步的阶梯》,《中国社会科学》2018 年第 11 期。

扩展到其他理论体系分支的。这种学术发展的历程决定了法律解释学者再进行重大原创性的理论研究已不现实,现有的成果更多地体现在对已有成果进行梳理、反思、比较、总结,以及结合特定案件进行的解释演示。

1. 法律解释的基础方法。有学者认为,当然解释的进行不但受到既定前提条件的制约,而且必须遵守严格的应用条件的限制,法的规范宗旨始终是钳制当然解释的方向性要素,同时要遵循以“事物本质”为中介的对应性结构这一思维路径的规训,按照规范的解释步骤逐步推进^①。类推解释是建立在上下位概念关系之上,通过概念推理实现解释目标的严格的法律解释方法,是当下法律实践需要清晰而确定的科学法律方法^②。对此,有学者强调应当理顺类推解释、类比推理、类推适用、扩大解释之间的关系^③。扩张解释和限缩解释是常用的重要法律解释方法,但关于二者的本质与概念界定、思维机制与边界区分,尤其是扩张解释与类推的区分,都是当前法律思维与方法研究领域的持久难题^④。目前,学术界重点讨论的目的解释的主客观对立理论并不能解决司法中的实际问题,因此应当采取更务实的分段研究,将目的解释的过程分为“目的获取”与“目的运用”两个阶段^⑤。以法益为中心的目的解释方法需要进行及时反思^⑥。运用体系解释方法可以解决法律规范与其他社会规范之间的逻辑一致性,从而为合法性解释奠定法律基础。法律发展的进化规律告诉我们,没有体系性思维及其体系解释方法,就不可能有法律的恰当使用^⑦。法律实施过程中需要把统一论、结合论与法律方法论融为一体。只有通过这种操作,才能把整体性思维改造为体系性思维,进而根据体系性思维适度打开法律体系的封闭性,在运用法律论证、体系解释、价值衡量等方法的基础上寻求融贯、整体的法律意义^⑧。在社会学解释方法的研究中,有学者认为该解释方法与客观性社会解释存在着一定差异^⑨。还有学者对法律解释中的功利主义倾向进行了综合研究^⑩。

2. 法律解释的个案应用。针对不同的热点案件,学者们运用多种法律解释方法进行分析,这不仅可以深化对个案的理解和批判,还能够结合中国司法实践推动法律解释的发展。有学者以北雁云依案为例指出,虽然法教义学提供的法律规范体系为解释不确定法律概念框定了解释资源,提供了直接规则指引,但法教义学所提供的解释资源体系是封闭的,由封闭体系提供的解释资源不足以应对包含价值判断的概念解释问题,需要求助开放的社会规范体系提供辅助性资源^⑪。有学者结合工伤案例对合宪性解释进行了探析,认为只要法条的制定者在法律文本中未明确提出反对意见,法院就可以基于宪法意旨而对法条文义进行扭转^⑫。还有学者以马乐案为例分析了论理解释与文理解释之间的关系,认为根据不同的文理解释方法将得出部分援引和全部援引两种截然不同的解释结论;通过体系解

① 魏治勋:《当然解释的思维机理及操作规则》,《法商研究》2018年第3期。

② 魏治勋:《类推解释的思维结构及其与类推(适用)的根本区分》,《东方法学》2018年第1期。

③ 谢斐:《以立法意图重构类推解释的边界——基于法律续造相关理论的反思》,陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第23卷),北京:中国法制出版社,2018年,第178-191页。

④ 魏治勋:《扩张解释与限缩解释的思维进路与操作机制》,《法学论坛》2018年第5期。

⑤ 钱炜江:《论司法裁判中的目的解释》,《法制与社会发展》2018年第5期。

⑥ 张金钢:《法益中心主义的目的解释观之省思》,陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第25卷),北京:中国法制出版社,2018年,第174-183页。

⑦ 陈金钊:《体系思维的姿态及体系解释方法的运用》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期。

⑧ 陈金钊:《用体系思维改进结合论、统一论——完善法治思维的战略措施》,《东方法学》2018年第1期。

⑨ 侯学宾、耿思远:《司法裁判中的社会学解释与客观性社会解释》,陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第24卷),北京:中国法制出版社,2018年,第227-243页。

⑩ 李永军:《法律解释的功利主义倾向》,陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第25卷),北京:中国法制出版社,2018年,第135-158页。

⑪ 杨铜铜:《论不确定法律概念的体系解释——以“北雁云依案”为素材》,《法学》2018年第6期。

⑫ 杜强强:《论合宪性解释的法律对话功能——以工伤认定为中心》,《法商研究》2018年第1期。

释、目的解释的校验,可以印证全部援引这一解释结论具有正当性^①。还有学者系统探讨了指导性案例中法律解释方法的运用实践及其改进方案^②。

3. 法律解释的制度实践。司法解释是中国特色的制度设计,总体上也属于法律解释的研究范畴。以往的相关成果多体现在司法解释各种利弊的整体权衡上,而2018年度的研究成果则结合民法典等新的法律框架重点探讨了司法解释的入法问题。得益于规则供给和需求之间的巨大落差而产生的司法解释,在供给和需求已经基本平衡的今天,不再具有产生之时的必要性,司法解释和法律的融合因此应该提上日程^③。在民法典编纂的视域下,司法解释系属民法总则法源条款中的习惯法,应当继续发挥其辅助立法、引导司法的功能,同时宜适时对司法解释做出整理与归并^④。刑民交叉案件的审理顺序并非由刑、民案件的关联形态决定的,司法解释确立的类型化的思路不仅没有达到预期的目的,反而加剧了实务中的混乱^⑤。民法典的颁布不但会将散乱的民事单行立法进行系统化、体系化的重新设计,从而引起立法理念和立法技术的重大变革;而且会对相关司法解释的生成机制及其辐射内容产生重大影响,并有效消解司法解释对立法的扩张现象^⑥。在民法典编纂过程中,最迫切需要纳入民法典的是漏洞填补型条文和具体细化型条文,其次为多义取舍型条文,再次为澄清误解型条文;简单解释型条文虽也可适当纳入民法典之中,但紧迫性最弱;将物权法司法解释中的裁量因素型条文纳入民法典中加以规定的意义不大^⑦。还有学者主张将司法解释权主体扩大到法官,并实行理性立法模式与法官个案解释模式并行的二元司法解释格局,这将带动案例指导制度向判例制度转型,但需要确立终审终审制度与之配合^⑧。

(二)法律论证

1980年代以来,随着律师和论证理论家们对法律论证的兴趣日趋高涨,法律论证不再仅仅被当作一种比较宽泛的研究领域,而是被作为一项本来意义上的研究课题。国内法律论证研究成果在前几年颇为丰硕,但最近几年来却出现了短暂的停滞和萎靡,2018年度的法律方法研究依然没有再现法律论证曾经的荣耀和辉煌,但也出现了一批颇有分量的学术成果。

在法律论证理论的发展中,英国当代哲学家斯蒂芬·图尔敏是不可绕开的人物,在论证理论及其相关领域中具有举足轻重的地位。为了在理论上重构图尔敏的论证图式,我们需要发展一种基于当代逻辑背景的特殊论证理论^⑨。法律论辩的落脚点是法律辩护的原型论辩模式,图尔敏开启了一般论辩模式和“领域依赖”论辩模式研究相结合的道路。语用—辩证法对批判性讨论诸阶段“策略机动”的探索,揭示了论辩策略机动的“制度先决条件”。在这种制度先决条件约束之下展开的论辩模式就是原型论辩模式^⑩。法律实践(法律规范适用)的问题是一个远远比纯粹地在理论上“独白式地”建构法律系统的逻辑问题更加复杂的论证领域。该领域涉及行为决定的理由及其权衡、规则确立的基础、规则的运用及其推理、法律概念与案件事实(案型)的规范描述与涵摄等,这些问题的每一步解答都离不开逻辑论证^⑪。除了精致、实用的逻辑操作技术,法律论证同样也离不开社会科学的介入。这

① 叶良芳、申屠晓莉:《论理解对文理解的校验功能——“两高”指导性案例马乐利用未公开信息交易案评释》,《中国刑事法杂志》2018年第1期。

② 孙光宁:《法律解释方法在指导性案例中的运用及其完善》,《中国法学》2018年第1期。

③ 殷秋实:《裁判官法与司法解释:罗马法经验的中国启发》,《苏州大学学报(法学版)》2018年第4期。

④ 姚辉、焦清扬:《民法典时代司法解释的重新定位》,《现代法学》2018年第5期。

⑤ 纪格非:《论刑民交叉案件的审理顺序》,《法学家》2018年第6期。

⑥ 赵万一、石娟:《后民法典时代司法解释对立法的因应及其制度完善》,《现代法学》2018年第4期。

⑦ 王文胜:《论〈物权法〉司法解释的整理与民法典物权编的完善》,《河南社会科学》2018年第9期。

⑧ 张建伟:《理性立法模式的司法解释——以刑事诉讼法解释为视角的观察》,《中国刑事法杂志》2018年第1期。

⑨ 舒国滢:《法学实践知识之困与图尔敏论证模型》,《国家检察官学院学报》2018年第5期。

⑩ 武晓蓓:《法律论辩的落脚点:法律辩护的原型论辩模式》,《政法论丛》2018年第1期。

⑪ 舒国滢:《逻辑何以解法律论证之困?》,《中国政法大学学报》2018年第2期。

种介入集中表现为法学论证必然包含经验性内容和因果性推论,法学论证取决于应用的科学方法符合特定的科学程序与规则,而比研究方法更根本的是科学态度^①。

法律论证只是在司法“三段论”式的法律适用中融入理性商谈和对话的因素,只有结合法律适用和裁判说理才能最大限度地发挥法律论证的实践智慧。面对刑法中的形式解释论与刑法实质解释论之争,有学者主张寻求刑法解释与刑法论证的结合,倡导在开放性结构中寻求可接受性的解释结论^②。推进裁判文书说理改革是当前司法改革的重大课题,也是彰显司法公正、提高司法公信力的重要切口。裁判文书说理需符合逻辑、依据法理,遵循合法性、正当性、针对性和必要性原则^③。法庭诉讼程序在时间、社会和实质等方面对法律商谈或论证程序作出了限制和限缩,通过其结束争议和决断机制保证法律决定的最终性、不可推翻性和唯一性^④。有学者认为,最高人民法院发布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》只要加入论证性对话和说服力竞争的因素,就有可能逐渐发展出颇有特色的法律议论范式^⑤。

(三)法律推理

传统意义上的法律推理主要是借助形式逻辑工具对裁判的过程和结果进行证成,包含演绎、归纳、设证、类比等多种具体形式。由于处于法学和逻辑学的交叉地带,很多相关成果是在逻辑学论文中得以体现的。2018年度中法律推理的论文成果仍然偏少,且比较零散。例如,有学者关注了中国古代司法中的推理活动,认为中国古代关于“比附”的制度与实践发展得相当成熟。这套类比技术对于补正法典的不足发挥了重要作用。在当下中国依然存在着“法制有限,情变无穷”的难题。这一难题也依然要通过“比”的思维和技术来破解^⑥。对于现代司法过程中的法律推理,有学者认为对待先例的推理类型可以概括为遵循先例的判例法推理、区别先例的判例法推理、创制先例和推翻先例的判例法推理。其推理模式可以概括为:例推模式与类推模式、区别模式、衡平模式与否决模式^⑦。与英美法系的先例推理相对,大陆法系中的类推有着自身特点,这种类推的过程大致可以包括“涵摄失败”“规范的可类推性判断”“事实的可类推性判断”三个阶段^⑧。

(四)法律人工智能

人工智能是一门研究使用计算机来模拟人的某些思维过程和智能行为(诸如学习、推理、思考等)的新兴学科,它不仅是新时代法律方法发展的主要动力源泉,而且在相当程度上也将影响或决定21世纪法律方法研究的面貌。在司法裁判中引入大数据和人工智能的辅助是司法科技革命的趋势。目前已初步形成了信息的电子数据化、办案辅助系统的智能化、实体裁判的预测与监督系统,以及统一、电子化的证据标准等法律人工智能形式^⑨。

法律人工智能研究的核心内容是法律推理模拟,这面临两个现实的技术性难题:一是证据推理模拟,在证据分析、社会知识库建构与概括选择等方面遇到困难;二是法律解释模拟面临着解释的能动性与价值选择的困难^⑩。人工智能尚无法实现对证据的取舍以及证明力大小的判断,而且,隐性审判经验的专属性、法官自由裁量权的自主性、实质正义的终诉性等也均决定了人工智能在这些领域难以

① 赵雷:《社会科学和法律论证》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2018年第5期。

② 罗世龙:《形式解释论与实质解释论之争的出路》,《政治与法律》2018年第2期。

③ 潘自强、邵新:《裁判文书说理:内涵界定与原则遵循》,《法治研究》2018年第4期。

④ 王夏昊:《司法公正概念的反思和重构——以法律论证理论为基础》,《河南大学学报(社会科学版)》2018年第3期。

⑤ 季卫东:《中国式法律议论与相互承认的原理》,《法学家》2018年第6期。

⑥ 李拥军:《“比”的思维传统与当代中国的司法适用技术》,《法律科学》2018年第3期。

⑦ 王洪:《论判例法推理》,《政法论丛》2018年第3期。

⑧ 钱炜江:《论民事司法中类推适用的过程——以融建公司诉韩冬案为例》,《华东政法大学学报》2018年第4期。

⑨ 左卫民:《关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考》,《清华法学》2018年第2期。

⑩ 张保生:《人工智能法律系统:两个难题和一个悖论》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第6期。

也不应发挥效用,因而将人工智能定位于法官辅助办案工具而非取代法官主体地位是妥当的^①。美国卢米斯案中智能辅助量刑引发的争议启示我们:应当注意人工智能辅助刑事裁判的不确定性、可解释性风险。应当坚守法官的主体性和智能裁判系统的工具性,防止出现对于智能工具的过度依赖和锚定效应^②。

人工智能司法应用的前提是法律知识图谱的构建以及裁判规则的类型化与要素化。类案推送是智能辅助办案系统的重要组成部分。当前的类案推送系统以知识图谱、自然语言处理技术为支撑,结合技术服务商的人工建模和标注,能够实现一定程度的自动推送或自主检索,但也存在“有效性”“全面性”“有序性”不足的现实困境^③。从法律人工智能系统的发展方向来看,有学者认为,需要法律专家借助人工智能的语义分析、相似度排序、数据挖掘、交互对话等技术,构建一套完整的、通用的、可利用的法律知识库,为法律语言理解、法律人工智能技术迭代打下基础^④。在人工智能的背景下,法官的解释任务会因此出现新的内容,需要对 AI 司法的基础条件进行验证与整合^⑤。应当站位于法院系统内的开发者、裁判者、使用者的三重身份,提出以法官的裁判思维与要件标注的方法来审视现阶段的应用成果,采用专家经验提取案件要素和证据规则,通过大量的人工化的要素标注建立起标签体系,夯实数据基础,提高案件自动标注能力^⑥。

(五)其他法律方法

1. 法律渊源理论(法律发现)

在制定法已经被充分认可为正式法律渊源的背景下,如何寻找其他法律渊源成为 2018 年度学者们重点关注的对象。有学者认为,“可以适用习惯”这一法律规定中的“可以”“适用”和“习惯”等具体词汇,都应得到符合法律原则和精神宗旨的、用以维护法律和裁判严肃性的、补强法律体系及其效力的教义学解释^⑦。与之类似,有学者认为,法源性习惯有别于“事实习惯”和“习惯法”,必须满足特定的形式要件、内容要件和司法程序要件,必须经过从“事实”向“规范”的转化。这种转化不仅以满足裁判的正当性为目标,而且需要合理运用法律方法^⑧。人民法院适用民事习惯法的条件包括民事习惯法的长期性、共知性、内心确信性、可证明性等积极条件,以及不违反法律的强制性规定、不违反公序良俗等消极条件。人民法院适用民事习惯法的方式包括直接采用和解释法律、司法调解等间接方式^⑨。我国民法总则第 10 条规定了“法律—习惯”二位阶法源体系。该体系会造成大陆法系实证法根本矛盾无法克服、法官不得拒绝裁判无法实现、民事诉讼目的无法达致的弊端^⑩。也有学者对习惯的存在及其法源地位提出质疑^⑪。对于法理与学说的法源地位,有学者认为,司法裁判中存在不少误用或滥用法理的情形,建议将法理的范围限缩为民法基本原则,规定法官应将基本原则具体化为规则,

① 潘庸鲁:《人工智能介入司法领域路径分析》,《东方法学》2018 年第 3 期。

② 朱体正:《人工智能辅助刑事裁判的不确定性风险及其防范——美国威斯康星州诉卢米斯案的启示》,《浙江社会科学》2018 年第 6 期。

③ 朱彬彬、祝兴栋:《类案推送的精细化:问题、成因与改进——以刑事类案推送为例》,《法律适用(司法案例)》2018 年第 20 期。

④ 葛翔:《司法实践中人工智能运用的现实与前瞻——以上海法院行政案件智能辅助办案系统为参照》,《华东政法大学学报》2018 年第 5 期。

⑤ 李飞:《人工智能与司法的裁判及解释》,《法律科学》2018 年第 5 期。

⑥ 蔡一博:《智能辅助:AI 下民商事办案系统的建构——以裁判思维与要件标注为切入点》,《东方法学》2018 年第 3 期。

⑦ 谢晖:《“可以适用习惯”的法教义学解释》,《现代法学》2018 年第 2 期。

⑧ 宋菲:《论习惯作为民法法源——对〈民法总则〉第 10 条的反思》,陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第 23 卷),北京:中国法制出版社,2018 年,第 378-391 页。

⑨ 高其才:《论人民法院对民事习惯法的适用》,《政法论丛》2018 年第 5 期。

⑩ 于飞:《民法总则法源条款的缺失与补充》,《法学研究》2018 年第 1 期。

⑪ 陈景辉:《“习惯法”是法律吗?》,《法学》2018 年第 1 期。

辅以参照学说之义务^①。还有学者专门讨论了刑法法源,认为我国应当确立多元化立法的思路,坚持法典化的主体地位,改进完善修正案模式,激活单行刑法和附属刑法等必要补充^②。另有学者分析了行政惯例的适用问题,认为司法实践中存在的相关误解应当澄清^③。

2. 利益衡量

在最近几年法律方法的研究成果中,利益衡量部分的内容是偏少的,这一情况在2018年中发生了变化,学者们对利益衡量给予了重新关注。有学者认为,个体人格保护原则上应让位于信息自由。基于类似的利益层次,应当认为,如源网址的公开不构成侵权,只有在极特殊的情况下才允许发生移除姓名搜索链接的后果^④。还有学者结合环保问题认为,从现行环境法律规范角度来看,环境利益应当是独立存在的利益形态。在我国环境法治进程中,需要进一步明确环境利益的立法表达,明晰环境利益的配置规则,均衡环境利益的保护机制^⑤。生态利益诉求实现所引发的利益冲突和利益格局调整,是环境司法专门化审判模式形成的内在要求,应从生态利益与经济利益的冲突、生态利益诉求层次拓展的司法回应两个方面展开利益衡量^⑥。另有学者认为,在竞争法场域中利益衡量方法应该直接指向“竞争行为”,考察行为对竞争利益的深层影响,符合反不正当竞争法的特性、思维范式和立法目的,更具有妥当性^⑦。针对金融法领域,有学者认为,该领域对相关裁判提出了挑战,迫切需要利益衡量方法,需要融入法律经济学等实质思维方式^⑧。在刑事审判中,被害人权利保障中涉及多方利益博弈,被害人在诉讼中的权利绝非越大越好,被害人和被追诉人的权利也非直接对应,而是涉及被害人利益、被追诉人利益、公共利益的三方关系,公诉方在利益衡量中发挥重要作用^⑨。从以上分析可见,面对着司法实践中的诸多难题,利益衡量方法仍然有其发挥的重要空间,结合新情况和新问题进行研究,也是这一领域中的重点发展方向。

3. 漏洞补充

类推适用作为填补法律漏洞的方法在司法实践中被法官广泛运用。法官在运用类推时,首先应当正确识别法律漏洞,区分“有意”和“无意”的违反计划,并穷尽现存规则之可能的文义;其次,通过构建形式类推和功能类推这一两层次多阶段逻辑,在形式上保证法官依法裁判,在实质上实现司法方法的社会功能^⑩。为填补法律漏洞而创设规则的法官造法在我国民事审判领域普遍存在。必须同时满足以下两个条件,法官始得创设规则:(1)为填补制定法漏洞所必须;(2)类推适用、目的性扩张或目的性限缩等方式不足以填补法律漏洞,并且法官负有参照公认学说和指导案例进行说明论证的义务。同时,法官造法应以民法基本原则为依据,且不得违反民法的体系性要求^⑪。在民法研究中,有学者认为,合同漏洞往往因当事人应约定而未约定产生。构成合同漏洞,必须同时违反合同计划和具备不圆满性。各合同漏洞补充方法适用有顺序先后以及例外情形^⑫。民法总则作为私法的一般性规则,

① 李敏:《论法理与学说的民法法源地位》,《法学》2018年第6期。

② 卢建平:《刑法法源与刑事立法模式》,《环球法律评论》2018年第6期。

③ 陈新民:《论行政惯例的适用问题》,《法学评论》2018年第5期。

④ 刘文杰:《被遗忘权:传统元素、新语境与利益衡量》,《法学研究》2018年第2期。

⑤ 李丹:《从环保督察问题反思环境法治中的利益配置》,《政治与法律》2018年第10期。

⑥ 张璐:《环境司法专门化中的利益识别与利益衡量》,《环球法律评论》2018年第5期。

⑦ 王磊:《法律未列举的竞争行为的正当性如何评定——一种利益衡量的新进路》,《法学论坛》2018年第5期。

⑧ 朱飞:《金融法裁判的利益衡量方法》,陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第25卷),北京:中国法制出版社,2018年,第422-440页。

⑨ 胡铭:《审判中心与被害人权利保障中的利益衡量》,《政法论坛》2018年第1期。

⑩ 张弓长:《中国法官运用类推适用方法的现状剖析与完善建议——以三项重要的合同法制度为例》,《中国政法大学学报》2018年第6期。

⑪ 李敏:《论民事裁判中的法官造法》,《中国社会科学院研究生院学报》2018年第1期。

⑫ 崔建远:《论合同漏洞及其补充》,《中外法学》2018年第6期。

对公司法具有补充适用和漏洞填补的功能。民法总则有关法人、营利法人以及法律行为的一般性规则,对公司法均有补充适用的余地^①。在商法研究中,商法应当作出特别规定而未作特别规定的,则构成商法的漏洞,应以法律漏洞填补的方法予以补充。商法漏洞仍不可避免,而民法总则引入的法律适用条款对解决商法的漏洞尚显制度供给不足,应通过法律解释和完善法律漏洞填补规则的路径,协调好民法和商法漏洞填补的一般性规则^②。还有学者以法律漏洞的填补为视角,探讨了冒名处分他人不动产的类推适用问题^③。

三、部门法法律方法:关切中国法治实践的微观话语

法治话语渗透在法治建设的每一个角落之中,对各个部门法的诠释和适用具有不可估量的引领作用。法律方法既是法教义学的典型操作方式,同时也需要引入法教义学的概念化—体系化知识。在自觉关切和回应中国法治实践的过程中,法教义学与法律方法论的这种亲缘性,不仅在部门法研究中得到了充分体现,而且也创造了以刑法、民商法、宪法以及行政法等为载体的微观法治话语。

(一)刑法方法论的双重展开:刑法教义学与刑法解释

由于强调罪刑法定原则,刑法对严格依法办事的法教义学的推崇在诸多部门法中表现得最为突出。这种刑法教义学的研究可以分为以下两个方面:

一方面,共性条款研究。有学者集中分析了“但书”,认为应当从总体上肯定“但书”司法化的妥当性以及刑法分则具体罪名出罪指引的统摄性。这种司法化的价值不在于“但书”规定本身的直接运用,而是激活其所涵括的丰富教义学内涵^④。还有学者基于刑法第29条第1款认为,引诱未达到刑事责任年龄者犯罪的间接正犯,虽然不成立教唆犯,但其利用行为仍属于广义的教唆,应当从重处罚^⑤。在自称的诸多合理性及其对犯罪共同说的各种批判被破解之后,行为共同说在我国还是面临着实质法障碍和刑法基本原则特别是罪刑法定原则的障碍^⑥。我国的刑法条文中存在身体无须进入但被认定为公共场所的条文。利用网络实施的犯罪与网络空间内的虚拟行为不是相同概念。公共秩序与公共场所秩序的差异并不表明“两高”的网络诽谤解释越权了。司法机关的扩张解释不是寻衅滋事罪成为口袋罪的又一例证^⑦。在判断防卫行为是否过当的过程中,刑法第20条第2款中的“明显超过必要限度”是一个重要的规范依据,有必要加强对它的法教义学研究。关于“明显超过必要限度”的规范地位,理论上存在单一条件说和双重条件说之争。从逻辑基础、法理依据和司法效果三个角度展开分析,应当反对单一条件说,支持双重条件说^⑧。

另一方面,具体罪名研究。有学者认为,被害人目的落空案件应否被纳入诈骗罪的可罚性范围内,教义学上存在较大分歧,应当承认捐赠诈骗等案件符合诈骗罪的客观构成要件,并进一步讨论损失结果的客观归责问题^⑨。还有学者分析了非法吸收公共存款罪,认为该罪的解释应根据其规范目的对前置法进行规范转化,分析提炼出该罪的违法行为类型,以划定网络借贷参与人的行为边界,从

① 钱玉林:《民法总则与公司法的适用关系论》,《法学研究》2018年第3期。

② 钱玉林:《商法漏洞的特别法属性及其填补规则》,《中国社会科学》2018年第12期。

③ 李俊青:《冒名处分他人不动产的法律适用分析——以法律漏洞的填补为视角》,《政治与法律》2018年第7期。

④ 崔志伟:《“但书”出罪的学理争议、实证分析与教义学解构》,《中国刑事法杂志》2018年第2期。

⑤ 黄旭巍:《〈刑法〉第29条第1款后段的教义学分析》,《法律科学》2018年第6期。

⑥ 马荣春:《行为共同说的法教义学批判》,《法律科学》2018年第5期。

⑦ 卢勤忠、钟菁:《网络公共场所的教义学分析》,《法学》2018年第12期。

⑧ 邹兵建:《正当防卫中“明显超过必要限度”的法教义学研究》,《法学》2018年第11期。

⑨ 陈毅坚:《被害人目的落空与诈骗罪:基于客观归责理论的教义学展开》,《中外法学》2018年第2期。

而在经济秩序和经济自由之间达到平衡^①。针对受贿罪,有学者认为对贿赂犯罪中的“不正当利益”,应当在对向关系和聚合关系的语义场中根据上下文语境、通过常规推理进行解释^②。强制猥亵、侮辱罪的构成要件包含着强烈的道德评价、体现了浓厚的价值判断,其语义具有游移性、模糊性、抽象性,属于原型范畴^③。如何处理法无明文规定的单位犯罪,一直以来是我国刑事立法与司法关注的重点,该问题经历了无罪论到有罪论的发展变化与理论争议。然而,有罪论既是对刑法规范的消解,也是对刑法教义学奉行现行刑法规范为圭臬之主旨的违背,它破坏了形式法治的安定性,迁就了功利主义却抛弃了规则主义,满足了实用主义但违背了法实证主义^④。

与从法教义学视角出发的研究相似,刑法解释也是刑法研究领域中凸显法律方法因素的重要方面,2018年度的刑法解释学研究成果主要体现在宏观理论和具体罪名两个方面:

宏观理论方面。有学者认为:“存疑有利于被告人”意味着刑法安定性绝对优于处罚合理性,这种严格解释有助于根绝入罪类推风险,鲜明提升文义在解释中的边界意义,是对罪刑法定原则最忠实的坚守^⑤。非法证据排除规则相关解释在我国非法证据排除规则的建构和完善中扮演着重要角色,但也存在着不少问题,有必要结合解释学原理,从主体、方法、内容、效力、程序等进行检视^⑥。功能主义刑法解释论认为,刑事政策的目性思考代表的价值判断与传统教义学代表的形式逻辑之间,是一种相互补充、相互牵制的关系^⑦。还有学者提出,从辩护律师角度了解不同法律职业者在案件处理中的思维方式与法律运用特点,有助于促进法律职业者之间的相互理解与法律职业共同体的形成^⑧。在刑事辩护中,对辩护权利规范的解释,应禁止不利于被追诉人的扩大解释、类推解释,不禁止在必要且适当时作有利于被追诉人的扩大解释、类推解释^⑨;刑事诉讼法解释方法的适用顺序应依次为文义解释、体系解释、历史解释与例外情形下的目的解释^⑩。最高人民法院的刑法解释权呈现出功能扩张的态势,具体表现为对治罪功能的过分强调、变相代行属于立法解释的统一法律解释功能、力图取代法官解释的个案评价功能,但是其违背了基本原理、宪法规定与司法规律,蕴含着巨大的风险^⑪。

具体罪名方面。有学者认为,传统观点对于破坏生产经营罪的解释已经不符合互联网时代背景的基本语境,在以“恶意注册—虚假认证—虚假交易”为主要表现形式的互联网灰黑产业链已经形成的今天,应当通过解释重新激活破坏生产经营罪的适用^⑫。同样在互联网背景下,拒不履行网络安全管理义务罪既是真正身份犯,也是真正不作为犯,但网络服务提供者这一身份的确定以及网络安全管理义务的认定却并未明确规定在该罪的构成要件中,只能通过解释进一步明确其内容^⑬。从犯罪构成要件的可能文意射程出发,辅之以适当的扩张解释,刷单炒信行为仍可以通过虚假广告罪和非法利用信息网络罪来予以规制^⑭。针对贪污罪,有学者认为,应当坚持贪污罪为单一侵占行为类型,将盗

① 邹玉祥:《非法吸收公众存款罪之行为类型研究——基于网贷背景下的教义学展开》,《政治与法律》2018年第6期。

② 王政勋:《贿赂犯罪中“谋取不正当利益”的法教义学分析》,《法学家》2018年第5期。

③ 王政勋:《强制猥亵、侮辱罪构成要件的法教义学分析》,《法律科学》2018年第4期。

④ 刘艳红:《“规范隐退论”与“反教义学化”——以法无明文规定的单位犯罪有罪论为例的批判》,《法制与社会发展》2018年第6期。

⑤ 冀洋:《“存疑有利于被告人”的刑法解释规则之提倡》,《法制与社会发展》2018年第4期。

⑥ 汪海燕:《非法证据排除规则的解釋学检视》,《中国刑事法杂志》2018年第1期。

⑦ 劳东燕:《功能主义刑法解释论的方法与立场》,《政法论坛》2018年第2期。

⑧ 孙杨俊:《论刑事辩护中法律方法的“反向”适用》,《东方法学》2018年第5期。

⑨ 黄士元:《刑事辩护权利的解释原理》,《中外法学》2018年第2期。

⑩ 程雷:《刑事诉讼法律解释方法的顺序规则初探》,《中国刑事法杂志》2018年第1期。

⑪ 王帅:《最高人民法院刑法解释权的功能扩张与复归》,《政治与法律》2018年第6期。

⑫ 李世阳:《互联网时代破坏生产经营罪的新解释》,《华东政法大学学报》2018年第1期。

⑬ 李世阳:《拒不履行网络安全管理义务罪的适用困境与解释出路》,《当代法学》2018年第5期。

⑭ 王华伟:《刷单炒信的刑法适用与解释理念》,《中国刑事法杂志》2018年第6期。

窃、诈骗等行为方式排除在贪污罪之外,从而从一开始就应否定贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的竞合关系^①。还有学者认为,职务侵占行为定型的刑法解释应当坚持“综合手段说”和“业务便利肯定说”,将职务侵占行为定型的解释结论限定为(单位人员)利用职务上和业务上的便利,以侵吞、窃取、骗取和其他方法将本单位财物非法占为己有的行为^②。

(二)民法教义学与民法解释学:民商法及民诉法研究的“双轮驱动”

在2018年民商法及民诉法的研究中,对法教义学视角的重视已经构成了一个明显的趋势。在总则方面,有学者认为,为了使法定条件成为真正法技术化的概念,必须从法律行为效力的构成要件方面,对其加以限制,附法定条件的法律行为在条件成就前,具有形式拘束力,处于待定状态^③。在物权法方面,有学者分析了物权法第2条,认为该条的规定与整个物权法的规范体系存在不协调的矛盾和冲突^④。在合同法方面,有学者认为,出于对官方法律部门划分的尊重和为避免带来不必要的转制成本,我国宜将劳动合同法定位为作为社会法组成部分的劳动法,并通过类比适用实现民法在劳动合同中的跨法律部门适用^⑤。在民诉法方面,有学者认为,民诉法之教义学应强化诉讼标的等重点概念的贯穿力,应将基本原则具体化,并从具体规则中反向提取一般规则,这样可强化民诉法教义学的体系性,并使之呈现出一定的准演绎性^⑥。另有学者认为,2015年最高人民法院“民诉法解释”中关于“重复诉讼”的规范,已经给出了对既判力范围进行解释学分析的基本框架^⑦。

以教义学为基础,民商类法律方法的研究成果集中体现在民法解释在整个民商法体系中的分析。民法学中的相关研究成果可以分为以下几个方面:

民法总则方面。以民法典颁布为背景,有学者认为,应当进一步凸显指导性案例的作用,明确最高人民法院的司法解释权与法官的司法能动性之间的分工,减少法官对司法解释的过度依赖^⑧。在当今社会倾向于表示主义的意思表示解释规则框架下,真意保留在教义学中并不是一个独立的制度,而应是意思表示解释制度的具体应用。真意保留的法律效果,通过意思表示解释规则即可得出^⑨。针对英烈保护条款,有学者认为,英雄应解释为英勇献身的英雄和自然身故的英雄。该条的保护范围仅限于姓名、肖像、名誉和荣誉人格利益,包括精神利益和财产利益^⑩。鉴于显失公平规则之正当性在于自由价值与公平价值的相互协力,显失公平的条款在解释论上应采取更具弹性评价的“动态体系论”,在法律条文的解释上应充分结合其规范目的予以考察^⑪。针对显失公平的情况,有学者认为,显失公平的客观要件事实与主观要件事实之间,不存在固定的权重比例,应借鉴“动态体系论”,注重将两者作为一个整体进行综合考量^⑫。针对民法总则中的证据问题,有学者认为,民事权利的发生、变更、消灭或者受到限制的要件事实应当由主张者承担举证责任,这是民事权利要件事实举证责任的一般规范^⑬。有学者认为,法律行为解释并不改变当事人对要素的意思表示,而在无效法律行为转换中

① 王彦强:《业务侵占:贪污罪的解释方向》,《法学研究》2018年第5期。

② 魏东:《职务侵占的刑法解释及其法理》,《法学家》2018年第6期。

③ 冯洁语:《论法定条件的教义学构造》,《华东政法大学学报》2018年第5期。

④ 李永军:《物权的本质属性究竟是什么?——〈物权法〉第2条的法教义学解读》,《比较法研究》2018年第2期。

⑤ 刘绍宇:《劳动合同法与民法适用关系的法教义学分析》,《法学》2018年第3期。

⑥ 严仁群:《民诉法之教义学当如何展开》,《比较法研究》2018年第6期。

⑦ 陈晓彤:《我国生效民事裁判既判力主观范围的解释学分析》,《当代法学》2018年第3期。

⑧ 赵万一、石娟:《后民法典时代司法解释对立法因应及其制度完善》,《现代法学》2018年第4期。

⑨ 纪海龙:《真意保留与意思表示解释规则》,《法律科学》2018年第3期。

⑩ 刘颖:《〈民法总则〉中英雄烈士条款的解释论研究》,《法律科学》2018年第2期。

⑪ 王磊:《论显失公平规则的内在体系——以〈民法总则〉第151条的解释论为中心》,《法律科学》2018年第2期。

⑫ 武腾:《显失公平规定的解释论构造》,《法学》2018年第1期。

⑬ 王雷:《〈民法总则〉中证据规范的解释与适用》,《法学家》2018年第6期。

法官为当事人创设了包括主要权利和义务在内的新法律行为,因而改变了要素^①。

民法分则方面。有学者认为,从规则适用的逻辑融贯与简练上考虑,应将网络虚拟财产作为特殊的物权加以解释^②。停止侵害判决在我国司法实务中经常出现,有必要从解释论上加以展开。停止侵害判决对应停止侵害请求权,其主要特点在于指向未来的行为。如果不能直接扩大该请求权的范围,也可以通过诉讼法上对相关请求和判决主文的解释达到相似效果^③。合同解释的对象主要是合同条款,包括合同用语,无论是清晰、明确的用语还是模糊、不明确的用语,均为合同解释的对象,合同主体在缔约和履约层面是主体而非客体,但在裁判者及专家学者甚至他们自己在解释系争合同时却为客体^④。还有学者指出,印章虽非意思表示,但仍为合同解释的对象^⑤。合同解释不仅应承继单个合同的体系解释,而且要联系合同周边予以交易的整体解释^⑥。

(三)公法学研究的规范化转向

不管是宪法教义学、宪法解释学和合法性审查,还是行政法教义学和行政法解释学,在2018年度均得到了公法学者们的关注和回应,从而宪法、行政法等公法学研究的规范化和体系化程度实现了突飞猛进的发展。有学者认为,在教义学范式下对宪法国家机构条款进行规范释义和体系建构,既是在完善中国宪法学的知识体系,也是在回应“国家治理现代化”的改革目标和“依宪治国”的时代主题^⑦。为了实现信赖保护的普遍性,德国公法理论界与实务界从法教义学的角度出发,提出了众多落实公法上信赖保护实证基础的主张,并最终确认了其独立的法律原则地位和具体的保护内容^⑧。在对法律的合宪性审查上应只作出“相一致”或“不相一致”的审查结论,对于“不相一致”情形可以采取修改宪法或受审查的法律,或者是解释宪法或受审查的法律的方式进行相应处理^⑨。还有学者认为,通过文义分析与体系解释,剖析宪法第51条所蕴含的对基本权利的补充与创新功能,指陈其较之宪法人权条款,更能担当作为包括新兴基本权利在内的宪法未列举基本权利的法源角色^⑩。对宪法修改后形成的“环境宪法”的诸规范,必须在宪法与部门法“交互影响”的原理下作出体系融贯的解释^⑪。具体来说,国家权力的多元化行使方式,为生态环境损害赔偿制度的争议问题,提供了具有理论一贯性和逻辑一致性的解释,为该制度的进一步完善指明了路径^⑫。还有学者提出,尽管狭义比例原则自身具有某些固有的缺陷,但它在整个法律方法体系中不失为一种极其重要的法律解释方法或宪法解释方法,并为各国立法者、执法者和司法者所普遍采纳适用^⑬。

在行政法研究中,有学者认为,环境行政处罚的规制功能包括法律威慑、风险预防和生态恢复三个维度。在风险预防维度,应通过不确定法律概念赋予行政机关一定的判断余地。一方面,运用类推、预估和降格证明标准的方式判断事实性风险的不确定概念;另一方面,运用分量公式对价值性风险的不确定法律概念作出妥当的利益衡量^⑭。针对行政诉讼法司法解释,有学者认为,新司法解释坚

① 殷秋实:《无效行为转换与法律行为解释》,《法学》2018年第2期。

② 沈健州:《从概念到规则:网络虚拟财产权利的解释选择》,《现代法学》2018年第6期。

③ 曹志勋:《停止侵害判决及其强制执行:以规制重复侵权的解释论为核心》,《中外法学》2018年第4期。

④ 崔建远:《合同解释的对象及其确定》,《华东政法大学学报》2018年第5期。

⑤ 崔建远:《合同解释语境中的印章及其意义》,《清华法学》2018年第4期。

⑥ 崔建远:《先签合同与后续合同的关系及其解释》,《法学研究》2018年第4期。

⑦ 张翔:《中国国家机构教义学的展开》,《中国法律评论》2018年第1期。

⑧ 展鹏贺:《德国公法上信赖保护规范基础的变迁——基于法教义学的视角》,《法学评论》2018年第3期。

⑨ 莫纪宏:《论法律的合宪性审查机制》,《法学评论》2018年第6期。

⑩ 王进文:《宪法基本权利限制条款权利保障功能之解释与适用——兼论对新兴基本权利的确认与保护》,《华东政法大学学报》2018年第5期。

⑪ 张翔:《环境宪法的新发展及其规范阐释》,《法学家》2018年第3期。

⑫ 陈海嵩:《生态环境损害赔偿制度的反思与重构——宪法解释的视角》,《东方法学》2018年第6期。

⑬ 范进学:《论宪法比例原则》,《比较法研究》2018年第5期。

⑭ 谭冰霖:《环境行政处罚规制功能之补强》,《法学研究》2018年第4期。

持“否模式”,把重点完全放在不可诉行为的澄清和细化之上。从未来发展观察,应由行政诉讼法直接确立“无明显实际影响”标准,再由司法解释细化^①。关于行政解释的发展,有学者指出,应以规范行政解释权为出发点,在继续加强和完善立法监督和行政内部监督的同时,确立司法审查作为行政解释的控权支柱^②。还有学者专门关注了税法解释问题,认为财税行政主管部门凭借其“专业知识”优势,通过“税收规范性文件”这一形式满足了实践对税法解释的需求^③。

四、结语

在中国法学的“科学性”和“实践性”被不断强化的背景下,法律方法研究开始主动分享法教义学的操作范式,因而变得越来越精细化和理性化。同时,通过中国法治实践的反复尝试,推动了法律方法论本土化的全新探索,最终凝结出具有中国本土特色的、科学的法治话语元素。可以说,中国法律方法论已经沉淀了充分的理论自信和实践经验,不仅以开放兼容的姿态努力拥抱域外法律方法理论资源,而且立基于中国法治实践反思性地创建了以法律方法为媒介或载体的本土法治话语体系。如果只是从时间维度上评价,国内法律方法研究仍处在“充满着独立性和依赖性、自觉性和幼稚性”的少年期,但是法理学者和部门法学者对法律方法非比寻常的关注和重视,却极大地促进了法律方法理论的成长速度,乃至孕育了中国法律方法研究的“中国速度”和“中国模式”。在全面推进依法治国进程中,法律方法研究成果体现了学者们的智识贡献和学术担当,也使得中国法学研究中的法治话语体系更加丰富和完善。

Research on Legal Methods in the Construction of Discourse in Rule of Law ——Report on the Research of Legal Methodology in China in 2018

Sun Guangning Lv Yuzan

(Law School, Shandong University at Weihai, Weihai 264209, P. R. China;
Legal Method Research School, East China University of Political Science and Law,
Shanghai 200042, P. R. China)

Abstract: The construction of discourse in rule of law is more than a matter of pure conceptual understanding. It has some substantial content in the view of legal method. The year 2018 is a new era for research on legal methods, which means the research on legal methods moving towards a more rational and precise path. Legal methods are wholly moving to the practice of rule of law in China, and focusing on AI as a new method. Some branches of law are combining legal methods more often than ever before, and are building some local microcosmic discourse in rule of law based on the reflection on the practice of rule of law in China.

Keywords: Discourse system in rule of law; Legal method; Legal dogmatic; Legal interpretation; Legal AI

[责任编辑:李春明]

① 杨伟东:《新司法解释受案范围规定的思路、逻辑及未来发展》,《行政法学研究》2018年第5期。

② 彭霞:《走向司法审查:行政解释的困境与出路》,《政治与法律》2018年第10期。

③ 刘珊:《税法解释的实践样态与规范表达》,陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第25卷),北京:中国法制出版社,2018年,第365-385页。