

返回拟制探寻法思维的逻辑起点

陈金钊

摘要 法思维逻辑起点的模糊，已成为推进法治建设的观念障碍。遵循逻辑规则是法律思维的显著特征。为法治服务的法思维，其逻辑起点是拟制的法律。法律规范的内容虽源自社会，但体系性的法律架构是立法者拟制的产物。被拟制的法律原则、规范、概念、主体等作为制度性事实是“效果历史”的组成部分。作为意向思维的结果，法律对所欲调整的社会已有所定义。法治是由法律定义的秩序。法律既是思维的指引，也是推理的前提、解释的对象、论证的依据。法律思维的基本特征是“据法思考”，拟制的法律是据法思考的逻辑起点。

关键词 法律思维 据法思考 法治逻辑 法律拟制 法律方法

作者陈金钊，华东政法大学法律方法研究院教授（上海 200042）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2021)01-0117-13

“法律拟制的时代尚未终结。”^①美国当代著名自然法学家朗·富勒（Lon L. Fuller）的这一断言至今仍有启迪意义。进入 20 世纪以来，西方人对法律的认识产生巨大变化。法律的确定性、稳定性、一般性、独立性、体系性以及客观性等基本属性受到质疑。一些学者提出，任何形式主义的方法论都是“疏离于生活的”，属于“逻辑强暴法律生活”。^②这一断定否定了立法的意义，严重损害了法律的权威性。与之相伴，“法律不是逻辑”的断言，固化了原本轻视逻辑的辩证思维，对法思维产生了负面影响。我国法学界对西方反基础法学的观点缺少反思，多将其当作前卫观点，进行“接着说”的论证。确实，法治不完全是逻辑建构，法律的实施离不开社会语境；纯粹的逻辑思维会衍生法律“脱离”社会的问题。在法律与经济、法律与政治、法律与社会等关系思辨中获取意义。这种思维方式秉持社会教义，把社会、经济、政治、文化等具体语境要素带进了法思考，以科学实证等方法来确定法的意义；从而打开了法律思维的封闭性，在更为宽泛、开放的视野中塑造统合的法律意义。然而，在语境中统合社会的综合规制，还是“法律”以及还能成就法治吗？“如果承认它们是‘法’，那就意味着我们的视野必须超越法律实证主义的范围，而进入法人类学和法社会学领域。”^③如果法律与其他因素统合后还是法律，据以判断的标准是什么？这些标准又是如何确定的？对这些问题的回答，需要结合法治的目标，重视法律的权威，反思法思维的逻辑起点，以建构捍卫法治的法治逻辑：即回到法律及其体系的拟制性，在重视逻辑、法理以及法律方法的基础上，对法思维展开深入研究；从而为正确理解、解释和运用法律做好准备。

^① Lon L. Fuller, *legal fictions*, California: Stanford University Press, 1967, p. 94.

^② 参见焦宝乾：《法的发现与证立》，《法学研究》2005 年第 5 期。

^③ 曹刚：《法治、脸面及其他——中国人的传统守法观》，《山东社会科学》2015 年第 12 期。

一、法思维研究的拟制性缺失

20多年前苏力断言：“在未来中国法学中起主导作用的更可能是诠释法学和社科法学。但是，这两派在社会中所起到的作用是不同的。对于法治和法学的发展来说，它们的功能是互补的。”^①苏力发现了法律思维的局限性，认为“实在法为法学家提供了思考的起点和工作的平台，但同时也限制了法学家提问的立场和思考问题的范围”^②。如果仅开展单一方向的据法思考，会出现脱离社会语境的问题，“虽然法教义学在中国法学界获得了很大的发展，我也完全支持其进一步发展，但是必须注意，过去十多年里，在许多案件或事件上，有些甚至本来颇为常规的案件，法教义学也并没有能事先帮上什么忙，相反因恪守某个常规的教义而惹出了一些持久的麻烦”^③。于是他采取社会学的经验研究方法，并据此认为法律人思维在经验上是很难成立的。然而，他并未考虑法律的拟制性以及法律、法学拟制的概念、主体、规范、原则的功能发挥。仅根据经验就否定了法律人思维的独特性，是对法的拟制性的遗忘。其实，实证的经验与逻辑的拟制是不同的思维方式。法律不完全是经验的总结，还包括立法者、法学家的逻辑思维的使用及创造性的拟制。法的拟制是构建法律概念体系、规范体系，以及展开法律关系、法治逻辑的重要环节，忽视法律的拟制性以及逻辑规则的使用，难以形塑理性的法秩序。法治的实现需要拟制的法律与语境的融洽关系，但不是法律单方面的适应社会，还要通过法律规制调整社会。

（一）遗忘拟制性，法思维难以成立

探究法思维模式不能遗忘法的拟制性。回到拟制的法思维探究，既是对跳出法律研究立场的回应，也是对我国传统的整体、辩证和实质思维方式的反思；是对法思维方法的时代思索。在当下的法学研究中，不仅反基础法学有很大影响，而且“从实际出发”也很有市场。在两者汇合之后，人们对“据法思考”产生了诸多怀疑。集中表现在对法思维逻辑起点的争议。从拟制思维的角度看，法律思维是能够成立的，并且据法思考构成法思维的核心要义。然而，法思维在经验范围内能否成立则是一个需要探讨的理论问题。由于对法律的拟制遗忘，一些人认为，思维都是人在思维，不存在法律思维。法律不是人，如何能够思考？其实我们需要看到，像法的众多拟制一样，法律思维也是一种拟制性称谓，是法学拟制的产物。还有法治思维、法律解释、法律论证、法律渊源等都是法学家的拟制。而法律概念、规范、主体等都是由立法者拟制而出现。“据法思考”的法律思维，是一个主语省略的语句，其基本的含义是“人”据法思考。

尽管在对法律的研究中，逻辑的运用非常广泛，但法学界对法治逻辑的研究并不深入。有人从否定法律的独立性开始，进而否定法律思维、法治思维的存在，认为法治逻辑不过是一般逻辑规则的使用，法律思维就是日常思维。然而，拟制是法律思维、法治逻辑的开端。忘记这一点，不仅难以理解法律，也难以理解法学概念、原理等，也会增大法律识别、选择的难度。诸如，对法律渊源、法律发现等的正确理解，就需要从法的拟制性开始。由于对法律渊源缺乏拟制性认同，只认识到法律渊源各种法律的表现形式，而各种表现形式是法律多元的表现。而法律多元使得很多人固化了法律意义的不确定性、流动性偏见，丢弃了法律的明确性和意义的固定性。还有，尽管上个世纪我国已经确定了“依法办事”的基本要求，把“据法思考”作为基本的法律思维方式，但还是出现了两种极端的法律意义的认定方式：一是认为依法办事之“法”，就是立法者创设的法律文件以及文本之中的法律条文。即只承认法律一元性，因而造成了机械司法执法；二是没有意识到法律渊源是附条件的拟制，所以秉持开放姿态，认为法律无非是情、理、法的结合，进而主张以情、理改变法律的固有意义。目前流行的辩证思维正是过度强调实际的重要性，这会使“据法思考”的正当性遭遇挑战。

① 苏力：《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》，《比较法研究》2001年第3期。

② 舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社，2012年，第8页。

③ 苏力：《中国法学研究格局中的社科法学》，《法商研究》2014年第5期。

对据法思考的质疑主要有三种观念来源：（1）我国传统文化中的整体思维^①、辩证思维^②和实质思维^③。在传统思维方式中，据法思考被认为是形式逻辑的运用，带有片面或形而上学的特征，很容易滑向教条主义、本本主义，所以案件纠纷的解决要从实际出发，具体问题具体分析。（2）科学实证方法主导的法社会学。^④法社会学对法律意义的探究，是从旁观者的角度，直接把法当成真实的存在加以研究，进而将法律置于社会展开定量、定性分析。这虽看到了法律与社会的差距，但没有从内在参与角度塑造法律的意义。（3）反基础法学研究的思潮。^⑤自德国学者提出自由的法学研究，后经英美等国现实主义法学、实用主义法学、批判法学、后现代法学，持续一百多年的反基础研究，使现代法律的基本特征被否定，撕开了法的拟制性面纱，进而把法律视为虚构的形式。法治被称为神话而遭遇危机。

法治实现有个永恒的难题，即法律必须保持稳定。朝令夕改的法律难以成就法治，稳定的法律难以适应社会的变迁。为了解决法律稳定性与社会变动性之间的矛盾，人们对据法思考模式设计了基于统一思维的结合论，即法律与社会、法律规范与其他社会规范等之间的结合论。然而，由于在思维中结合了更多因素，因而在统一的过程中，法律的固有意义会被削减，法律的稳定性、安全性等也会出现问题。法律的稳定性与社会的变动之间的矛盾难以得到解决。法治的困境再次产生。人们发现，“随着我们建构的法律体系与传统渐行渐远，我们对法律的依赖程度也会越来越低”。^⑥一种流行观念认为，现在的法学院正在逐渐转变为政治学院，法学也应该让位于政治学。这如果不是反讽，就是对法治的认识出现了偏差。确实，各国的法治实践都或多或少存在问题，这与不良的社会环境及不完善的机制体制有关，但也与不重视法治逻辑有很大关系。很多人只是简单地基于中西制度比较，就认定法治机制体制的问题与修正方向，却很少从思维方式或法治逻辑的角度，审视法治中国建设。在现有法思维中，法治逻辑是缺失的，属于“带伤”的思维。^⑦既没有基于基础理论的法治逻辑设计，也不重视法律思维规则对法治的意义，更忽视了法治首先是符合逻辑地运用法律。很多人不承认法律思维的存在，遑论运用法律思维规则。“在司法解释中，很重要的是一些被称为解释规则的原则表述，例如，明示排除默示，刑法解释应有利被告，新法之采纳并不意味旧法之废除，一法可作多种解释时应采纳最明显的解释等等。必须承认，这些规则是司法经验的凝结，体现了许多实践的智慧。但是这些规则对法律解释用处并不很大。”^⑧这些规则都是告诫性的而不是定向性的，它们和一些生活格言一样，经常是对立的。如果这样的话，思维靠什么指引，该如何判断法律思维的

① 传统的整体思维“注重整体统一、‘天人合一’‘天人和谐’追求天、地、人、我（心）的和谐统一”，但是这种整体观是混沌的、缺乏逻辑要素和体系结构的整体观。详见彭华：《中国传统思维的三个特征：整体思维、辩证思维、直觉思维》，《社会科学研究》2017年第3期。冯友兰先生也指出，传统中国哲学的思维方式偏好以名言警句、比喻例证进行表达，造成的结果就是明晰不足而暗示有余。详见冯友兰：《中国哲学简史》，北京：北京大学出版社，1985年，第17页。

② 英国科学史学家李约瑟将辩证逻辑作为中国古典逻辑学发展的主流脉络。事实上，我国传统的辩证法思维正是滥觞于先秦时期的思想争鸣，并藉此形成了中国哲学史上的三大辩证法流派：道家的“贵柔”辩证法，以老子为代表；兵家的“尚刚”辩证法，以孙子为代表；儒家的“执中”辩证法，以《易传》为代表。详见李约瑟：《中国科学技术史》第3卷，北京：科学出版社，1978年，第337页；宋志明：《论中国哲学的精神》，《中国矿业大学学报（社会科学版）》2007年第1期。

③ 中国传统思维倡导透过现象看本质的思维路数，将以不变应万变、持经答辩等作为基本信条，因而“实质”“本质”等在传统思维占据主导地位。详见曾仕强：《中国式思维》，北京：北京联合出版公司，2017年，第169—170页。孙笑侠教授也曾将中国古代法官的实质性思维方式概括为：“具体表现为传统法官在法律与情理关系上往往倾向于情理；在法律目的与法律字义面前倾向于目的；在思维方面‘民意’重于‘法理’，具有平民倾向，把民意作为衡量判决公正与否的重要标准；思维时注重实体，轻视程序。”详见孙笑侠：《中国传统法官的实质性思维》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2005年第4期。

④ 法社会学倡导的科学实证方法，实际上是自然科学方法论的社会学翻版。按照迪尔凯姆以降的法社会学方法论传统，法律现象作为社会事实被认为存在于因果链之中，“应当用基本上相同于科学家在实验室试验中测量和分析物质及各种过程时所用的方法来观察和分析社会现象”。详见罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，北京：华夏出版社，1989年，第13页。

⑤ 在哲学层面，作为基础主义的对立物，反基础主义抛弃了西方哲学的唯理论、经验论和先验论传统，以反对哲学的普遍性、拒绝本体论、抛弃反映论，否认统一性而著称。受其影响，在法学上，包括自由法运动，激进主义犯罪学派，乃至法律现实主义、批判法学思潮等，都表现出强烈的反基础主义色彩。详见 Hubert Rottleuthner、Matthias Malhmann：《法律的基础》，张万洪、丁鹏译，武汉：武汉大学出版社，2010年，第211页以下。

⑥ 罗斯科·庞德：《法的新路径》，李立丰译，北京：北京大学出版社，2016年，第104页。

⑦ 陈金钊：《带伤的思考及法律方法矫正》，《探索与争鸣》，2020年第8期。

⑧ 苏力：《解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问》，《中国社会科学》1997年第4期。

对错。至于法治逻辑的基础理论问题——法律拟制，缺少基础研究，以致当遭遇“法律只能适应社会”这一追问时，天然偏好直接修正法律的进路。

在对法思维的研究中，於兴中教授提出了饶有兴趣的概念——法律生命、法律品格等。但该如何理解“法律生命”呢？他认为，一种途径就是运用修辞中的拟人化。把法律制度拟人化，当人来看待。这样一来，法律制度就像人一样有了真善美，有了自主、自治、公平正义等要求。^①“生命的特质就在于持续调整，从而适应不断变化的外部环境。”^②这意味着，对于法律稳定与社会变动性之间的矛盾，需要人在法律与社会之间，在追求法治目标的前提下，通过显现法律的品格，运用法律思维方法来解决。然而在我国法学界，由于对法的拟制性遗忘，遂开始对法律思维提出了质疑，认为法律不是主体，如何能进行思维。所有的法律思维都是人在进行思维。人在法律思维中权重的增大，致使在赋予法律“生命”的同时，也为任意解释留下了很大的空间。^③

法律人的品格不仅需要阐释法律的意义，而且还要像人一样能够不断地适应社会的变化。可以说，法律的品格不仅包括对社会变化的精准把握，还包括对逻辑方法以及法律思维规则的娴熟掌握。这是法律专业、职业、执业能力的重要方面。显现出法律职业高尚品格的不仅是对法律价值的认同，还包括对文义解释方法以及体系思维、体系解释方法的运用。在承认法的拟制性前提下，体系思维和体系解释是逻辑思维的代名词，能代表法律思维的特殊品性。“所谓逻辑的解释是指根据规范所用概念彼此之间的逻辑关系的排列，根据对它们内容的逻辑分析来阐明它们的涵义。”^④逻辑学是研究思维规则的学问，^⑤以此推论，法律逻辑学所研究的内容是法律思维规则。

法律思维规则的存在意味着，法治的核心要义不是从实际出发，而是从拟制的法律出发，用拟制的法律以及法律解释等解决实际问题。只有这样才能确定解决问题的法治方式。法治逻辑需要使用立法所拟制的法律主体、规范、原则，以及法学所拟制的概念、原理等，从而使法律关系链条能够建立起来，法律思维能够顺利开展。在法治现代化的背景下，国家治理体系和治理能力亟须法治逻辑的运用。法治逻辑是以法治实现为目标的思维规则建构，捍卫法治的逻辑思维极为重要。可构建思维方式却是一个重要的问题。重要是因为现代化的要素，诸如科学、法治等，都与逻辑密切关联。没有逻辑，科学分类就无法开展，契合法治的思维方式也难以建立。

（二）从“实际”出发难以成就法治

现在的法思维领域，徒法不足以自行、情理法结合、从实际出发等很有市场。然而，从法治实现的角度来看，案件审理与法律决策，如果过度坚持从实际出发，据法思考就会失去意义。从实际出发找出案件以及决策所对应的法律后，就不能再从实际出发确定法律的意义，而是要依法决策，实现法律对事实意义的覆盖。目前的问题是，在找到法律依据后，对法律的理解、解释还要从实际出发，在情理法、道德、政治、社会等的关系思辨中探寻法律的意义。其主要理由是：其一，纷争是由问题导出的，因而需要从实际出发解决；其二，对法律的意义探寻，需要在法律与其他社会规范之间展开“关系拿捏”。法律是社会关系中的法律，因而法律意义的释放应符合社会实际，对法律解释不能望文生义。

从实际出发是问题导向的思维方式，但如果不分场景地运用则会出问题。虽然在个案的法律适用中，从实际出发也具有正当性，但法治要求，“实际”既不能否定“据法思考”的正当性，也不能排斥法律一般性、体系性以及可预测性等。从实际出发不是把法律用于改造、调整社会，而是要求法律适应社会；是

① 於兴中：《德沃金的法律观与法的品格》，《中国政法大学学报》，2018年第6期。

② 罗斯科·庞德：《法的新路径》，李立丰译，北京大学出版社，2016年，第1页。

③ Douglas Linder 和 Nancy Levit 在《好律师》（The Good Lawyer）一书中指出：“本能先于推理，而且大多数情况下在我们的日常生活和职业生涯的决策中起着更大的作用。人们孜孜不倦地进行推理，大都是为了给自己根据本能思维做出的决定提供理由，而很少推翻它。我们总是过高地估计自己对下意识的倾向的控制能力。”Douglas O. Linder & Nancy Levit, *The Good Lawyer*, Oxford University Press, 2014, p. 128.

④ 坚金，布拉图斯主编：《苏维埃民法》，中国人民大学民法教研室译，北京：法律出版社，1956年，第119页。

⑤ “逻辑学是研究思维、思维的规定性和规律的科学。但是只有思维本身才构成使得理念成为逻辑的理念的普遍规定性或要素。”黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，北京：商务印书馆，1980年，第63页。

在需要据法赋予事实以法律意义的关键时刻，把“实际”作为思维的逻辑起点，遗忘了法治的基本教义。这种思维放弃了法律的权威性；法律会出现安全性危机。由立法者所拟制的法律文本、机制体制就难以发挥作用。法治要求纠纷解决和行为指引都需要据法思考。从实际出发指向法律规范的选择，而非指案件处理以及法律对案件事实的定义。

虽然法律的意义并不完全由法律规范给定，对法律的理解需要协调法律与其他社会规范关系，但是，情理法结合需要正确的姿态与方法：必须尊重法律的权威，充分意识到法律是调整社会的设计。为了实现法治，就必须尊重法律的安全性，重视法治逻辑及法律方法的使用。法治要求在尊重法律意义的固定性、安全性等前提下，运用法律解释、论证、修辞等方法来思考法律与其他社会规范之间的关系。然而离开法律的体系架构，理解、解释和运用法律的最根本特征——思维的合法性及解释的独断性就会被抛开，法律的意义探究只能借助对相邻领域（诸如法律与道德、社会等）探究来完成。这就使得思维方式的法治色彩以及法律的规范作用、预测功能等大为减弱。因与其他社会规范的过度黏合，使法律失去了独立性。更有甚者，“当法律拟制和‘现实事实’之间出现逻辑上的不一致时，拟制必须让步，即事实被评价为真实，而拟制被贬低为虚假。”^①在这种思维方式中，“现实事实”的界定者拥有改变法律的特权。

从法律实践的角度看，思维方式影响法治的命运。苏力的研究发现：“今天即便是商法如公司、破产、票据、海商、信托和保险这些法律部门也很难恪守教义了，公司的组织结构已基本没法用教义来确定，必定要由具体的公司根据各种复杂综合性的社会、制度因素来确定，既要考虑政府规制、税收等相对稳定的制度因素，也要受行业甚或企业家精神这些高度不确定的因素影响。”^②法律思维方式的界定直接影响着对法律的理解、解释和运用。对法治建设来说，不附条件、不分场景地从实际出发是危险的。法治目标决定了法思维必须承认法律的存在。否则“据法思考”的前提就没有意义。法思维的出发点是法治逻辑建构的基础性问题，从拟制的法律出发才符合法治的要求；不能在依法办事的关键时刻回到实际。经验研究方法确实是探寻法律意义的重要方法，但经验性结论介入裁判必须受法律规范限制。因为法律规范所指向的事实必须被规范所裁剪与构造的事实，与经验性事实不具有等价性。

（三）法思维是拟制性称谓

法思维是拟制性称谓，不是“法”作为主体的思考。虽然“法”本身并不能思维，但人作为主体可以据法思考。前提是需要立法拟制主体、概念、规范、原则等；通过法学拟制法律解释、推理、论证等帮助实现法律自主。在承认法的拟制性基础上，由人借助逻辑规则运用法律。因而法治逻辑需要在尊重法律权威的基础上，以内在参与者的思维探寻法律意义。“拟制的主要功能就是将法律概念进行类比延伸和分类。”^③法律拟制的规范体系及概念体系，因其减轻了运用者的负担，能便捷地理解、解释和运用法律，因符合思维的经济原则而对法治具有重要价值。在法律运用中，其意义确实在改变，但这种改变不是随意的，应“持法达变”。抛开法治目标、离开法律文本的思维不是法思维。法思维应表达对法律的忠诚，对法与相邻领域的关系思辨须以“法”之名展开。定义得出必须使用拟制思维，法治是法律定义的现实，所有问题的法律化都需要以法之名进行拟制，立法、司法、执法都少不了拟制思维的使用。立法者拟制法律时，确实需要从实际出发，但在运用法律时则需要从法律出发，据法赋予事实以法律意义。不能要求执法、司法完全从现实社会中探寻法律的意义。

法律拟制之所以被轻视，是因为法学界有部分学者，有意把所有的拟制理论收缩为“有意的虚构性断言”，存在着把法律拟制边缘化的思维倾向。^④法律拟制的应用，基本被限缩到事实推定领域。其实，法律拟制及其思维方式，不仅是法律存在的本体论问题，还是立法、执法、司法的方法论基础，更是法学知识体系的建构前提。法律拟制属于规范法学的基本范畴。然而在法学成熟后却出现了法律拟制性的集体

① 道格拉斯·林德：《法律拟制的实用价值》，朱瑞译，《法律修辞研究》第5卷，北京：中国法制出版社，2019年，第312页。

② 苏力：《中国法学研究格局中的社科法学》，《法商研究》2014年第5期。

③ 道格拉斯·林德：《法律拟制的实用价值》，朱瑞译，《法律修辞研究》第5卷，第312页。

④ 参见道格拉斯·林德：《法律拟制的实用价值》，朱瑞译，《法律修辞研究》第5卷，第312页。

遗忘。原本属于拟制的规范体系、法律调整机制体制、思维规则体系，演变成客观真实的存在。出现这种情况，还因为在传统的法律理论中，仅注意到了对事实的推定，而忽视了对法律的拟制。从政治治理的角度看，法治是一种社会组织和控制机制。所有的法律制度以及调整机制都以拟制为开端。如果遗忘法的拟制性或抛弃拟制思维，根本就无从认识法律。特别是权力主体的拟制性被掩盖后，权力就会出现超越法律的光环，进而出现更为广泛的权力空间，以解释的名义放任权力。

从整体上看，法学界对法律渊源没有做到正确的理解、解释和运用。^①西方法学在研究论证法律与其它社会现象的关系时，借用拟制思维建构了法律渊源理论，成功协调了法律与其他社会规范的关系。而我国学者对法律渊源的接受，仅表现在宏观思维层面，认定法律渊源就是法律的表现形式。^②这造成很多法科学生难以理解法律渊源的方法论功能。很多人没有看到，法律渊源是承认法律多元；以“法”之名，把法律与其他社会规范衔接起来，附条件地承认其他规范法属性。与法律多元相匹配的法源体系，构成法律发现的基本范围，其作用就是以法律之名统合其他社会规范。然而，法律渊源的拟制性只获得了部分法学学者的认同，没有对司法实践产生决定性影响。很多法学家仅承认法律的多元性，^③认为制定法等正式法源是权威性法律，其他法源都是辅助性法律。从话语修辞方式的角度看，法律多元论使得法律发现的领域极为宽泛，可以形成在法律渊源体系中寻找法律意义的宽泛“法治”。

二、法思维起点是“拟制的法”

对思维规律的研究属于逻辑学范畴。法律逻辑学就是对法律、法治、法学思维规律的研究。执法、司法与思维密不可分。以其为研究对象的法律方法论，主要研究法律思维规律，建构维护法治的逻辑思维模型。问题是，法治逻辑思维建模，是以科学实证的方法深入现实社会，还是从法律出发去构造？这是关乎法律思维走向的基础问题。还有，研习法律始终面临着跳入还是跳出法律探究法律意义的问题，而此问题又涉及参与者和旁观者两种视角。初学者因对法律只知皮毛，根本不知道如何从总体上把握法律，因而只能先跳入法律；在较为系统地学习法律之后，才能决定究竟是跳入还是跳出；然而当多年研习后，法律已成为人们能够理解的前见因素，而人所理解的就是前见视域内所能理解的，因而根本无法跳出法律。此时的关键问题在于，如果没有对法律拟制思维的体系性把握，忽视作为法律思维规范预设的法律拟制性，就很难做到全面理解法律。

（一）法思维无法“跳出”法律

李拥军教授最近提出“法之理在法外”的观点，认为“由‘法外之理’来型构的中国法理学必然是一种文化的法理学、实践的法理学和生活的法理学。文化法理学助益于法治文化传统资源的创造性转化和创新性发展；实践法理学有利于寻求法治作为一种普遍性原则在中国个性化展开的法理支撑；生活法理学裨益于消除形式法治和实质法治相脱节从而实现合法性与合理性的有机统一”。^④其实，中国学者对跳出法律的观点并不陌生。传统的辩证思维也基本如是。直观的依据是“不识庐山真面目，只缘身在此山中”。但在法律现代化、体系化以后，法律已经渗透到社会生活的各个角落，成为社会现象的一部分，想跳出法

① 改革开放以后，对法律渊源的研究一直持续。文章题目中包含有法律渊源的有119篇。如何勤华：《清代法律渊源考》，《中国社会科学》2001年第2期；刘作翔：《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》，《法律科学》2019年第3期；彭中礼：《法律渊源词义考》，《法学研究》2012年第6期；陈金钊：《法律渊源：司法视角的定位》，《甘肃政法学院学报》2005年第6期。

② 例如，刘作翔教授就认为“法律渊源就是有效力的法律表现形式”。详见刘作翔：《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》，《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第3期。并且，在大多数法理学教材中，法律渊源都被界定为法的形式渊源，即由国家机关制定或认可、具有法律效力的法的不同表现形式。参见张文显主编：《法理学》，北京：法律出版社，2007年，第129页；马长山主编：《法理学导论》，北京：北京大学出版社，2014年，第41页；孙国华、朱景文主编：《法理学》，北京：中国人民大学出版社，2015年，第105页；孙笑侠主编：《法理学》，北京：清华大学出版社，2008年，第153页。

③ 即认为法律不仅是立法机关所创设的法律，还包括法理学说、公平正义观念、公共秩序保留、国际惯例、条约、自然法、习惯法、民间法、自然法、主观法、客观法、社会组织的规章制度、合同的约定等。

④ 李拥军、侯明明：《法外之理：法理学的中国向度》，《吉林大学社会科学学报》2019年第4期。

律并不容易。初学法律不知道法律是什么，不存在跳出，还是跳入的问题。但随着法律知识的增多，对法律的认识角度也越来越多，然而此刻完全跳出法律也是困难的，只能是“悟后六经无一字，静余孤月湛虚明”式的清晰。随着法律的不断体系化，人们的思维越来越难于置身法外。随着知识的增多，法学研究者会越来越难“逃离”法律的藩篱。除非一点也不懂法律，否则就会自觉或不自觉地将置身于法律之中。

“不存在不处在法律下生活、一直与法律无关、不受法律调控的人。”^①一个无可争辩的事实是，法律是调整社会关系的，它不可能完全隔断与社会的联系。虽然法律相对独立于社会，但它来自社会。如若人为地非要把法律与社会分开，那法律该是什么呢？能跳出的也许是某一单独的法律规定，对它的理解需要放置到社会中，但是在法律已成体系，重要的社会关系都已法律化的今天，想跳出法律之网也不容易。除非对已有的法律、法源等视而不见。内行人无法摆脱自己的专业知识，来探究纯粹的法律与其他社会现象的关系。在法网密织、追求法治的今天，正确的姿态应该是：在穷尽法律手段依然难以解决纠纷时，才需要跳出法律以解决纠纷。与此相匹配的思路是法教义学或规范法学的引导。教义法学尊重法律的基本含义，强调法律意义的稳定性、安全性，认为应该根据法治的要求，到法律的基本架构中寻找法律的意义。

桑本谦教授的研究发现：“当下中国法学界对法律教义学的研究，似乎只关心法律教义的引进、解释和适用，少见有法律教义学文献致力于探究法律教义背后的逻辑。”^②法律教义背后的逻辑是什么？这确实值得认真研究。教义法学主要来自德国的法学研究方法，倡导不能脱离文本认识法律，并且法律适用被归入经典逻辑的涵摄模式。倡导不能脱离文本认识法律。因而主要是在重视法律定义的基础上，把法律原则、规则运用到具体案件的解决。或者是在法律文本与事实的逻辑关联中确定什么是法律。教义法学思维方式在大陆法系就是三段论式的演绎推理；在英美法系主要是遵循先例的类比推理。在英美法系中，前例中的规则发挥着确定法律的前提作用。而在大陆法系，法律概念、法律规范等构成法律思维的前提。当下很多学者意识到了法教义学的重要性，但是大多停留于对法教义学的姿态捍卫与知识介绍。法教义学究竟该从什么角度，以及如何介入法治思维是极为重要的理论和实践问题。无疑，法教义学的介入，应该从法律拟制入手，从法律定义开始。这是构造法治逻辑或法思维的前提。文义解释不能仅仅是对法律文字、语词的解释，需要从法律内部掌握法律文本的基本构造，例如编、章、节、条、款、项、目的结构，法律定义（概念）与法律规范、法律原则与法律规范的关系。进行体系解释，不仅要掌握某一法律条款与其他条款的关联，还需要注意部门法的界分。进行目的解释也不仅要考虑立法者的目的，还需要关注体现在法律文本之中的立法目的。法律已成为体系，包含着复杂结构，法律体系的背后还存在诸多的法学原理。在此情形下，何谈跳出法律！

（二）反对教条主义不是“跳出”法律的理由

不重视逻辑思维规则的法思考，是用传统的思维理解现代法律。主流观点认为，在逻辑（理论、理念等）与实践的关系上，实践是验证法律是否正确的标准。这一思维方向确定了理念、理论都应与实践统一：在法治问题上也应坚持问题导向、实践优先，认为法律理论来自实践且必须回到实践；理论需要满足实践的要求，为实践服务。这使得反对教条主义的实践优越论盛行。在实践优越论影响下，一些人主张应根据实践需要设计法治目标；对法律的意义应到社会实践中去探寻。然而，实践是理论的延展，是指理论的实践，没有理论无所谓实践。除理论实践外，还有制度实践，离开制度也不存在制度的实践问题。在制度实践中，法律思维的必要性在于，法律实践其实是制度的实践。在司法、执法实践中，法律制度的意义有待揭示；模糊的法律需要明确。就法治建设来说，如果没有对法律制度的恪守，法律的意义都由实践来决定，那不仅不是法律实践的问题，而是法治该如何开展的问题？同时，以实践作为标准，实践的含义又是由谁来决定的。究竟是谁的实践，什么意义上的实践，足以决定法律的意义？是政治、文化，还是经济、社会？如果将其当成解决具体纠纷的方法，法律意义的安全性会出现危机。由实践决定法律的意义，

① 卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，北京：法律出版社，2014年，第2页。

② 桑本谦：《法律教义是怎样产生的——基于后果主义视角的分析》，《法学家》2019年第4期。

不符合以“合法性”为特征的法治逻辑。^①

现实的情景是，法律思维过程中出现了规范隐退，^②这更凸显出跳出法律，以内在参与者立场理解、解释法律的必要性。需要意识到，在法学、法律、法治拟制的世界中，存在着法律意义的再生成系统。虽然法律与社会存在认识论上的对接，但法律思维，既不是法律与历史的逻辑一致性，也不是法律与现实的同一性。据法思考只是对社会事实的剪裁，不可能全部涵盖社会现实。符合法治要求的思维，是在法律运用中遵守演绎推理的法则。同时，由于文义解释、三段论推理的局限所在，还必须辅之以体系思维、目的解释、法律论证等方法的运用，只有这样才能做到“尽法达义”“穷法达理”“持法达变”。法治之实现不可能仅是基于涵摄的演绎。因而，法思维不能仅关心法律规范与具体案件的关系，还应关注法律与社会的关系。法治实践需要展现法律对社会发展和社会矛盾解决的引导作用，否则法律就没有意义。尽管立法者在拟制法律时，会摆脱历史与现实的羁绊，对法律进行抽象化定义，但法思维并不是完全根据定义展开。认为法治仅是法律规范之实现的想法，不免过于简化。理解、解释和运用法律，既不能脱离历史，也不能脱离现实社会。但法律的意义应渗透到对社会的调整，否则就不会有法治。

在社会中探寻法律意义属于跳出法律的观察，目的是将法律与社会融为一体。法律思维的构建需要放眼社会，跳出法律的局限性。但在跳出法律以后，还要回到法律。根据法治的要求，只有回到法本身才有可能释放出法的意义。法治的关键不是法律如何适应社会，而是如何把法律融进社会，进而改造社会。如果社会没有矛盾冲突，就不需要法律进行调整。正是因为社会存在矛盾，才需要法律介入。只有法律介入社会才能塑造法律秩序。如果司法、执法都在广袤的社会中寻找意义，耗时耗力不说，还会迷失方向。回到法律是一种便捷、经济的探寻法律意义的思维姿态。法律是复杂的系统，如果不从体系入手，逻辑思维规则就不会得到重视；正确、全面理解、解释和应用法律无异天方夜谭。

全面推进法治现代化建设以及构建法治话语体系、思维方式，皆需要重视逻辑思维规则，以逻辑为基础探究法律思维。对逻辑的重视需要从拟制思维、类比思维、体系思维和批判思维切入。就目前而言，关于这四种思维方式的研究还不充分。^③在这一背景下，只有回到法律才能满足法律思维的基本属性——根据法律思考，通过解释衍生法律意义。法思维的前提是法律的存在。为实现依法裁判、维护公平正义，必然要求思维方式受现行法拘束。法律上之裁判实务，一直奉行演绎推理以及“逻辑-体系”思考，即使解释也要据法解释。法律论证（内部证成）更是以制定法、判例法等为权威论据。应该充分考虑制度化的法律；把法律作为修辞开展有说服力的论证。法治逻辑不是纯粹的学术研究，不可能封闭思维而不管社会现实。

（三）回到法律，建构法思维模式

强调回到法律建构法思维模式的问题意识，是研究者对法律拟制性的忽视。法律思维不能简单地进行法律与社会是否符合的鉴定，还应注意法律的拟制性及目标。因为法律是对社会关系的抽象表达。然而，由于一些运用者沉湎于概念、定义的功能发挥，以致出现机械执法。因而一些法学研究者认为：法律人“应当在实践中慎重考虑社会后果，善于运用各种社会、政治的知识与经验，最终作出恰当的判断和行为”。^④确实，对法律的理解不能沉湎于概念天国，但如果抛开法律文本，将法律的意义完全托付于社会实践，立法者拟制的法律还有什么意义呢？现在明显的问题是法律文本缺乏足够的权威，拟制法律调整社会的目的自然难以实现。需要看到，法律与现实的对立是忽视法律的拟制性所造成的误解。法律的拟制性决定了法律不可能与社会现实完全符合。法治思维的逻辑起点是从拟制法律开始，把法律当思维决策的前提。现代法律的基本架构，使得回到法律塑造法律思维已具有现实可能。

回到法律与历史唯物主义所强调的逻辑与历史的一致性并不矛盾。历史唯物主义认为逻辑必须符合历

① 参见陈金钊：《法治逻辑、法理思维能解决什么问题？》，《河北法学》2019年第7期。

② 参见陈金钊：《法律人思维中的规范隐退》，《中国法学》2012年第2期。

③ 参见陈金钊：《批判性法理思维及其逻辑规制》，《法学》2019年第8期。

④ 苏力：《法律人思维？》，《北大法律评论》2013年第2期。

史，并要满足现实的需求。回到法律构建思维模式并不必然导向唯心主义。唯心主义强调历史是逻辑理念的实现。然而，法治实现并非是纯粹逻辑定义发挥作用。因为法律是从历史现实中抽象出来的，舍弃的只是历史与现实的个性。虽然法治逻辑强调了思考问题的出发点是法律，但是，法律形式背后的历史，依然作为“影子”而存在。对法律背后的法理的探寻，不纯粹是法条的文义。现在有不少法之理在法外还是法内的争论，也在表明法理不能脱离历史与现实的社会。王奇才认为探寻法理首先需要回答，法理是在法内还是在法外？^①其基本倾向可界定为法之理在法内。而付子堂教授认为，法之理在法外，认识法律必须了解社会。^②还有人认为法之理既在法内又在法外。法之理究竟在法内，还是法外，甚或兼容内外，都需要界定“法理”究竟是什么。经过多年的研究，中国法理学的内容已非常丰富，但法治之理的内容及确定法治之理的方法还较为缺乏。无论是内在、外在视角还是结合论，都是探寻法理的姿态，而不是方法。因而很难说清楚法理是什么以及法理是如何产生的。从法治与逻辑的特殊关联看，如果离开了法律体系以及表达法律意义的涵摄思维、拟制思维、体系思维和批判思维，自然不能得出法治之理。

法治逻辑假定了法律是独立存在的行为规范体系、思维规则体系和机制体制。如果没有对法律这三个基本属性的假定，法治命题是不能成立的。反过来说，法治逻辑之所以能够成立是因为拟制了行为规范、思维规则和调控主体。法治逻辑的基本思路是从法律概念、规范等开始思索法律的意义；^③由定义拟制确定规范体系和运作机制体系；通过拟制规范体系、运行机制体制，衍生出拟制范畴的法律思维规则等；通过思维支配行为进而调整社会关系。如果没有行为、思维规范和调整机制的拟制，法治根本无从展开。当然，法律思维所需要的拟制也不是凭空的捏造，法律拟制与社会有着千丝万缕的联系，是“脱离”社会现实的规范体系及主体调控机制。

然而人们常抱怨这些拟制的规范体系、实施机制规避了社会关系的复杂性，法社会学的研究正是对这一短板的补充，认为即使法治也不能改变社会规律的要求，因而需要以实证方法思考。实际上没有人否认社会的复杂多变性。法社会学也没有完全放弃法律对思维过程的约束，但却在一定程度上忽视了法治思维是以简约应对复杂的思维方式。^④法治实现需要法律充分发挥作用。法学需要社会学方法的研究，以便在法律与社会之间建构逻辑一致性。可是对法律意义的释放，不能完全导向经验科学探究，这很可能会造成思维的合法性危机。因为法治要求据法思考，尽量释放法律的意义。法治是对社会的调整，不是要求法律与现实的一致，而是要社会接受法律的调整，法治逻辑旨在实现法律对社会的调整，法治在什么范围内实现是由法治逻辑的作用程度所决定的。

在依法办事原则之下，法律还在指引行为。然而，由于缺少思维规则的约束，人们虽能用行为规范指引自己的行为，评判他人的行为，但缺乏运用法律方法的自觉意识，甚至不承认法治逻辑对思维的支配作用。这对司法执法等思维决断造成了负面影响。在整体、辩证、实质思维方式影响下，人们不屑法律思维规则，而是认为“大道无术”。如果有“术”的话，也无非是情理法结合。可从法治需要方法的角度看，“结合论”实际是失去对法律的耐心。可问题在于，如果仅强调法律与其他现象的结合，法律的地位就会被矮化。法治不彰的重要原因之一，就是对法律思维规则的放逐。法律思维的本质就是运用逻辑思维规则实现据法思考，这是基础性的法治逻辑。在法律之中定义是重要的，但法律定义需要与规范等一起发挥作用。对法律实施来说，对待法律的真诚姿态是首要的。当然还需要正确使用逻辑的方法，有了正确的方法才能依法裁判。

① 参见王奇才：《作为法律之内在根据的法理》，《法制与社会发展》2019年第5期。

② 参见付子堂：《法之理在法外》，《光明日报》，2011年1月27日，第15版。

③ 跳出法律看法律的理由还包括法律运用角度的观察。王利明教授提出，只懂法律，而不了解社会其他社会知识的法律人是不成功的，并认为“要选择一种最优的法律治理方法，有赖于对整个民法体系化知识的建立，并同样需要借助体系思考的方法。因而我们首先需要认识到法律体系设置的重要性”。王利明：《法学学科应该步入知识融合时代》，《北京日报》，2019年9月2日，第15版。朱苏力教授认为：一个学者如果忘记生活本身提出的问题，而沉溺于某个学科的现有原理、概念、命题，那么就丧失了社会责任感，也毁坏了学术。

④ 陈金钊：《法律如何调整变化的社会》，《扬州大学学报（人文社会科学版）》2018年第5期。

法律规范虽具指引作用,但其作用并未得到完全发挥。人们只知道用法律规则衡量行为,而没有把法律思维规则用于指引思维。这种思想不仅是中国独有,西方一些思想家所说的“在法律问题上只有不同答案,而没有正确答案”的说辞,^①基本也是不承认思维规则存在。以卢埃林为代表的“规则怀疑论”者发现:“法院在作出司法裁决的过程中,其实并不真正受到所谓法律规则的制约。法官有高度的自由裁量权,随心所欲地进行判决。法律规则只是达到法官所喜欢的判决的借口、可供其利用和摆布的手段。它并不对法官得出判决结果的推理过程发挥规范作用,因为法律规则具有高度的不确定性。法官可以随意解释有关规则、制造例外情况或在适用规则时作出变通,从而得出他希望作出的结论。所以说法律问题无所谓正确答案问题。”^②确实,法官们总是先有答案,然后才是对制定法规定的攀附性论证,即在有了判断以后再找法律依据。然而很少有人思索,对法律人来说,先有的那个针对案件的判断,也是有法律元素的。不掌握法律知识原理以及运用方法,很难说是法律人。只是,即使是法律人的判断是否正确,也需要用思维规则来衡量。先有结论并不影响据法思考。因为法律已经作为前见因素存在于法律人的意识之中。

三、法思维是定义思维

法思维是适用法律的定义思维。定义思维包括立法者、法学家拟制定义,明确法律之含义以及法律人运用已明确之法律定义分析解决问题的再定义。需要说明的是:定义在这里并不是单纯指概念,而是指明明确法律意义之所指。实际上立法者所表达的原则、规范、概念都是在明确法律的规定性。法律实施是针对个案释放法律意义,在具体的语境中回答法律是什么,在掌握法律概念的基础上再次定义法的意义。人们发现,即使是不重视法律概念研究的法社会学也“不得不以法律概念为出发点”。^③缺少对法律概念的把握,定义就难有对思维的指引。应用法律的思维是从已经定义的法律出发,去审视、认识所要探究的法律现象,在语境之中对法律再次定义。只要法学研究者心目中还有法治信念,那就无法逃脱“法治是被法律所定义的秩序”的宿命。

(一) 法思维需要超越历史与现实的法定义

虽然跳出法律确实能看到法的诸多“美景”,但法的拟制性以及法治的要求决定了,即使跳得再远也需要回到法来释放意义。尽管立法拟制的法律定义也会随着人们思维角度的差异而有所区别,但为了法治的实现不得不回到法律进行反思。因而在全面推进法治中国建设的大背景下,需要重新构建法律知识体系、原理体系、方法论体系、价值体系,以便在法治建设中使法律能够显示自己。我们没有必要一切都从头再来,毕竟现代化在中国已经开启了一百多年,完全由后现代思潮、反基础法学等来决定法律的意义是不能令人接受的。中国现有法学体系中,已经有了现代化的法律知识体系、法律概念体系、法学原理体系、法律权利体系、部门法体系、法律责任体系等等。这些体系之中的定义对人们的思维已经产生了积极的影响。

在如何理解及实现法治的问题上,有学者拿出了历史逻辑、现实逻辑等来否定法治逻辑;认为只有在历史与现实的双重关系中,才能准确地理解法律,找到法治实现的正确道路。历史逻辑、现实逻辑与法治逻辑,虽然都与逻辑组词,但词组之中的“逻辑”含义是不一样的。历史、现实之逻辑是指“规律”“必然性”;而法治逻辑主要是法律思维规则及其运用。法思维是一种意向性思维,意向性当然需要尊重历史的规律性,但除规律性外还有价值追求、目标设计等。况且社会发展的规律性不容易把握,这使得人的思维与历史规律出现隔阂。在法治成为治国理政的基本方式后,讲历史逻辑、现实逻辑有现实意义,但可能

① “人们所争论的法律问题有正确答案?西方法学对此颇多争议。否定论认为法律及其推理都是不确定的,因而无‘正确的法律答案’可言;肯定论认为,作为整体的法律在实践中是统一的,也是确定的,最佳的法律判断就是唯一正确的法律答案;折中论则主张把法律及其推理的确定性立足于程序的保障和合理商谈的实现,从而协调法律的确定性和判决的正当性之间的关系。”谢兴权:《法律问题有正确答案吗?》,《外国法译评》1998年第3期。

② 谢兴权:《法律问题有正确答案吗?》,《外国法译评》1998年第3期。

③ 参见哈特:《法律的概念》,徐嘉馨、李冠宜译,北京:法律出版社,2018年,第36页。

在话语意义上消解法治逻辑的权威性。历史逻辑、现实逻辑和法治逻辑代表了不同的思维走向，彼此存在内在张力。如果把历史与现实发展的规律都融进对法治的理解，不仅不能找到法律实施的路径，还会模糊法治的意义。

作为法治逻辑的前提，法律及其定义是超越历史与现实的。法律是由人设计的，带有改造世界的意向，而并非完全被动地适应社会。没有法律定义，法治就失去了标准和思维指引。当然，这不是说有了法律定义，法治就会实现。定义只是对未来秩序的理想设计，法治实现不仅需要定义发挥作用，还要有诸多因素的配合。法律定义只是思维决策的主要依据。法律定义是对思维和行为的方向指引。定义不可能包含具体的行动方案。法治逻辑只是强调了思维决策对法律的尊重。由法律所拟制的定义、主体、规范都是超越历史与现实的。但法律定义不反对法律与现实的融贯，只是应遵循逻辑思维规律。只要是定义，就必须舍弃现实与历史的具体情景。法律作为历史经验的概括总结，不可能把（即使是压缩的）历史带进定义。作为对现实调整的一般法律，不可能穷尽历史、现实的所有特征，否则就根本无法作法律定义。

无论是法律思维，还是法律行为都要运用逻辑思维规则。没有符合逻辑思维规则的法律运用，就不可能有法治的实现，实施法治的前提是法律的存在。法律是由立法者所拟制的，是对日常语言或法学家所拟制概念的定义。形式化的法律具有抽象性、一般性、体系性、概括性等特征，法律定义是抛开生动具体的历史与现实的抽象表达。^①在法律定义中，如果加入历史与现实的元素，法律的一般性、体系性和独立性就难以呈现。法律对社会的调整是以能纳入法律关系为前提的。而纳入法律关系不仅要有法律规范，还要有主体以及思维过程的参与。法律实施是把一般的法律个别化为具体判断的思维过程，定义对思维有支配作用。法律实施并不反对现实逻辑、历史逻辑的有限介入。关键是，历史、现实逻辑不能排斥法律定义的支配地位。抛开法律，任由历史、现实逻辑支配思维，就会危及法律意义的安全性等。法律在失去基本的涵义后，据法思考的法思维就无法展开。法治就可能演变成纯粹的修辞。而法治的基本教义是据法思考和行为。所以，推进法治应由法治逻辑主导，历史逻辑、现实逻辑只能在思维过程中发挥辅助作用。

（二）再次明确定义是法思维的目标

法治逻辑要求认真对待法律定义、法律规范、法律原则和法学基本原理等。思维和行为的合法性是法治逻辑的核心内容。法治逻辑从定义开始，但同时还要尊重法律规范。法治是拟制的修辞运用，是控制思维和行为的方式。合法性是法治的基本特征，合法性的获得需要拟制的法律方法，包括法律发现、法律解释、法律推理、法律论证等。再定义思维与法律方法具有一致性。再定义的目标就是去模糊化，使不确定的法律变得更加确定，使不清晰的法律变得更加清晰。法律定义贯穿于立法、司法、执法各环节，核心是解决法治所需法的明确性，重新塑造被后现代法学、现实主义法学所解构的法律明确性，证明法律的明确性不是法学家的幻想，在法律的意义流动之中可以通过再定义获取意义。虽然后现代法学等解构法律的诸多观点具有正确性，但并不必然导致法治的不可能性。因为再定义的任务是把不确定的法律变成确定、把模糊的法律变得清晰，进而实现拟制法律的意旨。

无论是立法、执法、司法都离不开定义。立法是在一般意义上创设法律定义，而执法司法则是在语境之中再次定义法律。定义思维的主要内容包括：（1）立法明确。定义即明确，法律定义就是要解决法律之所指，主要是把日常语词定义为法律。“制定法律文件时，对一些至关重要或者被赋予了与日常用语不同的特定含义的概念，若不通过定义使之明确，与之相关的法律规定就会显得含混不清。”^②（2）法律拟制，即把日常语言说不清楚的语词，通过立法拟制、司法拟制或者说概念化处理界定清楚。（3）解释说明，即通过法律解释，把模糊的法律说清楚。“司法人员若不通过定义以揭示相关法律概念的内涵或外延，就无法论证对具体案件司法归类的合理性。”^③（4）接受矫正，即通过价值衡量、法律论证等对已

^① 当然，这种“抛开”不是说法律制定与历史、现实无关，法律是历史经验的总结，是对现实的折射以及调整。但在法律表达式中，很难做到把一切历史与现实因素都写进去。

^② 缪四平：《法律定义研究》，《华东政法学院学报》2003年第3期。

^③ 缪四平：《法律定义研究》，《华东政法学院学报》2003年第3期。

有定义进行矫正。从法律方法论的角度看,虽然概念、定义等构成法律的基础要素,在法律体系中占据重要位置,但对于构成法律的概念、定义并不是不能质疑。批判性思维包括对概念、定义的重新塑造,但此种塑造需要尊重法律权威以及法律的基础含义,需要使用逻辑方法予以充分论证,认同和运用法律思维规则,反对死抠字眼式的机械执法司法,深入研究概念解释、运用的基本规则,揭示定义、概念使用的思维规律。如,单独的概念不能生成裁判规范。尊重概念、定义的意义中心,边缘含义的使用需要充分论证。

明确的定义不需要解释,但在法律与案件相遇时,定义的明确性也仅具有相对性。没有法律定义就没有法律的明确性;而没有明确性也不可能有稳定性。定义事关法律的权威,因而文义解释优先是法律思维的基本要求。这既是法律解释的原则,也是概念、定义争议的处理办法。与法律定义安全性相关的是法律解释的清晰性规则。能实现的法治就是法律定义得到遵守,其他方法下的法治最多是能够接近,很难完全实现。立法者对一些重要的概念进行定义,并将此称为“法义”,明确的“法义”具有效力上的优先性。“法义”排除了定义使用的任意性、随机性。对于法律没有明确定义的法律语词,则秉持“常义优先”的解释规则。随着法律调整越来越专业化,大量专业术语进入法律文本,如果法律没有对这些专业含义作出特别的规定,一般应奉行专业含义优先的解释规则。

(三) 再定义要使用法律思维规则

法治有自身的逻辑思维规则。法律思维规则是法治逻辑的主要内容,主要特点是据法思考。有人认为,据法思考之“法”就是指法律规范或法律规定。然而现在虽有大量法律规范,但解释者的思维依然不规范。这与不讲法治逻辑有关联。据法思考的命题,虽简约但并不简单,其内涵非常丰富,既包括法律规范体系,还包括法律思维规则体系等。法律思维是在承认法律一般性、权威性的基础上,强调逻辑思维规则的运用。法治逻辑研究的法律概念、判断、推理、论证、解释、体系等方法的使用,是要在具体的司法执法语境中再定义法律。法治逻辑所建构的思维方式,不是要还原历史的本真,而是要在语境中进一步明确法律之所指。法律是概括性的、抽象性和形式化的,它要指引、评价、预测、规制人的思维和行为。探寻法律的意义,虽然不能完全遗忘历史与现实,但肯定不能秉持历史或现实决定论,而应根据法律的概念、规范来确定法的具体含义。法治需要法治逻辑,不能随便用历史逻辑、现实逻辑否定法律,这是由法律体系的逻辑拟制性所决定的。^①

然而我国法学界不承认法律思维规则的存在,只承认法律是行为规范的总和。这对法治理论和实践产生了负面影响。主要表现为:很多涉及法治的话语,经不起逻辑推敲;法律应用经常出现矛盾;缺乏对涉法思考对错的衡量标准;已有的法律定义在思维决策时被抛弃等。法律运用首先是思维活动,而思维活动是存在对错的。衡量思维对错的标准很难用行为规范来确定。从逻辑的角度看,思维的对错只能由思维规则来确定。这意味着,无论是理论界还是实务界都需要承认思维规则的存在。只有这样才能确定思维的对错。违法犯罪的惩罚依据是行为规范,但确定违法犯罪的执法者、司法者的思维对错,则需要由法治逻辑所拟制的思维规则来衡量。

法律思维规则包括法律发现规则、法律推理规则、法律解释规则、法律论证规则、法律论辩规则、法律修辞规则等。这些规则有四个方面的来源:一是法律规定,很多法律规定的行为规范就是法律思维规则,诸如制定法中的法律原则及法律程序的诸多设置等,主要是对思维的指引。二是“正法”,即法理思维规则,法治之法的建构需要遵守法理思维规则。三是法治思维规则,法治思维虽然是政治思维,要调整和化解社会矛盾,尤其是社会主要矛盾。但在解决具体问题时,为了不偏离法治方向,还须遵守法治思维规则。包括“以不变的法律应对千变万化的社会”“以简约的法律调整复杂的社会矛盾”“法律至上文义解释优先”“体系思维尽法达义”“价值衡量穷法达理”“三尺法在持法达变”等,只不过法治思维规则只是方向指引,不宜随便代替法理思维和法律思维。四是价值追求,法律价值好像外在于法,但制定法之

^① 法律拟制理论的深层问题,是从主体的角度论证法治的“合法性”。法律规范内容的合法性已经解决,但是主体的合法性问题没有解决。对法治主体合法性的质疑,既是来自逻辑的追问,也包含有对现实问题的探寻。

中已蕴含着法律价值，这些价值已经成了法律的组成部分，只不过，由于作为法律价值的语词过于宽泛，其意义需要在语境中确定。

结语

19 世纪的法教义学领域发生了引人瞩目的运动，这场运动越来越重视法律实践问题。导致 20 世纪的法教义学也开始以实证法为取向，实证法改变了教义学的基本特征。^① 21 世纪，法教义学进入了建构一批判性反思的时代，寻找法教义学“地图册”的努力又由此开启。可长期以来，我国法学研究的重点倾向于法律续造，而缺少对法律规范明确意义的尊重。人们看到的都是在疑难案件中法律定义的困境，非常关注概念的边缘成分，而很少研究明确、独立、稳定的法律（法律概念的意义中心）对思维的支配功能。在对法律进行批判反思时，没有穷尽法律规定的意蕴，法学教育以及法学研究留给人的印象也到处是疑难案件，这一点，与对法典化的热情以及对法治的渴望形成了巨大反差。为了能够最大限度地接近法治，需要回到法律塑造法律思维规则，需要倡导法治逻辑尊重法律的拟制性，从而使法律的意义尽可能得到释放。法治中国建设需要法学思维回归到法律展开思考。因为捍卫法治的法思维或法治逻辑的前提就是法律定义，而法律定义是超越历史与现实的存在。

（本文为 2018 年国家社会科学基金重大项目“新兴学科视野中的法律逻辑及其拓展研究”（18ZDA034）的阶段性成果）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

Return to the Logical Starting Point of Legal Thinking by Fiction

CHEN Jinzhao

Abstract: The vagueness of the logical starting point of legal thinking has become a conceptual obstacle to promoting the construction of the rule of law. Following logical rules is a remarkable feature of legal thinking. The logical starting point of the legal thinking that serves the rule of law is the fictional law. Although the content of legal norms comes from the society, the systematic legal framework is the product made up by legislators. The legal principles, norms, concepts and subjects that have been drawn up as institutional facts are an integral part of the “history of effect”. As a result of intentional thinking, the law has defined the society to be adjusted. The rule of law is the order defined by law. Law is not only the guide of thinking, but also the premise of reasoning, the object of interpretation and the basis of argument. The basic feature of legal thinking is “thinking according to law”, and the fictional law is the starting point of thinking according to law.

Key words: legal thinking, thinking according to law, the logic of the rule of law, legal fiction, legal method

^① 参见克里斯蒂安·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，《法律方法》第 24 卷，北京：中国法制出版社，2019 年，第 7 页。