

# 事实的法律规范化

——从农业社会到信息革命

程金华

**摘要** 虽然法律体系本质上是个规范体系，但因为其中关于行为人、行为和行为后果的规定也往往来自对相关事实的观察和归纳，所以同时在很大程度上也是个事实体系。人类对事实的认知方法和能力制约着法律体系中事实和规范的整合程度。从农业社会发展到工业社会，法律体系随着人类认知能力的提升而日益变得更加科学，但仍因为人们对事实进行观察、归纳和推理的认知局限而未能消除法律体系中事实和规范的鸿沟。不过，正在发生的信息革命以及所带来的大数据研究方法将推动法学研究范式的革命，并由此可能演化出一种全新的、事实与规范高度融合的新型法律体系。

**关键词** 事实 规范 法律实证主义 法律实证研究 法律科学

作者程金华，上海交通大学凯原法学院教授、中国法与社会研究院研究员（上海 200030）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2021)03-0114-11

## 一、引论：法律体系中“事实 vs. 规范”难题

如何处理事实和规范之间的关系，是法学研究中的老问题，也是一大难题。在当代法学研究中，存在一种普遍的现象，事实的归事实，法律的归法律。前者通常被归类为法律实证研究，主要从事法律相关事实的定性经验研究或者量化实证研究；后者则通常被归类为法教义学研究，主要从事法律的规范研究。<sup>①</sup>或者，也可以把后者称为“规范主义”（normativism）研究，前者称为“反规范主义”（anti-normativism）研究。<sup>②</sup>相对而言，法律实证研究的主要目标是揭示“生活的逻辑”，而法教义学研究的主要目标是协助立法者和司法者建构“逻辑的生活”。虽然两者偶有接触，但在整体上彼此是“老死不相往来的”。<sup>③</sup>在一定程度上，美国大法官霍姆斯的下述名言是代表事实和规范处于对立两极的绝佳例证：“法律的生命不是逻辑而是生命”。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 参见侯猛、苏力：《关于问题意识的对话》，侯猛：《法学研究的格局流变》，北京：法律出版社，2017年，第5—28页；张永健、程金华：《代序：法律实证研究的方法坐标》，程金华、张永健：《法律实证研究：入门读本》，北京：法律出版社，2020年，第1—19页。

<sup>②</sup> Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Springer Science + Business Media, 1986, pp. 1-30.

<sup>③</sup> 当然，事实研究和规范研究的割裂也不是绝对的。相反的例子可以参见程金华：《四倍利率规则的司法实践与重构——利用实证研究解决规范问题的学术尝试》，《中外法学》2015年第3期；白建军：《法秩序代偿现象及其治理——从妨害公务罪切入》，《中外法学》2020年第2期。

<sup>④</sup> Oliver Wendell Holmes and G. Eward White, *The Common Law*, Harvard University Press, 2009. P. 3.

法律体系中事实和规范的割裂状态，不但不合理，甚至是危险的。正如哈贝马斯所言：“规范主义的思路始终有脱离社会现实的危险，而客观主义的思路则淡忘了所有规范的方面”。为了纠正在事实与规范之间的绝对化倾向及其危害，他因此主张“不要固执于一个学科的眼光，而要持开放的态度，不同的方法论立场，不同的理论目标，不同的角色视阈，以及不同的御用研究态度”都可以用来研究事实和规范之间的关系。<sup>①</sup>换言之，法律体系中的事实和规范不但不应该是割裂的，而且相反应该是一个整体。问题在于，如何认识事实和规范之间的联系性，努力填补两者之间的鸿沟，并使得两者具有内在的整体性而使得法律体系有更强的生命力？

这是个老问题，也已经有不少的学术努力。事实上，努力填补事实与规范之间的知识鸿沟，也是当代法律实证主义（legal positivism）的主要学术旨趣。很多人都熟知，19世纪的法律实证主义领军者奥斯丁认为，法律规范就是主权者的命令，因此法律体系是个自给自足的封闭规范系统。但是，这种观点经常遭到（尤其是来自自然法学派学者的）诘难：主权者命令的正当性何在？为了回应这个诘难，当代法律实证主义的代表性人物都试图在纯粹的事实和白纸黑字的法律规则之间搭建桥梁，并把这个问题称为“社会命题”（the social thesis）。<sup>②</sup>

其中，哈特试图把法律规则的正当性同大多数社会成员所遵守的社会规则联系在一起：当为大多数社会成员所践行的常规性行为或者社会规则被主权者（具体体现为立法者和司法者）所确认之后，就变成了法律规则，并因为大部分社会成员所遵循而具有正当性。<sup>③</sup>而英国法学家麦考密克和奥地利法学家魏因伯格则探索法律实证主义的新路径，共同创建了“制度法理论”（institutional theory of law）。<sup>④</sup>根据制度法理论，法律是一种“制度性事实”——相对于纯粹的“物质性事实”（比如河流山川等）而言，制度性事实是“作为人类实践活动或其结果的事实”（例如合同与婚姻），是“以人为条件的事实”；制度性事实的存在仅仅是因为规则的存在才有意义，“既是具有重要意义的规范的构成物，同时也作为社会现实的要素存在”。<sup>⑤</sup>虽然麦考密克和魏因伯格把事实纳入规范研究中，但是他们所谓的“制度事实”在本质上是法律规范所“建构”（而不是所“确认”）的社会事实。<sup>⑥</sup>

虽然哈特等当代法律实证主义者意识到有必要弥补事实与规范之间的鸿沟，但是法律实证的根本在于法律体系的自主性，因此在承认事实对于规范的重要性问题上，总是有点羞羞答答，不够大方。“制度法理论”者麦考密克和魏因伯格虽然承认了事实的存在，但也只是认为事实是由规范所建构的（而不是所承认的）。这就好比，他们承认“鸡蛋”（事实）为“母鸡”（规范）所生，但却回避“母鸡”（规范）从“鸡蛋”（事实）而来的事实。

在本文中，我尝试从“母鸡从鸡蛋而来”的视角探讨法律体系中事实和规范的关系。本文的核心观点是：虽然法律体系本质上是个规范体系，但因为其中关于行为人、行为和行为后果的规定也往往来自对相关事实的观察和归纳，但同时在很大程度上也是个事实体系。人类对事实的认知方法和能力制约着法律体系中事实和规范的整合程度。从农业社会发展到工业社会到当今社会，法律体系随着人类认知能力的提升

① 哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，北京：生活·读书·新知三联书店，2014年，第8—9页。

② 参见王波：《社会事实如何产生规范性？——论法律实证主义对“休谟法则”的解决方案》，《法制与社会发展》2015年第5期；陈景辉：《原则与法律的来源——拉兹的排他性法实证主义》，《比较法研究》2006年第4期。

③ 哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，北京：法律出版社，2018年；支振锋：《从社会事实到法律规范——作为社会实践的法律》，《环球法律评论》2009年第3期。

④ Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Springer Science Business Media, 1986. 张文显教授对该书有非常系统、深入的解读。张文显：《超越法律实证主义和自然法理论：制度法理学的认识——方法论和本体论》，《比较法研究》1995年第1期。

⑤ 张文显：《超越法律实证主义和自然法理论：制度法理学的认识——方法论和本体论》，《比较法研究》1995年第1期。

⑥ 张文显教授在诠释“制度法理论”中提到：“制度法理学家认为，低于法律和社会，必须一方面把法律理解为人类社会的一个特征（至少在某些形式的社会是如此），另一方面把社会看作法律的建构，要理解社会就必须理解法律。”张文显：《超越法律实证主义和自然法理论：制度法理学的认识——方法论和本体论》，《比较法研究》1995年第1期。

而日益变得更加科学，但仍因为人们对事实进行观察、归纳和推理的认知局限而未能消除法律体系中事实和规范的鸿沟。不过，正在发生的信息革命以及所带来的大数据研究方法将推动法学研究范式的革命，并由此可能演化出一种全新的、事实与规范高度融合的新型法律体系。

在这背后，始终有一条主线，也就是人类社会对法律的“科学性”的孜孜不倦追求。<sup>①</sup>以法律的科学性为划分标准，人类社会大致可以分成三个阶段：一个是科学革命之前的数千年农业社会历史；二是科学革命以来的数百年工业社会历史；三是已经发生的信息革命及今后的信息社会。在科学革命之前，人类对事实的认知和归纳并不充分，对法律规范的体系建构也不完整，事实和规范之间并没有明显的泾渭分明——我们因此也可以说，在农业社会中，“生活的逻辑”和“逻辑的生活”是大致混同在一起的。而科学革命催生理性主义和实证主义，使得人们对“生活的逻辑”的实证观察和归纳以及对“逻辑的生活”的理性建构和诠释各自成为独立的体系，两者之间出现了相对的分隔。两者出现相对分离的根本原因在于人们对事实的有限认知和归纳。而在今后的信息社会中，由于大数据和人工智能等信息科技的成熟，使得对事实的“画像”能力极大提升，由此对主导工业社会的“逻辑的生活”（现代法律规范体系）形成巨大的冲击，并重新建构新型的法律规范体系。在不久的将来，可以预见的一种可能是，“生活的逻辑”和“逻辑的生活”将再一次融合——与科学革命之前的简单融合不一样的是，这次融合是在精准科学认知基础上的有机融合。

## 二、作为事实体系的法律体系

法律体系本质上是个规范体系，大体上是规定何人（行为人），因何为（行为），产生何果（行为结果），而应当受到怎样奖惩（法律后果）的规范体系。这是一个共识。但是，相对而言，针对如下一个判断存在较多争议：在法律规范体系中，对行为人、行为和行为结果的规定内容往往是对相关事实的经验观察和归纳。

本文认为，法律体系虽然本质上是一个规范体系，包含着价值判断、情感诉求和概念提炼与演绎等诸多要素，但同时很大程度上也是一个事实体系，并且自古以来便是如此。举几个例子予以说明。比如，由古罗马在公元前 5 世纪制定的《十二铜表法》中关于家长权的部分规定：“婴儿自父死后十个月内出生的，推定其为婚生子女”。《中华人民共和国民法典》第十七条规定：“十八周岁以上的自然人为成年人”。全国人大常委会于 2020 年底表决通过刑法修正案（十一），其中增加规定：“已满 12 周岁不满 14 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。”在上面几个古今中外民事和刑事法律的规定里，有大量关于行为人、行为和行为结果的事实判断。关于行为人规定的“婴儿”“十八周岁以上的自然人”“已满 12 周岁不满 14 周岁的人”，关于行为规定的“出生”“杀人”“伤害”，以及关于结果规定的“致人死亡”等，都是事实判断。这样的例子还可以举出很多，尤其是在关于自然人的权利和义务规定的基本民事和刑法规范中。

事实上，法律只有对事实进行界定，才可能起到对实然世界进行价值引领和行为规制的效果。换句话说，如果法律体系对“行为人”“行为”和“行为结果”的规定都是规范判断，而加上“法律结果”又必然是个规范判断，那么就会变成一个“空对空”的规范体系，对社会生活难以实现规制。简言之，法律只有首先界定事实，才能规范事实。进一步讲，出现在法律体系中的事实，是经过“加工”的。这个加工的过程有两个步骤：一是对个别事实的经验识别，二是在经验识别之后的归类。比如，区分行为人为“不满 12 周岁自然人”与“已满 12 周岁自然人”，区分被害人为“死亡”还是“伤残”，等等。

在法律体系中，对事实的经验归类是有重要意义的。借用台湾法学者王鹏翔和张永健的说法，就是发

<sup>①</sup> 参见舒国滢：《法学的知识谱系》，北京：商务印书馆，2020 年，第 1—61 页；鲁道夫·冯·耶林著、奥科·贝伦茨编著：《法学是一门科学吗？》，李君韬译，北京：法律出版社，2010 年；Roger Berkowitz, *The Gift of Science: Leibniz and the Modern Legal Tradition*, Harvard University Press, 2005.

现“差异制造事实”。他们认为，作为规范理由的事实是一种“差异制造事实”，它指出采取某个行为或措施会对某个结果的发生与否或发生概率造成差异，不论这个结果是某个值得追求的目标、某个应该实现的状态，甚至是某个偏好或欲望的满足——虽然，差异制造只是一种可能性，而不是必然，并依赖外部某些条件的发生。<sup>①</sup>也就是说，不同类型的行为人、行为或者行为结果会“制造差异”，形成不同的规范性后果。比如，根据刑法修正案（十一），同样对于故意杀人并致人死亡的行为，下面几类不同的自然人会承担不同的规范性后果：未满12周岁的人、已满12周岁不满14周岁的人和已满14周岁的人。值得说明的是，王鹏翔和张永健仅提及行为可能“制造差异”。在这里，我们不妨进一步主张，包括行为人、行为和行为结果的所有事实都可能是“差异制造事实”。

当然，在法律体系中，对事实的经验归纳，既可能是直接的、一目了然的，也可能是间接的、再加工的。比如，《中华人民共和国刑法》第十九条规定：“又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。”其中“又聋又哑的人”或者“盲人”就是相对直接的、一目了然的事实归纳。而该法第三十条规定：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”其中的“公司、企业、事业单位、机关、团体”虽是不同类型行为主体的事实归纳，但却是间接的、再加工形成的事实类型。当然，无论是对经验事实的直接还是间接归纳，背后都存在一套复杂的法律技艺，是人类在发展过程中逐步摸索形成并加以完善的。<sup>②</sup>

当然，有人或许会钻牛角尖：在刑法中，什么是“又聋又哑的人或者盲人”，并不是事实的归纳，而是规范的界定。这个质疑有一定的挑战性，因为在适用过程中，我们不得不依赖“相关法律规定”来明确其确切的边界。不过，如果我们进一步追问：为什么刑法要把这两类人与“不聋不哑的人”“或聋或哑的人”和“眼睛看得见的人”区别对待？答案是非常清楚的：根据人类社会长期以来社会生活的经验总结，“又聋又哑的人或者盲人”进行偷盗、抢劫、强奸、杀人等危害行为，事实上比其他人难很多，危害性小很多，初犯之后再犯的可能性也小很多。这些都是我们可以从不同时代、不同地区——经验地——观察到并总结的事实。因此，我们希望对“又聋又哑的人或者盲人”予以特别对待。这就是“差异制造事实”。从这个意义上讲，我们在法律体系中对不同的行为人、行为或者行为结果予以区别对待，一定是因为我们有了先前的经验观察和归纳。

简言之，法律体系的确立过程就是对各类相关事实（行为人、行为和行为结果）的类型化、规范化过程，这个过程在本质上是经验性的。相反，法律体系的适用过程是把行为规范应用到不同事实的反向过程，在本质上是概念性的、演绎的。<sup>③</sup>因之，从表面看，法律体系是一个规范体系，是“逻辑的生活”。但是，在如下两个意义上，法律体系又是一个事实体系，是“生活的逻辑”。其一，相当部分的法律规则都有关于行为人、行为和行为结果的类型界定，其本质上是对人类生活的经验归纳。其二，不同类型的行为人、行为和行为结果如何受到法律规范的对待——或差异化对待，或平等对待，其背后有法律原则和深层次的价值观。而这些原则和价值观也通常来自我们对社会生活的直接或者间接经验归纳，我们从中知道什么是好的、什么是坏的。

比如，社会生活的经验告诉我们，杀人、偷盗、抢劫、强奸、毁坏财物、借债不还、通奸等都会形成针对社会的不利后果。这些行为要么违背我们对他人的承诺，要么于共同体的建构不利，要么两者兼而有之，因此法律规范要禁止这些行为。再比如，社会生活的经验还告诉我们，相对于未成年人而言，成年人干坏事通常更是蓄意为之、社会危害性更大，因此对成年人干坏事就不能姑息。相反，小孩子对钱财没有

① 张永健、王鹏翔：《经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色》，《“中研院”法学期刊》第17期（2015年）。

② 舒国滢认为，法学/法律概念体系的形成有一套包含五个过程的技术法则。它们分别是（1）观察、对比和归纳，（2）提炼和综合，（3）摹状和命名，（4）联结与组合，以及（5）运用逻辑和概念分析的手段。从整体上将已经形成的法学/法律概念在进行属种关系的概念分析和逻辑关系的推演，在此基础上将诸法学/法律概念整理成为一个（类似于自然博物学意义上的）上下位有序、门类纲目清晰齐全的概念体系（“法律公理体系之梦”或者“概念的谱系”）。舒国滢：《法学的知识谱系》，第1599—1601页。

③ 当然，说法律适用的过程本质上是演绎的，并不等于说这个过程不需要事实判断。恰恰相反，正如侯猛所主张的那样，司法裁判过程中，不仅仅需要法律逻辑推理，还需要社会科学判断。侯猛：《司法中的社会科学判断》，《中国法学》2015年第6期。

太多概念，容易乱花钱，所以民法上要认定未成年人为无民事行为能力或者限制行为能力人。这些价值观的形成通常是基于某种因果关联的观察和归纳。不仅基本刑事和民事法律制度如此，商事法律制度也是如此。比如，《中华人民共和国证券法》第三条规定“证券的发行、交易活动，必须实行公开、公平、公正的原则”。这就是著名的“三公原则”。那么，为什么会有“三公原则”？这不是先验的，而是经验的：证券的发行和交易只有遵循公开、公平、公正，证券市场才可能更加繁荣，才更可能吸引更多的投资者投资证券市场。

基于日积月累的经验观察和归纳，人们形成某种关于“好的”“坏的”或者“无关紧要”的价值观。这些价值观被吸纳到法律体系之中，并形成对同样基于经验观察的行为人、行为和行为结果予以平等或者差别对待的法律原则或者原理。正如舒国滢所主张的那样，“事项和事实决定着法理的本体论性质，不存在脱离事实关联性的（本体论意义上的）纯粹观念性（虚构的）的‘法理’”。<sup>①</sup>当然，亦正如他同时主张的那样，法律原则或者原理所对应的“应然之理”的形成是非常复杂的，“其中涉及所观察事实的诸多复杂的变量，也涉及行为者（被观察者）和观察者本人的价值、情感、预设的行为准则、行动理据（逻辑）以及人们共同的想法，还有一些关于事物关系本身不可变更的法则。”<sup>②</sup>

关于法律体系中事实和规范之间的关系，德国当代法哲学家阿图尔·考夫曼的观点大概是最为贴切的：“价值”与“事实”并非两个截然分隔的个别领域，反之，在规范“制定”之前，两者已相互联结，彼此相关，思考时两者须相互“适应”。<sup>③</sup>当然，不同的人有不同的经验判断和价值认同。法律实证主义者奥斯丁认为法律就是主权者的命令，后来哈特认定法律是主权者的普遍性指令。这都意味着主权者（或者立法者）具有主导规则制定的权力。也就是说，哪些事实会进入以及如何进入法律体系，肯定是有选择的、有裁剪的。但是，即便如此，也不能否定法律创制的过程大体上也是事实的规范化过程。

### 三、事实认识的能力与法律体系构造

如上所述，法律体系虽然在本质上是规范体系，但同时也是一个事实体系，法律体系中关于行为人、行为和行为结果的规定在很大程度上是人们对相关事实的经验认识与归纳，法律规范中的原则与原理也在很大程度上是人们对事实之间由此及彼的经验推理。从认识论看，这里面蕴含了三类关于事实的知识。一类是关于人类社会运行的真实情况、内在逻辑和普遍规律的知识，是客观存在的知识，有待人们去逐步发现的知识——无论我们是否知道，它们都存在着。第二类是人们通过“知”和“识”逐步发现并书写出来的关于人类社会运行的真实情况、内在逻辑和普遍规律的知识，是我们对第一类知识的感知和“写照”。第三类是通过“事实的法律规范化”，立法者已经纳入到法律体系之中的事实知识。

就这三类知识之间的关系而言，一方面，它们并不完全重叠，甚至也并不相互包含。相对而言，第一类客观存在的事实知识是漫无边际、博大精深的，永远也不可能被人类所全部获知。因之，第二类知识只获取了第一类知识的部分——甚至是支离破碎的部分，也同时可能因为认知的偏差形成了对第一类知识的曲解和误解——因此后世人在不断纠正前人的第二类知识。理论上，纳入到法律体系中的第三类事实知识——最好是——对第一类知识的准确裁剪和加工，但是事实上的来源是人们已经感知并书写出来的第二类知识。如此的话，一个道理就浮现出来：人类对真实世界的事实（第一类知识）进行经验观察、归纳与推理的方法与能力，势必制约着人们建构第二类事实知识的能力，并进一步影响了人们对法律体系进行构造的能力与偏好。虽然，我们不能说对事实的认识方法和能力是决定法律体系构造的唯一因素或者最主要因素——因为每个时代的社会关系的结构和利益格局、制度演化的路径依赖等也会制约着法律规范体系的形态，<sup>④</sup>但是事实发现的方法和能力无疑是塑造法律规范体系形态的最重要因素之一。

① 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 1579 页。

② 舒国滢：《法学的知识谱系》，第 10 页。

③ 这是卡尔·拉伦茨对考夫曼观点的归纳，参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2004 年，第 15 页。

④ 参见宋亚辉：《社会基础变迁与部门法分立格局的现代发展》，《法学家》2021 年第 1 期。

根据《人类简史》作者尤瓦尔·赫拉利的看法，人类至今的历史有如下几个重要的关键时间节点。大约七万年前，认知革命发生，“智人”（Homo Sapiens）出现。智人之所以成为“智”人，在于他们能够通过虚构事实和讲“八卦”，实现团队合作，并由此超越其他人类和动物。此后，大约一万年，人类社会发生了农业革命，导致了粮食剩余和人口膨胀，城市/王国/帝国由此出现。为了满足城市/王国/帝国的治理，人类社会出现了大型合作网络，其中非常重要的一项是各种法典及誓言。大约五百年前，人类社会又发生了科学革命。此后，科学、帝国和资本之间的回馈循环成为推动历史演进的主要引擎；家庭和地方社群崩溃，改由国家和市场替代。为了满足人类社会的这个新需求，经济学、法学、社会学等社会科学开始出现。<sup>①</sup>

赫拉利的上述分析给我们提供了一个很好的框架去探讨事实的认识与归纳能力对人类法律规范体系构造的影响。在人类步入稳定成熟的农业社会之前，由于部落等共同体建构不太涉及资源的长期配置（比如土地权利设定）、剩余资产的分配（比如剩余粮食的所有权）和共同体内外秩序的建构与维护（比如军队、治安官和税收官的设立），所以无需非常复杂的治理规则与体系。<sup>②</sup>反之，当人类进入农业社会之后，这些问题都浮现出来，并日益成为迫切的治理需求。

整体说来，在农业社会，人们对人类自身、行为类型和行为后果的经验认知主要是通过日常观察所日积月累的经验判断。有些在农业社会中形成的经验判断具有普适性，并至今也能够适用。比如，汉高祖刘邦在攻入咸阳之后，与关中父老“约法三章”——“杀人者死，伤人及盗抵罪”，并得到广大百姓的拥戴。杀人、故意伤害和盗窃对人类共同体的发展是不好的，所以需要禁止。这个经验判断不仅仅是公元前3世纪中国人的共识，也能够在前述公元前5世纪的《十二铜表法》中发现类似的表述，乃至在公元21世纪的《中华人民共和国刑法》中也能找到对应的条文。但是，反过来，有些在农业社会所形成的经验观察与归纳，因时、因地、因人而异，是十足的“地方性知识”，并至今都存在重大争议。

在从一万年农业革命到五百年前科学革命之间的漫长农业社会中，全球的人类通过各自种族的日积月累观察与总结，以及频繁的跨种族知识交流，慢慢积累了大量针对事实的经验认知，并逐步地通过法律予以规范化。但是，在农业社会中，人类对事实进行经验观察和归纳存在两个致命的缺陷：一是，与规范体系相关的各类社会性事实发生之后即消逝；二是，人们对事实的经验观察和归纳虽有自觉，但无系统章法。

在我们的日常生活中，存在各类事实，有些是自然性或者物质性事实，比如河流山川，容易被感知。相反，与人的活动相关的诸多社会性事实<sup>③</sup>，比如吃喝拉撒睡、结婚、偷盗、买卖等等，相对难以感知。在农业社会中，社会性事实发生之后即消逝，是因为人类并没有形成记录、保存、再现已经发生事实的良好方法与能力。整体上而言，农业社会的人们大致只能靠自己或者他人的主观记忆来回溯过去，缺乏分析已经发生的社会性事实的系统数据资料。同时，在农业社会，虽然各国的思想家或有对事实进行经验研究的方法论有所思考，人们亦有进行归纳和总结的自觉，但并没有形成进行经验研究的系统“章法”。这两个重大认知缺陷使得人类在漫长的农业社会中对事实的认知与归纳是不够形式体系的。相应地，农业社会的法律体系也并不发达——在法律体系内部，比较明显地表现为刑法、民法和行政法的“诸法合体”；在法律、道德和宗教等规范体系之间，也常常表现为“诸规合一”。固然，我们不能把“诸法合体”和“诸规合一”都归因于人类对事实的认知局限，但这是一个非常重要的因素。

大约五百年前，科学革命的“一声炮响”，给人类社会送来了理性和实证，极大地提升了人类认识事实的方法与能力，并根本性地改变了法律体系的构造。<sup>④</sup>美国学者罗杰·伯科威茨把科学革命对法律科学

① 尤瓦尔·赫拉利：《人类简史：从动物到上帝》，林俊宏译，北京：中信出版社，2014年。

② 参见贾雷德·戴蒙德：《枪炮、病菌与钢铁：人类社会的命运》，上海：上海译文出版社，2016年。

③ 社会学家涂尔干对“社会事实”进行了系统的研究，并做了如下的定义：“一切行为方式，不论它是固定的还是不固定的，凡是能从外部给予个人以约束的，或者换句话说，普遍存在于该社会各处并具有其固定存在的，不管其在个人身上的表现如何，都叫社会事实。”E. 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，北京：商务印书馆，1995年，第34页。在本文中，我们探讨的也是社会性事实，但是和涂尔干的“社会事实”概念并不完全一致。

④ 参见舒国滢：《法学是一门什么样的学问？——从古罗马时期的 Jurisprudentia 谈起》，《清华法学》2013年第1期。

化的影响——尤其是莱布尼茨试图利用几何法则来构建科学的法律体系——称之为“科学的馈赠”。<sup>①</sup>

“科学的馈赠”极大地克服了上述两个方面的认知局限。由于印刷技术等普及，科学革命之后的人类社会（尤其是西方社会）能够通过新闻与档案等方式相对及时、真实地记录已经发生的社会性事实。之后，随着录音和录像技术的成熟，人们更是实现了“复制”过去已经发生事实的可能。也就是说，科学革命和科技发展使得人们可以对行为人、行为和行为结果等事实进行跨时空的经验观察、比较与归纳，并由此实现对事实更加精准的知识归纳和应用。

不仅如此，科学革命还催生了实证主义哲学。社会学奠基人孔德认为人类思辨先后出现了神学、形而上学和实证三个阶段，并提出观察、实验、比较和回顾四个获得实证知识的途径。<sup>②</sup>在以孔德为代表的实证哲学家们的努力下，人类社会逐步形成了认识和归纳经验事实的各种系统“章法”。这尤其体现在社会科学的方法论学科的形成，并把定性研究和定量研究作为实证研究的两门子学科加以系统研究和应用。这些最新的认识论发展从多个方向推动现代法律体系建构的“科学化”，也就是让法律体系变得更加理性，更加确定，更加贴近社会生活，易于国家去宣传和执行，便于人们去接受和遵守。<sup>③</sup>在某种意义上，科学化就是让现代法律体系日益成为韦伯所谓的“形式理性”的法律体系。<sup>④</sup>

相比农业社会中“混沌初开”的法律体系构造，工业社会中“科学化”的法律体系是科学革命的直接后果，也是最大的亮点。我在之前的文章中指出，18—19 世纪是现代法律体系发展的拐点，并出现了两种不一样的——甚至是相反的——“科学化”趋势。<sup>⑤</sup>一个是法律体系的“内部科学化”，主要是使得法律体系的原理、原则和规则能够内部自洽、自圆其说，最好像欧几里得几何学一样具有完美的体系和内在逻辑，因此具有内部的合理性。<sup>⑥</sup>另一个是法律体系的“外部科学化”，主要意图是使得对法律体系中对行为人、行为和行为结果的认知与归纳，更加符合社会生活的经验，并因此更具有外部的正当性。

这两种“科学化”都根源于孔德开创的实证主义哲学，其根本驱动力都是破除法学研究中的神学和形而上学影响。<sup>⑦</sup>理论上，两者应该是各有侧重、相辅相成的。<sup>⑧</sup>在认识论上，法律体系的内部科学化大体上沿着理性主义的“自明原则+演绎”方法，以规范体系的“数学化”为发展目标。相反，法律体系的外部科学化则沿着经验主义的“经验+归纳”方法，与自然科学中的观察实验方法有密切联系。<sup>⑨</sup>在理想的情况下，外部科学化可以通过对事实的经验研究，帮助我们找到人类社会（或者特定民族国家）关于特定行为的最大共识，使之成为——比如通过哈特所谓的“规则确认”——法律规范建构的原理和原则。这个

① Roger Berkowitz, *The Gift of Science: Leibniz and the Modern Legal Tradition*, Harvard University Press, 2005.

② 奥古斯特·孔德：《论实证精神》，陆治导读、注释，上海：上海译文出版社，2020年。

③ 当然，法律与法学的科学性是个老问题，也并没有统一的标准答案。参见乌尔弗里德·诺伊曼：《法学的科学理论》，阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社，2002年版，第447—463页；本杰明·N.卡多佐：《法律的成长/法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，北京：中国法制出版社，2002年。

④ 马克思·韦伯：《经济与社会（第二卷）》（上、下），阎克文译，上海：上海人民出版社，2010年；David Trebuk, “Max Weber on Law and the Rise of Capitalism,” 1972 Wis. L. Rev. 720 (1972).

⑤ 程金华：《科学化与法学知识体系——大数据兼议大数据实证研究超越“规范 vs. 事实”鸿沟的可能》，《中国法律评论》2020年第4期。

⑥ 舒国滢教授在梳理西方法学的知识谱系时提到：“17、18世纪理性主义自然法（理性法）学说的的发展对于晚近法律文化的整体影响是显而易见的：它促使现代法律意识、权利意识和国家意识的转变，重塑了近现代人类新的法律世界观……由于理性法体系在内容和方法上的优越性，它可以使专业法学或实在法学接受它的概念建构，像数学那样（或以几何学方式）来确证自己的理论，采取一般的概念（属概念）向特殊的概念（种概念）不断下降的方式（下降法）来建构自己的结构体系。也就是说，随着自然法学的发展，我们可以在一部分专业法学家那里发现某种法学旨趣变化的趋势，即他们的法学著述透露出传统的注重权威论题的法教义学逐渐向法奠基于一种封闭的逻辑体系的法教义学（理性法教义学）转变。”舒国滢：《法学的知识谱系》，第772—773页。

⑦ 梁洪明：《实证主义之脉：从哲学到法社会学——一个方法论的检视》，《中国政法大学学报》2013年第6期。

⑧ 英国法学者丹尼斯·罗伊德认为，实证主义法学和法律实证研究都反对形而上学，并关注事实，但是关注点不一样。实证主义法学关注的是次级事实（second-order facts），也就是存在于法条、判例以及与现有法律系统相关法典中的一些规则，而法律实证研究关注原始事实（first-order or primary facts），后者由司法人员、法官和其他与这些复杂法令相关的人士的实际行为构成。丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，张茂柏译，北京：新星出版社，2005年，第86页。

⑨ 周晓亮：《西方近代认识论论纲：理性主义与经验主义》，《哲学研究》2003年第10期。

过程类似欧几里得几何学中公理和定理的证成过程。一旦这些法律规范的原理和原则经过外部科学化的证成之后，便在内部科学化中有了更大的生命力，而无需再面临“主权者命令的正当性何在”那样的诘难。

霍姆斯大法官说，“法律代表着一个国家多少个世纪以来的发展史，不能把它看作只包含定理和推论的数学”。<sup>①</sup>这句话的潜台词是，如果我们未能把国家的发展史做很好的经验归纳，而只是从“数学化”的定理开始推论法律，是不合适的。五百年前的科学革命所带来的两种方向的法律科学化，为弥合霍姆斯大法官所谓的“国家发展史”和“只包含定理和推论的数学”之间的鸿沟——事实上也是法律体系中事实和规范的鸿沟——提供了契机和可能。但是，人类至今的法律体系建构实践，并没有给我们理想的结果。其根本原因还在于科学革命以来的事实研究方法和能力并没有达到应有的高度。

#### 四、法律体系建构的“定类化倾向”

在科学革命以来的工业社会中，虽然人类对事实进行认知与归纳的方法和能力得到了极大的提升，但仍然存在很大的局限，并进一步影响了法律体系的构造。我们可以从社会科学对事实的变量界定和应用中得到充分证据。

在针对社会的科学研究中，变量是一个核心要素，因为只有通过观察变量，我们才能发现社会差异和差异背后的规律。<sup>②</sup>作为一个常规的社会科学知识，变量区分为定类变量（只有差别，比如男或者女）、定序变量（可以比较大小或者高低，比如教育水平）、定距变量（可以做加减但不能做乘除，比如温度）以及定比变量（可以做乘除运算，比如工资收入或者盗窃金额）。这四类变量的联系与差别在于，从定类变量到定序变量，再到定距变量和定比变量，所包含的信息是递进的、越来越多的。换句话说，当我们能够对一个事实用更多信息含量的变量（比如定距变量）来界定，就最好不要用更少信息含量的变量（比如定类变量）来界定，否则就会牺牲信息，并失去经验认知与归纳的精准度。

在理论上，我们根据实际需要来灵活应用上述四类变量来界定不同类型的事实。但是，在实践中，因为数据资料和认知能力的有限，我们对事实进行界定时，不得不做“降阶”处理，也就是用信息含量更少的变量类型来对实际上信息含量更多的事实进行归纳。以同性恋研究为例，我们就可以看出事实认知的局限。美国著名的心理学家阿尔弗雷德·金西曾经出版了关于男女同性恋研究的报告，并提出“性关系连续体”理论。根据该理论，人们对同性的性爱并非非黑即白，而是一个连续体，并可以概括为七个等级，分别是0级（表示绝对异性性行为）、1级（表示偶有一两次同性性行为）、2级（表示同性性行为稍多些）、3级（在肉体和心理反应上两种行为基本相等）、4级（表示在肉体和心理反应上，同性行为多于异性性行为）、5级（表示只是偶尔地有异性性行为）和6级（表示绝对同性性行为）。并且，在成年人中，同性恋占有不低的比例。<sup>③</sup>根据金西的理论，同性恋在社会生活中，至少是一个定序变量——并且有可能是定距或者定比变量，只是我们还未知。但是在人类的规范（包括法律）体系中，同性恋在绝大部分时间里是不（应当）存在的，<sup>④</sup>只到了近来的数十年才得到部分承认。但是，即便在法律上承认同性恋的国家里，也只是把同性恋作为一种定类变量（也就是区分是否为同性恋），而不像金西那样做定序变量处理（也就是区分同性恋的程度）。从这个例子可以看出来，相比较农业社会，虽然科学革命提供了更加系统的事实认知和归纳的章法，但依然是不够的。相对于农业社会的“不知”或者“少知”而言，我们目前对行为人、行为和行为结果的经验认知和归纳在整体上是“少知”或者“不全知”状态。

也就是说，迄今为止，我们对人类社会运行真实情况、内在逻辑和普遍规律的“知”和“识”是不够全面和深入的。对真实世界的“少知”或者“不全知”也严重地影响了法律体系的构造。我把这种影响称

① Oliver Wendell Holmes and G. Eward White, *The Common Law*, Harvard University Press, 2009. p. 3.

② 参见谢宇：《社会学方法与定量研究》，北京：社会科学出版社，2012年。

③ 阿尔弗雷德·金西：《金西报告——人类男性性行为》，潘绥铭译，北京：光明日报出版社，1989年。

④ 李银河、王小波：《他们的世界：中国男同性恋群落透视》，西宁：青海人民出版社，1997年，第230—256页。

为法律体系构造的“定类化倾向”，它的意思是说法律体系普遍采用位阶最低、信息量最少的定类变量来界定实际上具有定序、定距和定比性质的各类事实。

在宏观的法律体系建构方面，定类化倾向体现为公法与私法之分，刑法、民法和行政法等部门法之分。虽然影响法律部门化还有社会关系的结构和利益格局、制度演化的路径依赖等因素，<sup>①</sup>但是对事实的认识方法与能力局限也是最重要的因素之一。在微观的法律规则确立方面，定类化倾向体现在对行为人、行为和行为结果进行是或否、有或无的定性，比如区分有或者没有刑事/民事行为能力，罪与非罪、此罪与彼罪等等。总的来说，定类化倾向就是对法律规则、原则、原理、体系进行定类化的“分门别类”。

相对于农业社会的“诸法合体”和“诸规合一”，工业化时代“分门别类”的法律体系避免法律沦为“一本糊涂账”是进步的。但是，法律体系的定类化倾向给我们带来很大的困扰。在体系建设方面，随着社会关系结构的日益复杂、利益主体日益多元，对新出现的社会现象有进行独自体系化、进行单独立法的趋势，使得整个法律体系非常庞大，相关联的事实问题可能需要在不同的法律部门中寻找规范答案，而人为地切割了问题和事实的整体性。正如宋亚辉主张的那样：“部门法固然可通过内部体系的改造来缓解燃眉之急，但这种各自为政的应对策略，使整体上的规范效果可能因遭遇瓶颈而停滞不前。”<sup>②</sup>

在实际的法律适用过程中，法律体系的定类化倾向通常会导致部门法的衔接问题。以侵权行为为例，我们通常面临的一个难题是：某个侵权行为究竟是平等主体之间的民事侵权而应当交由民事法律来救济，还是需要行政机关介入并进行行政处罚，甚至由刑法进行刑事处罚？“民行衔接”和“行刑衔接”是法律体系定类化倾向之后所遇到的普遍难题。同样，在具体的法律规则设置中，定类化倾向也使得如何确定量变到质变的边界成为一大难题。以刑法中“要件识别”的适用困境为例，桑本谦把这个问题概括为“定性难题”：“如果某个违法行为既像此罪又像彼罪，则即使案件事实清楚、证据确凿，司法机关也可能拿不准该以何种罪名立案、起诉或定罪，此时司法实践就会遭遇‘定性难题’。”<sup>③</sup>

以民法和刑法中的责任年龄设定为例，就可窥其中的复杂性。《中华人民共和国民法典》第十七至二十条大体确立了如下的民事法律行为能力的年龄界限，共分四档：第一档为不满八周岁的未成年人，为“无民事行为能力人”；第二档是已满八周岁、不满十八周岁的未成年人，原则上为“限制民事行为能力人”；第三档是已满十六周岁、未满十八周岁但是以自己的劳动收入为主要生活来源的，可以“视为完全民事行为能力人”；第四档是已满十八周岁的自然人为成年人，原则上为“完全民事行为能力人”。对于成年人，民法典虽然在第二十一条做了补充，认定“不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人”，但并没有对高龄老人的民事行为能力做年龄上的区分。在刑事法律中，刚刚修订过的《中华人民共和国刑法》第十七条和第十八条也就刑事责任承担做了年龄上的类型处理，共划分为五档：第一档是不满十二周岁的未成年人，完全不承担刑事责任；第二档是已满十二周岁不满十四周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任；第三档是已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪的，应当负刑事责任；第四档是已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任；第五档是已满七十五周岁的人犯罪，故意的可以从轻或者减轻出发，过失的应当从轻或者减轻处罚。

从上述规定可以看出来，民事和刑事法律都试图根据年龄的不同来给责任能力“分门别类”。相对于农业社会的法律而言，这样一种划分明显更加科学、理性，更容易接受。这背后的道理是清楚的：通常是年龄越大的人，心智越是成熟（这部分是事实的经验归纳），所以应该有更高的责任能力（这部分是规范设定）。但是，到目前为止的人类法律体系，对行为人责任能力的划分还是定类划分（并带有一定程度的定序性质），基本上分为三大类：无责任、限制责任、有责任。而就实际的生活经验而言，人类的心智成

① 宋亚辉：《社会基础变迁与部门法分立格局的现代发展》，《法学家》2021年第1期。

② 宋亚辉：《社会基础变迁与部门法分立格局的现代发展》，《法学家》2021年第1期。

③ 桑本谦：《从要件识别到变量评估：刑事司法如何破解“定性难题”》，《交大法学》2020年第1期。

熟和年龄之间的关系既不是跳跃的、也不是递进或者递减的，而大致是一种连续的曲线关系：在现代社会中，一个人从出生到自然衰亡，基本上先是心智越来越成熟，到40—50岁达到顶峰，然后慢慢开始衰退，变成“老小孩”。中国刑法对不同年龄阶段的刑事责任能力年龄的划分，在大的原则上和生活经验是一致的，但还是定类化处理，就势必面临如何界定“量变到质变”的年龄质变界限。这个问题也同样存在于民事行为能力年龄的划分中。另外，对于中国民法典而言，由于对“超长待机”的老年人群体没有做民事行为能力是否有限的规定，所以还有如何对待“老小孩”的民事行为能力问题——这个已经成为很多遗嘱合法性的争议焦点。以及，在民法上，是否把八周岁设定为民事行为能力的起点，也是存在很大争议的。

事实上，由于对于事实认知的方法与能力局限所导致的体系与规则建构的定类化倾向，在工业社会的法律体系中是普遍存在的。相对于把各类事实糅合在一起的早期法律体系，对规范进行定类化的分门别类是一种进步。但是，相对于真实的定序、定距、定比事实世界，定类化的法律体系也是明显的落后。换句话说，从农业社会到工业社会至今，随着人类对事实认知的方法和能力提升，我们已经填补了事实和规范之间的很大鸿沟，但是沟壑至今未平。

## 五、代结论：信息社会的法律与法学革命

围绕着法律体系建构和法学研究中的“事实 vs. 规范”鸿沟难题，本文试图说明，除了社会结构、利益格局、路径依赖等因素之外，人类对事实的经验认知方法和能力的变化也塑造着事实和规范之间的关系。整体上，随着人类对事实认知和能力方法的不断提升，法律体系中事实和规范之间的鸿沟也在慢慢被填平，但是，至今为止，彼此之间的二元对立或者割裂格局依然存在。

那么，作为法学亘古难题的“事实 vs. 规范”鸿沟是否有可能最终被克服？沿着前文的论证思路，我们的答案是肯定的，也就是随着人类对事实的经验认知方法和能力的提升，两者之间的鸿沟最终有可能被抹平或者大致填平。而正在发生的信息革命将会在五百年前科学革命的基础上，“踢出临门一脚”，通过对事实的精准认知来化解事实和规范之间的最后鸿沟。

对于事实的经验观察、归纳和推理而言，信息革命的最重要影响是带来了大数据与大数据分析。以法学研究为例，白建军认为大样本研究或者大数据研究会传统的法律量化实证研究带来如下几个好处：第一，只要抽样过程符合随机性要求，样本越大，抽样误差就越小，由此所得结论偏离现实世界的可能性就越小；第二，样本越大，所含信息、类型就越丰富，所研究的对象就能以更多的方式展现自己；第三，样本越大，可供选择的分析工具就越多，其结论也就越可信。<sup>①</sup>

当然，大数据研究不仅仅会对法律实证研究带来量上的改良，还有可能实现法学研究的范式革命，实现质上的突破，催生一种与信息时代相匹配的法学研究方法路径。借用“计算社会科学”这个相对有共识的称呼，<sup>②</sup>有不少学者把这种新的法学研究范式称之为“计算法学”。<sup>③</sup>作为一种呼之欲出的新研究范式，目前大家对计算法学的内涵和外延并没有明确共识。不过，可以比较明确的是，这种新的研究范式将进一步——革命性地——提升法学研究/法律体系建构的科学性。比如，于晓虹认为，计算法学作为一种具有“科学”性格的研究体系，强调以社会科学的解释模型识别法律关系间的因果性与时序性，以科学主义的立场阐明法律事实间的差异性和类同性，并在数据、模型和算法的延长性上，使法学研究迈向更为纵深、更为宽广的领域。<sup>④</sup>

① 白建军：《大数据对法学研究的些许影响》，《中外法学》2015年第1期。同时参见王禄生：《论法律大数据“领域理论”的建构》，《中国法学》2020年第2期。

② 参见韩军徽、张钺、李正风：《计算社会科学——缘起、变革与挑战》，《清华社会科学》2019年第2辑。

③ 参见张妮、蒲亦非：《计算法学导论》，成都：四川大学出版社，2015年；邓矜婷、张建悦：《计算法学：作为一种新的法学研究方法》，《法学》2019年第4期；于晓虹：《计算法学：展开维度、发展趋向与视域前瞻》，《现代法学》2020年第1期；申卫星、刘云：《法学研究新范式：计算法学的内涵、范畴与方法》，《法学研究》2020年第5期。

④ 于晓虹：《计算法学：展开维度、发展趋向与视域前瞻》，《现代法学》2020年第1期。

无论是否称为“计算法学”，在理论上，信息革命所带来的大数据研究有可能克服前文提到的“定类化倾向”，转而使用更高位阶、信息量更多的变量来界定各类事实，并实现经验事实发现、归纳和推理的“定比化转型”，也就是对行为人、行为和结果进行更加精准的“画像”，并对“生活的逻辑”做最精准的描述。这种研究范式革命所能够带来最乐观的结果是，法学/法律的内部科学化和外部科学化在经过一个多世纪的分道扬镳之后，在一个更高的境界上再相逢，形成一种崭新的、科学的法学/法律体系。<sup>①</sup>或者，正如有学者所预想的那样，莱布尼茨的法律科学梦终将实现，五百年前的科学革命在信息社会里开出了最绚丽的花朵。

再以自然人的行为和责任能力与年龄之间的关系为例。如果我们能够精准地刻画出大部分自然人每多活一岁（甚至多活一天）所带来的心智变化程度，那么我们可以相应地根据这样的——事实性——规律来为行为人设定相应的行为与责任能力规则。如此，我们就不会再纠结于究竟是十二周岁还是十四周岁应该是刑事责任能力的起算点。推而广之地讲，大数据研究的事实认知方法与能力将可能使得我们对规范体系的建构摆脱旧式的“分门别类”，从“门槛方式”或者“台阶方式”转变成“斜坡方式”，而避免一定要找出“量变到质变”临界点的智力困境。<sup>②</sup>如果这样的话，主导工业社会的“定类化倾向”的法律规范体系将可能面临巨大的变革。相应地，法学研究和法律体系建构也将进入一个新的时代。届时，“事实 vs. 规范”的二元对立与鸿沟可能不复存在，或者以一种全新的面目出现。

（本文为2018年度国家重点研发计划司法专题项目“智慧法院综合示范及效能评价”（2018YFC0831600）之子课题2“文书智能纠错技术”（2018YFC0831602）的阶段性成果）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

## Normalization of Facts in the Legal System

—— From Agricultural Era to Information Society

CHENG Jinhua

**Abstract:** While the legal system is a normative system in nature, it is also a system of facts. The integration of facts and norms in the legal system is largely determined by the capability of human beings in understanding the real world. There has been an obvious improvement of integrating facts and norms in the legal system from agricultural era to now because human beings are much more capable of understanding the real world than before. As a result, the legal system is much more scientific than before also. Having said that, we also have to recognize that human beings are still striving to understand the real world systematically and completely. Hopefully, the undergoing information revolution will bring about a paradigm revolution in social research, with the adoption of big data analysis in legal research, and probably will also contribute to a brand-new type of legal system where facts and norms are highly integrated.

**Key words:** facts, norms, legal positivism, empirical legal studies, legal science

① 程金华：《科学化与法学知识体系——大数据兼议大数据实证研究超越“规范 vs. 事实”鸿沟的可能》，《中国法律评论》2020年第4期。

② 针对刑事司法中的“定性难题”，桑本谦主张要用“变量评估”来替代具有定类性质的“要件识别”。参见桑本谦：《从要件识别到变量评估：刑事司法如何破解“定性难题”》，《交大法学》2020年第1期。而在民法研究领域，台湾学者张永健则主张法教义学和事实研究相结合的“社科民法教义学”。参见张永健：《社科民法释义学》，台北：新学林出版社，2020年，第1—6页。