

什么是“法政策学”？

——兼论其与法教义学的关系

雷 磊 吕思远

摘要：法政策是追求政策目标的法律规范，法政策学是研究法政策创制的学问。法政策学的学科共识或作业模型由“目的—手段”思维确定的三个步骤构成，即法政策目标的设定、法政策手段的选择、目标与手段的适配。但是，目前法政策学并不完全是交叉学科，而更多地表现为汇集在“作为政策手段的法律”这一主题下的问题集合。除了规范创制之外，法政策的表述在研究法律适用的法教义学中亦不罕见。法政策学以法政策考量的形式参与教义学体系的建构，在法学方法论中表现为目的论要素和后果论证两个方面。

关键词：法政策学；工具主义；作业模型；法教义学；后果论证

中图分类号：D903 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2023）05—0048—09

在中国的法学讨论中，法律与政策的关系是学者们常常讨论的话题。借此，“法政策”一词的出现似乎提供了协调处理二者关系的别样视角。同时，当法教义学遭受闭门造车的指责时，法政策学亦不失为部分教义学者用以化解难题的一剂良药。但是，法政策（学）的概念仍然是各种法政策语用未言明的部分。另外，法政策和法政策学的表述大多都译自德文“Rechtspolitik”，这种重合使得法政策学在德语文献中也变得难以捉摸。既有的中文文献在这个问题上顾此失彼，没有将法政策学的规范创制与适用面向这双重意蕴同时展现出来。因此，有必要在描述意义上为法政策提供更全面的语义说明，进而也对法教义学中的法政策语用做进一步的分析与评价。

本文共四个部分，前两部分点明法政策学的概念与作业模型；后两部分先评价法政策学的学科定位，然后分析法教义学中的法政策语用。

一、法政策学的概念

法政策是追求政策目标的法律规范，法政策的创制是通过法律手段追求社会目标的活动，它体现出法律人“通过最佳化的法律规定来塑造合理法秩序的努力”^①。鲁道夫·瓦瑟曼（Rudolf Wassermann）亦

基金项目：本文是2020年度北京市社会科学重大项目“数据科技时代法学基本范畴的体系重构”（项目号：20ZDA02）的阶段成果。

作者简介：雷磊，男，法学博士，中国政法大学法学院教授、博士生导师，主要从事法哲学、法理论与法学方法论研究。

吕思远，男，中国政法大学法学院博士研究生，德国拜罗伊特大学法律与经济学院访问学者，主要从事法哲学、法学方法论研究。

^① Eike von Hippel, Rechtspolitik, Berlin: Duncker&Humblot, 1992, S.1.

认为,法政策是指“以修正、改善或改变法规范以形成完美的法秩序为目标的政治行为”^①。动态来看的话,法政策也会被描述为一个(以立法或司法的形式)造法的阶段,期间,根植于政治决策中的价值被转换为法律范畴和概念以便修正既有法律体系。^②与之相应,法政策学被认为是研究法政策创制的学问。这种学问是“治理国家之技艺的学说或科学”^③。法政策学秉持工具主义的概念观,认为法律是服务于特定目标的手段。吕特斯就曾主张,法政策学认为“法是实现政治性意志决定的一种特殊统治工具”^④。得益于美国法律现实主义不断发展,这种主张的当代版本在美国颇为常见,其将法律视为有待填充的空容器,然后用于促进特定目标的实现,这种目的可能来自特定党派、政治群体的利益诉求,也可能来自司法者用以回应现实问题的现实需要。而哲学家边沁认为,“一切法律所具有或通常应具有的一般目的,是增长社会幸福的总和”^⑤。虽然在各种法律工具主义者的说法中,法律所服务的目标天差地别,但如果不考虑它们在内容上的差异的话,它们所共享的前提都是“将法律当作实现特定目标的手段”。在法学家耶林的表述中,“目的是整个法律的创造者,如果没有赋予法条一个目的,也就是将一个实践动机当作其来源的话,那么就不会存在任何法条”。

法政策学预设的法律工具主义视角是一种形式化的视角,它不包含任何特定的目的预设。也就是说,法律是一种手段,但它要实现何种特定目标,这一点留待具体的法政策主张进一步补充。因为面对社会实践提出的各种问题,法政策目标也是多样化的,甚至会超出法学讨论所能涵盖的内容。这会进一步涉及伦理学、经济学等学科对各种价值目标的讨论,当然也有相应的做法致力于将这些目标进行体系化以统一掌握,如耶林就致力于发展出一整套目的体系。但这些实质性的目的争论只是在形式上共享了同一套概念观,互相之间并不具有压倒性的说服力,因此也就不能成为法政策学的理论预设,而只能作为其内容的一部分得到说明。在我们的法学话语中,法律工具主义并不罕见,当学者们论及功能主义、目的论思维的时候,其实都是将法律视为实现特定目标的手段。如果民法作为社会治理的工具,它通过对特定类型冲突的利益关系设置相应的协调规则,从而实现其组织社会秩序的功能。

但法政策这一概念乍看上去是奇怪的。因为在法理学视域下,法律与政策是截然不同的两种规范。虽然法律与政策共享了提供普遍指导和能够反复适用的特性,但二者最关键的区别是,在法治原则的约束下,为了保证法律在提供行为指引上的确定性和可预测性,法律的概念具有明确的外延,只有特定种类的规范性文件能够在一国范围内被识别为法律;而政策的概念外延具有兜底性,“凡是国家机关制定的、没有上升到法律的、能够产生约束力的文件都可以视为国家政策”,如各类被冠以意见、决定、通知等名称的规范性文件。^⑥正基于这种二分思维,学者们会使用“法律政策”一词来指称调整某一事项的法律与政策规定的总和,但这种用法并不是本文所指的法政策。法政策是作为政策手段的法律,它要求人们用政策所代表的工具主义、功能主义视角去看待法律规范。法政策学认为,法律规范(尤其是制定法)是立法者按照特定目的设计并建构的人为造物,而不是历史法学所主张的对民族精神的显现,或者自然法学者所主张的对永恒存在的自然法的推演。但是,工具主义概念观会模糊法律与政策的边界,甚至以政策的逻辑取代法律体系的独立性。法政策的逻辑预设是,在法治国原则中,试图影响人群的共同生活方式的努力必须以法律规范的形式来落实。^⑦因此,法政策主张势必要在以宪法为顶点的实在法秩序所划定的范围内追求特定目标。

① Rudolf Wassermann, Was ist Rechtspolitik? -Begriff und Ziele, in ders., *Vorsorge für Gerechtigkeit*, Bonn: Verlag Neue Gesellschaft, 1985, S.13.

② [瑞典]莫罗·赞博尼:《法律政策:一种法律理论框架》,张昌辉译,北京:知识产权出版社,2023年,第5页。

③ Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. V, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr, 1917, S.52.

④ [德]伯恩德·吕特斯:《法官法影响下的法教义学和法政策学》,季红明译,《北航法律评论》2015年第1辑。

⑤ [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,北京:商务印书馆,2000年,第216页。

⑥ 彭中礼:《论国家政策的矛盾及其规制》,《法学》2018年第5期。

⑦ 陈爱斌:《法律政治与法学者》,《政法法学评论》1995年第54期。

二、法政策学的作业模型

法政策学的作业模型兼具规范性和描述性，其规范性表现为目的论式的法律适用过程，描述性则表现为将自然科学的方法运用到决策行为的研究中，进而用因果律对特定规范能够达成的目标进行描述与分析。这两种特性并不是完全区隔的，而是在“目标—手段”的思维框架中得到不同的强调，进而法政策学的作业模型就分为三部分：设定法政策目标、选择法政策手段、适配目标与手段。

（一）设定法政策目标

如前所述，法政策的目标是完美的法秩序。法政策目标的设定与法律中的价值追求息息相关，其所关心的核心问题是“法律应该向何种目标发展”。但在法政策学的发展历程中，目标选定并不是一个从理想标准到现实情景的演绎过程，其体现了理想追求与现实条件之间的张力。在19世纪早期以前，自然法支配着人们的法哲学思考，因此在许多情况下，“自然法都被用来促进对未来法律的讨论，甚至还具有填补法律空白的实际效力”^①。这进一步影响到后世对自然法理论与法政策学之间关联的看法。乃至李斯特的学生卡尔克（Fritz von Calker）就认为，法政策的目标选取与自然法更为接近，他认为，无论现实条件怎么变动，法政策所涉及的内容都是，“去探究并阐明，在何种同等的前提下，一个具体的规定能够被视为是客观正确的”^②。但是，随着历史主义的兴起、社会学的发展，法政策目标的选择亦经历了从理想到现实的回归。比尔林就认为，“法哲学对待评判法律的视角仅限于一般—伦理视角，而法政策学还会有一些重要的视角，如法律—技术的、民族—经济学的、刑事—心理学的，等等”，所以他认为，“真正实践的法政策学的目标并非本身最佳的法律，而是在给定关系中可实现的、最佳的法律”^③。

首先，创制法政策要在宪法所奠定的规范框架内寻找合乎该框架的价值要求的法政策目标、选择适当的法政策手段。法政策创制者要重视宪法的指示，这在德国就体现为对国家目标的设定（即法治国原则和社会国原则）、立法任务和基本权利的要求。但在一般层面上对“最佳法律”的追求到了具体的制度安排上会变得十分多样化。在艾克·希佩尔（Eike Hippel）的构想下，最高的法政策目标是“维持生活基础，改善生活条件”，相应的下位目标是“对自由、安全、健康、劳动、教育、舒适生活标准、正常的物理与社会环境的保障”。^④除此之外，不同的法律制度也会有不同的法政策目标设定，如：承揽合同中协力义务的法政策目标则是发挥风险转移功能，追求风险负担原则支配下的风险配置格局^⑤；刑法的法政策目标则是实现社会预防功能，减少犯罪的发生；赋予创作者著作权的目标则是通过专有权利的设定来激励作者的创作。在法教义学的讨论中，特定法政策目标的设定就体现为目的论思维，无论是在目的论解释还是在目的论法律续造中，都能见到法政策目标的作用。这些目标一方面为法政策手段的选择指明方向，另一方面也能在批判性的视角上得到运用，成为批评现行法所援引的价值标准。

（二）选择法政策手段

法政策手段是为达成特定的法政策目的所采取的各种法律手段和措施的总称。就涉及的内容而言，按照法律调整手段的强制性程度，可以依次区分出强制、禁止、许可、激励、信息告知等方式，典型的激励手段是通过提供补贴来刺激产业发展，为了鼓励人们进行疫苗接种而宣传感染病毒的风险则属于信息告知的方式。而以相关的法政策创制主体为标准的话，中国台湾学者陈铭祥按照法律作为公共政策所展现出的干预强度差异，区分出不予规定、提供资讯与教育、业者自律、业者与政府共律、国家直接规

① Paul Oertmann, *Rechtswissenschaft und Rechtspolitik*, Berlin: Verlag von Georg Stilke, 1897, S.196.

② Fritz von Calker, *Rechtspolitik*, in Paul Laband/ Adolf Wach etc. (Hrsg.), *Handbuch der Politik*, Bd.I, Berlin und Leipzig: Dr. Walther Rothschild, 1914, S12.

③ Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. V, S.55-56.

④ Eike von Hippel, *Rechtspolitik*, S.20.

⑤ 刘洋：《协力义务违反的类型谱系与效果构造》，《环球法律评论》2023年第1期。

定五种手段。^①但是,由于现实中法政策环境的差异、法政策创制主体的权限差异以及法政策手段所调整的对象差异,没有办法穷尽式地列举出这些手段。甚至法政策手段目录的拣选与选择本身即涉及目的论层面的价值判断之争。

法政策之所以区别于立法政策(Gesetzgebungspolitik),正是因为它的法政策创制主体不限于立法机关,还会涉及行政机关和司法机关。因为在社会事务日益复杂化的背景下,立法机关创制的规范无法面面俱到,甚至只能一般性地构想出典型社会情景并加以规制,难免具有一般性和模糊性。此外,在行政行为与政治行为相互交织的风险社会中,行政机关作出的风险规制活动会涉及相关的政策选择。^②在框架立法的观念下,立法者也会通过规定不确定法律概念和授权创制下位规范的做法来使行政和司法机关对规定根据具体情形的差异进行不同程度的具体化。总之,法政策手段的选择并非从手段目录中随意拣选的过程,这取决于它与法政策目标的适配程度,以及预期能够实现特定目标的程度。

(三) 适配目标与手段

在将特定法政策手段与目标进行匹配的过程中,它不可避免地要对法政策中的目的手段关系进行分析,并且一并关照目标实现过程中可能产生的负面影响。分析适配问题的标准在于,通过特定的法政策手段能否实现为其设定的法政策目标,而这进一步取决于手段与目标之间的因果联系。这种因果联系有时来自抽象的逻辑推理。以围绕物权无因性的争论为例,有学者就从手段目标的适配角度认为,无因性原则以及与之配套的不当得利制度,其法政策目标是保护交易安全以及第三方的利益,有因性原则以及所谓的善意保护制度的选择则优先保护物权所有人的利益。^③他通过建立一个交易双方以及第三人的交易模型,然后根据物权无因性进行抽象的逻辑推理。除了建立在模型之上的抽象逻辑思考,因果联系还会涉及在社会学、经济学等社会科学研究范式下推进的实证研究。例如,基于理性经济人的预设,中国的立法者通过将醉酒驾驶机动车纳入危险驾驶罪的做法,增加醉酒驾驶机动车的法律成本,以期减少相应行为,从而达到维护道路交通安全的法政策目标。但是在醉驾入刑的几年之后,相应的犯罪行为不降反增,以至有学者通过实证研究否认醉驾入刑的法律实效,这就是借助实证研究推翻既有的假定因果联系的做法。^④在规则没有被创制出从而实际具有效力时,人们无法预知全部的后果。所以,不只要关注手段与目标之间是否具有正相关关系,也要关注预设的因果联系可能产生的负面影响。

由此,这一点导向了法政策学与法教义学的重要差别。在法教义学的视野中,法律作为一种规范具有其特殊性质与存在方式,这种规范不能被还原为事实和价值任何一个范畴。因此,法官的任务是从有效规范中推导出结论,其所进行的是效力传递的工作,也即根据上位规范的授权创制出个案规范。而法政策学关注的则是实效,在预先假定的因果律的基础上,如果特定的法政策手段(如法律规定)没有如期实现目标,那么这种手段就不具有正当性和可行性,因此就是可以被推翻的。

三、法政策学的理论定位

虽然法政策学已有一定的研究,但是目前它并不是一个有成熟范式的学科,它只是借助“目标—手段”思维获得了初步的研究框架。当人们将规范性和描述性视为区分法教义学与社会科学的特性之别时,法政策学既以目的论思维体现出规范性,又借助政策科学的概念框架呈现出描述性。有学者认为,法政策学包含了三种路向——对法律政策的研究、对法律的政策科学研究和对政策的法学研究。^⑤但其实这三者都能够融合在前文提供的作业模型中。对政策的法学研究是强调在法政策目标选取和手段选择的过程

① 陈铭祥:《法政策学》,台北:元照出版有限公司,2019年,第9页。

② 戚建刚:《风险规制的兴起与行政法的新发展》,《当代法学》2014年第6期。

③ 徐涤宇:《物权行为无因性理论之目的论解释》,《中国法学》2005年第2期。

④ 王美鹏、李俊:《“醉驾”入刑十年的反思与治理优化——以浙江省T市和W市检察机关办理案件为分析样本》,《人民检察》2021年第18期。

⑤ 胡平仁:《法律政策学的学科定位与理论基础》,《湖湘论坛》2010年第2期。

中将政策性文件纳入考虑。而对法律的政策科学研究旨在建立一个超越多个学科的政策科学，借助其所仰赖的政策过程分析模型来细化政策创制的过程。法政策学的具体内容只能松散地维持在“作为政策手段的法律”这一主题之下，其呈现出的总体样态更像是一个维持在松散框架与有限共识之下的问题集合。理由有两点：

首先，并不存在一般意义上的法政策学。所有的法政策学讨论都要与具体话题结合才有实质意涵，它可能以部门法为单位展开，从而形成刑事政策学、民事政策学、行政法政策学，也可能与具体的制度建构相结合。但这些研究只是在大量单个研究的表面上的拼接，进而在名称上合称为刑事、民事或者法政策学。就此，德国法学家比尔林认为，“这些学科的统一性和相应的分组，并不建立在一个本身即被描述为法政策原则的秩序原则上，而仅仅以法律科学的一个分支的一定秩序为基础”^①。在不同学科内部考虑的是完全不同的价值原则与经验，与民法相匹配的是对个人意志的尊重，与刑法相匹配的则是一套独立的刑罚哲学。

其次，这个由规制类型、政策目标等概念搭建而成框架在实质内容的选取上是高度开放的。当人们用法政策学的框架去分析规范创制问题的时候，无论是经济学、社会学，还是伦理学、人类学，都能为理想法政策的讨论提供恰当的理论预设。人们对理想政策和法律的追求是没有止境的，政策本质上是一种行动策略或行动方案，但这种策略的提出没有任何一个单独的学科可以垄断，同理，法政策（以法律来实现政策目标）的讨论纵使能被归拢到法秩序的框架之下，但也不属于单独某个学科，其中充满了观点争论。即便是政策科学也不否认政策研究在方法上的综合性，如拉斯韦尔就主张建立政策科学作为各个学科的“元理论”，其方法论特征是问题导向、注重情境关系、方法多元。^②各种涉及立法路径、立法的论题，未必会采纳这个作业模型，但也能讨论规范创制问题。因此，在法政策学尚未达到政策科学的专业化与共识程度之前，它也并非法学与政策科学的交叉学科。

总之，上述澄清的意义是，当学者们使用“法政策”的表述时，这个问题域的存在使读者们可以迅速理解法政策的两个方面：一是运用目标—手段式的目的论思维来思考规范，二是关注规范在实现特定目标上可能产生的效果。前述作业框架的作用更多在于澄清，在于以共同的问题关怀将一些散漫的讨论归拢在一个主题下。

四、法教义学中的法政策考量

教义学中抵制法政策考量的声音并不鲜见。齐佩利乌斯就认为，法政策手段等于新的立法，法官如果卷入具体的政治争论，会损害其中立地位并进而危及其权威。^③但是，既有司法裁判研究混淆了法政策考量、法政策创制与法律续造。法政策考量泛指目标—手段思维对法律适用的影响，在范围上能够包容后两者，因此广布于部门法教义学和一般方法论层面，在法律解释与法律续造中都有讨论价值。

（一）法政策学与法教义学的关联

在形式法治国的预设下，“国家的全部活动要么体现为颁布制定法，要么只是根据制定法和在制定法所包含的授权框架内来行动”^④。进而，法律创制活动与法律适用活动也就截然区分开来。相应地，法教义学致力于法律适用活动，法政策学关心法律创制。法教义学是围绕特定现行实在法的制定法解释、概念建构、与体系化所展开的规范科学。^⑤尊奉且不质疑现行法秩序是它的工作前提，这种秩序同时也是它开展解释、建构和体系化工作的出发点。在解释、建构与体系化这三种活动中，解释制定法规定的含义是法教义学最基础也最主要的活动内容，这种活动是以法官为预设主体的，无论是从事理论研究还是

① Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. V, S.55.

② 张敏：《拉斯韦尔的路线：政策科学传统及其历史演进评述》，《政治学研究》2010年第3期。

③ [德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，北京：法律出版社，2010年，第121—123页。

④ [德]卡尔·拉伦茨：《正确法：法伦理学基础》，雷磊译，北京：商务印书馆，2022年，第141页。

⑤ 雷磊：《什么是法教义学？》，《法制与社会发展》2018年第4期。

法律实践的法律人，其法教义学主张的提出都预设某一制定法规定的司法适用情境。

而在工作前提、活动内容、预设主体这三方面，法政策学都与法教义学截然相反。法政策学的工作前提是“寻找最佳化的法律规整”，在这种前提之下，其出发点也不会像法教义学那样仅仅局限于现行法秩序，而是理想法秩序。这种理想法秩序是“法律应当是怎样的”这一问题的答案，在追求这种理想法秩序的过程中，现行法秩序只是用以批判的对象。法教义学的活动内容主要是对制定法的解释，也即通过各种解释方法对制定法规定的内容做具体展开。但相反，法政策的活动内容体现在对现行法秩序的质疑与批判之上，涉及对现行法规定的修改、废止，对新规定的创制等做法。由于涉及规范的创制、修改和废止，法政策学的预设主体是有相应职权的立法者，在法政策学的设定中，立法者是废止不合理的现行法秩序的主体，也是创制合理的理想法秩序的主体。

但是，形式法治国的立场过于强调法律创制与适用的严格分离，这种观念在19世纪中后期受到了概念法学和制定法实证主义（Gesetzespositivismus）的影响。当人们认识到，法官的法律适用活动并不单纯是一种从法律规范到个案事实演绎推理的时候，这种形式治国原则自然就难以维持了。在实质治国原则中，司法和行政受制定法和法拘束。其中的法指向制定法背后的基础法律原则和目的。由此，法官便能在制定法的文义外，借助原则和目的进行法律续造、创制法官法。同理，行政机关也能够在框架立法的观念下，通过创制行政规定和具体执法行为来践行法律创制的任务。进而，法政策学也就与法教义学有了活动范围的重合。

（二）部门法教义学中的法政策考量

法政策学在不同的部门法中有不同的关注焦点与作用，这能够进一步印证法政策学作为问题域的特性，同时也是界定法政策学时的一个难点。以民法、刑法和行政法学三个领域为例，前两者对法政策考量的关注点集中在法律适用层面，其不关注前文讨论的专司规范创制的法政策学，而看重法政策思维在法律适用过程中发挥的作用。行政法学则更强调规范创制意义上的法政策学。

在罪刑法定原则的严格限定下，刑法中并不存在有待填补的漏洞。但是这并不意味着刑法不需要法政策思维。相关的话题围绕刑事政策与刑法体系的关系展开。基本的立场有两个，分别是主张刑事政策与刑法体系严格分离的分离立场和主张将刑事政策的目的性考虑整合进刑法体系中的贯通立场，因主张者分别是德国刑法学家李斯特和罗克辛，所以又被称为“李斯特鸿沟”和“罗克辛贯通”。劳东燕教授就认为，贯通模式试图在体系性思考的思路下“用目的论导向的评价体系来取代概念式的要素体系”，指向刑法的社会预防功能的刑事政策借助目的可以内化于法益保护的目的性结构中。^①在刑法教义学的讨论中，刑法中的法政策语用代表着刑法对法律体系开放性的追求，冀望借助贯通模式来实现体系与外部环境的顺畅沟通。

刑法中的分离和贯通立场也能在民法中体现出来。刑法中的原则不仅数量严格限定，而且只能在消极面向上划定刑法解释的边界。但在民法教义学中，由各种实质性原则建构而成的内部体系不仅能作为目的论要素进入法律解释的视野中，而且也能借助目的论限缩、类推等手段在法律续造中大放异彩。由此，民法对于法律体系开放性的塑造并不需要过多诉诸额外的法政策考量，而只要维持在法条本身的意义与目的范围内就可以解决个案问题。民法学者使用法政策的场景，往往可以与“教义学体系之外的价值考量”替换，强调原则性价值与立法者的特别考虑之间的对比。如《中华人民共和国民法典》第1254条中的高空抛物责任条款就突破了以过错责任原则为基础的赔偿法教义学框架。^②以及认为遗嘱继承与遗赠导致的物权变动皆为基于法律行为的物权变动，但认为遗嘱继承有充分的法政策理由被例外对待。^③

① 劳东燕：《刑事政策与功能主义的刑法体系》，《中国法学》2020年第1期。

② 刘志阳：《〈民法典〉中法政策与法教义的立法融合与适用挑战——以高空抛物条款为考察对象》，《云南社会科学》2021年第2期。

③ 翟远见、关华鹏：《论遗赠的效力》，《云南社会科学》2021年第2期。

行政法教义学借助行政行为形式论与法律解释技术来追求行政活动的形式合法性，其核心内容是要通过教义学和司法机关的审查来实现对行政机关公权力的控制。但教义学的思路没办法回应风险社会中行政机关在活动领域和干预手段上的扩张。因此相应地，行政法政策学则关注政策形成过程中行政的作用，行政机关作出的每一项风险规制活动都涉及相应的政策选择问题。但行政法政策学并不能取代行政法教义学，只是在研究思路上进行相应的补充。对此，学者主张行政法不能全然走向“法政策学”，不然就一方面陷入政治纠纷中，另一方面使自己成为策略性学科，掉进“以问题为导向”的泥潭中。^①法政策学在行政法教义学中的强调并非孤例。在“功能主义”“规制理论”等不同的词项之下，其实都是行政法学者们对传统教义学思路的反思，与行政法政策学关心共同的主题——行政机关的政策创制功能。

（三）方法论中的法政策考量

在教义学体系中，法政策考量具体分为目的论思维和后果论证两部分，这分别对应于法政策学对目标—手段的目的论思维模式和对法律实效的关注。即使在原有的方法论体系中，法政策考量也只是散见于各种方法论规则之中，所以就会产生法政策考量在方法论体系中的必要性问题。法教义学会依凭目的、原则以及类推等手段限定法官的裁量空间，从而保障司法裁判的合法性；而法政策学则试图将法律适用放置在目标—手段思维的框架下，去探讨法律适用可能会对法律实效产生的影响。于此也就呈现出法律适用在合法性与合目的性之间的张力。而目的论解释中的合目的性可能会遗漏特定法政策目标的选取，后果论证也时常仅被教义学者们当作一种可有可无的论证方法，这两者没有办法完全考虑到法政策考量的特殊性。

1. 作为目的论要素的法政策考量

“每一个目的论的制定法解释都会回溯到法政策问题。”^②法政策目标是作为目的论要素参与进方法论讨论中的。这种目的论要素既可以在法律解释的过程中通过目的论解释的方式得到运用，如保障物权交易的安全性及效率性是立法者在设立物权公示制度时的首要考虑，也可以在法律续造的过程中充当目的论限缩或扩张的基础。^③同时，对各类一般条款的具体化也不能免于法政策的价值判断，在解释诸如民法中的“公序良俗”“合理”、著作权法中的“正常使用”这些词项时，法官面临的就是一个目的论上有待填充的框架。要求法律解释关注公共政策的说法屡见不鲜，这些主张很大程度上都是对目的论解释的“转述”。

但是上述表达其实隐去了一个关键问题：如果法官并不能自行设定独立的、批判的法政策目标，而是循着立法者设定好的目标路径进行考虑的话，提出一个额外的“法政策目标”概念就是多此一举的，因为它可以被随时替换为“立法者目的”。对此，只要把视野回到刑法之中就可以了。虽然大多数情况下，法政策目标并不能与法律目的完全区分开来，但这一点在刑法中是说不通的。刑法的目的是保护法益，而刑法的刑事政策功能则是减少犯罪、起到社会预防效果。具体到对受贿犯罪的讨论中，劳东燕教授就认为，既有观点认为受贿罪的保护法益是职务行为的公正性或不可收买性，这种观点既不能满足法益保护的需要，无法涵盖受贿罪的所有行为形式，也无助于精确限定受贿犯罪的处罚范围，起到预防犯罪的效果。^④

所以问题就转变为，法官能够在多大限度内进行独立的目标选取？瑞士学者阿图尔·迈尔-哈尧茨提供了战略和战术的区分，战略意指长期的基本规划和包含全部基本要素的全面准备，只有立法者具有制定法政策战略的权利，进而决定根本性问题，制定计划，为司法机关指明大方向。而法官只能在立法机关划定的战略范围内，在小的、相对无争议的、或多或少能达成一致的领域内选择法政策目标。^⑤尽管他

① 于立深：《概念法学和政府管制背景下的新行政法》，《法学家》2009年第3期。

② Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M.: Athenäum-Verlag, 1970, S.79.

③ 张双根：《物权公示原则的理论构成——以制度正当性为重心》，《法学》2019年第1期。

④ 劳东燕：《受贿犯罪两大法益学说之检讨》，《比较法研究》2019年第5期。

⑤ [瑞士]阿图尔·迈尔-哈尧茨：《法律续造的战略方面与战术方面——关于法官造法的界限问题》，《苏州大学学报（法学版）》2022年第1期。

是在法官造法的意义上谈这个话题，但其实这种战术的选取也同样适用于法官在法律解释中寻找独立的法政策目标。比如，在知识产权法的讨论中，这个目标可以被设定为强化知识产权保护、改善创新环境、激励创新。也正是在这个区分的意义上，法官进行的根本性、战略性的法律续造被德国主流观点拒之门外，那些小范围的法政策目标选取也获得了相应的讨论空间。^①通过上述划界，法官选取独立的法政策目标的行为会进一步涉及两方面的内容：第一，法官在选取独立的法政策目标时会再次面临外部方法的多样性。这种选取可能来自伦理学上对人性的预设，可能是对经济学考虑的引申，也可能只是一种朴素法感情的外显。第二，当法官能够在一定限度内独立法政策目标时，这种目标可以用于对既有解释结论的佐证，也可能因与不同的目的论价值发生竞争关系而进入到价值权衡的环节。对此的讨论已超出本文论述的范围，不再赘述。

2. 作为后果论证的法政策考量

法政策学关注法律的实效，在目标—手段思维下借助预设的因果关系通过法律规定来追求特定法政策目标的实现。相应地，法官进行的法政策考量不光要查明立法者的法政策目标或者在相应的限度内进行独立的目标选取，也要通过证明特定结论确实能够实现目标来满足法政策学对实效的关注，这就导向了司法裁判中的后果论证。

但是裁判可能产生的后果具有不确定性和复杂性，无限延伸的后果链条会像水面的涟漪一样不断地超出预设的因果关系所能预测的范围，最终甚至导致在正向后果之外产生更大的负面效果。所以，并非所有的后果论证都是法政策考量所需要的，使它们得以区分的步骤就是预先对法政策目标的选取，法政策目标的选取为后果论证设定了方向。在默勒斯的表述中，与后果论证相关的模型有归谬法、经济考量、法不干涉琐事、确保结论的可用性、一般的生活经验及实证研究、事实的规范力，其中经济考量、法不干涉琐事分别是以经济收益和效率的提升为目标的，而一般的生活经验及实证研究、事实的规范力则是以提升裁判可接受性为目标的，由于这些目标不必然与特定的法政策目标相贴合，所以这些后果论证的模型就不是法政策考量所必然需要的。^②因此，后果论证是对法政策目标的补充论证，二者在逻辑上是有先后次序的。只是在实践中没有办法确切地区分出在前的目标选取和在后的后果预测，对二者的讨论毋宁是混为一体的。

后果论证在方法论讨论中会面临后果预测和后果评价两方面的质疑。法政策考量中的后果论证同样不能有效回应后果预测的问题，因此后果预测在司法裁判中的悖谬之处就在于，如果原因没有实际发生，那么也就不能在事实上验证假设的因果关联，而如果原因实际发生后，假设的因果关联经验证为假，或者由此产生的负面后果足以抵消预想后果的积极作用，但是此时裁判已经生效，后果预测本身也失去了意义。但是它能够借助特定的法政策目标回应后果评价的问题。在法作为目的论要素的法政策目标虽然也会面临选取上的价值冲突问题，但是它有相对稳定的选取范围，一般来自立法者明确的政策目标考虑，而当法官选取相对独立的目标时，他也是在立法者划定的范围内作出选择。目前多数使用法政策的场景都更为重视法政策考量中的合目的性要素，而预设了其在后果上的必然性。

五、结 语

学科建构是一项综合性事业，除了特定的术语之外，它更需要参与者们借助独特的概念工具进行持续不断的知识生产。本文的讨论只是从外部观察者的视角对法政策学进行描述性研究。行文至此，可以对法政策学的内容作简要总结：第一，法政策学在概念论上将法律视为旨在实现特定政策目标的法政策工具。第二，法政策学的作业模型分为设定法政策目标、选择法政策手段、适配目标与手段。第三，目前法政策学尚不完全是交叉学科，而更多是“作为政策手段的法律”这一主题下的问题集合。第四，不

^① 于程远：《民法上目的性限缩的正当性基础与边界》，《法学》2019年第8期。

^② [德]托马斯·M.J.默勒斯：《法学方法论》，杜志浩译，北京：北京大学出版社，2022年，第277页。

同的部门法研究对法政策学有不同的关注点，民法、刑法学侧重法政策考量与教义学知识生产之间的关联，行政法学关注行政机关的政策创制过程。第五，法政策考量在方法论中体现为目的论要素和后果论证。

尽管法政策一词已出现百余年，但对法政策学的科学化建构却仍在探索之中。从法学的角度来看，在法学追求独立性和科学性的进程中，政策始终被视为政治世界的一部分，从而与法律世界存在天然的区隔。法政策考量也始终只能发挥边缘性与补充性的作用。从政策研究的角度来看，研究政策决定事关现实行动策略的选择，它会涉及从理论到实践、从经济到文化等领域的知识，毋宁说，它在最宽泛的意义上就是对人类实践行动的研究本身。正如拉斯韦尔对政策科学所期待那样，理想的法政策科学必然也是一门关于法政策决策的综合学科。在这两者的背向牵拉之下，不同学科立场下的法政策（学）就成了自说自话的猜谜游戏，以至到目前为止，一般意义上的法政策语用仍然停留在寻找概念共识、打造概念工具的阶段。即便法政策意味着从外部价值向法律范畴的转变，但对教义学者而言，它只是对法律的社会作用的独特强调，将他们引向外部的权威决定或其他来源的知识。

“Rechtspolitik” and Its Relationship to “Rechtsdogmatik”

LEI Lei¹ & LV Si-yuan^{1, 2}

(1.School of Law, China University of Political Science and Law, Beijing, 100088;

2. School of Law and Economics, University of Bayreuth, Bayreuth, 95447)

Abstract: Legal policy is a legal norm that pursues policy goals and legal policy studies is the study of the creation of legal policy. The disciplinary consensus or operating model of legal policy is drawn from the three steps of “ends-means” thinking: the setting of legal policy goals, the selection of legal policy instruments, and the adaptation of goals to instruments. At present, however, studies of legal policy are not a fully interdisciplinary discipline, but rather a collection of issues brought together under the theme of law as a policy instrument. In addition to norm creation, the term legal policy is not uncommon in legal doctrine, which is the study of the application of the law. Legal policy participates in the construction of the doctrine system in the form of legal policy considerations, and it is manifested in two aspects of teleological elements and consequential argumentation in legal methodology.

Keywords: Legal Policy Studies, Instrumentalism, Operational Model, Legal Doctrine, Consequential Argument

[责任编辑：陈慧妮]