

现代社会转型与领域法话语的展开

耿 颖

摘 要 领域法话语生成于国家治理升级的时代背景下,具体表现为崇尚个人主义、消极权利和总体化的简单现代性引发的诸多社会问题,进入反思和重塑现代性的历史阶段,自由治国亦嬗变为社会法治。由此,大量法律现象因蕴含新的理念、功能和内容而难以为部门法体系所涵盖,导致定位焦虑。鉴于此,领域法在认识和方法上对传统法律部门加以拓补和超越,填补了其应对新兴领域法律问题的缺漏,两者共存于法治实践。领域法范式彰显具体的、实质的正义精神和社会本位立场,遵循由概念中心到问题导向,由抽象主体到角色个性,由略过事实到关注事实,由单一价值到多元协调,由体系封闭到科际整合等适用理路,旨在增进人和社会的发展。

关键词 领域法;现代性;社会法治;公共利益;范式转型

中图分类号 DF04;D911 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2018)06-0032-08

基金项目 国家社会科学基金重大项目(13&ZD028)

一、问题的缘起

社会变迁与法的发展有着密切的互动关系^[1](P22),社会变迁的规模、深度及速率深刻影响法律体系。改革开放以来,在以经济建设为中心的战略方针的指引下,我国 GDP 保持高速增长态势,市民社会和契约制度不断深化。然而,在取得现代化成就的同时,环境污染、资源枯竭、劳动者权益缺乏保障、食品药品不安全、金融“富贵化”、贫富差距拉大、基本公共服务供给不足且分配失衡等社会问题趋于严重,一定程度上导致了“没有发展的增长”。究其本质是这种迷失于效率和自由的增长观陷入了“见物不见人”的困境,对真正作为社会中心的人的主体性和具体权利疏于关照。上述种种问题给 21 世纪以降的法治建设带来挑战。霍布豪斯曾指出:“各种社会制度和政治制度本身并不是目的。它们是社会生活的器官,是好是坏,要根据它们所蕴含的精神来判定。”^[2](P1)故此,法治体系亦应彰显推进人与社会发展的新精神。

而随着社会关系复杂化,当今中国重大领域的社会经济问题愈加呈现出交叉性、整合性和动态性特征,难以为传统法律部门所涵盖,故而,晚近学界提出领域法及领域法学(Theory of Field Law)^①[3](P201)研究范式。领域法学立足新兴交叉领域,有针对性地研究环境、财税、金融、互联网、卫生等特定社会经济生活领域的法律现象^[4](P3-16)。其甫一登场,便颇受关注^②。对于这一话语谱系的生成和发展,需渐次叩问:在现代化升级的背景下,传统部门法应对新的社会问题有怎样的局限性?领域法又为何能够以及在哪些场域下有助于解决这些问题?在回应现实问题时,领域法遵循何种观念和路径?领域

① 心理学家库尔特·勒温曾提出领域理论,下定义称:“领域理论或许最好被描述为一种方法,即一种分析因果关系和建构科学结构的方法。”该书运用领域理论分析群体动力学、生理生态学等社会心理学问题。应当注意,中国法学者提出的领域法话语在场合、目标、路径等方面迥异于领域理论。然鉴于其强调社会联结和跨学科研究,与领域法的观点不谋而合,因而仍具有一定的借鉴意义。

② 例如,财税法制度研究中出现了运用领域法范式的具体成果,涉及破产程序中的税法问题、环境相关税的结构设计等。

法话语的提炼和注入将给新兴法律领域乃至法治体系带来什么影响? 本文尝试以重建现代性为时空背景, 挖掘与这一进程相暗合的领域法话语的精神理念, 及其背后所折射出的对于“法律中的人”的图像预设和社会形态, 进而构建领域法的世界图景和价值选择, 阐释领域法在认识和方法论上对于部门法话语的扬弃、拓补和超越。

二、领域法肇兴的现代化思想潜流

把目光投射到中国社会的转型发展和现代化进程, 便可发现其特殊性在于, 在现代性这个当时结构中, 包含农业文明(前现代)、工业文明(现代, 亦可称简单现代性)和后工业文明(后现代, 或称为反身现代性)三种社会文明和精神的历时形态。由于经济、文化和人的意识的变革, 我国正处于一个对现代性进行再观念化和再结构化, 即“后现代转向”的时代, 这与世界性趋势是同向的。随之, 法和法治体系也面临对建基于工业社会之上的传统法学、自由主义法学的反思, 以在新的社会生活形态中既揭示又发现人性中的新方面, 重新塑造超越现代社会的法律^[5](P221)。而这, 便构成部门法话语危机和领域法全面肇兴的“后之时代”^[6](P38)背景。

(一)从简单现代性到反思现代性的整体转向

简单现代性形成了一种“抽象社会”和单一、均质的一体化过程, 行政科层、商品交易、消极却平等的个人自由不断壮大, 并在法律上奠定了市民社会—政治国家二元对立模式。其中, 近代民法三大原则——所有权绝对、意思自治、过错责任——贯穿市民社会, 私权利得到一致的、几乎不受到干预的保护; 行政法的主体和机制较为简单, 侧重于行政管理, 对公共生活采取放任立场。而财税法、金融法、劳动法等尽管此时已出现, 但更多地被视为行政法、民法中与其他成分并无差异的部分, 尚不具现代意义, 互联网法、航空航天法等对时人而言更无异于天方夜谭。

应当肯认, 法对个人自由的一概保护在当时有突破意义, 且构成了如今社会、经济和法治的基础。然而, 若自由主义维度过于广泛, 则难免会损害人与人、人与自然的关系, 引发类似西方世界在经济领域的市场失灵、政治领域的政府权威弱化和民主赤字、文化领域的个人主义文化和理性人模式的动摇等整体性危机。在我国亦表现为, 自 20 世纪后期以来, 简单现代性的法律理念和制度难以应对人的社会需要, 例如贫困者对于收入再分配、劳动者对于劳动基准、失业者对于失业保险和职业培训的需要等; 难以解决业已严重的社会风险^①[7](P67-77), 例如大规模污染、贫富分化、金融危机等; 也难以容纳正在发生的社会新问题, 例如转基因、大数据、生物危机等。正如庞德所言, “在应付许多新问题和力图保障一个正在变化的经济秩序中许多新产生的迫切利益方面, 法律不符合人们对它的期望”^[8](P7)。由此, 基于理性反思而超越简单现代性^②[9](P1-33)的后现代呼之欲出, 传统部门法的社会困境和领域法的适时补充便植根于现代化进程的土壤中。

(二)从自由法治国到社会法治国的形态变迁

从法治国形态的角度观之, 由现代到后现代的跃迁在相当程度上对应着从自由法治国到社会法治国的变迁。自由主义法治国理念盛行于 19 世纪的西方, 国家职能主要限于国防、治安等最低限度内。而因其助长了资本集中、经济强者滥权、贫富差距急遽增大等社会问题, 国家理念“从往昔单纯消极性地确保个人自由与权利不受不法侵害, 转变为强调国家更具有追求社会正义及促进人民福祉之目的”^[10](P32)。反观我国, 同样表现出改革开放初期所强调的自由法治国因素, 以及自 20 世纪末开始出现的越来越多的现实问题, 社会法治国理念得到强化。可见, 随着经济社会发展及其结构趋于复杂, 在特定

① 乌尔里希·贝克首创风险社会理论, 其所称的风险为后工业社会的风险, 主要指技术风险。需指出的是, 本文中的“社会风险”与之有所不同。尽管技术风险的比重增加, 但其他影响发展和正义的社会问题也都属于反思传统法律部门的出发点, 例如财政、教育、卫生等, 故而同样有形成财税法、教育法、卫生法等领域法的必要。

② 反身性即第二层次的现代社会虽有自反(self-refutation), 但更有理性的反思(reflection), 因而既是风险社会但同时也更有希望。

领域和事项上,有必要进行社会对个人、实质对形式、具体对总体的矫正。由此,法治国转向便成为现代性转向的法之面向,为提倡公共利益、积极权利、全面发展的新时期领域法搭建了舞台。

三、传统话语下新兴法律领域的定位难题

为了描述、解释和规范社会关系,对法律做基本的类型化是法学研究和实践所必需。部门法话语存在封闭、自我循环等不足,难以应对具有新的价值理念且更为复杂的领域性社会事项。无论是日趋成型的法律新领域,还是财税法等尝试建构较独立的法律精神和体系的既有领域,它们均不能被部门法体系所涵盖,面临着或多或少的定位分歧。

(一)新兴法律领域对部门法话语的挑战

公法与私法是大陆法系中公认的基本法律分类,将法律关系抽象为国家(利益)与个人(利益)的对立模式。我国法理学在承继公、私法二分的基础上建立部门法划分理论。部门分类方式有利于建立稳定有序的法律体系,为立法、执法、司法和法学研究提供了初始框架,较好地满足了经济社会结构单一、发展程度不够高的简单现代性时期的需要,作用不容否认。然而,部门法划分只是一种主观体系,并非包罗万象的真理。有学者在分析经济法责任问题时指出,部门法在整体上是“异面”划分,不仅有许多遗漏,在局部上还有交叉,因此,对传统分类必须有所突破^[11](P16)。如果秉持部门法是对一国全部实定法按一次划分穷尽原则进行的客观划分的观点^[12](P40),便容易使部门法体系处于标准僵硬与多变、边界分明与模糊并存的尴尬境地。典例为,劳动与社会保障法、环境与自然资源法等法律及相应学科,为争回话语权而开展的关于能否成为独立部门法的论战。因此,若不反思有泛化倾向的部门法范式,将很难走出理论自治性和实用性的双重困境。

申言之,部门法体系主要受到三方面的挑战:一是部门法之间的交叉。比如有学者认为,行政刑法“在法律上兼具行政法与刑法的双重性质,而不应只归属于其中之一”^[13](P16)。二是原本从属于传统法律部门,但随着时代变迁而获得新的价值的法律领域,包括财税法、劳动法、金融法、教育法、生命法、安全法、海洋法等。例如,财税法在不同社会时期、不同国家形态下表现出不同的功能,现代财税法具有规范理财行为、促进社会公平、保障经济发展三大功能^[14](P183),与家计财政或国库主义思维下的财税法不可同日而语。又如,生命法自法律产生之日就已出现,但在近代以前从属于民法或刑法。随着20世纪50年代后器官移植、基因工程、人工辅助生殖等现代生命科技的诞生,生命法的法律价值发展为维护人类生命伦理这一社会利益^[15](P77-78)。三是伴随科技发展而萌生的新领域,天然地在价值和语境上有别于任一部门法,例如互联网法、环境法、娱乐法、航空航天法等。

上述第一种情形实为统合多个部门法的法律规范和知识,以更周延地解决传统法律问题。这有助于加强部门法间的交流,但所体现的价值和范式仍可被行政法、民法、刑法等所涵括。第二和第三种的法在应对新的经济社会形势时,凸显多元社会价值和特殊规则,这正是反映了现代性反思的转向,即社会关系的主体、利益、手段、视角等不宜笼统设定为二分或N分,而是呈现出主体异质性、社会交往内容繁杂、社会公共利益凸显、手段灵活多样等局面。由此,在笔者看来,第一种不属于领域法的范畴,后两种才真正揭示了部门法在特定场域里的局限和领域法的发展空间。

(二)部门法框架下新兴法律领域发展受限

在以领域法为安身立命的基点之前,部门法范式对这些新兴法律领域易产生先入为主的影响。它们在试图归入某一部门法的过程中,又因为自身具有新的理念、思维方法和理论话语,难以被该部门法所同化和容纳,继而或削足适履,或步入以下三条道路。

第一条道路是自证独立,即以某种既有的部门法划分标准为依据,寻找足以成为部门法的独特性。例如,有学者在探讨国际经济法的地位时,注意到国际经济关系的综合性,但转而认为这一调整对象作为划分依据明显不当,遂诉诸部门法划分的第二位标准——法律调整方法,得出“以调整方式为基础,国

际经济法作为一个独立的部门法就有了充分的理论依据”^[16] (P126-128) 的结论。若延续该逻辑, 假定国际经济协调的特殊调整方式奠定了国际经济法的独立部门法地位, 那么, 其性质多样的调整对象是否不甚符合部门法架构? 又该如何处理其与国际公法、国际私法等的关系? 这些都是无法回避的问题。

第二条道路是新设部门, 即提出新的部门法划分标准, 进而确定法律领域的部门法归属。有学者提出以法律演进与法律本质属性为标准来重构部门法划分理论, 并以职业安全卫生法为例, 主张其在保护劳动者上有着与劳动法“产生的同源性”和“本质的契合性”, 故而为劳动法而非安全法的分支^[17] (P43-51)。该文对法律本质的探究应予肯定, 但未深入回答, 具备何种法律本质的法当为独立的部门法? 若认为劳动法是独立的部门法, 那么安全法呢^① ^[18] (P3-8)? 更进一步, 该文坚持部门法的外延互相排斥原则, 那么, 将职业安全卫生法归入劳动法部门, 是否便意味着其价值、制度和规范被排除出卫生法? 这或许就是部门法划分固有的此部门与彼部门泾渭分明、侧重法律关系的高度概括而非某类事项的具体解决^[19] (P55) 等特征所引致的不足。

第三条道路是范式革命, 即批判部门法的缺陷, 建立革命性理论话语。这条道路选择在较成熟的环境法学科尤为明显, 有学者在环境法革命的旗帜下, 从对传统法学所蕴含的价值、理念的反思, 转而对传统法学范式及其理论根基的批判, 借助边缘性和前沿性来阐明环境法的地位和特征^[20] (P3)。

在某种程度上, 相对于长居法律帝国的本地人群体, 怀揣新的法律理念并为解决新的社会问题而来的新兴法律领域像是齐美尔笔下的异乡人, 它们在部门法话语下没能找到合适的、可充分伸展的一席之地, 困于定位焦虑的境遇。对于跨越边界的领域法来说, “对众多群体的归属并不是造成困难的原因, 原因在于归属感的不确定性”^[3] (P128)。正是在为之探索新范式的声浪中, 领域法话语应运而生。

(三) 部门法体系的自我变革与困扰

面对现代社会转型、法的社会化需要和新兴法律现象, 民法、行政法、刑法等部门法的研究和实践并未故步自封, 而是经由自我变革和调整, 试图应对新问题和新的趋向, 扩大自身的覆盖范围。其中, 民法学界出现了新民法的提法, 即从近代民法到现代民法^② ^[21] (P171), 其容纳了私法公法化与私法社会化的进程, 形成国家管制与私人自治的结合物。行政法学者提出公法私法化、公私协力等概念, 认为新行政法具有公私法混合、软硬法兼糅以及社会化和综合化等新气象^[22] (P136)。刑法学者提出并运用刑事一体化分析范式, 首创者储槐植教授主张对刑法进行之中、之外、之上的全方位研究^[23] (P294)。

可见, 民法、行政法、刑法等部门法因难以应对新的社会问题, 纷纷谋求现代化, 取得了丰富的理论成果。然而, 它们即便更加关注社会利益, 采纳更多的社会治理手段, 抑或以社会效果来完善法律教义, 但仍不能完全容纳环境法、劳动法、财税法、教育法等新兴领域法的理念和问题。若对部门法的结构、利益和功能做过度扩大化解释, 这种犹抱琵琶半遮面的做法不仅使领域法的潜力和想象力得不到真正的发挥, 而且使部门法在解决其本应调整的问题、贯彻本应具备的理念时迟疑不决, 导致简单事项上的价值混乱。以民法为例, 民法的内容和体系之所以能保持“时空不变”, 抽离于各种社会的生活条件和世界观, 放之四海而皆准, 正是由于其始终体现个人主义、自由主义、平等主义的内在价值, 并有形式理性外在特征^[24] (P6)。因此, 传统的私法不应彻底社会化, 而动摇其调整一般民事关系的自治根基。

对于经济社会发展所带来的各种新领域, 建构专门的领域法话语实属必要。要言之, 领域法是指在现代化转型背景下, 经反思和再结构化, 为新兴或虽早已存在但因蕴含现代理念而不再为传统价值体系所涵盖的法律领域提供的一套范式、定位和话语系统。传统的部门法起源于界限分明、崇尚自由观念的简单性现代时期和工业社会, 在民事、行政、刑事等典型社会关系上一直并将继续发挥调整作用。但与此同时, 愈来愈多综合、复杂和更具公共价值的法律领域创生于社会结构向更高现代性演变的过程中,

① 一些学者撰文认为, 安全(生产)法为独立部门法。

② 近代民法的物质基础是 19 世纪社会经济生活, 模式为抽象人格、财产所有权保护的绝对化、私法自治, 而现代民法基于 20 世纪社会经济生活, 模式为具体人格、对财产所有权和契约自由的限制等。

它们通常由特定社会问题或问题束逐渐集聚而成,内在理念与观察视角难以嵌入传统话语,故而不宜将其截然纳入部门法的精密分类和既定框架中。若等量齐观,不仅使这些新兴领域的事项得不到妥当的解决,还会扰乱部门法体系及其调整传统社会事项的思路。换言之,领域法并非取代部门法,两者共存于完整的现代社会和法律系统中,以侧重点不同的价值和理路作用于不同的社会关系,各有分工、协作配合又互相启发,以推动回应性法律规则、范式和实践的革新。

四、领域法话语的精神跃迁与适用路径

以现代性反思和公共利益转向为根源,领域法所表征的诸社会领域法律规范的本体、增进社会利益的价值以及更综合和开放的方法,均成为日趋健全且有创造性的理论话语。这不仅表现为量的增加,更有质的改变。正所谓“新理论和新观念阐述了新的社会经验,因而,新兴话语的激增意味着社会和文化正在发生着重要的转变”^[6](P9)。针对部门法不敷用于新兴社会领域的状况,领域法在观念和适用路径上实现了范式创新^①^[25](P19)。

(一)基本精神层面

新兴法律领域存在的根源就是原有部门法的理念、目标,以及赖以达成这些理念、目标的手段出现了不足,需要其来弥补^[26](P12-13)。如前所述,传统部门法更关注抽象、形式的正义,从民法的意思自治、契约神圣,到行政法的行政管理、程序控制,再到刑法的形式论、客观主义。这意味着普遍性规则代替了个别性调整,特权受到约束,对于简单现代性阶段的市民社会和政治国家具有重要法治意义。然而,在主体间权力分配差距过大而呼吁社会效益的情况下,如果继续以自由来统率整个法律体系的根本理念,就会形成“隧道视野”。

因此,有必要对经济社会发展中涌现出的更为复杂的问题做实质性审思。从劳动合同的特别化,对人体器官买卖、生殖性克隆人的禁止,个人信息权作为涉及公共利益的综合性的权利而远远超出隐私权的范围,税收征管理念^②由以税务机关为核心的足额征税、管理效率转变为以纳税人为核心的权益保障、提供优质服务 and 纳税便利,实质法治国先探讨各项税目的正当性而后“将整体的租税负担公平地分配予纳税人”^[27](P15),加强金融的社会属性、大众化及“构建普惠型的金融资源配置模式”^[28](P4)等例证,可管窥劳动法、生命法、信息法、财税法、金融法等领域法展现的法律精神的跃迁。在这些法律现代化转型进程中,均在核心观念上迈向一种关注公共利益和伦理、与社会公平和治理实效相结合的正义。

(二)适用理路层面

领域法思维兼具视角的精细性与视野的开阔性,领域间的包容性与本领域的自洽性,知识的综合性与事项的专业性,在领域法的立法、执法、司法等法治运行过程中融贯了相应的适用思路。具言之,新时期领域法范式革新主要从以下方面展开:

第一,由概念中心到问题导向。概念法学与法教义学、法条主义等称谓在某种程度上指称同一种范式,将法学研究和法律适用的任务界定为建构各法的“概念金字塔”。这与传统部门法追求的形式理性、普遍平等、法秩序等目标及作为其背景的经济社会简单构造相吻合,故而成为部门法学的主流。诚然,重视概念的归纳和解释有助于搭建法的基本架构,但如果过于渴求塑造一个精准、稳固的公理体系,就会导致法与实践的脱离。而问题世界并不因为这些体系化努力而丧失其问题性,鉴于此,领域法话语重申

① 托马斯·库恩在《科学革命的结构》中提出范式的概念,但诚如苏力教授所言,其所称范式更强调知识的革命和断裂,未必适用于法学等软科学。因此,在解析领域法话语时,应当肯认领域法与部门法、社会利益与个人利益、异质性与同质性、因人治理与总体控制、实质正义与形式正义等张力关系之间的关联和传承,而非隔阂和断裂。

② 在这方面尤令人瞩目的是美国《国内收入局重组与改革法案》(Internal Revenue Service Restructuring and Reform Act of 1998,简称RRA98)及相应的税收征管改革成果。此前,美国国内收入局税收征管活动有三项职能,即足额征税、降低稽征成本、解释税法并为纳税人提供服务。而改革后,只保留最后一项作为美国国内收入局的基本职责。该转变体现了对纳税人权利的尊重和保护、税收公平、方便并有利于纳税人等现代税法核心精神,有别于行政法对高权、形式和以行政效率为中心的管理理念的重视。

法的实践智慧,对法律实践的社会生活关系进行指向对象的思考。此问题导向思维引领领域法进入真实前沿,体现了实用主义和回应型法的意涵,以社会一体化的态度应对现代社会和法律变革,这也恰是领域法解决新兴社会问题的应有之义。另外,问题导向还意味着,随着某一社会事项消失,又一社会事项出现且不能被现有体系所包含,领域和领域法的数量和结构始终处于变动状态。

第二,由抽象主体到角色个性。作为以人的行为和社会关系为调整或研究对象的社会科学,任一法律或法学中必然隐含着对人的形象的预设。人格是法律文化的中心,尽管可能未直接见于文本,但仍可根据法律实践及其背后的价值宣示,来获得法律中的人的形象^[29](P1746)。前已述及,在自由主义价值观下,传统部门法建立在抽象系统中,对于人的假定是同质、统一和平等的。例如,民法中人的形象为在理性、意思表示强而智的人,而不考虑知识、社会及经济方面的力量之差异^[30](P8);行政法中的人被统称为行政相对人,受到相同对待。正是为了克服由总体性引发的社会问题,领域法结合该领域实际情况及具体法律目标,引入更多的身份标准,强调个性和法的因人制宜,对异质主体做区别对待。例如,增值税法对销售额未达到起征点的纳税人不征税,是强弱标准;政府采购法扶持民族产业和国内企业,是国籍标准;劳动法对女职工在劳动中因生理特点造成的特殊困难提供特别保护,是性别标准;等等。基于更全面的法律中人的形象,各领域法逐渐形成自身的特殊性、专业性和丰富的实体规则,彰显了传统部门法难以承载的社会价值。

第三,由略过事实到关注事实。在适用领域法的情境中,社会现象和关系相较于民法、行政法等部门法的适用场合可能更为复杂且交叠,法律主体也不再抽象,而角色各异。这导致作为先要步骤的事实认定在法律适用中更加关键,也更有难度。以税法中的实质课税为例,契约自由为市场主体交易活动提供了无限可能,但面对一个具体的生效契约,税法还须考察交易形式与实质。若税务机关或法院结合充分证据认为有形式与实质背离的事实,便依交易实质进行征税。这类反避税制度体现了税收公平原则,而对交易实质的认定既是重点又是难点。比如在广州德发税案中,对于德发公司以涉案房产的拍卖成交价格为计税依据申报纳税是否存在计税依据明显偏低、又无正当理由情形这一争议点,须借助证据和诉讼程序,考察纳税人的拍卖价格是否明显低于可比公允价格、房产以底价拍卖给唯一竞买人是否正常等情况,尽量完整展现执法和司法所需事实。而除了对微观事件的识别外,在宏观制度设计上,领域法思维还要求从历史维度了解该制度性问题的本土演进脉络和域外发展历程,为我国法律的完善和实施提供事实素材。从诸如公司法资本制度改革这一公司法与证券法联动的议题,便可领略事实厘清在领域法中的决定作用。

第四,由单一价值到多元调和。在完成主体辨别和事实认定后,下一环节便为利益结构分析和价值判断。面对复杂的社会关系主体和事实,各领域法欲实现实质正义,需对社会整体利益中相互交织的多重利益加以权衡协调。例如,对于地方债治理和债务问责问题,要统筹考量债权人的利益、当地民众的利益以及财政分权体制下中央和地方的财政权配置,进而基于公共利益来界定相关主体和攸关者的权利和职责。又如,大数据使人类生活面临数字化时间与空间双重维度的介入,被遗忘权的提出虽然为保障个人信息权提供了解决之道,但运用时应站在与他者关联的角度思考,这才是基于公共性立场来看待这项权利。可以说,领域法的价值整合及由此对权益、责任的分配,是在肯认价值的区分与关联的基础上进行的,与狄骥的社会连带思想一脉相承。

第五,由体系封闭到科际整合。领域法自肇始之际便具有包容和开放特征,倡导与部门法、其他领域法、其他社会科学甚或自然科学合作,不拘一格地接纳多方面制度、技术和方法为己所用,实现法际乃至科际整合。例如,环保税的税基、税率等税收要素该如何设计,是与经济水平、污染物排放情况、污染监测技术等其他学科知识密切相关的,进而表现为《环境保护税法》引入污染当量值等术语和手段,并就财税法对环境经济、环境科学与工程等知识的吸纳,提出了更高要求。又如,要实现财政事权划分的

规范和合理,法学须与财政学、社会学等综合施治,既贯彻财税法治思维和方式,加快制定财政收支划分法和转移支付法、完善预算法律制度,又要借鉴公共产品分层理论提供的经济标准,更有必要发挥社会学的关系分析方法,回答“现行制度和政策是如何在中央和地方的互动中形成的,以及政府会不会按照现行制度和政策行动”^[31](P7-9)两大问题,这样才有望在博弈中取得事权划分的良好效果。

名不正则言不顺,言不顺则事不成。妥当的定位及在此前提下的范式确立,构成了法律制度和法治体系的基础。领域法话语便是一种提炼的尝试,其生成于简单现代性转向和延伸至反身现代性的路口,为那些旨在缓解现代风险并因具有难以被传统部门法所涵盖的突出的公共价值而发展受限的新兴法律领域提供了一套理顺思路、解决问题的范式。在某种意义上,民法、行政法等部门法及其宣扬的形式正义、自由治国是缺省的价值和构造,宜适用于一般和基本社会关系的调整。领域法则在反思的基础上更积极地回应开放世界,强调社会本位立场和解决特定领域社会事项的功用,通过再结构化和再观念化,在相应情境中凸显实质正义和社会法治精神,彰示话语谱系的矫正和转型。借助现代性进程中领域法的充分发展及其与部门法两种体系和范式的配合,推动法律系统的完整化和法治社会的现代化。本文虽无法也无意对现代是否已终结、如何认识后现代等艰深议题予以评断,但或许可以援引法理上的提示,即“‘后现代’也意指一种警示:我们不要受技术唯理性驱使得太远,我们这个社会的法律化是技术唯理性的一部分,以至于忘记了人类和人类的基本关怀”^[32](P23)。同样的,立足于新兴、复合型经济社会关系和其所构成的法律领域全面兴起的时代吁求,应当认真对待和贯彻新时期领域法的法律思维和话语,这是在为法治探索未来,为更加良善的制度、人的更好发展和国家治理优化探索未来。

参考文献

- [1] W. Friedmann. Law in a Changing Society. Berkeley: University of California Press, 1959.
- [2] 伦纳德·霍布豪斯. 社会正义要素. 孔兆政译. 长春: 吉林人民出版社, 2006.
- [3] Kurt Lewin. Resolving Social Conflicts and Field Theory in Social Science. Washington, D.C.: American Psychological Association, 1997.
- [4] 刘剑文. 论领域法学: 一种立足新兴交叉领域的法学研究范式. 政法论丛, 2016, (5).
- [5] 昂格尔. 现代社会中的法律. 吴玉章, 周汉华译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [6] 斯蒂文·贝斯特, 道格拉斯·凯尔纳. 后现代理论——批判性的质疑. 张志斌译. 北京: 中央编译出版社, 2001.
- [7] 乌尔里希·贝克. 世界风险社会. 吴英姿, 孙淑敏译. 南京: 南京大学出版社, 2004.
- [8] 罗斯科·庞德. 通过法律的社会控制. 沈宗灵译. 北京: 商务印书馆, 2008.
- [9] Ulrich Beck, Wolfgang Bonss, Chirstoph Lau. The Theory of Reflexive Modernization: Problematic, Hypotheses and Research Programme. Theory Culture & Society, 2003, 20(2).
- [10] 詹镇荣. 社会国原则之起源、内涵及规范效力. 月旦法学教室, 2006, (41).
- [11] 张守文. 经济法责任理论之拓补. 中国法学, 2003, (4).
- [12] 叶必丰. 论部门法的划分. 法学评论, 1996, (3).
- [13] 刘艳红, 周佑勇. 经济刑法的一般理论. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [14] 刘剑文, 侯卓, 耿颖等. 财税法总论. 北京: 北京大学出版社, 2016.
- [15] 刘长秋. 论生命法的独立部门法地位——兼对我国生命法学研究的未来展望. 东方法学, 2008, (5).
- [16] 李英伟. 试论国际经济法的地位——“国际经济法”基本理论初探. 当代法学, 2003, (4).
- [17] 张美玲, 谭金可. 部门法划分理论刍议——兼谈职业安全卫生法部门法归属. 西部法学评论, 2014, (2).
- [18] 吴荣俊, 李红杰, 程映雪等. 安全法应成为一个独立的法律部门——安全法学初探之一. 中国安全科学学报, 1992, (4).
- [19] 熊伟. 问题导向、规范集成与领域法学之精神. 政法论丛, 2016, (6).
- [20] 侯佳儒, 王明远. 边缘与前沿: 当代法学背景中的环境法学. 政治与法律, 2016, (10).
- [21] 梁慧星. 从近代民法到现代民法. 北京: 中国法制出版社, 2000.

- [22] 江国华. 行政转型与行政法学的回应型变迁. 中国社会科学, 2016, (11).
- [23] 储槐植. 刑事一体化与关系刑法论. 北京: 北京大学出版社, 1997.
- [24] 苏永钦. 走入新世纪的私法自治. 台北: 台湾元照出版公司, 2002.
- [25] 苏力. 也许正在发生: 转型中国的法学. 北京: 法律出版社, 2004.
- [26] 邓峰. 经济法学漫谈: 正义、效率与社会本位//史际春, 邓峰. 经济法学评论: 第4卷. 北京: 中国法制出版社, 2003.
- [27] 陈清秀. 现代财税法原理. 厦门: 厦门大学出版社, 2017.
- [28] 冯果, 李安安. 民生金融法的语境、范畴与制度. 政治与法律, 2012, (8).
- [29] David Fagundes. Notes, What We Talk about When We Talk about Persons: The Language of a legal Fiction. Harvard Law Review, 2001, 114(6).
- [30] 星野英一. 私法中的人. 王闯译. 北京: 中国法制出版社, 2004.
- [31] 周飞舟. 以利为利: 财政关系与地方政府行为. 上海: 上海三联书店, 2012.
- [32] 阿图尔·考夫曼, 温弗里德·哈斯默尔. 当代法哲学和法律理论导论. 郑永流译. 北京: 法律出版社, 2013.

The Transition of Modern Society and the Development of the Discourse of Field Law

Geng Ying (Peking University)

Abstract The discourse of field law appears in the historical backgrounds of the upgrading of national governance, in which the simple modernity which advocates individualism, negative rights and generalization have caused many social problems, thus advancing the historical stage of reflecting on and re-constructing modernity, along with the transformation of liberal state under the rule of law to social state under the rule of law. Based on this transition, lots of legal phenomena have become difficult to be covered by the sectoral legal system because of the new ideas, functions and contents, leading to anxiety in positioning and limited development. In view of this, the field law in terms of cognition and methods expands and surpasses the traditional legal branch, remedy imperfection facing legal problems in emerging fields, thus coexisting in the legal practice. The paradigm of the field law highlights concrete and substantive justice spirit and the social standard, and keeps the applicable way from the conceptual center to the issue orientation, from the abstract subject to the personality of legal roles, from skipping the facts to paying attention to the facts, from single value to multi-coordination, and from system closure to inter-disciplinary integration, so as to promote the development of people and the society.

Key words the field law; modernity; social state under the rule of law; public interest; paradigm transition

■ 收稿日期 2018-07-09

■ 作者简介 耿 颖, 北京大学财经法研究中心主任助理, 副研究员; 北京 100871。

■ 责任编辑 李 媛