

张芝梅：法律是一门什么样的科学？PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_BC_A0_E8_8A_9D_E6_A2_85_EF_c122_484722.htm 【摘要】对于“法律是一门什么样的科学”的问题，历来有不同的回答，但大多数的回答是哲学的。波斯纳认为这样的追问方式是不对的。他通过把法律的特点与科学的特点进行对比，指出：法律和科学其实有很大的不同，；他还进一步指出：法律不应该以精密科学作为自己的追求目标。主张要对法理学进行改造，从其他学科吸取知识和方法分析来处理法律问题。 【关键词】波斯纳 法律 科学 成为一门独立的学科并被广泛接受，恐怕是各个研究领域的共同愿望，法律也有同样的梦想。因此，很多人会不由自主地追问这些问题：法律是一门科学[1]吗？而且，如果我们认同韦伯对自然科学、社会科学和人文科学的区分的话，还会追问：法律是一门社会科学吗？[2]此外，如果认为法律是一门科学（或者社会科学），那么它是一门什么样的科学（或者社会科学）？如果不是，那么法律是什么？这些问题都是很有哲学意味的问题，如果直接回答，不可能不陷入关于什么是“科学”或者什么是“社会科学”的语词之争。波斯纳并不赞成这样的追问进路，他认为抽象地争论这些问题意义不大，而且可能得不出结论。他首先指出了法律和科学其实有很大的不同，甚至还有矛盾，但这并不说明法律就是不科学的；接着波斯纳进一步指出：法律不应该以精密科学作为自己的追求目标，法律在某些方面和工程学很相似，而且，法律还要考虑道德、政治的因素。他还主张对法理学进行改造，从其他学科吸取知识和方法分析来

处理法律问题。（一）波斯纳首先分析了法律和科学（这里的科学侧重的是自然科学意义上的科学）的一些相同的和不同的方面，侧重于不同之处。波斯纳指出：“在相当高的抽象层面上，科学与法律之间有许多相似之处，而在操作层面上，两者则几乎没有什么相似之处……法律的核心并不是一套为科学的方法或健全的常识证实的原则；它是一套政策的决定”。[3] 波斯纳认为法律和科学在许多方面都是不同的，甚至是矛盾的。具体表现在如下几个方面：（1）在法律中科学方法没有太大的用处。在科学中被认为是基本的而且卓有成效的方法，比如观察和实验的方法在法律中很难有用武之地。我们很难通过这些方法对法律的结果做出准确的评价。我们既不能通过科学的观察、也不能通过实验证明我们作出的法律判决究竟是对还是错。按波斯纳的话说，就是：“也许世界上有一些伟大的司法决定，但是，我们就是不能确定是哪些决定！”[4]（2）科学追求变化，赞赏以新的东西取代旧有的东西。但法律不追求变化，而是要求稳定，强调和往昔保持一致或者保持连续。为了保持稳定性，法律有时候得以牺牲准确性为代价；（3）在科学中经常使用并且很有价值的演绎逻辑在法律中的作用有限。至少是有一些法律问题是无法仅仅通过推理来解决，而且这部分的法律问题往往是里程碑式的问题；（4）法律中经常使用的归纳和类比所具有的科学性是有限的，波斯纳认为，通常人们认为逻辑有助于贯彻“同样的事情同等对待”的理念，但这是一个错误。因为对于什么样的事情是“同样的事情”，其法律标准是政治性的，因此，逻辑在这里起不了什么关键性的作用。他还认为，“类比是一种由于聪明而不是由于知识获得的‘证据’

。类比的突出特点就是不精确，且常常误导人。” [5]因此，波斯纳不赞同法律职业界把遵循先例看作是在使用类比，他认为那其实那是在诉诸权威，因为类比推理不必然要求遵循先例，而且，如果较真的话，类比推理至少在一开始是会削弱先例的作用的，因为它是把先例放在后面的案例中进行检验，而检验可能推翻先前确立的确定性。波斯纳认为类比推理是发现的逻辑而不是证实的逻辑，而法律职业界犯的错误就在于他们混淆了类比的作用，他们把类比当作了证实的手段。类比的作用和隐喻的作用相似，它们会提供一种心理上的说服力。或者说对先例的使用主要起的是修辞的作用，甚至类比推理从根本上说不能算是一种推理，因为它无法把前提和结论联系起来；[6]（5）法律是规范体系，很多问题涉及到价值判断，而科学知识就其本身而言是价值中立的；（6）法律依赖先例和权威，尽管科学也尊重权威，但科学要求在真理面前人人平等，科学最终服从的是真理而不是权威。法律上的权威和科学上的权威的共同之处就是它们都是该领域的普遍共识，但法律权威另外还有上层决定的意思，即，它接受等级制度，比如州法院和联邦法院都要接受最高法院的判决，而我们很难找到一个充足的认识论理由解释我们为什么一定要这么做，甚至这么做有时就是拒绝承认错误的同义词，这并不利于对真理的追求。法律中的那些疑难案件不能通过逻辑和科学来解决，甚至有时候也无法依靠实践理性解决，而只能依靠先例和权威。法律的遵循先例原则在某种意义上也意味着拒绝纠正错误，这和科学的精神相违背。科学精神就是对真理的不懈追求和对权威的挑战，而法律则与之相反。波斯纳认为科学态度在法律中不存在的原因之一是

“ 法律的最后手段是强力 ” ， “ 法律是以探索至上的科学与以权威至上的神学之间的一种艰难妥协 ” 。 [7] 总而言之，法律对等级、连续性和稳定性的追求以及使用强制力都呈现出了与科学精神背道而驰的倾向；（7）科学虽然也有不确定性，有矛盾和错误，但科学给人的感觉是不断进步，它解决问题。而在法律中，“ 我们可以对付、处理、超越这些麻烦，但我们很少能解决它们 ” [8] 波斯纳还认为科学界的争论和法律界的争论不同，前者会带来知识的增长，而后者却没有这种感觉。或许因为法律争论多少都是意识形态的争论，因而不容易有结论；（8）科学有自己的自主的研究领域，没人强迫科学家解决不能解决的问题，但法律所面临的需要解决的问题不是由法官选择的，法官必须随时处理社会问题，他不能以对某个问题没有很好的答案为理由拒绝解决问题；（9）物质实体有助于理解科学，但法律没有这样的实体；（10）科学家的背景越同质，他们达成共识的可能性越大；而法官虽然也是如此，但这样的话，他们的结论就越缺乏说服力。

[9]（二）以上这些都说明法律和科学还是有很大不同的，但这不等于说波斯纳认为法律就没有什么科学性或者说法律在科学性方面没有什么进步。事实上，美国的法律界从兰德尔开始就尽力追求科学的科学性。因为在哈佛的法律教育流行之前，美国法律界的职业教育采取的是学徒式的教育方法。学徒式的教育使得法律更像是一门技艺，而技艺的可靠性值得怀疑。因为学徒的水平的高低取决于师父水平的高低，这使得教育质量很不稳定。因此对技艺的评价似乎总是不如对科学的评价高。不可否认，兰德尔的工作颇有成效，对后来的法律职业化做出了很大的贡献。他成功地建立了法律人

对法律的自主性[10]的自信。后来的霍姆斯、卡多佐尽管和兰德尔对法律的理解不同，但他们也都在做使法律看起来更科学的努力，只不过他们的方式有所不同而已。比如霍姆斯提倡法律和道德的分离也是法律追求学科化的一种努力。还有卡多佐对法官只能在法律的空隙中立法以及对法律确定性的强调也都在追求法律的科学性。他们在这一点上目标是一致的。因此，虽然霍姆斯对兰德尔的进路进行了猛烈的批评，但兰德尔时期确立的法律是一门自主学科的自信没有因为霍姆斯的批评而遭到破坏，相反，随着此后法律职业的发展得到了巩固。相信法律是自主的，仍然是法律教育和法律理论中的普遍观念。他在分析萨维尼对美国法律的影响时指出，萨维尼试图把法律学术化和科学化的努力吸引了当时的美国法律人，因为他们迫切需要把法律看作一门自主的科学以支撑他们的自信。但随着法律在美国社会生活中的地位的稳固，这个问题已经不再重要，因而，萨维尼对于当今的美国，只剩下了一个名字。[11]从20世纪30年代中到50年代末，在短短的不到30年的时间里，几乎没有依靠任何其他学科的帮助，美国的法律界就完成了对传统普通法的改造，取得许多令人瞩目的成就，因此，相信法律是自主学科也就不足为奇了。而且，当时其他学科也没有提出多少对法律有借鉴作用的洞见。但后来，法律的自主性开始遭到质疑。波斯纳认为，“对法律自主性普遍确信的主要原因或许是二战后美国社会中的政治共识”，[12]也就是说，那是个没有重大意识形态分歧的时期，因此，即使我们认为法律是政治，但当人们对基本的政治问题看法差别不大时，法律就不是政治了。而且，虽然现实主义法学对此提出挑战，但到了50年代末，现

现实主义法学的多数改革主张被采纳，人们认为现实主义法学的领袖也被吸纳进入了司法部门，因此，那时的法律显得中性、客观、自主。不过，随着法律职业的发展，兰德尔建立公理系统式体系的梦想以及法律职业的客观性梦想都变得淡化了，到了20世纪60年代，法律的自主性日渐式微，法律人开始意识到法律的客观和中立既没必要，也不可能。导致法律自主性式微的原因有如下几个：（1）政治共识的失落和法律中更多地渗透了政治的成分。到了二十世纪六十年代，随着政治共识的失落，法律界充斥着各种不同的意识形态，因此，如果同样的问题交给同样出色但意识形态不同的法律思想家处理，得出的结果可能完全不同。而且，司法能动主义盛行，联邦最高法院主动介入一些意识形态色彩比较浓厚的领域，比如人工流产、选区划分等等有政治争议的问题。同时，政府也把一些政治敏感问题带到了法院；（2）法律改革的失败。随后的一些法律改革的失败以及其他学科的发展，传统的法律科学根基不再牢固，法律自主性的确信也因此遭到破坏，那些爱思考的法律人开始反思传统法律分析方法存在的问题，他们意识到法律人对事实敏感，但法律中缺乏科学的精神，最终会不利于法律改革；（3）法律理论自身的发展要求。摧毁法律自主性的另外一个原因来自法学界内部。当一门学科已有的技术日趋成熟的时候，这个领域中的那些有想象力的人可能会产生革新的冲动，他们会试图独辟蹊径。而且，20世纪本来就是一个学科分化和学科交叉并存的世纪，各门学科都努力从其他学科那里寻找完善自己学科的新方法，法律也不例外，它也开始从邻近的学科吸取营养，因而导致了后来“经济学帝国主义”的入侵；（4）自然科学威

望的上升，使得人们对传统的法律分析方法不再那么相信。希望有新的方法来解释法律。此外，20世纪60年代的学生造反使得法律教授的威望也下降了。还有，宪法和制定法的重要性的加强使得传统分析方法似乎也不那么管用了。[13]这些因素都导致二战后美国法律自主性的削弱。（三）面对这些对法律自主性的质疑，一些人进行了回应。有些人回应是逻辑上的，他们认为没有一门学科是真正自主的、也没有一门学科是完全寄生的，从这个意义上说，不应该对法律的自主性进行过分的怀疑。但这样的回应的理由有些孱弱、有些强词夺理，并不具有很强的说服力。波斯纳则从另外一个角度进行了回应。他认为，传统的追求法律的客观性和自主性的进路是不合适的，传统的法理学已面临危机，已经进入“法理学的暮年”；[14]而且，随着法律职业本身的变化，曾经是法理学关注的重要问题（比如：纽伦堡审判时使用的“法律”是不是“真的”法律的问题等等）已经不再重要。他还认为美国法律现状很难说是科学的，他说：“我们会有如此之多的法律学术著作和司法分析都缺乏新意、没有经验支持、平庸，并且不谙尘世、过分讲究辞章和雄辩（实际上是罗嗦和找事）、只关注学理问题、沉迷于联邦最高法院的最近判决、费尽心血作一些微不足道且稍纵即逝的区分，而不是大胆的、科学的和描述性的。”所以，要认识到“包裹着法律的有一件虚假、矫饰并使法律事业令人费解的外衣，现在我们该挣脱它了。”[15]他波斯纳指出传统法理学已经接近“偶像的黄昏”，而需要一个新的法理学，而他的重要工作就是提供这样的新的法理学。但波斯纳认为对传统法理学改造的路径并不是形式主义和现实主义这两种，而是实用主

义这条中间的进路。他认为这种法理学的改造应该从以下几个方面着手。首先，波斯纳认为法律不应该以精密科学作为自己的追求目标。原因就在于本文第一部分波斯纳所分析的法律和科学的那些不同之处。强调法律应该追求适合自己特点的科学性，提高人们对法律的信任程度。他认为法律和工程学很相似。[16]因为这两门学科都要注重理论和实践的结合，都要和具体的事实打交道，都属于边学边干，边干边学的东西。为了保持法律的稳定性，有时候就得以牺牲精致性为代价，而且，它们最主要的任务都是避免犯错误，所以，它们宁愿选择已有的比较保险的方法，而不会贸然使用最新的保险系数不那么大的东西。工程师不会贸然使用一种新的技术、新的方法。即便旧方法成本较高，但在确信新技术可行之前，他是不会轻易接受的，以免造成不可挽回的损失。它们都比较保守，不激进，但这不说明它们没有科学性。这也不意味着法律不应该吸纳科学，而只是要认识到尽管法律有一定的科学性，但它同时也具有权威主义的特点，而这一特点有时会限制科学精神在法律中起作用的范围。[17]其次，波斯纳还进一步瓦解了传统法理学的根基。他对那些在许多人看来很重要的基础性问题并没有什么兴趣，认为最好把法律看作是社会需要的仆从，[18]这同样反映了他的实用主义的立场。波斯纳认为法律中充满许多无法得到结论但又被长期争论不休的问题，尽管学术界从未停止过争论，但这并不影响法官们按他们的良心和直觉决定案件，按霍姆斯的话说，就是律师们才不管法学家关于这些问题的争论，他们不会因为法学家的观点而改变自己的行为。这可能是法律中缺乏科学态度的一个令人奇怪的悖论。这种非科学的态度似乎是

法律需要的，或者说至少没有对法律产生坏的影响。而且，波斯纳认为，如果我们对“科学”这一概念进行重新描述，把它描述为一种“系统的、不带偏见的研究观念、实践和职业伦理，其精髓是尊重事实的态度”，[19]那么，法律人从事的工作也可以说是科学的。第三，法律要从其他学科中汲取营养，要引进其他学科的知识，使法律更像一种科学游戏（维特根斯坦意义上的游戏）。这种看起来破坏法律自主性的做法其实会巩固法律在知识体系中的地位。波斯纳法律应该从外部吸收各种知识和方法，以提高自己的科学性。我们不能说法律是反科学的，它也在运用一些方法，如经济分析法就使之看起来像科学。波斯纳认为，由于其他社会科学的发展，传统的法律理论研究如果不从其他学科那里借鉴一些方法，恐怕很难避免平庸、也难以有所突破。而且，即使是为了抵制某种方法对法律的扩张，人们也通常是从其他学科寻求帮助，它们不可能从法律内部进行。因此，最大的可能只是抵制了某种学科的知识和方法对法律的入侵，但法律不可能什么其他的学科的知识和方法都不使用。而且，这也不符合历史的真实情况。从历史上看，法律科学的发展一直伴随着对其他学科知识和方法的借鉴和运用，只不过在不同的历史时期所借鉴的东西不同而已。以往更多的是对哲学（包括政治哲学）、历史、社会学的知识和方法的使用；现在更多地运用经济学、社会生物学、甚至心理学、统计学的知识和方法。所以说：“交叉学科的法律理论是不可避免的”。[20]现在，法律只能从外部视角来巩固自己的根基。而且，法律对经济分析方法的吸纳以及对社会学、生物学和其他各种科学成果的运用都使得法律的科学性在逐渐提高。而且

，我们可以预计，随着各门学科的交叉和融合，法律会吸收更多的其他学科成果来丰富、扩展、深化自己的研究，同时，法律也可能为其他学科输出自己的研究成果。尽管波斯纳的这些观点可能未必会得到所有法学家的认可，[21]但他的这些反思值得我们关注。他提出了“法律是一门什么样的科学”的追问不能采取传统的方法，注意到了我们没有注意到的关于法律和科学的这些不同，还指出了法律要发展应该吸纳其他学科的知识和方法，这些都对从事法律研究的人有一定的启发作用。【注释】[1]“科学”这个概念的含义一直在变。在古希腊，科学的摹本是几何学，主要是借助演绎推理建立的概念体系；而近代科学的标志是使用观察和实验等方法；十九世纪的社会科学家认为的科学，是以自然科学为标准；现在当社会科学家使用“科学”这个概念，很少是原来那种严格的自然科学含义，社会科学的很多成果也被认为是科学的。所以，对法律是否是一门科学以及是一门什么样的科学的回答依赖于对“科学”的界定。比如，伯尔曼认为，近代意义上的科学可以以方法论标准、价值标准和社会学标准来衡量。从这三个标准看，12世纪的法律科学乃是近代西方科学的先驱。参阅伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年版，页182 - 199。[2]参阅：郑戈：《法学是一门社会科学吗？——试论“法律科学”的属性及其研究方法》载《北大法律评论》第1卷，第1辑。[3]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，页103。[4]同上注，页141。[5]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，页196。[6]前注3

，页118。很显然，波斯纳是从狭义上理解推理。只认可能够从前提必然得出结论的推理形式。[7] 同上注，页115。[8] 同上注，页106。[9] 同上注，页151。[10] 波斯纳认为：“不必运用法律人的法律训练和经验之外的论证方式或证据，就可以确定地或至少是令人满意地解决哪怕是最困难的法律问题，只有这时，法律才是自主的”，同上注，页527。[11] 波斯纳：《法律理论的前沿》，武欣、凌斌译，中国政法大学出版社2003年版，页199。[12] 前注3，页532。[13] 参阅前注3，页537 - 540。[14] 波斯纳：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，页81。[15] 前注3，页584。[16] 同上注，页79 - 80。[17] 同上注，页34。[18] 参阅前注11，页165。这非常典型反映了波斯纳的实用主义及其反基础主义的立场。对这些被人看作是安身立命的首要问题，他却认为没有必要在此多纠缠。[19] 前注3，页89。[20] 同上注，页547。[21] 比如，德国的法学家可能就不一定赞同波斯纳对法律科学的看法。参阅：霍恩：《法律科学与法律哲学导论》，罗莉译，法律出版社2005年版，页39 - 41。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com