

舒国滢:法学的立场之辨 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\\_\\_E8\\_88\\_92\\_E5\\_9B\\_BD\\_E6\\_BB\\_A2\\_\\_c122\\_484771.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_88_92_E5_9B_BD_E6_BB_A2__c122_484771.htm)

内容提要：法律体系本身不可能如概念法学所想象那样是一个公理体系，即使建立起一个法律概念的逻辑演绎体系也是十分困难的。法学有自己的“范式”，这些范式就是法律共同体经过多年的法律实践积淀而成并通过职业教育传授的基本法律理论、法律信念、法律方法以及规范标准等等。实践性构成了法学的学问性格，法学是“提问辩难”之学，对话论辩之学，或者“辩证推理的学问”。法学的“个别化的方法”，就是“情境思维”和“类推思维”的方法。在此意义上，法学乃是论题取向的，而不是公理取向的。我们只是要求在不完全排斥法学接引现代科学的前提下，怀抱一种谦谨的情怀去珍视法学的古老传统。也许真正的“智慧的洞见”就隐藏在这个不能一眼洞穿的传统脉络之中，当代的法学者们应当从古老的学问传统中汲取充实智识的动力和力量。 关键词：法律公理体系 论题学 实践知识 情境思维 一、法学能否实现“法律公理体系之梦”？自17世纪以来，人类的知识追求在很大程度上受到了笛卡尔主义和科学主义思想的影响。诚如英国哲学家罗素（B. A. W. Russell）所言：“近代世界与先前各世纪的区别，几乎每一点都能归源于科学，科学在十七世纪收到了极奇伟壮丽的成功。”秉承自然科学的实证精神、倡导“几何学证明方法”的笛卡尔就成了近代哲学的始祖。在这个“方法论问题觉醒的世纪”，连同笛卡尔哲学在内的学术思想均“尽力寻求一种方法来医治知性，尽可能于开始时纯化知性，以

使知性可以成功地无误地并尽可能完善地认识事物”。于是，这个时期的学者们发现：“在研究和传授学问时，数学方法，即从界说、公设和公理推出结论的方法，乃是发现和传授真理的最好的和最可靠的方法……他们由于同情哲学的不幸命运，放弃了叙述科学的这种通常的大家习用的方法，踏上了新的然而困难重重的道路，期望运用数学那样的可靠性来论证哲学的其他部门，使这些部门同数学一样繁荣昌盛。”到了19世纪实证主义大行其道之时，“古老知识的残余”（如修辞学、论题学等）甚至被人们视为一种枷锁、一种负担，被抛进了“历史的垃圾堆”。由此开始，法学也无反思地追随“时代的精神”，抛却了作为实践知识的古老传统，转向强调“科学”（公理）推理、强调知识确定性、精确性及普遍性之严格规准的实证主义。按照自然科学标准构想法律公理体系，就形成了一种新的风尚，影响及今。建构概念清晰、位序适当、逻辑一致的法律公理体系，对于所有的法学家都有难以抵御的魅力。道理很简单：假如法学家能够将法律体系的各个原则、规则和概念厘定清晰，像“门捷列夫化学元素表”一样精确、直观，那么他就从根本上解决了千百年来一直困扰专业法律家的诸多法律难题。有了这张“化学元素表”，法官按图索骥，就能够确定每个法律原则、规则、概念的位序、构成元素、分量以及它们计量的方法，只要运用形式逻辑的三段论推理来操作适用规则、概念，就可以得出解决一切法律问题的答案。法律的适用变得像数学计算一样精确和简单。我把这样一种体系化工作的理想称为“法律公理体系之梦”。在19世纪的德国法学中，“法律公理体系之梦”风行一时，众多一流的法学家曾经为之倾心。当

时，弗里德里希·冯·凯尔森曾经在实在法律规范体系之外假设一种“基本规范”（Grundnorm），但这只是一个逻辑推论的基石范畴或概念，而并非一个公理。那么，我们能不能将“所有法律规范的效力来源于基本规范”当作公理？这个问题本身实际上可能就存在“理论争议”，至少上述命题不会像“从任一点到任一点均可作直线”或“所有直角均彼此相等”之类的几何学公理一样不证自明。正因如此，把法学等同于形式逻辑学、甚至将此建构成为所谓的“法律数学”或“法律几何学”是不现实的。寻求这样一种“法律公理体系之梦”无异于试图寻求法律之逻辑纯粹性的“乌托邦幻想”。退求法律概念的演绎体系又如何？应当承认，并不是所有的法学家都天真地认为法律体系或法学体系就是法律公理体系，但他们也从未放弃过“体系思维”，而提出过各种各样体系性法律建构的思想。比如，按照德国法学家埃塞尔（J. Esser）的说法，法律体系可能是“封闭的体系”，也可能是“开放的体系”；卡纳里斯（G. W. Canaris）把法律体系理解为某个法秩序之普遍原则体系（“价值论 - 目的论的”体系）；还有些人则将之说成是“争端决定的体系”、“生活关系体系”、“单方面的体系”与“双方面的体系”、“可变性”体系或法律规范与法律原则体系等等。当然，也不乏有人愿意循着概念法学的思路去寻找法律概念的演绎体系，以实现诸法律概念有某种形式逻辑的（不一定属于公理化的）排列顺序的目标。卡尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）说法，类型思维是有别于抽象概念的思维形式：抽象概念是封闭的，类型则是开放的，概念式的思维是一种“分离式”、“非此即彼”的思维，类型思维则是

流动的思维。进而言之，与抽象概念相比，类型具有下列3个特性：（1）“层级性”（Abstufbarkeit），一个类型之内可能会有无数的层级之依序排列；（2）“边界的不明确性”，由一个类型到另一个类型之间是由“流动的过渡”（fliessende Uebergaenge）所相接的；（3）“组成分子的不固定性”，类型是可以允许许多各式各样的元素组合的，从而形成“有弹性的标志结构”（elastische Merkmalsgefuege）。有关类型思维在立法、司法和法学研究中的价值这里暂且不表，但有一点我们必须指出：面对无以计数、无以穷尽的生活关系事实，仅仅依靠建构法律概念的演绎体系是远远不够的，法律的“过度概念化”反而不能适任其职。

二、被科学话语遮蔽的“法学范式”从另一个角度看，“法律公理体系之梦”其实就是法学的“科学性之梦”。追求法律客观性、确定性和一致性之实用目的与自然科学（尤其是物理学、数学）在近代发展中所确立的实证性之“科学范式”相遭际，造就了法学的“科学性之梦”。由上文的分析，我们知道：法律概念之意义的“不确定性”（indeterminacy）几乎无所不在，而如何保证法官在解释法律和续造法律时具有统一的标准，以符合法治国之基本的理念（法律的确定性、安定性和一致性），是所有的法学家都必须首先予以关注并试图解决的关键问题。因为从本性上说，法学作为一门学问，应当“以某个特定的，在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限，借以探求法律问题之答案”。建构法律公理体系，按照自然科学的科学标准来完成法学的“科学性”、“实证性”范式转化，不失为近现代以来法学家力图解决“不确定性”难题的一种尝试，也是试图实现“合理化法律分析”

( rationalizing legal analysis , 罗伯托#8226.施塔姆勒[Rudolf Stammler , 1856?1938]即持此种观点 )。很显然 , 这种 “ 法律科学 ” 的理论旨趣及其对法律的理论想象与所谓的 “ 法则科学 ” ( Gesetzeswissenschaft, nomological science ) 之旨趣和想象并无二致。我们在此处实际上身陷于法学性质的宏大问题场域之中 , 对我们而言 , 被 “ 科学话语 ” 遮蔽的 “ 法学 ” 的学科形象似乎变得愈来愈模糊不清 : 1) 什么是法学之 “ 学 ” ? 应当说 , 法学之 “ 学 ” 并不是一目了然的概念。我们可以在不同意义层次上使用法学之 “ 学 ” 一词 : 首先 , 它可能是指 ( 哲学 ) “ 学问 ” ( Philosophie, philosophy ) , 即对法律之根本原理的哲学追问 ; 其次 , 它是指 ( 理论 ) “ 学术 ” ( Theorie, theory ) , 即对法律本身的实存结构 ( 原则、规则等 ) 所做的理论分析 ( 规范研究 ) ; 再次 , 它可能是指 ( 实证 ) “ 科学 ” ( Wissenschaft, science ) , 即按照自然科学标准对法律的结构、功能等所进行的实证研究 ; 最后 , 它也可能是指 “ 技术之学 ” , 即将法律作为一门实用的技艺 ( 技术, Technik, craft ) 来加以研究。那么 , 法学到底是指其中哪一种意义层次上研究活动的名称 ? 这里恐怕难以简单作答。在当今的知识分类体系中 , 我们同样不容易为法学学科找到确切的位置 : 在自然科学、社会科学和人文科学 ( 精神科学 ) 这三种基本的知识形态中 , 法学应属哪一种知识形态 ? 这似乎也是不可以一言一蔽之的。也许 , 我们过分纠缠于词语的辨析 , 而忽略了我们所要探究的真正问题。这里的真正问题是 : 法学能不能当作自然科学来加以研究 ? 法学是一门 ( 自然或社会 ) “ 科学 ” 吗 ? 依照德国哲学家亨利希#8226.波普尔 ( Karl Popper ) 认为 , 科学是追求真理的活动 , 科学的目的

就是真理。虽然我们现在还不拥有真理，但是，科学研究使我们逐步接近真理。作为科学的目的，真理是理论真理，是最深刻、最精彩、最普遍的说明。它建立在3个基本的预设基础上，即：（1）心灵的同一性。所有的个人心灵都是同一的，至少其理性部分是同一的；（2）意义的同一性。每一个词语对于所有的人具有相同的、不变的意义；（3）实在之为真理的标准。所有的个人面对同一个实在，真理就是认识与实在相符合。这一目的之说明对于自然科学和社会科学而言也许是真实的，但对于法学则不一定适用。首先，法学不是“说明的”科学，其首要目的并不在于“说明”实在；其次，（上已述及）法律词语“对于所有的人具有相同的、不变的意义”这个假设难以成立；第三，有时候我们并不知道法律之中有没有“真理”，因为我们不清楚法学陈述与之相符合的“实在”所指什么，这可能是一个见仁见智的、有待讨论澄清的问题。我们同意这样的见解：法学作为“理解的”科学或诠释（解释）科学，其“以处理规范性角度下的法规范为主要任务”，质言之，其主要想探讨规范的“意义”。它关切的是实在法的规范效力、规范的意义内容，以及法院判决中包含的裁判准则。职是之故，爱德华·哈贝马斯(Juergen Habermas)的说法，像“社会理想”、“社会模式”、“社会图像”、“理论”这样的表述是表示一个社会时代的范式性法律观的公认说法。它们的含义都是人们对自己社会形成的一些默认图景，它们为立法和司法的实践提供视角，为实现自由和平等的公民联合体这个规划提供导向。法律范式可以作为“一种未成议题的背景知识的方式起作用”，支配着所有行动者（公民、当事人、立法者、法官和行政

者)的意识。它首先在法院的典型性判决中发现的,并且通常等同于法官默认的社会图景。所以,离开法律共同体,离开法律范式,我们就无从理解所谓“法学范式”。无论法律范式还是法学范式都不是固定不变的,在历史上也经常会发生从某个法律范式或法学范式向另一个法律范式或法学范式的转变,我们也可以将这种转变笼统地称为“法律革命”或“法学革命”。4)法学能否脱离评价?法学不同于自然科学,可能还在于它研究的是一种价值性事实(werthafte Tatsache),即具有其“价值相关性”(Wertbezogenheit)的文化事实。在李凯尔特看来,价值是区分自然和文化的决定性标准,自然本身是肯定不包含价值的,不需要从价值的观点加以考察,而文化产物必定是具有价值的,必须从价值的观点加以考察。否则,“撇开文化现象所固有的价值,每个文化现象都可以被看作是与自然有联系,而且甚至必然被看作是自然。”他认为,价值决不是现实,既不是物理的现实,也不是心理的现实。价值的实质在于它的有效性(Geltung),而不在于它的实际的事实性(Tatsaechlichkeit)。但是,价值是与现实联系着的:“首先,价值能够附着于对象之上,并由此使对象变为财富;其次,价值能够与主体的活动相联系,并由此使主体的活动变成评价。”所以,“没有价值,也就没有任何历史科学。”作为研究文化事实和现象的法学,自然也离不开价值的观点及评价行为。正如施蒂希恩吉施(Karl Engisch, 1899?1990)所言,这是“在大前提与生活事实间之目光的往返流转”。阿图尔阿列克西(Robert Alexy)把这样的正当化证明称为“外部证成”(externe Rechtfertigung)。所谓“在大前提与生活事实间之

目光的往返流转”，说到底，就是在针对个案事实寻找适切的逻辑大前提，绝大多数的法律理解、法律解释工作的重心也在于发现这个推论的逻辑大前提。通过上文的分析我们看到，因为从形式逻辑的标准来衡量，法律秩序在微观的观察中，乃具有精确性和有意义性的不足，有所使用的法律命题和用语之重叠和逻辑上的缺陷。再加上法律不能避免价值评判或道德评价，所以法学论证的前提不可能是现有毋庸置疑的法律公理或命题，而是有待确证的“论题”。换言之，法学论证的前提并非“公理体系推论的初始命题”，它们不具有“自明的”、“直觉的”、“公认的”、“不言而喻的”性质，即：它们不具有“逻辑上之必然”的特性，而仅具有“或然性”，属于“可争辩的”问题领域。在阿列克西看来，这些有待争辩且须证成的前提分为三类：（1）实在法规则；（2）经验命题；（3）既非经验命题、亦非实在法规则的前提。从其前提属于“可争辩的”论题这一点看，法学与古老的“论题学”（*Topika*）之间在结构上有一种内在的亲缘关系。在此意义上，法学乃是论题取向的（*topoi-oriented*），而不是公理取向的（*axiom-oriented*）。总之，我们经过漫长的寻访，实际上是要重新找到法学的问题立场，法学的范式和法学的知识谱系和法学的智慧之源。但愿这样的追访不至于在当前这个“分析的时代”，被其他学科的专家（尤其是数学家、逻辑学家）斥责为“故步自封”、“因循守旧”，或者认为“幼稚的学问”或“有病的学问”。我们只是要求在不完全排斥法学接引现代科学的前提下，怀抱一种谦谨的情怀去珍视法学的古老传统。也许真正的“智慧的洞见”就隐藏在这个不能一眼洞穿的传统脉络之中，当代的法学者



们应当从古老的学问传统中汲取充实智识的动力和力量。

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](http://www.100test.com)