

并非有一种值得期待的宣言----我们时代的法学为什么需要重视方法？PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_B9_B6_E9_9D_9E_E6_9C_89_E4_c122_485999.htm 一、问题 每一个时代都有自己的独特的法律现象或法律问题，各个时代的法学必须针对这些现象或问题提出新的解释或解决方案；每一个时代有各时代的法学思考者和法律解释者，这些思考者和解释者的经验和知识的前提、其所依赖的语言和思想情境各有不同，就可能使他们回答法律问题的方式及运用的话语体系存在差异；每个时代都有不同的法律制度和制度及其变种，受时代之制度推动的法学也会随制度的变化而变化，呈现出时代之精神气质和制度气候的特殊印痕。我们谁也挣脱不了历史和现实情境条件对研究者之视域、问题意识、方法和论述能力的宰制。我们当代中国的法学到底面临什么样的问题？对此，各位学人会有不同的问题意识、不同的论述维度和不同的判断标准。本人为了避免身陷中国法学的宏大问题场域之争论，这里只突出讲三方面的问题：（一）关于法学的性质和立场尚未达成共识 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？我的研究发现，近现代法学（特别是19世纪的德国的“概念法学”）呈现出某种“纯知化”倾向，即以自然科学（尤其是几何学和物理学）的知识范式来建构法学。法学家们似乎对公理体系思维抱持某种近乎拜物教式的信念，认为法律内部应当有某种前后和谐贯通的体系，所有的法律问题均可通过体系解释予以解决。他们设想：假如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”。这一被近代以来渐成强势的“科学-技术理性”话语所宰制的法学（法律科学），遮蔽了法学作为古老的学问和知识的传统，将作为“实践知识”的古老法学

驱逐出法学思考、论辩与写作的过程。说到底，古老的法学（古罗马人使用*jurisprudentia*，中国古代则称为“律学”），则是法律的实践知识或法律实践之学，即以特定的概念、原理来探求法律问题之答案的学问。实践性构成了法学的学问性格，我们可以从以下几点来看：（1）法学的研究是具有主体间性的科学活动。法学的思考是一种“对象化指向的思考”。法学实践活动的所有方面（法律认识、法律判断、法律理解、法律解释等）都是围绕着这个对象化指向领域而展开的。一如哈贝马斯所言，法学实践活动所追求“实践的认识兴趣”，它的目的不是把握“客观化的现实”，而是维护“理解的主体间性”，以“确保个人和集团的……自我理解以及其他个人和集团的相互理解”。（2）法学的判断（如亚里士多德对实践之思所强调的那样）也不是真与假的判断（至少首先并非真与假的判断），而是合理与不合理、有效与无效、正确与不正确、公正与不公正的判断。法学所讨论的实践问题，总是“应然的问题”，即什么应做、什么不应做或什么允许去做、什么不允许去做的问题；这些问题的讨论与“正确性的要求”（*claim to correctness*）相关联。从实践角度看，法学的陈述主要不是“描述性陈述”（*descriptive statements*），而是“规定性陈述”（*Prescriptive statements*）或“规范性陈述”（*normative statements*）。法学所要处理的恰好不是一些可以量化或计算的问题，它要“理解”那些对它而言“既存的事物”（现行的法律规范），以及隐含在其中的意义关联。进一步说，法学是一门有关法律实践的社会生活关系、通过规定性陈述来进行合理与不合理、有效与无效、正确与不正确、公正与不公正判断以理解事实与规范之

意义的学问。(3) 法学尽管并不排斥“对普遍者的知识”，但它更应该“通晓个别事物”，是反映人的经验理性的学问，是人的法律经验、知识、智慧和理性的总和体现，其中经验占有重要的地位。(4) 从方法论的角度看，法学强调“个别化的方法”，强调“情境思维”(situational thinking, situative Denkweise)和“类推思维”(analogical thinking, analogische Denkweise)。情境思维，是依据具体言谈情境(Redesituation)的思维，它要求所有对话都应当在一定的语用学情境下展开。由此发生的语用学情境也是法学思考的出发点，参与法学论辩的谈话者如果想要为自己的观点确立论证的根基，就必须把自己所有的思想成果追溯至它的情境源头或初始情境(Ausgangssituation)，由此出发重新对它们加以阐释。类推思维则是法学思维的最重要的特性，德国法学家阿图尔·阿尔伯特(Hans Albert)所称的“明希豪森-三重困境”(Muenchhausen-Trilemma)：无穷地递归(无限倒退)；循环论证；武断地终止论证。最终走出这三重困境，在实在法秩序的框架内是不可能的。6) 实在法是现实政治和国家权力的反映，具有意志性和命令性。这一方面可能使实在法确保其有效性在形式上的解释力，但另一方面也可能使之误入“权力的拜物教”的泥淖：实在法有时会完全成为统治者玩弄专横意志的工具。在特定的时期，尤其是在那些专制统治时期，法律由于违背正义达到不能容忍的程度，则完全丧失了“法性”(Rechtscharacter)，不仅不能视为“非正确法”，它本身甚至堕落成了“恶法”，成了“非法之法”。面对实在法，无论是法学外的法律思考者，还是法学内的理论思考者都有一种厌恶之并试图逃避之的内在情结。

理论的超越性格使它难以在有缺陷的实在法领域找到飞升的动力和羽化的质料，而实在法的武断性和拘束性又框限了理论家的视野和论述的自由。所以，实在法（尤其是我们国家的现行法）很难吸引最优秀的人才为之殚思竭虑地进行评注，也无以评注。在这里，我们看到两种现象：（1）理论在不断地趋向空洞。一方面，法学理论愈来愈抽象，愈来愈脱离实在法的概念，愈来愈囿于自我玄想的陶醉感觉；其理论的语言愈来愈“漂亮”，论述的策略愈来愈玄妙，思想的引力愈来愈轻飘。但另一方面，这种理论本身亦愈来愈不切实际，愈来愈不及物，因而也愈来愈晦涩难懂，愈来愈不像是法律的理论。（2）法学者几乎都成了“法律改革家”。大家都喜欢讨论“大词”、“关键词”和“新词”，喜欢代替立法者甚至政治家来思考制度的变革问题，而很少有人关心去守成既有的秩序，通过专业的努力让我们的民众对秩序产生某种内心的确信。

3.法学方法论没有完全进入法学的领地 面对亟待回答的一系列法学难题，“困惑的法学家们”带着焦躁的情绪在法学研究中接引各种流行的科学方法，就构成1980年代法学发展的一大景观。一时间，“系统法学”、“法学的定量分析”、“数量法学”、“法的实证研究”等成为颇为风行的语汇。尽管这一波“方法论更新”的呼声随着研究者热情的冷却而渐趋沉寂，但它所提出的观察法律现象的独特视角，它在传统的法学研究领域引进各种新方法论的大胆尝试，以及它所透出的对法学认识之解放旨趣的渴望，均对法学之陈旧、僵化的观念和理论产生不小的震动。而它那蕴藏着的青年人特有的朝气、想象力和冲击力，也是后来的法学讨论和研究中所不曾再现的。严格地说来，80年代的法

学“方法论更新”是一种注定短命的现象，因为它完成的使命是较为有限的。除了唱和对“维辛斯基法学”体系的解构和批评之外，这一波的“方法论更新”没有在法学之内做出后来者所期待的成就。这也缘于当时我们的学者没有真正进入法学方法论这一领域，对西方学者所研究的法学方法论亦知之甚少。近年来，法理学研究者开始关注法学方法论的研究，相继翻译出卡尔·阿列克西、卡尔·考夫曼等人的相关作品，还有些年轻学者出版了以法学方法论为名的研究专著。这是令人欣慰的，但它还仅仅是一个开端。我的总体印象是，法学方法论尚未进入中国法学的领地，其对法律实践的影响亦很不明显。这也许构成了中国法学出现上文所提到的问题的原因之一。

三、转向

面对当代中国法学存在的问题，我本人也无既定的因应之策。这里结合抽象的法学理论（法哲学或法理学）的发展，谈“三个转向”：

（一）法学之利益-兴趣的转向：由政策定向的法学，经立法定向的法学转向司法定向的法学。法学对现实制度实践的“注解”在不同的历史阶段有不同的形态，反映出不同的利益-兴趣定向。大体上可以分为三种：

（1）政策定向的法学。毫无疑问，在前法治化的时期，在依靠意识形态维护集权统治的时期，统治者的现行政策作为注释的权威文本受到那些寻求政治确信的学者们的亲睐是很自然的事情。于是，有些人以官方法律家自居，收敛起理论批判的锋芒，将全部的注意力和学术兴趣置于对官方现行政策及意图的说明和诠释，力图将政治与政策学术化、知识化。当然，这种政策定向的法学由于统治者政策的改变而随时可能丧失其解释力，其所遗留下来的只是一些没有解释的问题或带有特定时代官方话语印记的空洞

术语，人们很难在其中寻求真正有价值的学术贡献，反而可能发现其对抽象的法学所带来的“词的暴力”现象或造成法学之学术品格的损害。（2）立法定向的法学。专业法律家（法学家）对立法（特别是法典的编纂）有一种基于本性的“乌托邦寄托”，他们将法律生活规制的全部愿望放在对完美无缺、包罗万象的法典之精心设计。法律家们认为，法律是一个内含多样性而又具有意义整体的有机体系，该体系是按照形式逻辑的规则建构的“概念金字塔”（Begriffspyramide）。人类根据国家的“理性建筑学”（Architektonik der Vernuenftigkeit）标准来进行建构，就可以通过一定的质料将这个体系表达出来（成文法典体系）。有了这个通过成文法典之质料表达的体系，法官们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。这就是19世纪德国潘德克顿学派之“概念法学”的理想。著名法学家鲁道夫·耶林（Rudolf von Jhering）则讥之为“琢磨着把法学上升为一门法律数学的逻辑崇拜”。

（3）司法定向的法学。20世纪开始以来，尤其是利益法学和自由法学产生以后，法学上把更多的注意力投向司法，人们开始研究法官的工作、行为和裁判，试图通过更为细致的讨论，为法官适用法律寻找到保证统一性、安定性和公正性的方法论技术和哲学解释的根据。这样，抽象的法学就由立法定向转向司法定向。有人甚至提出要创建一门与立法学并列的“司法学”（Rechtssprechungswissenschaft），作为抽象法学的分支。当代中国的法学也曾经有上述三种法学及其利益-兴趣定向。不过，从目前来看，中国法学似乎正在由政策定向的法学，经立法定向的法学转向司法定向的法学。这大

体上也符合中国1980年代以后中国制度变迁对法学产生影响的历史进程。我想强调的是，我们应当重视司法定向的法学的转向。也许，中国法学的自治性的动力和基础就来源于此。历史上曾经出现过的一些司法案件（如“告密者案件”、“柏林墙射手案件”等）曾经促使法学家直面法律实践中的难题，由此而引发一次又一次的法学论战。这不仅推进了法学研究走向深入，而且同时激活了法学家的内省意识、使命感和职业共同体观念。法学家们希望在法学之内而不是在法学之外解答这些难题，为此提供有效的论证。中国法学转向司法定向的法学，应当说是法学知识生产的新的增长点，是“法学之内的法学”逐渐成熟、走向自治的机遇，是法学家职业共同体和职业法学家阶层形成的一个基本方向。我们可以进一步说，司法定向的法学的转向也是实践法学的转向，是法学由古老的实践法学到近代偏向理论 - 纯知的法律科学再回到新的实践法学（将法律科学与制度实践融为一体的学问）的转向。比较而言，我们中国的法学的转向呈现为复杂的现象，它一方面要消解政策定向的法学的影 响（更多的是意识形态的影响），另一方面要承继立法定向的法学和法律科学的成果（应当说我们的法学目前尚未完成这个转变），走向司法定向的法学。在这个阶段，上述三种法学及其利益-兴趣定向因素都会同时存在、相互竞争、相互影响。在此意义上，我更愿意把当代中国的法学笼统地称为“转型中的法学”，它的演变还充满变数。

（二）法学视角的转向：返观实在法 职业法学家在处理法律问题上的方式是独特的。法学家不能完全像哲学家、文学家、伦理学家或社会学家那样来对待实在法。法学家无论喜欢或不 喜欢，无论是否抵牾自己

的天性，都必须对实在法有一种认可的态度，即他们必须基于“内在的观点”接受实在法的规定和效力。法学家与专业外的法律思考者之区别在于他们始终不能完全游离于各个时代发生效力的实在法。法学家不能像哲学家或伦理学家一样首先站在超实在法或实在法之外的立场来批判法律，不能完全用道德的评价代替法律的评价，不能简单地预先假设一切实在法都是“非正义的法”，是非法之法。法学家对法律的批评首先应当是“体系内的”批评，实在法为法学家提供了思考的起点和工作的平台，但同时也限制了法学家提问的立场和问题思考的范围。法学家完全可以表达自己在法律上的个人之价值判断，甚至像抒情诗人那样呈展自己渴望无限接近天空的浪漫想象，但法学家不能像诗人那样利用过度修辞的语言张扬自己的情感。他们如果不想让自己的判断和想象完全流于无效，那么他们就必须用所谓理性、冷静、刚性的“法言法语”包裹起这种判断和想象，按照“法律共同体”之专业技术的要求，来逻辑地表达为法律共同体甚或整个社会均予认可的意见和问题解决的办法。作为法学家之志业的法学应该担当起这个职能。诚如德国法学家拉伦茨（Karl Larenz, 1903-1993）所指出的：“假使法学不想转变成一种或者以自然法，或者以历史哲学，或者以社会哲学为根据的社会理论，而想维持其法学的角色，它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的。……它所关心的不仅是明确性及法的安定性，同时也致意于：在具体的细节上，以逐步进行的工作来实现‘更多的正义’。谁如果认为可以忽略这部分的工作，事实上他就不该与法学打交道。”“返观实在法！”??这对法学（尤其是抽象法学）而言决不简单是一个姿态的选择

，毋宁说是理论生命力再造的必然要求。法学必须背负起实在法这个“沉重的肉身”一起向法律思想的高度攀进。然而，返观实在法绝不是重走注释法学的老路，将法学的全部注意力转向法律教义学体系的构建。所谓返观，只不过是要求抽象法学放弃逃避实在法、逃避问题的心态，放弃以制造“贫血的概念体系”为旨趣的理论努力。直面实在法及其存在的实践问题，同样可以通达抽象法学“心仪高远”的目标。贴近实在法、贴近法律实践问题，法学才具有绵延不绝的生命力。

（三）法学方法的转向：方法的回归 假如我们确实不知道“中国法学向何处去”，那么有一点可能不失为一种值得尝试的选择：转向法学方法。从广义上讲，法学方法，包括法学建构的方法（即从某种目的出发建构法学概念和理论体系的方法）、法学研究的方法（即正确地进行法学研究所应遵循的一套原则、手段、程序和技巧，如哲学的方法，历史考察的方法，分析的方法，比较的方法，社会学方法等）和法律适用的方法。从狭义上讲，法学方法，主要是指法律适用的方法。因为诚如上述，法学是实践知识，实践学问，它总是通过实践来获取知识，并把法学知识应用于解决法律实践问题，为此提供答案。在此意义上，无论是法学建构，还是法学研究，均具有法律实践的指向。在法律实践中，法律适用总是居于核心的地位。从法律运行的角度看，司法（尤其是法官的法律裁判）居于中心的环节。以事实的认定和法律规范的寻找为中心，法学方法论所研究的主要问题包括：

- （1）法条的理论；
- （2）案件事实的形成及其法律判断；
- （3）法律的解释；
- （4）法官从事法的续造之方法；
- （5）法学概念及其体系的形成。

这其中又包括法律解释的方法、法

律推理的方法、法律论证的方法、体系建构的方法等等。的确，方法的转向并不是唯一的一剂振兴法学的灵丹妙药（法学的振兴取决于多种多样的因素和机缘）。而且，过分注重方法论的法学，还会产生拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）所讥之的“病态”。这位具有深刻法学洞见的法学家曾警告世人：“有关法律方法的研究愈来愈多。就像人，如果终日为自省折磨，大多数情况下成为病人，而科学，如果总是抓住机会忙于研究自己的方法论，也常常是有病的科学；健康的人和健康的科学并不总是要太多地了解自身。”而且，沉湎于“方法论上的盲目飞行”，还可能使我们的法学家仅仅专注于法律技术和法律适用操作的规程，而不抬头遥望灿烂的星空，洞察内心的道德律。久而久之，法学家会逐渐丧失反思的能力，其难免成为附丽权贵的工具，甚至沦为权势者玩弄的奴仆。历史上，一些优秀的法学家（如卡尔·拉伦茨）尽管可以称为法学方法论上的大家，但在某些特定的历史关头终究堕落为政治上的投机分子，这既令人扼腕叹息，又让人忧思自戕。即便如此，我们仍然不应对法学方法论抱有同样盲目的敌意。我认为，总是人在犯错误，不能迁责于法学方法论本身。事实上，每每处于精神困顿之时，法学家总会投身于“方法的转向”，从中寻求推进思想的动力和进路。比如在德国，从1960年代开始，法律制度的规范基础的讨论被法律科学的方法之探讨所取代。由于当时不能重构自然法理论，法学家们开始反躬自问：“法律的讨论应当怎样进行？”“什么是最有成效的方法？”在法学家的反思方面，较早时期出版的法学方法论作品，如卡尔·克鲁格（Ulrich Klug）1951年版的《法律逻辑》（Juristische Logik）

，特奥多尔·阿列克西（Robert Alexy）的贡献无疑是独特的，其理论是任何想从事法律论证理论研究的人都无法绕开的高地。他于1978年出版的《法律论证理论》，系其进入学界的成名之作，也是其后来有关基本权利、法与道德之关系、规范理论和正义论研究的奠基性作品。在以后的数十年中，阿列克西又相继出版《基本权利论》（1985年）、《法的概念与效力》（1992年）、《柏林墙射手案：论法、道德与惩罚之关系》（1993年）等著作，成为近年德国法哲学的重镇，其著作被译成十几国文字，行销欧美。德国二战以后法学的复兴过程验证了孔子的名言的正确性：“工欲善其事，必先利其器。”欧洲法社会学家欧根·埃利希（Eugen Ehrlich）在谈到法学之发展时讲过同样的道理：“一切研究之要务在于寻找到与其对象相适应的某种研究方法。故此，一些伟大学者的一生都花在寻求方法上；方法一旦找到，工作就可以完全由下面的人力来进行。”回到我的文章的副标题的问题上：“我们时代的法学为什么需要重视方法”？更确切地说，“我们当代中国的法学为什么需要重视方法”？回答这个问题，我们可以省略一些细节的考量，但有一点必须指出，那就是：我们的法学过去未曾受到过严格的方法论的“规训”。以至于，我们的学者难以保持理性、严谨和科学的问学态度，难以保持思想谦抑的心情，难以抵御形形色色的思想的诱惑和恣意表达思想的冲动；在我们的法学思考中常常可以发现学术传统的断裂、思想链条的中断、思想理路的混乱和思想鸿沟的无理跳跃，缺乏细致入微的分析、论证和说理。而法学方法论的研究，从一个侧面为我们的法学建构提供一种观照的镜鉴，一种特殊的精神气

质和建立法学知识标准的某种进路。我们可以对一切缺乏方法论支持的所谓学术创造提出最低限度的质疑。相反，尽管我们可以对德国潘德克顿学派的概念法学之基本立场和观点提出批评，但我们绝不应否定普赫塔、温特沙伊德、（前期的）耶林等人为建立形式化、科学化的法学而在方法论上所做出的巨大努力，不能否定他们对法学方法论在规训学人的思想恣意、抵御来自旧政治势力的复辟和“革命”力量侵袭等方面的远见卓识。此外，还应当强调：对于建立法治国家而言，重要的不是提出制度的框架和方案，而是制度设计的方法论根据。诚如德国的吕特斯（魏德士）教授所言，法律的方法问题本身就是宪法问题，加强在历史上不断丰富法律方法意识具有法律实践与宪法政治的意义。方法论可以将国家权力的分立精确化，有利于平等对待和法的安定性，可以为裁决提供依据、为展开批判性论辩提供可能，有利于法律工作者自我认知、自我监督，确保法的内在道德。我们应当坚持吕特斯（魏德士）教授之相同的信念：“科学认知的可靠性及其成果对社会的有用性在很大程度上取决于科学自身是否有能力并准备着认识并纠正自身的弱点和缺点。这也是法律方法论的主要任务之一。”正是基于上述认识，我们说：我们的时代需要方法，法学方法论将在我们的时代成为显学。大家一定看得出来，尽管我一直在强调方法的价值，但当下所写的仍是一篇没有多少方法论含量而较为散漫（抑或凌乱）的文字，没有值得期待的宣言，没有强式的命题，没有限定逻辑条件和严格推论的主张，这也许是一种自觉的无奈罢。行文至此，该当结束。值此之际，我不由得想起诗人艾青的著名诗句：“为什么我的眼里常含泪水？因为我对

这土地爱得深沉……”带着同样的追问，我们的法学家身上多了一份沉重的责任。法学之于我辈，乃安身立命之地，经年谨心守望这一片土地，或许能够使我们看到一线曙光从远方的地平线缓缓映射而来。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