

法学实证主义初探

张 超

内容提要：19世纪初至上半叶，由历史法学派开启，经概念法学的铺垫，到以温特沙伊德为代表的学说汇纂学派，概念与体系性建构的法学达致巅峰，法学实证主义的观念在其中发端和成长。法学实证主义与法律实证主义等其他实证主义类型有所区别。究其实质，法学实证主义表达了两个相互关联的基本命题：一是法学的科学性，一是法学的自主性。探讨法学实证主义的目的就在于厘定和评价这两个命题，呈现它们的价值和意义，并在此基础上思考我们这个时代法学的使命。

关键词：法学实证主义 科学性 自主性

张超，山东工商学院法学院讲师，中国政法大学法理学博士研究生。

引 言

我们惯于把从奥斯丁的“经验实证主义”到凯尔森的“规范实证主义”再到哈特以“社会规则”（或承认规则）为法律体系基础的实证思想作为法实证主义的理论发展线索。然而，却似乎对风靡于19世纪德国乃至欧陆的“法学实证主义”不闻不问。如果说“法律和道德并不存在必然联系”的分离命题是法实证主义的基本主张的话，但同属于此一理论阵营的法学实证主义在国内学界却不是被完全遗忘，就是被不加区别地等同于其他实证主义类型。

其实，学界本不应对法学实证主义感到陌生。我们所熟知的以萨维尼为精神领袖的“历史法学”、以普赫塔为典型代表的“概念法学”，以及后来以温特沙伊德为集大成者的“学说汇纂法学”都蕴涵了法学实证主义的精神。一般来说，狭义的法学实证主义专指学说汇纂学派；但就整体的法学实证主义的理论脉络而言，它与历史法学及概念法学一脉相承，在学说汇纂法学那里完成建构，而后又深刻塑造了《德国民法典》及《瑞士民法典》的实证精神气质。那么，何谓法学实证主义呢？《近代私法史》的作者维亚克尔明确指出，法学实证主义“只从法学的体系、概念与定理中推论出法条及其适用，外于法学的，诸如宗教、社会或学术的评价与目的，均不具创造或改变法律的力量”。^{〔1〕} 雅科布斯的界定也如出一辙：“一方面，法学是产生法的科学；另一方面，法学在实行产生法的使命时是自治的——它不依赖于

〔1〕 [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》，陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第415页。

自身之外的任何事物。”^[2]可见,法学实证主义以法学的概念、体系、逻辑的自我建构为要义,具有科学之秉性;以排除道德判断和社会目的为信条,从而具有实证之自主。要言之,法学实证主义包含两方面的内容,即法学的科学性与法学的自主性。

以法学实证主义的初步概念为基础,本文将首先简要回顾19世纪法学实证主义兴起的思想背景;接着,分别厘定和评价法学实证主义的两个基本命题——科学性与自主性,最后,思考法学实证主义留给今天的理论遗产,并进而探索我们这个时代法学所肩负的使命。

一 古典自然法与法学实证主义

作为一种“实证”理论,法学实证主义当然与自然法理论相互缠斗。17、18世纪的自然法观念以“理性法”为基调,而区别于以“自然秩序”为表征的古代及中世纪自然法思想。“理性法”在格劳秀斯、斯宾诺莎、莱布尼茨、普芬道夫等人那里都有集中的理论表述。但是,在19世纪的德国,最具影响力的自然法版本是沃尔夫学派。

沃尔夫试图运用几个基本公理来推论出一整套逻辑严密的庞大规则体系,作为推论基础的基本公理则直接源于人的本性。然而,康德的“纯粹理性”批判证明“经验”不可能是“纯粹的”,即普适和精确的。这就是说,那种认为从人的“自然本性”(经验)中可以建构一个具有明确规范内容的自然法被驳倒了。“这个逻辑体系有重大的方法论弱点,即不加批判地混杂了诸多要素——伦理和法律、实证法和理想法、观察和推论。”^[3]康德清晰无比地指出,经验事实无法为法则提供真正可靠的基础;他有力地证立了自由意志的自我立法,因而只有完全独立于经验的“绝对命令”或“人的自由”才是唯一的自然法,除此之外都是人为法。此外,康德把法看成是外在的自由,停留在感性上的自由;只有作为内在自由的自律才是彻底的为义务而义务的自由。所以,法的领域就是经验和感官的领域,或者说是一种“自由感”。申言之,法的领域可以看成是纯粹实践理性的模型但决不能与之混同。这样,康德结束了自然法理论的混乱状态,他把真正的自然法归属于法律哲学,从而使处于经验领域的“关于现行法的学说”(即法律教义学)分离出来。由此,素材与方法不尽相同的法律哲学和法律教义学被分别视为独立的学科,而这种截然二分的学科划分成为19世纪的主导观念。

没有人能对古典自然法的康德式批判无动于衷。康德之后,19世纪早期的德国法学家就开始忙碌于以康德所限定的实在法科学为范围和方法展开研究。康德虽然已经为新的自然法建立了完善的法律哲学体系,但是作为经验性质的实证法的发展还有待于法学家来推进。经验的法素材如何才能超越单纯的堆砌和记忆而成为普遍性的知识整体和逻辑性的结构体系?这个问题引发了19世纪德国法学家整整一个世纪的戮力以赴,与之相伴的就是法学实证主义的全面兴起。就实在法律科学的建构而言,康德的知识批判具有极其重要的导向作用,无疑,面对“作为一门经验知识的法学何以可能”这个问题,法学家在康德对“知识何以可能”的回答中得到了启示。于是,以科学性和自主性为圭臬的法学实证主义逐渐填充了被康德批判哲学摧毁的古典自然法学所留下的法学真空状态。

不可否认的是,法学实证主义固然是对古典自然法的反驳和回应,但是它的确在自然法

[2] [德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第5页。

[3] Mathias Reimann: "Nineteenth Century German Legal Science", 31 *Boston College Law Review*, July(1990), p. 843.

思想里汲取了重要的养料。还是以沃尔夫为例。沃尔夫及其追随者以极端形式展示了理性法体系逻辑之魅力,即严格运用几何学式的操作即所谓的“展示法”或“示范法”,从所谓的人性之普遍公理中细致地演绎出内容广泛的特殊定理。可以说,萨维尼、普赫塔及温特沙伊德关于一种逻辑完备的体系观念都或多或少地来自于这种理性法。吴从周博士指出:“因着沃尔夫的影响,当时还拘泥于自然法的法学家,在18世纪中叶已经成功地可以教义学式地来掌握当时混沌而不易概观的实证法,并且体系性地描述实证法。”〔4〕因此,理性法在体系的方法进路上并不忤逆于新的实证法学之建构要求,反而为19世纪的德国法学实证主义树立了概念体系操作的基本模范。

二 法学实证主义命题之一:法学的科学性

(一)形式主义的科学理想

经由康德的哲学批判,“科学”的意义和地位在德国发生了变化:在18世纪的德国,“科学性”还不是一个价值判断;在19世纪的德国,它成了一门学科智识尊严的首要指标。这个新的科学之尊严或许可以解释为何在19世纪早期,德国最一流的法律智力都投入到新的法律科学的发展中。〔5〕因此,通过一门科学——法学——来认识法律以及发展法律是法学实证主义的基本确信与理想。“从萨维尼以来,德国法学家致力理论体系的建立,相信法学追求的理想是科学的典范,是实证的法律科学。”〔6〕

法学要臻于科学的境界就必须具备本学科自身的概念、定理、体系以及逻辑。法学实证主义将法律材料加以整理和条理化,形成精确的概念并识别每个概念之间的联系,最后凭借进一步的体系化,完成了建构性法学的封闭性。在司法领域,法学实证主义即是由概念、定理和体系作逻辑式推论,从而对待判案件做出所谓正当裁判。这种操作程序符合自然科学的结论检验方式,人们可以对结果进行数学语句或物理公式一般的严密衡量。一如温特沙伊德所言:“判决就是将法律概念作为(数学)因数进行计算的结果;自然,因数值愈确定,计算所得出的结论则必定愈可靠。”〔7〕

法学实证主义自认其所建构的概念和体系具有所有时代均承认的价值,在知识论上这甚为符合康德的“纯粹理性批判”。维亚克尔就认为,“法学实证主义源自康德认识批判性的形式主义,将其称为法学的形式主义或许更为恰当”〔8〕。不过,在当时也不是所有人都受制于法学的科学性魔力。自由派检察官基尔希曼在1848年那次名噪一时的演讲中,抨击的正是这种法学形式主义——“法学将其研究对象纳入自己的形式,从而对后者施加了摧毁性力量,就好像法学想通过毁灭其研究对象的精髓以报复后者的顽强抵抗。”〔9〕

(二)封闭而无漏洞的科学体系

法学实证主义致力于追求的体系是封闭而无漏洞的,法学实证主义认为经由科学性的

〔4〕 吴从周:《从概念法学到利益法学》,2003 国立台湾大学法律学研究所博士论文,第 19 页。

〔5〕 Mathias Reimann: “Nineteenth Century German Legal Science”, 载于 *Boston College Law Review*, July (1990), p. 848.

〔6〕 陈妙芬:《Rechtswissenschaft——法学可能纯粹吗?》,《月旦法学》2000 年第 5 期。

〔7〕 [德] 罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社 2002 年版,第 314 页。

〔8〕 [德] 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2006 年版,第 416 页。

〔9〕 [德] J. H. 冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,《比较法研究》2004 年第 1 期。

精雕细琢,法学可以完成上述任务。需要注意的是,无漏洞的不是实证法条而是法学。法学实证主义的真实构想是要在严整的法学之体系脉络中符合逻辑地填补实证法条的漏洞。反之,如果法学无法在其体系内担当起填补法律的重任,那么法学就产生了漏洞,法学的科学性就会随之坍塌。

以“法学”补充“法律漏洞”的方法而言,海克曾称概念法学填补法律漏洞的方法为“逆向论法”。在概念法学那里,概念体系的建构是从具体到一般,越来越抽象;填补法律的漏洞则是自抽象概念进行演绎,从而导出具体裁判。可见,后者在方向上刚刚颠倒过来,故有此称谓。这种方法的特点是:只要与定义相符,便可适用。至于生活之需要,不仅在概念之建构,而且在其后之涵摄皆非斟酌的事项。按照这种方法,既不需考虑需要,也不需考虑目的,便可单纯地透过纯逻辑的运作填补法律漏洞。^[10] 总之,体系中已经包含了解决所有新方法的方法,体系的内在丰富性和逻辑延展力为具体情形提供了值得依赖的向导。

在司法实务上,法学的这种封闭而无漏洞的假定有利于 19 世纪德国的法制秩序。在缺乏统一法典的情形下,法学实证主义可以谨防法官裁判流于恣意,使其严格受学理之约束,从而保证了法律适用的可预测性和安定性。

(三) 作为法源的法学

在法源的层面上,法学实证主义认为法的产生与适用都只能来自于建构性的法学。法学产生法的法源论,赋予法学以独一无二的历史责任,从法教义学的层面来看,后者释放出迄今不息的法律创造力。

法学实证主义的法源论在历史法学派的纲领中已有清晰表达。萨维尼把法律生成和发展的路径分为两个阶段,法首先是产生于习俗、民众信仰或民族精神,而后产生于法律科学之中。萨维尼把法律与民族的一般存在间的联系称为“政治因素”,而将法律独特的科学性存在称为“技术因素”,法律因而具有了双重生命。它的生命力一方面来自民族生活;另一方面就来自具备科学性的法学。“历史法学派的真正本质是重新创立有方法意识的、体系性的法学。”^[11] 握有科学方法的法学家对民族生活不断进行概念与体系化建构,凭借这种科学性的提升,历史法学派所标榜的哲学性或体系性之法学才得以达成。

既然法的产生与适用依赖于法学,那么反对立法自是法学实证主义逻辑一贯的立场。立法的阙如不意味着法律科学失去了基础和前提,因为法学已透过自身的概念运作,编制出一幅完整之仿佛制定法般的法秩序图像。视法学为法源的信条同时也拒斥他种法源。它当然反对所有类型的自然法;它反对惯例、习惯以及社会成员未经反省的确信,因为这类事物尚未经认识论批判,不符合科学化的法律观;最后,它反对对法的功能性理解,社会、经济及政治的目的皆不足以成为裁判的依据。

(四) 法学知识的掌控者——法学家

把法律作为科学来加以研究同时意味着要有一个独特的知识阶层来掌控法学。在普赫塔提出法的发展三阶段的学说中,法的进化在经历了“朴素的时期”与“经验性的判例时期”之后,进入了最高阶段——“学者性的法学家统治时期”。而在这最后一个时期,只有作为民族“机关”的学者性法学家才能制定和续造法律。与普赫塔的设想相符,法学教授当仁不

[10] 转引自黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,第 111 页。

[11] [德] 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2006 年版,第 359 页。

让主导了 19 世纪德国的法学理论与实践。换言之,真正使用或操纵法学这种法源的是法学家这个阶层。在此基础上,德国的法学家才可能成为当时“文化民族”国家的权威性创造者之一。受高度学术训练的法官则是那个时代的法官形象,他们在学说汇纂学的科学体系中不断地去显现体系内的解决方案。

法学的科学性无疑是法学家被委以重任的正当化理由。它授权法学家以创造性的建构,由概念与体系来推导规则。“当萨维尼提出这样的问题:‘民族的法律’该何去何从?它的具体内容应该由什么人来确定?读者们会惊讶地发现,答案竟是法学家,是那些法学教授。”^[12]

从萨维尼到普赫塔的概念法学再到学说汇纂学,其贯彻的正是一条“从民族精神到法律家垄断”之路。权威的法学家践履着如柏拉图思想中“哲学王”一般的使命,他们握有通往法律科学之门的密钥。在此意义上,德国 19 世纪反对法典化的学者之声亦是在与立法者或政治家争夺法律的控制权,而当制定民法典的诸种条件成熟时,这部由学说汇纂学派主导的民法典又毫无悬念地浸染了十足的学究气。

三 法学实证主义命题之二:法学的自主性

(一)法学的纯净与沉默

法学的科学性与自主性实为一硬币之两面,相辅相成。法学实证主义为贯彻科学性的理念,即完整而统一的体系性法学之要求,在法的适用和续造上断然排除了法学之外因素的考量。法律科学首先就是法教义学,而不包括法哲学以及法律社会学。温特沙伊德在 1884 年说过的这句话最具代表性,“伦理、政治或国民经济上的考虑均不是作为法律家者所关心的”。^[13]

萨维尼与蒂博的那场法典化争论就反映出法学自主性这一问题。蒂博力求通过法典来实现法源的统一从而促成德意志民族的政治统一。他把政治看作是法产生的途径,民法典的意义毋宁是政治性的。相反,萨维尼从严守法学自主性的立场出发,抵制政治目的,反对蒂博对法典化的过度政治性阐释。显然,法典作为一种立法权的排他性表达,有使法学丧失自主性而完全受政治国家操控的危险。

为了更好地理解自主性命题,我们可以和当时身处欧陆对岸的奥斯丁的观点作一比较。众所周知,奥斯丁持有只应研究“事实上是什么样的法律”而非“应当是什么的法律”的立场,把道德、功利、伦理和正义的模糊观念逐出了法学的研究范围。然而,“法律是主权者命令”的法律实证主义观念没有在根本上为法学的自主性划界立桩。因为,任何政治性的立法都与最彻底的法学实证主义相抵牾。在后者那里,政治性立法恰恰成了自主性法学的羁绊。立法之所以阻碍法学,是由于立法把法学的研究素材限定为实在法,必定大大缩减法学的丰盈与创造力,扼杀法学的活泼精神。法学家则只能跟在立法者后面亦步亦趋地解释法。在这个意义上,与表象相反,法学的自主性命题彰显了自由之科学研究的根本诉求。

法学的自主性确保了法学的纯净,也导致了法学的沉默。一方面,概念与体系的产生、提炼和日臻精纯,都遵循固有的发展轨迹,对身外的政治、经济、伦理、宗教等外于法学的事物不屑一顾;另一方面,与世隔绝的法学也对社会现实无能为力,法学只为自己的科学体系

[12] [比]R. C. 范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授》,北京大学出版社 2006 年版,第 52 页。

[13] [德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2006 年版,第 415 页。

而负责。这既是 19 世纪法学实证主义的成就,也成为它备受指责的主要原因。

(二) 逃避现实责任的法学

“生活与科学竟然仿佛是对立的!”^[14]画地为牢而建立科学性的法学放弃了与社会现实的联系,它只具有智性的存在,不承担构造现实关系的历史使命。法学实证主义只是涉及体系内正义,至于这个科学体系之外的正义则是政治衡量的任务。在这一点上,凭借科学理性来自我负责的法学遭到激烈的抨击。“所有批评学说汇纂法学实证主义的焦点都集中于这种法学缺乏与现实关系的联系,都指责它逃避了‘私法的社会使命’。”^[15]

这个批评曾最为震撼地反映在基尔希曼的“论作为科学的法学的无价值性”的演讲中。基尔希曼对演讲题目做出如下一种解说:“法学尽管是一门科学,却不像其他科学那样能够并且应当对现实以及人们的生活产生影响。”他毫不留情地做出了法学“无能”与法学“悲哀”的评价,认为推诿责任的法学缺乏对现实的感悟,无法掌握与引导新事物。他抱怨道:

君主和民众遇到危机、遇到新生事物时只能依赖他们自身的天然理性。……

需要法学根据实际情形设计适当的制度,而法学却没了踪影,它让君主和改革家们去“摸着石头过河”,法学的这种失职直到今天仍在折磨着我们。^[16]

“事实上,基尔希曼是在指责思辨性法学与司法政治实务间致命的分裂现象,借此也揭露了学说汇编学在现代宪政国家与社会中困难暧昧的处境。”^[17]飘浮于社会时空之外的法学无法承担回应现实的固有任务。基尔希曼看到了封闭的法学面临的窘境以及自主性法学丧失活力的危险。这篇只破不立的演讲并没有为法学的明天指明道路,但却让我们更加确信 19 世纪弥漫于德国的实证主义精神。

(三) 法学实证主义的伦理力量

对法学自主性的评判现在还不能草草收场。“这种与社经状况疏离的罗马法典学(即学说汇纂法学),拟定出一种个人主义式的交易法。”^[18]实际上,祛除政治、经济、伦理等因素考量的法学也包含了社会伦理性和政治性的决定,法学实证主义的自主性本身就潜伏着价值的原则。科殷尖锐地指出,“德国学说汇纂的古典系统是建立在均衡自由的个人的社会模式之上的”。^[19]外观上纯净的法学实证主义暗自契合了德国 19 世纪“自由法治国”的时代精神,它下意识地认同自由主义时代的政经要求。在国家和社会的关系上,自主性的法学有效地抵制了国家权力对市民法秩序的侵蚀。具体到司法政策上,法学实证主义一方面把自由社会中相互对立的社会、经济利益排除于司法裁判之外,另一方面致力于用学理来约束独立的法官,透过形式规则来调停自由多元社会的诸种纷争。

把法学实证主义混同于法律实证主义观点的不合理性在这里再次显现出来。极权国家的惨痛教训无疑使矛头指向了“法出自国家”、“恶法亦法”这样的实证性主张,但这些批评不仅不适合于法学实证主义而且还为后者所明确反对。自主性之法学极力回避的就是国家权力对法学的野蛮干涉。“因偶然多数的煽动,乃至因权力支配的诉诸(受挟制之)国民的

[14] [德]耶林:《法学是一门科学吗?》(下),李君韬译,《比较法研究》2008 年第 2 期,第 153 页。

[15] [德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社 2003 年版,第 7 页。

[16] [德]J. H. 冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,《比较法研究》2004 年第 1 期。

[17] [德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2006 年版,第 399 页。

[18] 林端:《历史法学派》,载许章润主编:《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社 2004 年版,第 109 页。

[19] [德]H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社 2002 年版,第 231 页。

授权,而将其赤裸裸之利益提升为法律的危险,正好可以藉学术实证主义之独立于法律,而得以排除。”^[20]

在一定程度上,19世纪的法学实证主义完整、正确地掌握了当时的社会现实,并发挥了特定的伦理力量。然而,19世纪之后经济与社会意识的演变却从根本上动摇了法学实证主义自由法治国的政治定位,后者已逐渐沦为维护社会不正状态的工具。人们很快可以明显看出来,学说汇纂法学的社经模式面临极其巨大的局限。在如劳工法、商法与社会法等现代社会的关键领域里,学说汇纂法学的全套装备已显得力不从心。在福利国家的号召下,当自由法学与利益法学掀起新一轮的攻击时,自主性法学的防御力量变得越来越薄弱。要把新的社会现实纳入到法秩序,就必须考量个人、团体以及整个社会的各种目的与利益这些法学之外的因素。这无疑也为今天法秩序的合理化提供了新的课题。

四 法学实证主义的遗产

(一)从法学实证主义到法律实证主义

学说汇纂学确保了法教义学、法学教育及司法裁判的统一性,在德国19世纪中叶,它先于民法典而促成了法的统一。不过,在民族国家的意象下,其时逐日高涨的国民意识把法典化的工作再次推到舆论前台。“学术到立法的过渡,普遍地被时人歌颂为国民与国族政治上的进步。”^[21]

耐人寻味的是法典化这项工作是由学说汇纂学派来领导的,温特沙伊德就担任了《德国民法典》起草的“第一委员会”的委员。按照法学实证主义的信条,“对于第一委员会的委员来说,编纂法典只能是一个与其法信念相矛盾、外界强加于他们身上的任务”。^[22]然而,既然法典化不可避免,那么实现立法这一历史使命就还需要由法学和法学家来垄断。当然,法典这一纯粹的法学杰作却也成为法学实证主义的遗书。“法典化通常在法学创造性阶段的末了成长出来,质言之,当历经数时代的体系化与概念性工作,终于促成了合理法典所要求之清楚的整体计划与抽象的概念语言时。”^[23]总之,法典在精神根源上为法学实证主义,但后者已被法律实证主义所取代。

法律实证主义并未对无伦理责任感的立法者之政治权力作好准备,后来遂变质与异化为权力实证主义。前文已提到,这不能一味地归咎于法学实证主义。需进一步加以探讨的是:法学实证主义给我们留下了怎样的精神遗产。在这一问题上,我们仍然以法学的科学性与自主性这两个法学实证主义的基本命题为线索。

(二)法学科学性的重建

梅里曼说:“法学是19世纪中、晚期德国法学家最早创造的,源出于萨维尼的法律思想。”^[24]德文中的法学(Rechtswissenschaft)是法(Recht)和科学(Wissenschaft)的复合词。当

[20] [德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第422页。

[21] [德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第442页。

[22] [德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第14页。

[23] [德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第442页。

[24] [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第65页。

历史法学派创造了 *Rechtswissenschaft* 这个独特的术语时,^[25] 法学就披上了科学的符咒。法学的科学性并非无关宏旨。因为科学性意味着尊严、信誉和信任,“法学的科学性其实隐含着如下问题:我能够信赖法的内容吗?”^[26] 所以,法学的科学性并没有随着 19 世纪法学实证主义的逝去而终结。1966 年,也就是在基尔希曼对法学的科学性极尽嘲讽之能事的百年之后,拉伦茨在柏林法学会以“论作为科学的法学的不可或缺性”为题作了回应,他明确指出,“科学是任何可以用理性加以检验的过程,这种过程借助于特定的、为其对象而发展出的思考方法,以求获得系统的知识。在这种意义上——请允许我做这样的设定,法学也是一门科学”。^[27]

长久以来,法学陷入了“完满体系的演绎思维”中,企望法学知识要像数理知识那样精密和准确,认为这样才是科学的。然而,恰如约根森所言,法学及司法裁判的特色正在于:它们“几乎完全是在处理评价的事”。^[28] 从“评价法学”的立场出发,拉伦茨所意欲的无非是打破学说汇纂学的概念与体系方法之禁锢,从而在法学中引入价值导向的思考方法并使其具备科学之可检验性。所以,重建法学科学性的关键主要在于法学方法论的更新。要言之,在无法逃脱潜伏在法适用与法续造中的评价性或政策性因素的情形下,是否仍然存在有凭借合理的方法而获得认识的可能性。考夫曼一语中的:“法学是否是一门科学,不仅取决于,也是本质上使然,是否法学方法论满足了科学的要求。”^[29] 在这个理论脉络上,自是不难理解 20 世纪以来为何法学方法论大行其道,其身后其实负载着法学的科学性重托。这其中,阿列克西的法律论证理论大概是最具理论抱负的一个,这一理论的根本目的即是要解决对评价因素的理性证立问题——“法学的科学性质就取决于我们对此如何作答。”^[30]

(三) 法学:开放与自主

伴随着法学科学性的理论重构,绝对的法学自主性命题在发生深刻变迁的社会现实面前亦难以为继,法学中规范与事实互不搭界的成见已成谬论。法学一直面临着对社会和历史发展引起的各种变化做出反应的任务。这即是要求法学不能为保有那份优雅而仅埋头于概念与体系的形式主义构造。如欲真实地掌握新的社会事实,就需要开放法学。由此,20 世纪以来,大量的法律辅助学科或交叉学科相继兴起,例如比较法学、法律社会学、法律经济学、法律政策学、犯罪学等等。此外,对法学实证主义的反省,除了体现为法学对“形而下的经验事实”的开放;面对法学实证主义的价值冷漠态度,法学也对“形而上的法理念”开放,诸如法哲学、法伦理学这样的传统学科在新的情势下重新活跃。无论如何,这些变化都体现出诺依曼所称的“法的自主性的相对化”^[31] 趋向。

需要强调的是,“法学这种实践之知,绝不可能孤立,也不应该封闭,但却绝对有其独立之运作逻辑。”^[32] 法学的开放并不等于取消法学本身。换言之,对法律的事实研究和伦理研究不能取代法学的地位。阿尔尼奥认为,尽管近百年以来法律教义学屡受冲击,但它仍维持着其解

[25] 本来在法语及其他外语中并没有此语,而诸如 *science de droit*, *scienza di diritto*, *legal science* 等用语,无一例外都是对德文“法学”一词的翻译而已。见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社 2006 年版,第 272 页。

[26] [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2005 年版,第 125 页。

[27] [德]卡尔·拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性》,赵阳译,《比较法研究》2005 年第 3 期。

[28] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 94 页。

[29] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 72 页。

[30] [德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社 2002 年版,第 9 页。

[31] [德]诺依曼:《法律教义学在德国文化中的意义》,郑永流译,载《法哲学与社会学论丛》第 5 期,中国政法大学出版社 2003 年版,第 20 页。

[32] 颜厥安:《规范、论证与行动》,元照出版社 2004 年版,第 20 页。

释性与体系化的传统知识角色,在库恩意义上去言及现代欧洲法学的“科学革命”是不可能的。^[33]因此,法学实证主义留下的自主性命题仍然具有重要意义。无疑,我们真正欲求的是开放与自主之间良性互动的张力关系。这就要求那些关涉法学的学科谦逊地安于固有的角色而不狂妄地取代“本义的法学”,否则法学就会失去其强调理性论证的规范科学的独特性。

五 结 语

“现代的法学,是以从生活面前逃开,作为起点;是学术上的渴望,驱使着它走向罗马法的渊源。”^[34]这句话本是耶林对11世纪末到13世纪欧洲注释法学特征的素描,然顺后者开启之方向,法学的此一使命最终由19世纪的法学实证主义得以根本兑现——“学术的渴望”和“生活的逃离”传神地表达了法学的科学性与自主性命题。

19世纪的德国法学,就是这样一个法学实证主义当道的时代。其时,或能堪称法学实证主义对手的是秉持社会政策取向的日耳曼法学派。但后者的批判并没有撼动法学实证主义的主导地位。到19世纪末,实证主义精神几乎支配了法学的所有领域。德国的公法学在1948年后逐渐从政治上解放出来,也转向了法学实证主义,并发展出一套与学说汇纂法学并行的概念谱系。^[35]总之,法学实证主义自有其孕育成长的土壤和精神氛围,也承担了那个时代所赋予的独特历史使命。它以不可撼动的意志完成了自罗马法继受以来法学所要企及的夙愿——科学性与自主性,并结出了璀璨的果实——伟大的实证主义法典。

不过,随着时境的变迁,法学的科学性与自主性这两个命题遭受到越来越严厉的抨击。但不容否认的是,经由历史法学派、概念法学派及学说汇纂学派的智识贡献,法学实证主义赋予了当时的法学以无限的荣誉和尊严。这正是法学实证主义留给我们最为宝贵的精神遗产:舍弃科学性,法学不足以让人信赖;舍弃自主性,法学不足以巍然自立。

[**Abstract**] During the first half of the 19th century, jurisprudence of conceptual and systematic construction, started from Historische Rechtsschule, and further promoted by Begriffsjurisprudenz, finally reached its supreme achievement in Pandektenwissenschaft. Accompanying this line of development, the notion of jurisprudential positivism emerged and took shape. Different from other forms of positivism, such as legal positivism, jurisprudential positivism illustrates mainly two interdependent propositions. One concerns the scientific nature of jurisprudence, and the other relates to the independent nature of jurisprudence. The aim of this article is to identify and evaluate these two propositions, so as to reveal their value and significance. Moreover, on the basis of the study, one can examine the mission of jurisprudence in our time.

(责任编辑:支振锋)

[33] Aulis Aarnio: *Reason and Authority—A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Ashgate 1997, p. 251.

[34] [德]耶林:《法学是一门科学吗? (上)》,李君韬译,载《比较法研究》2008年第1期。

[35] 参见[德]米歇尔·施托赖斯:《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第357页以下。