

萨维尼的法学方法论述评

朱 虎

内容提要: 由于放弃了其早期持有的制定法实证主义,萨维尼关于解释对象、目标和方法的观点与其早期差异明显;法律适用过程也必须是一种“反向还原”的过程,此过程可通过“具体概念”或“类型”作为中介而得以实现。在哲学中,直观和建构始终存在密切的联系,因此在萨维尼的理论中,直观与建构也连接起来,法律体系由此就是一种有机的开放体系,它并非制定法规定的单纯集合,而法律制定、法律适用和法学研究也是一个直观—建构—直观的统一过程。萨维尼的法学方法论与概念法学的法学方法论因此存在很大的差异。

关键词: 萨维尼 法学方法 体系建构 有机

朱虎,中国人民大学法学院博士后研究人员。

一 引言:研究意义和结构安排

“近代法律方法学说,至少在德语区,发端于弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼。”^[1]拉伦茨的《法学方法论》也始于对萨维尼法学方法论的研究,^[2]可以说,萨维尼的法学方法论塑造了德国民法学与德国民法典目前的形态。因此,对萨维尼法学方法论的研究有助于我们把握法学方法论的历史根基,有助于理解德国民法学体系与法体系的形成方法。

萨维尼本人非常注重法学方法的研习,从1802—1842年,他共开设了30多次法学方法论课程。在他看来,“学术研究的成就不仅仅取决于天赋与勤奋,它还更多地取决于第三种因素,那就是方法,即智力的运用方向。”^[3]但需要注意的是,萨维尼并没有在实践的意义上论述法学方法,他的起点为“法律研究”、“科学分析”和“法的形成”,一切都萦绕于法律研究,而非裁决案件的实践。尽管如此,他同样解决了案件实践中的问题,虽然是以一种不同的方式。^[4]这里已经体现出了“法学方法”和“法律方法”的分别。本文标题中的“法学方法”是最为广义的,包括法律研究的方法和法律应用的方法。而狭义的“法学方法”是法律研究的方法,主要

[1] [德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第156页。

[2] 参见Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Auflage (Berlin: Springer Verlag, 1979), ss. 11-18。

[3] [德]萨维尼:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,法律出版社2008年版,第67页。

[4] [德]吕克特:《弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:法律方法与法律现代性》,盛桥译,载《清华法学》第9辑(清华大学出版社2006年版),第5页。

着眼于法律的本体性理论,以形成一定的法律观为目的;“法律方法”则是法律应用的方法,致力于实现既有的法律同时生成新的法律。

有三个关键词可作为萨维尼方法论整体图景描述的坐标:转变、沟通与联接。“转变”意味着放弃其早期持有的制定法实证主义,“沟通”意味着在有机直观与抽象规则之间的往返流转,而“联接”意味着有机的法律体系观通过直观与构建之联接而达成。

二 从制定法实证主义的转变

(一) 制定法实证主义影响下的法律方法

早期萨维尼将实在法和制定法等同起来,秉持的是一种“制定法实证主义”,即认为所有的法都由国家立法者所创造的制定法,制定法是完备客观的,应用者完全不需要自己对制定法添加任何东西。他宣称:“体系的内容是立法,即法律规则”,主张“对法律进行完善固然是可能的,但这属于立法者的职权而不是法官的职权。”^[5]

为了贯彻此种“制定法实证主义”,使得所有的法都是国家立法者所创造的制定法,萨维尼拒绝了“扩张解释”和“限缩解释”。他认为这两种解释是根据制定法的目的或者基础来进行的,此种基础并非表现为规则成为制定法的内容,而是必须由解释者以模拟的方式去探求,但这种探求充满了任意性,这两种解释是对于制定法的添加,也就不应当被应用于法学之中。即使制定法的基础被立法者规定下来,它也并没有因为制定法而成为客观的,也并非是为了实践的目的而被制定的普遍规则,而只是为了阐明规则。由此,萨维尼就完全拒绝了目的解释。^[6]不是立法者意图的,而只是他事实上所命令的,确切地说:在制定法词句中,在它的逻辑、语法的关联中,以及根据体系关联能推导出的含义中,得到表述的作为立法者命令的内容,才允许法官予以尊重。解释也必须站在“立法者的立场上”对于“制定法所表达的意图”进行重建,法官只能理解而不能进行创造性的法律续造。^[7]

但是,萨维尼所持有的制定法实证主义却不那么纯粹,因为萨维尼令人惊讶地容忍类推。类推在16世纪之前是不被熟悉的,直到17世纪才被作为漏洞填补的手段。^[8]类推的基础是,在制定法中找到决定了一个相似案件的特定规则,把它还原为一条“更高规则”,然后以这条更高规则裁判没有被特别规整的案件。为了使得他这时所持有的“制定法实证主

[5] [德]萨维尼:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,第108及第120页。关于萨维尼早期持有“制定法实证主义”的观点,请参见以下文献:Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 第12页;Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches* (Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1983), ss. 24. 52;陈爱娥:《萨维尼:历史法学派与近代法学方法论的奠基人》,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46页;林端:《德国历史法学派》,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95页;冯引如:《萨维尼评传》,华东政法学院,博士学位论文,2005年,第32页;考夫曼对此持保留意见,他认为萨维尼早期所持的立场“虽不是完全法律实证主义的,但却包含着一些法律实证主义的成分”,参见[德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,第160页(这一部分由考夫曼执笔)。

[6] 参见[德]萨维尼:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,第114页以下;Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 13; Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches*, s. 42。

[7] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 13。

[8] Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches*, s. 42。

义”逻辑一贯,萨维尼认为,类推与限缩或扩张解释是不同的,其区别在于:类推没有从外部把某种东西添加给立法,而是立法的自我补充。但萨维尼在此时所认为的类推过程仍然预先假定了,在制定法中所表述出来的特定规则应被视为代表了一个在制定法中未被表述出来的、但按照意义已经包含在制定法中的更为普遍的规则。实际上,这种类推程序恰恰与理性法的推导形式类似,后者将特定的规则视为更为普遍的、无所不包的原则的结果。^[9]

(二) 制定法实证主义变更后的法律方法

对于后期萨维尼而言,既然民族信念(民族精神)为法的最初起源,那么民族信念的形式就并非可以用逻辑推理的形式而得到,而是通过直接的感觉和直观得知。后者并不与作为抽象的普遍规则的法条或规则联系起来,而是以具体的典型性的行为方式作为对象。^[10]这种行为方式就是在法律意义上被认识到的典型的生活关系,例如婚姻关系、所有权关系、买卖关系等。这种生活关系通过法上升为法律关系,与法律关系相关的规则就形成法律制度,法律制度又形成法律体系。法律关系和法律制度具有一种有机的性质,因此不可能在抽象的形式中通过法律规则而得到完全体现。^[11]抽象的法律规则就无法成为萨维尼法体系的出发点和基础。^[12]

立法者在制定法律时,有机的法律关系和法律制度的整体直观呈现于立法者之前,立法者要通过抽象程序从整体直观中去除有机联系,从而形成法律规则,规则必须以此种整体直观作为深层次的基础,制定法中的规则也应转入到生活之中。对于法律应用者而言,就需要运用与立法者相反的程序来补充此有机关联,制定法规则仅仅描绘了此有机关联的一个侧面。制定法规则是由概念构成的,因此意味着,法律思维并不能只在一个层面上活动,而应该在直观和概念之间持续地居间协调,概念和规则需要通过直观来加以补充。^[13]

对于解释而言,解释的任务在于“重建内在于制定法之中的意图”,法律文本背后潜藏着意图,今日已成客观化的存在,这是最为关键的一点。法律规则本身不过是在表达这一意图,或多或少而已。^[14]这就必须站在“立法者的立场之上思考上述意图,并人为重复立法者的工作,也就是在他们的思考之中重现制定法”。萨维尼进一步认为,制定法的解释并非不同于其他表达出来的意图的解释,但其独特性在于其组成部分:语法的、逻辑的、历史的和体系的。这些组成部分并非可以任意选择的四种解释方式,而是必须协调作用的四个不同工作。解释的成功取决于:“第一,我们生动地回想起以下这种精神活动,即根据此种精神活动产生出了呈现于我们面前的意图的具体表述;第二,我们以历史——教义整体的直观作为充分的准备,具体细节根据此整体的直观得以阐明,以便能够直接认识到整体在当前文本中的关联。”^[15]相对于萨维尼早期的观点,引人注目的是,这里的重点更多地从“表述”放到

[9] 参见[德]萨维尼:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,第27、117页;请参见Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 13.

[10] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 13.

[11] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1 (Belin: Bei Deit und Comp., 1840), s. 44.

[12] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 14;同样的观点,请参见Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* (Frankfurt: Vittorio Klostermann Verlag, 2003), s. 46.;[德]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385页;[德]克莱因海尔、施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第363页;陈爱娥:《萨维尼:历史法学派与近代法学方法论的奠基人》,第50页。

[13] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, ss. 9、11、16、44、206;前引(2),Larenz书,第14页。

[14] [德]吕克特:《弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:法律方法与法律现代性》,第7页。

[15] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, ss. 213、215.

了“意图”和——最终取向于广泛的“直观”——“精神活动”上,从这种精神活动中产生了规则。^[16] 这种精神活动是具有创造性的,解释者也应如同立法者一样以法律关系和法律制度的直观作为准则。

对于制定法的基础(目的),萨维尼仍然认为它不是制定法的组成部分。但是它已经可被应用于克服制定法的瑕疵。制定法的瑕疵可分为两种:不确定的表述和不正确的表述。与其早期观点不同,萨维尼现在认为,制定法的基础更可能被用于前者的克服,而更少应用于后者的克服。在制定法存在不确定的表述的情形下,首先应当考虑到立法的内在关联,其次就应当考虑到制定法的基础,但特别基础应优先考虑,如果不存在特别的基础,那么一般基础(例如公平)也是容许的。在制定法的表述与实际意图不一致时,制定法就存在不正确表述这个瑕疵。对此瑕疵的克服方法为扩张解释和限缩解释。在这种解释方法运用时,同样要首先考虑立法的内在关联,其次考虑制定法的特别基础,但不能仅仅根据一个一般基础来修正制定法的表述,因为这种做法属于法续造而非法律解释,虽然萨维尼也承认,这种分类方式是不确定的,因为制定法与一般基础之间存在太多的中间环节。^[17]

与其早期观点相同,萨维尼现在允许通过类推来填补法律漏洞。但是类推的基础并不相同,类推并非根据基准法(自然法)来进行,毋宁是实证法通过其自身的有机塑造力的自我完善。他对此阐述道:“类推的任何应用都依赖于所假定的法的内在一致性;但此种一致性并非仅仅是类似于因果关系的这种单纯的逻辑一致性,而同时是一种有机的一致性,它产生于法律关系及其原型之实践性质的总体直观类。”在此基础上,类推可以分为两种:一种是整个的新的法律关系产生,而无法律制度予以调整,这时需要根据与已知法律制度具有的内在相似性而形成新的法律制度;第二种更为常见,即在已知的法律制度中产生新的具体问题,这时则根据属于此制度的法律规定的内在相似性而填补,在这个过程中,对于特定制定法或法律规定的基础或目的的洞察就非常重要了。^[18]

综上,法律关系具有有机性,而抽象的法律规则并不具备这种有机性,因此对具有有机性的法律关系进行规整的就是同样具有有机性的法律制度,制度又形成体系。规则并非先于制度,它只能通过以制度的整体直观作为出发点,通过抽象而形成,体系就并非是规则体系,毋宁是“制度体系”,这样,法律体系与具体法律关系之间的区别就只存在于程度,而本质是相同的。^[19] 对此予以掌握的方法就不能是逻辑方法,而是一种“有机的方法”。因此,解释的着重点就不能是制定法的文字表述,而是对于抽象的过程进行“反向还原”,结合生活现实而不断添加有机性,回复到法律制度上,并最终回复到具体的法律关系上。在这个过程中,制定法的基础(目的)就具有很大的作用。所有通过解释而实现的法律发展就是根据法律制度的有机性而产生的,是法律制度的自我发展,法由此就具有一种自我塑形的特

[16] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 16; 拉伦茨对此进一步认为,萨维尼的此种观点既非“主观解释”理论也非“客观解释”理论,前者预设了心理学上的“意思”概念,后者则以理性主义的制定法概念为基础,萨维尼对于这两种预设都不熟悉,他要求站在立法者的立场上,进行思考的重建,但他同时要求解释者应如同立法者自身一样以法律关系和法律制度的整体直观作为准则,参见 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 16, 注 4。

[17] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, ss. 218 - 238.

[18] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, ss. 290 - 292.

[19] 参见 Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, s. 10.

征,是一种自我生成的有机体,是具有有机性的整体,或者说是一种“自创生系统”。^[20] 由此,法律关系理论就与法律渊源理论、法律解释理论结合起来,法律关系、法律规则、法律制度和法律体系就具有内在的关联性并与生活现实浑然一体。^[21]

三 有机直观与抽象规则之间

萨维尼认为法律关系、法律制度、法律体系都是有机的,而“抽象化”不足以掌握此种有机联系,因此,解释就必须对抽象规则进行一个总体的“反向还原”。但是,问题恰恰就出现于此处。萨维尼并没有阐明整体的直观以何种方式转变为规则,并且又如何从规则成为最初的整体直观。

根据拉伦茨的观点,^[22]如果规则通过对于有机联系的抽象而形成,则在此之后,从这种抽象规则中只能抽取出抽象——一般概念而无法再补充有机的联系,这样,距离法律关系、法律制度的有机联系的整体直观就越来越遥远。因为“抽象”意味着“由具体事物中分离出来,将规定具体事物的诸要素个别化”的过程,借抽象化,吾人所能掌握的只是个别的特性和观点。^[23] 其中的意义关联已经被抽出,剩下的只是干巴巴的形式。因此,“将既有的内容归结回其所属概念的空洞形式上,仅能剥夺而不能帮助认识其规定性质。”^[24] 举例来说,如果将所有权界定为“依照现行法秩序可能的最广泛的对物支配权”,则这种依据《德国民法典》第 903 条而形成的所有权的抽象概念对于所有权的法律意义以及其于法秩序的整体脉络中的功能并不

[20] 关于“自创生系统”这个名词的更具体的论述,请参见[德]托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社 2004 年版,尤其是这本书的“序言”部分。

[21] 法律渊源、法律解释和法律关系分别是萨维尼《当代罗马法体系》第一卷的三部分的标题。许多学者批评萨维尼忽视了生活现实,认为法不仅出自存在于社会中的伦理或政治信念,同样出自现实社会需要,而根据萨维尼的理论,法无法从社会功能的角度证成自身,因此,根据萨维尼的理论,理论就与实践渐行渐远,例如哈腾豪尔(Hattenhauer)认为,实践对于萨维尼而言始终是低于理论的领域,其始终的信念是“实践是法学的仆人,唯有理论才是法学的主人”,Hattenhauer, “Einleitung”, in Hattenhauer (hrsg.), *Thibaut und Savigny, ihre programmatischen Schrift* (München: Franz Vahlen Verlag, 1973), s. 30; 威廉(Wilhelm)也持有此种观点,请参见 Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* s. 31f.; 此外还有康特罗维茨持此种观点,更多持此种观点的文献列举请参见[德]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 27 页。但是,萨维尼的“民族精神”理论就并没有忽视生活本身,最多只能说它忽视了现实生活的需要,而现实生活的需要并非生活的全部,后者还包括伦理、政治等种种既定之物。这才是上述批评的实质。但即使是这样,上述批评对于萨维尼的整体理论旨趣而言仍然是不恰当的。首先,萨维尼已经承认了制定法的作用,而制定法就可以现实社会需要作为出发点,虽然它可能成功也可能失败。其次,萨维尼认为,《奥地利民法典》所追求的包罗万象的完整性同样是不可能的,对于“基本原理”的发现才是关键所在,也是可能完成的任务。关于这些“基本原理”,倒是有可能获得“一种不同的完整性”,人们应当“学会发现规则的方法,而不是规则本身”。(参见[德]吕克特:《弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:法律方法与法律现代性》,第 10 页)这些基本原理在应用时必然要考虑到现实生活需要而更为具体化。最为重要的是,萨维尼通过法律关系理论认为,法律关系来源于生活关系,规整法律关系的规则形成法律制度,制定法规则只是描述了法律制度的一方面而非全部,这样,在具体应用制定法规则时,应用者必须不断对于制定法规则予以添加,而不仅仅是单纯的逻辑涵摄过程,以取得法律制度和法律关系的整体直观,而添加的内容也容许了现实生活需要的需要,解释时所考虑的制定法的基础(目的)也同样如此。因此,萨维尼的整体理论已经容纳了考虑现实生活需要的可能性,只是基于其体系不能包含所有的规则,所以他只是勾勒了一个体系的大致整体。所以,如果认为萨维尼的理论旨趣虽然如此,但他在具体的论述过程中却对于他的整体理论旨趣重视不够,没有非常着重现实生活的需要,过分拘泥于历史中的问题,具体而言就是罗马法,这种批评倒可能是恰当的。

[22] 参见 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 16。

[23] [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 318 页。

[24] 黑格尔语,转引自[德]拉伦茨:《法学方法论》,第 335 页。

会有任何说明,因为“未于观念中置入的内容,自然也不能由之派生出来”。^[25]也就是说,如果整体直观中所体现的意义关联通过“抽象化”而形成抽象规则,那么从这种抽象规则中只能形成抽象概念,意义关联已经完全丧失,也就无法再将意义的有机关联补充入此种“意义空洞化”的规则和概念之中,“反向还原”基本上是不可能的。

如果采取这种思路,则根据萨维尼的观点,可以认为,对于法律关系和法律制度的合适把握只有在直观中才是可能的,而将“概念思维通过形式逻辑的方式限于必然抽象的规则”的把握,这样,直观和法律关系、法律制度之间,逻辑和法律规则、法律概念之间,就存在一个严格的对应关系。如果不把直观纳入科学处理的范围,那么这种对应关系就会导致概念法学的对法通过纯粹的形式逻辑加以掌握的方式。^[26]事实上,普赫塔恰恰是从法律关系中抽取出了生活层面,利用抽象——一般的概念通过形式逻辑来把握法本身。

但是,这里恰恰蕴涵了解救之道。如果将概念理解为抽象——一般的概念,会导致上面的困境。那么通过将概念理解为蕴含了意义有机关联的具体——一般的概念就可能逃离上述困境。所谓具体——一般概念,指的是将事物的有机关联纳入到概念之中,它并非是孤立思考的诸要素的总和,而是有意义地彼此相关的因素整体,惟以其相互的结合始能构成概念。^[27]这种具体概念就与现代法学方法论中的类型联系起来。

类型构成普遍与特殊的中点,比较地说来它是一个具体者、一个特殊中的普遍者。^[28]它与抽象概念相对。抽象概念通过一些有限的、彼此分离的特征加以定义,因而与直观相对立,是封闭的,非此即彼的。类型则是开放的,是一种意义关联,普遍的事物在自身中直观地、整体地被把握,它不能被定义,只能被描述。^[29]在其中构成要素维持其结合的状态,在思想掌握的阶段,也还能够维持类型借直观取得的形象上的整体性。例如对于所有权,如果要是一种具体——一般概念或类型,就必须以以下法律意义作为出发点,即它能使人在物质环境中自由发展,在法律上赋予人类“外部的自由空间”。我们可以根据这个具体概念而推导出隐含于制定法规定中的个别因素和个别规定。例如,所有权人对物的占有、排除他人的干涉、侵权损害赔偿请求权、为第三人利益而进行的对于所有权人权限的限制等。这些规定都与所有权这个类型——具体概念联系起来,成为一种意义整体。^[30]通过把法律关系和法律制度理解为一种类型——具体概念,其中蕴含了意义有机关联的整体,而抽象的法律规定和法律概念都只是其整体的一个断面,由此,意义的回转和交往就会形成,从而最终实现“反向还原”。^[31]

实际上,拉伦茨已经把法律关系理解为一种类型。他认为,“法律关系的类型,特别是契约类型,是发生在法现实中的‘法的构造类型’”。^[32]这些都是“类型性的规整”,具决定

[25] 对于这个例子的详细说明,请参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,第335页以下。

[26] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 17.

[27] [德]拉伦茨:《法学方法论》,第334页。

[28] [德]考夫曼:《类推与事物本质》,吴从周译,台北:学林文化事业有限公司1999年版,第111页;另请参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,第338页。

[29] [德]考夫曼:《类推与事物本质》,第111、112、117页。

[30] 具体请参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,第336及第338页;关键词的清楚的德文表示,请参见Larenz-Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. (Berlin: Springer Verlag, 1995), ss. 291f.

[31] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 17.

[32] Larenz-Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. (Berlin: Springer Verlag, 1995), s. 295; [德]拉伦茨:《法学方法论》,第341页。

性的是法律对它的规整,从而与以经验性和规范性因素的结合作为本质的“规范性的真实类型”区别开来。在这种认识中,萨维尼的理论影响已经在发挥着作用。这一点可以从拉伦茨对于萨维尼的评论中清晰地认识到:应当将法律关系和法律制度的意义关联“发展成黑格尔哲学意义上的具体——一般概念”。^[33]由此,“在任何既定情形中,法律关系的这种生机勃勃的结构都是法实践的精神要素,由此将法实践的高贵使命与许多外行在法实践之中看到的单纯机械化过程区别开来。”^[34]

四 “直观”与“建构”联接中的有机法律体系

(一)“直观”与“建构”之哲学联接

如果在一般意义上阐述直观,直观就是一种主体所具备的认识客观既存的内在能力,这种能力延伸至外部世界并对后者进行认识,但这种认识并非零散化、个别化的,而是注意到生机勃勃的和有机的相互关联,从而将个别和一般纳入到正确的关系中。^[35]

首先需要对康德哲学中这两个词语的含义作出一个简要的说明,因为虽然“直观”这个语词并非由康德首先使用,德国浪漫派已经使用了这个语词,康德的同时代人耶可比(Jacob)也已经使用这个语词来指代对于一切存在确知的直接性,^[36]但康德却使它成为哲学的中心问题,后来费希特和谢林将之作为他们哲学体系的基础,并进而对胡塞尔以及海德格尔产生了影响。在康德的观点中,人有两种截然不同来源的认识能力,这就是知性能力和直观能力。后者具有一种被动性,毫无能动性和创造性,而前者的本质特点就在于它的能动的自发性,即它能够单凭自身而提出概念(范畴),作出判断,对感性的杂多进行“统觉的本源的综合统一”。^[37]两者的结合构成了知识。“无感性则不会有对象给予我们,无知性则没有对象被思维。思维无内容是空的,直观无概念是盲的。因此,使思维的概念成为感性的(即把直观中的对象加给概念),以及使对象的直观适于理解(即把它们置于概念之下),这两者同样都是必要的。这两种能力或本领也不能互换其功能。知性不能直观,感官不能思维。只有从它们的互相结合中才能产生出知识来。”^[38]

由此,康德实际上否定了“智性(知性)直观”在人的认识中的可能性。但是,康德也并没有抛弃这个概念,他认为,在非人的认识中,智性直观仍然是可能的。如果是这样,那么知性就会使直观本身带上一种能动性和创造性,直观就成为创造性的直观,从而不需要由外在的客体给它提供杂多的材料,能够仅仅凭着自身的“自发性”而由自己的知性直接把对象提供出来。这种直观就是一种“本源的直观”,在人类这里,就类似于“想象力”,与此相对应,感性直观就是一种“派生的直观”。^[39]

[33] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 17.

[34] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, s. 8.

[35] Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre* (Frankfurt: Vittrio Klostermann Verlag, 1994), ss. 255f.

[36] 参见[德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第四卷),贺麟、王太庆译,商务印书馆1978年版,第249页。

[37] 邓晓芒:《康德的“智性直观”探微》,载《文史哲》2006年第1期,第121页。

[38] [德]康德:《纯粹理性批判》,杨祖陶、邓晓芒译,人民出版社2004年版,第52页。具体的论述请参见邓晓芒:《康德的“智性直观”探微》,第120页。

[39] 参见[德]康德:《纯粹理性批判》,第49页;邓晓芒:《康德的“智性直观”探微》,第122页;倪梁康:《康德‘智性直观’概念的基本含义》,载《哲学研究》2001年第10期,第53页以下。

沿着康德把智性直观看作“本源的”直观的思路,费希特把自我意识的能动性本身直接就当作了一种本源的“直观”,谢林则认为:“只有创造性直观才是自我通向理智的第一步。”^[40]但是在黑格尔眼中,费希特和谢林“不保持在概念里并把概念认作非静止的自我,反而陷于相反的极端,即陷于静止的直观、直接的存在、固定的自在存在;他们以为可以通过直觉的观望来弥补固定概念的缺点,并且从而可以使得这种观望成为理智的直观。”^[41]这也就是说,黑格尔认为费希特和谢林都过分注重直观而忽视了知性概念,从而对于德国唯心哲学中“智性直观”不断提升的趋势进行了抑制。^[42]但他并没有拒绝直观的作用,而是希望直观和概念的统一。邓晓芒教授对此总结道:“黑格尔反对的只是偶然的、静观的、非概念的直观,而没有反对具有内在必然性的、能动的、概念基础上的直观;恰好相反,后一种直观正是他视为逻辑学最高形态的特点,也是每个三段式第三阶段的特点,这就是通过间接性(中介)而回复到直接性。这是一种概念本身的直接性,即具体概念,它包含有丰富的规定性于自身;但它本身并不是一个‘复合体’,而是一个单纯之物,是个别的东西和能动的东西……”这种直观“是全过程内在的动力,真正的灵魂”。^[43]

因此,康德认为需将感性直观和知性思维结合起来,“思维无内容是空的,直观无概念是盲的”,而知性思维已经涉及到概念的建构,他同时不认为人类有“智性直观”这种创造性的直观能力。费希特和谢林则以创造性的直观作为其哲学的中心概念,但至少在谢林那里,“概念和直观是有统一性的,但是事实上这个统一性,这个精神果然直接地出现了,但出现在直观里,而不是出现在概念里”。^[44]黑格尔则将直观和概念结合起来,使得概念成为具体的概念从而具有能动性。

无论如何,我们可以从中看到,“直观”都会与概念的“建构”之间存在密切的联系,只不过在康德那里,是被动的感性直观与知性的概念建构结合起来,到了黑格尔那里,则是一种创造性的直观与概念建构结合起来,由“知性”上升到了“理性”。在这个意义上,康德阐述道:“构造一个概念就意味着:把与它相应的直观先验地展现出来。”“如果一个对象的概念被给予了,那么在运用这概念达到知识时判断力的工作就在于表现,也就是说,在于给这概念提供一个相应的直观。”^[45]这明确体现了直观和概念建构之间的密切联系。

(二)“直观”与“建构”联接中的有机法律体系

萨维尼的语言在早期时非常清晰,但后期他却越来越倾向于采取一种“神秘化的”或者说“精神化的”语言表现形式。^[46]这使得他的思想越来越难以得到清晰的理解。“直观”就是这样一种语言,它在萨维尼的论述中反复出现。总体说来,直观在萨维尼的理论中指代两种:典范的总体直观,以及法律关系和法律制度的总体直观。萨维尼写道:“如果将法学与(人类生活本身)这一客体相剥离,则科学工作就缺乏对于法律关系本身的直观,从而高歌

[40] 参见邓晓芒:《康德的“智性直观”探微》,第123页。

[41] [德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第四卷),第369页。

[42] 参见倪梁康:《“智性直观”在东西方思想中的不同命运(1)》,载《社会科学战线》2002年第1期,第46页。

[43] 邓晓芒:《康德的“智性直观”探微》,第124页。

[44] [德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第四卷),第370页。

[45] [德]康德:《纯粹理性批判》,第553页;[德]康德:《判断力批判》,邓晓芒译,人民出版社2002年版,第28页。“构造”就是我在本文所说的“建构”。

[46] Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre*, s. 260; Mazzacane, “Jurisprudenz als Wissenschaft”, in Mazzacane (hrsg.), *Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristischen Methodologie, 1802 - 1842* (Frankfurt: Vittrio Klostermann Verlag, 1993), s. 53.

猛进,导入片面之途。”^[47]之后萨维尼也多次写道“法律关系的直观”,而法律关系具有有机性,他用“生机勃勃的结构”来表示在法学工作中对这种有机性的描述,^[48]抽象的逻辑式分析不足以把握这种有机性,因此需要一种整体“直观”来加以把握。

但是,根据萨维尼的观点,“年轻的国族对于他们的法律有最为确定的直观,但其法典却病在缺乏语言和逻辑技巧”,^[49]这里已经指出,对于法律关系的直观需要成为科学化的存在。哲学中直观与概念建构之间存在密切的联系,同样,萨维尼由法律关系的直观转到概念和规则的建构上,有机的法律关系和法律制度的整体直观就呈现于立法者之前,立法者需要通过抽象程序从整体直观中去除有机联系,从而形成法律规则。^[50]由此就进入到体系的建构之中,“对于立法整体的建构是体系性研究的任务”。^[51]对于法律关系的整体直观通过法学家的的工作而被描述出来,从而形成科学体系。因此,建构的目的无非是将法律关系的“生机勃勃的结构”描述出来,在应用中又得以将这种结构带入直观之中。我们可以看出,在这里存在着一个直观—建构—直观的科学工作过程,直观既是方法也是目的。概念建构的必要性得到了认可,但却以直观作为界限,从而使得概念建构不会漫无限制。建构时所运用的抽象化手段在萨维尼那里就由此获得了两种含义:消极的和积极的。前者主要被萨维尼用于批判自然法体系,而后者主要被用于萨维尼自己的体系建构。^[52]

法律关系与法律制度在萨维尼那里存在着密不可分的联系。^[53]法律关系具有有机性,与此相对应,法律制度也同样具有有机性,其有机性表现在其组成成分之间生机勃勃的关联以及法律制度的持续发展之中。有机的法律制度又相互连接成法律体系,法律制度只有在体系的大的相互关联中才能被完全掌握,因此法律体系同样也具有有机性。^[54]

萨维尼对此明确阐述:“受到限制的具体法律关系与一个国家的实在法体系之间的距离非常大,但它们的不同只是体现在程度上,本质并无不同,并且认识它们的精神工作程序在本质上也是相同的。”“存在于民族共同意识中的法所采取的形式并不是抽象的规则,而是处于有机联系中的法律制度的生机勃勃的直观,这样,如果以下需求产生出来,即在其逻辑形式中意识到规则,则规则必须首先通过根据整体直观的人为程序而形成。”^[55]

在立法者进行立法工作时,对于制定法的形式而言,“规则和命令的抽象形式是最为适当的,所有能与其联系起来的其他事物,如发展、描述、对于信念的影响,对于制定法的本质而言都是陌生的,并属于其他范围。”但是,法律体系却是由以法律关系作为形成前提的法律制度构成的,而根据法律关系的有机性产生的“法律制度的有机本质却不可能在上述抽象的形式中得到完全的体现”。因此,如果制定法要符合它的目标,那么在立法者进行立法

[47] Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg, 1814), s. 30; 黑体字为本文笔者所强调;同时,萨维尼并没有区分“案件”和“法律关系”,对此请参见 Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre*, s. 266, 注 45。

[48] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, s. 8.

[49] Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, s. 25.

[50] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, ss. 9, 11, 16, 44.

[51] [德]萨维尼:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,第 12 页。

[52] Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches*, s. 35.

[53] 笔者对此将另文论述。在下文中,在涉及到法律体系时,“法律制度”与“法律关系”这两个词语是能够换用、并用的,“法律制度”被明确使用时,“法律关系”也同时被指代,虽然后者并没有被明确使用;反之亦然。

[54] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, ss. 9 - 10.

[55] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, ss. 10, 16f.。

工作时,有机法律制度的完全直观必然呈现在立法者面前,立法者通过人为的程序根据这种总体直观而塑成抽象的制定法规定。^[56]而在进行制定法的适用时,适用者就必须通过与上述程序相反的程序补充有机的关联。此种体系就是“有机体系”。

从萨维尼上面的论述中,对于此种“有机体系”,我们可以引申出三个结论。第一个结论是:法律体系并非制定法规定的集合。首先,法律体系并非集合。在萨维尼的理论中,“集合”是与“体系”相对的。他对此说明:“在罗马法中,乍一看来,多样性似乎只是偶然和任意的集合。但所有的民法是内在联系和统一地完全确定下来,这是通过任务的一致性,也就是市民相互间的法律关系而实现的。……我们的科学应当发现和描述这个体系,指出多样中的统一。”^[57]这很明显地借鉴了康德的观点:“一门科学的这种完备性不能通过对单由一些尝试所凑合起来的東西加以评估就放心地假定下来,因此它只有借助于先天知性知识的某种整体理念,并通过由此确定的对那些构成它的概念的划分,因而只有通过这些概念在一个系统中的关联,才是可能的。”知识“不只是一个偶然的集合,而成为了一个按照必然法则关联起来的系统。”^[58]

其次,在发现和描述法律体系的过程中,制定法只是“描述了具体的切面”,它的形式抽象,不能完全体现法律体系的有机性。因此,之中抽象规则乃至制定法本身的建构就必须以整体直观作为深层基础。制定法的规定只是法律体系的一部分,而非法律体系的全部。^[59]

另外,在法律体系的构成中,除了抽象的规定以及蕴含于其中的概念之外,还包括其他一些东西。在“法律规定”之外,萨维尼也使用了“规则”、“法律规则”、“普遍规则”、“制定法规定”等语词,在体系构成的意义上,这些词语的含义是一样的。^[60]除此之外,萨维尼还使用了“基本原理”这个语词,这种基本原理原则可能可以直接应用,也可能不可以直接应用。^[61]而且,萨维尼认为,“最普遍的原则”,例如“诚实生活、不害他人、各得其所”,并非法律规则,毋宁是作为法律规则基础的道德规范。^[62]并且,萨维尼还使用了“准则”这个语词。^[63]拉伦茨更为精确地指出,“准则”或者是“法条形式的原则”与“原则”或者是“开放式原则”之间存在区别,它们具有不同的一般性,前者已经凝聚成可以直接使用的规则,它不仅是法律理由,毋宁已经是法律本身,居于开放式原则以及具有不太严格的构成要件的法规范之间。^[64]据此,我们可以得出结论,在萨维尼的眼中,法律体系不仅仅包含规定。这样,法律体系就不仅仅由制定法规定所构成,萨维尼主张,法的体系性不仅仅表现为其具备逻辑

[56] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, ss. 43-44.

[57] Aldo Mazzacane (hrsg.), *Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristischen Methodologie, 1802-1842*, (Frankfurt: Vittorio Klostermann Verlag, 1993), s. 148.

[58] [德]康德:《纯粹理性批判》,第60、508页。

[59] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, s. 44.

[60] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 5 (Berlin: Bei Deit und Comp., 1841), ss. 511, 513, 521, 522.;对此请参见 Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches*, s. 34f.。萨维尼对“规则”这个语词的使用,例如 Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, ss. 44, 260;其对“法律规则”这个语词的使用,例如 Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, s. 36;其对“普遍规则”这个语词的使用,例 Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 第47页注c,第219页注b。

[61] 参见 Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, s. 28.

[62] Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, s. 407f.

[63] 参见 Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 第219页注c; Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, s. 511f.

[64] Larenz-Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 308; [德]拉伦茨:《法学方法论》,第353页;请参见 Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches*, s. 36.

性,而且还表现在法律规则之间的内在联系,这些在法的基本理念和原则中具有共同的根基,法律体系具备一种有机性。

第二个结论是:在此种体系观下,规则建构、适用以及科学理论工作本质上是同一的。规则建构需要在法律关系的总体直观的基础上进行抽象,从而使得掌握有机联系的直观形成抽象的规则,这是立法者的工作;而对于规则的适用而言,适用者需要对抽象的规则补充被抽象掉的有机联系,从而能够以整个直观作为规则适用的基础;而科学工作则是将立法者抽取掉的有机联系得以再现,这方面类似于规则适用者,但两者的目的并不相同。这三种工作的过程在本质上都需要在“直观”与“建构”之间往返流转。萨维尼在其纲领性文献中对罗马法学家赞誉道:“如果他们裁判一个案件,他们就会以对其进行最为生机勃勃的直观作为出发点,全部的关系在我们眼前逐渐产生和改变。这个案件似乎是整个科学的出发点,整个科学从这里开始而被创造出来。他们的理论和实践是统一的,他们的理论是形成来即刻加以适用的,他们的实践则因为科学的处理而全然升华。在任何一个基本原则中,他们都会看到其在案件中的适用,而在任何一个案件中,他们也同时会看到规则;其从一般到特殊,再反过来由特殊到一般的游刃有余中,他们的精纯技艺是无可否认的。”^[65]

在这段引文中,萨维尼对于罗马法学家赞誉有加,因为在他们那里,规则适用、规则建构以及科学工作三者是统一的,而之后在法律关系的理论下,三者的统一取得了一个现实的基础。由此,萨维尼在一封信件中写道:“规则和规则适用在基础上是同一个。”^[66]他甚至认为,他的方法就是真正的实践方法,因为不可能获得关于规则的完整资料,因此应当学会的是发现规则的方法,而非规则本身,这就是把握规则的纷繁多样性的唯一可能方式。^[67]在这种思考之下,理论和实践也得到了统一,萨维尼由此在法律关系和法律制度的论述之后写道:“如果在法学中,理论和实践经常是脱节的,甚至是互相对立的,那么这毫无价值。”虽然理论和实践之间存在不同,但它们思维的取向以及形成具有共同点,而只有将上述理论和实践的统一性牢记心中的人才能取得有价值的成果。^[68]

第三个结论是:萨维尼的法律关系理论使得法律体系具备“独立性”的同时,还具有一种“开放性”。如上文所述,法律关系以及与其密切相关的法律制度使得法律体系得以形成,这样,法体系就成为一个自我生成、自我发展的有机体,法体系不同于道德体系以及其他体系,其他体系内的任何信息在法律领域内都必须经过法体系本身的“基因解码”,这就是一种“自创生系统”。这一点在萨维尼后期的类推理论中得到了非常明显的体现。但同时,萨维尼非常强调法律关系与生活关系之间的密切联系,法律关系中的各个组成部分、法律关系和法律制度之间存在有机的联系,法律和生活总是具有一种连续性,而非断裂,因此他强调体系本身的发展,体系中的规则要不断地经过有机联系的补充,虽然法律体系外的信息要经过法律本身的“基因解码”,但是它却不是封闭的,而是时刻对于法律体系外的因素保持一种开放,保持对于生活的开放。^[69]对于理论研究者而言,“出色的理论者通过全部法律交

[65] Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, s. 30.

[66] Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre*, s. 278.

[67] 参见[德]吕克特:《弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:法律方法与法律现代性》,第10页。

[68] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, s. 11; 萨维尼之前也对此进行了强调, Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, “前言”,第XXI页。

[69] 同样的观点参见杨代雄:《萨维尼法学方法论中体系化方法》,载《法制与社会发展》2006年第6期,第28页。

往的完整彻底的直观而使得他的理论生机勃勃;实际生活的所有伦理宗教的、政治的、国民经济的关系都呈现于他的眼前。”^[70]这与温德沙伊德的言辞形成了鲜明的对比:“伦理方面、政治方面与国民经济方面的斟酌不是法学家的事情。”^[71]

五 萨维尼与概念法学的法学方法论

如前述,萨维尼认为法律关系具有有机性,对此予以掌握的方法就不能是逻辑方法,而是一种“有机的方法”,一种直观。而抽象的法律规则并不具备这种有机性,因此,解释的注重点就不能是制定法的文字表述,而是对于抽象的过程进行“反向还原”,结合生活现实而不断添加有机性,回复到法律制度上,并最终回复到具体的法律关系上。在这个过程中,制定法的基础(目的)以及类型思维就已经具备了一定的作用。而直观与建构两者存在密切的联系,从法律关系的直观过渡到体系的建构。在此种思考方式下的法体系就不仅仅是制定法规定的集合,而是具有一种自我塑形的特征,形成一种保持对生活开放的“自创生系统”。由此,规则适用、规则建构和科学工作,以及理论和实践就取得了统一。

乍一看来,萨维尼的这种体系思考以及在此思考之下的法律方法论与概念法学存在许多相同之处。概念法学的根本特征在于:“依照形式逻辑规则,以抽象的概念体系为基础建构一个法律体系,并且主张该法律体系具有逻辑自足性,任何一个案件事实都可以通过单纯的逻辑涵摄获得裁判,法官只是适用法律的‘机器’,整个法律适用过程如同数学计算,排除伦理价值考量与社会现实关照等非法律因素。”^[72]而萨维尼虽然主张注重有机联系,但是如何在具体的裁判中实现“反向还原”却不是特别清晰,只能说他具备了类型思维的一些“因子”。这使得直观和法律关系、法律制度之间,逻辑和法律规则、法律概念之间,就存在一个严格的对应关系,从而导致概念法学对法通过纯粹的形式逻辑加以掌握的方式。同时,萨维尼的有机方法必然预设了具有有机本质的对象的存在,而纯粹技术性概念并不享有这种有机本质观点的假定,因此,对于这些概念而言,因其不包含任何有机的联系,对于它们的“有机”的把握实际上就只能逻辑的形式。^[73]普赫塔将这种方法普遍化,以逻辑方法代替了所有法律方法,为超过一个世纪的占主流的法律“形式主义”铺平了道路。^[74]这时,法律体系本身也同样具有萨维尼所强调的独立性,但这种独立已经没有了开放,法学疏离于社会、道德和政治的现实。法律体系内部也会有新的法条的产生,但这并非基于任何实践生活需要,而只是由于“法律结论和必要性”,它们存在,因为它们“不能不存在”。^[75]

但是萨维尼的体系观和法律方法以及概念法学的体系观和法律方法之间毕竟还存在许多区别。虽然萨维尼强调了法律体系的独立性,但他仍然强调体系的对于生活的开放,这主要是通过法律关系以及与法律关系密切相关的法律制度的直观达成。法律体系因为法律关系的有机性从而也具有一种“有机性”,在此之中,法律关系、法律规则、法律制度具

[70] Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, “前言”,第XXI页。

[71] 转引自[德]雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,第6页。

[72] 杨代雄:《萨维尼法学方法论中体系化方法》,第28页。

[73] Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, s. 68.

[74] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 26.

[75] 这是耶林的观点,对此请参见 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 27f.

有内在的关联性,且与生活之间也是连续的,因此,它并不能仅仅通过“定义和区分”这种逻辑的方式而达成,^[76]而必须通过将直观“凝聚”为概念从而使直观通过概念而得以展现这种方式来完成,同时指出了概念和逻辑的界限。这种体系中的概念也蕴含了黑格尔哲学意义上的“具体概念”的因子;其体系的构成也并非仅仅是抽象的概念和规则。但是,概念法学则将“有机联系”改变为“逻辑联系”,力图建构一种与生活分离开的“概念金字塔”,而最高的概念就是康德的自由概念。^[77]由此,体系就成为一种封闭的体系,对于未知法条的认识只是根据逻辑关联来进行,而不需要考虑生活。体系中的概念就是一种“抽象概念”,完全与生活脱离开,而只是“智性的存在”;体系也完全是由概念和规则来构成。^[78]可以看出,两者的体系观是完全不同的。拉伦茨认为,体系可以两种方式获得:一是用内在于多样性之中的有机体统一,来说明多样性的意义整体,所有体系成分环绕着一个中心成分,如萨维尼的体系观;二是抽除特殊性的抽象普遍概念方式,概念体系根据形式逻辑构成金字塔,从下向上,各层渐渐失去了素材内容,但获得了更高的抽象度,在顶端是最普遍的概念,所有其他概念都可涵摄于其下,这以普赫塔为代表。^[79]概念建构本身无可非议,这本身就是现代教义学的优点,但是其概念建构却超过了合理的界限,成为法律体系以及法律适用中唯一存在的东西。^[80]

概念法学继承了理性法的体系建构方法,从最高公理出发,自上而下层层推导。^[81]萨维尼恰恰反对理性法的这种体系建构方式,而是将法与法律关系所体现的现实联系起来。但是概念法学却将法律从法律关系的现实中脱离出来,放弃了“有机法律关系或制度”的概念,认为只要通过抽象的概念构成就可以完成法律体系的建构。这种体系观的不同自然会导致法律方法的差异。由于萨维尼的有机体系观,他就认为在法律适用时,必须不断地补充进被抽象掉的有机关联;在这个过程中,目的因素也会发生一定的作用,尤其是在存在法律漏洞的情形中;法律实践就不再是一种机械性的和单纯逻辑的过程,而是一个创造性的过程。而以普赫塔为代表的概念法学则以概念间的逻辑关联作为推导的唯一工具,只要下位概念能涵摄于上位概念之下,所有对上位概念的陈述就都适用于下位概念,根据“概念谱系”来进行法律适用,在这种方式中,由于从上位概念推导出的内容会多于开始时由下向上的推导,这就被利益法学派批评作为一种“倒置方法”;^[82]法学中不存在漏洞,因为体系是完整的,只有制定法中才会存在漏洞,这时,就必须根据“概念金字塔”之中的逻辑关联来进行弥补;判断法条不是根据法条的目的和功能,而只是它们在金字塔中的层级,目的因素在这里并无作用;法律适用由此成为一个单纯逻辑的过程。^[83]

[76] 参见 Aldo Mazzacane (hrsg.), *Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristischen Methodologie, 1802 - 1842*, ss. 100f., 148f.

[77] 概念法学因此就具备超实证基础而非完全意义上的实证主义。对此,请参见 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 24; 也请参见 [德] 克莱因海尔、施罗德:《九百年来德意志及欧洲法学家》,第 336 页:“如果人们对普赫塔唯心主义的理论基础加以考虑的话,就会发现这种过程还是具有其内在合理性的。”

[78] 参见 [德] 维亚克尔:《近代私法史》,第 388 页; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 22。

[79] Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 20f.

[80] 关于此观点,参见 [德] 克莱因海尔、施罗德:《九百年来德意志及欧洲法学家》,第 337 页。

[81] 参见 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 25; [德] 维亚克尔:《近代私法史》,第 387 页。

[82] 参见 [德] 克莱因海尔、施罗德:《九百年来德意志及欧洲法学家》,第 336、337 页; [德] 维亚克尔:《近代私法史》,第 387 页。

[83] 参见 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 22f.

萨维尼的有机体系观与当代以拉伦茨为代表的评价法学的体系观存在很多的相似之处。拉伦茨指出,体系可以区分为外部体系,即抽象概念式的体系,以及内部体系,即有机的体系;作为外部体系手段的法律上的“构想”运用之中,评价观点必然对此会产生影响;在内部体系中,法律原则对于形成体系具有重要的意义;抽象概念需要以类型作为补充。^[84] 这些思想在萨维尼那里已经具有了并未发育完全的“胚胎”形式。^[85] 由于概念法学体系观的支配性影响,萨维尼的有机体系观对于19世纪的德国法学并没有产生太大的影响,但德国法学经过了利益法学、社会法学等各种法学流派的洗礼之后,萨维尼的有机体系观却在拉伦茨的评价法学体系观那里找到了发育完全的“成体”,这不得不让我们默思,难道黑格尔所言的“理性的狡计”又发挥了它的作用?!

[Abstract] Owing to the abandonment of the statutory positivism upheld earlier, Savigny's views relating to the object, goal and method of interpretations differ obviously from his early explanations. With regard to the process of applying law, it should be a process of "reverse restoration to the original", which may be realized by "concrete concepts" or "types" working as an intermediary. Intuition always has a close relation with construction in the philosophy, they, therefore, are linked together in Savigny's theory. As a result, legal system is an organic and open system which is not merely an aggregation of statutory rules. Legislation, application of law and legal study serve as an integrated process of intuition-construction-intuition. Accordingly, Savigny's view about legal method is greatly different from Begriffs' jurisprudence.

(责任编辑:支振锋)

[84] 参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,第320、337、348页。

[85] 同样的观点,请参见杨代雄:《萨维尼法学方法论中体系化方法》,第29页以下;关于“内部体系”在萨维尼理论中的“因子”,也请参见[德]马廷内克:《弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼》,田士永译,载《法哲学与法社会学论丛》第9期(北京大学出版社2006年版),第287页,马廷内克认为萨维尼已经了解到法学的任务也是“将法学固有各项制度结合形成内部体系”。