

德国法教义学的结构与演变

陈 辉

内容提要:德国法教义学的基本构造是一个基于“否定禁令”的前提以及一套以此为基础的推理和检验体系。潘德克顿学派建构的“科学面向的法教义学”通过“否定禁令”和“概念体系”的结构为获得法律的普遍和确定的“真理”提供了可能性,但是这种以罗马法为基础建立起来的法律形式主义体系不能满足生活、社会发展及变化的现实;“经验、实践面向的法教义学”通过目的、价值和利益为基础建构的“行为体系”能够适应现实需求,但是将法律的普遍和确定性陷入相对性的困境中;通过揭示“演绎—体系”和“归纳—实用”的“诠释学循环”结构,我们可以实现两种法教义学的沟通与合作。

关键词:法教义学 “否定禁令” “演绎—体系”模式 “归纳—实用”模式

陈辉,南京师范大学法学院讲师。

一 前 言

无论是从持续的时间、影响的范围,还是涉及的问题视角观察,法教义学和社科学之争在学界都堪称重大问题。法教义学这个概念,在争论中从相对陌生到为中国学界普遍熟悉和接受。经过这场争论,法教义学是什么,法教义学的特征和功能是什么,似乎已经成为学界常识。但是对于法学何以成为教义学式的,如何成为教义学的这样一个并非无关紧要的问题,依然有待深入探索和研究。^[1]

本文拟以德国法教义学的演变为视角,从中分析法教义学的生成、演变以及为何演变、如何演变,进而揭示法教义学的价值以及可能存在的问题。从德国法教义学的视角展

[1] 近几年关于法教义学的文献包括雷磊:《法教义学的基本立场》,《中外法学》2015年第1期,第198-223页;凌斌:《什么是法教义学:一个法哲学的追问》,《中外法学》2015年第1期,第224-244页;尤陈俊:《不在场的在场:社科学与法教义学之争的背后》,《光明日报》2014年8月13日,第16版;谢海定:《法学研究中的分化与合作》,《法商研究》2014年第5期,第87-94页。更早的法教义学方面的论文还有焦宝乾于2006年在《法商研究》第4期发表的《法教义学的观念及其演变》,武秀英、焦宝乾2006年发表于《河北法学》第10期的《法教义学基本问题初探》以及白斌2010年发表于《环球法律评论》第3期的《论法教义学:源流、特征及其功能》,等等。

开论述的原因和正当性有二:其一,德国法教义学对于法教义学一般理论的形成和发展具有重要贡献,可以说我们现在关于法教义学的一般概念和立场都来源于德国,对法教义学做一个谱系学的考察,有助于发掘法教义学的价值;其二,德国的法教义学经历的演变正是法教义学理论自身危机的体现,通过对这个演变和其中危机的考察,我们能够对法教义学存在的问题以及可能的解决方案有一个了解和尝试。

二 法学如何科学? ——“演绎一体系”模式法教义学及其问题

(一)法教义学作为解决法律确定性和普遍性问题的选择

“我们就会看到正义植根于世界上的一切国家和一切时代,而不会看到所有的正义或不正义的东西都在随着气候的变化而改变其性质。纬度高三度就颠倒一切法理,一条子午线就决定真理;根本大法用不到几年就改变;权利也有自己的时代……以一条河流划界是多么滑稽的正义!在比利牛斯山的这边是真理的,到了那一边就是错误的。”^{〔2〕}帕斯卡尔(Pascal)的描述将法律的尴尬展现得一览无余:我们不得不承认,法律长期以来一直处于普遍性与确定性困境中。而法学家们的重要工作之一就是摆脱这种困境。

法律给我们确定性和普遍性,但是法律本身的这种确定性和普遍性从何而来?自然法理论曾经长期作为我们解决法律的确定性与普遍性问题的寄托。然而几经变迁的自然法终于没有给我们带来曙光,几乎已成为镜中月水中花。继之而起的是法教义学的努力。

符合逻辑的问题是,为什么法学走上了教义学之路?我们说过所谓法律的确定性和普遍性问题的焦点在于法律和正义的确定性和普遍性问题。要解决这两个问题有两种方式——发现一种客观的结构或者主观创造一种结构。在法学领域,我们或者通过科学的方式发现法律和正义客观化结构,或者通过权威、权力主观构建一种确定和普遍的结构赋予法律和正义。科学和权威两种方式就是我们解决法律的确定性和普遍性问题的两种出路。但实际上法学很难选择主观的建构——权威来解决问题。理由如下:首先,权威本身的不稳定结构。权威可能通过习俗、宗教、个人魅力等得到确立,它的确定性依赖于习俗、宗教个人魅力的确定性,而习俗、宗教和个人魅力的确定性本身也具有严重的依赖性和条件限制;其次,通过权威来解决普遍性问题本身就是个难题。无论是通过习俗还是宗教、个人魅力,一种普遍权威的获得总是有天然的局限。相反,一种客观、真理式的法律、正义却能很好解决确定性与普遍性的问题。因此,对一种科学化的法学的需求就似乎是必然。问题在于,如何科学化呢?

与自然科学相对,法学面临窘境:自然科学的追求在于对自然现象(譬如动植物、天

〔2〕 [法]帕斯卡尔著:《思想录》,何兆武译,商务印书馆1986年版,第137页。

体等)的本质和力量的法则的寻求,在寻求的过程中真理的发现逐渐趋于完善。自然科学研究对象的确定性和真理的永恒性让人迷恋:日月星辰在今天如同几千年以前一样闪耀,现在的玫瑰花盛开时和伊甸园里的玫瑰没有区别。而当我们回首实证法历史时,我们遇到的是帕斯卡尔式的苦恼和困境。数千年以来,人们也试图像自然科学一样研究法律,人们试图将同样的信念寄托于法律,坚信与任何自然科学的对象一样,法学的研究对象是自然法,一种独立于人的意志之外的客观、永恒的法律,就像任何自然物一样。^[3]然而,自然法,这个人们寄予如此厚望的东西,这个“绝代佳人”,却如镜花水月,或如彼岸之花。自然法理论几经变迁,自然法却始终隔着面纱,难以让人一睹真颜。如此,我们必须走一条与自然科学的道路不同的路径。而教义学作为一种可能的科学化路径就呈现在我们面前。

教义和教义学发展的谱系可以追溯到古希腊,教义和教义学的观念早在古希腊的医学和法学领域中就开始形成和发展。^[4]赫博格(Herberger)考证发现,教义这个概念最早出现在古希腊医学领域并且被哲学所接受。柏拉图根据医学领域的经验认为“教义”是以经验为基础的“技艺”的组成部分。医生根据这些从经验中积累而来的“技艺”从事医疗活动,而这些“技艺”本身并未得到真理性证实。^[5]这与亚里士多德将“教义”看作关于被观察到的规律性的可能性定理(warscheinlicher Satz)基本一致。^[6]诸“教义”之间并不是没有关联,它们相互关联在一起并构成一种学说,即教义学。诸“教义”的相互关联及其学说在“Nomos”中可以归纳出:“教义”具有“权威学说”的意义。^[7]因此,可以说,在古希腊教义本身并不是真理的体现,而是一种经验获得的意见。教义逐渐与权威的概念联系起来,成为一种权威性意见,从而获得约束力。在古罗马,西塞罗、菲洛和塞涅卡基本上沿袭了古希腊的教义和教义学的概念。

盖伦对教义和教义学观念进行了根本改造,他通过对教义的这种可能性定理进行证伪,由此建构一种科学的教义和学说。盖伦还通过一种所谓的还原—归纳式科学规划(reduktiv—induktiv Wissenschaftskonzept)来为最终获得一种真理、公理式的教义及其理论而努力。^[8]自此,教义学的三种发展路径就呈现了出来:第一,教义及教义学是一种通过经验归纳而来的技艺,这是一种没有证实的“可能性定理”;第二,这种经验归纳而来的“可能性定理”可以通过一个权威赋予其相当于真理的地位;第三,将通过经验而来的技艺以科学化改造为科学真理。

盖伦以后,教义和教义学的发展就朝着这三个路径展开。然而在各个时代则各有其

[3] 参见[德]J·H·冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》,赵阳译,《比较法研究》2004年第1期,第141-142页。

[4] 自古希腊以来教义学的发展史,详细可参见 Maximilian Herberger, *Dogmatik, zur Geschichte von Begriff und Method in Medizin und Jurisprudenz*, 1981. 以及 Fanz Horak, *Dogma und Dogmatik, zur Genese und Entwicklung eines Begriffs in der Wissenschaftsgeschichte, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romannistische Abteilung*, CI1984。

[5] Vgl. Maximilian Herberger, *Dogmatik, zur Geschichte von Begriff und Method in Medizin und Jurisprudenz*, 1981, S6.

[6] a. a. O., S. 27.

[7] a. a. O., S. 9-10.

[8] 关于古罗马教义和教义学的详细分析和论述,参见 a. a. O., S. 46-116。

侧重。在中世纪宗教占据统治地位,通过上帝的权威而获得真理地位的教义和教义学占据主流——我们因为信仰而相信教义为真。有学者认为将“Dogmatik”译成“教义学”,就缘于此。显然,这种教义学路径在法学领域是不合适的,因为首先法学领域中没有上帝这种神圣性的权威;^[9]其次法学不应该成为一种意识形态,“从其实践的任务看来,法教义学的意识形态化始终是其衰退的一个确定的标志”。^[10]文艺复兴和启蒙运动以来宗教逐渐衰微,“科学主义”兴起,尤其是自培根与笛卡尔建立新的科学标准以来,科学化的浪潮迅速席卷各个领域,包括教义学。18、19世纪在德国占据统治地位的是沃尔夫和康德的科学观。^[11]在这样的历史背景下,德国法学开始了其法教义学的建构,试图为法学解决法律的确定性和普遍性问题而努力。

(二)“科学主义”理念下法教义学的构建

德国法学在科学理念的指导下开始了其发展和建构的历程。在这个过程中,沃尔夫、康德哲学影响深远。耶林曾总结说:“促使近代法学开展的推动性思想,就是一种追求、一种在法学领域上对于科学的渴望,亦即要奋力争得一个不受外在规章(Satzung)、时空变幻所影响的领域”。^[12]基尔希曼也曾断言:“和其他任何一门科学一样,法学的任务也是理解它的研究对象,找出其中的法则,创造出概念,厘清不同现象之间的渊源关系和相互关联,最终将这些认识归结为一个简单的体系。”^[13]在维亚克尔看来,近代德国科学特征可以概括如下:(1)古老学科的所有单个知识,从现在起必须作为一个深思熟虑的总体知识的有机关联的部分来认识和看待。(2)将古老学科,例如自然学科、历史和法学提升为真正的科学,需要通过形式的“逻辑媒介”,即借助一个内在体系的逻辑操作和奠基,将纯粹实证的原材料组织为相互关联的知识整体。(3)一个如此理解的法学自身是(“实证法的”)哲学;该法律科学,合逻辑地把一门将历史和实证的原材料排除在外的普遍的法律哲学,例如自然法作为伦理的普遍理论和一个法律的政治理论,变成为不必要的。^[14]那么,在这样一种科学理念之下,法教义学是如何得到发展的呢?

我们可以将从萨维尼开始到耶林转向之前的法教义学构建的方向和努力,称为科学面向的法教义学。在这个阶段对法教义学作出重要贡献的是萨维尼为代表的历史法学派和以普赫塔、温德沙伊德(Windscheid)、耶林为代表的潘德克顿学派。德国法教义学的发

[9] 中世纪通过上帝的权威将信仰的力量传递给法律,使人们在信仰法律从而遵守、实现法律方面获得的重要的成果甚至超过了今天科学路径下的法学。美国法学家伯尔曼专门探讨过法律与信仰的问题,甚至激烈地宣称“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”。显然,如果法律能够被信仰,问题简单多了,我们对此表示赞同。然而,在今天宗教意识形态普遍衰退的前提下,这种主张还有多少现实可能性实在值得怀疑。

[10] Wieacker, F., *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in: R. Bubner et al. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Georg Gadamer*, Bd. II, 1970, S. 321.

[11] 对于这个问题的详细阐述可以参见 Jan Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, 1979.

[12] [德]冯·耶林:《法学是一门科学吗(上)》,李君韬译,《比较法研究》2008年第1期,第157页。

[13] 参见[德]J·H·冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》,赵阳译,《比较法研究》2004年第1期,第140页。

[14] Vgl. Wieacker, F., *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in: R. Bubner et al. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Georg Gadamer*, Bd. II, 1970, S. 314 - 315.

展是以对罗马法的全盘接受为前提的,萨维尼的《现代罗马法体系》以及整个潘德克顿学派(包括耶林在内)都以研究罗马法闻名于世,潘德克顿学派最重大的贡献就在于挖掘罗马法的价值——将罗马法材料抽象、概念化并形成体系。^[15] 潘德克顿学派从罗马法法源提取材料(Stoff)并将这些材料系统化,这也被认为是19世纪“潘德克顿学派”的巨大功绩。^[16] 我们可以总结说,罗马法就是德国法教义学的起点,整个科学面向的法教义学就是以罗马法为起点展开其科学化进程的。

萨维尼站在历史法学派的视角建构了他的法教义学。关键的问题在于,他是如何解决实证法的变幻不定以及权力依赖问题,走向一种法律真理的呢?萨维尼通过习惯法来解决实证法的稳定性和真理问题。他认为所有法律的最初源泉并不是实证法、制定法,而是民族的共同信念、“民族精神”。我们获得共同信念、“民族精神”的方式不是逻辑推论,而是感受和直观。从这种感受和直观中法学家获得典型的生活关系并建构出法律制度。因此,在萨维尼看来,并不是先有法律规则然后通过规则集成成制度。而是相反:我们先有法律制度的整体直观(Totalanschauung),然后从这个整体直观中将各个法律规则抽象出来。这样,当我们对制定法进行解释时,要注意立法首先表达的是一个整体,而这个整体只有在体系中是可见的。因此我们不仅要通过逻辑的、语法的和历史的解释了解制定法各法律规则的意思,更重要的在于把握文本的整体涵义。而通过体系的研究和解释可以达到这个目标。^[17] 我们可以看到,萨维尼试图通过习惯法、“民族精神”构建法律制度整体、体系,确实能够解决法律确定性和权力依赖的问题;然而正如拉伦茨所说,萨维尼并没有成功的解释如何从制度的“直观”到“规则的抽象形式”,然后又回到最初直观的可能性。^[18] 因此,萨维尼的法教义学体系并不算成功。

普赫塔在萨维尼体系概念的基础上进行了一种彻底的形式化建构。依照萨维尼的观点,构成国家法律的各个法律语句,在一种有机的相互联系中存在。而这种有机关联根源于民族精神,因此把握法条的关键在于把握民族精神。但普赫塔将对法条之间的有机关联转化为概念的逻辑关联,由此法律科学的任务就变成了一种谱系学的考察:通过形式逻辑的涵摄和演绎向上追溯至法条的原则并且从原则下降到法条最远的支脉上。普赫塔认为,通过参与他构建的所有中间环节,能够向上和向下追踪每一个概念的起源;通过这样的“概念阶梯”,人们获得其“成体系的认识”。然而,法条何以能够通过这种“概念阶梯”式的演绎得以认识呢?普赫塔认为,每一个较高一层概念具有特定的思维内涵(例如主观权利的概念就是一个对对象的权力),当较低的概念涵摄于较高的概念之下时,所有较高概念的内涵都对较低概念“必然地”适用。由此“概念的谱系学”意味着:最高概念通过其内涵决定所有由其推导出来的较低概念。但是,最高概念的内涵从哪里来?普赫塔认

[15] 关于德国全盘继受罗马法以及历史法学派和潘德克顿学派对罗马法的贡献,详细参见[德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史——以德意志的发展为重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联出版社2006年版。

[16] Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6Auffl. 1991, S. 19 – 24.

[17] a. a. O., S. 11 – 18.

[18] a. a. O., S. 15.

因为它来源于法哲学。这样一来,普赫塔意义上的法哲学体系的先验性现在更接近康德意义上的自由概念。普赫塔似乎将概念金字塔的顶端系在伦理的天空,然后一路下到最底层的法律概念。但是,在这个过程中最初概念的伦理内涵不断被冲淡直到隐去不见。各个法律语句的特殊目的及其在法律制度中的功能不再被考虑,唯一对它的判断是应该将它放在金字塔的哪一层。自此,形式的概念体系得以形成。自普赫塔开始的潘德克顿学派,在超过一个世纪的时间里占据统治地位。《德国民法典》的主要缔造者温德沙伊德就是这个潘德克顿学派中的重要成员,《德国民法典》可以说就是潘德克顿学派的产物。^[19]

这种彻底的法律形式主义的概念—逻辑体系取向的概念法学,其重大意义在于,它彻底解决了实证法的变幻不定和权力依赖问题。可以说法律本身通过这个概念—体系的构造获得了确定、真理的意义。必须补充的是,天才法学家耶林针对概念法学本身只能对现有法律材料进行分析、抽象和体系化的不足的问题,提出了“生产性”(produktiv)的法教义学的体系。在他看来,那种只能对法律材料提出解释、厘清矛盾的法教义学属于“较低层次法学”;而能够使法律材料摆脱命令形式,展现为“法学身体”(juristische Körper,即法律概念与制度)的生产性法教义学被称为“较高层次法学”。在这个层次上就可以考察“法学身体”(亦即法律概念、制度)的生成、演化和毁灭等等。因此分析、逻辑体系化的方式只属于“较低层次法学”的方法,而“建构”(Konstruktion)的方式则是“较高层次法学”的方法。所谓“建构”,就是在分析、逻辑抽象的基础上进行进一步的自由塑造。当然这个“建构”过程要依循“涵盖实证材料”、“无矛盾律”与“法学完美性”的法则。耶林在此使用的就是所谓的“自然史方法”(naturhistorischen Methode)。^[20] 法律形式主义的概念法学因而达到顶峰。

(三)“演绎—体系”模式:法教义学的构造和功能

我们可以说,从萨维尼开始,经普赫塔、耶林、温德沙伊德等潘德克顿学派法学家的努力,德国法学在解决法律的确定性和普遍性问题上获得了重要的成果。从萨维尼对法律体系、历史的强调开始,对后自然法时代实证法的不确定性、权力依赖甚至由此导致的正义的不确定性问题的解决曙光显现;由普赫塔以及整个潘德克顿学派,在罗马法材料的基础上构建的整个形式化的科学体系,则可以说彻底解决了科学化的问题:通过一套分类的概念、抽象—普遍的逻辑体系,一个“金字塔式”的概念体系将后自然法时代实证法的变幻不定和权力依赖问题彻底解决。我们甚至可以对法律进行数学式的演绎,再加上耶林

[19] 关于潘德克顿学派及其对德国民法典的影响,可以参见[德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史——以德意志的发展为重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联出版社2006年版。

[20] 耶林的“建构”法学,确实是一种颇为有新意而难解的理论。这种所谓的“自然史方法”似乎将法律作为一个有生命的自然物(“法学身体”)来对待。而耶林选择的这些原则如何在建构过程中进行把握,实在是一个难题。因此维亚克尔会说“实际上耶林的建构法学(普赫塔开其端)通过凭借想象力自由选定的建构要素(耶林的“较高层次法学”)跳来自公理和概念的纯粹演绎”。参见Wieacker, F., *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in: R. Bubner et al. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Georg Gadamer*, Bd. II, 1970, S. 323。关于生产性法教义学的更详细阐述参见Rudolf v. Jhering, *Geist der Römischen auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 以及Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6Aufl. 1991, S. 24-27。对耶林的生产性法教义学思维的把握,在此要感谢与专门从事罗马法和耶林研究的李君韬博士的交流。

天才的“建构法学”对“生产性”问题的解决,法学确如韦伯所说走到了形式理性的巅峰。^[21]

需要总结的是,科学面向的法教义学建立了一种怎样的结构呢?我们可以概括如下:

第一,否定禁令(Negationsverboten):论证链(Argumentationsketten)起点的不可否定性(Nichtnegierbarkeit),亦即教义学论证链的这些出发点避开批判。^[22]更确切地说,就是整个教义学的论证过程以教义学预设为真理的基础为根据。这是教义学概念最重要的一个结构特征:我们必须预设真理的起点,以此为基础型构整个教义学体系。因此在教义学那里自由思想者遇到了障碍。教义学在最普遍的意义就是:教义是恒定不变的权威的出发点,它是文本或者文本的理解,是无需回溯到某个地方因此是自身具有权威的基本原则的判断。^[23]当然,只从一个“否定禁令”出发是达不到科学性的,这必然要求法教义学的其他结构特征。德国法教义学构建其理论体系的起点就是以预设为真理的罗马法为基础。^[24]

第二,“概念—形式—体系”的结构。并不是所有的规范文本都是真理,都是教义学论证预设为真理的起点。教义学自身必须有一套识别和检验那个起点以及维系整个论证的真理性的标准和结构。法律材料的教义化要求体系建构:从自己的操作程序出发,获得法律适用和法律构建的自我检验(Selbstkontrolle)和正确性保障,这样的自治要求只有在在一个对外封闭的概念——逻辑体系中才能实现。^[25]

教义学既不是从历史上存在的教义中,也不是从现实经验中获得其效力的。教义学工作的这种特性使得逻辑成了法学方法的主要工具。它解决与历史的或者政治学的讨论的问题相对的所谓“纯粹的法律问题”。由此一个法律制度的历史和社会目的也被认为是“超然于概念之外”,它在实证主义的教义学观念中被认为属于“超越法学的”(meta-juristisch)。教义学仅仅能够根据最初的教义内容的“理性”发挥作用。这个最初的教义内容并不是来自于思辨(Spekulation),而是来自于得到证明的经验并且转换为一个概念体系。但是该内容必然也被新得到证明的经验补充和修改。教义学思维比较奇特的是:

[21] 在埃塞尔看来自萨维尼以来的科学面向的法教义学建构的意义是重大的:通过萨维尼历史法学对现代体系的丰富成果,民法教义学得到了解放。在19世纪80年代教义学变得如此自足(autark),耶林甚至能够欢呼:法学已经发现了法律世界所有的基本形式或者基本类型并且所有今后的活动都在其中进行。这样的教义学法学不再使自己通过历史而处于困境中。这样一个学科的目的是什么?它是关于思维和判决方式的自治(Autonomie),它应该确保不受直接的政治权威和现实公众舆论的干扰并且使法官的现代地位成为可能。这在欧洲通过法学家阶层的广泛职业化和一个对这个有约束力的思维和概念世界的构建(在这里“制定法和法的统治”能够理解为在社会和政治方面中立的并且由此是稳定的)得到贯彻。参见 Josef Esser, *Möglichkeit und Grenz des dogmatischen Denkens in modernen Zivilrecht*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 172 (1972), S. 98.

[22] Vgl. Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 16.

[23] Vgl. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 1970, S. 88.

[24] 需要说明的是,德国法教义学将罗马法预设为真理并不是说就此不会对罗马法做任何修正,而是以罗马法作为真理的起点,通过形式化、体系化的检验、修正,从而达到最终的真理。实际上潘德克顿学派也正是在形式化、体系化的过程中对罗马法的许多规则做了修正,而这些则正是德国法教义学的贡献。

[25] Vgl. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 1970, S. 94.

它并不能够将这些新获得的经验作为自身认识源泉得以承认,而是仅仅作为其构建正确性思维过程的检验。正如历史要素在教义学的准入中最多是作为对矛盾或者不清晰解答的澄清而存在。^[26] 因此,教义学就必然采取概念—形式的结构方式。而体系思维与认识的关联并不是一开始就在教义学中建立起来的。体系思维 17 世纪初在与神学讨论确信问题、从与天文学和音乐学产生的信条主义(Konfessionalismus)的紧密关联中,在神学、哲学和法学中盛行——当偶然性和信念确信的核⼼问题在概念清晰的经院哲学讨论层面证实无法得到解答之后,体系思维首先作为授课技术整理的方法。这个偶然性的关联和确信保证的意图导致体系概念与认识问题的结合。体系被理解为整理和分类的手段并且因此作为认识的保证和基础。这个关联使体系思维参与到现代认识理论自治的获得,直到将“体系”理解为纯粹的规划、预设、篇章的建构、描述形式。^[27] 因此教义学的思维也导向法学中引人注目的趋势:所有与体系格格不入的标准都被作为次要的予以忽略,通过其帮助得到认识的真理作为正确理解的体系的效力予以发布。教义学的工作者力求获得其开端的真理性的证明。^[28]

法教义学的功能自然从相应的结构中产生。上述科学面向的法教义学的两个结构相应的功能如下:

第一,当我们从否定禁令的消极结果上看,康德的批判是成立的:教义学是对自身能力未先予以批判的纯粹理性的独断过程。然而,需要注意的是,教义学的这个结构特征仅仅从消极方面体现不出其价值。它的积极意义在于:当我们无法像自然科学那样有固定的自然对象作为达到真理的基础时,我们将一些经验积累的“技艺”预设为真理,在这个基础上展开科学研究是不得不然的。正如 Rothacker 已经证明的,教义学之路对于判决和行为科学来说完全是无法避免的。^[29] 我们可以断言,没有罗马法这个被德国法教义学预设为真理的起点,德国的法教义学根本无法起步,遑论获得如此巨大的成就。

因此,对于否定禁令,我们可以说:教义学的意义不在于将确定性固定下来,而在于使远离批判成为可能,在于思考基础和关系衡量诸层面的结构;法律材料(Rechtsstoff)通过这些结构得到检验和可应用性的整理。^[30] 对于否定禁令的结构来说,教义学的功能并不在于否定禁令,而仅仅是依赖于否定禁令;教义学的功能也不在于对思想的束缚,而是恰恰相反,它提高了经验和文本交流中的自由。教义学概念使一种接受成为可能,并且恰恰在这里社会预料到约束。这些发生的条件是:当教义学思维和解释将它的约束与“材料”(“Materialien”)(例如与规范或者神圣的文本或者上帝启示的内容)联系起来时,约束支配这些材料。而约束自身也能够服从于教义学解释,因此教义学能够从它的约束中推导

[26] a. a. O., S. 90.

[27] Vgl. Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 11 – 12.

[28] Vgl. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 1970, S. 91.

[29] 详细参见 Erich Rothacker, *Die Dogmatische Denkform in der Geisteswissenschaft, Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, Abhandlungen der geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse, Heft 1 – 8*.

[30] Vgl. Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 15 – 16.

出自由。^[31]

第二,一种“概念—形式—体系”的教义学结构具有如下功能:一是通过一种概念形式主义的教义学给法律带来可计算、可预测的理性主义。我们可以引用马克斯·韦伯的评价:“法律形式主义可以让法律机制像一种技术合理性的机器那样来运作,并且以此保证各个法利害关系者在行动自由上、尤其是对本身的目的行动的法律效果与机会加以理性计算这方面,拥有相对最大限度的活动空间”;^[32]二是一个“概念—形式—体系”的结构提供了法律领域的自治(Aotonomie),而无需再追溯至实质理性的层面;三是这样一种结构的法教义学一方面在于避免以后对已经得到理性解决的同一问题的不断重新论证,另一方面就是使一种自我检验以及选择性能的自动改善成为可能;^[33]四是教义学的概念体系结构将正义的理念与法律观念、原则和制度一体化。我们的法律思维通过两个东西共同起作用:正义和法律观念、原则以及制度。正义的理念作为抽象层面对法律的期待和要求,法律规则和制度作为具体的执行和操作准则。两者都共同对法律理论和实践发挥作用,并且二者之间经常有可能发生冲突。而通过教义学的体系化结构,这种情况得到了解决,正义作为法律体系统一性的完善与所有社会对法律的迫切要求相关,教义学描述了这个迫切要求被详细说明和操作的法律体系的内在层面。这样,正义和法律规范、制度就获得了统一。^[34]

(四)“演绎—体系”模式法教义学的问题

如果说科学面向的法教义学通过一套预设和检验体制来实现和追求法律的正义和真理的话,这套体系可能的破绽在于:这套体系预设为真理的罗马法是否切实可靠以及“概念—形式—体系”这一结构能否检验出预设真理的不可靠之处。事实证明,这套科学面向的法教义学和检验机制确实存在问题:罗马法并不永远有效,检验机制也有发现不了的问题——实践、生活对于法律的重要性。

1847年基尔希曼在柏林的“法学作为科学的无价值性”的演讲,惊醒了“科学主义”理念下的法教义学者们的美梦。法律形式主义的科学体系主要有以下问题:第一,法学作为科学没有价值,因为法学由于其偶然性和不完善性并不能使知识得以扩充。其所谓“立法者纠正三个字,所有藏书就变成废纸”,针对的就是法学的这种非科学性;第二,法律科学对于法律实践是无用的。法律科学以罗马法时期建构的法律语句和概念为基础,将当代所有法律实践的需求都塞进一个逻辑体系中。由于罗马法是一个高度发达的交易社会的法律,因此它与自由主义在一定程度上是契合的,这种情况很大程度上掩盖了工业

[31] a. a. O., S. 16.

[32] [德]马克斯·韦伯著:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第220-221页。

[33] Vgl. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 1970, S. 88.

[34] 阿列克西把教义学的功能总结为:稳定、进步、减负、技术、检验和启发六项主要功能,这与我们所说的“否定禁令”结构的功能和“概念—形式—体系”结构的第三项功能大致相当。详细参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第328-335页。

社会中经济和社会的转变以及相应的政治思想的转变带来的法律实践的需求。当概念法学以一套彻底形式化的体系彻底解决了后自然法时代法学科学化小时,新的问题却又接踵而来:这套形式化、抽象化的体系跟生活、实践脱离了关系^[35]。

在造就了概念法学的巅峰之后,耶林深切体会到了概念法学与生活的断裂,自1861年以“无名氏”署名发表《论当今法学》一文起,耶林的法律观点发生转向。耶林的新思想非常明确的体现在1864出版的《罗马法精神》第四卷中。在那里他明确指出,不仅法条,而且法律概念也是随着时间而变化的。因此,像通过寻找化学元素一样寻找法律概念,并且试图通过化学式化合的方式构建法律语句,或者试图给法律加上逻辑的光环,将法学作为“法律数学”来演绎,这些个疯狂的想法是不成熟的表现。套用耶林自己的话说:“生活不是概念,毋宁概念是由于生活而存在。不是逻辑而是生活、交易、法感预设要发生的事情”。^[36]

耶林以罗马法作为模型,在他看来“罗马人是在教义学中、在实践性的法律中,寻找并寻得了科学性——他们的科学是立足于生活之中,在现代法学里,情况则大有不同。”^[37]因此,耶林认为法教义学的正确方向就在于如何立足于生活建立科学性。而自耶林开始,目的法学、价值法学和利益法学的努力就是要实现科学与生活的统一,自此,一种与科学面向的法教义学方向不同的,经验、实践面向的法教义学的努力产生了。

三 法学如何适应生活? ——法教义学的重构与问题

(一) 经验、实践因素如何融入法教义学?

我们首先要注意的是,耶林在批判“演绎一体系”模式为基础构建所谓科学面向的法教义学时,并不是就此否定了概念体系的法教义学,更不是否定了教义学思维^[38]。而是试图对科学面向的法教义学问题加以解决,亦即在科学和生活之间构建一种交流和平衡。当然,要结合科学和生活,必须要从它们的分歧说起:法律形式主义的科学路径与生活的冲突在哪里?显而易见,当基尔希曼强调法学作为科学无价值时,当耶林强调“概念”与“生活”的距离的时候,我们其实看到了同一种东西:一套科学的体系固定下来的价值、理念与生活不一致,概念体系一直不变而生活在变。因此,要解决科学与生活的鸿沟,就要使概念适应于生活。这大概就是耶林所谓的“生活不是概念,而概念是由于生活而存在”

[35] 参见[德]J·H·冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》,赵阳译,《比较法研究》2004年第1期。以及Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6Aufl. 1991, S. 43。

[36] Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6Aufl. 1991, S. 44 - 45. 耶林对概念法学的批判和对一种面向生活的目的、价值、利益法学的强调,详细参见Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1885。

[37] [德]冯·耶林:《法学是一门科学吗(上)》,李君韬译,《比较法研究》2008年第1期,第156页。

[38] 卢曼对此做了经典的说明:从概念法学到目的法学、价值法学、利益法学的转变并不是反教义学及其体系的:“利益”这个词传递了转变的信号但是并未足以表达这个转变。利益法学反对概念法学而拥护社会学法学,它们之间的论战不允许被误解为是一种反对抽象化、概念化、教义学的论战。利益法学也依赖于教义学创造。它的目标是反对对法律问题进行一种自治(autonomen)概念的安排的僭越。参见Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 12。

的意指。但是如此以来,概念体系的科学性如何维护?法律、正义的真理如果随着生活而变化,还是真理吗?对于这个问题耶林在一定程度上采纳了历史主义的真理观来进行解决:“历史书写的真正任务在于,要在转变中寻找真理。……历史书写应该要使自己受到下面这项直观的指引:如同在自然中,真理是彼此并存而立,在历史中,真理就是先后而存。难道一出戏的第一幕,会因为接下去还有第二幕,就显得不那么正当、不那么有价值?历史发展的第一阶段,难道会因为还有第二阶段,就显得不那么必要、不那么真实?”^[39]但是,这种阶段性的法律真理又该如何把握呢,标准又在哪里?耶林通过法律的目的、价值和利益因素来把握这种阶段性、历史性的真理。

耶林在1877年出版的《法律的目的》一书中宣称:目的是所有法律的创造者,法条的起源必须能够归因于目的。在此,目的作为一种实践的动机,并不是作为法律客观的和固有的目的,而是各个法条的实践目的。因此并不是目的能够自动作为法律的创造者,而是主体是立法者,它设定目的并且在法律实现的过程中遵循这个目的。这样该著作的重点就落在了对目的主体的考察。显而易见,这个目的主体是立法者,但是这个立法者并不是作为个体的人,因为作为法律同仁的共同代表立法者体现了联合的意愿和努力。但是,这样一个立法者又从何而来?耶林认为这个立法者只能在社会中找到。因为社会在一般意义上来说是“一个为共同目的的合作,在这个合作中每个人的行为为他人也为自己,每个人为自己也为他人”。因此,每个社会形式的本质是其所有成员目的的相互促进。而一个社会为确保其生活条件需要一种被持续得到遵守的规则,而规则如何被有效的持续遵守呢?答案当然是强制力。通过国家强制力使社会的生活条件得到保障。这样一种强制力保障的形式就是法律。由此,耶林得出结论:“所有法条的目的是保障社会的生活条件”,社会是所有法条的目的主体。^[40]耶林通过概念体系一目的—社会、生活这个结构来使概念适应于生活的变化。然而,如果目的是法律的创造者,那么法律的目的是什么?法律如何保障社会的生活条件?这样,耶林自然而然走到了利益法学的开端。而黑克(Heck)通过利益法学对实用、实践面向的法教义学建构也做出了重要贡献。

黑克明确强调利益法学的方法拥护的是“实践的法律科学”(“praktische Rechtswissenschaft”),这种“实践的法律科学”就是“教义学的法律科学”(“dogmatische Rechtswissenschaft”)。他认为概念法学的趋向是将法官局限于通过法律概念的涵摄工作,法律科学的工作要求“逻辑的优先”;而他主张的利益法学追求的是“生活的研究和评价的优先”。这种“实践的法律科学”的唯一任务是:通过制定法和生活关系的考察为一个正确的判决做准备,由此减轻法官的责任。法官判决的最终目标是“满足生活需求、满足法律共同体物质和精神层面的要求和意图”。这些要求和意图在黑克看来就是利益。^[41]但

[39] [德]冯·耶林:《法学是一门科学吗(上)》,李君韬译,《比较法研究》2008年第1期,第150页。

[40] Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6Auffl. 1991, S. 43–48. 关于黑克的利益法学更具体的阐述参见 Philipp Heck, *Interessenjurisprudenz: Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a. M., gehalten am 15. Dezember 1932, 1933*; Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932.

[41] Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6Auffl. 1991, S. 49–55.

是,问题在于,如果将概念体系构建的法律规范还原为利益和对利益的价值判断,那么整个概念体系的价值何在,我们是否可以越过概念体系对利益及其价值评价进行教义学的讨论和构建?

黑克并没有放弃概念体系,不过在他看来概念体系远没有概念法学认为的那么重要。黑克和 Stoll 都认为普赫塔式的形式逻辑的、在抽象—普遍概念基础上建构的“概念金字塔”体系不能作为获得新法条的认识来源。在他们看来这样一种“外在体系”仅仅具有描述(Darstellung)的价值,没有认识论的价值。而具有认识价值的是与之相对的“内在体系”,这个“内在体系”是从通过对利益的研究发现的诸问题解决的关联获得的。因为各个基本要素和纠纷的判决并不是在真空中存在,而是与生活关联在一起。这个“内在的体系”不依赖于科学活动而早已经在生活的相互关联中被给定了,人们需要做的就是把它描绘出来。因此黑克将一个规范体系(Normsystem)的观念回溯为一般化的纠纷判决(Konfliktentscheidungen)体系。但是这个一般化的纠纷判决体系也只能在概念体系构成的逻辑形态中表现出来。黑克认为法律规则的全部内容能够通过每一个纠纷的判决得到把握。我们将遇到的问题作为问题整体并且将判决作为判决群(Entscheidungsgruppen),这样那些共同的要素被认识到并且在描述中被联合了起来,群概念(Gruppenbegriffe)就从不断增多的普遍性中产生了出来。诸共同要素联合的过程通过分类得到贯彻,这个分类使“内在的体系”以及规范和通过规范做出的判决之间的关联得以显现。但是如此一来,这个在抽象—普遍、分类的概念中描述的“内在体系”实际上与“外在体系”是一样的。如此,令人感到差异的就是黑克为什么还要坚持两套体系特征不同并且坚持“规则的概念”和“利益的概念”分开。^[42] 由此,要么“内在体系”不应该通过概念抽象体系化,但是如此一来这个“内在体系”就无法得到认识;要么,“外在体系”是多余的。

(二)“行为—体系”模式:经验、实践面向的法教义学的构造和功能

我们可以看到,经验、实践面向的法教义学出现的原因在于:一种以将罗马法预设为真理作为前提的科学面向的法教义学,并不能适应社会发展的现实。以这个概念体系为基础的法律科学的坚持和演绎,必然导致科学与生活的疏离。因此,我们不得不根据生活的变化而改变我们的“否定禁令”预设为真理的基础。这样一来,整个法教义学体系的发展就完全转向一个新的方向:法教义学预设为真理的起点,应该是随着生活变化的。如此,一种新的教义学建构不得不面临两个问题:第一,我们如何根据生活、社会的变化把握和改变法教义学预设为真理的基础;第二,这种随着生活、社会而改变的基础的真理性怎么体现出来?以耶林和黑克为代表的目的法学、价值法学和利益法学正是尝试对这两个问题做出回应并且在此基础上进行法教义学的建构。耶林通过在概念体系中加入目的的考察来对僵化的教义学体系做出适应生活的变化。通过将法律—目的—立法者—社会层层还原,“耶林的法学建构计划最后要求过渡到一个其他的体系,即作为社会现实体系、

[42] a. a. O., S. 55 - 58.

作为一个社会的分系统 (Teilsystem) 的法律体系”^[43]。而黑克则另辟蹊径,通过将法律规范还原为利益和利益评价,由此在科学和真理之间维系一种平衡。而他的“内在体系”和“外在体系”的并列结构则是一种获得新认识和对既有认识再生产并存的努力。综上,我们可以将在目的法学、价值法学和利益法学的理论背景下的经验、实践面向的法教义学结构归纳如下:

其一,对于否定禁令,亦即教义学论证链出发点避开批判,整个教义学的论证过程以教义学预设为真理的基础为根据。经验、实践面向的法教义学延续这个结构的同时也改变了科学面向的法教义学的做法。科学面向的法教义学将罗马法预设为真理,从这个基础出发建构整个法教义学结构体系。但是如果我们将罗马法作为永恒不变的真理基础,就会发现我们的科学体系逐渐远离生活、社会。经验、实践面向的教义学将一种变化性、历史性赋予法教义学预设为真理的这个基础:通过对目的、价值和利益的考量对以真理基础做出适合于生活的改变。但是这样一来这个结构的巨大风险就在于:一种历史性的真理观是如何可能的?我们如何证明一种观点在后一个阶段是谬误的并不影响其先前阶段的真理性?如此,虽然耶林和黑克言之凿凿,我们还是需要一种新的理论支持对这种可变的、历史性的真理观做出解读和支持。

其二,从概念体系 (Begriffssystem) 的结构变换为行为体系 (Handlungssystem) 的结构。当将罗马法作为永恒不变的真理预设这个结构改变之后,从概念体系的稳定结构到一种可变结构转变就是必然的了。因此,当耶林、黑克等人将法教义学关注的重点,从对规范的概念结构的关注转移到对规范后面的目的、价值和利益的关注时,法教义学的决定性因素就从概念体系结构转移到了行为体系结构。但是,一种所谓行为体系的结构如何构建,是个难题。耶林通过将目的加入到概念体系中,试图通过目的考量来适当松动僵化的概念体系;而黑克则试图通过建构“内在体系”与“外在体系”的并立结构来同时满足稳定性与变化的功能。但是,正如前面所说,“内在体系”应该如何建构是个问题,至少在黑克式的建构下,“内在体系”其实和耶林将目的加入概念体系如出一辙,由此一个“外在体系”就变成了累赘。

当法教义学放弃了罗马法永恒真理预设这个结构将重心转向一个行为体系时,相应的法教义学功能就要发生巨大改变。诚如卢曼所说,法律思维从概念体系到行为体系的转换产生了一种教义学的功能性疑难问题。这并不是说教义学由于疑难问题能够被取代,而是说这个对教义学功能和概念反思的新体系的理解提供了一个可变的基础。法律体系的这个导向在一种新的意义上意味着:过渡到利益法学之后教义学比以前更依赖于立法了,因为它必须以通过立法者的利益评价为前提。现在教义学必须受到一个法律体系固有功能的分配。^[44] 实用、实践面向的法教义学功能综述如下:

第一,否定禁令的结构仍然发挥其重要作用的功能。虽然否定禁令的结构从一种永恒真理的罗马法预设向一种以目的、价值和利益考量为基础的阶段性、历史性法律真理预

[43] Vgl. Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 12.

[44] a. a. O., S. 12 - 13.

设转变,但是我们仍然获得了一个相对确定的起点。只是在发挥这个功能的同时如何解决这个论证起点“相对的确定性”就成了一个新的问题:如何既不像科学面向的法教义学那样陷入僵化,同时也没有因为变化过快错失这个阶段的真理。自此,我们可以看到结构性问题必然导致功能性的问题。

第二,对于一种“行为体系”的教义学结构的功能,我们可以从耶林的“概念——目的——体系”模式或者从黑克以利益为核心的“内在体系”进行阐述功能:一是,通过一种概念形式主义的教义学给法律带了可计算、可预测的理性主义。这个功能在“行为体系”结构中并不能够直接实现,而是需要在对法律的目的、价值和利益进行考虑和衡量之后做出,而如此一来,可计算、可预测性必然降低,但是这个结构却带来了概念体系结构所没有的与生活的关联;二是,一个“概念——形式——体系”的结构提供了法律领域的自治,而无需再追溯至实质理性的层面。在“行为体系”结构下自治是有限的,在耶林的“概念——目的——体系”结构中法律体系在一定程度上依赖于生活和社会,套用卢曼的话说:法律体系只是社会的一个分体系;三是,概念体系结构的法教义学一方面在于避免以后对已经得到理性解决的同一问题的不断重新论证,另一方面就是使一种自我检验以及选择性能的自动改善成为可能,这种功能在“行为体系”结构法教义学中也能实现;四是,教义学的概念体系结构将正义的理念与法律观念、原则和制度一体化。这在“行为体系”中也能实现,而且通过目的、价值和利益的讨论,正义的理念可以获得实质性的理解。

(三) 法教义学难题和危机

综上,当我们试图通过一种以罗马法为真理基础的科学面向的法教义学来解决法律的确定性和普遍性问题而建构一种概念抽象体系的形式主义的法教义学时,我们将普遍性与确定性真理赋予法律,然而却也导致科学与生活、理论与实践的疏离;而当我们试图通过对目的、价值和利益的强调拉近生活与科学、实践与理论的距离时,一种普遍性和确定性的法律和真理又摇摇欲坠。由此,人们不得不质疑:法教义学这条道路是否是法学的正确选择?以茨威格和克茨为代表的比较法学对法教义学的可能性和价值进行了彻底的质疑。

茨威格的批判主要针对的是科学面向的法教义学。在他看来正是由于正义本身随着时空变化导致科学面向的法教义学基础根本不可能实现,由此,一种法律不可能在一种公理式的体系中被把握,当法教义学这样做的时候必然走向一种僵化和扭曲,不得不面对法教义学老化的问题。在他看来德国的民法典和商法典已经老化得失去了价值,因此以后法学应当放弃教义学转向法官法。^[45] H·克茨认为当普通法法官试着从大量的案件材料中认识到这种“贯穿始终的单个案件的法定性”并且在规则和原则中予以把握时,他做的就是“教义学的”工作。^[46] 他认为英美法系的法教义学和德国的法教义学的区别在于:普

[45] Vgl. Zweigert, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, in: Festschrift für Eduard Bötticher, zum 70. Geburtstag am 29. Dezember, 1969, S. 443 - 447.

[46] Vgl. Hein Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ the Rabel Journal of Comparative und International Private Law, 54, Jahrg., H. 2 (1990), S. 204 - 206.

通法的法官在完成他的实践任务以及在对案件做出判决之后就丧失了对“教义学工作”的兴趣。

在德国则不一样,对德国从事科学工作的法学家来说,这才是个开始。因为尽管从判决中产生的案件材料一开始占据了某个内在的体系性的秩序,但是这个秩序在德国法学家看来还没有获得,直到它被进一步雕琢,朝着这个或者那个方向改善、补充和思辨性的扩充,发展出新的类别和范畴以及司法的原材料能够被放在一个更大、更广、更令人满意的体系性的整体关联(Gesamtzusammenhang)中为止。但是普通法法学家对这个领域的发展没有太多的渴望。通过从直观中抽象以及一般化和体系化的工作达至法律的科学理性化很少引起他们的兴趣。只要确信论证和适合的结果的获得没有受到阻碍,他们愿意最大程度的忍受这个有缺陷的秩序和体系。克茨在这个基础上反对德国的法教义学,因为教义学的建构仅仅是手工工具(Handwerkzeug),仅仅具有工具性功能,它也不能保证案件获得正确的答案并且因此必然是目的依赖和有漏洞的、暂时的和可变化的。虽然教义学具有稳定性功能,但是代价是:它使正确教义学的建构不可避免地走向僵化结果。^[47]

在判例法扩展其影响力的同时,传统德国法律的格局也发生了重要变化:自从1950年德国联邦法院(BGH)成立以来,它的判决在德国法律实践中的作用日益重要,再加上德国宪法法院(BVerfG)和欧盟最高法院(EuGH)的判决,^[48]可以说法官法已经成为法教义学的重要源泉。^[49]因此,当Ulrich Meyer-Cording在他1973年出版的著作中诊断了法教义学的死亡时,^[50]我们不得不反思的是:法教义学是否真的已经没有价值和出路?面对科学面向和经验、实践面向的法教义学各自的问题以及判例法的挑战,法教义学必须找到解决问题的方式。

四 法教义学兼容科学与适应生活的可能性

(一)法教义学困境的实质:“演绎—体系”模式与“归纳—实用”模式的冲突

科学面向和经验、实践面向的法教义学的价值和问题,都可以从它们的方法论上寻找依据。我们说理性的方式主要有两种:第一、演绎的方法。它将其推论的公共说服力奠基于是来自被接受为前提的逻辑推论的普遍理智。由此该方法要求给定一种普遍有效的和因此符合公众正义期待的裁判规则。这是科学面向的法教义学采取的路径。通过“演绎—体系”的模式,科学面向的法教义学建构了一套形式理性的体系,这种形式主义的方法能够提供如下优点:理智的客观性、相同的行为同等处置的抽象正义以及形式的法律确定性。但是这条路径的问题,在于形式主义的方法与经验生活存在悖论。普遍(Allge-

[47] a. a. O., S. 210.

[48] Vgl. Rolf Stürmer, *Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik*, *Juristen Zeitung* 2012 (1), S. 15.

[49] Vgl. Winfried Hassemer, *Dogmatik Zwischen Wissenschaft und richterliche Pragmatik*, in: *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, 2012, S. 8.

[50] Vgl. Ulrich Meyer-Cording, *kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein, zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft*, 1973, S. 32.

meinen)到特殊是所有演绎方法一直以来的困扰。^[51] 该方式的天然界限存在于我们经验生活的悖论中——非实际的有效要求(假定)的推导并不能确保判决的生活适当性和实践——道德的正确性,因为各个案件的正义相关要素必然是无限的和不可测量的。^[52] 科学面向的法教义学的困境就在于此;第二、归纳的方法。归纳方法的特征是放弃来自公理的或者独立的法律概念或者在一个偶然性的体系中预先规定的确定地位的制度模式的推论,注重归纳总结生活中的经验、实践因素。^[53] 归纳的方法虽然能够与生活接轨,但是却又将确定性和正确性相对化,这是法教义学转向经验、实践面向的主要问题。因此,科学面向和实践面向的法教义学的问题根源,在于“演绎—体系”与“归纳—实用”模式:“演绎—体系”模式的法教义学提供了法学以科学性、抽象正义、法律的确定性,然而却难以适应生活中具体的经验和实践的演变;而当法教义学试图吸纳经验、实践要素,向“归纳—实用”模式转变时,又发现抽象正义、法律确定性的丧失。因此,法教义学困境的实质在于“演绎—体系”模式和“归纳—实用”模式的矛盾。

我们从演绎—系统模式和归纳—实用模式各自的价值和问题中看到了解决问题的契机:前一种不能满足个案正义(Fallgerechtigkeit),而后者不能提供判决需要的规范正义(Normgerechtigkeit)。而将二者结合起来是不是可以解决法教义学的问题和困境?然而,根本的问题在于:这两种方式如何结合起来才有可能互补互益,而不是互相损害。我们知道,对此耶林和黑克其实一直在尝试解决,但并未达到这种效果。维亚克尔在一种消极的意义上试图将二者无矛盾的并存:将法教义学看作是在实践理性和道德领域中法律发现的工具,两种方法就不会产生排他性的对立。在实践理性的领域中演绎—公理和归纳—有疑问(aporetischer)的方式之间的相互作用并且在一个实践的正确性判断中它们的近似特征的相符有一种理性的和无矛盾的意义。^[54] 我们认为,也正是在这个基础上,在维亚克尔看来法教义学涉及理论和实践的关系,因此它不能通过一个法律理论,即通过一个独立于现实论述的系统得到回答。它要求一种超理论(Metatheorie)。他认为教义学期望的实践效果是:为(规范之于具体案件的每一次适用要求的)评价空间的运用指定理智上可复核的和公开的明确标准。当法律适用总是在价值或利益冲突的可能规范之间做出

[51] 康特洛维茨对法律实践中通过法律演绎来构建抽象法条与具体案件之间关联的这个困难进行了精彩描述:“如此,法律演绎一方面使自己飘在了半空之中,另一方面却将桥墩建在了流沙之上。在自然科学中,这种追求当然是合理的:从更高位阶的条文中演绎出作为结论句的条文,从更宽泛的概念中发展出作为部分内容的概念。相反,在法学中,条文越抽象,它们就越没有价值,也越不可行(至少就是否瞬间可得的意义上是如此)。法条的创造者已然构想出了所有可以归于法条之下的情形,并且(假如的确构想出了的话)已然在法条的意义上做出了决定,这种观念是如此的不切实际,以至于最终是要被放弃的。因此,在那些大量为一般性法条所涵盖的案件中——它们的数量随着法条一般性程度的增大而增多——除了空洞的文字和用黑色油墨打印的纸张之外,绝对不会再有别的什么东西了,没有立法者、没有权力、没有意志、甚至没有那种神秘的‘制定法意志’,总而言之,完全没有现实性。”[德]赫尔曼·康特洛维茨著:《为法学而斗争:法的定义》,雷磊译,中国法制出版社2011年版,第33-34页。

[52] Vgl. Wieacker, F., *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in: R. Bubner et al. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Georg Gadamer*, Bd. II, 1970, S. 323.

[53] a. a. O., S. 323-325.

[54] a. a. O., S. 335-336.

决定时,教义学提供了一套对所选定的决定的理性证实方法。^[55]然而,这两种方式如何在教义学体系中共同合作发挥作用,维亚克尔没有做更多的阐述。

(二)“演绎—体系”模式与“归纳—实用”模式沟通交流的“诠释学循环”结构

以菲韦格为代表的法学论题学理论在构建一种科学与实践结合的法教义学尝试方面做出了不可忽视的成就。按照维亚克尔的说法,今天对法学论题学的利用,一方面是对每一个实践判决情况的疑难(Aporetik)的认识,另一方面在于一种可能性,即通过法学同仁之间的论证交流一种可接受的实践的普遍真理(Allgemeinwahrheit),一种共通感(sensus communis)被分离了出来。在法律发现的过程中论题学的合法范围不仅包括相关判决论证的发现和选择,而且还有这种可能性,即超越教义学形式主义或者形而上学的价值客观主义而获得普遍接受且与社会相关联的关于实践道德的行为规范。菲韦格对法学论题学做出了重要贡献,他的论题学的主要观点如下:一是,一个有待裁决案件的问题在于,通过一些具有普遍接受可能性和说服力的观点获得解答。二是,法学论题学在此明显依据亚里士多德式论题学(Topica)的论证方式,该方式并不做出一个确定无疑的真理判断,而是意欲以大多数(或者最优者)承认的说服为基础。论题学因此是指向实践目的,即只是对一个行为的说服,而不是指向一个确信无疑的真理。三是,论题学的复苏在今天也与似乎时髦的修辞学复兴联系起来。^[56]人们将这种现象首先理解为对古典的逻辑学和科学的形式主义的危机的反应,同时也作为对诠释学交流的人类—政治的特征的一种选择。但是法学论题学方法的根本问题在于:论题学不能满足一种实践的、行为的正义要求,即它不能满足法律同仁的正义期待;它破坏了同等情况同等处理的基本要求,由此事先的可预见性以及判决事后的客观可审查性、判决行为的普遍适用性和确定性都受到损害,等等。^[57]

德国法学家罗伯特·阿列克西将法教义学纳入他的法律论证理论体系中。法学在今天已经无法避免目的、利益、价值评价等问题,而如何在这个基础上获得正确、确定的法律论证,法学必须对此做出回应。阿列克西在借鉴道德分析哲学中的实践论辩理论(例如史蒂文森、维特根斯坦、黑尔、图尔敏等)、哈贝马斯的真理共识理论、埃尔朗根学派的实践商谈理论以及佩雷尔曼的修辞学理论的基础上,构建了普遍理性实践论辩理论的规则和形式,并在此基础上建构了以内部证成和外部证成作为结构的法律论辩的规则和形式。阿列克西试图通过这些程序的设计走向一种法律正确性和真理。而法教义学作为“外部证成”一组规则和形式在他的整个法律论真理论中占据重要地位。我们认为这种方式有它本身的问题,即试图通过涉及一套理性的程序获得真理、从形式产生出内容,让人怀疑;同时阿列克西的法律论证理论赖以为基础的哈贝马斯的真理共识理论在多大程度上能在

[55] a. a. O., S. 314 – 316.

[56] 关于菲韦格(Viehweg)对法学论题学的具体论述和贡献,详细参见 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz, ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Geunderlagenforschung*, 5 Aufl. 1974. 以及舒国滢教授的中文译本:《论题学与法学:论法学的基础研究》,法律出版社 2012 年版。

[57] Vgl. Wieacker, F., *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in: R. Bubner et al. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Georg Gadamer*, Bd. II, 1970, S. 332.

法学领域实现实在是个问题。^[58] 因此,我们倾向于一种诠释学理论来解决法教义学的难题。

相对于耶林和黑克在一定程度上牺牲科学面向法教义学,建构目的法学、利益法学解决科学和生活、理论和实践疏离的局面来说,维亚克尔尝试在以概念法学为代表的科学面向的法教义学和以利益法学为代表的实用、实践面向的法教义学之间建立一种并列的、无矛盾可能性的做法,无疑是一个突破。然而,单纯证明两种结构的法教义学可以并立是远远不够的。只有在这种并立的基础上证明二者可以积极的发挥各自的功能以及如何发挥各自的功能以达到互补的效果而不是互相消弱,才是解决教义学问题的根本出路所在。“诠释学循环”的结构提供这样一种可能性。

当科学面向的法教义学构建起一个概念抽象的形式体系时,这个抽象体系的形成是以教义学预先设定为真理的罗马法经验内容为起点的,在这个否定禁令的基础上我们构建了整个教义学的形式体系。因此,在概念体系的法教义学之前已经存在对过去经验内容的前理解和前判断。教义学的概念和体系将对这些经验材料的前理解和前判断信息贮存并传达出来,并且通过这套概念逻辑的体系加以检验。德国法学自萨维尼以来,尤其是潘德克顿学派对概念抽象、体系化的工作做出了杰出贡献;当教义学形成一套形式化的体系时,它把对经验材料的前理解和前判断这些前教义学的东西弱化了,正如普赫塔构建概念的金字塔时将体系的伦理基础弱化一样。如果科学面向的法教义学设定的这个罗马法基础确实可以作为永恒不变的法律真理,那么这套概念体系化的法律形式主义不会有任何问题;然而,当所谓法律科学与生活疏离问题出现时,我们不得不对否定禁令预设为真理的前提进行反思,于是生活的历史性和变化将隐藏在形式体系背后的实质内容之前理解和前判断暴露了出来——作为形式化体系的关于前理解和前判断的旧的合意(Kon-sens)与新的社会冲突格格不入。“教义学虽然是一种象征性—仪式性的工作,但不是宗教祭礼或者巫术。它致力于将价值问题转化为言语标准,它的可靠性取决于最初被认可的价值的存在和消亡。”^[59] 由此,当我们看到一套科学的形式化体系与生活相疏离时,这只是假象;实际的问题是我们预设为真理的基础出现了问题,我们需要重新预设真理基础。这套形式化的体系背后的前理解和前判断已经不适合新出现的社会冲突,需要达成新的对前理解和前判断的合意了。^[60]

[58] 详细参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第310-352页。

[59] Josef Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, in: F. Baur et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ludwig Raiser*, 1974, S. 522 - 523.

[60] 对于科学面向的法教义学以前判断和前理解为基础的形式化过程可以参见埃塞尔的精彩论述:在科学面向的法教义学中,价值中立的概念工作的教义学观念自身不是生产性的(produktiv),它继续前理解和前判断的稳定性和再生产。这种法教义学理解首先勾勒、实现和实证化法律政治学的观念、正义等实质性内容。一个纠纷、要求(Anspruch)等等的教义学鉴定是关键性的,因为教义学原则上不允许对已经达成一致的解决模式进行新的争论。埃塞尔坚持“原则上”这个词,这个词也能够被理解为按照发展趋势(tendenziell)。因为没有外在于教义学的正确性检验(Richtigkeitskontrolle),这个方法在紧急情况中(Ernstfällen)不能发挥作用。这就是教义学理性的“界限”(“Grenz”)。参见 Josef Esser, *Möglichkeit und Grenz des dogmatischen Denkens in modernen Zivilrecht*, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 172 (1972), S. 103 - 104.

当科学面向的法教义学隐去它的前理解和前判断,通过所谓教义学思维对疑难法律案件做出解答时,这种隐瞒对前教义学的正确性标准的依赖并且对纯粹教义学论证的说服力评价过高的判决能够“使人失去信心”。^[61] 因此当耶林呼唤建构一种罗马法似的科学与生活密切结合的法律科学时,当目的法学、价值法学和利益法学通过目的、价值和利益唤起法律对生活的关注时,这种所谓的“实践法律科学”把形式化的概念体系背后的前理解和前判断推到人们视野的前台。当然,实践面向的法教义学同时提醒我们注意几个问题:第一,我们的教义学不能仅仅以对过去经验的前理解和前判断的合意为基础,还应该对新发生的经验合意保持开放,如此这套法教义学才能是生活切近的;第二,我们必须注意真理的历史性,因此要使通过教义学获得的法律和正义既是普遍的和确定的又是历史性的。这样,法教义学的体系必然不是封闭的,也不是形式主义的,而是在过去的经验的前理解和前判断—概念形式的体系—新的冲突和问题—新的前理解和前判断……如此循环往复;而在理论体系上就是概念法学—利益法学—概念法学如此循环往复,而正是在这种循环结构中,法教义学既可以通过形式化的概念体系实现法律和正义的普遍性和确定性,又可以通过对利益、目的和价值的前理解和前判断更新形式体系,使它适应新的生活冲突和需求。^[62] 通过“诠释学循环”的结构,我们为科学面向的法教义学和经验、实用面向的法教义学提供了一个比较可靠的沟通交流机制。

[本文为2015年教育部人文社会科学研究青年基金项目“解释作为法律的结构及其对法治的影响”(15YJC820004)和2014年南京师范大学法制现代化研究中心项目(FZXDH2014001)的研究成果。]

[**Abstract**] The basic compositions of legal dogmatics are the “negation ban” and the reasoning and examining system based on “negation ban”. The legal formal system, which was built by the school of Pandecten on the basis Roman law, is no longer able to satisfy the demands of the constantly changing social reality. In contrast, practical legal dogmatics, which can satisfy the needs of ever-changing society, has put the universal and doubtless “truth” in trouble. We can find a mechanism of communication between the two legal dogmatics by revealing the structure of hermeneutic circle between “deduction-system” and “induction-pragmatics”.

(责任编辑:支振锋)

[61] Vgl. Josef Esser, *Möglichkeit und Grenz des dogmatischen Denkens in modernen Zivilrecht*, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 172 (1972), S. 103.

[62] 关于诠释学的理论以及“诠释学循环”,可参见海德格尔和伽达默尔的相关著作,法学领域对这个主题做出重要贡献的是考夫曼、埃塞尔、哈斯默尔等。在“演绎—体系”和“归纳—实用”两种模式之间的“诠释学循环”结构具体如何展开,请参见陈辉:《从诠释学立场对考夫曼推理体系的分析和完善》,《法制与社会发展》2014年第1期。