

THE GIFT OF SCIENCE

Leibniz and the
Modern Legal Tradition

科学的馈赠

—— 现代法律是如何演变为实在法的？

[美] 罗杰·伯科威茨 著 | Roger Berkowitz



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

THE GIFT OF SCIENCE

Leibniz and the
Modern Legal Tradition

科学的馈赠

—— **现代法律是如何演变为实在法的？**

[美] 罗杰·伯科威茨 著 | Roger Berkowitz

田夫 徐丽丽 译

图书在版编目(CIP)数据

科学的馈赠 / [美]伯科威茨(Berkowitz, R.)著;
田夫,徐丽丽译. —北京:法律出版社,2011.7
书名原文:The Gift of Science
ISBN 978-7-5118-2186-7

I. ①科… II. ①伯…②田…③徐… III. ①法律—
思想史—研究—西方国家 IV. ①D909.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第110903号

科学的馈赠

[美]罗杰·伯科威茨 / 著
田夫,徐丽丽 / 译

编辑统筹 大众出版分社

策划编辑 柯恒

责任编辑 柯恒

装帧设计 马帅

©法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 沙磊

开本 880 × 1230 毫米 1/32

印张 9.75

字数 221千

版本 2011年7月第1版

印次 2011年7月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792/9779

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010-62534456

上海分公司 / 021-62071010/1636

深圳公司 / 0755-83072995

西安分公司 / 029-85388843

重庆公司 / 023-65382816/2908

第一法律书店 / 010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-2186-7

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中译本序

中国自 20 世纪 50 年代以来漫长而艰难的法典化道路,在很多方面映射出 1900 年《德国民法典》取代 1794 年《普鲁士一般邦法》的百年历程的身影。正如兼及德中两国的历史学家和政治评论家所言,法典化道路被政治阻力、意识形态区隔和原则性分歧所困扰。在中国,正如在欧洲,我们可以将法典化的历史说成是一部协商和妥协的政治史。

《科学的馈赠》为思考法律法典化提供了一条不同的道路。本书致力于将法典化的历史作为紧随科学革命之后的法律命运的必然展开来加以叙述。尽管对那些消解法典化努力的真正的政治分歧不加否认,但是,本书揭示了对法律进行法典化的根本动力,它出现在德国,并已催生了世界范围内的诸多法典。本书的基本洞见是:当自然法的权威受到质疑时,法律必须从科学中寻求权威,在我们这个科学的时代里,这是唯一能够被接受的权威。因此,法律法

典化的根基并非定位于政治之中,而是定位于科学导向的法学家们的智识动力之中。《科学的馈赠》致力于揭示将法律置于科学上融贯的法典之中这一现代需要的根本假定和预设。

本书以两个互相关联的问题开篇。依循哲学的脉络,它提出了这样一个问题,即在一个科学的时代,法律的命运将会如何?从历史上来看,它又提出了这样一个问题,即作为将法律转变为科学的第一次伟大尝试——德国创制一部科学的法典的努力——其智识基础何在?这些问题一起回溯到了戈特弗雷德·威廉·莱布尼茨的作品。作为一个法律学者,莱布尼茨坚决主张法律应该是可知的,并且,法律应该体现为清晰的命题。作为一名科学家,他认识到法律要想是公正的,就必须是能够被理性地证成的。在将法律还原为力之后,为了维持法律的正义,莱布尼茨必须将法律之力设想为理性的,并且是能够通过法律科学加以认知的。《科学的馈赠》的前提,是莱布尼茨在形而上学和法律之中对力的引入构成了法律转变为一门科学的基础,而这门科学恰是现代法典的智识基础。换言之,存在于融贯的法典之中的实在法,根植于莱布尼茨的科学的形而上学之中。

实在法能够被科学地加以证成并不意味着法律就是公正的。经济科学能够证成工厂购买向邻居的溪流排污的权利是有效率的,因此也是合法的。政治科学能够证成为了国家的安全对被怀疑为恐怖分子者加以折磨是正当的。但是,不像正义那样,证成受制于论辩。当法律不再公正,相反必须被证成的时候,那么,正如弗里德里希·尼采所写的那样,法律只不过是那些有权立法的人所达成的“经过协商的和解”而已。在协商和解的领域内,由于一切事物都

有其价值,所以,法律不受任何限制;一切都可待价而沽。在实在法的世界中,如果预期的收益能够证明成本的正当性的话,那么,所有的法律都能够被证成。

《科学的馈赠》揭示了从正义到证成的变更,而源于法律法典化的科学路径的证成界定了现代的法律。本书既不支持法律法典化,也不对其加以反对。它是一种思考法典的智识和哲学基础的尝试。本书的目标在于表明实在法的来源不仅存在于对自然法的消极摒弃之中,还存在于对科学的证成的积极接纳之中,进而揭示出实在法从根本上来说是一项科学的、政治的事业。

Roger Berkowitz
2011 年,纽约

谢 辞

v

在知识上,我深受玛丽安娜·康斯特布尔(Marianne Constable)、劳伦特·梅亚利(Laurent Mayali)和菲利普·诺特(Philippe Nonet)的教益,他们是我在加州大学伯克利分校的老师。玛丽安娜·康斯特布尔是一位令人尊重的教员和导师。她对法律、哲学和史学的整合能力无人可比,为我的跨学科学术研究树立了榜样。劳伦特·梅亚利首度点燃了我对法律史的热情,它激发了我对德国法典化的兴趣。他的工作和示范作用使我领悟到学术的意义。菲利普·诺特则教给我对思维的认识,再没有比他更慷慨且更有天赋的老师了。他的勇气与智慧渗透在本书的每一页之中,他对真理的热爱始终给人以灵感和希望。没有他的支持和引导,本书不可能完成。

我一直以来得到上天格外的眷顾,这是因为我从杰出的老师们那里获得了远远超过我应该获得的东西。我要对以下两位致以特别的谢意。奥斯汀·萨拉特(Austin Sarat)率先激发了我对法律之

“力”的兴趣。德鲁希拉·康奈尔(Drucilla Cornell)是一位真正的朋友和同道。她对生命和正义的热爱之深予人启迪、令人敬畏。

在写作本书的数年中,许多朋友和素不相识者已经阅读或评论了它的部分内容。尤其要感谢菲利普·诺特、玛丽安娜·康斯特布尔、劳伦特·梅亚利、德鲁希拉·康奈尔、埃伦·里格斯比(Ellen Rigsby)、杰西·戈德哈默(Jesse Goldhammer)、谢·拉维(Shai Lavi)、卡尔·休梅克(Karl Shoemaker)、雷纳·玛丽亚·基佐(Rainer Maria Kiesow)、尤代·辛·梅塔(Uday Singh Mehta)、汤姆·杜姆(Tom Dumn)、詹姆斯·惠特曼(James Whitman)、戴维·桑德斯(David Saunders)、乔舒亚·海斯(Joshua Hayes)、戴维·卡尔森(David Carlson)、彼得·古德里奇(Peter Goodrich)、保罗·伯曼(Paul Berman)、朱迪·伯科威茨(Judy Berkowitz),还要感谢哈佛大学出版社的两位匿名审稿人,他们阅读并评论了本书手稿的全部或部分内容,而这通常超越了职责的要求。珍妮·林恩·巴德(Jenny Lyn Bader)从头到尾反复阅读了本书原稿,对其完善作出了不可估量的贡献。特别是她与怀亚特·梅森(Wyatt Mason)给了我

vi 希望从读者那里获得的最好的礼物:坦诚。虽然本书永远无法达到他们对于表达的鉴赏标准,但它所演奏出的乐章仍要归功于他们敏锐的听觉。

我受到了加州大学伯克利分校、马克斯—普朗克欧洲法律史研究所和罗宾斯(Robbins)基金会慷慨而持续的支持和其他资助。这些机构的支持和我遍布世界的同事们的参与促成了我对本书的写作。此外, Eduard-von-Schwartzkoppen 基金会和阿默斯特学院(Amherst college)所给予的研究支持也使我受益良多。

通过阅读彼得·柯尼希 (Peter König) 和克劳斯·卢伊格 (Klaus Luig) 的作品并和他们进行智识上的交流,加深了我对莱布尼茨法典化计划的理解。我要感谢柏林科学会 (the Berlin Academy of Science) 的哈特穆特·鲁道夫 (Hartmut Rudolph) 博士,他帮我找到了一些莱布尼茨著作原本的缩影胶片。此外,我的拉丁语老师布拉德利·里特 (Bradley Ritter) 帮我克服了理解莱布尼茨著作中的晦涩段落的困难。最后,迈克尔·阿伦森 (Michael Aronson) 对本书充满信心,在出版过程中予以惠助。

向珍妮·林恩·巴德和马德琳·查瓦·伯科威茨 (Madeleine Chava Berkowitz) 致以我最衷心的感谢忱与爱意。他们和霍华德 (Howard)、朱迪·桑迪·伯科威茨 (Sandy Berkowitz) 作为正义的化身给予我希望。谨以本书献给我的双亲,他们是我的启蒙老师,本书所蕴涵的每一点善都体现了他们的真诚与仁爱。

正义？——你会在来世获得正义。在这个世界里，你拥有法律。

——William Gaddis, *A Frolic of His Own*

正义已经远离了我们的世界，然而，我们却没有注意到这一点，因为法律取代了正义的地位。一位美国 500 强公司的首席执行官可以交纳罚金从而使他的公司向水库里排放有毒污染物，也可以为了避税将其公司地址移至巴哈马，他不会说：“我的行为尽管不正义却符合法律。”相反，正是这个行为的合法性，可被视为其正义性的依据。法律与正义的分离体现了我们的现状。换言之，作为衡量伦理行为的标准，合法性(lawfulness)已经取代了正义。

作为人类崇高理想的制度体现，法律已成为律师及其当事人为追求策略性利益而使用的工具，这是什么意思呢？康德将法律称为有关人类与正义理想之连接的理智感，那法律又如何成为服从规则之代表？法律

沦为一种政治和经济工具而不再令我们震惊,这又意味着什么呢?

x 我们没有感到震惊,是因为我们对此拒不承认。我们尚未直面“正义”这个词语已黯淡无光这一残酷的现实。法官、律师、法学教授无一不在大声谈论正义。但是,他们谈论的正义并不是指安提戈涅(Antigone)为浦雷尼克(Polynices)举行的葬礼,也不是指上帝处以亚拿尼亚(Ananias)^[1]死刑的神圣判决。相反,他们说正义就是公正,是一种依据规则的客观衡量尺度;他们说正义就是效率,是将经济收入与道义忠诚等量齐观的冷漠标准;或者他们说正义就是合法性,因而将正义化约为一切被认为是正当的或被人们所接受的事物。在它的所有现代形象中,正义颇似一种公正而有效率的利益平衡机制,这种机制以生产合法的法律成果的方式而运行。

在对公正、效率、合法性进行考量之外来思考正义是很困难的。正义恰恰抗拒现代人所热衷的定义之确定性。在公正的规则和有效的规范保证了合法性时,正当地行为这一命令就促使我们去思考。积极的思考对规则抑或法律而言是无法化约的,爱默生(Emerson)在《美国学者》中将其作为世界上唯一有价值的东西。^[2] 同样,正义要求人们思考并在思考中超越其自身的限制,与

[1] 《圣经》中的人物,因私藏出卖田产所得的价银,欺哄圣灵而被上帝处以死刑。参见《圣经·使徒行传》,第5章,第1—6节(和合本)。——译注

[2] “世界上唯一有价值的东西是活跃的心灵。这是每个人都权享有的。每个人自身都包含有这颗心灵,尽管多数人的心灵受到了滞塞,有些人的心灵还没有诞生。活跃的心灵能看见绝对的真理,能表述真理,或者进行创造。”(中译本引用了【美】R. W. 爱默生:《美国学者》,赵一凡译,生活·读书·新知三联书店1998年版,第9页。——译注) Ralph Waldo Emerson, *The Essential Writings of Ralph Waldo Emerson*, ed. Brooks Atkinson (New York: The Modern Library, 2000), 47.

他人一起进入一个伦理共同体。换言之,正义之梦即超验之梦。

翻阅政治思想史,对正义的思考一直被视为某一个体超越自身迈向更高领域的努力。这种超验的正义活动通过不同的方式展现其特征:柏拉图从洞穴阴影中转向太阳之光;宗教信徒在上帝的率领下进入一个神秘的联合(*unio mystica*);卢梭的公民在公意中丧失自我;康德用理性发现自我是目的王国的居民;尼采用艺术作品创造出人类狂欢式自我征服后进入的伦理世界;怀特海则用“进入”(ingression)表示他对抽象永恒真理的参与和现实化;抑或更为根本的是,海德格尔关于大道(*Ereignis*)(¹)这一事实——人与首度开启法律之可能性的存在之间的约束关系——所主张的开放式态度。在西方思想传统中,正义是个体超越自身进入统一整体的伦理活动。

一边是超验正义,一边是建基于规则之上的现代社会正义观,它们的区别对一个看过篮球赛的人而言是非常清楚的。^[2] 终场前,落后一方的队员为中断计时而故意向对方犯规。这时,犯规是一个很好的策略,但也造成了对规则的破坏。作为一个错误的行为,它会依照规则受罚。但是,球迷会说,只要队员接受处罚,犯规就是公正的。公正的要求仅仅是按照规则而游戏。犯规体现了一

xi

[1] “大道”(Ereignis)这个词语含义丰富,以至于在这里很难翻译或充分发展其多种意义。关于它与超验、法律之间的关系,参见海德格尔的论断:“大道是这个法则,因为它把终有一死者聚集入成道之中而使之达乎其本质,并把终有一死者保持在其中。”(中译本引用了【德】海德格尔:《在通向语言的途中》,孙周兴译,商务印书馆2004年修订译本,第260页。——译注) Martin Heidegger, *Unterwegs zur Sprache* (Pfullingen: Verlag Günther Neske, 1960), 259.

[2] 在与 Philippe Nonet 的一次对话中,我第一次接触到这种类比。

种考量:只要能中断计时,即使受到处罚也是值得的。更重要的是,篮球队员、教练和球迷不仅期待并谅解对规则的策略性违背,而且认定这种违背是有正当理由的。

正如在运动场上一样,一种针对受规则约束的错误行为的类似逻辑已经进入法律领域。来看看下面这个案件,一个工场主污染了下游数公里外另一个人的土地和水流。^[1] 法律将这种对他人财产的侵犯称为妨害,并授予土地所有人对抗工场主的权利。以往那些权利包括请求发布命令工场停止污染河流或停止生产的禁令的可能性。然而,现在不再将给污染者下令看作解决妨害问题的有效手段;相反,现在的法律对污染者科以罚金,以赔偿受害土地所有人的损失。^[2] 从本质上讲,法律允许富有的污染者购得许可证,以继续其不法行为。正如篮球队员在符合其利益时选择犯规一样,工场主计算以后意识到,与其改变自己的行为,不如赔偿邻居的损失或者向某个管理机构交纳罚金。也正如球迷为球员的技术性犯规而欢呼那样,股东和其他利益相关方都要求并希望公司利用法律使利润最大化。

犯规的篮球队员和“为污染埋单”的污染者会坚持认为:他在依规则行事。他们服从了施加在他们之上的规则,并为其行为承担责任。运动和法律中的这些例子之所以引人注目,是因为篮球队员、工场主和律师都内在化了这一命令:将规则作为正义的首要原则并据此行动。行为者接受惩罚后,犯规和污染不仅仅意味着被法

[1] See, e. g., *Whalen v. Union Bag & Paper*, 101 N. E. 805 (1913).

[2] See, e. g., *Boomer v. Atlantic Cement*, 357 N. E. 2nd 870 (1970).

律所允许,而且正因为法律的允许还被认为是正当的。就像在篮球比赛中一样,法律中的行为者内在化了“作为公正的正义”这一理想。^[1]法治意味着将法律作为规则平等适用。

尽管将正义化约为规则可以满足我们寻求确定性和安全感的需要,但它却忽略了理解正义的另一种方式。上文的例子已清楚地说明,正当地行为可能要求人们超越规则去思考问题。一个篮球队员可以决定不犯规,即使他知道按照游戏规则犯规对他有利。在一个队员不技术性犯规的情况下,他更像一个体育人(sportsman)。一个体育人参加比赛是为了获胜,但他知道篮球比赛不仅仅是为了胜利。不论体育人的理想是否改变我们在这个世界上的生活和竞争方式,这些理想都在提醒参赛者还有一种成绩需要计算,而它不是根据既有的规则来累计的。 xii

与之相似,我们知道一个人对其邻居所应做的不应仅是赔偿损害。只有一个人意识到他身处一个道德世界,他才能信守诺言,纵然失信比较容易、富有效率而且合法。正确的行为高于仅仅遵守规则的行为,它要求对自身和他人的关注,这不仅是对法律的回应,而且是对一个“业已预定的伦理世界”的回应或者是与“某一社会原初道德性”的一致。^[2]换言之,超越法治是正义的召唤。

将一个好的运动员和正直的邻居作为正义的行为人连在一起

[1] John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971), 11.

[2] G. W. H. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. Johannes Hoffmeister (Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1955), § 93 (addendum); Marianne Constable, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge* (Chicago: University of Chicago Press, 1994), 74.

的是他们参与比自身伟大的伦理事业的远见。正是因为致力于弘扬体育精神,运动员才会远离不正当的犯规行为,尽管犯规得到广泛的容忍。从正义而不是公正抑或合法性的视角来看,法律要求个体为了某种更伟大、更有意义的事物牺牲自己的权利、自尊甚至生命。在这种意义上讲,法律富有远见地将个人的合法行为与他用心灵之眼所能看到的一切联系了起来;或者正如亚里斯多德指出的那样,法律是有关友谊与互惠的经验,这种经验将人们引向仁慈的行为,从而将多样性寓于统一性之中。^[1]

当然,还没有一个法律体系曾经或能够完全按照某个超验正义的理念来建构。在人类历史上存在着不同的法律秩序,它们程度各异地体现了这种对整体之统一感的洞察。在某些时代——如希腊荷马时代,罗马的努马时代,新英格兰清教徒时代——法律、传统与宗教之间的紧密联系,支持了将正义作为对真理理想所承担的某种义务这一理念。而在其他时代——如优士丁尼帝国、罗耀拉依纳爵^[2]的基督教,拿破仑的法兰西——法律与秩序之间的紧密联系

xiii 更多地集中于人定规则与制定法的权威性之中。这两者的较量随

[1] Aristotle, *The Nicomachean Ethics*, ed. G. P. Goold, trans. H. Rackham (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990), 1133a7. See also the insightful discussion in Jill Frank, *A Democracy of Distinction: Aristotle and the Work of Politics* (Chicago: University of Chicago Press, 2004), 138ff.

[2] 依纳爵(西班牙,1491—1556),生于西班牙巴斯克地区的吉普斯夸,其父贝尔特兰·奥涅斯是当地最有名望的贵族之一,是罗耀拉城堡的主人。依纳爵成年后一直从事宗教活动,于1534年创立耶稣会。1540年,教皇保罗三世批准耶稣会。1541年,依纳爵任首任总会长。他还是耶稣会及士兵的主保圣人。参见啸声编:《基督教神圣谱——西方冠“圣”人名多语同义词典》,中国人民大学出版社2004年版,第471~473页。——译注

时空而变化,以致先前一度充满超验正义精神的法律在之后似乎仅仅是维持社会秩序的一种工具。我们有可能将世界历史描述为一部超验正义与被视为人定规则的法律之间相互斗争的历史。但这是另一本书的任务。

相反,《科学的馈赠》讲述了另一个故事。我之所以写作这本书是因为我们正处于历史上一个独特的时代。在法律沦为一种制定合法性决议的机制、正义沦为公正时,我们处于法律与生活中的伦理活动之间一度神圣的联系被消解的危险之中,而这已经达到了一种直到最近都无法想象的程度。正义的具体实现纵贯历史、时兴时衰,除此以外,现代社会还见证了正义无声的、未获承认的消亡。正义的消亡是一个有着千丝万缕的故事,任何一种单一的解释都不足以说明法律与正义相分离这一影响巨大的事件。但是,即使法律与正义相分离的原因超出了我们的知识范围,我们依然有可能着重描述与现代法兴起相伴的某些实践和运动。

学术界将法律与正义日渐规范化的分离称为实在法。简言之,实在法意味着法律的最终来源是意志而不是理性这一命题。由于实在法只是建立在主权者意志性命令的基础之上,它们经常被斥为专断的、非理性的。然而,认为实在法没有理由是错误的。相反,实在法恰恰是最需要理由的;换言之,实在法必须能够被证成。

由于存在着用理由来证成实在法的需要,所以,将授予所有法律创制自身的权力作为一条不道德的原则而加以摒弃,这种对实证主义的批判是不充分的。相反,一种对法律实证主义有意义的批评必须认真对待由实证主义思维所提供的特定的证成类型。由于实证主义者(positivist lawyers)否认法律可以由超验原则和价值证成,

他们就得在诸如公正、平等和效率等社会规范中来寻找法律的理由。通过在社会行为规则和社会规范中寻找正义,实证主义者并没有抛弃正义,而是改变了正义的本质。

xiv 今天,正义被视为科学的可认知的产物。在近来的法律史上,没有任何事件能比科学这种法律认识方式的兴起更加重要。《科学的馈赠》提出了这样的问题:法律被化约为可认知的规则的过程,以及与之相伴的表达正义核心的公正、效率和合法性的兴起,如何得以战胜法律和正义一度具有的超验理想?如同本书标题所显示的那样,答案是法律科学的兴起既体现又推进了法律和正义理想的变迁。通过探究自十七世纪科学革命以来法律科学在哲学方面和历史方面的演进,我将说明不能将实在法的出现与其存在于科学世界观之中的基础割裂开来理解。

但是,揭示科学与实在法的联系绝不意味着需要回到前科学时代的法律实践。我们对自身演化的问题开展深入而批判性的思考这种动力无需也不应该与回归辉煌过去的浪漫渴望相混淆。当然,历史与我们现在所能观察到的是否一致这一问题已然超出我们的知识范围。但我依然希望对为实在法提供基础的初始的科学动力的描述能够有助于开辟一条通往不同未来的道路。

同样,我采纳非实证主义的法律理想并不意味着回归自然法,不管是其作为可知的正义第一原则的传统形式,还是其新近在杰曼·格里茨(Germain Grisez)、约翰·菲尼斯(John Finnis)和罗伯特·乔治(Robert George)的著作中被复活了的版本。这些新的自然法学家(lawyer)“新”在他们反对将先天的自然法建构在人性论之上。即便如此,新自然法理论家们坚持认为可以通过一门实践理