

当 代 德 国 法 学 名 著

论 题 学 与 法 学

——论法学的基础研究

[德] 特奥多尔·菲韦格/著
舒国滢/译

律

社

D90
434

当代德国法学名著
Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

论题学与法学

——论法学的基础研究

Topik und Jurisprudenz

Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen
Grundlagenforschung

[德] 特奥多尔·菲韦格/著

Theodor Viehweg

舒国滢/译

图书在版编目(CIP)数据

论题学与法学:论法学的基础研究 / (德)菲韦格
著;舒国滢译. —北京:法律出版社, 2012

(当代德国法学名著)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2751 - 7

I. ①论… II. ①菲…②舒… III. ①法学—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 229822 号

**当代德国
法学名著** | **论题学与法学**
——论法学的基础研究

| [德]特奥多尔·菲韦格 著

| 责任编辑 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 6.375 字数 124 千

印次 2012 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2751 - 7

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书翻译得到德意志学术交流中心
和德国科学基金协会的支持

**Die Übersetzung erfolgte mit
Unterstützung des DAAD und
des Stiffterverbandes der Deutschen Wissenschaft**

法学的论题学立场(代译序)

自 17 世纪以来,人类的知识追求在很大程度上受到了笛卡尔主义和科学主义思想的影响。诚如英国哲学家罗素(B. A. W. Russell)所言:“近代世界与先前各世纪的区别,几乎每一点都能归源于科学,科学在十七世纪收到了极奇伟壮丽的成功。”^①秉承自然科学的实证精神、倡导“几何学证明方法”的笛卡尔就成了近代哲学的始祖。在这个“方法论问题觉醒的世纪”,连同笛卡尔哲学在内的学术思想均“尽力寻求一种方法来医治知性,尽可能于开始时纯化知性,以使知性可以成功地无误地并尽可能完善地认识事物”^②。于是,这个时期的学者们发现:“在研究和传授学问时,数学方法,即从界说、公设和公理推出结论的方法,乃是发现和传授真理的最好的和最可靠的方法……他们由于同情哲学的不幸命运,放弃了叙述科学的这种通常的大家习用的方法,踏上了新的然而困难重重的道路,期望运用数学那样的可靠性来论证哲学的其他部门,使这些部门同数学一样繁荣昌盛。”^③到了 19 世纪实证主义大行其道之时,“古老知识的残余”(如修辞学、论题学等)甚

① [英]罗素:《西方哲学史》(下卷),马元德译,商务印书馆 1982 年重印本,第 43 页。

② [荷兰]斯宾诺莎:《知性改进论》,商务印书馆 1960 年版,第 22 页。

③ [荷兰]斯宾诺莎:《笛卡尔哲学原理》,王荫庭、洪汉鼎译,商务印书馆 1997 年重印本,第 35~36 页。

至被人们视为一种枷锁、一种负担,被抛进了“历史的垃圾堆”^④。由此开始,法学也无反思地追随“时代的精神”,抛却了作为实践知识的古老传统,转向强调“科学”(公理)推理、强调知识确定性、精确性及普遍性之严格规准的实证主义。按照自然科学标准构想法律公理体系,就形成了一种新的风尚,影响及今。

建构概念清晰、位序适当、逻辑一致的法律公理体系,对于所有的法学家都有难以抵御的魅力。道理很简单:假如法学家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”。

在19世纪的德国法学中,“法律公理体系之梦”风行一时,众多一流的法学家曾经为之倾心。当时,弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779 ~ 1861)就指出:法学是“彻底的历史及彻底的哲学性”之学。他将法学的“哲学性”因素同“体系性”因素等量齐观,认为:在历史中逐渐形成的“实在”法有一种“内在的理性”,这种理性促成实在法的统一及关联性,只

^④ 自19世纪80年代以后,修辞学在欧洲各国高中课程中逐渐被取消,这标志着修辞学作为“七艺”时代的结束。See Bernard E. Jacob, “Ancient Rhetoric, Modern Legal Thought, And Politics: A Review Essay on The Translation of Viehweg’s ‘Topics and Law’”, *Northwestern University Law Review* (Summer 1995). 也见廖义铭:《佩雷尔曼之新修辞学》,台湾地区唐山出版社1997年版,第19~20页。

有体系化的法学才能发现之^⑤。其门徒普赫塔(Georg Friedrich Puchta, 1798 ~ 1846)进一步将这个体系理解为形式逻辑的、抽象概念体系,从而走向“概念法学”之途^⑥。其后的“潘德克顿学派(学说汇纂学派)”法学理论(即概念法学)大体上具有相同的信条: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,所有的案件均能够由此加以涵摄。因为:“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……只有通过全面把握法律概念,真正的法律体系,即法律规定的内在相互依存性才可能产生。”^⑦当时,著名法学家鲁道夫·冯·耶林(Rudolf von Jhering, 1818 ~ 1892)将这个“概念法学”的理想讥之为“琢磨着把法学上升为一门法律数学的逻辑崇拜”^⑧。

然而,现代的法律家们发现,法律体系本身不可能如概念法学所想象那样是一个公理体系(例如“法律数学”),即使建立起一个法律概念的逻辑演绎体系也是十分困难的。从理论上说,法律公理体系和法律概念演绎体系的建构本身尚有细微的差别:“从一些公理出发,根据演绎法,推导出一系列定理,这样形成的演绎体

⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第49页。

⑥ 同上。

⑦ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl., Bd. I, Frankfurt a. M. 1906, S. 110 - 111.

⑧ Rudolf von Jhering, *Der Geist des Roemischen Rechts*, 3. Teil, 3. Aufl., Leipzig 1877, S. 311 - 312.

系就叫做公理系统。”^⑨而如果从某个初始的范畴或概念(基石范畴或概念)推演出某个学科的全部概念,所形成的就是概念演绎体系。前者包含具有真值传递功能的命题(公理、定理),后者只是概念体系的排列顺序,而其未必有真值传递功能^⑩。

依据上面的标准,如果要创建法律公理体系,那就意味着:(1)必须首先寻找到法律逻辑推演的初始概念或符号(primitive symbols)、初始命题或公理(axioms)、初始推演规则(rule of primitive inference);(2)要保证法律逻辑推演的初始命题或公理是“自明的”、“直觉的”、“公认的”、“不言而喻的”,并且具有真值传递功能;(3)要保证法律逻辑推演具有“完全性”,即从若干“法律公理”推演出整个法律体系或法学体系的全部命题。在这一点上,它必须满足或符合四个条件:第一,这个法律公理体系必须是没有矛盾的;第二,这个体系必须是独立的,不能包含任何可以从其余公理推导出来的公理;第三,这个体系必须是充足的,即能够推导出属于公理化理论的全部陈述;第四,这个体系必须是必要的,它不可包含多余的假设^⑪。

事实上,迄今为止尚没有任何时代的实在法能够符合上面的形式化、公理化标准,恐怕未来的法律亦不完全能够在严格性、纯粹性和精确性上达到这个标准。原因在于:法律永远也不可能游离于社会生活,法律的语言尽管可以经过专门的建构,但也不能完全脱离日常语言。

也可以说,法律这样一种“质料”在本质上具有糅杂不纯的性质,体现在:(1)法律的概念并非纯粹形式逻辑的概念,具有一定

⑨ 王宪钧:《数理逻辑引论》,北京大学出版社1982年版,第33页。

⑩ 参见王海明:《伦理学方法》,商务印书馆2003年版,第152~153页。

⑪ 公理体系的四个满足条件,是卡尔·波普尔在1959年出版的《科学发现的逻辑》中提出的。参见王海明:《伦理学方法》,第155页。

的模糊性或多义性;(2)法律之质料载体(判例法、成文法典等)的有限性,使实在法律规范(规则和原则)可能含有漏洞、矛盾、晦涩、歧义;(3)由于前两个缺点的存在,实在法律规范作为推论前提本身不具有不证自明的确然性,而是具有可争议性的或辩难性的;(4)法律具有时间和空间的有限性,它们都是在一定的时间和空间内存在和发生效力的,没有任何一种实在法是无时间(适用一切时代)和无空间(适用一切国家或地区)规定性的。反过来说,实在法均具有“暂时性”和文化多元的特质。短暂性意味着法律的变动性、非确定性,这种属性与法律追求的安定性、可预期性、一致性理念是自相矛盾的。文化多元表明实在法的民众信仰基础的分化和在价值追求上的多目标化。所以,由于实在法律规则具有糅杂不纯的实在特性,下列问题在所难免:①法律规则及法律语言大量存在着各自的意义“波段宽度”(Bandbreite),需要解释才能确定其相对明确的意义;②法律规则之间发生冲突;③实在法律规则存在规定上的漏洞,即现实中发生的案件没有任何事先有效的法律规则(规范)加以调整;④在特定的案件中,所作出的裁判可能背离实在法律规则之条文的原义^⑫。由此可见,法律的上述特性难以完全满足形式逻辑之证明推理的形式化条件。

最关键的一点还在于:作为法律公理体系演绎之初始命题或公理极难确立。我们当然可以想象从最普遍化的、最抽象的“属”(genus)之意义上来寻求所有法律之有效性推理的前提条件。比如说,“法律来自上帝的意志”,“法律是理性的体现”,“法律是公正与善良的技艺”,等等。但做这样的设定有什么意义呢?人们从这些本身尚需要作初始界定的命题能否作进一步的推理,以至于建立一个逻辑自洽的公理体系呢?恐怕没还有人有足够的确信

^⑫ [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2~3页。

来实现这个雄心,因为上述命题很难说就是“自明的”、“直觉的”、“公认的”、“不言而喻的”,所谓“上帝的意志”、“理性”、“公正”、“善良”这些大词并非是“必然性的知识”,也不是一切法律文化都普遍接受或承认的逻辑前提,以此推论法律公理体系几无可能。

换一个思路,我们先确定法律概念的“最小公分母”(如同美国法学家 W. N. 霍菲尔德所做的那样),围绕此最小概念设定作为公理体系推演的初始前提,比如,“无权利则无法律”,“无救济则无权利”,诸如此类,那又会怎么样呢?不可否认,如果条件适当,法学家在有限范围内能够根据设定的前提进行逻辑推演。但这种推演能否依照公理化标准建构起跨越不同法律制度、不同法律部门的宏大体系呢?至少我们目前还没有发现有哪位法学家已经做到这一点。汉斯·凯尔森曾经在实在法律规范体系之外假设一种“基本规范”(Grundnorm),但这只是一个逻辑推论的基石范畴或概念,而并非一个公理。那么,我们能不能将“所有法律规范的效力来源于基本规范”当做公理?这个问题本身实际上可能就存在“理论争议”,至少上述命题不会像“从任一点到任一点均可作直线”或“所有直角均彼此相等”之类的几何学公理一样不证自明。正因如此,把法学等同于形式逻辑学、甚至将此建构成为所谓的“法律数学”或“法律几何学”是不现实的。寻求这样一种“法律公理体系之梦”无异于试图寻求法律之逻辑纯粹性的“乌托邦幻想”^⑬。

退求法律概念的演绎体系又如何?应当承认,并不是所有的法学家都天真地认为法律体系或法学体系就是法律公理体系,但他们也从未放弃过“体系思维”,而提出过各种各样体系性法律建

⑬ 德国法学家卡尔·恩吉施对建立“公理式体系”持类似的批判态度,其结论是:“公理式演绎的方法在法学中绝不可行。”见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第43页。

构的思想。比如,按照德国法学家埃塞尔(Josef Esser)的说法,法律体系可能是“封闭的体系”,也可能是“开放的体系”^⑭;卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris, 1937 ~)把法律体系理解为某个法秩序之普遍原则体系(“价值论—目的论的”体系)^⑮;还有些人则将之说成是“争端决定的体系”、“生活关系体系”、“单方面的体系”与“双方面的体系”、“可变性”体系或法律规范与法律原则体系,等等^⑯。当然,也不乏有人愿意循着概念法学的思路去寻找法律概念的演绎体系,以实现诸法律概念有某种形式逻辑的(不一定属于公理化的)排列顺序的目标。卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)将它称为“外部体系”(或“抽象概念式的体系”)^⑰。他相信:由(作为规整客体的)构成事实中分离出若干要素,将此等要素一般化,在此基础上形成类别概念(Klassenbegriff),进而借助增减若干(规定类别的)要素,形成不同程度的概念,并由此构成体系^⑱。这个建构路径确实十分诱人,也不乏可操作性。但有学者从中看出了“抽象概念”作为思考形式(Denform)的局限性,指出:我们常常在(作为规整客体的)构成事实或具体的生活关系中分离出来的,与其说是抽象概念,不如说是各种“类型”(Typus)。依据阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)说法,类型思维是有别于抽象概念的思维形式:抽象概念是封闭的,类型则是开放的,概念式的思维是一种

⑭ J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, S. 7.

⑮ G. - W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1969, S. 46ff.

⑯ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第46~47页。

⑰ 同上书,第316页及以下页。

⑱ 同上书,第316~317页。

“分离式”、“非此即彼”的思维,类型思维则是流动的思维^{①9}。进而言之,与抽象概念相比,类型具有下列三个特性:(1)“层级性”(Abstufbarkeit),一个类型之内可能会有无数的层级之依序排列;(2)“边界的不明确性”,由一个类型到另一个类型之间是由“流动的过渡”(fließende Übergänge)所相接的;(3)“组成分子的不固定性”,类型是可以允许许多各式各样的元素组合的,从而形成“有弹性的标志结构”(elastische Merkmalsgefüge)^{②0}。有关类型思维在立法、司法和法学研究中的价值这里暂且不表,但有一点我们必须指出:面对无以计数、无以穷尽的生活关系事实,仅仅依靠建构法律概念的演绎体系是远远不够的,法律的“过度概念化”反而不能适任其职。

二

那么,到底什么是法学之“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

^{①9} [德]阿图尔·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台湾地区学林文化事业有限公司1999年版,“译序”第12~13页。据认为,马克斯·韦伯(Max Weber, 1864~1921)最早将类型概念引入社会学研究,格奥尔格·耶利内克(Georg Jellinek, 1851~1911)最早将之引入一般国家学(见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,第337页)。不过,也有学者考证,鲁道夫·冯·耶林是韦伯行动类型学说的主要理论先驱(参见郑戈:“韦伯论西方分离的独特性”,载《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社2001年版,第33页)。

^{②0} 林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第126~128页。

作为一门实用的技艺(技术, Technik, craft)来加以研究^②。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以蔽之的。

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:法学能不能当做自然科学来加以研究?法学是一门(自然或社会)“科学”吗?依照德国哲学家亨利希·李凯尔特(Henrich Rickert, 1863 ~ 1936)的观点,自然和文化是俨然有别的:“自然是那些从自身中成长起来的、‘诞生出来的’和任其自生自长的东西的总和。与自然相对立,文化或者是人们按照预计目的直接生产出来的,或者是虽然已经是现成的,但至少是由于它所固有的价值而为人们特意地保存着的。”^③因此,文化现象只能根据它们固有的目的,而不是从(自然)原因出发来加以确定,它包括了宗教、法学、史学、哲学、政治经济学等科学的一切对象^④。正如科学规范、道德规范和艺术规范一样,法律规范也是文化法则(Kulturgeetze, 文化规律),而不是自然法则(规律),前者包含应然,后者包含必然(Müssen)。还可以进一步说,自然科学提供普遍的(自然)“法则”,文化科学通过描述在历史中铸造的具体的“形态”(Gestalte)而具有“个别记述的”(idiograpisch)性质:前者为(自然)法则科学,后者为(历史)事象科学(Ereigniswissenschaften);前者是“说明的”科学,后者是“理

^② 比较颜厥安:《规范、论证与行动——法认识论论文集》,元照出版公司2004年版,第5页。

^③ [德]H. 李凯尔特:《文化科学和自然科学》,涂纪亮译,商务印书馆2000年版,第20页。

^④ 同上书,第22页。

解的”科学或诠释(解释)科学(Die hermeneutischen Wissenschaften)。^⑲从这些对立的范畴之对比可以看出,从自然科学的角度来研究作为文化现象之一的法律现象不是不可能,而是如何界定其研究的性质。反过来说,我们不能笼统地将法律的自然科学研究称为“法学研究”。正因为如此,李凯尔特指出:“我们不能满足于仅仅用自然科学的或普遍化的方法去处理文化事件。虽然,这样的处理是可能的,甚至也许是必需的,因为任何一种现实都是可以用普遍化的方法去理解的,但是,在这种情况下,这种处理的结果将是这样:再一次用歌德的话来说,它把那种‘只有分离开来才具有生命’的东西‘生搬硬套地凑成一种僵死的普遍性’。因此,用自然科学概念来表现文化生活,这种做法虽然可能有其正当理由,但仅仅用这种方法是不够的。”^⑳

我们应当这样来看问题:首先,法学不是(李凯尔特意义上的)“说明的”科学,其首要目的并不在于“说明”实在;其次,(上已述及)法律词语“对于所有的人具有相同的、不变的意义”这个假设难以成立;第三,有时候我们并不知道法律之中有没有“真理”,因为我们不清楚法学陈述与之相符合的“实在”所指什么,这可能是一个见仁见智的、有待讨论澄清的问题。我们同意这样的见解:法学作为“理解的”科学或诠释(解释)科学,其“以处理规范性角度下的法规范为主要任务”,质言之,其主要想探讨规范的“意义”。它关切的是实在法的规范效力、规范的意义内容,以及法院判决中包含的裁判准则^㉑。职是之故,爱德华·拉宾教授说:“法律学者把法律作为一套被人们设计为一种意义体系的规范性

^⑲ 参见[德]阿图尔·考夫曼:《古斯塔夫·拉德布鲁赫传——法律思想家、哲学家和社会民主主义者》,舒国滢译,法律出版社2004年版,第123、125页。

^⑳ 李凯尔特:《文化科学和自然科学》,第72页。

^㉑ 拉伦茨:《法学方法论》,第77页。

述说(normative statements)来加以研究……他们考察法律的内在结构和意义。”^②在这里,法学作为科学活动与其说是认识和揭示真理,不如说是追求“理解”,即通过解释、论证、论辩(对话)等方式合理地解决人们在法律认识上的意见分歧和观点冲突,达成具有主体间性的、可普遍接受的“共识”,直至建构一套公认的、系统化的法律知识体系,并由此而形成法学的“知识共同体”。这种认识和传授知识的活动,当然不同于自然科学和以自然科学理论旨趣建构的社会科学。

既然法学不等于自然科学,也难以在现有的基本知识形态中找到自己适当的位置,那么法学似乎就是游离于其他学术或科学之外的。人们很容易提出下面的疑问:法学研究作为一种独特的知识建构活动,它有没有自己的范式?这些范式是什么?对上面的问题应当这样来看:假如不是绝对限定“范式”使用的语境,那么我们当然可以认为法学同样有自己的“范式”,这些范式就是法律知识共同体(法学研究者、律师、法官等)经过多年的法律实践积淀而成并通过职业教育传授的基本法律理论、法律信念、法律方法以及规范标准,等等。法学范式是伴随着职业法律家阶层的形成而逐渐形成的,它并非完全由所谓法学理论家所创造,也并非仅由法学理论家予以信奉和遵守,而是由整个法律人(lawyer,法学教授也属于法律人的一种,称为“academic lawyer”)共同体共同创造并加以遵从的。此外,法学范式总是与法律范式(paradigms of law, Paradigmen des Rechts)相互交织在一起的:有时候法律范式就是法学范式,而法学范式也会影响法律范式的形成和变化。按照德国当代哲学家于尔根·哈贝马斯(Jürgen Habermas)的说法,像“社会理想”、“社会模式”、“社会图像”、“理论”这样的表述是表示一个社会时代的范式

^② 引自郑戈:“法学是一门社会科学吗?”,载《北大法律评论》(第1卷第1辑),法律出版社1998年版,第19页。

性法律观的公认说法。它们的含义都是人们对自己社会形成的一些默认图景,它们为立法和司法的实践提供视角,为实现自由和平等的公民联合体这个规划提供导向。法律范式可以作为“一种未成议题的背景知识的方式起作用”,支配着所有行动者(公民、当事人、立法者、法官和行政者)的意识。它首先在法院的典型性判决中发现的,并且通常等同于法官默认的社会图景^②。所以,离开法律知识共同体,离开法律范式,我们就无从理解所谓“法学范式”。无论法律范式还是法学范式都不是固定不变的,在历史上也经常会发生从某个法律范式或法学范式向另一个法律范式或法学范式的转变,我们也可以将这种转变笼统地称为“法律革命”或“法学革命”。

通过上文的分析,我们试图寻求一种“视角的回归”,即回归到“内在观点之法学”或“法学之内的法学”,而不是专业法学以外的思想者的法学(“法学外的法学”)^③。这种“内在观点之法学”的重要之点,在于它始终不能完全游离于各个时代发生效力的实在法。持内在观点之法学立场的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

^② 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第488~492页。

^③ 有关“法学之内的法学”和“法学外的法学”的提法,参见舒国滢:“从方法论看抽象法学理论的发展”,载《浙江社会科学》2004年第5期。

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“法律知识共同体”之专业技术的要求,来逻辑地表达为法律知识共同体甚或整个社会均予认可的意见和问题解决的办法,也就是说,法学家必须依托实在法按照“法学范式”来进行作业。故此,“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”。^⑩

这一“内在观点之法学”运用一套法律家创制的法律语言,沿用来自法律家经验的解释方法,完成法律实务之问题解答,以追求实践—技术的知识之旨趣。它确立了法学家的职业精神和一种习习相守的内在秩序和传统,并且借助法学家的努力不断驯服自身的随意性,使法律职业共同体的成员产生一种“限度感”(sense of limits)^⑪。说到底,所谓法学,就是法律的实践知识或法律实践之学。我们权且称之为“应用的法学”,在古罗马,人们使用 *jurisprudentia* 一词(其本义即“法律实践知识”,将 *prudentia* 释为“实践之知”或“实践知识”对于辨明法学的性质是十分必要的),德文名曰 *Jurisprudenz* (“狭义的法学”)^⑫。

⑩ 拉伦茨:《法学方法论》,第77页。

⑪ 参见郑戈:“法学是一门社会科学吗?”,载《北大法律评论》(第1卷第1辑),法律出版社1998年版,第18页。

⑫ 德语的 *Jurisprudenz* 一词是指以法律实务为指向的法律学问,它与 *Rechtswissenschaft* (偏向理论知识的法学)有一定的差别。所以,英语国家的学者建议将 *Jurisprudenz* 按照其古老惯用语翻译成“legal prudence”(法律实践知识)。See W. Cole Durham, *Translator's Foreword to Theodor Viehweg, Topics and Law*, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 1993, at xxxii-xxxv.