

战后德国法哲学的发展路向

舒 国 滢*

在法学发展史上，德国法哲学的成就是有目共睹的。西方现代法学思潮的流变，都或多或少与德国上一个世纪以来法哲学的发展，有着不易剪断的联系。至少在1939年第二次世界大战爆发以前，德国一直是整个世界法哲学研究传播的中心，受世人所瞩目。然而，二战的发生，不仅改变了世界政治经济的格局，而且也从主要方面对世界文化、精神资源作了一次重新分配。德国由此而丧失了其“强势文化”的地位，拱手让位于英美“文化世界”。战后，除了南美（巴西、阿根廷）、东亚（日本、南朝鲜、台湾）、北欧（丹麦、芬兰、瑞典）以外，其他地区的法学家们对德国法哲学已失去了往日的热情。由于历史的原因，我们中国大陆的法学家对德国法哲学的系统研究，中断了近40年。近年有数种评述现（当）代西方法哲学（或法理学）的著作问世，但大都回避德国、法国、意大利、北欧诸国法哲学的进展，不可不谓一桩憾事。法理学界提出我国法理学要走向二十一世纪，立意高远。但要落到实处，除着力研究我国本土现实的重大理论与实践问题外，尚须追踪世界各主要国家法哲（理）学的最新发展动态。正是基于此一信念，笔者不揣学浅，梳理有限的德语文献，对战后德国法哲学发展路向，予以概述。

一、德国法哲学五十年历史的阶段划分

战后德国法哲学的发展，从1945年开始，至今已有整整50年的历史。对这50年发展的历程，到底如何作具体的阶段划分，即使是德国的法学家们也没有一个总体的归结。笔者根据法律学说的兴衰、重要法学家的相互传承关系，结合德国政治、经济及人文科学整体发展诸因素，将上述历史大体上划分为三个阶段：

（一）自然法学的复兴与法哲学的重建（1945年至60年代中期）

象其他领域的建设一样，德国的法哲学也是在第二次世界大战的废墟上恢复建立的。从1945年到60年代中期这一阶段，德国法哲学发展的主要特点，表现在法哲学的重建和自然法学的复兴。

纳粹德国发动的侵略战争，不仅给欧洲和世界经济和文化造成极大破坏，而且给德国自身带来深重的灾难。战后的德国满目疮痍，许多城市成为一片废墟，经济陷入全面崩溃，德国人民的文化生活、科学事业以及精神世界也完全陷入支离破碎的处境。德国人迫切需要经济、政治的重建，也需要从心理深层对整个民族在战争中的责任进行反思，重新定位正义标准在人类个人、群体和社会共同生活中的作用。基于此一现状，哲学家卡尔·雅斯贝尔斯

* 中国政法大学法理教研室副教授。本文的写作，曾得到哥廷根大学教授狄塞霍斯特（Prof. Malte Dießelhorst）、伯伦兹（Prof. Okko Behrends）、德莱尔（Prof. Ralf Dreier）和基尔大学教授阿列克西（Prof. Robert Alexy）的指导和帮助，谨此致谢。

(Karl Jaspers, 1883-1969) 出于正直与良心, 甘冒被同胞误解的危险, 于1946年发表《罪责问题》一文, 指出: 德国人无法推卸对纳粹政府的所作所为应担负的责任, 因为大部分人都没有反抗, 不少人甚至还在许多方面支持这一政府。他说, “指责他人的过失, 并不能免除掉德国人民自己的罪愆——这罪愆需要完全的忠诚和长久、艰辛而彻底的内在更新方能革除。”¹ 雅斯贝尔斯的言论代表了多数有良心的德国人对几个世纪以来的民族优越价值的深刻反省和对人类普遍价值(如自然法观念)的回顾与关怀。

也正是带着同样的情怀, 资深法学家G·拉德布鲁赫(Gustav Radbruch, 1878-1949) 战后不久即抛弃他在《法哲学》(1914年)一书中所坚持的法律相对主义立场, 而转向崇尚人类终极价值(正义、人的尊严)的自然法学。他在去世前的短短五年里, 先后写作发表《法哲学沉思》(1945)、《五分钟法哲学》(1945)、《法的更新》(1946)、《法律的不法与超法律的法》(1946)、《精神的国际性》(1946)、《正义与宽容》(1949) 诸文, 承认法的基本原则——自然法或理性法的绝对效力, 并就“超法律的法”与法律的可靠性、法律的不法等一系列重大问题作了新的诠释。他的理论转向, 为“纽伦堡审判”引发的法律实践问题作了令人信服的理论说明。此后, 在长达20年的时间里, 德国法学界就自然法理论进行了全面的检讨。法学家们争论的主要问题包括: “正当法”(richtiges Recht); 法与道德的关系; 法的效力与约束性; 自然法的纠正功能; 自然法的建构; 自然法与存在主义; 清教领域的自然法思想; 自然法的内容确定性; 内容可变的动态自然法; 重要自然法与次要自然法效力要求的绝对性; 历史条件与社会文化因素对自然法的影响; 传统自然法学说的认识论问题, 等等。² 在此方面, 萨尔大学教授W·麦霍费尔(Werner Maihofer, 1918-)的存在主义自然法学说, 在国际学界影响较大, 反映了这个时期德国法哲学的成就。³ 麦霍费尔在50-60年代先后发表了大量的论著。其中, 《法与存在》(1954)、《论人类秩序的意义》(1956)、《自然法的问题》(1960)、《法与生存》(1963)、《作为生存法的自然法》(1963) 等, 对于法与存在的本体论建构、个人与社会、物的“周围世界”(Umwelt) 与人的“共同世界”(Mitwelt)、 “自在”(Selbstsein) 与同源似在(Alsein) 等哲学问题作了深刻的思考, 从存在哲学层面为自然法与人类的基本价值寻求理论支持。自然法学说的复兴, 作为对第二次世界大战及其法律理论的批判运动, 是战后德国法哲学的主要理论方向。

在此一阶段, 德国法哲学界在组织上所做的一项重建工作是恢复国际法哲学-社会哲学协会的活动。国际法哲学-社会哲学协会(简称IVR), 其前身为“国际法哲学-经济哲学协会”, 1909年在德国柏林成立。战前, 协会曾在德国先后召开过四次规模不等的世界会议。此后由于政治、经济和战争诸方面的原因, 协会的国际会议中断。1945年后, 协会的会刊——《法哲学社会哲学档案》(ARSP) 也被迫停刊。1948年8月德国法哲学界在美因兹大学召开会议, 重申《国际法哲学-社会哲学协会章程》, 并决定由汉堡大学法学教授鲁道

1 [德] 卡尔·雅斯贝尔斯:《悲剧的超越》, 亦春译, 工人出版社1988年版, 第4页。

2 Hans Dieter Schelauke, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland——ein Überblick über zwei Jahrzehnte (1945-1965)*, Köln, 1968.

3 美国德裔法学家埃德加·博登海默在其代表作《法理学-法哲学及其方法》中注意到W·麦霍费尔等人的存在主义法学的的影响, 与“其他价值定向法学”相并论。参见该书中文译本, 华夏出版社1987年版, 第195页。

夫·劳恩 (Rudolf Laun) 与慕尼黑大学法学博士 T·菲韦格 (Theodor Viehweg) 主编《档案》杂志。1949年《档案》第38卷出版, 标志着德国法哲学从此揭开新的一页。1957年10月5日, 战后第一任主席 R·劳恩在德国萨尔州首府萨尔布吕肯主持召开第一届正式的协会世界大会, 邀请意大利、芬兰、奥地利、波兰、南斯拉夫、日本等国法学家参与会议, 讨论“事物性质”、“情境概念”、“理性的本质与形式”、“事物内容与规范确立”等法哲学问题。与此同时, 德国成立了国际法——社协会的国内分会。该分会一直在国际协会的学术组织、交流、会刊的编辑等方面发挥着重要作用。

尽管如此, 与英美法哲学的成就相比较, 德国这一时期法哲学的总体发展显得沉闷和冷清, 缺乏象 L·富勒 (Lon Fuller) 和 H·L·A·哈特这样有影响的法哲学家及富有创造性的法学思想。也许正是由于这样的原因, 德国也没有象战前那样在法学研究方向或旨趣上形成有特色的法学家群体——法学派别。即使是颇有影响的“复兴自然法”, 也只能被看作是一次不同角色的法学家参与讨论的法学运动, 而不能视为是一种具有结构功能的法学派的称谓。应当说, 战后德国法学家的理论贡献更多地体现了个体特点。在法哲学界发挥作用的, 主要还是那些二战期间即已成名的老一代法学家, 例如, 卡尔·恩基施 (Karl Engisch)、J·埃塞尔 (Josef Esser)、卡尔·拉伦茨 (Karl Larenz) 等人。他们在50年代末60年代初分别出版了系列的法学方法论专著, 使这一法学方向的研究达到一个全新的高度。关于此点, 下文将作介绍, 兹不赘述。

(二) 科际渗透与法哲学的发展 (60年代中期至70年代末)

法哲学与相邻学科的发展是密切相关联的。哲学及其他学科的每一次学术思想运动, 都必然在法哲学中得到回应。众所周知, 自从德国数学家兼哲学家弗雷格 (Gottlob Frege, 1848-1925) 出版《概念演算——一种按算术语言构成的纯思维的符号语言》(1879) 以来, 现代西方哲学发生了所谓的“语言学转向”, 即哲学经历了一个从形而上学、到认识论、再到语言哲学的自然进程。至60年代, 符号学、语言哲学、逻辑哲学的发展, 渗透于社会科学的各个领域。1960年, 海德堡大学哲学教授伽达默尔 (Hans-Georg Gadamer, 1900-) 的《真理与方法》的问世, 又使“诠释学” (Hermeneutik, 又译解释学、释义学) 理论在德国学界引起反响。另一方面, 战后重组的“法兰克福学派”及其批判理论, 美国贝塔朗菲 (Ludwig von Bertalanffy, 1901-1972) 的“一般系统论”, 也在德国各学界产生了广泛的影响。德国60年代中期以来的法哲学就是在这样的学术背景下蕴生和发展的。

在这一时期, 法学家们不再囿于传统法哲学讨论的范围, 而是在多学科相互渗透、交叉的层面上拓展法学研究的领域。法学家们运用符号学、语义学、修辞学、语序学、诠释学等理论与方法研究沟通行动过程中的立法与司法、法律语言、法律规范的效力, 建构法律诠释论, 进行法律的逻辑分析, 等等。其中, 慕尼黑大学教授 A·考夫曼 (Arthur Kaufmann, 1923-) 的法律诠释理论和比勒费尔德大学教授 N·卢曼 (Niklas Luhmann, 1927-) 的功能结构的社会系统学说, 代表了当时德国法学研究的深度和水平。

A·考夫曼是 G·拉德布鲁赫的学生。他在海德堡求学期间 (1946年) 曾兼听诸名家 (如卡尔·雅斯贝尔斯、阿尔弗雷德·韦伯) 的课程, 涉猎领域广泛。考夫曼在思想上受希腊以

来的经典学说,尤其是晚近的南德意志新康德主义价值论(拉德布鲁赫)、存在哲学(雅斯贝尔斯)、诠释学(伽达默尔)和人类学(勒维特/Löwith)的影响较大。1957年考夫曼发表其法哲学奠基之作《自然法与历史性》(Naturrecht und Geschichtlichkeit),确定了其法律诠释学发展的基本方向。60年代以后,他又先后发表《关于克服相对主义法哲学的思考》(1960)、《过错原则》(1961)、《法律与法》(1962)、《法的本体论结构》(1962)、《论当代法哲学的处境》(1963)、《法与善》(1964)、《法律国-法官国-法治国》(1964)、《自由法运动》(1965)、《类推与“事物性质”》(1965)、《语言作为诠释学视境》(1969)、《认同与分歧》(1972)、《由自然法与法律实证主义到法律诠释学》(1975)等文章和有关著作,逐步建立起法律诠释本体论体系。⁴

相对考夫曼而言,N·卢曼的学术贡献的影响范围更为广泛。自60年代以来,卢曼相继发表论文和著作,数量达数百种之多。其内容涉猎哲学、宗教、经济、心理学等多种人文学科。他这一时期的主要法学著作有《通过程序的合理化》(1969)、《社会学启蒙:社会系统论集》(1970)、《法律系统与法律教义学》(1974)和若干篇论述法学理论、法学方法论的论文。以T·帕森斯(Talcott Parsons)学说为基础建立的结构功能主义系统理论,是卢曼大量著作中最具创造性的部分,被称为“新实证主义”的一种,⁵多年来在欧美学界激起不同的反应。

值得一提的是,为了顺应时代多学科相互整合的发展趋向,德国法学界于1970年创办《法学理论》(RECHTSTHEORIE)杂志,对于推动德国法学与多学科渗透并走向国际舞台,起到了很好的沟通作用。该杂志由当时德国和国际上德高望重的法学家和学者K·恩基施、H·L·A·哈特、汉斯·凯尔森、U·克鲁格(Ulrich Klug)和卡尔·R·波普(Sir Karl R. Popper)担任主编,K·阿多麦特(Klaus Adomeit)、W·克拉维茨(Werner Krawietz)和A·波德莱希(Adalbert Podlech)负责编辑出版。《法学理论》是一份面向国际的关于“法的逻辑、方法论、控制论和社会学”的杂志,每年出版1卷及1—4期副刊,登载当年德国及国外法学家们的论文、报告、书评,或以“专辑”形式出版德国当年优秀的法学博士论著、国际法哲学社会哲学协会和德国、奥地利及其他国内分会的学术讨论会论文,及时反映国际上法学研究的最新成就。通过该杂志,我们也可以大致了解到70年代以来德国法哲学发展的模样。

(三) 新一代法哲学家的成长与德国法哲学的繁荣(70年代末至今)

战后德国法哲学,经过30多年的恢复重建和发展,至70年代末才真正摆脱了冷清的局面,而逐渐走向繁荣活跃,重现了它在国际法哲学界的重要地位。总体上看,这一时期的法哲学发展有以下几个方面的特点:

1. 法哲学家群体结构合理,年轻一代法学家迅速成长并在国际舞台上崭露头角。这一时期,老一辈法学家,如C·施米特(Carl Schmitt)、K·拉伦茨、K·恩基施、U·克鲁格、W·麦霍费尔等人,都年近古稀,但不辍笔耕;五六十成名成年的中年一代法学家,如A·考夫曼、N·卢曼、W·克拉维茨、R·德莱尔(Ralf Dreier)等人,经过几十年辛勤

⁴ 参见Winfried Hassemmer, Dimensionen der Hermeneutik——Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, Heidelberg 1984.

⁵ Theodor Schramm, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1978, S. 73.

耕耘,在学术上均有所建树,成为德国法哲学界的中坚力量。尤其重要的是,象R·阿列克西(Robert Alexy)、U·诺伊曼(Ulfrid Neumann)等一批年轻法学家的脱颖而出,给德国法哲学界带来了一股勃勃生气。新一代法学家从70年代后期以来,不断开拓法哲学研究的新领域,相继在国际前沿的法学课题上做出了独创性贡献,不仅受到国际上法学界同行的肯定,而且也为哲学界的学者们所关注。

2. 法学新学科日渐成熟,法哲学论题范围广泛,法学研究处于理性论证阶段。60年代以来的多学科渗透融合的潮流,到70年代末期已在法学领域产生较为系统的研究成果。尤其是近年来,一批运用当代最新方法论研究法学问题的论著不断问世,显示出德国法学的强劲实力。这些著作主要有G·斯特鲁克(Gerhard Struck)的《语序法学》、J·哈伦堡(Jan Harenburg)的《科学与实践之间的法律教义学》(1986)、H·柯赫(Hans-Joachim Koch)与H·吕斯曼(Helmut Rübmann)的《法律建构学》(1982)、W·加斯特(Wolfgang Gast)的《法律修辞学》(1992)等。而最能体现科际整合优势,以法与实践理性为讨论范围(论域)的法律论证理论,成为近20年来德国年轻一代法学家们谈论的主题话语(Rede),有关的法学专著也相继问世。这其中有U·诺伊曼的《法律论证学》(1986)、R·格罗施纳(Rolf Cröschner)的《对谈与法学》(1982)、E·希尔根多夫(Eric Hilgendorf)的《法学中的论证》(1991)、E·本德(Elmar Bund)的《法律逻辑与法律论证》(1983)等。在此方向上,当时最有成就的年轻法学家是哥廷根大学法哲学博士、后任基尔大学公法和法哲学教授的R·阿列克西(1945-)。他于1978年出版博士论文《法律论证理论:理性商谈论作为法律建构理论》。该著作确立了他在整个国际学界的学术地位。在以后的数十年中,阿列克西又先后出版《基本权利论》(1985)、《法的概念与效力》(1992)、《坚墙防护:论法、道德与惩罚性之关系》(1993)等著作,在国际上著名法学和哲学杂志上发表论文40余篇,从多方面就实践商谈论、法律原则、法律论证的规则、法律决定的逻辑分析、法律论证与实践理性之关系等一系列问题作了深层的诠释。阿列克西的论著被译为多种文字出版,远播至北欧、英美、西班牙、意大利、南美诸国。

3. 哲学家转向法哲学研究,展开一般法学理论的哲学向度。德国哲学家探讨法哲学问题,其传统由来已久。德国18世纪末19世纪初的三位著名哲学家康德、费希特、黑格尔都曾在完成其哲学体系的同时对法哲学方向予以关注,并撰写过法(国家)哲学著作。⁶当代哲学,尤其是二战以来的人本主义思潮,将人和人类的生存与发展作为关怀的主要对象。面对本世纪的政治、经济和文化的危机,哲学家不得不思考与人类生存样式息息相关的制度、法律、道德及社会问题,并试图为人类现实的精神处境寻求新的诠释话语,建构基于“沟通”和“共识”的一套理性规则。在此方面,德国当代的哲学家站在思想的最前沿对法哲学、社会哲学、道德哲学和国家哲学问题展开讨论,就各种人文主义思潮作出回应。其中,尤尔根·哈伯马斯(Jürgen Habermas, 1929-)作为法兰克福学派第二代主要思想家,以其著作之丰、理论论证之深邃、言谈范围之广泛,成为当今世界范围内最受学界注目的人物之一。他在六七十年代出版关于理论与实践、文化与批判、晚期资本主义的合法化、历史唯物主义

⁶ 这主要是指康德1797年出版的《法的形而上学原理》(《道德形而上学》上册)、费希特的《自然法基础》(1796年)和黑格尔的《法哲学原理》(1821年)。

的重建等著作之后,又于近十几年相继出版《政治短论集》(四册,1981)、《沟通行动理论》(1981)、《道德意识与沟通行动》(1983)、《沟通行动理论的前研究与补充》(1984)、《现代性的哲学商谈》(1985)、《新的不透明性》(1985)、《后形而上学思考》(1988)、《续补的革命》(1990)、《商谈伦理学阐释》(1992)等专著,开辟了道德、政治哲学领域的一系列新的理论方向。他的法哲学新著《事实与效力:法与民主法治国商谈理论论集》(1992)的问世,代表着德国当代法哲学发展的最新高度。在这部被誉为“自康德、黑格尔以来第三部德国哲学家所写的法哲学著作”的论集中,哈伯马斯从哲学、社会学、语言学、诠释学角度,讨论了法的范畴、法律效力、正义概念、理性法、法律体系,道德-法律规范、法治国、法律决定的合理性、审慎政治、市民社会与政治公开性、法的判例等一系列法-社会-国家哲学的前沿问题。⁷可以预料,在不久的将来,哈伯马斯的法哲学思想,象他的其他哲学思想一样,将会在国际学界再度引起轰动,成为学人谈论的热门话题。

二、战后德国法哲学论题概述

前文重在对二战以来德国法哲学界人物、著作和不同时期学术背景的介绍。本文第二部分拟对各种法哲学理论、学说和观点做一个扼要的清理,从法学家们50年来所讨论的问题中抽取8个方面有代表性的论题,分别综述。

(一) 法与存在

“存在”是存在哲学(Existenzphilosophie)的基本概念。据哲学家卡尔·雅斯贝尔斯的解释,存在(生存)涉及三个方面的关系,即世界、另一个可能的世界和超验。⁸在现世的意义上,存在与社会、国家及法律之间发生不同层面的联系。社会与国家是生存意义上的此在现实,对每个具体的人而言是他的此在(Dasein)及其生成的物质条件。作为历史生成的秩序,法律并不是任意的和偶然的,而根植于此在及其保护意志的公共性。因此,法律是个人的此在的保护。进而言之,法律意味着通过公共意志的决定克服纯粹的暴力,实现个人的自由。⁹沿着雅斯贝尔斯的思路,E·费希纳(Erich Fechner)在《法哲学:法社会学与法的形而上学》(1956)一书中具体考察了法在存在哲学上的“直接意义”与“间接意义”,并从存在哲学视角论证法哲学的若干基本问题(自由、存在上的决定、主观与客观、存在主义法律观等)。¹⁰W·麦霍费尔对法与存在的思考是一种法的存在本体论考察,即“后设的存在论的形而上思索”(meta-existentielles über-Denken)。从这一视境出发,他特别关注相互流通的两个邻接的世界(主观世界与客观世界)的边界,并试图就主观(个人)与客观(社会)这两个领域的交换关系予以等量齐观。麦霍费尔法的存在论基于一个二重的观点:一方面是物质的和人的内在(Innerlichkeit);另一方面是物质的和人的外在

7 对哈伯马斯的法哲学理论有兴趣者,可阅读Jurgen Habermas, Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Suhrkamp, Frankfurt/a.M. 1992.

8 Marc Blessing, Aspekte existentiellen Rechtsdenkens, Zürich, S.67.

9 Karl Jaspers, Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, S.201.

10 Erich Fechner, Rechtsphilosophie; Soziologie und Metaphysik des Rechts, Tübingen, 1956, S.231. ff.

(Äußerlichkeit)。作为一个在“似在”(Alssein)中存在的“自在”(Selbstsein),¹¹人在“物质世界”或“共同世界”中的个性展开,必然是与法的空间相遭际的。麦霍费尔根据对这样一种联系的分析,为其法律学说建构了一个本体论基础。

“法与存在”讨论,是德国当代自然法理论的一个新的发展。它反映出存在主义法学家们试图从具体的生存意义上的存在诠释角度来阐述当代的自然法思想。这种自然法可以称之为“存在主义本体论的自然法”(das existenzial-ontologische Naturrecht),它既不同于早期的各种自然法理论,甚至也不同于流行于本世纪初期的诸种“复兴自然法”学说。¹²

(二) 法与“事物的性质”

“事物的性质”(德文Natur des Sache,简称NdS,英文nature of thing)是一个古老的概念,来源于希腊文physei dikaion和拉丁文rerum natura,兼“先天规定性”、“物性”、“不言自明性”或“物之内在秩序”诸义。¹³在中世纪,“事物的性质”被看作是神性,即神造自然这一事业的适度性。在近现代,“事物的性质”一词衍生出许多新的用法,如事物的理性(Vernunft der Sache)、物之理性(Vernunft der Dinge)、自然理性(naturalis ratio)、目的思想(Zweckgedanke)、交际需要(Verkehrsbedürfnis)、正义感(Rechtsgefühl)等等。其实,这些名词都是同一概念的不同符号。¹⁴

在历史上,“事物的性质”这一观念是各个历史时期自然法学说的理论渊源之一。然而,自然法,并不等同于事物的性质,甚至也不完全等同于“来自事物性质的法”。¹⁵法国的孟德斯鸠(1689-1755)最早将事物的性质归结为“法律的精神”,认为:在最广泛的意义上,法是“由事物的性质产生出来的必然关系”。¹⁶他在探讨法与政体的性质、民族精神、风俗、习惯之关系的同时,也详细考察了法与“气候的性质”、“土壤的性质”以及它所规定的“事物秩序”之间的诸种关系。¹⁷在德国,本世纪初风行一时的“自由法运动”(Freirechtswegung)在法学领域推动了关于“事物性质”的讨论。法学家们运用此一概念论证法的解释及法的解释框架内的法律渊源问题,为法院判决理由寻求制定法以外的标准,将事物的性质视为法的解释的内容或法律渊源之一。

二战后的“复兴自然法”运动再度将“法与事物的性质”的讨论推向高潮。1948年,G·拉德布鲁赫发表《事物的性质作为法学的思考方式》一文,高度评价了“事物的性质”

11 见Werner Maihofer, *Recht und Sein: Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt/a. M., 1954, Vorwort.

12 有关的评论,参见Arthur Kaufmann, *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt 1965, Einleitung.

13 Hiroshi Noguchi, *Die "Natur der Sache" in der juristischen Argumentation*, ARSP Beiheft—30/1987, S. 139. 也见Hebert Schambeck, *der Begriff der "Natur der Sache"*, Wien, 1964, S.7; Dernburg, *Pandekten*, 3. Aufl. I (1892). S. 87.

14 F. Regelsberger, *Pandekten* (1893), I, S. 68.

15 Gerhard Sprenger, *Naturrecht und Natur der Sache*, *Schriften zur Rechtstheorie Heft 50*, Berlin, Einleitung.

16 [法]孟德斯鸠,《论法的精神》(上册),商务印书馆1987年版,第1页。

17 见孟德斯鸠前揭书第2、14、18、19、26诸章。

的法哲学意义,引起法学界对此一问题的重新思考。W·麦霍费尔、H·萨姆贝格(Herbert Schambeck)、O·巴尔维格(Ottmar Ballweg)、E·费希纳、G·施普伦格(Gerhard Sprenger)等人著专论探讨NdS概念及其与自然法、实在法的关系。意大利法学家N·博比奥(Norberto Bobbio)在1957年萨尔布吕肯召开的国际法哲学-社会哲学协会第一届世界大会所作的学术报告中,将德国战后有关此一问题的讨论归结为三个方向:第一个方向的“事物的性质”学说是自然法理论讨论的继续;第二个方向的“事物的性质”的讨论强化了法社会学理论对规范理论的对抗;第三个论战方向上的“事物的性质”学说是法律拜物教(Gesetzesfetischismus),即法学上拘泥于现存规范体系的传统教义学态度所作出的一种反应。¹⁸

“法与事物的性质”的讨论,反映了二战后法学家们对法律实证主义理论的反思,要求从意志客体(事物的性质)角度来考察法的正当性,以避免再度出现纳粹统治时期那样的法律上的不法现象。时值今日,尽管“事物的性质”这一概念尚无明晰统一的含义¹⁹,但它对于一些法哲学基本问题(如自然法、正当法的标准、法的本体论、法律论证等)的探讨,仍具有其不可忽视的理论价值。

(三) 法的“实在”与“应在”

“实在”(Sein)与“应在”(Sollen)是法哲学考察的出发点。²⁰自汉斯·凯尔森(1881-1973)创立纯粹法学以来,法的“应在”与“实在”就成为现代法哲学的一个重要理论课题,在各国法学界被广泛讨论。

从谱系学上看,“应在”与“实在”这一传统对立的范畴,源自康德关于自然与自由、认知理性与实践理性,因果性与道德性的二元论。基于康德的认识,凯尔森将“应在”与“实在”看作是两种先验的逻辑思维模式:“实在”属于自然法则(规律)的范畴,其思维形式为“当A……,是B”;“应在”属于规范的范畴,思维形式为“当A……,应B”。²¹这种将认识领域分为“实在”(自然王国)与“应在”(人类王国)的二元论,引发了对法的性质的长期争论,产生了法学上的两大理论分野:一种法律实证主义,强调规范和“应在”(sein sollen);另一种是社会法学,强调事实和“实在”。

二战后,德国的法学家们在更为广泛的层面上探讨法的“应在”(义务、规范性、法律效力)与“实在”(法律行为、事实性、法律实效)以及与此相关联的法与实力、正义、法律价值诸方面的问题。在此方面,A·考夫曼的法律诠释本体论强调“法的历史性”(Geschichtlichkeit des Rechts),将历史性的时间结构作为一种认识方法,来探讨法的实在与应在,开拓出超越二元论认识空间的研究进路。²²J·哈伯马斯通过沟通行动理论,为“事

18 Norberto Bobbio, Über den Begriff der "Natur der Sache", Saarbrücken 1957.

19 哥廷根大学法哲学教授R·德莱尔将传统的NdS概念分为两大部分:一是“理论的NdS概念”,包括“经验主义理论的NdS概念”和“形而上学理论的NdS概念”;二是“实践的NdS概念”,包括“技术实践的NdS概念”和“客观实践的NdS概念”。见Ralf Dreier, Zum Begriff der "Natur der Sache", Berlin, 1985, 3. Kapitel.

20 Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2 Aufl. München 1977, S. 20.

21 H. J. Hommes, Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechts. ARSP Beiheft-6/1970, S.155.

22 参见Arthur Kaufmann, Naturrecht und Geschlichkeit, Tübingen 1957.

实”（实在）与“效力”（应在）之间关系的论证，设计出一种新的理论策略（Theoriestrategie）。²³这表明，法的“实在”与“应在”问题已超越单一学科的范围，而在多学科整合的水平上被开展讨论。

（四）法与道德

法与道德的关系问题一直是自然法学派与分析实证法学派争论的焦点。二战以后，在英美法学界，以H·L·A·哈特为中心，就此一问题展开数次学术论战，推动了当代西方法哲学的发展和繁荣局面的形成。在德国，“法与道德”同样是法学界讨论的热门话题之一。法学家们就“法与道德是否有联系以及在何种意义上两者存在着必然联系”这一重大问题展开辩论，其基本立场有三：其一，坚持实证主义法学立场，认为法与道德之间没有必然联系；其二，反对法律实证主义，承认法与道德的相互关系及其意义；其三，徘徊于前两种观点之间，没有明确的赞成或反对态度。据统计，在1970-1989年近20年间，在德文法学杂志上发表的各类文章中有99篇论及法与道德问题，其中34篇属于第一种观点，53篇坚持非实证主义立场，有12篇文章的观点无法明确地归类。²⁴ 1988年10月和1989年3月，国际法-社协德国分会分别在哥廷根和萨尔州的基尔克（Kirkel）召开专题学术研讨会，主题为“法律实证主义与法的价值关涉”（哥廷根）、“法与道德”（基尔克）。在研讨会上，R·阿列克西做了题为“关于法律实证主义批判”的报告，从法律论证角度对法与道德的分离命题（Trennungsthese）与联系命题（Verbindungsthese）进行了语言的、逻辑的分析，并就此二命题提出了四种区别模式：（a）区别包含效力的法律概念和不包含效力的法律概念；（b）区别作为规范制度的法律制度与作为程序制度（即有关规范的制定、推理、解释、应用与执行的制度）的法律制度；（c）区别作为旁观者与作为参与者（法官）在此问题上的观点；（d）区别法与道德之间的两种概念上的联系：定义关系与评价关系。根据上述区别，阿列克西推导出32种分离命题和联系命题。²⁵ 尽管这一分析在实践上并不都是至关重要的，但它至少说明，在德国，法与道德关系问题的探讨已不再是空泛笼统的议论，而属于严格的理性论证。

（五）合理性与合法性²⁶

理论上，合理性（德文Legitimität，英文Legitimacy）与合法性（德Legalität，英Legality）是两个概念含义不同而又相互联系的问题。合理性，立足于对社会特定的、规范标准的、社会整体性的维护之上，它要说明现存的制度和政权怎样以根本的价值来维护社会的认同。因此，“合理性意味着对一种政治制度的公认。”²⁷或者说，它是政治制度存在的内在基础。另一方面，合法性，在最广义上则是指法律的存在及行为者对法律的服从和遵

23 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Suhrkamp, Frankfurt/a.M., 1992.

24 见Ralf Dreier, Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland, ARSP, Beiheft-44/1991, S. 55.

25 详见Ralf Dreier(Hg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts ARSP, Beiheft 37/1990, S.9-26.

26 在德语中，Legitimität与Legalität二词，很难准确地找到合适的汉语对等词。在现今汉译文献中，人们笼统地将两者均译为“合法性”，似有不妥。为区别起见，本文将前者姑且对译“合理性”，将后者译成“合法性”。与此相关的二个动名词Legitimierung与Legalierung分别译为“合理化”与“合法化”。

27 Jürgen Habermas, Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus, 3.Aufl.1982, S.9.

守。法只有在合法性体系(制度)中才得以实现。在此意义上,“合法性是一种形式,通过这种形式法得以显现,并向法律人指呈。”²⁸合法性,就其本质而言,是与合理性问题紧密相关的:合理性通过合法性表现,合法性应以合理性作为实质内容。

在德国,社会学家马克斯·韦伯(Max Weber, 1864-1920)最早论及政治的三种纯粹的合理性统治(Legitime Herrschaft),即依赖于法律规定的“法律统治”(Legale Herrschaft)、依赖于信仰现存秩序和统治权的“习惯统治”(traditionelle Herrschaft)和依赖于统治者人格与魅力的“奇理斯玛统治”(Charismatische Herrschaft)。²⁹法学家卡尔·施米特(Carl Schmitt, 1888-1985)于1932年出版《合法性与合理性》一书,从法治、民主、多党制、国家、宪法保护等方面讨论合法性与合理性之关系,指出:合法性是一种纯粹天生的法律思考形式(Formen des Rechtsdenkens),而“一旦合法性仅局限于形式主义范围,那么国家也就丧失了其合理性。”³⁰

二战以后,合理性问题,尤其是合法性(法制)的合理性(Legitimität der Legalität),事实的合理性关系(faktische Legitimitätsverhältnisse),不仅在法哲学上,而且在哲学、社会学、政治学、心理学诸领域被展开讨论。1969年,N·卢曼著《通过程序的合理化》,沿着韦伯、施米特等人的思路,强调通过程序实现合理化的意义。他的“通过程序的合理化”意指:合理化不是以法律规范之道德实践证明的形式条件为依据,而是遵守法律裁决、法律应用与法律执行中的程序规定。³¹J·哈伯马斯承袭法兰克福学派一贯奉行的批判哲学精神,考察西方文明发展所遇到的各种问题,指出:晚期资本主义存在着四种可能的危机:经济危机、理性危机(Rationalitätskrise)、动机危机(Motivationskrise)和合理性危机(Legitimationskrise)。³²哈伯马斯依据整体性原则构筑起“沟通过动理论”,以期打通人与人、人与社会的隔膜而达到交流的认同和普遍的共识,为现代民主政治、法治国家指出新的合理化图景。

近年,愈来愈多的法学家开始从法学的角度研究合法性与合理性的问题。在法哲学方面,“法的合理性”(Legale Legitimität)、“依据合法性的合理性”(Legitimität kraft Legalität)、“合理性的法”(Legitimes Recht)、“法律决定过程中的合理性”(Legitimität bei juristischer Entscheidung)等等,成为德国法学家们论证的主要问题。³³这一理论方向已形成相当强的气势。

28 Luis Legaz y Lacambra, Rechtsphilosophie(1961), dt.Ausg.1965, S.563-564.

29 Max Weber, Die drei reinen Typen der Legitimen Herrschaft, 1922.

30 Carl Schmitt, Legalität und Legitimität, Berlin-München 1932, S.14.

31 见Weyma Lubbe, Legitimität kraft Legalität, Tübingen 1991, S.118.

32 Jürgen Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Frankfurt/a.M.1973.

33 国际法哲学-社会哲学协会德国分会1981年召开的学术会议主题为“关于现代国家的建构、论证与合理化”。会上,德国一些知名法学家,如N·卢曼、W·麦霍费尔、R·齐普利尤斯(Reinhold Zippelius)等就国家合理性问题作了报告。见Dieter Wyduckel, Zur Begründung, Rechtfertigung und Legitimation des modernen Staates, ARSP-HEFT 15, 1981, S.95.ff.

(六) 法与人类形象

“人类形象”，是整个人类、人类的群体或个体在社会生活中所呈现出来的总体映象。自从本世纪初发生所谓“泛人类学倾向”以来，人类形象一直是人类学、哲学、社会学、民族学、政治学、心理学和法学诸学科探讨的课题。学者们面对19世纪以来科学主义思潮的入侵和实证主义分割世界图景的形势，面对20世纪各种政治、经济、文化思想的危机，强烈感受到需要站在“第三者”的角度反观我们人类自身的存在、人类在整个宇宙中的位置、人与自然的关系、人类的困境与未来的命运。于是，人类形象的再审视，成为一切学问的中心问题，³⁴当然也是法哲学所要探索的主题之一。这是因为，法律是调整人类的群体或个体之间相互关系的规范。所以，如何看待人、人性及人在社会生活中呈现的映象，对于立法者如何正当地制定法律，执法者如何正确地应用法律具有重要的意义。人类形象的表现是多层面的：好与坏、善与恶、贫与富、强与弱、自利与利他、仁爱与残暴、文明与野蛮、和平与好战，如此等等。而所有这些两极属性矛盾地交织、组合，就构成了一个人、一个团体、一个民族和国家的现实形象。法律的作用表现在：它通过制定人的行为模式，规定人们可以做什么，应当或不应当做什么，以此树立理想类型的人类形象，导引人类生活秩序趋于和谐与稳定。

本世纪初以来，德国的法学家们一直关注从法学层面探讨人类形象及其与法律之间的相互关系。G·拉德布鲁赫最早在此领域做了开创性研究。他于1927年发表《法律上的人》(der Mensch im Recht)一文，对“在法律上体现的、法律据以建立其制度的人类形象”作了多角度考察，指出：抽象现实的人的类型或经验的人类平均类型(Durchschnittstypus)，是不存在的。各种形形色色的人性被不同法律时代看作是法律规范化的本质的、具有决定意义的出发点。法律不能将所有的人都假定为精明的、自私自利的商人，并以此为根据来赋予权利、设定义务。人在法律上的形象也不是“鲁滨逊”或“亚当”，不是孤立的个体，而是社会中的人或集体人(der Kollektivmensch)。³⁵

二战以后，法与人类形象这一主题再度进入法学家们的视野。学者们就“刑法中的人类形象”、“犯罪与社会”、“人类的过错、命运与责任”、“法学家眼中的世界形象”、“当代的人类形象与刑法改革”、“法治国与人类尊严”、“判决中的人”、“法学与哲学人类学”诸方面的问题展开讨论，相继出版一系列相关的学术著作。著名法学家、汉堡大学法学教授H·亨克尔(Heinrich Henkel)在其《法哲学导论》(1964年初版，1977年再版)中，将“人类形象与法”作为法的本体论——人类学前提予以专章评述。³⁶1984年10月在比勒费尔德召开的德国“法人类学”学术研讨会上，“法律中的人类形象”、“人类与法”、“人类的尊严”等被列入大会报告的主题。在德国，法人类学或人类学法学作为一种新的理

34 德国哲学人类学创始人M·舍勒(Max Scheler)在《论人的观点》一文中指出：“在某种意义上，所有哲学的中心问题应追溯到人是什么这个问题。”引自[德]蓝德曼：《哲学人类学》，彭富春译，工人出版社1988年版，第55页。

35 见Gustav Radbruch, *der Mensch im Recht*, Tübingen 1927, S.16.

36 见Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, S.234-268.

论形态已经形成。³⁷

(七) 法与语言

语言, 不仅是人类生活现实的本质部分和确定因素, 而且是考察法、伦理等社会现象的重要手段。英国哲学家大卫·休谟 (David Hume, 1711-1776) 曾言, 法与法律制度 (如所有制) 是一种纯粹的“语言形式”。³⁸法的世界肇始于语言: 法律是通过语词订立和公布的, 法律行为和法律决定也都涉及言辞思考和公开的表述或辩论。法律语言与概念的运用, 法律文本 (Gesetzestext) 与事相 (Sachverhalt) 关系的描述与诠释, 立法者与司法者基于法律文本的相互沟通, 法律语境的判断等等, 都离不开语言的分析。在此意义上, 正如 A·考夫曼和 N·麦考密克 (Neil MacCormick) 所指出的, 法学其实不过是一门法律语言学。³⁹

二战以后, 法与语言关系的探讨与研究, 日益受到法学家们的重视。因而, 在法学中也完成了一次所谓的“语言哲学转向” (die “Sprachphilosophische Wende”)。从世界范围看, 法学的语言哲学转向表现出两种不同的运动方向, 而这两次运动都间接地与维特根斯坦 (Ludwig Wittgenstein, 1889-1951) 的逻辑实证主义相联系。这就是: (a) 以 H·L·A·哈特为代表, 由麦考密克、拉兹 (Joseph Raz) 等人继承和发展的“新分析法学”。它是早期维特根斯坦哲学 (语言游戏说与日常语言理论) 和卡尔纳普 (Rudolf Carnap) “逻辑语义学” (Logische Semantik) 在法学上的引进与应用。(b) 以沟通理论 (Kommunikationstheorie)、符号学 (Semiotik)、修辞学 (Rhetorik)、论证理论 (Argumentationstheorie) 等语言哲学为理论背景的法学理论 (如 C·佩雷尔曼的新修辞法学)。尽管这一理论方向几乎与新分析法学同时出现, 但却一直在国际法学舞台上扮演着“边缘人”的角色, 受到学人的冷落。

在德国, 早在 1940 年, E·福斯特霍夫 (Ernst Forsthoff) 在其著名论文《法与语言》中就注意到法与语言“本质上相遇的联系”。⁴⁰1953 年 T·菲韦格出版《语序学与法学》 (Topik und Jurisprudenz), 对古希腊、罗马以来的语序学 (主要是亚里士多德、西塞罗的理论) 在法学中的应用, 作了新的诠释, 打开了法与语言研究的新的路向。然而在 50 年代至 60 年代初这一段时间, 在法学方法论方面占统治地位的, 仍然是卡尔·冯·萨维尼 (Friedr. Karl v. Savigny, 1779-1861) 倡导的法律解释的“古典学说”。⁴¹尽管在这一时期

37 有关德国法人类研究的进展, 可参见 Ernst-Joachim Lampe, Rechtsanthropologie heute, ARSP-Beiheft-44/1991, S.222.

38 David Hume, Treatise of Human Nature. (1739), Bd II, p.263.

39 参见 Dietrich Busse, Juristische Semantik, Berlin, 1993, S.14; Neil MacCormick, H·L·A·哈特 (1981), 第 12 页。

40 E. Forsthoff, Recht und Sprache (1940), S.1.

41 卡尔·冯·萨维尼曾著《法学方法论》(1802/1803年)和《当代罗马法制度》(1840年)等, 将法律解释分为语法解释、逻辑解释、历史解释和系统解释。此一学说一直是后世法律解释论的经典分类。有关萨维尼的方法论, 也可参见 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5.Aufl. Berlin 1983, Kapitel 1.

K·恩基施和H·柯因(Helmut Coing)根据意大利法学家贝蒂(Emilio Betti)的法律诠释理论对传统学说作了补充和发展,但其基本方面没有根本的变化。直到60年代中后期,通过K·拉伦茨、A·考夫曼和J·埃塞尔等人的努力,法学家们接受伽达默尔的哲学诠释说,同时又不断吸收各种不同的语言学成果,才完成了古典法律解释学向“新诠释学”的转向。另一方面,一些法学方法论学家们(如哈茨、霍恩、兰珀、H·J·科赫等人)的大力推动,使沟通理论、英国语言分析哲学、逻辑语义学等学科被引进法学,在法学与语言学之间找到衔接点。

法学与语言学科间合作第一次最重要的尝试,是70年代初开展的一项研究计划——“达姆施塔特纲领”(das Darmstädter Programm)。1970年,语言学家彼得·哈特曼(Peter Hartmann)被法学界邀请做了一次深化法学的纲领性报告,并由他牵头在达姆施塔特组成由德国研究联合会(Deutsche Forschungsgemeinschaft)发起的“法律语言分析科际工作组”。在为期4年(1970-1974年)的时间里,工作组完成了对法律文本的法学、逻辑学、信息学和语言学的系统研究。1974年10月,国际法-社协会德国分会在美因兹召开例会,讨论“法与语言”,再度将这一问题的研究推向高潮。

进入80年代以后,随着符号学、语用学、文本语言学(Textlinguistik)、哈伯马斯理性论证理论以及维特根斯坦后期哲学的引进,法学的语言研究又发生了一次转折,即由过去的法律文本语义学分析转向对法行为中的语言、法律发现程序、法律应用与法律遵从的关系、法律决定等的语用学分析和证明。而一大批法与语言理论研究专著的问世,为这一方向的理论发展开辟了更为广阔的前景。

(八) 实践理性与法律论证理论

自70年代以来,国际法哲学的发展呈现出另一个动向,即所谓“实践哲学的复归”(Rehabilitierung der praktischen Philosophie)。⁴²法哲学家们通过对康德“实践理性”的再思,为法与道德哲学寻找到新的理论生长点。在英国,实践理性的再发现,推动了法律规范、法律制度、法律推理、法与道德等问题的理论探讨,使之成为一种新的法学研究思潮。J·拉兹的《实践理性与规范》(1975年)、《实践推理》(1978年)和N·麦考密克的《法律推理与法律理论》(1978年)、《制度法学》(1986年,与魏因伯格合著)等著作,是这一研究的最具代表性的成果。

与此相适应,在德国、奥地利、北欧诸国,一种新的理论方向——法律论证理论(Theorie der juristischen Argumentation)也悄然兴起。以逻辑、语言分析为基础的论证理论较早是在道德分析哲学中作为实践商谈论⁴³被广泛讨论。1971年国际法-社协会在比利时的布鲁塞尔召开第五届世界大会,以“法律论证”作为会议的主题。国际知名法学家C·佩雷尔曼、L·富勒、T·菲韦格以及G·卡里诺夫斯基(G·Kalinowski)、M·维利(M·Villey)

⁴² 见Sammelbande M. Riede (Hg.), Rehabilitierung der praktischen Philosophie, 2Bde, 1972/74.

⁴³ 德文Diskurs(英文discourse),有多种含义,如讲演、论述、论辩等。我国哲学界通译为“话语”,似过于笼统,不够妥贴,忽略了其中的论证、说理内涵。采用“商谈”译名,更贴近该词的现代用法。

等人在会议上作了有关该论题的报告。⁴⁴

直到70年代末,由于一批中青年法学家们的努力,“法律论证理论”终于作为一个独立的学说得以确立。在此方面做出独创性贡献的,主要是德国的R·阿列克西。他于1976年完成博士论著《法律论证理论》(1978年由苏尔坎普出版社出版)。在该书中,阿列克西详细考察了实践商谈理论(其中包括自然主义与直觉主义、C·L·史蒂文森的情感论、L·维特根斯坦的语言游戏论、J·A·奥斯汀的语言行为理论、R·M·黑尔的道德语言论、E·托尔明的道德论证分析、K·拜耶尔的道德观点、J·哈伯马斯的真理共识论和C·佩雷尔曼的论证理论等),从哲学层面勾勒出一一般理性实践商谈论大纲(如商谈规则的建构,一般实践商谈的形式),着重讨论了法律论证理论的基本问题(法律商谈与一般实践商谈的关系,法律论证理论的基本原则,如内在证明与外在证明,解释规则、教义学论证等)。随后,阿列克西又在国际上有影响的杂志上发表了一系列有关“实践商谈论”与“法律论证理论”的文章。尤其是,1981年他与芬兰赫尔辛基大学的A·阿尔尼奥(Aulis Aarnio)、瑞典隆德大学A·佩岑尼克(Aleksander Peczenik)合作,发表《法律论证的基础》一文,推动了法律论证理论向国际领域的发展。

近十几年来,法律论证理论也成为各种国际和国内法哲学学术会议谈论的主题。其中,比较重要的会议及其主题是:1978年国际法-社协会德国分会学术讨论会(慕尼黑)——“法律论证”;1979年奥地利分会会议(格拉茨)——“哲学与科学作为法学的基础”;1979年赫尔辛基国际学术研讨会——“法律科学中的论证”。1991年8月在德国哥廷根召开的国际法-社协会第十五届世界大会也曾将“实践理性与法律论证”作为大会工作组的12个论题之一。⁴⁵因此,正如U·诺伊曼在《法律论证学》(1986)一书引言中所指出的那样:“在最近20年内,法律论证理论在法学研究领域已取得了统治地位。……目前法律论证的各种问题继续居于国际法学理论讨论的前沿。”⁴⁶

三、法哲学课程设置:德国当代法哲学面临的问题

(一) 法哲学课程设置的历史沿革

“法哲学”作为一个名称由来已久。据意大利法学家G·德尔·韦基奥(Giorgio Del Vecchio, 1878-1970)考证,在古代和古典时期,除了“自然法学”(iuris naturalis scientia)概念以外,“法哲学”(philosophia iuris)这一名称也常见诸学者们的著作之中。罗马著名思想家西塞罗(M. T. Cicero)在其《法律篇·J, 5》中曾提到“法律学科来自深奥的哲学”(Ex intima philosophia haurienda juris disciplina)一语。1650年,肖比尤斯(F. J. Chopius)写过一本小册子,所用题目为《论法的实在哲学》(De vera phi-

44 有关报道和论集,见ARSP-Beiheft 8, Wiesbaden, 1974.

45 有关此次IVR会议的报道,见ARSP 77 (1991), Stuttgart, S. 407-408.

46 Ulfried Neumann, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt, 1986, S. 1

osophia juris)。德国哲学家莱布尼茨(G. Leibniz)在1667年所著的《法学论辩教学新方法》(Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae)一书第100节和43节分别使用了“法哲学”(Rechtsphilosophie)和“法律哲学”(Gesetzphilosophie)两个概念。⁴⁷

然而,直到18世纪末19世纪初,“法哲学”作为一门大学课程的名称,才渐次得以流行。在德国,历史法学派奠基人古斯塔夫·胡果(Gustav Hugo, 1764-1844)在哥廷根大学较早设“实在法哲学”课程。1798年,他将自己的讲稿加以整理,以《作为实在法,特别是私法哲学的自然法教程》为名出版。在该《教程》中,胡果对“实在法哲学”与相关学科的关系(1-6节)、实在法哲学发展的历史(7-28节)、实在法哲学的性质(29-37节)、法律人类学(38-151节)、法的哲学基础(152-375节)、公法(376-402节)等问题作了系统的阐述。⁴⁸其后,比胡果年少6岁的哲学家G·黑格尔在柏林大学设“自然法与国家学或法哲学”讲座,并于1821年将该讲演稿出版。这就是著名的《法哲学原理》。黑格尔的“法哲学”,是其包罗万象的哲学体系的一部分,是精神哲学之“客观精神”篇章的发展、发挥和补充。⁴⁹在这一点上,他与胡果的法哲学分别代表了两个不同的进路。但由于黑格尔本人的影响,他所倡导的法哲学,长期以来,成为后世法哲学课程设置的正统方向。法哲学因而也仅属于哲学的一个分支学科。

19世纪末20世纪初,德国法哲学发展呈现空前繁荣的局面。一大批法学家从事法哲学课程的讲授和著述,随之也就有了法学家们出版的法哲学教科书,其中,比较著名的有:K·伯格博姆(Karl Bergbohm)的《法学与法哲学》(莱比锡,1892年),J·柯勒(Josf Kohler)的《法哲学教程》(柏林,1908年),F·伯罗茨海默(Fritz Berolzheimer)的《法哲学经济哲学体系》(慕尼黑,1904-1907年),G·拉德布鲁赫的《法哲学》(海德堡,1914年),R·施塔姆勒(R. Stammler)的《法哲学教科书》(柏林,1921年),M·E·迈耶尔(M·E·Mayer)的《法哲学》(柏林,1922年)和J·宾德(J·Binder)的《法哲学》(柏林,1925年),等等。

二战以后,法哲学的研究与教学主要是法学家从事的工作。但由于对法哲学的学科归属一直存有不同的看法,德国各大学关于法哲学的课程设置情况则不尽相同。大多数大学的法哲学课程讲授由法学院的法哲学教授承担(如哥廷根大学、萨尔大学、慕尼黑大学、波鸿大学)。在没有法学院建制的大学则由哲学院或其他学院的哲学系(Philosophische Seminar)来安排法哲学、道德哲学、国家哲学之类的课程。在少数大学(如海德堡大学),法哲学的课程设置一直采取传统习惯,分别由法学院和哲学院的教授来组织进行。⁵⁰各大学之间

47 Giorgio Del Vecchio, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, dt. Ausg. 2. Aufl., Basel 1957, S. 45-46.

48 Gustav Hugo, Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts. 4. Aufl. Berlin 1819.

49 有关的评介,见贺麟:《黑格尔著〈法哲学原理〉一书评述》,黑格尔《法哲学原理》中译本,商务印书馆1982年版,第1-35页。

50 资料来源:“VADE MECUM-deutscher Lehr-und Forschungsstätten: Stätten der Forschung”, Stuttgart, 1989.

没有统一的法哲学教材,一般由任课教授指定阅读的书目或自编讲义。50年代以来德国出版的权威性法哲学教科书主要有以下数种: H·柯因的《法哲学基本特征》(1950年初版,1969年2版); E·费希纳的《法哲学》(1956年初版,1962年2版); C·A·埃姆格(C.A.Emge)的《法哲学绪论》(1961年版); H·亨克尔的《法哲学导论》(1964年初版,1977年2版); A·考夫曼和W·哈塞默(W.Hassemer)合编的《当代法哲学与法学导论》(1977年); R·齐普利尤斯(Reinhold Zippelius)的《法哲学》(1982年),等等。这些教科书的共同特点是:有完整的结构;自成体系;论述的问题较为全面。就以上方面而论,它们与专题性法学著作有所区别。法哲学课程所指定的必读书目,除标准法哲学教科书以外,当然也包括那些有创见的法哲学专著。至于具体选用何种参考书籍,一般视教授的研究方向或讲座所涉范围而定。

(二) 法哲学与相关法学课程

与英美传统不同,德国法哲学课程重在法的哲理。因此,该课程也从不以意义较为含混的“法理学”(Jurisprudence)名称标识。在德文法学文献中,法学家也经常使用与英语“法理学”词形相同的概念Jurisprudenz,但并不指称法理学,而取其拉丁文*jurisprudentia*一词原义,指“法律的知识”或广义的法学,相当于*Rechtswissenschaft*(法律科学)。法哲学不同于“广义的法学”,当然也并不涵盖法律科学的一切分支学科。

在历史上,法哲学的研究对象并不十分确定,其范围宽狭不一。R·施塔姆勒将这一对象归结为两个方面:一是法律思想的纯粹形式;二是理想法的不容性(*Unzulässigkeit*)。根据此一规定,他在《法哲学教科书》中具体讨论了有关法的概念、法的形成、法的理念、法的操作(应用)、法的执行等涉及哲学,社会学,语言逻辑,国家学,伦理学,政治学诸学科的问题。⁵¹ G·拉德布鲁赫的《法哲学》分总论与分论:总论讨论法的概念、法与道德、法与善、法的目的、法理念的矛盾、法的效力、现实与价值、法的美学、法学的逻辑;分论则较宽泛,涉及的问题包括公法与私法、人、所有权、契约、婚姻和继承法、刑法、死刑、宽宥、程序、法治国、教会法、国际法、战争,等等。⁵² J·柯勒把法哲学的对象限定于研究人类、人的定在(*menschliches Dasein*)及人类文化。他的法哲学体系基本上分为两大部分:

(a) 文化的发展; (b) 法律的发展。⁵³ 二战以后的法哲学教科书则更偏重法的本体论问题和对各种法律学说的评述,也兼及法学方法论和法律思维方式的讨论。这说明,法哲学是一个开放的体系,它随着时代的发展不断拓展自己的向度。但也许正是因为这样一种开放性,就给法哲学作为一门学科与其他相邻近学科之间的界限划分,带来一定的困难。

在德国,与法哲学最不易划界的学科是“法学理论”(Rechtstheorie)。法学理论,又称“一般法学”(allgemeine Rechtslehre),作为一门学科,它的成熟晚于法哲学。其产生过程开始于19世纪初。这一时期,随着概念法学的兴起,尤其是后来的分析法学的产生,至少在法学界出现了要求建立一门不同于传统法哲学(主要自然法理论)的独立法律科学的愿望。这一新的学科,在英国就是约翰·奥斯丁(John Austin)所主张的“实在法学”;在奥地利被汉斯·凯尔森规定为“纯粹法学”;而在德国,大多数法学家则称之为“法学理

51 Rudolf Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3.Aufl.Berlin u.Leipzig 1928.

52 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4.Aufl Leipzig, 1950.

53 Josef Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2.Aufl.Berlin u.Leipzig 1917.

论”或“一般法学”。就其内容而言，法学理论不包括法哲学作为法律伦理学 (Rechts-ethik) 所考察的范围，它是关于法和法学基本概念的分析理论，侧重于描述现存法 (实在法) 的概念和逻辑结构。尽管70年代以来德国法学家们对这一学科性质的讨论未能达成一致看法，⁵⁴ 但“法学理论”作为一门法学选修课程被一些大学法学院列入教学计划。其讲授内容大致包括法的概念和效力、正义理论、法律规范、法律体系 (法系)、法律科学的若干理论问题等。⁵⁵ 其中，许多内容与法哲学，法社会学课程有所重叠。

法社会学 (Rechtssoziologie) 是19世纪中期以来逐渐形成发展起来的另一门相对独立的学科。它以法律制度与社会总体的关系为考察对象，研究与社会事实相联系的法和法律生活。在德国，鲁道夫·冯·耶林 (Rudolf von Jhering)、马克斯·韦伯 (Max Weber)、H·坎托洛维奇 (Hermann Kantorowicz)、P·赫克 (Philipp Heck)、T·盖格尔 (Theodor Geiger) 等人分别从法学和社会学两条不同的进路发展了法社会学理论。战后，N·卢曼从系统论方向拓进，发展法社会学一般理论，使法社会学研究领域突破了传统的框架，而成为包括一切人文科学和社会科学在内的多学科共同涉猎的范围。由此，法社会学与法哲学之间的边界变得有些模糊。尤其是，所谓“理论法社会学” (theoretische Rechtssoziologie) 的形成，不仅与法哲学难以划界，而且与法学理论之间也没有明确的界限标准。尽管学者间对这三门学科的基本方向的认识也还是比较清楚的 (即法哲学-规范的、实践的学科；法学理论-逻辑的、概念分析学科；法社会学-描述的、经验的学科⁵⁶)，但许多细节问题似乎仍悬而未决。

与上述学科分类相联系的另外一些学科的归属，也有待进一步明确。这主要是指法律教义学和法学方法论。

法律教义学 (Rechtsdogmatik)，也称“教义学法学” (dogmatische Rechtswissenschaft)，是德国19世纪兴起的、研究某一特定法律体系或子体系 (法律语句命题系统) 的实在法理论。⁵⁷ 或者说，它是一门“法律概念和法律制度的自成体系的基础学问”。⁵⁸ 按照R·阿列克西的理解，法律教义学作为一门法律科学，其实是至少三种研究的混合体：(1) 描述有效的法；(2) 串联概念体系；(3) 获取解决有问题的法律案件的办法 (建议)。⁵⁹ 从这一角度看，法律教义学显然是一个多向度的学科，不能归属于法哲学或法学理论这样单一的法学分支。换言之，法律教义学的三项研究涉及至少三个不同的向度 (领域)：即描述——经验向度，逻辑——分析向度和规范——实践向度，⁶⁰ 而这三个向度又分属于法社会学、法学理论和法哲学的三个研究方向。也许是因为法律教义学介于这三个向度之间而没有

54 有关的文献，主要有：A. Kaufmann, *Rechtstheorie*, (1971)；W·Maihofer, *Rechtstheorie——Vorstudien zu einer Grundlagendiskussion* (1971)；R. Dreier, *Was ist und Wozu Allgemeine Rechtstheorie? Recht u. Staat*, H.444/45 (1976)。

55 参见R. Dreier, *Rechtstheorie* (讲义), SS/1994, Göttingen.

56 Hubert Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, München 1981.S.14.

57 参见Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974.

58 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., S.215.

59 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. Suhrkamp 1991, S.308.

60 R·Dreier, *Was ist und Wozu Allgemeine Rechtstheorie?* Tübingen 1975, S.15.

明确的边界,所以尽管德国的法学家经常在自己的论著中使用法律教义学概念、方法和理论,但它至今尚未成为一门专业的法学课程,列入德国大学法学院的“课程总表”(Vorlesungsverzeichnis)。

法学方法论(juristische Methodenlehre或Methodenlehre der Rechtswissenschaft),传统上附属于法哲学的法律认识论部分,与法哲学和一般法学并行发展。德国法学家一向注重法学方法论的研究。历史法学派的萨维尼、普赫塔、温德雪德(Bernhard Windscheid)、祁克(Otto von Gierke)、耶林,自由法学运动的代表人物H·坎托洛维奇和利益法学的倡导者P·赫克等人,都曾对德国的法学方法论的发展做出过重要贡献。战后一批法学家(K·恩基施、J·埃塞尔、K·拉伦茨)致力于法学方法论的专门研究,逐渐使之形成一门有完整结构的法学知识体系。60年代以后,随着其他社会科学方法和自然科学方法的引进,一些类方法论专著(如法律教义学、法律修辞学、法律语序学、法律逻辑学、法律诠释学)的相继问世,突破了传统的方法论框架。一些跨学科的理论问题(如法律语言的分析、立法解释、法律的应用、法律的获取与发现、法律决定、法学中的概念与体系构成等)需要运用多层面的法学方法予以考察。由此可见,法学方法论,无论就其深度还是其广度来看,似乎已不再专属法哲学,而是联系诸学科但又相对独立的法学分支学科了。在一些方法论研究重镇(如慕尼黑大学、比勒费尔德大学),法学方法论早已成为大学的正式课程之一,与法哲学、法社会学、法学理论、比较法学诸课程相并列。

近几十年来,德国的法律政策研究呈升温趋向,法律政策学被一些大学(如科隆大学)列入法学课程。由此,法哲学与法律政策学的学科划界,也成为德国大学课程设置的问题之一。

“法律政策”(Rechtspolitik, legal policy)一词在19世纪末开始被法学家们广泛使用。对其含义和研究范围,学者间大体上有广义和狭义两种解释。广义的法律政策是指为达到一定的社会目的而在法律上采取的各种手段和方法。在此意义上,法律政策不仅包括立法政策和司法政策,而且包括社会政策的一切领域(如住房政策、农业政策、药品政策、卫生健康政策、劳动政策、人口政策、环境政策,等等)。⁶¹狭义的法律政策仅指立法政策(Gesetzgebungspolitik),即在立法上为解决各种社会问题、达到一定社会目的而采取的对策。

法律政策的兴起,反映出法律总体精神的转向,即在多种社会价值的平衡过程中为法律的合理化寻求根据。波兰裔著名心理学法学家莱翁·彼得拉日茨基(Leon Petrazycki, 1867-1931)最早在两卷本的《收入学》(1893/95年)中批判法典编纂者的立法方式,提出自己的法律政策计划。其后,他又在《法律政策学导论》(1896/97年)一书中系统论述了法律政策与法学理论之间的关系、法律政策的社会理念、道德的进步、法的教育功能、法的心理学、法律政策的方法等问题。在彼得拉日茨基看来,立法上应当采取一种社会法律发展的一般路径,以使人们的心理更好地适应社会生活的变化。法律政策的目的是要达到最高的善,促进道德的进步,发挥法律的教育矫正功能,培养个人和社会的正义感以及尊重法

⁶¹ Eike von Hippel, Rechtspolitik, Duncker & Humblott, Berlin 1992

律、热爱祖国和家庭、畏惧刑罚等心理素质，以达到人与人之间生活的协调与社会关系的亲和。⁶²显然，法律政策学不仅应当在法律技术层面考察立法程序、步骤、目标设定的合理性，而且应当作为一门特定的法学学科在法哲学框架内予以研究。法律政策学涉及对特定社会既存法律的评价、某一民族传统法律文化的分析，也包含对一些法律价值（如自由、安全、公正、效率、民主）及其冲突、法律原则（如最优化原则、最大多数人的最大幸福等）的法哲学考察。法律政策学拓展了法哲学关于“法与政治”（政策）的一般研究范围，但作为一门学科它又以法哲学作为其理论基础之一。

在德国，马克斯·韦伯的“法的理性化”（Rationalisierung des Rechts）理论，为法律政策学奠定了根基。此后，G·拉德布鲁赫在理论与实践两方面为法律政策的发展做出了贡献。1968年10月科隆大学教授M·克里勒（Martin Kriele）等人创办《法律政策杂志》（Zeitschrift für Rechtspolitik，简称ZRP），进一步推动法律政策的研究向学术化与实证化方向发展。在国际上，由“法律政策”所引发的一些重大理论问题（法律政策与其价值论背景——立法政策学的理论基础，法的渊源与法律政策、政治与法律政策等）也成为法学家们共同感兴趣的话题，在法哲学学术会议上被广泛讨论。⁶³

综上所述，面临当今科际整合的总趋势，德国法哲学无论在研究领域还是课程设置方面都受到了相邻近学科的入侵，学科之间的边际界限变得有些模糊。于是，法哲学家们自70年代以来一直在寻找当今法哲学发展的新的进路，他们提出这样的疑问：“当今法哲学目的何在？”“法哲学面临无路可走的处境了吗？”⁶⁴法哲学家们的危机感，一方面昭示出多学科整合给传统法哲学造成学科难以定界的窘境。另一方面也预示着未来法哲学作为领衔学科所面临的重要机遇、挑战和选择。充分利用多学科整合的优势，及时引进相近学科的最新学术成果、理论和方法，把握当今自然科学和人文科学精神的脉搏，站在整个科学发展的前沿来审视法学自身的发展，是摆在法哲学家面前的迫切任务。错过了这样一个良机，法哲学就会丧失它在整个法学体系中的学科优势，甚至陷入真正的“无路可走”的困境。这当然并不是法哲学家们所希望看到的结果。

62 参见G. L. Seidler, *Rechtssystem und Gesellschaft*, S.47-51; S.Gepita, *Theory of law and legal policy in the works of Leon Petrazycki*, ARSP-Beiheft 54,1992, S.117.

63 有关文献，见Pert Koller, Csaba Varga, Ota Weinberger, *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*, ARSP-Beiheft 54, 1992.

64 Arthur Kaufmann, *Wozu Rechtsphilosophie heute*, S.171;也见Wolfgang Nauke, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, Frankfurt a.M.1988