寻访法学的问题立场

))) 兼谈/ 论题学法学0的思考方式

舒 国 滢[X]

内容提要: 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, 法学有自己的/ 范式0, 这些范式是法律共同体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。实践性构成了法学的学问性格, 法学是论题取向的, 而不是公理取向的。如果法学家放弃建立纯而又纯的法律公理体系之梦, 而将法律体系看作是一个/ 开放的体系0, 那么将论题学的/ 片段性的省察0与公理学的演绎推理方法结合起来完成法律的体系建构和体系解释, 也不是完全不可能的。

关键词: 法律公理体系　论题学　实践知识　情境思维

一、法律公理体系之梦

体系思维对职业法学家有一种诱惑的力量。近代以来, 由于受到欧洲理性主义哲学传统的影响, 法学家们对公理体系思维抱持某种近乎拜物教式的信念, 认为法律内部应当有某种前后和谐贯通的体系, 所有的法律问题均可通过体系解释予以解决。[1 12] 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0一样精确、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0, 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0。

在 19 世纪的德国法学中, / 法律公理体系之梦0风行一时, 众多一流的法学家曾经为之倾心。当时, 萨维尼(Friedrich Carl von Savigny) 就指出: 法学是/ 彻底的历史及彻底的哲学性0之学。他将法学的/ 哲学性0因素同/ 体系性0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0, 这种理性促成实在法的统一及关联性, 只有体系化的法学才能发现之。[1 22] 其门徒普赫塔(Georg

---

X 中国政法大学法学院教授。感谢同事郑永流教授提供特奥多尔#菲韦格所著5论题学和法学6第 5 版复印件, 使本文的写作得以顺利进行。笔者在资料准备过程中也曾得到许浩明教授襄助, 一并致谢。

1 12　参见颜厥安:5规范、论证与行动))) 法认识论论文集6, 元照出版公司 2004 年版, 第 13 页以下。

1 22　见[德]卡尔#拉伦茨:5法学方法论6, 陈爱娥译, 商务印书馆2003 年版, 第 49 页。

Friedrich Puchta)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0之途。[132] 其后的/ 潘德克顿学派0法学理论大体具有相同的信条: 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0。人类根据国家的/ 理性建筑学0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。0[142]当时, 著名法学家耶林(Rudolf von Jhering)将这个/ 概念法学0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0。[152]

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的那样是一个公理体系, 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, 这样形成的演绎体系就叫做公理系统。0[162] 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。[172]

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、初始命题或公理、初始推演规则; (2) 要保证法律逻辑推演的初始命题或公理是/ 自明的0、/ 直觉的0、/ 公认的0、/ 不言而喻的0, 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0, 即从若干/ 法律公理0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 4 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。[182] 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0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, 具有一定的模糊性或多义性; (2) 法律之质料载体的有限性, 使实在法律规范可能含有漏洞、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, 而具有可争议性或辩难性; (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0和文化多元的特质。暂时性意味着法律的变动性、非确定性, 这种属性与法律追求的稳定性、可预期性、一致性理念自相矛盾。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0(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

---

132 参见前引122, 拉伦茨书, 第 49 页。

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

152 Rudolf von Jhering, Der Geust des Roemischen Rechts, 3. Teil, 3. Aufl., Leipzig 1877, S. 311- 312.

162 王宪钧: 5数理逻辑引论6, 北京大学出版社 1982 年版, 第 33 页。

172 参见王海明:5伦理学方法6, 商务印书馆 2003 年版, 第 152 页以下。

182 公理体系的四个满足条件, 是卡尔#波普尔在 1959 年出版的5科学发现的逻辑6 中提出的。参见上引, 王海明书, 第 155 页。

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。[192] 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。我们可以想象从最普遍化的、最抽象的/属0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0, /法律是理性的体现0, /法律是公正与善良的技艺0, 等等。但做这样的设定有什么意义呢? 所谓/上帝的意志0、/理性0、/公正0、/善良0这些大词并非是/必然性的知识0, 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0(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0, /无救济则无权利0, 那又会怎么样呢? 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0, 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。把法学等同于形式逻辑学、甚至将此建构为所谓的/法律数学0或/法律几何学0是不现实的。寻求这样一种/法律公理体系之梦0无异于试图寻求法律之逻辑纯粹性的/乌托邦幻想0。[110]

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0, 而提出过各种各样体系性法律建构的思想。比如, 按照德国法学家埃塞尔(J. Esser)的说法, 法律体系可能是/封闭的体系0, 也可能是/开放的体系0; [111]卡纳里斯(G. - W. Canaris)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0体系); [112]还有些人则将之说成是/争端决定的体系0、/生活关系体系0、/单方面的体系0与/双方面的体系0、/可变性0体系或法律规范与法律原则体系等等。[113] 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#拉伦茨将它称为/外部体系0。[114] 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, 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。[115] 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0作为思考形式的局限性, 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0。依据阿图尔#考夫曼(Arthur Kaufmann)的说法, 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/分离式0、/非此即彼0的思维, 类型思维则是流动的思维。[116] 进而言之, 与抽象概念相比, 类型具有下列3个特性: (1)/层级性0, 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0, 由一个类型到另一个类型之间是由/流动的过渡0(fliessende Uebergaenge)

---

192 见[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页以下。

110 德国法学家卡尔#恩吉施对建立/公理式体系0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。0见前引122, 拉伦茨书, 第43页。

111 J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tuebingen 1956, S. 7.

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

113 前引122, 拉伦茨书, 第46页以下。

114、115 同上书, 第316页以下。

116 [德]阿图尔#考夫曼: 《类推与/事物本质0)))兼论类型理论》, 吴从周译, 学林文化事业有限公司1999年版, /译序0第12页以下。据认为, 马克斯#韦伯最早将类型概念引入社会学研究, 格奥尔格#耶利内克(Georg Jellinek)最早将之引入一般国家学(见前引122, 拉伦茨书, 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)。

所相接的; (3) / 组成分子的不固定性0, 类型可以允许许多各式各样的元素组合, 从而形成/ 有弹性的标志结构0(elastische Merkmalsgefuege) 。[1172] 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0反而不能适任其职。

二、被科学话语遮蔽的/ 法学范式0

从另一个角度看, / 法律公理体系之梦0其实就是法学的/ 科学性之梦0。追求法律客观性、确定性和一致性之实用目的与自然科学(尤其是物理学、数学) 在近代发展中所确立的实证性之/ 科学范式0相遭际, 造就了法学的/ 科学性之梦0。

由上文分析我们知道, 法律概念之意义的/ 不确定性0几乎无所不在, 而如何保证法官在解释法律和续造法律时具有统一的标准, 以符合法治国之基本的理念(法律的确定性、安定性和一致性) , 是所有的法学家都必须首先予以关注并试图解决的关键问题。因为从本性上说, 法学作为一门学问, 应当/ 以某个特定的, 在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限, 借以探求法律问题之答案0。[1182] 建构法律公理体系, 按照自然科学的科学标准来完成法学的/ 科学性0、/ 实证性0范式转化, 不失为近现代以来法学家力图解决/ 不确定性0难题的一种尝试, 也是试图实现/ 合理化法律分析0的众多努力之一。

但这也是被近代以来渐成强势的/ 科学- 技术理性0话语所宰制的一种/ 理性化0努力, 一种/ 科学殖民0的过程, 是/ 科学0的方法论将/ 实践知识0的古老方法论驱逐出法学论辩与写作的过程, 也是法学对自然科学之话语权力的主动归依。这样一种话语归依, 在某种程度上与法学家们经年形成的/ 内部观点0之惯习主义传统相抵牾。它采取了/ 法学外的法学0之/ 外观的立场0, 模仿自然科学探求数学化的、经验主义的、可验证的实证客体, 并且通过观察、比较、实验、分析和归类过程对法律进行/ 科学研究0。这种标榜/ 科学性的法学0以后验的方法取代先验的方法, 象物理学那样把法律当作一个物质的实体- - 实际的法或实在法, 用可以度量、权衡轻重和精确计算的方式来研究和分析。如此建构的法学在一定程度上反映了所有的科学之/ 控制的动机0, 正如自然科学研究的动机是通过认识自然来控制自然, 社会科学发展的动机是根据科学规律来控制社会一样, 法律科学兴起的动力则是为了控制人们的行为(尤其是立法行为、司法行为, 当然对违法行为的控制也是其研究的任务) , 在社会生活中确立与自然科学相类似的恒常规则, 而这些规则本身不受它所制约的生活和关系的影响。很显然, 这种/ 法律科学0的理论旨趣及其对法律的理论想象与所谓的/ 法则科学0之旨趣和想象并无二致。

我们在此处实际上身陷于法学性质的宏大问题场域之中, 对我们而言, 被/ 科学话语0遮蔽的/ 法学0的学科形象似乎变得愈来愈模糊不清:

1. 什么是法学之/ 学0? 我们可以在不同意义层次上使用法学之/ 学0: 首先, 它可能是指(哲学) / 学问0, 即对法律之根本原理的哲学追问; 其次, 它是指(理论) / 学术0, 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0, 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0, 即将法律作为一门实用的技艺来加以研究。[1192] 在当今的知识分类体系中, 我们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? 法学能不能当作自然科学来加以研究? 法学是一门(自然或社会) / 科学0吗? 依照德国哲学家亨利希#李凯尔特(Henrich Rickert) 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

1172 林立: 5法学方法论与德沃金6, 中国政法大学出版社 2002 年版, 第 126 页以下。

1182 前引122, 拉伦茨书, 第 19 页。

1192 参见前引1 12, 颜厥安书, 第 5 页。

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。0[1202] 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、政治经济学等等科学的一切对象。[1212] 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, 而不是自然法则, 前者包含应然, 后者包含必然。还可以进一步说, 自然科学提供普遍的(自然) / 法则0, 文化科学通过描述在历史中铸造的具体的/ 形态0而具有/ 个别记述的0性质: 前者为(自然) 法则科学, 后者为(历史) 事象科学; 前者是/ 说明的0科学, 后者是/ 理解的0科学或诠释(解释) 科学。[1222] 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0。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, 这种作法虽然可能有其正当理由, 但仅仅用这种方法是不够的。0[1232]

2. 法学研究的目的为何? 卡尔#波普尔(Karl Popper) 认为, 科学是追求真理的活动, 科学的目的就是真理。虽然我们现在还不拥有真理, 但是, 科学研究使我们逐步接近真理。作为科学的目的, 真理是理论真理, 是最深刻、最精彩、最普遍的说明。[1242] 它建立在 3 个基本的预设基础上, 即: (1) 心灵的同一性。所有的个人心灵都是同一的, 至少其理性部分是同一的; (2) 意义的同一性。每一个词语对于所有的人具有相同的、不变的意义; (3) 实在之为真理的标准。所有的个人面对同一个实在, 真理就是认识与实在相符合。[1252] 这一目的之说明对于自然科学和社会科学而言也许是真实的, 但对于法学则不一定适用。首先, 法学不是/ 说明的0科学, 其首要目的并不在于/ 说明0实在; 其次, 法律词语/ 对于所有的人具有相同的、不变的意义0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0, 因为我们不清楚法学陈述与之相符合的/ 实在0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0科学或诠释科学, 其/ 以处理规范性角度下的法规范为主要任务0, 质言之, 其主要想探讨规范的/ 意义0。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。[1262] 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述说来加以研究。, , 他们考察法律的内在结构和意义。0[1272] 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0, 即通过解释、论证、论辩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0, 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0。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。

3. 有没有/ 法学范式0? 科学哲学家库恩(T. Kuhn) 在 1962 年发表的5科学革命的结构6中提出科学研究的/ 范式0概念。他认为, 多数科学家在多数时候都是在一定的理论框架内从事解决具体疑难问题的活动。这样的理论框架叫做/ 范式0, 它是一个时期科学共同体的科学实践的前提, 是该共同

1202 [德]H#李凯尔特: 5文化科学和自然科学6, 涂纪亮译, 商务印书馆 2000 年版, 第 20 页。

1212 同上书, 第 22 页。

1222 参见阿图尔#考夫曼: 5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6, 舒国滢译, 法律出版社 2004 年版, 第 123 页, 125 页。

1232 前引1202, 李凯尔特书, 第 72 页。

1242 参见周超、朱志方: 5逻辑、历史与社会: 科学合理性研究6, 中国社会科学出版社 2003 年版, 第 61 页。

1252 同上书, 第 227 页以下。

1262 前引122, 拉伦茨书, 第 77 页。

1272 引自郑戈: 5法学是一门社会科学吗?6, 载5北大法律评论6第1卷第1辑, 法律出版社 1998 年版, 第19 页。

体一致信从的基本理论、信念、方法、标准等构成的集合。范式指导下的科学实践叫做常规科学。[128] 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? 假如不是绝对限定/ 范式0使用的语境, 那么当然可以认为法学同样有自己的/ 范式0, 这些范式就是法律共同体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(Juergen Habermas)的说法, 像/ 社会理想0、/ 社会模式0、/ 社会图像0、/ 理论0这样的表述是表示一个社会时代的范式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0, 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。它首先是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。[129] 所以, 离开法律共同体, 离开法律范式, 我们就无从理解所谓/ 法学范式0。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0或/ 法学革命0。

4. 法学能否脱离评价? 法学不同于自然科学, 可能还在于它研究的是一种价值性事实, 即具有其/ 价值相关性0的文化事实。[130] 在李凯尔特看来, 价值是区分自然和文化的决定性标准, 自然本身是肯定不包含价值的, 不需要从价值的观点加以考察, 而文化产物必定是具有价值的, 必须从价值的观点加以考察。否则, / 撇开文化现象所固有的价值, 每个文化现象都可以被看作是与自然有联系, 而且甚至必然被看作是自然。0[131] 他认为, 价值决不是现实, 既不是物理的现实, 也不是心理的现实。价值的实质在于它的有效性, 而不在于它的实际的事实性。但是, 价值是与现实联系着的: / 首先, 价值能够附着于对象之上, 并由此使对象变为财富; 其次, 价值能够与主体的活动相联系, 并由此使主体的活动变成评价。0[132] 所以, / 没有价值, 也就没有任何历史科学。0[133] 作为研究文化事实和现象的法学, 自然也离不开价值的观点及评价行为。正如施蒂希#约根森(Stig Joergensen)指出, 法学及司法裁判的特色正在于: 它们/ 几乎完全是在处理评价的事0。[134] 拉伦茨也认为, 要/ 理解0法规范就必须发掘其中所包含的评价及该评价的作用范围。法学主要关切的不是/ 逻辑上必然0的推论, 毋宁是一些可以理解而且有信服力的思想步骤。不管是在实践的领域, 还是在理论的范围, 法学涉及的主要是/ 价值导向的0思考方式。[135] 诚如有学者断言, / 评价法学0才是法学之正统, 它是/ 内在观点之法学0。[136] / 评价法学0所主张的理论, 所信奉的信念, 所使用的方法, 思考的方式和解释的规准, 至今仍属于通行的/ 法学范式0。尽管通过价值导向的思考方式所获得的结论之可靠性、精确性, 绝不可能达到像数学上的证明及精确的测量那样的程度, 但我们仍然可以认定法学是一门学问, / 一种为获得知

---

128 前引[124], 周超等书, 第 74 页。

129 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 页以下。

130 前引[122], 考夫曼书, 第 123 页。

131 前引[120], 李凯尔特书, 第 21 页。

132、133 同上书, 第 78 页, 第 76 页。

134 前引[12], 拉伦茨书, 第 94 页。

135 同上书, 第 94 页以下。

136 前引[11], 颜厥安书, 第 12 页以下。

识而进行的, 有计划的活动0。[1372]

三、作为实践知识的法学: 视角的回归

通过上文的分析, 我们试图寻求一种/ 视角的回归0, 即回归到/ 内在观点之法学0或/ 法学之内的法学0, 而不是专业法学以外的思想者的法学(/ 法学外的法学0)。[1382] 这种/ 内在观点之法学0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0, 是非法之法。法学家对法律的批评首先应当是/ 体系内的0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象完全流于无效, 就必须用所谓理性、冷静、刚性的/ 法言法语0包裹起这种判断和想象, 按照/ 法律共同体0之专业技术的要求, 来逻辑地表达为法律共同体甚或整个社会均予认可的意见和问题解决的办法, 法学家必须依托实在法按照/ 法学范式0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。0[1392]

这一/ 内在观点之法学0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0。[1402] 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0, 在古罗马, 人们使用 jurisprudentia 一词(其本义即/ 法律实践知识0, 将 prudentia 释为/ 实践之知0或/ 实践知识0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0) 。[1412]

为了进一步澄清作为实践知识的法学之性质, 我们似应追溯至古希腊哲学家亚里士多德的有关思考方式和知识的分类。亚里士多德把人类的思考方式分为 3 种, 即思辨(哲学) 之思, 理论(科学) 之思和实践之思。[1422]不过, 在他看来, 思考自身不能使任何事物运动, 而只有/ 有所为的思考0才是实践性的。它是创制活动的开始, / 一切创制活动都是为了某种目的的活动。而被创制的事物的目的不是笼统的, 而是与某物相关, 属于何人, 它是行动的对象。0[1432] 简单地说, 实践之思是针对行为选择或欲望的思考, / 这样的思考是一种实践的真理, 而思辨的、理论的思考则不是实践的, 它只是真与假而不造成善与恶。, , 实践思考的真理要和正确的欲望相一致。0[1442]通过实践之思获取的知识就是/ 实践

1372 前引122, 拉伦茨书, 第 20 页。

1382 有关/ 法学之内的法学0和/ 法学外的法学0的提法, 参见舒国滢:5从方法论看抽象法学理论的发展6, 5浙江社会科学6 2004 年第 5 期。

1392 前引122, 拉伦茨书, 第 77 页。

1402 参见前引1272, 郑戈文。

1412 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 prudence0(法律实践知识) 。See W. Cole Durham, Translator. s Foreword to Theodor Viehweg, Topics and Law, at xxxii- xxxv (W. Cole Durham trans. , 1993) .

1422 Ottmar Ballweg, / Phronetik, Semiotik und Rhetorik0, in Ottmar Ballweg , et al (hrsg.): Rhetorische Rechtstheorie, Verlag Karl Alber Freiburg/ Muenchen 1982, S. 37- 38.

1432l 442 [古希腊] 亚里士多德:5尼各马科伦理学6, 苗力田译, 中国人民大学出版社 2003 年版, 第120 页。

知识0, 它包括宗教知识、伦理知识、政治知识、法律知识等等。[1452]

实践性构成了法学的学问性格, 我们可以从以下几点来看:

首先, 法学的研究是具有主体间性的科学活动。法学的思考是一种/ 对象化指向的思考0。这里的所谓对象化指向, 抽象地讲就是法学研究的主体之间受法律实践目的的推动而将法学的概念、范畴运用于考察对象世界、以期对之发生作用的过程。在此意义上, 法学的思考总是表现为/ 及物的思考0。此处的/ 物0或/ 对象世界0, 不是指物理学意义上的/ 物体0或/ 物体世界0, 而是指/ 事物0、/ 事情0、[1462] / 关系的世界0, 具体而言就是/ 法律实践的社会生活关系0。法学实践活动的所有方面(法律认识、法律判断、法律理解、法律解释等)都是围绕着这个对象化指向领域而展开的。所以, 法学并非/ 纯思0, 它的理论兴趣不在于寻求/ 纯粹的知识0、/ 理论的知识0或纯粹的真理。同时, 法学的思考也非纯粹/ 技术的思考0(尽管我们有时也把法学解决具体法律问题的方法称为/ 法律技术0, 但它决非自然科学意义上的技术, 而更应看作是法律问题的解决/ 技艺0、技巧或具体方案), 法学的/ 对象化指向的思考0并不仅仅局限于/ 主))) 客0关系。一如哈贝马斯所言, 法学实践活动所追求/ 实践的认识兴趣0, 它的目的不是把握/ 客观化的现实0, 而是维护/ 理解的主体间性0, 以/ 确保个人和集团的, , 自我理解以及其他个人和集团的相互理解0。[1472]

其次, 与上面一点相适应, 法学的判断也不是真与假的判断(至少首先并非真与假的判断), 而是合理与不合理、有效与无效、正确与不正确、公正与不公正的判断。法学所讨论的实践问题, 总是/ 应然的问题0, 即什么应做、什么不应做或什么允许去做、什么不允许去做的问题; 这些问题的讨论与/ 正确性的要求0(claim to correctness)相关联。[1482]从实践角度看, 法学的陈述主要不是/ 描述性陈述0, 而是/ 规定性陈述0或/ 规范性陈述0。这是有关应然命题的陈述, 即有关事实与规范之意义(当事人对于该当情事所赋予的意义, 适用于此等情事之规范的意义以及被判断的该当情事是否符合规范的要求)问题有关的陈述。而与意义有关的问题, 既不能透过实验过程的观察, 也不能借助测量或计算来答复。法学所要处理的恰好不是一些可以量化或计算的问题, 它要/ 理解0那些对它而言/ 既存的事物0(现行的法律规范), 以及隐含在其中的意义关联。/ 质言之, 法学要认识隐含在立即可解的字义背后的意涵, 并将之表达出来。0[1492] 由此, 我们也可以接着上文的思路, 进一步说, 法学是一门有关法律实践的社会生活关系、通过规定性陈述来进行合理与不合理、有效与无效、正确与不正确、公正与不公正判断以理解事实与规范之意义的学问。

再次, 作为实践知识的法学尽管并不排斥/ 对普遍者的知识0, 但它更应该/ 通晓个别事物0, [1502] 是反映人的经验理性的学问, 是人的法律经验、知识、智慧和理性的总和体现, 其中经验占有重要的地位。法学家所从事的主要工作是根据经验从特定的案件、情事和问题中推出有现实效果的结论。在这个过程中, 法学家并不是首先去把握/ 对普遍者和那出于必然的事物0, 因为这是自然科学家的使命, 在自然领域才有出于必然的事物, 才能找到/ 一般的规律0。相反, 在法律实践领域, 法学家们所面对的是大量千差万别的有待处理的案件、情事和问题等等/ 个别的东西0、/ 个别的事物0(或/ 一次性的、特殊的和个别的事件和现象0), 这些/ 个别的东西0、/ 个别的事物0没有所谓的/ 一般的规律0可寻。从总体上说, 对待这些事物, 法学同其他/ 历史的文化科学0一样, 只能采取/ 个别化的方法0或/ 表意

1452 Ottmar Ballweg, / Phronetik, Semiotik und Rhetorik0, S. 38.

1462 关于/ 事0、/ 物0、/ 事情0、/ 事实0等概念的哲学分析, 参见陈嘉映: 5事物, 事实, 论证6, 载赵汀阳主编: 5论证6, 辽海出版社1999年版, 第1页以下。

1472 J. Habermas, / Erkenntnis und Interesse0, Suhrkamp Frankfurt a. M., 1991, S. 221.

1482 Robert Alexy, / My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason0, in: Luc J. Wintgens (ed.), The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/ Boston/ London 1999, pp. 23.

1492 前引122, 拉伦茨书, 第84页。

1502 参见前引1432, 亚里士多德书, 第126页。

化0的方法, 其中占主导地位的是/ 个别记述思维0的形式, 因为/ 这些科学不想缝制一套对保罗和彼得都同样适用的标准服装, 也就是说, 它们想从现实的个别性方面去说明现实, 这种现实决不是普遍的, 而始终是个别的。0[1512] 在这里, 法学家对/ 一次性的、特殊的和个别的0案件、情事和问题所采取的/ 个别化的方法0就是/ 与价值联系的方法0, 利用这一方法对它们进行理解、解释、判断和权衡, 揭示它们的/ 意义0或/ 意义关联0, 发现哪些案件事实、情事和问题是/ 本质的0、/ 重要的0和/ 有意义的0, 哪些是/ 非本质的0、/ 不重要的0和/ 无意义的0, 从而做出/ 明智的0、/ 审慎的0裁决, 以实现/ 个案裁判0的正当性与合理性。/ 明智0和/ 审慎0正是实践之思和实践理性的品质。

从方法论的角度看, 我们也可以说, 法学的/ 个别化的方法0, 就是/ 情境思维0的方法。所谓/ 情境思维0的方法, 简单地说就是依据具体言谈情境的思维方法, 它是相对/ 非情境思维0的方法而言的。自古以来, 作为实践知识的法学一直强调由不同的言谈者参与的语用学活动。例如, 按照亚里士多德的观点, 诉讼演说属于三大演说之一, 其他两种分别为政治演说和典礼演说。诉讼演说的目的在于指出行动是正当的或是不正当的, 其用于控告或答辩。[1522] 这个语用学过程不是/ 独白式的证明0过程, 不是单个人对法律认识的自言自语。相反, 由于法律的合理性和正确性最终都要通过法律决定(或主张) 的/ 可接受性0体现出来, 那么法学的论证就变成了对话中的观点攻防论证, 即由众多的交谈者参与对话、商谈或论辩来相互说服、解决意见纷争、最终达成的共识过程。这是一种典型的主体间的实践活动。在这里, 所有对话由此发生的语用学情境是法学思考的出发点, 参与法学论辩的谈话者如果想要为自己的观点确立论证的根基, 就必须把自己所有的思想成果追溯至它的情境源头或初始情境, 由此出发重新对它们加以阐释。这种在语用学情境之内运行的思考方式就被称为/ 情境思维0的方法, 与此相对应, 那种根本不考虑言谈情境的思考方式就被称为/ 非情境思维0的方法(比如公理化体系的思考方式) 。[1532]

法学的/ 个别化的方法0, 也常常表现为/ 类推思维0的方法。在法律实践活动中, 一项主要的工作就是将法律规范适用于实际发生的案件事实上。为了能够与法定构成要素比较, 法律家必须对事实上发生的法律事件依照法律的用语表达出来。这个过程并非简单机械地将法律规范应用于具体的案件, 或者说按照演绎法径直地把案件的事实/ 涵摄0在一般法律规范之下。从诠释学的立场看, 对事实的解释和对法律规范的选择(法律发现) 是一个对流的过程, 或者如卡尔#恩吉施(Karl Engisch) 所言, 这是/ 在大前提与生活事实间之目光的往返流转0。[1542]阿图尔#考夫曼则把这个过程描述为把事件与正确的法条 / 带入一致0, 或者说是事实与规范、实然与应然之间的相互对应或相互接近。这个相互对应或相互接近不是纯粹的涵摄、演绎推论, 也不是纯粹的归纳推论, 而是比较、等置或类推, [1552] 即混合着演绎与归纳的类推过程。只有经过这个过程, 事实和规范及其之间的意义才可能/ 相互澄清0, 并由此判断两者之间是否具有对应性或一致性, 以及在多大程度上具有对应性或一致性。[1562] 正是在这个意义上, 考夫曼认为, / 法是应然与实然的对应0, 而且/ 法原本即带有类推的性质0。[1572]

最后, 我们强调法学是实践知识, 其运用的/ 个别化的方法0即为/ 情境思维0和/ 类推思维0的方法, 无非是要引出下面这样一个结论: 法学是/ 提问辩难0之学, [1582] 对话论辩之学, 或者/ 辩证推理的学问0。在法学之/ 提问辩难0或对话论辩的过程中, 参与对话的人们所讨论的问题与其说是法律推论

1512 前引1202, 李凯尔特书, 第 50 页。

1522 见亚里士多德:5修辞学6, 罗念生译, 三联书店 1991 年版, 第 30 页。

1532 Theodor Viehweg, / Topik und Jurisprudenz0, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck Muenchen 1974, S. 112ff.

1542 Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943, S. 15.

1552 参见阿图尔#考夫曼:5法律哲学6, 刘幸义等译, 五南图书出版公司 2000 年版, 第 93 页以下。

1562 对此, 逻辑学的分析也是有意义的, 参见谷振诣:5论证与分析- - 逻辑的应用6, 人民出版社 2000 年版, 第 152 页。

1572 前引1162, 考夫曼书, / 中文版序0, 第 7 页。

1582 / 提问辩难0(Quaestio) 被认为是中世纪经院哲学的基本要素。参见[英] 吉尔比:5经院辩证法6, 王路译, 上海三联书店 2000年版, / 中译本导言0, 第 21 页。

过程本身, 不如说更多地是在争论、寻找、确定推论的前提(尤其是大前提) , 罗伯特#阿列克西(Robert Alexy) 把这样的正当化证明称为/ 外部证成0。[159] 所谓/ 在大前提与生活事实间之目光的往返流转0, 说到底, 就是在针对个案事实寻找适切的逻辑大前提, 绝大多数的法律理解、法律解释工作的重心也在于发现这个推论的逻辑大前提。通过上文的分析我们看到, 因为从形式逻辑的标准来衡量, 法律秩序在微观的观察中, 乃具有精确性和有意义性的不足, 有所使用的法律命题和用语之重叠和逻辑上的缺陷, [160] 再加上法律不能避免价值评判或道德评价, 所以法学论证的前提不可能是现有毋庸置疑的法律公理或命题, 而是有待确证的/ 论题0。换言之, 法学论证的前提并非/ 公理体系推论的初始命题0, 它们不具有/ 自明的0、/ 直觉的0、/ 公认的0、/ 不言而喻的0性质, 即: 它们不具有/ 逻辑上之必然0的特性, 而仅具有/ 或然性0, 属于/ 可争辩的0问题领域。在阿列克西看来, 这些有待争辩且须证成的前提分为三类: (1) 实在法规则; (2) 经验命题; (3) 既非经验命题、亦非实在法规则的前提。[161] 从其前提属于/ 可争辩的0论题来看, 法学与古老的/ 论题学0之间在结构上有一种内在的亲缘关系。在此意义上, 法学乃是论题取向的, 而不是公理取向的。[162]

四、论题学在法学中的应用

/ 论题学0(希腊文为 toPiks, 拉丁语为 Topika 或 Topica) , 从字面上讲, 就是研究论题或论题目录之学问。论题一词, 来自希腊文 SOPOs(拉丁语为 topos, 其复数为 topoi) , 原义指/ 所在地0、/ 处所0、/ 位置0, 引申为/ 同类事物之所0。SOPOs 在论题学中就是指/ 论题0, 它是言谈者论辩起始之所, 或者如古罗马思想家西塞罗(Cicero) 所言, 论题乃为/ 论点的位子0、/ 论址0, 即论点所由生之处。[163] 人们在进行论辩时必须针对可能遇到的问题搜集大量的论证材料, 然后按照不同的论证格式将它们归类, 由此而建立起论点位子的纲目))) 论题目录。[164]论题目录分得越细, 可供选用的论证材料就越多, 列举的事例就越接近论题, 论证就越显得自然而有说服力。论题学作为一门学问的目的就是试图寻求论题或/ 论点的位子0, 建立/ 论题目录0。在此意义上, 论题学或许可以称为/ 论题目录学0。现代学者从三个方面对其内容加以概括, 即: (1) 前提寻求之技术; (2) 有关前提属性的理论; (3) 将这种前提用于法律证立的理论。[165]

亚里士多德最早在其方法论著作5工具论6第五篇中对这门学问的目的予以阐述: [166]它/ 在于寻求一种探索的方法, 通过它, 我们就能从普遍接受所提出的任何问题来进行推理; 并且, 当我们自己提

---

159 前引192, 阿列克西书, 第 285 页以下。

160 Juliu Stone, Legal System and Lawyers. Reasoning, Standford, California, Standford University 1968, p. 332. 也参见廖义铭: 5佩雷尔曼之新修辞学6, 台湾唐山出版社 1997 年版, 第 327 页以下。

161 前引192, 阿列克西书, 第 285 页。

162 前引1602, 廖义铭书, 第 327 页。

163 参见前引1602, 廖义铭书, 第 328 页以下。

164 有关 Topika(或 Topica) 、SOPOs(topos) 和德文 Topoikataloge 之汉译五花八门, 见徐国栋: 5共和晚期希腊哲学对罗马法之技术和内容的影响6, 5中国社会科学6 2003 年第 5 期, 第 75 页/ 注 40。这里仅就主要的翻译分别做些辨析: (1) 有关 Topika, 其译分别有/ 语序学0、/ 正位篇0、/ 切题0、/ 论辩篇0、/ 论题方法0、/ 辩谬篇0、/ 理路0等等。台湾学者陈爱娥将其译作/ 类观点学0(见前引122, 拉伦茨书, 第 25 页) , 有意译成分, 值得商榷。本文采用/ 论题学0之译名。(2) 有关 SOPOs(topos, topoi) , 其直译为/ 所在地0、/ 处所0、/ 位置0, 但上述译名并未揭示 topos 作为核心概念在/ 论题学0中的特定涵义, 显然并不合适。我国古希腊文学翻译家罗念生将此译作/ 部目0, 影响颇广, 笔者过去也从其译(见前引192, 阿列克西书, 第 26 页以下, 第 208 页) 。经过近期的研究, 笔者将 topos 译为/ 论题0, 将德文的 Topoikataloge 译为/ 论题目录0 (它们是对论题或/ 论点的位子0的思想建构) , 显示两者之间的些微差别以及它们与 Topika 的关联关系。

165 前引192, 阿列克西书, 第 25 页。

166 正是基于这个理由, 一般认为, 亚里士多德赋予这门学问以/ 论题学0的名称。见 Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 19.

出论证时, 不至于说出自相矛盾的话0。[167]要进一步认识这一点, 我们需要了解亚里士多德有关推理的理论。他区分了三种推理的形式: (1) 证明的推理: 以普遍真实的原理为依据(或者说, 以可具共识、无可置疑的原理为起点推理), 由此获得必然性的知识; (2) 辩证的推理: 以或然性的(EIDOXA) 原理、[168]或然性的知识或/ 普遍接受的意见0(即/ 被全体或多数或其中最负盛名的贤哲们所公认的意见0[169]) 及其所能接受的道理为依据, 采纳与此相反的论题为推理程序, 形成对答式的辩难(辩证) 推理; (3) 诡辩的推理: 以/ 似是而非的0前提为自己的推理依据, 或者以前提可信、但推理程序不对而形成的推理。[170] 亚里士多德的论题学首先不在于探讨第一种推理形式, 因为那是形式逻辑讨论的主题, 当然也不是最后一种推理形式。毋宁说, 论题学属于/ 辩证的推理0。其特点在于: 这种推理与世界的多样性与可感性交织在一起, 是一种特殊类型的/ 质料逻辑0的推理, [171] 是在讨论中通过对问题(论题) 的辩驳、区分、归纳引出有某种确然知识的推理, 简括地说, 它是/ 一种从或然性之中去寻求命题和结论的工具0。[172] 由于或然性的原理、知识或/ 普遍接受的意见0本身即具有/ 可能争辩0的性质, 几乎所有辩证的问题都被称为/ 论题0, 它/ 或者引人选择和避免, 或者引人得到真理和知识, 或者它自身就能解决问题, 或者有助于解决其他某个问题0。[173] 在5论题篇6中, 亚里士多德讨论了 5 个/ 一般性的论题0(即/ 差别0、/ 相似0、/ 对立0、/ 关系0、/ 比较0) 和/ 用来证明某物更佳或更可欲的0 论题。[174] 在其后所著的5修辞学6一书中, 他把/ 修辞式三段论0说成是/ 由论题中的事例构成的三段论0。在这里, 每一论题(部目) 均包括一系列同类的事例, 例如, 凡有程度之差的事例都归入/ 比较论题0, 这一论题可以用于法律、自然科学、政治以及各种不同的科学; 由每一种类的事例所特有的命题组成/ 专用论题0, 它是每一种科学所特有的论题; 凡通行于各种科学的事例就归入/ 通用论题0, 等等。[175] 此外, 他还专门讨论了 28 个/ 证明式修辞式推论的论题0(如/ 可能、不可能论题0、/ 对立面论题0、/ 变格论题0、/ 相互关系论题0、/ 时间论题0、/ 反攻论题0、/ 定义论题0、/ 一字多义论题0、/ 分类论题0、/ 归纳论题0、/ 判断论题0等) 和 9 个/ 假冒的修辞式推论的论题0(如/ 措词论题0、/ 分合论题0、/ 愤慨论题0、/ 或然的证据论题0、/ 偶然事件论题0、/ 后果论题0、/ 非因作因论题0、/ 省略论题0、/ 绝对与特殊混用论题0)。[176] 总体上看, 在亚里士多德的理论中, 论题学属于从或然性原理推导出结论的/ 哲学之初始阶段0。[177]

根据亚里士多德的论题学, 西塞罗于公元前 44 年应罗马法学家特雷巴求斯(Gaius Trebatius Testa) 的请求写了一本与亚氏著作同名的5论题篇6一书。但由于此书是西塞罗在逃避政治迫害的行程中写成的, 加之针对特雷巴求斯之法律实务需求, 它在结构和内容上与亚氏的5论题篇6有较大的不同: 它并非是一本哲学论著, 而是一部将论题学应用于法律实践的/ 菜谱0。[178]西塞罗把论题学理解为操作被其图式化的论题目录之论证实践, 也可以说这是一门/ 寻找的技艺0。他认为: / 任何论述的基

---

167 [古希腊] 亚里士多德: 5工具论6下, 余纪元等译, 中国人民大学出版社 2003 年版, 第 351 页。

168 EIDOXA 这个希腊文有不同的译法, 德国学者中有的译为/ 可推论的0, 有的译作/ 普遍接受的观点0, 有的译成/ 有可能根据的0(见前引192, 阿列克西书, 第 26 页)。总体上说译为/ 或然性的0较为适宜。笔者过去将此译成/ 盖然性的0, 可能有误(前引192, 阿列克西书, 第 26 页), 因为/ 或然性0和/ 盖然性0在逻辑上的意义并不相同。从可信性程度或说服程度讲, / 必然0、/ 或然0、/ 盖然0、/ 偶然0等等是按照降幂排列的(参见[美] 奥斯丁#J. 弗里莱: 5辩论与论辩6, 李建强等译, 河北大学出版社 1996 年版, 第 203 页以下)。

169 前引1672, 亚里士多德书, 第 351 页以下。

170 参见前引1672, 亚里士多德书, 第 353 页以下。

171 有关/ 质料逻辑0概念, 参见前引1582, 吉尔比书, / 中译本导言0, 第 2 页以下。

172 [德] 黑格尔: 5哲学史讲演录6第 2 卷, 贺麟、王太庆译, 商务印书馆 1983 年版, 第 374 页。

173 前引1672, 亚里士多德书, 第 362 页, 第 364 页。

174 参见前引1722, 黑格尔书, 第 374 页。

175 前引1722, 黑格尔书, 第 29 页。

176 同上书, 第 23- 24 章。

177 Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S. 22.

178 Viehweg, a. a. O., S. 25f.

本理论有两个部分: 第一部分涉及寻找, 另一部分涉及判断。0[1792]斯多葛学派重视后者, 对此倾力研究并称之为/ 辩证法0; 西塞罗对后者作了重新表述, 且将此应用于第一部分的分析。他指出:/ 假如指出并标明那些隐而不现的客体的地点, 那么就很容易找到这些客体。所以, 如果我们想追踪任何一个材料, 就必须知道它的论题; 因为(我想说) 它们被亚里士多德称为将材料当作证明的位子。0[1802]但他并未按照亚氏的模式对论题作理论化的有序整理, 而径直提出一套完整的论题目录。从5论题篇6第 2 章第 8 节至第 4 章, 西塞罗对这些论题目录进行了简要的表述, 并在第 18 章就其实质论点作了总结。在这些章节, 他区分了两类论题: 一类与有待各别处理的事情本身紧密相关; 另一类是从外部附加的。第一类论题涉及待考察的整体(A) 或特定的关系(B)。当它们(A) 作为整体考察时, 那就要么涉及全体(定义) , 要么思考其部分(分析) , 要么考虑其名称(词源)。当它们(B) 作为特定的关系考察时, 则要么涉及的是语言联系(词语亲缘关系) , 要么涉及的是如下关系: (1) 属; (2) 种; (3) 相似; (4) 差别; (5) 对立; (6) 附带情形(前项, 后项, 矛盾项) ; (7) 原因; (8) 效果; (9) 比较。在5论题学65- 20 章, 西塞罗对每个具体的论题再度进行详细论证, 指出它们各自应用的可能性。第 21 章讨论在无争议的场合能否通过寻问有哪些合适的证明来源来创设可能的考察方式, 这也是接下来两章论述的主题。特别是在 24- 26 章, 他得出了一些结论, 再度深入地讨论了各种案件事务, 即庭审案件事务、咨询案件事务以及所谓的赞颂。此处还简短地提到在罗马法刑事诉讼证明程序中十分重要的/ 位格理论0(Sta2tuslehre) 以及法律解释问题。从今天的眼光看, 西塞罗论述的许多观点也许不十分精确, 其在5论题篇6第 12- 14 章对逻辑的阐述也特别不充分。尽管如此, 这本小册子在后世法学的建构中仍然具有举足轻重的作用, 法学家们从中获得的教益匪浅。[1812]从历史上看, 此书的思想和方法被特雷巴求斯运用于罗马法实践, 为罗马法之论辩技术和方法的形成提供了法律逻辑论辩的推论形式, 因而(至少在法学领域) 比亚里士多德的5论题篇6有更大的影响。[1822] 我们虽然不能完全断定西塞罗的论题学铸造了罗马法学之/ 良好的理性精神0, 但至少可以说法学作为实践知识之性格的形成实际上得益于论题学的论证方法和技术。

尽管如此, 我们可能发现, 在西塞罗之后若干世纪里几乎再没有人专门研究论题学, 法学领域中涉足论题学之学问者更为罕见。实际上, 这门古老的学问已经逐渐融入后世的所谓/ 七艺0 (语法学、修辞学、辩证法、算术、几何学、天文学、音乐) 之前/ 三艺0(语法学、修辞学、辩证法) 的知识体系之中, 构成了前/ 三艺0的主要内容。在欧洲中世纪, 学者们继受了这一人文教育的传统, 将/ 七艺0作为必修课程。1128 年, 意大利威尼斯神父雅考比用拉丁文翻译并注解亚里士多德的5论题篇6, 使亚氏的论题学得以在西欧流传。[1832] 故此, 我们从中世纪经院辩证法之提问辩难传统中, 从 11 世纪末开始的罗马法复兴运动所出现的法律注释方法中仍然可以依稀寻觅到某种/ 论题学的思考图式0。[1842]

然而自 17 世纪以来, 法学之论题学兴趣在很大程度上受到了笛卡尔主义和科学主义思想的冲击。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。0[1852] 秉承自然科学的实证精神、倡导/ 几何学证明方法0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0, 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

1792 Cicero, Topica, 2. 1.

1802 Cicero, a. a. O., 2. 6.

1812 参见 Viehweg, a. a. O., S. 27ff.

1822 Viehweg, a. a. O., S. 26. 也见前引1642, 徐国栋文。

1832 参见马玉珂主编: 5西方逻辑史6, 中国人民大学出版社 1985 年版, 第 162 页。

1842 有关论题学与/ 意大利方法0之间的关系, 见 Viehweg, a. a. O., S. 62ff.

1852 [英] 罗素: 5西方哲学史6下卷, 马元德译, 商务印书馆 1982 年版, 第 43 页。

误地并尽可能完善地认识事物0。[186] 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。0 [187] 自然, 以或然性的原理、或然性的知识或/ 普遍接受的意见0为推论前提的论题学不再符合这种公理化知识和方法的标准和理论旨趣, 其被学人们轻视和淡忘乃是不言而喻的结果。[188] 到了 19 世纪实证主义大行其道之时, 像论题学、修辞学这些/ 古老知识的残余0甚至被人们视为一种枷锁、一种负担, 被抛进了/ 历史的垃圾堆0。[189] 由此开始, 法学也无反思地追随/ 时代的精神0, 抛却了作为实践知识的古老传统, 转向强调/ 科学0(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。这样的法学也许真正有了些许的/ 科学的味道0, 但它却可能丧失了某些/ 人类的情趣0, 使人的/ 想象力0和/ 记忆力0逐渐萎缩, 当然也使人类对法律的审美能力以及/ 诗性智慧0消蚀殆尽, 人类在法学上的创造力和真正的/ 智慧的洞见0则日渐稀少。[190]

直到 20 世纪 50 年代, 两位来自欧洲大陆的法学者和学问家倡导/ 新修辞学0和/ 论题学法学0, 才唤醒我们对修辞学、论题学这些古老学问及其在法学中应用的记忆。他们中的一位是就是比利时布鲁塞尔大学逻辑、伦理学和形而上学教授沙伊姆#佩雷尔曼(Chaim Perelman), 其自 20 世纪 30 年代开始先后出版5哥特罗布#弗雷格研究6(1938 年)、5论正义6(1945 年)、5新修辞学: 论辩论文集6(与 L. 奥尔布里希茨- 泰特卡合著, 1958 年)等著作, 其所提出的正义论思想和/ 新修辞学0理论和论证方法在哲学界、修辞学界和法学界均获得广泛的影响。另一位人物知名度相对较小, 一生仅以一本书立足学林。他就是德国美茵兹大学法学院教授特奥多尔#菲韦格(Theodor Viehweg)。其于 1953 年出版5论题学和法学6, 主张应当在论题学意义上来理解法学, 最早提出法学的/ 论题取向0, 建立/ 法律论题学0或/ 论题学法学0。[191] 5论题学和法学6一书, 不算厚重, 但影响日增。该书至 1973 年已出 5 版, 1993 年由杜尔汉教授(W. Cole Durham, Jr.,)译成英文出版, 在英语世界亦愈来愈受到重视。[192]

五、特奥多尔#菲韦格的论题学思考方式

相对于佩雷尔曼的/ 新修辞学0, 菲韦格及其所代表的所谓/ 美茵兹学派0 [193] 的理论对于本文此处所要讨论的问题立场息息相关, 故不可不察。我们把视角重点放在菲韦格的5论题学和法学6一书对

---

186 [荷兰] 斯宾诺莎: 5知性改进论6, 商务印书馆 1960 年版, 第 22 页。

187 斯宾诺莎: 5笛卡尔哲学原理6, 王荫庭、洪汉鼎译, 商务印书馆 1997 年版, 第 35 页以下。

188 据考证, 维柯曾于 1708 年在意大利那不勒斯大学写过一篇博士论文5我们这个时代的研究方式6, 对古老的研究(修辞学、论题学等)和新的研究(主要是当时的科学方法)之优劣进行比较, 强调古老学问的思想价值。参见 Viehweg, a. a. O., S. 15- 18.

189 自 1880 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0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. 0, Northwestern University Law Review (Summer 1995). 也见前引160 2, 廖义铭书, 第 19 页以下。

190 对科学实证主义可能造成的负面结果之评论, 主要来自维柯在5我们这个时代的研究方式6及5新科学6等著作中的观点。参见 Viehweg, a. a. O., S. 17. 另见舒国滢: 5从美学的观点看法律6, 载5在法律的边缘6, 法制出版社 2000 年版。

191 / 法律论题学0的提法, 见 Viehweg, a. a. O., S. 80. 另见前引192, 阿列克西书, 第 25 页; / 论题学法学0的名称, 见 Gerhard Struck, Topische Jurisprudenz, Frankfurt a. M. 1971.

192 其英译本见 Theodor Viehweg, Topics and Law (trans. by W. Cole Durham, Jr.,), Peter Lang, 1993.

193 美茵兹学派除了菲韦格之外, 还有奥特马尔#巴尔韦格(Otmar Ballweg)、彼得#施奈德(Peter Schneider)和沃尔夫冈#加斯特(Wofgang Gast)等人。见 James E. Herget, Contemporary German Legal Philosophy, University of Pennsylvania Press 1996, p. 62.

论题学思考方式的分析。

菲韦格写作此书, 受维柯博士论文及5新科学6中所透现的古代思想价值的激励, 追寻亚里士多德、西塞罗等人的学问足迹, 试图恢复/ 现今几乎无人知晓的0论题学之本真面貌及其与法学之间的关系。他深感/ 公理- 推演体系0不能提供足够的证成, 而必须由/ 形式论题学0意义上的理性讨论程序来加以补充。[194]菲韦格所理解的论题学基本上以西塞罗的同名著作为依据, [195]他指出: / 论题学是由修辞学发展而来的问题思考技术。它展现某种直至在细节之处与演绎- 公理体系显然有别的思想结构。0[196]论题学考察的最重要之点在于确立这样一种立场: 它所涉及的是以问题为取向的思考技术。这门思考技术运用的思维就是情境思维, 它提示人们在面临/ 进退维谷的0困局或难以消解的问题情境时, 应当如何应对而不至于陷入无以拯救的地步。这要求人们把问题看作是既定的、而且常常是前导性的存在。那么, 何为/ 问题0? 菲韦格采取亚里士多德的定义, 认为: 当对某个提问提供多于一个答案时, 就存在着某个/ 问题0。这样一个有待认真对待的问题之存在就蕴含着德国哲学家尼克莱#哈特曼(Nicolai Hartmann,)所称的/ 困局工作方式0[197]之结构的第一部分内容: 问题总是在情境理解之内发生的, 这种理解预设一种提供答案或解决办法的需求。一旦问题是根据某种默认的尝试性理解之背景来加以理解的, 那么问题的解答就能够按照下面的方式来重构: 它被/ 带进了多少有些清楚、多少有些广泛的推演关联结构之中, 由此揭示问题的答案0。[198]假如把这个推导关联结构称作/ 一个体系0, 那么也可以简单地说: 旨在寻求解答的问题是归结为体系之内的。故此, 菲韦格指出, 困局思维是以某种可以适用的体系或者/ 融贯性语境0为前提条件的; 寻求体系(尽管受到限制)也是问题解答的构成因素。或者如哈特曼所言: 困局思维/ 并不怀疑有体系的存在, 也许确定的存在体就潜藏在其本身的思维之中0。[199]

诚如菲韦格所分析的, 我们不能否认问题和体系之间存在着需要进一步澄清的实质交错关系。假如我们把重心放在体系考察上, 那么就会产生如下的图景: 举一个极端的例子说, 根本上只有一个体系 A, 通过这个体系将所有的问题分成/ 可解的0和/ 不可解的0两组, 那么这后一组肯定会被当作纯粹的假问题而弃置一旁, 因为仅从另一个体系 B 所做的反证也是可能的。存在 A、B、C 等等多个体系的场合所做的相应推论亦同样成立。它们将挑选出附属于各自体系的相应问题 A. 、B. 、C. 等等, 而舍弃其余问题。换言之, 体系的引入影响问题的选择。反过来, 我们把重心放在问题上: 这似乎在寻找某个有助于问题解答的体系。假如有一个唯一的体系 A 把我们的问题解释成/ 不可解的0(当然可能是一个纯粹的假问题) , 那么它并不能否定另一些体系会有助于该问题的解答。存在 A, B, C 等等多个体系的场合所做的相应推论也同样有效。假如这些体系对于问题的解答无所作为, 那么总会有更多的其他体系会对此有所助益, 在这种场合, 问题的性质终归是存在着的。换句话说, 问题的引入影响体系的选择, 通常导致体系的多元化, 却又不能从某个包罗万象的体系来证明它们之间的协调性。对此, (推导意义上的)体系之作用极其有限。

那么在后一种情况下, 人们就会追问: 问题的恒定性到底来自何处? 菲韦格指出, 问题显然来源于先在的理解之关联结构, 由此人们首先并不知道这个关联结构到底是一个逻辑体系(或推导关联结构)呢, 还是别的什么东西, 也不知道它能不能在根本上作整体的观察。这里, 应当注意体系思考方式与困局思考方式的区别: 体系思考方式从整体出发, 构建是第一位的、占主导地位的; 而困局思考方式

---

194 Viehweg, a. a. O., Vorwort zur vierten Auflage, S. 9.

195 See Bernard E. Jacob, / Ancient Rhetoric, Modern Legal Thought, and Politics: A Review Essay on The Translation of Viehweg. s - Topics and Law. 0, Northwestern University Law Review (Summer 1995).

196 Viehweg, a. a. O., S. 14.

197 Nicolai Hartmann, Diesseits von Idealismus und Realismus in Kant- Stuien, Bd. XXIX(1924), S. 160ff.

198 Viehweg, a. a. O., S. 33f.

199 Hartmann, a. a. O., S. 163f.

进行的程序则完全相反: 它有时可能只考虑/ 片段性的省察0。柏拉图在其对话录中就使用过这种思考方法, 亚里士多德在其著作中也予以采纳。论题学所利用的也是这种思考方法。

这种思考究竟如何能够具体地进行? 自然, 当我们在某个地方遇到问题时, 可能会简单地预先采取下面的办法: 尝试性地以随便任何一种选择方式来把握那些多少有些偶然出现的观点。以这种方式寻求客观上合适而有用的前提条件, 旨在能够进行使我们得到某些明确启示的推论。在日常生活中几乎天天经历这样的事情。但即使在这样的场合, 也会形成某种精确的考察: 一定的指导性观点主宰着任意的(问题)定向。但这些指导性观点并没有得到确定。为了整体观察的需要, 菲韦格把这个思考程序称为/ 第一级论题学0。接着, 我们需要继续寻找某种支持, 这种支持极为简明地提供一个已然备齐的观点目录, 由此而将上述指导性观点的不确定性纳入考察的视野并得到理解。这样, 论题目录就出现了, 此种使用论题目录的程序就被称为/ 第二级论题学0。[1100]相对于亚里士多德的论题学(其仅勾勒出所有/ 可思的问题0之论题目录)和西塞罗及其后继者的论题学(他们把论题目录用作问题定位的极尽实用的手段), 菲韦格的论题学则更明显地体现出方法论上的论证价值。

论题学所讲的论题目录到底有哪些? 实际上, 对这个问题, 人们的认识多少显示出某种差异。上文我们业已考察亚里士多德和西塞罗的论题目录, 应该说他们对论题归类之着眼点、目的和对象存在着区别。1662 年由笛卡尔学派的阿纳德(A. Arnauld) 和尼柯尔(P. Nicole) 合著5波尔- 罗亚尔逻辑6[1101] 根据其对论题的定义而将它们分为/ 语法学论题0、/ 逻辑学论题0 和/ 形而上学论题0。1816 年, 德国牧师克斯特纳(Christian August Lebrecht Kaestner) 写过一本书, 名为5论题学抑或发现之学6, 紧紧依靠早期的编纂者的工作和观点, 试图/ 找回那些被遗漏的论题0。他总共列举出 26 个论题, 包括/ 通用论题0、/ 语法学论题0(如词源、同义语、同音异义词等)、/ 逻辑学论题0(定义、属、种、特征、属性)、/ 形而上学论题0(整体、部分、原因、目的等等)和/ 历史学论题0(证据、事例)。中世纪法学家马修斯#格里巴尔多斯#穆法(Matthaeus Gribaldus Mopha) 在其著作5学习三艺的方法及策略6(1541 年)第 3 章中, 还提出了一个法学通用论题的目录, 这些论题从罗马法5国法大全6中提取, 按照字母先后顺序加以排列。[1102]寻求论题目录, 主要是为了适切地去把握当下有待讨论的思想。因为问题总是摆在我们面前的, 即使在特定领域(比如法学领域)有了反复出现的可靠观点, 仍然存在一些论题被用于问题的定位, 认识这些论题负有一种使命, 即提供/ 有利于找到(论题)目录的方法0。论题以目录的形式出现, 这个从问题出发的关联结构(语境)具有了其特定的意义。它不是一个推演的关联结构。

论题无论是通用的还是特定专业准用的, 其功能均在于帮助问题定位。由此看出: 在涉及特定问题域的地方, 它们必然具有完全特殊的涵义, 而在本质上没有失去其问题性。在情境变更时, 必须反复地为问题解答尝试寻找新的指引路径。这样, 帮助介入/ 寻找0的论题就随时获得其从问题出发的意义。对它们来说, 以这种方式进行的归类总是重要的。因为针对每个问题, 论题在并非绝对不变的理解之后也就出现了。其在功能上必须看作是/ 思考的定位之可能性0和入门的途径。至于这些论题是作为概念还是作为命题语句出现, 则是一个纯粹的表述问题。只是不要忘记: 它们在公理推演意义上的体系价值一定是微不足道的。

从这个视角出发, 菲韦格指出, 漫长的演绎推理与论题的功能之间不相兼容, 因而由此出发建构的概念结构或命题语句结构之逻辑分量总是显得很轻微。[1103]换言之, 论题目录很难满足我们对体系的理解, 以至于我们似乎有一种感觉, 即敦促自己要立即从事那些迫切出现的演绎体系工作。我们指

[1100] Viehweg, a. a. O., S. 35.

[1101] 该书是阿纳德和尼柯尔在巴黎近郊的/ 波尔- 罗亚尔0修道院写成的, 所以作者将著作以修道院的名字命名。该书分 4 部分, 分别讨论概念、命题、推理和方法等问题, 是欧洲影响较大的一部逻辑学著作。参见前引[1832], 马玉珂书, 第 259 页以下; 另见5逻辑学辞典6, 吉林人民出版社 1983 年版, 第 518 页。

[1102] Viehweg, a. a. O., S. 75f.

[1103] Viehweg, a. a. O., S. 38.

望一方面为了进行/ 链条定义0而确定一些基本概念, 另一方面为了进行/ 链条推演0而确立核心的命题语句, 或做诸如此类的工作。然而, 这样做, 我们就将改变论题本身的根本意图。论题对问题的定位功能就会被逐步消解, 所以, 菲韦格提请注意: 绝对正确地进行的推演总是疏离情境的, 而且尽管正确却未必适当。在我们勾画的体系与问题世界之间有明显的裂口。它们两者之间复杂的关系不可以简化为逻辑(推导)的关系。这个结论表明: 恒久的问题关联阻止人们按照还原与演绎的方式进行平心静气的逻辑推导。人们经常受到问题的困扰。假如我们不把问题说成是假问题, 那问题就不会自动跑掉, 因此我们总是不断地受命去寻找论证的前提以形成/ 寻找的技术0(即论题学)。

论题学作为/ 寻找前提的程序0, 绝对是有意义的, 它好像是一个/ 序幕式的媒介0。作为论证的使命来看, 寻找前提是第一位的, 得出结论是第二位的。论题学必须首先指明, 人们应如何寻找前提。而逻辑只是接受并操作前提。由此可见, 前提寻找的方式影响结论形成的性质, 反过来, 结论形成的性质为前提寻找提供某种指引。在这个过程中, 我们可以基于任何一种思考来着手进行工作, 然而, 最实用的办法是要确定有待考察的思考方式如何形成其前提条件以及用什么方式坚守这种前提条件。因为由此它们才能获得其原本的面貌。后续的论证也才从中产生。应当看到, 利用最终前提的思考方式(演绎法), 可能会展开漫长的链条推理, 而不断寻找前提的思考方式(论题学)则可能只满足于短暂的推理。比如, 类比推理的经常出现, 表明缺乏完善的逻辑体系, 所以借助于论题学。同样, 那些被视为法律逻辑之特种论证的反面推理、比较推理也来源于论题学。此外, 寻找前提的思考方式也为现代科学很少顾及的迫切问题提供一般的观点和观点目录。它经常能够遇到比我们最初预见的要多得多的问题, 其与我们人类的本性和处境并非完全捍格不入, 所以当我们试图对人类思维进行解释时至少不能完全忽略它们。

可行的论题目录一旦形成, 就为进一步的思考活动生成一种逻辑的联系。但它们还远远不够。当下的问题关联只承认范围极为有限的推演关联结构。它们必然由于问题的存在而可能随时中断。所有的问题思考对逻辑关联的态度都是谨小慎微的。但我们同样不可能完全放弃(逻辑)关联性。恰恰相反, 思考只有基于某些固定的判断才会有自身的益处。因为假如任何人不能做到使自己的论证为自己及其谈话伙伴至少以共同理解的方式视为一个确定的领域, 那他就不可能提供任何实质的证明。而论题和论题目录在很大程度上对于确定和构成一定的理解具有重要意义。它们使问题和答案得到有序整理, 并且指明到底什么样的进一步考量是有价值的。由此人们相互间的一致才得以产生, 当下的论题(无论是特定的还是通用的)才能顺利地指出人们的思考活动每次都在什么维度上进行。假如人们不想失掉证明的理解, 就不允许放弃论题和论题目录。从这个意义看, 论题和论题目录提供了一种值得期待的立足点。

然而, 另一方面, 问题的把握又需要一定的游移性和扩充能力。诚如我们所见, 任何一个特定领域的非体系化的论题目录本身为共同理解提供了某种/ 把手0。然而, 这种把手又是有一定活动性的, 它能够被放大和缩小。因此, 在这种情况下, 现下被允许的观点必定或显或隐地不再视为可接受的观点。这表明: 在某些领域对问题的把握比我们想象的要困难得多, 而且极为少见。即使一度确定的东西也可能会被他人无情地摧毁。对此, 论题学思考本身及其解释形式仍然有所助益。论题学解释所要做的是开启新的理解的可能性, 却又不破坏以往的确断。实现了这一点, 我们就能抓住某种固定化的东西, 但这种固定化已游移至新的视点之下, 它经常在完全另一种关联结构中加以理解, 同时也为旧的确断提供一种转向的可能。并非任何阐释都实际做到了这一点, 但任何阐释均有可能做到这一点。基此, 菲韦格认为, 解释是一种/ 片段论题学0, 它非常适宜于上面所提及的更变。[1104-1105]

显而易见, 论题学意义上的基本前提通过谈话者的接受而得以正当化。人们总是以谈话对手的事实反击或假想反击为取向。因此, 凡是各方所接受的、并反复接受的东西, 就视为确定的、无争议

1104-1105 Viehweg, a. a. O., S. 42.

的, 在这个圈子内甚至视为不证自明的。按照这种方式, 根据每个问题不同, 可以将(论题学意义上的) 前提认定为/ 相关的0/ / 不相关的0、/ 准许的0/ / 不准许的0、/ 可接受的0/ / 不可接受的0、/ 有道理的0/ / 无道理的0等等, 在它们之间还可以区分为/ 几乎无道理的0、/ 尚有道理的0[1105]。凡在争辩中通过接受而被证明的东西, 就必须准认为前提条件。只有如此, 引证亚里士多德所讲的/ 最负盛名的贤哲们0的知识才富有意义。换言之, 即使在或然性的框架内也力争得到/ 实际的洞见0、/ 公认的意见0, 而不是纯粹的任意。在此意义上, 论辩和问题定位属于/ 辩证推理0的领域。

菲韦格在5论题学和法学6一书中并没有为/ 论题学法学0提出自己的一套完整的论题目录, 其大量篇幅是根据上述思考方式考察论题学与古罗马市民法的论证技术(第 4 章) , 论题学与中世纪晚期意大利注释法学派的评注方法(第 5 章) , 论题学与 17 世纪德国哲学家莱布尼茨的/ 化合技术0(第 6 章) , 论题学与公理学(第 7 章) , 论题学与现代民法学者的理论(第 8 章) 。我们感兴趣的, 是他在著作第 8 章就其论题学法学的基本立场所得出的结论。菲韦格指出: / 法学是利用困局思维、且在主要点上与论题学相一致的技术。0[1106]为了进一步说明这种法学相应的结构, 他提出了 3 点要求: / (1) 法学的总体结构只能由问题来确定。(2) 法学的构成部分, 它的概念和命题必须以特定的方式与问题保持关联, 因此只能从问题出发来加以理解。(3) 法学的概念和命题故而也只能被赋予与问题保持关联的涵义。应当避免其他的种类。0[1107]

尽管有的学者不赞同论题学法学的方法, 批评该理论/ 轻视法律、教义学和判例的重要意义, 不足以深入分析论述的深层结构, 不足以使讨论的概念精确化0, [1108] 有的学者甚至认为它具有/ 反理性0、/ 反科学0、/ 反智0的性质, [1109]但我们仍然应当看到: 菲韦格之/ 论题学法学0 的思考方式, 在根本点上抓住了法学作为实践知识的核心特征, 它为法学基于事实与规范之观察维度的问题立场做了细致的学理化的描述。论题学这门古老的学问经过菲韦格的重新表述已经具有了当代思想的形态, 它融进了哈特曼的哲学思想和当代语用学的成果。在此意义上, 我们也可以把它看作是(与亚里士多德和西塞罗的论题学相区别的) / 新论题学0。[1110]诚如卡尔#拉伦茨所言, 菲韦格的著作出版后在实务界和法学界均受到人们的重视。法律家们经常以论题学作为论证的模式; 在法律论辩中, 观点的提出、检验或扬弃保留均采取/ 论题学0的讨论方式。[1111] 即使对论题学持批评态度的阿列克西也同样坚守论题学的下列立场: / 在不可能存在有说服力的证立的地方, 并不必然要把地盘留给非理性的决断 , , 。0[1112] 从这个角度讲, 论题学决不是/ 反理性0、/ 反智0的, 毋宁说它将法学的论辩活动带入更复杂、更可靠、更贴近人类社会生活现实的思考结构之中, 它是我们在法学领域中通过对话、商谈或论辩来达成理性共识的必经的门扉。

尾论: 一个兼容论题学与公理学思考之法学是否可能

法学真的不强调/ 科学性0吗? 法学难道与公理推演体系完全绝缘? 我们能不能找到一种结合的方式建立兼容论题学思考与公理学思考的法学?

[1106]、[1107] Viehweg, a. a. O. , S. 97.

[1108] 见前引[192], 阿列克西书, 第 29 页。

[1109] James E. Herget, a. a. O. , p. 69.

[1110] 菲韦格的理论对佩雷尔曼的新修辞学所产生的影响是明显的。佩雷尔曼在著作中对于/ 论题0的分析, 除根据亚里士多德的理论之外, 便直接引用菲韦格的观点(参见前引[160], 廖义铭书, 第 330 页) 。巴尔韦格和索伯塔(Sobota) 等人追寻菲韦格的基本观点, 同时融入当代语言学的知识, 力图建立一门/ 分析修辞学0(analytical rhetoric) 。See Bernard E. Jacob, / Ancient Rhetoric, Modern Legal Thought, and Politics: a Review Essay on The Translation of Viehweg s - Topics and Law. 0, Northwestern University Law Review(Summer 1995) .

[1111] 前引[122], 拉伦茨书, 第 26 页以下。

[1112] 前引[192], 阿列克西书, 第 29 页。

其实针对上述问题, 前人早已尝试着寻求解答。1666 年, 当时年仅 20 岁的莱布尼茨写过一篇法学博士论文5论化合技术6, 试图将 17 世纪的数学思想与中世纪传统的思考风格(其中包括论题学思考)协调起来。他的想法很简单: 假如传统的/ 寻找技术0(论题学) 本身没有被完全废除其基本结构, 那么它就能够接受数学的检验。按照他的看法, 有必要将论题学理解为化合技术。由此他尝试将论题学以及法律论题学予以数学化。但他的计划由于自然语言的多义性而最终落空。[1112]因为在自然语言运用中的(数学式)逻辑推演根本不能看作是可严格加以检验的东西, 它的推论经常会导致沉默的、变动不定的解释。[1114]而且, 公理推演还容易阻隔对事实结构的观察, 一旦用它来分析法律现象, 就显得很不适当。

这里的关键问题是, 我们怎样在法学的思考中同时将两种似乎截然不同、甚至对立的思考方式结合起来? 或者说, 一个从情境(推论之关联结构、问题、困局) 出发的实践思考和一个非情境(公理推演)的形式化科学思考之圆融如何可能? 不可否认, 在法律领域寻求体系的统一性是人们所期待的, 法律家们从来都没有放弃过体系思考的努力。然而, 法学家运用体系思维所要建构的法律体系未必就是法律公理体系。从另一方面看, 运用论题学思考方式来建构体系, 却可能形成多元的体系, 这当然也不是法学家们所愿意看到的结果, 否则法律的体系解释就不再能够作为适合的弥补法律漏洞的技术之一了。故此, 如果法学家放弃建立纯而又纯的法律公理体系之梦, 而将法律体系看作是一个/ 开放的体系0, 一个有待充实意义内容的/ 框架结构0, 那么将论题学的/ 片段性的省察0与公理学的演绎推理方法结合起来完成法律的体系建构和体系解释, 也不是完全不能考虑的。只是这里的公理学推理旨在帮助展开/ 第一级论题学0和/ 第二级论题学0的逻辑步骤, 将论题学纳入逻辑分析的论证框架之内。只有在这个基础上, 我们方有可能构建/ 形式的法律论题学0, 并且逐步完善预设的法律体系。当然, 这只是一种设想, 真正要实现这个设想, 还需要论题学与逻辑学各自发展自己的理论, 使两者的分析技术均达到结合所要求的必要和充分的成熟条件。我们寄希望于未来, 也许一切正在发生改变, 只是我们还没有充分感受到事情本身改变的消息。

Abstract: Legal system is not in itself an axiomatic system as the Conceptual Jurisprudence has imagined. With basic legal theories, legal methods and normal criteria, Jurisprudence has its paradigms which came into being after years of legal practices and are learned through professional training in legal community. Practicality constitutes a knowledge character of jurisprudence, which is a theory of topoi- oriented, not axiom- oriented. If the legal system were considered as an open system without dreams to build up the pure axiomatic system of law, there would be probability to accomplish the systematic construction and interpretation of law by combining the topics. fragmentary insight and the axiom. s deductive method.
Key words: axiomatic system of law, topics, practical knowledge, situational thinking

1112 Viehweg, a. a. O., S. 78, 80.

1114 Viehweg, a. a. O., S. 84.