

宪法中的社会科学：以美国为榜样？

Social Science in Constitutional Law: Is America a Good Example?

[德] 奥利弗·雷普休斯著 王 锴译 汤沛丰校

Oliver Lepsius

【摘要】 对于事实问题，法学中存在三种思维：（1）法学对医学、自然科学或者技术科学领域的事实，存在一个分工思维。（2）法学对社会科学领域的事实来说，综合思维是占优的。因为社会事实是规范形成的重要前提条件，所以对它的考虑不能委托给专业领域的专家，它恰恰就是法学的工作。（3）法院在确定某些普遍事实时，将该问题委托给立法者，即委托的思维。分工思维的优势在事实调查方面，但弱点在于从中无法进行规范性的推论。综合思维的优势在于能够进行规范性的推论，但是该推论并无坚实的事实调查结果作为根据。它比较少地援引事实调查，而是依赖于理论模型。委托思维则在制度层面上解决问题，它区别于综合思维而类似于分工思维。美国的特点是在司法实践中采用分工思维，法学理论中采用综合思维。德国的特点是，对社会科学采用综合思维，对自然科学则采用分工思维。美国的问题是企图在法外解决事实问题，而忽视了法学自身的论证。德国的问题则是对社会事实过度依赖综合思维，过分信任法律人的能力。所以，美国能够提供给德国的经验就是分工思维。但是，对事实问题的解决必须以法学对选择问题和评价问题的处理为前提，即去确定哪个事实在法律上是有意义的。这个所有事实调查都绕不过的最初问题，即到底哪些事实须受调查，是建立在一个规范性层面的目的确定活动之基础上的。所以，法学的任务是前置性的。

【关键词】 宪法；社会科学；分工思维；综合思维；委托思维

【中图分类号】 D90-05 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2015) 01-0111-18

Abstract: About facts, there are three thoughts in legal science. First, for facts in the field of medical science, natural science or technical science, there is a thought of division of labor between legal science and them. Second, for facts in the field of social science, there is a comprehensive thought in advantage. Because social facts are the important premise of forming norms, the analysis of them can't be entrusted to experts in other fields and must be the work of legal science. Third, when the courts confirm some general facts, they entrust these questions to the legislation. This is just the thought of entrustment. The advantage of division of labor is the investigation of facts, but the shortcoming is that man can't reach a normative conclusion by it. The advantage of comprehensive thought is that it can reach a normative conclusion, but this conclusion isn't based on the substantial investiga-

【收稿日期】 2014-11-10

【作者简介】 奥利弗·雷普休斯 (Oliver Lepsius)，德国拜罗伊特大学法学院公法、一般国家学、比较国家学教授。

【译者简介】 王锴，北京航空航天大学法学院教授，德国弗赖堡大学访问学者（2013—2014），主要研究方向：宪法学、行政法学。汤沛丰，德国弗赖堡大学法学院博士候选人（法哲学方向）。

【基金项目】 这篇文章是对2004年1月21日作者在拜罗伊特大学的就职演讲稿所作的修订，同时也是为彼得·黑伯乐 (Peter Häberle) 的70岁生日祝寿所作。本文原题为 Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht—Amerika als Vorbild? 原文发表于《法学家报》2005年第1期。感谢 Lepsius 教授授权翻译，本文翻译受2011年教育部人文社会科学研究一般项目《基本权利的概括限制研究——以我国宪法第51条为中心》(项目编号: 11YJC820118) 资助。

tion of facts. It seldom quotes the investigation of facts and only relies on the theoretical models. The thought of entrustment attempts to resolve the fact questions through the legal institutions, so it is different from the comprehensive thought and similar with the thought of division of labor. The feature of American model is “the thought of division of labor used in judicial practice, the comprehensive thought used in legal theory”. The shortcoming of American model is that they try to resolve the question of fact out of legal science and ignore the legal arguments. The feature of German model is that “the comprehensive thought for social science, the thought of division of labor for natural science”. The shortcoming of German model is that they unduly rely on the comprehensive thought in analyzing social facts and trust the ability of lawyers too much. So, American model provides an experience of division of labor between legal science and social science to German model. But, the solution of the question of fact must be based on a legal analysis about selecting and evaluating which fact is useful in the law. The primary question in all the investigation of facts is to decide which fact needs to investigate. This question is based on confirming the normative purpose. So, the work of legal science is gave priority to other sciences.

Key words: constitution; social science; the thought of division of labor; the comprehensive thought; the thought of entrustment

一、社会状况在规范解释中的意义

(一) 个别事实与普遍事实

法律人对事实感兴趣是出于两个理由。一是为了规范的适用。作为规范构成要件的事实前提存在吗？对该问题的回答关涉个别事实（*einzel-tatsachen*）的查明，而这在美国被称为裁判事实（*adjudicative facts*）。^①此外，还有普遍事实（*generelle Tatsachen*），也被称为立法事实（*legislative facts*）。^②在此，（普遍）事实先于规范适用而存在，并关系到规范形成（*normbildung*）。因此事实不仅作为法律上重要的涵摄要素（*subsumtionsmaterial*），而且也对规范内涵的具体化产生影响。^③下文仅仅着眼于事实的后一种功能。^④就此而言，事实在法律中发挥的功能取决于规范结构，

同时也对规范结构产生影响。在传统的条件式规范结构中，事实只是作为法律适用中的案情（*sachverhaltsfragen*）。规范的构成要件越不明确和前提要求越充分，普遍事实的规范性作用就会越大。恰恰在宪法中，规范文本被要求有充分的社会前提。（宪法的）规范文本经常还无法提供可供涵摄的标准，（宪法）规范在被适用到事实之前必须首先借助实效性（*wirklichkeit*）的检验而得到加强，从而形成标准。^⑤此时，对事实的调查和评估已不是案情涵摄的问题，而是规范解释的问题了。

(二) 作为事实研究者的法律人

事实与规范的关系是法律理论的基本问题。当然，它也是跨学科讨论的问题，因此不再被看做一个纯粹的法学问题。这样一来，我们想要问的是，法学理论中的事实问题是否以及如何被看

① 这个划分可以追溯到 Davis，他著有四卷本的 *Administrative Law Treatise*，1998 年第 2 版。

② 这个划分，参见 Jaffe, *Judicial Review: Questions of Law*, Harv. L. Rev 69 (1955), 239; *Judicial Review: Questions of Fact*, 同上, 1020; Hart/Sacks, *The Legal Process*, Eskridge/Frickey 主编, 1994 (1958), 344, 360. “如上所示，法律决定了哪些事实是相关的，同时，事实也决定了哪些法律是相关的 (351)”。

③ 参见 Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, Bd 1, 8. Aufl. 2002, 147ff., 297ff.。

④ 这个问题的澄清和分类参见 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1911, 特别是第 15 页以后, 23, 29。

⑤ Grimm 持此看法，参见他主编的 *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Bd. 1, 2. Aufl., 1976, 53 (54)。

作是社会科学在法学中的影响。接下来的问题是：当遇到事实问题的时候，法律人难道无须依赖跨学科的研究？换个问法也一样：在何种程度上，作为规范研究者的法律人可以把自身看作事实研究者？难道他不该把这个问题转交给那些更能胜任的人（例如社会科学家）吗？什么时候对事实的考量是一个有关规范解释的纯粹法学工作，以及在规范解释时，什么时候对社会现实的考量要借助于主要由其他专业能力完成的事实调查？^①

我们用另一个部门法的例子来进一步说明这个问题。这是关于刑法典第20条规定的无责任能力的规定。法官本人原则上不会去调查精神障碍、深度意志障碍或者低能是否存在，也不会评估行为人是否因此对行为的不法性无法认识，而是要听从鉴定人的事实确定和推断。而当民法法官面对货物买卖中是否存在货物质量瑕疵这样的问题的时候，也会作类似的处理。技术专家不仅仅是查明事实内容，而且还要对其进行评估。这样一来，专家和鉴定人反倒主宰了对法律问题的回答。在这些以及类似的问题上，法律人将相关决定权交给医学专家和心理专家，交给工程师或技术专家，让他们来查明对一个可涵摄规范有重要法律意义的事实，这显然是没有问题的。

然而，倘若一条规范涉及社会事实，那么对它的调查和评估就不会像在涉及技术或医学问题的时候那样托付给专家。对违反善良风俗（民法典第138条）或者类似的民法社会事实（一般社会观念、社会生活上必要的注意）的判断难道不能像往常那样借助社会科学家所作的经验调查来作出吗？对主流的法律道德和社会道德进行经验性的社会调查似乎是轻而易举的事情。只是，人

们过往几乎不会选择这条道路。^②对于违反善良风俗的确定，帝国法院（RG）认为自然能够独立判断，完全不需要社会科学的帮助。对于社会事实的调查和评估，法律人显然自认是能够独立胜任的，这不同于与规范相关的技术或医学事实，对于后者，法律人乐于托付给他人。

对于不同的处理方式，人们也可以如此来表述：在涉及规范之构成要件的社会前提条件的时候，可以采取规范解释这种方式来确定这些前提。公序良俗、社会生活上的必要注意或者一般社会观念是法律概念，对它们的确定，尽管取决于社会前提条件，但它们是真正的法学工作。反之，在处理有关广义上的技术、医学或自然科学的构成要件问题的时候，人们要求助于各自领域的专家。由此我们可以得出一条“越……越……”公式（je-desto-Formel）：规范中的事实越是处在自然科学的层面，对它的调查和评估就越是要委托；越是处在社会科学的层面，越是要对其进行独立的法学调查和评估。

以下的做法显然是没有问题的，即法律人把自己视为一台自动售货机，把医学专家、自然科学家或技术专家所确定和推断的相关事实涵摄到规范之中，从而自动得出结论。而当面对社会科学的时候，法律人则坚持运用自身的法学专业能力，去独立调查和评估事实。

上述说法只有在以下意义上才是成立的，即通过法律构成要件来决定究竟哪些事实才具法律相关性。只有作为规范科学研究者的法律人才能判断，应该调查哪些事实，以及依据哪些规范性标准才应该做这些调查。对此，事实本身是无法提供规范意义的。^③众所周知，无法从实然推出

^① 进一步的讨论见 Starck, in Grimm, 第112页注⑤, 13, 特别是第23页及下页。

^② 民意调查在确定一些误导性的陈述以及《反不正当竞争法》第3条的一般社会观念的时候发挥了一定的作用，参见 Tilmann GRUR 1984, 716; Böhm, Demoskopische Gutachten als Beweismittel in Wettbewerbsprozessen, 1985; Knaak, Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, 1986; Müller, Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung, im Rahmen des § 3 UWG, 1987; Westermann GRUR 2002, 403; Köhler/Piper, UWG Kommentar, 3. Aufl. 2002, § 3 Rdnr. 141ff., vor § 13, Rdnr. 320ff.; BGHZ 21, 182 (195); BGH GRUR 1989, 440-Dresdner Stollen I; BGH GRUR 1990, 461-Dresdner Stollen II. 关于一般性的问题，参见 Noelle-Neumann GRUR 1968, 133; Eichmann GRUR 1999, 939. 基础的研究参见 Hennis, Meinungsforschung und repräsentative Demokratie, 1957.

^③ 参见 Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, 71: “在法律层面看来，事实恰恰什么都没说”。

应然。挑选出法律上相关的事实以及对其进行评估因而从一开始就是法律人的工作，跨学科的研究在此处是没有空间的。

但是，当为了规范具体化的目标而要求法律解释考虑事实状况的时候（否则规范无法被用于涵摄），我们该如何处理呢？此时，区分个别事实和普遍事实或者技术性事实和社会事实有意义吗？法律适用所要求的相应区分显然要建立在具体的分析之上，它必须从法律上相关事实的性质本身，而不是从那些用来决定事实的法律相关性的特定法律之状况中被推导出来（这种法律状况永远属于法律范畴，并且大部分是以法律构成要件的形式存在的）。如果后一种情形（即从特定法律之状况中推导出法律适用所要求的相应区分）成立的话，它就会需要一个法律理由来解释，为什么法律适用者对待社会事实要不同于自然科学？但这是不可能的。因为对于各种事实，法律适用者显然要分开来看，这要视它们属于哪一种事实领域。

（三）宪法中的事实

在宪法中，这个问题是突出的，因为联邦宪

法法院不想成为对事实进行审判的主管机构（tatsacheninstanz），对事实的处理属于普通法院的工作。^① 不过这里所指的只是案件中的个别事实，即裁判事实，而非普遍的社会事实。一个经常反复提到的说法是，“与构成要件有关事实的确定和评价”只是“相关普通法院的事，联邦宪法法院不应重新调查”^②。因此，联邦宪法法院很少对证据进行查证^③，尽管例如调整目的手段关系的比例原则的适用在没有事实的情况下将无法进行^④，同时《联邦宪法法院法》第26条至第29条也对证据调查作出了规定。^⑤ 此外，宪法包含着这样一些概念，对它们的把握要依赖于社会的和政治的基本预设。^⑥

例如，当联邦宪法法院说人乃受社会束缚的存在以及具有社会关联性的存在者的时候^⑦，它不是在用人性尊严的法学定义，而是在用人的形象（Menschenbild），即一个在社会心理学和人类学背景下所作的定义。但它从未委托社会学家或人类学家来定义社会束缚性和社会关联性，因为这一直被认为是宪法学者的任务。凭借着社会关联性的主题，法院一方面打开了规范的非纯粹

① 除此之外，其他的大量论述参见 Ossenbühl, in: FS Hans Ipsen, 1977, 129; Kunig VVDStRL 61 (2002), 34, 45ff.; Hermes ebd., 119, 144ff.; Koriath, in: FS BVerfG, Bd 1, 2001, 55, 63f.; 以及 Jestaedt DVBI, 2001, 1309, 注重于审查标准和审查密度的不同 (1316f.); Starck JZ 1996, 1033, 用大量的例子说明联邦宪法法院何时和如何承担专门法院的事实调查任务，结果就是，法院在事实确定上介入越多，判决错误的可能性就越大 (1038)。言论自由的例子参见 Hoffmann-Riem AöR 128 (2003), 173, 201ff., 213ff.。

② 例如 BVerfGE 18, 85 (92); 类似的表述自 BVerfGE 1, 418 (420) 以来就是这样了。

③ Bryde 持此看法, in: FS BVerfG, Bd 1, 2001, 533, 534。

④ 参见 Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, Vorwort zur 2. Aufl. 1999, XVII.。

⑤ 关于联邦宪法法院的事实确定，除了本页注①外，还可参见 Kluth, NJW 1999, 3513; F. Klein, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG, 9. Lfg. 1987, § 26 Rz. 7ff.; 以及更为老旧，但还没有过时的论文 Philipp, Tatsachenfeststellungen des BVerfG, 1971; Thierfelder, Zur Tatsachenfeststellung durch das BVerfG, 1970; Weber-Greller, Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht, 1979, 22ff., 69-72。

⑥ 参见如 Hassemer, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 1982; Böckenförde, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 11, 15, 21; Simon, in: Benda/Maihofer/H-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 34 Rz. 46f.; Isensee, in: HStR VII, 1992, § 162; Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, 1998; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd 3, 4. Aufl. 2001, Art. 93 Rz. 32, 34; Starck, in: FS BVerfG, Bd 1, 2001, 1, 23ff.; 以及其在 Schuppert/Bumke (Hrsg.), BVerfG und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000 中的文章。

⑦ 参见 BVerfGE 4, 7 (15f.). 关于基本法中人的形象和尊严概念，参见 Häberle, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 22; Seelmann, in: FS E-J. Lampe, 2003, 301; Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997; Hoffmann AöR 118 (1993), 353; Gedert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990; Dürig, in: Maunz/Dürig, (Hrsg.) Grundgesetz, 1958, Art. 1 Abs. 1 Rz. 46ff.; ders., AöR 81 (1956), 117; 代表是 Kloepfer, in: FS BVerfG Bd 1, 2001, 77; C. Bumke, in: Schuppert/ders., 同上, 197 (198-206)。

规范性的面向,另一方面,它也保留了对于社会面向的解释主导权。

即便在经常受人诟病的“宪法效果 (verfassungswirklichkeit)”概念的背后,也并不是唯社会科学是举的。^①有人认为,“宪法效果”是一个社会学的概念,不同于一个实证主义的、建立在区分法律上有效的宪法 (rechtlichen verfassung) 和有实效的宪法 (wirklichen verfassung) 之基础上的规范性概念。^② 如果有效的宪法没有社会实效或者没有取得预期的实效,那么就不得援引与实效性有关的宪法学说作为解释要素。^③ 解释要素本身也可有时精神思想性地、有时经验现实性地去看。与此相对立的另一种观点是,宪法被视为一种与事实相对的、对实效性的纠正。只有当宪法与实效保持距离的时候,它才有可能作为政治的行为标准和评价尺度。^④

所以,我们将遇到两种不同范畴的实效性:一种是作为具有规范性辅助功能的宪法实效或社会实效,在此它补充那些不充分的或偏离现实的法律规则。另一种是宪法有意与之保持距离的实效,在此它强调法律的行为约束力和突出宪法的规范优先性。由此看来,实效的概念显然具有实

然和应然的双重属性。在不祛除规范的事实效力的情况下,实效的概念似乎能让宪法作个案式的社会还原 (rückbindung)。然而,什么时候社会优先、什么时候规范的自足性优先,这样的问题从实效本身是推导不出的,而毋宁是一个有待论证的判断。社会对规范的补充归根结底是一个宪法解释问题,这虽然不会委托给事实科学来解决,但仍要依赖它们才能得到解决。

自耶利内克 (Georg Jellinek)^⑤ 的《一般国家学》中所采用的经典的处理国家法上跨学科问题的方式以来^⑥,公法和社会科学之间的紧密关系已是众所周知了。^⑦ 但即便如此,他的结论却是,宪法对社会事实的使用和与社会科学家的交往带着一种矛盾心理,一方面宪法规范要合乎社会现实或者取决于社会环境,所以必须考虑社会科学的重要成果。另一方面,宪法学者要维护他们对社会环境的过滤和评价的专属权。宪法学要对社会科学开放,这样一种说法也仅仅是在主题上,而不是在方法论或者学科上成立的。它处理的不如说是对社会问题的法律内在调整。在实际运行中,从跨学科再回到法学这样的路径最终可以证明:这个问题必须被作为一个真正的法理学

^① 对此一直持批评观点的是 Hennis, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem*, 1968, 特别是 23ff., 35ff., 对它的评论是 Böckenförde *Der Staat* 9 (1970), 533-536 和 Hesse *AöR* 96 (1971), 137; 上述两文也参见 Häberle (Hrsg.), *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, 1982, 273; 也参见 Löwenstein *AöR* 77 (1952), 387。

^② 参见 Hesse, *Die normative Kraft der verfassung*, 1959, 8. 实效宪法 (wirklichen Verfassung) 有利于消解这种紧张关系。参见上书, 16: “法律上有效的宪法以社会实效为前提。” 对这种基本模式的批评以及支持法律宪法的观点是 Isensee, *Vom Stil der Verfassung*, 1999。

^③ 参见 Grimm, in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, 11f.。

^④ 参见同上, 15。此后,经典的表达是 Hesse (本页注^②), 6ff.。在此,他论述了法效力层面的宪法与政治和社会实效层面的宪法的互为条件性。

^⑤ Möllers 持该看法, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 131 (153)。

^⑥ 对此问题参见 Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, 2000; Möllers, *Staat als Argument*, 2000, 12ff.; Paulson/Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, 2000; Anter (Hrsg.), *Die normative Kraft des Faktischen*, 2004。

^⑦ 1973年 Dieter Grimm 已经发现,对法学家的社会科学转向之号召在当时属于法律改革讨论的范畴,参见 Grimm, in: ders. (第 112 页注^⑤), 53。此外例如 Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973; Böckenförde, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, 11 (23) (1983); ders., *Die Verwaltung*, Beiheft 2, 1999, 83ff.; Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, 7, 24ff.: “社会科学的优化”; C. Bumke, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, *Methoden* (本页注^⑤), 2004, 73, 100f., 122ff.。

论问题，而非跨学科的问题来对待。

二、三个有关跨学科的基本思维

法学中有三种不同的跨学科思维：分工 (arbeitsteiliges)、综合 (integratives) 和委托 (delegierendes)。

(一) 分工思维

法学对医学、自然科学或者技术科学来说，存在一个分工的基本思维。就像刑事法官经常要决定无责任能力或者民事法官必须判断货物质量瑕疵一样，对于宪法学来说也是这样。在审理大麻消费合作社的可刑罚性的时候，法院详细阐明了其对健康的危险。在引用生物学文献的情况下，我们知道了大麻的主要活性成分是 Δ^9 -四氢大麻酚 (Delta 9-Tetrahydrocannabinol)，或者了解了次的、好的和中等的大麻的有效成分含量。^① 显然，法院在这里并不相信自己的专业知识。在军犬条例判决中，通过详细比对狗咬的统计数据，也可看到分工活动。^②

(二) 综合思维

与之相反，法学对社会科学来说，综合的思维是占优的。一方面，考虑社会事实是规范形成的重要前提条件。另一方面，这种考虑不能委托给专业领域的专家，因为它恰恰就是法学的工作。换个说法也一样，法学家不期待自己成为一个专业工程师或者医生，但是他可以自信地自我提升和改造成为历史学家、社会学家、政治学家

或者心理学家。

(三) 委托思维

此外还有委托的思维。联邦宪法法院在确定某些普遍事实时，既不想基于分工思维，也不想基于综合思维，而是首先将该问题委托给立法者。如当基本法第 72 条第 2 段规定联邦立法者在联邦领域内为了创建共同的生活条件享有竞合立法权时，人们也许会认为，要么法院基于分工而咨询宏观经济专家的意见，要么通过自己的远见卓识来进行综合。但实际上并非如此，法院会把对事实进行确定的任务委托交由立法者的评估特权 (einschätzungsprärogative) 来完成。^③ 对社会事实的考虑是作为有着宽泛边界的预测空间 (prognosespielraum) 问题被委托给法定制定，而非法适用。

新的判例撤回了一小部分委托，而要对立法者调查和权衡社会事实的方式和方法进行审查。^④ 但是，法院如何基于自身的能力来审查，是否存在确定的经验材料、是否存在预测空间以及立法者是否完全调查了相关事实？近来我们注意到了已经众所周知的替代方案，即分工或综合的思维以及宪法审判权的功能上和法律上的界限，尽管联邦宪法法院用的是另一个公式。^⑤ 委托思维是出于对事实预测进行法律审查的自身能力局限，在此它为社会事实的法律调查和法律评估划出了一条法律界限，这不同于综合思维，后者恰恰试图超越这条界限。

(四) 小结

社会数据、社会事实或者实效问题这三者对

^① 参见 BVerfGE 90, 145 (178f.) = JZ 1994, 852 (853f.) m. Anm. Gusy。

^② 参见 BVerfG, v. 16. 3. 2004-1 BvR 1778/01。随着大量的跨学科研究被揭示，与其他狗类型比较，喇叭狗咬得更多，这与当时它的数量相符。求助于分工的知识参见 BVerfGE 103, 242, 261ff. = JZ 2001, 817ff. m. Anm. J. Becker。

^③ 该讨论在 30 年前已经开始了，参见 Ossenbühl, in: FS 25 Jahre BVerfG, 1976, 458, 505ff.; R. Breuer Der Staat 16 (1977), 21; Hoppe, in: FS 25 Jahre BVerfG, 1978, 295; Stettner DVBL. 1982, 1123; Tettinger DVBL. 1982, 421。关于预测的审查密度参见 Schlaich/Koriath, Das BVerfG, 6. Aufl. 2004 Rz. 532ff.; Benda/E. Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2001, Rz. 263ff.。

^④ 参见 BVerfGE 106, 62, 150-152。对它的批评参见 Faßbender JZ 2003, 332，他称对预测的可司法性的展示是“神秘性的” (336)。也见 Mühl, in: FS Hermann Lange, 1992, 583-598。

^⑤ 参见 BVerfGE 50, 290 (332ff.); 61, 291 (313f.) = JZ 1983, 63, (65 f.); 77, 170 (214 f.); 88, 203 (262) = JZ 1993, 1172 页后的附录 (S 20), Starck, JZ 1993, 816; 90, 145 (173) = JZ 1994, 852 (853) m. Anm. Gusy; BVerfG v. 16. 3. 2004-1 BvR 1778/01 (军犬), C. I. 1c) aa): 那种由立法者所享有的宽泛的评估和预测空间，即在对他所考虑的规制目的确定及在对立法者为了让这些规制目的得以实现而认为是适当的和必需的措施作出评估的时候所享有的宽泛的评估和预测空间，可以由联邦宪法法院仅仅在有限的范围内根据相关事实领域的特点、自我形成的充分有保障的判断的各种可能性以及受到威胁的法益来审查。

宪法解释的影响并无普遍适用的方法可循。^① 给人的印象是, 仿佛即便相应的技术或社会层面的问题不被当做所属专业领域的任务, 宪法问题也要取决于法外的因素。趋势似乎是, 委托模式区分了内容和程序, 只有后者要接受法律审查。与之相反, 内容则接受政治审查。委托模式从法律标准构建的角度区分了审查能力(内容/程序, 政治/法律)。而综合模式和分工模式的处理方式则不同于委托模式。它们服从专业领域的要求, 考虑的不是内容和程序的分类而是对象的普遍化程度。社会事实越普遍, 法院越相信综合思维。问题越具体, 法院就越是要将之委托给立法者, 并放弃对事实的审查, 而审查事实调查和权衡的程序。只有在自然科学技术的问题上, 法院才遵守分工的模式。总之, 在涉及社会事实的问题

上, 综合思维和委托思维构成竞争关系, 而分工思维在此时则几乎没有用武之地。

三、美国宪法判决中的社会科学

与之相反, 在美国, 我们看到了比德国更为明显的法学与社会科学之间的分工关系。这是值得关注的。那么, 我们能从美国的经验中得到启发吗? 美国的判决在任何时候都遵循一种分工的社会科学传统。^② 在法律评论中, 人们讨论的是有关经验调查的方法论前提条件。^③ 案例书为大学课程整理案例材料^④, 专业的研究则钻研, 哪一位法官在哪一个问题上引用了多少社会科学的研究成果^⑤, 或者社会科学的成果对于美国联邦最高法院的判决理由具有什么样的影响。^⑥ 在美

^① Hoffman-Riem 在他主编的 *Sozialwissenschaften im Öffentlichen Recht*, 1981, 3 (21ff.) 中解释了法学对接受社会数据的各种视角。

^② 经典的是 Holmes, *The Path of the Law*, *Harv. L. Rev.* 10 (1897), 457; Brandeis, *The Living Law*, *Illinois L. Rev.* 10 (1916), 461。上述问题尤其也要参见 Rosen, *The Supreme Court and Social Science*, 1972。

^③ 新时期的一些研讨会是 *Empirical and Experimental Methods in Law*, 2002 *University of Illinois L. Rev.* 819, 其中尤其是 Heise, *The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision making and the new Empiricism*; 更早是 Nard, *Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue Between the Academy and Profession*, 30 *Wake Forest L. Rev.* 347 (1995); Dau-Schmidt, *Developing a Rational Approach to Interdisciplinary Discourse on Law*, *Law & Society Rev.* 38 (2004), 199; ders., *Economics and Sociology: The Prospects for an Interdisciplinary Discourse on Law*, *Wisconsin L. Rev.* 1997, 389; Tanford, *The Limits of a Scientific Jurisprudence: The Supreme Court and Psychology*, *Indiana L. J.* 66 (1990), 136。激烈的争论是由以下两位政治学家的论文所引起的: Epstein/King, *The Rules of Inference*, 69 *U. Chicago L. Rev.* 1 (2002)。他们劝告法学家, 要小心以经验为基础的推论, 并批评道, 从事经验工作的法学家的调查是建立在任意的标准上的并因而没有在社会科学的意义上达到专业水准。对此的批评参见 Cross/Heise/Sisk und Republik durch Epstein/King, *ibd.*; 也见 Goldsmith/Vermeule, *Empirical Methodology and Legal Scholarship*, *ibd.* 153, 批评 Epstein 和 King 缺乏对法学家在调查社会科学的选择标准的时候其对认识有所导向的兴趣的理解, 类似的批评参见 Revesz, *A Defense of Empirical Legal Scholarship*, *ibd.*, 169。这场争论主要证明了, 法学家和社会科学家以不同的对认识有所导向的兴趣为出发点, 在经验调查的框架内, 这本身就成为争议的对象。

^④ 参见 Monahan/Walker, *Social Science in Law*, 3. Aufl. 1994。

^⑤ 参见 Epstein, *Social Science, the Courts, and the Law*, 83 *Judicature* 224 (2000); Landes/Posner, *Heavily Cited Articles in Law*, 71 *Chicago-Kent L. Rev.* 825 (1996); dies., *Citations, Age, Fame and the Web*, *Journal of Legal Studies* 29 (2000), 319; Shapiro, *The Most-Cited Legal Scholars*, *ibd.*, 409; Ellickson, *Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study*, *ibd.*, 517; Kosma, *Measuring the Influence of Supreme Court Justices*, *J. Leg. Stud.* 27 (1998), 333; Posner, *The Federal Courts: Challenge and Reform*, 2. Aufl. 1996, 通过大量的调查, 美国对社会调查的引用本身成为被研究的对象。参见 Posner, *Counting, Especially Citations*, in: ders., *Frontiers of Legal Theory*, 2001, 411; Garfield, *Citation Indexing-Its Theory and Application in Science, Technology, and Humanities*, 1979。

^⑥ 堕胎和性别歧视的例子参见 Erickson/Simon, *The Use of Social Science Data in Supreme Court Decisions*, 1998。基础的讨论在第 5-18 页, 具体的案例研究在第 35 页以后和第 92 页以后。总的来说, 作者的结论是, 法院更重视先例中的事实多于重视社会事实。对社会数据的利用率实际已有所增加, 虽对这种利用既不具有连续性也不可被预见。参见上书, 第 149-155 页。

国，流行的法官传记都刻意突出跨学科的背景，大多数是突出这些主角们的社会科学导向。^①同时，只需回忆一下美国的法学理论中的跨学科开端就清楚了：从法律现实主义经由法的经济分析再到批判法研究。^②

鉴于社会科学对宪法判决和宪法理论的长期的和多种多样的影响，此处只能研究一些重要的方面。其中下述（1）和（2）两个例子值得关注，它们无论对宪法中的社会科学考量还是对于美国的宪法史都是富有意义的：（1）经济自由问题上的基本权利保护的发展；（2）平等原则的发展。

（一）经济基本权利的适用

我们从经济自由谈起，为此要往回跨越100年而关注19世纪和20世纪之交，一个科学进步、工业化发达和充满社会剥削的时期。面对12小时工作制，10小时工作制成为当时美国和德国工人运动的主要诉求。10小时工作制的需求开启了社会科学对美国宪法的影响。

1. 工作时间规定和放任主义

对工作时间进行立法的权限属于美国联邦。根据内战之后的宪法修正案，自1868年起，美国联邦最高法院也可以审查联邦法律是否侵犯基

本权利。联邦最高法院认为，工作时间的规定侵犯了雇主和雇员的合同自治，因此是违宪的。^③既然工厂工人同意12小时工作制，为什么立法者会去干涉合同自由呢？工人的合同自由显然是个笑话。工人无法期待工会的保护，因为工人在美国被禁止结社，将垄断企业的工会作为禁止结社例外的法律同样被联邦最高法院宣布为违宪。深层次原因在于，在20世纪初，社会达尔文主义和经济自由主义充斥了最高法院。

人们在这个阶段看到了法律向社会科学的靠近，因为当时社会达尔文主义在美国当时的科学与研究中是占据优势地位的社会理论。^④然而直到今天，对于自由放任主义的判例，必须批评它将宪法当做了一种经济意识形态服务的工具。^⑤

洛克纳诉纽约州案是自由放任立宪主义时期的一个典型。^⑥1905年，法院撤销了纽约州规定面包工人10小时工作制的法律，因为它被认定侵犯了合同自由。一个已知的正当化理由是，如果该法律的出台是出于对职业风险之预防，则该法律就有机会得到合法化。但是，法院不认为有任何理由将烘烤面包当做对健康有害的活动。^⑦它

① 关于其优劣，参见 Posner, *Judicial Biography*, NYU L. Rev. 70 (1995), 502; E. White, *The Canonization of Holmes and Brandeis: Epistemology and Judicial Reputations*, ebd., 576; Gunther, "Contracted" Biographies and Other Obstacles to "Truth", ebd., 697. 关于事实对知识分子的影响的日常经验调查参见 Posner, *Public Intellectuals: A Study of Decline*, 2001, 209-214. 后来，1995年至2000年，美国媒体最常曝光的知识分子是亨利·基辛格（Henry Kissinger），萨尔曼·鲁西迪（Salman Rushdie）位于第九，瓦茨拉夫·哈维尔（Vaclav Havel）位于第十八，排名第一的德国学者是贝尔托·布莱希特（Bertold Brecht，位于第四十三）。理查德·波斯纳（Richard Posner）位于第七十。如果只限于学科性的引用，外国人将占压倒性多数：福柯（Michel Foucault），皮耶·布迪厄（Pierre Bourdieu），于尔根·哈贝马斯（Jürgen Habermas），德里达（Jacques Derrida），乔姆斯基（Noam Chomsky），马克斯·韦伯（Max Weber）均上榜。理查德·波斯纳（Richard Posner）位于第十位，随后是约翰·杜威（John Dewey）和凯斯·孙斯坦（Cass Sunstein）。

② 仅见 Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, 1995。

③ 更深的探讨是 Fraenkel *JöR N. F.* 2 (1953), 35; 新版见 *Gesammelte Schriften Band 4: Amerikastudien*, 2000, 49; Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, 344ff.。

④ 参见 Fine, *Laissez Faire and the General Welfare State*, 1956; Siegan, *Economic Liberties and the Constitution*, 1980; Gillman, *The Constitution Besieged-The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, 1993, 132ff.。此前在19世纪还存在哪些规制，参见 Novak, *People's Welfare*, 1996。

⑤ 霍姆斯大法官已在对以下案件的反对意见（Dissent）中作过此批评，即 *Lochner v. New York*, 198 U. S. 74 (1905) 一案：宪法并不包含某种特定的经济理论。

⑥ 参见 198 U. S. 45 (1905)。对洛克纳时代的概述，参见 Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1987, 54ff. ; O. Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997, 51ff.。

⑦ 参见 Peckham, J., 198 U. S. 45, 59-62。

没有将该评估留给立法者，而是用一种形式化的经济自由主义式的合同自由为标准所作的合理性考量代替了立法机关的判断。因此，劳动保护法几无克服这一宪法性障碍的可能性。宪法判决不仅阻碍了工业社会的新社会性冲突得到法律的规制，而且基于对工会的禁止和对工人政党的压制，这些冲突也没有让位给政治来解决。^①

2. 布兰代斯之信

三年后，1908年，最高法院遇到了另一个案子——Muller v. Oregon^②，该案涉及的是妇女的10小时工作制的引入。被委托在联邦最高法院为该法律辩护的是一位来自肯塔基州的律师——路易斯·布兰代斯^③，一位在1848年移民到美国的波西米亚移民的儿子，16岁时曾在德国的德累斯顿上学。^④在法庭面前，布兰代斯使用了一个全新的策略来为社会立法作辩护。他没有抨击为洛克纳诉纽约州案奠基的经济理论，也没有尝试去推翻先例，而是说明了该法律在社会和政治上的合理性。为此，他向法院提交了一份极长的辩护状，里面充满了大量的经验数据。这份辩护状中只有两页是在阐述法律问题，而有113页是引用长时间的工作对妇女健康影响的调查数据。通过这种方式，他终于使法院相信工作时间的规制的合理性。^⑤

这种用经验调查来作为立法合宪性的理由的技术在法制史上被称为“布兰代斯之信”^⑥。它开启了法学与社会科学的分工思维。它的主要法律意义是，首次证明了立法规制目的的合理性，并且挫败了对自由经济的社会理论之合理性的盲目信仰。人们原本对社会达尔文主义和经济自由主义在主观上是深信不疑的，但是随着客观的社会事实，信念动摇了。在各种争论中，社会事实的论证成为关键。

借助这种策略，各种经济基本权利得以逐一从一个经济自由主义层面上片面地受保护的领域的支配中被解放出来。但是，这种法学论证付出的代价是：社会数据的说服力一旦起决定作用，那么法学家就会开始丧失调查和评估能力。另一个案件，即1917年的Bunting v. Oregon案印证了这一点。^⑦在该案中，俄勒冈州对所有的工人实行10小时工作制。又是布兰代斯被委托出具辩护书。可是，自1916年他成为联邦最高法院法官后，接手该任务的是他的助手费利克斯·法兰克福特，一个出生在维也纳、1939年也成为联邦最高法院法官的人。^⑧与布兰代斯提交的为妇女健康风险论证的100页的经验证据相比，法兰克福特扩大到1000页。^⑨它包含了有关长时

^① 在德国，在Stinnes-Legien协定引入了八小时工作制以后，该制度于1918年11月作为革命的产物首次以一般法律的形式得到规定。参见S. Bauer, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Aufl., Bd I, 1923, 434, 448ff.。关于美国的法律情形参见上书，608ff.。

^② 208 U. S. 412 (1908)。

^③ 关于布兰代斯，参见Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd II, 1975, 253-256; Reich, Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas, 1967, 24ff., 77ff.; Fraenkel, in: ders., Ges. Schriften Bd. 4; Amerikastudien, 2000, 260-268 (1957); Mason, Brandeis: A Free Man's Life, 1946; Frankfurter, Mr. Justice Brandeis and the Constitution, Harv. L. Rev. 45 (1931), 33-105。对于布兰代斯在新政期间的赞誉参见White, The Constitution and the New Deal, 2000, 276-284。

^④ 在德累斯顿，一切都是可怕的严格：布兰代斯后来把在萨克森的情形称为可怕的“禁欲主义”，参见Mason, Brandeis: Lawyer and Judge in the Modern State, 1933, 15f.; Urofsky, Artikel Brandeis, Louis, in: The Oxford Companion to the Supreme Court, 1992, 83。

^⑤ 部分刊登于Lief (Hrsg.), The Social and Economic Views of Mr. Justice Brandeis, 1930, 337-348。也参见Frankfurter, Reminiscences, 1960, 94ff.。

^⑥ 大量的文献可参见J. Johnson, American Legal Culture 1908-1940, 1981, 29ff.; Rosen, The Supreme Court and Social Science, 1972, 75ff.; Doro, The Brandeis Brief, Vanderbilt L. Rev. 11 (1958), 783。

^⑦ 243 U. S. 426 (1917)。

^⑧ 关于法兰克福特，参见Kriele JZ 1965, 242; Fikentscher, 本页注^③, 340ff.; Urofsky, Felix Frankfurter, 1991; Baker, Brandeis and Frankfurter, 1984; Murphy, The Brandeis/Frankfurter Connection, 1982。

^⑨ 参见Frankfurter, The Case for the Shorter Workday. Brief for Defendant in Error, 1915, 2 Bände。

间工作下的死亡率和健康受损的统计数据或者有关由疲劳、不安和道德堕落所引起的健康风险的统计数据。缩短工作时间对生产率的经济影响起到了重要作用。法兰克福特引用的调查数据显示,虽然工人的工作时间减少,但效率提高了,就像1900年的Großherzoglich-Badischen企业调查所显示的那样。该调查以一家位于Bühl的卷烟厂为例并发现,将工作时间从11小时缩短到9小时,并没有导致产品生产的减少。^①联邦最高法院再度同意了工作时间立法,因为法院认为,该规定的社会政策合理性已被充分证实。

自此,改革法案的合宪性就极大地取决于该法是否基于一定的社会事实。如果没有经验调查基础,改革方案就会如同以往那样因经济自由主义的宪法观而失败。直到20世纪30年代,联邦最高法院仍然维持这些判决,在该时期大约300件立法被废止。

改革法案只有在对现存的、在经验上得到证明的风险作出回应的时候,而非意欲预防错误的发展方向的时候才能被认为是正当合理的。对社会数据的使用让我们想起了普通法思维中的先例的案件事实约束力(sachverhaltsbindung):经验事实具有类似于先例中的历史事实一样的对法院的约束力。就此而言,社会科学的方法仅仅是用经验事实代替了历史事实。本质的区别在于谁来进行事实的调查和评价。对于先例约束而言,这些都是法院的任务。而对于经验的约束而言,该任务则交给非法律的机构。对历史事实的评价

已经成为一项司法制度,而对社会事实的评价则被外部化。然而,联邦最高法院并没有把事实调查和评价权委托给立法者,在这里它没有采用委托模式。在此情形下,对事实的调查和评价,两者虽然都不是法律科学的任务,但至少是科学的任务。

3. 法社会学和法律现实主义

这个判例以及在方法论上有所分化的社会科学在20世纪20年代催生出一种法学上的新思维:这种思维旨在将社会科学的思考设定为法学的任务。这样一来,以下做法似乎就具有了可行性:让法律的发展与社会的发展相一致,让规范的效力(geltung)与实效(wirksamkeit)、应然与实然之间的缝隙在实践中得以弥合。^②根据这种进路,法不过是广泛的社会过程的一个方面。^③法学——不仅仅是那些与事实相关的判决——本身成为社会科学的一部分。对社会的发展本身(不仅仅是作为判决前提条件的个案事实的确定)进行研究如今成为法学家的职业工作。普通法思维的影响再次显现,案例导向的事实关系基于先例的约束力已经获得了普遍化的意义。

与联邦最高法院确定了与社会科学的分工关系相比,美国法学则走向了综合思维。^④对此值得一提的有当时主要的美国法学家罗斯科·庞德^⑤,或者还有备受推崇的法官本杰明·卡多佐,他不停地反思法律认识的过程。^⑥此处要传达的信息只是分工思维与法学家的职业伦理是不相符的。法律人致力于独立承担社会调查并将自

^① 参见 Jahresbericht der großherzoglich-badischen Fabrikinspektion für das Jahr 1900, 1901。

^② 参见 Llewellyn, *The Bramble Bush*, 1930, 71, 75; Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930, 134, 362。

^③ 参见 Wilson, *The Law and the Facts*, *Am. Pol. Sci. Rev.* 5 (1911), 1。

^④ 对其发展的描述参见 Herget, *American Jurisprudence 1870-1970*, 1990, 147ff., 194ff.; Bodenheimer, *Jurisprudence*, 2. Aufl. 1974, 111 ff.; White, *From Sociological Jurisprudence to Realism*, *Virginia L. Rev.* 58 (1972), 999; ders., *The Arrival of History in Constitutional Scholarship*, *Virginia L. Rev.* 88 (2002), 485, 519ff.。

^⑤ 庞德的著作是了不起的,与本文有关的是 Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, *Harv. L. Rev.* 24 (1911), 591; 25 (1911) 140, 25 (1912), 489; ders., *The Call for a Realist Jurisprudence*, *Harv. L. Rev.* 44 (1931), 697。关于庞德,参见 Sayre, *The Life of Roscoe Pound*, 1948; Patterson, *Jurisprudence*, 1953, 509ff.; Fikentscher, 第119页注^③, 225ff.。

^⑥ 参见 Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921。重要的论述在 ders., *Ausgewählte Schriften*, 1957 中得到了概述。关于卡多佐,参见 White, *The American Judicial Tradition*, 1976, 251ff.; Posner, *Cardozo*, 1990, 20ff.。对于卡多佐的社会学方法,参见 Polenberg, *The World of Benjamin Cardozo*, 1997; A. Kaufmann, *Cardozo*, 1998; Fikentscher, 第119页注^③, 240ff.。顺便提一下,联邦宪法法院在吕特判决(Lüth-Urteil)的中心位置引用了卡多佐的理论, *BVerfGE* 7, 198 (208) = *JZ* 1958, 119 (121), 尽管关于言论自由可能有其他更值得引用的说法(如布兰代斯的、霍姆斯的)。

主对其作出法律评价。所以，法学发展出了一种综合思维，以有别于司法实践中的分工思维。这种较少在宪法中而主要存在于传统的普通法中的进路被称为法律现实主义。^① 主要代表人物是道格拉斯 (William Douglas)^②、弗兰克 (Jerome Frank)^③ 和卢埃林 (Karl Llewellyn)^④。值得一提的是，卢埃林在帝制德国的 Schwerin 上过高中，在 1914 年青年懵懂时期曾立志作为志愿者为德国参与战争，这至少让他成为唯一获得铁十字勋章的美国公民，还为此引起外交纠纷。^⑤

法律现实主义为社会学上受到支持的批判法学奠定了基础，并且它的主要价值在于解释判例法思维 (Fallrechtsdenken) 的以结果为导向

的功能以及全然政治性的功能。^⑥ 但是，在内容上代替受到批判的法的应该是什么？经验虽然提供了在判例法思维中缺少的理性的认识根据，但是却不能奠立起任何规范性的必然性。法律现实主义自然无法认识到，在对事实的调查之前就需要一个先行的价值判断，亦即需要一个选择标准，借以决定，出于什么目标作调查，必须调查什么事实。这种选择标准是以意志为转移的，所以，一个事实并无法对社会实效性提供一个普遍客观的说明，因为它取决于一个主观的事先选择。^⑦

主要是德国移民在美国传播了这种洞见^⑧，该洞见乃是基于第一次世界大战前德国国内有关价值判断的争论，对此值得一提的是马克斯·韦

① 关于法律现实主义的文献简直汗牛充栋。参见 Reich, *Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas*, 1967; Casper, *Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken*, 1967, 13-81; Fikentscher, 第 119 页注③, 273ff.; O. Lepsius, 第 118 页注⑥, 241ff.; Herget, 第 120 页注④, 194ff.; J. Johnson, 第 119 页注⑥, 96ff.; Kalman, *Legal Realism at Yale 1927-1960*, 1986; Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, 1992, 169ff.; Duxbury, 第 118 页注②, 135ff.。

② 参见 Murphy, *Wild Bill: The Legend and Life of William O. Douglas*, 2002; Hutchinson, *Douglas, William Orville*, in: *The Oxford Companion to the Supreme Court*, 1992, 233-235.

③ 弗兰克最出名的著作是 *Law and the Modern Mind*, 1930, Nd. 1963; 此外还包括 *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, 1949. 关于弗兰克, 参见 Glennon, *The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank's Impact on American Law*, 1985; Kronman, *The Lost Lawyer*, 1993, 185-195; Fikentscher, 第 119 页注③, 290-293.

④ 最重要的一些论文被收录于 Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, 1962. 卢埃林的重要作品还有 *The Bramble Bush*, 1930; *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, 1933; *The Common Law Tradition*, 1960; *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft*, 1977. 关于卢埃林, 参见 Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 1973; Hull, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn*, 1997; Fikentscher, 第 119 页注③, 284-289; Whitman, *Commercial Law and the American Volk*, *Yale L. J.* 97 (1987), 156; Kronman, 同上注, 195-199; Drobniq/Rehbinder (Hrsg.), *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht*, 1994.

⑤ 对这个事件带有戏剧性的描写是 Twining, 同上注, 479ff.。

⑥ 特别是 Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930; 也参见 Cohen, *Law and the Social Order*, 1933, 115f., 124, 190, 213, 334. 该传统在 20 世纪 80 年代被批判法运动再次接受, 对此参见 Joerges/Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, 1989; Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, 1987. 关于批判法运动向美国宪法解释传统的融入, 参见 Brugger, *Demokratie, Freiheit, Gleichheit*, 2002, 156ff., 167ff.。

⑦ 资料详实的和基础性的研究参见 Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, 1995.

⑧ 关于在韦伯 (Weber) 和康特洛维茨 (Kantorowicz) 对价值相对主义的强调下, 德国移民在美国价值相对主义传播中的意义, 参见 A. Brecht, *Political Theorie*, 1961, 268, 279, 289-309; Bodenheimer, *Jurisprudence*, 2. Aufl. 1974, 113, 117; 也见 Patterson, *Jurisprudence*, 1953, 390, 541; Casper, 本页注①, 14f.; Joerges, *Amerikanische und deutsche Traditionen der soziologischen Jurisprudenz und der Rechtskritik*, 1988, 8ff.; Herget, 第 120 页注④, 162ff., 213; ders., *The Influence of German Thought on American Jurisprudence, 1880-1918*, in: Reiman (Hrsg.), *The reception of continental ideas in the common law world*, 1993, 203, 214-227; ders./Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, *Virginia L. Rev.* 73 (1987), 399ff.; Reimann, *Transatlantic Models: Influences between German and American Law*, *Seoul L. J.* 41 (2000), 229, 239f.。更一般的论述参见 Mecklenburg/Stiefel, *Deutsche Juristen im amerikanischen Exil*, 1991; Lutter/Stiefel/Hoeflich (Hrsg.), *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, 1993.

伯于1904年发表的长文《社会科学认识和社会政策认识中的“客观性”》(Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis)^①。赫尔曼·康特洛维茨(自由法运动的奠基人^②，第一次世界大战前在德国主张法律适用需要考虑社会价值^③，其赞同法律现实主义，1933年后从基尔大学刑法和法制史教席上被驱逐)在1934年撰写了论文《现实主义中的一些理性主义》(Some Rationalism about Realism)。在该文中，他指出，对事实的彻底调查无助于跨越价值判断问题。^④对于在社会科学层面从事工作的美国法学家来说，对事实的价值判断将导致一个问题：评价标准并不证明事实；从经验事实中无法推导出法律约束力。^⑤

渐渐地，社会科学的活动遭遇到一个困境：联邦最高法院无法再对社会事实持分工思维，因为对事实的价值判断无法以分工的方式委托给社会科学来进行。而法学则不再对社会事实持综合思维来看待，因为法学家对于事实调查活动不具有足够的专业性。^⑥

从这个事实中我们可以看到，美国的传统

与德国没有可比性。无疑，社会科学对美国法学——不仅对法律判决而且对法学，也就是说，既对实践也对理论——产生了巨大的影响。在同一时期，魏玛共和国的人们关注得更多的不是社会科学，而是哲学中的重要分支如生命哲学、现象学、实在价值伦理(Materialer Wertethiken)和本体论。德国人在价值上进行争论，而美国人则在事实上进行争论。德国人对价值问题的争论涉及的是精神上的存在(Sein)及其观念性(Idealität)，而美国人对事实问题的争论则事关经验上的存在及其现实性(Realität)。

4. 新政时期达到顶峰

越来越富有启发性的是社会科学在美国的进一步发展：无论是分工思维还是综合思维都不再行得通。^⑦法律判决中的分工思维导致法院必须在很大程度上放弃对法律的实质审查。“布兰代斯之信”已经承认了立法者在评价方面的优先权(Einschätzungsprärogative)，只是借助于社会科学上的事实，这种优先权仍可受到检验。但是在新政时期，自1932年罗斯福总统开启经济改革开始，这种限制不再存在，因为

^① 参见 Weber, in: Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik 1904, 再版收录于他的 Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 146ff.。

^② 关于康特洛维茨，参见 S. Lepsius, in: Cordes 等 (Hrsg.), Stadt-Gemeine-Genossenschaft, 2003, 389, 399-412 的更多的证明; Frommel, in: Kritische Jusitz (Hrsg.), Streitbare Juristen, 1988, 243-253; Muscheler, Hermann Ulrich Kantorowicz, Eine Biographie, 1984; I. Geiss, in: ders. (Hrsg.), H. Kantorowicz, Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914, 1967, 11-26; Radbruch, Der innere Weg, 2. Aufl. 1961, 70-73; ders., Biographische Schriften (Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd 16), 1988, 73-88。

^③ 关于自由法运动，参见 Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band III, 1976, 365ff.; Muscheler, Relativismus und Freirecht, 1984; Volpe, Il costituzionalismo del Novecento, 2000, 19-33; Lombardi Vallauri, Geschichte des Freirechts, 1971。

^④ 参见 Kantorowicz, Some Relationalism about Realism, Yale L. J. 43 (1934), 1240; 德语版见他的 Rechtswissenschaft und Soziologie, 1962, 101。在这篇论文里，康特洛维茨首先抨击了卡尔·卢埃林。根据 Twining 的回忆(第 121 页注^④，第 116 页以后)，卢埃林大声呵斥了一位提交了一篇有关康德洛维茨区分实然与应然的报告的学生，卢埃林对此的评论是，康德洛维茨与他的方法论课程没有丝毫关系。关于康特洛维茨对卢埃林的影响，参见 T. Raiser, in: Lutter/Stiefel/Hoeflich, 第 121 页注^⑤，365, 372-379。也见 Kantorowicz/Patterson, Legal Science—A Summary of Its Methodology, Columbia L. Rev. 28 (1928), 679; 康特洛维茨本人的 Rechtswissenschaft und Soziologie 1962, 83。

^⑤ 就我看来，弗兰克的两本书写得很好。1930 年的《法与现代心灵》以规则概念为出发点，强调了社会事实作为规则发现和规则适用的必要性。1949 年的《审判中的法院》用事实概念代替了规则概念。社会事实无法客观地确定，必然带着法官的主观判断，事实调查和法律适用都是这样。

^⑥ 有关法律思维的问题和批评，值得一读的作品是 M. Cohen, Law and the Social Order, 1933。它基于埃利希、康特洛维茨、韦伯的讨论(特别是 290 页以后)，为与社会经验主义相对立的规范—伦理法律诉求辩护，并且支持演绎方法而不是归纳方法，参见同上，182, 192ff., 235ff.。

^⑦ 参见 Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 381ff.。

立法者追求一种能动的政策，即要对社会进行改造。^①一部法律，一旦其旨在改变现实，那么就几乎不可能找到自身与现实的界限。

在新政时期，联邦最高法院在很大程度上撤回了实体审查，并给予立法者一个更大的评价空间。对于有关职业自由和财产自由的侵犯，联邦最高法院的控制密度^②直到今日仍是惊人地小，至少与德国联邦宪法法院的判决相比是这样。这一方面是新政的政治遗产，另一方面也是社会科学进路的方法论遗产。社会科学进路中的分工思维导致了独立自主的法学控制能力的丧失。然而，综合思维也好不到哪儿去。如果综合思维在方法论上严格地理解社会科学，那么它就面临着如同在实然与应然的问题上存在着的有关不同范畴之间的转换的问题。如果综合思维对社会科学的理解不是那么严格，那么就必须接受它是“掩饰的法政策学”的批评。

作为对上述两种模式的替代，将评价权能委托给立法者的模式出现了，即前述的委托思维。但是，对于一个规范的法学审查来说，还留下了什么呢？换一种问法，如何维护宪法优位？无论选择哪一种思维，社会科学进路的结果不大是一种完善的法律控制，而更像是一种受科学所推动的法政策学。所以，20世纪30年代法律现实主

义的代表人物从法律科学转换到法政策学并不令人感到惊奇。卢埃林是美国商法（统一商法典）的主要起草者，道格拉斯和弗兰克是新成立的联邦机构的委员^③，这些机构在新政期间被授予广泛的委任立法权限（Verordnungsermächtigung），从而实现集中的经济控制。通过社会科学方法，连人事指导方针都发生了变化^④；不再以从事审查和设立判例法的法官为中心，而是要以从事规范制定的法规命令（Verordnung）制定者和立法者为中心。凭借这些从事法制定的独立管制机构，经验社会科学在新政中简直是找到了一个模范性的制度性基础。^⑤

这种法政策学的新方向带来两个问题：第一个问题是，有利于立法的宪法优位岂不是被取消？第二个问题是，一个以社会科学为导向的法学究竟还能研究什么，如果这个被研究的对象不再可以是围绕着特定规范之融贯性的实体法问题的时候？

上述两种情形的解决方法是相同的：程序法取代实体法的位置。就在经济立法和财产立法的领域，联邦最高法院通过审查立法过程和裁判过程来弥补对实体结果审查的不足。^⑥随着法律程序学派的发展，法学已对此有所回应。^⑦程序法

① 参见 Leuchtenburg, Franklin D. Roosevelt and the New Deal, 1963; Cushman, Rethinking the New Deal Court, 1998; White, The Constitution and the New Deal, 2000。

② 该概念的形成参见 Lerches, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 327。

③ 道格拉斯在1936年成为今天著名的证监会（SEC）的委员，1937年担任主席。1939年成为布兰代斯在最高法院的继任者。弗兰克担任农业部的新政总法律顾问，自1937年起担任SEC的委员，1939年接替道格拉斯担任主席。从1941年到1957年去世，弗兰克是位于纽约的联邦上诉第二巡回法院的法官。除了道格拉斯、弗兰克、法兰克福特以外还有其他人，对此可参见 Irons, The New Deal Lawyers, 1982。

④ 德国近来在行政法领域有关改革的讨论集中在数十年以来一直存在的类似问题，讨论要求与法律行为相关的控制视角（Kontrollperspektive）需补充与决策相关的管理视角（Steuerungsperspektive）。关于两种视角的不同以及它们的方法论意义参见 C. Bumke, 第115页注^⑤, 73, 75ff., 122ff.。

⑤ 对此参见 Kahn, Legitimacy and History, 1992, 133; 也见 Masing, AöR 128 (2003), 558, 565f., 584ff.。

⑥ 主要是 U. S. v. Carolene Products, 304 U. S. 144 (1938), 以及它著名的脚注4, 152f.。

⑦ 划时代的作品（虽然大多数是民法方向的）包括 Hart/Sacks, The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of the Law, 自1958年起，作为内部刊物而出版，1994年由 Eskridge/Frickey 重新编辑并附有长篇序言，LI-CXXXVII 有更多的叙述。另外关于行政法值得重视的有 Landis, The Administrative Process, 1938; Jaffe, Judicial Control of Administrative Action, 1965; 关于宪法参见 Choper, Judicial Review and the National Political Process, 1980; Ely, Democracy and Distrust, 1980; 此外还有 Tribe, The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, Yale L. Rev. 89 (1980), 1663; Symposium Virginia L. Rev. 77 (1991), 631; 对于 Ely 理论的全面分析参见 Riecken, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 2003; 理论史的全貌参见 Duxbury, Post-realism and legal process, in: Papperson (Hrsg.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 1996, 291。

的保护弥补了实质保障的不足，直到今天美国程序审查的严格程度超过了德国^①，后者在实体审查上更严格。^②

(二) 平等原则的适用

在美国的自由权案件适用的经验原理，在有关平等原则的案件中也适用吗？联邦最高法院关于平等原则的最为著名的判例以及它最为欣赏的判决之一就是1954年的布朗诉教育委员会案。在该案中，法院阐明，学校中的种族隔离（隔离但平等）是违反平等的。该案开启了对黑人平等权的贯彻落实，但直到十年后的《民权法案》才以成文法的形式确立了这一成果。^③要知道，“隔离但平等”在1896年的Plessy v. Ferguson案中仍被认为是合宪的。^④当时法院认为，现实存在的种族隔离事实并不构成违法。法院无法认定，这里存在着法律上的不平等对待。1896年对种族隔离的允许就是基于社会的价值观。种族歧视建立在一个长期未曾中断的社会习惯的基础上，法必须容忍这种习惯。对黑人的“隔离但平等”即便被视为歧视，但是这种种族隔离不是规范上的不平等，而是心理上的不平等，它并不违背平等原则。从法院综合考虑的角度，它不是着眼于主观的感受，而是着眼于在人们之间实际有效的风俗习惯和传统。^⑤社会的价值共识并不认为种族隔离是违反平等的，至少联邦最高法院在

19世纪末是这样认为的。

大约六十年后，联邦最高法院不得不再次就相同的问题作出判决。适当的方式也许就是将过去那让人蒙羞的判决推翻^⑥，从而通向对法律上平等之新的规范性评价的道路就具有可能性，而不以这个评价取决于社会实际情况或心理实际情况或者对种族隔离的民意测验为前提。虽然存在着这样一种选项，但是联邦最高法院最终还是再度采用了社会科学方法：1896年的规则是否在1954年还具约束力，要根据社会现实来确定。需要解释的是，1954年是否发生了在1896年尚未存在的事实上的歧视，因为很清楚，1954年也不可能实现了社会平等。重要的是以下事实的确定，学校中的种族隔离在结果上导致了工作机遇的不足和对儿童心理的伤害。实施了隔离教育的学校违反了平等原则，因为它在学生中间引发了精神和感情上的卑劣感。

可是，这并非规范的分析，而是社会心理学的分析。在一个长长的脚注中（脚注11），法院引用了知名精神病学家、心理学家、社会学家和人类学家的著作。这意味着，布朗案的最终判决基础与Plessy案是一样的，即都是建立在社会心理学的基础上。决定案件的是对种族隔离的变化了的感受，而不是诸如更有说服力的法律认知。^⑦

长期以来人们争论的是^⑧，引用的调查究竟

① 在德国，类似的发展一方面参见 Lerche VVDStRL 21 (1964), 64, 84ff. 第122页注⑥（程序上的同质性，92）；ders. AöR 90 (1965), 341, ders., in: ders./Schmitt Glaeser/Schmidt-Abmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 97ff.；也见 ders., Ausgewählte Abhandlungen, 2004, 386, 107-306；另一方面参见 Häberle VVDStRL 30 (1972) 43, 86ff.（能动程序地位）；以及 BverfGE 33, 303 (331ff.) = JZ 1972, 686 (689ff.) 附带 Kimminich 的评注；53, 30 (57ff.) = JZ 1980, 307 (309ff.) 附 Weber 的评注；103, 142 (150ff.) = JZ 2001, 1029 (1030ff.) 附 Gusy 的评注。

② 其他人的可以不看，但必须看 Kahl, VerwArch, 95 (2004), 1, 3ff., 31-37。

③ 对此参见 Rosenberg, The Hollow Hope. Can Courts bring about social change? 1991, 42ff., 该书认为，黑人的地位在布朗诉教育委员会案至民权法案颁布的10年之间并没有得到实际的提升，并且直到该法案的颁布才有了实质上的变化。也见 Sunstein, Why Societies Need Dissent, 2003, 192f.。

④ 参见 163 U. S. 537 (1896)。对此不用看太多其他的，只需参见 Tribe, American Constitutional Law, 2. Aufl. 1988, 1474ff.；Cox, The Court and the Constitution, 1987, 250ff.；Löwenstein, Verfassungsrecht und Verfassungsspraxis der Vereinigten Staaten, 1959, 575ff., 598ff.；Brugger, 第121页注⑥, 296ff.；ders. 第118页注⑥, 144ff.。

⑤ 参见 163 U. S. 550 (1896)。

⑥ 要了解不以明确通过否决（overruling）的方式来质疑先例为前提从而推翻先例的各种技术，参见 Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2004, 188ff. 对于 Plessy v. Ferguson 案的介绍，220。

⑦ 参见 Tribe, 本页注④, 1478。

⑧ 详细的介绍参见 Rosen, 第119页注⑥, 173ff., 197ff., 该书有大量的解释。

是根据当时的科学标准^①还是以结果为导向而撰写的。^②今天,人们认为,社会心理学的证明是不充分的。^③即便是法兰克福特,作为共同撰写判词的联邦最高法院法官,也对社会心理学的证明予以批评,并肯定地认为,社会科学专家的参与要以宪法优位为前提,而非取代这种优位。因此,起决定作用的该是对种族隔离的规范评价,即评价宪法是否允许把种族差异作为差别对待的根据。法兰克福特认为,如果种族上的差别对待被宪法所允许,那么他不会再关心一个社会学家到底说了什么。^④与40年前法兰克福特在经济规制中的作为相比,此等变化是何其之大!

布朗诉教育委员会案是联邦最高法院最重要的判决之一,但老实说,该判决中所蕴涵的专业宪法学知识却少得可怜。^⑤该判决的基础在于“隔离但平等”的做法所具有的歧视性乃理所当然,然而这种理所当然恰恰无法在社会学上被合乎逻辑地证明。一个独立于黑人学生的感受或者南方各州白人的感受的规范性证明将使问题的解决变得简单许多。^⑥布朗案显示,规范性的评价无法被分工思维或综合思维所取代。社会科学的成果能够提高法学理论的说服力(综合思维)

以及有助于事实调查(分工思维),但是它无法提供证明——这是从布朗案中得出的教训。

四、跨学科思维的竞争性并存

(一) 美国的快速发展

美国法学在竞争性跨学科思维上的发展完全是一个充满机遇和风险的范例(Musterfall)。在经济规制上,有两种竞争性的模式可供法院选择:要么坚持经济自由的社会模式并期待一种未来会更好的承诺的规范状态,要么遵循经验的社会科学,并把一种描述性的、防范性的结果控制作为现实立法者的社会政策的授权依据。很大程度上,对以下问题的回答是有风险的:对法律效果的解读该由哪门学科来主导——经济理论还是经验?谁能胜任从当时的现实中推导出法律上的结论——立法者还是法官?

联邦最高法院未能在专门的宪法层面来论证,它为何一会儿用这个模式,一会儿用那个模式。最终,由一种扎根在普通法思维中的、与先例比较而得出的事实相近性(Sachverhaltsnähe)决定了模式的选用:那些新出现的、在判例上仍

^① 对此问题的先期讨论参见 Clark, Desegregation: An Appraisal of the Evidence, *Journal of Social Issue* 9 (1953), 1; ders., The Social Scientist as an Expert Witness in Civil Rights Litigation, *Social Problem* 1 (1953), 5。

^② 参见 Cahn, A Dangerous Myth in the School Segregation Cases, *NYU L. Rev.* 30 (1955), 150; Van Den Haag, Social Science Testimony in the Desegregation Cases, *Villanova L. Rev.* 6 (1960), 69; Gregor, The Law, Social Science, and School Segregation, *Case Western L. Rev.* 14 (1963), 621; Symposium, The Courts, Social Science and School Desegregation, *Law & Contemporary Problem* 39 (1975), 1。

^③ 在 Yudof 的论文 *School Desegregation: Legal Realism, Reasoned Elaboration, and Social Science Research in the Supreme Court*, *Law & Contemporary Problem* 42 (1978), 57, 70 发表后,所有人在如下问题上都是观点一致的,认为法院错误地利用了社会科学的成果。也见 Monahan/Walker, *Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law*, *U. Penn. L. Rev.* 134 (1986), 477; 更早的论述参见 Löwenstein, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, 1959, 600; 那些法律上有创造性的判决所用的证明,都是社会心理学和社会学的论证远超法学的论证,但这也是它们后来遭受批评之处。与此不同, Bickel 提供以宪法文本为基础的证明,参见 Bickel, *The Original Understanding of the Segregation Decision*, *Harv. L. Rev.* 69 (1955), 1, 11ff.; McConnel, *Originalism and the Desegregation Decisions*, *Virginia L. Rev.* 81 (1995), 947。

^④ 引自 Rosen, 第 119 页注^⑥, 141。

^⑤ 参见 Stone 等, *Constitutional Law*, 4. Aufl. 2001, 451: “法院在布朗案中的推理是不令人满意的。”只是,该判决是首席大法官 Earl Warren 时期的最高法院的能动主义时期的,参见 Currie, *The Constitution in the Supreme Court, The Second Century 1888—1986*, 1990, 377ff.; Brugger, 第 121 页注^⑥, 109ff. Brugger, 同上,在 299-301 页中提供了一种不是通过社会学而是通过规范来确定是否对平等有所侵害的改善了的判决证明方法。

^⑥ 全面地讲,美国今天对平等原则的审查是另一种方式,即通过被设置了不同程度高低的正当化标准作为门槛的层级性差别化禁令来进行审查。

未被把握的事实该用经验来处理。^①然而在这种情形下，法官无异于放弃了对根本领域的审查权能，因为在经验问题上，有权决定的不是他们，而是社会学家，法律结论则由立法者得出。分工的结果是，对事实的描述被委托给社会科学，法的生成（*präsikription*）则委托给立法者。换句话说，在跨学科的层面上向经验社会科学的靠近实际上剥夺了联邦最高法院的司法裁判标准。

选用经济理论模式导致了其他的后果。联邦最高法院在经济理论模式的预设上和法律后果的推导上占据着主导地位。此间，它采用了综合的跨学科思维。然而，以下问题仍然没有得到回答，即它依赖于经济自由精神的判决到底是基于哪一条真实的宪法依据。在经历了世界经济危机后，经济自由主义已经丧失了最后一丝社会的信任。自此，联邦最高法院遭遇的无非就是1937年在新政的政治压力下，经济正当程序时代的终结。^②

（二）三种基本思维的优劣

美国法学的发展是富有教益的，它显示出跨学科基础思维在法学上应用所依赖的经验性根据。而德国法学的发展，尤其是在它与社会科学、经济学的跨学科研究方面是不依赖于这种基础的。由此反映了三种主要的跨学科进路的优劣。分工思维的优势在事实调查方面，但弱点在于从中无法进行规范性的推论。它以与适用有关的经验科学为前提条件。综合思维的优势在于能够进行规范性的推论，但是相对而言，该推论并无坚实的事实调查结果作为根据。它比较少地援引事实调查，而是依赖于理论模型。委托思维在制度层面上解决问题，并在以下范围内与分工思维相结合：委托思维信赖他者的认识能力——所谓他者即能胜任作事实陈述的学科（社会科

学——译者注）与能胜任于作规范陈述的立法。与之相反，综合思维缺少委托的需求，因为综合的要求是对法学家自身提出的。

（三）跨学科工作的目标冲突

跨学科工作的基本困境在于：如果它愿意吸收其他学科的成果和认真采纳其方法标准，那么它就有必要遵循分工的思维，但是分工思维将导致决定权不得不被交给他人者。然而，如果人们不愿意将决定权转移，就只能采取综合思维，但综合思维几乎不可能严格接纳相邻学科及其所提出的问题和方法，而是授权法律人去从事专业的学科。所以，综合思维的活动不可能与经验调查产生联系，因为法律人是缺乏从事这种活动的专业能力的。综合的跨学科思维是基于理论以及理论间的比较。它的优势在于处理法律理论的问题，而非实践问题。

这反映了一个悖论：综合思维期许将实践问题的解决变得简单，而分工思维则似乎要通过隔离不同的学科来阻碍实践问题的解决。然而，美国的经验恰恰是相反的状况：有助于解决实践问题的首先是分工思维，而综合思维的优势则在理论探讨中得到显现。

人们难道不该更为明确地意识到目前的德国讨论中所存在的这种洞见吗？此外，这种洞见也有助于澄清，为什么在实践中，特别是在联邦宪法法院近来的判决中，一方面，综合思维已经走到了终点，而分工思维则被广为传播；另一方面，在当前公法理论的讨论中，情形则正好相反。^③但公法理论的讨论活动必须自我反思，它到底是作为综合的理论讨论可以正当地评价对跨学科性的要求，还是倾向于去实现法学内部的附加教育之计划（这种计划忽视了法律理论与法律

① 更进一步的论述参见 O. Lepsius, 第 118 页注⑥, 49-60。

② 20 世纪 50 年代对基本法的经济宪法的争论中对应问题的论证参见 Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, 7ff., 43ff., 89ff., 138ff., 尤其是 Ehmke 从美国经验的背景中得出结论，任何从经济角度对宪法的解释都是任意的，同上，34。

③ 例如参见 Trute, *Die Verwaltung Beiheft 2* (1999), 9, 13-15; Hoffmann-Riem, 同上, 83, 87ff., 101ff.; 学科间的互动和学者间偶尔的相互合作使对其他各分支学科的知识要点的把握成为可能 (101); Ladeur *RabelsZ* 64 (2000), 60; Schuppert, *Staatswissenschaften*, 2003; 对于一种“区别—综合”知识思维予以支持的观点，参见 Voßkuhle, in: Bauer 等 (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, 171, 188ff.; 近来的讨论重新尝试关注实践问题，参见 Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/ders, *Methoden*, 第 115 页注⑤, 9ff.; Trute, 同上, 293ff.。

适用之间的关联性)?^①

让我们回忆一下伟大的法社会学家康特洛维茨的话：法学思维不是因果性的，而是目的论的过程，不是经验性的—社会学的，而是法律的一规范性的过程。法学追问的不是原因，而是目的。^② 康特洛维茨提醒要警惕那种把法学理解为一种纯粹理论性的、只与价值相关的学科的思想回潮。对于他来说，法社会学是一种理论性的、与文化相关的科学；与之相对，法教义学不是与价值相关，而是作为规范科学（Normwissenschaft）。^③ 用今日的话来说就是，理论和实践遵循不同的跨学科性思维。如果我们要在法社会学的眼光下排除法教义学的评价问题的话，那得到的不是收益而是理性的丧失。社会科学有助于揭示评价问题，它具有一种批判性的而非论证性的潜能。法教义学不可能处理社会科学的理论，社会科学的经验也不可能指导法学的理论。

五、从美国的经验中可以学到什么

在其他国家的法律秩序中，社会科学几乎不会扮演像美国这样如此重要的地位。尽管这里只讨论了少数案件，但是这些例子时至今日仍然清楚地展示了各种不同的原理——分工的、综合的、委托的思维——各自的长处和短处。在此问题上，美国的发展可以精练地总结为如下一句话：分工思维和综合思维都不能解决评价问题。这需要用委托思维来弥补。在司法方面，弥补的方法是将判断空间（Beurteilungsspielräumen）委托给立法者，在学科知识方面，则是通过向法政策学求助。尽管如此，但当宪法优位和不以经验为前提的法律主张不应当被放弃的时候，根据逻辑，实体性的结果审查应当向程序审查发展。

所以在宪法中，人们不能寄希望于“社会事实—法律问题的解决”的答案。与普遍的社会事实一样，对于与案件事实相关的个别事实来说，对它们的调查以规范的评价为前提。而社会科学恰恰不可能以此为前提。要基于何种目标去调查和评估何种事实？总有那么一些严格的法律问题，它们是不允许被转化为社会科学问题的。在美国，人们过多地希望，通过把选择问题和衡量问题还原为事实从而摆脱这些问题。^④ 法律问题与社会科学的结合若要富有成果，则是以规范性的判断为前提的。跨学科研究的起点不是各种事实、社会世界或者丰富的生活，而是各种提问（Fragestellungen），正是因为这些疑问，这些事实才会得到调查。人们也可以用另一种表达：对跨学科研究成果的利用是以法学内部的解释、即以在学科内部的解释为前提的。

所以，人们也许并不认为，法学的预先解释会对跨学科的研究有所限制。因为事实恰恰是不会有这种限制。我们从美国经验中学到的是，对社会事实的评价问题必须交给法学来解决，借此，一种与相邻学科之间富有成效的、以分工为基础的分工合作才有可能出现。否则，这种评价问题就会留待由一种法学的一还原式的综合思维来处理。这种综合思维初看起来似乎散透着一种跨学科的气息，但实际上却是对相邻学科的排斥，因为法律人相信的乃是自身的水平。

美国的经验还进一步说明了，为什么综合思维没有前途。对于人的形象、国家形象（Staatsbildern）、价值秩序和其他的著名概念（Topoi）——这些概念使综合思维在德国宪法学中变得重要，联邦宪法法院今天已经无法进行论述。因为联邦宪法法院的主题变得更加专业化，教义学也提出了更加严格的要求：在宪法学中，

^① 批评也见 Möllers VerwArch, 93 (2002), 22, 31, 38-45, 第 60 页总结道：在近来的行政法跨学科讨论中，被接受的既非现实的社会趋势也非邻近学科的知识，而是不太成体系的，却得到充分叙述的意义体系（Aussagesysteme）——这些意义体系的结构在 19 世纪德国国家学说的国家学与行政学传统中是明显存在的。也见 O. Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 17ff.。

^② 参见 Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, 30。

^③ 参见上书, 29, 23。

^④ 参见 Lasswell/McDougal, Legal education and public policy: professional training in the public interest, Yale L. J. 52 (1943), 203, 263。该文即已批评道，英雄式的但随意的对法和其他社会科学的综合会因为有关待综合的内容、方式和目的的问题上缺乏明确性从而遭遇失败。

教义学通过例如比例原则——即作为目标—手段关系来提出严格的要求，没有事实作为基础该原则就无法适用。上文已引用过的2002年的养老判决中已经抛弃了综合思维，并且以分工思维为目标，即将社会事实的评价交给立法者来作出。今天的德国联邦宪法法院是否也达到了美国联邦最高法院在 *Bunting v. Oregon* 案中的那种地步？我们在德国一直坚持的观点是，卡尔斯鲁厄（德国联邦宪法法院所在地——译者注）的判决都应当避免再犯美国的错误，即期待通过社会事实来解决法律问题。

只有分工思维可以消除上述危险。这种思维尤其适合于在对个别事实和社会事实的调查中对跨学科的成果予以考虑以及把分工的前提条件和范围作为法律问题来予以专门对待。法律判决采用诸如审查密度（*Kontrolldichte*）、评价空间（*Einschätzungsspielraum*）、能力界定（*Kompetenzabgrenzungen*）、制度化论证和功能化论证、程序审查等标准来进行这种工作。因而更好的做法就是，把那种在此处常常使用的委托思维改称为分工思维。

相反，在法学中，人们的做法在一定程度上与判例中的方案相反，更倾向于重新尝试让综合的方法得到推广。即便人们都承认，对方法论程度较高的经验社会研究的关注乃是惊人地少，但依然没有打算改变这一现状^①，而对规范性较弱的社会理论的兴趣则越发浓厚。就只有规范性较弱的社会理论而不是方法论程度较高的经验社会研究才能在综合层面上受到接纳而言，上述的对二者的关注度的差异是可以理解的。当然，综合思维也有它的合理性。譬如，它能够使其他学科的各种标准（即不同的、各专业学科对事实筛选所根据的标准）与法学的标准相比较，并且在这些专业的基础上检验法学的标准。只是，这里的比较和检验是交由一种规范性探讨来做出的，这种探讨可以在综合的层面上由法律人所支配。但这种探讨活动与社会事实无关，并且有助于避免

错误推理，这种推理会将社会理论模型理解为对事实的描述，并将这种模型当做假设的事实从而用来为一种法律上的规范应用奠定基础。与社会科学相对，综合思维的优势在于，它具有一种与经验不同的启发性效果。这也解释了，为什么在法律判决中倾向于分工模式，而在法学中倾向于综合模式。前者解决实践问题，后者则要引向理论探讨。人们在综合思维中无法期待任何对社会事实的看法，或者说，从中完全不能期待有助于实践问题解决的方案。但是它恰恰促成了一种科学的理论讨论，这种讨论期待出现可在实践上被利用的成果。

当事实成为法律适用的前提条件的时候，在方法论上分工思维优先于综合思维，因为它严格遵守每门专业学科的认识程序。而综合思维则信任作为通才的法律人。所以分工思维适用于分析自然科学的事实，因为这些事实构成了法学家的知识界限。然而如果某个人关注经验事实，他也应当对社会事实予以考虑。引人注目的是，在德国，在社会事实领域，理论上的分工思维是不发达的，而综合思维恰恰是在人们有意对社会事实予以把握的前提下取得优势的。这种优先关系应当被颠倒才是有道理的。

我们应当积极从美国的经验中学习的是：即便是在宪法领域中，我们能在多大程度上使用分工思维。德国式的基本思维——对社会科学采用综合思维，对自然科学则采用分工思维——应当根据美国的经验来接受审视。这当然是以学科内部的，即法学的对选择问题和评价问题的处理为前提的，即去确定哪个事实在法律上是有意义的。这个所有事实调查都绕不过的最初问题，即到底哪些事实须受调查，是建立在一个规范性层面的目的确定活动之基础上的。法学的任务是前置性的。否则，无论在法学中还是在其他学科中，规范与事实的结合都是不紧密的。跨学科带来的将不是知识的获得，而是沦为对方法的融合的单纯谴责。

（责任编辑：于文豪 方明）

^① 最近的讨论参见 Hoffman-Riem, in: Schmidt-Aßmann/ders. *Methoden*, 第115页注^⑤, 9ff., 62, 注释138: “只是值得怀疑的是，人们到底是可以采用，还是仅仅是应当采用那些在经验性社会研究中被运用的研究方法”。