
法教义学与法学方法论话题在德国 21 世纪的兴起与最新研究动向

卜元石*

【摘要】 21 世纪法教义学与法学方法论话题在德国再次兴起。本文试图对其背景、推动讨论进行的学者与其代表作以及相关的结论进行初步解析,并揭示这一新发展对中国法学的启示。以此为我国当前关于法教义学和法学方法论的讨论提供一些新的素材、思路,也为今后更为细致的研究做一个铺垫。

【关键词】 法教义学 法学方法论 德国法

美国法学在世界上的强势地位和巨大影响,使得其他国家的学者在面对源于美国的跨学科法学研究方法时,不得不对自己的法学学术传统进行反思,为继续坚守以往的研究方法小心求证的同时,探讨变革的可能性与必要性。在中国,社科法学与法教义学近几年的碰撞与对话便是明例。^① 在德国,也不例外。甚至可以说,中国和德国对这两个话题的关注达到了一种罕见的同步。两国甚至在关注的方式上都有很多相似之处如作为部门法学年会上的主题进行讨论,^② 召开专门的研讨会,或是权威法学杂志为此话题推出专刊。^③ 如果说中国的讨论更多的是围绕着寻找适合自己的研究道路,^④ 那么在

* 卜元石,德国弗莱堡大学法律系,德国 DAAD 与中国留学基金委资助的德国弗莱堡大学东亚法研究所与清华大学法学院申卫星教授与王洪亮教授合作的课题:德国法学方法论在中国的继受。

① 《社科法学与法教义学的对话》。

② 德国民法学者学会 2013 年的主题与德国民事诉讼法协会 2014 年的主题都是关于法教义学。

③ 在中国如《法学研究》2011 年第 6 期,2012 年第 1 期、第 4 期、第 5 期,2013 年第 1 期;在德国《民法实务档案》2014 年第 1~2 合期。

④ 2010 年以后的文献:陈兴良:《刑法知识的教义学化》,载《法学研究》2011 年第 6 期;冯军:《刑法教义学的立场和方法》,载《中外法学》2014 年第 1 期;张翔:《宪法教义学初阶》,载《中外法学》2013 年第 5 期;李忠夏:《宪法的教义化》,载《法学家》2009 年第 5 期;李忠夏:《中国宪法学方法论反思》,载《法学研究》2011 年第 2 期;薛军:《实证研究与民法方法论的发展》,载《法学研究》2012 年第 1 期;许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013 年第 5 期。2010 年前的文献参见卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》第 6 卷,北京大学出版社 2010 年版。关于社科法学发展的总结:侯猛:《社科法学的跨界格局与实证前景》,载《法学》2013 年第 4 期。

有着悠久的法教义学传统、法学研究非常发达的德国,21世纪在这方面的努力又是因何而起,为什么目标服务的呢?又有哪些学者推动、主导了这一话题的讨论?有哪些有影响力的著作发表?到目前为止得出了哪些结论,这些结论对我们中国的法学发展又有哪些启示呢?

本文尝试为这些问题进行一个非常初步的解析。之所以这样说,是因为德国这十多年的学术讨论产生了大量的相关文献,涉及法理学、法哲学、法制史,以及民法、公法与刑法三大部门法,因为个人专业知识的限制,无法对所有相关话题进行全面、准确地梳理和深入的研究。所以希望以此抛砖引玉,为我国当前关于法教义学和法学方法论的讨论提供一些新的素材、思路,也为今后更为细致的研究做一个铺垫。

与中国不同,在德国法学方法论与法教义学是共性大于特性的两个概念。这是因为,德国语境下狭义的法学就是法教义学,而部门法层面的法学方法按照传统的理解就是法教义学方法。^①所以,在德国对于法教义学与方法论的讨论往往是交织在一起。因此,本文主要集中于法教义学的讨论,同时兼顾到法学方法方面。

一、21世纪法教义学与法学方法在德国再度兴起的背景

在德国几百年的法学发展史上曾经发生过若干次关于方法论的激辩。^②在20世纪60年代末的时候,德国法学界一些学者再次宣告法教义学已经死亡。^③40年过去了,法教义学不仅没有消失,还依然在德国学术界与实务界一统天下。这让人不禁追问,当年是什么原因使得法教义学被判以死刑?现在的学者认为,一个最重要的原因是法学应该

^① 卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第6页以下;Waldhoff: in Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 31.

^② 德国图宾根大学Jan Schröder教授在德国贝克出版社出版的专著《作为科学的法》(Recht als Wissenschaft)2012年第2版即描述了1500年到1933年关于德国法学方法论发展的历史。此外还有Rückert/Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts-von Savigny bis Teubner, 2012年第2版,这本书在德国相对来说知名度虽然差一些,但对于中国读者来说其以各个学派代表人物为中心的叙述方式可能更加吸引人。在公法领域有Michael Stolleis四卷本的《Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (德国公法史)》记载了1600年到1990年的发展史,该书2014年出版缩减版——《公法在德国(其16世纪到21世纪发展史导论) Öffentliches Recht in Deutschland: eine Einführung in seine Geschichte (16.-21. Jahrhundert)》。

^③ Waldhoff: in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 21. 当时的代表作为Ulrich Meyer-Cording所著的文章,“Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?”(今天的法律人还能搞法教义学吗?)Mohr Siebeck, 1973. Meyer-Cording在书中第5页指出,1971年的民法教师协会和国家法教师协会就曾分别讨论过“现代民法的可能性与界限”以及“面对当今行政任务的行政法教义学”等问题。

如何与其他社会科学互动的问题,成了当年左右两派政党意识形态之争的战场之一。^①之所以如此,就必须考虑到那个时代的大背景即 60 年代末进行的那场波澜壮阔的学生运动对于传统的颠覆。当时,在德国大学里,不仅大学生,很多激进的教师也参与了这场运动,对一切传统的东西发出挑战。正是在这一年代,德国个别的高校甚至抛弃了德国的传统法学教育,取消了两次国家司法考试,大幅度引入通识教育,压缩法学专业知识与技能的训练。在这一时期对于法教义学的讨伐随着学生运动的终结和社会恢复正常化,也渐渐从法学学术界的视野中淡出了。

法教义学在本世纪的再次兴起最早可以追溯到 20 世纪 90 年代。一些法哲学和法理学的学者,特别是其中那些对于比较法比较感兴趣的群体,敏锐地感觉到,德国法学与其他社会科学越行越远,特别是一些从事法教义学的学者似乎沉湎于对法教义学的自满而不能自拔。这些学者担心,德国法学不仅与其他相邻学科逐渐脱节,而且正在失去与世界接轨的可能性,甚至造成法学家在德国社会整体上的知名度不高。^②这种担忧集中表现在 Christoph Möllers 与 Andreas Voßkuhle 于 2003 年在《管理》(*Die Verwaltung*)杂志上发表的一篇题为《在科学国际化语境下的德国国家法学》的文章。^③ Matthias Jestaedt(现任弗莱堡大学法学教授)与 Oliver Lepsius(现任拜罗伊特大学法学教授)则于同年发起了“法兰克地区跨(法学)分支学科论坛”,定期邀请学者座谈,到 2013 年为止共举办了 60 多场活动,召开了两场学术会议。这之后关于法教义学的反思类著作逐渐增多,直到今天已经成为法学界的一个热门话题。这些学者如今都已经是德国法学界年轻一代的权威,但在当年他们虽然已经是德国法哲学与法理学界耀眼的新星,却还是意气风发的青年,^④也有着年轻一代打破固有学术禁锢的勇气。值得注意的是,关于法教义学讨论的发表作品,很多是与科学理论联系在一起的。个中原因,下文也会有详述。

笼统地说,德国法学界对于法教义学的反思,无疑是国际间学术交流的结果。可是美国法学跨学科研究范式早在 20 世纪二三十年代就已经形成,欧洲各国之间、欧美之间的交流也不是什么新鲜事,为什么这种对于法教义学的质疑之声刚好出现在世纪之交呢?对此,笔者尚未从现有文献中找到一个系统、确切的答案。根据自己观察、与相关人

^① Bumke: JZ 2014, 644, 脚注 28; Waldhoff: in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 21, 脚注 19 中列举了一些其他的相关文献。

^② Möllers/Vosskuhle, DV 2003, 323, 327.

^③ 两人还批评德国没有女权法学等新兴法学分支,参见 Möllers/Vosskuhle, DV 2003, 330。并建议应该放弃德国法学教育中的实践导向,更多地去学一些基础学科,即一些与法律实践没有直接联系的学科。与法国、英国及美国不同,法学在发行量大的日报、杂志出场机会太少。法学杂志只给学法律的人读。他们还认为德国法学高校人才的选拔机制和国家考试成绩的重要性也负面影响了法学研究,参见 Möllers/Vosskuhle, DV 2003, 324。

^④ 比如, Möllers 生于 1969 年,1995 年在芝加哥大学获得 LL. M. 学位,1999 年师从 Peter Lerche (生于 1928 年)完成博士学位论文,2004 年应聘为明斯特大学教授。Voßkuhle 生于 1963 年,1992 年同样师从 Peter Lerche 完成博士学位论文,1999 年被弗莱堡大学法律系聘为教授,现任德国联邦宪法法院院长。

士的交流,总结现有文献,推测一下,认为可能有这样一些原因:

第一,2000年以来德国法学教授中在美国学习过、取得美国 LL. M. 学位的人日渐增多,而且随着德国法学界的新老更替,获得美国学位的教授也逐渐成为法学界的中坚力量。比如,在弗莱堡大学,法律系共有 22 名教授,其中拥有美国 LL. M. 学位的达到 6 名,还有另外 3 名在英国牛津、剑桥大学学习过。^① 同样,德国法哲学、法理学学者到美国做访问学者的人数增加。这些人中的一部分对美国的法学研究范式产生了浓厚的兴趣,产生了将其引入德国的想法。

第二,在欧洲法律统一的进程中,德国法学界发现法教义学的方法在德国是尤为突出的。而欧洲其他重要国家如英国与法国,都不存在严格意义上的法教义学概念。因此德国法学学者意识到,德国法教义学的发达可能会造成欧洲内部沟通的障碍,也会阻碍德国法在欧洲法的舞台上发挥自己的影响,^② 存在因过度教义学化而被边缘化 (Marginalisierung durch Überdogmatisierung)^③ 的危险。德国海德堡外国及比较公法马普所所长 Armin von Bogdandy 认为未来欧洲的知识空间将会追随英美国家的规则,而这种弱者必须服从强者的原则体现在法学上,就是要求欧洲的法学家们必须向美国顶尖法学院看齐,^④ 因为多数的时候,正是美国的科研模式为欧洲各国之间的对话提供了平台和标杆。Armin von Bogdandy 明确指出想要申请到欧盟的科研资助,纯粹单个法教义学问题的项目是没有希望的。^⑤ 除此之外,在欧洲实体法不断统一,以及欧洲各级法院的积极司法参与,因此创建所谓“欧洲的法方法”的任务日益紧迫。为了在学术上进一步推动欧洲法律发展,欧洲学者更是效仿美国 American Law Institut 的先例成立了总部设在维也纳的 European Law Institut。

第三,德国高校政策在新世纪进行了改革,于 2005 年启动的所谓精英计划(也称卓越计划),不再对大学同等资助,而是挑选若干学校、若干项目进行重点扶持。因为媒体宣传等原因,研究是否跨学科成了一个项目申请成功与否的关键因素。^⑥ 德国在科研项目资助上,为跨学科项目实行倾斜政策;在大学招聘教授时,是否具有进行跨学科教学研究的能力也成了考察的标准,高校的管理层也敦促各个院系进行合作,院际间合作少的如法学院就成了不合群的院系,导致法学院不得不为自己单打独斗的研究作风,^⑦

① 这一趋势可能与美国法学院扩大 LL. M. 的规模有一定关系,也与德国各种基金会愿意资助有志学术的学生到美国去攻读 LL. M. 有很大关系。而世界上绝大多数其他国家都不为攻读 LL. M. 学位提供奖学金,导致这些毕业生为了偿还高额的学费更倾向于选择从事实务工作。

② Jestaedt, JZ 2014, 1.

③ Möllers, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 37, 脚注 288.

④ Von Bogdandy, JZ 2011, 3.

⑤ Von Bogdandy, JZ 2011, 3.

⑥ Eric Hilgendorf, JZ 2010, 916.

⑦ Jestaedt 称其为“故意的、自闭式的自言自语”, JZ 2014, 3.

进行正当化辩解。这种来自外部的压力的绝好例证就是 2012 年年底德国科学委员会发表了一份关于德国法学前景的报告“*Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*”（以下简称《报告》）。^① 这是德国历史上第一次由官方机构对于法学这一学科进行全面的评价。这份报告就建议法学应该增加跨学科研究与教育。德国大学法律系普遍认为，这份报告完全可以成为政客和高校管理层向法律系施压的手段。

二、谁在主导？又有哪些著作发表？

（一）法教义学

德国近几年，以法教义学为题目的著作可以说是层出不穷，呈现老中青三代学者纷纷投身讨论的热烈场面。因为研究对象的关系，法理学与法哲学的学者对于这场讨论的参与是其本分的工作。但德国因为大学教席设置的原因，主攻纯理论的教授也必须承担某一部门实体法的教学与研究任务。因此，对于教义学的讨论很快就波及实体法。更是因为方法论在教席设置上一般与公法、刑法结合在一起，^②而且公法教义学起步晚、难度大、程度低，所以在德国这个话题总体上公法的学者讨论比较多。在整体的推动上，公法也走在前面。公法先行的另外一个重要原因是，公法与政治学、管理学的联系比民法与其他相邻学科的联系要紧密得多，所以更能感受到跨学科合作的必要性。^③

这一时期发表的主要作品包括下面的专著与合著：《行政法学中的方法》^④《法学的特色》^⑤《法学理论学》^⑥《公法与科学理论学》^⑦以及《行政法基础》第一卷中关于方法论的部分。^⑧ 值得一提的是，2009 年在波恩召开了题为《教义学有什么能耐？》（*was weiß*

① 该报告可以在 www.wissenschaftsrat.de 网站下载，具体内容以及学界的回应介绍参见卜元石：《德国法学界的现状与发展前景》，载方小敏主编：《中德法学论坛》，法律出版社 2014 年版。

② 根据 Wagner 与 Zimmermann, AcP 2014, 第 6 页的统计，德国共有 83 个教席的教授拥有方法论的教学资格，其中 61 个是公法或刑法教授，22 个是民法教授。值得注意的是，这一教学资格只有在应聘教席时才有意义，实践中学者的研究兴趣并不受教学资格的限制，实际上德国从事方法论研究的一些知名学者都没有相应的方法论教学资格。

③ Jestaedt, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2009, 42.

④ Schmidt-Assmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, 2004.

⑤ Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2007.

⑥ Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2008. 该书中的法学理论（*Rechtswissenschaftstheorie*）指的是法学各个分支学科彼此之间的关系。

⑦ Funke/Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2009.

⑧ Bär/Hoffmann-Riem/Masing/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Beck, 2012 年第 2 版。

Dogmatik?)的研讨会,2012年同名的研讨会文集在德国 Mohr Siebeck 出版社出版。该书汇集了当前德国主流学者对法教义学最新的一些观点。此外,还有一些其他的以教义学为主题的博士论文、教授资格论文、专著和祝寿文集在近十年内出版。^①

民法推动人之一是弗莱堡大学 Rolf Stürmer 教授。他曾经于2008年在弗莱堡大学组织了关于法教义学在德国与日本作用比较的研讨会。2010年该会议文集《法教义学对于法律发展的意义》(Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung)也在德国 Mohr Siebeck 出版社出版,其中部分文章的引用率也比较高。个别文章已翻译成中文。^②此外,他于2012年在《法学家 JZ》杂志发表了《现代民法与法教义学的意义》,并在2013年的德国民法教师协会年会、2014年德国民事诉讼法教师年会分别做了题为《民法学与其方法——与法律实用联系太多,与基础学科联系太少吗?》《民事诉讼法中的法教义学思维的意义》的主题发言。2013年德国民法教师年会的主题即为“私法的方法”,这是该协会自1951年以后第一次以此为年会主题。^③但总体上当代民法学者关注纯粹方法论相对少些,一个重要的原因是70年代卡纳里斯、拉伦茨、Wolfgang Fikentscher、Josef Esser 等著名民法学者已经对民法方法论有过非常透彻、深入的探讨,所以对再次讨论的必要性似乎感觉不是很强烈。^④

此外,在刑法学方面在维尔茨堡任教的 Eric Hilgendorf 教授在《法学家》杂志上发表的《跨学科成功的条件》一文中指出跨学科研究未必就是理所当然的,特别在法律高速发展的今天,法学界进一步专业化还来不及,根本没有时间去进行跨学科研究。^⑤真正的跨学科研究需要三个成功条件:对于自身专业的学术标准反思,及早对真正的问题达成共识,还有学术语言明晰的无条件认同。^⑥而另一位刑法学者 Vogel 认为德国刑法虽然一贯注重跨学科性,但还可以走得更远,可以引入刑法的经济分析,刑法与文学、刑法与媒体等新的研究方法。^⑦

① Becker, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht, Nomos, 2010; Pöcker, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik: von der rationalistischen Rechtsvorstellung zu einer rechtstheoretisch angeleiteten Dogmatik des öffentlichen Rechts, Mohr Siebeck, 2007; Julian Krüper (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik: Kolloquium aus Anlass des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Martin Morlok, 2010; Schmidt-Assmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Mohr Siebeck, 2013.

② [德]沃尔福冈·弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,载《比较法研究》2012年第1期。

③ Wagner/Zimmermann, AcP 2014, 1.

④ Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, 2008, 10ff. 认为公法是客体主导,而民法、刑法相比更是方法主导。民法与刑法涉及的对象比较单一,民法是关于主体间的利益冲突,刑法是客观行为与主观动机的关系,而公法参与的主体众多,包括个人与国家机关、人合主体与区域主体在横向、纵向、民族国家内部、跨国及国际间权力的分配关系,公法既涉及个人与国家间的主观权利问题,又涉及国家与社会之间的关系,所以公法注定不可能只有一个解决问题的视角。所以公法中的方法论纷争要远远多于另外两个部门法。

⑤ Hilgendorf, JZ 2010, 918.

⑥ Hilgendorf, JZ 2010, 922.

⑦ Vogel, JZ 2014, 31.

在法制史领域,德国明斯特大学、科隆大学与波恩大学于 2006 年成立了以“作为科学的法”为主题的研究生院,旨在促进研究方法论发展史的青年学者之间的交流。其中部分研究以关注法律评注和德国法教义学传统的形成为对象,这些研究成果^①对于我国引入法律评注很有参考价值。

和我们国家非常相像的是,德国最权威的几个部门法杂志都出版专刊对法教义学的问题进行讨论如《民法实务档案》2012 年第 1~2 期合刊、2014 年第 1~2 期合刊和其他公法、刑法三大部门法的学术刊物外,德国的《法学家》杂志也起到了推波助澜的作用。比如,《法学家》杂志 2012 年第 1 期的主题就为法教义学。

(二) 法学方法论

在方法论方面,德国法学界最热门的话题可以说是“欧洲方法论”。这个话题的集中讨论最早始于 2006 年出版的由 Riesenhuber 教授编辑的研讨会文集《欧洲方法论》。2010 年该书修订版发表。德国汉堡外国与国际私法马普所 2010 年以此为主题召开研讨会。其中的报告集中发表在《拉贝尔外国与国际私法杂志》2011 年第 1 期上。其中包括马普所所长 Holger Fleischer 的《欧洲方法论:现状与前景》,维也纳大学法学教授 Christiane Wendehorst 的《欧洲法典中的方法规范》以及德国波恩大学法学教授 Wulf-Henning Roth 的《欧洲宪法及欧洲方法论》。

此外,法学界出现了一门传统比较法学的新分支即法学方法比较 (rechtsvergleichende Methodenlehre)。这里的法学方法既包括不同国家裁判的风格比较,^②也包括法学研究方法的比较以及法学研究对于法律发展作用的比较。^③ 比如,弗莱堡大学法学教授 Hager 出版了《欧洲法律方法》,法兰克福大学法学教授 Maultzsch 出版的《通过民事诉讼解决争端以及形成规范:德国、英国与美国的比较》,以及由两位青年学者编辑的《北欧与德国的法学方法》。值得一提的是,也有学者开始对民法的不同部门之间,以及公法、民法、刑法各个部门法之间方法的差异进行研究。^④

另外值得注意的是,德国法理学界自 2006 年以来一直在讨论是否可以建立一个新

^① Kästle/Jansen (Hrsg.), *Kommentare in Recht und Religion*, Mohr Siebeck, 2014; *Essen/Jansen* (Hrsg.), *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion*, Mohr Siebeck, 2011.

^② *Rebhahn*, in: *FS 200 Jahre ABGB*, Bd. II, 2011, 1539 ff.

^③ *Wagner/Zimmermann*, *AcP* 2014, 第 3 页,其中针对英国引用 *Flohr*, *RabelsZ* 77 (2013), 322 ff.; 针对法国引用 *Helleringer*, *RabelsZ* 77 (2013), 345 ff.; 针对德国引用 *Vogenaue*, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006), 627 ff.

^④ *Mülbert*, *Einheit der Methodenlehre? -Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich*, *AcP* 2014, 188 ff.; *Lepsius*, *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2008, 21 ff.; *Jahn, Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2008, 175 ff. “法律对话的多样性——方法论的部门法化”; *Funke*, *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2009, 12; *Lepsius*, in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 325, 认为德国公法界已经不再认为公法与民法,一般法与宪法能够适用同样的方法。

的法学学科门类即法学理论学(Rechtswissenschaftstheorie)。与法理学不同,法学理论学的研究对象不是法,而是法学本身。这门新兴学科的一个重要任务就是关注法学研究的方法。^①这方面现有的研究状况集中汇编在前文所述的《法学理论学》一书中。

三、讨论哪些问题?

(一)到底什么是法教义学?法教义学与科学理论的关联

自19世纪法教义学产生以来,在几乎所有讨论教义学的文章中,作者都首先试图给教义学做出一个准确的定义。所以,尽管有学者如弗莱堡大学 Rainer Wahl 教授认为关于法教义学的文献匮乏,^②但百年来的探索使得德语文献中存在大量的、内容不同的法教义学定义方式。德国波恩大学法学教授 Christian Waldhoff 在其题为《法教义学的赞歌与批评:处于守法与功能导向张力中法教义学》(2012年)文章中共总结了14个比较权威的法学家对法教义学概念的定义。^③Waldhoff 自己认为,法教义学只能描述其内容,无法给出精确的概念。Jestaedt 在其《科学的法:论法教义学作为法学与法律实践沟通的格式》一文中也认为,应该通过区分法教义学与其他法学门类的差别,来厘清法教义学的概念。^④他认为法教义学的实用性决定了它的服务对象是制造法的参与者,包括立法者、行政机关、法院和参与私法法律行为的个人。因此,法教义学具有双重实践导向:它面向的服务对象是从事法律实践的人,而它的研究对象又是实在法;而这一特性决定了法教义学的科学性一直都为人所怀疑。^⑤这种质疑早在 Julius von Kirchmann 1847年发表《作为科学的法学的无价值性》^⑥就已经开始了。多个德国法学家的名篇也都涉及这一题目如耶林 1868年在维也纳所做的教授就职报告《法学是科学吗?》与拉伦茨的《论作为科学的法学的不可或缺性》。这些文章也都已经翻译成中文。值得注意的是,这些文章标题中的“法学”一词,原作者们使用的德语是 Jurisprudenz 即狭义法学——法教义学,而不是我们通常所用的 Rechtswissenschaft 一词即广义上的法学。

^① Jestaedt, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, 2009, 19, 22. Funke, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, 2009, 5.

^② Wahl, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2009, 121, 脚注 2。

^③ Waldhoff, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 22 - 26.

^④ Jestaedt, in: Kirchhoff/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik, 2012, 121.

^⑤ Jestaedt, in: Kirchhoff/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik, 2012, 122; 卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,脚注24。

^⑥ 赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期。

因为法教义学是否是一门科学一直都是一个有疑问的问题,^①导致德国法哲学和法理学对于科学理论(Wissenschaftstheorie)非常感兴趣。这是因为,对于法教义学不是科学的指责主要是基于这样一个论据即法教义学不能证伪。^②而现实也的确如此,法教义学所谓的通说也不一定是真理。^③既然根据现有的科学理论无法改变法教义学不符合作为一门科学的要求,为了争得法教义学的科学属性,那么就只能去改变科学理论。

当前学界引用比较广泛的仍然是阿列克西的定义。他在《法律论证理论》一书中认为法教义学是“一组与被表述的规范和判例相关,但又与其描述不完全一致的,彼此关联,为一个职业化的法治国家所确定和讨论,并且具有规范性内容”。^④国内文献中对这一定义中体现出来的教义学的三个维度:描述——经验性维度、逻辑——分析性维度、规范——实践性维度也已经有不少讨论。^⑤阿列克西的定义与德国法学界公认的法教义学两大特征——实用导向和系统思维^⑥也是相契合的。所以,简单地说,法教义学就是司法判决的学术化和法学研究的实践导向。^⑦

(二)法教义学与法学(法学研究)之间的关系

在德语中,法学的正确表述应该是一个复数概念(Rechtswissenschaften),也就是没有一个单独的法学,而是有多个法学类别。^⑧而法学的分类应该根据其对象,而不是其方法进行。^⑨法教义学本身可以被称为一种实践法学、实用法学,^⑩并以法律的规范性和效力为对象。^⑪钟情于概念清晰性的德国法学界在最新的讨论中还为法教义学做了进一步的区分。

一种是区分实用教义学(Rolf Stürner 所提出的 Gebrauchsdogmatik 或者 Thomas Würtenberger 所提出的 Rechtspraktische Dogmatik)与法学教义学(rechtswissenschaftliche

① 法学是否为科学这一问题在德国的讨论,与德语中法学的表述也有一些关系。德语中法学(Rechtswissenschaft)是法律与科学两个词的组合,在很多其他的欧洲语言中,法学和法律是一个词。

② Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Auflage, 2013, Rn. 288.

③ 中文相关讨论参见姜涛:《认真对待法学通说》,载《中外法学》2011年第5期。

④ [德]阿列克西:《法律论证理论》,德文版第314页,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第317页。

⑤ 陈兴良:《刑法教义学方法论》,载《法学研究》2005年第2期;张翔:《宪法教义学初阶》,载《中外法学》2013年第5期。

⑥ Kirchhof/Magen, in: Kirchhoff/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik, 2012, 153.

⑦ Jestaedt, in: Kirchhoff/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik, 2012, 124.

⑧ Waldhoff, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 30.

⑨ Ibid.

⑩ Würtenberger, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2009, 5.

⑪ Ibid.

Dogmatik或是 wissenschaftliche Rechtsdogmatik)。^① 实用教义学主要是以法律评注、教科书与实用指南对制定法与法官法为准,并服从现行法;法学教义学则除了完成上述任务之外,还考问实用教义学研究成果的正确性和是否正义,并寻找新的体系和新的教义学解决办法^②。这种法学教义学的研究成果主要发表在学术类期刊,所谓的典藏期刊(*Archivzeitschriften*)上。

另一种是区分法律实践的法教义学(*Rechtsdogmatik der Rechtspraxis*)和法学的法教义学(*Rechtsdogmatik der Rechtswissenschaft*)。^③ 从内容上看,这种区分与上面第一种区分并没有太大区别。波恩大学教授 *Martin Eifert* 指出法学与法律实践共享一个对象即法教义学。但法学不只局限于法教义学,而且使用法教义学方法的法学(*dogmatisch arbeitende Rechtswissenschaft*)也不应该局限于法教义学。^④ 因为教义学研究不应该仅仅为法律适用服务,更是为了对现有法律提出批评与优化建议,在这个意义上为立法者服务。^⑤

如果追问这种对于法教义学内部分支的划分到底有什么意义,就必须要从了解做出这一划分的原因出发,因为这种划分恰恰是21世纪围绕法教义学争论的一个结果。产生这一划分有各种原因,其中一个不容忽视的原因说出来可能让我们觉得比较有趣。因为,在中国,偏向德国法的学者一向认为德国法学理论与实践结合得紧密是德国法学的一个长处,但在德国,有个别学者认为,^⑥如果实务界人士写的东西也算学术,那么还要主要从事学术的法学教授干什么?法教义学不过就是为了实务界更好地到学术界抢地盘提供口实,并举例说明,现在的法律评注,出版社一般为了市场销售的考虑,都督促主编吸收一定量的实务界人士参与。为了证明法教义学不是随便什么人都能弄的,就要对法教义学进行细分。实务界和低水平学者搞的,就是实用法教义学,因为他们主要就是归纳现有的内容,而法学家教义学才是真正的学问,因为他们包含原创的内容在内,更注重法律的内在体系性。^⑦ 前者更像工匠之术,而后者才是一种艺术创作。

虽然法学的正确表述应该是一个复数概念,但是在很多时候,我们中国读者会看到德文文献中一般使用的是单数的法学概念即 *Rechtswissenschaft*。笔者认为,这是造成即便在德国也存在的法学与法教义学关系不清的一个重要原因。因为单数概念的法学,指代并不清楚,传统的理解把其看成是狭义的法学即法教义学,而新的观点又把单数的法

① *Stürner*, JZ 2012, 11 - 12; AcP 2014, 15.

② *Stürner*, JZ 2012, 11 - 12; *Würtenberger*, in: *Stürner* (hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, 2009, 7.

③ *Kirchhof/Magen*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider*, *Was weiß Dogmatik*, 2012, 166.

④ *Eifert*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik*, 2012, 87.

⑤ *Kirchhof/Magen*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider*, *Was weiß Dogmatik*, 2012, 168; *Würtenberger*, in: *Stürner* (hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, 2009, 7.

⑥ *Lepsius*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik*, 2012, 60.

⑦ *Stürner*, JZ 2012, 12.

学概念做扩大化解释,认为其是包括法理学、法哲学、法社会学等学科在内的广义的法学。^①

(三) 法教义学与法学方法

周永坤曾经指出法学方法的三个向度:哲学上的、法律适用上和研究上的。^②这也解释了为什么在中国法语境下,法学方法、法学研究方法和法律适用方法之间到底是怎样一种关系一直是一个比较令人纠结的问题。但在德语语境中讨论这个问题,会遇到一个困难即概念对接的问题。德国法学当然也把法学方法视为法哲学与法理学的内容。具体地说,当法学方法涉及正义的问题时,它就是法哲学问题;当涉及的是关于法的抽象理论时,法学方法就是法理学问题。但对法律适用方法与法学研究方法并不做像我们这样明确的区分。

德语中对于法学方法最常用的表述就是方法(Methoden; Methodik)。与具体部门法结合就会产生民法方法(Methoden des Zivilrechts)、刑法方法和公法方法等概念,但这里的方法仍然没有对法律适用方法即有些人所说的法律方法,与法学研究方法即有人所说的法学方法进行区分。最接近我们的法学研究方法的德语应该是 *Methoden der Rechtswissenschaften*, 或者更精确一些 *Denk- und Arbeitsweise der Rechtswissenschaft*。因为广义法学包括法哲学、法社会学、法心理学等,所以一般认为这些基础学科使用的就是他们分别所依附学科的方法,而狭义法学使用的就是法教义学方法(dogmatische Methode)。如果再具体到部门法就会分为民法学方法(Methoden der Zivilrechtslehre, zivilistische Methode)、行政法学方法(Methoden der Verwaltungsrechtslehre 或者 Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft)等。这里的方法更加对应我们所说的民法研究方法、刑法研究方法等。德语文献最近使用得比较多的一个名词 *Rechtsmethoden* 似乎最贴近我们的法律适用方法和法官裁判的方法。

那么到底什么是法教义学方法呢?法教义学与法学方法又是什么关系呢?可以说德国的主流观点仍然认为,法学方法与法教义学无法严格区分;^③二者对于与法律文本打交道的实践工作都是不可或缺的。^④因为法教义学是法学的中心,所以法教义学的方法就是法学方法似乎也并没有错,把法教义学理解为法律的实际运用和法学的接口也很恰

^① Eifert, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 87 ff.; Waldhoff, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 30.

^② 周永坤:《法学的学科定位与法学方法》,载《法学论坛》2003年第1期。

^③ Schmidt-Assmann, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Nomos, 2004, 第11页指出传统教义学一般以法学方法论为特征; Jestaedt, JZ 2014, 4.

^④ Bumke, JZ 2014, 642, 645, 脚注 35 m. w. N.; Hassemer, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 7; Kirchhof/Magen, in: Kirchhoff/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik, 2012, 155, 脚注 19; Oberhammer, AcP 2014, 180 - 181.

当。^① 这一点, 维也纳大学法学教授 Oberhammer 认为从拉伦茨的《法学方法论》(Methode der Rechtswissenschaft) 一书的题目就可以看出来, 因为这本书实际上的对象是司法裁判, 而不是法学研究,^② 但其仍然称之为法学方法。^③ 根据 Oberhammer 的观点, 法学研究与司法实践的方法统一性的理念是德国法圈的特色。^④ 德国联邦宪法法院前副院长 Hassemer 认为法学方法与法教义学都是处于抽象的法律与具体的个案之间的中间层, 法学方法与法教义学的成果都体现在书籍、文章、案例和案例评论中; 要论区别, 只能说法学方法的对象是任何一部法律, 而法教义学的对象是特定的法律。^⑤ 法教义学以某个部门法的内容和结果为研究对象; 而法学方法关心的更多是法律在具体问题上的适用。Kirchhoff/Magen 认为方法论中的系统解释也是法解释的一种, 而法律解释又必须依靠法教义学所已经完成系统化工作的成果。^⑥ 根据 Schmitt-Assmann 的观点, 法学方法是一种法律体系的使用, 而法教义学是法律体系的制造。^⑦ 还有观点认为, 法学方法论实际上是所谓的后设教义学或元教义学(Metadogmatik) 即关于法教义学的教义学。^⑧ Jansen 更是认为法教义学既是对于现行法的学术研究, 也是这一学术研究的成果与对象。^⑨ 限于篇幅, 这里就不再对林林总总的这些观点进行进一步评析。但似乎可以得出这样一个初步的结论: 德国语境下的法学方法实际上主要针对的是司法实践, 是裁判的方法。但是, 因为法教义学以司法实践为研究对象与服务对象, 所以法教义学的方法与裁判的方法有很大的交集。^⑩

在最新的讨论中也逐渐有学者主张把两者分开并认为法学方法就应该是作为学术

① Möllers, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 35.

② Oberhammer, AcP 2014, 181.

③ 就所谓的拉伦茨问题, 舒国滢也有专门阐述。参见其文章《法学是一门什么样的学问? ——从古罗马时期的 Jurisprudentia 谈起》, 载《清华法学》2013 年第 1 期。Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Auflage, 2013, Rn. 644, 认为拉伦茨选择这一书名, 是为了掩盖法学的实践意义以及其与历史和政治的联系。

④ Oberhammer, AcP 2014, 181.

⑤ Hassemer, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 7.

⑥ Kirchhoff/Magen, in: Kirchhoff/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik, 2012, 155.

⑦ Schmitt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2006, Kap. 1 Rn. 3.

⑧ Oberhammer, AcP 2014, 165.

⑨ Jansen, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>, Rn. 2.

⑩ Rüthers 指出法学方法最主要的针对对象是法院, 而不是法学本身, 法学研究与法学方法的交集在于裁判的方法是法学教育、研究和批判的对象。Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Auflage, 2013, Rn. 675.

研究的法教义学的方法,而裁判的方法则不一定是教义学的方法。^① Oberhammer 认为这种学术与判决一体的理想是无法实现的,因为一个法官一年写的判决可能比一个法学教授一辈子写的文章都多,所以司法实践与法学研究遵循的标准不可能一致。

综上所述,似乎可以看出德国对于法学方法与法教义学之间的关系直到今天也还没有给出一个令我们中国读者满意的明确答复。最重要的原因可能在于,法教义学的方法对德国法律工作者来说是不言自明的,^②是一种所谓的传承的,却又缺乏明确表达的隐性知识。^③ 汉堡法学教授 Bumke 认为也不只存在特定的法教义学方法,因为它一直是不断发展的。^④ 但是,法教义学使用的辅助工具包括法律原则、法律制度、理论、类型、典型 (Leitbild) 和关键概念。^⑤ Jestaedt 认为教义学的工作分为三个步骤:去情景化——一致化——再具体化。通过去情景化的步骤可以将法律问题浓缩为教义学的规范与概念,通过一致化的步骤可以把提炼出来的教义内容建立成一个体系,尽量做到保持这一体系的内部无矛盾,之后通过具体化的步骤在具体的个案中应用这一体系,以保证法律适用的同一与法律体系的前后一致。^⑥ 通俗地讲,法教义学就是一种以概念与法律制度为中心的思维方式,既表现在法律系学生包括法官在内的职业法律人对于案例的分析方式上,^⑦ 也体现在法学研究通过概念对规范进行的系统化、类型化(如案例群)上。

(四) 法教义学与司法实践的关系

正如前文所述,法教义学与司法实践应该是一种相辅相成的关系,是一种体系的制造与体系的使用之间的积极互动。但这种互动也可能被滥用。Jestaedt 指出法教义学的一个危险就在于实践与理论同谋^⑧即法教义学降格为只为司法判决进行辩护。比如,在德国一些学者批评宪法教义学是宪法法院实在主义 (Verfassungsgerichtspositivismus),^⑨

^① Oberhammer, AcP 2014, 167. von Arnould, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.): Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, 2009, 73 f. 法学(研究)的方法还有待确立,即便教义学的方法也不是明确确定下来的。法学方法首先是法律适用所服务,所以法学方法并没有把法学研究当成主要服务对象。

^② 刘刚:《德国公法新作介绍四则》,载《行政法论丛》(第 12 卷),法律出版社 2010 年版,第 622 页。

^③ Bumke, JZ 2014, 642.

^④ Bumke, JZ 2014, 645.

^⑤ Bumke, JZ 2014, 645.

^⑥ Jestaedt, JZ 2014, 6.

^⑦ Stürner, JZ 2012, 11.

^⑧ Jestaedt, in: Kirchhoff/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik, 2012, 130 f.

^⑨ Würtenberger, in: Stürner (hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2009, 11, 脚注 31。

因为现行的法律评注对司法的批评力度不够,宪法法院已经成为“无法无天”的法院。^①德国刑法学家 Schünemann 认为,理想的法教义学可以像栅栏一样把司法独立地“圈起来”,^②从而避免司法独立的滥用。只有这样,法教义学才能实现对司法的必要控制和约束。奥地利侵权法学者 Koziol 批评德国民法教义学是“极端、脱离实际、前后不一致”的;^③德国法学方法的使用随意性很大,^④不再是道德的捍卫者,简直就是满足客人任何要求的应召女郎。^⑤德国目前对法教义学与司法实践的反思类文章很多,这里就不逐一列举了。

(五) 法学理论与法教义学的关系

值得注意的是,德国法学区分法学理论与法教义学,两者是对立存在的。在德国,那种不与司法实践相联系、不以现行法为对象的抽象法学研究被认为是法学理论(Juristische Theorien)研究,与法理学不同,这种理论更应该理解为部门法理论。法学理论不属于教义学,因为不符合应用导向的要求。因此,在德国才会存在宪法理论(Verfassungstheorie)与宪法学教义学(Verfassungsdogmatik)之别。黄卉教授主张中国宪法学不一定以教义学为导向。^⑥这种观点从德国的视角看是一个必然的结论。因为一个部门法如果没有司法判例,也就不可能有法教义学。如果更严格地讲,因为教义学的双重实践导向,即使一个部门法整体上可以形成教义学体系,在不存在司法救济的领域,也不可能产生法教义学,^⑦而只可能有法律理论存在。也只有理解了这一区分,才会理解为什么德国法学界认为法教义学是德国的特别道路。他们所要求的教义学是体现在学术研究的高级法院的互动上的,而这种互动在其他国家比较罕见。也就是说,没有司法实践参与的理论系统化,不是德国意义上的法教义学。^⑧但是,德国也有所谓的法教义学理论(rechtsdogmatische Theorie)即教义学中的理论。这种教义学理论是对于教义学学说的有根据的假设,因此可以认为是学术教义学的内容,^⑨仍然依附于教义学如法人理论、共有理论、竞争理论。这种教义学理论是一种规范性理论,^⑩与脱离了具体法律规定形成的抽象的理论有所区别。针对法教义学研究一支独大以及法国、美国等国在宪法理论领域

^① Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht-Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Suhrkamp, 2011; 对于宪法法院的批评另参见 Schlink, JZ 2007, 157 ff.

^② Schünemann, Festschrift für Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, 1, 8.

^③ Koziol, AcP 2012, 1, 3.

^④ Koziol, AcP 2012, 1, 47.

^⑤ Koziol, AcP 2012, 1, 55.

^⑥ 黄卉主编:《福鼎法律评论》创刊号,法律出版社 2012 年版,第 292~294 页。

^⑦ Eifert, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 90.

^⑧ Waldhoff, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 31.

^⑨ Jansen, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, <http://www.encyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>, Rn. 16.

^⑩ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Auflage, 2013, Rn. 23.

更为发达的现状,德国法学界近几年对于理论研究与法教义学研究之间的关系,特别是在公法领域,也有相当多的反思。^①

(六)法教义学是德国法学的“特殊道路”“命门”^②和“最受宠的孩子”^③?是被低估的德国法学的“商标”?^④

法教义学的异常发达是德国,或者更准确地说,包括奥地利和瑞士在内的德国法法圈的特色。也可以说,法教义学的发达是德国法享誉世界的一个最重要原因。^⑤但同时,很多德国学者也承认其他国家的法学中都或多或少地存在教义学的成分,因为任何一个国家都有对法律进行解释、归纳和体系化的需要。^⑥既然如此,为什么仍然有人认为法教义学是德国法学的“特殊道路”(这一个名词在德国历史上是有特别含义的^⑦)呢?最简单的原因是“法教义学”这一表述的不可翻译性。^⑧此外,德国法中对与法教义学的实践导向和体系化要求,使得很多国家的教义学工作不被认为是一种真正的教义学。以这种要求为标准,英美法国家的教义学工作恰恰缺乏了体系化的成分,研究通常只是针对一个特定的法律或法律条文,^⑨而在意大利、法国等国,学说是学说,判例是判例,两者

^① 参见 *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2008。这本书主要关注的问题是理论与教义学间的关系。其大背景是德国目前的法教义学与理论之间很少有交集,一些学者认为,这导致在德国,法教义学中对于理论的重视不够(该书第 3 页),法学教育中学生对理论重视欠缺(该书第 6 页),法律评注中对理论与实践的严格分离(该书第 7 页)。该书第 5 页也对于理论研究的对象即抽象问题、规范的解释与方法论问题、正义问题以及规则与原则思维,进行了描述。

^② *Kirchhoff/Magen*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider*, *Was weiß Dogmatik*, 2012, 脚注 1,2。

^③ *Jestaedt*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider*, *Was weiß Dogmatik*, 2012, 117。

^④ *Möllers/Voßkuhle*, DV 2003, 321。

^⑤ *Wahl*, in: *Stürner* (hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, 2009, 121, 脚注 1; *Waldhoff*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik*, 2012, 37。

^⑥ *Schmidt-Assmann*, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, 2004, 6; *Stürner*, JZ 2012, 12 - 13; *Wahl*, in: *Stürner* (hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, 2009, 124, 脚注 5; *Waldhoff*: in: *Kirchhoff/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik*, 2012, 37。

^⑦ 景德祥:《在西方道路与东方道路之间——关于“德意志独特道路”的新思考》,载《史学理论研究》2003 年第 4 期。

^⑧ *Jansen*, *Rechtsdogmatik im Zivilrecht*, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>, Rn. 1; *Jestaedt*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider*, *Was weiß Dogmatik*, 2012, 118; *Möllers*, in: *Bär/Hoffmann-Riem/Masing/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl., 2012, § 3 Rn. 37。

^⑨ *Lepsius*, in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.): *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, 2007, 343 ff.; *Waldhoff*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik*, 2012, 31, 37; *Stürner*, JZ 2012, 13。

截然分开,^①而且就算有体系化的努力,这种努力也不像德国那样能够贯彻到底。^② *Jansen* 则认为德国教义学与其他国家的区别主要就是德国的法学把自己定位为法教义学,而其他国家并非如此。^③

那么这种德国特色的法教义学传统是如何形成的呢? 这一个问题,国内一些文献都有论及,^④其中一些结合了德国国家法学和行政法等部门法进行。^⑤ 其中最根本的原因是德国作为一个统一的民族国家形成的比其他欧洲国家晚得多。诸侯分立的德国适用的法律也千差万别,所以也就产生了通过教义学来统一法律的需求。^⑥

德国每个部门法的教义学发展历程之间是有很大差异的。其中民法教义学可以说是其他部门法的先驱。直到今天,很多德国民法学者认为,德国公法与刑法仍然没有发展出像民法那样精细的教义学体系。一般认为耶林是现代法教义学的奠基人,^⑦因为是耶林把教义学与司法实践挂上钩的,并在 1855 年开始构思编辑“当代罗马及德国私法教义学年刊”。而耶林之前的历史法学派虽然也使用教义一词,但这里的“教义”是作为“历史”的反义词来使用的。也就是说,耶林认为法教义学的对象是实在法本身,而不是历史法学派所认为的历史形成的法。^⑧ 19 世纪末随着德国法典化进程的推进,司法领域开始通过判决对法律进行具体化,而这时的法教义学开始加入这一工作。^⑨

法哲学家 *Wahl* 深入分析了德国法教义学中的体系思维(*systemdenken*) 在构建时代的特色。他认为这一体系思维所指的不是任何一种体系化,而是根基于唯心主义哲学中系统的特别意义和系统思维的重要性;这里的体系包括内部体系和外部体系,并从单个的条文中提取出一般性原则。^⑩ 因此,当时法教义学被认为是一个封闭的体系,是一个保持客观性与价值中立立场的法学,是一个在具体案件和问题中通过推导可以得出正确结

① *Lepsius*, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 47 ff.

② *Stürmer*, JZ 2012, 13.

③ *Jansen*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, <http://www. enzyklopaedie-rechtsphilosophie. net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>, Rn. 6.

④ 白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,载《环球法律评论》2010 年第 3 期。

⑤ 李忠夏:《中国宪法学方法论反思》,载《法学研究》2011 年第 2 期;高秦伟:《反思行政法学的教义立场与方法论学说》,载《政法论坛》2008 年第 2 期。

⑥ *Jansen*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, <http://www. enzyklopaedie-rechtsphilosophie. net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>, Rn. 4.

⑦ *Lepsius*, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 49 f.; *Waldhoff*, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 30.

⑧ *Waldhoff*, in: Kirchhoff/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik, 2012, 29.

⑨ *Bumke*, JZ 2014, 643.

⑩ *Wahl*, in: *Stürmer* (hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2009, 127; 拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2005 年版,第 316 页,第 348 页以下。

论的体系。^① 最初的法教义学是一种摆脱了政治、历史与哲学影响的纯粹逻辑思考活动。^② 但之后,特别在“二战”后,这一观点不断被修正,拉伦茨尤其指出,今天的法教义学给以价值为导向的思维留有很大空间,为了回答新的法学问题,可以突破或修正原有的概念体系。^③ 所以,德国今天法学界形成的共识是,法教义学必须是一种开放的、与时俱进的体系。^④

(七)如何看待法教义学与其他学科的关系

对于法教义学的批评都针对其对其其他关联学科的自我封闭。《法教义学:法律上的必要性和跨学科对话的基础》一文的标题表明了德国法学界对此的态度。^⑤ Voßkuhle 更是在《法教义学有什么能耐》一书中提出了关于法教义学 12 个具体的论纲。放弃法教义学,就会失去德国法学的强项即学术与司法的对话以及学术对司法的约束。总体上德国法学界所理解的跨学科,并不是要求法学使用其他学科的方法,而更多的是利用其他学科的知识。^⑥ 这一点与我们的社科法学是有很大区别的。所以对于德国法学界来说,法教义学是否能与其他学科接轨并不重要,因为法学中除了教义学还存在法制史、法心理学、法社会学等其他基础学科。这些基础学科的方法是源于其他学科。^⑦ 只要法学基础学科和社会科学接轨,法教义学通过吸收这些边缘学科的知识,也就间接地和社会科学对接,^⑧从而避免了脱节的问题。但是法教义学与相邻学科间接相对接的前提是,法学教义学能通过司法实践去吸收这些基础学科的知识,将其转化成为法学实践。但是在法律不断专业化的今天,即便在德国这样法教义学发达的国家,对于部门法,特别是新兴的法律部门,体系化的难度也大大增加了,能够跨越不同部门法进行教义学研究都非常困难,更不用说引入其他学科的方法与借鉴其他学科的研究成果了。Thomas Würtenberger 甚至指出,德国存在真正教义法学大师的年代已经一去不复返了,在那个年代,真正的法学

① Wahl, in: Stürner (hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2009, 128.

② Schmidt-Assmann, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Nomos, 2004, 11.

③ Wahl, in: Stürner (hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2009, 129.

④ Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Mohr Siebeck, 1970, 89. 但 Meyer-Cording 认为开放的体系本身就是一种自相矛盾的提法,因为体系之所以为体系,就是因为它是完整的,参见 Ulrich Meyer-Cording, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? (今天的法律人还能搞法教义学吗?) Mohr Siebeck, 1973, 36 ff.; 刘星:《法学科学主义的困境》,载《法学研究》2004 年第 3 期。

⑤ Kirchhof/Magen, in: Kirchhoff/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik, 2012, 152 - 153.

⑥ Jestaedt, Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, 2008, 204; ders., in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, 2009, 33 f. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, 2007, 314; von Arnould, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, 2009, 82 ff.

⑦ Kirchhof/Magen, in: Kirchhoff/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik, 2012, 166.

⑧ Würtenberger, in: Stürner (hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2009, 10 - 11.

大家可以为法学发展定下基调和方向,而如今,法教义学的成果都已经零散化了。^①

(八) 结论及前景

在2010年的时候,Wahl认为“一个讨论法教义学的新时期就候在门外”。^②但也有德国学者私下认为关于教义学与方法论的讨论继续下去意义不大,学术精力更应放在具体制度研究上。这轮关于法教义学与法学方法的讨论是否刚刚开始,还是已经达到高潮,也许是一个并不重要的问题。因为,这轮讨论实现了支持与反对教义学的两方的目的:对于支持一派来说,法教义学在法学的主导地位再次得到肯定,法教义学不仅没有过时,仍然还是不可或缺的,法学家们回家还可以放心继续写法律评注;对于支持跨学科法学一派来说,他们赢得了更多的发展空间。

要理解这一点,必须要了解德国强大的法教义学传统对于学术空间的影响。要知道,在德国法律系是一个异常保守的学术阵地,特别是在那些有四五百年历史的大学,更是学术传统的堡垒。它对于有别于传统的事物抱有天然的怀疑态度。在德国,很多社会科学院系已经放弃了对于教授资格论文的要求,而法律系还对此特别看重。德国的法学期刊拒绝匿名审稿,德国法学教育拒绝与其他欧洲国家接轨。这种保守性也体现在很多细节方面。德国法学教授做报告总是照本宣科,上课时总是西装笔挺,开会时无论多热的天气,除了极个别的例外,男老师也是西装领带。这不仅有别于美国法学教授那种上课时穿毛衣着牛仔裤,手拿健怡可乐的潇洒派头,也与德国大学其他文科院系老师不拘小节的作风完全不同。^③

在这种保守的气氛下和传统的巨大压力下,衡量学者学术成就的主要标准就是其在教义学上的贡献,从事跨学科研究在德国很长一段时间被认为是没有出路的,是离经叛道、不务正业。^④所以,青年学者要克服重重质疑与责难才能为其他的学术范式开辟生存与发展的空间。^⑤所

^① Würtenerge, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2009, 11. Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, 2008, 5,认为今天的德国法教义学文章缺乏历史回顾、哲学深度、社会科学的全面视界与政治的前景预测。此外,这种零散化也体现在法律评注的撰写中,每个作者都只负责一部法律的几个条文,以前那种一个负责法律的一个章节的情况越来越少。

^② Wahl, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2009, 133.

^③ Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, 2007.书的前言最前面的部分写道“法律人不用英语写作。法律人不发表 *discussionpapers*。法律人不把他们的作品放在网上。法学期刊的文章不是匿名审稿的。法律人不在乎影响因子。法律人研究不需要申请课题资助。法律人没有特别研究领域。法律人不建立模型。法律人不使用数学。法律人不证伪假设。法律人不用统计数据。法律人不进行访谈。法律人不做试验。当然这些说法都有例外存在。但它们描述了德国法学研究的绝大多数情况”。

^④ Jestaedt, JZ 2014, 3.

^⑤ 现任哥伦比亚法学院德裔教授 Katharina Pistor, 20世纪90年代中曾经在哈佛大学肯尼迪政府学院学习。当她返回德国,准备在曾经所就读的汉堡大学以法律经济分析为题目写教授资格论文时,被其导师劝导要慎重。她的这种跨学科的题目可能会与法律系的教授惹上麻烦。所以,当哈佛肯尼迪政府学院提供给她一个讲师的位置,她就义无反顾地离开了德国。颇有意味的是,2012年德国洪堡基金会授予了 Katharina Pistor 以洪堡科研奖,以表彰她在金融市场监管领域跨学科与基础学科研究的贡献。这一奖项因为金额高,被视为学术界的一个殊荣。参见 *Flucht der Forscher*, http://www.zeit.de/2001/21/200121_braindrain_neu.xml。

以,这场讨论也为德国的法学研究注入新的活力创造了舆论上的铺垫。现在的德国法学界,法律经济分析虽然还是边缘学科,但是因为制度经济学的繁荣,其被接受程度已经远远超过十年以前。^① 法兰克福一位公司法教授 2013 年的就职讲演就是以数学公式开始的,这在以前也是无法想象的。但随着美国金融危机的爆发,很多学者也意识到,以经济学统领这个社会、把法学让位给经济学挂帅可能会给社会造成灾难性后果。

四、对中国的启示

在中国法学界探讨引进德国式法教义学进行得如火如荼的今天,这篇文章的目的在于对德国法教义学的状况给出更为全面的介绍。同六年前一样,笔者仍然认为,尽管与其他社会科学或自然科学的积极互动是必要的,但构建各个部门法的法教义学才是中国法学本土化最重要的途径。德国对于法教义学的反思是建立在法教义学异常发达、不可撼动的基础上的,^②而我们还没有真正意义上的法教义学传统。德国的反思旨在纠偏,^③而非动摇甚至推翻法教义学的统治地位。而在中国,社科法学表现出来的态度是强势的。无论在研究方法还是法学教育上,^④社科法学总是首先发难、表示出对“法条法学”的

① *Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2008, 9 f., 22 ff. 认为法经济分析更适用于民法。因为民法研究中更可以使用多种方法,也可更加容易地利用相邻学科的知识,因为民法的研究对象即主体之间的关系是明确的。在民法中请求权思维和关系法是贯穿其体系的特征,而公法中并没有这样的特征存在。公法参与的主体众多,而且受到职权的约束。但 *Reimann*, in: *Engel/Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2007, 98, 却认为民法更强调体系性和方法的纯洁性,反而是经济法更要考量效率、调控等问题。

② *Jestaedt*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider*, *Was weiß Dogmatik*, 2012, 119 指出在德国,正是因为法教义学的绝对统治地位,行政法学、国家法学,就只以研究对象来简称,行政法、公法等。而且如果一名学者在法教义学方面的成就不高,就无法在德国大学得到认可。所以法学就从一个复数概念简化成了一个单数概念,甚至拉伦茨觉得法学就是法教义学。这也影响了德国的法学的出版传统。*Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2008, 20, 认为德国法教义学在法学中的地位在 20 世纪中不断上升。

③ *Würtenberger*, in: *Stürner* (hrsg.) *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, 2009, 第 12 页指出对实践的重视会导致过度教义学化。比如 *Kirchhoff/Magen*, in: *Kirchhoff/Magen/Schneider*, *Was weiß Dogmatik*, 2012. 第 158 页列举出学术界曾提炼出 13 种私有化的形式,但如果达到其指导实践的目的,必须要减为可以掌握的几种。法教义学在法学教育中的过分强调,导致应试教育与所谓大教科书退出市场,这种大教科书中有关于历史和未来发展趋势的描述,但因为不在考试范围内,所以销量受到很大影响。*Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, 2008, 7 f. 也谈及了法教义学对于法律评注与教科书的影响。

④ 参见苏力与孙笑侠关于法律人思维之争:苏力:《法律人思维?》,载《北大法律评论》(第 14 卷第 2 辑),北京大学出版社 2013 年版;孙笑侠:《法律人思维的二元论》,载《中外法学》2013 年第 6 期。

排斥,^①规范法学更多是出于一种防守的地位。德国对于法教义学的反思都是在对法教义学的积极以及肯定的基础上进行的,他们中的绝大多数也会继续从事法教义学工作,而中国社科法学至少一部分人是主张分出高低主次、非此即彼,本身不会从事法教义学工作的。所以,在对待法教义学的态度上,套用张卫平教授的说法就是,我们不能跟着胖子学减肥。特别在中国法学学术研究经过三十多年不断的积累,迫切需要对已有成果进行一定程度的整合,以避免无谓的重复研究。可以设想,法教义学在中国今后的发展方向更应该在肯定教义学对于中国法学、法制发展的前提下,在抽象教义学概念讨论的同时,关注法学方法发展史和比较方法论这些对我们来说比较新兴的学科,更多了解具体法律制度的教义化发展史,并开始摸索具体的“应用法教义学”可能的方式,对法学教育进行教义学思维训练的补充,^②在司法判决书大量公开的背景下,逐步实现对现行法与司法判例的体系化。

The Revival of Legal Dogmatics and Legal Methodology in Germany in the 21st Century and the Recent Research Trends

Bu Yuanshi

Abstract: Legal dogmatics and legal methodology have been experiencing a revival in Germany in the 21st century. By giving an introduction to its background, the scholars promoting the relevant discussion and their representative works as well as the conclusions, this article seeks to illustrate the inspiration of this new trend for the Chinese legal science. On this basis, it attempts to provide the discussion over legal dogmatics and legal methodology in China with some new materials and ideas and to serve as a preparation for the future in-depth research.

Key Words: Legal Dogmatics; Legal Methodology; German Law

(责任编辑:仁 者)

^① 当然社科法学在不断发展中有很大程度上的理性回归,表现在对社科法学中内部存在的问题有更多的反思与关注:参见侯猛:《社科法学的跨界格局与实证前景》,载《法学》2013年第4期。

^② 葛云松:《法学教育的理想》,载《中外法学》2014年第2期。