

# 法教义学的显性化与作为方法的法教义学

卜元石\*

**摘要：**德国科学委员会于2012年对德国法学的评估报告引发了德国法学界近期对法教义学的密集讨论，其所关注的话题集中在如下三个方面：一是法教义学的本体论问题；二是法教义学与法学方法论之间的关系；三是从比较法、法律史的视角来探索德国法教义学的未来，特别是跨学科方法运用的应然状态。就法教义学概念可以观察到，晚近法教义学的显性化是以具体化的形式完成的，即以具体制度为例展示教义化的步骤与过程。就法教义学的研究方法与法律适用方法的关系，仍然存在分歧。一定程度上，法教义学方法与法教义学的概念存在循环定义的问题，法教义学含义不明导致其研究方法无法彻底言明。从比较法的视角可以发现德国法教义学的特色在于实践导向，而这一特点建立在统一的法学教育和随之而来的法律职业共同体形成的基础之上。跨学科方法在德国私法领域应用最为广泛，在公法与刑法还有提高空间。

**关键词：**法教义学；法学方法论；法学科学属性；疑难案件；跨学科法学研究

DOI:10.13519/b.cnki.nulr.2020.01.004

德国从本世纪初开始对法教义学进行的新一轮反思，<sup>[1]</sup>以及对德国法学的特征、法学的

\* 德国弗莱堡大学法律系教授。笔者感谢雷磊教授就多个问题的详细解答与指正，以及张翔、劳东燕、金晶、江湖等教授针对笔者就此主题于2019年12月31日在中国政法大学“京蓟公法论坛”第十六期所作报告点评中的启发性点评。

[1] Sahm, Element der Dogmatik, 2019, 15, 37—39, 把对法教义学的讨论称为长期热点(Dauerbrenner),他指出德国20世纪有三波法教义学讨论,其关注重点分别为法学科学性(20世纪初)、法学与社会科学之间关系(20世纪60年代末)、法教义学与其他法学分支的界分(20世纪70年代末)。大多数德国学者认为当前对教义学的讨论缘起于德国科学委员会2012年对德国法学的评估报告,参见Auer: Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, 9; Jansen, Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis — Zum gesellschaftlichen Ort und wissenschaftlichen Selbstverständnis universitärer Rechtsdogmatik, AöR 2018, 626; Langenbacher, Dogmatik, Falsifikation und zwei Perspektiven auf die Rechtswissenschaft, in: Auer/Grigoleit/Hager (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, 2017, 237; Lepsius, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, 6; Lobinger, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 2016, 30; 关于该评估报告参见卜元石:《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》2015年第12辑,第45—53页。

自我定位以及在学科体系中的位置等相关问题的讨论,至今热度不散。德国民法教师协会在继2013年历史上第一次以民法教义学作为年会主题进行讨论之后,于2015年年会再次探讨。总体上,过去五年中有不少法教义学新作面世,除了对已有问题产生的新观点,也不乏新视角的开辟与新问题的提出,特别是几本精彩的专著与博士论文的出版更增加了已有讨论的深度。<sup>[2]</sup> 本文旨在通过对德国近五年所形成文献的介绍,就德国法教义学讨论最新状况勾勒一个大致的轮廓,为有意了解德国相关研究动向的中国读者提供一些线索。概括说来,在众多被德国法学界所关注的话题中,我们可以观察到下面几个焦点:一是法教义学的本体论问题,即何为法教义学?二是法教义学与法学方法论之间的关系。三是从比较法、法律史的视角来探索德国法教义学的未来,特别是跨学科方法运用的应然状态。

阅读相关著作,不难察觉到德国法学界近年来对于法教义学作为德国法学特色问题上的纠结。<sup>[3]</sup> 是坚持传统还是勇于革新,法学界不同部门分支、不同学者的认识颇为不同。有观点认为,如此密集的讨论意味着德国法教义学已经陷入危机,当前的任务就是要寻找摆脱困境的出路,<sup>[4]</sup>从申请科研课题方面来看可能的确如此,因为德国科学基金会(DFG)原则上很少资助纯法教义学研究。另外一方面,也应看到德国法学研究对于课题基金的依赖非常有限,到目前为止法学研究模式受到对法教义学质疑的影响很小,比如民法的著述无论写法、结构大都还是因循传统模式,法教义学还是法学的代名词。<sup>[5]</sup> 所以笔者更认同这样一种看法,即对于本体论的持续性讨论并不是法教义学危机的征兆,而是每个自称为科学的学科所应有

---

[2] 书籍类中主要包括 Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015; Christoph Schönberger (Hrsg.), *Der "German Approach": die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*, 2015; Oliver Lepsius (Fn. 1); Christian Bumke, *Rechtsdogmatik: eine Disziplin und ihre Arbeitsweise — zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys*, 2017; Jannis Lennartz, *Dogmatik als Methode*, 2017; Martin Flohr, *Rechtsdogmatik in England*, 2017; Auer/Grigoleit/Hager (Hrsg.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert (FS Canaris)*, 2017; Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018; Nils Jansen, *Rechtswissenschaft und Rechtssystem: Sieben Thesen zur Positivierung des Rechts und zur Differenzierung von Recht und Rechtswissenschaft*, 2018; Marietta Auer (Fn. 1); Philipp Sahm (Fn. 1)。特别值得指出的是,2017年出版的卡纳里斯80岁祝寿文集《21世纪的私法教义学》不仅以教义学为书名,而且其中几乎每篇论文的题目也都包含“教义学”一词,作者大多是德国知名法学家,因此这本文集可谓对德国民法教义学方法以及民法各个分支教义学现状的最新权威盘点。2017年,摩尔·兹贝克出版社为庆祝其原法学总编荣休出版了一本小型文集《法学作为天职》,德国法理、民法、公法、刑法各个学科代表均对德国法学的优势与弱点进行了检视。此外,如下权威期刊也推出专刊对教义学与方法论进行集中探讨:《民法实务档案》2016年第1期,主题为“私法的前景”;《管理:行政法与行政科学杂志》2017年出版的第12期增刊,主题为“行政法学现状”;《拉贝尔外国法与国际私法杂志》2019年第2期,主题为“法学方法论”。

[3] Schönberger (Fn. 2), 3; Jansen (Fn. 1), 626; Sahm, *Das Unbehagen an der Rechtsdogmatik, Rechtsgeschichte* 2018, 358, 都使用 Unbehagen(不自在、不舒服、不安)来形容德国法学对于法教义学的态度。

[4] Hilgendorf/Schulze-Fielitz, *Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, 2; Lepsius (Fn.1), 2; Jansen (Fn. 1), 627,认为法教义学在20世纪才逐渐成为德国法学的特色,但这一特色已经走进了死胡同。

[5] Martin Flohr (Fn. 2), 33 f.

的态度,<sup>[6]</sup>而且就法教义学科学性的讨论也应该与科研基金资助等政治因素分离开来。<sup>[7]</sup>

本文在对近五年主要文献综述研究的基础上,最后集中考察这些著述在争议问题上产生了哪些新认识,并简要对比中国同时期相关讨论,探讨存在哪些异同。

## 一、法教义学本体论

### (一) 法教义学的概念:功能主义定义模式抑或特定思维方式?

考虑到德国法教义学的悠久历史,德语文献中法教义学概念的定义可以说是不计其数<sup>[8]</sup>,但显然现有的定义无法解决法教义学本质方面的所有疑惑,依然存在继续讨论的空间,因此过去五年间有三本专著关注的就是法教义学概念的问题。一直以来,以法教义学的功能来对其进行定义是德国学界的一种普遍做法。通常认为,法教义学通过概念、原则、制度等范畴对法素材进行体系性整理,发挥法律规范体系化、减少法律适用负担、存储法律解释可能、使法律理性化的功能,并使法律更容易被学习。<sup>[9]</sup>新近提出的观点中,也有属于传统模式的,<sup>[10]</sup>但是这种功能主义定义方式还是过于抽象,非德语法圈的学者可能难以把握其真正含义。德国学者最新研究中出现了通过对具体法教义学制度形成过程的描述来解释法教义学理念的方式,呈现一种“经由具体化达到显性化”的动态,其背后不乏出于便于外国读者理解的考虑。

#### 1. 元法教义学

上述三部专著之一为汉堡博锐思法学院教授 Christian Bumke 于 2017 年出版的《法教义学:一个学科及其作业方式》。该书是作者于 2014 年发表在《法学家报》上题为《法教义学》论文的延伸思考。Bumke 认为法教义学的工作是一种黑箱操作,法教义学以一种隐性知识的形式存在也影响了法学科学属性的判断,所以其新作的目的就是为了使法教义学的概念与作业方式显性化,是一种对于“元法教义学”(Meta-Rechtsdogmatik)的研究。他第一次指出了对

[6] Hörnle, Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 197 f.

[7] Lobinger (Fn. 1), 33.

[8] Bumke (Fn. 2), 1; Dreier, Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 26;德国 2000 年到 2014 年的讨论状况参见卜元石:《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》,载《南京大学法律评论》2016 年春季卷,第 10 页。

[9] Bumke (Fn. 2), 1 f.; Dreier (Fn. 8), 29 ff.; Hoffmann, Wissenschaftsgeschichtliche Aspekte des Rechtsdenkens, JZ 2019, 265; Jestaedt, Vom Beruf der Rechtswissenschaft-zwischen Rechtspraxis und Rechtstheorie, Annäherungen eines Staatsrechtslehrers, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 236; Lennartz (Fn. 2), 150.通常认为之所以用功能的描述来代替教义学概念的定义,是因为教义学的支持者与反对者之间的辩论在定义层面就已经开始。

[10] Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 26 ff.,他认为法教义学最重要的特点为其体系性,法教义学可以穿透规范丛林,对法律进行结构性归纳与体系整理,将概念明晰化,增加法律规范适用性。

教义学概念的理解不是单一的,而是多元的,可以侧重历史、哲学、自然主义、产出性、有机性等多个方面,其共通之处在于把法律素材(Rechtsstoff)理解为概念与体系的集合。<sup>[11]</sup>

就法教义学的思维方式(Denkweise),Bumke 从其任务、对象、背景知识、与司法实践、与立法者的关系五个方面进行了研究,其中的重点是法教义学与其对象——现行法的关系,因为如何处理法的偶然性决定了对法教义学的理解。Bumke 试图寻找隐藏在现行法背后的、构成了现行法元素或者特征的所谓“前置限定词”(Prädeterminant),他认为法教义学不能把实在法理解为偶然性的素材,可以吸收任何内容,而必须把实在法内容的正确性与功能性(Funktionalität)作为出发点。<sup>[12]</sup> Bumke 的结论是:通过客体本体论的进路找不到现行法的前置限定词,但如果把法作为一种社会实践则存在三个可能的入手点,比如司法实践规范约束、法正确性要求以及法所履行的社会功能。<sup>[13]</sup>

就法教义学的作业方式(Arbeitsweise),Bumke 观察的视角是其构成元素,居于首位的为法学方法论。他认为法教义学是对法律产生与变动过程中隐性与显性知识的收集、梳理、整理与准备,因此其范围超出法学方法论,形成法教义学命题的工具包括原则、法律制度、法教义学概念(rechtsdogmatische Figur)、法学理论、类型(Typus)、指导形象(Leitbild)、法学概念;值得注意的是,Bumke 肯定了法教义学内容的规范性,理由是其可以作为判决或行为的理由。<sup>[14]</sup>

Bumke 一书的主要贡献是以法教义学作为一种社会实践为出发点,对其特定的思维方式与作业方式进行总结、描绘、分析、解释与评价。<sup>[15]</sup> Bumke 在其书的最后表达了如下基本观点<sup>[16]</sup>:法学当然具有自己的身份特征,即秩序思想、正确性要求、伦理主义法(juridisch,又译为法律)的功能性,但这种身份特征实际意义有限,因为法学工作是多元的,只要单个国家的法秩序存在,司法实践与法教义学能够进行有建设性意义的批判对话,法律职业的门槛与法学教育及国家司法考试挂钩,法学的科学属性就不应该因为国际化而被怀疑。但可以适当增加学科方法的开放性,而且为了使法教义学元理论更有实践意义,还可以考虑增加三个视角,即通过比较法寻找德国法教义学繁荣的原因,对实际操作现状进行考察以发现法教义学的弊端,借助如卢曼的系统论或福柯的话语理论分析等外学科的视角来避免法教义学的自满与相对主义。<sup>[17]</sup>

该书的特色是理论性强,对德国已有讨论进行了非常系统、深入的梳理,对重要学术观点均予以回应,可以说是一本集大成之作,把德国法教义学本体论研究推向了一个新的高度,但针对的是德国法理学者,虽然例证很多,但是因其语言高度抽象而不易懂。在 Philipp Sahn

[11] Bumke (Fn. 2), 42 f.; Sahn (Fn. 3), 360 f.

[12] Bumke (Fn. 2), 59 ff., 89.

[13] Bumke (Fn. 2), 76 ff.

[14] Bumke (Fn. 2), 138 ff., 130.

[15] Bumke (Fn. 2), 225.

[16] Bumke (Fn. 2), 224—231.

[17] Bumke (Fn. 2), 229; 中文类似观点参见劳东燕:《转型中的刑法教义学》,载《法商研究》2017年第6期,第18页。

看来，<sup>[18]</sup>Bumke 的研究存在瑕疵，一方面在内容上其把法的正确性要求与法教义学的正确性要求混为一谈，实际上从法的正确性并不能推导出某一法律规定的必然性，制定法是人力而为，不免存在偶然性。另一方面，他认为 Bumke 是从微观视角——以德国学术型法教义学 (wissenschaftliche Rechtsdogmatik) <sup>[19]</sup>为出发点的内部视角来考察法教义学，作为研究进路并不合适，开创一种关于法教义学的理论 (即法教义学元理论 <sup>[20]</sup>) 必须要从更抽象的角度出发，应该使用“望远镜”而不是“显微镜”，只有这样才能归纳出对法教义学多重理解的共同内核。

## 2. 法教义学作为一种混合思维方式

这种“望远镜”的视角在 Sahm 本人的博士论文《教义学元素》一书中得以具体体现。他指出德国百年来对于教义学的功能，其与方法论、法学的科学性、理性与司法实践的关系之讨论最终还没有厘清，是因为缺乏一个恰当的视角。Sahm 所采纳的方法是把法教义学与神学教义学相对比，由此发掘法教义学的一般思考模式 <sup>[21]</sup>。Sahm 所得出的结论认为教义学是一种不依附于特定学科、独立的思维方法 (Denkform)，是在中度抽象层面 (auf einer mittleren Abstraktionsebene) 对有效性被接受的权威初始文本的体系性解释 (die systematische Explikation eines autoritativen Primärtextes, der als geltend akzeptiert wird)，这种权威文本在神学中是圣经，在法学中就是现行法。<sup>[22]</sup> 教义学的一个特点是与社会实践相联系，法教义学同样也要为法的社会功能服务，在现行法约束的界限内为法律适用提供自由，为法律发展与创新性解释开辟空间。<sup>[23]</sup> Sahm 最终得出的结论是，教义学本质上是一种混合思维方式，处于三重的两极之间，即规范性与描述性之间、理论与实践之间、信条与科学之间，也就是说教义学实际包含了这六种元素的全部。

上文所提及的“中度抽象层面”<sup>[24]</sup>就是个案关联 (Einzelfallbezug) 与体系取向 (Systematisierungsorientierung) 之间张力在教义学社会实践中产生的结果，个案关联向度催生了教义学具体化的需求，而体系取向要求教义学要达到一定的抽象程度。<sup>[25]</sup> 比如交易机会的理论就是针对股东与董事对于公司忠诚义务的具体化，而这种忠诚义务在民事合伙、有限责任公司、股份有限公司等法律中均存在，通过对交易机会相关问题的解答，使得法律适用者可以直

[18] Sahm (Fn. 3), 361 ff.

[19] Dreier (Fn. 10), 60.

[20] Lepsius, Problemzugänge und Denktradition im Öffentlichen Recht, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der der Rechtswissenschaft, 79.

[21] 其讨论对中国读者同样具有实践意义，王世洲教授即主张德文中的法教义学一词中文翻译不恰当，应该译为“法信条学”，更接近神学中对信条一词的理解。法教义学的最初汉译源于舒国滢：《战后德国法哲学的发展路向》，载《比较法研究》1995年第4期，第353页。

[22] Sahm (Fn. 1), 48, 53, 175；中文文献对此论述参见冯军：《刑法教义学的立场与方法》，载《中外法学》2014年第1期，第173页，“对刑法教义学者而言，现行刑法就是《圣经》”。

[23] Sahm (Fn. 1), 175.

[24] Sahm (Fn. 1), 60—72；Lobinger (Fn. 1), 36 f.，的表述虽然不同 (抽象程度在具体规范之上)，但意思是一样的。

[25] 在中文文献中关于法教义学对规范具体化的作用，参见汤文平：《民法教义学与法学方法的系统观》，载《法学》2015年第7期，第108页。

接在法律评注中寻找答案。典型的教义学工作就是在撰写法律评注时通过对下述问题的处理将忠诚义务具体化,比如董事因私了解到交易机会,是否可以自行利用?公司放弃交易机会是否需要股东决议?董事在离职多长时间后忠诚义务才终止?

抽象化,即体系取向,就是研究法律内部的融贯性并归纳出某一规制领域的原则,体系化的一个通常方法就是对“法律性质”的寻找,比如对于公司章程法律性质的讨论就是找出这种合同的特征,并将其归类于已有合同类型。通过对相关人合公司与资合公司法律规范讨论推导出公司章程不仅是一种债权合同,也是一种组织合同,就是一种教义学工作。发掘出受公司章程约束的当事人之间不是双务合同的关系,也是一种教义学工作。这种体系化虽然是一种抽象性工作,但也是以法律适用为取向,比如厘清公司章程的法律性质,<sup>[26]</sup>在解答《德国民法典》中关于履行障碍的规定是否适用于公司章程时如考察不履行抗辩是否适用公司章程时,就有所依托,法律适用就不再充满不确定性。因此,法教义学工作既包括把抽象条文体到审判标准(具体化工作),也包括从具体的条文中提炼出抽象的命题(抽象化工作),为找到可以适用的实在规范提供便利。<sup>[27]</sup>

而所谓的教义化过程(Dogmatisierungsprozess)是指把某一概念稳定并固定下来,以后只要谈及这一个概念,无须再进行论证;也就是说教义学概念相当于一个公式,存储了论证过程,以备未来类推适用。<sup>[28]</sup> Sahm 以期待权为例指出,虽然期待权在《德国民法典》第 929 条没有明确规定,但一旦该概念被教义学化,法院在讨论期待权的可转让性时,无须再次重复如何推导出期待权这一概念的过程,期待权这一概念就获得了近似于初始法律文本的权威,在这个意义上可以说教义学具有存储功能,知名法律评注在教义学化过程中提高了教义学说的权威性,权威法律评注可以成为事实上的法源,比如《帕兰特民法典评注》在德国基层法院就有等同于法律的效力。<sup>[29]</sup> 这种教义化过程不仅有学术界参与,也有法院的参与,在个案中所提炼出来的判决主旨就是一种教义学化过程,<sup>[30]</sup>判例推动的教义学化过程可以产生最强的稳定化效应,<sup>[31]</sup>这种教义学工作可以概况为(体系→个案)+(个案→体系),具体说,法院在体系思维的指导下处理个案就是前者,教义学研究以个案为导向进行体系化工作就是后者。<sup>[32]</sup>

### 3. 五种教义学思维形式

在笔者阅读范围内,年轻学者 Martin Flohr 的阐述最适于外国读者直观了解法教义学作业方式,所以这里予以详细介绍。

[26] 比如某一股东违反了出资义务,其他股东是否也可以拒绝履行出资。

[27] 中文文献中,汤文平(前注 25,第 112 页)也提及了“法教义学在方法论上的两个面向,其一是体系脉络的建构,其二是针对个案的找法”;关于抽象化,参见雷磊:《什么是法教义学?基于 19 世纪以后德国学说史的简要考察》,载《法制与社会发展》2018 年第 4 期,第 105 页,指出法律“概念—命题”体系通过对法律制度的“抽象化”而形成。对于教义化过程的描述,中文文献参见雷磊:《法教义学立场》,载《中外法学》2015 年第 1 期,第 202—203 页。

[28] Sahm (Fn. 1), 113.

[29] Sahm (Fn. 1), 114 ff.

[30] Sahm (Fn. 1), 117 f.

[31] Sahm (Fn. 1), 175.

[32] Sahm (Fn. 1), 118.

Flohr 认为法教义学有两个目的,即效率与正义,前者是指从法律现象中提炼出抽象概念可以使法律素材简洁、明了,便于适用,后者是指通过教义学讨论形成具有普遍适用性的概念与原则,便于实现同案同判的形式正义。<sup>[33]</sup> 他共概况出五种教义学思维形式:<sup>[34]</sup>(一)法律部门的划分,即把法律规范划归为不同的部门法如银行法、医事法、体育法、劳动法,以此达到法律体系化的效果。(二)法律原则的提炼,即从多个法律规范中提炼出共同的原则,比如遗嘱自由原则,物权法中的物权法定、公示原则、无因性原则,民事诉讼法中的各种原则。一个范例是卡纳里斯对于信赖责任原则的创立。(三)基本概念的形成。独立于特定法律规范的基本概念是法教义学思维最大贡献之一,也为立法者吸收这些概念入法奠定了基础,如民法基本概念中的“法律关系”与“主观权利”,以及抽象程度更低的概念如“处分”“法律行为”“意思表示”“意思瑕疵”“形成权”。(四)体系化,即通过概念的体系化与原则的体系化,形成前后一致的理念大厦(Gedankengebäude)。比如德国学者把法律主体分为自然人与法人,在法人中又区分公法人与私法人,后者可分为人合公司与资合公司,物也可以分为有体物与无体物,前者又可分为动产、不动产、种类物与特定物等。原则的体系化是指发掘原则与规则以及原则之间的关联,这样可以避免法律规范之间发生价值判断方面的矛盾(Wertungswiderspruch),比如在发生意思瑕疵时可以撤销意思表示就可以用意思自治与交易保护原则来解释,对雇主劳动合同解除权的限制甚至需要多个原则来解释。(五)建构(Konstruktion),即将“单个事实或法律现象归回到一个或多个已有基本概念进而置入概念体系中”<sup>[35]</sup>。比如在医疗服务合同中,患者同意进行治疗,就可以免除医生的侵权责任,这种同意的法律性质可以被认定是一种合同或单方法律行为或准法律行为,这种归类就是对事实行为的法律建构。再如知识产权许可的法律性质到底是一种积极赋予被许可人以使用权,还是权利人自己放弃行使禁止权的争论,也是一种法律建构。

#### 4. 教义学作为行为、学科和方法及概念泛化

在了解了法教义学的作业方式后也许就可以理解明斯特大学教授 Nils Jansen 对法教义学是什么的精当概括,“教义学既是一种活动——即对现行法的概念性、体系化作业,也是这一活动的产品与对象”,<sup>[36]</sup>也能够理解所谓的实用教义学就是指为法官判案提供思路的教科书与法律评注。<sup>[37]</sup> 但亦有观点认为教义学到底是内容、方法、形式或者思维方式并不清楚,

[33] Flohr (Fn. 2), 28 ff. 本质上这一定义与 Sahm 从体系到个案与从个案到体系的说法一致。

[34] Flohr (Fn. 2), 40 ff.

[35] Flohr (Fn. 2), 61; Lennartz (Fn. 2), 174 ff., 指出 Konstruktion 在 19 世纪有另外一层含义,即使用现有概念创造新的法律概念,因为建构这一用语被耶林与黑克所批判,所以今天德国法学界尽量避免在这一意义上使用该词,但创造新法律概念的活动并没有因而停歇,不使用建构这一概念,就无法描绘这种活动。对于这一名词的含义,参见前注 25,汤文平文,第 111 页;雷磊:《法教义学与法治:法教义学的治理意义》,载《法学研究》2018 年第 5 期,第 60—61 页。

[36] Jansen (Fn. 1), 636; Sahm (Fn. 1), 40 f., 赞同这一观点,他同时指出在所有学科中都存在这种研究方法与研究活动、研究客体与研究结果之间融为一体的现象。中文文献中,泮伟江《中国本土化法教义学理论发展的反思与展望》,载《法商研究》2018 年第 6 期,第 32 页)也表达了类似的观点:“法教义学的两个根本性特征,即法教义学所处理材料的特定化和法教义学内容生产中依据标准的特定化。”

[37] Wagner, Zivilrechtswissenschaft heute, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 91 f.

因此也导致教义学与方法、理论、体系及司法实践关系不明。<sup>[38]</sup>最后值得一提的是,明斯特大学教授 Oliver Lepsius 认为德国存在把教义学概念泛化倾向,即把教义学概念无限拓宽,使其涵盖所有可能的法学研究视角,这样虽然避免了改变对教义学路径依赖的压力,但无疑使得法教义学概念失去了界分功能<sup>[39]</sup>,导致更难把握法教义学的内涵。

## (二) 法教义学与司法实践:联系过密?

德国法教义学的最大特点就是其与实践的紧密联系,正因如此,德国法学也被美国哈佛大学法学院教授 Todd D. Rakhoff 称为一种“嵌入式法学”。<sup>[40]</sup>这种紧密联系体现在教义学的内容与生成机制方面:<sup>[41]</sup>法教义学的研究对象包括大量司法判例,参与法教义学工作的群体也包括实务界人士,法学教育的目标是将学生培养为法官,而法官特别是终审法院法官的工作需要参考法教义学的成果,而且不少大学法学教授也同时担任兼职法官,比如德国宪法法院的法官一半都来自学术界,不少法官也在大学授课。一言以蔽之,法教义学构筑了一个学术界与实务界沟通的平台与空间。<sup>[42]</sup>但这种法学的实践取向到底是福是祸,<sup>[43]</sup>也是本世纪以来德国法教义学讨论的一个重点,从学者们发表的观点来看,批评的声音居多,主要涉及以下两个方面:

1. 德国法教义学与实务界距离不够,影响了学术界对于司法实践批判功能的发挥。雷根斯堡大学教授 Alexander Hellgardt 在其教授资格论文《规制与私法——国家通过私法的行为调控以及其对法学、立法与法律适用的意义》中提出,法院是否采纳学者的学说与自然科学中通过实验来证明理论真伪的功能是等同的。<sup>[44]</sup>这一观点发表后立即遭到了一些学者的强烈批评,维尔茨堡大学法学教授 Horst Dreier 认为以法院是否采纳学者观点作为评判教义学研究水平的标准是完全不能接受的,他指出 Hellgardt 没有认识到法学学术与司法实践的行为与操作逻辑是有本质上的不同。<sup>[45]</sup>Nils Jansen 批评这种看法放弃了法律续造与新法学知识产生的根本区别,把法学降格为司法实践的帮手,并推断这种看法是德国法学界过多参与法律评注的结果,最终削弱了德国法在世界的影响。<sup>[46]</sup>

如果说上述解释还比较隐晦,Oliver Lepsius 则非常直白地剖析了将法院判决是否采纳学说作为学术评价标准的动因及弊端。<sup>[47]</sup>他指出法教义学的学术观点是没有规范性效力

[38] Auer, Privatrechtsdogmatik und Bereicherungsrecht. Möglichkeiten und Grenzen rationaler Theoriewahl in der Privatrechtswissenschaft, in: Auer/Grigoleit/Hager (Hrsg.), FS Canaris, 512.

[39] Lepsius (Fn. 20), 60; 在中文文献中,类似观点参见王凌峰:《存在(理智上可辩护的)法律教义学么?——论法条主义、通说与法学的智识责任》,载《法制与社会发展》2018年第6期,第44页。

[40] Wagner (Fn. 37), 92.

[41] Dreier (Fn. 10), 15, 46 f.; Auer (Fn. 38), 513.

[42] Dreier (Fn. 10), 48; Jestaedt (Fn. 9), 236.

[43] Dreier (Fn. 10), 49.

[44] Hellgardt, Regulierung und Privatrecht: staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, 2016, 392.

[45] Dreier (Fn. 10), 56.

[46] Jansen (Fn. 1), 628 f.

[47] Lepsius (Fn. 20), 88 f.



的,为了要获得与法律同等的效力只能通过法院对于学说的采纳,这也是为什么德国法学特别注重司法实践,尤为看重司法判例的原因。但法院只选择最符合其需求、而并不是最有说服力的观点。把法院作为检验学术观点的机构,已经导致德国学术界对判例批评性不足,甚至完全屈从于法院之下,而且以判决为导向使得学术研究的范围大大缩小。在过去的几十年中,德国国家法学跟随在联邦宪法法院判决之后亦步亦趋,超前思考与对判例的检视多有不足即为明证。<sup>[48]</sup> 莱比锡大学退休教授 Helmut Goerlich 也指出,学者希望法院采纳、引用学术观点,并以此为荣,但这种情况的发生太少见了<sup>[49]</sup>,导致以此为学术评价标准有失客观性。例如,德国宪法法院的判例很少引用学说,大多数引用宪法法院自己作出的其他判决。<sup>[50]</sup> 可以说,判例与法教义学的地位之间成反比关系,德国法官越独立、自信,就越觉得没有必要在法律续造方面以学术界意见为准。<sup>[51]</sup>

这些学者得出的结论是,法学如果要保持作为一门科学,虽然可以以现行法为对象,但必须与实践保持更大的距离与批判性,只有这样,法学才不会和法律混为一体。<sup>[52]</sup> 这种距离就意味着必须要区分学术行为与实务行为,<sup>[53]</sup>也意味着学者无须与现行法的价值判断保持一致,进而可以对现行法进行批判。<sup>[54]</sup>

2. 法教义学的实践取向使得法教义学与基础学科和法理论相脱节<sup>[55]</sup>,而且导致法律人对于规范背后“为什么”的问题缺乏兴趣。<sup>[56]</sup>

从大背景来看,对于法教义学实践导向的批评,一个重要的根源是实务型法律评注的泛滥。近些年德国出版市场看好这类出版物的营利性,纷纷上马新的评注,导致评注内容大同小异、质量下降,无疑助长了法教义学实践性弊端的显现。Nils Jansen 感慨道,德国大学法学教授在 20 世纪初期还是不屑于撰写法律评注的,而今天众多学者竟然认为法律评注是法教义学所特有的研究形式,年轻学者也把参与评注作为确立学术地位的手段,而那些实务型评注毫无创新性,对这类活动的热衷无疑抛弃了法教义学的原本追求。<sup>[57]</sup> Oliver Lepsius 甚至认为法律评注必然是二等科学,因为它只是为司法实践服务。<sup>[58]</sup>

### (三) 法教义学与法学的科学属性

德国法学的核心是法教义学,甚至可以将法教义学与法学等同,<sup>[59]</sup>因此法教义学是否具

[48] Lepsius (Fn. 20), 77; Schönberger (Fn. 2), 32.

[49] Goerlich, Die Rolle von Reputation in der Rechtswissenschaft in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, 182.

[50] Lepsius (Fn. 20), 84.

[51] Jansen (Fn. 2), 55 ff.

[52] Dreier (Fn. 10), 50, 60; Wagner (Fn. 37), 92 ff.; Lepsius (Fn. 20), 89.

[53] Jansen (Fn. 1), 653.

[54] Bumke (Fn. 2), 135.

[55] Jansen (Fn. 1), 627.

[56] Wagner (Fn. 37), 95.

[57] Jansen (Fn. 1), 628; Goerlich (Fn. 49), 186, 指出以前学者是否参与法律评注对其学术声誉没有影响,今天却有所不同,不论是否从事教义学,(如果要在法学界立足——笔者添加)都要参与评注工作。

[58] Lepsius (Fn. 20), 74.

[59] Dreier (Fn. 10), 7.

有科学属性也决定了法学是否是一门科学。就这个问题的讨论延续了百年,至今尚未解决,而且随着对法教义学实践联系过密的批判,更加为人所质疑。从历史上看,对法教义学科学属性的挑战多源于法理论,<sup>[60]</sup>在 Bumke 看来,其中最为持久的是来自凯尔森与其所创立的纯粹法学,他认为德国法理论尽管脱胎于法教义学,但与法教义学一直相对抗,二者呈现一种“(法理论的)傲慢与(法教义学的)无知”的关系。<sup>[61]</sup>在法学科学属性问题上,笔者把德国学者过去五年中的切入点划分为下面四类:

1. 从科学理论来论证法学的科学属性。在这个切入点中,采取哪种对于科学的定义至关重要。Bumke 认为科学属性取决于陈述的可靠性,其检验方式为实验,在法学中被考察的对象是法学理论,看其是否具有接轨性、解释能力与可操作性。<sup>[62]</sup>吉森大学法学教授 Marietta Auer 认为德国法教义学之所以坚信自己具有科学性是基于 19 世纪理想主义哲学对科学的理解,即科学是所有单个知识融贯性链接所建立起的整体体系。从现代科学理论出发,无论是实务界的参与还是他们对教义学方法的理解,均不能否定法学的科学属性,美国的跨学科方法也并不比德国的教义学使法学更具有科学性。凡是在方法上可确证的获得新认知的活动(methodisch gerechtfertigter Erkenntnisgewinn)都是科学,而不是取决于这种认知是否具有自然科学意义上的证伪性。她认为法教义学已经是一种历史——社会所固定的科学实践,因此法教义学是否是科学并不关键,重要的是了解到底什么是法教义学的思维方式、作业范式、方法与结构。<sup>[63]</sup>在她看来,(私法)法教义学更接近经验——以分析为特色的自然与社会科学。<sup>[64]</sup>法兰克福大学法学教授 Katja Langenbucher 认为卡纳里斯所提出的法学命题具有可证伪性不是对“正确”与“错误”的描述,而应该用“有说服力”“不着边际或是显而易见”“一致的或不一致的”“价值判断上符合逻辑的或不符合逻辑的”“可接受的或不可接受的”来描述,总之,归纳产生的假说是无法证伪的,但在其被推翻前,可以认为其是正确的。<sup>[65]</sup>

2. 从法学的研究对象来论证法学的科学属性。德国学者一般认为法学的研究对象是现行法<sup>[66]</sup>,但是法律规范变动不居,理论上随时可以被废除或修改,这无疑影响了法学科学性的论证。因此,要证成法学的科学性必须把法学从法律规范独立出来,Horst Dreier 指出“法学是一个规范科学(Normwissenschaft),但不是规范性科学,……但这要求法学研究不是单纯记录或是简单重复规范本身”。<sup>[67]</sup>在法教义学中理论与研究对象是一体的,所以学界试图通过对法律认知(Rechtserkenntnis)与法律创制(Rechtserzeugung)、观察者与参与者视角的

[60] Bumke (Fn. 2), 37 f.; Flohr (Fn. 2), 31.

[61] Bumke (Fn. 2), 28 ff., „vielleicht stieß, jugendliche‘ rechtstheoretische Übererheblichkeit auf eine verklärte Ignoranz der Rechtsdogmatik“.

[62] Bumke (Fn. 2), 122 ff.

[63] Auer (Fn. 38), 514 ff.; 雷磊:《作为科学的法教义学?》,载《比较法研究》2019年第6期,第103页,认为法学是一种弱意义上的科学。

[64] Auer (Fn. 38), 520.

[65] Langenbucher (Fn. 1), 225 f., 231.

[66] Jansen (Fn. 1), 638, FN62; Dreier (Fn. 10), 7.

[67] Dreier (Fn. 10), 2, 6, 10.

区分把法学研究与法律实践相区分<sup>[68]</sup>,而且引入了很多“元”(Meta)理论,比如元理论(Meta-Theorien)、元理论反思(metatheoretische Reflexionen)、元教义学(Metadogmatik),但这些形而上的概念到底指代何物也并不清楚。<sup>[69]</sup>同时,也存在把法学划归为应用、实践科学,解释、诠释性文献科学(Buchwissenschaft),社会科学或者文化科学,<sup>[70]</sup>或是人文科学<sup>[71]</sup>的观点。Horst Dreier得出的结论是“法学的科学性在于其具有自己的方法,可以理性论证、反思性获得新的认知,结果可以被理性所检验,实现一定程度的客观性,满足作为科学的要求”,<sup>[72]</sup>“法学的任务就是把所有法律可以适用的可能性汇总,并将其提供给适用法律的国家机关”。<sup>[73]</sup>

Nils Jansen则认为法(教义)学不应该仅局限于现行法,还可以包括比较法,而且只有摆脱了法律的地域限制,才能发现具有一般适用性的法学理念,这样也就使法学具有了科学性。<sup>[74]</sup>作为科学的法教义学所要解决的不应该是个案或者是法律解释问题,而仅仅要为实践展示所有建构、思维的可能性,借此为裁判提供选项,比如英国法学学者,已经不再仅仅关心个案。法学研究必须与比较法、法律史、法哲学、法律的经济分析相联系,才能获得其科学性。<sup>[75]</sup>他认为讨论法解释的“真”对于解决法学的科学属性没有意义,在法律论证过程中关键不是解释的真伪,而是其效力(Geltung)<sup>[76]</sup>,也就是被法学界所接受的程度。

3. 法律实务界可否开展法教义学工作,还是只有学术界可以担当这一任务? Nils Jansen认为法学科学性的问题缘起于对实践的过度依赖,19世纪与现在的区别就在于,当时司法实践以学术为检验标准,不是像今天一样恰好反过来,在法学界的主导媒体从大教科书转向法律评注时,教义学就已经让位于法官法了。<sup>[77]</sup>海德堡大学教授 Thomas Lobinger认为法教义学从机制上看应该留给大学来进行,大学能够保证中立性,可以把法教义学教学与研究联系在一起,法教义学应该参考司法判决,但不应沦为其帮衬,因此不能把是否与德国联邦最高法院判决一致作为评价教义学说价值的标准,尤其应该向学生传播这一理念<sup>[78]</sup>。

与之相反,通常德国学者把法官适用法律与续造法律都视为一种法教义学工作,这是因为对于现行法续造所使用的法律命题(Rechtssätze)的效力要求(Geltungsanspruch)也来源

[68] 就私法领域来说,Langenbucher (Fn. 1), 237,认为德国学者绝大多数的工作都是处于一种参与者视角,而这样的法学对于其他学科并不开放,只有法律人处于一种观察者立场,即观察法律对于人的行为如何发生影响,法学就具有了开放性。

[69] Rottleuthner, Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft, in: Hilgendorf/Schulze (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 214.; Gutmann, Intra-und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor, in: Hilgendorf/Schulze (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 94.

[70] Wagner (Fn. 37), 170.

[71] Rottleuthner (Fn. 69), 209 f.

[72] Dreier (Fn. 10), 13.

[73] Dreier (Fn. 10), 57.

[74] Jansen (Fn. 1), 653 f.; Jansen (Fn. 2), 62 ff.

[75] Jansen (Fn. 1), 656, 646 f.

[76] Jansen (Fn. 1), 641; Jansen (Fn. 2), 21 ff.

[77] Jansen (Fn. 1), 632, 634.

[78] Lobinger (Fn. 1), 104.

于现行法。<sup>[79]</sup>但同时司法实践又被认为并非与法教义学完全相同,法教义学只是为特定的生活场景寻求法律答案,至于这种场景的认定,以及其是现实的还是虚构的,都无关紧要,比如在耶林所举例说明的餐馆菜单被偷之后又被放回原处,顾客以老菜单点菜的案件中,这种争议是否可能发生对于法教义学而言并不重要,法教义学所关心的是如何解决其中的法律问题;与之相反,法官法首先关注的是现实个案的解决,仅是出于办案时间的原因法院也不能胜任发展抽象法律规则的任务,在这个意义上法教义学通过为法官准备法律适用的方案为联通司法与立法构筑了桥梁<sup>[80]</sup>。因此,有学者认为没有实务界参与的教义学有缺憾,学术界与实务界应该是良性互动的关系,甚至在海外,如英国法学的教义学转向不仅发生在学术界,也发生在实务界。<sup>[81]</sup>

4. 默认学术界所从事的法教义学就是科学。<sup>[82]</sup>在明斯特大学法学教授 Thomas Gutmann 看来,法教义学当然是科学,但不是所有法教义学的出版物都是学术研究。<sup>[83]</sup>学者所从事的法教义学工作有的也仅仅是重复现行法的内容,比如只是总结法院判决依据的案例评论,仅仅根据官方立法说明来介绍新法或修法的文章,或者简明教科书(Kurzlehrbuch)、讲义性质的教科书(Kürzestlehrbuch)、便携式法律评注(Handkommentar),实际上无非就是“大教科书”及大型法律评注的删节版,毫无创新性而言,也很难称得上学术性工作。<sup>[84]</sup>另一方面,批评者自己也不得不承认,很多高校教师在准备教学讲义时都投入很多精力,不去出版又觉得可惜,所以对于简明教科书的泛滥也无法苛责。<sup>[85]</sup>

法学的科学性不仅是一个理论问题,而且是在实践中也会提出的话题。比如在德国高校、学术机构、基金会、一些委员会、决策机构等都是由多学科代表组成,在听到法学学者指出某一法律规范这样解释也可以,那样解释也可以,没有唯一正解,自然科学的学者通常都觉得难以理解。<sup>[86]</sup>此外,在德国高校的“卓越计划”中法学完全被边缘化,法教义学研究难以申请到课题经费,<sup>[87]</sup>有的学者还担心德国大学法律系教学因为学术性不够,有沦为法律专科学校的危险,<sup>[88]</sup>高校教师有可能被降格为法律界卖白菜的商贩(juristischer Kohlverkäufer),与司法考试补习班争抢地盘。<sup>[89]</sup>正如柏林自由大学退休法学教授 Hubert Rottleuthner 所指

[79] Zimmermann/Wagner, Perspektive des Privatrechts, AcP 2016, 6, m.w.N.中文相关论述参见许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期,第962页及以下。

[80] Lobinger (Fn. 1), 36 f., 61 ff.

[81] Maultsch, JZ 2018, 669; Maultsch, in: ders. (Hrsg.), Fuchs oder Igel? - Fall und System in Recht und Wissenschaft, 2014, 64 ff.

[82] Bumke (Fn. 2), 11 f., 122 f.

[83] Gutmann (Fn. 69), 96.

[84] Dreier (Fn. 10), 9.

[85] Hörnle (Fn. 6), 209.

[86] Dreier (Fn. 10), 19.

[87] Jansen (Fn. 1), 629 Fn. 28; Rottleuthner (Fn. 69), 216, 220.

[88] Dreier (Fn. 10), 9 f.

[89] Schünemann, Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 224.

出的,对于法学是否是科学毫不停歇的自我怀疑,与法律系作为神学与医学外最古老的专业在大学的稳固地位之间存在着矛盾,如果说以前的讨论是纯理论性的,今天的讨论确实牵扯实际利益于其中。<sup>[90]</sup>

#### (四) 法教义学与法理论

根据 Bumke 的研究,法教义学作为一种作业方式始于 19 世纪中叶,当时对于教义学的讨论集中于如何正确进行教义学研究,而法教义学的实践取向则完成于 19 世纪下半叶,当时的法典化运动产生大量抽象的法律规则,法院在司法实践中摸索适用这些规则,法学界对于判例兴趣日增。<sup>[91]</sup> 这时,法理论(Rechtstheorie)作为潘迪克顿民法学的副产品从法教义学中独立出来,关注的是实在法与教义法学(dogmatische Rechtswissenschaft)非哲学性的一般理论,即“一般法学说”(Allgemeine Rechtslehre),其目的是把民法教义学方法向刑法、公法等其他学科扩展<sup>[92]</sup>,而那些不专属于法学的问题被独立出来并为新出现的社会学与社会科学所吸纳。<sup>[93]</sup> 这种“一般法学说”随着纯粹法学的出现达到顶峰,但因其既排斥法律的偶然性又排斥哲学的形而上,导致二者交集上的空洞,最终在 20 世纪 60、70 年代为“法理论”所替代,而法理论最近十年在方法与认知上的多元性,都展示了其讨论的问题如法律经济分析、法律多元化、法律讨论的政治化等已经与哲学无关,法理论从法哲学的下位概念上升为其上位概念。<sup>[94]</sup>

为了实现法学的跨学科与国际化,需要新的法理论, Marietta Auer 主张可以在法教义学与基础学科之间构建一个新型法理论,把法学的各个学科与其他学科、文化的方法与认知连接成为一个多学科的法理学,并解决法教义学与传统基础学科相脱节的问题。<sup>[95]</sup> 新型法理论提供的是多学科法学的哲学理论,不再仅仅是法哲学的分析性分支,可以解决德国法学研究无明确方法的问题,也可以解决法学科学性的问题。<sup>[96]</sup> 新型法学的认知目标就是通过法的视角所形成的多学科社会理论。<sup>[97]</sup> Oliver Lepsius 在《关系:一种更好法学的辩护词》中也主张提高德国法学的国际接轨性、多学科性,增加理论与基础学科含量。<sup>[98]</sup> 但也有学者认为把理论与实践、多学科、基础与应用研究都勾兑到一起未必可以塑造更好的法学,法学需要自己的身份特征,因此法学应该是一种异质性多种学科的集合(Rechtswissenschaften im heterogenen Plur-

[90] Rottleuthner (Fn. 69), 205, 219.

[91] Bumke (Fn. 2), 16 ff.; Auer (Fn. 2), 29; 更早期的发展参见雷磊:《法教义学的源流》,载《法学评论》2019 年第 2 期。

[92] Funke, Rechtstheorie, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 3. Aufl., 2017, 47.

[93] Bumke (Fn. 2), 27; Auer (Fn. 2), 29.

[94] Auer (Fn. 2), 30 ff.

[95] Auer (Fn. 2), 10.

[96] Auer (Fn. 2), 15-16, 53, 63 ff., 11 f.

[97] Auer (Fn. 2), 51; Auer 在其文章 Eigentum, Familie, Erbrecht. Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie, AcP 2016, 239 ff., 展示了这种新型法理论对于部门法的指导方式。这篇文章的风格与中国传统部门法文章有不少相似之处,表现在教义分析少、一般性哲学论述多。

[98] Lepsius (Fn. 1), 9.

ral),<sup>[99]</sup>换句话说法学应该基本保持现状。

Bumke 认为研究法教义学的思维与作业方式无须首先构建法理论的基础,因为法理论与法教义学彼此独立发展,法理论关心的是法的性质,“寻找的是普遍适用的元素、机制、体制或者解释以法作为工具或基础的社会实践”,而法教义学本身就是这种社会实践的一部分,法理论并不能为法教义学提供有约束力的框架。<sup>[100]</sup>

### (五) 法教义学与疑难案件

疑难案件的解决与法教义学的关系是 Bumke 专著深入探讨的一个问题。首先需要明确的是,德国语境中对疑难案件的概念通常不作界定,而是援引哈特、德沃金等英美学者的定义,一般说来,疑难案件是指对法律解释深度要求更高的案件,也就是存在多种法律解释可能性的案件。慕尼黑大学法学教授 Hans Christoph Grigoleit 认为疑难案件就是法律适用不确定的案件,或者现行法中的目的考量(Zweckerwägung)虽然不令人信服,但也找不到更令人信服的解决办法,尽管如此他认为可以根据方法论与教义学说理要求将这种不确定性简化为一个或几个关键要素,此外这种不确定性也可以借助对论证负担的要求来解决,最后裁判者的职业自律要求判决满足规范与一般说理要求,进而把凭直觉形成的结论“中性化”。<sup>[101]</sup>

Bumke 反对在疑难案件的解决中寻找法教义学的“科学”贡献,他认为一个案件之所以成为疑难案件,正是因为一般法解释方法无法得出明确答案,但法教义学仍然可以帮助找到解决方案。<sup>[102]</sup>在疑难案件中,学术研究与法官判案到底有哪些不同呢?Bumke 认为,法教义学的贡献并不是在于提供解决办法,因为法官的工作也是在寻找裁判的办法,而是在于解决问题时所使用的方式,其中包括对于法源认真处理、对理论大厦的考虑等<sup>[103]</sup>,但并不存在一种方法可以证明在疑难案件中所作出的判决是唯一正解,因此无法准确判断法教义学对于解决疑难案件的真正贡献,而这归根结底还是因为法教义学的作业方式不够明朗所致。<sup>[104]</sup>

[99] Augsberg, in: Lepsius (Fn. 1), 89 ff.

[100] Bumke (Fn. 2), 12;中文文献对此的论述:王夏昊:《从法教义学到法理学——兼论法理学的特性、作用与功能局限》,载《华东政法大学学报》2019年第3期,第78页,“作为独立科学的法教义学,在逻辑上必然地预设并需要将各个部门法教义学建构成为一门完整的科学,即法理学”;陈景辉:《部门法学的教义化及其限度》,载《中国法律评论》2018年第3期,第67页,认为法理学是对实在法体系背后一般价值的讨论,为实在法的修改提供动力。

[101] Grigoleit, Dogmatik—Methodik—Teleologik, in: Auer/Grigoleit/Hager (Hrsg.), FS Canaris, 2017, 270 ff.;在中文文献中,学者们倾向认为疑难案件司法裁判过程存在后果取向:如侯猛:《司法中的社会科学判断》,载《中国法学》2015年第6期,第55—56页;纪海龙:《法教义学:力量与弱点》,载《交大法学》2015年第2期,第101页及以下,主张先剥离教义学思维,通过对论据进行衡量进而得出结论,这一结论用法教义学的语言说理表达出来;戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,载《法商研究》2018年第5期,同样主张“直接运用经济分析或其他实质性分析方法,寻求适当的法律适用结论”;不同观点参见葛云松:《简单案件与疑难案件——关于法源及法学方法的探讨》,载《中国法律评论》2019年第2期,第123页,认为往返思考、必要时修改初始观点更接近现实情况。

[102] Bumke (Fn. 2), 49, 95.

[103] Bumke (Fn. 2), 52.

[104] Bumke (Fn. 2), 116, 227.

在德国语境中疑难案件与法官法律续造有所区别<sup>[105]</sup>,法律续造需要满足特定的前提如修正或补充法律,采取特定的方法如类比推理、反向推理。但二者都可能启动新一轮教义化过程,即当出现了法律没有规定的情形、法律大环境发生变化,或者根据已有规则得出不令人满意的结论时,需要通过对教义学概念进行解构,还原其后所隐藏的目的与价值判断,进而考量现有教义学概念是否需要变迁。<sup>[106]</sup>

## 二、法教义学与方法论的关系

### (一) 作为方法的教义学

法教义学与法学方法的关系虽然一直被关注,但也是一个没有彻底解决的问题。本文之初所提及的三部专著中最后一本,即青年学者 Jannis Lennartz 的博士论文《作为方法的教义学》对二者的关系用非常简洁易懂的语言作出阐释。该书被评为 2018 年度德国最佳法律图书之一,具体探讨了如下问题:

一、法学方法论(Methodenlehre)、法解释(Auslegung)、法律适用方法之间的关系。他认为把法学方法理解为法解释方法虽然是通常做法,却是一种误解,司法实践在很大程度上并不是人们所认为的法解释与涵摄的过程,而是一种法律论证,<sup>[107]</sup>其特点是使用法律概念与制度,而这些制度与概念并非一定存在于法律规范之中。<sup>[108]</sup>法律适用的方法(法律方法)就是在法律论证中构建与使用教义学概念。<sup>[109]</sup>但 Lennartz 认为司法实践与法学研究的方法即便有区别,也是程度上的、模糊的、无足轻重(graduelle, fließende, und letztlich belanglose)的区别,二者使用同样的工具、同样的概念进行论证,<sup>[110]</sup>但这一认识显然低估了法教义学科学性问题的重要性,不能证明教义学工作与司法实践工作不同,就不能论证为何国家需要投资设置法学院,资助法学研究。<sup>[111]</sup>

<sup>[105]</sup> 根据雷磊教授的观点,“疑难案件既包括部分法律解释的情形,也包括部分法律漏洞的情形,还包括超越现行实在法框架深入到法哲学层面的情形。法律漏洞的情形,如果是明显漏洞,且可以轻易找到作为类推基础的法律规则,且论证说理相对简单、共识较高,就不属于疑难案件”。前注 101,葛云松文,第 121—123 页,划分了两种疑难案件,即“法源性资料提供的法律规范不清晰”与“法源性资料提供的法律规范清晰,但与法官的实质性判断不一致”。孙海波:《疑难案件裁判的中国特点:经验与实证》,载《东方法学》2017 年第 4 期,第 54 页,区分了六种疑难案件。

<sup>[106]</sup> Lobinger (Fn. 1), 41 f.; 中文文献论述参见雷磊:《法教义学的基本立场》,载《中外法学》2015 年第 1 期,第 203 页。

<sup>[107]</sup> Bumke (Fn. 2), 113 ff., 认为法学方法论的客体是法律解释与适用以及法律续造的基础与限制,但法教义学的内容不限于此,因为方法论并没有说明法律概念是如何产生的。他同样认为法学方法的特色在于法律论证,法律论证中使用法律解释方法,还会使用后果考量、比较法工具,但法教义学不仅仅包括法律论证。

<sup>[108]</sup> Lennartz(Fn. 2), 134 f., 181.

<sup>[109]</sup> Lennartz(Fn. 2), 181.

<sup>[110]</sup> Lennartz (Fn. 2), 114.

<sup>[111]</sup> Jansen (Fn. 1), 641 f.

具体而言,教义学是法律解释的框架,在法律解释的过程中会产生概念,但概念的产生未必是解释的结果,因为有一些概念在法律规范中并未出现,比如行政行为的概念就是奥托·迈耶从法国法引入的,交易基础的理论及主观公法权利最初也只是以学说形式存在的。Lennartz 的核心观点是建议重新启用“建构”(Konstruktion)这一名词来描绘新概念生成的现象。<sup>[112]</sup>历史上,耶林曾经把“建构”看成高层次法学(höhere Jurisprudenz),把“解释”看成低层次法学(niedere Jurisprudenz),但随着19世纪法典化运动使得罗马法作为法源的作用消失、取而代之的是制定法、众多学者对概念法学的批判,建构一词从方法论中消失了,方法论就只剩下法解释学了,这种理解在Lennartz看来必然导致把所有与法律规范相关的工作都定性为解释<sup>[113]</sup>,否则无法全面概括法学工作。<sup>[114]</sup>

二、法学方法与教义学之间的关系。Lennartz 所提出的问题是,为什么德国法学方法论对于法学研究的根本工作,即法律技术性概念如上述行政行为、主观公法权利是如何形成的,保持沉默。他给出答案是因为“建构”这一工作在19世纪陷入了危机。<sup>[115]</sup>他认为法律概念与制度的集合构成了法教义学,而产生法律概念方式的过程就是法教义学,这个过程使用的方法就是法学方法,也就是与法源相关的解释与建构技术。<sup>[116]</sup>一直以来,因为德国把法教义学与狭义法学等同,相应地把法学方法也与法教义学方法等同,法学研究与法律适用方法也不做区分。<sup>[117]</sup>但法学方法论本应是法教义学的理论,能够满足社会对司法实践的期待。<sup>[118]</sup>Lennartz 反复强调法教义学是分法律部门的,因此部门法教义学的内容不同,而方法就是运用法律概念,所以不同部门法方法也有所不同,但具有上文所指出的相同之处。<sup>[119]</sup>比如德国民法通常使用的就是案例群与请求权基础方法,在必要时借助一般条款与法律规范外的理论,而行政法主要运用一些特定概念如行政行为来概括各种国家行为,刑法特别注重概念的明确性,使用的是三阶层的分析方法,宪法虽然也是用三阶段框架方法(保护范围、侵害、限制),但并不注重概念的准确性,而是需要在比例原则框架内通过利益衡量来解决纠纷。<sup>[120]</sup>

[112] Lennartz (Fn. 2), 136 f., 177 f.

[113] Lennartz (Fn. 2), 18 f., 27 ff., 40.

[114] Jansen (Fn. 1), 636, 不认同这一看法,他认为建构并未一直受到批评,而且建构陷入危机是因为罗马法对其目的反思不足而至;在中文文献中,车浩(《理解当代中国刑法教义学》,载《中外法学》2017年第6期,第1409页)指明了超越法条创造规范之外的概念与理论就是法教义学不同于法解释学之处;相同观点参见前注100,王夏昊文,第80页;凌斌(《什么是法教义学:一个法哲学的追问》,载《中外法学》2015年第1期,第235页)认为“法教义学和法解释学的基本差别,就在于对司法案例的不同立场和方法”,法解释学是立法中心主义,法教义学是司法中心主义。

[115] Lennartz (Fn. 2), 27 ff.

[116] Lennartz (Fn. 2), 182., „Methodenlehre ist im Ergebnis die Technik des Rechtsquellenbezuges durch Interpretation und Konstruktion“.

[117] Bumke (Fn. 2), 35 Fn. 138 认为法教义学对于司法实践的关注,导致越来越难区分法学研究的方法与法律适用的方法。

[118] Lennartz (Fn. 2), 2.

[119] Lennartz (Fn. 2), 8 ff., 172 f.; Bumke (Fn. 2), 108 ff., 同样区分民法与公法的方法,但在Jansen (Fn. 1), 645, 看来这种区分是站不住脚的,因为民法、公法教义学使用的都是概念。

[120] Lennartz (Fn. 2), 155 f.; 对于三阶段框架,参见张翔:《宪法教义学初阶》,载《中外法学》2013年第5期,第925页。



Lennartz 回答了这样一个中国读者也可能有的问题:什么时候我们说某种看法是符合教义学的(dogmatisch)?什么时候某种看法是不符合教义学的(undogmatisch)?他认为判断标准为是否与已有教义学体系相一致。<sup>[121]</sup>至于什么是好的教义学,Marietta Auer 认为是理论的可检验性、融贯性与深入的论证<sup>[122]</sup>。

与之相反的,Sahm 认为法教义学与法学方法的区别在于,方法论所形成的是抽象表述,而法教义学的表述是与特定法规或特定法秩序的法律紧密联系的,因而不能轻易地适用于他国法律、其他法规<sup>[123]</sup>,这与中国学者所主张的“法教义学知识有国界,而法教义学的方法无国界”实属异曲同工。

三、法学方法与法学科学性问题。Lennartz 认为二者总是紧密相连,因为方法论必须解决法律的偶然性与法学认知的确定性问题(Erkenntnissicherheit)之间的矛盾。<sup>[124]</sup>经过百年来的讨论,尽管对法律认知的确定性有所下降,但“法学方法仍然被理解为解释与涵摄以及对问题描述的总和,如案件事实的构造、法官价值判断的必要性”,这一点可以体现在德国关于法学方法论的文献有两类,一类是拉伦茨类的教科书,另外一类是对方法论特征与缺点的描述,在后者中方法论似乎永远处于一种危机状态,这是因为一方面,方法论的争论实际是法学对时代精神以及对社会、人文科学发展的滞后性反思,另外一方面是德国方法论的讨论经常不对方法论的描述性维度(法律人怎么思考问题?)与规范性维度(法律人应该怎么思考问题?)进行区分,这使得方法的实践与方法的理论无法同步。<sup>[125]</sup> Lennartz 提出不应从错误的现实主义出发寻找法官头脑中到底是如何得出裁判结论的,因为这样就会发现法律解释的不确定性,而应关注社会对司法实践的期待,即方法的应然状态或是所谓的规范性方法论,也就是展现给当事人与公众最终的判决书,说理应该符合社会对司法判决的正当性要求。<sup>[126]</sup>

## (二) 其他观点

法学的科学属性是否以拥有特定方法为前提?就此德国学者还有争议。<sup>[127]</sup>汉堡博锐思法学院教授 Thilo Kuntz 指出作为学科,德国法学并没有研究方法,德国法学方法实际上是法

[121] Lennartz (Fn. 2), 170 f.

[122] Auer (Fn. 38), 522.

[123] Sahm (Fn. 1), 40.

[124] Lennartz (Fn. 2), 58.

[125] Lennartz (Fn. 2), 58, 11, 62, 指出从历史上看,之所以认为法学需要自己的方法论是在 19 世纪受自然科学的影响;在第 63 页,作者指出拉伦茨方法论教科书在实践中具有权威性,但在学术讨论中处于边缘地位,而在学术讨论中最重要的学者 Friedrich Müller,其作品在实践中几乎毫无影响。

[126] Lennartz (Fn. 2), 80 ff., 181;中文文献参见前注 101,葛云松文,第 132 页。葛云松指出:“争论思考的先后顺序,实际上是没有意义的。找法过程是一个非常复杂的程序,每个人的心理过程未必相同,也不必强求一致。”似乎表明方法论关注的不应是找法的阶段,而是结论论证的阶段;熊丙万:《法律的形式与功能——以“知假买假”案为分析范例》,载《中外法学》2017 年第 2 期,第 323 页,对此也有论述:“即便法官认为理想的制度选择方案,有可能因立法者在法律文本中设定的硬性约束而无法获得充分的形式化正当依据。这也反过来形成一种对功能性作业的制衡。”

[127] Lennartz (Fn. 2), 11, 认为特定方法并非前提,一个学科的科学性也可以表现为一个机制性有保障的就特定主题群的讨论;Zimmermann, Juristische Methodenlehre in Deutschland, RabelsZ 83, 242; Auer (Fn. 38), 516, 持相反看法。

学界为法律实践提供的方法(即法律方法),这也体现在德国法学专著没有方法论部分,因为法学研究的方法似乎是不言自明的。<sup>[128]</sup> 根据他的观点,在德国学术界存在二种对于法学方法的想法,一种为纯粹法学派方法,认为是法学有自己的特色,但纯粹法学派的方法过于狭窄,另外一种看法认为法学是方法多元的,没有自己独特的方法。<sup>[129]</sup> Kuntz的结论是,不应该以方法来划定什么是法学,而应该从科学社会学的角度来推导出法学的特色,因此法学的特色在于法学领域的感知、评价、行为方式的不同,比如国家司法考试的重要意义就区分了法学与其他学科。<sup>[130]</sup>

### 三、比较法与法律史视角的法教义学与方法论

上文提到,最近五年法教义学讨论中一个突出的特点是比较法视角。借鉴其他国家的法学模式,更容易了解德国法学的特点及成因。此外,在这些反思中,学者们纷纷尝试从传统中汲取力量,但 Nils Jansen 指出无论是萨维尼还是耶林都不能为 21 世纪的讨论提供可行的解决办法,限于篇幅对此方面的研究这里不再详述。<sup>[131]</sup>

#### (一) 法国法学

康斯坦茨大学法学教授 Christoph Schönberger 所选取的比较对象是与德国同属大陆法系的法国公法学。他所得出的结论有如下几点:1. 在法国的体系中,学术界传统上不具有太多法律塑造功能,法国的公法学扮演的是一种局外人角色,其角色是观察与评论。<sup>[132]</sup> 2. 法国终审法院的判决通常非常简短,只有其法院的法官才真正可以完全理解,所以也不可能对司法判决进行详细的分析与体系化。<sup>[133]</sup> 3. 法国没有法律职业共同体,不同职业群体间缺乏对话。<sup>[134]</sup> 简言之,法国的行政法是法院判决的产物,而德国行政法则是学术的产物。<sup>[135]</sup> Schönberger 认为导致这一情况出现的原因在于:1. 德国帝国法院在成立初期并不具备法国同类机构所具有的威信,为了赢得威信,德国帝国法院形成了一种与学术风格靠拢的说理风格。<sup>[136]</sup> 2. 在帝国时期与魏玛共和国时期,德国在公法领域,无论是宪法还是行政法都不存在大规模法典化运动,也不存在最高的审判机关或审判机关权限很小,这种立法的滞后使得公

[128] Kuntz, Auf der Suche nach einem Proprium der Rechtswissenschaft — Sinn und Unsinn des Bemühens um disziplinäre Identität, AcP 2019, 255, 269.

[129] Kuntz (Fn. 128), 259—260.

[130] Kuntz (Fn. 128), 277—299.

[131] Jansen (Fn. 1), 652; 除了 Bumke 与 Lennartz 的专著,卡纳里斯贺寿文集中很多文章也都或多或少以 19 世纪德国法学为例对法教义学进行阐述,这可能是当时教义学更为纯粹,更具有科学性。

[132] Schönberger (Fn. 2), 18.

[133] Schönberger (Fn. 2), 17, 39, Fn. 94.

[134] Schönberger (Fn. 2), 41, Fn. 98.

[135] Schönberger (Fn. 2), 23, Fn. 48.

[136] Schönberger (Fn. 2), 24, Fn. 49.

法学教授们直至魏玛共和国时期都还拥有很大的发挥空间。<sup>[137]</sup> 虽然在 20 世纪 70 年代,德国曾经密集地讨论过法学与相邻学科的关系,<sup>[138]</sup> 当时比较法学者 Konrad Zweigert 提出法官要作为社会工程师,但这并没有导致学术范式的变化,也没有导致法院判决说理风格的变化。<sup>[139]</sup> Schönberger 认为德国法教义学的特色不是实践取向,而是法院判决的学术化,而恰恰这一点是法国法所缺乏的。<sup>[140]</sup> 哥廷根大学退休法学教授 Christian Starck 对上述一些观点抱有怀疑,他认为法国宪法学学者在 80 年代就有向德国靠拢的迹象。<sup>[141]</sup>

## (二) 美国法学、南欧法学

现任马普刑法研究所所长的 Tatjana Hörnle 选取美国与南欧国家进行初步的比较。她认为美国之所以没有刑法教义学,是因为美国 52 个州的刑法各不相同,学者没有统一适用的规范可供教义学研究。<sup>[142]</sup> 至于在南欧,因为高校教师工资过低,学者们必须兼职赚钱,所以没有精力进行法教义学研究。<sup>[143]</sup> 当然,这些都是该学者的一家之言,所提及的方面是否构成这些国家没有出现教义学的根本原因,也有待进一步考察。维尔茨堡大学法学教授 Eric Hilgendorf 指出美国法学为其法教义学的凋零付出了巨大的代价:法学学术成果对于美国司法实践几乎不发挥任何作用,特别在刑法领域,刑事公诉、刑事法院的活动、刑事政策中都看不到学术界影响的影子,学术界的批评功能丧失殆尽。<sup>[144]</sup> Oliver Lepsius 认为在意大利等南欧国家提到教义学所指代的仅是学术观点,而不是德国法意义上的学术与实践的共同讨论文化,但他的结论却与 Eric Hilgendorf 相反,他认为德国法教义学太独特了,不具备输出到其他国家以及与其他国家对话的功能,因而不具备在欧洲的生存能力。<sup>[145]</sup>

Thilo Kuntz 从科学社会学的角度分析了德国与美国对教义学态度的不同。<sup>[146]</sup> 他认为德国国家司法考试分数的重要性以及案例分析的考试形式,导致对法律专业能力的判断只取决于对现行法教义学的了解程度,也导致大量学生对与考试无关的内容漠不关心。此外,德国候补文官实习阶段的培训进一步强化了对案例分析导向与实践的重视,而且德国法学教授都必须承担法学核心课程,无法形成自己的教学特色。在德国,法学学术界的职业发展取决于学者的教义学水平,这一点在民法、刑法界尤为如此,公法相对开放一些。美国法学学术生涯取决于学者所毕业的法学院,而向外输出教师最多的四所顶尖法学院——耶鲁、哈佛、斯坦福、芝加哥法学院更倾向对法政策的关注。此外,美国有志学术的法学院毕业生都是在其他

[137] Schönberger (Fn. 2), 25, 26.

[138] Bumke (Fn. 2), 38.

[139] Schönberger (Fn. 2), 34; Bumke (Fn. 2), 38, Fn. 152.

[140] Schönberger (Fn. 2), 40.

[141] Starck, AöR 2018, 324.

[142] Hörnle (Fn. 6), 203; 对于美国民法无教义学的原因 Wagner, *Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse*, in: Auer/Grigoleit/Hager (Hrsg.), FS Canaris, 2017, 283, 作出了同样解读。

[143] Hörnle (Fn. 6), 205.

[144] Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Fn. 4), 5.

[145] Lepsius (Fn. 20), 87.

[146] Kuntz (Fn. 128), 278 ff.

专业攻读博士,一旦博士学业结束回到法学院工作时,必然就把其博士专业的方法带到法学研究中,这直接削弱了教义学工作的价值。德国学者经过在大学与文官实习期间的训练,写作风格类似,而且即便阅读其他方法的法学研究成果,也仍然以教义学的视角来理解。德国教义学传统导致要求跨学科研究也要为解决具体法律问题提供答案。德国期刊对实用性的要求与对销量的重视使得跨学科的文章很难发表,一般只能发表在纯学术的刊物上。这类文章与以外文发表的文章很难被法律评注所吸纳,因而对学者来说吸引力也有限。

值得注意的是,美国近期也出现了对法教义学价值重新检视的举动,<sup>[147]</sup>尽管相关讨论仍然肯定了美国没有“法律科学”(science of law),只有“关于法律的科学”(science about law),但为了理解法律需要平衡教义学与非教义学考量的认识,可以称为一种“新教义学主义”(New Doctrinalism)。<sup>[148]</sup>

### (三) 英国法学

根据 Flohr 的研究《法教义学在英国》,<sup>[149]</sup>英国民法学自 20 世纪 90 年代出现了某种意义上的教义学转向,英国英年早逝的民法权威、牛津大学教授 Peter Birks(1941—2004)以及他的学生、一些其他年轻学者逐渐开始试图通过分类学的方法对不当得利法与侵权法领域进行梳理,并构建基础概念与民法原则,此外也出现了类似于请求权基础分析(right-based analysis of private law)与法解释主义(interpretivism)等研究方法。Flohr 认为法教义学过去在英国影响有限的原因可以从英国民族特色、思维方式以及立法、司法与法学界运行机制等因素中寻找,但最重要的一点无疑是英国判例法的传统造成法律条文缺失,法院判决强调个案公正、注重事实问题胜于法律问题也使得法律体系化难以进行,法教义学工作完全是无米之炊。<sup>[150]</sup>此外,学者在法律发展中不同的作用也决定了法律体系化发展的程度,在英国历史上直到维多利亚时代为止法官都是法律发展的主导力量,英国大学 19 世纪中期才开始教授英国法,在 20 个世纪 60 年代英国法学学者数量才持续增加,研究水平有明显上升,特别刚刚开始学术生涯的年轻一代学者自认已经与法官平起平坐,甚至在智识上胜过后者,他们也不满足于把判例作为研究对象,更多关注民法哲学问题。<sup>[151]</sup>青年学者在研究时注重概念的明确性与论证的逻辑正确性已经成为一种新习惯,近些年新出版的专著与教科书结构上都具有严格的体系性,以往那种松散汇编短文的写作方式越来越被鄙视,此外,英国的法官也开始重视学术研究成果。<sup>[152]</sup>这种转向使得英国民法学呈现出向德国法靠拢的迹象,但同时 Flohr 认为这种转向是一种基于英国法学特色的自主转变,从这种变化的结果来看可以将其称为一

[147] 美国《宾夕法尼亚大学法律评论》(University of Pennsylvania Law Review)2015 年第 7 期的主题是法教义学(Legal Doctrine)。

[148] Balganesch, The Constraint of Legal Doctrine, University of Pennsylvania Law Review 2015, 1857.

[149] Flohr (Fn. 2), 20 ff., 203, 239.

[150] Flohr (Fn. 2), 101 ff., 135 ff.

[151] Flohr (Fn. 2), 149 ff., 239 f.

[152] Flohr (Fn. 2), 163, 154 f.

种“Transformation in Differenz”(异质性转型)。<sup>[153]</sup> 但有学者认为 Flohr 的说法多少有些夸张,英国目前实际上既没有德国式的教义学也没有德国式的方法论。<sup>[154]</sup>

#### (四) 法学教育的作用

正如 Schönberger 在其《“德国进路”:学术比较中的德国国家法学》一文中所指出的那样,德国式法教义学的产生是需要很多前提条件,其中的一个就是统一的法学教育和随之而来的法律职业共同体的形成。<sup>[155]</sup> 他认为,在法国,不同法律职业的群体培养途径不同,彼此之间互动很少,而且经常互相鄙视,所以不可能形成德国式法教义学。<sup>[156]</sup>

Hörnle 就这一问题把德国与美国的法学教育进行了对比,她认为德国国家司法考试的设置由每个联邦州决定,但德国法律大多为联邦法律,所以考试内容大体相同,而且德国教科书内容安排合理也适合于德国法律系学生学习法教义学。<sup>[157]</sup> 在美国,每个联邦州的法律不同,法学院毕业生工作地点不同,所以法学院不重视对法律规范的传授,学生对于规范采取一种冷淡、游戏式的解构态度。而德国的法学教育是让学生从一开始就把自己设想为一个法律适用者,肩负着在具体案件中得出一个公正的结果的责任。<sup>[158]</sup>

## 四、法教义学与跨学科:现状反思与未来畅想

### (一) 现状与反思

目前德国法学研究仍然以教义学为主,这种主导地位也许会使人有这样的错觉,认为在文章标题中使用“教义学研究”一词在德国应该比较少见,事实并不如此,2016年10月至2017年10月的一年间,德国法学博士论文与教授资格论文中以“教义学研究”为标题的就多达300多个。<sup>[159]</sup> 如前所述,法学跨学科研究的意义近些年来在德国逐渐得到肯定,但德国目前是否有真正的跨学科研究?

#### 1. 私法领域

在私法领域法律经济分析方法已经被基本认可<sup>[160]</sup>,很多教授资格论文都会涉猎该方法,

[153] Flohr (Fn. 2), 295.

[154] Graziadei, Not on the Other Side of the Channel I, Rechtsgeschichte 2019 (27), 362; Danne-mann, Juristische Methodenlehre in England, RabelsZ 2019, 330-331.

[155] Schönberger (Fn. 2), 11 f. 41.

[156] Schönberger (Fn. 2), 11 f.41.

[157] Hörnle (Fn. 6), 206; 早在1993年, Reimann 在其专著“Historische Schule und Common Law”, 第282页,就已经指出美国法律不统一是无法产生教义学的一个重要原因。

[158] Hörnle (Fn. 6), 206,207.

[159] Sahn (Fn. 1), 14.

[160] Kuntz (Fn. 128), 289,却指出德国知名学者中不乏有人认为从事跨学科研究的学者都是法教义学能力不足。

欧盟立法也有采取经济分析的取向,因此德国洪堡大学教授 *Gerald Wagner* 认为法律经济分析不仅仅适用于经济法领域,而是同样适用于传统民法领域,并对法律经济分析在德国的继受史进行了总结<sup>[161]</sup>。他指出,民法受到公法与社会法的挤压,同时受到立法、宪法化与欧洲法律统一更多的影响,导致民法中意思自治与合同自由很大程度上已经不复存在。<sup>[162]</sup>就这三方面因素,他各举例说明,比如在涉及消费者的领域,欧盟法律规定已经把合同自由限制到企业方只能决定卖什么、卖多少钱,其他的合同内容已经都不是他所能左右的了。<sup>[163]</sup>而德国联邦宪法法院也有一些介入民法的判决,干扰了民法教义学体系。比如根据联邦宪法法院1979年的一个裁决(BVerfGE 52, 214, 221),房屋租赁合同解除后,如果承租人拒绝搬迁,并以自杀相要挟,那么法院必须考虑该自杀风险是否真实存在,必要时必须停止强制执行程序,理由是搬迁对承租人所拥有的宪法权利——生命健康权可能构成严重侵害。这样就导致承租人无论是否有精神疾病,都可能会以自杀相要挟,导致执行无法进行,对于自杀风险的判断成了一个法院需要处理的一般情形,而法院也承认在多数时候根本无法准确判断承租人的自杀是真实的还是假装的。<sup>[164]</sup>这导致曾经出现出租人出于无奈,也同样主张如果承租人不搬,他就会自杀,最后法院的工作居然成了要判断哪一方自杀风险更大(BGH NZM 2016, 654)。Gerald Wagner 认为法院承认义务人的自杀要挟作为中止执行的理由,实际上就是使得义务人获得法律外的额外利益,而这显然与民法教义学体系不符。

Gerald Wagner 最后得出的结论是,法教义学的任务是把现行法整合、发展为一个内部无矛盾的体系,但在民法体系已经分崩离析的当今,德国民法只能向美国学习,无须再特别关注规范,而应更多关注法律原则。<sup>[165]</sup>而效率就是一种法律原则,这一原则构成了经济学的知识输入到法学的入口。<sup>[166]</sup>Nils Jansen 同样建议法教义学要从现行法与法院个案判例中解放出来,更多关注建构可能性与裁判选项等全局性问题,未来法学教授的角色不是对法院判决进行系统化,法院的角色也不是确认教授们的学术观点,教授的任务是发展教义学的制度、范畴、思维形式还有培养学生,简言之欧洲法学的定位应该回到中世纪博洛尼亚时代。<sup>[167]</sup>Lobinger 则反对上述两种看法,认为宪法与欧洲法对于民法的侵蚀并不必然导致传统法教义学的衰落,对于同样属于宪法权利的民事权利,其内容的具体化与发展仍然是民法教义学的任务,而欧洲法的介入只是要求在从事教义学工作时考虑相关规定,而且也可以对欧洲民法进行教义学化。<sup>[168]</sup>

德国洪堡大学教授 Lars Klöhn 指出,法律经济分析是法律现实主义的产物,法律现实主义认为裁判是一种论证,说理是为了让人了解法院裁判的考量,而教义学恰恰相反,是为了掩

[161] Wagner (Fn. 37), 165 f.; Wagner (Fn. 142), 284 ff., 289, 同时指出在德国法律评注与法院判决中法律经济分析完全被忽视。

[162] Wagner (Fn. 37), 70.

[163] Wagner (Fn. 37), 106.

[164] Wagner (Fn. 37), 123.

[165] Wagner (Fn. 37), 181.

[166] Wagner (Fn. 142), 313-318.

[167] Jansen (Fn. 2), 57 ff.

[168] Lobinger (Fn. 1), 69, 105-106.

盖这种考量。<sup>[169]</sup> 即便从德国视角看来,经济学认识不过是对常识的另一种表述,但其为解决法律问题仍然可以发挥三个作用:简化、明朗化、深化,其中的明朗化就是把法律问题转化成法律效应问题,进而把法律人思维的一些隐形前提显性化。<sup>[170]</sup> Klöhn 以人合公司为例分析法律经济分析是否能对“确定性原则”(Bestimmungsgrundsatz)与“核心领域说”(Kernbereichslehre)这两个教义学争议问题作出独到的贡献,他用来佐证其观点的文献虽然亦有德国本土作品,但其主体部分仍然是美国学者的研究成果,这与人合公司总体缺乏关注相关,<sup>[171]</sup>但也显示了即便在法律经济分析适用广泛的德国公司法领域,学术产出也远远不足。

此外,新近德国民法学界也出现了以问卷调查来进行合同解释的实证研究<sup>[172]</sup>以及量化法学研究<sup>[173]</sup>,这里的循证方法(evidenzbasierte Methodik)包括四个步骤:问题的描述、对过去研究的检索、对现有研究的评价、对研究结构的处理。<sup>[174]</sup> 相关学者认为这种实证研究未来发展前景,取决于法学方法论在多大程度上能够考虑实证数据,法学教育中是否可以融入实证方法的系统训练。<sup>[175]</sup> Walter Bayer 把法律事实研究不再看成是对法教义学的补充,而是法教义学的一部分,<sup>[176]</sup>Katja Langenbucher 提出没有教义学,没有规范内部的统一与秩序,也无法使用其他学科方法,无论对于实证方法所研究问题的确定,还是把结果用于规范中时,都需要法律的体系性。<sup>[177]</sup>

## 2. 公法领域

在公法领域学者们的答案是否定的。Oliver Lepsius 认为,社会科学对于德国公法学来说还是基本上不发挥作用的,绝大多数学者还是反对新的思维方式。<sup>[178]</sup> Schönberger 认为,德国公法中对于新方法、新视角的开放态度只是光说不做。<sup>[179]</sup> 还有观点认为德国所谓的跨学科研究顶多就是多个学科视角的叠加。<sup>[180]</sup> 例如,德国绝大多数国家学文献都是多学科分析,但是这种多学科是属于学科混杂,就像是用多个国家的语言中各挑出一个词组成一句话,

<sup>[169]</sup> Klöhn, Minderheitenschutz im Personengesellschaftsrecht, Rechtsökonomische Grundlagen und Perspektiven, AcP 2016, 282.

<sup>[170]</sup> Klöhn (Fn. 169), 283.

<sup>[171]</sup> Klöhn (Fn. 169), 283.

<sup>[172]</sup> Stöhr, Die Bestimmung der Transparenz im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Ein Plädoyer für eine empirische Herangehensweise, AcP 2016, 558.

<sup>[173]</sup> Coupette/Fleckner, Quantitative Rechtswissenschaft, JZ 2018, 379 ff.

<sup>[174]</sup> Hamann/Hoeft, Die empirische Herangehensweise im Zivilrecht. Lebensnähe und Methodenehrlichkeit für die juristische Analytik?, AcP 2017, 318.

<sup>[175]</sup> Hamann/Hoeft (Fn. 174), 336.

<sup>[176]</sup> Bayer, Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung, in: Auer/Grigoleit/Hager (Hrsg.), FS Canaris, 2017, 320.

<sup>[177]</sup> Langenbucher (Fn. 1), 240.

<sup>[178]</sup> Lepsius (Fn. 20), 56, 60.

<sup>[179]</sup> Schönberger (Fn. 2), 45 f.

<sup>[180]</sup> Gutmann (Fn. 69), 112.

让人不知所云<sup>[181]</sup>(即所谓的“方法杂糅主义”<sup>[182]</sup>)。国家学的教科书一般就是把社会科学的研究成果和宪法学的关键概念,重复总结归纳到一起,国家学实际上仅是为法律系学生提供社会科学入门。<sup>[183]</sup> 国家学的研究成果,因为不符合社会科学方法的规范性,既不为社会科学学者所认同,也不在他们的视野之内,因此国家学并不是真正的多学科对话,正相反,国家学实际上导致了法学的脱节,它制造了一种假象让人觉得其研究成果可能对非法学专业人士有意义,但实际上并不如此。<sup>[184]</sup> 这样的跨学科只是法学圈内部的跨学科,针对的对象还是法学界的学者。Lepsius把这种现象称为法学对外封闭、对内开放,实现的并不是学科分工,而是只把其他学科的方法简单地融合到对现行法讨论的理论之中,其所提出的跨学科命题并不能够经受其他学科的检验。<sup>[185]</sup> Schönberger把其定义为德国法学的内向性(Introvertiertheit)。<sup>[186]</sup>

但同时,在公法领域似乎对教义学的质疑更多一些。<sup>[187]</sup> 这是因为:1. 直到20世纪70年代,德国国家法学才将自己的作业方式明确定义为一种法教义学的方式,其背景是在70年代,对于法社会学与法理论以及法学与社会科学之间关系的讨论,使得通过将国家法学定义为教义学即可以论证其科学属性。<sup>[188]</sup> 2. 有学者认为国家法学与基本权利教义学领域,在多年前就已经开始跨学科研究,这一方面使得研究增加了新的视角与话题,但同时也导致联邦宪法法院对于学理关注的下降,<sup>[189]</sup> Bernhardt Schlink早在1989年就在《被罢黜皇权的国家法学》中认为德国国家法学已经风光不再。<sup>[190]</sup> 为了寻求慰藉,德国国家法学在上个世纪90年代更多的是与自己对话,比如以学术研究为中心的对学科发展总结,对学者生平、学者肖像、学科特点的关注,以及寻找法学理论。<sup>[191]</sup> 3. 部分学者认为学术法的时代已经一去不复返,法教义学只有在德国本土的法律中才能够继续发展,而在欧盟的法院,判决风格是法国式的,德国法教义学式的司法与实践对话不可能发生,因此只有增加纯理论或是实证研究,通过比较法为欧盟与国际法的发展提供新的理念,这当然也会导致法学对于司法判决的影响下

[181] Jakab, Staatslehre-Eine deutsche Kuriosität, in: Schönberger (Hrsg.), Der „German Approach“, 93.

[182] 张翔:《走出“方法论的杂糅主义”——读耶利内克〈主观公法权利体系〉》,载《中国法律评论》2014年第1期,第206页。

[183] Jakab (Fn. 181), 93 ff.

[184] Jakab (Fn. 181), 94.

[185] Lepsius (Fn. 20), 72.

[186] Schönberger (Fn. 2), 42.

[187] Lepsius (Fn. 20), 64, 在德国公法被视为一个学科是独特的,其他国家行政法一般与宪法相分离。

[188] Schönberger (Fn. 2), 38 f.; 在此之前德国国家法学的教义学传统已经建立,参见李忠夏:《宪法的教义化——德国国家法学方法论的发展》,载《法学家》2009年第5期,第46页及以下;前注120,张翔文,第920页及以下。

[189] Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Fn. 2), 2.

[190] Schlink, Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 1989, 161 ff.

[191] Schönberger (Fn. 2), 44.



降,但这是必须要承受的代价。<sup>[192]</sup> 纵观这些年德国公法学界的讨论,研究实践导向导致理论生成不足在一定程度上困扰着德国法学。<sup>[193]</sup> 德国公法领域近年来出现了三个发展动向,<sup>[194]</sup> 即第一,以信息、沟通、知识等范畴来取代一些过时的教义学理念如行政行为形式导向或严格法律拘束观念;第二,把教义学明确定位为一种描述性理解科学(Verstehenswissenschaft),以确保其任务只是查明为文本所确定的实在法内容;第三,新行政科学的提出,也与增加理论研究的想法相符。

波恩大学法学教授 Klaus Ferdinand Gärditz 指出,如何把宏大理论(Großtheorie)从法理论、法哲学领域引入行政法教义学还是一个没有解决的问题,不是说法律人引用了卢曼就能变成兼职社会学学者<sup>[195]</sup>。社会科学学者不是为法学服务,他们研究的对象并不以法学界的兴趣为转移,导致法学所需要的研究成果他们不一定会提供,德国行政法只是偶尔参考经济学的知识,在行政法律适用过程中社会学知识根本不发挥作用,而这两个学科是德国行政法学界建议关注的重点;对实践真正有意义的自然科学与技术知识,如在环境法、规划法、技术法、经济管理法领域,却没有进入行政法学的视野。<sup>[196]</sup> 所谓的跨学科实际上异变为有选择性地援引其他学科的论据来支持自己的法学立场,因此与其装作什么讨论都能参与,还不如承认学科能力是有边界的。<sup>[197]</sup>

### 3. 刑法领域

在刑法领域,Hörnle 认为从事多学科研究的前提更为充分,其原因是刑法条文没有公法与民法那么多,能够从事基础学科研究的力量更为充分,而且德国大学刑法教席中约有 30 多个包括了法哲学与法理论,加之刑事判决对于涉法个体影响比较大,更需要从其他学科角度论证其合法性。<sup>[198]</sup> 德国民法、公法的学者通常认为刑法已经被过度研究了,没有什么可以值得研究的问题了。<sup>[199]</sup> 有刑法学者自己也认为刑法连边缘问题的研究都已经无法再继续深入了。<sup>[200]</sup> 但 Hörnle 反驳说国家司法考试涉及的内容,在大学的课堂里讲授的比较多、相应研究也比较多,而不考的内容,研究关注程度低,比如毒品犯罪、性犯罪以及量刑问题。<sup>[201]</sup>

### 4. 法理学

Thilo Kuntz 从理论层面论证了多学科研究方法的必要性。他认为传统上把法学等同于法教义学并将其研究对象局限为现行法的做法过于狭窄,应该关注德国法学界出现的一种新

[192] Schönberger (Fn. 2), 47 ff.

[193] Kuntz (Fn. 128), 255.

[194] Bumke(Fn. 2), 49 f.

[195] Gräditz, Die „Neue Verwaltungswissenschaft“—Alter Wein in neuen Schläuchen?, Verw-Beiheft 2017, 133 ff.

[196] Gräditz (Fn. 195), 135, 138 f.

[197] Gräditz (Fn. 195), 139,认为这种现象可以用 Sokal/Bricmont 所著《时髦的废话:后现代知识分子对科学的滥用》的书名来描绘。

[198] Hörnle (Fn. 6), 196.

[199] Hörnle (Fn. 6), 208.

[200] Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Fn. 2), 3.

[201] Hörnle (Fn. 6), 208; 就量刑问题参见江溯:《无需量刑指南:德国量刑制度的经验与启示》,载《法律科学》2015 年第 4 期。

型极端研究进路“行为法制”(performativ Rechtserzeugung),即把法定义为法官在实践中所创制的法。<sup>[202]</sup> 这种模式一方面延续了法律现实主义的传统,另一方面与凯尔森关于法律解释、法律适用与法律规范创制密切相连。<sup>[203]</sup> Kuntz 主张法学不应只是法教义学,关注对象不应只是现存法,也应包括未来法,立法更应值得法学关注,不应完全留给法学以外学科如经济学来主导。<sup>[204]</sup> Kuntz 认为我们一般所理解的现行法是不存在的,个案中现行法是什么只有通过法官作出的判决才能确定,现行法是稍纵即逝(flüchtig)的,因此现行法作为法律规范在适用中得以创造,法律解释创制了被解释的对象。<sup>[205]</sup> 法律规范只存在于两种状态,其或在过去已经被创制,或者有待未来创制,而不存在所谓“现在”这一状态,因此必然要否定以现行法作为法学研究对象,学者对于法律解释的建议只是为法官创制法律提供建议,所以法学是法律创制的科学(Rechtssetzungswissenschaft),是一种现实科学(Realwissenschaft),法学内部的学科是多样的,所以使用的方法也应该是多元的。<sup>[206]</sup> Marietta Auer 却指出,德国法学界所倡导的加强基础学科、跨学科与国际化只是说说而已,既没有导致相应教席的设立,也没增加科研资金投入。<sup>[207]</sup>

## (二) 未来畅想

### 1. 激进观点

如果要实现真正的跨学科,就必须改变法学界单打独斗的研究方式,与其他专业的学者形成群体,进行合作研究,<sup>[208]</sup>而且必须要放弃法言法语,这样才能让其他学科学者与法学学者交流,这也就意味着必须背弃法教义学。<sup>[209]</sup>但目前德国法学学者无论专职什么学科,都把教义学工作作为本职,<sup>[210]</sup>但在 Oliver Lepsius 看来,保持德国法学的教义学特色本身并不是一个值得追求的目标。法学如果想成为一门与实践对应的科学,并且是一个多学科的专业,仅靠教义学本身进一步发展及改善是不可能的,必须放弃教义学的中心地位,把教义学的工作交给实务界人士来完成。<sup>[211]</sup>考虑到德国国家法学在 70 年代开始才逐渐形成教义学传

---

[202] Kuntz, Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung; Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit von Dogmatik, AcP 2016, 867., „Recht [ist] das, was der Richter in der Praxis zu Recht macht.“ Lennatz (Fn. 2), 93, 认为这种观点没有认识到法律的效力并非只有在法官适用时才发挥作用,合同之所以被履行,盗窃之所以没有发生,都可能是因为法律规范效力的存在。

[203] Kuntz (Fn. 202), 868; 实际上,卡多佐早在 1921 年出版的《司法过程的本质》一书第 126 页中就指出:“Law never is, but is always about to be. It is realized only when embodied in a judgment, and in being realized, expires.”

[204] Kuntz (Fn. 202), 872; Bumke (Fn. 2), 103 ff., 同样主张法教义学应该关心立法。中文文献中类似观点:雷磊:《法教义学能为立法贡献什么?》,载《现代法学》2018 年第 2 期;张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,载《环球法律评论》2019 年第 2 期,第 17 页及以下。

[205] Kuntz (Fn. 202), 873—876.

[206] Kuntz (Fn. 202), 907—910.

[207] Auer (Fn. 2), 8 f.

[208] Gutmann (Fn. 69), 114.

[209] Lepsius (Fn. 20), 73.

[210] Jestaedt (Fn. 9), 255; Langenbucher (Fn. 1), 237.

[211] Lepsius (Fn. 20), 90, 92.

统,在历史的大部分时间并不是以教义学为重点,这种对于教义学的摒弃也没什么大不了的。<sup>[212]</sup> 如果法律本身产生的过程是多元的,体系化的要求已经无法被满足,法教义学已经变成德国法学的竞争劣势,那么这种放弃更是别无选择的。<sup>[213]</sup>

这种观点得到若干学者的附和。Eric Hilgendorf 与维尔茨堡退休教授 Helmut Schulze-Fielitz 指出,德国大学学术文化逐渐为自然科学所主导,法学又受美国模式的挑战。<sup>[214]</sup> 海德堡外国马普公法与国际法研究所所长 Armin von Bogdandy 对于国际化与欧洲化等外部动力推动德国法学改革持鼓励态度。他认为之前众多德国学者在美国留学的经历并没有影响德国法学的研究对象、研究方法、发表模式、发表地点、法律系学者彼此的交往方式,德国法学太骄傲了,已经失去国际上的典范角色,却不思进取。<sup>[215]</sup> 他虽然意识到放弃教义学的危险,并以以色列为例对此加以阐述,因为以色列法学界对于学术评价以在英美期刊发表为准,而英美期刊对于教义学的文章不感兴趣,以色列法教义学研究因此受到负面影响。<sup>[216]</sup> 但 Armin von Bogdandy 仍然认为放弃教义学优点多于缺点,因为期刊权重高,以学者发表在国外同行审稿的期刊为评价标准,可以绕开本国学术评价体系与本国的权威学者,增加了新生代外国学者的流动性。<sup>[217]</sup>

可以想见,这种观点必然会遭到老一代学者的反驳。慕尼黑大学退休刑法教授 Bernd Schünemann 就很不解,为什么要向美国学习?德国连博士论文关注的范围都包括欧洲主要国家的文献,但法、英当代刑法文献都是从法政策角度处理法学问题,对于具体教义学问题,德国可能可以检索到若干专著与论文,法语文献通常就是几篇短文,至于美国他认为都不存在真正的刑法学。<sup>[218]</sup> Schünemann 与 Christian Starck 均指出德国法学对欧洲其他国家、东亚、拉美都发挥很大的影响。<sup>[219]</sup> Hilgendorf 认为德国刑法在世界的影响力在增加,因为中国对德国犯罪学理论的关注,不仅没有减少,反而在增加。<sup>[220]</sup>

## 2. 温和观点

比较温和的观点认为在部分法律领域,如担保行政法、风险管理法、资本市场法、家事法、经济法、民法财产法,跨学科研究方法是不可或缺的。<sup>[221]</sup> 但 Bumke 主张完善法教义学未必一定从方法论入手来讨论跨学科方法的运用,完全可以不再只把实践导向视为法教义学的中心,因为对法教义学的批评都源于怀疑其是否能够为解决疑难问题作出实质贡献,而且这种

<sup>[212]</sup> Lepsius (Fn. 20), 92.

<sup>[213]</sup> Lepsius (Fn. 20), 91.

<sup>[214]</sup> Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Fn. 4), 4.

<sup>[215]</sup> Armin von Bogdandy, Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtung zu einem identitätswandelnden Prozess, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 136 ff.

<sup>[216]</sup> Armin von Bogdandy (Fn. 215), 143.

<sup>[217]</sup> Armin von Bogdandy (Fn. 215), 143.

<sup>[218]</sup> Schünemann (Fn. 89), 227, Fn. 24.

<sup>[219]</sup> Starck, AöR 2018, 324.

<sup>[220]</sup> Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Fn. 4), 2.

<sup>[221]</sup> Bumke (Fn. 2), 226 f.; Kröger, Regulierung durch Privatrecht, Arbeitspapier Universität Frankfurt, 19.05.2014.

重点部分偏移并不会摧毁教义学中的体系思维也不会减少其实践关联,反而可以为立法发挥更为积极的作用。<sup>[222]</sup>

### 3. 对事实问题的忽视与多学科方法的介入

此外,对于多学科方法的介入还必须考虑德国法学界更注重法律问题的传统。Lepsius指出德国法院把这种现象概括为:“德国法学家解决的是法律问题,不是社会问题。”他认为德国法院判案时考虑的是法律问题,而不是根植于事实或社会的问题,法律评注正是把个案中的事实问题剥离出去,只对法律问题作规范科学性的处理,而剥离了事实问题无疑就使得实证、社科、当代史的方法无法介入。<sup>[223]</sup>此外,他发现德国在引用法院判决的时候也有其特殊性,即不需要引用判决的年份,也无须说明判决的案情甚至案件的当事人,这在他看来正是证明了对于法教义学来说,事实问题——即判决的年份与案情——根本就是无关紧要的。<sup>[224]</sup>对待法律外因素,Lobinger否定其对法教义学的直接相关性,他认为被适用的法律体系被默认为全面的,法教义学是构建体系并使用这一体系的,法外因素只有为法律规范所吸收时才能与法教义学体系建立关联。<sup>[225]</sup>与之相反,Bumke认为无论在适用还是形成法律标准时都需要考虑法外因素的关注,因为日常生活经验可能不足以提供判断法律问题的所需知识<sup>[226]</sup>。而Langenbucher则指出了即便利用其他学科的知识也面临一些困难:研究方法的不同导致研究结果转化为法学可以吸收的认知并不容易,利用其他学科方法也要把法律规范转化为这些方法可以利用的形式,如把法律地位数量化,同样并非易事。<sup>[227]</sup>

## 五、评析

### (一) 德国法教义讨论热度不减的原因

法教义学是德国“同法律打交道的密码”<sup>[228]</sup>,但在Sahm眼中,这一密码直到今天也没有被彻底破解,因此法教义学在历史上多次受到强烈的批判,一旦讨伐兴起,法教义学者只能被迫为自己辩护,并没有把潜在的问题从根基上消除。<sup>[229]</sup>笔者对此并不完全认同,法教义学在

<sup>[222]</sup> Bumke (Fn. 2), 227 ff.

<sup>[223]</sup> Lepsius (Fn. 20), 57; Kuntz (Fn. 128), 285, 同样指出这一问题,他认为德国法学学者着重于为法律问题提供解决方案,尽管法律问题事实层面可能还未必清楚。侯猛也指出“法教义学更关心与法律适用相关的法律事实,而不太关心案件社会事实。”(前注101,侯猛文,第44页)

<sup>[224]</sup> Lepsius (Fn. 20), 57.

<sup>[225]</sup> Lobinger (Fn. 1), 38 f., 79—81.

<sup>[226]</sup> Bumke (Fn. 2), 157 ff.

<sup>[227]</sup> Langenbucher (Fn. 1), 238 f.; 中文文献对此论述参见劳东燕:《风险刑法理论的反思》,载《政治与法律》2019年第11期,第36—37页。

<sup>[228]</sup> Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 1, 18.

<sup>[229]</sup> Sahm (Fn. 1), 2.

历史上所受到的挑战更多是当时的政治、社会、法学界出现严重问题所引起,而不是本体论认识不够明朗所造成的<sup>[230]</sup>。比如德国 21 世纪法教义学讨论的兴起主要还是欧盟立法对德国法教义学体系的干扰,法教义学研究中出现了大量没有创新性的重复工作,如讲义性质的小教科书与简明评注的泛滥,以及德国与欧洲的学术扶持政策对多学科研究的要求,导致法学被迫寻找其在学术体制中的位置。

在德国法相关讨论中可以看出,德国法学在世界的影响也是重要论据之一,而且学者们的观点也颇为不同,原因何在?笔者看来,这一问题很难量化研究,所以学者们的判断更多根据自己的经历,难免主观,而且每个学者关注的国家与地区不同,难以对德国法在全球的影响有整体认识。即便一些对东亚各法域感兴趣的学者,可能也只局限在一个国家或地区,比如德国法在韩国、日本的影响自“二战”以来的确是逐渐下降<sup>[231]</sup>,但在中国的影响近些年来却不断增加。但对于德国法有现实意义的不是其在拉美与东亚的影响,而是与欧洲其他国家的对话能力以及由此转化而来的在欧盟立法、司法机构的话语权。<sup>[232]</sup>最后,德国法学的影响与其法教义学研究方式有多大关系也并不明确,也许与德语作为学术语言地位的升降关系更大。

## (二) 法教义学是什么?

有学者认为 21 世纪德国法学界对于法教义学的新定义与过去凯尔森时代并无区别,直至今天,法教义学仍然被认为是以现行法为中心并具有如下三个特征:体系化归类、教义学建构与法律适用导向<sup>[233]</sup>。但在过去五年的讨论进一步明确了法教义学的本质就是法教义学概念。法教义学的核心任务就是为解决现行法中的法律问题提供方案。法教义学是法解释,但不局限于法解释,还有体系化的功能。但是法教义学的概念是如何形成的?尽管学者们举出大量例子,但似乎仍然无法准确描绘概念被开发的思维过程。换句话说,即法学上的发现(juristische Entdeckungen)何以可能?对于外国读者而言,德国学者们以具体制度为例展示教义学化的步骤与过程,使得何为法教义学更加容易理解,在这个意义上可以说,晚近法教义学的显性化是以具体化的形式完成的。此外,法理学领域对于教义学理论的再度关注,无疑也增加了讨论的深度。

## (三) 法教义学的方法是什么?

对于法教义学与法学方法之间的关系,近五年的讨论并没有给我们一个比以前更为清晰的答案,<sup>[234]</sup>教义学研究的方法与法律适用方法到底是相同的还是有差异,仍然存在分歧。新近从科学社会学的角度,而不是方法论的角度对法学独特性进行定义,无疑也是建立在对法

[230] 相同观点见 Bumke (Fn. 2), 39 f.

[231] Jansen (Fn. 1), 629, 认为东亚关心的只是德国法的过去。

[232] Lepsius (Fn. 1), 4, 8.

[233] Sahm (Fn. 1), 16 ff. 即德文中的 systematische Ordnung, dogmatische Konstruktion und Anwendungsperspektive; Auer (Fn. 38), 512, 认为今天对教义学的理解与弗朗茨·维亚尔克时代并无区别,其论文中译版参见王洪亮:《法教义学的实践功效》,载《中德私法研究》第 6 卷,第 39 页及以下。

[234] 过去讨论状况参见前注 8, 卜元石文,第 13—15 页。

学具有独立研究方法予以否定的基础之上。一定程度上,法教义学方法与法教义学的概念存在循环定义的问题,因而法教义学涵义不明无疑就导致其方法的无法彻底言明,所有具体化的尝试只能让人获得更为形象、但不是根本的认识。

#### (四) 跨学科对于德国法学发展是机遇还是危机?

如果只是看德国公开发表物中的观点,也许会让人产生赞成多学科研究的学者占多数的错觉,但实际上正是因为教义学传统难以撼动,所以坚持教义学的学者无须多言,反对教义学的学者必须积极发声,为自己的工作辩护。在德国部门法学者中颇具代表性的看法是对于法教义学概念不停追问的不以为然,并认为法教义学重要的是在于其应用,而不是准确定义。<sup>[235]</sup> Hörnle 的说法在笔者看来更切合实际,如果大学管理层希望推动跨学科研究,法律系不能一直置身于外、不予配合。而法律系教师群体中可能一直有人就更喜欢跨学科研究,厌倦法教义学工作,这种结果当然是各取所需、皆大欢喜。极个别德国学者认为法学研究要抛弃法教义学传统,以实现国际接轨,<sup>[236]</sup>而且实践中已出现这样的例子:德国马普外国与国际刑法研究所在 2019 年完全推翻已有科研架构,不再以国别比较法为关注对象,聘用了心理学家担任所长之一,并把原有部分研究场所改为心理实验室,工作语言改为英文,在某种程度上抛弃了德国教义学传统,但这些举动的最终效果也有待时间来检验。

学术传统的形成很大程度由其学术体制所决定,如果德国法学教育、教学任务、学术评价、教师招聘、教席设置等这方面的模式不发生根本性转变,开展多学科研究注定困难重重。但在德国开展跨学科法学研究所面对的困难比中国要大。德国法学教育时间长,而且高强度的考试压力使得学生辅修其他专业更为困难。法学教育的统一性,使得其他专业的学生如果改学法学获得完全法律人资格必须从本科第一学期开始学起。因此,如果要一起获得法学与其他专业的学位,学习时间要延长很多。因此 Hörnle 的看法很有代表性,她认为不应该轻易尝试使用其他学科的方法,因为法学学者很难达到其他学科所要求的方法熟练水平,在多学科合作项目中(比如迫于高校管理层压力——根据笔者的理解)偶尔为之还可以,更多地还是要参考其他学科的知识,法律史与法社会学不属于狭义法学,因为这些研究所使用的方法完全属于人文社科的方法,因而可以让这些法学分支参与多学科合作满足管理层要求。<sup>[237]</sup>

#### (五) 德国与中国就法教义学讨论的兴趣点有交集,但差异也很多

根据焦宝乾的总结,法教义学与法律方法论、法教义学的界定、法教义学的功能、法教义

<sup>[235]</sup> Hey, „Sonderprivatrechte“ in der Privatrechtsdogmatik, in: Auer/Grigoleit/Hager (Hrsg.), FS Canaris, 2017, 792.

<sup>[236]</sup> Lepsius (Fn. 1), 8.

<sup>[237]</sup> Hörnle (Fn. 6), 191, 192.

学与法学教育、法官培训的关系是中国读者关心的兴趣点。<sup>[238]</sup>此外,价值判断<sup>[239]</sup>、自主性<sup>[240]</sup>、与社科法学的关系<sup>[241]</sup>、教义学特有文献种类<sup>[242]</sup>、国家机构<sup>[243]</sup>也是中国学界在教义学方面的兴趣所在。反观德国,学者们主要关心的是教义学本体论、与方法论的关系、在比较法视野中的位置,但这些探索最终都可以归结为一个根本性问题,即德国式的实践导向法教义学是不是科学?而这个问题在中国的深入讨论才刚刚起步。<sup>[244]</sup>综上,中德对比可以得出如下四个初步结论:

1. 德国当前教义学讨论具有浓厚的政治背景,目的是为了了解决其他学科对法学科学性的质疑。德国与中国处于法教义学发展的不同阶段,德国法教义学的高度发达使得学术界必须思考是否需要与实务界保持更大距离,以反思性与批判性使法学获得科学性,而在中国,实务与学术的长期隔阂使得二者彼此靠拢成为一种必要。认识到两国教义学语境的不同,对准确判断德国教义学在教学研究、法律评注开发以及具体法律制度等方面对中国的借鉴意义也至关重要。2. 在德国,欧盟法的侵蚀使得教义学体系化的工作难度增大,这预示了在中国担负继受法律本土化任务的法教义学,在整合不同来源法律制度时也会面临同样难题,从这一意义上看,当代德国法教义学的理论反思与实践操作值得中国继续关注。3. 从形式上看,德国近五年的教义学研究主要以专著、文集、专刊的方式进行,部分讨论汇聚了法理学与多个部门法同时参加,因而更为深入、细致、广泛与集中。4. 从内容上看,在兴趣点交集之处,中国学者对相关问题结合中国实际需求、现实中已经产生的问题作出了一些与德国学者不同的解读。

## Making Legal Dogmatics Explicit and Legal Dogmatics as a Method

Bu Yuanshi

**Abstract:** German Science Council released an evaluation report on German legal science in 2012 and thereby the report triggered intensive discussions about legal dogmatics in Germany with a focus on the following three aspects: first, the ontology of legal dogmatics; second, the relationship between legal dogmatics and legal methodology; third, the exploration of the future of legal dogmatics from a comparative and historical perspective, in particular that of the ought-to-be state of the interdisciplinary legal research. Concerning the first aspect, it appears that the recent explicit-making attempts of the ter-

[238] 焦宝乾:《法教义学在中国:一个学术史的概览》,载《法治研究》2016年第3期,第50页及以下。

[239] 丁晓东:《人民意志视野下的法教义学——法律方法的用途与误用》,载《政治与法律》2019年第7期,第74页及以下;前注114,车浩文,第1426页;孙海波:《法教义学与社科法学之争的方法论反省——以法学与司法的互动关系为重点》,载《东方法学》2015年第4期,第82页及以下;许德风:《论法教义学与价值判断:以民法方法为重点》,载《中外法学》2008年第2期。

[240] 前注114,车浩文;前注36,泮伟江文。

[241] 舒国滢:《新中国法理学七十年:变化与成长》,载《现代法学》2019年第5期,第14—15页。

[242] 贺剑:《法教义学的巅峰——德国法律评注文化及其中国前景考察》,载《中外法学》2017年第2期。

[243] 张翔:《中国国家机构教义学的展开》,载《中国法律评论》2018年第1期。

[244] 前注63,雷磊文。

minology of legal dogmatics are conducted by illustrating the steps and processes of dogmatization of concrete legal concepts. As to the second aspect, the relationship between the method of doctrinal legal study and that of the application of law is still controversial. To a certain degree, this question is affected by the problem of circular definition, and thus, the vagueness of the concept of legal dogmatics makes it impossible to thoroughly explain its methodology. The comparative perspective has revealed that the striking feature of German legal dogmatics is its practical orientation, which is based on a uniform legal education system and the following formation of a community of legal professionals in Germany. Interdisciplinary research method are most prevalently used in the field of private law, while there is still space for improvement in public and criminal law.

**Key words:** Legal Dogmatics; Legal Methodology; Scientific Character of Legal Science; Hard Case; Interdisciplinary Legal Research

(责任编辑:尚连杰)