

德国法学界的现状与发展前景

卜元石*

德国科学委员会在2012年年底发表了一份关于德国法学前景的报告。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。本文以这份报告为基础,结合在德国任教的一些感受,对德国法学界的现状与前景进行介绍。本文主要涉及下面四个方面:一是教席运作的独立性;二是教学人员考核;三是教授选拔机制;四是德国法学在世界的影响。

关键词: 德国法学影响;法律评注;教授选拔机制;教学人员考核

2012 wurde ein Gutachten des deutschen Wissenschaftsrates zu Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland veröffentlicht. Es handelt es sich um die erste umfassende offizielle Bewertung der deutschen Rechtswissenschaft in der Geschichte. Basierend auf diesem Gutachten und den persönlichen Erfahrungen der Autorin als Professorin in Deutschland werden der Stand und die Entwicklung der Rechtswissenschaft in Deutschland vorgestellt. Dabei sollen insbesondere die folgenden vier Aspekte beleuchtet werden: die Unabhängigkeit des Betriebs von Lehrstühlen, die Evaluation von Dozenten, das Berufungsverfahren von Professoren und der Einfluss des deutschen Rechts in der Welt.

* 卜元石:德国弗莱堡大学法律系教授、东亚法研究所所长。本文基于作者于2013年10月14日在南京大学法学院所作演讲。

Key Words: Einfluss des deutschen Rechts, Juristische Kommentare, Berufungsverfahren von Professoren, Evaluation von Dozenten

一、引言

今天非常高兴有机会与母校南大法学院的老师和同学进行交流。非常感谢方小敏老师为这次报告所作细致周到的安排,以及在座各位老师与同学的兴趣。德国科学委员会在2012年年底发表了一份关于德国法学前景的报告《Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland》(下文简称:《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,对于德国法学的发展意义重大。德国重要的法学期刊《法学家杂志(Juristenzeitung)》就此议题曾于2013年第14期发表多篇文章对此进行评论。我今天就以这份报告为基础,结合自己在德国任教的一些感受,对德国法学界的现状与前景进行介绍。有偏颇与不正确之处,请大家指正。我今天主要讲下面四个方面:一是教席运作的独立性;二是教学人员的考核;三是教授的选拔机制;四是德国法学在世界的影响。要理解德国法学界的运行机制,就有必要了解德国法学对自己的定位。在德国,法学被认为是一种职业教育的学科,而法学研究的一个主要目的就是为了向实务界提供知识配给。^[2]因此,正如台湾学者指出的,德国不存在大学与实务界的隔阂,学者和包括律师与法官在内的实务界人士都热衷于著书立说,两者构成了法学的共同社区。^[3]另外,还必须要了解德国法学的成就与德国非常严格的国家司法考试有很大关联。

二、教席运作的独立性

德国法学教授一般都是教席教授,在教授之下就是助教,基本上没有编制内的副教授。教席教授都配有秘书和助教,有自己的图书馆、办公室和经费,原则上不申请外部的课题经费也可以维持教席的日常运作。教席可以独立对外

[1] 《报告》可以在 www.wissenschaftsrat.de 网站下载。

[2] 《报告》第66页。

[3] 政治大学法律学系研究所:《法学期刊评比之研究》2003年版,第49页。

交流,不需要通过大学外办。如教席要举办学术会议,则一般要申请课题经费。因为德国近 10 年在大学资金划拨方面引入竞争机制,各个大学对于科研成果的重视与日俱增。^{〔4〕}因此,目前发展的一个趋势就是大学鼓励老师对外申请课题,像弗莱堡大学就有专门的机构帮助教职人员准备申请资料。德国在 2000 ~ 2010 年 10 年间,法律系教授平均每人申请到的课题费从 18,000 欧元增加到 34,000 欧元。^{〔5〕}德国的课题经费与国内不同的一点是:德国的课题经费可以用来聘用助手,有时课题经费的主要部分就是用于支付助手的薪水。

教席申请课题一般无需通过系里同意。有些大型的项目,由系里多个教席参与,一般由系里进行协调。所谓的系领导由系主任与副系主任以及教务长共 3 人组成,人员一般每 2 年更换一次,系里事务由院务会决定,系主任的决定权很有限。院务会由教授代表、助教代表与学生代表组成,每学期召开 2 次例会。这种独立性可以保证,即使同事之间有个人恩怨一般也不会影响到教席的运作。在招收硕士生与博士生方面,德国法律系一般没有专门的入学考试,招收工作由系里的硕士委员会与博士委员会来决定,2 个委员会的成员均为全体教授。因为硕士生一般为外国学生,硕士委员会的主要任务就是认可外国学生在国外取得文凭的有效性和学生从事学术活动的的能力,博士委员会所考察的是申请人国家考试的分数是否达到规定的最低分数;如果没有,是否存在可以允许录取该申请人为博士的例外情形。在德国攻读硕士与博士的最关键的前提是找到导师。导师对于学生的辅导方式完全是导师自己决定,比如说导师可以决定博士生是否定期汇报论文进展情况。德国法学专业的学生有 15.6% 的学生会攻读博士。^{〔6〕}每年每个导师平均能够辅导 1.9 名学生获得博士学位。^{〔7〕}截至 2011 年,德国法学教授的总数为 1300 人(其中 941 人为大学法学教授,其他为大专),法律系学生的总数为 11 万人,有法学专业的法律系为 41 个。^{〔8〕}德国法学专业学生的总数占大学生总数的 5%。外国学生的比例为 10%,在大学中外国学生的总数为 1 万人左右。

〔4〕 《报告》第 13 页。

〔5〕 《报告》第 14 页。

〔6〕 《报告》第 15 页。

〔7〕 《报告》第 15 页。

〔8〕 《报告》第 11 ~ 12 页。

三、教学人员的考核

教学人员的考核是国内老师比较感兴趣的一个话题。基本上说,德国公立大学的教席教授都是终身制,是州政府的公务员,而不是与其所就职的大学签订聘用合同。德国法律系教学人员没有考核,也没有发表文章的硬性任务。那么如何保证老师有科研的动力?怎样保证上课与学术的质量?学术研究的动力主要是来自于自身的兴趣和对于学术声望的追求。因为在德国能够被聘用为法学教授的人国家司法考试的成绩都很优异,本来都有机会进入顶尖的律师事务所,获得比作教授要高出很多倍的收入。他们放弃了这样的机会,也是因为觉得教师这一职业更加适合他们自己。绝大多数老师有兴趣教书育人、著书立说,所以即便没有外部压力,也会笔耕不辍。此外,有些老师希望能够在心目中更为理想的学校工作,那么扩大学术界的知名度就是一个必要的前提。还有就是来自同行之间比较的压力。因此,虽然没有考核,德国法学教授发表文章的数量也是非常可观的。很多人每年都会发表五、六篇文章。与其他国家相比,德国的法学教授是比较高产的,这和德国大学假期比较长,教授都配有助手,而且很多期刊刊登的论文的长度比较适中有很大关系。

德国的法学类期刊可以分为下面几种:教学类、实务类、部门法类与纯学术类的所谓典藏期刊。^{〔9〕}据不完全统计,德国全国性的法学期刊数量多达200多种。法学期刊没有主办单位,都是由各个出版社自己根据市场需求出版发行,完全不受刊号与书号的限制。仅贝克出版社一家就出版50多种法学期刊。出版社一般会聘请实务界与学术界的知名人士任编辑或编委会成员,审稿一般由执行编辑进行。德国的综合性法学期刊非常稀缺,多数为部门法或专门性期刊。有些期刊的专门性甚至叹为观止,比如有专门的垃圾法杂志、汽车法杂志等。只要有市场需求,就会有新的杂志产生。这是因为,德国的学术期刊完全是市场化运营。每个法学院一般也没有自己的期刊。因此,期刊越是专业,就越能赢得以实务界为主的潜在订户。因为法学期刊发行量大,除了纯学术类的期刊有一些没有稿费外,一般都有稿费;但稿费的多少有差别,有的按文章发稿费,有的按字数发稿费。书评一般没有稿费,所以,书评有时很难找到人

〔9〕《报告》第17页。

来写。而在社会科学的其他领域发表文章一般没有稿费,有时还要交审稿费。德国法学以制定法为中心,这意味着虽然德国的法制史、法哲学与法社会学的研究在国际上的地位也很突出,但是实际上参与的群体比较小。德国教学类期刊发行量也很大,都是由大学教授主编、以学生为读者群体的杂志。与中国类似,德国法学学者的学术地位不仅仅看其发表的数量,也看其发表在哪一媒体上以及在纯学术期刊上发表文章的数量。

除了在期刊上发表文章外,德国法学工作者的一个更为重要的交流媒体是法律评注。法律评注是目前国内民法学界讨论比较多的一个话题。德国法律评注采取对被评注法律逐条评论的形式,整合相关的立法材料、学术研究以及司法判例。法律评注的目的是为了方便实务界适用法律,但是因为对于一些重要条款以及被评注法律每章前都有高屋建瓴的深入评论,所以法律评注被赋予了很高的学术地位。从20世纪90年代中期开始,德国法律类出版社出于市场效益的考虑尝试不断推出新的法律评注,造成同一法律有多种评注的存在,出现了一些所谓的便携式法律评注(Handkommentar)^[10]。这是因为,参与编写法律评注就意味着,要对进行评论的法条相关的所有文献与判例都要进行梳理;而且法律评注的时效性很强,导致撰写工作一方面非常耗费时间与精力,另一方面按时交稿的压力也很大,参与越多,能够投入进行其他方面研究的精力就越少。^[11]有些新的法律评注与传统的法律评注相比学术附加值有限,甚至是拼凑现有文献而成,所以法学界反映近年来进行真正有创造性和开拓性研究的时间与精力越来越少了。^[12]

法律评注文化是德国法学的一个特色。在大陆法系国家也只有瑞士与奥地利有类似的法律评注传统。其他如法国、西班牙与意大利虽然有法律评注,但是其目的主要是总结相关的司法判例,学术性不高。^[13]有些德国与英国出版社试图向国外输出德国的法律评注文化。因为欧洲法律的统一的关系,这一尝试获得了很好的市场反应。目前国内还没有德国法律评注的中文翻译,台湾曾经翻译了德国《行政法院法》的评注,共一千六百页,二十多人参与翻译。因为

[10] 《报告》第68页。

[11] 《报告》第67~68页。

[12] 《报告》第68页。

[13] 《报告》第67页。

台湾有些法律与其所借鉴的德国法律文本更为近似,这种翻译过去的评注实用价值会更高。为什么在英美法国家没有法律评注呢?有观点认为,这与英美法国家成文法本身作用有限,判例是更为重要的法律渊源有很大关系。^[14]德国评注文化也强化了德国法学的实在法取向。在评注中,法条是中心,法制史、习惯法、比较法以及法哲学都是次要的。^[15]有些法律评注也以极端的方式体现了其功能性,比如帕兰特评注的语言都是极其简化的。

德国现代法律评注出现于19世纪末。法律评注的学术化在刑法领域形成于20世纪20年代,在宪法领域形成于20世纪初,在商法和民法领域形成于20世纪初。^[16]德国最初的法律评注也是仅仅给出相关法条立法的过程,列出相关判例。^[17]之所以会出现学术化倾向,是因为法律本身的不完整性。其在民法尤为突出,这要求评注不仅是收集、还更要整合判例与学术成果,完善成文法。^[18]法律评注有很多功能,在没有数据库的年代,法律评注是查找法学文献与判例不可或缺的媒介。^[19]法律评注可以直接影响法官造法。律师、法官在适用法律时都必须考虑法律评注中对于法律的解释。可以这样说,德国法学教授发表文章的一个重要的目的就是希望其观点能够被法律评注所吸收,进而影响德国联邦最高法院的裁判。如果学术观点没有被法律评注所吸收,则一般也不会被人所重视。

法学与医学和神学一样属于所谓的职业院系,这一点也决定了法学与实践联系颇为广泛,^[20]也造成法学界更受图书市场的影响。这一点可以在出版市场追求经济效益对于法学界的影响看出。例如,最近10年间法律应试类图书种类与数量不断增加,再版时间间隔不断缩短。德国应试类图书和我国司考备考类图书类似,也是以考题汇总以及浓缩知识的提纲式图书为主。

在考试方面,德国大学法律系都配有专门的考试办公室,负责安排学生的

[14] Thomas Henne, Die Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur, www.fes-forumberlin.de/Bundespolitik/pdf/d_6_6_01_henne.pdf, 第5页。

[15] Thomas Henne, 第4页,脚注15。

[16] Thomas Henne, 第3页,脚注15。

[17] Thomas Henne, 第7页,脚注15。

[18] Thomas Henne, 第7页,脚注15。

[19] Thomas Henne, 第4页,脚注15。

[20] 《报告》第5页。

各类考试,考试从报名到查询分数都是通过考试办进行的。凡是计入成绩的考试,学生都有权查卷,可以通过考试办提出书面异议,批改试卷的老师在收到异议后要给出书面的答复。德国国家司法考试是由各个联邦州的司法考试局组织,大学法律系教师定期为每次第一次司法考试提供新的考题,形成题库,最后司法考试局在试题库中选择题目。德国的国家司法考试,如果考生认为试卷的批阅有错误,可以提起行政诉讼。通过行政诉讼,学生不仅可以要求对试卷重新进行批改,如果的确打分有错误,考生也可以要求经济赔偿。所以德国第一次国家司法考试都由2人改卷;如果2人改卷分数相差较大,必须由第三人核对。德国司法考试时学生是允许携带和查看法条的。德国司法考试对中国的借鉴意义在于,德国的司法考试不仅仅检阅学生对法律的熟悉,更主要考查学生对于法条的适用能力。

德国司法考试的分数对于学习法律的学生一生的职业生涯都有很大影响。无论是从事学术、在学校应聘教职还是在实务界选升律师事务所合伙人,还是从事其他职业,司法考试的分数跟随人一辈子。德国的一位司法部长,有些法学教授在评价其政绩时甚至还不忘提及其当年司法考试考分不是特别理想。从这种意义上说,德国法律界对于司法考试分数的追求已经达到痴迷的程度。德国国家司法考试的分数是精确到小数点后两位。有些法学教授在60岁时简历上还写着当年司法考试的成绩排名。

四、教授的选拔机制

很多人知道,在德国大学里被聘为教授的前提是,必须在获得博士学位后还要完成教授资格论文。绝大多数有志从教的青年学者一般在完成博士学业后留校,在撰写教授资格论文的同时担任助教。这些助教一般都有教学任务,而且还要负责协助其任职教席的行政工作。而教授资格论文篇幅上一般都长于博士论文,而且更加强调理论性。完成教授资格论文耗费很多时间与精力,而从事实务收入远远超出从事学术,所以对于最优秀的毕业生来说,在大学任教这一工作的吸引力在一定程度上不断下降。在2000~2010年10年间,志向从教的人数下降了25%。^[21]很多教师在完成博士论文与教授资格论文后很

[21] 《报告》第15页。

长时间内都不再有精力投入其他专著中。

在德国选聘教授是一个比较复杂的过程,整个程序步骤在各个联邦州的《高校法》中有具体规定。原则上各系自己组织选拔委员会,委员会有系里相关学科的教师代表、其他有关联的教师代表、非本学校的外部成员、助教代表、学生代表、妇女代表组成。教授试讲对外公开,任何人都可以旁听。选聘委员会一般要推荐3个候选人。该3人名单在校委会通过后,学校向排名第一的候选人发出聘用邀请。第一位候选人可以与学校就聘用条件进行谈判,比如工资、教席经费、人员配置、购置图书的经费,有时也包括解决配偶工作、解决小孩入托等私人问题。如果双方谈不拢,第一候选人放弃聘用机会,学校会向排名第二位的候选人发出聘用邀请,继续进行谈判。因为整个过程持续的时间长,从半年到2年不等,完全可能会发生排名第二的候选人已经从别的大学获得了聘书的情况。很多时候,应聘的候选人并不一定真的想到所应聘学校任教,参加应聘只是为了在获得其他学校聘用邀请后与自己目前所在大学进行谈判,要求提高待遇。在法学界,获得的聘用邀请越多,一般就代表其学术地位更为大家所认可。

选拔的标准主要是学术成就以及与应聘专业的关联性。德国法学教授人数有限,有的法律系也只有10个教授。基础课程一般由教授承担,与实践联系比较紧密的则由聘请的校外实务界人士承担。教授选拔程序的设计尽量避免形成裙带关系。但是从选拔结果来看,很多被选聘的老师大多在被聘学校学习过。但是,参加应聘的老师如果没有被聘上,对于选拔委员会的决定不满意,可以提起行政诉讼。在实践中也的确有人提起过这种诉讼,所以选拔委员会一般不会作出有明显有瑕疵的决定。这种诉讼可能性在一定程度上保证了选拔过程的公正性。

五、德国法学在世界的影响

谈到德国法学对外国的影响,首先要认识到,德国法学对于欧盟立法的影响是显而易见。此外,德国法学在东欧、希腊与土耳其以及东亚的影响也非常可观。为什么对这几个国家有比较大的影响呢?其中一个重要的原因,当然是继受的传统。比如我国的民法受德国法影响很大,很多概念都是源于德国法。此外,笔者认为,德国法学研究非常发达,有创新能力,所以可以为其他国家提

供很多可以借鉴的资源。德国法学发达的原因,笔者认为,一是德国的法学教授不允许从事律师职业,兼职活动少,有时间与精力专心学术;二是实务界也参与法学界的学术沟通。德国法学以强调系统性,高度抽象性以及概念准确性见长。对于理论的钟爱,使得德国法学能够从现实生活中抽象出大量的理论与概念,便于解释法律现象,因而易于被继受。此外,德国法院系统非常发达,判例数量巨大;判例讲究说理,促进了法学研究。另外,德国对于比较法非常重视,有众多以研究外国法与比较法为任务的马普所,与外国交流频繁。

当然德国法学也有很多不利于被继受的因素:一是语言。二是其系统性。德国的法律彼此间关联非常紧密。以民法为例,一个外国人如果了解德国债法,就必须了解德国民法总论,还要了解物权法,以及婚姻家庭法等方面。这是因为,民法典本身为了行文体系的经济性,把共同的部分以提取公因式的方法提取出来单独处理。三是其学术文献和判例的晦涩难懂。要读懂德国的判例,不仅仅要了解德国实体法,也要了解其诉讼法。更重要的是,德国的判例完全是写给内行人的,所以对于外行来说用的术语,其写作的风格与用词都让人望而却步。

科学委员会对法学的发展前景主要作了如下建议:一是加强基础学科建设;二是加强跨学科研究;三是加强法学的国际化。德国法学的国际化努力也是出版社推动的。从学者角度来看,是否能在国外期刊用外语发表作品,不是一个特别成就。有些学科的内向性更为明显,在国外期刊发表,也不会为德国法律评注所吸纳,反而对于学术生涯的发展没有帮助。这些都对德国法律学者以外语发表文章产生了负面影响。