

Legal Method

主编 陈金钊 谢晖
执行主编 刘风景

CSSCI 来源集刊

法律方法

(第18卷)

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

主编 陈金钊 谢 晖

执行主编 刘风景

法律方法

(第18卷)

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

法律方法. 第18卷/陈金钊, 谢晖主编. — 济南: 山东人民出版社, 2015.12

ISBN 978-7-209-09451-1

I. ①法… II. ①陈… ②谢… III. ①法律—文集
IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第318294号

法律方法(第18卷)

陈金钊 谢晖 主编

主管部门 山东出版传媒股份有限公司

出版发行 山东人民出版社

社 址 济南市胜利大街39号

邮 编 250001

电 话 总编室 (0531) 82098914

市场部 (0531) 82098027

网 址 <http://www.sd-book.com.cn>

印 装 日照报业印刷有限公司

经 销 新华书店

规 格 16开 (180mm × 255mm)

印 张 30.25

字 数 440千字

版 次 2015年12月第1版

印 次 2015年12月第1次

ISBN 978-7-209-09451-1

定 价 68.00元

如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换。

CSSCI 来源集刊

为适应我国信息化建设，扩大本刊及作者知识信息交流渠道，本刊已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录，其作者文章著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录，请在来稿时向本刊声明，本刊将做适当处理。

《法律方法》编委会

编辑委员会 (以姓名拼音为序)

陈金钊 戴津伟 杜文静 黄 涛 焦宝乾
姜世波 刘 军 刘风景 吕玉赞 宋保振
孙光宁 苏晓宏 吴丙新 武 飞 王国龙
王瑞君 王 申 杨建军 杨知文 张传新

学术顾问 (以姓名拼音为序)

曹文泽 郝铁川 蒋传光 季卫东 李桂林
舒国滢 沈国明 孙笑侠 熊明辉 叶 青
於兴中 张斌峰 郑成良 张继成

本期执行主编 刘风景

《法律方法》稿约

本刊是由华东政法大学法律方法研究院和山东大学(威海)法学院共同编辑出版,陈金钊、谢晖教授主持的定期连续出版物。自2002年创办以来,已推出多卷。2007年,本刊入选CSSCI集刊,并继续入选近年来CSSCI集刊。从2014年起,本刊每年出版2卷。作为我国法律方法论研究的一方重要阵地,本刊诚挚欢迎海内外理论与实务界人士惠赐稿件。

一、栏目设置

本刊近几卷逐渐形成一些相对固定的栏目,如法律方法理论、部门法方法论、裁判方法论、法律修辞、方法史论、青年论坛、书评等。当然,也会根据当期稿件情况,相应设置一定的主题研讨栏目。

二、版权问题

为适应我国信息化建设,扩大本刊及作者知识信息交流渠道,本刊已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录,其作者文章著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录,请在来稿时向本刊声明,本刊将做适当处理。

三、来稿要求

1. 本刊属于专业研究集刊,只刊登法律方法方面的稿件,故请将这方面的作品投稿本刊。

2. 来稿须是未曾在任何别的专著、文集、网络上出版、发表或挂出,否则本刊无法采用。

3. 来稿如是译注,需要提供原版外文(书面或电子版均可),已获得版权的证明。

4. 来稿请将电子版发到本刊编辑部邮箱falvfangfa@163.com即可,不需寄邮纸质稿件。

本刊对来稿以学术价值与质量为采稿标准。请把联系方式(地址、邮编、电话、电子信箱)注明在来稿首页上,不要放在论文末尾,以便联系。发电子邮件投稿时,主题一栏请注明作者、文章全名;附件WORD名称也应包括作者、文章全名,请用WORD2003版本。

5. 本刊将在每年的8、12月集中审稿,请作者在此之前投稿。来稿一经采用即通知作者,出版后寄样刊。

6. 为方便作者,来稿的注释体例采用页下注释,注释符用“1、2、3……”即可,每页重新记序数。正文中注释符的位置,应统一放在引用语句标点之后。

每个注释即便是与前面一样,也要书写完整,不可出现“同前注……”“同上”。

7. 来稿需要加上中文摘要、关键词(无需英文)。作者简介包括:工作(学习)单位、职称、学历和研究方向等。欢迎来稿注明基金项目。

四、注释的书写格式

(1) 期刊论文

武树臣:《论判例在我国法制建设中的地位》,载《法学》1986年第6期。

匡爱民、严杨:《论我国案例指导制度的构建》,载《中央民族大学学报》(哲社版)2009年第6期。

(2) 文集论文

郑成良:《法律思维是一种职业的思考方式》,载葛洪义主编:《法律思维与法律方法》(第1辑),中国政法大学出版社2002年版,第 页。

叶俊荣:《法律学学科成就评估报告》,载许章润主编:《清华法学》(第4辑),清华大学出版社2004年版,第 页。

郑永流:《法学方法抑或法律方法?》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(6),中国政法大学出版社2003年版,第 页。

(3) 专著

王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第 页。

(4) 译著

[美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第414~415页。

(5) 教材

张文显主编:《法理学》(第3版),法律出版社2007年版,第75页。

(6) 网络论文

张青波:《〈论题学与法学〉要义》,载 <http://www.law-thinker.com/show.asp?id=3560>(最后访问日期:2007-3-1)。

(7) 报纸

葛洪义:《法律论证的“度”:一个制度问题》,载《人民法院报》2005年7月4日,第5版。

(8) 学位论文

任青松:《法律传播效果若干效果探析》,广西师范大学2012年硕士论文。

(9) 外文作品的引用

Paul Van Den Hoven, The Dilemma of Normativity: How to Interpret a Rational Reconstruction? *Argumentation* 11 : 411 – 417, 1997.

Matti Ilmari Niemi, *Phronesis and Forensics*, in *Ratio Juris*, Vol. 13 No. 4 september 2000(392 – 404).

Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 23.

Zenon Bankowski et al(eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer Academic Publishers, 1995, pp. 12 – 15.

目 录

域外理论

民法中的教义学	[德]尼尔斯·扬森(Nils Jansen)著 吕玉赞译(1)
从法律到对话的法律	
——为什么法律证成应该被对话地形塑	
.....	[荷]阿尔诺·劳德(Arno R. Lodder)著 宋旭光译(14)

法律方法理论

社科法学的方法论特征	吴义龙(37)
法律发现的三种进路	张 顺(51)
法律发现:法官“找法”的路径分析	赵玉增 王海霞(75)
在“开放体系中论证”	
——论题思维的作用与限度	高伟伟(90)
我国法律本体检索模型的研究	张 妮 杨遂全 蒲亦非(104)
从比附援引到类推解释:传统司法方法的近代境遇	
——民国学者关于法律解释的一次争论	刘昕杰 刘楷悦(118)
论司法判决书中的说理性	孙立军(133)
影响裁判结果的法官个人因素研究	曹 磊(143)
制度利益衡量的司法应用	
——从一起国家赔偿案件谈起	房广亮(157)
以法治思维框正司法工作的大局思维	孟高飞(170)

论刑事证据推理的似真性	杜文静(177)
清单式法治思维中的法律方法	张静煥(186)

法律解释

法律解释、论证与客观性

——阿列克西法律解释理论初探	王志勇(196)
法律的客观目的解释	郑文革(208)
刑法解释保守性命题的学术价值检讨	
——以当下中国刑法解释论之争为切入点	魏 东(220)

法律修辞与语言

重视法律修辞,讲好法治话语

——对待法治需要真诚	陈金钊(237)
“法治”作为社会主义核心价值的修辞学解读	戴津伟(247)
立法话语的叙事性构建与解读	
——兼析叙事学视阈下立法语言的规范思路	易花萍(258)
作为修辞的诠释	
——整全法理论对法律确定性的重构	杜维超(267)

部门法方法论

(一)民法方法论

“要件审判九步法”的证成与完善	吴永科(280)
中国著作权体系化的构建方法	陈绍玲(293)
现代美国侵权法律选择方法的论争与实践	许 凯(311)
美国法视角下合作作品中共同创作意图的法律解释	李晓慧(330)
格式条款内容控制的规范基础分析:一般条款与法定示例	贺栩栩(340)

流质契约法律制度的应然构造

——以利益分析方法为视角 钟 维(358)

债权人可留置他人之物的法学方法论之辩

——试探我国法律体系下的最优解释论框架 张力毅(373)

(二)刑法方法论

刑事审判中的利益衡量及其适用 刘 军 熊楚未(385)

量刑规范化的重新解读与进一步优化研究 王瑞君 陈思齐(396)

(三)其他

论日本行政法学中的行政过程方法论 江利红(407)

三角模式下欧洲基本权利保障的冲突与融合 范继增(439)

书 评

个性司法之反思

——评《初审法院——美国司法中的神话与现实》 王虹霞(462)

民法中的教义学

[德] 尼尔斯·扬森(Nils Jansen) 著*

吕玉赞 译**

一、导论与概念

法教义学的概念以及由教义性科学促成的法律之自我理解构成了一种明显和特殊的德语现象。在其他语言中,无论如何也找不到与法教义学直接对应的概念。教义学具有悠久的历史,它最初的意义产生于医学之中,^①但当代该概念的特定意义和内涵却由 19 世纪的德国历史法学塑造。时至今日,在法教义学概念中仍可发现萨维尼和普赫塔理论方案的痕迹,即:法律通过法律科学可被建构成一种固定体系。^②民法教义学(die Zivilrechtsdogmatik)的目标在于,通过科学性思维尤其是这里的体系性思维为现行私法提供一个稳定而有序的重新构造。

在德语中,法教义学概念一方面指对现行法的体系性—科学性的研究活动,另一

* 尼尔斯·扬森(Nils Jansen),1967 年出生,曾为奥格斯堡大学民法、罗马法、私法史和法哲学教授,杜塞尔多夫大学德国和欧洲私法、罗马法和私法史教席教授,现为明斯特大学法学院罗马法、私法史以及德国和欧洲私法教席教授,法律史研究所所长。作者曾获得国际法哲学和法社会学协会青年学者奖,其主要研究方向为债法、欧洲私法的历史基础以及欧洲私法一致化的基础。原文发表在 2011 年 8 月 4 日国际法哲学和法社会学协会(德国分部)与德国哲学协会共同主办的法哲学百科全书(Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie)网站上。为方便读者查阅,本文按照《法律方法》的注释规范,将原文的各种注释和参考文献统一置换为脚注。

** 吕玉赞,男,山东曹县人,华东政法大学科学研究院助理研究员,法学博士。主要研究方向为法律方法论。

① Herberger, M.,《教义学:医学和法学之概念与方法的历史》(Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz),1981,对此该书的几处都有论述。

② Rückert, J.,《萨维尼体系中的教义学》(Savignys Dogmatik im System),载 A. Heldrich 等主编:《卡拉里斯纪念文集》(Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris),第 2 卷,2007 年,尤其是第 1263 页,第 1289 页以下;并参见 Haferkamp, H. - P.,《普赫塔和概念法学》(Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz),2004 年,尤其第 118 页以下,第 196 页以下,第 221 页以下,第 274 页以下,第 292 页以下。

方面指这种活动的成果或对象。迄今为止,虽然还没有一种法教义学定义获得普遍认可,^①但人们对教义学(Dogmatik)被定义为一种“语句体系”(ein System von Sätzen)是相对无异议的,“为了控制自己的适用,实在法通过这种语句体系能够得到概念性—体系性的规整,并能追溯到一种更加抽象的制度”^②。正如在德国,这一定义契合了教义性法学(dogmatischen Rechtswissenschaft)的自我理解的特征;因此,这一定义的作者,能够从保拉·班德(Paul Laband)、埃塞尔(Josef Esser)、弗里德里希·米勒(Friedrich Müller)和阿列克西(Robert Alexy)等这些学者那里寻找到支持。

教义学工作的自我描述以及法教义学者的工作成果使法教义学呈现为一种特殊的理性实践论证。法教义学的这种自我描述不但倾向于消除法律上的非理性成分,而且倾向于消除法律上无法理性证立的成分,这一点不足为奇。在教义学定义中需要注意的是,只有通过外部视角,法教义学的主要功能才能变得清晰:借助概念性或体系性知识的模式对法律的复杂性进行必要的独断性简化,并实现法律的稳定化。^③法教义学之理性化和结构化的核心功能就在于此。^④如果法律问题只能在例外情况下得到明确答案,而且另一解决方案通常也似乎具有足够的正当性,那么法教义学必须更多地被视为表达了具备充分理由的解决方案;法教义学可以确定法律论证所需的特定的概念性、体系性或其他普遍认可的前提;可以形成有约束力的基础概念、意义模式,尤其是关于法律论证标准的秩序意见(Ordnungsvorstellung)。就此而言,法教义学在功能上相当于一种具有亲缘关系的方法性和制度性机制,只不过很难与它们划清界限;这些方法性和制度性机制包括:例如,解释或论证方法的约束性准则、司法判例的拘束力、或者关于诸如法律评论等特定非法律文本的认可。^⑤

① 诸如参见 Esser, J.,《理论与实践之间的教义学》(Dogmatik zwischen Theorie und Praxis),载于 F. Baur 等主编:《雷瑟尔纪念文集》(Festschrift für Ludwig Raiser),1974 年,第 533 页;de Lazzer, D.,《作为妥协形式的法教义学》(Rechtsdogmatik als Kompromißformular),载 R. Dubischar 主编:《埃塞尔文集:教义学与方法》(Dogmatik und Methode, Festschrift für Josef Esser),1975 年,第 90 页以下;Alexy R.,《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》(Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung)1983 年,第 307 以下,以及其他引用。

② Volkmann, U.,《基本权利教义学的发展》(Veränderungen der Grundrechtsdogmatik),载《法学杂志》(JZ),2005 年,第 262 页。

③ 参见 Alexy R.,《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》(Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung),1983 年,第 326 页。

④ Volkmann, U.,《基本权利教义学的发展》(Veränderungen der Grundrechtsdogmatik),载《法学杂志》(JZ),2005 年,第 262 页。

⑤ 比较相关的参见 Jansen, N.,《法律权威的形成:历史和比较视角的非立法性的法典化》(The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective),2010 年,第 113 页以下;Jansen, N.,《方法、制度和文本:规范性商谈中教义化的秩序观念及意义模式的商谈功能和媒介能力》(Methoden, Institutionen, Texte. Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster im normativen Diskurs),载于《法律史杂志(日耳曼部分)》[ZRG (germ.)],第 128 期,2011 年,第 1 页以下;Essen, G.,N. Jansen 主编:《法律和宗教的教义化过程》(Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion),2011 年。

法律史学者^①有时将法教义学描述成对 18 世纪末法律无法概览 (der Unübersichtlichkeit des Rechts) 问题的一种独特的德国式回应。那时,法国和英国已各自走上了它们的制度化道路,经由这些制度,(在法国)立法机关民主、合法的专断行为或(在英国)司法判例分别塑造了法律的稳定化。事实上,当时法国已经编纂了伟大的拿破仑法典;同时,科学的功能被压缩为仅对规范性立法进行“注释”(Exegese)。在英国,司法判例直到 19 世纪才被提升为主要的正式法律渊源,最高法院的判例直到那时才被赋予一种严格的约束力。与此相对,众所周知,为了实现法律的稳定化,德国在萨维尼的领导下选择了法律科学这种非正式制度的特殊道路;在德国“法官法”(Juristenrecht)合乎逻辑地被尊为首要的法律渊源。^②

当然,这样的历史描述并没有错。它不但符合当时的而且也通常符合当代各国法学家的自我理解。例如,它在德国的“教义学”(Dogmatik)概念或法国的对应概念“la doctrine”中都有所反映。当然在德国,司法判例也在参与教义学的发展,^③“la doctrine”仅指一些学术性原理(英语概念“doctrine”的意思模糊地在德语上的“Dogmatik”和法语上的“doctrine”之间摇摆不定)。大学传授的一般法学知识需要将司法判例(la jurisprudence)、法学家和其他专业律师的参与作为共同前提,并由它们发展,在制度性导向的概念视角中这些要素一开始一定是缺席的。

但若就此推断,英国和法国的法律秩序并不存在这种以概念或体系方式形成并专业传授的知识,那就相当愚蠢。即使法教义学本身无法构成法律的必要元素,^④但无论

^① 例如最近的 Grossi, P.,《欧洲历史中的法律》(Das Recht in der europäischen Geschichte),2010 年,第 71 ~ 205 页。

^② von Savigny, F. C.,《当代罗马法体系》(System des heutigen römischen Rechts),第 1 卷,Berlin,1840 年,第 45 页以下,第 50 页以下;Puchta, G. F.,《制度论》(Cursus der Institutionen),A. Rudorff 出版,第 1 卷,第 5 版,Leipzig,1856 年,第 35 页以下,第 15 章;Windscheid, B.,《潘德克顿法教科书》(Lehrbuch des Pandektenrechts),第 7 版,Frankfurt a. M.,1891 年,第 59 页以下,第 24 章。

^③ Alexy R.,《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》(Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung),1983 年,第 313 页。

^④ 因此参见 van Hoecke, M., Warrington, M.,《法律文化、法律范式和法律学说:比较法的一种新模式》(Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law),1998 年,《第四十七届国际法和比较法季刊》(47 International and Comparative Law Quarterly),第 522 页以下;Canaris, C. - W.,《学说继受与理论结构》(Theorierezeption und Theoriestruktur),载于 H. Leser 主编《北川纪念文集》(Festschrift für Kitagawa),1992 年,第 61 页以下,第 63 页;Alexy R.,《法律论证:体系与融贯性》(Juristische Begründung, System und Kohärenz),载 O. Behrends 等主编:《法教义学和实践理性》(Rechtsdogmatik und praktische Vernunft),维亚克尔研讨会,1990 年,第 106 页。

如何,没有任何一种诞生于欧洲传统中的当代法律秩序可以免除此种类型的理论。^①英国和法国的法律论证当然也需要根据前提性的法律概念和法律制度进行,这些概念和制度一方面是制定法和法官法的“表达”,另一方面又以法官和立法者的参与为前提,例如,英国的对价与合同相对性学说或法国的不当得利制度。在英国和法国,这种基础的法学概念、法律秩序的观念以及法律的意义模式(Deutungsmuster)也会构成有约束力的教义学知识,若缺乏这种教义学知识,有意义的法律论证就不会出现。不是法教义学这种现象,而是基于法教义学促成的法律自我理解,才是德国独有的。以下所述并不涉及关于某国法律自我理解,而仅涉及法教义学的结构和具体问题。

二、法教义学与法律概念

教义学原理通常并不描述某一个别的规范,而是表达重要的概念性或体系性的思维联系,或者阐述对不确定的各种规范以及未来规范有效的结构性—概念性规定(strukturelle und begriffliche Festlegungen)。一方面,关于一般法律原则的重构性表述具有重要地位(so für die regulae iuris in D. 50, 17 bereits etwa Zasius 1550, zu D. 1, 3, 7 (legis virtus): “omnes iuris regulae ... dogmaticae ... sunt, docent, erudiunt, dant regulas”),另一方面,超出个别规范之判断而指向规范性关联(normativer Zusammenhänge)的分析性和综合性论述,同样至少需要援引法律规范作为间接论据,而且法学会对这些论述以典型的一般化方式进行解释。^②在债务、主观权利、所有权、法律行为或法人等复杂的基础法律概念中,我们会经常发现这种表述的组合。专业的法学教育会传授关于这些法律概念的意义以及教义性学说的知识,而且法律商谈通常也需要在它们的基础上进行。^③

这些结构性元素可以描绘出发达法律体系的特点,长时间以来,这些法律体系由

① Bankowski, Z., MacCormick, D. N., Summers, R. S., Wrmers, R. S., 《论方法和方法论》(On Method and Methodology), 载 D. N. MacCormick, R. S. Summers 主编:《制定法解释》(Interpreting Statutes), 1991 年,第 19 页; Summers, R. S., Taruffo, M., 《解释与比较分析》(Interpretation and Comparative Analysis), 载 D. N. MacCormick, R. S. Summers 主编:《制定法解释》, 1991 年,第 465 页以下; Zweigert, K., Kötz, H., 《比较法导论》(Einführung in die Rechtsvergleichung), 第 3 版, 1996 年,第 95 页以下,第 145 页以下,第 262 页以下; Glenn, H. P., 《世界法律传统》(Legal Traditions of the World), 2000 年,第 132 页以下,第 226 页以下; Basedow, J., 《欧洲民法教义学之需求》(Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik), 载 R. Zimmermann 等主编:《法律历史和私法教义学》(Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik), 1999 年,第 84 页以下。

② Esser, J., 《理论与实践之间的教义学》(Dogmatik zwischen Theorie und Praxis), 载于 F. Baur 等主编《雷瑟尔纪念文集》(Festschrift für Ludwig Raiser), 1974 年,第 533 页。

③ Ernst, W., 《学术法—民法学者视角的法学》(Gelehrtes Recht—Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers), 载 C. Engel, W. Schön: 《法学的自我统一体》(Das Proprium der Rechtswissenschaft), 2007 年,第 8 页以下(边码),第 34 页以下(边码)。

职业性法学家负责经营支配。因此,在发达法律体系中,法律主要被视为单个规范的集合;法律规范之间概念性和思维性的秩序也属于法律的范畴。所以,复杂的基础概念以及关于规范性关联(normative Zusammenhänge)的观点都会变成法律的本质要素。这种规范性关联有可能以规则的形式表达出来,但是,这种规则并不具有对行为的指引功能,根据其对意义的重构功能,它们具有与语法规则同等的地位。具体而言,诸如“主观权利是通过其排除功能及其指示内容进行界定的”这种语句也会被认为属于德国法的构成要素。

在法律概念中,法教义学的这种包涵也不是没有问题。因为,如果教义学原理并不限于规范的判断,且其建构的概念性和思维性秩序同时也在阐述整体的法律规范,那么它们的效力要求就会既不触及个别的立法规定,也不仅仅涉及描述性真理,即对实在法规范进行精确的描述或表述。尽管如此,在法律商谈以及相应地在立法机关的规范确立和法官的法律续造中,教义学理论经常仍会被毫无顾忌地作为前提,并在这种意义上被使用。然而,法教义学语句并不产生行为的强制力,而仅产生思维的强制力。^① 在这种意义上,教义学理论便能将“借助具有教义学特征的法学工具展开的工作”与“通过法学工具的工作”区别开来。^② 但这一切却造成了法学原理的描述性、概念性和规范性三种意义成分之间进行联结的困难。

很久以前,描述性真理和(非立法的)规范性效力要求的并存,就将法教义学塑造成了以法律适用为导向的实践性科学。然而,科学的法教义学的首要目标并非法律规范的本源性证成(originäre Begründung),而是对其进行经典性复述。教义学语句具有一种“描述性意义”,^③而且法教义学的活动完全可以和外语的翻译指令启发地进行比较。^④ 可是,法教义学并不能被简单地简化为外语翻译;它会对全部的法律规范或法官法规范之间的思维秩序进行综合性和重构性描述。^⑤ 它的内容会超出对法律体系中个

① 因此例如参见 Meyer-Cording, U.,《今天的法学家还能是教义学者吗?》(Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?), 1973 年,第 15 页;Esser, J.,《理论与实践之间的教义学》(Dogmatik zwischen Theorie und Praxis),载 F. Baur 等主编:《雷瑟尔纪念文集》(Festschrift für Ludwig Raiser),1974 年,第 532 页。

② Esser, J.,《理论与实践之间的教义学》(Dogmatik zwischen Theorie und Praxis),载 F. Baur 等主编:《雷瑟尔纪念文集》(Festschrift für Ludwig Raiser),1974 年,第 518 页。

③ Kelsen, H.,《纯粹法理论》(Reine Rechtslehre),第 2 版,1960 年,第 77 页;Golding, M. P.,《凯尔森与“法律体系”的概念》(Kelsen and the Concept of a “Legal System”),载《法哲学社会哲学档案》(ARSP),第 47 期,1961 年,第 357 页以下,第 361 页以下;并参见 Funke, A.,《作为法学结构理论的一般法律学说》(Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie),2004 年,第 212 页,第 220 页。相应的评价可进一步参考 Bierling 和 Somll。

④ Hart, H. L. A.,《回访凯尔森》(Kelsen Visited),载同上《法学和哲学论文集》(Essays in Jurisprudence and Philosophy),1983 年,第 287 页以下,第 293 页。

⑤ Hart, H. L. A.,《回访凯尔森》(Kelsen Visited),载同上《法学和哲学论文集》(Essays in Jurisprudence and Philosophy),1983 年,第 294 页;Golding, M. P.,《凯尔森与“法律体系”的概念》(Kelsen and the Concept of a “Legal System”),《法哲学社会哲学档案》(ARSP),第 47 期,1961 年,第 361 页以下,第 365 页。

别规范之“规范性规定”(die normativen Vorgaben)的重述,教义学语句通常具有自己的规范性内容^①;法教义学原理一方面对法律进行重构性表述,另一方面也会为法律商谈供给概念性和思维性框架。此外,很久以来人们就认为,法教义学也可以创造新的法学推论(juristische Schlüsse)。^②

在形成法律概念的过程中,20世纪的法学理论曾一度使法教义学以及法律科学原理发生大规模的^③退隐;^④并非难以置信的是,民族国家进行立法垄断化的结果导致了法律一定程度的去科学化或去教义学化。^⑤然而通常情况下,法律无法简化为国家制定法,按照流行的法学理论,习惯法和法官法也属于法律的范畴。^⑥在结构上,两者与国家制定法没有任何差别。法官判决可以直接理解为某一规范的权威性表述,因此,它能够导入一种仅与规范相关的法律概念。在这种意义上,教义学原理并不能被简化为规范的判断,但在20世纪,它们却不再是法律概念和方法论讨论的主题。只是到最

① Alexy R.,《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》(Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung),1983年,第313页。

② Azo,1574年,《制度大全导论》(prooemium ad summam institutionum)(I.1.1前半部分);Zasius, U.,《优士丁尼〈学说汇纂〉和〈法典〉摘要第一部分》(In primam partem digestorum paratitla),现代修订版,Lyon,1550年,D.1,3,17[scire leges];当代著作参见,如Bankowski, Z.,MacCormick, D. N.,Summers, R. S.,Wróblewski, J.,《论方法和方法论》(On Method and Methodology),载D. N. MacCormick、R. S. Summers主编:《制定法解释》(Interpreting Statutes),1991年,第19页;Canaris, C. - W.,《法学理论的功能、结构与证伪》(Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien),载《法学杂志》(JZ),1993年,第378页。

③ 参见Drosdeck, T.,《流行性意见——作为法律渊源的权威》(Die herrschende Meinung-Autorität als Rechtsquelle),1989年,第89页以下,第119页以下,以及更多可引的社会学文献,尤其是Luhmann, N.,《法律体系和法教义学》(Rechtssystem und Rechtsdogmatik),1974年,第15页以下。

④ 参见Kelsen, H.,《纯粹法理论》(Reine Rechtslehre),第2版,1960年,第72页以下,第196页以下;Hart, H. L. A.,《法律的概念》(The Concept of Law),第2版,1994年,特别是第91页以下;Alexy R.,《法律的概念与效力》(Begriff und Geltung des Rechts),第2版,1994年。

⑤ Möllers, C.,《全球化的法学——民主国家的相对性对法律概念及其理论功能的影响》(Globalisierte Jurisprudenz-Einflüsse relativierter Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie),载于M. Anderheiden主编:《作为正义和法律的控制能力问题的全球化》(Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts),载《法哲学和社会哲学档案》副刊(ARSP Beiheft)第79期,2001年,第43页以下;并参见Schröder, J.,《近代法律史中法教义学与立法的关系——以私法为例》(Das Verhältnis von Rechtsdogmatik und Gesetzgebung in der neuzeitlichen Rechtsgeschichte [am Beispiel des Privatrechts]),载O. Behrends、W. Henckel主编:《立法与教义学》(Gesetzgebung und Dogmatik),1989年,第41页以下。

⑥ Kelsen, H.,《纯粹法理论》(Reine Rechtslehre),第2版,1960年,第242页以下;Hart, H. L. A.,《法律的概念》(The Concept of Law),第2版,1994年,第96页,第141页以下,第272页以下[后记部分]。