

Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

当 代 德 国 法 学 名 著

法 律 思 维 导 论

[德] 卡尔·恩吉施/著
郑永流/译

法 律 出 版 社

当代德国法学名著
Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

法律思维导论

Einführung in das juristische Denken

[德] 卡尔·恩吉施/著
Karl Engisch
郑永流/译

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律思维导论 / (德)恩吉施著;郑永流译. —北京:法律出版社, 2013. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4626 - 6

I. ①法… II. ①恩…②郑… III. ①法律—思维科学 IV. ①D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 034299 号

法律思维导论

[德]恩吉施 著
郑永流 译

责任编辑 吕丽丽
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 850 毫米×1168 毫米 1/32

版本 2013 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.875 字数 261 千

印次 2013 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4626 - 6

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

Karl Engisch: Einführung in das juristische Denken
Neunte Auflage 1997(9. Aufl)

Alle Rechte vorbehalten

© 1956 Verlag W. Kohlhammer GmbH Stuttgart Berlin Köln

本书经德国科尔哈默出版社授权，法律出版社享有本书
中文简体专有使用权，并在全世界范围内出版发行。

著作权合同登记号

图字：01-2004-1363

本书翻译得到德意志学术交流中心
和德国科学基金协会的支持

**Die Übersetzung erfolgte mit
Unterstützung des DAAD und des
Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft**

所赋生灵之长，人也。而人所以居万物之首而
为生灵之长，概因其不仅是生于自然，而且还能
领悟于自然，进而以理性和智慧的劳动创造受
益于自然。由此而论，天地间至高至善至美，莫
过于人与自然之和諧融合。正如庄子所说：“知
天之所为，知人之所为者，葆也。”而中国哲人所
言“天人合一”，实际表明着人类的最高智慧和
境界。但是，最高的智慧未必是功利的智慧，最
高的境界往往不是现实的境界，此乃人类虽为
万物灵长，但又囿于万物的本性使然。尽管不
无缺憾，但却理所当然。纵观古往今来，可知人
类始终是在理想与现实、理性与物性的矛盾状
态中存在发展。不过，人出于其自然本性但又
以其理性确认的社会秩序，又使之在这种永远
不会解消的矛盾状态中生存发展成为可能。
自古以来，食色之性、交往之需、名利之求、
功德之义，无论国人洋人、权贵庶民、众生莫不

当代德国法学名著总序

当代德国法学名著译事之缘起,在乎“取法
人际,天道归一”之理念。

天地渺渺,众生芸芸;然天地何以长存不
灭,众生何以繁衍不息?此中必有亘古于今之
一般法则。天地者,自然之谓;众生者,乃自然
所赋生灵之长,人也。而人所以居万物之首而
为生灵之长,概因其不仅是生于自然,而且还能
领悟于自然,进而以理性和智慧的劳动创造受
益于自然。由此而论,天地间至真至善至美,莫
过于人与自然之和谐融合。正如庄子所说:“知
天之所为,知人之所为者,至也。”而中国哲人所
言“天人合一”,实际表明着人类的最高智慧和
境界。但是,最高的智慧未必是功利的智慧,最
高的境界往往不是现实的境界,此乃人类虽为
万物灵长,但又归于万物的本性使然。尽管不
无缺憾,但却理所当然。纵观古往今来,可知人
类始终是在理想与现实、理性与物性的矛盾状
态中存在发展。不过,人出于其自然本性但又
以其理性确认的社会秩序,又使之在这种永远
不会解消的矛盾状态中生存发展成为可能。

自古以来,食色之性、交往之需、名利之求、
功德之义,无论国人洋人、权贵庶民,众生莫不

有之；惟每人认取之价值，或此或彼因人因地因时而异。但基于人之本性所产生的社会，无论东方西方，必然有其共性。于是有老子的古训：“人法地，地法天，天法道，道法自然。”而希腊的斯多噶哲人也说：“按照自然而生活。”由此可知，同属自然之人类，本有其共同的理念与法则。以法律而言，中国、西方法律虽文化传统各异，然毕竟都是人类社会的法律，必然有其共同的人性内涵。所以，考察法律，应着眼超越地域、国度和民族，甚至超越时空的人际层面，努力发现本来属于整个人类的理念和规范，并在此基础上寻求并促进人与人、民族与民族、国家与国家之间越来越普遍深入的交往。吾人之规可为他人所取，他人之法可为吾人所用，概其皆出乎人之本性。所以“取法人际，天道归一”，当为人类社会法律进步之最高思想境界。以迄今历史度之，人类生存发展的必然趋势是越来越普遍深入地相互结合和依赖，经济的全球化和文化的世界化正在相辅相成地迅速演进。在人类发展进程中，产生于人类本性的共性愈多愈充分地为人所认识，则人与人之间、国家与国家之间的交往就愈可能有效和平地进行。作为人类社会的行为规范，任何国家的法律都是人与人之间实现交往、确定关系及秩序的最重要途径。就此而论，可断言未来人类的发展与和平，很大程度上将取决于全人类在法律法则上的沟通与趋同。

本着取法人际或取法自然的理念，当代德国法学名著译事拟系统全面地翻译当代德国法学具有代表性的学术成果。因为德国法不仅为可取之一方法律，而且还与当代中国法制有着特殊的关联。事实上，当代中国大陆、台湾的法制是基于清末民初之际的法律改制发展而来。当时采纳了欧洲大陆法系法制模式，而其中又以汲取德国法律，特别是民法、刑法居多。不仅如此，20世纪以来中国法制和法学的发展还颇受德国法制和法学的影响，现今中国法制和法学的不少思路实际都与后者有关联。因而，中国法制建设和法学进步自然更容易从德国法制与法学中获得启发。此外，

由于近代德国历史法学派和学说汇纂学派对罗马法和罗马普通法的系统研究与整理,近现代德国法学形成并获得了其本身独有的特色,其丰富成熟的法律理论与教条,恰恰是目前乃至 21 世纪我国法学与法制建设所迫切需要的。

当代德国法学名著的选题范围包括法哲学和法的基本理论、国家法、法律史、民法和商法、经济法、刑法、国际私法等内容。选题标准是:德国乃至欧洲法律界已经普遍公认为经典的名著,或在德国普遍使用的有代表性的教科书。与此同时,亦根据我国的实际需要翻译介绍一些有关法律文化背景方面的工具书和著名法学家的传记。初步选题首先由德国学者提出,然后由编委会综合各方面意见,最后根据我国实际需要确定翻译选题。为保证翻译质量,翻译工作严格采取译、校和三审程序。每部译著由一责任编辑审阅或校对。译稿一审通过后,编委会和编辑部就一审提出的问题召开由德国教授和有关译者参加的翻译工作会议;在此基础上,译者还专程前往德国与作者或有关学者探讨翻译的疑难和细节问题。在此方面,德意志学术交流中心(DAAD)提供了有力的支持。在赴德改稿基础上提出的第二稿通过二审后,由译者进一步修改、润色定稿,复经审阅后交付出版社。

系统翻译德国法学名著的想法由来已久,但正式酝酿于 1997 年秋,经过近一年的准备筹划,于 1998 年秋开始实施,拟于 2005 年完成全部选定书目的翻译。应该说,德意志学术交流中心的霍恩贝格尔先生(U. Hornberger)和法律出版社社长贾京平先生对促成此项翻译计划起了重要作用,黄闽总编亦助之鼎力。而此项翻译计划能够顺利实施,亦诚有赖编委会和编辑部各位同仁的同志趣和辛勤工作。六位德国著名学者:考夫曼(A. Kaufmann)、克茨(H. Kötz)、克努特尔(R. Knütel)、何意志(R. Heuser)、孟文理(U. Manthe)和胜雅律(H. von Senger)教授在计划拟定、选题推荐和具体翻译工作中均给了我们以宝贵帮助。德国大使馆柯灵博士

(T. Klinner)、李雅思先生(M. Licharz)和毕满天先生(M. Biermann)以多种多式推动此项翻译计划。德意志学术交流中心驻京办事处主任史翰功(H. Schmidt)博士、施密特-多尔(T. Schmidt-Dörr)博士和该中心波恩总部的比尔克(Klaus Birk)博士亦对此计划给予了热情和有力的支持。德国跨国基金会(Inter Nationes)对部分书目的出版提供了支持。特别要提及的是,江平、谢怀栻、潘汉典等法学界前辈对于此项工作始终给予着关注和支持,中国政法大学有关部门亦对我们的工作提供了帮助。法律出版社张波、卞学琪先生对出版工作兢兢业业、认真负责;朱宁女士和她的同事也一丝不苟、精益求精。在此,谨对上述所有法律界同仁和有关机构表示由衷的谢意。我之所愿,所有参与此项计划和给予该计划关注和支持的人,都能从此处呈献的工作成果中得到虽非物质的,但却真实诚恳并有长久价值的酬劳。因为,倘若这些成果能够在21世纪和中华崛起之际被赋予些微历史和现实意义的话,那么它将胜于所有致谢和嘉言。

米 健

2003年秋于京城蓟门

德文第九版编者序

卡尔·恩吉施的《法律思维导论》是法律方法论的一本经典之作,她陪伴了几代法律者。自1956年第一版问世以来,此书一直在被现实化,但在这个过程中,原来的文本没有实质的改变。在1990年卡尔·恩吉施去世之后,便提出了一个任务,即使自1977年以来不再有新编辑的本子,适应当前的立法、司法和理论的形势。因为其阐述部分实质上可以作为超时代的和经典的,在此有意识地只做很少的谨慎的编修,这种编修考虑到现实的法律情况;只是在“裁量”部分存在着现实化的特殊必要性。然而,相当多的改变是在自第七版以来急剧增加的注释部分,这是必不可少的。整个注释篇幅大为减少,以便完全列出注释所引文献资料,并为新的征引腾出空间。恩吉施对旧文献作的大量说明所涉及的东西,有兴趣的读者可参阅1983年的第八版。为了避免麻烦的查阅,将至今置于书尾的注释直接放在正文下。除此之外,这一版补充了人名和文献索引。本版还包括一个有关卡尔·恩吉施生平和著作的后记。

托马斯·维腾贝格尔 迪尔克·奥托
弗莱堡,1996年6月

德文第七版作者序

“法律思维导论”追求另一个目标：“法学导论”，普遍来说，法学导论不仅将读者引向法律思维的方法，还将读者导向法律本身及法律的具体专业领域。但在这本于此呈现出的书中，讨论的恰是使法科大学生，可能还包括有兴趣的外行，了解有点神秘的和少许疑惑的法律思维的逻辑和方法论，另外，讨论限制在法律发现这一核心问题上，也即撇开了“高一级的”教义学，例如，法律建构和体系形成的功效。只是在这种视角下，探讨包含在阐述中的实体法律问题。因为对法律逻辑和方法论所提出的那些任务，我已在1959年的《研习概览》(Studium generale)杂志第76页及以下中作了说明。现在，我只突显一下下列观点：法律逻辑是一种实义逻辑(materiale Logik)，它应一方面以形式逻辑为基础并在其框架中，另一方面在与特殊的法律方法论协同一致中显示出，人们如何获得“真实的”或“正确的”或至少是“有理的”对法律事务的判断。一种如此来理解的法律逻辑和方法论，不是传授诀窍的“技术”，借助此诀窍，人们可能容易掌握向对法律有兴趣者(Rechtsbeflissenen)提出的思维任务。它也不是法律发现的

心理学或社会学,后者要考察,在实践性的日常生活中,在获取法律见解过程时,人们如何对待事实(de facto)。毋宁说,法律逻辑和方法论是对不易看清的、实质正义的(sachgerechten)法律认识程序的反思。它追求的目标为,发现(在人的认识允许的限度内的)“真理”,作出妥善说明理由的判断。

卡尔·恩吉施

1977年7月

翻译凡例

《当代德国法学名著》丛书的翻译工作依下述规范进行：

一、结构

以原著标题编码为基础，采取国内学术著作与译著通常采用的标题编码顺序，如：编、章、节、一、(一)、1、(1)、a、(a)。

二、译名

1. 人名

外国人人名以音译为原则，依次参照商务印书馆的《德语姓名译名手册》、大百科全书出版社的《简明大不列颠百科全书》中文版、上海译文出版社的《德汉词典》所附的人名译名表和《外国人名词典》确定；上述工具书中没有的，参照商务印书馆的《德语姓名译名手册》所附的人名音译表确定译名。但上述工具书所确定的人名译名与学界通行的译法不一致时，以后者为准，如：T. Mommsen——蒙森；Kierkegaard——克尔凯戈尔；Schopenhauer——叔本华；Justinianus——优士丁尼……按照上述方法仍然难以确定的译名，由“当代德国法学名著”编译委员会和编辑部讨论确定。

2. 地名

外国地名以音译为原则：一律根据中国地名委员会编、商务印书馆出版的《联邦德国地名译名手册》和中国大百科全书出版社出版的《世界地名录》确定译名。

3. 其他译名

书名、学派名、机构和团体名称一律以意译为原则，并且参照《简明不列颠百科全书》中文版和有关工具书确定译名。依照工具书未能确定者，依照通行译名确定。如：Digesten——学说汇纂、usus modernus pandectarum——学说汇纂现代实用、Historische Rechtsschule——历史法学派、Pandektenwissenschaft——学说汇纂法学……

所有人名、地名、书名、专用术语及机构名称第一次出现时，均在圆括号内注明原文，重复出现时不再标明原文；人名重复出现时，仅取其姓氏中译或附加其名字中译的首字，如：迪·克斯勒（Dirk Käsler）。

三、相关规范

1. 重要概念或原文提示词句

原文正文中采用斜体或其他特殊字体的重要概念或提示文字，译文一律使用楷体，并用圆括号注明原文。原文中说明性文字或阐释性文字一律用小一号宋体排出。

2. 注释

(1) 原文注释一律采用脚注，按原著注释顺序编码。一般采用连续编码或以章为单位连续编码的方法。

(2) 译者注亦采用脚注，以“*”号标出，如：*、**、……凡译者注均列于原文脚注之后。

3. 补充性或说明性文字

原文中使用不同字体，具有注释、补充或说明性的字句或段落依据原文体例，或采用楷体，或提行采用小一号宋体，以示区别。

4. 争议名词和箴言或谚语

- (1) 有争议的名词在译文后用圆括号注明原文；
- (2) 箴言或谚语亦在译文后用圆括号注明原文；
- (3) 对争议名词、箴言和谚语附加必要的译者注并注明依据或来源。

5. 原文有边码者，译文按照原著标明边码。

四、标点符号

1. 书名号

著作、论文和期刊的名称均冠以书名号。

法律、法规名称使用全称的，使用书名号；使用简称的，不加书名号。

2. 引号

引号(包括单引号和双引号)的使用与原著一致。

3. 方括号

标明作者国籍，一般采用该国译名的第一个汉字，加方括号。

有必要重复使用括号时，方括号内使用圆括号。

4. 星号

仅在译者说明文字场合使用。

五、缩略语表

原著缩略语表均依原著体例译出以双语列于篇首。

六、索引和附录

1. 原著索引以双语形式保留，先外文后中文，并采用原著使用的顺序；索引文字所在页码以原著为线索，原则上按译文页码注明。

2. 原著的附录一般均作相应的译文附录。

中德文文献对照索引

- 阿历克西, 罗伯特, 《法律论证理论》, 第 2 版, 法兰克福, 1991 年。
- Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., Frankfurt 1991
- 作者同前, 《基本权利理论》, 第 2 版, 法兰克福, 1994 年。
- ders., *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt 1994
- 亚里士多德, 《尼各马可伦理学》, 奥洛夫·吉贡译, 苏黎世, 1951 年。
- Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, übers. v. Olof Gigon, Zürich 1951
- 作者同前, 《论点学》, E. S. 福斯特译, 伦敦, 1966 年。
- ders., *Topica*, übers. v. E. S. Forster, London 1966
- 奥斯丁, 约翰 L., 《论言语行为理论》, 德文编辑阿克·v·萨维尼, 第 2 版, 斯图加特, 1981 年。
- Austin, John L., *Zur Theorie der Sprechakte*, dt. bearb. v. Eike v. Savigny, 2. Aufl., Stuttgart 1981
- 巴霍夫, 奥托, 《违宪的宪法规范?》, 蒂宾根, 1951 年。
- Bachof, Otto, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen 1951
- 作者同前, 《基本法与法官权力》, 蒂宾根, 1959 年。
- ders., *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen 1959
- 巴尔韦格, 奥特马尔, 《法学与实用法学》, 巴塞尔, 1970 年。
- Ballweg, Ottmar, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel 1970
- 班格曼, 马丁, 《法与法学中的概念与假定》, 慕尼黑, 1963 年。
- Bangemann, Martin, *Bilder und Fiktionen in Recht und Rechtswissenschaft*, München 1963
- 巴托洛迈奇克, 霍斯特, 《制定法解释的艺术》, 法兰克福, 1951 年。
- Bartholomeyczik, Horst, *Die Kunst der Gesetzauslegung*, Frankfurt 1951

- 鲍曼,于尔根,《刑法总论》,第9版,比勒菲尔德,1985年。
- Baumann, Jürgen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Bielefeld 1985
- 鲍姆巴赫,阿道夫/劳特巴赫,沃尔夫冈/阿尔贝斯,扬/哈特曼,彼得,《民事诉讼法评注》,第54版,慕尼黑,1996年。
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 54. Aufl., München 1996
- 鲍姆加滕,阿图尔,《法律科学及其方法》,第1卷,蒂宾根,1920年。
- Baumgarten, Arthur, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Bd. I, Tübingen 1920
- 鲍尔,弗里茨/施蒂尔纳,罗尔夫,《物权法教科书》,第16版,慕尼黑,1992年。
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., München 1992
- 贝克尔,奥斯卡,《模态演算探索》,迈森海姆,1952年。
- Becker, Oskar, Untersuchungen über den Modalkalkül, Meisenheim, 1952
- 贝伦斯,德特勒夫,《民事法官裁量判决的可检验性》,柏林,1979年。
- Berens, Detlev, Die Nachprüfbarkeit zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen, Berlin, 1979
- 贝林,恩斯特,《立法的方法论》,柏林,1922年。
- Beling, Ernst, Methodik der Gesetzgebung, Berlin, 1922
- 作者同前,《德意志帝国刑事诉讼法》,柏林,1928年。
- ders., Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin, 1928
- 贝格博姆,卡尔,《法学与法哲学》,莱比锡,1892年。
- Bergbohm, Karl, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892
- 《贝尔纳瑞士民法评注》,第1卷,赫尔曼·贝克尔主编,柏林,1962年。
- Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, hg. v. Hermann Bercker, Bern 1962
- 贝特曼,卡尔 A.,《合宪解释》,海德堡,1986年。
- Bettermann, Karl A., Die verfassungskonforme Auslegung, Heidelberg 1986
- 贝蒂,艾米里窝,《作为精神科学方法论的一般解释学说》,蒂宾根,