

Die Typenlehre  
von  
Karl Larenz

# 制造 “拉伦茨 神话”

德国法学方法论史

顾祝轩 著



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

# 制造 “拉伦茨 神话”

德国法学方法论史

---

顾祝轩 著



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

**图书在版编目(CIP)数据**

制造“拉伦茨神话”:德国法学方法论史/顾祝轩

著.—北京:法律出版社,2011.10

ISBN 978-7-5118-2608-4

I. ①制… II. ①顾… III. ①法学—方法论—思想史

—德国 IV. ①D90-0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 207121 号

© 法律出版社·中国

制造“拉伦茨神话”:  
德国法学方法论史

顾祝轩 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

版本 2011 年 11 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 固安华明印刷厂

印张 9.5 字数 210 千

印次 2011 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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 978-7-5118-2608-4

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

1903年4月23日卡尔·拉伦茨出生在莱茵河畔韦塞尔(Wessel)的一个法律世家,中学毕业后,于1921年进入大学学习法律、经济与历史;并最终在哥廷根大学成为“新黑格尔学派”掌门人尤利乌斯·宾德(Julius Binder)的弟子。1927年拉伦茨以题为《黑格尔归责学说与客观归责概念》(Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung)一文,在哥廷根大学获得博士学位,并于1930年出版教师资格论文(Habilitation)《法律行为解释之方法》(Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts),提出了影响至今的“效力表示说”(Geltungserklärung)。

之后,拉伦茨在哥廷根经历了短暂的讲师生涯后,于1933年赴基尔大学就任教授一职,正式教授民法与法哲学课程。在纳粹统治时期,他作为“基尔学派”的领军人物,发表了学术生涯中被认为具有纳粹污点的两部著作:《契约与不法》(Vertrag und Unrecht,两卷本,1936年至1937年)、《关于民族的法律思想的内容与方法》(1938年)。1945年至1949年年底,拉伦茨因其在纳粹时期的言行被盟军解除公职;一直到1950年春季学期才得以复出,继续在基尔大学教授民法总论、物权法等课程;并于1951年公开了代表作之一的《行为基础与契约的履行》。1960年拉伦茨离开了生活近三十年的基尔,转职慕尼黑大学,直至1971年退休。拉伦茨一生著述甚

多,代表作有《债权法教科书(卷 I):债法总论》、《债权法教科书(卷 II):债法分论》、《德国民法通论》等教科书以及《法学方法论》,这些著作对德国法学尤其是私法学产生了深远影响。

1993年1月24日,拉伦茨在慕尼黑去世,享年89岁。在他死后,围绕其生前是否加入过纳粹党这一问题,众说纷纭,成为德国法学界的一桩公案。拉伦茨身后留下的一段与纳粹纠葛在一起的历史,让后人不禁要问,为什么在德国纳粹统治时期的一位“御用”桂冠法学者竟然在日后被誉为法学大师?而这也是“二战”之后,每一位法律人对拉伦茨抱有的最基本疑惑。

近年来,拉伦茨的法学方法论被国内法学者奉为“神话”,对我国法律方法论建构尤其是民法学研究正在或已经产生重大影响。<sup>①</sup>与之相对,在20世纪90年代东西德国统一后,一度被誉为“法学方法论的麦加”<sup>②</sup>的拉伦茨法学理论,随着在德国国内陆续出现的针对拉氏个人学术研究的新材料,<sup>③</sup>正面临各种质疑;甚至出现了在

---

① 这要归功于我国台湾学者王泽鉴教授(拉伦茨的门生),拉伦茨成为在我国最被熟知的德国法学者。

② Rudolf Wiethölter, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, S. 273.

③ Dreier, Karl Larenz über seine Haltung im “Dritten Reich”, *JZ* 1993, S. 454ff. Frassek, *Von der “völkischen Lebensordnung” zum Recht – Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1903 – 1993)*, 1996, S. 23ff.

政治层面对拉伦茨本人实施“断罪”的迹象。<sup>①</sup>

围绕拉伦茨这个人物出现了众多扑朔迷离的揣测,要想揭开笼罩在拉氏身上的神秘面纱,首先必须探源德国法学方法论史,在此基础上对拉伦茨法学理论的起源、内容以及变迁实施谱系性考察。因此,本书不会沿袭对拉伦茨实施“政治讨伐”的路径,而是尝试在德国法学方法论史层面,梳理和解析拉氏法学方法论作为一种“神话”是如何被制造出来的、其生产流程及生产方法是什么;并力图最终解开“拉伦茨之谜”。

基于以上问题意识,本书大致设定如下三种分析视角:

第一,分析作为拉伦茨法学方法论之核心内容的类型论及其背后的哲学基础;

第二,从制度层面特别是法律解释层面剖析拉伦茨的民法学理论;

第三,揭示在不同历史时期拉伦茨的法学理论背后隐藏的意识形态因素。

研究拉伦茨的类型论等于研究拉伦茨这一人物本身。<sup>②</sup> 本书将分析对象重点设定在拉伦茨的私法类型论这一范围内,并分别从

---

① Jakobs, Karl Larenz und der Nationalsozialismus, JZ 1993, S. 805.; Rütters, Wende – Experten – Zur Ideologiefälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen, 2. A., 1995, S. 195.; Rütters, Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 5. A., 1997; S. 270ff. Rütters 十分尖锐地指出,《法学方法论》这本书全面而系统地对德国法学进行了历史梳理,对于“纳粹”这个字竟然在标题目录上或内容上只字未提。这在客观上已经形同“伪造历史”。

② Josef Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, 1995, S. 18.

纳粹统治时期、“二战”后德国《基本法》指导下的新社会体制期以及 20 世纪 70 年代末这三个不同时期,在学说史层面对拉伦茨的法学方法论进行详尽梳理,以期能在历史发展的进程中深刻体会和考察拉伦茨类型论的具体内涵。

# 简目

序言 拉伦茨之谜	1
<b>上部 法学方法论史</b>	
<b>第一章 概念法学</b>	3
第一节 罗马法继受	3
第二节 概念法学的形成及其代表人物	10
第三节 概念法学的解释方法及其发展	19
<b>第二章 自由法学</b>	22
第一节 自由法学运动及其发展阶段	22
第二节 自由法学的理论构造	24
<b>第三章 利益法学</b>	36
第一节 赫克与利益法学	36
第二节 利益法学的理论原点	40
第三节 利益法学关于法律适用的构造	45
第四节 利益法学的发展及其衰弱	54
<b>第四章 纳粹法学</b>	58
第一节 纳粹法哲学的理念及功能	58
第二节 纳粹国家的法律现实	65
<b>第五章 “二战”后德国法学方法论的发展</b>	80
第一节 “二战”后至20世纪50年代末德国法理学概述	80



第二节	20世纪60年代初至70年代中期德国法理学的新思潮	84
第三节	20世纪70年代中期至21世纪初期德国法学理论的发展	89
<b>第六章</b>	<b>价值法学</b>	97
第一节	价值法学产生的历史背景	97
第二节	价值法学的诸流派及其主要内容	103
<b>下部 拉伦茨法学方法论</b>		
<b>第七章</b>	<b>德国纳粹统治时期的“具体的概念”逻辑</b>	116
第一节	早期拉伦茨法学理论的思想源泉	116
第二节	纳粹统治时期拉伦茨的“具体的概念”	123
第三节	纳粹统治时期的拉伦茨民法学	133
<b>第八章</b>	<b>“二战”后拉伦茨法学方法论的具体展开</b>	163
第一节	以人格主义为理念的“具体的概念”	163
第二节	从“具体的概念”转向“类型论”	179
<b>第九章</b>	<b>20世纪70年代后拉伦茨法学方法论的变迁</b>	187
第一节	设定课题	187
第二节	法律的“内在体系”	189
第三节	拉伦茨法学方法论的核心:评价思维	200
<b>第十章</b>	<b>拉伦茨法学方法论的法哲学与法教义学视角</b>	213
第一节	拉伦茨法学方法论解析的“双重视角”	213
第二节	拉伦茨法学体系的基本构造	215
第三节	拉伦茨关于法律的“妥当”理论	233
<b>终章</b>	<b>“拉伦茨神话”</b>	251
<b>补论</b>	<b>德国民法学“基尔学派”</b>	260
<b>参考文献</b>		271
<b>后记</b>	<b>法律人的快感经济学</b>	281

# 详 目

序言 拉伦茨之谜 1

## 上部 法学方法论史

第一章 概念法学 3

第一节 罗马法继受 3

一、罗马法继受过程 3

二、罗马法继受的对象、途径与结果 7

三、历史法学派 9

第二节 概念法学的形成及其代表人物 10

一、前期概念法学(潘德克吞法学)形成的时代背景 10

二、概念法学的代表人物 13

1. 普赫塔 13

2. 温德沙伊德 15

3. 耶林 16

第三节 概念法学的解释方法及其发展 19

一、概念法学的解释方法 19

二、法律解释客观说兴起 20

三、概念法学后期的发展状况 20

第二章 自由法学 22

第一节 自由法学运动及其发展阶段 22

一、自由法学运动概述 22

二、自由法学的反实证主义及反构成主义	23
1. 对制定法实证主义的批判	23
2. 对概念法学的批判	24
<b>第二节 自由法学的理论构造</b>	24
一、自由法学的法律观	24
二、自由法学对法律适用的理解	29
三、自由法学关于法律解释的客观说	30
四、自由法学关于法律漏洞补充的阐述	30
1. 法律漏洞的认定及其补充	30
2. “违反制定法”(contra legem)裁判	31
五、自由法学为法社会学提供了理论基础	32
六、自由法学存在的局限性	32
1. 自由法学的非合理主义	32
2. 轻视实质逻辑	33
3. 自由法学对“纳粹法学”负有责任	33
<b>第三章 利益法学</b>	36
<b>第一节 赫克与利益法学</b>	36
一、赫克生平	36
1. 求学生涯	36
2. 大学研究生涯	37
二、利益法学发展的历史阶段	38
1. 赫克利益法学的三个阶段	38
2. 杜宾根学派	39
<b>第二节 利益法学的理论原点</b>	40
一、对概念法学的批判	40

二、对自由法学的批判	42
三、作为法律基础的“利益冲突”	43
1. 利益的种类	43
2. 利益冲突的衡量标准	44
四、小结	44
第三节 利益法学关于法律适用的构造	45
一、历史的目的论的解释	45
二、“法官受制定法拘束”原则	46
三、“有思考的服从”原则	46
1. 法官坚守“有思考的服从”原则	46
2. 整体观察的准则	47
四、法律适用过程中的“利益探究”	48
1. “利益探究”的必要性	48
2. “利益探究”的结果	48
五、法律漏洞补充	49
1. 基于立法缺陷产生法律漏洞	49
2. 法律漏洞的类型	49
3. 法律漏洞的补充方式	50
六、法律更正论	51
1. 容许更正法律的情形	52
2. 法律更正的限制	53
第四节 利益法学的发展及其衰弱	54
一、利益法学的全盛期	54
二、后期利益法学的衰弱	54
三、利益法学的局限性	56
1. 利益概念的狭隘性	56

2. 评价的自由	56
3. 利益法学能否独立于法哲学	57
<b>第四章 纳粹法学</b>	<b>58</b>
<b>第一节 纳粹法哲学的理念及功能</b>	<b>58</b>
<b>一、克服法实证主义</b>	<b>58</b>
1. 法实证主义导致法哲学“安乐死”	58
2. 法哲学复兴思潮	59
<b>二、纳粹主义与法哲学</b>	<b>59</b>
1. 纳粹法哲学的主张者	59
2. 纳粹主义法哲学和国家哲学	60
3. 纳粹法哲学的功能	63
<b>第二节 纳粹国家的法律现实</b>	<b>65</b>
<b>一、纳粹国家法秩序的整体构造</b>	<b>65</b>
1. 实现极权国家统治	65
2. “法律空间”与“无法空间”之双重性	66
<b>二、纳粹立法及其正当化途径</b>	<b>67</b>
1. 法律“道具化”的两种进路	67
2. 纳粹价值观指导下的立法	68
<b>三、纳粹统治时期的司法实务</b>	<b>69</b>
1. 纳粹统治时期的法律适用	69
2. 司法实务中的“具体的秩序思考”	71
<b>四、纳粹法学对利益法学的批判</b>	<b>72</b>
1. 法学方法论争论	72
2. 纳粹法学与利益法学的论争焦点	74

<b>第五章 “二战”后德国法学方法论的发展</b>	80
<b>第一节 “二战”后至 20 世纪 50 年代末德国法理学概述</b>	80
一、拉德布鲁赫命题：“制定法不法”	80
二、对“拉德布鲁赫命题”的质疑	81
三、自然法复兴运动	82
1. 克服法实证主义和价值相对主义	82
2. “自然法复兴”运动的批判	83
<b>第二节 20 世纪 60 年代初至 70 年代中期德国法理学的新思潮</b>	84
一、概述	84
二、法律诠释学	85
1. 法律诠释学的构造	85
2. 法律诠释学的主要特征	87
三、德国法学方法论的自我修正	87
<b>第三节 20 世纪 70 年代中期至 21 世纪初期德国法学理论的发展</b>	89
一、概述	89
二、战后德国法学方法论的最大转向：法律论证理论	90
1. 法律论证理论的兴起及其主要内容	90
2. 法律论证理论对传统法学方法论的反思	92
3. 作为法学方法论“第三条进路”的论证法学	93
三、法社会学理论的新动向	94
四、小结	95
<b>第六章 价值法学</b>	97
<b>第一节 价值法学产生的历史背景</b>	97
一、“二战”后对利益法学的重新评价	97
二、超越法律实证主义	99

三、从利益法学转向价值法学	101
1. 从利益法学转向价值法学的深层原因	101
2. 评价标准	102
第二节 价值法学的诸流派及其主要内容	103
一、概述	103
二、内在制定法的价值法学	104
三、续造制定法的价值法学	105
四、内在社会的价值法学	106
五、超越社会的价值法学	107
六、对价值法学的若干探讨	109
下部 拉伦茨法学方法论	
一、研究视角	113
二、拉伦茨学术生涯的三个阶段	113
1. 纳粹统治时期	113
2. “二战”之后	113
3. 20 世纪 70 年代之后	114
三、着重剖析的几个理论问题	114
1. 从“具体的概念”转向“类型论”	114
2. 作为法学方法论之核心的“类型论”的具体内涵	114
3. 拉伦茨法学方法论中的哲学思想	115
第七章 德国纳粹统治时期的“具体的概念”逻辑	116
第一节 早期拉伦茨法学理论的思想源泉	116
一、来自新黑格尔学派的影响	116
1. 新黑格尔主义产生的历史背景	116

2. 新黑格尔学派的代表人物	117
3. 新黑格尔主义与纳粹法学	118
二、卡尔·施密特的“具体的秩序思考”	120
1. 何谓“具体的秩序思考”	120
2. “具体的秩序思考”与“具体的概念”	122
第二节 纳粹统治时期拉伦茨的“具体的概念”	123
一、“抽象的概念”的局限性	123
二、拉伦茨“具体的概念”的内容及其特征	124
1. 何谓“具体的概念”	124
2. “具体的概念”举例分析	125
3. “具体的概念”的内部诸要素之间的相互关联	130
4. “具体的概念”的本质特征	131
5. “具体的概念”理论与纳粹法学	132
第三节 纳粹统治时期的拉伦茨民法学	133
一、民法学“雅利安化”	133
二、民族秩序内的自由合意	138
三、拉伦茨民法体系二元化	140
1. “法律交易”与“法律地位”	140
2. “法律地位论”的具体内涵	140
3. 契约、债务关系的定位及其属性	142
四、拉伦茨的“新契约”概念	143
1. 合意的两种类型：“契约”与“协议”	143
2. 劳动契约关系的属性	144
3. 契约与“民族秩序”	144
4. 对私法自治的重新定位	145
五、拉伦茨民法体系中一般条款的功能	147



1. 作为渗透概念的诚实信用原则	147
2. 回应外部社会的“行为基础理论”	148
<b>六、拉伦茨与纳粹民法学</b>	<b>151</b>
1. 纳粹民法学的评价方法	152
2. 纳粹民法学的规范构成	160
<b>第八章 “二战”后拉伦茨法学方法论的具体展开</b>	<b>163</b>
<b>第一节 以人格主义为理念的“具体的概念”</b>	<b>163</b>
一、“二战”后的拉伦茨	163
1. 隐身与复出	163
2. 战后德国法学界对拉伦茨的质疑	169
3. 《法学方法论》问世	173
4. 本章设定的课题	174
二、“二战”后拉伦茨“具体的概念”的理念转向	175
1. 对“抽象的概念”再批判	175
2. “具体的概念”之理念：从“民族”转向“人格”	176
<b>第二节 从“具体的概念”转向“类型论”</b>	<b>179</b>
一、“具体的概念”与“类型”	179
二、“二战”后拉伦茨“类型论”的形成及其内容	180
1. 恩吉思“类型论”的影响	180
2. “类型”属于整体图像	182
3. 类型的开放性与流动性	183
三、小结：拉伦茨法学理论的断裂与连续	185
<b>第九章 20 世纪 70 年代后拉伦茨法学方法论的变迁</b>	<b>187</b>
<b>第一节 设定课题</b>	<b>187</b>