

# 法学思维 小学堂

6 法律人的  
堂思维训练课

Kleine Schule  
des juristischen Denkens

英格博格·普珀教授

集自己数十年来的教学与写作经验  
为法学初学者所撰写的一本思维引导手册



北京大学出版社

# 法学 思维 小学堂

6 法律人的  
堂思维训练课

Kleine Schule  
des juristischen Denkens

[德] 英格博格·普珀 (Ingeborg Puppe) / 著  
蔡圣伟 / 译



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2011-1397

图书在版编目(CIP)数据

法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课/(德)普珀(Puppe, I.)著;蔡圣伟译. —北京:北京大学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-301-19238-2

I. ①法… II. ①普… ②蔡… III. ①法学-思维 IV. ①D90-0

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第138424号

简体中文由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

法学思维小学堂——法学方法论密集班 [德]英格博格·普珀(Ingeborg Puppe)著  
蔡圣伟译

2010年1月版, ISBN 978-986-255-015-1

Copyright © Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG,

Ingeborg Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens. Göttingen, 2008.

书 名: 法学思维小学堂——法律人的6堂思维训练课

著作责任者: [德]英格博格·普珀(Ingeborg Puppe) 著 蔡圣伟 译

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-19238-2/D·2892

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 13.5印张 210千字

2011年8月第1版 2011年8月第1次印刷

定 价: 26.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

## 译者序

2008年4月30日清晨,一开门便收到Puppe教授寄赠的小书一本。翻看了前言和目录,就深深地被这本书所吸引。后来我也选择了其中部分的章节,当作东吴大学法律研究所“德国法学名著选读”的课程读物之一。读得越多,就越觉得应该要把这本书介绍给不谙德语的读者。基于这样的冲动,尽管自己的能力、精力与时间都非常有限,还是对Puppe教授提出了翻译的建议。在此要特别感谢教授的信赖与协助,她不但慨然应允翻译计划,并在版权的取得上出力甚多。关于授权的取得,当然也要感谢元照出版有限公司版权部同仁所付出的辛劳。希望接下这个翻译重任,不会成为“超越承担的过失”。

Puppe教授虽然有视力障碍,但从她的著作中,完全感受不到作者在阅读上受到任何影响。教授在德国刑法学界享有盛名,经常对通说提出犀利的批判而成为反对阵营的大将<sup>①</sup>,每次阅读她的文章都会有诸多启发。东吴法学院曾经两次邀请教授来台讲学,参与过这几场演讲的人,大概都可以或多或少感受到她的老顽童性格,而这种性格更可从写作创意上看出。Puppe教授曾经在少数的几篇文章中,跳脱一般学术论文的写作方式,用创新诙谐的笔法撰写。其中最令我印象深刻者,要属以科幻小说的形态讨论因果关系的一篇短文。<sup>②</sup>在这篇文章中,Puppe教授从外星

---

① 通说,说穿了也不过就是“通通这么说”的简称,而大部分的人之所以都这么说,有时候不见得是因为这种说法很有道理,而是因为这种说法比较不麻烦,可以让法律适用者偷懒(例如:标准较模糊,在个案中留有极大的“法感调整空间”)。了解了这点,就不难说明,为什么在很多争议中,明明就是少数说讲得比较清楚、比较合理,最后却还是没能成为通说。

② 篇名为:Kausalität—Ein Versuch, kriminalistisch zu denken,刊载于SchwZStW 107 (1990)。该文已有西班牙文翻译,分别于阿根廷(1992)以及智利(1993)发表。在1996年也被译为中文(郑铭仁译,《因果关系:一个从刑事政策面思考的新尝试》,载《军法专刊》,第42卷第12期,第27页以下),但似乎没有引起太大的注意,十分可惜。

人的角度来检视德国刑法学界所奉行的条件公式,极富创意与启发性。这本书,就如同她所撰写的刑法文章一样,也是偏离于传统教科书的论述方式,比如方法论的案例实习教本,重在各种方法的实际操演。本书可说是 Puppe 教授集自己数十年来的教学写作经验,为法律初学者所撰写的一本思维导引手册。书名之所以采用“法学思维”一词,据作者的说明,是源于德国刑法暨法理论大师 Engisch<sup>③</sup> 于 1956 年所撰写的“法学思维导论”(Einführung in das juristische Denken)。该书是法学方法论教科书的先驱,对德国法学界影响非常深远。自此之后,“法学思维”一词便带有法学方法论的意涵。学习方法论的理由,可用一句话来说明:与其一直要鱼吃,不如自己学钓鱼。学会思维说理方式,才能独立地得出自己的法学推论;在面对从未思考过的法律问题,才不至于完全没有头绪。要特别说明的是,Puppe 教授这次提供了两个全新撰写的章节,分别是第四课(法律与逻辑)当中的第二章(基础的语句逻辑)与第七章(概念混淆)。因此,读者所阅读的中文译本,内容要比目前市面上的德文版更新鲜,是刚出炉的第一手资料。

讲到翻译,就会想到德国一则古老的谚语:“翻译后的文本就像人,美的不好,好的不美”。尽管这则谚语对于世人外在与内在间的关联性有偏颇的认知,但不能否认它贴切地点出了翻译工作的难。囿于文法结构与用词习惯的差异,致使法学翻译很难满足信达雅的要求。过分忠于原文的句法结构,就会影响到译文的美;过于追求译文语词表达的美,则往往又会让译文失真。所幸,本书的作者给了我最大的支持。在翻译期间,每当遇到中文表达有困难时,我都会将原句改写寄给作者确认,作者同意后,再依照改写后的句子或语词来翻译。算算期间也有好几十个问题,通过电子邮件往返于台北与波恩两地的电脑屏幕上。于此要再次诚挚地感谢作者 Puppe 教授,感谢她每次都在百忙中极为迅速地回信,让我能够尽可能地兼顾内容与表达方式,让这个翻译文本不至于太不美或太不好。

与 Puppe 教授的书信问答中,除了译语或句型的讨论,也经常涉及实

---

<sup>③</sup> Karl Engisch(1899—1990),德国刑法学、法哲学暨方法论大师,曾任教于慕尼黑、海德堡等大学。在刑法学的研究上,Engisch 教授对于故意与过失之分界、过失犯的构造、因果关系的认定(提出“合法则之条件理论”)、意志自由、医疗行为与安乐死等重大议题均有杰出的研究成果。而在法理论的研究上,尤其是关于法律适用方法论的研究成果(如著名的“目光于事实与规范间来回游移”、法律适用逻辑学等),均对后人造成了深远的影响。

质内容的确认。因为部分讨论内容应有助于读者更精确地理解内文,所以我也将之用译者补充说明的方式加入本书。如果补充说明可简短用一句话解决,我就会使用“译按”的方式直接加注于内文里;若是补充说明过长,置于本文将会影响阅读的流畅,则会采用“译注”的方式。除此之外,针对部分台湾地区尚无译语共识且难以望文生义的专有名词,我也会在译注中说明自己的译词选择,并且将其他的中文译词列出。除了因为这是学术工作的基本要求外,也希望通过各种译语的并陈,能够帮助读者从不同的角度理解这些概念,甚至可以让有兴趣的读者借此找到中文的相关文献读物。此外,当书中引用了德国法的条文时,我也都会在译注中将这些条文翻译成中文(如果条文内容与台湾法相关规定内容相同,则会交代相当于台湾何法何条)。最后,书中偶尔会提及其他德国学者的姓名,虽然作者所引用到的人名多半是出于偶然,但我还是在译注中简短地介绍这些人的背景,让这些人名在读者的眼中不再只是冷冰冰的字母,希望借此也能提高大家阅读时的兴味。

关于本书的完成,要特别感谢成功大学王鹏翔助理教授与台湾大学吴从周助理教授在译语选择上所提供的诸多宝贵建议,以及德国友人 Marc Lindener 先生与 Christian Kau 律师为书中所使用的许多口语表达提供不厌其烦的解说,还有东吴法研所陈奕廷同学的校阅。由于他们的协助,让这本书的缺点能够减少许多。尽管如此,译文的内容一定还是会有疏失错漏之处,这当然是要由译者本人单独承担。除了要请读者包涵外,也希望大家能不吝指正。

思维训练课即将开始,你,准备好了吗?

蔡圣伟

2009年9月9日

## 原著前言

法律人的技艺，就是论证。越是能够驾取得好这项技艺，就越能成为一名成功的律师，越能成为一名受尊敬的法官、有影响力的政府官员，以及越能够成为一个受到大家认同肯定的法学写作者。

然而，“现代”的法学教育并没有提供法律初学者很多学习、练习这种技能的机会。法律初学者从那些所谓的精简版教科书或是大部头的教科书中，获取他的法学知识。这些教科书虽然大多根本不是那么简短，但在这些教科书里面，还是欠缺了彻底处理法律问题的空间。教科书的作者通常都自限于用简短的话语介绍不同意见，也就是所谓的争议立场，并且接着用一个标准的论点赞同所谓的通说。在那些教导案例解析的书籍中，也是如此。这些标准论据，通过一种总是相同的描述，从教科书到教科书、一代一代地继续传承下去，并且大多都已经有了令人敬畏的年纪。对于其中的部分论据，我们将会较详细的分析。

即使是那么重要的最高法院裁判，也很少对于法律初学者提供彻底论证的榜样。判决的审判庭多半都能够找到一个持续的实务见解来援用，并且说：“本庭并无理由”去处理文献上对该实务见解的批评。最高法院很少会改变他们的意见。我们会在他们必须要对新的法律以及新的法律问题表态时，最先发现他们的论证。但就算可能，最高法院也是以官方草拟的立法理由中所表达的解释及目的设定作为依归；这些立法理由中的解释及目的设定，对于实务界有着绝对的权威，因为它们被看作是“立法者的意志”。对此，我们也将会有更进一步的处理。

法学方法论的教科书是在一个较高的瞭望台上观察法律适用的种种问题，并且非常抽象地进行讨论。在这些教科书当中，方法论上的各种不同方向，如概念法学、利益法学、评价法学、诠释学以及论点学，都是按照其历史上的发展顺序一个接着一个地被介绍出场，并且批判性地加以阐

释。这显示了关于法学方法的讨论,有超过百年的时间都在承受这种苦难:每个新构想都主张其自身的独裁专制,并且因此把它各自的前手说得一无是处。然而,这些被如此“残杀”的前手方法,在法学实务中还是继续愉悦地活着。您将会看到,尽管在课堂上听到种种对于概念法学的宣战与抨击,但我们在每个包摄过程中,仍旧还是用概念法学的方式工作并且论证。

本书的目的,就是要把方法论中所有方向(诸如古典方法论、现代方法论)的知识,在一定的程度上从较高的层次上拉下来,将这些知识运用到实际的例子当中,借此来展示这些知识。这样不仅只是要批判性地反映出这些方法,而且也要训练法律初学者将这些方法运用到个案中的能力。他们应该学习怎样才能论证得更好,无论他们是支持哪种理论、运用了哪种方法,皆然。这本书所根据的经验,是得自于我在波恩大学法律系为新生所开设的数门关于法律适用方法的课程。事实证明,对于学生而言,抽象地说明一个理论、程序或是概念,要比将之正确且完整地(在必要时甚至还要有原创的想象力)运用到一个具体个案或具体问题中,来得容易许多。为了传播这些具体应用的能力,每个概念及论证方式都是通过一个例子说明、演练的。

这些在其他文献中出现、于本书中用来当作例子展示的论证,都会标明出处。相反,我只有在极少数的地方引用了方法论的教科书,只有在那些方法论的教科书特别清楚地表达了某个重要想法之处。如果我也要处理方法论的文献,那么我就必须在这些方法论的路线战争当中选边表态,但这并非本书的意图。随而,本书也不列出参考文献,因为所参考到的文献都只有偶然的性质。被简化引用的标准文献,则可以在缩语表当中找到。在本书的最后,我也提供了法学方法论文献的指引,是我推荐用以进阶的读物。其中部分书籍在书店中已经买不到,尽管如此,我还是推荐了图书馆中能够取得的书籍。这些书籍是源自于20世纪70年代末期到80年代初期,在那段期间当中,法学方法论从形式逻辑、语言哲学、诠释学以及修辞学得到启发,并且予以加工处理。这段期间过后,大家对于基本方法问题的兴趣似乎转弱,以至于当时的那些新作品中只有少数几本仍继续改版上市。但是在法学方法论这个领域中,和其他特殊的法领域不同,比较不会受到文献新鲜度的影响。

只有在法律逻辑的章节中,我使用了语句逻辑的部分公式。其中对



于法律适用最为重要的公式,就是质位换。为了让读者不用为此还要去学习逻辑符号(更何况这些逻辑符号在相关文献中的意义有时也不尽相同),我将每个使用到的公式都随即转换成一般的语言。这些逻辑公式,督促写作者要精确,也防止写作者用逻辑来“哄骗”。此外,这些逻辑公式也迎合了现代教育强调可视化的趋势。但是,法律人必须使用到的推论形式其实很简单,简单到可以立即用一般语言来表达。也就是说,法律人可以没有逻辑公式,但不能没有逻辑。

那些我用以说明法学方法论中不同概念、不同的思维修辞以及不同论证模式的法律问题,全都是出自于刑法的领域。理由很简单,因为这是我基于自身的实际论证经验以及观察其他法律人论证方式的领域。不运用自己的实际经验,就不可能会有实际的课程。但这不必然是个坏处。依照经验,刑法对于年轻的法律人来说是最容易理解的科目。刑法上的问题,多半都是明白易懂并且能够各自独立。我们可以在几分钟内,对一个细心且聪明的小孩说明刑法上的问题。相反,在民法及公法的领域中,要理解为什么会产生争议以及这个争议是绕着什么在转,往往就需要具有相当可观的知识。

为了便于理解,我也在相关处加入了提示,说明我是以哪些法律问题为例,借此,读者也能够独立于本书的文本去了解这些法律问题,但读者只需要稍微翻阅精简教科书中的相关章节即为已足。因为这本书的目的并不是在于让读者对刑法有更深层的认识(当然在一定程度上会附带产生此种效果),所以我一再地运用相同的争议作为例子。为了在这些争议问题中实际操演法学论证的技能,我们最后也必须对于这些问题表态。对此,我当然只能作出我个人认为正确的评断。但是,本书所追求的学习目的,不应该随着读者在事理上是否赞同我而有所影响。甚至,当读者尝试去反驳我的看法或是尝试去证明我有论证上的瑕疵时,反而是达成了更好的学习效果。

最后,关于本书的完成,我要感谢 Thorsten Hemme 先生、Stefan Jönsson 先生以及 Claudia Rendschmidt 女士的尽心协助。

Ingeborg Puppe

2007年8月于波恩

# 目 录

## 第一课 法律中的概念

第一章 法律人为什么要为概念争执? .....	3
第二章 法律概念的意义 .....	9
一、描述性概念 .....	9
二、评价性概念 .....	10
三、论断式概念 .....	15
四、描述性概念、论断性概念与评价性概念的区分 .....	19
第三章 概念形式 .....	22
一、分类概念 .....	22
二、类型概念 .....	25
第四章 法律上的概念定义 .....	29
一、定义在学术界的功能 .....	29
二、实定法中的定义:所谓的立法定义 .....	30
三、法学定义的失败以及失败的理由 .....	33
第五章 包摄与定义 .....	36
一、什么是包摄? .....	36
二、包摄与包摄锁链 .....	37
三、局部定义(partielle Definitionen)作为中间概念 .....	41
四、包摄与案例审查模式 .....	47

## 第二课 法律解释的古典方法

第一章 依据文义的解释:所谓的文理·语意解释 .....	53
------------------------------	----

<b>第二章 体系解释</b> .....	56
一、体系解释的四个要求 .....	56
二、无矛盾的要求 .....	56
三、不赘言的要求 .....	61
四、完整性的要求 .....	62
五、体系秩序的要求 .....	63
<b>第三章 目的论解释</b> .....	65
一、法律中的目的 .....	65
二、主观与客观的解释标准 .....	66
三、主观之目的论解释 .....	67
四、客观之目的论解释 .....	69
五、后果考察(Folgenberücksichtigung) .....	74
<b>第四章 解释方法间的顺位问题</b> .....	78
一、抽象顺位的不可决定性(die abstrakte Unentscheidbarkeit)与 具体顺位的可决定性(die konkrete Entscheidbarkeit) .....	78
二、文义解释的相对优位性 .....	80

### 第三课 法律续造的论证形式

<b>第一章 所谓的类似推论(类推)以及所谓的反面推论</b> .....	87
一、一则法律史上的传说 .....	87
二、类推的结构 .....	89
三、一个关于类推的讨论 .....	91
<b>第二章 当然推论</b> .....	94
一、当然推论的四种形式 .....	94
二、一个关于当然推论的讨论 .....	96
<b>第三章 归谬论证</b> .....	100
一、归谬论证的有效性前提 .....	100
二、有效性条件之一:谬误性之要求 .....	101
三、有效性条件之二:正确推论之要求 .....	102

四、有效性条件之三:排他性之要求 .....	104
五、有效性条件之四:完全性之要求 .....	105
六、有效性条件之五:独占性之要求 .....	107
七、混淆问题的归谬论证 .....	108

## 第四课 法律与逻辑

第一章 法学上对于逻辑的蔑视 .....	113
第二章 基础的语句逻辑 .....	116
第三章 关于逻辑的形式性格 .....	122
第四章 逻辑论证的审查,或:逻辑在法律上的艰辛工作 .....	125
一、严格罪责理论与错误理论中的反面推论 .....	125
二、错误理论中反面推论的逻辑形式 .....	128
三、反驳矛盾指摘的尝试 .....	130
四、逻辑论据在法学上的功效 .....	131
第五章 规范逻辑 .....	134
一、法条作为应然语句 .....	134
二、规范逻辑的概要 .....	135
三、一个司法实务上的规范逻辑矛盾 .....	137
第六章 循环推论 .....	142
一、什么是循环推论? .....	142
二、如何揭发循环推论 .....	143
三、问题描述中的循环推论 .....	146
四、理论中的漏洞作为循环推论入侵的缺口 .....	149
第七章 概念混淆 .....	154

## 第五课 法学上的问题讨论

第一章 广告或海盗 .....	159
-----------------	-----

<b>第二章 论证网球赛</b> .....	162
<b>第三章 法学对话( der juristische Diskurs )</b> .....	168
一、不受宰制之对话的理念 .....	168
二、一则关于故意的法学对话 .....	170

## 第六课 体系方法

<b>第一章 体系学与论点学( Topik )</b> .....	179
一、体系学的没落与论点学的兴起 .....	179
二、论点学方法与体系学方法的实际演练 .....	181
<b>第二章 所谓的审查架构表</b> .....	186
一、审查步骤在逻辑上的正确顺序 .....	186
二、审查步骤的连贯性 .....	188
三、经济性与普遍性 .....	189
<b>缩语表</b> .....	191
<b>进阶用推荐文献</b> .....	197

# 第一课

## 法律中的概念

---

- 第一章 法律人为什么要为概念争执？
- 第二章 法律概念的意义
- 第三章 概念形式
- 第四章 法律上的概念定义
- 第五章 包摄与定义



# 第一章 法律人为什么要为概念争执？

一直以来,我们法律人都在为了概念争执。那些因为违反法律或违反公序良俗而无效的债权,如果还具有任何事实上的实现可能性,是否亦属诈欺构成要件中所称的“财产”?故意是否即为对于构成要件实现的认知与意欲?如果答案是肯定的,在这个脉络下,应如何理解“意欲”一词?正确的正犯概念(Täterbegriff),究竟应该是客观的正犯概念(具有犯罪支配者为正犯),还是主观的正犯概念(将犯行当作是自己之犯行者为正犯)?在何种意义下,一个概念能够有对错真伪可言?能称得上真(正确)或伪(假、不正确)的,就只有那些描述事实的语句。我们可以用不同的概念来描述同一个事实,因此,定义上的任意性(das definitorische Belieben)适用于“描述性的科学”(die beschreibenden Wissenschaften)、自然科学以及人类科学(die Humanwissenschaften)。<sup>①</sup>每个学者只要他在首次使用这些概念之前提出自己的定义,就可以任意地对其所使用的概念下定义。如果他事后才对一个已经使用的概念下定义,就会有陷入概念混淆(Begriffsvertauschung)的危险。当然,这种定义上的任意性,其反面就是,在描述性的科学中,我们无法通过概念的定义证立或证明任何必须被证立或证明的事物,这就是所谓定义的“无创造性”(die sog. Nichtkreativität)。<sup>②</sup>

在实践哲学(die praktische Philosophie)上,也就是在伦理学的范畴,情况则有所不同。举个例子,某个战舰的舰长发现自己所面对的敌军拥有绝对优势的武力,便命令自己舰上的官兵搭乘救生艇离开,并且弄沉了

---

① von Savigny Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren (1970), S. 25 ff.

② Herberger/Simon Wissenschaftstheorie für Juristen: Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften (1980), S. 324 f.



该舰,而没有遵循上级命令战到最后的一兵一卒。<sup>③</sup> 当两名伦理学学者在争执这个指挥官的行为究竟该算是勇敢还是怯懦时,他们其实就是在争执“应怎样理解勇敢、怯懦”这个问题,因为他们对于事实本身是一致的。他们从自己对于勇敢与怯懦的概念理解中,导出了自己赞许或谴责军舰指挥官的结论,导出了在类似的情形中推荐或拒绝这种行为的结论。

法律人从他们的概念确(界)定(Begriffsbestimmungen)会推导出完全实际的结论,也就是“包含这个概念的法律是否应适用于某个特定案件”这样的结论。一个赃物犯对窃贼施诈,从盗赃物中骗走原本应分给窃贼的部分<sup>④</sup>,这个赃物犯是否会构成诈欺罪?或者,一个毒贩在收了钱之后却交给客户巧克力以代替海洛因<sup>⑤</sup>,这个毒贩是否构成诈欺罪?这些行为是否构成诈欺罪,关键都在于“违反公序良俗的债权(sittenwidrige Forderungen)是否亦属财产部分”这个问题。再没有任何其他的学科及实务界会这样的运用概念。所以,定义上的任意性,不能适用于法律概念。继而便出现了下一个问题:应当依据什么标准,法律概念才会有对错之分?

曾经有一段时间,法律人相信世界上的事物先天(von Natur aus)就是预先存在于特定的概念之中;这不是指其他的概念是错的,而是指这些概念并没有完整地描述实际事物(所谓的“具体现实”:Lebenskonkretia)<sup>⑥</sup>,而是从中抽象化。在今日,人们将这种想象称为“自然主义”(Naturalismus),并且原则性地反对这种想法。尽管如此,这种自然主义在法律上的某些领域,还是一如既往地居于支配主宰的地位。如在确认因果关系时,通说所要追问的就是:对于“完全具体之形态下的结果”(Erfolg in

---

③ 这就是发生在第二次世界大战初期的“朗斯朵夫(Langsdorff)船长案”。

④ BGHSt 2, 364.

⑤ BGH NSZ 2003, 152.

⑥ Hettinger Die Bewertung der “aberratio ictus” beim Alleintäter, GA 1990, 531 (549); 类似看法,如 Roxin AT/1 12/119; Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (1988), 599; Koriath Einige Überlegungen zum error in persona, JuS 1998, 215 (216).