

Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

当 代 德 国 法 学 名 著

法 学 方 法 论

[德] 齐佩利乌斯/著
金振豹/译

法 律 出 版 社

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

法学方法论
Juristische Methodenlehre

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学方法论 / (德)齐佩利乌斯著;金振豹译. —
北京:法律出版社,2009.12

(当代德国法学名著)

书名原文:Juristische Methodenlehre

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0213 - 2

I. ①法… II. ①齐…②金… III. ①法学—方法论
IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 226759 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/850 × 1168 毫米 1/32

印张/6.75 字数/142 千

版本/2009 年 12 月第 1 版

印次/2009 年 12 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0213 - 2

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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 der Deutschen Wissenschaft**

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,当代中国内地与台湾地区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、校和二审程序。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)以多种方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

2005年秋于京城蓟门

中文版序

在法学上也如在其他科学上一样,将以理性的,因而也是可论证的方式探求开放性问题的答案的路径称为“方法”。本书致力于介绍法学上旨在实现对法律规范*进行理性的,可控制的解释、续造和补充的思想路径。通过这些思想路径,应能使一项法律**在理性的考量当中获得尽可能多的确定性,并使法律的解释

* “Rechtsnorm”。对于“Norm”一词,如果是在“Rechtsnorm”意义上使用,本译本原则上译为“(法律)规范”。此外则一般译为“规则”,如“逻辑规则”、“操作规则”等。有学者建议对“规则”和“规范”作更为严格的区分,但就本书而言,对“Norm”一词在翻译上作这样严格的区分是不必要的,也是容易引起误解的。对于文中有些地方,如§9 III“基于体系的论据”最后部分关于“rules”和“Prinzipien”的区分问题的论述,所用的“rule”,本文遵从习惯译为“规则”,但并不意味着“rule”与“Norm”的含义有所区别。

** 原文为“Gesetz”,指制定法,不同于抽象意义上的“Recht”。后者除有“法”的含义外,尚有“权利”的含义。如译者序中所述,本译本基本上严格地将Recht译为“法”,将Gesetz译为“法律”。只是在一些构成词中,基于汉语的表达习惯,将Recht也译为“法律”,如将Rechtsprobleme译为“法律问题”,将Rechtsnorm译为“法律规则”,以及对Gesetz作不同的译法,如将Gesetzesrecht译为“制定法”。另外,根据上下文Recht亦会被译成“权利”,如在subjektives Recht的情形。

以及漏洞的填补得以在理性的论辩 (Argumentation) 当中进行 (§ § 10 ff.)。在实现这一目标方面,各项解释标准 (§ 10) 作为“关键性概念”(Schlüsselbegriffe)起着尤为重要的作用。所谓“关键性概念”,我把它们理解为能够揭示问题所在的概念。它们通过概念性地揭示和阐明与法学方法有关的重要问题,比如(对一条法律规范之)正确解释的选择,并引导(围绕这一问题展开的)考量过程,使得对这些问题进行理性的讨论成为可能。在这过程中还将表明,法学上的考量虽然一般来讲是可以理性建构的,却是无法精确计算的 (§ 10 VII)。

这本书能够出版中文版,我深感荣幸。我也很高兴自己能够通过这种方式对我们两国的思想交流有所贡献。为此我感谢促成此事的金振豹先生。

谨致友好的问候,

您们的

R. 齐佩利乌斯

2007年7月5日

第十版前言

言过其实是时尚的宠儿。法理学界的作者们也不例外。他们往往或者把法律发现过程中的理性因素,尤其是逻辑推理的效力过分夸大,如概念法学的例子,或者将其过分贬低,如自由法学的例子。这本简明的法理学试图避免任何一个这样的极端立场。

法律确定了对司法和行政都有约束力的一般性规范,这与分权和法律安定性的原则是相一致的。因此司法和行政原则上应该按照一定的解释规则来发现这些一般性规范的涵义,以维持和遵守这些规范。但同时也应该看到,法的基本任务是要引致对问题的合乎正义的解决。为此,法律解释必须要努力在语言和逻辑的可能框架之内找到对问题的合乎正义的解决办法(§ 3 I b,d;10 IV)。然而法的任务,即对正义问题提供有公认力的解决办法(konsensfähige Lösungen),有可能与严格遵守法律的原则发生冲突,比如在按照公认的解释规则(Regeln der Kunst)解释的法律显然无法完成其实现正义的功能之时。在这种情况下如果实现正义的考虑比要求严格遵守法律字面涵义的分权以及法律安定性的考虑更为急迫,则必须要对制定法进行补充和纠正(§ 3 I b;11)。

在上述过程中我们也能看到方法上的努力

是有局限性的:这些基于解释规则和法律续造规则建构起来的衡量过程最后往往导向无法继续以理性解决的评价和决定空间。简而言之,法律解释和法律续造虽然是可以理性建构的,却是无法完全以理性来决定的(§ § 3 I b;10 VII)。

这本《法学方法论》是以我的《法哲学》(Rechtsphilosophie, 2003年第4版)一书中的法哲学观点为基础的。本书不涉及那本书所分析的问题,或即使涉及,也只是粗略带过。在这些问题中与本书的方法论关系重大的尤其是这样一个基本的法哲学概念,即法律的发展是通过一种“试验性的思想过程”实现的。在这一过程中人们不断地尝试为人类的共同生活问题寻求正义和有效的解决方法;而所找到的解决办法则必须经受不断的考验和改进(a. a. O., § 11 III)。在这些解决办法的合法性方面,这种方法论还基于这样一种观念,即个人受理性指引的良知(das vernunftgeleitete Gewissen)是我们正义观念的最终判断者(die letzte Instanz),并且正是在此基础上可以反复地寻求并通过理性地思考产生具有多数公认力的观念。另外,对于法律和正义之间的冲突问题(a. a. O., § § 6;24),以及对于系统的和反复衡量的思考方式对于正义问题之解决的意义问题(a. a. O., § § 38 III;39),也请参见《法哲学》一书。

对于希望对法律适用于具体案例的过程获得初步和大概的印象的初学者来说,可以首先阅读本书的§ 6和§ 14部分。

对于将本书译成西班牙语的 Delgado Ocando 教授,将本书译成乌克兰语的 Bernhard Schloer 博士和 Roman Kornuta 先生,以及将本书译成英语的 Kirk W. Junker 教授和 P. Matthew Roy 先生,我表示衷心的感谢。我同样感谢 Brigitte Schulze 女士对本书的校对所付出的努力。

R. 齐佩利乌斯

埃尔朗根,2006年9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。

缩略语表

a. a. O.	am angegebenen Ort:	出处同上
AcP	Archiv für die civilistische Praxis:	民法实务档案
ARSP	Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie:	法哲学与社会哲学档案
Aufl.	Auflage:	版本
BFH	Bundesfinanzhof:	联邦财税法院
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch:	德国民法典
BGH	Bundesgerichtshof:	联邦最高法院
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen:	联邦最高法院刑事判决集
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen:	联邦最高法院民事判决集
BVerfG	Bundesverfassungsgerecht:	联邦宪法法院
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG:	联邦宪法法院判决集
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung:	公共行政
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt:	德国行政杂志
f.	(und) folgende (Seite):	及下页
ff.	(und) folgende (Seiten):	及以下数页
Fn.	Fußnote:	脚注
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:	联邦德国基本法
Hrsg.	Herausgeber:	出版者
insb.	Insbesondere:	尤其

JZ	Juristenzeitung:	法学家报
Kap.	Kapitel:	章
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen:	附其他引证
RGSt	Entscheidungen des Reichs- gerichts in Strafsachen:	帝国法院刑事判决集
S.	Seite:	页
StGB	Strafgesetzbuch:	德国刑法典
VerwArch.	Verwaltungsarchiv:	行政法档案
Vgl.	vergleichen:	比较
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik:	法律政策杂志
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess:	民事诉讼杂志