

《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会

# 法哲学与 法社会学论丛

(五)

郑永流 主编

Archives for Legal Philosophy  
and Sociology of Law  
Archiv für Rechtsphilosophie  
und Rechtssoziologie

中国政法大学出版社

D90-53

# 法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law  
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

(五)

《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会

中国政法大学出版社

2002年

图书在版编目(CIP)数据

法哲学与法社会学论丛. 5/郑永流主编. -北京:中国政法大学出版社,2002.9

ISBN 7-5620-2264-X

I.法… II.郑… III①法哲学-文集②社会法学-文集  
IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 073060 号

---

书 名 法哲学与法社会学论丛(五)  
出 版 人 李传敦  
出版发行 中国政法大学出版社  
经 销 全国各地新华书店  
承 印 固安华明印刷厂  
开 本 850×1168 1/32  
印 张 17.375  
字 数 415千字  
版 本 2002年12月第1版 2002年12月第1次印刷  
印 数 0 001-3 000  
书 号 ISBN 7-5620-2264-X/D·2224  
定 价 36.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088  
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803  
电子信箱 zf5620@263.net  
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。  
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

**本论丛由中国政法大学法学院资助出版**

## 法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of law

Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

### 编辑委员会

Editorial Board

#### 主 编 Chief Editor

郑永流 Zheng Yongliu 中国政法大学 China University of  
Politics and Law

#### 副主编 Vice-Chief Editor

舒国滢 Shu Guoying 中国政法大学 China University of Pol-  
itics and Law

#### 委 员 Editors

陈弘毅 Albert H. Y. Chen 香港大学 The University of  
Hong Kong

程春明 Cheng Chunming 中国政法大学 China University of  
Politics and Law

杜钢建 Du Gangjian 国家行政学院 National School of Ad-  
ministration

方流芳 Fang Liufang 中国政法大学 China University of Pol-  
itics and Law

龙卫球 Long Weiqiu 中国政法大学 China University of Pol-

itics and Law

乌尔弗里德·诺伊曼 Ulfrid Neumann 德国法兰克福大学  
Universität  
Frankfurt am  
Main, Deutsch-  
land

戚 渊 Qi Yuan 中央财经大学 University of Central Fi-  
nance and Econ-  
omy

胜雅律 Harro von Senger 瑞士联邦比较法研究所 Schweiz-  
erisches Institut  
für Rechtsvergle-  
ichung, Schweiz

夏 勇 Xia Yong 中国社会科学院 Chinese Academy of So-  
cial Sciences

郑成良 Zheng Chengliang 国家法官学院 National School of  
Judge

朱景文 Zhu Jingwen 中国人民大学 Renmin University of  
China

朱苏力 Zhu Suli 北京大学 Peking University

**学术秘书 Assistant**

泮伟江 Pan Weijiang

# 目 录

## 主题研讨：法律思维与法律方法

- 法律者如何思维…………… [德]卡尔·恩吉施著,郑永流译(1)
- 法律教义学在德国法文化中的  
意义…………… [德] 乌尔弗里德·诺伊曼著, 郑永流译(14)
- Gemeinwohl, Konkretisierung des Rechts und Auslegung  
der Gesetze…………… [Deutschland] Winfried Brugger (22)
- 私法推理的典型思维：从司法三段论到意思表示解释  
理论…………… 朱庆育 (77)
- Recht als Richterrecht – Eine zeitgemäße rechtstheoretische  
Reflexion…………… [Deutschland] Walter Grasnick (164)
- 法官判决的合法性基础…………… 唐素林、马新梅 (217)
- 中国民法典的制定应超越严格体系化思维…………… 马江 (240)
- 放宽知识产权的视界  
——系统论、控制论方法与知识产权作为  
私权的初步考察…………… 金海军 (282)
- 论概括条款及其具体化  
——以张学英诉蒋伦芳遗产纠纷案  
为例…………… 韩新华、金涛 (305)
- 受教育权和宪法司法化  
——评“中国宪法司法化第一案”…………… 郭锐 (317)

## 法哲学研究

### 伸冤与复仇

- 中国传统法文化中的“公”、“义”与  
“正义” ..... 张守东 (335)

### 全球化背景下的国家主权

- 生成基础与发展走向 ..... 程虎 (390)

### 国家 ..... [美] 约翰·齐普曼·格雷著, 龙卫球译 (422)

- 法律与全球化一般理论述评 ..... 冯玉军 (439)

## 人权问题

- 积极权利如何保障——德国传媒制度论 ..... 李道刚 (467)

## 著名学者

- 法之批评——论维莱 ..... 黎晓平 (486)

- 萨维尼的生平及其学说 ..... [德] 施罗德著, 许兰译 (499)

### Sword and Water : Rule by Law or Rule of Law

- *the reviews on Guo Daohui and his*

- thoughts of law* ..... Jin Haijun (507)

## 学术动态

### 法律与政治——寻求平衡

——国际法哲学和社会哲学协会

- 2003 年大会 ..... 张青波编译 (520)



# CONTENTS

## SUBJECT DISCUSSION: LEGAL THINKING AND LEGAL METHOD

Karl Engisch,

The way a lawyer thinks ..... (1)

Ulfrid Neumann

The Significance of Legal Dogmatics in German Legal

Culture ..... (14)

Winfried Brugger

Public Interests, Specification of Law, and Legal

Interpretation ..... (22)

Zhu Qingyu

Mould of Reasonings in Private Law: From Legal syllogism to

Hermeneutics of Declaration of Intention ..... (77)

Walter Grasnick

The Law as Judge - made Law ..... (164)

Ma Xinmei Tang Sulin

The Legitimacy Basis of Judicial Judgments ..... (217)

Ma Jiang

- Overcoming Systematic Thinking in the Making of Civil Code of  
China ..... (240)

Jin Haijun

- Broaden the horizon of Intellectual Property Rights ..... (282)

Han Xinhua Jin Tao

- On General Clauses and their Embodiments ..... (305)

Guo Rui

- The Right of Education and Constitution Judicialization  
—Review of “the First Case of China’s Constitution  
Judicialization” ..... (317)

## STUDIES OF LEGAL PHILOSOPHY

Zhang Shoudong

- Taking Revenge and Seeking Justice in Traditional Chinese Legal  
System: “fairness,” “righteousness,” and “justice” in traditional  
Chinese culture ..... (335)

Cheng Hu

- State Sovereignty in the Shadow of Globalization: its basis of origin  
and trend of development ..... (390)

John Chipman Gray

- The State ..... (422)

Feng Yujun

- Comment on the General Theory of Globalization  
and Law ..... (439)

---

## Forum on Human Rights

Li Daogang

On German Mass Media Institution ..... (467)

## Renowed Scholar

Li Xiaoping

The Critique of Law—a Study of Michel Villey ..... (486)

Schröder

Friedrich Carl von Savigny ..... (499)

Jin Haijun

Sword and Water: Rule by Law or Rule of Law

—the reviews on Guo Daohui and his

thoughts of law ..... (507)

## ACADEMIC TREAIDS

Law and Politics—In Search of Balance

—Information on the IVR Congress 2003 ..... (520)

## 主题研讨：法律思维与法律方法

# 法律者如何思维 ——《法律思维导论》之导论\*

[德] 卡尔·恩吉施 郑永流 译

谁打算使初学者或外行了解法学和法律思维，谁就会感到，

- 
- 本文为已故著名德国法哲学家卡尔·恩吉施《法律思维导论》（1997年第9版）的第一章：导论（Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1956, 9. Aufl. 1997）。该书被誉为法律方法论的一本经典之作，自1956年问世以来，它陪伴了几代法律者，至今仍是法科大学生研习法学的必读入门之书。该书现已纳入“当代德国法学名著”，预计2003年底前出版。本文标题为译者所加，同时后附《卡尔·恩吉施的生平与著作》一文，由该书第9版编者——德国弗莱堡大学托马斯·维腾贝格尔教授和迪尔克·奥托博士撰写。

相比其他科学，自己遭受到各式各样的阻力和疑惑。<sup>〔1〕</sup>假如法律者浏览一下自己周围的精神和文化科学，法学也归于其中，那么，他必定会带着羡慕和忧虑发现，大多数科学可能比他自己的科学对于门外汉而言，特别考虑到更多的兴趣、理解和信任。尤其是语言、文学、艺术、音乐和宗教，用完全不同于法律科学的方式（法律科学与之在实质上和方法论上为近亲），吸引着对教育有兴趣者的外行。人们会不加思索地将一本考古学的或文学史的书放在礼品桌上，但很少放一本法学书籍，这本法学书籍可能也对读者的知识没有提出特殊的要求。各种流行的法学导论的出版，只有很少的例外，仅是为未来的法律者，而不是为外行提供点什么。人们能有几次在非法律者图书馆里发现一本法典呢？

揭示外行对法律和法学没有兴趣的原因，应非难事。然而，学界很少涉及它们。几乎没有一个其他的文化领域比法律更近地关系到人类。所以，存在着与诗歌、与艺术与音乐没有活生生关系也能生存和生存着的人类。但是，不存在不处在法律下而生

---

〔1〕 兹列如下：J·宾德尔：《法哲学》，1925年版，第836页及以下，第886页及以下，第920及下页；C·A·埃姆盖：《法哲学导论》，1955年版，第380页及以下；K·恩吉施：《法律思维的真实性和正确性》，1963年版；A·安德烈：《何谓法学研究》，载《法律者报》，1970年版，第396页；O·巴尔韦格：《法学和应用法学》，1970年版；R·德赖尔：《论作为科学的应用法学的自我理解》，《法律理论》2，1971年版，第37页；W·瑙克：《法哲学基本概念》，1986年第2版，第148页及以下；F·比德林斯基：《法律方法论和法的概念》，1991年第2版，第57页及以下，第76页及以下；Th·迈尔-马利：《法学》，1991年第5版，第1页及以下；K·拉伦茨：《法学方法论》，1991年第6版，第189页及以下，第239页及以下；H·-M·帕夫洛夫斯基：《法律者的方法论》，1991年第2版，第3边码及以下；H·科英：《法哲学原理》，1993年第5版，第290页及以下；F·米勒：《结构法律学说》，1994年第2版，第13页及以下；K·F·勒尔：《一般法律学说》，1995年版，第69页及以下；R·齐佩利乌斯：《开放社会中的法律和正义》，1996年第2版，第21页及以下。

活、一直与法律无关、不受法律调控的人。这种人在共同体内部出生和长大，撇开不正常的情况，且从未离开共同体。但法律是共同体的本质要素。因此，它不可避免地关涉我们。同时，也存在着法律应遵循的基本价值：公正，它不退居在美丽、善和神圣等价值之后。公正的法律“属于世间的意义”。〔2〕然而，对法律和应用法学（Jurisprudenz）的兴趣为何如此的少呢？

那么，人们将提出异议说，法律与法学是两类东西，外行只是对后者有疑惑。但这忽视了外行也只是在把法律当作实用的命令时才关照法律，法律与法学决不是绝对两分的。但无论怎样，它们很少如艺术与艺术科学那样（两分）。无疑，当艺术科学促进了对艺术的理解时，它也服务于艺术。同时，这似乎偶尔显得科学的理论影响到艺术实践。然而一般来说，艺术走着自己的路，并且是艺术科学追随艺术，解释它，反映它，赋予它历史的意义，常常是由艺术家自己带着不信任来思考艺术科学，只要它未全被拒绝和遭到嘲讽。当然，我绝无意思要去质疑科学的艺术思考的巨大精神意义。温克尔曼（Winckelmann）赋予了我们的大家豪多大的意义呢？哪些令人愉悦的见解馈赠给我们一个雅各布·布克哈特（Jakob Burckhardt）或一个海因里希·韦尔夫林（Heinrich Wölfflin）呢？尽管如此，在此仍然是：艺术与艺术科学是两回事。其他文化科学与其各自的对象之间的关系，与此相似。相反，不是陪伴法律和居于法律之后走过来，而是可以在法律之中和根据法律共创法律和生活，是处在文化科学中的法学几近为无法比拟的优点。自法学存在以来，它就是一门实践科学。罗马法学家们，应将不朽的伟业归于他们，他们创立了这门科学，非常清楚地意识到，他们曾在法学上拥有什么。他们称赞法

---

〔2〕 G. 屈兴霍夫：《自然法和基督学》，1948年版，第6页。

学为“神事和人事的知识”(divinarum atque humanarum rerum notitia),<sup>[3]</sup>他们认为法学也是一切科学中最具活力的,他们与其法律和法学一道成长壮大。真正有天赋的和有创造力的法律者所思考的和在法学知识上所展示的,已成为在任何时候对法律自身的祝福,<sup>[4]</sup>但愿这已赋予立法者以灵感,但愿这已影响到具体法律案件的裁判。千百年来靠的是古典罗马法学家们或意大利后注释法学家们(1250年之后)的法律智慧的哺育。近代法学家们,如耶林(Jhering)、温德沙伊德(Windscheid)、宾丁(Binding)、李斯特(Liszt)和弗兰克(Frank)的学说,之于执法(Rechtspflege)和立法(Rechtssetzung),同时也之于法律本身,仍是有益的——更不用说一个法律思想家被委以立法的情况,如欧根·

[3] D1, 1, 10. 这样一个引征相当于:民法大全学说汇纂(刊载于16.12.533),第一篇,第一章,第十条法律。参见D·利布斯:《罗马法》,1993年第4版,第61及下页。

[4] J·埃塞尔:《法官续造私法的原则和规范》,1966年第2版,第306页及以下;L·赖泽尔:《法学和法律实践》,载《新法律周刊》,1964年版,第1201页,第1204及下页;L·莱加茨·y·拉卡姆巴拉:《法哲学》,1965年版,第558页及以下;拉伦茨:《法律方法论》,第234页及以下;帕夫洛夫斯基:《法律者的方法论》,第5边码及以下。

当W·卡拉维茨(“法律方法论传授何种方法?”载《法律教育》,1970年版,第425页)“从当代尤其是受语言分析哲学倾向影响的科学学说…立场出发,想把罗马法学不当作科学时”,那么,他可能是从一个非常狭窄的视角作出的判断。关于罗马“法学”的特点,参见如W·孔克尔:《罗马法史》,1978年第8版,第90页及以下;利布斯:《罗马法》,第16页。在M·卡泽尔(《罗马私法》第1卷,1971年第2版,第3页)那里这意指:共和后期的罗马法学家“走在所有其他西方法学的前列”。当然,他们坚持“法律发现的实用使命”。在一切时代,法学(狭义的)共同创造了法律,法学是“实践科学”(但有时被拒绝:H·凯尔森:《纯粹法学》,1960年第2版,第75页注2)。另一方面,R·v·耶林(《罗马法的精神》第II卷2,1869年第2版,第369页)的话仍值得思考:“为了是真正的实用,法学不可局限在实践问题上”。

胡贝尔 (Eugen Huber) 之于 1907 年的瑞士民法典, 维亚克尔 (Wieacker) 在其近代私法史中称之为“十九世纪德语法学在立法中最成熟的果实”。〔5〕没有一个有头脑的人会思考, 在此问题上, 这些伟大的法律学者意欲超越那些伟大的历史学家、语言研究者和艺术学者, 并意欲将法律学者与天才的哲学家、诗人、艺术家和音乐家等同起来。但是, 不论那种直接的文化实效贡献出什么, 主要的法学成就是极能与最重要的哲学论断、艺术创造和文学作品相比的。在此范围里, 它们具有一样的效价。不言而喻, 从法学中产生出一种特殊的责任。

对法学的自我维护, 这一直有必要反复促成, 是用完全不同于在与其他的精神和文化科学的竞争中争得理解和同情的方式, 去反击产生于与其他自然的诸科学进行比较中的种种怀疑。在根本上, 发生这种比较, 可能与法律的规律特点 (Gesetzescharakter) 相连。一如自然科学, 法学是一门规律科学 (Gesetzeswissenschaft)。但是, 谁给我们揭示出自然的规律, 谁就向我们展现了存在和必然性。假如法学家也把我们引向存在, 他能使我们笃信各种法律规律 (Rechtsgesetze) 的必然性吗? 在个人的现实领域中, 即恰好又在艺术领域中, 人的精神不假思索有权得到的自由, 在规则 (Regeln) 和规律 (Gesetze) 应该统治的法律领域中, 显得太容易是偶然、任意、骄横。当然, 艺术家也知晓规则和规律, 但规则和规律之于他, 只是他应该和可以实现个人意义的“形式” (Formen)。同时, 这种“形式”虽然被认为是相对恒常的, 但在它们身上打上了个人的烙印。因此, 形式是有文化差异的和是历史可变的。它们不是普遍有效的, 也不是严密相连的。

---

〔5〕 F·维亚克尔:《近代私法史》, 1967年第2版, 第491页。



“大师能打破形式”（Der Meister kann die Form zerbrechen）。〔6〕相反，象对真理和自然规律的期望一样，人们期望规律一直反复地具有普遍有效性（Allgemeingültigkeit），规律统治着法律并通过它法律进行着统治。当人们未发现普遍有效性时，便深深地失望。帕斯卡尔（Pascal）以经典的方式，用那句经常被引证的话表达了这种失望：“…人们（看到）…没有公正和不公不随着气候而改变其本质。接近极点三纬度就把整个法学弄得乱七八糟，一条子午线就决定了真理；几年以后基本的法律就改变其有效性；公正有自己的时代…以河为界的滑稽的正义！比利牛斯山这边是真理，而那边是谬误。”〔7〕尽管大家非常努力，直到今天，法学家们还未做到发现真正的法律，并将它与“本性”连起来，或是人类的本性，或是事物（Dinge）的本性，这就使他们的学术常常显得光泽暗淡。尤利乌斯·v·基希曼（Julius v Kirchmann），他自己是一个法学家，对作为科学的法学所提出的著名批评，同样也建诸于：“太阳、月亮和星星今天看上去一如几千年以前；玫瑰仍像在伊甸园里那样开放；但法律从来是另一回事。婚姻、家

---

〔6〕 F·席勒：《钟之声》，载席勒，《全集》，第一卷，G·弗里克/H·G·格普费特编辑，1965年第4版，第439页，第343诗行。

〔7〕 B·帕斯卡尔：《思想录》，E·瓦斯穆特翻译和编辑，1978年第8版，第148页（Pensées本，294）。