

主办 / 北京航空航天大学法学院

北航法律评论

■ 主编 / 李昊 明辉

■ 2015年第1辑 (总第6辑)

BEIHANG LAW REVIEW

专题研究：法教义学与法学教育

德国视角下的基础研究与教义学 [德]托马斯·维滕贝格尔/著 查云飞 张小丹/译
法教义学贡献了什么？——介绍与展望之十二个论点

[德]安德烈亚斯·福斯库勒/著 李浩然/译
法教义学在进一步国际化的世纪之初的重要性

[德]罗尔夫·施蒂尔纳/著 李云琦/译 吴训祥/校
比较法学与法教义学 [德]海因·克茨/著 夏昊晗/译

法律中的科学——科学比较中的法教义学 [德]马提亚斯·耶施德特/著 张小丹/译
民法学及其方法论——过度关注法律适用与太少注重基础导向？

[德]罗尔夫·施蒂尔纳/著 于程远/译 陈大创 李建星/校
现代民法与法教义学的意义 [德]罗尔夫·施蒂尔纳/著 陈大创/译 蒋毅/校

法官法影响下的法教义学和法政策学 [德]伯恩哈特·吕特斯/著 季红明/译 蒋毅/校
处于科学知识与实践中的教义学——导引评注

[德]温弗里德·哈塞梅尔/著 陈昊明/译
作为法社会学研究客体的法教义学——“带有更多法学元素的”法社会学

[德]因格·舒尔茨·舍费尔/著 张福广/译
实践指向的法律人教育与案例分析——比较、反思、行动 季红明 蒋毅 查云飞

法律出版社



主办 / 北京航空航天大学法学院

北航法律评论

■ 主编 / 李昊 明辉

■ 2015年第1辑 (总第6辑)

BEIHANG LAW REVIEW

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

北航法律评论. 2015 年. 第 1 辑: 总第 6 辑/李昊, 明辉主编. —北京: 法律出版社, 2016. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9709 - 1

I. ①北… II. ①李…②明… III. ①法律—文集
IV. ①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 155658 号

北航法律评论 2015 年第 1 辑(总第 6 辑)	李昊 明辉 主编	责任编辑 黄倩倩 装帧设计 汪奇峰
----------------------------	----------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16	印张 26 字数 473 千
版本 2016 年 8 月第 1 版	印次 2016 年 8 月第 1 次印刷
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
责任校对 晁明慧	责任印制 陶松
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司	

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 - 9709 - 1	定价: 68.00 元
(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)	

目 录

专题研究:法教义学与法学教育

第一部分 法教义学基础理论

德国视角下的基础研究与教义学

…………… [德]托马斯·维滕贝格尔/著 查云飞 张小丹/译(3)

法教义学贡献了什么?

——介绍与展望之十二个论点

…………… [德]安德烈亚斯·福斯库勒/著 李浩然/译(17)

法教义学在进一步国际化的世纪之初的重要性

…………… [德]罗尔夫·施蒂尔纳/著 李云琦/译 吴训祥/校(21)

比较法学与法教义学 …………… [德]海因·克茨/著 夏昊略/译(33)

法律中的科学

——科学比较中的法教义学

…………… [德]马提亚斯·耶施德特/著 张小丹/译(45)

民法学及其方法论

——过度关注法律适用与太少注重基础导向?

… [德]罗尔夫·施蒂尔纳/著 于程远/译 陈大创 李建星/校(69)

现代民法与法教义学的意义

…………… [德]罗尔夫·施蒂尔纳/著 陈大创/译 蒋 毅/校(106)

法官法影响下的法教义学和法政策学

…………… [德]伯恩德·吕特斯/著 季红明/译 蒋 毅/校(137)

处于科学知识 with 司法实践中的教义学

——导引评注 …………… [德]温弗里德·哈塞梅尔/著 陈昊明/译(162)

作为法社会学研究客体的法教义学

——“带有更多法学元素的”法社会学

…………… [德]因格·舒尔茨·舍费尔/著 张福广/译(171)

在规范与个案之间

——法教义学的立场、方法与功用…………… 蒋 毅(201)

第二部分 实践指向的法学教育和法学研究

实践指向的法律人教育与案例分析

- 比较、反思、行动 季红明 蒋 毅 查云飞(214)
- 德国法学教育简介 杜晓明(229)
- 日台民法学坛过眼录 章 程(233)
- “学院”与“法院”之间 李 贝(251)

第三部分 案例研习示例

联邦最高普通法院判决:非婚姻生活共同体破裂后的补偿请求权

- 季红明/译(272)

候补文官闭卷考试真题

——民法:配偶的共同权利

- [德]沃尔夫冈·凯泽/著 王立栋/译(283)

第二次国家考试笔试真题

——民法:损害赔偿和精神抚慰金——危险方式陈列的罐头案

- [德]彼得·科纳/著 卢扬逊/译 薛 童/校(297)
- “切糕王子”案 朱晓喆(314)

论文

- 《宋刑统》所引《建隆令》之研究 郑显文 杨 勇(333)
- 19世纪美国的司法审查与宪制 杨洪斌(348)
- 浅议欧洲私公司(SPE)与德国有限责任公司的立法技术
- 以章程自由为视角 张怀岭(360)
- “慈善捐赠与募捐”学者建议稿:草案及说明 冉 昊(374)
- 欧盟一体化背景下德国的网络安全立法现状 李 昊 查云飞(395)

- 《北航法律评论》约稿函 (406)

- 《北航法律评论》引征体例 (408)

专题研究:法教义学
与法学教育

第一部分 法教义学基础理论

德国视角下的基础研究与教义学

[德]托马斯·维滕贝格尔* 著 查云飞 张小丹** 译

【摘要】法教义学属于法学领域中的应用研究,其他工作则是基础研究。基础研究与教义学的关系可从法的内部和外部这两个视角观察,从内部可系统探讨法学基础研究和教义学之内在关联;从法的外围则可追问,社会科学和自然科学的基础研究成果能否以及在何种程度上被法学重视进而成为法教义学的研究对象。法教义学无疑构成一门独立学科,对法的发展这一传统担负义务。然而,只有回溯到自然科学技术、法学以及社会科学基础研究的知识,法教义学才能为当今的具体法律问题提供良好答案。

【关键词】法教义学 基础研究 应用研究

自然科学划分为基础研究和应用研究,前者仅仅促进科学知识的增益,后者将科学研究成果转化为实在的商品和服务,两者的地位价值有所不同。众所周知,应用研究能在多大程度上推动商品创新,就大体决定了一国国民经济好坏及其国际竞争力强弱。因此,在政治领域,尤其是高校政策领域,该研究总被施以压力催促加强。由此,19世纪以来一直为德国各大学视为核心工作的基础研究被推搡至不利地位,在制度和组织两方面受到了威胁。即便如此,基础研究至今在德国占有一席之地,首要便归功于德国科学基金会(Deutsche

* [德]托马斯·维滕贝格尔(Thomas Würtenberger),德国弗赖堡大学国家法和行政法荣休教席教授,研究重点包括国家和行政法、高等教育法、比较宪法、近代宪法史、国家哲学以及自由与宪法的象征意义。本文原标题为“Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht”,载 Rolf Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, 2010, S. 3-21。

** 查云飞,德国明斯特大学博士研究生,研究方向为信息、电信和媒体法、行政法、国家法;张小丹,德国法兰克福大学博士研究生,研究方向为宪法学、立法学和法理学。

Forschungsgemeinschaft, DFG) 和 马克斯·普朗克学会(Max - Planck - Gesellschaft)。^[1] 同时不应忽视,这些基础研究成果总是存在被应用学科使用的潜在可能。举激光为例,人们曾长期苦思冥想但一直未能将其市场化,多年漫长等待后才实现这一愿望,还逐渐形成了不容小觑的工业分支。

上述引言旨在强调自然科学以及法学研究方法的可比性;如借用自然科学研究的分类,法教义学便属于法学领域的应用研究,其他工作则是基础研究,^[2] 后者既不以促进教义学进步为目标也不关注教义学具体成果。

基础研究与教义学的关系可从法的内部和外部这两个视角观察:如同自然科学,从内部可系统探讨基础研究和教义学之内在关联;从法的外围^[3] 则可追问,社会科学和自然科学的基础研究成果能否以及在何种程度上被法学重视进而成为法教义学的研究对象。此处关涉到一个颇为棘手的问题:将法律秩序纳入研究视野的各种社会变迁理论,是否以及如何被法学处理并被囊入法教义学? 同样棘手的是,法与教义学如何引导自然科学研究以及后者又如何引导前者。^[4]

一、法学内部视野下基础研究与教义学之关系

对二者关系的追问并不常见,在传统上法学被细分为诸多子学科,各自拥有专属研究对象;除法教义学外,还存在法理学、法哲学、法律心理学、比较法学、一般国家学、法律史、法社会学、立法学、法学方法论等。^[5] 法学好似建筑物的一方穹顶,其下分布的间间房屋便是不同的分支学科,彼此延伸交融。此处确定两者关系的特殊动力在于,一可消解极度交融的法学整体印象,二能将思考焦点投射于法教义学本身。

(一) 基础研究与法教义学的区分

下文对两者分别进行探讨。

[1] 关于国家向基础研究领域以及向以私法形式成立的科研自行政主体划拨资金的体制,参见 Streiter, Wissenschaftsforschung durch Mittlerorganisation, 2008。

[2] 关于应用型法学基础研究,参见 Alexy, Vorwort, in: ders. (Hg.), Juristische Grundlagenforschung, Beiheft 104 zum ARSP, 2005, S. 7。

[3] 关于法的外部视角,参见 Cheffins, Cambridge Law Journal 58 (1999), 197f。

[4] 类似观点参见 Jestaedt, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: der./ Lepsius (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 185, 190f。

[5] 参见 Hoffmann - Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft in: Schmidt - Abmann/ders. (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9, 14。

1. 法教义学

规范性(Normativität)以及法的效力(Geltung des Rechts)乃法教义学〔6〕的研究对象。作为实践型和应用型科学,其直接以解决具体法律问题〔7〕为导向,这也是法治国下法的安定性原则所要求的。夸张一点论断,无法教义学便无法治国。法治国的法律秩序不仅仅包括清晰的成文法规定,而且还包括在清晰的法教义学体系中的秩序。在此,法官法(Richterrecht)成为法教义学的核心对象,法教义学是将成文法(Gesetzesrecht)和法官法联结起来的纽带。

(1) 法教义学的任务

引用拉邦德(Paul Laband)〔8〕的经典语录:“某个特定实证法教义学的科学任务存在于法律制度的建构过程中,存在于从个别法律条文回溯至一般概念以及从个别概念推导出结论的过程中。”(Wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts [liegt] in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeine Begriffe und in der Herleitung der aus einzelnen Begriffen sich ergebenden Folgerungen.)在此,拉邦德衔接了19世纪的经典教义学范畴即建构法学(Konstruktionsjurisprudenz)。换言之,法律概念将被系统整理,这与普赫塔(Puchta)或者温德沙伊德(Windscheid)〔9〕所实现的完美体系一致。对“建构教义学”(Konstruktionsdogmatik)首次提出根本质疑的耶林(Jhering)在《法律中的目的》(Der Zweck im Recht, 1872年)一文写道:旧有的教义学研究立场将在20世纪被替代。原因在于概念法学和实证法学限缩了法教义学的领域。(教义学)尽管因此备受批评,但是以下这一点还是正确的:

法教义学是遵循价值论路径(ein axiologischer Ansatz)〔10〕的,其塑造了整个法律体系和个别法律领域所依据的价值、法律原则和推导关系(Ableitungszusammenhang)。法教义学并不是“价值中立的概念工作”(wertungsneutrale Begriffsarbeit)〔11〕。在宪法化的法律体系里,正如其在德国近几十年所发展的那样,首先从宪法中推导出了那些将引导及影响一般法解释和续造的基本价值

〔6〕 Brohm, Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik, in: FS für Maurer, 2001, S. 1079 – 1080.

〔7〕 Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 1.

〔8〕 Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 4. Aufl., 1. Bd. 1901, S. IX.

〔9〕 Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 8. Aufl. 1996, S. 133ff.

〔10〕 关于以概念和规范金字塔为导向的公理系统(das axiomatische System)和以最高价值为导向的价值系统(das axiologische System)之间的区别,参见 Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, S. 416.

〔11〕 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 54.

和法律原则。此外,在一般法律中也有那些单个法律领域以之为基础的法律原则和价值,其是一般法上个别问题进行法律解释时必须依赖的。只有了解到必须在法教义学发展出来的价值、原则和推导关系的系统中^[12]论证之后,才可能将诉讼引向成功以及真正加入法学讨论。

例如,从公法角度来看,作为法律具体化(Rechtskonkretisierung)前提的上位原则至少包括了担保国家(Gewährleistungsstaat)、比例原则、平等原则、信赖保护以及无不争议的最优化要求(Optimierungsgebot)。如何消解这些上位原则如信赖保护原则与符合民主正当性的立法者所享有的形塑自由(Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers)之间的矛盾,便属于法教义学的日常任务。在此,法教义学为新旧法律问题指明了合乎价值、合乎系统(wertungs- und systemgerecht)的解决之道。^[13]

与上述价值功能(axiologische Funktion)紧密相连的便是体系化,^[14]此乃法教义学的第二个传统^[15]任务。从给人留下的初步印象来看抑或在前沿领域里,法律体系都表现为一个松散的规范架构(Normengefüge ohne ein einigendes Band)。乍一看那些为解决个案逐一搜寻出的法律规定,他们彼此间也不存在多大关联。法教义学在此的任务便是为单个法律规定建构关联体系,从上位大原则以及核心价值中衍生出属于特定领域的和以成文法、法官法为导向的、将愈加细化的具体法律原则,从而让人们得以整体把握这一法律体系。

法教义学还具有减负功能(Entlastungsfunktion)。在法教义学上已经被一致认定的正当性和正确性无须总被加以论证说明。世代对教义学的磨砺工作可被放心继承,^[16]这也构成了进一步法学论证的坚实基础。^[17]对那些具备共识性的法学结论反复“试错”(trial and error)^[18]之后,“先人也不愚笨”(Die Alten waren auch keine Dummen)这句口号得以印证。

教义学的减负功能使得对法律主体(Rechtsstab)进行分工成为可能。对现

[12] 关于法教义学以建构一个符合逻辑、无矛盾的体系为目标,参见 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. Studienausgabe, 1980, S. 181。

[13] 教义学与遏制批判(Kritikunterbindung)无关是显而易见的,参见 Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 15。

[14] 关于法学的“系统本原”,参见 Frisch, Wesenszüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens, in: Engel/Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 156, 160 ff。

[15] Conig, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, 1956, S. 30ff。

[16] Brohm (Fn. 6), S. 1079, 1083。

[17] Brohm (Fn. 6), S. 1079, 1082f。

[18] Zipplius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, § 12 (zum typisierenden Fallvergleich)。

有教义学意义的深思、修正和继续发展由少数法学精英负责;对于从事法律咨询或者司法日常事务的法律人而言,确定的法教义学无疑将成为其日常工作的基础;即使那些不愿独立批判式追寻关乎正确和正义答案的法律人,也将同样在教义学罩壳下获得这部分正确和正义。有充分的理由说明实证主义应当免于探讨根本意义和价值问题,以法律实践为导向的教义学为这样的实证主义法律适用做出了杰出贡献。

法律实践教义学(rechtspraktische Dogmatik)和法律科学教义学(rechtswissenschaftliche Dogmatik)这一重大区分也得以产生,前者通过法律评议书、教科书以及手册反映制定法和法官法的状况,以实现实证法的效力为义务;而科学意义上的法教义学任务不止于此,其探究实践教义学的正确和正当性、探寻新的体系化和新的教义学解决方案。

(2) 法教义学和法律文化

法教义学能否以及如何融入法律体系,这关涉到法律文化。德国法律文化自19世纪初以来长期受到历史法学派(historische Rechtsschule)和潘德克顿学说(die Pandektistik)影响,其法律体系的正义观念以历史经验为导向。^[19] 法教义学作为法学重大研究成果同样深受德国的法律文化影响,直到最近,^[20]立法都局限于一般原则性规定,而将法律体系符合时宜和客观状况(zeit- und sachadäquat)的具体化和续造留给了法官法和教义学。

此种立法国(Gesetzgebungsstaat)特殊模式建立在立法者对法官法和教义学工作的高度信任基础上。1906年弗莱纳(Fleiner)指明了这一德国法律文化特色:法律进步很少由立法者而更多由“法官判决和静谧的学术研究”促成。^[21] 后二者恰于其位,更能切合问题以及符合时宜地推动法律体系发展,立法、法官法以及教义学这三者之间的分工因此也是合理的。法官法和教义学都清楚,其应当在必要的制定法规训(Gesetzesgehorsam)约束下进行法律规定的具体化以及继续发展工作,这点也为立法者所知。

立法者的意志概观、制定法的合方法论解释、通过司法和教义的浸润达至法律具体化,这些都体现在上乘的法律评议书中,而在其他国家却仍然罕见或者至今缺乏。引用一句广告语,“帕兰特评注所载即法”(was im Palandt steht, gilt rechtlich),此类评议文献和教义构成了法律实践基础。而那些小型法律实

[19] 关于法律实证主义中僵化的潘德克顿学说以及概念法学的讨论,参见 Schlosser (Fn. 9), S. 128ff.

[20] 遗憾的是,此种立法风格在个别法律领域正被抛弃,比如在安全法中。

[21] Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S. 23f.

践评议书,更是凭借与理论保持距离这一特色占据着市场的优势地位。^[22]

通过法教义学的静谧工作,偶然性的政治多数决所体现的立法者喜好便可与一个以正义要求(Gerechtigkeitspostulat)为导向的法律体系相匹配,^[23]这也塑造了德国法律文化中法官法和法教义学所拥有的决定性的权力(die bestimmende Macht)。

在并不信任法官法及教义学的地方,立法者将被迫承担全面但未予细化的法律规定体系建构任务。这也将对起草私人合同产生反作用,在合同中所有事项都得详细拟定,因法官法和教义学缺失,双方将无法指望借助以正义原则为导向的教义填补合同法律漏洞。与重视法官法和教义学相比,对此缺失信赖的法律体系^[24]只会瞄向详细的规则制定而拒绝其他主体进行法律的具体化和续造。

(3) 民主治国下的法教义学

教义学将法律体系予以系统化和具体化,也促进其发展,我们对如此重要的教义学不禁要问:其法律建构功能如何与《基本法》上的民主秩序相衔接?初观之,教义学的法律建构功能与代议民主原则并不相符,尤其不符合代议制民主的正当性与监督链条(Legitimations- und Kontrollketten)。^[25]的确,承担法律续造任务的教义学决定了社会共同生活以及个人生活建构方面的重大问题。尽管如此,教义学在民主国家仍占有合法地位。这些重大问题虽然须由立法者规定,但法的分出(Ausdifferenzierung)和继续发展能够且必须交由这么一个商谈过程(ein diskursives Verfahren)。法教义学作为“共识教义”(consensus doctorum)几乎被视为一般意志(volonté générale)的受托人(Treuhänder),在开放的、商谈的过程中生成,^[26]并与论述说服力(Überzeugungskraft der Argumente)共存亡。那些在法教义学上被一致同意的东西即生成于有关法律专门知识的讨论。不容忽视的是,在经济相关领域,法学教义学将遭到受托任务并由此受到相关利益立场的单方面影响。这有可能削弱教义学工作长期以来被认可的高度权威性和所获得的推崇性。

[22] Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Fn. 4), S. 6f.

[23] 此外,法律学者一定会参与立法程序,因此能及早帮助制定法与教义学进行结构匹配,此乃德国法律文化的一个重要特点。

[24] 关于信任社会与非信任社会的区分,参见 Peyrefitte, La société de confiance, in: Würtenberger/Tscheulin u. a. (Hg.), Wahrnehmungs- und Bestätigungsformen des Vertrauens im deutsch-französischen Vergleich, 2002, S. 11ff.

[25] 关于此“链式模式”(Kettenmodell),参见 Zipplius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 10 Rn. 17ff.

[26] 关于法官法和教义学作为一般意志的受托人,参见 Würtenberger, Zeitgeist und Recht, 2. Aufl. 1991, S. 189 m. Nw.

法教义学最终将在公共意见和政治体系整体认同的基础上^[27]开展。问题将是,其是否能满足法律所负载的正义要求,为此教义学的相关解决方案将始终接受严厉检查。由此,法教义学这座大厦虽是稳固砌成的,同时又在不断修葺和翻新。

2. 法学基础研究

接下来探讨法学基础研究为何物。如开篇所述,法学基础研究并不关注具体教义学的体系形成及其结果。前文已经提到的属于法学基础研究的学科,至今仍然只被视为教义学的辅助学科,在其商谈过程中有所关联。换言之,教义学工作必须经常借助辅助学科知识。例如,法律心理学对正当防卫教义学或者对这一教义学解决方案的取舍判断可能大有裨益。

法学基础研究与教义学彼此相通。一个领域足以说明:罗马法律史、德国法律史以及宪法史倘若被作为教义史来研究,那么它们将描绘出当今教义学所赖以存在的历史发展基础。此种教义史确信当代扎根于悠久的法律传统之中,将探索出法律体系民族身份之构成以及那些不可被随意支配的要素,^[28]这样的教义史也会带来这一认识,伴随新行为方式和价值观念的社会变迁将废弃旧有教义。

上文提到的科学教义学转化为实践教义学的良好框架在最近数十年日益恶化。过去,各学科权威们为推动教义学在基础研究上耗费了大量心血,如今这些领潮人已不见踪影。相反,科学教义学在海量专著和期刊文章中消失了。能同时容纳法律解释者和教义学者的开放社会模式一直被旧教义学追随,不追随此种社会模式的教义学也不再值得推崇了。

3. 法教义学与法学基础研究的现今关系

(基于上述原因)两者关系也发生了变化。从国际比较的角度来看,德国在民法、刑法和公法^[29]中的高水准教义学始终得到认可,同时也饱受批评。^[30]

(1) 法教义学与法官法的关系

宪法教义学被指责为“宪法法院实证主义”(Verfassungsgerichtsposi-

[27] Würtenberger (Fn. 26), S. 189f.

[28] 对解释《欧盟条约》第4条第2款第1句有根本重要性,该条要求欧盟尊重成员国的民族身份。

[29] 关于过去150年行政法教义学的贡献,参见 Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007。

[30] 详见 Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 757ff. m. Nw。

tivismus)。^[31]这一指责认为,宪法教义学仅局限在对宪法法院判决的体系化工作中,无视基础研究之本。此种应当正视之批判在此是否恰当以及是否也针对其他领域的教义学,本文暂不深入探讨。^[32]无论如何不能忽视的是,那些作为法律实践基础的法律评议会都优先以各高等法院的判决为蓝本。

还有批判指向法官法,指责其日益脱离法教义学工作,因此也失去了与法学基础研究的衔接。衡平判决(Billigkeitsrechtsprechung)便是如此,其希冀裁判公平,却背离了法教义学的路径。判决也趋向于遵从先例,不再以教义学或者全然不以根植于基础研究中的教义学为导向。^[33]基础研究不再通过教义学的桥梁达致法官法。弗莱纳^[34]强调法律续造须由法官法和教义学协作完成,此愿望正面临趋近落空的威胁。

(2) 法学教育中的教义学角色

在法学教育中,法教义学和基础学科被严格区分。^[35]这不仅体现在与国家考试相关的理论大课上,还特别反映在教材文献及其视角里,未来的法律人将深受此视角影响。该视角越来越局限于对判决进行木刻式地体系化进而传授相关教义学的基础,局限于传授实践教义学以及法律实证方法。^[36]当今法律体系依赖何种传统、发展大趋势如何以及须克服何种挑战,并不为其关注。旧式教科书写作还融合了法教义学和基础研究,如今已成例外。

(3) 教义学与基础研究的隔离

除此之外,教义学周围有时还环绕着一道无视基础研究成果^[37]的“防疫封锁线”(cordon sanitaire)。例如,人们在此背景下争论着公共场所或者游行时的视频监控能否构成事实上的基本权侵犯。许多意见以及法院判决都倾向于如此认定:视频监控将产生法律心理影响,人们在行使基本权利的自由时如在决

[31] Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaften durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), 161, 163; Jestaedt, Verfassungsgerichtspositivismus, in: FS für Isensee, 2002, S. 182ff.

[32] 参见 Rüthers, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, 53, 54:“最高审级法院判决……被视为理所当然的真理并被予以采用。”

[33] 然而,此感受并不为大多数人认同:Fleischer, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Fn. 14), S. 50, 55 (文中提到了在美国的类似讨论)。

[34] Fleiner (Fn. 21).

[35] 也有人对此没有发表批判意见,Lepsius (Fn. 22), S. 6。

[36] Lepsius (Fn. 22), S. 7.

[37] Pöcker, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, S. 153 ff.; Lepsius (Fn. 22), S. 18f.

定是否参加游行时,将遭受侵犯。〔38〕而该心理效果是否真实存在,既没有予以说明也没有交由心理学论证。联邦宪法法院也时常采纳未予证明的法律心理学假设,其在创制信息自决权时曾提道,现代数据处理方法让公民感受到威胁。〔39〕在此,在缺乏任何经验性保证的情况下,就将少数群体精神(Gruppengeist)作为其判决的基础,并让这一少数群体精神在集体法律意识(kollektives Rechtsbewusstsein)中得以成立变为可能。〔40〕当今已全然改变的网络通讯行为却表明,应当重新界定这一由法官法和教义学联手建构的信息自决权。〔41〕

更严重的是,民主治国下的教义学依靠着未被经验确证的教义学套筒(dogmatische Hülse)进行工作。还有人认为,法律应当制定得如此明确,以便公民从中就可判断应当如何合乎法律地行动以及享有何种给付请求。〔42〕但也存在这样的共同精神财富,认为立法之外仍存在多种多样的疑问,从这些疑问中,人们只能从法官法和教义学判断出在具体情形下如何合法地行动。更清楚的表述是,法(Recht)较少存在于成文法(Gesetze)里,而是更多存在于法官法和法教义学对其的处理中。从历史角度来看,主张制定对公民和法官来说都很清晰明了的法律的这一要求出现在18世纪后半叶;它导致了孟德斯鸠提出法官严格受法律约束(Gesetzesbindung des Richters)的学说,据此法官不得任意创制和执行法官法。〔43〕此种极为严格的分权学说虽不断被重复强调着,在德国的法官法模式下却一直无法兑现。〔44〕

这引发了进一步的疑虑:教义学经常不能够回溯历史,也因此无法从历史视角进行自我确定。宪法上至今仍缺乏治国或联邦国的全面教义史研究。被忽视的还有,何时、为何以及在何种争论中使得该领域的教义学被不断重新定位。难道说教义史不应当被全面整理从而作为当今法律体系根基的素材,以便达致一个符合时宜的教义学?

〔38〕 BVerfGE 65, 1, 43; 69, 315, 349; Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 14. Aufl. 2005, § 12 a VersG, Rn. 2f.

〔39〕 BVerfGE 65, 1ff.

〔40〕 Würtenberger (Fn. 26), S. 214.

〔41〕 Ladeur, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, 45ff.

〔42〕 BVerfGE 108, 52, 75:“法律规范于给付保障处也必须在内容上……让相关人员清晰明了……”

〔43〕 Würtenberger, Die Idee der Freiheit und ihre Sicherung bei Montesquieu, in: Klein (Hg.), Gewaltenteilung und Menschenrechte, 2006, S. 15, 28ff.

〔44〕 关于功利性地无视“明确性教义”(Bestimmtheitsdogmatik),参见 Zippelius/Würtenberger (Fn. 25), § 12 Rn. 62ff., § 45 Rn. 113ff.

(4) 缺乏教义学自省

上述所有问题最后都可归结为教义学缺乏自省。根据新近的文化学观点,教义学应属于全面的政治与法学商谈,属于价值观、行为方式以及人们对法律接受的变迁,属于对媒体的依赖及其对社会事实的中立报道等。这些领域一定存在一些重要研究,却没有或者充其量只被法教义学著作和法官法少量察觉。

二、法的外部领域

让我们切换视角求索法的外部。此处指的是社科研究、自然科学领域的基础研究及其应用研究。这些都给法学基础研究以及法教义学带来了巨大挑战。下文具体讨论三个方面。

(一) 法教义学与社会变迁理论

法教义学并不僵化。法及其基础的继续发展虽有赖于政治,同时也是法教义学的任务。如果说法教义学对形成一个符合时宜和客观状况的法律体系负有义务,则法教义学的变迁也须融合在社会的变迁中。

法教义学在社会变迁的永恒进程中所扮演的角色是矛盾的即其是否应当基于更佳的审视判断反向引导社会变迁、其到底能否从更长远的视角进行此种引导?^[45]还可以提一个最难回答的问题:法教义学到底如何认清社会变迁?法教义学必须与时代同步并且发展出符合现实的解决方案,必须理解价值及正义观的流变、人们的行为方式与社会伦理的变迁以及新的经济化形势等。社会变迁是社会科学的重大研究主题之一。

社科类学科虽然未将法律体系置于其认识旨趣的中心,但它们所研究的乃是对法教义学来说具有重要意义的基础研究。只需列举一下其认识决定了宪法解释的政治学、其假设决定了教义学建构^[46]的政治经济学或者决定了基本价值问题的社会伦理学即可。

社科基础研究可以帮助人们在广泛的意义上认清法律体系变化的要求及原因,处理那些引发法律体系变化的重大社会变化议题,探寻欧洲化和全球化带来的新挑战、价值观和行为方式的变化、新的危险形势以及政治体系的改革能力。要言之,其探寻强制驱动法律体系继续发展的社会、经济和政治变迁过程。一个将法视为对自己的托付以及将导引法律变迁视为己任的教义学,必定

[45] Württenberger (Fn. 26), S. 229ff.

[46] 具体例子参见 Tontrup, Zum unterschiedlichen Verhältnis der juristischen Teilfächer zu den Sozialwissenschaft, in: Engel/Schön (Fn. 14), S. 192, 201f.; Fleischer (Fn. 33), S. 74f. 在文中提出了“法律人应当对经济学了解什么”这样的问题。