

“法哲学与法理论口袋书系列”译丛

雷磊 || 主编

法理论有什么用？

[德] 马蒂亚斯·耶施泰特 / 著

(Matthias Jestaedt)

雷磊◎译

DAS MAG IN DER THEORIE

Richtung Sein...



中国政法大学出版社

“法哲学与法理论口袋书系列”译丛

雷磊 主编

法理论有什么用？

[德] 马蒂亚斯·耶施泰特 / 著

(Matthias Jestaedt)

—— 雷磊 译 ——

DAS MAG IN DER THEORIE

Rechtsg 5436



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

法理论有什么用/(德)马蒂亚斯·耶施泰特著;雷磊译. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 11
ISBN 978-7-5620-7842-5

I. ①法… II. ①马… ②雷… III. ①法理学 IV. ①D903

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第278272号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	850mm × 1168mm 1/32
印 张	5.25
字 数	90 千字
版 次	2017 年 11 月第 1 版
印 次	2017 年 11 月第 1 次印刷
定 价	30.00 元

法理论有什么用？

Das mag in der Theorie richtig sein...

Vom Nutzen der Rechtstheorie

für die Rechtspraxis

by Matthias Jestaedt

Copyright © 2006 Mohr Siebeck Tübingen

Originally published by Mohr Siebeck

GmbH & Co. KG Tübingen

版权登记号：图字 01-2017-7701 号

丛书总序

“法理学”(Jurisprudenz, jurisprudence)之名总是会令初学者望而生畏。因为无论是作为法的一般哲学理论的“法哲学”(Rechtsphilosophie, legal philosophy),抑或是作为法的一般法学理论的“法理论”(Rechtstheorie, legal theory),虽从地位上看属于法学的基础学科分支,但却往往需要有相当之具体专业知识的积累。在西方法律院校,通常只在高年级开设法哲学和/或法理论课程,法理学家

一般情况下也兼为某一部门法领域的专家。有关法的一般性理论研究的专著往往体系宏大、旁征博引，同时也文辞冗赘、晦涩艰深。同时，这些论著大多以具备相关专业知识之法学专业人士为假定受众，非有经年之功无法得窥其门径与奥妙。

中国的法学教育模式与西方相比有很大不同。由于历史和现实的原因，法理学被列为法学专业必修课程的第一门，在大学一年级第一学期开设。统编教材罗列法学基本概念和基本原理，只见概念不见问题、只见枯死的材料不见鲜活的意义，往往使得尚未接触任何部门法知识的新生望而却步，乃至望而生厌。尽管有的法学院亦在三年级开设了相关课程，且内容以讲授西方前沿理论为主，却又使得许多学生“不明觉厉”、畏葸不前。除去授课的因素之外，其中很大的一个原因在于，虽然目前大陆学术市场已有为数不少以法哲学和法理论为主题的专著和译著，其中也有不少属于开宗立派之作或某一传统中的扛鼎之作，但却缺乏适合本科生群体的微言大义式、通览或概述式的参考读物。有鉴于此，“法哲学与法理论口袋书

系列”译丛以法学初学者为受众，以推广法哲学和法理论的基本问题意识、理论进路和学术脉络为目标，拟从当代西方法哲学与法理论论著中选取篇幅简短的系列小书，俾使法理学更好地担当起“启蒙”和“反思”的双重功能。

德国哲人雅斯贝尔斯（Jaspers）尝言，哲学并不是给予，它只能唤醒。这套小书的主旨也并不在于灌输抽象教条、传授定见真理，而是希望在前人既有思考的基础上唤醒读者自身的问题意识、促发进一步的反省和共思。

雷 磊

2017年2月20日

中文版序*

眼前的这本书来自另一个时代、事实与文化背景。十几年前，我在埃尔朗根-纽伦堡大学首执教鞭，这部书即是对当时演讲内容的整理和总结。书中法理论对于法实践之作用的思索，是我作为一名德国法学学者，从2005—2006年间的德国法学这一语境出发并针对这一语境而得出。故而书中的提问、区分、举例和证明均

* 本中文版序由德国弗赖堡大学国家与法哲学研究所博士生陆洋译。

无不体现出这一语境的独特性。简言之，这本书必须要被放到其特定的语境中去阅读和理解。将此书的内容翻译为另一种语言——例如从德语翻译为中文——意味着对语境的改变（和深化）。

但我仍衷心希望，书中所提出的问题和我所给出的答案，在新形式和新语境中也能被理解、被批判性地检验。盖因书中所讨论的，乃是一切法理论都必须面对的、某种意义上超越时空的挑战。我的回答即概括为，好的理论应该保证或是能够保证实践不至于轻信和满足于那些不充分的和仓促得出的理论建议。为此要付出的代价则是，无论是在法理论还是在司法实践中，都不存在那种简单的、终极性的真理。因为严肃的理论从不会否认潜在不确定性的存在，理论本身亦是在不确定性中被提出的。

马蒂亚斯·耶施泰特

2017年10月于弗赖堡

前 言

本书是一本驳斥法学中反理论倾向的论战性著作。书中的想法是在我于2005年6月3日在弗里德里希·亚历山大·埃尔朗根-纽伦堡大学（Friedrich - Alexander - Universität Erlangen-Nürnberg）所发表的就职演讲的基础上形成的，这次演讲的题目为“这在理论上可能是正确的……：论法理论思考的实践作用”^{*}。我在许多

^{*} 修改成书时，标题略有改动，可直译为“这在理论上可能是正确的……：论法理论对于法律实践

地方都对文本进行了补充和补强论证。虽然这并没有增加文本的优雅与流畅，却但愿能增加其厚重与说服力。为了不从根本上改变演讲的风格，我将很多内容放在了“半明半暗”的脚注中来处理，所以它们起到的不止是证明正文出处的作用。由此，对于人名、证明和细节并不感冒的读者也可以在阅读时不受其扰。尽管不得不承认很多脚注确实十分庞杂，但有很多内容依然是作了简单化处理的，大量的例子并没有被采纳，许多讨论也只是被简略地提及。这是因为，这种打断正文的方式虽然有利于基础学科的研究，但却不应当丧失其作为——既言简意赅又切中肯綮的——论战性著作的性质。

我要特别感谢莫尔·西贝克出版社（Verlag Mohr Siebeck）慷慨出版本书。

马蒂亚斯·耶施泰特

2005年10月于乌滕罗伊特

的作用”。该标题仿自康德发表于1793年的论文标题“论俗语：这在理论上可能是正确的，但不适用于实践”。中译本意译为“法理论有什么用？”——译者注

目录

CONTENTS

丛书总序 · 001

中文版序 · 004

前言 · 006

《法理论有什么用?》导读 / 雷 磊 · 001

I

被质疑的理论：理论越位了么? · 036

1. 理论在教学中无价值 · 036

2. 反理论的倾向：多声部的合奏 · 039

a) 实用主义者的声音：理论重要吗? · 039

b) “现实主义者”的声音：作为理论重复的司法
实证主义 · 041

c) 理论虚无主义者的声音：“作为科学的法学的
无价值性” · 042

- d) 理论逃逸者的声音：“没有人能容忍被活体解剖” · 043
 - e) 无政府主义者的声音：“反对方法！怎么着都行！” · 044
 - f) 启蒙者的声音：“说的不做，做的不说” · 046
 - g) 美学家的声音：“无论裁判与艺术如何结合，都始终不得要领” · 049
 - h) 拒绝反思者的声音：自我观察是一种病症 · 051
3. 理论是我们的宿命！怀疑论而非对理论的怀疑 · 052

II

法学（中）的理论-实践问题 · 056

- 1. 位于实践科学与精神科学之间的法学 · 056
- 2. 理论的双重概念：观察者的理论与参与者的理论 · 057
- 3. 实践的双重概念：法律制定的实践与法律适用的实践 · 059

III

作为法律（学）之固有条则理论的法理论 · 070

- 1. 法律（学）之固有条则作为法理论的鹄的 · 070
- 2. 法的固有条则与法律科学的固有条则 · 074
- 3. 法的独立地位与固有条则 · 077
- 4. 法律科学的独立地位与固有条则 · 082
- 5. 实践的理论与服务于实践的理论 · 084

a) 实证主义的路径：反对法律道德主义 · 085

b) 规范主义的路径：反对法律自然主义 · 087

IV

法律（学）之诸固有法则的融合（混淆）· 090

1. “脱离”法律获取理论的方法论与教义学 · 090

2. 模棱两可情形中的法律（学）固有法则 · 093

a) 法律获取的创造性 · 094

b) 法的拘束性 · 101

c) 法随时间的可变性 · 105

3. 整体解释理论：法律创设的位置在哪里？ · 108

4. 教义学“能动主义”的自我理解：作为法源的教义学？ · 115

5. 法律获取、法律方法与法源学说的关联 · 120

V

服务于法律科学与法之固有法则的法理论 · 122

1. 对法律科学之固有法则的保护机制 · 123

a) 作为“边防哨学科”的法理论 · 123

b) 作为“法律解剖学”的法理论 · 129

2. 对法之固有法则的保护机制 · 132

a) 通过语境化的相对化 · 133

b) 对法的偶然性的保护 · 136

c) 体系怀疑论 · 138

d) 逻辑的界限 · 141

e) 反对教义学的自我授权 · 142

f) 通过理论的理论祛魅 · 143

VI 二分式法律获取理论的“人类学”困境：
同一个人的多元角色 · 147

VII 服务于法实践的法理论：基础研究的弯道效益 · 149

《法理论有什么用?》导读

雷 磊



—

法理学（无论是法理论还是法哲学）在今日之中国似乎已陷入了一种“内忧外患”之中。所谓“外患”，说的是法理学在整个法学学科体系中先导地位的丧失。“先导”并不意味着压制其他法学学科（部门法学科），而是指在学术范式、价值取向和话题上的引导性。这种引导性曾经突出地显现在 20 世纪 80 年代至 90 年代初的中国法学界，“法治与人治”“权利本位与义务本位”的大讨论并不局限于法理学界，而是波及整个法学者群体。在当时法理学者对于中国法学和法治可以说起到的是披荆斩棘的开创之功。可是，当中国的法律体系和制度框架基本搭建好之后，“深挖专业槽”的口号被提出，专业分化

的程度大大加深，部门法学者们着力于本专业的术语体系和教义学知识的构造，同时也开始有意无意地抵制包括法理学在内的“外部知识”的侵蚀。^{〔1〕}所以更准确地说，今日或许存在民法学界、刑法学界、行政法学界等，却难言存在“一个法学界”了。当然，近来有宪法学者意图承担起整合宪法学和其他部门法学的任务，以“合宪性控制”为基础还原出一个在价值上融通宪法和各部门法的法律（学）体系，唯独在这幅图景中缺席了法理学。与“外患”并行的是“内忧”。相比于部门法学，今日之法理学共识更少，甚至可以说除了“法理学”这个名称和大学中的岗位，可能两个自称为法理学者的人之间几乎没有任何共同的语言，也各自拥有完全不同的知识前见。尤其是新生代的学者已经进入了明显的阵营分化的阶段，诸如（并非严格依据学术逻辑的划分）规范法学、法律与社会科学（法社会学、法经济学、法人类学等）、法律与认知科学、历史法学、社会理论法学、自然法学、分析的马克思主义法学等，不一而足。内部纷争的同时也同样弱化了

〔1〕 当然，我不否认这种部门法学“专业化”和“教义化”过程本身的意义。相反，我认为法学要得以成熟，专业化和教义化是不可避免的，也是其基础。只是各个部门法教义学要成为一个整体，成为“一般法学说”，法理学同样是必不可少的。