



中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江平 王泽鉴
主 编 田士水 王洪亮 张双根

 元照系列

本期主题

法教义学及其功能

专题报告

法教义学：建立司法、学术与法学教育良性互动的途径 [卜元石]
论基于法教义学的案例解析规则 [许德风]

专题论文

法教义学的实践功效 [弗兰茨·维亚克尔 著 王洪亮 译]

专家专稿

《德国民法典》的基本理念和弱点 [弗朗茨·于尔根·泽克尔 著 余佳楠 译]
2002年企业法改革以及作为担保工具的浮动抵押 [路易斯·古丽菲 著 周颖 译]
公司转移无自由? [W.G.林 著 孙雪 译]

权利与诉讼

股份有限公司中的股东诉讼 [扈
反垄断私人执行 [董一梁]

案例分析

德国公司法下董事的损害赔偿义务 [高旭军]

立法评析

跨国民事诉讼程序原则评析 [施蒂尔纳 著 任婧 译]
欧洲民法典/原则可能性结构说明草案 [张彤]
瑞士责任法总修订 [叶明怡 译 李昊 校订]

学术信息



中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

总第6卷 · 2010年

荣誉顾问

江平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄立 黄茂荣
Rolf Stürmer[德] Rolf Knütel[德] Thomas Raiser[德]

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱岩 许兰 许德风 李昊 沈冠伶
陈卫佐 陈自强 陈聪富 杨继 杨淑文 张双根 金可可 涂长风
黄卉 常鹏翱 董一梁 詹森林 蔡明诚
Thomas Rübner[德] Sebastian Lohsse[德] Beate Gsell[德]



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究 第6卷/田士永,王洪亮,张双根主编. —北京:北京大学出版社,2010.9
ISBN 978-7-301-17759-4

I. ①中… II. ①田… ②王… ③张… III. ①国际私法-研究-中国 ②国际私法-研究-德国 IV. ①D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第176290号

书 名: 中德私法研究 总第6卷·2010年

著作责任者: 田士永 王洪亮 张双根 主编

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-17759-4/D·2683

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 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962**

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730mm×980mm 16开本 15.5印张 246千字

2010年9月第1版 2010年9月第1次印刷

定 价: 35.00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

本期主题:法教义学及其功能

■ 专题报告

法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径 [卜元石] 3

论基于法教义学的案例解析规则——评卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》 [许德风] 26

■ 专题论文

法教义学的实践功效
[弗兰茨·维亚克尔 著 王洪亮 译] 39

■ 专家专稿

《德国民法典》的基本理念和弱点——从德国私法走向欧洲私法
[弗朗茨·于尔根·泽克尔 著 余佳楠 译] 61

2002年企业法改革以及作为担保工具的浮动抵押
[路易斯·古丽菲 著 周颖 译] 66

公司转移无自由? [W.G.林 著 孙雪 译] 90

■ 权利与诉讼

股份有限公司中的股东诉讼 [托马斯·赖泽尔 著 张学哲 译] 111

反垄断私人执行——对德国法的分析及其给中国立法的启示 [董一梁] 135

■ 案例分析

德国公司法下董事的损害赔偿义务——联邦最高法院一则判决的评析
[高旭军] 157

■ 立法评析

跨国民事诉讼程序原则评析 [施蒂尔纳 著 任 婧 译] 167

欧洲民法典/原则可能性结构说明草案——特别是从第一编到第三编

[张 彤] 208

瑞士责任法总修订 [叶明怡 译 李 昊 校订] 219

关于瑞士联邦责任法之修订与统一的草案(2000.10.9) 226

■ 学术信息

《中德私法研究》学术报告会 [田士永] 241

Referate

专题报告

法教义学:建立司法、学术与 法学教育良性互动的途径

卜元石*

一、问题的提出

法学应当围绕制定法进行,为什么还会有疑问?什么是法学方法,竟然还不明确?究竟什么是法学,难道还要讨论?这些就是在写这篇文章时忽然觉得是无法回避的问题。而之所以对法教义学这一问题产生兴趣,主要是源于以下几件事情:一是国内近几年来关于法学研究方法方面的讨论,其中包括对“注释法学”的批判和“社科法学”〔1〕的出现。二是我在参考美国与德国学术界(这里不考虑从事务人员所写的文章〔2〕)就中国法

* 法学博士,德国弗莱堡大学法律系教授。在本文的写作过程中,与弗莱堡大学东亚研究所助教徐杭、北京大学法学院郭雳博士和许德风博士、中国政法大学田士永博士的讨论受到了很多启发,特别感谢清华大学法学院王洪亮博士组织的小型研讨会,提供了与很多同行交流的平台,从中受益匪浅,在此一并感谢。当然文责自负。

〔1〕“社科法学”的提法,最初源于朱苏力:《也许正在发生:中国当代法学发展的一个概览》,载《比较法研究》2001年第3期。

〔2〕在研究方法上,德国的学术文章与实务人员所写的文章并没有太大不同,而美国这两者的差别是显而易见的。

研究时,注意到研究方法与研究对象方面的明显差异:一是德国的论文不突出强调方法论。治学的方法一般只有一个即法教义学的方法,即通过对法律规范的解释来研究法律。而美国的论文方法则变幻无穷,如社会学方法、人类学方法、历史学方法、心理学方法、经济学方法等。说得极端一点,美国的法学研究似乎可以运用法学外的任何方法,而法学自己的方法——法教义学的方法自20世纪20年代起一直处于一种逐渐衰落的状态。^[3]美国与德国论文的第二点不同在于,美国的论文似乎更强调立论,也就是在论文一开始设置一个问题,然后作者依据某一理论推导出假设,然后进行定性或定量研究,以验证假设是否成立及判断理论的真伪。而德国的论文对于法律概念与法律规范的研究主要不是为了证明某一个理论或是假设,而是解决具体的法律适用问题。

这种研究方法的不同也延伸到研究对象取向上的不同。与欧洲不同,美国从80年代开始在很多法学院就已经设置了研究东亚各国法律的研究中心。以美国研究中国法有代表性的学者如哈佛大学的威廉·P·奥尔福德(William P. Alford)、纽约大学的杰尔姆·科恩(Jerome Cohen)、哥伦比亚大学的本杰明·利布曼(Benjamin Liebman)、伯克利大学的兰德尔·佩伦布姆(Randall Peerenboom),还有老一代的威廉·C·琼斯(William C. Jones)与斯坦利·B·卢布曼(Stanley B. Lubman)为例:他们关注的话题都集中在中国能否摆脱人治这一中心问题上,从这一中心出发,对媒体报道与司法独立的关系、中国的媒体管制、司法改革、信访制度、律师在社会中的作用和行政法的发展等进行专题研究。在德国也有学者专门对中国法进行研究,但研究题目集中在对中国新颁布的各项新法规或司法解释的内容与体系上,主要是对其适用、进步与不足进行评述。^[4]这并不能说明德国对于中国能否形成法治社会未给予足够的关注,而只是德国式法教义学方法在对中国法研究上的运用。

比如,同是研究中国的劳动合同,一个美国学者会花费很大的精力进行实证调查,研究为什么中国会出现拖欠农民工工资的情形。至于说什么是劳动合同与劳务合同的区别、工资请求权是什么性质、能否转让、请求权什么时候因为超过诉讼时效而不能再行使等,都不是他们特别关心的问题。而一个德国学者则首先去看劳动合同的定义、劳动合同成立与生效、撤销、在未达成劳动合同时事实劳动关系中双方的权利义务关系,至于说拖欠工资的问题,他也会提及,但不会是研究的重点,即便为重点也只是从规范的角度试图提出法律上改进的可能。^[5]

对于任何一个学科,方法的重要性是毋庸置疑的。没有方法的铺垫,法学的意义

[3] 参见格雷歇尼吉/盖尔特(Grechenig/Gelter):《法学思维的差异演变——从美国的法律经济分析到德国的法教义学》(Divergente Evolution des Rechtsdenken-von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik),《拉贝尔杂志》(RabelsZ)第72卷(2008年),第525页以下;沈明:《世道在变》,载苏力主编:《法律书评》(第3辑),北京大学出版社2005年版。

[4] 具体参见德国专门研究中国法的杂志《中国法杂志》(Journal for Chinese Law)的内容目录。

[5] 对于美国与德国学者治学方法的不同,可参见许德风:《表面的道理与背后的道理》,载苏力主编:《法律书评》(第3辑),北京大学出版社2005年版,第97页。

和价值也同样会变得根基不稳,法学研究的努力方向就会变得不明确。法学在中国是应该更多学习美国的,引入其他社会科学及经济学方法,注重研究“活”法,或是法律制度背后的经济学原理,而不是停留在纸面上的法律规范?还是延续一直以来效仿以德国为代表的欧陆式“正统的”法教义学方法,即通过解释法条来研究法律,着眼于概念的辨析与理论的构建的方法?这一争论也是写这篇文章最直接的动因。

二、法教义学的概念

法教义学或法律教义学作为一个学术概念,在中国似乎近几年才进入人们的视野。^[6]所以直到目前为止,对于法教义学的提法也存有疑义。^[7]先抛开这种概念之争,仅法教义学在近几年才引起注意的这一事实本身就值得回味。因为在朱苏力1996年出版《法治的本土资源》之前,部门法研究或多或少都是采取法教义学的方法,只不过一般将其称为理论法学^[8]、注释法学、解释法学或是概念法学,对方法本身既没有自觉认识,也没有进行进一步的反思。在前苏力时代,法学文章客观、冷静、理性,但同时因为充满了法言法语,对于法律学科以外的人不具有可亲近性。苏力之后,法学研究在中国进入了一个新的时代。通过朱苏力,中国的法律人看到了法律文章也可以循循善诱,也可以引人入胜;法学研究也可以接近大众,法学书籍也可以成为畅销书;最重要的是,法学也可以是其他学科的方法。也许是因为这种震撼才产生了探究法学方法论的意识,也许正是因为这种碰撞才使得法教义学浮出了水面。

回到法教义学的这一概念本身,即德文中的 *Rechtsdogmatik*, 中文的翻译有几种,除了目前通用的法教义学这样一种翻译方法,还有法解释学、法释义学。法教义学虽然是已经通用的翻译方式,但是它的用词很容易让人将其与教条主义或是法条主义联系在一起。^[9]即便在德文中,教义学(*Dogmatik*)与教条主义(*Dogmatismus*)也是共用

[6] 相关学术论文包括从法哲学的角度的探讨,参见舒国滢:《德国战后法哲学的发展路向》,载《比较法研究》1995年第4期;舒国滢:《并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么需要重视方法》,载《现代法学》2006年第5期;武秀英/焦宝乾:《法教义学基本问题初探》,载《河北法学》2006年第10期;林来梵、郑磊:《基于法教义学概念的质疑——评〈中国法学向何处去〉》,载《河北法学》2007年第10期;刘星:《怎样看待中国法学的“法条主义”》,载《现代法学》2007年第2期;民法学的角度,参见许德风:《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》,载《中外法学》2008年第2期;宪法的角度,参见范进学:《从规范分析宪法学到宪法解释学——中国宪法学研究范式转型之宪政意义》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第2期;行政法角度的探讨,参见王旭:《中国行政法学研究立场分析——兼论法教义学立场之确立》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第11期,北京大学出版社2007年版;从刑法学的角度,参见陈兴良:《刑法教义学方法论》,载《法学研究》2005年第2期。

[7] 许德风(前引6,《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》),脚注15。

[8] 尤陈俊:《困境及其超越:当代中国法学研究中的法律人类学》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第11期,第99页。

[9] 即便注释法学、解释法学和概念法学这些概念,也在这几年的讨论中常被描绘成一种没有创造性、脱离实际的工匠式劳动。

同一个词根。因此,法教义学在德语中也是有一定贬义色彩的。^[10] 但法教义学是否就是为人所诟病的、只“追求概念精致”、抛弃了“现实的逻辑”^[11]、以“学术想象代替现实状况”^[12]的一种法学呢?

(一) 法教义学 = 狭义上的法学, 教义学的方法 = 法学的方法?

法教义学^[13]的具体含义是什么, 因为其使用的语境不同, 得出的结论也不尽相同。^[14] 在大陆法系法教义学非常发达的德国, 对此也没有一个统一的定义。简单地讲, 法教义学至少可以从下面几个方面来理解^[15]:

1. 法教义学一方面是以现行法律的内容和适用为对象建立的法律知识体系, 包括从制定法中、学术研究中以及相关判例中得出的关于现行法的所有理论, 基本规则与原则。^[16] 在这个意义上, 可以将各个部门法学的知识体系与其相关的法教义学等同起来^[17], 即民法 = 民法教义学, 刑法 = 刑法教义学。由此可以说, 法学 (Jurisprudenz^[18]) 就是法教义学或

[10] 格罗斯菲尔德 (Großfeld) 著:《比较法的力量和弱点》(Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung), 原文第 28 页。(该书中文译本已出版, 参见伯恩哈德·格罗斯菲尔德:《比较法的力量与弱点》, 孙世彦、姚建宗译, 清华大学出版社 2002 年版)

[11] 尤陈俊(前引 8), 第 99—100 页。

[12] 陈柏峰:《法律民族志与当代中国法律社会学的使命》, 载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第 11 期, 第 118 页。

[13] Dogma 希腊语原意是“确定的看法”、“具有约束力的学说”, 后用在哲学与神学中。在神学中指的是不以理性的可证明性为前提存在的、以信仰为支撑的信条; 从信仰 (Dogma) 中获得了约束力。之后该概念才被用在法律中, 参见吕特斯 (Rüthers), 《法学理论》(Rechtstheorie), C. H. Beck, 1999, § 7 Rn. 310 ff.; 焦宝乾:《法教义学的观念及其演变》, 载《法商研究》2006 年第 4 期, 第 88 页。

[14] 参见舒国滢(前引 6,《德国战后法哲学的发展路向》), 第 353 页; 王旭(前引 6,《中国行政法学研究立场分析——兼论法教义学立场之确立》), 第 232—233 页。

[15] 舒国滢(前引 6,《德国战后法哲学的发展路向》), 第 353 页, 援引阿列克西 (Alexy) 和德莱尔 (Dreier) 指出法教义学包括三个向度: 法社会学、法学理论和法哲学, 这是不完全准确的, 法教义学与三者其实是一种平行的关系。

[16] 吕特斯(前引 3), § 7 Rn. 312.

[17] 陈兴良(前引 6,《刑法教义方法论》), 第 40 页, 以及其中对拉伦茨和阿列克西的引注; 林来梵/郑磊(前引 6,《基于法教义学概念的质疑——评〈中国法学向何处去〉》), 第 20 页。

[18] 德文中的 Jurisprudenz 与英文中的 Jurisprudence 貌似相同, 意义却相差甚远。德文中的 Jurisprudenz 常与 Rechtswissenschaft (法学) 一词作为同义词来使用, 但严格地说, Jurisprudenz 比 Rechtswissenschaft 语义更为狭窄。Jurisprudenz 是法学的核心, 是围绕法律文本进行诠释的科学, 也可以说是应用法学、实践法学的意思。而 Rechtswissenschaft 则还包含了法哲学、法制史与法社会学等学科。而英文中的 Jurisprudence 则包含法理学与法哲学的意思。相关讨论可参见舒国滢:《走出概念的泥潭——“法理学”与“法哲学”之辨》, 载《学术界》2001 年第 1 期, 第 107 页; 舒国滢:《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》, 载《法学研究》2005 年第 3 期, 脚注 41; 郑永流:《法学方法抑或法律方法?》, 载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第 5 期; 许德风(前引 7), 脚注 14; 王昊昊:《缘何不是法律方法——原本法学的探源》, 载《政法论坛》2007 年第 2 期。

是教义学法学(dogmatische Rechtswissenschaft)。^[19]被大多数人所接受的理论、基本规则与原则就上升成为法学中的“教义”。

2. 法教义学,也就是狭义上的法学(或是原本法学^[20]),产生的原因和存在的必要在于,法学是关于现行法的学问,而现行法律是不可能面面俱到的,法官又不能以法无明文规定而拒绝判决,因而法学(也就是法教义学)的任务就是解释制定法,填补其中可能的漏洞,为法官判案提供可供选择的论据。^[21]

3. 法教义学是法学的这一前提,也决定了法学的方法就是法教义学的方法,也就是对现行有效的法律规范进行解释、归类与系统化的方法。^[22]而这种方法必定是在现行法所确立的体系之内(systemimmanent)进行的,也就是说,法学不再过问“什么是法”,“获得对于法的认识是否可能”等法哲学的问题。^[23]

法教义学在德国之所以被理解就是法学,与法学作为自主学科的定义有很大关系。^[24]法学是以理解法律规范内容为目的的学科。^[25]法学与经济学、社会科学、自然科学不同,其知识不是通过观察或是经验,而是通过对法律文本的解释而获得。法学与自然科学的区别在于,法学对于一个确定的法律问题不总是能提供毫无疑义、十分确定的答案。面对新的案件,法学所能够提供答案的确定程度可能是有限的。法学从已有的

[19] 舒国滢(前引14),第103页。法教义学可以说是“正统”的法学,所以在德国所有不从事法教义学的学者来说,一般都对其学术活动与法教义学之间的关系作出说明。比如Großfeld(前引10),第28页以下,对比较法与法教义学之间互补关系的论述,已及所有法社会学学者、法哲学家、研究院管理制度的学者等。拉伦茨在其《论作为法学的科学的不可或缺性》(赵阳译,《比较法研究》2005年第3期,第147页)一文中指出,法学就是法教义学,但其认为的法教义学也包括比较法、法学方法论与法的一般理论的观点,与目前德国法学内部划分的通说不同。

[20] 关于法教义学的起源亦可参见王夏昊(前引18),第104页。

[21] 参见吕特斯(前引13),§7 Rn. 313 f.

[22] 赖泽尔(Raiser):《法社会学》(Rechtssoziologie),莫尔·西贝克(Mohr Siebeck)出版社2007年第4版,第14页;对此亦参见舒国滢(前引18,《走出概念的泥淖——“法理学”与“法哲学”之辨》),第104页。

[23] 考夫曼:《法哲学》(Rechtsphilosophie),C. H. 贝克(C. H. Beck)1997年第2版,(原文)第12页。

[24] 对于法学作为自主学科的问题,德国讨论比较少,可能是因为法学与神学、哲学等属于最早起源的古老学科之一。德国讨论比较多的是,法学是否是一门科学?从基尔希曼1847年在《作为科学的法学的无价值性》(赵阳译,《比较法研究》2004年第1期)一文中,否定了法学是一门科学开始,几乎所有的法哲学学者都对此有所回应,前引19提到的拉伦茨的文章只是其中之一。考夫曼(前引23第65页)指出,帕斯卡尔在1670年就已经对法学的科学性提出了质疑,其中援引了帕斯卡尔对此问题的经典论述:“向极点靠近三个纬度就会把整个法学弄得乱七八糟,一条子午线就决定了真理(……),在比利牛斯山这边的是真理,而在那边的却是谬误。”在其《法哲学》一书中(原文第66页)也列举了相当多的其他学者的相关文章,考夫曼认为,不能因为法律涉及的是为价值所决定的规范,就得出其不具有科学性的结论,与之相反,法学有自己的方法、对象、体系,其知识可以检验,所以同样是科学;吕特斯(前引13),§7 Rn. 291 f. 大体观点相同;约翰·布劳恩(Johann Braun):《法学导论》(Einführung in die Rechtswissenschaft),莫尔·西贝克(Mohr Siebeck)出版社2007年第3版,第357页以下。从法学是否有自己的知识体系与方法来论述这一问题,结论倾向认为法学是科学。

[25] 吕特斯(前引13),§7 Rn. 302 ff.;类似看法,参见范进学:《“法学”是什么?——比较法视域中的“法学”含义诠释》,载《法学论坛》2006年第4期。

教义出发,只能在某种程度上预测一个法律案件可能的判决结果,以及排除那些与现有体系相矛盾、完全站不住脚的结论。但是法教义学可以把已有的对于法律问题的论证与学说整合到自己的知识体系中,使得法律人在面对新问题时,可以从这个体系中提取所需要的知识,所以法教义学可以降低法官审判时在对同一法律条文的不同理解中作出选择所遇到的困难,因而“法教义学能够使判决更加理性化”^[26]。所谓法学的方法,实际上可以认为是法教义学的方法,也就是法律解释与漏洞填补的方法。法律解释的方法不仅是法教义学对法律进行学理解释的方法,更是法官判决时依循的方法。^[27]

在中国,关于法学方法论的关注始于20世纪90年代中期^[28],其中关于概念的厘清构成了讨论的一个重点。“法学方法论”是关乎“法律方法”、“法学方法”、“法学研究的方法”,是“法律学方法论”的同义词。^[29]“法学”一词在中文中的表述常常给人的感觉是一种形而上学的学科,因此“法学方法”也就自然而然让人联想到是法学治学的方法。这里的确存在中国法学界一个“固有的误解”^[30]。在德国法的语境中,法学的方法一般认为是法律解释与法律适用的方法,也是所有法律系一年级学生入门的必修课。法学方法实际上是法教义学的一部分,只是因为,在“二战”后的蓬勃发展而逐渐独立出来,并形成一门学科分支。而作为学科分支的法学方法论,因为同时探讨法的正当性问题,所以也成为法哲学的一个部分。^[31]

我国有学者^[32]将法学中的方法问题分成三个层次:第一个层次是哲学问题的法学方法论;第二个层次是法学研究者从事法学研究的方法,如实证的方法,田野调查的方法;第三个层次是法律技术层面的适用法律的方法。也有学者将第二层次与第三层次分别称为法学方法与法律方法。^[33]如果与德国语境的法学方法论相对比,可以发现,德国的法学方法不包括我国学者所提到的第二个层次。法学研究的方法对于德国法学工作者而言,是一个不言自明的事情,因为狭义上的法学就是以现行法为对象,对于法律进行解释的法教义学,所谓“方法”就是解释的方法(在法学理论研究时当然也

[26] 格罗斯菲尔德(前引10),第28页。

[27] 这两种解释的性质不完全相同,作为治学方法的法律解释方法更强调解释的合理性和体系性,作为实务的法律解释方法更强调案件的关联性。克里勒(Kriele)著:《创造法律的原理:从宪法解释的问题说起》(Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation),东克尔和洪堡(Duncker & Humblot)出版社1976年第2版,第320页以下。

[28] 具体研究成果,参见李路、李海涛、沈克非:《法律方法研究文献题录》,载<http://www2.scut.edu.cn/juris/publish/news/xueshudashi/2j96a28vn1scn.html>。(2008年9月5日访问)

[29] 林来梵、郑磊:《法律学方法论辩说》,载《法学》2004年第2期。

[30] 同上注,第3页。

[31] 同上注,第5页。

[32] 周永坤:《法学的学科定位与法学方法》,载《法学论坛》2003年第1期,第99页。

[33] 郑永流(前引18,《法学方法抑或法律方法?》)。

会运用社会科学一般的归纳与演绎的方法),“方法论”就是对于不同的解释方式的研究,而不是我们通常所理解的对于传统的法教义学和其他新兴的跨学科方法的研究。从德国对于法学的定义和学科划分来看,跨学科的法学研究本来就不是狭义上的法学,跨学科研究所用的方法从来都不是法学方法论所关心的问题。由此可见,这种对于法学方法论的差异理解,主要源于我们在界定法学的内涵与外延上与德国不同。所以我们不要惊讶,一个德语概念进入中国法的语境,怎么就模糊难辨了呢?这不是翻译所造成的问题,而是因为在中国,对什么是法学,法学之所以作为一个自主学科的根基是什么的问题,都刚刚开始讨论。^[34] 法学似乎理所当然地包括所有和“法”字沾边的学科:法哲学、法理学、法社会学、法制史,等等。法学的学科分类虽然有国家标准^[35],但这种标准的根据是什么,似乎没人过问。^[36] 而在解决这一问题之前,讨论法学方法与法律方法,并不能真正地以正视听。

“民法问题”是不是“民法学问题”?“法学是否需要实证的方法”?这些问题追回到最后,都会归结为如何界定什么是法学的问题,以及法学与其他学科如何分工的问题。不对法学学科划分背后的逻辑进行探讨,就可能在现有的学科分类中找不到法学的位置,就可能很难理解法学的理论与概念与社会学中的理论与概念的不同。其他社会科学的学者可能很难理解^[37],法学的学说与理论,比如是否存在物权行为的问题,可以完全从法律概念出发,以对法律规范的推导而得出,而且对法律的解释似乎也可以“甲说乙说随便说”^[38],因此认为“闭门造车”必然脱离实际,实际是源于学科之间的隔阂。

[34] 舒国滢(前引6,《并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么需要重视方法》),对这一问题作了初步的探讨;林来梵、郑磊(前引29),第7页:“我们的‘法学’概念是一个宽泛、灵活而非严格的概念:它可以指广义的法学,也可以指狭义的法学;可以指理论法学,也可以指实用法学。”傅欣:《论法学三形态——法哲学、法理学与法社会学》,载法律教育网。作者将法教义学同法理学等同起来;许章润:《法学自身的品性决定了社会科学方法应用前景的有限性》,载北大法律信息网。作者认为,“就整体而言,法学基本上是一种解释学,一种关于事实与规范互动图景的描述、评价和阐释的技艺”,“法学主要是由众多部门法学构成的知识家族”。这种看法比较接近法学即为法教义学的认识。

[35] 根据中国学科分类标准(820),广义的“法学”分为理论法学、法律史学、部门法学、国际法学、法学其他学科,与学术文献中对于法学学科的划分有一定偏差。

[36] 本文在使用“法学”一词时,沿用这种传统理解的广义上的法学。

[37] 正如侯猛在《社会学人类学对法律研究的介入》一文中所指出的:“不同于规范法学的法律社会学和法律人类学研究,无论是做经验的定性分析,还是做实证的定量分析,都需要遵循研究法律问题的基本步骤:观察社会生活中存在的现象;解释可观察现象中存在的问题;提出前提是真实的并可操作的假说;用经验事实检验假说,反对用非真实的假说解释并不存在的问题;将假说再提升加以一般化。”在法律经济分析中也需要建模,然后收集数据,通过数据对经济学模型进行检验,进而得出结论。参见周林彬:《中国法律经济学研究中的“非法学化”问题》,载《法学评论》2007年第1期,第32—33页。

[38] 石世豪:《甲说乙说随便说——法学上“学说”的性质及其取舍问题》,载台北《全国律师月刊》2000年9月号。

（二）法教义学与法哲学、注释（解释）法学、概念法学、规范法学、实证法学的区别与联系

认真地讨论法教义学时发现，在相关中文文献中与这一概念相近的各种名词实在不胜枚举，其中有一些使用也不统一。在这里，不可能对各种法学流派进行详细的梳理，只能选取一些常用的、与法教义学接近的名词进行简要辨析。首先要指出的是，法教义学与法哲学的区别在于研究对象的不同。法教义学研究的是现行的法律规范，而法哲学是研究法本身是什么的问题。^[39] 法哲学是沟通法政策学与法教义学的桥梁，其核心任务是解决哪些法律是正义的命题。^[40]

注释（解释）法学^[41]在至今为止的中文文献中，指代的实际上就是法教义学。在中文的语境中，也有人把概念法学与注释（解释）法学，即法教义学等同起来。实际上，概念法学^[42]同利益法学^[43]与评价法学^[44]一方面固然是法哲学的流派，但其主张实际针对的是适用法律的规则。概念法学主张法律条文是通过概念构建起来的，而概念通过不断的抽象化可以构成概念的金字塔，在具体案件中，即便法律没有明文规定时，法官仍然可以从这一金字塔中推导出如何处理案件的规则。所以概念法学与法教义学的交叉在于法教义学解释法律的方法。现代意义的法教义学解释法律所使用的方法实际上是建立在概念法学基础之上，同时也融合了利益法学与评价法学思想，从而使法教义学大大地向前发展了。

对于“规范法学”与“实证法学”的分析就相对困难得多。“规范法学”对应的外文概念有两个：legal normativism 和 normative jurisprudence，在中文文献中，概念的使用也

[39] 陈兴良（前引17），第40页。

[40] <http://lexikon.meyers.de/meyers/Rechtsphilosophie>。（2008年9月5日访问）

[41] 德文中与注释（解释）法学中“注释”一词相对应的应该是 Exegese, Auslegung, Erläuterung；在诠释学出现后，也可认为是 Hermeneutik。注释（解释）法学的范围包括对于现行法律解释的法教义学，对于学说汇纂以及其他的日耳曼法等历史法律文本的注释，参见孙笑侠：《法学的本相——兼论法科教育转型》，载《中外法学》2008年第3期，第419页。

[42] 德文 Begriffsjurisprudenz，提出于19世纪中期，主要代表人普赫塔（Puchta）、温德沙伊德（Windscheid）。

[43] 德文 Interessenjurisprudenz，提出于19世纪末，活跃至20世纪中期，主要代表人耶林（Ihering）、黑克（Heck）。利益法学的出发点认为，每一法律规范都是立法机关对于某一利益冲突作出的选择。所以，法官的任务就是在具体的审判中，考察案件涉及哪些需要进行衡量的利益。之后再考察制定法是否已经对这一利益冲突作出了选择。在法律没有明文规定的情况下，允许法官造法。但是法官必须参照立法机关在制定法中类似情形对于利益衡量所作出的选择。利益法学承认法律是可能存在漏洞的，在这一点上有别于概念法学。

[44] 德文 Wertungsjurisprudenz，提出于20世纪中期，主要代表人拉伦茨（Larenz）、维亚克尔（Wieacker）。评价法学的出发点认为，法律以立法机关的利益判断为基础。对于利益的判断构成了法律规范的内容。如果法律没有明文规定，而这一漏洞为立法机关故意所为，比如法律在法律结果方面赋予法官自由裁量的权力或是在事实构成方面使用不确定的法律概念，法官可以代替立法机关作出决定。行政法中一直讨论的行政行为合理性与合法性的司法审查，也会涉及这一问题。

不一致。直接体现在凯尔森的学说有时被认为是实证主义,有时被认为是规范主义。而“实证”一词在中文语境使用的情形也一样,它对应的外文同样有两个:positive 和 empirical。有时“规范法学”与“实证法学”还会被合并使用,即“规范实证法学”^[45]。

先说用在实证法(学)^[46]、分析实证法学、法律实证主义这些概念中的“实证”,也就是“实在”(positive),即能够呈现在外部世界的意思。而实证法学的不同流派都主张法律之所以“实证(在)”,是因为法通过立法机关制定,并在社会中发生影响。^[47]实证法学严格区分法与道德,在这一点上与自然法学截然对立,在肯定法的实在性上又与法律现实主义相对立。但是与法律现实主义相对立不只是“实证法学”,还包括 legal normativism 意义上的规范法学,即主张法律是由规范组成的封闭体系。在这一点上,与法律现实主义^[48]运动中认为法在规范意义上并不存在,而是由一个个偶然的判例或法令等经验组成的看法完全相反。所以,认为凯尔森“纯粹法”的学说是实证主义或是规范主义都有一定的道理。说它是实证主义,因为它把道德从法中完全排除;说它是规范主义,是因为它强调法本身是自足自洽的体系。在中国的讨论中也倾向于把实证法学与规范法学等同起来。^[49]而用在法学语境“实证研究”、“实证分析”,“实证调查”中的“实证”(empirical),更多是一种经验的意思。所谓的实证研究就是通过对研究对象的观察、实验和调查,获取客观材料,从个别到一般,归纳出事物本质属性和发展规律的方法。

什么是 normative jurisprudence 意义上的规范法学呢?这里“规范”更多的是解决“好”与“坏”价值判断的意思。所以在这种意义上的规范法学,泛指关于法的道德性等法哲学问题的讨论,而不是有明确观点的一个法哲学学派。^[50]

综上,实证法学和 legal normativism 意义上的规范法学与法教义学的交叉点在于三者的出发点都是法律规范的实在性。但“实证法(学)”更应被理解为一种法哲学的流

[45] 孙笑侠(前引41,《法学的本相——兼论法科教育转型》),第419页。

[46] 德文:Rechtspositivismus,英文:legal positivism,实证法创始人奥斯汀,20世纪的主要代表人物凯尔森、哈特。法律实证主义的任务在于确立法学为独立学科与拥有独立研究对象的一种法哲学的流派,参见陈景辉:《独立的法律研究对象之确定——分析法律实证主义本体论之检讨》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第7期,第170页。

[47] 郑永流:《法哲学是什么?》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第1期,第19页以下。

[48] 英文 legal realism,又译为现实主义法学。之所以被翻译成现实主义,可能是因为这能够体现其学说所关心的对象不是法律应该怎样(what the law ought to be),而是注重描述法律是怎样的(what the law is)。

[49] 林来梵、张卓明:《论权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2003年第6期;林来梵、张卓明:《法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》,载《中国法学》2002年第2期;林来梵、郑磊:《所谓“围绕规范”——续谈方法论意义上的规范宪法学》,载《浙江学刊》2005年第4期,第140页。只是在规范法学的操作层面上,“规范”的作用究竟如何理解,是将规范为焦点、终点还是出发点,尚存在争议。

[50] 参见 M. D. A. 弗里曼(M. D. A. Freeman):《劳埃德法理学导论》(Lloyd's Introduction to Jurisprudence),斯威特和马克斯韦尔(Sweet & Maxwell)出版社2002年第7版,第353页以下。

派,讨论的是法是什么的宏观哲学问题,而法教义学则着眼于具体法律规范的微观考察。规范法学指引下的、操作层面上的法学可以与法教义学重合。

法的“实证研究”是考察运行状态中的法(law in action),是对法律的动态研究,法教义学的研究对象则为写在纸上的法(law in books),是对法律的静态考察。在德国,并不是没有侧重法律现实运行状态的研究,只是这种研究被从严格意义上的法学中剥离出来,从而在民法中形成了法律事实研究(学)(Rechtstatsachenforschung),在公法中形成了行政(管理)学(Verwaltungslehre),在刑法中形成了犯罪学(Kriminologie),而真正发挥一定影响的只有犯罪学。^[51]这三个学科也可以被认为是法社会学的部门。在德国,法教义学在整个法学谱系中的位置可以参考下图,同时上文所讨论概念的关系也可以图形化为:

法学 ^[52] (Rechtswissenschaft)	非解释 法学	基础学科	法制史	
			法哲学*	1. 法伦理学 2. 法学理论 3. 法学方法论 4. 法哲学史
			法社会学	1. 法律事实研究学 2. 行政(管理)学 3. 犯罪学
		国家理论/比较法学等/立法学/法政策学等		
		交叉学科	法政治学,法心理学,法人类学等	
	法律经济学			
	解释法学	法教义学 (Jurisprudenz)	民法、刑法、程序法、公法等部门法	
		狭义上的法学	法律解释的方法(法学方法)**	
对于学说汇纂以及其他的日耳曼法的注释				

* 规范法学、实证法学是其中流派

** 概念法学、利益法学、评价法学为不同的方法,同时也是法哲学的流派

[51] 关于法社会学在德国状况的综述,参见米夏埃尔·弗拉泽(Michael Wrase):《法社会学与法与社会运动——在危机与新生之间的德国法社会学》(Rechtssoziologie und Law and Society—Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch),载《法社会学杂志》(Zeitschrift für Rechtssoziologie)第27卷(2006年),第289页至第312页。

[52] 舒国滢(前引34),第6—7页,也将基础学科和教义学法学称为“法学外的法学”与“法学内的法学”。