

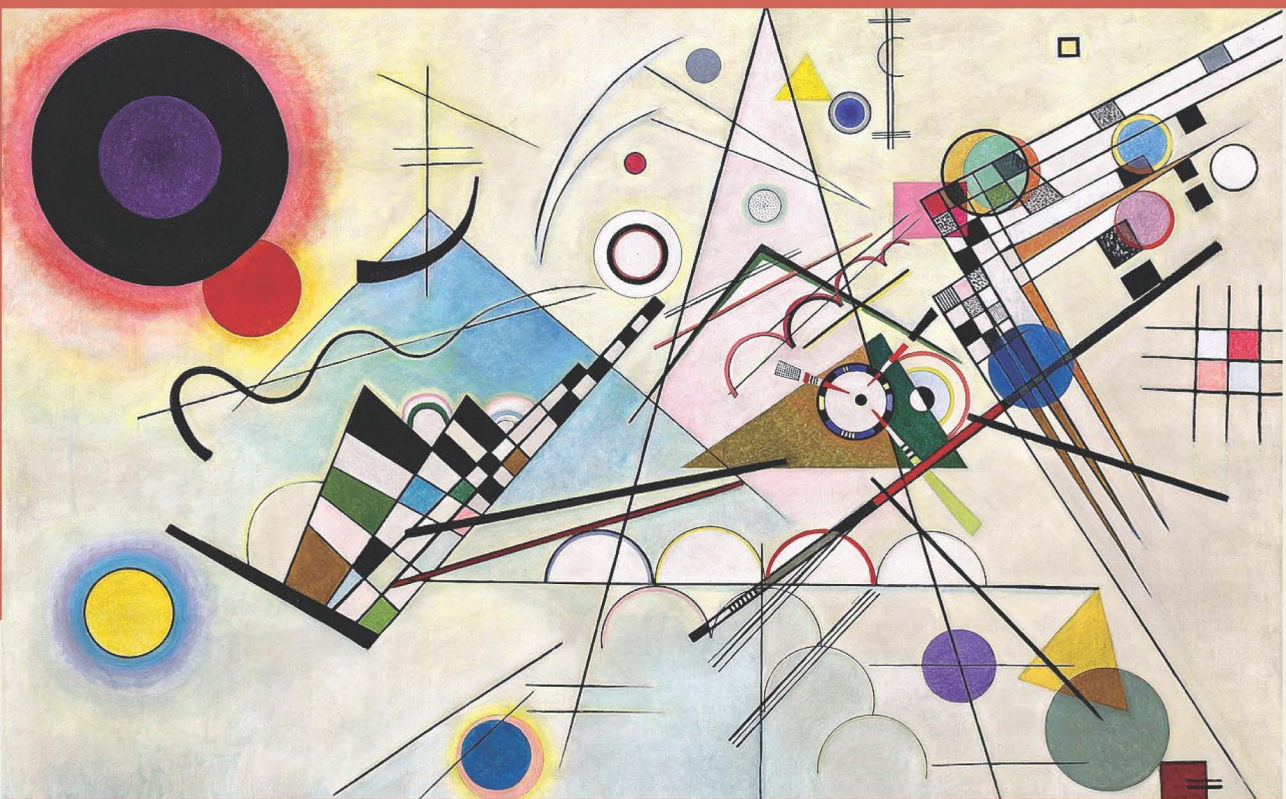


*La doctrine*

法国法译丛

# 作为一种法律渊源的学说

## ——法国法学的历程



[法] 菲利普·热斯塔茨 Philippe Jestaz | 著  
[法] 克里斯托弗·雅曼 Christophe Jamin

朱明哲 | 译



中国政法大学出版社



法国法译丛

*La doctrine*

# 作为一种法律渊源的学说

## ——法国法学的历程

[法] 菲利普·热斯塔茨 Philippe Jestaz | 著  
[法] 克里斯托弗·雅曼 Christophe Jamin | 著

朱明哲 | 译



中国政法大学出版社

2020·北京

La Doctrine  
by Philippe Jestaz and Christophe Jamin  
© ÉDITIONS DALLOZ, 2004  
版权登记号：图字 01-2020-6908 号

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

作为一种法律渊源的学说：法国法学的历程/（法）菲利普·热斯塔茨，（法）克里斯托弗·雅曼著；朱明哲译. —3版. —北京：中国政法大学出版社，2020. 12  
ISBN 978-7-5620-9716-7

I. ①作… II. ①菲…②克…③朱… III. ①法的渊源—研究—法国 IV. ①D956. 5

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第218485号

---

书 名	作为一种法律渊源的学说：法国法学的历程 ZUO WEI YI ZHONG FA LÜ YUAN YUAN DE XUE SHUO: FA GUO FA XUE DE LI CHENG
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 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	保定市中画美凯印刷有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	23.25
字 数	391 千字
版 次	2020 年 12 月第 1 版
印 次	2020 年 12 月第 1 次印刷
印 数	1~3000 册
定 价	76.00 元

“法国法译丛”  
编委会

顾 问：

Mireille Delmas-Marty (法兰西学院、巴黎一大)

Pierre Delvolvé (法兰西学院、巴黎二大)

Jean-Bernard Auby (巴黎政治大学)

Olivier Dubos (波尔多大学)

主 编：

张 莉

编 委：

潘小娟 何 敏 郑爱青 施鹏鹏 石佳友 杨彩霞

曾荣鑫 朱 琳 秦立崴 姜 颖 王 蔚 朱明哲

## | 总 序 |

法治是人类社会文明程度的标志之一。中国作为世界上最大的发展中国家，在经济腾飞之后，势必走上法治道路。如何顺应历史潮流，利用“后发优势”设计出符合中国国情的法治国家建设之路，是当代和未来几代中国人共同面临的挑战。在应对挑战的过程中，离不开对外国法律制度的研究与借鉴。在全球化的今天，翻译与研究外国法已经不仅仅是为了知己知彼、取长补短，更是为了探寻人类法治文明的真谛。

法国作为“罗马法传统的继受者”和“启蒙思想的发源地”，在现代法律制度建立和法治文明传播中起着举足轻重的作用。1789年的《人权宣言》确立了主权在民、权力分立、自由平等和人权保障等现代文明价值，它对西方近现代政治、法律进程产生了深远的影响。由拿破仑于19世纪初主持起草的《民法典》《商法典》《刑法典》《民事诉讼法典》和《刑事诉讼法》更是成为后世多国立法的蓝本或参考。

在过去的几十年间，受语言限制，中国出版界鲜有传播法国法最新研究成果的译著面世，而学术界和实务界在这方面的需求却随着“依法治国”“建设法治国家”和“国家治理体系和治理能力现代化”目标的提出而日益强烈。

此次，在众多中外法学同仁的建议和鼓励下，我们汇聚十余位曾经长期留学法国的中青年学者，打算将反映法国当代法律发展、引领法国乃至欧洲法学研究风潮的研究成果介绍到中国。

这一项目得到了法国多位知名法学家的支持，他们为丛书书目的选择献计献策。法国驻华使馆更是在版权和出版方面予以大力支持，在此一并致以诚挚谢意。

“法国法译丛”编委会  
2016年11月

## 导 读 法国法律学说的词与物

法学教师在谈起他们职业的历史时，总喜欢追溯到 11 世纪因罗马法文献出土而建立的博洛尼亚大学，并以此“罗马法复兴”勾连起公元前 5 世纪罗马人的法律和中世纪欧洲人的“罗马法”，从而讲述长达两千多年文脉不绝之学者传统。每一名在大陆法地区接受过系统法学教育的学生，大概都有在阶梯教室中聆听民法教授以圣咏般的语调将这一段动人历史娓娓道来的记忆。历史的一端是那些几乎从虚空中创造出法律规范的罗马先贤——祭司团、裁判官、斯喀埃沃拉（Quintus Mucius Scaevola）、彭波尼（Sextus Pomponius）、盖尤斯（Gaius）和帕比尼安（Aemilius Papinianus），另一端则是那些被人们尊敬地称为“大师”的现代法学家，两端之间是法学群星璀璨的伟大历程，任何有追求的学生唯一的抱负，就是成为这一历程的一部分。这种历史叙事暗示，法学上的概念、制度、理论，乃至法学家群体的构成与功能，从罗马至今并未出现断裂，在本质上都是同一回事。所以，随便翻开一本民法教科书，我们都会一而再再而三地读到作者为今天的制度追溯其罗马法起源的段落，丝毫不理会“标的的瑕疵给付”在罗马法上可能指的更多是一个无法完成体力劳动的奴隶，而今天则是一个屏幕偏色的苹果手机。法学本身也是如此。从时间本身都尚未苏醒的时代起，法学便和今天一样，客观地呈现实证法，并把法律整理成一个融贯、无矛盾的体系。如果说有什么能把中国、德国、法国、意大利、日本、智利等国的职业法律人联系在一起，这段连续历史的听觉和阅读体验肯定是其中之一。

关于法学之连续性的集体记忆虽然是大陆法系法学家身份认同的重要部分，却未必不受挑战。实际上，一部 2004 年出版于法国的著作便指责这种想象出来

的连续性既扭曲了历史，又阻碍了法国法学应对新千年的挑战。出于帮助读者理解本书内容的考虑，我们选择的译名是“作为一种法律渊源的学说”，并加了副标题“法国法学的历程”。不过必须强调的是，它本身的名字非常朴实——La doctrine，直译为中文是“学说”，没有任何修饰词，也没有任何的副标题。如果仅以此书名放在书籍目录中，恐怕大部分不那么留心的读者会在浏览时匆匆错过。然而遗忘并不应是该书的命运。人们对本书最初的关注，一方面是因为本书出版于权威法学出版社达洛兹（Daloz）“法学入门”（Méthodes du droit）系列之中，这套重要丛书同时面对初学者和资深读者的需要；另一方面则是本书两名作者的声望和地位保证了任何对法国民法有所了解的读者都不会等闲视之。

两名作者分别是菲利普·热斯塔茨（Philippe Jestaz）和克里斯托弗·雅曼（Christophe Jamin）。在法国民法学界，对他们已经不需要再做更多介绍。其中，1967年就成为民法教授的热斯塔茨曾出任全国教授资格考试委员会的主席、最权威的民法学刊物《民法季刊》（*Revue trimestrielle de droit civil*）的主编，退休前是巴黎十二大学（Université Paris XII Val de Marne）的教授，在本书出版时已经接近退休年龄，然而姜桂之性，老而弥辣。另一位作者雅曼则未届而立即已成为《法哲学档案》（*Archives de philosophie du droit*）总务秘书，更是《民法季刊》现任主编，本书出版时是里尔二大（Université Lille 2）的教授和他所创立的德莫格（Demogue）债法研究中心主任，现在则是巴黎政治大学（Sciences Po.）法学院院长。虽然评价还在不断创作的学者一般而言并不明智，但这两名作者都是法国民法学和法哲学界当之无愧的权威。正如子女往往是家长最尖锐的批评者，恰恰是这两位法国法学的宠儿，在世纪之交以此书挑战法国法学传统历史叙事，乃至对法国法学之价值提出了尖锐质疑。他们的作品甫一出版即引发同仁热评，并迅速成为法学教授资格考试的必读书目之一，如今已经是经典法学作品。

本书分成三个部分。第一部分阐述“学说”这一概念从罗马时代（因而包括法国古代法但不仅仅限制在法国）到20世纪的历史沿革。第二部分则说明如今“学说”的构成要素和功能。第三部分把目光投向美国，考察与法国模式截然不同的美国模式，说明学者以其工作贡献于法律与社会发展的另一种可能性。

二

但是，到底什么是“学说”？本书开篇先介绍了两位作者之一与一位语言学出身的校长之间的对话。作者对校长说：“我们有一套高质量的学说值得保存和弘扬。”校长的回应不无惊讶：“……一套学说？我不理解您想表达什么。”在日常语言中，“学说”意味着通过对事实的研究形成的一套人们接受为真的观念，它是“教条”“理论”“体系”的同义词。简言之，就是一套法学家的观点。大部分的法国法学家认可这种理解，并认为凭借他们冷静、价值中立的科学活动对充满政治热情的立法作品、整理零散混乱的司法决定的驯化，一国的实证法才最终形成如新古典主义建筑之外立面那样整齐而庄严的体系。正如卡特拉（Pierre Catala）教授在题献给他本人的纪念文集中说的那样：“法律圣殿的守护者既不是立法者，也不是法官，而是法学家。”一代又一代的法学家以法律的圣殿骑士自居，捍卫法律体系的科学融贯性。

本书要反对的恰恰是这种法学家群体赖以法学正名的信念，作者主张无论“学说”的含义还是背后的现实都形成于19世纪与20世纪变际时的法国，而且并非偶然。在这个意义上，本书是对法国法学本身的挑战。“学说”有三种最重要的意思：其一，法律的讲授者或写作者所共同持有的意见；其二，法学出版物之全体；其三，法学出版物作者之全体。所以，法国法学语境下的“学说”同时指关于法律的意见、表达这些意见的媒介和表达意见的人。而“词”的背后是三种截然不同的“物”——一种学者法，一种法律渊源，以及一个由各位作者聚合而成的共同体。由学者创造的法律成了法律存在的形式，所以学者也就获得了决定法律的权力。这种权力一方面意味着学者群体决定什么是法律的权力（“学说主张立法和判例是什么，它们就是什么”），另一方面则意味着学者群体之间存在的支配结构。一言以蔽之，当人们使用“学说”这个词的时候，并不是说在某一种独特的理论或立场，而是整个法学——包括了所有的作者和所有的作品。所有的作者通过他们的作品决定了什么是法律，从而借知识掌握了权力。

无论是词还是物，今天所说的“学说”起源于19世纪中叶。法国社会的工业化正好发生在19世纪中叶，带来了许多法典起草时并不存在的法律问题。毫无疑问，民法必须向前发展才能继续作为社会生活的圭臬。问题毋宁是民法向哪

个方向发展，以及什么人主导民法的发展。此时的立法权尚不活跃，远远无法与第三帝国建立后的状态相比。法官则通过他们的判决不但权威性地确定每个诉讼的结果，也通过判决的积累改变法律本身。要是法学家不想在历史的发展中失语、不想在和越来越主动的法官的竞争中失去引领法律发展方向的主导权，就得更多地关注判决。于是，19世纪末的法学家不得不进一步追求主导法律发展的权力，这也就意味着一方面摆脱立法的约束，另一方面规训判决。于是，他们提出了一个曾经占据支配地位、如今仍然不时出现在法史学讨论中的论调：法学家只能规规矩矩地按照文义解释民法典，不能越雷池一步。根据这种说法，1870年以前的民法学家形成了一个解经学派，法学也由此成了一个封闭的体系。

本书作者提出了不同的观点。19世纪的法学在方法上也绝非斤斤于文义、不顾社会发展。批评解经学派拘泥于抽象建构和逻辑推论充其量不过是一个幌子，真正的目的是正式提出将“学说”作为一种法律渊源。只有当学说成了和立法、判例、习惯并列的法律渊源时，那些致力于“知道”的法学教授才能真正独立于有权“决定”的立法者和法官。学说的独立地位几乎是在1899年一夜之间建立的，因为就在这一年，第戎法学院的年轻教授惹尼（François Geñy）用《实在私法的解释方法与法律渊源》开启了20世纪，普拉尼奥（Marcel Planiol）的三卷本《民法导论》也开始讨论法律渊源问题。而法学家在独立以后进一步通过自己的作品驯服那些做决定的人。新的写作习惯悄然形成。带着对立法万能理想的幻灭和对积极利用立法权之共和国所造成的碎片化之轻蔑，他们开始自由地批评那些无法整合进《民法典》伟大体系的立法。带着对关心社会发展的法官的敬佩，却也害怕他们过于执迷于琐碎的情势而非永恒之法律原理，法学家不再用判例说明立法的规定，而是努力用新的判例建筑法学的宏伟外立面，却不改变其结构本身。就这样，法学家恢复了古罗马法学家的昔日荣光。然而与他们那些更在意具体个案之解决的前辈不同的是，20世纪曙光照耀下的法国法学家更倾向于保护体系和原理。因为恰恰是体系的融贯性和原理的永恒性，保护法学不受种种新兴社会科学的侵扰，也就保护了法学家作为良好社会之最权威决定者的地位不受挑战。

三

然而，在何种意义上，“学说”形成了一个整体？这一整体又发挥着何种作用？

法学作品及其作者之所以形成整体，是因为高度的同质性。学说给自己的任务是评论实证法。因为它只包括了法律职业的从业者，而且他们还必须完成撰写评论的任务。比如说，一部社会学著作无论如何都不能算是学说的组成部分，哪怕是法学家写的，如果是纯粹的社会学家的作品就更不必谈。换言之，《法律语言学》《法社会学》和维莱（Michel Villey）教授流传甚广的《法哲学》都不是学说的部分。人们有时候说，这样的情况标志着“法学与人文科学的离婚”。本书则主张，两者之间的婚姻从来没有存在过。现实是学说一直对抗着其他学科对法律的影响。而且，几乎所有人都在使用同样的一套教义学方法。曾经在严格遵循《民法典》的学者和自己构建民法体系的学者之间存在的对立如今已经销声匿迹。人们创造法律就是为了应用！所以法学家有义务使用那些规范情景的语言，也就是法律和判例的语言，并且阐明、补充这种语言，从而使之可以真正发挥功效。法学家从而发明了一种补充性的语言。在实践中，法学的语言来源于立法和司法，却在学术领域获得解释，并带着学术性的词汇重新回到法律的实践中。因果性、物权、财产性权利、公共服务等如今从事法律实践不得不用到的术语都是学说的贡献。哪怕在前所未见的案件中，法律工作者仍然可以把所有的新情势都翻译成既有的这一套高度抽象化和技术化的语言，重新表达。谁要是打算把任何一个诉讼中提起的问题放在哲学、人类学或者其他社会科学的视野下讨论，肯定要受到“不务正业”的指责。到头来，一代又一代教科书和学术文章中形成的这一套术语体系——不管每个术语的意蕴在历史沿革中如何变迁——成了法律实现的基础。法律思想因而实现了它的高度结构化，超越了任何人的意愿，并可以要求全部都接受。就算学者们对一个具体个案应有的法律解决方案（特别是在新形势出现的时候）争论不休，他们的讨论始终维系在一个大家都接受的范围之内，也就是实证法和教义学技术划定的范围。

当然这并不是说所有的作者在观点上都一致。毕竟每一位作者的政治、经济、文化、宗教立场都大不相同。奥里乌（Maurice Hauriou）和狄骥、里佩尔

(Georges Ripert) 和惹尼之间的纷争依然延续到了 20 世纪，马佐兄弟与通克之间的分歧让他们无法继续合著债法教科书，70 年代艾森曼 (Charles Eisenmann) 和韦德尔 (Georges Vedel) 关于“行政法的宪法基础”之间的辩论同样针尖对麦芒。然而最重要的是，所有的作者都在使用同一套语言。而且这套语言比其他领域的专家所使用的语言更有限制性和侵略性，因为法律毕竟是统治整个社会的权力的栖身之所。在所有的争议中，双方用着同一套术语（只是对每个概念的范畴有争议），用着同样的引证（只是对每个引证的解释不一样），而且大部分情况下论证的模式是一样的。法学家们延续着法律逻辑，并出于公正、秩序和实用性的考虑修正逻辑。

法学家的养成机制保证了学说的同质性。如果把实践人士发挥着决定性作用的行政法看作一个例外，那么法国法上不断丰富和创造着学说的法学家群体实际上主要是由大学教师组成的。大学教师的支配地位通过招聘的规程和传统两方面得到保障。要成为大学教师，首先要花费五六年甚至更长时间完成博士论文。尽管作者自己可能有足够的创造力，他们所支持的观点也不一样，但所有的论文看上去多少有些千人一面。博士论文的目的乃是一个具体的方面建构法律。法学博士中的佼佼者将来将有机会编写教材，此时他们必须确定一整个领域的法律构建，但所使用的方法和他们的博士论文中用到的方法并无二致。获得博士学位仅仅是进入法律教学的前置条件。位居法学教育最高点的乃是通过全国性的教授资格考试的教授们。这种考试的目的乃是严格控制那些在日后法律教育中可能出现的言辞之质量，所以可以说是为教学的目的服务的。与此同时，我们又不难看出，只有那些论文的质量得到了答辩委员会官方认可的候选人，才有希望通过教授资格考试。这种教师招聘方式的结果就是，整个法学院的教学人员都秉承既往学说发展的逻辑，本身形成了高度同质化的群体。至于传统的书写仪式和机构仪式，也强化了教师支配学说发展的地位。写作的结构要求、未曾言明但是心照不宣的引用习惯、组成答辩委员会的方式、各种不同场合所需要的礼袍等，都在形塑共同体之认同感的同时，关上了局外人进入这一共同体的大门。

学说的重要性并不在于它的存在，而在于它在既定的法律实践中发挥的功能。学说具有作为意见的功能和作为合法化之工具的功能。作为表达意见的场合，无论是以注解法律为外观的学说作品，还是明目张胆批评法律的作品，实际上都在赋予其他法律渊源中所展现的规范以意义。无论从语义学还是语用学的角



度来说，学说对法律的研究本身便是在确定法律规范的含义，或者说规范在语言层面上可能的射程，限定了具体纠纷中法官所可能实现的法律结果之范围。而作为合法化工具的学说，一方面赋予法律秩序以合法性，另一方面赋予其自身合法性。哪怕是批判法律秩序的学说作品，也遵循着法律大致上确定了社会生活和社会关系的正当秩序的前提。仅仅是在这个前提下，法学家通过整理法秩序中的原则以批判那些背离了这些原则的具体规范。此一过程中，学说也使其自身成了法律规范的组成部分，即一种法律渊源。既然学说体现的是大部分法学教育者的观点，他们在教学、修改学生作业、决定法律职业考试的考题和答案的整个过程中已经完整地确定了日后从事法律职业的每个人所可能拥有的知识。更何况学说本身就确定了那些值得研究的法律、挑选判决成为判例，并且决定了对这些法律渊源的权威解释。所以学说在法律实践中的主导作用，或许值得反思，却无法否认。

#### 四

可见，热斯塔茨和雅曼所做的不过是用布迪厄（Pierre Bourdieu）的知识社会学作为底色揭示当今法国法学的构成与社会功能。与雅曼另一部作品《法律的厨房》（*La cuisine du droit*）在2015年前后所引起的关于法学教育改革的激烈争论相比，全书的笔触生动但克制，没有过激的言辞，也没有对在世的同事过多的嘲讽。为何这样一部作品偏偏引起了此后十数年的持续关注？原因大约有二：

第一，法学家在大陆法系国家的法律实践中扮演着极重要的角色，而为他们地位背书的就是法学的科学性。如果法学所坚持的那种体系融贯性不过是法学家在拙于应对其他学科挑战时抛出的掩护，那么法学就会从“唯一”有资格权威性地评价实证法的学科，蜕变为诸多评价着实证法的学科之一。进一步而言，如果在法学中作为体系融贯性同义词的科学性只不过是一个同质群体维护自己社会权力的外衣，那么法学家群体作为一个掌握着这种事实性权力的群体，就要与执掌任何权力的人一样，接受来自外行的批评，而不能再用专业性作为阻隔门外汉判断的理由。一旦法学本身必须回应外行人的批评，法学家作为良好社会秩序决定者的地位也就摇摇欲坠了。

第二，本书于2004年出版的时候，恰恰是法国法学切实感受到体系融贯性

岌岌可危的时刻。随着欧盟一体化的进程，来自不同法律文化中的法官形成的欧盟法正变得越来越重要。欧盟法自动在法国生效，也就意味着，法国法中将有越来越多的因素由那些没有受过法国法学教育甚至对法国法和法国法学可能一无所知的人创造。如何能够期待宏伟的法国法大厦在添附了这些来路可疑的部分后仍然能保持其庄严与宏伟？更何况，《欧洲人权公约》（European Convention on Human Rights）在2004年生效，所有的判例在原则上都有可能逃离法国法学家坚定而公正的双手，成为欧洲人权法院法官以实用主义的方式个案权衡的对象。站在十余年后回望，我们很清楚没有任何灾难性的后果发生。然而历史的妙处就在于，后见之明看来必然的事情在发生当时只不过是众多可能性之一。2004年，当法国法学家面向欧洲法时，他们在体系融贯性烟消云散的可能性面前感到恐惧简直再正常不过。

最后，恐怕还要提醒年轻的读者，本书的写作目的在于颠覆传统认识、批判既有的知识体系，是争鸣性质的作品。作者在书中数次提到要避免对法律技术和法律体系的过分迷信，但并不意味着作者认为法学教育和法学研究可以避免一切形式的教义学。实际上，两名作者恰恰是对各种法律技术运用得炉火纯青的实证私法大师，其中一名就经常用以“我现在作为一名老律师问您”开头的句子抛出一个又一个法律技术上的问题，让大谈特谈社会与政治理论的博士生左支右绌。“技术是起点而非重点”之类的话，背后隐藏的意思是：如果不理解法律技术，那么我们根本连起跑线都走不到。

朱明哲  
中国政法大学

## | 目 录 |

导 论 .....	1
一、学说：词与物 .....	1
二、现实之一：一种学者法（un droit savant） .....	4
三、现实之二：一种法律渊源（une source du droit） .....	5
四、现实之三：一个作者群体（une collectivité d’auteurs） .....	7
五、比较 .....	10
六、术语说明 .....	12
七、认识论 .....	12

## 第一部分 法国“学说”概念的历史起源：从古罗马到 20 世纪

第一章 久远的起源：从古罗马到《民法典》 .....	17
一、古罗马法博士 .....	18
（一）共和国或法律的学说创造（公元前 509 年—公元前 27 年） .....	18
概述：起源于程序的法律 .....	18
1. 祭司和法律之诉的扩大（公元前 5 世纪—公元前 3 世纪） .....	20
2. 法学家和新诉的创造（公元前 2 世纪以后） .....	22
（二）帝国或学者法的演变 .....	25
概述：新的法律渊源 .....	25
1. 元首制时代的虚假繁荣（公元前 27 年—公元 284 年） .....	26
2. 君主制时代的失势（284 年以后） .....	29

结论：优士丁尼的汇编（528年—533年）	31
二、法国古代法	32
概述：一种多元主义的法	32
（一）中世纪晚期的法学博士（12世纪—15世纪）	34
前言：12世纪的“第一次重生”	34
1. 学者法的回归	36
2. 博士对法律演进的影响	41
3. 博士们忽略的法律领域	45
对中世纪的总结	47
（二）现代的博士（16世纪—18世纪）	48
1. 16世纪到来时的法学	48
2. 绝对君主制下的博士	52
《民法典》到来前的遗产	66
<b>第二章 晚近的起源：《民法典》之后</b>	<b>68</b>
前言：面对新实证法的博士	68
一、19世纪对法律空间的探索（或博士们的更新）	70
概述：有待探索的两个新大陆	70
（一）对《民法典》的探索（19世纪前半叶）	71
前言：法典解经	71
1. 作者的多样性	72
2. 作者的精神一致性	87
（二）对判例的探索（19世纪下半叶）	94
前言：新的判例学家	94
1. 私法上的探索	95
2. 公法上的探索	108
二、20世纪对法律空间的驯化（或法国学派的胜利）	119
概述：一次静静的集体征服	119
（一）对法律渊源的明确理论化	121
1. 法律渊源理论化以前的时代	122
2. 法律渊源多元主义理论的诞生	129

(二) 学说身份认同的悄然建构 .....	138
前言：面对社会科学的学说 .....	138
1. 一种建立在教义学支配地位上的身份认同 .....	139
2. 一种建立在教授训导地位之上的身份认同 .....	156
前言：科学训导与道德训导 .....	156
第一部分的结论 .....	164

## 第二部分 学说在法国的地位

第三章 学说的组成要素 .....	169
一、作者的思想 .....	169
(一) 哪些作者? .....	169
1. 法学家的专业性 .....	169
2. 法学家的独立性 .....	174
(二) 何种媒介? .....	181
1. 发表了的学说 .....	181
2. 未发表之学说 .....	187
二、作者之整体 .....	189
(一) 主要属于大学的共同体 .....	189
1. 大学教师的支配地位 .....	190
2. 其他作者的边缘化 .....	197
(二) 主要限制在国内的共同体 .....	202
1. 学说的地域属性 .....	202
2. 法学家的跨国旅行 .....	205
第四章 学说的功能 .....	212
一、表达观点的功能 .....	212
(一) 谨慎的观点：对实证法的科学呈现 .....	213
1. 分门别类 .....	213
2. 确定秩序 .....	220
(二) 张扬的观点：对实证法的批判性审视 .....	227



1. 个人表达的方式 .....	227
2. 集体表达的方式 .....	233
二、正当化的功能 .....	240
(一) 对法律秩序的正当化 .....	240
1. 借由分析实证法实现的正当化 .....	240
2. 借由重构部门法实现的正当化 .....	246
(二) 对学说权力的正当化 .....	249
1. 他人的裁判者 .....	250
2. 内部的知识权力 .....	252

### 第三部分 与美国模式对比

为何是美国? .....	261
一、对形式主义的批判 .....	264
(一) 兰德尔模式 .....	264
1. 兰德尔模式的形成 .....	264
2. 兰德尔模式在美国法学家中的传播 .....	267
(二) 来自现实主义的批判 .....	269
1. 现实主义的起源 .....	269
2. 现实主义的发展 .....	272
对现实主义的总结 .....	278
二、教义学的撤退 .....	279
(一) 现实主义迟到的胜利 .....	279
1. 50 年代向理性的回归 .....	279
2. 新浪潮 (1960 年—1980 年) .....	282
3. 新师资 (20 世纪 80 年代以来) .....	286
(二) 建立对比 .....	291
1. 双向误解 .....	291
2. 有用的比较 .....	294