



博观译丛

Bernd Rüthers

伯恩·魏德士

# 法理学

丁晓春 吴越 译

法律出版社

国内付梓的关于法学理论的专著和国外译著不在少数，魏德士先生的《法理学》无疑是其中的翘楚。魏德士是德国著名的法理学家，同时也是德国著名的宪法学家、法史学家、劳动法学家和民法学家。《法理学》一书，比较系统地对法理学的基础问题、法及其功能、法的效力、方法论进行了讨论，是魏德士20多年法学研究和教育生涯的结晶。本书的文字简洁流畅、认识深刻、言辞犀利、体系严谨。翻译文字忠实原著，语言流畅，风格明快，句读之间亦见功力，表现了译者良好的语言修养与专业修养。上述种种，使得本书成为法理学著作中的经典。



上架建议 | 法理学

ISBN 978-7-5118-5090-4



9 787511 850904 >

定价：68.00元

013059597

D903  
17



博观译丛

Bernd Rüthers

伯恩·魏德士

# 法理学

丁晓春 吴越译



北航

C1666887

D903  
17

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学/(德)魏德士著;丁晓春,吴越译. —北京:  
法律出版社,2013.6

ISBN 978-7-5118-5090-4

I. ①法… II. ①魏…②丁…③吴… III. ①法理学  
IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第144088号

© 法律出版社·中国

责任编辑/张立明

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/30 字数/446千

版本/2013年7月第1版

印次/2013年7月第1次印刷

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 978-7-5118-5090-4

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)

## 中文重印版前言

本书自中国首次发行来已过十余年。在德国,本书以其第7版创下了同类教科书的最高销量。

期间,国内与国际规制任务对构成法的挑战也在增加:贸易法、公司法、竞争法、货币危机、环境问题,气候变迁,不胜枚举。“全球化”迫使国内与国际立法者长期合作。跨国问题的解决要求法律思维的国际化 and 各国以及各洲建立共同的最低法律标准。唯有国际公认的法律基本价值才能确保在所有生活领域里的深刻变化的和平进程。此种合作的成功与否决定着下一代的命运。唯有共同追求的公正方能确保持久和平。

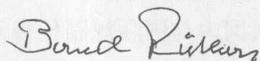
在这种发展趋势中,法的基础学科,尤其是法史学、法理学、法社会学和法律方法论在国际领域也赢得了新的突出地位。在法理学中汇聚的国内和洲际的经验与认知宝藏有助于采用合适的法律调控手段与制度,其前提是国内和洲际法律秩序认知和发展间的密集交流。法理学是一门对话科学。我们所谓的“真理”其实永远是我们可能的错误的最新状态。为此,我对中国法律学人在十年后对本书依然爱不释手心存愉悦、骄傲和感激。

任何了解中华人民共和国之博大和作用的人,任何亲眼目睹过去数十年贵国法学的巨大发展的人,都能幸运地猜测到其中的经验与对话交流,而这种交流在中德之间许久以来就保持着。通过我所在的康斯坦茨大学与上海(同济、交通和复旦)以及南京的大学的接触与伙伴关系,我在担任校长期间(1991—1996)以及作为中国政府的客人有多次机会了解中国的法理学研究与学说,也包括贵国的作为一切学术之根基的厚重文化历史。法在全世界总是其各自效力范围内的历史、社会和政治的一面镜子。与其他基础学科一道,法理学是揭示法律问题及解决可能性的结构相似性的合适工具。

再次重印的本书给人的初步印象是德国法律思维和德国法历史的一面镜子。但仔细观察和思考则表明,法在任务和作用方式上在地球上所有国家和文化中竟如此相似,尽管其历史和社会文化条件存在差异。在任何国家,法都是不可替代的调控、稳定和控制手段。其主要任务之一在于防止无政府的混乱状态并建立和维护有尊严的生活条件。

我衷心地问候我的中国读者们,并对我的观点的批判性建议和补充深表谢意。唯有对话方能产生新的认知和观点。祈愿本书有助于开放世界中的国际和跨学科对话!

伯恩·魏德士



2013年6月于康斯坦茨

## Vorwort zur neuen chinesischen Ausgabe

Seit der ersten Ausgabe des Buches in China sind mehr als 10 Jahre vergangen. Ich freue mich über das unverminderte Interesse, das es auch bei chinesischen Juristen findet. In Deutschland hat es inzwischen mit sieben Auflagen die höchste Auflagenzahl unter den einschlägigen Lehrbüchern erreicht.

Die Herausforderungen der nationalen und internationalen Gestaltungsaufgaben an das Recht sind inzwischen weiter gewachsen: Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Währungskrisen, Umweltprobleme, Klimawandel und vieles andere. Die Welt wächst mit zunehmender Geschwindigkeit zusammen. Die "Globalisierung" zwingt die nationalen und internationalen Gesetzgeber zu ständiger Kooperation. Die Lösungen länderübergreifender Probleme verlangen die Internationalisierung des Rechtsdenkens und die Schaffung gemeinsamer rechtlicher Mindeststandards in allen Ländern und Kontinenten. Nur international anerkannte Rechtsgrundwerte können den friedlichen Ablauf der tiefgreifenden Veränderungen in allen Lebensbereichen sichern. Der Erfolg dieser Zusammenarbeit bestimmt das Schicksal der kommenden Generationen. Nur gemeinsam erstrebte Gerechtigkeit kann dauerhaft Frieden schaffen.

In dieser Entwicklung gewinnen die Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft, besonders Rechtsgeschichte, Rechtstheorie, Rechtssoziologie und juristische Methodenlehre eine neue, herausragende Bedeutung auch im internationalen Bereich. Der in ihnen gesammelte Schatz umfassender nationaler und kontinentaler Erfahrungen und Erkenntnisse kann dazu beitragen, die angemessenen juristischen Steuerungsinstrumente und Institutionen einzusetzen. Voraussetzung dazu ist ein intensiver Austausch der Erkenntnisse und Entwicklungen in den nationalen und kontinentalen Rechtsordnungen. Die Rechtswissenschaft ist eine dialogische Wissenschaft. Unsere vermeintlichen "Wahrheiten" sind immer der letzte Stand unserer möglichen Irrtümer. Es erfüllt mich daher mit Freude, Stolz und Dankbarkeit, daß chinesische Juristen mein Lehrbuch auch noch nach zehn Jahren gern zur Hand nehmen.

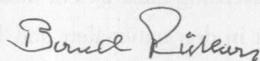
Wer die Größe und Bedeutung der Volksrepublik China kennt, wer die enorme Entwicklung der Rechtswissenschaft in Ihrem Land über die letzten

Jahrzehnte aus eigener Anschauung beobachten konnte, kann über den Austausch von Erfahrungen und Dialogchancen nur glücklich schätzen, der sich zwischen China und Deutschland seit langem bewährt hat. Durch die Kontakte und die Partnerschaften meiner Universität Konstanz mit den Universitäten in Shanghai (Tongji, Jiatong und Fudan) sowie in Nanking habe ich während meines Rektorats (1991—1996) und als Staatsgast der chinesischen Regierung mehrfach Gelegenheit gehabt, Forschung und Lehre der Jurisprudenz in China, aber auch die große Kulturgeschichte dieses Landes als den Wurzelgrund aller Wissenschaften kennen zu lernen. Recht ist immer und überall auf der Welt ein Spiegel der Geschichte, Gesellschaft und Politik des jeweiligen Geltungs-bereichs. Die Rechtstheorie ist, zusammen mit den übrigen Grundlagenfächern, das geeignete Instrument, die strukturellen Ähnlichkeiten in den juristischen Problemstellungen und Lösungs-möglichkeiten aufzudecken.

Das hier erneut vorgelegte Buch ist zunächst scheinbar nur ein Spiegel des deutschen Rechtsdenkens und deutscher Rechtsgeschichte. Bei näherem Hinsehen und Nachdenken zeigt sich, daß die Aufgaben und die Funktionsweisen des Rechts in allen Ländern und Kulturen der Erde auch unter verschiedenen historischen und soziokulturellen Bedingungen ungemein ähnlich sind. In allen Staaten dieser Erde ist das Recht ein unerläßliches Steuerungs- und zugleich Stabilisierungs- und Kontrollinstrument. Eine seiner Hauptaufgaben besteht darin, anarchisches Chaos zu verhüten und menschenwürdige Lebensbedingungen zu schaffen und zu erhalten.

Ich grüße meine chinesischen Leser sehr herzlich und bin schon jetzt sehr dankbar für kritische Anregungen und Ergänzungen zu meinen Aussagen. Nur der Dialog schafft neue Erkenntnisse und Einsichten. Möge das Buch zum internationalen und interdisziplinären Dialog in einer offenen Welt beitragen!

Konstanz, im Juni 2013



Bernd Rüthers

Prof. Dr. iur. Dres h. c. Bernd Rüthers

Höhgasse 17

CH 8598 Bottighofen / Schweiz

bernd.ruethers@uni-konstanz.de

## 德文版前言

关于法理学、法哲学、一般法学说与法学方法论的书已有很多。但个中主旨很少为学习者所理解。

本书是专为学习者和实践者，而不是为教授们所编写。其范围不应该使读者感到惊讶：它包括两个通常被分开研究的部分。第一部分到第三部分（法理学）与第四部分（方法论）紧密联系，但可以分开学习。法理学和法学方法论是基础学习考试的选择科目，然而本书所提供的学习材料并不旨在考试。本世纪法学和法学家的历史表明：纯粹的法律技术对法律和社会是危险的。只有那些对法的基础和作用方式以及对可能引起法律适用的原因和适用方法后果有所了解并对其思考的人，才能在法律职业的领域内尽到职责的要求。行为人必须知道他们的行为会导致什么样的后果，对此他们必须认识到其行为应该遵守法律，此外还必须认识到历史和社会的联系。只有基础学科介绍了那些将法学作为科学的观点，否则法学还将停留在法律技术上。

本书的写作立足于那些学习中的实践者角度，他们已长期从事企业、社团及法庭的工作。这本书将使法与通常不清晰的经济权力、社会权力和政治权力结构的复杂关系变得清晰，这方面正是很多相关书籍未涉及到的。

法律与法学研究常常歪曲思想和表达，至少许多非法学者是这样认为的。法学家们的文章理论性、哲学性越强，常常越不能为人们所理解。这些，特别是专业术语的使用引起的理解障碍已形成传统。因此人们就得特别注重“法和语言”这样的课题。

本书编写历时长久。诸多学习者们、助手们以及同事们（也有在法院工作的）一直关心着它，并提出宝贵的批评。在此我要特别对吕底格（Rüdiger）博士——现任德累斯顿州高等法院首席法官致以诚挚的谢意。

本书完稿的时候我的助手们阿克斯克·比尔克(Axek Birk), 克利斯第·费舍尔(Christian Fischer)博士和比尔纪特·艾斯勒(Birgit Eißler)给了我很多批评性提议和补充性建议。阿克斯克·比尔克对主题的提示和贡献, 确保了具有现实意义的讨论角度, 同时他也编写了目录。罗伯特·费尔得(Robert Feldt)和汉诺·汉诺·托伊伯(Hanno Teuber)编写了姓名索引。他们与图勒·拉特—维(Tunea Rath-Vegh)、拉夫·艾斯勒(Ralph Eißler)一同审查了脚注。吉瑟拉·福格尔(Gisela Vogel)女士二十五年来以谨慎、缜密、负责的态度对待成稿。我对他们致以衷心的感谢。我请求读者提出批评和意见。

伯恩·魏德士

Bernd Rüthers

## 中文版导读

“法理在实践与理论中有着重要的、虽然也经历过波折的历史。无论是在中世纪的等级社会的世界与科学秩序中,还是在发达的工业社会的复杂制度中,法理学在过去和现在都肩负着社会、政治与文化有目共睹的重要使命。”<sup>〔1〕</sup>法理学乃至整个法学,发展到现在,我们面临着哪一些主要的现实问题?我以为魏德士教授的著作给我们的启迪至少有这样的三个方面:法理学乃至整个理论法学与部门法学的关系问题,法理学乃至整个法学理论与法律实践的关系问题;法理学乃至整个法学中的法律事实与法律价值的关系问题。我谨以此短序将原著作者的思想,译者的希望作一个管中之窥。

### 法理学—理论法学—部门法学

法理学乃至整个法学理论面临着怎样的问题?回答也许是多样的。但我以为,其中需要引起我们重视的是:法理学乃至整个理论法学与部门法学之间的关系问题。

随着社会分工的细密化,科学领域的扩展与分别,学科的划分也愈来愈细密。在19世纪及其以前,法学家总是与思想家、哲学家,甚至政治学家、教育家联系在一起的。例如古希腊的苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等人,他们是法学家,更是思想家、哲学家、政治学家。说到中国的孔子、孟子、荀子、韩非子当然也不例外。思想家、哲学家、政治学家、法学家的头衔都可以顺理成章地奉送给他们。到19世纪以前,东西方都还有百科全书式的大学问家产生,卢梭、孟德斯鸠等人,既是思想家、哲学家、政治学家,当然也是法学家。甚至还可以给他们中的一些人以教育家、教育思

---

〔1〕 参见本书第七章第一节。

想家的称号。在中国也还有康有为、严复、梁启超等人。但是,随着时间的推移,似乎学者们愈来愈局限于自己狭窄的知识领域,百科全书式的学问家没有了。通晓某个大学科的学者也愈来愈少。20世纪末21世纪初就出现了这种情形。在整个哲学、人文科学、社会科学方面的情形,我不是很了解,但对于法学界的情况却有切身的感受。形如我等更是愈显知识狭窄。

新时代的法学学者们,往往除了对自己赖以维生的学科领域的知识还算精通之外,超出此范围则知之甚少。法学理论与部门法学之间,理论法学中的法理学与法史学之间,在法史学中法律制度史学与法律思想史学之间,甚至都有一道难以逾越的鸿沟。更不用说部门法学中的实体法学科与程序法学科之间,就是民法学与刑法学之间,民事诉讼法学与刑事诉讼法学、行政诉讼法学之间,都未必常见全面贯通者。由于中国20世纪后半期主流政治在长达几十年间对于文化的敌视与摧残,畸形的教育使得通百家之学,懂百家之言的学问家更加稀少。法学学者中的这一情状与此不无关系。法学各个学科之间的分离已经是不争的事实。尽管西方学科的划分也趋向于细密化,但西方法学家的情形显然比我们好得多。魏德士教授是德国著名的法理学家,但是他也同时是德国著名的宪法学家、法史学家、劳动法学家和民法学家。他不但有著名的法理学著作,也有著名的宪法学著作、法史学著作、劳动法著作和民法学著作<sup>[2]</sup>。当然,我们也可以从另一个角度说,他不仅是民法学家、宪法学家、劳动法学家,还是法理学家。对理论法学与部门法学,以及各自内部学科之间的贯通是非常必要的。即使我们未必能在多个领域都有所建树,但是对于多个领域的了解、学习和研究,都是必要的。一个不懂部门法学的法理学家一定是跛脚的,一定是没有牢固根基的法理学家。我们也同样可以说,一个不懂法理学的部门法学者,根本就无法成为一个优秀的部门法学者。魏德士教授这样的论述是值得重视的,“法学和法学者的历史表明:纯粹的法律技术对法律和社会是危险的。只有那些对法的基础和作用方式以及

---

[2] 魏德士教授在宪法学方面的著作主要有《宪法与罢工问题研究》(1960年)、《宪政时代的制度性法律思维》(1970年);在民法方面的著作主要有《民法总论》(2001年)、《集体劳动合同自治与法院的强制调解》(1973年);在劳动法方面的著作主要有《劳资纠纷法》(合作,1965年)、《工会之信息权与企业经营中之会员权》(1968年)、《企业组织法中的职工共同参与权与例外领域》(1970年)、《劳动法与政治体制》(1972年)、《劳动法政策之灰色区域》(1986年)、《劳动法》(2002年);在法律史学方面的著作主要有《论第三帝国的法律思想》(1988年)等。

对可能引起法适用的原因和适用方法后果有所了解并对其思考的人,才能在法律职业的领域内尽到职责的要求。行为人必须知道他们的行为会导致什么样的后果。对此他们必须认识到其行为应该遵守法律,此外还必须认识到历史和社会的联系。只有基础学科介绍了那些将法学作为科学的观点。否则法学还将停留在法律技术上。”<sup>[3]</sup>

魏德士教授的知识领域的广阔不仅使他取得了多个领域的成果,也同时使他的法理学著作,在众多的法理学家中独树一帜,成为法律工作者的法理学。他十分明确地把法理学分为“法律工作者的法理学与法理学家、法哲学家们的法理学。”自称他的这一部法理学是写给法律工作者的,是法律工作者的法理学。如果没有对于部门法学的相当关注,魏德士教授是无法完成呈现在您眼前的这一著作的。良好的法理学认知必须以良好的部门法知识作为基础。如果我们站在民法学或宪法学的角度来看,我们也同样可以说,如果没有魏德士教授对于法理学的良好修养,他也不可能在进行宪法学或民法学研究的同时,能够写出如此出色的法理学著作。良好的部门法研究与教学,总要以良好的法理学认知作为基础。

### 法理学—法学理论—法律实践

法理学乃至法学理论还面临什么问题?在我看来,至少还有法学理论与法律实践的关系问题。魏德士教授将其法理学定位于“法律工作者的法理学”,也反映了他对法学理论与法律实践相结合的问题的重视。魏德士的这一法理学著作共四个部分。除了第一部分“基本问题”比较形上之外,其余的三个部分“法及其功能”、“法的效力”、“法律适用”无不具有很强的形下性质。尤其是其对于法律适用的方法、法律的演绎推理、法律规范的解释、漏洞领域的法律适用、法官对于法律的背离的研究,是远离实践的法理学家所无能为力的,也同样是一个纯技术的法律工作者所无能为力的。在他看来,“法理学要认知与表达法本身及其在各个法律系统中的实际作用过程。法理学的目的在于对具体的法律职业问题领域、法的因果关系及其效力进行论证,法理学注重的是对法律思维的描述。”<sup>[4]</sup>

一个很长的时期以来,我们一直呼吁理论要与实践相结合,当然包括呼吁法学理论要与法律实践相结合。对于这一点,大概没有法学家会反对。但实际的情形怎么样呢?实际情形是我们许多法学教育工作者或者

[3] 本书《德文版前言》

[4] 参见本书第一章第一节。

法学研究人员,并不了解法律的实践,甚至远离法律的实践。一个案件交给我们的一些教学科研人员,他们甚至不知道何以代理、辩护、审理、裁判等。在这样的法学教师的指导下,很难有真正良好的法学教育。大家说,这样的法学教育者应该受到批评。他的理论没有联系也无法联系实际啊。其实,我们实践拒绝理论的情形更令人觉得恐惧。理论是在不断进步的,尤其是中国这种走向法治的国家,理论的进步尤其快捷。一些在几年前毕业的大学生,如果没有继续学习就会明显落后。至于十年前二十年前毕业的大学生,更是远离理论发展的现实状况。更令我们担心的是我们司法官员所处的非法治化场景。他们天天在惯性中运行,许多人都早已自觉不自觉地把现实的当作合理的加以重复和固守。其实一直是在背离正确理论的路径上按既有的方向行进。久而久之,他们不仅会远离理论,更可怕的是会拒绝理论,成为理论的门外反对者与否定者。长此以往,我们新进入司法机关的人员不是去改造已有的司法官员,而是不断地被既有的司法官员所同化,理论在实际工作者的视野中丧失立足之地。大家也许会提出一个反驳我的论据:现在不是有许多司法官员都在一边工作一边争取什么文凭,进行法学学习吗?现代世界早已提出了学习终生化的口号和目标。但是这种终生学习一定不是止境于某种文凭的获得。我们只要不为表象所迷惑,仔细分析一下我国在读司法官员的学习目的和学习方式,就可以得出结论:许多在职的司法官员学习法学的目的,根本就不在于要获得多少知识与理论。方法总是为目的服务的。敷衍塞责、得过且过,只要文凭能够得到,知识和理论都是可以忽略的。这似乎正是与学习的终生化背道而驰的。魏德士教授说他的这部法理学是立足于“那些学习中的实践者的角度。他们已长期从事企业、社团及法庭的工作。”<sup>[5]</sup>他的法理学是写给那些在企业、社团和法庭的法律工作者的,这既意味着魏德士教授本身倡导法学理论要与实际相结合。因为没有这种结合,一个法学家就无法写出给法律工作者阅读的法理学的来。同时,他也告诉我们,法律工作者要有阅读法理学的兴趣。倘若法律工作者都拒绝法理学,又如何能改进自身的实践?“在实际生活中理论和实践总是不可能彻底分离的。对法学,特别是法理学同样如此。在法学与法理学中,除非出现严重的功能失灵与歧途现象,则不可能存在无实践基础的理论或者无理论基础的实践。如果一个实践者,如法官或律师缺乏基本

---

[5] 参见本书《德文版前言》

的理论知识,就不能称为优秀的实践者。理论和实践必须彼此引导、丰富和修正。”〔6〕

魏德士的法理学使我想到了理论法学与部门法学的结合,也想到了法学理论与法律实践的结合,而且都应当是双向的。这恐怕应当引起法理学学者、部门法学者、法学理论工作者、法律实际工作者的共同注意。

### 法理学—法律事实—法律价值

法理学应当关注什么?法理学乃至整个法学都必须关注事实与价值两个方面的问题。这里的事实显然包括现实在内。事实与价值这两个方面是紧密联系的。离开了事实,价值就缺乏现实基础,法理学和法学都会走向歧途;离开了价值,法理学和法学就只能是纯粹技术的法理学和法学,它既远离现实,也远离良知,而且会因缺乏精神指导而流于低俗。对于事实与价值的关注,是魏德士教授这部《法理学》著作的重要特点之一。

对于事实,我们的热衷是必要的,但是我们对于价值的忽略则根本上就是错误的。通观整个中国法学,在学理上,我们对于价值的忽略已经到了无以复加的地步。法学在很大程度上被偷换成部门法学。法理学被置换被理解为常识的法学基础理论,实际上被作为法学基础知识而加以鄙夷。一些从事司法工作的人,甚至到了釉为无须法理学,无须理解价值,只要认识汉字就可以充任法官的地步。一些对于法律条文的文法、句法都不甚了了的司法官员,更不可能窥得法律与司法价值之堂奥。人类在法律领域累积千百年的思想精华而成的价值精神不被重视,法律被亵渎的情形当然不会鲜见。在现实中,在价值被忽略,片面事实被强调的同时,立足于片面事实的逻辑也得到了畸形偏好式的对待。一些司法官员凭着他与大众类同的价值认识,完全可以作出很好的法律价值判断,而且这种判定是与公众的判定一致的,甚至与法律内在精神与价值都是一致的。但是一旦把这个问题放到他们要适用法律规则来处理案件的具体工作中,他们就犯糊涂,就会被一些所谓的事实,以及他们所秉持的那些事实之上的逻辑模糊视线与视野,最终得出与他们和公众的价值判断都相反的裁决结论。这不能不说是悲剧。

法理学必须关注法律事实包括法律的现实,我们从魏德士教授对于自己的法理学的定位上可以看到他对于现实的法律事实的态度。他认为

〔6〕 参见本书第一章第二节。

法理学是现实的,是关注事实的。“法理学对于现实的法学和法律实践具有重要价值。”〔7〕“世界在加速地朝着共同方向发展。这个我们称之为全球化的进程既带来了机遇,也面临着风险。在全球化过程中,国家的以及国际的法律秩序不可避免地赢得了日益重要的意义。经济的国际化以及跨国问题的解决要求法律思想的国际化以及各国与各洲建立最低限度的、共同的法律标准。只有取得共识的时候,国际公认的法律价值,也即我们正在经历的并决定着下一代命运的法律价值才难确保在生活各领域的深刻变化的和平过程。同时,只有公正能够建立持久和平。”〔8〕其实魏德士教授针对事实和与事实相关的逻辑问题,一直告诫我们:“重要的不是逻辑,而是规范的目的性。”〔9〕

对于价值,魏德士教授是特别重视的。他说“任何国家与法律制度的变化都是以价值观、世界观以及意识形态的变化为基础的。”〔10〕“价值评判(Werturteile)在法中起着重要作用。法律秩序中充满了价值判断……任何完整的法律规范都是以实现特定的价值观为目的,并评价特定的法益和行为方式。在规范的事实构成与法律效果的联系中总是存在着立法者的价值判断。”〔11〕“通过事实构成与法律后果之间的连接,每个法律规范都将表明:在事实构成所描述的事实行为中什么才应该是适当的、‘正义’的。通过事实构成与法律后果的连接,立法者部分地表达出了他们如何组织社会的设想。可见,任何法律规范都包含了立法者的‘利益评价’,也就是‘价值判断’。所以,法律适用就意味着在具体的案件中实现法定的价值判断。”〔12〕

只注意事实和逻辑,忽略价值问题,人类曾经犯过极其严重的错误。这种错误到现在还在持续发生。在20世纪,德国、日本和意大利军国主义政权在法的名义下的实施了侵略战争与灭绝人性的犯罪。21世纪初,阿富汗、伊拉克战争所带来的国际法危机、强权的法治国家(!)的单边主义仍然在践踏联合国的权威。这些例证都表明,如果一部法理学只局限于研究法律本身的问题,那就只能是象牙之塔的法理学。倘若按照单边主义的法律逻辑进行推理(大前提、小前提、结论),那就是:

〔7〕 参见本书第一章第四节。

〔8〕 参见本书《中文版前言》

〔9〕 参见本书第四章第五节。

〔10〕 参见本书第一章第三节。

〔11〕 参见本书第四章第二节。

〔12〕 参见本书第四章第三节。

(1)“凡是不符合我法治国家利益的政权,都应当铲除”(“法治”国家的规范)。

(2)“伊拉克政权不符合我法治国家的利益”(事实)。

(3)“应当铲除伊拉克政权”(法律后果)。

这种“法律”逻辑早在二十世纪就有了。那时的日本军国主义发动的对亚洲的侵略战争,难道不也是遵循这样的法律逻辑吗?人们不仅要问,难道这些国家的此时此刻的法理学,居然会服从甚至助长这样的法理?法律工作者的责任和良心到哪里去了?生活在那个时代的法学家,难道真的对周围发生的一切无动于衷吗?难道法学家的职责,就只能是进行法律推理吗?难道法学家真的就没有自己的世界观与立场吗?魏德士教授在批评纳粹时期等的法理学时说,“在纳粹国家、(前)苏联以及德国统一社会党统治的国家中得到发展的法理学为罪恶的恶法制度进行合法性证明和并使其得到巩固。它们应该对这种意识形态在历史中留下的血流成河的大规模屠杀与民族屠杀、压迫与奴役承担共同责任。”<sup>[13]</sup>

我们的司法官员和法律事务研究人员每天都可能面对的一些裁判文书,又何尝不是如此。个别法官片面采信事实——证据,再根据简单的逻辑推导,作出违背法律良心的裁决的事例并不少见啊!他们既不尊重法律本身内在的价值准则,也不顾作为法官职业的价值精神与品格。这是部门法学的失败,何尝不是法理学的失败呢?这当然是针对学习过法律或者法学的法官而说的;对于根本就不学或没有学习法律与法学,而能从事审判工作的法官,他们背离事实和价值的审判行为,我们有什么可以说呢?连责备与自责都失去了最起码的可能与依据。

魏德士教授在他这部《法理学》的末尾《基本价值不可放弃》一节中得出了他的结论:“在过去和当今的极权主义制度中发生的重大事件,特别是在法的名义下的严重犯罪的教训表明:一种法律秩序、一种法学和一种司法倘若不意识到不可放弃的基本权利和人权的实质性的价值秩序,就可能成为当时统治者所欲为的工具。而所谓的无价值或者价值中立的法、司法和法理学就仿佛一只风向标,只能随着各自所处的时代的统治者摇摆不定。任何法理学如果不研究法的价值基础就等于失去了自身的对象。”<sup>[14]</sup> 我们应当将法律事实与法律价值很好地结合起来,协调起来,在法律价值的引导下对于法律事实有应有的前提性的尊重与把握。

[13] 参见本书第十六章第四节。

[14] 参见本书第二十五章第三节。

### 原作—译作—序

本书是原作者魏德士教授长达四十年法学教育与研究中关于法理学的思想的结晶。作者长期从事宪法、民法、劳动法与法理学的研究。他是法理学家,也是通晓若干具体法律部门的大家。作者编写的宪法学、民法总论与劳动法学的著作至今已经出版数版。本书中也不乏精彩的民法、劳动法等知识领域的案例。从这些案例中,可以看出作者对具体法律部门的独到见解。读者可以通过这些案例比较容易地理解抽象的法理学。阅读惯了中国的法理学教材的学者和法律工作者,有机会读读魏德士教授的这部法理学,一定会有所收益。

作者作为德国的法理学家,对德国及欧洲的历史,尤其是德国的历史进行了深刻的反省。他对于纳粹国家的法律、法学理论和部分法学家的批评都是旗帜鲜明的,对于纳粹罪行及其恶法的批判,不能不谓难能可贵。本书作为德国最大的法律与法学出版社贝克出版社的法学专业教材得到德国法学界的普遍认可本身就说明,作者的观点得到了德国社会以及法学界的赞同。译者将其介绍给中国的法学学者和学生,无疑是具有他山之玉的中介意义。

本书的翻译,忠实原著,语言流畅,风格明快,句读之间亦见功力,表现了译者良好的语言修养与专业修养。译者对一些既有的翻译术语,例如形而上学、教条主义等词汇提出了新的译法,相信这将有助于中国法学界更好地理解西方法学与哲学。这一著作的出版必将有助于中国法学、法律工作者、学习者,对于德国法学尤其是法理学的了解,并从中获得某些借鉴与启迪;同样这一著作的翻译出版对于新世纪中德法学学术交流也是一个积极的贡献。

本书的译者是我的两个同事,我们在共同参与的学术活动中相识,并结下了良好的学术友谊。他们启动的这一译事,我一直认为,它是中德法学学术交流上的一件十分有益的工作。在译作完成即将付梓时,他们邀请我为之作序。我要来全部书稿,在政务工作之余花了数天工夫读完全稿,收获颇丰。我不仅因原作者的许多精彩论述而击节称赞,也因两位译者的勤勉睿智而生出由衷的敬意。不揣冒昧地写出了以上文字,以与法学法律界的同仁相交流。

卓泽渊

2003年6月

## 目 录

中文重印版前言 / I  
德文版前言 / V  
中文版导读(卓泽渊) / VII

引言 / 001

### 第一部分 基本问题

第一章 法理学是什么、应该是什么 / 007

第一节 法哲学、法理学、法的一般理论 / 008

第二节 “法理学”的含义 / 009

一、何为理论 / 009

二、法理学 / 013

第三节 为什么今天还需要法理学 / 015

一、法理学的兴衰 / 015

二、作为法律解释的杂技演员的法学家 / 017

三、法学教育的焦虑——教育危机成为基础危机 / 019

四、社会的变迁和复杂性 / 020

五、法律制度的复杂性 / 021

六、价值变迁 / 022

第四节 本章小结 / 023

### 第二部分 法及其功能

第二章 什么是法 / 027

第一节 定义的问题 / 027

## 第二节 研究命题:法是现行法律规范的总和 / 028

一、法由国家制定 / 029

二、法与国家强制力 / 030

三、作为终审法院判决产物的法:法官法 / 030

四、实证主义法概念的局限与漏洞 / 031

## 第三节 客观和主观意义上的法 / 032

一、客观的法 / 032

二、主观的法 / 033

## 第四节 本章小结 / 036

# 第三章 法的作用和功能 / 038

第一节 创建和调整功能 / 038

第二节 形式上的调整功能:阻止混乱发生(无法的状态) / 039

第三节 保持功能(物质的调整功能) / 040

第四节 赋予功能和法律保障功能 / 041

第五节 裁判纠纷的功能 / 041

第六节 满足功能 / 042

第七节 融合功能 / 043

第八节 创造与教育功能 / 043

第九节 本章小结 / 044

# 第四章 法律规范 / 046

第一节 规范的类型 / 046

一、应然规范和实然规范 / 046

二、社会规范 / 047

三、道德规范或伦理规范 / 048

四、其它规范形式 / 048

第二节 语句的类型 / 048

一、理论性语句 / 049

二、形而上学的语句(信条) / 050

三、价值判断 / 052

四、规范性语句:命令语句和确定语句 / 053

五、价值判断和规范语句的可证明性 / 057

### 第三节 法律规范的结构 / 059

#### 一、法律规范的接受对象 / 059

#### 二、当为的特征 / 060

#### 三、法定事实构成与法律后果的安排 / 061

#### 四、法律的评价标准 / 061

### 第四节 典型的规范内容 / 062

#### 一、权利分配规范 / 062

#### 二、权限规范(授权性规范) / 062

#### 三、辅助规范与定义规范 / 063

#### 四、法律参照与拟制 / 063

#### 五、法律推定 / 064

### 第五节 法律秩序的构成——法律体系 / 065

#### 一、单一规范与法律体系 / 065

#### 二、单一法律规范与立法者的评价计划 / 067

### 第六节 本章小结 / 069

## 第五章 法与语言 / 071

### 第一节 语言是法学者的工具 / 071

#### 一、学习语言是长期的过程 / 072

#### 二、语言与交流作为语言共同体及翻译问题 / 072

### 第二节 “正确”理解文章的困难 / 073

#### 一、接受理论(解释学)概述 / 074

#### 二、关于纯粹的词语或文本含义的问题 / 076

### 第三节 语言的不准确性 / 077

#### 一、词语的多义性 / 078

#### 二、词义的不确定性 / 079

#### 三、词语含义的变化 / 081

#### 四、法律概念的不确定性与开放性 / 084

#### 五、法律专业术语的类型 / 085

### 第四节 借助人造语言实现精确化 / 087

#### 一、精确科学的榜样 / 087

#### 二、符号语言是否可以作为更精确的法律表达手段 / 087

### 第五节 通过定义达致精确 / 089

#### 一、作为约定的词义 / 089

- 二、概念形成的有限自主性 / 090
- 三、规范目的与法律概念 / 091
- 四、法律概念是法律渊源吗 / 092
- 第六节 法学专业术语 / 092
  - 一、专业术语 / 092
  - 二、翻译问题 / 093
  - 三、捉摸不透的法律 / 094
  - 四、复杂的法作为社会与政治制度的镜子 / 095
- 第七节 本章小结 / 096

## 第六章 法律渊源的学说 / 098

- 第一节 法律渊源的概念和作用 / 098
  - 一、法律渊源学说属于宪法问题 / 098
  - 二、法律渊源的概念 / 098
- 第二节 法律渊源的类型 / 099
  - 一、跨国与国际规则 / 099
  - 二、宪法 / 100
  - 三、议会法作为民主统治的工具 / 100
  - 四、行政法规 / 101
  - 五、章程 / 102
  - 六、集体法上的规范合同 / 102
  - 七、习惯法 / 102
  - 八、法官法 / 104
  - 九、法学家法 / 113
  - 十、自然法作为法律渊源 / 114
- 第三节 法律秩序是否统一 / 117
  - 一、大量的法律渊源成为问题 / 117
  - 二、法律秩序的位阶结构 / 118
  - 三、法律适用的复杂性 / 119
  - 四、作为解释依据的法律秩序的统一性 / 120
- 第四节 本章小结 / 122

## 第七章 法理作为科学 / 124

### 第一节 法学是科学吗? / 124

#### 一、法学家的自我怀疑 / 125

#### 二、问题的意义 / 125

### 第二节 难以理解的科学概念 / 126

#### 一、传统的概念 / 126

#### 二、与科学性的区别 / 129

### 第三节 法学作为科学 / 129

### 第四节 价值评判之争 / 131

#### 一、对法学的意义 / 131

#### 二、核心问题 / 131

### 第五节 法学与其他科学的关系 / 133

#### 一、作为规范科学的法学 / 133

#### 二、法学作为社会科学 / 133

#### 三、法学作为文本学 / 135

### 第六节 法学—法理学—法律信条学 / 136

#### 一、何为法律信条学 / 136

#### 二、信条学怎样产生 / 137

#### 三、信条规则的有效性要求 / 138

#### 四、法律信条学的功能 / 140

#### 五、法律信条学与法律政策 / 142

### 第七节 本章小结 / 142

## 第三部分 法的效力

## 第八章 效力的概念 / 147

### 第一节 问题一览 / 147

### 第二节 效力的类型 / 148

#### 一、法律效力、现实效力和道德效力 / 148

#### 二、三种效力的区别和联系 / 150

#### 三、接受的含义 / 151

### 第三节 本章小结 / 151

## 第九章 法与正义 / 153

第一节 正义和统治:极权主义问题 / 153

第二节 何为“正义” / 154

一、作为美德的正义 / 155

二、正义具有规则的属性 / 156

三、正义的多样性——举例说明 / 157

四、分配正义 / 159

五、平衡正义 / 163

六、目标冲突:正义的相对性 / 165

七、正义论据的界限 / 173

第三节 本章小结 / 175

## 第十章 道德、伦理学和法 / 178

第一节 道德体系的概念与约束力基础 / 178

第二节 归属关系 / 179

一、道德作为法的条件 / 179

二、作为法之目标的道德 / 180

第三节 本章小结 / 181

## 第十一章 宗教和法:神学的自然法 / 183

第一节 法作为人类意义问题之一 / 183

第二节 自然法的概念和作用 / 185

第三节 自然法思想在历史上的各种说明方法 / 186

第四节 神学的自然法留下了什么? 或者:

自然法的“永恒回归” / 190

一、何为正确的法 / 190

二、1945年之后的再现 / 191

三、自然法复兴的消逝 / 191

四、自然法在内容上的可变性 / 192

五、自然法概念的开放性 / 195

六、神学自然法的功绩 / 196

七、神学自然法与多元国家 / 196

第五节 本章小结 / 197

## 第十二章 理性和法 / 199

第一节 启蒙运动的自然法 / 199

一、从信仰到认识 / 199

二、何为理性法中的自然? / 199

三、自然法法典 / 200

第二节 历史、民族精神和法:历史法学派 / 201

一、作为法的根基和渊源的历史与民族精神 / 201

二、历史法学派的法律政策功能 / 201

三、历史法学派在今天意味着什么? / 202

第三节 逻辑与法:概念法学 / 203

一、法学对造法的垄断 / 203

二、法是概念逻辑的产物 / 203

三、概念法学的成败 / 204

第四节 本章小结 / 205

## 第十三章 国家权力与法:法律实证主义 / 207

第一节 哲学实证主义:作为信条的自然科学经验 / 207

第二节 对必要的国家风俗的信仰:法律实证主义 / 209

一、指导思想 / 209

二、纯粹法学说 / 211

三、极权主义的法理学 / 213

四、成文的恶法与法律实证主义 / 214

第三节 终审法院的权力:法官实证主义 / 216

第四节 本章小结 / 217

## 第十四章 阶级与法 / 220

第一节 作为新法理学的出发点的工业革命 / 220

第二节 阶级和法——革新的:马克思列宁主义的法理学 / 221

一、马克思主义法学说的核心论题 / 221

二、马克思主义法理学的发展与前景 / 225

第三节 进化论的阶级和法——罗伦兹·冯·施坦因 / 227

一、作为出发点的阶级结构 / 227

二、国家改革代替无产阶级革命 / 228

三、法作为社会产品 / 229

第四节 本章小结 / 230

## 第十五章 目的、利益与法:利益法学 / 232

第一节 法的目的(耶林) / 232

一、通向真实的曲折道路 / 232

二、耶林作为过渡的理论家 / 233

第二节 作为法理学与方法学的新思考的利益法学 / 234

一、作为实践科学的法学 / 234

二、法官作为立法者的助手 / 235

三、利益概念的广泛性与模糊性 / 236

四、民族社会主义中利益法学的争论 / 236

第三节 本章小结 / 241

## 第十六章 种族与法:民族社会主义的法学说 / 242

第一节 极权的恶法制度 / 242

第二节 纳粹的法律观 / 243

第三节 建立民族社会主义法理学的企图 / 243

一、急于妥协的学者之间的竞争 / 243

二、从利益法学到新黑格尔主义 / 244

三、转义解释对于立法的优先性 / 244

四、民族社会主义的新法律思想 / 244

五、新的法律渊源学说 / 245

六、新的概念学说 / 246

第四节 本章小结 / 252

## 第十七章 科学理论与法:新理性法 / 254

第一节 对实证主义与自然法的背离 / 254

第二节 寻求第三条道路 / 255

一、现象学 / 255

二、新一轮评价之争 / 256

三、论辩理论 / 258

第三节 规范依据的理性论据 / 261

一、问题 / 261

二、关于国家形式理性 / 262

三、对理性论据的批判 / 263

四、共同的评价基础作为理性的理解的界限 / 265

第四节 本章小结 / 265

第十八章 自由法与论题学 / 267

第一节 自由法学说 / 267

第二节 法律的论题学 / 268

一、何为法律的论题 / 268

二、对话法理的机会 / 268

三、论题的界限 / 269

第三节 本章小结 / 269

第十九章 法律工作者必须进行立场选择 / 271

第一节 选择的烦恼 / 271

第二节 不问道理的效力承认 / 272

第三节 重要的法律效力论据在历史上的变迁:自然法的例子 / 272

第四节 各种法律学说的正确核心 / 273

第五节 法是对历史的总体状况的反映 / 275

第六节 以宪法为条件的个人立场选择的开放性 / 275

第四部分 法律适用

第二十章 法的获得属于方法问题 / 279

第一节 方法论的意义 / 279

一、德国法律工作者的方法危机 / 279

## 二、法学方法论的功能 / 282

## 第二节 方法的基础问题 / 284

## 一、法律适用的目标 / 284

## 二、法律适用的步骤 / 285

## 三、事实认定是程序法上的问题 / 287

## 四、法律适用的方法有几种 / 289

## 五、法学的方法论还是法院实践的方法论? / 291

## 第三节 本章小结 / 291

## 第二十一章 法律的演绎推理(大前提,小前提,结论) / 293

## 第一节 涵摄的作用和技术 / 293

## 一、人身伤害的例子 / 293

## 二、演绎推理的问题与范围 / 294

## 第二节 法律适用中的逻辑与目的论 / 298

## 第三节 本章小结 / 299

## 第二十二章 法律规范的解释 / 300

## 第一节 方法选择的顺序 / 300

## 一、萨维尼的贡献 / 301

## 二、方法选择——宪法问题 / 303

## 三、法律解释与法律行为解释的异同 / 306

## 第二节 规范目的作为解释目的 / 307

## 一、规范之目的是立法的动因 / 307

## 二、解释目标与解释方法(要素)的区别 / 309

## 第三节 按照文义解释 / 310

## 一、文义作为出发点 / 311

## 二、本节小结 / 315

## 第四节 体系解释 / 316

## 一、法律秩序的统一性 / 316

## 二、不同的体系概念 / 318

## 三、法律秩序作为价值秩序 / 318

## 四、作为价值实现的法律适用 / 319

## 五、体系解释的基本问题 / 320

六、本节小结 / 326

#### 第五节 历史解释 / 327

一、规范在颁布和适用之时的含义 / 327

二、何为历史解释 / 327

三、历史解释的意义 / 328

四、本节小结 / 331

#### 第六节 法律解释与法律续造难以区分：

方法之争乃定义问题 / 332

一、主观解释学说与客观解释学说 / 332

二、现今盛行的观点 / 333

三、对客观理论的批判 / 335

四、法官的法政策的需求 / 340

五、本节小结 / 341

第七节 本章小结 / 342

### 第二十三章 漏洞领域中的法律适用 / 343

#### 第一节 漏洞现象 / 343

一、禁止拒绝裁判 / 343

二、漏洞问题与法官修改法律之间的区别 / 345

三、客观解释是隐蔽的立法 / 346

#### 第二节 法律漏洞的概念和种类 / 347

一、漏洞概念的不确定性 / 347

二、漏洞的种类 / 350

三、本节小结 / 356

#### 第三节 法官对漏洞的认定——寻找并发明法律中的漏洞 / 357

一、明显的规范漏洞 / 357

二、目的漏洞 / 357

三、作为漏洞认定标准的法律产生时刻与适用时刻 / 358

四、漏洞认定的法政策功能 / 360

#### 第四节 漏洞填补 / 363

一、法官造法的权限 / 363

二、漏洞填补的工具 / 366

三、法(领域)漏洞的补充 / 372

第五节 法官造法的表面论据 / 375

- 一、援引“法律思想” / 376
- 二、事物的本质和机构的本质 / 376
- 三、案件类型——“典型的法律发现” / 381
- 第六节 本章小结 / 383

## 第二十四章 法官对法律的背离 / 385

- 第一节 表现形式 / 385
  - 一、表面上对法律的背离 / 385
  - 二、法官对规范目的之修正 / 386
  - 三、法官对法律的拒绝与宪法相冲突 / 388
- 第二节 法官修改法律的合法性 / 390
  - 一、规范目的是文义修正的出发点和理由 / 390
  - 二、规范目的在法律颁布和法律适用之间的变化 / 391
  - 三、法官对立法的抵抗 / 394
  - 四、法官的抵抗权(《基本法》第 20 条第 4 款) / 396
- 第三节 本章小结 / 398

## 第二十五章 法理学与法律方法论的关系 / 400

- 第一节 来自制度更迭的方法论经验 / 400
  - 一、适应变化和转义解释作为法律适用的长期任务 / 400
  - 二、新的现实作为旧法的闸门 / 401
- 第二节 法律方法论是否阻止法律嬗变的栅栏 / 402
  - 一、方法论的任务和界限 / 402
  - 二、方法意识作为转义解释的刹车 / 404
- 第三节 基本价值不可放弃 / 405

人名索引 / 406

词条索引 / 420

参考文献 / 442

译后记一 / 450

译后记二 / 452

## 引 言

法律的生命始终不是逻辑,而是经验。可感知的时代必要性、盛行的道德理论和政治理论、公共政策的直觉知识(无论是公开宣称的还是无意识的),甚至法官及其同胞所共有的偏见等,所有这一切在确定支配人们所依据的规则时,比演绎推理具有更大的作用\*。

——霍姆斯

(Oliver Wendell Holmes),  
《普通法》(Common Law)

我们的正义就象一件肮脏的外衣\*\*。

——叶塞亚(Jesaja) 64,5

---

\* 德文原文为:Das Leben des Rechts ist nicht Logik, sondern Erfahrung. Die gefühlten Notwendigkeiten der Zeit, die herrschenden moralischen und politischen Anschauungen, bewusst und unbewusst, und die Vorurteile, welche die Richter mit ihren Mitmenschen gemeinsam haben, sie haben die Regeln des Rechts, durch die Menschen geleitet werden sollen, weit stärker bestimmt als logische Abteilung im Sinne des Syllogismus. Oliver Wendell Holmes, Common Law. ——译者注

\*\* 德文原文为……unsere Gerechtigkeiten sind wie ein schmutziges Kleid. ——译者注

1 对法基本问题及其作用方式的思考并不必然使人们对此获得更加令人满意的认识。前面的两句名言正表明了这一点。它也驳倒了历史上并不罕见的命题,即认为国家立法及司法机器能够确保永恒的法律思想与公平正义,这种观点根源于德国理想主义。黑格尔认为:“国家是道德观的体现”而且“国家本身是理性的化身”。<sup>[1]</sup> 这种观点直至今天还影响着部分国家理论、法哲学和方法论。

2 当哲学唯心主义在德国占绝对统治的时候,霍姆斯作为美国最高法院睿智的资深法官早以这句名言总结了那个时代的经验。对理论和实践中的法进行系统地思考包含着偶然的成分。这种思考将使我们的法律概念非唯心主义化、非浪漫主义化和非神秘化,也许这就是法理学的首要任务。

人是“政治的动物”<sup>[2]</sup>。任何群体(家庭、团体、社会、国家)都在渴盼正义。对正义的追求是人类的本性。甚至犯罪集团都有自己对正义的特殊规则并对之(并非偶然地)拥有“强盗的骄傲”。

追求正义的努力旨在认识理想的、完美且公平的社会制度、国家制度和法律制度。始终不完美的现实应该以宽泛的、普遍适用的正义观为标准。不少的市民都期待着现实生活中的司法与法律具有彻底的公正性,然而这种等待注定要令人失望。<sup>[3]</sup> 一些未解决的法律问题连法学家们都不甚清楚理想而公正的答案是什么。

不仅如此,康德无奈地承认,法学家们虽然对他们的科学经过上千年的研究,但是到今天他们仍不清楚法为何物。所以,法学家们用两个完全不同的名称来称谓他们的学科,即“Rechtswissenschaft(法律科学)”和“Jurisprudenz”(法律智慧或法律理性),就并非偶然了,后者暗示了人类认知的极限。对法学的这种理解对各种职业的法律人都很重要,特别是在他们谈到“信条主义的”、“看起来准确的”和“具有法律效力的”认知甚至真理的时候。这表明法学只不过是法律原则错误认识的不断纠正而已,这也是接近现实的法理学的基础。

学者们认为经过几十年专门的法律研究最后转达给学习者的这一个认识很重要,即法的不确定性。这种不确定性与法并存并体现在有管辖权的最高法院的法律适用过程中。法律是由人来表达、“制定”和适用的,

[1] 比较 G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 257 und 258.

[2] Aristoteles, Politik, 1253a 2f.

[3] Bgl. B. Rütters Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Zuerich 1993, S. 68ff.

因此法始终面临人类认识错误与滥用的危险。如果人们不愿意接受这个现实,那就必须将法移植到另一个世界,也只有在“另一个世界”中才能如愿。

以上表明,法的可靠性和人类认知力明显地受到怀疑。事实上,这里掩盖了一个法学的基础问题。这种怀疑也许被错误理解为是对法的否定和蔑视。但是,上述认识仅仅反映了对法而言长期的辩证关系:法是人类生存必不可少的条件,否则混乱就会来临,因此法是必要的。但是另一方面,法任何时候都是人类制定和适用的首要产物,因此法不是一个简单的“正确性”、“适当性”和“真理性”问题,因此它是不确定的和可变迁的。

这一双重事实决定了法学和司法面临的问题。任何法理学都必须提出这个问题。而本书正是为法学专业的学生引入下列问题而写的: 3

什么是法?

法为何有效?

怎样适用法?

法制史深刻地说明:这些问题的答案并不是在任何时候都一样。对法(罗马人已用“*iura*”来表示其复数)及其适用的研究常常将忙碌的法学者终身卷入政治探险中,法律规范成了(而且总是)政治权力的工具。积极的法学者们的工作经常不可避免地接近当时规范制定者和权力所有者所设定的目的。而这对制度频繁变换时代的法学家而言,其危险不可忽视。当他们必须或应当先后服务于内容不同的法律制度时,他们的权威便会受到内行与外行的置疑。1918年、1933年、1945年以及1989年德国的国内变革就是一个生动的例子。服务于两个甚或三个“帝国”的法学者,是德国,在某种程度上说,也是欧洲法学者们的普遍命运。 4

以上的经验表明,如果不局限于描写法的技术性功能的方式来阐述一般而通用的法理学,那是何等艰难。从歌德的巨著《浮士德》中,我们得知每一代人都在寻求“伴随我们所产生的”,但从未曾得到答案的法。<sup>[4]</sup>

因此,法首先是一个历史哲学的过程。以法为对象写作的人,就会自觉或不自觉地重新加工他自己的经验,而这些经验在通常不明显但却很大的程度上决定了自己的基本观点。也正是欧洲政治制度及其法律制度的频繁变迁使人们不得不对法律观和国家观进行再思考。所以,“法”、“正义”和“国家”这样的核心概念首先是一个考验每个人的生存能力的

[4] Faust I. Mephisto in der Studierzimmer-Szene.

问题,然后才是法学家们的研究课题。

与此形成鲜明对照的是,联邦德国数十年的法学教育羞怯地保持着距离,它也是20世纪法学研究中历史政治经验与司法的缩影。法哲学和近期的法制史经常在过去和现在扮演着无关紧要的角色。

一门科学只有在系统地分析其错误及薄弱环节的基础上才能指望取得大的、认识上的进步。而法的历史大部分是恶法的历史,遗憾的是,人们往往倾向于首先将恶法归咎于道德的缺席和行为人的缺点,而对由制度决定的原因进行的分析就常常被忽视了。

因此,本书将研究法的上述缺陷的成因以及可能的制度性防范措施,即法学作为科学失灵的原因何在?法学的缺陷是否导致了20世纪法的理论与实践的嬗变?如果是,又如何避免历史的重演?法学的原则和方法是什么?法学家们在1945年和1989年后分析出了法学中面临的哪些风险?

## 第一部分

### 基本问题

会晤一系

网本基

## 第一章 法理学是什么、应该是什么

无人能掌握可靠的真理，  
也无人能认识上帝与万物。  
倘若有人宣称完全的真谛，  
等于说他无知：  
知识乃推测所编织。

——克塞诺芬尼(Xenophanes,  
公元前 564—470 年)<sup>[1]</sup>

我们的认知乃片段，  
我们的预言乃片面，  
而每当完美来临，  
一切片段都归于消散。  
……现在我们仿佛透过镜子  
在模糊的轮廓中透视，  
但是我们能够由感知走向感知。  
现在我片面认识。  
但我能一一认知，  
恰如我被人知。

——科因特(1. Korinther 13. 9/ 10 und 12)

[1] 引自 K. R. Popper, *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, Muenchen 1984, S. 220.

## 第一节 法哲学、法理学、法的一般理论

- 5 近年来,在研究法律制度的整体性、法的概念及效力依据、法的作用方式、适用方式时,往往将研究划定为两个范围,即“法哲学”与“法理学”。这种分类已经过时。类似的,过去人们也将法哲学与“法的一般理论”分开来研究。<sup>[2]</sup>但许多人过去乃至现在仍倾注极大的热情和笔墨来探讨这个区分是否合理与必要。<sup>[3]</sup>这种争论常常演变为无谓的“文字游戏”,于结果而言毫无意义。<sup>[4]</sup>
- 6 如果回溯到“哲学”(对智慧的爱)和“理论”(观察、发现、认知)的希腊词根时,关于对法哲学和法理学这两个词的选择显得很有意义。法理学揭示了第一层含义,因为对智慧的爱要以观察和认知为前提。因此法理学要认知与表达法本身及其在各个法律系统中的实际作用过程。法理学的目的在于对具体的法律职业问题领域、法的因果关系及其效力进行论证,法理学注重的是对法律思维的描述。在这个意义上说法理学概念应该列于法哲学概念之前,而不是隶属于后者。
- 7 法理学对法的作用方式的观察与描述必然地引申出其原因,即“为什么”法在起作用”。法之所以有效,是因为它“正确”吗?或者说,难道法只有“对”与“错”、“真”与“假”的区别吗?或者换一种标准,法的是否有效在于其“合目的性”与“非目的性”、“合适”与“不合适”吗?是法的子民(或美言之“法的共同体”)的认同感起着决定作用吗?不管法被怎样定义,它与“正义”的联系是否都是不可分割的?一直以来,这些问题都是典型的法哲学研究的对象和任务。<sup>[5]</sup>因此法哲学强调的是对法的理性地

[2] 比较 Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre-System der rechtlichen Grundbegriffe, 1. Aufl., Einsiedeln 1941, 2. Aufl., Einsiedeln 1928; jetzt K. F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, Köln 1995.

[3] G. Röllecke, Wende der deutschen Rechtsphilosophie?, ARSP, Beihaft 44 (1991), S. 287ff., 289. 作者批判了考夫曼的观点。关于考夫曼,见 A. Kaufmann, in: A. Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., Heidelberg 1996, S. 10ff.

[4] K. R. Popper, Ausgangspunkte, 4. Aufl., Hamburg 1992, S. 17.

[5] G. Röllecke, Wende der deutschen Rechtsphilosophie?, ARSP, Beihaft 44 (1991), S. 287ff., 297; N. Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a. M. 1981, S. 374, 388ff., 479, 445.

再反思。它涉及的是法“应当如何”。

在意识形态<sup>[6]</sup>的百年史上不乏关于法哲学的任务以及正义在法、司法与法学中的作用的唯心主义的构思与命题。如果说黑格尔的一般哲学理论记录了“对时代的思考”的话,那么法哲学和法理学通常反映了当时人们对那个时代的正义的思考。这表明:法和正义的概念并非是永恒不变的,其内容一定会打上当时社会和政治体制条件的烙印,同时权威的法律规范和正义思想也决定了社会和政治体制的结构。社会制度、国家制度和法律制度的互动关系是法理学观察与思考的出发点。如此看来法理学就是实用哲学的一部分。为此,在研究法时,万万不可忽视它与社会学、经验性社会研究以及经济学的紧密联系。

8

## 第二节 “法理学”的含义

### 一、何为理论

#### (一)定义的艰难

学习者通常觉得定义一个概念无聊又乏味。有些人认为:理论——早就知道了!真的吗?在借助语言描述事实或问题的时候,明确的定义是科学研究成功的前提。只有语言表达方式统一才能使科学交流成为可能。“定义的工作”十分辛苦,但是不能放弃。没有确定的定义就不能清晰地思考、科学地认识。对概念的争论是法学者们日常工作的一部分。另一方面,术语(“称谓”)进而成为对话者能否相互理解的问题。如果对术语的内容不能或不可能达成一致的时候,就不可能进行有意义的、实质性的对话。然而,关于“称谓”(定义内容)的真实性和正确性的争论对亟待解决的问题毫无意义。这样的争论将使人误入歧途,迷失方向。这个问题在法学领域无处不在。

9

#### (二)理论的产生

理论就是缺乏耐心的仓促理解,这种理解试图摆脱现象,而以图片、概念甚至常常是纯粹的文字取而代之。——歌德(Goethe),  
原则与反射,428

[6] 比较, K. D. Bracher, Zeit der Ideologien, -Eine Geschichte politischen Denkens im 20. Jahrhundert, Stuttgart 1985.