

RECHTSWISSENSCHAFT
IN
DER
BERLINER
REPUBLIK

柏林共和时代的 德国法学

〔德〕托马斯·杜斐 〔德〕斯特凡·鲁珀特 李富鹏 编



目录

横空跨海同怀 为有与共世界

中文版序言

序言

柏林共和时代的德国法学：导言

一、语境

二、内部视角

柏林共和国

一、引言

二、柏林共和国始于何时，如何将它历史化？

三、柏林共和国——一段简短的概念史和观念史

一个富有成果的酝酿过程？

一、主题

二、制度与环境条件

三、方法与自我认知

四、回顾和展望

现代的固定旋律

一、方法上的前思

二、固定旋律：碎片化、多元化、重新政治化

三、对位法：后现代与批判的新法理学

四、通奏低音：康德、凯尔森、法实证主义与自然法

五、展望

柏林共和时代的比较法和国际私法

一、引言

二、比较法

三、国际私法

四、展望

法殿堂内的思维转换

一、本文主旨：思维转换而非改造

二、思维转换的契机、方式和行动者

三、思维集体和思维方式

四、总结性的结束语

寻找新的同一性

一、处在历史性与危机之间的同一性

二、作为宪治大事件的统一

三、处在规范性与流动性之间的宪法同一性

四、学科同一性

五、展望

处于改革压力和市场疑虑之中：柏林共和时代的行政法学

一、两德统一作为催化剂

二、环境法作为行政法的规则试验场

三、欧洲单一市场发展结果：经济行政法的重构

四、结语

至少掌控了变革

一、概述

二、实定法

三、社会背景

四、实践和理论

五、展望

从波恩经柏林到布鲁塞尔和海牙

一、关于超国家性的规范意识状态

二、欧盟法学

三、国际法学

四、修改的连续性

五、展望

背离现实

一、柏林共和时代的刑法与宪法

二、刑法的国际化与灵活化

三、1999年10月的一次研讨会

四、商谈基础的微妙转变

五、刑法理论和犯罪论中的停滞

六、新的活动领域

七、柏林与题外

日渐消失的边界

一、关于本文的写作时机和主题定位的说明

二、刑事立法的程序化与程序法的优先地位

三、为实体法服务的程序法还是为程序法服务的实体法？

四、沉溺于机会主义和实用主义

五、刑事诉讼的结构性变革

六、对刑事诉讼法学的期待

柏林共和时代的国际刑法

一、 区际刑法

二、 国际刑法

三、 柏林墙守卫的可罚性：拉德布鲁赫公式与符合人权的解释注
1048

四、 概括性展望

从单一性到多元性

一、 如何理解反歧视法？——一个临时定义

二、 柏林共和时代反歧视法产生的原因

三、 《一般平等待遇法》（AGG）

四、 反歧视法：一个正在生成的法律领域

五、 展望：反歧视法——已经到来并生根壮大

在政治化与再教化之间：柏林共和时代的家庭法学

一、 导言

二、 争论

三、 工作方式

四、 一些观察

五、 总结

六、 远景：从连续到颠覆

处在新时代？

一、 爱因斯坦咖啡馆

二、 舍恩菲尔德法律汇编一瞥

三、 在规制与自由化之间的《有限责任公司法》

四、 “持续的股份法改革”

五、 谁制定法律？

六、 联邦法院的第二民事审判庭

七、 商业实践与法律纠纷预防实践

八、 学界“本身”

九、 社会关系网

十、 在狂热与清醒之间

从莱茵资本主义到资本市场法（以及重新回归？）

一、 引言

二、 概念阐释和基本特征

三、 法学

四、 母鸡和鸡蛋

五、 去政治化？

RECHTSWISSENSCHAFT
IN
DER
BERLINER
REPUBLIK

柏林共和时代的 德国法学

〔德〕托马斯·杜斐 〔德〕斯特凡·鲁珀特 李富鹏 编

郭逸豪 王泽荣 蒋毅 等译

 商务印书馆
The Commercial Press

横空跨海同怀 为有与共世界

（代序）

进入2020年三个月了，一年的四分之一时间已经过去。然而，先是中国，而后全球，新冠肺炎搅得几乎所有人都不得安宁，惊慌失措，2020年已注定成为全世界难以忘记的一年。

不过，宅居也好，隔离也罢，却给了读书人更多时间读书。所以，当远在德国的李富鹏博士告诉我，一些出身于中国政法大学中德法学院，如今大多天各一方的年轻留德法律人，横空跨海、同心戮力地联手翻译了德国马克斯·普朗克法律史与法理论研究所所长杜斐教授（Thomas Duve）等合著的《柏林共和时代的德国法学》一书，希望我能为此书作序时，我一来高兴，二来赞赏。因为在这样一个特殊而困难的时期，他们仍能坚持这样一个具有广博文化情怀但无疑十分辛苦的学术工作，其精神应该得到赞赏。因此，我自是欣然允诺。不仅如此，我还觉得这是这几个月来最让我高兴的一件事。

通览“中德人”合力翻译的这部著作后，我想我有充分的信心向读者推荐这部译作。理由很简单：这是近年来我所看到的时代脉搏感最强、论题涉猎最前沿、内容覆盖颇广的一部当代德国和欧洲法律史著作。

首先，柏林共和国时期是离我们最近，我们尚处其中的时期。从时间上看，以两德统一为标志开始的“柏林共和国”至今正好30年。就历史而言，这段时间很短，柏林共和国可能才刚刚开始。但这30年却是一个内容丰富多彩的大时代，是世界格局大变、历史事件迭出、人类社会飞跃发展的时期。差不多与两德统一同时发生的东欧剧变、苏联解体；继之欧洲一体化进程、《马斯特里赫特条约》以及在此基础上建立的欧盟、区域经济一体化到经济全球化浪潮；“9·11”事件引发的文明冲突乃至文化战争，随之而来的恐怖主义和极端主义；电子和网络技术迅速发展、互联网网罗天下、大数据和人工智能等等，

所有这些，深刻地影响了整个世界或人类社会生活、观念及行为方式。进一步说，这些事件和变化必然折射到法律规则和制度上。法律制度构建和规则制定立足于特定时代的政治和经济，每一个法律现象后面都有经济背景。所以，刚刚过去的30年对人类社会现在与未来影响之深刻，怎么估量都不过分。所有亲历和处在其中的人，若想把握时代的脉搏并保持对未来世界的清醒认识，做一个自觉的历史中人，那么就有必要对这一段精彩但却惊心的历史有基本的了解。《柏林共和时代的德国法学》实际为我们展现了一个宏大的时代场域。总的来说，这是一个既令我们为今天世界的发展兴奋不已，又让我们对未来人类的前途颇为忧虑，悲欣交集的时期。这部书所展现的时空实际上是整个西方世界法律发展的一个现实缩影。

其次，恰恰由于这部著作有上述那样丰富而宏大的时代背景，所以它涉猎的论题自然也最为前沿和颇具吸引力。举其大端如：数字化文明和大数据手段给我们带来的可见于社会生活与生产各个方面的挑战和影响；经济全球化悄无声息地对大陆法系国家立法和司法运作机制的影响，如从法治国家转向法官国家，“外包式”立法对原有立法模式的冲击，公法、私法传统意义上的界限日渐模糊以及民法的政治化；刑法中的程序化倾向；作为营商环境的法律制度已然成为国家间竞争的场域；法律渊源已经突破“民族精神”藩篱，“自下而上”地从普遍法律实践中产生，体现着“全球法律和商业共同体”的共同观念和期待；作为一项基本权利的宗教自由未来可能带来的极大危险；“敌人刑法”理论讨论再起波澜；权利的政治化和法律的重新政治化；法律承认同性恋生活共同体，其最终被“法律共同体”法定化。诸如此类，都是在别人那里已经发生，而在我们这里尚未发生或者或多或少已经开始的议题。仅此而言，《柏林共和时代的德国法学》已有足够的学习阅读价值。

再次，这部书涉猎的论题不仅很前沿，而且其内容还几乎覆盖了法学学科的所有重要领域。读者会看到，传统的基础学科和新兴学科的内容，如法理学、宪法学、法律史学、比较法学、国际法和国际私法、欧盟法、刑法和刑事诉讼法、民法、行政法、商法和公司法等等，都可见诸本书中，其中有些内容颇有思考深度。所以，我相信许

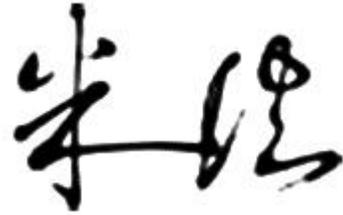
多读者都可以从这部书中发现自己感兴趣或贴近自己专业领域的内容。当然，我们不能要求这部著作囊括所有法学各类专业的内容并且都那么精细。但是，至少它给读者提供了非常丰富的信息、线索和学术动向。阅读过这部书的读者尤其是法律人，一定可以从中获得裨益和启发。

1998年，我所主持的“当代德国法学名著”翻译项目在德国学术交流中心（DAAD）的支持下正式开展。设计并开展这个项目的初衷，得益于中国清末民初法律改制的启示：现今中国的法律制度，完全是这次法律改制的结果。而这次法律改制的起点就是翻译西方，尤其是欧洲大陆法国家的法律文献，其中又以德国、法国法律文献居多。但是，客观地说，当时翻译的法律文献，选材和翻译水平都有限。然而，正是这些有限的法律翻译，却影响了百年以来中国法律制度发展的方向与进程。所以，我们当年留德的一些法律人，决心通过翻译一些好书，催生一些好的教材，最后培养一批优秀的法律人，以期能够长久地推动中国法制发展进步。2005年，中国政法大学成立了中德法学院，实际开始了培养留德法律人，即育人阶段。从2007年送出第一批学生去德国到现在，中德法学院十几年里已经向德国输送了230名法学硕士。如今，负笈留学的“中德人”足迹已经遍布德国各州的大学，学成回国的已有讲师、副教授和教授。现在，这些留德法律人又共同翻译了读者眼前这部洋洋几十万字的著作。无论是作为一个从事几十年法学教育的教师，还是作为“当代德国法学名著”和中德法学院的推动者，我自然都感到高兴和欣慰。

不过，这种高兴和欣慰绝不单是为这部译著作序，更重要的是，我看到了一批具有良好法学专业素养、广阔学术视野、高远思想境界和强烈时代意识的青年法律人已然成长起来。我相信，这些留德青年法律人的作用才刚刚显现，他们不仅一定会在未来中国法学教育和法制发展进程中发挥越来越大的作用，而且还会在未来不同法律文化交流中，在人类越来越兴衰与共的历史进程中起到无法估量的作用。他们今天拿出的成果，已经证明他们正在发挥他们的应有作用。我们感到骄傲的是，当代中国法制发展事实上又一次因为留德法律人的劳动付出而汲取到人类知识文化的养分。现今乃至未来可预见的几十年

里，中国法制的发展进步又将因为所有这些法律人的劳动付出而机缘巧合地与人类法律文化发展联系起来。

最后我想说，这样的译事之所以发生并能完成，自有其情怀和信念的诠释，这就是：横空跨海同怀，为有与共世界。

A calligraphic signature in black ink, consisting of two characters: '朱' (Zhu) and '建' (Jian). The style is fluid and expressive, with varying line thickness and some ink bleed-through.

二〇二〇年清明于澳门函仔学院路

中文版序言

我们生活在一个法（律）与法学都日趋国际化的时代。经济全球化不仅引发了跨国法的显著增长——2021年将是中国加入WTO的20周年，同时也导致了国内法的剧烈变革。中国正在经历一场巨大的转型，着力于改革法律体系并探索自身的法治之道。除却诸多的差异，西方观察者已然认识到这些改革进程的历史维度。例如，安守廉（William Alford）在The China Questions一书中强调，中国在过去几十年做出了“世界史上最深刻的由国家所主导的努力，以奠定一个正式的法律体系的基础”。

在全球化的背景之下，跨国法之发展与国内法之改革，其他法律体系的知识与比较法，正在获取特别的重要地位。同样，比较法在中国亦可谓源远流长。一个世纪以来，西方法学、法律与宪法的文本，为中国学者所翻译与研究，以解决中国问题。例如，晚清以降的中国近代民法法典化，在开始阶段就已经利用了欧洲民法典的中文翻译。之后，中国派出大臣出洋考察，更有不计其数的留学生远赴欧美。与此同时，中国学者也开始对西方国家的公法与宪法产生兴趣，并尝试将其转译为自身的文化逻辑。近年来，中国法学则不断致力于法教义学以及法律体系之建构。中国法学会比较法学研究会在1990年正式成立，这标志着比较法学的重要地位。此后至今，关注外国法与比较法的杂志、机构与学术出版物不断涌现。在众多的法律领域，除了英美法之外，德语法学与德国立法仍是探寻中国法的重要参照点。

这种中德法学之间密切交流的传统，也鼓励着我们承担起译介《柏林共和时代的德国法学》一书的学术使命。该文集由苏尔坎普出版社发行于2018年，其中所收录的篇目，乃是由民法、刑法、公法与宪法，以及法律史、法理论与比较法的学者，分别就各自领域内的重要进展所作的总结性叙述。

标题中的“柏林共和”首先涉及一个问题：在魏玛共和、波恩共和之后，我们是否真切感受到柏林共和的存在。作为一个历史转折

(caesura)，1990年的两德统一也适用于法学吗？对此稍作预告：只有将1990年的德国统一放在世界的剧烈转型之下，尤其放在全球化与数字化的进程中，我们才能获得有意义的理解。全球化与数字化同样已经改变了我们的法（律）与法学。只不过在绝大多数的时候，这些宏观改变在法律教义上仅仅体现为一些微而不见的进展。本书的核心目的之一，就是显现这些微小变化，并将其置入一个更广阔的语境之中。

文集的编者亦欣然于本书所增益的法学当代史能够以中文呈现。马克斯·普朗克法律史与法理论研究所资助了这项翻译计划，李富鹏博士承担了主要工作。较之德文原著，中文版进行了重新选编，收录了原书大部分篇章，并进行了适当修订。米健教授对中文版所作的序言，也使我们有幸了解一位资深的比较法学者对德国法学的进展所作出的中国观察。并且，本书的所有译者与校者，虽来自不同领域，却都先后受教于中国政法大学中德法学院，公派赴欧洲留学，可谓师出同门。2019年11月，我们与部分译者在中国政法大学面对面交流，讨论译文，交换学术意见，深感他们本人正是中德法学交流之历史传统的参与者。为了保证翻译质量，本书经过初译、自校与互校等三个环节。校者提出了很多宝贵的翻译建议，但是翻译成果的最终呈现仍由译者本人决定。我们对译者的个人翻译风格予以尊重，对译者、校者的学识与付出深表敬意。最后，我们感谢商务印书馆的白中林先生，正因为他的努力，本书才得以顺利出版。我们希望这本书能够增进中德法学之间更好的理解。

托马斯·杜斐 李富鹏
二〇二〇年四月于法兰克福

序言

本书所收录的文章，源于2013年至2015年间由马克斯·普朗克法律史与法理论研究所主办的一系列学术讨论。两德统一已经过去四分之一世纪之久，对1990年以来的法学发展进行初步回顾，显然具有意义。如此一来，我们便可以续写迪特尔·西蒙（Dieter Simon）所主编的《波恩共和时代的德国法学》（*Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*）一书，其由苏尔坎普出版社发行于1994年。

本书的作者们主要为年轻一代的同仁，在柏林共和时代的前半段，他们仅以观察者的视角亲历，而未直接参与当代史的进程。但也有一些作者，对自己所描述的学术史发展有过推动与影响。本书最后对于法学国际化的回顾正是对这些论文的补充（中文版未收录——译者注）。当然，许多学科在本书中并没有得到讨论，将考察视野延伸到国际层面也甚为必要。也许，这样的讨论应放在国际框架下继续进行。

许多同仁尤其是马普所的同事们，一直陪伴着这项计划；Nicole Pasakarnis与Simon Groth提供了宝贵的支持。我们衷心感谢所有参与者，包括苏尔坎普出版社的Jan-Erik Strasser。

托马斯·杜斐 斯特凡·鲁珀特
二〇一七年四月于法兰克福

柏林共和时代的德国法学：导言

〔德〕 托马斯·杜斐 〔德〕 斯特凡·鲁珀特 著
李富鹏 译 王泽荣 校

“柏林不是波恩。”这句话能否如同阿勒曼（Fritz René Allemann）的名言“波恩不是魏玛”^{注1}一样显而易见？作为转折之年的1989年，引发了20世纪德意志动荡历史上的最后一次重大事件。许多德国人的生活以戏剧性的方式发生了改变。欢愉与解放，强烈的希望但也有些许的沮丧，不安与挫败，这一切都烙印在此后的岁月中。对于民主德国的1640多万人而言，几乎一切都变了，而对于联邦德国的6268多万居民来说，却似乎只发生了微小的结构性改变。人们在拓张，在循序发展，在重建。西德的律师事务所在德累斯顿、莱比锡和柏林设立了办公室。法官、检察官、官员以及高校教师们被委派于新加入的各州或在新的各州承担着额外的工作任务。对于来自西德的法学家们，这一切带来了事业的新契机。根据《统一条约》附件一，所谓加入地区需采用联邦德国的法律体系，此外还有许多新的法律问题——从对未决财产问题的规定一直到前当权者或者其镇守柏林墙的刑事责任，这些都造成对法律职业人士的巨大需求。尽管如此，民主德国的法学家却很少受到召请。法学院在新的各州陆续建立，教学、考试与培训制度却都遵循着老联邦德国的既有规定。民主德国的法学期刊几乎无一得以幸存，民主德国的司法和法学也迅速地成了法律史。20世纪德国大地上的第六个宪法秩序及其法体系——继德意志帝国、魏玛共和国、纳粹德国、早期联邦德国与民主德国之后，一个再度统一、主权独立、持续融入欧盟的联邦德国^{注2}——似乎已经相对平顺地建立起来。然而，1989年过后的最初几年，对于许多原东德的人生而言，却意味着一个残酷的甚至至今都无法弥合的裂痕；同样，某些“西德人”关于两德统一的第一记忆大约还停留于“团结税”（Soli）。^{注3}

单单是团结税这项产生于1991年的财税措施就让我们注意到，1989年所发生的事件绝不只是人们刚开始所看到的“东德的追补革

命”。^{注4}因为它不仅填补了所谓第一次海湾战争的财政支出，而且引介该团结税的法律在设计之初，就必须顾及“欧洲共同体内部的税收协调”。^{注5}这已然表明，1990年后的岁月是如此地嵌入一种宏大动力中——无论是时间上还是空间上。当代史研究则更倾向于在20世纪70年代后期“繁荣之后”^{注6}的时间里——一个伴随着全球化而丧失许多经济与社会文化确定性的年代——界定出某种重大转折。这一转折也同样深刻影响了联邦德国的人文社会科学。^{注7}“洞穿”了1989年这一重大事件并释放出“崭新、长效而深远变革”的某种进程，之前就已经开始。^{注8}关于民族国家之未来及其制度效率的种种问题开始浮现。前数十年的调控乐观主义（Steuerungsoptimismus）则消失殆尽。对于德国经济前景、社会和谐与全球和平的担忧不断增加。人们以此作答：不断深化欧洲一体化，同时进行欧洲东扩并寻求欧洲作为全球性区域的新角色。与此同时，1989年本身日益被理解为一个全球性的时刻，所有生活领域之经济化的序曲，以及“数字文化”^{注9}的起飞之年。谈及“柏林共和时代”^{注10}——一个长于四分之一世纪的时段，则意指着所有这一切，该时段的名称系于国家政治宪法的改变，在此时期内，政治、文化和社会的长期变化也在清晰渗透于公众意识之中。

柏林共和时代的岁月对德国法学究竟意味着什么？——反过来呢？法学自身发生了怎样的变化？当时代大趋势折射在法学上，法学对此有何反应，又有何意义？——在全球变化的视野下，这些追问似乎别有特殊意味。当然，即便是最剧烈的变革，也只能整体透过大量近距离的观察才能被把握，亦如任何一个社会分支，科学也具有自我反思的自然偏好。倘若把当下置于更长远的历史进程，人们兴许能够识别学科发展中的缓慢变化或不明显却并非无效的路径依赖；同时，人们对于自身行为的每一次反思也蕴含着潜能的解放。

即便就最近这四分之一世纪的德国社会史而言，当代史视角对法学也不全然微不足道。大多数解释方式很少关注到法运作及其参与者——至少是那种在法系统中所承担功能几乎不能为非专业人士所理解的法学。汉斯-乌尔里希·韦勒（Hans-Ulrich Wehler）也承认，他在其持续至1990年的《德国社会史》中，对法“在其相对自治下的意义

[……] 未能给予足够严肃的对待”，[注11](#)这凸显出当代史对法学投入更多注意的必要性。

当法学家与社会学家们如今观察法世界中的根本变化时，情况则更加严峻：一场从社会调节到社会控制的法发展，可谓成果颇丰；[注12](#)一场“从法治国家（Rechtsstaat）到法官国家（Richterstaat）的悄然革命”，伴随着法官形象与职能的转变，直至其媒体存在感；[注13](#)一场法的国际化、欧洲化及跨国化进程，迄今为止仍无法全窥其貌；[注14](#)一种规范创制（Normsetzung）与冲突平衡（Konfliktausgleich）的去国家化趋势，它赋予私人组织、专家网络及大型律所显然更加重要的角色；[注15](#)一次传统德国“学院式的”法在国际乃至国内空间的影响流失；[注16](#)在普遍呼吁国际化与跨学科的时代，重新思考法学之自我特性（Proprium）的必要性。[注17](#)绝非偶然，德国科学委员会（Wissenschaftsrat）在2012年出版的报告《法学前景》中，梳理了一系列相似的论断，并附上了具有说服力的建议。[注18](#)本书所收录的以下自我观察，也属于对这些面向未来思考的发展。这些文章作为探照灯纵然几乎无法光照大地，但也许可以成为法学当代史的开端，这些专注于本国发展的文章，或将呈现法学的国际化视角和专业化语境。

一、语境

长久以来，科学史的书写几乎仅仅出于每种专业话语的内部逻辑。当然，这也能带来一些富有启发性的见解。然而，晚近的知识史和科学社会学却清楚地表明，这些“知识生产”（Wissensproduktion）的条件——由制度、讨论和习熟用词所构成的语境，在何种程度上影响了“产品”本身。[注19](#)法学的教义、体系、制度或思想，构成知识机制（Wissensregime）的一部分，在知识机制之下，科学与学术的知识产出（Wissenserzeugung）受其媒介、社会与经济的条件限制，同经济、政治与社会公众之间相互影响。[注20](#)这里只能扼要叙述特定语境中能对法学史的知识史视角产生意义的少数几种，亦即关乎政治史和法律史的大事件，诸如深化欧洲一体化的稳步前进（1993年《马斯特里赫特条约》、1999年货币联盟、2003年《尼斯条约》、2009年《里斯

本条约》），此外还有2001年的“9·11”恐怖袭击、所谓的哈茨4号方案（Hartz-IV）、2008年金融危机，以及作为先决条件的全球化、数字化及经济化。

观察科学系统可知，20世纪90年代与21世纪最初十年在法学领域的突出表现为教席与学生数量的显著增长，以及关于学制改革与缩短学习年限的长久讨论。^{注21}在1990年，德国各高校的法学专业共计有83 182名在册学生，此后该数据屡创新高。2015年的相关统计显示已达112 271名学生，这也是过去25年的最高值之一。^{注22}虽然大学教席的增长不成比例，但在德国的应用科技大学（Fachhochschulen）中，法学教授的数量在21世纪最初十年却几乎翻了一番。截至数据采集时，三分之一的法学教授在应用科技大学任教，而在此类院校注册的法学院学生却仅占8.7%。^{注23}尽管有巨大的政策压力，性别体制（Gender-Regime）却显而易见没有发生本质改变。^{注24}

另一方面，大学课程在某些方面也发生了改变，这不只涉及国家考试的设置——至今仍有种种废除国家考试的要求。通过对考试成绩的非中心化评价，许多大学借机实现了专门研究和地区差异。此外，这也导致了基础学科的地位改变。^{注25}两德统一带来的动力虽不惊人却也值得注意，只是没能带来富有成效的尝试，无法将那些在“波恩共和”时期被大量讨论的替代国家考试的方案落于现实。^{注26}将法学教育简化为一阶段的改革热情在联邦德国就已经消散，对学习与实践两阶段的回归则重新成了普遍标准，而这一标准之后也完全被五个新加入的州引入。所谓的博洛尼亚改革（Bologna-Reform），曾给许多学科的学业带来显著改变，却几乎对法学教学毫无影响。^{注27}相反，更重要的可能是当时从私立大学的建立中产生的内在动力。例如，2000年德国第一所私立法学院即博锐思法学院（Bucerius Law School）在汉堡成立，2011年欧洲商学院（EBS）增设了法学院。博锐思法学院的学生在国家考试中获得的成绩要远高于平均水平，可见入学选拔与高强度培训能够增进教学成果，即便在国家考试的模式下。

在一般高等教育政策领域可以观察到巨大的改变，高等教育政策通常聚焦于科研密集型与资本密集型的学科，尤其是自然科学领域，

但其他在工作方式上结构相异的学科包括法学也受其影响。[注28](#)高等教育政策改革遵循着不同的目标——尤其当这些改革试图推动高校与其他科研院所去满足不断提升的社会期待。[注29](#)此外，这些改革也持续推动着资金分配模式的转变，即从基础投入模式（Grundausstattung）转为在竞争性程序框架下进行研究资助的分配。两轮由联邦政府与州政府资助的德国精英大学计划（Exzellenzinitiative）（2005/2006年至2012年）以及一系列其他措施持续地改变了德国科学系统。[注30](#)自1995年至2012年，在德国募集的所谓第三方资助的绝对数值增长了一倍多，第三方资助占高校经常性开支的比重也从14%增长到了28%。[注31](#)然而，其中法学各分支学科的获益却相对较少。在2000年至2010年间，虽然法学教席所获第三方资助的平均金额实现翻番，达到34 000欧元。但该数值依然远远低于诸如语言学及文化学教席所获资助的平均值（56000欧元）。并且，德国科学基金会（DFG）资助的涨幅则显然更低。在2003年至2011年间，法学从该基金会获得的经费仅仅增长了18%，从590万欧元增至700万欧元，与此同时，历史学的资助经费却增长了约四分之三，每年从185万欧元增至322万欧元。[注32](#)同样地，在2011年至2013年间，“法学相对而言不甚热衷于向德国科学基金会申请资助”，而在德国精英大学计划和德国科学基金会所分配的其他项目也都敬陪末座。[注33](#)

第三方资助在一般意义上，相对占比较少的德国科学基金会资助在特殊意义上，都会引发一番针对法学研究自主性的追问，原因在于，并非所有的资助者都会尽力根据学术质量来分配资助，例如德国科学基金会的分配方式，无论如何要以规章为据并耗用学术共同体的大量时间资源。此外，法学专业领域的成员在统计之外，却通过如专家意见之类的活动而获得私人的额外收入。

对于自20世纪90年代以来在高校政策下所期盼的赞助，以及学术和社会实践之间的紧密关系，也都可以批判地看待。[注34](#)很多大学设立了基金教席（Stiftungsprofessur），例如作为基金会大学（Stiftungshochschule）的法兰克福大学从2008年就开始设立该教席，而在其他地方——例如慕尼黑在2003年成立的劳动关系与劳动法中心（ZAAR）——则出现了由私人资金支持的法学研究所，其在学术研

究上应当保持自由，但在实践上却不免自觉有实现特定的法政治目标的义务。积极地看，这些资助至少能带来更广阔的活动空间、更充分的科研经费，以利于研究、专业化与实践导向。

此外，高等教育政策所驱动的改革有助于科研工作的商业化，而改革所带来的一些间接影响却呈现出对法学的不利趋势。^{注35}原因在于，随着研究资金逐步从高校基础投入转移至竞争性程序，并经过经济化所引发的高校内部举措以及学生数量的同时增加，如许多参与者所感知到的，那些未能从中获益的专业的自由发展空间就发生了收缩。此外，竞争性程序所导致的专业化效应，似乎也很少作用于法学，然而许多时间却被浪费在相互评估与精美手册、海报的制作上。有些抱怨并不少见，即法学院在大学里似乎已经失去了那种传统上富有影响力的角色；在一个对评价方法、奖励与第三方资助进行统一计量的声誉系统中，法学院已经处于大学校长及高校政策关注的边缘。

一个更重要的语境变化是学术政策所不断寻求和推动的高等院校的国际化。^{注36}德国科学委员会的建议也强调了这种趋向，无论是一般性地面对全部科学，还是特别针对法学本身。^{注37}法学作为传统上针对国家自身的学科，其国际化无疑是一场挑战。^{注38}然而从结构上看来——例如本文集最后对那些参与国际化对谈的学者（Dedek, Günther, Kemmerer, Randeria）所作的回顾——似乎仅发生了微小的改变。但科学系统的变化与法系统密切相关，“如今已不再有一处避难之地，使德国的某个法领域能不受打扰地存立”，赖纳·瓦尔（Rainer Wahl）于2006年如此说明这一基本事实。^{注39}然而，至少就知识生产的结构而言，德国法学界的反应却显而易见地相当踌躇不前。

科研工作的媒介条件也发生了根本性转变。^{注40}自20世纪60年代起，处于“法律洪流”（Gesetzesflut）印象中的人们，开始思考如何处理法学信息的供给与加工，建立了诸如JURIS的信息系统，在90年代随着互联网的发展又添出一种新的维度。^{注41}《法律人的个人计算机顾问》在1995年版中就已经开始提供互联网的信息途径^{注42}——与现在的情况相比较自然可以确知，从那时就已经发生了范畴性变化。数字教



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

学将愈发重要，^{注43}而出版界正处于变革的拐点。与此同时，数据库、电子杂志和电子书等正影响着法与法学的日常生活。这种工作原理的改变不可能对工作结果毫无影响。既有的学科上的大量实践方式——对注意力的调整、对质量的把关以及社群化（Vergemeinschaftung），都受到交流条件变化所带来的影响。

二、内部视角

特定于柏林共和时代的那种法学其实是不存在的。收录于本文集的各篇文章所得出的结论，既是这些时代见证者对大量趋势的观察，也是一些对本学科相近或相反的感知。他们大多将1990年视为转折点。新的进展处于传统与延续性的对立面，从一个分支领域所得出的观察也未必适用于另一个领域。因此，对于柏林共和时代的法学，下文将不试图描绘出一幅同质性画面。毋宁说，我们不过是将之前四次专题研讨会中的论文与讨论，结集出版而成本书。

（一）作为法学难题的德国统一

两德统一标志着柏林共和时代真正到来，也抛出了大量特殊的法学难题。东德的法学家极少参加学术与实践的相关讨论。受累于政治上的各种牵连，他们承受着研究对象即民主德国的法全面消失的痛苦（参见Röthel）。那些来自西德的同行则主导着全德国的讨论，即便是那些新成立的法学院，他们多数也支持不制定新宪法的决定，他们参与过所有权争议（参见Magen, Ruppert），并在德意志第二个政治旧史（Vergangenheitspolitik）的象征话题（Symbolthema）下进行过激烈讨论：对柏林墙镇守事件进行刑事定罪的可能性（参见Ambos, Ruppert）。然而，同其他知识分子一样，他们似乎已经失去了对日常政治讨论的影响力（参见Hoeren, Ruppert）。统一之后的法权（Einheitsfolgenrecht），尽管如此多样，却只在个别情形下影响到了柏林共和时代的法学讨论。

（二）欧洲化、国际化与全球化