



DIE DEUTSCHE RECHTSWISSENSCHAFT
UND DAS HEUTIGE CHINA

德国法学与 当代中国



卜元石 著



北京大学出版社
BEIJING UNIVERSITY PRESS

德国法学与 当代中国

卜元石 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

目 录

前言	1
第一编 法教义学	
法教义学：建立司法、学术与法学教育良性互动的途径	3
法教义学与法学方法论话题在德国 21 世纪的兴起与 最新研究动向	32
法教义学的显性化与作为方法的法教义学	58
何为体系？论法教义学研究的方法、立场与规范 ——以民事诉讼法为重点的讨论	101
第二编 法律评注	
法律评注：法律知识的集成与法典时代的民法教义学研究	141
德国法律评注文化的特点及成因	162
附录一：德国主要评注品种清单	191
附录二：《德国民法典》第 134 条不同评注品种的比较	197
第三编 法学教育	
德国司法考试的难度及其对法学教育的影响分析	207
德国法学教育中的案例研习课：值得借鉴？如何借鉴？	231
第四编 学科文化	
德国法学界的现状与发展前景	247

附录：德国大学法律系教席设置基本情况	256
德国法学学术评价体系	
——探寻预支信任与问责要求之间的平衡	261
法学的学科文化与法学学术中的女性参与	
——评《法律与事实——法学女教授们》一书	280
第五编 德国法学与美国法学	
德国法学与美国法学：一个半世纪以来的互动与争锋	297
德国法学界反思纳粹时期自身角色的坎坷历程	324
第六编 德国法学与中国	
中国法海外研究的样本：德国	341
附录：1978 年以来以中国法为主要内容的德国本土	
法学博士论文清单	362
中国法科学生留学德国四十年的回顾与展望	
——基于博士学位论文的考察	368
附录：留德法学博士名单及论文相关信息一览表	
（1978—2021）	399

前 言

德国法学作为大陆法系的代表，在过去二三十年间，在中国被关注的程度逐渐增加，形成了可观的研究力量。从法理学、法史学、法社会学到各个部门法，德国法的知识通过不同的渠道传入中国。尽管德国法不能被简单化为法教义学、法律评注与鉴定式案例教学，但这些在中国法学界热议的话题，确实称得上德国法学机制上最有特色的部分。这几个方面环环相扣，成就了德国法学的发达。

一、 传统的学科文化

一个国家法学模式运行的中心是学者，因此认识一国法学，从其学者入手最为直接，形成的印象也更为全面直观。了解德国学者的学术生涯模式、工作与生活状态、人生与事业的追求、学术社区的特点、学术成果的评价与传播、学术地位与学派的形成后，就能更好理解德国法学的各种特色。学者的成长就是熟悉与内化学科文化的社会化过程。什么是好的学者？什么是好的学术？不同的学科文化对此的评判标准是不同的。这种社会化从大学求学期间就已经开始了，德国法学专业的学生从衣着、言谈举止、思维方式都会逐渐趋同，对于现有学科文化不认同的学者或学生，从穿着上就可以觉察出来。但随着德国法学界的代际更替，新一代学者的价值观促使其学科文化变得更为宽松与包容。尽管如此，对于中国学者而言，德国法学教授总体上给人的印象是慢热与拘谨的，注重保持交往的距离。

德国法律系全职长期的教职非常少，全国也不到 800 个，小的系只有十几个人，规模最大的法律系也不过只有三十几个教授，再分到各个部门法，学术圈子之小可谓一目了然。与欧洲很多国家不同，德国法学的学术体系还在 19 世纪所确定的轨迹上继续运行，学者能够追求自己所认为的理想状态，根据自己的兴趣进行研究。法学仅期刊就有近三百种，不用担心成果因为选题、风格、观点而无处发表，可以在不断的写作与思考中进行专业积累，促进思想成熟。但正如有的学者所形容的那样，在德国，学术生涯是一条直线，没有岔路，直线的终点是成为教授，如果年过 40 还没有达到目标，直线通常就画上了句号。容量太小是这一体制最大的局限性，有限的资源被分配给少量的学者，众多有学术理想、能力与热情，受过严格的学术训练的人被排除在外，他们只能将研究作为业余爱好，但发表媒体的多样性，使得实务界完全可以参与法学研究，参与的程度也非常可观。

在德国高校中，教师身份也有多重性，作为学者可以低调谦和、淡泊名利，但高校自治要求教师都要承担行政性工作，社会对此角色的预期要求能为自己的学科、所在的机构争取资源，创造更好的工作条件，起作用的是政治的游戏规则，讲求的是策略，如果寻找政治盟友，进行政治交易，出世的态度反而会被诟病。学术界的政治不比社会上的少，但有些问题能够公开地被言说就是一种进步，也才有了改善的契机，能够为利益之争提供司法保护，即便大多数情况备而不用，使得高校管理在法律所框定的限度内进行，也是法治的体现。

二、入世的法学模式

法学学术、法学教育都是在给定的社会与政治环境中进行，历史传承的模式在运行过程中会不断经受时间的考验，因此无论对于法教义学、法学教育还是法律评注，德国法学界一直都有大量的批判与反思。为什么要进行法教义学研究？笔者所理解的一个最重要的原因是立法不可能尽善尽美，但实践中出现法律的问题仍然要以制定法为基础来解

决，法学研究要把这项工作视为己任，法教义学的目的就是让法条能用起来，用得更为娴熟，更得心应手。立足现行法、以实践为导向的教义法学是德国法学的特长，德国民法学最为顶尖的期刊《民法实务档案》，其名称中强调的竟然是“实务”二字，德国法学的实践倾向由此可见一斑，尽管该期刊的风格与读者群都是纯学术性的；但是从学术自身定位的角度来看，德国法学无疑是更为入世的模式。

法教义学讲求的是穷尽现行法来解决问题，提出的方案还要尽量与已有教义体系一致，研究的过程中还要对制度史进行梳理，就各种不同学说进行分析，越为严谨的研究论证就越为繁复，发表在典藏期刊上的文章与教授资格论文就是教义学研究最高层次的代表。与此同时，大量的法律评注化繁为简，对学术成果进行提炼，集成到同一载体中。在评注中，德国部门法研究的“繁”与“简”也有分工，《施陶丁格民法典评注》与《帕兰特民法典评注》即为两者的极致，前者将百年来德国民法研究成果汇集在洋洋洒洒的一百多卷之中，后者使用无法更为简练的语言把德国民法知识压缩到一册之内，并每年更新。

教义学研究的质量在德国也是判断学者的学术水平的重要标准，但法教义学专业门槛高，阻碍了其他领域学者的介入也是事实。尽管如此，教义研究会让人感受到逻辑思考的力量与应对智识上挑战的乐趣，从事法教义学的学者也可以在其他领域工作，如法理学、法律史、法社会学；也会参与社会批判类的讨论，甚至成为畅销小说的作者。法学是为了法治服务，通过教义学研究指导法院裁决，也体现了学者的社会责任。但入世过于执着，学术的视野与立场就会受限，更何况随着欧洲法律对德国法秩序渗入的加深，体系思维的根基也在面临挑战，对于教义学的批判也是希望本学科学者在新格局下能够超脱一些。

三、全局观的法律教育

德国的法学教育也属于务实的模式，讲求的也是法律知识的掌握与法律思维的扎实训练。在德国，法学属于难度大的学科之一，新生入学

时老师常说的一句话就是，看看你左边的同学，再看看右边的同学，到你毕业的时候，邻座上的两个同学估计都已弃法学而去了。在第一个学年，几次考试没有通过就能吓跑不少学生。考试评分之严，不断地打击着学生们对自己智力与能力的信心，能坚持下来的学生对学科也产生了敬畏感。整个大学教育就是通过大量案例解析的训练，来培养学生对法律问题的敏感度与思维的条理性。

弗莱堡大学法律系毕业典礼上，学生代表发言的任务由第一次国家司法考试成绩最好的毕业生来承担。在过去十几年笔者所经历的这一环节中，不乏学生的控诉之词，控诉司法考试的不合理，控诉备考的艰辛，控诉学校提供的支持不够，等等，让人会联想到中国有的学校高考后学生撕书的情形。正是因为这种控诉出于排名第一的考生之口，所以更能引起共鸣，也是因与周遭一片喜庆气氛的格格不入，这样的声讨更发人深省。对于这种一考决定命运的考试，各种不满与愤怒很好被理解。不少德国知名作家都学习过法律专业，在其作品中不乏对司法考试的揶揄，最夸张的也许是耶林在《法学的玩笑与认真》一书中说过的：“假如俾斯麦当初司法考试落榜，那就没有德意志帝国！当时司法考试一名考官的一票居然能决定整个欧洲的命运。”

我们能够因此认为德国法学教育失败了吗？为什么德国法学教授认为德国法学发达归功于国家司法考试的严格？其原因最精当的解释也许就是德国法理学家 Klaus F. Röhl 所说的“ohne Wissen keine Wissenschaft”（无知识何谈学术），即没有知识的融会贯通，举一反三，何以进行学术研究？德国法律系学生虽然抱怨需要学习的内容太多，但他们一旦在出国留学，就会感觉学习外国法容易太多，反而能真正发现并感恩德国法学教育的长处。德国法学教育强调全局观的法律知识积累，学生对知识的掌握具有高度体系性，即便对于陌生的外国法，运用这种体系思维，也能洞悉制度背后的结构与逻辑。只不过，今天的德国年青一代越来越不认同学习就要吃苦的理念。

四、德国法学与美国法学

德国法作为大陆法系的代表，其在域外的影响经常会与普通法系的美国相比，但德美两国法学之间的互动也很密切。在梳理两者的关系时，给笔者印象最为深刻的有两处。一处为在第一次世界大战前，德国的法学教科书、《德国民法典》、德国法学教育的严谨、德国学者的博学、德国学者在社会上的地位……德国法学的一切在美国都成了被欣赏与模仿的对象，能被称为“德国式的法学教授”是美国法学学者非常受用的褒奖之词。我们所熟悉的美国学者罗斯科·庞德的著作中会大量引用德文著作，在19世纪末20世纪初赴德留学受到美国法律专业学生的追捧。但随着第一次世界大战的爆发，两个国家所有的交流迅速终结。另一处为主导《美国统一商法典》制定的美国学者卡尔·卢埃林，尽管借鉴德国法，但对此不予表明，并告诫流亡到美国的德国学者，不要透露思想的外国来源，否则就是断绝了其被接受的可能。美国法在其成长过程中曾经以德国法为师，但随着美国世界主导权的获得，第二次世界大战后德国与美国法学的角色发生了掉转。虽然第二次世界大战后德国对美国法的影响微不足道，但在除了英国法的所有外国法之中，恐怕德国法对美国法的影响是最大的。

美国法教义学欠缺，法律知识零散，德国学者对美国法的研究，出于习惯，会比美国本土学者多出一个体系的维度，因此德国学者的相关成果可以为中国学者研究美国法提供一个新的视角。而德国学者主要用英文面向美国读者介绍德国法的著作，也会考虑到两国知识体系的不同，这同样可为中国学者了解德国法增加一个角度。

本书的筹备过程正值《德国基本法》制定70周年与第二次世界大战胜利75周年之际，2019年德国法学界相关的纪念性活动层出不穷。德国所发动的第二次世界大战给欧洲各国人民带来了巨大灾难，第二次世界大战也使得世界学术的领先地位从德国转移到了美国。纽伦堡审判推动了德国社会对于纳粹统治的清算，清除普鲁士强调集体与威权的影

响，改造德国的国民性，避免历史悲剧的再次发生。德国法学在第二次世界大战中也扮演了不光彩的角色，对这段历史的批判也非常坎坷，其先驱者也曾被主流法学界所排挤，直到今天，德国大学法学教育也很少触及这一话题。相关的道德伦理问题一直困扰着德国法学界。有人提出这样的问题，第二次世界大战后像拉伦茨那些有历史污点的学者应该怎样做才更为合适？他们后来不是培养了很多知名的法学家吗？他们本人不也为学术做出了很多贡献？难道他们在战后放弃教席，远离学术界，认识、纠正错误并保持沉默，就是对德国法学界更好的选择？如果时空倒转，今天的这一代被放在当时的历史环境，会不会做出类似的举动？

五、德国法学与中国

法教义学、法律评注与鉴定式案例教学，都是着重法律技术性的一面，法律越复杂，其功效就越大。这些理念进入中国，也是中国法律发展内在的需求所致。中德法学应该以何种方式互动是一个不少学者都关心的问题，从中国的角度来看，以平常心来对待德国法学，两国法学间的交流才会更为有益与持久。无论在哪个国家，现实的不完美都会让人倾向于把心中的愿景投射到别处，但只有了解了事物原本的形态，才能摆脱观念上的痛苦，人才能获得意志上的自由。源于《圣经》的弗莱堡大学校训也就是“Die Wahrheit wird euch frei machen”（真理让人自由）这句话。德国法学有长处，但也有为此付出的代价；有局限，虽然也会寻求改善；有纠结，但最多的是争论。在德国，法学共识的形成也很缓慢，很多时候无法达成意见的完全一致，只能求同存异。中国研究德国法时，对于各种观点，是一家之说，还是主流看法？如果有意将其作为中国法讨论中的论据，还原它在历时性角度学术全景中的准确位置，也是最为关键的一步。在这一意义上，即便仅是引介外国法，想做到准确全面，也非易事。

随着中国法律制度缺失情况的减少，德文文献对于中国部门法学者

的帮助主要是在解决问题的思路与线索方面的启发上，借鉴德国体系的视角，可以发现中国法律制度之间更多的关联。即便未来中国法律制度发达健全，这种对域外法的关注也仍必要。无论是扩展视野、避免思维固化，还是纠偏认识，比较法都可以发挥作用。在某种程度上，比较法研究的广度、深度、时效性与准确性，也反映了一个国家法学研究的整体水平。德国法也有很多未解问题，对中国法的研究也很欠缺，对于不存在语言障碍的中国学者，也可以直接介入德国法学界的专业对话。

从德国的角度，在年青一代中培养更多了解中国法律的专业人才，是促进两国法学交流最重要的一环。中国法学要让世界倾听自己的声音，不仅仅是一个话语权的问题，在文献等同的前提下，思想的解释力与说服力同样重要。与德国法学一样，中国的学术体制也存在容量的问题，只不过这种“瓶颈”限制的并非教职数量，而是期刊文章发表的数量。中国学者数量多，才华出众的也很多，如何能释放其所蕴藏的能量，也是值得思考的问题。在未来，当外国的学者开始在中文文献中寻找研究的灵感，掌握了中文就具有了知识获得的优势，中国也像德国马普所一样藏书丰富、能够吸引汇聚世界各地学者的时候，中国法学也就真正走向了世界。但无论是思想的引入还是输出，法学研究的终极目的就是推动社会法治程度的提高，实质法治的实现就是法学研究者不能忘的初心。

六、致 谢

本书大部分内容为近3年所完成，最初的动力源于中国法学近些年的发展。在笔者最初接触教义学的概念时，无法想象在短短的十几年间中国司法判决的公开比例已经远远超过德国。中国法教义学研究成为一种潮流，案例研习课在高校的逐渐推广，大型法律评注的推出也指日可待，变化的速度之快令人感慨，推动这些积极变化的同行之勇气、坚持与付出也令人钦佩。复杂的社会没有简单的答案，很多期望中的变化都是牵一发而动全身，中国法学的面貌是整个学术群体共同塑造的，新

的观念，即便是合理的、先进的，真正被群体中大多数人所接受，也会是一个漫长的过程。理性真诚的讨论，无论有多艰难，在这一过程中不可或缺。早在 20 世纪初，马克斯·韦伯就已经指出知识的过时是知识分子的宿命，但没有认知的新旧更替，就没有进步。

本书共收录 15 篇论文，其中 2/3 的内容，已先后在《中德私法研究》《中德法学论坛》《南京大学法律评论》《法学研究》《南京大学学报》《南大法学》《国家与法治研究》等期刊与集刊上发表，在此衷心感谢多位编辑对这些文章的校对与润色，特别是冯珏编审与《法学研究》编辑部就《中国法科学生留学德国四十年的回顾与展望》一文中对于人名、译文名的反复核查，提高了文章的准确性。

本书的一些内容曾以学术报告的形式，在南京大学、清华大学以及中国政法大学与法学界的同行和同学进行交流，从中受益匪浅，对此一并表示真诚的谢意。对于这些已发表的内容，在编辑过程中笔者勘正了原文中已发现的错误，进行了部分补充与更新。为论文写作过程提供过帮助的众多同行，笔者在每篇文章中一一致谢。朱庆育教授通读了本书初稿并提出了宝贵的修改意见，雷磊教授为笔者提出的多个问题都提供了十分详尽的解答，在此表示诚挚谢意。本书的顺利面世，与北京大学出版社蒋浩副总编辑与刘文科编辑、沈秋彤编辑的大力支持密不可分，在此特别感谢。

如果说人与人之间的沟通，是为了被理解与被感动，两个国家的法学之间，何尝不也如此？中德法学交流的繁荣，使得了解德国法的方式也越发多样化，不同人对于德国法的认识、印象也都不同，对同一现象的感知与评价也可能不同。这本书希望展示德国法学的多面性与复杂性，传统带给它的底气和困扰它的当下难题。虽然随着年龄与阅历的增加，笔者对于德国法的感悟有所加深，但在很多细节问题的把握上，难免有谬误与偏颇之处，对于中国法的理解也同样会有不得要领之处，还恳请读者予以指正。

卜元石

2020 年 8 月于德国弗莱堡

第一编

法教义学

法教义学： 建立司法、学术与法学教育良性互动的途径*

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?这些就是笔者在写这篇文章时忽然觉得无法回避的问题。而之所以对法教义学这一问题产生兴趣,主要是源于几件事情:一是国内近几年以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,也就是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,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,如果说得极端一点,美国的法学研究似乎可以运用法学外的任何方法,而法

* 本文原载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版。原文在写作过程中受到徐杭博士、郭雳、许德风、田士永教授很多启发,特别感谢王洪亮教授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。

〔1〕“社科学”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,而在美国这两者的差别是显而易见的。

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〕} 美国与德国的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,然后是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 20 世纪 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。以研究中国法有代表性的美国学者,如哈佛大学的 William P. Alford、纽约大学的 Jerome Cohen、哥伦比亚大学的 Benjamin L. Liebman、伯克利大学的 Randall Peerenboom、还有老一代的 William C. Jones 与 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之上。在德国也有学者专门对中国法进行研究,但研究题目集中在中国新颁布的各项新法规或司法解释的内容与体系,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。

例如,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分,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

〔3〕 参见 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》, *RabelsZ* 72 (2008), 第 525 页及以下。该文中文翻译参见徐杭,载卜元石主编:《域外中国法评论》(第 1 辑),上海人民出版社 2009 年版;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 年出版。

〔4〕 具体参见德国专门研究中国法的杂志 *Journal for Chinese Law* 的内容目录。



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

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,法学的意义和价值也同样会变得根基不稳,法学研究努力的方向就会变得不明确。法学在中国是应该更多学习美国,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?这一争论也是笔者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是在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。因为在苏力1996年出版《法治及其本土资源》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、

〔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。

〔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。宪法学的角度,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卷),北京大学出版社2007年出版。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〕 参见许德风(前引6),脚注15。

〔8〕 参见尤陈俊:《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卷),第99页。