

书评：《耶林的方法与耶林的教义学：一个比较》*

费迪南德·凯尔施纳（Ferdinand Kerschner）著**

肖伟译

鲁道夫·冯·耶林（Rudolf von Jhering, 1818-1892）是 19 世纪最具影响力的德国法学家之一。今日我们对他的认识仍在持续深化。他是否仅是一位罗马法学家，是如今饱受诟病的“概念法学”（Begriffsjurisprudenz）的追随者甚至是其创始人？抑或他也是“利益法学”乃至“价值法学”的代表人物？在奥地利，大多数学者提及耶林时，往往将其与“缔约过失”（culpa in contrahendo）这一法律制度的“发现”联系起来，或者也将他视为《德国民法典》（BGB）的“先驱”之一。

关于这位伟大思想家和他非凡且天才般的法学贡献，以及其思想发展中的某些歧途与混乱，已有数量庞大、几乎目不暇接的传记与相关研究文献，代表性作者包括贝伦茨（Behrends）、维亚克尔（Wieacker），尤其是近来的哈弗坎普（Haferkamp）。

后者（哈弗坎普）显然对作者肖伟产生了决定性影响，促使其撰写了这部篇幅达 548 页的著作，即肖伟关于耶林方法与教义学的博士论文（科隆大学，参见前言第 5 页）。

肖伟（现为武汉大学博士后）特别致力于一个独具特色的研究课题：他对耶林著作（包括其书信！）及相关文献所进行的极为细致而富有挑战性的研究——单是文献目录就长达 50 页——得出令人信服的结论：耶林并非如众多学者过去所主张并仍在坚持的那样，是在其学术生涯中突然从概念法学家“转变”为利益法学家的。相反，耶林早在其“学习阶段”就已在形式技术性的概念推演之外，也赋予了法律研究中的目的、利益以及实践后果以重要地位。只是其关注重点在随后的学术发展中逐步转向其标志性的目的论视角。这一发展过程，肖伟通过具

* 该书为作者肖伟的科隆大学博士论文（Xiao, Wei: Jherings Methode und Jherings Dogmatik. 548 Seiten, Nomos, Baden-Baden 2024. Softcover. € 179, -. ISBN 978-3-7560-0917-6.）该书评出自 Ferdinand Kerschner, Jherings Methode und Jherings Dogmatik, in: Juristische Blätter, Bd. 147, H. 1, 2025, S. 66-67.

** 书评人费迪南德·凯尔施纳（Ferdinand Kerschner, 1953-）教授是奥地利当代著名民法学家和环境法学家，长期在林茨大学（Johannes Kepler Universität Linz）执教，担任民法研究所和环境法研究所领导职位，后于 2014 年退休。其个人网站见：<https://www.ferdinand-kerschner.at/>。最近访问时间为 2025 年 5 月 7 日。

体法律制度的剖析加以有力论证,并通过大量的原文引述——通常见于脚注——使读者得以深入理解耶林不仅在法学领域,更在哲学、伦理乃至政治思想上的思维模式。耶林本人早期原本有志于成为一名作家,在其“诱导”下,我们仿佛重新走入了今日已极为罕见的、那种十分形象的、极具文采和雄辩风格的语言世界,例如耶林那句著名的表述:“概念彼此配对,产生新的概念”(参见第 245 页,第 1483 条注释)。

肖伟在阐述中始终克制自我,谨守学术分寸,几乎将整个论战场域留给了耶林自己。而耶林本人从未回避尖锐乃至激烈的批评,尤其是对其长年友人温德沙伊德(Windscheid)的批判亦不手软,例如第 385 页对温德沙伊德“悬置遗产”(hereditas iacens)理论的批评:一个没有主体的主观权利乃是“民法逻辑的深渊”(Abgrund der civilistischen Logik)。即便是萨维尼(Savigny),据称耶林年轻时与其有过一段“令人不快的经历”,在耶林笔下也绝不受到宽容对待(参见第 312 页及以下内容)。

肖伟在其著作标题中区分了“方法论”(Methodik)与“教义学”(Dogmatik),但并未进一步阐明二者之间的关系。关于这一并不简单的关系,可参见默勒斯(Thomas Möllers)所著《法学方法论》(Juristische Methodenlehre)2023 年第 5 版第 339 页及以下的內容。在笔者看来,两者之间彼此重叠,因而难以截然区分,而法学方法可能处于比实践性的教义学更高的层次。在耶林及肖伟的研究中,这两种路径亦常交织混合。在划分上,法教义学最容易被理解为主要集中于具体法律制度或法的某一部分领域,例如肖伟的研究即聚焦于“一物二卖”、“悬置遗产”、“所有权限制”、“缔约过失”以及“占有权”等问题。下述将以其中若干教义学问题为例作进一步讨论。

在此之前,有必要指出耶林与奥地利,特别是与维也纳之间的联系及其学术影响。令人颇感意外的是:尽管 1811 年颁布的《奥地利一般民法典》(ABGB)在耶林的学术盛年时期早已成熟稳定,但根据肖伟的研究,耶林几乎未对该法典进行深入探讨,亦未详论其中的方法规则,如《奥地利一般民法典》第 6 条和第 7 条。尽管如此,其著作在第 289 页还是提及了缔约过失中责任范围的问题。耶林显然仍深受罗马法及其制度漏洞的影响,起初试图借助概念法学的工具加以填补,后来则转而采用目的论的方法加以弥补。

耶林不仅曾于 1868 年至 1872 年间在维也纳大学任教多年，还参加过在维也纳举行的德国法学家大会，并在那里发表了他著名的演讲《为权利而斗争》。他在该演讲中的核心主张是：权利人有权主张并实现自己的权利。对此，已不幸早逝的鲁道夫·韦尔瑟（Rudolf Welser）在其论文《耶林〈为权利而斗争〉今天是否仍可作为法律关系的合适基础？》（Ist Jherings Vortrag „Der Kampf um's Recht“ auch heute noch eine taugliche Grundlage des Rechtsverhältnisses）[载于《法律公报》（Juristische Blätter）2017 年第 689 页及以下]中，提出了严厉且合理的批评。韦尔瑟指出，若依此主张，则主观权利将被颠倒为其反面。或许耶林当时更多是在表达一种理想——即一种实践性地贯彻法律直至最后一步的理念。笔者认为，这种主张实则是对法律的一种绝对化，忽视了法律终究只是人类生存条件的一个方面。

耶林与维也纳的最后一层联系或许可以追溯到 1884 年：他在《维也纳法律公报》（Wiener Juristische Blätter）上发表了其著作《对法学的戏谑与认真》（Scherz und Ernst in der Jurisprudenz）的第二部分，即《一位罗马法学家的闲谈》（Plaudereien eines Romanisten）。或许，维也纳式的从容与幽默也为这部作品的风格增光添彩？早些时候，即在 1872 年，耶林还在维也纳讲授学说汇纂法课程，其中他将损害赔偿法称为“最艰难的部分”。的确如此！

由于篇幅限制，此处只能对耶林的若干教义学问题处理以及至今仍具有重要意义的理论观点作粗略论述。首先是在概念法学框架下关于一物二卖的情形：出卖人 V 将一项特定物品（Speziessache）重复出售给两位不同的买受人。在交付之前，该物品偶然灭失。耶林在此问题上追随罗马法学家保罗[Paulus, D.18.4.21：“风险归买受人”（periculum est emptoris）]，并——在笔者看来，这是对保罗片段极为可疑的解释——主张 V 对两位买受人都享有价金请求权，即双重价金请求权（参见第 43 页及以下）！耶林这种原则上的严苛主义（Prinzipienrigorismus）源于其所谓的“自然史方法”（参见第 95 页及以下）。这一方法与自然本身关系不大，其目标在于通过抽象与一般性原则的构造，使法律达到自然科学的水平（第 108 页）。在他看来，法学家的任务具有双重性质（第 127 页及以下）：第一是主观性的，即形式上完善既有法律素材（技术方法）；第二是客观性的，即实现此任务所带来的法律在性质上的简化，并使法律适用的操作更为便捷。然而，其所

提出的五项“技术性操作”（参见第 179 页和第 180 页）却远非清晰明了。耶林的“方法论的二元论”（methodischer Dualismus）由两部分构成：一方面是形式的法律视角，另一方面则是内容上的实质合理性（第 130 页及以下）。但在一物二卖案例中所得出的结论——即出卖人可要求双重价金——显然无法体现后者，这完全不可接受！若依据目的与当事人利益进行考量——如耶林在其“转向”阶段所倡导的那样——则风险的转移只能在物的交付后或买方迟延受领时发生；事实上，耶林本人在其后期阶段中亦采此观点（第 191 页及以下）。

至于类推适用问题，书评人完全赞同耶林的看法（第 134 页）：类推要求“高于通常的解释的高明抽象能力以及精细辨析力”。耶林亦对“误用”提出警示，这一警告在当今仍极具现实意义！在此阶段，耶林已认为“目的因素”是不可或缺的。法学分析在他看来，正如“法律的化学”。

在“悬置遗产”的性质上，耶林与温德沙伊德以及大致为奥地利通说的观点相左。他否认将该制度视为“法人”，而主张其为被继承人的代表（第 58 页及以下）。与法人不同，“悬置遗产”无法取得新的权利，笔者认为，这是耶林学说中的一项重大缺陷。

肖伟正确地指出，即使在耶林所谓的“转向”（Umschwung）之前，耶林的“教义学的自然史方法”就已被“现实考量与价值判断”所丰富。

这种自我反思始于 1859 年，并在《对法学的戏谑与认真》中明确表达转向。在该著作中，耶林将概念法学视为一种“错乱”，其“无法理解现实世界”（第 204 页）。他甚至严厉批判曾深受自己影响的《德国民法典》，称其为“最病态的概念法学的产物”（第 211 页）。

肖伟在分析耶林思想演变的“中场阶段”（Halbzeit）时指出（第 244 页及以下）：耶林在严格法（*ius strictum*）、法律理性（*ratio iuris*）、衡平（*aequitas*）与功利（*utilitas*）之间摇摆不定，其视角在理论与实践之间不断切换。肖伟尚未发现一个激进的方法论转向；他认为，耶林仍是一个创造概念的、以目的为导向进行概念批判的“概念法学家”（*Begriffsjurist*）。

在一篇关于耶林影响的书评中，当然也不能忽略他关于缔约过失理论的分析，该理论确立时间大约为其转向之后，即 1861 年（详见第 249 页及以下）。缔约过失的法律性质在奥地利一如既往地存在争议。这里参见笔者在《雇员赔偿责任法》

(DHG, 2019 年第 3 版) 第 1 条第 25 段的讨论: 该责任究竟源于合同, 还是基于违反侵权义务?

那么, 肖伟所设定的章节标题“缔约过失——目的法学还是情感法学?”(第 249 页) 是否能够从耶林关于缔约过失的解决方案中得到验证?

耶林提出的基本问题是: 在订立合同时, 因信使的过失而陷入错误的一方是否应承担过错责任? 耶林先验地否定了从侵权法角度加以处理的可行性。他认为, 无论是罗马法中的恶意之诉 (*actio de dolo*), 还是阿奎利亚法之诉 (*actio legis Aquiliae*), 在实质上都存在局限性: 前者仅限于恶意, 后者则只适用于人身或物的损害。但耶林主张应当赔偿所谓的“消极利益”。他并非从根本上否认侵权法的适用性, 而只是基于罗马法渊源的范围局限性才拒绝采纳这种出发点。这些漏洞原本就应当被填补[参见莱希豪尔 (Reischauer) 在鲁默尔 (Rummel) 和卢卡斯 (Lukas) 主编的《奥地利一般民法典》(ABGB) 2018 年第 4 版, 第 918 条以下引言, 第 124 段及以下的详细且令人信服的论述], 这不仅适用于履行辅助人的责任 (耶林亦持此观点), 也包括财产损害的赔偿责任。当耶林在其论文《缔约过失或因合同无效或未完成之赔偿责任》(*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, 1861 年, 第 29 页) 中表示, 合同的无效“不能预设一切法律效果皆无, 而只能否定某些特定效果”时, 笔者认为, 这一判断虽然符合法感, 但在方法论上却无疑构成了循环论证。在笔者看来, 这实际上应理解为对侵权义务的密化形式! 更进一步追问: 若合同根本未能成立, 该如何处理?

耶林最终转向重视目的性视角 (参见肖伟著作第 443 页), 这一转变在他最后的教义学著作《占有意思》(1889 年) 中得到明确体现, 这一著作主要反对萨维尼的观点: 耶林坚决反对占有意思的必要性, 这一观点最终也反映在《德国民法典》中; 而《奥地利一般民法典》第 309 条则有所不同。

肖伟现在辨认出了一种方法论的二元论, 即在实质性考量和形式推导之间 (第 438 页), 以及一种“目的论方法” (第 446 页)。目的现在成为了新的本质性论据 (Wesenargument)。

根据肖伟的总结与尾论 (第 480 页及以下), 可以提炼出以下几点“要旨”: 在“转向”之前, 耶林已自然地将实质的实用性和适当性视为理所当然 (第

482 页)，同样也重视形式的法学建构与实质要素的协调（第 3 页）。

私法应当面对国家权力，服务于公民人格的自由展开，确保自由法治国的建立，并追求理论与实践的融合（第 487 页）。

肖伟认为在耶林那里并未发现真正的“方法断裂”（第 489 页）。

法学应当是关于人类自我决定的平衡的学说。

最后，引用耶林的一些语录，希望能激发读者对肖伟这部杰出著作的好奇与兴趣：

“概念是有生产力的，它们彼此配对，产生新的概念。”

私法是“替代宪法的”科学，或者是“没有国家的市民自由空间”（第 323 页）。

私法是公民个人自由的“大宪章”，私法是国王学科（哈弗坎普）（第 331 页）。

反对“内阁司法”。法官的永恒任务是“反对政府的干预”（第 342 页）。

决定性的是“保障独立、公正和不可贿赂的民事司法”。

法学家应当被保持在他们的界限之内（第 403 页）。

阅读肖伟的著作，实在是值得的！