

Juristische Methodenlehre
in China und Ostasien



Juristische Methodenlehre in China und Ostasien

herausgegeben von
Yuanshi Bu

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Yuanshi Bu ist Inhaberin des Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

ISBN 978-3-16-154260-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XI
-----------------------------	----

Teil I Einleitung

<i>Yuanshi Bu</i> Juristische Methodenlehre in China und Ostasien: eine Einleitung	3
---	---

Teil II Methodendiskussionen in der Wissenschaft in China

<i>Lei Lei</i> Die Verbreitung der Juristischen Methodenlehre auf dem Festland Chinas...	17
---	----

<i>Wei Feng</i> Methodenfrage der Rechtswissenschaft in China: Rückblick und Ausblick ..	45
---	----

<i>Meng Hou/Zhuang Liu</i> Die chinesische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft und das Vorbild der Rechtsdogmatik.....	77
---	----

<i>Weixing Shen</i> Die Rezeption der deutschen juristischen Methodenlehre in China und deren Einfluss auf die chinesische Zivilrechtswissenschaft.....	105
---	-----

<i>Hui Huang</i> Über die Entstehung und Entwicklung der Verfassungsinterpretationslehre in der Volksrepublik China	131
---	-----

Su Jiang

Kontroverse über die Methodenlehre des chinesischen Strafrechts159

Teil III

Methodendiskussion in der Praxis in China

Zheng Liu

Urteilsfindungsmethoden chinesischer Gerichte – zur Ausrichtung
und Wirkung der Methode der Fallentscheidung193

Berrit Roth-Mingram

Methodenfrage in der juristischen Ausbildung und im juristischen
Staatsexamen in der Volksrepublik China223

Teil IV

Methodendiskussionen in Ostasien

Takehiro Ohya

History and Present of Legal Interpretation in Japan241

Guntram Rahn

Die Entwicklung der Zivilrechtsmethodik in Japan257

Young-Whan Kim

Theorie und Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea.....279

Congzhou Wu

Historische Entwicklung und aktueller Stand der Zivilrechtsmethodik
in Taiwan311

Chin-Fa You

Die juristische Methodenlehre in Taiwan aus zivilrechtlicher Perspektive..325

Teil V
Schlussbetrachtung

Rolf Stürner

Die Entwicklung der juristischen Methodenlehre in Deutschland
und der westlichen Welt – Lehren für China und Ostasien?339

Teil VI
Materialien

China

Examensklausur 2013 mit Musterlösung399
Urteil des 2. Mittleren Gerichts in Shanghai vom 04.09.2009.....417
Urteil des 1. Mittleren Gerichts in Beijing vom 15.11.2011.....423

Japan

Examensklausur Zivilrecht 2013 mit Lösungsvorschlag435
Urteil des Obersten Gerichts vom 22.04.2011445

Korea

Examensklausur 2014 mit Lösungsvorschlag453
Urteil des Koreanischen Gerichtshofs (KGH) vom 24.04.1998.....477

Taiwan

Urteil des Obersten Gerichtshofs Taiwan vom 15.11.1991483
Urteil des Obersten Gerichts Taiwan vom 24.10.2012.....487

Literaturverzeichnis.....491

Autorenverzeichnis.....519

Methodenfrage der Rechtswissenschaft in China: Rückblick und Ausblick

*Wei Feng**

Die Disziplin, die als „Juristische Methodenlehre“ bezeichnet wird, ist gegenwärtig chinesischen Juristen nicht fremd, sie stammt aber ursprünglich aus dem deutschen Sprachraum.¹ In der Literatur finden sich auch verwandte Ausdrücke wie „Juristische Methodologie“,² „Juristische Methodik“³ bzw.

* Der Entwurf wurde im ersten Kolloquium bei Prof. *Martin Borowski* am 5. Nov. 2014 in Heidelberg vorgetragen. Dafür bedankt der Autor sich herzlich auch bei *Julia Sandner*, *Jan Seidel*, *Layla Jaber* (aus Mannheim) und *Lance Su*.

¹ Eine Übersicht der ins Chinesisch übersetzten deutschsprachigen Bücher vgl. *Lei Lei*, S. 20ff., in diesem Band. Es gibt in Deutschland zahlreiche Literatur, die sich der juristischen Methodenlehre widmet. Hier sollen vor allem die schon übersetzten Bücher nach zeitlicher Reihenfolge der Übersetzungen genannt werden: *Larenz*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, verkürzte Studienausgabe der 6. Aufl., 2. neu bearbeitete Aufl., 1992; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl., 1997. *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 19989. *Savigny/Grimm*: Savignys Vorlesung über juristische Methodologie 1802-1842, hrsg. von *Mazzacane*, 2. Aufl., 2004. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840; ins Chinesische übersetzt von *Zhu Hu*, 2010. *Zippelius*: Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., 2006; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 1. Aufl., 2008; *Carl Schmitt*: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934. Daten zu den chinesischen Übersetzungen finden sich im Beitrag von *Lei Lei* in diesem Band. Die Bücher, deren einzelne Kapitel auch die juristischen Methodendiskussionen in China geprägt haben, sind u. a.: *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1997; ins Chinesische (traditionell) übersetzt von *Liu Xingyi* u. a., 2001; Nachdruck auf Chinesisch (vereinfacht), 1. Aufl., 2004; 2. Aufl., 2011. *Kaufmann/ Hassemer* (Hrsg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., 1994, ins Chinesische übersetzt von *Zheng Yongliu*, 2002; nachgedruckt in 2013. *Rüthers*, Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 1999; ins Chinesische übersetzt von *Ding Xiaochun* und *Wu Yue*, 2003, 2005, 2013. *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1993; ins Chinesische übersetzt von *Lin Rongyuan*, 2002. Auch in Österreich wird die juristische Methodenlehre studiert, wie z. B. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991. Allerdings ist keine chinesische Übersetzung vorhanden. Im Folgenden werden nur die Originaltexte zitiert, trotzdem sind die betroffenen chinesischen Übersetzungen unter relevanten Gesichtspunkten auch beizufügen.

² Vgl. beispielsweise v. *Savigny/Grimm* (Fn. 1).

„Methodenlehre der Rechtswissenschaft“.⁴ Seit Anfang des 21. Jahrhunderts wurde ihre Rezeption in China durch zwei Übersetzungen gekennzeichnet, nämlich die „rechtswissenschaftliche Methodenlehre“ (*faxue fangfalun*) und die „rechtliche Methodenlehre“ (*falü fangfalun*). Neben der herkömmlichen Methodenlehre entwickelte sich auch eine jüngere Theorie der juristischen Argumentation, die die weltweite Aufmerksamkeit sogar außerhalb Deutschlands auf sich lenken konnte⁵ und deren Bestand in China einen ganz selbständigen Abschnitt verdient. Als Hintergrund dafür soll von vornherein ein Blick auf die Entwicklungen der chinesischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nach 1978 und demzufolge auf die Entstehung der Methodenfrage in der chinesischen Rechtswissenschaft geworfen werden.

³ Vgl. beispielsweise *Müller/Christensen*: Juristische Methodik, Band I, 11. neu bearbeitete Aufl., 2013. Dieses Buch wurde aber noch nicht ins Chinesische übersetzt.

⁴ Vgl. insbesondere *Larenz* (Fn. 1).

⁵ Hier werden nur die umfassenden Werke der juristischen Argumentationstheorie, die schon ins Chinesische übersetzt wurden, benannt. Die Werke aus Deutschland sind: *Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1. Aufl., 1978; ins Chinesische übersetzt von *Shu Guoying*, 2002. *Alexy*, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker, in: *ders.*: Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., 1991; ins Chinesische übersetzt von *Zhang Qingbo*, in: *Zheng Yongliu* (Hrsg.): Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie, 2013/18, S. 166-190. *Aarni/Alexy/Peczenik*, Grundlagen der juristischen Argumentation, in: *Krawietz/Alexy* (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation, 1983, S. 9-87; ins Chinesische übersetzt von *Feng Wei*, in: *Shu Guoying* (Hrsg.), Archiv für juristische Methodenlehre, 2014/2, 5-71ff. *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforsch., 5. Aufl., 1974; ins Chinesische übersetzt von *Shu Guoying*, 2012. *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986; ins Chinesische übersetzt von *Zhang Qingbo*, 2014. *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, in: *Brugger/Neumann/Kirste* (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 233-260; ins Chinesische übersetzt von *Zhao Jing*, in: *Shu Guoying* (Hrsg.), Archiv für juristische Methodenlehre, 2014/2, 72-92.

Es folgen Untersuchungen aus Großbritannien und den Niederlanden: *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory, 1994; ins Chinesische übersetzt von *Jiang Feng*, 2005. *MacCormick*, Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning, 2009; ins Chinesische übersetzt von *Cheng Zhaoyang/Sun Guangning*, 2014. *Feteris*, Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions, 1999; ins Chinesische übersetzt von *Zhang Qishan/Jiao Baoqian/Xia Zhenpeng*, 2005.

I. Die Entwicklungen der chinesischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nach 1978

1. Von der „Staats- und Rechtstheorie“ bis zur Theorie des Rechts (*falixue*)

Es ist festzustellen, dass die chinesische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nach 1978 nicht nur offene Erwartungen erfüllt, sondern sich auch in viele Richtungen entfaltete. Ohne Zweifel war dies den theoretischen Leistungen zu verdanken, die die kontinentaleuropäischen sowie anglo-amerikanischen Rechtswissenschaften seit dem 19. Jahrhundert und insbesondere nach den 1960er Jahren beigetragen haben und heute noch beitragen können. Man darf jedoch auch nicht verkennen, dass die sogenannte Staats- und Rechtstheorie in der ehemaligen Sowjetunion in nicht unwichtigen Aspekten die chinesische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie von 1949 (genauer seit 1956)⁶ bis 1978 geprägt hat und auch gegenwärtig, implizit oder explizit, noch Einfluss nimmt. Die erste Veränderung geschah als die Disziplin nicht mehr als Staats- und Rechtstheorie bezeichnet wurde,⁷ sondern als Theorie des Rechts (*falixue*) schlechthin. Die von 1956 bis 1978 verwendete Bezeichnung als Staats- und Rechtstheorie erklärte schon, dass die marxistische Staatstheorie vor der Theorie des Rechts stehen solle und in welcher Betrachtungsweise die Theorie des Rechts zu erforschen und zu lehren sei. Im Gegensatz dazu eröffnete die neue Bezeichnung neue Zugänge der rechtstheoretischen Forschung und Lehre.

Eigentlich war die Bezeichnung „Theorie des Rechts“ nicht wirklich neu, sondern war in China bereits Anfang des 20. Jahrhunderts selbstbewusst angewandt worden, insbesondere von *Liang Qichao*.⁸ Zum Teil konnte diese Rezeption der Theorie des Rechts in China vor 1949 auf seinen Nachbarn Japan zurückgeführt werden.⁹ Im Jahr 1881 übernahm *Hozumi Nobushige* den Lehrstuhl an der ehemaligen Reichsuniversität Tokyo, wo er versuchte, eine neue Benennung des Kurses außer „*fake lilun*“ (Theorie der juristischen Disziplin) oder „*falun*“ (etwa wie Dialektik des Rechts) zu finden. Endlich wählte er „*falixue*“ (etwa wie Theorie des Rechts) als Übersetzungsalternative der

⁶ Vgl. beispielsweise *Kachekayan* u.a.: Staats- und Rechtstheorie (Original auf Russisch); ins Chinesische übersetzt von *Li Jia'en/Mao Tianyou* u. a., 1956.

⁷ Zuerst wird noch „Grundtheorie des Rechts“ (*falü jichu lilun*) benutzt, vgl. z. B. *Sun Guohua/Shen Zongling* (Hrsg.), Grundtheorie des Rechts, 1982. Seit den 1990er Jahren wird „Theorie des Rechts“ dann im Allgemeinen gebraucht, vgl. z.B. *Zhang Wenxian* (Hrsg.), Theorie des Rechts (mit englischem Titel: *Jurisprudence*), 4. Aufl., 2011; auch *Shu Guoying* (Hrsg.), Einführung in die Theorie des Rechts, 2. Aufl., 2012.

⁸ Vgl. *Liang Qichao*, Zur Entwicklungsgeschichte der chinesischen Theorie des Rechts, Archiv für die Erneuerung des Bürgertums, 1905/5, 6.

⁹ Vgl. *N.Hozumi*, Kapitel 49: Theorie des Rechts, in: *ders.*: Hoso Yawa (Nachtgespräch am Fenster über das Recht), 1916, S. 145-146.

deutschsprachigen „Rechtsphilosophie“ („*falü zhexue*“ sowohl auf Japanisch als auch auf Chinesisch), um nicht auf die sog. Metaphysik des Rechts beschränkt zu sein, sondern auch die anderen möglichen Schulen einzuschließen.¹⁰ Sein Sohn *Hozumi Shigeto* erzählte diese Geschichte und bereits 1928 wurde diese Erzählung dieser Geschichte ins Chinesische übersetzt und sogar häufiger zitiert.¹¹ Es ist aber zu bemerken, dass *Hozumi Shigeto* selbst sehr offensichtlich von dem amerikanischen Juristen *Roscoe Pound* beeinflusst wurde, insbesondere von seiner *Outlines of Lectures on Jurisprudence*.¹² Die zweite Auflage enthielt noch seine *Introduction to Study of Law*, deren chinesische Übersetzung im Jahr 1928 erschien.¹³ Nach *Pounds* Auffassung schließe die *Jurisprudence* alle möglichen Studien des Rechts ein, unter anderem sowohl diejenigen aus dem Europa der Gegenwart und sogar aus der römischen Zeit (auf Latein: *jurisprudentia*), als auch die aus Amerika, soweit sie beanspruchten Rechtswissenschaft (*science of law*) zu sein.¹⁴ Dies könnte erklären, weshalb die chinesische Theorie des Rechts vor 1949 geschichtlich gesehen aus der deutschsprachigen Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts stammte, sich aber im Laufe der Rezeption davon löste, sei es mittelbar wegen der Rolle Japans oder unmittelbar, indem sie sich der anglo-amerikanischen *Jurisprudence* annäherte.¹⁵

2. Die Differenzierung zwischen der Rechtstheorie und der Rechtsphilosophie

Die oben ausgeführte Geschichte der Rezeption der Theorie des Rechts entsprach einst den Auffassungen vieler chinesischer Autoren während der „Rückkehr“ der Bezeichnung als *falixue* (Theorie des Rechts) in China nach

¹⁰ *N.Hozumi* (Fn. 9), S. 145-146. „Als ich die Leitung des Lehrstuhls im Jahr 1881 übernahm, fand ich aber die Bezeichnung von ‚*falun*‘ [etwa „Dialektik des Rechts“, Anmerkung d. Autors] als ein Predigen mit kirchlichem Geschmack. [...] Deshalb ersetzte ich sie durch ‚*falixue*‘ [etwa „Theorie des Rechts“]. Früher dachte ich auch daran ‚*falü zhexue*‘ als Übersetzung der deutschsprachigen ‚Rechtsphilosophie‘ zu verwenden. Aber im Allgemeinen wird immer befunden, dass sich die Philosophie auf die sog. Metaphysik beschränken soll. Deshalb wählte ich eine Bezeichnung, die von Leuten aus allen Schulen gebraucht werden kann. Also habe ich mich für *falixue* [etwa „Theorie des Rechts“] entschieden.“ Hier bedanke ich mich herzlich bei Frau *Hamada Mayuko* für ihre Suche und Übersetzung der vorgelegten Kapitel aus dem Japanischen.

¹¹ Vgl. *S.Hozumi*: Umriss der Theorie des Rechts, 1917; ins Chinesische übersetzt von *Li Heming*, 1928, S. 5; Nachdruck, korrigiert von *Wei Qiong*, 2005, S. 20.

¹² Vgl. a.a.O., S. 10 und 23-27; auch vgl. *Pound*: *Outline of Lectures on Jurisprudence*, 2nd ed., 1914.

¹³ Vgl. *Pound*: *Introduction to Study of Law*, 1912; ins Chinesische (traditionell) übersetzt von *Lei Peh Hung*, 1928; Nachdruck auf Chinesisch (vereinfacht), 2005.

¹⁴ *Pound* (Fn. 13), S. 1-4.

¹⁵ Die Frage, ob bei *Pound* tatsächlich eine Vermischung von Jurisprudenz (und zwar als Rechtswissenschaft) und Rechtsphilosophie stattfand, kann aber hier nicht einfach beantwortet werden.

1978, weil manche fanden, dass die Bezeichnung *falixue* als eine geeignetere chinesische Übersetzung der englischsprachigen *Jurisprudence* betrachtet werden sollte.¹⁶ Zugleich war einigen chinesischen Autoren aber auch bewusst, dass eine Tendenz zur Differenzierung zwischen der Rechtstheorie (auf Englisch: *legal theory*; auf Chinesisch normalerweise aber: *fali lilun*) und der Rechtsphilosophie in Kontinentaleuropa und in Angloamerika stattfand.¹⁷ Trotz der Vielfalt der theoretischen Möglichkeiten wird z. B. in Deutschland aber darauf hingewiesen, dass die Rechtstheorie im Wesentlichen als Rechtsphilosophie der Juristen oder „Juristenphilosophie“¹⁸ zu verstehen sei. Im Gegensatz dazu beschränkt sich die herkömmliche Rechtsphilosophie in der deutschen Literatur stets auf den ewigen oder „ontologischen“ Streit um den Rechtsbegriff und der Rechtsgeltung von Naturrechtslehre und Rechtspositivismus.¹⁹ Überraschend war es, dass die von *Hozumi Nobushigo* zufällig gewählte Übersetzungsalternative von Rechtsphilosophie als *falixue* (Theorie des Rechts) sehr gut zu der gegenwärtigen Rechtstheorie in Kontinentaleuropa und in Angloamerika passte.²⁰ Dieses breite Verständnis von *falixue* wurde in China aber nicht geteilt, wobei die genaue Grenze zwischen der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie bis heute jedoch noch nicht gezogen wird oder werden kann. Deshalb könnte man heutzutage über *falixue*

¹⁶ Vgl. *Shu Guoying* (Fn. 7), S. 1-3, und 11-13. Dort legt er fest, dass die von N. *Hozumi* gewählte *falixue* (Theorie des Rechts) wesentlich der *Jurisprudence*, insbesondere der von *John Austin*, nahe kommt. Vgl. auch *Zhang Wenxian* (Fn. 7), S. 61-65. Dieses weit verbreitete Lehrbuch mit dem englischen Titel von „*Jurisprudence*“ wird auch von *Richard A. Posner* beeinflusst. Dazu vgl. *Austin: The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, S. 1; ins Chinesische übersetzt von *Liu Xing*, 2003, S. 1. Auch *Posner, The Problems of Jurisprudence*, 1990, S. xi; ins Chinesische übersetzt von *Zhu Suli*, 2. Aufl., 2002, S. 1.

¹⁷ Vgl. *Shu Guoying*, Heraus dem Sumpf des Begriffs: Debatte von „Rechtstheorie“ und „Rechtsphilosophie“, in: *Akademie in China* 2001/1, S. 101-116. Die Auseinandersetzung in Deutschland, vgl. *Dreier, Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, 1981, S. 8-12, und 17-47. Dort weist *Dreier* auf die Integrierungstendenz der Rechtstheorien hin. Auch vgl. *Kaufmann/Hassemer* (Fn. 1), S. 10-13. *Legal theory* im anglo-amerikanischen Sprachraum, vgl. *H.L.A. Hart, Postscript*, in: *ders., The Concept of Law*, 2. Aufl., 1994, S. 238-276. Dort bezeichnet „*legal theory*“ nicht nur „*jurisprudence*“ sondern auch „*legal philosophy*“ [d.h. „*legal theory*“ und „*legal philosophy*“ sind nicht miteinander gleichzusetzen.]. Zudem versucht *Hart* auch, die deskriptive und die normative „*legal theory*“ zu unterscheiden.

¹⁸ *Kaufmann*, 1997 (Fn. 1), S. 13.

¹⁹ Nach *Dreier* „hat die Rechtstheorie sich historisch als Theorie des positiven Rechts herausgebildet. Darin liegt ihre theoriegeschichtliche Differenz zu den klassischen Rechts- und Sozialphilosophien als Natur- und Vernunftrechtstheorien“. *Dreier* (Fn. 17), S. 27. Nach *Kaufmann* jedenfalls „hat die Rechtstheorie mit der Rechtsphilosophie gemein, dass sie sich nicht auf das geltende Recht beschränkt (auch sie verfährt grundsätzlich systemtranszendend), sondern, wenn auch oft nur indirekt, auf das richtige Recht „zielt“ (Hervorhebung vom Autor). *Kaufmann/Hassemer* (Fn. 1), S. 11.

²⁰ Vgl. *Shu Guoying* (Fn. 17), S. 104.

(Theorie des Rechts) reden, wenn man die Rechtstheorie (*falü lilun*) und/oder Rechtsphilosophie (*falü zhexue*) in China erforscht.²¹

Wenn man noch einmal auf die Auseinandersetzung über die Rechtstheorie und Rechtsphilosophie zurückblickt, kann man über das methodologische – in China nach 1978 sehr wahrscheinlich auch das erste – Selbstbewusstsein der Rechtswissenschaft reden. Auf der einen Seite wird in China die Rechtsphilosophie wiederbelebt, wobei sie nicht nur auf die Metaphysik des Rechts einzuschränken ist. Es finden sich weit verbreitete chinesische Übersetzungen und Diskussionen über *John Austin*, *W. N. Hohfeld*, *Hans Kelsen*, *H. L. A. Hart* als analytische Rechtstheorie einerseits und *Gustav Radbruch*, *Lon L. Fuller*, *Ronald Dworkin* als Symbole der Wiederkehr des Naturrechts andererseits. Daneben werden in den meisten Lehrbüchern die Theorie der Rechtsnormen (einschließlich der Regeln und Prinzipien) und Funktionen jeweiliger Rechtsinstanzen (vor allem der Legislative, Judikative, sowie der Administrative) analysiert. Zudem werden auch einige Themen der Rechtsethik und der Rechtssoziologie ausgeführt. Die Doktrin der Entstehung und des Untergangs des Staates und damit des Rechts bleibt nur ein akzessorisches Kapitel.²² Trotzdem konnten und wollten die chinesischen Rechtstheorien und Rechtsphilosophien nach 1978 die Abhängigkeit von der politischen Entwicklung, einschließlich von der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Politik, nicht vermeiden.²³

Auf der anderen Seite entsteht auch in China ein großes Interesse darzustellen, was Recht ist und eine Rechtstheorie zu konstruieren, die adäquater für die Alltagsstätigkeiten der Juristen ist. Diese Rechtstheorie ist wiederum unvermeidbar zum Brennpunkt der neuerlich aufgestellten juristischen Theorien geworden: der normativistischen Rechtstheorie (*Hans Kelsen*), der analytischen Rechtstheorie (*H. L. A. Hart*, *Joseph Raz*), der interpretativen Rechtstheorie (*Ronald Dworkin*), der institutionalistischen Rechtstheorie (*Neil MacCormick*), der prozeduralen Diskurstheorie des Rechts (*Robert Alexy*), der Systemtheorie des Rechts (*Niklas Luhmann*), der ökonomischen Theorie des Rechts (*Richard A. Posner*), der Prinzipientheorie des Rechts (*Ronald Dworkin*, *Robert Alexy*), um nur einige Beispiele zu nennen. Diese Rechtstheorie muss sich nicht unbedingt am Rechtspositivismus orientieren. Auch

²¹ Es soll offen bleiben, ob man *falixue* (Theorie des Rechts) immer noch nur auf Rechtsphilosophie zurückführt, oder nur auf Rechtstheorie beschränkt, oder trotzdem auf beide zugleich anwendet.

²² Vgl. *Zhang Wenxian* (Fn. 7), insbesondere Teil 3: „Die Entstehung und Entwicklung des Rechts“, S. 189-221.

²³ Vgl. a.a.O., Teil 6: „Recht und Gesellschaft“, S. 355-429. Dahin werden die Beziehungen des Rechts mit der Wirtschaft, der Politik, dem Kultur, der Rechtsstaatlichkeit sowie der harmonisierten Gesellschaft umfasst.

kann der Nichtpositivismus eine Rolle spielen.²⁴ Die vielfältigen und manchmal entgegenstehenden Rechtstheorien haben immer mehr zu den gegenwärtigen juristischen Methodendiskussionen, wie sie auch in China stattfinden, beigetragen und umgekehrt werden diese von den Diskussionen angeregt. Es ist nicht ungewöhnlich, dass ein neuer Methodenversuch auf einem der oben erwähnten Ansätze oder Paradigmen der Rechtstheorie begründet wird. Auf dieses Verhältnis zwischen juristischer Methodenlehre und Rechtstheorie wird im Folgenden noch genauer eingegangen.

II. Die Rezeption und Diskussion der Methodenlehre in der chinesischen Rechtswissenschaft

1. Die Entstehung der Methodenfrage in der Rechtsprechung und Ausbildung

Die Methodenfrage in China tritt nicht grundlos auf. Neben der Wiederkehr der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie wurde in der Rechtswirklichkeit eine neue umfassend veränderte Verfassung mit einem Grundrechtskatalog im Jahr 1982 vom Nationalen Volkskongress beschlossen und verkündet. Durch viermalige Verfassungsänderungen wurden u. a. das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit im Jahr 1999 und die Staatspflicht zur Beachtung und zum Schutz der Menschenrechte im Jahr 2004 hinzugefügt. Gleichzeitig begann ein umfangreich angelegtes Projekt der modernen Gesetzgebungen in fast allen Rechtsgebieten, welches noch bis zum heutigen Tag andauert. Dementsprechend ist der Bedarf der Rechtsvergleichungen und damit der Rechtsrezeptionen sehr dringend.

Wie Recht und Gesetz aber anzuwenden sein sollen, ist noch eine andere Frage. Die Auslegung einer Gesetzesvorschrift gehört seit langem zu den Kompetenzen des betroffenen Gesetzgebers. Für die Auslegung der Verfassung bzw. die Aufsicht der Durchführung der Verfassung ist der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses zuständig. Hingegen ist der Richter nicht ermächtigt in einem konkreten Fall die Gesetzesauslegung vorzunehmen, geschweige denn die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu beurteilen. Wenn in der Gerichtspraxis unklare Fälle zu entscheiden sind, die bloß gemäß dem Gesetz, sei es formell oder informell, nicht unmittelbar entschieden werden können, kann sich das zuständige Gericht über Amtswege an das OVG wenden, mit der Bitte um Klärung der Anwendung des Gesetzes im konkreten Fall. Darüber hinaus darf das OVG „justizielle Auslegungen“ erlassen, die aber oft auf eine abstrakte und systematische Weise formuliert

²⁴ Vgl. *Feng Wei*, Der Anspruch des Rechts auf Richtigkeit und seine methodologischen Bedeutungen. Zu *Alexys* Antwort auf den Rechtspositivismus, *Chaoyang Law Review* 2010/Band 3, 122-141.

werden und von jedem Richter beachtet werden sollen. Auf die Frage, ob diese Auslegungskompetenz überhaupt der Auslegung im eigentlichen Sinne entspricht, wird weiter unten noch eingegangen.

Was dringender scheint ist die Bemühung um ein unabhängiges Justizsystem, das bis heute noch nicht verwirklicht wurde. Derzeit besteht noch ein erheblicher Prozentsatz der Richter aus demobilisierten Offizieren.²⁵ Die Unabhängigkeit der Justiz bereitet auf zwei Ebenen Probleme: Wie soll das Gericht personell und fiskalisch frei von Verwaltungseingriffen organisiert werden? Und zweitens, wie kann der Richter sachlich und auch noch unparteiisch entscheiden? Die Unabhängigkeit der Justiz setzt zunächst eine entsprechende politische Rahmensetzung voraus.

Vor diesem Hintergrund wendeten sich viele Juristen der Unabhängigkeit der Justiz durch die Professionalisierung der Richter zu. Demnach ist eine professionelle Gemeinschaft der Juristen, in deren Mittelpunkt die Richter stehen, aufzubauen. Diese Professionalisierung, isoliert betrachtet, setzt aber ein adäquates juristisches Ausbildungsmodell voraus.²⁶ Deshalb wurde 2002 ein juristisches Staatsexamen eingerichtet, das einmal im Jahr stattfindet. Was in der Rechtsprechung und Ausbildung eine nicht unwichtige Rolle spielen soll, ist selbstverständlich die Rechtsdogmatik mit ihrer Methodenlehre, die früher nicht im Blickfeld lag.

2. Die Rezeption der juristischen Methodenlehre in China

a) Die frühe Rezeption der juristischen Hermeneutik über Japan und Taiwan

Es ist anerkannt, dass *Liang Huixing* der erste Rechtsgelehrte war, der eine hermeneutisch geprägte Methodenlehre der Rechtswissenschaft, insbesondere die der Zivilrechtswissenschaft, um 1993 nach China einführte.²⁷ In seinem Buch „Hermeneutik des Zivilrechts“ aus dem Jahr 1995 zitierte dieser die

²⁵ Vgl. *He Weifang*, Gerichtliche Reform und justizielle Unabhängigkeit in China: Beobachtung und Reflexion eines Teilnehmers, *Zhejiang Social Sciences* 2003/2, 83-87.

²⁶ Vgl. *Fang Liufang*, Beobachtung über die juristische Ausbildung in China, *Journal of Comparative Law* 1996/2, 116-144; *ders.*, Frage nach der juristischen Ausbildung, *China Legal Science* 2008/6, 14-21. Zur Darstellung des juristischen Ausbildungsmodells in Deutschland vgl. *Zheng Yongliu*, Wissenschaftsfreiheit, Professorenselbstverwaltung, Berufstreue: Kurzdarstellung der juristischen Ausbildung in Deutschland, *Journal of Comparative Law* 1997/4, 277-368; *ders.*, Juristische Berufe und das Staatsexamen: Ein Blick auf das Ausbildungs- und Auswahlmodell der beruflichen Juristen in Deutschland, *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)* 2001/5, 19-22; *Xu Xianming/Zheng Yongliu*, Reform der juristischen Ausbildung nach dem Sechs-Jahres-Modell, 2009. Zur Ausführung des Ausbildungsmodells in Anglo-Amerika vgl. *Ho Betty Mayfoon*, Über die anglo-amerikanische Rechtsausbildung in China, 2005.

²⁷ Vgl. *Liang Huixing*, Grundprobleme der Methodenlehre der Rechtsauslegung, *Peking University Law Journal* 1993/1, 15-22; und *ders.*, Zu Methoden der Rechtsauslegung, *Journal of Comparative Law* 1993/1, 47-64.

Literatur und sogar die Rechtsprechung²⁸ hauptsächlich aus Japan²⁹ und teilweise aus Taiwan³⁰. Damit war die Theorierezeption von *Liang Huixing* der damaligen Rechtspraxis in China weit voraus. Im Jahr 2003 veröffentlichte er noch ein weiteres Buch namens „*Methoden der Fallentscheidung*“ mit einer großen Anzahl von neueren chinesischen Urteilen.³¹ In diesem Buch plädierte er immer wieder dafür, dass „auch die Richter auf dem Festland Chinas eines Tages vom Albtraum des lokalen Protektionismus, der Einmischung von Verwaltungsbehörden, sowie der Justizkorruption befreit werden können“.³²

Während die Hermeneutik bei ihm ins Chinesische mit „Auslegungslehre (*jieshixue*)“ übersetzt wurde, umfasst die juristische Hermeneutik nicht nur die Rechtsauslegungslehre (oder: „Auslegung im engeren Sinne“), sondern auch die Rechtsquellenlehre und die Rechtsfortbildungslehre (oder: „Auslegung im weiteren Sinne“).³³ Deshalb könnte sie tatsächlich als Synonym der juristischen Methodenlehre in Deutschland betrachtet werden.³⁴ Zudem sei die Geschichte, die sich von der römischen *Jurisprudentia* über die Begriffsjurisprudenz und Pandekten bis zur jüngsten Interessenjurisprudenz erstreckt, als eine Geschichte der juristischen Hermeneutik zu verstehen.³⁵

Es ist interessant zu beobachten, wie die Rechtsdogmatik mit der Methodenlehre der Rechtswissenschaft in China in Verbindung gebracht wurde. Die hermeneutische Auffassung der juristischen Methodenlehre und sogar der Jurisprudenz als solche, spiegelt das Verständnis der Methodenlehre im zeit-

²⁸ Vgl. *Liang Huixing*, Hermeneutik des Zivilrechts, 1. Aufl., 1995; 3. Aufl., 2009.

²⁹ Die Literatur aus Japan war und ist auch heute nicht zugänglich für die meisten Juristen und Jurastudenten in China. Vgl. z. B. *Yoko Watanabe*, Rechtssoziologie und Rechts hermeneutik, 1959; *Ishida Minoru*, Die Methode der Rechtsauslegungswissenschaft, 1976; *Matsusaka Saichi*, Grundprobleme der Auslegung des Zivilrechts, 1985. Eine Darstellung der Kontroverse über die Wissenschaftlichkeit und Objektivität der juristischen Hermeneutik in Japan, vgl. *Liang Huixing*, a.a.O., S. 150-188. Dort wurde auch die japanische Übersetzung von *Larenz'scher Methodenlehre der Rechtswissenschaft* zitiert.

³⁰ Die Literatur aus Taiwan war seit langem nur zugänglich für wenige spezialisierte Juristen nach eigenem Forschungsinteresse, wurde dann aber wegen zunehmendem Bedarf auch auf vereinfachtem Chinesisch im Festland Chinas veröffentlicht. Vgl. z. B. *Yang Ren-Shou*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1986; Nachdruck auf Chinesisch (vereinfacht), 1. Aufl., 1991; 2. Aufl., 2013. *Huang Mao-Rong*, Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht, 3. Aufl., 1993; Nachdruck auf Festlandchinesisch (vereinfacht), 2001; 6. Aufl., 2009. *Wang Tze-Chien*, Juristisches Denken und Fallbearbeitung des Zivilrechts. Systematik der Anspruchsgrundlagen, Taiwan 2001, 2003, auf Festlandchinesisch (vereinfacht) 2009. Auch die Übersetzungsarbeiten aus Taiwan sind vor allem: *Larenz* (Fn. 1); *Kaufmann* (Fn. 1), 1997; *Kaufmann* (Fn. 1), 1998; *Puppe* (Fn. 1). Unten werden ohne weiteres nur die Versionen auf vereinfachtem Chinesisch zitiert.

³¹ Vgl. *Liang Huixing*, Methoden der Fallentscheidung, 1. Aufl., 2003; 2. Aufl., 2012.

³² *Liang* (Fn. 31), S. 1.

³³ *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 192-193.

³⁴ A.a.O., S. 190.

³⁵ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 3-75.

genössischen Japan, sowie in Taiwan wider. Dementsprechend wird in Taiwan die sog. Rechtsdogmatik oft als „Lehre der Bedeutungserklärung des Rechts“ (*falü shiyi xue*) übersetzt.³⁶ Noch überraschender ist, dass die vielfältigen Theorien der juristischen Argumentation, seien sie mittelbar über Japan aus Deutschland³⁷ oder unmittelbar aus dem englischen Sprachraum,³⁸ auch als eine Strömung der juristischen Hermeneutik in China vorgestellt wurden. Deswegen kann man bis heute die Spur dieser hermeneutischen Auffassung in den neueren Werken in den einzelnen Rechtsgebieten in China finden.³⁹

b) Die jüngste Rezeption der juristischen Methodenlehre aus Deutschland

Während *Liang Huixing* nur die japanische Übersetzung der *Karl Larenz'schen Methodenlehre der Rechtswissenschaft* zitieren konnte, erschien ein Jahr später, im Jahr 1996, eine Übersetzung dieses Werks in traditionellem Chinesisch in Taiwan. 2003 wurde die Schrift dann auch in vereinfachtem Chinesisch auf dem Festland Chinas veröffentlicht.⁴⁰ Zugleich waren die betreffenden Forschungsergebnisse aus Taiwan zugänglich.⁴¹ Seither ist die Methodenlehre der Rechtswissenschaft nicht mehr unbekannt, sondern wird selbstverständlich als ein Teilbereich der Abteilung der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie eingerichtet. Dazu werden auch zahlreiche Werke, beispielsweise von *Carl v. Savigny*, *Karl Engisch*, *Arthur Kaufmann*, *Reinhold Zippelius*, *Carl Schmitt* usw., ins Chinesische übersetzt.⁴²

c) Die jüngste Rezeption der juristischen Argumentationstheorie weltweit

Chronologisch wurde die Übersetzung von *Robert Alexy*, nämlich die *Theorie der juristischen Argumentation*, im Jahr 2002 als das erste Werk im Bereich

³⁶ Vgl. z.B. *Wang Tze-Chien*, Persönlichkeitsrecht: Rechtsdogmatik, Rechtsvergleichung und Fallbearbeitung, Taiwan 2002, auf Festlandchinesisch (vereinfacht) 2013.

³⁷ Vgl. *Ji Weidong*, Der Sinn der Rechtsauslegung: Suche nach einem dritten Weg der praktischen Jurisprudenz 1. Teil, Peking University Law Journal 1998/6, 1-16. Dort wurden die japanischen Übersetzungen oder Darstellungen von *Habermas*, *Alexy* (Fn. 5), *Neumann* (Fn. 5), *Müller* (Fn. 3) zitiert.

³⁸ Vgl. a.a.O., S. 1-16. Vgl. auch *Zhang Zhiming*, Analyse zur Operation der Rechtsauslegung, 1998, S. 69-219. Mehrfach zitiert wird: *MacCormick/Summers* (Hrsg.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, 1991. Darin enthalten ist u.a. ein Beitrag von *Alexy/Dreier*, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*, S. 82-91.

³⁹ Vgl. *Wang Liming*: Einführung in die juristische Auslegungslehre (Hermeneutik): Aus zivilrechtlicher Perspektive, 2009; *Gao Qinwei*, Auslegungslehre (Hermeneutik) der Normen im Verwaltungsrecht, 2008; *Wang Xu*, Auslegungslehre (Hermeneutik) des Verwaltungsrechts, 2010; *Zhang Xiang*, Bedeutungserklärungslehre (Dogmatik) des Verfassungsrechts, 2013.

⁴⁰ Vgl. *Larenz* (Fn. 1).

⁴¹ Vgl. Fn. 30 und 36.

⁴² Andere Übersetzungen neben *Larenz* vgl. Fn. 1.

der juristischen Methodenlehre in China veröffentlicht.⁴³ Auch in Taiwan geht die Forschung darüber auf das Jahr 1995 zurück.⁴⁴ Der zeitliche Vorsprung der Erscheinung von Alexys Werk im chinesischen Sprachraum ist nicht ohne Bedeutung, weil sich der Stil von Alexy und damit der Stil der juristischen Argumentationstheorie⁴⁵ von der juristischen Methodenlehre unterscheidet und moderner erscheint. Die Argumentationstheorie macht bewusst, dass die Rechtsfindung durch Auslegung und sogar durch Fortbildung, wie sie bei der juristischen Hermeneutik erfolgt, nicht mehr genügend ist, sondern die Rechtfertigung und Überzeugung des richterlichen Urteils von Belang ist. So gesehen ist die juristische Hermeneutik heutzutage bereits als eine traditionelle Methodenlehre zu betrachten.

Ein anderer Vorteil der juristischen Argumentation liegt in den Beiträgen aus der ganzen Welt. Während im englischen Sprachraum sehr wenige Werke mit dem Titel „*legal methodology*“ vorhanden sind, die sich relativ unabhängig von den Einzelbereichen der Rechtsordnung des *Common Law* einerseits und von der *Jurisprudence* andererseits entwickelt haben, bestehen noch zahlreiche Untersuchungen, die als „*legal reasoning*“, „*legal argumentation*“, „*legal interpretation*“, „*judicial process*“ usw. bezeichnet werden. Sie sind nichts anderes als parallele Literatur über die juristische Methodenlehre und insbesondere über die Argumentationstheorie. Diese Untersuchungen sind ein Hauptgrund dafür, dass die jüngste Theorie der juristischen Argumentation sich in größerer Breite und mit intensiverer weltweiter Zusammenarbeit als die herkömmliche juristische Methodenlehre entwickelt hat und entwickeln wird. Auch die Übersetzungen der juristischen Argumentationstheorie werden nicht mehr mittelbar über Japan und Taiwan durchgeführt. Und diese Entwicklung von der mittelbaren Übersetzung zur unmittelbaren Übersetzungsarbeit spiegelt auch den Rezeptionsvorgang in China wider.

3. Die Probleme der Rezeption

a) Die Übersetzungsabhängigkeit

Trotz der Bemühungen der chinesischen Übersetzer in fast jedem Bereich der Wissenschaften, insbesondere nach 1978, sind die Bedürfnisse noch längst nicht befriedigt. Dies gilt auch für die Rechtswissenschaft in China. Freilich sind dieser stetige Mangel und damit die Abhängigkeit von der Übersetzung ein Nebenprodukt der Rezeption der kontinentaleuropäischen und der anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft in China. Es ist für die juristische Me-

⁴³ Vgl. Alexy (Fn. 5).

⁴⁴ Vgl. Yen Chueh-An, Recht, Vernunft und Argumentation: Alexys Theorie der juristischen Argumentation, *Chengchi Law Review* 1995/6, 1-44; Nachdruck in: *ders.*: Recht und praktische Vernunft, 1998; Nachdruck auf Chinesisch (vereinfacht), 2003.

⁴⁵ Andere Übersetzungen neben Alexy vgl. Fn. 5.

thodenlehre sehr ungünstig, dass nur der zweite systematische Teil der *Larenz'schen Methodenlehre der Rechtswissenschaft* – und zwar die Studienausgabe – ins Chinesische übersetzt wurde.⁴⁶ Der erste historische Teil dagegen fehlt. Deswegen bleibt die Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre von *Savigny* bis hin zur Wertungsjurisprudenz und zu den jüngsten Ansätzen nicht geklärt.⁴⁷ Die Geschichte der römischen Rechtspraxis und ihrer Methoden konnte lange nicht nachvollzogen werden.

b) Die Unübersichtlichkeit

Zahlreiche rechtsphilosophische Werke setzen sich mit juristischen Methoden und Argumentationen auseinander. Die Beziehung zwischen der juristischen Methodenlehre und der Rechtstheorie wird jedoch nicht in ihrer Gesamtheit untersucht sondern teilweise stark segmentiert betrachtet. Dies lässt sich auf Übersetzungsprobleme, aber auf auch die oben bereits dargestellte Tendenz der Differenzierung zwischen der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie als „Juristenphilosophie“ zurückführen. So werden die Werke von *Kelsen*, *Hart* und *Dworkin*, obwohl sie in China ebenfalls als rechtsphilosophische Standardwerke gelten und in den einschlägigen Diskussionen erhebliche Beachtung finden, in den Methodendiskussionen nur in Ausnahmefällen berücksichtigt oder zitiert. Zudem wurde es immer komplexer, die Entstehung der Hermeneutik, Topik und Rhetorik der Antike oder des Mittelalters nachvollziehbar darzustellen und ihre Beziehung zu zeitgenössischen Rechtswissenschaften aufzudecken.⁴⁸

⁴⁶ Vgl. *Larenz* (Fn. 1).

⁴⁷ Vgl. vertrauend aber nur *Wu Congzhou*, Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz, und Wertungsjurisprudenz: Versuch einer Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre der Zivilrechtswissenschaft, 2007; Nachdruck auf vereinfachtem Chinesisch, 2011.

⁴⁸ Vgl. vertrauend aber nur *Shu Guoying*, Suche nach dem Standpunkt der Rechtswissenschaft: Zugleich zur Denkweise der topischen Jurisprudenz, *Chinese Journal of Law* 2005/3, 3-20; *ders.*, Antike Rhetorik im Abendland: Ursprung, Leitsatz und Technik, *Journal of China University of Political Science and Law* 2011/4, 33-52; *ders.*, Die „Statuslehre“ enträtselt, *Tribune of Political Science and Law* (*Journal of China University of Political Science and Law*) 2012/2, 12-34; *ders.*, Kasuistik: Methode, Ursprung, ihre(r) Entstehung und Niedergang, *Journal of China University of Political Science and Law* 2012/2, 5-21; *ders.*, Untersuchung von Ciceros *Topika*, *Law and Social Development* 2012/4, 85-95; *ders.*, Zur Aristotelischen Topik, *Journal of China University of Political Science and Law* 2013/2, 5-40; *ders.*, Die methodologischen Elemente im Werdegang der römischen Jurisprudenz, *Journal of Comparative Law* 2013/1, 1-42; *ders.*, Wiederentdeckung der Digesten und Ursprung der neuzeitlichen juristischen Ausbildung, *China Law Review* 2014/2, 99-117; *ders.*, Bolognas Glossatoren: Methode und Stil, *Science of Law* (*Journal of Northwest University of Political Science and Law*) 2013/3, 33-44; *ders.*, Entstehung und Krise der Kommentatoren: eine Untersuchung aufgrund der Epistemologie und Methodologie, *Peking University Law Journal* 2013/5, 1006-1038.

c) „Der Blindflug der Methodenlehre“ in der Rechtswissenschaft

Vor dem Hintergrund der Übersetzungsabhängigkeit und zugleich der Unübersichtlichkeit des Gesamtbildes der geschichtlichen Entwicklung der Methodenlehre herrscht in China tatsächlich ein „Blindflug der Methodenlehre“ in der Rechtswissenschaft.⁴⁹ Manche neueren Werke sind in ihrer Auswahl eher dem Zufall überlassen und deshalb überraschend statt hilfreich für die Rechtstheorie und Rechtspraxis in China. Auch die jüngste rezipierte Theorie der juristischen Argumentation vermag an dieser Situation nichts zu ändern.

Neben den Übersetzungstätigkeiten ist es keine Übertreibung zu sagen, dass sich fast alle chinesischen Rechtstheoretiker und Rechtsphilosophen um die Entwicklung eines ihrer Ansicht nach adäquaten Modells der Rechtsstaatlichkeit bemühen und zu diesem Zweck den Fokus auf den Charakter der Rechtswissenschaft in China gelegt haben. Eine andere gleichrangige Problematik bezieht sich auf die Unabhängigkeit der Justiz. Auch die Rezeptionen der Rechtsinstitute und die der juristischen Methodenlehre müssen unvermeidlich diesen bis heute noch nicht gelösten, rechtsstaatlichen und zugleich rechtswissenschaftlichen Fragen begegnen.

4. Der Charakter der Rechtswissenschaft: kulturell, sozial oder dogmatisch?

a) Die Rechtswissenschaft als „Kulturwissenschaft“

Wie oben bemerkt, wird das Prinzip der Herrschaft des Staates aufgrund und durch Recht (*yifa zhiguo*), welches viele Teilaspekte des deutschen Rechtsstaatsprinzips enthält, auch auf eine besondere Weise mit chinesischer Prägung praktiziert. Dieses Prinzip – oder kurz: das Prinzip der Herrschaft aufgrund und durch Recht (*fazhi*) – ist als Gegensatz zur Herrschaft aufgrund und durch Menschen (*renzhi*) zu verstehen. Die letztere hat ihre tiefen Wurzeln in der chinesischen Rechtsgeschichte. Deswegen fördert das neue Rechtsstaatsprinzip neue Auseinandersetzungen mit der Rechtsidee und Rechtskultur im alten China.

Seit den 1990er Jahren erlebt die Forschung zur antiken chinesischen Rechtskultur, die die selbstbewusste Bewährung der eigenen Kultur und zugleich die Erwiderung gegen den sog. „Westzentrismus“ behauptet, einen

⁴⁹ Vgl. Rütters (Fn. 1), S. 367-369; ders., Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug?, NJW 1996, 1249ff. Dort kritisiert Rütters die doppelte Illusion der geschichtslosen als auch unpolitischen Rechtsanwendung, die Deutschland insbesondere in der Nachkriegszeit lange beherrschen sollte. Diese Metapher vom „Blindflug der Methodenlehre“ wird dann auch, *mutatis mutandis*, im gegenwärtigen China angewandt. Vgl. z.B. Chen Linlin, Der methodologische Blindflug: Bemerkung zur Methode der Interessenjurisprudenz, Zhejiang Social Sciences 2004/5, 63-71.

Aufschwung.⁵⁰ Dieser Westzentrismus sollte sich vermutlich in jedem Gebiet der Wissenschaft durch einen Vergleichs- und Rezeptionsvorgang verbreiten. Freilich war dieses Forschungsinteresse nicht mit der „wertbeziehenden Kulturwissenschaft“ im Sinne von *Gustav Radbruch*⁵¹ gleichzusetzen, vielmehr wurde es sehr stark vom semiotischen Kulturbegriff des amerikanischen Ethnologen *Clifford Geertz* angeregt.⁵² Das Recht sei als kultureller Sinngehalt und entsprechendes Symbol oder als „lokales Wissen“ zu verstehen und damit nur unter verschiedenen Wertbetrachtungen erklärbar.⁵³ Deshalb ist eine neue, adäquate Erklärung der chinesischen Rechtsgeschichte erforderlich, die aber wiederum nur mit Hilfe der relativ neuen und toleranten Kulturwissenschaft aus dem Westen aufgebaut werden kann.

Über das Interesse an der geschichtlichen Erklärung kann hier nicht hinreichend diskutiert werden. Zweifelfrei weist der jahrtausendlange Herrschaftstypus bzw. das Straf- und Verwaltungsrechtssystem Chinas Defizite der Rechtsstaatlichkeit auf, weil aus Sicht der Konfuzianer und auch aus der der chinesischen Legalisten die Herrschaft aufgrund und durch Menschen, die tugendlich oder utilitaristisch sind, übermäßig betont wurde.⁵⁴ Neuerdings ist aber die Verbindung zwischen rechtmäßigen und tugendlichen Herrschaftstypen des Staats, die vom den konfuzianischen Ideal geprägt wird, wieder hervorzuheben. Trotzdem behandelt das im Spannungsverhältnis stehende gegenwärtige Rechtssystem nicht mehr nur bloße traditionelle Straf- bzw. Verwaltungsgesetze, sondern ein zunehmend modernisiertes privates und öffentliches Recht.

Eine andere interessante Methodenfrage bezieht sich auf die Forschungen zur sog. *lǚxue* (etwa wie die Lehre der Kommentierung vom Gesetzesbuch) im antiken China, die jetzt aber ungehindert aus der hermeneutischen Perspektive unternommen wird.⁵⁵ Ob die philosophische und die juristische

⁵⁰ Vgl. *Liang Zhiping*, Kulturelle Interpretation des Rechts, in: ders. (Hrsg.): Kulturelle Interpretation des Rechts, 2. Aufl., 1998, S. 41-49.

⁵¹ Die Definition der Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft von *Gustav Radbruch* vgl. vor allem *Radbruch: Rechtsphilosophie*. Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier, 1. Aufl., 1999, S. 115; ins Chinesische übersetzt von *Wang Pu*, 2005, 2013, S. 122. Eine Diskussion in China darüber vgl. *Feng Wei*, Gustav Radbruchsche Rechtsphilosophie und vier betreffende Dialoge“, *Natur des Rechts*, 2008/Band 3, S. 108 und 112.

⁵² Vgl. *Geertz*, Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective, in: ders., *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Basic Books 1983, S. 167-234; ins Chinesische übersetzt von *Deng Zhenglai*, in: *Liang Zhiping* (Hrsg.) (Fn. 50), S. 73-171.

⁵³ Vgl. *Geertz*, a.a.O., S. 126-131. Auch vgl. *Liang Zhiping*, Kulturelle Interpretation des Rechts (Fn. 50), S. 53-55.

⁵⁴ Vgl. *Liang Zhiping*, Auseinandersetzung um das „Recht“, in: ders. (Hrsg.) (Fn. 50), S. 379-382.

⁵⁵ Vgl. *He Min*, Über den praktischen Wert der traditionellen Lehre der Kommentierung des Gesetzbuchs ausgehend von der privaten Kommentierung in der Qing Dynastie, *Law*

Hermeneutik auf das traditionelle chinesische Rechtssystem angewandt werden können, wäre jedoch selbst eine Methodenfrage. Sollte man dies bejahen, würde sich wiederum die anschließende Frage stellen, ob die chinesische *lǚxue* weiterhin besondere Methoden oder Argumentformen anbieten kann, die unter sorgfältiger Betrachtung als neu und unersetzbar anzusehen sind. Die Antwort bleibt noch offen. So konnten zahlreiche Forscher bisher lediglich die Existenz einer spezifischen Werteordnung des Rechts im antiken China nachweisen, nicht jedoch eine besondere Methode der Rechtsanwendung.⁵⁶

b) Die Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft

Eine andere, nicht einfach anzufechtende Auffassung nimmt an, dass die Herrschaft des Staates aufgrund und durch das moderne Recht nicht einseitig und isoliert verwirklicht werden könne, solange die sogenannten „einheimischen Ressourcen“ (*bentu ziyuan*) in China außer Betracht bleiben würden.⁵⁷ Umso trauriger ist es, dass die bloße Rezeption des ausländischen Rechts die Ideen der Rechtsstaatlichkeit missverstehe und damit ein adäquater Plan für die Modernisierung des chinesischen Rechtssystems fehle. Zudem wird behauptet, dass allein die Professionalisierung der Rechtsgemeinschaft mit Hilfe der Rezeption der juristischen Hermeneutik nicht genügend sei und auch den tatsächlichen Entwicklungsvorgang der Rechtspraxis in China nicht sachgerecht erklären könnte.⁵⁸ Deswegen wenden sich viele Autoren der Rechtssoziologie zu und betrachten Jurisprudenz im Wesentlichen als ein Teil der Sozialwissenschaft.⁵⁹ Demnach hält sich der Nutzen der juristischen Hermeneutik und Rechtsdogmatik stark in Grenzen.

Science 1997/5, 7-14; Nachdruck in: *Liang Zhiping* (Hrsg.): Probleme der Rechtsauslegung, 1998, S. 323-350. Auch vgl. *Xie Hui*, Die philosophische Dimension der juristischen Hermeneutik im antiken China, 2005.

⁵⁶ Vgl. *Xie Hui*, a.a.O., S. 68-134.

⁵⁷ Vgl. *Zhu Suli*, Rechtsreform, Aufbau der Rechtssysteme und ihre einheimischen Ressourcen, Peking University Law Journal 1995/5, 1-9; Nachdruck in: *ders.*, Die Rechtsstaatlichkeit und ihre einheimischen Ressourcen, 1996, S. 3-22.

Es soll aber hier bemerkt werden, dass weder im Deutschen noch im Chinesischen der Begriff der „einheimischen Ressourcen“ des Rechts (bzw. der Rechtsstaatlichkeit) existiert. Dieser wurde tatsächlich von *Zhu Suli* selbst nach dem Vorbild des „lokalen Wissens“ von *Geertz* (Fn. 52) geprägt. Dagegen ist ein anderer Begriff vom „einheimischen Recht“ im Vergleich zum Römischen Recht schon vorhanden gewesen, sei es in Deutschland oder England. Dazu vgl. v. *Savigny* (Fn. 1), S. 37; und *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, 3. Aufl., 1956, S. 6.

⁵⁸ Vgl. *Zhu Suli*, Schwierigkeiten der Auslegung: Frage nach einigen Auslegungsmethoden der Rechtstexte, Social Sciences in China, 1997/4, 12-31.

⁵⁹ Vgl. *Zhu Suli*, Vielleicht hat es schon angefangen: Ein Überblick über die Entwicklung der Rechtswissenschaft im gegenwärtigen China, Journal of Comparative Law 2001/3,

c) Die Rechtswissenschaft als Normenwissenschaft

Angesichts der beiden Charakterisierungen der Rechtswissenschaft bleiben die folgenden Fragen noch unbeantwortet: Wie ist die Rechtsstaatlichkeit in China aufzubauen? Woher könnte eine chinesische juristische Methodenlehre überhaupt kommen ohne die Theorierezeption von außen und demzufolge die Forschungen zu den konkreten Methodenfragen von innen? Vor diesem Hintergrund taucht die „rechtswissenschaftliche“ Methodenlehre⁶⁰ auf, die auf der einen Seite die juristische Methodenlehre nach China übernimmt, auf der anderen Seite die Rechtswissenschaft vor den Einwänden aus den Kultur- und Sozialwissenschaften des Rechts schützen will.

Die Rechtswissenschaft im Zusammenhang mit der Methodenlehre der Rechtswissenschaft bezieht sich nicht auf andere Teildisziplinen wie die Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung usw., sondern nur auf die Rechtsdogmatik. Unbeschadet kann man sie auch als „dogmatische“ Rechtswissenschaft bezeichnen.⁶¹ Genau diese Rechtsdogmatik ist die eigentliche, im engeren Sinne gemeinte Jurisprudenz, die auf die römische Tradition der „*Jurisprudentia*“ zurückzuführen ist.⁶² Jedenfalls entwickelten sich in Angloamerika auch aufgrund des verbindlichen Richterrechts und damit der Doktrin der *stare decisis* seit langem eine Reihe von *legal doctrines*, die eine sehr ähnliche Funktion wie die Rechtsdogmatik in Kontinentaleuropa haben.⁶³

Bei der Übersetzung des Begriffs der Rechtsdogmatik versuchen verschiedene Autoren eigene Wortschöpfungen zu kreieren. Während sich die Benennung als „Lehre der Doktrinen des Rechts“ (*falü jiaoyi xue*)⁶⁴ zunehmend

1-9. Darin unterscheidet er die mehr wünschenswerte „sozialwissenschaftliche“ Jurisprudenz von der „rechtspolitischen“ als auch der „hermeneutischen“ Jurisprudenz in China. Neuerlich nach ungefähr dreizehn Jahren benannte er letztere „hermeneutische“ Jurisprudenz in die „Rechtsdogmatik“ um, trotzdem bevorzugt er immer noch seine „sozialwissenschaftliche“ Jurisprudenz. Vgl. *Zhu Suli*, Änderung der Situation in chinesischen juristischen Forschungen, *Studies in Law and Business* 2014/5, 58-66.

⁶⁰ Vgl. *Shu Guoying*, Die Entwicklung von abstrakten Rechtstheorien aus Sicht der Methodik, *Zhejiang Social Sciences* 2004/5, 39-47. Dorthin werden *Larenz* (Fn. 1) und/oder *Alexy* (Fn. 5) mehrfach zitiert.

⁶¹ *Larenz* (Fn. 1), S. 77-79; auch *Alexy* (Fn. 5), S. 307-314.

⁶² *Larenz* (Fn. 1), S. 5.

⁶³ Die ähnliche Behauptung von *Aarnio*, vgl. *Aarnio/Alexy/Peczenik* (Fn. 5), S. 58-59; Chinesische Übersetzung von *Feng Wei*, S. 50-51. Auch *H. L. A. Hart* hat u.a. „a specific form of legal science concerned with the systematic or dogmatic exposition of the law and its specific methods and procedures“ oder kurzum „dogmatic studies of law“ gefordert. Dazu *H.L.A. Hart*, *Problems of the Philosophy of Law*, in: *ders.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, S. 88-89; ins Chinesische übersetzt von *Zhi Zhenfeng*, 2005, S. 95-96.

⁶⁴ *Alexy* (Fn. 5), S. 307; Chinesische Übersetzung von *Shu Guoying*, S. 310-311. Auch *Kaufmann/Hassemer* (Fn. 1), S. 1-3; Chinesische Übersetzung von *Zheng Yongliu*, S. 3-5.

durchgesetzt hat, werden andere Namen, die von obengenannter Hermeneutik geprägt sind, wie beispielsweise „Lehre der Dogmen des Rechts“ (*falü xintiao lun*)⁶⁵ und „Lehre der Bedeutungserklärung des Rechts“ (*falü shiyi xue*)⁶⁶ nach wie vor häufig benutzt. Außerdem unterscheiden einige Autoren zwischen der „Rechtswissenschaft innerhalb der Rechtsdogmatik“⁶⁷ und der Rechtswissenschaft außerhalb derselben, zu der vor allem die Kultur- und Sozialwissenschaften des Rechts gehören.

Nach der herrschenden Meinung in China soll die gegenwärtige Rechtswissenschaft durch mindestens vier Elemente charakterisiert werden:

1. Die Rechtswissenschaft beschäftigt sich stets mit dem positiv geltenden Recht. Dies bedeutet, dass ein Jurist nur innerhalb eines Rechtssystems seine Alltags Tätigkeiten durchführen kann. Er darf zwar auf eine kritische Weise Stellung nehmen, diese Kritik ist aber wiederum innerhalb dieses positiven Rechtssystems vorzubringen.⁶⁸

2. Die Rechtswissenschaft gehört zu den normativen Geisteswissenschaften. Ungeachtet zahlreicher Einwände verdient die Rechtswissenschaft die Bezeichnung als Wissenschaft und zwar als ein Inbegriff der lehr- und lernbaren Erkenntnisse (*epistēmē, scientia*). Diese Wissenschaft des Rechts beschäftigt sich nicht mit der Naturwelt, sondern betrachtet das geltende Recht als ein normatives Regelungssystem. Dementsprechend können die in Bezug auf das Recht genommenen Ausdrücke nicht als deklaratorische Aussagen (oder: Propositionen) umformuliert werden, die bestimmte Dinge tatsächlich als wahr oder falsch beschreiben. Sie sind stattdessen als normative Aussagen zu verstehen, die als „rechtmäßig“ oder „rechtswidrig“ bzw. „gültig“ oder „ungültig“ eingestuft werden dürfen.⁶⁹ In diesem Zusammenhang kann man von einer normativen Geisteswissenschaft sprechen. Ob die Rechtswissenschaft weithin aus der Perspektive von *Kelsens* normativistischer Rechtstheorie zu verstehen wäre, wird noch unten bei der Theorie des Rechtsnormensatzes behandelt werden.

3. Die Rechtswissenschaft ist auch ein wertorientierter Betrieb.⁷⁰ Ohne Wertung kommt die Jurisprudenz nicht aus.⁷¹ Seit langem wurde die Kommentierung der Rechtsvorschriften ausschließlich als die Hauptaufgabe der Rechtswissenschaft angesehen, deshalb passierte es sehr leicht, dass der Wertorientierung der Rechtswissenschaft, absichtlich oder unabsichtlich, nicht genügend Rechnung getragen wurde. Es ist deshalb ein Beitrag der gegen-

⁶⁵ Kaufmann, 1997 (Fn. 1), S. 1-2; Chinesische Übersetzung von *Liu Xingyi* u.a., S. 15-16.

⁶⁶ Vgl. *Wang Tze-Chien* (Fn. 36).

⁶⁷ *Shu Guoying* (Fn. 60), 40.

⁶⁸ Vgl. Kaufmann, 1997 (Fn. 1), S. 12; auch vgl. *Shu Guoying* (Fn. 7), S. 3-4, S. 7-8.

⁶⁹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 83-91, und S. 138-141.

⁷⁰ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 112-117; vgl. auch *Shu Guoying* (Fn. 7), S. 4 und S. 9-10.

⁷¹ Vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 23.

wärtigen Rechtswissenschaft, diese wertorientierte Denkweise aufzuzeigen und mittels der juristischen Methodenlehre durchzusetzen.

4. Bei der Rechtswissenschaft handelt es sich schließlich um Einzelfälle und individuelle Entscheidungen, die gegebenenfalls der Berücksichtigung aller relevanten Umstände bedürfen. Angesichts der Komplexität der Wertebewertung im Recht hat die Rechtswissenschaft nicht die Absicht eine Rangfolge zwischen den verschiedenen wichtigsten Werten auf eine abstrakte Weise zu bestimmen. Vielmehr sind die konkurrierenden Güter in Einzelfällen gegeneinander abzuwägen. Schon in der römischen Jurisprudenz sprach Celsius: „*Ius est ars boni et aequi.*“ Dies deutet an, dass das Recht und damit die Rechtswissenschaft nicht nur von einem Inbegriff der Erkenntnisse ausgehen, sondern von der Anwendung und damit Verwirklichung dieser Erkenntnisse im Einzelfall.

5. Das Selbstverständnis der juristischen Methodenlehre: rechtlich oder rechtswissenschaftlich?

Das Wort Methodenlehre stammt aus dem Griechischen *ὁδός* (Weg), *ὁδηγητής* (Wegweiser) und damit *ὁδηγητική* (Anleitung, Belehrung).⁷² Dementsprechend ist die juristische Methodenlehre dem Wortlaut nach die Wegweisung des Rechts für die Lehrlinge und zwar die Methoden, die Rechtswissenschaft zu lernen und die Erkenntnisse des Rechts zu gewinnen.

Dies bedarf es aber weniger zu erklären als vielmehr das, was mit „Juristisch“ eigentlich gemeint ist. Bei der Rezeption der juristischen Methodenlehre in China wurde dieselbe Disziplin unterschiedlich benannt: am Anfang als „rechtswissenschaftliche“ Methodenlehre (*faxue fangfalun*), wie in Japan und Taiwan,⁷³ und dann bei nicht wenigen Autoren als die „rechtliche“ Methodenlehre (*falü fangfalun*) oder ganz einfach als „Methoden des Rechts“ (*falü*

⁷² Gareis, Rechtszyklopädie und Methodologie als Einleitung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1900, S. 187, Anm. 1.

⁷³ Es ist hervorzuheben, dass die Literaturen aus Japan und Taiwan in der Nennung als „rechtswissenschaftliche“ Methodenlehre übereinstimmen, vgl. dazu Fn. 29 und Fn. 30. Dann wurde diese Nennung auch selbstbewusst im Festland Chinas durchgesetzt, vgl. *Shu Guoying* (Fn. 60); *ders.*, Suche nach dem Standpunkt der Rechtswissenschaft: Zugleich zur Denkweise der topischen Jurisprudenz, *Chinese Journal of Law* 2005/3, 3-20; *ders.*, Kein wünschenswertes Manifest: Weshalb hat die Jurisprudenz unserer Zeit die Methoden zu berücksichtigen, *Modern Law Science* 2006/5, 3-12; *ders.*, Zu welcher Disziplin gehört die Rechtswissenschaft? Ausgehend von römischer Jurisprudencia, *Tsinghua Law Journal* 2013/1, 89-99. Vgl. auch *Wang Xiahao*, Weshalb ist die „rechtliche Methode“ nicht adäquat? Suche nach der Jurisprudenz im eigentlichen Sinne, *Journal of China University of Political Science and Law* 2007/2, 138-144; *Shu Guoying/Wang Xiahao/Liang Yingxiu u.a.*, Untersuchung zur Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2007.

fangfa).⁷⁴ Manchmal sind sie austauschbare Synonyme, wie es in der deutschsprachigen Literatur der Fall ist,⁷⁵ manchmal aber werden sie von beiden Seiten ernsthaft ausdifferenziert. Auf den ersten Blick scheinen es nur Übersetzungsalternativen zu sein, ein Phänomen, das beim akademischen Austausch überall auftaucht und sogar unvermeidbar ist. Es ist dann interessant, wenn – meistens von den Vertretern der „rechtlichen“ Methodenlehre⁷⁶ – behauptet wird, dass diese sich primär an zwei verschiedenen Gesichtspunkten orientieren und zwar an einem praktischen und einem theoretischen.

Zum einen behaupten manche Autoren mit der Bezeichnung von Methoden(lehre) des Rechts die Absicht zu verfolgen, die juristische Methodenlehre nur auf die Gewinnung, Anwendung, Auslegung und Fortbildung des Rechts zu beschränken. Diese soll sich mit genau denjenigen Methoden beschäftigen, die in allen einzelnen Bereichen der Rechtsdogmatik und von jedem Juristen und Rechtsstudent/in eingesetzt werden.⁷⁷ Wäre die „rechtliche“ Methodenlehre ausschließlich so zu verstehen, würde die „rechtswissenschaftliche“ Methodenlehre im Gegensatz dazu sehr abgeschwächt, wenn nicht sogar nutzlos sein, weil die letztere dann nichts anderes als die vielfältigen Forschungsmethoden der einzelnen Rechtsdisziplinen oder sogar der einzelnen Rechtswissenschaftler bedeuten würde.⁷⁸

Zum anderen wird bei der „rechtswissenschaftlichen“ Methodenlehre vielmehr hervorgehoben, dass die juristische Methodenlehre zwar die Alltagsstätigkeit der Juristen behandelt, darüber hinaus aber die Methodenlehre der eigentlichen Rechtswissenschaft sein soll und zwar die der oben erwähnten Rechtsdogmatik.⁷⁹ Die verschiedenen heterogenen Methodenansätze, die in beliebigen Rechtsdisziplinen auftauchen könnten, werden jedenfalls nicht von der „rechtswissenschaftlichen“ Methodenlehre tatsächlich erfasst. Ange-

⁷⁴ Vgl. Zheng Yongliu, Die Methoden der Rechtswissenschaft oder die Methoden des Rechts? in: *ders.* (Hrsg.), *Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law*, 2003/6, 20-32; *ders.*, Wie soll man Dogmen erklären? Ein Gespräch über die Methoden des Rechts, *Tribune of Political Science and Law* 2006/5, 176-182; *ders.*, Die Treppen der juristischen Methoden, 1. Aufl., 2008; 2. Aufl., 2012. Auch vgl. Chen Jinzhao, Konzeption und Bedeutung der rechtlichen Methoden, *Seeking Truth* 2008/5, S. 72-80; *ders.* (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre*, 2007; Jiao Baoqian, Natur und Charakter der juristischen Methode, *Zhejiang Social Sciences* 2008/1, 74-79; Ge Hongyi, Vorlesung der rechtlichen Methodenlehre, 2009; Chen Jinzhao/Xie Hui (Hrsg.), *Methoden des Rechts*, 2002 (1) – 2014 (15); Ge Hongyi (Hrsg.), *Methoden und Denken des Rechts*, 2002/1 – 2005/3; 2007/4 – 2012/8.

⁷⁵ Vgl. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, ins Chinesische übersetzt von Chen Ai-E, Fn. 1. Es ist aber zu bemerken, dass Larenz auch die Bezeichnung der „juristischen Methodenlehre“ zugleich benutzt hat. A.a.O., S. 6.

⁷⁶ Vgl. Zheng Yongliu (Fn. 74), 2003, 20f.

⁷⁷ Vgl. Zheng Yongliu (Fn. 74), 2003, 22-28; auch vgl. Zhang Wenxian (Fn. 7), S. 272-274.

⁷⁸ Vgl. Zheng Yongliu (Fn. 74), 2003, 28-31; auch vgl. Zhang Wenxian (Fn. 7), S. 24.

⁷⁹ Vgl. Shu Guoying (Fn. 60), 40; auch *ders.*, 2013 (Fn. 73), 89-91.

sichts der Rechtsentwicklungen im gegenwärtigen China ist es auch besonders erforderlich, nicht nur die Rechtsanwendungen isoliert im Einzelfall durchzuführen, sondern auch eine dogmatische Forschungs- und Ausbildungsmethodik aufzubauen.

In Anbetracht dessen, dass beide Seiten die dogmatische Dimension der juristischen Methodenlehre betonen, ist es heutzutage nicht mehr erforderlich, zwischen den beiden Übersetzungsalternativen ernsthaft zu differenzieren.⁸⁰ Beide beziehen sich auf die Methoden der Rechtsdogmatik. Freilich ist besorgniserregend, dass eine Kluft zwischen Theorie und Praxis des Rechts immer wieder auftauchen könnte. Und die vielversprechende Rechtsdogmatik würde entweder zu theoretisch oder zu praktisch vorgehen. Es ist aber einzu- sehen, dass die juristische Methodenlehre – neben der Dimension der Rechts- dogmatik – ohne irgendwelche Rechtstheorie unmöglich und auch nicht voll- ständig ist. Wenn man sich noch die Auseinandersetzung zwischen der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie vergegenwärtigt, liegt es nahe, dass während die Methodenlehre der Rechtswissenschaft sehr selten der Rechts- philosophie zugeordnet wird, sie in der deutschen Literatur aber normaler- weise als Teilbereich der Rechtstheorie anerkannt ist.⁸¹ Dies betrifft auch die Theorie der juristischen Argumentation, die sogar zu den Lösungen der Prob- lematik in der Rechtstheorie beitragen kann.⁸² Deshalb liegt der Ausweg der Kluft von Theorie und Praxis des Rechts, wie auch während ihres Rezeption- svorgangs in China, wiederum in oben erwähntem Charakter der Rechts- wissenschaft.

III. Die herkömmliche juristische Methodenlehre in China

1. Rechtsnormen, Rechtsquellen und die betroffene Tendenz der Wahrheitssuche

Die herkömmliche – einschließlich die hermeneutisch geprägte – juristische Methodenlehre erstreckt sich von der Theorie des Rechtsnormsatzes, der

⁸⁰ Vgl. z. B. *Shu Guoying*, Frage nach dem Verhältnis zwischen antiker Rhetorik und der Technik der juristischen Argumentation, *Law Science* 2012/9, 11-15. In dieser kurzen Anmerkung interessiert er sich nicht mehr so sehr für den Wörterstreit, sondern vielmehr für die geschichtliche Überlieferung der Jurisprudenz und Rechtswissenschaft und ihrer Methoden. Auch vgl. *Feng Wei*, Das Konzept der juristischen Methodenlehre, in: *Shu Guoying/Wang Xiahao/Lei Lei* (Hrsg.), *Lehrbuch der Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2013, S. 1f.

⁸¹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 79-81; auch *Kaufmann/Hassemmer* (Fn. 1), S. 12; nicht zuletzt vgl. *Dreier* (Fn. 17), S. 17 und 33-34, insbesondere Anmerkung 4.

⁸² Vgl. *Aarnio/Alexy/Peczenik* (Fn. 5), S. 9-13.

Rechtsauslegung, der Rechtsfortbildung bis hin zur Theorie der Rechtssystembildung.

Die Theorie des Rechtsnormsatzes wurde wesentlich von *Kelsens* normativistischer Rechtstheorie beeinflusst, so dass der Rechtssatz unter dem Sollen-satz einzuordnen ist⁸³ und demzufolge nur durch einen Stufenbau der Ermächtigung endlich auf die konstruierende Grundnorm zurückzuführen ist.⁸⁴ Zugleich möchten viele Wissenschaftler auch die ältere, aber immer noch nützliche Terminologie, nämlich die Rechtsquellen, in Gebrauch nehmen, um eine Rangfolge zwischen verschiedenen Rechtsbestimmungen zu bilden.⁸⁵ Im Vorgang der Rechtsgewinnung ist aber zu fragen, ob es nach der Stufenbaulehre eine ordnungsmäßige Ermächtigung für die betroffene Norm gebe oder ob der Rechtsquellenlehre nach die Anerkennung einer Bestimmung als Rechtsquelle möglich sei. Es wird anerkannt, dass beide Konstellationen gut funktionieren können und nicht unbedingt miteinander gleichzusetzen sind. Während heutzutage in China die Konzeption der Ermächtigung und des Stufenbaus noch eine Diskussion der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie bleibt,⁸⁶ wird die Rechtsquellenlehre und die betroffenen Vorrangregeln – wie z. B. *lex specialis derogat legi generali*, und *lex posterior derogat legi priori* – aber allgemein anerkannt und gut verstanden.⁸⁷

Das von der Hermeneutik angetriebene Forschungsinteresse an den Rechtsnormen in China konzentriert sich weithin auf die Unbestimmtheit der Rechtsnormen, nämlich die Vagheit, die Mehrdeutigkeit, sowie die evaluative Offenheit der Rechtsnorm, um sich danach anderen, alternativen Methodenansätzen zuzuwenden.⁸⁸ Dementsprechend überwiegt heutzutage die kritische Stimme gegen den sog. Justizsyllogismus oder die Subsumtion, insbesondere wegen des übersetzten Werks von *Larenz* und des von *Kaufmann*.⁸⁹ Verbreitet wird angenommen, dass die Anwendung der Rechtsnormen oder Rechtsquellen im Einzelfall durch die Subsumtion nicht genügen kann, sondern

⁸³ Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., 1934, S. 20-25. Auch vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 138-154.

⁸⁴ Vgl. *Kelsen*, a.a.O., S. 73-89.

⁸⁵ Vgl. v. *Savigny* (Fn. 1), S. 11f. Kritisch aber vgl. *Kelsen*, a.a.O., S. 78.

⁸⁶ Vgl. z. B. *Feng Wei*, Könnte es ein Rechtssystem sein? Von Axiomatik durch Wertordnung bis zum Prinzipienmodell, *Journal of Soochow University (Law Edition)* 2014/1, 34-48.

⁸⁷ Vgl. *Shu Guoying/Wang Xiaohao/Liang Yingxiu, u.a.*, Fn. 73, insbesondere Kapitel 5: „Rechtsquellenlehre“, S. 223-279.

⁸⁸ Vgl. a.a.O., S. 340-353.

⁸⁹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 10-11, und S. 341-345; *Kaufmann* (Fn. 1), 1998, S. 16-20, und S. 33. Es ist aber recht interessant, dass *Engisch* doch noch die Subsumtion oder Entscheidungssyllogismus bewährt hat, vgl. *Engisch*, (Fn. 1), S. 83-114.

auch die Auslegung und sogar die richterliche Rechtsfortbildung vorgenommen werden muss.⁹⁰

Es ist interessant, dass der Justizsyllogismus normalerweise nach dem Schema von *Larenz* formuliert wird⁹¹ und dann mit Hilfe der Hermeneutik und der sog. Typenlehre von *Larenz* kritisiert wird.⁹² In diesem Sinne kann man sagen, dass sich eine Tendenz der juristischen Methodenlehre auch in China zeigt, die auf den Justizsyllogismus verzichtet, um so die Rechtsfindung bzw. -gewinnung durch Auslegung und Fortbildung des Rechts zu verwirklichen. Es soll als eine Tendenz der Wahrheitssuche der Erkenntnisse von Rechtsnormen bzw. Rechtsquellen genannt werden, wenn man das epistemologische Konzept hier anwendet.⁹³

2. Die Rechtsauslegung und die betroffene Objektivitätstendenz

Es ist verbreitet anerkannt, dass die Auslegung des Rechts nicht durch Subsumtion durchgeführt wird, sondern nur durch eine schrittweise Konkretisierung verwirklicht werden kann. Im Konkretisierungsvorgang muss man das „Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“⁹⁴ unternehmen: einerseits sind die konkreten Momente der betroffenen Tatsache festzustellen und damit unter den Tatbestand einer Norm zu subsumieren;⁹⁵ und andererseits sind die wesentlichen Merkmale des Obersatzes – abstraktes juristisches Urteil – aus dem Gesetz zu vervollständigen.⁹⁶ Dies ist genau die Aufgabe der Rechtsauslegung, die zweifellos im Mittelpunkt aller –

⁹⁰ Vgl. *Wang Tze-Chien* (Fn. 30), S. 198-200; *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 191-194; *Zhang Zhiming* (Fn. 38), S. 1-4.

⁹¹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 159:

T → R (d. h. für jeden Fall von T gilt R)

S = T (S gleicht T, ist ein Fall von T)

S → R (für S gilt R)

Und *Larenz* hat in der Anmerkung 34 zur „S = T“ auch zugegeben, dass das Gleichheitszeichen das Gemeinte nur schlecht trifft. Es soll aber bemerkt werden, dass diese Anmerkung zumindest in China nicht hinreichend berücksichtigt wird.

⁹² Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 159-165, und S. 349-361; demzufolge vgl. *Wang Tze-Chien* (Fn. 30), S. 200-209; *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 191-194; auch *Liang Yingxiu*, Denken des Typus und seine Anwendung in der Rechtswissenschaft, Studium und Erforschung, 2008/1, S. 105-109.

⁹³ Es befindet sich auch ähnliche Kritik in deutscher Literatur. Kritische Meinungen im Allgemeine vgl. *Aarnio/Alexy/Peczenik* (Fn. 5), S. 50-71. Auch vgl. *Neumann*, Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 2001/32, S. 242-243; ins Chinesisch übersetzt von *Zhang Qingbo*, in: *Zheng Yongliu* (Hrsg.), Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2008/13, 30-43.

⁹⁴ *Engisch* (Fn. 1), Kapitel IV, S. 117-119, Anm. 4.

⁹⁵ Vgl. Kapitel III, a. a. O, S. 96-98.

⁹⁶ Vgl. Kapitel IV, a. a. O, S. 117-119.

insbesondere der von Hermeneutik geprägten - Untersuchungen der juristischen Methodenlehre auch in China steht.

Für Anfänger an einer chinesischen juristischen Fakultät wirkt es einschüchternd, dass es zahlreiche Auslegungsansätze gibt und die Anzahl voraussichtlich noch steigen wird. Beispielsweise hat *Liang Huixing* insgesamt zehn Methoden der Auslegung zusammengefasst.⁹⁷ Man kann sich jedoch erinnern, dass ursprünglich bei *Savigny* nur vier Elemente oder *Canones* der Auslegung vorhanden waren, nämlich grammatisches, logisches, historisches und systematisches.⁹⁸ *Larenz* formulierte fünf Kriterien der Auslegung und zwar den Wortsinn, den Bedeutungszusammenhang des Gesetzes, die Regelungsabsicht, Zwecke und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers, die objektiv-teleologischen Kriterien, sowie das Gebot der verfassungskonformen Auslegung.⁹⁹ Er betonte, genau wie *Savigny*, dass „es sich *nicht* ... um verschiedene Auslegungsmethoden handelt, wie man immer wieder gemeint hat, sondern um methodische Gesichtspunkte, die alle zu berücksichtigen sind. ...“¹⁰⁰ Zudem schlägt *Alexy* noch die komparative Auslegung vor.¹⁰¹ Neben diesen sechs Kriterien hat *Liang Huixing* im Jahr 1995 mit Hilfe der japanischen und der taiwanischen Literatur noch weitere vier Kriterien, die er einheitlich als zehn Methoden der Auslegung benannte,¹⁰² hinzugefügt: einschränkende und ausdehnende Auslegung, „Vermutungsauslegung“ (*dangran jieshi*), die tatsächlich aus anderen Abschnitten von *Larenz* stammen;¹⁰³ und schließlich die soziologische Auslegung, die auf die Freirechtsschule zurückgeführt wird.¹⁰⁴ Obwohl die jüngeren chinesischen Lehrbücher für Rechtstheorie im Allgemeinen oder die für Methodenlehre der Rechtswissenschaft die *Canones* nicht so grenzenlos erweitern, kennzeichnen sie diese aber nach wie vor noch als Auslegungsmethoden. Deswegen bleibt der einschüchternde Eindruck der Auslegungsgesichtspunkte bestehen.

⁹⁷ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 213-214. Und *Zhang Zhiming* hat sogar elf Argumente – wie er sie benennt – der Auslegung nach *MacCormick* und *Summers* aufgelistet, vgl. *MacCormick/Summers* (Hrsg.) (Fn. 38), S. 464-474, und S. 512-525; und *Zhang Zhiming* (Fn. 38), S. 107-121.

⁹⁸ Vgl. v. *Savigny* (Fn. 1), S. 213.

⁹⁹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 208-231.

¹⁰⁰ v. *Savigny* (Fn. 1), S. 215 [Hervorhebung vom Autor]; auch *Larenz* (Fn. 1), S. 207 und S. 231.

¹⁰¹ Und er unterscheidet noch weiter zwischen der genetischen und der historischen Auslegung, vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 291-295.

¹⁰² Aber außer *Huang Maorong*, der die fünf Elemente der Auslegung von *Larenz* in Gebrauch nimmt, vgl. *Huang Maorong* (Fn. 30), S. 332-359.

¹⁰³ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 222-226; dementsprechend vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 241-244 und S. 220.

¹⁰⁴ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 236-243.

Eine noch wichtigere Frage betrifft die Rangfolge der aufgelisteten Auslegungsgesichtspunkte. Dahinter steckt die sehr abstrakt geführte Auseinandersetzung mit der sog. subjektiven und der objektiven Theorie der Auslegung. Während die Autoren in Taiwan intendierten, die Frage nach der Rangfolge zu umgehen,¹⁰⁵ versuchen die Autoren auf dem Festland Chinas sie zu bestimmen.¹⁰⁶

Es soll bemerkt werden, dass bei den Forschungen der Rechtsauslegung in China eine Tendenz zur Objektivität bezüglich der Auslegungstätigkeit besteht,¹⁰⁷ die parallel zur Tendenz der Wahrheitsuche bezüglich der Rechtserkenntnisse stehen soll. Dies bedeutet nicht, dass die sog. objektive Theorie in China, theoretisch oder praktisch, die Oberhand gewinnt. Im Gegensatz dazu wird die Auslegung nach dem Wortlaut und dem Willen des historischen Gesetzgebers immer hervorgehoben, wenn auch nicht durch Subsumtion.¹⁰⁸ Es ist vielmehr die Absicht, dass die Unbestimmtheit des Rechts durch möglichst ausgearbeitete Methoden der Auslegung gut gelöst werden soll.

3. Die richterliche Rechtsfortbildung

Trotz der Unklarheit der richterlichen Rechtsfortbildung in der Praxis nimmt das theoretische Forschungsinteresse daran stetig zu. Unter Rechtsfortbildung¹⁰⁹ werden eine Vielzahl von heterogenen Methoden in China untersucht, die manchmal so heterogen nebeneinander stehen: Lückenausfüllung,¹¹⁰ Analogie,¹¹¹ Konkretisierung der unbestimmten Begriffe oder Generalklauseln,¹¹²

¹⁰⁵ Vgl. *Huang Maorong* (Fn. 30), S. 359-360; *Wang Tze-Chien* (Fn. 30), S. 239-244.

¹⁰⁶ Vgl. insbesondere *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 245-246; auch *Zhang Zhiming* (Fn. 38), S. 170-176; nicht zuletzt vgl. *Shu Guoying/Wang Xiahao/Liang Yingxiu, u.a.* (Fn. 73), S. 376-393.

¹⁰⁷ Es befindet sich auch ähnliche Kritik in deutscher Literatur. Kritische Meinungen im Allgemeine vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 19-20, und S. 303-307; und *Neumann* (Fn. 93), S. 245-249.

¹⁰⁸ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 245; *Shu Guoying/Wang Xiahao/Liang Yingxiu* (Hrsg.) (Fn. 73), S. 380-389.

¹⁰⁹ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 269-291; *Shu Guoying/Wang Xiahao/Liang Yingxiu u.a.* (Fn. 73), S. 406-423; auch *Zheng Yongliu*, Aus der Auslegung und in die Fortbildung: Juristische Hermeneutik und ihr Verhältnis zur juristischen Auslegungslehre, *Chinese Journal of Law* 2012/3, 21-36.

¹¹⁰ Vgl. beispielsweise *Fan Libo*, Erkennung und Lösung der Normenlücken, *The Jurist* 2010/1, 6-20.

¹¹¹ Vgl. insbesondere *Chen Jinghui*, Universalität der Regeln und das Argument der Analogie, *Seeking Truth*, 2008/1, S. 76-81; *Lei Lei*, Analogie als juristische Argumentation. Ausgehend von deutschen Doktrinen, 2011.

¹¹² Vgl. *Zheng Yongliu*, Moralischer Standpunkt und rechtliche Technik: Die Erbrechte einer außerehelichen Partnerin in China im Vergleich zu denen in Deutschland, *China Legal Science* 2008/1, 179-189.

Güterabwägung,¹¹³ Prinzipien- und Normenkollision,¹¹⁴ um nur einige Beispiele zu nennen.

Trotzdem bleibt die richterliche Rechtsfortbildung zumindest in zwei Punkten noch umstritten: erstens, wie man die Auslegung und Fortbildung und darüber hinaus die Rechtsanwendung und Rechtserzeugung unterscheiden kann; zweitens, ob die Rechtslücken eigentlich anders als eine evaluative Offenheit oder ein abwägungsfähiger Spielraum der betroffenen Rechtsnorm sein können. Auch die juristische Hermeneutik, die die Rechtsfortbildung als „Auslegung im weiteren Sinne“¹¹⁵ betrachtet, kann diese beiden Fragen nicht klar beantworten. Es ist deshalb besser, verschiedene Figuren der Rechtsfortbildung im Einzelnen präziser zu entwickeln.

4. Die Bildung des Rechtssystems

Das Systemdenken hat einen dramatischen Wandel in China erlebt, welcher noch nicht vollendet ist. Angesichts vermehrter Kritiken gegen die Wahrheitssuchen- und Objektivitätstendenz geriet die Systematik des Rechts in Zweifel. Der Verzicht des „äußeren Systems“ bei *Larenz* führte sogar zum Verzicht aller axiomatischen Rechtssysteme, was als ein „Traum“ gilt, der nie in Erfüllung geht.¹¹⁶

Der jüngste Anspruch des Aufbaus eines Rechtssystems – hauptsächlich eines Gesetzgebungssystems – in China erfordert aber einen Blick auf die Systembildung des Rechts. Meistens begnügt man sich aber nur mit der Rangfolge von verschiedenen Rechtsquellen. Jüngst versuchten einige Autoren den Stufenbau des Rechts einzuführen.¹¹⁷ Zudem finden sich noch komplizierte Anwendungen der sog. Prinzipientheorie und sogar des Kohärenzgebots.¹¹⁸

¹¹³ Vgl. *Zheng Yongliu*, a.a.O., 179-189.

¹¹⁴ Vgl. insbesondere *Shu Guoying*, Die Anwendungsschwierigkeit der Rechtsprinzipien: Vier Fragen aus methodologischer Perspektive, *Journal of Soochow University* 2005/1, 26-31; *Wang Xiaohao*, Lösung der Kollision von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, 2009; *Lei Lei*, Wie sind die Rechtsprinzipien anzuwenden?, in: *Shu Guoying* (Hrsg.), *Archiv für juristische Methodenlehre*, 2012/Band 1, 227-260.

¹¹⁵ *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 192.

¹¹⁶ Vgl. *Shu Guoying*, 2005 (Fn. 73), 3-6.

¹¹⁷ Vgl. *Feng Wei* (Fn. 86), 45-46.

¹¹⁸ Die Anwendung des Prinzipien/Regeln-Modells im Rechtssystem, vgl. *Feng Wei*, (Fn. 86), 43-44, und 46-48. Die Kohärenz des Rechtssystems, vgl. *Lei Lei*, Kohärenz und Aufbau des Rechtssystems: Wie ist die Kohärenz des gegenwärtigen chinesischen Rechtssystem zu verbessern?, *The Jurist* 2012/2, 1-16.

IV. Die Theorie der juristischen Argumentation

1. Ihre Beziehung zur herkömmlichen juristischen Methodenlehre: Erkennen oder Begründen?

Wenn man die Wahrheitssuchen- und Objektivitätstendenz der herkömmlichen juristischen Methodenlehre näher betrachtet, kann man feststellen, dass die dahinterstehende Absicht nur die Erkenntnis der Normen und damit die der normativen Entscheidungen ist, und nicht die Begründung der Entscheidungen. Von diesem Hintergrund unterscheiden die Vertreter der jüngeren juristischen Argumentationstheorie ausnahmslos zwischen dem Zusammenhang der Entdeckung (oder Rechtsfindung) und dem der Rechtfertigung¹¹⁹ oder zwischen der Herstellung und der Darstellung der Entscheidungen.¹²⁰ Alle Ansätze wie z. B. der der Subsumtion, der Auslegung, sowie der Rechtsfortbildung werden nunmehr durch Argumentation überprüft und begründet. Auch der hermeneutische Zirkel genügt nicht, um das Urteil zu begründen. Diese Aufgabe der Begründung, insbesondere die der Wertbeurteilung, liegt aber im Mittelpunkt der juristischen Argumentationstheorie.

Es wurde angenommen, dass sich die Verschiedenheit zwischen der herkömmlichen juristischen Methodenlehre und der jüngeren juristischen Argumentationstheorie mehr auf die entgegenstehenden Auffassungen über den Justizsyllogismus bezieht, insbesondere auf die von *Larenz* einerseits und auf die von *Alexy* andererseits.¹²¹ In der Tat befürworten nicht alle Vertreter der juristischen Argumentation das Schema der Subsumtion, sondern auch das Schema von *Toulmin*¹²² oder sogar topisch-rhetorischen Figuren. Deshalb ist festzustellen, dass der Justizsyllogismus aus der Perspektive der juristischen Argumentationstheorie weder überwiegend negativ beurteilt wird, noch übertrieben wird, um die einzig richtige Lösung bestimmen zu können.

2. Ihre Beziehung zur Rechtsrhetorik: Überreden oder Überzeugen?

Chronologisch ist die sog. Neue Rhetorik als Vorläufer der gegenwärtigen Argumentationstheorie anzuerkennen.¹²³ In der (auch chinesischen) Literatur, überwiegen aber die Forschungen zu der Argumentationstheorie. Dies ist so, weil teilweise darauf hingewiesen wird, dass die Funktionen von beiden unterschiedlich sind: die erste dient dazu, jemanden zu überreden, die zweite,

¹¹⁹ Vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 282.

¹²⁰ Vgl. *Neumann*, 2008 (Fn. 5), S. 236.

¹²¹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 10-11, und S. 341-345; entgegen dazu vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 273-283.

¹²² Vgl. insbesondere *Neumann* (Fn. 5), 2008, S. 241-247.

¹²³ Vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 39-43, und S. 197-218.

jemand zu überzeugen; diese orientiert sich nur an der Wirksamkeit der betroffenen Argumente, jene aber an ihrer Gültigkeit.¹²⁴

Ein anderer Grund liegt darin, dass die Rechtsrhetorik die normativen Voraussetzungen selbstbewusst ablehnt, diese aber wiederum als unumgänglich von den Vertretern der juristischen Argumentationstheorie behauptet werden.¹²⁵ Man kann sich auch erinnern, dass das Begründungsbedürfnis von der herkömmlichen juristischen Methodenlehre durch das Erkenntnisbedürfnis, angedeutet oder ausdrücklich, gedeckt wird.

Es erscheinen heutzutage in China immer mehr Forschungen zu der antiken Rhetorik, Topik, sowie Kasuistik, die die vollkommene Überlieferung der antiken griechischen Rhetorik bis hin zur neuzeitlichen Rhetorik darstellen.¹²⁶ Wie diese topisch-rhetorischen Figuren mit gegenwärtigen Regeln und Formen der Argumentation zusammenzuführen sind, ist in China noch ungeklärt.¹²⁷

3. Die Theorien der juristischen Argumentation

a) Der logisch-analytische Ansatz

Alexy hat zwischen drei Ansätzen unterschieden und zwar zwischen dem logisch-analytischen, deskriptiv-empirischen, sowie normativ-praktischen Ansatz.¹²⁸ Die Einteilung gilt für weltweite Forschungen zur juristischen Argumentationstheorie, und damit auch für China. Diese drei Ansätze stehen normalerweise miteinander in Verbindung und brauchen nicht isoliert und einseitig behandelt zu werden. Trotzdem ist zuerst der logisch-analytische Ansatz zu berücksichtigen.

Der Grundgedanke der logisch-analytischen juristischen Argumentationstheorie ist der Justizsyllogismus, der durch die moderne Logik zu rekonstruieren sei. Das berühmteste Schema der Subsumtion von Alexy war ein Ergebnis von zahlreichen Forschungen der prädikat-deontischen Logik.¹²⁹ Es wird behauptet, dass das Schema der Subsumtion nur die Struktur der „internen“ Rechtfertigung darstellt und den eigentlichen Bereich der juristischen Argumentation, die „äußere“ Rechtfertigung, nicht ersetzen kann.¹³⁰

Damit sind aber einige chinesische Autoren in zweierlei Hinsicht nicht zufrieden. Zum einen bevorzugen manche die Prädikatenlogik mit den deonti-

¹²⁴ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 207-208; auch Neumann (Fn. 5), 2008, S. 239-240.

¹²⁵ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 212-218.

¹²⁶ Vgl. *Shu Guoying* (Fn. 48).

¹²⁷ Vgl. nur ansatzweise *Shu Guoying* (Fn. 80), 11-15.

¹²⁸ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 31-33. Eine ähnliche Einordnung der Ansätze von Rechtsdogmatik, vgl. a.a.O., S. 308-209.

¹²⁹ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 274: „(1) (x) (Tx → ORx). (2) Ta. (3) ORa (1), (2)“.

¹³⁰ Die Unterscheidung von „interner“ und „externer“ Rechtfertigung, vgl. Alexy, Fn. 5, S. 273f.

schen Operatoren nicht und versuchen die Subsumtion durch Prädikatenlogik als solche zu rekonstruieren.¹³¹ Dieser soll als Streit der Rekonstruktionsmöglichkeiten gekennzeichnet werden. Zum anderen ist das logische Schema nach einiger Ansicht eine normative Voraussetzung und keine ehrliche Darstellung des Entscheidungsverfahrens.¹³² Sie wenden sich deshalb dem deskriptiv-empirischen Ansatz zu.

b) *Der deskriptiv-empirische Ansatz*

Ein anderer Ansatz versucht die empirisch überprüfbare Argumentationsstruktur darzustellen, die meistens von *Toulmins* Schema angeregt wird.¹³³ Daneben ist auch die folgenorientierte Argumentation hervorzuheben.¹³⁴ Beide können nicht strikt vom topisch-rhetorischen Ansatz unterschieden werden. Nur die jeweiligen Absichten sind noch verschieden und zwar nicht nur die Teilnehmer der Argumentation zu überreden, sondern sie auch zu überzeugen.

Zudem lehnen die Vertreter des deskriptiv-empirischen Ansatzes alle normativen Voraussetzungen für die richterliche Entscheidung ab. Die Ablehnung der logischen Rekonstruktion ist nur Teilaspekt dieses Bedenkens. Es bleibt zu hoffen, einen Weg zwischen Determinationismus (Syllogismus) und Dezionismus (Subjektivität) zu finden.¹³⁵

c) *Der normativ-praktische Ansatz*

Es gibt keine Argumentationstheorie, die sich nur aufgrund der normativen Annahmen entwickeln kann. Es ist aber zweifellos ein zentrales Problem jeder Argumentationstheorie, wie die guten Argumente von den schlechten zu unterscheiden sind. Die Lösung dafür setzt zumindest einige Kriterien voraus.¹³⁶ Diese Kriterien können aber nicht einfach mit der Subsumtion oder mit der Rechtsquellenlehre, den *Canones*, der Auslegung und den Hinwei-

¹³¹ Vgl. *Wang Hong*, Zur juristischen Auslegung und juristischen Argumentation, *Forschung der Naturdialektik* 1998, Beiheft, S. 75-77. Dorthin versuchte er einst, die juristische Argumentation durch prädikat-deontischen Operatoren zu charakterisieren. Jüngst hat er aber die materiellen Argumente bevorzugt, vgl. *ders.*, Grundprobleme der juristischen Logik, *Tribune of Political Science and Law* 2006/6, 109-115; *ders.*, Haupttrend der Untersuchungen zur juristischen Logik, *Trend der Philosophie* 2009/3, 86-96. Die Forschungen zur non-formalen Logik des Rechts, auch vgl. *Xiong Minghui*, Zu Folgerungsregeln der juristischen Logik, *Social Sciences in China* 2008/4, 26-35.

¹³² Vgl. insbesondere *Neumann* (Fn. 5), 1986, S. 19-21 und S. 28-30.

¹³³ Vgl. *Neumann*, a.a.O., S. 21-28; auch *ders.* (Fn. 5), 2008, S. 246.

¹³⁴ Vgl. *Neumann* (Fn. 5), 1986, S. 6; auch *Zhang Qingbo*, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung: Die Bedeutung der juristischen Argumentation für China, 2010.

¹³⁵ Vgl. insbesondere *Neumann* (Fn. 5), 1986, S. 1-6.

¹³⁶ Vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 33; aber auch *Neumann* (Fn. 5), 1986, S. 6.

sungen der Rechtsfortbildung gleichgesetzt werden. Zu den normativ-praktischen Kriterien gehören die besonderen Regeln und Formen der juristischen Argumentation, die von vielen Autoren entwickelt wurden und deren Möglichkeiten zur Umformulierung noch offen sind.

Ein Beispiel dafür ist die Theorie des rationalen juristischen Diskurses von *Alexy*,¹³⁷ in der er den juristischen Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses betrachtet, der wiederum vor allem von *Jürgen Habermas*¹³⁸ entwickelt wurde. Genau diese Sonderfallthese und nicht die Diskurstheorie als Ganze, hat in den letzten Jahren mehrere Einwände¹³⁹ hervorgerufen. Der Streit bezieht sich auf die Tiefenstruktur der juristischen Argumentation, auf die in China noch nicht eingegangen wird, und zwar auf die Möglichkeit und Rationalität des juristischen Diskurses.¹⁴⁰

V. Die besonderen juristischen Methodenfragen in China

1. Das System der Rechtsauslegung in China

a) Die sog. „justiziellen Auslegungen“

In den meisten Lehrbüchern der Rechtstheorie oder Methodenlehre der Rechtswissenschaft findet sich immer noch eine Unterscheidung von formeller und informeller Auslegung, wobei die erste ausschließlich die sog. „legislative“, „exekutive“ und insbesondere „justizielle“ Auslegung einbezieht und die zweite die doktrinäre Auslegung.¹⁴¹ Die vom OVG erlassenen „justiziellen Auslegungen“ sind aber ganz anders als die Auslegungen des Richters im betroffenen Einzelfall, die bei der Auslegung ursprünglich gemeint sind. Ein großer Anteil der Methodendiskussionen in China beschäftigt sich mit der Erklärung der Funktionsweise der „justiziellen Auslegung“.¹⁴²

Wenige Autoren kritisieren ausdrücklich, dass diese „justiziellen Auslegungen“ tatsächlich ein Fehler des Sprachgebrauchs der Auslegung sind.

¹³⁷ Vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 261-272.

¹³⁸ Vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 161-177. Auch vgl. *Habermas*, Wahrheitstheorien, in: Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: *Habermas/Luhmann*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?, 1971, S. 101-141; später auch *ders.*, Faktizität und Geltung, 1992.

¹³⁹ Vgl. insbesondere *Günther*, Die Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988.

¹⁴⁰ Vgl. *Alexy*, Normenbegründung und Normenanwendung, 1993, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 52ff.; ins Chinesische übersetzt von *Lei Lei*, 2011, S. 43ff.

¹⁴¹ Vgl. *Shu Guoying* (Fn. 7), S. 238-246; auch *Zhang Wenxian* (Fn. 7), S. 282-283.

¹⁴² Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 31), S. 61-75; *Zhang Zhiming* (Fn. 38), S. 220-259; auch *Shu Guoying/Wang Xiaohao/Liang Yingxiu, u.a.* (Fn. 73), aber im Teil der „Rechtsquellenlehre“, S. 262-265.

1997 hat *Zhang Zhiming* schon die Funktionsweise der justiziellen Auslegungen als eine Einschränkung des Subjekts, sowie der Kompetenz der Auslegung festgelegt.¹⁴³ Später in seinem zweiten Buch äußert auch *Liang Huixing* Bedenken, dies aber relativ mild.¹⁴⁴ Neuerdings wurde ein alternatives System der richterlichen Leitentscheidungen ins Leben gerufen.¹⁴⁵

b) Die Kompetenz der Verfassungsauslegung

Praktisch gibt es in China keine Kompetenz und zugleich Verpflichtung zur verfassungskonformen Auslegung beim einfachen Gericht. Die Verfassungsauslegung als solche ist aber, ähnlich wie die sog. „legislative Auslegung“, eine Kompetenz des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses. Die Frage, wie die Verfassung durchgeführt werden soll, bleibt in den theoretischen Auseinandersetzungen noch offen. Vorgeschlagen wird die Verfassungsgerichtsbarkeit mit Hilfe eines einzurichtenden Verfassungsgerichts¹⁴⁶ oder die verfassungskonforme Auslegung durch einfache Gerichte bei einer Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit.¹⁴⁷

2. Die richterliche Entscheidungspraxis in China

a) Die Vereinigung von Rechtsfolge und Sozialfolge der richterlichen Entscheidungen

In den letzten Jahren wurde jeder Richter stetig aufgefordert, Rechts- und Sozialfolge durch die Einzelentscheidungen zu vereinigen. Mit dieser Motivation beteiligen sich die Vertreter der Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft hoch aktiv beim Judikativen Aktivismus und der sog. „Großen Schlichtung“.¹⁴⁸ Zudem sind die Elemente, wie Meinungen des Volkes¹⁴⁹ und sogar

¹⁴³ Vgl. *Zhang Zhiming* (Fn. 38), S. 237-240.

¹⁴⁴ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 31), S. 62 und S. 66-67.

¹⁴⁵ Vgl. insbesondere *Chen Xingliang*, Über die Vor- und Nachteile der „justiziellen Auslegungen“, *Law Science* 2003/8, 51-54; *ders.*, Eine rechtstheoretische Untersuchung zur Institution der Leitentscheidungen, *Law and Social Development* 2012/3, 73-80.

¹⁴⁶ Vgl. insbesondere *Wang Lei*, Die Justizialisierung der Verfassung, 2000. Es scheint aber, dass die Idee darin bis heute nicht verwirklicht werden könnte.

¹⁴⁷ Vgl. *Zhang Xiang*, Zwei Typen von verfassungsrechtlichen Fällen: Die mögliche Einwirkung der verfassungskonformen Auslegungen auf die Rechtsprechung, *China Legal Science* 2008/3, 110-116.

¹⁴⁸ Vgl. *Zhu Suli*, Über richterlichen Aktivismus und die Große Schlichtung, *China Legal Science* 2010/1, 5-16; entgegen dazu vgl. *Chen Jinzhao*, Die Stellung und Bereiche der richterlichen Zurückhaltung, in: *Chen Jinzhao/Xie Hui* (Hrsg.), *Methoden des Rechts*, 2008/ Band 7, S. 35-44.

¹⁴⁹ Vgl. *Zhu Suli*, Formalismus, Volksmeinungen, und die schwierigen Fälle, *Peking University Law Journal* 2009/1, 93-11; *Chen Linlin*, Die Rolle der Volksmeinungen in der Struktur einer Entscheidung, *Chinese Journal of Law* 2012/1, 96-107.

die Intuition¹⁵⁰ hervorzuheben. Dagegen werden die Methodenlehre der Rechtswissenschaft und die Professionalisierung der Rechtsgemeinschaft scharf kritisiert.

Statt dieser Harmonisierungstendenz versuchen neuerdings auch einige Autoren mit Hilfe der Konzeption von folgenorientierter Argumentation die Spannungslage von Recht- und Sozialfolge zu rekonstruieren.¹⁵¹

b) Die Anwendung der Leitentscheidungen

Heutzutage wird angenommen, dass die Leitentscheidungen, die vom OVG ausgewählt und erlassen werden, tatsächlich ein alternativer Weg zur Erreichung der Unabhängigkeit der Justiz sind. Dies impliziert eine Verstärkung der Autorität der Justiz,¹⁵² nicht nur die des OVG, sondern auch die der ermächtigten Höheren Volksgerichte. Wörter wie „beachten soll“ implizieren auch die Anerkennung des Beurteilungsspielraums des betroffenen Richters und die rechtsschöpfende Funktion des Gerichts.

Zugleich sind zumindest vier methodologische Probleme für Leitentscheidungen zu berücksichtigen:¹⁵³ (1) Die Leitentscheidung ist doch noch anders als die Präjudiz in Angloamerika, weil die richterlichen Meinungen in einer Präjudiz den Obersatz einer späteren richterlichen Argumentation bilden könnten, dies aber für die Leitentscheidung nicht gilt. (2) Was das „Leitende“ in den veröffentlichten Leitentscheidungen sein könnte, ist noch nicht klar. Was bedeuten die „Leitgedanken“? Wie funktionieren die „Leitsätze“ und die „Gründe der Entscheidung“? Könnte die Leitentscheidung auch als eine „justizielle Auslegung“ bezüglich der dahin zitierten Gesetzesvorschriften angesehen werden? (3) Welche Auslegungsansätze oder Argumentformen stehen zur Verfügung? Es gibt zumindest die Analogie, die teleologische Auslegung, sowie die Prinzipienabwägung. Könnten diese Argumentformen auch leitend sein? (4) Könnte schließlich eine weitere „justizielle Auslegung“ der Leitentscheidungen noch stattfinden?

Alle diesen Fragen weisen auf einen guten Ausgangspunkt statt Endpunkt für die Methodendiskussion in China hin.

¹⁵⁰ Vgl. *Chen Linlin*, Die Funktion der Intuition bei der Entscheidung schwieriger Fälle, *Zhejiang Social Sciences* 2011/7, 47-52.

¹⁵¹ Vgl. *Zhang Qingbo* (Fn. 134), S. 164-166.

¹⁵² Vgl. insbesondere *Zhang Qi*, Eine Besprechung des „Anleitungscharakters“ der Leitentscheidungen, *Law and Social Development* 2007/6, 40-51; *ders.*, Noch einmal über Charakter und Garantie der Geltung der Leitentscheidungen, *Law and Social Development* 2013/1, 91-105.

¹⁵³ Vgl. *Feng Wei*, Wofür sind die Leitentscheidungen des OVG Chinas? Eine Diskussion.“(zusammen mit *Dr. Lei Lei*, *Chen Wei*, u.a.), in: *Shu Guoying* (Hrsg.), *Archiv für juristische Methodenlehre*, 2012/Band 1, 299-343ff.

