

法教义学与法治： 法教义学的治理意义

雷 磊*

内容提要：法教义学与法治之间具有紧密联系。一方面，通过简要梳理观念史发现，法教义学可以从两个角度来理解，即作为知识的法教义学与作为方法的法教义学。另一方面，最低限度的法治概念包含两方面的要素：在价值目标上，它以法的安定性作为构成要素；在制度目标上，它以融贯法律体系的存在为基础条件。作为方法的法教义学既能促进法的安定性，又有助于融贯法律体系的建构，对于任意类型的法治都具有重要意义。中国在法治建设的过程中应形成自己的法教义学体系，既要在教义学方法的层面倡导法学方法论和一般法学说的研究，又要在教义学知识的层面结合判例研究、习惯梳理和法律评注的编纂，构造出具有本土特色的教义学知识体系。

关键词：法教义学 法治 法的安定性 融贯法律体系

近年来，“法教义学”〔1〕作为一种法学研究立场，在与其他研究立场的竞争与辩论中已经渐渐被国内学界所认可。法教义学主要是从欧陆，尤其是德国法律文化传统中成长起来的，〔2〕但是它的影响力却远远超出了德国而波及了许多其他国家，包括中国。为什么这种发源于独特文化背景的法学研究方式会产生那么大的影响力？这肯定不完全是因为历史的偶然，而一定有其理论逻辑上的理由。目前，国内学界的研究要么围绕某个部门法教义学的基本问题展开，〔3〕

* 中国政法大学法学院教授。

本文为“中国政法大学优秀中青年教师招聘支持资助项目”阶段性成果。

〔1〕 Rechtsdogmatik 亦被译为“法释义学”“法信条论”。“教义”一词在中文中有较为负面的特定含义，用“法教义学”这一对译是否妥当，仍有继续商讨的余地。考虑到该译法已在学界被广泛领会，在没有更好的译法之前，仍采之。

〔2〕 参见〔德〕乌尔弗里德·诺伊曼：《法律教义学在德国法文化中的意义》，郑永流译，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛（五）》，中国政法大学出版社2002年版，第15页以下。

〔3〕 如陈兴良：《刑法教义学方法论》，《法学研究》2005年第2期；许德风：《论法教义学与价值判断：以民法方法为中心》，《中外法学》2008年第2期；张翔：《宪法教义学初阶》，《中外法学》2013年第5期。

要么就法教义学本身的一般主题〔4〕或特定主题〔5〕展开，而极少关注法教义学的内在机理及其对于国家治理的意义。〔6〕本文尝试从法教义学与法治之间的联系中来探寻法教义学在这方面的意义。如果说法治代表着人类普遍的政治理想，也是值得追求的国家治理模式的话，那么诞生于18、19世纪之交的法教义学一定暗合了这种理想与模式的内在主张，因而它能够为法律人所接纳，并在各国法治建设的进程中据有自己独特的地位。

由此，本文的核心问题在于：法教义学与法治之间的联系如何可能，或者说法教义学在何种意义上有助于法治？鉴于法教义学和法治这两个概念本身的复杂性，对于前者，本文将通过简要的观念史梳理，提炼出历史的“常量”；对于后者，则满足于发掘其最低限度的含义。如果能证明法教义学常量与最低限度的法治概念之间存在必然联系，那么法教义学与任意类型法治观念之间的联系都将得到证成。以下将先梳理法教义学的基本内涵，接着在阐明最低限度之法治概念的基础上，从价值目标与制度目标两方面说明法教义学对于法治，包括中国法治的意义，最后勾勒出中国法教义学体系形成路径的轮廓。

一、什么是法教义学

（一）简要的观念史梳理

德语 Dogma（教义）一词来自古希腊文 δόγμα。在希腊语中，“教义”一词具有多种含义，如“固定的想法”“指示”“有拘束力的原理”等。城邦的法律也是教义的一种，即民众集会所采纳的教义，或者被称为“民众的政治教义”“城邦的教义”“明智之众人的教义”“群体或有威望之人的政治教义”。〔7〕古罗马时期的《学说汇纂》继受了这种观念。罗马法复兴运动时期，“教义”的绝对正确性和“受权威的拘束”的思想被一再强调。〔8〕注释法学将罗马法视为绝对正确的法以及成文的理性，它开创了第一个“权威学说体系”的先声，也构成了今日欧洲法教义学的先驱。〔9〕始于16世纪初的人文主义法学，致力于“对罗马法素材的重新系统整理”，相信法律应当能像其他科学一样，通过从一般到特殊的逻辑推理形式来加以表达。〔10〕这一时期，“教义”被用来指称一种“根本的确信”，它阐述的是一项在教学领域中被认为具有拘束力的或有效的基本知识，而教义学就被认为是关于这些教义的学说。教义学观念与公理化体系思想紧密关联，成为理性自然法时代的最大特

〔4〕 如武秀英、焦宝乾：《法教义学基本问题初探》，《河北法学》2006年第10期；白斌：《论法教义学：源流、特征及其功能》，《环球法律评论》2010年第3期；陈坤：《法律教义学：要旨、作用与发展》，《甘肃政法学院学报》2012年第2期；许德风：《法教义学的应用》，《中外法学》2013年第5期；雷磊：《法教义学的基本立场》，《中外法学》2015年第1期；纪海龙：《法教义学：力量与弱点》，《交大法学》2015年第2期。

〔5〕 如法教义学中的价值判断（孙海波：《在“规范拘束”与“个案正义”之间——论法教义学视野下的价值判断》，《法学论坛》2014年第1期）、法教义学与体系化的关系（刘敏：《论法教义学的体系化功能——以民法为中心》，《西南政法大学学报》2014年第1期）。

〔6〕 亦有个别例外，参见张翔：《形式法治与法教义学》，《法学研究》2012年第6期，第6页以下。

〔7〕 Vgl. Erik Wolf, Griechisches Rechtsdenken, Bd. 4. 2, Frankfurt a. M. : Klostermann, 1970, S. 215, Fn. 12; Bd. 4. 1, 1968, S. 82; Bd. 2, 1952, S. 160; Wolfgang Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der Römischen Juristen, 2. Aufl., Graz u. a. : Boehlau, 1967, S. 258.

〔8〕 Paul Koschaker, Europa und das römische Recht, 4. Aufl., München u. Berlin : Beck, 1966, S. 48 f.

〔9〕 Vgl. Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht 1967, S. 3.

〔10〕 参见舒国滢：《欧洲人文主义法学的方法论与知识谱系》，《清华法学》2014年第1期，第153页以下。

征。法学家们摒弃了古代实在法文本的权威，在“人类共同生活的法则”中找到了新的基本真理，这些真理可以通过“只由公理确定的理性运用来认识”。^[11]随之，传统的注重权威论题的教义学，逐渐转向一种封闭的逻辑体系的教义学。^[12]“莱布尼茨—沃尔夫体系”的形成，就是这一特征的集中体现，它为法教义学的体系化提供了重要的方法论基础。

随着18世纪末19世纪初法典化运动的开展，启蒙时代自然法的理性预设得以实现，“实在法”成为法学关注的核心，以何种体系建构和解释实在法重新成为问题。在德国，许多法学家开始了所谓的“历史性反省”。^[13]在这种背景下，历史法学将“教义学”这一概念正式引入法学之中，并使得这一术语日益流行。^[14]在法教义学的本体论层面，历史法学第一次清晰地将“法教义”与“法律”区分开来。法律是法教义学的质料，而法教义学是对实在法的阐释，但在内容上并不限于实在法本身所包含的东西。法律是规定性的，具有拘束力；法教义学是描述性的，不具有拘束力。^[15]同时，历史法学将“历史的”与“教义的”作为对立概念来使用。法史学被认为是“科学的”和“优雅的”，与此相对，法教义学只是一种“手艺式的法学”。^[16]正是历史研究才使得法学成为科学，而统一的法教义学需要借助于历史科学才能建立。^[17]在法教义学的方法论层面，历史法学将“教义的”与“体系的”作了概念上的分离。萨维尼将法律体系的概念从单一的概念—命题体系发展为双重体系。在他看来，法教义学尽管是概念—规则的体系，但必须受到有机的法律制度的体系的制约。只有对相关的现实体系加以说明的法教义学才能成为法律科学。^[18]因此，教义学的工作分作三步：一是认识“事物的一般特征和状态”并用教义来表述这类关系，二是运用教学法将教义构造成相互关联的整体（形成“体系”），三是将对教义的体系化阐释与因果证明法相结合（形成“科学”）。^[19]

虽然历史法学在主导思想上想用法史学来支配法教义学，但其精神内核首先在于构建一种新的法教义学。这种法教义学的使命在于“技术—建构式地（或概念—体系式地）处理现行法”，或者说“科学、完整地探查实在法素材，并且通过概念来逻辑地把握这些素材”，而非历史研究本身。^[20]当19世纪中叶法史学与法教义学的工作走向分离之后，历史法学也就逐渐演变为“潘德克顿法学”。它以“法学实证主义观”为基础，纯粹从体系、概

[11] 参见前引〔9〕，Franz Wieacker书，第134页以下。

[12] 参见舒国滢：《17、18世纪欧洲自然法学说：方法、知识谱系与作用》，《比较法研究》2014年第5期，第8页。

[13] 参见舒国滢：《德国十八九世纪之交的法学历史主义转向——以哥廷根法学派为考察的重点》，《中国政法大学学报》2015年第1期，第29页。

[14] Vgl. Otto Ritschl, Dogmengeschichte des Protestantismus, Bd. 1, Leipzig: Hinrichs, 1908, S. 35.

[15] Vgl. Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar, Erster Theil, Zweyte Ausgabe, Erlangen: Palm, 1797, S. 46 - 48.

[16] Vgl. Gustav Hugo, Beiträge zur civilistischen Bücherkenntniß der letzten vierzig Jahre, Berlin: Mylius, Bd. 1, 1828, S. 46, 53; Bd. 2, 1829, S. 254.

[17] Vgl. Ewald Johannes Thul, Untersuchungen zum Begriff der Rechtsdogmatik, Mainz: Dissertation der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität, 1959, S. 36.

[18] Vgl. Maximilian Herberger, Dogmatik: Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1981, S. 396 - 398.

[19] 参见前引〔9〕，Franz Wieacker书，第297页。

[20] 参见舒国滢：《格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法学建构：理论与方法》，《比较法研究》2016年第2期，第5页。

念和定理中推导出法条及其适用，而不容许考虑任何法外要素。^[21]由此，法哲学就进入了“概念法学”时期，而法教义学也相应进入了“建构型法教义学”的阶段。概念法学将法教义视为法条和概念的集合，将法教义学视为建构法教义体系的方法纲要。如何建构法教义的体系，成为建构型法教义学关注的中心。概念法学的主要代表普赫塔首先发展出了一种“概念的谱系”方法：在结构上，法律体系就是法条体系；在知识论上，它又是由作为法条思考因素之关联理解的法学概念构成的“科学”体系，根据知识论上构建的法学概念体系，人们就可以推演出新的法条。^[22]在对法学的认知上，它导致了“科学法”观念的诞生。科学法既具有科学性，又具有效力上的权威性，所以法学与法本身被混合在了一起。在法律实践方面，由于这种法教义学完全将重心放在概念建构和体系化上，人们仅需将案件涵摄于普遍的教义学定理之下，就可以通过逻辑运算获得正确裁判。^[23]这种“法律的公理体系之梦”在欧洲进入大规模法典化时代之后达到了顶峰。制定法实证主义进一步强化了体系观念，认为它是阐释法学本质概念与基础概念之教义学的必要基础。^[24]法的科学性无需向外寻求，只需去法和法教义学的体系本身中寻找。^[25]所不同者，只是原先法律概念的地位被法典替代了而已。将这种想法推导到极致，甚至可能否认法教义学本身的必要性：因为法典已经预先规定了一切。

由于法典万能迷梦的破灭和大量疑难案件的出现，许多学者开始对传统法教义学进行反思，其中影响最大的无疑是利益法学与自由法运动。利益法学反对将概念一体系的建构作为法学的中心任务。^[26]它反对这样一种认知教义，即法官必须将案件事实合乎逻辑地涵摄于规范之下，并“运用概念计算”以及“通过概念构造或根据体系填补漏洞”，但不应进行评价，更不能自己创造规范。在利益法学看来，以概念体系为特征的法教义学论证本身只是一种“表面证立”，真正决定法官选择哪种教义学说的是他对特定利益的决定。概念或概念群集合而成的外体系只是为了概观的目的。一旦当概念体系与立法者的命令含义发生偏离，它们就不再具有约束力。^[27]与此相比，自由法运动对于传统法教义学的抨击更为彻底。它认为，法教义学只关注偶然立法的产物，但“立法者的三个更正词就可以使所有的文献成为废纸”，^[28]因而无法成为关注客观规律的科学。法律适用涉及的首先是一种意志与感觉行为，而非认知行为，所以要拒绝传统法教义学提倡的所有“伪逻辑技术”，因为它们只是对根据意志与感觉想要获得的结论进行了包装。^[29]相反，法官在司法裁判中应当借助于其他学科方法，运用自由的法律发现去解决法律问题。^[30]

[21] 参见前引〔9〕，Franz Wieacker书，第430页以下。

[22] 参见前引〔20〕，舒国滢文，第8页。

[23] 参见前引〔9〕，Franz Wieacker书，第433页以下。

[24] Vgl. Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Berlin u. New York: de Gruyter, 1993, S. 278.

[25] Vgl. Karl Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, Leipzig: Duncker & Humblot, 1892, S. 382.

[26] Vgl. Phillip Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1932, S. 14.

[27] Vgl. Phillip Heck, Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz, in Günther Ellscheid und Winfried Haasemer (Hrsg.), Interessenjurisprudenz, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1974, S. 171.

[28] 参见〔德〕冯·基尔希曼：《作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》，《比较法研究》2004年第1期，第146页。

[29] Vgl. Hermann Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), Baden-Baden: Nomos, 2002, S. 12 ff.

[30] Vgl. Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903), 2. Neudruckausgabe, Aalen: Scientia Verlag, 1987, S. 7 f.

上述批评具有重要意义,但它并不涉及教义学的核心,而是触及了对教义学的误解和误用。它说明,教义学必须常常回归基本原则,思考其产生和起源,保持对于那些以历史和法律文化规定性为基础进行评价的清醒意识。^[31]在这样的认识基础上,法教义学在二战后再次受到重视,其方法论也完成了向评价法学的转型。迄今为止的评价法学可分为两个阶段,即从20世纪50年代至70年代的传统评价法学阶段和从70年代末至今的新评价法学阶段。传统评价法学最大的转变,在于将法教义学理解为一种评价导向的活动。如吕特斯所指出的,“教义学应以理性的说服力并且援引普遍认可的基本价值(价值确信)来阐释现行法”,“教义学并非单单立基于形式逻辑,它总是旨在将特定的实质性价值判断和规制目标确定下来”。^[32]这种理解一方面使得传统法教义学的独断论色彩日益消除,公理体系的观念被逐步打破,另一方面也意味着法教义学具有了体系内的反思与批判功能。^[33]20世纪60年代以来,多学科渗透融合的潮流势不可挡,新的法理论层出不穷,对法教义学形成了巨大冲击,以至于有学者发出了“今日之法学家还能再成为教义学者吗”的质疑。^[34]事实上,法教义学并没有因此被抛弃,尤其是从90年代之后再次呈现出兴盛之象。因为新的法理论并不是要完全更换法学方法,而是要塑造经由科学反思的更恰当的法教义学。这种新的法教义学的总体趋势在于:超越传统法教义学封闭体系的观念,倡导“在敞开的体系中论证”;^[35]扩展传统法教义学的作业基础,将教义学的视野从仅仅聚焦于实在法放大到关注基础学科的成果。^[36]这些趋势动摇了法教义的绝对拘束力,使之日趋开放和包容。

(二) 作为知识与作为方法的法教义学

通过上述简要的观念史梳理可以发现,尽管不同时期和不同学派对法教义学的理解不尽相同,对它的评价褒贬不一,但没有人否认,法教义就是由法学发展出的一般性权威命题或原理。在法教义学正式诞生之后,法教义学的对象被明确为现行实在法,成为围绕现行实在法展开的一般性权威命题或原理。它们经由法学者提炼、加工和体系化,对于法律适用甚至立法具有拘束力。所不同者,只是各个时期对这些命题或原理之权威的来源在理解上并不相同。在理性自然法学及之前的时代,法教义的权威被认为来源于超实证的法秩序。^[37]而在19世纪后实证主义占据主流的时代,法与其他领域、法教义的权威与其他权威逐渐区分开来,法教义的权威一般被认为来自于实在法规规范本身。^[38]到了评价法学阶段,法的权威性与法教义

[31] 参见[德]罗尔夫·施蒂尔纳:《法教义学在进一步国际化的世纪之初的重要性》,李云琦译,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》2015年第1辑,法律出版社2016年版,第29页。

[32] [德]伯恩特·吕特斯:《法官法影响下的法教义学和法政策学》,季红明译,载上引李昊等主编书,第142页,第158页。

[33] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第76页以下。

[34] Vgl. Ulrich Meyer-Cording, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1973, S. 32 ff.

[35] 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第311页以下。

[36] 如法经济学(Hans-Bernd Schäfer u. Claus Ott, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin u. Heidelberg: Springer, 2012)和“行政法改革”运动(Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann u. Andreas Voßkuhle, (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., München: Beck, 2012)。

[37] Vgl. Ulrich Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, Tübingen: Mohr, 1971, S. 24 ff.

[38] Vgl. Spiros Simitis, Die Bedeutung von System und Dogmatik-dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, 172 Archiv für civilistische Praxis 132 (1972)。

学的权威性进一步被区分开来，后者一般被认为是基于学者们的共识，尤其是“通说”。〔39〕

与此相应，法教义学可以从两个角度来理解，即作为知识的法教义学与作为方法的法教义学。既然法教义是围绕现行实在法展开的“一般性权威命题或原理”，那么法教义学就可以被理解为基于现行实在法之上的“一般性权威命题或原理的整体”。因此，在实体意义上，法教义学是关于一国现行实在法的知识体系。同时，既然法教义作为一般性法学命题或原理具有“权威性”，那么法教义学就同样可以从方法论的角度来理解。具体来说，它既是一种独特的思维形式，也是一种独特的作业方式。在思维上，法教义学要求将任何个别法律判断都建立在一般性权威命题的基础之上。这些命题被认为基于权威来源，在通常情形中不受质疑，因为教义学思维的目标就在于依据某个权威的想法去进行思考，它只限于穷尽这种想法的意义内涵。〔40〕在法律适用过程中，裁判既要受到制定法与先例的拘束，也要遵照为法教义学所加工的法律体系。法教义和制定法规范、先例一样构成了法律论证的权威性框架。〔41〕在作业方式上，法教义学要求对现行实在法进行解释、建构与体系化。法律解释取向于实在法的客观意义；法学建构，尤其是借助于法律概念的建构，旨在从先前思维上孤立的部分中重构出整个法律制度；体系化则根据某个单一的理念来阐释和塑造整个法秩序的规范。〔42〕它从令人信服的问题解决办法中提取出可反复使用且易于掌握的概念、制度和规则，并且尽可能经由稳定的解释惯例以避免无尽的究根问底，通过这种方式将内含于法律体系中的最新知识明确表达出来。〔43〕从这个角度看，法教义学也是一套独特的方法体系。

作为知识的法教义学需要以一国的实在法规定为基础，在塑造过程中会受到本国经验、文化、价值观的影响，不可避免地会显现出“特色”。相反，作为方法的法教义学却可以超越特定国家的实在法而具有普适的意义，因为法教义学的独特思维形式与作业方式来源于作为规范性事实之法律与规范性学科之法学本身的特性。因此，“无国界的教义学方法与有国界的教义学知识”〔44〕可以并存不悖。中国在法治建设的进程中不能照搬他国的教义学知识，并不意味着可以摆脱教义学的方法。正是作为方法的法教义学，与法治之间存在着固有的紧密联系，也彰显着它对于法治的意义。

二、法教义学与最低限度的法治概念

（一）最低限度的法治概念

与人类追求的其它任何政治理想一样，法治也是一个“本质上有争议的概念”。〔45〕这一方面是因为人的认识能力和概念能力会受身处的地域和社群的限制，另一方面也因为“法治”

〔39〕 Vgl. Theodor Viehweg, *Ideologie und Rechtsdogmatik*, in Werner Maihofer (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt a. M.: Klostermann, 1969, S. 71.

〔40〕 参见前引〔17〕，Ewald Johannes Thul书，第42页。

〔41〕 参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法、理性、商谈》，朱光、雷磊译，中国法制出版社2011年版，第99页。

〔42〕 Vgl. Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in ders., *Rechtsphilosophie III*, bearbeitet v. Winfried Hassemmer, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1990, S. 129 - 130.

〔43〕 Vgl. Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, München: Beck, 2007, Rn. 21 f.

〔44〕 丁胜明：《刑法教义学研究的主体性》，《法学研究》2015年第2期，第42页。

〔45〕 See Jeremy Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, 21 *Law and Philosophy* 137 - 164 (2002).

本身就是一个诠释型概念。对此,大体存在着两种相对立的立场:一种立场认为,法治是一种严格依据事先颁布的规则进行治理的事业,本身并不包含任何特定的实质内容;而另一种立场认为,法治必然蕴含某种实质原则或者说实质正义的要求。^[46]两种立场的区分标准在于,是否认为法治所提出的要求仅仅是形式性的。坚持严格形式主义的法治观念被称为“形式法治观念”,而坚持法治同时还提出了某些实质要求的观念被称为“实质法治观念”。美国学者塔玛纳哈曾用一个图表较为全面地总结了迄今为止的各种版本的形式法治与实质法治观念:^[47]

		备选的法治观念	
		比较薄弱→到→比较浓厚	
形式版本	1. 依法而治	2. 形式合法性: 普遍、面向未来、明晰、确定	3. 民主+合法性: 合意决定法律的内容
实质版本	4. 个人权利: 财产、隐私、自治	5. 尊严权和/或正义	6. 社会福利: 实质平等、福利、社群的存续

六个版本之间存在“增量型”关系:前一类型蕴含在后一类型之中,后一类型在前一类型之外增添了新的内容。由此,就法教义学与法治的关联性来说,或许并不需要去证明究竟哪个版本才是法治的“真正”内涵,而只需找到不同版本的最大公约数来作为最低限度的法治概念;如果能证明作为方法的法教义学与这种最低限度的法治概念之间存在必然联系,那么法教义学与任意类型法治观念之间的联系都将得到证成。

在依法而治的观念下,法治被等同于一种特定的政府治理方式,即“政府无论做什么事情,它都应该凭借法律行事”。^[48]若以这种方式来理解法治,那么这个概念本身就没有真正的意义,因为它仅仅被认为是治理社会的一种手段,在任何存在法律的社会都可能存在这种意义上的法治。一旦国家有更好的手段可以用来实现其治理的目标,作为备选手段之一的法律将被毫不犹豫地放弃。所以,这一版本的形式法治根本就不能成为“法治”的备选项。将法治等同于“形式合法性”的法治版本,在“依法而治”之外附加了一些更严格的条件。除了塔玛纳哈的列举,公认比较完整的是富勒提出的法律的八项内在道德,即普遍性、公开性、禁止溯及既往、明晰性、不得自相矛盾、不得颁布超出人们能力之要求的规则、稳定性、官方行为与公布的规则之间的一致性。^[49]在富勒看来,正是这些条件使得法治承担起它必须承担的任务,即为社会提供公共行动与判断的标准。

要为社会提供公共行动与判断的标准,法律就必须具有安定性。在某种意义上,构成合法性的这些条件,主要就是用以提升法的安定性的。事实上,不少形式法治论者就是在法的安定性的意义上来理解法治的。哈耶克指出,法治“意味着政府所有的行动中都受到事先已明确与颁布之规则的拘束——这些规则使得我们有可能十分明确地预见到,掌权者在既定情形中会如何使用强力,并根据这一知识来安排自己的个人事务”。^[50]凯尔森也认

[46] See Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. C. L. R. 1175 - 1181 (1989).

[47] 参见 [美] 布雷恩·塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第117页。引用时表述略有调整。

[48] Noel Reynolds, *Grounding the Rule of Law*, 2 Ratio Juris 3 (1989).

[49] 参见 [美] 富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第55页以下。

[50] Friedrich Hayek, *The Road to Selfdom*, London: Routledge & Kegan Paul, 1944, pp. 75 - 76.

为，“具体案件的判决受到由某个核心性的立法机关事先所创设的一般性规范之拘束，这一原则……在这种一般意义上表现出了法治原则，后者在根本上就是法的安定性原则”。^[51]即使是实质法治论者，如德沃金，虽然认为法治的概念应当包含它的目的，即保护个人权利免受国家强制力的侵害，但也都不否认将法的安定性作为法治要素之一。^[52]没有法的安定性，就无法保证个人权利不受任意和不可预测的国家强制力的粗暴干涉。可见，无论是形式法治观念（除“依法而治”的版本外）还是实质法治观念的支持者，都会认为上述形式合法性的要求或者说法的安定性，是法治的必要条件。

什么是法的安定性？从最宽泛的意义上讲，它包括通过法实现的安定性、法本身的安定性和保护法免于变更的要求。^[53]本文涉及的是第二种意义，即法本身的安定性，它大体囊括了这样几层含义：其一，公民可以基于法律获得关于其法律地位以及这一地位之法律条件的信息（可知性）；其二，公民可以确凿地依赖这类正确的信息来行为（可靠性）；其三，公民可以预见到政府官员所作之具体法律决定的可能（可预测性）；最后，政府官员必须遵循现行有效的实在法，必须以事前确定的一般性法律规范为司法、执法的依据，他们的裁量权要受到约束（可约束性）。^[54]在这几层含义中，最核心的是可预测性的要求。在最终的意义上，法律的可知性与可靠性只能借助于官员行为来实现，而约束政府官员的裁量权主要也是为了提升法律决定的可预测性。不过，法的安定性的这些含义只是道出了法治的价值目标，而这些价值目标的实现离不开特定的制度目标，即建构一个融贯的法律体系。融贯的法律体系不仅意味着组成体系之要素的完整性与相互之间的无矛盾性，也意味着它们之间彼此在价值上相互支持。一个存在逻辑矛盾、漏洞、价值冲突的法律体系无法为公民提供确定的信息，公民无法据此采取可靠的行动并预测政府官员的行为，政府官员的裁量权也无法受到这种法律的真正约束。

所以，最低限度的法治概念包含着两方面的要素：在价值目标上，它以法的安定性作为构成要素；在制度目标上，它以融贯法律体系的存在为基础条件。要证明法教义学与最低限度的法治概念之间存在必然联系，就要证明法教义学既能促进法的安定性，又有助于建构融贯的法律体系。

（二）法的安定性与法教义学

法教义学如何促进法的安定性？要回答这一问题，首先要明确一个基本判断与两个根本前提。一个基本判断是，在现代法治社会中，法院真正代表了法律的形象，^[55]司法构成了法治运行体系的核心环节。司法裁判的直接功能在于解决纠纷，但司法裁判的特点却在于如何解决纠纷。司法裁判是一种说理的活动。所谓说理，简单地说，就是举出理由支持某种主张或判断。^[56]一方面，司法裁判与其他纠纷解决机制以及立法活动最大的差别，在

[51] Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1960, S. 256 - 257.

[52] See Ronald Dworkin, *Political Judges and the Rule of Law*, in his, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986, pp. 11 - 12.

[53] Vgl. Gustav Radbruch, *Der Zweck des Rechts*, in ders., *Rechtsphilosophie III*, bearbeitet von Winfried Hassemer, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1990, S. 45.

[54] 前两层含义参见 Åke Frändenberg, *From Rechtsstaat to Universal Law*, Heidelberg e. t.: Springer, 2014, p. 113.; 后两层含义参见前引 [47]，塔玛纳哈书，第 148 页。

[55] 参见 [英] P. S. 阿蒂亚：《法律与现代社会》，范悦等译，辽宁教育出版社 1998 年版，第 1 页。

[56] 参见颜厥安：《法与实践理性》，台湾允晨文化实业股份有限公司 2003 年版，第 98 页。

于它是“依法裁判”，它所运用的规范性依据是一种事前已经以权威的方式确定下来的一般性规范；另一方面，通常它又不是将个案事实涵摄于法律规范之下的简单过程，而是需要举出进一步的理由来弥补规范与事实之间的落差，即进行“法律论证”。司法裁判在本质上是一种依法裁判的法律论证活动，而法教义学恰恰要在这种法律论证活动中发挥功能。没有理性的论证文化，就没有法教义学运作的余地。在此判断与前提下，可以认为，法教义学至少在三个方面促进了法的安定性。

首先，法教义学可以尽可能实现法的可预测性。涵摄在法律适用活动中是必要的，因为它承载着依法裁判的要求，也赋予判决以法律的属性。但当具体案件事实与法律规范的构成要件之间存在落差时，以法学三段论为代表的涵摄就不敷使用，此时必须通过层层递进的解释性规则来精确化法律概念的含义，直至能将具体案件事实与构成要件严丝合缝地连接起来为止。如果有人对这一演绎过程中每一步所运用的解释性规则发生质疑，就需停下来对其正确性进行论证，直至无人发生质疑为止，这就是教义学论证。法教义学的根本任务就在于对所运用的制定法前提进行澄清。^[57]它以教义来补充制定法规范，使得法律有可能被个别化与具体化，从而成为“制定法的延伸之臂”。^[58]在这种具体化的过程中，面对法律规范中概念的语义空间与评价余地，法官往往面临复数的选择。这种选择的不确定性将有危及法治之虞。在此，教义学发挥着它的实践功能，即为法律规范适用于个案时不可避免的评价余地给出智识上可检验、公开和合理的操作标准。如果说法律适用总是要对评价或利益间冲突可能的调整方式进行决定的话，那么教义学就为对被选择之决定进行理性证实提供了准备。^[59]它对提交于特定法律体系的法律冲突进行信息加工，它的概念为案件或案件要素的标准化与类型化提供了规则。^[60]

具体而言，法教义学发挥着两方面的功能：一是稳定化与否定禁止的功能。法教义学预先将价值判断予以“教义化”和“类型化”，今后法官再次遇到类似问题时只需“中立地”适用教义即可。也就是说，法教义学使我们在面对实践问题时，不必每次都从头开始在每个问题点上去考虑所有的解决方案，而是可以参考过去对于类似问题形成的固定解决路径，使法律判决的作出在很长的时间段被固定化。^[61]如民法上的“缔约过失”、刑法上的“正当防卫”等教义学说，经过经年的发展，已经形成比较稳固的体系，对这些概念的理解牢牢地受到通说的约束。这就强化了法院判决，尤其是法律没有明确规定的问题之解答的可预测性。这并不是说教义不可被推翻，而是说如果任何法官想要作出不同的判决，就必须拥有更好的论据，必须指出现有学说和法院惯例的不足，即为此承担论证负担。教义规则是法学研究批判性检验的结果，不能简单予以否定，^[62]这就是法教义的权威性的体

[57] Vgl. Casten Bäcker, Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?, 40 Rechtstheorie 404, 411 (2009).

[58] Vgl. Kyriakos N. Kotsoglou, Subsumtionsautomat 2. 0: Über die (Un-) Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, Juristen Zeitung 451, 455 (2014).

[59] Franz Wieacker, Zur Praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in Büdiger Bubner, Konrad Cramer, Beiner Wiehl, (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1970, S. 316.

[60] Vgl. Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart: Verlag W. Kohlhamer, 1974, S. 27.

[61] 参见前引 [6], 张翔文, 第 8 页。

[62] Vgl. Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl., München: C. H. Beck Verlag, 2015, S. 200 - 201.

现。二是筛选和排除的功能。在价值多元的社会中，这一点尤为紧要。价值评判的多样性及其必然带来的后果考量，虽然在法律适用过程中不可避免，但必须由教义学来证立并限定后果考量的使用。在此，教义学扮演着单向的筛选或鉴定机制的角色：它或多或少预先为裁判的内容打下了烙印，并划定了裁判可能的界限。^[63] 只有通过这一筛选的价值与后果才能成为法律论证中的规范性理由。如果特殊的论据不能被转化为特定的教义学论证，那么它就不能进入法律论证场域。这并不是说教义学论证与来自其他话语场域的论证之间没有重叠，而是意味着来自其他话语场域的论证必须以特定方式被教义学论证转化和整合。这种转化和整合能否成功，完全取决于特定法律文化的法律素材和方法论构造。^[64] 例如，关于死刑之价值和正当性的一般讨论可以为法律论证提供材料，但是在司法裁判中就死刑问题进行的辩论必须以现行的制度、制度背后的意图、判例等为限定条件，必须以教义学论证的方式来进行。从这一角度看，法教义学的筛选具有单向性，因为法律系统是一种认知上开放但运作上封闭的系统。^[65]

可见，法的可预测性与作为权威性命题之知识体系以及作为取向于权威之思维形式的法教义学密切相关。制定法与法教义都是法律论证活动中的权威性理由。法官在司法裁判中不仅要依据制定法进行裁判，而且要诉诸于事先经由法学予以类型化的法教义，这才使得司法裁判最大程度地具备了可预测性。这一点对于法治中国来说或许尤为重要。长久以来，持续的现代化转型与地方发展的巨大差异使得中国社会在价值上被撕裂为不同的部分，如何在这一背景下维系法律的权威和同案同判的可能，而不至于让形式理性被消解在多元化的实质判断之中，法教义学或将起到重要作用。从这个意义上讲，前几年学界热议的司法能动主义立场就需要被谨慎对待。这一立场固然有其积极的一面，因为它的基本宗旨在于让法官广泛利用手中的权力，尤其是通过扩大平等和个人自由的手段去促进公平，保护人的尊严，^[66] 但它过于强调法官“实现正义”的使命，倾向于轻视对司法权的限制。司法能动主义走向极端，有可能导致法治的死亡：试图以激进革新或冒险的方式来重铸法律，将使法律变得不确定和不可预测，进而走向法治的对立面。^[67]

其次，法教义学可以确保形式上的自由与平等。从消极的方面讲，在一个价值多元的国家中，法教义学在面对各种道德化和政治化的要求时建立和维系了法的形式性。从积极的方面讲，法教义学通过提出独立于各个法律主体的世界观与文化特征的法律命题，确保了法的形式科学性，这导向了法的理性化，它使得法更加透彻，更便于作法律上的判断。一方面，这确保了个人的自由。正如拉德布鲁赫所言，法的安定性具有个人主义—自由主义的特性。这并不意味着为了法本身去维系法的安定性，而是为了个人去维系法的安定性，即免于任意专断的安定性，在此意义上，法的安定性即个人自由。^[68] 法教义学恰恰可以促

[63] 参见前引 [60]，Luhmann 书，第 28 页，第 36 页。

[64] 参见 [德] 拉尔夫·波舍：《裁判理论的普遍谬误：为法教义学辩护》，隋愿译，《清华法学》2012 年第 4 期，第 109 页以下。

[65] Vgl. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1984, S. 60 ff.

[66] 参见 [美] 克里斯托弗·沃尔夫：《司法能动主义》，黄金荣译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 2 页以下。

[67] See Dyson Heydon, *Judicial Activism and the Death of the Rule of Law*, 10 *Otago Law Review* 495 f. (2003).

[68] 参见前引 [53]，Gustav Radbruch 文，第 46 页。

进这种意义上的个人自由。只有当公民可以相对确定地估计到其决定的法律后果时，他的自由才会得到法律的确保。法教义学的形式性对于法律主体的个人行动自由而言具有重要意义，它保障了个人的行动计划受到预先确定的同等标准的衡量。^[69]另一方面，这也确保了平等。法教义学的形式性使得法律主体不会因其世界观与文化特征而受到歧视，使得既有判断体系化与一般化。司法裁判必须从普遍性的规范出发，假如既定法律规范不清晰，就要构造出清晰的解释性规范，而这些新的规范也必须是普遍的、适用于不特定多数人的规范。这就符合了形式正义或平等原则：凡是满足同一构成要件的个案，都应当适用相同的法律后果。^[70]例如，根据我国消费者权益保护法第55条的规定，经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，消费者可以要求其购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍赔偿。假如我们主张将这一条款适用于知晓某电视机为假货仍然购买的某甲，就必须要将“消费者”的概念类型化，将“知假买假者亦属于消费者”确定为普遍性规范。确立这样一条解释性规范，就属于法教义学的任务。故而有论者认为，教义学的基本功能首先就在于使得平等性和相似性变得透明化。没有法律体系能够放弃这一功能，因而也就不存在任何脱离特定教义学基本要素的法律体系。^[71]对不同调整情境在法教义学上的体系化处理导向了对不同问题解决方案的统一化，导向了节省思维的概念工具，并获得了法的透彻性。这对于法治秩序来说极为重要，因为法的透彻性与节省思维的概念工具构成了法作为社会调控之手段的前提。^[72]可见，法的安定性蕴含着基于形式上的自由和平等来调控社会的功能。对于中国这样一个国情复杂的大国而言，在法治建设中尽可能化约复杂性，实现对行为的统一调整和社会的有效整合十分重要，而法教义学能有效化约复杂性。

最后，法教义学一定程度上可以保护公民免受国家权力的非法侵害。国家与公民的关系是法治的核心议题，如何保护公民权利不受国家权力的非法侵害是法治实践的主线。暂且抛开实质标准不论，形式上的“合法性原则”其实就是国家权力干预私人领域的划界标准。但是，法律本身就可能是模糊的，这就难免国家权力通过自己的任意理解，在保持法律规范文字不变的同时扩张权力、掏空合法性原则。恰在这里，法教义学能够在一定程度上发挥维系合法性原则、控制国家权力边界的功能。这最明显地体现在宪法与刑法的领域。在宪法基本权利领域，一套成熟的基本权利教义学说有助于基本权利内涵的稳固化，并防止其相对化。例如，在德国著名的《明镜周刊》案中，法院阐明了德国基本法第5条出版自由的意义，并且明确了同条第2款规定可对出版自由进行限制的“一般法律”的范围。这一判决被后来的一系列相关案件所引用。^[73]这些判决对于出版自由的权利主体、出版过程和出版内容等方面作了不断清晰化的教义学处理，从而为国家权力对出版事业的干预划定了宪法界限。我国虽未建立起宪法审查机制，但并不禁止法官在适用普通法律时进行合宪性解释。假如宪法，尤其是基本权利条款，要成为解释普通法律规范的依据，其本身的

[69] Vgl. Hans-Martin Pawlowski, Zur Aufgabe der Rechtsdogmatik im Staat der Glaubensfreiheit, 19 Rechtstheorie 422 (1988).

[70] 参见前引〔41〕，阿列克西书，第9页。

[71] Vgl. Rolf Stürmer, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, Juristen Zeitung 11 (2012).

[72] 参见前引〔69〕，Pawlowski文，第426页。

[73] 关于本案案情、论证及其影响，参见陈征：《〈明镜周刊〉案》，载张翔主编：《德国宪法案例选释（第2辑）：言论自由》，法律出版社2016年版，第1页以下。

含义就必须明确。教义学上的解释、建构与体系化，可以帮助我们将基本权利条款构造为一种“客观价值秩序”，并对立法、行政等国家权力形成限制。在刑法领域，稳固的法教义学有助于维系“罪刑法定”原则。法无明文不为罪、法无明文不处罚也是法治的基本要求。一般认为，它包括三个子原则，即禁止溯及既往、禁止习惯法、禁止类推。^[74]在此，除了禁止引用证立或加重刑罚的习惯法来施加刑罚外，其余两个子原则都可能与法教义学发生关联。禁止溯及既往不仅禁止溯及既往的立法，也禁止溯及既往的解释；禁止类推指的则是不得通过类推的方式逾越具体制定法规定的词义，不得通过诉诸于制定法中不利于行为人的基本思想来发展新法。^[75]可见，通过稳固的法教义澄清刑法分则的各个罪名和条款的含义，可以在一定程度上防止国家以溯及既往和不利于犯罪嫌疑人之类推的方式滥用刑罚权。在此意义上，正如德国当代宪法学者博肯费尔德所说，法治国的形式特色绝不意味着它只具有空洞的形式，而是对法治国的基本原则即自由与财产安全的形式化与客体化。^[76]

综上，法教义学可以从可预测性、形式自由与平等以及保护公民免受国家权力的非法侵害三方面促进法的安定性，而这些功能源自法教义学的形式理性化特征及其受权威拘束的思维形式。对于缺乏形式理性传统的中国法治实践而言，一个可行的做法，就在于先在形式法治的层面建立最低限度的共识，以法的安定性作为法治的首要追求，避免法治进程中“法律的失灵”和“权威的失落”。而法教义学对于凝聚法律共识、树立法治权威而言，是不可或缺的。

三、法教义学与融贯法律体系的建构

一个融贯的法律体系的存在是保障法的安定性的制度基础。法律体系虽主要由立法提供基本要素，但须经由法学的建构性诠释与加工才能成为融贯的整体。立法者公开颁布的规范只是一堆经验材料，它们并不能自动形成科学意义上的体系，体系化功能只有在法律人对这些材料进行加工后才能实现。法律体系不是给定的，只有通过科学活动才能出现，^[77]而法教义学的任务就在于通过对各个法律规定的体系化去形成法律体系。它使我们可以借由经加工的体系学来掌握相关领域规则的整体，以获得关于这些规定之内部关联的洞见，从而最终获得关于法秩序之结构的洞见。^[78]在这一过程中，法教义学会澄清法秩序背后隐藏的要素，明确相关规范或概念的含义，推导出新的规范或概念，由此对立法所颁布的材料进行认识论重构，形成科学意义上的法律体系。这样的法律体系包括两个层面：作为抽象

[74] Vgl. Philip Kunig, Art. 103, in der. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 4./5. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 2003, Rdz. 25 – 32.

[75] Hans-Joachim Rudolphi, § 1, in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 (Allgemeiner Teil), 6. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993, Rdz. 35.

[76] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in ders., Recht, Staat, Freiheit, erweiterte Ausgabe, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2006, S. 150.

[77] See Roberto J. Vernengo, Systematisierung und Rationalisierung in Rechtsdogmatik und richterlicher Entscheidungsfindung, in Eugenio Bulygin und Ernesto Carzón Valdés (Hrsg.), Argentinische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie heute, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, S. 135, 136.

[78] Aulis Aarnio, Denkweisen der Rechtswissenschaft, Wien: Springer Verlag, 1979, S. 232 f.

概念体系的外部体系与作为法律原则体系的内部体系。^[79]它们分别提出了融贯法律体系的不同要求,如果说前者要求法律体系逻辑严谨的话,那么后者就要求法律体系内部价值一致。但是,无论是在内部体系还是在外部体系的层面,法教义学发挥的都只是“整合法律体系”的功能。此外,法教义学还有更高层次的功能,即重述法律体系。

首先,法教义学能促进法律外部体系的逻辑严谨化。一个逻辑严谨的法律体系至少要满足两个条件,即完整性与连贯性,否则,法律体系就无法实现调整人们行为这一主要任务,法的安定性就无从谈起。^[80]法教义学既能揭示出法律中可能不完整和不连贯之处,提示立法予以改进,也可以在一定程度上自行改善法律。法律体系应当是完整的,这意味着法律体系应为相关案件领域中的每一个案件都提供解决办法。完整性的匮乏可能来自于两种不同的情形:一是因为法律体系没有为某类案件提供解决办法,此时就出现了“规范漏洞”;二是由于概括某类案件的法律概念具有语义不确定性,所以我们无法知晓个案是否属于此类案件,这是所谓的“认知漏洞”。^[81]对于认知漏洞,主要依靠法律解释来解决。如果对于法律条款存在数种可能的解释,那么就要选择不会导致漏洞发生的那种解释来形成法教义,以满足法律体系完整性的要求。例如,对于我国物权法第16条规定的不动产登记簿制度,存在着“推定力”和“公信力”的解释之别。前者意味着不动产登记簿制度所记载的事项被推定正确,但可通过反证被推翻;而后者意味着,即便记载事项被证明不正确,善意第三人仍可以信其为真的方式来行为,并取得相应法律效果。以完整性要求来衡量可以发现,“推定力说”尽管可以援引第106条来主张对于善意第三人的保护,但由于后者只适用于无权处分而不适用于其他情形,尤其是消极信赖保护的情形,此时就会出现认知漏洞。相反,“公信力说”则能涵盖积极信赖保护和消极信赖保护,形成完整的保护体系。所以,法教义学上当采后者。^[82]对于规范漏洞,则需要借助如类推等方法去填补。例如,德国私法学界曾根据德国民法第463条第2款,“出卖人故意不告知物之瑕疵,买受人得请求不履行损害赔偿”,类推出“出卖人故意告知标的物具有实际上不存在之优点,买受人得请求不履行之损害赔偿”。^[83]由于类推的实际效果在于将某个规范的适用范围扩张至未明文规定的案件类型,所以相当于创造出了一条新的教义性规范,以裨体系的完整化。

法律体系应当是连贯的,意味着法律体系不应为同一类案件提供两个或两个以上不兼容的解决办法。融贯的法律体系要尽可能少地包含彼此冲突的规范。有时立法本身会预先规定解决这些冲突的形式准则或程序性规定,如我国立法法第87-89、92、94、95条,但很多时候则需要由法教义学来提供解决办法。解决体系不连贯问题的首要办法依然在于解释。^[84]在此,作为教义学方法的体系解释起到了关键性作用。假如对于法律条款的某种解释会导致与另一法律条款相矛盾的结果,那么就不应该采取这种解释。例如,我国侵权责

[79] 参见前引〔33〕,拉伦茨书,第318页,第348页以下。

[80] See Eugenio Bulygin, *Legal Dogmatics and the Systematization of the Law*, in Eugenio Bulygin et al., *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 229.

[81] See Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, Wien u. a.: Springer Verlag, 1971, p. 33.

[82] 参见朱广新:《不动产适用善意取得制度的限度》,《法学研究》2009年第4期,第40页;程啸:《论不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分》,《中外法学》2010年第4期,第524页。

[83] 参见前引〔33〕,拉伦茨书,第258页。

[84] See Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 421, 422, 425.

任法第78条规定，饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。“动物”的日常含义既包括“合法饲养的普通动物”，也包括“禁止饲养的危险动物”，但联系第80条，只能采取限缩解释，将第78条中的“动物”解释为“合法饲养的普通动物”。如果解释无法解决冲突，则需要确立不同法律条款的适用顺序。例如，我国关于担保制度的规定散见于物权法、担保法、担保法司法解释等法律文件之中，其间就存在不少冲突，这就需要通过法教义学明确不同文件中相关法律条款在各种情形下的优先适用顺序，以此来应对适用问题。

其次，法教义学能促进法律内部体系的价值一致化。体系的特征在于秩序和统一性，融贯的法律体系不仅应是一个逻辑严谨的概念体系，也应当具有评价上的一致性与法秩序的内部统一性。这不仅是作为科学之法学必不可少的前提和法律解释方法在通常情况下不言而喻的条件，也是作为法律理念的平等和可普遍化之正义的要求。由此，法律体系在内在面向上可以被定义为“一般法律原则的价值论或目的论秩序”。^[85]很多时候，这类原则本身就是教义学工作的结果，这些法律原则的具体内涵也必须由教义学来确定，随着教义学而发展。在此意义上，有学者甚至认为，原则不外乎是处于高度抽象层面的教义学概念。^[86]法教义学不仅要充实作为法律体系之价值基础的一般法律原则的内涵，也要将它们贯彻于整个法律体系的各个领域。其中最典型的就是由宪法规定，经由宪法教义学所发展的宪法原则和基本权利条款在部门法领域的落实。这种落实可能体现为合宪性解释。合宪性解释其实是一种体系解释和目的解释的混合物。一方面，宪法在法律体系中居于最高效力层级，依据宪法原则解释普通法条款合乎整个法律体系的要求；另一方面，宪法原则又体现了特定法秩序最根本的价值一目的，合宪性解释就意味着取向于这些目的。法律体系的融贯性要求，假如对某个法律规范有两种可能的解释，其中一种解释将比另一种解释更能够受到宪法原则的支持，那么就应该采取前者。宪法原则在部门法领域的落实也可能体现为合宪性审查与限缩。《刑法修正案（九）》新增的“扰乱国家机关工作秩序罪”就是一例。我国宪法第41条规定公民有批评、建议、申诉、控告、检举等权利，第27条第2款规定了国家机关必须倾听人民的意见和建议，接受人民的监督。“扰乱国家机关工作秩序罪”所制裁的行为，在宪法教义学上可能构成对这些基本权利的行使。如果在具体情形中的认定效果导致完全否定这些基本权利的“本质性内容”，那么就有违宪的嫌疑。所以，这一罪名在适用时至少要受到限缩。^[87]总之，法教义学既要既对既有法材料进行体系化加工，为改善法律提供必要的建议，也要澄清作为整个法秩序之基础的基本价值。^[88]

最后，法教义学能通过重述法律体系实现理念的融贯化。价值一致化只能实现法律体系内部的融贯性，但融贯性的更高要求在于，法律体系在价值上要尽可能与体系背后的政治一道德理念保持一致。这些超越实在法的理念本身不能从法律体系内部得到证立。^[89]任

[85] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1982, S. 46 ff., 155, 156.

[86] Vgl. Matthias Goldmann, *Dogmatik als rationale Rekonstruktion*, 53 *Der Staat* 378–379 (2014).

[87] 参见张翔：《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》，《法学研究》2016年第4期，第52页以下。

[88] Vgl. Uwe H. Schneider, *Zur Verantwortung der Rechtswissenschaft*, *Juristen Zeitung* 696–705 (1987).

[89] See NE Simmonds, *Reflexivity and the Idea of Law*, 1 *Jurisprudence* 1, 18, 22 ff (2010).

何融贯的法律体系的背后都有一套成熟的政治理论与道德信念体系作为自己的支撑,而这种政治—道德理念往往以一种“高级法”的姿态扮演着法律体系“背景墙”的作用。它们在日常情境中并不会走上法律的前台,只会偶尔在某些特定场合显露。法教义学的更高形态体现为,它可以在不改变法律体系之制度框架的前提下为法律体系寻获理念基础,并以此来重述法律体系。虽然重述后的法律体系在规范上等值于先前的法律体系,但它能更好或更直接地表达出法律体系得以确立的根基。^[90]例如,为什么“法不禁止即自由”这一准则只适用于私法,而不适用于公法?法律部门间的这种“不融贯”可以用如下理念来证立:在缺乏有约束力的法律规则时,个人必须享有最大的自由。因此,在不受公权力干涉的私法领域,个人在原则上可以做一切不为法律所禁止的事;而在公法领域,公权力的掌握者却不能做一切未被法律所允许的行为,因为如果这样就极易造成任意侵犯个人自由的恶果。两者背后的政治—道德理念是一致的,公法和私法的许多规范可以此理念为基础被重述为一个新的体系。再比如,在中国学界目前关于“国家所有(权)”和“财产权的限制”问题的讨论中,基于马克思主义的财产观与社会主义的理念可以将宪法和民法有关所有制和财产的规定进行整理重述,统合为新的财产法律体系。^[91]应当承认,政治—道德理念本身已经超越了法教义学的范畴,但它们依然需要通过教义学方法进入体系重述的过程之中。

法律体系融贯化对于中国法治建设而言意义重大。作为后发型与外源型的现代化国家,中国法律体系的建构自始就面临着“时空叠合”的境遇。就时间维度而言,政府主导型的法治建构模式虽然使得法律体系的创新更有目标性和规划性,但由于缺少需长期凝聚的社会共识与价值保障,经常呈现出规范冲突与体系不融贯的现象。就空间维度而言,一方面,由于中国在法治时间坐标轴上始终处于追赶者的地位,往往追求“融入世界规则”,从而丧失了法律体系融贯化的“中国知识”,造成融贯化的“中国场景”的缺位;另一方面,尽管中国单一制的立法体制可以确保整个法律体系效力链条的清晰性,但由于利益分化、技术壁垒、观念差异等原因,无法确保不同层级、不同部门、不同地方的立法主体制定的法律规范之间相互融贯。^[92]这种时间与空间上的张力使得法律体系的融贯化显得尤为困难,也使得法教义学显得尤为重要。为此,中国的法教义学既要去寻找中国当代的政治—道德背景体系,并在理念融贯性的层面上建立起法教义学与背景体系的联系,也要在外部体系与内部体系融贯性的层面上有意识地运用教义学的方法,更要在具体制度的实践与建构过程中孕育具有本土特色的教义学知识。唯有如此,才能构筑出科学和理性的“良法”,为中国法治建设夯实基础。

四、中国法教义学体系的形成

为了确保法的安定性,建构融贯的中国法律体系,就必须形成中国的法教义学体系。

[90] See Risto Hilpinen, *On Normative Change*, in Edgar Morscher and Rudolf Stranzinger (eds.), *Ethik: Grundlagen, Probleme und Anwendungen*, Wien: Hölder-Pichler-Tempsky, 1981, p. 155 f.

[91] 对此已有学者作了部分努力。例如,前者参见谢海定:《国家所有的法律表达及其解释》,《中国法学》2016年第2期,第86页以下;后者参见张翔:《财产权的社会义务》,《中国社会科学》2012年第9期,第100页以下。

[92] 具体参见雷磊:《融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化》,《法学家》2012年第2期,第12页以下。

如前所述，这一体系由教义学方法与教义学知识两个层面构成，而中国法学者需要同时在这两个层面上进行努力。

（一）教义学方法的层面

在教义学方法的层面上，应当注重对于法学方法论与一般法学说的研究。法学方法论主要围绕法律解释展开，一般法学说的任务集中于概念建构，而体系化则贯穿于解释与建构的过程之中。具体而言，需要从以下两方面着力。

其一，法学方法论研究的精细化。法教义学致力于在具体的细节上，以逐步进行的工作来实现“更多的正义”。^[93]为此，就需要有一套细密而绵实的法律适用技术，尤其是法律解释的技术。国内法学方法论研究起步于20世纪80年代，在2000年之后一度成为“显学”，但近年来有趋冷的趋势。究其原因，一是方法论研究尚未摆脱从西方移植理论学说的命运，二是倡导者中有许多是纯粹做抽象理论研究的法理学者。这就使得国内方法论研究呈现出双重缺陷：一方面是“上不去”，另一方面是“下不来”。所谓“上不去”，是说以往的研究对于继受而来的学说没有给予法理论层面的反思，仔细辨明哪些是属于体现方法论必要构造的学说，哪些又属于仅体现特定国家甚至特定学者之个性的学说。当然，反对单纯照搬西方学说，尤其是特定西方国家的学说，并不是说方法论研究不具有一般性。所谓“下不来”，是说以往的研究缺乏对司法实务的关注，方法论研究就无法“落地”。国外的方法论学者多为某一部门法领域的专家，他们的方法论主张与对部门法实务案例的接触密切相关。中国的方法论研究则在整体上没有与具体的部门法教义学相结合。为此，今后的研究应当由法理学界、部门法学界与司法实务界三方合力，进行法理论证与实例验证相结合的精致化研究。

其二，一般法学说的再提倡。法教义学指涉单个法律体系的实在法，而在所有现代国家的法律体系中又都可以区分出诸多特殊法教义学，如民法教义学、刑法教义学、宪法教义学等。关于实在法的一般法学理论可以指涉单个、多个或所有法律体系。如果它指涉单个法律体系，那就是一般法教义学，它是各个特殊法教义学的共同部分。如果指涉多个甚至所有法律体系，它就超出了法教义学的范畴。由于当代各国法律体系中有很大一部分是相互影响和借鉴的产物，一些基本概念如法律规范、法律效力、权利、义务、违法、责任、制裁等，基本存在于所有类似的法律体系之中，如此就产生了关于实在法的一般法学理论即一般法学说的需要。^[94]一般法学说研究的就是实在法各个领域所共同而普遍的基本概念、基本结构及其一般基础，它属于法律和法学领域基本概念的分析理论。^[95]基本法律概念的研究曾在中国学界领风气之先，在学术思想受到较大禁锢的年代起到了解放思想、树立航标的重要作用。但近年来，这种研究在以问题和学派思想为主流的法理学界和在以立法论与解释论为主导的部门法学界都日趋沉寂。事实上，概念研究与问题、思想、立法、适用等层面的研究并不矛盾，前者恰恰是后者的基础。我们对于一般法学说的现有研究成果还远远未达到能够固步自封的地步，相反，借鉴当代语言哲学、分析哲学、伦理学的研究成果继续精耕细作，提供一套价值圆融、逻辑严密的概念体系，对于中国法教义学的发

[93] 参见前引〔33〕，拉伦茨书，第77页。

[94] See Robert Alexy and Ralf Dreier, *The Concept of Jurisprudence*, 3 Ratio Juris 1-2 (1990).

[95] 参见刘幸义：《法律概念与体系结构》，台北翰芦图书出版有限公司2015年版，第9页以下。

展来说至关重要。

（二）教义学知识的层面

在教义学知识的层面上，未来的方向应当是努力结合判例研究、习惯梳理和法律评注的编纂，构造出具有本土特色的教义学知识体系，尤其是通说体系。

一是判例研究的系统化。判例研究在中国学界呈现方兴未艾之势：不少刊物都开设了案例研究的专栏，最高法院主办的《法律适用》甚至专门新增了《法律适用·司法案例》；有的教科书紧密结合学说、法条与案例进行写作，也有专门的案例丛书出版。案例教学，乃至专门的案例研讨课程在一些大学都被纳入了本科课程体系；正在进行的司法改革将案例指导制度作为重要一环，指导性案例已经引发学界的追踪与研究。这些都为中国法教义学的发展提供了契机。但是，不少研究依然停留于“就案论案”“以案说法”的程度，没有进行深入的教义学层面的剖析与论证，更没有提供一般化的法教义规范。今后，学界对于判例的研究应予以系统化。这既意味着判例解析应成为法学研究、教学的常态，更意味着应当围绕法条的解释与续造，基于个案并超越个案，去提出并证立法教义知识，促使将相关领域的法教义知识构造为融贯化的整体。

二是习惯的规范化。习惯在司法裁判，尤其是民商事裁判领域具有重要意义，它既可以作为一般条款的解释依据，也可以作为填补法律漏洞的补充性法源。一方面，习惯基于长期、稳定、均匀和普遍的交往实践形成，并被参与者确信，参与这项实践就是在遵守既存的法律，^[96]因而具有拘束力；另一方面，作为地方性知识，对于案件的当事人习惯也具有很强的说服力。正因为如此，习惯（法）的研究在中国学界一直是一个热门：有学者长期关注地方习惯法并著作甚丰；有专门以习惯法为主题的刊物，也有开设相关专栏的刊物；每年都会有为数不少的研究论文发表。但是，目前对于习惯的研究要么关注其法源地位，要么聚焦于习惯在个案中的作用，要么做基于实证调研的梳理和描述，基本没有与教义学研究发生关联。事实上，习惯，尤其是释法型习惯可以成为本土化的法教义知识的绝佳来源。这一点对于大规模移植西方法律的中国来说意义匪浅：即便我们的制定法在很多方面借鉴了西方制度，也不意味着法教义知识的西化。即使是在继受他国法律的基础上，也可以结合本土习惯发展出自己独特的法教义。习惯的类型化与规范化是中国法教义学知识体系形成的重要一环。

三是法律评注工作的深入开展。法律评注是法教义学知识体系的集中展现。从某种意义上讲，对于德国法治实践提供最大智识支撑的并不是哪一本学术著作，而是一部部卷帙浩繁、体系恢弘的法律评注书。法律评注具有鲜明的实务导向，它以解释现行法为中心，竭力回答相关领域的一切问题，重视案例，秉承教义学方法，对于法学教育、司法实践和立法等活动都有重要影响。^[97]法律评注近年来在国内颇受关注：有学者主持研究了相关的课题与项目；有相关的著作与个别单行法的评注书出版；一年一度的中德民法评注会议自2015年起举办；《法学家》杂志自2016年以来特辟“评注”专栏，专门刊发针对某一法律条文的单条评注。这些都为未来法律评注工作的开展提供了诸多有益的尝试。目前，中国

[96] Vgl. Joachim Vogel, *Juristische Methodik*, Berlin: Walter de Gruyter, 1998, S. 39.

[97] 参见贺剑：《法教义学的巅峰：德国法律评注文化及其中国前景考察》，《中外法学》2017年第2期，第385页以下。

的民法总则已经出台，民法分则正在审议过程中，竟民法典之全功已非不可及之事。接下去就是民法典的实施问题，而民法典的评注对于民法典实施的意义不言而喻。^[98]但是，由于制度约束、知识储备与激励机制等方面的原因，如想在民法典制定之后迅速组织人力编纂法典评注，尚有大量的预备性工作要做。无论如何，法律评注对于中国法学和法律体系的未来至关重要。不积跬步无以至千里，以点滴积累和水磨之功将正处于萌芽阶段的我国法律评注编纂工作推展前进，是形成中国法教义学知识体系的必由之路。

德国当代学者迪特里希森在《法教义学的道路》一文中曾概括说，“教义学命题虽以‘智识上的认知活动’为基础，但同样也在此意义上包括‘意志行为’，即它们将引入对‘社会冲突或经济冲突的恰当调整’”。^[99]所以，法教义学虽是学者的志业，也必将介入一国的法治实践之中。最低限度的法治概念，一方面以法的安定性作为构成要素，另一方面则以建构融贯法律体系为基础条件。作为方法的法教义学既能促进法的安定性，又有助于融贯法律体系的建构，因而对于任意类型的法治都具有重要意义。中国在法治建设的过程中既要运用普适性的教义学方法，又要塑造本土化的教义学知识体系。在此意义上，形成中国的法教义学体系或许也可以被视为中国法治建设的一个内在组成部分。

Abstract: There is an inherent connection between legal dogmatics and the rule of law. On the one hand, a brief investigation into the history of ideas shows that legal dogmatics can be understood from two perspectives, i. e. , legal dogmatics as knowledge and legal dogmatics as method. On the other hand, the minimum concept of the rule of law includes two elements. In terms of its value goal, it takes the certainty of law as its constitutive element; and in terms of its institutional goal, it takes the existence of a coherent legal system as its basic condition. Legal dogmatics as a method can both enhance the certainty of law and help to construct a coherent legal system, and therefore is of great importance to any type of rule of law. China, in the construction of the rule of law, should develop its own system of legal dogmatics, which means that it should not only promote research on legal methodology and general legal doctrine at the level of doctrinal methods, but also combine case law studies, custom explorations and codification of law commentaries at the level of doctrinal knowledge, so as to construct a doctrinal knowledge system with Chinese characteristics.

Key Words: legal dogmatics, the rule of law, the certainty of law, a coherent legal system

[98] 事实上，对于“民法总则”的评注工作已经展开，代表性著作参见陈甦主编：《民法总则评注》，法律出版社2017年版。

[99] Uwe Diederichsen, *Auf den Weg zur Rechtsdogmatik*, in Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg: C. F. Müller, 1999, S. 66.