

## 功能取向的法教义学:传统与反思

李忠夏

**内容提要:**法教义学在中国面临着巨大争议。这种争议一方面源于对法教义学的刻板理解,另一方面源于法教义学面临复杂社会现实时所表现出的踟躅不前。对此,需要从法律系统功能入手,对法教义学所起到的功能进行观察,进而从方法论角度反思法教义学在封闭性与开放性之间所对应的方法应用。功能具有两个层面,一个是全社会意义上法律系统的功能,另一个是法律系统为实现社会目标而具有的功效。法律系统为实现其“稳定化规范预期”的功能,需同时实现冗余性和变异性,保证其独立运行的同时,还能实现与社会的相适性,在封闭性的基础上实现其开放性。冗余性和变异性分别对应着不同的方法体系,只有在功能定位的视野下,才能将具有异质性的方法体系融合到一起,统合在法教义学的框架之内。

**关键词:**功能取向 法教义学 调控社会 冗余性 变异性/多样性

李忠夏,山东大学法学院教授。

法教义学目前在中国引起了巨大争议,不仅在名称上,<sup>[1]</sup>更在于方法论层面。支持者与反对者分列两大阵营,泾渭分明,对法教义学的评价褒贬不一。近年来,已有学者开始尝试进行一种沟通式的方法论尝试。<sup>[2]</sup>一方面,法教义学阵营的学者开始反思法教义学的开放性,以及法教义学自身的局限性;<sup>[3]</sup>另一方面,社科法学等反对论者也开始承认法教义学的作用以及二者的互补性。<sup>[4]</sup>有不少学者都提到了法律论证的内部证成和外部证成应该并存,并将逻辑涵摄和后果考量作为法律论证的“二阶构造”。<sup>[5]</sup>这种观念在

[1] 关于名称翻译的争议可参见白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,《环球法律评论》2010年第3期,第6页。

[2] 参见谢海定:《法学研究进路的分化与合作——基于社科法学与法教义学的考察》,《法商研究》2014年第5期,第87-94页。

[3] 参见许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第937-973页;纪海龙:《法教义学:力量与弱点》,《交大法学》2015年第2期,第90页。

[4] 参见程金华:《四倍利率规则的司法实践与重构:利用实证研究解决规范问题的学术尝试》,《中外法学》2015年第3期,第684-716页。

[5] 参见王彬:《逻辑涵摄与后果考量:法律论证的二阶构造》,《南开学报(哲社版)》2020年第2期,第33-43页。

今天中国法学的方法讨论中并不少见,但须知这二者之间其实存在某种紧张关系,很难简单地将之融合到一起。如何获得“两全法”,就需“知其所以然”,方能找到二者的共处之道,找到各自的界限和互补方式。这需要将法教义学置于整个社会背景当中,呼应法律系统所承担的功能,探讨法教义学的具体开展。庞德曾提出“什么才是特定时空条件下与法律秩序的目的最相适应的”这一问题。<sup>[6]</sup>在他看来,“社会学法学家如今都主张建立一种统一的社会科学,并且认为法律科学不可能是‘与世隔绝’、孤芳自赏、自给自足的。他们主张,法律秩序是社会控制的一个方面,并且只有将法律秩序放在社会现象的大环境下考察,我们才能理解它。”<sup>[7]</sup>这是如何处理法律与社会关系的重大问题,法教义学如何回应和处理这一问题,决定了法教义学的未来。

## 一 法教义学的更新:“世间安得两全法”?

一个学科必有一个学科之根本。传统上而言,法学之根本就在法教义学,法教义学有自身的方法体系和经学术加工而成的知识体系,因而可称之为“科学”。<sup>[8]</sup>但法学也会因应时代需求而发生变化。法教义学早期以逻辑为依托进行概念建构。概念法学这种致力于建构一种不变的概念体系的做法,导致了具有“可变性”的实证法,<sup>[9]</sup>进而在某种程度上又返回到了具有“不变性”的自然法的旧路。二者令人惊讶地具有某种“相似的关系”。<sup>[10]</sup>正是由于脱离了现实,促使概念法学转向了利益法学。概念法学的产生有其时代需求,利益法学也同样如此。<sup>[11]</sup>

随着时代需求的变化,法学的体系也在不断发生变化。当价值中立的、学术性的概念体系的需求逐渐减弱之后,要求法学面向现实的需求则不断提升。随着工业社会复杂性程度的不断提高,社会变迁的速度越来越快,法学从封闭的概念体系逐渐走向开放。到了今天,风险社会需要人们对未来有更高的预测程度,以预防当下决定可能产生的未来损失。因此,法学需要融入更多的未来视角,其开放性程度也与日俱增。法律由自然法走向实证法,就是从不变性走向了可变性,<sup>[12]</sup>而可变性则使法学由封闭性走向了开放性。

以实证法为依托的概念法学,试图重新复兴这种不变性,不免徒劳无功。这种尝试直到今天仍然存在。建立在实证法基础上的法学,要么完全走向封闭性而放弃开放性,要么完全走向开放性而牺牲了封闭性。拉德布鲁赫所提到的“安定性”与“正义”这两种

[6] 参见[美]罗斯科·庞德著:《法理学》(第一卷),余履雪译,法律出版社2007年版,第238页。

[7] 参见[美]罗斯科·庞德著:《法理学》(第一卷),余履雪译,法律出版社2007年版,第267页。

[8] F. Hubert, Dogma, Dogmen, Dogmatik: Eine Untersuchung zur Begründung zur Entstehungsgeschichte einer theologischen Disziplin von der Reformation bis zur Spätaufklärung, LIT Verlag, Münster 2001, S. 13.

[9] 实证法取代自然法,最大的特征即在于具有了“可变性”,Vgl. N. Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl., Opladen 2008, S. 40 ff., S. 208.

[10] 法律实证主义与自然法之间在逻辑方法和先验正确方面的相似性,参见[德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第43页。

[11] F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen, 1996, S. 353 ff.

[12] N. Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl., Opladen 2008, S. 208.

法理念,<sup>[13]</sup>总是处于“非此即彼”的关系中,而无法“两全”。法律如果完全丧失独立性,尤其完全与道德、政治等同化,就会使法律系统难以正常运转;但如果完全隔断与整个社会的联系,则会使法律丢失社会实效性,进而影响到法律的权威性,并阻碍法律系统自身功能的实现。现代社会,法律系统需要同时实现这种封闭性与开放性、安定性与正义的“两全”。

在今天,法学中出现的更多是一种宽容性立场,即一种开放的法教义学,但这种开放的法教义学到目前为止也并未能真正处理法律与道德、法律与社会以及法律与其它社会领域之间的关系;封闭性与开放性的难题仍然存在。法学之外的方法是否、如何以及多大程度上引入,外在方法进入法学之后应如何做出改变和调适,“目的”“利益”“价值”“后果”等能否取代“概念”成为法教义学的根本,是法教义学必须面临和回应的现代性难题。在开放性的背景下,法学的方法并非是一元化的,而是多元并存。这种新康德主义所批判的“方法杂糅”<sup>[14]</sup>应如何协调至法教义学的穹顶之下,也是今天法教义学必须要思考的问题。

迄今为止,在处理法律与社会的关系问题上,卢曼的功能主义最具说服力,真正能够兼容二者,即“开放性只有基于封闭性才成为可能”。<sup>[15]</sup>法教义学、乃至法学的学科独立性,端赖于开放性如何被吸纳到封闭性当中。如果开放性开放到封闭性不再成为可能时,一个独立的法学就不复存在了,甚至可能是一个独立的法律系统也不复存在了,其功能也就无法实现。我们之所以仍需要一个独立法学的存在,就是因为双重偶联性的存在,使法律系统仍在现代社会承担着不可取代的功能。<sup>[16]</sup>今天的法教义学需首先正视法律系统在社会系统中所承担的功能,并在功能分化基础上,探讨法律系统与社会环境的关系,以此为基础建立起一种功能取向的法教义学体系。<sup>[17]</sup>

在今天的语境下,法教义学争论的焦点,不再是要不要引入外部知识的问题,而是“如何”引入的问题。这里的工作至少涉及到以下三点:(1)通过何种方式引入;(2)在什么样的情况下以及多大程度上引入;(3)外部知识来源于何处。如果从这个角度来说,那么法教义学在今天的工作就主要集中于知识体系与法律解释<sup>[18]</sup>两点。一是学术体系的

[13] R. Dreier, Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Carl Schmitt, in: Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler, 1997, S. 202.

[14] 关于“方法杂糅”,参见张翔:《走出“方法论的杂糅主义”——读耶利内克〈主观公法权利体系〉》,《中国法律评论》2014年第1期,第202-209页。

[15] N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp 1995, S. 76.

[16] 参见李忠夏:《宪法学的系统论基础:是否以及如何可能》,《华东政法大学学报》2019年第3期,第21页。

[17] 在部门法领域,目前已有许多学者提出了“功能主义”的进路,尤其在刑法学当中,劳东燕教授提到了“刑法的社会功能”以及“功能主义刑法体系”的构想,试图通过功能沟通刑事政策与刑法教义学之间的鸿沟,将之作为刑法学开放性的通道。但这种刑法的功能主义进路更像是一种目的论的变种,虽然其理论基础也是在社会系统论基础之上,但并未从法律系统的整体功能(“稳定化规范预期”所包含的冗余性与变异性/多样性的双重要素)角度透视刑法的意义,也未从刑法之于其它社会子系统功能实现的功效意义(比如对经济系统运行之功效)上对其进行界定,参见劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,《中国法学》2020年第1期,第126页;劳东燕:《功能主义刑法解释论的方法与立场》,《政法论坛》2018年第2期,第10页。

[18] 在凯尔森看来,知识体系属于法科学范畴,而法律解释则属于法政治范畴,前者是科学,后者融入价值判断,是政治。Vgl. H. Kelsen, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1967, Verlag Franz Deuticke Wien, S. 353.

建立,包括法律概念的描述、知识体系的建构、法律素材的整理和归纳、法律论证脉络的储存和记忆等等。如果说实证法素材是水泥,则学术体系就是钢筋;只有二者结合,才能构筑完整的法教义学大厦。二是具体的法律解释工作,这一工作是填补文本与理解之间距离的过程,在这个过程中,需融入价值判断和政策考量等目的性要素。以上两种工作可以归纳为范畴式的概念形成和目的论上的概念形成这两种类型。<sup>[19]</sup>

本质来说,法教义学的工作都可归结为这两点。前者体现的是封闭性,后者体现的是开放性。概念、涵摄、演绎等均与法律系统的封闭性相关,而目的、利益、后果等则与开放性相关。当法律系统的开放性程度提升之后,其方法体系的转变也就顺理成章了,后果定向的方法引入自然也就是题中应有之义。但如此多的方法“杂糅”到一起,不仅破坏了法学的科学性,也使法学变得杂乱无章,且充满随意性。这就需要通过“功能”,将封闭性与开放性背后的方法系统串联到一起,从而形成法教义学独特的方法结构。提到“功能”,就会问及下述问题,即能够实现系统功能的可能性条件是什么?由此可产生两方面的问题:一方面,观察法律决定的可能性条件,即法律决定是如何做出的,这是位于二阶观察的法律论证;另一方面,则是法律论证的可能性条件,即观察法律论证是如何做出的,这处于法律系统自我描述的三阶观察层面。<sup>[20]</sup>“功能”在这两个层面都具有意义。拉伦茨引用旺克的见解认为,“所有在法条中被应用的概念最终都是规定功能的概念。它们全都为以特定规整目的服务;该目的将决定各该概念的内容及形式”,<sup>[21]</sup>这是目的论意义上的功能,但目的背后仍有进一步的功能,即在全社会层面,法律系统本身的功能,也就是法律论证究竟如何服务于法律功能的实现。在今天,有必要进一步探究的是,封闭性和开放性背后所承载的社会意义是什么?只有讲清楚这一点,才能进一步澄清,在封闭性与开放性之间,法律系统如何得到“两全法”。还需进一步追问的是,如果法教义学的目的只是为了实现法律系统的功能,那么法律的“正确性”如何得到保证?

首先,法律系统的“正确性”在今天可以通过宪法、功能分化的内在制衡以及实证法的解释等三种方式得以相对解决。<sup>[22]</sup>其次,在价值祛魅的当代世界,“正确性”也逐渐相对化和虚无化。实证法之所以需要解释,恰恰是因为人们对于文本有不同的理解。文本与经验的双重偶然性,<sup>[23]</sup>即文本空间与个案决定的裁量空间,使法律解释不可能以“唯一正确”为追求目标,<sup>[24]</sup>法律解释中有太多的视角难以融合和协调,也很难说某种解释方案要比另外一种更正确。<sup>[25]</sup>

在此背景下,法律系统的正义,只能回到法律系统的功能本身,即实现“稳定化规范

[19] G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932, in: ders., Gesamtausgabe, A. Kaufmann (Hrsg.), Heidelberg 1993, S. 352.

[20] N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp 1995, S. 352.

[21] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2002 年版,第 357 页。

[22] 参见李忠夏:《宪法学的系统论基础:是否以及如何可能》,《华东政法大学学报》2019 年第 3 期,第 21 页。

[23] N. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, S. 16 ff.

[24] 参见[德]阿图尔·考夫曼著:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 33 页。

[25] 比如在美国引起巨大争议的判决,堕胎案、同性婚姻判决等等,引发了巨大的社会争议,很难说哪种判决是更正确的。

预期”的功能。“稳定化规范预期”主要体现为“同案同判”,即“相同者同等对待,不同者不同对待”。<sup>[26]</sup>这并不意味着只有单纯地通过不变保持法的安定性,而是同时包含了变与不变双重要素:一方面是通过不变(界定何谓“相同者”)实现安定性;另一方面,则是通过改变(界定何谓“不同者”:不同案情或者不同时代)来实现法律对社会的“适应”,并通过“变异”的再度稳定化,实现一种安定性。此所谓,“法者,天下之公器也;变者,天下之公理也。”<sup>[27]</sup>我们在理解“同案同判”时,往往忽略掉了其中“不同者不同对待”的面向,即法律系统通过改变实现稳定性的一面。

所谓的不变性或者一致性,主要是一种以过去为定向的输入性视角,<sup>[28]</sup>以“同案同判”和“一致性控制”为追求目标。但法律系统又应该具有变异性/多样性;当社会环境发生变化时,法律系统应该具有自我调适的能力,并随之通过自身的程序机制发生相应的(而非完全同步的)改变,这是以未来为定向的输出性视角。过去和未来、输入和输出这两种视角都不可或缺,缺一则法律系统的运转就会成为问题。如果缺乏一致性控制,法律会变得朝三暮四,人们会无所适从,其权威性便无从谈起,而“稳定化预期”的功能也会受到相当大的影响;如果缺乏应对社会环境变化的变异性/多样性,则法律决定会滞后于社会变化而变得缺乏实效性,从而也会影响到法律的权威,并影响到法律的有效运转。

与此相应,法律系统的“正确性”就可以区分为两种:一种是法律系统的自我指涉,使法律系统的决定只能回溯到法律系统本身,即法律系统的反身性;另外一种则是法律系统的异指涉,即法律系统的反思性,反思法律系统的运行是否与社会环境的变化相契合,反思能否通过法律实现对社会的调控,实现其所欲追求的目标。

## 二 “稳定化规范预期”视野中的法教义学

### (一) 冗余性视野中的法教义学建构:法律系统的正义

法律系统的功能首先体现在冗余性方面。传统法教义学旨在建构法律系统内信息的冗余,<sup>[29]</sup>从而使法律系统的运作能够不断指向自身,系统内的信息得以储存并重复运用。这可以保证法律系统自身正义,即“相同者同等对待”这一要求的实现。这种定向于“过去”的视角,其运行逻辑是同在“实证法”这一片天空之下,相似的案件过去是怎么判的,现在还要怎么判。但这种“重复”并不容易,“重复”需要在两个不同的案件当中进行比较,找出其中的共同性。大多数案件不仅仅是简单的机械化重复,而是往往存在着“判断空间”,比如同样都是正当防卫案件,判断是否构成“无限防卫”这一过程本身就需要考量

[26] N. Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl., Opladen 2008, S. 214 ff.

[27] 参见梁启超:《论不变法之害》(《变法通议》一),载《梁启超全集》(第一集),中国人民大学出版社2018年版,第28页。

[28] N. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, S. 36 ff.

[29] 在卢曼看来,“冗余”标示了超量的可能性,但同时能够实现一种功能。当A通过沟告知B某事,信息就被分担了,C和其他人如果想要了解此事,就既可以找A又可以找B。冗余还可以起到帮助过滤的作用,将许多沟通中所保留下来的东西滤出,并在此意义上形成结构,系统因而可以不再依赖,所有的沟通都必须通过个体化的意识来得以传递,从而去除不可靠的成分。Vgl. N. Luhmann, Soziale Systeme, Suhrkamp 1984, S. 37 f.

诸多的情节。由于不可能存在两个完全一模一样的案件,这就首先需要对相关法条进行概念化、类型化处理,使之具有涵摄相同类型案件的能力。在这个过程中,需要对案件进行两种“相同性”的操作:(1)判断两个事实和情节不可能完全一样的案件是否是“同案”;(2)对相同的法律规范进行同一化解释。这中间不仅要考量诸多与法律相关的细节,还要将时间因素纳入考量,即随着社会环境的变化,相同案件是否还要做相同处理。

因此,重复并非简单的重复,而是还要回答,为什么要保持重复,而不是发生解释上的改变。简言之,“重复”同样需要理由。于是,同案同判就不能仅仅是结果上的同判,还需要理由上的一致性。<sup>[30]</sup>在这种传统教义学的信息储存层面,要真正储存有用的信息,就至少需要在文本和案件基础上新产生如下信息:(1)从文本到概念,形成规范上的构成要件;<sup>[31]</sup>(2)从概念到个案裁判,并从判例当中提炼出相应的概念标准、思维框架、基本原则或者相关原理;(3)不同案件的相似性判断标准;(4)“重复”或者“不重复”的理由。

在冗余性的建立过程中,法教义学发展出了一系列的机制。总结来说,包括两种,即“双阶的抽象化程序”:<sup>[32]</sup>一种是对法律素材以概念形式进行体系化,并根据原则加以整理,将之变为动态的、具有自我批判能力的总体,这是法教义学的功能;另一种是法理论的方式,对法律素材进行科学化的处理,并置于具有更高抽象度的层面,是科学系统对法律系统的观察,法理论因而是对抽象化加以抽象化,比如讨论法教义学中“归类化”的功能等问题。在维持冗余性方面,主要体现在第一步的抽象化程序方面,即概念建构方面。

在拉德布鲁赫看来,建构是对法律素材的双重加工,包括范畴式的加工和目的论式的加工:前者关涉法律概念中所包含的法律范畴,后者则关涉法理念的实现。如果涉及到整体法秩序层面,则从单个法律制度的建构上升为体系。解释、建构和体系化就构成了法律工作的三步骤或者是两步骤(其中建构和体系化可以合并为一个步骤)。<sup>[33]</sup>相应地,概念形成可区分为说明性的概念和建构/体系性的概念:前者是“与法律相关的概念”,是说明性的,涉及法学之外的预备工作,如生物学中的胎儿概念等;后者则是“真正的法律概念”,属于实证法素材中的概念建构和体系化工作,如“合同”的概念界定等。<sup>[34]</sup>二者有时候很难严格区分,比如“住宅”作为一种生活概念,要进入到法律当中,就需要经过“目的论的改造”。对于纯粹说明式的概念,并不具有法律意义,本文暂且不论,而只集中于真正的法律概念的建构。在法律概念建构当中,又可以区分为范畴式和目的论式两种,前

[30] 指导性案例最大的问题就是无法解决说理简陋的问题,其树立的仍然是判决结果相同的导向,而不是偏重于说理一致性,在卢曼看来,“理由是冗余性的象征”,“好的理由可以使系统的一致性得以运转”,Vgl. N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp 1995, S. 373.

[31] 从文本到概念,是规范涵义进一步充实的过程,比如宪法第 38 条规定的“人格尊严”、第 39 条规定的“住宅”,从文本上都看不出其规范内涵,但概念的形成过程中,可以将价值内涵(目的式纲要)注入到文本当中,并进一步形成一种条件化的构成要件,形成“如果……则……”的假言命令结构。从这个角度来说,概念形成是目的式纲要+条件式纲要的过程。

[32] N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 13.

[33] G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (3. Aufl.), in A. Kaufmann (Hrsg.), *Gesamtausgabe*, Bd. II, Heidelberg, 1993, S. 352 f.

[34] G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (3. Aufl.), in A. Kaufmann (Hrsg.), *Gesamtausgabe*, Bd. II, Heidelberg, 1993, S. 353 f.

者是形式化的知识建构,而后者则融入了价值判断。

### 1. 形式化的知识建构

形式化的知识建构包括法律上的知识建构和学术上的知识建构两种。前者是有关实证法相关概念的知识建构,属于“范畴式”的概念形成,是一种去除价值判断的、价值中立的范畴。<sup>[35]</sup>以“犯罪行为”为例,在范畴论上它是一种符合构成要件的、违法的、具有罪责并面临刑事处罚的行为;而如果从目的论角度,则可以将它界定为“一种外在行为,为法秩序所不容,因为它被视为是具有社会危害性的、是对国家中所组织化的社会具有损害性的行为”。<sup>[36]</sup>从中可以非常形象地看出范畴式概念形成的“无价值性”和“形式性”。

后者属于以实证法为依托进行的学术上的加工、分析和创设,包括能够将实证法素材纳入其中的知识结构和思维分析框架,这里同样不涉及价值判断。比如在基本权利审查当中,通过判例所发展出来的三阶段审查模式,就成为大多数基本权利案件的思维分析框架。在知识体系方面,通过学术上的加工,一方面在判例中发展出了各种实证法之外的学说知识体系。比如在基本权利限制当中,德国联邦宪法法院就发展出了“有法律保留的基本权利限制”“无法律保留的基本权利限制”,在“有法律保留的基本权利限制”当中又发展出“简单的法律保留”和“附条件的法律保留”;<sup>[37]</sup>这种知识体系的建立依托实证法规定,但又超越实证法规定进行学术上的加工,知识体系作为钢筋串联起了实证法的素材。另一方面,法教义学可以将判例当中所发展出来的理由和标准储存下来,形成“知识记忆”,即价值判断的知识化,像分享权、国家保护义务、比例原则、基本权利第三人效力、客观价值秩序等观念的提出都是如此。法教义学这种对理由的描述功能使理由的反复使用成为可能,甚至可以在完全不同属性的案件中使用。比如联邦宪法法院从客体公式角度对于“人的尊严”的界定,<sup>[38]</sup>其原理可以在不同性质的案件中使用;不同案件就案情而言很难等同起来,但却都指向了人的尊严的内核。这种“知识储存”的功能,不同于价值判断的推理过程,而是将已形成的价值判断固定下来。由此可见,“相同案件,同等对待;不同案件,不同对待”,所要求的不仅仅是判决结果的相同,更重要的是,还包括能够确保判例及判例中的原理可以反复适用的规则。

### 2. 目的论的概念建构

相较于范畴式的概念建构,目的论上的概念建构融入了实体性的价值判断。这种概念形成的目的,主要是为规范适用提供一种具有可操作性的“价值标准”,形成规范内涵的“可能性范围”,使之具有反复适用的可能性。比如住宅要具有“合理的隐私期待”,“隐私”需要具有“私密性”等特征。目的论的概念建构又可区分为抽象的概念建构和具体的概念建构。<sup>[39]</sup>虽然相比于完全形式化的范畴式概念建构,抽象化的概念建构融入了实质

[35] G. Radbruch, Rechtsphilosophie (3. Aufl.), in A. Kaufmann (Hrsg.), Gesamtausgabe, Bd. II, Heidelberg, 1993, S. 352 ff.

[36] J. Schröder, Rechts als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500 - 1933), 2. Aufl. München 2012, S. 404 f.

[37] Vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II: Grundrechte, 24 Aufl., Heidelberg 2008, S. 59 ff.

[38] Vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II: Grundrechte, 24 Aufl., Heidelberg 2008, S. 82.

[39] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2002年版,第333页。

的价值内容,但仍剥离了众多具体的要素,从而更具有一般性和抽象性。比如通过“客体公式”对“人的尊严”的界定,就是一种抽象化的概念界定。但对于“人的尊严”的界定,仅有这种抽象化的界定是不够的,还需结合具体情况使之能够类型化和具体化。在“客体公式”的标准之下,还需进行具体列举式的排除性界定,将“奴隶制”“刑讯逼供”等明显将人作为纯粹的手段、而非目的本身的做法排除在外。<sup>[40]</sup> 与抽象的概念建构相比,类型这种“具体的概念”更贴近具体事务,是通过构成要件对抽象要件所进行的具体化。类型相对于抽象概念而言,融入了“可变的要素”,使之更能够贴合具体的情境,并在规范构成当中形成了不同于概念的“动态体系”。<sup>[41]</sup> 具体的案件,可根据案情不同,结合此种规范的“可变要素”,从而得出具体的法律决定。

概念在整个法律体系的谱系中显然不能被脸谱化,<sup>[42]</sup> 其存在方式不是单一的,而是多元化的。在包含实质价值的概念当中,仍存在抽象化程度不等的概念。克莱默将概念形成区分为三类,即描述性概念、规范性概念和价值评价概念,便是根据范畴式和目的式的分类所进行的细分。<sup>[43]</sup> 类型某种程度上也是概念之一种,只是更为具体化、动态化的概念。有的概念需要发掘其中的“规定性内容”,必须注入目的性的价值内容,比如何谓“善良风俗”“人的尊严”等等,有的概念则包含了具体的构成要件,比如什么情况下构成“过错”。有的概念属于内在体系的原则或者价值建构,有的概念则属于外在体系的形式建构,二者之间某种程度上存在着“相互依赖”;<sup>[44]</sup> 有的概念是目的性纲要的体现,而有的概念则是条件式纲要的体现。<sup>[45]</sup> 由此,可以见到概念从抽象到具体之间的不同层次,不可一概而论。

尽管在目的论的概念形成当中,存在着充满主观性且无法完全学术化的价值判断,但抽象化的概念形成对于维持法律系统的冗余性仍然具有重要功能,能够保证法律论证在出发点和最后的落脚点上都保持一种统一性,使法律论证过程的外部指向最终实现“内

[40] Vgl. H. Dreier, Art. 1. Abs. 1, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Mohr Siebeck 2007, S. 166 f.

[41] 此种可变体系,最早由维尔贝格发展而出,卡纳里斯等人对之加以发展,可变体系的特征在于,在构成要件中确定数个要素,根据不同要素在每个个案中所表现的强度不同,从而得出相应地结论。参见苏永钦:《从动态规范体系的角度看公私法的调和》,载苏永钦著《寻找新民法》(增订版),北京大学出版社 2012 年版,第 309 页;谢亘、班天可:《被误解和被高估的动态体系论》,《法学研究》2017 年第 2 期,第 41 页。

[42] 传统对概念的理解是抽象和逻辑的,用以精确描述某一事物的特征,并要求现实之事与概念若符合符,方能套用其中,真是“增一分则太肥,减一分则太瘦”,概念的抽象程度通常很高,而越抽象,则越空洞。概念思维用之于法学,便产生出了逻辑涵摄的思维模式。

[43] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 28 页。

[44] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 59 页。

[45] 关于目的式纲要和条件式纲要可参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2002 年版,第 357 页下;在卢曼看来,法律系统的纲要应永远都是条件式纲要,认为目的纲要是以未来决定当下何者为法、何者为不法,太过不确定和模糊,与法律的功能,即反事实的预期稳定相悖,只有条件化纲要才能有助于法律功能的实现。但断言目的考量如后果考量一样,具有绝对的未来指向,也是存在问题的,某种程度上,法律系统中的条件化纲要都要有目的考量作为基础,而目的考量都需要条件化纲要加以具体化,二者是须臾不可分的。目的考量应该区分为价值意义上的目的和目标意义上的目的。价值意义上的目的考量具有抽象性和普遍性,对于维持法律系统的冗余性同样具有重要作用,而不是服务于变异性或者多样性,只有明确指向未来后果(如环境保护目标的实现等等)的目的纲要才是服务于法律系统的变异性/多样性的,此种意义上的目的纲要需谨慎使用,只有当手段与目的之间有相对确定的联系时,才能批量的进入法律系统当中。Vgl. N. Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl., Opladen 2008, S. 195 - 204.

在化”。<sup>[46]</sup> 对于冗余性而言,抽象性的概念建构具有至关重要的作用,因为这种概念建构能够保持足够的抽象度,使规范能够保持与“社会相适”的能力。<sup>[47]</sup> 用抽象概念的“旧瓶”去装社会变化的“新酒”,本身就是冗余性的一种体现。这么一种保持较高抽象程度的概念建构,也可以更容易在以后案件中重复使用,从而实现一种抽象概念上的冗余。总的来说,冗余性包含三个层面:(1)判决结果的一致性;(2)判决理由的一致性;(3)知识体系的反复适用性。对此,抽象概念的概念建构具有重要意义。

## (二) 变异性/多样性的法教义学要求:体系的改变

从法律系统功能的视角来看,“稳定化”不仅包含了冗余性的要求,还包含了变异性/多样性的要求。变异性/多样性的要求,是法律系统社会适应性的一种体现。只有通过变异性/多样性,才会使法律系统不断适应社会环境的变化,进而实现法律系统运行的稳定:一方面可以使法律系统适应多样化的社会现实,使抽象化的概念形成可以结合具体的现实有多样化的实现方式;另一方面则可以使法律系统因应社会环境的变化而发生变化。法律系统虽然是独立运行的,以保持“合法/非法”符码贯穿法律系统的运行,防止其它社会子系统的符码直接取代之,从而保证法律系统功能的实现。但这并不意味着法律系统存在于真空当中,与其它作为环境的社会子系统不发生任何关联,相反,法律系统应该保持与社会子系统的高度联系,通过“结构耦合”实现与其它社会子系统的信息交换,并实现相互影响。按照卢曼的观点,系统与环境之间的关系并不是直接的点对点的关系,而是在功能分化之后具有了系统自有的时间性,<sup>[48]</sup> 社会子系统的运行不会与社会环境的变化同步,而是根据自身的时间性,通过自身的程序机制,将环境变化“有选择性的”转换到系统内部。如果系统与环境之间完全丧失这种信息交换,那么社会子系统的运行就会出现,其功能也难以实现。法律系统应对社会环境变化的关键在于实证法的双重可变性:一方面是实证法通过立法程序可以修改;另一方面则是实证法文本与解释之间的“可变”空间。

对于法教义学而言,其关注重心显然在于通过实证法文本的解释所实现的变异性/多样性。这种变异性/多样性的要求,使得法教义学在方法体系上也要寻求突破,从概念法学到利益法学的转型,就代表了这种要求。经由这种转型,法教义学体系中形成了范畴式的概念形成和目的论的概念形成两种基本功能一方法体系,基本对应法教义学中知识体系和价值判断的双重功能。<sup>[49]</sup> 通常来说,目的论式的概念形成,有助于法律系统多样性的实现,并且指向法律系统外部。从文本到目的,中间必须植入“外部指涉”,即必须在“合法/非法”之外寻找一个第二值(经济、道德、政治等),以使空心化的合法/非法符码实体化,但这个实体化又必须与“法”密切联系,这就需要实现二者的结合。目的化的第二

[46] N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 40.

[47] 克莱默教授也提到了“一般条款”之于“社会适应性”的作用,但抽象程度较高的概念,在某种程度就是一种“一般条款”,同样可以起到“适应社会”的作用,参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第40页;关于“与社会相适的法律概念”,Vgl. N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 49 ff.

[48] N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 25.

[49] 参见李忠夏:《宪法教义学反思:一个社会系统理论的视角》,《法学研究》2015年第6期,第3-22页。

值的引入,需最后返回到实证法的形势范畴中,回到“合法/非法”的符码。<sup>[50]</sup>某种程度上,“解释”或多或少都会涉及文本的建构与创造,是一种“再加工”的过程。纯粹法律发现,即客观还原意义上的“解释”几乎是不存在的,而毫无实证法基础的完全超越法律的法律续造或者法官造法也相当罕见,<sup>[51]</sup>大量的法律解释其实是位于发现与续造的中间地带,或者可以说是“带有续造属性的法律解释”,即“建构”。解释与主观创造难以分割,涉及解释者与文本两个世界的沟通,以及过去与现在的视域融合。<sup>[52]</sup>

法律解释的这种“建构”属性,决定了法律解释是在实证法基础上融入创造性的成分。从实证法出发,某种程度上指涉到法律外部因素,再返回到法律系统,使外部因素与实证法相融合,或者通过实证法对外部要素进行过滤,使之变为法律系统之内的评价。这是一个三阶的过程:法律框架确立、指向外部要素(异指涉)、异指涉“再入”(内在化)。这一过程经常引入系统外的要素。这种系统外的指涉,被冠之以目的、利益、价值、后果等,其实质则是为了实现系统与环境之间的信息交换,使法律系统具有适应社会环境变化的“反思性”。<sup>[53]</sup>必要时,可根据环境变化,推翻先前的法律决定,比如在后果认识发生变化的情况下,即使在规范内涵不变的情况下,相关的法律决定也会相应地发生变化。

法律系统的变异性/多样性主要体现在两个方面,这也决定了目的导向的法律决定的两个侧面:一方面是环境已经发生了变化了,法律系统相应地发生变化,比如在社会观念已经发生变迁的情况下,法律系统相应地对“平等”“婚姻”等问题作出改变;另一方面是法律系统自身在后果认知问题上发生了新的变化,从而引发法律系统自身的变化,并试图通过法律改变寻求对全社会的改变。前一种是法律系统被动适应环境之变化;后一种则是法律系统主动对社会的调控。二者之间的共同之处在于,它们都具有后果依赖,即预测法律的相关规定或者决定会产生一种预期的社会后果:或者是能够适应环境的变化,或者是可以对环境产生积极的调控。

这种基于未来可能发生的后果而做出的法律决定,并不意味着真正能够实现其所追求的效果。为适应环境变化(如科学的发展、社会观念的改变等等)而进行的法律改变,相对来说,对未来不确定后果的依赖要更小。因为环境变化之后相应后果已经呈现,或者大致可以确定,法律只是对之进行滞后性的调整。比如当科学发现某种食品原料具有比较确定的危害性之后,通过法律对之加以禁止就属于不难作出的改变;当人们对同性恋的科学认知有了很大进展之后,法律层面承认同性婚姻也就是一种后果相对比较确定的决定。但调控社会不是如此,其结果往往还未呈现,更多是依靠当下的一种“判断”和“预测”,因而会出现“当下的未来”与“未来的当下”二者不相重合的情况,通过对未来后果的预测来决定当下的法律判断,就属于具有高度风险性的法律决定。在风险社会当中,这种

[50] N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp 1995, S. 384.

[51] “好的理由必须是作为文本的可能性解释来呈现出来”,只有极个别的例外情况,文义才需要被超越(比如德国刑法中关于洗钱罪的规定),Vgl. N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp 1995, S. 384.

[52] 某种程度上,法律解释都带有伽达默尔诠释学的属性,Vgl. H-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Bd. I: *Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 6. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 1990, S. 393 ff.

[53] 参见[德]贡塔·托依布纳著:《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,洋伟江、高洪钧等译,清华大学出版社2012年版,第300、303页。

调控社会的法律决定并不在少数,比如对房地产市场、金融市场进行调控的相关法律决定的作出,都有赖于事先的预测,这就使得法律决定具有一种典型的“后果定向”的特征。

从回应到调控,是一种从相对确定的已知后果向不确定的未知后果的转变。调控社会的法律决定的特征在于:(1)后果定向,其视角定向于未来,这决定了其所采取的措施能否实现此种预想的后果是未知的,也就是其调控的目标,或者说功效,并不一定能如愿实现;(2)由于后果的复杂性和难以测定,后果的引入具有有限定性,需与传统法教义学的概念形成、构成要件等结合到一起,实现后果引入的“内在化”。

### 三 调控社会的功能定向:法律系统的功效之实现

#### (一)调控社会:法教义学内在变化的基础

服务于变异性/多样性的外部指涉,涉及到多元化的方法体系,包括经济学、经验方法、后果测定等等。但这些方法并不是完全随意使用的,而是要与法律系统的功效联系在一起。在卢曼看来,每个子系统能够将它的选择性操作指向三种关系:(1)作为指向整个社会的功能;(2)作为涉及其他社会子系统的功效;(3)作为涉及其自身的反思。<sup>[54]</sup> 此种功效即为第二层意义上的功能,与法律系统在社会中所承担的唯一不可替代之功能不同,这种功效是法律系统之于社会环境的回应和调控。对社会的回应和调控,都会引起法律系统的变化。但回应和调控都不是盲目的,不是社会环境的所有变化,法律系统都选择回应,而是需要通过自身的程序进行“选择”。同样,法律系统自身对社会的调控,也并不是任意的,而是需要直面社会运行的“法则”。回应本身也是一种消极的调控,当社会环境改变之后,法律系统自身作出选择性的回应,从而确认和进一步促进社会的变化。回应和调控这二者都指向了法律系统的功效。

功效与功能不同,功能是法律系统所独有的,而功效则是法律系统之于环境的作用,是为了在法律系统之中促进其它社会子系统功能的实现。法律系统的运作并不以实现其它社会子系统的功能为定向,法律系统只能以合法/非法为符码,而无法看到其它社会子系统的符码,即法律系统的目标不是为了促进经济发展或者追求真理,法律系统的目标只有一个,那就是“稳定化规范预期”。但并不意味着,法律系统的运作对于其它社会子系统功能实现就毫无助益,许多法律规定都是为实现某种社会子系统的目标而设,比如法律系统中关于经济方面的规定,是为了使经济系统更好的运转,从而实现经济目标。但在功能与功效之间发生冲突时,功效需让位于功能的实现,比如某项法律规定以环境保护为目标,然而所采取的措施却无法实现环境保护的目的,在法律修改之前,则仍应按照该法律规定作出相关决定,此所谓“稳定化规范预期”的优先性。换言之,目的与现实之间是存在差距的,由于社会的复杂性,一项旨在促进经济发展的法律规定,并不一定会实现此项任务,但法律的功能不能因此而受影响。无法实现其功效的法律,社会实效性自然会大打

[54] 参见[德]贡塔·托依布纳著:《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,泮伟江、高洪钧等译,清华大学出版社2012年版,第300、303页。

折扣,长远来看会影响到法律的权威性,进而影响法律系统的运转。从这个角度来说,外部指涉的法律方法是功效-目标定向的,并保证了法律系统的动态性和自创生,以及——长远角度下的——稳定性。

法律系统想要实现其环境方面的功效,如经济发展、道德完善、政治效率等,需采未来视角,强调后果定向。此种后果定向,并非以确定性的已知后果为出发点,而是以不确定性的未知后果为前提。功效不能取代功能,但却关乎法律系统与社会环境之间的“契合”,所以也绝非可有可无,其关涉法律系统与环境之间的“调适”。从功效角度来说,法律系统的方法选择并非任意的,而是要与法律所调整的社会领域的特点相吻合。比如在私法领域,应主要以服务于经济系统运转为目标定向,以成本-收益分析为主要工具,侵权法领域多见此种经济学方法的引入;在行政法领域,当涉及行政对于经济的规制时,也应以成本收益为首要考虑目标;在环保法领域,则应主要以实现环境保护目标、而非主要以经济目标为旨归。这意味着,法律领域的决定应该符合“事物之本质”,契合所调整的对象其所属领域的运行逻辑。

## (二) 外部方法的法教义学转化:以功能为定向

由于后果、经验、利益等分析工具都是以“真/非真”为符码,这种事实性的要素具有两方面的特征:一方面,对后果、经验、利益的探测,无法从一个整全性的视角窥以全貌,在经济学当中也存在着社会成本的探知难题;另一方面,不同相关群体由于其观察视角的差异,会存在不同的利益诉求,同一事实对不同群体所造成的后果也不同,对其评价也会言人人殊。这两个特征决定了,后果、经验和利益等工具的使用,在法律系统当中也是功能定向的,而且受到法律系统的规约,从而使得这种以系统外符码为定向的法律外要素,在进入法律系统之后都要发生相应变化,服务于法律系统的功能定位。而相应的方法,在引入到法律系统之后,也受法律系统之功能定向的影响,而与原生系统中的方法运行产生某种不一致,以因应法教义学的要求,从而实现方法的“内在化”。

这种方法改造,最明显体现于“历史方法”当中。历史方法如今已经被普遍接受,并自萨维尼以来,便成为传统法律解释的四方法之一。法学中历史方法的运用与历史学的方法运用相去甚远,盖因二者所追求的目标各异;后者以求真为旨归,而前者则在于通过历史挖掘规范涵义。这决定了二者在档案材料运用等方面都存在很大差异。在历史方法之外,诸如经验研究、后果引入、道德评价、经济分析等方法,在法学中的运用也都受制于法律的功能以及特定法律所欲实现的目标。如事实确定在法学中的运用,一方面需要根据法律构成要件中法律事实的要求对“事实本身”进行剪裁;另一方面,只有那些“具有规范重要性”的经验事实才能成为规范论证的理由,只有一种“差异制造之事实”,才会对法律解释产生决定性的影响。<sup>[55]</sup> 后果作为经验事实之一种,在引入到法学体系当中后,一

[55] 所谓“差异制造事实”,是指“采取某个行为或措施会对某个结果的发生与否或发生机率造成差异,不论这个结果是某个值得追求的目标、某个应该实现的状态,或甚至是某个偏好或欲望的满足”。在比例原则中经常会出现此种事实,比如最小损害手段的确定。某种后果的确定通常也属于此类事实,如“抽烟有害健康”“开会会提高空气污染”“核电站会产生泄漏风险”等等,参见王鹏翔、张永健:《经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色》,《“中研院”法学期刊》第17期,第234页。

方面要在特定的规范框架内才会具有决定意义,另一方面需要在法律系统之内进行一种对后果的再评价。至于采用何种方法(历史的、道德的、经济的、后果的)、该方法如何定位并如何运用,端赖于法律系统的功能要求,此所谓方法的功能取向。

在作出实质性的价值判断时,功能也有用武之地。在价值权衡的案件中,通常应当考量价值背后的公共性,运用经济分析则要考虑所谓的“社会成本”,这种公共性和社会成本背后则是某一项制度的社会功能。刑法中关于“非法经营罪”的界定就需要从功能角度分析,该罪名要以实现经济系统的功能为目的和限度,而不能任意扩大化。<sup>[56]</sup> 在法律系统当中,“调控社会”的条款比比皆是,如果能引入系统功能的维度,则可以对这些调控社会的条款产生内容填补的作用。

### (三)从输入到输出:功能定向的双重维度

法教义学一词虽然得以保留,但其意涵却早已今时不同往日。在社会不断变迁的过程中,法律系统也在不断调适和学习,法学的任务也随之不断变化。一改往日对确定性的追逐,法律系统开始学习与不确定性和偶然性打交道,法学也开始直面法律决定过程中的双重偶然性。保留法律系统的解释空间、可能性范围和法律决定的可变性,就是为了让法律系统有更加适应社会变化的调整能力。因应这种从不变性向可变性、从确定性向偶然性的变化,法学自身的方法体系也随之扭转。

法学从概念到目的、利益、价值、后果和功能的转变,从演绎到类推的转变,从内部证成到外部证成的转变,无不预示着这种变化。这种变化是法律系统从社会系统当中分化出来之后的结果,这种分出使法律系统具有自身的时间性。法律系统中的事件与社会环境中的事件不再同步,而是先于或后于其发生,并由此产生输入/输出的区分。简单来说,输入与输出分别关涉过去和未来的不同视域。系统的重心是定位于输入值还是输出值,会使法教义学具有结构性的不同。重心在输入值意味着,“系统主要通过对所输入信息进行细致的接收和加工来实现其功能,对其所引发的后果则相对无感”。<sup>[57]</sup> 相反,重心在输出值,则意味着,“系统认为主要问题存在于环境中所产生的特定效果,并且设法将信息作为实现此目的的工具,也就是按照一种特殊的效应利益的标准”。<sup>[58]</sup> 由此可见,输入视角主要定位于过去,无论是法律系统既往的法律决定,还是环境中已经发生的改变。而输出视角则主要定位于未来,寄望于通过法律系统的运作,引发社会环境的变化,实现某种社会调控的后果。输入视角注重案件的归类,而输出视角则关注法律决定的社会后果。<sup>[59]</sup> 某种程度上,注重回应社会环境改变的过去视角,同样带有输出色彩,即希望通过对环境改变的回应,未来达到某种社会效果。<sup>[60]</sup> 因而,输入视角基本上是内部指涉的,而

[56] 关于非法经营罪的扩张,刑法学界也有讨论,参见郑勇:《非法经营罪的扩张:原因及其对策》,《中国刑事法杂志》2018年第1期,第100-110页。

[57] N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 26.

[58] N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 26.

[59] N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 27.

[60] 这也体现了法律在回应与调控之间的微妙关系,回应型法主要通过程序机制进行反思,强调去中心化,强调行业自治、自我规制和程序、参与的重要性,而调控型法则需要适度的再中心化,解决自我规制过程中难以解决的问题,某种程度上更为积极地实现某种社会目标,参见[德]贡塔·托依布纳著:《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,泮伟江、高洪钧等译,清华大学出版社2012年版,第300、276页。

输出视角则多指向外部。

从输入视角向输出视角的转变,与社会复杂性程度的提升有关,也是风险社会的一种法律回应。输入与输出视角分别决定了法教义学的两个面向及方法选择,但二者并非割裂。法律系统的外部指涉越多,则越需要法教义学中冗余性的一面,正如现代社会越是风险化,就越需要法教义学的稳定化功能一样。正是法律系统的这种功能定向,决定了法学的方向体系,即维持封闭性的方法体系和适应变异性/多样性的方法体系同时并存。这种变化决定了法教义学不再恪守于单一的方法体系,而早已迈进“方法综合主义”。功能定向可以使这种方法综合不至于沦为无方向的方法混乱,并且可以使人们重新认真对待涵摄和演绎所具有的重要作用。法学的方法诚然不见得是完全独特的,但正是在法律的功能体系中,才体现出其方法运用的独特性,即方法的适用要服务于法律系统自身所独有的功能。无论是逻辑的、概念的、演绎的方法,还是目的、历史、经济、后果、利益分析的方法,都戴上了法律功能之滤镜,其方法也具有了服务法律功能的独特性,并融贯在一起,形成了法学独特的方法论体系。这种方法的改变来自法律系统自身对其“社会相适性”的反思。从此种反思性当中,可衍生出作为科学系统和法律系统结构耦合的“法理”<sup>[61]</sup>。“社会相适性”又可区分为被动回应社会变动的“适应”与主动影响社会的“调控”两种。功效层面的功能定向,也可以起到填充目的性考量的作用,在法律文义不清楚或者存在法律漏洞的情况下,具体考量相应法律条文乃至某部法律的目的,以实现该目的为主要目标。

法律与社会之间并不是完全重合的,法律系统当然要服务于特定的社会目标,但法律系统却并不以这些社会目标的实现为己任,相反,法律系统经常无法实现其所设定的社会调控之目标。比如,刑法未必能保证所有“犯罪”都受到惩罚,也无法保证一个无罪化社会的实现,而刑事诉讼法的规则设定也经常使真正的犯罪人逍遥法外。法律系统有自身追求的独立目标,但另一方面,法律系统又不能完全脱离社会,而是要尽可能地贴近其所追求的社会目标,适应社会状态的变化,并某种程度上通过法律实现对社会的某种调控。这就形成了法律系统的自主性与社会相关性,在面向自身的功能与面向社会的功效之间形成了自我指涉与异指涉两种模式,围绕这两种模式形成各自的方法体系,二者结合到一起,就构成了一个完整的法教义学体系。因而,传统的法教义学只关涉法本身,是法律系统的自我指涉,而当代的法教义学则需要面向社会开放,将异指涉整合进来,如此才能构成一种“自创生”<sup>[62]</sup>的法律系统。

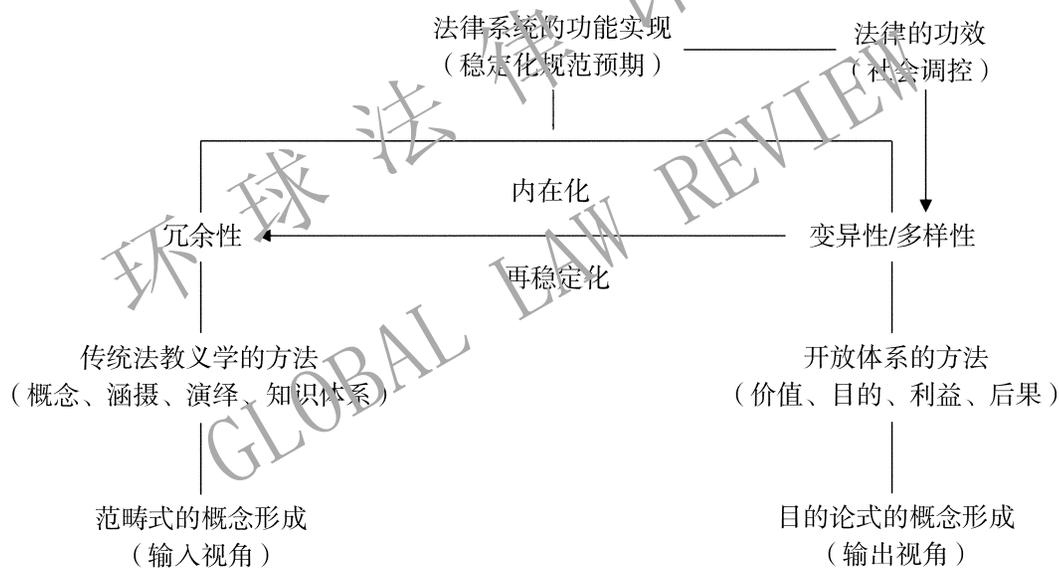
在法教义学当中,涵摄和演绎是法学实现冗余性和自我指涉的形式构造。概念、涵摄和演绎之所以重要,一方面在于法律体系中,大量的概念相对确定,可直接进行涵摄,且即使在语义不清时,通过类推等方法确定其中一种语义后,也还需进行一步涵摄的工作;<sup>[63]</sup>另一方面,涵摄和演绎对于法律系统冗余性的维持至关重要,即使在法律系统进行外部指

[61] N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp 1995, S. 564.

[62] 系统的自创生同时包含了冗余性与变异性/多样性两种要素,只有通过信息的冗余,才能化约系统运行的复杂性,防止系统陷入信息爆炸的深渊,只有通过变异性/多样性,系统运行才能避免沦为简单的复制,而具有生生不息的特质。

[63] 参见雷磊:《为涵摄模式辩护》,《中外法学》2016年第5期,第1206页。

涉后,仍需通过涵摄使之内在化。但尽管如此,涵摄的意义仍不可被过度高估。概念法学所追求之涵摄,在于所有法律概念/规范皆必须在逻辑上得以涵摄,其前提是法律概念的逻辑完整性、法律体系的无漏洞性和逻辑一贯性。然而,今日之法学的理解,早已将开放性、不完整性、不确定性融入其中,外部指向性(外部论证)也已经堂而皇之地进入法学,涵摄只是(却并非不重要)具有一种外部向内部转换、实现法律系统冗余性的功能。在法学中不一定占据多数、但却更为关键的任务是,填补法律语义的模糊空间和法律体系的缝隙,这种具有法律填补和法律续造功能的法律解释,对于法学而言才具有真正的决定性。内部证成固然重要,但能够实现法学知识增强,维持法律系统“自创生”的知识来源却是具有外部指向的法律证成。“决定法学方法之科学性的并不是涵摄,而是论证”。<sup>[64]</sup> 总的来说,正如对概念法学的否定,并不意味着对概念的否定一样,涵摄的作用也不容否定,但如果法教义学中只看到涵摄的作用,而过度轻忽法律系统的外部指涉,则不难以透视今天社会的开放性特点。社会越是开放,则法律系统就越需要同时加强其封闭性和开放性。正是在这种意义上,“功能取向”更能将这二者同时涵括在内,表达出今天法教义学的基本特征。



图：功能取向的法学方法体系

## 四 结 语

法律系统有自身的历史记忆,在历史的沉淀和世代的累积当中,才形成了一个国家法教义学的整体面貌。“功能取向”当然并不意味着,要推翻法教义学之前的概念积淀,也

[64] 参见[德]阿图尔·考夫曼著:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第154页。

不意味着法教义学中的所有解释都需从功能出发,并得出一个确定性的或者正确性的答案。“功能取向”可能会遭受的批评是,一切从社会系统的功能出发,而法律系统对人的保护该置于何处?对于这一问题,涉及社会系统论与人之间复杂的关系,已非本文所述及,但对系统功能的维护,与对人的保护,二者之间并不互相排斥,而是具有互补性。不论如何,“功能取向”并不是万能的,而应该将之定位于对法教义学的补充,在社会转型之际,补充传统法教义学所不及的视角。传统法教义学所发展出来的诸多方法仍具有重要功效,并能解决法学中的大多数问题。“功能取向”的意义在于,能够以功能的视角,在法教义学面临转型时,厘清日益芜杂的诸种法学方法所扮演的角色和承担的作用,并消解围绕封闭性和开放性而产生的诸多喋喋不休的争论,从而在方法选择时,更加有的放矢,并直接认清其背后的社会动因。在社会复杂性日益攀升的今天,维系社会子系统之间的功能分化更显重要,从这个角度来说,“功能取向”也有其自身的价值。

[本文为作者主持的 2017 年度国家社会科学基金重点项目“社会主义公共财产’的宪法释义研究”(17AFX009)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] Legal dogmatics (the science of legal doctrine) is faced with huge controversy in China. This controversy stems on the one hand from the stereotypical understanding of legal dogmatics and on the other hand from its hesitation of legal dogmatics when facing complex social realities. To solve this controversy, it is necessary to start with the functions of the legal system, to observe the role played by legal dogmatics, and then reflect on the corresponding method application between the closedness and openness of legal dogmatics from the perspective of methodology. The function has two dimensions: one is the function of the legal system in the sense of the society at large, and the other is the function of the legal system aimed at achieving social goals. In order to realize its function of “stabilizing normative expectations”, the legal system needs to achieve both redundancy and variability and ensure its independent operation, while achieving compatibility with society and realizing its openness on the basis of closedness. Redundancy and variability correspond to different method systems. Only from the perspective of functional positioning can the heterogeneous method systems be harmonized with each other and integrated into the framework of legal dogmatics.

---

---

(责任编辑:支振锋)