中外法学 Peking University Law Journal
Vol.25, No.5(2013)pp.937－973

法教义学的应用

许德风*

摘 要 法教义学存在于法律虚无与法典万能之间，是以法律文本为依据，依照法律规范的内在逻辑和体系要求解释、应用及发展法律的做法。其功能是：在争议事实有多个可供选择的法律规则时，为裁判者提供可言说、可交流、可检验的规则选择与法律论证机制。尊重体系与逻辑是法教义学的基本特征，而形式推理是法教义学的基本方法。价值共识是法教义学的推理前提，也始终贯彻在法教义学的应用之中。法教义学的应用，在立法、司法与法学研究中均有体现。其中，确立基本价值共识和基础性请求权规范是法教义学形成与固定的关键；而法官解释与补充法律，包括在法律适用中进行漏洞补充(法官造法)，是法教义学尤其是民法教义学持续发展的主要动力。法教义学在法学研究中也有所体现。法教义学基本理论的建构，有赖于理论法学的支持；法教义学具体制度的发展与完善，有赖于比较法的经验；而法教义学的应用实效，则取决于对本土实践的准确把握与及时反馈。

关键词 法教义学 立法 法官造法 实证研究 经验研究 形式推理 实质推理 法学方法

* 北京大学法学院副教授。本文的写作，得益于郑杰、徐成、茅少伟、孙新宽、石佳霖、张戴旭、胥振阳、邵明潇、曾理的研究协助，得益于葛云松、陈若英、侯猛、朱苏力、冯象、王凌皞、王轶、吴光荣、申卫星、冯珏、贺剑、朱广新、耿林、李昊、姜强、宋鱼水、崔建远、汤文平等师友的讨论、批评、指点与督促，在此特别感谢。本文是教育部人文社会科学研究2009年度一般项目《法教义学的基本要素研究》(项目批准号：09YJC820003)的阶段性成果。诚如星野英一所说(作者引用了田中耕太郎的观点)，虽然方法先于论理，但学问的顺序，应当首先是对具体问题进行研究，因此，在个人学术道路的早期，在法学方法研究兴旺发达的背景下撰写这一题目的论文，时机极为不当。贸然提笔和发表，更多是个人一段时间内思考的整理与备忘，是给自己设置的学术“路线图”，“对于实定法研究者而言，是一个知识整理；对于研究其他学问的基础法学者而言，是了解实定法学的一个机会”(星野英一：《现代民法基本问题》，上海三联书店2012年版，页248－250)，希望能够抛砖引玉，促进法教义学的应用。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

导 言

相比在方法论层面澄清“实证研究方法与法教义学的关系”[1]、“为什么要强调法教义学”这些基础性议题而言，建设法教义学的任务更为棘手，其具有持续性、长期性的特点，需要法官、学者、律师等法律人的不间断投入和恒久努力。[2] 对此，积极的态度固然重要，但过分急于求成，很可能如同当年我国社会经济发展中“超英赶美”的过程一样，生产出太多的“劣质品”，反而是“欲速则不达”。[3] 本文将从澄清法教义学的概念与功能入手，从理论与技术层面讨论法教义学的应用问题，以期为法教义学的建设提供方法论及具体实例层面的参考。

一、无法律，不教义

对法教义学基础理论问题的反思是建设法教义学的前提。目前我国对法教义学的概念、法教义学与价值判断的关联、什么是法律、强调法治的原因等根本性问题已有深入的研究，不过法教义学仍并未成为理论与应用的主流。因此，仍有必要在既有研究的基础上，深入探讨法教义学的概念、要素及功能。

(一)法教义学的概念与功能

法教义学指运用法律自身的原理，遵循逻辑与体系的要求，以原则、规则、概念等要素制定、编纂与发展法律以及通过适当的解释规则运用和阐释法律的做法。[4] 回顾法学的发展史，可以发现，法教义学与经院主义方法(scholastic method)有密切的关联。12世纪早期，这种方法在法律和神学两个领域都有广泛的应用，其预先假定某些书籍的绝对权威性，认为这些书籍包含着一种综合、全面的体系，但同时也承认文本中及文本之间可能存在漏洞与冲突，因而该方法将对文本的概述和解释、解决冲突与填补漏洞作为其主要任务。这种解释文本、调和冲突与填补漏洞的方法，在当时被称作是“对话的”(dialectical)的方法(后来黑格尔开始将该词用作“辩证”)。[5]

---

〔1〕 近年较为成功的探讨，如《法学研究》2012年第1期的笔谈“民法实证方法之内涵与展开”。其中韩世远、金可可、薛军、屈茂辉、张家勇、徐涤宇等学者的观点，都颇可参考。

〔2〕 经过学界过去多年的探索、提倡乃至呼吁，法教义学已日益获得肯定，逐渐被包括学者、法官在内的部分法律人所接受。无论怎样，目前对这一问题的探讨，至少是明确提出了法教义学的概念，并且阐明了其与价值判断的关系。当然，为什么要强调法教义学而不是“超越法律”(此处借用波斯纳的书名)，是一项近乎永恒的法哲学话题。对这一问题的思考，随着时代的进步及法治的发展，法哲学层面的回答也日益精细。

〔3〕 对此，苏力的主张不无道理：“相比较而言，经济学、政治学、社会学学术传统比较强，在市场竞争中压力比较大……而法学在急剧扩张的市场当中，当社会需求特别大的时候就出现‘卖假货’的现象。”侯猛、胡凌、李晟(整理)：“法律的社会科学研究研讨会观点综述”，《法学》2005年第10期。

〔4〕 关于法教义学的概念，可参见卜元石：“法教义学：建立司法、学术与法学教育良性互动的途径”，载田士永等主编：《中德私法研究》第6卷，北京大学出版社2010年版；许德风：“法教义学与价值判断”，《中外法学》2008年第2期。

〔5〕 伯尔曼：《法律与革命》(第1卷)，贺卫方等译，法律出版社2008年版，页127。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

这种方法与我们当下所说的法教义学已相当接近：在法律推理的过程中，法律文本被视为“权威”，形式化是法律适用区别于其他社会规范如道德伦理应用的突出特征。

面对纠纷，一种解决机制是就事论事、一事一议，如社会调解、个人协商等。在此类机制中，因并无特定的规律可循，争议解决的结果通常难以事先准确预见，故并不存在可以把握的规则或教义学。另一种是“法典万能”或概念主义的机制。在这种机制下，法典被认为已经规范了社会生活的方方面面，法律的适用只不过是将社会事实与法律规则相对应的简单过程。在这样的法律适用模式下，法官被认为是服务于法律的人，是自动化的机器，不得有任何偏见或独立判断，也被禁止独立地续造法律。可以说，在这种情况下，法教义学也是不存在的。就如同数学上以公理、定理组成的推理体系不会被用教义学（“Dogmatik”）这一表达描述一样。〔6〕

法教义学处于以上两种争议解决机制的中间地带。一方面，作为法治的基本要求，任何裁判都应当满足可理解、可检验、可稳定预期的标准；另一方面，在法律史上，即便是制定了内容完备的法典后，法典万能的神话也未能确立。以德国为例，早期虽然制定了质量上乘的法典，但潘德克顿学说一直有持续的影响力及权威，法律的应用和解释在很大程度上依然要求助于学说。此外，由于成文法存在局限，对于新出现的利益和价值冲突难以通过单纯的“涵摄”过程加以判断。这导致司法创立了一系列新的制度，如积极债权的侵害、交易基础、信赖原则、附保护第三人效力的合同等。这一过程极大地促进了法教义学的发展，由此所创立的制度及与之相伴生的学说也逐渐成为后世法教义学的主体。〔7〕在这一背景下，法教义学的功能可做如下表述：当争议事实有多个可供选择的法律规则时，提供可供检验的、相对稳定的规则选择机制。

（二）尊重体系与逻辑是法教义学的基本特征

笔者也曾经有过这样的疑问：为什么要提倡法教义学？在面对社会生活时，抛弃法教义学的推理与论证而直接通过立法规定出例外，或者通过“漏洞补充”进行法律续造，难道不是来得更为直接和简单，也避免了很多不必要的迂回和费心么？

殊不知，在这样的“直接”和“例外”之中，法律制度的精妙与法律体系的价值将消失殆尽。若此，法律将变成无数个“例外”的杂烩，失去体系本身的生命力，甚至无法就特定问题给出一贯的、有说服力的回答。诚如波普尔所说，任何体系，欲成为科学，尽管出发点可以有所差异，但至少应当是逻辑一致的，或者说是有内部的一贯性的。一个相互矛盾的、不具有内部一贯性的体系，不能够提供有效信息。〔8〕

实际上，一代又一代法律人竭力发展法律技术，绝非服务于纯粹的“艺术”或其他抽象的目的。其目的乃是通过这些技术，将复杂而抽象的价值判断固定在概念与规范之中，从而让其他

---

〔6〕 *Wieacker*, Zur Praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: *Dieter Simon* (Hrsg.), Ausgewählte Schriften (Band 2): Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung, Alfred Metzner Verlag, 1983, S. 63.

〔7〕 *Wieacker*, a.a.O., S. 63 f.

〔8〕 “The requirement of consistency plays a special role among the various requirements which a theoretical system, or an axiomatic system, must satisfy. It can be regarded as the first of the requirements to be satisfied by every theoretical system, be it empirical or non—empirical.” Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, 1935, reprinted in 2002 in Routledge Classics, Routledge, p. 73.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

法律人在面对同类纠纷时，不必在价值层面重新解释、权衡或者反复检查根据这些（已被无数人反复推敲并以近乎无懈可击的形式所构建的）概念与规范所得出的法律推理及裁判，进而提高法律适用的效率，实现法律适用的稳定性和可预见性。[9]

耶林早年研究一物二卖中风险负担问题的过程，是尊重法教义学的典范。[10] 他曾面临如下案例：一艘船被二重出卖，在前后两个买卖合同中，当事人均约定船舶的灭失风险自合同签订之日起转移，并待该船航海返回时交付。结果该船于返航途中灭失。出卖人依合同的约定，要求两位买受人分别支付全部价款。[11] 按照耶林的理论，在买卖合同中，所谓的买受人承担风险，并不是"标的物因不可抗力灭失，买受人仍应付款"这样的简单结论，而是应分解为如下过程：在标的物灭失后，买受人承担将标的物恢复原状，或为标的物提供等值替代物的义务，在买受人履行该义务后，出卖人对物的权利即恢复，然后出卖人可将该替代物的所有权移转给买受人，买受人再履行付款的义务。也就是说，承担风险的买受人，在身份上有两重角色：一是"买受人"，承担支付价款的义务；一是"保险人"，承保标的物的意外灭失风险。而财产保险法的一般规则是，保险赔偿总额不得超过保险标的的价值。[12] 据此，在保险金请求权与价款请求权竞合时，因其指向相同标的，故亦应按这一规则处理。具体而言，在一物数卖的情况下，在一个买受人承担了"保险责任"后，出卖人的所有权即恢复到原来的状态，因此出卖人不得再请求其他买受人承保标的物灭失的风险（在有多个买受人的情况下，究竟由谁承担保险责任，可由出卖人选择）。[13] 不仅如此，出卖人还应对其中一位买受人承担因一物二卖而履行不能的责任。

---

〔9〕 "…their achievement saves us the necessity of working out anew, in every case, that which has already been thought through by others and of reexamining over and over again results which have been reached in an unassailable manner bye previous scholars" Stoll, "The Role of Concepts and Construction in the Theory of the Jurisprudence of Interests", in Magdalena Schoch ed., *The Jurisprudence of Interests*, Harvard University Press, 1948, p. 261.

〔10〕 按照后世学者的描述，在相当长的一段时间内，这一问题深深困扰了耶林，最终不仅确立了出卖人不得从一物二卖中获利的规则，也促成了耶林在法律理念上从概念法学（Begriffsjurisprudenz）到利益法学（Interessenjurisprudenz）的转变。其发展过程是，早在1844年，耶林就曾讨论过一物二卖的问题（*Jhering*, Abhandlungen aus dem römischen Recht, Leipzig, 1844, S. 59, 71.），他同意《学说汇纂》中保罗的观点：将一个奴隶出卖两次，奴隶在交付前死亡，风险应由买受人承担，出卖人有权同时要求两位买受人各自支付其价款（D. 18, 4, 21）。1858年的冬天，出现了一个涉及一艘船的一物二卖案件，耶林受命为此出具专家意见书。在其1859年的论文《买卖合同风险理论》中，他描述了自己当时的心理状态："在我的生命中，没有哪个案件让我陷入如此的恐慌……对于案件所涉及的利害当事人，当我要适用我的观点时，我内心的全部，包括我的法感和法律理解，都起来反对我，而另一方面，我好几个星期都无法找到解决办法，安抚我自己的法律良知"。*Jhering*, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, Jahrbücher für die Dogmatik des Heutige römischen und deutschen Privatrechts, Band III, 1859, S. 451；中文的部分介绍见（德）耶林：《法学的概念天国》，柯伟才等译，中国法制出版社2009年版，页15。

〔11〕 *Johann Braun*, Der Doppelverkauf einer Sache zwischen denselben Parteien, AcP 193(1993), 556, 557.

〔12〕 我国法的类似规定，见《保险法》第56条第2款。

〔13〕 *Jhering*, a.a.O., 1859, S. 468.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

上述解释一方面确立了出卖人不得牟取不当利益的价值判断，另一方面充分发挥了法律既有体系的力量，将价值判断和对于具体问题的解决融入既有的概念与规范体系中（此处借用了保险法的规则），而不是用诸如“一物二卖中，出卖人不得因标的物灭失而获得双份赔偿”予以特别规定，乃是法律人智慧的体现。正是在这个意义上，Stoll 强调，“如果法律科学（legal science）想促进法律的应用与法律公正的实现，必须通过技术性的法律概念，将其研究成果转化为符合形式逻辑的样态，并通过法律构建的技术将其与既有体系相整合。”〔14〕

尊重逻辑与体系不仅体现在运用既有法律制度解决疑难问题上，也体现在对既有法律制度的突破即“法学上的发现”中。〔15〕实际上，但凡有生命力的法律制度，无不一方面反映社会的共同价值判断（常识或共识），另一方面也深深嵌入在既有的法律体系之中。

以熟识的缔约过失责任制度为例，最初该制度的正当化依据被认为是当事人之间（潜在）的合同关系，所变通的，只是将合同的约束力移至合同缔结之前。但是，前合同义务的性质是什么？其与合同又有什么关系？那种认为前合同义务源于当事人默示合意的主张显然不能成立，因为就当事人本人而言，其往往并不想在订约阶段即受合同约束。于是，早期的主流学说只好将缔约过失责任的基础归结为“习惯法”。可惜的是，尽管承认缔约过失责任有充分的价值层面的支持，但这种法定责任的观念已经是一种打破既有法律体系的做法了。德国法学界显然对此并不“甘心”。〔16〕于是，半个世纪后，学者终于以进一步的学说，重新将缔约过失责任与既有体系建立起关联，即将缔约过失责任的本质归结于当事人之间的信赖关系。这种信赖关系独立于意思表示，并广泛存在于民法、商法等实在法上关于外观责任等制度的规定之中。〔17〕

我国在法学发展上是后进国家，很多问题的确 都可以用法定责任与特殊规定加以解决（事实亦如此）。但若过分依赖这些例外性的规定，法律的体系性将遭严重破坏，最终法律将陷入规则冲突、标准模糊的混乱境地。如何使各种法定责任与既有体系相调和，以及如何准确、

〔14〕 “If legal science wishes to facilitate the application of law and to influence the administration of justice, it must reduce the results found to formal—logical formulae with the aid of technical juridical concepts, and integrate them into the legal system with the aid of construction.” Stoll, *supra* note 9, p. 263.

〔15〕 如债权与物权的区分（Johann Apel）、物权行为的无因性（Friedrich Carl von Savigny）、代理授权的无因性（Paul Laband）等制度。*Thomas Hoeren* (Hrsg.), Juristische Entdeckungen, Verlag C. H. Beck, 2001.

〔16〕 如 Picker 教授用“特殊关系”（Sonderverbindung）来描述这个“地带”的特点，Köndgen 教授用“没有合同的自我约束”（Selbstbindung ohne Vertrag）来概括这些关系，Canaris 教授在 Ballerstedt“代理人责任”理论的基础上提出并发展了“信赖责任”（Vertrauenshaftung）的概念，并最终为立法所采纳。*Picker*, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo: Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), 369 ff; *Köndgen*, Sllbstbindung ohne Vertrag: Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Mohr Siebeck 1981; *Kurt Ballerstedt*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151 (1951), 501 ff.; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C. H. Beck 1971.

〔17〕 朱广新：《信赖责任研究》，法律出版社 2007 年版，页 287—295；许德风：“对第三人具有保护效力的合同与信赖责任”，《私法》，北京大学出版社 2004 年版，页 253 以下。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

科学地设定法定责任，是学界与实务界的长期任务。目前的一些“应急性”制度，如“主合同有效而担保合同无效……债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一(担保法司法解释第7条)”一类的规定，一方面具有相当的实践意义，另一方面又与既有体系严重脱节，若能通过合理的解释，将其适当修正并融回现有体系，将是莫大的贡献。

(三)形式推理是法教义学的基本方法

“实质推理”与“形式推理”或“实质法治”与“形式法治”是论者(尤其是理论法学学者)在讨论法教义学与价值判断问题时常会用到的概念。[18] 对于强调实质推理的观点[19]，法学理论上早有难以超越的恰切批评。[20] 对此，既有研究的概括是相当精当的：“纯粹的形式法治是不存在的，法律只是为我们提供了法源和思考问题的依据。然而，一旦人们放弃法治的形式化努力，法治就会终止”。[21]

关于形式法治与实质法治的区别与联系，有学者认为，形式法治与实质法治都尊重法治原则，都承认民主与分权的宪政，甚至都使用类似的话语。其主要区别是：形式法治在法律适用的过程中不考虑法律的实质合理性，认为合理性是立法者所追求或所应追求的，而实质法治则关注法律的不确定性，在承认法律不确定性的前提下努力寻求法律的合法性；形式法治以制定法为唯一渊源，从法条出发做三段论演绎，强调法律的普遍性、稳定性与确定性，而实质法治则承认多种法律渊源，在论证中强调引入价值衡量，关照法律共同体的共识，追求实质合理性。[22] 前者是“被动适用法律”，后者则是“司法能动”，是“现代司法的基本特征和运作规律”。[23]

---

〔18〕 侯健：“实质法治、形式法治与中国的选择”，《湖南社会科学》2004年第2期。

〔19〕 如张明楷：“实质解释论的再提倡”，《中国法学》2010年第4期；强调实质法治的观点，还可以参见如江必新：“论实质法治主义背景下的司法审查”，《法律科学》2011年第6期(“实质法治主义观倡导在司法和执法过程中，不能简单地‘依照法律’，而要在适用和执行过程中善于判断法律的正义性，实现由形式法治向实质法治的转化”)；该文发表后，作者的观点又有所修正，参见江必新：“论形式合理性与实质合理性的关系”，《法治研究》，2013年第4期(“决定一个案件，完全按照实质合理性来进行，就可能面临着危险，就具有倒向人治的危险”)。

〔20〕 对实质法治的批评(如正义标准的不确定性、道德规范的相对性等)，可参见(英)哈特：《法律的概念》，许家馨等译，法律出版社2006年版，页151以下。刑法理论上对实质主义的批评，参见陈兴良：“形式解释论的再宣示”，《中国法学》2010年第4期；另可参见劳东燕：“刑法解释中的形式论与实质论之争”，《法学研究》2013年第3期(作者认为，在当今的中国，对于刑法形式解释论的倡导具有必要性，而实质解释论在“形式主义合法性统治尚未建立的年代”会“助长恣意专断”；实质刑法观“对个体自由的保障而言，蕴含着不容忽视的内在危险”)。

〔21〕 陈金钊：“实质法治思维路径的风险及其矫正”，《清华法学》2012年第4期。多年以前，王伯琦先生终结对概念法学的批评的论断(“从古至今从未有过概念法学，以后亦不见得会有概念法学发生”)，虽然基本能成立，但认为概念法学过去未出现过，将来也再不会发生，应该说是过于乐观了。相反例子参见如吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学》，中国法制出版社2011年版，页18－21。

〔22〕 何海波：《实质法治》，法律出版社2009年版，页12－15。

〔23〕 江必新：见前注〔19〕；另见江必新：“能动司法：依据、空间和限度”，《人民司法》2010年01期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

本文认为，从法律与法学的规律来看，“形式”与“实质”的区分或对立并不真正存在。在法教义学的框架下，二者能够共存。

1.形式推理、实质法治与承认规则

在一些情况下，人们在谈及实质推理或“实质法治”时，实际上已经跨入另一话语体系。例如有学者认为实质法治的关键，是解决“何为法律”的问题，而这一问题在性质上相当于哈特理论中的“承认规则”(rule of recognition)层面的问题。[24] 承认规则是决定某一项规则是否具有法律效力的“规则”，其所触及的是法律如何取得正当性的问题。在社会变动较多的大国中，在政治合法性存疑的体制下，这一问题当然重要。正如王轶所指出的：查明法源乃是进一步讨论法律的基础，在这个意义上，学者如黄茂荣将“法源”问题放在其《法学方法与现代民法》[25]一书的开篇确有其深意。[26] 不过，承认规则层面的法源讨论与形式推理并无矛盾：在确立了承认规则，并运用该规则制定规范或确定规范的合法性后，仍需运用法律特有的形式推理技术贯彻该规范。也就是说，对法律合法性的探讨，至少不应影响我们在面对经过“承认规则”确认的法律时，对基本法治原则的遵从和对法教义学的坚持。否则，即使一项法律通过了“承认规则”的检验，也将不得不承受持续的争议，而无法得到有效施行。

2.形式推理与价值判断

法教义学中强调形式推理的做法，更多是遵循社会分工的结果，是侧重点选择的问题，而非真正与实质推理绝缘。[27] 在这个意义上，指责法律实证主义“将法律想象为一个没有工程师的自动运行的机器”，认为实证主义视角下的现代法律“没有灵魂”，是不能成立的。[28] 对实证主义欠缺价值判断的指责，是一种典型的“关公战秦琼”式的论辩：一方面，实证主义者是在给定价值的基础上进行后续的分析与论证的；另一方面，任何法律体系中都包含有经过审慎选择而固定下来的价值，法律适用也必然是包含价值判断的实践。[29]

实际上，前人早就认识到，形式推理与实质推理之间只是程度(degree)或多少(more or

---

〔24〕 哈特，见前注〔20〕，页 89。

〔25〕 在黄茂荣的分析中，法源可以分为五个层次，其中的前两个层次分别是“政经力量”和“立法者或人民对于规范之‘法的确信’”，这是规范效力的“实质基础”。黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，页 2－4。

〔26〕 参见王轶：“民法九人行”学术沙龙评议，清华大学法学院，2013 年 2 月。

〔27〕 如陈兴良教授认为：把形式解释论与实质解释论之争描述为要不要实质判断之争，是对形式解释论的一种误解，甚或是一种虚构。建立在这种误解或者虚构基础上对形式解释论的批判，存在“射偏靶子”的嫌疑。其实，形式解释论并不反对实质判断，更不反对处罚必要性的实质判断。参见陈兴良：“形式解释论的再宣誓”，《中国法学》2010 年第 4 期；另参见劳东燕文，见前注〔20〕。

〔28〕 强世功：《法律的现代性剧场：富勒与哈特的论战》，法律出版社 2009 年版，页 65－66。

〔29〕 日本学者曾概括：即使“假设在判决中不论述一切价值判断命题，只是认定事实和依据法规进行三段论推理而得出结论，至少也有以下的最低限度，即判决的结果必定是以一定的方法，在一定程度上保护某一利益，在一定程度上排斥其他利益，以一定的方法在一定程度上实现某一价值、在一定程度上排斥其他价值。”或者说，“即使是学者所作的法的解释，在主张某一法规应该这样解释的时候，对其根据的意识、论述，即使完全是语言上乃至逻辑上的，而客观上还是在一定程度上以一定的方法保护、实现某一利益、价值”。(日)星野英一：《现代民法基本问题》，段匡等译，上海三联书店 2012 年版，页 215。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

less)的差异,即只有量的差异,而没有质的区别。[30] 一方面,正如凯尔森所指出的,"对法律的认知,只能以'概念'法学的形式完成——如果不通过概念,我们如何认知?"[31]另一方面,哪个法律人可以不解释法律背后的原理就把法律真正讲清楚?[32] 在这个意义上,那种认为法教义学应该"切割伦理、政治、历史、社会等因素",不应该"热衷于为本部门法寻找道德与伦理基础"[33]的观点是不正确的。正如学者所指出的,"法教义学本身不可能是封闭的、僵化的存在,它固然具有相对的稳定性,但同时也表现出流动性的一面。不然便难以理解,为什么(在法律不变的情况下——作者注)当下的法教义学内容与以前相比总是有这样那样的区别,并且总是存在根据社会生活的变化而发展法教义学的需要。此外也难以解释为什么法教义学对变动的政治社会条件与价值标准表现出惊人的适应能力。"[34]在严格要求"罪刑法定"[35]的刑法领域尚且如此,在更强调意思自治、更宽待类推与漏洞补充的民法领域,在确立公民基本权利及国家基本政治构架的宪法领域,其顺应价值变动与时代进步的灵活性只会更强,而不是更少。

法教义学所强调的形式推理与实质推理的差别,主要体现在裁判依据上。从法律实践的角度看,形式主义者认为,在经历了体系化、逻辑化的立法演进及判例积累之后,在面对具体案件时,大多可以较容易地找到可据以裁判的规则,因此,法律适用者在裁判时依该规则做出决定即可,而无须援引政治、伦理、宗教或其他外部的、实质主义的标准,后者作为一种推理方式,只包含"对人类或法律秩序提出宗教或伦理要求的因素,却不包含对现有的法律秩序进行逻辑上的系统整理的因素"。[36] 从现代的视角看来,二者能否融合,关键在于法律在规范上是否完备,在价值上是否充分反映了共识。若法律在规范层面已经相对完善,在价值层面已基本周全,则超越法律规范而求诸于实质判断便已不必要。

在法治发达的国家中,注意法教义学与价值判断的区分,与韦伯所提倡的目的理性(形式理性)与价值理性的区分有密切的关联:在这些国家中,鉴于其立法与司法的分工相当清晰,且立法可以较快地做出反应,当司法做出"依法"但未必"正义"的裁判时,将促成对法律的宪法审查,或促使立法层面的及时行动,进而实现法律在价值选择层面的根本性转变。

---

〔30〕 Paul Oertmann, "Interests and Concepts in Legal Science", in Magdalena Schoch ed., *The Jurisprudence of Interests*, Harvard University Press, 1948, p. 52;见前注〔20〕,劳东燕文(作者认为形式解释论与实质解释论之间的差异所涉及的"更多的是形式判断与实质判断在解释过程中所占的权重")。

〔31〕 *Kelsen*, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, Jristische Wochenscharift 1929, 1724; Oertmann, ibid., p. 54.

〔32〕 Oertmann, *supra* note 30, p. 65.

〔33〕 张翔:"形式法治与法教义学",《法学研究》2012年第6期。

〔34〕 劳东燕:"刑事政策与刑法解释中的价值判断",《政法论坛》2012年第4期。

〔35〕 当然,极端者如哈耶克认为,"罪刑法定"中的"法"并非成文法:"英国的普通法从未在法律只是立法者所颁布的成文规则的意义上接受过'罪刑法定'这一原则,而始终是在法律是那些已经形诸于文字便会得到普遍认可的规则的意义上接受这一原则的"。(英)哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,页182。

〔36〕 Weber, *Economic and Society* (Vol. I), edited by Günther Roth et al., University of California Press, 1978, pp. 789—790;译文引自郑戈:《法律与现代人的命运》,法律出版社2006年版,页117。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

当然,形式推理的强调并不能被推向极致。在法律的合法性受到重大质疑的情况下,即在法官面对"恶法"的情况下,即便是在强调形式推理的德国,也有人呼吁赋予法官超越既有法律,依据自然法或正义观念进行裁判的权力。[37]

3.形式化是规则实施的现实选择

退一步讲,即便指出法教义学的技术(而非科学)属性,也不构成对法教义学的有效质疑。换言之,法教义学是否属于科学,与应否尊重并发展法教义学,并不直接相关。即"技术"的标签并不应导致取消法教义学或者改变法教义学的研究方法。坦白而言,对于法教义学科学性的质疑,并非全无道理。但是,如果仅仅是否定法教义学的科学属性,对于质疑法教义学的论者而言,却并非是有意义的成就。实际上,法教义学者也从来没有谋求"科学家"的称号。比较而言,更有意义的问题是:在质疑法教义学后,能否提出有可行性的替代?如果不借助形式的、逻辑的、类型化的方法,如何制定规则,又怎样执行规则?正如哈特所指出的,任何治理都离不开"相同的相同,不同的不同"这一基本要求,而这一要求恰是"形式性"的。[38]

4.形式推理、法律移植与现代社会治理

批评形式推理的观点,还常常将形式推理与"普适"、"西方中心"等语词联系起来,将形式推理与外国法典的盲目借鉴等同起来。[39] 本文认为,这一认识是错误的。首先,这一分析过程本身在逻辑上是不成立的,因为"但凡形式推理就是西方中心"的论调显然缺乏根据。形式推理乃思维方法,并不固定地属于某个文明。其次,必须从更深的层面认识形式推理的重要性。如前所述,形式推理是形式理性[40]的外在表现,而形式理性是近代国家治理的重要手段。正如韦伯所指出的,从历史发展来看,是市场经济的兴起、传统家族制社会关系的解体以及个人魅力型统治的非长久性,最终导致了官僚制的出现和发展。[41] 在这种体制中,行政官员的权力来自法律,公民的权利义务也由法律界定,各种社会关系以及由这些社会关系组成的社会结构也都由法律这种抽象的一般性规则来安排。而以形式理性为中心的法治是官僚制得以运转、现代社会得以有效运行的基本保障。[42] 在这种法律理性统治下,社会关系才得以最

---

〔37〕 例如,在1950年代,刚刚从二战中走出来的德国在反思纳粹时期德国司法的失败时,当时的德国联邦最高法院院长便主张,在法律的规定与自然法的规范相冲突时,法官应当勇敢地站在自然法一边。*Weinkauft*, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, 1689 ff. 对此类讨论,强世功正确地指出,"恶法"究竟是不是法律,不是一个真理意义上的哲学选择,而是一个政治意义上的伦理选择。答案应根据实际情况加以确定。另外,法律实证主义应当是"常规政治下的公民美德"。参见强世功:见前注〔28〕,页70。

〔38〕 参见哈特,见前注〔20〕,页151—159。

〔39〕 参见如黄宗智:"我们需要做什么样的学术",《开放时代》,2012年第1期。

〔40〕 韦伯之"理性"(rationality),主要指受一般性规则或原则约束,此外也有"系统性"、"对意义的逻辑解释的基础上"等。当然也有其他的含义,关于该概念的定义,参见 Anthony T. Kronman, *Max Weber*, Stanford University Press, pp. 73—75;参见郑戈:见前注〔36〕,页113—114。

〔41〕 参见(德)韦伯:《支配社会学》,康乐等译,广西师范大学出版社2004年版,页267。

〔42〕 同上注,页22—23。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

大限度地保持其持续性与稳定性，人们的行为方式也才有了具体的指引。[43] 在这个意义上，形式理性顺应了社会治理复杂化、多样化的需要，是任何一个走向现代化的文明都躲不掉、绕不开的。中国作为现代化进程中的后发国家，人口众多，利益关系繁复，面临着多样的社会需求，通过形式理性进行社会治理乃必由之路。[44] 尤其要强调的是，即便我们采取了（实际上是正在"采取着"）形式理性的治理方式，也并不意味着我们在价值判断层面，要遵从某一个既定的标准，不意味着一定要以西方为"中心"。在这方面，韦伯关于目的理性行为（即形式理性）、价值理性行为、情绪性行为与传统性行为的区分，恰恰是强调价值与形式的妥善"分工"，而主张保护人们在价值选择上的自由。

在法治建设的过程中，对制度或规范本身的照搬并机械地加以适用只是"下策"，研究他国制度与其社会实践的关系，并在此基础上对照本国制度并选择性地加以借鉴，为"中策"，而以我为主，同时借鉴他国的法治精神，才是"上策"。本文认为，值得借鉴的法治精神的关键点之一，就对形式推理、对体系与逻辑的尊重。

反对形式推理的论者还常常从诸如婚姻、家庭、继承等领域的制度出发，认为"移植"来的法治与本土规则不相容。其实，在这些领域中，我国法律界对比较法的研究极其有限（当年的《大清民律草案》舍弃了德国的亲属、继承制度，可以说同时也便冻结了我国对这些领域的比较法研究）。既然在这些领域中我国受比较法的影响较少，又如何谈起"盲目移植"呢？实际上，正如持此种观点的学者自己所承认的，任何法律传统，都不是"完全抽象、脱离时空的法律思维和立法"。[45] 恰恰相反，若仔细研究法治成熟国家的法律会发现，这些国家的法律多能及时顺应社会变迁的需求而进行调整。而这些调整又能有效地与既有法律体系相融合。我国民法在这些领域中的问题，其根源，与其说是所谓的盲目移植，毋宁说是未真正"移植"到法治的精华——对法治精神的尊重与将法律与社会发展相协调的灵活态度。

5.形式推理与法律适用中的情感因素

有些学者认为法官的判断完全是情感决定的，很难说具有理性化的色彩，更不需要发展什么法教义学。[46] 这显然误解了法律适用的过程，也忽视了法律、裁判具有相对稳定性的现实。其实，退一步讲，正如哈耶克所指出的，即使法官常常是依凭其直觉、感觉或情绪而非三段论推理断案，这也不意味着，在确定裁判选择的过程中，决定性的因素是情感而不是理性。"这

---

〔43〕 参见陈聪富："韦伯论形式理性之法律"，《清华法学》（第2辑），清华大学出版社2003年版，页33－61；郑戈：见前注〔36〕，页104－108。

〔44〕 "之所以中国社会逐渐走向了'法治社会'，其背后的根本原因是当前社会价值共识减少、观念分裂日趋增加。我们对法治或者法律之下的生活要求有多么迫切，就意味着我们这个社会观念分裂的程度有多巨大。"陈景辉：《实践理由与法律推理》，北京大学出版社2012年版，页2。

〔45〕 黄宗智，见前注〔39〕，页73。

〔46〕 如卢埃林、弗兰克等人就认为应当用行动中的法律替代文本中的法律，而行动中的法律的确定性极为有限，更多的是不确定型。Llewellyn, The Bramble Bush: On Our Law and Its Study, New York, Oceana Publication, 1981; Jerome Frank, Law and Modern Mind, Transaction Publisher, 2009 (Originally Published by Brentano's Inc., 1930). 认为法教义学背后总是隐藏着政治性判断，认为法教义学往往脱离了这些判断，因而是"花拳绣腿"的观点，如苏力："法条主义、民意与难办案件"，《中外法学》2009年第1期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

种情况与科学家的工作颇为类似，因为科学家通常也是先凭直觉提出正确假说的，而且也只能在提出这些假说以后才尝试对它们进行检验。……需要强调的是，尽管法官可以不知道究竟是什么东西促使他最初想到某种特定的判决是正确的，但是只有当他能够以理性的方式使他想到的判决经受住其他人对此提出的各种反对意见的时候，他才能做出或坚持他的这个判决”。[47] 而此处“理性的方式”，与韦伯理论中的“理性”——以形式推理为主要表现形式——已无差异。

（四）宪法亦教义

宪法的内容与适用，有其特殊之处。如有学者指出，在涉及宪法问题时，最高法院并不是通常所说的法院，而是一个可宣布立法无效的政治机构。[48] 而宪法性司法也被认为“从来都是一种治国术”[49]。与一般成文法的技术性取向不同，“宪法并不仅限于确定法律的含义，还包括广泛的、有待未来实行的纲领性规定”[50]，其所要求的解释技艺与一般成文法有差异。

我国也有学者认为，在宪法解释中，应当正确区分宪法上以严格的法律术语表达或措辞的“厚宪法”和用诗的语言来“临摹”的“薄宪法”，应当有意识地区分作为司法技术的法律解释技巧和作为政治艺术的法律解释技艺，认为“前者将法律解释问题大体看作是语言学问题”，而后者则“将法律解释看做是一门艺术，并将其列入神话、诗学或宗教的行列”。[51] 具体在中国，“宪法解释不仅依赖基于法律实证主义的种种法律解释技术，还要依赖对人民主权的政治哲学和中华民族的政治理想的理解”。[52]

本文认为，宪法在内容与解释上的特殊性并不足以支撑法教义学对其可以不适用的结论。法教义学的基本特征，在于通过可检验的、可沟通与交流的机制来确立、解释与适用规则。而宪法解释，无论怎样强调其“艺术”或“神话”的属性，也仍然需要可供交流探讨的平台而非定于一尊的论断，需要可供检验的理性工具而非神秘化的“诸神之争”[53]。事实上，前述强世功主张的“法律解释的技术”与“政治审慎的艺术”也是无法简单区分的。尽管在文章的结论上认为宪法解释还有“艺术”的一面，但在论述为什么受教育权是一项基本权利时，作者的分析，是极为缜密的，恰恰是法教义学的杰作。作者从“人民共和国”这一语词出发，认为宪法中的“人民”，不是饱食终日、无所用心的小民（person），而是公民（citizen）或“公”民（public person）；宪

---

〔47〕 哈耶克，见前注〔35〕，页 186。

〔48〕 参见（美）弗兰克：《初审法院　　美国司法中的神话与现实》，赵承寿译，中国政法大学出版社 2007 年版，页 342。

〔49〕 同上注，页 342。

〔50〕 （法）法沃勒：《欧洲的违宪审查》，载（美）亨金等主编：《宪政与权力》，郑戈等译，三联书店 1996 年版，页 36－38。

〔51〕 “‘道可道，非常道’。宪法作为对这种政治秩序和政治理想的临摹性记载，怎么可能通过精确的科学语言来描述呢？对这些临摹的科学解释怎么能真正触及到这些政治秩序和政治理想呢？”强世功：《立法者的法理学》，生活·读书·新知三联书店 2007 年版，页 143。

〔52〕 同上注，页 111。

〔53〕 关于价值预设与各类学科的关系、政治不属于课堂及价值的多神论的论述，参见（德）韦伯：《学术与政治》，钱永祥等译，广西师范大学出版社，页 174－181。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

法中的“共和”意味着人民要通过选举来治理国家;而受教育权是实现宪法私有财产权保护的重要途径,是政治参与和政治自由权的前提保证,是人从一个法律资格意义上的公民转变为真正意义上的“公民”的必要途径,并得出结论认为受教育权是一项基本权利。[54] 这是“道可道,非常道”么?显然不是。这恰恰是可言说、可交流、可检验的法律论证。如下文详述的,法教义学的核心特征,就在于以法条为中心展开“说理”的属性。或许也是在这个意义上,波斯纳说“在(美国——作者注)法律学术界,宪法仍然是最有声望的领域,它吸引了许多最有能力的教义法学家”。[55]

当然,需要明确的是,作为“根本大法”,宪法涉及多方面的重大主题,因此,宪法教义学也因其主题的差异而有不同的具体应用形式。如关于国家基本结构、政党、选举等事项的规定,其确定性与规范性强;而关于基本权利的规定,则更多是价值判断问题,法教义学的应用范围较小,更多体现为关于价值判断的论证规则。也就是说,在确定基本权利内容、范围的问题上,宪法教义学的“条条框框”,要比私法少很多。

(五)私法是法教义学发挥作用的代表领域

诚如 Wieacker[56] 所指出的,即使在法律体系健全、法教义学发达的国家,社会关系及伦理观念对法教义学——无论是立法时,还是后续的法律适用中——都有巨大影响。例如,在宪法、刑事政策、婚姻家庭、劳动法、社会保障法、道路交通法、离婚和非婚生子女制度等领域的立法过程中,法律“科学”的概念、体系与逻辑往往难以承受社会利益关系与社会价值观念的冲击,并留下了后者的烙印。另外行政执法和司法(如德国的行政法院、劳动法院和社会法院)的过程因为与社会利益的关联极为密切,基于限制国家权力干涉个人自由的基础性制度(如比例原则等),其法教义学的适用范围也比民法教义学的适用范围窄。同样,在刑事裁判中,罪刑法定原则对入罪有严格的限制,也限制了法教义学的作用空间。[57] 在上述背景下,解决私人间利益争执的民事裁判可以是说独立、自主的法教义学最大程度发挥作用的领域。

与行政法、刑法不同,私法通常不涉及对国家权力的限制和对人权的特别保护问题。因此,对私法的正确认识应当是,私法是私人之间交往准则的重述,以成文法或判例法形式体现的私法只不过是这种交往规则的部分体现。[58] 在法律对事实存在的交往规则有规定时,裁判者应充分利用解释规则,寻找既有规范中相关的规定;在法律对事实存在的交往规则没有规

---

〔54〕 强世功,见前注〔51〕,页112—142。

〔55〕 波斯纳:《超越法律》,中国政法大学出版社2001年版,页101。

〔56〕 *Wieacker*, a.a.O., S. 63.

〔57〕 当然,尽管刑法教义学的范围被“罪刑法定”这一原则“砍掉”掉了一个重要的枝干,但在“罪刑法定”原则本身上却生长出了极复杂的法教义学的内容,形成一块几乎可与枝干相比的巨型“树瘤”。

〔58〕 在刑法仅仅只是重述诸如“杀人偿命”、“禁止盗窃”等人们生活交往中的一般准则时,其更多也是私法,而非公法。刑法的“公法化”,更多体现在规制妨害国家的犯罪、环境犯罪、经济犯罪等以保护社会法益与国家法益为中心的罪名上。参见车浩:“刑法公法化的背后——对罪刑法定原则的一个反思”,《刑事法评论》第11卷,中国政法大学出版社2002年版,页256。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

定时，裁判者也应根据（事实存在的）授权，通过一般条款等媒介来“挖掘”相应的规则并做出裁判（详见下文第三部分的分析）。这一裁判过程仍然是依“法”、依“规则”而非依价值判断或伦理考量进行的，故仍然体现为形式推理；而这一法律适用过程的具体操作方法，就是法教义学。

二、法教义学的形成与固定

（一）确立基本价值共识

如前所述，在强调法教义学的裁判过程中，每一个法律推理的环节都要做一定的价值判断。但这并不意味着是直接以价值判断进行裁判，而是要以融入了价值判断的法律规则进行裁判。另外，作为法教义学的基本要求，若不考虑“恶法亦法“或“恶法非法”的问题，在法律文义清晰或立法者对法律的含义有明确限定的情况下，无论怎样地强调实质推理，主张“利益法学”或“价值法学”，法治原则也都会要求非经立法程序不得超越或改变法律。[59] 因此，就规则背后的价值判断达成一致，是后续可检验的、以“说理”为中心的法律推理的前提。而价值共识的确立，不是法教义学的任务，而主要应由立法与司法裁判（尤其是宪法裁判或其他权威机关的个案裁决）完成。

确立价值共识首先是立法的任务。尤其在民主体制之下，立法者能够较好地代表民意，其最终抉择有充分的正当性基础。在这一方面，我国现行立法体制面临巨大的挑战。其中的要者，是如何充分反映主流民意，并有效防范个别利益集团为谋求私益而改变规则的行为。当然，达到此种效果的关键，并不是消灭利益集团——利益集团乃自然现象[60]——而是确立有效的民主决策机制，让利益集团在公正的程序中有约束地博弈。

司法裁判也可以确立价值共识。在不可逆的社会发展中，人们在处理个别的法与正义的

---

〔59〕 Oertmann, *supra* note 30, p. 66. 对此，被树立为以德国为代表的“大陆法”对立面的“美国法”上的一个权威判决可资佐证。在美国诉洛克（U.S. v. Locke, 471 U.S. 84.）一案中，洛克夫妇拥有一块土地的采矿权。根据1976年的《联邦土地政策和管理法》，每年12月31日之前（prior to December 31），产权人必须向联邦土地管理局提交保持产权的意向通知和其他一些文件。未完成此项要求即未于12月31日前提交文件，则将被认定为是放弃产权。1980年年底，洛克夫妇派他们的女儿到内华达州当地的土地管理局询问提交文件的最后期限。土地管理局的一名职员告知说是“12月31日当日或之前”（on or before December 31）。洛克夫妇于是于12月31日提交了文件。土地管理局拒绝了他们的申请，声称他们没有按规定期限提交因而丧失了产权。对于该案，初审法院支持了洛克夫妇的主张，认为他们“实质性地遵守了法律的规定”。最高法院的多数意见则认为：“认为在超过最后期限某个时间提出申请可以算是遵守了申请的最后期限，这种观念说轻了至少是一种令人吃惊的观念，而且是一种没有制约原则的观念。如果迟一天提交申请可以接受，那么迟十天提交同样可以接受，以此类推，例外没有尽头，就会淹没由申请最后期限确立的规定。不管把界限划在哪儿，有些人总要掉在界限的那一边，但是如果要让一个申请的最后期限有任何意义的话，那么这个最后期限必须执行。任何不那么严格的标准都会鼓励对最后期限采取马虎态度的风险。因此，迟交申请　　哪怕是一天　　不能算是（实质性地或是其他方式遵守了提交申请的最后期限）……”

〔60〕 “利益集团的存在及其活动并不需要任何证明，它本身就是一种人性的自然结合。”陈尧：“利益集团与政治过程”，《读书》2005年第11期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

关系时，一直以来即采取所谓“谨慎实验”(tentative, experimentierende Vorgehen)[61]或“试错”(trial and error)[62]的做法：在信息有限的情况下提出解决问题的方案，用经验加以检验，在必要的情况下加以修正或用更好的解决方案取代之。立法当然是这种“谨慎实验”的一部分，不过，相比立法而言，司法裁判更具灵活性，因此大多数价值争议恰好可以利用司法裁判的这一特点，先以裁判初步确定，再通过法律加以固定。

司法裁判不仅仅有灵活、便于用来“试错”的特点，在确定价值共识方面，还有立法不能替代的效果，这主要体现在司法裁判中有关争议的对立性上。这种针锋相对的冲突，往往具有相当的代表性。裁判机关此时的裁决，是在两种对立价值之间进行抉择，因此，其价值判断的倾向性也更为鲜明。

从目前世界各国的发展来看，由宪法法院或最高法院以(宪法)裁判的形式解决价值冲突是较为普遍的做法。在这样的实践中，部门法上的价值难题，往往求助于宪法层面的裁决。产生这一趋势的原因主要有如下几点。[63] 其一，与其他法律相比，宪法具有更强的正当性。从立法和修改程序上说，现代民主国家的刚性宪法，大多规定特别多数而不是简单多数的修宪比例，要求更广泛的一致，因此，与仅需要简单多数即可制定或修改的普通法律相比，宪法代表更广泛的民意；其二，宪法法院法官的任命往往需要取得充分的共识，故与一般的民事法院相比，宪法法院具有更权威的地位。其三，随着社会的发展，民法上原本以私法自治等线索为中心的、脉络清晰的制度整体受到了冲击，在某些问题上，民法的既有制度或原则无法再提供体系一致的处理方案，故需要更高层级原则的导引。[64] 其四，与主要由具体制度构成的部门法不同，宪法中的规范具有更强的原则性与抽象性，因此在适用中法官的裁量空间更大，更容易做出既“合法”又“合理”的裁判(民事裁判中，鉴于法律解释上的限制，有关裁判很可能“合法”而不“合理”)。

不过，本文并不认为在我国事实上缺乏宪法裁判机关(如宪法法院)的情况下，宪法担当民法价值基础的功能在客观上就完全无法实现。[65] 其实，我国最高法院的法官任命需要全国人大的批准，若人大能够充分代表民意，前述第二点是能够满足的；若最高人民法院能够有效地转变职能，对在价值冲突上具有重大意义的案件进行审理(可以是纯粹的法律审)，我国宪法目前关于基本权的规定是可以满足前述第三点前提的。而鉴于民事法律中存在着诸多相对宽泛的基本原则及数量众多的不确定概念，在进行价值衡量时，以这些基本原则及不确定概念作

---

〔61〕 (德)齐佩利乌斯，《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社2013年版，页3。“在一定程度上讲，这始终是一个实验过程，因为法官绝不可能预见到他所确立的规则所会产生的全部后果，而且也往往无力减少之所以发生冲突的根源。”

〔62〕 (英)哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，页162－163。

〔63〕 参见薛军：“‘民法　宪法”关系的演变与民法的转型“，《中国法学》2010年第1期。

〔64〕 如社会化考量对原来合同自由及财产权制度的冲击(体现在价格管制、合同内容控制、所有权的社会责任等方面)，新的社会伦理对婚姻家庭关系的冲击(如男女平等的观念、同性婚姻的观念等)，新的交易方式对原有交易模式的冲击等等。

〔65〕 参见薛军，见前注〔63〕，页90－91。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

为裁量的法律准据，也是有可为的。当然，没有宪法法院或类似机构，对法律进行司法审查将不可能，而司法审查是及时调整立法缺陷的重要方法。这一缺憾通过简单改进立法体制是难以弥补的，毕竟立法的程序、针对性等方面与司法审查相比都有较大的差异。另外，立法更多体现为利益博弈而缺少说理，故其尚不能替代对法律的司法审查。

在我国当前的情况下，对于价值共识的确立，学者提出的另外一个方案是将价值选择的职能如重大案件的处理交给人大而不是法院。持这一观点的学者认为，让法院在法律理性与人民情感之间进行选择，会撕裂法律共同体的自我认同，因此将这种选择交给代表人民的代议机构有助于将法官从价值困境与道德困境中解放出来，进而以另一种方式维护法治，维护人们对法官、对法律的信任。[66] 这是有益的思路。不过这样的设计有如下问题：其一，作为老问题，如何区分重大案件与非重大案件？这种区分工作应交由法院完成，还是交由人大完成？其二，代议制机构并非常设机构，如何能应对（可能会）汹涌而来的重大案件？其三，代议制机构也需要有所依凭，那么，其应仅仅以表决为依凭，还是应当以法律为依凭？其四，代议制机构对重大案件的裁断，是一事一断还是在裁断之后在一定期限内有拘束力？但凡有拘束力，就有一个如何依据法教义学加以贯彻的问题。基于这些疑问，或可认为，代议机构并不适合作为裁判机构并替代法院通过个案审判进行价值判断。

（二）确立基础性的请求权规范体系

1.法律适用是一个说理的过程

法律的适用并非自动完成，而是要经过“目光在事实与规范之间的往返流转”（Hin— und Herwandern des Blicks[67]）的过程。具体而言，法律的适用主要有两方面的步骤：其一是在具体的法律规则之间进行抉择；其二则是结合事实，按照所选定的法律规范的构成要件进行论证。在二者之中，后者更为关键，其一方面是裁判过程的外在体现，另一方面，也是前者即规则选择的前提。这一步骤——如前所述——虽然强调逻辑与体系的重要性，但绝非简单的三段论式的推理。[68] 其完成主要应进行以下两方面的工作。

一是解释法律。对此，有学者将法律适用比作演奏家解读乐谱或演员诠释剧本[69]——文本虽确定，但不同人可以有不同的解读和演绎——虽未尽准确，但能够较为形象地说明这一工作的性质。当然，与剧本或乐谱的诠释不同，法官在适用法律时，必须对其得出法律解释结论的过程加以说明，即“说理”（Begründung）。须注意的是，因规范的性质不同，法律适用者说理的强度也有差异。简略地划分，法律规范至少可以分为（真正的）一般条款、带有不确定概念的条款、涉及基本权利（限制）的技术性条款（如税率条款、时效条款中关于数字计算的内容）、

---

〔66〕 参见强世功，见前注〔51〕，页 237－241。

〔67〕 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., 1971, S. 13 ff.

〔68〕 “形式逻辑的甚或公理学（Axiomatik）都是应当被拒绝的。”*Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1969, S. 25；还可参见舒国滢：《法学的论题学立场》（译序），载菲韦格：《论题学与法学》，舒国滢译，法律出版社 2012 年版，页 1－8。

〔69〕 Siehe *Wieacker*, a.a.O., S. 103; See also Frank, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*, 47 Colum. L. Rev. 1259 (1947).

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

类推禁止条款及限制禁止条款等层次。[70] 条款的内容越不确定,所要求的说理强度也就越高。另外,从案件事实与法律评价的角度看,法律中关于要件的分类,可以分为事实性要件和评价性要件。其中的事实性要件的成立与否,主要是证明问题,在真伪不明时,可根据举证责任规则加以处理;而评价性要件(如《合同法》上的"重大误解"、"恶意"、"诚实信用"等,《产品质量法》上的"产品缺陷"、"不合理危险"等)是否成立,则属于法律问题,仅仅提出(从当事人的角度)或获得(从法官的角度)关于这些要件的证明仍不充分,仍需要裁判者根据解释规则进一步地加以说明,这也是"说理"的重要内容。[71]

二是对将事实与构成要件建立起关联的过程加以说明,即裁判者在裁决中,陈述其"心证"形成的过程,对于法律中构成要件的具体要素(Tatbestandsmerkmale)与具体事实之间的对应关系、对应过程加以阐释。而不是以"两层皮"的方式处理事实的认定与法律的适用——陈述和列举事实之后,突兀地引出法条并做出裁判。

2.完备立法是法律说理的载体

法律必须尽量科学、全面地反应社会需求,并在社会、经济等大背景有变动时,及时地进行调整。[72] 对于这项任务,立法当然是主要的调和方法。因为即便形成了主流学说、权威裁判,如果迟迟不能为立法所采纳,也很难最终以制度的形式固定下来。[73]

无论是宪法还是其他部门法的适用,法律规范都是说理的出发点,这是每个法律人均了解的简单道理。但现实中,这一点做得并不好。当前,无论是法学院内的案例解析,还是法院、仲裁机构的裁判,都存在适用法律不准确的问题。[74] 造成这一结果的,当然有法律适用简单化的原因(见下文详述),但立法不周亦是重要原因。[75] 成熟的立法不应仅满足于勾画制度框架与阐明制度内涵,还应当着眼于制度的应用,为案例解析提供周密的推理链条。

例如,在一些无因管理的案件中,会存在因管理人管理不周而致本人受有损害的情形。对

---

[70] Siehe *Wieacker*, a.a.O., S. 103.

[71] 参见许可:《民事审判方法》,法律出版社2009年版,页26—29。

[72] 即便在德国这样极其强调法律解释学的法学传统下,也有学者所指出的,现代的"法律科学"(Rechtswissenschaft),很大程度上已体现为一种立法科学,即如何制定有效率、符合社会需求的规则。Siehe *Eidenmüller*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53 ff.

[73] Siehe *Ruemelin*, Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft, 1907, S. 43; "…the climax of conceptualism is reached when the legislator himself adopts the systematic concepts formulated by legal science and uses images and fictions in statutory provision." Stoll, *supra* note 9, p. 266.

[74] 实际上,即便在最新的指导案例中,对法条构成要件的解析以及相关证据的展示,也仍是弱项。以指导案例一号为例,原判决引用了合同法第424条、第426条第1款、第45条第2款等。在整编为指导性案例时,则只保留了第424条,其他条款均被略去。参见汤文平:"论指导性案例之文本剪辑",《法制与社会发展》2013年第2期。

[75] 现行立法中,广泛存在不具有法律性质的"法律条文"。按照学者的概括,具体形式至少包括:①照抄其他法律的规定的法条;②对根据其他法律规定可明确推知的法律效果,仍重复规定的"废话型法条";③欠缺构成要件或法律效果的"无头"或"无尾法条"。参见葛云松:《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社2008年版,页269。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

于此种情形，现行法关于无因管理的规定并未提供相应的请求权基础（民法通则第93条仅规定了管理人要求支付必要费用的请求权），以至于学者不得不求助于民法通则第106条第1款，将其解释为法定债务不履行的请求权基础。[76] 而这样的安排，很难为初学者所掌握，甚至也未必总能取得其他学者的认同。未来若能够在立法层面加以统一，必将极大降低法律适用的难度及学习成本。

再以一个案例习题为例：2012年9月1日，K到商人V处购买DVD播放器，并选中一台。该台播放器是A型号的最后一台，价值为180元，双方约定的交易价格为200元。双方协商一致后，付钱时，K发现当时未带钱包，因此双方约定，1周后K带钱来取。9月7日，K来取时，V因将播放器放在库房，未能交予K。双方于是复约定，K两天后来取。两天后（9月9日），K来取。V将播放器拿出，放在柜台上。K付钱时，因钱包掉在地上，低头拾钱包时，将DVD播放器撞翻并落地摔毁。问：V如何寻求救济？

对于该案例，若依我国《合同法》分析，将极为周折。我国法学院的学生，即便已学习了民法总论、债法、物权法等大部分民法课程，首先的回答也多是：K过失损坏他人之物，构成侵权，因此应承担侵权损害赔偿责任。即便试图根据合同法处理[77]，也会纠缠于K的行为是否构成不可抗力而无法确定V是否应免除履行义务，同时也无法确定K是否可基于“因不可抗力而导致合同目的不能实现”而解除合同。此外，对于违反《合同法》第60条第2款中所规定的附随义务的行为可以适用合同法第107条、第112条或其他《合同法》分则的相应条文而进行违约损害赔偿的观点，在我国法上也并未达成广泛的一致。[78]

比较而言，在德国法上，这一案例的分析，第一层检索如下：鉴于双方成立了买卖合同，V或可根据（德国《民法典》，下同）第433条第2款请求买受人支付价款。不过，根据第326条第1款第1句，若债务人（本案中的出卖人）因履行不能而无需履行，则其请求债权人（买受人）为对待履行的权利也消灭。鉴于第326条第1款第1句引用了第275条，查本案的情况，DVD已彻底毁损，故构成第275条第1款所说的履行不能。下一步，是要指出326条第1款还要受到275条第2款的限制，该款规定，若债权人（买受人）对履行不能的发生有全部或主要责任，或导致履行不能的事件发生在债权人迟延受领期间，则债务人（出卖人）的对待履行请求权并不消灭。因此债务人（出卖人）仍可请求债权人为对待履行即支付价款。第二层检索：V或可根据第280条第1款、第241条第2款请求180元的赔偿。根据第280条第1款，债务人在违

〔76〕 参见葛云松：《民法案例研习课程讲义（“老军医案”解答）》，北京大学法学院，2012年9—12月。

〔77〕 买卖合同成立（合同法第130条）；标的物毁损灭失，因此出卖人无需实际履行（合同法第110条）；出卖人不能履行乃是因不可抗力所致，因此无须担责（合同法第117条），即买受人的实际履行请求权消灭。鉴于买受人无法取得标的物，若合同因不可归责于买受人的原因而不能实现目的，买受人本可解除合同（合同法第94条），而在本案中，标的物的灭失乃是因为买受人的原因而发生的，故买受人不能解除合同，免除自己的给付义务，而仍应支付价款。

〔78〕 上述法律实际应用的困境，很大程度上在于我国债法体系的不健全。详细的全景分析，参见崔建远：“中国债法的现状与未来”，《法律科学》2013年第1期；关于保护义务的分析，参见张家勇：“合同保护义务的体系定位”，《环球法律评论》2012年第6期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

反债之关系中的义务时，应负损害赔偿责任，除非债务人无过错。而根据第241条第2款，债务人负有保护、照顾等义务。本案中买受人的行为过错地（第276条第1款）违反了保护、照顾义务，因此应赔偿出卖人标的物灭失的损失即180元。不过，值得考虑的是，V在本案中是否受有损害。在本案中，V仍享有要求K支付价款的权利，因此难谓其有损害，故该请求权不成立。第三层检索：根据第823条第1款的侵权损害赔偿请求权，本案中其他要件均成立，但如同第二层检索，V仍有价款请求权，故无损害，因此不能请求侵权损害赔偿。第四层检索：根据第823条第2款（违反保护他人法律）的请求权。而在刑法上，过失致他人财产的轻微损害，无须担责。另外如前所述，V也未受损害。故V不能依第823条2款请求侵权损害赔偿。[79]

上述的对比表明，我国的立法虽然在大框架上已初具轮廓，但在细微处、在实效上，仍远臻完善。立法过程中的讨论，更多地关注实体性的事项，而对规则之间的关联、规则具体施行中的实际问题却缺少细致的分析研究。我国法律适用的过程原本就模糊粗糙，因此，这类立法技术上的缺陷往往并不容易被注意到，或者，即使被注意到，也未必被当作"大事"认真地加以对待。但如此恶性循环，最后的结果将是：在裁判者想严格依法办事时，既有的规范并不能够成为严密推理的载体。

例如，对于不当得利制度这一债法上的重要制度，我国学界很早就有相应研究。近年来，涉及不当得利的案件也很多。[80] 但目前立法上，除了《民法通则》第92条和"民通意见"（法（办）发[1988]6号）第131条对此做了极其简要的规定外，再无其他规范。又如关于公司债权人保护的规定：1993年《公司法》施行以后，我国公司股东滥用有限责任制度损害债权人利益的情形日益普遍。但对于如何保护公司债权人，2006年的《公司法》仍未作出具体规定，以至于司法机关最后只好以司法解释（2008）与指导案例（2012）的形式对这一问题作出回应。[81] 由于这期间的法学研究及裁判实践成果迟迟不能转化为确定的法律制度，导致公司债权人的利益在近二十年的时间内缺乏明确的法律保护，虽说亡羊补牢，为时未晚，但其所产生的社会成本（诉讼、拖延、社会对法律的失望与不满）却是难以估量的。

正如学者所言，很多法教义学上的观点之争，不过是"解释选择"的问题而已，不同的路径选择本身并无高下，重要的是尽快作出选择，给出确定性的回答。[82] 例如，当年为适应经济发展的要求，我国于1995年匆匆制定了《担保法》，此后，因所涉的法律技术甚为复杂，最高人民法院又颁布了相关的司法解释。但由于对一些具体制度的认识和理解仍有差错，因此司法解释本身的一些条文也存在问题。此后再颁布的《物权法》，对《担保法》中三分之二强的条文做了修改，不过囿于立法仓促及规划不足，《物权法》除规定"《担保法》与本法的规定不一致的，

---

〔79〕 *Wolfgang Fleck*, Anfängerklausur – Zivilrecht: Schadensrecht, JuS 2012, 906.

〔80〕 在北大法宝的案例数据库中输入"不当得利"一词进行全文检索，可得到4405份判决，其中最高法院公报案例15件，被收入各种案例汇编书中的经典案例288件。排除其中附带提及"不当得利"的案件，数量仍相当可观。

〔81〕 见公司法司法解释二（法释[2008]6号）第18条；最高人民法院指导案例9号（上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案）。

〔82〕 参见王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社2009年版，页21以下。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

适用本法”外，并未对法律冲突问题作出全面处理。时至今日，散见于《担保法》、《合同法》、《担保法司法解释》、《物权法》等法律中的担保制度，已成为中国私法制度中最复杂、最难理解、最不可预期的部分之一。如关于人保和物保并存时的相互追偿权问题，《担保法》第28条、“担保法司法解释”第38条、《物权法》第176条便各有不同规定。《物权法》仅规定了担保人对债务人的追偿权，却未明确规定担保人之间的相互追偿权。从字面解释上看，似乎未规定就应被认为担保人相互之间并无追偿权，但此前的《担保法司法解释》又肯定了担保人的相互追偿权。那么，究竟应适用字面解释的《物权法》呢（无追偿权模式），还是认为《物权法》未对此问题做出具体规定因而应适用特别法的相关规定呢（有追偿权）？[83] 这类冲突的根本原因，还是立法者不负责任的态度：对饱受学界批评的立法错误，不能及时作出更正；对于理解与认识存在偏差的问题，不能充分听取合理的意见，做出及时、正确的决断。

法律不是孤立存在的，每一部法律的制定或修订，都会牵涉到其他法律，因此各法律之间的协调便成为立法过程中的一项重要工作。[84] 我国现在的做法是，仅将直接与新法冲突的法律在新法中明示地宣布予以废止（如合同法第428条），而对潜在的冲突则常常采取“鸵鸟式”的回避政策，交由“新法优于旧法”、“上位法优于下位法”、“特别法优于一般法”等本身就会有冲突的模糊原则加以调整。这之中固然有立法程序不周的原因，但更主要的是工作量与工作条件的限制：起草一部妥当的法律施行法的工作量，并不比制定一部新法少，这对于人员配备有限（而又务求事必躬亲）的立法机关而言，显然是难以承受的负担。尽管如此，我们仍必须认识到，从法律实施的效率来看，一次性地通过立法加以明确，与法律适用者个别地选择和认定相比，显然前者更符合效率要求，也更容易达成统一。以《破产法》为例，不仅涉及法人主体制度、公司法制度、物权与合同制度，还涉及民事诉讼制度等等，它的制定必然会导致相关法律条文作出修改。如果每个法律都事后单独作出修改的话，必然程序冗长，耗时费力，最终影响《破产法》的执行效果。因此，若能在颁行《破产法》的同时附带制定破产法施行法，明确规定其他相关法律所应作出的变动，就可以在很大程度上避免这种现象的发生（现行《破产法》可以说是采纳了最劣的封闭立法的选择，以至于与其他法律之间的冲突、断裂无数）。[85] 比较而言，德国《破产法》的修订，涉及的上百个其他法律，都在《破产法施行法》（Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung）中作了规定，极大地减少了法律冲突所带来的混乱与不确定性。

在指导思想上，我国曾奉行的“成熟一部，制定一部”思想，在法治建设初期并无不妥。但

---

〔83〕 物权法颁布后，我国司法实务界很快就注意到了这个问题。宋晓明：“物权法担保物权编实施中的几个重要问题”，《民商事审判指导》2008年第2辑。遗憾的是，到目前为止，无论是权力机关的立法还是有关司法解释对此都未做进一步的明确。

〔84〕 按照《立法法》第4条的规定，立法应当“维护社会主义法制的统一”。

〔85〕 例如，在2006年的《企业破产法》制定之前，一系列立法（如《公司法》第188条、《票据法》第64条、《证券法》第61条第2款）将特定的法律效果与“破产宣告”联系，做出了相应的规定。按照这些法律所参考的1986年《企业破产法》，“破产宣告”指破产案件被法院正式受理。而在2006年的《企业破产法》中，“破产宣告”则被规定为是在破产受理后的一项独立程序，意味着企业各项避免清算努力的失败以及破产清算的正式开始。若按新规定来解释前述公司法、票据法、证券法的规定，将严重背离这些法律制定当时的立法目的。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

随着法治的发展,这一思想应否适当调整,尤其"部"的大小选择问题,已有深入探讨的必要。以民法的相关法律制定为例,很多原本应当体系考虑的事项被分别安排,并借鉴不同专业、不同学者乃至不同学说的意见,以至于法律规定中常常存在严重的冲突。另外,在当前的立法体制下,因为立法机关的规模有限,我国大量的立法采取的是部门立法体制。而这类立法在最终的技术整合上,常常有较大的欠缺。

还值得一提的是,我国在立法后,常常忽视法律的后续修改。例如,像《合同法》这样一部重要的法律,在1999年颁行以后积累了丰富的实践材料,但立法机关从未谋求过修改。以至于最高人民法院不得不针对合同法的个别章节,分别颁行相关的司法解释。而这些解释,在效力上、内容上,均有存疑之处,进一步导致法律的碎片化。

的确,任何法律概念,都是"相对化"[86]的,不可能代替表达者原本想表达的内容。但概念的应用,极大地简化了对(复杂)法律规范的理解,增强了规则的确定性。在这个意义上,利益法学将概念归结为"(立法者)决定的利益状态的简略表达"[87](shorthand expression for determined interest-situation)是妥当的。借助这一表达,法律规则方得以建构与传递。尽管需要反复强调——概念的存在与运用,绝不是要限制在案件中对具体利益关系的考量,在进行法律解释时,应考虑法律背后的意义与价值。但这些考量,一方面要在概念与体系的框架下进行,另一方面,即便必须要突破既有概念与体系以创立规则时,也仍然要采用概念与体系的形式。若能够在立法层面准确地界定概念,明晰规则,澄清规则的相互联系,必将从源头上增强规则的确定性,降低不必要的找法和解释成本。

3.甄别基础性的请求权规范与解析要件构成是说理的具体体现

在法律制定后的司法实践与学说的后续解释中,准确界定基础性的请求权规范及相关的法律推理链条是建设和发展法教义学的重要一环。在民商法领域,我国的学说与判例已有重要进展,如学说上对请求权、请求权基础已有较为深入的研究[88],司法实务中也多自觉寻找请求权基础规范并据之以断案,但总体而言,仍有以下几方面的不足。

其一,对于基础性的请求权规范尚未达成较充分的一致。例如,对于《物权法》第245条第1款第3句(因侵占或者妨害造成损害的,占有人有权请求损害赔偿)的规定,"准"官方的解释是,"侵害人只要实施了本条所禁止的侵害行为,即应承担相应的责任,法律不问其是否有过失,也不问其对被占有的不动产或者动产是否享有权利"。[89] 照此解释,似乎确立了一个独立的请求权规范。但这显然是不准确的。更准确的理解,应是将其解释为《侵权责任法》第6

---

[86] Siehe *Müller－Erzbach*, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, Jehrings Jahrb. 1912 (Band 61), 342 ff.

[87] Stoll, *supra* note 9, p. 260.

[88] 经典著作如王泽鉴:《民法思维》,北京大学出版社2009年版;近年的译作如(德)梅迪库斯:《请求权基础》,张双根等译,法律出版社2012年版。我国自己的教科书对请求权检索也都有相当的研究。王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年第2版,页429以下。

[89] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,页434。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

条第1款的注意规定。[90] 又如,在检索《合同法》上的损害赔偿请求权时,有论者认为[91]《合同法》第42、58、68、97、107等条均是独立的请求权基础,便有失准确。正确的理解,至少是应将诸如68、97、107归为一类,统一适用第107、112等条的违约损害赔偿规则。再如,有论者认为有关合同争议的请求权基础是《合同法》上的相关规定,如违约责任的一般性请求权基础是第107条,预期违约的请求权基础是第108条,价款及报酬支付的请求基础则是第109条等等。这些意见以及诸如"当事人明确要求对方继续履行合同并赔偿损失,则……继续履行的具体条文为合同法第107条和第110条"[92]等观点都欠准确(见下文详述)。

其二,在传统民法以外的其他部门法领域,对于请求权规范的认识尚在初级阶段。在相当多情况下,只要法律未明文规定一方可以向另一方主张权利,对于受损一方当事人的救济请求,法院的态度便非常谨慎。例如,对股东抽逃出资的问题,我国《公司法》曾经做出过多次规定,但一直未明确规定请求权规范,[93]以至于司法实践中对于股东抽逃出资的行为一度束手无策,最终促使最高人民法院于2011年制定"公司法司法解释三"(法释[2011]3号)再次明确抽逃出资的法律责任问题。[94] 实际上,我国早有学者指出,股东抽逃出资的行为可通过侵权损害赔偿制度加以解决。[95] 据此,有没有"公司法司法解释三"的规定其实并不重要:我国《民法通则》(1986年)第106条第2款、《侵权责任法》(2007年)第6条第1款就完全可以担当请求权基础。[96]

其三,对实体规范在程序法上的应用缺乏探讨。从法学研究与法治建设分工的角度看,实体法与程序法的二分的确可以发挥专业化的优势,提高研究效率。但从实践的角度看,过分强

---

[90] 参见吴香香:"论侵害占有的损害赔偿",《中外法学》2013年第3期。

[91] 参见邹碧华:《要件审判九步法》,法律出版社2010年版,页77。

[92] 同上注,页80—81。

[93] 参见1993年《公司法》第34条与第93条、2005年《公司法》第36条与第92条。

[94] 当然,一如既往,这一解释在条文的具体表述上也是落脚为"人民法院应予支持",而未进一步明确有关救济的法律性质、具体构成要件、赔偿范围等内容。如该解释第14条规定:"股东抽逃出资,公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的,人民法院应予支持。公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的,人民法院应予支持。"

[95] 参见刘俊海:"论抽逃出资股东的民事责任",《法学杂志》2008年第1期。在德国法上,对于股东抽逃资金的行为,若是有限公司,公司可以根据有限公司法第30条、第31条请求公司返还。这一请求权的性质为基于公司法的特殊请求权(*Lutter/Hommerhoff*, GmbH—Gesetz Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 16 Aufl., 2010, § 31 Rn. 3.)。而对于股东使用其他方法掏空公司财产的行为(毁灭公司责任),公司可通过侵权损害赔偿制度寻求救济(请求权基础规范为第826条的故意背俗侵权行为)。BGH NZG 2005, 177.

[96] 在民法以外的其他法律领域,如民事诉讼法领域、行政法领域中的法教义学研究也仍不充分。在民事诉讼法领域,目前绝大多数的研究都还局限于立法论、对策论层面,解释论的研究寥寥无几。参见《中外法学》编辑部:"中国民事诉讼法学发展评价(2010—2011)",《中外法学》2013年第3期;在行政法领域,目前"行政法学的论文在写作过程中常常以立法论为视角切入……"参见《中外法学》编辑部:"中国行政法学发展评价(2010—2011)",《中外法学》2013年第4期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

化此种区分,并不利于法教义学的实施。对此,我国诉讼法学者已有所认识。[97] 例如,在抵销的实现上,虽然民法理论认为抵销是一种单方法律行为,因抵销人单方意思表示到达而生效。但若当事人在诉讼中主张抵销,其究竟是诉讼行为还是私法行为,应采取怎样的形式,则有不同认识。以至于时至今日,当事人在诉讼中主张抵销时都未必获得充分的支持。[98] 又如,在民事诉讼中,常常会发生在当事人就生效一审判决的履行达成和解协议并撤回上诉后,一方拒绝履行和解协议,另一方申请执行一审判决的情况。根据最高人民法院颁布的指导案例(第2号),人民法院可以根据另一方当事人的申请,恢复对原审生效法律文书的执行。但未予执行的和解协议的效力如何认定?对此,现有研究大多止步于程序法,对诉讼外和解与生效判决关系中的实体法问题缺乏关注。[99] 再如,对于抵押权等担保物权的实现,2007年《物权法》第195条第2款早就规定抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产,这在当时甚至被誉为是担保物权实现制度的一项"革命性"规定,但该规定出台后一直无法得到程序法的配合,以至于抵押权人仍须提起抵押合同诉讼来实现抵押权。这一抵押权实现成本高昂的状况直到2012年我国《民事诉讼法》修订才发生改观。[100]

具体而言,甄别基础性的请求权规范,解析其构成要件与积累要件事实,应从以下几方面着手。

其一,理论与实务界应协力整理、甄别基础性的请求权规范。这是一项复杂的、需要借鉴比较法资料但主要应结合本国法展开的工作。以前文提及的《合同法》上的请求权为例,基于合同而发生的请求权,应当区分为"本请求权"(Primäransprüche)即履行请求权与"次请求权"(Sekundäransprüche)即损害赔偿请求权。[101] 就本请求权或继续履行合同的请求权,其基础应当首先是合同本身,而非《合同法》第107条或某一法律条文。[102] 至少在《合同法》分则有明确规定的情况下,应当是《合同法》分则的具体规定而非总则的一般规定。[103] 否则,合同本身的规定乃至《合同法》分则的诸项条文都将失去意义。而对于次请求权,正如学者所指出的,

---

[97] 如张卫平:"民事诉讼法学:滞后与进步",《法学研究》2011年第6期;李浩:"走向与实体法紧密联系的民事诉讼法学研究",《法学研究》2012年第5期(以地域管辖与合同履行地、保证合同与共同诉讼、借款合同分别请求支付利息与本金是否适用一事不再理等为例做了说明)。

[98] 认为诉讼中的抵销应为私法行为的观点,参见耿林:"诉讼上抵销的性质",《清华大学学报(哲社版)》2004年第3期;主张诉讼中的抵销应为反诉的观点,参见陈桂明等:"论诉讼上的抵销",《法学研究》2005年第5期。

[99] 参见贺剑:"诉讼外和解的实体法基础",《法学》2013年第3期。

[100] 该法第15章第7节(第196条、第197条)规定了担保物权的实现程序,明确了担保物权的实现可以通过简易快捷的非诉程序进行。详见张白合:"论担保物权实现的程序",《法学家》2013年第1期。

[101] Siehe*Medicus*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, Carl Heymanns Verlag, 6. Aufl., S. 33—38.

[102] 参见葛云松:《民法案例研习课程讲义》,北京大学法学院,2012年9—12月(认为我国合同法第8条第1款第1句结合合同的具体规定乃是第一层合同请求权的基础性规范)。

[103] 按照王泽鉴先生的说法,乃是民国民法典第199条第1项(债权人基于债之关系,得向债务人请求给付),结合"民法债编分则所规定的各种契约上的请求权"。见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,页78。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

一律以第107条作为请求权基础规范也是不合适的。[104] 该条涉及继续履行、采取补救措施与损害赔偿三个方面。其中继续履行和采取补救措施内容重合，都是依照合同履行当事人的相应合同义务，属于“本请求权”的内容，因此更妥当的做法或许应是将第107条关于损害赔偿的规定（所谓“大损害赔偿”即替补赔偿，Schadensersatz statt der Leistung），第111条（主要是第2句中关于修理、更换、重做的规定）和第112条（所谓“小损害赔偿”即附带赔偿，Schadensersatz neben der Leistung）作为《合同法》上次请求权的请求权基础规范。[105] 上述理论与裁判中的认识偏差，固然有立法不足的原因，但主要是因为解释法律时对《合同法》的体系构成及合同的法律意义或价值属性缺乏整体把握。按照拉伦茨的观点，《合同法》关于有名合同的规定，虽然具有完全法条的外观，但其实际上只具有说明性的功能。“假使其为法律效果的规定，大家就忽略了：各该法条所提及之典型的契约义务，并非源自该法规范，毋宁是因契约的具体内容配合下述法条而生的：附加义务的契约，其原则上具有法律上的拘束力。”[106]

民法上的请求权规范数量众多。在合同法上，合同分则中的很多规定都是合同纠纷中继续履行请求权的基础性请求权规范；在侵权法上，每一条关于具体侵权行为的规范，都是独立的请求权基础。[107] 准确把握这些规范，一方面需要理论层面的整理，另一方面，也需要实践层面的反复“敲打”——丰富多彩的实践需求可激发人们法律条文的敏感度，促使人们重新认识法律条文。当然，法律的适用，远非仅是寻找请求权基础的问题。现实中，相当多争议所涉及的请求权基础只是分析案件的主轴或“线索”。真正的争议焦点，未必在请求权基础本身，而在其构成要件（Tatbestand，T）及构成要件要素（Tatbestandsmerkmale，M）的认定上（$T=M_1+M_2+M_3+\cdots\cdots M_n$）。例如，在一方要求他方为实际履行时，相对方可能提出合同已因法定事由而解除的抗辩，当事人的争议焦点实际集中在合同是否解除的问题上；又如在一方请求对方返还原物时，相对方可能提出留置权抗辩，进而将争点集中在留置权是否成立的问题上。另外应当强调的是，构成要件的确定，也需要运用请求权检索的方法。在这个意义上，可以说存在不同层次的请求权规范：请求权基础、构成要件、构成要件要素等。

其二，充分认识到实体法的局限性，从程序法视角重构、重新发现实体法。实体法的局限性，不仅体现在实体法规范本身的不完善上，也体现在实体法规范实施的过程中：即便理论上可以制定完美的实体性规范，但其实施仍然要由人来完成。[108] 为了限制裁量者的偏见及保护实体规则的可预期性，事实的认定及事实与规则之间的对应都需要遵循适当的方法，而这主

---

〔104〕 参见葛云松：《民法案例研习课程讲义》，本刊稿。

〔105〕 在特殊情况中，一些特殊请求如退货、减少价款等究属第一层请求权还是第二层请求权，仍需要根据当事人的意思，结合合同履行的实际情况加以判定。参见崔建远：“退货、减少价款的定性与定位”，《法律科学》2012年第4期。

〔106〕 “（德国）《民法典》第705条适切地言及：合伙人因合伙契约互负依契约所定之方法促成共同目的之义务。并非因《民法典》第705条才产生这些义务，其毋宁源自该合伙契约”。拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，页138－139。

〔107〕 参见葛云松，见前注〔104〕。

〔108〕 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新译，中国政法大学出版社2002年版，页7。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

要应由程序性规则完成。在这一背景下,实体法学者不仅要努力完善实体规范本身,而且要着眼于程序法,以程序上可行、简便的方式来完善。未来的改进,应当重点从实体法与程序法协调的角度归纳、总结构成要件与所需证明的事实,给出有建设性的处理方案。其中,当务之急是将证据规则纳入到实体规范之中。若想让实体规范真正承担起裁判规范的功能,不将其与证据规则结合到一起,是非常困难的。

例如,按照通常的理解,但书的设置,往往意味着举证责任分配的倒置。如根据我国《侵权责任法》第71条("民用航空器造成他人损害的,民用航空器的经营者应当承担侵权责任,但能够证明损害是因受害人故意造成的,不承担责任",类似的条文还有第70、72、73、78、81等条),民用航空器的经营者应当承担证明受害人故意的举证责任。我国《合同法》第374条似也使用相同的但书表述。该条以但书为界分为两段,前段陈述了委托人主张保管人承担责任时的要件,分别是:①保管合同关系成立;②保管人保管不善;③保管物毁损灭失;④保管不善与毁损灭失之间有因果关系。但书后则陈述了保管人的抗辩,其成立需要满足两个要件:①保管是无偿的;②保管人无重大过失。仔细分析可发现,本条中的委托人需要证明的"保管人保管不善"与保管人需要证明的"保管人无重大过失"均指向相同的事项。这将导致在究竟保管人是否有过失真伪不明时,法官无从根据证明责任规则确定败诉的一方。[109] 类似的问题,在德国《民法典》上的表述是(第690条):"若保管为无偿,则保管人须尽到如同管理自己事务的注意"。该条体现出的证据规则很清楚,即若委托人不能证明保管人未尽到如同管理自己事务的注意,或保管人是否尽到该等注意真伪不明,则委托人要承担败诉的后果。

总之,如何有效地将实体规范与证据规范结合起来,为当事人提供准确的行为指引,为法官裁判提供可操作的规范依据,是未来法教义学发展的重要任务。现有研究即便对此有所提及,也仍不够细致全面。[110]

比较而言,在德国,实体法层面关于举证责任的研究于十九世纪初便开始了。[111] 在其《民法典》制定前近一百年的时间里关于举证责任的学术探讨对德国《民法典》的制定产生了重大影响。例如,在德国《民法典》第一草案第193条至198条的内容中,就曾详细地规定了关于举证责任分配的规则。虽然最终未被正式条文所采纳,但对这些举证责任规则的考量,已经渗

---

[109] 许可,见前注[71],页173-174。

[110] 根据我国最高人民法院颁行的《关于民事诉讼证据的若干规定》,"当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明"。按照学者的研究,出借或应证明如下事项:①双方订立借贷合同的事实;②出借人将借款提供给借款人的事实;③对方没有还款的事实;④合同有效的事实;⑤没有超过诉讼时效的事实;⑥债权人没有免除借款人的债务的事实;⑦没有因变更合同而延期的事实;⑧履行期已经到来的事实等等。参见张卫平:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,页257。

[111] *Gensler*, Über die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz, AcP 1 (1818), 26 ff.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

入到了民法典起草者的规则设计工作中，并具体体现在民法典的主要条文中。[112]

反观我国的民事立法，由于专业间的隔阂较深，部门法之间的交流有限，实体法的立法者往往并未认真考虑过举证责任的问题，或充其量只是在“谁主张、谁举证”[113]的基础上，设置了必要的例外，如举证责任倒置等规则。在多数条文中，由于未将举证责任问题纳入讨论，以至于在实践中关于举证责任的分配问题分歧巨大，影响了实体规范作为裁判规则的运用及其作为行为规则的指引作用。

例如，在借款合同纠纷中，出借人在发生纠纷时只能出示借条并证明债务人签名的真实性，但不能有效证明其将款项交付给债务人的事实，其主张应否支持？[114] 实践中，若借款人提出双方不存在借贷关系的抗辩，法官通常会要求出借人就双方存在借贷合意进一步提供证据，并要求出借人提供款项交付的证明。[115] 也就是说，出借人所负担的举证责任，包含两个方面：其一为证明合同之成立和生效，其二为证明款项交付即合同义务之履行。[116] 不过，民间的借款实践中借条的功能一方面在于写明借款数额与还款期限，另一方面也在于确认收款。另外，在很多情况下，因为是现金交付，出借人并不总能提供款项交付的其他证据。因此，若一概要求出借人进一步提供款项交付的证明，亦不妥。可见，程序法上的问题已经给实体规范的设计提出了难题。

---

[112] 我国法上较早的研究，如叶自强：“罗森伯格的举证责任分配理论”，《外国法译评》1995 年第 2 期；德国举证责任制度的发展，可参见（德）普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2000 年版；近期的研究，可参见如肖建国等：《证明责任》，北京大学出版社 2012 年版。

[113] “规范说”的局限广为人知。但若要准确指出这些缺陷，却需要对实体“规范”有透彻理解。例如，传统上规范说认为创设权利的事实由主张权利的当事人负担举证责任，阻碍权利发生或者消灭权利的事实，由对方当事人负担举证责任。而在在下述案件中，该规则并不能提供正确的依据：甲将 A 画出卖于乙，合同订立时，双方一致认为该画系不知名画家丙的作品。出卖一年后，甲主张其发现 A 画系知名画家丁之作品，认为此系重大误解进而请求撤销买卖合同，并出示专家鉴定意见作为证据。乙对此提出抗辩，认为甲在买卖合同订立时可能即已知晓该专家意见，现时间已经过一年，超出了撤销权行使的期间。经查，该专家意见上并无落款日期，亦无其他证据可证明其出具时间。对此，按照我国《合同法》第 55 条之规定，撤销权人应自知道或应当知道撤销事由之日起一年内行使撤销权。若撤销权人要求行使撤销权，而撤销相对人提出除斥期间已经过的抗辩，举证责任如何分配？按照罗森贝克的理论，主张诉讼时效已过似乎是一项基于“权利消灭规范”而产生的抗辩，进而应由撤销相对人加以举证。但就重大误解而言，这可能是过于苛刻的要求。实际上，权利消灭抗辩的制度基础在于维护交易的安定性与保护当事人的“既有状态”（*status quo*）。按照这一要求，在没有充分证据时，应当维护当事人之间的既有状态。尤其应当考虑的是，撤销相对人可能已将有关标的物转卖给第三人并即将交付。而如果想改变这种既有状态，似乎应当由改变者而非主张维持者承担举证责任。由此说来，在前述实例中，似更应由出卖人甲而非买受人乙承担举证责任。此例可以看出，而除斥期间规范究竟属于“权利消灭规范”还是“权利发生规范”并不具有决定性作用。*Stefan Arnold*, Zu den Grenzen der Normentheorie, AcP 2009, 286 ff.

[114] 如法官所描述的，“在民间借贷纠纷案件中，除借条外，双方当事人能够提供的印证借款事实的证据较少，且往往缺乏书面证据。”刘振等：“民间借贷纠纷案件的审理难点及破解”，《人民司法》2011 年第 23 期。

[115] 参见深圳市罗湖区人民法院：“民间借贷纠纷审理实务研究”，《人民司法》2011 年 23 期。

[116] 参见山东省高级人民法院民二庭：“借贷纠纷案件的举证责任探析”，载《人民法院报》2005 年 2 月 23 日。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

在这方面，日本法上对“要件事实论”50余年的探索已见成效，值得我国研究借鉴。[117] 未来即便不通过修法的形式明确具体制度的举证责任规则，也应在裁判与研究中开展对构成要件与证明事项的整理工作，在教学中将构成要件与相应的举证责任分配整体地加以说明，以便操作者有更清晰的判断依据。[118]

甄别基础性请求权规范与解析其构成要件的工作，应由理论研究者与实务工作者协同进行。尤其不能轻视后者的作用。诚如星野英一所说，“妥当的实践结论，是由具有卓越的直观洞察力并通晓实际业务的人们，以有意识的方法提示的”。[119] 在整理归纳实在法的内容方面，具有实际经验研究者要更为专业。从比较法的经验来看，法官、律师等法律实务人士对法教义学的形成与固定具有关键性的作用。[120]

三、法教义学的演进及更新

法律的权威，有赖于其稳定；但法律的权威同样来源于公正。而及时适应社会的变迁以做出相应调整，是保持法律公正性的重要一环。在这一环节中，立法如同在法教义学的形成与固定中所享有的地位一样，亦占据重要的位置。如何一方面在观念上改变修法与立法上的懈怠，另一方面在机制上确立高效、专业的立法体制，是法教义学发展的长期课题。

除了立法以外，目前系统研究较少的是法官通过法律适用、法律漏洞补充演进与更新法教义学的问题。

（一）规范与裁判的相互关系

如前所述，在法典万能的观念下，法官将只是法律适用的自动机器，因此也不可能在法律之外发展出以法律适用为中心的法教义学。在破除概念法学的观念后，人们逐渐认识到——正如Heck所描述的——尽管包含其他如助力法律承担行为规范的功能，法教义学的“最终目的”（ultimate objective）仍是“确立用以决定案件的规则”。[121] 从这个意义上说，法教义学的发展乃是在法官的推动下进行的。然而，在规则与其适用之间，后者绝非处于被动地位，而是会反作用于规则。法官在适用抽象规则处理具体案件、书写裁判的同时，也进一步总结了规律，并将这些规律纳入既存的规则，促进规则的丰富与发展。[122] 对此，学者的概括殊为精当：

---

[117] 参见许可，见前注[71]，页8－12。

[118] 如关于不当得利之诉中，对于原告是否应当证明被告“取得利益‘无’合法根据”这一“消极事实”就是很值得明确的事项。出色的分析，参见刘言浩：“不当得利诉讼中的证明责任分配与法官的释明权”，《人民司法》2009年第23期。

[119] （日）星野英一，见前注[29]，页249。

[120] 例如，在德国民法上影响深远的Palandt评注的九位撰稿人中，有七位是法官、公证员等实务人士。Palandt Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck, 2012.

[121] Heck, “The Fundamental Problems of the Controversy”, in Magdalena Schoch ed., *The Jurisprudence of Interests*, Harvard University Press, 1948, p. 115.

[122] 参见江必新：“司法对法律体系的完善”，《法学研究》2012年第1期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

"判例的一大意义在于渐进地、稳妥地、有理由地、有说服力地演进法律,为法教义学体系输入新问题和新素材"。[123] 在很大程度上,成文法与判例法之间的差异,不过是前者为抽象规则,而后者为具体规则而已,尽管后者相对而言缺乏系统性,但仍不失为规则。在人类的思维与行为习惯中,抽象规则固然要遵守,具体例证同样也可以作为行为乃至判断(裁判)的基准。[124]

(二)法教义学与法官造法

在民法实践中,总是存在一些并无法律明确指引的案件,因而裁判者不得不适用诸如类推、漏洞补充等法律解释技术进行裁断,在特别的情况下,还要援引一般条款。对于如何在这类案件中贯彻法教义学,值得深入研究。本文对此的基本主张是:应淡化权力制衡的观念,承认法官造法的权力。不放手允许法官裁量,法教义学无从壮大发展。

首先,应充分认识到的是,所谓法院应负责司法,不应超越职权而从事立法的说法,并不能成立。的确,无论是按照哈林顿(Harrington)、孟德斯鸠[125]的分权制衡思想,还是洛克、卢梭以来的主权在民的思想,立法权与司法权都是相区分的,甚至在后者的理论下,立法权因有民意的支持(议会民选)而更具优越性。[126] 在我国,全国人民大表大会更是"最高"权力机关。因此在提及"法官造法"时,我国学界与实务界往往都持谨慎乃至警觉的态度。

不过,对分权制衡的理解,并不应停留在理论层面,也应同时参考社会的实际选择。在一些国家,正如梅特兰对英国的描述,"同一机构既是一个立法委员会,又是一个政府委员会,还是一个法庭……"[127]的情形是并不少见的。[128] 在这一背景下,很多国家法官造法的传统都

---

[123] 参见王洪亮:《德国判例的编纂制度》,载《法制日报》2005年3月10日(感谢汤文平博士2013年8月阅读本文初稿后就此句引文提供的精确出处)。

[124] 近年来,我国逐渐公开裁判文书,并制定指导性案例以供各级法院"参照"(见《最高人民法院颁发了关于案例指导工作的规定》第7条),与从"刑不可知则威不可测"到"法布于众"的转变具有相近的价值,将在很大程度上促进法教义学的积累和深化。

[125] "专制国家无任何法律可言。法官自己就是法律。君主国有其法律;法律如果明确,法官便遵循法律;如果法律模糊不清,法官也会究其精神实质。在共和国里,政治体制的性质要求法官以法律的条文为依据"。孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1995年版,页76。"在此法典万能主义的思潮下,'判决就是判决',无所谓'判例'存在……普天之下,任何具体案件,成文法均能应付自如,成文法无美不臻,永远不虞'缺漏',取之用之,绰绰有余,无须托诸判例或其他法源。"。杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社2013年,页70—71。

[126] 关于司法审查与权力制衡机制的关系,参见季卫东:"合宪性审查与司法权的强化",《中国社会科学》2002年第2期。值得注意的是,在青年时期,萨维尼也曾经认为法官的职责仅在于了解规则并将其运用于个案,认为法官的唯一工作即在于纯粹逻辑的解释(*Savigny*, Juristische Mechodenlehre, 1802/03, ed. v. Wesenberg, 1951, S. 14 f.),后来其才改变了自己的这一观点(*Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 20 ff.)。

[127] F. W. Maitland, *Constitutional History of England*, Cambridge, 1908, p. 382;转引自哈耶克,见前注[35],页139。

[128] "孟德斯鸠声称在英格兰发现了分权体制(立法权与司法权分立)的现实存在,然而,……这些权利是相互绞合在一起的。"作者认为,孟德斯鸠的分权理念虽然在很大程度上被纳入了在美国革命开始后一些国家的宪法中,但事实上,这种权利分割从来不像某些人所主张的分权理论那样清晰。弗兰克,见前注[48],页345。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

源远流长。[129] 英美法系的普通法传统对于法律及其性质有着独特的认识，这种认识构成了普通法国家法官造法的理论基础。如哈耶克认为"法律是自生自发的秩序"，成文法的立法者固然是这些秩序的发现者，但成文法的制定本身，并不意味着这一发现过程的结束，法官同样有发现秩序的职责，并应据此裁判，以最大限度地符合人们的一般预期。[130] 由此，法律的生长和发展在很大程度上依赖法官的"创造"。正所谓"普通法曾经是，并且今天很大程度上依然是法官造法"。[131] 对法官主导的普通法与制定法关系的认识，英国法上甚至曾有"水和油"的比喻，认为二者相互独立，并且普通法（油）浮于制定法（水）之上，即地位高于制定法。早期"法官对制定法的型塑不仅是可能的，而且作用还很大：可以扩大、缩小，也可以不适用，甚至还可能宣布其为无效！"只是随着社会经济的发展，包括近年来欧盟一体化的发展，普通法与制定法才慢慢形成相互交融、互为补充的"水和乳"的关系。[132]

类似地，在美国，法官长期承担着确定公共政策的职能。[133] 马歇尔在 Osborne v. Bank of the United States[134] 一案中的陈述——"司法部门在任何案件中都没有自己的意志……行使司法权的目的从来也不是为了赋予法官意志以效力，而总是为了赋予立法机关的意志或者法律的意志以效力"——早就被卡多佐批评为是仅描述了"部分的真实"[135]（甚至也被马歇尔自己所超越），后者认为"司法过程的最高境界并不是发现法律，而是创造法律"[136]。此外，由于制定法措辞的模糊性以及立法机关对于社会生活反应的滞后性[137]，美国一直有着深厚的法官造法传统。面对纯粹论者"解释应当忠实字面意思"的批评意见，有学者深刻地指出，"他们是继承了一词一意谬误的受害者，这一谬误赖以建立的基础是一个错误的假定，即每一个语言符号支撑且仅仅支

---

[129] 通说认为，法院，尤其是最高审判机构有两项重要的职能，其一是统一法律，尤其是统一对法律的理解与适用；其二就是发展法律。Eisenberg, *The Nature of Common Law*, 1988, pp. 4 ff.; *Unberath*, Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO－Reform, ZZP 120 (2007), 323, 332 f.

[130] 参见（英）哈耶克书，见前注[35]，页179－190。

[131] （英）卡内冈：《英国普通法的诞生》，李红海译，中国政法大学出版社2003年版，译者序，页2。

[132] 参见李红海："'水和油'抑或'水与乳'：论英国普通法与制定法的关系"，《中外法学》2011年第2期。当然，不得不承认，即便英国法官相对独立于立法机关而享有立法职权，也并不当然意味着法官就有天然的能动性。实际上，自布莱克斯通以降，强调法官应严守法律的观念，在英国一直有相当影响力。另外，受英国法官法律职业化的影响，法教义学或法条主义的观念仍在英国司法中持续地发挥作用。参见（美）波斯纳：《法律经济学与法律实用主义》，陈铭宇译，《北大法律评论》2013年第14卷第1辑，页7；于明："法条主义、实用主义与制度结构"，《北大法律评论》2013年第14卷第1辑，页13－26。

[133] "American courts have been more open to new challenges, more willing to take on new tasks. This has encouraged others to push problems their way － so much so that no courts anywhere have greater responsibility for making public policy than the courts of the United States." Horowitz, *The Courts and the Social Policy*, Brookings Institution Press, 1977, p. 3.

[134] 22 U.S. 738 (1824).

[135] （美）卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，页106（原文页169）。

[136] （美）卡多佐，同上注，页105（原文页167）。

[137] （美）弗兰克，见前注[48]，页332。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

撑一个特定的对象。”[138]对于法官的职能，诚如波斯纳所概括的，法条主义与立法性的方法，是法官并用的两种重要方法。“我们是一个判例法国家……不仅宪法性法律（显然的），而且在相当程度上制定法，都是司法裁判塑造的，偶尔才有‘真正的’立法者干预。”[139]

同样，诚如苏永钦所言，德国也是“高度案例法的”——“体系化的要求也走向一个开放的体系，也承认动态的社会、动态的法律”，“如诚信原则条款，在适用的时候，一定不断引用几个前案：在别的地方基本上是引用法条，在概括条款，要考虑引用前案”。[140] 即便在被问及判例的（法律上的）拘束力时答者甚为谨慎，但仍不能否认判例在德国事实上的拘束力及其在法律体系中的重要作用。[141] 实际上，2003 年时，德国联邦最高法院 Hirsh 院长即承继几位前任院长的主张，再次声明：在必要时，法官可以超越实在法……若严格依字面含义适用法律将导致不公或不适当的结果，则通向法官造法领地的大门即已敞开。[142] 这一观点虽然此后受到了学者[143]的严厉批评，认为此说违宪或将导致法律虚无主义，但该观点也从侧面表明，法官造法在德国非但不是禁忌，而是已有全面突破的征兆，其实即便层级更高的德国宪法法院自身，也同样有不严格依文义解释法律的情形。[144]

（三）法官在民事案件中的漏洞补充权力

法官享有一定的裁量权乃至“立法权”，在民事、行政和刑事裁判中都有所体现。其中，与民事案件涉及个人纠纷的性质密切相关，法官在民事裁判中的裁量权乃至“立法权”较在其他裁判中有更大的正当性。[145] 在法治的早期，民事诉讼中法官的裁判，就是依据法官心中的——本质上是那些存在于当事人之间的、各方所接受的规则进行的，而民事立法不过是对社会共同接受的规则的确认。因此，有此类规则，法官应予遵守；无此类规则，法官自然可以根据其对（社会中既存但未被法律阐明的）规则的认识做出裁判。[146] 对此，我国梁慧星教授早就指出：“民法是私人之间的关系……主要是财产问题，对这样的案件，允许法官有较大的自由裁量权，有较大的主观能动性，允许他解决一些法律没有规定的案件……没有坏处，只有好处。”[147]实际上，诸如瑞士民法典（第 1 条）早有规定，法官在裁判时“应依法律；法律无规定，

---

[138] 弗兰克，见前注[48]，页 329。

[139] （美）波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，北京大学出版社 2009 年版，页 77－79。

[140] 参见苏永钦：“以公法规范控制私法契约　　两岸转介条款的比较与操作建议”，《人大法律评论》2010 年卷，页 11 以下。

[141] 参见最高人民法院课题组：“关于德国判例考察情况的报告”，《人民司法》2006 年第 7 期。

[142] Siehe *Hirsch*, Der Richter wird's schon richten: Zwischenruf, ZRP 2006, 161.

[143] Siehe *Bernd Rüthers*, Rechtswissenschaft ohne Recht? NJW 2011, 434; *Bernd Rüthers*, Klartext zu Grenzen des Richterrechts, NJW 2011, 1856.

[144] Siehe *Volker Rieble*, Richterliche Gesetzbindung und BVerfG, NJW 2011, 819. 当然，德国立法及司法机关都否认判例的法律拘束力（联邦宪法法院的判例除外），这既是立法、司法分权的必然逻辑，也是法官自由裁量权的必然逻辑。可是，遵循先例在德国法官眼里却又是理所当然、毋庸置疑的。

[145] 参见（美）麦德福等：“司法审查：技艺理性与法治”，《读书》2003 年第 8 期。

[146] See Bennion, *Statutory Interpretation*, 5th Edition, Butterworths, 2008, pp. 918 ff.

[147] 参见梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社 2003 年版，页 57－58。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

依习惯;无习惯,则依法官作为立法者所提出的规则裁判”。[148] 当然,这绝不是以司法取代立法,事实上,上述顺序本身也表明了司法裁判中法官造法与立法者立法的差别。

法官造法在民事案件中的实现,主要借助于不确定概念、一般条款等载体,尤其是后者。民法上的一般条款,本质上是立法的“授权条款(Delegationsnormen)”。[149] 通过该授权条款,立法者赋予法院或法官就一些特定事项作出判断与裁决的权力。自Heck以降,还有Esser、Wieacker等多位学者也都持有此项观点。[150] 未来如何在一般条款的应用中通过类型化等技术贯彻法教义学,是对民法理论与实务的长期挑战。应当认识到的是,类型化的性质更多是造法而非简单的学理归纳或案例汇编,换言之:有意义的类型化,一定是包含了归纳的步骤,而在通过已获肯定的案例类型将其他新案型纳入进来时,与成文法的演绎推理并无差异。

法官造法在民法领域中大有可为,与民法的性质有密切关系。如前所述,民法主要调整私人之间的法律关系,而私人之间的交往规则,往往与国家的监管无涉。从性质上说,借用前引强世功老师的表达,民法是对社会中既存规范的“临摹”,在这个意义上,在面临法律漏洞时,法官并不是在“造”法——凭空地创制规则——而不过是“发现”法律,即发现社会中既存的规则而已。例如,作为一项通常的法律原则,法律不应溯及既往,甚至在颁布后,也要在颁布日与施行日间保留一定的期间,以便民众理解与学习,形成事先的预期。但是,这一原则在民法上的贯彻是不彻底的。在我国的法律实践中,大量的民事立法或准立法(最高法院的司法解释)是具有溯及力的,如某项新法的合同纠纷解决规则适用于该法颁行前即已签订的合同。[151] 这种民事法律有溯及力的现象,可以被依据此处所说的“发现”法律的规则而正当化:既然法律是早已存在于人们的日常交往与生活习惯之中的,其施行并不需要特别的“适应期”或准备期,甚至采取有溯及力的立场,亦无不可。

当然,必须记取的是,若非司法拥有充分的权威且社会对于司法的重要意义形成了普遍的共识,即便法院有推动法律体系适应社会需求与社会变动的动力,能动解释与法官造法也是不

---

[148] 我国有学者认为能够成立的法官造法中的“法”乃是裁判规则意义上的“法”,值得商榷。究竟什么是裁判规则(“法官在根据司法三段论进行法律适用时,并不是机械地适用法律,而是在创造性地适用法律。这种创造性,主要表现为将抽象的、一般的法律规范转化为适合于个案的裁判规则。就法律规范与裁判规则的关系而言,前者具有原则性,后者具有细则性,两者并非对立而是统一的”)及裁判规则与法律有何种区别,都很难澄清。参见陈兴良:“案例指导制度的法理考察”,《法制与社会发展》2012年第3期。

[149] 这一观点较早由德国学者Heck提出。Siehe *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 4, 1; *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1965, S. 55.

[150] Siehe *Engish*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg, 1968 S. 183; *Anne Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, Mohr Siebeck, 2004, S. 50.

[151] 参见张新宝等:“最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨”,《法律科学》2012年第6期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

现实的。[152]

例如,禁止一人代理或双方代理乃是代理法上的基本规则。但下述案件如何处理曾让人颇费斟酌:其一,一人公司的法定代表人可否将公司的财产出售给自己?其二,无行为能力人的父母欲赠与财产给无行为能力人,其可否代理无行为能力人接受赠与?针对这些案例,德国帝国法院及联邦最高法院早期的判决认为,应严格解释德国《民法典》第181条,遵循立法理由书中"自己契约经常带有利益冲突及损害他人之危险,因此只要没有法律或本人(明示或默示)的授权,就应加以禁止"的说明,予以禁止。[153] 这显然是形式化的解释,尽管在结论上并不足以令人信服,但无违文义。在德国《基本法》颁布后,人们在价值衡量上形成了更广泛的一致,另外,随着法治的发展,人们对法院的怀疑减轻,法院的地位提高,此时法院才在法律解释与法律续造上取得了更大的能动性。目前,对于德国《民法典》第181条,德国联邦最高法院认为,该条的立法目的,乃是为了避免利益冲突,因此只要实际上不存在利益冲突,当事人就可以从事自己代理的行为。故应对第181条作目的性限缩解释,对于没有利益冲突的代理行为,排除该条的适用。

我国目前法院的地位不高,司法的权威亦不足。但从社会治理的角度看,司法解决机制似乎是目前被各种社会实验所证明的有效体制。的确,在我国当下所处的社会治理机制竞争中,司法机制是处于下风的。不过,几年前以"维稳"为中心的社会治理模式乃至几十年前以"革命"为中心的治理模式都遭到了惨痛的失败,这虽然不能证成司法治理的优越性,但若总结这些机制失败的原因,缺乏中立的裁量,缺乏说理与对话的程序,无疑是其中两个重要方面,而这二者在(充分发展的)司法中均能得到满足。回望各国司法权威的成长史,也可以发现,独立性与说理性恰是其基石。独立性强调司法的超脱与中立;而说理性意味着不仅当事双方有机会充分阐述自己的理由,而且裁判者也要在既有规则的基础上充分地论证而不能径行得出结论。从这个意义上说,司法裁判结果能够被广泛接受,除了裁判机构在形式上具有中立性外,还在于司法制度提供了一个对话或辩论的平台,在于其尊重"是非曲直"的客观性。若上述确立和发展司法权威的方向正确,则未来提升判例的地位,允许法官造法与漏洞补充将是适应法律发展规律的选择。[154]

当然,从法教义学的角度看,法官在民事案件中的漏洞补充也有其边界。如果在法官欲进

---

[152] "概念法学的兴起和衰落有其历史原因。在早期自由主义和早期宪政主义当中,对由人民代表指定的或参与制定的法律的信任,以及对其作为王公贵族臣仆的角色尚未从人们的记忆里消失的法官的不信任这两方面的情绪一起发生作用。从而人们需要一种概念 逻辑的方法来确保法官受法律规定的严格约束。"时过境迁,在民主国家中,"法官的独立性得到了强化,并且远远超出政治党派和利益集团的影响范围。通过此种'角色距离',司法权已经得到了人民的很大信任。人民也不像以前那样对法官的评价产生怀疑,从而,使司法权在正义问题的解决当中扮演更大的角色,不仅在方法上是不可避免的,而且也被认为是切实可行与正当的。"齐佩利乌斯,见前注[61],页294。

[153] 德国法院的判决及学者相关论述,参见吴从周,见前注[21],页472—473。

[154] 在日本,五十岚清曾断言:日本法或法学,如将判例及其研究抽离,不免形成空洞。参见杨仁寿,见前注[125],页100。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

行漏洞补充时，无法找到判例、学说、习惯、比较法等任何可供参考的依据，则即便结果不公，法官也只能选择依法裁判（同上，此处暂不讨论恶法非法的问题）。受不公对待的当事人可以对此寻求更进一步的救济，如在一些国家可以谋求宪法法院、人权法院对法律的司法审查，在我国可提请人大干涉或修法。

四、法学研究与法教义学的应用

（一）法教义学、理论法学与应用法学

在研究法教义学的过程中，理论法学不应被忽略。对于法教义学而言，理论法学有两方面的作用，其一是提供价值判断的深层思考，包括价值争议的论证规则；其二是为法教义学提供基础性的理论支持。

当然，在学术分工高度专业化的时代，进入任何一个研究领域都要面对所谓的“门槛”问题：无论是致力于从事理论法学研究还是从事部门法研究的人，可能都在学生时代早期就形成并熟识了学习、思考、研究相应问题的兴趣、路径和方法，且可能长期依赖该路径和方法。具体而言，对于理论法学的研究者而言，部门法的高度技术化、体系化形成了较高的“进入壁垒”，这虽然对“纯粹”理论的建构而言并无直接的影响，但会妨碍理论的实际应用及其“建设性”。同样，部门法基础理论前沿的那些深层的、触及制度根本问题的理论对于部门法学者而言也是相当的障碍乃至“壁垒”，毕竟理论的认知尤其是透彻把握，绝非是知晓个别大师的只言片语就可以实现的。[155]

那么，如何连结理论法学与应用法学之间的这种“鸿沟”？如何能够实现两种不同研究“范式”的相互沟通与交流？[156]

理论研究应当相对超脱。以法哲学为例，其所试图揭示的，是诸如“什么是规则”、“什么是法律”、“法律对行为的约束如何可能”这样一些根本性的问题。[157] 对这些问题的讨论，若非归于抽象层面，很难透彻地揭示问题的本质。至于这些理论成果的应用，可由从事理论研究的学者完成，也完全可以按照专业分工的要求，由部门法学者来完成。须注意的是，实践中我国法学中的“法理学”，乃是含义宽泛、包容性甚强的一个学科，其中关注法哲学问题者，甚至是少

---

[155] 当然，从另外的角度说，如同陈兴良教授“专业槽”的概括，此种壁垒有助于学术分工和研究的深入，也有益处。参见陈兴良：《刑法哲学》，中国人民大学出版社1991年版，后记。

[156] 我国目前的理论法学与部门法学的分离，甚至部门法相互之间的隔离，也和早年间的经济体制一样，有“计划”的影子。多年以来，尽管教育界、学术界乃至实务界都持续地检讨并试图修正此种“计划”遗留下来的专业分工体系，但到目前为止，条块分割的情况仍未被完全打破，甚至还有愈演愈烈的趋势（如各类“学会”的纷纷独立和圈地就是例证）。时至今日，这种制度惯性不仅在法学研究中，甚至在法学院的组织结构、法学教育的安排等方面都依然发挥着强大的影响力。

[157] 参见陈景辉：《法律的界限》，中国政法大学出版社2007年版，页2－5。诚如作者所总结的，20世纪的法律理论发展史乃是围绕“法律是什么”这一问题展开的一系列讨论。对这一问题，不同时期的学者在综合、回应前人研究的基础上，分别给出了各自的回答。而对此的准确把握，需要对这些“环环相扣、存在着密切的理论承接”的研究有通盘的了解（页1）。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

数。大量法理学者对处于法哲学与部门法具体制度问题之间的方法论问题感兴趣，或者以此为主要研究领域。而在进行此类研究时，若不了解部门法的话语体系，便很可能产生“同一议题，各自表述”的结果。

如有学者将“语义分析”、“法律解释”、“法律论证”与“利益衡量”视为四种相互独立的法学方法，并认为前三者疏离现实而无规范性，第四种方法则过于具体而无法普遍化。[158] 这对部门法学者而言是陌生的，如其中的“语义分析”与“利益衡量”一般都在“法律解释”的概念之下讨论（文义解释与目的解释）。

部门法学者“无权”超脱。诚然，部门法研究的大部分内容应着眼于具体制度的构建，大多无关“法律是什么”这类（在法律层面）“终极性”的问题。但若对重要的基础理论缺乏准确认识，很可能影响对具体制度的正确把握。更“坏”的结果，是以法律部门的划分作为“挡箭牌”，而从事另一种形式的重复研究或“叠床架屋”。如有的部门法学者将法理学界早有研究的一阶理由与二阶理由（尤其是二阶理由中的排他性理由）的区分[159]视为“新大陆”，[160]有的甚至认为哈特所提倡的实证主义法学是受到概念法学的影响。[161]

部门法学者涉足基础理论问题时尤其应当注意的是，任何理论都存在于特定的“上下文”之中，因此要体系地、整体地理解有关理论，把握相关学说的发展脉络和具体情境（有时候就体现为不同学者之间的论争及其回应）。另外，特定时期的法律思想并不仅仅是孤立的思想、理念本身，而更多是当时、当地社会观念的反映（如我们不可能将古典的自然法思想直接应用于当下），因此了解有关理论的历史背景，就如同在从事比较法研究时了解其他国家的社会经济状况一样，至关重要。

对于法学研究中理论与应用之间的互动，其他国家的做法可资借鉴。以德国为例，其法学院乃至司法实践的分工体系并不像我国这样固化，德国大学的每一个教席往往都承担着多项部门法的工作。如法哲学家考夫曼所在的教席是“刑法、刑诉法、法哲学与法社会学教席”，民法学者卡纳里斯的教席则是“民法、商法、商事组织法与私法理论教席”……在这种分工体制下，学者可以较为自由地选择相对宽泛的研究领域，其结果，一方面有助于促进学科之间的交融，另一方面，也能促使研究者采取“经济”或者“节约”的知识框架，将一个部门内的研究成果跨领域地应用于其他部门。

---

〔158〕 参见陈坤：“法学方法论的困境与出路”，《西南政法大学学学报》2012 年第 1 期，（见该文注释 1）。这对部门法学者而言是陌生的，如其中的“语义分析”与“利益衡量”都可以在“法律解释”的概念之下讨论（文义解释与目的解释）。

〔159〕 对于分离命题的（不同程度的）支持，早就是法律实证主义的核心观点。See H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harvard Law Review* 593 (1958). 对此，我国学界早有系统研究，如陈景辉，见前注〔157〕，页 74。

〔160〕 如许德风，见前注〔4〕，页 173。

〔161〕 “在 19 世纪，概念主义法理学也即机械主义法理学对大陆法系的推理与论证理论产生巨大的影响。……概念法学不仅影响了以德国为首的主流法学派，而且也影响到了英国、美国的法学发展。如英国著名法学家哈特将概念法学发展为‘形式主义’(formalism)……”许中缘：“论法学方法论与中国法学发展”，《比较法研究》2012 年第 4 期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

(二)法教义学与比较法研究

现代法治源于西方。因此,在我国建立自己的法治时,透彻理解西方相关制度,发掘制度的本意与边界,是避免和减少体系之间价值冲突的重要环节(如物权法上的公示公信原则与合同法上守信与公平的考量)。

星野英一在论及比较法时,指出不仅要了解学说的纵向发展(学说的承袭),了解学说在横向关联中的地位(学说的权重,如是否通说等),也要把握学者的基本价值判断,甚至"对于德国或法国的学者,还应了解其是否是天主教徒、新教徒、犹太教徒、无神论者或者是什么党派的顾问等",认为这是理解学说的"一个关键"。[162]

但是,必须承认的是,他国法律制度的复杂性,使我们这样的后来者很难在短时间内了解其全貌。也就是说,在谋求体系的内在一致时,若过分依赖源自外部的制度或经验,很可能最终因"偏听偏信"而导致"水土不服",反而难以有效回应中国社会的需求。甚至更坏的结果可能是:鉴于交流上的障碍,我们未能有效了解有关制度的全貌,同时又过分僵化地坚持一直以来的规则,不能有效回应自身社会的需求,进而背离制度(源于西方,但现在也已成为我们的制度)的本意。[163]

在建设和发展法教义学的过程中,处于法治建设早期的国家,应采取较法治历史悠久、法治传统稳固的国家更为灵活的态度。尤其应不断地认真评估、总结实践的反馈,及时修正、充实和完善既有的教义学框架,即运用社会科学的手段,通过经验研究方法等发现制度中存在的问题,并及时加以修正,而不应简单地照抄他国制度。

实际上,即便在制度建设尚不充分的情况下,司法实践中也仍有相当多的判决通过灵活地解释现行法,得出了符合社会一般公平认知的裁判。如果能在此基础上形成妥当的、相对稳定的机制,实现法教义学与社会现实之间的良性互动,依体系观念对试图融入到既有体系中的新价值、新制度进行检验与加工,将可更好地回应社会需求。

(三)法教义学与社会科学

借用Heck的说法,法学与社会科学的关系,一如工程学(化工、机械)与基础理论科学的关系(物理学、化学)。[164] 前者的成就或发展空间,很大程度上受制于后者,因此教义学若要充分发展,必须借鉴社会科学的研究成果。在这方面,结合本国实践的经验研究至为关键。正如霍姆斯100多年前所说的,只有透彻了解法律的执行状况,才能够检验与修正法教义学上的逻辑前提,促进法律的完善,最终实现法律对社会关系的有效调整。[165] 当然,对我国而言,如

---

[162] 参见星野英一,见前注[29],页263-265。

[163] 对此,一物二卖问题的处理,可为例证。参见许德风:"不动产一物二卖法律问题研究",《法学研究》2012年第3期。笔者同意,法学的中心任务是如何能让法学的发展适应我国社会的需要。从这个意义上说,法学只能是本土的。但关于法律的根基或者说归宿是本土的判断并不能改变法学的西学渊源。对于此种渊源,我们完全没有必要急于与其"划清界限"。恰恰相反,我们应该充分利用自己的后发优势,少走弯路。当然,即便如此,这仍然是一个需要循序渐进的过程,毕竟语言上达到互通、学术上形成积累,需要几代人甚至更长的时间。

[164] Heck, *supra* note 122, p. 116.

[165] Holmes, "*The Path of Law*", 10 Harvard Law Review 457, 469 (1897).

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

同(尚待发展的)法教义学一样,法律与社会科学的研究方法、实证的观念与实证的技术,也需要建设与巩固。法律的经验研究,绝非仅仅是在现行法框架下对案件类型、案件总数、调解结案率等事项的简单统计,而是针对案件的实际情况,结合各部门法的特点,对能够反映案件真实情况的各个数据进行更为详细的分析。[166]

根据学者的总结,我国的法律经验研究在以下几个方面仍有改进的空间。

1.数据来源问题

其一,数据来源欠缺,数据的可信度、准确性不足。[167] 作为替代,有的研究者自行搜集"第一手"数据,但如何在这一过程中保证数据的中立性和全面性,降低在保证数据客观性方面的道德风险,仍值得探究。此外,定量分析还面临着如何合理抽取样本以及合理量化变量的挑战。[168] 其二,数据资源分配不均可能影响学术研究的创造性。[169]

2.数据解释问题

其一,通过计量方法确定(至少是一定程度的)因果关系是一项繁复、艰难的工作,必须极其谨慎。[170] 其二,若不加区别地进行中外比较,套用理论模型,可能出现理论研究与实践的脱节。[171] 其三,区域研究、个案研究尽管数据本身可信,但若以点代面地过度解读,其结论很可能难以令人信服。

对于法教义学与社会科学研究的充分互动,较为理想的安排是从事社会科学研究的学者(如具有法社会学、法经济学研究能力与研究经验的学者)能充分关心现行法的内容,以现行法为中心展开研究,并将研究的落脚点放在如何对现行制度提出建设性的修改建议上,而不仅仅

---

[166] 以德国与美国近年来的破产法修改为例,其中重要的修法理由,就是有关破产案件的统计体系较为薄弱,需要通过立法加以更新。德国2012年制定了破产统计法(Insolvenzstatistikgesetz — InsStatG),将破产事项纳入到联邦统计范畴之下,并附带规定了一系列有关信息共享、查询的规则。美国破产法上关于破产统计的查询,可参见:http://www.uscourts.gov/Statistics/BankruptcyStatistics.aspx.

[167] 现在的司法透明度不高,多数案例不公开,以至于"找案例比找钱还难",导致在实证研究中获取需要的资料时会遇到很多的困难,参见郭云忠:"法律实证研究方法研讨会综述",《国家检察官学院学报》2009年第4期。除了数据来源匮乏,中国学者还不得不面对统计数据造假问题,参见王全宝:"统计局官员成统计造假现象沿中央GDP政绩化",载《中国新闻周刊》2010年6月9日。苏力老师也强调,"社会科学研究方法要保证数据统计口径的统一。统计数据变化不一定是统计上作假,而是因为制度发生了变化,导致统计口径的变化,如果研究者不关注统计的社会背景,就可能在数据分析上出错",参见苏力:"跨越个案",《法律和社会科学》第7卷,法律出版社2010年版。

[168] 参见艾佳慧:"什么律师产业,何种进入壁垒?";冉井富:"论证的规范性和逻辑性",《法律和社会科学》第6卷,法律出版社2010年版。当然,法律现象的有些属性的确很难量化,如何找到最能反映法律现象的量化数据,也是实证研究的主要挑战。参见王赢、侯猛:"法律现象的实证调查:方法和规范",《中国社会科学》2007年第2期。

[169] 即研究者的选题常常不能为其本身的兴趣或问题的重要程度所左右,而必须受限于研究资源的限制。参见陈若英:"中国法律经济学的实证研究:路径与挑战",《法律和社会科学》第7卷,法律出版社2010年版。

[170] 这也是各种计量分析的主要挑战。参见侯猛:"对'混混'研究的质疑",《法律和社会科学》第8卷,法律出版社2010年版。

[171] 例如苏力对唐应茂《民商事执行程序中的"双高现象"》、《中国司法执行难的计量分析》系列研究的批评,见前注[167];类似意见,如陈柏峰:"法律实证研究中的'经验'",《法学》2013年第4期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

是就事论事，简单地将对既存社会现象的观察分析作为研究的中心。反过来，法教义学的学者也应关注社会科学的研究，甚至自己也可以有选择地从事相应的研究。只有及时、充分地搜集实践反馈，才能建立起互助协作、乃至相互融通的法学研究与应用的体系。

(四)法教义学的研究规范

在我国当前的法教义学研究中，存在大量的重复性劳动，因此尽管从业者众，个别制度的构建也小有成就，但研究效率低、可持续性差的问题明显，难以形成学术传承。主要有以下几种表现形式。①单纯阐释现行法与比较法上特定条文的字面含义，不关注体系关联与价值权衡。学术期刊中相当一部分研究只是泛泛地介绍现行法或比较法上的制度，而忽略了有关制度的社会背景与现实应用，忽略了该制度与其他制度的关联，与单纯的文字重述或翻译无异，很难具有参考价值。②在已有在先研究的情况下，后来者在自己的研究中采取"掩耳盗铃"的态度，故意避开对在先的研究引用而自诩独创。[172] ③在其他法律部门已经形成共识的情况下，仍"叠床架屋"，构建自己的封闭话语体系。[173] ④大量研究存在缺乏规范引证、无法查考检验的问题，导致后来者不得不推倒重来，重新考证。[174]

针对上述问题，欲寻求变革与改进，应从以下几个方面着手。①倡导兼顾法教义学与价值判断的研究。耶林曾将过分倚重实在法的法律人称为是"将其自身及其思想、感受托付给贫乏、死板的制定法，而成为法律机器中一块无意志的、无感情的零件"，认为"这种'法律实证主义'(Rechtspositivismus)将法学贬低为手工艺，是法学的死敌"。[175] 法律人，尤其是法律学者，不应将自己降为技工，自绝于科学，而应深入研究法律的社会意义及法律背后的利益关系。②强化学术规范。诚如学者所概括的，"学术是以个体劳作和创造为主的锻造心智、提升思想的过程，也是一个层累的知识体系"，其规范，乃是顺应学术规律的学术研究规则及评价机制。[176] 这在形式上体现为诸如遵循注释体例、文献综述等要求，在精神上则体现为对学术的敬畏、对前人成果的承认及对创新的追求。比较而言，后者更为重要。须指出的是，学术规范的建立，与对该学科科学性的认识密切相关：愈强调其科学性，则学术规范的要求将愈主动，愈强烈；反之，学术观点与创新将不被尊重。③法教义学的教育、研究与发展，应从基础部门开

---

[172] 以上提及的学术失范主要指一些"巧妙地"、"合法地"绕开既有研究成果的不适当做法。实践中，更为恶劣的还有各种类型的学术剽窃。有关研究，参见方流芳："学术剽窃和法律内外的对策"，《中国法学》2006年第5期。关于法律人"剽窃"的特殊性，可参见(美)波斯纳：《论剽窃》，沈明译，北京大学出版社2010年版。关于中国文化中的剽窃，还可参见(美)安守廉：《窃书为雅罪：中华文化中的知识产权法》，李琛译，法律出版社2010年版。另须说明的是，在我国法治发展早期(主要是80年代中期到90年代初期)，法学界的主要"研究"内容，是借鉴与转述我国台湾，包括民国时期的相关制度。当时的条件有限(很多资料甚至只有影印版)，一些期刊甚至要求作者不得添加注释。因此对这一阶段研究中的学术规范问题不应苛责。

[173] 如我国《劳动合同法》第38、39条的规定。对这一问题，有学者主张"无效合同适用解除与民法原理并不相悖"。董保华：《劳动合同立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版，页510。合同无效，如何能以及为何需要"解除"？

[174] 当下的研究中诸如"大陆法系国家皆如此规定"，"某某国也有类似规定"的孤立、模糊陈述仍不少见，可见一斑。

[175] (德)耶林："法律是一门科学么？"，李君韬译，《比较法研究》2008年第1期。

[176] 参见如任放："30年中国近代史研究视角的转换"，《史学月刊》2011年第4期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

始。最能体现法治精神的,乃是宪法、刑法、民法、行政法、程序法等基础法律部门。在这些方面基础牢固、知识结构完整的法律人,在进入专业研究时,将更能够准确把握各学科的研究进展,在既有成果的基础上做出突破性的创新研究。其实,法律制度在相当的程度上是互通的,若能够就基本制度、规范、理念达成共识,每个"部门"就只需处理该"部门"内的特殊事项与核心问题,而无需无谓地制造新概念。如此,法学研究乃至法治建设的效率将会有很大的提升。

五、结　语

"徒法不足以自行"。其原意是治国应并用善德与法令。在现代法治理念下,或可转义为——仅有法律本身,若无法教义学,法律也无法施行。此种语境下的法教义学,体现在法律、判例及学说之中,具有"使用说明书"的功能,将抽象的法律条文变为可操作的体系性规范。当然,法教义学远非仅仅是"使用说明书",其突出特点是具有自我演进的属性,可随社会发展而自我更新。

星野英一曾指出,法律家所有的专长,不过是体现在法律技术的方面,体现在对逻辑、体系、概念的应用上。"关于利益衡量、价值判断,即便法律家,亦只是一介市民,或者说是一个人的资格而已"。[177] 此语与苏力主张法律人无独特思维的意见,有部分相同之处——法律人在一般性的价值判断方面,的确与非法律人没有差异。[178] 但是,这并不等于说法律人对法律的适用也毫无专长。法教义学的训练,除了技术的属性外,也是向实务者、立法者和法学大师学习的过程。学习的对象,既包括规范本身,也包括规则背后的价值判断。这既是一个长进知识的过程,又是一个熏陶智慧的过程。若有意识地训练,法律人完全可以在纠纷解决中的价值判断上表现得比普通人更为"出色"。

法教义学有助于减轻裁判者价值衡量的负担,而使裁判者直接得出契合法律背后基本价值选择的结论。注意,并不是说裁判者在处理案件时不进行价值衡量,而是其已经通过学习有关法教义学的规则,熟练掌握了规范设计和成长过程中所考量的诸项价值,并或多或少已经区分不同情况进行过模拟的价值衡量,从而在遇到实际案例时,可以熟练地运用法教义学迅速找出裁量时需要考察的要点,并得出妥当的结论。在这个意义上,法律、法教义学就是价值判断的"口诀"(当然,仍然是依法而非依价值判断进行裁判)。

法教义学的概念、功能与意义是常议常新的主题。目前理论上对法教义学的慎重态度,主要在于将法教义学等同于"概念法学",等同于公理式的推演,这种分歧是容易解决的,毕竟大家就"法教义学"这一概念达成一致,就价值判断可融入法教义学达成一致即可。但如何具体贯彻法教义学,如何处理法教义学与价值判断的关系,单纯从理论层面加以阐释,是不够的。法教义学的应用及建设,是一项要求细致与耐心的工作,甚至与具体的法律条文、法律制度"捆绑"在一起,而不能单独地讨论。未来的工作仍任重而道远。

(责任编辑:薛　军)

---

[177] 星野英一,见前注[29],页 216。

[178] 苏力:"法律人思维?",《北大法律评论》第 14 卷第 1 辑。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/