

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

雷磊

摘要 法律体系的融贯性具有重要意义。它意味着法律体系各个部分之间的相互支持与证立，这是对于法律体系的道德要求，也是法治的目标之一。法律体系的融贯性具有程度差异，它包含连贯性、体系融贯性与理念融贯性三个层次的要求。融贯的法律体系主要是裁判者的诠释活动带来的，它是借助于一定的诠释方法建构出的产物。当代中国法律体系的融贯化面临特殊的难题，只有从制度体系、背景体系与方法体系三个方面努力，才能建构出满足三个层面融贯性要求的法律体系。

关键词 融贯性 法律体系 制度体系 背景体系 方法体系

作者雷磊，法学博士，中国政法大学法学院讲师。

自1970年代以来，国外学界关于法律的融贯性理论（Theorie der Kohärenz/theory of coherence）研究成果丰硕，国内学界大致在2006年之后才渐呈趋热之势。所谓法律的融贯性，主要涉及两方面问题，一是法律推理的融贯性问题，二是法律体系的融贯性问题。^①前者涉及认识论与方法论，后者则在概念论的层面上涉及规范间的结构与关联问题。遗憾的是，无论是国外学界抑或国内学界，相关的讨论大多集中于法律推理（论证）领域，而对法律体系的融贯性问题着墨甚少。^②此

* 本论文系由中国政法大学211工程三期项目“中国特色社会主义法治思想”资助。

① 关于这一区分，参见Leonor Moral Soriano, “A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning: A Model for the European Court of Justice”, 16 *Ratio Juris* (2003), pp.296-323.

② 除去下文所引文献之外，国外学界的代表性著述，还可参见Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, New York: Oxford University Press, 1978; Neil MacCormick, “the Coherence of a Case and the Reasonableness of Doubt”, 2 *Liverpool Law Review* (1980); J. D. Jackson, “Law, Fact, and Narrative Coherence: A Deep Look at Court Adjudication”, III/7 *International Journal for the Semiotics of Law* (1990); Jan M. van Durné, “Narrative Coherence and Its Function in Judicial Decision Making and Legislation”, 44 *The American Journal of Comparative Law* (1996); Aldo Schiavello, “On ‘Coherence’ and ‘Law’: An Analysis of Different Models”, 14 *Ratio Juris* (2001); Luc Wintgens, “Some Critical Comments on Coherence in Law”, in Bob Brouwer et al., eds., *Coherence and Conflict in Law: Proceedings of the 3rd Bernlux-Scandinavian Symposium in Legal Theory*, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992; Jaap Hage, “Law and Coherence”, 17 *Ratio Juris* (2004); Joseph Raz, “Relevance of Coherence”, 72 *Boston University Law Review* (1992); Aleksander Peczenik, “Law, Morality, Coherence and Truth”, 7 *Ratio Juris* (1994); Aleksander Peczenik, “A Coherence Theory of Juristic Knowledge”, 国际法哲学与社会哲学协会网上法理学百科全书 <http://peczenik.ivr2003.net>, 2011年12月15日访问。唯一持不同研究路径的代表人物或许是德沃金，他在1986年发表的《法律帝国》一书中，提出并论证了他称为“整全性”（integrity）的概念（作为融贯性的理想追求）对于法律体系的重要性，参见Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Mass.: Belknap Press, 1986. 国内文献则几乎完全集中于法律推理（论证）领域，主要参见侯学勇：《法律论证的融贯性研究》，山东大学出版社2009年版；侯学勇：《从法律规范的可辩驳性到法律知识的不确定性》，载《内蒙古社会科学》（汉文版）2008年第1期；侯学勇：《融贯论在法律论证中的作用》，载《华东政法大学学报》2008年第4期；侯学勇：《什么是有效的法律规范》，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第八卷），山东人民出版社2009年版；侯学勇：《融贯论的整体性面向》，载《政法论丛》2009年第2期；蔡琳：《法律论证中的融贯性》，载《法制与社会发展》2006年第2期；蔡琳：《融贯论的可能性与限度》，载《法律科学》2008年第3期；魏胜强：《融贯性论证与司法裁判的和谐》，载《法学论坛》2007年第3期。

外,目前国内已有成果的主要兴趣点在于对国外相关理论进行抽象层面的介绍与反省,^③而缺少对中国语境式思考的相关推进。本文的尝试,正是起于对法律体系融贯性问题进行一般研究,进而兼及当代中国法律体系之融贯化努力这一个别旨趣。

然而须先行阐明的是,尽管上述两方面的问题有其区分的必要,但它们之间又存在着紧密的联系:一方面,法律体系的融贯性为法律推理提供了必要的融贯性确保,尽管它并不构成后者的充分条件。法律推理总是在有效法律体系框架内活动,法律体系的融贯性越强,推理的融贯性也越强。但一个融贯的法律推理,除了需要规范性前提之间形成融贯关系之外,还需要在规范性前提(大前提)与经验性前提(小前提)之间、以及这两个前提和结论之间形成融贯关系(我们可分别名之为“横向融贯性”与“纵向融贯性”)。另一方面,如果我们肯认法律体系并非完全是由立法的结果所构成之刚性的规则集合的话,那么我们看到,法官的法律推理活动的副产品,即对法律规范的诠释与具体化,同样是法律体系的构成要素。法律体系的融贯性,也同样或多或少可能是法律推理活动(所追求或实际达成)的结果。因此,尽管本文的主旨在于阐明融贯性之于法律体系的意义与要求,但是是一种裁判者视野的导向同样构成了本文立论的重要部分,甚至是主要的部分。而在此视野下运用这些标准和要求来审视当代中国的法律体系,无疑是有益的。当然,在此之前要对我们所使用的基本概念进行厘清与核定。

一、什么是融贯性?

要弄清楚什么是融贯性,就必须将这一概念与另一个概念即连贯性(Konsistenz/consistency)^④加以区分。关于这一对概念的关系,存在着两种见解。第一种见解可被称作“连贯的融贯性”。它认为,连贯性就是无逻辑矛盾(kein logischer Widerspruch)。^⑤而融贯性包含着两方面的含义:在消极面上,融贯性就意味着连贯性;在积极面上,它则意味着更多的东西。故而,连贯性是融贯性之必要但非充分的条件。^⑥第二种见解可被称作“不连贯的融贯性”。它认为,连贯性与融贯性是两个没有逻辑关联的概念,尽管它们通常在内容上联系在一起。关键在于区分两种类型的不连贯性概念,即“自然的不连贯性”(simultaneous inconsistency)和“接续的不连贯性”(consecutive inconsistency)。自然的不连贯性意味着,我们不能在同一个决定(即涉及相同的人、相同的事实的决定)中同时判定应当“做某事”和“不做某事”。这种不连贯性通常导致其中一个决定无效,它与融贯性并不矛盾。接续的不连贯性发生在不同的决定之间。处于不同时间点上涉及相同事实的决定,可能具有逻辑矛盾,但很多时候这类决定的共存并不影响法律实践,因为在这种时候,可能某种融贯

^③ 例如参见王彬:《论法律解释的融贯性——评德沃金的法律真理观》,载《法制与社会发展》2007年第5期;侯学勇:《佩策尼克的融贯性理论研究》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第七卷),山东人民出版社2008年版;侯学勇:《麦考密克论融贯》,载《政法论丛》2008年第2期。

^④ 学界一般将这个词译为“一致性”,例如侯学勇:《融贯性的概念分析:与一致性相比较》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第九卷),山东人民出版社2009年版。但是“一致性”有时也被用作表述“同一性”、“相同性”的意思,如“意见的一致性”、“思想与行为保持一致”等,而后者比我们在这里所说的“一致性”的含义要窄(上述引文的作者同样意识到了这一点,参见注③侯学勇文,第125页脚注⑭)。为了避免这种不当窄化的联想,本文选择使用“连贯性”这一表述。

^⑤ Vgl. Robert Alexy, “Juristische Begründung, System und Kohärenz”, in Okko Behrends, Malte Dießelhorst, Ralf Dreier (Hg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990, S.96.

^⑥ See Robert Alexy and Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Diskursive Rationality”, 3 *Ratio Juris* (1990), p.130.

性理念优于连贯性发挥作用,因而它能证立这种跨越时间的不连贯性。^⑦连贯性与融贯性的可对立性,说明了它们之间互不包容。我并不否认存在这种矛盾现象,但是我认为,这种矛盾并非连贯性和融贯性之间的矛盾(外部矛盾),而是融贯性内部各要求之间的矛盾,也即处于不同时间点上的决定保持表面一致(形式正义)与符合各自特定的情形(实质正义)之间的矛盾。因为融贯性毕竟是一种对价值评判的要求,而价值评判存在着不同的标准。故而,这种矛盾现象不足以说明连贯性与融贯性存在概念上的无关联性。相反,连贯性构成了融贯性的第一个概念要素。

但另一方面,融贯性包含着比连贯性更多的东西。根据对融贯性这一积极面向理解的不同,又可以区分出两种观点。第一种可称为“规范的融贯性”(normative coherence)。麦考密克(Neil MacCormick)主张,某些原则能支持一些法律规则,并使得后者融贯。^⑧这种理解,实际上将融贯性视为规范间的支持关系。第二种观点与第一种观点有着共同之处,但要求更高。德沃金认为,法律人做法律判断就像小说家续写章回体小说,他所添加的内容,不仅需要符合一般性原则,而且必须符合已给定的所有材料,对他的继任者想要或能够添加的东西的期待,以及他的实质价值判断。^⑨这种观点可被称为“整全的融贯性”(coherence as integrity)。事实上,这两种观点是可融接的。规范融贯性表明了支持一种体系融贯性所可以借助的规范渊源,而整全融贯性同时还对它所要满足的制度与价值标准提出了要求。融接两者的关键,在于“支持”(support)或者说“证立”(justification)这一概念。

无论借助于何种规范性渊源,要满足何种标准,都需进行支持和证立。而支持和证立的效果,在于在法律体系的各个部分(主要是规范)之间建立起积极关联。这种积极关联包含两个方面的含义:首先,它意味着规范间的相互支持关系。一个法律体系中的各个规范,必须尽可能地不相冲突且处于相互支持的状态。它的典型状态是一种相互支持的结构,例如:一方面,一条相对抽象的法律规范支持着一定数量的具体法律规范;另一方面,相对抽象的规范又可以从相对具体的规范与其他附加前提中一起逻辑地推导出来。这两种类型支持关系的叠加导致了罗尔斯(John Rawls)所谓的“反思均衡”(reflective equilibrium)。^⑩具有反思均衡结构的规范体系拥有很强的融贯性。其次,它还意味着当体系内部的规范间发生冲突时能够有序形成优先关系。也就是说,当体系中的两个规范在两者交叠的适用情形中所导致的法律后果不兼容时,必须在这两个规范之间形成优先适用关系,以决定交叠的适用情形中的法律后果,进而使得法律体系变得融贯。这种优先关系的形成,一方面可借助于法律体系本身所包含的预设性准则来进行,例如“上位法优于下位法”(lex superior derogate legi inferiori)、“新法优于旧法”(lex posterior derogate legi priori)、“特别法优于普通法”(lex specialis derogat legi generali)等。这是一个融贯的法律体系所必须具备的准则。^⑪另一方面,某些法

⑦ See Luc J. Wintgens, “Coherence of the Law”, 79 *ARSP* (1993), p. 504.

⑧ See Neil MacCormick, “Coherence in Legal Justification”, in Alexsander Peczenik et al., eds., *The Theory of Legal Science*, Dordrecht: D. Reidel Publishing House, 1984, p. 235f.

⑨ 参见注②, Dworkin 书, p. 225f.

⑩ See John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard: Belknap Press, 1971, p. 48. 它的一个例子, 参见注⑤, S. 103.

⑪ 当然, 在此可能存在着争议。依传统观点, 这些准则就意味着无矛盾的要求, 上位法与下位法、新法与旧法、普通法与特殊法之间存在的冲突是一种逻辑冲突, 因此这种确立适用(效力)上的优先关系的方法其实是连贯性本身的要求。而在另外一些学者如赖特(George Henrik von Wright)、凯尔森(Hans Kelsen)看来, 具有上述三种关系的规范可能是由不同的立法主体制定的, 它们之间的冲突是一种意志上的冲突而非逻辑上的冲突。由此可推导出它们并非连贯性这种逻辑要求的固有之义。对此本文不加评述。无论如何可以明确的是, 既然连贯性构成了融贯性的概念要素, 那么这种形式化的准则肯定构成法律体系融贯性要求的必然组成部分。

学方法论上的方法,亦可用以促成优先关系的形成。如权衡之于两条法律原则间在特定案件中优先关系的形成。这说明,尽管法律体系本身并不包含这些方法,但法律体系的融贯性要求却关涉着这些方法。一个“融贯的法律体系”这一表述所蕴含的,要比法律体系本身所包含的来得多。

因此,融贯性的概念由两部分要素组成:在消极面上,它意味着连贯性这种无逻辑矛盾的要求;在积极面上,又意味着体系要素间的积极关联,这种关联不仅是效力上的衍生关系,也包含着评价上的相互支持和证立。而如果考虑到无矛盾同样是支持与证立的要求之一,那么可以说,融贯性就意味着相互的支持与证立。

二、法律体系在什么意义上应是融贯的?

融贯性是否构成了法律体系的概念要素?或者说,前者是否构成后者存在的必要条件?当代学者大多同意以所谓的“实效原则”(principle of efficacy)作为判断一个法律体系(有效)存在的基本标准。也就是说,当且仅当一个法律体系具备某种最低限度的实效时,它才是存在的。这可以表现在两个方面:一是这个体系中的规范大体得到人们的服从(遵守与适用),二是当这些规范被违背时会被施加制裁。^⑫实效原则是一种事实和经验上的标准,亦即可通过观察与体验来加以判断。而经验的观察很容易向我们说明,在现实中的确存在着这样的法律体系,尽管在其中不融贯的法律被不同的立法主体颁布,或被同一立法主体在不同的时刻颁布,但它们大体得到了人们的服从,违背时也被施加了各种制裁。^⑬尽管其间存在着由于不融贯所带来的不正义问题(乃至个别公民抗争的情形),但这些法律体系在整体上依然有效地运作并发挥了它们的功能。因为一个法律体系丧失了最低限度的实效性即意味着凯尔森式的基础规范(basic norm)的变更或者说宪政革命的到来。而在那些并未发生根本性变革的社会里,存续其上的法律体系尽管可能是不融贯的,但仍旧可以具有实效。在这个意义上它是“存在的”。因此,融贯性并非一个法律体系存在的必要前提。^⑭

既然融贯性并非法律体系的固有概念要素,那么为什么它很重要?融贯性并非对于法律体系的绝对要求,立法者颁布不融贯的法律是可能的。而如果法律体系的不融贯没有为立法者所注意和解决,那么随之而对法律体系所施加的融贯性要求,对这个体系而言就是一种被追求或可欲的品质(derived quality),而非它本身所拥有的品质。同时,法律体系的融贯性也具有程度的差异(a matter of degree)。这意味着,法律体系的融贯性可以是或高或低的,而两个法律体系之间的融贯性程度也可加以量上的比较。作为可欲而又具有程度差异的品质,融贯性对于法律体系施加了这样一种外部要求:一个法律体系内各部分间的融贯性程度越高,这个体系就相应地越好。这构成了康德式的调整性理念(regulative Idee)。而所谓的“越好”,不仅仅具有美学上的意义,更是一种道德品质

^⑫ 例如参见 Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Berkeley: University Press of California, 1967, p.11;“(规范的实效意味着):(1)这种规范是由法律机关(特别是法院)适用的,这意味着具体案件中的制裁是明确规定和必须执行的;(2)这种规范受到了隶属于这种法律秩序的个人的服从,这意味着他们能够以避免受到制裁的方式而行为。”这种实效判断的依据,主要在于法院的行为,参见 Joseph Raz, “The Identity of Legal Systems”, 59 *California Law Review* (1971), p.804ff.

^⑬ 有学者指出,法官依据不融贯的法律作出彼此冲突的判决,其实是法律秩序中的常态。参见 Kornhauser and Sager, “Unpacking the Court”, 96 *Yale Law Journal* (1986), p.103.

^⑭ 有学者认为,连贯性(作为融贯性的要素)构成形式体系的必要条件,如果它要成其为一个体系的话,参见 Alchourron and Bulygin, *Normative Systems*, Wien: Springer, 1971, pp.62-64。但这至多只能得出这样一个推论:如果某个法律体系完全不连贯,它就不是一个形式体系。问题在于,法律体系是个形式体系吗?如后文所展示的,融贯性理论的目标并不在于使法律体系形式化。

(moral quality)。为此,我们可以援引富勒(Lon L. Fuller)所说的“法律的内在道德”(internal morality of law)之一,即法律之无矛盾性的要求,来加以说明。^⑮与其他内在道德的要求一样,无矛盾的要求并非是一种绝对和“全有或全无”的准则,相反,它具有程度性的差别。富勒认为,对于这些法律的内在道德,违背其中的一个准则的恶果,可以通过违背另一个准则来得到补救。^⑯例如,对于法律规范间不连贯缺陷的补救,就可以通过颁布溯及既往的规则来进行,而后者是对另一种法律内在道德的违背。^⑰故而规范的制定者并不负有绝对和严格受限的义务来制定连贯的规范。更为重要的是,在富勒看来,法律的内在道德准则是法律体系所要满足的道德上的要求,其目的是为了使得服从于这一法律体系的法律主体成为负责任的道德行动者(responsible moral agents)。^⑱由此可知,在从道德上认真对待法律主体的前提下,法律体系必须致力于避免不连贯(不融贯)性。而避免法律体系的不融贯性本身是一种超法律的道德准则。

这种准则的道德色彩,主要体现在一个融贯的法律体系与形式正义(formal justice)的联系方面。阿列克西(Robert Alexy)和佩策尼克(Aleksander Peczenik)曾提出这样一个命题:“如果某个规范体系或价值体系比任何其他相竞争的体系更融贯,那么就有初步的理由(prima facie reason)认为它是正确的。”^⑲之所以会产生这种显现正确性的初步理由,是因为一个融贯和连贯的体系总是能导致同样的情形同样对待,允许生活在这个体系中的个人更为合理地安排自己的生活(同时他人也享有同等的安排自由),使得个人能够清晰地预见到其行动的确定性后果。最后这一点所指涉的是法律的安定性,而法律的安定性这种形式正义的要求能更好地在一种(融贯)体系导向的规制而非无序与分散的规制中被实现。^⑳形式正义是法治的固有含义,因此融贯性构成了法治的结构性原则。^㉑法律体系越融贯,我们就越有初步的道德理由认为它更好。

三、法律体系的融贯性要求

既然作为道德上可欲要求的融贯性具有程度的差别,那么它就可能存在不同的层次。与融贯性的要素不同,层次性是一种纵向标准。法律体系所能达致的层次越高,融贯性就越强。融贯性的要求包括如下三个层次。^㉒

第一个层次是连贯性。连贯性既是融贯性的概念要素,也构成了最低层次的融贯性要求。要被

^⑮ See Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, 2nd ed., New Haven: Yale University Press, 1969, p.65.

^⑯ See Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, 71 *Harvard Law Review* (1958), pp.650 – 651.

^⑰ 参见注⑮, p.92.

^⑱ 参见注⑮, pp.162 – 163.

^⑲ 同注⑮, p.144.

^㉑ Vgl. C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1982, S.18.

^㉒ 在此意义上,有学者区分了两种融贯性的观念:在弱的观念上,融贯性意味着适用上的兼容性,它被用以确保可预测性;在强的观念上,融贯性意味着对于法律的整体性证立,它被用以确保正义的审查。两者合为法治的两面。参见 Tatsuo Inoue, “The Rule of Law as the Law of Legislation”, in Luc. J. Wintgens, ed., *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Aldershot: Ashgate, 2007, p.72. 就此而言,法治本身也是一种德性的追求。

^㉓ 参见注⑦, p.494ff. 三个层次的名字为本文所归纳。相似的划分,参见 Robert Alexy, “Coherence and Argumentation: On the Genuine Twin Criterialess Super Criterion”, in Aulis Aarnio et al., *On the Coherence Theory of Law*, Lund: Lund University Press, 1998, p.41; Mark Van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford: Hart Publishing, 2002, pp.118 – 119. 胡克(Mark Van Hoecke)将后二个层次分别命名为“内部融贯性”(internal coherence)与“外部融贯性”(external coherence)。中文学界的一个类似但不完全相同的阐释,参见注④侯学勇文,第129 – 132页。

称为“融贯的法律体系”，最低限度的一个要求是在这个体系中不能存在过多有明显冲突的法律规范。一个逻辑上无法自洽的体系无法满足形式正义的要求。因为一方面它会使得这个体系中的个体行动者无所适从，陷入“做某事且不做某事”、“禁止做某事且允许做某事”的永误境地。另一方面，它也会造成群体行动者之间的冲突与对抗。不同的行动群体往往可能从自身利益出发，选择对于自己有利的规范性依据来采取行动，而现代社会利益的分化，则可能造成按照相互矛盾的规范性依据时的行动分歧与对抗。尽管这种冲突与对抗可能尚不足以影响整个法律体系的实效性（及其存在），但这种状态的长期积累很可能会危及法律体系之于社会的一个基本功能，即整合社会行动与形成社会秩序。此外，对于那些偶然存在的法律规范相互冲突的情况，法律体系本身也须预先提供足以解决这些冲突的形式准则^②或程序性规定。形式准则已如前所述，我国《立法法》第78-80条、第83条就是对这些通行准则的具体表述；同一部法律的第85条和第86条，则给出了无法利用上述形式准则解决规范冲突时的程序性规定。

第二个层次是体系的融贯。既然所有的法律规范都必然是以体系化的方式被连接在一起的，那么它们同样需要彼此借鉴来理解自身，以使得其具有更多的内部融贯性。^③这意味着，所有的法律规范都可以、也必须被放入整个法律体系中加以理解。^④同时，如果体系中存在着法律规范的效果相互冲突的情形（尤其是无法通过预设的形式准则来解决，而程序性规定本身则为给出具体的解决冲突的方法），它们间的优先关系也必须在整个法律体系的视角下形成。但须注意的是，从类别构成来看，这里所谓的“法律体系”并不等同于“全部的制定法”，也包括了诸如判例与教义学所构成的整体。体系的融贯性一方面要求法律部门（如民法）与具体制度（如缔约过失）内部的各个制定法、判例、习惯法与教义学规范之间建立起评价上的积极关联，在这其中法教义学发挥了重要的作用，因为以规范的解释适用和体系化为核心的教义学，往往起着“粘合”其他各个部分的作用。因而可以说，法教义学者在体系融贯性中扮演着重要角色。^⑤另一方面，体系的融贯性也要求各个法律部门与法律制度与宪法部门与制度间建立起评价上的积极关联。这不仅仅意味着其他法律部门与制度的规范不能与宪法规范相冲突这种连贯性的要求（这属于第一层次的融贯性），也意味着前者在实质评价上与后者保持一致。譬如“宪法的第三人效力”原则就是这种体系融贯性的表现。其典例之一就是德国基本权利教义学上的“客观价值秩序”说，它认为，德国基本法（主要是第1-19条）关于基本权利的规定，构成了任何普通法律都不得违背的客观价值秩序，任何普通法律都必须体现并渗透这种价值精神。由于连贯性与体系融贯性都是在法律体系内部达成的，因此它们也可被称为“内部融贯性”。

第三个层面是理念的融贯。理念融贯性要求指涉一些超越法律的理念（extra-legal ideas），它们

^② 当然，如前所述，前提是我们需要将由不同主体制定的法律规范之间效果的矛盾视为是逻辑冲突。或者说，将法律视为一种语言陈述体系而非意志，这一点参见下文。

^③ 这可被称为“借助于其他法条来阅读一个法条”，参见 Mark Van Hoecke, “The Utility of Legal Theory for the Adjudication of the Law”, in Mark Van Hoecke, ed., *On the Utility of Legal Theory*, Tampere: Tampere University Press, 1985, p.112.

^④ Vgl. Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck/Hamburg: Rowohlt, 1973, S.228.

^⑤ 乌尔比纳（Sebastian Urbina）认为，作为融贯性的理性是法学者的支配性理念，因为他们对于体系化的目标带有一种强烈的科学态度，参见 Sebastian Urbina, “On Legal Rationality”, in Sebastian Urbina, *Reason, Democracy, Society: A Study on the Basis of Legal Thinking*, Dordrecht: Springer, 1996, p.76. 这确实如此。但当乌尔比纳将这一点作为法学者（体系理性）与法官（义务论理性）思维方式的区分时，又过于绝对了。实务难题的背后从来就存在理论争议（德沃金意义上）；如果承认融贯性是实践理性的标准之一，那么作为实践活动的法律活动（无论是司法过程还是教义学论证）都必须以此为目标。

本身不能从法律体系内部得到证立。^②相反，它们反而是用来证立法律体系的价值基础。这是因为，任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，而这种政治与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。在这种背景墙稳定的前提下，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如所谓的“疑难案件”（hard case）中显露出一角。而一旦背景墙发生变迁，那么即使位处前台的法律体系本身的内容没有发生任何变化，其意义及其适用效果也可能发生很大的变化。^③可以说，这种政治与道德的理念体系，构成了阐释法律体系的“方法论根据”。所以，有时它们能够证立不连贯的不同法律部门的原则，而这一点仅仅停留于第二个层面的融贯性上是无法达成的。例如，为什么“法不禁止即自由（允许）”这一准则只适用于私法，而不适用于公法？这一法律部门间的不融贯性，可以用如下理念来证立：在缺乏约束性的法律规则时，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（在法律意义上）；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，因为如果这样就容易造成任意侵犯个人自由的恶果。它们背后的理念是一致的，因而私法和公法的基本原则的表述尽管不连贯（“法不禁止即自由” vs. “法未规定即禁止”），但它们在理念上却是融贯的，分属于它们的法律规范之间也是融贯的。^④同样，在同属于公法的刑事实体法（刑法）与形式程序法（刑诉）之间，也在表面上存在着这类不连贯性。就刑法而言，如果它未对某类行为明确加以禁止，那么这类行为在刑法上就是被允许的，而一个在刑法上被允许的行为就不得受到惩罚。而就刑诉而言，“不禁止即被允许”这一原则，并不适用于公共权威机关的起诉与审判行为。这都是罪刑法定原则（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）的体现，而罪刑法定原则的背后则矗立着对个人自由与权利的保障。因此，法律部门不同分化的背后，站立着同一种政治与道德理念。这样一套政治与道德理念能够融贯地用来阐释原本显得“不融贯”的法律体系规定。同时这也说明，融贯性各个层次的要求并非是一种“全有或全无”的绝对要求，而同样是可以权衡的。其中高层次的要求可以被用来证立对低层次的要求的违背。这源于融贯性本身的程度差异。

不可否认的是，即使在第三个层次上，也不可避免会存在理念的冲突，它是融贯性内部各政治观念与道德恰当性观念的冲突。因为在任何一个现代社会中，都不可能只存在唯一的政治与道德理念，它们往往是复数的。由于政治与道德理念通常以原则的形式表述出来，所以以这种融贯理念为基础的理论也可被称为“以原则为基础的融贯性理论”。^⑤以原则为基础的理念融贯性，依然反映了体系性要求，尽管这种意义上的体系比法律体系更大，而且更具有柔性。由于第三个层次的融贯性

^② 西蒙兹（NE Simmonds）曾富于洞见地指出，“法律理念在构成法律秩序之存在的实践中扮演着至关重要的角色”，它“是使得我们能够让原本各异的实践特征具有融贯性意义的关键，但它自身并非是一种可以观察得到的实践。”参见 N. E. Simmonds, “Reflexivity and the Idea of Law”, 1 *Jurisprudence* (2010), p.1, p.18. 尽管作者使用了“法律理念”这个词，但他认为法律理念是对法律本质的“哲学探究”，而这种哲学探究离开了一定的政治理论与道德理念是不可能的（*ibid*, p.22ff）。因此，他所说的法律理念，基本等同于本文所说的这种超法律的理念。

^③ 故而佩策尼克认为，法律推理的融贯性同时来自于法律渊源与道德考量，参见 Aleksander Peczenik, “Moral and Ontological Justification of Legal Reasoning”, 4 *Law and Philosophy* (1985), p.293.

^④ 我认为，对于这些理念本身的证立，已然属于普遍实践论证的范围。但维特根斯（Luc J. Wintgens）认为，对超越法律的理念的证立不涉及证明，而毋宁涉及对某个实践理性概念的信奉，这种概念依赖于作为负责人的道德行动者的观点，参见注⑦，p.499. 这一理解，一方面过于狭隘，因为它只从“方法论上的个人主义”出发，排除了在主体间的意义上对实践理性概念进行证立的可能；另一方面又过于宽泛了，因为对待实践理性概念的正确方式不是盲目的信奉，而是理性地论证，只有满足了“正确性诉求”的实践理性概念才是可被信奉的。

^⑤ 在这种理论中，解决冲突的基本方式是权衡，同注②，Alexy 文，p.46.

涉及的是法律体系与超法律体系间的关联，因此也可被称为“外部融贯性”。

四、融贯法律体系的诠释性建构

法律体系的融贯性具有程度的差异，这是将融贯性界定为“具有意义的整体”（making sense as a whole）的后果，它允许我们区分出不同层次的融贯性。但这种观点的潜在前提在于，融贯性并非法律体系的静态面向，而毋宁是与法律体系相关的某种活动的结果，因此是它的动态面向。在这里，我们可以提出三个问题：第一，这种活动的主体是谁？第二，这种活动的性质是什么？第三，这种活动需要借助于哪些方法？

（一）立法者抑或裁判者？

我们把促使法律体系融贯化的活动称为法律实践（legal practice）。法律实践是一项由立法者、裁判者与法学者（或曰法律人共同体），甚至法律外的专业人士（如政治学者、伦理学者）与普通民众所共同参与的智识性事业。参与这种智识性事业的角度或立场大体可以分为两种：一种是立法者的视角或立场，以功能设计与规范建构作为基本的参与姿态，致力于为后续的法律实践提供基本的框架性前提。除了立法者之外，立法型研究导向的学者、积极参与立法的大多数法律外专业人士都持有这种立场。第二种是裁判者的视角或立场，以问题导向与规范适用为基本参与姿态，或者说以“某个特定的，在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限，借以探求法律问题之答案”。^①除了裁判者之外，法教义学者与服从于某个法律体系的普通民众大多持有这种立场。使得法律体系融贯化的法律实践，是由持有这两种视角或立场的群体合力而成的一项“共享合作性事业”。一方面，初期立法者要依照特定的政治—道德理念体系建构出基础性法律支架（一般由宪法设定），而在基础性法律支架先定的条件下，后续的立法者所要追求的是在这种支架上填充起融贯的血肉部分。^②另一方面，裁判者（以及以裁判者为研究视角的法教义学者）通过对于制定法的解释与适用建立起一整套依附于实在法的判例与教义学体系，并致力于在各个部门之间建立起积极关联。尽管如此，在这场共享合作事业中，立法者与裁判者所扮演的角色并不等同。基于以下原因，我认为，裁判者在融贯化法律体系的实践中起着更为重要的作用。

首先，法律体系是一种制度化体系，它并不要求所有的法律都得到遵守。如前所述，法律体系的存在依赖于它的实效，而判断体系实效性的一个主要标准，则是法律体系的机关遵守并适用法律，且在法律体系的隶属者违反法律时施加制裁。但这种机关不可能是立法机关，立法者根据法律授权颁布法律，显然不足以保障它所颁布的法律得到遵守。法律体系的实效必须依赖于其他法律机关的实践。^③而在这些其他法律机关中，法律适用机关或者说裁判者就是最重要的一类。萨尔蒙德（John Salmond）曾经指出，虽然存在多种创设法律的具体方式，但这些法律都是由法院承认和执行的。法院根本不承认任何不属于法律规范的规范。^④要了解什么是法律体系，最好的途径是通过法

^① [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司1996年版，第1页。

^② 从这一角度而言，前些年物权法制定过程中“物权法是否违宪”的争议，涉及的就是立法者视角下的法律体系的融贯性问题。

^③ See Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press, 1990, pp.130-131.

^④ See Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 1980, pp.190-192.

院的实践,而非立法机关。如果只存在一系列的规范,但不存在法律适用机关的法律,就不可能确定这些规范是不是属于一种法律体系。如果法律适用机关拒绝适用某一个法律体系的大部分法律,这个体系就不具有实效,而该法律体系就不可能存在。法律体系的存在问题,显然构成了它的融贯性问题的前提。一个不存在的法律体系当然谈不上融贯性问题。所以,既然法律体系的存在问题主要是借助于裁判者而非立法者来判断的,那么法律体系的融贯化实践必然不可能主要依赖于立法者来进行。

其次,现代社会的立法者存在着一种一般性倾向,即赋予裁判者确定法律规范含义的权力,这意味着在很大范围内后者有权自己来制定具体法律规则。正如凯尔森关于法律解释的框架理论所指出的,立法者只是为行动提供了一个一般性的框架,而填补这个框架的工作主要是交由裁判者来完成的。裁判者的作业就如在这个框架内踩点,只要不将点踩出这个框架之外皆为合法。因此,立法者的“理性”是一种不完满的理性,它有赖于裁判者来补充完整。这意味着,如果说法律体系的体系性是“给定的”,这种体系性也通常只是部分性的,它更多受到了司法行为而非立法变迁(修法)的影响。从这个意义上说,如何在一般性立法的框架内通过解释选择相互间更为融贯的具体化规则,从而使得整个法律体系更为完满和融贯,当是裁判者的基本作业。

再次,在立法的前后,裁判者在法律实践的舞台上都扮演着主要角色。^⑤一方面,在很多时候,制定法都不是凭空而生的,而是以一种更为系统化的方式对先前不成文法的成文精确化,而司法法构成了其中非常重要的一支力量。在英美法系国家尤其如此。如果先前的司法法具备较高程度的融贯性,那么精确化后的成文法也相应地具有较高程度的融贯性。另一方面,在制定法颁布之后,离开了法官的补充性具体化与精确化也无法发挥效用。而正是在这一过程中,裁判者可以起到“补充融贯化”的作用。如前所述,制定法的不融贯并不一定影响它的实效与存在。事实上,由于立法者理性的有限、法出多门背后的利益冲突、立法技术的缺陷等原因,立法者颁布不融贯的法律的情形总是难以避免。但这并未隔绝通往法律体系的融贯性之途。裁判者进行法律体系的融贯化作业,使得让不融贯的制定法转变为融贯的法律体系这一可能始终存在。如何选择特定的解释与具体化方式,来使得两条原本不兼容的法律规范融洽相处,以决定特定事实情境下的法律效果,并使得所有的法律规定都与同一套价值理念保持一致,这都需要裁判者进行弥补性的融贯化工作。这一可能的存在,补救了存在道德缺陷的法律体系。这也应和了前述法律体系的动态特性:它的融贯性并非一次性完成,而是不断动态补足的。

(二) 认知抑或建构?

随之而来的一个问题是,裁判者所进行的融贯化活动的性质是什么?他是在认知某种既存的东西,还是在建构某种新的东西?

我的立论在于这样一种解释主义的法律理论(interpretivist theories of Law),认为法律实践在本质上是解释性^⑥或论证性^⑦的,甚或法律本身就是一种诠释性的存在。这意味着,从裁判者的角

^⑤ 参见注⑤, S.214ff.

^⑥ See Nicos Stavropoulos, "Interpretivist Theories of Law", in E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 斯坦福哲学百科全书网<http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>, 2011年12月15日访问。

^⑦ See Julie Dickson, "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", in E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 斯坦福哲学百科全书网<http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>, 2011年12月15日访问。

度而言,所有的法律规范只有通过解释才能被知晓。在这里,或许首先要区分的是两种对待法律规范的方式,即,将它视为立法者意志的表达(utterances of legislature's will)与将它视为表述出某人应当如何行动的语言命题(linguistic propositions expressing how one ought to behave)。^⑧尽管两种方式并非截然分离,但法律体系的融贯性与后一种方式更为相符。从诠释学的立场看,法律的未完成性不是什么缺陷,相反,它是先天的和必然的。作为语言命题,法律可能并允许不被明确地表达,因为法律是为案件而创立的,案件的多样性是无限的。一个自身封闭的、完结的、无懈可击的、清楚明了的法律(如果可能的话),也许会导致法律停滞不前。这对法律概念同样重要。除了少许数量概念外,各种法律概念是不清晰的,它们不是抽象-普遍的概念,而是类型概念、次序概念,在那里,它们不是非此即彼,而是或多或少。^⑨因而解释永远是需要的,无解释则无规范。

融贯性构成了法律解释的一个值得追求的目标。如此,这里的问题可能就在于,融贯化法律体系的解释活动在性质上是认识性的还是建构性的?首先可以确定的是,强调语言命题的方式,要比强调立法者意志的方式包含更多解释上的自由。假如我们将解释的目标完全等同于澄清立法者的意志,那么就忽略了这样一个事实:作为语言信息,同一个规范可能被不同的规范接受者以不同的方式来接收。将立法者的意志作为解释的出发点,假定了一种独特的“意志客体”,也假定了裁判者负有通过解释活动澄清它的义务。但这种意图本身并不足以产生一种融贯的法律解释模式。如果限定于以权威方式说出的立法者的意志,通过语言命题来表述的法律规范,就只能以尽可能依靠这些命题所表达出的意志的方式(如反向推理)来得到说明。这种态度有时会造成与事实不符的预设,如在某个立法文本中出现的术语与在其他涉及相同主题的立法文本中的相同术语具有相同的意义。但如果我们将法律规范视为不仅限于表达立法者意图,而是一种承载着有关应当做什么的合格信息的语言表述(任何这种表达的关涉者都可以就其意义展开以可接受性为目标的解释与论证),那么就开放出了更多解释的空间,而这正是区分出不同的融贯性层次,使得法律体系在总体上更加融贯的前提。

任何文本,包括立法文本,都拥有某种目标,或者说某种有别于历史上立法者意志或意图的目的性意义。因为对立法者的意图必须作一种历史的思想史和社会史的阐释。^⑩立法者的意图存在其生长的特定历史环境,抛开这种环境,就会产生教条和僵化。我们不能总是拿历史上解决问题的方式来解决当下的问题,因为今天面临的问题未必和历史上的问题相似。法律一旦开始适用,就将介入立法者当时不能完全预见的多样且不断变更的生活关系,就要对一些立法者根本没有考虑到的问题提供答案。拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)曾作过一个形象的比喻:法律似船,虽由领航者引导出港,但在海上则由船长指挥,循其航线行驶,不受领航者支配,否则将无以应付惊涛骇浪。^⑪因此,要与今天的法律体系及政治-道德理念相融贯,裁判者就必须作出有别于立法者意图、有时甚至是修正立法者意图的解释。而这样的一种诠释性活动,显然并非仅仅在于认知某种先在的东西,而是一种真正的创造性活动。甚至可以说,融贯性的法律体系原本就是裁判者建构出的产物。

⑧ 参见注⑦, p.500.

⑨ Vgl. Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München: Beck, 1997, S.93-96.

⑩ 参见[德]赫尔穆特·科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第212-213页。

⑪ Vgl. Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Hg. v. Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg: Müller, 2003, S.108.

（三）诠释性建构的方法

法律体系是一种诠释性和建构性的存在，但是建构出融贯的法律体系需要一定的方法保障。法律体系的融贯性可由法学方法论体系的各个部分加以确保，但其中最为典型和密切相关的是体系解释（systematische Auslegung）与普遍实践解释（allgemeine praktische Auslegung）或曰客观目的论解释（objektive teleologische Auslegung）两种。

体系解释以法律体系融贯性理念的第一个层次与第二个层次为基础。它可以被分成八个子类别。^②第一类是保证连贯性的解释。它的目标在于通过解释某个法律体系的规范来消除规范冲突或认定其不存在。第二类是文本脉络解释。它的目标是基于规范在制定法文本中的位置及其与其他规范之间的关系来解释规范。第三类是概念－体系解释。它致力于概念的清楚性、形式的统一性以及体系的完整性，主要在法教义中扮演着中心角色。第四类是原则解释。它的任务主要是，在对规范进行解释时运用法律体系中所包含的法律原则，在疑难案件中，这通常包含着对相冲突的原则进行权衡。在民主宪政国家中，宪法原则扮演着特殊的角色。第五类由所谓的特别法律解释方法构成。其中最重要的是类比。它的基本形式是，通过实质平等并逾越出其词义之外来运用某个规范。第六类是判例解释，它们在普通法体系中扮演着突出的角色，但在法典化法秩序中也有重要意义。在后者，即便不具有正式法律渊源的性质，判例依然属于法律体系。第七类是历史解释。它以各个有待解决的法律问题的历史为基础，以时间维度上的融贯性为目标，其中并不排除变迁和中断，只要它们不是任意的。比较解释构成了最后一类。它关系到其他法律体系，其目标既可以是证明某种制度的普遍性，也可以是证明两种制度的差异。

体系解释通常只有以普遍实践解释为补充时才是完整的，后者以融贯性的第三个层次，即理念的融贯性为基础。比如，法律原则的权衡或类比就是这样的情形。原则权衡要对特定案件中相冲突之各个法律原则的分量（绝对重力、受损害程度与经验性前提的确定性程度）^③作出判断，而对于这些分量，法律体系本身并没有给出回答，通常需要诉诸于道德考量及其他普遍实践论据来论证。类似地，类比需要对“何为法律上的相关性”这一关键点作出判断，或者说要对两种事实情形的相同点与不同点何者更为重要这一关键问题作出比较和权衡，而这些判断并不能由法律体系本身来提供，毋宁要诉诸于普遍实践解释。此外，有时法律体系的融贯性建构并不仅仅只能在制度性框架内进行。普遍实践解释的分量似乎如此之大，以至于有时可以优先于制度性规定本身而发挥融贯化的作用，例如通过反于法律字面含义（contra legem）的方法来建构出更为融贯的整体。^④因为被制度化为法律体系的东西必然始终是不完整的，法律并非一个特伊布纳（Gunther Teubner）式的自创生系统（autopoietisches System），^⑤而始终是向着其背后更为广大的政治－道德理念体系开放的。正如规则不能自我运用一样，一个体系也不能自我建立完整性和融贯性。就此而言，人与程序是必要的。必要的人指的是围绕融贯性进行论证活动的参与者，以裁判者为代表；而必要的程序指的是一

② 以下参见 Robert Alexy, “Juristische Interpretation”, in ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, S.86 – 87.

③ 具体参见 Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Hg.v. Joachim Jickli, Peter Kreutz, Dieter Reuter, Berlin/Berlin: de Gruyter, 2003, S.771 – 792.

④ 在这一层面上同样可能发生原则权衡的情形，只不过这里相互比较分量的双方，可能是某个政治－道德理念体系中相冲突两方的政治－道德原则。

⑤ Vgl. Günther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1989.

整套法律论证程序,^{④⑥} 它如果离开普遍实践解释就不可能是理性的,毋宁是在各个层面上都与普遍实践论证的程序接合在一起。^{④⑦} 在融贯性诠释的角度下,这意味着法律体系的融贯性建构与超越法律体系的融贯理念体系在各个层面上都相接合。

五、当代中国法律体系的融贯化

(一) 融贯性的中国难题与制度体系

作为后发型与外源型的法制现代化国家,中国法律体系的建构自始面临着“时空叠合”的境遇。就时间维度而言,中国当代的法律体系是历史发展的产物。中国传统的法律体系,主要是在西方法律制度与文化进行全球扩张的时代受到其冲击之下,被迫走上了更新与转型的道路。^{④⑧} 政府主导型的法律建构模式,虽然使得法律体系的创新更有目标性和筹划性,使其迅速成为可能,但由于缺乏内源型与社会演进型现代化体系所能凝聚的社会共识与价值保障,且在将各个具体的制度引入时往往“博采众长”,缺乏总体的考量与相互间的衔接,因而经常呈现出规范冲突与体系不融贯的现象。晚清修律之后,中国法律体系整体上走上了一条通过日本仿效欧陆法律体系的道路,但是在某些方面也吸纳了英美法律体系的制度。例如,早在1922年,湖南颁布自己的省宪法,试图联省自治,建立联邦制度。在其宪法中,解释宪法、审查下位法律的权力被明确授予法院。很显然,这种司法机关在宪法事务上拥有最高话语权的做法,是对美国实践的复制。^{④⑨} 但这显然与当时中国的整个法律体系是不融贯的。更为复杂之处在于,中国在1949年后面临了两个“西方问题”:既有一个马克思主义的“西方问题”,也有一个西方式的“西方问题”。^{④⑩} 尽管马克思主义的西方因素一度压过了西方式的西方因素,但历史的脐带并未剪断,1978年之后在改革开放与国际接轨的话语下,欧陆法律制度再次席卷大陆(如目前正在分编制定的民法典),而英美主导国际社会规则的事实,也迫使我们更多地吸纳了后者的一些制度成分(如海商法与合同法的许多规定)。另一方面,在某些身份-伦理性因素比较强的法律领域,我们继承和发展了传统法律体系的因素。例如在婚姻和家庭的法律制度方面,对于儒家伦理和家庭本位的坚持(当然,这也在发生变化)。同时,在转型的法律实践过程中发展出的许多本土色彩浓厚的制度,也被吸纳为法律体系的组成部分,例如抗日根据地时期形成的“政法传统”及其发展出的独具特色的调解制度,现在很大程度上就体现于《人民调解法》之中。在实用主义与拿来主义的哲学基调下,这样一些错综复杂的因素尽管没有立即显现出来,但从长远来看可能会损害整个法律体系,因为很多时候它们之间并没有建立起价值上的积极关联。

就空间维度而言,中国当代的法律体系呈现出外部空间、内部空间和体系结构上不均衡的色

^{④⑥} 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2003年版。

^{④⑦} 阿列克西将法律论证看作一个通过制度结构定义的普遍实践证论的特殊情形,参见Robert Alexy, “The Special Case Thesis”, 12 *Ratio Juris* (1999), p.126ff.

^{④⑧} 参见[美]费正清:《伟大的中国革命(1800-1985)》,刘尊棋译,世界知识出版社2000年版,第79-93页。

^{④⑨} See Leonard S. Hsu, “The Chinese Legal System”, 8 *American Bar Association Journal* (1922), p.766.

^{④⑩} 参见[英]阿诺德·汤因比:《历史研究》,刘北成、郭小凌译,上海世纪出版集团2005年版,第358-365页。

彩。在外部空间上,由于中国在法治时间坐标之中始终处于追赶者的地位,^⑤这就决定了中国的法律体系与西方法律体系之间存在“位差”。在倡导我们的法律制度“融入”世界规则的时候,所做的往往是以自己为融贯化的对象,而以对方为融贯化的终端。在这里,丧失了融贯化的“中国”依据,缺位了融贯化的“中国场景”。在这种位差现象的背后,矗立着的是西方以“法治”话语为标志的道德高地。这里涉及的更多可能是理念体系的重构问题。在内部空间上,如前所述,法律体系并非仅仅是国家立法机关颁布的制定法所构成的刚性规则体系,它也包括由判例、教义甚至习惯法组成的制度性部分。尽管中国单一制的立法体系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,它无法确保不同层级(如中央立法者与地方立法者)、不同部门(如行政机关的各个部门)、不同地方(如不同的省)的立法主体所构筑出来的法律规范就能够相互融贯,更加无法确保不同地方的判例、习惯法能够做到价值融贯,尤其是在中国的东部与西部、南部与北部、沿海地区与内陆地区存在着经济-社会发展方面的诸多差异,而特别行政区制度又为政治-法律体系各个部分间的存在提供了合法依据的情况之下。^⑥就体系结构而言,当代中国法律体系的各个部分并未同步走向转型和重构的过程。1978年之后,首先转型的是经济-法律制度,以及与此相配套的刑事法律与程序法律制度;由于政治改革明显滞后于经济改革,政治-法律制度的框架未发生大的变动。

当代中国法律体系的各个因素在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,而不断转型的动态变化,也使得这种融贯化活动在历时和共时两个方面显现出尤其突出的裂痕。前文已述及,融贯性既具有结构的维度,也具有时间的维度。融贯性首先意味着体系各个部分之间结构上的支持与证立关系,这种考量是在缺省了时间维度的空间结构观中进行的,可称为“共时融贯性”。但在某种意义上,赋予融贯性考量以有力的角色,也意味着强调裁判活动的接续性(backward-looking aspect of adjudication),它要求裁判者十分重视对既定做法的坚守。^⑦这意味着法律体系的意义之间在时间上的支持与证立关系,是所谓的“历时融贯性”。中国问题的困难之处在于,当代中国的法律体系既在历时融贯性与共时融贯性各自的层面上存在着裂痕——前者如体现各个历史继受阶段色彩的法律制度间的张力(前现代、现代甚至后现代各个制度成分间的张力),后者如同一套制度内部间由于价值取向不同带来的张力,而且 also 存在着共时融贯性与历时融贯性之间的裂痕。例如,中国改革开放后早期的企业立法是依据企业所有权的类型来进行的,如《全民所有制工业企业法》(1988)、《乡村集体所有制企业条例》(1990)、《城镇集体所有制企业条例》(1991)、《私营企业暂行条例》(1988)、《中外合资经营企业法人法》(1979)、《中外合作经营企业法人法》(1988)、《外资企业法人法》(1986),所有这些法律都是在市场经济政策出台前制定的。尽管它们在1992年后依然有效,但适用范围却受到了极大的限制。^⑧例如在企业纷纷建立现代公司制度的背景下,裁判者

^⑤ 这里可能会遭受到所谓“线性史观”的指责。我要指出的只是,已有的历史过程是问题探讨的实在根基,也是我们挥之不去的话语环境。从清末修律以来的法制现代化历史,或许只是一种历史的“偶在”,中国走上这样一种西方化的法制发展之路,或许也是偶然因素的结果,但是我们毕竟已经走上了这条道路。从中国社会已经展开和继续深入的变革来看,不管我们情愿与否,中国迈向“现代”的步伐正在提速。西方的“现代性”反叛的是西方的古典,中国的变革同样是以反叛自身的传统为前提的。并且这种反叛,对中国而言具有不可选择性和不可逆转性。

^⑥ 例如,2003年香港终审法院审理有关居留权的判决时对基本法第158条第3款进行解释所引发的与全国人大常委会权限的冲突,就是香港继承的英美司法体制与中国司法体制不融贯性的表现。

^⑦ 参见注⑦。

^⑧ See Chen Su, “The Establishment and Development of the Chinese Economic Legal System in The Past Sixty Years”, 23 *Columbia Journal of Asian Law* (2009), p. 128.

就必须用市场经济的背景体系去重新解释这些法律,甚或使它们中的很大一部分丧失实效。这种做法尽管满足了现实的共时融贯性的要求,却可能违背了历时融贯性的要求,因为可能对于同一类案件,在1992年之前与1992年之后会得出不同的裁判结果,尽管制度体系并没有发生变化。相反,如果固守于旧有的法律制度,坚持历时的融贯性,又会造成共时融贯性不足的后果。现在比较通行的做法是牺牲历时融贯性而最大程度地满足共时融贯性。在社会转型的背景下,两者的张力是无法从根本上消弭的,而只可能在一定程度上得到缓和。

缓和这种张力的途径既可以是立法导向式的,也可以是司法导向式的。立法导向式的途径在于修法,即通过消除与变更了的背景体系不相容的制度依据,来瓦解历时融贯性或共时融贯性的问题。^⑤实际上这是我们这些年来采取的主要办法。但是,过于频繁的修法,一方面会损及法律的权威,另一方面可能依然无法满足“现实社会生活关系”的要求。由于融贯化活动主要是裁判者动态活动的结果,所以司法导向式的途径应在当代中国法律体系的融贯化活动中起到更为重要的作用。当然,这是与某些制度性前提本身的完善分不开的。从融贯性的角度看,这些制度性前提构成了针对其他关于一般行动的制度的融贯化机制。我们可以把针对一般性的制度称为“一阶制度”(first order institution),而把针对它们的融贯化的制度称为“二阶制度”(second order institution)。二者合起来构成了法律制度体系。对于当下的中国而言,这些二阶制度至少包括如下三类:

1. 规范性司法解释制度。颁布规范性司法解释,已成为我国司法机关尤其是最高法院的一项重要活动。尽管规范性司法解释制度本身的合法性与正当性本身就是一个问题,但本文在此并不对此加以质疑,要说明的只是这种制度的存在有助于法律体系的融贯化。因为它通过对制定法规范的解释与具体化进行统一,减少了冲突与分歧,^⑥能够促使共时融贯性的形成。

2. 案例指导制度。最高法院在2010年11月通过了建立案例指导制度的规定,成立了相应的工作机构。案例指导制度尽管不同于英美国家的判例制度,但在现实司法政治体制之下,通过最高司法机关来颁布的指导性案例,依然具有重要的融贯性功能。下级法院为了避免法律和政治上的风险,一般情况下会依据最高司法机关颁布的案例理由来裁决类似的案例,从而使这些理由(它们是对法律规范的具体化)起到准据的作用。这一方面通过维系不同下级法院间的判决的一致性而起到了共时融贯性的效果,另一方面使得前后判决保持一致而起到了历时融贯性的效果。

3. 宪法审查制度。历时融贯性与共时融贯性在法律体系之内的最终交汇点,在于国家的根本大法。宪法及其价值秩序,在体系内构成了正当化下位法的终极依据,也是内部融贯性的最终保障。因此,建立完善的宪法审查制度,对于确保法律体系的各个组成部分保持连贯和体系融贯,同时调和融贯性在结构与时间上的矛盾,具有重要意义。尽管我国2010年在全国人大常委会法工委之下成立了一个法规审查备案室,但就其法律地位、运作方式与审查对象等方面而言,都无法承担起融贯性审查的功能。因此,如何在政治体制改革的过程中建立和完善适合当代中国的宪法审查机构与制度,依然是一个重大的问题。

(二) 背景体系与方法体系

上述制度虽然能够在一定程度上解决法律体系融贯性的第一个层次和第二个层次的问题(即使

^⑤ 例如1999年颁布统一合同法来替代之前的《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》,以消除这三部法律中存在的连贯、有时甚至是直接冲突的现象。

^⑥ 如2010年颁布的《人民法院量刑指导意见(试行)》。

在解决第二个层次方面也是不充分的),却无法应对第三个层次,即理念的融贯性。在历时融贯性与共时融贯性张力的背后,其实是一个更大的政治-道德理念体系内部的不融贯。这个政治-道德理念体系,至少具有三种来源:一是西方的政治-道德理念元素,主要体现为西方的自由主义理念与法治话语。该理念是附着于相应的制度设计背后的。随着欧风美雨上百年时间的侵袭,西方的这套理念体系中的相当一部分,已经成为中国社会尤其是知识精英们的“常识”。二是中国传统的政治-道德理念元素,尤其是儒家伦理。该理念元素在当代中国法律体系的某些具有本土特色的部分甚至在政治-法律制度的背后,都发挥着重要作用。即使对于那些移植自西方的制度来说,传统理念体系也依然有着隐性的影响力。制度是文化的产物,中国法律体系的更新是在一种茫然失措与急功近利的心态中匆匆开始,它所关注的是怎样在一个已经改变的环境与正当性语境中承担起整合社会的功用,完成既定的国家-民族目标。而移植自西方的法律制度背后的理念,相对于中国的本土知识而言终究是具有异质性的“他者”,并没有深厚的与生俱来的正当性根基。即使制度被移植过来,在适用的过程中也会出现“橘生淮北”的现象,造成西方制度的“中国诠释”。三是马克思主义的政治-道德理念元素。从1949年之后,马克思主义(及其后来的各种中国化理论形态)就成了我国法律体系的一种背景体系,它尤其通过执政机制和宪法所构筑出的政治正确性,对法律体系的各个部分起着融贯化的作用,特别是在政治-法律制度领域以及弥合政治-法律制度与经济-法律制度的方面,起着无法替代的作用。如果说西方的政治-道德理念元素以“现代性”为表征,中国传统的政治-道德理念元素以“正统性”为标志,而马克思主义的政治-道德理念元素以“正确性”为符号的话,那么如何建构出一个兼具现代性、正统性与正确性的背景体系,就构成了法律体系能够实现理念融贯性的条件。如果没有形成这个相对稳定的背景体系,^⑤那么无论建立多么“完善”的法律制度,都无法从深层上解决法律体系的融贯性问题。

很显然,这样一种艰巨的任务是当代中国的裁判者群体所根本无力承担的。它毋宁需要在执政者的主导下由全体社会成员协力完成。事实上,执政者在这一方面已经显现出了一种话语先行式的自觉。^⑥而在当代中国特色的法律体系“已经基本形成”的宣告之下,构筑这种相对稳定的背景体系显得就尤为迫切。但由“表达”到“行动”依然还有很长一段路要走。

除了构筑背景体系之外,方法体系的形成,对于法律体系的融贯性而言同样不可或缺。方法体系是连接制度体系与理念体系的中介,任何政治-道德理念要想发挥对于法律制度的融贯化作用,皆必须由一定的方法来进行。这套方法包括法律解释的方法、法律续造的方法(类比推理、原则的具体化、目的论限缩、法律拟制等等)。其以前文所说的体系解释与普遍实践解释为典型,但又不限于此。^⑦另外,这些方法之间还需构成一定的优先次序关系,即成为一个体系。这是因为,一方面,融贯性是个诠释问题,不同的解释与续造的方法,可能会实现不同层次和角度的融贯性,而要解决融贯性内部各个层次和角度间的冲突,需要有一定的方法体系;另一方面,方法问题并非是简

^⑤ 这并非说这种背景体系就是一成不变的。即使是政治-道德理念背景来源相对单一的西方法律体系,其具体的某些理念依然会发生变化,但这种变化是一种体系内部的变化,不会危及或推翻体系的基础。我们所试图构筑的,正是这样一种基础牢固但又不乏灵活性的体系,即相对稳定的背景体系。

^⑥ 例如强调政法工作三个效果(法律效果、政治效果、社会效果)的统一,倡导社会主义主流价值观,宣扬社会主义法治理念等等。我在这里并不对这些话语的内容作出实质性评价,而只是说它们是执政者在构筑背景体系方面自觉或不自觉的表征。

^⑦ 对于当代中国而言,或许体系解释中的历史解释尤为值得重视。中国的裁判者之所以缺乏运用历史解释的自觉,当然是与缺乏稳定的背景体系相关的。没有稳定的法律、政治与道德传统,也就谈不上运用先前理解的可能。而在相对稳定的背景体系既成的前提下,历史解释对于历时融贯性的形成具有重要意义,这一点正是中国法律体系所十分缺乏的。

单的技术问题,而是一个宪法问题。^⑥这其中最重要的一点在于,方法体系的安排,直接关系到宪法上各个价值的关系,而宪法价值又涉及体系融贯甚至理念融贯。在此意义上,特定的方法体系本身,或许就构成了特定背景体系的一部分。从这个角度看,中国学界当前的法学方法论研究正逐步成为一门显学,所反映的正是对当代中国法律体系融贯化所作的方法体系层面的努力。^⑦

因此,一个融贯的法律体系理论,是由融贯的制度体系(包括一阶制度和二阶制度)理论、背景体系理论和方法体系理论共同组合而成的。对于目前中国的法律实践而言,所要做的正是从这样三个方面努力建构出一个融贯的当代中国法律体系。

【主要参考文献】

1. 侯学勇:《融贯性的概念分析:与一致性相比较》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第九卷),山东人民出版社2009年版。
2. Leonor Moral Soriano, "A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning: A Model for The European Court of Justice", 16 *Ratio Juris* (2003).
3. Robert Alexy, "Juristische Begründung, System und Kohärenz", in Okko Behrends, Malte Dießelhorst, Ralf Dreier, Hg., *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990.
4. Robert Alexy and Aleksander Peczenik, "The Concept of Coherence and Its Significance for Diskursive Rationality", 3 *Ratio Juris* (1990).
5. Luc J. Wintgens, "Coherence of the Law", 79 *ARSP* (1993).
6. Neil. MacCormick, "Coherence in Legal Justification", in Aleksander Peczenik et al., ed., *The Theory of Legal Science*, Dordrecht: D. Reidel Publishing House, 1984.
7. Robert Alexy, "Coherence and Argumentation: On the Genuine Twin Criterialess Super Criterion", in Aulis Aarnio et al., *On the Coherence Theory of Law*, Lund: Lund University Press, 1998.
8. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 1980.
9. Leonard S. Hsu, "The Chinese Legal System", 8 *American Bar Association Journal* (1922).

(责任编辑: 尤陈俊)

^⑥ 参见[德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第422页。

^⑦ 有论者指出,在当代中国社会主义法律体系已经形成的判断前提之下,尤其应赋予解释论研究以应有的时代使命,参见陈甦:《中国法学由体系前研究到体系后研究的范式转型》,载《法学研究》2011年第5期。