

宪法教义学反思： 一个社会系统理论的视角

李忠夏*

内容提要：在中国社会面临转型的时期，宪法教义学需回答如何回应社会转型的问题，以及如何在宪法教义学的体系内进行价值判断的问题。传统法教义学的目的在于通过概念建构和逻辑方法实现法学的科学性，凯尔森将之限定在法规范的认知体系上，而将价值判断视为法政治。随着时代的变迁，法教义学出现了知识上的转向，被凯尔森视为法政治的价值判断领域扩展成为法教义学的任务之一。在社会功能分化背景下，宪法也承载了双重功能：抵御政治、经济等系统的直接侵入，将系统外的价值引入法律系统并辐射至整个法律领域。由此，宪法教义学需要实现从确定性向可能性的转变，需要整合安定性与后果考量，通过引入宪法变迁理论，建立“宪法变迁—确定规范可能性的边界—作出宪法决定”的工作流程。

关键词：法教义学 宪法教义学 社科法学 宪法学方法论

一、问题的源起：中国宪法教义学的挑战

学界关于法教义学的讨论已有很多。^{〔1〕}在宪法学界，继政治宪法学与规范宪法学之争

* 山东大学法学院副教授。

本文系国家社科基金一般项目“中国宪法学方法论反思”（项目编号13BFX031）与中国法学会法学研究课题“基本权利的社会功能”（项目编号CLS（2014）D017）的阶段性成果。

〔1〕关于法教义学的讨论（部门法的文献无法一一列举），主要可参见焦宝乾：《法教义学的观念及其演变》，《法商研究》2006年第4期；许德风：《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》，《中外法学》2008年第2期；许德风：《法教义学的应用》，《中外法学》2013年第5期；白斌：《论法教义学：源流、特征及其功能》，《环球法律评论》2010年第3期；张翔：《宪法教义学初阶》，《中外法学》2013年第5期；张翔：《形式法治与法教义学》，《法学研究》2012年第6期；李忠夏：《宪法学的教义化——德国国家法学方法论的发展》，《法学家》2009年第5期；杜强强：《法学方法与我国宪法学研究的转型》，《法学研究》2012年第4期；雷磊：《法教义学的基本立场》，《中外法学》2015年第1期；凌斌：《什么是法教义学：一个法哲学追问》，《中外法学》2015年第1期；白斌：《宪法教义学》，北京大学出版社2014年版。

后,〔2〕法教义学与社科法学的论争又粉墨登场。〔3〕与政治宪法学和规范宪法学之间的学术冲突一样,这一论争同样涉及名分之争,虽然各自流派都尚未真正成熟,〔4〕却多多少少体现了转型中国的特定时代问题。可以确定的是,无论何种知识路径都应服务于中国当下现实问题的解决,就此而言,需穿透法教义学乃至宪法教义学之“名”,深入到背后的“实”,也就是宪法教义学所要解决的问题本身。

中国宪法学当前面临的重大问题,是如何规训转型时期的政治决定,以及如何处理社会价值变迁和由此所带来的价值冲突。中国立宪之路一直有“富强为体、宪政为用”的色彩。〔5〕改革以来,这一色彩仍在,但内在却潜移默化地发生变化。改革之后的宪法变迁具有国家推动与社会内在驱动的双重性质:国家通过政策推动改革,激发了社会转型的内在驱动力,反过来又进一步促动了国家政策的改变和改革的进一步发展。在这一模式下,政策起到了重要的助推作用,并与实践中日渐增多的有意识地以宪法文本为基础所构建的政治权力运行模式一起,构成了中国宪法实施的“双轨制”,〔6〕即政治系统的宪法实施与法律系统的宪法实施相并行的模式。然而,“双轨制”更多是一种描述,无法给出规范上的指引,无法解决并行的双轨一旦出现交叉或冲突的情形。当政策推动先于立法或宪法修改时,就会产生宪法文本与宪法(政治)状态之间的不一致,即所谓的“良性违宪”或违宪的“宪法变迁”问题。在中央与地方权限分配、经济制度转型、国企改革等多个领域,都存在着政治先行再修宪的宪法变迁路径。

上述现象反映了改革以来的一个根本性问题,即中国以宪法为基础的法律系统,应如何规训和回应社会环境(法律系统之外的其它社会系统)的转型与变化。改革是一个整体性的制度转型,涉及整个社会的方方面面,可谓一转百转。在计划经济向市场经济、国家管控向个人自治的转型过程中,中国人的思想观念、生活方式和习惯都发生了相当大的变化。经济的发展使得中国的现代化进程加快,城市化的扩张迅速打破了原有的“熟人社会”的格局,习惯与政治并存的乡村治理和社会治理开始接受制定法的渗透。由熟人社会的习惯转向契约社会的实定法约束,是共同体向现代社会过渡的必然。〔7〕在这个过程中,有学者敏锐地看到了中国乡土社会在遭遇现代法治时所表现出来的不适,以及由此形成的习惯法与制定法之间的冲突,〔8〕于是提倡将法学的视野由西方转向本土,这成为社科法学研究

〔2〕关于这场争论的评述,可参见李忠夏:《中国宪法学方法论反思》,《法学研究》2011年第2期。

〔3〕社科法学最早由苏力提出(参见苏力:《也许正在发生:转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第12页以下)。作为与法教义学对立的概念,“社科法学”在中国外延甚广,包含了实证研究、社会学研究、经济学研究甚至神经元法学研究(最近关于“社科法学”系统性的论述,可参见侯猛:《社科法学的跨界格局与实证前景》,《法学》2013年第4期;侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期;陈柏峰:《社科法学及其功用》,《法商研究》2014年第5期等)。

〔4〕关于社科法学与法教义学的关系及各自所存在的问题,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。

〔5〕参见王人博:《宪政的中国语境》,《法学研究》2001年第2期,第146页。

〔6〕参见翟国强:《中国宪法实施的双轨制》,《法学研究》2014年第3期。

〔7〕从共同体向社会的转变,与梅因所提到的从地位走向契约的道路是一致的,社会结构的转型导致了一系列配套制度的变化,具体可参见〔德〕斐迪南·滕尼斯:《共同体与社会——纯粹社会学的基本概念》,林荣远译,商务印书馆1999年版,第32页下。

〔8〕苏力在1996年之后先后写就《法治及其本土资源》和《送法下乡》绝非学术的偶然,而是充满了时代意涵。参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版;苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版。

视野的起点。不仅社会生活方式和思想观念转型剧烈，改革之后，中国迅速成为经济效率至上的国家，国企改革、土地等自然资源的合理利用等等，都需要将经济效率作为重要的考量因素，经济标准不可避免要对全社会产生辐射影响，但同样也应适度对之加以限缩，防止经济标准的无度扩张。在这一背景下，法律系统、尤其是宪法如何置身于社会急剧转型的浪潮中，呼应社会变化的各种要素，就成为法学乃至宪法学必须解决的问题。

在这一社会转型的过程中，需要回答的是：制定法能否适应中国复杂的乡土民情？习惯法/民间法是否应“置换和取代制定法”成为独立的法源？习惯法、与宪法文本不一致的政治惯例、不成文宪法、良性违宪等现象所存在的分歧背后，深刻的根源是“中国问题意识”乃至“本土道路”意识的增长，在很多社科法学者看来，单纯依循规范的逻辑解决不了中国的实际问题。从西方继受来的理念会遇到“水土不服”的问题，而中国一些看似没有规范逻辑、不符合近代法治理念的“土规则”却具有“实效性”，并符合中国的现实逻辑，能够解决中国所特有的问题。基于此，社科法学与法教义学之争就演变为方向之争。前者倾向于将中国乡土和政治实践中存在的“有效”规则认定为“法”，反对西方普世主义。后者则坚持从实证法文本出发，认为法律不能屈就现实，而应规范和评价现实，因此又被冠之以“法条主义”的称号。由于这部分学者每每以西方眼光审视中国法治，从而与社科法学之间构成了中国法学界另外一种形式的“中西之争”。

传统法学仅强调对法律概念的解释似乎是不够的，法律不仅要解决合法性问题，还应从效率等角度回应正确性问题，也就是实质法治的问题。^[9]行政法层面就出现了“行政正确取代行政合法”的“新行政法”趋势，^[10]德国在国家法层面也曾出现过“合法性与正当性”的讨论。对于宪法而言，不仅要解决国家的正当性问题，还需要在社会层面解决价值冲突的问题，需要通过宪法的“价值辐射”功能将社会环境中的变化引入法律系统中，需要适度引入后果考量，实现法律系统对社会系统的“知识和信息的开放性”，同时也将法律系统的决定传递到社会中。随着时代问题的变换，宪法教义学本身需要一次更新换代和认知上的转型，即法学的“社会学启蒙”。^[11]问题在于，宪法应如何回应社会的转型与变迁？宪法教义学能否以及如何教义学体系内引入后果考量，实现学科之间的交叉与科际整合？这种学科交叉的研究应通过何种方式实现“规范上的封闭、知识上的开放”？对上述问题的回答，需要回溯法教义学产生的时代背景与时代变迁情势下法教义学的转向。

二、法教义学的转向与科学性的变迁：法教义学的双重体系

（一）法教义学的前世：法学与科学的汇流

法学方法论之争并不仅是与社会绝缘的纯粹知识之争，不同时代的方法论之争都与特

[9] 行政法中关于实质法治问题的探讨，参见何海波：《实质法治：寻求行政判决的合法性》，法律出版社2009年版；沈岿：《因开放、反思而合法——探索中国公法变迁的规范性基础》，《中国社会科学》2004年第4期；沈岿：《公法变迁与合法性》，法律出版社2010年版；王锡锌：《行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架》，《清华法学》2009年第2期。

[10] 参见黄舒菀：《“行政正确”取代“行政合法”？初探德国行政法革新路线的方法论难题》，《“中研院”法学期刊》第8期；李洪雷：《中国行政法（学）的发展趋势——兼评“新行政法”的兴起》，《行政法学研究》2014年第1期。

[11] 参见泮伟江：《法学的社会学启蒙——社会系统理论对法学的贡献》，《读书》2013年第12期。

定时代的政治问题息息相关。对法教义学的最大质疑，并非表面上所看到的来自对法条主义的质疑，而在于其背后的自由主义、科学主义和现代性技术价值观的背景，这也是今天宪法教义学备受质疑的内在原因。^[12] 法教义学从产生开始便与科学主义的时代背景密切相关。

“教义学是有关教义之科学。”^[13] 一般认为，法教义学最早可追溯至神学教义学。^[14] 神学之教义由来已久，但有关教义的“教义学”却肇始于17世纪。有学者对神学领域的教义学产生的动机进行考证后认定，神学中的教义学也是近代产物，与宗教改革之后对天主教教义的批判和重新诠释有关，受近代科学的兴盛影响至深。^[15] 就此而言，教义学是对“教义”的体系化和科学化加工，这一概念本身就蕴含了科学性。时至今日，对法教义学概念的理解，基本限定在由历史法学所奠定的法学框架之内，也就是凭借科学手段将法稳定化为一个体系。^[16] 就今天而言，则是对“现行法的体系化——科学化加工”，^[17] 其目的在于法律的适用。当德国法学界开始使用 *Rechtswissenschaft* 一词指涉“法学”时，实际上已经进入近代科学主义的范畴和语境，通往科学之路的法学就是法教义学。一言以蔽之，法教义学意味着理解、加工现行法的方法，以及藉由此方法而实现的有关现行法理解的“知识体系”。

19世纪中叶，德国学者讨论的主题之一便是“法学能否成为一门科学”。^[18] 在柯莎克（Koschaker）看来，*Rechtswissenschaft* 一词是德国历史学派的发明。^[19] 德莱叶（Dreier）则认为，这一点并不能得到证实，而且对术语的探究意义不大，“比术语更为古老的是由此所标示的问题”。^[20] 在16世纪时，就出现了有关法学自觉性（作为 *scientia* 还是 *prudentia*）的争论。*scientia* 和 *prudentia* 的区分来自于亚里士多德。前者指的是从存在的原则中导出的有关理解存在的方法论知识，其对象是现象变换中的恒在之物；后者则指向实践智慧，指涉在具体情势下权衡利弊而作出善的选择。亚里士多德将立法、司法和法律建议统统归入

[12] 对“非政治化”和“技术统治”的非难，参见[美]列奥·施特劳斯：《〈政治的概念〉评注》，载[德]迈尔：《隐匿的对话：施米特与施特劳斯》，朱雁冰等译，华夏出版社2008年版，第205页下。

[13] 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.

[14] 不过也有学者考证，法教义学继受神学是一个长期存在的误解：教义学这一概念的意义最先在医学领域得以奠定，之后才过渡至法学，“法律人从医学上采用的经验科学之科学理论中将教义学的概念接收过来”。M. Herberger, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main 1981, S. 5.

[15] F. Hubert (Fn. 13), S. 30ff.

[16] J. Rückert, *Savignys Dogmatik im System*, in: A. Heldrich et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, Bd. II, 2007, S. 1263, 1289ff.

[17] U. Volkman, *Veränderungen der Grundrechtsdogmatik*, JZ 2005, S. 262.

[18] 1847年基尔希曼（Kirchmann）以“论法学（Jurisprudenz）作为科学的无价值性”为题进行了主题演讲，耶林于1868年在维也纳大学的就职演说中演讲的主题是“法学是一门科学么？”参见J. H. v. Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 3. Aufl., Springer Verlag, Berlin 1848；[德]鲁道夫·冯·耶林：《法学是一门科学么？》，李君韬译，法律出版社2010年版。

[19] P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., München und Berlin 1966, S. 210.

[20] R. Dreier, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*, in: ders., *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1981, S. 49.

后者。^[21]然而，亚里士多德对科学的界定开启了法学作为科学的尝试，这一科学之路是自然科学意义上的，并在理性自然法阶段得到彰显，使法学成为哲学意义上的科学，但这一进路在日后却被视为非科学而被排除在法学之外。^[22]

总之，术语的变化与自然科学兴盛的时代关系密切。据学者考证，德国自17世纪才开始有意识地建构“德国的法（科）学”，^[23]这种建构主要目的在于将零散的法律素材通过学术加工成为一个逻辑融贯的体系。拉班德认为，法学之方法，舍逻辑而无它，教义学的任务即在于“建构法律秩序、探究具体的法语句背后更一般的概念，并藉由此概念推导出结论”。^[24]概念法学试图建构一个类似于“自动售货机”一样的概念体系，将所有的现实都纳入概念当中，构成一个逻辑涵摄的概念金字塔。其结果是，投身入自然科学的法学逐渐丢失了其实践哲学的品性。

（二）法教义学的转向：知识体系与价值判断的二重性

在科学主义兴盛之初，自然科学思维大行其道，科学的方法在于逻辑，概念法学受此影响。在人文科学和文化科学作为自然科学的对应概念被提出之后，法学中的科学思维也开始发生变化。如果说自然科学是通过逻辑思维认识世界，那么社会科学就需要通过“理解”、“体验”和“价值”来认识人类活动并指引人类行为。在法学层面，新康德主义的科学观对法学影响至深。

新康德主义学派内部又可区分为马堡学派和西南德意志学派：^[25]前者关注康德知识中的纯粹理性（出自先天原则的认识能力），追求科学知识的先验基础，以保障知识的纯粹性；后者则对价值和有效性理论更感兴趣，因此致力于寻求适当的方法，以探讨处于经验世界和规范世界之间文化现象的有效性和意义结构。凯尔森深受马堡学派的影响，其“纯粹法学”理论的根基便是建立在马堡学派的新康德主义基础之上。^[26]凯尔森的目标在于建构一种纯粹的法理，“纯粹的法理是实证法的理论，是纯粹的实证法而非特殊的法秩序之理论。它是一般性的法理，而非特别的国家法或者国际法规范的解释。……它仅视其对象为理论，尝试回答何者为法以及如何为法的问题，而非回答法应如何或者法应如何被生成的问题。它是法科学，但非法政治”。^[27]对于凯尔森而言，法学的科学性在于建构一个科学的认识体系，这个认识体系并非有关法规范内容的体系，而是关于法规范之形式法语句的体系。在凯尔森看来，只有通过超验的方法连接起来的体系，才是科学的体系，对于社会

[21] 前引 [20]，Dreier 书，第 49 页。

[22] 同上书，第 49 页以下。

[23] R. v. Stinzing/E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung 2, R. Oldenbourg Verlag, München und Leipzig 1884, S. 1.

[24] P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1. Bd. 4. Aufl. S. X.

[25] 二者的共同点似乎只存在于“必须回到康德”这一口号之中。Vgl. W. Kersting, *Neukantianische Rechtsbegründung: Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen, Stammler und Kelsen*, in: R. Alexy/L. H. Meyer/S. L. Paulson/G. Sprenger (Hrsg.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 1. Aufl., 2005, S. 23.

[26] 关于新康德主义对凯尔森的影响，参见张龔：《凯尔森法学思想中的新康德主义探源》，《环球法律评论》2012 年第 2 期。

[27] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl. 1967, Verlag Franz Deuticke Wien, S. 1.

学而言,这一范畴是因果律,对于法学而言,这一范畴则是“归责”。〔28〕法规范都是通过假言判断的方式呈现,通过归责这一范畴,法的前提与法的后果就联系在一起。法学就是通过归责这一范畴将法语句联系在一起的认识体系,透过法语句这一形式,法规范最终结合成为一个层次分明的、体系化的法秩序。〔29〕在凯尔森看来,法规范的内容是什么、应如何被解释并非法学的内容,纯粹的法理解决的是法规范在认知层面如何结合为一个体系,所以法规范的解释属于法政治而非法学。可以说,凯尔森已经洞察到法学体系中存在知识体系与价值判断两种不同的任务,只是他将法学的科学性限缩在知识体系层面。

凯尔森认为,法规范存在各种不确定性,在其框架内存在多种“适用的可能性”,〔30〕因此解释是不可避免的。能够保证得出唯一正确结论的解释方法并不存在,也没有意义,所有的解释方法都只不过得出一种可能的结果,而非唯一正确的结果,不同的解释方法甚至可能得出完全不同的结果,涉及规范冲突时,所谓的利益衡量也不过是空洞形式,无助于解决问题。解释的必要性在于从规范所包含的多种可能性作出决定,以此来确定何种利益具有更高价值,该决定只能通过有权的国家机构作出。〔31〕凯尔森进一步区分了正式解释与非正式解释。所谓正式解释是指能够创设新的法规范的解释,是由相关国家机构作出的具有法律效力的解释,如法院和行政机构在适用法规范过程中所进行的解释,这种解释是一种“政治上的价值判断”。〔32〕法官的“判断”并非语词逻辑意义上的“判断”,而是一种规范的创设,即限于具体个案的规范。〔33〕这种能够产生新规范的解释,并非科学意义上的解释,因为这里涉及法律适用者在“规范可能性”框架中的“意志行为”,所以正式解释无法成为法理论的问题,而只能是法政治上的问题。与此相区别的是非正式解释,即对法律规范的意义进行纯粹认识论的确定,不同于国家机构的正式解释,不涉及法律的创设,这种法科学意义上的解释只能对法律规范所存在的“适用可能性”加以描述,而无法填补所谓的法律漏洞,也无法在多种可能性中做出决定,当然也没有能力得出“唯一正确”的结论。〔34〕在凯尔森眼中,存在着法学意义上的判断与政治上的价值判断的区分,这也符合今天法教义学的双重特性:形式法治与价值判断。凯尔森将价值判断排除在法学之外,认为只有对法规范加以描述的法语句之间关系的探究,才属于科学的范畴,规范的具体适用是法政治的问题,这个过程来自于通过法律程序所保障的“决定”,而不是科学认知。

然而,随着学术的发展,概念法学回避、凯尔森将之排除在法学之外的价值判断领域慢慢扩展成为法学的一个范畴,法学中对科学性的理解也随之发生变化。德莱叶认为,法学除了 *scientia* 的两个维度,即对法官判决进行经验上的描述(法官法实证主义)以及对主观的立法者意志或客观的法律内在意志进行探究(法律实证主义)之外,还应包含第三个

〔28〕在纯粹法理第一版中,凯尔森强调“应然”作为法学的范畴,但在第二版中,则转向以“归责”为范畴建构规范认知体系,其关注的重心也从法规范转向法语句。参见 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1. Aufl., Scientia Verlag Aalen 1994, S. 20ff.; 前引〔27〕, Kelsen 书,第 79 页以下。

〔29〕关于法规范与法语句的关系,参见前引〔27〕, Kelsen 书,第 73 页以下。

〔30〕同上书,第 348 页以下。

〔31〕同上书,第 349 页。

〔32〕同上书,第 353 页。

〔33〕同上书,第 20 页。

〔34〕同上书,第 352 页以下。

维度，即属于 *prudentia* 范畴的法政治维度，也就是法官造法的法律续造维度，^[35] 或者说进行价值判断和价值权衡的维度。这一法学科学性的界定使法学摆脱了自然科学的统治，进入精神科学领域。在伽达默尔看来，自然科学与精神科学的区别不在于方法，而在于认知目标，精神科学的认知目标是对传统进行理解性的为我所用，这种为我所用的过程并非通过现代自然科学的方法论概念场域，而是应该通过回溯到教化、道德上的洞察力和判断力、技巧以及实践智慧等人本主义的典范概念去加以理解。^[36] 在拉伦茨看来，“如果将科学的概念仅仅狭隘地理解为独立于经验之前提的纯粹逻辑和数学，或者说自然科学，……那么法学自然很难被视为真正的科学，正如任何其它的社会科学一样。我认为这种狭隘的科学概念——作为科学特定发展阶段的产物——是不正确的。毋宁说，科学就是每一个理性上可以经受住审查的工作流程，这一流程借助于特定的、依凭对象发展而来的思维方法，试图获得秩序井然的知识。在这个意义上，法学同样是一门科学。”^[37] 法学作为科学，同样可以将认知范围从凯尔森所言的法科学扩展到法律解释、法律续造等涉及价值判断的法政治领域。将价值判断纳入法教义学的范畴，不可避免要面临能否以及如何理性获得价值判断的问题。不进行价值判断的事实描述是不存在的，“没有对于在其中敞露出来的价值生动鲜活的感觉，是不可能描述和阐明在文化上重要的事实的”，^[38] 法学也同样如此。法学中对价值判断的探寻，基本存在两条路径：一是新康德主义西南德意志学派的“价值关涉”路径，二是从生活现实和精神塑成过程中发掘价值的现实科学和精神科学路径。前者属于理性的范畴，坚持事实与价值二分的“方法论二元主义”；后者则属于智性范畴，认为事实与价值（规范）是融合的，无法截然分开。阿图尔·考夫曼认为，价值判断的获取方式导致了形式理性与实体理性的分野。^[39]

新康德主义西南德意志学派将法视为文化现象之一，是连结“实然”与“应然”的纽带。拉德布鲁赫认为，“法是具有实现法理念（正义）之意义的现实”，^[40] 是形式化的抽象价值在具体经验中的实现。这也在价值与事实的二元对立之间融入了法这一维度，构成了价值—法（文化）—现实的三元论，不过却并未脱离“方法论二元主义”的范畴。^[41] 法学既不纯粹探讨价值（法哲学的任务）也不纯粹探讨事实（社会学的任务），而是探讨与价值关涉的现实。法作为价值与现实的结合使其摆脱了自然法的普世性，从而具有了时代性和本土性，使其扎根于特定的生活基础和文化根基。通过价值关涉，也可以解决抽象的法律概念如何适用到具体事实之上这一根本性的难题。拉斯克（Lask）主张，在这一过程中需

[35] 前引 [20]，Dreier 书，第 55 页以下。

[36] 同上书，第 58 页；H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*. Bd. I: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 6. Aufl., J. C. B. Mohr 1990, S. 9ff.

[37] K. Larenz, *über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1966, S. 11.

[38] 转引自 [德] 弗里德里希·梅尼克：《历史主义的兴起》，陆月宏译，译林出版社 2010 年版，“德文版导言”，第 23 页。

[39] A. Kaufmann, *Die Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 2. Aufl., Heidelberg 1992, S. 16ff.

[40] G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 1932, in: ders., *Gesamtausgabe*, Bd. 2, A. Kaufmann (Hrsg.), Heidelberg 1993, S. 227, S. 255.

[41] 同上引 Radbruch 书，第 251 页。

融入“目的论”的考量，^[42]从而通过“目的论上的转换”^[43]将生活事实纳入法律规范的概念谱系中并赋予其价值意涵。在这个基础上，拉德布鲁赫提出了法学对法律素材的“双重加工”：一是“范畴式”（或“形式上的”）的，“将法描述为法律概念及其中所包含的法律范畴的实现”；二是“目的论式”的，“将法视为实现法理念的尝试”。^[44]除了形式逻辑之外，还存在着目的论的逻辑。由法学的双重属性出发，拉德布鲁赫导出法学的四个阶段：生活之侧面的把握；于法律而言重要之事实的分离；纳入具体法规范之下；转入或定向于作为最高法价值的法理念。然而，这一“目的论”方法以及正义观念（法理念）的引入不可避免要危及方法论二元主义的基本立场，造成价值与现实的融合而非二元并立，在拉伦茨看来，“拉德布鲁赫事实上已经跨越了二元主义”。^[45]埃里希·考夫曼认为，新康德主义的时代已经过去，新康德主义试图通过建构一个超越现实的绝对价值王国的努力是失败的，因为其“隐藏在一个认识论——形式的理性主义之中”，并未“在经验实证主义的对面冒险提出任何积极的形而上学”。^[46]一言蔽之，新康德主义通过形式主义的理性建构并不能真正解决实质的价值判断问题。法学不满意新康德主义的理性建构，转向探讨时代的政治决断和不断流动、不断生成的价值整合进程，从而试图为公意找到实在的载体，却容易造成法学本身独立性的迷失，进而导致以公意取代规范以及“法律不法”的极端情形。

（三）法教义学转向背景下国家法实证主义的新问题

随着时代的变迁，一个时代所面临的政治问题也随之发生变化，传统的法实证主义所需回应和解决的政治问题已成为过去式。在国家法领域，新的政治形势需要新的国家法思维和法学理论。德国国家法上的实证主义得以发扬的主要原因在于时代的需求，1871年的德意志第二帝国处于君主制与民主制之间，意识形态的竞争异常激烈，为了保障法秩序乃至整个国家的稳定，就需要在国家法层面排除来自历史、哲学、政治等因素的过度介入。维亚克指出，法学实证主义本身就包含了一个价值判断的原则以及社会伦理和政治方面的决定，也就是让实证法成为正义的替代品，在司法决定中排除社会、经济方面的利益冲突。^[47]学界通常将法学实证主义与法律实证主义等同视之，维亚克认为这二者之间的差别显然被低估了。^[48]从法学实证主义向法律实证主义的过渡，一方面是法典编纂的后果，另一方面则是学术让位于立法的后果。^[49]

实际上，法学区分两种体系的做法其来有自。在法实证主义时期，一直存在着学术概

[42] 这里需解决的问题是，“目的论”的考量是不是将利益等事实成分作为法律判断的来源，“正如拉班德所敏锐强调的，是否目的存在于教义性法律概念的‘彼岸’，并因此只能落入社会理论的范围，或者是否这里涉及到元法律的一社会的要素植入到法律的概念形成之中”。Vgl. E. Lask, Rechtsphilosophie, in: ders., Fichtes Idealismus und die Geschichte. Kleine Schriften, Dietrich Scheghmann Reprintverlag, Jena 2002 S. 270ff.

[43] 前引[40]，Radbruch书，第353页以下。

[44] 同上书，第352页。

[45] 拉伦茨认为Radbruch实现了从“形式的价值哲学到‘实质’价值哲学的过渡”。Vgl. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer Verlag 1991, S. 98, 100.

[46] E. Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehung zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft, Tübingen 1921, S. 98.

[47] F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1996, S. 439f.

[48] 同上书，第439页以下。

[49] 同上书，第458页以下。

念体系和实证法概念体系，在法典编纂之前，法学实证主义占据主流，其目的在于通过学术的中立性对抗政治的影响，并将散乱的法律素材统合到一个逻辑严密的学术体系之下。^[50]即使德国的国家法从法学实证主义过渡到法律实证主义之后，学术的概念体系依然存在，作为实证法概念体系的依托。^[51]然而，实证法的编纂使得立法层面的学术影响逐渐减弱。而且，尽管“学术体系与法学概念”等法学实证主义的信念仍然影响至19世纪末，这一过渡期可以称为“学术化的法律实证主义”，^[52]但法律实证化之后，这一传统却并未做好用学术抵抗政治意志和不负责任的立法的准备，法学学术化（包括立法、司法受学术体系的影响）的趋势逐渐被立法机关代表的“共同意志”所取代，先定的法律原则和概念体系让位于不断生成的立法者意志及其背后的人民意志和民族精神，立法和法律适用不再由学术化的法律体系加以规训，而是服膺于政治判断，学术让位于政治成为必然。这一范式转变也与时代转型密切相关。在君民共治的状态逐渐向议会民主制倾斜之后，通过学术抵御政治的必要性已经不复存在，取而代之的是人们对民主的绝对信任，通过概念建构所保障的科学性被民主的正当性热情所取代。人们开始探讨什么是“人民的意志”，而传统的法学实证主义则逐渐被贴上僵化、保守、反现实的标签。

在这一范式转换的背景下，法学的重心开始转向，从学术化的概念和体系延伸至法学外的价值体系，在国家法层面甚至导向了对宪法正当性基础的追问。法学在追逐价值判断的道路上，尾随哲学等社会科学的步伐，亦步亦趋，终于超出了法学的范围。在实证法之外寻找实体价值作为法律中价值判断的基础，削弱了法学的独立性，使法学过于依赖非法学的价值、伦理、社会学、经济学等方面的知识和建构。法学中关于寻求客观、理性之价值判断的努力从未消失，交往商谈理论、法律论证理论等德国二战之后“重建规范性”的尝试都有志于此。美国近年来所兴起的法经济学、神经元法学，不仅试图通过一种科学的模型描述某种法律现象，更希望通过一种类似于自然科学的方式获得法学中客观、科学的价值判断。^[53]

在探寻价值判断的道路上，上述理论不仅试图为个案的价值判断提供依据，还试图为整个法律体系寻找正当性基础。在合法性对抗正当性的博弈中，合法性最终让位于正当性，并导致了法学自主性的流失，这尤其体现在上世纪20年代魏玛时期的宪法和国家法领域。在法学领域，强调精神生成和法的精神的新黑格尔主义开始占据主流。^[54]在国家法学领域，以斯门德（Smend）为代表的国家法学者接受了精神科学的熏陶，强调“精神的价值规律性”以及不断生成的价值整合，使宪法从属和服务于从自我到整体的价值之生成，从属于具有历史性的时代精神。事实上，魏玛时期的国家法领域，除凯尔森之外，诸如施米特

[50] 前引 [47]，Wieacker 书，第 430 页以下。

[51] “拉班德的法律实证主义很大程度复制了格贝尔的法学实证主义”，参见 W. Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert, J. C. B. Mohr, Tübingen 1993, S. 187.

[52] 前引 [47]，Wieacker 书，第 460 页。

[53] 关于认知神经科学，可参见李学尧等：《认知流畅度对司法裁判的影响》，《中国社会科学》2014 年第 5 期；郭春镇：《法律和认知神经科学：法学研究的新动向》，《环球法律评论》2014 年第 6 期。

[54] 考夫曼认为，“由于显而易见的理由（权威的国家理论），新黑格尔主义卷入到纳粹的厄运当中，因此今日对‘具体秩序思维’以及‘具体—般概念’的探寻不再令人信服，尽管其中掩盖了某些睿智之处。” See A. Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997, S. 36.

(Schmitt)、斯门德、黑勒(Heller)等人都在宪法文本之外寻找国家的正当性基础。君主制向民主制的转型,使法律实证主义的思维与议会至上的观念联系在一起,法律系统与政治系统直接绑定在一起。对议会民主政治的怀疑,同样也导向了对实证法的批评,为实证法寻找基础的正当性理论在魏玛时期的勃兴也就不足为奇了。

法律实证主义本为抵御政治,却成为议会民主政治的附庸。学界流行的正当性理论,本为了反对国家法实证主义的“空洞化”,为立法提供正当性基础,但在纳粹时期,尊崇“公意”、“人民主权”、“时代精神”的正当性理论却反而为某些恶法(如排犹法案)提供了理论支持。^[55] 实践中,对民主正当性的狂热通过议会立法得以释放,议会不再成为公共的、理性的讨论平台,^[56] 而成为政治意志的平台,人民意志吞噬了议会民主和法治国原则。法律实证主义在魏玛共和国时期的失败意味着正当性对合法性的胜利,其背后深层的政治动因,则是自由主义和多元主义的政治哲学、现代性的“技术世界观”在魏玛时期的全面失败。魏玛时期国家法领域的正当性探讨,是对现代性危机的一次全面回应,^[57] 是实体化的民族精神、政治决断和政治意志的胜利。由此可见,无论是法律实证主义还是与之针锋相对的正当性或正确性理论,都会导致法律本身和法学的危机。

三、社会变迁中宪法教义学的功能定位

(一) 宪法的双重功能:法律系统封闭与开放的控制阀

今天,法学处于法律实证主义与正当性(正确性)理论的夹缝之间徘徊不定。某种意义上,绝对的法律实证主义和外部正当性理论对于法律系统自主性的破坏具有共同性,即造成政治对法律的直接冲击,前者在于防御性不足,后者则具有直接的破坏性。

实证法的产生是时代的产物。随着世界的“祛魅”,“上帝死亡”之后世界陷入价值的“诸神冲突”之中,多元主义成为不可逆转的现实,进而导致了社会秩序的“去中心化”。实证法的应运而生是整个世界持续“祛魅”的后果,理性自然法则、政治决断论、经济决定论都试图取代上帝的位置,但均无功而返。价值判断领域虽然存在理性主义进路的延续,但实证法体系之内的“祛魅”在所难免。实证法从宗教、理性自然法的体系中脱离出来,变成无根之木,也使实证法丢失了其正义或者真理性的内容,实证法的功能首先不是为了实现正义,而是在价值多元主义的前提下实现法的安定性,或者说形成“行为预期的一般化和稳定化”。^[58] 这也意味着法学从确定性(理性自然法和概念法学)的幻境中摆脱出来,面向不确定、复杂和充满偶然性的社会现实,并在不确定的社会中形成稳定化的规范预期,实现法的安定性,这也是法律系统得以分出并自主运行的社会原因,即“不确定社会中的

[55] 比如施米特经历了正当性理论的数次变迁,最终将正当性建立在种族基础之上。Vgl. H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 4. Aufl., Duncker und Humblot, Berlin 2002, S. 168ff.

[56] C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 7. Aufl., Duncker & Humblot Berlin 1991, S. 8ff.

[57] 在施特劳斯看来,现代性的危机源自于社会各领域普遍出现的技术化与中立化的趋势,也就是海德格尔所关注的现代科学和认识论所导致的“技术世界观”的全面宰制。参见甘阳:《政治哲人施特劳斯:古典保守主义政治哲学的兴起》,载[美]列奥·施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,三联书店2003年版,第72页。

[58] N. Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, Opladen, S. 40ff.

安定性保障”。

一方面，实证法需要独立于道德、政治、经济等领域承担独立的功能，建立自身运行的标准；另一方面，社会在变迁，实证法不能游离于社会之外而生存于真空之中，法律领域的价值判断无法通过法规范本身的演绎而自足，需要借助于其它领域的知识。时至今日，关于法律与道德、经济、政治之间关系的争论仍经久不衰。然而，政治、经济、法律、宗教、道德等领域都承担各自特定的功能，既无法相互隔绝又无法相互决定，只能形成一种结构性的相互依存，但各自又独立运行。现代社会并不是一个价值统合或者说存在先定的统一价值前提的社会，而是社会逐渐分化出各种不同的功能，由不同的社会子系统承担，这一过程就是社会系统功能分化的过程。^[59]

在法律系统与其它社会系统保持界分并适度保持对社会系统变化的回应方面，宪法具有不可取代的作用。在法律系统内部，实证的宪法规范成为“超越法律之法”，通过宪法，法律系统能够抵御议会政治的直接渗透。在法律系统外部，社会系统的变化可以通过宪法传递到法律系统内部。宪法成为一个沟通法律系统与环境的“中转站”和“控制阀”。在法律系统中，由于宪法在整个法律体系中处于金字塔尖的位置，外部环境中的重要变化都是通过宪法对整个法律体系产生影响，宪法学中引入“价值”这种包容性很强的概念，也是为了将外部环境的变化转换到法律系统之内。简言之，宪法的功能在于，价值的输入（与外部环境的关系）以及价值的辐射（法律体系内部的统一性）。

（二）法教义学的功能变迁：从确定性至可能性

宪法需追溯至价值，但又不意味着要建构一元化的价值观或政治观。现代社会的价值多元意味着不可能建构一个逻辑层次分明、位阶秩序井然的价值体系，社会并不会按照一个预先设定的结构、路径发展，也不会根据一个奠基性的价值准则演绎出一整套的规则体系。社会的发展不是线性的，而是充满了复杂性和不确定性，在其中，每一个行动、每一个决定都包含了多重可能性，每一个选择都具有偶然性，都会影响社会的走向。从这一前提出发，想要通过发掘价值根基的做法来保证法律决定的“唯一正确性”，就不是法教义学的任务，也是不可能实现的任务。法教义学应该置身这种不确定性之中，合理安排多重的规范解释可能性，安排规范与事实之间的双重可变性，^[60]“提高可承受的不确定性”。^[61]在法律系统中，几乎每一个法律决定都面临着多种选择的可能性，其文本中并不总是包含一个固定的、唯一正确的含义，宪法文本尤其如此。

尽管法律系统总是存在着多重选择的可能性，但在遇到法律争议时，法律系统必须在多重可能性中作出选择。法律系统中的决定每时每刻都面临着双重可变性：规范程式与决定的双重变量。^[62]一方面，法律规范的适用前提与适用范围可以通过法教义学以抽象的、类型化的方式得以确定，这一过程确定了规范意义的辐射半径，确定了“可能性”的范围，这一规范解释的过程存在着偶然性。另一方面，在作出具体决定的过程中，在规范程式所

[59] 前引〔58〕，Luhmann书，第132页以下。

[60] N. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Verlag W. Kohlhammer GmbH, 1974, S. 15 ff.

[61] 同上书，第16页。

[62] 同上书，第17页。穆勒也提到了规范程式、规范范围与决定规范之间的区别，参见 F. Müller/R. Christensen, Juristische Methodik. Bd 1: Grundlage des öffentlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S. 196 ff.

确定的可能性范围内,在可能性转变为现实性的过程中,又存在择其一而决的偶然性。

对于法教义学而言,其首要功能在于限制这双重偶然性的任意性。传统的法教义学以逻辑确定性为主要任务,其概念形成以三段论式的“逻辑涵摄”为主。今天,法教义学的概念形成则要保证一个更高层次的抽象性,将规范可能性所及之处都涵括进来,法教义学的任务就是确定规范可能性的边界,也就是前文所提到的被凯尔森视为法政治的法律解释工作。法律系统中的决定存在着偶然性并不意味着任意性,为了实现法律系统所承担的“稳定化规范性预期”的功能,法教义学的功能之一就在于“一致性控制”,也就是将相关法律决定形成判例,并使之具有拘束力,确保“同等者同等对待,不同者不同对待”这一平等原则的实现,即“同案同判”,多元主义语境下法律系统中的正义只能是形式化的平等要求,而不能是任何实质的价值。^[63]所以,在今天的社会情势下,法教义学的任务不在于发现唯一正解,也不在于建构确定性的规范解释方案,而在于保证概念形成中的抽象程度,将可能性涵括进来,并在可能性的范畴内进行关系定位,即从不同的可能性之前提出发得出相应的法律后果。

(三) 宪法教义学的功能定位:整合安定性与后果考量

在法教义学转向的背景下,知识体系与价值判断的二重性可以导引出宪法教义学在现代社会的功能定位。知识体系的建构是为了维持法律的安定性和前后一贯性,价值判断则是为了使法学更好地适应社会的转型与变迁。宪法教义学的双重任务也与宪法的双重功能遥相呼应。

由于宪法的功能之一在于将社会中的“价值”通过宪法转换到法律系统中,从而成为沟通法律系统和社会其它系统(环境)的桥梁,这一转换过程就在时间层面上产生了两种不同的视域:过去与未来。传统的法教义学主要服务于法的安定性,对进入法律系统的法律争议进行规制,其视野着眼于过去,为法律决定提供一个标准化的规则并进行归类,其目的在于通过规则/例外的模式保证法的安定性和前后一贯性。然而,随着时代变迁,法学内部也经历了视域上的变迁。法律决定的作出不再仅仅根据既有的概念对进入系统的争议进行裁判,也以未来或许会发生的社会后果作为法律决定的依据。利益法学、社会学法学、目的论解释方法等概莫能外,均体现了这种视域的变迁。这种定位于未来的视域,是为了在未来达成某种后果而定位今天的行动,也就是通过引入“后果考量”进行价值判断。法学在这两个层面的重心倾斜,意味着法学选择了不同的知识结构和方法基础。后果考量的引入改变了法律论证的结构,其意义在于能够在现行法律的框架内,寻找最优、最富效率的方式和途径。社科法学所念兹在兹的“后果考量”,本质上是法律决定中视域变化的后果。

传统宪法学在解释方法层面已经开始引入后果考量,^[64]然而问题在于,“后果是否有能力作为区分法与非法的标准”,^[65]支撑起整个法教义学体系并实现法律系统的社会功能。

后果定向意味着在每一个法律案件中都要进行后果的审查,没有任何两个案件在细节方面是完全相同的,每一个案件都是崭新的。如果每一个案件都需要对法律决定的后果进

[63] 参见前引[60],Luhmann书,第20页以下,第28页以下。

[64] 参见刘飞:《宪法解释的规则综合模式与结果取向——以德国联邦宪法法院为中心的宪法解释方法考察》,《中国法学》2011年第2期。

[65] 前引[60],Luhmann书,第31页。

行审查、利益权衡，那么不仅会提高法律决定的成本，还会导致所有的法律决定都要针对案件事实进行重新博弈，从而失去法律系统所承担的“稳定化规范性预期”的功能，对法律系统中的“一致性控制”和“正义诉求”（基于平等原则的同案同判）也会产生颠覆性的冲击。后果定向的本质仍然在于人们总是希望获得一种关于未来的确定性知识。然而，后果本身始终存在着难以科学测定的问题，^[66]对后果的评价同样也存在惟效率至上的功利主义与考量公平的福利主义之间的争论。^[67]必须要看到的是，“我们在现在所体验的未来”与“未来的现在”是不同的。^[68]我们在现在所看到的未来并非就是真正的未来，未来充满了不确定性和开放性。法教义学的任务不在于通过确定性的概念规定未来或通过对未来的确定性认知来规定现在，而是应充分正视未来的不确定性。

为了既维系法律系统的封闭性又保持法律系统不至于完全与社会脱节，就需要建构“与社会相适的法律概念”。所谓“与社会相适”，并不是指社会概念的完全镜像，而是使之具有一定的抽象度，从而维持对社会中的变化进行回应的能力。法教义学因此面临双重任务：确定法律上的可能性范围，在可能性范围之内进行选择、作出决定。宪法作为法律系统封闭与开放的“控制阀”，涉及实证法体系与外部社会环境的关系，涉及可变之环境与可变之系统的关系定位。法律系统需要随环境的改变而通过自身的决定和程序加以修正，或对相关法律决定可能对环境产生的影响作出预测（后果考量）从而作出选择。宪法教义学需要对这二者加以整合，通过“与社会相适的概念”保障“可能性的条件”，使宪法决定能够同时整合过去与未来、输入与输出的双重视域，作出社会所需要的宪法决定。在这一背景下，宪法教义学的任务在于：（1）确定宪法概念的“可能性之边界”；（2）论证最优之决定；（3）一致性控制，保障宪法决定的一致性以及宪法体系的融贯性。

宪法因涉及对立法的审查，势必要对立法决定的后果进行评估。相应地，宪法教义学要同时满足安定性（过去）与后果考量（未来）的需求，在一个基础性结构之下实现从过去到未来的视域转换，这一基础性结构依照其抽象程度、特殊方向及内容与相应社会系统的重要结构相适，^[69]使宪法能够一方面满足宪法决定的前后一贯性，又能随社会环境的变化而发生相应改变，一定程度上考量宪法决定的后果，作出最优的决定。宪法教义学既不能以社会控制为定向完全走向后果决定论，又不能完全不顾社会环境的变化以及宪法决定所产生的后果而维持规范解释的僵化。由此，就需要引入“宪法变迁”作为宪法规范解释的“基础性结构”，使宪法能够在各种不同的视角下进行综合考量，并确定可能性的边界，然后从中选择出最优的决定，构成完整的合宪/违宪判断。将“最优化”戒律纳入“合宪/违宪”的判断中，^[70]就需认真审慎地对待宪法决定的社会后果，根据社会环境的变化作出

[66] “现有的科学研究、经验实证研究和心理学上的研究都无法对终身自由刑的后果给出一个确定性的评估。”关于“终身自由刑案”，可参见张翔主编：《德国宪法案例选释》（第1辑·基本权利总论），法律出版社2012年版，第194页。

[67] 参见[印]阿玛蒂亚·森：《后果评价与实践理性》，应奇译，东方出版社2006年版，第399页及以下。

[68] N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp 1995, S. 47.

[69] 同上书，第59页。

[70] 在某些部门法领域，也出现了将“最优化戒律”纳入合法/非法判断中的情况，并导致了该部门法方法论的转变，如行政法就出现了“跨学科”的“新行政法趋势”。Vgl. W. Hoffmann-Riem, Tendenzen in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: DÖV 1997; A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Verlag C. H. Beck München 2012, S. 21.

符合“事物之本质”的最优判断，进行价值和原则之间的权衡。

（四）宪法教义学反思：以宪法变迁为定向的宪法教义学建构

学界在讨论宪法变迁时，通常将之视为宪法解释的结果。^[71]本文则尝试将宪法变迁视为宪法解释的基础，建立起宪法变迁与宪法解释之间互为因果、交互影响的关系，解决转型中国社会发展（改革）与恪守宪法（法治）之间的紧张关系，以及自20世纪90年代以来就困扰学界的“良性违宪”难题。通过宪法解释的宪法变迁，意义在于通过宪法解释观察宪法本文内涵前后的变化；通过宪法变迁约束宪法解释，意义在于将具体个案中的宪法解释和宪法决定限定在一个与社会结构相适、符合事物本质的宪法框架当中。然而，二者之间却存在一个具体与抽象、个体与整体的解释学上的循环，这是一个“鸡生蛋、蛋生鸡”式的循环，如何打破这一循环，也是宪法教义学领域的一个难题。

目前对宪法变迁的研究通常从广义和狭义两方面理解。广义的宪法变迁，包含文本上的宪法修改和文本不变情况下规范内涵通过宪法解释而产生的变化；狭义的宪法变迁则仅指后者。还有一种我国学者较少关注的宪法变迁，即宪法文本缺乏实效性的情况下，于实践中异化出一套行之有效的规则，这就造成了宪法文本与宪法状态的不一致。这种情况在宪法文本尚不成熟、宪法实施尚不完善的时代中会频繁出现，如德国在19世纪下半叶刚刚启动立宪之时，拉班德和耶利内克都注意到这种意义上的宪法变迁。^[72]徐道邻也将政治实践明显违反宪法、权力消极不行使都归入宪法变迁之列。^[73]进入基本法时期，宪法体制趋于稳定，黑塞对宪法变迁的界限进行了界定，认为宪法变迁不能突破宪法文本的界限，从而将宪法变迁仅限定在文本未变而通过解释使其规范涵义发生变化的情况，^[74]与宪法文本明显冲突的政治实践则被归为违宪。从宪法作为政治系统与法律系统的“结构耦合”角度出发，^[75]可区分政治系统的宪法变迁与法律系统的宪法变迁：经过法律系统的程序和机制（如宪法修改、立法、宪法解释）转换的政治实践，也就是被规范化了的政治实践，可以称之为“法律系统的宪法变迁”；未经法律系统过滤和转换，以单纯政治实践面目出现的宪法状态则可以称之为“政治系统的宪法变迁”，由于其效力待定，可以是违宪的宪法状态，也可以是合宪的宪法状态，因而又称“通过政治事实的宪法变迁”。^[76]政治系统的宪法变迁与法律系统的宪法变迁是交互影响的，前者可以成为立法修改和宪法解释的推动力和前提，但也需后者才能具有法律上的规范力。

[71] 王锴在最近一篇文章中仍持此种看法，参见王锴：《德国宪法变迁理论的演进》，《环球法律评论》2015年第3期。

[72] “在一国现实的宪法状态与宪法文件中所规定的规则之间经常存在着巨大的差异，以至于现实的宪法状态可以发生巨大的扭转，但却并不需对宪法律的语词进行哪怕是一丁点儿的修改。”W. Pauly, *Verfassungswandel und normative Kraft des Faktischen*, in: G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, W. Pauly (Hrsg.), 1996, S. XII.

[73] Dau-Lin, Hsü, *Die Verfassungswandlung*, 1932 Berlin, S. 19ff.

[74] K. Hesse, *Grenzen der Verfassungswandlung*, in: P. Häberle u. A. Hollerbach (Hrsg.), *Konrad Hesse Ausgewählte Schriften*, 1984, S. 40ff.

[75] 参见李忠夏：《基本权利的社会功能》，《法学家》2014年第5期，第26页以下。

[76] E.-W. Böckenförde, *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel*, in: ders., *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1999, S. 143f.

宪法变迁可以成为规范与事实的结合点，是一种以“事物之本质”^[77]为取向的宪法解释的分析框架，对宪法文本的解释不能仅从静止、不变的角度进行，而应从动态角度结合现实的变动加以诠释。按照卢曼的说法，宪法变迁是一个“基础性结构”，保证整个宪法体系能够与社会结构相适应。根据伽达默尔的理论，宪法变迁是一个前见或者前结构，能够体现过去与当下、文本与现实的双重视域，实现一种“视域融合”，让制定于过去的文本在当代的语境下重新焕发生命。^[78]这一点对于宪法而言尤其具有意义，因为社会转型、社会结构和社会观念的变迁首先会通过宪法渗入法律体系。

就中国宪法而言，宪法变迁的意义更为重要。中国自建国以来经历了革命——改革——法治的叙事变迁，宪法经过三次全面修改，至1982年宪法实现了对1954年宪法的继承和扬弃。在社会转型的背景下，1982年宪法也经历了四次修改以及诸多政治实践的变化（如价格双轨制、分税制等），时至今日也实现了一种“革命性”的变迁。在这一脉络下，对宪法具体条款的解释如果不能掌握中国宪法变迁的脉络，则无法作出一个“与社会相适”的宪法解释。比如，对于“社会主义公共财产”和“国家所有”、“集体所有制”的解读，如果仅局限于文义、目的或制宪原意，则无法把握宪法变迁背景下这些概念内涵的变化。^[79]

如果将宪法变迁视为宪法解释的基点，那么首先面临的难题是，应如何认识宪法变迁。如果要通过宪法变迁来界定宪法解释，那么对于宪法变迁的理解就要超越宪法解释。对宪法变迁的把握，本质上会落入诠释学的传统，因为这涉及人类的“理解”活动，是对宪法文本意义的理解，立基于文本而又超越文本，需考量文本、历史与现实等多重要素。中国改革开放后的社会转型是一转百转的制度转型，这一转型并不能仅仅通过宪法文本的修改即告实现，而必须实现与之相关的政治观念、配套制度、生活方式、社会价值等方面的转型才能宣告完成。对于中国的宪法变迁，需深入至国家和社会内部，考察在文本修改之外，国家推动的意志^[80]与社会转型（以市场为主导）的内在动力机制^[81]对宪法变迁的影响：从政治实践中透视国家的意志，从社会内部观察社会结构的变化趋势，考察传统在今天社会的影响以及不断更新的社会观念等。如此，才能较为准确地把握改革开放以来中国宪法变迁的方向与逻辑，形成一种有关宪法变迁的宪法理论建构，并最终回溯到文本中，剥离出宪法文本在当下的意义。这一理解活动，是个体与整体、文本与结构、自我与社会（时代）精神不断循环的过程。

[77] 关于“事物之本质”，可参见 A. Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”-Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2. Aufl. 1982; 前引 [2], 李忠夏文。

[78] 关于伽达默尔的“前见”（Vorurteil）在诠释学中的意义，可参见前引 [36], Gadamer 书，第 270 页以下；关于“时间间隔（Zeitenabstand）”在诠释学中的意义，可参见该书第 296 页以下。

[79] 关于从宪法变迁角度对这些宪法概念进行重新阐释的努力，可参见李忠夏：《农村土地流转的合宪性分析》，《中国法学》2015 年第 4 期；李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，《清华法学》2015 年第 5 期。

[80] 中国自近代以来的立宪运动是“救亡优于启蒙”（李泽厚）的后果，带有很深的国家主义和高度政治性的烙印。参见李忠夏：《从制宪权透视新中国宪法的发展》，《中外法学》2014 年第 3 期。费正清等也提出了“挑战——回应”的国家主义变革模式，参见 [美] 费正清、赖肖尔主编：《中国：传统与变革》，陈仲丹等译，江苏人民出版社 2012 年版。

[81] 1978 年之后，国家层面推动的改革导致了社会内在结构的变迁，并成为中国进一步改革的内在推动力。对于这种变革的“内部视角”，可参见梁治平：《法治：社会转型时期的制度建构》，载梁治平主编：《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 84 页以下。

通过对宪法变迁的观察,分离出今天中国社会现实基础上宪法规范的意义,从而为宪法概念的形成确定可能性之边界,并从宪法概念的可能性边界内通过相应的宪法机制作出选择,以期实现最优的宪法决定。这一过程包括宪法变迁——宪法概念之形成——宪法决定三重工作,但这一过程并非线性的,而是存在交互影响。宪法教义学体系也由此形成一个宪法变迁——确定宪法概念的可能性边界——宪法决定的工作流程。其中,对“可能性边界”的确定是融规范性与描述性为一体的,或者说是“多种规范可能性”的一种知识上的描述,可以纳入凯尔森的法科学体系中。与凯尔森不同的是,这种描述并非仅仅是对立法机构、司法机构等有权机构所进行的宪法解释的一种描述,而是对文本本身所包含的可能性的一种描述,是对宪法规范本身所包含的价值判断的多重可能性进行的描述。另一方面,宪法决定则涉及价值判断的作出,属于法政治之领域。

四、中国宪法教义学的时代回应：方法综合与交叉学科的可能性

传统宪法教义学主要定位于三方面的工作：法律概念的逻辑建构，法律体系的形成，以及将案件事实涵摄至法律概念之下的法律适用和司法裁判工作。阿列克西因此将法教义学的工作总结为经验（现行实证法和相关司法裁判的描述）、分析（概念加工和法律体系的形成）与规范（法律适用）这三重维度。^[82]在传统法教义学所建构的工作流程中，并不存在偶因性，然而在社会系统功能分化的背景下，法教义学的工作也相应发生调整，具体到宪法教义学，则是通过宪法变迁来界定宪法文本“意义理解之可能性的各种条件”，^[83]在多种可能性之间选择最为适当的宪法决定。这一转变也促成了宪法学方法论的转型，并有助于解决目前在法学方法论讨论中所存在的几点争议和困惑：是否存在独特的、专属的法教义学方法？事实与规范的方法论二元主义是否仍然适用？“价值判断”难题如何解决？

迄今为止，中国的宪法教义学存在两个难以解决的问题：一是宪法教义学能否通过概念和文本解释来适应改革开放以来社会的急剧转型，如果脱离社会的大环境和政治背景，能否真正理解中国的宪法；二是宪法教义学能否解决终极的价值判断难题。正是由于这两个问题难以解决，导致了社科法学与法教义学的争论。

社科法学与法教义学的冲突是中国的本土性遭遇现代性之后所衍生的问题。中国自晚清和辛亥革命以来，就开始接受现代性的移植，从帝制向民主制的转型，意味着社会习俗、文化观念、政治方式、法律制度等方方面面的变革，而变革就意味着产生阵痛，改革开放以来产生的民间习惯与制定法之间的冲突仍然是这种变革的延续。对于此种转型，社科法学者认为应该抛弃文本的束缚，在规范与现实之间的紧张关系中，应强调“实效性”，侧重效率分析、实证调研、政治决定等元素。

对于中国的社会转型，法教义学者看到的画面却是截然相反的。在法教义学眼中，转型社会最大的问题恰恰便是制定法权威的流失。因社会变迁快，法律的制定无法跟上社会转型的步伐，或者无法适应社会变迁的节奏而失效，其结果便是改革中存在大量规避法律

[82] R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp 1994, S. 26.

[83] Kaufmann/Hassermer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 100.

甚至直接违法和违宪的情况，从而形成改革与法治之间的内在张力，这一情况直到今天仍继续存在。在法教义学看来，固守实证法是一个不容置疑的前提，这是近代法治的应有之义，并不需过多争论，需要争论的只是法律应如何解释和适用的问题，因此，法教义学对现实中比比皆是的违法现象和社科法学者通过学术将现实包装为规范的做法感到担忧。在这种情况下，法教义学为了维护制定法的权威，不遗余力地通过概念提炼、法条解释、体系建构等方式确保法的规范效力，强调实证法作为规范体系的重要性，并不遗余力地强调宪法解释方法的重要性。

上述因素导致在中国目前关于法学方法的讨论中，存在两种各执一端的观点：一种观点坚持认为法学有其自身赖以安身立命的方法。林来梵将法学固有的思考方法定位于“规范法学的方法”。^[84]张翔认为任何一个学科均应有其自身的“纪律”和“方法”，否则该学科便失去独立存在的意义，教义学便是法学的“纪律”、“根本”，^[85]并要求法学恪守新康德主义的方法论二元主义（事实与规范的严格界分），避免“方法论上的杂糅主义”，^[86]形成一种“形式法治观”。另一种观点则认为，法学属于社会科学，故应将“社科法学”的方法植入法学当中，由此超越法学的“法条主义”逻辑。^[87]

在上述不同的方法取向之间，我们可以看到中国宪法教义学者的纠结和困惑：既想使法教义学保持一种开放性，使宪法学能够“围绕规范”得以建构，但是又不想牺牲法学之根本，从而仍然恪守“方法论的二元主义”以及“形式法治”的立场；既想使法教义学容纳价值判断，但是又无法通过纯粹的法学方法获得终极理性的价值判断。为了避免使法教义学这一法律人自身阵营的沦陷，有学者甚至以一种清教徒般的方式对法教义学进行了画地为牢的严格界定。^[88]这也使得今天的中国宪法教义学者对宪法学自身规范属性、法度、纪律和方法的强调有一种执念，反而未能深刻反思法教义学因时代变迁而出现的转向，宪法在现代多元主义和功能分化社会中的功能及其与一般法律的区别，从而无法深刻反思宪法教义学所具有的特殊性，陷入封闭与开放的纠结当中，无法找到一个令人满意的、两全其美的路径。

法教义学的概念和体系建构工作对于维系法的安定性而言固然重要，但如果对于传统法教义学的路径过于执着，则可能会使宪法学无法更好回应中国这三十余年以来的急剧社会转型。于是，在这两种观点之间可以看到法律人进行折衷的朴素尝试，也可以看到社科法学与法教义学的趋近。比如，许德风认为，“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能充分关心现行法的内容，……反过来，法教义学的学者也关注社会科学的研究，……建立互相协作，乃至相互融通的法学研究与应用的体系”。^[89]从事法社会学研究的程金华主张，“任何法学的研究方法都必须以法律体系为

[84] 林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2015年版，第二版序，第1页。

[85] 参见张翔：《宪法教义学初阶》，《中外法学》2013年第5期，第936页。

[86] 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209页。

[87] 社科法学针对法条主义的批判，可参见苏力：《解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问》，《中国社会科学》1997年第4期；桑本谦：《法律解释的困境》，《法学研究》2004年第5期。

[88] 参见前引[1]，雷磊文。

[89] 许德风：《法教义学的应用》，《中外法学》2013年第5期，第971页。

出发点,法教义学和其他研究方法关系的宿命必定是互补与合作”。^[90]陈林林提出“法治的三度”来沟通形式法治与实质法治。^[91]谢海定看到法教义学与社科法学背后关涉的是“基本预设、法学知识科学性与法学知识自主性”方面的差异,以及在根本上涉及对“法治实践及道路的不同理解和偏好”,强调在反思各自问题的基础上加强知识合作的必要性。^[92]

现实情况是,当凯尔森所言的法政治(法律解释和价值判断)成为法学最为核心的工作时,法学中的“方法论二元主义”就已经被打破了,由此就需要跳出新康德主义、尤其凯尔森从认识论角度对“规范性”的纯粹性理解。法学在确定“合法/非法”的过程中,并没有拘泥于一种“唯一正确”的方法。所谓“规范性”或“规范分析的方法”,只是在强调法律的规范属性,比如卢曼就将规范性仅界定为“对失望情形的抵抗”,而剥离了自自然法以来规范性所包含的理性、正确性和科学性。新康德主义西南德意志学派将法规范视为与价值关涉的现实,虽然仍然坚持“方法论二元主义”的立场,但法规范并非是纯粹的、超验的价值规范,也不是纯粹的价值无涉的事实,而是与价值关联的现实,实际已经开始承认法规范所具有的价值与事实相结合的特点。罗文斯坦与德国学者穆勒也都一致认为,如果跳出新康德主义对规范性的理解,则可以将规范性视为与现实经验相契合的规范内容,^[93]前者从超验形式角度理解规范性,后者从规范内容角度理解规范性。

但规范与事实的融合并不意味着规范是简单从事实中推导出来的,“方法论二元主义”的打破并不意味着法学在方法论的路途中可以走得这么远。有许多案例都可表明,^[94]看似是从事实推导出来的规范,实际上都包含了主观的“价值判断”,只是该价值判断最终在某种程度上取决于事实或后果。正如拉德布鲁赫所认为的,“这并不是说价值判断不是由实然事实所引起,只能说价值判断并不能从事实中得以证立”。^[95]在一些后果定向的规范解释中,同样涉及对后果的价值评估,比如因为“核电站”产生的风险而禁止核电站,本身就是对“核电站”风险到底会对人的健康产生何种损害这一事实进行调查并对其严重性进行评估的结果。后果本身是一种“是/非”的事实判断,要转换成“好/坏”的价值判断就仍然需要一个价值设定。一个完整的表述是:价值判断的作出有时要依赖事实的调查,但事实又需要评估,这又需要回到一个特定情势下的价值预设,从而形成了事实与价值(规范)之间的循环。

中国法学方法论中存在的争论表明,“将教义与现实简单对立起来的做法自然是不能令人满意的,没有任何解释是完全没有现实性的,同样,没有任何现实是完全没有经过解释

[90] 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714页。

[91] 参见陈林林:《法治的三度:形式、实质与程序》,《法学研究》2012年第6期。

[92] 参见前引[4],谢海定文,第89页下。

[93] 罗文斯坦关于规范宪法、语义宪法与名义宪法的区分,可参见K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, übersetzt von R. Boerner, 4. Aufl., Tübingen 2000, S. 151ff.; F. Müller/R. Christensen, *Juristische Methodik*. Bd 1: *Grundlage des öffentlichen Rechts*, 9. Aufl. 2004, S. 147ff.

[94] 比如我国台湾地区基于一份调查禁止犯有某些罪名的人员担任出租车司机,认为这些人担任出租车司机之后的累再犯率相当高,但黄舒芃认为“数字本身不会说话”,对之予以批评。参见黄舒芃:《数字会说话?——从大法官释字第584号解释谈事实认定在规范违宪审查中的地位》,《“中研院”法学期刊》第1期(2007年9月)。

[95] G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 1932, in: ders., *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hrsg.), Heidelberg 1993, S. 227, S. 232.

加工的。方法上的分离撑开了多样化的理解视域，并划分了学科，也就是整个思维世界，同时要求研究者进行单一的归类决定：他必须申明其所运用的方法，并固守在特定基本概念的关联系统上，否则，他就既不能获得明晰性也不能被理解”。〔96〕这一现象自然需要纠正。在建构中国宪法教义学时，就需在社会系统功能分化的新范式下，在保证“适度的社会复杂性”和回应环境变化的功能下，实现教义与现实、法教义学与社科法学、甚至政治宪法学与规范宪法学之间的沟通与对话，在教义学中实现方法的多元与综合。在这种情况下，就需要为宪法教义学寻找新的定位点和理论基础，并找到宪法教义学保持其开放性、围绕规范以及实现方法综合的具体道路。

综合而言，上文所述两种截然不同的观点并非“水火不容”，但需要为其找到一个恰当的结合点，这就需要对现代社会的特征和法教义学的转向有清醒的认识，并在方法论层面为之找到社会理论的基础和恰当的沟通合作渠道，否则就会陷入一种两难的境地。在中国面临社会转型的大背景下，宪法如果要真正发挥其在现代功能分化社会中的作用，就需要介于“技”与“艺”之间的、scientia 和 prudentia 并存的宪法教义学：一方面，宪法教义学是一种知识体系，需要借助于学术上而不仅仅实证法上的概念体系，将繁杂的实证法规范、相关的宪法决定结合成为一个逻辑融贯的法律体系；另一方面，宪法教义学同样也包含了价值判断，需要通过“抽象化”的概念形成，将多重选择的可能性涵括在内，而且从“可能性边界”的范围中作出选择，考量相关决定的后果等事实性因素，作出“最优的决定”，比如讨论国企改革等问题时就不能不考虑改制之后的“效率”问题。此时，就不能仅仅主张单纯的规范分析方法，而是需要“围绕规范”，在不同的问题领域，综合不同的方法。也就是说，在将环境的信息转换进法律系统时，就涉及“方法论上的综合主义”。在今天社会功能分化的语境下，〔97〕宪法学方法论一方面应坚持形式化的体系建构，另一方面又需要突破传统方法束缚，在关注宪法文本的前提下，容纳多元的方法。正如拉伦茨所主张的，“教义学”一词在今天意味着：认识程序受到此框架内不可再质疑的法律规定的约束，只有当对法律的研究独立于实证法而存在时，才不适用于“教义学”一词。〔98〕

很遗憾的是，本文无力回答宪法中的“价值判断”究竟来自于何处这一“终极理性”问题。在宪法教义学的概念形成和宪法决定的作出中，终究保留了许多不那么“科学”的要素。譬如，对宪法变迁的界定、对宪法规范“可能性边界”的界定、对“最优决定”的判断等等，都存在着主观的判断和学理上的争议。在这些领域，可能需要的是具有论证理由支撑的“宪法决断”。宪法的魅力或许就在于这些价值判断空间的存在，但这并不意味着宪法决定的任意性。不能忘记的是，宪法决定背后是一个制度性的“沟通与商谈平台”，这一

〔96〕 前引〔60〕，Luhmann书，第7页。

〔97〕 中国目前是否已经是社会系统功能分化的社会，涉及对当前社会形态的一种判断。或许有人会主张转型中国未完全分化的特殊性，从而对这种社会系统功能分化的理论在中国的适用性产生质疑。需要注意的是，“社会系统功能分化”是一个分析工具，用来观察和反思当下的社会，但并不意味着是一个理想化的现实，理想的类型是一个永在路上的目标，并不见得完全会实现。并且，1978年之后中国社会经历了缓慢的去政治化、经济理念统摄一切和社会分化逐渐完成的历程，在中国的宪法实施中也出现了“双轨制”并存的分化现象，法律系统的独立性诉求表现得越来越明显，也是一个不容否认的现实（参见前引〔6〕，翟国强文）。关于这一问题，林来梵曾提出中国治理秩序的四个阶段（参见林来梵：《中国宪法的现状与展望》，《法学研究》2011年第6期，第21页）。

〔98〕 前引〔45〕，Larenz书，第229页。

平台包含着立法、司法、行政、合宪性审查、合宪性解释等制度设计，所有这些都是政治民主过程的体现，反映的不是立法者、法官个人的理念，而是社会中不同的价值观念。在这一平台中，可以通过相互制约的制度设计纠错，可以通过宪法审查纠正立法，甚至也可以通过民主过程纠正宪法审查，政治系统与法律系统相互独立、相互制约并相互配合，各自承担不同的功能。放眼到全社会领域，理性的道德判断、经济决定等也都相应地保留给道德系统、经济系统。只有在这一社会系统功能分化的平台中，宪法教义学和宪法决定的不完美性才可以容忍，留下空间的主观价值判断才不致酿成悲剧。

Abstract: In a period of social transition, the doctrinal theory of constitutional law in China needs to answer two questions: how to respond to the social transition and how to make value judgment within the system of the doctrinal theory. The purpose of traditional doctrinal theory of law (Rechtsdogmatik) is to realize the scientificity of the jurisprudence, which is achieved by conception delimiting and logical methods. Hans Kelsen defined the scientificity of jurisprudence as the cognitive system of the legal norm and regarded value judgment as legal politics. However, with the passage of time, the traditional doctrinal theory of law had a cognitive twist. Value judgment, which was regarded as legal politics by Kelsen, has become one of the tasks of doctrinal theory of law. In the context of social functional differentiation, the constitution has a dual function: to defend the legal system against the direct intervention by political and economical systems and to import into the legal system the values of other social subsystems. Therefore, the doctrinal theory of constitutional law needs to adjust its pursuit of goal from that of certainty to that of possibility. It needs to integrate two different elements, i. e., consistency and consideration of consequences. The integration should be achieved by building the theory of constitutional transformation. The purpose of this work is to establish the following procedure for the operation of the doctrinal theory of constitutional law: constitutional transformation→ascertaining possible scope of legal norms→making constitutional decisions.

Key Words: doctrinal theory of law, doctrinal theory of the constitutional law, social science of law, constitutional methodology
