

国家级重点学科中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛

宪政与行政法治评论

张翔 主编

（第七卷）



中国人民大学出版社

宪政与行政法治评论

第三卷

（第七卷）



国家级重点学科中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛

宪政与行政法治评论

张翔 主编

(第七卷)



中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

宪政与行政法治评论. 第7卷/张翔主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 10

(国家级重点学科中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛)

ISBN 978-7-300-20138-2

I. ①宪… II. ①张… III. ①行政程序法-中国-文集 IV. ①D922.114-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 234507 号

国家级重点学科

中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛

宪政与行政法治评论 (第七卷)

张翔 主编

Xianzheng yu Xingzheng Fazhi Pinglun (Diqijuan)

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2014 年 10 月第 1 版

印 张 16.25 插页 2

印 次 2014 年 10 月第 1 次印刷

字 数 277 000

定 价 48.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

《宪政与行政法治评论》(第七卷)

编委会

顾 问	罗豪才	许崇德			
主 任	韩大元	胡锦涛			
委 员	杨建顺	莫于川	李元起	张 翔	
	王贵松	喻文光	王 旭		

编辑部

主 编	张 翔				
编 辑	孙森森	黄 硕	肖 彤	毛姗姗	
	孟也甜	徐 翔			

目 录

宪法变迁与宪政发展

- 社会转型、宪法变迁与宪法解释 李忠夏 (1)
- 施米特与魏玛德国宪政危机 陈 伟 (38)
- 联邦宪法的修改权
..... [美] 托马斯·M·库里 著 杜强强 译 (63)
- 民主宪政与文化异质性
..... [美] 罗伯特·C·普斯特 著 吴 展 译 (71)
- 司法审查何为?
..... [美] 汤姆·金斯伯格 著 姜 峰 译 (92)
- 论亚里士多德《政治学》中的政体理论 杨利敏 (104)

宪政建设与人权保障

- 论人权和公民权 [法] 西耶斯 著 王建学 译 (138)
- “个人之尊重”与“人之尊严”
——同义性与异质性 ... [日] 青柳幸一 著 王 涛 译 (152)

从“萨姆之子”法案看罪犯的表达自由	鞠玉颖 (180)
行政诉讼禁止之诉讼略	俞 祺 (200)
格瑞格斯诉杜克电力公司案	阎 天 译 (218)
麦道公司诉格林案	阎 天 译 (225)

回顾与展望

从认识宪法、尊重人权走向依宪治国、宪政梦想

——现行宪法 31 年变迁、31 条修正案是

我国改革发展的一个缩影

莫于川 (233)

宪法变迁与宪政发展

社会转型、宪法变迁与宪法解释

李忠夏*

【摘要】 社会转型时期,宪法规定与宪法现实经常会出现不一致的情况,因此需要面临宪法变迁的问题;而宪法变迁亦为宪法学提出了挑战,即宪法应如何保持与社会现实的“结构相适性”,而又不失其安定性的特质。应对宪法变迁问题,最重要的手段莫过于宪法解释,而当代价值多元主义的背景亦要求宪法解释任务的转变,即不再以客观和“唯一正确”为目标,而是致力于追求社会价值的整合,即在统一的宪法价值前提下保证宪法中可能冲突的各种价值能够共存于宪法的统一性当中。

* 法学博士,山东大学法学院副教授。

【关键词】 宪法变迁 宪法解释 社会转型 社会整合 宪法文本

一、问题意识：宪法文本与宪法现实之间的一致^①

凡面临社会转型，宪法的命运通常多舛。社会转型期，政治、经济和社会的变化通常更为剧烈，因此便对法秩序及宪法提出了更高要求，即法秩序如何回应社会的剧烈变动，而又不失其安定性。其核心问题在于：在社会转型期，实证宪法本身是否以及如何才能承担剧烈的社会变迁所带来的权力关系变化和价值的变迁；是否需要突破实证宪法的结构而求助于政治惯例、不成文宪法以及超实证的价值观念才能适应转型期社会剧烈变迁的要求？

在卢曼看来，在社会体系中，“作为结构的法是不可或缺的”^②，但法随着社会的进化和社会结构的变化，亦经历了数度变迁。^③ 当代社会中，“法的实证化”最大的特点在于法不再是不可修改和变化的（相较

① 对此问题韩大元教授和林来梵教授都已有过深入、精当的论述，并都对宪法变迁问题有过述评，但在本文看来，该问题仍有进一步探究的余地。参见韩大元：《社会变革与宪法的社会适应性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论》，载《法学》，1997（5）；韩大元：《宪法变迁理论评析》，载《法学评论》，1997（4）；林来梵：《规范宪法的条件和宪法规范的变动》，载《法学研究》，1999（2）。而20世纪90年代曾深入讨论过的“良性违宪”之争亦属于此问题范畴，参见郝铁川：《论良性违宪》，载《法学研究》，1996（4）；童之伟：《“良性违宪”不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法》，载《法学研究》，1996（6）；郝铁川：《社会变革与成文法的局限性——再谈良性违宪兼答童之伟同志》，载《法学研究》，1996（6）；童之伟：《宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷》，载《法学》，1997（5）；郝铁川：《温柔的抵抗——关于“良性违宪”的几点说明》，载《法学》，1997（5）。此外，季卫东教授亦曾透视到法与社会变迁和社会变革的关系问题，看到了“法与社会的相互进化”，并在宪法学领域看到了一个“生生不息、充满活力的宪政体制”的重要性，其关键在于宪法需向社会保持一种开放性，季卫东教授也因此提出过宪法变迁的问题，并强调了合宪性审查制度的重要性，但就宪法变迁问题，季卫东教授未能进一步展开研究。参见季卫东：《宪政的规范结构——对两个法律隐喻的辨析》，载季卫东：《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》，2版，38页以下，北京，北京大学出版社，2005；亦可参见季卫东：《社会变革与法的作用》，载上引书，191页以下。

② N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl., 2008, S. 134.

③ 卢曼将其划分为古代法、前现代高度文明社会中的法、法的实证化，同上注，145页以下。

于法与宗教、神意和善恶观念相联系的阶段),现代法的有效性不再来源于这些具有不变性的法源,而是“依赖于一个可变的事实,即一个决定”^①,这个决定只是多种可能性中的一种,具有“偶因性”^②。法的可变性恰恰是在社会功能分化、法律系统成为一个自治系统之后产生的,由于法律系统的自治性,法的产生和改变完全基于法自身的程序,而不是基于某种不变的善恶观念、神意或者自然法。由于社会复杂性的提高,社会价值日趋多元,因而法的任务就是在具有多种可能性的决定中作出选择,但法律决定只能依据法律自身的程序作出。而法律系统本身的自治性与封闭性,并不意味着法律系统完全不受其他系统的影响,在卢曼看来,法律系统在“知识上是开放的、在规范上则是封闭的”^③,这意味着法律系统可以将其他系统的知识通过自身的程序机制转换为规范的预期,法律系统必须是可以随着社会结构的变化而变化的,否则法律系统将滞后于社会结构的变化而丢失其实效性。

19、20 世纪之交,德国著名的国家法学大师耶利内克(Jellinek)出版了他的国家学巨著《一般国家学说》^④,影响深远。耶利内克所处的俾斯麦帝国虽有宪法,但政治现实与宪法规定相左的事件比比皆是,帝国宪法的规定存在各种缝隙和漏洞,为政治上的裁量提供了空间,也为政治上的冲突埋下了伏笔。鉴于此种状况,以耶利内克为首的学者认为现行实证宪法的规定以及以此为基础发展出的概念体系,并不能反映当时的政治现实,事实上,帝国宪法无时不在经历着“宪法变迁”,宪法的明文规定在政治中无法得到贯彻,甚至被赤裸裸地违反。在此背景下,耶利内克发表了著名的《宪法修改与宪法变迁》。^⑤对于宪法变迁问题,早在拉班德时期便有讨论,其根源便在于看到了宪法文本与“宪法状态”(拉班德)之间的不一致。拉班德首先看到了在帝国的行政、财政以及法院制度等领域存在着一系列与帝国宪法规定并不一致的行为,并在实践中得以执行,久而久之导致了一个与帝国宪法并不一致的宪法状态(Verfassungszustand)。而这种宪法状态的改变,则被拉班德

① N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl., 2008, S. 208.

② 法的复杂性与偶因性可参见上注, 209 页以下。

③ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 38ff.

④ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1. Aufl. 1900, W. Jellinek (Hrsg.), 3. Aufl., 1960.

⑤ G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1. Aufl. 1906, W. Pauly (Hrsg.), 1996.

视为宪法变迁。^①虽然拉班德认为宪法变迁首先是宪法状态的改变，其并不涉及宪法规范内涵的变迁，但拉班德进一步认为此种与宪法并不一致的宪法状态之改变同样可被视为“帝国宪法的深刻修正”，尽管宪法文本并未发生任何变化。^②在耶利内克看来，宪法变迁可以通过议会、行政机关和法院在实践中对宪法规范所进行的不正确的解释而发生，此种违宪的行为在实践中不断施行，久而久之便形成了宪法变迁。因此，政治的必要性便构成了宪法变迁最为重要的推动力。^③导致宪法变迁的因素包括现实中的习惯或者惯例和柔性的宪法法（nachgiebiges Verfassungsrecht）（与刚性的强制法相对应）^④、国家权限的消极不行使^⑤以及宪法缝隙的填补^⑥。在这些之外，还存在一种根本性的变迁，即在“不动摇国家存在的前提下，完全摧毁既存的国家秩序，并最终导致国家的彻底重建”^⑦，这事实上已经突破了拉班德所界定的教义学意义上的宪法变迁。

在耶利内克看来，宪法变迁的原因在于，“法语句（Rechtssatz）并无能力在事实上操控国家的权力分配。现实的政治力量以其自有的法则运行，该法则是独立于所有的法律形式之外的”。由此，耶利内克将国家法与政治之间的关系变成自己学说中一个至关重要的课题。而彼时德国政治中所存在的此种宪法条文与宪法现实状态无法吻合的状况也促使当时的德国国家法学者不断反思国家法学的理论，并由于个人对解决此种政治困局的见解不同而导致了理论上的分野。

① “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产生巨大的扭转，但却并不需对宪法的语词进行哪怕是一丁点儿的修改。”拉班德并没有进一步分析此种宪法状态发生变迁的情况，尤其是此种现实对他的实证法概念体系究竟有何影响，是否会影响他建构的概念体系的有效性。P. Laband, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresden, 1895, Bd. I, S. 150. P. Laband, *Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung*, JöR Bd. I (1907), S. 1ff.; W. Pauly, *Verfassungswandel und normative Kraft des Faktischen*, in: G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, W. Pauly (Hrsg.), 1996, S. XII.

② P. Laband, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, S. 26ff., 31ff.

③ G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, S. 21ff.; 以联邦参议院的“常设性”和帝国总理的地位变迁为例，见 22 页和 24 页以下。

④ 同上注，28 页以下。

⑤ 同上注，34 页以下。

⑥ 同上注，43 页以下。

⑦ 同上注，44 页。

对宪法变迁的不同态度，事实上关涉根本的宪法问题，如“什么是宪法”的问题^①，其争论点在于：在成文宪法之外，宪法究竟应否包括不成文宪法、“纯粹实质的宪法原则”^②或者隐藏于成文宪法背后的“活的宪法”和“真正的宪法”。这表明，在纯粹的规范性之外，人们对宪法实效性和正当性的渴望。对“宪法”一词的理解不同，亦决定了国家法学者在一些根本问题上的分歧，其可以追溯至近代“宪法”的两种功能：安定性与正当性，由此出发而导引出了宪法的两种状态：自治性（封闭性）与开放性。围绕这二者，或者说围绕宪法的规范性与事实性（实效性）这个二元矛盾，德国国家法学方法论的争论在魏玛时期达至巅峰。对宪法所应承担功能的认识不同，决定了学者在宪法学领域中的立场和态度不同。前者强调宪法学的逻辑性、封闭性与科学性，后者则强调宪法的开放性、流动性与历史性，并对不成文宪法和宪法变迁表现出一种宽容态度。^③这里便涉及宪法学与其他学科之间的切割与沟通的问题，也是卢曼所提到的社会子系统与周围环境（其他社会子系统）之间的关系^④，即作为具有独立品质的宪法学，在多大程度上会受到其他学科的影响，仅依其自身规范体系和更新程序，是否可以对社会中不断出现的疑难案件作出价值判断并且可以适应不断变化的社会情势和社会

① 甚至对凯尔森来说，对宪法变迁的理解亦影响到他对“宪法”的理解，他认为，“宪法变迁表明了下述事实，即宪法规范的执行慢慢地、不被察觉地经由下述方式得以改变，即宪法文本未经修改的文字被赋予了另外一种不同于文本刚制定时的意义，或者一个与文本以及宪法任何一种可能的意义相冲突的实践得以产生，该事实并非是宪法规范所独有的，而是所有法律领域均存在的现象”。总的来说，凯尔森认为宪法变迁的方式存在两种：一种是宪法规范意义的变迁，另一种则是宪法状态的变迁。相比较而言，他的观点已经超越了拉班德的宪法变迁理论，更接近耶利内克关于宪法变迁的论述。在凯尔森看来，宪法绝非不可改变的、“永久性”的法典，那种以宪法文本为唯一宪法法源的思维是以“封闭的、但最终是内在统一的，也就是说不可改变的宪法之存在为前提”，这是一种在“法逻辑意义上的宪法，而非实证法意义上的宪法”，从这里可以看出凯尔森与传统概念法学和法学实证主义的区别。H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Nachdruck 1993, S. 253f.

② G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., 1960, S. 536.

③ 如作为反国家法实证主义者的耶利内克、斯门德、徐道邻和黑勒都承认宪法变迁的存在和不成文宪法的效力，但他们对于宪法变迁的界限都难有清楚的界定，而这也与他们整体理论上关于宪法文本和宪法现实之间关系的反思难有清晰界定有关。K. Hesse, *Grenzen der Verfassungswandlung*, in: P. Häberle/A. Hollerbach (Hrsg.), *Konrad Hesse Ausgewählte Schriften*, 1984, S. 35ff.

④ N. Luhmann, *Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1. Aufl. 1999, S. 191ff.; ders., *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie*, in: ders., ebd., S. 241ff.

观念的变迁？

反观今日中国，宪法也面临着同样的问题。宪法虽贵为最高法、根本法，但宪法的权威在事实上仍然难以真正确立，无论在官方还是在民间，宪法都因实效性的原因而面临一种“正当性”的困局。究其原因有二：一是近代中国的法律移植始终难以做到与传统文化完全契合^①；二是虽然中国在改革开放三十多年后已获得了经济上的瞩目成就，但总体而言仍处于一种转型期。一方面，在此改革期内，中国的社会经济条件仍未成熟至规范宪法所需的“内面条件”^②，社会经济的变化过快反而成为政治上追求稳定的理由，而突破现有的框架引入宪法适用的政治机制便缺乏相应的政治动力。并且，立法和政治决策成为三十余年来改革开放最重要的推动力，而在经济目标的驱动下，相应的立法和政治决策亦难免为“公益”而牺牲个体利益。如果引入对立法和政治决策的合宪性审查，则难免会使得政府决策的效率低下，宪法反而会进一步制约改革的脚步，因此宪法在很多情况下由于经济发展的需要而被人为地虚置，宪法修改则取代日常的宪法解释成为适应和推动社会发展的常态和最重要的推动力。另一方面，在改革开放的驱动下，社会、经济、政治形势变化之快，让人目不暇给，由此引发的后果便是现行宪法的规定往往滞后于现实的变化，在一些新的社会问题和社会领域，原有的宪法难以找到相应的规范依据。正是由于社会结构变化与宪法更新的不同步，今日中国很多案件中都有民意影响判断、甚至左右判决的现象发生。由于社会变迁，原来以效率和发展为取向的法律或者政策逐渐开始与人的权利发生冲突，人们对法律本身或者说法律的执行感到不满，但又找不到更有效的救济途径，宪法无法起到其应有的作用，于是“民意”作为影响判决的因素就经常出现在一些疑难案件中。“民意”实际上代表了人们想要寻求一种“更好的法”或者“超越实证法”的愿望，其背后的原因是人们对现行法（规定本身或者执行）的一种不满，是对宪法缺乏实效性的一种不满。鉴于此种原因，中国宪法学中亦类似于当时的德国出现了两种

① 法社会学界对此亦有关关注，比如对近代以来中国法律移植过程中制定法规范与民间习惯法以及背后的传统文化之间的冲突多有关注，苏力更是提出了要“送法下乡”。参见苏力：《法治及其本土资源》（修订版），北京，中国政法大学出版社，2004；苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，北京，中国政法大学出版社，2000；刘思达：《法律移植与合法性冲突——现代性语境下的中国基层司法》，载《社会学研究》，2005（3）。

② 林来梵：《规范宪法的条件和宪法规范的变动》，载《法学研究》，1999（2）。

截然不同的趋向，而背后的原因则可归结为一点，即僵化的宪法文本如何与变动的社会现实相契合。对于这一难题，不同学者给出了不同的解决路径，并由此引发了“规范宪法学”和“政治宪法学”之争，二者事实上都是由共同的政治问题入手，并导向了截然不同的结论。^①

中国目前存在的“文本与现实”之间的紧张关系大致可归为四类：（1）现实中实际运行的政治规则、惯例或者说不成文宪法与宪法文本并不一致^②；（2）国家权力的消极行使导致某项宪法规定被虚化，由此而带来的宪法变迁，如全国人大常委会的宪法解释权；（3）就某些问题，宪法中并无相应的规定，尤其是在中国社会急剧变迁的大背景下，1982年制定的宪法并不能对今天的社会现实有所预期，所以很多社会中的问题都无法找到相应的宪法规定，因为这种时代的变化而导致的宪法文本滞后于社会现实的情形引发了所谓的“宪法缝隙”问题；（4）社会变迁引发的价值多元和价值变迁。中国自改革开放30年之后经历了天翻地覆的社会变迁，国力日强、经济愈加开放自由、市民阶层悄然兴起、政治民主化程度提升、社会主义法律体系初步形成，所有这些其实蕴含了一种潜在的危险，即价值的日渐多元。价值多元主义带来的后果便是价值相对主义和虚无主义，这种多元主义同时亦反映到宪法当中。1993年的“社会主义市场经济”入宪事实上已经奠定了中国社会变迁的趋势，即经济的更加自由化，这不可避免导致了“自由主义”在中国的悄然兴起，也是“社会主义初级阶段”的题中应有之义。但中国现行宪法中的“社会主义”前提亦不能忽略不计，现实中，因“自由主义”和“社会主义”价值观念不同所导致的冲突已不断显现，尤其典型的是《物权法》通过时所引发的争论，这种价值多元导致的后果便是，不同的价值都属宪法层面的价值，如果这些价值之间相互冲突，宪法应如何加以解决？要对上述问题有所回应，则必须从宪法的功能以及宪法所具有的双重属性谈起。

^① 关于“政治宪法学”与“规范宪法学”的争论参见李忠夏：《中国宪法学方法论反思》，载《法学研究》，2011（2）。

^② 关于中国宪法实践中的不成文宪法可参见强世功：《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》，载《开放时代》，2009（12）。

二、宪法的双重属性

（一）宪法的法律属性

虽然宪法自其产生开始，便与政治之间密不可分，但在政治急剧动荡的年代，宪法的功能便是尽可能地“去政治化”，通过其作为法的属性保持一种社会的安定性，防止政治上的歧见演变成剧烈的政治冲突，并希望将这些政治上相互冲突的价值观念消融在宪法当中。可以说，宪法的产生便与这种消解政治冲突的社会功能密不可分，宪法亦是从封建制向民主制过渡的过程中，社会各阶层唯一能接受的“正当性”来源。法的出现恰恰是因为社会现实中存在诸多矛盾、冲突和不尽人意之处，人们希望从社会现实中剥离出某些具有意义、价值或者有效性的准则对人类行为加以规范。在卢曼看来，在权力和市民化二元对立的阶段，“权力”的影响使得自然法作为“强制法”与道德对立，并且开始倾向于承认实证法，但市民化的概念涉及整个社会的发展，因此法理论也通常依赖于启蒙时期伴随市民化而出现的“进步”（Fortschritt）之前提。当对进步的笃信开始流失时，权力—市民化的二元对立就被存在—价值（有效性）的二元对立所取代，正是基于此种对立，法才真正从社会生活的事实中剥离出来，并开始主张其自身的“精神”存在，要求成为自治的文化领域，法学亦限缩为纯粹的规范科学。尽管在法理论内部出现了学派之争，如概念法学和利益法学之争，并进一步造成了合法性与正当性（与价值相关联）之间的界分，但毫无疑问，法存在的原因便是力图对社会现实加以评判，而非一味屈从于事实及事实之关联。^①

在立宪主义的初级阶段，由于宪法的不成熟，以宪法为基础的法律体系总是受到来自自然法思维的辐射影响，这种影响很容易转变为政治上意识形态的影响，使政治干预法律的运行。鉴于社会中价值观念的日益多元化，为了避免现实中激烈的价值冲突影响法律，法学中出现了排斥哲学、政治学、历史学、社会学影响的法学实证主义，从而使法律成为一个内在的逻辑体系，通过概念和原则即可建构起融通的法秩序。宪

^① 卢曼认为法社会学的对象领域并不能通过规范与事实来加以界分，毋宁说法社会学将社会视为包含了产生规范并依赖于规范之定位（道德、宗教、法）的事实来看待。N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1. Aufl. 1995, S. 28f.

法的此种功能发展至极致，便是德国俾斯麦帝国时期出现的国家法实证主义和凯尔森的纯粹法学，它们仅主张法体系本身的规范性。正如拉班德所言：“所有历史、政治、哲学上的沉思……对于具体的法之素材（Rechtsstoff）的教义学（Dogmatik）来说并无意义。”^①这与韦伯提到的法律形式理性和日渐技术化的趋势暗合。但拉班德并非绝对否认历史、经济理论、政治乃至哲学对于法的认知所具有的价值，法学教义学并非法学的唯一方向。但却是其中的一种方向。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，并借由此概念推导出结论”，这种工作只有通过“逻辑”才能完成，所有历史的、政治的以及哲学的思考方式尽管亦有其价值，但却与教义学无关，经常只是用来掩盖建构性工作的不足。^②拉班德的阐述极其恰当地表明了法学教义学的任务，即通过概念的建构形成一个逻辑分明、前后一致、统一的科学体系。传统法教义学和法学实证主义之所以能在当时德国占据主流，其原因一方面在于当时科学思维的统治，另一方面亦是出于对政治干预法律的一种担忧，其希望通过概念法学和实证主义的建构将当时的政治态势确认下来。传统的宪法教义学和国家法学实证主义事实上与当时私法中的概念法学遥相呼应，鉴于其追求逻辑一贯性的任务，可以看出其与韦伯的“理想类型”之间具有某种亲和性。

但当时主流的国家法实证主义（以概念法学为根基）与韦伯的“理想类型”又绝非完全一致，事实上，韦伯在阐发他的“理想类型”方法时，亦对此种存在于法学中的概念形式主义的逻辑建构有过精当的评价。在韦伯看来，所有的社会行动都受某种价值标准或者世界观的制约，所有的价值判断都带有某种主观性，并可归结为信仰，但不能据此认为，文化科学的研究只能是“主观的”结果。事实恰恰相反，社会科学的任务并非是对社会行动进行价值关涉的“主观”解释，而是进行一种客观的理解，即阐明（deuten）社会行动中背后的意义，以及其价值相关性。^③对该社会行动的价值关联和意义进行的因果阐释，在韦伯看来是一种归因问题（Zurechnungsfrage），对具体的“历史个体”进行

① P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1. Bd. 4. Aufl. Tübingen 1901, S. IX.

② 同上注。

③ M. Weber, *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, in: ders., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl. 1968, S. 122.

具体的因果关联上的考察。^① 实现这种归因的方法便是“理想类型”。在韦伯看来，“理想类型”的获取主要通过“提升个别或者一些价值观点，并通过对那些从属于这些被强调观点的具体现象——这些具体现象杂乱无章，这里多一些，那里少一些，甚至有些地方压根不存在——连接成为一个内在统一的思想图景。在其概念纯粹性中，该思想的图景绝不可能经验地存在于任何现实当中，它是一个乌托邦，并对历史学的工作提出了下述任务，即在任何一个具体个案中确定现实离这种思想图景有多远或者多近”^②。

恰恰在这里，韦伯强调了，“理想类型”在现实中绝对不可能真正实现，它只不过是对现实的一种预期、参照和比较。^③ 正是这一点，构成了韦伯与传统概念法学的区别。在韦伯看来，概念建构的问题是将概念与现实相混淆^④，认为纯粹理想型的概念在现实中亦可以实现，并致力于追求它的实现，其导致的后果便是，试图将历史现实的发展强行扭转到纯粹理想的“概念建构”或者某种“规律”上来，历史就完全变成了人为安排的产物，成为理论的仆人。^⑤ 在韦伯看来，所有的概念建构和规律都具有理想类型的特点，这些理想类型在被用来与现实作比较和参照时具有卓越的启迪意义，但它们一旦被设想成为某种经验有效的或者完全在现实中“发挥作用的力量”，则不可避免会带来一种主观任意泛滥的危险。^⑥

传统概念法学的这种弊端也直接造成了法与政治的脱节，法学变成了封闭的学科，法教义学追求的逻辑性、封闭性和不变性并没有将自己与“法的实证性”真正联系在一起，因此传统法教义学本身并无能力在面临复杂且多变的政治问题时作出选择和决断，这就增加了法学与政治

① M. Weber, *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in: ders., ebd., S. 178.

② 同上注，191页，韦伯同时将“理想类型”与现实中的“平均类型”区别开来。理想类型强调的是在一个被提升的价值观点的引导下，通过逻辑演绎出的，其强调逻辑的完善性。另外，在韦伯看来，其建构的理想类型并非描述社会的一般现象，恰恰是为了理解社会的个别现象，见200页。

③ 理想类型虽然考察某一社会行动与特定价值观点之间的因果关联，但其本身并不带任何价值判断。在这里，韦伯特别强调要将通过逻辑意义上的理想类型与现实进行比较与通过理想而对现实进行价值判断严格区别开来，“理想类型”对价值判断丝毫不感兴趣。同上注，200页。

④ 同上注，203页。

⑤ 同上注，204页。

⑥ 同上注，205页。