

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2025.01.005

法律适用中的概念思维与类型思维： 一个比较研究

王建芳,陈可馨

(中国政法大学 人文学院,北京 102249)

摘要:从法律文本的角度看,类型通常是通过概念来表达的。类型不是与概念、命题和推理相并列的思维形式。概念思维和类型思维的区分必须从语用层面展开。从法律适用的角度看,概念思维和类型思维相互补充。概念思维更多地针对简单案件,类型思维更多地针对疑难案件,二者的区分标准在于是否要进行意义或价值的考量。由此看来,考夫曼的类型理论过分否定了概念确定性的一面,把所有的概念思维都转化为类型思维,有失偏颇。通过有关探索和争议的分析可以表明,概念思维和类型思维是两种不同类型的法律思维,它们具有不同的适用范围,指向不同的法律适用方法,解决不同的法律问题。

关键词:概念;类型;概念思维;类型思维;法律适用

中图分类号:B81

文献标志码:A

文章编号:1672-7835(2025)01-0035-09

一、问题的提出

作为法学类型论的先驱,拉德布鲁赫早在 1938 年就发表了《法学思维中的分类概念与次序概念》一文,指出“分类概念与次序概念的问题可能是我们方法论上最重要的问题”^①。此后,沃尔夫广泛探索了类型在法学中的不同运用方式,并豪迈地宣称类型法学的时代已经来临。恩吉施指出法学实践和研究向类型转向的趋势,拉伦茨进一步讨论了类型在法律体系形成中的价值与功能,考夫曼将法律发现与类型化的思考结合起来,认为类型是“当代法律理论上最具现实意义的问题之一”^②。

类型化思考不仅在法理学领域,而且在刑法学、民法学甚至宪法学领域都引起了广泛关注。但是,学界目前对类型思维的理解并未达成共识,主要有三种不同观点:替代论(倡导以类型思维代替概念思维);并存论(主张类型思维是概念思维的补充);否定论(认为类型思维实际上可以归为概念思维)。在这些纷争背后,隐含着以下问题的不同思考和回答:类型是和概念、命题、推理相并列的一种思维形式吗?类型思维与概念思维的区分标准是什么?其适用范围、适用方法有何不同?概念思维与目的解释的组合是否可以取代类型归属方法?概念可以适用于类型归属方法,类型可以适用于概念涵摄方法,从而可以将类型思维包含于概念思维之中吗?不同于以往的研究,本文首先从语义角度考察类型的界定,继而分析概念与类型的关系。随后,从语用(法律适用)的角度探讨概念思维与类型思维的关系,以期对相关问题做出合理回答。

二、法律语词的语义理解:概念抑或类型?

从法律文本的角度看,概念和类型常常通过语词或词组的方式来表达,这一点无可置疑。争议点在

收稿日期:2024-09-12

基金项目:北京市社会科学基金项目(23ZXB005)

作者简介:王建芳(1971—),女,山西运城人,博士,教授,博士生导师,主要从事法律逻辑、语言逻辑与非形式逻辑研究。

①古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆 2018 年版,第 186—189 页。

②阿图尔·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼谈类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司 1999 年版,第 105 页。

于,一个法律语词究竟表达的是概念还是类型?考夫曼说:“‘武器’在加重抢劫罪并不是一种‘概念’,而是一种‘类型’。”^①有学者说,男人和女人是概念,而男人味和女人味是类型。也有学者说,外国是概念,军人是类型。还有学者说,物权、债权均属类型而非概念。这些表述致使我们产生一种困惑:类型与概念是相并列的存在吗?上述学者所说的类型不也是一种概念吗?区分类型与概念的标准是什么?为了说明这些问题,以下首先考察类型,再将它与概念进行比较研究。

在日常会话中,“类型”是使用频率很高的一个语词。例如,人们常说,“张三喜欢看悬疑类电影”,“在这次讨论中,李四一改往日嘻哈风格,非常严肃和认真”。其中的“类”和“风格”都指向类型。在学理上应该如何理解“类型”一词呢?一般而言,“类型”是指具有共同特征的事物所形成的种类。沃尔夫指出,在法学领域“类型”至少有四种运用形式:“(1)一般国家学、法学史和比较法学中的类型;(2)一般法秩序的、狭义上的法学的类型;(3)税法上的类型;(4)刑法上的行为与行为人类型。”^②或许,正是由于类型一词使用的广泛性,不同学者对其含义的界定存在较大差异。以下为四种代表性观点。

观点1:概念可以分为分类概念与次序概念(包括类型概念,引者注)。可以通过“明确”(scharfe)或“不明确”(unscharfe)来区分这二者,明确的概念称为“分类概念”,不明确的概念称为“次序概念”^③。

观点2:“一方面,类型是与概念和具体事物并列的逻辑形象,另一方面,类型是前者所针对的对象领域。”^④

观点3:“类型是一个介于个别与一般之间的、极具灵活性和可塑性的领域……但另一方面,类型在法律规范中并非以直观的感性形式存在,而是以定义的形式体现,这使得它封闭、固定且被界定……类型不仅融合了直观的丰富性,还保持了逻辑上的严谨性。”^⑤

观点4:“类型是存在于立法者与法律形成之前的事物,立法者的任务便是去描述各种类型,法律概念背后就是类型。”“我们今日的不安定性——法律的不安定性——主要并非肇因于法律在概念上的掌握较以往拙劣;而是不再能确切无误地掌握位于概念背后的类型。”^⑥

对比以上几种说法不难发现,同样是在谈论“类型”,但学者们的认识并不相同。第一种观点以拉德布鲁赫为代表。在《法学思维中的分类概念与次序概念》一文中,他明确指出,分类概念是明确的、相互隔离且互不相容的,而次序概念(包括从次序概念内部选出的特别明显的、纯粹的、典型的现象——类型概念)是模糊的、缺乏明确界限且流动和开放的^⑦。这表明,在拉德布鲁赫看来,分类概念与类型概念的一个重要区别就在于其内涵或外延是否明确。除拉德布鲁赫外,奥地利法学家比德林斯基(Franz Bydlinski)也认为法理学中的类型是指“具有特定性质的概念:模糊的概念、开放的概念,即那些其特征至少有一部分不是连接在一起的概念,还有无法借助基本语词来定义的概念,其定义是根据‘个体’之间的‘家族性’来进行的,即那些其类型亲和性已明确确立的事实与那些现在要分配的事实之间的‘家族’来进行的”^⑧。作为类型理论的批判者,比德林斯基虽然主张在概念之外再提出一种类型观点会造成冗余,但其对类型和概念之间关系的界定实际上还是与拉德布鲁赫等类型支持论者保持了一致。总之,根据第一种观点,类型不过是一种特殊的概念(即不明确的概念),因而不是概念之外的存在。

第二种观点表明,类型介于概念与具体事物之间,是概念所指称对象(即概念外延)的列举。这种观点的典型代表是恩吉施,他在《具体化:法律和法理学研究“类型”转向的表现》一文中提出了这一观点。如何理解类型就是概念所针对的对象领域呢?恩吉施以刑法中的“犯罪”和“谋杀”为例进行了阐

①阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第142页。

②卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第377页。

③古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆2018年版,第186—189页。在拉德布鲁赫看来,类型概念是从次序概念中引申出来的,它具有其他抽象概念所没有的特殊功能。

④Karl Engisch. “Die Konkretisierung als Hinwendung zum »Typus« in Recht und Rechtswissenschaft”, Stephan Meder, Vincenzo Omaggio (Hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht Verlage, 2018, S.223-239.

⑤Vilmos Peschka. “Typus und Analogie im Recht”, *ARSP*, 1980, 66(1): 85-101.

⑥亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼谈类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第113、115页。

⑦古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆2018年版,第186—189页。

⑧Franz Bydlinski. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wein: Verlag Österreich GmbH, 2020, S.545.

释。在他看来,“犯罪”是概念而“谋杀”是类型,原因在于“犯罪”的抽象程度高于“谋杀”,“谋杀”可以说是对“犯罪”的具体化^①。这表明,“谋杀”实际上被归属于“犯罪”一词的外延中。恩吉施明确说道:“尽管在细节上可能有所不同,但‘现代关于类型的所有见解’以及‘所有认为类型与普遍概念对立的想法’都是以下述见解为基础的:‘类型以这种或那种方式,甚至同时以这种和那种方式,比概念更具体’。”^②由此不难看出,就抽象程度而言,“概念—类型—具体事实”从左到右越来越具体,而从右到左越来越抽象。总之,根据第二种观点,类型的层级位于概念之下,属于概念外延层面的考量,因而不是与概念、命题、推理相并列的基本思维形式。

第三种观点的提出者是匈牙利学者维尔莫斯·佩施卡(Vilmos Peschka)。这一观点似乎是一个奇怪的综合体:它一方面将类型视为概念与具体事物的中间环节,认为它是动态的、可塑的;另一方面又将类型看作“封闭、固定且被界定”并“以定义的形式体现”。由此,类型似乎具有双重身份,它“是概念却不是概念,是类型却不是类型”。无怪乎,考夫曼称之为“辩证的吊诡”!^③

第四种观点认为,类型是概念背后的原始或原初存在。这一观点的典型代表是考夫曼。在《类推与“事物本质”——兼谈类型理论》一书中他明确指出,从立法的角度看,概念是从类型中抽象出来的,而“在法律发现的过程,抽象的普遍概念必须被开放成为类型(扩张!),因而案件被‘归类’于此类型中”^④。这段话表明,立法与司法具有不同的思维指向,前者反映由生活类型不断迈向概念规定的过程,后者体现由概念规定不断解析、释放出生活类型的过程,但在这两个反向思维过程中,类型所指都是法律概念所反映的“不法生活类型”。由此看来,类型并不是与概念相并列的存在,因为二者处于不同的层级——概念处于法律文本中,类型位于概念背后(并非法律文本的构成要素)且指向生活世界。

在以上论述中,鉴于第四种观点下的类型不直接存在于法律文本中,同时,第三种观点表现为一个矛盾的复合体,因而接下来主要比较、讨论第一种和第二种观点。

首先,观点1和观点2都认为类型是通过概念来表达的——不管像观点1那样将类型看作不明确的概念,还是像观点2那样将类型看作概念的外延所指,都是如此。这意味着,法学者通常所说的“类型”在很多情况下都是类型概念的简略表达,由此,类型不是与概念、命题和推理相并列的思维形式。

其次,在观点1和观点2中,类型的内涵是不一致的。如果像观点1那样将类型看作不明确的概念,那么,类型不符合观点2所说的“类型处于概念与具体事物的中间点,是具有中等抽象程度的事物。”由此,我们必须进一步思考什么是类型以及观点1、观点2的正确性问题。观点1以语义是否明确作为区分分类概念与类型概念的标准,认为前者是明确的而后者是模糊的(比如“富人”是类型概念,而“三个月”表达分类概念),这是不正确的,其结果是缩小了类型思维的适用范围。在法律适用过程中,一些看起来明确的分类概念(如“三个月”“睡觉”)同样会具有不确定性,因而也必须借助类型思维的判断。正如德国法学者洛塔尔·库伦(Lothar Kuhlen)所说:“像概念的模糊性(即:概念具有不确定的界限)这种语义学上的现象,在分类概念也会发生,分类概念并非绝对可以划出明确的界限。”^⑤这表明,从语义角度区分分类概念和类型概念是行不通的。沃尔夫的如下论述从另一个角度证明了这一点:“同一个字,可以依其关联而称为分类概念或类型概念。例如,联邦制国家(Bundesstaat)这个字。对于整体国家(Gesamtstaat)之国家性与联邦成员国(Gliedstaat)之国家性而言,系分类概念;然而对其权限划分而言,则系类型概念。”^⑥这意味着,分类概念和类型概念的区分具有相对性,在不同语境下人们对同一个语词可以产生不同的理解。要注意的是,这里所说的不同理解强调的是语用层面的区分,并不意味着从语义层面看一个法律语词可以既表达分类概念又表达类型概念,以至于得出如观点3所示的不确

①Karl Engisch. “Die Konkretisierung als Hinwendung zum »Typus« in Recht und Rechtswissenschaft”, Stephan Meder, Vincenzo Omaggio (Hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht Verlage, 2018, S.223-239.

②卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第578页。

③亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼谈类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第179页。

④亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼谈类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第175页。

⑤Lothar Kuhlen. *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977, S.62.

⑥Hans J. Wolff. “Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft”, *Studium generale*, 1952, 5(3): 195-205.

定概念既是概念又是类型的错误结论。相比之下,像观点2那样从概念外延的角度来理解类型似乎具有一定的可行性。它表明,立法者在立法过程中应当不断提炼与归纳法律现象所指示的类型,逐步明确其对象域,在此基础上努力上升为法律概念,才能进一步促进立法的完善和法律的适用。

三、法律适用之思维方式的选择:概念思维抑或类型思维?

从当前学界对类型思维的认识看,存在三种不同观点:第一种观点倡导以类型思维替代概念思维,其典型代表是考夫曼;第二种观点主张类型思维和概念思维并存,前者是对后者的补充,其典型代表是拉伦茨与莱棱;第三种观点认为类型思维实际上可以归为概念思维,其典型代表是齐佩利乌斯(Reinhold Zippelius)。究竟应该如何认识概念思维与类型思维的关系?两者是相互并列还是可以替代?如果可以并列,二者的本质区别是什么?其适用范围、适用模式有什么不同?如果可以替代的话,又是谁可以替代谁呢?以下将围绕这些问题展开论述。

(一) 概念思维与类型思维的界定

概念思维是19世纪颇为兴盛的概念法学所具有的一种思维方式,意指通过抽象概念、逻辑推理和系统化的方法来分析和解释法律现象。在概念法学看来,实体法是逻辑严密、无法律漏洞的概念体系,其可以通过法概念之间的逻辑关联和演绎推演而建构为“概念金字塔”^①。在法律适用过程中,法官只需要机械地适用法律,通过将案件事实涵摄于法律规范之下就可以得出判决结论。就像德国学者马克思·韦伯所说,在概念法学的框架下,“现代法官就像是自动售货机,民众投进去的是诉状和诉讼费,吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由”^②。总之,概念思维是建立在封闭概念基础上的、非此即彼(离散)且价值中立的思维。在立法和司法实践中,概念思维追求概念的精确性而力图消除不确定性和歧义,这使得法律条文的界定和分析更加明确,有助于确保司法审判的公正和效率。

类型思维的产生源于对概念法学的批判。在类型思维的倡导者看来,概念法学所运用的概念思维过分强调法律概念的精确定义和逻辑推理,导致法律适用难以灵活适应多变的实际情况。正如考夫曼指出的,“从严格的意义看,单一只是一种数字概念。在所有其他的情形,法律概念必须在适用时,采取不同于抽象的、一般化的其他形式。从分类概念可引申出次序概念、功能概念及类型概念”^③。拉伦茨指出:“当人们借助于抽象—普遍的概念及其逻辑体系都不足以清晰明白地把握某生活现象或者某种意义脉络时,首先想到的是求助于‘类型(Typen)的思维方式’。”^④可以说,类型思维的核心在于识别和定义类型,这些类型不仅要捕捉事物的共性,还要容纳其内在的差异,同时,类型的确立必须建立在对法律规范的意义和价值考量的基础上,由此,类型思维被赋予了开放性、层级性、流动性、整体性、意义性等一系列特征。这种更加灵活和面向现实的法律思维方式,能够更好地适应个案的多样性和社会的变迁。

(二) 概念思维与类型思维的根本区别

当前学界从多个层面、不同角度谈论概念思维与类型思维的差异,我们认为二者的根本区别在于“意义性”,即在判决思维过程中是否要考虑法律规范所具有的意义或价值。众所周知,类型思维是一种评价性思维——它不像概念思维那样,仅需根据具体事物与抽象概念所包含的特征要素之间的对应关系,就能做出是与非的判断(类似“苏格拉底是人”这样的判断)。类型思维的应用必须考虑“事物本质”,思索法律规范所体现的意义或价值,并基于此进行判断。正如莱棱所言:“类型学的思考总是与指导性价值紧密相关,所有被考量的特征都应依据促成整体类型的核心价值进行评判,唯有如此它们‘才有价值’。”^⑤在考夫曼反复讲到的“盐酸案”中,当时有效的《德国刑法典》将“行为时使用武器”规定为加重抢劫罪的情形之一,但被告人在抢劫时使用的并非常规意义上的武器(如手枪、猎枪、刀具、匕首)

①汉斯·彼得·哈佛坎普:《概念法学》,纪海龙译,《比较法研究》2012年第5期。

②马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第62页。

③阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘义幸译,法律出版社2004年版,第187页。

④卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第577页。

⑤Detlef Leenen. *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, S.64.

而是“盐酸”(在该案中,被告人将盐酸泼在被害人脸上,然后抢走其钱包),由此产生了盐酸是否属于武器问题。按照概念思维的路径,由于“武器”通常被界定为“直接用于杀伤和破坏作战的器械和装置”,因此,作为化学制品的“盐酸”不能涵摄于“武器”之下。但是,如果从意义或价值的角度考量,“盐酸”虽然在外观上与手枪等典型“武器”不同,但在“具有危险性”“给受害人造成危险”“制止他人反抗”等方面与手枪等典型“武器”具有整体价值上的相似性,因而符合武器的本质,由此被认定为《德国刑法典》第 250 条所规定的“武器”。正是在这个意义上,考夫曼指出“从‘事物本质’产生的思维是类型式思维”^①,即一种具有意义和价值导向的思维。

概念思维与类型思维在固定性与流动性等其他特征上的差异,根源于意义或价值考量方面的不同。以封闭性与开放性差异为例。概念思维的封闭性表现在,它要求,当且仅当案件事实具有法律概念的全部特征(不可或缺且终极确定的特征^②)时,才能涵摄于法律概念之下。与概念思维相比,类型思维是开放的,其开放性表现在层级性、流动性和程度差异三个方面^③。所谓层级性是说,一个类型内部可以根据特定标准区分为不同层级(如典型的、非典型的)并依序排列,由此可知,“一种类型……是一个‘结构’,一个合理结构的整体”^④。所谓流动性是说,类型的界限并不固定,同一事物可能会因所强调的重点不同而在不同类型之间相互转换^⑤。所谓“程度差异”是说,同属某个类型的不同事物之间并不呈现两级式的对立关系,即不是“非此即彼”而是“或多或少”的关系。以故意犯罪中构成要素“希望”为例,从概念思维的角度看,行为主体的意志处于两级状态:要么希望,要么不希望;从类型思维的角度看,可以将“希望”区分为不同的层级,如强烈希望、希望、不介意与不关心、消极放任等,这些不同层级之间的态度具有程度差异,并且可能因为所强调的重点不同而出现相互过渡的情况。由层级性、流动性和程度差异所反映的类型的开放性可以说是由意义或价值考量衍生出来的特征:作为一个所包含的特征流动与开放的“弹性体系”,类型具有的不同特征之间是以意义为中心联系在一起——类型思维是以意义或价值为中心的“整体图像”思考。反过来说,也正是出于对法律规范所蕴含的意义或价值的考量,才能将法律规范所反映的现象分级分层,进而通过比较和区分其间的程度差异,做出合理妥当的判断。在这一过程中,类型思维对事物本质的探求与理解必须透过各组成特征之间的组合方式加以确定,但其中一些个别特征符合与否并不会对“整体图像”的符合产生影响。这就是拉伦茨在《法学方法论》中所说的“主导价值观念+核心要素组合”的类型(规范性的现实类型)建构方法。其中,主导价值观念明显居于核心地位,彰显了概念思维与类型思维的关键区别——因为它决定并影响着核心要素的选择。

需要说明的是,有学者认为,由于概念理论本身的不断发展,特别是“家族相似性理论”“图式理论”的提出,使得概念思维逐渐摆脱了二值逻辑式的限制,不再表现为封闭、价值中立且非此即彼的思维方式^⑥。显然,这一观点强调的是概念思维的后续发展及其增殖的不同特征,而非概念法学倡导的概念思维方式。事实上,此种意义上的概念思维已经具有了类型思维的特征,并非本文所说的概念法学所体现或反映的概念思维。

(三) 概念思维与类型思维的适用范围、适用方法的差异

概念思维与类型思维之间存在的本质差异,使得二者具有不同的适用范围。如果说概念思维主要适用于简单案件,那么,类型思维主要适用于疑难案件。所谓简单案件,通常指的是法律事实清楚、证据

①亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼谈类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司 1999 年版,第 107 页。

②卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 284 页。

③莱梭认为,类型的开放性体现在以下三个方面:(1)类型是一个特征复合体。同属某一类型的典型特征可以根据其重要性进行分级。不同特征在类型中占据不同的比重,它们彼此关联且可以多种方式组合在一起。换言之,类型具有一种“弹性特征结构”。(2)就类型涵盖的对象范围而言,属于某一类型的对象彼此之间通过“流动过渡”相互联系,同时也与非典型现象存在关联。(3)就归类方法而言,由于类型是特征的复合体且其所指对象具有流动性,因此,具体事物只能在总体上“或多或少地”符合某一类型。相应的语言表达通常采用比较的方式,表明某事物“在很大程度上”可以被“归入某一类型”。参见 Detlef Leenen. *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, S.34.

④Karl Larenz. “Typologisches Rechtsdenken: Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme”, *ARSP*, 1940/1941(34): 20-30.

⑤卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 345 页。

⑥Franz Bydliński. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wein: Verlag Österreich GmbH, 2020, S.543ff.

充分、争议较少、法律关系明确的案件。就简单案件的法律适用而言,其方法较为简单,具体而言,就是通过概念涵摄,借助概念外延之间特别是种属关系的分析,将案件事实纳入法律规范之中。在这一过程中,法官只需要将待决案件的特征与法律规范中的概念特征是否一一对应进行判断,进而通过水平涵摄(直接涵摄)或垂直涵摄(间接涵摄)的方法,将待决案件赋予法律规范所规定的法效果。这一过程不涉及价值判断和意义追问,仅需进行是或非的判断。概念思维指引下的法官由此被形容为“只是进行‘0和1’、‘非此即彼’的二值运算的计算机”^①。卡多佐说,法官日常处理的案件大部分就是这样的工作:相对于案件事实,法律规则非常明了也非常确定,其答案通常是确切的甚至是唯一的,“只有一条路、一种选择”,它们堆积如山,令人乏味^②。由此看来,如果否认概念思维,主张以类型思维取而代之,无疑会走向极端。当考夫曼说,概念涵摄方法在法学领域根本没有适用的余地,从广义角度看所有概念都是类型,任何思维都是一种类型思维,并且规范与具体事物的对应、当为与实存之间的调适只有通过类型思维才能完成时,他实际上夸大了类型思维的作用,其结果是增加了司法裁判的不确定性和不可预期性风险。概念思维的确无法适用于全部案件,但在简单案件情形下,如果法律概念明晰且与当代社会生活适配,就具备直接的可适用性。我们不能因为概念思维不能达到“至善”,就说它不是一种“善”了。

疑难案件通常指事实复杂、证据繁杂、争议较多、法律关系不清的案件。从司法实践的角度看,可以粗略地划分为事实认定不清或法律适用存疑的案件两大类。类型思维主要涉及后者。造成法律适用存疑的原因主要在于法律文本的不确定性或其开放结构(open texture)以及法律规范的概括性、滞后性。由此,类型思维的适用不仅仅针对不明确概念(即模糊概念,如“重大伤害”“合理期间”“显失公平”),还包括看起来明确的概念在法律适用过程中产生的不确定情形。例如,“睡觉”一词的含义在一般情况下是清晰的,并不会引发争议。但如美国法学家伯顿所说,假设某个城市有这样一条法规:“任何人都不得在城市公园里睡觉。”一天晚上12点,一位绅士站在公园里,下巴搭在胸前,鼾声如雷,而另一个贫穷的乞丐,他患了失眠症,虽然躺在公园的长椅上,但翻来覆去怎么也睡不着。问题是,这两个人谁在睡觉?是都在睡觉,还是其中一人在睡觉?这表明,语义上确定的概念在法律适用中也会产生不确定情形。类似的问题还有“什么是原价”“什么是消费者”等等。在司法实践中,不少看起来明确的概念实际上都具有阴影地带(核心明确但边缘不清晰),经常会造成法律适用的困难,因而必须借助类型思维所强调的意义、价值或事物本质方面的考量才能做出合理判断。如果像拉德布鲁赫那样,仅仅把“类型”界定为不明确的概念(即模糊概念),未免有失偏颇,其结果是大大缩小了类型思维的适用范围。

类型思维在法律适用中的方法不是概念涵摄而是类型归属。类型归属虽然与概念涵摄所要解决的问题并无二致(即将案件事实归属于法律规范的构成要件之下),但它具有两个不同特征:首先,类型归属要求法官在司法过程中,必须基于法律规范的意义、价值或其涉及的事物本质的考量,通过法律与事实之间的目光往返流转,才能实现案件事实的合理归属。其次,类比和等置(方法)是类型归属的前置程序,它们为类型归属的实现提供了基础和保障。类比是对待决案件与法律规范涵盖的典型案件在意义、价值或“事物本质”这个比较中项之下是否具有相似性的判断,而等置(方法)建立在相似性判断的基础上,是将待决案件与典型案件的等同处置。从历史的角度看,考夫曼首次指出了类比和等置(方法)在法律适用中的意义和价值,“由于案件与规范处在范畴不同的层面,因而它们本来就不是一回事,事实行为与规范必须通过一个积极的创立性行为(指类比,引者注)被等置”^③。由此,很多学者把“类比—等置—类型归属”作为类型思维的法律适用方法。

需要注意的是,前面提到的“概念涵摄”与“类型归属”之间的差异,针对的是司法三段论中小前提的确立(即S是T)问题。换言之,在如何建构司法三段论之小前提的问题上,概念思维和类型思维倡导不同的方法,具有不同的适用范围(简单案件或疑难案件)。就司法三段论(涵摄模式,演绎推理模式)在法律适用过程中的意义和价值而言,概念思维和类型思维之间不存在分歧,它们都赞同从作为法律规

①阿图尔·考夫曼:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第7页。

②本杰明·内森·卡多佐:《法律的成长》,董炯等译,中国法制出版社2002年版,第34—35页。

③阿图尔·考夫曼,温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第184页。

范的大前提和案件事实的小前提推出判决结论。正如英格博格·普珀(Ingeborg Puppe)在《法学思维小学堂》一书的序言中所说:“尽管在课堂上听到种种对于概念法学的宣战与抨击,但我们在每个包摄过程中,仍然是在用概念法学的方式工作并且论证。”^①这里的包摄,指的就是“涵摄模式”即司法三段论模式。在概念思维与类型思维的研究中,要注意区分这两个层面的问题,不能混为一谈。

(四)“目的解释+概念涵摄”是否可以取代类型归属方法?

奥地利学者比德林斯基在 1988 年出版的《法学方法论和法律概念》一书中指出,类型理论试图从方法论层面为类型思维的独立性提供依据,然而其所提供的基于类型思维的方法只不过是概念思维下“目的解释+概念涵摄”方法组合之重复。原因在于,“目的解释+概念涵摄”与类型归属方法具有相同的法律适用效果^②。比德林斯基由此断言,“目的解释+概念涵摄”方法可以取代类型归属方法。显然,如果这一主张成立的话,类型思维的独立性将大打折扣。

为弄清相关问题,先来看“目的解释+概念涵摄”方法的涵义。顾名思义,该方法由两部分组成:(1)通过探寻法律的客观目的或主观目的,对法律规范进行解释;(2)在目的解释的基础上,通过待决案件事实与法律规范构成要件的比对,将待决案件事实涵摄于法律构成要件之下。由此不难看出,“目的解释+概念涵摄”方法旨在通过目的解释的引入,弥补概念涵摄过于注重形式逻辑操作、排除利益衡量与目的考量、不考虑价值层面等不足。这一做法与目的解释的正式提出者耶林“认识到概念法学的严重缺陷”而“将法律中的目的纳入法学研究和法律解释的范畴”^③非常类似。正因为如此,“目的解释+概念涵摄”方法也被称为“目的论的概念方法”。

问题的关键在于,“目的解释+概念涵摄”方法是否与类型归属方法具有相同的法律适用效果,回答是否定的。主要原因在于,目的解释属于狭义法律解释方法,不能超越法律文义的限制。在这种情形下,法官并不需要“造法”而只需对法律进行合理的解释就可以适用法律。正如台湾学者王泽鉴所言:“法律解释始于文义,不可能超过可能文义。”^④杜宇教授也说,作为目的解释对象的法律概念在形成时确实是以立法意图或者法律目的为指引,但在其变为概念形式后,对其进行解释并不能漫无边际地回溯立法时的目的和意图,而要以法律文本所具有的“可能的文义”为限^⑤。相比之下,类型思维针对疑难案件,涉及不明确的法律概念以及明确法律概念在法律适用中遇到的不确定性等多种情形。这使得类型归属方法可以超越可能的文义限制,用于法律续造。正如考夫曼所说,类型思维可以适用于“制定法存在漏洞或缺失整个法律制度”情形,此时法官必须进行“造法活动”^⑥。这表明,即便将目的解释与概念涵摄组合或嫁接起来,其适用范围和解决的问题也比类型归属方法要窄,因此,“目的解释+概念涵摄”方法不能取代类型归属方法。

(五)概念可以适用于类型归属方法,类型可以适用于概念涵摄方法,从而可以将类型思维包含于概念思维之中吗?

德国学者齐佩利乌斯提出了上述问题,并就这一问题给予了肯定性回答。齐佩利乌斯认为,按照拉伦茨等类型理论支持者的观点,概念和概念思维对应于概念涵摄方法,类型和类型思维对应于类型归属方法,由此,类型思维才具有独立性。齐佩利乌斯给出了两个论证进行反驳:第一,法律概念也可以用“比较的一归类的方法”(即类型归属方法)加以适用。在司法实践中,当一个案件落入法律概念的核心区域时,可以直接适用概念涵摄方法,但当其落入法律概念的边缘部分时,法官就会适用类型归属方法。具体而言,法官会将属于概念边缘的待决案件与属于概念核心的典型案件进行比较,以判断二者是否等置。如果认为二者能够等置,则舍弃一些“不重要的概念特征”而将待决案件事实归入法律规范的调整

①英格博格·普珀:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社 2011 年版,第 2 页。

②Franz Bydliński. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wein: Verlag Österreich GmbH, 2020, S.547ff.

③葛恒浩:《刑法解释基础理论研究》,法律出版社 2020 年版,第 123 页。

④王泽鉴:《王泽鉴法学全集(第九卷)》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 212 页。

⑤杜宇:《类型思维与刑法方法》,北京大学出版社 2021 年版,第 56 页。

⑥阿图尔·考夫曼:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 17 页。

范围之内^①。第二,类型也可以用概念涵摄的方法加以适用。齐佩利乌斯引用拉伦茨在《法学方法论》中有关概念与类型相互转化的论述,说明类型有时也会因固定某些特征而封闭,此时“案例可以如同涵摄在抽象概念之下般的涵摄在封闭的类型之下”^②。基于上述两方面考量,齐佩利乌斯得出了这样的结论:类型归属方法并不具有独立的适用对象,类型思维不是一种独立于概念思维的法律思维方式。

就齐佩利乌斯的第一个论证而言,其所说的概念边缘情形实际上已经落入类型思维的范畴。根据齐佩利乌斯在《法学方法论》一书中的论述,在法律解释和续造过程中进行案件比较,实质上是“通过将待处理的案件类型归入或不归入某一规范之适用范围……以确定其意义范围的边界”。这一过程的核心“是法律规范(之涵义)的精确化问题,而不是所谓涵摄方法的运用”^③。因为在对落入法律概念边缘的个案进行裁判时,通常要考虑法律规范所包含的目的和意义,而非仅仅通过“法律上规定的具体要素在具体案件中的完全一致的重新发现”^④来解决。这意味着,对于此类案件的处理不能依赖涵摄方法,而必须通过“类型化的案例比较”(即类型归属)来完成。简言之,在齐佩利乌斯看来,概念涵摄方法和概念思维本身并不涉及意义和价值判断,而类型归属方法和类型思维与之相反,后者必然包含对意义和价值的判断。如果说,类型思维方法适用概念边缘情形,那么,齐佩利乌斯所说的概念思维已不同于传统概念法学秉持的思想——其中已经融入价值判断,可以说是附加了价值思考的新概念思维。对概念思维的这种扩充性理解,实际上已经走向了类型思维,因为它们处理的都是司法实践中的疑难案件,考察的都是待决案件中出现“概念边缘”的特殊情形。就齐佩利乌斯的第二个论证而言,当一个类型因某些特征被固定而走向封闭时,就失去了开放性和流动性特点,因此,将走向封闭的类型视作类型本身就存在矛盾和疑点。齐佩利乌斯在论证该观点时以拉伦茨《法学方法论》中有关类型封闭化的表述为基础来证明走向封闭的类型是类型,但拉伦茨本人在后期修订的《法学方法论》中已对该内容进行了修正,表明所谓“封闭的类型”实质上就是“(抽象)概念”^⑤。可见,齐佩利乌斯所谓封闭的类型可适用于概念涵摄方法,实质上表明概念涵摄方法与概念的相应性。

通过反思齐佩利乌斯的观点,我们发现有两个问题需要澄清和厘定:其一,齐佩利乌斯之所以会在法律适用方法和法律思维形式问题上产生混淆,根源在于没有清楚地理解概念、类型以及概念思维与类型思维间的关系。如前所述,在法律文本中无论概念还是作为概念外延的类型,其语言表达形式都是语词或词组,其思维形式都是概念,因而不能以是否指向概念或类型作为区分概念思维和类型思维的基础。概念思维和类型思维的区分必须从语用层面展开,以是否涉及价值判断或意义考量为区分标准。其二,齐佩利乌斯所说的概念思维是经过价值洗礼的概念思维——它虽然还穿着概念思维的外衣,但已具有崭新的特征,接近或走向了类型思维。在这种情形下,依然使用“概念思维”一词并且认为类型思维包含于概念思维之中,极易引起混淆且不利于类型思维的深入研究。相反,如果将概念思维限定在概念法学视域之下,就很容易表明概念思维和类型思维是两种不同类型的法律思维,它们具有不同的适用范围(简单案件或疑难案件),指向不同的法律适用方法(概念涵摄或类型归属),解决不同的法律问题。

结语

齐佩利乌斯说:“我所真正关心的不是类型与概念原则上对立的问题,而是一个法律规范是应该以‘严格证明为同一的方法’(按:即概念涵摄的方法)还是‘类型化的案例比较方法’来运用。”^⑥在概念、类型与概念思维、类型思维的比较研究中,我们深有同感,认为问题的重心在于概念思维与类型思维的

①莱因荷德·齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2004年版,第104页。

②Reinhold Zippelius. “Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen”, P. Bockelmann, A. Kaufmann, U. Kulg(Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70 Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 1969, S.232.

③莱因荷德·齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2004年版,第104页。

④莱因荷德·齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2004年版,第141页。

⑤卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第287页。

⑥Reinhold Zippelius. “Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen”, P. Bockelmann, A. Kaufmann, U. Kulg(Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70 Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 1969, S.231.

不同适用而不是概念与类型的单纯比较。我们主张,作为一种关注意义和价值导向的思维,类型思维与概念思维具有不同的适用范围和适用方法。如果说,概念思维更多地针对简单案件,倡导概念涵摄方法,那么,类型思维更多地针对疑难案件,倡导类型归属方法。在法律适用过程中,二者不是非此即彼而是互为补充、相辅相成,共同服务于司法裁判。类型思维对司法实践的启示在于,面对疑难案件,法官必须基于意义或价值方面的考量,运用不同于概念涵摄的方法,即通过类型归属(更具体地说,应为“类比—等置—类型归属”)方法完成司法三段论小前提的建构。在这里,如果像考夫曼那样,主张以类型思维替代概念思维,可能会造成法官自由裁量权的滥用,而过分强调概念思维,则是从一个极端走向了另一个极端。

当然,对于立法工作而言,类型思维也具有重要的启发意义。它表明,在立法过程中,立法者应充分考量并立足社会生活中出现的不法现象,通过对它们的归纳、概括和总结,抽象出相应的行为或责任类型等,再进一步上升为法律概念;在难以上升为抽象概念的情况下,可以采用列举或兜底性条款之类的立法技术来说明所指称的对象或涵盖的类型。例如,《最高人民法院关于审理彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》就明确规定,下列情形给付的财物,不属于彩礼:第一,一方在节日、生日等有特殊纪念意义时点给付的价值不大的礼物、礼金;第二,一方为表达或者增进感情的日常消费性支出;第三,其他价值不大的财物^①。这些类型化的表达为司法实践中解决彩礼认定范围难题提供了重要的参考。不过,在立法过程中,类型思维的运用必须遵循适度原则,过度类型化实属不恰当的做法。

Conceptual Thinking and Typological Thinking: A Comparative Analysis

WANG Jianfang & CHEN Kexin

(School of Humanities, China University of Political Science and Law, Beijing 102249, China)

Abstract: From the perspective of legal texts, types are usually expressed through concepts. As such, types are not forms of thinking alongside concepts, propositions and reasoning. The distinction between conceptual and typological thinking must be explored from a pragmatic perspective. From the point of view of legal application, conceptual thinking and typological thinking complement each other. Conceptual thinking is suited for simple cases, while typological thinking is suited for hard cases, and the criterion for distinguishing them is whether the consideration of value is necessary. Thus, it can be seen that Kaufmann's typology theory overly denies the determinacy of concepts and transforms all conceptual thinking into typological thinking, which is biased. Based on the above analysis, it is clear that conceptual thinking and typological thinking are two distinct types of legal thinking, which have different scopes of application, different methods of legal application, and address different legal problems.

Key words: concept; type; conceptual thinking; typological thinking; legal application

(责任校对 朱正余)

^①最高人民法院民事审判第一庭:《民事审判指导与参考(总第95辑)》,人民法院出版社2024年版,第68—69页。