

从同一性到相似性： 法律解释的结构转向与体系重构

陈 辉^{*}

内容提要 我国当前的法律解释论以封闭概念体系和体系型法典的构建为基础,以绝对性、封闭性规范为目标,将法律适用过程视为以同一性为基础的涵摄过程,将解释限制为服务于同一性过程的具体化手段,而将类推作为漏洞填补的方法。但是以同一性为基础的类推与解释分离结构不仅无法解决解释的具体化程度问题,也限制和约束了类推功能。当作为同一性前提的概念封闭被消解之后,法律解释和类推之间的界限不再存在,类推解释成为法律解释的根本方法,法律解释的目标是以相似性为基础的开放性概念和相对性规范。以相似性为基础的类推解释体系不仅是必要的,也能获得理性化证立。

关键词 法律解释 同一性 相似性 类推解释 法律概念

目 次

- 一、引言
- 二、以同一性为基础的法律解释论及其困境
- 三、同一性基础的瓦解与相似性结构的主张
- 四、类推的理性化证立与法律解释体系重构
- 五、结语

^{*} 南京师范大学法学院副教授,法学博士。本文系2019年度国家社科基金一般项目“当代中国法教义学的本土化路径与限度研究”(项目批准号:19BFX024)的阶段性成果。

一、引言

我国当前的法律解释论饱受形式理性和实质理性冲突的困扰。我国的法律解释论奠基于形式理性主导的体系型法典,以封闭概念体系和绝对性法律规范为目标,以同一性为基础构建解释方法和体系,将法律适用视为概念涵摄的过程,严格区分法律适用和法律续造、解释和类推。随着封闭概念的消解,法律解释的形式理性框架遭受越来越严重的挑战,法律解释论经历了从概念法学向目的法学、利益法学和评价法学的转向,法律解释的重心从文义转向文义与目的的交融,解释从忠于文义到富于创造性。而随着社会复杂程度的不断提高,社会变迁速度越来越快,法律概念体系开放程度越来越高,后果主义、功能主义考量成了法律解释不可或缺的重要因素。可以说,目的、功能、价值和后果等实质理性因素越来越呈现出突破形式理性框架的趋势。

因此,当前我国的法律解释论面临结构性难题,是固守形式理性框架,坚持同一性基础,以绝对性、封闭性规范为目标的法律解释论;还是以后果主义、功能主义考量为契机,拥抱实质理性,彻底消解规范的绝对性和封闭性,进而用相似性取代同一性,重新建构法律解释体系。要注意的是,延续既有解释论的立场需解决如下问题:第一,在概念开放之后,以同一性为基础的解释与类推分立立场如何坚持?如,我国刑法解释领域一个尴尬的现象是,考夫曼的类型理论在我国广为刑法学者所接受,但是其与类型理论一体两面的类推理论却被有意忽视。^①第二,以封闭性、绝对性规范为基础的法律解释如何应对后果主义、功能主义考量的挑战?第三,随着案例指导制度在我国司法中逐渐占据越来越重要的地位,类推作为案例比较的常规手段与作为制定法漏洞补充的方法如何协调?而当我们主张以相似性为基础重构法律解释体系时,类推的普遍化是如何可能的,尤其是刑法领域类推解释的普遍化如何应对罪刑法定原则的限制?类推解释体系如何解决相似性关系的理性化控制问题?为此,笔者主张取代以同一性为基础的法律解释论,以相似性和类推解释为基础重新建构法律解释体系。

二、以同一性为基础的法律解释论及其困境

大陆法系法律解释论的建立与其法治理念有密切关系。从17世纪开始,随着启蒙思想的发展,欧洲进入理性法时代。理性主义对现代法治的影响在于,以法国和德国为代表的大陆法系国家,其法典化的目的不在于收集、汇编、改进或改革既有法律,而是通过新的体系化和创造性法律方法规划一个更好的社会。^②对于构建出一部体系性地穷尽

^① 参见钱炜江:《论法律中的同一与差异》,载《法律科学》2013年第2期,第12页。

^② See Maria Luisa Murillo, *The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification*, Florida State University Journal of Transnational Law & Policy, Vol.11(1):163, p.165-168 (2001).

所有安排的、完美无缺的法典的构想和尝试,德国潘德克顿学派作出了重要贡献。潘德克顿学派大力推进和发展“概念的谱系”的方法,其教义学理念就是通过演绎逻辑建构“概念的阶梯”,形成法条之间最具融贯性的体系。根据潘德克顿学派教义学理念,《德国民法典》最终实现了高度的抽象化和体系化。《德国民法典》可以说就是潘德克顿法学的法典化。^③德国潘德克顿学派(学说汇纂派)以形式理性为框架,将法典编纂与法律解释体系建立在同一性基础之上。

(一)以同一性为基础的法律解释论之建立

以体系型法典为基础,潘德克顿学派将实证法想象为一种合理的、本身脉络关联的整体,实证法被视为一个体系,^④其“法思考的方式也愈来愈往形式逻辑的方向推进”^⑤。根据潘德克顿学派的理念,法典是通过形式逻辑的方式对抽象法条(规则)的理解采取一种封闭概念层级体系的建构,相应地,法律适用过程就是通过概念进行演绎推理的过程。因此,在法学方法论传统中,概念涵摄模式的法律适用是大陆法系国家司法的典型特征:法官在司法中寻找的是使适用类型化的法律规则成为可能的操作性事实,借助操作性事实,法官能够将一个案件的事件归类,从而援引实定法中三段论式的演绎推理。概言之,按照体系型法典理念,在一般情况下,司法推理是以同一性为基础的三段论的过程。这就意味着当概念涵摄成立时,规则的前件被满足;作为规范条件式,规则的后件也自然成立。因此,当概念涵摄成立时,规则自动适用于相关的案例。法律适用涵摄模式建基于绝对的同—性,法律适用就是致力于构建具体案件与法条之间的这种绝对性意义上的相同关系:封闭概念体系提供一种绝对性法律规范,具体案件要适用法律规范,需要与该规范明确界定的构成要件等同。换句话说,正是一个案件中的操作性事实,将具体案件与一定适用范围内具有绝对性的规范联系起来,使“若—即”(if/then)的条件程式即所有实定法的法律规范的基本程式能够发挥作用。^⑥对于这种法律适用模式的同一性结构,拉伦茨有着非常经典的论述:严格意义上的法律概念需要其要素被明确、清晰地定义,涵摄的发生需要概念包含的所有要素出现在客体上,与客体对应。^⑦可以说,涵摄发生的前提是概念绝对明确、清晰,从而与客体的要素对应、同一。

但是,法律适用不是直接的涵摄,法官并不只是“宣示法律的嘴”,在许多案件中,我们并不能直接进行涵摄,因为规范需要解释。涵摄意味着在具体事实和抽象概念之间发现一种同一性,然而具体事实和抽象概念如何等同呢?在法律适用中,涵摄的意义是把法律用语所指称的一般概念等同于具体化的情境要素。如,假设交通规则禁止在某处鸣喇叭,某一司机摁了喇叭,则这一事实上的“发声”与禁令“鸣喇叭”一词所一般性地

^③ 参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第202-208页。

^④ 参见陈爱娥:《法体系的意义与功能——借镜德国法学理论而为说明》,载《法治研究》2019年第5期,第57页。

^⑤ [德]马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第286页。

^⑥ 参见李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会理论中的“英国法”问题》,载李猛编:《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社2001年版,第176-177页。

^⑦ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第278-279页。

指称并唤起听觉上的感知对应。^⑧ 可以看到,在涵摄过程中似乎并无具体化的问题,抽象概念与具体化情境要素能够直接对应。但涵摄通常不是一个抽象完成的过程,在事实涵摄到规范之前,通常需要对大前提(规范)予以精确化。而解释是阐明大前提最重要的手段,因此,判断案件事实与规范是否契合,通过解释实现具体化非常关键。恩吉施所谓目光在规范与事实之间“来回顾盼”,就是对这种具体化过程的形象描述。^⑨ 概言之,直接从法律规范中得出一个逻辑严谨的操作往往是不可能的,我们需要通过“中间步骤”对规范构成要件进行具体化,才能使涵摄成为可能。

阿列克西通过内部证成展示了解释在涵摄过程中具体化的功能:以某人杀死熟睡的妻子能否涵摄到谋杀罪为例,杀死熟睡的妻子这个具体事实是否属于谋杀这个概念?每当对案件事实是否属于某个规范的构成要件产生疑问时,需要提出某个规则对该问题作出决定;在这个过程中需要尽可能多地展开逻辑推导步骤,以使案件事实归属于规范构成要件达到无人再争议的程度;而随着逻辑步骤的展开,提出的语词使用规则让抽象规范更具体化,最终实现无异议涵摄。^⑩ 概言之,涵摄之前需要通过解释来具体化,从而确定演绎推理的大小前提;在寻求同一性的过程中我们需要具体化的支撑,而具体化的目标指向则是同一性,解释和涵摄都是法律适用过程中不可或缺的因素。

但是,一种无漏洞的、只进行逻辑演绎的完美法律体系只是作为一种理想或者批判对象存在的,更符合现实的是一种有漏洞的、有待完善的法律秩序和体系。而由于法官被禁止拒绝裁判,因此就需要法官填补法律漏洞。需要指出的是,漏洞的定义以封闭的概念体系建构为前提,以概念的可能文义为界限:“漏洞是实证法(即在可能文义范围内的法律以及习惯法)中以有效的整体法秩序为标准的违反计划之不完整性。或者:如果法秩序在整体上要求某一规整,但在可能文义界限内的法律以及习惯法却并未包含,那么就存在漏洞”^⑪。而在法律出现漏洞的情形下,则采用特殊的法律论证形式,即通过类推等手段来进行法律续造。

由此,法律解释论的结构和体系可以归纳如下:根据潘德克顿学派的理念,实证法是一个以同一性结构为基础的封闭概念体系。以封闭概念体系提供的绝对同一性为基础,法律适用的过程就是以概念涵摄为核心的演绎推理过程。概念涵摄需要以概念的具体化为前提,解释就是法律具体化的手段和工具。对以法典为核心的实证法解释不会脱离法律适用的界限,不改变规范的本质,而只是将规范本来的内容呈现出来。其解释理念拒绝在解释的框架下混入任何法律创造元素。而当法律出现漏洞无法进行概念涵摄时,则通过类推等手段来进行法律续造。法律适用和法律续造明确区分,解释适用于法

⑧ 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第141页。

⑨ Vgl. Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S.15.

⑩ 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第274-285页。

⑪ [德]克劳斯-威廉·卡纳里斯:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》(第2版),杨旭译,北京大学出版社2023年版,第24页。

律适用,而类推适用于续造以填补法律漏洞。作为这种逻辑和体系的必然,当作为法律续造手段的类推遭遇罪刑法定原则的要求时,就成了被禁止的对象——罪刑法定原则基于限制法律续造的初衷,限制了作为法律续造手段的类推。

(二) 以同一性为基础的类推与解释分离结构及其困境

以同一性为基础的法律解释论设定了解释与类推、法律适用和法律续造之间严格区分的结构,并且根据这个结构预了解释和类推的目的和功能。但是,这个结构和功能预设存在较大问题。阿列克西的内部证成结构能够最大化地展开规则具体化的可能性,然而,规则要具体化到什么程度,才能将案件事实与构成要件的等置达到无可置疑的程度?显然,当规则达到具体化为典型个案的程度,就走到了具体化的尽头。对此,有学者指出,“通过涵摄,在个案事实和抽象规则之间建立联系,其本质就是,通过类比,在个案事实与规则所指涉的典型个例之间建立联系”^⑫。如此,具体化的尽头是个案本身,解释的尽头是类推(类比)。依据成文法规范判决并不是简单的演绎或涵摄推理,同样需要类推推理。对法律条文的解释与类推推理并不矛盾。人类的思考方式、法规和类别是根据典型情节来定义的。假设正在调查某个种类的事物(例如鸟、交通工具),我们的头脑中会出现一个模型或者典型例子的画面,然后进行类推推理,判断该种类中的一员跟那个典型例子是否相像。^⑬如此,就将判例制度的类推运用到了成文法体系中。但是,这种制度的跨越是不是有问题,值得考虑——在成文法国家的法律适用中解释和类推分属于法律适用和法律续造的手段,如果要将类推作为解释具体化的手段,要么这种理解是错误的,要么需要对涵摄模式进行反思。此外,如果具体化的尽头是个案,那么解释就与案例和类案类判(同案同判)密切相关。

大陆法系的类推是为了弥合法典的漏洞,英美法系的类推是一种将先例的判决理由适用于新案件的技术。换言之,虽然都是基于同类事物相同对待的原则(平等原理),但是由于历史、制度等因素的缘故,英美法系和大陆法系的类推存在根本区别:前者是平等原理与判例制度相结合的产物,注重两个具体案件之间的比较;后者是作为法典概念体系漏洞填补的手段,即在法律漏洞填补的范围内,作为法律续造手段的类推。对于大陆法系传统意义上的类推,拉伦茨作了经典论述:将制定法针对某事实构成(A)设定的规则,转用于制定法未作调整、但与前述事实构成“类似的”事实构成(B),转用是基于公正的要求:同类事物相同对待。^⑭

因此,根据大陆法系的制度传统,类推这种“判决证成方式并非是论证‘后案’与‘前案’相似,而是论证具体案件能够被纳入制定法的抽象规定之下,这种证立的第一步必然是观察法律文字,研讨是否可以通过解释(在可能的文义之内)将当下的案件案情纳入制定法的规定中去——此即所谓涵摄(Subsumption)。如果涵摄失败,那么法官会

^⑫ 钟浩南:《论同案同判作为司法裁判的核心——一个基于系统论的描述》,载《法制与社会发展》2022年第6期,第208页。

^⑬ 参见[美]凯斯·R.孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社2004年版,第100-101页。

^⑭ 参见前注⑦,卡尔·拉伦茨书,第479页。

考虑超出制定法文义的界限进行类推适用”^⑮。因此,在大陆法系的制度传统下,类推适用的程序分两个步骤进行:第一,认定通过解释的涵摄失败,即通过法律解释无法获得确定的大小前提,因而需要进行法律续造;第二,对类推可能性进行审查。这个审查包含对规范可类推性的判断和对事实可类推性的判断。前者考察规范的可普遍化问题,规范是否可普遍化以普遍化不能为立法意旨明显反对为标准,但是立法意旨如何确定是个难题;而后者考察规范的事实构成与案件事实之间是否存在足够的相似,然而相似性的判断是事实问题还是规范性问题又是一个难题。在事实的相似性判断中,基于大陆法系的类推适用理论背景,这个判断一般指法律的构成要件与案件的具体事实之间的相似性。由此,事实相似性的判断又演变成案件事实和抽象概念之间的涵摄,事实相似性的判断就变成了正式涵摄之前的“预涵摄”。^⑯而这种“预涵摄”似乎并没有解决涵摄阶段所需要的确定大小前提,而是存在无限回溯的可能性。诚如卡纳里斯所言:“类推的方法论难度主要限于查明立法宗旨,并将其‘适用’在应予同等处理的情形……”^⑰

大陆法系以同一性结构为基础的教义学传统给予类推如下定位和限制:法律适用过程只能进行法律解释和概念涵摄,不能进行类推;当制定法存在漏洞时,则通过类推等手段进行法律续造。对类推的这种定位和限制带来了如下困难:第一,解释的具体化程度问题。法律适用的涵摄过程并不能抽象地完成,抽象的概念需要解释来实现具体化,才能最终实现抽象概念对具体案件事实的涵摄。问题在于,我们要将概念具体化到什么程度,才能实现大小前提毫无异议的等置?阿列克西将这个程度需求表述为需要尽可能多地展开逻辑推导步骤,以使案件事实归属于规范构成要件达到无人再争议的程度。^⑱在逻辑上,阿列克西的这个回答无可厚非,但并未给出一个明确可操作的目标。概念具体化的尽头显然就是个案事实,一种毫无争议的大小前提等置就是消除概念与具体案件事实的抽象性鸿沟,找到规则所指涉的典型个例,直接进行两个具体案件事实的比较和等置。其实,这种比较和等置就是寻找两个案件事实的相似性,即进行类推。但是,根据大陆法系的制度传统,类推只能作为法律续造的手段,不能介入到法律适用中。于是,法律解释的具体化目标只能是概念,由此形成概念具体化的无穷追溯,而始终不能接近具体个案的彼岸。第二,由于类推是填补法律漏洞的手段,类推要做的是寻求当前案件与拟转用规则之间的相关相似性,^⑲由此,大陆法系的类推始终面临的困难就与解释一致——抽象概念与具体案件事实如何相似。

需要指出的是,所有这些难题的根源在于作为法律适用前提和基础的同一性。首先,基于同一性的寻求,法律适用和法律续造区分开来,以同一性为目标的法律适用必定

^⑮ 钱炜江:《论民事司法中的类推适用》,载《法制与社会发展》2016年第5期,第61页。

^⑯ 参见钱炜江:《论民事司法中类推适用的过程——以融建公司诉韩冬案为例》,载《华东政法大学学报》2018年第4期,第177-180页。

^⑰ 前注⑪,克劳斯·威廉·卡纳里斯书,第83页。

^⑱ 参见前注⑩,罗伯特·阿列克西书,第282页。

^⑲ See Katja Langenbucher, *Argument by Analogy in European Law*, The Cambridge Law Journal, Vol.57(3):481, p.483 (1998).

是主流和常态,只有同一性阙如的情况下才转而寻求相似性作为补充和例外。其次,法律解释作为法律适用寻求同一性的手段,绝不能堕入相似性寻求的深渊,而已经在深渊的类推作为不得已的补充手段,只能是例外并受到严格限制,与解释严格区分。最后,在同一性作为法律适用的结构的背景下,寻求相似性的类推是同一性结构上的一环——类推的相似性补充是对同一性整体结构下的局部补充和替代,因此要受到同一性的指引和约束,以完善整个同一性构造。这就决定了大陆法系的类推特性一定不是“前案”与“后案”的类推,否则就是彻底放弃同一性的指引。为了继续接受同一性的烛照,只能是寻求描述构成要件的抽象、绝对概念与描述具体案件的具体概念之间的相同性,这两个概念随着解释的具体化不断互相靠近,但是永远不能还原为“前案”和“后案”的对照。因为一旦做出这种还原,就失去了概念的绝对性,而丧失了概念的绝对性,就错失了同一性寻求的可能性。在普通法系,先例与具体案件之间类推的前提是先例而非普遍性、绝对性概念,它只是针对特定事实的范例。^{②①}概言之,基于同一性的追求,以相似性为目标的类推只能处于补充地位;基于同一性的限制,大陆法系的类推只能呈现为以概念为基础的法律的构成要件与案件的具体事实之间的相似性寻求,无法直接突破到具体案件之间的类推。

三、同一性基础的瓦解与相似性结构的主张

封闭概念体系和体系型法典的构建,提供了同一性推理需要的概念封闭性和确定性,从而将法律适用过程简化为涵摄模式。但是,概念无法绝对封闭,漏洞一词表明了某种不完整性。颇具悖论的是,只有我们追求完满性时才有漏洞可言。可以说,法律漏洞概念的强调与追求完满体系的法典化密切相关。因此,基于概念封闭性与漏洞并存的情况,法律适用与法律续造并存,同一性与相似性分别作为法律适用和法律续造的基础,并且相似性只是作为同一性的一种不得已的替代选择。但是,如果封闭概念体系被打破,概念的封闭性和确定性被动摇,那么同一性存在的基础就摇摇欲坠了。

(一) 概念封闭性的丧失与同一性基础的瓦解

自由法运动对封闭概念体系的完满性进行了批判。康特洛维茨指出,制定法中到处存在着漏洞,其漏洞并不比文字来得少,因为没有概念可以被拆解为几个(固定的)初始特征,只有很少一些概念可以被定义。^{②②}随着语言哲学从语义学转向语用学,一种客观化的语言被推翻,代之而起的是以经验、习惯为特征的主观化语言。词语服务于沟通的意愿,并且基于目的的考虑而被说者选择。^{②③}维特根斯坦用“语言游戏”这个概念指出,语言没有什么固定的意义,一切取决于我们怎么使用它们:“一个词语的意义就是它在语

^{②①} 参见前注⑥,李猛文,第177页。

^{②②} 参见〔德〕赫尔曼·康特洛维茨:《为法学而斗争 法的定义》,雷磊译,中国法制出版社2011年版,第15-16页。

^{②③} Vgl. Eugen Ehrlich, *Recht und Leben: Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, 1967, S.207.

言中的使用”^{②③}。旺克对此说得相当透彻：在理论上，每一个用语的意义都与其在不同的行为安排中使用的意义一样多，一个用语只有在一种特定的脉络中才具有原本的意义，因此，对于一个法律文本而言，什么属于概念核心、什么属于概念外围，并非依据词典，而是依据离法律目的的距离而定。^{②④}换言之，语义的确定和解释取决于法律目的。由此，概念的封闭性被打破，概念向目的性开放，法律漏洞问题也被消解。而随着概念由封闭转向开放，概念涵摄丧失了同一性基础，概念涵摄难题从法律漏洞难题演变成整个法律适用涵摄模式价值的弱化甚至丧失——当概念具有开放性时，如何确定作为大前提的规则就成了疑难问题。相应地，同一性的获得也成为问题。而随着同一性基础的丧失，形式逻辑在法律适用中的作用同样被质疑。

恩吉施指出，就如何获得正确的演绎推理前提而言，形式逻辑的作用微乎其微，重要的是实质逻辑。^{②⑤}菲韦格也认为，法律问题的解决不是通过逻辑推论来完成的，而是借助对与案件有关论题的讨论来完成，因此他重新回到论题学进行补救——论题学作为“寻找前提的程序”，必须首先指明人们应如何寻找前提，而逻辑只是接受前提并应用前提。^{②⑥}菲韦格对概念法学构想的公理体系提出彻底批判，主张论题学——一种与“演绎—公理”式思维完全不同的思维模式，从而引发了所谓法学研究的范式转换。鉴于形式逻辑对前提寻找和价值判断论证的无能为力，佩雷尔曼主张用修辞学的方法全面取代形式逻辑在法律适用上的作用。^{②⑦}

需要指出的是，过分夸大形式逻辑在法律适用中的作用固然是有问题的，但完全无视形式逻辑在法律适用的价值也不妥当。阿列克西对论题学和修辞学完全放弃形式逻辑的做法进行了有力批判：论题学放弃寻求真理命题而从盖然性、普遍接受的或有可能的命题出发，其命题的有效性让人质疑，论题学无法与教义学和判例形成有效关联。^{②⑧}而佩雷尔曼修辞学最大的问题是放弃了对分析哲学工具的运用和逻辑分析。概言之，形式逻辑不可取代的原因在于：第一，对于法律论证和法律推理来说，推论规则都是不可或缺的；第二，这些推论规则只有在区分推理的形式与内容的前提下才可能获得，并且只有在在一个形式逻辑系统内才能得到审查。因此，虽然以绝对同一性为基础、以概念涵摄模式为核心的法律解释论随着概念封闭性的瓦解而变得不合时宜，但是完全摒弃形式逻辑、完全不追求同一性也成问题。因而需要解决的是，如何重新评估形式逻辑在法律适用中的作用，尤其是在封闭概念体系被打破之后，如何重构法律适用需要的同一性基础。埃

^{②③} [奥] 维特根斯坦：《哲学研究》，李步楼译，商务印书馆 2005 年版，第 31 页。

^{②④} 参见[德] 罗尔夫·旺克：《法律解释》（原书第 6 版），蒋毅、季红明译，北京大学出版社 2020 年版，第 68-94 页。

^{②⑤} Vgl. Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. 1960, S.22ff.

^{②⑥} 参见舒国滢：《法学的知识谱系》，商务印书馆 2020 年版，第 1254-1255 页。

^{②⑦} 佩雷尔曼以修辞学为立场，用论证概念取代只使用形式逻辑的推证概念。这二者的区分是推证的关键在于进行逻辑演绎，而论证的目的在于获得听众的认同。佩雷尔曼的新修辞学就是试图为法律适用提供这样一种论证方法。参见[比] 哈伊姆·佩雷尔曼、[比] 露茜·奥尔布莱希茨—泰提卡：《新修辞学：一种论证理论》，杨贝译，商务印书馆 2021 年版，第 15-75 页。

^{②⑧} 参见前注^⑩，罗伯特·阿列克西书，第 25-29 页。

塞尔指出,涵摄之前的“前理解”在整个法律适用过程中具有极其重要的地位,决定性的因素是关于待判决纠纷是否以及怎样需求规范——一个“合适的”规范、一个满足正义需要的最佳规范,对此需要对案件事实的“充分”探究和评价。^{②9}换言之,法律人通常归属于涵摄的东西被证实大部分都是基于社会经验或需填补的价值标准而获得,并且是类型的归属或对法律标准涵义的解释。如此,在法律适用中,严格逻辑意义上的涵摄所占的比例显然远远少于人们之前的预期,需要重新评估。因此,涵摄是将案件事实与规范等同,但这种等同或同等对待并不一定仅仅是法律规定的要素在具体案件中完全一致,通常情况下它实际是一种同等评价。^{③0}

至此,法律适用过程仍然以同一性为框架,但是这个同一性不是一种绝对的同一性,而是一种通过评价等因素构建的同一性。正如考夫曼所指出的,在进行涵摄之前我们需要将法律规范与案件事实进行等同处置,因此,法律适用过程并不是传统法学方法论认为的涵摄模式(包摄模式),而是等置模式。^{③1}而这种构建的同一性是一种差异的同一性,或者更准确地说,是相似性。

(二) 相似性结构与类推普遍化的可能性

以逻辑推论(演绎、涵摄)为核心的法学方法论体系的前提和基础是相同性,这个相同性被理解为形式的相同性、数学式的相同性,亦即实际上的同一性。这种法学方法论又必然以能够清晰界定的概念作为涵摄和演绎的基础。问题在于现实中根本没有这种同一性。形式的相同性作为一种思维的抽象作用,可以精确地只用数学公式表示: $a=a$ 。但是除了数字可以做到此种完全相同性,其他任何相同性都包含差异性。所有的存在物只有部分的相同性与不同性,亦即类似性与不类似性,因此相同性难题将汇入类似性(类推)的难题中。^{③2}因此,考夫曼的“所谓类推其实就是明知道差异的同一性即我们明知道某两个事物有着某种差异性,但基于某种考虑把他们看作是同一的”^{③3}。拉伦茨敏锐地指出,考夫曼的类推思维关涉的不是抽象的同一性,而是差异性中的同一性,因此涉及的是对等性,就此而言,甚至所有的理解都是类推。^{③4}

在法学方法论传统中,从概念法学发展到利益法学、价值法学之后,法律解释不再是纯粹的法律发现,法律解释与法律续造之间不存在本质区别。^{③5}目的、利益和价值的考

^{②9} Vgl. Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, S.28.

^{③0} 例如,只有大约50棵尚未长成的小树的小树林是否属于森林?在这里,问题的关键不是涵摄,因为具体事实是确定的,森林作为大前提的要素同样是确定的。但是大前提的要素和事实之间是否具有同一关系呢?这一问题不应作为涵摄问题,而应作为解释问题,即小树林是否应被纳入森林这一概念的语义范围。而在解释的过程中,需要考虑小树林应与毫无疑问属于森林这一法律概念之意义范围的林木受到同等评价。参见前注^⑧,齐佩利乌斯书,第141-144页。

^{③1} 参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第125-138页。

^{③2} 参见[德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司1999年版,第28-29页。

^{③3} 前注^①,钱伟江文,第13页。

^{③4} 参见前注^⑦,卡尔·拉伦茨书,第479页脚注。

^{③5} 参见[德]托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》(原书第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第191-193页。

量彻底改变了概念的封闭性质,法律解释的重心从文义转向目的,概念体系从封闭转向开放,解释具有了创造性质。由此,法律解释和法律续造的本质并非截然不同,而是同一思维进程的不同阶段:新解释的产生与法律续造无异,并且法律续造也总是运用广义的“解释”方法。当法律适用与法律续造交融、法律解释与类推界限消融和同构时,我们就需要对法律解释论进行重构。以相同性为基础的解释体系在解释和类推之间设置了不可逾越的鸿沟,而以相似性为基础的解释体系不仅必须容纳解释和类推之间界限的消解和同构,而且通过类推寻找“相似性”就成了法律解释不可逾越的选择。

阿列克西指出,类推这个概念有两种含义,它可以指涉一种规范的扩张适用形式,也可以指案件比较的论证形式,许多论述在这里存在混淆。^{③⑥}以同一性为基础的法律解释体系对于类推的使用属于前者,而基于同案同判的要求在案例之间进行比较论证(以判例法系为典型)属于后者。学界关于类推解释和类推适用的二分可以说恰好与此对应。但是,随着同一性结构的消解,作为规则扩张适用的类推与作为案件比较论证的类推两者之间,也呈现出融合的趋势:以同一性为基础的解释与类推具有本质区别,类推绝不是解释的方法;由于同一性的消解,可能的文义不再是类推与解释之间区分的界限,类推不再只是漏洞补充的手段,而是解释具体化进行案件比较的必要方法。类推解释与扩大解释之间不存在本质差别,类推解释和类推适用之间的二分也被消解。概言之,当相同性不存在时,以相似性为基础会发现在类推与解释、类推解释与类推适用之间作出区分的可能性也不再存在,以相似性结构为基础,类推在解释领域的普遍适用就成为趋势。

需要指出的是,在将相似性结构替换成同一性结构时,有学者不是将类推作为一种解释方法,而是将其作为一种推理方式——类推推理普遍化:即当两个构成要件“在本质关系上”相一致或者说针对“基本思想”相一致的不同案件时,就可以进行类推。^{③⑦}但当据此判断某个法律案件的判决依赖的某个制定法条款能否类推适用时,不同的人观念大相径庭。根本的原因在于有待判决的案件与有待类推适用之条款调整的案件之间是否具有“本质性的”差异缺乏精确的标准。法学理论并没有对法律逻辑中类推的内涵作任何精确的说明,也没有能给出有关(类推之)适用可能性的任何精确规则。由此,什么时候类推是容许的,什么时候又是不容许的,对于法学理论来说,这一问题异乎寻常的困难。古典逻辑将类推刻画为一种从特殊到特殊的“水平推理”,并且通过类推获得的结论只能是一个存疑的判断,即这是一种“不完全”类推。古典逻辑的逻辑法则由于缺少精致性和系统性,导致在类推的核心概念——相似性概念在传统推理图示中无法展现出来,从而无法为类推问题的解决提供有益建议和思路。克卢格试图从现代逻辑的角度解决类推的难题:通过一阶谓词逻辑和类演算,以演绎三段论模式为基础,将类推的逻辑形式——类似性的逻辑构造展现出来,由此把握类推的关键问题。克卢格通过类推的

^{③⑥} Vgl. Robert Alexy, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in Ulfrid Neumann/Winfid Hassemer/Ulrich Schrieth(Hrsg.), Verantwortetes Recht, 2005, S.64.

^{③⑦} 参见[德]乌尔里希·克卢格:《法律逻辑》,雷磊译,法律出版社2016年版,第149-150页。

逻辑图示指出,类推的关键在于界定“相似性之圈”^{③⑧},而合目的性对于确定相似性之圈具有决定意义。因此不是逻辑而是目的论,决定了类推的标准。

黑勒敏锐地发现了克卢格将类推归为推理的问题,指出克卢格的类推公式展示的不是类推适用的过程,而是类推运用之后的三段论。真正的类推运用是这样一个推理过程,即它能够将案件事实归属于以结构等同性来界定的相同性之范围中。但结构相同性的逻辑形式也没有给出认定两个事实构成之间的类似的实质标准,因此逻辑形式的类推运用只具有似真的性格,类推运用本身的有效性外在于逻辑领域,取决于价值论。^{③⑨}显然,类推推理实际上是由相似性的寻找和三段论的适用两个部分构成。为了避免误解,有学者用“类比”这个概念替换“类推”。^{④⑩}

类推的过程可分为两个阶段:首先,制定法规范的事实构成和处于与事实构成相同之抽象层级上的待决案件事实,至少要在一个特征要素上区分开来;其次,只有两个案件之事实构成在法律上具有相同评价这一点被确定时,制定法规范的法律后果才能适用到待决案件。无论从逻辑还是价值判断的角度,类推都限于用以填补制定法漏洞,因为只有类推的实际有效射程才决定了它可以在哪些范围内被适用。^{④⑪}概言之,在相似性结构下,类推就是指类推解释。

四、类推的理性化证立与法律解释体系重构

类推的普遍化就是类推解释的普遍化,意味着传统以文义为核心的解释体系需要重新构造——文义的明确性和封闭性要求必然将法律解释指向同一性结构,必须放弃传统围绕文义进行解释的路径,我们才能获得解释理论重构的地基。当解释以目的^{④⑫}为核心时,解释与类推基于同一性结构的功能分化被消解,类推就是类推解释,类推解释及其普遍化就具有了可能性:当前解释的理念是发现或构建一条对于相关法律概念的解释性规则(充分必要条件式),而类推解释的思路则试图通过比较案件事实与那些明显能被相关法律概念指称的事实来判断它能够被相关法律概念指称。^{④⑬}类推解释要寻求待判决案件事实与规范指向的案件事实之间的相似性,而待决案件与规范指向的案件事实之间相

^{③⑧} 相似性之圈是克卢格理论的一个重要概念。克卢格对其的定义如下:“如果关系 R 是一种相似性——也就是说如果它是对称的和反身的——那么就可以将 a 命名为指涉 R 的相似性之圈,只要 a 中的每个对子都是 R 对子且任何外在于 a 的要素与 a 中的所有要素之间都不存在关系 R。”前注^{③⑦},乌尔里希·克卢格书,第 113 页。

^{③⑨} Vgl. Theodor Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961, S.37ff.

^{④⑩} 参见雷磊:《类比法律论证——以德国学说为出发点》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 9-10 页。需要指出的是,虽然用“类比”似乎更能解除大家对类推作为推理的误解,但是遵照学界使用习惯,本文并不对“类推与类比”作严格区分,并一贯地使用“类推”这个概念。

^{④⑪} 参见前注^{④⑩},雷磊书,第 57-69 页。

^{④⑫} 正如有学者指出,目的解释为类推解释提供了路径,而类推解释又为目的解释提供了足以伸展的舞台,可以说目的解释与类推解释相互成就。参见杨绪峰:《反思与重塑:刑法上类推解释禁止之研究》,载《环球法律评论》2015 年第 3 期,第 29 页。

^{④⑬} 参见陈坤:《类推解释思路及其运用》,载《法学》2022 年第 11 期,第 8 页。

似性的寻求及其正当化又必须接受相关性的论证和检验,这就涉及对目的和价值判断正当性的论证。因此,类推解释面临理性化论证的问题:相似性和相关性的寻求以及相应目的和价值判断如何可能是合理的、正当的?

(一) 类推的理性化可能性及其证立

如果以相似性为基础的类推是可普遍化的,那么类推解释应广泛应用于法律适用过程。但问题在于,它能获得理性化证立吗?如果类推既是可普遍化的,又能获得理性化证立,那么以类推为基础重构法律解释体系就是可行的。众所周知,类推是判例法国家法律适用的核心和重要手段,考察类推在英美法系能否获得理性化证立,对于解决类推的理性化问题具有关键作用,尤其是当传统大陆法系类推和英美法系类推的区分随着同一性结构被消解而消失,两大法系的类推并无本质区别。

英美法系的类推与判例制度密切相关。英美法系很大程度上是遵循先例的产物,大量的判决积累而成法律,甚至立法也要像法官造法一样遵循先例。先例主要涉及判决者作出与以前相同或类似情形相同判决的义务。而实现同案同判(或者说类似案件类似审判)的方法是类推,^④它决定一个过去事件足够与当前事实相似从而正当化两个事件类似性^⑤。关联后面判决和先例之间的纽带是逻辑,因为只有逻辑能够决定哪种事实与其他事实“类似”,并且相应地决定在第一个案例中确立的规则能否“适用于”第二个案件。^⑥这个逻辑就是类推。可以看到,先例寻找与类推的适用之间似乎有一种先天的亲和关系。然而,类推的适用是不是以先例的存在为前提呢?

伯顿认为先例对于类推很重要,因为类推的第一步是识别一个适当的基点,而具有义务性的先例具有特殊的基点地位,说服性的先例可以充当有说服力的基点,然后才考虑当前案件与先例的相似性问题。^⑦但是,列维认为类推首先要提炼出个案之间的相似之处,然后总结出先例蕴含的相关法则,最后再将此相关法则运用于当下的个案之中。^⑧整个过程中类推的关键一步是,确定何种事实与该项法则所由诞生的事实具备相似性。因此,是否存在先例本身不具有重要性。

英美法系从判例制度出发,试图以类推为手段实现遵循先例为目标,类推成为英美法系推理的重要手段甚至主要手段。^⑨但是,类推并不由此就受制于英美法系的制度传统,作为手段的类推和作为目标的遵循先例甚至互相分离。虽然遵循先例必然要求同案同判,但是同案同判并不必然要求遵循先例。因此,以相似性为基础的类推结构并不局限于英美法系制度领域。关键的难题在于相似性的判断和确证。伯顿指出相似性的判

^{④④} See Jan G. Deutsch, *Precedent and Adjudication*, The Yale Law Journal, Vol.83(8):1553, p.1555 (1974).

^{④⑤} See Frederick Schauer, *Precedent*, Stanford Law Review, Vol.39(3):571, p.576 (1987).

^{④⑥} See Rudolph Laun, *Stare Decisis*, Virginia Law Review, Vol.25(1):12, p.12 (1938).

^{④⑦} 参见[美]史蒂文·J.伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,中国政法大学出版社2000年版,第30-35页。

^{④⑧} 参见[美]艾德华·H.列维:《法律推理引论》,庄重译,中国政法大学出版社2002年版,第2-4页。

^{④⑨} 需要指出的是,可能有人认为此处的类推又成为推理方法而不是解释方法。显然,这是一种误解,因为英美法系的类推寻求相似性的努力实际上就是我们前面所说的“类比”的过程。我们当然可以把类比视为整个逻辑推理过程的一个部分,就像法律解释也是整个法律推理中的一个部分。

断处于完全不受约束的状态,判断哪些事实更为重要仍然是一项难以理解的活动。^{⑤①}列维指出,类推的困境在于,类推如何证明两个案件的相似是决定性的、根本的。由于事先并不存在一项“总括式规则”(overall rule)确认这种相似性,因此对于相似性的认定从来没有发生过真正的推理,至少也是存在瑕疵。^{⑤②}由于客观上并不存在绝对相同的两个案件,因此一个先例的相关性取决于如何描绘出先前案例的事实特性,并且这种特性的描述不可避免地是渗透理论的:为了评估先例是哪一个案件的先例,必须对两个事件相关的相似性作出某种决断。决断的作出应依据相关性规则,区分先例的相关性与否,说明哪些相似性是重要的以及哪些可以毫无风险地被无视。因此,先例取决于这些规则,而这些规则自身则视时代和文化而定。^{⑤③}遵循先前判决,仅仅是因为这些判决的判决理由被假定与今天的一致,并且法治所需要的多数人的正义感是先前判决理由的逻辑基础。一个判决理由越支持后来的判决,它越可能与人们的正义感相符合。^{⑤④}在类推中判定某种差异不是真正的原则性的差异,需要实质性的理由。因此,类推的真正困难在于实质性理由,如正义感等价值判断的理性化和证立。

需要进一步解决的问题是,实质性理由的寻找是否是不可能的,从而类推是不能理性化的。其中的关键是如何定位类推,即是否只将类推作为一种决疑术,还是尽可能将类推理性化,对相关问题进行深入分析和论证。当类推主要集中于相似性的寻求时,它就很可能陷入决疑术的泥潭。决疑术被称为一种“基于案例的推理”,决疑术的方法在于通过比较范例(也被称为“纯粹案件”)和手头上的案件,分析正在考察的个案在多大程度上与范例(先例)相匹配或者相呼应,一个既有的案件与范例相似度愈低,按照范例处理案件的证成力就愈弱。而在决疑术方法中,相似性的寻找是通过“案件分类学”,即对案件进行分类,将案件编排成一定的秩序。“案件分类学”在决疑术中至关重要,根据决疑术作出的判断(裁决)不是基于某项原则或理论,而是基于案情与箴规在案件形态上以及与其他类似案件相比较之中所显现的方式。^{⑤⑤}

然而,类推只能作为决疑术存在,而不能进一步被理性化吗?并非如此。伯顿和列维都指出,类推的基础在于两个具体事物(案件)之间的相似性,在相似性的基础上进行推理和论证。而对于两个事物(案件)相似性的判断与正确的结论之间并不必然具有相关性。相似性判断并不是推理结果的恰当保障,而只有附加新的条件和效果——相关性的论证才有效。^{⑤⑥}那么,相关性如何发现?相关性说明类推是基于某种一般标准的

^{⑤①} 参见前注^{④⑦},史蒂文·J.伯顿书,第49页。

^{⑤②} 参见前注^{④⑧},艾德华·H.列维书,第6-7页。

^{⑤③} See Frederick Schauer, *supra* note 45, 576-578.

^{⑤④} See Rudolph Laun, *supra* note 46, 21-22.

^{⑤⑤} 参见舒国滢:《决疑术:方法、渊源与盛衰》,载《中国政法大学学报》2012年第2期,第6-9页。

^{⑤⑥} 对此,陈景辉通过地球与火星之间两个类推过程(I和II)的对比指出其中的问题。虽然都是寻找相似性,但类推公式I比II更具有说服力,因为公式I所列举的已知相似性(大气层、水和适当的温度)与所欲证明的存在生物之间具有更为直接的关系,而椭圆、公转、自转等相似性则与存在生物这个待证相似性并不相关。参见陈景辉:《实践理由与法律推理》,北京大学出版社2012年版,第228-234页。

推理。在法律类推中,相关性指的就是法律这种实践理由,即“无论作为推理依据的前一个案例、还是作为推理对象的后一个案例,之所以应当用同样的方式对待它们,是因为这两个案例都处于同一个实践理由之下,而不仅仅是由于它们在某些方面是类似的。甚至,就连两个案件之间是否相似的判断,也是基于它们同样存在一个共同的行动理由这一点而作出的”^⑥。如此,不止相似性判断本身不是类推的充分条件,甚至相似性判断本身也取决于相关性的寻求,即取决于两个案件共同的行动理由寻求。

还有一个颇具争议的问题是,相关性判断在整个类推推理中具有何种地位和重要性。更确切地说,类推的核心是两个事物之间是否相似的判断,还是已知相似性与待证相似性之间存在相关性这个问题。偏向前者则类推仍然保留决疑术的底色,无法彻底理性化;类推要理性化就需要偏向后者,进而类推就需要寻求可靠的共同行动理由——共同的、抽象的、理论的规范。如此,相似性的寻求也能获得理性化证立。因此,如何获得案例之间的相关性、寻找获得相关类似性的要素,就成了类推理性化证立的关键。正如有学者提出,通过寻求类案的结构相似,可以获得较为可靠和理性的相似性判断标准。^⑦

(二) 以相似性为基础的法律解释体系重构

由上述分析可见,当我们以相似性取代同一性作为法律解释的基础和结构时,必然意味着类推(解释)的普遍化;并且类推(解释)不仅是可普遍化的,而且也是可以获得理性化证立的。由此,一种以相似性为基础重新构建法律解释体系的可能性就呼之欲出了。

但是,在此之前,还需要解决一个问题。既有法律解释拒斥类推解释的根本原因是类推解释会对法律解释带来一种根本性的挑战,即根本改变规范的性质,将绝对性规范转变为相对性规范。这就给法律带来了政策化的风险:随着社会复杂程度的不断提高,社会变迁速度越来越快,法律解释从封闭的概念体系走向了开放,而从概念到目的、利益、价值、后果和功能的转变,开放性程度越来越高。在概念法学时代,法律解释的生成都是概念逻辑的本体性展开,与合目的性的思考相冲突。利益法学是目的论思想在方法论上的具体展开,它承继耶林的目的法学,将“权利”还原为“利益”,将“逻辑演绎”还原为“利益平衡”,带来了一种全新的方法论:法律概念并不是本体性的存在,而是功能性的,概念的意义与所担任的角色不具有恒常性。据此,我们打破概念本体论的桎梏,以目的理性为基础,将政策的目的性也融入法律体系之中,推进法律解释体系的功能主义转向。^⑧随着法律解释后果主义、功能主义因素的增加,规范相对化甚至虚无化的可能性大大增加:后果考量在法律解释领域占据越来越重要的分量,以概念和规则为核心还是偏重后果和功能,成了后果取向解释和功能解释争议的焦点,尊重和信守规则还是完全消解和脱离规则,成了功能解释的重要分歧。^⑨可以说,主张规范相对性、工具化的后

^⑥ 前注^⑤,陈景辉书,第246页。

^⑦ 参见杨知文:《论类案的结构相似特征及其运用》,载《中国法学》2023年第6期,第102-122页。

^⑧ 参见劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,载《中国法学》2020年第1期,第127-128页。

^⑨ 参见陈辉:《法律解释的后果考量困境与司法裁判的政策取向——以“知假买假”类案件裁判为例》,载《法学家》2023年第6期,第17-30页。

果主义、功能主义解释论的难题就是如何解决规则虚无主义的危险,即一种通过目的、后果、功能等因素考察的规则如何在保持开放性的同时不至于消解自身。

正是基于上述诸种困难,不少学者对于法律解释论仍然持有保守立场,即虽然概念无法再封闭,但是仍然要保持规范的绝对性。尤其在刑法解释学领域,由于罪刑法定原则对于规范封闭性的要求,^{⑥0}对于保持规范绝对性提供了强有力的支持。但这种试图维系规范绝对性和封闭性的努力能够成功吗?概念开放之后,规范能否保持绝对和封闭呢?概念体系的封闭性被打破,我们再难获得明确界定的绝对性法律规范。有人指出,虽然可能文义的界限经常难以确定,导致解释和漏洞填补的区分流动不居,但这并不妨碍这一标准的实用性。^{⑥1}而类推不仅是法律漏洞填补的工具,而且也是法律漏洞确定的手段。黑克则试图通过利益衡量来重构规范的绝对性和封闭性:如果没有经过利益衡量,任何法条都无法被完全理解。^{⑥2}换言之,没有利益衡量,我们无法确定法律是否有漏洞,并且只有利益研究才能为法律漏洞的填补提供可资适用的价值判断。然而,通过文义给出一个区分法律解释和漏洞填补的实用性标准,需要文义无论如何具有一定程度的稳定性,即所谓文义应该具有核心地带——通常语义,^{⑥3}其核心地带的确定性来自习惯。但是由于习惯本身的不确定性,通常语义无法给出这种稳定性,并且即使提供了通常语义,也面临后果和政策的权衡和考量之冲击和调整。^{⑥4}而试图通过利益或价值衡量来构建规范的绝对性和封闭性无异于抱薪救火:构建规范内在的利益、价值保护体系的前提是我们能够区分出规范内在的利益、价值与外在的利益、价值,这正是后果主义、功能主义法律解释论试图努力而被证明失败的。因此,可以说,随着封闭概念体系的解体,任何试图构建规范绝对性和封闭性的努力都是徒劳的。相应地,通过罪刑法定原则制约类推的普遍使用的企图注定也是无法实现的。

可以说,并不存在依照其本质不允许任何类推的规定。禁止类推意味着立法者命令法官对法律上类似的情形作出不同处理,强制法官违反平等处理这个法理念的最上位诫命,因此禁止类推就需要特殊的正当化理由。^{⑥5}而随着规范绝对性和封闭性的解体,罪刑法定原则制约类推普遍适用的企图失去了正当性。诚如有学者指出,类推作为一种方法论意义上的存在是恒定的。类推作为一种制度性规范虽然已在刑法典中消失,但作为一种思维方法并未退场,反而以扩大解释和有限地承认类推解释的形式而存在。另外,在

⑥0 参见陈景辉:《法典化与法体系的内部构成》,载《中外法学》2022年第5期,第1195页。

⑥1 陈坤对此作了一个很好的说明和论证:假设存在一个规则“驾驶汽车进入公园者罚款100元”,如果遇到一匹发疯的马,除非新增或修改旧规则,我们无法把该规则适用于马的情形。因此,法律解释与法律续造的区别是显而易见的——法律解释并没有改变原来的规则,法律续造则改变了原来的规则。参见陈坤:《法律推理领域中的形式逻辑及其不可取代性》,载《环球法律评论》2022年第6期,第59页。

⑥2 参见〔德〕菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第28-31页。

⑥3 参见陈兴良:《刑法教义学中的语义解释》,载《法学》2023年第10期,第76页。

⑥4 当社会发展呈现出如此的多变和不可预测时,概念涵摄与规则适用似乎就成了两个完全不同的问题。参见陈坤:《概念涵摄与规则适用:一个概念与逻辑的分析》,载《法制与社会发展》2017年第5期,第151-154页。

⑥5 参见前注⑪,克劳斯-威廉·卡纳里斯书,第160-168页。

立法否定类推的同时,还在不断强调与类推具有相同性质的判例制度的重要性实为一种悖论。判例法的发展无法离开类推。^{⑥⑥}概言之,禁止类推存在难以解决的问题:要么拒绝裁判,而这明显与其特有的保障法之安定性的目的背道而驰;要么迫使其诉诸普遍法原则甚或完全是以法官“个人评价”的方式予以填补,而这同样站不住脚,因为这种法律补充比类推具有更强的不安定性,禁止类推就更应当将其排除在外。因此,类推在所有法律领域发挥作用是确定无疑的,刑法中的禁止类推问题并不是禁止所有类推,而是基于罪刑法定原则禁止不利于行为人的类推。有学者在谈及禁止类推时指出,某种解释是类推解释还是扩大解释并不是单纯的用语问题,要通过衡量刑法条文的目的、行为的处罚必要性、国民的预测可能性、刑法条文的协调性等诸多因素来确定,这实际上是在用某种类推解释限制另一种类推解释。^{⑥⑦}

需要指出的是,我国刑法学者对于禁止类推的内涵理解可以分为三类:一是主张禁止类推就是禁止类推适用;^{⑥⑧}二是主张禁止类推就是禁止类推解释;^{⑥⑨}三是主张禁止类推包括禁止类推适用和类推解释^{⑦⑩}。可以看到,这三种理解与采用同一性还是相似性的结构立场相关。以同一性结构为基础理解的禁止类推是禁止类推适用,而以相似性为基础理解的禁止类推就是禁止类推解释。将禁止类推理解为包含禁止类推和禁止类推适用,这显然是混淆同一性和相似性逻辑的使用。如果类推适用是成立的,类推解释这个概念就有问题,即如果认为类推解释是在法律成文语言所可能具有的含义之外而为“解释”,类推解释概念就是个矛盾概念——类推的本质就是对法律没有规定的事项进行所谓的“解释”,这种“解释”当然是超出了法律的文义范围,因而已经不再具有解释的性质,因此类推只属于补充法律漏洞的方法。^{⑦⑪}但是类推适用存在的前提在于文义的封闭性和类推与解释基于同一性基础的功能差异,而同一性结构又已经被相似性结构所取代。因此,试图强行区分类推解释和类推适用的努力就会存在问题。^{⑦⑫}类推适用随着同一性基础的丧失而变得不合时宜,以相似性结构为基础,并不存在所谓类推解释和类推适用两种类型。如果要禁止类推,只能是禁止类推解释。但是,如果类推解释和扩大解释之间的区别取决于“法条用语可能具有的范围”,那么对某个用语的解释虽然超出了法条用语的本来意义但仍在一般人所能预测的范围之内就是扩大解释;而解释不仅超出了法条用语本来所具有的范围,而且超出了一般人所能预测的范围就是类推解释。然而,一般人所能预测的范围这个标准过于含糊,因此二者之间并没有绝对的区别。换言之,类推是一

^{⑥⑥} 参见沈玮玮、赵晓耕:《类推与解释的缠绕:一个类推的刑法史考察》,载《华东政法大学学报》2012年第5期,第27页。

^{⑥⑦} 参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第73页。

^{⑥⑧} 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第27页。

^{⑥⑨} 参见前注^{⑥⑦},张明楷书,第62-63页。

^{⑦⑩} 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第37-41页。

^{⑦⑪} 参见周少华:《“类推”与刑法之“禁止类推”原则——一个方法论上的阐释》,载《法学研究》2004年第5期,第60-63页。

^{⑦⑫} 参见黄继坤:《刑法类推解释如何得以进行——刑法演绎推理中的类推解释》,载《现代法学》2011年第5期,第67-69页。

种解释方法,它与扩大解释无异,类推解释无法被禁止和排斥。^{⑦③}

论述至此,可以得出如下结论:当前以封闭概念为核心的解释体系需要重新构造,文义的明确性和封闭性要求必然将法律解释指向同一性结构,因此必须放弃传统围绕文义进行解释而构建绝对性规范的路径及其相应体系。一种全新的、以相似性为基础的解释体系将呈现出如下结构:第一,法律解释的目标是以相似性为基础的开放性概念和相对性规范,而不是封闭概念和绝对性规范。通过类推解释将当前以同一性为基础的封闭概念体系转换成为以相似性为基础的开放概念体系(类型)。^{⑦④}第二,这种解释体系以类推解释为基本方法,放弃将文义作为解释的核心和基础,而是以待决案件与规范指向的案件事实之间相似性的寻求为前提和基础。通过这种全新的解释路径——类推解释,既可以解决既有解释论中解释的具体化问题,又能解决目的法学、利益法学和价值法学转向之后目的解释的不可控问题。通过类推进行具体案例之间的比较,不但可以解决概念文义与待决案件之间“抽象—具体”的隔阂,从而直接实现涵摄之前具体案例的等置,而且具体案例的寻找和比较同样可以解决脱离文义束缚的目的解释的控制问题。第三,类推解释带来的非理性风险需要通过判例加以解决,因此类推法律解释体系需要重视案例指导制度的功能。如,在刑法领域,当概念封闭性被取代之后,罪刑法定原则已经无法限制类推的泛滥,于是通过案例指导制度来消除类推普遍化可能带来的问题便愈发重要。判例在德国越来越具有重要性也可以说明此点。^{⑦⑤}我国的指导性案例也必须限制类推的不理性。第四,虽然文义在新的解释体系中不再作为核心和基础,但也不是可有可无的。以文义为核心会陷入概念封闭性的泥潭,但是离开了概念则无法言说法律。因此,“法教义学离不开语言分析,但又必须超越语言分析”^{⑦⑥}。恩吉施对解释任务的说明很好地概括了新解释体系的任务:对内容的说明是通过定义,而对范围的说明则是通过对案件群和单个案件的阐明而展开,即案件应归属于何种法律概念以及从何种法律概念中推出,法律评注对此发挥了重要作用。^{⑦⑦}德国的法律评注在法教义学中占据越来越重要的分量,在法庭实践材料的基础上建立“案例类群”是法律评注的必由之路,而在通过“案例类群”创造出的框架秩序中,判例法得以发展。

五、结 语

潘德克顿学派的法教义学试图构建封闭概念体系的体系型法典,构建绝对性、封闭性的规范体系。以此为基础,涵摄就成为法律适用过程的关键性步骤,在涵摄的过程中

^{⑦③} 参见黎宏:《“禁止类推解释”之质疑》,载《法学评论》2008年第5期,第46-49页。

^{⑦④} 参见前注^{⑦③},亚图·考夫曼书,第29-31页。

^{⑦⑤} 参见[德]罗伯特·阿列克西、拉尔夫·德莱尔:《德国法中的判例》,高尚译,载《中国应用法学》2018年第2期,第140-142页。

^{⑦⑥} 王政勋:《法教义学与语言分析——基于正当防卫权威判例的研究》,载《中国法律评论》2022年第4期,第137页。

^{⑦⑦} 参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》(修订版),郑永流译,法律出版社2014年版,第79-80页。

通常需要对抽象的法律概念进行解释。但是,法律难免有漏洞,因此需要类推等手段填补法律漏洞。一个以同一性为基础,法律解释和类推严格界分,类推作为解释重要补充的解释体系就呈现出来:以具有明确性、封闭性的文义为核心,以绝对性、封闭性的法律规范为法律解释的目标。以同一性为基础的解释和类推的二分、对概念文义的坚持构成了大陆法系解释论的制度传统,也造成解释和类推始终囿于抽象性与具体性的鸿沟无法自拔。

随着概念封闭性的消解,以同一性为基础的法律解释论面临困境:解释向创造性转变,法律漏洞概念成为冗余,法律适用和法律续造之间的界限不再不可跨越,以同一性为基础的传统法律解释体系在应对文义解释与目的解释的分裂、概念涵摄与后果考量的分歧上日益捉襟见肘。当以相似性为基础建构类推解释体系时,这些问题就迎刃而解。但是,类推的普遍化需要解决类推的理性化控制问题。在概念开放之后,规范的绝对性和封闭性无法持续,为了避免相似性的泛滥,需要通过指导性案例、法律评注等提供相关的类似性论证,从而避免类推解释陷入决疑术。

Abstract: The current legal interpretive theory in our country is based on the construction of a closed conceptual system and a systematic code, with absolute and closed norms as its goals. It views the process of legal application as an inclusive process based on identity, restricts interpretation as a concrete means of serving the process of identity, and regards analogies as a method of filling loopholes. However, the separation structure of analogy and interpretation based on identity not only fails to solve the problem of the degree of concretization of interpretation, but also limits and constrains the function of analogy. After the concept closure as a prerequisite for identity is dissolved, the boundary between legal interpretation and analogy no longer exists, and analogy interpretation becomes the fundamental method of legal interpretation. The goal of legal interpretation is to establish open concepts and relative norms based on similarity. An analogical interpretation system based on similarity is not only necessary, but can also obtain rational evidence.

(责任编辑:强梅梅)