

类推的误用,抑或哲学诠释学之谬

——考夫曼类推思维观批判

姜福东

内容提要:在“盐酸案”、“电力盗窃案”的判断上,考夫曼犯了两个颇为类似的错误。从刑法学传统概念范式看,一般认为可归因于其对类推的认识与运用存在问题。实际上,类推已不具有足够的说服力。更深层次的原因在于,考夫曼继承了哲学诠释学的读者中心论立场,消解了司法判决所依凭的法律规范之标准,从而陷入了主观主义、相对主义的泥淖。他的类推思维是一种存在着严重缺陷的诠释学思维。只有站在诠释学的理论高度,才能更好地把握考夫曼所犯错误的根源,才能厘清为何他对类推概念、禁止类推观念、进而对法律发现过程均产生了误读。

关键词:考夫曼 类推 哲学诠释学 诠释学思维

姜福东,青岛科技大学政法学院副教授,法学博士。

一 引言:考夫曼两次跌倒在同一地方

阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)是当代德国著名的法学家,研究刑法学和法律哲学逾50载,著述等身且影响力波及世界各地。然而,就是这位大师级的学者,在德国颇具争议的“盐酸案”和“电力盗窃案”的判断上,却犯了两个颇为类似的错误,甚至可以说两次跌倒在了同一个地方。

德国联邦最高法院曾经处理过一起“盐酸案”。一男子X将盐酸泼在一位女收款员的脸上,进而抢走了她的钱包。法律问题是:X是否违犯了《刑法》上的“加重强盗罪”?根据对该行为当时有效的德国《刑法》第250条规定,“加重强盗罪”的构成在于:“当行为人……携带武器实施强盗行为,而以武力或以武力胁迫,防止或压制他人的反抗时”。这里关键在于判断:该案中使用的盐酸是否为德国《刑法》第250条规定的“武器”。^[1] 联邦最高法院的判决确认了这一点,将盐酸认定为武器。不过该判决在法律界引起了很大争议。考夫曼起初是明确赞同联邦最高法院的判决的。他主张,“刑法典意义下所称的‘武器’,须取决于

[1] 参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第107页。

我们此时此地能用以杀害及伤害人的东西为何;因此,在今日得作为某种‘武器’者,在刑法典公布当时可能根本还没有;因而也不属于传统武器的‘概念’。如果我们把一种新的腐蚀性的化学药剂称作德国《刑法》第250条(加重强盗罪)意义下的‘武器’,那么绝非单纯从武器的抽象定义概念中得出,而是更多地从其意义,从法律所拟规范的生活事实的‘本质’中得出。”^[2]也就是说,虽然刑法典公布时还未曾出现盐酸这种“腐蚀性的化学药剂”,但是他认为,作为一种能够“用以杀害及伤害人的东西”,盐酸在“生活事实”的本质上传统概念下的“武器”并无两样,因而可以视同“武器”。

无独有偶,德国帝国法院当年曾经处理过一起“电力盗窃案”。某人通过秘密地从街头电线接电,非法使用电力。有疑问的是:该行为是否应按照当时的《刑法典》第242条规定的“窃盗罪”(即盗窃罪)来处罚?帝国法院认为,《刑法典》第242条规定的是“故意偷走他人的动产,非法地占有它”,亦即因偷盗应受处罚,必须是涉及偷盗他人的动产;而电力却无法从包括动产和不动产的“物”(Sache)这一概念中推论出来。所以,行为人的行为只是涉及“厚颜无耻”、“不诚实”,够不上刑罚,不能作为盗窃罪来处罚。^[3]考夫曼起初对这一判决并不认同——“帝国法院的论证:电气因为并非物理上的物,所以亦非法律意义上,亦即刑法规范有关窃盗罪意义上的物,是如何地值得怀疑!”^[4]当帝国法院“不将电气视为‘物’,俾于其遭窃可作为窃盗罪加以处罚时,这种见解并不是在拟规范的生活事实之意义下对物的概念加以理解,因而也是无法令人信服的”。^[5]他认为,应将“电”视为帝国《刑法典》第242条意义下的“物”。

然而,考夫曼后来却坦率承认,在《类推与事物本质——兼论类型理论》(1965年)一书中,自己针对“盐酸案”和“电力盗窃案”所提出的见解都是不妥当的。在为该书第2版(1982年)所作的后记中,考夫曼指出:“我必须承认错误。在我这篇类推的文章中,我自己把可容许的类推(解释)的界限划得太广……非肯齐尔(Fikentscher)是对的,当他反对我的看法,指出我在‘盐酸案’中,不应人为将盐酸视为德国《刑法》第250条意义下的‘武器’是可容许的法律解释。同时对此,我必须承认普利斯特(Priester)所说的:我应该同意电气窃盗案之法律判决的见解,依该判决,电气不能被视为德国《刑法》第242条意义下之‘物’。”^[6]在《法律哲学》(1997年)一书中,考夫曼进一步坦承,当“将盐酸视为武器时,其实我们已经进入禁止的类推中了”。^[7]不过,尽管考夫曼本人后来意识到了这两个类似的类推解释错误;同时却又强调:自己虽然“拥护的是,坚持运用无法律无刑罚原则之人”,但继续对刑法上类推禁止的通说提出质疑,并认定“法律适用或法律发现依其本质,并非形式的逻辑推论,并非单纯的涵摄,而是一种类推的过程”。^[8]

我们不禁要问,在“盐酸案”和“电力盗窃案”的见解上,考夫曼为什么会发生前后180度的大转弯呢?而且,为什么他一方面承认自己在个案上所犯的错误,另一方面却仍然秉持自己的类推观念不愿动摇呢?

[2] [德]考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第89页。

[3] 参见[德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第48页。

[4] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第73页。

[5] 同上,第91页。

[6] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第2版后记,第161-163页。

[7] 考夫曼:《法律哲学》,第79页。

[8] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第2版后记,第143、163页。

二 考夫曼错在哪里:类推概念之误用?

单纯从刑法学传统概念范式来看,一般认为,考夫曼在“盐酸案”和“电力盗窃案”上所犯的类似错误,可归因于其对类推的认识与运用存在问题。无论国内还是国外都有学者指出,考夫曼对类推概念可能存在着误解。例如,吴宏耀主张,“我不赞同考夫曼关于类推的理解。照他的理解,类推无处不在,太泛了,反而模糊了不同问题之间的界限。”^[9]陈兴良教授认为,考夫曼对类推禁止的铁则提出质疑,是要冒极大的学术风险的。“考夫曼提出一切类型,甚至一切概念都是类推的,其实是对类推的一种误用。”^[10]陈兴良区分了类推推理与类比推理之中的类似性。“在类比推理的情况下,这种类似性是一种强类似,即相同大于相异,因而可以根据事物之本质将其归入某一概念或者类型之中。而在类推推理的情况下,这种类似性是一种弱类似,即相异大于相同,因而不能按照一般的法律解释方法将其涵括在某一概念或者类型之中,也就是属于法无明文规定的情形。在这种情况下非要适用这一法律,就需要类推推理。”^[11]卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)指出,考夫曼“借类推一词所指称者”,与德国学界通说可谓“大异其趣”。按一般见解,法学上的类推适用是指,“有两件生活事实被相互比较,其一是可以毫无疑问地归属于法定构成要件之下的事实,相反地,另一事实则(似乎)未被规范及之。假使两者间具有足够的类似性,则后者就法效果一点——并且仅就此点——应与前者作相同处理;这两件事实关系的‘类似性’便正当化其法效果上的相同处理。刑法中类推适用的禁止,其所指的乃是此等意义的类推。”^[12]相反,考夫曼指出,“类推意指的并非两件事实关系的比较,而是案件事实与规范的构成要件之间的比较,他关切的是:规范所意指的意义内容与案件事实所表现的意义内涵是否一致。有关的意义内涵并非自始确定,直到相互比较的程序中,它们才会显现出来并可得认识,亦必借此程序始能判断,该当案件事实是否适合该当规范。”^[13]

然而,问题马上随之而来。无论是类比还是类推,在英文当中只有 analogy、德文当中只有 analogie 这样一种固定的语词表达。那么,类推推理与类比推理如何使用英文或德文语词分别予以表述?这从一个侧面说明,类推推理与类比推理或许本来就是一回事儿——“类推”也就是“类比推理”的简称。至少,这种区分是没有充足的说服力的。况且,陈兴良对类推的理解与拉伦茨对德国通说的阐释,二者也并非一致。这就引发了关于类推概念的理解问题。围绕着类推概念和与之相伴而生的类推禁止原则,学者们各抒己见,观点纷呈。如张明楷教授认为,广义的类推包括两种情况:一种是类推适用,即我国旧《刑法》第79条所规定的类推:对于刑法分则没有明文规定的犯罪,比照刑法分则最相类似的规定定罪量刑。另一种是狭义的类推解释,即解释结论完全超出了刑法用语可能具有的含义。^[14]黎宏教授则指出,刑法中的类推既包括定罪类推,也包括量刑类推,既包括对被告人不利的类

[9] 郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(七),中国政法大学出版社2005年版,第407页。

[10] 陈兴良:《刑法教义学方法论》,载梁根林主编:《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版,第18-19页。

[11] 同上,第17页。

[12] [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第16页。

[13] 同上,第16页。

[14] 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第15页。

推,还包括对被告人有利的类推。“类推解释,说到底,也是一种法律解释方法,即在需要判断的具体事实和规定的要件之间基本类似的时候,将后者的法律效果适用于前者。”^[15]而杜宇教授甚至主张,“对于类推的理解完全可能有多元化的把握,不存在也绝不应该存在定式化的、唯一正确的理解。”^[16]一个原本经典的法学概念和法律信仰,时至今日却令人越来越感到困惑不解了。

考夫曼本人更是旗帜鲜明地维护自己对于类推的见解,并对刑法上禁止类推的通说提出强烈质疑。他眼中的类推,乃是一种规范与事实的“等置”处理。规范与事实本属于不同层面的范畴当中,一个处于应然,一个处于实然。为了能够做出判决,司法者“必须通过一个积极的创立性行为”使二者相互适应,一方面用事实来丰富规范,另一方面用规范来丰富事实。而它们能够被等置处理的前提是:事实与规范具有相似性,亦即“必须存在意义关系中的同一性”。^[17]考夫曼将该过程简称为“类推”。他进而宣称,“在刑法上没有或从来不曾有严格的禁止类推,亦即禁止每一个创设或加重刑罚的类推。”^[18]他引用战后很多德国学者对类推概念的新认识,来补充论证自己的观点,指出:大量法律理论文献“越来越强调法律适用过程或法律发现过程的类推性格。以致在此我们可以说是一种明确的见解的根本转变”。“严格的类推解释实际上只是纸上谈兵。”^[19]可见考夫曼试图从根本上颠覆传统的类推概念,按照他的理解,类推禁止的法律信条几乎可以被完全推翻了。或许是受其影响,国内一些学者纷纷对类推概念以及类推禁止的教义提出质疑。如吴丙新认为,“司法实践早已证明,传统的罪刑法定主义以及与其伴生的类推禁止,只不过是法治口号下的一个美丽的乌托邦。”^[20]杜宇也强调:“刑法上绝对之‘类推禁止’根本就属于一种虚幻的神话,作为一种思维方式的类推始终蔓延于刑法适用的整个过程。”^[21]此外,倘若我们始终纠缠于类推概念本身,必然还会引发类推解释与罪刑法定、类推解释与类推适用、类推解释与类推推理、类推解释与扩大解释、类推解释与当然解释、类推解释与限缩解释等一系列概念的区分。而这些问题之复杂程度,并不是那么容易说清楚的。学者们为此争论不休,但迄今也没有得出一个公认的区别标准。

可见,试图仅仅用类推的概念来解释清楚考夫曼犯错的原因,已经不具有足够的说服力,无法从根本上阐明真正的症结之所在。我们必须超越部门法学固有的理解范式。笔者在此主张,应站在法学继受哲学诠释学的理论高度,来认识和把握考夫曼犯错的深层次根源。这个深层次根源就在于:考夫曼的类推思维是一种自身存在着严重缺陷的诠释学思维。考夫曼继受了哲学诠释学的读者中心论立场,消解了司法判决所依凭的法律规范之标准,从而在“盐酸案”和“电力盗窃案”的见解上,陷入了主观主义、相对主义的泥淖。

[15] 黎宏:《“禁止类推解释”之质疑》,载《法学评论》2008年第5期,第45页。

[16] 杜宇:《刑法上之“类推禁止”如何可能?——一个方法论上的悬疑》,载《中外法学》2006年第2期,第417页。

[17] 参见[德]考夫曼、哈斯默尔主编:《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。

[18] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第2版后记,第143页。

[19] 同上,第153页。

[20] 吴丙新:《修正的刑法解释理论》,山东人民出版社2007年版,第275页。

[21] 杜宇:《刑法上之“类推禁止”如何可能?——一个方法论上的悬疑》。

三 考夫曼错在哪里:继受哲学诠释学之谬

第二次世界大战后,德国法律理论界发生了对哲学诠释学的继受。《类推与事物本质——兼论类型理论》就“可以理解为一篇谈论法学上此种诠释学继受的文献,尽管‘诠释学’这个字根本未在本文中出現。然而瞒不住内行人的是:诠释学几乎在每一页中都是主题所在”。^[22]据考夫曼宣称,该书的出版使其思想发生了诠释学的转向。它“首次为法律与法律发现过程的诠释学理解,开辟了一条清楚可见的道路。以范围来看,我认为这本著作在我的法律哲学思想发展中具有一个里程碑的地位”。^[23]后来,考夫曼进一步明确表示,他所欲探讨的就是法律方法的“诠释学理解”,亦即根据“诠释学的观点来观察在法律发现时,在方法上所做(及应做)的”。^[24]考夫曼凭借其建构的“类推”理论,将其哲学业师——伽达默尔的哲学诠释学思想具体应用于法律领域。而他所倡导的类推思维方法,也不可避免地打上了诠释学思维模式的烙印。

在考夫曼看来,法及法律发现原本带有“类推”的性格。法是一种“对应”,法的整体并非法律“条文的复合体”、“规范的统一体”,而是“关系的统一性”,这种关系的统一性“正意味着类推”。制定法只不过是“法的可能性”,它的现实性只能从“具体的生活关系”中得出。“只有在规范与具体的生活事实、当为与存在,相互对应时才能产生真实的法。”^[25]法律发现也是一种类推的过程,一种使生活事实与规范相互对应、调适、同化的过程——“一方面针对规范调适生活事实,另一方面针对生活事实调适规范。”^[26]在该过程中,规范与事实取得一致的“调和者”,就是“意义”,考夫曼称之为“事物本质”。不过他强调指出,“这种意义并非如传统法学方法论所说的,仅隐藏在制定法中,隐藏在抽象而广泛的意义空洞的法律概念中,相反地,为了探求此种意义,我们必须回溯到某些直观的事物,回溯到有关的具体生活事实……没有拟判断之生活事实的‘本质’,是根本无法探求‘法律的意义’的。”^[27]该种法律规范与生活事实之间相互调适的过程,其实就是诠释学思维方式在法律领域的体现。对此,考夫曼坦承,“规范与生活事实之间固有的指向性最后会得出著名的‘诠释学循环’”,但他宣称,这是对“我们理解方式的描述”,而非克里勒(Kriele)所批评的一种“有缺陷的思维循环”。^[28]然而,笔者赞同克里勒的见解,认为这是一种存在严重缺陷的、容易曲解法律的思维方式。该种源自哲学诠释学的思维模式具有明显的主观主义、相对主义倾向,其根本立场是读者中心论的,对法律规范标准的消解是有风险的。

伽达默尔公开宣扬,作品(文本)的意义是一种构成物,作品的意义并非作者的意图,而是作品所说的事情本身,即它的真理内容。这种真理内容是随着不同的时代和不同的人们的理解而不断变化的。作品的意义构成物具有一种不断向着未来开放的结构。因此作品的真正意义并不存在于作品本身之中,而是存在于对它的不断解释中。理解(解释)的本质不

[22] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第2版后记,第181页。

[23] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,附录,第210页。

[24] 考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,第183页。

[25] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第41页。

[26] 同上,第91页。

[27] 同上,第89页。

[28] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第2版后记,第165页。

是更好的理解,而是不同的理解。^[29]所谓理解“不只是一种复制的行为,而始终是一种创造性的行为。我们只消说:如果我们一般有所理解,那么我们总是以不同的方式在理解,这就够了。”^[30]伽达默尔认为,解释者的任务就是不让既有的前理解“以偶发奇想和流俗之见的方式出现”,而要从“事物本身”出发,来处理这些前理解,以“确保论题的科学性”。“解释开始于前把握,而前把握可以被更合适的把握所代替:正是这种不断进行的新筹划过程构成了理解和解释的意义运动。谁试图去理解,谁就面临了那种并不是由事情本身而来的前理解的干扰。理解的经常任务就是作出正确的符合于事物的筹划,这种筹划作为筹划就是预期,而预期应当是‘由事情本身’才得到证明。”^[31]伽达默尔提倡解释者与文本之间进行一种诠释学的对话,认为只有通过解释者,文本的文字符号才能转变成意义;解释者在面对文本时有一个前提条件,亦即他必须参与到文本的意义之中。与此同时,他又突出强调:“文本表述了一件事情,但文本之所以能表述一件事情归根到底是解释者的功劳。文本和解释者双方对此都出了一份力量。因此,我们不能把文本所具有的意义等同于一种一成不变的固定的观点……在重新唤起文本意义的过程中解释者自己的思想总是已经参与了进去。就此而言,解释者自己的视阈具有决定性作用。”^[32]可见,这种诠释学所极力标榜的,与其说是对话,毋宁说是解释者(读者)在解释过程中的决定性地位及其创造性、能动性。潘德荣先生正确地指出,“隐含于伽达默尔学说中的基本理念,归根结底是一种读者中心论的观点。正如他(指伽达默尔)自己所表白的那样:诠释学的立场‘就是每一个读者的立场’。”^[33]而这,恰恰是症结之所在。因为这种名义上是对话式的诠释学思维,实际上过分抬高了解释者的决断功能,彰显了解释者的主观主义、相对主义倾向。如果运用至法律领域,无异于将法官的主观性、创造性置于显赫的决定者的地位。这会大大增加法律发现过程的不确定性,消解制定法规范作为衡量行为合法性之标准的价值。

考夫曼鼓吹的“类推”、“事物本质”与“类型”,正是这样一种极具冒险性的诠释学思维。他指出,“任何想理解文本之人一直向该文本提出一种意义期待(‘诠释学的先在判断’,或者较好的说法是‘诠释学的先在理解’),这种意义期待首先使文本开口讲话,在此显出文本中的一种意义,而产生理解者一个较新的意义草案,然后文本又再次被意义草案询问,在此,这种意义草案同时透过文本而被更改与修正——如此不断,这是一个基本上永无止境的过程……”^[34]考夫曼认为,这就是法律发现过程的“诠释学特性”。他进而宣称,传统的三段论法、明晰性、普遍概念等范畴并不足以胜任“形成法律的、创造的、革新的功能”,因此“我们需要一些构造物:一方面使制定法能够有生产力,历史性,适应力,另一方面也限制法律发现者的恣意……换言之,我们需要类推,‘事物本质’,类型之思维方式”。^[35]考夫曼主张,法官等法律人“在具体的法律发现中必须一再地回溯到制定法所意涵的类型,回溯

[29] 参见洪汉鼎:《诠释学——它的历史和当代发展》,人民出版社2001年版,第20页。

[30] [德]伽达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社2004年版,第383页。

[31] [德]伽达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》,第344-345页。

[32] [德]伽达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》(下卷),第501-502页。

[33] 潘德荣:《理解方法论视野中的读者与文本——伽达默尔与方法论诠释学》,载《中国社会科学》2008年第2期,第49页。

[34] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,附录,第210页。

[35] 同上,第211页。

到作为制定法基础的模范观念”。为此,他提出了“不法类型”,并强调:“刑法中的类推应该在作为法定构成要件基础的不法类型中寻找其界限”。^[36] 其实,“不法类型”这个地位高于制定法的理想类型,就是作为类推比较点的“事物本质”的表现形式。问题在于:作为比较点的“事物本质”,自身却又是一个模糊不清的东西,一个连考夫曼自己都不得不承认“带有某些不精确的用语”。^[37] 而且,他本人也坦承,“类推的有效性相当根本地取决于比较点(比较的第三者)的选择,而且取决于确定被比较者之特征。比较点的确定主要不是根据一个理性的认识,而是很大程度地根据决断,因而取决于权力的运用。”^[38] 笔者认为,这种比较点选择的非理性、决断方式的唯权力化,很容易导致出现相对主义、主观主义的错误。因为解释者超越法律文本语词与概念,而直接去探寻、把握高于制定法规范的“事物本质”,完全可能会出现解释者纠缠于生活事实、无视立法者所设定的规范标准和界限的现象。正如基斯·E·惠廷顿所言,这种诠释学思维模式“在本质上是具有缺陷的,或者至少是具有误导性的”。^[39] 解释者通过诠释学循环,通过美其名曰诉诸“事物本质”,将法律文本的规范性、将制定法可作为判案依据与标准之功能轻易地抛到脑后去。这么做,对于法治事业而言,显然是有很大风险的。

四 回到“盐酸案”和“电力盗窃案”

如果说上述分析还是比较抽象和晦涩的话,那么下面我们将用考夫曼在“盐酸案”和“电力盗窃案”上的现身说法,来证明他确实是受了诠释学思维观的影响和误导,反过来又影响和误导了其他人。

具体到“盐酸案”上,考夫曼主张:盐酸是否为法律意义下的武器,如果不考虑具体的使用情形,是绝对无法断言的;而如果不考虑规范,仅从事实的认定,也推导不出“盐酸是武器”之是与否的问题。只有把携带盐酸抢劫这个现象“前理解”为加重抢劫罪的可能案件时,我们才会碰到这个问题。如果将这个现象“前理解”为其他案件(例如杀人未遂),那么盐酸是否为武器,这点就根本无关紧要。只有当我们知道什么是加重抢劫罪,我们才能将具体案件理解为加重抢劫罪之案件;而什么是加重抢劫罪,在还没有正确分析具体案件时,我们是无法知道的。^[40] 在笔者看来,将盐酸视同为武器,实际上是考夫曼“前理解”的结果。但这个前理解正确与否,却并非是不证自明的。吴宏耀就质疑道,为什么“前理解”会把携带盐酸的行为“设证”为加重抢劫罪?为什么不可以认为二者无关呢?凭什么说把携带盐酸抢劫这个现象“前理解”为加重抢劫罪的可能案件,才是“有意义的前理解”呢?^[41] 这种所谓“有意义的前理解”的得出,实际上是十分主观的,其不得不求助于一个空洞而模糊的概念——“事物本质”,而最终只能依凭解释者的个性化理解和个人化裁断,必然滑向主观主义的深渊,从而完全丧失了客观性、确定性的根基。吴宏耀就此指出,考夫曼将事物本质

[36] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第119、123页。

[37] 考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第2版后记,第143页。

[38] 考夫曼:《法律哲学》,第116页。

[39] [美]惠廷顿:《宪法解释:文本含义,原初意图与司法审查》,杜强强等译,中国人民大学出版社2006年版,第94页。

[40] 参见考夫曼:《法律哲学》,第133页。

[41] 参见郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(七),第377页。

视为“规范正义”与“事物正义”调和的比较点,试图以此“限制法律发现者的恣意”。但“问题是:法究竟是法律发现过程的产物,还是外在于法律发现过程?如果承认,作为现实化的法只能是法律发现的产物,那么,它又如何能够反过来抑制法律发现者的恣意?”^[42]无疑,考夫曼的说法是自相矛盾的。或许正因为对这个前理解的正确性、对这个“事物本质”并无什么把握,所以即便考夫曼本人,对于此种“类推”——盐酸应该会是一种武器——后来也承认其是“不确定的”、“大胆的”、“有风险的”和“创造性”的。^[43]

考夫曼主张:所有的武器都是危险的,步枪、手枪、大炮都是危险的,盐酸以这种方式使用是危险的,因此,尽管盐酸是否在此是一种武器尚有疑问,尽管步枪、手枪、大炮这些武器的特性比盐酸的特性更为众人所知,但还是可以进行一种等同处理。^[44]然而,以笔者之见,这个比较点的判断,从逻辑上讲是存在很大问题的。所有的武器都是危险的,并不能反过来说:所有危险的东西就一定是武器。的确,步枪、手枪、大炮是武器,它们都是危险的,其特性也是众所周知的。但是,这并不能推出:盐酸案中行为人使用的“盐酸”就是武器,尽管其使用的方式同样是危险的。在这个问题上,朱庆育显然受到了考夫曼诠释学思维观的误导。朱庆育认为,“‘枪’是不是‘武器’,关键不在于‘枪’本身,而在于‘枪’被用于何种场合。如果‘枪’被用于展览、玩耍,它与‘武器’有何关联?进一步说,没有任何东西天然就是‘武器’,同样,也没有任何东西必然不是‘武器’。能否构成法律上的‘武器’,取决于待判断的东西是否在特定场合用于‘武器’之途。”^[45]我认为这是十分荒谬的认识。众所周知,“枪”与“武器”是一种属种关系。“枪”是“武器”的种概念,“武器”是“枪”的属概念。被用于展览、玩耍的“枪”,也仍然没有超出“武器”这个属概念的外延范围,它为什么就不能算是“武器”呢?按照朱庆育的判断标准,假如在抢劫过程中,行为人携带枪支作案,当然应以加重抢劫罪来定罪量刑,因为此刻枪支确实被用于抢劫的用途,所以应当是“武器”。但是,假如行为人没有携带任何工具,仅仅是用两只拳头就将被害人制服,从而抢劫成功,那么我们要问:拳头此刻被用于抢劫的用途,它们算不算“武器”?按照朱庆育的说法,似乎拳头也应算是“武器”了。同理,行为用脚踢的方式制服被害人,他的双脚算不算“武器”?行为用口头恐吓的方式迫使被害人屈服而抢劫成功,他的嘴巴算不算“武器”?按照朱庆育的判断标准,这些都好像算得上“武器”,因为它们都是在抢劫的场合被用于“武器”的用途。然而得出这种结论,无疑是十分滑稽的。对此,陈景辉也提出了尖锐的批评:如果将女抢劫犯用以行凶的高跟鞋认定为法律意义上的“武器”,那么在游行中,所有的女士是否都不能穿高跟鞋?因为游行中禁止携带武器。^[46]或许有人会追问,那玩具枪算不算武器?其实,玩具枪即使被用于抢劫的特殊场合,它也不是武器。在日常生活用语上,武器的本质属性是泛指一切会对身体构成实质意义上的伤害的器械。但在法律上,对武器概念的要求是很明确、很严谨的,不能做泛化的理解与解释。^[47]行为人在抢劫过程中携带的玩具枪,并不是真正意

[42] 郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(七),第393页。

[43] 考夫曼:《法律哲学》,第129页。

[44] 同上,第109页。

[45] 郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(七),第379页。

[46] 同上,第380页。

[47] 冯军教授将《德国刑法典》第250条规定中的“武器”(waffe)一词译为“凶器”,我认为有过度诠释之嫌。因为“凶器”的译法把武器的内涵改变、把外延大大拓展了,使得武器的界限变得十分模糊。参见《德国刑法典》(附德文),冯军译,中国政法大学出版社2000年版,第150、355页。

义上的枪,无法被涵盖于武器的范畴之内,因此并不应依照加重抢劫案来处理,而只能按照一般抢劫案来处理。

考夫曼还主张:“当我们把盐酸视为‘武器’时,这并非从武器的概念得出,而是从加重强盗罪的类型得出的。”^[48]然而,如果我们站在法学继受哲学诠释学的背景下,很快就会发现:考夫曼所提出的类型观,实际上是对传统类推概念的一种诠释学式理解。他错误地将“类型”与“概念”对立起来,将法学的概念松解为类型,让法官等法律人承担起不依据制定法规范的标准,而自行选择比较点来决定类比界限的艰巨任务。他无视概念本身所具有的内涵和外延两个功能,不知不觉中滑向了哲学诠释学的相对主义。奥地利哲学家恩斯特·马赫指出,概念受到“作为一个整体的人类的理智需要影响”,而具有它们所在时代的“文化的印记”。“虽然概念不是纯粹的词,而是根植于事实,但是人们必须谨防把概念和事实看作是等价的,把一个与另一个混淆起来。”因为,如果“把概念与事实混合起来,那么我们就把比较贫乏的、对特殊意图有帮助的东西与比较丰富的、实际上不可穷尽的东西等同了”。^[49]考夫曼就犯了类似的错误。他用类型代替概念,实际上低估了概念所具有的强大功能——“概念的目的是容许我们在事实的纷乱的纠缠中找到我们的道路”。^[50]众所周知,任何概念最基本的逻辑特征,是同时性的具有内涵和外延。内涵是指反映在概念中的对象的本质属性;外延是指概念所反映出来的对象的范围。“概念的内涵和外延彼此成反比例。概念的外延越大,其内涵就越小,反之亦然……一概念的外延或范围越大,存在于其下和由它而能想到的事物就越多。”^[51]与此同时,“我们在一方面得到的,又在另一方面失去。外延大的概念,就人们能够将它用于许多事物而言,是很有用的;但这概念因此具有较小的内涵。”^[52]所以,我们既要看到概念具有内涵的一面,也要看到其具有外延的一面。既不能随意地松解概念的内涵,也不能随意地松解概念的外延。不能仅仅强调其中的一面,而忽略了另一面。如果任意地松解概念的外延,必然的结果是导致该概念的本质属性的部分甚至完全失去;如果任意地松解概念的内涵,同样会导致该概念所涵盖的事物的范围扩大到与该概念不相适应的结果。就此而言,考夫曼的类型式思考,实际上是一种消解概念功能的思维。

对于“电力盗窃案”,也是同样道理。诚如鲍曼(Baumann)所言,对德国《刑法典》第242条中sache(“物”)的概念,不应做一个宽泛到可以包含电力的解释。以当时德国大众对德文语词“sache”的日常使用来说,如果说“sache”包括电力,会是一个相当罕见的用法。尽管从现今自然科学的认识来说,电可以被视为“物”;但是在当时,如果帝国法院将电力视为一种物质标的,那么今天“物”的概念将会模糊到漫无边际的地步。因此鲍曼赞同帝国法院的判决,并认为该判决是法政策的一项重大成就。^[53]而为了能够处罚该种秘密窃取电力的行为,德国帝国立法者后来不得不颁布了一个特别法——今日已载于《刑法》第248c条。^[54]基于同样的理由,为了能够处罚以泼盐酸等方式进行抢劫的行为,德国有关立法机构也修改

[48] [德]考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,第119页。

[49] [奥]恩斯特·马赫:《认识与谬误——探究心理学论纲》,李醒民译,商务印书馆2007年版,第155页。

[50] 同上,第149页。

[51] [德]康德:《逻辑学讲义》,许景行译,商务印书馆1991年版,第87页。

[52] [德]康德:《逻辑学讲义》,第91页注释2。

[53] 转引自梁根林主编:《刑法方法论》,第12页。

[54] 参见[德]恩吉施:《法律思维导论》,第48页。

了《刑法》第250条——现在的规定是“携带武器或其他器械或方法实施强盗行为……”^[55]这种立法上的相应调整,从一个侧面印证了考夫曼等人的类推思维观的问题所在。

站在诠释学思维观的理论高度,我们发现,倡导类推禁止者所强调的,毋宁是法律文本作为一个客观的判断标准的问题,维护的是法律文本中心论的立场;而鼓吹颠覆类推禁止的人们,则站在读者(解释者)决定论的立场上,消解了司法判决所依凭的法律文本(规范)的标准。那种主张“作为一种思维方式的类推始终蔓延于刑法适用的整个过程,法律适用原本就带有类推的性格”的观点,不过是一种典型的哲学诠释学的观念在法学领域的表现。诚如郑永流所意识到的,“如果就其功用而言,看似复杂高深的哲学诠释学,不过为早始于19世纪末的反概念法学、法律教义学思潮提供了另一利器罢了”。^[56]但从以上分析可以看到,运用诠释学思维观来松解法律概念的努力是十分危险的,很容易滑向主观主义和相对主义的深渊。考夫曼就深深迷失于哲学诠释学的广袤丛林之中难以自觉,所以对类推概念和禁止类推观念、进而对法律发现过程均产生了错误的认识。

[Abstract] In judging two criminal cases, Arthur Kaufmann made similar mistakes. This may be attributed to Kaufmann's misapprehending and misusing of analogy, if one proceeds from traditional concepts of criminal law. Actually, traditional paradigm of analogy is no longer convincing. The author points out that the root cause of Kaufmann's mistakes lies in the fact that Kaufmann took over the reader-response theory of Philosophical Hermeneutics, and consequently, abandoned the standard of legal norms relied upon by judicial decisions. Kaufmann, thus, got bogged down in relativism and subjectivism. The author further points out that Kaufmann's analogical thinking belongs to a kind of hermeneutical thinking with serious shortcomings. Only from the perspective of legal hermeneutics, can we better comprehend the root cause of mistakes made by Kaufmann and his misapprehending of the concept of analogy, the notion of prohibition of analogy and the process of finding law.

(责任编辑:黄列)

[55] 参见[德]考夫曼:《法律哲学》,第107页。

[56] 戚渊、郑永流等:《法律论证与法学方法》,山东人民出版社2005年版,第95页。