

· 西方法哲学研究 ·

法律拟制的哲学基础

谢 潇*

摘 要: 在传统的“事实—虚构”二分法法学叙事中,法律拟制常常被视为法律上的虚构,而莫基于经验主义怀疑论与康德批判哲学的拟制哲学则对法律拟制提出了不同见解。在拟制哲学提出之后,纯粹法学、论题学法学与类型理论以拟制哲学为资源,回应了法律拟制问题。拟制哲学可以成为法律拟制的哲学基础。依据拟制哲学,法律拟制并非纯粹虚构,其毋宁是法律的本质属性。在拟制哲学的视野下,法律天然具有拟制属性,而通常所言之法律拟制,则系具有实践价值的类推。

关键词: 法律拟制; 经验主义怀疑论; 康德哲学; 拟制哲学; 类推; 纯粹法学; 论题学法学; 类型理论

一、关于法律拟制的传统认知及其缺憾: 概念史上的精要观察

法律拟制是十分常见的一种规范现象。例如,我国《民法总则》第18条第2款规定:“十六周岁以上的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。”此为关于法律主体的拟制。又如,《物权法》第2条第2款规定“本法所称物,包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的,依照其规定。”此为关于权利客体的拟制。再如,《合同法》第48条第2款规定“被代理人未作表示的,视为拒绝追认”,则属于对当事人意思的拟制。尽管法律拟制常常被视为单纯法律技术的运用,但其并非毫无哲学内涵的傀儡,而是蕴藏着深厚的哲学与法理意涵。

就此而言,部分法学家对法律拟制作了深入研究。例如,英国法学家梅因在其名著《古代法》中便以专章形式论述了法律拟制。在梅因那里,法律拟制是一种典型的“掩饰性虚构”,其被定义为“任何掩饰或者试图掩饰法律规则事实上已经发生改变的假定,在此,法

* 重庆大学法学院讲师。

① Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with The Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, John Murray, Albemarle Street, 1870, p. 41.

律的表述没有发生变化，但其实施却被改变了”。^①换言之，梅因将法律拟制视为广义上的法律在实质上发生嬗变但却在形式上维持稳定的法律现象，其本质乃是在一系列社会进步的背景下，克服法律僵硬性的无价值的权宜之计。^②梅因关于法律拟制的认知基本上成为了普通法系语境下的共识。例如，后世的美国法学家富勒在论述法律拟制时，便基本重述了梅因的观点，其认为所谓的法律拟制，是“一项陈述，而作出陈述者明知其全部或者部分虚假，或者一项被视为具有效用的错误陈述”。^③富勒认为，这一定义中最为关键的术语为“明知虚假的意识”与“效用”，这构成了拟制的本质性规定。^④换言之，承继梅因的理论，富勒将法律拟制精确地表述为法律中所存在的具有效用的谎言。

与普通法系坦率地承认法律拟制系谎言相比，大陆法系关于法律拟制的认知更为稳健。例如，作为德语世界中系统研究法律拟制的第一人^⑤德国法学家 Gustav Demelius 便忽略对法律拟制的实质性考察，而仅仅在形式层面上将法律拟制定位为单纯的法律技术。恰如 Demelius 所言“拟制永远不会离开一个科学的原理，即其只是一项实证法规范的技术性表达方式（ein technischer Ausdruck für positive Rechtssätze）”。^⑥在 Demelius 看来，在法学层面，不必从实质性层面对法律拟制进行考察，因为它原本便是一种象征性存在，是单纯的法律形式与法律所特有的技术。这种思维进路极大影响了后世德国法学家对法律拟制的认知。例如，德国法学家 Josef Esser 便倾向于认为，无论是立法中的拟制，还是司法中的拟制，其均是在实践中具有效用的法律形式，其要么在立法中发挥“简明指引”、“对疑问的强行切割”或者“弥补一方意思欠缺”的作用，^⑦要么在司法中作为隐秘突破教义所设置之公理的手段。^⑧因此，在 Esser 看来，法律拟制在本质上只是一种站不住脚的权宜之计与技术手段。

总体而言，无论是普通法系，还是大陆法系，传统理论上对于法律拟制的认知基本是建立在“事实—虚构”的理性主义二分法叙事上，相较于将法律拟制简单地定性为虚假之物，两者的区别只是前者较为诚恳地承认了这一点，而后者则力图藉由形式上的技术操作，努力回避对法律拟制的实质性考察问题。不过，这种奠基于简单的“事实—虚构”的理性主义二分法叙事之上的法律拟制认知，存在着不可避免的缺憾，即缺乏富有逻辑性与体系性的说服力。也正因为如此，法律拟制长期遭到一些法学家的严厉批判。例如，英国法学家边沁便义愤填膺地批评道“在英国法中，拟制是流经每一根血管的梅毒，其将腐败的原则延伸到了法律体系的每一个部分。”^⑨在边沁看来，普通法中“拟制的瘟疫气息几乎败坏了每一份法

② 参见注①。

③ Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford University Press, 1967, p. 9.

④ 参见注③。

⑤ Vgl. Cfr. Ernesto Bianchi, *Fictio Iuris: Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all' epoca augustea*, Milani: CEDAM: Casa Editrice Dott. Antonio, 1997, p. 1.

⑥ Gustav Demelius, *Die Rechtsfiktion in Ihrer Geschichtlichen Und Dogmatischen Bedeutung*, 1858, S. 80.

⑦ Vgl. Josef Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen: Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts*, 1940, S. 37-50.

⑧ 参见注⑦，第 141-146 页。

⑨ Jeremy Bentham, John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham (Vol. V)*, Simpkin, Marshall, & Co., London, 1843, p. 92.

律文书的官能”^⑩“拟制的运用是为了正义?它只是一种促进贸易的诈骗罢了”。^⑪边沁最后指出,法律拟制究其实质而言就是一种谎言,而且是“最致命和最卑劣的一种谎言”。^⑫在大陆法系,对于法律拟制的批评也不绝于耳。例如,有学者便指出,法律拟制的存在,其实鲜明地表征着这样一个事实,即法律科学已然破产,法律拟制系法律中的“有害的偏离”。^⑬而德国著名法学家耶林则痛苦地表示,尽管法律拟制作为思维的拐杖系不可避免之物,^⑭但终究来说,法律拟制也仅仅是“善意的谎言”。^⑮

由此可见,传统法学叙事中关于法律拟制的认知无法将法律拟制妥当地嵌入到法律之中,“事实—虚构”的二分法结构难以对法律拟制作出令人信服的法理解释。职是之故,在理论层面上,实有必要另寻出路,于哲学层面寻找妥当资源,探索法律拟制实质性合理解释之可能。而德国哲学家 Vaihinger 的拟制哲学,便提供了另一条奠基于经验主义怀疑论之上的哲学进路。而且,从法学发展的角度看,Vaihinger 所提供的拟制哲学,不仅为法学家提供了解释法律拟制的新颖路径,甚至还一定程度上为部分法学家重塑法律与法学本身提供了智识上的启示。

二、拟制哲学的形成:从经验主义怀疑论到拟制哲学

(一) 拟制哲学的前见与基础:经验主义怀疑论与康德哲学

1. 经验主义怀疑论:对理性主义独断论迷梦的质疑

与以严谨推理和精致体系著称的理性主义独断论相比,经验主义怀疑论所关注的重点并非是对特定问题给予确定性的答案,而是质疑,即也许根本就没有答案。同时,在怀疑论的范畴内,经验主义怀疑论也与笛卡尔式的理性主义怀疑论不同,其对世界所作出的怀疑并非是为了寻找一个绝对理性的基础,而是在根本上怀疑人全面认知世界的可能性。经验主义怀疑论不会预设一个“存在巨链”性质的框架,^⑯反而会认为经验之外的事物是否存在都是值得怀疑的,并且,即使是经验之内的事物,其实也难以被彻底认知。

例如,经验主义怀疑论的鼻祖,古希腊哲学家皮浪便认为,所有的问题并非均可得出一个确切的判断,而是在面对一个难以解答的问题时,与其草率地得出一项独断式的结论,不如悬置判断,放弃作出解答,保持中立与沉默,其甚至认为,人无法认知任何事物,也无法

^⑩ Jeremy Bentham, John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* (Vol. I), Simpkin, Marshall, & Co., London, 1843, p. 235.

^⑪ Jeremy Bentham, John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* (Vol. VII), Simpkin, Marshall, & Co., London, 1843, p. 283.

^⑫ Jeremy Bentham, John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* (Vol. VI), Simpkin, Marshall, & Co., London, 1843, p. 582.

^⑬ 参见注⑦,第15页。

^⑭ Vgl. Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* III, 6. Aufl., 1924, S. 297.

^⑮ 参见注⑭,第305页。

^⑯ 所谓“存在巨链”,是存在论中的经典概念,其意在描述存在这一实体的充实性、连续性与等级性。参见[美]阿瑟·O.洛夫乔伊《存在巨链——对一个观念的历史的研究》,张传有、高秉江译,商务印书馆2015年版,第74页以下。

对任何一个主题作出终极决断。皮浪并未彻底否定一切关于特定主题的知识都是不可获知的，他认为，人可以不断扩展自己的知识。然而，毫无疑问的是，事物本身是无法被认知的，并且一切为人所洞察的事物也是不可靠的。^{①⑦}

作为经验主义怀疑论的集大成者，大卫·休谟则更为系统地建构了经验主义怀疑论的理论框架。在休谟看来，理性主义独断论关于抽象观念的认知是错误的，他断言“一切观念是从印象得来的，并且只是印象的复本和表象”。^{①⑧}因此，类似关系等七种哲学关系并无实体性格，甚至在理性主义独断论中，被认为系世界规律的充足理由律其实也蕴含着浓厚的主观因素，其在本质上系意志决断之产物，^{①⑨}因为“自然中没有一种现象不是被那么多的不同的条件所组合、所改变的，所以为了要达到起决定作用的一点，我们必须谨慎地把多余的东西分离出去”。^{②⑩}在这一过程中，价值判断深度介入其中，因此，因果关系并不具有纯粹的客观性，关于原因和结果的一切推理其实只是源于习惯罢了。^{②⑪}休谟的理论彻底否定了形而上学存在论中那个稳定而恒久的理念世界，其认为，应当以怀疑主义为工具，审慎地依据经验而渐次认知世界，进而否认本质的实体性格以及藉由理性而可获得真理的武断性。此外，在休谟看来，印象先于观念乃人性科学中的第一原则，申言之，其实根本不存在什么先天观念，也不存在实体性的善与“逻各斯”。^{②⑫}在伦理领域，存在论哲学家依据神或者最高的善所作出的“是”的判断，其实并非事实判断，而系关于“应当”的价值判断。^{②⑬}在伦理领域中，理性毫无用处，因为理性的作用是辨明真伪，而伦理上的应当与否却并非是一个事实认知问题，而是一个价值判断问题，道德感才是在伦理领域中决定某一事物正确抑或错误的基准。^{②⑭}

大抵而言，与理性主义独断论相比，经验主义怀疑论在方法论上欠缺精致的建构，在精神气质上则显得更为悲观与谦逊。经验主义怀疑论承认人的局限性，其并不像理性主义独断论那样刻意追求对第一原因的解答，而是注重在经验搜集的基础之上归纳出非确定性的原则，并在适用这些原则的过程中考察其效果。经验主义怀疑论难以像理性主义独断论那样对知识与理念产生足够的确信，也不热衷对原因进行彻底的回溯式追问，相反，经验主义怀疑论则更倾向于在实践精神的指导下，关注行动所产生的效果。对于经验主义怀疑论者来说，作为这些效果之根基的原则或者知识都只是概然推断，都是值得怀疑或者不完备的，不过在取得足够的证据推翻它们之前，它们无疑是有效的。在实践的过程中，这些值得怀疑的原则

^{①⑦} See Mary Mills Patrick, *Sextus Empiricus and Greek Scepticism*, Deighton Bell & Co., London George Bell & sons, 1899, pp. 23-30; Anthony Preus (ed.), *Historical Dictionary of Ancient Greek Philosophy*, The Scarecrow Press, 2007, pp. 28-229.

^{①⑧} [英] 大卫·休谟 《人性论》(上册)，关文运译，郑之骧校，商务印书馆 1980 年版，第 31 页。

^{①⑨} See Francis Watanabe Dauer, “Hume on the Relation of Cause and Effect”, in Elizabeth S. Radcliffe (ed.), *A Companion to Hume*, Blackwell Publishing, 2008, p. 92.

^{②⑩} 同注^{①⑧}，第 197 页。

^{②⑪} 参见注^{①⑧}，第 206 页。

^{②⑫} 参见注^{①⑧}，第 14 页。

^{②⑬} 参见注^{①⑧}，第 505 页；Charlotte R. Brown, “Hume on Moral Rationalism, Sentimentalism, and Sympathy”, in Elizabeth S. Radcliffe (ed.), *A Companion to Hume*, Blackwell Publishing, 2008, pp. 229-230.

^{②⑭} 参见注^{①⑧}，第 494-506 页。

也会经历永不停息的质疑与修正。^{②⑤}当然,在经验主义怀疑论内部,确实也存在另一种倾向,即既然欠缺稳定的知识基础,那么也许最好的选择便是放弃作出真正意义上的决断,而只需要在不同论题的背景下运用修辞学战胜论辩对手即可。^{②⑥}不过,这一倾向其实与休谟式的经验主义怀疑论具有异曲同工之妙,即两者均是在一定假设(特定论题与论据或者特定的概然推断)的基础之上展开推理的。而从哲学史的演进来看,德国哲学家 Hans Vaihinger 则正是在经验主义怀疑论的基础上创立了“拟制哲学”(die Philosophie des Als Ob)。不过,拟制哲学的来源并非仅限于经验主义怀疑论,对理性主义独断论予以批判与补正的康德哲学,系拟制哲学的另一渊源。

2. 康德的批判哲学:对理性主义独断论的批判与补正

在传统的哲学谱系中,人们通常将 Vaihinger 视为康德主义者。^{②⑦}事实也的确如此,Vaihinger 拟制哲学的根基正是建立在康德对于传统理性主义哲学批判的基础之上。为了实现传统形而上学的批判、扬弃与改造,康德对先验世界作出了最大限度的限缩。康德一方面并不赞同传统的形而上学与理性主义独断论将先天知识视为恒久的理念世界进而将现象世界视为理念世界之映射的观点;另一方面,康德也不赞同休谟藉由怀疑论而摧毁一切先天可能的理论。在康德看来,经验主义具有局限性,因为尽管难以证明存在柏拉图意义上的理念世界,但用不了多少困难就可以发现,“我们拥有某些先天知识,甚至普通的知性也从不缺少它们”^{②⑧}并以数学、绝对空间和实体属性作为例证证明自己的判断。康德指出,即使将一个物体经验概念中的一切经验性都抽离掉,这个物体仍旧占据着一定的空间,同时,无论将经验排除得多么干净,“你们也不能剥夺你们把它设想为实体或者依附一个实体所凭借的那种属性”。^{②⑨}因此,康德认为,先天的综合判断不仅是存在的,而且也是可能的。而休谟的经验主义怀疑论则存在瑕疵,因为休谟反对普遍性的观点将导致不可能存在纯粹数学,但包含着先天综合判断的纯粹数学却是客观存在的。康德运用一种最低限度的先天知识观念,既对传统的形而上学与理性主义独断论作出了最深刻的批判,又最大程度地回击了以休谟为代表的经验主义怀疑论对理性主义独断论的诘问,从而挽救了形而上学。依康德之见解,传统的形而上学只是在独断地进行分析,并以一系列独断分析为基础建立形而上学体系,但这与真正的形而上学之目的大相径庭。其实,形而上学之根本目的应当是“综合地扩展自己的先天知识”,^{③⑩}而形而上学一旦明晰了自己的真正任务,便能在哲学上获得可能。虽然康德的批判哲学彻底而无情地粉碎了传统理性主义独断论的迷梦,^{③⑪}但是,康德为自己的理论留下了一个方法论上的真空:我们究竟应当依据何种方法以不同于理性主义独断论的方式认知世界呢?康德给出的答案是先验唯心论。康德所主张的先验唯心论认为“在我们的思想之外

^{②⑤} 参见注⑩,第 203-204 页。

^{②⑥} 如古希腊哲学家高尔吉亚与皮浪的修辞学式的辩论术。

^{②⑦} Vgl. Raymund Schmidt, Kant, Vaihinger and Adickes, *Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik*, 1928 (7), S. 1ff.

^{②⑧} 李秋零主编《康德著作全集第 3 卷·纯粹理性批判》,中国人民大学出版社 2013 年版,第 27 页。

^{②⑨} 同注②⑧,第 29 页。

^{③⑩} 同注②⑧,第 39 页。

^{③⑪} See Karl Ameriks, “The Critique of Metaphysics: The Structure and Fate of Kant’s Dialectic”, in Paul Guyer (ed.), *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy*, Cambridge University Press, 2006, p. 269.

没有任何自身有根据的实存，”^⑳ 故而不可能存在独立于先天知识与现象的物自体这一条件，而在祛除物自体这一条件之后，逻辑上所可能出现的二律背反情况将获得消解，尽管不是被解答。^㉑

虽然康德的先验唯心论解答为形而上学带来了新生，但正如 William Hamilton 所评论的那样，尽管康德彻底地批判了传统形而上学的绝对性，但却又塑造了新的绝对性。^㉒ Karl Ameriks 甚至认为，康德对于形而上学的批判带有一种浓厚的模棱两可的意味。^㉓ 例如，对于作为先天知识的、外在于经验的事物究竟是什么康德并未深究，而是以近乎独断的方式确认了最低限度的先天知识的存在。康德通过左手颠覆了传统形而上学，而又通过右手建构了一个与传统形而上学并无轩轻的新形而上学，只不过这一新的形而上学妥协性地缩小了先天知识的范围，并且将传统形而上学摒弃的综合判断纳入到了形而上学的体系之中。总之，康德并未彻底解决形而上学的根基问题。

此外，在康德哲学中，伦理世界与物理世界仍然同处于先天的纯粹理性的支配之中。康德认为，道德责任的根据“必须不是在本性中或者在人被置于其中的世界里面的种种状态中寻找；而是必须先天地仅仅在纯粹理性的概念中寻找”。^㉔ 秉承这一判断，康德在自己塑造的哲学体系中，最终完成了伦理世界与道德世界各自受纯粹理性所衍生出的道德法则与自然法则的支配^㉕ 并统一接受纯粹理性统治的哲学创举。^㉖ 不过，在康德的道德哲学中，充满了太多既无法被证明也无法被证伪的“公设”，例如，灵魂不死的公设、一个理性存在者（人）享有意志自由的公设^㉗ 这使得康德哲学仍然未能摆脱传统形而上学之窠臼，从而最终落入了需要信仰与独断维持其哲学体系有效性的类似于宗教的深渊。

（二）拟制哲学：对经验主义怀疑论的积极运用与对康德哲学的批判性发挥

对于康德哲学先验唯心论的解释，Vaihinger 并不十分满意，其进一步追问道：不能被思维到的世界是否真的存在呢？先天知识果真是一种正确而无需置疑的存在吗？Vaihinger 并未从康德处找寻到合理答案，在 Vaihinger 看来，科学地进行思维是精神（Psyche）的一项功能，而非是什么实体，而一切思维活动其实都是具有积极目的之作为。^㉘ 对于客观世界，Vaihinger 基本上接受了经验主义怀疑论关于世界在终极意义上无法被本质性地认知的观点，即世界也许在本质上是与人的精神无涉的无理性的有机世界，世界也许并不具有理性的秩序，而是以随机与混乱的方式存在的^㉙ 而由于世界的非理性特征，那么，妄图在非理性世

^㉑ 同注^㉑，第 328 页。

^㉒ 参见注^㉑，第 328-343 页。

^㉓ 参见注^㉑，第 269 页。

^㉔ 参见注^㉑，第 269 页。

^㉕ 李秋零主编《康德著作全集第 4 卷·纯粹理性批判（第 1 版）·未来形而上学导论·道德形而上学的奠基·自然科学的形而上学初始根据》，人民出版社 2013 年版，第 396 页。

^㉖ 参见李秋零主编《康德著作全集第 5 卷·实践理性批判·判断力批判》，人民出版社 2013 年版，第 7 页。

^㉗ 参见注^㉑，第 399 页。

^㉘ 参见注^㉑，第 140 页。

^㉙ Vgl. Hans Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, 3. Aufl., 1918, S. 1.

^㉚ 参见注^㉑，第 19 页。

界的基础上建构一个理性的知识世界，则无疑是南辕北辙之举。但是，倘若人类仅仅匍匐于无理性的世界面前，只像极端怀疑主义者那样放弃任何决断，那么，在实践层面上将会导致人类的裹足不前，在哲学意义上，人也就丧失了一切生活的基础。职是之故，为了寻求人类实践的哲学基础，Vaihinger 采纳了类似于休谟的主张。休谟将指导人之一切活动的根基界定为自经验归纳而来的概然性推断，而 Vaihinger 则将这种概然性推断提升为一种具有理性主义面向的概念，即拟制。在 Vaihinger 看来，在实践层面上，引领人之活动的从来就不是真理——也许并不存在形而上学意义上的真理。人天生具有一种禀赋，即按照某种具有积极目的假设性的标准而行为的能力，人凭借此种能力得以从事具有逻辑功能的假设性活动，而这种假设性活动的基础，便是拟制 (Fiktionen)。^{④②}

Vaihinger 指出，类似康德那样以先验唯心论处理形而上学的根基问题，其实仍然未能摆脱经验主义怀疑论的诘问，故而就实践面向而言，不如诚实地承认一切知识的可怀疑性，也就是说，承认所谓理性的知识均建立在非理性世界的沙土之上，对于理性来说，其根本任务便是在一定假设基础之上完成自身的完满构建，而非突破理性与非理性的藩篱，妄图将非理性的世界以唯心论的方式转变为理性。在此基础上，Vaihinger 进一步提出，应当将拟制作为一种伟大的思维辅助概念，对于理性思考而言，只要设定一个或者一系列适当的拟制，在承认拟制的有效性而非真理性的基础之上，便可以实现逻辑思考。至于该拟制是否正确，至少在给定的逻辑思考体系中是无关紧要的，因为一旦更换拟制，那么在拟制基础之上所作的一切推理自然也将丧失其意义。^{④③}同时，Vaihinger 也认为，拟制哲学并不会让人陷入一种不可知论的境地，拟制的设定受思维目的之支配，因此在一定范围内，基于拟制所作出的推论至少应当符合在特定思维目的下所给定的原则。^{④④} Vaihinger 将拟制视为人在实践活动中的基础，因此扬弃了真理的概念，因为依 Vaihinger 之见解，拟制不同于真理。事实上，Vaihinger 也承认拟制并不具有真理性，即拟制只是实践中暂时作为行为基础的假设，其只是暂时不能被证伪，但绝非是已然被证实的“精神产物”。^{④⑤}因此，在凭借拟制开展实践之后，真理便成为了一种“多余的”概念，自然也就可以自哲学中排除出去。^{④⑥}

在祛除真理概念之后，Vaihinger 便着手在拟制的基础之上塑造整个拟制哲学的体系大厦。Vaihinger 将世界区分为自然系统 (Natürliche Systeme) 与人造系统 (Künstliche Systeme)。两种系统的关系体现为，自然系统是人造系统的物质性基础，人造系统是对自然系统的一种具有实践与诠释面向的映射，而这种映射则表现为一系列拟制。^{④⑦}兹分述如下 (Vaihinger 的法律拟制观念单列阐述)。

1. 抽象拟制

所谓抽象拟制，是将特定现实作为一种可以忽略的要素的思考方法。^{④⑧}在抽象拟制中，

^{④②} 参见注④①，第 18 页。

^{④③} 参见注④①，第 19 页。

^{④④} 参见注④①，第 20 页。

^{④⑤} 参见注④①，第 18 页。

^{④⑥} Vgl. Hans von Noorden, *Der Wahrheitsbegriff in Vaihingers Philosophie des Als Ob.*: Zum 100. Geburtstag des Philosophen am 23. September 1952, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 1953, 7 (1), S. 99ff.

^{④⑦} 参见注④①，第 25-28 页。

^{④⑧} 参见注④①，第 28 页。

人可以由对于特殊性现实的排除获得得以适用于任何经验事实中的原则性拟制。Vaihinger 认为, 亚当·斯密的国民经济学中存在着最为典型的抽象拟制。具体而言, 亚当·斯密关于一切人均以自己为目的与利益归属的论断, 系一个毫无真理性的论断, 因为在现实中存在着大量的反例能够将其推翻。但从另一个角度来说, 这一论断却不失为一个在实践意义上有效的拟制, 因为在不考虑其真理性的前提下, 依据这一抽象拟制而行动, 能够产生积极有益的实践结果。^④

2. 模式、示例、空想与典型拟制

在 Vaihinger 看来, 模式拟制 (也包括示例、空想以及典型拟制) 是一种对抽象拟制的精致运用, 藉由抽象拟制而塑造的模式、示例、空想以及典型, 尽管在现实中常常难以找寻到其实例, 不过这一拟制却也并非毫无价值。在根据一定目的所塑造的模式、示例、空想与典型中, 包含着自成体系的、建立在一定抽象拟制基础之上的合理思想, 这些思想能够成为实践的参考与反省的动因, 能够发挥实践面向方法论的逻辑辅助工具之功效。^⑤

3. 符号/象征 (类推) 拟制

Vaihinger 认为, 拟制可以以象征的、类推的方式作出, 犹如神话中诗意的比喻一般。^⑥ 这种类型的拟制, 最为典型的便是宗教中的教义。尽管从表面上看, 宗教中的教义似乎建立在信仰或者特定的独断之上, 但 Vaihinger 借鉴施莱尔马赫的理论, 富有洞见地指出, 一切宗教教义均欠缺理性解释, 一切宗教教义均建立在秘而不宣的类推性拟制之上。例如, 在 Vaihinger 看来, 对待神的谦逊、敬畏与服从态度, 十分明显地源自对于父亲态度的类比。申言之, 在现实生活中, 于较长的一段历史时期内, 父亲在家庭中享有权威, 家庭其他成员均对其表示敬畏与服从, 而在这一经验事实的基础之上, 藉由类推, 便可能使作为符号的神获得类似的对待, 换句话说, 尽管神并非经验意义上的人类之父, 但是基于神创造了一切人类的信条, 那么, 神理应享受与父亲同等、甚至更为神圣至尊的对待, 故而神应当被视为全人类之父。^⑦

在 Vaihinger 看来, 除了宗教以外, 认识论中也存在着象征 (类推) 拟制即分类。依 Vaihinger 之见解, 分类是一种认识论意义上的类推拟制, 对于人的认知活动而言, 分类活动的实现并非建立在对于普遍性概念的分析基础之上, 而是建立在对特定概念的类比之上。^⑧ Vaihinger 认为, 传统的形而上学并没有意识到这一点。传统的形而上学认为, 依据普遍概念而进行演绎, 在普遍概念之下获得特殊概念, 才是分类的基础。但 Vaihinger 认为, 由普遍概念演绎出特殊概念的分类理论是错误的, 事实上, 人总会基于有限的具体概念, 经由该具体概念与其他事物的比较, 作出纳入既有类型或者创设新概念的决断, 即实现分类的决断, 这一决断乃是通过类推而非演绎实现的。^⑨ Vaihinger 最后总结道, 类推拟制奠基于对物质同一性的无限传递思考, 而这种无限传递性, 则源于意志, 换言之, 也许事物并不具有连续传

^④ 参见注④, 第 29-30 页。

^⑤ 参见注④, 第 36-39 页。

^⑥ 参见注④, 第 39 页。

^⑦ 参见注④, 第 41 页。

^⑧ 参见注④, 第 42 页。

^⑨ 参见注④, 第 42 页。

递的性质，而是意志将它们串联在了一起。⁵⁵

4. 人格化拟制

在 Vaihinger 的拟制哲学体系中，人格化拟制是类推拟制的一种具体类型，而作为一种类推拟制，人格化拟制遵循了以下的思维路径：首先，确定一个作为群概念的人（Person）的概念；其次，将特定事物，尤其是无精神的“物”与作为群概念的人进行比较；最后，倘若特定事物依据一定的实践性价值而与人具有高度相似性，那么该特定事物便应当被视为人，并被授予人格。⁵⁶

5. 概括性拟制（一般概念）

依 Vaihinger 之见解，当我们运用人为的概念构造方式开始进行思考时，我们便已经在运用一般概念，或者说在运用概括性拟制了。⁵⁷ 在 Vaihinger 看来，须知，一切一般概念，均源于对特定数量现象的归纳，而现象的无穷性质，导致基于特定数量而归纳总结出的一般概念并不具有真理性，而是仅仅包含有限经验范围内暂时的正确性与合理性罢了，故而在拟制哲学中，一般概念也是一种拟制，系属概括性拟制。⁵⁸

6. 启发式的拟制

Vaihinger 认为，在科学的进展中，尽管科学家们在终极意义上均以发现现实为己任，但在推理的过程中，不得不借助一些非现实性的理由来解决在现实探寻过程中发生的在逻辑上无法解决的矛盾。例如，为了解释光的传播现象，科学家们提出了“以太假说”，以便使一切波动现象均需借助这一论断得以适用于对光的解释（光也是一种波）。但毫无疑问的是，就存在以太的假设而言，其固然是一项具有启发性质的拟制，不过其也绝非真理，因为没有任何人能够证明它的存在。⁵⁹ 而从学术史的角度来说，将启发式拟制作为独立于科学假设的作法也是古已有之。例如，阿拉伯人便将托勒密世界体系视为一种具有启发性意义的拟制，而非确乎需要验证的假设。⁶⁰ 这种启发式的拟制对于真理的探寻具有辅助作用，也具有将学说自圆其说的功能，并且其广泛存在于科学之中。⁶¹

7. 实践（伦理）拟制

Vaihinger 秉承康德主义，认为实践问题主要是一个如何使作为理性存在者的人以合乎道德的方式作出行为的问题。不过，Vaihinger 并未接受康德关于道德最终可依据纯粹理性衍生出道德法则支配的观点。在 Vaihinger 看来，将人之行为视为既自由又自律的前提，是将人拟制为一个道德自由的概念，不过这一切原本仅仅只是拟制，但康德却将之视为必要的绝对，这显然是对人造世界与自然世界的一种混淆。⁶² 依 Vaihinger 之见解，评判某一行为是否合乎道德，乃是基于特定价值而拟制得出的“不可思议的实践性真理”，而非是基于对不道

⁵⁵ 参见注④，第 46 页。

⁵⁶ 参见注④，第 50-52 页。

⁵⁷ 参见注④，第 53 页。

⁵⁸ 参见注④，第 53-54 页。

⁵⁹ 参见注④，第 55 页。

⁶⁰ 参见注④，第 55 页。

⁶¹ 参见注④，第 54-58 页。

⁶² 参见注④，第 54-55 页。

德的理解，即混沌物质世界的秩序以及一切关于不道德的高等学说。换言之，在特定的实践性拟制之下，能够获取具体行为是否符合道德的逻辑判断，但作为道德根基的实践性拟制，却无法获得逻辑上的道德判断，因为其本身就是道德评价得以成立的辅助性工具与基础。^③

8. 数学拟制

康德将数学视为证明先天知识或者说理念世界存在的最佳证据，不过在 Vaihinger 看来，即使是数学，其中也蕴含着拟制。在 Vaihinger 看来，数学世界的确不同于自然世界，但这恰好说明数学世界并不属于自然世界，而属于人造世界。换言之，数学系精神之产物，数学中一系列概念的形成，有赖于人之自由想象力的发挥。作为数学基础概念的空间、时间、点、线、面源于精神的想象，本质上属于对自然世界的模仿性思考，乃属拟制之列。不过 Vaihinger 也承认，数学基础的拟制特性，并不妨碍数学在自身范畴内成为一个具有逻辑性的体系。甚至可以说，这是人造世界而非自然世界才有可能达致的境界，因为自然世界本身是非理性与无秩序的。^④

三、Vaihinger 论法律拟制：以拟制哲学为基础的全新解释

（一）法律拟制的本质：法律拟制系具有实践价值的类推

Vaihinger 在其创立的拟制哲学体系中，将法律拟制视为非常重要的拟制类型，并且予以专门论述。在他看来，所谓法律拟制，即“虽然法律并未将某一特例纳入其中，但基于对该特例性质的考量，而认定法律仿佛已然将之纳入规定一般；或者基于特定实践性利益之考虑，将某一特例归于特定的一般概念之下，尽管这一特例实际上并不属于该一般概念”^⑤之“故意臆造”。^⑥ Vaihinger 进一步分析道，从表面上看，法律拟制意味着一种法律上的矛盾，这一点与数学中的悖谬异曲同工，可以说，总体上均属于逻辑悖谬之列^⑦，倘若只以法学中广泛承认的演绎逻辑审视法律拟制，那么必然会陷入无法理解的窘境。不过，仔细考察法律拟制则不难发现，法律拟制遵循的是一种以归纳观察为经验基础的类推思维，法律拟制通常将既定的法律规则或者法律所承认的一般概念作为类推的基础，在其基础上将特例与之进行比较，而比较的基准系特定的实践性价值。倘若经由比较，特定事例应与法律规则已经规定的情形作同等对待，或者尽管与一般概念所明定的范围无涉，但应享有该一般概念所应获得的法律后果，那么便将特定的法律规则及法律效果适用于该特例。^⑧

Vaihinger 认为，在拟制哲学的体系中，法律拟制是符号/象征（类推）拟制的一种特别类型，故而其将法律拟制等同于法律类推。^⑨ 并且在方法论上，Vaihinger 认为，类推是法学中（也包括数学、国民经济学、神学以及认识论）非常重要的一种方法，尽管在法学等其他

^③ 参见注④，第 69 页。

^④ 参见注④，第 69-76 页。

^⑤ 同注④，第 46 页。

^⑥ 同注④，第 48 页。

^⑦ 参见注④，第 46 页。

^⑧ 参见注④，第 46-49 页。

^⑨ 参见注④，第 46、48 页。

学科中它在大部分情况下被掩盖了。^{⑦①}此外，Vaihinger 还敏锐地指出，法律拟制并非法学偶然作出的错讹，显然，其乃故意所为之造物，只不过在形而上学式的逻辑中，其无法获得正当性的解释罢了。因此，依 Vaihinger 之见解，法律拟制实际上就是一种基于特定实践性价值所为之类推，本质上是法律所难以避免的现象，^{⑦②}其遵循四大原则：第一，法律拟制与现实相矛盾，或者其自身便存在着矛盾；第二，尽管法律拟制被作为基础性的规则予以适用，但其最终仍然会随着时间的推移而消失或者在逻辑上被予以排除；第三，法律拟制具有鲜明的拟制意图（故意），且这种意图通常会予以明示；第四，法律拟制系权宜之计，其尽管具有基础地位，但终究只是思维的辅助工具。^{⑦③}

就学说谱系而言，Vaihinger 对于法律拟制的论断建基于拟制哲学之展开。由于 Vaihinger 明确区分了自然世界与人造世界，而法律又系典型的人类精神之产物，绝非自然而生之事物，故在 Vaihinger 的哲学体系中，不仅法律拟制的存在具有不可避免性，甚至连法律本身也带有拟制的性格。由于塑造法律的原则、规则皆系基于人类精神之拟制，故倘若依 Vaihinger 哲学而进行推导，那么所能得出的合理结论是，法律本身便是拟制的，所以法律拟制并无不可，其只是作为拟制的法律的一种更为明显的拟制性格之彰显罢了。^{⑦④}

（二）揭开“事实—虚构”二分法的面纱：拟制哲学对祛除法律拟制虚伪性的理论贡献

在传统的法学理论中，法律拟制通常被简单地作为一种形式上的虚构，被视为法律中所存在的纯粹技术现象。换言之，使用法律拟制这一工具本身便意味着其所涵盖的情势与事物，相对于事实而言，具有虚假性。例如，《德国民法典》第 162 条规定：“（1）因条件的成就会受不利益的当事人违背诚实信用，阻止条件成就的，条件视为已成就。（2）因条件的成就会受利益的当事人违背诚实信用，促成条件成就的，条件视为不成就。”^{⑦⑤}依传统理论的见解，在这一条款中，存在着明显的法律拟制，即将特定情形中的条件不成就虚构为条件已经成就，或者将特定情形中的条件成就虚构为条件不成就。对此，传统理论一般只能在形式层面上对此作出回应。例如，德国法学家拉伦茨与卡纳里斯便利用构成要件理论对法典中的法律拟制，即法定拟制作出过极为简洁的形式主义解释。其认为，所谓法定拟制，即将针对某一构成要件（T1）所作的规定，适用于另一构成要件（T2）。^{⑦⑥}不过这种形式主义式的定义与其说是解释，倒不如说是遁词，其只是对法律拟制的表象进行了阐述，而并未真正触及到法律拟制的本质。倘若在传统理论的语境中，意欲在“事实—虚构”两分法的框架内对法律拟制作出评判，那么也只能无可奈何地承认法律拟制“是一种富有诗意的模拟性决断或决断性虚构”，^{⑦⑦}其本质上是一种诗性思维的彰显，是扭曲客观现实的纯粹主观意志的体现。法律拟制在思维上具有非逻辑性，在内容上具有虚假性，但其在法律规范上却被视为“真”，

^{⑦①} 参见注④，第 48 页。

^{⑦②} 参见注④，第 48 页。

^{⑦③} See Christoph Kletzer, “Kelsen on Vaihinger”, in Maksymilian Del Mar and William Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, p. 24.

^{⑦④} See Geoffrey Samuel, “Is Law a Fiction?”, in Maksymilian Del Mar and William Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, p. 35.

^{⑦⑤} 陈卫佐译注《德国民法典》，法律出版社 2015 年版，第 57 页。

^{⑦⑥} Vgl. Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 83.

^{⑦⑦} 卢鹏《拟制问题研究》，上海人民出版社 2009 年版，第 1 页。

并且在司法实践上也被当作是“真”的，这仅仅是因为拟制对解释与解决问题有所裨益，而拟制本身，则不过是彻头彻尾的谎言。

拟制哲学对传统法学所预设的“事实—虚构”二分法进行了彻底的重构。在拟制哲学的视野内，法律本身便应当归属于拟制的范畴，传统法学视野下所谓法律拟制的虚构性，则是在无视法律本身所具有的拟制性基础上，所作出的武断结论。例如，我国《民法总则》第18条第1款规定“成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。”紧随其后的第18条第2款则规定“十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”在传统法学的认知中，十分自然地会把后者定性为是一项法律拟制，其原因在于，从法律所界定的一般情况来看，唯有成年人是“完全民事行为能力人”，未成年人则并不在此之列，而《民法总则》第18条第2款之规定，则构成了对法律所确认之一般情况的背离与反叛。这不过是一种技术性的曲笔，利用“视为”这一术语构造出了一种法律所承认的虚构情形，并得以使这种虚构情形产生与《民法总则》第18条第1款相同的法律效果，即令特定的未成年人得享完全的民事行为能力。然而，倘若依拟制哲学进行分析，则会发现，“完全民事行为能力人”本身便是一项蕴含着价值判断的拟制，其中渗透了人为因素，故而并非自然之事，而《民法总则》第18条第2款之规定也并非虚构，只不过是在原有拟制的基础上进行了比较，并认为在特定情形下的未成年人应当类推适用成年人的规则罢了。因此，对于拟制哲学而言，我们通常所言之法律拟制，即类似《民法总则》第18条第2款的情形，其实并不是什么虚构，其本质上乃是价值判断与事物比较基础之上的法律类推，甚至《民法总则》第18条第1款之规定，本质上也是一种拟制，只不过这种拟制源于法律之外的类推罢了。

拟制哲学的思维特点，使得法律拟制不再具有虚构的性质，而使法律拟制甚至法律本身所蕴含的拟制与类推性格得以浮出水面。从正当性的角度来看，拟制哲学使法律拟制摆脱了其作为单纯“法律技术”的传统地位，而将其视为法律中最值得重视的类推思维。在拟制哲学的视野内，法律拟制不再如传统法学所认为的那样，只是法律所不可避免的实用性思维的拐杖，抑或只是纯粹的谎言，而是法律所不可避免的、在依据不同价值坐标体系而为判断的过程中所必然产生的类推。

四、纯粹法学、论题学法学与类型理论：以拟制哲学为资源的法学展开

Vaihinger 将拟制作为一个普适性的术语引入到了哲学之中，并且在法学意义上将法律的拟制（类推）性格给予了最深刻的揭示，这不啻为法律与法学的一次危机，其在根本上动摇了法律与法学的传统框架与体系，而使自中世纪以来关于法律的逻辑稳定性学说受到了较大程度的冲击。恰如罗斯科·庞德所言，Vaihinger 的拟制哲学有力地批判了形式逻辑主义式的法律实证主义，并助力于社会与法律规则之发现，同时，在 Vaihinger 提出拟制哲学之后，不仅出现了大量专门讨论法律拟制的论著，更重要的是，德国的法律实证主义自此之后开始转向对方法论的探讨。^⑦ 而从法学史的角度来看，Vaihinger 的拟制哲学也的确启发了具有浓

^⑦ See Roscoe Pound, *Jurisprudence* (Volume I), West Publishing Co., 1959, p. 156.

厚法学方法论色彩的纯粹法学、论题学法学与类型理论的发展，拟制问题之理论回应由此也更趋于多样化与宏观化，而在纯粹法学、论题学法学与类型理论中，法律拟制问题亦获得了不同程度上的消解、回避与应对。

（一）纯粹法学：奠基于最低限度拟制之上的形式逻辑实证法学

凯尔森纯粹法学之旨趣在于建构一个与道德或者宗教无涉的、由主权性规则秩序所构成的法律体系。⁷⁸ 在这一学说的构造过程中，凯尔森吸收了 Vaihinger 拟制哲学中的部分内容。凯尔森认为，Vaihinger 对于传统法学的批评无疑是有力的，因为诚如 Vaihinger 所言，传统法学基本上对法律拟制持无视态度，其既没有意识到法律自身所需要的拟制根基，也未充分重视法律拟制在实务上的广泛应用。⁷⁹ 不过，凯尔森藉由对拟制哲学的审慎分析而得出了一个结论，即 Vaihinger 关于法学的主要方法系拟制（类推）的论断无疑具有武断性，甚至造成了 Vaihinger 理论的自相矛盾性。具体而言，凯尔森认为，Vaihinger 一方面认为数学奠基于拟制之上，另一方面却又没有否认数学的逻辑性与体系性，为何在法学处却又径行得出法律其实主要依拟制或者说类推的思考呢？其原因在于，Vaihinger 并未在论述拟制哲学的过程中严格区分科学拟制与实践拟制，其在法律拟制处将法律科学的认识论拟制与法律实务中的虚伪性拟制予以混同处理，进而将法律实务中虚伪性拟制的规则普适性地运用于一切法律拟制之中，所以才得出了法律思考在本质上系拟制（类推）思考的结论。⁸⁰ 在凯尔森看来，将法律中的认识论拟制与实务性拟制相混淆是错误的，法学其实也能够实现一种逻辑性的思考，但就认识论拟制来说，也许恰如 Vaihinger 所言，是难以避免的。⁸¹

在批判 Vaihinger 的基础上，凯尔森没有向理性主义独断论的传统回归，而是在区分认识论拟制与实务性拟制的基础上，创设了纯粹法学。凯尔森的纯粹法学认为，Vaihinger 拟制哲学意义上的认识论拟制是法学所不能避免的，惟其如此，法学才能避免向道德哲学回溯，而这一必要的拟制便是“基本规范”（Grundnorm）。依凯尔森之见解，所谓基本规范，乃预定有效之先验逻辑假设，⁸² 其实也就是 Vaihinger 所言之认识论拟制。在纯粹法学中，基本规范居于法律体系的顶端，其系评判某一行为在法律上是否为正当的基准。⁸³ 而一旦确立了基本规范这一必要性拟制之后，嗣后的法律规范群则依派生性的法律创制（Rechtserzeugung）方式产生，⁸⁴ 由此，以基本规范为顶端，绵延而成一个规范性秩序。在这一规范性秩序中，每一项法律规范均由特定的上位规范所派生，这种派生性具有回溯性，且一直可以回溯至基本规范，而由于基本规范作为规范性秩序的有效性基础，或者说基本规范被拟制为有效，故整个由基本规范所衍生形成的法律体系自然也就具有了有效性。⁸⁵ 纯粹法学借鉴拟制哲学，

⁷⁸ 参见注⑦，第 23 页。

⁷⁹ See Hans Kelsen, "On the Theory of Juridic Fictions. With Special Consideration of Vaihinger's Philosophy of As-If", in Maksymilian Del Mar and William Twining (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, p. 4.

⁸⁰ 参见注⑦，第 16-18 页。

⁸¹ 参见注⑦，第 18-22 页。

⁸² Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 2000, S. 204.

⁸³ 参见注⑦，第 205-209 页。

⁸⁴ 参见注⑦，第 239 页。

⁸⁵ 参见注⑧，第 196-204 页。

为法律设定了一个拟制性的实证基础，但又基本排斥了 Vaihinger 关于法律本身具有拟制（类推）属性的论断，而是坚持以演绎逻辑的方式塑造了法律，同时也排除了理性主义独断论的自然法幻想。从凯尔森的论述中大致可以觉察到他对拟制的基本态度，即作为认识论意义的法律拟制是必要的，且其必须处于基本规范之地位，以便充当整个法律体系演绎的起点；但是，实务性的法律拟制是不必要的，其只是法学失败的一种表征，倘若法学足够发达，那么除了作为基本规范的拟制之外，在法律中不应当存在其他任何类型的拟制。

总体而言，纯粹法学的构造尽管并不符合 Vaihinger 对于法律拟制的论述，但却与 Vaihinger 关于数学拟制的判断十分吻合。在 Vaihinger 看来，数学正是凭借着一系列拟制的基础概念而构造形式逻辑体系的。^{⑧⑥} 而凯尔森则敏锐地审视到 Vaihinger 对于法律拟制与拟制哲学论述中的不连贯性，从而以数学为榜样，吸收了 Vaihinger 关于认识论拟制的理论，^{⑧⑦} 最终建构了一种既不存在自然法倾向，同时也不存在实务性法律拟制的体系性法学。在纯粹法学中，通常意义上的法律拟制受到了广泛排斥，而性质上系属认识论拟制的基本规范也因处于法律体系顶端而处于极为有限的范围之中。职是之故，在此意义上可以认为，凯尔森的纯粹法学乃是一种奠基于最低限度拟制之上的形式逻辑法学。

（二）论题学法学：以片段思考方式与修辞学观念回避拟制

严格来说，菲韦格的论题学法学其实只是从古希腊与古罗马的修辞学中汲取了经验主义怀疑论的精神从而创设了论题学法学，而未与拟制哲学发生直接关联。^{⑧⑧} 不过仔细分析论题学法学则会发现，在拟制哲学的意义上，论题学法学乃是一种回避连续性与体系性，依靠不同论题的设置（其实是一种前提的拟制），在特定论题之中寻求答案（尽管因论题本身的可争辩性而使得答案也仅具有特定论题范围内的合理性）的学问。菲韦格认为，论题学是罗马法学家普遍运用的一种问题导向的思维技术，“罗马的法学家是从问题着手、并搜寻论点的。故此，他们有必要发展一套与此相应的技术。他们无反思地以一种关联结构为前提，他们并不试图对这个关联结构进行明证，而是在这个关联结构之内运行。这是论题学的基本态度”。^{⑧⑨} 由此，在罗马法中，倘若以演绎体系思维方式作为参照系，则会发现许多逻辑不连贯之处，这种逻辑不连贯性的典型体现就是罗马法中的拟制现象。

不过，倘若以论题学为参照系则会发现，罗马法中的拟制，其实对于罗马人而言，乃是转换思维之处所，即论题所导致的结果。申言之，倘若 α 在 Δ 论题中获得 p 法律对待，而 β 尽管在 Δ 论题中并不属于 α ，但在 Ω 论题中， β 却应当归于 α 之列。由此观之，因论题的转换，结合 Δ 论题与 Ω 论题，在论辩中， β 将会被视为 α ，最终也得享 p 之法律对待。当然，论题学在本质上乃是一种片段性的思维方式，前述拟制其实只会发生在具有相邻性的片段思

^{⑧⑥} 参见注④，第 69-79 页。

^{⑧⑦} 参见注④，第 71 页。

^{⑧⑧} 论题学法学本质上是运用古典修辞学思想处理法学问题的学问，故而也被称为“修辞学法学”（Rhetorische Rechtstheorie）。Vgl. Ottmar Ballweg/Thomas-Michael Seibert (Hrsg.), *Rhetorische Rechtstheorie: Theodor Viehweg zum 75. Geburtstag*, 1982, S. 15-24; Bernard E. Jacob, “Ancient Rhetoric, Modern Legal Thought, and Politics: A Review Essay on The Translation of Viehweg’s ‘Topics and Law’”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 89, No. 4 (1994-1995), p. 1625.

^{⑧⑨} [德] 特奥多尔·菲韦格《论题学与法学——论法学的基础研究》，舒国滢译，法律出版社 2012 年版，第 49 页。

考之间,但是,倘若依照 Vaihinger 的观点,那么论题的设置本身也应被视为是一种拟制。因此,以拟制哲学为参照系,论题学法学系属放弃演绎体系思维方式(论题学法学对体系与教义学持批判态度)^⑩ 转而以一种修辞学的态度,通过设置本身值得怀疑的论题,或者说以拟制(也有学者将论题的基础称为藉由商谈理论之实践所获得的“无偏见的自我评鉴”或者“前见”^⑪)的方法推进辩论,并且在特定论题中寻找合理答案的法学。

而依拟制哲学之见解会发现,在论题学中,存在两种拟制:第一,论题设置的拟制,这种拟制系为论辩设定一个不完备但相对方便论辩的基础;第二,论题转换的拟制,这种拟制是最为典型与明显的拟制,或者我们通常所言之拟制,其产生于论题学片段思考的间隙,本质上乃是两种不同事物依不同论题却获得同一结论的思维状态,或者以更为简洁的方式来说,即类推。以上结论乃是以拟制哲学与演绎体系思维为参照系推导所得。其实,倘若以论题学自身为参照系,则会发现,论题学自身并不认为自己存在拟制问题,因为论题学原本没有奢望将不同论题关联起来作体系性思考,而只是满足于在不同论题中获得契合特定论题的问题之解答。所以,论题学法学所奉行的是一种拟制回避型思维,自论题学法学视角观之,法律中其实并不存在拟制,所谓拟制只不过是“论题设置”与“论题转换”而已。

(三) 类型理论: 将拟制中的类推思维予以精致理论化

类型理论的创设主要由德国法学家阿图尔·考夫曼与卡尔·拉伦茨完成。可以说,迄今为止,类型理论乃是对传统形而上学法学理论之最大反叛。在这一反叛进程中,拟制(类推)成为了法学思考的核心要素之一。

1. 阿图尔·考夫曼的类推/拟制、事物本质与类型理论

德国法学家考夫曼认为,Vaihinger 的拟制哲学在本质上乃是关于类推的学问,具体而言,拟制与类推在哲学上具有同质性,两者均源于“以一个证明为重要的观点为标准,而将不同事物相同处理之思想”,^⑫ 故而“拟制终究无非是类推”。^⑬ 在此基础上,考夫曼以普赫塔在《潘德克顿教科书》中所承认的法官得以由“事物本质”出发“藉由类推造法”这一论断作为起点,渐次论证了如下观点。

第一,“法原本即带有类推的性质”。^⑭ 在考夫曼看来,法的现实化主要不是依演绎实现的,而是藉由类推的方式实现的。考夫曼甚至认为,其实无论是在实务中,还是在理论中,类推广泛存在。例如,生物学(同源性)、医学(特别是解剖学)、农业学、社会学、历史哲学乃至神学,将类推贬低为法律漏洞填补者之角色对类推而言并不公平。考夫曼引述了 Eugen Erlich 之论断并进而主张,类推系人类精神最大限度发展之创作,尽管近代理性主义的勃兴使得类推一度受到贬抑与排斥,但倘若以诚恳的态度进行思考,则会发现,类推系法律中十分自然的思维方法,“法是一种对应,因此法的整体并非条文的复合体,并非规范的

^⑩ Vgl. Franz Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, 2013, S. 58.

^⑪ 参见注^⑩。

^⑫ [德] 亚图·考夫曼《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安校,学林文化事业有限公司 1999 年版,第 61 页。

^⑬ 同注^⑫,第 57 页。

^⑭ 同注^⑫,第 45 页。

统一体，而是关系的统一性……这意味着类推”。^⑤法在本质上系一种特定关系性的理解，在特定的法律关系中，不同事物获得同等对待，乃是以某种介质为比较之中点的，最终是以类推的方式实现的。

第二，类推的中点系“事物本质”。考夫曼扬弃了理性主义独断论关于“事物本质”的思考，转而将“事物本质”定性为一种带有诠释学因素的关系性范畴。在考夫曼看来，当代德国法哲学中的“事物本质”并非理性主义独断论所理解的实体，在存在主义哲学转向之后，“事物本质”成为了意义与价值的关系性概念。德国法哲学中的这一转向非同小可，其直接导致关于“事物本质”的思考成为了一种更为感性与主观的观念。而藉由对当代德国法哲学中诸多“事物本质”的经典定义与理论之精致分析与审慎批判，考夫曼最终认为，“事物本质”已然成为了“一种特殊中的普遍，事实中的价值的现象”。^⑥具体而言，在考夫曼看来，“事物本质”系特定两种事物实现比较与类推之中点，在本质上乃是将两种存在差异的事物予以关联之价值，申言之，“事物本质”意味着这么一种关系，即两项明显存在差异之事物，在以“事物本质”为中点的比较中获得某种统一性，并藉由这种统一性而最终实现不同事物之间的相同处理即类推。^⑦

第三，“事物本质”指向类型，从“事物本质”中所产生的思维是类型思维。考夫曼认为，“类型无法被定义，只能被描述”，其系“存在于立法者与法律形成之前的事物”。类型与概念不同，其具有变动性与柔软性，基于不同的价值前提，各事物之间能够实现不同的类型划分。例如，在德国刑法实务中，“盐酸”之所以能够被拟制为“武器”，并非藉由以武器这一概念为基础的演绎推理而成，其乃是以加重强盗罪的类型为基础，通过类推而获得的结论。申言之，在普遍生活的意义上，盐酸确实不在武器的概念内涵与外延之中，但倘若在加重强盗罪这一类型的特定价值中思考，盐酸的使用确实造成了与使用武器极为相似的危害性结果，那么便应当排除关于武器的概念性思考，而径行由加重强盗罪这一依据特定价值而形成的具体语境所设置的类型出发，得出应当将盐酸“视为”武器的结论。^⑧

一言以蔽之，考夫曼将拟制（类推）、“事物本质”以及类型视为三位一体的类型思维方法要素，并且赞同 Ernst Jünger 之论断，即“类型是我们取为标准的模范，类型一直比理念更优良，更遑论是比概念”。^⑨

2. 卡尔·拉伦茨的作为具体概念的类型理论

与考夫曼将拟制、事物本质以及类型理论作整体性理解不同，拉伦茨更重视对类型理论完整性的探索。对于拉伦茨而言，“事物本质”是一项极易导致哲学上暧昧不明之争议的术语，尽管关于“事物本质”的探讨与论述十分丰富，但并没有使其成为一项明晰的概念。^⑩在拉伦茨看来，作为一种实存与应当、物质存在与精神存在、现实与价值之间的对应性关系范畴，事物本质蕴含着一系列内在意义上相互排斥的对立事物，以致根本不可能以事物本质

^⑤ 同注②，第 41 页。

^⑥ 同注②，第 106 页。

^⑦ 参见注②，第 103 页。

^⑧ 参见注②，第 119 页。

^⑨ 同注②，第 I 页。

^⑩ Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 417.

为根基塑造作为“客观精神”的法。依拉伦茨的见解，事物在本质上其实只是一项关涉人之主观思考的，系属意义与价值领域的概念，其仅在涉及法之续造环节时，同其他应当一并作考虑之因素一道对法官的具体裁判行为形成制约与影响。在此意义上，事物本质更类似于事理或者普通道理。对此，拉伦茨如此举例：基于事物本质（在例证中特指人的本质），儿童理应受到协助，而最适宜担当此重任的，又无疑系其父母。又如，倘若我们承认私人继承权的合理性，那么，令继承人担负以继承财产为限的被继承人债务，无疑符合事物本质，因为原本被继承的财产便系被继承人债务的一般担保。^⑩ 尽管拉伦茨并未如考夫曼那样赋予事物本质以极高的理论地位，但拉伦茨承认，倘若立法性规定严重有违事物本质，那么司法裁判便会以超越法律之法律续造为手段予以纠正，^⑪ 故而事物本质在拉伦茨的法学方法论中，属于对法律漏洞补充之积极概念，而非法律的核心思考范畴。

尽管拉伦茨在对待事物本质的问题上较为冷淡，但在类型理论的实际建构过程中，其仍然在对“抽象—具体”问题的处理上逐渐与考夫曼走上了类似的道路，甚至最终与拟制哲学形成了某种勾连。

拉伦茨的类型理论奠基于对概念法学所承认的抽象概念的批判。依拉伦茨之见解，概念法学所倡导的抽象概念存在严重的内涵空洞之缺陷。申言之，在概念法学之中，抽象的概念欠缺明晰且可供法学分析的对象，由此所造成的后果是，抽象概念割裂了概念与对象之间的有机关联。例如，在法律人思考《德国民法典》第1条中的“人”这一抽象概念时，其实根本不会浮现任何鲜明的、可被认知的形象，这在拉伦茨看来，显然荒谬至极。因此，拉伦茨认为，应当将“作为具体概念的类型（Typen）”纳入到法学之中，促使概念与对象实现真正的统一。^⑫ 在此基础上，倘若将类型引入法学分析，则可实现对具体而非抽象的法秩序之思考。例如，拉伦茨在其成名作《论具体概念》中便认为，《德国民法典》第1条中的人作为一项抽象概念，根本不应依概念法学的思维而作宽泛地推导，而应依据特定情势进行具体分析。具体而言，此处的“人”应当被具体理解为德意志民族的同胞，申言之，惟有德意志民族的同胞才能被承认具有“全部的”权利能力，而在血统上不属于“德意志—雅利安”民族的外国人以及非雅利安种族，只能享有“限定的”权利能力。^⑬ 在此处，拉伦茨反对凯尔森纯粹法学式的概念思考，认为法律思考不能使法律脱离具体的伦理与道德精神。^⑭ 在这一分析中，人并没有作为一项封闭的抽象概念被对待，而是被视为具有历史性格并且存在条件限制的类型。在拉伦茨嗣后的理论构造中，其逐渐将类型定性为介于普遍与个别之间的中间环节，并日益认为，类型应当成为法学思考的中心。^⑮ 对于拉伦茨而言，概念法学式的抽象概念推理思维其实是孤立而固化的，法学思维不应以对抽象概念的把握为目的（实际上这是不可能的），而应当以合理地设定类型为旨趣。在这一过程中，抽象概念只能作为思考

^⑩ 参见注⑩，第417-418页。

^⑪ 参见注⑩，第417-419页。

^⑫ 参见伊藤刚：《ラーレンツの類型論》，信山社2002年版，第40页。

^⑬ 参见顾祝轩《制造“拉伦茨神话”：德国法学方法论史》，法律出版社2011年版，第71-72页。

^⑭ See Izhak Englard, “Nazi Criticism against the Normativist of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies”, *Israel Law Review*, Vol. 32, No. 2 (Spring, 1998), pp. 229-234.

^⑮ 参见注⑩，第140页。

的某种参考，而法学思维的重点在于寻求一个合适的类型，并在此类型的基础上，将个别事物纳入到该类型之中，最终厘定该个别事物的法律适用问题。^{⑩⑦}

有别于理性主义独断论对于演绎、第一原因以及实体性本质的执着，拉伦茨对于类型的构建完全是经验主义的。在他看来，与概念不同，类型并无封闭的边界，甚至法学中那些通常被认为是概念的事物，其实更适合被解释为类型。例如，物权通常被视为抽象概念，但在拉伦茨看来，其更适合被视为由一系列具体物权所组成的类型。^{⑩⑧} 所以，依拉伦茨之见解，对于法学而言，理应抛弃僵化而存有谬误的概念思维，转而采用类型进行法律思考。倘若采用类型而为法学思考，那么法学的建构性工作便会灵活丰富得多：基于经验要素组合的灵活性与可变性，在某一观点下所建构的类型可以藉由要素的变更而转变为另一类型，这种变更并不像概念变更那么明晰，毋宁说类型之间的过渡乃是如液体般“流动的”，而在这种流动性的类型组合中，将依据不同的观点而生成不同的类型链条，这些类型链条的延伸与流动，将最终形成一个作为法的外在体系（äußere System）^{⑩⑨} 的规则意义上的“灵活可变之体系”（bewegliches System）^{⑩⑩} 这一由类型链条所组成的具有流动性的规则体系将在价值上受到由法律原则（Rechtssprinzipien）所组成的内在体系（innere System）的指引。^{⑩⑪}

3. 拟制哲学与类型理论的关联

尽管拉伦茨的类型理论并未直接涉及拟制哲学，但倘若对拉伦茨的法律“内在体系—外在体系”论进行分析，那么将会发现以下图景：第一，法律的内在体系（法律原则）始终在驱动法律的外在体系（法律规则）作类似于江河那样的流体式运动；第二，具体而言，在法律的外在体系中，这种流动体现在类型与类型之间的转变之中，这种转变具有潜移默化性与高度灵活性。不过，拉伦茨显然并未深入阐述类型与类型之间的这种转变究竟是以何种方式实现的。考夫曼弥补了类型理论的这一不周全之处，其认为，类型与类型之间的转变，显然系由类推（在 Vaihinger 哲学体系中即一种拟制）实现的。在考夫曼看来，不同类型之间的事物能够获致相同对待，乃是因为基于不同类型之间作为思考中点的“事物本质”之引入，藉由比较，而将被比较之事物予以关联的结果，或者依类型理论进行解释，则系在拟制（类推）中，一项新的类型由此而产生。故而在类型理论中，拟制与类推，将无可避免地出现于类型转变与新类型的设置之中，也正是在此意义上，类型理论可以被视为拟制哲学在法学上的一种变体。

五、结论：关于法律拟制的一般认知——以拟制哲学为哲学基础

考诸以拟制哲学为资源的法学理论，不难看出，其实这些法学理论相互之间也存在着巨大的差异性：凯尔森承继了拟制哲学的实证主义倾向，并致力于运用 Vaihinger 关于数学拟

^{⑩⑦} 参见注^{⑩③}，第 141 页。

^{⑩⑧} 参见注^{⑩④}，第 465 页。

^{⑩⑨} Vgl. Bernd Hüpers, *Karl Larenz—Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, 2010, S. 466–468.

^{⑩⑩} 参见注^{⑩⑤}，第 469–472 页。

^{⑩⑪} 参见注^{⑩⑥}，第 473–475 页。

制的思想，将法学中的拟制降至最低的必要限度，由此仅仅视拟制为法律的开端。在对作为开端的基本规范拟制之后，将不会再有拟制，拟制之后将形成一个以形式逻辑为基本脉络的清晰而又严谨的法律体系。菲韦格则重申了古典修辞学与经验主义怀疑论的精神，其将可能产生拟制问题的法律的连续性与体系性斩断为片段，转而追求不连贯的、局限于论题本身的合理性，从而将拟制消解于论题设置与论题转换之中。考夫曼、拉伦茨则与前述两位学者不同，两位法学家所倡导的类型理论其实更为精致地吸收了拟制哲学的精华——在类型理论中，整个法的图景处于具体而生动的流变之中，这种流动的动力来源于法律原则，这种流动的实现则系于以“事物本质”为思考原点的拟制（类推）。总体而言，尽管从法学层面上来看，法学家们仍然对正面承认法律拟制的合理性心存抵触情结，但是，在认识到法律拟制的复杂性与不可避免性之后，其要么尽量通过压缩法律拟制的作用范围，以便将法律中的拟制性格降到最低，要么藉由其他术语而遮蔽拟制。但是，究其实质而言，无论是凯尔森的纯粹法学，还是菲韦格的论题学法学，抑或是考夫曼与拉伦茨的类型理论，这一系列的理论均摆脱了将法律拟制视为纯粹虚构的传统形而上学式法学的窠臼，而在拟制哲学的基础上，其将法律拟制视为法律与法学所必须面对的问题，并着力予以消解与应对。从这一点上来说，Vaihinger 的拟制哲学并非法律拟制乃至法学探究的终点，而仅仅是另一把打开通往法律之门的钥匙罢了。

不过，抛开各种学说流派的偏向性与术语使用习惯，依据拟制哲学，我们仍然能够获知关于法律拟制的一般性认知：

（一）法律天然带有拟制属性

在理性自然法时代，法律尤其是自然法被视为是与理性相契合的，是具有实体性质的存在。例如，古希腊哲学家西塞罗便认为“真正的法乃是一种与自然相契合的正当理性，它普遍适用且永恒不变”。^⑫ 而莱布尼茨更是将自然法作为自然的一部分，认为其兼具物理与形而上学框架（physical-metaphysical framework）之性质。^⑬ 不过，以经验主义怀疑论为工具，拟制哲学动摇了传统法学所择取的“事实—虚构”二分法下的稳定性。在拟制哲学看来，世界可被区分为人造世界与自然世界，而自然世界无所谓秩序，秩序在本质上是具有价值判断因素的人为产物，而只要是人为产物，那么便不可避免地具有拟制之因素。职是之故，法律原本便是一项拟制，其源于一种偶然性与人造性，而非必然性。恰如英国学者阿里斯托戴默所言“艺术家承认甚至有时候就是要吸引大家去关注其构造物的偶然性和人造性，可是律法语言却要竭力掩饰其人造痕迹。虽然艺术家坦白承认自己的作品是任意的、不完整的、假定的和临时的，但是律师却坚持假装他们是自然的、必然的，坚持认为他们不仅可以提供所有答案而且能够提供所有正确答案。”^⑭ 法律与艺术具有某种程度上的同质性，其以不容置疑的口吻，以国家强制作作为效力基础，^⑮ 拟制性地从混乱中创造秩序，并且将这一自

^⑫ Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press, 1981, p. 13.

^⑬ Vgl. María Jesús Soto-Bruna, “Spontaneity and the Law of Nature: Leibniz and Pre-critical Kant”, in Ana Marta González (ed.), *Contemporary Perspectives on Natural Law: Natural Law as a Limiting Concept*, Ashgate, 2008, p. 105.

^⑭ [英] 玛丽亚·阿里斯托戴默《法律与文学：从她走向永恒》，北京大学出版社2017年版，第4页。

^⑮ Vgl. Norbert Hoerster, *Was ist Recht?: Grundfragen der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 2012, S. 12.

以为是的秩序强加于社会。^{①⑥}

(二) 法律拟制在思维层面上系属类推而非单纯的法律技术

就传统法学的抱负而言，由于类推所具有的浓厚的价值属性与不确定性，故而一直在法学中备受抵制。^{①⑦} 例如，美国法学家德沃金就认为，法律中的类推事实上只是陈述法律结论的方式，而不是获得法律结论的路径。^{①⑧} 也正因为如此，传统法学在解释法律拟制现象时，通常避免从类推的角度对法律拟制作出解释。事实上，在当代德意志法学中，也有观点认为，依照传统的规范涵射的思维范式，仍然能够将拟制解释为无类推因素（keine Vernüpfung analoger Elemente）的规范涵射形式，^{①⑨} 申言之，拟制所依循的乃是单纯的法律之命令（Befehles），而非幼稚可笑的思想（naiven Denkens）。^{②①} 所谓拟制，其实只是“对于被考虑的事实，将之当作处于那些法律规范的涵射之中”（den Fall so zu betrachten, als ob er unter jene Rechtsnorm fiel）的特殊规范的涵射思考罢了。^{②②} 此一学说意欲将法律拟制的本质归结为立法者的命令，从而维持既有的法律拟制作为法律所特有的技术性现象之观点，但其仍然无法诠释法律拟制内在思维上运作的过程。

事实上，依据 Vaihinger 的拟制哲学与考夫曼的类型理论可发现，无论是存在于法律文本中的立法拟制，还是驰骋于法律裁判中的司法拟制（此点在普通法系与罗马法中表现得尤为明显），尽管其具有形式上的虚构性，但也绝非率性而为的肆意谎言，而是具有审慎比较性质的类推思考，且具有相对严格的思维路径。具体而言，倘若要将事物 β 拟制为 α ，那么必须要遵循以下思维步骤：第一，择取 α 与 β 两种事物作为相互比较的对象；第二，在 α 与 β 之间寻求两者的相似性；第三，对 α 与 β 两者之间的相似性作抽象思考，提炼出作为两者的共性（考夫曼称之为“事物本质”）；第四，将此种藉由比较而获取的共性作为归类基础，继而从当前的差别中获得同一性，从而将 α 与 β 归为同一范畴（即考夫曼与拉伦茨所称之“类型”）的事物；第五，由于 α 与 β 系属同一类型，因此，尽管两者并不相同（这种差异性尤其体现在对法律概念的构造与归类方面），但却可以同一方式对待之。

将法律拟制解释为法律类推，并不意味着法律稳定性的丧失，相反，此举将使法律拟制由不可置疑的技术性设定被还原为有迹可循的法律思维过程，从而有助于形成对法律拟制的有效评价机制，即运用法教义学体系中的法律原则、法学理论以及朴素正义观念对法律拟制本身进行正当性审视，以便确认该法律拟制是否具有合乎前述标准的实践性价值。

(三) 作为开端的法律拟制是法律得以实存的基石

凯尔森在祛除了自然法式的幻想之后，藉由对 Vaihinger 拟制哲学的批判性继承，发现了作为开端的法律拟制，此即凯尔森所言之基本规范。事实上，比较有意思的是，尽管

^{①⑥} 参见注⑩，第3页。

^{①⑦} 参见注⑨，第7页以下。

^{①⑧} See F. M. Kamm, "Theory and Analogy in Law", *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, No. 2 (Summer, 1997), p. 412.

^{①⑨} Vgl. Karl Hackl, Vom, quasi "im römischen zum, als ob im modernen Recht", *Reinhard Zimmermann/Rolf Knüttel/Jens Peter Mencke*, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, S. 126.

^{②①} Vgl. Pual Krückmann, *Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft*, *Annalen der Philosophie*, 1913, 3 (3), S. 426.

^{②②} 参见注⑦，第90页。

Vaihinger 将法律拟制纳入到了类推性拟制的大类型下，并对法律拟制进行了专门阐述，不过在 Vaihinger 那里，却并未对作为开端的法律拟制给予足够的关注。但是，凯尔森则从 Vaihinger 关于数学拟制的论述中获得了灵感，其指出，法律内部存在一个向下演绎的逻辑延展过程，而这种演绎的起点便是基本规范。^⑫ 至于基本规范，则是一项彻头彻尾的法律拟制，并且其系属预定有效之先验的逻辑假设。^⑬ 凯尔森以此构造了最低限度的拟制实证法体系，其学说将作为开端的法律拟制自拟制哲学中析取出来，从而为法律的实证性设定了相对稳固的基石，最终令法律成为了“实在的规范秩序”（*verwirklichte Normenordnung*）。^⑭

不过笔者认为，凯尔森的理论并未完全脱离 Vaihinger 拟制哲学的范畴。尽管 Vaihinger 在关于法律拟制的论述中，没有像凯尔森那样重视作为开端的法律拟制，但事实上，Vaihinger 关于法律拟制在本质上系属类推的论断并未失效。诚如考夫曼所言，尽管类推遭到了近代以来法律实证主义的攻讦而声名狼藉，但从古典哲学史的角度来看，类推在事实上一直是古希腊哲学与中世纪经院哲学存在论与认识论的核心。^⑮ 仔细分析凯尔森的理论则会发现，即使是作为开端的法律拟制，也并非预定有效之先验的逻辑假设，而是源于法律之外的某种类推性思考，只不过这种类推性思考并非是纯粹的法律思考，而可能是伦理性、政治性甚至是自然科学性的思考。例如，近代有关自然法的理论在很大程度上堪称是基于自然科学的类推性思考，申言之，近代的所谓自然法，常常是藉由自然科学知识（尤其是由数学所武装的物理学知识）而向法律领域所作的一种类推。职是之故，作为开端的法律拟制并非是凭空产生的预定有效之先验逻辑假设，其在本质上也是一种类推。不过，必须要注意的是，作为开端的法律拟制可以说是蕴含价值判断因素的，在此之后，法律便可以主要依形式逻辑的路径予以展开。因此，可以认为，作为开端的法律拟制，乃是“作为科学的法教义学”（*Rechtsdogmatik als Wissenschaft*）事业的起点。^⑯ 申言之，尽管作为开端的法律拟制本身系属类推，但以此为起点的规范展开却可以在一定程度上以类似数学演绎的方式完成。换言之，除作为开端的、稳定的法律拟制之外，法律秩序的其他部分因为只能以特定的法律拟制为逻辑起点，故而得享类似自然科学之客观性。当然，倘若将作为开端的法律拟制的渊源属性予以充分考虑，那么毫无疑问，作为整体的法律仍然具有天然的拟制属性与主观性质。

（四）作为流变的法律拟制是法律得以自我革命或者补正的手段

在理想状态下，恰如凯尔森所指出的那样，除了作为开端的法律拟制之外，似乎就不会存在其他拟制了。不过，由于法律秩序的稳定性和形式逻辑的片面性，在具体的规范层面上，法律拟制仍然属于不可避免之现象。其一，在立法层面，由于立法对社会的描述与规范始终难以尽善尽美，而常常只能达致一种“复杂性缩减”之状态^⑰ 故而为了缓和规范的僵硬性，立法者常常以拟制的方式使得某些特殊情况亦可被纳入到一般的规范之中；其二，在

^⑫ Vgl. Alexander Aichele, *Rechtsgeschichte*, 2017, S. 121.

^⑬ 参见注⑫。

^⑭ Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., 2011, S. 13.

^⑮ 参见注⑫，第 49 页。

^⑯ 关于法教义学是否具备科学属性，在德国法学上存在一定争议。Vgl. Jan C. Schuhr, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft: Rechtliche Theorien und Modelle*, 2006, S. 13ff.

^⑰ 参见ニクラス・ルーマン：《法システムと法解釈学》，土方透译，日本评论社 1988 年版，第 125 页。

允许司法拟制的情况下，法官也常常基于救济无法律之新情况的考量^⑫而设置拟制以对既定法律体系之损益给予契合正义的救济。

总体而言，作为流变的法律拟制是法律得以自我革命或补正的手段，其是最为常见的法律拟制。从法社会学的角度观之，作为流变的法律拟制，乃是作为社会系统之一的法律，是在稳定系统结构中的自我再生产（Reproduktion）^⑬。申言之，作为流变的法律拟制常常是指，既有的旧法律框架与新兴社会现实的某种媒介以法律拟制的形式被纳入到既有的法律框架之中，这在法律上常常体现为有机演化过程中的“中间类型”^⑭。因此，作为流变的法律拟制，往往“诞生于法律变迁的截面处”^⑮——其主要依循类推这一思维路径，以立法或者司法的形式附着于既定的法律秩序之上，而令不同事物得以共享特定之法律效果。

Abstract: According to the traditional “fact-fiction” dichotomy , legal fiction is often regarded as pure fiction. However , from the standpoint of “fictional philosophy” which is based on empirical skepticism and Kant’ s critical philosophy , legal fiction is not pure fiction. After “fictional philosophy” , the theory of pure law , the theory of topic , and taking the fictional philosophy as the resource , the theory of type respond to the question of legal fiction. Fictional philosophy can become the basis of legal fiction , according to the philosophy , legal fiction is not purely fictional , and it should be the essential attribute of law. In the view of the fictional philosophy , the law naturally has the property of fiction , and the common legal fiction is a kind of analogy with practical value.

Key Words: Legal Fiction; Empirical Skepticism; Kantian Philosophy; Fictional Philosophy; Analogy; the Theory of Pure Law; the Theory of Topic; the Theory of Type

[责任编辑: 孟 融]

⑫ Vgl. Rudolph von Ihering , *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* III , 1865 , S. 287.

⑬ Vgl. Niklas Luhmann , *Das Recht der Gesellschaft* , 6. Aufl. , 2013 , S. 242.

⑭ Vgl. Friedrich Carl von Savigny , *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* , 3. Aufl. , 1840 , S. 32.

⑮ Maksymilian Del Mar , “Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition” , in Maksymilian Del Mar and William Twining (eds.) , *Legal Fictions in Theory and Practice* , Springer International Publishing Switzerland , 2015 , p. 250.