



Das Verfahren der Rechtsgewinnung

法律获取的程序

——
一种理性分析

[德]阿图尔·考夫曼◇著

Arthur Kaufman

雷 磊◇译



www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





法律获取的程序

——一种理性分析



引领法讯前沿
优惠尽在指尖

上架建议 法理学

ISBN 978-7-5620-5765-5



9 787562 057659 >

定价：26.00元



[德] 阿图尔·考夫曼◇著


Arthur Kaufmann

雷 磊◇译

Das Verfahren der RECHTSERWIRKUNG

法律获取的程序

—— 一种理性分析

 中国政法大学出版社

2015·北京

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法律获取的程序：一种理性分析/（德）考夫曼著；雷磊译. —北京：中国政法大学出版社，2015.1

ISBN 978-7-5620-5765-9

I. ①法… II. ①考… ②雷… III. ①法律逻辑学—研究 IV. ①D90-051

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第287860号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 7.25
字 数 125千字
版 次 2015年1月第1版
印 次 2015年1月第1次印刷
定 价 26.00元

本成果受北京高等学校青年英才计划项目
(Beijing Higher Education Young Elite Teacher Project) 资助

法律获取的程序

——一种理性分析

DAS VERFAHREN DER RECHTSGEWINNUNG

by Arthur Kaufmann


Copyright © Verlag C. H. Beck oHG, München 1999

版权登记号：图字 01 - 2014 - 7678 号

译者序



阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann, 1923 ~ 2001）的名字对于中国法学界，尤其是对于法理学和刑法学学者而言当不陌生。作为德国 20 世纪最声名卓著的法学家古斯塔夫·拉德布鲁赫（Gustav Radbruch, 1901 ~ 1975）晚年的弟子和学术传承者，考夫曼教授的理论学说在国内经由刘幸义、颜厥安、吴从周、米健、舒国滢、郑永流等诸位教授传播，已聚积起相当之阅读群体。目前，其已被翻译成中文的著作共计有五种。其中法哲学四种：①《法律哲学》（专著，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，2011 年法律出版社再次装帧后出版）；②《类推与“事物本质”——兼论类型理论》（专著，吴从周译、颜厥安校，台湾学林文化事业有限公司 1999 年版）；③《后现代法哲学：告别演

 法律获取的程序

讲》(专著,米健译,法律出版社2000年版,同一译本由台湾元照出版有限公司于2002年出版);④《当代法哲学和法律理论导论》(阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编,郑永流译,法律出版社2002年版,2013年再次印刷)。此外,尚有关于其先师的人物传记一种,即⑤《古斯塔夫·拉德布鲁赫传——法律思想家、哲学家和社会民主主义者》(专著,舒国滢译,法律出版社2012年版)。

本书是考夫曼教授晚年的代表作,原版正文只有短短99页,译成中文也不过8.5万余字,但它却是考夫曼教授关于法学方法论(法律获取理论)终其一生之思考的提炼和结晶。全书从批判传统涵摄模式入手,在阐释规范领域的认识论和科学理论的基础上,对法律获取的四种主要程序或者说方法(演绎、归纳、设证、类比)及其关系进行铺陈,并论及了法律获取过程中法官的认知与决断、理性与意志之间的关系。本书言简意赅,深入浅出,一气呵成,核心主张在于以类比或者说个案比较为中心的等置模式(Gleichsetzungsmodell)来取代以演绎或三段论为代表的涵摄模式。这无疑与考夫曼的整个法哲学思想是相通的。在考夫曼的理论中,类比(Analogie)占据着十分显眼的位置。值得注意的是,他并不仅仅在推理手段的意义上来理解类比,即“作为方法的类比”,而且在一种可以追溯到

“亚里士多德-托马斯主义”的哲学传统中去的本体论的意义上理解类比，即“作为存在的类比”。例如，在其早期的代表作《类推与“事物本质”——兼论类型理论》中，考夫曼就将德国的“事物本质”思维与类比相结合，提出类比是规范与事实的相互调适，而法就是一种实然与应然相对应的关系性范畴，所以法在本质上就是类比式的。这一观点贯穿了考夫曼的整个理论体系（法律推理与法本体论），并一脉相承地在其晚年的法哲学集大成之作《法律哲学》那里再次得到体现。而《法律获取的程序》一书也时时会回溯到这种本体论的理解上去，以作为方法论主张的哲学根基。另一方面，本书毕竟是以作为方法的类比为核心的，所以尽管与本体论的思考并非相隔，但还是有所不同。它更关注于类比或者说等置的非逻辑推论性质及其对于法官法律获取活动的影响，也更加关注个案比较的技术性因素（如比较中项的选择）。从这个角度而言，本书恐怕是考夫曼教授所撰的唯一一本单独以方法论为主题的专著。在目前国内法学方法论研究很热的情况下，本书可作为方法论研究者和爱好者必要的参考文献，同时对于关心法律适用和法律推理的实务工作者也有一定的助益。当然，令人微感遗憾的是，原本我们可以期待考夫曼教授对其方法论思想进行更为系统和深入的整理，但由于健康的原因，

教授在本书出版二年之后就溘然长逝，而本书也只能停留于“纲领性色彩”的地步了。

按照罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）的观点，德国的方法论传统可以分为前后相依的四种进路，即传统进路、诠释学进路、分析性进路和解构性进路。按照这一分类，考夫曼教授无疑属于诠释学进路的代表之一。实际上，他与其前辈约瑟夫·埃塞尔（Josef Esser, 1910~1999），学生温弗里德·哈斯默尔（Winfried Hassemmer）和乌尔弗里德·诺依曼（Ulfrid Neumann）等人一起，将哲学诠释学的基本思想——当然这里更多指的是汉斯-格奥尔格·伽达默尔（Hans-Georg Gadamer, 1900~2002）的本体论诠释学，而非保罗·利科（Paul Ricoeur, 1913~2005）的方法论诠释学——在法学领域进行了全面的应用和转化，对一些基本的方法论假定（如法律解释与法律续造的区分、对“罪刑法定”的理解等）提出挑战，在德国产生了相当大的影响，在中国学界也有不少拥趸。以此观之，诠释学对于传统的方法论思想的确具有一定的颠覆作用，因此在阅读本书时需要关注作者的这一整体理论背景。

译事起于机缘。译者在攻读法学理论研究生之初开始涉猎的正是法律诠释学，第一篇公开发表的学术论文恰为对考夫曼教授《类推与“事物本质”——兼论类型理论》

一书的书评。虽然此后转向了方法论的分析性进路，但一直对诠释学保持着必要的关注。数年之后，译者在撰写博士学位论文之际，《法律获取的程序》又成为重要的参考资料，尽管“参考”并不意味着无条件的赞同与接受。此后私下念兹在兹，即欲不日将其奉于中国读者面前。可惜诸事繁杂，又未得时机。恰巧年初中国政法大学出版社彭江编辑相询有无可译之“巨匠小书”，遂推荐此书并承担译事。在此对彭君之拳拳学术公心和殷殷相邀美意一并致谢！

最后，正如作者在书尾处援引于尔根·哈贝马斯（Jürgen Habermas）之语所指明的：科学知识无法通过单独行动，而只有通过合作性的努力才能获得。在法学方法论领域，“要做的工作还有很多”，这项工作是为任何一个个体所无法独立完成的。从这个意义上说，本书无疑构成了这种合作性努力的出发点之一——我们可以赞成它，可以反对它，但决不能无视它。

雷磊

2014年9月26日于京郊寓所

前 言



本书的主题最初是计划作为一本篇幅更大之著作的一部分的。出于健康的原因我不得不改变了计划。我曾在《法哲学》（1997年第2版）中用两章来论述逻辑和方法问题。这里，以早先所计划的那本书的草稿为基础，对这两章内容进行了继续发展。虽然我也可以利用现有的文献，但离开那些忠诚的同道者们的无私帮助（尤其是他们提供了新文献），本书就不可能面世。我对他们深表谢意。

关于本书的内容，我想提前向读者们传递一些信息。当代的法学方法论几乎都毫无例外地持有这样的（正确）观点：涵摄（Subsumtion）在法律获取程序（Rechtsgewinnungsverfahren）中远非扮演着核心的角色。这种角色只有在实证主义的时代才被归于涵摄。但没有人能准确地说出，

它现在实际上扮演着什么样的角色。尤其是没有人能精确地说出，用以“发现”法的核心行为是什么，既然不是涵摄的话。它涉及的是逻辑推论（logischer Schluss）么？如果是的话，是哪种逻辑推论呢——并且它是一种确定的推论还是不确定的推论？但如果不是推论的话，它又是什么呢？难道它涉及只是决断（Dezision）和权力（Macht）么？迄今为止我没有找到对于这些问题的可靠答案。

同样在法学方法论中少有争议的是，法律获取程序不完全是理性的。对法律现实了解的人也难以假定会存在别的情形。但假如如此，那么对法律获取程序的理性分析就只是意味着，法学方法的非理性要素也坦率地进行理性分析。“理性的”方法分析如果不熟悉所有的非理性要素，就只是表面上理性的。这种“放弃”一切的分析的缺点是，它绕过了现实，因此对于实践并没有太大的帮助。假如它是对的，它就必然可以毫无问题地通过计算机来运作。但它没法这样做，相反，计算机专家毋宁尝试借助“模糊逻辑”（Fuzzy Logic）来掌握非理性和不确定的因素。

众所周知，人们会丧生于未知的风险。本书尝试尽可能准确地确定法律获取时的风险来源。我将澄清，法律获取的哪些步骤是确定的，哪些是不确定的，哪里存在决断、权力与任意的侵入口。谁欺骗法官（谁总是试图来获得方

法论法则)说,法律获取的全过程都具有必然的三段论形式的理性,他就是在让法官对他实际上所做之事视而不见。我也将揭露出法学方法的非理性因素,为的不是扩散迷雾,而是设法获得清晰的视野。

继而:百余年前,查尔斯·桑德斯·皮尔士(Charles Sanders Peirce)首先发现了作为逻辑推论之一种的设证(Abduktion)。在有关法学方法的德语文献中,这种方法仍然无迹可寻(只有很少一些并非专业的方法论学者论及了它)。我们同样找不到只言片语(我过去无疑也忽视了它的重要性)来说明,设证在法律获取程序中扮演着什么样的角色(它肯定扮演着一种并非无足轻重的角色)。对此保持沉默的法学方法论就不再能宣称站在时代的高度上。但设证只是四个要素之一,它们合在一起才是(完整的)法律获取程序。(法律获取的)核心行为是个案比较(Fallvergleich):将待决案件与那些肯定受相关规范调整的案件进行等置(Gleichsetzung),也就是类比。但这种行为并不是孤立的,它与设证、归纳与演绎(涵摄)相伴出现。方法论决不排斥涵摄,而只是让它来发挥它事实上所能发挥的功能。文章将阐明这四种要素如何合力发挥作用。

就此而言,法律适用方法展现出与立法方法(Methode der Gesetzgebung)广泛的一致性,这是对立法程序进行分

析的结果。最后，在本书中我也力图来确立法学方法论与法律论证理论（juristische Argumentationstheorie）或商谈理论（Diskurstheorie）之间的关系。现在的情形仍然是，这两门学科基本上互不熟悉，对此有义务偶尔来引用一些文献，这应该不会误人子弟。

本书的结论将根据认识论与逻辑的基本立场来得出。对于理解我的理论而言必不可少的是熟悉本书相关的章节。

本书具有纲领性色彩（programmatischer Charakter）。它并不刨根问底地去追踪一切东西。我确信，法学方法论正处于分岔路口。应该从多个方面来改变想法。我在这本小书中给出了在我看来代表正确方向的路标。我想号召尽可能多的人一起走上这条道路。

阿图尔·考夫曼
1999年1月于慕尼黑

目 录



| | |
|----------------------------------|-----|
| 译者序 | 001 |
| 前 言 | 006 |
| 第 1 章 涵摄模式批判 | 001 |
| I 讨论现状 | 001 |
| II 类比与设证 | 012 |
| III 法律获取程序中的理性要素与 非理性要素 | 015 |
| IV 方法论综合主义 | 016 |
| V 例 证 | 023 |
| VI 术语界定：法律适用、法律发现、 法律获取 | 025 |

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



| | |
|-----------------------------------|------------|
| VII 小 结 | 027 |
| 第 2 章 认识论的基本问题 | 029 |
| I 规范命题的真值（正确性）问题 | 029 |
| II 认识的对象 | 035 |
| III 理性价值认识的三大基本原则：真理理论 | 039 |
| IV 个案比较与可普遍化原则 | 050 |
| 第 3 章 法律科学理论的实践审思 | 058 |
| I 司法判决：对制定法的精确复制？ | 058 |
| II 联邦最高法院与涵摄的信条 | 062 |
| III 法律实践的方法论难题 | 075 |
| IV 法律科学：只是一种技艺吗？ | 079 |
| 第 4 章 法律逻辑基础 | 087 |
| I 引 言 | 087 |
| II 逻辑简论 | 088 |
| 第 5 章 续篇：演绎、归纳、设证、类比 | 109 |
| I 四种方法程序的图式化展示 | 109 |
| II 对两种图式的阐释 | 118 |
| III 诠释学循环（螺旋形上升） | 134 |

| | |
|--|-----|
| 第6章 基于等置理论之法学方法论的原理 | 140 |
| I 引 言 | 140 |
| II 法秩序的阶层构造 | 141 |
| III 诠释学观点 | 145 |
| IV 从涵摄模式到等置模式 | 146 |
| 第7章 续篇：解释、法官的法律发现、立法 | 170 |
| I 法律解释理论 | 170 |
| II 法官的法律发现与立法 | 176 |
| 第8章 对法律获取之要素的评价、方法选择、法律 商谈的优先性规则以及罗尔斯的差别原则 .. | 188 |
| I 引 言 | 188 |
| II 对设证、归纳、类比与演绎的运用与评价 .. | 189 |
| III 方法选择理论 | 193 |
| IV 慕尼黑项目 | 195 |
| V 法律商谈的优先规则与罗尔斯的差别原则 .. | 197 |
| 索 引 | 206 |



涵摄模式批判

I 讨论现状

按照惯常的方法理解（它根源于 19 世纪的实证主义），法律适用的唯一形式是**将案件涵摄于制定法规范之下**。涵摄是最简单和最确定的三段论，也就是**演绎**。这种模式背后的意识形态是将**法律科学**（Rechtswissenschaft）证立为一种**真正科学**的努力。

不难发现，将法学方法还原为涵摄并不完全正确。假如法律适用只是这样一种三段论，那么每个法律适用的过程就一定能得出某个**必然的**（即使不是绝对正确的）**结论**。理所当然的是，涵摄在这种意义上是必然的。但这并非要点。让我们来举个例子。X 伪造了一份传真件。他犯了《刑法典》第 267 条所规定的伪造证书罪吗？传真件是证书

吗？显然，只有当回答了这个问题之后，才可能（将案件）涵摄于《刑法典》第 267 条之下。假如回答是肯定的，即传真件是证书，那么后续进行的涵摄就是必然的。但在这个案件中一开始涉及的，是传真件的证书属性。只有当对这一问题的回答是以演绎－涵摄的方式完成时，这一程序才是必然的。然而并非如此，它毋宁发生于这样一种程序中，后者先于涵摄出现，也无法提供任何必然性的结论，就像人们根据经验就可知道的那样。一个程序涉及哪些东西？它的结构如何？它具有什么样的承载能力？对这些问题的回答是本书的根本关注点之一。

继而，晚近以来这种观点赢得了广泛认同：在规范性领域——与经验性领域相对立，这里只可能存在**唯一正确**的决定，适用诸如“必要的”、“必然的”、“不可能的”这类模态——通常不存在**这种唯一有效**的决定，而是存在多个同样“可信”、“协调”、“合理”的决定。就像人们所知，这使得共识的达成额外困难，即使并非全无可能，尤其是涉及风险问题的时候。从涵摄的本质出发无从证立这一点。

另一点是：演绎是一种**纯粹分析性的推论**。它并不能为扩展我们的知识，带来新的东西。因此，在所有法律获取即司法过程中，必然要在先于演绎－涵摄的程序中去获

得新知。这一点也可以说明，法律获取并不只可能是涵摄。

现在的情形当然是，大多数当代一流的知名方法论学者长久以来就不再认为，涵摄是包治百病的灵药了：卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）、弗朗茨·比德林斯基（Franz Bydlinski）、弗里德里希·缪勒（Friedrich Müller）、沃尔夫冈·菲肯切尔（Wolfgang Fikenscher）、克劳斯-威廉·卡纳里斯（Claus-Wilhelm Canaris）、约瑟夫·埃塞尔（Josef Esser）、汉斯-马丁·帕夫洛夫斯基（Hans-Martin Pawlowski）、贝恩德·许内曼（Bernd Schünemann）、莱茵荷德·齐佩利乌斯（Reinhold Zipplius）、扬·夏普（Jan Schapp）、马丁·克里勒（Martin Kriele）……还有早得多的卡尔·恩吉施（Karl Engisch）。涵摄是法律获取之核心行为的观点不再站得住脚，同样也因为有大量超越涵摄的标准进入到了方法论之中，如诠释学上的前理解（hermeneutisches Vorverständnis）、诠释学循环（hermeneutischer Zirkel）、类型（Typus）、次序概念（Ordnungsbegriff）、开放体系（offenes System）、个案比较、个案规范（Fallnorm），继而是除经典的四要素（语法、逻辑、历史与体系要素）之外不可计数的解释标准，如法律后果评价、正义、衡平、法的安定性、法感、实用性、法的统一性。所有这些要素都无法被安置在纯涵摄模式之下，即使只将经典的四标准整合进这个模式中也很困难。

事实上，只有很小一部分方法论学者才为涵摄的信条辩护。其中最严肃认真的当属汉斯 - 约阿希姆·科赫 (Hans-Joachim Koch) 和 赫尔姆特·吕斯曼 (Helmut Rüßmann)，他们想将法律获取的程序最终追溯到演绎。^[1] 他们对于演绎推论的观点富有启发，但并不完全令人信服，尤其是他们没有充分认识到，这种推论只是分析性的。法律获取程序中的归纳、设证和类比要素根本没有被图示化。所以这一研究非常片面。

但值得一提的是，在专业课程中，还总是会听到“请您正确涵摄！”这样的话，就像一切只取决于涵摄一样。但在练习作业和考试任务中，大部分活儿是要先去澄清：如何构造有效适用于特定案件的具体规范？不在场证据意味着什么？怎么理解“行动是什么”以及“前理解”问题（对于某人来说，这必然提供了理解人们一般性行为方式的线索）？什么是重要的、什么是不重要的以及这是从何种角度的区分（在作业和任务中基本上只会告知那些重要的、

[1] H. -J. Koch/H. Rüßmann, Juristische Begründungslehre; Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, 1982, bes. S. 63ff. 将演绎分解为演绎链条和涵摄步骤的做法也许有帮助，但即便如此只运用演绎也得出不出什么东西；一种有趣的这类尝试，参见 E. von Savigny, Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze, 1967. 也可参见 H. Stück, Subsumtion und Abwägung, in: ARSP 84 (1998), 403ff. 它的演示同样说明，在法学方法中只靠涵摄是行不通的。

与答案相关的信息)——实际上剩下要做的就只是直接得出结论了:涵摄或者不涵摄。几乎在法律获取程序中所有实务性的东西学生都学不到。因为他必须要确信,涵摄就是一切。^[2]

对此人们不应当误解。涵摄发生于每一个法律获取的 3
程序之中,即使主流学说认为“法律发现”(Rechtsfindung)不同于“单纯法律适用”(bloße Rechtsanwendung) [(将案件)涵摄于“法官规范”(Richternorm)之下]。

相反,涵摄在当代方法论中所占的分量还是始终要比它应得的来得大。但通过涵摄是无法获得司法判决的,某种意义上它只是确认了已获得的法律结果。作为演绎的涵摄只是一种事后的正确性控制机制(nachträgliche Richtigkeitkontrolle),即著名的“波普尔标准”(Popper-Kriterium)意义上的机制。卡尔·波普尔(Karl Popper)仅仅将演绎(他只允许将它用于科学用途)用于证伪(Falsifizieren)——不再能贡献别的什么。^[3]准确地说:借助于演绎,

[2] 同样的观点,参见 H.-M. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1981, S. 263. 也可参见 M. Pavčnik, Verstehen und Entscheiden, 1993, S. 1ff. 相反, J. Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 175 则鼓励学生和法律适用者“利用三段论进行涵摄”。

[3] K. R. Popper, Logik der Forschung, 10. Aufl. 1994.

人们只能证明某事是错的，人们无法用它来证明某事是对的（正面证立）。大多数时候人们没有看到这一点，是因为有经验的法律人在日常生活的常规案件中，多数时候并没有意识到存在先于涵摄的程序行为，所以他们（还有上实践练习课程的学生）看到的只是涵摄。

在上面提及的这类方法论学者中，卡尔·恩吉施早就十分清晰地指明了涵摄模式的限制。他指出：“在法律领域，涵摄不具有像它在公理方法主导下的数学领域中所能确保的那种可信度。”〔4〕卡尔·拉伦茨也表达了相似的观点：“严格逻辑意义上的涵摄对制定法适用的贡献要远远小于人们以前所假定的，也要远远小于大多数法律人所相信的。”〔5〕但是，在抽象概念体系内部，拉伦茨还是赋予了涵摄过大的意义。〔6〕他主要将所有出现的法律案件涵摄于体系概念之下，进而涵摄于制定法中某个既定规则之下，视为一种——虽然是无法企及的——理想（Ideal）。〔7〕我们处处都可以获得准确的法律认知，这当然是值得追求的。但

〔4〕 K. Engisch, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, S. 18; 同样载于 ders., Beiträge zur Rechtstheorie, 1984, S. 305.

〔5〕 K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 453.

〔6〕 K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Fn. 5), S. 439ff.

〔7〕 K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Fn. 5), S. 453.

一旦当我们考虑到追求这种“理想”所可能付出的代价，我们就会认识到，让涵摄模式对法学方法进行绝对的支配也并非是什么理想。代价可能就是丧失了多样化、多元性、丰富的生动性以及法律获取的特定的人情内涵。因为这种臆想出的理想是**将法官视为计算机**，他只是完美地掌握着涵摄，他是进行“0和1”、“非此即彼”的二值运算的计算机，这类法官不熟悉“或多或少”、“亦此亦彼”，对他来说容忍模糊性（ambiguitätstoleranz）不仅是个陌生的词汇，而且是种陌生的东西，这类法官自己现在变成了如此恐怖的计算机专家，他们着手虚构出一种“模糊逻辑”，一种不能简单地 4 进行归纳-涵摄的半调色逻辑（Logik der Zwischentöne）。〔8〕

相似地，也有方法论学者尽管认为涵摄的意义有限，但还是十分顽固地坚持涵摄。汉斯-马丁·帕夫洛夫斯基认为涵摄模式是不可放弃的，他正确地看到，在“清晰案件中……对单个制定法进行一种涵摄性解释就足矣。”〔9〕虽然他认识到，涵摄模式对于得出正确的判决而言帮助甚微，但他还是认为，在一个由规范（与原则相对）构成的体系

〔8〕 更详细的论述参见 A. Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, 例如 S. 34, 83, 127, 301 等。

〔9〕 H.-M. Pawlowski, Methodenlehre (Fn. 2), S. 205.

中，判决能够从已知的规范中通过简单的推论推导出来。^[10]

弗朗茨·比德林斯基同样清楚地表明了他的确信，即演绎—涵摄在法律获取中的作用被普遍高估了。^[11]他十分清楚地看到，法律适用的问题不在于涵摄推论之中，“而在于准备大前提和小前提的过程中，直到推论最终能被作出（或被否定）。”^[12]但他在接下来的一页书中指出，先于涵摄的东西，即待决案件与制定法确凿涵盖的案件之间的等置（个案比较）并非类比，而是一种演绎。^[13]后文中我们还将回到这个问题上来。

沃尔夫冈·菲肯切尔的那种广泛深入、尤其是得到比较法支持的方法学说，即“个案规范”（此外这也是个不错的造词，因为它说出了案件与规范，亦即实然与应然之间的某种内在联系）学说提供了一种更为深入的评价。但我在这里必须限于讨论只属于我的主题的内容。菲肯切尔十分强调涵摄的重要性与必要性，但涵摄并不发生于制定法规则之下，而是发生于代表规范与案件的“个案规

[10] H. -M. Pawlowski, Methodenlehre (Fn. 2), ebenda.

[11] F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 393ff.

[12] F. Bydliński, Methodenlehre (Fn. 11), S. 396.

[13] F. Bydliński, Methodenlehre (Fn. 11), S. 397.

范”——使用其他术语来说就是“构成要件”（*Tatbestand*）或“更具体的规范”（*konkretere Norm*）——之下。这表达出了一种正确和重要的思想。菲肯切尔也指出，个案规范的形成并不是涵摄的过程，我们同样可以赞同这一点。^[14]但他相信，以此就不需要个案比较了。就此而言，他也赋予了涵摄一种过高的价值。他拒绝等置理论。他认为，这种理论的缺陷是无法用逻辑来说明，无法运用三段论推论，只能提供或然性判断（*Wahrscheinlichkeitsurteile*）。^[15]如何理解这一点？一位一流的方法论学者很难认为能够存在这样的方法论，它完全可以用逻辑来说明，仅仅由逻辑推论构成，并且能提供确定的结论。法律现实就已经证明这种观点的错误性了。自然，我的这个批评并没有触及个案规范理论的细节。但仅此我就可以确信：菲肯切尔的理论同样处于一种已指明的紧张关系，即对传统涵摄模式半否定半肯定的紧张关系之中。

我发现弗里德里希·缪勒的方法学说，即他提出的“结构化方法”（*strukturierende Methode*），也存在一些问题。他完全陷在自己的思路之中。他对于涵摄发表的意见

[14] *W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV, 1977, S. 129ff., 尤其是 S. 202, 204.

[15] *W. Fikentscher, Methoden* (Fn. 14), Bd. III, 1970, S. 751ff.

很少。很明显，他的观点是，对此也没有太多可以说的。他简明扼要地说，规范具体化的问题“无法通过‘适用’既有规定、预先存在的意志决定来把握”；“也无法——除边缘情形外——借助萨维尼的（解释）标准通过‘涵摄’和三段论推论来把握”。^[16]可以正确运用涵摄概念的边缘情形是“典型地用以限定形式、期限或其他条件（数字）的规则”^[17]（我认为这种想法是对的）。这是不是意味着没有放弃涵摄模式，即使法学家长期以来“已丧失了对演绎的信仰”？^[18]假如我们在他的理论中获悉了法律获取程序之归纳、设证、类比等要素，人们或许可以这么说。但我们并没有获悉这一点。

与此类似的是贝恩德·许内曼的总结性观念。他指出，在今天方法讨论中，人们在一个点上达成了广泛的一致，即制定法解释（无疑也包括涵摄）“只是法律发现过程的多个步骤之一”。但这不应该“误导说，两个最重要、最困难的所谓‘决定一切’的法学方法论问题在今天显得越来越不清晰了”，这就是制定法解释与别的法律发现程序（例

[16] F. Müller, *Juristische Methodik*, 7. Aufl. 1997, hrsg. von R. Christensen, S. 83.

[17] F. Müller, *Methodik* (Fn. 16), S. 218.

[18] F. Müller, *Methodik* (Fn. 16), S. 28.

如论题学) 之间的关系, 以及各个解释标准之间的关系。^[19]在我看来, 这里还是过分强调了这部分法律获取的程序*。但是, 许内曼将“价值选择”(Wertauswahl)和“价值具体化”(Wertkonkretisierung)(正如他所正确强调的, 这并非“解释”)置于“第三个法律发现的层级”, 这说明他已经很接近本书所提出的学说了。^[20]

最后, 这里还要来看一看扬·夏普的方法学说, 他谈到了“涵摄的价值性”, 并认为“根据简单评价来进行的涵摄……以形成假设(Hypothesenbildung)的程序为前提”, “借此, 法官极富创造力地来塑造法律发现”。^[21]这无疑是一种有益的想法。然而并不清楚, 如此来理解的涵摄 6 是不是根据芭芭拉模式(Modus barbara)来建构的三段论, 同时抛出的问题“评价先于涵摄, 还是与涵摄同一”^[22]也仍旧处在晦涩不明之中。或许其结果是导向了卡尔·恩吉施

[19] B. Schünemann, Die Gesetzesinterpretation im Rahmen der vier Stufen der Rechtsgewinnung, in: *Filosofia del Derecho y Problemas de Filosofía de Social; Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. X, 1984, S. 421. 同样可见 dens., *Die vier Stufen der Rechtsgewinnung*, 1974.

* 此处“这部分法律获取的程序”指的就是“涵摄”。——译者注

[20] B. Schünemann, *Gesetzesinterpretation* (Fn. 19), S. 429.

[21] J. Schapp, *Methodenlehre des Zivilrechts*, 1998, S. 103ff., 106.

[22] J. Schapp, *Methodenlehre* (Fn. 21), S. 103.

的观点，他将“具体的待决案件与制定法构成要件无疑涵盖的案件之间的等置”视为“原本意义上的涵摄”^[23]，即从规范-类比的角度来确定涵摄，但这就不是根据芭芭拉模式来建构的三段论了。

在此，对当代方法学说的巡游就应该终止了，尽管它还能继续深入下去。

II 类比与设证

在我的专著《类比与“事物本质”：兼论类型理论》（1965年版，1982年扩展版）中，我试图证明，法学方法的核心拥有类比的性质，即一种“个案比较”的性质。如果某些人认为，可以在进行个案比较时放弃比较点，由此来规避不受欢迎的类比，那么这肯定是不对的。缺少比较的中项（*tertium comparationis*），缺乏一个一般性规范（类比）是行不通的：狮子与狗彼此相同还是不同？每个人都会说，在“哺乳动物”的视角下是相同的，而在“大猫”的视角下是不同的。我的这本专著赢得了广泛赞同。我想

[23] *K. Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 19, 26.* 同样可见下文边码第76页。