

类型思维与刑法方法

杜宇——著

Type Thinking and
Criminal Law Method



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

类型思维与刑法方法/杜宇著.—北京:北京大学出版社,2021. 12

ISBN 978-7-301-32805-7

I. ①类... II. ①杜... III. ①刑法—研究 IV.①D914. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2021)第274064号

书名 类型思维与刑法方法

LEIXING SIWEI YU XINGFA FANGFA

著作责任者 杜宇著

责任编辑 徐音

标准书号 ISBN 978-7-301-32805-7

出版发行 北京大学出版社

地址 北京市海淀区成府路205号 100871

网址 <http://www.pup.cn> 新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱 sdyy_2005@126.com

电话 邮购部010-62752015 发行部010-62750672

编辑部021-62071998

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

目录

[封面](#)

[版权信息](#)

[导论 类型思维之兴起](#)

[一、类型之兴起背景](#)

[二、刑法上类型思维的浮现](#)

[第一章 类型的思维特质](#)

[一、类型的语义发展](#)

[二、类型的思维特征](#)

[三、类型的逻辑结构](#)

[四、类型的再类型化](#)

[五、类型与概念的基本关系](#)

[第二章 构成要件与类型范畴](#)

[一、构成要件作为类型:知识发生学上的观察](#)

[二、构成要件作为类型:文本抽样上的观察](#)

[三、拓展:刑法\(学\)的类型化](#)

[第三章 刑事立法中的类型思维](#)

[一、刑法之规范形成:类型的构建](#)

二、刑法之体系化努力:类型谱系的确立

三、刑法之立法技术:类型描述的艺术

第四章 基于类型思维的刑法解释

一、概念式的涵摄思路

二、类型式的归类思路

三、“合类型性解释”的基本原理

四、“合类型性解释”的实践功能

第五章 类推的方法论角色

一、问题的提出:“类推禁止”如何可能?

二、“可能的文义范围”:不可能完成的任务

三、解释与类推的交织:对几种法律解释方法的追问

四、问题的重新提出:“允许的类推”与“禁止的类推”

五、界限的难题:取道于犯罪类型与法律论证

第六章 类型思维与明确性原则

一、明确性原则作为罪刑法定之要求

二、类型思维与明确性原则:安定性的疑问

三、明确性的限度:事实、规范、语言与运作

四、明确性的反面:开放性与妥当性之需

参考文献

后 记

导论 类型思维之兴起

一、类型之兴起背景

在当下的人文社会科学中,类型这一范畴受到人们的青睐。首先将之引入社会学研究的,是马克斯·韦伯(Max Weber),将之导入一般国家学研究的,则是格奥尔格·耶利内克(Georg Jellinek)。卡尔·恩吉施(Karl Engisch)更是率真地认为,类型是现代所有学科的新兴概念。¹无论其是否言过其实,这至少恰当地提醒我们,类型极有可能成为一种具有“横截式”意义的重要思考工具。以往的诸多问题与价值,也极有可能由此得到全方位的重新梳理与评价。甚至,正是基于认识工具的这一关键转换,传统理论将可能获得新的知识增长路径,并由此呈现出全然不同的发展图景。

在自然科学研究上,类型方法也得到了相当重视。从最初的生物学与医学(特别是精神病学),到今日之心理学(特别是人格心理学)与模型论,类型几乎在所有自然科学的领域都获得了渗透式的发展,成为公共性的智力资源。不仅如此,在人文社会科学领域,如历史学、语言学、政治学、社会学等,也不约而同地展现出对类型思维的极度倚重。这其中,最可注意者,乃是韦伯首倡的“理想类型”之方法。

在法学研究上,类型也得到了高频率的运用。拉德布鲁赫(Radbruch)可谓是法学上类型论的先驱。早在1938年,他就率直地提出:“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。”²这其

中,次序概念指的正是类型。其后,沃尔夫(Wolff)率先承袭了拉德布鲁赫的思想,开始广泛地探索类型在法学中的不同运用方式。根据他的梳理,类型在法学上至少有四种运用方式:一般国家学上的类型、法学逻辑上的类型、刑法上之行为与行为人类型、税法上之类型。³正是看到了类型在法学领域的壮阔前景,沃尔夫豪迈地宣称,类型法学的时代已经来临。

其后,类型论在法学中的开展,主要沿着两条学术脉络展开:其一是法学方法论上对类型思维的整体性探讨,其二是部门法学上对类型思维的具体运用。

在法学方法论上,类型在具体化思考、法律发现及体系形成中的功能被充分关注。这其中,最为经典的作家可举出三位:卡尔·恩吉施、亚图·考夫曼(Arthur Kaufmann)、卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)。在恩吉施看来,类型思维最为重要的功能就在于,它为“抽象理念的具体化”提供了某种可能途径。相对于法学中的抽象概念而言,类型代表了一种更为具体可感的形象,从而为更加精细化、具体化地处理法律素材增添了思维工具。由此,紧跟沃尔夫的思考,恩吉施提出了“法秩序及法学向类型转向”的重要趋势;⁴考夫曼则将类型化的思考与“事物本质”结合起来,认为“对事物本质的思考,直接指向类型的思考方式”。以此为线索,考夫曼进一步澄清了类推——此种类型间的比附推理——在法律发现中的角色与功能;⁵而在拉伦茨的视界中,类型则被视为法律体系化努力所必须倚仗的重要工具,以之型构整个法律的内在系统。在他看来,概念这一思考工具,对于外部体系的形成乃不可或缺。与之相对,类型则对内部体系的形成居功至伟。为此,拉伦茨在《法学方法论》中专辟一节,讨论类型在体系形成中的价值与功能。⁶

在部门法学上,类型思维也获得渗透性的发展。在宪法学上,吴晓开始以类型化思考为参照,反思宪法研究中“过度抽象化”和“价值单一化”的态势。⁷在民法学上,类型化思考也始终被作为一般原则的具体化工

具,为司法适用寻求可操作的基准。近来,刘士国教授更是将类型思维与民法解释沟通起来,认为类型化思考构成民法解释的基本方式,构成民事司法适用中漏洞补充的理论基础。⁸同时,有更多学者从“不当得利之类型化”“连带债务之类型化”“非典型合同之类型化”等微观问题出发,对类型思维的“具体化”机能予以了多样化的尝试和探索。在税法上,黄源浩的思考则试图将类型化方法与“租税法律主义”“举证责任分配”等问题连接起来,以之作为化解传统难题的全新路径。⁹

在这样的知识背景下,刑法学不可能独善其身。事实上,类型在刑法学上的运用可谓历时久远,甚至与刑法学的发展如影随形。在构成要件理论的萌芽期,类型就作为一种重要的辅助观念,启发和推动着这一理论的发展。无论是将构成要件作为“行为类型”,或是将其作为“违法类型”“责任类型”,类型化的思考始终贯穿其间。在后续的发展中,类型思维更是从行为论的疆域中脱离出来,深入行为人论的核心。犯罪人的类型化研究从此风靡一时。从龙勃罗梭(Cesare Lombroso)到加罗法洛(Raffaele Garofalo),从菲利(Enrico Ferri)到李斯特(Friedrich List),几乎每一位在刑法学史上留下印痕的人物,都曾在犯罪人的类型问题上发言。可以毫不夸张地讲,正是类型思维,将犯罪人从古典学派那抽象、混沌的历史存在中唤醒,还以丰富、可感的具体形象。犯罪行为的类型化与犯罪人的类型化,正是类型思维提供给刑法学的最丰富滋养。

¹ 参见黄源浩:《税法上的类型化方法——以合宪性为中心》,台湾大学法律研究所1999年硕士学位论文,第21页。

² 1938年,拉德布鲁赫发表了《法学思维中的分类概念与次序概念》。在该文中,他对逻辑学学者卡尔·亨佩尔(Carl Hempel)和保罗·奥本海姆(Paul Oppenheim)的合著《现代逻辑观点下的类型概念》提出回应,可谓是在法学领域继受此种思想的第一人。

³ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,五南图书出版公司1996年版,第377页。

⁴ 同上书,第378页。

⁵ 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,学林文化事业有限公司1999年版,第103页以下。

[6](#) 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司1996年版，第377页以下。

[7](#) 参见吴晓：《论类型化方法对宪法学研究的意义》，载《政法学刊》2006年第1期。

[8](#) 参见刘士国：《类型化与民法解释》，载《法学研究》2006年第6期。

[9](#) 参见黄源浩：《税法上的类型化方法——以合宪性为中心》，台湾大学法律研究所1999年硕士学位论文，第45页以下。

二、刑法上类型思维的浮现

在拉德布鲁赫看来,“就像因自我观察而受折磨的人多数是病人一样,有理由去为本身的方法论费心劳碌的科学,也常常成为病态的科学,健康的人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”¹然而,在笔者看来,情况可能正好相反。一门学科的成熟性,恰恰在于其对方法论的不断自省。愈是幼稚的学科,愈是在方法论上缺乏难题意识;而愈是成熟的学问,则可能愈是关注方法论的不断超越,也自然愈是为方法论问题所困扰。甚至可以说,一门学科是否成熟,正取决于其对方法论问题是否有着足够的自觉与反思。

近年来,伴随着刑法学研究的不断深入,人们逐渐意识到方法论的价值。与此同时,刑法学每一步可称为“进展”的前行,也始终与方法论不可分离。从注释刑法学到刑法哲学的转向,从刑法哲学到刑法解释学的回归,我们看到的,不仅是研究立场与关注对象的游移,而且是刑法方法论的不断拓展与更新。在此意义上,不断检视方法论研究,始终对方法论问题保持高度的理论自觉,对于推进刑法学的知识生产可谓意义重大。

(一) 方法论反思的不足

方法论乃是刑法实践与理论研究的指导性准则。具体制度与理论观点完全可能随着时间流逝而悄然隐退,但正确的方法却留给人们探索真知的有效路径,始终给人以深远启迪。由此,“立法者修改三句话,全部藏书就变成废纸堆”的说法,显然无法在方法论的层面被接受。²也正是在此意义上,刑法学要实现真正的学问性积累,就必须仰仗方法论的不断反思与成熟。

然而,在笔者看来,现下的刑法学研究仍然缺乏方法论反思的清晰意识及持续努力。这倒不是说,中国的刑法学研究缺乏方法,缺乏方法的具体运用,³而只是说,这些方法的运用往往是潜意识的,缺乏对刑法方法积极的、有意识的反思,更加缺乏整体性的、体系性的思考,因而难以由分散聚合为统一,由局部贯穿到整体,由零碎整合为体系,由方法提升为方法论。在此,伽达默尔(Gadamer)的提醒值得谨记:对学术而言,方法上纯净固然是不可或缺的要求,但是所有研究的本质恐怕是发现新方法(它需要研究者的创意),而不是单纯适用通常的方法。⁴

在中国,刑法注释学及解释学素有深厚传统。但是,以刑法解释活动为本体,对其解释立场、解释方法、解释限度、实际运作等领域,从方法论的角度予以反思却显得不足。晚近以来,中国刑法学界出现了形式解释论与实质解释论的学派之争。这一争论的出现,较为鲜明地体现出学者对解释立场的不同倾向。对自身解释立场的不断反省,可能正是方法论意识觉醒之体现。在不同解释立场的背后,一根红线始终若隐若现,那就是刑法的安定性与妥当性、形式正义与实质正义间永恒不断的紧张关系。这种价值取向上的分歧,会在方法选择、解释限度与机能定位等具体领域产生一系列辐射性的影响。

相比而言,同样在解释学方面有深厚积淀的民法学,却在不断运用解释规则解决具体问题的同时,发展出一套以民法解释本身为对象的方法论体系。代表性的著作可举出:徐国栋教授的《民法基本原则解释》(1992年)、梁慧星教授的《民法解释学》(1995年)、黄茂荣教授的《法学方法与现代民法》(2001年)等等。从某种意义上讲,民法学已成为各部门法学中对方法论问题最为关注,也最有成就的学科之一。

从学问的敏感性而言,民法学更加注意了与一般方法论的连接,这在类型方法的反思与运用上便可见一斑。类型思维不但成为民法基本原则具体化的一般工具,而且在民法概括条款、抽象概念的解释中占有重要地位。与此同时,在不当得利、连带债务、非典型合同等微观问题上,

类型思维的具体化机能更是得到了淋漓尽致的阐发与运用。相比而言,类型思维在刑法上的意义,则尚未得到充分认识,其在刑事立法、刑法解释、漏洞补充中的功能,也基本处于被遮蔽的状态。

事实上,类型思维在法学上的发迹,完全应归功于刑法学的发现。正是构成要件理论的催生,才使人们注意到类型思维在事实规制上的重要意义。最早将类型思维引入法学领域的拉德布鲁赫,也正是以刑法素材与问题作为说明、论证的基础。在其后类型论的拓展中,他的得意门生考夫曼可谓起到了不可替代的作用。类型论本来可以成为刑法学向法学方法论贡献的重要资源,然而,刑法学却一再地与此种历史机缘擦身而过。

因此,刑法学对方法论的强调,无论怎样也不为过。刑法学不仅应对法学方法论的一般进展始终保持敏感,而且,更应该从自身的独特问题出发,开辟出具有清晰问题意识和广泛适用能力的公共智力资源。“什么是你的贡献?”这成为刑法学在方法论上不可摆脱亦是不断持续的追问。

(二) 立法方法论的缺位

方法论研究的缺陷还在于对立法方法论的极端漠视。这一点,无论在一般的法学方法论研究上,还是在刑法方法论研究上,都成为问题。

在拉伦茨看来,法学的任务,在于以历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案。法学乃以法规范为中心而展开,因此,法学方法论是与法适用相联系的。在此意义上,他将法学方法论把握为“理解法之意义关联的特殊方式”⁵。与其类似,杨仁寿先生亦明确承认,法学之任务在于研究司法活动。此种司法活动的主要内容,则包括了法律之解释与法律之适用。这两者虽同属司法活动,但却并不相同。前者端在发现或形成一般法律规范,以为裁判之大前提;而后者则以所发现或形成之一般法律规范为大前提,以事实认定为小前提,运用逻辑的演绎

方式,导出结论,亦即一般所谓裁判。⁶由此,在他看来,法学方法论主要研究解释方法与裁判方法。解释方法论的研究在于保证对法规范的正确理解,而裁判方法论的研究则在于保证裁判结论的正确性。

不难发现,拉伦茨、杨仁寿等学者,基本上是将法学方法理解为一种法律解释与适用之方法,其考察对象与实践价值主要局限于司法场域。如果作更大范围的观察,我们可以发现,此种见解绝非个别学者的观点,相反,它代表了法理学界的某种普遍看法。

与上述倾向相连,中国刑法学界对方法论的理解,也主要局限在解释论。可以很清楚地看到,直到20世纪90年代以前的刑法学研究,都是在注释刑法的方向上推展。在中国刑法学界,最早开始对方法论怀有清醒的反思意识且自觉实践此种反思的,乃是陈兴良教授。在其1992年出版的成名之作——《刑法哲学》中,陈兴良教授率先对以往的注释学研究思路展开清算,并大胆提出了这样一个判断:“从体系到内容突破既存的刑法理论,完成从注释刑法学到理论刑法学的转变,这就是我们的结论。”⁷十来年后,陈兴良教授在自己的学术省思中,为我们提供了更为清晰的思想轨迹:“所谓‘走向哲学的刑法学’,是指在刑法学研究中,引入哲学方法,从而使刑法学成为一种更具哲学理性的理论体系。哲学虽然是一门学科,但由于哲学研究的是世界的本源性问题,因而它同时又是一种世界观和方法论。”⁸

在一片僵滞的注释学氛围中,陈兴良教授的尝试无疑给中国刑法学界带来了一股清新之风,给人以强烈的智识刺激,并为其后十余年间的方法论研究提供了问题意识上的启蒙。与这一风潮相对,为刑法解释学正名的声音,在中国刑法学界也从未间断。这其中,张明楷教授就是不得不提及的人物。在2003年出版的《刑法学》(第2版)一书中,张明楷教授指出:“刑法解释学不是低层次的学问,对刑法的注释也是一种理论,刑法的适用依赖于解释。所以,没有刑法解释学就没有发达的刑法学。一个国家的刑法学如果落后,主要原因就在于没有解释好刑法。就适用刑法

而言,刑法解释学比刑法哲学更为重要。不能要求我国的刑法学从刑法解释学向刑法哲学转变,也不能一概要求将刑法解释学提升为刑法哲学。因为‘转变’与‘提升’,都意味着刑法解释最终不复存在;事实上,刑法解释学不仅重要,而且与刑法哲学本身没有明显的界限。”⁹在上述论述中,张明楷教授无疑肯定了解释学在刑法方法论上的本体地位。

应留意的是,在近年的研究中,陈兴良教授在坚守其刑法哲学的志趣之余,也在相当意义上回归到刑法解释学的阵营之中。这可从其刑法教义学方法论、判例刑法学等一系列研究成果中窥见一斑。¹⁰此外,刘艳红教授也是近年来致力于方法论研究的重要学者。在梳理了刑法方法论的发端、发展与发达的演进轨迹之后,她得出结论:“结合刑法学科的自身特性来说,适应于刑法学的方法论,或者说,更适合于刑法学本身之急需的方法论,应该是工具意义上的刑法研究方法及理论及刑法工具方法论,易言之,是刑法解释学。”¹¹

没有人会否认解释论的重要意义。刑法学作为一门规范性的法律科学,一门以运用性和操作性为实践品格的部门法学,解释论当然是其首要方法。但问题是,法学绝不只是“司法裁判之学”,法学方法也绝不只是“司法适用之方法”。作为一种以规范为主要研究对象的学问,不仅要关注既存规范的意义探寻,而且要关注规范的形成过程。由此,将社会治理与政治上的要求梳理和表达出来,并且为立法者拟定和提供新的建设性方案,就成为法学不可推卸的任务;而对伴随这一过程的普适性经验、技术与规律的总结和提炼,就成为法学方法论必须肩负的学术担当。

对司法裁判以及内含其间的阐释学、解释学的重视,对立法过程及规范形成方法的轻视,可能不得不归咎于这样的偏见:立法作为不同意见、不同压力集团交锋与妥协的活动,仅仅是一个政治过程,没有多少学问生成的空间;相反,只有司法与裁判的发现过程,才能真正体现法学的科学性、职业性与技术性。然而,在笔者看来,即使在一个本质上是作为

政治过程的立法场域中,(刑)法学、(刑)法学方法论都绝不是一个旁观者的角色,它们仍大有可为:

其一,规范的形成有赖于生活事实的把握。立法者并不一定是分析生活事实并将之抽象定型的高手,由此,必须提供给他们一整套的事实认知与规制的方法,来帮助他们把握生活素材。

其二,在上述基础上,必须将生活中拟解决的问题,转化为可辨识的法律问题,并将之清晰地呈现出来。与此同时,法学上应当将与此问题相关的、具有作用力的重要因素加以梳理,并在这些重要因素之间探求结构性的联系,使之成为一种可理解的、具有意义关联性的整体,由此提供某种立法方案。

其三,在单个的规范形成之后,如果缺乏整体性的脉络关联,立法就无法获得体系性的面目,从而无法被逻辑性、协调性、经济性地加以理解。因而,在零散的规范与规范之间,还必须由方法论来提供体系形成之工具,以获得“整体图像”。

其四,在上述过程中,法律家与立法者必须一再地研究社会事实,进行统计调查,将规范设计建立在扎实的经验基础之上。由此,法学需要与其他社会科学相配合,特别是与社会学、经济学、统计学等学科展开合作。这一合作过程,不仅是一种知识对话的过程,而且是一种方法的交融过程。

其五,在提供解决方法的同时,法学还必须为立法提供起草技术上的协助。

从上述五个方面来看,(刑)法学及其方法论的关注范围,显然不应局限在司法活动的场域,而必须拉伸到立法过程之中。在生活事实的把握、法律问题的转化、立法体系的形成、立法技术的辅助等方面,都蕴含着方法论的巨大成长空间与契机。在这样的意义上,将(刑)法学方法

论等同于司法适用方法论,就不仅是短视的,而且是跛足的。相反,将立法方法论从司法适用方法论的长期遮蔽和压制下解放出来,却可能成为方法论上重要的增长点。

(三) 类型思维的浮现

考夫曼早就指出,类型问题系当代法学理论上最具现实意义的问题之一。这一点尚未被刑法学界所充分认识。尽管许多学者都自觉不自觉地对此种思维加以运用,但却极少对这一思考工具的思维特性、逻辑结构、价值功能从方法论上予以检讨。

与类型思维相比,刑法学人更为重视和擅长的,乃是传统的概念思维。应当承认,刑法知识的建构有赖于概念的形成,概念的撷取为整个刑法体系奠定了范畴基础。然而,如果仅仅将思维局限于概念的提炼与阐释则是远远不够的,更为严重地讲,是极端有害的。这主要是因为,概念思维的明确性固然有益于达成刑法的安定性,但却往往是以牺牲刑法的妥当性为代价,无法在刑法规范的不变性与犯罪事实的可变性之间寻求合理平衡;在概念化的思考中,没有或多或少,只有非此即彼可言。此种“择一式的思考方式”,对“既如此亦如此”的中间类型往往是无法兼顾的。更有甚者,概念虽有利于提纲挈领,但概念愈是抽象,其内容便愈为空洞,而空洞的代价便是整个体系的意义脉络不复可见,完全为抽象所遮蔽。

同时,原则之于刑法亦须臾不可分离。罪刑法定原则作为“帝王原则”,现代刑法学对其尊崇已几近痴妄的地步。然而,尽管罪刑法定为刑法运作划定了边界,但它却并不能为刑法提供实在内容。众所周知,罪刑法定原则经历了以形式侧面向实质侧面的扩展。在其形式侧面中,尽管罪刑法定主义对刑事立法的渊源提出了严格要求,但并不涉及具体的立法内容及其审查;在其实质侧面中,虽然从刑法的表现形式进入规范实体,并对立法内容的明确性与实质妥当性加以审查,但这也不能为可适用

的构成要件的形成、刑法内容的填充提供直接助力。单凭抽象原则,显然不足以把握刑法素材与生活事实。

当抽象的一般原则与概念不足以把握生活现象的多样表现形态时,刑法学内容的生成与刑法体系的建构应采取一种怎样的思考方式,便成为现实问题。在笔者看来,类型化的思维不失为一种重要的补充形式。这不仅是因为,类型思维具有明显的开放性,从而更容易容纳合目的性的考量,实现刑法的实质正义;也不仅仅是因为,类型化的思考有利于问题的条分缕析,从而可以更为具体、细致地把握生活事实;还不仅仅是因为,类型化的思考能够配合现实情势,妥当地掌握所谓的中间形态或混合形态;更为重要的是,类型化的思考在将不同要素的组合作为一个整体类型看待的同时,能够通过要素间的联系与区分,清晰地显现整个系统的意义脉络,而这对于逻辑地把握刑法体系实在至关重要。类型思维的上述特征,充分显示了其作为某种补充性的思考方式的可能意义,值得我们认真对待。

类型思维在我国刑法学界并未激起强烈的知识共鸣。根据笔者有限的阅读范围,仅有几篇文章集中探讨了这一问题。早在2001年,笔者与张文教授合作,发表了第一篇关于类型思维的文章。¹²由于是对类型化方法的初步考察,因而该文的问题域相当分散,影响了重点问题的深入分析。当时,笔者所关心的主要问题是:类型化作为一种刑法观念,是如何发生与展开的?类型化方法的理论根基何在?类型化方法所具有的理论机能显现在哪些方面?类型化方法可能存在的理论边界是什么?可能的突破路径又在哪里?刑法类型应当如何构建并进行相应检验?不难看出,以上问题的设定,基本停留在对类型化方法本身的理论逻辑与内容作铺垫性的初步考察,尚缺乏从方法论的高度对类型化可能具有的思维特质和价值功用予以集中探讨。为弥补这一缺憾,2004年笔者又撰写了第二篇关于类型思维的论文。¹³在该文中,笔者以概念思维为参照,对类型思维的方法论价值作出了初步梳理,并进而提出,类型思维是一种同时包



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

含了归纳与演绎两个维度的综合式思维,是一种开放性的、结构性的思维。其后,吴学斌博士亦于2007年撰文提出,从类型思维与概念思维的不同特质出发,应当在刑法适用的过程中从概念思维转向类型思维。¹⁴ 2010年,齐文远、苏彩霞两位教授合作发表了《刑法中的类型思维之提倡》一文,基本上延续了上述的研究思路。在将类型思维与概念思维对立以观的基础上,该文对类型思维在刑事立法及司法上的运用作了进一步的分析与展开。¹⁵ 此外,王政勋教授立基于认知语言学与原型范畴理论,对刑法上原型范畴之于刑法解释立场的影响作出了探索,并认为刑法解释应当从特征范畴支撑下的主观解释、形式解释的立场,迈向原型范畴支持下的客观解释、实质解释的立场。¹⁶

无疑,这些研究为学界感受、了解乃至认真对待此种思考模式,奠定了较为扎实的知识基础。但是,其缺陷也是较为明显的:

首先,在文献运用上较为单一。现下的研究主要立足于大陆法系,尤其是德国的文献,对英美国家存在不同程度的遗忘。而事实上,在以类比推理为主要思维模式的判例法传统中,类型化的思考始终潜藏于法律适用的整个过程。

其次,在问题域的开拓上较为狭隘。笔者的前述研究,满足于概念思维与类型思维的宏观比较,满足于对类型化思维特征的抽象把握,对于类型思维与刑事立法,特别是与立法体系化、立法技术、明确性原则等问题的勾连,则明显缺乏想象力。而对于类型思维与刑事司法的关系,特别是与类推适用、刑法解释、不确定概念和概括性条款的适用等问题的关联,也缺乏贯穿性的思考。此种研究视野的狭隘,不仅部分地遮蔽了类型思维的方法论意义,而且极大地损伤了研究的实践价值。

最后,在研究思路上较为模糊。特别是,对于类型思维与规范学之间的内在联系,还缺乏清晰认识。因而,难以发现一条贯穿性的思路,能够