

# 类型化与民法解释

刘士国\*

---

**内容提要:**类型化思维是民法解释的基本思考方式,是民法漏洞补充的理论基础。在坚持马克思主义法学基本原理的同时,应对西方马克斯·韦伯的理想类型论、亚图·考夫曼的事物本质类型论及卡尔·拉伦茨的类型分类理论有所借鉴。类型化思维适用于民事立法和司法,其中司法不仅以立法的类型规范为依据,更须以规范对应于个案寻找出的详尽法规则为依据。

**关键词:**类型 理想类型 事物本质 民法解释

---

## 一、类型化的基本涵义

类型,并非简单地指某类事物,而是相对应于类别的一个概念存在。类别,又称“抽象概念”,是指具有相同特征的事物。如在“饲养动物”与“野生动物”中,前者的特征是:a.为人工所饲养;b.是动物。后者的特征是:a.野生;b.动物。这种具有完全相同特征的事物称为抽象概念,属于一类,然后在大类之下还可再分类。如“饲养的动物”还可分为“畜类”、“禽类”等,但不管如何分类,它们的特征都是相同的。类型,则尽管某些特征相同,但却相类而有所不同。如某事物具有 a、b、c、d、e 特征,另一事物具有 a、b、c、f、g 特征,由于它们都具有 a、b、c 特征,就属于类型论中的同一“类型”。运用民法解决纠纷,所涉案件与法律规定或判例往往不完全相同,但只要主要特征相同,就属同一类型,就可依该法律规定或判例解决新的纠纷。这就是类型论的基本含义。

类型是人类思维的方式之一。如数学上的比例计算涉及的类似性数理计算,生物学上的同类属性体态的比较,物理学上类似实验模型的建立,地形学上地理形成类似性的研究,地质学上地质层结构类似态的探讨,语言学上类似语言、语法的探讨等,均具有重要地位。<sup>〔1〕</sup>

类型思维在民法为古老的思维方式。如各种合同,每一种合同都是一种类型。以买卖合同为例,有即时买卖、非即时买卖、分期付款买卖以及进一步发展形成的访问买卖、样品买卖、租卖、期货买卖、网上购物等,总体上均属于买卖合同类型,但不同种类的买卖又各有不同特征,即使同类型的买卖,某一具体合同关系也各有不同的特征,但因其主要特征相同,法学或立法上均归为一个类型,而买卖合同的一般规定,对于今后出现的新种类的买卖合同仍可适用。这种类型的思维方式,在民法上的适用比其他任何法律领域都更为广泛。

---

\* 复旦大学法学院教授。

〔1〕 参见黄建辉:《法律阐释论》,新学林出版股份有限公司 2005 年版,第 28 页。

## 二、对当代类型化理论的评析

类型化理论在当代法学,特别是民法解释学,有长足的发展,其中,有以下三个人物的理论我们不能不去研究,因为他们的理论在类型化发展中具有特别的意义。

### 1. 马克斯·韦伯的理想类型论

马克斯·韦伯是现代世界著名的社会科学家,尤其是在社会科学方法论方面做出了重要贡献,而其方法论的精髓则体现在他的理想类型理论方面。

马克斯·韦伯之前,马克思通过对经济的研究,揭示了人类社会发展的规律,阐明了生产力和生产关系的不相适应性必然导致生产关系的变革以适应生产力的发展,由此发生了原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会的更替。马克思进一步通过对资本的研究,揭示了社会主义必然取代资本主义从而走向共产主义的规律,宣告资本主义必然灭亡的命运。勿庸讳言,马克思之后的社会主义实践,在一定程度上将马克思揭示的这一人类社会规律机械化了,也就是西方所称的“自然主义”,认为一切事物都是有规律的自然发展,忽视了在一定历史条件下变革的相对不确定性或多种可能性。对此,马克斯·韦伯的理想类型理论,为补充和发展马克思主义的社会科学理论提出了有益的见解。

马克斯·韦伯指出:“在抽象的经济理论中,我们面对着那种人们通常称作为历史现象‘理念’的综合的例子,这类理念为我们提供了在交换经济的社会组织、自由竞争和严格合理行动情况下商品市场过程的理念图象。这种理想图象将历史活动的某些关系和事件联结到一个自身无矛盾的世界之上面,这个世界是由设想出来的各种联系组成的,这种构想在内容上包含着乌托邦的特征,这种乌托邦是通过在思想中强化实在中的某些因素而获得的”。〔2〕马克斯·韦伯进一步指出:“凡是由这种抽象的结构所描述的那种关系,也就是依赖于市场的各种事件被发现或被推测到实际上在某种程度上发挥作用的,我们就能够根据理想类型、根据实际情况说明这种关系的特征,使它易于理解。这样做的可能性对于启示和描述价值都是不可或缺的。理想类型的概念将训练研究中的归源判断:它不是‘假设’,但它将指出假设构成的方向。它不是现实的一种描述,但它将给描述提供明确的表达手段”。〔3〕马克斯·韦伯的论述说明:第一,理想类型是从以往的经验中提炼出来的,不是假设的;第二,理想类型不是现实,而是将历史活动的某些关系的事件联结到一个无矛盾的世界上面从而设想出来的各种联系组成的;第三,理想类型是描述现实的表达手段,即是一种方法。

理想类型来自实在,又是用来比较和衡量实在的手段,它引导人们认识实在知识,解释实在。用此类型研究的结果往往是,偏离了实在的理想类型,因而又对其修正形成新的类型,“如果达到了这种结果,它就完成了它的逻辑目标,这恰是因为它证明了自身的非实在性”。〔4〕马克斯·韦伯的这些理想类型理论进一步说明:第一,理想类型具有相对性和暂时性;第二,从客观实在产生的理想类型又在进一步认识实在中变异为新的理想类型,这种理想类型的不断更替促进了对实在的认识;第三,理想类型是历史认识的仆人,而“不应当相反是主人”。〔5〕

马克斯·韦伯的类型论,如同认识其他一切文化现象一样,对我们认识法文化现象是有意义的。就社会经济体制与民法的关系而言,我们实际上正是在遵循着理想类型的不断更新逐步加深对社会主义民法的认识与解释。改革开放前,我国实行严格的社会主义计划经济体制,与此相关的1954年至1956年、1962年至1964年起草的民法典草案,则是严格计划经济体制下的民法典;改革开放之后

〔2〕〔德〕马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,韩水法、莫茜译,中央编译出版社2005年版,第39页。

〔3〕同上书,第39页。

〔4〕同上书,第51页。

〔5〕同上书,第19页。

至1992年的14年是发展社会主义有计划商品经济时期,1982年至1984年起草的民法典草案及之后公布实施的民法通则、经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法等,则是社会主义有计划商品经济的法律;1993年实行社会主义市场经济,我国出台了社会主义市场经济法律体系中的统一合同法,现正在制定物权法,将来还要制定侵权责任法、涉外民事关系的法律,最终完成民法典编纂的任务,这些都是社会主义市场经济条件下的法律类型。社会进一步发展,经济形态还会发生变化,法律的类型也在变化之中。这样的例子还可以举出很多,如国家与国有企业财产权的关系,历史上有国有国营的类型、国家所有权与企业经营权分离的两权分离类型以及现在实行公司化、股份化的双重所有权类型。

理想类型的理论,有助于我们认识演变中的我国民法的一些基本制度,自觉运用这一思考方法,有助于我们对法文化现象发展变化的理解与解释。这一理论所阐述的理想类型与客观实在不一致的观点,也有助于人们在具体法律案件中认识法律的一般规定或抽象规定与个案的差异性,尽量避免对号入座式的机械化思考方式的影响。

## 2. 亚图·考夫曼的事物本质类型论

亚图·考夫曼为当代德国刑法学、法哲学家,于1965年出版了《类推与“事物本质”——兼论类型理论》一书,1982年扩充为第2版。<sup>〔6〕</sup>

考夫曼认为,法律规范作为一种应然,根本无法从自身产生真实的法,它必须加入存在。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。总而言之,法是当为与存在的对应。法的整体并非条文的复合体,并非规范的统一体,而是关系的统一性。<sup>〔7〕</sup>在法之中,当为与存在既非同一亦非相异,而是类似地(对应地)联系在一起,可以说,法的现实性本身是根基于一种类推,因此法律认识一直是类推性的认识。法原本即带有类推的性质。<sup>〔8〕</sup>因此,考夫曼反对将类推贬抑为只是“漏洞填补者”的通说。

考夫曼提出的第二个命题是,法律发现是一种使生活事实与规范相互对应的调适同化过程,他认为,法律人的才能主要不在认识制定法,而在于有能力在法律的、即规范的观点之下分析生活事实。<sup>〔9〕</sup>藉此,他进一步提出规范必须与生活事实进入一种关系,即它必须符合事物,而这就是解释——探求规范的法律意义。法律发现的方法论过程包括两个方面,一是针对规范调适生活事实,二是针对生活事实调适规范。<sup>〔10〕</sup>立法是使法律理念与将来可能的生活事实相调适,法律发现则是使法律规范与现实的生活事实相调适。在此种调适中,有一个能在理念(规范)与事实当中取得一致的第三者,亦即当为与存在之间的调和者,这个调和者就是“意义”;在该“意义”中,法律理念,或者说法律规范与生活事实必须同一,因此,它们能够彼此“相对应”(意义关系的同一性);这种“意义”就是“事物本质”。从事实推理至规范,或者从规范推论至事实,一直是一种有关事物本质的推论。所以事物本质是类推的关键点,它不仅是立法,也是法律发现之类推过程的基础。<sup>〔11〕</sup>

考夫曼的类型论,将事物本质、类型、类推与整个法解释(立法、司法)过程联系起来,不失为法解释的新思维。考夫曼从新的角度区分了法与法律的不同,认为法律规范不能从自身产生法,必须与存在对应时才能产生真实的法。另一方面,生活事实又必须与规范相对应而调适。在规范对事实、事实对规范的调适中,事物本质的推论起到了关键作用。考夫曼关于事物本质的论述,抓住了类推的实质,因此,他的这些理论是科学的、可用的。当然,关于类推,有广义、狭义之分,考夫曼是从广义研究类推,而实际上,从狭义漏洞补充研究类推仍然是有意义的。试以民法中的动产与不动产的分类为例

〔6〕 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,台湾学林文化事业有限公司1999年版。

〔7〕 同上书,第40页。

〔8〕 同上书,第42、15页。

〔9〕 同上书,第87页。

〔10〕 同上书,第91页。

〔11〕 同上书,第103页。

说明事物本质在类推中的作用。民法上动产与不动产的划分是相对的,在早期罗马法,因房屋为基本的生活资料,价值最大,其他生产工具乃至生活用品,价值较小,故有动产、不动产的分类,以明晰在城邦不动产所有权转移需经登记,动产无须登记。这一分类延续至今,但发生了某些变化,因后期罗马法对船舶的转让也实行登记,以至到近代社会,汽车、飞机的转让也需登记,以至有的国家将船舶、飞行器作为不动产规定。<sup>[12]</sup>那么,现在民法典关于动产、不动产的划分,其本质不在其物理属性上的动与不动,而在其价值之大小。房屋、船舶、飞机之所以需登记,系因其本质上为价值较大的物,且公开存于世上,其所有权的归属必须依登记确认,不登记就难以定其名分,易发生争议。相反,那些价值不大,或是价值较大但并不公然存在于众目睽睽之下的物(如价值较大的机床、仪器),则一般以占有确认其归属,有相反证明者为例外。因此,我们不能依民法上的动产与不动产(国外如法、德、日民法,国内如物权法草案)的规定,简单判定物是否需要登记,而应将法律规定与生活事实中的物相对应、生活中的物与法律规范相对应,从而发现真实的法。真实的法,就是公然存在的价值较大的物需要登记,“公然存在,价值较大”是需登记物的本质,其法的需求是登记,动产与不动产的规定不是真实的法。这样,在法律与事实的相互对应中,我们发现了“公然存在,价值较大的物需登记确认权属”这一真实的法;通过类型化,依事物本质,我们可以将船舶、汽车、飞机归于不动产的类型,将不需登记而转让的树木归于动产的类型。类型化的解释方法的作用于此可见一斑。

当然,考夫曼的理论中也有其不足。他将法律现实化的过程分为三个阶段:第一阶段为抽象的——普遍的、超实证的及超历史的法律原则;第二阶段为具体化的——普遍的、形式的——实证的、非超历史的,但对一个或多或少的长久的时期有效的制定法;第三阶段为具体的、实质的——实证的,有历史性的法。简言之可概括为,法律理念——法律规范——法律判决。<sup>[13]</sup>我认为,法律原则或法律理念同法律规范一样,也不是什么超历史的、超实证的事物,而同样是实证的、非超历史的。法律现实化只有两个过程,一个是从社会生活中发现调整社会关系的法规则,形成法律原则和法律规范;二是将法律原则、法律规范对应于社会生活,进而解释或发现法。

此外,考夫曼将类型的思考方法与整个法解释活动联系起来,虽不失为一种新思维,但另一方面,不强调法律漏洞补充方面的类型化思考与非法律漏洞补充方面的法解释的区别,也是不全面的,毕竟漏洞补充方法与非补充漏洞的解释方法有所不同,它们共同构成了法解释的两个相对的领域。

### 3. 卡尔·拉伦茨关于类型在法学中的意义的论述

卡尔·拉伦茨系统论述了类型在法学特别是民法学中的意义。其主要理论观点如下:

(1)拉伦茨首先论述了交易伦理或商业习惯作为经验性的经常性类型。所谓交易伦理,是指特定社会族群成员对于与其业务有关的事务一般会遵循的“社会典型的行止形式”,如善良风俗(善良伦理)。大体而言,拉伦茨所说的商业伦理,就是中国现行法中与商业相关的社会公共道德,如诚实信用等。拉伦茨认为,当法规则指示应参照交易伦理或商业习惯时,它们便变为规范,是被提升为规范的经常性的或平均的类型。在审判实践中,这种经验法则只能作为程度不等的概然性根据,因为在形成经验法则时不可能将所有在个案中产生影响的情事都考量进来,这就要求法官在个案中始终开放机会允许提出证据证明事情会有不同的发展,如无这方面的证据,就假定个案中的事实发展恰如“典型的”事物发展所预期的一样。<sup>[14]</sup>

(2)拉伦茨接着论述了“规范性的真实类型”。该类型与法规则所指示参照的交易伦理与商业习惯不同,它是“自始就包含规范性因素的类型”,如动物占有人、事务辅助人、占有辅助人、商业代理人

[12] 如俄罗斯民法典第13条第12项之2规定:“不动产还包括应进行国家登记的航空器和海洋船舶、内河航运船舶、航天器。法律还可以规定其他财产为不动产。”参见《俄罗斯民法典》,黄道秀、李永军、鄢一英译,中国大百科全书出版社1999年版,第69页。

[13] 参见前引[6],亚图·考夫曼书,第29页。

[14] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商业印书馆2003年版,第239页。

以及经理人。他们均属类型描述而非具体概念,因为描述非取决于个别要素而着重于整个“表现形象”。这种类型的产生有两个因素,一是此种表现形象得之于经验,以经验性质类型为基础,二是在选择标准的表现形象及详细地界分类型时,规范性因素、即现象背后的法律思想、规范目的也具有决定性的影响,拉伦茨因此称之为“规范性的真实类型”。<sup>[15]</sup>

(3)拉伦茨重点论述了法律关系的类型,即“法的构造类型”。拉伦茨揭示了法律关系的类型,特别是合同类型,是法的构造的产物,因此称作法的构造类型。法的构造类型,大部分是在法律交易中产生的,如所有的债权合同类型均是如此。立法者加以调整时,常是在法律生活中先发现它们,掌握其类型特征,然后再赋予合同类型的规则。有些则是取之于法律传统,尽管其类型形成之初仍是发生在法律生活中,立法者却不是原封不动地袭取法律生活中的类型,而是借助于调整增添新的特征或排斥其他特色。合同都是类型性的调整,与前述规范性的真实类型不同。<sup>[16]</sup>

依据拉伦茨对类型的归类,类型可分为经验的类型、逻辑的理想的类型和规范的理想的类型。

经验的类型,如衡量过错的标准,在罗马法以“一个善良家父的注意”为标准、在英美法以“一个谨慎之人应有的注意”为标准,其中“善良家父”、“谨慎之人”的类型,在法律行为解释中大都以“一个诚实信用的人的理解”为标准,其中“诚实信用的人”的类型,在适用法律时,“无法律从习惯”中的“习惯”类型。这些类型是从许多个别事物中抽象出的,又可称为“平均的类型”,人们很难确切地表述清楚其含义,但却可大致把握如“善良”、“谨慎”、“诚信”、“习惯”这些本质特征。这种类型是经验的、抽象的、平均的,而这些经验类型的案例就是通常所谓“典型案例”,因为典型本身就意味着经验,是指符合某类事物的本质,概念的中心是清楚的,周遭则是模糊的。如一个民兵将装有子弹的枪交给同行的小孩后去看人打架,结果小孩举枪向一水池射击,将一洗澡人右眼击伤失明,那个民兵显然违背了“一个谨慎之人应有的注意”,行为时属于“不谨慎之人”的类型,因此他有过失,应负过失责任,他的不谨慎是损害的唯一原因。这个可以称作“不谨慎”的“典型”。

逻辑的理想的类型,如“社会主义市场经济法律体系”、“美满婚姻”、“幸福家庭”。离婚诉讼中认定感情没破裂就不判决离婚,这是不是逻辑的理想的类型呢?不是,因为感情没破裂却可能接近破裂了,可能朝好的方向发展,不会破裂,也可能朝坏的方向发展,不久就破裂了,现在判决不离婚,仅仅是因为没破裂,并不是感情就好,好的话一般是不会提起离婚诉讼的。因此,感情不破裂是经验的类型,不是逻辑的理想的类型。

规范的理想的类型中所谓“规范的”,就是法律规定的,所谓“理想的”,是指一种“模范型”,这种类型是纯粹的或者不能完全实现的,但应努力追求,如雅典式民主、我们现在所讲的“毫无私自利的人”。这种类型如远离现实,则具有乌托邦的性质。<sup>[17]</sup>

还有一类仅是被想象出来的、在思想上被掌握而以其特殊性被认识的类型。所谓想象是根据经验、直观将印象综合为一个总体形象而不考虑其个别特征,即抽象化,由具体事物区分出一般特征、关系、比例,并赋予其名称。类型思考与抽象概念不同,它是将类型的构成要素维持其结合的状态,因此,类型过于个别直观,存在于掌握与抽象概念之间,比概念更具体。<sup>[18]</sup>

对于类型在法学中的意义,拉伦茨认为,首先是法规范指示应参考交易伦理或商业习惯时,其涉及者就是经验性的经常性类型。<sup>[19]</sup>这是普遍适用的类型原理。比如,在我国,合同的付款种类如无约定究竟为付现款还是期票,按商业伦理习惯应为现款,因为只有现款才符合当事人使用的目的,而期票则只有到期日才能使用。如无特别约定却以此种方式付款,应属违法。比即应付现款的付款类

[15] 参见前引[14],卡尔·拉伦茨书,第340页。

[16] 同上书,第341页。

[17] 同上书,第339页。

[18] 同上书,第338页。

[19] 同上书,第339页。

型,如遇纠纷则应做此种经验性、经常性的类型解释。拉伦茨认为,全部债权债务产生于法律交易,立法者加以调整时是在法律生活中发现它们,立法既是继承法律传统、又是发现新类型的过程,如在中国民法典的制度确立中,对各种服务合同、专家责任,都应进行类型化思考。

### 三、类似性的认定

在类型化理论中,最疑难的问题莫过于对“类似性”的认定。主要有以下学说:

1. 构成要件类似说。此说认为,如果法定案型与待决案件在主要的几个特征方面相同,即几个特征在法律评价上对两案均具有重大意义,则可认定两案具有“类似性”。具体而言,判例A具有m1、m2、m3、m4、m5特征,待决案件B有m2、m3、m4、m6、m7特征,则A、B两案均具m2、m3、m4三点,而此三点对两案均具有重大意义,就可认定两案“类似”。〔20〕

2. 实质一致说。此说认为,类似性的认定取决于法定案型与待决案件是否“实质一致”。至于何谓“实质一致”,是一个法官价值判断问题,没有妥切的认定标准。〔21〕

3. 同一思想基础说。此说认为,待决案件与法定案型在事实上具有同一思想基础,或“同一利益状态”,即可认定两者具有“类似性”。〔22〕

4. 共同意义说。此说认为,类型具有“整体性”特征,在形形色色的特征组合中,只要都能“散发”、“营造”、“体现”出某种意义,就成就了一个类型,每一个案件的特征是“有机的”,是“相互依存的”,共同形成一个意义性。〔23〕但对如何把握类型,也没有提出一个具体的判断标准,只是认为类型的思考方式是在事物中,“以灵智的慧眼穿过外表之相而把握事物本然之理”。〔24〕

以上几说,并无实质不同,但似都具有片面性,也就是说,在实践中,都有自己的适合领域,但就整体的类型认定而言,又有其不确切性。因为案件的类型是千姿百态的,仅侧重于某一方面对一些案型是确切可行的,对其他方面案型可能就不那么确切可行。以上几说,总体上又是一致的,所谓具有共同意义性,必然具有同一思想基础,其实质必然是一致的,其有重要意义的特征也应是相同的。反之,重要特征相同,实质也应该是一致的,也必然具有同一思想基础和共同的意义性。我认为,第2、3、4三说,含义相同,均为价值判断问题,似可归为共同意义说;第1说,有具体的比较标准,即在两案特征中主要的几个特征相同,而对主要特征的认定也是一个价值判断问题,不能不考虑两案的共同意义,不能完全忽视每一案件主要特征与次要特征的联系。因此,类型的认定标准应是两案具有类似的构成要件与共同意义。

我国的民事司法实践已在不自觉地运用类型化的理论。比如,法院确认了一输血致感染病毒案,此后不管遇到输血感染其他何种病毒,均会仿照此进行判决。最早出现的是感染艾滋病毒案,以后出现感染甲肝、丙肝病毒案,均判决血站赔偿,就是因为它们的主要特征或构成要件均为:1. 患者在医院输血;2. 感染病毒并发生该种疾病;3. 医院使用了血站供应的血液;4. 血站未尽必要的检测义务;5. 患者感染病毒与血站未尽检测义务有因果关系。不同的特征构成要件是,先例感染的是艾滋病毒,后例感染的是肝病毒。两案的共同意义是,血站必须供应合格的血液以保证患者的健康,否则,应承担赔偿责任。从这两方面考虑,就可以认定后例与先例为同一类型,可按先例判决。关于输血感染病毒,实践中当事人双方多有是否属于产品责任的争议,受害一方主张血液是产品,应适用产品责任追究医院的产品责任,其理由是,血液经采集、检测、提取、包装,属产品责任条件中的“加工制作”;患者是接

〔20〕 参见黄建辉:《法律漏洞,类推适用》,蔚理法律1988年版,第110页。

〔21〕 同上书,第111页。

〔22〕 同上书,第112页。

〔23〕 参见林立:《法学方法与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第129页。

〔24〕 同上书,第137页。

受医疗服务的消费者,医院是服务者;医院使用血液是销售产品的销售者。因此,患者可依消费者保护法追究医院销售不合格血液产品的责任,至于医院如何追究血站的责任,则属加害方的关系,患者享有选择医院或血站首先承担责任的权利。医院一方则以不属产品责任抗辩,其理由是:对血液的检验,是血库的义务,检验不能保证所有的血液合格,允许一定不合格率的存在(5%以内<sup>[25]</sup>);患者感染病毒,不是医务人员的过失所致,医院不应承担责任。现有法院判决中均否认血液是产品,因为通常所说的产品是人体之外的劳动成果,血液不是劳动的成果,我国实行无偿献血,包装、提取并不是产生血液的工作;另一方面,产品是作为商品在市场上有偿出售的,血液的主要特征与产品有别,除血站未尽注意义务外,医院、血站均不对此承担责任,而如血站未尽检测义务,由血站承担责任,医院不承担责任。<sup>[26]</sup>归根到底,法院上述认定的实质是血液不属于产品类型,这正是一种类型化的思维方式。在我国还有一种类型化的司法判决,如护路树因虫蛀遇风折断致人死亡,公路管理段承担责任的判决,<sup>[27]</sup>其实质也是一种类型化的思维。因为我国民法通则第126条规定了无生物的工作物责任,护路树也是工作物,也有所有人或管理人,所有人或管理人也应当承担管理义务以保证不致他人损害,其主要特征中的大部分特征相同,因此,法院就比照民法通则第126条规定的无生物工作物责任判决管理人承担赔偿责任。可见,类型化是一种客观解释规则,即使人们主观上尚没有充分认识到它也会在现实中不自觉地加以运用,而在其上升到理性认识之后,将能动地对一部分司法判决做出科学的说明,为审判实践提供一种科学的理论指导。

前已述及,类型的认定标准是类似构成要件与共同意义。其共同意义的认定是一个价值判断问题。有时,立法已经做出价值判断,司法则应以立法为依据,如同样是输血感染,在许多没有规定血液是否为产品的国家,只能由判例解决,而在美国通过制定法明确规定了血液是产品,则适用产品责任法保护输血者。价值判断又有一个发展过程,在此时认定不属某类型的案件,而彼时就可能被认定是属于某一类型的案件。价值判断还要考虑到法律体系的整体环境。如在美国,为保护患者利益将血液规定为产品,但以发达的医疗责任保险及高额的医疗收费为保障,而在中国,没有相应的高额医疗收费及医疗保险保证,为保证医疗事业的发展就不能课以医院过重的医疗责任,但在风险转给患者承担的同时,应考虑通过社会救济的途径给予受害者一定的经济救济以缓解患者医疗事业发展风险的负担。可见,责任救济不是万能的,责任救济必须与整体的法秩序协调才能尽可能实现公平的目标追求。

#### 四、类型化适用的领域

前已述及,传统类型化理论仅限于法律漏洞的补充,而亚图·考夫曼认为它适用于立法、司法的全部领域。我以为,将类型化作为一种立法的思考方式固然重要,但抽象思维的概念思考方式总归与类型思维不同,类型化不能取代抽象概念的思考方式。因此,司法也需分别运用抽象概念与类型两种思考方式。类型化思考方式适用于立法、司法的部分领域,而非全部领域。

作为立法,有些是抽象概念的思考方式。如民法中的自然人,是基于自然规律而出生、具有民事权利能力的人,“基于自然规律而出生”是其自然属性,“享有民事权利能力”是其法律属性,两要素共同构成民事主体中的自然人主体,而与男人、女人,大人、小孩,超智、弱智还是平常人无关。民法中的

[25] 此类案件如认定血站已尽检测义务,感染病毒属合理危险存在,血站则不负责任。实践中也有此类判决,依据5%的合理危险,即血站已尽检测义务,因病毒有潜伏期,会有5%的血液带病毒而依现有技术不能检测出来,将此风险转由患者承担。

[26] 参见《输血感染丙肝赔偿纠纷案》,载陈安主编:《中国典型医疗纠纷法律分析》,法律出版社2002年版,第34页以下。

[27] 参见《王烈凤诉千阳县公路管理段人身赔偿案》,载最高人民法院公报编辑部编:《最高人民法院公报典型案例和司法解释精选》,中华工商联合出版社1993年版,第202页以下。

法人,则须符合民法通则第37条规定的4个条件:依法成立;有必要的财产或者经费;有自己的名称、组织机构和场所;能够独立承担民事责任。符合这些条件,就是法人,没有其他要求。此类概念,已穷尽该事物的所有特征,缺少任何一个特征,都不属于该事物,因此,它们不是类型化的思维。而立法中涉及的各种合同种类,则是类型化的结果。其类型化思维是从各种不尽相同的合同中依主要特征归结为一类合同,这些主要特征并不完全是必不可少的,而每一具体合同往往又具有重要的不同于一般合同的特征。因此在立法上,合同的定义不能穷尽每一具体合同关系的所有主要特征,并且通过类型化思维在定义中归结出来的主要特征也不是每种此类合同都必须完全符合的。以我国合同法第130条规定的买卖合同的定义为例:“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人支付价款的合同”。这一规定从许多买卖合同中抽象出最重要的两个特征:转移标的物所有权和支付价款。但实际上作为合同的条件或特征,没有哪一个合同只具备两个条件就可以成立,合同当事人还必须明确是即时买卖还是有期限的合同,价款是一次支付还是分期付款,至于其他合同的一般条件,每种合同的情况更不相同。就转移标的物所有权而言,买卖商标、专利就不同,它不是转移标的物的所有权,而是对商标或专利的知识产权,只不过类似于所有权,故也属买卖合同的类型。再如互易合同,主要特征不是支付价款,而是以物换物,但合同法第175条规定“参照买卖合同的有关规定”,民法学上认为其是买卖合同的特殊类型,我国合同法也将其规定在买卖合同一章。

作为司法,凡适用抽象概念加以规范的,必须严格适用规定的条件衡量裁决,如某一社会组织如要具备法人资格,必须具备民法通则第37条规定的4个条件,缺一不可。对于类型化思维产生的法律规定,适用时必须再用类型化思维将法律与个案对应,明确个案中符合法律规定的特征与法律没有表述的特征,在对应中找出裁决此案的具体法规或法依据。

## 五、司法中如何通过法律与个案的对应寻找裁决的法规则

裁决某一案件,并非对号入座式的那样简单,往往要将法律的具体规定与具体个案对应,即首先肯认某一案件符合法律规定的某一类型,然后再用这一类型的法律规定对应具体案情进一步寻找出裁决该案的更为具体的法规则。也就是说,一是以法律的类型规定为依据,二是更须以寻找出的详尽的法规则为依据,试举一例说明之。

曹某以被工商管理局吊销营业执照的上海汝林工贸有限公司的名义,以开发合成油项目紧缺资金为由,向相识的公民周某个人借款50万元人民币。周某聘请上海市润华律师事务所为借款协议做见证,该律师事务所遂指派二位律师见证,另有陈某伪造上海晶森企业发展有限公司公章做担保。律师拟写了协议书,三方签字、盖章,两律师也在见证律师栏加盖律师章。之后,周某向曹某交付人民币50万元。后因周某发现曹某未将借款用于合成油开发,遂与见证律师一起向公安部门报案。曹某因诈骗罪被判有期徒刑13年,但除归还2000余元给曹某外,其余款项已花掉,无力归还,陈某去向不明。周某以律师见证失职为由诉诸法院,要求律师事务所赔偿其损失人民币497800元。原审法院认为,两律师见证中未对借款方当事人身份进行调查、审核,存有过错,律师所应赔偿周某的损失,根据民法通则第106条第2款规定,判决上海市润华律师事务所赔偿周某经济损失人民币497800元,并承担案件受理费9977元。

润华所不服,上诉于上海市第一中级人民法院。该上诉法院审理查明,原审查明事实无误。但该院认为,润华事务所未对借款当事人及担保人的情况进行必要的核查、了解,其见证行为存有过错,但该见证行为并非导致周某损失的必要条件,周某在有律师见证的情况下,亦应对借款风险及借款人情况做出判断,并结合律师见证行为对自己是否借款做出决断,润华事务所的见证行为并非导致周某损失的全部原因,因此认定律师所应承担周某债权不能追偿部分的50%的责任。据此,依照民法通则第106条第2款,改判上海市润华律师事务所赔偿周某经济损失人民币248900元,一、二审案件受



理费 19954 元,由律师事务所承担 9977 元,周某承担 9977 元。〔28〕

此案中,一、二审法院均以民法通则第 106 条第 2 款为依据。该款规定:“公民、法人由于过错侵害国家、集体财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。”此款是关于过错原则的规定,而原则的规定,又是典型的类型化规定,即是关于过错责任类型的规定。然而,许多过错侵权的案件,虽应适用此款,但不能简单地对号入座式套用。一审法院的判决之所以不够正确,就是犯了简单套用的错误;二审法院的判决之所以正确,就是因为在此款与该案对应时,进一步区分了律师见证过错与周某本人轻信借款人、担保人的过错,认为它们都是造成债权不能追回的原因,而其原因力相当,这正是判决双方当事人各自承担一半责任的具体法依据,是本案与类型规定的不同特征所在。

## 六、类型化理论与民法漏洞补充

类型化思维模式在近代的发展,始自法实证主义追求的安定性与裁决计算的可能性与社会巨变时代的不适性。〔29〕法实证主义,适宜于社会较为平稳发展,甚至停滞不前的历史时代,如西方的 19 世纪,在德国被称为“法规范主义”或“决断主义”。进入 20 世纪之后,社会的巨变使自然法复兴,尤其是与 20 世纪后半期消费者社会或现代市民社会的形成相适应,近代类型化思维模式大步进入法学,引起法学方法论的思维转变。

法实证主义,是一种概念的思维方式,以概念及概念体系无所不包的所谓完满性为前提进行思考,是一种事物特征相同性的思维;而类型思维是中心明确、外延不加固定的相对包容性思维,比较适用于巨变时代社会中不断发展变化的各种情况。类型思维,是一种自然法的思维模式,强调法与法律的区别,认为法律来自于法,而法律在与个案对应时才能显现出判断依据的活力。类型思维不排斥抽象概念的思维,它存在的意义在于补充概念的不足。

由于不同学派对法律的认识不同,对法律是否存在漏洞认识也不相同。

纯粹法学认为,法律秩序不存在漏洞,一旦法律无规定而法官判决相关案件时,不是对现行法律予以漏洞填补,而是在现行法律阶层体系中增创一个不同于其他一般规范的个别规范,该规范的效力来源于上级规范,而不是法律秩序欠缺该规范。法律未明文规定应为或禁为一定行为时,则被告不被禁止或命令为一定行为。从而该规定之无明文并不构成漏洞,而是其反面规定,即法无明文规定,被告在法律上即不被禁止该行为,故而,当欠缺某法律规定时,只是存在着一个“法外空间”,而无所谓法律漏洞。〔30〕

概念法学认为,法律概念构成一个完整的体系,即使法律规范不明确,通过法律概念的逻辑推演,由高阶层的抽象概念就可演绎出下位阶层的具体概念,其与概念体系的形成是由具体到一般的抽象方式相反,称为“颠倒论法”,肯定法律体系的“逻辑自足性”而否认法律漏洞的存在。〔31〕

事实上,以上否认法律漏洞存在的学说,只不过用其理论对法律漏洞做出了解释而已,“法外空间”也好,“颠倒论法”也好,均为补充法律无明确规定的思维方式,并未从根本上否认法律有时无具体规定的事实。两种学说均建立在法律秩序或法律概念体系化构成一个整体框架的基础上,而事实上,这样一个整体既难以构建也难以长期存在。近百年来形成的知识产权法律、消费者保护法律、环境污染、汽车事故、医疗责任等都不可能从以往的法律秩序中求得解决,也不可能从以往的法律概念体系中推演出新的概念。人们怎么会从马车的概念推演出汽车事故的概念呢?社会发展出现新型关系,

〔28〕 参见(2003)沪一中民(民)终字第 3131 号民事判决书。

〔29〕 参见〔日〕伊藤刚:《拉伦茨的类型论》,信山社 2001 年版,第 32 页。

〔30〕 参见前引〔20〕,黄建辉书,第 27 页。

〔31〕 同上书,第 28 页。

不断打破旧的法律秩序,冲破旧的法律概念体系,法律漏洞不断出现又不断被补充,这是不可否认的事实。

自然法学说认为,法与法律相区别,法律之外有法,法或为“神意”或为“人类理性”或为“应然的事物”,均不存在漏洞,而法律是人定的,存有漏洞。但也有学者认为,法也有漏洞,法的漏洞包括“制定法漏洞”与“习惯法漏洞”,当某法律问题无法由制定法和习惯法提供解答时,即存在“法漏洞”。<sup>[32]</sup>此种观点,实难苟同,就法源而言,民法中无法律,从习惯,无习惯,从法理。法理,乃事物之理,事物之本质,依此,则所有法律问题应无所不解。依照科学的自然法观调整社会关系,相对当时的情况而言,总有一个合理规则存在,法并不存在漏洞,但法律是人们认识法的结果,是法的成文化,人们的认识不可能与实践同步,不可能对事事明察秋毫,存在漏洞是必然的。就此而言,类型化理论属自然法论,而且是科学的自然法论,它是任何漏洞补充方法的理论依据。

---

**Abstract:** “Typology” is a basic method of thinking in interpreting civil law and the theoretic foundation of supplementing loopholes in civil law. Interpretation of civil law should profit from “ideal type” theory of Max Weber, “essence of things” theory of Arthur Kaufmann, and “classification by types” theory of Karl Larenz, while persisting in Marxist legal rational. “Typology” can be applied to civil legislation and justice. Justice is based not only on legislative rules of some type, but also on the detailed rules developed from type rules corresponding to a specific case.

**Keywords:** type, ideal type, essence of things, interpretation of civil law

---

---

[32] K·English, a. a. o., s. 135ff(137)。转引自前引[1],黄建辉书,第121页。