法律概念是重要的吗

雷　磊*

内容提要：目前国内法理学界对于法律规范的研究要远远超过法律概念，一个重要原因或许在于受到“法理论上的规范主义”的影响。其中强规范主义立场认为，法律概念没有自身意义和语义所指，完全由包含它们的法律规范来决定甚至穷尽。对此可从性质论与功能论两方面进行反驳。在一般意义上，概念是对象的属性在观念中的呈现，是思维的工具，无法被还原为语词，也不由语言层面的规范来决定和穷尽。在法律语境中，法律概念的语义所指是作为制度性事实的法律事实，纯粹规范上的推论分析无法赋予其意义。法律概念在法律推理中发挥着首要功能，很多时候需要由解释者对法律概念的语义进行确证或具体化。特定法律概念是引发特定法律后果的前提，法律概念的语义构成目的论证的界限，有时也会对后者施加论证负担。因此，法律概念是法律规范的基础，也是进行法律思维和推理的根本环节。法理学界需要加强对于以法律概念为中心的一般法学说的研究。

关键词：法律概念　观念论　法律推理　法理论上的规范主义

引言：背景、术语与主题

无论是在日常生活还是在理论活动中，概念都是人们进行清晰思考和对象认知的必要工具，对于法学研究和法律实践而言同样如此。在法理学教科书中，法律概念一般被与法律规范并列为“法的要素”之一。〔1〕各个部门法理论的体系化构造，也往往是从本部门的基本概念入手的，如民法中的“法律行为”、刑法中的“犯罪”与“刑罚”、行政法中的“行政行为”与“行政关系”等。尽管如此，目前国内法理学界对于法律规范的关注度和研究的深度却要远远超过法律概念。相比于前者，后者的基本问题在法理论上基本没有得到整体上的澄清。对于“法律概念”的既有一般理论研究，主要集中于三个方面：一是法律

* 中国政法大学法学院教授。

本文为“中国政法大学优秀中青年教师培养支持资助项目”的阶段性成果。

〔1〕 如张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社 1999 年版，第 76 页。

概念的构造问题，尤其是与类型、价值判断之间的关系；[2] 二是法学中法律概念分析的性质与方法；[3] 三是不确定法律概念的具体化问题。[4] 偶尔也有关于法律概念之特征[5] 或意义[6] 的个别论述。这些研究从不同层面推进了我们关于法律概念的理解，但后者迄今依然缺乏一种整体上的理论框架。

需要说明的是，本文所谓的“法律概念”（legal concepts，Begriffe im Recht）不同于法理论中经常运用的“法概念”（the concept of law，Rechtsbegriff），尽管在有的中文文献中并没有区分这两种表述。无可置疑，法理论的核心问题是法概念的问题，即“法是什么”；[7] 而法律概念涉及的是那些具有法律意义、在法律活动中得以适用的具体概念，如公民、所有权、死刑等。同时，本文所谓的“法律概念”是在广义上而非在狭义上来使用的。狭义上的法律概念指的是为法律和法学所独有、具有特定之法律意义的概念，如无因管理、紧急避险。而广义上的法律概念指的则是一切具有法律意义的概念，它既包括狭义上的法律概念或者说专门概念，也包括其他可能起源于日常生活但具有法律意义的概念，如自然人、财产。有学者将它们分别称为首要概念与次要概念，[8] 或者真正的法律概念（或“专业法律概念”、[9]“纯法律概念”[10]）与法律上相关的概念。[11] 本文认为没有理由从一开始就将后一类概念排除在外。相反，一种关于法律概念的一般法理论研究应当同时关注这两类概念，并成为它们的共同基础，否则就将割裂法律概念论与一般概念论之间的联系。因此，“法律概念”应被理解为在法律和法学活动中所使用的一切具有法律意义的概念。[12]

在此基础上，关于“法律概念”的一般法理论研究主要包括四个层面：（1）性质论，即法律概念究竟是什么；（2）类型论，即法律概念可以被分为哪些类别；（3）体系—结构论，即不同类型之法律概念是否能，以及如果能的话以何种方式被构造为一个有序的整体；

---

〔2〕 例如，陈金钊：《论法律概念》，《学习与探索》1995 年第 4 期；吴丙新：《法律概念的生成》，《河南省政法管理干部学院学报》2006 年第 1 期；吴丙新：《论法律概念——一个司法中心主义的立场》，《甘肃政法学院学报》2006 年第 2 期。

〔3〕 例如，邱昭继：《法学研究中的概念分析方法》，《法律科学》2008 年第 6 期；刘叶深：《法律概念分析的性质》，《法律科学》2011 年第 1 期；朱振：《什么是分析法学的概念分析?》，《法制与社会发展》2016 年第 1 期。

〔4〕 例如，尹建国：《不确定法律概念具体化的说明理由》，《中外法学》2010 年第 5 期；蔡琳：《不确定法律概念的法律解释——基于“甘露案”的分析》，《华东政法大学学报》2014 年第 6 期。对此行政法学者也尤为关注，如王贵松：《行政法上不确定法律概念的具体化》，《政治与法律》2016 年第 1 期；王天华：《行政法上的不确定法律概念》，《中国法学》2016 年第 3 期。

〔5〕 参见张静：《论法律概念的特征》，《西南政法大学学报》1999 年第 3 期。

〔6〕 参见吴丙新：《法律概念与法治——兼为概念法学辩护》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2004 年第 4 期；蒋德海：《法律概念和正义——试论法律概念的方法论意义》，《东方法学》2012 年第 2 期。

〔7〕 Vgl. Stefan Kirste, Einführung in die Rechtsphilosophie, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2010, S. 62; Dietmar von der Pfordten, Rechtsphilosophie: Eine Einführung, München: Verlag C. H. Beck, 2013, S. 17.

〔8〕 Vgl. Rolf Wank, Die Juristische Begriffsbildung, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, S. 5.

〔9〕 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u. Heidelberg: Springer-Verlag, 1991, S. 226.

〔10〕 Josef Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Vittorio Kostermann, 1969, S. 108.

〔11〕 Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart: Koehler, 1963, S. 219 f.

〔12〕 类似的观点，参见 Karl Engisch, Die Relativität der Rechtsbegriff, in Murad Ferid (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreβ für Rechtsvergleichung in Brüssel, Berlin: Walter de Gruyter, 1958, S. 59. 恩吉施只提到了“现行法条中使用的概念”，没有提到“法学”。在本文看来，就特定国家的法律体系而言，不排除现行法中没有规定却在法教义学中通行某些法律概念的可能。对于法律概念的广义界定，有助于同时把握两者。

（4）功能论，即法律概念在法律活动、尤其是在法律推理活动中的作用。这四个方面当然是相互联系在一起的，尤其是第 2 和第 3 方面，因为划分类型的依据往往预设着构造体系的方式。但本文并不想对法律概念的所有理论层面依次进行教科书式的铺陈，而是打算集中讨论性质论和功能论两个层面。分类标准往往受制于区分的角度和目的，基于角度和目的的多样性，法律概念的分类从逻辑上讲几乎是无限的。〔13〕法律概念的体系结构问题则十分复杂且本身存疑，需要另行处理。〔14〕而不论持何种分类标准和体系观，法律概念的性质论和功能论都是任何相关的法理论回避不了的问题。本文将以对一个问题的回答来串联起这两个层面：法律概念是重要的吗？在当代法理论的语境中，这个问题也可以被转换为：在法律（法律推理）活动中，法律概念与法律规范的关系是什么？之所以有此转换，是因为在当代法理论研究中存在着一个明显的倾向，那就是通常以“规范”作为理解法律现象的基本范畴。几乎可以说，大多数学者都或明或暗地将“法律规范”作为法律最基本的构成单位。〔15〕这恐怕也是法理学界目前对于法律规范与法律概念的关注度不成比例的一个重要原因。

德国法哲学家冯·德尔·普佛尔滕把这种将法的一切要素都还原为法律规范的做法，称为“法理论上的规范主义”。〔16〕假如这种做法能够成立，那么就意味着法律概念至多只是相关法律规范的组成部分，法律概念的意义可以由相关的法律规范来决定。换言之，它们并没有自己独立的意义。这对于法律实践而言就意味着：立法者在制定法律规范时很大程度上可以随意选择概念，而司法裁判可以回避对概念的理解而径直适用规范得出结果。假如法理论将基本概念及其体系化作为核心任务之一，它对于法律实践的重要性也将大大降低。对于中国这样一边继受西方法制、一边竭力保留本土特色的国家而言，这就意味着：一方面可以绕开对相关法律概念的研究去简单移植西方的法律规范，另一方面也可以在创制自己的规范时任意塑造独特的概念。这种法理论上的规范主义真的能成立吗？我们先从丹麦法学家阿尔夫·罗斯的一篇论文切入，厘清“规范主义”的具体主张，接着分别从性质论和功能论的层面对此进行回应。

---

〔13〕最常见的一种分类，即描述性概念、评价性概念与论断性概念，就是根据概念与事实之间的不同关系所作的分类（参见［德］英格博格·普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社 2011 年版，第 9 页以下）。一种不那么常见的分类，即具有法律陈述功能的概念和具有法学操作功能的概念，则是根据概念的功能所作的分类（See Åke Fränberg, *An Essay on Legal Concept Formation*, in Jaap Hage und Dietmar von der Pfordten (eds.), *Concepts in Law*, Dordrecht: Springer, 2009, p. 2 ff.）。

〔14〕某个法律体系或法学体系之中，能否形成法律概念的体系本身就是有疑问的。对此作出肯定的回答，才能去进一步回答这一体系具有何种结构的问题。在法律思想史上，对第一个问题提出肯定回答并对第二个问题给出了最严密之规划的，无疑是概念法学的“概念金字塔”。然而，随着“法律公理体系”的破碎（参见舒国滢：《寻访法学的问题立场》，《法学研究》2005 年第 3 期，第 3 页以下），第一个问题就遭到了否定，遑论第二个问题了。站在“规范主义”的立场上，或许也有论者认为，法律概念的体系尽管存在，却不是个真正的问题，因为特定法律概念是由包含该概念的法律规范来决定的，法律概念的体系也就是相关法律规范的体系：如果法律体系呈现为“宪法规范—（狭义）法律规范—裁判规范”的阶层构造，那么法律概念也将呈现为“宪法概念—（狭义）法律概念—裁判概念”的阶层构造。这是错误的。在对“法律概念”进行广义理解的前提下，某个概念既可以出现在宪法规范中，也可以出现在其他规范中。法律概念的体系（假如有的话）可能会更多受到不同概念在内涵上的蕴含关系（属、种）的影响，而非受规范体系的影响，两者是不同的。

〔15〕See eg., Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero, *A Theory of Sentences*, Dordrecht: Springer Science, 1998, p. XI.

〔16〕Vgl. Dietmar von der Pfordten, über Begriff im Recht, 98 ARSP 440 (2012).

一、法律概念无足轻重？从“图图”切入

在对待规范与概念的关系上，“法理论上的规范主义”可以进一步被区分为两种不同的立场：弱规范主义立场和强规范主义立场。弱规范主义立场的代表是弗雷格。由他最先提出的“语境原则”认为，语句或命题的意义决定着这些语句所包含之语词的意义，[17] 换句话说，规范的意义决定了它所包含的概念的意义。强规范主义立场的代表是罗斯。在他看来，规范不仅决定着、甚至穷尽了它所包含的概念的意义。相比而言，弱规范主义立场尽管否认概念的独立性，但毕竟还承认概念具有意义，而强规范主义立场根本就否认概念本身具有意义和语义所指。我们将以强规范主义立场作为主要的考察和回应对象，并在回应过程中顺带处理弱规范主义立场。

在 1958 年发表于《哈佛法律评论》的一篇著名论文“图图”（Tû-Tû）中，[18] 罗斯转述了一则由人类学家描述的故事：在南太平洋的某个岛屿上生活着一个原始部落，原住民们有一种信奉“图图”的信仰。如果有人触犯了特定的禁忌，如与他的岳母碰面、杀死被奉为图腾的动物或者吃了首领的食物，就会被这个部落的人说成是“图图”。没有人能说清“图图”的含义究竟是什么，只是认为它类似于某种附在那个有罪之人身上的危险力量或传染病，它会将灾难降临到整个部落。因此，成为“图图”的人必须要经受一种特殊的净化仪式的洗礼。罗斯认为，日常生活中的大量概念与语句都有语义所指。语义所指是某个概念、语句所指向的事态，它依赖于共同体中流行的语言用法。在罗斯看来，如果去掉附加在其上的迷信色彩，“图图”这个概念是没有任何意义和语义所指的。根据上面所说，在那个原始部落的语言用法中，与“图图”这个概念有关的无非是如下两类宣称（为了简化问题，这里仅以“吃了首领的食物”这一情形为例）：

（1）假如某人吃了首领的食物，那么他就是图图。

（2）假如某人是图图，那么他就应当经受净化仪式的洗礼。

很显然，无论“图图”意味着什么，甚至它没有任何意义，当将这两个宣称放在一起并运用普通逻辑规则进行推导时，就会得出如下这个结论：

（3）假如某人吃了首领的食物，那么他就应当经受净化仪式的洗礼。

这个推导结果并不令人惊讶，因为它是一种简单的表达技术：“如果 $x = y$ 且 $y = z$，那么 $x = z$”。无论作为中项的“y”的意义是什么，甚至它没有任何意义，这个推导依然是成立的。[19] 当然，尽管“图图”本身没有任何意义，但运用这个概念的语句却不能任意去塑造，它们必须依照流行的语言用法由特定的事态来引发。“N. N. 是图图”这个语句就与两个事态之间具有特定的语义关联：事态 1 是 N. N. 与他的岳母碰面、杀死被奉为图腾的动物或者吃了首领的食物；事态 2 是某个有效的规范要求将净化仪式适用于 N. N.，所以，“N. N. 是

〔17〕 Gottlob Frege, Die Grundlagen der Arithmetik, Stuttgart: Reclam, 1987, S. 92.

〔18〕 这篇文章最初载于 1951 年出版的一本丹麦语的祝寿文集之中（O. A. Borum and K. Illum (eds.), Festskrift til Henry Ussing, Kbenhavn: Juristforbundet, 1951）。

〔19〕 See Alf Ross, *Tû-Tû*, 70 Harvard L. Rev. 813 – 814 (1956 – 1957).

图图”这个语句的语义所指就是这两个事态。换言之，要证实“N. N. 是图图”，就要证明要么事态 1 存在，要么事态 2 存在。选哪个是无所谓的，因为在这个部落的人看来，这两个事态总是彼此联结在一起的。我们可以说“N. N. 是图图，因为他吃了首领的食物”，也可以说“N. N. 是图图，因为净化仪式的规范可适用于他”。后一个语句也可以被替换为“净化仪式的规范可适用于 N. N.，因为他是图图”。可见，“N. N. 是图图”的语义所指就是由流行的语言用法所确定的上述两种事态，而“图图”这个概念本身没有独立的语义所指，它不外乎是一种“幻觉”，它的作用仅在于它是一种表达技术。[20] 设想如果没有“图图”这个词，这个部落就得累赘地使用三个具有同样结果（应当经受净化仪式的洗礼）的宣称，而有了这个词就可以大大简化语句的表达。

在罗斯看来，在法律中充斥着“图图”式的术语，如“权利”“义务”等。这些术语是人类文明早期的古老遗产。例如，在原始的思维中，人们会相信“权利”是一种无形的力量，一种位于权利对象内部但看不见的支配力，一种彰显在判决与执行中的力量。但其实，它不过是处于构成条件的法律事实与受条件限制的法律后果之间的一种中介性工具或因果联系的一环，它旨在促发法律后果或者说为之提供基础。[21] 例如，从（1）“假如某人 x 合法地购买了某物 y，x 对 y 就拥有所有权”和（2）“假如 x 对 y 拥有所有权，x 就有权使用 y”，可以合乎逻辑地推导出（3）“假如某人 x 合法地购买了某物 y，x 就有权使用 y”。“所有权”这个术语在这里所起到的作用就像“图图”一样，是为了将“合法购买”与“有权使用”联系起来。萨托尔将此称为“中介性法律概念”。这类术语拥有的只是推论性意义，因为它们的意义是从使用这类术语的语句的关联脉络中推导出来的，并没有现实的所指，或者说，它们的意义完全为法律事实与法律后果之间的推论关联所决定和穷尽。[22] 与“图图”一样，“所有权”是一种简化表达的技术。当然，在法律体系中，这类术语还能起到“图图”所没有的功能，即呈现体系性秩序。x 获得对 y 之所有权的方式不只有“购买”一种，也包括“继承”“发现无主物”等。x 对 y 行使所有权的方式也不只有“使用”一途，还有“处分”“收益”等，甚至包括“对于因 y 造成的损害负责”这样的义务性后果。如果离开“所有权”这个术语，法律体系就必须将每种行为与每种后果分别表达为一个规范，这不仅十分繁琐，而且无法看出这些规范之间的联系。为了更直观地展现这一点，可以将不使用“所有权”这个术语的情形和使用它的情形展现为如图 1 和图 2。

可见，“所有权”这一概念的使用大大减少了法律规范的数量，并展现出了不同法律事实与法律后果间的体系性关联。罗斯认为，“法律思维的任务正在于以这样的方式来对法律规则作概念化处理，即它们可以被还原为体系性秩序，并借此尽可能清晰和方便地说明现

〔20〕 前引〔19〕，Alf Ross 文，第 817 页。

〔21〕 同上文，第 818 页。

〔22〕 Giovanni Sartor, *Understanding and Applying Legal Concepts: An Inquiry on Inferential Meaning*, in Jaap Hage und Dietmar von der Pfordten (eds.), *Concepts in Law*, Dordrecht: Springer, 2009, pp. 35 – 41. 与罗斯的主张不同，萨托尔认为，“所有权”这样的术语还是有意义的，它与推论关联是对相同内容的不同方式的表达。人们可以将使用术语 t 的理论 T1 转变为不使用术语 t 但与 T1 具有相同意涵的理论 T2，这并不能证明 t 就是无意义的，而只能证明，人们可以等值的不同方式来对特定领域作概念化处理。问题只在于哪种方式更简洁、更优雅，对于特定研究而言更有帮助（同上文，第 41 页，脚注 11）。但笔者实在难以看出，萨托尔所说的“意义”究竟何在。罗斯所说的意义指的是，除了法律规范和推论关联之外的独立意义，萨托尔并没有超出这一范围。除非将概念化处理的“方式”也理解成“意义”，但显然这并不切题。

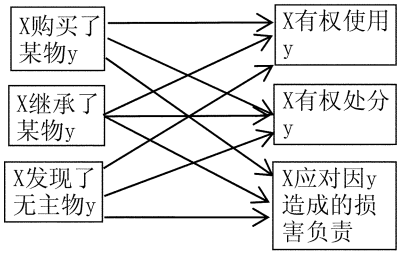

图1　不使用“所有权”的情形

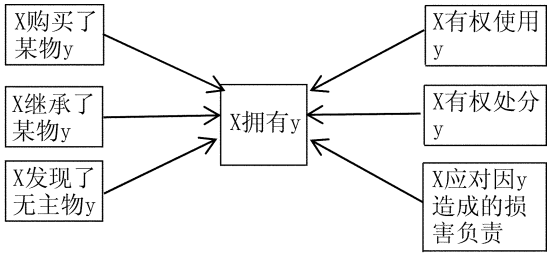

图2　使用“所有权”的情形

行法”。[23] 这一点可以借助于法律概念这一表达技术来达成。法律科学要承担的就是这种简化表达的任务，这一任务其实在很大程度上已被前科学的思维所预先实现了。特定权利的观念在不同社会的早期被塑造，而体系性简化的任务也可以不同的方式来实现，这也是为什么不同法律体系关于权利范畴的理解有所不同的原因。但是，“权利”观念的差别并不反映其功能的差别。总之，法律语言中所使用的“所有权”“请求权”以及其他术语，与“图图”具有相同的功能，它们本身是没有意义、语义所指的语词，只是作为一种服务于体系性目的的表达技术来使用。如果愿意，甚至可以将上述三段论推理中的“所有权”替换为“旧奶酪”，结论依然可以成立。[24]

从罗斯关于法律概念的理解中，可以推出如下两个互有联系的论点：第一，法律概念是没有自身意义和语义所指的“傀儡”，它们只是呈现语言的实体，只具有简化表达的功能；第二，法律概念完全由包含它们的法律规范来决定和穷尽。它们在法律推理的过程中旨在将包含它们的不同命题联系起来，或者说将它们所指涉的不同事态（法律事实与法律后果）联系起来，而方式是作为中项被“对消掉”。上述第一个论点涉及对法律概念之性质的理论，我们将通过阐明“概念”和“法律概念”的性质来证明它是错的；第二个论点涉及法律概念在法律推理中的功能，将在第四部分进行回答。

二、概念的性质

（一）四种观点

法理论上的规范主义预设了一种对于“概念”的根本性理解。为了对它进行回应，必须首先来探讨“概念”的性质。在学说史中，对于“概念是什么”问题，存在着四种观点：[25]（1）理念

〔23〕 参见前引〔19〕，Alf Ross 文，第819页。

〔24〕 同上文，第821页，第823页。替换后的三段论：（1）假如某人x合法地购买了某物y，x对y就拥有旧奶酪；（2）假如x对y拥有旧奶酪，x就有权使用y；（3）假如某人x合法地购买了某物y，x就有权使用y。

〔25〕 参见前引〔16〕，Dietmar von der Pfordten 文，第442页以下。意大利法学家马西莫·拉多里提出了另一种关于“意义”的四分法：（1）想法论：语词或语句的意义是发送者或言说者所联结于这一语词或语句之上的理念或精神念想。（2）证实论：语词的意义完全可从其证实方法中推导出来。如早期的维特根斯坦就认为，为了确认语句的意义，必须有证实这一语句的特定方法。（3）行为主义论：语词或语句的意义是语言信息的接收者的反应，或者是作出这种反映的能力。（4）使用论：语词的意义在于它的使用（参见 Massimo La Torre, Bedeutung, Norm, Rechtswissenschaft: zur Problematik einer epistemologischen Begründung der Jurisprudenz, 22 Rechtstheorie 307－308, 1991）。本文之所以没有采纳这种分类法，是因为：想法论其实就是理念论，证实论也不过是唯实论的一种说法。行为主义和使用论都可以被归为唯名论，它们只不过一个侧重于语言的接收者，一个侧重于语言的使用者而已。而对于本文最重要的“观念论”，拉多里的四分法却没有涵盖。

论，将概念理解为一种客观实体，它独立于其他自然的或社会的非概念性实体，如独立于自然物质或社会制度。这一观点的典型代表为柏拉图。（2）唯实论，将概念理解为其他自然或社会实体的属性，概念被认为是主谓语句中的谓词或概念词的所指或者说意涵，或者这些谓词或概念词的意义。此间的代表有弗雷格和卡尔纳普。（3）观念论，将概念理解为对象的内在或外在属性，或者实体在个人的精神中的呈现。奥卡姆、笛卡尔、莱布尼兹、休谟、康德等人是这一观点的拥护者。（4）唯名论，将概念理解为呈现其他事物的语言实体，即语词、语词组合或语言体系的类似组成部分。这一脉络中最著名的分支是维特根斯坦的“使用论”，“语词的意义就在于它在语言中的使用”。[26] 支持这一观点的还包括奎因等人。

为了更清晰地展现这四种观点的区别，这里引入奥戈登和理查兹所绘的“语义三角”来加以说明：[27]

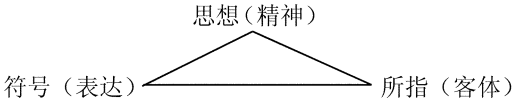

图 3　语义三角

语义三角表明，一方面必须将思想（精神）、符号（表达）与所指（客体）区分开来，另一方面也要看到这三者之间存在关联。这里存在三种关系：（1）“符号—客体”关系。现实中的对象可以通过符号得以复现，符号可以是语言符号，也可以是图像符号。符号既可以用来称呼某个对象，也可以用来描述事实。（2）“符号—思想”关系。表达和思想之间不存在天然的联系。在某个语词的语音型构与其思想之间不存在像语义自然主义所想的那种天然的联系。[28] 符号既可以指涉个体，也可以指涉类型，后一种情况指的是通过符号将具有共性的个体归入同一种类型。（3）“思想—客体”关系。某个符号背后的思想有别于符号所指称的客体。

如果将此语义三角与上述四种关于概念之性质的观点相对照，就可以发现：理念论将概念置于“思想”（不完全等同，但毕竟这种实体要在思想中显现）中，唯实论将概念等同于“所指”，而唯名论将概念等同于“符号”。它们都只是抓住了语义三角的一个方面。与此相比，观念论则将概念定位为“思想”与“所指”之间的关系：一方面，它并不将概念的意义与事实相等同，或者认为意义是事实在思想中的“图像式”复现；[29] 另一方面，它也不认为意义仅存在于各个思考者自己的思想之中。[30] 相反，它是主观思想与客观所指的统一，既要以客观事实为基础，也要经过主观因素的加工。这种观点也可以很好地将概念与定义、语言表达的内涵与外延区分开来。[31] 概念是客体在精神或思想中的呈现，涉及

〔26〕 Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Frankfurt a. M. : Suhrkamp, 1984, S. 41.

〔27〕 Vgl. Charles Kay Ogden und Ivor Armstrong Richards, Die Bedeutung der Bedeutung: eine Untersuchung über den Einfluβ der Sprache auf das Denken und über die Wissenschaft des Symbolismus, Frankfurt a. M. : Suhrkamp, 1974, S. 18.

〔28〕 Vgl. Hans-Joachim Koch, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt a. M. : Suhrkamp, 1977, S. 29.

〔29〕 Vgl. Stephan Ullmann, Semantik: Eine Einführung in die Bedeutungslehre, Frankfurt a. M. : Fischer, 1973, S. 73ff.

〔30〕 Vgl. Eike von Savigny, Die Philosophie der normalen Sprache, Frankfurt a. M. : Suhrkamp, 1974, S. 36ff.

〔31〕 See Bobe Hale and Crispin Wright (eds.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Oxford: Blackwell Publishing, 1997, pp. 663 – 664.

“思想—客体”关系，而定义是用语言表达出某个概念。它又包括两类：如果涉及“符号—思想”关系，那它就是实际定义；如果仅涉及“符号”本身的关系，那它就是名义定义。[32]同时，对于语言表达而言，思想与所指分别对应于内涵与外延。[33]这里涉及的其实是站在“思想”来看还是站在“符号”来看的问题，并无实质差别。

（二）观念论的证立

当然，上述分析尚不足以说明，观念论就是对概念性质最恰当的理解，为此还需对这四种观点进行逐次检验。理念论在本体论上难以被证明。即便这种晦涩实体真的存在，它们也必须要以某种方式被察知和理解，故而人们依然需要关于它们的某种精神呈现方式。在这种意义上，理念论与观念论并不矛盾，但必须使用不同的术语来区分它们所指涉的不同现象。由于很多人质疑这类实体是否真的存在，所以用“概念”这一表达来称呼那种理念性的实体并不合适。唯实论则混淆了对象与对对象的精神呈现。我们不能将某个概念还原为某个客体的属性，或者将作为事实之组成部分的属性与作为对这些属性之精神呈现的概念相混淆。例如，要小心区分“法”与“法的概念”，即便某人知晓法的概念，也不等于说就必然了解了法本身。

需要更认真对待的是唯名论，也就是将作为精神呈现的概念还原为诸如语词和词组等语言实体的做法，正是它与“法理论上的规范主义”存在紧密关联。一方面，如果概念只是语词或词组，那么它们就与语词一样具有任意性。它们偶然被构造出来，继而被弃用，就像在不同语言中不同的语词出于不同的目标被偶然地构造，继而被弃用那样。由此，像正义、所有权或自由这类概念就不具备什么必然的内容了。另一方面，如果概念只是语词或词组，那么只要满足其语言表达的功能即可，而对此重要的就只有它作为语句组成部分这一点。于是，前述弗雷格的“语境原则”就会发生效用：只有在某个语句或命题的语境之中，语词才具有意义。对于规范性语句或规范性命题，同样如此。人们甚至可以像罗斯那样更进一步，认为语词的意义完全由规范来决定乃至穷尽，而没有自身独立的意义，只要分析规范就足矣。法理论上的规范主义由此得到证成。那么，作为对概念性质的理解，唯名论是令人信服的吗？这里，可以提出三个反对将概念还原为语言实体的论据：（1）唯名论混淆了语词与语词的意义。通常认为，同一个概念可以用不同的语词来表达。例如，中文中的“制定法”、英文中的“statutory law”和德文中的“Gesetz”指的都是同一个概念。如果某人知道制定法是什么，并熟悉中文表达“制定法”，继而学习了德语翻译“Gesetz”，那么在他自己及其他人看来，他就只是学到了一门外语中的一个新词汇而已，并没有学习到一个新概念。（2）唯名论无法区分语言表述的意义与所指，也就是内涵与外延。内涵与外延是一个被广泛接受的区分，内涵是事物的特有属性的反映，而外延是语词所指的事物所组成的那个类。由于唯名论将概念等同于语词，而语词只取决于其所在的语言系统，所以无法区分内涵与外延。（3）唯名论混淆了思维的层面与语言的层面。概念是命题

〔32〕它们也可以被分别称为“实质说明”与“命名”。关于这两类定义，参见［德］乌尔里希·克卢格：《法律逻辑》，雷磊译，法律出版社2016年版，第122页。

〔33〕“内涵”和“外延”的说法来自于卡尔纳普。此外，尚有密尔所说的“内含”与“指示”、弗雷格所说的“意涵”与“意义”、罗素所说的“含义”与“指示”、布雷克所说的“意识”与“所指”和库切拉所说的“意义”与“指涉”等。术语概览，参见 Maximilian Herberger und Dieter Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen: Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften, Frankfurt a. M.: Metzner, 1980, S. 243.

的组成部分，属于思维的层面，而语词是语句的组成部分，属于语言的层面，两者具有不同的功能。语言的首要功能在于交流，次要功能在于支持我们的记忆，而思维是理解世界、构造精神呈现之复杂秩序的手段。尽管在某种意义上思维依赖于语言，但并不意味着它与语言是等同的，或者可以被还原为语言。在此基础上，可以顺便对弱规范主义作出回应：概念是思维的要素，可以独立于语言而存在，语词只是表达概念的一种符号而已。“语境原则”只适用于语言层面，它只是意味着，用语言表达概念要受制于语词所在的语句。这与在思维领域中概念具有基础性地位并不矛盾。[34] 更直观地说，在上文的语义三角中，“语境原则”发生于“符号—思想”关系和“符号—客体”关系中，而概念则在“思想—客体”关系中具有根本性，两者并行不悖。

唯名论在法律语境中也会遭遇特殊的困境。鉴于“使用论”是唯名论最有影响力的分支，而罗斯版的强规范主义正是使用论的体现，有必要专门针对它作一点延伸性的反驳。在法律的语境中，使用论其实相当于将语言和法律等同视之，因为两者都受规范的引导：语言表达的意义根据使用规则来确定，法的意义根据法律规范来确定；语言学研究语言规范，而法学研究法律规范。[35] 这种观点没有看到法律语言与日常语言的几点关键区分：其一，日常语言主要使用描述性语词，而法律语言会使用大量规定性语词。[36] 尽管规定性语词也可能有其使用规则，但其内涵却与描述性语词的使用规则不同。描述性语词的使用规则表明的是允许用这一语词来描述某个对象的属性，而规定性语词的使用规则表明的则是特定行为应当具备的属性。这种属性与其对象之间，存在的并不是事实关系，而是归属关系。很多时候，法律概念涉及的并不是什么通常的语言用法，而是法律上正确的语言用法。其二，对于何谓正确的语言使用规则可能存在争议，此时定义权就显得尤为重要。使用论忽视了这一问题，如维特根斯坦就认为它只是个修辞问题：“只有人们的话语才有正确与错误之分；在语言中人们却能达成一致。”[37] 但对于法学而言，这个问题却至关重要，如根据日常通说还是专业含义来下定义、是尊重行政机关的理解还是法官自己直接进行确证等。其三，法律语词可能是模糊的，此时无法借助于语言使用规则来确定其意义。对于使用法律语词的法官而言，他所面对的既定语言使用规则是静态的，而他必须要将某个迄今为止一直以某种方式被使用的表达转用于新的事实，此时可能需要对其意义进行动态调整。[38] 比如，对于面对大量案件事实的法官而言，“所有权”的含义并不一定存在于法律人通常使用这个表达的方式之中，很多时候，他要做的恰恰是通过判决来确定财产权的标准，以使得新的个案能被正确解决。

观念论是正确的，因为人们能够通过不同主张的相同意义或几乎相同的意义来理解同

---

〔34〕 参见前引〔16〕，Dietmar von der Pfordten 文，第 445 页。

〔35〕 Vgl. Peter Hartmann, Sprachwissenschaft und Rechtswissenschaft: Eine vergleichende Konfrontation, 1 Rechtstheorie 45, 49 (1970).

〔36〕 关于这两类语词的划分，参见 Jürgen Klüver, Begriffsbildung in den Sozialwissenschaften und in der Rechtswissenschaft, in Günther Jahr (Hrsg.), Rechtstheorie: Beiträge zur Grundlagendiskussion, Frankfurt a. M.: Klostermann, 1971, S. 369。

〔37〕 前引〔26〕，Ludwig Wittgenstein 书，第 241 页。

〔38〕 恩吉施的名言——“目光在大前提与生活事实之间的往返流转”——或许就是对这种情形最好的诠释（Vgl. Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl., Heidelberg: Universität Verlag, 1960, S. 15）。

一个概念。比如，无论法的概念以何种语言来表达，对于法的概念的理解都不应当会有差别。但是，概念作为精神呈现只是思考和理解的一个要素。为了思考和理解这个世界及世界上的现象，还需要借助其他要素，其中最重要的就是判断或命题。[39] 规范性命题是命题的一种。所以，这里的关键问题就在于，在我们的思维中，哪种要素更为关键，概念还是判断。虽然概念和判断都是理解世界的辅助手段，但它们对于这一目标的贡献是不同的。理解某个现象的前提是对它具体意涵的感受。为了能把握这个复杂的世界，这些具体的感受必须被组合成整体。有两种办法能实现这一任务。一种是个别式的办法，也就是将每种独特的具体感受与其他具体的感受结合在一起，以获得一种关于具体感受的无限组合（其形式为：X1，X2……Xn）。另一种是概念式的办法，它并不对每种独特的具体感受都作个别化处理，而是通过概念，将除了时空情境外的所有其他意涵感受都组合起来（其形式为：X）。出于认识论、本体论和语言上的理由，采用个别式的办法是不可行的。首先，个别式的办法在认识论上是不可能的。人类的大脑只具有有限存储能力。或许我们能够不间断地接收无限的感觉材料，却没法将它们都储存起来。其次，个别式的办法在本体论和语言上有弊端。如果在时空结构中比较稳定的事物只有通过具体的感受才能被认知，那么就无法维系这种感受的稳定性，也无法区分关于这类稳定事物的知识与瞬间存在的印象，如海市蜃楼或一声惊雷。我们也不可能用数量有限的语句来表达我们无限的感受。故而，为了获得关于世界的有意义的认知，同时也为了能对世界进行有意义的塑造，需要运用概念。

如果概念是对具体感受进行组合的工具，那么它们与判断相比就更接近于这些感受。判断并不能直接将这些感受联结起来，它们只能通过概念来间接地将感受联结起来。如果说感受是关于世界之知识的基础的话，那么概念就比判断更接近于这一基础。假如将语言表达考虑进来，可以说，表达概念的语言要比表达判断的语言更为基础。阿尔尼奥曾区分第一性语言游戏和第二性语言游戏。在他看来，第一性语言游戏涉及体验—表述，如我感觉疼痛并用某种语言表达出来；第二性语言游戏则涉及怀疑、追问、证立，如有人怀疑我假装疼痛，那么他就会提出疑问，而我则要用论据为自己进行辩护。第一性语言游戏是一种对个人经验的纵向连接，而第二性语言游戏则是个人之间判断的横向关系，[40] 第二性语言游戏（表达判断及推理）需以第一性语言游戏（表达概念）为前提。所以一般而言，概念要比判断更具有决定性。这也同样适用于规范性判断。规范是一种特殊类型的判断，它将规范主张者的这种意志与描述性判断相关联，即特定行为应当被实施，或特定状态应当被实现。这种额外的功能要基于概念的认识论功能之上，因为概念构成了每个规范的组成部分。就像判断中的概念一样，规范中的概念相比于规范要更接近于我们的感受。由于它与实际现象之间具有更紧密的联系，所以概念要比规范更为基础。[41]

---

〔39〕 从亚里士多德开始，概念、判断和推理就是传统逻辑的主要适用情形。直至今天，依然有以这三种要素作为法律逻辑之主要内容的著作（Vgl. Egon Schneider, Logik für Juristen: Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 6. Aufl., München: Verlag Franz Vahlen, 2006）。

〔40〕 Cf. Aulis Aarnio, *Why Coherence: A Philosophical Point of View*, in Aulis Aarnio *et al.*, *On the Coherence Theory of Law*, Lund: Juristförl., 1998, pp. 36 – 39.

〔41〕 经典观点参见 Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen: Mohr, 1932, S. 9, 38. 反对“概念法学”者，并不是反对概念本身，也不反对概念是法的关键组成部分。他们所反对的只是将通过演绎从既有概念中推导出新概念作为法律适用的主要方法。

假如接受了概念的这种观念论观点，那么就可以得出结论：概念就是精神过程的物化，不同特质的精神过程都要被视为概念性的成果。正如“愤怒”这个概念是对愤怒状态的物化描述，一般意义上的概念就是对呈现于人类精神中之事物属性的物化。没有理解就没有概念。[42] 所以，概念并不是语词，而是思维的工具，它无法被还原为语词或词组，也不由存在于语言层面的规范来决定和穷尽。那么，法律概念是否会因为其有别于一般概念的特性，尤其受制于法律规范的决定性作用？

三、法律概念的性质

上述问题可以被分为两个子问题：法律概念是否具有语义所指；纯粹规范上的推论分析能否赋予法律概念以意义。要反驳法理论上的规范主义，就必须在对第一个子问题给予肯定回答的同时，对第二个子问题作出否定的回答。

（一）社会事实、制度性事实与法律事实

罗斯认为法律概念没有任何语义所指。[43] 应当承认，“权利”“义务”“所有权”之类语词，的确缺乏如同“桌子”“吃饭”之类语词一样的语义所指。“桌子”“吃饭”之类日常概念的语义所指，是占据一定时间和空间维度的物理性事实。我们可以用手指着一张桌子说“这是桌子”，指着在桌子边吃饭的张三说“张三在吃饭”，却无法用手指着一个东西或一个状态说“这是权利”“那是义务”。如果“语义所指”指的仅仅是这种物理性客体，那么罗斯的观点无疑是对的。但是，“事实”除了自然事实外，还可以指社会事实。如果说自然事实独立于人们的思维和想法而存在的话，[44] 那么社会事实则依赖于人们的思维和想法而存在。社会事实至少可以通过两种方式来获得：一是有足够多的社会成员相信存在这些事实，并相信大多数其他成员也拥有相同的信念。也就是说，这些事实之所以存在，是因为它们被某人相信存在，并且其他成员也拥有相同的信念。这种因为被大多数成员所相信的事实，可以称为“基本社会事实”。[45] 二是某个社会事实可以作为“制度性事实”而存在于社会现实中。这种情形指的是，存在一个规则，它将某个事实的存在与其他事实的存在相联结，其中“其他事实”可以但不必然是社会事实本身。换个角度说，假如某个命题的真值不仅取决于某类行为或事件的存在，而且也取决于适用于这类行为或事件的规则时，它就是关于制度性事实的命题。[46] 例如，张三受法律制裁就是一个制度性事实。它通过一个规则，即“盗窃应受制裁”，被联结于张三偷了某个东西这一事实；或者说，“张三应受制裁”这个命题是否为真，不仅取决于张三是否偷了某个东西这一事件，也取决于是

〔42〕 前引〔16〕，Dietmar von der Pfordten 文，第 446 页。

〔43〕 事实上，罗斯除了在一处引用了同为斯堪的纳维亚法律现实主义代表的伦德斯塔特的观点（参见前引〔19〕，Alf Ross 文，第 817 页，脚注 4）外，并没有对此观点进行正面的证实，而只是从功能论的角度证明法律概念可以在法律推理中被“对消掉”。关于伦德斯塔特的观点，参见 Anders Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, Band. 1, Berlin: Rothschild, 1932, S. 5ff。

〔44〕 一般而言，自然事实独立于人类思维或信念而存在的假定，标识着本体论上唯实论与理念论的区别。See John Searle, *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press, 1995, pp. 149 – 155.

〔45〕 See Jaap Haag, *The Meaning of Legal Status Words*, in Jaap Hage und Dietmar von der Pfordten (eds.), *Concepts in Law*, Dordrecht: Springer, 2009, p. 60.

〔46〕 See John Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: University Press, 1969, pp. 50 – 53.

否存在“盗窃应受制裁”这个规则。

可见，制度性事实的根本特征在于，它是根据规则而存在的社会事实，没有这些规则就不可能存在这种社会事实。在此意义上，这些规则相对于制度性事实而言就具有构成性，因而可以被称为“构成性规则”。[47] 如果这些构成性规则具有法律的属性，那么它们所联结的事实就成为法律事实。要注意的是，法律事实可能并没有全部被制度化。也就是说，存在一些没有被法律规则明文规定却具有法律意义的事实。此时，可以说出现了法律的空缺结构或漏洞，但同时可能有法教义学上的概念或原理对这些事实进行了调整。在大多数情况下，法律事实的存在和后果都受到法律规则的调整。例如，有一些法律规则规定了成为不动产所有人的条件或方式，可称为“创制性规则”；也有许多规则是规定所有权如何丧失的，可称为“终止性规则”；还有一些规则规定的是所有权的后果，可称为“后果性规则”。[48] 同一个法律事实的创制性规则、终止性规则与后果性规则合在一起，从法律的角度规定了与这一事实相关的条件。要注意的是，某个法律事实的后果性规则可以同时作为另一个法律事实的创制性规则。例如，某国的税法规定，不动产所有人有义务进行簿记和纳税申报。如果张三从他的父亲那里继承了某处房产，那么他就自动成为了税法上的“不动产所有人”，因而要簿记和纳税申报，继承法上的后果性规则成为税法上的创制性规则。如此，法律事实与法律规则之间就会形成这样的关系结构：

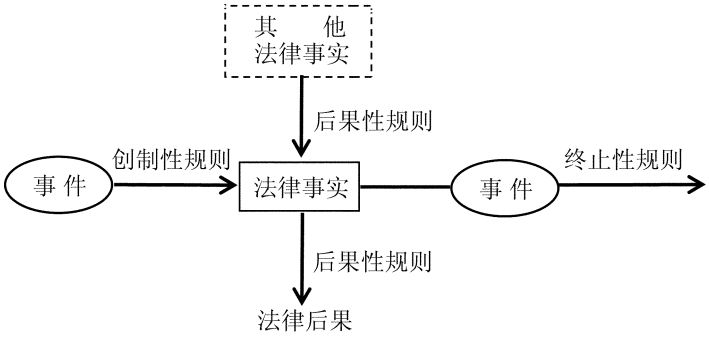

图 4　法律事实与法律规则的关系

综上，法律概念是有语义所指的，它的客体就是作为制度性事实的法律事实。法律事实同样是一种事实，只是要构成法律事实，仅有外在的物理事实是不够的，还必须要有法律规范的存在。但是，既然法律规范构成了法律概念之语义所指（法律事实）的必要条件，甚至是构成性条件，那么规范上的推论分析似乎对于澄清法律概念的意义就是至关重要的。

（二）意义与对意义的知晓

法律事实未必完全都是制度化的，即便法律概念将制度化的法律事实作为语义所指，也只能说明法律概念的意义要受到法律规范的影响，而非纯粹由规范上的推论分析所决定。这种推论分析虽然能帮助人们知晓法律概念的意义，本身却无法赋予法律概念以意义。

语言表达有内涵和外延之分，内涵涉及运用语言表达的标准或辨识出外延之成员的方

〔47〕 前引〔46〕，John Searle 书，第 33 页。

〔48〕 关于这三类规则的划分，参见 See Neil MacCormick, *Law as Institutional Fact*, in Neil MacCormick and Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986, pp. 52 – 53。

法，外延涉及应用这一标准或方法被辨识出的成员。概念作为思维观念，其实就是语词的意义，澄清概念的要害在于给出意义的标准。最常见的意义标准是，语句的意义由其真值条件决定，语词的意义由其适用的条件来确定。[49] 这里又可以区分出两种条件：一种是简扼条件，它通过对象的特定化来指明语词的意义，如“‘猫’这个词意味着（适用于）猫”。简扼分析的优势在于它们给出了语词的精确意义，而劣势在于，对于不知道相关语词的人来说它们基本没什么用。它们也没有告诉语言的使用者该如何来正确使用语词。另一种是成分条件。在成分分析法中，并不使用需澄清意义的语词，如“‘猫’这个词意味着四条腿的会喵喵叫的家养动物”。与成分分析法相关的是意义规则。意义规则调整着语词的意义，指明语词使用的标准。这种分析法的优势在于，它能很好地告诉我们语词的意义，并使得我们明白，知晓某个语词的人能否正确使用这个词。成分分析法只对于拥有人为意义的语词，或者说基于规定性定义的语词才有用，如权利、义务。尽管在法律中充斥着这类规定性语词，但法律中同样也存在着像“猫”“人”那样的描述性语词。虽然语言的使用者通常能识别出某个语词所指的例子，但他可能并不知晓这个语词意义的准确标准。大多数人都知道在通常情形中如何识别出猫，但他们并不知道“猫”这个词的意义的标准。所以，在不知道语词使用之成分条件的前提下把握这个词的意义及其运用是可能的，语词的意义也不等同于成分性标准。[50] 这意味着，意义规则并不能决定法律概念的意义。

语言的使用者可以将特定的语义条件或特征与某个语词相联，并用这些条件或特征来辨识这个词所指的例子，但这么做并不能将这个词所指的范畴与别的范畴区分开来，也不构成这个词的意义。当然，这并不是说这些语义条件或特征与语词的意义就毫无关系。如果某人知道“猫”这个词代表猫，却不能在出现猫的场合正确使用“猫”这个词，他就没有恰当地知晓“猫”的意义。一般而言，知晓“猫”这个词的语义条件或特征也就拥有了对这个词的意义的某些知识。所以，尽管语义条件或特征对于语词的内涵或意义不起决定作用，但对意义的知晓却要求具备关于这些条件或特征的相关知识。这些条件或特征在不同情形下可以是不同的。例如，不同的人可以使用不同的方式来识别猫，盲人没法将猫的外观作为识别它们的条件，而失聪者没法听到猫的叫声，对意义的成分分析可能会预设对于猫的识别条件问题的某种特殊回答。所以，语词的意义与识别它的所指的不同方法可以并行不悖。即便不同的人有完全不同的方法来识别某个语词的所指，也不影响这个词具有唯一的意义。不同的条件或特征只是识别语词所代表之对象的不同方式而已。

回到罗斯所举的“所有权”的例子。关于所有权的创制性规则的确告诉了我们所有权如何获得，但我们不能由此就将某人成为所有人的方式等同于“所有权”这个词的意义。“所有权”指涉的是作为制度性事实的所有权，“所有”指涉的是某人和某对象之间的一种关系，即该人拥有该对象。所以，规范上的推论分析无法决定“所有权”这个词的意义，但对于知道所有权意味着什么的人来说，它的确有助于阐明关于所有权的语义条件或特征。涉及所有权的创制性规则、终止性规则和后果性规则都是法律规范。理论上每个法律体系都可能拥有不同的关于所有权的规范，实践中不同法律体系也极少会规定完全相同的关于

〔49〕 参见 David Wiggins, *Meaning and Truth Conditions: From Frege's Grand Design to Davidson's*, 载前引〔31〕, Bobe Hale 等编书，第 3 页以下。

〔50〕 参见前引〔45〕, Jaap Haag 文，第 62 页以下。

所有权的规范，因此，不同法律体系对于所有权的理解未必完全一致。尽管如此，不同体系之间的差别不能太大，否则“所有权”这个词就将表示完全不同的意义，它就成为一个同形异义词，指的完全不是同一个概念了。近几年我国学者关于物权法第五章中“国家所有权”的概念及其与宪法上“国家所有”之间关系的争论，也正体现了这一点。例如，有学者认为宪法上的国家所有就是民法上的国家所有权，只是前者具有不能为国家或政府的私利存在之特殊性；[51] 而有学者则认为宪法上的国家所有制不同于物权法上的国家所有权，参照私有制—私人所有权模式而从国家所有制导出国家所有权的法学原理并未真正形成。[52] 这里的关键就在于弄清“所有权”的必要内涵是什么，如果“私利”和私权的那些基本权能构成了所有权不可或缺的概念要素，那么国家所有权作为所有权的子类型就必然要具备这些要素，不具备就属于概念的误用；如果并非如此，那么也要证明所有权具有一种能够涵盖国家所有权实践类型的内涵。总之，不同版本和类型的所有权须以可被视为同一个“属”的不同“种”为限。不同的创制性规则、终止性规则和后果性规则给出了关于所有权的不同特征或者“种”，但它们的差别必须保持在仍可被算作同一法律制度之“属”的范围内。

总之，法律概念的语义所指是现实存在的法律事实。法律事实虽然以法律规范作为构成性条件，但对法律规范的推论分析并不能决定法律概念的意义，而只能提供关于它们的语义条件或特征，来帮助人们知晓其意义。当然，假如不同法律体系的规范对这些条件或特征的规定完全不同，那么相同的法律语词所指的就可能是完全不同的法律概念。从这个意义上说，纯粹规范上的推论分析无法赋予法律概念以意义。

（三）日常概念与专业概念

有人可能会认为，法律中既会运用来自于日常语言的概念，也会运用所谓自身独有的专业概念。即便以上所说对于日常概念来说是成立的，对于专业概念来说也未必如此，因为专业概念更多受到法律规范的影响，甚至完全由法律制度来决定。如果将不同法律概念排列为一个标尺，在标尺的一端就是自然的或文化的非专业概念，它们起源于法律外的日常概念，如人、生命、艺术、科学、动物、植物等；标尺的另一端则是专业的体系内概念，它们完全或几乎完全由特定法律体系的规范来产生，如担保、抵押等；两端之间则存在着大量起源于日常生活却或多或少打下法律烙印的概念，如所有权、占有、契约、裁判等。[53] 这三类概念，尤其是后两类概念之间的界线并不十分清晰，而是处于法律因素不断增加的连续状态。与日常概念相对，后两类概念可以合在一起被称为“专业概念”。

对于日常概念而言，法律规范只能施加极少的影响。日常概念可以是概括—抽象的，也可以是具体—经验的。法律体系中概念—抽象的日常概念主要来源于法律外的领域，并将法律概念的体系与关于世界的日常理解耦合在一起，以至于它们不能完全由法律规范来决定。法律体系中具体—经验的日常概念只能回溯到感官体验中去加以理解，它们主要不由法律规范来决定。因此，对于使用者而言，只有当日常语言的表达在法律语境中在相同的意义上

〔51〕 参见程雪阳：《中国宪法上国家所有的规范含义》，《法学研究》2015 年第 4 期，第 105 页以下。

〔52〕 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，《中国法学》2016 年第 2 期，第 86 页以下。

〔53〕 这种三分法，参见前引〔16〕，Dietmar von der Pfordten 文，第 441 页。

被理解，而在其他情形中可以清晰表明其不同意义时，它才应当被运用。[54] 对于接收者而言，首先在日常语言的意义上来理解日常概念也是正当的。遇有法律语词的疑义时，在民主国家中日常语言也同样拥有优先性。[55] 这背后其实涉及对立法者与解释者之关系的理解。[56] 当立法者有意选用日常语言时，就可以推测他也想让相关规范的对象在日常语言的惯常意义上来理解这一表达。[57] 立法者通过他将日常语言写进法律中的行为，已经表明了他所认同的意义，对此解释者要予以尊重。

对于专业概念而言，同样不只受到法律规范的影响。一方面，应当看到法律概念对于其他概念的依赖性。例如，所有权概念不仅由规定财产权的取得条件与规范性后果的规范来确定，也受到更抽象之概念和更具体之概念的影响。例如，如果法教义学承认人们可以对无体物拥有所有权，那么所有人与所有物之间的所有权关系就不仅仅要被理解为物理的关系。另一方面，即便是被法律打下深刻烙印的概念在法律外的世界中也有某种事实上的，即自然的、社会的或文化的对应关系。对应的形式，可以是人、物与关于物之被普遍承认的权力之间的物理关系或心理关系。罗斯没有去发掘和辨识这种事实上的对应关系，他对于所有权的分析是不充分的。图图的例子正好说明，原住民的视角和像罗斯那样的西方观察者的视角并不一致。原住民们相信，“图图”这个概念反映的是一种真实的状态，因而并不是毫无意义的。假如像观察者那样，主张“图图”并不反映任何真实状态，对于图图的信仰是纯粹的迷信，那么人们“成为图图后应当经受净化仪式的洗礼”这一规范就会立刻消失。“图图”的概念不仅具有一种体系内简化表达的功能，对于原住民而言也必然与外部世界中的某种真实状态相关，所以才能产生净化的义务。如果在原住民的相应规范中用“旧奶酪”来代替“图图”，那么净化仪式就将不再有任何事实上的根据，因为生产旧奶酪不需要任何净化仪式。[58] 这一点更加鲜明地体现在某一国家的法秩序所独有的概念上。例如，我国继承法第 31 条规定了“遗赠扶养协议”的概念。这一概念就是在农村“五保户”和供给制度长期实践的基础上发展起来的。对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的鳏寡孤独的老人，实践中发展出了两种赡养的办法：一种是由老人的亲属、街坊邻居或者其他亲朋好友等承担其生养死葬的义务，而遗赠人死后将其遗产遗赠给扶养人；另一种是由集体组织“五保”（吃、穿、住、医疗、丧葬），老人死后的遗产归集体组织所有。[59] 假如在现实中，这些事实上的关系和实践不存在，就没有理由来创设任何与“遗赠抚养协议”相关的法律后果，如当遗赠人的遗产被第三者占有时被遗赠人可以请求返还。因此，即便是那些处于标尺另一端的专业化程度很高的概念，当它们在教义学中被构造和完善时，同样要在外部经验世界中拥有对应的事实关系和状态。

所以，无论是日常概念还是专业概念，都无法仅由法律规范来决定，而必须或多或少存在或被相信存在与外部世界的对应关系，即便这种对应关系并非精确的复制，即便作为

〔54〕 Vgl. Hans-Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg: Müller Juristische Verlag, 1981, S. 315.

〔55〕 参见［德］罗伯特·阿列克西：《法律解释》，载罗伯特·阿列克西：《法·理性·商谈》，朱光、雷磊译，中国法制出版社 2011 年版，第 78 页。

〔56〕 旺克称之为“交流模式”，参见前引〔8〕，Rolf Wank 书，第 82 页以下。

〔57〕 Vgl. Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien: Springer, 1991, S. 438.

〔58〕 参见前引〔16〕，Dietmar von der Pfordten 文，第 455 页以下。

〔59〕 参见王作堂：《试论遗赠抚养协议》，《政治与法律》1985 年第 6 期，第 15 页。

观念它们有可能被打下主观的、甚至是扭曲的烙印。

四、法律概念在法律推理中的功能

尽管法律概念并非没有自身意义与语义所指，但毋庸置疑的是，在法律推理的结构中，法律概念的确承担着“法律中项”的角色，[60] 至少形式上可以在推理过程中被对消掉。这种推理的简单形式为：因为 x → y 且 y → z，所以 x → z。这里的 x 是小项，z 是大项，y 就是作为中项的法律概念。在罗斯的例子中，x 表示“合法购买”，z 表示“有权使用”，y 则代表“所有权”。正因为如此，罗斯才赞同一种维特根斯坦式的规则语义学或推论语义学。也许会有人认为，即便不否认法律概念有自身意义，这种意义也只在别的情形，如法律认知中起作用，但在法律推理中却用处不大，因为它只是在形式上联结起了大小前提。如果不与这种观点进行仔细商榷，对于法理论上规范主义的反驳就将是不完整的，法律推理毕竟是法律实践的重心。

（一）语义的确认与确证

有的时候，特定法律体系自身规定了某个法律概念的语义。例如，我国刑法总则第 95 条针对“重伤”所规定的三种情形就构成了认定重伤的条件或特征，它表述的规范构成了创制性规则，而刑法分则中诸多规定涉及侵犯人身权利之犯罪的规范，都是后果性规则。此时，至少看起来，“重伤”这个概念仅仅发挥着中介者的作用，因为法律的规范效果在于将特定的法律后果赋予三种情形之一。更多时候，法律体系并没有规定法律概念的语义，大量法律概念的语义澄清工作是由法教义学和司法实践来完成的。此时，语义规则 x→y 并不是一条法律规则，而是一条由法教义学或司法实践提出的规则，x 是由法律规范 y→z 的解释者自己提出的见解。当然，如果同情地去理解罗斯的主张，会发现他并没有说两条规范 x→y和 y→z 必定要具有相同的属性。比如，x→y 也可以是来自于日常语言或法学通说的规则。如此一来，y 似乎依然只具有中介者的地位。所不同者只在于，在前一种情形中，y 的语义条件或特征 x 来自于立法者的规定，而在后一种情形中，x 来自于日常语言实践或法学通说罢了。此时，法律概念的语义似乎在事先就完全被确定了。但事实上，在许多情形中，法律概念的语义并没有通过法律规范或日常语言规则被确定或者被完全确定。当实践中涌现出新的案件时，解释者往往要提出新的语义规则，或者提出理由来修正原有的语义规则，这就涉及语义的确认与确证的区分。[61] 语义的确认指的是根据既有语言用法，运用语义论据来确认某个概念的语义；而语义的确证则是指当不存在语言用法和语义规则时，运用别的论据来确定某个概念的意义。后者涉及不确定法律概念的问题。

方法论通说认为，不确定法律概念包括三种类型：歧义、模糊与评价开放。[62] 歧义指的是一个法律概念与多种不同的语义发生关联的情形。这多种语义本身是明晰的，只是在

〔60〕 Lars Lindahl, *Deduction and Justification in the Law: The Role of Legal Terms and Concepts*, 17 Ratio Juris 183 (2004).

〔61〕 Vgl. Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1983, S. 289.

〔62〕 Vgl. Hans-Joachim Koch, Einleitung: über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in der (Hrsg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1977, S. 44f.

当下情形中应该选择何种语义不确定。它又包括两种情形：第一种情形是，概念在不同的语境中拥有不同的语义，而在同一语境中则语义相同。例如，“本人”在一般语境中指的是“我自己”，而在代理法律关系中则指“被代理人”。再如，德语“Gesetz”在德国基本法第 20 条第 3 款中指的是“立法机关通过的制定法”，而在其他地方则既包括形式的制定法，也包括实质的制定法（客观存在的普遍法则）。可见，在同一语境内部，概念的语义事实上是清晰的。这种情形中的歧义通过“语境原则”来解决即可，即通过区分不同语境来明确特定的清晰语义，此时涉及的依然是语义的确认。第二种情形是，语词在同一语境中拥有不同的意义，这种情形也可被称为“不连贯”。不同的受众在同一语境中可以不同的方式来运用同一个概念，这些概念彼此间不相容，从而造成逻辑矛盾。此时的一般解决办法为：如果既有日常意义，又有专业意义，后者优先；如果专业意义有疑义，日常意义优先；如果无法预先决定何者优先，只能取决于不同受众为此提出的论据。此时可能涉及语义的确证。

模糊指的是一个概念的语义并不明显，或者说一个概念的外延范围无法被确定，某个对象是否应涵摄于该概念之下不确定。一个概念的对象领域可以被分为肯定候选域、否定候选域与中立候选域。[63] 肯定候选域是肯定属于该概念之对象领域的事实集合，否定候选域是肯定不属于该概念之对象领域的事实集合。在这两个领域中，概念的语义是清晰的，它们构成了表达概念之语词的界限，有相应的语义规则来进行确认。真正的模糊出现于概念的中立候选域，在该领域中，根据语义规则不能肯定某个法律事实 a 属于法律概念 T，也不能肯定 a 不属于 T，也就是说，a 既可能是 T，也可能不是 T。如果概念是对现实在观念上的呈现，那么中立候选域就是这样一些情形，在其中仅凭其语义无法进行涵摄，因为相关观念在此并不清晰。对于中立候选域而言，概念是开放的，因此无法进行语义的确认，而只能进行确证，即需要凭借其他的论据，如概念的形成史、概念所处的体系、概念运用的目的等，来创立新的语义规则。评价开放涉及未被确定的价值要素。法律中有大量的价值概念，如善良风俗、重大过失、恶意等，这些价值概念可以被区分出描述性的意义成分与评价性的意义成分。[64] 评价性的意义成分中存在着价值上的偏好关系，其中难免藏有无法被证立的决断成分，但这并不表示对于评价完全无法进行证立，此时同样需要运用其他理性论据进行词义的确证。

因此，主要在模糊和评价开放的情形中，有时也在存在歧义的情形中，并不存在只需确认的语义规则，而只能通过语义的确证为相关概念创立新的解释性规则。以下使用一阶谓词逻辑来予以表述。如果人们在不清楚法律事实 a 是否属于法律概念 T 时，确证 a 属于 T，那么就创造出了这样一条新规则：只要当特定特征组合 M（它在 a 中存在）出现，相关个变量就是 T。该规则的形式为：$(x)(Mx \rightarrow Tx)$。有时也有这样的情形，立法、日常语言或教义学尽管已经提供了一个有效的语义规则 $(x)(M1x \rightarrow Tx)$，但不清楚个案事实 a 究竟是否 M1。在这种情况下，要对 M1 进行进一步的解释，从而表述出另外一条语义规则

〔63〕 Vgl. Hans-Joachim Koch und Helmut Rüßmann, Juristische Begründungslehre, München: Beck, S. 195.

〔64〕 黑尔称表达这些概念的语词为“次要的评价性语词”，以与只有评价性意义成分而没有描述性意义成分的“首要的评价性语词”（如好、坏、善、恶）相区分（Vgl. Richard Mervyn Hare, *Essays in Ethical Theory*, Oxford: Clarendon, 1993, p. 116 ff.）。

(x)(M2x → M1x)。也有可能为了得出 M2，还要表述出相应的第三条语义规则，以此类推。一个理想的状态是，要将这些规则逐步确定下来，直到某个点，对于概念 T 之表述能否适用不存在怀疑或争议为止。当法律规范的适用者自己不再有疑虑，并认为没有人能理性地争议其能否适用时，就可以认为已经达到了这个点，在此意义上使用的谓词可以标记为 S，法律推理的结构就可以被展现为：[65]

- (1) (x) (Tx→ORx)
- (2) (x) (M^1x→Tx)
- (3) (x) (M^2x→M^1x)
- ⋮
- (4) (x) (Sx→M^nx)
- (5) Sa
- (6) ORa (1) - (5)

图 5　语义规则与法律推理

其中（1）是法律规范，（2）可以是来自立法、日常语言或教义学的规则（语义确认），也可以是解释者新创的规则（语义确证）。（3）—（5）可以来自日常语言或教义学，也可以来自于解释者的新创。例如，在一个案件中，张三砍断了他人的左手拇指、食指与中指。法官通过自己的经验与前理解，认为我国刑法第 234 条第 2 款所表述的意义可能会是适用于本案的法律规范，因而以“（1）致人重伤的，应处以三年以上十年以下有期徒刑”作为大前提，而以“（5）张三砍断他人的左手拇指、食指与中指”作为小前提。显而易见，从（1）和（5）并不能直接推导出法律后果“（6）张三应处以三年以上十年以下有期徒刑”。此时，可以找到刑法第 95 条规定的第一种情形“使人肢体残废或者毁人容貌的是重伤”作为语义规则（2），但依然无法确定，砍断他人的左手拇指、食指与中指是否属于（2）中所说的“使人肢体残废”。这就需要再表述出“丧失手的机能，就属于肢体残废”（日常语言规则）、“如果手指失去作用，就会丧失手的机能”、“砍断他人的左手拇指、食指与中指，手指就失去了作用”（语义确证）这些处于（3）—（4）之间的规则。[66]

综上，在法律推理中，法律概念无法被简单地对消掉。这是因为：其一，很多时候并不存在既有的语义规则，法律概念的语义需要由解释者来确证；其二，很多时候即便有效地确认了语义规则，还需要通过其他解释性步骤将具体的个案事实与这些规则合乎逻辑地连接起来，这些步骤同样构成了对法律概念语义的澄清。不进行这些工作，就无法赋予特定法律事实以恰当的法律后果。

（二）法律概念与法律后果

罗斯用以支持法理论上规范主义的一个重要观点是，语词的定义既可以被替换为推论的条件，也可以被替换为推论的结果。[67] 例如，“假如 N. N. 吃了首领的食物，那么他就是

〔65〕 参见［德］罗伯特·阿列克西：《法律判决的逻辑分析》，载前引〔55〕，阿列克西书，第 15 页以下。

〔66〕 更详细的论证，参见雷磊：《为涵摄模式辩护》，《中外法学》2016 年第 5 期，第 1121 页以下。

〔67〕 另有一种观点认为，概念的意义部分通过对它进行推断时要满足的条件，部分通过从中可以推断出的结果来定义（Dag Prawitz, *Meaning and Experience*, 98 Synthese 134 (1994)），即 y = x + z。这种观点同样是错的。

图图”这句话就相当于“N. N. 是图图，因为他吃了领袖的食物”（如果 x = y，那么 y = x）。“假如 N. N. 是图图，那么他就应当经受净化仪式的洗礼”，这句话也可以被替换为“净化仪式的规范可适用于 N. N.，因为他是图图”（如果 y = z，那么 z = y）。这些语句都是等值的（因为，如果 x = y，且 y = z，那么 y = x = z）。这一等式也可以被运用于“所有权”的情形，即“所有权” = “合法购买” = “有权使用”。真的如此吗？

首先要指明的是，罗斯在将规范语句中的“如果……那么……”毫不怀疑地替换为“因为……所以……”时，忽略了两种不同性质的关系。规范语句之前件与后件的关系与事实命题间不同部分的关系具有性质上的不同。在事实命题 p→q 当中，联系前件 p 与后件 q 的是因果关系。例如，“如果苹果熟透了，就会从树上掉下来”。因果关系的典型特征是必然性，所谓有因必有果，有果必有因，联结其原因与结果的联系词为“必然”或“是”。相反，在规范语句 T→OR 中，前件（适用条件、法律概念）T 与后件（规范后果、法律后果）R 之间并不存在这种因果关系，它们间的关联是由人通过评价创造出来的，这种关系就是前文曾提到的归属关系。[68] 联结规范语句之前件与后件的联系词不是“必然”或“是”，而是“应当”，它用“O”来表示。所以，N. N. 经受净化仪式的洗礼并非 N. N. 被认定为图图的自然后果，某人可以使用某物也不是他取得对该物之所有权之后的事实后果，而是通过规范性评价被归属的后果。“应当”“可以”这些道义助词很典型地体现了这种特性。

更主要的是，将法律概念 y（T）与创制性规则所规定的适用条件 x（M）及后果性规则所规定的法律后果 z（OR）等同，本身就是错的。一方面，无论 x 来自于立法、日常语言、教义学还是当下案件中法官的确证，它往往只是构成了法律概念 y 的适用条件或辨识 y 的语义特征，本身并不等同于 y 的意义。某人合法某买了某物就取得该物的所有权，这等于说所有权就是合法购买吗？即便用合取式将所有取得所有权的方式都联结起来（$x1 \wedge x2 \wedge x3 \wedge x4 \wedge \cdots \rightarrow y$），也不能说“所有权”指的就是取得它的全部方式（$y = x1 \wedge x2 \wedge x3 \wedge x4 \wedge \cdots$）。除非 x 是对 y 的完全定义（$x \leftrightarrow y$），但在实践中这是比较罕见的。

另一方面，更不能将法律后果作为法律概念的意义。法律概念与法律后果之间可能存在一对多和多对一的关系。前者指的是一个法律概念可能会引发多个法律后果，如“所有权”的概念会引发有权使用、有权处分、应对损害负责等法律后果。后者指的是特定法律后果可以由多个法律概念所引发，或者说多个法律概念可能会共享同一个法律后果，如“有权使用”这一法律后果可能是由拥有所有权引发的，也可能是由拥有用益物权所引发的。因此，在法律逻辑上，通常用外延蕴含式（x）（Tx→ORx），而不用相互蕴含式（x）（Tx ~ ORx）来表示后果性规则。[69] 要将 T 与 OR 在语义上相等同，只能采取相互蕴含式。更重要的是，在法律推理中，个案法律事实符合法律规范中法律概念的特征，是引发特定法律后果的前提，而不是相反：个案法律事实应该引发特定法律后果，所以它符合特定法律概念。包含法律概念的法律规范通常只是一种外壳，或者说是引发当事人去实施被要求

〔68〕 Vgl. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (Studienausgabe der 1. Aufl.), hrsg. v. Mathias Jestaedt, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, S. 18, 34.

〔69〕 关于这两种蕴含式参见前引〔32〕，克卢格书，第 191 页以下。为了适合本文的语境，符号有所变动。

之行为的必要但非根本性的手段。而法律解释与推理通常涉及的是法律概念及其分析。例如，我国宪法第47条规定，公民有进行文学艺术创作的自由。它确保了“文学艺术创作自由”作为我国公民的一项基本权利的地位。与其他基本权利一样，这一基本权利要受到特定的法律限制，除了一般性的立法明文限制外，通说认为，在个案中相冲突的基本权利对它也会形成限制。但在冲突情形中，适用这一规范的前提恰恰在于弄清楚，“文学艺术创作自由”究竟是什么，或者更具体地说，文艺创作行为相比于经济行为、政治行为或宗教行为的特性何在。只有回答了这一问题，才能继续去判断：某种行为能否被归为“文艺创作行为”，从而作为基本权利获得宪法的保护；它是否因立法明文限制或与其他基本权利相冲突，因而要受到限制。对于这些问题的回答只能建立在分析“文艺”概念的基础之上。同样，法律实践中对于特定法律后果应否适用于特定案件事实的争论，很多也都是概念上的争议。在逻辑上，特定法律概念是引发特定法律后果的前提，而不是相反。

（三）法律规范的文义与目的

当然，上述论点或许会遭遇到一种反驳，它来自于所谓的“后果主义思维”：即便确定法律概念的意义，看上去是引发特定法律后果的前提，但在许多真实的情形中，尤其是需要由法官自己来确证法律规范之文义的场合，恰恰是因为法官想要将这一法律后果用于个案事实，所以他才会如此这般去解释法律概念。如果将后果视为目的之一种，那么后果主义思维就可以被刻画为这样一种实践三段论的形式：[70]

（1）目的Z应该被实现（或后果Z是好的）。

（2）对于法律概念T采取解释M有助于实现Z（或会导致后果Z）（或者：如不采取解释M，则无法达成Z）。

（3）因此，对于法律概念T应采取解释M（或者：法律概念T的文义应该是M）。

我们也可以将Z称为导致法律后果OR的规范性理由。正是这种目的或者说规范性理由促使法官去主张特定法律概念具有特定的语义。这么做就是为了满足这种规范性理由，继而意欲引发特定法律后果。所以，真正重要的依然是目的或后果，而不是法律规范的文义。这说明，作为法律规范文义的承载者，法律概念亦不重要，它最多起到的就是一种手段意义上的“玻璃窗”功能，透过它可以去找寻真正重要的规范性理由和后果。正是在此意义上，林达尔认为，法律概念应当统合起这样一些规范性联结的集合，它们不仅分享相同的法律后果，而且分享着相同的规范性理由。[71] 这里涉及对法律规范的文义与目的之间关系的理解。对此，既需要在本体论的层面上，也需要在方法论的层面上予以澄清。本体论层面涉及对法律本身的理解：法律是什么，它是规范的集合，还是目的的集合？对此本文无法展开详述。想要指明的是，过于强调目的论思想将忽视法律本身的重要性。法律最大的特点在于其形式性和一般性。法律规范的文义本身就很重要，它不仅仅是一扇通往其背后

〔70〕 参见王鹏翔、张永健：《经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色》，台湾《中研院法学期刊》第17期（2015年），第240页以下。要说明的是：其一，在王、张的论文中，目的论证与后果论证的形式微有不同，本文未作区分。其二，本文同时也根据主题与语境调整了部分表述。其三，笔者并不认为目的论证与后果论证是完全一样的，但这点对于本文也没有影响，所以不论。

〔71〕 前引〔60〕，Lars Lindahl文，第198页以下。

目的的透明玻璃窗，而就是法律本身。即便有时固守于文义会在个案中产生不公正的后果，但法律的任务并不只是在一个又一个的个案中去实现公正，它也要考虑宏观层面的制度价值，如法的安定性、平等对待和对法官自由裁量的拘束等。[72]

在方法论的层面上，需要区分两类情形：一是法律规范的文义与目的相协调，二是两者不相协调。在前一类情形中，法官的目的和后果考量与法律规范之文义解释是一致的，目的考量符合法律概念的语义。此时目的考量对于法官至多只是起到“启发式”的效果：法官在实际思考的过程中，受个人动机、情感、实用主义因素乃至偏见的影响意欲支持某个观点，并在此引导下发现既有的语义规则支持这一观点。在这种场合中，文义与目的不存在冲突。或许有人会认为，此时“真正起作用”的正是法官心理中的那种目的和后果考量，而不是见著于纸面的文义解释，后者只是“事后的正当化”而已。这里就涉及方法论上的一个经典区分，即法的发现与法的证立。前者是法律人思考得出某个法律结论的实际过程或者说“真实”过程，后者则是他对这个结论提供论据进行论证说理的过程。在实际过程中，直觉、偏见和价值偏好这些因素很可能影响到法律人就法律问题做出的判断，但它们属于法的发现的过程；在法的证立的层面上，法律人还需对实际上作出的判断进行合理化以证明其是“正确的”。证立可被视为一种对发现脉络中所提出之解释性假定的强化，其任务在于创设这样一种方式，它能确保在思维过程的出发点与结论之间引入一种无矛盾之体系或创设一系列正确的步骤，即对其进行理性重构。[73] 在法律适用过程中，一方面，法的发现与法的证立这两个层面可以相对分离；另一方面，法学主要研究的并不是法官事实上如何做出裁判，而是他如何证立其裁判。不是原因，而首先是理由，才是法学的研究对象。[74] 所以，即便目的考量是裁判的真实原因，也只有文义才是裁判的理由。

当然，目的思维也可能不仅停留于心理和原因的层面，而进入到理由和论证的层面。此时它就成为目的论证或后果主义导向的论证，前文中的实践三段论就是其形式。这种情况主要发生于文义与目的不相协调的情形中，它又可以分为两种场合：（1）文义不清晰、目的论证帮助裁判的场合。在这种场合中，根据语义规则无法确定个案事实 a 是否归属于法律概念 T，即 a 落入了 T 的中立候选域，因此应否引发法律后果 OR 不确定。此时，就需要文义论据之外的其他论据（如发生学论据、历史论据、体系论据等）介入，其中也包括目的论据，法官就要进行目的解释的工作。但文义于此并非毫无作用，一方面，文义毕竟为这种目的解释的活动划定了界限，超出文义框架外的“解释”，如将否定候选域的对象拉入概念之中，或是将肯定候选域的对象排除于概念之外，都是无效的；另一方面，个案中目的解释的结论可以沉淀为特定的法教义。尤其是，如果它成为通说，它对于后来审理同类案件的法官而言就将构成既定的语义规则。此时，法官无需再去进行相同的目的论证工作，而只需进行语义确认即可。（2）文义可以清晰涵摄个案或不涵摄个案，但目的论证要求超越文义进行裁判的场合。在这种场合中，根据法律概念 T 的清晰语义，个案事实 a 可以被确

〔72〕 参见［美］弗里德里克·肖尔：《像法律人那样思考》，雷磊译，中国法制出版社 2016 年版，第 19 页，第 38 页。

〔73〕 See Justyna Holocher, Kontext der Erfindung und Kontext der Begründung in der Wissenschafts und Rechtsphilosophie, 96 ARSP 469, 472 (2010).

〔74〕 前引〔25〕，Massimo La Torre 文，第 315 页。

定地归为T的肯定候选域或否定候选域，因此要求引发或不引发法律后果OR。但在目的论证中，为了追求目的Z而应当采取的措施M却可能超越T的语义：要么M比T的语义来得宽（a落入T的否定候选域，但Z所要求的法律后果却同样是OR），要么M比T的语义来得窄（a落入T的肯定候选域，但Z所要求的法律后果却是¬OR）。我们将前者称为文义的包含不足，而将后者称为文义的过度包含。为了追求个案公正，应对包含不足的主要方法是目的性扩张，而应对过度包含的主要方法是目的性限缩。有时，法官也可能会运用基于一般法律原则的法律续造，即传统上称为“反于法律的法律发现”活动。[75] 但无论采取何种方法，都必须在论证中考虑文义及其价值的反制作用。法官受“制定法的拘束”是裁判的一项基本义务，而制定法的拘束首先就体现为制定法文义的拘束。当法官追问，在什么样的个案中可以为了贯彻某些目的而作出逾越或违背制定法文义的判决时，他也必须超越个案去思考，进行这种法的续造是否会违反权力分立的要求。法官在依循目的论证作出合理和正确之裁判的同时，也必须尊重由文义所体现的立法者的权威（民主原则、权力分立与法安定性原则的要求）。这也体现在论证负担上：支持在规范文义范围内进行裁判者，只需指明个案事实落入规范的肯定候选域即可，而支持依据目的论证进行反于文义的裁判者，则需要证明存在着实质性的优势理由乃至重大的实质理由来进行法的续造。如果不能证立这一点，就不得进行目的性的法的续造活动。就此而言，文义虽无法构成适用或不适用特定法律后果的终局性理由，却对反对者施加了论证负担。

综上，法律概念在法律推理中发挥着首要功能。首先，很多时候需要由解释者对法律概念的语义进行确证或具体化；其次，特定法律概念是引发特定法律后果的前提，而不是相反；最后，法律概念的语义构成目的论证的界限，有时也会对目的论证施加论证负担。认为法律概念在法律推理中是可被对消的中项，完全由包含它们的法律规范来决定和穷尽的观点，是站不住脚的。

结　语

法律概念对于法律体系和法学而言具有根本性，甚至要比法律规范更为根本。法理论上的规范主义基于概念论上的唯名论，误解了概念以及法律概念的性质，贬低了它们在法律推理中的作用。同时，它也没有看到，法律概念在语义层面之外尚具有其他功能，尤其是认识论功能，及评价或证立的功能。这或许是规范性学科与纯描述性学科的最大不同。在伦理学上，如果某个行为被评定为“好”的，那么实施这一行为就是正当的。对于法学而言也很类似，库普曼斯曾说，“如果生物学家将一头鲸鱼归类为哺乳动物，而不是一条鱼，在事实的世界中这不会造成任何改变”，“但是，如果法学家将酒吧的一个高脚凳视为动产，而非不动产，他们的意思就是说，在酒吧老板破产的案件中，对这个高脚凳享有权利的不是作为抵押权人的银行，而是酿酒厂”。[76] 在这一意义上，法律概念始终是规范性

〔75〕 Jörg Neuner, Die Rechtsfindung contra legum, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, S. 1.

〔76〕 T. Koopmans, Denken en Doen in het Recht, in T. Koopmans, Juridisch Stipplwerk, Deventer: Kluwer, 1991, S. 68. 转引自［荷］扬·施密茨：《法学的观念与方法》，魏磊杰、吴雅婷译，法律出版社2017年版，第20页。

的，无论它们是来自日常语言还是专业语言。此外，即便是在语义的层面上，法理论上的规范主义也只是承认概念具有指涉（外延）这一特定的功能，而将语言表达的意义（内涵）排除在外，这是一种对于语言功能十分狭隘的理解。

总之，法理论上的规范主义颠倒了法律概念与法律规范的优先关系，因而是错误的。概念是思维的重要工具，法律概念是法律规范的基础，也是进行法律思维和推理的根本环节。无论是在立法还是司法实践中，都必须认真对待法律概念，这一切都离不开法理论的精细研究与智力支持。中国法理学界需要改变聚焦于法律规范研究的现状，重新加强以法律基本概念及其基本结构为中心的一般法学说的研究。〔77〕

Abstract: Currently the Chinese jurisprudence circle carries out far more studies on legal norms than on legal concepts. An important reason for this phenomenon perhaps is the influence of "normativism in legal theory". A strong version of this theory holds that, legal concepts have no meaning in themselves and thus no semantic references on their own, but are determined or even exhausted by the legal norms in which they are contained. We can use nature theory and function theory about legal concepts to refute this standpoint. In general sense, concepts are mental presentations of properties of things in human conception. As a tool of thinking, they could neither be reduced to words, nor be determined and exhausted by norms at the linguistic level. In the legal context, the semantic reference of a legal concept is a legal fact in the sense of institutional fact, and cannot be given any meaning by the pure inferential analysis of norms. Legal concepts play a primary role in legal reasoning: it is often the interpreters themselves who have to substantiate or concretize the semantics of a legal concept; specific legal concepts are the premise of special legal consequences; the semantics of legal concepts also delimits teleological arguments or imposes burden of argumentation on the latter, thereby constituting the basis of legal norms and the key links in both legal thoughts and reasoning. Now it is time for scholars in jurisprudence to enhance the studies on general juristic theory by focusing on legal concepts again.

Key Words: legal concepts, idealism, legal reasoning, normativism in legal theory

〔77〕 一般认为，"一般法学说"研究的是先验的法律基本概念与基本结构，及其一般基础（如功能、原则、结构、方法等），属于法律和法学基本概念的分析理论（参见刘幸义：《法律概念与体系结构》，台湾翰芦图书出版有限公司 2015 年版，第 9 页）。