

理想类型在法学领域的建构和实践

——以刑法典和刑法修正案的社会实效为切入点

郭 森

北京师范大学法学院, 北京

收稿日期: 2023年4月18日; 录用日期: 2023年5月9日; 发布日期: 2023年7月19日

摘 要

韦伯“理想类型”的社会学概念已经广为人知,但在作为社会科学的法学领域却少有人将其运用到法学实践中。笔者沿着社会理论法学的路径介绍了韦伯的“理想类型”的社会概念和方法论,并对该理论在法学领域的运用进行了运作探索。本文“理想类型”扮演了出于理论而适用于部门法实践的角色,笔者以刑法教义学的社会实效为切入点,对刑法教义学主张的观点——维护刑法典的规范性和权威性,在实践上进行了逻辑批驳。本文在刑法修正案的教义学问题的提出和解决上沿用理想类型的理念模型,在此基础上对具体化的社会理论的法学领域的实践进行了探索,以期提供社会理论法学在实践上对教义学的价值补充,为实质、具象上的社会理论法学发展做出贡献。

关键词

理想类型, 社会理论法学, 刑法教义学, 价值补充

The Construction and Practice of the Ideal Type in the Field of Law

—Starting from the Social Effectiveness of the Criminal Code and the Criminal Law Amendment

Sen Guo

School of Law, Beijing Normal University, Beijing

Received: Apr. 18th, 2023; accepted: May 9th, 2023; published: Jul. 19th, 2023

Abstract

Weber's sociological concept of "ideal type" is widely known, but few people have applied it to le-

gal practice in the field of law as a social science. The author introduces the social concept and methodology of the “ideal type” of Weber, and explores the application of this theory in the field of law. In this paper, “ideal type” plays a role applicable to the practice of department law out of theory. Taking the social effect of criminal law pedagogy as the starting point, the author maintains the standardization and authority of the viewpoint of criminal law pedagogy and logically refuted the criminal law in practice. This paper continues to use the ideal type of conceptual model in proposing and solving the doctrinal issues of the Criminal Law Amendment, and explores the practical application of concrete social theory in the field of law, in order to provide the value supplement of social theory law to doctrinal practice and contribute to the development of substantive and concrete social theory law.

Keywords

Ideal Type, Homos Prudence, Criminal Law Doctrine, The Value Supplement

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 社会理论法学与“理想类型”

1.1. “理想类型”概述

1.1.1. 理想类型的意涵

“理想类型”是德国社会学家马克思·韦伯的社会理论中最核心的概念和方法论[1]。理想类型不是对实际社会存在的概括，只是理论家为了分析现象、理解现实而构想的理论模式[2]。韦伯遵循其父意愿学习法律但在此之后便投入到了社会学的研究之中，并且作为古典社会理论的奠基人之一，韦伯的社会学方法论不仅有很高的社会学研究价值，对法学研究范式也起到巨大的补充价值。

事实上韦伯的理想类型概念的提出具有很深的法学背景，如前文所述韦伯受过系统的法学学科训练，并且深受法学思维的影响，“韦伯将这种法学的思维模式移植到社会科学，创造出了理想类型研究方法”，但理想类型的侧重点和法学的侧重点并不一致，而且加之韦伯对其的概念阐述和创造转化，理想类型可以出于法学而入于法学[3]。理想类型本身在概念的内涵上较难界定，在运用中其表现为研究者根据自身的经验在事实的基础之上选定一个问题，并根据问题的特征和范畴设计出这一问题的理想类型，然后根据此理想类型再去解释社会现象，从而解决与其有价值关联的问题。

1.1.2. 理想类型的运作

理想类型“分为‘分离’、‘抽象’、‘适用’三步骤”[3]。分离就是将问题从事实中有选择和有意地向地抽离出来，即将研究对象和研究分离开来。“抽象”就是运用一定的设计理念从经验材料和事实案例中归纳总结出具有统摄性的规律和理念模型，在此步骤中需要特别注意的是要与法教义学经常采用的实证主义方法区别开来，因为韦伯本身就是反实证主义学者。适用就是将理想类型与具体问题相比较，并找出问题与理想类型的差异和共性，在此基础上考察其合理性。

1.2. 理想类型在法学领域的适用方法

如前文所述，笔者虽不刻意超越事实和价值的二元范畴，但主观和客观的二元哲学架构在当代哲学

家的努力下已经取得了一定的松动，因此，贯通事实和价值的操作是具有可行性的[4]。法学学科最重要的两部分就是法律事实和法律要素，法律事实包括法律事件和法律行为，二者在法律关系中都是法律关系的客体，法律要素包括概念、规则、原则等。就像规则的出现需要纠纷的出现一样，法律要素的产生也有赖于法律现象的出现。诸多法律要素如同法律现象在历史中凝固下来一样，这种凝固需要主观地建构和筛选，因此，二者分别对应哲学二元论上的客观和主观。因此本文的叙述范畴也就集中在法律事实和法律要素之间。下面是笔者探索出的理想类型的适用方法，分为两步：

1.2.1. 事实抽象

进行事实抽象是运用理想类型思考和解决问题最关键的一步，因为抽象的结果就是理想类型的本体。此外，事实抽象并不像描述客观世界或归纳客观现象一样简单，如前文所言，理想类型并不是对存在的概括，而是提供理论模式。换言之，理想类型不是产生知识而是产生方法。进行事实抽象大致需要注意以下几点：

首先，注意经验材料、事实质料与提出问题的相似性与差异性。抽象的前提是要认识到问题与事物质料之间具有可操作性，并且这种可操作性不是主体主观臆想出来的，而是要以问题为面向去考察质料的有效性，其标准就是对问题的解决是否具体有益。

其次，要注意被抽象的基础材料的广泛性与针对性。哲学语境之中存在着一种“整全智慧”的概念可以很好地解释广泛性的合理性。整全智慧即要求研究人员找到观点、知识之间的互补性和关联性，以最大的限度找寻最妥当的智慧表现。在抽象材料的“整全”过程中，也要注意抽象的针对性，即抽象过程不仅要广泛，更要在一个可控的范畴内能够解决此问题。其标准就是对问题的解决是否有效。

最后，抽象主体要具备相对娴熟和高超的能力。“工欲善其事，必先利其器”。人类科学最终还是由人类发展和建构，一个学术从业者自身素质的高下会直接影响到其作品质量的优劣。在抽象事实的范畴里，抽象主体的视野完整度、思维广阔度、实践贯彻性等，即其自身能力对理想类型的生产具有至关重要的作用。

1.2.2. 价值关联

事实上，价值关联同时存在于事实抽象和理想类型适用两方面。价值关联需注意：

1) 价值无涉

罗卫东教授在韦伯《学术与政治》的导言里概括出了韦伯的观点：“真正严肃的社会科学作品所应该承担的功能只是把事实的逻辑关系解释清楚明白，其结论不应该涉及价值判断”[5]。这一观点貌似与价值关联的方法具有逻辑上的冲突，其实则不然，因为价值无涉和价值关联并不在一个概念层级上，价值关联是学术内部的具体方法论，而价值无涉是处理学术和其他社会领域(如政治生活和社会生活)所应该保持的态度。其次，价值关联本身并不做出判断，不带有自身意识形态，也不会污染事物的逻辑真理性。此外，韦伯在描述“意向”时，特别指出，法学这种学科的意向本身是带有价值判断的，因此那种带有价值判断的法学就不是韦伯所指的学术上的“法学”了，而是作为实然存在、受到社会其他因素影响的“法律”。

2) 价值优益

价值关联是抽象事实时必须考量的因素，价值关联在操作时除了要保持价值无涉之外，还要对价值面向的诸多方面加以比较。比较的前提是主体要认识到价值关联具有多个维度，而找出最具有意义的价值面向就是价值主体需要完成的任务。就此而言，价值关联对主体素质的要求也是较为严格的。

1.3. 理想类型的价值限度和力度

理想类型被设计出来并不是要妄自尊大地统摄和指导法学，而是提供一种思考的模式和解决问题的

方法论，因此有必要将作为社会理论的理想类型与法学分离开来，设置一定的界限。

1.3.1. 限度的界限

限度即是对社会理论提供方法的界限进行规定。社会理论不能在法学系统内任意畅游，因此要“根据是否基于法律理性、是否介入法律运作这一标准”^[6]理想类型只能在学术领域与法学商谈，而不能在法律运作，特别是法律实施的过程中对法学进行干涉。

1.3.2. 力度的界限

力度是指社会理论在何种程度上提供方法论。法律系统作为独立于其他社会系统的一种特殊系统，理想类型的适用应保持其系统的稳定和独立，但法学的这种独立性仅仅是作为一种治理工具和国家机器意义上的特性，而非广义的法。即基尔希曼所言：“法律独立于法学而自我存在，这是一条至关重要的定律。”^[7]社会理论对法学的干涉和干预不能干预到其和其背后的政治力量的具体的封闭的司法程序和稳定的政治运作，如果社会理论的力场干预到已经被大众接受的作为规范性法律文件的法律制度体系和已被大众参与的政治运作，那么社会理论的补充性便变为了主导性，这是超越学术的意识形态干预，具有极大的风险。

2. 部门法实践中的价值考量

2.1. 作为“语言”的“理想类型”

在规范的场域里事实可以作为理想的材料推动规范的完善，相反，规范的进展也能考察事实存在的“合法性(legality)”问题。那么事实和规范之间的桥梁是什么呢？或言在价值关联的过程中沟通客观和主观的中介是什么呢？在历史的发展过程中，语言便扮演了这一角色。“语言是处于‘主观’与‘客观’之间的中介，是‘存在的家园’，是本体论与认识论的共同核心”^[4]天生为沟通而生的语言能够很好地完成价值考量和价值补充的任务。因此作为社会理论同时作为方法论的“理想类型”主要任务就是将自己标准化和“商谈化”¹为一种贯穿法学和社会学的一种价值语言，在此基础上就能比较好地让作为事实实践的部门法实施和作为价值的法学规范进行沟通。

2.2. 实践中的“理想类型”之考察

2.2.1. 实在中的“自然”

如果说实践是以实在的事实和规范为基础的话，那么作为价值存在的规范就是自然的代言者，从古至今对实在和自然的二元划分都将二者区分开来，需要指出的是做出区分和比较的目的从来都不是让二者的场域互不干涉，而是寻求差异和定位二者的正确关系，并服务于人类社会的发展。如果将其中一方置于另一方之上，或者信奉其中的一元为另一元的决定者，就将二者的地位错置，其结果就是将二者割裂开来，并对二者本体造成实质伤害。笔者认为，实在和自然之间是有具体的联系和桥梁的，如前文所言，语言是客观和主观的中介，那么作为理想类型的法学学者对理想类型的思维设计就是实在法和自然法的中介和桥梁。

2.2.2. 刑法教义学困境

1) 作为“信仰”的刑法典

需要指出的是部门法教义学的国外发展历史远比我国部门法教义学的历史更加漫长，我国实质意义上的刑法教义学是伴随着1997年刑法典的颁布展开的，在我国刑法学家的解释和建构中刑法教义学在我国的建立逐渐成为刑法学者的共识。刑法教义学在立场和观点上和法教义学的基本观点基本一致，可以

¹取自于哈马贝斯的商谈理论和交互理性理论。

说刑法教义学的观点就是法教义学特性的突出表现。

刑法教义学的出现和一部相对健全的刑法典和一个开放稳定的学术环境关系密切，其次就是立法和司法之间的张力，让注重刑法解释的教义学发展得更加迅速。

对法教义学的信奉者而言，实在的法典就是其信仰的对象，“法典不是被用来批评的”的观点已经深入人心。刑法教义学就是上述观点的具体化，“在传统上，刑法教义学将现行刑法视为信仰的来源……对刑法教义学者而言，现行刑法就是《圣经》”[8]。但刑法典被信奉的事实却与实然变动的社会相错置。

首先，法律的诞生是基于纠纷的出现，作为解纷手段的法律是以社会关系的变动而改进的。将处理社会纠纷的规则固定为法典是法律规范性的需要，但将规则固定为代表价值的规范，那么当新的纠纷出现时，作为旧系统解纷规则的法律就已经超越了其原本具有的价值判断能力，因此此时的信奉就变为了路径依赖和抱残守缺。

其次，刑法典的规范价值会受到刑事政策的价值和目的的影响。如果封闭刑法教义学体系，那么刑法教义学就无法服务于正常的政治运作，如果开放刑法教义学体系，那么吸收刑事政策也是刑法吸收社会公共价值的表现，那么刑法典从逻辑上还是不应被信奉。

再次，刑法典的规范化是由立法者经由主观参与形成的。即使立法者的主观建构是符合民主程序和良善标准的，但客观化为具体规范的过程必然受到立法者自身特定的感性因素的影响，会受到其自身素质、价值观念、意识形态、主观好恶的影响。虽然刑法典是由立法者的合力产生的，但一旦被悬置为高于法律事实和社会事件的法典和规范，被信奉的法典就必然带有立法者个人主观的非刑法典自身应有的理性因素。

作为理想类型的刑法典应是在考虑到上述三因素而设计出来的。理想的刑法典的建构大致应该有以下对应上文的步骤：

其一，在事实抽象这一环节，首先要考虑到社会公众的价值取向和作为共同意志的公共政策的价值和目的，在刑法典设计之初就应当将多元的价值纳入其中，为之提供一个开放包容的价值吸收渠道，并为之提供一个可以容错的基础价值共识，以便社会发生价值变动时，为该变动提供生产和与其他价值共存的余地。

其次，要对社会纠纷解决规则的纳入保持一定的弹性。社会纠纷的解决规则虽然是法律规范产生的基础，但在不同的情况下它们既可以在不同的部门法范畴，例如民法部门、行政法部门发挥作用，也可以经由渐进的刑法建构渠道进入预备刑法的行列。社会纠纷的不同面貌是社会关系变动和社会生活方式的突出表现，开放科学的刑法典应当设置不同的规范化渠道，这些不同的规范化渠道应根据纠纷的不同性质指向不同的法律部门。

再次，在价值关联的环节，需要对法律生产人员的主观意向和公众意向进行合理分配。所在生产人员的主观意向就如韦伯所言是一种被行为人自己建构出来的意向，与公众意向这种偏向历史事实存在的意向。这种意向虽然是法律专业性和科学性的保障，但是却并非最适合调整作为整体社会纠纷的意向，因为公众的意向相比这种建构出来的意向更加客观，即使其距离真理更加遥远，到却是最符合整个社会的、具有共性的民主意向。

具体而言就是对立法者的主观建构行为加以规则，最好是根据社会纠纷的变动而建构具有弹性的标准。

2) 作为“补丁”的修正案

刑法修正案在中国的发展历史和刑法教义学一样短暂，刑法修正案的出台到目前为止一共出现了十一次，本文主要依据最新的刑法修正案(十一)和历史上争议较大的三个条文为叙述对象。

冒名顶替罪对刑法典连贯性的割裂。冒名顶替罪是最新修订的刑法典中轻罪的代表，冒名顶替罪设

置的背景是近年发现了我国 20 世纪 90 年代及以后出现了多起伪造、冒充他人学籍取得高等学历的案件。多起案件的轩然大波与我国民众对“寒窗苦读”的独特感情一同孕育出了冒名顶替罪。但仔细考察冒名顶替现象的出现其实主要是因为方式档案信息管理方式的落后和相关身份核实技术和制度不完备不健全造成的，当下电子档案管理技术十分成熟，对于这种历史纠纷进行立法仅仅具有象征性意义，是刑法典对公众的过度回应的产物。此法条的犯罪行为几乎已经无法出现，因此刑法典对犯罪持续规制的基础也几乎无法存在，因此即谓之其割裂了刑法典的连贯性。

高空抛物罪对刑法典体系性的割裂。高空抛物罪同冒名顶替罪一样也是轻罪法条的代表之一。高空抛物罪的出台目的是保护人民群众头顶上的安全，但头顶上的安全能否作为单独的权利却值得商榷，如果头顶上的安全成立那么乱丢垃圾造成他人摔倒的风险是否也可以被称为脚下的安全而在未来被规范化为刑法条文？此外，高空抛物罪规定在刑法分论的第六章妨害社会管理秩序罪，但事实上对高空抛物行为的立法遏制主要是为了维护民众头顶上的安全而非头顶上的秩序，这种分类范畴尚值得商榷。高空抛物罪的最高刑为一年且具有定量分析的条件——情节严重，这不仅与高空抛物罪的低档法定刑存在语言上逻辑冲突，还为高空抛物罪的存在打上了一个问号。因为该法条第二款明显是为了让高空抛物罪向以危险方法危害公共安全罪、故意伤害罪、故意杀人罪、重大责任事故罪过渡，这让人们对高空抛物罪本身保护的法律效力产生了疑问，高空抛物罪在某种程度上变为了一种导致其他罪名的前提罪名。这让原本只是一种特定行为方式的危害行为变为为了罪名，但该罪名又与其他罪名紧密联系，这就冲击了刑法的完备性和刑法规制的体系性。

危险驾驶罪对刑法典权威性的冲击。我国对犯罪行为的遏制是采用刑法——治安二级制裁体系，在危险驾驶罪入刑前，危险驾驶行为一直被作为行政力量的交通管理部门处理。危险驾驶罪入刑的其中一大原因是为了纠正和遏制行政手段的独断性与非正义性和由此带来的贪腐现象，但入刑以后危险驾驶罪导致的社会问题比原行政和司法问题更加严重。

总而言之，刑事责任背后具有沉重的社会连带责任。

首先，危险驾驶罪的犯罪主体一般都是经常驾驶汽车的人员，且一部分人是专职司机，这类人员受到的刑事处罚对其而言只是丧失一到六个月的人身自由，但随之而来的行政处罚——吊销驾驶证以及五到十年的禁考期，让以运输司机为职业的犯罪人丧失了收入来源和谋生手段，致使其承担的社会负担与刑事责任严重不符。

其次，轻罪的刑法污名化在性质上和重罪区别不大，犯罪人的子女入学、就业问题会因为原本为治安问题的违法行为变为犯罪行为，对其社会关系的损害也与其刑事责任不匹配。

再次，作为保障人权的刑法在立法时把定性分析和定量分析一同纳入犯罪理论内，但在保护法益时并没有将理论层面上的“量”和“性”置于同等重要的位置。多数人承担的抽象责任与不确定的少数出现的社会公众的安全权利是定量上的严重不匹配，换言之就是用明确的刑事责任制裁了危害行为造成的不明确的危害结果，这在定性上可能合理，但在定量上有失公允。

设置此种罪名，人们极有可能只会出于恐惧而不是因为内心信奉该法条是合理的而遵守，这对刑法典的实质权威性会造成负面影响。

综上所述，刑法修正案具有“补丁化”的倾向，我国许多学者也对刑法的情绪化、现象立法进行了批判和指摘，但本文还是尝试使用“理想类型”的理论对该问题进行分析 and 解决。

如同刑法典的理想类型设计一样，刑法修正案的理想类型建构，也应遵循事实抽象和价值关联这两个步骤，但刑法修正案是作为具体问题进行分析 and 解决，大致需要注意以下两点：

注意问题的指向性和问题能否被更加简便地解决，即效益性。具体问题的提出仍要对具体问题的事实进行归纳和抽象，但具体问题的指向性十分明确，因此指向性是基本的要求，但具体问题的效益性需

要考察的是作为调整具体社会问题的法条与调整整体社会问题的刑法典的关联与刑法典的整体效益的问题。法条的效益性应当服从更高层次的法规效益性，在合力中寻求价值规范力。

价值关联时要考虑到该问题主体即被保护者之外其他社会公众的价值取向。如果采用“家长主义”^[9]的功利方法，则一定要考察其必要性，不能认为被保护着的价值就一定能成为整个社会的价值共识。法理学中，在法与自由的关系中对自由干预的原则可以在此类比适用：确认该行为确实伤害了公共利益；对该行为进行规制是必要的、能够证明的；进行干预是最后可以适用的手段。

3. 余论

本文主要引介韦伯理想类型的方法论并将其与法学结合，在此基础上初步探索出了理性类型在法学领域的运作方式，并对以刑法为主的部门法教义学进行问题分析并提供了一定的解决路径。然而本文对理性类型的理论发掘和法学建构还远远不够，对社会理论法学的整体脉络和现代进路的把握还不够准确，对法教义学的当代转变还有待继续考察，因此笔者将在未来的学术生涯里对上述问题进行继续探索。正所谓：“士不可以不弘毅，任重而道远！”

参考文献

- [1] 张帅. 马克斯·韦伯社会科学方法论的“理想类型”方法[J]. 山西煤炭管理干部学院学报, 2007(3): 99-101.
- [2] 李强. 自由主义[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1998.
- [3] 蒋传光, 杨文杰. 马克斯·韦伯法社会学方法论探源[J]. 辽宁大学学报(哲学社会科学版), 2007(4): 146-150.
- [4] 杨帆. 法社会学能处理规范性问题吗?——以法社会学在中国法理学中的角色为视角[J]. 法学家, 2021(6): 30-44, 191, 192.
- [5] 马克斯·韦伯. 学术与政治[M]. 闫克文, 译. 上海: 上海人民出版社, 2021: 27.
- [6] 陆宇峰. 社会理论法学: 定位、功能与前景[J]. 清华法学, 2017, 11(2): 93-109.
- [7] 尤里乌斯·冯·基尔希曼. 作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲[J]. 赵阳, 译. 比较法研究, 2004(1): 140.
- [8] 张明楷. 许霆案的刑法学分析[J]. 中外法学, 2009, 21(1): 30-56.
- [9] 李石. 政治哲学十讲[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2019.