

创造法律世界的本体论拟制

俞海涛

摘要 目前法学研究较少关注法律概念和法律存在，法律拟制不仅有方法论意义，还有本体论意义，可以用来阐释法律概念和法律存在的性质。唯名论认为拟制体是需还原为实存体的占位符，否认拟制体的真实存在，忽略了法律概念的内在面向。道德（法律）虚构主义认为道德（法律）概念所指称的“古怪实体”并不存在，不过基于功用目的，需要假装相信其存在。唯名论和道德（法律）虚构主义都持一种单一的物质事实观，忽视了社会事实和制度事实的存在。制度法学在借鉴社会事实建构论的基础上，提出了法律存在是一种制度事实的本体论建议。从自然事实到制度事实是一个拟制的过程，制度事实具有拟制的结构，“存在的类推（拟制）”学说也为此提供了一种佐证。法律拟制创造了法律概念所指称的包括法律主体、客体、行为、事件等的法律世界。

关键词 法律拟制 法律概念 唯名论拟制 “古怪实体” 制度事实

作者俞海涛，上海社会科学院法学研究所助理研究员（上海 200020）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2025)08-0107-13

引言

受“法理论上的规范主义”影响，国内学界对法律概念的研究要远远落后于对法律规范的研究。^① 规范研究将“规则”或“原则”摆在了法律的中心位置，然而，“法律话语不仅关涉原则和规则，也关涉事物。法律事物是法律话语指称的具有典型特征的实体、事件和事态，诸如国家、法院、法人、信托、犯罪、判刑、权力、资格、文契等。将注意力重新聚焦法律事物能够对法律话语的本质有一种新的理解”^②。法律拟制是阐释法律概念、法律事物的性质的重要理论工具，其本体论意义尚待发掘。

目前学界对法律拟制的理解较为狭窄，主要可以归纳为以下两种。其一，立法表达技术。作为立法表达技术的拟制在大陆法系国家较为发达，“法定拟制是一种表达工具，其既可以实现指示参照的作用，也可以用来作限制或说明”^③。拟制性条款通常以“视为”为显性标志，“制定法中的‘视为’，是立法者基于特定的目的，针对微观层次的社会关系，所使用的具有特定外部标志的，有意地将明知为不同者等同视之的立法技术”^④。其二，裁判推理工具。作为裁判推理工具的拟制在普通法系国家较为发达，用来解决个案中法律与事

① 参见雷磊：《法律概念是重要的吗？》，《法学研究》2017年第4期。

② David Gawthorne, “Fictionalising Jurisprudence: An Introduction to Strong Legal Fictionalism,” *Australian Journal of Legal Philosophy*, 38, 2013.

③ 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2003年，第143页。黄茂荣也认为“法律上的拟制是法律观点的表现方式之一。它是重要的立法技术”。黄茂荣：《法学方法与现代民法》第5版，北京：法律出版社，2007年，第205页。

④ 刘风景：《“视为”的法理与创制》，《中外法学》2010年第2期。也有学者提出了拟制规范的更严格的认定标准，参见张焕然：《论拟制规范的一般结构——以民法中的拟制为分析对象》，《法制与社会发展》2021年第4期。

实不对称的问题。^① 国外较新的研究成果将其定义为对一个或多个操作性事实的“悬置”，继而赋予相关法律后果。^② 美国法学家富勒（Lon L. Fuller）将这些法官日常判案中运用的拟制称为“小拟制”（small fiction），并认为“拟制揭示了法律的病理。当一切顺利，法律规则严丝合缝地涵盖其意欲调整的社会生活时，拟制就无需出场”^③。英国法史学家梅因（Henry Sumner Maine）则从较为宏观的视角将法律拟制看作协调法律和社会的媒介或手段^④，这也是一种方法论立场。如果认为法律方法包括立法方法和司法方法，即“法律方法论可以划分为法律创制方法的学说和法律适用方法的学说”^⑤，那么，可以将目前对法律拟制的主流观点即传统法律拟制观点理解为“方法论拟制”。

相比于“方法论拟制”，学界对“本体论拟制”的研究较为缺乏。本体论是“关于一切实在的基本性质的理论或研究”^⑥，法律本体论探讨的是法律事物的存在性质，本体论拟制认为法律事物在存在方式上具有拟制的性质。国内法学界也有一些研究触及了本体论拟制，例如，讨论法人以及更一般的法律主体的拟制^⑦，所有权、知识产权的拟制^⑧，法律公布的拟制等^⑨，但这些仍属于个殊的而非一般的研究。只有个别学者认识到一般意义上的本体论拟制，如“法律拟制并非纯粹虚构，其毋宁是法律的本质属性。在拟制哲学的视野下，法律天然具有拟制属性”^⑩，“法律拟制……本身预示着法律的修辞属性”^⑪，因此可以说，学界还缺乏本体论拟制的自觉。笔者试图通过反思边沁的拟制理论和道德（法律）虚构主义，借助制度法学、社会事实建构论和“存在的类推（拟制）”学说，发现、勾连其内在理路，阐释一种作为本体论的法律拟制理论，以期拓展对法律拟制、法律概念和法律存在的认识。

一、唯名论拟制及其批判

英国哲学家边沁（Jeremy Bentham）对法律拟制的苛刻评论给人留下深刻印象，这种印象在一定程度上掩盖了其对拟制的深入研究。^⑫ 熟谙边沁和德国哲学家费英格（Hans Vaihinger）的拟制哲学的奥格登（C. K. Ogden）甚至认为，边沁要比费英格更为深刻、完备、透彻。^⑬ 要立刻说明的是，本部分并非考察边沁对传统法律拟制的观点，与对待司法拟制的苛刻态度相反，他认为拟制是人类把握真实世界的有用的、必要的建构性工具。边沁认为，拟制有两类，一是司法的拟制，二是逻辑的拟制；对于后者，他给予了极高的评价，甚至认为，没有这种拟制，人类的语言就是不可能的。^⑭ 边沁的不同态度要么显示了他理论内在的不一致^⑮；要么他将两者当作完全不同的领域对待，即他对法律拟制的厌恶源于他对现实政治法律状况的不满，而

① 我国司法实践中也存在拟制现象。参见孙光宁：《指导性案例中的法律拟制及其规制——从指导性案例 41 号切入》，《河北法学》2021 年第 8 期。

② 参见 Maksymilian Del Mar：《法律拟制与法律变迁》，俞海涛译，陈金钊、谢晖主编：《法律方法》第 26 卷，北京：研究出版社，2019 年，第 70 页。

③ Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, California: Stanford University Press, 1967, Introduction, p. viii.

④ 参见梅因：《古代法》，沈景一译，北京：商务印书馆，1959 年，第 16 页。

⑤ 恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，北京：法律出版社，2019 年，第 20 页。

⑥ 俞宣孟：《本体论研究》第 3 版，上海：上海人民出版社，1999 年，第 17 页。

⑦ 参见江平、龙卫球：《法人本质及其基本构造研究——为拟制说辩护》，《中国法学》1998 年第 3 期；胡玉鸿：《法律主体概念及其特性》，《法学研究》2008 年第 3 期。

⑧ 参见王家国：《所有权的拟制属性与社会功能——兼论“公的所有权”及其实现路径》，《法制与社会发展》2015 年第 4 期；卢鹏：《罗马法拟制思维与现代知识产权制度建构》，《华南理工大学学报（社会科学版）》2011 年第 5 期；赵建良：《论知识产权的法律拟制》，《电子知识产权》2014 年第 6 期。

⑨ 参见俞海涛：《法律公布制度：规范、原理与运作——以法律拟制及其限度为分析路径》，《交大法学》2017 年第 4 期。

⑩ 谢潇：《法律拟制的哲学基础》，《法制与社会发展》2018 年第 1 期。

⑪ 谢晖：《论法律拟制、法律虚拟与制度修辞》，《现代法学》2016 年第 5 期。

⑫ See C. K. Ogden, *Bentham's Theory of Fiction*, London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd. Broadway House, Carter Lane, E. C., 1932.

⑬ 参见杰罗姆·弗兰克：《法律与现代精神》，刘楠、王竹译，北京：法律出版社，2020 年，第 259 页。

⑭ 参见高新民、张卫国：《虚构、科学与真理——虚构主义关于虚构话语的“新思维”》，《江海学刊》2011 年第 2 期。

⑮ 弗兰克认为，“当谈及法律思维时，边沁顽固不化地保留了其对真相的过于简化的理念，且仍未能区分法律措辞中的法律谎言、拟制和迷思。”杰罗姆·弗兰克：《法律与现代精神》，刘楠、王竹译，第 259 页。

拟制理论从属于远离现实的认识论、本体论领域。^① 总之，边沁的拟制理论还需要重新挖掘、认真对待。

（一）实存体、拟制体与非存在体

边沁从思考语言中的名词开始思考“拟制体”^②，正如英国法学家威廉·退宁（William Twining）所说，边沁的拟制体理论本质上是一种语言理论。^③ 边沁认为一些名词仅仅是基于言谈目的而创造的，没有具体指称。名词不仅可以指称物体，还可以指称物体的属性和抽象物。在交谈中，谈论物体属性（如苹果的熟度和甜度）和抽象物（如法律或责任）就好像谈论物体（如一个人或一块石头）一样，其语法形式不能区分名词指称什么。语言运用无法避免混淆实存体（real entities）和拟制体（fictitious entities）的名称。^④ 为了搞清语言中名词所指称对象的性质，边沁发展了他的本体论体系，笔者先将其整理如下（图1），再加阐释。

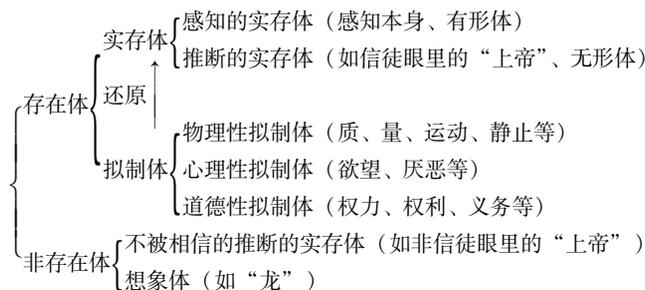


图1 边沁的本体论体系

边沁将“存在体”（entity）分为真实的存在体（real entity），即实存体，和拟制的存在体（fictitious entity），即拟制体。实存体是经验上的真实存在；拟制体是“为了交谈的目的被说成是存在的”对象，这个对象不意指真实存在，但是仍然是一个对象，在假装的意义上真实存在。^⑤ 实存体又可分为感知的实存体（perceptible entity）和推断的实存体（inferential entity）。感知的实存体可以被直接感知，不需要任何反思、推理。“严格来说，唯一真实的存在体是感知，边沁指出，在大多数情形，当物体或物质被认为存在于物理世界中时，用‘感知的实存体’指称‘有形体’，‘推断的实存体’指称‘无形体’更直白。”^⑥ 推断的实存体是那些不能被直接感知，需要反思和推理链条来确定的存在体，例如人的灵魂、上帝等。推断的实存体还取决于个人的信念，如果其相信一系列推理得出的结论，那么该思考对象就是推断的实存体；如果他不相信，那么该思考对象就是非存在体（non-entity）。

拟制体不能被感知，但它不是推断的实存体或非存在体。^⑦ 为了阐述拟制体与非存在体的区别，边沁引入了想象体（fabulous entities），例如各种神话或传说中的人与物。如何区分拟制体和想象体？要看其名称能否在心灵上唤起对应之物的意象，想象体的名称能，而拟制体的名称不能。想象体往往可以分解成几个部分，这些部分可以在经验世界中找到和被感知，但是谁都不能在经验世界中找到想象体本身（如“龙”）。换言之，想象体具有可感知性，如果想象体存在，它就可被感知，而对拟制体（如“义务”）来说，不具有可感知性。

拟制体有诸多子类。边沁将拟制体分为物理性拟制，包括运动、质、量、形式和关系等；心理性拟制，包括心灵的属性，如欲望和厌恶；道德性拟制，包括权力、权利和义务等抽象名词。^⑧ 笔者在图1中采纳了这个分类。也有学者认为边沁将拟制体分为物理性的拟制体和政治或准政治性的拟制体。物理性的拟制体包括第一序列的质料（Matter）、形式（Form）、数量（Quantity）、空间（Space），第二序列的质量（Quality）与变态（Modification）。政治或准政治性的拟制体包括诸原因（Cause）和诸效果（Effect），前者包括命令（Command）、

① See Maksymilian Del Mar & William Twining, *Legal Fiction in Theory and Practice*, Cham: Springer, 2015, Preface, p. vi.

② 中文语境中，拟制既能作为动词，又能作为名词，作为动词的拟制关涉拟制思维、拟制技术与拟制过程，而作为名词的拟制是作为动词的拟制的产物与结果，作为名词的“拟制”等同于“拟制体”。在边沁的本体论体系中，为与“实存体”相对，采用了“拟制体”的表述。

③ 参见威廉·退宁：《全球化与法律理论》，钱向阳译，北京：中国大百科全书出版社，2009年，第124页。

④⑤⑦⑧ See Philip Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford: Oxford University, 2006, p. 13, p. 23, p. 17, p. 13.

⑥ Philip Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, p. 16.

禁令 (Prohibition)、惩罚 (Punishment)、宽恕 (Pardon)、许可 (License)、保证 (Warrant)、判决 (Judgment)、遗产分割 (Division); 后者包括权利 (Right)、豁免 (Exemption)、权力 (Power)、特权 (Privilege)、实物占有 (Possession-physical)、法律占有 (Possession-legal)、财产 (Property) 等。^① 可以看到, 在这种分类中, 政治或准政治性的拟制体几乎都与法律概念、法律事物或法律存在有关。

(二) 唯名论拟制: 需还原为实存体的占位符

拟制体是这样一种存在体, 谈论它的话语的语法形式赋予了其存在, 但是它并非现实 (reality) 和真实 (truth) 的存在。^② 在人类交谈的最初阶段, 由于最为迫切的需要, 人类将名称用来指称真实存在的东西, 这种联系产生这样一个自然倾向, 即认为名词所指称的东西都是真实存在的, 但若认真审查就会发现, 许多名称其实什么都不是, 而只是拟制体的名称而已。^③ 拟制体只是为了言谈的便利而创造的。拟制体只存在于语言中, 进一步说, 因为语言是形成、固定、表达、交流思想的工具, 所以拟制体其实是那些没有现实对应物的思想。^④ 费英格称此类拟制为“唯名拟制” (nominal fiction, 或译为“名词拟制”)。费英格认为, 此类观念构造在先前被认为是真实事物的表达, 而如今则被认为仅仅是一种缩略名词——一系列相关现象和过程的综合表达。这些辅助性语词或说唯名拟制只是简洁的概括, 换言之, 这些拟制退化为纯粹的名词, 将大量的个别事物归于它的名下, 从而简化了表达方式。这些语词除了表达归于它名下的个别事物外, 别无其他。试图通过这些语词和观念理解事物的想法是很天真的, 它们不过是具体事物的同义反复 (tautologies)。^⑤

拟制体的名称无法通过指出所指称的东西来加以说明, 也无法通过属加种差的方式定义, 那么如何阐释它呢? 边沁的方案是分三步走, 一是补充 (phraseoplerosis), 二是释义 (paraphrasis), 三是还原 (archetypation)。下面以“义务” (obligation) 为例进行说明。第一步, 补充。将“义务”一词置于完整的主谓结构中, “一项义务 (主语) 是 (系词) 对一个人的施压 (谓语)”。第二步, 释义。“义务 (以某种方式行为) 是对一个人的施压”, 意味着如果他不以义务要求的方式行为, 就要遭受痛苦或丧失快乐。第三步, 还原。“义务”的原始意象是“一个人躺倒, 重物压在上面……”^⑥ 在第三步中, 可以看到隐喻的作用, 即抽象语词一般都是从有具体指称的语词引申发展起来的, “从词源的角度看, 绝大部分的概念和短语都是隐喻, 也可以说隐喻是概念的近亲或者远亲”^⑦。“义务”就是从“重物压身”的原始意象发展而来。通过这三步, 将包含拟制体名称的命题转换为包含实存体名称的相应命题, 通过展示与实存体的关系, 拟制体名称得到阐释。“任何一个拟制体都与某一实存体具有关系, 只有那一关系被感知到, 这一拟制体才能被理解。”^⑧ 换言之, 任何拟制体只有被还原成经验世界中的物体和苦乐感受, 才能得到理解; 如果不能被还原, 那么这个拟制体就是不存在的, 是一个非存在体。可见拟制体介于实存体和非存在体之间, 它不像实存体那样真实, 但也不像非存在体那样虚假。

将拟制体还原为与实存体 (最终是苦乐感受) 的联系是边沁哲学的特点。边沁认为, 一个名称是某种事物的名称, 而某种事物最终必定成为感官经验的某一具体感受。拟制体对于“言谈的便利”来说确实必要, 但清晰有效的言谈又要求人们知道拟制体名称的确切所指, 如果人们不能将它们还原, 把它们当作实存体的名称, 就会陷入可悲的混乱和蒙昧。^⑨ 为了避免这种混乱和蒙昧, 就需要功利原则的指引, “最大幸福原则的效用乃在于这样一个事实, 即它是对拟制的巨大消解”^⑩, 这种关于快乐和痛苦的理论有助于看穿社会研究和政治推理中随处可见的“拟制”。

综上所述, 可以总结唯名论拟制的四个特征。其一, 为言谈的便利而创造。谈论它的话语的语法形式赋予了其存在。其二, 拟制体的名称没有具体指称。该名称不过是语言中的一个占位符, 没有现实对应物, 换

①④ 参见张延祥:《边沁法理学的理论基础研究》,北京:法律出版社,2016年,第109、122—123页。

②③ See C. K. Ogden, *Bentham's Theory of Fiction*, p. 12, p. 17.

⑤ See Hans Vaihinger, *The Philosophy of "As If": A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, C. K. Ogden (trans.), London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd. New York: Harcourt, Brace and Company, 1935, pp. 36—37.

⑥ See Philip Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, pp. 23—26.

⑦ 刘风景:《法律隐喻学》,北京:中国人民大学出版社,2016年,第15页。

⑧ C. K. Ogden, *Bentham's Theory of Fiction*, p. 12.

⑨ 参见萨拜因:《政治学说史:民族国家》(下),索尔森修订,邓正来译,上海:上海人民出版社,2015年,第471—472页。

⑩ 萨拜因:《政治学说史:民族国家》(下),索尔森修订,邓正来译,第472页。

言之，它并非现实和真实的存在。其三，不可感知。它不像物体可被感官直接感知，也不是苦乐感受本身。其四，需要还原。拟制体不是非存在体，不是完全没有真实性，可以在它与实存体的关系中得到理解。

（三）对唯名论拟制的批判：法律概念不只是“图图”

那么法律概念和法律存在是不是拟制体？自然法学说认为法律是一个永恒不变的实存体，但边沁认为自然法就像“上帝”一样，那些声称知道上帝的人是在作无稽之谈，那些号称拥有自然法知识的人也一样。^①在边沁眼里，“法律可以定义为，由一个国家内的主权者（sovereign）所创制的、或者所采纳的、用以宣示其意志（volition）的符号（signs）的集合”^②。这些符号是连接行为和后果的占位符，它们是不可被感知、没有具体指称、只有还原为实存体才能得到理解的拟制。这是一种唯名论的观点，“边沁的知识论表明他是一个呆板的唯名论者”^③。

可以通过“图图”的例子来进一步说明唯名论的观点。一个原始部落有一种“图图”的信仰：如果有人杀死图腾动物或吃了首领的食物，触犯了禁忌，就会被部落的人叫作“图图”；他们认为“图图”是附着在有罪之人身上的危险力量或传染病，因此，成为“图图”的有罪之人必须接受特殊净化仪式的洗礼。对此，丹麦法学家阿尔夫·罗斯（Alf Ross）认为，如果去掉迷信色彩，“图图”不过是一种简化表达的技术，用“图图”将“触犯禁忌的人是图图”的条件和“图图要受净化洗礼”的结论连接起来。“图图”这个语词符号本身没有任何语义所指，它不外乎是一种幻觉，可以用任何其他语言或符号代替。罗斯认为法律概念都和“图图”一样，是没有自身意义和语义所指的傀儡，它们只有简化表达的功能，在推理过程中连接起不同的命题（法律前提和法律后果），然后自身在推理过程中被“对消”掉了。^④逻辑上能被消除是费英格定义拟制的一大特征，“图图”起作用的方式和数学拟制中的“虚数”一样，“虚数”也是在推算过程中被消除了。^⑤

“图图”只有还原为“触犯禁忌”与其后果“净化洗礼”才能得到理解；在边沁看来，法律概念也只有还原到行为与对行为的奖惩所带来的苦乐感受才能得到理解。换言之，边沁的观点近似于将“义务”等法律概念当成遭受惩罚或“恶害”之机会的一种预言或评估。对许多后来的理论家而言，边沁的这一理论极富创见，“因为它将一个难以捉摸的观念带回到现实之中，并且以清楚、可靠一如科学用语的经验性语言加以重述。的确，在‘义务’或‘责任’观念的阐释上，这样的做法有时被接受为除了形而上学的设想之外唯一的替代方案，而形而上学的设想将义务或责任当成是神秘地存在于日常可观察的现实世界‘之上’（above）或‘背后’（behind）之不可见的客体”^⑥。

然而，这种解释方案模糊或忽视了义务的“内在面向”或说“规范性”，没能揭示法官和民众通常使用这些概念的方式，没能揭示法律起作用的主要方式。“它在概念上颠倒了义务和约制间的关系；因为，按照通常的理解，施加约制是因为（由于）义务已经遭到违反，而非义务就是容易遭受约制。此外，人们宣称一个人负有义务，不是在预测将来对他或她的行为做出强制性反应，或者阐明关于将来对他或她的行为做出强制性反应的某种事实。确切地说，人们是在评价该人的某种行为，或者在说某种关于那种行为原因存在的事实。说边沁的分析没有揭示对义务的陈述的‘规范性’，通常就是对这一组批评的概括。”^⑦边沁对法律概念的分析站在了“外在观点”的立场上，忽略了接受法律的群体成员的内在观点。法律不一定非要还原到与实存体的关系——惩罚引起的苦痛，才能得到理解，一个简单的理由是，一个没有按照法律义务的要求行为却逃过了惩罚的人仍背负着这样的法律义务，法律并不因此消失。法律不仅构成预测惩罚的基础，而且还是证成惩罚的理由，群体成员用法律的标准评价自己和他人的行为。^⑧然而，边沁对法律拟制体（可还原为实存体的

① See Philip Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, p. 21.

② 杰里米·边沁：《论一般法律》，毛国权译，上海：上海三联书店，2013年，第1页。

③ 萨拜因：《政治学说史：民族国家》（下），索尔森修订，邓正来译，第471页。

④ 参见雷磊：《法律概念是重要的吗？》，《法学研究》2017年第4期。

⑤ 参见俞海涛：《凯尔森论拟制及其商榷》，见舒国滢主编：《法理——法哲学、法学方法论与人工智能》2023年第2辑（总第14辑），北京：商务印书馆，2024年，第193—194页。

⑥ 哈特：《法律的概念》第3版，许家馨、李冠宜译，北京：法律出版社，2018年，第141页。

⑦ 杰拉德·波斯特玛：《边沁与普通法传统》，徐同远译，北京：法律出版社，2014年，第354—355页。

⑧ 参见哈特：《法律的概念》第3版，许家馨、李冠宜译，第141页。

占位符)的看法过于强调外在可观察的行为反应,忽略了群体的内在“态度”,就像前文罗斯对“图图”的看法一样。事实上,“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”^①。特定社会的法律概念也像原住民视角下的“图图”一样,反映一种“真实状态”,即后文将详加阐述的“社会事实”或“制度事实”。

二、道德(法律)虚构主义及其反思

在唯名论看来,法律概念作为一种拟制体空洞无物,不过是一些连接行为和后果的占位符,并不指称什么“事实”。前文的分析指出,唯名论拟制忽略了法律概念的内在面向,法律概念指称一种“真实状态”。但是,在唯名论的本体论体系中,无法找到这种“真实状态”的位置。因为边沁认为物理世界独立于人类心灵,唯一真正存在的是物质。^②在这种单一事实观里,没有这种“真实状态”的存在空间。就此,唯名论与道德虚构主义(moral fictionalism)犯了同样的错误。^③将道德虚构主义的思想观点运用于法律领域就能形成法律虚构主义,因而揭示道德虚构主义的盲点也就揭示了法律虚构主义的盲点。

(一)“古怪实体”的缺位:道德(法律)虚构主义的前提

“虚构主义认为,某些领域(比如数学、模态论)中的理论言谈所涉及的对象在本体论上是不存在的,因此这些理论言谈都不是真的;然而我们却可以把它们作为像虚构作品中的言谈一样继续使用下去,因为这样做对生活实践非常重要和有益。”^④这种虚构主义观点可以追溯到费英格的拟制哲学,即认为拟制是有意的、有用的错误观念构造。^⑤虚构主义在科学领域得到运用^⑥,在道德领域也取得了重要成果,获得了极大的关注。^⑦总的来说,虚构主义的核心观点可以概括为认知和实践两部分:在认知上,它承认话语自身并非真实,也即没有现实的语义所指;而在实践上,却又秉持实用主义的态度,并不抛弃这些虚假话语。因为法律与道德共享一套词汇^⑧,同具规范属性,都是依赖心灵的、社会建构的产物,所以可以从道德虚构主义中敷衍出一种法律虚构主义。

道德虚构主义是为解决道德实在论所面临的本体论困难而提出的。道德实在论认为,道德概念指称一种实体,不符合这种实体构成道德判断、信念的真假标准。但是,这是一种什么样的实体?道德实在论的本体论困难在于,无论是休谟问题还是自然主义谬误,都揭示出道德与自然属性的差别,道德与事实之间存在着鸿沟。^⑨如果认为道德是不同于自然事实的一种“事实”,是存在于时空之外的柏拉图式实体,那么这一实体如何与我们所处时空之内的事实产生因果作用(被称为“因果隔绝难题”),我们又如何认识这一实体(被称为“认识难题”)?^⑩这些困难促成了道德非实在论的发展,其中又以非认知主义(noncognitivism)与谬误理论(error theory)为代表。非认知主义认为道德概念不是对事实的陈述,谈不上真假,它们不是在表达关于认知的信念,而是在表达情感、欲望等态度,既然道德概念并不指称某种事实,那么也就没有本体论负担了。

① 雷磊:《法律概念是重要的吗?》,《法学研究》2017年第4期。

② See Philip Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, p. 13, p. 22.

③ 英文 Fiction 既可以译为“虚构”,也可以译为“拟制”,学界将 fictionalism 译为“虚构主义”,此处沿用已有译法。“虚构”的使用场合更为多样,如文学、电影等,而“拟制”的制度与秩序意义更浓。其实,用“决断性虚构”来定义“拟制”还不够。参见卢鹏:《法律拟制正名》,《比较法研究》2005年第1期。“拟制”蕴含了“虚构”一词无法表示的“事实”一面,拟制是一种“虚构性事实”。

④ 黄益民:《道德虚构主义》,《社会科学战线》2008年第8期。

⑤ See Hans Vaihinger, *The Philosophy of “As If”: A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, pp. 97-100; Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, p. 9.

⑥ 参见高新民、张卫国:《虚构、科学与真理——虚构主义关于虚构话语的“新思维”》,《江海学刊》2011年第2期。

⑦ See David Gawthorne, “Fictionalising Jurisprudence: An Introduction to Strong Legal Fictionalism,” *Australian Journal of Legal Philosophy*, 38, 2013.

⑧ 参见哈特:《法律的概念》第3版,许家馨、李冠宜译,第56页。

⑨ 现实主义法学主张法律是一种“纯粹事实”,一切真实存在的事物只能是存在于自然时空之中的严格意义上的物理事物,因而同样面临休谟问题与自然主义谬误的诘难。

⑩ 自然法学说认为法律是超验的永恒不变的实体,因而也面临着因果隔绝难题和认识难题。

谬误理论与非认知主义不同。谬误理论认为道德概念确有所指，是在表达关于认知的信念，只是它所指称的事实是一种“古怪实体”（queer entity），这种“古怪实体”在世界中根本不存在，因而所有的道德概念、判断、信念都是错误的。具体地说，谬误理论由两部分构成。其一，认知主义的概念主张。道德概念是关于一种客观、绝对规定性事实的概念，因而道德陈述表达信念，具有真值。其二，非实在论的本体论主张。不存在客观且绝对规定的事实和柏拉图式的客观价值，“倘若存在客观价值，那么它们将是一种非常奇怪的实体或关系，跟宇宙中任何其他事物都截然不同”^①。道德要求是那些具有“内在地”要求做出如此行为的要求，而世界中发现的事态并不内在地包含这样的要求，它们本身具有“规范上的惰性”，由此世界不包含道德事态。^② 谬误理论的结论是，“世界上没有任何东西对应我们的道德概念，没有任何事实或属性使得道德判断为真。我们的道德判断全部为假”^③。

既然这个世界中不存在这样一种“古怪实体”，所有的道德话语都是一种错误，那么如何对待道德话语？显然，如果就此取消道德，将引发社会秩序的混乱。于是在谬误理论的基础上发展出了道德虚构主义。新西兰道德哲学家理查德·乔伊斯（Richard Joyce）认为道德虚构主义，一方面本着对真理负责的态度，不相信道德话语的真实性；另一方面保留原来的道德，“假装”这些道德话语是真实的，将其当作虚构作品一样继续使用下去，因为道德对自然进化和生活实践带来种种好处。^④ 他建议区分两种语境，即批判性语境和日常语境：在批判性语境中（例如在追求真理的哲学研究室内），应该本着对真理负责的态度，揭穿道德话语的虚假性；但是在日常生活中（在研究室之外），人们仍应从事道德实践，就像道德话语是真的那样去实践。^⑤

（二）寻找“古怪实体”：改变单一事实观

道德（法律）虚构主义建立在谬误论的基础上，谬误论的要点是不认为存在道德（法律）概念所指称的“古怪实体”。正因为认为不存在这样一种“古怪实体”，道德（法律）虚构主义才主张要像“入戏”一样过道德（法律）生活。但是如果能找到这样一种“古怪实体”，那么就不用像道德（法律）虚构主义那样费劲地做后面的补救工作，并且可以回到一种温和的实在论和认知主义的立场。

为此需要改变事实观。谬误论持有单一事实观，即自然存在物的客观事实。谬误论这样阐述“客观”：称一个东西是客观的，意味着它可以成为知识的对象；可以被知觉、认知；关于它的陈述具有真值；先于、独立于个人的偏好和选择，不由我们选择或决定的某种思考方式构成；外在于心灵；是某种可以“发现”、反思的东西。^⑥ 这是一种严格的实在论。“实在论的要义在于，某特定陈述类型中的每个陈述，其为真或非真不是依赖于我们的知识，而是取决于某种客观实在物，并且，这种实在物的存在和构造也是独立于我们的知识。”^⑦ 严格的实在论假定了一个本体论上独立于心灵的“客观实在物”。

然而，并非只有“客观实在物”称得上“客观”。正如美国哲学家约翰·塞尔（John Searle）所说，“实在世界的一些部分，世界中的一些客观事实，只是由人们的同意才成为事实。在某种意义上说，存在着一些只是因为相信其存在才存在的事物。……但是有关这些事物的许多事实不是你的或我的爱好、评价或道德态度问题。在这个意义上说，它们是‘客观’事实”^⑧。换言之，“许多种客体的存在和构造，是一个有关社会或文化产物的问题。没有理由否认有关这种文化客体的客观主义的可能性”^⑨。为什么要把客观事实的概念局限在自然事实、自然客体，而把社会事实、文化客体排除在外呢？诸如国家、货币、婚姻、合同、所有权、法人这类东西，显然不是个人意志就能决定其存在与否的，因而在这个意义上不是主观的，它们是一些客观事实；但是也应认识到，这类事实不能脱离人类而存在，具有主观性，如果世界上没有人，也就不会存在这类东西，它们与山川草木等自然物不同。^⑩ 多数人认为现实只有客观和主观两种，没有第三种可能，但其

①③ 亚历山大·米勒：《当代元伦理学导论》第2版，张鑫毅译，上海：上海人民出版社，2019年，第138、132页。

②⑥ 参见亚历山大·米勒：《当代元伦理学导论》第2版，张鑫毅译，第139、137页。

④ 参见黄益民：《道德虚构主义》，《社会科学战线》2008年第8期。

⑤ See Richard Joyce, *The Myth of Morality*, Cambridge University Press, 2003, pp. 190-194.

⑦⑨ 安德雷·马默：《客观性的三种概念》，安德雷·马默主编：《法律与解释：法哲学论文集》，张卓明等译，北京：法律出版社，2006年，第232页。

⑧ 约翰·R. 塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，上海：上海人民出版社，2008年，第3页。

⑩ 这就涉及“主观的”一词的两种含义，这个词既可以理解为任性随意，又可以理解为“与人相关的”。参见张世英：《哲学导论》第3版，北京：北京大学出版社，2016年，第62页。

实“现实还有第三个层次：互为主体（intersubjective）。这种互为主体的现实，并不是因为个人的信念或感受而存在，而是依靠许多人类的沟通互动而存在”^①。

（三）“古怪实体”的寄身之所：社会世界

社会中的道德和法律虽然不能脱离人而存在，因而与自然存在物存在区别，但也不是以个人意志为转移的。道德和法律的“古怪实体”就是一种介于绝对客观的自然事实与绝对主观的个人感受之间的社会事实。塞尔区分了三种现象：一是心灵现象，例如信念、希望、害怕、欲望、疼痛、焦虑等；二是独立于心灵的现象，例如山脉、分子和构造板块等；三是依赖于心灵的现象，这种现象并不位于人们的心灵之中，但依赖人们的态度，例如货币、财产、政府和婚姻等。塞尔指出，“对于像货币、政府、政党或期末考试这样的事物的建构，人们的态度是必不可少的。因此，由于这个原因，除开‘心灵的’和‘非心灵的’之间的传统区分，你还需要辨认出一类东西，可以说这类东西不像意图和疼痛那样本身是心灵的，但它们的存在在相对于意向性的意义上又是依赖于心灵的”^②。

我们可以采纳三个世界的区分，即客观世界、社会世界、主观世界——分别对应独立于心灵的、依赖于心灵的、心灵的三种现象，来说明“古怪实体”所寄身的位置。德国哲学家尤尔根·哈贝马斯（Jürgen Habermas）曾将言语行为分为三类。其一，记述式言语行为。这种语言的功能是表达事态，涉及主体与客体间的关系，对象是客观世界。其二，调节式言语行为。这种语言的功能是人际交流和沟通，涉及主体与主体间的互动，对象是社会世界。其三，表现式言语行为。这种语言的功能是表达主体内在情感和心理学体验，涉及主体的自我意识，对象是主观世界。^③于客观世界的自然事实而言，它们独立于语言，语言只能对其进行描述；但是于社会世界中的社会事实而言，语言不仅仅记述或描述，更重要的是，还参与构成社会世界（对此，塞尔花了很大篇幅来论证说明）。“古怪实体”即存在于第二项“社会世界”里。由英国哲学家奥斯汀（J. L. Austin）开创的言语行为理论为规范话语分析提供了有用的工具和新的哲学基础，“它尤其为伦理价值领域的特殊‘话语’争得了地盘。对这类特殊‘话语’不可僵硬地使用真假概念，其意义可用‘适当与否’来评价，因而不存在不可言说的‘神秘的东西’”^④。

综上所述，可以用表 1 揭示“古怪实体”的藏身之所。只要抛弃单一的物质事实观，“古怪实体”并非不存在，而且并不“古怪”，它是一种存在于社会世界中的、依赖于心灵的社会事实。如此一来，就不需要抛弃真理符合论了，因为不像谬误论所认为的那样——没有事实与道德和法律话语对应，而可以说道德和法律话语指称道德和法律事实。只是不能忘记这种事实确实和自然事实不同，它本身带有拟制的性质。

表 1 三个世界的区分

欲望、疼痛、害怕、意图等	心灵的现象	主观感受组成的主观世界	表现式言语行为
合同、货币、财产、婚姻等	依赖于心灵的现象	社会事实组成的社会世界★	调节式言语行为
日月星辰、山川草木等	独立于心灵的现象	自然事实组成的客观世界	记述式言语行为

注：★表示“古怪实体”的藏身之所。

三、作为制度事实的法律拟制

因为持一种单一事实观，唯名论拟制认为法律概念不过是一些占位符，需要还原为可观察到的物理行为、苦乐感受才能得到理解，因此，这些法律概念所指称的法律拟制体空洞无物，是纯粹的虚构；同样地，道德（法律）虚构主义也不认为存在道德（法律）的“古怪实体”，只是假装相信道德（法律）话语确有所指，然后奉行这些道德（法律）话语。简言之，“古怪实体”实际上空洞无物，也是纯粹的虚构。将拟制理解为

① 尤瓦尔·赫拉利：《未来简史》，林俊宏译，北京：中信出版社，2017年，第129—130页。

② 约翰·塞尔：《人类文明的结构：社会世界的构造》，文学平、盈刚译，北京：中国人民大学出版社，2015年，第16页。

③ 参见高鸿钧：《走向交往理性的政治哲学和法学理论（上）——哈贝马斯的民主法治思想及对中国的借鉴意义》，《政法论坛》2008年第5期。

④ J. L. 奥斯汀：《如何以言行事——1955年哈佛大学威廉·詹姆斯讲座》，杨玉成、赵京超译，北京：商务印书馆，2013年，译者导言，第xxi页。

纯粹的虚构并不恰当，社会世界的存在有其虚构性，也有其事实性，对法律拟制的最好理解是“虚构性事实”，更准确地说，是社会事实和制度事实。

（一）制度事实的拟制结构

法律本体论一直在规范与事实之间徘徊，对此，制度法学提出了一种本体论建议，即“法律的和与其他社会的事实是属于制度的事实的东西”^①。在阐述何谓“制度事实”（例如合同、婚姻、所有权等）时，需要将其与“原初事实”（brute fact，又译为“无情性事实”“原始事实”等）作比较。原初事实是组成物质世界的物质客体，有着空间上的位置和时间上的延续。制度事实虽然不是物质客体，但也是存在的，“它们全都表示这样一些事物，这些事物从法律的意义上看……经历了时间上的存在。合同、所有权、法人和婚姻有时间上的存在，尽管没有空间上的存在”^②；换言之，制度事实的“存在必须包括时间上的延续，这种延续不受特定的空间位置或特定的物理性质的影响”^③。制度事实的存在是有别于物质实体的一种精神实体或“思想客体”。^④这种精神实体或思想客体不是柏拉图式实体，柏拉图的唯心论将物质世界的存在看作精神世界的附庸，原初事实与制度事实的关系则恰好相反，制度事实建立在原初事实之上，从原初事实发展而来。“一般说来社会性事实（特别是制度性事实）是按层次构建的。可以说，制度性事实存在于无情性物理事实之上。”^⑤典型的例子是赋予物质客体非物理性质，如将一个金属器具当作“世界杯”，将一块木头当作棋局中的“马”。原初事实独立于人的心灵，制度事实的存在则需要特殊的人类制度。^⑥没有足球和下棋的比赛规则，就不会有“世界杯”和“马”的存在。同样地，如果没有司法制度，“法院不过是一座建筑设施，法官则不过是在这座建筑设施中工作的人而已”^⑦。制度事实“要通过参考一些规范性框架，看人们如何对这些物、事件以及行为进行解释……存在一个强大的法律规则或其他规则体系……如果没有这些规则，这些自然物就不具备（或者会丧失）目前的含义”^⑧。

制度法学借鉴了塞尔的制度事实概念。^⑨在塞尔那里，事实有一个等级分类系统。^⑩制度事实是如何从原初事实发展而来的呢？塞尔借助集体意向性、功能赋予、构成性规则三个构件来阐释制度事实的形成。意向性是心灵借以指向或关涉世界中的对象和事态的能力，这些对象或事态通常独立于心灵自身。^⑪集体意向性是一种从事集体行为时个人的意向状态，即“我们相信……”“我们意图……”。任何包含集体意向性的事实都是“社会事实”，例如，两人打算一起去散步的简单情形。制度事实是社会事实的特殊的亚层次，是社会事实中比较复杂的一种。集体意向性赋予原初事实以“地位性功能”是形成制度事实的关键一步。功能是相对于人的目的或价值而言的，人类有功能赋予的能力，例如，将一根特定材料、形状的器具当作“起子”来使用，但是“起子”还称不上制度事实。制度事实是一种地位性功能，通过“起子”和“货币”的比较可以清楚地看到这一点：只要人们把一根特定材料、形状的器具当作“起子”来使用，“起子”凭借其物理特征（材料、形状等）就能实现开瓶的功能，这被称为因果性功能，其功能的实现不需要额外添加集体的态度；但是一张纸币，单纯凭借其物理特征（材料、形状、图案等）并不能成为“货币”，只有在特定的制度背景中，人们赋予如此物理特征的纸张以“货币”的“地位”，集体接受与承认这种“地位”，纸张才能发挥货币的功能，这被称为“地位性功能”。此时，特定的材料、形状、图案等成为这种“地位”的标识。用简单的公式来表示就是：制度事实（如货币）= 物质载体+集体态度。

地位性功能（即制度事实）就是这样寄居在原初事实之上的，制度事实的形成过程蕴含着制度事实的内在结构。当形成制度事实的“制度”是法律规则时，形成的制度事实就是“法律事实”。法律事实同其他社会事实、制度事实具有相同的拟制结构。要说明的是，这里的“法律事实”不是狭义的法律事实，即引起法

①②③ 麦考密克、魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，北京：中国政法大学出版社，1994年，第13、63—64、14页。

④ 参见麦考密克、魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，第16页。

⑤ 约翰·R. 塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，第32页。

⑥⑩ 参见约翰·R. 塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，第25、103页。

⑦ 洋伟江：《法律是由规则组成的体系吗？》，《政治与法律》2018年第12期。

⑧ 尼尔·麦考密克：《法律制度——对法律理论的一种解说》，陈锐、王琳译，北京：法律出版社，2019年，第4页。

⑨ 两者的不同在于，塞尔将“制度”理解为“构成性规则”的体系，而制度法学将“制度”理解为“创制规则”“结果规则”和“终止规则”的体系。

⑪ 参见约翰·塞尔：《人类文明的结构：社会世界的构造》，文学平、盈俐译，第25页。

律关系产生、变更和消灭的行为或事件。作为制度事实的法律事实的范围要更加宽广，包括所有主体、客体、关系、行为、事件等，只要它们在法律的视野中，因而披上了法律的外衣，具有了法律的意义，那么它们就是法律事实。^① 法律事实并非自然事实，而是拟制的产物，或者说，法律事实就是法律拟制。英国法学家麦考密克（Neil MacCormick）就曾明确表示，他称为“制度事实”的东西是一个“拟制”。^② 我们可以在法律事实中找到如下拟制结构（图 2），这也是为塞尔所阐明的结构“X 算作（count as）Y”^③：

自然事实 (X) $\xrightarrow{\text{法律规则 (R)}}$ 法律事实 (Y)

图 2 制度事实的拟制结构

（二）“存在的类推（拟制）”学说的佐证

德国法学家阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）的法律本体论与制度法学有异曲同工之妙。考夫曼不仅在认识论层面，还在本体论层面谈论类推（拟制）。学界往往重视其方法论意义上的类推，而忽视其本体论意义上的类推。考夫曼将拟制等同于类推，认为“拟制的本质是一种类推”^④，“拟制终究无非是类推”^⑤。在为类推正名的过程中，考夫曼回顾了类推的思想史，继承了传统的“存在的类推”学说，并认为传统的“存在的类推”学说正好在费英格的拟制理论中得以延续。“存在的类推”学说认为，个别事物在其存在方式上既是同一的，也是差异的，因为它们以不同的方式分享了一个单一的存在，或者说，这一存在被类似地实现在世间万物上。正因如此，世间万物才有认识的可能性与必要性：若世间万物没有分享自单一存在的一致性，也即各自独立、分离、无关，就不会有比较的和认识的可能性；若世间万物均以相同的方式分享单一存在，也即万物同一、无差、皆为单一存在的复制，那么也就没有认识的必要性。简言之，事物间既不是完全不同，因而没有认识的可能性；也不是完全相同，因而没必要再去认识。故而，传统的“存在的类推”学说认为，本质认识、物自身认识是可能的，但不是单义的认识，而是类推性的认识。“存在物之间类推的前提是：存在物的一致性与差异性，统一性与多样性。”^⑥ “存在的类推”也即本体论意义上的“类推”，最好称之为“类似”或“相异”。因为在中文语境里，“类推”或者“类比”是动词，可以用来描述认识活动，而用来描述事物性质就会稍显别扭。考夫曼致力于用等置模式取代传统的涵摄模式，用类推的方法取代演绎的方法，之所以可以如此，就是因为事物在存在方式上“类似”。类似是一致性和差异性、统一性和多样性的调和；类似既非相同又非相异，而是同一与差异的统一、同一与差异的中点。

这种本体论观点既不是唯名论，也不是唯实论。唯名论认为只存在个别事物，事物之间没有一致性，不存在普遍的、一般的本质，所谓本质不过是人的主观捏造；唯实论则认为本质和个别事物一样是真实存在的。考夫曼持一种中间态度，并阐明了法律概念的类推（拟制）性质。可以用“法人”概念进行例释。对于法人的本质有两种截然相反的学说，唯实论认为其是实在团体人格或有机体，是一种具有人类特性的真实存在；唯名论认为其是纯粹虚构和杜撰，根本没有真实性。考夫曼反对这两种观点，认为“法人既非相同意义下的人，具有像人类（‘自然人’）般的这种现实结构，亦非一种欠缺真实性的单纯拟制，而是一种真实的构造物，——相较于人类而言——应将其描绘为类推意义下的人”^⑦。简言之，在考夫曼看来，法人是类推（拟制）人。类推意义上的拟制区别于“单纯拟制”即虚构，类推意义上的拟制“表达了一种真实，一种类似的真实”^⑧。可以说，考夫曼的“类推事实”与制度法学的“制度事实”有异曲同工之妙。考夫曼进一步指出法律概念都是类推（拟制）性概念，他认为，“实际上所有的法律概念，所谓的描述性概念亦同，都是类推的概念，因为它们绝非只是直观的事物，而只是一直（至少也）表达着一种精神上的，特别是法律上的意义……借以形成法定构成要件的所有概念都具有类推的特性”^⑨。类推（拟制）性概念的主要意义就在于可以

① 关于法律事实的不同定义，参见陈金钊：《论法律事实》，《法学家》2000年第2期。

② 参见麦考密克、魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，第121页。该书将 legal fiction 译为“法律的虚构”，宜译为“法律拟制”。麦考密克认为“虚构”一词不太恰当，因为该词无法区分“现实的虚构”（如现实生活中的合同）和“虚构的虚构”（如文学作品中的合同）。在中文世界里，“虚构”的应用场景要比“拟制”广泛，恰可用“拟制”指代“现实的虚构”。

③ 参见约翰·R·塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，第39页。

④⑤⑥⑦⑧⑨ 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”：兼论类型理论》，吴从周译，颜厥安审校，台北：新学林出版股份有限公司，1999年，第59、57、49、57、55、73页。

使“从感性世界而来的表达被移转到精神的事物上”，“超感性的对象只有经由类推概念加以表达，只有经由类推而成为一种类似的直观的对象”。^①换言之，作为类推（拟制）性概念的法律概念连接起了感性世界和法律世界，法律世界作为超感性的对象只有通过类推（拟制）性概念才能得以把握；或者说，类推（拟制）创造了法律世界。

（三）法律世界的构成

法律世界不同于自然世界或生活世界，自然世界与生活世界由自然事实和生活事实构成，而法律世界由法律事实构成。从自然事实或生活事实到法律事实，其实就是法律拟制的过程，或者用一个更加通俗但未经深思的概念来表达就是“法律化”的过程。法律拟制即从X到Y的法律化，或说赋予X法律意义、法律地位，使自然事实、生活事实成为法律事实，将社会关系转换为法律关系予以调整。Y无非就是法律意义、法律效果或法律上权利与义务的承担者。这种“法律化”、法律意义的“赋予”也可以说是法律地位的“归属”，这种归属就是一种拟制，美国法学家格雷（John Gray）在论及法律主体的拟制时说，“我们时常将此种归属称为拟制”^②。

法律拟制给自然世界、生活世界笼罩上了一层法律的色彩或法律的面纱。法律拟制将自然事实或生活事实法律化，将社会关系法律化，从而创造了法律世界。或者根据制度法学的“解释”视角来说，用法律的视角、尺度去观察自然事实、生活事实、社会关系，就看到了一个法律世界。“这些规范或规则（以复杂的组合形式）各自对在背景中的行为赋予意义、使之合法、加以管理甚至予以认可。”^③法律具有创设“虚拟事实”的能力，英国法学家杰弗里·萨缪尔（Geoffrey Samuel）指出，在社会行动者眼里，“人”“物”“损害”以及“过错”等概念是社会范畴，但作为法律概念和法律范畴，它们是一种超越了现实的“虚拟事实”；法律范畴是某种社会现实的生成性机制，法律形式具有能动性，可以借助法律形式构成社会事实。^④总之，“法律科学是一种有实际的事实性事态作为自己客体的话语，这种观点从根本上误解了法律思想……（法律）在事实世界的功能，与在法律世界的功能一样，正是这种法律的二元作用，使得法律具有创设虚拟事实的能力。像科学家一样，法律职业者的工作并不直接作用于现实，而是构造合理的现实模式，正是这些模式才构成法律话语的‘客体’”^⑤。

法律事实并非简单地反映自然事实和生活事实，而是在拉德布鲁赫所称的“目的论改造”下^⑥，发挥了人类心灵的主观能动性和创造性。立法者拟制了法律概念所指称的法律世界，在自然事实和生活事实的基础上创造了法律事实，具体包括法律主体、法律客体、法律行为、法律事件等。因此，本体论法律拟制又可以分为法律主体、客体、行为、事件等的拟制。

其一，法律主体的拟制。狭义的法律关系的主体是法律上享有权利、履行义务的个人和组织。传统法律拟制观点认为的主体拟制，如我国《民法典》第16条将“胎儿”拟制为具有民事权利能力，第18条将特别情形下的“未成年人”拟制为完全民事行为能力人。然而，本体论拟制还进一步认为，“出生”和“成年”的自然事实并不能自动成为“民事权利能力人”和“完全民事行为能力人”的法律事实，这仍然需要一个拟制的过程。法律主体的拟制中最典型的、引起最深刻讨论的当数“法人”。格雷认为，“将特定个人的意志归属至的那个社团究竟是真实之物，还是经由拟制而来的拟制实体？如果是拟制实体，我们便采取了双重拟制；首先凭借拟制创立一个实体，再用第二个拟制将特定个人的意志归属于这个实体。如果社团是真实之物，则我们只需要进行第二个拟制”^⑦。凯尔森则进一步指出，不仅“社团”“公司”是法人，“自然人”也是法人，“自然人并不是自然现实而只是法律思想的构造”^⑧。不过凯尔森沉浸在规范世界，认为法律主体是规范秩序

①⑥ 参见亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”：兼论类型理论》，吴从周译，颜厥安审校，第71、73页。

②⑦ 约翰·奇普曼·格雷：《法律的性质与渊源》，马驰译，北京：中国政法大学出版社，2012年，第27、45—46页。

③ 麦考密克、魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，第20页。

④ 参见马蒂亚斯·赖曼等编：《牛津比较法手册》，高鸿钧等译，北京：北京大学出版社，2019年，第805、807页。

⑤ Geoffrey Samuel, “Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences,” in *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Mark van Hoecke & Katholieke Universiteit Brussel (eds.), North Portland: Hart Publishing, 2004, p. 74.

⑧ 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京：商务印书馆，2013年，第155页。

的人格化拟制，我们则主张法律主体是一种制度事实。^① 随着人工智能的快速发展，人工智能的法律主体地位引发了人们的热议^②，类似的还有基于动物保护、环境保护的需要，是否赋予动物、环境等法律主体地位，这使得法律主体的拟制受到广泛关注。

其二，法律客体的拟制。法律关系的客体是权利义务所指向的对象，是主体间发生关系的中介。例如，在 2019 年《中华人民共和国药品管理法》修订之前，进口未审批的境外新药按假药论处。“未审批的药”并不符合该法对“假药”的一般定义，相反，正因为许多境外新药质量、疗效比国内好，才出现海外代购的情形。境外新药按假药论处，当然就属于拟制，但其实无论新药还是假药要成为法律上的客体，都需要经过拟制即法律化的过程。权利客体的拟制中最具代表性的要数知识产权客体的拟制，即将“知识”拟制为“财产”，并赋予权利，从传统的有体物财产权的观念中跳脱了出来，从而保护创新、推动经济社会发展。知识产权的拟制因为不同于传统财产权易被人理解，但是传统的财产权又何尝不是拟制？一块土地并不能自动成为所有权的客体，一块土地要成为所有权的客体，不单要一个人把一块地圈起来说“这块土地是我的”，还要社会的持续接受和同意。“土地”不是拟制的，但是“我的土地”就是拟制的，在自然状态中只可能有暂时的事实占有，“要使外在物成为自己的，只有在法律的状态中或文明的社会中……才可能”^③。

其三，狭义法律事实的拟制。狭义的法律事实指的是能够引起法律关系产生、变更、消灭的行为或事件。一是，对行为的拟制。传统法律拟制观点认为的行为拟制，如我国《民法典》第 145 条规定限制民事行为能力人实施超出其能力范围的民事行为，需要法定代理人的同意或追认才能生效，相对人可以催告，法定代理人对催告不作表示视为拒绝追认。法定代理人不作表示的行为与拒绝追认的行为并不能等同，但法律效果拟制为等同。又如，《民法典》第 159 条对条件成就和不成就的拟制，附条件的民事法律行为，当事人不正当地阻止或促成条件成就视为条件已成就或不成就，相应地，民事法律行为拟制为生效或失效。这些传统法律拟制观点认为的行为拟制只是一小部分，其实，法律指导并调整人们的行为，任何具有法律效果、法律意义的行为都有拟制的性质。学界通常根据行为在法律规则之先还是之后，区分调整性规则和构成性规则，那些由构成性规则所规定的行为（如交税）具有拟制的性质是较易理解的，但其实调整性规则也具有构成性，由调整性规则规定的行为也具有拟制的性质。例如，“杀人”在刑法的视域中就会成为需要负刑事责任的“谋杀”或“犯罪”，“‘不可杀人’这种调节性的规则产生了相应的构成性规则，即‘杀人，在某种情况下算作谋杀，而谋杀被视为可以处以死刑或监禁的犯罪’”^④。刑法中自然犯和法定犯的区分在逻辑上同样存在问题，事实上自然犯也是一种“法定”犯。二是，对事件的拟制。一些不以人的意志为转移的事件也可能引起法律关系变更，具有法律意义。这里不再举传统法律拟制的例子，而举一个塞尔用过的例子：当政府宣布一次地震或大火为“灾害”时，似乎地震或大火的物理特征就能表明其引起的“灾害”，但是“一场被宣布的灾害的功能就是使当地的受害者可以得到财政援助和低息贷款，而大火和地震本身并不会由于其无情性物理特征和物理性结果而产生货币”^⑤。地震、大火等自然事件不会自动成为法律上的“灾害”，只有存在构成性规则或通过立法者的拟制，它们才能具有法律地位，从自然事实变为制度事实。

余论

以往对法律拟制的认识多是从方法论的角度，即将法律拟制理解为立法或司法中的一种技术和手段，笔者则从本体论的角度阐释了法律概念所指称的法律存在的拟制性质。要说明的是，法律概念和法概念是有区别的。法概念回答的是“法是什么”的问题，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

① 参见俞海涛：《凯尔森论拟制及其商榷》，见舒国滢主编：《法理——法哲学、法学方法论与人工智能》2023年第2辑（总第14辑），第205—206页。

② 例如朱程斌、李龙：《人工智能作为法律拟制物无法拥有生物人的专属性》，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2018年第6期；杨清望、张磊：《论人工智能的拟制法律人格》，《湖南科技大学学报（社会科学版）》2018年第6期；骁克：《论人工智能法律主体的法哲学基础》，《政治与法律》2021年第4期；姐璐：《人工智能法律拟制主体地位再探——面向拟制哲学视角下的法律主体制度》，《北京理工大学学报（社会科学版）》2024年第4期。

③ 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，林荣远校，北京：商务印书馆，1991年，第68页。

④⑤ 约翰·R. 塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，第44页。

用的具体概念。^①不同的法概念论会有不同的法律概念主张。规范法学认为法是一种规范，那么法律概念就是构成规范语句的基本材料，而一些法律概念并非法律规范的必要组成部分，如凯尔森认为法律主体等法律概念（准确地说是法学概念）只是法学思维所构造出来的行为规范的实体化、承担者，需还原为规范。现实主义法学认为法是一种纯粹事实，那么法律概念只是一些没有具体指称、需要还原为纯粹事实的空洞语词。制度法学则认为法既不是纯粹规范也不是纯粹事实，而是制度事实；与之有异曲同工之妙的是考夫曼的类推理论，其认为法是应然与实然、规范与事实的对应和融合，这种对应和融合也正是制度事实的发生。在制度事实的本体论观点基础上，笔者认为，法或法律世界是法律概念所指称的法律存在或法律事实的总和，法律存在或法律事实是一种本体论拟制。在阐释本体论拟制的过程中，笔者考察并反思了边沁的唯名论拟制和道德（法律）虚构主义，因为秉持单一的物质事实观，其均认为拟制体和“古怪实体”并不存在。借助制度法学、社会事实建构论和“存在的类推（拟制）”学说，作为制度事实的法律拟制得以阐明，制度事实具有拟制结构，法律世界中的法律主体、客体、行为、事件等均系拟制而来。

考夫曼曾经完成了为“类推”正名的工作，他不仅将类推从漏洞填补方法之一隅扩展到了法律发现方法之全体，还将类推从方法论层面擢升到了本体论的层面；笔者提出拟制亦非仅为为一微末的法律技术，而关涉法律概念和法律存在的本质，拟制并非法律中的个别现象，而是法律存在的整体性质。总之，本研究借助各种拟制理论开发了一种对法律存在的新的认知视角。本体论拟制的一个意义在于揭示法律和现实之间的复杂互动机理，进而证成法的自主性。^②换言之，拟制性决定了法律和法治有其自身的逻辑。“法律产生不是为了适应社会，主要是改造社会。通过法律拟制所产生的法律体系，是脱离社会的产物。无论是行为规范、思维规则、机制体制等都是脱离‘自然社会’的塑造。对已经‘脱离’社会之法律的理解、解释和运用，需要依据法律的一般性、稳定性、固定性、体系性等发挥作用，而不能完全回到社会现实，纯粹用社会的眼光、科学的方法来决定法律的意义。”^③因此，本体论拟制也可为法教义学和社科法学之争提供新的思路，法律思维和法治思维的逻辑起点应该是法律自身，而不能“跳出”法律。^④本体论拟制的观点或可为法学研究带来新的启发。

（责任编辑：邱小航）

The Ontological Fiction That Creates the Legal World

YU Haitao

Abstract: Currently, legal research pays little attention to legal concepts and legal existence. Legal fiction not only has methodological significance but also ontological meaning, which can be used to explain the nature of legal concepts and legal existence. Nominalism holds that fictitious entities are placeholders that need to be reduced to real entities, denying the real existence of fictitious entities and ignoring the intrinsic dimension of legal concepts. Moral (legal) fictionalism argues that the “queer entities” referred to by moral (legal) concepts do not exist, but for functional purposes, it is necessary to pretend to believe in their existence. Both nominalism and moral (legal) fictionalism adhere to a single view of material facts, ignoring the existence of social facts and institutional facts. Institutional legal theory, drawing on the constructivist theory of social facts, proposes an ontological proposition that legal existence is a form of institutional fact. The transition from brute facts to institutional facts is a process of fiction, and institutional facts have a fictional structure. The doctrine of “analogy (fiction) of existence” also provides evidence for this. Legal fiction creates the legal world referred to by legal concepts, including legal subjects, objects, acts, and events.

Key words: legal fiction, legal concept, nominal fiction, “queer entities”, institutional fact

① 参见雷磊：《法律概念是重要的吗？》，《法学研究》2017年第4期。

② 参见俞海涛：《法律的拟制性》，《中国社会科学报》2021年9月29日，第A04版。

③ 陈金钊：《缘何需要正视法治逻辑？——法学基础研究的重要性》，《南开学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

④ 参见陈金钊：《返回拟制探寻法思维的逻辑起点》，《学术月刊》2021年第1期。