



# 刑事疑案适用法律方法研究

Study on Law Applying Methods of  
Controversial Criminal Case

任彦君 著



# 刑事疑案适用法律方法研究

Study on Law Applying Methods of  
Controversial Criminal Case

任彦君 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑事疑案适用法律方法研究/任彦君著. —北京: 中国人民大学出版社, 2015. 12  
国家社科基金后期资助项目  
ISBN 978-7-300-22119-9

I. ①刑… II. ①任… III. ①刑法-法律适用-中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 273573 号

国家社科基金后期资助项目  
刑事疑案适用法律方法研究  
任彦君 著  
Xingshi Yi'an Shiyong Falü Fangfa Yanjiu

|      |                                                                                                                                  |      |                     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|---------------------|
| 出版发行 | 中国人民大学出版社                                                                                                                        |      |                     |
| 社 址  | 北京中关村大街 31 号                                                                                                                     | 邮政编码 | 100080              |
| 电 话  | 010-62511242 (总编室)                                                                                                               |      | 010-62511770 (质管部)  |
|      | 010-82501766 (邮购部)                                                                                                               |      | 010-62514148 (门市部)  |
|      | 010-62515195 (发行公司)                                                                                                              |      | 010-62515275 (盗版举报) |
| 网 址  | <a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a><br><a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网) |      |                     |
| 经 销  | 新华书店                                                                                                                             |      |                     |
| 印 刷  | 涿州市星河印刷有限公司                                                                                                                      |      |                     |
| 规 格  | 165 mm×238 mm 16 开本                                                                                                              | 版 次  | 2016 年 1 月第 1 版     |
| 印 张  | 12.75 插页 2                                                                                                                       | 印 次  | 2016 年 1 月第 1 次印刷   |
| 字 数  | 221 000                                                                                                                          | 定 价  | 38.00 元             |

# 国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金项目主要类别之一，旨在鼓励广大人文社会科学工作者潜心治学，扎实研究，多出优秀成果，进一步发挥国家社科基金在繁荣发展哲学社会科学中的示范引导作用。后期资助项目主要资助已基本完成且尚未出版的人文社会科学基础研究的优秀学术成果，以资助学术专著为主，也资助少量学术价值较高的资料汇编和学术含量较高的工具书。为扩大后期资助项目的学术影响，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

2014年7月

## 序

随着传统法治理论受到各方面（尤其是后现代法学）的冲击，强制性、确定性观念逐渐在司法实践中出现了式微的趋势，同时，更具包容性和开放性的法律方法研究为此提供了一定的解决之道。<sup>①</sup> 法律方法的运用是增强判决公正性、妥当性和说服力的重要保证。在司法实践层面，我们需要进入一个“方法的时代”，以使人们信服和尊重裁判结果，树立司法的权威和公信力。

刑法的适用不是对刑法条文的机械套用，不是对号入座的过程。刑法不只是概念和逻辑的简单结合，而是一个复杂的系统，它包含着辩证性和创造性的东西；刑法的适用应立足于规则，但考虑实质正义、社会经验和具体情景而形成最终的判断。<sup>②</sup> 这个过程需要一些专业的方法或技巧。

作为法学研究中方法体系的总体架构，法学方法论一般包括两种具体的方法。一是法学研究方法。这主要是指法学理论研究所采用的技术性方法，如经济分析法、历史考察法、比较分析法、社会调查法等，这些方法为法学理论的提出、论证和检验提供有力的技术手段，以使“法学理论”具备创新性、时代性、客观性、开放性和可检验性等特征，从而提高法学理论的合理性与说服力。二是立法与法律适用的方法，即如何通过相对科学的技术性手段建立一个具体的法律制度，以及此种法律制度如何运用于实践中、如何面对具体的个案。<sup>③</sup> 本书主要讨论的就是刑法规范在刑事疑难案件裁判中的具体运用问题。

近年来，刑事热点案件的不断出现，既凸显了刑法规范方面存在的不足，也反映了刑法适用方面的问题。刑法的适用是一个技术性思维过程，

---

① 参见孙光宁：《法律论证中的可接受性原则》，载《法律方法》，第8卷，济南，山东人民出版社，2009，第371页。

② 参见刘艳红：《正义、路径与方法》，载梁根林主编：《刑法方法论》，北京，北京大学出版社，2006，第85页。

③ 参见胡玉鸿：《方法、技术与法学方法论》，载《法学论坛》，2003（1）。

它需要司法人员发挥主观能动性,运用解释、判断、衡量、推理、论证等方法,作出合理、合法并且可接受的处理结论。刑法适用方法是法官将刑法规范运用于具体的刑事案件并得出裁判结论的方法,即把刑法法条的内容与案件事实对接进行裁决的方法,它将规范的一般性规定体现于具体的刑事案件<sup>①</sup>,它包括案件裁判的思维方法和论证方法两个层面的内容。因此,刑法适用方法既是一个理论问题,也是实践问题。<sup>②</sup>如果没有科学的、系统的刑法适用方法做指导,在司法实践中,法官,尤其是初涉审判活动的新法官,会不得要领,审判结果会不甚理想,从而造成司法资源的严重浪费,也影响司法判决的既判力和严肃性。

公众热议的“许霆案”“天价过路费案”等,虽早已成为过去,案件也有了普遍能够接受的结果,对这些案件的讨论和分析也推动了刑法理论某些方面的发展,但反思一下,社会耗费了这么多的资源,只得到一个相对合理的判决结果是不够的,我们或许还应该从这些案件所反映的问题中获得更多有关规范的完善和理论发展的可能。<sup>③</sup>从现行司法背景来看,热点案例的不断出现,舆论对“公案”的关注,反映了刑法适用方法研究的不足,这一点已经引起一些学者的注意,认为仅仅讨论案件如何定性,不足以从热点案件中得出更有价值的东西,重要的是反思为何事实清楚的案件,在适用法律上观点争议会如此之大——刑法适用的方法论问题以及制度建构等更深层次的问题需要进一步理清。如果一个国家有法律但缺乏法律适用的方法、缺乏司法的专门技巧,法律也只是装点门面、铺陈摆设而已。<sup>④</sup>中国刑法学理论研究应转型为以实践为主,要实现“从纯粹说理到解决问题”的转型,提升刑法学理论研究的实践性。<sup>⑤</sup>也正是在这些公众热议的案件发生之后,笔者产生了对刑法适用方法作一些探讨的想法,目的在于反思一下现行刑法适用方面存在的不足,并进一步探讨、分析相对合理和科学的刑法适用方法论,尤其是刑事疑难案件如何得到合法、合理的审判结论。任何理论体系都是暂时的,而蕴含在体系中真正有价值的方法却可以启人心智并发展下去;任何理论观点都可能会随着社会的发展或

① 参见侯学勇:《我国法律方法论研究内容的变迁——以三对概念的对比为线索》,载《浙江社会科学》,2010(6)。

② 参见王桂萍:《定罪总论》,中国政法大学2003年诉讼法学博士学位论文,第119页。

③ 参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》,2009(1)。

④ 参见谢晖:《〈法律方法〉总序》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》,第2卷,济南,山东人民出版社,2003,第2页。

⑤ 参见齐文远:《中国刑法学该转向教义主义还是实践主义》,载《法学研究》,2011(6)。

时间的推移而变成过时的东西，而有价值的方法却能帮助人们找出独立探索的合理途径。可以说，一个学科成熟的标志在于其自身方法论的发展和更新。然而，长期以来，刑法理论界与司法实务界对刑法方法论的研究一直没有给予应有的关注。<sup>①</sup> 本书就是这样一种努力——寻求共同的法律话语平台和共同的审判思维方式。

目前，我国刑法学界对于刑事疑难案件裁判的方法论研究比较薄弱。法理学界对于法律适用方法研究较多，国外著作如拉伦茨的《法学方法论》（商务印书馆 2003 年版）、博登海默的《法理学：法律哲学与法律方法》（中国政法大学出版社 2004 年版）等，国内著作如葛洪义主编的《法律方法与法律思维》（法律出版社）、陈金钊的《法律方法论》（中国政法大学出版社 2007 年版）等。另外，关于法律方法的论文也不少，如苏力的《法条主义、民意与难办案件》[《中外法学》，《中外法学》，2009（1）] 等。这些研究成果从法理学的角度研究法律适用方法，具有广泛的适用性。不过，每一门学科都有自身的特殊性，刑法是最严厉的法律，涉及公民的重大利益，加上刑法理论的深入发展等原因，使得针对刑法的方法论尤其是疑难案件的裁判方法研究有进一步深入的必要；近年来一些公案的热议（如“许霆案”）更凸显了刑法适用方法研究的急迫性和重要性。针对刑法的方法论研究已有一定的成果，这些著作中，有的从宏观角度对刑法学方法的功能、刑法学的研究方法、研究视角以及研究方法的选择等问题作了深入研究，如曾粤兴的《刑法学方法的一般理论》（人民出版社 2005 年版）；有的从中观或微观角度对刑法方法论作了深入研究，对于刑法的教义分析方法、解释方法、推理方法等作了深入探讨的著作，如陈兴良的《刑法方法论研究》（清华大学出版社 2006 年版）、梁根林主编的《刑法方法论》（北京大学出版社 2006 年版）、陈航的《刑法论证方法研究》（中国人民公安大学出版社 2008 年版）、杨艳霞的《刑法解释的理论与方法》（法律出版社 2007 年版），等等。对刑法解释的语义分析方法以及有关技术问题实证研究的著作，如张明楷的《刑法分则的解释原理》（中国人民大学出版社 2011 年版）、吴学斌的《刑法适用方法的基本准则——构成要件符合性判断研究》（中国人民公安大学出版社 2008 年版）等。这些针对刑法学方法的成果从各自的角度对刑法的适用或研究方法作了深入的探讨和分析，对于刑法学方法论的理论发展和司法适用具有重要作用。整体来说，虽然法理学界对法律适用方法研究得不少，但刑法

<sup>①</sup> 参见刘艳红：《走向实质解释的刑法学》，载《中国法学》，2006（5）。

学界对于刑法的适用方法的研究有待深入。从法理学的角度研究法律适用方法具有广泛的适用性,但是,每一门学科都有自身的特殊性,并且,随着我国经济社会的转型,社会新问题、新矛盾不断出现,刑事公案层出不穷,由此司法部门提出案件的办理要注意法律效果和社会效果的统一,这种司法理念对于如何适用刑法规范提出了新的挑战,因此,考虑社会、经济和公民观念的发展,结合刑法学理论和法理学知识,对于刑事疑难案件如何适用刑法规范作进一步的研究,丰富刑法适用方法的理论,以指导刑事审判实践,具有重大的理论和实践意义。

本书的研究目的在于,在强调社会和司法背景的情况下,通过对热点案件争议观点的分析以及对一些刑事判决书的实证分析来找出刑事案件裁判中存在的问题,包括事实认定、刑法规范的寻找、大小前提的恰当对接、判决书的论证等刑法适用中的不足,以及一些案件的处理结果不能达到两个效果的统一的原因,进而,从宏观角度提出刑法适用的一些理念,从微观角度提出一些使大小前提恰当对接的思维方法以及判决书论证的方法等,以期丰富刑法适用方法论,为司法实践提供一定的指导。

本书秉持语境主义的研究进路,坚持法律规范的意义和运用要结合其语境(包括历史背景、各种关联因素等),不能孤立地理解法律现象、法律规范,注重特定社会中人的生物性禀赋、政策因素、各种利益关联以及社会经济发展水平的制约,在不反对基础主义思考方式的前提下,强调以具体分析问题和实际解决问题的方式来解决刑事疑难案件的审理难题,以保持刑事规范的生命力。对于疑难案件的刑法适用,笔者秉持实用主义的观点:社会科学理论是否切题、合理的检测标准是它的工作成效。具体到刑事疑难案件裁判方法的适用,其检验标准只能是它是否完成了使命,对裁判后的法律效果和社会效果是否有益。

由于本人学力有限,对于这样一个宏大的命题,只能从自己的有限学识和经验出发,站在能够论说的角度来分析一些问题,其中的不足会在以后的学习和研究中逐渐弥补、探索,因为这只是本人对于方法论研究的初步尝试。



# 目 录

|                        |    |
|------------------------|----|
| 引 言                    | 1  |
| 第一章 绪论                 | 4  |
| 第一节 刑法适用与法律思维方法        | 4  |
| 一、法律思维方法概述             | 4  |
| 二、刑法适用与法律思维方法          | 5  |
| 第二节 超越法律形式主义           | 6  |
| 一、法律形式主义及其局限性          | 6  |
| 二、实质主义——形式主义的超越        | 8  |
| 三、我国刑法适用的形式主义倾向        | 10 |
| 四、形式主义与实质主义在刑事审判中的统一   | 15 |
| 五、结语                   | 19 |
| 第二章 刑事疑难案件的特点与缘由       | 20 |
| 一、何为疑难案件               | 20 |
| 二、刑事疑难案件产生的原因          | 22 |
| 三、“疑难案件”是否有唯一正解        | 23 |
| 第三章 疑难案件的刑法解释方法        | 25 |
| 第一节 刑法解释的立场            | 25 |
| 一、刑法解释立场的理清            | 25 |
| 二、刑法合理性解释的制度性制约        | 31 |
| 三、刑法解释的边界              | 33 |
| 第二节 疑难案件的刑法解释方法        | 36 |
| 一、法律解释方法的种类            | 37 |
| 二、法律解释方法的选择            | 38 |
| 三、疑难案件的刑法解释方法          | 41 |
| 第四章 刑事疑难案件裁判思维模式解读及其应用 | 46 |
| 第一节 刑事疑难案件裁判思维模式解读     | 46 |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 一、概述 .....                      | 46  |
| 二、刑事疑难案件裁判思维过程分析 .....          | 46  |
| 第二节 刑事疑难案件中结果导向思维运用的实然与应然 ..... | 49  |
| 一、刑事裁判中结果导向思维运用的必要性 .....       | 50  |
| 二、刑事疑难案件中裁判思维的实然与应然 .....       | 52  |
| 第五章 类型思维在刑事疑难案件中的运用 .....       | 57  |
| 第一节 类型思维概述 .....                | 57  |
| 一、类型化思维的肇始——刑法类型化的发展过程 .....    | 57  |
| 二、类型化思维的体现——刑法体系的建构 .....       | 58  |
| 第二节 类型思维在刑事疑难案件裁判中的运用 .....     | 59  |
| 一、一则案例引发的问题 .....               | 60  |
| 二、类型思维与概念思维在刑法适用中的互补 .....      | 61  |
| 三、类型思维方法的适用标准 .....             | 65  |
| 四、类型思维在刑事疑难案件裁判中的运用 .....       | 69  |
| 第六章 利益衡量方法在刑事疑难案件中的运用 .....     | 72  |
| 第一节 利益衡量论概述 .....               | 73  |
| 一、利益衡量理论的缘起与发展 .....            | 73  |
| 二、利益衡量方法的运用场域 .....             | 74  |
| 三、利益衡量是否成为一种独立的法律方法 .....       | 76  |
| 第二节 刑事疑难案件中利益衡量方法的运用 .....      | 76  |
| 一、刑事疑难案件中利益衡量的必要性与存在基础 .....    | 76  |
| 二、利益衡量的前提与基本原则 .....            | 79  |
| 三、利益衡量方法在刑事疑难案件审判中的运用 .....     | 83  |
| 第七章 对话思维在刑事“公案”中的运用 .....       | 89  |
| 第一节 对话协商理论及其价值 .....            | 89  |
| 一、一则刑事“公案”引发的问题 .....           | 90  |
| 二、对话思维及其司法价值 .....              | 91  |
| 三、对话思维在刑事司法中的体现 .....           | 96  |
| 第二节 对话思维在刑事“公案”中的运用 .....       | 98  |
| 一、刑事“公案”的法律适用中对话思维的运用 .....     | 98  |
| 二、对话思维在刑事判决书论证中的运用 .....        | 102 |
| 三、结语 .....                      | 104 |
| 第八章 逆向定罪思维在刑事疑难案件审判中的运用 .....   | 106 |
| 第一节 定罪思维模式概述 .....              | 106 |

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 一、定罪过程的诠释学循环·····              | 106 |
| 二、定罪判断的思维模式·····               | 108 |
| 第二节 逆向定罪思维在刑事疑难案件中的适用·····     | 110 |
| 一、问题的提出·····                   | 110 |
| 二、量刑与定罪的关系·····                | 112 |
| 三、刑事疑难案件审判中逆向定罪思维的适用·····      | 117 |
| 第九章 刑法漏洞及其处理·····              | 124 |
| 第一节 刑法漏洞概述·····                | 124 |
| 一、一则案例引发的问题·····               | 125 |
| 二、刑法漏洞的表现与产生原因·····            | 126 |
| 三、刑法漏洞的分类·····                 | 133 |
| 四、真正刑法漏洞与非真正刑法漏洞的界分·····       | 134 |
| 第二节 非真正刑法漏洞的处理·····            | 136 |
| 一、刑法非真正漏洞的处理方法·····            | 136 |
| 二、刑法漏洞处理与罪刑法定原则的关系·····        | 142 |
| 第十章 法律修辞及其在刑事判决中的运用·····       | 144 |
| 第一节 法律修辞学概述·····               | 144 |
| 一、法律修辞学——一种法律论证理论的发展历程·····    | 144 |
| 二、法律修辞学的特征·····                | 146 |
| 三、修辞论证的目的和功能·····              | 148 |
| 第二节 修辞方法在刑事判决中的运用·····         | 150 |
| 一、刑事判决中修辞运用的必要性·····           | 150 |
| 二、修辞方法在刑事判决中运用的现状·····         | 152 |
| 三、刑事判决中修辞方法的运用技巧·····          | 157 |
| 四、结语·····                      | 159 |
| 第十一章 刑事判决书论证的结构和方法·····        | 161 |
| 第一节 判决书论证的结构和基本方法·····         | 161 |
| 一、司法实践中判决书论证的现状·····           | 161 |
| 二、判决书的论证结构·····                | 162 |
| 三、判决书中的逻辑论证——形式向度·····         | 163 |
| 四、判决书中的修辞论证——实质向度·····         | 164 |
| 五、判决书中的对话论证——程序向度·····         | 165 |
| 第二节 以吴英集资诈骗案刑事判决书为样本的论证分析····· | 166 |
| 一、逻辑论证·····                    | 168 |

|                                 |            |
|---------------------------------|------------|
| 二、修辞论证·····                     | 169        |
| 三、对话论证·····                     | 170        |
| <b>第十二章 疑难案件中刑法适用的评价标准·····</b> | <b>171</b> |
| 第一节 刑法适用的评价标准·····              | 171        |
| 一、刑事裁判的合法性·····                 | 171        |
| 二、刑事裁判的合理性·····                 | 172        |
| 三、刑事裁判的可接受性·····                | 174        |
| 第二节 疑难案件裁判评价分析·····             | 178        |
| <b>第十三章 刑法适用走向方法时代之路·····</b>   | <b>185</b> |
| 第一节 刑法适用方法研究回顾·····             | 185        |
| 一、概述·····                       | 185        |
| 二、研究成果总结、回顾·····                | 186        |
| 第二节 刑法适用方法研究的简单评价与展望·····       | 191        |
| 一、刑法适用方法研究成果评价·····             | 191        |
| 二、刑法适用方法研究展望·····               | 192        |
| <b>后 记·····</b>                 | <b>193</b> |

## 引 言

我国学者习惯性地认为司法实践一直以来都受到我国实质法治的影响,但是,近年来,我国的法学研究和司法实务受到西方概念法学、规则中心主义等的影响比较大,越来越注重法律规范的制定和各种法典的完善,相对忽视了如何将规范运用到具体案件中的研究。从司法实践看,我国的法官还没有形成自觉运用法律方法的意识或习惯。方法的欠缺使得一些热点案件暴露在赤裸裸的权力争夺的表面。<sup>①</sup> 面对刑事司法实践中出现的大量实际问题(热点案件和理论困惑),法学界的理论研究成果,不管是从数量还是从质量看,也不管是从理论解释力还是从实践指导力看,都难以尽如人意。问题出在哪里呢?笔者认为,这与法学理论方面“辞旧迎新”时期还没有系统而完整的方法论体系有直接的关联,尤其是与没有一套深入、成熟的具有实践品格的法律方法体系相关。<sup>②</sup> 近年来,由于司法实践中出现的一些法律适用问题以及实用主义法学的兴起,法律方法<sup>③</sup>在我国法学界开始受到重视。目前,在司法实践中,对法律方法的运用还处于不自觉状态,尤其是遇到刑事疑难案件时,更凸显了法律适用方法的欠缺。这主要表现为选择适用于当下案件的法律规范的思路不够明确:如何将案件事实与规范恰当对接;遇到法律规定本身模糊、多解、有歧义时,如何选择和运用解释方法;在多种解释并存时,如何以利益衡量方法得出

---

① 参见陈金钊、吴丙新、焦宝乾、桑本谦:《关于“法律方法与法治”的对话》,载《法学》,2003(5)。

② 参见黄竹胜:《法律方法与法学的实践回应能力》,载《法学论坛》,2003(1)。

③ 法律方法与作为理论研究手段的法学方法,虽同属于广义的法学方法论的范畴,但其旨趣和实践面向却有很大的差异。法学方法无论是实证分析方法还是价值评价方法,都只是对法律实际生活进行理论抽象和学理解释的方式,其提供的产品是理论性的而不是实践性的,这些法律理论有助于提升人们的法律认识能力和法律思维结构,但对于具体司法行为,其作用方式是间接的、宏观的。相形之下,法律方法则具有直接的实践指向,是否掌握有效的法律方法或是否运用科学、合理的法律方法,法律活动的结果会有很大的差别。另外,法学方法对法律现象是解释性的,而法律方法对法律活动是应用性、指导性的。

最优结论，等等。

方法来源于实践经验的总结又作用于未来的实践，所以方法既是实践的产物又是实践的开始。<sup>①</sup> 技术意义是法律方法的首要意义，法律方法的价值主要在于其工具性功能。法治是规则之治，但“徒法不足以自行”，适用是规则的生命，规则向判决的转化需要各种法律方法。理论和方法相互依存，某种理论如果无法从方法论层面上予以检验，就不能算是有用的理论，换句话说，没有方法支撑的理论，只能是一种无法结果的理论。<sup>②</sup> 法律制度、法律知识为人们思考和处理法律问题提供了基本的前提，如何将已有规则和法律知识与司法实践中的具体问题联系起来并提供具体的解决方案，需要各种方法和智慧。法律知识与现实世界并不是一一对应的关系，法律方法和法律人的主观能动性对案件的具体解决有着重要意义。在英美法中，法律方法<sup>③</sup>主要是指法官在案件裁判过程中解释法律和逻辑推理的技巧或手段，具有“实践技艺”的特点。将法律规范适用于具体案件的过程不是仅仅借助于逻辑涵摄即可完成的，它还是需要各种方法支撑的、能动的实践活动。<sup>④</sup> 法律方法就是得出正当裁判的方法，即法律适用的方法。法律方法是法律适用中必不可少的技巧，它为法官裁判案件提供了规范寻找、法律解释、论证、推理、利益衡量等一系列从进入案件到作出判决书这一全过程的各种手段。法律方法的实用价值还体现在它能够使法官按部就班地从事司法运作，提高审判效率，尽快从解决法律问题的各种不同方案中找出最优选择，以减少大量试探性工作，降低司法活动的成本。法律方法以法律思维的方式发挥作用，将事实与规范进行恰当对接，使判决得以形成，并使判决正当化，在具体情境中体现法的公正性，实现形式正义和实质正义的统一。另外，法律方法具有效率价值，能使各种法律问题及时有效地得到处理，也节省各种成本包括司法成本。<sup>⑤</sup> 法律方法具有理性论证的功能：它是法律人论证说理的必要形式。通过运用一定的法律方法，司法人员向当事人、社会公众以及其他受众证明自己的结论或论证过程是正确的。法律修辞学、逻辑推理、对话协商等都是法律论证过

① 参见王新生：《法律方法的技术意义和规范意义》，载《甘肃政法学院学报》，2007（2）。

② 参见陈金钊：《追问法律方法论学科的意义》，载《法学论坛》，2003（1）。

③ 法律方法（legal methodology）指“在某个特定法律制度之内可用来发现与解决具体问题或者具体争议的原则和规则的方法之总和”（《牛津法律大辞典》）。

④ 参见刘荻：《论司法的合法性与法律商谈》，上海师范大学2011年硕士学位论文，第26页。

⑤ 参见王新生：《法律方法的技术意义和规范意义》，载《甘肃政法学院学报》，2007（2）。

程中的有效方法。司法人员主要以三段论的逻辑推理为基础,结合常识、常理和相关知识进行一定的说理,使法律活动的各方参加者达成必要的共识或妥协,从而减少不必要的纷争,提高法律问题的处理效率。此外,法律方法也具有形式功能。获得可以接受的司法判决是法律方法的主要目标之一。由于多元价值的存在,共识也只能建立在形式的意义上,而这种法律形式也就是维护法治平衡所必需的。<sup>①</sup>

刑法适用方法是法官将刑法规范与案件事实对接形成判决结论的方法,即把刑法法条规定的内容具体运用于案件裁判的方法,它使法律的一般性规定体现于具体的刑事案件中,它包括思维方法和操作方法。<sup>②</sup> 刑法坚持罪刑法定原则,并不意味着法官要扮演“自动售货机”的角色,刑法的适用绝非案件事实与法律规范的机械对号入座,它需要司法人员的主观能动性,需要去发现罪刑规范,对事实进行归类,并运用一定的方法去推理论证。大陆法系实行的是制定法制度,其主导的思维方式是演绎推理,即司法三段论。但是,纯粹的三段论推理并不能够实现司法的正义,或者说,演绎推理不保证判决的正当性,原因主要是推理的大小前提并不是一目了然,或者说不是那么容易确定,总是需要借助其他的方法,甚至法官的“内心确信”,以及“目光在事实与规范之间往返流转”来确立推理的大小前提。另外,司法也不是一个单纯的运算过程,它包含着价值判断或利益衡量,是一个对话的辩论过程。<sup>③</sup> 总之,裁判的过程是一个技术性思维过程,其间要运用解释、判断、衡量、推理、论证等方法,以作出具有合理性和合法性的处理结论。

① 参见王新生:《法律方法的技术意义和规范意义》,载《甘肃政法学院学报》,2007(2)。

② 参见王桂萍:《定罪总论》,中国政法大学2003年博士学位论文,第119页。

③ 参见王瑞君:《刑法解释:为刑事个案裁判提供推理大前提》,载《山东社会科学》,2008(5)。

# 第一章 绪 论

## 第一节 刑法适用与法律思维方法

### 一、法律思维方法概述

思维是指人脑对思维的对象所产生的概括性反映，它是一种与语言有关的理性认识过程。<sup>①</sup> 法律思维是法学研究和司法实践中最为重要的思维形式，其影响着人们对法律问题的基本判断。对于法律人来说，法律思维的过程就是运用法律知识、经验和法律方法解决法律问题的过程。法律思维具有思维的一般特征，同时，又比一般思维有更为特殊的内涵。何为法律思维？广义的法律思维是指社会主体在与法律相关的社会活动中所运用的某种思维模式，它既包括法律职业共同体的思维方式，也包括非法律主体的思维方式。<sup>②</sup> 狭义的法律思维是指法律职业共同体的思维方式（本书取其狭义），特指法律人运用法学理论、法律知识、形式逻辑，并按照法定程序进行思维的活动。对于法律思维的概念，可谓仁者见仁、智者见智，本书不详细介绍，只借用其中一种作为概念的界定：“所谓法律思维方式，就是按照法逻辑（包括法律规范、原则和精神）来分析和解决社会问题的思维方式。”<sup>③</sup> 法律思维的过程不仅仅是一个对法律问题进行技术操作的过程，更是一个通过具体问题对法律进行思考和再认识的过程。

---

① 参见吴俊明：《法律思维：和谐社会建构的法律观念保障》，载《理论建设》，2009（4）。

② 参见吴俊明：《论影响我国社会主体法律思维生成的因素及其消解》，载《法学杂志》，2010（4）。

③ 郑成良：《法治理念与法律思维》，载《吉林大学社会科学学报》，2000（4）。



本书所称的法律思维方法是指以司法适用为中心,针对个案如何得出判决结论的思考方法,即应用法律的方法。这种思维方法是法律适用的技巧。在具体个案的审理中,必须依据科学的思维方法,根据法律知识、经验等作出合法合理的判决结论。本书所说的法律思维方法包括两个方面:一是案件裁判过程中的操作方法,如定罪方法、量刑方法,等等;二是有关刑法运用的理论方法,如刑法解释方法、逻辑推理方法以及论证方法等。<sup>①</sup>

## 二、刑法适用与法律思维方法

一般认为,演绎推理是法律适用的基本逻辑模型,司法三段论通常是案件推理的基本框架。但是,司法三段论的演绎推理只是案件推理中的一种总体框架模型,对一个具体案件的裁决来说,显然是不够的。司法的起点是一般的法律规范,以及特定的事实;司法的终点或目的是就个案事实作出了一项裁判。但是具有普遍性的法律规范并不完全对应于多样的个案事实,因此,一般化的法律与个案裁判之间不能建立直接的推论,法律适用就需要一个理解应用的过程,即法律思维过程<sup>②</sup>,以解决若干不同的法律和事实问题,形成精确的大小前提及法效果。

法律适用是司法实践的核心,而刑法适用的关键则是对法律思维方法的掌握。因为在所有领域,方法对于问题解决具有决定性意义。在具体案件的审理中,仅仅依赖演绎推理难以保证结论的妥当性,结论的妥当性主要取决于大小前提是否能够恰当对接,而如何将大小前提匹配,或者说寻找到合适的刑法规范以及将事实恰当归类,则是演绎推理无法解决的,必须借助于一定的法律方法。

以曾经成为舆论热点的许霆案为例:从形式上看,其中的定罪推理和量刑推理都完全符合三段论的规则要求,然而依据演绎推理的形式作出的判决却不能够得到大多数人的认同。问题出在哪里?正如有学者所言,许霆案所反映出的问题远远不是“定罪是应该的,但判得太重,法律效果和社会效果结合得不太好”<sup>③</sup>,还在于法官是否运用了恰当的法律方法;也不仅仅在于其适用了刑法中的特殊减轻制度,而在于如何不动用这一制度

① 参见刘治斌:《法律思维:一种职业主义的视角》,载《法律科学(西北政法学院学报)》,2007(5)。

② 参见王渊溯:《法官在法律适用中的地位》,载《法律方法与法律思维》,第4辑,北京,法律出版社,2007,第163页。

③ 《检察日报》,2008-03-12,第4版。