

以刑制罪 基本问题研究

YIXINGZHIZUI JIBEN WENTI YANJIU

赵运锋 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

以刑制罪 基本问题研究

YIXINGZHIZUI JIBEN WENTI YANJIU

赵运锋 著

本书受上海市高原学科（监狱学方向）的资助



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

以刑制罪基本问题研究 / 赵运锋著. —北京: 法律出版社, 2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0604 - 3

I. ①以… II. ①赵… III. ①刑法—研究—中国②刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D924.04②D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 029492 号

以刑制罪基本问题研究

赵运锋 著

编辑统筹 财经出版分社

策划编辑 解 钊

责任编辑 解 钊

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 18

字数 240 千

版本 2017 年 3 月第 1 版

印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0604 - 3

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录



引 言	// 001
第一章 西方现实主义法学观梳理	// 006
一、现实主义法学的内涵及流变	// 006
(一) 现实主义法学的内涵	// 006
(二) 现实主义法学的流变	// 008
二、霍姆斯的现实主义法学观念	// 010
(一) 司法经验主义	// 010
(二) 逻辑形式主义	// 011
(三) 行为预测理论	// 013
三、波斯纳的现实主义法学脉络	// 014
(一) 法学理论的开放性	// 015
(二) 司法经验的至上性	// 017
(三) 法律知识的预测性	// 018
四、卡多佐的现实主义法学思想	// 019
(一) 重视社会效果	// 019
(二) 主张价值摄入	// 020
(三) 倡导法官造法	// 021

第二章 现实主义法学属性评析 // 024

一、主张司法能动主义 // 024

二、倡导结果导向主义 // 027

三、关注法理实质主义 // 030

四、重视司法经验主义 // 033

第三章 现实主义法学对刑法的影响 // 038

一、现实主义与法条主义之争 // 038

二、现实主义法学对德国刑法的影响 // 042

(一) 预防必要性的引入 // 043

(二) 客观归责理论构建 // 045

(三) 积极一般预防的提倡 // 048

三、现实主义法学对我国刑法的积极影响 // 049

(一) 现实主义法学在司法政策上的影响 // 050

(二) 现实主义法学在刑法理论上的影响 // 051

(三) 现实主义法学在司法实践上的影响 // 053

(四) 现实主义法学对刑法解释的影响 // 054

四、现实主义法学对我国刑法的消极影响 // 057

(一) 现实主义刑法观可能导致类推 // 057

(二) 现实主义刑法观缺乏民主制约 // 059

(三) 现实主义刑法观易导致犬儒主义 // 061

第四章 传统罪刑关系下的司法困境 // 063

一、传统罪刑关系的内涵 // 063

二、司法三段论的弊端 // 067

(一) 大小前提不确定 // 067

(二) 价值判断缺失 // 068

(三) 司法经验缺乏 // 069

(四) 小前提不真实 // 071

(五) 逻辑悖论的存在 // 072

三、由罪生刑不能有效解决疑难案件 // 073

四、由罪生刑不能有效实现罪刑均衡 // 075

五、由罪生刑不能顺利获得公众认同 // 079

第五章 以刑制罪司法逻辑理论的提出 // 082

一、以刑制罪理论的发展演变 // 083

二、以刑制罪理论的内涵厘清 // 084

三、以刑制罪与实质解释 // 088

四、以刑制罪的法哲学属性 // 090

第六章 以刑制罪理论的法理基础 // 095

一、结果导向主义 // 095

二、主体能动主义 // 097

三、法律实质推理 // 101

四、言语行为理论 // 103

五、罪刑关系的互动性 // 105

六、刑罚决定罪名论的批驳 // 109

第七章 以刑制罪司法逻辑的语言学基础 // 114

一、以刑制罪的语言学因素 // 114

二、以刑制罪司法逻辑与语用学进路 // 115

三、以刑制罪适用的合作原则 // 118

(一) 量的规则 // 119

(二) 质的规则 // 121

(三) 意义相关性 // 122

(四) 意义表达清晰 // 124

四、以刑制罪结论规制的有效举措 // 125

(一) 罪与非罪维度的分析 // 126

(二) 此罪与彼罪的区分 // 127

(三) 量刑是否合理 // 128

第八章 以刑制罪司法逻辑的理性反思 // 130

一、以刑制罪是一种法律思维方法 // 130

二、以刑制罪不违背罪刑法定原则 // 135

三、以刑制罪不会普遍适用于司法实践 // 138

(一) 刑法规范具有交叉性 // 140

(二) 刑法规范具有模糊性 // 141

(三) 刑法规范具有滞后性 // 143

四、以刑制罪不会破坏罪刑均衡原则 // 144

五、以刑制罪有利于体现价值判断 // 146

六、以刑制罪符合刑法教义学诉求 // 149

(一) 从国内的刑法教义学发展考察 // 149

(二) 从大陆法系的刑法教义学考察 // 151

七、以刑制罪有利于界分犯罪构成 // 153

第九章 以刑制罪司法逻辑的政策属性 // 156

一、刑法教义学的政策面向 // 156

二、刑法教义学中的政策要素 // 163

(一) 政策自身的规范性 // 163

(二) 政策因素的目的性 // 164

(三) 政策作用的单向性 // 166

三、刑事政策进入刑法教义学的路径 // 168

第十章 以刑制罪司法逻辑的法律效应 // 175

一、有利于体现法律效果 // 175

二、有利于体现协商式司法 // 178

三、有利于体现宽缓性刑事政策 // 182

四、有利于体现司法能动性 // 184

五、有利于体现司法合理性 // 187

第十一章	以刑制罪司法逻辑的价值体现 // 190
	一、传统司法模式的完善 // 190
	二、宽严相济刑事政策的贯彻 // 193
	三、刑法谦抑性的体现 // 195
	四、刑法实质解释的构建 // 199
	五、司法公众认同的体现 // 202
第十二章	以刑制罪司法逻辑的适用路径 // 205
	一、以刑制罪与个罪构成的司法判断 // 206
	二、以刑制罪与罪名选择的分析裁量 // 209
	(一) 以刑制罪与竞合犯不能发挥作用的案件 // 209
	(二) 以刑制罪适用于非竞合犯的领域 // 211
	三、以刑制罪与量刑情节的选择考量 // 215
	(一) 加重量刑情节的适用 // 215
	(二) 减轻量刑情节的适用 // 216
	四、以刑制罪与轻罪重罪的司法判断 // 218
第十三章	以刑制罪司法逻辑的适用原则 // 220
	一、以刑制罪司法适用的必要性原则 // 220
	二、以刑制罪司法适用的合法性原则 // 224
	(一) 以刑制罪不违背罪刑法定原则 // 224
	(二) 以刑制罪适用的运行机制构建 // 225
	(三) 对根据以刑制罪得出的结论须做出相应的说理 // 226
	三、以刑制罪司法适用的合理性原则 // 226
	四、以刑制罪司法适用的协商性原则 // 230
第十四章	以刑制罪在犯罪构成中的体现 // 235
	一、以刑制罪在犯罪构成中的体现 // 235
	二、以刑制罪蕴含的负向价值 // 239
	三、弱化以刑制罪负向效应的路径 // 243

第十五章 | 以刑制罪司法逻辑的适用规制 // 247

一、语言层面的规制 // 248

(一) 规范文义界定 // 248

(二) 构建语境边界 // 250

二、限定适用对象 // 252

(一) 犯罪客观方面具有相似性 // 253

(二) 刑法条文内容不明确 // 254

(三) 刑法条文滞后于社会需要 // 254

三、考量罪刑均衡 // 256

四、规制裁量过程 // 258

五、考察裁量后果 // 261

六、说理司法判决书 // 264

参考文献 // 267

引 言

近年来,国内法学方法论的研究发展迅速。兹以为,这种发展大致呈现出以下3个面向:(1)研究更加深化。对法学方法的探析不再是浅尝辄止,而是抽丝剥茧,越来越深入。(2)研究更为细化。对法学方法的研究不再是一以贯之,而是环环相连,越来越精细。(3)研究迈向实证化。对法学方法的研究不再是理论独唱,而是结合实务,越来越平衡。在上述3个面向的基础上,法学方法论研究已成为当下理论研究的前沿,也成为实务部门关注的重点,更是联系国内外法学研究的桥梁。作为法学方法其中的一个重要且热门的话题,罪刑关系不断扩大其在理论研究中的影响力,并在逐渐吸引理论界的关注,国内一些学者开始对罪刑关系进行深入的、系统的研究。当然,这种研究也是基于法学方法研究的3个面向,在不同纬度得以延展。在本书的研究中,也是基于上述思路对与罪刑关系有关的3个面向进行展开,以全面、翔实地探讨罪刑关系的理论基础、发展脉络、价值取向、实践困境及解决机制等各种问题。

现实主义法学^{〔1〕}是20世纪以来西方社会的一个重要流派,是诞生在美国的一个重要的哲学派别,是美国实用主义的切实写照,并且与美国的法学发展结合紧密。现实主义哲学理念深深地影响着美国人的生活,在人文社科的各个领域都有体现,尤其是在法学领域,这种影响尤为深远。从产生到现在,现实主义法学理论虽然发展起起伏伏,但对西方社会的影响持续不断,并在不同时期还有强化的迹象。在这个过程中,虽然有学者就现实主义法学提出了不同声音,并指出其种种不足,但都没有对该法学流派造成致命影响,反而在一定程度上推动了人们对现实主义法学的兴趣与认知,并通过各种努力解决因实用主义自身带来的种种负面问题。正是源于此,近一个世纪以来,现实主义法学一直在不断地发展和完善,日益渗透到各个学科领域,越来越多地得到世人认可,且不断地从其发源地走出来,延伸至其他国家,对其法学发展产生着积极且深远的影响。

现实主义法学也逐渐渗透到我国的法学研究与实务领域,并在两个层面上推动着我国刑事法律方法的发展。在我国传统文化中,也有实用主义的概念,但这种概念与西方社会的实用主义存在区别,尤其在二者的内涵、社会认同及价值评判上都有显著不同。所以,不能拿我国传统意义上的重实体轻程序、强调客观真实及轻法律、重政策等实用性论断与当下盛行于西方的实用主义概念相提并论,这是客观认识实用主义的重要前提。对西方现实主义法学的认识应全面合理,而非以偏概全,否则,就不能对其持客观的态度。发展到今天,西方社会之所以对现实主义法学的认识更趋合理,关键是对该法学观的不足做出了详细的分析,以及对如何应对这种不足提出了诸多有建设性的建议。正是基于这个原因,现实主义法学不断在发展中完善,日益展示其强大的光彩与魅力,在世界法学发展过程中占有一席之地,并发挥着重要作用。其实,在我国的早期司法实务当中,对实用主义的适用是悄悄进行的,没有人做刻意的引导和关注,比如,在司法实践中,对法律外非规范因素的考量、对司法判决结果的前置式分析、对司法

〔1〕 在西方的哲学范畴中,存在现实主义法学与实用主义法学的不同称谓,但考察二者的关系可知,都倡导司法效果与法官能动性,认同司法逻辑多元化,反对单一的形式逻辑,主张对传统形式正义法学进行反思。鉴于此,国内外的很多学者对二者并不做区分,本书也是采取该种思路,对现实主义法学与实用主义法学不做区分,在书中都是在同一意义上使用现实主义法学的概念。

经验的重视等,无不是现实主义色彩的彰显和外化,尤其是在罪刑关系中,现实主义价值观更是充分发挥了其价值引导与逻辑思维的作用,对真实、客观、合理的研判犯罪与刑罚之间的关系,产生着积极且正向的作用。

对现实主义法学观在罪刑关系上的影响,总体上要持积极的态度。换言之,应该对现实主义法学的指引作用乐观其成。因此,在刑法理论上,刑法学界不应该对现实主义持排斥态度,而需将其融入刑法理论当中,切实关注刑法规范确定性与刑法有效性的统一。在国际范围内,英美法系下的刑法理论与现实主义密不可分,比如,双层次因果关系、司法主体的自由心证、司法判例、严格责任等,都是在美国实用主义哲学指导下产生并得以完善的。在大陆法系国家,德国刑法理论体现了逻辑性与思辨性,是在德国思辨哲学下产生的,在刑法理论中体现出了鲜明的形而上的思想,如德、日刑法理论上的犯罪构成体系、罪刑法定原则、违法性理论等。不过,随着两大法系的日渐接近和融合,近年来,大陆法系的法典化特征逐渐为英美法系接受,英美法系中的实用主义观也开始对大陆法学的刑法理论产生影响,比如,在德国的刑法理论上,积极的一般预防理论、客观归责、犯罪构成结构的变化等都多多少少体现了实用主义的痕迹。“随着欧洲一体化进程的不断向前发展,新的欧洲法律文化更偏重于实质性与实用性,欧洲私法方法正面对从较为形式化、教义化、实证主义向一种更以实质结果为导向的实用主义方法转变,而欧洲法院的判决也呈现出实用主义的风格。”〔1〕其实,实用性法律文化影响不限于私法领域,在刑法、行政法等公法等领域也能发现实用主义的影子。从这个角度来看,实用主义哲学虽然来自美国,但他的影响绝不限于北美洲,而是随着世界文化的融合而影响到其他国家。作为世界范围内的一个重要的法系,中华传统文化当中一直贯穿着实用主义的色彩,“我国传统哲学贯穿着实用主义的传统,这在本体论、认识论和人生观几大问题中均得到表现”〔2〕所以,在我国传统的法律理论与司法实践上,一直都在坚持社会效果的重要性,强调伦理风俗在司法争

〔1〕 [荷]马丁·海塞林克:《新的欧洲法律文化》,魏磊杰译,中国法制出版社2010年版,第101页。

〔2〕 唐忠伟:《浅析中国传统哲学中的实用主义》,载《人民论坛》2010年第2期。

议中的价值,主张司法结果远甚于程序诉求等,这些都是中国传统儒法理论中的实用主义要素。及至当下,随着西方法律思想的影响日盛,加之传统法律理论的持久浸润,在我国的刑法理论与司法实践上,也从来不缺乏实用主义的影子。

在我国刑法理论中,犯罪与刑罚之间的关系如何界定,与现实主义哲学息息相关。根据严格法治主义,司法三段论是认识罪刑关系的哲学基础。质言之,从犯罪分析到刑罚量定是三段论的必然诉求,也是传统刑法理论坚持的罪刑关系路径。不过,逻辑三段论虽然有利于司法主体对个案的裁决,其不足之处也显而易见,比如,在大前提与小前提的准确性上就无法保证,也不能体现规范之外的价值因素,而这些构成了对刑法规范对接社会现实的显著威胁,即司法主体适用的刑法规范可能是错误的,或者司法主体认识的个案事实是不明确的,或者不能体现政策需要和公众需求,这些都是司法实践当中不能回避的问题。基于此,打破形式主义三段论对罪行关系解读的垄断,引入其他哲学知识范式显得必要且迫切,这种知识范式就是现实主义哲学。之所以是现实主义而非其他哲学理论,关键是因为该知识范式与思辨主义哲学可形成互为补充的关系,共同完成对刑法规范司法实用的合理认知。根据现实主义哲学,“倒三段论”成为刑法规范对接社会现实的指导理论,结果主义考量开始主导司法主体的思维模式,法律之外的因素在个案判决中的作用日益彰显。“在刑法领域,法律理性化以伦理或功利性质的理性‘惩罚目的’取代了纯粹机械的报复救济,从而把越来越多的非形式因素引入法律实践。”^{〔1〕}反映在罪刑关系上,从犯罪诠释到刑罚裁决不再是唯一的司法路径,从刑罚合理性到犯罪构成选择逐渐成为理论学者和司法主体习惯的思维模式。国内刑法理论界对罪刑关系的认识日趋科学合理,越来越多的学者对传统罪刑关系开始从相信到质疑,从赞同到批驳,并从不同角度论证以刑制罪司法逻辑的必要性与合理性。当然,作为对传统罪刑关系的补足,以刑制罪是罪刑关系的组成部分,其并未超出罪刑关系的逻辑范畴,不管是在功能发挥上,还是在角色定位

〔1〕〔德〕马克斯·韦伯:《经济与社会》(第2卷·上册),阎克文译,世纪出版集团、上海人民出版社2010年版,第1021页。

上,都不能离开罪刑关系讨论以刑制罪。对此,我们应该有清晰且准确的认识。并且,在我国的刑法理论上,从刑罚到犯罪的司法模式并不仅仅体现在罪刑关系上,在其他刑法理论中也多有体现,比如,张明楷教授倡导的刑法实质解释论、刑法理论上的实质推理,还有学者提出的公众认同理论等,都直接或间接地体现了结果主义考量的要素。即在司法主体对危害行为定性之前,会对行为处理的合理性与妥当性进行考虑,并以此影响危害行为刑法属性的认定。当然,这个过程不是纯粹的结果导向主义,对危害结果合理性的考量还需接受司法三段论的检验,唯此,才可以保证结果导向在形式法治程序当中运行。

现实主义法学观积极倡导社会效果和非法律要素,在司法领域适用更为从容与合理,当其来到公法领域,其在带来积极性影响的同时,也会产生一定的消极因素,如对刑法规范稳定性的冲击、对罪刑法定原则的消解、对法治主义观念的蚕食等。在这一点上,虽然新的欧洲法律文化较之以往更多地关注社会现实,但总体而言,仍呈现出对形式理性的青睐。最为重要的是,人民并不希望任何实质性的考量凌驾于保护公民免受国家之危害的可能。^{〔1〕}因此,我们应对现实主义法学的不足有清醒的认识,并对现实主义法学观与刑法理论结合持较为理性的态度,且需对这种结合保持克制,并构建合适的运行与监督机制,以应对因实用主义介入带来的种种负面影响,并使该法学观念的积极效用最大化。在罪刑关系的发展上,现实主义法学的作用不言而喻,其消极作用也客观存在。对此,需认真且积极发挥该知识范式的正向作用,并努力且坚决抵制其可能带来的负面影响。

〔1〕〔荷〕马丁·海塞林克:《新的欧洲法律文化》,魏磊杰译,中国法制出版社2010年版,第215页。

第一章 西方现实主义法学观梳理

发端于 19 世纪末 20 世纪初的现实主义法学,在西方的英美法系国家与北欧的斯堪的纳维亚半岛都曾引起了广泛的影响,在法学理论与司法实践上都产生了重要的指引与变革。直到今天,现实主义法学在西方的法学理论上一直产生重要影响,虽然这种影响在法学理论上逐渐式微,但该理论在实践层面上的影响从未减轻。由此,在全面诠释现实主义法学观与我国罪刑关系之间的联系之前,对现实主义法学进行梳理与归纳显得很有必要。

一、现实主义法学的内涵及流变

自从产生以来,现实主义法学就逐渐成为一种强有力的法哲学理论,并逐渐从美国而蔓延至其他国家,对国际范围内的法学理论与司法实践产生了持久且深远的影响。若要对该法学观有全面、清晰的认识,并对其价值蕴含进行分析,首先还需对其该概念进行界定,对其发展过程进行梳理。

(一)现实主义法学的内涵

在美国,现实主义法学与社会法学有着共同的思想渊源,它们都受实用主义哲学和进步主义思想影响。它

们都把霍姆斯作为自己学派的先驱鼻祖,汲取了现实主义法学的理论精髓。它们都倡导把法律放入社会中去研究,用社会科学的方法去研究法律问题。霍姆斯把法律定义为对法院事实上将做什么判断的一种预测,认为法律的生命不是逻辑,而是经验。“对时代需要的感知,流行的道德和政治理论,对公共政策的直觉,公开宣称的或无意识的,甚至法官和他们的同胞所共享的偏见对决定哪些人应该遵守规则所起的作用都远远大于三段论。”^{〔1〕}卢埃林也曾指出,法学研究的重点应是观察司法人员的实际行为,特别是法官的行为。^{〔2〕}他对法律规则能指引法官判决的传统观点表示怀疑。因此,以卢埃林为代表的美国现实主义法学有时被称为“规则怀疑论者”。另一个现实主义法学代表人物弗兰克,他注重研究初审法院的实情调查过程。他对初审法院能否准确地确定事实表示怀疑。他甚至认为:“法律在很大程度上曾经是,现在是,而且将永远是含混和有变化的。”^{〔3〕}

《美国法律辞典》把现实主义法学定义为:现实主义法学是一个强调行为的和政治的因素,对作出司法判决至关重要的法学流派。法律现实主义极为轻视抽象的法律规范和原则对判决具体案件的影响,不承认判例中形成的规范,因为法律既没有那么确定,又没有那么明晰。相反,判决是以法官运用“正确的”规范和提出的书面判决理由为基础的。从理论上来说,判决理由是建立在经验主义基础之上的。从上述定义可以知道,美国法学理论界是将现实主义法学看成一个流派来对待的。还可以看出,现实主义法学并不否定“法律规范”的价值,也不否定三段论司法逻辑在司法裁判中的作用,只是轻视“抽象的法律规范和原则对判决具体案件的影响”,并反对法律概念的封闭性与司法三段论的僵化性。之所以如此,是因为法律既没有那么确定又没有那么明晰。在判决中发生作用的主要因素是法官运用“正确的”规范和提出的局域经验基础之上的书面判决理由。但是,正如庞

〔1〕 Oliver Wendell Holmes Jr., *The Common Law* M. D. Hower ed., Little Brown, Boston, 1963.

〔2〕 Brian Leiter, 'American Legal Realism', in *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory* (W. E. Edmundson & M. Golding eds., Oxford: Blackwell, 2005), p. 54.

〔3〕 [美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第166页。