

全国中青年刑法学者专题研讨会文集

Seminars on Criminal Law

刑法方法论

梁根林 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

全国中青年刑法学者专题研讨会文集

Seminars on Criminal Law

D914.04
21

2006

刑法方法论

梁根林 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法方法论/梁根林主编. —北京:北京大学出版社, 2006. 9
(全国中青年刑法学者专题研讨会文集)
ISBN 7-301-11054-5

I. 刑… II. 梁… III. 刑法-方法论-文集 IV. D914-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 108218 号

书 名: 刑法方法论

著作责任者: 梁根林 主编

责任编辑: 唐莹莹 吕亚萍

标准书号: ISBN 7-301-11054-5/D·1564

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 23.5 印张 397 千字

2006 年 9 月第 1 版 2006 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

总 序

“全国中青年刑法学者专题研讨会”不是一个学会,而是一个每年举行的学术论坛。迄今已经举办过两届:首届是2004年11月26日至27日在北京大学深圳研究生院举办的“刑法方法论专题研讨会”;第二届是2005年10月25日至26日在西南政法大学举办的“违法性认识专题研讨会”。两届研讨会的论文集即将付印出版,我受邀作序,却之不恭,因而从命,此乃本序之所由来也。

当前我国每年召开的学术研讨会多如牛毛,如果每会必到,一会一文,就会耗费一个学者全部的精力,因而可能沦为“会议学者”。可悲的是,我国这样的“会议学者”并非罕见。但凡“会议学者”,大多没有自己的学术计划,更无学术追求与学术使命,而是被各种会议的议题牵着鼻子走,其文大多为应景之作,毫无学术创新可言。这样的学术会议除培养一批“会议学者”以外,其实并无太大的学术价值。现在,随着国际交流的加强,国际学术研讨会又开始盛行,诸如世界法律大会之类,不一而足,因而“会议学者”又升格为“国际会议学者”,以参加各种国际会议为荣。对于学术会议的频繁举行,我是颇有微词的,也不以缺席为耻。实际上,一些大型的学术会议,动辄数百人,各种来自不同领域,具有不同背景,怀有不同目的的人聚会在一起,除了“交结老朋友,认识新朋友”的交谊功能以外,学术氛围已经淡而又淡,学术功能也就退居末位。我以为,学术是一种个人的志业,写作更是一种个体化的行为。先有个人的“自思”,才有公众的“共思”。“共思”是以“自思”为前提的。若无前者则无后者。我并不否认学术交流的重要性及其对于个人研究的启迪性。但我国目前如此频繁、如此庞杂的学术会议,却与学术的宗旨与会议的初衷相去甚远。除了造就一些华威先生式的“会议学者”以外,我们的某些学术会议又复有何用?

当然,我并不是学术会议的虚无主义者,对于学术活动也不是一概的否定论者。只是对当下的某些以学术之名举行而无学术之实的学术会议,有所不满而已。大概与我有同感的学者不在少数,因而我们几位中青年刑法

学者凑在一起,想举办一次我们想参加的学术会议。这一动议由来已久,在我的印象中至少可以追溯到1996年的乐山刑法学年会。当时在座的有张绍谦、冯亚东、贾宇、吴振兴、游伟等人,可能还有其他人,但我已经回想不起来了,对张绍谦和冯亚东是印象较为深刻的。当时张绍谦还在郑州大学法学院担任院长,有职务上的便利可以利用,想在次年召集一个小型的学术研讨会,讨论刑法基本理论问题。当时的设想很有吸引力,把与会者拉到某风景旅游区,可以携带家属,边游览边讨论,颇有些亚里士多德田园学派之遗风。可惜张绍谦很快想要调离郑州大学法学院,此一调动过程持续数年之久,会议的预想终于未遂。此后,冯亚东又在2002年发起在成都开会,当时冯亚东刚从四川大学法学院调到西南财经大学法学院,为创牌子,院里拨了点经费,预定在2003年5月中旬,先到成都开会,然后到海螺沟、稻城等听到地名就令人向往的风景区旅游,谓之会议的延续。没想到人算不如天算,2003年春季一场席卷全国的非典,又使这次冯亚东已辛苦筹划许久的学术会议告吹。可谓一波三折。我也于1998年从中国人民大学法学院调到北京大学法学院任教,到了2004年这一年,恰逢百年院庆,院里拨了5万元作为刑法学科举办学术庆典活动的经费,这才想起重圆那个做了近八年的学术会议的梦。这次天遂人愿,首届全国中青年刑法学者专题研讨会终于在北大深圳研究生院召开。这当然获益于派驻北京大学深圳研究生院的北大法学院副院长梁根林教授,他的全力筹办使会议能够圆满成功。在深圳会议上,约定第二届会议由西南政法大学承办,西南政法大学法学院院长陈忠林教授主持。在陈忠林教授的筹划下,第二届会议也获得圆满成功。如果不出意外,第三届会议将在2006年9—10月间在北京大学深圳研究生院举行,届时德国著名刑法学家克劳斯·罗克辛将受邀与会,和我国中青年刑法学者共同讨论犯罪构成体系的问题。外国学者的介入,使全国中青年刑法学者专题研讨会具有了涉外因素,这是可喜可贺之事。

我以为,全国中青年刑法学者专题研讨会最大的特点在于:小规模、专题性、开放式和争辩化。这也是我们设计的初衷,现在按照我个人的理解阐述如下:

小规模,是相对于大规模或者超大规模的学术会议而言的。小规模之小,约在20—30人左右,超出50人就不属于小规模,100人以上可谓大规模,1000人以上可谓超大规模。在我看来,会议之规模大小恰与会议之学术含量成反比:会议规模越大则学术含量越小,反之亦然。从首届和第二届全国中青年刑法学者专题研讨会的规模来看,均未超过30人,第二届只有

20 人左右。唯有会议规模小,才有深入探讨某一问题的可能。因此,小规模是首先需要坚守的一条底线。

专题性,是相对于漫无议题式的研讨活动而言的。每个学术会议都号称有中心议题,但不是中心议题过于宽泛,就是存在多个中心议题,因而使学术讨论难以集中深入。全国中青年刑法学者专题研讨会以单一性专题和小专题为中心议题,不作泛泛而论,而是有感而发。我们设想以后每年的专题设计为刑法教科书中的三级标题甚至四级标题,以某一核心概念为主题,例如第二届的违法性认识即为范例。由于专题小,非有专门研究者与会不能有发言权,由此提高了会议的专业槽,将“会议学者”拒之门外。

开放式,是相对于封闭式而言的,包括议题开放和与会人员开放。全国中青年刑法学者专题研讨会是一个开放的论坛,凡对某一议题有兴趣者均可参加。它不是一个专门的学术机构,因而是“无组织”;它又遵循一定的学术规范,因而是“有纪律”。这种“无组织有纪律”式学术会议规则能够使之长久地坚持下去。当然,这里的开放式还指会议向举办地的同学开放,首届会议在北京大学深圳研究生院召开时,参加旁听的法律硕士多达百人,同学们还向与会者提问,展开互动。第二届会议在西南政法大学召开时,参加旁听的刑法专业硕士生和博士生也有数十人,由此增添了会议的“人气”,又使会议附带地收获“教学”的功效,可谓一举多得。

争辩化,是相对于以往会议只有发言没有交锋的状况而言的。在会议进行当中,学者之间可以就某一问题展开充分而深入的观点争辩,甚至不乏脸红耳赤之状,一改学者的温良恭俭之风。尤其是陈忠林教授、冯亚东教授、冯军教授,均以好争善辩而著称于会,可惜没有实况录像,未与会者无缘一睹争辩时各位教授的风采。

学术会议的学术性不仅贯穿在会议当中,更重要的是体现在会议达成的共识上。从已经召开的两届会议来看,初步达成了某种共识。尤其是第二届关于违法性认识的讨论,尽管对于违法如何理解、违法性认识的体系性地位等问题尚有分歧,但与会者一致认为违法性认识是归责要素,这就是一个学术共识。我甚至想,能否每次会议都由主办者起草一份“关于×××问题的决议”,亦或是“宣言”,以免会后遗忘,也告未与会者周知。

我们的会议名称为“全国中青年刑法学者专题研讨会”,似有排斥老年刑法学者之嫌。当时起名的初衷有自谦之意,只是少数中青年学者的造次,未敢惊动刑法学界的老一辈学者。当然,有老年刑法学者参与指导则更是会议之幸矣。首届会议有北大法学院德高望重的储槐植教授、张文教授与

会,使会议大为增色。当然,我们也有年老的那一天,届时会议名称仍为“全国中青年刑法学者专题研讨会”,会议的主体将是那时的中青年刑法学者,而我辈则将退居二线矣。

以上感言,率性而随意,不文不白,不三不四,亦可为序乎?是为序也!

陈兴良

2005年11月16日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

CONTENTS 目 录

第一篇 刑法教义学方法论/陈兴良	1
一、法学方法论探寻	1
二、法教义学及其方法论	5
三、刑法解释方法论	11
四、犯罪构成方法论问题	23
五、案件事实认定方法论	33
六、刑法论证方法论	37

第二篇 关于刑法方法理论的思考/王世洲	43
一、刑法方法和刑法方法论的概念与 区分意义	43
二、刑法方法和影响方法选择的条件	46
三、刑法方法和刑法信条学的关系问题	50
四、刑法方法和刑法解释的关系问题	55
五、刑法理想对刑法方法的指引作用	62
六、综合的方法是最好的刑法方法	65

第三篇 构建刑法学研究方法体系	
/张 旭 卓黎黎	66
一、刑法学研究的本土性问题	66
二、刑法学研究方法的综合性	67
三、刑法学研究方法的现实性	71

CONTENTS 目 录

第四篇 正义、路径与方法

- 刑法方法论的发端、发展与发达
/刘艳红 73
- 一、刑法方法论之发端:本体论与工具
论之争 74
- 二、刑法方法论之发展:实质的刑法解释
论作为刑事正义之实现路径 80
- 三、刑法方法论之发达:精密的刑法解释
学之构建 91

第五篇 法学方法论再议

- 以刑法学为视角的分析/冯亚东 94
- 一、方法讨论之必要 94
- 二、研究方法论之方法 95
- 三、对象不同、方法不同 96
- 四、目的论——一种可行的解释方法 97

第六篇 提倡折中——研究范式检讨/储槐植 100

第七篇 “少演绎、多归纳”之提倡/张明楷 109

CONTENTS 目 录

第八篇 再论刑法上之“类型化”思维

——一种基于“方法论”的扩展性思考	
/ 杜 宇	121
一、思考的起点与参照	121
二、综合式思维：归纳与演绎的交织	123
三、开放式思维：意义边界之流动	132
四、结构式思维：体系脉络之追寻	140

第九篇 罪刑法定视域中的刑法解释论

/ 梁根林	145
一、刑法解释论的基点——刑法文本及其特殊性	146
二、刑法解释的目标定位——形式解释论还是实质解释论	149
三、刑法解释的本体——主体、形式与载体	155
四、刑法解释的动态过程——方法选择与顺序安排	160
五、刑法解释规则——形式逻辑与辩证逻辑规则	166

CONTENTS 目 录

第十篇 罪刑法定的明确性困境及其出路	
/ 劳东燕	178
一、明确性要求与系统的开放性	179
二、明确性要求与解释论的困境	183
三、法的明确性与体系性的建构思路	188
四、困境之出路:判例制度	190
五、判例制度的功能	196
六、我国构建判例制度的基本设想	201

第十一篇 刑事裁判过程中价值判断问题	
研究/黄京平 陈鹏展	205
一、价值判断是刑法适用过程中	
基本方法	206
二、适用刑法需要价值判断的原因	213
三、价值判断不会影响刑事判决的	
客观性	217
四、结语	220

第十二篇 犯罪定义学的理论方法与实证	
刑法学/白建军	222
一、面包与铁路	222
二、主体本位的犯罪定义观	228

CONTENTS 目 录

三、客体本位的犯罪定义观	237
四、中介本位的犯罪定义观	243
五、实证刑法学之构想	258
六、余论	267
第十三篇 犯罪中心主义与被害人学的 产生与发展/高维俭	269
一、犯罪中心主义的基本现状及评价	269
二、犯罪中心主义的历史由来	272
三、历史性反思以及被害人学 (Victimology)的产生	275
四、反思的扩展及被害人学的发展	279
第十四篇 我国刑法学应当加强实证研究 /张绍谦	284
附录 刑法方法论论坛实录	296

第一篇 刑法教义学方法论

陈兴良*

罪刑法定原则下的刑法适用,在很大程度上依赖于对法律的正确解释以及在此基础之上的逻辑推理。因此,只有娴熟地掌握法律解释技术和法律推理技术才能适应罪刑法定语境下的刑法适用的实际需求。为满足这一需求,在刑法理论上应当加强法教义学方法的研究。我国目前刑法的学术水平之所以低,主要是由于法教义学方法研究之阙如。本文拟从法学方法论的视角出发,对刑法教义学的一般原理加以探讨与检视。

一、法学方法论探寻

正确的法律理念,
是否已为人所知,
这实在大可质疑:
以我全部的意念看,
似乎事实一直不然。
这就是说:
两可之事,
难以为科学之事。

这是德国作家弗里德里希·冯·洛高(Friedrich Vor Logau, 1604—1655)的诗句,德国著名法学家拉德布鲁赫在《法学导论》一书中引用了这些诗句。诗句反映了洛高从法律理念的主观性出发从而否认法律的科学性的思想,由此也必然引导出法学的虚无性的结论。这种虚无性,在以下这句格言中得以充分彰显:“立法者三句修改的话,全部藏书就会变成废纸。”显

* 北京大学法学院教授、博士生导师。

然,拉德布鲁赫是不同意这种观点的,但拉德布鲁赫还是承认对法律科学性的这种怀疑,究竟还没有沉寂,对法学方法的研究也愈来愈多。请注意拉德布鲁赫的以下这段话:“就像因自我观察而受折磨的人多数是病人一样,有理由去为本身的方法论费心忙碌的科学,也常常成为病态的科学,健康和人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”^①从这段话中我们可以引申出以下三层含义:(1) 一门学科的科学性问题,主要取决于方法论,因而对该学科的科学性拷问就成为对方法论的探究。(2) 病态的科学与健康科学的区分,这里的科学均应指学科,而病态与健康是一种拟人化的比喻,实则指幼稚与成熟的区分。按照拉德布鲁赫的观点,越是幼稚的学科,越为该学科的方法论所困扰。(3) 显然,在拉德布鲁赫看来,法学就是这样一门幼稚的学科,因而法学方法论仍然是一个未解的问题。从拉德布鲁赫的以上论述,我们引申出了法学方法论问题,并且已经获得了方法论之于法学学科的重要性的警示。

那么,什么是法学方法论,甚至说法学有自己独特的方法论吗?对这个问题的回答取决于对法学的理解。如果是广义的法学,则法史学、法社会学和法哲学均包括在内。显然,法史学是把法作为一种历史现象加以研究的,其所采用的是史学方法论;法社会学是把法作为一种社会现象加以研究的,其所采用的是社会学方法论;法哲学则是对法的形而上的研究,其所采用的是哲学方法论。如果再扩大一些,法经济学采用经济学方法论,法人类学采用人类学方法论,如此等等。在这个意义上说,法学是没有自己的方法论的,法只不过是一种研究客体,只要是以法为研究客体的学问均属法学。但当我们把法学界定为一门规范学科,即以法规范为研究客体,则法学自有其独特的方法论。因此,只有在狭义上的法学,即规范法学的意义上,我们才有可能确立法学方法论。

方法论始终是一个与各学科的生存相关联的元问题,因而存在各学科的方法论研究,例如,经济学方法论^②、伦理学方法论^③以及社会学方法论^④

① 参见〔德〕拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第169页。

② 参见〔爱尔兰〕托马斯·A.博伊兰、帕斯卡尔·F.奥戈尔曼:《经济学方法论新论》,夏业良主译,经济科学出版社2002年版。

③ 参见王海明:《伦理学方法》,商务印书馆2004年版。

④ 参见〔法〕迪尔凯姆:《社会学研究方法》,胡伟译,华夏出版社1988年版。该书商务印书馆1995年版书名译为:《社会学方法的准则》,狄玉明译。

等。尤其值得一提的是迪尔凯姆的《社会学研究方法》一书,可以说是社会学的奠基之作。正是从方法论上,迪尔凯姆确立社会学的独立学科地位。法学方法论也是一个研究的热点问题,存在大量研究法学方法论的著作。

那么,本文所讨论的法学方法论是指法学研究中采用的方法论还是以法律方法作为研究客体的一种理论呢?我认为,这个问题是首先应当予以澄清的。为阐明这个问题,下面,我仅以具有代表性的三本以法学方法论为书名的著作为例,以便考察目前在法学界对于法学方法论的理解:

1. 德国学者卡尔·拉伦茨的《法学方法论》。^① 拉伦茨将法学界定为:以某个特定的,在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。因此,法学是以法规范为中心而展开的,因此法学方法论是与法适用相联系的,尤其是法以语言为其载体,因而法学方法论探讨的是理解法之意义关联的特殊方式,一般的诠释学即为法学方法论的基础。^② 由此可见,拉伦茨十分强调诠释学,并在此基础上形成一种法教义学方法论。

2. 我国台湾学者杨仁寿的《法学方法论》。^③ 杨仁寿认为法学之任务在于研究司法活动。法律之解释及适用,虽均属司法活动,惟二者并不相同。前者端在发现或形成一般法律规范,以为裁判之大前提;而后者则以所发现或形成之一般法律规范为大前提,以事实认定为小前提,运用演绎的逻辑方式,导出结论,亦即一般所谓裁判。^④ 因此,在杨仁寿看来,法学方法论主要研究解释方法和裁判方法。解释方法论研究在于保证对法规范的正确理解,而裁判方法论研究的意义就在于保证裁判结论的正当性。

3. 我国学者胡玉鸿的《法学方法论导论》。^⑤ 胡玉鸿将法学理解为一种人学,认为法学是以人为本的学问,它关注的是人类的实际法律生活以及人在社会生活中所面临的法律问题。由此出发,胡玉鸿认为法学方法论分为三个层次:一是法学研究的总体方法,即哲学研究方法;二是法学研究的一般方法,主要是就法学方法论与政治学方法论、经济学方法论相通的部分进行分析,以借鉴其他学科研究方法的长处。三是法学研究的特殊方法。^⑥ 在这个意义上,胡玉鸿实际上是将法学方法论视为一种法学理论形态。

① 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版。

② 同上书,第121页。

③ 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版。

④ 同上书,第17页。

⑤ 参见胡玉鸿:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版。

⑥ 同上书,第133—134页。

通过对上述三本法学方法论著作内容的一个简单对比,我们发现了对于法学方法论在理解上的巨大差异。拉伦茨和杨仁寿基本上是将法学方法理解为法规范及其适用的方法,包括法律解释方法、法律适用方法等,对这些方法的研究谓之法学方法论。而胡玉鸿则把法学方法理解为法学研究或者法学理论的方法。并且其所理解的法也并非法规范,而是所谓法律现象。由此可见,此法学方法论非彼方法论也。那么,为什么会出现这种在法学方法论理解上的巨大差异呢?我认为,主要还是在于用语上的混乱。我国学者郑永流对此进行了详尽的考察,认为应当区分法学方法与法律方法。法学方法,即法学研究方法,这种法学方法关注的核心是何谓正确之法这一法哲学的第一个基本命题,有关法学方法的学说便是法学方法论。而法律方法是应用法律的方法,其中狭义上的法律方法的内容为法律解释,广义上的法律方法则包括法律推理方法等。^① 根据这样一种界定,本文讨论的应当是法律方法而非法学方法,这种法律方法正是法教义学方法。法律方法本身是十分丰富的,它是一个开放性的概念,并且存在于司法过程中。我国学者陈金钊认为,法律方法包括以下各种方法:法律发现、法律推理、法律解释、漏洞补充、法律论证、价值衡量。^② 我个人赞同将法学方法与法律方法加以区分,对于部门法来说,需要深入研究的是法律方法。本文也是在法律方法的意义上使用法学方法论一词的。论及法学方法论,似乎首先要对方法加以界定。方法其实是一种思维方式,法律方法也就是法律思维方式。在某种意义上说,法律方法问题也就是一个法哲学问题。正是在这个意义上,论及法律方法,我们不能不满怀崇敬地提及德国著名学者考夫曼的名著《法律哲学》,该书提供给我们一种对法律方法的哲学“共思”,对于整个法律适用都具有方法论的指导意义。当然,由于各个部门法的性质有所不同,在通行的法律方法的采用上也会有所不同。例如,在罪刑法定原则制约下的刑法,像法律漏洞补充这样的法律方法一般是不能采用的。即使是广泛适用的法律解释方法,也要求严格解释,禁止类推解释等等,对此必须予以充分关注。

① 参见郑永流:“法学方法抑或法律方法?”,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(六),中国政法大学出版社2003年版,第24页以下。

② 参见陈金钊:“法律方法引论”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第2卷,山东人民出版社2003年版,第152页以下。

二、法教义学及其方法论

法教义学或称为法律教义学(Rechtsdogmatik),这是一个在我国法学界并不多见的术语,常见于大陆法系的法学著作之中。拉伦茨把法学直接等同于法教义学,当然是在狭义上的法学即法规范学的意义上作如是界定。尽管拉伦茨本人未对法教义学明确地下定义,他还是引用有关学者的观点对教义学这个用词加以解释。例如拉伦茨引用迈尔-科丁的以下论述:法教义学可以用来描述一种——以形成某些内容确定的概念、对原则作进一步的填补以及,指明个别或多数规范与这些基本概念及原则的关系为其主要任务的——活动。透过这种活动发现的语句,其之所以为教条,因为它们也有法律所拥有的——在特定实证法之教义学范围内——不复可质疑的权威性。教义学一语意味着:认识程序必须受到——于此范围内不可再质疑的——法律规定的拘束。^①由此可见,法教义学是以实证法,即实在法规范为研究客体,以通过法律语句阐述法律意蕴为使命的一种法律技术方法。德国学者考夫曼明确地将法教义学与法哲学加以区分,指出:法哲学并非法学,更非法律教义学。据康德,教义学是“对自身能力未先予批判的纯粹理性的独断过程”,教义学者从某些未加检验就被当作真实的、先予的前提出发,法律教义学者不问法究竟是什么,法律认识在何种情况下、在何种范围中、以何种方式存在。这不意指法律教义学必然诱使无批判,但即便它是在批判,如对法律规范进行批判性审视,也总是在系统内部论证,并不触及现存的体制。在法律教义学的定式里,这种态度完全正确。只是当它把法哲学和法律理论的非教义学(超教义学)思维方式,当作不必要、纯理论、甚至非科学的东西加以拒绝时,危险便显示出来。^②根据这一界定,法教义学与法哲学首先是在研究客体上存在区分的,法教义学研究的是表现为部门法的实在法规范,而法哲学则是法本身,即法的本体论与认识论,当然也包括方法论。而且,法教义学所持的是一种价值中立的立场,它以假定法规范是正确的为前提。法哲学则总是一种价值批判,它是超越实在法的,由此而决

^① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第107—108页。

^② 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第4页。