

# 刑法教义学方法论

陈兴良<sup>x</sup>

---

---

内容提要: 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上的逻辑推理。为此, 在刑法理论上应当加强法教义学方法的研究。刑法教义学方法中涉及的重大问题包括刑法解释方法论、犯罪构成方法论、案件事实认定方法论以及刑法论证方法论等。有必要从理论与实践相结合的角度对类推解释、犯罪构成类型化特征、事实问题与法律问题的区分、法律论证的必要性等问题进行具体分析。

关键词: 刑法教义学 方法 司法三段论 类型 法律论证

---

---

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。我国目前刑法学领域学术水平的低下, 与法教义学方法研究的厥如存在很大关系。本文拟从法学方法论的视角, 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。<sup>0</sup>

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科学的科学性的思想, 由此也必然引导出法学的虚无性的结论。这种虚无性, 在下面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。<sup>0</sup>显然, 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, 基于这种怀疑, 对法学方法的研究愈来愈多。拉德布鲁赫说: / 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, 健康的人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。<sup>0 1 12</sup> 从这段话中我们可以引申出以下三层含义: (1) 一门科学的科学性问题, 主要取决于方法论, 因而对该科学的科学性的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

---

<sup>x</sup> 北京大学法学院教授。

<sup>1 12</sup> 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。

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?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应包括在内。显然,法史学是把法作为一种历史现象加以研究的,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,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,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<sup>1 22</sup>、伦理学方法论<sup>1 32</sup>以及社会学方法论<sup>1 42</sup>等。尤其值得一提的是迪尔凯姆的《社会学研究方法论》一书,该书可以说是社会学的奠基之作。正是从方法论上,迪尔凯姆确立了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?这个问题是首先应当予以澄清的。对于这个问题,我国学者郑永流进行了详尽的考察,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,其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。<sup>1 52</sup>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。<sup>1 62</sup>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,我们不能不提及德国学者考夫曼的名著《法律哲学》,该书提供给我们一种对法律方法的哲学/共思<sup>0</sup>,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。

## 二、法教义学及其方法论

法教义学或称法律教义学(Rechtsdogmatik),是一个在我国法学界并不多见的术语,常见于大陆

1 22 参见[爱尔兰]托马斯·A·博伊兰、帕斯卡尔·F·奥戈耳曼:《5经济学方法论新论》,夏业良主译,经济科学出版社2002年版。

1 32 参见王海明:《5伦理学方法》,商务印书馆2004年版。

1 42 参见[法]迪尔凯姆:《5社会学研究方法论》,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:《5社会学方法的准则》,狄玉明译。

1 52 参见郑永流:《5法学方法抑或法律方法?》,载郑永流主编:《5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。

1 62 参见陈金钊:《5法律方法引论》,载陈金钊、谢晖主编:《5法律方法》第2卷,山东人民出版社2003年版,第152页以下。

法系的法学著作中。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,但他引用有关学者的观点对教义学一词作了解释。例如拉伦茨引用了迈尔)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。<sup>172</sup> 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。康德认为,教义学是/对自身能力未先予批判的纯粹理性的独断过程<sup>0</sup>,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。<sup>182</sup> 根据这一界定,法教义学与法哲学首先在研究客体上存在区分,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。法哲学则是一种价值批判,它是超越实在法的,由此而决定了法教义学与法哲学在方法论上的区别。当然,对于法教义学是否必须坚守价值中立这一点,在法学中也并非没有争议。例如,拉伦茨就认为法教义学包含着评价性问题,因而提出这样的设问:评价性问题的解答真的可以转换成一种不掺杂价值的概念,而且因此变得可以操作吗?还可以将(今日的)法教义学理解为一种价值中立的概念工作吗?或者应当认为,教义学即或不是全部,至少在很大范围上从事价值导向的思考?<sup>192</sup> 显然,拉伦茨的答案是在法教义学中包含价值导向。但即使这样,他也没有从根本上否认法教义学价值中立的性质。但这并不排斥在对法规范进行诠释,尤其采用目的解释时,解释者的价值导向在其中会起到一定的作用。

如果我们在与法哲学相区分的意义上界定法教义学,则法教义学是法学中最基本的内容。德国学者罗伯特#阿列克西认为,法教义学是一个多维度的学科。法教义学包括以下三种活动:(1)对现行有效法律的描述;(2)对这种法律之概念的体系的研究;(3)提出解决疑难的法律案件的建议。与之相适应,法教义学就可以分为以下三个维度:(1)描述))) 经验的维度;(2)逻辑))) 分析的维度;(3)规范))) 实践的维度。<sup>102</sup> 在这三个维度中,也许逻辑))) 分析的维度是最重要的,因为法教义学的主要使命就在于为法的适用提供某种法律规则,因此需要对法律概念的分析,而且也包括对各种不同规范和原则之逻辑关系的考察。德国学者在分析法教义学的功能时指出:当人们将这种法官依据法律作出判决的模式,限制在判断法律文本与法律文本直接能达到的语义学内容的关系时,明显地不能坚守这一模式。由于法律必然是一般地表达出来,因而连法律也不能自己解决待决的个案。尽管如此,如果应遵守法官受法律规则的约束,那也必须为法官提供法律以外的其他具体的法律规则。法律教义学的任务是准备这种法律规则。<sup>112</sup> 实际上,法教义学不仅提供法律规则,而且关注法律规则在司

172 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页以下。

182 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。

192 前引172,卡尔#拉伦茨书,第104页。

102 参见[德]罗伯特#阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第311页。

112 参见[德]乌尔弗里德#诺伊曼:《法律教义学在德国法文化中的意义》,郑永流译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(五),中国政法大学出版社2002年版,第15页。

法活动中的实际运用,从而为司法裁判的正当性提供某种逻辑保障。

如上所述,法教义学是为法适用提供某种法律规则,因而它是以法适用为中心而展开的。在探讨法适用的时候,不能不论及大陆法系通行的司法三段论。建立在形式逻辑之上的司法三段论被认为是欧陆法官寻求正当裁判的经典推理工具。为清扫法官的恣意裁判,同时亦为了使法律推理具科学客观性之品格,法官在判案时被要求排除其个人情感与意志因素,通过一种不具个人色彩的、必然的推理方式来达到唯一正确的判决。形式逻辑的三段论满足了这一要求。<sup>1122</sup>在刑法领域,贝卡里亚基于罪刑法定原则下对法官的裁量权加以严格限制的刑法理念,在刑事司法中引入了司法三段论。贝卡里亚指出:“法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律,小前提是行为是否符合法律,结论是自由或者刑罚。”<sup>1132</sup>在贝卡里亚看来,刑事司法就是这样一种三段论的逻辑演绎过程,即:大前提,小前提,结论。惟有如此才能使公民免受刑擅断之荼毒。德国学者拉伦茨将这种司法三段论的逻辑语式称为确定法效果的三段论法。其中,一个完整的法条构成大前提,将某具体案件事实视为一个事例,而将之归属法条构成要件之下的过程,则是小前提。结论则意指:对此案件事实应赋予该法条所规定的法效果。用公式来表示,就是:

$T \rightarrow R$  (对 T 的每个事例均赋予法效果 R)

$S \rightarrow T$  (S 为 T 的一个事例)

$S \rightarrow R$  (对于 S 应赋予法效果 R)<sup>1142</sup>

因此,在司法活动的三个环节,法官具有不同的使命,其所采用的方法也是有所不同的。在第一个环节,确定大前提,法官的使命是找法,这是通过解释方法来完成的。在第二个环节,确定小前提,法官的使命是事实识别,这是通过确认方法和推定方法完成的。在第三个环节,推导出结论,这是通过逻辑演绎方法来完成的。当然,司法三段论的三个阶段并非同等重要,而是有轻重主次之分的。正如我国台湾学者指出:就方法论的观点而言,适用法律的重点,实在落于法律认识活动之上,更有一项实践上的问题,如何将一件生活中的犯罪事实透过一种法律规则的评价标准,加予推断,使产生一定的法律效果,始能符合法治国家的原则?换句话说,审判者如何确认具有定型性的生活行为事实,而对此寻找出具体妥当的标准法则,公平公正地去确定其应该产生的法律效果?这些课题,也就是法律逻辑在审判实务应用上的问题。<sup>1152</sup>由此可见,司法三段论不仅是一个逻辑意义上的形式问题,实际上也是一个法治意义上的实质问题。

刑法学作为一个部门法学,既具有其理论的品格又具有其技术的特征。因此,刑法学可以分为不同的理论层次,既包括形而上的刑法哲学研究,又包括形而下的规范刑法学研究。在规范刑法学研究中,刑法教义学方法论之倡导十分必要。以往我们往往把规范刑法学等同于注释刑法学。实际上,规范刑法学在某种意义更应当是刑法教义学。对此,德国学者指出:刑法学的核心内容是刑法教义学,其基础和界限源自于刑法法规、致力于研究法规范的概念内容和结构,将法律素材编排成一个体系,并试图寻找概念构成和系统学的新的方法。作为法律和司法实践的桥梁的刑法教义学,在对司法实践进行批判性检验、比较和总结的基础上,对现行法律进行解释,以有利于法院适当地、逐渐翻新地适用刑法,从而达到在很大程度上实现法安全和法公正。<sup>1162</sup>因此,我主张在方法论的意义上使用刑法教义学这一概念。刑法学如欲成为一门科学,必须推进刑法教义学方法论的研究。

<sup>1122</sup> 参见朱庆育:《私法推理的典型思维:从司法三段论到意思表示解释论》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(五),中国政法大学出版社2002年版,第84页。

<sup>1132</sup> 参见[意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第13页。

<sup>1142</sup> 前引1172,卡尔·拉伦茨书,第150页。

<sup>1152</sup> 参见苏俊雄:《刑法推理方法及案例研究》,台湾大学1999年版,第11页以下。

<sup>1162</sup> 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第53页。

### 三、刑法解释方法论

刑法解释具有不同于其他法律解释的特殊性,这是因为刑法关系到对公民的生杀予夺,因而应当严格解释之。法国刑法定甚至明文规定/刑法应当严格解释之0,并将其视为是罪刑法定原则的应有之义。当然,这里的刑法应当严格解释,是指对被告人不利的解释应当严格限制,对被告人有利的解释则不受此限。那么如何理解这里的不利于被告人的解释呢?对此,法国学者指出:刑法严格解释规则并不强制刑事法官仅限于对立法者有规定的各种可能的情形适用刑法。只要所发生的情形属于法定形式范围之内,法官均可将立法者有规定的情形扩张至法律并无规定的情形。例如,1810年5刑法定6在规规定对盗窃罪进行惩处时,并未就在电表上作假进行偷电的行为作出规定,也未对直接与电力公司的输电网进行搭接连线进行偷电的行为作出规定。但是,判例并没有因此而采取这些方法窃电的人不适用5刑法定6第179条的规定,并且法院认为/电是一种可以占有的动产物品0。<sup>1172</sup>当然,在理解上述论述时,对/法官均可将立法者有规定的情形扩张至法律并无规定的情形0这句话可能引起误解,即如何理解这里的/有规定0与/无规定0?我认为,法律之有规定与无规定不能作机械地理解。法律规定可以分为显形规定与隐形规定。在法律规定是显形规定的情况下,只要通过法律文字即可理解法律规定的內容。在法律规定是隐形规定的情况下,需要通过法律解释以明确其內容。刑法没有规定偷电是犯罪,从这个意义上说偷电似乎是法律没有规定,但这只是没有显形规定。将电解释为财物,从而将偷电行为涵括在盗窃之中以盗窃罪论处。由此可见,偷电是法律有规定的,这是一种隐形规定,这种法律规定是通过刑法解释而得以彰显的。从表面上看,好像是通过刑法解释使法律没有规定变成法律有规定。但实际上,在解释之前,某一含义在逻辑上已经或者可能被某一概念所涵括,只是受到某种遮蔽而已。同样是对窃电的理解,德国刑法却经历了一个复杂的过程。德国帝国法院对于窃取电能是否构成盗窃罪,表示否定的看法,理由是电能并非德国刑法第242条盗窃罪构成要件中的/物(Sache)0,此举引起相当大的争议,并导致1900年4月9日颁布/窃取电能处罚法0,在1953年则纳入德国刑法定,另外规定于第248条。对于这个过程,Baumann表示,对于德国刑法第242条中/物0的概念,不可以做一个宽到可以包含电能的解释。换言之,他认为以大众对于德文语词/Sache0日常使用来说,如果说/Sache0包括电,会是一个相当罕见的用法。因此,他说:尽管从现今自然科学的认识来说,电可以被视为物,但是帝国法院的这个判决仍可说是法政策的重大成就。因为,如果当初帝国法院将电视为一种物质标的,那么现在物的概念将会模糊到漫无边际的地步。<sup>1182</sup>由此可见,对于相同的法律问题,各国刑法可能采取不同的处理方法,这里当然有各国语言上的差异和民众认同的程度以及刑事政策因素的考量。

刑法严格解释原则表明,刑法是不能作类推解释的。类推是以法律存在漏洞为前提的,因而被认为是一种填补法律漏洞的方法。类推存在两种情形:一是类推适用,二是类推解释。类推适用往往是以类推解释为前提的。通过类推解释,获得法律适用三段论的大前提,使案件得以处理。因此,在一般情形下,类推适用与类推解释是毋庸区分的。但在我国1979年刑法规定类推制度而最高人民法院又有司法解释权的情况下,类推适用与类推解释还是有所不同的:类推适用是指个案的法律适用问题,即在法无明文规定的情况下,对某一行为援引刑法分则最相类似的条文定罪处刑。而类推解释是指最高人民法院采用类推方法对某一法律进行解释,由于这种解释是权威解释,从而获得了某种/法0的效力。这种类推司法解释颁行以后,各级司法机关对于此类案件不再需要类推适用,而可以直接定罪处刑。由此可见,类推司法解释所具有的这种普遍法律拘束力,甚于个案的类推适用。当然,我国

<sup>1172</sup> 参见[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》6,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第143页。

<sup>1182</sup> 参见徐育安:《刑法上类推禁止之生与死》6,台北1998年版,第122页。

1997年刑法废除了类推制度。在这种情况下,类推解释同样应当禁止,因为它与罪刑法定原则是相违背的。应当说,类推解释在民法当中是允许的,因为在民法中类推适用是填补法律漏洞的一种正当方法。类推适用是指:将法律针对某构成要件(A)或多数彼此相类的构成要件而赋予之规则,转用于法律所未规定而与前述构成要件相类的构成要件(B)。适用的基础在于:(二构成要件))与与评价有关的重要观点上)))彼此相类,因此,二者应作相同的评价。<sup>1192</sup>在民法中,通过类推适用可以填补法律漏洞。那么,在刑法中是否允许类推解释呢?一般认为,罪刑法定原则本身包含着对实体法规范的确定性要求,其目的在于限制司法解释,确保犯罪(或加重处罚)规范的适用,不超出法律明文规定的范围。根据这一原则,犯罪规范或总的来说不利于罪犯的规范不得类推。无论是根据相似条文进行的/法规(legis)类推,还是根据法律的一般原则进行的/法(juris)类推,均在禁止之列。<sup>1202</sup>但是,在司法实践中,如何把握禁止类推原则并非毫无争议。尤其是关于扩张解释与类推解释,本身就是难以区分的。因而就出现了在扩张解释的名义下实行类推解释的问题。例如:德国曾经发生过一起抢劫案:X携带盐酸泼洒于一名女会计的脸上,进而抢走她的钱包。在联邦法院的判决中,涉及的问题在于:X是否违犯了加重强盗罪。根据当时的刑法第250条的规定,加重强盗罪的构成在于:/当行为人为人,携带武器实施强盗行为,而以武力或以武力胁迫,防止或压制他人反抗时。因此必须判断的是:在该案中使用的盐酸是否为一种武器?联邦法院确认了这点。因为这个判决相当有争议,并且多数人认为应该否定,所以立法者相应地修改了刑法第250条,现在的规定是:/携带武器或其他器械或方法实施强盗行为,而,。0。<sup>1212</sup>这里关于盐酸是否属于武器的争议,就是扩张解释与类推解释之争议。肯定论者认为将盐酸解释为武器是一种扩张解释,盐酸虽然不是常识意义上的武器,但在特定情况下它也可以作为武器来使用,因为它像其他武器一样能够伤害他人。而且,武器既可以包含物理武器,也可以包含化学武器,盐酸可以说是一种化学武器。否定论者则认为将泼洒盐酸抢劫作为使用武器抢劫认定是一种类推解释,盐酸本身并不是一般意义上的武器,当它用于伤害人时与武器具有某种类似性,因而将刑法关于使用武器抢劫的规定适用于泼洒盐酸抢劫的案件。考夫曼显然是赞同类推解释说的,他指出:联邦法院究竟是如何将盐酸与武器等同处置的呢?照字面及可能的字义是不行的。体系的因素也得出不出这种结论,因为法律秩序中(武器法)没有任何一处将化学药品视同武器。主观(历史)解释同样也提不出立法者有这样一种想法。联邦法院得出它的结论只是根据一个极端客观目的论的、扩张的解释,它已经深入到类推里去了。但考夫曼并没有以该解释是类推解释而否认,而是进一步地引申出在刑法中是否应当禁止类推这样一个问题。考夫曼指出:因此,正确应被提出的问题在于:这里涉及的究竟是被允许的或禁止的类推?在刑法学界内正确的通说观点是:这是一种禁止类推的案型。因此,反面推论的结果应是:不构成加重强盗罪。联邦法院所提出的,是一种未被反思的权力宣示,而且必须多加一句的是:这里没有主观与客观解释之间选择的问题。<sup>1222</sup>应当指出,对于盐酸案,考夫曼最初认为联邦最高法院的解释是一种根据类型的思维所做的被容许的类推解释,其思路是:类型的思维是要从实际存有的事物中,比较事物本质上的类似性,而这个事物的本质,会因时间而改变,而武器正是要取决于此时此地用以杀人或伤人者。从武器是一个功能性概念出发,可以得出化学物质是一种武器的结论。但Fitkentscher严厉地质疑考夫曼在5类推与事物本质)))兼论类型理论6一书中对盐酸案的解释。在1982年该书发行第2版时,对于第1版的内容虽未改动,但是增加了一篇后记以作为对其他学者批评的回应,其中同意Fitkentscher对他的批评,坦承自己对于盐酸案的见解不当。在此后的著作中,考夫曼也再次明言联邦最高法院对盐酸案的判决是应禁止的类推

1192 前引1172,卡尔#拉伦茨书,第258页。

1202 参见[意]杜里奥#帕多瓦尼:5意大利刑法学原理6(注评版),陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第30页。

1212 参见[德]考夫曼:5法律哲学6,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第107页。这里的强盗即为抢劫,本文两词交替使用。

1222 同上书,第138页。

适用。<sup>1232</sup> 尽管考夫曼对盐酸案的见解发生了一百八十度的转变,但他对于类推的观点并无变化。考夫曼认为,刑法中存在类推适用,且是正当的,它与罪刑法定原则并不相悖。在考夫曼看来,所谓/无法律则无犯罪0原则在真实中的意义,它不可能是一种严格的类推禁止,因为这样必须要有一个先决要件,那就是犯罪在立法的构成要件中,透过单义的概念,总结地被定义,但这是不可能的。罪刑法定原则,是指将可处罚的行为的类型,由一个形式的刑法加以确定,也就是说必须或多或少完整地描述。因此,刑法类推适用的界限在于立法的构成要件所奠基的不法类型中。<sup>1242</sup> 对于考夫曼提出的观点,我们不能简单地予以否定,而应当从科学的角度加以分析。

类推的性质如何界定,这是一个关系到正确理解类推功能的重要问题。考夫曼提出一个观点,认为类推不是逻辑的推论,而是一种比较。考夫曼将类推和演绎、归纳及设证等推论方法作了比较,认为演绎是从规则推论到案件,归纳是从案件出发找到规则,设证是从结论出发的推论。而类推(比较)不是逻辑上的推论,而是一种带有相当复杂结论的比较。在类推时,拟加以认识的事物,并不是在它之中或者接近它(在其本质中)加以认识的,而是在一个与另一比他为众所周知的事物的关联(关系)中,加以认识的。因此,在此仅有陈述逻辑是不够的,还需要谓词逻辑及关系逻辑。在类推时,一直是一种从一些特征中的一致性,推论到一些未知的其他特征的一致性。<sup>1252</sup> 我认为,类推到底如同演绎一样还是一种推论,关键在于如何理解类推的概念。在逻辑学上,存在一种类比推理,也简称为类比。有时也可以把类比理解为比较,即类比是指两个并不等同却仅仅在某个方面看来对象之间有一致之处的比较,如果从这种比较做出推理,这样的推理就叫做类比推理。<sup>1262</sup> 因此,类比本身包含两个环节。第一个环节是比较,也就是类比。这种类比是建立在类似性之上的。类似性是一种比较,即在两个事物之间进行相同性的比较,当两个事物具有某些大于不同点的相同点的情况下,我们就可以对这两个事物作出类似性的判断。第二个环节是推导,即基于类似性进行逻辑上的推理,这种推理在逻辑学上是一种特殊的归纳推理。如果从两个对象(现象、范围)的某些类似性和一个对象的一个已知特性推出另一个对象也具有这种类似性,那么这就是类比推理的逻辑定义。通过类比推理,我们对某种未知事物的认识具有一定的或然性。那么,类推能否等同于类比呢?我认为,类推与类比还是有所不同的。类比推理更是一种认识的形式,通过类比可以获得对某些事物的未知特征或者性质的认识。在英美判例法制度下,由于按照遵循先例原则判案,因此就存在一个本案与先例案件之间类似性的比较问题,以决定是否可以援引先例作为判案根据。美国学者孙斯坦在论述法律推理时有一章专门讨论类推推理。但从其内容来看,似乎应当译为类比推理。孙斯坦指出:法院之所以被类推推理所吸引,其原因在很大程度上是由于类推允许人们达成未完全理论化的协议。如果说一个案例与另一个案例相似,那么我们就需要某个理由或原则来说明。但在通常情况下,我们至少可以提供在一个在低层次目标上发挥作用的理由或原则。<sup>1272</sup> 显然,判例法是以类比推理为逻辑基础的,但决不能认为类比推理等同于类推推理,因而判例法都是建立在类推基础之上的。孙斯坦在论述法律中的类推思维时指出:某些人认为,类推推理实际上是演绎推理的一种形式,但这种观点是错误的。确切地说,如果没有识别出一个可以适用的观点)))即原则、标准或规则)))以说明源案例和目标案例中的结果,那么人们将无法进行类推推理。<sup>1282</sup> 实际上,孙斯坦否认是演绎推理一种形式的是类比推理而不是类推推理。在大陆法系成文法的语境中,类推推理就是一种演绎推理。考夫曼指出:在类推中包括演绎、归纳等逻辑推理形式,但又否认类推本身是一种推论,这里存在自相矛盾之处。我认为,在大陆法系

1232 参见[德]考夫曼:《类推与事物本质》,兼论类型理论6,吴从周译,台北学林文化事业有限公司1999年版,第161页。

1242 前引1212,考夫曼书,第193页。

1252 同上书,第118页。

1262 参见王亚同:《类推推理》6,河北大学出版社1999年版,第1页。

1272 参见[美]凯斯#R#孙斯坦:《法律推理与政治冲突》6,金朝武等译,法律出版社2004年版,第73页。

1282 同上书,第77页以下。

成文法的三段论法律适用的逻辑推理中,大前提是关键,而大前提的获得又是找法的结果。在找法,或者像考夫曼所说的那样,是一个法律发现过程中,考夫曼认为,其科学性不在于把这个过程化约成为包摄的逻辑推论,相反地,它的科学性只在于:澄清这个过程的复杂性,而且合理地反思所有在该过程中不是以形式逻辑得出的一切事物。法学方法必须认真地了解到:法学方法的核心不在于一个逻辑推论,而是在于一个比较)))很可能是在一个案例比较中,这种比较没有规范,没有规则,没有比较点是不可能的。现实、实际中绝大多数都不是精确地、形式逻辑地、合理地发生着,这点便提供了法学方法的本质不在于逻辑推论的支持论据。<sup>1292</sup>在此,考夫曼阐述了在法律发现过程中类推推理方法运用的可能性。也就是说,在确定某一概念的蕴含时,法官往往采用类推推理方法。例如,盐酸是否属于武器的解释过程中,就会在盐酸和武器之间进行类比,确定两者之间的相似性,以决定能否把盐酸解释在武器之中。对此,刑法学者也是予以认同的。例如,德国学者指出:原则上在刑法中也有其合法地位的类推推理说明,适用于特定案件类型的法规范,可适用于其他案件,如果后者与上述特定案件类型在重要关系上是相一致的。<sup>1302</sup>这种类推推理中的类似性与类推推理中的类似性之间存在什么关系呢?我认为,在类推推理的情况下,这种类似性是一种强类似,即相同大于相异,因而可以根据事物之本质将其归入某一概念或者类型之中。而在类推推理的情况下,这种类似性是一种弱类似,即相异大于相同,因而不能按照一般的法律解释方法将其涵括在某一概念或者类型之中,也就是属于法无明文规定的情形。在这种情况下,非要适用这一法律,就需要类推推理。类推推理以类推解释为前提,将大前提法律规定的涵括面加以扩大,然后由此出发进行司法三段论的演绎推理,最后得出结论。因此,类推推理与类比推理是有所不同的。在罪刑法定原则下,包含在可能文义范围内的类推推理是允许的,超出可能文义范围的类推推理则是被禁止的,这是一条不可逾越的原则界限。当然如何区分两者是一个复杂而困难的问题,它关涉对可能文义的界定。例如:南京曾经发生过李宁组织男性从事同性性交易案件,<sup>1312</sup>该案被告人李宁的行为能否定罪,关键就在于如何解释卖淫,也就是说,卖淫是否包括同性之间的性交易。辩护人指出:刑法及相关司法解释对同性之间的性交易是否构成卖淫未作明文规定,依照罪刑法定原则,李宁的行为不构成犯罪。媒体上也有观点认为,对组织男青年向同性卖淫的行为/比照组织卖淫罪定罪量刑0是一种类推定罪,法院的判决在司法中再次开启了类推定罪的先例,是有悖于罪刑法定原则的。<sup>1322</sup>我认为,卖淫一词的核心意义是指性交易。这里的性交易,既包括异性之间的性交易,也包括同性之间的性交易。在裁判理由中,法官认为:刑法所规定的卖淫的本质特征在于,其是以营利为目的,向不特定的人出卖肉体的行为。至于行为人的性别是男是女,以及其对象是异性还是同性,均不是判断、决定行为人的行为是否构成卖淫所要考察的因素。之所以这样理解,是因为无论是女性卖淫还是男性卖淫,无论是向异性卖淫还是向同性卖淫,均违反了基本伦理道德规范,毒害了社会风气,败坏了社会良好风尚。从此角度看,将同性卖淫归入卖淫范畴,以组织卖淫罪追究组织同性卖淫的行为人的刑事责任,并不违背而完全符合刑法有关卖淫嫖娼犯罪规定的立法精神。<sup>1332</sup>这一理由虽然重在从立法精神上理解,未能从卖淫一词本身能否容纳同性性交易的内容角度加以阐述,但其结论显然是能够成立的,且不属于类推解释。在这一结论的获得的论证过程中,涉及类推推理,异性之间性交易属于卖淫无疑,同性之间性交易,就性交易本身与异性之间性交易无异,相异之处只在于同性与异性之别,但这一区别并不影响卖淫的根本性质。因此,通过类推推理,可以将同性性交易行为涵括在卖淫概念之中。

罪刑法定原则与类推的排斥性,这应是不争的事实,考夫曼对这一铁则提出质疑,认为罪刑法定

1292 前引1212,考夫曼书,第132页。

1302 前引1162,汉斯#海因里希#耶赛克等书,第186页以下。

1312 参见最高人民法院刑一庭、刑二庭编:《刑事审判参考》2004年第3辑,法律出版社2004年版,第137页以下。

1322 参见王北京:《类推定罪0借同性卖淫案/复活》06,《南方周末》2004年2月26日。

1332 前引1312书,第141页。

原则并不绝对地禁止类推,这是要冒极大学术风险的。这里存在一个如何界定罪刑法定原则下刑法解释的限度问题。以往通行的观点是可能文义说,例如拉伦茨就是可能文义说的有力倡导者。按照拉伦茨的观点,可能文义应当理解为:依一般语言用法,或立法者标准的语言用法(这可能只在特殊情况下才存在),这个用语还能够指称的意义。<sup>1342</sup>这种可能文义说,主要是借助于语言的张力对其内容加以界定。因此,如果超出可能文义的解释就是类推解释。但考夫曼则不同意可能文义说,认为可能文义只是一种表面的解释,不足以承担探求法律意义的使命。而法律意义是指超乎于文字形式的法律/精神<sup>0</sup>。为此,考夫曼提出了不法类型说。考夫曼指出:立法者的任务是去描述各种类型。此时,抽象概念在法律的建构上具有极大的重要性,因为它能给予这项建构所需的外形,并担保其法律安定性。然而详尽地去描述一个类型是不可能的,这种描述只能不断去接近类型,但无法掌握其最终的精细性。因为类型永远比抽象地被定义的概念在内容上更为丰富,更为有思想,更为直观。<sup>1352</sup>在考夫曼看来,对于司法者来说,其主要的工作,便是回溯到抽象概念背后那些立法者所欲规范之类型,根据类型解释,藉而判断法律是否适用于具体案例事实,不会拘泥于抽象概念之表面字句。<sup>1362</sup>我认为,类型思维引入刑法学用于描述犯罪构成要件的观念是正确的。在犯罪构成要件意义上,犯罪是一种不法的行为类型。例如杀人,其本质特征是非法剥夺他人生命,凡是符合这一本质特征的,就是杀人。但在对刑法具体概念的理解上,例如何谓武器,何谓物等,将武器和物也理解为一种类型,不受其可能文义的限制加以理解,可能是有所不妥的。这里,是否应当区分行为类型与事物类型?行为类型受其事物本质的支配,而事物类型则受其语言外延的限制。考夫曼提出一切类型,甚至一切概念都是类推的,其实是对类推的一种误用。考夫曼强调类推中的比较方法的使用,这是无可指责的,但不能说采用比较方法理解一个概念就一定是类推。是否类推,关键还是要看能否被可能文义所容纳。在这个意义上,我还是赞同可能文义说。如果允许超出可能文义范围,根据事物本质进行实质判断,将使罪刑法定原则的形式理性丧失殆尽。也许,在文化国意义,考夫曼允许类推的实质理性是有其存在合理性的。身在法治国的我,对于考夫曼的实质理性持一种同情的理解,但仍然坚持我之形式理性的司法理念。至于说,类推制度能否以新的面貌再现中国刑法,<sup>1372</sup>我以为现在还言之过早。

在各种解释方法之间,是否存在严格的位阶关系,也是一个值得研究的问题。如前所述,法律解释方法通常有四种:语义解释、逻辑解释、历史解释和体系解释。那么,这四种解释方法是可以随意选用还是存在一种内在的顺序关系?我国台湾学者王泽鉴主张采取一种折中的立场,即不认为各种解释方法具有一种固定不变的位阶关系,但亦不认为解释者可任意选择一种解释方法,以支持其论点。法律解释是一个以法律意旨为主导的思维过程;每一种解释方法各具功能,但亦受有限制,并非绝对;每一种解释方法的分量,虽有不同,但须相互补足,共同协力,始能获致合理结果,而在个案中妥当调和当事人利益,贯彻正义的理念。<sup>1382</sup>我国大陆学者梁慧星则较王泽鉴的立场稍稍偏向于对各种解释方法之间大致规律的认同,指出:虽然不能说各种解释方法之间存在着固定不变的位阶关系,但也不应认为各种解释方法杂乱无序,可由解释者随意选择使用。<sup>1392</sup>我个人较为赞同梁慧星教授的观点,应当承认各种解释方法之间存在一定的位阶关系,但这种位阶关系不是固定不变的,尤其不能将位阶关系直接等同于顺序关系。如果这种解释方法的位阶关系得不到遵守,可能会影响解释结论的合理性。例如,历史解释,也就是沿革解释在一定条件下优于语义解释。因此,在解释刑法时,立法沿革,也就是刑法的历史因素是不能不考虑的,它形成对语义解释的某种限制。例如在现实生活中,社会福

1342 前引1172,卡尔#拉伦茨书,第202页。

1352 前引1232,考夫曼书,第117页。

1362 参见徐育安:5刑法上类推禁止之生与死6,台北1998年版,第91页。

1372 参见朱峰:5不同法治背景下的类推制度6,5环球法律评论62004年春季号。

1382 参见王泽鉴:5法律思维与民法实例6,中国政法大学出版社2001年版,第240页以下。

1392 参见梁慧星:5民法解释学6,中国政法大学出版社1995年版,第244页。

利机构对其所扶养人员遗弃的案件时有发生。类似遗弃行为还发生在医院,例如某医院将身份不明、无支付医药费能力的病人予以遗弃,甚至致人死亡。那么,此类案件能否以遗弃罪定罪呢?关键在于:如何理解我国刑法第261条规定的扶养义务?在王益民等人遗弃精神病人案的解说中,作者指出:从我国刑法第261条规定的精神看,该条中所指的扶养义务是广义的,不仅包括亲属间的法定义务,也包括职业道德、职责所要求必须履行的扶养义务。因为刑法在这里只是明确了对于年老、年幼、患病或者没有其他独立生活能力的人有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,即构成遗弃罪,而并没有明确必须是法律上有扶养义务的人实施遗弃行为才构成本罪。因此,从刑法第261条的立法精神来看,依特定的职业道德和职责应当对特定的对象履行救助职责而拒不履行的行为人,也可以构成遗弃罪的特殊主体。<sup>1402</sup>这一解释当然是基于对扶养的语义解释,但扶养是婚姻家庭法中的一个专门术语,能否将之作泛化解释本身就是大可质疑的。在婚姻家庭法中,从广义上来说,扶养是赡养、扶养、抚养的统称,指一定范围亲属间相互供养和扶助的法定权利和义务。狭义地讲,扶养是指同辈亲属相互之间经济上供养和生活上扶助的法定权利和义务。<sup>1412</sup>由此可见,扶养关系只在亲属之间存在。没有亲属关系,像在本案中所谓职业道德、职责所要求必须履行的扶养义务,实际上是指救助义务。也就是说,我国刑法中的遗弃罪属于妨害婚姻家庭的犯罪。关于这一点,1979年刑法在理解上并无异议,但在1997年刑法修订中,取消了妨害婚姻家庭罪,而将其并入侵犯公民人身权利、民主权利罪。这种犯罪归类上的改变,是否构成扶养的涵义的实质改变呢?对此,我国学者张明楷持肯定态度,认为新刑法将旧刑法中的妨害婚姻家庭罪全部转移至侵犯公民人身权利、民主权利罪,将遗弃罪的法益解释为生命、身体的安全,并不存在太大的障碍。如果这一观点得以成立,那么,对遗弃罪的构成要件就必须重新解释。这种重新解释包括对遗弃罪的主体要件与对象的解释,即遗弃罪的主体与对象不需要是同一家庭成员。扶养义务不能仅根据婚姻法确定,而应根据不作为义务来源的理论与实践(如法律规定的义务、职务或业务要求履行的义务、法律行为导致的义务、先前行为导致的义务等)确定。基于同样的理由,遗弃罪的对象也不限于家庭成员。<sup>1422</sup>这种解释即使符合扶养的文字内容,它与沿革解释也是相矛盾的。因为沿革解释将扶养限于亲属之间,基于沿革解释优于语义解释的规则,应适用沿革解释。而且,对1997年刑法修订中将妨害婚姻家庭罪移至侵犯公民人身权利、民主权利罪的理由来看,是纯技术上的原因。在刑法修订过程中,对妨害婚姻家庭的犯罪究竟是继续单设一章还是归并到侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中,争议较大,主要存在以下两种观点:第一种观点认为,家庭是社会的细胞,婚姻家庭是否正常和稳定,直接影响到社会的安定。同时,在刑法中设立的妨害婚姻家庭的犯罪与侵犯公民人身权利、民主权利罪相比,有它的特殊性和单独设章规定的必要。此外,从1979年制定的刑法生效以来,这一章的规定基本上是适当的,故无需将其归并到其他章节中去。第二种观点认为,从实质上讲,妨害婚姻家庭的行为也是一种侵犯公民人身权利、民主权利的行为,二者之间应当是包容的关系。同时,在1979年制定的刑法所规定的八章罪中,唯有妨害婚姻家庭罪只有六个条文,显得十分单薄,与其他章的犯罪相比极不协调。因此,主张将1979年制定的刑法单设一章的妨害婚姻家庭罪归并到刑法第四章即侵犯公民人身权利、民主权利罪中。立法部门采纳了第二种意见,将修订前刑法原第七章的内容归并到第四章中。<sup>1432</sup>由此可见,将妨害婚姻家庭罪归并到侵犯公民人身权利、民主权利罪,这只是一种立法技术上的考虑,并不涉及对罪名的内容的改变。就遗弃罪而言,应尊重其历史沿革,仍然限于具有扶养义务的亲属之间的遗弃。尤其应当指出的是我

<sup>1402</sup> 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览(2003年刑事审判案例卷)》,人民法院出版社、中国人民大学出版社2004年版,第223页。

<sup>1412</sup> 参见杨大文主编:《婚姻家庭法学》,复旦大学出版社2002年版,第170页以下。

<sup>1422</sup> 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第731页以下。相同的观点,还可参见周光权:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第81页。

<sup>1432</sup> 参见周道鸾等主编:《刑法的修改与适用》,人民法院出版社1997年版,第522页。

国刑法中的遗弃罪与日本刑法中的遗弃罪是有所不同的。日本刑法中遗弃的犯罪,是指将需要扶助的人置于不受保护的状态,由此使其生命、身体遭受危险的犯罪。具体包括遗弃罪、保护责任者遗弃罪、不保护罪和遗弃致死罪。<sup>1442</sup>因此,日本刑法中的遗弃的犯罪是广义的,不限于亲属间的遗弃,而我国刑法中的遗弃罪则是狭义的,只包括亲属间的遗弃。我国刑法中若需要对负有某种特定救助义务而不履行这种义务的遗弃行为加以惩治,应另设罪名。

在刑法规定中,必然存在某种漏洞,在民法中是承认法律补充权的,因而可以通过法律解释或者其他方法填补法律漏洞。但在刑法中一般是不允许的,对于那些应该规定为犯罪但由于疏忽或者其他原因刑法没有加以规定的,就应当视为法无明文规定不为罪,不允许以法律漏洞为由加以填补。但这并不意味着在刑法中不能进行有利于被告人的漏洞补充。例如,刑法分则第六章第三节规定了妨害国(边)境管理罪,主要涉及偷越国(边)境罪(第322条)、组织他人偷越国(边)境罪(第318条)、运送他人偷越国(边)境罪(第321条)。这些犯罪的认定都存在一个前提问题:如何理解这里的偷越?在刑法理论上一般认为,偷越包括两种情形:一是没有出入境证件而出入境,二是使用伪造、变造的出入境证件而出入境。但刑法第319条在关于骗取出境证件罪的规定中,将组织他人偷越国(边)境使用作为该罪的主观目的。由此推论,使用骗取的出境证件也是偷越国(边)境。但骗取的出境证件,无论是护照还是签证形式上都是合法的,将这种持有形式上合法的出境证件的行为规定为偷越国(边)境,显然不符合偷越的意思。在这种情况下,就需要将这里的为组织他人偷越国(边)境使用为目的,理解为以非法移民为目的。上述刑法规定是一种漏洞,这种漏洞可以通过目的性限缩的方法加以补充。目的性限缩,系指对法律文义所涵盖的某一类型,由于立法者之疏忽,未将之排除在外,为贯彻规范意旨,乃将该一类型排除在该法律适用范围外之漏洞补充方法而言。目的性限缩的基本法理,系非相类似之事件,应作不同之处理,可将不符规范目的之部分排除在外,俾仅剩的法律意义更为精纯。<sup>1452</sup>这种目的性限缩之法律漏洞补充,是有利于被告人的,因而并不违反罪刑法定原则。

#### 四、犯罪构成方法论问题

在刑法中,犯罪认定过程是案件事实与刑法规定的耦合过程。它也是一个司法推理过程,其不同于一般的司法推理之处在于:犯罪认定是以犯罪构成要件为中心展开的。犯罪构成的构造与运用本身都存在一些方法论问题需要研究。

这里首先涉及的是犯罪构成要件的性质问题。犯罪构成要件是以刑法分则规定为根据形成的一些理论模型,而刑法分则的规定到底是一种概念还是一种类型?这里要从法律演进的历史说起,并且涉及到中西法律文化上的重大区别。

中国古代的法学称为律学,中国古代的律学发端于秦、汉时期,到魏晋南北朝达到了相当发达的境界。晋代著名律学家张斐的5律注表<sup>6</sup>,是中国古代法律学的经典作品。该表对古代刑法中的20个重要名词作了精确的诠释,这20个名词是:故、失、谩、诈、不敬、斗、戏、贼、过失、不道、恶逆、戕、造意、谋、率、强、略、群、盗、赃。例如,张斐释盗曰:“取非其有谓之盗”,这就十分确切地将盗的侵犯他人财产所有权的性质予以揭示,为窃盗与强盗的罪名设置提供了法理基础。我国学者对张斐律学的方法论作了分析,指出:在张斐的5律注表<sup>6</sup>中,由于使用了逻辑思维的抽象方法,因此,在解释法律名词时,明显地比汉代采用经学的方法要进步。同时,当时玄学家的辨名析理的学风也影响了律学研究,通过对法律名词的内涵与外延的逻辑界定,对法律名词的普遍属性和特殊个性的抽象分析,使魏晋律学进

<sup>1442</sup> 参见[日]大冢仁:《刑法概论6(各论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第69页以下。

<sup>1452</sup> 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第152页。

一步朝着逻辑化、抽象化、精密化、系统化的方向发展。<sup>1462</sup> 及至5唐律疏议6, 中国古代律学发展到炉火纯青的程度。5唐律疏议6在内容上由律文、注文以及疏文三部分构成, 注文是对律文的说明解释, 疏文是对律文和注文的说明解释。这里尤其需要探讨的是疏这种解释形式。5唐律疏议6中的疏为何义? 5名例律6的注疏曰: 昔者, 圣人制作谓之经, 传师所说则为之传, 此则立明, 子夏于5春秋6、5礼经6作传是也。近代以来, 兼经注而明之则谓之疏。疏之为字, 本以疏阔、疏远立名。又5个雅6云: /疏者, 识也。案疏训识, 则书疏记识之道存焉。由此可见, 疏的本义虽是指疏远, 其引申义为识、为注, 其义明之也。5唐律疏议6中的疏, 又由/议0及/问答0两部分组成。其中,/议0是解释议论部分,/问答0是假设案例的提出与解答。5唐律疏议6广泛采用了训诂学的方法对律文和名词进行解释, 正如我国学者所说, 疏文探求制度的由来, 并对事物作考证, 以示制度的庄严正统, 达到5进律疏表6所讲的/网罗训诂, 研核丘坟0以为/信百代之准绳0。<sup>1472</sup> 中国古代律文以语言诠释为主要内容的律文, 到清代又得到进一步发展。例如清代王明德在5读律佩 6<sup>1482</sup> 一书中, 对解律之法作了体系性的归纳, 提出读律八法: 一曰扼要, 二曰提纲, 三曰寻源, 四曰互参, 五曰知别, 六曰衡心, 七曰集义, 八曰无我。王明德还论述了/律母0与/律眼0。王明德云: 律有以、准、皆、名、其、及、即、若八字, 各为分注, 冠于律首, 标曰八字之义, 相传谓之律母。相对应于律母的是律眼, 律眼是指例、杂、但、并、依、从、从重论、累减、听减、得减、罪同、同罪、并赃论、折半科罪、坐赃数罪、坐赃论、六赃图、收赎等。这里的律母与律眼都是律文中的关键词。中国古代律学的精妙在于对律文的文字解释与义理阐述, 透过文字的隔膜而尽得立法之精义。尽管中国古代律学达到了相当高的理论水平, 但我们不能不看到, 它只囿于对律文的语言解释, 把法律规定当作一般的概念加以注疏, 而没有建立起法律的一般模型, 缺乏形式理性的法逻辑思维。对此, 马克思#韦伯指出: 中国古代不仅形式的法学未能发展, 而且它从未试图建立一套系统的、实在的、彻底理性化的法律。总的看来, 司法保持着神权政治的福利司法所特有的那种性质。就这样, 不仅哲学的和神学的(Theologisch)逻辑学(Logik), 而且法学的逻辑学, 都无法发展起来。<sup>1492</sup> 换言之, 中国古代法律学缺乏形式的法逻辑(Rechtslogik), 而这种法逻辑, 恰恰是西方法学的基础。

西方法学的古典形式是罗马法, 而罗马法是借助于古希腊的逻辑学方法发展起来的, 由此形成一套法律概念体系, 对后世发生了深远的影响。法律存在一个从具体到抽象, 从个别到一般的演变过程, 中外法律史上皆是如此。但中国古代法律史上的从具体到抽象更多的表现为语言上的抽象化, 使之能够涵括更多的内容。而西方法律史上的从具体到抽象则更多的是类型化, 建立起某种法律模型, 从而能够容纳更多的事实内容。因此, 中国古代法律的抽象化是一种语言的抽象化, 而西方法律的抽象化是一种逻辑的抽象化。这种逻辑上的抽象化表现为一种形式主义的特征。例如英国学者论述了罗马法的形式主义, 指出: 原始制度注重对形式的使用, 法律后果并不是产生于单纯的协议或者简单的意思表示。如果要创设或者转让某一权利, 必须实施某种特定的行为, 或者使用特定的话语。<sup>1502</sup> 在此基础上古罗马法发展出一种法律程式, 这种法律程式中需要具备某种要件才能发生法律后果, 由此形成所谓要式行为, 例如要式买卖(mancipatio)等。因此, 罗马法更强调行为要素。例如, 关于盗窃的规定, 5唐律#贼盗律6规定: /诸盗, 公取、窃取皆为盗。0疏文曰: 公取, 谓行盗之人, 公然而取; 窃取, 谓方便私窃其财, 皆名为盗。因此, 唐律中盗的概念, 指以公开或秘密的方式非法取得他人财物的行为。然后, 5唐律6再将盗进一步区分为: (1)强盗, 即以威若力而取其财, 先强后盗, 先盗后强等。(2)窃盗, 即窃盗人财, 谓潜形隐面而取。<sup>1512</sup> 我们再来比较一下罗马法中关于盗窃的规定。在罗马法中,

1462 参见何勤华:5中国法学史6(第一卷), 法律出版社2000年版, 第286页。

1472 参见钱大群:5唐律研究6, 法律出版社2000年版, 第50页。

1482 参见(清)王明德:5读律佩 6, 何勤华等点校, 法律出版社2001年版。

1492 参见[德]马克思#韦伯:5儒教与道教6, 洪天雷译, 江苏人民出版社1993年版, 第175页。

1502 参见[英]巴里#尼古拉斯:5罗马法概论6, 黄风译, 法律出版社2000年版, 第60页。

1512 前引1472, 钱大群书, 第319页以下。

盗窃(furtum)是以获利为目的, 欺诈地窃取他人的可动物, 或者经被窃人同意而持有物品的人非法使用或非法侵吞该物。在优士丁尼法中, 人们将盗窃区分为窃取(furtum rei)、窃用(furtum usus)、侵吞(furtum possessionis)。因此, 盗窃具有以下要件: 第一, 取得(contractatio), 这个概念包括窃取他人物品, 非法使用(furtum usus)和非法侵吞(furtum possessionis)。第二, 欺诈性意图(contractatio fraudulosa, animus 或 affectio furandi)。第三, 从被窃取物中获利的意图(animus lucrificandi)。第四, 可动产。<sup>1522</sup> 通过对比, 我们可以发现, 5唐律6对盗窃的规定更是一种描述性的, 例如使用潜形隐面这样一种形象的语言对行为特征加以描述。而罗马法对盗窃的规定更是一种分析性的, 可以分解出各种构成要素, 以便加以把握。

犯罪构成要件理论就是建立在这种分析基础之上的关于犯罪的一种类型化的理论体系。构成要件的概念与民法上的法律行为的概念具有构造上的相似性。民法上的法律行为是民事主体存在发生一定法律效果的行为。在罗马法上, 本无抽象的法律行为概念, 只有各种具体的名称, 如买卖行为、使用借贷行为、赠与行为, 等等。19世纪初德国法学家、历史法学派的创始人胡果(Gruetav Hugo, 1764 - 1844)在研究罗马法时, 概括了各种法律方面的行为的共同点, 首创了法律行为这个词。<sup>1532</sup> 法律行为这个抽象概念的形成, 对于民法调整方式来说, 是一个重大突破。法律行为的成立必须具备一定的条件, 因而需要讨论法律行为的成立要件。法律行为的成立要件是指依照法律规定成立法律行为所必不可少的事实要素。我国学者指出: 当行为人的某一表示行为符合特定法律行为的成立要件时, 其行为构成特定的法律行为; 当行为人的具体表示行为不符合任何法律行为的成立要件时, 观念上应视为法律行为不存在。此类法律规则的作用在于将社会生活中民事主体有意从事法律行为的活动与无意从事法律行为的活动区别开, 使得一切法律行为均取得法律规定的典型特征。基于这一观念, 民法理论中有学者主张将法律行为的成立要件称为法律行为的构成要素或构成要件,<sup>1542</sup> 这样, 就从法律行为概念中推导出构成要件的概念, 这里的构成要件, 就是指 Tatbestand。Tatbestand 起初是指一种事实性存在, 此后才被确认为法律上的一种模型并与事实相脱离。日本学者小野清一郎曾经对构成要件的概念作了分析, 指出: 在一般法学上, 则由于一定的法律效果发生, 而将法律上所必要的事实条件的总体, 称之为/ 法律上的构成要件0。在刑法学上, 犯罪的构成要件, 其理论性只是其中的一种情况))) 因为在历史上, 刑法中最早出现的构成要件概念是采用一般法学的思维方式得出的。但必须注意的是, 按照一般法学的用法, 构成要件一词仅仅意味着是法律上的、抽象的、观念性的概念。与此相反, 在心理学等方面, 在使用 Tatbestand 一词时, 基本上指的是事实性的东西。<sup>1552</sup> 因此, 在犯罪构成方法论中, 涉及一个从事实到概念再到类型, 最后到模型的演变过程。

犯罪本身是对社会生活中的法益侵害行为的一种概括, 由此形成概念, 这种概念表现为罪名概念。概念是以语言为载体的, 因而为确定某一犯罪的内容需要对语言进行解释。罪名概念与犯罪事实之间的关系, 实际上是一种名实关系。胡适在论述中国古代的法治逻辑时, 揭示了这种法治逻辑的基础是循名责实。不仅法家如此, 儒家也是如此。孔子的正名学说: 名不正, 则事不成, 刑罚不中, 而民无所措手足, 由此可以勾划出儒家名实关系学说的清楚线索。<sup>1562</sup> 在这种情况下, 刑法理论仍是描述性与解释性的, 而没有达到一种理论上的建构。

从罪名概念到犯罪类型, 这是一个重大的跨越。德国学者考夫曼对类型与概念进行了比较, 指出: 类型是建立在一般及特别间的中间高度, 它是一种相对具体, 一种事物中的普遍性。类型一方面与抽象一般的概念相异, 一般概念, 透过一个有限数量独立的特征被加以定义(被限制), 并因此)))

1522 参见[意]彼德罗·彭梵得:《5罗马法教科书》, 黄风译, 中国政法大学出版社1992年版, 第402页。

1532 参见周 :《5罗马法原论》下册, 商务印书馆1994年版, 第582页。

1542 参见董安生:《5民事法律行为》)合同、遗嘱和婚姻行为的一般规律》, 中国人民大学出版社1994年版, 第188页以下。

1552 参见[日]小野清一郎:《5犯罪构成要件理论》, 王泰译, 中国人民公安大学出版社2004年版, 第5页。

1562 参见胡适:《5先秦名学史》, 学林出版社1983年版, 第146页以下。

依 Kant 的意思,与直观相对。类型在它与其真实接近的以及可直观性、有对象性来看,是相对的不可以被定义,而只能被描述。它虽然有一个确定的核心,但却没有确定的界限,以至于对于一个类型存在的特征轮廓或多或少有所缺少。而这却不会造成对于一定事实类型化的困难。概念(在这里一直被理解为抽象一般的概念),当作一种种类概念或分类概念是封闭的,而类型则是开放的。概念只认识一种犀利的/不是什么,就是什么<sup>0</sup>。概念做区隔,概念性思考是一种区隔性的思考。而类型(次序概念、功能概念和意义概念)相反的,让自己在/或多或少<sup>0</sup>多样的真实中存在。<sup>1572</sup> 考夫曼这一对类型与概念的对比考察,对于我们正确地认识两者关系具有重要意义。当然,类型与概念也不是互不相干,事实上概念也正是某种类型的载体,因而存在所谓类型概念化或者概念类型化的问题。对于类型与概念的这种关系,考夫曼曾经引述 Kant 的名言加以说明:概念没有类型是空的,类型没有概念是盲目的。<sup>1582</sup> 以我个人之见,概念是对事物本质特征的概念,因其抽象性而具有某种类型性特征。但概念的主要作用在于区隔,即区分不同事物,其概括功能反而未受到应有重视。而类型的主要功能在于概括,形成一种直观的、整体的认识。在这个意义上,类型毋宁说是一种思维方式,即所谓类型化思考,正如德国学者指出:当抽象))) 一般规定及其逻辑体系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时,大家首先会想到的补助思考形式是类型。<sup>1592</sup> 类型化思考,是人文社会科学中广泛使用的一种思考方法,例如马克思#韦伯将类型化思考方法引入社会学,形成了理想类型的分析框架。韦伯在讨论社会学方法论基础时,从定律概念出发引申出类型的概念,人们习惯于作出各种各样的社会学概括,例如格雷欣定律。事实上,这些定律是由观察所证实的类型或然性。其意思是指,在某些给定条件下,将会出现社会行动的可期望道路,这一道路根据活动者的类型动机和类型主观意向是可以理解的。这些概括既是可理解的,也是高度确定的,只要根据纯理性的目的追求这种在类型意义上的行动观察道路是可以理解的,或这种理论类型的方法论便利的理由可以有启发的运用,情况便是如此。<sup>1602</sup> 马克思#韦伯所谓的类型,是一种经验性类型,一种纯粹理想类型。韦伯认为,所建立的理想类型越是严格和精确,从而在某种意义上它越是抽象和非现实,那么,它就越能较好地阐述术语、分类和假设方面发挥其功能。<sup>1612</sup> 类型性思考同样适用于法学,但法学中的类型不同于社会学中的类型,它是一种规范的类型。对此,考夫曼指出:放在法律层次上看,就可以证明出类型))) 在这里指的是规范的类型,不是以平均或者经常的类型,也不是以 Max Weber 的理想类型的意义来看,而是以在法律理念及生命事实的中间来看,而围绕着所有的法律思想:是规范的正义与实质的正义的中间。<sup>1622</sup> 考夫曼还明确指出:事实上,刑法的构成要件都是不法类型,即类型化之非价的生活事实。<sup>1632</sup> 只有使用类型的方法,才能形成犯罪构成要件的概念。换言之,犯罪构成要件概念本身具有某种类型性特征。因此,犯罪构成要件的形成与类型化的刑法思维的成型,是一个相关的过程。正如我国学者所指出:从贝林格到小野清一郎,构成要件理论从萌芽发展到了极致。伴随构成要件理论的成熟,构成要件类型化的思维亦逐步成型。无论是行为类型,违法类型抑或责任类型,无论是犯罪的外部轮廓或价值类型,无疑都是一种类型化思维的过程和结果。在这个意义上,甚至可以将刑法学称之为类型刑法学。<sup>1642</sup> 由此可见,类型化思考是犯罪构成要件建构的重要方法论。

基于类型化思考方法,刑法中对犯罪的规定不再是一些单纯的概念,例如杀人、放火、强奸、抢劫,

<sup>1572</sup> 前引1212,考夫曼书,第190页以上。

<sup>1582</sup> 同上书,第192页。

<sup>1592</sup> 前引172,卡尔#拉伦茨书,第337页。

<sup>1602</sup> 参见[德]马克思#韦伯:《社会科学方法论》,杨富斌译,华夏出版社1999年版,第52页。

<sup>1612</sup> 同上书,第55页。

<sup>1622</sup> 前引1212,考夫曼书,第191页。

<sup>1632</sup> 前引1232,考夫曼书,第109页。

<sup>1642</sup> 参见张文、杜宇:《刑法视域中/类型化0方法的初步考察》,《中外法学》2002年第4期。

而是一种犯罪类型,这是刑法理论的一次方法论革命。在这种情况下,我们不再把刑法对犯罪的规定看作是一种对事实的简单描述,而是认定犯罪的一种法律模型,由此引申出模型的概念。在《刑法哲学》一书中,我曾经从定罪的模式意义上论述犯罪构成,并对大陆法系的递进式的犯罪构成结构与我国及苏联的耦合式的犯罪构成结构进行了对比,指出了两种模式的逻辑差别。<sup>1652</sup>在《本体刑法学》一书中我将作为一种法律标准的犯罪构成与构成事实作了区分,在/将社会生活中出现的事实加以类型化的观念形象,并进而将其抽象为法律上的概念(小野清一郎语)之意义上理解犯罪构成,<sup>1662</sup>就是把犯罪构成看作是一种法律模型。因此,犯罪构成作为一种法律模型,恰恰是类型化思考的结果。对此,我国学者作了精辟的论述:就刑法条文对犯罪所谓的明文规定而言,其实只是建构一种与生活中具体行为相比较的模型。由于刑法条文在字面上、技术上对犯罪特征表述的局限性,模型往往都显得粗糙和过于简单,造成条文在运用中缺乏可操作性和难得要领,于是注释刑法学在刑法罪状的基础上建立起犯罪构成及其要件的学说体系,以便为司法提供可供操作的具体分析思想及方法。刑法理论家们凭着自己的专业知识、生活经验以及约定俗成定型化的犯罪既往处理模式,从理论上对刑法条文的字义进行深入浅出、字斟句酌的分析,原则释之具体、模糊阐之清晰、疏漏补之完整,并将这种对刑法关于犯罪规定的概念体系冠名为犯罪构成,将聚合犯罪构成的诸要素称之为要件(必要条件)。<sup>1672</sup>这种对犯罪构成由来的描述,尤其是从模型的意义上来界定犯罪构成,我认为是非常科学的,也可以使我们头脑中的犯罪构成要件立体化。

犯罪构成作为一种模型,是由各种构成要件(要素)组建而成的,那么,各种构成要件之间存在一种什么样的逻辑关系呢?我认为,这是一个值得研究的问题。这里涉及犯罪构成要件之间的位阶问题。所谓位阶,实际上是指各个构成要件在体系中的确定位置,或者说是在认定犯罪过程中的先后顺序。关于这个问题,大陆法系的递进式的犯罪构成结构,构成要件该当性、违法性和有责性这三个犯罪成立条件之间的位阶关系是十分明确的。对此,日本学者大冢仁曾经进行过探讨。大冢仁指出:那么,应该在怎样的序列中对待那些犯罪的构成要素呢?在形式逻辑上,按照犯罪本身的发展经过,构筑认识它的体系,或者考虑刑事裁判中犯罪事实的认定过程建立与其相适应的理论体系,都并非不可能。从前一种看法出发建立体系,当然应该从犯罪的主观面出发,逐渐及于客观面。但是,犯罪概念体系的目的在于把握科刑的前提,根据后一种看法是适合的。从这种观点来看,在研讨各种犯罪要素时,在思考及判断的经济上,应该从一般的犯罪要素开始,其后研讨具体的、特殊的犯罪要素。而且,对由定型的、形式的判断能够认识的东西,要先于非定型的、实质的判断予以处理,才是所希望的。通过以上考察,大冢仁赞同构成要件该当性、违法性及责任这三个要素的体系,认为它以抽象的、一般的而且定型的构成要件该当性的判断为前提,对肯定了构成要件该当性的行为,再进行具体的、个别的而且非定型的违法性及责任的判断。那么,相对于构成要件该当性,对违法性和责任的要素是应该并列地对置理解,还是应该重叠地、发展地考虑呢?违法性的判断是从法规范的立场客观地、外部地论事,而责任的判断则是主观地、内部地研讨能否进行与行为人人格相结合的非难,着眼于这一点时,应该给予两者先后的顺序。<sup>1682</sup>在此,大冢仁教授确立了先客观后主观、先定型后非定型这样一个决定犯罪构成要件之间的位阶关系的原理。可以说,大陆法系递进式的犯罪构成理论解决得最好且最合乎逻辑的就是犯罪构成要件之间的位阶关系。

在我国和苏联的耦合式的犯罪构成理论中,犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面这四个要件虽然具有对应性,但其位阶关系并没有得到圆满的解决。例如,苏联学者在论述犯罪构成时

1652 参见拙著:《刑法哲学》(修订3版),中国政法大学出版社2003年版,第597页以下。

1662 参见拙著:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第194页以下。

1672 参见冯亚东、胡东飞:《犯罪构成模型论》,《法学研究》2004年第1期。

1682 参见[日]大冢仁:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第108页以下。

指出:犯罪构成不仅是犯罪要件的总和,而且是犯罪要件的严密系统。犯罪构成反映犯罪特有的构成犯罪要素的内部联系。刑法科学的最大成就是揭示了各种犯罪的统一的共同结构,并在这一基础上由表明犯罪的客体、犯罪的主体、犯罪的客观方面和犯罪的主观方面四类基本要件组成每一个犯罪构成。犯罪构成是这样一些必要的和充分的要件的系统,而且它们足以认定某人犯有相应罪行。这些要件之所以是必要的是从如下的意义上说的,即:在犯罪构成的全部要件中,缺少任何一个要件,行为就不能被指控为犯罪,因此,他就不负刑事责任,这些要件之所以是充分的,就在于对有关行为人指控其犯罪,没有必要查明任何补充材料。<sup>1692</sup>这段话论及犯罪构成的结构,但是没有阐述各个犯罪构成要件之间的位阶关系。也许在其犯罪构成体系中,这种位阶关系本身就是不存在的。我国学者曾经在犯罪构成研究中引入系统方法,提出了犯罪构成系统论这样一种颇有创见的理论。应该说,犯罪构成要件之间的位阶关系是犯罪构成系统论的题中应有之义,但该学者恰恰没有涉及这个问题。根据论者的观点,犯罪构成体系是一个动态系统结构,犯罪主体和犯罪客体就是构成这个系统结构的两极,缺少其中任何一极都不可能构成犯罪的系统结构,不可能产生犯罪活动及其社会危害性。<sup>1702</sup>在这种情况下,犯罪构成系统论成了一种使人无从把握的东西,犯罪构成要件之间的关系反而更加模糊。在我国刑法学界,曾经有过四要件之排列顺序的讨论。通说是根据犯罪认定过程将犯罪构成要件按照犯罪客体要件)))犯罪客观要件)))犯罪主体要件)))犯罪主观要件的顺序排列。<sup>1712</sup>个别学者则是根据犯罪发生过程将犯罪构成要件按照犯罪主体要件)))犯罪主观要件)))犯罪客观要件)))犯罪客体要件的顺序排列。<sup>1722</sup>但这种讨论意义极其有限。正如我国学者指出:在我国犯罪构成理论体系中,各要件之间互为前提、互相作用,任何一个方面的要件,如若离开其他三个方面的要件或其中之一,都将难以想象,要件的齐合充分体现出要件的同时性和横向联系性;撇开论述上的逻辑顺序不谈,四个要件哪个也不能独立在先、独立在后。<sup>1732</sup>根据这种观点,四个构成要件的排列不是司法的逻辑顺序而只是一种理论叙述的顺序。在这个意义上说,我国现行的犯罪构成要件之间根本就不存在位阶关系。

我认为,犯罪构成体系,无论是三要件论还是四要件论,各要件之间的位阶关系都是首先需要明确的。这种位阶关系表明:顺序在先的构成要件独立于顺序在后的构成要件,顺序在后的构成要件则以顺序在前的构成要件为前提,这种顺序关系不能颠倒。由于在我国刑法的犯罪构成理论中,四个构成要件之间的位阶关系没有得以确认,因而在认定犯罪过程中,往往出现某种逻辑上的混乱。例如,先客观后主观,这是构成要件之间的一种基本位阶关系。根据这一原则,行为是否构成犯罪,首先要进行客观的判断,包括构成要件行为、构成要件结果以及因果关系的判断。只有在客观上作出了肯定判断的基础上,再进行主观的判断,包括有无罪过等。但在某些案件中,法官本来应该根据客观上不具有构成要件该当的行为而不认为是犯罪,但却以主观上不具有罪过或者某种特定目的为由不认为是犯罪。结论虽然是相同的,逻辑论证则有所不同。这种不受位阶关系限制的跳跃式思维方式十分容易出错,这是应当防止的。

我在5本体刑法学6一书中提出了罪体与罪责之分的犯罪构成体系,这里的罪体是指犯罪的客观要件,罪责是指犯罪的主观要件。此后,在5规范刑法学6一书中,又根据我国刑法中犯罪存在数量因素这样一个特征,在罪体与罪责以外,又提出了罪量要件,由此形成三位一体的犯罪构成体系。在此,涉及罪体与罪责之间的关系。我曾经指出,这是一种对合关系。这种对合关系是否存在位阶呢?回答是肯定的。在认定犯罪中,罪体是首先需要确认的,包括行为、结果及其因果关系这样一些罪体要

1692 参见[苏]B#H#库德里亚夫采夫:5定罪通论6,李益前译,中国展望出版社1989年版,第71页。

1702 参见何秉松:5犯罪构成系统论6,中国法制出版社1995年版,第112页。

1712 参见高铭喧、马克昌主编:5刑法学6,中国法制出版社1999年版,第105页以下。

1722 参见赵秉志:5论犯罪构成要件的逻辑顺序6,5政法论坛62003年第6期。

1732 参见肖中华:5犯罪构成及其关系论6,中国人民大学出版社2000年版,第213页。

素是前置于罪责而存在的。只有在罪体的基础上,才有罪责可言。这里还需要研究一个问题,就是罪体是否能够独立于罪责而成立?我所指的罪体是行为事实与规范评价的统一,不同于大陆法系递进式犯罪构成体系中的构成要件该当性,它没有包括构成要件的故意与过失,但包括了违法性的评价。当然,在行为事实与规范评价之间,又是行为事实先在于规范评价。根据这样一种分析,罪体是可以独立于罪责而存在的。罪责中的责任能力是一个独立的判断要素。罪过是心理事实与规范评价的统一。同样,在心理事实与规范评价之间,也是心理事实先在于规范评价。某些犯罪,只要具备了罪体与罪责即构成犯罪。有些犯罪则不然,在具备了罪体与罪责的基础上,还需要考察罪量因素。如果虽然具备罪体与罪责,法律所要求的罪量要件不具备仍然不构成犯罪。基于以上分析,我认为罪体)))罪责)))罪量这三个构成要件之间存在明确的位阶关系,这就为定罪提供了正确的逻辑路径。

## 五、案件事实认定方法论

案件事实并非是一种/裸0的事实,而是一种构成要件该当的事实,它是经由规范的/格式化0而形成的一种法律事实。因此,在司法三段论的推理当中,小前提)))案件事实的认定本身并非完全独立于大前提)))法律规范的确定,而是在事实与规范之间互相检视的一种复杂认识过程。因此,在实际司法活动中,不能将大前提)))法律规范的确认与小前提)))案件事实的认定截然分开。拉伦茨曾经深刻地揭示了案件事实形成与法律判断在时间上的同一性。拉伦茨指出:在无限多姿多彩,始终变动不居的事件之流中,为了形成作为陈述的案件事实,总是要先作选择,选择之时,判断者已经考量到个别事实在法律上的重要性。因此,作为陈述的案件事实并非自始既存地显现给判断者,毋宁必须一方面考量已知的事实,另一方面考虑个别事实在法律上的重要性,以此二者为基础,才能形成案件事实。法律家的工作通常不是始于就既存的案件事实作法律上的判断,毋宁在形成)))必须由他作出法律判断的)))案件事实时,就已经开始了。<sup>1742</sup>在这个意义上说,案件事实的形成过程本身就是一个法律判断过程。

当然,我们强调案件事实的形成与法律判断在过程上具有同一性,并非要将案件事实与法律规范加以混淆。因此,正确地区分事实问题与法律问题具有重要意义。尤其是在三审终审的情况下,事实审与法律审相分离,基层法院以解决事实问题为主,二审法院以解决法律问题为主,终审法院不解决事实问题只解决法律问题。在这种情况下,事实问题与法律问题就应当在刑事诉讼的不同审级得以解决。应该说,事实问题与法律问题是存在区别的。事实问题是一个存在论的问题,即有还是没有的问题;而法律问题是价值论的问题,即是或者不是的问题。

事实问题与法律问题的区分,首先是一个在刑法理论上需要解决的问题。在刑法理论上,事实问题与法律问题的区分主要表现在犯罪构成要件的设置上。一个人有罪还是无罪的问题,需要同时解决事实问题与法律问题。犯罪构成要件作为定罪的根据,同样也包含了事实与法律两个层面的内容。在大陆法系递进式的犯罪构成体系中,构成要件该当性是一个事实问题,构成要件包括行为、客体和结果等行为事实以及故意和过失等心理事实。只有在充足构成要件的基础上才能进入违法性的判断。当然,构成要件也并非是完全的事实内容。贝林格认为构成要件是客观记叙性的事实,而不包含规范的、主观的要素。而麦耶尔则认为构成要件中包含有规范的、主观的要素,但没有予以正面肯定。到了梅茨凯尔那里,由于认为构成要件是不法类型,所以从正面肯定了构成要件中的主观要素及规范要素。<sup>1752</sup>尽管在构成要件该当性中包含规范要素,但这种规范要素本身还是作为一种规范事实存在的。例如/他人的财物0(德国刑法第242条、第303条),这里的财物当然是物理性存在,而/他人的0

<sup>1742</sup> 前引172,卡尔#拉伦茨书,第160页。

<sup>1752</sup> 参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第49页以下。

就是法律上的所有关系,这是一种规范要素。但这种规范要素存在本身又是一个事实问题,即财物的所有权归属问题。在认定盗窃罪时,财物是否属于/他人的<sup>0</sup>这是一个事实性的前提。在这个意义上说,它与作为法律问题的违法性评价还是有所不同的。在构成要件该当的基础上,才能进一步进行违法性判断。一般来说,构成要件该当的行为是一种不法类型,因为构成要件该当行为一般可以推定为违法,除非存在违法性阻却事由。在违法性基础上进一步作有责性的判断,有责性是一个主观归责问题,在主张规范责任论的情况下,它同样也是一种法律判断。由此可见,大陆法系的递进式的犯罪构成体系中,事实问题与法律问题有机地统一在一个犯罪构成中,互相协调,对正确认定犯罪具有重要意义。而在我国及苏联的耦合式的犯罪构成体系中,事实问题与法律问题没有明确地加以区分。我在《刑法哲学》<sup>6</sup>一书中曾经指出:行为事实是一种纯客观的存在,它只有经过一定的价值评判,才能转化为具有犯罪意义的行为、客体、结果及其因果关系。在我国刑法理论中,行为事实与价值评判这两个层次的问题未加区别,混为一谈。因此,造成了许多理论上的混乱。<sup>1762</sup>例如,因果关系问题,我国以往关于因果关系的讨论纠缠于因果关系的必然性与偶然性,这是在事实层面上对因果关系的讨论,没有充分关注法律层面的因果关系。实际上,因果关系不仅是一个事实问题,也是一个法律问题。因此,将因果关系区分为事实因果关系与法律因果关系的思路是可取的。<sup>1772</sup>尤其是客观归咎论的提出,真正使因果关系成为一个法律上的客观归属问题。当然,在大陆法系递进式的犯罪构成体系中,客观归咎的体系性地位仍然是一个没有得到很好解决的问题。在我所指出的(罪体)))罪责)))罪量的犯罪构成体系中,罪体是行为事实与规范评价的统一,罪责是心理事实与规范评价的统一,惟此才能体系性地把握事实问题与法律问题。

事实问题与法律问题的区分不仅对于刑法理论具有重要意义,而且在司法活动中对于正确地认定犯罪同样具有重要意义。在具体犯罪的认定过程中,应当分别解决事实问题与法律问题。尤其是需要正确地确定事实问题与法律问题之间的位阶关系,即在入罪时,评价以事实的存在为前提,既不能以事实代替评价,也不能以评价代替事实。出罪则不受此限。事实的确定是法律评价的前提,因为法律评价是对事实的评价,没有事实当然也就无所谓法律评价。因此,对于认定犯罪来说,事实的确定无疑是最重要的。但在司法活动中,事实问题与法律问题的区分又是极其困难的。某些事实本身就包含着规范评价要素。更为重要的是,在具体犯罪的认定过程中,事实问题与法律问题的解决孰先孰后,是否有一个可遵循之规则的存在?我想,大体上是有的,但也不能绝对化。一般地说,就入罪而言,须先认定案件事实,再作法律判断。如果案件事实没有,可以中断法律判断。但在出罪的情况下,案件事实难以认定,但法律判断容易作出的,也可以通过否定的法律判断得出出罪结论。

案件事实还有客观事实与主观事实之分。客观事实是事实,且具有客观性,这当然没有问题。主观事实也是事实,同样具有客观性,对此却容易发生误解。在一个具体犯罪中,客观事实与主观事实是互相依存不可分割的,只是为了理论研究的需要才予以分而考察。但在犯罪认定过程中,客观事实与主观事实的判断顺序又是不能颠倒的,应当严格地坚持先客观事实后主观事实的认定原则。

## 六、刑法论证方法论

法学方法论是以保证司法裁判的正当性为终极目标的,而法律论证对于保证司法裁判的正当性具有重要意义。目前在法学理论上,对于法律论证的涵义如何确定仍然存在争议。一般将法律论证限于对法律规范的论证,认为法律论证的主要任务就是论证作为法律推理大前提的合法性和合理性,是法律推理能否得出正确判断和结论的保障。法律论证一方面能使法律背后的原则、政策、原理更为

<sup>1762</sup> 前引1652,拙著,第87页。

<sup>1772</sup> 前引1662,拙著,第283页以下。

清晰,另一方面可以解决现行法中模糊和空缺的部分。另外,法律论证也是法律人阐明自己所认定的法律理由,从而不仅说服自己也说服当事人。法律论证不是要简单地宣布什么样的法律结果,而是要说出判决的理由和根据。<sup>1782</sup>但法律推理前提的合理性之证成与判决结果的正当性之证成虽然联系紧密又是不能等同的;换言之,法律论证是仅指对法律推理之大前提的合理性论证还是也包括对判决结果之正当性的论证?判决结果的正当性当然是依赖于法律的逻辑推理来实现的,但逻辑推理解决不了一切问题。因此,我主张对法律论证作广义上的理解,不仅是对法律问题的论证,而且包括对事实问题的论证,尤其是在司法实践活动中,判决结果并非是直接从大前提与小前提中推导出来的,而是包括着大量具体而微小的论证活动。对某一具体事实问题或者法律问题,应当在听取控辩双方充分发表意见的基础上作出判断,而且这种判断结果应当是经过论证的,使之成为控辩双方论辩中引申出来的必然结论。因此,法律论证的问题,归根到底还是一个说理的问题。无论是控辩双方还是裁判者,都应当持之有故,言之有理。

刑法中的论证,主要是指对罪之有无的论证。在更多情况下,是对有罪的论证。一个人的行为是否有罪,当然是以犯罪构成为根据加以认定的。但犯罪构成只是一种法律标准,行为是否符合犯罪构成仍然是一个需要论证的问题。在这一论证中,应当遵循逻辑的基本规则,这是毫无疑问的。可以说,在目前的刑法论证中,违反起码的逻辑规则的情况时有发生。由此可见,逻辑性作为刑法论证科学性的基础有必要加以强调。当然,刑法论证决不仅仅是一个逻辑的问题,在更大程度上是一个政策问题与情理问题。例如刑法中关于死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子的规定,实际上是一个授权性规定,何谓罪行极其严重在刑法中未加规定,甚至司法解释对此亦付阙如。在一个具体案件中,对犯罪分子适用死刑的时候,该犯罪分子所犯罪行是否属于罪行极其严重并不单纯是一个判断问题,更重要的是应当结合情、理、法加以论证,唯此才能服人。但在我国目前的死刑判决中,对于所犯罪行是否属于极其严重一般都缺乏充分论证,而是在列举所犯罪行的基础上遽下断语。我认为,尽管讲道理离不开摆事实,但摆事实不等于讲道理,道理并非不讲自明。正如俗语所说,灯不拨不亮,理不讲不明。因此,讲道理作为刑法论证的题中之义应当受到高度重视。唯此,有罪或者无罪的结论才是裁判的结果而非专断的结果。

---

---

Abstract: Under the principle of a prescribed punishment for a specified crime, the application of criminal law depends largely on the accurate interpretation and the logical reasoning. Criminologists should focus on the methodology of legal argumentation. It is necessary to integrate theory with practice and analyze concretely such issues as the analogical interpretation, etc.

Key words: interpretation of criminal law, methodology, judicial syllogism, type, legal argumentation

---

---

<sup>1782</sup> 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175页。