

自选集

走向教义的刑法学



陈兴良 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



自选集

走向教义的刑法学

陈兴良 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

走向教义的刑法学/陈兴良著. —北京: 北京大学出版社, 2018. 3

ISBN 978 - 7 - 301 - 29004 - 0

I. ①走… II. ①陈… III. ①刑法—法的理论—中国 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 305189 号

书 名 走向教义的刑法学

Zouxiang Jiaoyi de Xingfaxue

著作责任者 陈兴良 著

责任编辑 王建君

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 29004 - 0

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> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

印 刷 者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 25.5 印张 383 千字

2018 年 3 月第 1 版 2018 年 3 月第 1 次印刷

定 价 78.00 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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370



陈兴良作品集

“陈兴良作品集”总序

“陈兴良作品集”是我继在中国人民大学出版社出版“陈兴良刑法学”以后,在北京大学出版社出版的一套文集。如果说,“陈兴良刑法学”是我个人刑法专著的集大成;那么,“陈兴良作品集”就是我个人专著以外的其他作品的汇集。收入“陈兴良作品集”的作品有以下十部:

1. 自选集:《走向哲学的刑法学》
2. 自选集:《走向规范的刑法学》
3. 自选集:《走向教义的刑法学》
4. 随笔集:《刑法的启蒙》
5. 讲演集:《刑法的格物》
6. 讲演集:《刑法的致知》
7. 序跋集:《法外说法》
8. 序跋集:《书外说书》
9. 序跋集:《道外说道》
10. 备忘录:《立此存照——高尚挪用资金案侧记》

以上“陈兴良作品集”,可以分为五类十种:

第一,自选集。自1984年发表第一篇学术论文以来,我陆续在各种刊物发表了数百篇论文。这些论文是我研究成果的基本载体,具有不同于专著的特征。1999年和2008年我在法律出版社出版了两本论文集,这次经过充实和调整,将自选集编为三卷:第一卷是《走向哲学的刑法学》,第二卷是《走向规范的刑法学》,第三卷是《走向教义的刑法学》。这三卷自选集的书名正好标示了我在刑法学研究过程中所走过的三个阶段,因而具有纪念意义。

第二,随笔集。1997年我在法律出版社出版了《刑法的启蒙》一书,这是一部叙述西方刑法学演变历史的随笔集。该书以刑法人物为单元,以这些刑法人物的刑法思想为线索,勾画出近代刑法思想和学术学派的发展历史,对于宏观

地把握整个刑法理论的形成和演变具有参考价值。该书采用了随笔的手法,不似高头讲章那么难懂,而是娓娓道来亲近读者,具有相当的可读性。

第三,讲演集。讲演活动是授课活动的补充,也是学术活动的一部分。在授课之余,我亦在其他院校和司法机关举办了各种讲演活动。这些讲演内容虽然具有即逝性,但文字整理稿却可以长久的保存。2008年我在法律出版社出版了讲演集《刑法的格致》,这次增补了内容,将讲演集编为两卷:第一卷是《刑法的格物》,第二卷是《刑法的致知》。其中,第一卷《刑法的格物》的内容集中在刑法理念和制度,侧重于刑法的实践;第二卷《刑法的致知》的内容则聚焦在刑法学术和学说,侧重于刑法的理论。

第四,序跋集。序跋是写作的副产品,当然,为他人著述所写的序跋则无疑是一种意外的收获。2004年我在法律出版社出版了两卷序跋集,即《法外说法》和《书外说书》。现在,这两卷已经容纳不下所有序跋的文字,因而这次将序跋集编为三卷:第一卷是《法外说法》,主要是本人著作的序跋集;第二卷是《书外说书》,主要是主编著作的序跋集;第三卷是《道外说道》,主要是他人著作的序跋集。序跋集累积下来,居然达到了一百多万字,成为我个人作品中颇具特色的内容。

第五,备忘录。2014年我在北京大学出版社出版了《立此存照——高尚挪用资金案侧记》一书,这是一部以个案为内容的记叙性的作品,具有备忘录的性质。该书出版以后,高尚挪用资金案进入再审,又有了进展。这次收入“陈兴良作品集”增补了有关内容,使该书以一种更为完整的面貌存世,以备不忘。可以说,该书具有十分独特的意义,对此我敝帚自珍。

“陈兴良作品集”的出版得到北京大学出版社蒋浩副总编的大力支持,收入作品集的大多数著作都是蒋浩先生在法律出版社任职期间策划出版的,现在又以作品集的形式出版,对蒋浩先生付出的辛勤劳动深表谢意。同时,我还要对北京大学出版社各位编辑的认真负责的工作态度表示感谢。

是为序。

陈兴良

2017年12月20日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

前 言

1999年出版了我的第一部自选集《走向哲学的刑法学》，2008年又出版了第二部自选集《走向规范的刑法学》，2018年将出版第三部自选集《走向教义的刑法学》。此次，将三部自选集纳入“陈兴良作品集”同时出版。各部自选集出版时间相距10年左右，加上第一部自选集向前延伸的10年时间，是我跨度长达30年的刑法学研究黄金时代的研究成果的荟萃。而三部自选集的书名，也正好反映了这三个时期我的刑法学研究的主题。

从《走向哲学的刑法学》到《走向规范的刑法学》，这两个书名恰如其分地反映出我的第一次学术转向。

《走向哲学的刑法学》是从1988年开始到1998年为止，我在刑法哲学研究上学术努力的一个总结。1988年5月，我获得博士学位，完成了专业学习，开始从事刑法学的学术研究。这个时期的学术成果主要体现为刑法哲学三部曲：《刑法哲学》（中国政法大学出版社1992年版）、《刑法的人性基础》（中国方正出版社1996年版）和《刑法的价值构造》（中国人民大学出版社1998年版）。在这三部专著的创作过程中，我陆续发表了一些论文，这些论文是三部著作的精髓之所在。将这些论文结集出版，可以明显地看出我在这一时期对刑法哲学的学术兴趣。

以1997年《刑法》修订为契机，我开始从刑法哲学转向规范刑法学，同样出版了三部具有代表性的著作：《刑法疏议》（中国人民公安大学出版社1997年版）、《本体刑法学》（商务印书馆2001年版）和《规范刑法学》（中国政法大学出版社2003年版）。这对我来说是一次重大的学术调整。从1988年到1999年，我国刑法学研究正处于恢复期，尽管围绕着我国1997年《刑法》和司法解释展开了以服务于司法实践为主旨的刑法学研究，但受到苏俄刑法学传统制约，当时的刑法学研究尚处在一个较低的学术水平。以1997年《刑法》修订为起点，在立法发展的同时，也开始了一个理论更新的进程。对于我

来说,《刑法疏议》一书可以说是一个标志,从刑法哲学的研究,转而回到对刑法的注释,这本身就是一种学术关注点的转移。

在《刑法疏议》一书的前言中,我对这种学术兴趣的转移作了以下注解:“本书是我独自撰著的第一部严格意义上注释法学的著作。此前,我的学术兴趣主要在于刑法哲学,志在对刑法进行超越法律文本、超越法律语境的纯理论探讨,先后出版了《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、《刑法的价值构造》等著作。当然,我从来不认为法学是纯法理的,也没有无视法条的存在。我总认为,法理虽然是抽象的与较为恒久的,但它又必须有所附、有所载荷,而这一使命非法条莫属。因此,对法条的研究是法学研究中不可忽视也不可轻视的一种研究方法,只不过它的研究旨趣迥异于法哲学的研究而已。中国是一个具有悠久的注释法学传统的国度,以《唐律疏议》为代表的以法条注疏为形式的法学研究成果是中华法律文化传统的主要表现形式。现在,我国不仅哲学研究基础薄弱,纯正的注释法学的研究同样后劲不足。《刑法疏议》一书力图继承中国法律文化传统,以条文注释及其详解的方法对刑法进行逐编逐章逐节逐条逐款逐项逐句逐词的注释,揭示条文主旨,阐述条文原意,探寻立法背景,详说立法得失。”上述论断,确实是我在写作《刑法疏议》一书时的心境的真实写照。未曾想,这一学术兴趣的转移,开始了我另一段学术生涯。

《本体刑法学》与《规范刑法学》的写作,正是循着这一思路而展开的规范刑法研究。在这一研究过程中,《本体刑法学》一书具有独特的意义。在方法论上,本书开辟了刑法法理学的研究领域——一种不依附于法条的刑法法理研究。在犯罪论体系上,本书构架了罪体—罪责的独到体系,在《规范刑法学》一书中进一步发展为罪体—罪责—罪量这样一个三位一体的犯罪论体系。尤其是,《本体刑法学》一书以一种体系性叙述的方式,对刑法知识进行了教科书式的整理。从《刑法哲学》到《本体刑法学》,对于我来说,是一个重大的学术转折。曲新久教授在评论我的这一学术转折时,采用了“回归”一词,我以为是妥帖的:“《本体刑法学》可以说是理论超越之后的一种朴素的回归——返璞归真,是刑法理论的一次软着陆,从批判教科书体系出发最终又回到教科书体系,不是刑法理论向教科书的简单回归,而是通过教科书体

系实现刑法知识的新积累与新提升,历史可能真的是在否定之否定中发展。”^①正是在否定之否定的历史循环发展过程中,我回归到规范刑法学研究。当然,这里的规范刑法学已经不是20世纪80年代苏俄刑法学的简单重复,而是努力重构大陆法系的刑法学术话语的一种自觉行动。尽管《本体刑法学》一书想“为读者提供理论刑法学的独具个性但又溶入学术公共话语的体系化知识全景”^②,但这种文本式的知识叙述只是一种学术个案,对于刑法学的方法论转型来说,作用还是有限的。

如果说,《走向哲学的刑法学》书名中的“哲学”一词,是指刑法学的研究方法,即力主将哲学方法引入刑法学,由此提升刑法学的理论层次。那么,《走向规范的刑法学》书名中的“规范”一词,具有双重含义,一是在规范刑法学意义上使用的“规范”一词,以此与《走向哲学的刑法学》书名中的刑法哲学相对应,表明本书是我在规范刑法学这一学术领域的成果汇集。在这个意义上,规范是指刑法规范,它是刑法学研究的对象,以此为内容的刑法学就是规范刑法学。二是在学术规范意义上使用的“规范”一词,以此反映我对刑法知识的规范化的渴望。我国传统的刑法学知识存在过多的政治化、意识形态化的遮蔽,因而容易混同于政治话语。我在《刑法哲学》一书的后记中指出的专业槽的命题,实际上是对规范的刑法知识的另一种表述。其实,建立刑法专业槽,意味着对刑法学术性的追求,这种刑法学术性的表现就在于学术话语的建立。在《刑法理论三个推进》一文中,我曾经指出:“以往的刑法理论中,政治意识形态垄断了话语权,这种刑法理论是一种政治话语的重复。而刑法理论的发展,就是要终结政治话语在刑法理论中的垄断地位,形成刑法理论自身的话语,这种话语是自主的、自足的、自立的,因而具有科学性。这种刑法理论话语的改变,不仅是学术关注点的转移,而且是理论叙述语言的创新,理论叙述方法的创新。”^③这段话是我在写作《本体刑法学》一书过程中生发的感想、感触与感悟,也是我对刑法知识的规范化的认识。规范化的刑法知识之生成,存在“破”与“立”两个方面。正如曲新久教授深刻地

① 曲新久:《刑法哲学的学术意义——评陈兴良教授从〈刑法哲学〉到〈本体刑法学〉》,载《政法论坛》2002年第5期。

② 蔡道通:《理论与学术的双重提升——评陈兴良教授〈本体刑法学〉》,载《法制与社会发展》2002年第1期。

③ 陈兴良:《刑法理论三个推进》,载《人民法院报》2001年2月9日,第3版。

指出的那样,哲学思维方式恰恰是“破旧”之利器:“陈兴良教授运用哲学方法打破意识形态的话语垄断与霸权——现在和今后的很长一段时间内,哲学尤其是哲学方法依然是打破意识形态话语的有力武器——恢复知识的客观性与中立性,做出了突出贡献,《刑法哲学》的最大学术价值和意义就在于此。”^①因此,刑法哲学研究在更大程度上具有学术革命的功用,但知识建设还是有待于规范刑法学的方法。在知识建设中,我们要充分认识到刑法知识的超文化性、跨国界性的特征,引入与借鉴大陆法系的刑法知识,作为我国规范刑法知识的基本平台。在此基础上,再学习英美俄以及其他国家的刑法知识,并加以本土化的改造,这才是我国刑法学的出路。离开了整个人类的刑法知识文化的历史传承,以为能够独创一套知识体系,这是完全虚幻的,最终不可能实现。因此,刑法知识的规范化应怀着开放心态结合本土国情而达成。

从《走向规范的刑法学》到《走向教义的刑法学》,是我的第二次学术转型,也可以说是一次学术提升。如果说,《走向规范的刑法学》中的“规范”,更多的是强调了研究对象的具象性,因而完成从对抽象的刑法理念的研究到对具象的刑法规范的分析。那么,《走向教义的刑法学》中的“教义”,就不仅是一种规范,甚至也不仅仅是一种方法,而且是一种信仰。这里的教义,也可以理解为教义学,即刑法的教义学。从这个意义上说,教义的刑法学也就是刑法的教义学,是法教义学的一个重要分支。在我国刑法学界,教义也称为信条,具有一定的宗教意味。我认为,无论是教义还是信条,都具有一种先验性,它是以某些先验于我们的知识前见而构成的。这些知识前见形成了一个学术话语系统,成为刑法研究的知识来源,在此基础上我们“接着说”。同时,它又是一种分析工具,利用这种工具,我们可以对现行刑法规范进行有效的法理分析。从“规范”到“教义”,尽管研究对象没有改变,但研究方法已经发生了性质上的变化。可以说,刑法的教义学研究才真正使刑法学成为一门规范科学。

刑法学走向教义学,这是以德日刑法知识的大量引进为前提的。在过去

^① 曲新久:《刑法哲学的学术意义——评陈兴良教授从〈刑法哲学〉到〈本体刑法学〉》,载《政法论坛》2002年第5期。

学术封闭的年代,我国的刑法理论研究只能停留在总结司法实践经验的基础上,其理论层次相对还是较低的。尤其是,在这种学术的“自说自话”的年代,刑法理论的成长是极为缓慢的。而引入德日刑法学,为我们打开了一扇通向世界的窗户,为我国刑法学术与世界接轨提供了可能的条件。由此,我国的刑法学术研究不再自外于世界的学术潮流,而是汇入世界性的刑法学术潮流。因此,对于刑法的教义学研究来说,必须经历的两个步骤是:学习和消化。学习是引入德日的刑法知识,引入的方法包括翻译介绍和对外交流。消化是实现德日刑法知识的本土化,利用刑法的教义学方法,对我国刑法进行研究。在这当中,刑法教义学的学术启蒙显得十分重要。

在教义刑法学研究中,我个人较为满意的学术成果是以下三部专著:《教义刑法学》(中国人民大学出版社2010年版)、《刑法的知识转型(学术史)》(中国人民大学出版社2012年版)和《刑法的知识转型(方法论)》(中国人民大学出版社2012年版)。值得说明的是,《刑法的知识转型(方法论)》是我2007年出版的《刑法知识论》一书的升级版,在这两部专著之间具有替代关系。因此作为知识转型的一种努力,我从2000年开始致力于刑法方法论的探究,尤其是对我国刑法学的苏俄化特征的描述以及去苏俄化的倡导,引入大陆法系犯罪论体系的不遗余力地疾呼。尽管传统的学术力量具有巨大的历史惯性,要想改变十分困难,但毕竟要有人站出来“不”,否则历史将永远重复、停顿而没有发展。

如果说,《教义刑法学》一书侧重于对德日刑法知识的介绍,那么《刑法的知识转型(学术史)》一书就是对我国刑法学术地基的一种清理,而《刑法的知识转型(方法论)》一书则是对我国刑法方法论的一种探讨。正是在《教义刑法学》一书中,我提出了“走向教义学的刑法学”这个命题。如果说“走向教义学的刑法学”是一个目标,那么,刑法的知识转型就是达至这一目标的途径。“刑法的知识转型”是我提出的一个重要命题,它与“走向教义学的刑法学”这个命题一起,成为近年来我的一种学术目标和学术标签。

收录在《走向教义的刑法学》一书中的是采用教义学方法,对刑法相关理论问题进行分析的论文,也是近年来我在刑法教义学研究领域的学术成果。其中,《刑法教义学方法论》一文,刊登在《法学研究》2005年第2期,是我国最早讨论刑法教义学的论文。该文曾经编入《走向规范的刑法学》一

书,这次重新收入《走向教义的刑法学》一书,使之回复到一个应然的位置,也成为我的刑法教义学研究的起始之作。同时,对其他两部自选集的若干论文也作了适当的调整。例如,在《走向哲学的刑法学》一书中,增加了《法学:作为一种知识形态的考察——尤其以刑法学为视角》一文,是我对刑法知识形态进行论述的第一篇论文。该文发表在2000年,时间上接近于《走向哲学的刑法学》的时代,也可以说是在刑法哲学思考基础上,对刑法知识进行整体性认知的起始之作,将该文收入《走向哲学的刑法学》一书更为妥当。此外,在《走向规范的刑法学》一书中增添了《刑法机能的话语转换》和《转型中的中国犯罪论体系》两篇论文。从三部自选集收录的论文来看,似乎《走向哲学的刑法学》和《走向规范的刑法学》两部书的内容更偏向于学理性;而《走向教义的刑法学》则更注重对刑法规范的教义学诠释,而不是对刑法教义学原理的论述。之所以如此安排,是因为我在《教义刑法学》一书中已经对刑法教义学原理进行了专题性的讨论。在此基础上,我认为更为重要的是借助于这种刑法教义学的分析工具,对我国刑法中的理论问题进行教义学的阐述,以此形成我国本土的刑法教义学知识。这当然只是一种预期,但我愿意在这个方向上继续努力。

三部自选集的重新出版,对于我来说,是一个对自己的刑法学术生涯的总结,而不是终结。尽管一个人的学术生命是有限的,在历史的坐标上,我们所能起到的只是一种过渡的作用。但我还是认为,在正确的学术道路上前行,才是一种不负使命的学术追求。

是为前言。

陈兴良

2007年11月5日一稿

2017年3月21日增写

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

目 录

刑法教义学方法论	001
刑法知识的教义学化	045
转型与变革:刑法学的一种知识论考察	053
刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通 ——中国语境下的展开	079
风险刑法理论的法教义学批判	123
违法性的中国语境	157
纯正的过失犯与不纯正的过失犯:立法比较与学理探究	183
过失犯的危险犯:以中德立法比较为视角	209
不能犯与未遂犯:一个比较法的分析	231
身份犯之共犯:以比较法为视角的考察	259
设定性教唆:一种教唆类型的证成	279
刑法分则规定之明知:以表现犯为解释进路	287
“口袋罪”的法教义学分析:以以危险方法危害公共安全罪为例	317
刑法的明确性问题 ——以《刑法》第 225 条第(四)项为例的分析	337
寻衅滋事罪的法教义学形象:以起哄闹事为中心展开	361

刑法教义学方法论*

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。”显然,拉德布鲁

* 本文原载《法学研究》2005年第2期。

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,健康的人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”^①从这段话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等。

① [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。

尤其值得一提的是迪尔凯姆的《社会学研究方法论》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?笔者认为,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. 我国台湾地区学者杨仁寿的《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. 大陆学者胡玉鸿的《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

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 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 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,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。

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。^①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。

通过对上述三部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论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论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?笔者认为,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。^②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。^③笔者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

① 参见胡玉鸿:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版,第133—134页。

② 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。

③ 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。

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

法教义学或称为法律教义学(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。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”,教义学者从某些未加检验就被当做真实的、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,当做不必要、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

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。

存在区别的,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,在法学当中也并非没有争议。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?^①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,也没有从根本上否认法教义学价值中立的性质。这里的价值中立是指法教义学不能臧否法规范,对于法规范来说,法教义学是永远不能持批判态度的。但这并不排斥在对法规范进行诠释,尤其是采用目的解释时,解释者的价值导向在其中会起到一定的作用。对此,应予正确的认识。

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。^②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。

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104页。

② 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。

法律教义学的任务是准备这种法律规则。^①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上的保障。

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。在论及法适用的时候,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,同时亦为了使得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。^②在刑法领域,贝卡里亚基于罪刑法定原则下对法官的定罪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。”^③尽管贝卡里亚的司法三段论是就刑事司法而言的,但它也可以引申为一般的司法规则。可以说,任何司法活动都是这样一种三段论的逻辑演绎过程,即:大前提——小前提——结论。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。在其中,一个完全的法条构成大前提,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)

$S = T$ (S 为 T 的一个事例)

$S \rightarrow R$ (对于 S 应赋予法效果 R)^④

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

^① 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。

^② 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。

^③ 〔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。

^④ 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150页。