

中国刑法教义学化过程中的五大误区

刘艳红

内容提要:晚近以来,中国刑法在去政治化之后一直在教义学化的道路上发展。然而,在我国刑法教义学化的过程中存在着五大误区。在未对“刑法教义学”达成共识的情况下,即已纷纷展开了具体的刑法教义学的研究,导致根源性问题先天不足;在未对刑法教义学与刑法解释学之间的关系彻底厘清时,等同使用这两个概念,造成了一定的理论混淆,导致对刑法教义学的认识莫衷一是;缺乏对刑法教义学科学特质的探讨,进而缺乏对刑法教义“化成”过程的揭示,导致中国刑法实行教义学化的必要性未能充分揭示;将刑法教义学等同于法条主义/反实践主义,并因此误解而反对刑法教义学,导致刑法教义学招致了莫须有的不信任;将中国刑法的教义学化等同于研究中的概念转换,庸俗了刑法教义学化的志业,导致中国刑法教义学化进程受到影响。在刑法教义学化过程中,随时反省各种可能存在的偏差或问题,有助于我国刑法教义学化的深入进行。

关键词:刑法教义学 刑法解释学 法条主义 刑法规范

刘艳红,东南大学法学院教授。

晚近以来,去苏俄化之后,中国刑法学一直在教义学化的道路上发展,“‘教义学共识’也逐渐在一些部门法领域凝聚形成”,“‘宪法教义学’‘刑法教义学’‘民法教义学’等逐渐在中国法学界广为人知”。^[1]然而,刑法教义学的广为人知不等于刑法学的知识转型已经完成。中国刑法如何实行教义学化,其实是在学界达成教义学共识之后更为重要的问题。“每个时代都必须重写它的法教义学”,^[2]当下中国主张刑法教义学的学者基本上都在做此项工作。刑法教义学作为源于法教义学、兼备刑法学科的知识体系,是刑法教研和刑事司法的工具。这种部门法的教义学,必须基于法教义学的源头以及刑法学科自身属性,基于立法的基础,经过理论的论证,见于司法实践的适用,才能担当起中国刑法学研究转型的重任。然而,在重写我国刑法教义学的过程中,可能存在一些误区。对之及时

[1] 尤陈俊:《不在场的在场:社科法学和法教义学之争的背后》,《光明日报》2014年8月13日第16版。

[2] [德]拉德布鲁赫:《法教义学的逻辑》,白斌译,《清华法学》2016年第4期,第197页。

加以澄清或探讨,对我国刑法教义学的发展具有重要理论与实践意义。

误区一:在未对“刑法教义学”达成共识的情况下 纷纷展开教义学的具体研究

什么是刑法教义学及其中的教义?刑法学界在构建中国刑法教义学时,并未对这一问题进行深入探讨,因而刑法学界也未能就其内涵与特质达成共识。也许在刑法学者看来,诸如什么是法教义学这样的理论准备工作应该由法理学者完成,部门法学者直接借鉴即可。糟糕的是,对整个法学领域而言,什么是法教义学,其实是一个“奥古斯丁的难题”。德国学者阿列克西(Alexy)就曾指出,“关于法教义学的概念”,“该问题完全不是很清楚的。尽管有愈来愈多的论著触及这个题目,然而至今还没见到法教义学之普遍被认可的学说”。^[3]同样,在我国刑法学界,对刑法教义学也缺乏一个大家一致认可的学说。

我国刑法学者在中国刑法的教义学化过程中绕过了对“什么是我们所认同的刑法教义学”^[4]问题的探讨,而直接肯认方法或者表明立场,可谓一出场便“亮剑”。前者如陈兴良教授早在2005年即对刑法教义学方法论进行了分析,指出“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”。^[5]后者如冯军、张明楷教授先后表明了其规范论或法益论的教义学立场。^[6]这些极其重要的中国刑法教义学论述都有一个共性:虽有方法论与学派意识自主性,但缺乏对什么是刑法教义学的深入探讨;即使在表明立场之前对何为刑法教义学有所涉及,也只是为选择何种教义学立场服务而简短论及。由此一来,我国“教义刑法学概念内涵不明,令人困惑”,^[7]不但增加了本就对刑法教义学质疑者的疑虑,更增加了中国刑法教义学化的难度。众所周知,法教义学的一个重要功能是教学功能。对于刑法学习者而言,高深的法理学知识或其对法教义学长篇累牍的探讨可能恰恰会影响对刑法教义学的领会和推行。刑法学者有义务将法教义学概念部门法化。

何为(刑)法教义学。(刑)法教义学的定义琳琅满目。然而,纷繁复杂、表述各异、角度不同、重点殊化的概念反而令人更加困惑。比如,刑法学界最广为使用的刑法教义学概念是罗克辛教授的论述:刑法教义学“是研究刑法领域中各种法律规定和各种学术观点的解释、体系化和进一步发展的学科”。^[8]但是,仅此抽象的定义并不易令人了解刑法教义学的全貌或者核心。学者们至少应该讨论,对刑法教义学的最低共识是什么。如果中国刑法学界的确没有必要再给刑法教义学下一个定义的话,因为德国刑法学者这方面的

[3] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第310页。

[4] “什么是我们所认同的刑法教义学”,这一命题系借鉴“什么是我们所认同的法教义学”。参见雷磊:《什么是我们所认同的法教义学》,《光明日报》2014年8月13日第16版。

[5] 参见陈兴良:《刑法教义学方法论》,《法学研究》2005年第2期,第38页。

[6] 参见冯军:《刑法教义学的立场与方法》,《中外法学》2014年第1期,第172页;张明楷:《也论刑法教义学的立场》,《中外法学》2014年第2期,第357页。

[7] 齐文远:《中国刑法学该转向教义主义还是实践主义》,《法学研究》2011年第6期,第31页。

[8] [德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第117页。

努力实在令人瞩目,那么,就“什么是我们所认同的刑法教义学”达成共识,也可以说是某种程度上对刑法教义学中国化的一种尽管粗浅但可能有意义的尝试。分析(刑)法教义学的诸多概念、规范、解释与体系,是刑法教义学的核心——围绕它们,也许可以找到这个共识。

刑法教义学以刑法规范为研究对象。构成法教义学“研究对象的是实定法秩序。它是一门关于现行法”或者说“实在法的科学,而非应有法的科学”,它“处理的是法规范而非法律事实”。〔9〕易言之,法教义学是关于实然法的科学,不是关于应然法的科学。刑法规范,是刑法教义学的出发点,也是核心。这决定了对待刑法的态度是动辄嘲笑立法还是奉法律规范为圭臬,前者是立法中心主义,它会导致立法的发达和盛行但却对法学理论助益甚微;后者是释法中心主义,主张动用法律解释原理与技艺将不好的法律解释为好的,所谓拾漏补缺是也。以刑法规范为核心的刑法学,无疑更加强调后者,因为只有如此,刑法学才会成为具有理论内涵与理论发展的科学,而非立法学。

刑法教义学以刑法解释为研究方法。“法教义学是一门探究法的客观意义的科学”,“它确定法应当被如何理解”。〔10〕针对个案的解释,将刑法中抽象的构成要件变成具体的构成要件,个别的案件事实经过构成要件的适用解释“成为类型化的‘案情’”。一方面,刑法理念比如罪刑法定原则等也适用于案件事实,从而被具体化及实证化,以便形成新的概念;另一方面,所讨论的案件事实又“以法律理念为导向来进行典型建构及形成”。〔11〕作为刑法教义学的研究方法,刑法解释,就是通过构成要件体系对于个案犯罪事实的转换适用,发挥前者的规范评价作用,进而得出解释结论。

刑法教义学以体系化为其研究目标。法教义学的重要特点之一是体系化。法教义学“将法律描述为一个体系化的整体”。〔12〕法教义学并不仅仅是经验层面的分析或描述,也不是纯粹描述性的研究立场,它在关注案件事实与意义寻找以及经验知识和规范价值判断的同时,主要注重将它们“教义化”,“以至于当今后的司法裁判再次遇到类似问题时只需‘中立地’适用教义即可”。〔13〕例如行为理论体系、共犯理论体系等,这些理论体系的汇合最终推动犯罪论体系的形成与变化。犯罪论体系是整个“刑法学上的认知体系”,而认知体系的建立是在“体系要素——也就是个别的概念——澄清到一定程度的时候,才会发生,而认知体系建立之后,会使得概念体系的建立更加迅速,更加丰富”。〔14〕刑法教义学通过对个案事实乃至同类案件事实与刑法规范适用的解释分析,寻找到教义化的一般概念或理论后,一方面将之再适用于司法实践以检验其真伪,另一方面则将一般概念或理论要素上升到犯罪论体系亦即刑法认知体系层面思考,从而完成刑法的教义化过程。概念的系统化,是刑法学习过程的必然产物,同时也是学习的工具。刑法教义知识的体系

〔9〕 [德]拉德布鲁赫:《法教义学的逻辑》,白斌译,《清华法学》2016年第4期,第200页。

〔10〕 [德]拉德布鲁赫:《法教义学的逻辑》,白斌译,《清华法学》2016年第4期,第200页。

〔11〕 [德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,台湾地区五南图书出版有限公司2000年版,第18页。

〔12〕 [德]拉德布鲁赫:《法教义学的逻辑》,白斌译,《清华法学》2016年第4期,第205页。

〔13〕 雷磊:《法教义学的基本立场》,《中外法学》2015年第1期,第203页。

〔14〕 许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国法制出版社2005年版,第54页。

化,能确保刑法知识提升与传承以及司法实践的准确适用。

刑法教义学的三个核心——规范、解释与体系——紧密联系。“法教义学的概念论立场最核心之处即在于对法律的规范性是什么以及规范性如何可能的问题进行法哲学和哲学上的阐释”。^[15] 刑法教义学在针对刑法规范进行解释之后,对于解释结论进行归纳与总结上升为普遍有效的教义性的刑法概念,并最终与整个刑法秩序发生关联,从而实现教义学知识的体系化过程。同时,这些教义性的刑法概念再回过头来指导个案,最终完成从个案到一般解释原理的形成这样一个完整的循环过程。通过解释,刑法规范得以发挥实用性。通过个案到一般解释原理与概念归纳,刑法体系得以发展。规范、解释与体系是任何一种(刑)法教义学定义不可或缺的核心元素。离开(刑法)规范,教义学将无所依附;而离开(刑法)解释,教义学将无法成为学问;离开刑法教义学概念的体系化建构,刑法将无法成为科学。以刑法规范为出发点,“一方面是解释,另一方面是建构与体系化”,^[16] 这就是全部刑法教义学的核心。

那么,何为刑法教义学中的教义,刑法学中公认的教义有哪些?这对刑法教义学的认同和接受以及未来发展至关重要。刑法学中公认的教义,是刑法教义学的最大成果,也从侧面有助于说明何为教义。

了解法律教义学的词源可以帮助我们更好地理解何为教义。刑法教义学德文为 Strafrechtsdogmatik,其中“dogma”意为教义。Dogma 是德语,其词义来源于希腊文 dogma,后者则从 dokeimoi 演变而来(意为使我明白,说服了我)。dogma 意指定理、原理或原则,后来引申为教义或信条。^[17] “从学术角度看,Dogma 这个概念首先是在哲学中使用,然后在(基督的)神学中使用。其中,Dogma 是‘基本确信’、‘信仰规则’的意思,它不是通过理性的证明,而是通过权威的宣言和源自信仰的接受(Akzeptanz)来排除怀疑,从这个意义上,Dogma 应当具备效力”。^[18] 简言之,教义,就是神圣规则、信仰规则。参考德国刑法学家沃尔福冈·弗里希的观点,^[19] 其一,教义是差异化、系统性、稳定性的概念。教义本身千差万别,一个部门法有很多教义,但同时,这些教义又都为体系化服务,以最终维护裁判的统一,发挥法治的稳定性功能。法教义学关注的是“概念的差异化,系统化以及稳定性”。从法教义学的历史来看,使用教义可以保证司法裁决的一致性,这一点非常重要。“这种一致性并不强调结果的一致性,而是论证的一致性”。亦即法教义学中解释的一致性,维护裁判统一,“确保相同案件能够一视同仁”以及普遍有效的原理。其二,教义具有填充法条与超越法条的同质性。教义颇有几分取得共识的法律原则的特点,是刑法领域长期发展理性化的思考并经过实践理性检验而获得公认的刑法法理,这样的刑法法理来源于刑法规范又超越了刑法规范,从而教义使得“法教义学”具有“超越法条的功能”。如

[15] 雷磊:《法教义学的基本立场》,《中外法学》2015年第1期,第218页。

[16] [德]拉德布鲁赫:《法教义学的逻辑》,白斌译,《清华法学》2016年第4期,第205页。

[17] 参见陈妙芬:《Rechtsdogmatik—法律释义学,还是法律信条论?》,《月旦法学杂志》2000年第3期。

[18] [德]魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2013年版,第136-137页。

[19] [德]沃尔福冈·弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,《比较法研究》2012年第1期,第144、148页。

果没有这样的功能,只能囿于刑法规范内部,就不可能对实定法进行发展和推动。其三,教义最终回到法条并为实践服务。“法教义学的教义性”在于“它的理性思考结果必须能够再回到法条上来”,如果最终不能回到法条并为司法实践服务,那不是教义而是教条。具体到刑法领域,正如魏德士关于法律教义的看法,刑法教义包括一切可以在刑法领域找到的理论规则、基本规则和原则。^[20] 据此,简单地说,在刑法领域那些被确信认同的规则,可以称之为刑法教义学中的教义。

在各部门法学理论中,真正称得上“教义”的并不多,而其中,公认的刑法教义毫无疑问,首推犯罪构成理论。人们“理解的法教义学主要关涉制定法的司法解释,但除了制定法、判例外,也包括个别部门法学者长期奉行的学说,如刑法的犯罪构成理论”。^[21] 刑法知识的教义学化首先是刑法总论的教义学化,而“刑法总论的教义学化,主要是指建立一个合理的犯罪论体系”。^[22] 犯罪构成理论是根据刑法罪刑法定原则所蕴含的法治内涵发展出来的,解决定罪量刑这一刑法基本问题的重要理论。刑法理论在分析犯罪是否成立时,早期并无犯罪构成理论,罪刑擅断代替了规范认定。自 18 世纪启蒙思想家的倡议以及罪刑法定主义诞生之后,才发展出了以行为为中心,以犯罪的客观违法与主观归责为内容的犯罪构成理论。解释刑法分则中的规范可以发现,行为是它们的共同核心和解释难点,为何要归责(客观违法)以及归责于谁(主观有责)这样的问题贯穿整个刑法分则体系,将这样的内在意义脉络提炼出来,并上升为全部刑法分则规范背后的原理,那就是犯罪论体系。每种行为是否构成犯罪,均可从犯罪构成理论这一教义出发来认定。它能够解决不同行为在犯罪认定上的差异性,为刑法提供稳定的可以确保司法裁决一致性的概念和系统,并具有强烈的实践性。它始终为刑法体系服务,它约束着法官的判决,避免恣意性,始终保持着论证亦即法解释上的一致性,并进而保证罪刑法定主义形式正义的价值实现。因此,犯罪构成理论不但方便了法律人的工作,而且更为重要的是,它落实了法的安定性,并确保了刑法教义学的结构性稳定。这正是法教义学的价值所在。因此,犯罪构成理论既是一种刑法教义学理论也是一种刑法教义学方法,它是典型的刑法“教义”。作为刑法“教义”的犯罪构成理论,有学者认为,是专指阶层式的犯罪论体系,“大陆法系的犯罪阶层体系是一种教义学体系”,我国继承自“苏俄的犯罪构成体系则背离了刑法教义学传统”。^[23] 这种说法有一定道理,然而也难免偏颇。无论哪种犯罪构成理论,在一定程度上都具有“教义”的系统性、稳定性、填充与超越法条的能动性以及实践性等特点,我国传统的平面犯罪构成理论也有一定的教义色彩。只不过,相比较而言,阶层犯罪构成理论“所具有的递进性、动态性以及犯罪成立条件之间的位阶性”使其“具有逻辑性与实用性”,因此,它“是一种教义学化程度更高的犯罪论体系”。^[24] 刑法教义学发端于德国法学,阶层犯罪构成理论同样发端于德国(刑)法学,其理论脉络和学术传承就决定了它具

[20] 参见[德]魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2013 年版,第 137 页。

[21] 参见苏力:《中国法学研究格局中的社科法学》,《法商研究》2014 年第 5 期,第 60 页。

[22] 陈兴良:《刑法知识的教义学化》,《法学研究》2011 年第 6 期,第 29 页。

[23] 周长军、马勇:《刑法教义学与犯罪论体系的分野》,《政法论丛》2009 年第 6 期,第 9 页。

[24] 陈兴良:《刑法知识的教义学化》,《法学研究》2011 年第 6 期,第 29 页。

有较之平面犯罪构成理论更高的教义性。

犯罪构成理论是罪刑法定主义落地于刑法犯罪论领域的一杆大旗,犯罪构成理论是刑法公认的教义,那么,罪刑法定原则是否为刑法教义学中公认的教义?罪刑法定有两个层面的意义,一是作为刑法法定主义基本理论的罪刑法定,此即为罪刑法定主义;二是作为实定法基本原则的罪刑法定,此即为罪刑法定原则,比如中国《刑法》第3条的规定。罪刑法定主义产生于罪刑法定原则之前,无论各国刑法是否以及何时规定罪刑法定原则,不可否认的是,历经17、18世纪启蒙思想家的讨论,及至19世纪刑法学者费尔巴哈的“无法无刑”“无法无罪”,^[25]罪刑法定主义作为一种重要理论影响着世界各国刑法。罪刑法定主义指引着全部刑法理论的法治目标,决定着刑法解释的方法与方向。它是刑法体系化的指针,是刑事法治的稳定器,更是司法实践的指南针并因此大大为实践减负。有了它,以解释是否违背罪刑法定可论证司法判决的有效性,它对刑法的适用发挥着基底性的约束作用,同时其形式与实质的双侧面又一同发挥着对刑法的革新与批判功能。“法教义学应当通过对相关规范的解释,最终形成法体系的内在意义脉络。这个意义脉络提纲挈领的表现就是这一法规整的法原理与法原则”,“例如刑法上的‘罪刑法定’,并未告知何为罪,只是说‘犯罪’必须由某种规范预先明确规定,否则就不是罪。这样一来,法教义学就与多种多样的道德、政治诉求保持了中立关系”。^[26]在这个意义上,刑法教义学可以说是罪刑法定之学。全部刑法理论体系的构建其实都是解决何为“法无明文规定不为罪”,何为“法有明文规定即为罪”的问题,亦即处罚的边界问题。这一问题,正是罪刑法定主义的全部核心。刑法教义学通过罪刑法定主义,解释刑法规范尤其是分则的罪刑规范并使之适用于司法实践,最终形成一整套体系化的“内在意义脉络”比如犯罪论体系等。因此,作为理论的罪刑法定主义,当然是刑法的“教义”。作为“教义”的罪刑法定主义与作为刑法基本原则的罪刑法定原则是不矛盾的,后者是法典化的产物,前者是后者的先导。

穷尽所有的刑法教义无疑是困难的也是不可能的,比如刑法中的犯罪概念是否为刑法教义?“德国刑法教义学历史悠久,同时也是德国刑法学的核心内容。在德国,犯罪概念的发展颇具特色,各种概念的基本内容有时候彼此补充,有时候又相互交织在一起。”^[27]犯罪概念引发的是对犯罪的本质、罪与非罪、入罪与出罪等基本问题的探讨,它决定着一国刑法犯罪认定的直径和半径,以及刑法犯罪构成理论如何具体化等问题,因此,犯罪概念是刑法教义学的重要教义。法益论与规范论的对峙既体现了法教义学的立场,也体现了不同犯罪概念对刑法教义学的影响,而这,似乎可以印证法益论与规范论都应该是刑法教义学的重要概念。由于法益主要是犯罪概念所关心的内容,认为犯罪概念是基本的教义似乎不存疑问。当然,这样的论证恰恰表明,刑法中有哪些公认的教义,其实是一个需要逐个探讨的问题,远非寥寥数语即可得出结论。但是,总体可以认为,刑法

[25] 参见[德]冯·费尔巴哈著:《德国刑法教科书》(第十四版),徐久生译,中国方正出版社2010年版,第31页。

[26] 王本存:《论行政法教义学——兼及行政法学教科书的编写》,《现代法学》2013年第4期,第41页。

[27] [德]阿恩特·辛恩:《德国犯罪理论的发展及现状》,徐久生译,《国家检察官学院学报》2009年第2期,第14页。

中的教义还有很多,比如行为论、不法与罪责概念,以及现代刑法教义学领域新发展出来的教义,比如“客观归责理论发展成为刑法教义学”^[28]从而使其成为新的刑法教义。刑法教义学的任务正是不断适用和发展各种教义,以使刑法学具有更多获得共识的理论成果,学科也更具有科学性。

误区二:未对刑法教义学与刑法解释学的关系 进行厘清就等同使用这两个概念

明确了刑法教义学是关于刑法规范的解释及其体系化的学科,即便如此,显然仍无法回答一个紧紧跟随也困扰着(刑)法教义学的问题,即刑法教义学与刑法解释学之间的关系。对此问题,刑法学界存在着不同观点。一种观点认为,刑法教义学就是刑法解释学。比如张明楷教授认为“刑法教义学就是刑法解释学”,“不要以为刑法教义学有别于刑法解释学……更不要以为,将刑法解释学更名为刑法教义学之后,我们的刑法学就向前迈进了一大步”^[29]。陈兴良教授也认为“刑法教义学与刑法解释学具有性质上的相同性。刑法教义学只是与刑事政策学、犯罪学、刑罚学以及刑法沿革学之间具有区隔性,但与刑法解释学则是一词二义而已。因此,并不存在一种刑法解释学之外的刑法教义学。”^[30]陈瑞华教授也指出,“一些法学研究者有个思维定势,对于明明属于自己每天都在坚持的东西,经常要冠之以西方的名称和概念。对那种以法律规范为研究对象的方法,本来已经有‘规范法学’‘法解释学’等现成的称谓,可一些学者却偏偏引入了源自德国的‘法教义学’这一个洋名词”^[31]。第二种观点认为,刑法教义学与刑法解释学之间还是“略有区别的”,“刑法教义学基于体系内的逻辑一致性对刑法规范进行解释,形成的共识性理论通常就成为刑法上的所谓教义”^[32]。以上两种观点中,持第一种观点的学者都认为,刑法教义学就是刑法解释学,它们是等同的概念。至于理由,则没有深入说明。第二种观点指出了刑法教义学的体系性特征,以及其与作为发展刑法教义学工具的解释学之间的区别,这无疑为难能可贵的,但是,对刑法教义学与刑法解释学之间的关系,还欠缺更为全面和深入的探讨。那么,刑法教义学和刑法解释学之间是什么关系,刑法教义学等同于刑法解释学吗?在建立刑法教义学的过程中,这一问题实乃涉及法教义学与法解释学这一法学领域(而非仅仅是刑法领域)的根本性问题。

从法教义学的来源分析,法教义学的两大分支是神学和法学,而“Ballerstedt 和 Forsthoff 就明确指出:‘神学和法学在本质上就是注释学,也就是解释的科学’。”^[33]从历史上看,这种解释是独断型的,“法律的权威不是建立在人们对它的理性研究的态度之上

[28] [德]阿恩特·辛恩:《德国犯罪理论的发展及现状》,徐久生译,《国家检察官学院学报》2009年第2期,第14页。

[29] 张明楷:《也论刑法教义学的立场》,《中外法学》2014年第2期,第362页。

[30] 参见陈兴良:《刑法教义学彰显对法条的尊崇》,《检察日报》2014年7月1日第3版。

[31] 陈瑞华:《法学研究方法的若干反思》,《中外法学》2015年第1期,第267页。

[32] 孙国祥:《刑法教义学与刑事一体化关系论要》,《法治现代化研究》2017年第4期,第8页。

[33] [德]沃弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,《比较法研究》2012年第1期,第144页。

的,而是借助于政治上的强者。因此,传统法学对法律的研究基本上是在一种对之深信不疑的基础上,而鲜有批判精神。一如对圣经的解释态度,法律解释学亦被归属为一种独断型解释学”。^[34] 而独断型解释的意思是,“文献中的意思早已清楚明了,无需我们重新加以探究”。^[35] 换言之,在对刑法规范进行解释之前,“法律解释的独断性,假定了事实的法律意义在被解释出来以前,是存在于法律文本之中的,法官解释只能解释出法律的意义”。^[36] 毫无疑问,这种意图排除法官主观任意性的独断型法律解释,并不是真正意义上的法律解释学,而是真正意义上的法教义学。因为,如前述,法教义学是一门探究法的客观意义的科学,这正是拉德布鲁赫对法教义学的界定。正因如此,“所谓独断型的法律解释学,在法学上,往往亦被称为‘法律教义学’”。^[37] 正因法教义学一开始就具有和法解释学的密切联系,人们常常误以为法教义学就是法解释学,这也是我国刑法教义学化过程中的两个“不要论”^[38]的理由。此外,“法教义学和法律解释学都具有鲜明的实用科学和技术科学之特征,具有突出的实践品格”等共性,这些“恐怕也是人们往往将二者等同视之的重要理由”。^[39]

然而,仅仅因为法教义学与法解释学之间的密切关系就认为(刑)法教义学就是(刑)法解释学,显然过于武断了。(刑)法教义学不等于(刑)法解释学。法教义学是德国法律文化的标志,它具有地域文化性,英美国家的法律思考一般不谈法教义学,更多地是以实用主义为法律思考方式。法律解释学是跨时空跨地域跨文化的法律适用方法,无论大陆法系或是普通法系国家,无论过去或现在,都会使用法解释学方法适用法律。

考察法教义学的历史发展,从古希腊罗马的法教义学观念到中世纪时期的法教义学观念,及至中世纪以后16世纪到19世纪之前的法教义学观念,以及19世纪的法教义学观念变化,德国法学家逐渐形成了一种习惯,即“越来越多的法学家认为自己的任务主要就是法律概念进行逻辑分析,之后建构法律体系,它是一种体系运用于司法裁判,并逐渐形成了构成德国法律文化一个标志的法教义学传统”,自19世纪耶林的法教义学观念之后,德国法律界“基本没有跳出到此形成的传统”。^[40] 这样的“法律教义学在德国法文化中有特殊意义”,这是因为,一方面,通过“以阐释性的法律教义学为基础”展开法学与司法之间的对话,形成了“法学与法律实践”这一独有的“德国的标志”;另一方面,由于19世纪德国法文化的主宰历史法学派的影响,法律教义学被赋予理解法律规范“实际的”亦即客观含义的任务,^[41]从而法教义学在德国被发展成为发现法律的一种模式与方法。

[34] 焦宝乾:《法教义学的观念及其演变》,《法商研究》2006年第4期,第89页。

[35] 洪汉鼎著:《诠释学——它的历史和当代发展》,人民出版社2001年版,第16页。

[36] 陈金钊:《法律人思维中的规范隐退》,《中国法学》2012年第1期,第14页。

[37] 武秀英、焦宝乾:《法教义学基本问题初探》,《河北法学》2006年第10期,第133页。

[38] 不要论1,即“不要试图在刑法解释学之外再建立一门刑法教义学”(张明楷:《也论刑法教义学的立场》,《中外法学》2014年第2期);不要论2,即“不要试图在刑法教义学之外再建立一门刑法解释学”(陈兴良:《刑法教义学彰显对法条的尊崇》,《检察日报》2014年7月1日第3版)。

[39] 陈金钊著:《法律解释学》,湖南人民出版社2009年版,第52页。

[40] 周升乾:《法教义学研究》,中国政法大学2011年3月博士学位论文,第35页。

[41] [德]诺依曼:《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15-16页。

除此之外,法教义学之所以成为德国法律文化的标志,还与德国各部门法的法典化密不可分。德国是成文法系国家,其成熟而完备的法典,逻辑清晰、内容合理、形式统一集中的法规范,要求发展出发达的法教义学来解释法的客观意义,以弥补成文法缺乏灵活性和具体妥当性的缺陷,缩小成文法典的适用与立法之间的距离,有效指导司法实践。德国法教义学的发展为法典的制定提供了质料。1991 年《德国民法典》的制定过程就反映了这种做法,“财产的概念界定只有教义上的含义,因而不应该制定在法典中,而应该反映在教科书中”。^[42] 1871 年《德国刑法典》的制定修改过程也反映了这种做法。罪刑法定原则作为传统刑法教义学中最为重要的教义,于 1871 年德国刑法典的制定中就被吸收写进法典,中间虽经纳粹政权废除,但是在战后德国民主国家的重建过程中,“饱经沧桑的德国人民希望在更高的层次上,用更有力的方式来维护罪刑法定原则,这一共识最终在 1949 年 5 月 23 日颁布的基本法中获得了满足”,^[43] 并由此重新确立了德国刑法的这一基本原则。与此同时,法典化又推动了法教义学的进一步发展。例如,《德国刑法典》第 248 条之前并没有“盗用电力”构成盗窃罪的规定。随着实践中盗窃电力的事件日益增多,刑法教义学者提出,应将电力解释为盗窃罪中的“物”,以解决对窃电行为的惩处问题。虽然“帝国法院认为,电力不能从‘物’(Sache)的概念中推论出来”,但是,在强大的实践需要以及教义理论的推动下,德国“立法者在 1900 年为了处罚取得电力颁布了一个特别法”,^[44] 这项内容随后被德国刑法修正时纳入到法典之中,也就是后来的《德国刑法典》第 248 条 C 款,“意图为自己或他人不法获取电力,以不符合规定的导线,从电力设备或设施中盗用他人电力”的,构成盗窃罪。这一立法,与硫酸是否可以解释为武器等类似相关问题一起,极大地推动了以考夫曼为代表的“对设证、归纳、类比与演绎”等法律获取方法的运用,^[45] 以及刑法类型思维的研究,并深化了类推解释与扩大解释之间的有关问题的研究。^[46] 总之,法教义学“在法典化兴起的背景下,根据法典化过程中形成的经验对法典进行补充和修改得到了肯定”,^[47] 法教义学甚至因此被学者定义为“法教义学一般是指民法、刑法、宪法、刑事诉讼法、民事诉讼法等具有成文法典与具体条文的个别科学”。^[48] 法典与法教义学之间的互动使得德国法教义学的发展达到了巅峰,“法教义学的巅峰”成果就是“德国法律评注文化”,它“以逐条释义为基本特征,通常卷帙浩繁、作者众多、影响巨大,其不仅是法律文献中的集大成者,亦是德国法学方法论的载体和法律文化的缩影”。^[49] 德国法律评注文化的坚实基础正是法教义学。法教义学已经深深地融入德国法律文化之中,成为其中具有标志性的部分。

[42] Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsches Reich, Band 3, 1899, S. 997. 转引自周升乾:《法教义学研究》,中国政法大学 2011 年 3 月博士学位论文,第 35 页。

[43] 郑伟:《德国刑法的最新发展》,《法学》1997 年第 4 期,第 37 页。

[44] [德]恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2004 年版,第 48 页。

[45] 参见[德]考夫曼著:《法律获取的程序:一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 189 页。

[46] 参见[德]考夫曼著:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台湾地区学林文化事业有限公司 1999 年版,第 1 页以下。

[47] 参见冯军:《法学研究方法的理论与实践》,《法学研究》2013 年第 6 期,第 4 页。

[48] 吴从周:《论民法第一条之“法理”》,《东吴大学法律学报》2004 年第 15 卷第 2 期,第 29 页。

[49] 贺剑:《法教义学的巅峰》,《中外法学》2017 年第 2 期,第 376 页。

英美法系判例法国家,一般不谈法教义学,实用主义法哲学是其主要的法律思考方式。法教义学是以法律规范为前提展开解释的方法,法教义学的工作被喻为“带着规范的镣铐跳舞”,亦即“使预设的价值、规范在事实的运动场上跑起来,让它们在舞动中获得新生或延续生命”。^[50]判例法国家没有统一法典的传统,没有对规范的成文法典形式的依赖性,自然无从发展以法律规范释义为主要内容的法教义学。虽然英美历史上并非完全没有法教义学,比如,上世纪二三十年代的美国,法教义学一度居于主流,但是,“自上世纪六十年代以来,法律和社会科学运动风起云涌,传统的旨在为司法实践服务的法教义学研究已经日渐式微和沦为末流”,其成就和影响力显然无法与德国的法教义学相提并论。^[51]

法教义学在大陆法系的代表德国与英美法系的代表美国的历史发展与今日之地位表明,较之前述法律教义学在德国法文化中的意义而言,“以实用主义哲学为基调的美国法学则没有强大的法教义学传统”,“法教义学似乎是个地域文化色彩更为浓厚的一种学问,这尤其适合于以德国为主的欧陆法系国家”。^[52]英美国家即或在历史上有过法教义学的短暂生命,那也无法与美国主流的实用主义法文化相提并论。

法律解释学是跨时空跨地域跨文化的法律适用方法,无论何种法系国家,无论是否有成文法典,都会使用法律解释方法。这意味着,其一,较之法教义学,法律解释学历史更悠久,内涵更加丰富,外延更加宽广。法律解释学是关于法律解释现象的系统理论认知和学科知识体系。法律解释学的内容架构涉及法律解释原理、技术和制度等内容,简而言之,因解释法律形成的学问称之为法律解释学。^[53]在西方方法学上,法律解释学历史悠久,“以致有人将狭义上的法学看作就是法律解释学”。^[54]较之于法教义学,它的历史更久远。法律解释学因此而成为西方法学史上的一个重要问题,“一部西方法学史,就是一部法律解释史”。^[55]离开法律解释学几乎无法讨论法学史。但是,离开法教义学,根本不影响法学史的研究和探讨。其二,法律解释学是人类共有的法文化方法,它通行于德法等欧洲大陆,也畅通于英美等普通法系国家,同时也为世界其他国家所使用,它不分地域,不分文化,并一直为法学研究所使用。哪里有法律,哪里就有法律解释学。但是,并不是哪里有法律,哪里就有法教义学。如前述已及,法教义学与法典化有着紧密联系,它是一个文化和地域的概念,它在英美基本不存在。再如在中国,是否要实行法教义学化就有极大争议。没有法教义学,法律一直在适用;没有法律解释,法律就会瘫痪。其三,相较于法教义学,法律解释学的内容更丰富,外延更宽泛。在人类历史上,不同法学学派都基于不同的法哲学立场进行法律解释,如自然法学派的法律理性主义解释,实证学派的实证分析解释,自由法学派的利益解释,社会法学派的经验解释,实用法学派的实用主义解释等。所

[50] [德]恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第284页。

[51] 参见贺剑:《法教义学的巅峰》,《中外法学》2017年第2期,第376页。

[52] 武秀英、焦宝乾:《法教义学基本问题初探》,《河北法学》2006年第10期,第137页。

[53] 参见张志铭:《〈法律解释学〉的内容框架与写作场景》,《国家检察官学院学报》2016年第1期,第145页。

[54] 武秀英、焦宝乾:《法教义学基本问题初探》,《河北法学》2006年第10期,第137页。

[55] 陈金钊著:《法律解释学》,湖南人民出版社2009年版,第54页。

不同者,只是解释的立场或者根据不同而已。正是在此意义上,可以说“几乎所有的法学都可以称为法律解释学”^[56]。为了使法律解释的内容更加具体化,法理学领域也将针对法律规范所作的解释称为狭义的法律解释学。而法教义学主要“通行于法学各分支学科”,^[57]但不能说几乎所有的法学都是法教义学。在影响波及层面,法教义学远不及法律解释学。法律解释学是一般性学科,是超然于所有法学分支学科之上同时又为所有法学学科共同使用的方法。

总之,“法教义学和法律解释毕竟不同,切不可将其简单等同”^[58]。“刑法教义的内容是对现行刑法进行解释”,^[59]这只能表明法教义学也使用法律解释方法,但不等于法律解释学就是法教义学。法律解释学是一门独立的学科,法教义学不是;法律解释学无论在成文法国家还是判例法国家都一样存在,法教义学则主要存在于法典化国家;法律解释学是一个跨越时空地域与文化的概念,法教义学则更多是一个地域文化概念;法律解释学内涵丰富、外延宽广,法教义学内容稳定、任务明确。“有些学者将法教义学完全等同于法释义学或法解释学……如此法教义学的边界就变得很模糊”^[60]。因此,我国刑法学者将刑法教义学等同于刑法解释学的两个“不要论”值得商榷。

至于“不要论 2”为何在“不要论 1”的基础上进行观点不同的表述,也许只是为了表明不同学者对刑法教义学的不同重视程度而已。“不要论 1”似乎更强调以刑法解释学为本,“不要论 2”则似乎更强调以刑法教义学为本,二者关于刑法教义学与刑法解释学关系问题建立于认同二者乃同一事物的共识上,又巧妙地添加了各自的学术偏好。但毫无疑问,两个“不要论”将刑法解释学等同于刑法教义学的看法,至少是我国刑法教义学化过程中可能存在的误区。由于该问题的复杂性,对之还需深入探讨。

误区三:缺乏对“刑法教义学”科学特质的探讨及其“化成”过程的揭示

如果说,前述误区一、二解决的都是何为刑法教义学的问题,那么,误区三其实是要解决为什么中国要实行刑法教义学的问题。刑法教义学的真正价值或者说独特魅力是什么?对此不予以回答,就无法回答为什么“近年来又萌生一种奉德日刑法为圭臬的倾向”^[61]。对这种倾向的质疑,在很大一部分刑法学者中一直存在。齐文远教授就曾明确指出:“走向教义学的刑法学之主张中,采用德日的三阶层犯罪论体系彻底取代我国的四要件体系通说是其最核心的内容,对此笔者颇感困惑。要指出的是,笔者并不抽象地反对引进西方法学资源、学说,但问题是我们为什么不能采取符合国情的理论与实际相结合的

[56] 陈金钊著:《法律解释学》,湖南人民出版社 2009 年版,第 19 页。

[57] 焦宝乾:《法教义学的观念及其演变》,《法商研究》2006 年第 4 期,第 90 页。

[58] 陈金钊著:《法律解释学》,湖南人民出版社 2009 年版,第 52 页。

[59] 唐莱:《舒纳曼教授学术演讲介绍》,《法学家》2000 年第 3 期,第 128 页。

[60] 参见苏力:《中国法学研究格局中的社科法学》,《法商研究》2014 年第 5 期,第 61 页。

[61] 高铭暄、曹波:《当代中国刑法理念研究的变迁与深化》,《法学评论》2015 年第 3 期,第 7 页。

方式而非采取这种颠覆性的做法不可?”^[62]很显然,如果要舍却中国传统刑法学的知识体系转型为刑法教义学,后者必须有着前者所没有的价值和意义。

刑法教义学的独特价值不在于某一个具体的教义,比如结果或是行为无价值,规范论或是法益论,而在于,通过对规范的解释进而关联到刑法知识整体的体系化,积淀刑法学科的内涵,形成来源于实定法但又超越实定法的教义,穿越时空而存在,从而使刑法发展为一门科学。锻造刑法的科学气质,推动刑法学科的科学化,是刑法教义学最大的价值与独特之处。而刑法教义学的科学特质,通过对刑法教义如何“化成”过程,可以得到充分体现。否则,“人们仍然不知该标签究竟指何物,应如何进行具体操作”,^[63]没有教义形成的“具体操作”过程,没有通过此过程体现的刑法教义学的科学特质,刑法教义学将无法令人接受和信服。然而,遗憾的是,综观当下我国刑法教义学的研究,在肯认其方法论意义或表达教义学立场或对刑法教义学化的呼唤,以及更多地只是直接使用刑法教义学方法之外,并无对刑法教义学科学特质的探讨,进而缺乏对刑法教义“化成”过程的揭示,即缺乏刑法科学性的展示过程。

法学是一门科学吗?自19世纪中期基尔希曼《作为科学的法学的无价值性》这篇举世闻名的演说以后,虽然耶林以“法学是一门科学吗?”这一颇为耸动的标题发表了同样效果惊艳的演讲,并试图把“科学的法律性安置在一种(法律基于其性质所固有的)发展思想中”,^[64]而萨维尼也“曾经在所有人眼中,将法律提升至科学的位阶”,拉伦茨则更是针锋相对,发表了那篇著名的“论作为科学的法学的不可或缺性”,^[65]但是,人们对法学作为科学的质疑从未消绝过,对此问题的探讨也持续将近两个世纪。“法学并非科学”、“法学作为科学是无价值的”^[66]已成为一个多世纪以来法律学人的梦魇。“立法者修改三个字眼,全部的法律藏书就变成了一堆废纸”。^[67]基尔希曼的这句名言更是穿越时空的长廊而流传至今,并让不同国度不同时代的人们都惊讶于这句话的准确性。在所有对基尔希曼的反驳声中,拉伦茨的反驳无疑具有代表性。拉伦茨对法学的科学性进行了辩护,他指出,“科学是任何可以用理性加以检验的过程,这种过程借助于特定的、为其对象而发展出的思考方法,以求获得系统的知识。在这种意义上法学也是一门科学”。同时,在拉伦茨看来,法学就是法教义学。法学也就是“按照特定方法对实在法进行的思想的诠释和领悟”的“所谓的法律教义学”。它的使命有四项,即法律解释、法律发展、法律统一(亦即整合法律资料)、为立法做准备。它通过法律解释和法律发展为法律实践提供理论支撑,^[68]而且通过将关乎法的各种问题纳入法学的研究视野,尤其是将典型的生活关系乃至“立法所涉之实体”作为自己的研究对象,而起到为立法做准备的作用。然而,在法教

[62] 齐文远:《中国刑法学该转向教义主义还是实践主义》,《法学研究》2011年第5期,第32页。

[63] 齐文远:《中国刑法学该转向教义主义还是实践主义》,《法学研究》2011年第5期,第31页。

[64] [德]耶林著、贝伦茨编注:《法学是一门科学吗?》,李君韬译,法律出版社2010年版,编者前言第4页。

[65] [德]拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性》,赵阳译,《比较法研究》2005年第5期。

[66] [德]基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,《比较法研究》2004年第1期,第144页。

[67] Vgl. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 29. 转引自[德]拉德布鲁赫:《法教义学的逻辑》,白斌译,《清华法学》2016年第4期,第199页。

[68] 参见[德]拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性》,赵阳译,《比较法研究》2005年第5期,第154页。

义学的四项任务中,前两项——法律解释和法律发展——才是最重要的。没有法律解释,法律无从发展;没有解释与发展,法律统一亦即资料的整理毫无意义,进而也不可能对立法提供任何帮助。因此,法律解释和法律发展,才是法教义学的主要任务。而这两项任务最终要达到的目的无法发现法学规律。“一如自然科学,法学是一门规律科学”。^[69] 然而,作为规律科学,就必须具备规律的必然性、稳定性,而不是“偶然的定在”。“法学本来应该传播真理,可是实在法却使法学不得不服务于偶然、谬误、狂热和愚昧。法学的研究对象本应具有永恒性、绝对性,现在却充满了偶然和缺陷;可以说法学是从苍穹掉进了泥沼”。^[70] 法教义学可以使以偶然定在即以实在法为研究对象的没有科学气质的法学,转换为必然存在即受永恒规律支配而具有科学气质的法学。可见,为了使法学更加接近科学,唯一的途径就是实现教义学化。刑法教义学,也成为刑法科学的必然之路。

前已述及,规范、解释与体系是刑法教义学的核心,刑法教义学作为刑法科学的必然之路,正是在对刑法规范的解释之上,进行体系化的思考,发展出刑法教义,最终推动刑法理论体系的进化和发展。例如,先从《刑法》分则第 264 条盗窃罪的罪刑规范中解释出非法占有目的要件,再上升到刑法总论的主观违法要素,及至开放的犯罪构成要件或者不成文的构成要件要素,就是一个典型的发现法学规律的教义学过程。在此过程中,单个的解释结论被上升为普遍有效的规律,并进而与刑法犯罪论体系、与整个刑法秩序相关联,从而使得教义得以发现,刑法教义学得以发展。以我国刑法中财产犯罪的非法占有目的为例,从其被解释出来,及至上升到开放的犯罪构成要件或者是不成文的构成要件要素的过程,就深刻地展示了刑法教义如何化成。

盗窃罪是否需要以非法占有为目的? 实践表明,盗窃犯罪差异很大,有的盗窃取得财物是为了使用,有的是为了占有,有的是为了取得所有权,“没有任何人的实际上行动能力或罪责能力与另一人的相同,因为所有人无论在认识、能力、性格、理解力及意志力等各方面皆不相同”。^[71] 何种情况可以认定为犯罪,是否需要对行为人的主观目的予以限定,则需要具体案例具体解释。甲盗窃乙的汽车使用后丢弃于山野是否构成盗窃罪? 甲盗窃乙的汽车使用后又归还给乙是否构成盗窃罪? 根据盗窃罪刑法规范的字面含义并采用文义解释方法分析“盗窃”涵义,根据罪刑法定原则的实质侧面采用限缩解释方法分析盗窃罪的处罚范围,根据刑法典第五章财产犯罪的保护法益进而采用目的解释方法分析盗窃罪的立法目的,根据刑法侵占犯罪、毁坏财物犯罪之罪刑规范并采用反对解释方法分析盗窃罪的主观要素等,通过多种解释方法的综合运用,可以发现,两个盗窃案中的甲都不构成盗窃罪。

然而,法教义学并不止步于此,因为再遇到类似问题时可以“中立地”适用的教义或者说“体系要素”还没有找到。如果进一步分析无数的盗窃罪个案,及至抢劫罪、抢夺罪、盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪等“抢盗诈”型财产犯罪,可以发现,它们共同之处在于,保护

[69] [德]恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2004 年版,第 5 页。

[70] [德]基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,《比较法研究》2004 年第 1 期,第 146 页。

[71] [德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,台湾地区五南图书出版有限公司 2000 年版,第 23 页。

的都是他人对财产的占有事实或者占有权利,是保护占有而不是所有,财产犯罪是对他人占有的转移,即由他人占有转为自己占有,非法占有目的应为“抢盗诈”等财产犯罪的主观构成要件要素。虽然我国刑法典并没有规定这些财产犯罪的主观目的,但是,这一肯定性解释结论,因其具有合理的理论基础以及有效区分罪与非罪以及此罪与彼罪之效果,得到了刑法理论与实践的一致赞同。从无数个甲盗窃乙这类的个案,到所有的盗窃犯罪甚至是除毁坏型犯罪之外的所有财产犯罪,得出财产犯罪的主观要素中应该有非法占有目的的结论。在此基础上,对主观非法占有目的的探讨又延伸到诸如票据诈骗罪等金融诈骗类犯罪主观目的探讨之中,并最终得出了同样的肯定性结论。

然而,法教义学仍未止步于此。非法占有目的只是个别“体系要素”,如何将它上升到整个刑法知识层面予以体系化思考,才是教义学化的终极方向。“作为实用性很强的科学,为了适应刑事司法的需要,并从司法实践中汲取更多的营养,刑法学必须自成体系,因为,只有将体系中的知识系统化,才能保证有一个站得住脚的统一的学说,否则,法律的运用只能停留在半瓶醋的水平上。它总是由偶然因素和专断所左右”。^[72] 只有实现了刑法知识的体系化,实现了教义学的终极目标,才能说发现了法学规律,因为规律是事物最本质的东西,它支配着事物的表象。法律解释,经由案件事实适用于法律规范的分析,通过法律规范的构造与内容而发现它们的意义。法律发展,通过对法律规范意义的寻找和不同案件的适用,提炼出抽象意义的概念或者原理,反过来再指导具体案件的运用,这样的过程,其实就是一个发现法学规律的过程。既然法“教义学的目标是以科学方法尤其是体系思维有序和稳固地重构现行法”,^[73] 从无数单一的个案现象中归纳出的某类构成要件要素之后,如何能上升到犯罪论体系层面,并进一步发展成为教义,才是终极性问题。“‘实证法(Gesetz)’只有蕴涵更高级别的相关公正性价值,才能成其为‘法(Recht)’”。^[74] “该价值作为‘精神存在’而为广义的事实科学(Seinswissenschaft)(本体论)的对象”。^[74] 这样的事实科学才是法教义学。从犯罪论体系角度分析,非法占有目的是主观的违法要素,它决定着行为是否符合构成要件,以及抽象符合构成要件的行为是否具有违法性,最终决定着犯罪的成立。而非法占有目的要素,并非刑法规范直接载明,而是根据构成要件的开放性并采取补充解释后得出的,经由对其他类似开放性要件的概括,在刑法理论上这种构成要件被总称为开放的构成要件,开放性犯罪构成要件因此而成为刑法犯罪构成要件的重要类型,如何适用它也因此成为犯罪论中的重要问题。^[75] 对于否定开放的构成要件概念的学者而言,它们则是不成文的构成要件要素,^[76] 是根据刑法规范的间接文理解通过目的解释等解释方法得出的。但是,无论是开放的构成要件概念或是不成文的构成要件要素概念,它们本质上都是一样的,都是刑法规范没有规定然而通过解释适用刑法而得出的一般性法律概念。这种法律概念都是在犯罪论体系的层面对构成要件或者违法性/

[72] [德]李斯特著、施密特修订:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第4页。

[73] [德]扬森:《民法教义学》,朱晓喆、沈小军译,《苏州大学学报(法学版)》2016年第1期,第98页。

[74] 马克昌主编:《近代刑法学说史》,中国人民公安大学出版社2008年版,第327页。

[75] 参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第195-198页。

[76] 参见张明楷著:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第135页。

有责性的探讨,是对明文规定的刑法规范的延伸和背后拓展,是对犯罪论体系实质可罚性程度的限制与理论化、教义化。“法教义学概念一方面是指一种对现行法进行体系—科学化工作,另一方面也指这一活动的成果和对象”。^[77] 开放的犯罪构成要件或者不成文构成要件要素,正是最终得出的刑法教义学意义上的概念,它们都是对现行刑法规范进行体系化与科学化解释工作的结果,同时也是这种解释活动的成果和对象。

事实上,法教义学一直在反复尝试,从单一的法律现象归纳出法律的概念,^[78] 也因此,法教义学才能成为法律科学。在个案解释层面,“每次理解皆为不同理解”;^[79] 在类案层面,每次理解皆为同类理解。当典型案件的建构与形成完成之后,将所归纳出的教义学概念与产物再用之于个案之后,“每次理解皆为相同理解”,从不同到相同,教义得以产生并发展。这样一个典型的教义学的过程,“不拘泥于具体案件的特殊情况,而转为关注案件的典型性;概括不断重复出现的特征,建构上位的概念,揭示它们之间的关联。这已经超出了解释法律和发展法律的本来范畴,是法学典型的系统性成就”。^[80] 人们“一再期望(社会)规律具有普遍的有效性,统治着法律并通过法律进行着统治的”。^[81] 教义学的特点是,它不至于使法律规范面对每一个案件事实都没有头绪,而是发展出规律之后,可以再面对纷繁复杂的案件事实,而这样的规律则是稳定的,可以支配法律规范的适用以确保刑法的实用性。

对刑法规范的解释至普遍性规律的教义学化,正是刑法摆脱偶然性因素的必由之路,也是刑法教义的“化成”过程,是刑法解释演进为刑法教义学的过程,也是刑法教义学化之后刑法科学化的体现。因为“化”乃“深度融合”^[82] 之意。从个案解释到类案适用,再到一般概念或者原理的得出,乃至教义的形成,再回过头来指导司法实践,这种过程,就是刑法理论自身从具体到抽象的深度融合,以及教义与实践的深度融合过程。离开刑法理论的教义化,刑法就无法发挥其科学性的特质,教义学的价值也将无从发挥。“我国部门法学的研究,尤其是刑法学和民法学,历来都主要采行法教义学的立场与方法,此点概无疑问。但是,部门法学的法教义学立场并不自觉,且由于过分关心法条及其适用之技术,而易于忽视对于经由规范之关联脉络而达成的实在法整体的理论概观,从而可能在实践中遭遇信任危机。”^[83] 教义化成的过程,正是实现经由“规范之关联脉络而达成实在法整体的理论”过程,也是提升刑法教义学科学程度以及其外界信任度的过程。

根据耶林的看法,科学性是对法律的一种要求,“是一种在理论中的精神力量,其活动中心即在教义学范畴”。促使近代法学开展的推动性思想,就是一种追求、一种在法学

[77] [德]扬森:《民法教义学》,朱晓喆、沈小军译,《苏州大学学报(法学版)》2016年第1期,第98页。

[78] 参见[德]拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第31页。

[79] 朱庆育:《私法推理的典型思维:从三段论到意思表示解释理论》,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123页。

[80] [德]拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性》,赵阳译,《比较法研究》2005年第5期,第152页。

[81] [德]恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第5页。

[82] 参见储槐植著:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第25页。

[83] 白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,《环球法律评论》2010年第3期,第16页。

领域上对于科学的渴望,亦即要奋力争得一个不受外在规章、时空变换所影响的领域。^[84]刑法作为所有法律中最严厉的部门法,如果要满足支配刑法理论发展与刑事司法实践的需要,就不能完完全全地受实定法的差遣,而必须要超越繁琐的个案与琐碎的语词、浩瀚的法条与不同时代的立法,无止境探索并发展具有安定性与实用性的刑法教义,从而使其自身成为一门科学。“科学性是法学作为一门学科的根本标志。然而,在相当长的一个时期内”,中国法学“严重偏离或脱离科学的轨道”,虽然经过学者们的努力,“科学性得以回归”,^[85]但是,从今天法学学科建设的成效来看,其科学性显然还需要加强。为了彻底去除我国传统刑法学科的政治气息,使刑法成为概念完备、逻辑严谨、实践性强的学科体系,必须吸收刑法教义学学科的科学气质,致力于实现中国刑法的教义学化。不过,值得警惕的是,当下中国刑法教义学的研究中,一部分学者不结合中国本土实践需要,盲目移植德日刑法教义学中的一些概念,如“主体间性理论”、“解释熵值”、“累积犯”等,而罔顾可能与中国刑法理论及实践之间的水土不服。有一些所谓的刑法教义学理论之争,则可能浪费了很多的精力与篇幅,但于解决实践问题无益,例如对我国刑法共犯论体系究竟是单一制还是区分制的区分即为适例。何种共犯论体系并不重要,重要的是,如何将我国现行刑法的共犯规定准确地适用于实践。如果中国刑法教义学脱离本土司法实践的需要,则可能呈现有学者所担心的空洞化、殖民化乃至教义学的过度精致化等现象,^[86]对此,中国刑法学界必须防微杜渐。

误区四:将刑法教义学误解为法条主义/反实践主义

中国刑法是否应该转向法教义学?有种观点将刑法教义学等同于法条主义、反实践主义,并因此反对中国刑法实现刑法教义学化。“中国刑法学该转向教义主义还是实践主义”?“中国刑法学研究转型应以实践为路径”,“我国的刑法学研究不能单纯依赖教义刑法学的研究范式而必须采用多种方法,当下主要应该强调刑法学的实践理性”。^[87]在此,实践主义其实是指社科法学的经验主义研究方法,“强化狭义的刑法规范学(教义刑法学)的实践理性”,是指刑法学者不应该“把主要精力花在争论实践中很少有人关注的概念上面”而应“适当地引入其他社会科学的方法”,这些方法主要是社科法学的经验主义研究方法。“如果我们观察一下当今其他人文社科学科的同行们在干什么,就会发现经济学家们在密切地观察市场,管理学家们在仔细调查企业,文学艺术家们在民间频频采风,社会学家在认真调查田野”,因此,刑法学者应该多关注“中国社会经验、客观现实”。^[88]社科法学的特点是关注社会和经验,教义法学的特点是关注法规范和概念。然而,如果据此认为刑法教义学是法条主义或反实践主义,这是重大误解。

[84] 参见[德]耶林著、贝伦茨编注:《法学是一门科学吗?》,李君韬译,法律出版社2010年版,第91、92、53页。

[85] 参见张文显:《世纪之交的中国法学发展趋势》,《中国法学》1994年第2期,第12页。

[86] 参见刘仁文:《再返弗莱堡》,《法制日报》2017年12月27日第9版。

[87] 齐文远:《中国刑法学该转向教义主义还是实践主义》,《法学研究》2011年第5期,第32页。

[88] 齐文远:《中国刑法学该转向教义主义还是实践主义》,《法学研究》2011年第5期,第33页。

法教义学容易陷入“法条主义”或“概念法理学”，导致价值与事实相分离，导致价值虚无主义，致使法律的发展无法跟上新的且不断变化的社会与经济环境。^[89] 这的确是法教义学所面临的指责。“法教义学的概念、功能与意义是常议常新的主题。目前理论上对法教义学的慎重态度，主要在于将法教义学等同于‘概念法学’，等同于公理式的推演”。^[90] 总之，传统的刑法教义学被视为书本中的法，一如传统的法教义学一样。社科法学被视为行动中的法。然而，这种对法教义学的审慎看法可能适合传统(刑)法教义学，而非现代(刑)法教义学。根据康德定义，教义学是“对自身能力未先予批判的纯粹理性的独断过程”，^[91] 这宣告了传统(刑)法教义学的诞生，并奠定了其法条主义的立场，对“自身已经确定而无须再作任何检验的信条为前提的，而且通过对这些前提的深入思考可以进一步认识教义学”。^[92] 这表明，刑法规范被认为是神圣不可批判的，在法源的问题上，现行刑法被视为一个完整的体系，可以对它进行解释，并通过解释进一步认识刑法规范。人们抱持某种“信条”情怀，一如圣经般对待刑法。从刑法规范的权威性出发解释刑法，将刑法当作自给自足的封闭体系，不允许以非法律的东西为基础解释刑法。然而，传统教义学的实用性逐渐受到质疑。当法哲学领域从本体论转向认识论，在威尔策尔的目的论刑法学影响下，当今德国的目的理性体系，已由传统刑法教义学转变为现代教义学，后者的特点是开放性思维、目的性考量、现实性关照及实质性解释。在目的理性刑法学的倡导下，刑法学者不断地从外部寻找解决问题的答案，包括从刑事政策、其他部门法、刑法的目的与任务等刑法规范之外的因素中寻找解决现实案件的答案。封闭的刑法体系被证明是不存在的，耶林、埃利希等自由法运动更使唯理主义的合理性受到怀疑。一个有益的刑法教义学体系由此被认为应该满足三个目的，即概念性的秩序及明确性，与现实相联系，以刑事政策上的目标设定为指导。^[93] 在维护刑法规范稳定性前提之下，现代刑法教义学及时关照当下现实，并将刑事政策上犯罪预防目的与刑法法益保护目的纳入到刑法解释之中，在法条主义之下，价值判断逐渐渗透到刑法封闭的概念体系之中。^[94] 由此，现代刑法教义学通过开放性、目的性、现实性及实质性获得了刑法科学的实践性。

在刑法教义学的解释中，法律解释只是揭示出刑法规范本来的含义，其内容相当于阿列克西所说的内部证成。而实际上“解释的固有领域是外部证成。各个被选择的解释都要在外部证成中被证立。什么是好的证立、什么是坏的证立、什么是正确的解释、什么是错误的解释，其标准在根本上是要通过解释的目标来确认”。^[95] “而外部证成就是要通过法律与其他社会规范的沟通实现法律与其他社会规范的融贯”。^[96] 在此，现代刑法教义

[89] 参见邓正来：《中国法学向何处去(上)》，《政法论坛》2005年第1期，第17页以下。

[90] 许德风：《法教义学的应用》，《中外法学》2013年第5期，第973页。

[91] [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2013年版，第4页。

[92] [德]弗里希：《法教义学对刑法发展的意义》，赵书鸿译，《比较法研究》2012年第1期，第143页。

[93] 参见[德]罗克辛著：《刑事政策与刑法体系》，蔡桂生译，中国人民大学出版社2011年版，第20页。

[94] 冯军教授对于传统教义学向现代教义学的演变有极为详实的分析。参见冯军：《刑法教义学的立场与方法》，《中外法学》2014年第1期，第172页。

[95] [德]阿列克西著：《法理性商谈——法哲学研究》，宋光、雷磊译，中国法制出版社2011年版，第74页。

[96] 陈金钊：《法律人思维中的规范隐退》，《中国法学》2012年第1期，第14页。

学提供更多可供选择的解释结论,为刑事案件的判决提供可供参考的多种答案,这样“在争议事实有多个可供选择的法律规则时,为裁判者提供可言说、可交流、可检验的规则选择与法律论证机制”。^[97]而这,正是实现刑法教义学实践理性的体现。“刑法中的实践理性,表现在法共同体成员关于刑法规范的相互理解之中。符合实践理性的刑法解释结论,总是法共同体成员在相互争论和相互沟通后能够理解和接受的。”^[98]在偶然防卫的问题上,不同教义即规范论与法益论就给理论与实务部门提供了有罪与无罪、既遂与未遂完全不同的解释结论,问题不辨不清,理不争不透。两种不同的教义学立场及其得出的结论,以及在法益论内部对偶然防卫的不同解释结论,尤其是学者们之间的相互论争,正“是法共同体的成员在相互争论和相互沟通之后能够理解和接受的”,^[99]这也是法教义学实践理性之体现。

对刑法教义学反实践主义最大的指责来源于其对概念、逻辑与体系的倚重,以及实证研究的欠缺。事实上,一方面,刑法教义学对法的客观意义的探究决定了它具有天然的实践性。如果认为诸如社会科学田野调查一类的方法才是法律实践性的体现,显然过于狭隘,同时也存在问题。苏力教授指出,社科法学领域存在着一个假定,即“这个世界某些地方,学者通常称其为‘田野’,会更有利于产生重要学术成果”,但实际上“不能将‘田野’实体化、本质主义化”,只要有“自己的专业实践,其中也可以包括一部分日常生活”^[100]就可以说是有了法学研究的田野。刑法教义学的解释不是纯粹地将案件事实归入刑法规范的过程,不是一个单纯的逻辑推演过程,而是将对社会现实的考量纳入到解释之中,这一点,已有刑法客观解释承载其任务。刑法解释有主观解释与客观解释之分,二者的重要时间划分是按照“产生时还是按照适用时来解释”。^[101]按照刑法规范产生时亦即制定时的立法意图来解释的是主观解释。按照刑法规范适用时来解释的是客观解释。这种解释方法虽然在刑法学界存有争议,但其在刑法教义学通说上已经毋庸置疑地因其时代性、现实性而早已有了一席之地,并在急剧变化的网络时代有了极强的生命力和市场。这说明,客观解释方法似乎天然与刑法教义学有密切关系,或者说,刑法教义学极力倡导刑法客观解释。客观解释方法立足于法律一旦产生即与立法者无关的立场,力图把握刑法规范的时代生命以及随着时空因素变化而变化的特性,努力对刑法规范寻找富有社会现实意义的解释。比如,对于网络游戏装备等虚拟财产,刑法根据网络时代虚拟财产的属性与特点,认为行为人对虚拟财产如同对有形财产一样具有占有、使用、处分和收益的权利,并且在现实世界中具有可以交易兑现的财产价值,其在本质上与有形财产别无二致,因此,从解释学的角度认定其属于财产犯罪的犯罪对象。这种解释就是基于网络时代财产表现形式的变化以及保护此种财产权的意义而得出的,该解释结论及其在司法实践中得到的广泛认同,无不体现了刑法教义学的实践性特性。它既体现了刑法预防犯罪的刑

[97] 许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第937页。

[98] 冯军:《法学研究方法的理论与实践》,《法学研究》2013年第6期,第7页。

[99] 冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期,第194页。

[100] 参见苏力:《中国法学研究格局中的社科法学》,《法商研究》2014年第5期,第62页。

[101] [德]魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第355页。

事政策的需求,也证明了现代刑法教义学早已不是一个封闭的刑法公理体系。现代刑法教义学以刑法规范为前提但又根据这些禁止或命令的法规范背后的意义来探索法规范的可能含义,在注重正义性的前提下,重视刑法规范的正义性,从而充分体现了它自身的实践性。刑法客观解释是一种吸收了自由法学派、实用主义法学派观点的解释方法。它在某种程度上正是体现了刑法教义学对社会的关注,这虽然不能等同于是社科法学的实践性,但其关注社会及现实问题与社科法学却如出一辙。法教义学可以被理解为说明学科、诠释学科、逻辑学科,甚至可以是经验学科、试验学科。^[102] 实际上,实践中的法教义学并不固守于任何一种理论模型,也不以任何一种单一范式作为评价标准。^[103] 从这个意义上讲,真正的法教义学研究必然是依赖于具体情境和实践需求的。当然,当客观解释的适用毫无节制时,则需对之予以适当约束,这则是另外的话题了。总之,刑法教义学通过对社会现实的考量与情境实践需求而进行的客观解释,充分体现了如同社科法学“田野”或者实证研究所体现出的法律实践性。另一方面,刑法教义学可以并正在采用当下时代的实证研究方法。这种实证研究可以是但一定不可能只限于如同早期刑事人类学派龙勃罗梭式的研究。除此之外,实证研究还应包括,结合社会现实与司法实践,参照同类案件(类案)的判决,找出适合案件事实(个案)的结论。而且,这样的研究在刑法教义学领域早已运用。比如,当下热议的大数据研究,通过对同类案件如盗窃罪判决的全样本分析,找出犯罪金额档次与犯罪情节相似的盗窃犯罪判决,对今后其他同类型盗窃罪的判决发挥类案的预判作用,这对于盗窃罪刑法规范的准确适用有着极为重要的指示作用。再比如,对于全国盗窃虚拟财产的案件进行全样本分析,找出定罪与不定罪的案件数量之比例以及地域之差异,分析定罪与不定罪理由的共性,为今后同类案件理解盗窃罪刑法规范中的“公私财物”提供实践素材,避免过于悬殊的判决或误判。这样的研究方法正是高科技与互联网时代所赋予刑法教义学的实证研究方法,因为“大数据的核心是尊重经验真实,敬畏经验真实,在乎经验的代表性。哪怕从一个小故事切入,只要收集足够的信息,也可能得到大张力、大格局的结论,用来解释、预测较大时间跨度和空间跨度的社会现象”。^[104] 这种方法类似“运用社会科学的方法来处理教义学问题,帮助法律人理解法治或法律规范的意义并为法治建设和司法裁判提供实证数据的帮助”。^[105] 可见,每个时代都有实证研究,只是其内容和方法并不相同。从根本上讲,任何经验研究如果试图影响司法判决或者在法律领域内发挥作用,都需如此。通过刑法规范的解释和适用,它们才能在司法实践中发挥影响判决的实际效果,而这正是刑法教义学的法治功能之所在。如果对不同时代刑法教义学的实证研究方法视而不见并因此指责刑法教义学缺乏实证研究,无疑是片面的。

[102] 参见 Mark van Hoeke, *What is Legal Theory*, Acco, 1985, pp. 118 - 122. 转引自宋旭光:《面对社科法学挑战的法教义学》,《环球法律评论》2015 年第 6 期,第 126 页。

[103] 参见 Aulis Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turun yliopisto, 1977, pp. 262, 282. 转引自宋旭光:《面对社科法学挑战的法教义学》,《环球法律评论》2015 年第 6 期,第 126 页。

[104] 白建军:《大数据对法学研究的些许影响》,《中外法学》2015 年第 1 期,第 30 页。

[105] [德]拉德布鲁赫:《法教义学的逻辑》,白斌译,《清华法学》2016 年第 4 期,第 200 页。

社科学法学家常常指责法教义学是不考虑后果的规范思维,并进而认为法教义学缺乏基于实际问题出发的实践性。在社科学法学家那里,只有自己才是后果思维,法教义学只是规范思维,社科学法“大多数时候都不是以法律规范为前提来思考问题的,反而一些利益或者后果的考量可能更为重要。因此,法教义学与法律实践的良好互动关系只是法学家自我虚构的一种‘想象’”。^[106] 事实并非如此,刑法教义学既是一种规范思维,也是一种后果思维,并在后果的衡量上,常常与法律实践良好互动。如同犯罪论体系一样,法益是刑法基础性教义。“刑法规范具有决定为何要用刑罚来保护法益的评价机能,具有基于这种评价发布禁止、命令的命令机能。如果把保护法益理解为刑法的第一机能、目的,就会从客观的法益侵害这样的犯罪结果或者结果发生的危险(法益侵害说)来寻求处罚根据、把握犯罪的本质”。^[107] 为此,如果坚持法益论,就会主张结果无价值的刑法立场,并在此前提下主张将法益衡量融合在行为违法性的判断中,这一过程,正是刑法实践性充分体现的过程。比如紧急避险、正当防卫等,既有合法性的判断,更有侵犯法益与保护法益之间大小衡量之判断,在行为人所保护法益大于所侵害法益的情况下,紧急避险或者正当防卫作为违法阻却事由的正当化事由才有可能正当化。刑法中所有个案的适用,其在犯罪论体系的违法性判断中,都要使用结果无价值理论来帮助违法性的判断,而结果有价值或者无价值取决于侵害法益之结果的轻重,如果是不值得处罚的法益侵害,往往违法性难以成立,反之则具备违法性。这些充分证明,刑法教义学具有充分的实践性,因为它就是刑法上所保护的利益衡量或者后果考量的规范之学,而不是离开实践考量的悬空之学。可见,“一旦规范思维被理解为从规范到结论的推论或者演绎,这就片面理解了教义方法的特征。法教义学并不排斥后果考量的重要性”,^[108] 而且这种考量至少在刑法教义学的领域还发挥着证明合法性的作用。在此,刑法教义学通过利益与结果衡量而不仅仅是逻辑概念的演绎而充分体现了其实践性。同时,现代刑法教义学之中也糅和或者说不可避免地有刑事政策的考量,比如对未成年人犯罪的解释适用,必须结合各国预防未成年人犯罪以及保障未成年人权益的目的来进行,不允许像对待成年人一样解释刑法规范。这种“对法律政策参与同时也意味着‘对法结果负责’”,也就是在建立刑法教义学的“概念和原则时,要对结果进行衡量”,^[109] 从这个角度而言,刑法教义学正是塑造和表达现实的工具。在此过程中,刑法教义学的实践性彰显无遗。

事实上,当反对刑法教义学的学者指出其欠缺实践性时,往往是其误认为社科学法有着极强的实践性,因为社科学法关注的是社会和经验,重视实证研究。然而,殊不知,社科学法的一个重要不足是缺少强有力的实证研究。^[110] 既然如此,就更没有理由要求刑法教义学进行充分的实证研究。当实证研究的缺乏不仅仅是刑法教义学的不足而是整个法学领域研究的不足时,那么就不能以缺乏实证研究为由指责刑法教义学缺乏实践性了。刑

[106] 参见熊秉元:《论社科学法与教义法学之争》,《华东政法大学学报》2014年第6期,第141页。

[107] [日]西田典之著:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第22页。

[108] 宋旭光:《面对社科学法挑战的法教义学》,《环球法律评论》2015年第6期,第126页。

[109] [德]魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2013年版,第147页。

[110] 参见侯猛:《社科学法的跨界格局与实证前景》,《法学》2013年第4期,第33页。

法教义学中的教义并不是实践的反义词或者对立面,教义恰恰来源于对实践问题的解剖、解释和反复试验,实践问题得以在教义运用中得到解决。现代刑法教义学的生命力如此强大,与其强烈的实践性不无关系。

误区五:将中国刑法的教义学化等同于研究中的 概念转换并使之庸俗化

在当下中国法学界如火如荼地展开的法教义学化的学术研究中,刑法学者姿态非常积极,贡献良多。刑法学者通过对法教义学方法论的推介以及我国传统刑法知识的去苏俄化,初步回答了我国刑法为什么要实现教义学化的重要问题。精通德日刑法教义学的学者更是已经形成了自己的立场和观点,展开了不同刑法教义学立场的争论。基于不同教义学立场体系化的刑法教科书也纷纷面世。一时之间,刑法教义学的探讨似乎已领先于其他学科。刑法学者对刑法教义学的深入探讨也的确引起了其他部门法学者的关注与好评,比如,对刑法学者就法教义学与法律解释学之间相等关系的观念,法理学者就指出,“相比于其他学者的不加反思、不加论证,相比于想当然地认为自己以往所做的法解释学研究就是法教义学,刑法学者的理论反思显然具有更为清醒的方法论自觉”。^[111] 凡此种种,可谓成效显著。但是,与此同时也有一个不好的现象在蔓延。随着中国刑法教义学化成果日渐丰硕,很多刑法学者不加论证并不加甄别“刑法教义学是什么”,就纷纷在自己的研究成果上冠名刑法教义学。一时之间,产生了很多以刑法教义学命名的成果。诸如“刑法教义学视野下……研究”、“……罪的法教义学研究”等,仿佛对刑法教义学的研究,就是将成果以(刑)法教义学几个字予以冠名。中国刑法的教义学化被等同于研究中的话语转换,并使研究者误以为自己所从事的都是(刑)法教义学研究。然而,中国刑法学者研究刑法教义学,很多只是拿来主义或断章取义,对于刑法教义学概念,既不加辨别,也不加剖析;对刑法教义学的研究往往停留于概念的使用,自然也不可能形成方法论的研究。这一误区如不可避免,将会庸俗我国刑法教义学化的志业,影响中国刑法学的理性发展。种种现象导致,“在我国当前的法教义学研究中,存在大量的重复性劳动,因此尽管从业者众,个别制度的构建也小有成就,但研究效率低、可持续性差的问题明显,难以形成学术传承”,^[112] 从而导致影响我国(刑)法学流派的形成和发展。

对于我国部门法领域存在的法教义学研究所存在的问题,有学者概括为以下四种表现形式。第一,单纯阐释现行法与比较法上特定条文的字面含义,不关注体系关联与价值权衡。学术期刊中相当一部分研究只是泛泛地介绍现行法或比较法上的制度,而忽略了有关制度的社会背景与现实应用,忽略了该制度与其他制度的关联,与单纯的文字重述或翻译无异,很难具有参考价值。第二,在已有研究成果的情况下,后来者在自己的研究中采取“掩”的态度,故意避开对在先的研究引用而自诩独创。第三,在其他法律部门已经

[111] 凌斌:《什么是法教义学——一个法哲学追问》,《中外法学》2015年第1期,第226页。

[112] 许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第972页。

成共识的情况下,仍叠床架屋,构建自己的封闭话语体系。第四,大量研究存在缺乏规范引证、无法查考检验的问题,导致后来者不得不推倒重来,重新考证。^[113]这四种情况,在刑法教义学的研究中,均有不同程度的体现。

一个真正研究刑法教义学的学者,就会了解刑法教义学领域的问题,因此并不一定要在研究成果的标题上冠名(刑)法教义学,而是通过其研究的内容来判断其是否研究的是刑法教义学的内容。比如,研究法益、阶层犯罪论体系、自我答责、客观归责、注意规范保护目的、共犯与正犯等主题,即或成果并无(刑)法教义学几个字,但了解刑法教义学的学者也一样能明白,其所研究的是刑法教义学的问题。相反,如果对刑法教义学毫不知情或一知半解,为了增加学术自信,或是为了追赶学术时髦,或者基于“发表功利主义”,而盲目冠名以(刑)法教义学,则只会适得其反。刑法教义学有其自身的话语体系和研究内容,作为一种研究刑法的方法,则有自己的研究方法与研究任务。但是,由于我国学者“过去未曾受到过严格的方法论的‘规训’,以至于我们的学者难以保持理性、严谨和科学的问学态度,难以保持思想谦抑的心情”。^[114]拿来主义盛行,糊涂主义遍地,动辄就是刑法教义学。不了解刑法教义学不同于其他研究方法的独特之处,甚至还造成一些误会或错误。刑法教义学本为研究实定法规范的解释适用及其体系化构建的科学,它通过对刑法规范意义的寻找得出具有普遍性的教义原理,以维护刑法秩序的统一,“确定的信条学可以强化法院判决的可预见性(也就是法的稳定),特别是对法律没有明确规定的问题”。^[115]因此,法教义学的稳定功能殊为重要,该功能使得“它同时事实上约束着法官”,“只有利用法律教义学的帮助工具,法官才能坚实地处理法律”。^[116]为了避免刑法教义学稳定化功能被消解,刑事政策尤其要避免进入到刑法教义学的领域。但是,有学者罔顾刑法教义学的基本定义,也未掌握国外刑法教义学的真正动态,即认为刑法教义学与刑事政策学之间的融合是未来刑法发展趋势,^[117]并主张通过以刑制罪来打通刑法教义学和刑事政策学之间的隔阂。同时,主张将刑法教义学与刑事政策学打通融合的学者在刑法学界不在少数。对于这种现象,苏力教授指出,有的刑法学者的刑法教义学研究“甚至包括极为宽泛的刑事公共政策”,或者将“法教义学等同于除法社会学、法史学之外的关于法律司法适用的一切法学学问”。^[118]当刑事政策冲破刑法教义学的藩篱,法教义学的稳定化功能将不复存在,法教义学也将丧失其最重要的形式法治的特质与优势。这也许恰恰是刑法学者对(刑)法教义学的隔膜所致,“在不知教义为何物之际,实际上法教义学概念也就没有能指的意义了”。^[119]事实上,研究刑法教义学的最好方法是,事先知道并了解什么是刑法教义学。做到了这一点,并且如果想做真正的刑法教义学而非政法刑法学或社科刑法学的研究的话,其所选择的研究主题自然就是教义学式的。这种老老实实的做法,比

[113] 许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第972页。

[114] 舒国滢著:《思如浮萍》,中国政法大学出版社2007年版,第186页。

[115] [德]魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2013年版,第145页。

[116] [德]考夫曼、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285页。

[117] 赵云锋:《以刑制罪法理分析与适用考察》,《政法论丛》2016年第2期,第129页。

[118] 苏力:《中国法学研究格局中的社科法学》,《法商研究》2014年第5期,第58页。

[119] 苏力:《中国法学研究格局中的社科法学》,《法商研究》2014年第5期,第58页。

盲目地玩概念游戏、术语标榜要好得多。

法教义学作为德国法文化的重要标志,自然在德国法学者的研究中处处体现。“德国学者们通常的操作是,在著作或文章的开头,对法教义学做一个大概的界定,然后以这种思维模式,去分析具体部门法中的某个问题,或者将其与立法、法律解释、法律适用结合起来讨论。而法律解释和法律适用问题又构成了法学方法论的核心问题,这也导致了法教义学和法学方法论的研究是不可分割的。”^[120]显然,德国法学者对法教义学的研究是非常严谨的,他们有着良好的教义学学术传承以及教义学研究规范,教义学研究是融合在内容之中,而不是题目与内容是两张皮。这样严谨的研究态度不但推进了德国各部门法中法教义学的研究,而且还发展了德国法学方法论研究。也许这正是德国法学家中的很多学者为何能从部门法学者上升为法(理)学者的原因。比如民法领域的冯·耶林、卡尔·拉伦茨、伯恩·魏德士,刑法领域的拉德布鲁赫、考夫曼等。从部门法教义学的研究到法学方法论的研究进路,不但提升了整个德国法学的理论水平,而且加深了德国法学理论的实践性,从而不存在我国学者所说的“没有部门法的法理学”。德国法教义学的研究使得法理学者的研究都能从其之前所从事的部门法领域的具体问题出发并予以回答,这样的法理学最终又反哺了部门法的教义学研究。中国的法理学研究目前存在无法回答具体问题,理论研究自娱自乐的现象。“如果法理学不能回答具体的问题,或者说,中国的法理学甚至连中国的问题都回答不了,解决不了,你怎么可能回答普遍的问题……中国的法理学必须也只能扎根于当代中国,必须首先努力回答当代中国的问题。”^[121]然而,这种状况的造成并非全是法理学者的责任,还有部门法学者的问题。对中国具体问题的回答,恐怕最适合的角度就是从部门法领域开始,再上升到跨部门法乃至整个中国社会。如果中国部门法学者的法教义学研究足够严谨、规范、深入,并且能够习成微观问题宏观解决、宏观问题微观分析的学术素养,最终其研究能从具体到抽象,从部门法到法理学、法哲学层面,将自身部门法如刑法的研究上升到纯粹法理学的研究,就像考夫曼那样,那么,最终能够回答中国问题的法理学者就会越来越多,中国法(教义)学也才会越来越发达。

结 语

中国刑法教义学化过程中的五个误区,看似表现各异,然而,在这五大误区的背后,其共同的根源性问题,实则是对何为刑法教义学缺乏深入探讨。如果彻底明确了什么是刑法教义学,就不会有误区一和误区二;如果理解了什么是刑法教义学,就能明白其中的教义是如何形成的,则自然不会有误区三;如果明确了刑法教义学的实践特性,就不会误解刑法教义学为脱离实践的科学,也不会将不该出现于中国刑法教义学化过程中的理论进行盲目移植,自然误区四就不复存在了;如果理解了什么是刑法教义学,那么误区五就会从我国刑法学研究中消失。可见,中国刑法学如果要实现教义学化,必须对什么是教义、

[120] 周升乾:《法教义学研究》,中国政法大学2011年3月博士毕业论文,第3-4页。

[121] 朱苏力:《中国法理学需要回答具体问题》,《文史博览》2010年第9期,第1页。

什么是教义学、什么是刑法教义学进行追根溯源的深入探讨。在此基础上,刑法学者再致力于推动刑法的教义学化。反观当下刑法学界,直接出“政”(政法法学)入化(教义学化)蔚然成风,刑法学者在教义学内部的耕耘已然颇有心得,却对什么是刑法教义学的根源性问题缺乏探讨。前述中国刑法教义学化过程中的可能误区,根源即于此。除此之外,也许还存在着其他未能为本文所涵括的问题。为此,今后我国刑法的教义学研究,在置重教义学内部的教义精深化研讨的同时,更应回过头来,多做做本源性的工作,以避免刑法的教义学化出现方向性误区或者偏差。

[本文为国家社科基金重大招标项目(17ZDA131)、教育部人文社会科学研究规划基金项目(15YJA820015)暨2018年东南大学中央基本业务经费资助项目(2242018S10002)的研究成果。]

[**Abstract**] Since its de-politicization in recent years, Chinese criminal law has been developing towards dogmatization. However, five kinds of mistakes have been made by Chinese scholars in the process of dogmatization of criminal law in China. Firstly, specific studies of the dogmatics of criminal law have been carried out one after another before a consensus on this concept has been reached, resulting in inherent deficiency in these studies. Secondly, “the dogmatics of criminal law” and “the hermeneutics of criminal law” have been used as two equivalent concepts before a thorough clarification of the relationship between them has been made, resulting in theoretical mix-up and the controversy over the meaning of the dogmatics of criminal law. Thirdly, no discussion has been carried out on the scientific characteristics and the formation process of the dogmatics of criminal law, resulting in the failure to fully demonstrate the necessity of the dogmatization of Chinese criminal law. Fourthly, the dogmatics of criminal law has been equated with textualism and anti-practicalism, resulting in the misunderstanding and unwarranted mistrust of and opposition to the dogmatics of criminal law. And fifthly, the dogmatization of Chinese criminal law has been equated with concept conversion in the study of criminal law, thus vulgarizing the dogmatization of criminal law, and impeding its development in China. In the process of dogmatization of criminal law, reflecting on various possible deviations and problems at any time is conducive to the deepening of the process.

(责任编辑:王雪梅)