

# 刑法方法理论的 若干基本问题

王世洲\*

---

**内容提要:**刑法方法与具体问题相联系,属于刑法学研究的内容;刑法方法论与世界观相联系,一般地属于法理学研究的内容。每一种方法都有自己的功能,也有自己的局限性,仅仅使用一种方法是无法完整地研究刑法学的。在现代刑法理论的构建中,比较研究方法是值得我国学者特别重视的方法,体系性方法是最重要的方法之一,刑法理想对刑法方法的选择具有根本性的指引作用。从总体上说,综合的方法才是最好的刑法方法。

**关键词:**刑法方法 比较方法 体系性方法 刑法理想 综合方法

---

“工欲善其事,必先利其器”,在刑法学研究中应当注意方法问题。采用不恰当的方法,不仅难以提高刑法学的研究水平,而且可能造成研究水平的下降。目前,“方法”和“方法论”这两个概念在我国刑法学界存在争议。笔者认为,“方法论”问题一般属于“法理学”的研究范畴,“方法”问题才是具体法学部门应当研究的内容。刑法方法指的是刑法研究中使用的方法,刑法方法理论就是关于这些方法的理论。在本文中,笔者试图通过厘清“方法”和“方法论”之间的区别,指出制约刑法方法选择的基本条件,分析目前刑法学界关心的刑法信条学和刑法解释学中使用的各种方法所具有的功能和局限性,并指出刑法理想对刑法方法选择所具有的特别意义,希望有助于学界对这个问题的进一步研究和讨论。

## 一、刑法方法理论的几个基本概念

目前刑法学界对方法论问题表现出很大的兴趣。<sup>〔1〕</sup>然而,什么是刑法方法和刑法方法论?这个概念性的问题首先需要明确,因为概念的混乱势必导致研究的混乱。

从现代汉语的一般意义上说,方法和方法论是两个不同的概念。方法一般指的是解决具体问题的门路、程序等。<sup>〔2〕</sup>方法论则有两个含义:一是关于认识世界、改造世界的根本方法;二是在一个具

---

\* 北京大学法学院教授。

〔1〕例如,北京大学法学院于2004年底在深圳主办了“刑法方法论高级论坛”。

〔2〕参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆1998年版,第353页。

体学科上所采用的研究方式、方法的综合。<sup>〔3〕</sup>在我国现代社会科学的意义上,人们一般在第一个含义上使用方法论这个概念;在方法论的第二个含义上,人们主要研究的是在具体学科中所使用的各种方法所具有的一般特点,从而形成在具体学科中对第一个含义的限制性使用;人们一般不把具体方法的综合使用作为方法论的主要内容加以讨论。

方法和方法论的区别主要有以下几点:

第一,方法是以具体问题为前提的,没有具体问题,研究方法问题就失去了实践的意义;方法论是与世界观相联系的,“对世界的基本观点怎样,观察、研究、改造世界的根本方法也就怎样”。<sup>〔4〕</sup>也就是说,方法论一般不与具体问题相联系,除非具体问题本身就是一个世界观的问题。

第二,方法因为与具体问题相联系,因此需要目的并且是受目的支配的。面对具体问题,方法是独立和外在的,它的价值受制于人们在解决问题时的具体愿望,换句话说,不符合人们解决具体问题愿望的方法,人们就不会采用。方法论因为“同世界观是统一的”,<sup>〔5〕</sup>因此,方法论是认识世界、改造世界的根本方法中的组成部分;面对方法论所要解决的世界观问题,方法论的目的性就是其自身。因此,方法论具有内在的构成成份的属性。

第三,由于方法需要前提和目的,因此,在具体部门法学的理论体系中,方法问题总是处于从属地位和非主流地位。由于方法论一般地是以自身为研究对象的,因此,在现代法学教育中,方法论问题是法理学研究的重要对象。另外,由于各个具体部门法学使用的具体方法在很大程度上具有共通性,因此,作为一般法学方法的教学内容,通常也成为法理学的重要教学内容。

方法和方法论的确存在着相互联系的情况,这主要表现在:

第一,方法,尤其是被人们所采纳的具体方法,总是在某种程度上表现着一定的世界观;一种世界观也只能在某种程度上通过一种或者多种方法表现出来。

第二,在具体部门法的理论体系中,由于多种方法的使用,这些方法的综合可能被称为这个部门法理论体系的方法论,也就是在方法论第二个含义的基础上使用这个概念。不过,人们在这个意义上使用方法论的概念,主要是探讨一种方法对于有关问题的解决能够起到什么作用,而不是探讨在这个学科中应当具有的世界观问题。

区分方法和方法论之间的界限,不仅在于指出这两个概念各自具有的功能和任务,而且在于指出,在人类的知识体系中,方法和方法论虽然有具体和抽象之分,对具体的方法和特定的方法论来说,在有关结论的研究、形成和运用上有难易之分,但是,人们不可说,研究和运用方法的刑法学在品格上就一定是低层次的,研究和探讨方法论的理论就一定是高层次的。由于刑法所具有的实践性,任何方法和方法论都必须在实践中接受检验,看看它们对解决犯罪和刑罚中的问题到底是否有帮助,以此来决定自己的学术层次和价值问题。如果在知识体系中采用与封建等级相类似的观念来评价有关知识的品格高下,那么,由此产生的评判必然助长人们脱离刑法的实践性去追求无限抽象的所谓高层次知识,这不仅不符合科学的精神,而且对法学研究和法学教育也十分有害。

根据这种认识,笔者认为,刑法方法理论主要研究的是刑法的研究、制定和适用中所使用的方法问题;刑法意义上的世界观问题,除非对“世界观”的概念进行特别的界定,一般不属于刑法学而属于法理学研究的范畴。<sup>〔6〕</sup>如果把一般的世界观问题放入具体的法学领域,那么,就容易导致将具体法学研究大而化之,从而降低具体法学的专业性,不仅不利于学术和专业的进步,而且也不利于深化对

〔3〕 同上书,第353页;同时参见《辞海》,上海辞书出版社1979年版,第1545页。

〔4〕 前引〔3〕,《辞海》,第1545页。

〔5〕 同上书。

〔6〕 笔者在本文中使用的“方法理论”一词,与英文中的“legal method”和德文中的“Methodenlehre”的意思基本一致,在世界观意义上的“方法论”一词,则与英文中的“jurisprudence”或者“legal philosophy”和德文中的“Rechtssphilosophie”的意思基本一致。

一般性问题的研究。

不过,笔者并不否认在具体法学领域中存在着世界观问题。一方面,这种世界观可以是源于刑法之外的指导思想。以德国刑法学理论的发展为例,古典刑法体系就受到19世纪思想史方面自然主义的重要影响,把刑法体系引导到可以计量的、从经验上可以证明的现实性构成部分上去,从而使刑法体系由互相分离的客观因素和主观因素组成。新古典体系主要是根据20世纪初很有影响的新康德主义的价值哲学建立的。该哲学主张:现实应当与作为各个学科基础所确定的最高价值相联系,应当通过这个价值来形成和划清界限,并且应当在这个价值的视角下进行体系化。刑法体系可以前后一致地从社会危害性和应受谴责性的评价标准出发,说明不法和罪责迄今为止是如何以一种实践上有意义的方式,在大多数的体系性建议中得以实现的。目的性行为理论是建立在哲学的现象学和本体论理论之上的。这种哲学理论试图明确指出自然人存在的结构性原理,并且试图创设研究人的学术基础。根据这个理论,一个享有优先权的人类学的基本概念,例如人的行为这样的基本概念,应当被置于一般犯罪理论的中心位置,并且,应当根据行为的存在特征,建立一个对立法者来说已经预先规定了物本逻辑〔7〕结构的体系。〔8〕

从另一方面看,世界观问题还可以是与某些具体的刑法问题相联系的。例如,在刑法学中研究的刑罚目的问题,犯罪是主观的还是客观的问题,以及因果关系问题,就与人们在这个具体问题上的基本观点和基本立场这些涉及世界观的问题相联系。然而,这些特定的世界观问题仅仅具有特定的意义,不能被泛化,由于这些特定领域中的特殊问题而把一般性问题作为主流问题来研究,在学术上容易产生上述非专业化的不利结果。

## 二、制约刑法方法选择的基本条件

法学工作者在面对法律问题时,选择什么样的方法来解决相关的问题要受到诸多条件的制约。研究这些基本条件,对方法理论的讨论有着重要意义。

### (一) 法系与刑法方法的选择

法系的特点对刑法和刑法学都有重要的影响,因此是决定刑法方法的基本条件。目前,对我国有重大影响的法系是民法法系和普通法法系。

民法法系也称大陆法系,普通法法系也称英美法系。在不同的法系中,对刑法方法的选择发生重大影响的特点主要有以下两个:

第一,法律渊源的形态。在民法法系中,刑法的法律渊源形态主要是刑典。〔9〕法官的判决,包括最高法院法官的判决,都不具有正式的一般拘束力。在普通法法系中,刑法的法律渊源形态现在已经一般是成文法和判例。

第二,案件的审理方式。在民法法系中,目前刑事案件的主要审理方式贯彻的仍然是职权主义,法庭审理阶段诉讼的进行、证据的调查,均以法院为主,不受当事人意向或主张的约束;在普通法法系中贯彻的是当事人主义,法庭审理阶段诉讼的进行、证据的调查以当事人为主,法院以消极仲裁者姿态出现,听取当事人双方的举证和辩论后做出判断和裁决。〔10〕

〔7〕物本逻辑(Sachlogischkeit)是指事物本来就有的,不依赖于法律规定的(甚至是人的认识的)逻辑性。

〔8〕See Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1997, S. 152 ff. ([德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论第1卷》,王世洲译,法律出版社2005年版)。

〔9〕德国宪法法院的判决也具有法律的效力,见德国宪法法院法第31条。关于这种效力的法律特征,详见刘兆兴:《德国联邦宪法法院总论》,法律出版社1998年版,第140页以下,特别是第145页。

〔10〕参见北京大学法学百科全书编委会:《北京大学法学百科全书·民事诉讼法学 刑事诉讼法学 行政诉讼法学 司法鉴定学 刑事侦查学》,北京大学出版社2003年版,第64页和第706页。

这些特点对刑法的影响全面表现在立法、司法、律师工作、法学研究和法学教育的各个方面。以德国的状况为例:从德国目前关于法学方法理论的主流著作《法学方法理论》<sup>[11]</sup>中,人们可以看出,德国的法学高等教育和法学基础研究所强调的方法一般涉及以下内容:法学的一般特征(第1章),法律条文(第2章),案件事实的形成和法律判断(第3章),法律的解释(第4章),法官发展法律的方法(第5章),法学概念和体系的形成(第6章)。在德国法学中使用的方法,主要不是对世界观进行研究,即使在法学的一般特征部分,德国法学高等教育重视的方法问题也仅仅是:法的表现方式(第1节),作为规范科学的法学(第2节),作为“理解性”科学的法学(第3节),以价值为导向的思维方式(第4节),法学对法律实践的意义(第5节),法学知识的产生(第6节),作为反映法学自身的注释方法理论(第7节)。人们从这本书的目录中可以清楚地看到,德国法学中的方法理论具有两个与其法系性特征密切联系的特点,即以法律条文为导向,以法学概念和体系建设为手段。也就是说,在德国法学的方法理论中,是以明确的问题和清晰的目的为指向的:这就是完善的法律规定和完整的理论体系。这个基本方法在包括刑法学的各个法学领域之中都能够得到运用。

在普通法法系中,从英美法学通行的理论和教学著作中,人们也可以看到,英美法学在方法中特别强调对司法判例的寻找和分析的训练。在这个过程中,英美法学的方法理论总是毫不含糊地强调以解决法律问题为导向。在这个前提下,法律研究和法学教育重点抓的环节是:认定有待分析的问题(包括确定问题和确定需要分析的范围),进行分析性推理(法律三段论方法的使用),发展法律原则(包括对有关原则的可适用性和法律标准进行分析),分析案件事实(包括为双方当事人提出主要论点),最终得出结论。这个过程一般被称为IRAC,即提出问题(Issue)——说明规则(Rule)——将规则适用(Apply)于事实——最终得出结论(Conclusion),也就是人们通常说的找法和用法的过程。<sup>[12]</sup>在这个方法的适用过程中,人们可以清楚地看到普通法法系的方法具有以下特征:以解决具体法律问题为核心来使用法律条文和发展法律原则。与民法法系使用的方法相比,普通法法系中的方法,明显地不强调法律条文的整体性,也不强调理论概念和体系的完整性,但是,非常重视具体原则、规则和标准的形成和适用。普通法法系使用的方法所具有的这些特点,自然有其自身独特的历史和传统。然而,随着欧洲联盟的建立,尤其是随着欧洲人权公约和欧洲宪法的颁布和施行,笔者发现,至少在英国的刑法学者中似乎已经开始对理论体系进行整理的尝试。<sup>[13]</sup>

不同法系在方法上的区别,并不是一般的“方法论”或者“世界观”意义的,在现代民法法系和普通法法系中,在所追求的“公平”和“正义”这些基本法治目标上基本一致。它们之间的区别主要是在具体方法方面。在民法法系中,例如在德国法律制度中,完善的法律规定和完善的理论体系避免了司法实践中找法的困难,降低了司法成本,提高了司法效率,但是,面对具体的尤其是新的法律问题,法学和刑法学仍然要在现有体系中面对或者使用与普通法方法相类似的方法;在普通法法系中,例如在英国法律制度中,虽然在理论上人们并不组织一个体系,但是,在实践中,“遵循先例(stare decisis)”原则的要求在事实上又把有关的具体规则结合在一起了。这种体系化和对问题的讨论,是在学术理论研究中还是在司法实践过程中进行,以及由此产生的对方法选择的制约,反映了不同历史、文化、社会群体的利益,并形成了不同法系各自的特色。我国学者在比较研究中,应当具有世界性的眼光,注意并分析有关方法发挥作用的条件,以便在我国的刑法学研究中恰当地借鉴和发展相关的方法。

## (二) 目的与刑法方法的选择

目的作为使用方法的前提,当然会对方法的选择发生重大影响。

在当代社会中,在刑法研究中所使用的方法,主要运用在以下三个领域:

[11] See Larenz & Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, Springer Lehrbuch, 1995, S. VII ff.

[12] See Charles R. Calleros, *Legal Method and Writing*, Little, Brown and Company, 1990, p. 45.

[13] See Andrew Ashworth, *Principle of Criminal Law*, 4th Edition, Oxford, 2003.

第一,在立法中使用的刑法方法。在这个领域中,人们使用一定方法的目的是制定具体的刑法规范,以便调整尚未得到法律规范的领域。在这个“先法”或者“前法”领域中使用的刑法方法,目的就是在特定的无法的状态下获得刑法规范(包括在刑法规范不足的情况下进行补充规范的工作)。在立法过程中使用的方法,“除了吸收刑法学的研究成果之外,还必须吸收其他学科(不仅仅是法学)的研究成果,尤其是犯罪学的研究成果”,在这个领域中使用的方法“主要是为决策服务的”。<sup>[14]</sup>

第二,在司法中使用的刑法方法。在这个领域中,人们使用一定方法的目的是运用已经制定出来的具体的刑法规范。具体而言,在这个领域中使用的刑法方法,虽然可能因为使用者的法律地位而有区别,例如,警察、检察官、法官、律师,由于各自法律任务的不同,所使用的刑法方法可能会有差异,但是,这个领域中使用的方法,依据的都是已经存在的法律规定,针对的都是具体案件。

第三,在法学教育中使用的刑法方法。在这个领域中,由于法律宣传、专业学习、法学研究、司法考试等具体任务的不同,所使用的方法也可能不同。但是,人们在这个领域中使用的各种方法,都是以学习、了解和研究现有法律为目的的。

法学研究本身在现代法治社会中具有特别重要的地位。人们不仅需要通过法学研究来了解、学习和掌握现有的法律,而且需要通过研究来分析、维护、批评、发展现有的法律。因此,人们在法学研究中已经发展出了许多方法。比较、沿革、注释、理论的方法是传统上一直得到重视的经典研究方法。<sup>[15]</sup>在法学教育中,我国的刑法教学通常采用系统讲授的方法,并且开始逐渐探索案例教学的方法。

对于这些刑法方法本身来说,它们之间不存在着孰优孰劣的问题。这些方法是否应用得当,是由刑法研究的目的决定的,并且将通过研究结果而在实践中得到检验。在现代法学研究和法学教育中,并不存在着一种绝对“高层次”的方法。这里的关键在于有关研究成果的说服力。在法学教育中,法学教师应当研究和讲授在什么问题上如何通过什么方法来获得更有说服力的结论。在近现代错综复杂的社会发展状态中,人们在刑法学研究中青睐多学科研究的方法,其实是希望使用有关学科的理论成就,来支持或者强化刑法学理论结论的说服力。人们虽然采用了法哲学、法社会学、法人类学、法经济学、甚至试图发展法神学<sup>[16]</sup>的方法,但是,在刑法学乃至在法学中,这些方法都属于工具,都处于服务性的地位。在康德、黑格尔之后,刑法学作为一门独立的学科已经形成了。一般说来,现代刑法学工作者由于专业知识的原因,如果在刑法学中对哲学、社会学、人类学、经济学,甚至神学本身进行研究,其专业水准肯定是非常可疑的;如果刑法学工作者真的在这些非刑法学领域中做出了专业性贡献,那么,严格地说,这种贡献也不属于刑法学成果,而属于相关的非刑法学领域。

在方法理论中,应当根据目的特别强调刑法方法和非刑法方法的区别,一方面是为了说明刑法方法应当借鉴其他学科的成就,而不是为了阻隔这种多学科之间的交流;另一方面要特别强调,多学科之间交流的目的,是为了促进专业学科的发展和提高有关专业的学术水平,尤其是对我国目前还处于向前发展状态下的刑法学学科来说,这种交流不能导致人为地消除学科的界限。笔者认为,现在就谈消除刑法学与其他非刑法学学科或者非法学学科的界限,是不符合科学发展规律的,也不符合我国法治建设的根本利益和学科发展的基本要求。

### 三、刑法信条学中的方法问题

刑法信条学这个词是直接来自德语 Strafrechtsdogmatik 翻译过来的。信条学(Dogmatik)是关于信

[14] 王世洲:《从比较刑法到功能刑法》,长安出版社2003年版,第232页。

[15] 参见杨春洗、杨敦先主编:《中国刑法论(第二版)》,北京大学出版社2001年版,第2页。

[16] 参见刘远:《刑事法哲学初论》,中国检察出版社2004年版,第3页以下。

条(Dogma)的理论,而信条的原意是关于信念或者信仰的原理或者定律(Glaubensatz<sup>[17]</sup>)。笔者不把Dogmatik翻译为教义学,<sup>[18]</sup>不仅是因为教义学的说法已经不符合现代德语的标准意思,而且是因为教义的说法与宗教的意思太近,<sup>[19]</sup>在我们主张无神论的社会背景下,在刑法学中不使用教义的说法,有利于避免可能产生的误解和争论。英文刑法理论文献在非常近似的意义上使用的doctrine一词,因此也应当译为“信条”,而不应译为现代汉语中明显带有贬义的“教条”或者宗教色彩浓厚的“教义”。<sup>[20]</sup>

在法学领域中,人们一般认为,信条是法律理论中不可动摇的部分。信条学与法律理论这样的概念之间,因此就存在着一些重大的区别。一般认为,相对于法学信条来说,法律理论仍然处于探讨阶段;相对于法律理论来说,信条已经成为一般接受的基础,是一种可以被称为一门学科基础的理论。用我们今天通俗的话说,信条应当是一门学科中得到广泛接受的基本理论。

在德国刑法学界,一般认为,刑法信条学是在李斯特和宾丁时代创立的。根据德国现代有影响的说法,“刑法信条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”。<sup>[21]</sup>刑法信条学特别表现在刑法总论部分中关于犯罪行为的理论,人们也称之为一般犯罪理论,而分则的基本理论与总则的信条学有着重大区别。刑法信条学的主要任务,是便于法学教育和发展刑法理论体系。根据康德的说法,一个“体系”就是“各式各样的知识在一个思想下的统一”,<sup>[22]</sup>是一个“根据各种原则组织起来的知识整体”。<sup>[23]</sup>但是,刑法信条学并不满足于把各种理论原理简单地合并在一起,并且一个一个地对它们加以讨论,而是努力要把在犯罪行为的理论中产生的全部知识,有条理地放在一个“有组织的整体”之中。<sup>[24]</sup>通过这种方法,不仅使概念的内容得以明确和体系的结构得以形成,而且要探索新的概念和创建新的体系。<sup>[25]</sup>根据刑法信条学的主要任务,人们可以看出,刑法信条学使用的主要是体系性的研究方法,以及问题性的研究方法。

在体系性的研究方法中,首先需要明确和形成基本概念。例如,在现代德国刑法信条学中,人们已经基本同意,一个犯罪应当具有行为(Handlung),行为构成符合性(Tatbestandsmäßigkeit),违法性(Rechtswidrigkeit)和罪责(Schuld),另外,有时还会有其他的刑事可罚性条件。然后,在这个基础上逐步形成和发展出犯罪体系的学说。例如,在德国刑法信条学中,在20世纪初期占统治地位的是古典犯罪体系,在1930年前后流行的是新古典犯罪体系,在第二次世界大战之后有重大影响的是目的性行为理论,后来,经过组合新古典学说和目的性学说的犯罪理论,在20世纪70年代发展起来的是目的理性的(功能性的)刑法体系。<sup>[26]</sup>

然而,即使在德国刑法学者的眼中,体系性的研究方法也不是十全十美的,这是一种既有优点又

[17] See Wahrig Deutsches Wörterbuch, 6. Auflage, Bertelsmann Lexikon Verlag.

[18] 翻译为教义学的,参见季卫东:《〈当代法学名著译丛〉评介(选登)》,《比较法研究》1994年第1期;[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;[德]阿图尔·考夫曼和温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学与法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版;陈兴良:《刑法教义学方法论》,《法学研究》2005年第2期。

[19] 教义学的说法广泛使用在宗教著作之中,例如,我国图书馆的学科名称主题就经常把教义与宗教著作相联系,参见www.lib.pku.edu.cn。在我国台湾地区,一些图书目录甚至把“教义学”放在“神学”项下,参见:www.sammin.com.tw。

[20] See Webster's Third New International Dictionary, Merriam - Webster Inc., Publishers, 1993, USA.

[21] 前引[8], Claus Roxin书, S. 145。

[22] Kant, *Kritik der reinen Vernunft, Ausgabe der wissenschaftlichen Buchgesellschaft*, hrsg. Von Weischedel, Bd. 2, 1956, 696 (= 11781, 832), 转引自前引[8], Claus Roxin书, S. 146。

[23] Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, Ausgabe wie Fn. 5, Bd. 5, 1957, 11 (1786, Vorrede, S. IV), 转引自前引[8], Claus Roxin书, S. 146。

[24] 前引[8], Claus Roxin书, S. 146。

[25] See Hans - Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot/Berlin, 1996, S. 42.

[26] 同上书, S. 149 ff.。

有缺点的方法。<sup>[27]</sup>

体系性方法的优点是:

第一,有利于减少审查案件的难度。在一个信条性体系中组织和区分刑事责任的所有条件,可以避免遗漏应该检验的条件,使实践中审查案件的工作大大简化并且避免造成错案。

第二,有利于平等地区别适用法律的条件。在一个体系中的不同条件,对刑事责任发挥不同的作用。根据统一的评价标准,可以保证相同的情况获得相同的处理,不同的情况获得不同的处理,从而保证法律得到平等和理性的适用。

第三,有利于简化法律并使法律适用工作具有更好的操作性。

第四,有利于法律和法学的继续发展。在一种思想的引导下,对知识进行专门的体系化整理,对这个领域中的法律发展具有十分重要的促进作用。

体系性方法的缺点是:

第一,有可能忽略具体案件的公正性。以禁止性错误为例,行为人不知道自己行为具有违法性的情况,根据排除故意和排除罪责两种理论,会产生不同的法律后果。根据排除故意的理论,如果错误地认识自己的行为是允许的,那么就不会由于故意,但是,会在必要的情况下由于过失而受刑事惩罚。与此相对,根据排除罪责的理论,错误认识自己的行为是允许的,在错误是不可避免的情况下,故意仍然存在,排除的仅仅是罪责;在错误可以避免的情况下,就会因为故意的有罪责的行为而受到刑事惩罚。然而,在附属刑法和社会道德性不那么明显的刑法条文中,一个不知道不法的行为人,如果与那些明知地违反法律的人同等看待,这种情况就不能令人满意了。这个不令人满意的结论是由于目前的体系性安排造成的。

第二,有可能减少解决问题的可能性。虽然体系性方法能够简化和减轻寻找法律的困难,但是,它同时也减少了解决问题的可能性,并且可能阻断对更好的方案的探察。以实行人和参与人的区别为例,如果人们把所有的客观情况都归属于不法和归因于因果关系时,那么,实行人、教唆人和帮助人在客观上的区别就不存在了,人们就只能在主观方面寻找划分界线。这种所谓的主观性参与人的理论,今天还在司法判决中占据着主导地位。但是,这种理论体系性安排就排除了根据在客观方面贡献的大小来区分实行人和参与人的方案。

第三,不能把刑事政策作为合法的体系性指示。以对行为人的故意发生错误的案件为例:甲给了乙一支上了膛的手枪,要求他朝丙的腿上射击。甲以为乙知道,枪是上了膛的。但是,乙并不知道,仅仅是出于玩笑向丙扣动了扳机而造成了他的身体伤害。在讨论甲的刑事责任时,根据目的性体系,故意属于行为构成,甲由于缺少法律所要求的参与人条件就不能成为参与人,就是说,甲不受刑事惩罚。但是这个结论在刑事政策上是有缺陷的,因为假如乙像甲所相信的那样,已经知道枪是上膛的,那么,毫无疑问,甲就应当作为教唆人被惩罚。但是现在,在甲连乙是毫不知情的情况都不知道的情况下,甲对事情的发生本来要承担的客观责任就应当更大,却因为体系性解决方案的考虑,使得参与人在客观上提高了的份量,在主观情况不变的情况下,突然引导出一个宣告无罪来了。产生这个不利结论的主要原因,在于理论体系经常可以引导出比它的前提所能够支持的更多的解决方法来。这个结论在刑事政策上所具有的不适合性,因此是被预先规定的。

第四,容易导致人们使用抽象概念,使人忽视和歪曲具体法律事实的不同特点。抽象概念要求人们忽视所有法律事实的不同点,只允许使用一种表面上平等、但在实际上无内容的标准。那种空洞的概念,一方面会导致问题无法得到解决,例如预备和未遂的界线,或者实行人和参与人的界线,在德国刑法理论中还没有得到满意的解决,另一方面,体系性经常容易丧失与现实的联系。

[27] 前引[8], Claus Roxin 书, S. 158 ff.。

为了克服体系性方法的缺陷,人们在刑法信条学中还尝试了问题性的研究方法。<sup>[28]</sup>

问题性方法基本上是从具体的问题出发,从中寻找解决这个问题的公正和符合目的的可能性。问题性的研究方法,最早是由亚里斯多德提出来的,后来,西塞罗和维科为了辩论术的目的,又发展出了主题性的工作方法。这种方法在德国的民法研究中已经得到了广泛的采用。<sup>[29]</sup>在那里,人们借助“主题”,在具体案件中通过对同意和反对的意见加以讨论,直到对解决方法达成一致意见。这种工作方法在刑法中的主要功能表现在三个方面:

第一,这种方法可以作为“第一次处理行动”,来解决刑法中那些尚没有被立法者解决的领域。

第二,这种方法可以用来解决那些位于体系化之前的,需要使用理论和辩论术来填补的不确定概念和一般性条款。

第三,这种方法可以用来控制从体系中获得的解决方法。当人们在一切可能的法律政策方面,不是依赖体系性的语境关系,而是根据公道来加以测试时,这个结论是否令人满意,就最容易为人们所认识了。

问题性的研究方法具有以下缺点:

第一,这种方法不能包含体系性方法所具有的一些重要优点。它不仅会牺牲体系性方法在实践中所具有的优点,例如简化案件审查工作,一目了然地安排材料和减轻寻找法律的困难,而且会使自己否定法官决定应当具有可预见性和平等性的基本认识,从而威胁在刑法领域中十分重要的“法安全性”。

第二,由于法学与法律的联系性,因此,那种一般性的寻找法律方法的问题性工作方法就成为无用的。在问题只能通过考虑“全体或者大部分人或者智者的观点”或者根据常识来解决时,问题性方法就陷入了与法学适用理论或者法律渊源理论尖锐对立的地位。

第三,德国宪法禁止通过类推、找法活动或者通过习惯法进行问题性方法所青睐的各种以刑罚为根据的寻找法律的工作,并且,德国宪法规定的法律明确性的要求,从一开始就使得与体系性相联系的研究方法获得了优先权。

应当注意的是,体系性方法和问题性方法之间虽然存在着对立关系,但是,这两种方法进行综合会是富有成果的,并且在一定程度上是可能的。

目前,在德国刑法信条学的研究方法中,体系性方法是主要的研究方法,因为人们确信:“体系是一个法治国刑法不可放弃的因素”。<sup>[30]</sup>在这个前提下,德国刑法学者研究的是如何建立一个体系,其中讨论的与方法有关的主要问题是:

第一,体系建立的根据,应当是从先法存在的现象中概括产生的,还是在完全不理睬一种现象所具有的先法的和物本逻辑的结构的情况下,由立法者和信条学完全自由地形成的?主张前者的是所谓的“本体主义(Ontologismus)”的立场,后者是所谓的“规范主义(Normativismus)”的立场。<sup>[31]</sup>不过,经过长期的讨论,在当代德国刑法信条学中,人们已经不再纯粹地采取某一种立场了。例如,在当代德国刑法信条学的代表客观归责理论和更加发展的人格不法理论中,人们都可以看到这种折衷的立场。

第二,犯罪的特征应当如何确立?功能主义的体系主张从刑罚的角度来确定犯罪的特征,认为犯罪行为体系应当从刑罚目的开始来重新发展自己完整的“功能”。这个方向最令人瞩目的主张是,刑法信条学的全部概念,应当从刑法的任务出发在内容上得到满足;总则中的体系性概念必须进行广泛

[28] 同上书, S. 166 f.。

[29] 同上书, S. 166。

[30] 同上书, S. 167。

[31] See Hans Joachim Hirsch, *Zum gegenwärtigen Stand der Strafrechtsdogmatik in Deutschland*, Vortrag in der juristische Fakultät von Universität Peking.

的规范化,并且应当是以一般预防为指向的。客观归责理论认为,行为对于犯罪体系来说,不具有决定性的(原文是 konstitutive,更准确地说,是因为属于构成要件而具有决定性的)意义。这就是说,传统信条学以违反规范的行为为导向的观点,被这样一个问题代替了:行为人是否应当在正义惩罚的观点下,对一种由他造成的结果负责呢?<sup>[32]</sup>根据客观归责理论的体系,“不法”和“责任”是刑法信条学的两个中心范畴。<sup>[33]</sup>更加发展的人格不法理论认为,规范性命令,也就是说禁止或者要求,是体系的出发点;行为的概念是一个基础概念:在故意犯罪中,那种应当超越因果关系和结果,在客观行为构成中进行考虑的观点,都是从行为的概念中得出结论的。

第三,当代德国刑法信条学讨论的主要问题。<sup>[34]</sup> 这些问题是:质疑和反思主观性未遂理论,确定间接实行人的范围,反思因果关系的必要性问题,讨论所谓的允许性行为构成的认识错误问题,以及法人是否能够承担刑罚的问题,原因自由行为的问题,在参与人的辅助性关系中特殊人格特征的作用,在参与人对不法中性行为的处理,以及法益概念的非物质化问题。

笔者在这里对当代德国刑法信条学研究的状况所做的勾勒可能挂一漏万,但是,这个说明还是能够清楚地表明,刑法信条学本身不是方法问题。刑法信条学虽然要求体系性研究方法,同时考虑问题性研究方法,从而使自己在方法上的特征区别于刑法史学、比较刑法学和刑事政策学,但是,刑法方法与刑法信条学之间是手段和结果的关系,这一点还是清楚的。

#### 四、刑法解释学中的方法选择和限制

刑法解释是对刑法规范涵义的阐明。<sup>[35]</sup> 这就是说,刑法解释这种方法,以刑法规范为前提,以说明刑法规范的涵义为目的。一般认为,所谓“学”就是系统的理解或认识体系。<sup>[36]</sup> 刑法解释学因此就可以理解为是关于刑法解释的系统性学问。与刑法信条学不同,在刑法学界,人们普遍认为刑法解释属于刑法方法的范畴。作为一项重要的刑法制度和刑法理论的一个重要方面,现代的刑法解释已经发展成一个由解释的概念、原则、方法和效力组成的体系,其中,与本文主题有关的最重要部分应当属于解释方法。

##### (一) 刑法有权解释的方法和限制

刑法有权解释是指国家以强制力支持的解释,在我国是指立法解释和司法解释。

立法解释由全国人大常委会根据《宪法》第 67 条和《立法法》第 2 章第 4 节的规定做出,立法解释“同法律具有同等效力”(《立法法》第 47 条)。由于立法解释等同于法律,立法解释的过程实际上就是法律制定过程,因此,刑法立法解释与其他刑法解释相比较就具有一个鲜明的特点:刑法立法解释不必遵守罪刑法定原则所要求的禁止类推,它不仅突破原有条文文字面含义的限制,而且可以增加原有条文完全没有规定的新内容。不必遵守禁止类推原则这个特征,使立法解释的方法完全不同于其他刑法解释的方法。

目前,我国立法机关对 1997 年刑法典已经做出了六个立法解释。在刑法理论上需要明确的一个紧迫问题是:立法解释是否具有溯及既往的效力。笔者不能同意刑法“立法解释应当是溯及既往的”<sup>[37]</sup> 这种观点。立法解释是在制定新的法律,尽管这个新法律与现有法律之间有着紧密关系,是

[32] 同上文。

[33] 前引[8], Claus Roxin 书, Vorwort。

[34] 前引[31], Hans Joachim Hirsch 文。

[35] 参见北京大学法学百科全书编委会:《北京大学法学百科全书 刑法学 犯罪学 监狱法学》,北京大学出版社 2003 年版,第 885 页。

[36] 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学(上册)》,北京大学出版社 1984 年版,第 9 页。

[37] 张军、姜伟、郎胜、陈兴良:《刑法纵横谈》,法律出版社 2003 年版,第 83 页。

在“需要进一步明确具体含义的”或者是“法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的”(《立法法》第42条)情况下做出的,但是,原有法律在有关含义上和是否适用于特定情况下处于不明确或者含糊状态的事实,却是清楚的。刑法作为国家规定的令行禁止的标准,明确性至关重要,现代法律和法律理论都已经有明确的主张:明确性是罪刑法定原则当然要求的。<sup>[38]</sup>从理论上说,用现在才得到明确的刑法来惩罚在过去不明确的法律状态下实施的行为,与在没有规定的情况下惩罚人的做法,并没有本质上的区别;从法律上说,含糊的法律规定是人们无法遵守的;从实践上说,根据含糊的法律进行刑罚,完全不具有一般预防和特殊预防的作用;<sup>[39]</sup>从刑法方法上说,相信人们可以看得很清楚,由于立法解释所具有的不必遵守禁止类推的特点,如果允许立法解释具有溯及既往的效力,那就无异于把我国1997年刑法典已经废除的类推又请回来了。

我国司法解释的法律根据,是全国人大常委会1981年6月10日通过的《关于加强法律解释工作的决议》。该决议第2条允许最高人民法院和最高人民检察院对审判工作中和检察工作中“具体应用法律、法令的问题”进行解释。国家给予司法机关解释法律的权力,究竟是对法治有利还是有害的问题,古今中外的法学理论明显地是反对多于支持。虽然司法人员在处理具体案件时,需要解释和适用法律,但是,现代法律理论都不同意司法机关,包括最高司法机关,可以拥有立法权。为了防止司法权侵夺立法权,以德国为例,国家除了在法律中明确规定法官服从法律和司法判决要受法律约束<sup>[40]</sup>之外,在理论和实践上采取了几个重要方法:

第一,在刑法解释中明确禁止类推。禁止类推首先适用于分则规定的犯罪构成和刑罚,也适用于在总则中可能规定的犯罪构成,例如,教唆罪。另外,对主要存在于附属刑法中的空白刑法和用于补充说明行为构成的规则,也不能类推。刑罚和刑罚的适用方式,例如缓刑,以及不具有刑罚特点的附属法律后果,都禁止类推。对于刑法总则规定的免责根据、排除刑罚的根据和撤消刑罚的根据,不得超过原文文字界限加以限制,也不得将客观刑事可罚性的条件加以扩展。在程序性规定中,虽然原则上没有明确禁止类推,但是,对程序性条件的类推,的确需要具体考察是否符合法治国家的原则。不过,对告诉才处理的规定,是不应当允许类推的。现代刑法理论一般认为,有利于被告的类推,在刑法中是不受限制地允许的。在对正当化根据的解释中,刑事法官仅仅受法律目的(法律规定原则)的约束。<sup>[41]</sup>

第二,在解释理论中创立“归类(Subsumtion)”的概念。归类是指对案件事实是否满足特定行为构成的审查过程。解释是指通过说明特定行为构成特征的意义,并由此确定这个行为构成的适用范围的过程。归类在司法实践中的过程就是适用法律的过程,在这里,法律规定是大前提,案件事实是小前提,司法判决(尤其是刑罚)是结论,解释,即认识法律规定的行为构成的特征,是归类的前提条件。<sup>[42]</sup>虽然解释与归类有着这种相互依存的关系,但是,解释与归类更有着方向性的区别:解释以刑法条文为自己的对象,以说明刑法条文的内涵和外延为目的;归类以案件事实为自己的主要对象,以说明案件事实符合具体刑法条文规定为目的。由于法律规定的具体内容只能在法院的决定中才能得到确定,因此,法官在实际上是通过自己的判决在进行解释,然而,德国不仅在法律上明确要求法官必须“服从法律”,而且在理论上不承认“遵循先例”原则。“归类”这个概念的创立和使用,就保证了德国法官只能在法律之下以说明什么事实为法律所禁止为己任,而不能在法律之上把解释法律条文作为

[38] 法律的例子如《德国基本法》第103条第2款;法律理论的例子见前引[25], Hans - Heinrich Jescheck & Thomas Weigend 书, S. 136 f.。

[39] 关于刑法明确性与一般预防和特殊预防的关系,参见王世洲:《现代刑罚目的理论与中国的选择》,《法学研究》2003年第3期。

[40] 参见《德国基本法》第97条第1款和第20条第3款。

[41] 前引[8], Claus Roxin 书, S. 112 ff.。

[42] 前引[25], Hans - Heinrich Jescheck & Thomas Weigend 书, S. 152 f.。

自己的工作。

第三,法官的意见总是与具体的案情联系在一起。虽然上诉法院的法官们总是更重视法律而不是更重视事实,并且,在上诉程序中的案件事实经常是非常简要的,<sup>[43]</sup>但是,如果要求司法解释必须总是与具体案情相联系,那么,就不仅可以保持司法解释的“具体性”,而且可以从根本上消除司法权侵犯立法权的可能性,从而为法治的进步提供前提。

在普通法法系中,至少在今天的一般法学理论上也强调“判例法必须服从制定法”。<sup>[44]</sup>用简单的话说,在普通法法系中,“法官造法(Judge makes law)”中的“法”与“国会立法”中的“法”,虽然在中文和英文的字面上都是一样的,但是,这两个处于不同语境中的“法”,至少在内容和效力上存在着重大的差别。这种使同一个词在不同语境中表示不同概念的方法,就形成了普通法法系保障立法权和限制司法权的一种特殊方法,虽然,这种方法可能会使其他法系或者国家的读者,在理解这两个看起来一样但是意思不一样的字时,产生误解,从而甚至影响到他们构建自己法律解释制度和司法制度的思路和方法。

## (二)刑法学解释的方法和选择

一般认为,学理解释“就是由科学研究部门或者个别学者所作的解释”,“不具有拘束力”。<sup>[45]</sup>同时,人们在刑法中理解的学理解释,一般指的就是对既定法律条文的解释,至少也是在既定法律条文的框架之内对法律含义所进行的解释。在“无法”或者“先法”状态下进行的刑法研究,虽然在广义上可能属于学理解释,但是,那种情况不属于我们在这里讨论的内容。

由于学理解释能够为立法解释和司法解释提供理论论证,因此,从学术上说,学理解释是立法解释和司法解释的思想源泉。不过,现代刑法学理论一般认为,学理解释应当遵守罪刑法定原则所要求的禁止类推,除非有利于被告。

完整地说,刑法学解释的方法在现代法律制度中的任务有两个,一是通过解释获得对刑法规范的正确理解,保证刑法得到公正的执行;二是在解释中防止类推,避免发生破坏法治的现象。如何寻找和使用这样的方法,是刑法学解释理论研究的重要任务。从这个意义上说,解释方法是解释理论的核心工作。

经过刑法学工作者几代人的努力,不同法系和不同国家的刑法学,都发展出了各自的解释方法。但是,实事求是地说,万无一失和有利无弊的单一方法还没有找到,各种方法都是有弊的。德国刑法理论在这个方面的主要研究成果,清楚地说明了这一点。在现代德国刑法学中,人们承认的解释方法主要有:<sup>[46]</sup>

文法解释(Die grammatische Auslegung),也称文字解释(Die Wortinterpretation)。这是指根据法条文字的语言意义所进行的解释。这种方法的问题是,文字在一般的意义上和在法学的意义上可能有不同,从而使得文字和句子具有变色龙一般的多义性。

系统解释(Die systematische Auslegung)。这是指根据法条在整个法律体系中的位置所进行的解释。这种方法的问题是,刑法典的体系性有时并不成功,有时又过时了。

历史解释(Die historische Auslegung)。这是指根据立法者在创制法律时的意图和制定法律的历史所进行的解释。这种方法的问题是,法律一旦生效,法律条文就不能改变了。

目的性解释(Die teleologische Auslegung)。这是指根据法条在适用时的目的、意义和所要保护的法益来解释。这种方法的问题是,目的、意义和所要保护的法益并不总是可以清楚地确定的,尤其是

[43] See Joachim Herrmann, Forms and Functions of the Sources of the Law from A Comparative Perspective, in Albin Eser & Christiane Rabenstein (eds.), *Neighbours in Law*, Freiburg in Breisgau, 2001, p. 60 ff.。

[44] Gary Slapper & David Kelly, *The English Legal System*, 6th Edition, Cavendish Publishing Limited, 2003, p. 68.

[45] 杨春洗、甘雨沛、杨敦先、杨殿升等:《刑法总论》,北京大学出版社1981年版,第72页。

[46] See Prof. Joachim Herrmann, Strafrecht I, Juristische Fakultät, Universität Augsburg, Wintersemester 1996 - 96.

在一个多元社会中,就更难确定了。

合宪性解释(Die verfassungskonforme Auslegung)。这是指对一个法条的多义性,根据符合宪法的意思进行解释。这种方法的问题是,在宪法中确定的价值经常太笼统了,以至于在具体案件中,难以轻易地确定其含义。

另外,还有比较性解释。这是指根据各国刑法比较一致的认识来进行的解释。这种方法的问题是,各国刑法的认识经常难以一致。

在这些解释中,应当优先使用哪一种方法呢?在德国刑法理论中,比较有影响的意见认为,由于目的性解释对于法条当前面临的任务具有特别重要的意义,因此,被认为是最主要的方法;然而,在法条可能的意义可以得到确定的范围内,这种可能的意义就必须表现为解释的界限;最后,解释所导致的结果,必须在价值决定和实践后果中,都能被人们看成是公正的和可以接受的。但是,这种意见也认识到这个方法存在着问题:因为一个法条的目的和语言意义很少是可以确定的,所以,这种方法就给法官提供了一个不容忽视的解释裁量范围;因为法律条文经常借助抽象的和一般的概念来表达,所以,在德国法中,法官的解释权也是很大的;最后,因为解释并不是在一种超凡脱俗的干净基础上开始的,而总是从一种“先于法条存在的理解”出发的,所以,法官个人的价值想象和偏见在解释中能够产生影响。

根据目的性解释的观点,在德国刑法理论中还存在着主观性解释优先还是客观性解释优先的争论。主观性解释理论主张,根据处在特定历史时期的立法者当时的意图进行解释;客观性解释理论主张,法律可能已经变化了的含义才是最重要的。应当承认,这两种主张都有自身的正确性:客观性理论正确地认为,解释不能取决于参加立法过程的人和委员会在事实上的(并且经常是无法查清的)想法,例如,硫酸是否属于“武器”,在制定刑法时是没有被人意识到的;主观性理论也正确地认为,法官要受处在历史过程中的立法者在法律政策方面所做出的价值决定的约束。因此,德国刑法理论普遍支持将两种观点加以综合的方法:当立法者在法律中明确表示的意思没有过时的情况下,这个法律的意思内容就应当得到尊重和遵守。否则,如果认为在法律中存在着不依赖于立法者在法律政策方面做出的价值决定的“客观含义”的看法,那么,这种主张不仅在逻辑上令人无法理解,而且在这样一种被法律原来的目标所取消的“客观含义”中,也就掩盖了由法官设定的不尊重法治原则的主观性目的。<sup>[47]</sup>

当代德国刑法理论还提出了一种值得我们特别注意和学习的解释方法,即把可能的口语词义(die mögliche umgangssprachliche Wortsinn)作为解释界限的方法。这种方法认为,立法者通过法律条文的文本,规定了一个将由法官加以具体填补的规则性框架,这个规则性框架的范围是由法律文本可能的口语化词义加以标定的。在这个框架内部,法官可以考虑最相近的文字意思、立法者当时的想法和法律的系统性联系,根据法律的目的进行解释(目的性解释),这个解释可以是限制性的(限制解释),也可以是扩展性的(扩张解释)。但是,如果一种解释不能再被刑法条文可能的文字意思所包含,就是一种不能允许的类推。

这种可能的口语词义解释法的根据是:立法者只能在文字中表达自己的规定,在立法者的文字中没有给出的,就是没有规定的和不能适用的。超越原文文本的刑法适用,就违背了在使用刑罚进行干涉时应当具有的国家自我约束,从而也就丧失了民主的合理性基础。另外,公众也只能根据法律的文本才能得知法律的意思,从而才能考虑根据法律的规定来安排自己的行为。因此,仅仅在可能的词义这个框架内的解释本身,就能够同样起到保障法律预防犯罪的作用,并且使违反禁止性规定的行为成为应受谴责的。

法官在法律文字预先规定的规则框架内进行解释时,要在各种不同含义的可能性之间做出决定,

[47] 前引[8], Claus Roxin 书, S. 107; 前引[25], Hans - Heinrich Jescheck & Thomas Weigend 书, S. 156 f. .

这种做法首先肯定了案件事实的性质是不能通过理论性方案加以改变的,同时强调了法官要受法律规定的价值决定约束,法官的工作不是自由的,只能在法律的委托下完成将规范性的价值决定加以具体化的任务。这样,就能保证法官不会把对法律政策的理解置于法律目的之前的优先地位。

这种可能的口语词义解释法对德国司法实践中遇到的一些问题,提供了比较令人满意的回答。例如,行为人将盐酸倾倒在被害人的脸上,是否属于一种“借助武器”造成的身体伤害(《德国刑法典》第224条第1款第2项)?是的。在口语中,武器就包含了“化学武器”的概念,因此,“武器”的字面意思并不要求将这个概念限制在机械性作用的工具上。另外,法律的目的指出的是,对特别危险的伤害方法应当给予更严厉的惩罚,由于用盐酸造成的伤害比如棍棒的打击更为严重,因此,武器的概念应当包括化学手段就可以得到支持。又如,行为人将被害人的头往墙上撞,是否属于“借助武器”?不属于。在这里,尽管法律的目的会使人认定这是一种危险的伤害,但是,法律的字面文字禁止作这样的解释。自然的语言感觉反对将一堵结实的墙、一面坚实的地板或者一座山崖称为“工具”。如果称为工具并根据德国刑法典规定的加重情节进行惩罚,那么就会显示出一种禁止性类推。再如,一个人在拥挤的人群中,悄悄地使用一把锋利的剃刀将受害人的辫子剪去,是否属于“借助武器”的伤害?不属于。虽然这把刀子表现为一种“危险的工具”而在原文文字上得到了满足,但是,这个字面意思仅仅为目的性解释提供了一个框架;法律的目的还要求,只有这种攻击能够导致很大伤害时,才能够将这种行为归类于这个条文。但是,对于剪辫子来说,这些都根本谈不上。可见,一个正确的解释必须永远同时根据法律的字面文字和法律的目的来进行,仅仅满足其中的一个标准是不够的。<sup>[48]</sup>

笔者认为,德国刑法学的这个理论成果对我国刑法学有关问题的讨论具有直接的借鉴意义。例如,关于真正的军警人员显示军警人员身份进行抢劫是否适用我国刑法第263条第6项的问题,<sup>[49]</sup>笔者认为不适用。首先,这个讨论所涉及的军警人员,必须不是在“战时”(否则适用第246条战时残害居民、掠夺居民财物罪),必须不具有多次抢劫、持枪抢劫、抢劫致人重伤死亡等情节(否则可以直接适用第263条有关情节进行处罚)。其次,真正军警人员进行的抢劫虽然是一种严重的抢劫,但是,我国刑法第263条所要求的“冒充”这个条件,禁止进行这样的解释。根据这个结论,虽然可能会形成对冒充军警抢劫的处罚,将重于对真正军警抢劫的处罚的局面,但是,对于刑法没有对真正军警进行的抢劫作出规定而形成的法律“漏洞”,根据罪刑法定原则,是不应当由刑法学解释来填补的。同时,根据犯罪学的调查和研究,真正军警在和平时期进行抢劫的情况,在一个法治社会中是不容易发生的,即使发生了,也不可能依靠提高刑罚的严厉性来加以遏制。又如,组织男性进行同性的性交易是否适用我国刑法第358条第1款的组织卖淫罪?<sup>[50]</sup>笔者认为适用。虽然卖淫通常都是指异性之间的性交易,但是,不仅刑法禁止的“组织他人卖淫”没有性别的要求,而且日常口语也已经接受了同性恋以及同性之间的性交易的概念,因此,文字意思并不要求把卖淫的概念限制在异性之间的性交易上。另外,法律的目的也指出,对组织卖淫的行为都应当给予刑事处罚,从而支持在卖淫的概念中包括同性的性交易。

由此看来,在刑法的学理解释中,受法律字面意思限制的符合目的的解释,应当是目前我们可以找到的利最大弊最小的方法。如果人们同意这个解释方法及其结论的确值得借鉴,的确对解决我国刑法解释中面临的问题有所帮助,那么,笔者还可以由此认为,对于我国刑法理论的发展来说,完整、准确的比较研究方法具有特别重要的意义。

[48] 前引[8], Claus Roxin 书, S. 105 ff.。

[49] 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第238页以下。

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

## 五、刑法理想对刑法方法的指引作用

面对刑法所要保护的社会和人民的利益来说,刑法本身是工具。承认刑法的工具性,并不等于主张“刑法工具主义”,在主张刑法不是“刀把子”,而是“大宪章”或者“天平”的观点中,刑法的工具性也是得到承认的。<sup>[51]</sup>问题不在于刑法是不是工具,而在于这个工具合不合用,因为一个法治社会需要的是一种能够符合理性目的、满足法治需要的刑法,而不是一种只知打击犯罪、不知保护人民的工具。这样的理想工具当然不是现成的,这样的工具需要法学工作者的精心锻造。刑法工作者对理想刑法的追求,就表现为刑法的理想。

从概念上说,理想就是“同奋斗目标相联系的有实现可能性的想象”。<sup>[52]</sup>在“实践、认识、再实践、再认识”<sup>[53]</sup>的过程中,理想的内容来自实践的过程,理想的形成来自认识的过程,理想的实现是一种实践和认识循环往复的过程。理想作为一种现实的“想象”,刑法理想作为一种被追求的对象,首先就以知识形态产生和存在于精神领域之中。刑法学的核心任务,就是构筑我们的刑法理想。刑法理想不是一种追求一般公平正义的法学理想,而是一种以在刑法领域中实现公平正义为奋斗目标的法学理想。

从刑法方法上说,一个能够为构建符合理性目的和满足法治需要的刑法服务的刑法理想,要通过概念的确信、体系的确信和功能的确信才能建立起来。

概念的确信指的是概念有合理性根据的形成和使用。现代刑法和刑法理论,都是依据一定的概念建立起来的。“刑法的基本概念是刑法在理论上的支撑点。任何一部刑法,都要依据一定的基本概念才能构筑起来。”<sup>[54]</sup>虽然人们会因为(自觉不自觉地)有不同的刑法理想,而在刑法概念上有不同的主张,但是,刑法的概念,尤其是基本概念的存在,却是无法否认的。从学术上说,人们当然会对概念的内容进行探讨,然而,为了提高研究效能,明确人们争论的要点,避免各说各话,先明确我们在刑法学中应当对什么概念进行讨论,或者至少应当讨论什么概念,会是一个比较好的刑法方法。刑法的基本概念问题,由于美国哥伦比亚大学教授乔治·P·弗莱彻先生的研究,最近在英美刑法学界和国际刑法学界,都得到了很大的重视。按照弗莱彻先生的观点,在刑法中不可回避的概念至少有十二对。这就是:实体和程序,刑罚和处遇,主体和客体,人为原因和自然事件,犯罪和犯罪人,犯罪和辩护,故意和过失,正当防卫和紧急避险,有关的错误和无关的错误,未遂和既遂,实行和共谋,正义和合法性。<sup>[55]</sup>从英美刑法的观点看来,这十二对概念的确对英美刑法有着基础性的意义。在民法法系中,关于概念的讨论更是刑法研究中的重要内容。例如,德国慕尼黑大学教授罗克辛先生在他著名的《德国刑法学总论(第一卷)》<sup>[56]</sup>中,就讨论了大大小小两千多个概念。笔者认为,我国刑法在研究方法方面,可以借鉴国外的这方面研究成果,思考对我国刑法有基础性意义的概念问题。

体系的确信是指对刑法全部知识进行符合逻辑的和和谐组织的安排。虽然刑法的体系决不是单纯逻辑推导的结果,但是,刑法体系的形成一定必须符合逻辑性。内容符合逻辑是有关知识和谐统一的基本要求,是避免有关内容相互矛盾的重要方法。因此,体系性是保障刑法理想具有实现可能性的重要步骤,体系性的实现也为基于刑法理想建立或者产生的立法和司法结果,提供了不会遭受破坏的

[51] 参见梁根林:《“刀把子”、“大宪章”抑或“天平”?》,《中外法学》2002年第3期。

[52] 前引[3],《辞海》,第1212页。

[53] 《毛泽东选集》(合订本),人民出版社1966年版,第285页。

[54] 王世洲:《追求理想的刑法(主译者序)》,载[美]乔治·P·弗莱彻:《刑法的基本概念》,王世洲等译,中国政法大学出版社2004年版,第2页。

[55] 同上文。

[56] 前引[8],Claus Roxin书。

安全性和可以得到公正执行的属性,从而为这种“法安全性”和“法正义性”提供基础性保障。一百多年以来,德国刑法理论在犯罪的古典体系,新古典体系,目的性行为理论体系,目的理性的刑法体系方面的建设,以及在这个方面继续不断的努力,<sup>[57]</sup>为我们提供了一个构建刑法理想的典型范例。如果我们同意,法治是最经济的治国方法,法治是建设和谐社会所必备的方法,法治是最人性的方法,那么,体系化就是建设法治不可或缺的基础性方法。

功能的确信是指对刑法的概念、原则和理论所具功能的确信。在刑法中,“没有功能的理论要素是没有意义的,不能满足功能要求的理论是需要补充的,功能不恰当的理论要素是需要修改或者废除的。”<sup>[58]</sup>例如,我国目前的刑法学理论研究,在一般犯罪理论中,不仅应当研究肯定犯罪构成的要素,而且应当研究否定犯罪构成的要素。从总体上说,对刑法以下三个功能的认识具有基础性意义:首先,刑法是授权法。这个功能直接来源于法律的一般理论和罪刑法定原则,如何通过刑法明确规定刑法的适用主体有权怎么做和无权怎么做,是刑法学理论需要考虑的最基本问题。其次,刑法是保护法。该功能不仅关心“刑法是犯罪人的大宪章”这一命题,而是更注重“刑法是社会的保护法”这样的任务。再次,刑法是塑造法。刑法由于有令行禁止的作用,就具有对人的行为加以塑造的效果,也是塑造新社会和新经济的有力工具。<sup>[59]</sup>

在刑法理想的构建中,概念、体系和功能的确信,形成了刑法特有的思维方式。思维是思维方式的工作过程,思维结果是思维方式工作的产物。思维方式的精细程度,决定了思维结果的精细程度。在刑法中,刑法思维的精确程度,直接关系到社会及其成员能够享有的自由的精确程度。思维方式的精确程度,除了社会条件的限制之外,在法学中主要依赖于学术的进步。学术进步的方法,除了对专门知识进行系统化的工作<sup>[60]</sup>和其他方法之外,在法学中,还应当特别注意所谓的苏格拉底方法。这个方法得名于古希腊大哲学家苏格拉底,是一种寓问题于答案之中的方法,也是一种在法学院中使用的传统方法。<sup>[61]</sup>这种方法对学术的推动作用,不仅在于通过理性和演绎的训练使人的思维缜密和符合逻辑,而且在于通过提问和回答这种攻防形式来砥砺自己的思想。

在罪刑法定原则确立之后,由于“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的要求,刑法的思维方式也可以概括为一个公式:刑法,或者说:为了刑法,根据刑法。笔者认为,在刑法学中,不是为了刑法的思考是没有目的的思考,不是根据刑法的实践是违法的实践。当然,人们可以看到,在刑法思维方式指导下对刑法理想所作的有说服力的论述和说明,表现为刑法理论乃至刑法信条,并进一步支持着刑法规定和刑法实践,因此,刑法理想对刑法方法的选择具有根本性的指引作用。

## 六、结论:综合的方法是最好的刑法方法

刑法方法以解决部门法中的问题为对象,因此,刑法方法总是具体的;刑法方法的选择会受到法律制度和研究目的的制约,因此,没有一种刑法方法是万能的;我国刑法学正面临着结构性改革和发展的任务,因此,比较研究和体系性研究的方法,对于今天我国刑法学研究来说,具有特别重要的意义;刑法理想对刑法方法的选择具有根本性的指引作用,在刑法学研究中,刑法理想的表述和完整论证其实就是刑法学研究的基本组成部分。

基于以上认识,笔者在总体上认为,综合的方法才是最好的刑法方法。这里的综合方法指的是为了专业的目的(就是刑法),针对专业的问题(就是刑法问题),在得出专业的结论(就是刑法的结论)中

[57] 前引[25], Hans - Heinrich Jescheck & Thomas Weigend 书, S. 214 f.。

[58] 前引[14], 王世洲书, 第4页以下。

[59] 同上书, 第5页以下。

[60] 在我国, 学术一般就是指“系统的专门知识”。参见前引[3], 《辞海》, 第1126页。

[61] See Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, 8th Edition, Thomson/ West, 1999, p. 1425.

所使用的各种具体方法的总称。笔者是在刑法学领域中谈论综合方法,因此,这里的综合方法仅仅是指刑法性的,而不包括非刑法性的含义在内。在“综合”或者各种方法的“总称”这个层面上如何认识和讨论方法问题,一般而言,不应当属于刑法学研究的范畴。

---

**Abstract :** The legal method of criminal law is related to the specific issues and therefore falls into the scope of the criminal law studies. However , the methodology of criminal law is related to the Weltanschauung and therefore only belongs to the field of general jurisprudence studies. In criminal law studies , every kind of method has its own function and its limitation as well. It is impossible to complete any criminal law study only by one method. In constructing modern criminal law theory , the method of comparative study is the one our Chinese scholars shall pay special attention to ; while the systematic method is the most important method. And the ideal of criminal law is of the fundamental guidance for choosing the legal method of criminal law. Based upon these understandings , the author holds that a comprehensive method should be the best method for criminal law.

**Key Word :** method of criminal law , comparative method , systematic method , ideal of criminal law , comprehensive method

---