

刑法论证及其存在的问题

陈 航

内容提要:论证的难点在于对各种抉择进行充分证明并确实以理服人,刑法论证尤其如此。尽管在刑法理论研究及实务活动中,“论证”一词不绝于耳,但从法律论证理论角度正面分析刑法论证及其特征、并探讨刑法论证中存在的基本问题的,尚属鲜见。有鉴于此,本文从刑法论证及其特征、刑法论题、刑法论证活动、刑法论证的融贯性要求、刑法论证责任及刑法论证的理论导向等六大方面进行分析。

关键词:刑法论证 方法论 刑法研究 基础理论

陈航,兰州大学法学院副教授,法学博士。

刑法学属于实践性极强的学科,其真正价值在于运之于实践,合理解决刑事立法、司法实践中存在的问题。因此,刑法问题的讨论,最终要落脚于刑法规则的设计及其实际操作运用。而刑法规则的设计及其实际操作运用的真正难点,就在于为其抉择进行充分论证并确实以理服人。问题是,尽管在刑法学的理论研究及实务工作中,人们对“论证”一词并不陌生,诸如“论证充分”、“论证有力”及“论证不够”等提法可谓不绝于耳,但究竟什么是刑法论证,与其他法律论证相比它有什么特点,刑法论证中到底存在哪些问题、症结何在,等等问题,真正从论证理论角度展开探讨的尚不多见。

一 “刑法论证”及其特征

一般认为,法律论证是旨在通过“对话”或“商谈”等交互行为,让对方接受或者信赖自己,从而使自己的观点或主张获得正当性、合理性的说明和确证;其存在于法律活动的一切场景,并且在司法活动中尤显重要;它属于一种合法性证明或合宪性证明,而非“真”或“假”的判断;它既是一种独特的职业技术,也是一种理性思维活动,更是一种法律方法;具有目的性、交涉性、合理性、实践性及拘束性等特征。^[1]

作为法律论证的一种,刑法论证是法律论证在刑法领域中的具体化,特指针对有关犯罪及其刑事责任的立法决定、司法判断或理论表述,通过提出一定根据和理由来证明其正当性的活动。它既有一般论证尤其是法律论证的基本属性,又具有自身的特质。

首先,刑法论证的内容是犯罪及其刑事责任问题。刑法是规定犯罪及其刑事责任的法律规范,因此,刑法论证的内容具有特定性,即犯罪与刑事责任问题。这是刑法论证与其他法律论证最为明显的不同,也是刑法论证活动一切特性的生成之根。

针对犯罪及其刑事责任问题的论证活动,主要涉及立法与司法两个环节。前者主要是刑法的废、改、立问题,具体涉及犯罪化与非罪化、刑罚轻缓化与宽严相济等问题;后者主要是如何正确定罪与量刑的问题,核心是疑难刑事案件的实体认定与处理。与此相适应,参与刑法论证活动的主体亦相当广泛。

[1] 参见刘治斌:“法律论证释义”,载《甘肃教育学院学报》2003年第3期。

但在我国,立法机关只是在相应的“草案说明”中对法律的废、改、立予以说明,社会公众尚难以见到权威机构作出的严格意义上的刑法立法论证——“立法理由说明书”;另外,最高司法机关的各种“司法解释”往往表现为细化的“规定”,人们难以知晓其解释的“理由”与论证。即便专业人士或公众对一些司法解释提出强烈质疑或批评,最高司法机关也鲜有正面的论证与回应;再则,就刑事判决而言,判决不说理或说理不充分的问题更是相当突出。因此,目前的刑法论证实践主要是由刑法理论工作者担当。

其次,刑法论证受刑法基本观念、原理或刑法规范的拘束。无疑,刑法论证的目的是为在实体法上妥当处置犯罪及其刑事责任提供充分根据。应当说,近现代以来长期的刑事法治实践已在这些问题上积累了宝贵经验,并形成了一系列共识。这些共识涉及刑法的性质、机能、基本原理、犯罪与刑罚的基本属性等一系列问题。就立法领域的刑法论证而言,除了受合宪性的约束外,不能受制于这些基本的“刑法信条(教义)”。就司法领域的刑法论证而言,还必须受有效刑法规范的拘束。如果摆脱了这些拘束,刑法问题的对话与交流就失去了应有的“平台”。当然,从另一个角度看,这些具有拘束力的“共识”或有效规范也构成刑法论证中特有的、最为直接的论证资源。

最后,刑法论证对充分性及可靠性程度具有高要求。对犯罪及其刑事责任问题的妥当处置事关公民的自由、财产乃至生命。根据“事关他人利益越是重大,论证义务也就越是重大,对论证的要求亦越严格”的原则,^[2]刑法论证对充分性、可靠性程度的要求应当是最高的。之所以如此,根本原因就在于刑法问题的特殊性,即:它涉及的是最为严厉的否定评价与法律制裁。刑法如同两刃之剑,运用稍有不当地,将使国家与个人两受其害。

二 刑法论题

(一) 刑法论题及其资质

刑法论题是指论证者通过一定的论证方法欲说服他人接受的结论或命题。尽管刑法论证理论并不是十分关注“结论”本身,而是关注他人能否接受该结论,即结论的可接受性,但刑法论题本身的“资质”却从根本上制约着刑法论证方法的运用。所谓刑法论题的资质,就是一个问题之所以能够作为刑法论证题的资格或性质。具备这种资质的刑法论题,首先应是一个与其他命题或结论对立的问题。诚如论者所言,“什么叫议论?你提出一个意见或主张,我站起来反驳或者提出代替性方案来,这种莫衷一是的会话状态就是议论的开端”。^[3]既然这种“对立”意味着命题或结论之间的对立,如果没有这种对立的“命题或结论”,那就没有真正意义上的刑法论证。因此,是否真正具有“对立性”,这是判定论题资质的实质标准。其次,必须是依靠现有理论很难解决的问题。换言之,该命题与其他命题之间的对立是一种真对立,而非幻象。因此,尽管初入刑法领域者也许会提出不少问题,但这些问题并不是真正需要论证的问题。理由很简单,“问题的标志是一个对本学科前沿理论都了解的人,用现有的方法解决不了,就有可能产生问题”。^[4]再次,作为刑法论题或需要论证的结论,必须具有足够的明确性,从而能够通过证伪的方法予以反驳或验证。最后,作为一个真正的问题必须具有一定的覆盖面,就其发生而言,具有相当的现实基础。相反,一个所谓的命题,如果并不存在真正的对立面,或者该问题本身缺乏足够的覆盖面,那就没有必要运用论证方法对之进行论证;如果该命题本身就是模糊的、模棱两可的,那也就既不能对之证伪,也不能对之证实,从而失去了论证的可能性。

(二) 刑法论题设定中存在的问题

结合上述标准来衡量目前的刑法论证实践,应当承认,我国学界及实务部门在此方面起码存在如下问题:

[2] 参见夏贞鹏:“法律方法论引论”,载陈金钊,谢晖主编:《法律方法》(第3卷),山东人民出版社2004年版,第307-309页。

[3] 季卫东:“法律解释的真谛”,载《中外法学》1998年第6期。

[4] 陈瑞华:“如何做好博士论文”,2005年12月31日,来源:东方法眼。

一是论题的设定缺乏必要性。拿死刑的削减问题来说,诚如论者所言,“既然我国刑法学界内部已经对削减死刑达成了共识,便没有必要在刑法学界内部就应否削减死刑的问题进行无休止的讨论……如果只是在刑法学界达成削减死刑的共识,并反复声称达成共识,也难以收到更好的成效。”〔5〕再如,就刑法学“宽严”相济问题而言,经过对“严打”政策的理性反思,多年以来,刑法学界内部很难说还有人是否“应当”宽严相济的问题存在分歧,如果将之作为一个论题,讨论的重心应当在于“如何”宽严相济,在哪些方面还存在“宽严”不济,乃至“宽严倒错”〔6〕的问题。但实际上,即便最近一个时期,在刑法学界内部,仍有不少以“刑法应当宽严相济”为题的文章赫然见诸各类期刊,可谓连篇累牍、不厌其烦!

二是论题的设定缺乏基本的覆盖面,缺乏生活基础。原因何在?冯亚东教授对此有入木三分的说明:“中国刑法学轰轰烈烈搞了二十年。时下大家都感叹‘难找问题’——所有题目都被抄了若干遍。但‘学问’总要做,文章还得发,科研量的鞭子抽得人只能不断地跳。于是,没有问题就挖空心思编‘问题’——虚构假设生活中并不存在但有几十万分之一可能性的古怪事例,循此而生造出一个新类型及一个新概念,再编织理由将其装进既定的概念系统及规范中去。其实,法律只关心普遍性的事物……稀奇古怪、几十年一遇的事例只能由司法者根据法律的一般规定和基本原理作随机处理。”〔7〕

三是对论题的设定缺乏起码的明确性,其所谓的“结论”显得无法论证。比如,对限制加重原则究竟应如何具体运用,如果得出的“结论”仅仅是“根据案件的不同情况……灵活地适用刑罚,把原则性和灵活性结合起来,体现区别对待的政策,既有利于同犯罪作斗争,又符合社会主义法制原则”,〔8〕那就意味着实际上没有提出可供论证的“结论”,充其量是在重复一些尽人皆知的政治口号。又如,在多种量刑情节并存的情况下,究竟应如何处理,往往会出现“应综合考虑各种情节,具体问题具体分析”等诸如此类的一些论断。公允地说,这种以“口号”代替“学术结论”的现象并不少见。

三 刑法论证过程

(一)“共识”是刑法论证得以进行的出发点

刑法论证的目的在于说服听众接受论者的主张。那么,用什么来说服听众呢?“只有方法没有内容”显然是不行的。论者必须拥有一些实实在在的、能为听众所认可或接受的前提性的一致认识。这种“一致性认识”就是“共识”。一定范围内的言说者之间之所以会有“共识”,是因为他们具有相同的生活方式。“共识是论证得以进行并深入讨论下去的前提性条件,没有共识,任何纠纷解决机制都无法展开,更不用说纠纷的妥善解决。为解决争议,正方和反方必须寻找一定量的共同出发点,否则,正方就不应抱任何能够说服反方的希望,论证也会毫无意义。”〔9〕

(二)刑法论证是将已有共识传递到主张中并生成新“共识”的过程

作为刑法论证活动出发点的“已有共识”仅仅是一种初期共识。如果借助论证程序及相关规则,并通过不同层面的交涉和商谈,将一段段、一节节的沟通过程加以衔接、递进,进而达到不断说服听众、使之接受论者提出的主张之目标时,方意味着最终达成了新的“共识”。就这“一段段、一节节”的沟通过程而言,每个步骤都对应着一个由质疑方或批评者提出的问题:你的主张有何理由?你如何证明从理由到主张的步骤?该步骤确实是一个将要进行的可靠步骤吗?你的主张有多大证明力?推翻这种论述的可能性如何?就所有法律问题的论证而言,一一回应并证立这些问题,从形式上讲具有“场域永恒性”〔10〕

当然,由于共识的达成,“如哈贝马斯(Habermas)自己说的,多半只能在涉及很抽象的问题时才有

〔5〕 张明楷:“刑法学者如何为削减死刑作贡献”,载《当代法学》2005年第1期。

〔6〕 参见陈航:“值得深思的刑法‘宽’‘严’倒错问题”,载《犯罪研究》2007年第1期。

〔7〕 冯亚东:《罪与刑的探索之道》,中国检察出版社2005年版,第317页,注①。

〔8〕 林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社1989年版,第226页。

〔9〕 侯学勇、张霞:“共识与论证”,载《山东警察学院学报》2005年第1期。

〔10〕 参见[荷]伊芙琳·T·菲特丽丝:《法律论证原理》,张其山、焦宝乾、夏贞鹏译,商务印书馆2005年版,第39-41页。

可能;问题愈具体,愈不能达成共识”。^[11] 因此,从已有“共识”越往前推进,论证的难度越大。另外,罗尔斯(John Rawls)还说,“当人们对具有较低普遍性认识的原则失去共识时,抽象化就是一种继续公共讨论的方式。我们应当认识到,冲突愈深,抽象化的层次就应当愈高;我们必须通过提升抽象化的层次,来获取一种对于冲突根源的清晰而完整的认识。”^[12]

(三) 刑法论证过程中存在的问题

就目前国内的刑法论证而言,不论是具体层面抑或抽象层面的问题,争论各方在论证中不以“共识”为出发点的现象时有发生。例如,就“单位盗窃”案件应否单纯追究自然人刑事责任的问题之争来说,一则,这与人们在“单位行为与自然人行为”之界分上的不同认识有关,二则,其分歧直接牵涉到基础性的刑法功能观。在此,仅以后者为例予以说明。关于刑法的功能,有一些论者明确指出:“什么叫刑法意识?刑法意识就是要想到刑法是干什么的。刑法就是惩治犯罪的……对有害的行为,你应该有点刑法意识,就是不能轻易地把它放过去。”^[13]“在讲刑法保障人权的功能时,很多人往往只讲犯罪人的权利,认为刑法仅仅是保护犯罪人的大宪章……但是,这些人就没有反过来想一想:如果刑法真的仅仅是,或者说主要是为了保护犯罪人的话,那不是更没有必要制定刑法了吗?你要保护犯了罪的人,何必要制定处罚、制裁他的法律呢?不去抓他,放任他们在社会中逍遥自在不是更好吗?”^[14]但有不少论者倾向于这样的观点,“尽管刑法是以国家意志的形式体现出来的,但是,其针对的对象却是国家。单纯的就镇压和打击犯罪而言,有没有刑法典对于国家来说并不重要,执行机构的控制完全可以通过其他方式来进行,而且,没有立法的犯罪打击可能是更加及时、有效、灵活与便利的。”^[15]可见,在论证起点问题上如果不存在“共识”,自说自话的局面将难以避免。这应当是向来为人们所诟病的刑法研究之“表面上繁荣一片,实则只有观点的泛滥而无理论积淀”^[16]的原因所在吧。

根据法律论证理论中有关“共识”的论述,“问题愈具体,愈不能达成共识”;^[17]“冲突愈深,抽象化的层次就应愈高”;^[18]另外,“抽象价值具有更大的包容性,故在强调社会变革问题的论证时,多以抽象价值作为论证的出发点”。^[19]考虑到我国正处在重大的社会转型时期,价值观日趋多元化,因此,有必要强调在基础层面上首先形成最起码的共识,否则,在具体问题上达成统一的难度将会进一步加剧。而要在刑法的基础层面上形成共识,不可能只囿于刑法学的狭小天地,从源头上讲,有必要以最低限度的宪政观为其基本出发点。

四 刑法论证的融贯性问题

(一) 刑法论证中有关融贯性的要求

“融贯”一词的英文表达是“coherence”,^[20]具有凝聚、连贯、符合、紧凑、黏合等含义。在汉语表达中,一般被视为“融洽、连贯”的简称。作为法律论证中的一个重要术语,“融贯性”与逻辑的有效性及结论的可接受性相提并论,是用以衡量法律论证正当性程度的重要标准之一。具体含义是指:“在论证的

[11] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第387页。

[12] John Rawls, *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 46. 转引自王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则”,载《中国社会科学》2004年第6期。

[13] 储槐植教授在“刑法不典型”论坛上的发言,载陈兴良主编:《法治的界面》,法律出版社2003年版,第368-369页。

[14] 陈忠林:《刑法散得集》,法律出版社2003年版,第13页。

[15] 黎宏:“行为无价值论批判”,载《中国法学》2006年第2期;并参见李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,代自序;曲新久:《刑法的精神与范畴》,中国政法大学出版社2000年版,第375页。

[16] 陈兴良:“科学性与人伦性——刑法学研究的价值目标”,载《政治与法律》1995年第1期。

[17] 转引自王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则”,载《中国社会科学》2004年第6期。

[18] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第387页。

[19] 参见侯学勇、张霞:“共识与论证”,载《山东警察学院学报》2005年第1期。

[20] 参见蔡琳:“法律论证中的融贯性”,载《法制与社会发展》2006年第2期。

过程中,所提供的各个证据之间不能够相互冲突,相互之间应具有逻辑蕴含关系。”^[21]简言之,就是论证充分、没有矛盾。之所以把“融贯性”作为衡量论证正当性程度的标准之一,这与刑法论证的不矛盾规则及普遍性规则密不可分。因为,按照“不矛盾规则”,任何一个言说者均不得自相矛盾;按照“普遍性规则”,任何一个言说者,当他将谓词F应用于对象a时,也必须能将F应用于与a相同的其他任一对象上。同样,任何提出规范性陈述的人,必须假设当其置身于当事人地位时,也能接受此命题的预设规则所造成的利益变动结果。

(二) 刑法论证中的融贯性缺失问题分析

在刑法论证中,融贯性缺失的问题尤为突出。下面通过几个例证加以说明。

例证一:如果一位激进的死刑废除论者极力主张中国的死刑制度越早废除越好,甚至放言“最好就是明天”,那就得设身处地站在被害者亲人的立场上接受类似尖刻、甚至不无“残忍”的质问:“假如在明天,你的妻女被一罪犯强奸,然后被非常残酷地杀害、肢解,你认为应不应当对罪犯判处死刑?”面对这种极为“残忍”的设问,如果言说者的回答是“假若尚未废除死刑的话,我主张对之适用死刑;如果已经废除了死刑的话,对之则不应适用死刑”,那无疑是在传递一个信息,他尚未能对自己关于“最好明天就废除死刑”的主张作设身处地的思考。换言之,他试图说服听众接受一个连言说者本人都不能接受的结论。这就不能不说其论证缺乏应有的融贯性。

例证二:在刑法学界,有论者指出:“我国现行刑法中的罚金、没收财产和剥夺政治权利的‘单处’规定并不合理,应予废止。”^[22]其核心理由在于:这些所谓的“刑罚”与一般违法制裁并无实质差别,而犯罪是以自由甚至生命而不是以金钱或者其他什么莫名其妙的补偿为代价的。但问题是,且不要说现行刑法中本不存在“单处”没收财产刑的规定,无需为此而担忧;也姑且不论罚金刑、剥夺政治权利的“单处”并非仅仅意味着只是一种金钱或政治自由的丧失;即便是仅仅宣告有罪而免于刑罚处罚的,也绝不意味着“无”,而是一种有罪记录,并且存在着不少后遗效果。从这个意义上说,简单地断言罚金等与其他违法制裁没有什么“质差”,似乎尚未达到“论证充分、没有矛盾”之融贯性要求。至于一些论者从合宪性角度提出的“将劳动教养行为”予以犯罪化,以及干脆比照西方国家的通行做法改用“广义犯罪概念”的主张,从严格适用程序、防范行政专断的意义上讲,的确不无道理。问题是,刑法的基本属性在于其“谦抑性”,在于尽可能地缩小犯罪圈而非放大犯罪圈,不仅司法过程中应当“罪疑唯宽”,而且在立法上首先就要严格把关。而一旦立法上采用“广义犯罪概念”,无论司法实践中如何坚守“罪疑唯宽”的信念,对那些犯罪事实清楚、适用法律也不成什么问题的“简易案件”,毕竟还得按犯罪论处,也就是说,其结果是“犯罪圈”必然放大。这就提出了一个不得不回答的问题:如何把握“广义犯罪概念”与刑法谦抑原则的实质关系?

例证三:有论者在分析现行伪证罪立法的缺陷时曾感叹道,根据现行刑法,行为人指使他人向民诉或行诉中作伪证将构成犯罪,但行为人“亲自”在这些诉讼中作伪证的却不构成犯罪,对此“不能不令人深感莫名与惊诧”!^[23]表面上看这似乎颇有说服力,但如果考虑到伪证罪的特殊性,即本罪的犯罪主体一般不应包括被告人本人,也许就并不怎么值得“莫名与惊诧”了——因为事出有因:一则,这是出于沉默权问题上的政策性考虑;二则从期待可能性角度看,也有理由将被告人本人为自己所作的伪证行为予以“除罪化”。^[24]遗憾的是,论者对这些问题似乎都没有顾及,因而,从这一点上看,不能说其论证就严丝合缝、无懈可击。

五 刑法论证责任问题

言及刑法论证责任问题,有必要强调的是,如何看待刑法学中的“权威观点”、“通说”与引证者论证

[21] 参见李秀群:“法律论证的正当性标准”,载《山东警察学院学报》2005年第1期。

[22] 冯亚东:《理性主义与刑法模式》,中国政法大学出版社1999年版,第151页。

[23] 参见周少华:“伪证罪:一个规范的语境分析”,载《法学研究》2002年第3期。

[24] 参见[日]西田典之:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,武汉大学出版社2005年版,第329页。

责任的关系?之所以强调这一问题,原因在于,如论者所言:“在刑法学界,把所谓权威性的观点视为真理、奉为圭臬,已成为一种较为普遍的现象。一些学者为了论证自己的观点‘正确’、有‘说服力’,便动辄以权威性的观点本身作为论据,而自己却缺乏应有的、独立的深入思考研究”,并进而指出,“这完全是学者缺乏主体意识的表现”。^[25]

本文认为,真正意义上的学术权威,来自于他们长期不懈、精湛厚重、严谨负责的学术研究,因而,他们的学术声誉极高,其学术成果的可信度极强,给人一种“高山仰止,景行行止,虽不能至,心向往之”的震撼和感召力。显然,恰如其分地引证权威观点,无疑能够减轻论证负担、增强论证效果。正因为此,作为刑法论证之引证法中的核心内容,权威观点才为学人们竞相引用。应当说,这是有缘由的、更是无可厚非的。而且,根据论证负担的分配原理即惯性原理,过去一度被承认的观点,若没有足够的理由是不可轻易放弃的。因此,一般来说,引证权威观点的一方恰恰不需承担论证责任,倒是试图对权威观点进行挑战者,才应当承担论证责任。这也正是引证权威观点的益处所在。由此看来,引证权威观点进行论证,这与“缺乏主体意识”并无什么实质关系,原则上倒是应当充分肯定。当然,任何权威性观点、“通说”,本来都是特定国情、特定历史阶段的产物,不可能是亘古不变的绝对真理。在论证理论上,“只有改变者才需证成”的规则并不意味着“凡现实存在的东西应保持不变”。相反,如果业已出现了对既存权威观点或通说的合理质疑乃至有力批判,那么,若要坚持引证权威观点或通说理论,则必须对有关的质疑或批判首先进行反驳、清算。

六 刑法论证结果与刑法论证中的理论导向

刑法论证追求的是特定背景下对刑法问题决断的可接受性。这种可接受性就是刑法论证的结果。尽管这种“可接受性”并非绝对意义上的真理,它只是一种相对的合理性。^[26]但人们丝毫没有理由不去追求刑法论证结论的尽量“可靠”。而要探讨“怎样的结论才会尽量可靠”,就不能不言及刑法论证方法运用的理论导向问题。

在我国刑法学界,针对这一问题,有论者强调应大力提倡“少演绎、多归纳”的方法。之所以提出这种主张,其主要理由之一在于,作为刑法学演绎推理中大前提的一般原理,难以被演绎本身所发现或证明,往往值得怀疑,由这种大前提推演出的结论不一定可靠。而且,法律判断是一种价值判断,作为刑法中的价值判断更具有自身的特点。因此,即使作为大前提的哲学、法哲学的一般原理具有妥当性,由其演绎出的刑法“原理”也未必一定可靠。^[27]

演绎方法固然有其缺陷,而“少演绎”,无疑会使其缺陷降到最低点,但“多归纳”的结果,又会使归纳法本身固有的缺点放大到极限。质言之,“少演绎、多归纳”的倡导,充其量只是在用一种方法的缺点置换另一种方法的缺点,缺点的“总量”并未改变。可见,真正值得关注的焦点在于:如何看待“证实”与“证伪”?

所谓“证实”,就是旨在证明或论证待证命题为“真”的论证活动;所谓“证伪”,就是试图揭示或论证待证命题为“假”的论证活动。诚如论者所言:“尽管波普尔倡导的证伪理论有将演绎主义推至极端之虞,并存在陷入相对主义和不可知论泥潭的危险,但是证伪还是成功地替代了证实,使得实证研究因为波普尔而改变了方向。”就公法制度的进化过程来看,也可以说“主要是一个试错过程,一个为了解决现实问题而不断立法并不断加以证伪从而修正现有制度安排的制度变革过程”。^[28]因此,有必要借助于对证实与证伪关系问题的辩证认识,对刑法论证方法的运用予以反思,即:既然不能绝对证实,但可以

[25] 肖中华:“刑法学研究的意识问题”,载《法商研究》2003年第3期。

[26] 参见魏胜强:“法律论证的相对合理性”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第4卷),山东人民出版社2005年版,第521-536页。

[27] 参见张明楷:“‘少演绎、多归纳’之提倡”,载梁根林主编:《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版,第109-120页。

[28] 袁曙宏、宋功德:《统一公法学原论》(上卷),中国人民大学出版社2005年版,第179-181页。

绝对证伪,那何不采用“试错”式的证伪法?认清了“证实”的致命缺陷,唯一明智的选择就是:如果暂时无法发现某一理论的错误,那就应暂时地接受,而非将其当作一种非科学加以排斥。对这一点,有论者曾有简明而精当的论断:“什么叫证伪方法?它的产生是基于归纳方法的缺陷性。从个别上升到一般是非常危险的。你不可能穷尽一切方面。万一有例外怎么办?这时证伪方法可以弥补它的缺陷:先穷尽所有的相反的问题,如果最后得出的结论没有被证伪的证明所推翻,结论则是正确的。证伪不是要驳倒命题,而是为了证明一个相反的命题不能被驳倒。”^[29]

在我国学界目前的刑法论证中,表面上看,存在的最突出问题之一是视角混乱或视角不清。比如,“同一篇论文,前面的法律规定论证其观点的正确性,后面又以其观点批评法律规定,作者的观点无论与法律规定相符还是相悖,都是正确的。”^[30]也就是说,对同一个主题,论者既站在司法角度,用现行法律的相关规定论证自己观点的正确性;又立足于立法视角,用一定的理论观点批评现行立法。不过,笔者以为,之所以存在这种视角混乱或视角不清,也许是因论者只注重“证实”而不强调“证伪”、不愿意“试错”或不敢“试错”所致。于是,不管是法律规定还是理论观点,凡是能支持自己主张的,就是对的;凡是与自己主张相悖的,就是错的。但是,如果对自己的理论不能用证伪方法予以检验,或者不努力穷尽与自己主张相对立、相矛盾的各种观点然后逐一反驳,就不可能确实打消人们的种种疑虑,就不会产生多大说服力。

又如,由于刑法是罪刑关系法,而罪刑互动关系的确为“以罪定刑”与“以刑定罪”论证方法奠定了理论基础。前者是指以对犯罪问题的认识为基点,根据犯罪对刑罚的决定性关系,单向地对刑罚问题的立法及其适用的合理性进行说理的方法;后者则相反,是指以刑罚问题的认识为基点,根据刑罚对犯罪的制约、决定关系,对犯罪问题的立法界定、司法解释进行说理论证的方法。不过,这两种方法运用的结果有时可能是大相径庭的。因此,人们不禁会问,为什么要用此方法而不用彼方法?显然,如果在用此方法(如“以罪定刑”)时不能对彼方法(如“以刑定罪”)的运用予以证伪、否定,也不可能有什么说服力。

再如,就“行为”与“行为人”这对“罪素”而言,其联系性是显而易见的。一方面,对于法律而言,除了其行为,行为人是根本不存在的;另一方面,离开了行为人,对刑法中危害行为的把握也将失去依凭。刑法中的危害行为是指在行为人意志或意识支配下实施的危害社会的身体动静,一定的行为总是归属于某一行为主体的。因此,由行为人到行为(“行为人→行为”)和由行为到行为人(“行为→行为人”)就自然成为两种明显有别的论证思路。这一点在有关单位盗窃案件的处理上体现得尤为突出。^[31]然而,迄今为止,争论各方在“证伪”上均显得着力不够,似乎处在一种自说自话的状态。问题是,“独白”不是论证,“论证”就意味着要“对话”、“交流”。唯有如此,才可能说服他人。

[Abstract] The real difficulty of discussing criminal law issues lies in the questions of how to sufficiently demonstrate different alternatives and how to truly persuade others through reasoning. Although the word “demonstration” can frequently be heard in the theoretical research and practice of criminal law, we can rarely see any one who can analyze the criminal law demonstration, its characteristics, and its basic problems from the perspective of the theory of legal demonstration. In view of this fact, this article analyzes criminal law demonstration from the following perspectives: proposition, demonstration activity, coherence, responsibility and theoretical guidance.

(责任编辑:王雪梅)

[29] 陈瑞华:“如何做好博士论文”,2005年12月31日,来源:东方法眼。

[30] 陈兴良:“部门法学哲理化及其刑法思考”,载《人民法院报》2004年12月29日。

[31] 参见陈兴良:“盗窃罪研究”,载陈兴良主编:《刑事法判解》(第1卷),法律出版社1999年版;能选国、牛克乾:“试论单位犯罪的主体结构”,载《法学研究》2003年第4期;储槐植在“刑法不典型”论坛上的发言,载陈兴良主编:《法治的界面》,法律出版社2003年版,第368-369页;张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第367-368页。