

教义学发展、功能与内涵之刑法学揭示

董邦俊

内容提要:法律教义学是民主宪政国家法学的一个重要部分。^[1]在我国,关于刑法教义学的研究方兴未艾。刑法教义学有自己独特的发展轨迹,它经历了从专横到理性的演进和由推崇到质疑的变迁,应在发展刑法教义学的基础上,推进我国的刑事法治建设。从功能上看,刑法教义学明确了刑法的适用范围和适用细节,增强了刑法的可操作性;集中法律工作者的智慧和共识,为刑法修订提供依据;回应质疑和弥补漏洞,有利于现行刑事法律制度的维护。此外,刑法教义学通过对教义的系统化,方便对刑法内容的查找、学习与研究。刑法教义学与方法论、刑法解释学、刑法学、刑事政策学以及刑法哲学是密不可分的,有必要厘清刑法教义学与相关诸学科的界限。虽然教义学在发展中面临一定的质疑,但其存在根据不容否认。针对目前的研究状况,需要在多维认识基础上,形成对刑法教义学的总体把握。

关键词:刑法教义学 法律解释 法学方法

董邦俊,中南财经政法大学教授,兼任湖北省黄石市人民检察院副检察长。

法教义学乃是西方法学“一个十分可敬而且的确很有价值的人类知识领域”。^[2]但“无论是‘法教义学’还是‘教义刑法学’,都是近几年来从德国法学界引进的舶来词,对于大多数中国法律学者而言,尚属比较陌生的概念。奇怪的是,使用如此陌生的概念,学者却没有对该词进行严格的定义”。^[3]实际上,“法律教义是德国特别制造的,没有可普遍化原则的法律教义学的传统概念”。^[4]而“一种用概念所无法表达的法律感受,就是最黑

[1] Zur Gestaltungs- und Steuerungsfunktion von Recht allgemein Bernd Rüter, Rechtslehre, 1999, 72 ff.; zur Intention der Verhaltenssteuerung im Zivilrecht Gerhard Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht-Anmaßung oder legitime Aufgabe? Archiv für die civilistische Praxis (ACP), 206 (2006), S. 352.

[2] [英]麦考密克、[奥]魏因贝格尔著:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第56页。

[3] 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。

[4] Ludwig Raiser, Wozu Rechtsdogmatik? DRiZ, 1968, S. 98.

暗的知识来源”。〔5〕 所以,“我们不能指望法律教义学有一个确切的定义,但我们可以更进一步对它进行解析”。〔6〕 近几年来,我国学者对刑法教义学进行了开创性的探索,并积累了一定的研究成果,这有助于对刑法教义学的理解。但刑法教义学作为一个外来术语,其丰富的内涵需要不断探索;其显著的功能需要进一步认识;其与相关范畴的关系还需要更合理的区分;对其存在的质疑需要予以澄清。基于这一考虑,笔者从德国法教义学者的研究情况入手,对刑法教义学的发展轨迹、功能定位、与相关范畴的关系以及一系列的质疑进行全面解读。

一 刑法教义学之产生及其发展路径

(一) 教义学权威性之演进——从专横到理性

“法律教义学一词源于希腊语中的‘Dogma’, Dogma 这个概念首先在哲学中使用,然后在(基督的)神学中使用。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来排除怀疑”。〔7〕 Dogma 用古希腊文表述为 $\delta\omicron\gamma\mu\acute{\alpha}$,“大致可以说,在古希腊, $\delta\omicron\gamma\mu\acute{\alpha}$ 具有双重意义:首先,作为哲学的原理而要求拥有的真理;其二,作为政治的法令而产生权威性的规定”。〔8〕 “从历史上看,法律的权威不是建立在人们对它的理性研究之上的,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…它的前提是:文献中的意义是早已固定和清楚明了的,无需我们重新加以探究”。〔9〕 由于宗教哲学在历史中基本处于不受怀疑的“优势”地位,作为解释宗教哲学的教义学思想也很少受到批评,并被作为宗教传播和信仰的一种重要手段。

基于笃信的传统,在中世纪末期和启蒙主义时代的初期,教义学的侧重点在于权威性的弘扬,而非真正拥有真理和进行辩证的拷问。但是,随着对宗教中相关核心问题的考证与研究,在启示和神迹的解释过程中形成了对宗教相关议题的质疑乃至批判和否定,于是教义学便逐步呈现出新的面孔,其“不可动摇”的权威地位逐步发生改变。在法学中,作为教义(信条)的法规需要进行解释,有解释就有了不同的学说与流派,绝对权威的教义学便不复存在了。当然,这并不是对教义学本身的质疑,而是对所谓的绝对权威的教义学的质疑。

关于刑法教义学的权威地位,在我国也存在认识上的分歧,肯定者有之,否定者亦有之。在笔者看来,现行的教义学是以现行法的权威性为研究前提,但是教义学中的教义并

〔5〕 [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)—犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第127页。

〔6〕 Gerhard Struck, Dogmatische Diskussion über Dogmatik, JZ 1975, S. 84.

〔7〕 [德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第136页。

〔8〕 [德]艾伯林著:《神学研究》,李秋零译,中国人民大学出版社2003年版,第164页。转引自白斌:《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5页。

〔9〕 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。

不必然是学理上的主流观点。在德国基于基本法对研究和教学的广泛自由的保障,这使教义学的研究成为法学学科中一个通行的范畴。研究者无需担心形成对“禁区”的穿越,使教义学研究的方法和结论便不再是单一和绝对的。这种诸说并存的局面为司法实践部门的法律适用提供了更多的“优选”机会,而不是相反。关于这一点,在德国曾经有一个很典型的范例。如在民主德国时期通用的《刑法评论》,对刑法法规及其适用进行解释,并将它作为唯一司法适用的指南。但事实上,这并不是正确的做法。这种状况因为东德和西德的合并而发生改变,因为绝对统一的教义学会扼杀新的思想。

根据目前刑法教义学的研究状况及其影响力,刑法教义包括两种情况:一是达到高度共识而成为主流观点的教义,这种教义将对司法实践产生重要的影响。二是存在分歧的、需要不断讨论的教义。刑法教义不是高度统一的,如对“敌人刑法”、“罪责”等,没有统一的认识,不是所有的教义都达到高度共识的。因为存在高校教师、法官等各种研究资源,每个人都可以发展自己的教义学成果。一些有说服力的教义,被大多数人接受。而有时“真理”掌握在少数人手里,如在德国关于原因自由行为,几乎所有学者都认为是合法的,只有汉斯-乌尔里希·佩夫根(Hans-Ullrich Pöfgen)认为违宪。最终,联邦法院采纳了佩夫根的意见。法律处于不断变化中,教义学也处于变化中,法官要采取更为满意的教义学成果。^[10]

那种有绝对权威的教义学时代已经过去,法学与神学已经分离,法学不再是不能被怀疑的对象,这就当然包括对法学进行解释的教义学。如果将教义学看成是一个本身当然科学的对象的话,则教义是一个需要遵从的东西,是不可以被怀疑的。但社会情势的变化,人们法治观念的更迭,教义学本身也在不断演进。允许教义的多样性,就是对学术自由的尊重。因此,刑法教义也就呈现出多样化的态势。

(二)教义学地位之变迁——从推崇到质疑

基于前文所述,现在的刑法教义学与过去刑法教义学已经有很大不同。教义学发展于一个特定的历史政治社会环境中,即工业化和宪政发展的19世纪,法律和教义陈述有所不同……对教义学中不加批评的教义主义从一开始就会迷失……在现代社会,将教义纳入法律并不冲突;教义学旨在系统化,并最终形成一个系统;教义学将了解现行法律的历史根源阐释法律,将积极的法律置于执行良好的传统的法律中。^[11]

在笔者看来,过去的刑法教义学是对法律的拔高,甚至可以在一定限度内突破法律的限制,从而获取权威地位。而现代的刑法教义学必须纳入法律系统且不冲突,那么,为什么会有如此区别呢?因为过去的法律体系并不完善,立法技术也并不成熟,因此,成文法中总是会有这样或者那样的问题和漏洞。但随着人们认识能力和表达能力的提高,对教义的研究日渐成熟。

[10] 来源于2012年6月4日与德国波恩大学刑事法学研究所所长沃斯·金德豪伊泽尔教授的谈话。

[11] Christian Waldhoff: Kritik und Lob der Dogmatik-Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, Herausgegeben von Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider, Was weiß Dogmatik? — Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, S. 29.

与此同时,立法机关对教义地位的认识也进一步提高,成熟的教义被转化到法律之中。如此,一部科学的法律总体上是符合教义的基本精神的,教义在其中的修正作用就逐渐被减少。而当这种趋势达到一定的程度,教义对成文法的作用就不再是更正,而是阐释和维护。这是现代刑法教义学与历史上的刑法教义学的区别所在。比如关于构成要件理论和目的行为论,在法律没有明确规定的情况下,在适用中就会产生诸多争议,这需要教义的修正。如在构成要件的错误和禁止错误方面,在当时的教义中探讨是有意义的,现在就失去了意义,因为刑法已经对于相关的问题做出了明确的规定,相关争论就可能会减少甚至消失。当然,随着社会政治、经济形势的不断变化,对相关问题的教义讨论又会有一个新的空间。

刑法教义在法律中的地位因为一个国家的法制发展状况和立法水平的不同而有所差异。对于法制状况好,立法水平高的国家而言,刑法教义只是法律的一个附件,是维护和说明法律的;而对于法制状况差、立法水平相对较低的国家而言,刑法教义是法律的一个补充,是维护和补正法律的。即使在一个法制发展势头良好的国家,刑法教义学的功能也存在着历史教义学和现代教义学功能的差别。而在固定的时间点,从全球范围内看刑法教义学的功能,也因法治程度的高低而不同。法律越是完善,其科学性就越高,而依靠教义调整的法律空间就相对越小,反之,则越大。张明楷教授曾说,“在过去的十多年里,刑法学实际上演变为刑事立法学,而不是刑法解释学。”^[12]过去十年是指从1989年到1999年这十年间……我国1997年进行了刑法修改,从1989年以后我国刑法学基本上是以刑法的修改完善为中心议题,从而形成了刑法立法学的研究局面……在2000年以后,我国才开始真正进行刑法解释学的研究。^[13]

现代刑法教义学的着力点就在于对刑法的解释,这说明我国的刑法教义学已经过渡到现代阶段。在这个阶段中,我国刑法教义学的核心任务是维护和说明法律。当然,随着教义学的发展,对刑法教义学的质疑也开始蔓延。乌尔里希·迈耶-考丁(Ulrich Meyer-Cording)在1973年指出,刑法教义终将灭亡。还有其他的学者也持这种观点,如保罗·沃尔夫(Paul Wolf)等^[14]。本文将在第四部分专门探讨这个问题。

(三)教义学产生和发展对我国刑事法治建设的启示

刑法教义能够对法治建设起到巨大的推动作用。随着人们认识水平的提高和社会的不断发展,教义也在不断的演进。刑法学者智力资源的进一步整合使得刑法教义学愈加发达。“法学家需要长期思考找出法律(不是唯一的,但作为一个重要的生产者)而形成法律教义学说。在所有的法律领域,充分发挥想象力,对于文本的结构,操作和概括等辛勤研究,记录并系统化法律原则,日复一日,撰写论文,评论,摘要和对判决作出评价,并确

[12] 张明楷著:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第3页,脚注1。

[13] 参见陈兴良著:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第7页。

[14] Christian Waldhoff: Kritik und Lob der Dogmatik-Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, Herausgegeben von Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider, Was weiß Dogmatik? — Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, S. 29.

保在年底公布其结果”。^[15]

在德国,学术研究有归类的习惯。每一种期刊在年末都要将整年度的文章结集出版,以方便人们查找和阅读。类似于《读者》等期刊的做法,定期出刊,年终出总刊。而德国著名的大学和有影响力的学者也有出版评论的传统,这种评论定期修编,并且是针对法条的逐一注释,将相关条款的国内研究现状进行总结和分析,其本质就是一种教义的表达。这个工作将相关学者的观点予以记载和评论,在方便学习者查找的同时,传播了知识;在知识传播的同时宣示了相关论者的主张;在保护知识产权的同时,防止过度的重复研究。目前在德国影响力的评注包括,波恩大学沃斯·金德豪伊泽尔(Urs Kindhäuser)教授编撰的《刑法评论—学说与实践评论》,慕尼黑大学克劳斯·密巴赫(Klaus Mießbach),沃尔夫冈·约克斯(Wolfgang Joecks)等教授主持编写的《慕尼黑刑法评论》等。其中有影响力的评注中具有说服力的观点往往被司法机关采用。

在我国,人民大学报刊复印资料《刑事法学》分册每年也精选和收录大量优秀的刑法论文,形成了月刊和年刊。但是,其着眼点与德国的评注不同。它的目的在于收集优秀的论文,以论文集的方式将相关有分量的成果集中反映出来,突出刑法学的精品。而德国的评注是对立法和实践问题的评论以及相关作者观点的述评,并且按照法条顺序进行编排。所以,它涵盖的信息量更为丰富,往往是一千多页甚至数千页,因为涉及整个法典的几乎所有法条。随着立法与学说更迭,评注需要进行修订,对新出现的立法、学说观点以及相关判决进行述评和补充,而不是出新刊。

刑法教义的推进在一定程度上需要政治力量,如权力机关、最高司法机关的采纳。将形成共识或者被证明具有显著科学性的刑法教义经由一定的途径转化为具有司法约束力的准则,可以更好地发挥教义在刑事司法实践中的作用。我国地广人多,法律从业人员队伍庞大而且居住分散,结构复杂。由于知识面和所处环境的差异,如果要形成相对一致的认识是可能的,但是也是困难的,这起码是一个长期的过程。教义形成时间的长期性与现实的紧迫需要具有较大的反差,所以,需要在一定程度上依靠政治的力量推动教义学的发展。

在法律颁布的过程中,对相关法律进行解释和说明,增强立法的透明度,让民众在了解立法过程的同时理解立法的原因和目的;在法律实施的过程中,对司法实践中的困难和疑难问题需要迅速总结并进行专家论证,以官方文件的方式予以推进。立法解释和司法解释作为有权解释,要对整个社会产生规范效果。因此,刑事立法与司法实践都需要刑法教义学提供智力支持,同时前者也为后者提供推动力量。

二 刑法教义之功能解读

(一) 确定范围、明确细节——增强刑法的可操作性

刑法教义学的重要任务就是要通过对刑法条文的教义阐述,消除歧义,形成统一认

[15] Winfried Hassemer: Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik Einführende Bemerkungen, Herausgegeben von Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider, Was weiß Dogmatik? — Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, S11.

识,贯彻刑法的价值。“在刑法信条学界限和规定了概念的情况下,它就可能使刑法在安全和可预见的方式下得到运用,并能够避免非理性化、专横性和随意性。信条学越是不发达,法院的判决就越是难以预见……对法律案件的决定将变成了一种‘摇奖的机会’:‘信条学越不发展,摇奖的机会就会越多,一直会发展到刑法混乱和无目标使用的地步……’”〔16〕刑法教义学“作为平等和有区别地适用法律的条件,……能够为法律材料安排一种符合实际情况的有区别的秩序”。〔17〕成文法的局限是不可避免的,有限的文字无法表达所有的意思。

教义学是对立法中的需要阐明部分的解析,分析立法的本意、背景,由此确定相关法律的适用范围和适用的方式,刑法教义学的研究增加了法律适用标准的确定性。在“许霆案”中,许霆在明知账户内没有足够款项的情况下,利用ATM机的故障先后取款171笔共计17.5万元后,携款潜逃。广州市中级法院一审以盗窃罪依法判处许霆无期徒刑。案件被发回重审后许霆只被判了5年有期徒刑。该案判决过程中引发了学者们的广泛讨论。对于“金融机构”的理解,也是通过考察立法原意使案件得到合理解决的。〔18〕而在2001年发生的“何鹏案”中,何鹏利用ATM机故障取款42.97万元,被判处无期徒刑。〔19〕正是基于刑法教义的形成,〔20〕使得“许霆案”之后的“类许霆案”有了解决的思路,判决的结果也更加符合法律规定和刑法价值的要求。教义学者通过对刑法与刑事政策的研究,也即“输入”的过程,将形成的教义作用于司法实践,也即“输出”的过程。〔21〕刑法教义学者通过这两个过程使刑事法律得到更好地适用。

已经确立的刑法规范往往是简洁而概括的。而简洁概括的语言表述可能难以将立法意图完整地表达出来,语言的不可避免的歧义又使理解的统一化成为必要。同时,社会的变化是即时、快速而永恒的,立法者立法节奏与频繁变化的社会形势之间往往存在难以协调之处。哪些行为应当予以犯罪化,哪些行为应当减轻处罚或者免除处罚,犯罪构成要件特征会有什么样的变化……由于行为社会危害的此消彼长,决定了体现立法者本意的文

〔16〕 [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)——犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第126页。

〔17〕 [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)——犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第127页。

〔18〕 参见赵秉志:《许霆案尘埃落定之后的法理思考》,《法制日报》2008年6月1日周末版。

〔19〕 参见韩蕾:《“许霆案”频发,考验的不仅是良心》,《检察日报》2008年4月17日综合新闻版。

〔20〕 在许霆案发后的2008至2009年形成各类论文374篇,一些期刊与报纸开辟专栏进行探讨,如:梁根林:《许霆案的规范与法理分析》,《中外法学》2009年第1期;刘明祥:《许霆案的定性:盗窃还是信用卡诈骗》,《中外法学》2009年第1期;张明楷:《许霆案的刑法学分析》,《中外法学》2009年第1期;赵秉志:《许霆案尘埃落定后的法理思考》,《法制日报》2008年6月1日第12版;刘宪权:《许霆案:中外对比并不都恰当》,《法制日报》2008年4月6日第14版;陈兴良:《许霆案的法理分析》,《人民法院报》2008年4月1日第5版;王作富:《许霆构成盗窃罪》,《人民法院报》2008年4月1日第6版;陈瑞华:《许霆案的法治标本意义》,《南方周末》2008年1月17日A4版;贺卫方:《许霆案:法官何以说理?》,《南方周末》2008年1月24日法治版。《山东警察学院学报》2008年也组织了一组文章包括:王志祥:《许霆案定性的理性思考》;刘远:《实证主义的刑法范式及其克服——由“许霆案”引发的思考》;董玉庭:《一个话题的继续——再论许霆案的定性》;孟庆华:《许霆恶意取款案两次量刑的理性思考》等。

〔21〕 参见沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期,第145页。

字会与当下的社会情势出现“断裂”。要积极应对这种现象,就要推进能动的司法,而法官的裁量权就成为解决这个“断裂”问题的一道桥梁。

但是,就刑罚裁量权的行使而言,自由的裁量不能过大而无限,否则会因为司法不慎或者权力“寻租”而使这座“桥梁”崩塌。刑法教义学的目标就在于使相关的分歧和差异减少,使相同的情况可以得到相同的对待,以避免相关行为人的权利和义务成为一场博弈。减少认识分歧,从而减少判决的不确定性,正是刑法教义学的实用价值。而教义学对立法者的本意进行合理而精确地把握,如罪名及刑罚种类确定,量刑幅度等,使法律规则能够顺应时代而保持生命和效力。

刑法教义学通过解释和阐明刑法使其适用具有明确性和可预测性,而这正是罪刑法定的基本要求。教义学者首先需要对立法的过程进行分析和记载,把握立法者的原意。在刑事司法中,先分析案件事实,确定适用的法律并厘清因果关系,由此确定责任。在刑事司法中固然要维持刑法权威,但并不否定根据刑法的原则来丰富、细化刑法规范的内容。没有合目的性的理性思考,刑法的安定性与稳定性就难以保障。刑法教义学在刑法规范内合目的的发展,这既有利于刑事司法实践的深入推进,也有助于刑法基本原则的贯彻。^[22]

在整个司法中需要对法条的适用进行解释,在案件的判决成型后,还要利用相关的教义对案件的判决进行评价,探讨教义适用的可行性以及实际效果,实现刑法适用的科学性。在此基础上,对教义进行总结。教义学者基于自己的智慧形成教义为司法工作提供了重要参考,增强了司法工作的精确性和可信度。经过一段时间的发展而形成相对一致的共识性的教义,则可以统一司法行为从而约束法官的自由裁量权,实现相同案件的同等对待。

(二)集中了法律工作者的智慧和共识——为刑法的修订提供依据

法律教义学是立法的一个帮手……它们形成了批评和相反的观点,而且这符合法治秩序的利益。例如,刑法中罪责的教义学基本上是刑事科学的礼物:在少量的立法欠缺之处,最高法院批判性接受了一些成形的教义。并且基于刑法哲学和人类学基础,在刑法中建立了广泛而有区别的刑事责任。

法律教义学在具体案件和事实的处理中得到扩张,它是以法律和事实为中心产生,汇集并系统化规范性的制度安排。这些(教义学)方案不是正式的,可能并没有以正式文件表达,但它们是有效的,它们同正式的方案一样会产生结果,它们也存在于决策规则之中。如教义学对刑事诉讼中的儿童证人讯问的方式进行调控,在恰当的时间回答提问,或界定口头和书面意见的区别。法学家是否掌握了其中的关键,也取决于对这些规则的把握。^[23] 刑法教义同时具有补充法律的作用,在教义学者普遍认可并遵循的教义领域,如果法律并没有明确的规定,则可以根据教义来运作。在教义被推崇的国家,形成共识的教

[22] 参见冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期。

[23] Winfried Hassemer: Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik Einführende Bemerkungen, Herausgegeben von Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider, Was weiß Dogmatik? — Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, S. 11f, 14, 9.

义甚至是有一定强制力的。同时,一部制定良好的法律也会在修订的过程中将相关并已形成共识的教义纳入法律体系。

(三) 回应质疑和弥补漏洞——维护现行刑事法律制度

“法教义学的逻辑前提可以概括为一句话:法律永远是正确的,由此可以引申出一句法律格言:法律不是嘲笑的对象。……‘法律必须被信仰,否则它将形同虚设’”。^[24] 教义的形成过程中当然需要对现行法进行评价,但是评价的目的并不是为了批评而是在发现漏洞时及时修复。

教义学研究中形成的相关概念以及操作标准不仅为司法的精细化提供了重要借鉴,并且也会对现行法的文字表述中存在争议之处进行积极或消极的评价,最终会影响到法律文件的实施,并最终推进立法完善,这就是教义学在一定程度上对立法的超越。我国《刑法修正案(八)》废除了 13 个经济犯罪的死刑,就是教义学者们对于死刑限制适用的长期探讨的结果。

再如《德国刑法典》第 211 条关于谋杀的规定,对谋杀者处以终身自由刑,该处罚规定与罪责没有完全挂钩,因而在适用中质疑不断。教义学者认为,刑法的规定是模糊的。在具体案件中谋杀目的、动机、对象等方面存在差异,对此应区别对待。因为具体情况不同,谋杀罪的等级会有所不同,所受的处罚也应当有所区别。故教义学的观点和立法可能会有所不同,罪责原则的真正贯彻需要教义的调整。

实践也证明,没有成文法,没有固定的规则时,实践中可以适用教义解决问题。例如,工人维修水管时锤子掉进水里,导致水池出现了问题,对这种情况的处理,法律并没有做出细致的规定,但是可以依据已有规则进行类推解决,如利用侵权法来解决。法官不能机械按照法律条文处理,而要创造性地适用法律,有时法官造法,但也要遵循公平、公正的要求。

法律教义学的发展对规则进行总结,对法官产生作用。如对客观处罚条件中的错误的适用等,教义学对规则进行研究可以起到指导作用。^[25] 对于以罪刑法定为基本原则的刑法而言,要保障人权必须维护法的明确性。因此,即使发现了法律的疏漏之处也不能违背法律,而是要在现有的体系框架内选择相关的解决路径。而这种对现行法法理的阐释、立法内容的解释,以及法律漏洞替代方案的选择,都是教义学完成的。刑法教义学者一方面应当对刑法规范予以足够的尊重,同时也要考虑到解释刑法规范的更加合理、科学的合乎社会实践的新方案。^[26] 所以,教义是连接立法和司法的中间桥梁,它使得法律更容易被人们理解和接受,法律的实施更为通畅。

[24] 陈兴良著:《教义刑法学》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 7 页。

[25] 来源于 2012 年 5 月 21 日与德国波恩大学沃斯·金德豪伊泽尔教授的谈话。此外,冯军教授在《刑法教义学的立场和方法》中也特别对刑法教义学的目的进行了细致的研究,对罗克辛教授倡导的法益保护说和雅各布斯教授所倡导的法规范维护说进行了辩证分析,指出法规范维护说是刑法教义学的基础。参见冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014 年第 1 期。

[26] 参见冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014 年第 1 期。

(四) 教义学将教义系统化——方便查找和学习

刑法教义学就是要形成和传播对刑法尽可能广泛的理解,因此,它涉及刑法制度以及刑事司法判决的每一个部分,(包括)处罚的条件和过程。^[27] 刑法教义学者和司法人员都应当关注既存的学说和判例的研究,而不能忽视其作为一种法律文化的智慧与价值。^[28]

刑法教义学是对刑法进行的全面的综合的体系性的研究,它是各种知识与方法的统一。“体系”用著名的康德的表述方法来说是“各式各样的知识在一个思想(Idee)下的统一”,是一个“根据各种原则组织起来的知识整体”。^[29] 这种体系性的研究有助于司法工作的深入开展,包括审查立案、审查起诉以及审判等各个阶段都可以借鉴,使司法工作更加方便,并使司法者更好地把握法律规范及其立法目的和价值。基于这一点,德国的理论与实践对教义学的研究都持肯定的立场,而教义学的研究成果也很丰硕,有的国家并没有对各个层次的法律规范和判例进行系统化,这会使司法工作存在诸多不便。

刑法教义学的内容和刑法本身是对应的,涉及到刑事法理解的所有争议和待明确的问题。教义学对刑事法的渗透是广泛的,它不仅探求刑事法律中不明确的领域,使相关规定明晰化,而且要分析相关规定背后所具有的立法意义,以及在司法实践中对案件操作的指引。所以,刑法教义学的内容是庞杂的。

如果大量的法律材料被分散规定在数量巨大、体系杂乱的具体条文中,或者如果必须从法院在类似案件所作的大量具有先例效力的判决中寻找出问题的答案,这对于法律的研究者和法律的实践者而言都是很困难的事情。而刑法教义学将法律材料体系化。在一个框架中对法律材料按照一定的顺序归类 and 编排,使刑法教义的内容不会因为其涉及的面广而变得凌乱。突出重点问题,忽略次要问题,使刑法知识脉络清晰。将相关教义内容体系化是刑法教义学的巨大成就,它像一本书的目录,概括了刑法教义的内容,以方便查找和学习。

三 刑法教义学与相关范畴之关系厘定

(一) 刑法教义学与法学方法论——目的与手段

德国不少学者认为,在科学研究中体系化是必须的手段,因而常将二者等同看待,而刑法教义学的核心问题就是体系化思考。在罗克辛(Roxin)等人的刑法著作中,作者在讲解刑法教义学时,接着就会谈论刑法的体系。在谈论刑法教义的优劣时,也以刑法体系的优劣为论证依据。如果体系化是一种方法的话,刑法教义学就属于方法论的范畴了。但是,作为现代法律教义学的创始人鲁道夫·冯·耶林(Rudolf von Ihering)和格柏(Gerber),从1855年和1857年以来首先设计了罗马和德国当代私法教义年鉴。根据其理解,教义

[27] Winrich Langer, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft-Eberhard Schmidhäuser zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 1990, GA1990, S. 436.

[28] 参见冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期。

[29] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)——犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第118页。

学是内容,而不是法律的方法和历史。^[30] 目前德国也有学者持相同的观点。^[31] 笔者认为,体系应该是对内容的整理,属于内容的范畴,就像文章的大纲。体系不是方法,而教义学与方法也属于不同的范畴。

当然方法论与法律教义学是分不开的,方法论是研究法学的方法,教义学的研究离不开方法的使用。但这并不像我国有学者所言,“法律教义学既提供了教义学体系,也提供了教义学方法”。^[32] 虽然教义学在探求教义的时候需要运用各种方法,但是这些方法只是达成目的的工具和手段,而不是目的本身。就像是农民种粮食,他需要使用机器或者锄头,可能需要一定的农业技术指导,但是这都是他种植粮食的工具和手段,而不是他的任务,他的任务在于种出理想的粮食。当然在这个过程中,他可能因为生产经验的积累而对工具的改良和技术方法的更新提出建议。但对工具的更新和新型农业技术的研究是相关的农业机械部门和农业技术部门的工作。所以对于农民来讲,其在生产劳动中用到相关的工具和技术,但并不是相关工具和技术的研发者,他可能对相关的工具和技术提出意见和建议,但这已经不是他在农业劳作、种植粮食这个工作范围内的事情了,他已经开始涉足工具制造和农技研发的领域。

虽然是同一个人在做事,但是做的并不是相同的事情。这反映在教义学和方法论的问题上,就体现在教义学者在教义学的研究过程中所要做的就是探明教义(就像一个种植粮食的农民),在探明教义的过程中,他可能需要运用各种各样的方法以及其他学科的先进理论,但这都是他的工具而不是目标。

教义学的目标是探讨教义,而教义是教义学的内容。至于方法论以及在教义探明的过程中教义学者所运用的其他学科的知识,只是教义学者形成教义的手段。教义学者们在探寻教义的同时可能会发现方法论中的问题或者对其他学科中的部分内容提出建议和意见,这时其不仅仅在探讨教义学,而是同时在对方法论或者其他学科开展研究。他们是在同一时间完成不同的事项,不能当然地认为其在同一时间的所有工作都是为了完成同一事项。

(二) 刑法教义学与刑法解释学——结果与过程

在教义学者的一般性理念中,作为法律和司法实践的桥梁的法律教义学,立足于对司法实践的分析 and 总结,针对法律的适用进行解释。金德豪伊泽尔指出,刑法教义学就是一门关于刑法解释的学问。但是可以将刑法解释看成是一个动态的过程,而刑法教义看成是一个静态结果。所以,刑法教义学可以被定义为,“有条理的科学的刑法解释的结果”。^[33]

刑法解释学主要研究刑法解释学的功能,刑法解释的基本思想和原则,刑法解释的方法以及不同种类的刑法解释等。^[34] 所以,刑法解释学是对刑法解释过程的研究和把握,

[30] Christian Waldhoff: Kritik und Lob der Dogmatik-Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, Herausgegeben von Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider, Was weiß Dogmatik? — Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, S. 29.

[31] 来源于 2012 年 5 月 21 日与德国波恩大学沃斯·金德豪伊泽尔教授的谈话。

[32] 陈坤:《法律教义学:要旨、作用与发展》,《甘肃政法学院学报》2012 年第 2 期,第 111 页。

[33] 来源于 2012 年 5 月 21 日与德国波恩大学沃斯·金德豪伊泽尔教授的谈话。

[34] 参见李希慧著:《刑法解释论》,中国人民公安大学出版社 1995 年版,目录部分。

研究的是动态的刑法解释的过程。而刑法教义学追求的是刑法的教义,教义是静态的解释的内容和结果。所以,刑法解释学也是追求刑法教义过程中的工具和手段。刑法教义学要利用这些工具达到实现教义的结果。刑法教义学的内容是教义,而刑法解释学研究的是以规范文本为核心的解释的功能、原则、立场、方法等,这就是二者的区别。

当然,刑法教义的静态也是相对的,相对于追求特定教义这个过程而言,获得的特定教义结果是静态的。而随着社会的发展,教义也是在不断的变迁的,静态的理论也会产生动态的更迭。

(三) 刑法教义学与刑法学——隶属与归属

法学是研究法、法的现象以及与法相关问题的专门学问,它是以研究对象来与其他学科进行区分的,即法学不是以政治学、社会学等学科为研究对象。法学的研究会采取不同的方法和视角,可以通过历史的方法、社会学的方法、哲学的方法,还可以通过实证的方法研究法学,这分别形成了法历史学、法社会学、法哲学和犯罪学等学科。所以,法学是一个集合概念,是对研究法律的所有学科的总称,而法教义学也只是法学的一部分。就刑法教义学而言,它只是刑法学的一个分支。

教义学是科学的一部分,是规范的科学,而“法学理论是对法律理论的思考而没有对具体的适用提供参考”。^[35] 相较刑法教义学的规范性而言,犯罪学则是更加实证的科学。

(四) 刑法教义学与刑事政策学——明确与指引

关于刑事政策与刑法,李斯特曾对其进行了明确的界分。“一方面,他将体现整体社会意义之目的、与犯罪作斗争的方法,按照他的话,也就是刑法的社会任务,归于刑事政策;另一方面,按照刑法的司法意义,法治国—自由的机能,亦即法律的平等适用和保障个体自由免受‘利维坦’的干涉的机能,则应归于刑法”。^[36] 这是李斯特对刑事政策和刑法功能的区分。李斯特这一界定明确了刑事政策和刑法在功能上的共性和差异,是一大创举。但如果认为李斯特对刑事政策和刑法持断然割裂的立场,在逻辑上是说不通的。男人和女人是有区别的,但这种区别不等于否认男人和女人可以承担共同的社会责任,不等于要将男人和女人隔离。李斯特所倡导的“整体刑法学”表明,刑事政策与刑法互为倚重。刑事政策是刑法体系的内在精神,并为刑法的解释提供依据。

刑事政策学和刑法教义学之间的关系也是一个需要探讨的问题。刑法教义学与刑事政策经李斯特、威尔泽尔、罗克辛、雅各布斯等著名刑事法学家的辩证思考,随着法治的发展而不断推进,从封闭、割裂逐步走向融合、渗透。在德国,刑法教义学的体系已经明显地突出了刑事政策的导向作用。^[37] 刑事政策学是一门“观察的科学”,“批判的科学”,“决策的科学”,它属于“形而上的知识体系”^[38]。刑事政策学研究的目的是实现惩罚和预防犯罪的有效性和正当性,它要站在更加超脱的立场上对犯罪的防控措施和效果进行评价。

[35] Werner Krawietz, Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft, Recht und Politik 6 (1970), S. 150, 151.

[36] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第二版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第7页。

[37] 参见冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期。

[38] 参见梁根林:《刑事一体化视野中的刑事政策学》,《法学》2004年第2期。

刑事政策学要立足现实,在对司法实践与刑事立法辩证思考的基础上进行决策而形成,具有宏观指导意义。

刑法教义学也需要考虑现实的情况,也需要对刑法的具体适用做出一定的“决策”。但从总体上看,刑法教义学以刑法条文的解释与适用为己任,与刑事政策学的形而上特点不同,它是形而下的一门具体的学问。此外,在批判性方面,刑事政策学与教义学也存在不同。“刑事政策学的这种批判科学的属性,一方面使刑事政策学明显区别于作为规范科学的刑法解释学,另一方面亦使刑事政策学作为学术的刑事政策始终与应用的刑事政策保持着相当的距离……”^[39]而刑法教义学以维护现行法秩序为己任,以承认现行法的相对科学性为前提进行解释和评价,有助于维持刑法的稳定性。相比之下,刑事政策学更具有批判性。

刑法教义学与刑事政策学又是密切联系的,这种联系源于刑事政策与刑法之间的关系。任何国家都离不开刑事政策,刑事立法与适用蕴含着刑事政策的精神,而刑事政策也不是孤立无援的教条,它必须借助刑法来体现,使政策的精神“固化”并使其在实践中得到遵守。“信条主义者(只要他是学者或者法官)就必须像立法者那样进行刑事政策上的辩论。他必须在一定程度上对立法者仅仅能够粗略描绘的现行法的形象,在一切细节上进行设想和加工”。^[40]

由于刑法教义学与刑事政策学的评价标准不同,从不同的角度理解会产生不同的结果。比如,我国刑法没有对不纯正不作为犯做出规定。如果不考虑刑法的社会任务,仅仅从刑法的司法意义出发,可以得出的结论往往是,不纯正不作为不应受到刑事处罚,因为“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。然而,如果要考虑刑事政策,考虑到刑法要与犯罪作斗争的社会任务的话,就会有不同的结论。以作为方式实施的行为也可以以不作为方式实现,如母亲以不提供食物的方式饿死孩子与其直接杀死孩子并没有根本区别。仓库管理员发现他人盗窃不予阻止的行为与其直接参与盗窃行为也没有什么本质不同。

基于法益侵害的等价性,需要对不纯正不作为予以立法化。因此,如何考虑刑事政策因素来理解刑法,往往可以得出更为合理的结论。但是,由于教义学者们对刑事政策的理解不同,在刑事政策所要求的一系列具体的要素并没有被明确写入刑法的情况下,刑事政策的内容往往由于不同的解读而导致处理结果截然不同。要使相同行为得到同等的对待,就应改变目前的立法现状,将不纯正不作为行为明确写入立法是一个理想的选择。

基于刑事政策与刑法之间的互动关系,刑事政策学所关注的是如何实现刑法的科学化和法治化,以更好地实现保护法益的价值取向。如对犯罪的构成特征上应当呈现何种样态,刑事制裁怎样符合刑法治罪和刑法谦抑的实践操作目标等。具体而言,就是合理划定犯罪圈,科学确定罪名并选择适当的刑种与刑度,使刑事手段的适用恰到好处,而不能

[39] 梁根林:《刑事一体化视野中的刑事政策学》,《法学》2004年第2期,第118页。

[40] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)——犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第137页。

逾越保护公民基本人权与自由的界限。

总之,刑事政策对刑法的制定与适用的指导作用已经成为共识,刑法教义学者探寻教义,对法律进行解释时也必须考虑当下的刑事政策的内容与精神。刑法教义学作为智力资源的集成,基于立法和司法实践的解释与评论,贯彻刑事政策的价值内容和目标追求。刑法教义学所进行的解释、分析与评论都必须受到刑事政策的制约。如关于宽严相济的刑事政策的贯彻,刑法体系以及刑法解释都要体现刑事政策中“宽”、“严”和“济”的要求。故从这个意义上,刑事政策在教义学中得到落实。

(五) 刑法教义学与刑法哲学——维护与批判

“除刑法史以外,与刑法教义学最有联系的要数法哲学。法哲学致力于建立一种标准,根据该标准,教义学家们可以判断,现行法律规范是否与社会秩序的自然情况和社会伦理主导价值观相吻合,如何解释或者以何种方式进行变革”。^[41] 法律哲学是具体的哲学,涉及到权利和正义的问题^[42]。教义学离不开哲学,教义学是以哲学为基础的。波恩的学者们在探讨教义学时,也往往以哲学问题为探讨的基础,如意志自由、罪责等。^[43] 哲学在法的产生与发展过程中发挥了重要的作用,在德国早期的刑法中,哲学占很大的一部分,甚至起到了法的作用。所以,有的学者称之为“真正法”,哲学对刑法的发展所具有的推动作用经过了历史与实践的证明。

那么教义学和哲学的区别何在?笔者认为,二者之间的区别在两个方面:一是,关于法的权威性问题;二是,关于法的可批评性及其程度问题。法律教义学的使命就在于对现行法及其适用进行解释和评论,最终促进法律的适用,其客观上起到了维护制定法的作用。

因此,其在批判性上并没有多大的作为。与此不同的是,法哲学追求的是完美的法律,它以现行法为基础展开批判,并构建“上善”的目标。德国学者阿图尔·考夫曼指出,法哲学试图找到一种“公正”的法,因而其研究的范围并不拘泥于现行的制定法。^[44] 教义学并不是不能批评制定法,而是不能过多的批评。因为,作为一个整体,法哲学和法教义学面临的任务是不同的。教义是承认既有法规的前提下再进行批评,要在承认现行法律的框架内解释、批评。而哲学可以不考虑这个框架,自一开始就进行否定。因为它只关心哲学上权利和正义的价值,更容易开展批评。例如刑法解释包括条理解释,语义解释以及体系性解释、历史解释等。条理性解释有自己追求的目的,教义学者们对立法不太完善的地方,可以批评。^[45] 如对于“象征性法律”,教义学者们就可以因其没有适用的价值而对其进行批评,因为这种规定只是对于立法者有意义,但是实践意义不大,可以加以批评。

[41] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第56-57页。

[42] Josef Esser, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 97 f.

[43] 来源于2012年5月21日与德国波恩大学沃斯·金德豪伊泽尔教授的谈话。

[44] 参见[德]阿图尔·考夫曼:《法哲学、法律理论和法律教义学》,郑永流译,《外国法译评》2000年第3期,第6页。

[45] 来源于2012年5月21日与德国波恩大学沃斯·金德豪伊泽尔教授的谈话。

此外,教义学可以使法律的适用精确化。如关于盗窃罪《德国刑法典》第 244 条有一个加重的条款规定,即在盗窃中使用危险工具的,即使行为人只是偶然携带了危险工具,后来实施了盗窃行为的,也要处六个月以上十年以下有期徒刑,而普通盗窃仅处五年以下有期徒刑及罚金刑。对此,教义学者认为不应该作为携带危险工具实施盗窃罪对待。因此,教义学者根据实践需要作出的解释与判断可能与立法会有所不同。

法教义学是以现行的有效的成文法为研究对象的,它的目的在于对现行法的维护,对现行法的内容进行阐释,对立法的原因和背景进行分析从而得出现行法有效的合理结论。“对于法教义学来说,法律是一种先在的东西,它是教义学分析的逻辑起点,并且对教义学分析具有某种约束。正是在这个意义上,把法教义学的思考与基于一般社会观念的思考区别开来……法律不是不可以批评,法律本身的正当与否,也应当理性地考察。但批评法律不是目的,而只不过是完善法律的一个步骤”。^[46]

教义学的研究将现行法律进一步细化,使之在司法适用领域更为明确,让法律的受众可以在清楚地知晓法律内容的基础上,更好地对自己的行为进行预测。虽然法教义学者在研究现行法时可能发现成文法的漏洞或不足之处,但其不会像法哲学那样去批判它,而是采用迂回的方式维护现行法律的效力,他们要做的是想办法在现有的法律框架内进行阐释、调整。刑法教义学之于现行刑法就像父母对待“孩子”,当发现孩子犯错误时,不是惩罚孩子而是最大可能的弥补受害者的损失,以使孩子受到最小的伤害。而刑法哲学对待现行刑法,就像一个旁观者,其对“孩子”的评价往往是就事论事、不留情面的。这就是刑法哲学和刑法教义学的区别。

四 对刑法教义学质疑之解析

(一) 影响力的减弱——功能的单一认识和澄清

关于教义学的影响力,德国有少量学者认为,法教义学的地位不断提升是基于法律的逐步完善和司法经验的长期积累,教义学经历数百年发展已经处于颓势。^[47] 基于这种情况,研究者已经将注意力投射到新的研究领域。

在刑法领域,学者关注对于新型的犯罪,刑罚如何更好地发挥作用。如出现了刑事法的欧洲一体化的推进趋势,包括对有组织犯罪、恐怖主义犯罪以及应对环境犯罪的刑事管辖权及其具体实施等问题,这时候在法律教义学与政治之间存在一个选择。“当国家强制力被用尽的情况下,可能真正急需的并不是教义学,而是政治和国家的各个部门自身。在这种情况下,科学反而成了障碍”。^[48] 德国法学家魏德士曾这样评价教义学:“它似乎是法学家用来抵制某些新观点和价值观的工具,这些新观点和价值观向现行法律规范提出了质疑并希望进行修改。”^[49] 基于刑法教义学社会影响而否定教义学的说法可以分为

[46] 陈兴良:《刑法知识的教义学化》,《法学研究》2011年第6期,第27页。

[47] 参见[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。

[48] [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154页。

[49] [德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第141页。

两个层次：

一是刑法教义学对社会影响力减弱,教义学中的教义的精髓已经被刑法学所吸收,对立法不能起到指导作用,因此产生了教义无用论。在这里,相关学者将教义的作用等同于教义在立法中的作用。早期的教义之所以会指导立法,只是因为在那个时代,法律并不完善,法律的科学性不够,以教义指导立法是一种理性立法的表现。而随着刑法学本身科学性的增强,刑法教义学的作用将越发集中在司法指导上。根据现代教义学的理论,当教义学发展到现代阶段,教义学本身对立法的推动作用就是在减退,取而代之的是对现行法律适用的明确性的解释。也就是说刑法教义学本身立法推动力的不足是教义学发展的必然结果。现代教义学已经使得教义学的功能从立法的推动移步到对现行法的解释上,而对现行法的明确、细化以及在适用中对存在问题的解释是所有成文法所不可避免的。这正是教义学存在的必然性。

二是认为对社会急速变迁中出现的紧急情况的应对,教义的反应力和支持度都不及用政治手段快捷和彻底,因此要用政治的手段取代教义的力量。这种观点的本质也是从教义指导立法出发的。随着社会的发展,特别是针对一些极端情况的出现,需要快速的反应。可能某种手段的采用并不能得到一些教义学者的认可,因而部分教义可能成为相关规定形成的阻力。但教义学本身就是鼓励学术自由,允许多元化的。教义学并不要求在所有可能采取的行动上必须达到共识,它只是对立法提出各种备选的方案。其实,针对恐怖主义的问题,教义学也并不是无所作为,在风险刑法理论中,金德豪伊泽尔教授提出了“安全刑法”理论,雅各布斯教授则提出了更为激进的“敌人刑法”理论。教义本身是知识和智慧的集合,忽视了教义就是对科学的否定。同时,社会生活中出现的极端情况还是有限的,对于正常社会演进中所出现的问题,教义学的运用与以前并没有不同。新近的热点话题,比如脑科学研究、功能性的罪责概念、风险社会等问题的研究表明,刑法教义学面对新情况、新形势仍然充满活力。^[50] 因此,教义学不会死亡,而且会长期存在。

(二)批判力的缺失——科学性的忽视及重述

1848年时任柏林检察官的朱利叶斯·冯·基尔希曼(Julius von Kirchmann)发出下述警示:“法律人被实在法变成了蠕虫,他们避开健康的木头,而以腐烂的木头为生,在其中做窝,繁衍。按照这样的方式,法学将本属偶然性的(规则)作为自己研究的对象,使法学本身变成了‘偶然性的事物’——立法者改正法律规则的三个词,就能使整个图书馆变成废纸。”^[51] 也有少量学者将该检察官的论述作为否定教义学的一个靶子。

在笔者看来,上述批评在一定程度上反映了教义学研究被动性的现实。立法更迭是适时进行的,立改废等活动的开展导致作为教义学内容的教义随时进行调整,并为其存废

[50] 新近的热点话题,比如脑科学研究、功能性的罪责概念、风险社会等问题的研究表明,刑法教义学面对新情况、新形势仍然充满活力。参见[德]沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期,第148页。

[51] Julius von Kirchmann, über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847, S. 24 f. 转引自许德风:《论法教义学与价值判断》,《中外法学》2008年第2期,第170页。

的依据进行论证,这就使得教义学因缺乏独立性和主动性而呈现奴仆的面孔。但是,并不能因此而否定教义学。可以肯定的是,刑法教义学在解释中并没有造成与刑法规定之间的冲突,而是关注刑法条文和刑法规范内部的和谐,并力求法秩序上的统一。^[52]

除此之外,教义学的研究追求的不仅是对既有秩序的维护,而且也包括科学性的目标。刑法教义学的解释构成既是一个阐明的过程,又是一个验证和评价的过程。它对刑法实定规范进行评价,并以此来弥补成文法中所无法避免的漏洞。而成文法的稳定性并不会在这种评价中受到影响。因为教义学的任务在很大程度上是要消除制定法中存在的认识不足、语言表达不清以及因解释者的个人原因对解释结果的影响。如此使相关的分歧和差异减少,使相同情况可以得到相同对待,以避免当事人的权利和义务成为一场博弈。

但是,教义学在一定范围内要以科学性作为自己的突破口,如基于犯罪的构成要件事实上的变化而导致处罚上的选择,教义学可以不受法律的制约,做出评论,甚至对法律的文字表述进行一定程度的批评,提出自己的解决路径,使刑法的适用更加科学合理。而对已制定的成文法缺陷的弥补也是建立在科学性认识上的。从这个意义上讲,刑法教义学在一定范围内是超越法规的。

也正是刑法教义学所具有的这种超法规性,使刑法教义学的发展在减少因为法律制定的不足而产生的成文法瑕疵上具有弥补作用。而对新型的犯罪形势的出现,教义学也会积极做出反应。“法教义学研究并没有丧失研究者的能动性而成为法律的奴隶,而是使法律变得更完善的另一种途径”。^[53]此外,对于已经形成的生效的司法判决,即使披着权力的外衣,但如果没有有效地贯彻法的精神,欠缺科学性,教义学者对此同样可以进行批判,而不是一味地喝彩。^[54]因此,通过教义的阐释和评析,教义学也同样具有一定的独立性、主动性和批判性。

(三) 体系化的弊端——概念的偷换与正位

对于法教义学而言,需要对相关的法律规范进行体系化的思考与阐释,教义学的体系化有利于形成对现行法的整体性的认识。正是由于刑法体系化思考在刑法教义学中的突出地位,一些学者在对刑法教义学进行质疑时,直接以刑法体系化为靶子,针对刑法体系化的不足来论证刑法教义学的缺陷。如有的学者认为,体系化会导致法律材料的歪曲,在法律框架内寻找法律也不是一个清楚明确的过程,而且体系化思考会遇到各种困难。但是体系性思考的困难与刑法教义学的困难应该有所区别。不能把体系化思考的弊端等同是刑法教义学本身的弊端。笔者下文将根据罗克辛教授对这些质疑进行的梳理,对相关质疑做一点澄清。

质疑一:认为体系化影响个案正义的实现。根据“目的性行为理论……一个不知道不法的行为人……可以仅仅因为自己错误具有可避免性,而必须作为故意的犯罪人受到刑

[52] 参见冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期。

[53] 陈兴良:《刑法知识的教义学化》,《法学研究》2011年第6期,第28页。

[54] 参见[德]沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期。

事惩罚……把这样一个人与明知违反了法律的人同等看待,就不能令人满意了。因此……在具体个别案件中,这个体系不是作为公正和符合目的表现出来的”。^[55] 体系性的架构并不影响对个案的具体分析,因为架构只是一种结构,在结构和框架中当然是可以有填充物的。在目的论的问题上,质疑者本人也表示“刑罚就总是必须在故意犯罪的刑法幅度内选择”,既然是在一定的幅度里选择,当然是有所区别的。同时,这个问题也说明了,对刑法教义学的研究而言,刑法的结构和体系是重要的,但是不能是唯一的。因为刑法的体系只是提供了一个大体的框架,提供了一个思考的路径。但是,对于具体的案件而言,细节的把握也是需要教义学来完成的。所以,教义学的研究对象不仅仅是体系化,还要对问题的细节进行分类,即类型化,是一种类型化的思维方式。

质疑二:认为体系化影响刑法多角度解决问题的能力。质疑者认为“与体系相联系的信条学存在着另一个困难。虽然这个体系性的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,并且会因此阻断对更好的方案的探索”。^[56] 论者举例论证了这一观点,如在共同犯罪中关于主观性的参与人的理论,即通过参与人的意志特点来考察参与人,这种做法尽管在司法中占据重要的地位。但是,这不是唯一的解决方法,因为还可根据参与人在客观上所起的作用的大小来确定实行者和参与者的地位,并形成自己的标准。论者认为以体系化为出发点的做法,虽然简化了步骤,但是却影响了刑法多角度解决问题的能力。事实上,体系只是一个工具,而不能将其看成是一个标准。在解决问题时只是为了利用这个工具给问题的解决提供便利,而不是要将其作为一个框架阻断我们的思维。工具是死的,而人是活的。所以,体系化并不能影响刑法多角度解决问题的能力。

质疑三:认为刑法的体系化“不能在刑事政策上确认为合法的体系性引导”。^[57] 体系化是重要的但不是万能的。体系化也仅仅是教义的一种重要的而不是唯一的内容。刑事政策指引教义,教义成为刑事政策的土壤,这一点并不受体系化的影响。

质疑四:抽象概念使用的弊端。质疑者认为,体系性会因抽象概念的使用而使生活中的具体情况和有关法律材料被歪曲,使人难以捉摸而产生误解。博尔诺认为:“把各种体系性构想的危险,说成是‘在一种不真实的领域中无明确目的的轻率建筑’,并且认为,‘在一个例子上找到的征兆也能够立即用于其他地方’之处,人们必须‘留点神’。在缺乏‘事实的阻力’之处,这个体系经常会丧失‘与真实性的联系’。”^[58] 体系的抽象化不等于教义学的抽象化,教义学的内容是广泛的,体系化只是其中的一个重要方面。在这里必须说明的是,抽象概念的使用是任何成文法律都无法避免的,否定抽象的概念就否定了成文

[55] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)—犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第128-129页。

[56] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)—犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第129页。

[57] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)—犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第130页。

[58] 转引自[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)—犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第131页。

法。而教义学所主张的恰恰就是弥补成文法的过于抽象。教义学是成文法中的规定与事实相联系的桥梁。概念无法表达现实的含义,缺乏真实性才正需要教义学的阐释。而随着社会发展,出现教义学中的概念不能反映客观事实的情形,正是教义学发展的空间所在。因为教义学也是开放的、可讨论的。

五 结 语

在现代法治国家,正是基于公民具有宪法和法律所保障的广泛的权利与自由,法教义学才得以深入发展。^[59] 教义学是一门实用学科,使法律应用过程中的不明确问题得以排除,其目的在于让法律得到很好的运用,使既有法律的适用具有科学性并保持稳定性。教义学通过自己的阐释,意识到现行法律的历史根源,执行良好的法律传统将被设置在积极的法律中。^[60] 在这个基础上,使法律的适用体现公平正义的要求,人们对自己行为的可预测性得以提高。刑法教义学在反映刑法的同时超越刑法文本本身,它可以对刑法进行评价。这不仅仅体现在刑法制定之后,也体现在刑法制定之前。

刑事立法者本身也是刑法教义学者,在立法过程中需要遵循刑法教义的指引。在立法草案公布讨论的时候,也可以让更多没有直接参与立法的刑法教义学者参与到刑事立法讨论中以提高刑事立法的质量。当然,即使在这种情况下,也会存在已经制定的刑法在某个方面没有能够全面地反映社会需求的现象,因为人们的认识总是有限的,而随着社会的发展更迭教义学也必须与时俱进。当法律的漏洞确实显现时,教义学的研究在法律框架内寻求相关弥合机制,但教义学不能冲击立法,否则,刑法的明确性就会被破坏。当然,在法律修改时,刑事立法者对于科学的教义的适当吸收也是惯常的做法。

在刑法成文后,教义学的评价功能主要在于对既有的成文法的内容进行阐释,其定位应该集中于对刑法的司法适用,寻求在现行刑法的框架内解决问题,刑法教义学研究使司法工作者在司法活动中对现行刑法的理解趋于科学和统一。刑法教义学是由刑事法学者、刑事法律工作者在刑事法研究和实践的过程中形成的认识,这种认识没有绝对的统一,相对于条文清晰的刑事法律而言具有不确定性。

而刑法的效力是普遍的,是广为人知的法律规范,比较而言,刑事法规范更具有受众的广泛性。但是,选择具有“优势地位”的教义是司法实践一贯的做法。如我国刑法在时间效力问题上规定了“从旧兼从轻”的原则,并根据罪刑法定、罪责刑相适应等基本原则,确定了罪责原则;再如,责任能力、罪过责任以及排除犯罪性行为等规定,使不同的行为人因主客观的危害不同而分别受到不同的处罚,有的被从轻、减轻或免除处罚,而有的被从严从重处罚。而上述刑法规范在适用中的诸多问题需要教义学者进行阐释,以增强刑法

[59] 参见[德]沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期。

[60] Christian Waldhoff: Kritik und Lob der Dogmatik-Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, Herausgegeben von Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider, Was weiß Dogmatik? — Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, S. 30.

规范的可操作性并符合公正、谦抑以及人道等基本价值要求,刑法教义学对司法实践必然会产生重要的影响。

基于以上的分析,可以对刑法教义学的特征做如下概括:

第一,刑法教义学的本质是内容而不是方法。这在笔者对刑法教义学与方法论的比较中已经阐释。刑法教义学关注的是刑法教义的形成,而方法论只是刑法教义学者在追求教义过程中所使用的工具、凭借的手段。这不但可以将刑法教义学与方法论相区分,也可以将刑法教义学与刑法解释学相区分。同样的关系适用于刑法教义学与法历史学、法社会学。刑法教义学要利用各学科的知识来探求教义,但相关学科并不是刑法教义学研究的内容。当刑法教义学者在研究刑法教义学的过程中给其他学科提出建议和意见时,这只是相关的教义学者同时在做不同的工作——他们在研究刑法教义学的时候,同时在涉足其他学科。

第二,刑法教义学的内容是教义。教义阐释刑法规定及其价值和意义,它对用有限文字表达的刑法条文的深层次的精神予以揭示,使刑法在严肃的外衣下显得有血有肉,增强受众的接受度,提高公民自觉守法的意识;教义使刑法规定明确化和具体化,它对刑法适用过程中所可能出现的问题予以明确,是连接刑法立法和司法实践的桥梁,增强司法可操作性,提高公民对自己行为的预测能力;教义增强刑法适用的科学性和公平性,它是教义学者们对刑法适用中相关问题的科学性认识,其中的共识具有间接的规范效力,它汇集了教义学者们的智慧而具有科学性,达成共识的教义促使法律工作者们在疑难问题上作出相对一致的行动而使相同的案件尽可能地得到相同的处理,体现司法正义。教义的形成是在教义学者的努力下完成的,是教义学者们以刑法、已有的判决、司法实践以及社会发展情势为研究对象,综合利用刑法学各学科(刑法哲学、刑法基础理论、刑法解释学、法社会学、法历史学、法比较学等)的研究成果,对刑法自身的以及刑法适用与司法实践后产生的问题进行阐释、界定、细化和调整的学说的集合。所以,刑法的教义是和刑法的条文对应的,是针对具体刑法规定提出的具体的实施方案。为了方便教义的学习和查找,需要对刑法教义进行体系化处理。

第三,现代刑法教义学的目的是维护现行的刑法秩序。刑法教义学阐释刑法,是为了让受众接受刑法,让法律得到遵守;刑法教义学细化刑法,是为了让刑法的适用更明确,让刑法更加科学合理的适用。问题在于刑法教义学如何评价刑法的立场,刑法教义学可以对现行的刑法进行评价,要保证刑法教义学的科学性,必须让刑法教义学者在一个中立的立场上对法律在现实生活中的运用进行评价。评价的结果必然有积极的和消极的两种情形,对对象的消极评价就是一种否定,而否定的评价就是一种批评。但是批评并不是目的,当评价者的评价结果为否定时,评价者要在现行刑法的框架内提出另一种解决方案,并对新的解决方案进行解释和说明,维护现行刑法秩序。同时,教义学者要对已有的经验和知识予以记载,形成新的教义,而这种教义将对以后的立法修正提供智力支持。

第四,刑法教义学的研究主体是刑法教义学者。刑法教义学是一门专业知识,需要大量的知识和实践经验的积累。刑法教义学者,是指从事刑法理论和实践工作的人,包括刑

事法研究者以及从事刑法制定、实施工作的人。

故而,刑法教义学的概念可以定义为,刑法教义学者以维护现有刑法秩序为立场,综合利用现有各种学科的成果研究刑法教义,从而达到解释、指导和完善现行刑法的科学。而刑法教义是教义学者们探寻现行刑法存在的合理依据和目标、厘清刑法的适用范围、分析现行刑法的不足以在刑法的框架内寻求相关弥合机制,从而形成的系统理论和具体操作建议。

[Abstract] Legal dogmatics is a necessary phenomenon in a democratic constitutional state. In China, criminal dogmatics has gone through a unique path of development from being arbitrary to being rational and from being held in esteem to being called into question. China should promote the construction of the rule of criminal law on the basis of further developing criminal dogmatics. As far as its functions are concerned, criminal dogmatics enhances the operability of the criminal law by clarifying the scope and details of the application of the criminal law, providing support to the revision of the criminal law by pooling the wisdom and common understandings of legal workers, and upholds the existing criminal law system by responding to questioning and making up for loopholes. Moreover, through the systematization of relevant doctrines, it also facilitates the search and study of and research on the content of the criminal law. Criminal dogmatics is inseparable from criminal law hermeneutics, criminal law science, criminal policy, and philosophy of criminal law, and therefore it is necessary to draw clear boundaries between criminal dogmatics and other relevant disciplines of criminal law. Although criminal dogmatics is faced with certain skepticism in the course of its development in China, the basis for its existence is undeniable. We should try to get a general grasp of this discipline of criminal law science in light of the current research status and on the basis of a multi-dimensional understanding.

(责任编辑:王雪梅)