

刑法教义学的自主研究： 一个聚焦“理论创新”的探讨

姚 诗

【摘 要】现阶段刑法教义学的自主研究应聚焦理论创新。理论创新是以本土经验为基础,形成特有的概念、规则、原则的研究活动。根据经验素材的不同,理论创新存在规范路径和判决路径之分,应改变“重规范、轻判决”的现状,以后者作为理论创新的主要来源。由于我国刑事判决欠缺说理,那种从个案或者系列个案中提炼刑法理论的做法并不合适;针对大样本判决的实证研究,包括实践纠偏型、机制阐释型、理论检验型、理论启发型等四种模式,也未能实现由判决到理论的跃迁。受实证研究的启发,应当提倡一种基于判决的理论创新模式,即针对一定数量的样本判决,以现有的刑法理论搭建分析框架,发现隐藏在判决中的特有规律,在此基础上进行理论构建、评价与修正,以此推进我国刑法教义学的自主研究。

【关键词】刑法教义学;自主研究;理论创新;规范路径;判决路径

【作者简介】姚诗,湖南大学法学院教授。

【原文出处】《中国刑事法杂志》(京),2023.5.40~54

一、问题的提出

我国刑法学界对加强法教义学自主研究的认识,有一个不断深化的过程。自20世纪80年代以来,学界先后拜师苏联刑法与德日刑法,在引进大量刑法理论、奠定了学科基础的同时,出现了针对法律移植的反思。进入21世纪后,人们发现运用国外刑法理论处理司法实践中的问题时,总有隔靴搔痒之感,这促使学界重新审视和改造舶来理论,开启了教义学知识本土化、自主化的知识转型。^①及至2022年,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》明确指出,应总结提炼“主体性、原创性、标识性的概念、观点、理论”,“构建中国自主的法学知识体系”,这标志着我国的法教义学自主研究进入了积极开展理论创新的阶段。研究者须不断自问,“以理论、思想和学术表现出来的对于世界的解说”,我们能作

出何种贡献?^②

近年来,刑法学界开启了关于理论创新的初步研究,主要通过开清单的方式刻画整体图示,具体包括:应学习西方刑法学理论中那些具有科学意义的原理和方法,同时避免“盲目推崇甚至误读”;注重研究中国问题,立足我国刑法规定,关注司法实践尤其重视判决,挖掘优秀传统文化,从本土资源中提炼教义学原理。^③上述观点具有方向引导的意义,但是显然过于宏观。进一步的问题毋宁是:既要学习西方刑法学理论,又要避免过度倚赖,这其中的适度性如何把握?刑法规定、司法判决如此繁多,应当以何种方式利用它们来进行理论创新?优秀传统文化能否以及如何与已经继受的西方理论相协调?所有这些要素应当如何整合起来发挥合力?

显然,只有对刑法教义学理论创新的方法路径开展专门研究,才能从清单式思考转向系统式思考,

促进司法实务和刑法理论的良好互动,为学者开展理论创新起到具体的指导作用,最终形成具有本土特色、能够推广适用解决实践问题的教义学理论。据此,本文认为,应当系统探讨以下几个方面的问题。首先,应对理论创新作进一步的界定。理论创新本身并非学术用语,需要在法教义学的语境下具体化,以便把握其基本内容和特征,固定研究对象。其次,应对理论创新的基本路径进行考察,明确我国刑法教义学理论创新的现状、优势,目前存在的问题以及发展方向。最后,在实证研究的启发下,探索一种判决路径下的理论创新模式,亦即整合学界提出的各项要素,形成由判决向理论转化的具体机制,并通过实例来加以阐释。

二、理论创新的基本界定

理论创新这一用语过于宽泛,应当在“构建自主的刑法教义学体系”语境下,从以下两个方面进行学理上的理解。

(一)理论创新的形式侧面

理论创新是一种理论研究活动。从方法论来看,法教义学活动主要包括三类:规范解释、法学建构(包括事实归入和概念构造两部分)以及体系化(规则与原则的建构与融贯)。^④然而,这些活动并非都属于理论研究。

可以肯定的是,规范解释和事实归入两类活动不属于理论研究的范围。规范解释是运用各种解释方法对法条中的用语作进一步的澄清。例如,强奸罪中的“暴力”,交通肇事罪中的“逃逸”,都需要进行解释。法学建构中的事实归入,是指将具体的事实现象归入到既有的法学范畴之中。^⑤探讨个案中行为是否具有期待可能性就属于这类活动。其基本做法是梳理归纳个案中所有可能认定行为人具有或没有期待可能性的事实,再进行权衡判断。^⑥考察这两类活动,前者直接针对我国具体法律规定,得到的往往是诸如“强奸罪中的暴力是指使妇女难以抵抗程度的暴力”这样的一般性陈述;后者深度倚赖个案事实,得到的是个案事实符合或者不符合某一概念

的结论。二者都不属于“理论”,也不存在盲目照搬国外刑法理论的问题。

相反,那些“揭示法律存在和运行规律的思想活动”才属于理论研究,^⑦主要包括以下两类。一是概念构造,即将法律规范回溯到更为抽象的概念和制度的活动。^⑧这种活动往往是从现有法律规范中进行归纳产生的。^⑨例如,从国家工作人员、金融机构工作人员等法律规定中能够归纳出“身份”这个概念;从丢失枪支不报罪中的“丢失枪支”“造成严重后果”这两个法律规定中,能够提炼出“客观的超过要素”概念。二是建构具体规则。这里的具体规则一般是应用—解释型理论,“并不讨论自身的法律概念和结构”,而是用来解决具体问题,且多数“以演绎方式或概念方式进行论证”。^⑩例如,根据《刑法》第26条的规定,在共同犯罪中起主要作用的是主犯。这里,“主要作用”是一个不确定概念,需要通过构建相关规则来加以具体化,以便适用于实践。再如,《刑法》第15条虽然对什么是过失进行了规定,但是这一规定属于一般性条款,“过失”应当如何判断,仍然需要通过理论构建来具体化。

(二)理论创新的实质侧面

在理论研究中实现理论创新,需要满足以下两个实质要求。

第一,理论研究应以本土实践为基础。要进行理论创新,在现有的刑法教义学理论之中寻找“缝隙”、提出新概念是行不通的,理论内部的修补无法提供知识增量,应当搁置头脑中的概念和理论,观察、归纳生活事实,面向中国经验素材。^⑪从这个意义上说,研究者提出的理论,只要没有被实践一定程度地接受,就难以说是代表“中国性”的,充其量是停留在纸面的、研究者的思想作品。例如,苏力教授从药家鑫案的处理出发,指出在现行法律下对药家鑫判处死刑固然没有疑问,但是从法律外部来看,由于药家鑫是独生子女,这一处理对于药家鑫的父母来说伤害很大。由此,苏力教授从我国古代的“存留养亲”制度中得出“法定刑严重殃及无辜时对罪犯可从

宽处罚”的结论。^⑩这一创新依托中国传统,具备了一定程度的理论说服力,但至少目前看来,该理论还不可能进入实践场域,也就丧失了进一步检验、修正的机会。因此,该理论“缺乏过硬的实证证据”,也就只能停留在一个“充满想象力的成果”阶段。^⑪

第二,理论研究应以形成新理论为目标。描述现象只是“揭示特殊”,只能止步于自我理解,“陷入对有限经验的绝对信仰”,因此,应当“从特殊中发现一般”,^⑫通过“一组逻辑相连的陈述”,^⑬将中国经验的底层根据和机制用理论的形式呈现出来。问题在于,这里要求的“新”理论该如何理解。一方面,理论创新不应采用与原有理论全盘脱钩这样一种激进的方案。^⑭基于事物的同质性,国外刑法教义学中的概念完全可以继续使用。^⑮不仅如此,新理论也需要借助现有理论知识来表达。只有这样,对其他司法辖区的人来说才是可理解的、有用的,才能够融入整个人类知识系统中,呈现出更大的价值。^⑯但是,另一方面,过度倚赖国外刑法理论,就难以脱离它的基本框架,所提出的理论只是国外刑法理论的变体。这两个看似矛盾的要求如何平衡?学者们提出了补充一修正型创新、理论替代型创新、方法理论全面替代型创新等多种观点,^⑰试图区分合格的和不合格的理论创新。在笔者看来,这些观点没有可操作性。应当认为,只要新的理论难以被国外刑法理论逻辑性地涵盖,亦即无法在国外理论体系中通过归纳或者演绎形成,难以在该框架中获得解释,就属于一种创新。例如,张明楷教授提出的“缓和的结果归属”与客观归责理论具有较为紧密的联系,能够为大陆法系刑法地区的人们所理解,但它并不属于该理论的任何一种类型,也无法被其解释。

综上,刑法教义学中的理论创新主要发生在概念构造和规则构建这两种理论研究活动中。理论创新应当以本土实践为基础,以形成新理论为目标。

三、理论创新的两种基本路径

大体来说,刑法学者开展理论研究所依据的经验素材主要有两类,一是刑事立法与司法解释,二是

刑事司法裁判。在这一意义上,理论创新包括规范路径和判决路径。

(一)规范路径

我国目前公认的刑法教义学理论创新并不多,但基本都是从我国特有的法律规定出发总结提炼而来。学者们重点观察刑事立法、司法解释与国外理论的齟齬,从差异中提炼新的理论。例如,钱叶六教授倡导的“双层共犯理论”,就是立足我国刑法以作用大小区分主从犯的规定(该规定不同于国外刑法以分工来区别正共犯的做法)而来。^⑱刘仁文教授认为,从我国关于交通肇事罪的司法解释中,能够肯定“过失共同犯罪”,并应从“违反共同注意义务”的视角进行合理化论证。^⑲陈兴良教授指出,帮助信息网络犯罪活动罪及相关司法解释的出台,为共犯行为的正犯化理论作出了贡献。^⑳

在规范路径下,最有影响力的理论创新是张明楷教授提出的如下两个概念。一是“缓和的结果归属”。张明楷教授观察到我国刑法条文、司法解释中广泛存在将“引起他人自杀”中的死亡结果归责于行为人的做法。由于他人自杀与行为人的行为之间仅有条件关系,而这种归责完全不符合大陆法系提倡的客观归责理论,于是,张明楷教授将这一做法描述为“缓和的结果归属”并将其理论化:先是指出其存在根据,即从中国的文化传统、刑事立法体例、刑事司法观念和传统刑法理论分析形成这一特殊归责的原因,指出缓和的结果归属在我国有存在的必然性和必要性;再充实这一概念的含义,即基于法律中引起他人自杀的情形,分情况探讨“缓和结果归责”的适用规则。^㉑二是“客观的超过要素”概念。张明楷教授先是总结了这样的现象,即在《刑法》第129条、第168条、第188条等许多条文中,行为人明显出于故意实施犯罪行为,但对于刑法所要求的结果却不是出于故意,而且这类犯罪的法定刑一般比较低。这显然和一般所理解的故意的认识内容包含所有客观要件要素的观点不符。于是,张明楷教授以德日刑法理论中“主观超过要素”和“客观处罚条件”概念

为分析框架,创新性地提出了“客观的超过要素”概念,以期对上述犯罪中所要求的结果作出恰当的解释。^④显然,这两个概念的提出思路,都是以国外刑法理论为比较视角,发现我国刑法规定中的差异,并将这种差别用新的话语表达出来。

相较于下文的判决路径,规范路径在我国更受青睐,主要有以下两个原因。第一,规范具有较高的实践接受度。规范路径倚赖的素材是法律规定,而法教义学始终以立法为合理性假定,^⑤因此由规范提炼的理论在我国不容易受到质疑。比较来说,判决显然缺乏这样的权威性。我国并非判例法国家,判决并不具有先例效力,不同判决之间的说理也可能互相矛盾。第二,规范能够传递更为清晰的信息,研究者更容易从规范中发现我国与国外理论的差异。刑事立法和司法解释是立法者和司法者在掌握了大量实践资料后,在“总结司法实践问题和经验的基础上”作出的明确规定,且用简练明晰的语言表达出来。研究者只要以国外刑法理论为分析框架,就能够快速发现我国法律规范与国外理论的差别,但判决书由于缺乏说理等种种原因,难以做到这一点。

(二)判决路径

在国外,立法科学性的加强,使得由法律规范中产生基本法律概念的创新活动已经很罕见,^⑥更多的是从司法实践中推动理论创新。从方法上看,主要是依靠个案或系列案件的说理裁判,从中提炼新的理论。例如,日本学者从水俣病案件提出了疫学因果关系说,从“大阪南港事件”提出了“实行行为危险现实化”理论。日本学者还借助系列判决,对不作为参与作为的共同犯罪问题以及承继共犯问题提出了本土化的观点。^⑦在美国,罗伊诉韦德案、韦伯斯特诉生育健康服务中心案、南宾夕法尼亚州计划生育诊所诉凯瑟案等系列案件中,就产生了隐私权的界定、民主政治与司法的关系理论。^⑧在我国,不少学者也提出要通过此种案例研究来推动理论更新和发展。例如,周光权教授认为,应当关注罕见个案以及司法实践中同案不同判的现象,以此建构新的裁判

规则,为教义学发展提供机会。^⑨刘仁文教授也强调,要开展本国判例研究,提炼自己的理论来“发出中国刑法学声音”。^⑩

然而,这种理论创新模式是建立在较为清晰的裁判说理基础上的。正常情况下,司法裁判需要通过说理来解决纠纷,^⑪主要是通过说理明晰争议焦点、论证实践立场,由此学者能够准确把握实践观点并形成理论。但是,在我国罕见案例、疑难案例通常没有具体明确的裁判说理,裁判文书在列举了案件事实以后就直接跳到结论,很少围绕案件焦点展开细致的法律分析。^⑫对此,最高人民法院曾于2018年出台《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》,试图改变我国裁判文书缺乏说理的局面,但由于该规范文件中的操作规则存在诸多疑问,^⑬且缺乏强制力,其效果差强人意。不仅如此,有的文书看似进行了说理,实则不然。例如,在最高人民法院发布的第27号指导案例“臧进泉等盗窃、诈骗案”中,法官指出:“臧进泉、郑必玲获取财物时起决定性作用的手段是秘密窃取,诱骗被害人点击‘1元’的虚假链接系实施盗窃的辅助手段,只是为盗窃创造条件或作掩护,被害人也没有‘自愿’交付巨额财物,获取银行存款实际上是通过隐藏的事先植入的计算机程序来窃取的,符合盗窃罪的犯罪构成要件。”刘仁文教授据此认为,该判决表明司法实践中“秘密性”手段是窃取他人财物的核心要素之一。^⑭问题是,这一案件的争议焦点并不在于盗窃的秘密性和公开性,而在于盗窃和诈骗的区分。文书中的“秘密窃取”只是法官进行的习惯性表达,与本文所称的裁判说理并无关系。

可以肯定的是,和规范路径相比,通过判决来提炼教义学理论,是未来更为重要的一种方式。一方面,如前所述,国外刑法理论的发展经历已经表明,从刑法规定提炼新理论的空间将会越来越小。即使随着我国社会的发展,像网络犯罪这样的新型立法会持续出现,但立法科学性的提高会促使新的规定与既有规定在理论上保持协调,降低理论创新的可

能性。另一方面,法律规则属于一般性命题,对立法本身的理解需要倚赖司法裁判。即使法律出台时有清晰的含义,随着时代变化,它在司法裁判中也可能发生变化,因此,法律实际上是怎么运作的,必须通过司法裁判才能呈现出来。围绕法律规定所延伸开来的鲜活的案件才是它的精髓所在。^⑤

那么,在我国司法裁判普遍缺乏说理的情况下,如何构建一种新的判决路径?笔者认为,我国基层刑事司法工作人员鲜少运用舶来理论说理,更多的是以社会需求、价值理念为指导,遵循事理来判案,只是没能用话语准确、恰当地呈现出来。换言之,法官处理纠纷的立场、观点,或许难以从单个的生硬的判决中体现,但有可能从一定数量的判决中加以提炼。显然,这一任务对于擅长规范理解和运用但不擅长事实描述和阐释的教义学者来说,^⑥将是不小的挑战,也是我国自主研究过程中开展理论创新所面临的特殊问题。

四、实证研究的启发

实证研究以一定数量的判决作为研究对象。根据研究方案所指向的目的,大致可分为以下几种模式。

模式一:实践纠偏型。该模式系通过分析裁判文书,在刑法条文和教义学框架下论证实务做法的不合理性,并寻求该框架下的解决办法。以尹子文对防卫过当的研究为例,作者考察了722份刑事判决,探究司法实践如何理解与适用正当防卫相关刑法条文,总结出实践中存在仅以损害后果甚至轻伤来认定防卫过当、对伤害类型的过当结果都认定为故意,以及对防卫过当免除处罚的适用率低、量刑时重复评价、间接处罚等系列现象。尹子文运用法教义学知识和方法指出这些现象都不合理,进而给出了教义学上的改正方案。^⑦

正如尹子文所言,之所以没有采用个案研究而去分析大样本判决,是为了“全面探究实务部门对于防卫过当的认定以及其中存在的问题”。也就是说,在该模式下样本判决的作用是为了呈现司法实务中

的问题。这些问题被置于教义学体系中加以检讨,其目的是用教义学来修正这些不当做法。申言之,判决是被审视的对象,研究者旨在用教义学来改造判决,而并未期望由判决向教义学输出新的要素。据此,研究者当然难以经由实践启发达至教义学理论的创新。

模式二:机制阐释型。该模式重视法作为“行动中的法”的特质,认为法官并不是以法学理论和方法来指导法律的适用,而是受到诸多法外因素的影响。^⑧因此,要真正了解法律的运行,就不能将眼光停留在法条和教义学内。以赵军对正当防卫的研究为例,赵军将“是否实质入刑”作为因变量,将“起因过错”等23个与裁判结果可能相关的情节作为自变量,对1976例个案进行分析,^⑨得出人数对比、侵害工具、反击方式等事实不受法官重视,而损害后果与被害人谅解积极影响法官对正当防卫的认定的结论。这一发现表明,有关司法实务对正当防卫规则进行了违背立法精神的重构。赵军结合数据和访谈,指出政法协作型办案机制以及政法共同体的防卫观、犯罪观是司法重构的动因与底层逻辑,呼吁加强刑事诉讼改革、阳光司法等措施来改变上述现象。^⑩

模式二与模式一都通过分析样本判决来确定司法实践中影响正当防卫认定的因素,但两者的结论并不完全相同。主要原因是,模式二并未将分析框架局限在教义学上,而是将法律内外的因素都囊括在考察范围之内,赵军在该研究中选择的自变量就证明了这一点。分析判决的知识框架发生了变化,判决所呈现的信息也就有所不同。模式二在描述了判决之后,将研究重点放在对判决现象的理解即机制阐释上。可见,其对样本判决的研究旨在呈现司法运行的样态,为分析该样态背后的因果机制提供素材,^⑪同样不是以理论创新为目标。

模式三:理论检验型。在该模式下,研究者通过实证方法对大量判决进行分析,旨在检验特定的刑法教义学理论与我国司法实践的契合程度。该模式的本质是对刑法理论学说的教义学实证研究,被誉

为“刑法理论与刑法实践之间的桥梁”。^④例如,在盗窃罪的既遂问题上,学界存在控制说和失控说两种理论。若想了解实务界倾向于哪种观点,就需要对判决进行检验。控制说认为被告人最终控制了盗窃的物品时为既遂,失控说则认为被害人失去了对财物的控制时为既遂。据此,研究者能够通过考察“被害人失去对财物控制但被告人尚未取得盗窃物品”的判决,根据判决结果是既遂还是未遂对判决作出区分。研究者发现,95%的判决都认定为未遂,由此说明绝大多数法官认同控制说。^⑤

该模式以理论检验为目标,因此不再把判决视为服务教义学的角色,而是将两者放在平等位置来考察两者的吻合程度。不过,这类模式只能通过现象描述,得出我国判决和某个理论是否一致的结论,即某种意义上的证实或者证伪。在理论和实践不一致的情况下,能否从判决中进一步提炼出新的教义学概念或者理论,就超出了该模式的研究范围。

模式四:理论启发型。该模式以教义学理论为分析框架,对样本判决进行检验后,若发现判决中存在不符合任一现行理论的情况,就说明理论和实践之间存在空隙,需要对现有理论进行重新思考。以邓矜婷对网络帮助行为的研究为例,邓矜婷以帮助犯的正犯化理论、帮助犯的量刑规则、帮助犯独立化理论等作为理论分析框架,分析了104份判决对网络帮助行为的定罪“是否需要查实下游犯罪、是否要求对下游犯罪有主观认识”等,指出了既有理论与判决规律之间的差异:对于提供IP地址切换程序等部分促进下游犯罪的行为,以及以网络推广等为代表的帮助下游犯罪前后期的行为,司法实务在进行独立定罪时,既不符合帮助犯正犯化理论,也不符合传统的帮助犯理论,典型的表现就是“积量构罪”,即虽然被帮助的每个犯罪本身并没有达到成立犯罪所需的数额,但由于帮助者提供了多次帮助,累积数额极大,即使正犯本身不构成犯罪,提供帮助者也成立独立的犯罪。^⑥

上述研究在发现了判决与现有理论的不一致之

后,并不满足于该检验结果,而是产生了提炼新理论来解释现实的需求,这是它与模式三的区别。但是,该研究仅以“启发对刑法相关规定的理论讨论”匆忙结尾,实质上并没有完成从判决描述到理论发现的过程。在笔者看来,要达成这一目的,需要回到共犯理论领域中进行再度思考,尝试对所发现的规律进行理论表达。可能的讨论方向是:若该类网络帮助犯罪的成立在主观上要求“明知”而不要求具备共同故意,客观上要求存在下游犯罪,但不要求下游犯罪达到可罚的违法性程度,则该成立要求已经介于帮助犯的最小从属性和帮助犯的正犯化之间,它对于现有的共犯理论有何冲击?是否属于一种新的共同犯罪形态?只有对这些问题进一步讨论才有可能产生新的理论。

诚如默顿所言,开展经验研究,不应仅限于证实和检验理论的被动作用,而应进入创立理论、修订理论、转变理论和澄清理论的阶段。^⑦这一论断对于面向判决的经验研究同样适用。笔者认为,有必要在模式三和模式四的基础上再往前一步,围绕判决描述与理论提炼,倡导判决研究的新模式。

五、基于样本判决的理论创新模式

本文所称的判决研究的新模式,是指针对某类法律问题,科学选取一定数量的判决,通过“理论检验—规律提炼—理论建构—理论评价与修正”这四个步骤,完成理论创新的活动。

(一)理论检验

理论检验,是针对某个法律问题,以相关的国外刑法理论作为分析框架,考察样本判决与该理论是否契合。若检验发现样本判决和现行理论基本符合,则说明我国司法实践并没有脱离该理论。但是,当两者存在不吻合之处时,说明我国可能采取了不同于国外理论的观点。那么,在判决记载的诸多信息中,应当追踪、提取和整理哪些信息来考察判决与理论的契合度?这要求设计一个合理的理论检验方案。

前述模式三中,盗窃既未遂认定的理论检验方

案是恰当的。比较失控说和控制说,会发现两者在“被害人失去对财物控制但被告人尚未取得盗窃物品”的判决中将得出既遂或者未遂这两种不同的结论来。据此,可行的方案是考察“行为人的盗窃未得手的事实”“行为人成立既遂/未遂的判决结果”这两个信息,先通过“行为人盗窃未得手的事实”来选择样本判决,再对各判决结果是既遂还是未遂进行统计,就能够知道实践中采取了何种学说。^④此外,模式四中,邓矜婷以帮助犯的正犯化理论、帮助犯的量刑规则、帮助犯独立化理论等作为理论分析框架,检验我国对网络帮助行为的定罪与这些理论是否存在差异时,关注的是判决中“是否需要查实下游犯罪”“是否要求对下游犯罪有主观认识”“主观认识的程度如何”等信息,这些信息显然能够体现前述理论之间的差异,也是一个较为合理的检验方案。

但是,另一些研究中设计的理论检验方案则存在疑问。白建军教授在限制死刑适用的实证研究过程中,试图检验结果无价值和行为无价值两种理论在死刑适用问题上的表现。他首先分析致死数量、致伤数量对死刑适用中“罪行极其严重”和“不是必须立即执行”的判断的影响,得出结论是“致三人以上死亡”是导致死刑立即执行的最重要因素。作者认为这可能是结果无价值论最有力的证据,但马上又反思了这一结论,因为导致了三人以上死亡的人不可能主观恶性不大、人身危险性低,主观要素可能也对死刑适用有影响。其次,作者又分析前科、累犯、犯罪后采取补救措施、自首、立功、精神病人等若干因素对“罪行极其严重”和“不是必须立即执行”的影响,得出结论是具有较为显著的关系。由此,作者认为,结果无价值和行为无价值这种二元思维是人们对刑法世界的观念建构,没有哪种二元化理论可以单独概括普遍的刑罚适用实践。^⑤

然而,结果无价值和行为无价值是刑法教义学中关于违法的本质的两种对立学说。若要检验结果无价值和行为无价值在死刑适用问题上的表现,那么就明确二者在死刑适用的问题上可能有什么

区别,或者说死刑适用与哪些因素相关时更能体现结果无价值或行为无价值。那么,致死数量、前科、累犯、自首等因素是否行为无价值和结果无价值在死刑适用问题上的区别?所谓行为无价值,是“对于与结果切断的行为本身的样态所作的否定评价”,而结果无价值是“对于行为现实引起的法益侵害或者危险所作的否定评价”,在违法性的根据上,存在行为的恶、行为人本身的恶与结果的恶之间的对立。^⑥显然,致死数量本身并不能排除行为无价值的影响;前科、累犯、自首、精神病人、犯罪后采取补救措施等因素对死刑适用的影响,也与行为无价值和结果无价值这两种违法观无直接关联。就连作者自己也承认,“这些因素大都发生在犯罪前或犯罪后,若用犯罪本身的行为无价值或结果无价值来概括,似乎都过于简化”。^⑦既然所验证的理论和所选取的变量本就关联不大,那么该文最终得出的“结果无价值与行为无价值的二元化理论与死刑适用实践不符”这一结论也就丧失了意义。^⑧问题的症结,即在于作者急忙冲入经验观察之中,而忽略了理论检验方案的合理性。

(二)规律提炼

通过前述理论检验过程,发现判决经验与现有理论之间存在差异时,应当进一步考察这种差异是否规律性地呈现。亦即我国判决是否体现出,在具备某种条件或者要素的情况下(行为模式),重复得到某种结论(法律后果)。规律越是清晰,所提炼的理论越能获得司法实践的支持。若完全不存在任何规律,说明我国实践中对该法律问题并没有形成值得注意的观点。

这里仍以“缓和的结果归属”概念来进行说明。张明楷教授通过理论检验的过程,发现我国刑法条文、司法解释在“引起他人自杀”的处理上,与大陆法系提倡的客观归责理论存在明显差异,但其中的规律还需要进一步发掘,亦即引起他人自杀这一因素在我国刑法中可能规律性地导致何种法律后果。为此,张明楷教授对“引起他人自杀”在法律上的不同

后果进行考察,分为“作为成立较轻的基本犯的情形”“作为从重处罚的情形”“作为处罚较轻的加重犯的加重结果情形”以及“作为处罚较重的加重犯的加重结果情形”,总结出“引起他人自杀行为在我国大多承担了相对较轻的刑事责任”这一规律,^④为“缓和的结果归属”概念的提出奠定了基础。

另一个例子是邓矜婷对网络帮助行为的研究。网络帮助行为在判决中表现为提供木马、病毒程序、游戏外挂、租用微信支付账号、呼叫转移、验证码自动识别、提供服务器托管、网络接入、域名解析等至少十几种行为样态,要找到它们与判决结果之间的规律是非常困难的。邓矜婷发现不同网络帮助行为对下游犯罪的促进程度存在明显差异,于是按照促进程度的区别将十几种网络帮助行为进一步类型化,最终发现了各类行为成立犯罪的规律,亦即在部分类型中,判决符合帮助犯正犯化理论,但有一类网络帮助行为,它们为多个下游违法行为提供帮助,但这些违法行为并未达到成立相应犯罪的程度。对此,司法实践中并没有严格遵循共犯理论,而是将这一类行为认定为犯罪。^⑤从该研究可知,在行为模式复杂的情况下,将目光不断往返于各行为模式和判决结果之间,找准根据对其进行类型化,是寻找判决规律的一个重要方法。

(三)理论建构

理论建构,要求将本土特有的判决规律由现象描述层面上升到理论层面,即针对该规律寻求解释因,并用简化的命题形式表达出来。^⑥显然,若无法形成理论,就难以将我国特有的实践经验固定下来,难以进一步推广运用,难以与国外刑法理论进行对话。

理论建构是法学科学性的要求。理论是隐藏在现象一事物背后的东西,是多个元素之间以某种机制互相关联并能解释某类现象的命题。^⑦因此,理论的建构有两种可能。一种是出现了新的元素,进而重构了元素之间的关联机制。例如,德国刑法过去一直以行为支配理论作为判断正犯的根据。但是,

罗克辛在观察了不少犯罪类型后发现,它们的违法核心并不在于行为支配,而是有义务者不防止结果发生,因此提出了义务犯理论,该理论重构了义务与正共犯之间的关联,从而也具备了不同于支配理论的新的正共犯解释机制。^⑧另一种是既有元素虽然不变,但元素之间的关联机制发生变化。大陆法系刑法理论发展得非常成熟,加上问题的本质和解决问题的方法“具有共通性或相似性”,^⑨要发现新的要素并不容易。但是,就像是用同样的化学元素,经过不同的组合方式可形成新的化合物一样,^⑩既有理论各元素之间存在新的关联机制时,同样可能产生新的理论。例如,在故意的认定上,过去的意欲理论要求根据认识因素和意志因素共同决定,追求的是个案正义。但是,认知理论则认为,应当以认识因素的高低程度来论断意志因素的有无,改变了这两种核心要素之间的关联机制,也使得理论的价值立场发生了根本变化。^⑪

理论建构也是法学实践性的要求。欠缺理论时,往往难以合理地解决实践问题。我国目前更多的是采用如下两种方式。一是类比。例如,关于醉酒犯罪的人是否应当承担刑事责任,实践中的做法是将吸食毒品后犯罪的行为和精神病人犯罪作对比,认为前者是主动导致自己陷入责任能力瑕疵的状态,后者则是被动形成这一局面,因此前者应当承担刑事责任。^⑫问题在于,欠缺责任能力的状态是否是主动导致的,这与要不要承担刑事责任并没有合理的关联,实际上精神病也可能系行为人自己不良习惯导致。而且,即使这一类比是正确的,也没能进一步回答吸毒致幻后犯罪的应定何罪,量刑能否从轻,从轻的根据是什么,影响的方式和程度如何,等等。显然,这些问题绝不是简单的类比可以解决的,需要构建整体理论。二是整体考察。在解决某问题时,人们习惯于将所有待考虑因素列举出来,进行整体考察。例如,我国刑法中主从犯的判断,一般认为应根据行为人罪前、罪中和罪后的表现综合进行,包括罪前是否主动要约他人犯罪,罪中是否积极主动

地实行犯罪活动,罪后行为人是否支配、控制赃款赃物,是否指挥逃跑等。^⑩再如,我国强奸罪成立的核心是“违背妇女意志”。司法实践认为,一方面应从女性是否具有合意的资格、是否出于真实意思表示、是否有意思表示等要素来考察性行为是否“没有违背妇女意志”,另一方面应从男方采取的手段,女性是否反抗,以及是否能够反抗、敢于反抗和知道反抗等情况来考察性行为是否“违背妇女意志”。^⑪上述判断规则都仅仅是一份清单,列举了诸种要素,却没有交代要素之间的逻辑关系。可以说,只要开始“综合判断”,就意味着放弃了理论建构。

(四)理论评价与修正

从样本判决中发掘理论这个过程,本质是对判决现象进行理论解释,这体现了实证科学的特点。^⑫但是,要完成理论创新的过程,还有必要对所建构的理论作出价值评价,并进行可能的修正。对于法教义学而言,假定实定法的正确和有效、以实定法作为教义学论证出发点是人们的共识,但是,这并不意味着法律条文在教义学研究中可以不接受理性检验。^⑬同样,从判决中提炼的理论,系样本判决对某个问题的主张,它受多重因素作用而成,它的存在本身并不意味着该理论的合理性和正当性,这一点从我国学者对正当防卫的实证研究即可看出。我国司法实践整体上对正当防卫采取严格认定的态势,学者们也发现了唯结果论的规律。这样的集体经验当然承载了一定的社会功能,但是,仍然有必要从价值的角度对这类经验作出进一步的评价。因此,至少还需要考察该理论的价值基础是否违背刑法的基本原则,其所承载的社会功能是否正义、理性、有益。在此基础上,再考虑是应当全盘接受该理论,还是应对其作出一定程度的修正抑或完全摒弃。初步可以认为,理论创新的程度越高,与现行理论的背离越远,越需要对该理论进行积极的审视,反之则仅需进行消极的检验。例如,缓和的结果归属概念与客观归责理论相去甚远,张明楷教授提出了这一概念后,并没有即刻认可它,而是谨慎分析了它的形成基础,

发现它部分与我国立法和司法功能失调有关,并且可能存在违反责任主义与罪刑相适应原则的现象,因此,在肯定该概念存在的必要性之后,对它的适用规则进行了大刀阔斧的修正。^⑭

六、余论:一个由判决到理论的实例

笔者曾对不作为参与作为的正共犯区分问题展开研究。基于作为和不作为在存在论上的巨大差异,不作为人参与作为犯罪时应当评价为正犯还是共犯(在我国则为主犯与从犯的确定)是刑法研究的经典疑问。^⑮对此,大陆法系刑法早已提出了诸多理论。我国司法实践能否在这一领域贡献新的知识,值得深入判决一探究竟。这里以该研究为例,^⑯进一步阐释本文所倡导的理论创新模式。笔者在中国裁判文书网、北大法宝、北大法意等案例库中以“不作为”全文检索,收集到1995年至2018年的不真正不作为犯相关判决共119件,其中有不作为参与的共同犯罪40件,不作为参与作为的共同犯罪25件,由此划定了样本判决的范围。

首先,确立理论分析框架。国外刑法关于正共犯区分的理论繁杂且互相勾连,包括主观说、因果区分说、结果原因支配说、管辖理论、行为支配说、因果经过支配说、义务犯理论等各种学说。显然,要以这些学说观点对判决进行一一分析是不现实的。于是,笔者将其中的重要理论进行如下模式化描述。第一个阵营为原则帮助犯阵营,该阵营判断正犯的核心概念为“支配”,即那些将事态发展流程掌握在手中的人才构成正犯。该阵营的结论为,不作为人一般不具备“支配”,仅构成从犯。第二个阵营为义务犯阵营,不作为犯用以判断正犯的核心概念为“义务”,义务违反系不作为犯的正犯认定根据。该阵营结论为,不作为人都是特殊保证人,一般成立正犯。第三个阵营为具体判断阵营,该阵营的核心概念为“义务类型(区分)”。该阵营的结论为,应当根据不同的义务类型决定行为人是否成立正犯。

其次,对样本判决进行理论契合度检验。笔者先从结论要素出发。三种理论类型在不作为成立正

犯或共犯的结论上差异较大,因此可以通过对判决结论的分析,获得我国司法实践在阵营归属上的大致判断。在不作为参与作为的共同犯罪的25件判决中,9件判决认定不作为人构成主犯,16件判决则认定了从犯。统计不作为主从犯的认定比例接近1:2,这说明实践中没有采取原则正犯说,要么倾向于具体判断阵营,要么倾向于原则帮助犯阵营为主、各种阵营混合的做法。接着,从核心要素出发,检测各阵营的核心要素在判决中的解释力度来勾勒整体判决立场,做出进一步的判断。若实践更契合原则帮助犯的立场,以支配概念应该能够解释绝大部分判决结果,反之,若与具体判断阵营的立场相符,则从义务区分的角度去解释判决将更为顺畅。经过分析可知,我国对不作为正共犯的区分,整体上应归属具体判断阵营,“义务区分”是我国司法实践中正共犯判断的关键。但是,目前该阵营中的任何一种理论都不能解释我国司法实践。

最后,描述判决规律并提炼理论。由于我国判决整体上与义务区分阵营更具亲和性,这说明我国判决中隐藏的规律很可能与义务类型有关。笔者以此为切入点,根据不同的义务类型对判决进行分类后,观察到各义务类型下的主从犯判断呈现出一定的规律。具体而言,在监督他人类型的义务中,判决倾向于认定不作为人成立主犯;在监督危险源如场所管理类义务中,法院没有争议地认为义务人成立从犯;在保护财产法益类犯罪中,法院重视对义务履行的独立评价,并且是否成立正犯与义务人所处的地位有关;在先前行为义务类型中,正犯的成立与先前行为的违法程度密切相关。上述规律表明,我国判决对不作为主从犯的判断所依赖的核心要素即“义务区分”并没有发生变化,但各义务类型与判决结果之间的关联机制显然不同于以往任一理论。为此,笔者引入了法益概念,认为作为和不作为即使在存在论上千差万别,但有实质的共性,即都借助改变或不改变因果流程对法益施加影响。在此基础上,构建了面向法益的义务区分理论:义务与法益的关

联方式和程度的不同,是不作为主从犯认定的关键。具体而言,应以各义务原本被期待在因果流程中所处的位置来判断不作为对法益侵害的作用大小;先前行为型义务具有特殊性,其作用大小取决于先前行为本身对法益侵害的贡献。进一步的论证表明,该理论根据不违背刑法基本原则和价值,相关具体推论也不会带来不公平不合理的结论。

注释:

①参见邓正来:《全球化与中国社会科学的“知识转型”》,载《解放日报》2009年8月9日,第8版。

②参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,自序第6页。

③参见刘仁文:《再返弗莱堡》,载《法制日报》2017年12月27日,第9版;朱苏力:《从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负》,载《法学》2011年第6期,第7-11页;丁胜明:《刑法教义学研究的主体性》,载《法学研究》2015年第2期,第42页;等等。

④参见雷磊:《法教义学的方法》,载《中国法律评论》2022年第5期,第77页。

⑤参见雷磊:《法教义学的方法》,载《中国法律评论》2022年第5期,第86页。

⑥参见[德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第12-13页。

⑦参见姚建宗:《法学研究及其思维方式的思想变革》,载《中国社会科学》2012年第1期,第119页。

⑧参见雷磊:《法教义学的方法》,载《中国法律评论》2022年第5期,第85页。

⑨参见[德]尼尔斯·扬森:《民法教义学》,朱晓喆、沈小军译,载《苏州大学学报(法学版)》2016年第1期,第103页。

⑩[德]尼尔斯·扬森:《民法教义学》,朱晓喆、沈小军译,载《苏州大学学报(法学版)》2016年第1期,第103页。

⑪参见李连江:《学者的术与道》,上海交通大学出版社2022年版,第81页;林毅夫:《论经济学方法:与林老师对话》,北京大学出版社2005年版,第92-93页。

⑫参见朱苏力:《从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自

负》，载《法学》2011年第6期，第7-11页。

⑬参见李强：《面向刑法教义学的实证研究》，载《政治与法律》2021年第12期，第130页。

⑭张静：《从特殊中发现一般——反思中国经验的阐述问题》，载《学术月刊》2022年第3期，第143页。

⑮伍晓明：《理论何为？》，载《文艺研究》2022年第1期，第17页。

⑯我国引入大陆法系刑法理论后，不论是学术研究还是司法实践都有了重大的进步，这是有目共睹的。当进步是主流时，应当更多地关心我们“做对了什么”，而不宜推倒重来。

⑰参见张明楷：《刑法学中的概念使用与创制》，载《法商研究》2021年第1期，第6页。

⑱参见张静：《从特殊中发现一般——反思中国经验的阐述问题》，载《学术月刊》2022年第3期，第143-144页。

⑲参见王浦劬、臧雷振：《中国社会科学研究的本土化与国际化探讨——兼论中国政治学的建设和发展》，载《行政论坛》2021年第6期，第11页。

⑳参见钱叶六：《双层区分制下正犯与共犯的区分》，载《法学研究》2012年第1期，第126页。

㉑参见刘仁文：《再论强化中国刑法学研究的主体性》，载《现代法学》2023年第4期，第97页。

㉒参见陈兴良：《共犯行为的正犯化：以帮助信息网络犯罪活动罪为视角》，载《比较法研究》2022年第2期，第44页。

㉓参见张明楷：《论缓和的结果归属》，载《中国法学》2019年第3期，第269-281页。

㉔参见张明楷：《“客观的超过要素”概念之提倡》，载《法学研究》1999年第3期，第23-30页。

㉕参见白建军：《论刑法教义学与实证研究》，载《法学研究》2021年第3期，第118页。

㉖参见雷磊：《法教义学的方法》，载《中国法律评论》2022年第5期，第86页。

㉗例如，在不作为人参与作为的共同犯罪中，不作为人构成正犯还是共犯，日本主流观点采取的是原则帮助犯说，但具体理论和判断标准与德国学说已有明显的差别。参见[日]桥爪隆：《有关不作为与共犯的几个问题》，王昭武译，载《苏州大学学报(法学版)》2018年第1期，第125页；[日]西田典之：《不作为的共犯》，王昭武译，载《江海学刊》2006年第6期，第31页。

㉘参见方流芳：《罗伊判例：关于司法和政治分界的争

辩——堕胎和美国宪法第14修正案的司法解释》，载《比较法研究》1998年第1期，第5-12页。

㉙参见周光权：《论中国刑法教义学研究自主性的提升》，载《政治与法律》2019年第8期，第93页。

㉚刘仁文：《再论强化中国刑法学研究的主体性》，载《现代法学》2023年第4期，第96页。

㉛参见雷磊：《从“看得见的正义”到“说得出的正义”——基于最高人民法院〈关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉的解读与反思》，载《法学》2019年第1期，第174页。

㉜参见周光权：《凡刑辩艰难处皆为刑法学痛点》，载《中国法律评论》2020年第1期，第1-2页。

㉝例如，该《意见》与其他相关文献均倾向于认为法官所引之“理”应为通说。所谓通说，是指在实务界和理论界同时占据支配地位的观点(参见庄加园：《教义学视角下私法领域的德国通说》，载贺剑主编：《北大法律评论》(第12卷第2辑)，北京大学出版社2011年版，第325页)。然而，在研究处于后发式、社会处于转型期的中国，在很多问题上要确定通说并不容易。这使得法官引用学理几无可能。

㉞参见刘仁文：《再论强化中国刑法学研究的主体性》，载《现代法学》2023年第4期，第96页。

㉟参见[美]卡尔·卢埃林：《荆棘丛》，王绍喜译，中国民主法制出版社2020年版，第44页。

㊱See Douglas Husak, *Overcriminalization*, Oxford University Press, 2007, p. 62.

㊲参见尹子文：《防卫过当的实务认定与反思——基于722份刑事判决的分析》，载《现代法学》2018年第1期，第178-192页。

㊳参见[美]弗里德里克·肖尔：《像法律人那样思考》，雷磊译，中国法制出版社2016年版，第140-147页。

㊴另一些研究中，学者会采取实证研究，抓取天气、犯罪人性别或者种族等要素，研究它们和判决结果之间的关系是否存在某种规律。这样的研究也许能够从现象阐释的角度发现一些有趣的现象，但这些现象不太可能与法教义学相关。这是缺乏理论作为分析框架所导致的，这种研究往往无法深入法教义学理论内部。即使是波斯纳也认为，这类科际互动必须确保“相关证明”(Relevance)和“实际影响”(Practical Impact)的测试以免于淘汰，即“以是否对法律原则或制度造成改变等法制的变化作为衡量标准，从法律的观点决定社科研究的去留”。参见苏永钦：《法学为体，社科为用——大陆法系

国家需要的社科法学》，载《中国法律评论》2021年第4期，第92页。

④⑩参见赵军：《正当防卫法律规则司法重构的经验研究》，载《法学研究》2019年第4期，第156页。

④⑪正因如此，模式二与模式一的不同还在于，前者并不热衷于提出解决问题的具体方案。

④⑫白建军：《论刑法教义学与实证研究》，载《法学研究》2021年第3期，第130页。

④⑬参见白建军：《法学研究中的实证发现——以刑事实证研究为例》，载《政治与法律》2019年第11期，第13页。

④⑭参见邓矜婷：《网络空间中犯罪帮助行为的类型化——来自司法判决的启发》，载《法学研究》2019年第5期，第146-149页。

④⑮参见[美]罗伯特·默顿：《社会理论和社会结构》，唐少杰、齐心等译，译林出版社2015年版，第224-225页。

④⑯当然，在这个问题上只有既遂或者未遂两种结论，我国司法实践中不可能出现第三种结论，因此不存在理论创新的可能。倘若在有的国家存在无罪结论，那么就有可能出现新的理论学说。

④⑰参见白建军：《论刑法教义学与实证研究》，载《法学研究》2021年第3期，第124-125页。

④⑱参见张明楷：《行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷》，载《中国社会科学》2009年第1期，第99页。

④⑲白建军：《论刑法教义学与实证研究》，载《法学研究》2021年第3期，第125页。

④⑳实际上，即使检验过程是合理的，这样简单的描述性结论也并没有超出人们的基本认知，所作出的知识贡献有限。

⑤①参见张明楷：《论缓和的结果归属》，载《中国法学》2019年第3期，第265-268页。

⑤②参见邓矜婷：《网络空间中犯罪帮助行为的类型化——来自司法判决的启发》，载《法学研究》2019年第5期，第144-149页。

⑤③参见张静：《从特殊中发现一般——反思中国经验的阐

述问题》，载《学术月刊》2022年第3期，第149页。

⑤④参见陈嘉映：《哲学·科学·常识》，中信出版社2018年版，第65页。

⑤⑤Vgl. Claus Roxin, Srafrecht AT Band 2, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 1. Aufl., 2003, S. 106.

⑤⑥周光权：《论中国刑法教义学研究自主性的提升》，载《政治与法律》2019年第8期，第92页。

⑤⑦参见李连江：《学者的术与道》，上海交通大学出版社2022年版，第80-81页。

⑤⑧参见[德]英格博格·普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社2011年版，第170-176页。

⑤⑨参见杨占富、胡凌：《陈万寿故意杀人案——吸食毒品致精神障碍后故意杀人案件的处理原则》，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编：《刑事审判参考》（总第113辑），法律出版社2019年版，第44页。

⑤⑩参见高铭暄：《刑法专论》（第2版），高等教育出版社2006年版，第338页。

⑤⑪参见胡云腾主编：《刑法罪名精释》（第5版），人民法院出版社2022年版，第690-691页。

⑤⑫参见张五常：《科学说需求》，中信出版社2010年版，第62页。

⑤⑬参见白建军：《论刑法教义学与实证研究》，载《法学研究》2021年第3期，第118-119页。

⑤⑭参见张明楷：《论缓和的结果归属》，载《中国法学》2019年第3期，第279-281页。

⑤⑮诚然，德日刑法理论讨论的是共同犯罪中正犯与共犯的区分，我国刑法条文中采用的是主犯与从犯的表述，它们在某些方面存在区别。但是，从正犯的判断标准来说，德日刑法理论一般认为正犯是共同犯罪中的核心人物，起着重要作用，这与我国对主犯的判断标准相同。本文在这个意义上认为正犯和主犯、共犯和从犯是相当的概念。

⑤⑯参见姚诗：《不作为正犯与共犯之区分：实践发现与理论形塑》，载《法学家》2020年第4期，第115-119页。