

社科法学的误会及其风险

——以戴昕教授对刑法学中自杀研究的批评为样本的分析

邹 兵 建^{*}

摘要:研究本人自杀行为是否违法的问题对解决参与自杀行为是否构成犯罪的问题具有重要的理论意义,因而刑法学者对这个问题的讨论绝非“无谓争论”。为避免法律的适用被偶然因素和专断所左右,法教义学主要采用体系性思考的方法。体系性思考中的“体系”是指以某种哲学立场为基础的,由理念、原则、规则、概念、理论等多种要素按照某种位阶关系组成的,遵循形式逻辑规则同时兼顾实体逻辑的,相对封闭但又有一定包容性的理论体系;不能将其理解成没有任何目的设定的、纯粹由形式逻辑串联起来的、完全封闭的概念体系或规范体系。社科法学的刑事司法研究只包括刑事处罚必要性研究的内容,而不涉及刑事违法性研究的内容。在研究刑事处罚必要性问题时,社科法学虽有一定的优点,但也存在明显的缺点。由于欠缺刑事违法性研究的内容,因此社科法学的刑事司法研究不仅无法回答被评价的行为到底构成何罪、是正犯还是共犯、既遂与否等问题,而且还会将行为的刑事处罚必要性直接等同于其犯罪性,从而公然违反罪刑法定原则。

关键词: 自杀行为 参与自杀行为 法教义学 社科法学 刑事处罚必要性 刑事违法性

一、问题的提出

2018年9月,戴昕教授在《法商研究》发表了《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》一文(以下简称戴文)。戴文作者立足于社科法学的基本立场,以我国刑法学界对本人自杀行为是否违法问题的讨论为分析样本,对法教义学的思维方法提出了批评。戴文作者的基本思路是:首先,逐一批驳我国刑法学者在讨论本人自杀问题时所形成的“合法说”“违法说”“法外空间说”3种学说,并据此断言刑法学界对这个问题的讨论是一个“无谓争论”,进而将我国刑法学者投入这一“无谓争论”的热情归咎于法教义学思维的误导;其次,运用经济学分析的方法讨论了本人自杀问题和参与自杀问题,并以此佐证,相对于法教义学的规范分析法,经济学分析法具备逻辑说理质量更高、论证的透明度和开放度更高、论证的针对性更强等优势;最后,在前述两部分内容的基础上,主张在规范教义论证面临困难的场合,用社科法学去弥补法教义学的不足,甚至直接用社科法学取代法教义学。^①

作为一场关乎法学研究范式的重要争论,我国的法教义学与社科法学之争已持续10余年之久。^②然

* 天津财经大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(18CFX044)

① 参见戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

② 社科法学阵营的代表性成果比较多。参见苏力:《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》,《比较法研究》2001年第3期;侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期;陈柏峰:《社科法学及其功用》,《法商研究》2014年第5期。法教义学阵营的代表性成果也比较多。参见陈兴良:《刑法教义学方法论》,《法学研究》2005年第2期;焦宝乾:《法教义学的观念及其演变》,《法商研究》2006年第4期;许德风:《论法教义学与价值判断——以民法方法为中心》,《中外法学》2008年第2期;车浩:《理解当代中国刑法教义学》,《中外法学》2017年第6期。

而,或许是因为两个阵营学者的学科背景不同——倡导社科法学的大多属于法理学者而支持法教义学的大多属于部门法学者,这场看似热闹的讨论总给人一种隔靴搔痒之感:讨论双方隔空喊话十分卖力,正面交锋却并不多见。这种状况在一定程度上制约了这场讨论所能达到的广度与深度。值得肯定的是,不同于以往常见的站在法教义学的外围对法教义学进行空泛批评的声音,戴文作者深入到法教义学的内部,直接参与了刑法学中的自杀问题的讨论,并以此为试金石,证明社科法学较之于法教义学的范式优势,可谓是与法教义学的短兵相接。这种由具体问题切入、以点带面式的研究方法,最大限度地降低了讨论双方因对关键概念做了不同理解而陷入自说自话的风险,保证了双方的讨论是在同一个语境下、对同一个问题展开的,有助于双方在讨论中厘清认识偏差、增进理论共识。

不过,笔者在认真拜读戴文后认为,戴文作者无论是对刑法学中的本人自杀问题研究的解读,还是对法教义学本身的理解,都存在一定的误会和偏见。另外,戴文作者对本人自杀问题和参与自杀问题的经济学分析,反过来也为我们分析社科法学的利弊得失提供了绝佳的样本。鉴此,笔者拟对戴文做些回应,一方面澄清戴文作者对法教义学的误会,另一方面尝试以戴文作者对自杀问题的经济学分析为样本,揭示社科法学存在的误会及其风险。

二、本人自杀问题何以成为刑法学上的问题

戴文作者是通过批评刑法学界对本人自杀问题的研究来提出其对法教义学的批评的。戴文作者认为,我国刑法学者对本人自杀行为是否违法问题的讨论是一个“无谓争论”。为了论证这一观点,戴文作者首先对刑法学界在本人自杀问题上提出的3种学说——“合法说”“违法说”以及“法外空间说”——进行了逐一驳斥,并据此认为刑法学者为回答“自杀是否违法”而提出的各类教义学说并不成功,进而提出“既然正说、反说、折中说都说得不周全,那么化解‘本人自杀问题’这类教义学难题的唯一有效方式,应是确认其缺乏意义并就此放弃纠缠”。^① 尽管戴文作者对“合法说”“违法说”以及“法外空间说”的批评在理论上有很多值得商榷之处,但笔者并不打算就该批评的具体内容展开分析,而是想提醒读者注意其论证逻辑——通过驳斥学界在某个问题上产生的多种观点来证明这个问题本身没有任何意义。这种论证逻辑是否行得通?答案是否定的。否则,由于迄今无人能完整证明“哥德巴赫猜想”,因此按照上述逻辑便只能认为“哥德巴赫猜想”本身是一个无谓的猜想。简言之,对学界在某个问题上产生的诸多观点的评价和对这个问题本身的评价并不是一回事,而戴文作者却错误地将两者混为一谈。不过,仅指出戴文作者在论证逻辑上存在上述缺陷仍不足以从正面回答刑法学中的本人自杀行为是否违法之争是否“无谓争论”。而要回答这个问题,还需要从根源上弄清楚本人自杀行为是否违法何以成为一个刑法学上的问题。

(一)从本人自杀到参与自杀

尽管“自杀是否构成犯罪”这个问题在历史上曾经引起过广泛的争论,^②但在当代社会,在世界各国普遍不处罚自杀行为的制度背景下,自杀行为不构成犯罪早已是各国刑法学界的普遍共识。既然如此,为什么我国刑法学者还要不遗余力地讨论本人自杀问题呢?原因在于,学者们尝试通过讨论本人自杀行为是否违法的问题来解决教唆自杀行为和帮助自杀行为(以下统称“参与自杀行为”)是否构成犯罪的問題。不过,这个回答并没有从根本上解决问题,接下来需要继续追问,为什么为了解决参与自杀行为是否构成犯罪的問題,就需要讨论本人自杀行为是否违法的问题?这才是理解刑法学中本人自杀行为是否违法之争的关键所在。

与本人自杀行为是否构成犯罪的問題在绝大多数国家会得出一致的否定答案不同,参与自杀行为是否构成犯罪的問題在不同的国家往往会得出不同的答案。例如,出于对自杀者自我决定权的高度尊重,德国刑法没有规定参与自杀罪,并且德国司法判例早在帝国法院时期便确立了教唆、帮助自杀行为不具有可

① 戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

② 参见李建军:《自杀行为在西方法律史上从“犯罪”到“权利”的演变探析》,《政治与法律》2007年第2期。

罚性的基本原则。^① 尽管德国刑法的这一立场因其在2015年增设业务性促进自杀罪而有所改变,但可以肯定的是,普通个人对与其关系密切的自杀者进行非业务性的教唆或者帮助行为,在德国无论如何都不会构成犯罪。^② 与此不同的是,在家长主义价值观念的影响下,日本刑法规定,教唆或者帮助他人自杀构成参与自杀罪,处6个月以上7年以下惩役或者禁锢。^③ 在这种规范背景下,教唆或者帮助自杀的行为构成犯罪当无疑问。而我国刑法对参与自杀行为的态度则较为微妙:一方面,与日本、英国等国家的刑法不同,我国刑法没有明确规定参与自杀罪;另一方面,与德国社会在价值取向上近乎一边倒地维护公民个人的自我决定权不同,我国社会在价值观念上倾向于在公民个人的自我决定权与家长主义之间取得某种平衡,^④ 因而没有彻底排除参与自杀行为构成犯罪的可能性。在我国当前的规范语境和社会背景下,参与自杀行为是否构成犯罪,的确是一个值得认真讨论的问题。

在刑法教义学中,讨论参与自杀行为是否构成犯罪需要回答两个问题:第一个问题是参与自杀行为的刑事处罚必要性问题,即参与自杀行为是否具有足够的法益侵害性(社会危害性),以至于值得动用刑罚这种严厉的手段去对其加以惩罚和干预? 对这个问题,我国大多数学者持肯定立场,但也有少数学者持否定立场。^⑤ 如果在这个问题上得出了否定的结论,那么无须做其他任何讨论就足以否定参与自杀行为构成犯罪。而如果在这个问题上得出了肯定的结论,那么需要接着思考参与自杀行为的刑事违法性问题,即考虑到1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)并没有规定参与自杀罪,与参与自杀行为关系最为密切的罪名无疑是1997年《刑法》第232条规定的故意杀人罪。那么,能否将参与自杀的行为评价为故意杀人罪? 对这个问题,我国刑法学界目前还存在激烈的争论。^⑥

(二)参与自杀行为是否构成犯罪的论证思路

对持“参与自杀行为有罪论”者而言,论证的重点和难点在于参与自杀行为的刑事违法性问题。为了论证参与自杀行为构成故意杀人罪,有两种思路可供选择:其一,将参与自杀行为直接解释成故意杀人罪的实行行为(正犯行为);其二,将参与自杀行为解释成故意杀人罪的共犯行为。其中,第一种思路曾在我国刑法学界占据支配性地位。^⑦ 这种论证思路对我国的司法实务部门也产生了深远的影响。^⑧ 显然,在这种论证思路中,论者只需要直接讨论教唆、帮助自杀行为本身即可,而无须前置性地讨论本人自杀行为是否违法的问题。不过,在理论逻辑上,这种论证思路很难行得通。理论界普遍认为,故意杀人罪的实行行为包含致人死亡的高度且紧迫的危险。^⑨ 由经验事实可知,教唆、帮助自杀的行为只有通过被教唆者、被帮助者的自杀行为才能实现致人死亡的结果。而被教唆者、被帮助者是否自杀,归根结底只取决于其自身的意志,而不取决于其是否受到他人的教唆或帮助。所以,与其他典型的故意杀人行为给被害人造成的高度且紧迫的危险相比,教唆、帮助自杀行为给自杀者造成的危险要小得多、缓和得多,两者根本无法相提并论。因此,教唆、帮助自杀行为无法成为故意杀人罪的实行行为(正犯行为)。仅因为教唆、帮助自杀行为与自杀者的死亡结果之间具有因果关系就认为其构成故意杀人罪的观点,在无形中降低了故意杀人罪在实行行为上的门槛,从而将故意杀人罪变相地理解成“故意致人死亡罪”。

随着理论研究的不断深入,持“参与自杀行为有罪论”者逐渐意识到第一种论证思路难以成立,便转而

① Vgl.RGSt70,313.

② 参见王钢:《德国判例刑法》(分则),北京大学出版社2016年版,第20~29页。

③ 参见[日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年第2版,第12~13页。

④ 参见车浩:《自我决定权与刑法家长主义》,《中国法学》2012年第1期。

⑤ 有些学者在这一问题上持否定立场。参见冯军:《刑法中的自我答责》,《中国法学》2006年第3期;王钢:《自杀的认定及其相关行为的刑法评价》,《法学研究》2012年第4期。

⑥ 有些学者在这一问题上持肯定立场。参见钱叶六:《参与自杀的可罚性研究》,《中国法学》2012年第4期。也有些学者在这一问题上持否定立场。参见陈兴良:《判例刑法学》,中国人民大学出版社2012年版,第204页;周光权:《教唆、帮助自杀行为的定性》,《中外法学》2014年第5期。

⑦ 参见高铭铎、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年第7版,第456~457页。

⑧ 参见《邵建国故意杀人案》,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(1993年第2辑),人民法院出版社1993年版,第8~12页。

⑨ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年第5版,第848页。

选择第二种论证思路,即论证教唆、帮助自杀行为构成故意杀人罪的教唆犯或帮助犯。这种论证思路涉及共犯的处罚根据问题。关于共犯的处罚根据,学界主要有“责任共犯论”“违法共犯论”“因果共犯论”3种理论。其中,“因果共犯论”又可以进一步分为“纯粹的惹起说”“修正的惹起说”和“混合的惹起说”3种具体学说。^①在这些学说中,仅“纯粹的惹起说”认为共犯的可罚性可以完全独立于正犯的违法性。也就是说,唯有采用“纯粹的惹起说”,持“参与自杀行为有罪论”者才无须论证本人自杀行为属于违法。然而,由于存在过分扩大共犯处罚范围的弊端,因此“纯粹的惹起说”目前在学界已鲜有支持者。也正因如此,在第二种论证思路中,本人自杀行为违法构成“参与自杀行为有罪论”的一个前提性命题。

对持“参与自杀行为无罪论”者而言,为了论证己方的观点,有两种思路可供选择:其一,在实质层面直接否认参与自杀行为的法益侵害性(社会危害性);其二,在实质层面承认参与自杀行为具有法益侵害性,但在形式层面否认其具有故意杀人罪的构成要件该当性。如果选择第一种论证思路,那么鉴于参与自杀行为与本人自杀行为在经验事实层面具有紧密的依从关系,论者往往会选择首先论证本人自杀行为没有法益侵害性,然后从中推导出参与自杀行为也没有法益侵害性。^②如果选择第二种论证思路,那么鉴于“参与自杀行为有罪论”者往往将自己的立论基础建立于本人自杀行为的违法性之上,直接反驳本人自杀行为的违法性,无疑是一种极为有效的论证策略。由此可见,对持“参与自杀行为无罪论”者而言,本人自杀行为是否违法同样是一个无法回避的重要问题。

(三)本人自杀行为是否违法的重要性

根据上文的论述可知,对参与自杀行为是否有罪的讨论而言,本人自杀行为是否违法是一个重要的问题。不过需要看到,对不同阵营的学者而言,导致这个问题重要的原因并不相同。对持“参与自杀行为有罪论”者而言,这个问题的重要性是由共犯原理内在决定的;而对持“参与自杀行为无罪论”者而言,这个问题之所以重要,是因为参与自杀行为与本人自杀行为在经验事实层面具有依从关系,此外还有论证策略的考虑。需要注意的是,不能将上述结论绝对化,认为无论处于何种阵营、无论采用何种论证思路,只要讨论参与自杀行为是否有罪,就必须前置性地讨论本人自杀问题。事实上,根据上文的论述可知,如果采用第一种论证思路去论证参与自杀行为有罪,那么无须讨论本人自杀问题。当然,这种个别的例子并不能从整体上否定本人自杀行为对参与自杀行为是否构成犯罪问题的重要性。

值得注意的是,不能将一个事物的重要性置换成其在逻辑上的充分性或必要性。为了否认本人自杀行为的重要性,戴文作者指出,本人自杀行为违法对参与自杀行为构成犯罪而言,既不是必要条件,也不是充分条件。应当说,这个判断本身是正确的。事实上,从来没有哪位刑法学者主张,为了讨论参与自杀行为是否构成犯罪,必须(对应于必要条件)或只须(对应于充分条件)讨论本人自杀行为是否违法。但是,这一点并不能否定本人自杀问题的重要性,因为重要性并不等于逻辑上的充分性或必要性。如果命题A是命题B的充分条件或必要条件,那么我们当然可以说,命题A相对于命题B很重要;但反过来,命题A相对于命题B很重要,并不意味着命题A一定是命题B的充分条件或必要条件。^③

受制于不同学科之间的理论隔阂,社科学者难以准确把握本人自杀行为成为一个刑法学上的问题的理论脉络原本无可厚非,但在不了解相关理论背景的情况下,仅通过反驳刑法学界在本人自杀问题上的3种观点,就断言这个讨论本身是一个“无谓争论”未免过于草率。

三、法教义学的真身与幻象

戴文作者批评刑法学上的本人自杀行为是否违法之争,并非真的有兴趣参与刑法学具体问题的讨论,而是想借此批评法教义学思维具有误导性。在戴文作者看来,刑法学者之所以会不遗余力地投入到这个

① 参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第309~310页。

② 参见王钢:《自杀的认定及其相关行为的刑法评价》,《法学研究》2012年第4期。

③ 举个最简单的例子,接受高等教育对一个人取得成功而言既不是必要条件,也不是充分条件,但谁也不会因此而认为接受高等教育对一个人取得成功而言是无关紧要的。

“无谓争论”中,正是因为受到法教义学思维的误导。既然上文已经澄清刑法学上的本人自杀行为是否违法之讨论绝非“无谓争论”,那么这个批评自然也就不能成立。因为即便承认刑法学者讨论本人自杀问题是因为受到法教义学思维的影响,鉴于这个问题本身具有重要的理论意义,这种影响就不能被称为“误导”。不过,若仅以这种方式回应戴文作者对法教义学思维的批评,则终究还是没有从根本上解决问题。针对这个回应,社科法学者完全有可能会辩解,尽管戴文作者所举的本人自杀问题研究的例子缺乏说服力,但这并不妨碍戴文作者所主张的法教义学思维具有误导性这个观点本身的正确性。为了回应这种可能的辩解,在这里需要思考,抛开本人自杀问题之讨论是否属于“无谓争论”不谈,戴文作者所欲证明的法教义学思维具有误导性这个观点能否成立呢?

要全面、准确地界定法教义学思维的内容并非易事。不过好在本文的任务不是全面阐述法教义学思维,而是分析戴文作者对法教义学思维的批评是否成立,所以只须关注戴文作者总结出来的法教义学思维。戴文作者从刑法学中的本人自杀问题之争切入,重点批评了法教义学的两种思维——“规范教义追求原则性、体系性和普适性”和“解释论不同于立法论”。^①诚如戴文作者所言,法教义学者会严格区分解释论与立法论,并且将法教义学限制在解释论范畴。这是法教义学区别于社科法学的一个重要特征。对此,理论上没有太大的争议,因而本文不再赘述。这里主要探讨戴文作者所说的“规范教义追求原则性、体系性和普适性”的思维方法。

(一)对法教义学的误解与澄清

戴文作者认为,法教义学致力于建立一套内在逻辑融贯、一致且普遍适用的公理式规范体系,自觉或不自觉地将涵摄视为法律分析和适用的核心方法。“面对经验世界中的纷繁复杂,教义学通过不断退后进行体系建构,以期使经验世界在经过概念剪裁后被尽数覆盖、容纳于抽象的规范体系之中。”^②正因如此,本人自杀问题才会成为参与自杀问题的前置性问题。“在他们(法教义学者——引者注)看来,规范教义学对抽象原则、体系和普适性的强调,是法治统一和秩序稳定的基本保障;即使解决‘参与自杀问题’在实践层面并不需要先回答‘本人自杀问题’,但如果这些问题不能被涵摄到统一的高位规范之下,那么对具体问题提供的差异化法律适用方案,也有可能导导致规范体系出现含混、歧义甚至矛盾,增加法律适用的不确定性。”^③在上述分析的基础上,戴文作者批评法教义学对体系性和普适性的绝对追求既无必要,亦无实现的可能。^④

然而,戴文作者对法教义学的上述论断并不符合法教义学的真实情况。一方面,法教义学者之所以要讨论本人自杀问题,并非因为本人自杀行为是参与自杀行为的上位概念,也不是为了将所有的具体问题都涵摄到“统一的高位规范之下”。首先,关于本人自杀行为何以成为一个刑法学中的问题,本文已在第二部分做过详细分析,其中并未涉及所谓的“上位概念”“高位规范”。其次,本人自杀行为与参与自杀行为是两个并列的概念,两者不存在上位概念与下位概念的关系。再次,如果认为参与自杀行为与本人自杀行为有一个共同的上位概念即“与自杀有关的问题”,为了使这个问题得到统一的处理,需要对参与自杀行为和本人自杀行为作相同的法律评价,那么由于本人自杀行为不构成犯罪,因此不得不认为参与自杀行为也不构成犯罪。如此一来,参与自杀行为是否构成犯罪的問題就没有任何讨论的必要。最后,按照戴文作者的理解,为了讨论参与自杀问题就需要事先讨论本人自杀问题。这是法教义学的思维方式内在决定的,与法律规范没有任何关系。但实际情况是,我国学者之所以要讨论本人自杀的问题,是因为我国刑法没有直接规定参与自杀罪。而在刑法已经明确规定参与自杀罪的规范语境中,本人自杀行为是否违法根本不影响参与自杀罪的司法适用。^⑤

① 戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

② 戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

③ 戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

④ 参见戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

⑤ 参见林山田:《刑法各罪论》(上册),北京大学出版社2012年版,第43~47页。

另一方面,法教义学并不拒绝一词多义的现象。根据戴文作者的理解,出于对体系性和普适性的追求,法教义学会拒绝接受一词多义的现象。但实际情况是,在法教义学对法律规范的解释中,一词多义的现象比比皆是。例如,我国刑法根据年龄的不同将女性分为妇女与幼女,前者指年满14周岁的女性,后者指未满14周岁的女性。也就是说,在通常的理解中,妇女与幼女是互斥的关系。但是,这种理解并不是绝对的。1997年《刑法》第240条第1款第3项将“奸淫被拐卖的妇女”作为拐卖妇女、儿童罪的一种加重法定刑的情形。如果坚持用语的统一性,那么就应当认为这里的“妇女”不包括幼女。但是,如此一来,就会得出一个结论:刑法对奸淫被拐卖的已满14周岁的妇女的处罚,明显重于对奸淫被拐卖的未满14周岁的幼女的处罚。在刑法对幼女的保护明显比普通妇女的保护更为严格的大背景下,这个结论显然是难以接受的。为此,有学者明确提出,应当将1997年《刑法》第240条第1款第3项中的“妇女”解释成包括未满14周岁的幼女。^①又如,“暴力”是刑法分则条文中最常见的概念之一。根据手段范围的不同,暴力可以分为最广义的暴力、广义的暴力、狭义的暴力、最狭义的暴力4类。^②至于某个刑法分则条文中的“暴力”到底是指何种暴力,则需要结合法定刑的轻重、行为本身的性质、责任形式等多种因素作综合判断。需要注意的是,对法律解释中的一词多义现象,法教义学者并没有视之为无奈之举,而是视之为追求妥当结论的必要途径。^③由此可见,法教义学并不排斥一词多义的现象。

(二)体系性思考的真义

戴文作者之所以会对法教义学作出不符合实际情况的判断,归根到底是因为其误解了法教义学的思维。实际上,戴文作者所说的“追求原则性、体系性、普适性”的思考方法,用一个更专业的术语来表达,就是“体系性思考”。体系性思考是一种运用理论和逻辑构建体系并且从体系中获得解决问题的一般化方案的思考方法。体系性思考包括两个方面的内容:一是对体系的思考,二是根据体系进行的思考。^④法教义学采用体系性思考的方法,是为了使法律在安全和可预见的方式下得到适用,避免法律的适用被偶然因素和专断所左右。^⑤从这种意义上讲,法教义学或曰体系性思考是实现法治和保障法治的重要途径。不过,体系性思考同样有其弱点——它容易忽略具体案件中的正义,减少解决问题的可能性,等等。^⑥为此,早在20世纪五六十年代,德国学界便开始反思过度依赖体系化思考的倾向。在这种背景下,作为一种与体系性思考相对立的思考方式,问题性思考被学界提了出来。^⑦问题性思考是一种从具体案件出发寻找解决问题的个别化方案的思考方法。这种思考方法有助于在具体个案中找到最为妥当的结论,但反过来又容易使得法律适用的结论陷入随意和专断。因此,如何处理体系性思考与问题性思考的关系,便成为摆在法教义学者面前的一个问题。实际上,我国刑法学界近些年热烈讨论的刑法体系(犯罪论体系)与刑事政策的关系问题,^⑧便是体系性思考与问题性思考的关系问题在刑法学领域的具体体现。时至今日,法教义学者普遍赞同,体系性思考是法教义学的主导性思考方法,问题性思考可以成为前者的有益补充,但无法取代前者。^⑨

站在体系性思考与问题性思考的立场上审视不难发现,戴文作者实际上是站在问题性思考的立场上批评体系性思考。不过,戴文作者没有直接从结论妥当性方面批评体系性思考无力应对疑难案件——这是社科学法者批评法教义学的常见方法,^⑩而是从正面批评体系性思考既无必要亦无可能。上文已析,戴

① 参见陈兴良主编:《刑法各论精释》(上),人民法院出版社2015年版,第221页。

② 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年第5版,第707页。

③ 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》(下),中国人民大学出版社2011年第2版,第780页。

④ 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2014年第2版,第15页。

⑤ 参见[德]李斯特:《德国刑法教科书》,[德]施密特修订,徐久生译,法律出版社2006年版,第3页。

⑥ Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 7., Rn. 38ff.

⑦ Vgl. Wertenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, S. 11, 1957.

⑧ 参见劳东燕:《刑事政策与刑法体系关系之考察》,《比较法研究》2012年第2期;陈兴良:《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开》,《中外法学》2013年第5期;邹兵建:《跨越李斯特鸿沟:一场误会》,《环球法律评论》2014年第2期。

⑨ 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2014年第2版,第13~19页。

⑩ 参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期;侯猛:《社科学法的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期。

文作者误解了法教义学思维。更确切地说,其误解了体系性思考。关键的问题是,其到底错在哪里?笔者认为,其错在对体系性思考中“体系”的理解出现了偏差。

关于何谓体系性思考中的“体系”,目前理论上还没有明确的答案。不过,我们可以从运用了体系性思考的实际例子中去归纳“体系”的含义。在刑法教义学中,运用体系性思考所取得的最为显著的理论成果莫过于各类犯罪论体系。20世纪初,德国著名刑法学家李斯特在其教科书中指出:“刑法学的下一步任务是:从纯法学技术的角度,依靠刑事立法,给犯罪和刑罚下一个定义,把刑法的具体规定,乃至刑法的每一个基本概念和基本原则发展成完整的体系”。^①正是在这种理论的指引下,德国数代刑法学者前赴后继地投入到犯罪论体系的构建中,先后创立出古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系、目的主义犯罪论体系、目的理性犯罪论体系,等等。^②考察这些犯罪论体系的内容便可知道,犯罪论体系中的“体系”是一个以某种哲学立场为基础的由理念、原则、规则、概念、理论等多种要素按照某种位阶关系组成的、遵循形式逻辑规则同时兼顾实体逻辑的、相对封闭但又有一定包容性的理论体系。尽管体系性思考中的“体系”包含但不限于犯罪论体系,但考虑到犯罪论体系在刑法教义学中占据核心位置,将犯罪论体系中“体系”的含义借用到体系性思考的“体系”中,至少在刑法教义学领域不会有太大的问题。

然而,考察戴文作者对法教义学思维的评述可知,其将体系性思考中的“体系”错误地理解成一个没有任何目的设定、纯粹由形式逻辑串联起来、完全封闭的概念体系或规范体系。正是基于这种错误理解,戴文作者才会将“根据体系进行的思考”视为一个简单的三段论的涵摄过程,才会误以为法教义学者讨论本人自杀问题的原因在于本人自杀行为是参与自杀行为的“高位规范”,才会从体系的普适性中推导出概念的普适性,从而理所当然地认为法教义学会拒绝一词多义的现象。

(三)法教义学的幻象之源

上文已揭示戴文作者对法教义学思维的误解之所在,有必要继续追问,上述误解是如何产生的?换言之,戴文作者是从哪里获取了那种法教义学的错误形象?上文已述,只要认真考察各个部门法教义学中运用体系性思考所取得的理论成果(如各类犯罪论体系),便可清晰把握体系性思考中“体系”的内容,而戴文作者误解了其内容。这反过来说明戴文作者对法教义学的理解并非来自对我国各个部门法教义学实际情况的观察与判断。考虑到社科法学者的学科背景,有理由相信,他们对法教义学的认知主要来自于西方国家法哲学文献中的有关论述。沿着这个方向思考,回头再去考察戴文作者对法教义学的评述,从中很容易发现概念法学和纯粹法学的影子。例如,戴文作者认为,基于对概念的普适性的追求,法教义学会拒绝一词多义的现象。但实际上,追求概念的普适性毋宁说是概念法学的主张。^③又如,戴文作者认为,刑法学者之所以要讨论本人自杀问题,是因为要将具体的问题涵摄到统一的高位规范之下。这种思路与纯粹法学将下一级规范的效力系于上一级规范的主张何其相似。^④由此不难推断,戴文作者实际上是通过概念法学或纯粹法学的印象进行拼接组合从而构想出一个法教义学的形象,然后再对这个形象进行批评。

那么,法教义学与概念法学或纯粹法学到底是什么关系呢?限于文章的篇幅,笔者在本文中无法对这个问题展开系统的分析,而只能做一个简单的交代。尽管从学术史的角度看,法教义学与概念法学的确有一定的渊源关系,但时至今日,法教义学早已摆脱概念法学的桎梏。^⑤其中一个典型的例证是,在概念法学中,概念的构造与涵摄是最重要的甚至是唯一的研究方法;而在法教义学中,概念的构造与涵摄只是一种较为重要的方法,谈不上是最重要的方法,更遑论是唯一的方法。

至于法教义学与纯粹法学的关系,则要稍微复杂一些。可以肯定的是,两者都可以被归入法律实证主

① [德]李斯特:《德国刑法教科书》,[德]施密特修订,徐久生译,法律出版社2006年版,第3页。

② 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年第2版,第63~93页;许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第63~103页。

③ 参见[德]汉斯·彼得·哈弗坎普:《概念法学》,纪海龙译,《比较法研究》2012年第5期。

④ 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第175~176页。

⑤ 参见许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期;雷磊:《法教义学与法治:法教义学的治理意义》,《法学研究》2018年第5期。

义的阵营。正因如此,两者经常被社科法学者视为一物。然而,“法律实证主义”本身是一个含义极为模糊的概念,以至于它被美国学者波斯纳认为是一个“很不幸的词语选择”。^① 有学者指出,法律实证主义的发展经历了3个阶段:第一个阶段是科学主义阶段,即试图用科学方法分析法律概念,努力使法学成为科学,成为一门自足的学问;第二个阶段是诠释学阶段,在这一阶段,法律实证主义者较多地采用人文科学的方法来研究法律,其主要的方法有诠释学方法、日常语言分析方法等;第三个阶段是多元发展阶段,这一阶段的法律实证主义呈现出多元分立的局面,既有包容的法律实证主义,也有严格的法律实证主义,既有制度法论,又有法律体系理论,还有法律过程学派等等。^② 在这个分类体系中,笔者认为,纯粹法学属于法律实证主义的第一个阶段,而法教义学大体上属于法律实证主义的第二个阶段。由此可见,法教义学既不是概念法学,也不是纯粹法学。自觉或不自觉地将法教义学偷换成概念法学或纯粹法学,然后再对其提出所谓的批评,这种批评与其说是对法教义学的批评,不如说是对法教义学幻象的批评。

抛开法教义学与概念法学及纯粹法学的关系不谈,单纯从研究方法的角度看,不从我国各个部门法教义学的研究实践中归纳出法教义学的特征,却试图从西方国家法哲学的故纸堆中寻找只言片语去拼接出法教义学形象的研究方法实在难言妥当。在某种程度上,正是这种研究方法导致法教义学与社科法学始终在如何理解法教义学的问题上纠缠不清,从而制约了这场讨论的学术价值,浪费了大量的学术资源和精力。这值得我们反思和警惕。

四、对社科法学的审视

尽管这场有关法学研究范式的讨论被冠以“法教义学与社科法学之争”的名号,但实际上,其内容主要呈现为社科法学者对法教义学的批评和法教义学者为法教义学的辩护。这种局面客观上导致了社科法学长期以来缺乏被审视的机会,从而很容易给人尤其是给社科法学者造成一种错觉——社科法学作为一种研究范式的正当性毋庸置疑。在这种错觉的误导下,社科法学者越走越远,从一开始追求社科法学与法教义学的“分庭抗礼”,逐渐演变为现在追求社科法学完全取代法教义学。为了矫正上述错觉,有必要对社科法学的利弊得失做一番考察。下文便以戴文作者对本人自杀问题和参与自杀问题的经济分析为样本,分析社科法学的利弊得失,揭示其可能存在的缺陷及其风险。

(一)对本人自杀行为进行经济学分析的审视

戴文作者认为,用经济学分析的方法来研究本人自杀问题,只须以客观和开放的态度观察真实世界中自杀行为产生的可能值得法律干预的负面影响,并思考特定法律制度或具体法律适用方案能否合理有效地回应这些问题。经过一番经济学分析,戴文作者得出3个阶段性的结论:(1)自杀行为的社会成本较高;(2)对自杀进行刑罚威慑的必要性不足;(3)对自杀进行刑罚威慑的效果有限。基于以上3个阶段性结论,戴文作者认为,无须用刑罚对本人自杀行为进行干预,不宜将本人自杀行为评价为犯罪。^③ 需要指出的是,戴文作者的这段经济学分析完全搞错了分析对象。刑法学者在讨论本人自杀问题时,自始至终讨论的都是本人自杀行为是否违法的问题。既然戴文作者认为用法教义学的方法研究这个问题不能令人满意,那么就应当用经济学分析的方法来研究这个问题,看哪种研究方法更有说服力。而实际情况却是,戴文作者抛开本人自杀行为是否违法的问题不管,转而对本人自杀行为是否构成犯罪的问题展开了经济学分析,上演了一出“关公战秦琼”的好戏。

暂且不论在分析对象上的错误,就本人自杀行为是否构成犯罪这个问题而言,戴文作者的上述经济学分析是否有充足的说服力呢?笔者认为,答案是否定的。严格来说,戴文作者的上述3个阶段性结论,在论证过程上或多或少都存在一定的问題。不过,后两个阶段性结论的论证问题,是戴文作者自身的问题,

① 参见[美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第26页。

② 参见[英]尼尔·达克斯伯里等:《法律实证主义:从奥斯丁到哈特》,陈锐编译,清华大学出版社2010年版,第3~4页。

③ 参见戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

与经济学分析法无关。^①而第一个阶段性结论的论证问题,则与经济学分析法的固有缺陷密切相关。限于文章的篇幅,笔者在此重点考察戴文作者的第一个阶段性结论。

戴文作者认为,自杀行为会造成一系列负外部性,包括导致其他家庭成员难以维持生计、带来直接或间接的经济损失、给他人造成精神负担或心理成本等,因而“自杀行为的社会成本较高”。^②应当说,这段分析体现了社科法学者对日常生活敏锐的洞察力,但需要看到,这段分析极有可能将结论引向歧途。设想一个这样的自杀案例——自杀者立即身亡(意味着没有浪费医疗救助资源)、生前没有任何家人(意味着不会对家庭其他成员造成负面影响)、也没有工作(意味着不会对工作场地和生产活动造成负面影响)、并且是在一个无人知晓的(意味着没有目睹者)荒郊野外(意味着不会降低相关或相邻建筑物的市场价值)自杀,显然这样的自杀行为的负外部性非常低。如果说一般的自杀行为会带来严重的负外部性因而需要被反对的话,那么至少这种负外部性很低的自杀行为应当被允许。按照这一逻辑,如果一个自杀行为的负外部性很低而正外部性却很高,那么它就不仅应当被允许,而且还应当被鼓励。因此,身患重病的人应当被鼓励去自杀,因为这样就可以节省大量的医疗资源;身体残疾而没有任何工作能力的人应当被鼓励去自杀,因为这样就可以减轻其家人和社会的负担。这显然是荒谬的。从背后的价值立场看,根据一个自杀行为的外部性来决定对待该自杀行为的态度,实际上就是将自杀者当成了一种增加社会福祉的手段。而根据现代社会的价值观念,人只能是目的而不能是手段。

那么,戴文作者的上述分析为什么会将结论引向歧途?原因在于其在分析自杀行为的后果时,仅仅关注自杀行为的外部性,而完全无视自杀行为对自杀者本人的影响。实际上,自杀者本人才是自杀行为后果的直接承担者。那么,自杀行为会给自杀者带来什么后果呢?首先我们自然会想到,自杀行为会导致自杀者生命的终结。但与此同时我们还要看到,自杀行为体现了自杀者的自由意志,是自杀者的自我决定权在生存与死亡这个终极性问题上的深刻体现。另外,在很多场合,自杀行为有助于维护自杀者的尊严,或者使其免于继续遭受生理病痛或心理痛苦的折磨。应当说,在自杀行为原本的主要后果即自杀者生命的终结和自由、尊严以及安宁的维护面前,自杀行为派生的主要后果即自杀行为的外部性尽管不能说是毫无意义的,但也显得无足轻重。因此,自杀者是否有工作、是否有家人、在哪个地点实施自杀、自杀后是否接受了医疗救助等各种影响自杀行为外部性的因素,无法在整体上影响对自杀行为的评价。

需要追问的是,戴文作者为何会完全无视自杀行为对自杀者的影响?一种很容易想到的解释是,这与戴文作者对“负外部性”概念的使用有关。上文已述,为了能够使用经济学分析的方法,戴文作者将一个行为的社会危害性转换成该行为的负外部性。在通常情况下,做这种转换没有任何问题,但在自杀的场合,行为人与被害人合二为一的。正因如此,自杀行为对自杀者本人的影响,无法被自杀行为的负外部性所涵盖。

不过,上述解释可能只看到了表面上的原因。需要注意的是,戴文作者是在批评刑法学者对本人自杀问题研究的基础上展开其对这个问题的经济学分析的。而刑法学者在讨论本人自杀问题时,无一例外都会重点讨论自杀行为对自杀者的影响。^③在这种情况下,很难相信戴文作者会因为使用“负外部性”概念而完全忘记去分析自杀行为对自杀者的影响。这与其说是戴文作者的失误,不如说是戴文作者有意为之的结果。那么,戴文作者为什么要刻意回避自杀行为对自杀者的影响呢?笔者认为,其原因在于,对自杀

① 例如,为论证第二个阶段性结论,戴文作者指出,自杀行为给他人带来的负面影响并不必然成为“无人买单”的负外部性。但是,这种说法难以成立。在负面影响已经造成之后,无论他人是否为之买单,都不影响负外部性的成立。事实上,他人为自杀行为的负面影响买单,正是他人承受自杀行为负外部性的一种方式。又如,为论证第三个阶段性结论,戴文作者指出,用刑罚威慑自杀行为有可能会激励自杀者提高自杀行为的成功率,从而违背刑罚干预自杀行为的初衷。这一分析当然有一定的道理。不过,对刑罚威慑自杀行为实效的论证而言,仅仅指出这一点是远远不够的。因为从理论上说,任何一项政策都有可能产生反向激励的效果。关键在于,这种反向激励的效果达到了什么程度,它能否在整体上动摇这项政策的正面效果?而对这个问题,戴文作者没有作出任何回答。

② 参见戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

③ 参见王钢:《自杀的认定及其相关行为的刑法评价》,《法学研究》2012年第4期;钱叶六:《参与自杀的可罚性研究》,《中国法学》2012年第4期。

行为对自杀者的影响展开经济学分析,得不出任何结论。从个体的视角看,一个陷入困境的人是否选择自杀,是其权衡取舍的结果,体现了个人的偏好。可是,“认识到人们面临权衡取舍本身并没有告诉我们人们将会或应该做出什么决策”。^①事实上,经济学分析方法既不能充分解释不同偏好形成的原因,也无法对不同的偏好作高下之分。因此,经济学不得不将偏好视作“外生的”。^②从整体的视角看,如何评价自杀行为,从根本上取决于在我们的价值序列中,到底是生命优于自由、尊严及安宁,抑或相反。而对这个问题,经济学分析不能提供任何答案。因为与自杀行为的外部性可以折算成一定的金钱不同,生命、自由及安宁这些抽象权利的价值难以用金钱来进行折算。^③总之,经济学分析方法无法分析自杀行为对自杀者的影响,因而也就无法判断自杀行为的对错。因此,戴文作者对本人自杀行为是否构成犯罪问题的经济学分析自始至终都站不住脚。

(二)对参与自杀行为进行经济学分析的审视

戴文作者认为,能否将参与自杀行为认定为犯罪,主要取决于司法者需要付出多大的成本才能将伪造参与自杀的谋杀者与“真诚”的自杀协助者区别开来。如果区别真假参与自杀行为的成本太高,那么意味着参与自杀行为合法化的道德风险很大,就应当将参与自杀行为认定为犯罪;相反,如果区别真假参与自杀行为的成本较低,那么就应当将参与自杀行为合法化。顺着这个思路,戴文作者得出的初步结论是:由于区分真假参与自杀行为的成本较高,将参与自杀行为普遍合法化的道德风险较大,因而需要将参与自杀行为认定为犯罪;但考虑到医学安乐死的道德风险可控,可以将安乐死行为合法化。^④

戴文作者讨论参与自杀行为合法化的道德风险,实际上是在讨论用刑罚威慑参与自杀行为的必要性问题。不过,在现实生活中,不仅存在以假参与自杀行为冒充真参与自杀行为的可能性,也存在以假自杀行为冒充真自杀行为的可能性。既然如此,为什么戴文作者在分析参与自杀问题时重点讨论道德风险问题,而在分析本人自杀问题时却对道德风险问题只字不提呢?对此,唯一的解释是,在戴文作者看来,区别真假自杀行为的难度较小,而区别真假参与自杀行为的难度较大。不过在笔者看来,这个判断并不符合实际情况。由日常生活经验可知,区分真假参与自杀行为的难度并不会很大,起码不会比区分真假自杀行为的难度大很多。那么,为什么戴文作者会认为区分真假参与自杀行为的难度很大呢?

笔者认为,其原因在于戴文作者将受嘱托杀人行为与参与自杀行为混为一谈了。在戴文作者对参与自杀行为进行的经济学分析中,多次提到“受嘱托杀人”和“安乐死”的概念。由此可见,戴文作者所理解的“参与自杀”行为,包含受嘱托杀人行为和安乐死行为。但实际上,在学界普遍接受的概念体系中,参与自杀行为与受嘱托杀人行为是两种不同类型的行为。^⑤所谓参与自杀行为,是指行为人教唆或帮助他人自杀的行为;所谓受嘱托杀人行为,是指行为人得到对方的同意而杀害对方的行为。而安乐死行为则是受嘱托杀人行为中的一种特殊类型。简言之,参与自杀行为发生在自杀的场合;而受嘱托杀人行为发生在他杀的场合。在行为外观上,受嘱托杀人行为与普通的杀人行为基本一致。正因如此,在司法实践中,区分真假受嘱托杀人行为的难度很大。由于误将受嘱托杀人行为作为参与自杀行为的一种情形,戴文作者认为区分真假参与自杀行为的难度很大,也就不难理解了。

值得追问的是,戴文作者为什么会将参与自杀行为与受嘱托杀人行为混为一谈呢?笔者认为,这虽然

① [美]曼昆:《经济学原理》(微观经济学分册),梁小民等译,北京大学出版社2015年第7版,第5页。

② 参见[美]罗伯特·考特、[美]托马斯·尤伦:《法和经济学》,史晋川等译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2012年第6版,第18页。

③ 或许有学者会以死亡赔偿金为例来质疑这个命题,但这种质疑是不成立的。在伦理学上,价值可以分为内在价值与外在价值,前者是指某个东西本身的价值,后者是指某个东西能够帮助我们追求到的价值。参见林火旺:《伦理学入门》,上海古籍出版社2005年版,第28页。笔者在本文中所说的“生命、自由及安宁这些抽象权利的价值难以用金钱来进行折算”,指的是它们的内在价值不能被折算,而死亡赔偿金折算的是生命的外在价值。事实上,抽象权利的价值难以用金钱来折算的问题,不仅存在于自杀的场合,也存在于紧急避险的场合。对这一问题的论述,已有一些研究成果。参见王钢:《紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度》,《中外法学》2011年第3期;蔡桂生:《避险行为对被避险人的法律效果》,《法学评论》2017年第4期。

④ 参见戴昕:《“教义学启发式”思维的偏误与纠正——以法学中的“自杀研究”为例》,《法商研究》2018年第5期。

⑤ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年第5版,第848~852页。

是因为戴文作者忽视了定义的重要性,在讨论参与自杀问题之前没有明确相关概念的内涵和外延,但在背后还与经济学分析法的思维方式密切相关。由戴文作者的论述可知,按照经济学分析法,对一个行为做出何种评价,完全取决于这个行为给外界带来何种影响(外部性)。至于这个行为是由谁实施的、在什么情况下实施的、以何种方式实施的,无关紧要。所以,在经济学分析法适用者的视野中,只要对外界的影响保持不变,本人自杀行为与参与自杀行为没有实质的区别,参与自杀行为与受嘱托杀人行为也没有本质的不同,甚至自杀行为与杀人行为也可以等同视之。在这种语境下,戴文作者将参与自杀行为与受嘱托杀人行为混为一谈,也就不足为怪了。

尽管一般的受嘱托杀人行为在各国都会构成犯罪,但对作为其中一种特殊类型的安乐死行为是否应当被合法化,理论上还存在激烈的争议。^① 不得不说,参与自杀行为是否构成犯罪本来就是一个很复杂的问题,而戴文作者在讨论这个问题时将其与受嘱托杀人行为及安乐死行为掺杂在一起,使得问题的解决难上加难,当然也就不可能得出什么统一而又有说服力的结论。不过也应当看到,尽管戴文作者的这段经济学分析搞错了分析对象,但他的分析对象毕竟包含真正地参与自杀行为。那么,把戴文作者的分析思路适用于真正地参与自杀行为会得出什么结论呢?上文已分析,区分真假参与自杀行为的难度不大,因而将参与自杀行为合法化的道德风险较小。按照戴文作者的逻辑,据此似乎会得出参与自杀行为不构成犯罪的结论。但是需要看到,将参与自杀行为合法化的道德风险很大,是有必要用刑罚威慑参与自杀行为的充分不必要条件。也就是说,如果有证据表明将参与自杀行为合法化的道德风险很大,那么可以据此推导出刑罚威慑确有必要;但仅仅依据将参与自杀行为合法化的道德风险较小这一事实,却无法推导出刑罚威慑没有必要的结论。由此可见,将戴文作者的分析思路适用于真正地参与自杀行为,既不能肯定参与自杀行为的犯罪性,也不能否定参与自杀行为的犯罪性,亦即得不出任何确定性的结论。

(三)社科法学刑事司法研究的利弊得失

社科法学是一种倡导运用社会科学的知识来分析法律问题的研究方法。^② 在最初兴起时,社科法学主要以法律运行的实然状态作为自己的研究对象,但时至今日,它早已逾越经验研究的范畴,而将自己的触角伸向了立法论和司法论等多个领域。也正因如此,它才会与在司法论领域占支配性地位的法教义学形成竞争关系。在这种研究范式竞争的大背景下,如何评价社科法学,关键在于如何评价社科法学的司法论研究。当然,对社科法学的司法论研究的评价,可以在多个部门法的语境下展开。鉴于戴文作者所讨论的本人自杀问题和参与自杀问题都属于刑事司法问题,笔者在此重点考察社科法学的刑事司法研究。

要理解社科法学的刑事司法研究,关键在于把握它的分析框架。所谓刑事司法研究,归根到底就是研究某个或某类行为是否构成犯罪的问题。根据戴文作者对本人自杀行为是否构成犯罪问题的经济学分析可知,运用社科法学研究某个或某类行为是否构成犯罪需要回答3个具体的问题:其一,该行为是否有足够多的负外部性?其二,用刑罚对该行为进行威慑是否有必要性?其三,用刑罚对该行为进行威慑是否有效?只有这3个问题都得到肯定的回答,才能将该行为认定为犯罪。简言之,社科法学的刑事司法研究,等于行为的负外部性研究加刑罚威慑的必要性及有效性研究。

与之不同的是,运用刑法教义学研究某个或某类行为是否构成犯罪需要回答两个具体的问题:其一,该行为是否具有足够的法益侵害性(社会危害性),以至于值得动用刑罚来对其加以处罚?其二,该行为是否符合犯罪论体系的要求,是正犯还是共犯,既遂与否?只有这两个问题都得到肯定的回答,才能将该行为认定为犯罪。简言之,刑法教义学的刑事司法研究,等于刑事处罚必要性研究加刑事违法性研究。

不难发现,在研究刑事司法问题时,社科法学与刑法教义学在分析框架上存在明显的差异。不过,这两种分析框架并非毫不相关,两者在研究内容上存在一定的对应关系。实际上,无论是对行为负外部性的研究,还是对刑罚必要性的研究,抑或对刑罚有效性的研究,都隶属于刑事处罚必要性研究的范畴。也就

^① 参见[美]罗纳德·德沃金:《生命的自主权——堕胎、安乐死与个人自由的论辩》,郭贞伶等译,中国政法大学出版社2013年版,第226~285页。

^② 参见侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期。

是说,社科学法的刑事司法研究,只包括刑事处罚必要性研究的内容,而不涉及刑事违法性研究的内容。据此,笔者认为,评价社科学法的刑事司法研究的利弊得失,可以从以下两个方面展开:其一,在刑事处罚必要性研究方面,社科学法的刑事司法研究表现得如何?其二,欠缺刑事违法性研究的内容,会给社科学法的刑事司法研究带来哪些影响?

先来回答第一个问题。上文已述,社科学法在研究刑事处罚必要性问题时,既会考察该行为的负外部性,又会考察刑罚威慑的必要性和有效性。只有在该行为具有很大的负外部性,并且用刑罚威慑该行为既有必要又有实效的情况下,才能确认该行为具有刑事处罚的必要性。与之形成鲜明对比的是,刑法教义学在研究刑事处罚必要性的问题时,通常仅考察行为社会危害性的大小。由此可见,社科学法关于刑事处罚必要性的研究在维度上是多重的,刑法教义学的刑事处罚必要性研究在维度上是单一的。因此,在对刑事处罚必要性问题的研究上,社科学法可能会比刑法教义学更精细一些。

须注意的是,上述结论的模式词是“可能”而非“必然”。因为与刑法教义学的分析框架具有高度的稳定性不同,社科学法的分析框架并不稳定。社科学法学者在实际讨论刑事处罚必要性问题时,往往并不会严格遵循行为的负外部性研究加刑罚威慑的必要性及有效性研究这一分析框架。例如,戴文作者在分析参与自杀问题时,就没有完整沿用这一分析框架,而只分析了刑罚威慑是否有必要的问题。即便同样是讨论刑罚威慑是否有必要的问题,不同社科学法的研究甚至同一社科学法学者在不同研究在研究视角上也可能会有所不同。例如,在讨论用刑罚威慑本人自杀行为是否有必要时,戴文作者重点分析了刑罚之外的其他约束机制能否实现对自杀行为的干预;而在讨论用刑罚威慑参与自杀行为是否有必要时,戴文作者重点分析了参与自杀行为合法化的道德风险。由此可见,社科学法的分析框架和研究视角具有高度的灵活性。如果说法教义学的研究像工业生产流水线上的制成品的话,那么社科学法的研究就像手工打造的带有个人风格的艺术品。社科学法的这一特点为社科学法学者施展自己的才华提供了足够广阔的空间,但与此同时,它也不可避免地增加了研究结论的不确定性。

在研究刑事处罚必要性问题时,社科学法学者通常会采用经济学分析法。因为社科学法的一个本质特征是采用后果式思维,^①而在社会科学的诸多门类中,最擅长对后果进行分析的无疑是经济学。用经济学分析法研究刑事处罚必要性问题,既有明显的优点,也有明显的缺点。经济学分析法的优点主要表现为,对成本收益问题的思考使得社科学法的研究具有扎实的现实基础,避免了坐而论道的空谈,提升了结论的可接受性。但是,根据笔者在上文对戴文作者两段经济学分析的审视可知,经济学分析法至少存在以下两个明显的缺点:其一,经济学分析法无法解决价值立场的选择问题。刑事处罚必要性的问题并不是一个纯粹的逻辑问题,其背后必然会涉及价值立场的选择。而对如何选择价值立场,经济学分析法不能提供任何答案。^②正因如此,戴文作者无法评价自杀行为对自杀者的影响。其二,经济学分析法完全依据行为给外界造成的影响来评价行为,因而会忽视行为类型的重要性,容易造成相近但不同行为之间的混淆,甚至有可能瓦解以行为为基础的现代刑法体系。也正因如此,戴文作者才会将参与自杀行为与受嘱托杀人行为混为一谈。

再来回答第二个问题。上文已述,刑事违法性问题包括被评价的行为是否符合犯罪论体系的要求、是正犯还是共犯、既遂与否等问题。既然社科学法的刑事司法研究欠缺刑事违法性研究的内容,那么也就无法解决上述问题。所以,在确认被评价的行为构成犯罪之后,对这个行为到底构成何罪、是正犯还是共犯、既遂与否等问题,社科学法的刑事司法研究无法给出答案。值得一提的是,刑法学者反复讨论的本人自杀行为是否违法问题隶属于刑事违法性问题的范畴。正因如此,戴文作者无法对本人自杀行为是否违法的

① 参见侯猛:《社科学法的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期;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。

② 或许有社科学法学者会辩称,法教义学的规范分析同样不能解决价值立场的选择问题,因此这一点不能称为经济学分析法的缺点。但是,这种辩解不能成立。虽然纯粹的规范分析的确不能解决价值立场的选择问题,但需要看到,法教义学从来都不是纯粹的规范分析,而是包含必要的法哲学分析。事实上,刑法学者在讨论参与自杀行为是否构成犯罪时,会做一定的法哲学分析。

问题展开经济学分析。这也就解释了为什么戴文作者对本人自杀问题的经济学分析会搞错分析对象。

更为重要的是,社科法学的刑事司法研究天然隐含违反罪刑法定原则的风险。由于欠缺刑事违法性研究的内容,因此社科法学的刑事司法研究不得不将行为的刑事处罚必要性直接等同于其犯罪性。然而,由于刑法具有谦抑性和滞后性,社会上总存在一些这样的行为——尽管它们具有刑事处罚必要性,但并没有被刑法规定为犯罪行为。如果对这些行为展开社科法学的刑事司法研究,那么必然会得出有罪的结论。也就是说,社科法学的刑事司法研究很有可能将一些没有被法律明文规定为犯罪的行为认定为犯罪。这显然是对罪刑法定原则的公然践踏。值得一提的是,社科法学的刑事司法研究的思路,与我国刑法学界曾经一度盛行的“社会危害性中心论”即完全根据行为的社会危害性来决定其罪与非罪的思路,在本质上是一脉相承的。两者都只重视实质理性而忽视形式理性。鉴于“社会危害性中心论”与罪刑法定原则之间存在基本立场的冲突,我国学者对“社会危害性中心论”进行了深入的批评。^① 笔者认为,这些批评同样适用于社科法学的刑事司法研究。

或许有社科法学者会辩称,刑法学者以违反罪刑法定原则为由来批评社科法学的刑事司法研究,只不过是躲在“罪刑法定原则”的背后装腔作势,反而暴露了其自身底气的不足。应当说,这种认识是非常错误的。现代刑法学将罪刑法定原则作为论证的起点,只不过是为了降低论证的成本,^②并不意味着罪刑法定原则本身是无源之水、无本之木。实际上,在论证罪刑法定原则正当性的过程中,启蒙思想家采用的主要是社科法学的方法。从这种意义上讲,包括贝卡里亚、孟德斯鸠在内的启蒙思想家,都可以被视为社科法学者。不过,在罪刑法定原则已经证成并成为最重要的刑法原则甚至宪法原则之后,就应当严格遵守该原则。因此,在现代法治的语境下,违反罪刑法定原则的做法无论如何都是不能被接受的。

或许还有学者会提出,既然社科法学的刑事司法研究违反罪刑法定原则的根本原因在于其欠缺刑事违法性研究的内容,那么只要在社科法学的刑事司法研究中加入刑事违法性研究的内容不就解决了问题吗?应当说,持这种观点者只看到了问题的表象,而没有看到问题的实质。刑事违法性研究的起点是刑事法律规范,这项研究以严格遵守实证法律规范为逻辑前提。而社科法学区别于法教义学的一个本质特征是其对实证法律规范保持中立的、实用主义的态度。^③ 这一立场从根本上决定了社科法学的刑事司法研究无法包含刑事违法性研究的内容。

综上所述,社科法学的刑事司法研究,只包括刑事处罚必要性研究的内容,而不涉及刑事违法性研究的内容。在研究刑事处罚必要性问题时,社科法学的研究是多重维度的,因而它相对于单一维度的刑法教义学研究而言,可能会更精细一些。不过,社科法学的分析框架和研究视角具有高度的灵活性使得社科法学的研究结论具有高度的不确定性。在研究刑事处罚必要性问题时,社科法学者通常会采用经济学分析法。经济学分析法的优点在于,对成本收益问题的思考提升了研究结论的可接受性。但是,经济学分析法无法解决价值立场的选择问题。并且,经济学分析法忽视行为类型的重要性,容易造成相近但不同的行为之间的混淆,甚至有可能瓦解以行为为基础的现代刑法学体系。由于欠缺刑事违法性研究的内容,社科法学的刑事司法研究不仅无法回答被评价的行为到底构成何罪、是正犯还是共犯、既遂与否等问题,而且还会将行为的刑事处罚必要性直接等同于其犯罪性,从而公然违反罪刑法定原则。

责任编辑 田国宝

① 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期;陈兴良:《社会危害性理论:进一步的批判性清理》,《中国法学》2006年第4期。

② 参见熊秉元:《论社科法学与教义法学之争》,《华东政法大学学报》2014年第6期。

③ 参见侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期;陈柏峰:《社科法学及其功用》,《法商研究》2014年第5期。