

刑事案例指导制度：难题与前景

周光权^{*}

摘 要 刑事案例指导制度具有使规范明确化、使当事人获得公正感、减轻法官压力、统一法律适用等功能。近年来,最高人民法院在选择案例方面极为用心,但有的案例在重申公共议题、公共政策,有的案例与过去的司法解释完全重复。由最高司法机关强力推进刑事案例指导制度的思路,可能与罪刑法定相抵触,与转变社会中的经济和社会政策相悖,过多揭示疑难问题,不利于实现最高人民法院近年来所提倡的“案结事了”,也可能承受理论上持不同见解者的批评。未来应当重点考虑平衡由最高人民法院作为案例发布唯一主体的“制度建构”和地方法院、专家学者共同参与的“自发秩序形成”之间的关系,最高人民法院不应是唯一的垄断力量,建立详尽的案例指导制度配套措施,增设“大法官会议”制度,承认地方法院经常参酌案例的指导性地位,肯定基层法官、专家学者、律师对于刑事案例指导建设的独特贡献。

关键词 指导性案例 功能 难题 制度建设 自发秩序

最高人民法院于2010年11月26日发布了《关于案例指导工作的规定》,对指导性案例的遴选标准、程序、效力等加以明确。2011年12月20日,最高人民法院发布了第一批指导性案例,并对准确把握案例的指导精神,切实发挥好指导案例的作用做出了规定。2012年4月13日、9月18日,2013年1月31日最高人民法院又发布了第二批、第三批、第四批指导性案例。在这四批指导性案例中,除第二批外,其余三批各有两个刑事指导性案例,因此,本文的分析,主要以这几个案例为参照系。^{〔1〕}

本文的立足点是承认刑事案例指导制度具有贯彻刑法客观主义立场、使规范明确化、使当

^{*} 清华大学法学院教授。

〔1〕 需要说明的是:从目前的情况来看,最高人民法院发布的刑事指导案例的数量还非常有限。从某种程度上说,刑事案例指导制度还远远没有真正形成;今后这项制度的变化,实际上也很难准确判断。因此,本文只是针对目前最高人民法院发布的6个刑事指导性案例的分析,相关结论和建议也都以此为基础。

事人获得公正感、减轻法官压力、统一解释和适用法律等功能。对此,学者指出,对于以成文法体系为特征的法治国家来讲,国家立法通过司法上惩罚犯罪的日常实践渗透到社会中去,引领生活秩序的形成,“型塑”社会生活本身,回应社会发展提出的新问题、新需求,实现国家与社会与时俱进的良性互动。这可以视为“依法治国”的一种重要含义。在此意义上,司法是国家与社会之间不可或缺的媒介,而其中的指导性案例则构成了将一般性的立法与日常处理具体案件的司法实践连接在一起的制度装置。因此,案例指导制度在我国的法治建设进程中,具有作为法治微观基础和技术性条件的重大意义。^{〔2〕} 以此为前提,笔者首先对最高人民法院已经发布的指导性案例加以评析;在此基础上,笔者将讨论刑事指导性案例制作时所可能面临的各种难题,附带会提到刑事指导性案例和民事指导性案例的一些差异;最后,笔者将对刑事案例指导制度的未来走向提出自己的一些建议,尤其是如何将“制度建构”和“自发秩序”的关系处理好,从而建立有中国特色的刑事案例指导制度。

一、目前已发布的刑事指导性案例的问题点

截至2013年6月,最高人民法院先后发布的6个刑事指导性案例,大致可分为四种类型。

(一)“回应公共议题”型

这主要包括指导案例第3号“潘玉梅、陈宁受贿案”和第11号“杨延虎等贪污案”。

指导案例第3号“潘玉梅、陈宁受贿案”中列举了四个裁判要点:

①国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人以“合办”公司的名义获取“利润”,没有实际出资和参与经营管理的,以受贿论处;②国家工作人员明知他人有请托事项而收受其财物,视为承诺“为他人谋取利益”,是否已实际为他人谋取利益或谋取到利益,不影响受贿的认定;③国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,以明显低于市场的价格向请托人购买房屋等物品的,以受贿论处,受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算;④国家工作人员收受财物后,因与其受贿有关联的人、事被查处,为掩饰犯罪而退还的,不影响认定受贿罪。

对于这一指导性案例,笔者的评析意见是:

第一,本案的确有典型性,属于用新形式、新手段受贿的情形,一、二审判决对于定罪的说理较为透彻,能够提供处理类似案件的裁判规则,便于未来适用。按照最高人民法院在《关于发布第一批指导性案例的通知》(2011年12月20日)的说法:潘玉梅、陈宁受贿案旨在解决新形式、新手段受贿罪的认定问题,能够对近年来以新的手段收受贿赂案件的处理提供明确指导。因此,这一案例所提炼出的裁判要点,比抽象的立法更生动、细致。

第二,之所以将本案作为指导性案例,可能考虑了本案例对查处类似行为的政策功能,即表达一种“政治正确”。一方面,因为近年来腐败犯罪高发,所以,最高人民法院意欲通过这个案例来实现一般预防的功能,表达国家的基本立场,以及反腐败的公共政策,从而具有政策功能。因此,笔者认为,将本案作为指导案例的政策功能大过规范解释上的意义。换言之,最高

〔2〕 王亚新:“判例研究中新的视角及方法之探求”,《昆明理工大学学报(哲学社科版)》2011年第2期。

人民法院在《关于发布第一批指导性案例的通知》中的说法,将本案作为指导性案例“对于依法惩治受贿犯罪,有效查处新形势下出现的新类型受贿案件,推进反腐败斗争深入开展,具有重要意义”并非虚言。二是防止地方法院的判决规避法律,轻纵权势阶层,政治考量大于法理考虑。不可否认,近年来,有的地方在反腐败方面明显不力,缓刑适用比例过高就足以说明这一点。现在统计大量判缓刑的案件,被宣告缓刑的主要是官员,一般老百姓享受不了这个“待遇”。大量官员渎职、受贿,很多都判了缓刑,甚至有一些在受贿方面稍微做得“高明”一些的,就得不到追究。最高人民法院通过这个案件来表态:类似于本案被告人这样变着“花样”收钱的,地方法院必须对其行为定罪处罚。

当然,在认定受贿犯罪的司法解释早就体系化、严密化的今天,没有这个指导性案例,类似案件的处理可以说丝毫不受影响。因此,我觉得这个案例的功能主要体现在政策上、政治上,即由于公众对反腐败问题非常关注,指导性案例要回应公众的关切,关注“公共议题”,至于对地方法院适用刑法的指导则是次要的。

第三,如果考虑到本案例所涉及的认定受贿犯罪的相关司法解释非常明确,且已经实施多年这一现实,对本案的处理在法律适用上本无争议,那么就提出一个问题:指导性案例选择、公布、运用的基本规则究竟是什么?仅仅“社会广泛关注”能否成为确定指导性案例的充分条件?

最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第2条规定,指导性案例要符合以下条件:①社会广泛关注的;②法律规定比较原则的;③具有典型性的;④疑难复杂或者新类型的;⑤其他具有指导作用的案例。由于这一规定含有兜底条款,从语义、逻辑上看,似乎具备其中一个条件就可以成为指导性案例。但是,有的案件虽然公众广泛关注,但可能没有什么法律适用上的疑难问题。而最高人民法院既然要制定指导性案例来“指导”各级法院的审判工作,那么,案件在法律适用上没有争议的,即便公众广泛关注,似乎也不应成为指导性案例。因此,“社会广泛关注的案件”从设立指导性案例的主旨看,也应该存在法律适用上的疑难问题,即可能属于法律规定比较原则的、具有典型性的疑难复杂或者新类型中的一种或多种情形。换言之,社会关注度高的案件,只用同时符合法律适用问题突出的情形的,才能成为指导性案例。编选类似案例,才能显示审判工作对于公众认同的价值观念的尊重,提升司法的公信力。^{〔3〕}

本案所涉及的是认定和处罚“新型受贿”的公共议题,但正如学者所说,回应公共议题似乎不应成为刑事指导案例的基本功能。“案例、典型案例、指导性案例是有区别的范畴,其传播方式、转播载体、传播时效、受众范围也相应地有所区别。案例或典型案例及其相关信息的传播效果,并不等同于指导性案例及其相关信息的传播效果。司法机关应当以恰当方式回应或参与公共议题,但是,回应公共议题不是现实指导性案例的基本功能。”^{〔4〕}

附带指出,指导案例第11号“杨延虎等贪污案”的裁判要点是:①贪污罪中的“利用职务上的便利”,是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件,既包括利用本人职务

〔3〕 类似的观点,请参见胡云腾等:“《关于案例指导工作的规定》的理解与适用”,《人民司法》2011年第3期。

〔4〕 黄京平:“刑事指导案例中的公共议题刍议”,《国家检察官学院学报》2012年第1期。

上主管、管理公共财物的职务便利,也包括利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员的职务便利;②土地使用权具有财产性利益,属于刑法第382条第1款规定中的“公共财物”,可以成为贪污的对象。这同样是通过指导性案例的发布来回应公共政策。〔5〕

(二)“考虑被害人诉求”型

这主要包括指导案例第4号“王志才故意杀人案”和指导案例第12号“李飞故意杀人案”。

“王志才故意杀人案”的案情是:被告人王志才因女友提出分手而产生杀人然后自杀之念。2008年10月9日,王对被害人的颈部、胸腹部、背部连续捅刺,致其失血性休克死亡。次日,王志才服农药自杀未遂,被公安机关抓获归案。王志才平时表现较好,归案后如实供述自己罪行,并与其亲属积极赔偿,但未与被害人亲属达成赔偿协议。法院最终在2011年5月3日判处被告人死刑,缓期二年执行,同时决定限制减刑。

在本案的裁判要点中,法院认定:因恋爱、婚姻矛盾激化引发的故意杀人案件,被告人犯罪手段残忍,论罪应当判处死刑,但被告人具有坦白悔罪、积极赔偿等从轻处罚情节,同时被害人亲属要求严惩的,人民法院根据案件性质、犯罪情节、危害后果和被告人的主观恶性及人身危险性,可以依法判处被告人死刑,缓期二年执行,同时决定限制减刑,以有效化解社会矛盾,促进社会和谐。

粗看起来,本案的处理结论似乎是各方都可以接受的。对此,最高人民法院在《关于发布第一批指导性案例的通知》中的说法是:本案的处理方法“有利于切实贯彻宽严相济刑事政策,既依法严惩严重刑事犯罪,又进一步严格限制死刑,最大限度地增加和谐因素,最大限度地减少不和谐因素,促进和谐社会建设”。

但是,对这一指导性案例,存在三个疑问:①王志才的行为,论罪是否能够判处死刑立即执行?②如果原本就没有必要判处死刑(例如,可以判处无期徒刑),限制减刑从何谈起?③如果对王志才的行为可以判处死刑,其是否原本就不属于“罪行极其严重”的情形,如果不属于这种情形,将《刑法修正案(八)》(2011年5月1日实施)规定的限制减刑制度,适用于2011年4月30日之前发生的犯罪行为,是否属于对被告人不利的溯及既往?

结合上述疑问进行分析,笔者认为,对指导案例第4号,法院的裁判结论还有商榷的余地。

第一,问题的核心在于:结合当前慎用死刑的总体思路,本案被告人就其行为和责任而言,原本就不应该被判处死刑。①被告人虽然实施了杀害他人的行为,但是,其是在恋爱过程中,由于一方提出分手,行为人不同意才杀了人。对此类案件,通常不能适用死刑。2010年4月最高人民法院刑三庭《在审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中切实贯彻宽严相济刑事政策》规定,对因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件,在判处重刑尤其是适用

〔5〕 有必要指出:任何一个国家的最高法院,都不可能是纯粹的审判机关,而注定是政治架构中的重要组成部分。在某种程度上,最高法院更为重要的功能是政治性的。但是,中国最高人民法院政治功能的发挥,是否一定要借助于指导性案例,还值得研究。其实,在当前中国,最高人民法院发挥政治功能的途径很多:①就审判工作中的重大、突出问题以及类型性问题,向中央提出专门报告,为国家制定政治、经济和社会政策提供依据;②在立法过程中,以最高人民法院的名义向全国人大及其常委会提出意见和建议;③制定司法解释、座谈会纪要;④死刑复核等。如果一定要通过发布案例来发挥最高人民法院的政治功能,也完全可以通过向全社会发布“有重大社会影响的案例”的方式进行,而不必牺牲指导性案例对于基层司法的业务“指导性”。

死刑时应特别慎重,除犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、人身危险性极大的被告人外,一般不应当判处死刑。对于被害人在起因上存在过错,或者是被告人案发后积极赔偿,真诚悔罪,取得被害人或其家属谅解的,应依法从宽处罚,对同时有法定从轻、减轻处罚情节的,应考虑在无期徒刑以下裁量刑罚。本案发生在婚恋过程中,与因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件相类似,可以类比推理。^{〔6〕} 本案行为人的罪行是否达到极其严重的程度,大可质疑;②被告人坦白自己的罪行。坦白是法定的从轻情节,有这个情节就要尽量判轻一些;③被告人试图积极赔偿被害人家属的损失。这是酌定从宽处罚情节;④被告人曾寻求自杀。我们通常对被告人自杀没有从刑法意义上进行认识,其实被告人自杀说明罪犯承受了“自我惩罚”。^{〔7〕} 既然其已经在一定程度上自己惩罚了自己,那么,法官对他判刑时就应该考虑一下。不能完全不考虑被告人已经接受过处罚的情况。另外,犯罪以后愿意选择自杀,说明罪犯良心并未泯灭,不是那种十恶不赦的人。同时,因谈恋爱引发的案件,被害方对结果的发生即便没有过错,可能对犯罪发生客观上也有一定影响,这是不能否认的事实。因此,如果通盘考虑整个情节,这个案件原本就不应该判死刑。在此前提下,再说判死刑,宣告死缓后再限制减刑,就缺乏基础。

第二,换一种角度,如果被告人本来就应该宣告死缓,那么,就进一步引申出从旧兼从轻的问题。在被告人实施杀人行为时,《刑法修正案(八)》并没有颁布。而对某些死缓犯限制减刑明显是对被告人不利的处置措施,将其溯及既往,会与罪刑法定原则有冲突。“在所有的部门法中,刑法最明显而且最直接地涉及塑造和约束人们的行为。回溯性的刑事法规会令人们直接联想到这样一种荒唐之极的情况:今天命令一个人昨天做某事。”^{〔8〕}

第三,当然,笔者注意到裁判理由当中有一点:“被害人家属要求严惩”。最高人民法院在《关于发布第一批指导性案例的通知》中提到本案时,也认为对被告人判处死刑,在很大程度上是“被害方反应强烈”。也就是说,是因为被害人“折腾”得厉害,所以法院最后对被告人判了死刑,以满足、抚慰被害人。但是,又觉得要判死刑立即执行,对被告人处罚太重。最后,为了折中,既满足被害人的呼吁,又照顾被告人的利益,对其判处死刑但不立即执行(否则,处罚过重),同时限制减刑(否则,被害人家属无法安抚)。对这个指导性案例的裁判意见,似乎可以比喻为商场促销时,提价以后的“打折”:把“商品”的低价先提得很高——因为被害人一方预期很高,所以对被告人宣告死刑。但是,要对被告方有交代,所以缓期二年执行,即对提过价的商品“打折”,最后法院让被告人最终“定价”接受。但是,本来不该判死刑却判了死刑,再对被告人限制减刑,这种“提价以后再打折”的做法,是对被告人加重处罚,谈不上对限制减刑规定的解释作有利于被告的考虑的问题。

对这个案例,需要提出质疑的是:如果被害人家属不强烈表示其愤怒,不通过各种方式给法院施加压力,一、二审法院会判被告人死刑吗? 如果判其死刑,和宽严相济的刑事政策会有

〔6〕 对被告人有利的刑法解释,即便属于类推,也应该允许。

〔7〕 追诉时效制度,也是在很大程度上考虑到被告人承受了“自我惩罚”,因此对时效经过的案件不再追究刑事责任。

〔8〕 (美)富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,页71。

抵触吗?如果本身就可以不判死刑,哪来限制减刑的问题?相同的质疑,也存在于指导案例第12号“李飞故意杀人案”中,限于篇幅,此不赘述。

因此,在笔者看来,指导案例第4号、第12号似乎都传递出对法治而言不太“利好”的信息:一审、二审判决甚至最高人民法院的死刑复核意见,都屈从于被害人一方的压力。这样一来,非常容易让人得出的结论就是:作为刑事被害人,只要敢于、善于表达自己的愤怒,能够“折腾”,就能够得到比那些默不做声的被害人更多的好处。法院传递给公众的这个信息,笔者认为负面的东西比正面的似乎还要多一些。

当然,我们不是说被害人的利益、要求不需要考虑,更不是说他痛苦不需要我们去理解,但是,司法总是有一些底线,司法能够为被害人提供的补偿、补救总是有限的,不能因为被害人的压力扭曲了司法程序,改变了司法结论。否则,法官独立裁判的准则就不存在了。

(三)“重申司法解释”型

这主要包括:指导案例第3号“潘玉梅、陈宁受贿案”、第11号“杨延虎等贪污案”、指导案例第12号“李飞故意杀人案”、指导案例第14号“董某某、宋某某抢劫案”等。

指导案例第3号“潘玉梅、陈宁受贿案”所提供的四个裁判要点,在以前的司法解释中全部都存在,相关司法解释还规定得很明确,因此,出现了指导性案例和司法解释之间的交叉、重复。其中,第一个裁判要点,即“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人以‘合办’公司的名义获取‘利润’,没有实际出资和参与经营管理的,以受贿论处”的表述,在最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》(2007年7月8日)第3条第2款中已有相同规定。第二个裁判要点,即“国家工作人员明知他人有请托事项而收受其财物,视为承诺‘为他人谋取利益’,是否已实际为他人谋取利益或谋取到利益,不影响受贿的认定”的表述,在最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(2003年11月13日)第2条中有相同规定。第三个裁判要点,即“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,以明显低于市场的价格向请托人购买房屋等物品的,以受贿论处,受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算”的表述,则可见于最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第1条第1、2款的规定。至于第四个裁判要点,即“国家工作人员收受财物后,因与其受贿有关联的人、事被查处,为掩饰犯罪而退还的,不影响认定受贿罪”的说法,^{〔9〕}在最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第9条第2款中有完全相同的表述。这就是说,从这个案例中所“提炼”出的裁判要点,并没有什么新的东西,是结论四平八稳的一个案子,与以往司法解释立场完全一致,是对司法解释的重申,没有新的内容,谈不上具有指导案例意义上的对法的新阐释或“法续造”。同样,指导案例第11号“杨延虎等贪污案”所涉及的问题,与《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》以及“两高”其他相关司法解释的规定也相一致。

指导案例第12号“李飞故意杀人案”的裁判要点强调:“对于因民间矛盾引发的故意杀人案件,被告人犯罪手段残忍,且系累犯,论罪应当判处死刑,但被告人亲属主动协助公安机关将

〔9〕 其实,受贿以后,为掩饰犯罪而退还贿赂物的,不影响受贿罪的认定,这是常识。即便没有司法解释,也没有指导案例,司法实务中也应该这样解释,理解上似乎也不会有太大偏差。

其抓捕归案,并积极赔偿的,人民法院根据案件具体情节,从尽量化解社会矛盾角度考虑,可以依法判处被告人死刑,缓期二年执行,同时决定限制减刑。”这实际上是对过去多个司法解释的重申。例如,1999年10月27日最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》和2010年4月最高人民法院刑三庭《在审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中切实贯彻宽严相济刑事政策》中均有关于民间纠纷引起的杀人案件,尽量不判处死刑的相同意见。

指导案例第14号“董某某、宋某某抢劫案”明确对未成年人因上网诱发犯罪的,可以禁止其在一定期限内进入网吧等特定场所,与2011年4月28日最高人民法院等部门发布的《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定(试行)》第4条第1项的规定完全一致。

(四)“拓展司法解释”型

指导案例第13号“王召成等非法买卖、储存危险物质案”可能是为数较少的并非仅仅重申以往司法解释的案例,其对刑法第125条第2款规定的“毒害性”物质的解释(“氰化钠虽不属于禁用剧毒化学品,但列入危险化学品名录中严格监督管理的限用剧毒化学品,易致人中毒或者死亡,对人体、环境具有极大的毒害性和极度危险性,极易对环境和人的生命健康造成重大威胁和危害,属于毒害性物质”),澄清了很多误解。因为2003年9月4日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中将“毒鼠强等禁用剧毒化学品”,解释为国家明令禁止的毒鼠强、氟乙酰胺、氟乙酸钠、毒鼠硅、甘氟5类物质;2008年6月25日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第2条也主要针对这5类物质设置立案标准,所以,在实务上,有不少人误认为刑法第125条第2款中的毒害性物质仅指毒鼠强等“禁用”剧毒化学品。指导案例第13号在未修改以往司法解释的前提下,将危险物质从“禁用剧毒化学品”扩大到了“限用剧毒化学品”,对于解决分歧、指导司法实务具有一定意义。所以,笔者认为这是目前发布的多个刑事指导性案例中,相对能够发挥业务“指导”功能的案例,基本做到了名实相符。

上述分析表明,在选择刑事指导性案例方面,最高人民法院虽然千挑万选、极为用心,但重申以往司法解释的案例占绝大多数,其实际效果是否能够达到预期,还是一个疑问。

二、刑事案例指导制度的难题

迄今为止,最高人民法院发布的刑事指导性案例为数极其有限,但是,并不妨碍我们管窥其在刑事案例选择方面的基本思路,再结合刑法司法解释多如牛毛的现实,似乎可以得出这一基本结论:未来最高人民法院选择、发布刑事指导性案例会面临很多无法逾越的难题。

(一)刑事指导性案例必须受制于罪刑法定原则和刑法客观主义立场

罪刑法定原则的题中之意是法律成文化,以满足法的确定性要求,实现法的安定性,将罪刑关系普遍化,法律不因人、因事而异,使一般公正有实现的可能性。罪刑法定之下的成文法主义表明,立法者确定的罪刑规范,应当成为司法人员遵守的规范;在刑法领域的“法源”,只能是立法机关通过特定程序制定的成文法,刑事司法应该以成文法为准,以此来约束司法行为,

防止司法擅断。司法解释以及指导性案例,在与成文刑法相抵触时一律无效。

在刑事指导性案例中,裁判要点处于核心地位。对指导性案例的提炼实际上是通过解释和适用法律,对法律适用规则、裁判方法、司法理念等方面的问题做出的创新性判断,提出有新意的解决方案。学者认为,指导性案例制度的建构,实际上是想在一定程度上克服成文法的局限性,运用案例判决的既判性、权威性特点,统一同案或类案的法律适用,以填补法律漏洞。指导性案例具有解释法律和“创法”功能已是不能回避的事实。^{〔10〕}另有观点主张,如果裁判要点没有超出法律或司法解释的规定内容,变相重复或引述原文规定的,就是没有体现出案例指导价值和创新性。^{〔11〕}但是,问题在于:在刑事领域,裁判要点一旦超出法律规定的内容,就违反罪刑法定原则。因为在刑事法领域,最高人民法院没有“法律形成”、法律制定的权力,在编选指导案例时要把握的底线就必须是:最高人民法院不能根据案例创制法律。

在民事领域,可能不存在这样的问题,因为处理民事案件,在没有法律的时候,依习惯;没有习惯的时候,依条理、情理。法官对民事案件怎么处理似乎都没有太大问题,因为民事案件基本都可以调解、协商。所以,在民事领域,最高人民法院发布指导性案例,即便有很多创造性的内容,好像问题也不大。但是,在刑事领域,受罪刑法定约束,最高人民法院没有法律创制权。

如此说来,通过刑事指导性案例,试图寻求太大的案件处理的制度空间,事实上比较困难。最高人民法院制定的指导性案例面临这个问题,而最高人民检察院制定指导性案例面临的这个问题就更为突出。因为检察机关处理的案件总体上是刑事案件,受罪刑法定原则的约束更多,所以,不难理解为什么最高人民检察院对指导性案例的发布,远没有最高人民法院积极。这当然与检察机关对案件没有最终决定权、裁判权有关,但也有不敢越罪刑法定的雷池一步的自我约束有关。^{〔12〕}所以,在刑事领域发布指导性案例的空间和余地较为有限,这可能跟其他部门法有所不同。

在坚持罪刑法定原则的背景下,同时考虑到我国刑事司法解释数量极多的现实,指导性案例的功能、作用必然受到限制。其实,在没有抽象性司法解释的大陆法系国家中,判例法的适用也同样存在要避免与罪刑法定原则相抵触的问题,也会警惕法官通过案件处理创制法律的问题。因为在有的案例中,基于职业自豪感,法官可能想要表明一种立场,有“自我表现”的欲望。如果不制约法官的权力,任其去解释法律,类推解释或者从主观到客观的顺序进行思考就可能在所难免,裁判结论有可能跟成文的规则和刑法客观主义立场有冲突,这样就存在审判权和立法权冲突的可能性,由此形成的判例就存在先天不足。所以,对刑事判例制度总会有冲击罪刑法定原则的担忧,法官在处理当前案件时,对判例的选择、运用自然就会很慎重。

〔10〕 舒洪水:“建立我国案例指导制度的困境和出路——以刑事案例为例”,《法学杂志》2012年第1期。

〔11〕 胡云腾、吴光侠:“指导性案例的体例与编写”,载《人民法院报》2012年4月11日,第8版。

〔12〕 所以,最高人民检察院《关于案例指导工作的规定》(2010年7月29日)只是规定对指导性案例,各级检察机关“可以”参照执行,如不执行应书面提出意见。而最高人民法院《关于案例指导工作的规定》则强调,最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院在审理类似案件时“应当”参照。如果从警惕司法权超越立法权,以彻底维护罪刑法定原则的角度看,在指导性案例与罪刑法定原则有抵触时,仍然要求地方法院“应当参照”,似乎并不合理。在这个意义上,最高人民检察院关于指导性案例“可以”参照规定的做法更为合理。

由此可以得出的结论是：我国案例指导制度可能具有创制规则的功能，其法律性特征十分明显，对此，我们也应该保持清醒认识 and 高度警惕。^{〔13〕} 刑事案例指导制度的未来发展，不能定位于填补法律漏洞。对此，德国学者指出：在某些情况下，对法律安定性和分权原则的考虑会要求严格禁止司法性的漏洞填补活动。比如，按照“法无明文不为罪”原则，对于确立刑罚以及加重刑罚的规定禁止类推适用。^{〔14〕} 也正是在这个意义上，学者才认为：案例指导制度必须在全国人大及其常委会的控制下规范化运行。^{〔15〕} 未来对所有刑事指导性案例的编选，都要避免与罪刑法定原则之间的抵牾，防止法官根据被告人的主观恶性定罪，或者将先主观后客观的逻辑运用到指导性案例形成过程中，从而在司法实务中最大限度地贯彻刑法客观主义立场。这客观上为刑事指导性案例的大规模编选设置了障碍。

（二）案例选择上的难题

1. 现有的判决书大多说理不透，难以成为指导性案例

刑事案件有一个特殊的地方，每一个案子都有公诉人，公诉人的法律文书里面可能有一些涉及事实和证据的细节，律师行使辩护权时对事实和证据可能有另外的说法。但是，指导性案例里必然对这些事实有裁减，这样有可能法官的判决书里讲得振振有词，如果其和公诉词、辩护词同时对照，细细推敲，判决结论未必完全站得住脚。刑事判决书必须详尽说明裁判理由、推理过程，批驳相反观点。未来的刑事指导性案例，其内容应当包括推理过程以及控辩双方观点详细的展示。这一点比民事指导性案件要复杂。如何挑选案例来客观、全面地反映控辩双方的观点，确保从证据事实中推演出判决结论，对指导性案例的制作遴选都是难题。目前，有多少地方各级法院的法官具有做出日后可能成为指导性案例的判决的能力，实在是一个疑问。

2. 在指导性案例中，如何提炼裁判要点，对基层法官而言是一个难题

裁判要点是指导性案例的核心内容。但是，如何提炼裁判要点，对下级法院法官来说并非易事。在报送到最高人民法院的、拟作为指导性案例材料中，有的仅介绍背景、影响和裁判考虑的因素，或者指出法律问题，而缺乏明确的结论或解决办法，没有揭示出案例的主要裁判规则和亮点；有的对其他内容介绍过多，要点概括不简明醒目；还有的裁判要点与裁判文书相关表述脱节甚至矛盾，表述累赘晦涩。因此，如何归纳和提炼裁判要点，确保其合法有据，内容概括、准确、精炼、结构严谨、表达简明、语义确切、通俗易懂，能够挖掘出案例的闪光点，对类似案件的裁判具有指导和启示意义，归纳具有指导意义的裁判理念或裁判方法，并使得裁判要点要有创新性，归纳总结出裁判文书中对法律适用或其他问题的创新性判断，不是对法律的明文规定或司法解释的变相重述，有高度、深度和好的角度，是一个难题。^{〔16〕}

3. 现有的判决总体上不能够“指向长远”，不适宜挑选为指导性案例

一个出色的刑事判决，既不能突破法律，又要发挥案例指导的功能，就必须指向未来，让老百姓也有预测可能性。而我国基层法院或者中级法院的法官大多不具备作出这种判决的能

〔13〕 陈兴良：“我国案例指导制度功能之考察”，《法商研究》2012年第2期。

〔14〕 （德）齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，页97。

〔15〕 李仕春：“案例指导制度的另一种思路——司法能动主义在中国的有限适用”，《法学》2009年第6期。

〔16〕 参见胡云腾等，见前注〔11〕。

力。由于指导性案例主要是依据中级及其以下法院所作的判决,经由最高人民法院加工作成指导性案例,如果基础判决太差,相关工作就做不了。但是,实践中大量刑事案件基础判决就很差。民事案件的判决,法官可以附带写出很多自己对法理的理解甚至创造性的观点。但是,在刑事案件里,法官不敢这样做,可能是判决理由写得越多,越容易挑出毛病,也就越麻烦。所以,在刑事判决书里,几乎千篇一律地将被告人或者辩护人的辩解阐释为“没有事实和法律依据,不予采纳”,更别说判决能够指向未来、指向长远了。

因此,实施刑事指导性案例制度需要基层法官有大智慧,要求法官要精通法律法理,熟练掌握刑事政策。所以,案例的选择、制作与发布,远比由最高人民法院制定抽象的司法解释条文更复杂。刑事判决书的写法以及相应的制度不改革,到哪里去找那么多合适的刑事指导性案例?

4.是否一定要挑选判决结论四平八稳的案件作为指导性案例

以第3号指导性案例为例,从法理与刑法教义学上讲,该案应该怎么判其实很清楚,不会有太大争议。今后,是否还要选择这种判决结论没有争议的案件作为指导性案例,还值得仔细推敲。

如果考虑到对下级法院法律适用上的“指导”功能,那么对指导性案例的挑选就应该注重其法律解释适用上的疑难性、争议性。那些在司法适用上有争议的案件,最应该制定指导性案例。例如集资诈骗案,被害人对风险多多少少有认识,但为了获取高额利润“赌一把”,在利益受损时马上说自己被骗,被告人是否能够成立犯罪?在被害人对损害结果发生可能有预见,没有陷入错误的场合,行为性质是否属于诈骗?针对上述问题,可以编选一个指导性案例,以表明最高人民法院对诈骗罪构成要件的理解;被害人如果对风险有认识,甘冒风险,不能事后说是被骗。所以,究竟选择什么样的案例作为指导性案例,是很大的问题。

(三)指导性案例与以往案例之间存在矛盾时如何协调

现在已经有最高人民法院、各高级法院通过各种途径公布的案例,如何避免指导性案例和这些早就公布的,而且在很多地方可能被实际参照执行的案例相冲突,是一个大问题。现在有很多渠道公布案例,最高人民法院的五个刑庭都编案例,并在法律出版社出版《刑事审判参考》,这是一个连续出版物,每年出五六卷,每卷都有大量案例。此外,最高人民法院的应用法学研究所也编选公布一些案例。有很多案情大致相同的案例,在这几个部门编选的案例选辑中,处理结论大不一样,有的结论甚至是相反的。比如,对被告人驾驶机动车运输伪劣产品,汽车被公安机关扣留,被告人再偷或抢回来的案例,最高人民法院有部门编选案例里的裁判结论是抢劫罪,另有部门说构成妨害公务罪,或者非法处置被查封、扣押的财产罪,或不是犯罪。所以,对同样情形的结论五花八门,以后要制定指导性案例,怎么面对以前那些相互冲突的公开案例?笔者认为,这样的问题在民事案件里不是特别突出,民事案件重视优势证据,重视哪一方更讲道理,原被告双方谁道理讲得更清楚,能够说服法官,谁就胜诉。在刑事案件里,定性结论较为明确,具有唯一性。如果对同样的事实,法院过去说是那样定罪,过几年又说是这样定罪或者无罪,这种不合理现象怎么避免,不是个别问题。还有一些犯罪,例如在轮奸行为中,个别人自动停止犯罪的,最高人民法院刑事审判部门编选的案例书上说是犯罪中止,最高人民法院研究机构编选的案例里则说是犯罪即遂。对过去结论上有冲突的案件,今后的刑事指导性案例怎么表态?如果选取某种观点表态,那么以前按照其他立场做出的判决,是否要启动再审程序纠正?这会带来一系列社会的、政治的、司法上的问题。

(四) 指导性案例和司法解释之间的关系需要协调

过去的司法解释太多,为未来的指导性案例制造设置了一些难题。

一方面,刑法典的条文四百多条,加上修正案大概有五百五十多条,司法解释则超过千条。以往已经制定了那么多司法解释,这等于是为指导性案例的制作“挖”了很多“坑”。因为司法解释的总量太大,哪一条对,哪一条不对,有时还真说不好,这为指导性案例的选择带来困难。现在要制定指导性案例,说不定就与哪一条司法解释有冲突。指导性案例的挑选,要尽量符合刑法规定,也要尽量避免与以往司法解释相抵触。与其他司法解释较少的部门法相比,确定刑事指导性案例的难度陡然增加。

另一方面,在大量司法解释存在且有效时,刑事指导性案例尽量不要重复以往的司法解释。如果以往的司法解释很明确,且实践中一直这么做,理论上也没有争议的,可能就没有必要再制定指导性案例。

(五) 案例指导制度所追求的效果还值得推敲

按照最高人民法院的要求,对于指导性案例,下级法院“应当参照执行”。很显然,最高人民法院强调指导性案例的约束力,追求一种相同案例相同处理即“同案同判”的效果。但是,学者指出,所谓的同案同判原本就是“一个虚构”。^{〔17〕}

笔者认为,要使指导性案例具有刚性约束,是比较困难的:①目前公布的两批指导性案例,大多简明扼要,并不详列证据,指导性案例是否和法官当下处理的案件属于相同情形,不好判断,所谓的“应当参照执行”也就无从谈起。同时,学者指出,“应当参照”在办案具体操作中还存在其他困难:在判决书中如何表述?尤其是“指导性案例”存在错误时,参照错误的救济途径是什么?谁有权对有疑问甚至是错误的“指导性案例”进行解释?^{〔18〕}②如果指导性案例对控辩双方在事实和法律上的争点的归纳和整理并不全面,对裁判要点的概括不准确,要求下级法院对指导性案例必须参照执行,也多多少少是强人所难;③指导性案例有刚性约束力,当其与刑法条文冲突时,如果也坚持这一点,就会冲击罪刑法定原则,使得指导性案例的效力大过成文刑法,这并不合适;④实践中,上下级法院之间步调不一致的情况并不鲜见。学者指出:

有时或在某些问题上,下级法院会在一个共同的法律和智识框架内遵循统一的行动步骤。然而,更常见的情形是它们并不这样做。在那些双方当事人可能都不会去上诉的案件中,因为被大力鼓励去化解纠纷,下级法院的法官可以比较自由地根据自身偏好适用法律、解释政策,上下级法院之间存在意见分歧;此外,下级法院或它们中的一些有影响力的成员或多或少地会偷偷抵制最高人民法院的指令,从而出现下级法院的不服从。^{〔19〕}

而上下级法院间的意见分歧、下级法院的不服从现象在指导性案例的适用中仍然会存在。

但是,问题的另一面是:如果指导性案例本身很难对地方法院的判决有约束,那么其是否会被束之高阁,也着实令人担忧。因为一旦指导性案例没有真实的、刚性的约束力,仅仅是作

〔17〕 王晨光:“制度构建与技术创新”,《国家检察官学院学报》2012年第1期。相反的观点,参见刘树德:“刑事司法语境下的‘同案同判’”,《中国法学》2011年第1期。

〔18〕 黄亚英:“构建中国案例指导制度的若干问题初探”,《比较法研究》2012年第2期。

〔19〕 (美)阿德里安·沃繆勒:《不确定状态下的裁判:法律解释的制度理论》,梁迎修、孟庆友译,北京大学出版社2011年版,页142。

为法官裁判的简便工具而存在,法官在处理案件时认为其不简便或者不愿意图简便,案例指导制度可能就可有可无了。因此,对刑事指导性案例的效力准确定位,是确保其未来发展的基本前提。

三、中国刑事指导性案例的前景

虽然“两高”尤其是最高人民法院强力推动案例指导制度,但是这一制度并没有得到充分发展,也没有实现规范化运作,可以说在现阶段的中国,很难发挥真正意义上的指导作用。^{〔20〕}因此,对刑事案例指导制度的未来命运进行宏观的、总体思路上的探讨意义重大。

(一)案例指导制度建设的两种思路

在指导性案例形成方面,总体而言有两种思路。

一种是“制度建设”思路。这就是目前官方“强力推进”的路径——最高人民法院处于“垄断”地位,是发布指导性案例的唯一主体,其指导性案例地方法院“应当参照执行”,且地方法院无权发布指导性案例。笔者称之为“激进的制度建设”路径,以与缓和的制度建设思路相对应。^{〔21〕}这种制度建设思路,使最高人民法院面临很多“政治”风险——如果不能把握好发布指导性案例的“度”,将可能违反罪刑法定,使司法权与立法权相抵触,与处于变动中的国家总体经济和社会政策相悖,过多揭示疑难问题,不利于最高人民法院近年来所提倡的“案结事了”,也可能承受理论上持不同见解者的批评。这种制度建设思路,貌似激进,但最终可能使刑事案例指导制度止步不前!因此,目前最高人民法院所发布的刑事案例指导,要么是重申公共议题、公共政策,要么与过去的司法解释完全重复,就不难理解。最高人民法院花很大力气“强力推进”的案例指导制度,其所发挥的功能,与《最高人民法院公报》以及其刑事审判庭编辑出版的《刑事审判参考》似乎没有差别,可谓“穿新鞋走老路”!

另一种是指导性案例形成的“自发秩序”思路,即注重“从实务中发现或提炼判例”。这种主张认为,如果某个或某些同序列的判决事实上经常被此后的司法实践所蹈袭,就可认为其具备了实质上的拘束力。换言之,无论是否存在被宣告的或正式的判例制度,或者即使该判决未被特定国家机关确认为判例,只要其实际上能够发挥与被确认的判例相同的功能作用,该判决也就构成了事实上的判例。其具体内容及与之相对应的成文法概念用语或规范命题,在整体上可以共同构成现实的或者有实效的“隐形”或非正式的制度。由于这类“判例”是客观存在着的,而不是被公开确认并向外宣告的,因此,法学研究者也可以收集、整理和分析既存的各种判决,并从中寻找和发现这类“判例”。^{〔22〕}

在指导性案例形成方面的制度建构和自发秩序这两种思路,实际上反映了学者对于司法

〔20〕 参见李仕春,见前注〔15〕。

〔21〕 我国学者还提出了一种“缓和的制度建设”进路。例如,张骥教授就提出应采用“一元、二级、多层次”的案例制作、确定与选择体制等切合我国法院实际情况的制度建构路径,我国法官寻找指导性案例的方法应当多种多样。张骥:“论寻找指导性案例的方法——以审判经验为基础”,《中外法学》2009年第3期。

〔22〕 朱芒:“行政行为违法性继承的表现及其范围——从个案判决与成文法规范关系角度的探讨”,《中国法学》2010年第3期。

能力尤其是最高人民法院影响力的态度。充分信任司法能力的学者基本上认为由法院尤其是最高人民法院来推动案例指导制度是合适的,最高人民法院也具备相应能力,足以胜任此项使命。而对此持怀疑态度的学者则会肯定“民间力量”的重要性,肯定秩序形成过程的缓慢性,反对将最高人民法院“钦定”的案例作为指导性案例。而这两种司法观的背后,实际上是哲学观和国家观的差别。按照笔者的理解,制度建构论和自发秩序论分别和哈耶克所讲的建构理性主义和进化理性主义相暗合。

哈耶克所批评的建构理性主义明显是一种哲学上的乐观主义,其认为某些人掌握了相关特殊知识,而且能够根据这种知识来设计各种制度,从而构建理性的社会秩序。将建构理性主义的思路推演到指导性案例形成过程中,其逻辑就是法院尤其是最高人民法院的理性决定了其有能力规划、设计、推进案例指导制度,并使之符合司法改革初衷。

进化理性主义则反映了哲学上的一种幽暗意识,认为没有全知全能的政府——“政府在事实上不可能拥有事实上的全部知识”,国家不可能规划所有的人类事务,不可能提出完美无缺的制度设计,也不可能消除所有的罪恶,很多社会秩序、社会共识、社会发展力量都是自生、自发形成的。^{〔23〕}将这种哲学思路运用到指导性案例形成过程中,就会得出法院不可能包办所有指导性案例的发现、提炼的繁重使命的结论,从而为指导性案例赢得正式制度之外的生存空间,承认专家学者发现、提炼指导性案例的合法性,肯定法院发布的指导性案例之外的共识形成可能性。

在转型中国,由相关国家机关主导规则形成过程,对于社会秩序的建构具有特殊意义,因此,在刑事案例指导方面肯定法院尤其是最高人民法院的独特作用是必要的。但是,建构主义的思路显然并不能“通吃”,并不是法院一努力就可以设计出完美无缺的刑事判例制度。对司法能力过分信奉和迷恋,以目的合理来论证手段合理的逻辑在本质上可能是行不通的。因此,作为推进指导性案例研究的基本思路,“制度建构”和“自发秩序”这两种进路必须有效整合、并驾齐驱。这才是未来中国刑事案例指导发展的基本思路。

(二)指导性案例形成的“制度建构”

在我国当前的现实条件下,有关指导案例的正式制度主要由权威性地确认宣告哪些判决具有先例地位的指导制度和方便当事人援引及促进法官制作、适用、发展指导性案例的上诉制度构成。

1. 肯定最高人民法院对指导性案例制度建设的主导性

(1)细致规划指导性案例的骨架。不可否认,如欲从“制度建设”的角度思考指导性案例,就应该由最高人民法院认真规划刑事案例制度的骨架,并对下级法院的“案例形成”过程进行指导。为确保指导性案例的权威性,最高人民法院应当要求下级法院尽量遴选上报审判质量比较高的相关裁判文书。下级法院在申报指导性案例时,要提供详细的研究报告。在该研究报告中,要认真分析全国不同法院对类似案件的做法,并对不同做法背后的理论依据、问题点进行深入剖析,以通过指导性案例解决分歧。在裁判要点可能是多个但其中一些无争议时,在指导性案例中没有必要一一列举。

〔23〕 (美)霍伊:《自由主义政治哲学——哈耶克的政治思想》,三联书店 1992 年版,页 3。

同时,在指导性案例中,受篇幅限制,对案情、证据的介绍要尽可能简洁,对裁判要点的提炼要准确。^{〔24〕}但是,这种方式可能不得不省略很多事实细节和裁判者认为不重要的证据。为弥补指导性案例对相关案情介绍过于简明扼要可能忽略关键细节的弊端,增强指导性案例的效力,便于后来的适用者比对基本事实,尽可能做到“同案同判”,最高人民法院有必要在公布指导性案例的同时,建立相关专门网站,同步公布与每一个指导性案例配套的侦查机关起诉意见书、公诉机关起诉书、律师辩护意见以及一、二审法院据以定罪的各个证据细节,彻底实现司法公开,让指导性案例能够接受“拷问”,确保每一个指导性案例都经得起历史的检验,增强司法的公信力,为诉讼参与者提供更为详尽的依据,消除公众、专家学者对可能存在的证据上和法律适用上的疑问。

(2) 认真研究案例的约束力。一方面,指导性案例的效力不应被赋予强制性,而应定位在通过“以理服人”而得到下级法院事实上的遵循,来获得其约束力。“最高人民法院事先不作出有关案例指导效力的统一规定,而只是在受理案件后被动地在判决中表明立场。此先前判决对于未来处理类似案件不具有强制力,而只是仰赖于自身的‘质量’来日积月累地获得事实上的约束力。”^{〔25〕}另一方面,虽然最高人民法院并不规定指导性案例的强制力,但各级法院适用指导性案例时要尽可能参照执行,要认真研究判决理由,也要认真研究事实概要,建立二者之间的联系,从中寻找与该案件的事实关系有紧密关联的判决的核心意思(本意、要旨),防止边缘事实不同而彻底“架空”指导性案例。

(3) 尽量编选具有超越个案意义的类型性的指导性案例。某些判决只解决一个问题,而且该问题在司法解释中有规定,或者按照当然解释等刑法方法,其结论基本上不言自明的,不宜作为指导性案例。以指导性案例的面目出现的案件,必须尽可能具有类型性、疑难性,通过对一个案例的编选和公布,能够解决相类似的一大批案件。例如,我国刑法第133条规定交通肇事后逃逸的法定刑升格。对于虽然离开现场,但仅仅是因为事故后看到赶到现场的被害人家属情绪激动,害怕被打而暂时离开现场躲避的,或者交通事故仅造成30万元以上的财产损失,但肇事后驾驶者自己受伤而离开现场的,是否属于交通肇事后逃逸,现有的司法解释并不明确,可以由最高人民法院通过指导性案例对类似情况予以表态,这样的案例就具有超越个案的意义。“出于公正的考虑,对某一基本(案例)类型的特定偏离应使相关规范不再适用,人们借助这样或那样的方式(特别的例外要件或者缩限)取得(同样的)效果。人们将特定事实构成从一项一般性的基本规定中排除出去,这一做法具有超越个案的意义。”^{〔26〕}

2. 建立详尽的案例指导制度的配套、辅助性措施

比较关键的一点是,要建立合理的案例遴选机制:①建议最高人民法院建立专门的指导性案例遴选委员会,由其淘汰选择案例,然后提交审委会;②案例遴选委员会可以考虑吸收刑事法学者、检察官、资深律师以及少数普通群众参加,对案例是否为公众所关注、是否

〔24〕 这主要是因为指导性案例都需要在《最高人民法院公报》上公布,如果要详尽列举每一个指导性案例的证据细节、法律争点,事实上会受到《最高人民法院公报》的篇幅限制,影响指导性案例公布的速度,不利于司法改革措施的推行。

〔25〕 刘树德,见前注〔17〕。

〔26〕 齐佩利乌斯,见前注〔14〕。

存在法律适用上的难题进行讨论。在此过程中,特别要听取不同诉讼角色(例如检察官、律师)对某些案例证据可采性的看法。通过这样的制度设计,来确保司法的民主,回应中国转型社会对能动司法的呼吁;③由案例遴选委员会选择的案例,最终能否成为指导性案例,应当由最高人民法院审判委员会通过会议的方式决定。考虑到刑事指导性案例的专业性,建议由最高人民法院的刑事专业审委会(“小审委会”)决定。对于少数案例,如果在法律适用上疑难复杂,同时社会关注度较高的,在专业审委会讨论决定之后,还应该由最高人民法院审委会(“大审委会”)最终决定。

3. 实现案例指导形式的创新——增设“大法官会议”制度

在刑事领域,过去制定了数以千计的司法解释。这些非常抽象的规范化的文件可能侵蚀立法权。所以,由最高人民法院制定司法解释的做法,在理论上受到较大质疑,其消极影响表现在:①司法解释既然要统一全国的司法活动,就必然具有抽象性、普遍性,这种解释就具有立法的性质,导致司法权和立法权关系混淆,司法解释随时有冲击罪刑法定原则的可能;②司法解释必然缺乏针对性,仍然需要进一步解释;③司法解释实际上无意中向一线法官灌输了判决无须说明理由的错误观念,法官总是寄希望于最高人民法院的司法解释解决疑难案件。一旦有司法解释,法官直接根据司法解释作出判决,而无须进一步解释判决理由。在几乎所有的法官看来,最高人民法院的司法解释就是理由,当然毫无必要再向被告、辩护人详尽解释判决理由。而最高人民法院在作出司法解释时,也是不需要公布其理由的,有的解释明显是武断的。最终结局可能就是,对于疑难案件的处理,很多时候是在不需要说明理由的情境下进行的。

因此,如欲大力推行案例指导制度,就不宜提倡由最高人民法院再行大规模、大范围地制定抽象的司法解释。但是,要指望最高人民法院按照目前的“官方推进”路径建设案例指导制度,并完全依靠指导性案例对下级法院准确适用刑法进行指导,以规范刑事案件,似乎也不现实,因为中国刑事案件发案率太高,每年上百万件案子,而且各个地方经济水平不同,案件差异很大。所以,通过个案积累来解决这个问题的难度是显而易见的。“我国案例指导制度以最高司法机关集中统一管理指导性案例为特征,表明这一制度具有较为明显的行政控制特征,从指导性案例的遴选过程来看仍然类似于立法。如果每年颁布的指导性案例数量较少,那么,案例指导制度对司法活动的指导性也会极为有限。”^{〔27〕}也正是考虑到上述因素,对案例指导制度的命运,有的学者明确表示反对,有的学者心存疑虑,持比较保守的态度,认为该制度应该缓行,最高人民法院应该用个案批复的方式对下级法院进行指导。^{〔28〕}

但是,彻底反对指导性案例的观点,其理由可能并不充分。主张指导性案例制度缓行,代之以个案批复的观点,可能违背诉讼的直接审理原则,导致开庭的法官丧失作出裁判的权力,使得“开处方的不看病”,用“批复权”侵害法官的独立裁判权,从而带来法理上的疑问。换言之,不是产生于案件审理过程中的“批复”缺乏正当性,同时可能强化司法的行政化色彩。更何况,如果追问道底,个案批复仍然属于“个案思维”,谈不上比指导性案例更高明。

因此,在尽量摒弃司法解释,审慎推行指导性案例的大背景下,应该考虑创新案例指导制

〔27〕 陈兴良:“从规则体系视角考察中国案例指导制度”,载《检察日报》2012年4月19日,第3版。

〔28〕 李仕春,见前注〔15〕。

度的形式,整合目前最高人民法院认可的指导性案例这种“个案指导”与类案解决思维并行不悖的案件指导方式。所谓类案思维,就是由最高人民法院集中一大批同类案件(而非针对孤立的“个案”),经反复研究,形成相关结论。这一针对类案的结论,可以称作“会议决议”,其实质无非是表明最高人民法院对某一类案件的态度。

为此,需要创设新的制度,增设新的案例指导方式。可以尝试的建议是:负责全国刑事审判的最高人民法院大法官主持召集“大法官会议”,讨论一批性质相同的案件,形成“大法官会议决议”,供各地参考。其具体操作是,针对当前刑事审判中的突出问题,集中“类型化”的(例如,集资诈骗犯罪、危险驾驶罪、雇佣犯罪、不作为犯罪、责任事故中监督过失的认定等)一大批案件,提出需要解决的问题,针对这一类案件反复研究,形成类似于“座谈会纪要”,或者是针对类案而非个案的“裁判要旨”。对于类案结论,不一定要明确各地“参照执行”,但只要交代清楚法律适用的理由,法官在司法实务中一定会将其视作便利裁判的工具而参照适用。这一做法集中了司法解释与个案性质的指导性案例的长处。大法官会议决议所发布的相关法律适用规则,实际上与从指导性案例中所提炼的“裁判要旨”并无二致。

在目前公布的指导性案例数量有限,且受前文所提到的指导性案例制度无法绕开的难题的限制,最高人民法院也不可能大规模发布的情况下,需要考虑的是:最高人民法院要进一步积极推行个案性质的指导性案例制度,同时要注重类案式指导意见的发布。两种指导方式齐头并进,既能确保最高人民法院有充裕的时间遴选指导性案例,也能满足地方各级法院对指导性意见的期待。

在通过“类案”指导地方审判机关方面,最高人民法院已经进行过一些尝试。例如,对毒品犯罪、经济犯罪、职务犯罪,最高人民法院发布了“座谈会纪要”。但是,这里所说的“大法官会议决议”和以前的“座谈会纪要”并不相同:①大法官会议对参会主体的限制更为严格,其决议更有权威性;②大法官会议决议必须定期召开,实现制度化、正规化;③最重要的一点是,大法官会议的所有决定都必须从案件讨论中得来,与个案紧密关联,但又超越个案。对大法官会议决议所依凭的个案,必须在最高人民法院的相关网站能够查阅。

有人会说,这又回到了制定抽象化的司法解释的老路上了。类案指导方式和司法解释存在差异。类案指导方式中一条一条列举的裁判规则,是从大量案件中来的,也是从个案当中来的,但一定是“类型化”的,不像司法解释那样,有的条文可能是凭空想象出来的。这种介于司法解释和个案处理之间的有中国特色的产物,表明最高人民法院对这一类案子是什么态度。这样类型化地处理刑事案件当中的一些问题的方法,集司法解释和个案性质的指导案例之所长。因此,大法官会议决议在实践中实施的效果,可能比极其抽象的司法解释要好,主要是这种类型化的裁判规则,是从数量充足的、活生生的案件中提炼来的。在效力上,只是提示法官参照执行,不像司法解释那么刚性,法官在适用时根据当下案件的特殊性可以调整。最高人民法院通过司法中提炼的类型化的裁判规则约束基层司法机关,不是在行使立法权,可以化解司法与立法之间的紧张关系,在一定程度上缓解对罪刑法定可能受冲击的担忧。

4. 承认地方各级法院反复参酌案件的指导地位,使其成为指导案例制度的“建设者”

刑事案例指导的形成,从“制度建设”的角度看,其建设者不能只是最高人民法院,要承认地方各级法院的主体地位,将地方各级法院反复参酌的案件作为指导性案例,从而形成不同层

级的法院参与指导性案例制度建设的局面。为此,各级法院的所有判决书都要公开(依法不能公开的案件除外),都要接受同行、上级以及社会的检验,让法官形成细致解释刑法的习惯,对其他法官之前所做出的、具有典型性的判决要尽可能尊重和参照,逐步培养遵循先例的职业素养。虽未得到最高人民法院确认,但先前某些判决具有指导性案例效果这一事实不能被否认。

目前,实务中主流的制度建设理念认为,因为地方各级法院司法层级较低,其所作判决不具有其他法院参照执行的效力,所以只能承认最高人民法院作为指导性案例制作者的地位。但是,一方面,地方法院在作出判决前,参照其他地方法院先前判决的做法是早就存在的普遍现象,试图通过最高人民法院统揽权力来制止这种现象只能徒劳无功。另一方面,只有承认地方各级法院在指导性案例形成中的制度建设作用,才能提高法官在个案中独立解释刑法的能力,这才是在刑事领域进行司法改革的真正目的之所在。

其实,无论是由最高人民法院制定司法解释,发布座谈会纪要、大法官会议决议,还是制作指导性案例,对每年数以百万计的案件处理和法律适用而言都是杯水车薪,也是“治标不治本”的指导方式。准确适用法律的真正出路,仍然在于充分发挥基层法官的主观能动性,创造条件使之能够合理解释法律。一线法官在适用刑法处理各种案件过程中,对含义不明或者理解上有分歧的规定进行解释,可以在充分考虑各种方案的合理性的基础上,从容选择最佳方案,可以确保解释结论和案件之间有直接关联性。这是法官解释刑法的好处。这样一来,一方面可以提高法官的个人能力;另一方面,也能够逐步形成一大批高水平的案例,为未来的指导性案例制度建设奠定基础。基于上述考虑,应当将地方法院已然被其他法院广泛参酌的案件视作指导性案例,鼓励基层法官在法律适用过程中参照执行其他地方法院的判决,放手去解释法律,而不要过于依赖最高人民法院的司法解释和指导性案例。惟有如此,司法才能走入良性循环的轨道。

(三)指导性案例形成的“自发秩序”

在以司法机关为主体推动的指导性案例“制度建设”之外,还应该重视指导性案例的自生、自发过程,承认存在一种“自发秩序”,充分肯定专家、学者、律师这些“民间力量”在刑事指导性案例形成方面的贡献,从而形成案例指导制度建设的合力,以克服制度建设所可能面临的各种困难。

指导性案例形成的“自发秩序”,反映了“从司法实践中发现提炼判例”的路径。在这个意义上的案例研究,应审视如何通过个案法律解释适用而逐渐形成具有事实上效力的“判例”,使定罪量刑理论通过系列个案得以丰富发展。反过来,又可以期待能够以这样的案例研究去促进法律共同体内围绕判例形成讨论沟通,刺激司法实践中更加有意识地尝试相关制度的构建及发展。这种研究能够结合具体的法律、法条或规范命题,并注重“系列性”的特征,探索在中国当前的司法语境下统一法律适用并发展形成一般规则的另一条有效途径。而实务界和法学界围绕一个个或一系列案例,就其解释适用时的“指导性”和发展规范命题的作用而展开的梳理评析,则可以使“隐性”的判例外在化,或者推动判例随社会变化而不断调整。^{〔29〕}

有的学者认为,指导性案例的关键在于“指导”,而“自发”生成的案例似乎只是一种“影响”

〔29〕 王亚新,见前注〔2〕。

而不是指导案例的“形成”，这与制度建设似乎并不是并列的思路。对此，笔者认为，虽然应该认同指导性案例的关键是“指导”，但是，如果将指导的含义解释为指引或引导，就可以认为其有时与权力无关、与上级法院对下级法院的“指示”、领导无关。也就是说，并不是只有最高人民法院发布的案例才具有指导功能。只要某一案例判得有道理，得到基层法官、学者、公众认同的，即便没有被最高人民法院选择、公布为指导性案例，但其能够得到法官的充分尊重、参照的，就是对其他法官处理类似案件有“指导”。因此，“自发”的案例形成、秩序形成是可以与官方的制度建设并驾齐驱的思路。

关于指导性案例形成的“自发秩序”问题，有以下诸点值得注意：①各级法院所有的刑事判决，除涉及国家秘密、涉及个人隐私和未成年人利益、依法不能公开的以外，都必须逐步在各种媒体（主要是各级法院网站）上全部公开，为案例指导制度建设提供资源和前提。如果这一点做不到，制度建设要到一个比较好的境界，一定会遇到一些瓶颈问题，要发挥疑难案例的指导功能，就无从谈起；②学术研究中反复讨论的案件（如引起公众广泛关注的许霆案、吴英案，理论上争议很大的不能犯和未遂犯的区分，以及实践中时有出现的妻子自杀丈夫不救助案件、教唆帮助自杀案件等），法官的说理成为理论研究的对象，其中某些经典判决完全具有指导性案例的效果。理论上对这些判决及其反映出来的问题进行反复推敲，研究法官过去如何思考问题，是否突破罪刑法定，先前的判决是否和当下案件相契合等问题，都可以凸显出理论和实务之间的相得益彰；③“自发秩序”的研究路径需要去发现、提炼可能具有先例意义、有参酌价值的个案，或者通过分析大量个案，探讨刑法条文、法条文义、刑法范畴或原理在司法实践中如何通过解释而得到运用、变通或排斥，从而改变理论和实务坚壁对垒的现状；④在大学法科教学以及法官职业化训练中，除讲授重要部门法的基本框架、基本原理和关键内容之外，对提高法律适用能力的大量重要判决的形成过程，对这些先例的理解和适用也都应当贯穿于法律教育中，为法科毕业生、职业法官所耳熟能详；⑤律师在辩护过程中发现其他基层法院对类似案件已有判决，并将其提交给处理当前案件的法院的，先前判决的说理充分、结论公允的，值得法官参酌。此时，律师成为指导案件形成的力量之一，对案例指导制度的秩序形成有重要影响；⑥刑法学界要编辑、出版大量对指导性案例分门别类进行解释的著作，对重要案例进行介绍、评价和归类，形成“隐性”指导性案例。而从实务中发现、提炼指导性案例，会源源不断地为司法实践输送新的指导性案例，满足司法需求，或者为有权机关确认某些判决为指导性案例提供素材，从而凸显法院系统的“制度建设”之外民间力量不可或缺的价值。最后，必须强调的一句话就是：刑事案例制度发展的真正力量不在“庙堂”，而在民间！

（责任编辑：江 溯）