

判例的类比要素：情景、中项与等值

以刑事裁判为视角

孙万怀*

摘要 指导性案例的指导性得到了一定程度的认可,但是存在着曲高和寡的现象。众多因素中,对判例独立性价值的无视无疑是深层次原因。这涉及到法官自由裁量权的定位,更涉及到对法律基本原则和解释方法的综合运用。遵循判例的优势在于满足了法律语言的情景化特点。离开了情景,法律商谈作为一种特殊商谈方式无法实现,适用的漏洞无法根本修复。类比不是奢侈品,而是普遍存在的实践理性。等值的判断无法通过类型化语言的方式简单给出答案,通过类比,延伸出案件的同质性特征,实际上产生的是一个体系化的分支。类型化的解释更多体现了政策的特征,无法证明结论的正当性,原则规范也难以得到体现。指导性案例的优势在于编纂特征,从而一定程度避免了裁判理由与随附意见的混淆,裁判的约束力和说服力也相对明确。其标准首先体现为裁判要点(要旨),裁判要点(要旨)是类比中项的关键,也是最终的结论。不仅裁判要点(要旨)的内容需要规范化,在确定中项内容时也需要考虑相关的裁判理由。遵循先例必然存在“可能的类比、必然的类比、发挥具体功能的类比”,这都在加大类比的风险,所以,需要时刻牢记的是:“一个与‘普遍规则和原则’冲突的先例不具有约束力。”

关键词 判例 类比 情景 中项 等值

一、刑事指导性案例的曲高和寡及其深层因素

截至2019年6月,最高人民法院共发布了21批107例指导性案例,其中刑事指导性案例

* 华东政法大学教授。

23例,最高人民法院共发布了14批案例,其中的刑事指导案例48例。刑事指导性案例呈现出以下态势:首先是数量不断增长。2011年以来,最高人民法院历年的发布数量分别是2例、2例、3例、5例、1例、7例。其次是在所有发布的案例中刑事案例占据的比重越来越大。譬如,2018年最高人民法院发布了14例指导性案例,其中刑事指导性案例有7例,占据了半壁江山。三是开始注重类案归类。譬如,2018年最高人民法院发布的案例中有5例涉及到网络犯罪,最高人民法院的指导案例更是如此。四是类比逐步得到认可。根据《最高人民法院刑事指导性案例司法应用报告》(2018)的统计,刑事案例的应用以一审程序为主,共计30例,比2017年同期(19例)增加了11例,总体占比约为55%;适用二审程序的有25例,比2017年同期(17例)增加了8例,总体占比约为45%。初步显示出“以事实为根据,以法律为准绳,以案例为参照”的趋势。

但具体分析会发现,刑事指导性案例的具体运用并不乐观。以最高人民法院为例,一方面,刑事指导性案例在数量上中排名第二,而且罪名既包括传统常见的故意杀人罪,故意伤害罪,盗窃罪,诈骗罪,非法吸收公众存款罪,生产、销售伪劣产品罪,敲诈勒索罪,抢劫罪,贪污罪,也包括破坏计算机信息系统罪等共计18种罪名;另一方面,根据《最高人民法院刑事指导性案例司法应用报告》(2018)的考察,被应用于司法实践的刑事指导性案例只有13例,尚未被应用的有9例(不包括近晚的最高人民法院指导案例第93号“于欢故意伤害案”)。援引刑事指导性案例的,仅有55起案件且其中的第3号、第4号、第14号、第17号及第87号案例应用次数都在3次及以下。

同时,法官引用的积极性不足。根据《最高人民法院指导性案例司法应用年度比较分析报告——以2011—2016年应用案例为研究对象》^{〔1〕}的统计,最高院指导案例的应用主体以上诉人为主。在55例刑事应用案例中,法官明示援引的仅有27例。其中,法官主动援引的有23例,在裁判时全部予以参照;法官被动援引的有4例,在裁判时有2例予以参照,2例不予以参照。^{〔2〕}此外,参照内容是裁判要点还是基本案情也不尽一致。法官主动援引中参照裁判要点的有18例,参照率最高;参照基本案情的有3例,未明确参照内容的有2例。而在法官被

〔1〕 郭叶、孙妹:“最高人民法院指导性案例司法应用年度比较分析报告——以2011—2016年应用案例为研究对象”,载易延友主编:《中国案例法评论》,法律出版社2017年版,第5页。

〔2〕 《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第11条规定:“公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人引述指导性案例作为控(诉)辩理由的,案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由。”据此法官的援引可分为以下几种情形:①法官主动明示援引,是指法官在相关文书中主动援引指导性案例进行说明;②法官被动明示援引,即诉讼参与人或检察官请求参照指导案例时,法官在文书中作出回应;③法官隐性援引,检察官或诉讼参与人请求参照指导性案例,裁判理由并未明示指导性案例的内容,但裁判结果体现了指导案例的要旨;④无视指导性案例,检察官或诉讼参与人请求参照指导性案例,法官在裁判结果中未予回应,可能包括认为不具有类比性的情形。

动援引中,参照/不参照裁判要点的各有2例。

由此可见,案例的指导性虽然得到了一定程度的认可,但运行效果差强人意。尽管实践中几乎一致呼吁重视案例的指导性价值,但似乎曲高和寡。考察个中原委,对判例的独立性价值的无视无疑是最为深层的原因。这里既涉及到如何看待自由裁量权,也涉及到对法律基本原则、解释方法的综合运用,更涉及到如何类比的问题。

法官裁决案件固然是一个规则的运用过程,但更是一个解决法律规则、法律原则与法律策略之间关系的过程和一个平衡权利与权力的过程。由于规则本身的空缺结构性,由于规则制定的政策性,其所确定的只是一般情形下的尺度,必然存在着漏洞,故法官的裁量权具有填补漏洞的功能不言自明,此时寻找合适的方法至关重要。“范畴是思维的心脏和呼吸、引擎和燃料、乡间小路和州际高速。……,因为作类比和范畴化一样,也是无处不在的。”〔3〕譬如,我国司法解释作为一种规则是政策、规则、理念的混合体,虽然似乎是对法律适用的具体解答,但仍然需要进一步解释才能完成事实与规范的嫁接。由此所存在的不可预见、随意无序和溯及既往的问题,常常被理论所诟病。指导性案例作为一个先例类比的存在,则很大程度可以避免过度的政策倾向。

一般认为,在有规则可寻的时候,法官没有自由裁量权。只有在模糊地带,法官才有能动性,这实际上是法律实证主义的结论。诚如德沃金所言:“在没有规则可以使用的时候,必须使用判断意义上的自由裁量权,这一命题是同义反复。而且对怎样认识法律原则的用途这个问题毫无意义。”〔4〕“任何一种含义都在规则的意义把原则和政策的整体当做法律,把他们看作对一个社会的官员具有约束力的标准,控制他们对法律权力和义务的决定。”〔5〕其实,尽管范畴在认知活动中具有普遍性,但在具体案件中往往并不直接具有针对性,即使清晰的规则也存在着一个对原则遵循的问题。原则本身就蕴含在过去的一切成文法和先例中,存在于整个法制传统中。法官不仅要遵循规则,还要遵循原则,这就是德沃金所认定的“原则模式”。正是原则模式的存在,说明了自由裁量权衍生的判例约束性的独立价值。

即使在成文法的法域,对于先例的尊重也逐步成为常态。其主要原因在于裁判是一个实践理性的体现。“法律商谈是普遍商谈的特殊情形。通过这一主张,法学活动被放入实践理性的领域:在法律决定的领域,涉及理性判断,而非认知视为预定之规整。”规则的意义在于,“普遍实践商谈的界限证立了法律规则的必要性”〔6〕这一点已经被广为接受。其基本逻辑就是:

〔3〕(美)侯世达、(法)桑德尔:《表象与本质——类比、思考之源与思维之火》,刘健、胡海、陈祺译,浙江人民出版社2018年版,第595页。

〔4〕(美)德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第57页。

〔5〕同上注,第62页。

〔6〕(德)乌尔弗里德·诺伊曼:《法律论证学》,张清波译,法律出版社2016年版,第90页。

法律商谈特征决定了实践理性的必然,实践理性决定了自由裁量的合理,自由裁量的合理通过判例来体现,判例要体现规则的稳定性和目的性,因此对判例必须尊重。“尽管从理论上讲,英国和法国适用判例法的方法有很大不同,而且总体而言,在法国先例规则是缺席的,但是这两种司法体系的共同点比想象得多。法国法官和法学家都对法国最高法院过去的判决给予最大程度的尊重。”〔7〕同样,从欧洲层面上来说,随着体系逐步的完善,以前并不认为要遵循先例的观念也开始发生了转变:“无论如何,欧洲法院的实践已经普遍遵循了先例。他经常重复以前先例的段落,提及它们的名字,尽管有时候在措辞上有些许变化。经常困难的是去弄清楚这些变化是偶然的还是为了指出重点的改变而进行的有意涉及。”〔8〕也就是说,虽然欧洲法院并未像英国判例制度一样,将判决理由和随附意见规定得十分明显,但事实上已经有法官开始做出有意识的改变。

先例对于后续判决的意义凸显是一个法治走向丰满的标志,更是将法律作为一种艺术的标志。“司法先例原则并非机械地比较异同的过程。它不仅仅是一门‘比较’的科学,而且还包含了解释艺术、从个案中提取原则的艺术。”〔9〕如何确定案例的情景、类比的规则是确定判例、参照判例的重要内容,也是判例制度走向纵深的必然结果。

二、判例的具体情景化优势

(一)具体情景化的续造

每一个案例都是特殊情景中发生的行为,判例的情景确定和归纳是判例生成的前提。判例的确定是情景的规格化。“要是一个人只知道讨论领域,或者只知道讨论的方式或风格,那么那个人很难预先知道他们要具体讨论的是什么。但是我们要是同时知道这三者,我们就能预先知道很多东西了。”〔10〕

情景的固定要求是基于语言的情景化引发的。语言的情景化特征至少表现为以下几个方面:①词语的双关性。在英语的语法中,有一种方式被称之为轭式搭配(zeugma),即将用到固定搭配中的词语在特定的情形下适用到另外一种情形中,以此获取语言的一种新的体验。譬如,“他的琴声和他的人一样感觉洒脱。”这里的“洒脱”其实形容了两种不同的对象;②语言的含义本身具有一定的模糊性,往往将不同的体验通过比喻的方式

〔7〕 (英)鲁伯特·克罗斯、J.W.哈里斯:《英国法中的先例》,苗文龙译,北京大学出版社2011年版,第17页。

〔8〕 同上注,第20页。

〔9〕 于秀艳:“英国的司法先例原则”,《法律适用》2004年第5期,第27页。

〔10〕 (美)迈克尔·格里高利、苏珊·卡洛尔:《语言与情景——语言的变体及其社会化境》,徐家桢译,语文出版社1988年版,第12页。

加以抒发。譬如，“痛在你身，也痛在我心。”这里“痛”实际上是完全不同的体验，但是诉诸于同一词语恰当地表达了情感；③语言习惯导致理解与字面含义巨大差别。譬如，在刑法中“嫖宿”一词不可能依照字面含义来进行解读；④交流依靠类型化来表达，但是类型化的词语需要通过具体的情形来明确。譬如“冬天：能穿多少穿多少；夏天：能穿多少穿多少。”“单身者的来由：原来是喜欢一个人，现在是喜欢一个人。”脱离了“季节”和“单身者的理由”两个具体情形，内容就会变得不确定。

依照迈克尔·格里高利教授的分类，语言情景可分为环境类比和语境类别。环境类别包括“话语的目的、与方法的关系以及与受话人关系”，语境类别包括“话语的领域、话语的方式、风格(个体风格和功能性风格)”等。^{〔11〕}离开了情景，词语就会缺乏确定性。现实生活如此，法律适用的过程同样如此。刑法规范作为一种法语言，对于概念的理解必然以刑法的目的为基础，与刑法的个体风格、功能性风格密切相关，更与特定的关系和方法相关。也就是说刑法语言基于地域性以及主权性特征，更具有流动性，往往存在语言变体。譬如，无论我国刑法还是司法解释、指导性意见都存在大量关于“多次”的规定，其中截至《刑法修正案(十)》，法典中关于“多次”的表述就多达19处。虽然将3次视为“多次”已经约定俗成，但针对不同情境却有不同时限规定。譬如，针对盗窃罪，1998年《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》将“多次”定为1年内3次，而随着入罪门槛的降低，“多次”被延展到2年之内3次。与此同时，作为从重情节的“多次”仍然被规定为1年之内3次。如2002年《最高人民法院关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》就规定“一年内抢夺三次以上的”从重处罚。此外，作为情节加重行为中的“多次”，如抢劫罪、偷越国(边)境的相关犯罪等，甚至没有时限的限定。

在具体的刑事司法中，对情景因素的回避、对判例的忽视更是导致了规则被不断质疑和诘问。譬如，随着危险驾驶罪已经成为第一大罪，司法机关开始注重个案情境中的区别对待。为此，浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》(以下简称《纪要》)规定：“对于醉酒在广场、公共停车场等公众通行的场所挪动车位的，或者由他人驾驶至居民小区门口后接替驾驶进入居民小区的，或者驾驶出公共停车场、居民小区后即交由他人驾驶的，可以不作为犯罪处理。”其对一些关于法律、司法解释中的“道路”进行了限缩，基本出发点就是认为道路的词语同样必须需要特定的情景来确定。由此设定了例外的标准，进而以情景的特定化来说明其对道路限缩理解的合理性。只不过因为与司法解释等相抵牾，故受到一些诟病。

之所以产生这样的问题，原因在于：其一，寻求情景特定化的基本思路是可取的。这是沟

〔11〕 同上注，第14页。

通成为可能的必要进路;其二,其所谓的情景特定化是不彻底的。因为《纪要》的方式会导致内涵更为丰富,外延变小,不可知的领域变大;其三,也是最为重要的是,《纪要》本身的情景依然是类型化的情景而不是具体的情景,以一个类型化的情形来期待另一个类型化的情形,很可能会无法自圆其说。

刑事案件中的情景化具体只能落实为个案。如果我们将危险驾驶罪的问题诉诸于具体的案例,通过裁判说理给出指导性的答案:在公共通行的场所挪动车位的,或者在特定区域内接替驾驶的,属于刑法中情节显著轻微且危害不大,不以犯罪论处,或许可以规避直接的诘难。实际上《纪要》的内在思路也可能这样(因为是具体案件中的情形),但选择了一种错误的方式。又因为这一方式无法或怯于对但书做类型化的规定,进而只能通过选择对“道路”进行另外一种解释来谋求平衡。

这也说明,特定情景是理解概念的基础,而类比只有在具体的情形中才成为一种合理化的解决问题的方式。法典或司法解释作为法律规则无法打通关键的“最后一公里”。合理的初衷通过一种不适当的方式出现,就会变得难以令人信服。

(二)情景确定超越了涵摄模式后的等值类比

法律的获取是法律适用的过程还是法律发现的过程,是涵摄过程抑或是类比过程,一直是一个有争议的问题。同样的,遵循先例地过程实际上就是一个法律方法论中类比的过程。“盎格鲁撒克逊的方法,即把先前判决的法律观点转化至手中待决的案件中,它所涉及的,明显与类比有着结构亲缘关系同样,因为这关系到特殊到特殊的推理,也就是,回落到构成旧判决基础的基本思想上。”^[12]通常来看,法律获取就是涵摄:大前提(P)→小前提(M)→结论(S)。而在中国的刑事司法中,大前提更过是通过司法解释来体现,有时架空了法律规范。正是从这种程度上来说,司法解释的直接引入,决定了涵摄似乎是绝对的。“在思维活动中,没有任何事情比把事物和情景归入已知范畴更普遍、更基础的了。为了简化世界,我们不停分类。否则将在不都涌现的新事物大潮面前束手无策。”^[13]为了一个规范可以涌现一系列的司法解释,这就是“不停分类”,但结果仍然是在现实面前“束手无策”。譬如,对于危险驾驶罪关于追逐竞驶、情节恶劣的立法作为一个大前提本身缺乏情境性,司法文件中虽有些归纳,但缺乏争议解决性。遇到具体问题的时候往往无能为力,无法进行涵摄演绎,此时只有通过个案归纳的方式诉诸情景无限靠近来趋向于等值。在最高人民法院指导案例第32号“张某某、金某危险驾驶案”中,“情节恶劣”被裁判理由归纳为:“第一,从驾驶的车辆看,二被告人驾驶的系无牌和套牌的大功率改装摩托车;第二,从行驶速度看,总体驾驶速度很快,多处路段超速达50%以上;第三,从驾驶方式看,反复并线、穿插前车、多次闯红灯行驶;第四,从对待执法的态度看,二被告

[12] (德)恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第229页。

[13] 侯世达等,见前注[3],第593-594页。

人在民警盘查时驾车逃离;第五,从行驶路段看,途经的道路均系城市主干道。”法官通过罗列众多危险,试图通过商谈模式而非政策模式获取认同。再譬如,当事人对于协议采取了倒签日期的方式占有他人财物,则倒签日期在何种情形下构成对协议的伪造,何种情形下构成协议的瑕疵,需要根据特定情景(如是否存在真实的交易、合同的条款是否具有一定真实性或者是否得以实际履行)的考察。

据此可以看到,首先,类型化的规则只是一般情形下的常识性结论,对于大前提的规范的使用只能通过比对和等值来实现。类比应用范围既包括先例的创设,也包括案例的归纳,更包括对先例的等值认定。“通过类比,一个情景与先前的情景才能联系在一起。每当我们适用一些常用短语以及其他短语,我们依照的是心照不宣的类比。简而言之,没有任何理由认为类比比范畴少。他们在我们身边,既不是奢侈品,也不是高级美味。他们不是认知皇冠上的宝石,他们是包括宝石在内的整个皇冠。”〔14〕其次,规范明确化并不能排除类比,类比恰恰为规范的安定性提供了正当性依据;其三,范畴的适用只能解释权力性和服从性,无法获得认同性,而类比则可以实现最大程度的认同。

指导性案例的形成以及对于先例的遵循需要方法论来支撑。

涵摄是法律获取之核心地位的观点不再站得住脚,同样也因为大量超越涵摄的标准进入到了方法论中,如诠释学的前理解、诠释学循环、类型、次序概念、开放体系,个案比较、个案规范,继而是除了经典四要素(语法、逻辑、历史、体系要素)之外不可计数的解释标准,如法律的后果评价、正义、平衡、法定安定性、法感、实用性、法的统一性。〔15〕

个案的类比涉及到大量解释方法的使用和解释位阶的限定,这是一个法官智慧的运用过程以及程序正当化的实现过程,也可能是一个司法民主化的形成过程。“这里的所必需的漏洞填补无法由涵摄来完成,毋宁只能以类比(或反向推论)或者一种自由的法官法律续造来完成。”〔16〕无论是类比还是反向推论都只能以个案具体解释的方法来加以展开。这就体现了遵循先例案例以及案例指导的合理化事由。在案例解答过程中,各种评价理由的说明而非结局结论是裁判权威性的内在依据。

在类比过程中,最为需要注意的是,这种等值模式的类比,必须建构合理的标准和路径(这也是下文所致力于的),否则就可能构成一种类推。因为类比本身不是一种逻辑的结论,而是一种比较的结果。尤其是在刑法领域,其究竟是一种商谈模式还是一种策略模式,本身就存在争议,对于后果的重视往往被至于至上的地位,此时类推往往能轻易地

〔14〕 侯世达等,见前注〔3〕,第596—697页。

〔15〕 (德)阿图尔·考夫曼:《法律获取的一种程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第3页。

〔16〕 同上注,第26页。

推开刑法之门。在刑事审判过程中,这一点尤其需要被警惕。譬如,人们往往会专注于个案所造成的严重后果或者严重影响,人们往往会专注于刑罚与后果的对应,进而对行为的可能文义作出一种技巧性的理解,在理论中也会寻找一些理由从而异化出判例存在的合理内核。这与判例作为个案示范的风险有关,也与审判的独立性有关。自由裁量并不意味着放弃对安定性的信守,正如罪刑法定原则不能简单地理解为严格依照法律标准来定罪一样,徒具外表的相似并不能得出价值的共同。判例所追求的等值并不是简单地寻找相似的法律标准,更不是传统的比附援用。

(三)说理的通透是先例得以遵循的正当性前提

法律适用无往不在枷锁中,这个枷锁就是判例说理的边界。因为法律的空缺结构特征,所以总是存在着解释方法的选择,总是牵绊着客观主义解释与主观主义解释的立场纠缠。主观主义解释的方法决定了法官在适用法律时对于立法者真实意思的探寻,进而等同于遵循文本的原意,其所围绕的基本问题是法的安定性与规定的命令性特征,从而法律适用具有实证特点。但是在客观主义那里,其关注的是法在现实中的客观意义,其所针对的是制定法的现实价值以及法的自然性色彩。尽管在理论中存在一种超越自然法和实在法的努力,譬如,考夫曼就认为:“不存在对主观解释与客观解释非此即彼的选择,而是一种亦此亦彼。谁要是想,的确可以在这里看到一种亚里斯多式的中庸的相应主张:不要过多,不要过少。”^[17]但这句话实际上是从另外一个角度说的,即案例的分析是一个主观解释到客观解释的过程。如果说主观解释是出发点,则客观解释是通向终点的路径,在不同阶段,二者一定呈现出二选一的样态,尤其是在涉及到对裁判争议焦点争论的时候,选择客观主义的标准才是更为可取的一种方法。这是说理通透的前置条件。

判例或者说先例的价值也在于此,因为这涉及到法律的发现而不是简单的法律适用。换句话说就是是否承认法的适用价值独立性的问题。如果说许多的理论(诸如下文的因果关系理论)是一种客观主义的标准化理解,则对于法律的目的性的理解也应该具有独立性价值。只不过是在确定射程的时候,“不要过多,不要过少”。

一个先例能被遵循,首先需要具备得以遵循的要素,以便后来的抽取和选择。当缺乏说理性要素的时候,作为一个先例本身可能仍然不乏正当性,但是参照性就会缺损。尤其是当进行事实堆积的时候,裁判结果可能在一定程度上获得等值认同,但类比可能不足。譬如上文引用的最高人民法院指导案例第32号中,裁判理由对于“情节恶劣”的说明表述了五个事实情节。这样的归纳似乎能够获得等值性的肯认,但是作为指导性的意义来说就存在问题了。因为事实和规范之间缺乏一种归纳说明。在现实中,真正完全

[17] 考夫曼,见前注[15],第175页。

符合五个条件的类似性案例是少见的,何况独立的条件都不能排除直接等同于情节恶劣的可能。其指导性或者说遵循性的缺乏在于,等值可以作为判断依据,但是如果不是—种演绎,就无法进行类比,只是建构在事实上的法官的确信。再譬如,最高人民法院指导案例第12号“李飞故意杀人案”的裁判要点被归结为:“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其抓捕归案,并积极赔偿的,人民法院根据案件具体情节,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。”其主旨在于慎用死刑的前提下采纳了单纯的罗列事实的一种商谈模式,如果结合裁判理由会发现,被告人不仅构成累犯且“被害人亲属不予谅解”。案件存在的众多从重或从轻的情节未加说理则在司法参照中必然产生困惑。最近上海发生的朱晓东杀人案中,在讨论案件中,有数位律师就提出:“朱晓东行为因家庭内部矛盾引起,又有自首情节,其手段、前科、后果都明显轻于指导性案例12号。”^[18]然而一审、二审法官对此并不认同,追根溯源就是该指导性案例只是一种事实堆砌,缺乏比对中项。实践中只能沦为两个案件的轻重情节的比较,而因为无法完全等同,法官显然不会理会这样的比对。正如笔者论及刑事指导案例是所指出的:

案例指导制度并不直接有助于“同案同判”,并不必然导致司法效力的提高,也并不能自然促进司法公正的实现。通过已经推出的刑事指导性案例分析可以发现:如何避免满足于提供一种简单的结论性标准,而是应当进行充分的说理,从而避免案例的指导性归于沉寂。^[19]

这样的观点是建立在最初刑事指导案例不多的情形下作出的一种推测。从近几年的司法实践来看,制度真正落地似乎任重道远。因为如果要进行类比,必须再对于等值的内容进行演绎性的说理。

判例法中判例的内容一般分为约束性和说服力两个部分内容。所谓的约束性也是以说服力为前提的。而案例说理性的缺乏,是当前刑事判例的痼疾。去弃陈疴,需要从说理进行强化。笔者曾经在论文中做过一个简单的统计,^[20]证明当前判决说理阙如现象仍然十分普遍。这对于案例的参考性和指导性案例的生成带来了极大制约。“先例应该具有约束力,但是如果难以发现精确的判决理由以及总是不易从判决中抽取精确的判决理由,这个规则就不大可能发展出来。”^[21]

[18] 泰山巍峨_16112,载微博,2019年11月11日上传,https://weibo.com/u/7323744575?is_search=0&visible=0&is_all=1&is_tag=0&profile_ftype=1&page=2#feedtop。

[19] 孙万怀:“刑事指导案例与刑法知识体系的更新”,《政治与法律》2015年第4期,第2页。

[20] 参见孙万怀:“公开固然重要,说理更显公正——‘公开三大平台’中刑事裁判文书公开之局限”,《现代法学》2014年第2期,第42页。

[21] 克罗斯等,见前注[7],第17页。

值得注意的是,这一问题已经得到司法机关的高度重视。2013年1月最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第246条规定:“裁判文书应当写明裁判依据,阐释裁判理由,反映控辩双方的意见并说明采纳或者不予采纳的理由。”但这尚不足以保障说理的充沛性。为此,2018年6月最高人民法院公布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(以下简称《意见》)进一步进行了细化。首先,明确指出禁止未经分析论证而直接使用“没有事实及法律依据,本院不予支持”之类的表述作为结论性论断。其次,指出对于特定的裁判文书必须强化说理,和刑事裁判有关联的主要有:疑难、复杂案件;诉讼各方争议较大的案件;社会关注度较高、影响较大的案件;宣告无罪、判处法定刑以下刑罚、判处死刑的案件;新类型或者可能成为指导性案例的案件;抗诉案件;二审改判或者发回重审的案件;重审案件;再审案件;其他需要强化说理的案件。这样的思路与指导性案例的规则不谋而合。疑难、复杂、争议较大以及涉及到重大定性的案件往往就是指导性案例产生的主要渊源,尤其是有可能成为指导性案例的案件必须强化说理。其三,对于说理的方式进行具体的规定,明确了说理的重点所在,根据《意见》规定,裁判文书应当结合庭审举证、质证、法庭辩论以及法庭调查核实证据等情况,重点针对裁判认定的事实或者事实争点进行释法说理。依据间接证据认定事实时,应当围绕间接证据之间是否存在印证关系、是否能够形成完整的证明体系等进行说理。采用推定方法认定事实时,应当说明推定启动的原因、反驳的事实和理由,阐释裁断的形成过程。这无疑对于指导性案例的形成是一种强烈的共振。

聂树斌案案件的再审判决可以说是一个典型的表征,其说理的充沛性为我们提供了一个案例说服性的范本。在共计1.4万余字的判决书中,约1.2万字在论述证据的合法性、客观性和关联性,从九个方面洋洋洒洒论述了聂树斌作案的客观证据的不足。^[22] 尽管对该案的再审判决存在着不同的看法,但判决的意义是不可否认的。就解释内容而言,其认可了程序正义的应有之义,强调了客观证据的意义,强调了证据合法性审查的意义,这无疑是防范错案出现最重要的抓手。

这与聂树斌案件的一审、二审裁决形成鲜明对比。一审判决只有短短的1200余字。说理更是寥寥数言:“被告人的辩护人辩称,公诉机关指控被告人犯强奸妇女罪的证据不足,经查,有被告人聂树斌多次供述,且与现场勘查吻合,供证一致,足以认定。”二审判决同样也只有1200余字。结论表述虽有不同,但无实质差别:“原判决认定上诉人聂树斌故意杀人、强奸妇

[22] 具体包括:聂树斌作案时间不能确认,作案工具花上衣的来源不能确认,被害人死亡时间和死亡原因不能确认;聂树斌被抓获之后前5天讯问笔录缺失,案发之后前50天内多名重要证人询问笔录缺失,重要原始书证考勤表缺失;聂树斌有罪供述的真实性、合法性存疑,有罪供述与在卷其他证据供证一致的真实性、可靠性存疑,本案是否另有他人作案存疑。参见最高人民法院刑事判决书,(2016)最高法刑再3号。

女的事实、情节正确,证据充分。上诉人聂树斌所诉认罪态度好属实,但其罪行严重,社会危害极大,不可以免除死刑。”^[23]而控辩双方关于证据是否可以排除合理怀疑的标准的分歧被判决书无视。对于辩护人辩称的“公诉机关指控被告人聂树斌犯强奸妇女罪的证据不足,不能认定”意见,也是虚晃一枪,以供述与现场勘查吻合为由直接予以否定。^[24]殊不知这样的否定恰恰完全否定了等值性要求,因此其演绎是极不周延的。

囿于历史因素,不能对当时的判决过于苛责,但是从应然性角度而言,如果一个判决书能将控辩双方的证据及质证过程、法官对双方证据采信与否的理由以及辩护意见、法庭最终的说理公布于众,让程序来制约或让社会来检验,无疑得以阻却错案的发生。“政者,正也。子帅以正,孰敢不正。”^[25]正确或公正不是靠一个简单的结论所能认证,而是通过说服来彰显。

(四)指导性案例的指导性实质

指导性案例一定程度上类似于先例,从案例的选择上,之所以能够成为指导,在于对一个行为评价的不确定性和冲突性的说服力解决。如果一个案例虽然具有典型性或者说具有宣示性,但是并不存在规范冲突或利益冲突,则失去了作为指导的前提。同时,有些案例虽然可以被借鉴,如果不具有提炼规则的可能,则同样失去了实质的指导意义。目前根据最高人民法院的规定:作为指导性案例,需要具备以下条件:“(一)社会广泛关注的;(二)法律规定比较原则的;(三)具有典型性的;(四)疑难复杂或者新类型的;(五)其他具有指导作用的案例。”案例的指导性不同于案例的经典性。一个经典的裁判不一定是指导性案例的素材。具体来说,如果缺乏了争议解决,就失去了说理的实质意义。目前一些机构热衷评选的“十大影响性案例”“十大影响力诉讼”“年度十大案件”等的核心内容就是从关注度和典型性角度出发的,譬如,天津高院发布 2018 年度十大影响性案例中的“吴某某侮辱国旗案”^[26]即属此类。最高人民法院评选的“2017 年推动法治进程十大案件”,被认为“是全国法院 2017 年审理的 2500 多万起案件的典型代表”。“‘百名红通’1 号人员杨秀珠回国受审案”^[27]也属此类。这些判例确实可能具有代表性,发布甚或彰显了法律的预防和教育功能。目前的指导性案例也不乏其例,如最高人民法院指

[23] 河北省高级人民法院刑事附带民事判决书,(1995)冀刑一终字第 129 号。

[24] 河北省石家庄市中级人民法院刑事附带民事判决书,(1995)石刑初字第 53 号。

[25] 《论语·颜渊篇》。

[26] 被告人吴某某为发泄对社会的不满,在小区内剪破、损毁悬挂于各楼栋门前的国旗 66 面,被判处有期徒刑 2 年。

[27] 杨秀珠利用职务上的便利,侵吞公款共计人民币 1904.5155 万元,收受贿赂共计折合人民币 735.43 万元。2003 年 4 月,杨秀珠潜逃出境,先后逃往新加坡、美国等国。2016 年 11 月 16 日,杨秀珠经劝返回国投案后被判处有期徒刑 8 年。

导案例第28号“胡克金拒不支付劳动报酬案”的发布。在特定环境下,这对于社会心理、法律观念甚至对于犯罪预防都不无正向价值,甚至可能有助于解决该罪名虚置化的倾向。但无可否认,其根本价值在于对法官注意义务的强调,因为案件的争议本身就不明显。这从裁判要点本身就可以确证:不具备用工主体资格的单位或者个人可以构成该罪;刑事立案前其他人垫付的不影响定罪。而这两点本是法条应有之意。反之,如果他人垫付之后出罪才存在实质争议。

正是争议性的缺乏,间接导致了法官漠视指导性案例。正是由于争议的实质性存在,所以才存在着一个超越涵摄之外的类比的存在。如果缺少了争议的实质存在,则大前提和小前提本身不会存在多少异议,类比就不是问题,也不需要前述的四类路径大动干戈,也不存在事实与规则之间的往复求证。无法提炼出一套新的规则 and 标准,自然也无法为以后提供一个所谓的权威性的参照。

(五)刑事先例形成体系化之合理性:以因果关系为例

指导性判例的提出实际上只是遵循先例原则的1.0版,其旨在树立一个标杆,并不意味着目标的实现。由于情景本身的复杂性,类型化判例的处理方式才是最终的努力方向。但无论如何,指导性案例之所以能够成为指导,是因为案件类比的内容统一性,并进而次第形成一定的理论归纳,将个案的原则综合抽取进行类型化的处理。对不同问题作出不同的回答。案件的类型化分析其实已经得到实务部门的认同并付诸于实践。

刑事责任的承担很大程度上是一个归责问题,而归责更是类案类型化处理的体现,甚至可以这样说,刑法中的归责只能通过具体案件来解读和诠释。因为就刑法一般理论而言,归责往往与因果的确定相关联,而具体情形更为五花八门,由此各种观点在不断分析中被修正和被细化。在这一过程中,大量判例的出现催生了理论的多样性繁荣,也正是大量特殊情景的存在,因果关系的理论不断得到延展。在我国,随着判例逐步的说理化以及指导性案例的出现,因果关系问题可望向纵深发展,至少从目前来看类型化已经渐显端倪。

笔者考察了《中国刑事审判指导案例》^[28]中所公布的关于介入性因素对归责影响的案件。比较典型的有三起:“第201号穆志祥被控过失致人死亡案——致人死亡无罪过,违法行为与危害结果之间没有因果关系的不构成犯罪”^[29]“第294号龚晓玩忽职守案——渎职犯罪的因果关

[28] 《中国刑事审判指导案例》是最高人民法院刑事审判第一至五庭主办的业务指导和研究性刊物——《刑事审判参考》各集的合订精编本。虽然其中的案例不具有指导性,但这是从约束力层面而言的,在方法论意义上并无本质不同。

[29] 被告人穆志祥驾驶农用车载客时,见前方正在检查过往车辆,担心受罚,遂驾车左拐并在附近停车让乘客下车。因车顶碰触村民所接电线接头的裸露处致车身带电。先下车的几名乘客跳车时未发生意外,也未发现车身导电。后下车的乘客张木森由于在下车时手抓挂在车尾的自行车车梁而触电身亡。

系判断”^[30]和“第 434 号赵金明等故意伤害案——持刀追砍致使他人溺水逃避导致溺水死亡如何定罪”。^[31] 在第 201 号案例中,一方面,裁判要旨否定了因果关系的存在,认为:

只有行为人的行为对危害结果的发生起决定性作用(主要原因力)是,才具有刑法上的因果关系。行为人的行为受外部条件的影响而产生危害结果的,如果该外部条件起决定性作用(主要原因力),行为人一般不应对该外部条件引起的危害后果负刑事责任。如甲将乙打成轻伤,乙在医院抢救过程中因救治不当死亡的,甲只对乙轻伤的后果负刑事责任,而对死亡的后果不负刑事责任。

这里采用的还是主要原因说。但另一方面,裁判理由又认为,该案行为属于意外事件,缺乏主观罪过。如果综合二者考量,其不无相当因果关系的痕迹。而在第 434 号案例中,裁判说理认为,被害人跳水逃逸行为是紧急情形下的一种本能反应,也是在人身受到威胁下的现实选择。被害人溺水身亡在特定的条件下(狂奔后的气竭、仓促下水、夜晚,水情不明)也是合乎逻辑的结果。

事实因果关系除存在有与无之别外,还存在程度之别,即行为对结果产生所起作用的大小问题。这种程度直接影响到行为的责任认定。在审判实践中,必须根据行为与结果联系的紧密程度、行为导致危害结果产生的力量大小、犯罪构成对行为与结果之间联系的要求程度等因素综合评判。

此处也没有明确采纳相当因果关系理论,相反还肯定了追击行为的主要作用,仍然属于原因说的一种具体类型。但是,裁判理由在进行分析时,大量篇幅在论证介入因素与结果的非异常性,利用紧密程度而不是作用力来分析,已经在试图适用相当因果关系理论论证归责的合理性。第 294 号案例则明确认可因果关系的相当性原则,其认为,在行为发展过程中,当新的介入性因素产生影响,需要考察介入行为的相当性:

在“相当性”的具体判断中,一般可以从以下三个方面来进行:①最早出现的实行行为

[30] 蒋明凡持有的驾驶证有效期届满后申请换证。车辆管理所未进行体检,在其《机动车驾驶证申请表》上的“视力”栏中填写上“5.2”,在“有无妨碍驾驶疾病及生理缺陷”栏中填上“无”,致使自 1995 年左眼视力即失明的蒋明凡换领了准驾 B 型车辆的驾驶证。此后,在 2001 年及 2002 年的年度审验中,蒋明凡都通过了彭水县公安局交通警察大队的年度审验。后蒋明凡驾驶中型客车违章超载 30 人翻覆,造成乘客 26 人死亡。黔江区人民法院认为,被告人龚晓在蒋明凡申请换证时,未能正确履行职责,致使蒋明凡驾驶证换证手续得以办理,但其效力仅及于当年,判决被告人龚晓无罪。黔江区人民检察院以一审法院因果关系认定错误提出抗诉。重庆市第四中级人民法院裁定驳回抗诉。

[31] 被告人赵金明与马国超曾经有矛盾,案发前赵金明听说马国超放风要把自己砍掉,决定先下手为强。2003 年 8 月 14 日晚 7 时许,赵金明得知马国超在紫云街出现后,邀约其他六名被告人帮忙,发给每人砍刀一把,双方距离四五米时,马国超见势不妙朝河堤奔跑,赵金明持刀带头追赶 40 余米后,马国超从河堤上跳到堤下的水泥台阶上,摔倒在地后又爬起来扑到河里,并且往河心里游。赵金明等人跑到附近棉花田里躲藏,半小时后逃离现场。马国超系溺亡。

导致最后结果发生的概率的高低。概率高者,因果关系存在;反之,不存在。②介入因素异常性的。介入因素过于异常的,实行行为和最后结果之间的因果关系不存在;反之,因果关系存在。③介入因素对结果发生的影响力。影响力大者,因果关系不存在;反之,因果关系存在。当然,如果介入行为与此前行为对于结果的发生作用相当或者互为条件时,均应视为原因行为,同时成立因果关系。

由此可以看到,该裁判理由事实上开始将理论学说作为一种解释的方法,涵摄与归纳的适用已经交织在一起,是在通过理论的认可而产生现实利益。而理论本身就很难说完全是演绎的结果,毋宁说是与先例或案例互动的结果。另外,裁判要旨还指出:“在判断行为和结果之间是否存在刑法上因果关系时,应以行为时刻管存在的一切事实为基础,依据一般人的经验进行判断。”这实质上秉持的是相当因果关系中的客观说立场。据此,判决认为,蒋明凡的违章驾驶行为是直接原因,被告人龚晓为蒋明凡出具的虚假体检结论的效力只有1年,对两年后的结果不发生影响,不具有因果关系。

最高人民法院通过一系列的案例公布实际已经可以归纳出一种有力的学说,或者说已经吸收了相当因果关系理论,完成了从归因向归责的索骥,完成了从客观性向价值性的过渡,确立了与日本刑法理论中相当因果关系接近一致的判断规则:①实行行为的危险性大小(行为时结果发生的盖然性程度);②行为是并发情况或行为后的介入情况的异常性(预见可能性高低);③实行行为与并发行为、介入情况对最终结果的贡献程度。^[32]

判例之于归责的意义在其他法域中显示出同样的模式。我国的台湾地区,上个世纪九十年代伊始,学者们将客观归责理论引入分析,但在当时并不被实务部门所接受。在被“最高法院”1997年台上字第599号采纳之后,才被刮目相看。但在适用中法官仍然将其与相当因果关系平行适用或有混合适用,更有直接拒绝的。直至2013年的“最高法院”台上字第310号判决才被作为一个关于因果关系的标志性判决,引发了客观归责理论进入全面兴盛期。“直到统计至2019年3月底,与稳定发展期相比较,判决总数成长3.7倍。”^[33]且再无判决拒绝客观归责理论。共识在不断通过裁判的方式加以提高和提取。在日本,在三菱自工车轮脱落事件、沙土路车赛事件以及Winny事件之后,也呈现出一种客观归责理论逐步走向中心的局面,虽然与相当因果关系的关系还存在较大的分歧,但是,“客观归责理论对相当因果关系说的胜利是显而易见的。今后需要围绕着客观归责理论根据怎样的基本思想、在什么样的情形下可以具

[32] 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第122页。

[33] 张丽卿:“客观归责理论在台湾刑法实务中实践”,载华东师范大学第二届刑法专题论坛:《因果关系的理论与实践文集》(2019年),第108页。

体化展开讨论。也就是说,要求对客观归责理论进行真正的理解。”〔34〕在一系列裁决做出之后,对客观归责理论本身尽管存在着认识上的分歧,但作为一个理论的确立是毋庸置疑的,只不过是实践中如何通过判例的累积提取公因式而已。

在我国大陆的指导性案例制度助推之下,司法机关或许已经注意到判例体系化的优势所在,如上文归纳的,开始注重类案归类处理。譬如,2018年发布的案例中有5例涉及到网络犯罪。其中3例涉及到破坏计算机信息系统案,2例涉及到网上开设赌场案。在前三例破坏犯罪中,不仅对“信息系统”确定了范围,而且对“破坏”行为进行了解释。其中,指导案例第104号更是将棉纱堵塞采样器的行为作为一种破坏行为来对待(这实际上更类似于传统的破坏机器设备的行为)。无论如何,这非常有利于做到类案类判,因为计算机犯罪随着罪名的增多和手段的翻新,罪名的确定尤其是“破坏”的特征开始变得日益非传统化。而最高人民检察院已经推出了多批的同一类型的指导性案例。包括金融领域犯罪、网络犯罪、针对未成年人权利的犯罪、正当防卫等等。逐步分类细化之后,如何进行理论研判也将成为以后的重要研究内容。在办案一线部门,对于具体案例裁判理由的归类整理和示范也得到重视,譬如,上海市第一中级人民法院近年就推出了一系列类案裁判方法,对审理思路和裁判要点进行了总结,明确审理思路和裁判要点。譬如,在内幕交易罪的认定中,通过典型案例对内幕信息敏感期、犯罪主体、利益共同体责任的认定的问题进行归纳,确定了一些具体认定标准与审理思路。这实际上也是先例体系化的雏形。

体系化的意义还在于不断通过案例的吐故纳新,使得逐步类型化的判例不断细致和开放化,防止体系的封闭,促进规则和理论不断地与时俱进。

三、类比的中项与方法选择

(一)关于裁判要点与裁判理由

在遵循先例成为传统的法域,并非判决的所有都成为必须遵循的内容,而是将判决理由与随附意见(在日本的司法裁判中被称为“主论”“旁论”)进行区别。前者具有约束性,而后者仅仅具有说服力。其区分基于两个方面:其一,“专供法官宣布他关于法律的判断”“争议只与事实有关”的案件不能成为先例。其二,“在他表达的诸多法律命题中,只有那些对其判决确有必要部分才被说成是构成了裁判理由,并因此不再是一种随附意见”。〔35〕

最高人民法院的指导性案例目前的体例为:“裁判要点”“基本案情”“裁判结果”“裁判理

〔34〕 (日)松宫孝明:“因果关系与客观归责——以在日本的展开为素材”,载华东师范大学第二届刑法专题论坛:《因果关系的理论与实践文集》(2019年),第99页。

〔35〕 克罗斯等,见前注〔7〕,第46页。

由”。其中的核心是“裁判要点”与“裁判理由”。在遵循先例时必然面临上述类似这样的问题。只不过这一问题并不突出,主要是因为,其并非是简单的判例发布,而是进行了一定编纂,所以其首先体现为对裁判要点的遵循,裁判要点是类比的中项和核心,也是最终的结论。如果说遵循是一个归入的过程,则要点无疑成为事实之间、事实与规范之间的桥梁。同时,如何保持“裁判要点”和“裁判理由”的协调也十分重要。

有观点将现有的裁判要点分为这么几类:

第一,对案件事实的判断或者认定及其方法;第二,判断某种事实状态属于或者不属于一定的法律概念;第三,对现行法律的阐释。第一种类型的裁判要旨实际上也属于对现行法律的阐释。但对现行法律的阐释不仅包括对法律概念的解释,还包括对法律规则的解释、对法律漏洞的弥补等;第四,对裁判案件过程中其他问题的判断。^[36]

就刑事裁判而言,有学者将裁判要点归纳为两种类型:基本事实归类型和条文含义解释型。并且认为:

从发布数量上来看,基本事实归类型的裁判要旨明显要多于条文含义解释型的裁判要旨。相较而言,基本事实归类型的裁判要旨与作为其出处的指导性案例的基本案情结合的更为紧密,所创制的裁判规则也更加具体,更便于理解和把握,因而更值得采用。指导性案例的重要作用之一,就在于弥补立法与司法解释的不足,而立法和司法解释往往侧重于对某一法律概念的含义作出解释,而对于某种具体的案件事实是否属于该法律概念,立法和司法解释则少有明确说明,而基本事实归类型的裁判要旨正好可以弥补这一不足。^[37]

此外,实践中还有其他一些分类。^[38]笔者认为,两种类型的实质差异并不大,有时只不过是一种表述方式的不同。条文含义的解释必然包含着归类,而有些归类实际上可能是概念的另外一种表达。对于概念的解释往往包含在裁判理由中,有时还需要通过系统归类来解决,甚至需要通过学术的研判来获取。

但是这并不意味着裁判要点(要旨)可以随意汲取,相反,总结分析裁判要点的经验与不足十分必要。譬如,有观点就曾经归纳了众多不当之处:“①没有超越法律法规或司法解释本身的内容。②仅仅介绍背景、法律影响和裁判的考虑因素,或指明法律问题,而未告知明确的结论或解决办法。③对其他内容介绍过多,或者概括得不够精炼,致使要点不够明确醒目。④因种种原因无法让具有法律专业知识的人直接理解,如没有对新名词作出解释。”^[39]这些不当

[36] 郎贵梅:“论裁判要旨的性质、分类与编写”,《判解研究》2008年第5辑,第44页。

[37] 陈兴良主编:《中国案例指导制度研究》,北京大学出版社2014年版,第57页。

[38] 也有观点将类型归纳为:条文含义解释型、基本事实归类型、诉讼要点指示型、量刑刑指导型、程序规则确认型和刑事政策宣示型等六种类型。参见付玉明、汪萨日乃:“刑事指导性案例的效力证成与司法适用——以最高人民法院的刑事指导性案例为分析进路”,《法学》2018年第9期,第167页。

[39] 郎贵梅,见前注[36],第44页。

都直接消减了指导性案例的价值,遮挡了指导性案例的魅力。

需要说明的是,裁判要点(要旨)的周延性是相对的,毕竟详细的理由只有在裁判中才能得以延展,对核心的理解最终还是要回到情景中。裁判理由似乎更为具有现实性和说服力。譬如,2013年1月31日发布最高人民法院指导案例第13号“王召成等非法买卖、储存危险物质案”中,裁判要点中只是确定了氰化钠等剧毒化学品属于“毒害性”。但裁判理由认为:“氰化钠虽不属于禁用剧毒化学品,但系列入危险化学品名录中严格监督管理的限用的剧毒化学品,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,属于刑法第125条第2款规定的毒害性物质。”裁判理由中将毒害性物质限定在了“限用的”剧毒化学品的范围不是全部剧毒化学品,这在裁判要点中并未明示。二者细微的差别恰恰可能涉及到案件类比的关键点。

最高人民检察院所公布的指导性案例则相对比较复杂。其体例分为基本案情、要旨、诉讼过程和结果、指导意义。在第10批指导性案例发布的时候,诉讼过程和结果修改为指控与证明犯罪,强化了指导案例的指控色彩,同时也突出了一些争议焦点。体例复杂是因为检察职能的程序性和实体性决定了案例涉及的不仅仅是裁判的问题,而是既包括裁判中的问题也包括审查起诉程序中的问题。此时如何确定比对中项无疑更为关键。尤其是要旨与指导意义的内容常常不一致。譬如,在检例第40号“周辉集资诈骗案”中,指导意义不仅就要旨关于如何构成“非法占有为目的”进行了解释,对证据审查、追赃等问题也进行了论述。笔者认为,指导意义所归纳的内容,尽管在该案中十分重要,甚至涉及到证据排除问题。但是因为其不是要旨所在,因此不具有约束性,仅仅类似于随附性意见而存在。而协调要旨与指控与证明犯罪部分的关系才是根本。这一点应该加以明确。

当然,尽管指导性的内容不是简单体现为裁判要点(要旨),裁判理由应该更具有实质性,但是要点(要旨)的归纳无疑为我们指引了方向。鉴于目前阶段裁判理由的约束性和说服性的论断并不清晰,裁判的主旨内容和随附内容的区分并不明确,一些裁判理由也缺少一个完整的归纳,要点或要旨显然更具有界分意义和提示意义,由此推演的结论是:不属于裁判要点(要旨)涵摄范围的裁判理由显然只是法官随附的说服理由,不具有约束性。

(二) 类比提取的内容与中项的选择

作为当代法学方法论重要的奠基人,卡尔·拉伦茨特别重视类比来解决法律问题。在他看来,类比是法官审理案件时填补法律漏洞的基本手段,从可能词义、立法计划、目的乃至整体法秩序的界定和流动都是一个类比的过程。^[40] 在刑法的适用过程中,尽管存在反对类比的观点,但“严格的禁止类比在刑法中从未有过”“不存在禁止类比”。^[41] 那么法官在案例类比

[40] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第246页。

[41] 萨克斯、考夫曼语。转引自恩吉施,见前注[12],第186页。

过程中应该如何判断呢?

这里不妨借鉴一下德国法官在撰写判决书中普遍适用的归入法。所谓归入法实际上是法官判断案件中适用的几个步骤:即总起句、定义、归入、结论。^{〔42〕}所谓总起句,是一个最为基础的寻找法律依据以及落实讨论问题的步骤。“说明这一部分审查什么内容,帮助法律使用者集中精力在这一部分必须要处理的问题上。”^{〔43〕}这实际上就是一个聚焦的过程。判决的大前提必不可少,但需要说明的是最初的大前提可能是假设的,是一种设证。尤其涉及到的先例作为一个前提存在的时候,涵摄似乎进一步模糊化。“日本的法官在对判例与待解决的案件进行相似性分析的时候,其关注的是待解决案件与在先判例的判例要旨构成要件方面是否相似。只有构成要件相似的两个案件,才能做出同样的或相似的法律评价。”^{〔44〕}与大前提的等值判断才是核心。作为下一步骤的归入至关重要。我国指导性判例的模式实际上也具有判例初期的明确性优势。这里我们不妨将裁判要点看做大前提,不妨将裁判要点的射程以内的裁判理由作为类比的中项(M)。这样可以有效防止类比边界的模糊性。以例为证:

最高人民法院指导案例第93号“于欢故意伤害案”中,其裁判要点重点归纳为这样一句话:“对非法限制他人人身自由并伴有侮辱、轻微殴打的行为,不应当认定为刑法第二十条第三款规定的“严重危及人身安全的暴力犯罪。”需要说明的是,首先,这一裁判要点是一个类比指引,结论是对具体案例特定情境的归纳,本身已经不是直接的情景化产物。所以在参照的时候,只是一个大前提的规范存在。其次,在具体类比的时候,必须返回裁判理由本身,来考察“轻微”殴打行为该当性,而限定的范围必须以大前提指引范围为界。

这在被称为“第二于欢案”的“陈伟故意伤害案”的分析中,可以得到印证。^{〔45〕}

江苏省高级人民法院驳回申诉通知书(2016苏刑申298号)的裁量理由表述为:“被害人陶蕾等人所持工具为电棍、板凳、拖把等工具,虽然采取了暴力手段,但目的是追讨欠款。而你在被暴力追讨欠款过程中持匕首捅刺他人,其行为虽具有防卫性质,造成一人死亡的严重后果,明显超过了必要限度。本案中对方并没有实施严重暴力犯罪,不符合无限防卫权实施的条件。”在这一案件中,被告人提出来与第93号指导案例提出了几乎相同的理由,而法院的裁量也几乎给出了相同的答案:被害方实施的行为不属于严重危及人身安全的暴力性犯罪。换句

〔42〕 参见国家法官学院、德国国际合作机构:《法律使用方法——刑法案例分析方法》,中国法制出版社2016年版,第16页。

〔43〕 同上注。

〔44〕 (日)后藤武秀:“判例在日本法律近代化中的作用”,《比较法研究》1997年第1期,第75页。

〔45〕 2015年3月2日晚21时许,被告人陈伟在钱某家中参与赌博期间,发现陶某乙(被害人)纠集了陶某甲、陈某乙、陈某丙等人前来向其追讨欠款,欲行离开,遭到陶某乙等人围堵。期间,陶某乙持电棍电击陈伟,陶某甲等三人持板凳、拖把等物对陈伟追逐、殴打,陈伟当即掏出随身携带的单刃尖刀挥舞、捅刺对方,并捅戳到陶某乙颈部。后陶某乙经抢救无效死亡。陈伟因故意伤害罪被判处有期徒刑9年。

话说就是结果不具有相当性。因此构成防卫过当。

驳回理由只是一个简单的结论。其中是否存在类比不得而知(或许其认为与于欢案件不具有可类比性),如果进一步分析,可以发现江苏高院的裁量思路实际上与指导性案例的裁判要点一致,但问题的关键在于裁判理由的比附。

在类比过程中,首先要归入的是,行为人的行为是符合无限防卫的构成要件还是防卫过当的构成要件?其次是如何对无限防卫权中的不法侵害进行认定。这需要司法者采取多种方法来加以解决。从方法论的角度来说需要从语义、体系、原旨、目的等方面进行阐释,从表达方式角度,需要通过学术性的解答或者判例抽取的方式来加以体现,如果说判例的创制主要表达为一种叙述性的解释(实际上其可能也是一种判例的抽取),则需要对先前判例的考察,寻求类比方法的适当性和类比结果的合理性(抽取案例形成例外的结果也是一个判例的创制过程)。

此时,与其相信法官的惯性理解,不如相信法官对判例的参照和分析对比。这既是促进案例公正性解决至关重要的因素,也是规范的体系化形成至关重要的一步。而这也依赖于归入法的最后两个步骤:将案件事实与形成的定义作比较,通过事实的比对确定所依据的条件是否得到满足。如果存在例外,是否这个例外是关键性的例外。在归入明确化之后,结论的到来就是水到渠成。最高人民检察院检例第 47 号“于海明正当防卫案”也涉及到类比的问题。只不过是认定为例外的结果。最高人民法院指导案例第 93 号是针对“轻微殴打行为”而言的,到了昆山反杀案。则呈现为“刘海龙先是下车对于海明拳打脚踢,后又返回车内取出砍刀,对于海明连续数次击打,不法侵害不断升级。”

结合三个判例,如果加上最高人民检察院检例第 48 号,^[46]我们可以发现。所谓的不法侵害在不同案件中可以生成一个暴力等级序列:轻微殴打(扇拍面颊、揪抓头发、按压、推搡 → 电棍、板凳、拖把等工具殴打 → 砍刀击打 → 匕首捅刺大腿)。

这里涉及到几个问题:一个是严重暴力的界定问题。^[47]存在争议较大的可能是第二序列中的电棍、板凳击打的严重性程度。这与“防卫手段对等原则”相关联——即使造成了严重后果,但手段具有相当性就不属于防卫过当。此时显然难说电棍、板凳等殴打与挥刀不对等。其次是手段相当性的问题。譬如在日本最高裁判所 1989 年 11 月 31 日的判决中就认为,“始终采取的是为了免遭 A 之侵害的防御性行为,不能认定此行为超出了作为防卫手段的相当性

[46] 沈某纠集员工雷某、柴某等 4 人持棒球棍、匕首赶至葛某的养生会所。先是沈某无故推翻大堂盆栽挑衅,与葛某等人扭打。雷某、柴某等人随后持棒球棍、匕首冲入,殴打店内人员,其中雷某持匕首两次刺中店内工作人员侯雨秋右大腿。其间,柴某所持棒球棍掉落,侯雨秋捡起棒球棍挥打,击中雷某头部致其当场倒地。雷某经抢救无效,因严重颅脑损伤死亡。侯雨秋的伤害程度构成轻微伤,该会所另有 2 人被打致轻微伤。

[47] 当然,这里只是针对暴力而言的,其实在于欢案中还存在争议的还包括严重侵犯人格的问题,在昆山反杀案中还存在一个“反杀”的问题。

的范围。”^{〔48〕}也就是说,即使在武器不对等的情形下,如果防卫人持有的致命武器只是纯粹一种防御,就同样具有手段的相当性。在“陈伟故意伤害案”中,首先,行为具有主观防御性。根据陈伟的供述:“右手拿刀对他们就是一顿乱戳,想阻止他们靠近,其感觉到其用刀戳到了那个拿电棍的小鬼。”其二,行为客观也表现为防御性特征。根据证人证言:“黑猫(陈伟)被其几人打伤,跑回屋里,”“陶某乙手里拿了电警棍在和黑猫对打,陈某丙和陶某甲各拿一方凳在推来推去地打黑猫,陈某乙拿了大门外拖把帮着打黑猫。”“那个小鬼被其戳了之后还用电棍来电其,其他的小鬼用板凳砸其,其身上被板凳砸到,头被砸破,流了不少血。”其三,就行为后果而言,间接呈现出防御性的结果。就鉴定结论来看,陈伟当时也多处受伤:“钱某甲家客厅内血迹试子1、2、3,陈伟随身携带刀的刀刃试子,陈伟红色外套左侧领口下方血迹试子,陈伟牛仔裤右膝盖处血迹1,陈伟牛仔裤左膝盖处血迹2的DNA与陈伟血样的DNA以上基因座的基因型相同,似然比为7.951019。”“身体右上臂中段前侧见皮下出血一块(3.53cm);右手背外侧见皮下血肿一块(64cm);左上臂青紫;左手腕前侧见皮下出血一块(2.52cm);左手中前指末节指腹见划伤一处(长0.8cm);左眉外梢见结痂创一处(长1cm)。”综合分析,陈伟持刀乱挥可以视为一种防御性行为。在当时的情形下具有手段的相当性。第三个问题是,严重的暴力标准不是一个客观的判断问题。在防卫过程中,不能苛求防卫人在应急反应情况下作出理性判断,要根据现场具体情景及社会一般人的认知水平进行判断。对此,最高人民检察院检例第47号“于海明正当防卫案”指出:“应当根据不法侵害的性质、手段强度、时机和所处环境等因素,进行综合判断。”最高人民检察院检例第45号甚至走得更远:“对认定正当防卫有影响的,并不是防卫人携带了可用于自卫的工具,而是防卫人是否具有相互斗殴的故意。陈某在事前没有与对方约架的意图,被拦住之后也先解释退让,最后在遭到对方围打时候才被迫还手,其随身携带水果刀,无论是日常所带还是有所防备,都不影响对正当防卫的认定。”这里实际采纳了手段相当性的观点,只不过手段相当性的判断加上了一般认知水平的认知标准。

这样一个结论显然是很大的倾向性,因而具有较强的指导性。实践中,有时不仅现场的具体情形对于定性存在影响,非现场的情形也会影响行为人的认知和社会公众的一般认知。譬如,2015年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》在认定防卫行为是否“明显超过必要限度”时明确指出:“应当以足以制止并使防卫人免受家庭暴力不法侵害的需要为标准,根据施暴人正在实施家庭暴力的严重程度、手段的残忍程度,防卫人所处的环境、面临的危险程度、采取的制止暴力的手段、造成施暴人重大损害的程度,以及既往家庭暴力的严重程度等进行综合判断。”不仅认可了手段的相当性,还提出结合当时情形,甚至将既往家暴程度都作为判断性的因素。不仅考虑了一般人认知,甚至考虑了防卫

〔48〕 (日)山口厚:“正当防卫论”,王昭武译,《法学》2015年第11期,第80页。

的特殊认知。而在“陈伟故意伤害案”中，同样存在着一些先前性的因素。譬如，在之前的催收赌债过程中，“程康康叫陈伟将双手放在茶几上，他用房间里面的方木砸陈伟的手，砸了好几下方木都砸断了。程康康因为陈伟不想写欠条，程康康就拿了匕首切陈伟的手腕，还切了血印。”既往的暴力严重危险性应当对后续防卫行为的正当性产生影响。

由此，随着判例不断的形成，说理的不断充分，比对的中项也不断地具体化，基本可以形成一个轮廓化的深化过程：

第一层：武器对等性的行为的出罪理由；

第二层：武器不对等的时候，通过手段相当性的出罪理由；

第三层：手段相当性不够明显的时候，辅助以一般社会判断的出罪理由；

第四层：一般社会判断不够明显的时候，付之于具体的情景作出判断作为的出罪理由；

第五层：具体情境不够明显的时候，诉诸于前情境作出一种辅助性判断的出罪理由。

（三）类比的除斥

案例的比对是一个归纳和设证完成的过程，其有利于一个模糊概念的澄清和适用，甚至可以发展出一个新的规范。本杰明·N.卡多佐认为：“一个决定的隐含意义乍一看也许是含混的，其后由于评论和阐述，新的案件抽出了它的精髓，最后，就出现了一个规则或原则，成为一个渊源，一个出发点。”^[49]现实司法之所以不再呈现为逻辑推演而是运用性商谈，根本原因在于法官已经对一些抽象的可普遍化的利益有了类型化的观念。

但是，类比的方式包含着一系列的风险，尤其是策略为核心而不是以商谈为核心的刑事司法过程中。

类比具有很大的不确定性、大胆和风险。类比程序的有效性取决于两个方面的因素：首先，为了扩张比较的基础，必须尽可能地出示“同类案件”。法律人很频繁地做这项工作，虽然大多数时候并没有意识到在进行类比。其次类比的有效性从根本上说十分依赖于比较点（比较中项）的选择和待比较之特征的确定。比较点的确定主要不是以理性认识为基础，而在很大程度上以决断即权力的运用为基础。^[50]

故而，在对先例进行考察的时候，必然存在着一些必须信守的规则。在不同的个案中存在着不同的类比特征，这与规则漏洞相关联。卡纳里斯教授就认为，由于存在“规则漏洞、目的论漏洞、原则与价值漏洞”，所以必然存在“可能的类比、必然的类比、发挥具体功能的类比”，^[51]这都在加大类比的风险，所以，这里首当其冲的就是：“一个与‘普遍规则和原则’冲突的先例不

[49] (美)本杰明·N.卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2013年版，第27页。

[50] 考夫曼，见前注[15]，第60页。

[51] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2.Aufl., 1983, S.141ff, 211.

具有约束力。”^{〔52〕}这涉及到司法者解释方法的运用,是在法的安定性和目的性要求之间的抉择。这种情形在德国的刑事司法中就此曾经出现。根据当时联邦德国刑法规定,使用武器进行抢劫的,属于加重型抢劫罪。显然盐酸无论如何不能涵摄到武器的范围,但是当时德国的最高法院通过类比的方式将其等值对待,其公式可以归纳如下:

其一,比对的对象是武器;

其二,武器的概念本身就是模糊的,所要进行比对,等值的范围至少包括以下方面:

- ①严重损害身体的危险相当性;
- ②这种危害的具有实在性;
- ③目的旨在制止反抗;
- ④都是可以手持的;
- ⑤都是借助于外力脱离一定的器具为方法的;
- ⑥都是以直接导致直接侵害身体为健康损害特征的。

当然以上推演附加了部分笔者的推测,并没有看到全面说明。对此,考夫曼认为:“联邦最高法院只能基于一种极端的客观目的论解释、扩张解释才能得出它的结论。后者更深入触及了类比。因此正确的提问是,涉及的究竟是依然被允许的类比,还是被禁止的类比。在刑法理论中占据主流观念的是(这是对的),上述情形已经属于被禁止的类比了。”^{〔53〕}因为无论是作为文义的普遍理解,还是从体系的角度理解,都不可能得出盐酸等同于武器的结论。仅仅局限于结果同质性来进行类比,仍然不能通过刑法的基本精神作出有说服力的解答,所以也不是目的性解释的合理化成果。“法官压根就没有意识到:这里涉及一种类比式的等值,决断和权力可能侵入。”^{〔54〕}即使进行比对,工具的杀伤能力才是最为核心的要素。此外,这种简单等值的不合理性还可以通过反向论证来加以证明,具有危险同质性的行为是否可以都纳入武器的范畴?例如,沸水是否可以作为武器存在?如果这些都被视为武器,法律的体系性就被消解了。

我国法律适用过程中也存在类似的问题(虽然不是案例比对中出现的,但原理并无二致)。例如,具有军警身份的人抢劫是否可以理解为冒充军警抢劫?赞成的观点同样是在类比过程中选择了类似的对比中项基础——对被害人强制性等值性或者说危险的同质性,进而在此基础上再对词语进行扩张性理解。但是其同样也回避文义的范围以及体系性的合理性。譬如,与冒充军人招摇撞骗罪的中“冒充”如何协调(因为军人的身份决定了不可能存在冒充)。此外,这还涉及到目的性诠释的缺位,即与刑法基本原则和精神的不一致。如果我们将选择的中项立足于“冒充”而不是危险性后果,则会发现,冒充军人的处罚意旨在于惩罚双重侵犯:对军职的冒犯和对被

〔52〕 克罗斯等,见前注〔7〕,第126页。

〔53〕 考夫曼,见前注〔15〕,第169页。

〔54〕 考夫曼,见前注〔15〕,第192页。

害人冒犯,而这才是加重处罚的内在理由。

这里的后果只是针对犯罪的后果而言,因为刑罚阶梯的设置多是以客观危害为基础,所以极易导致与刑事责任竞合。对于法官后果取向以及法律后果主义的除斥是基本的要求。作为法官,“他的裁判是条件式的,而非目的式的纲要化……法律未清除地预定裁判的地方,存在着考量裁判后果的空间,但是出于法治国和法安定性的理由,这里必须遵守严格的规则。”〔55〕

此外,在确定后果作为比对中项适用的时候,还必须考虑刑法原则的包容性特点并且付之于法律的论证。即使我们认可恩吉施的观念,认可法律秩序由命令组成,命令应该建构生活,法律存在漏洞时,“只是法在法例外地授予法官以权力,以自己的利益权衡作为判决的基础,特别是在裁量授权中,法官才居于立法者的地位。”〔56〕但是这并不意味着其对制定法原则的背离。后果主义是超于制定法的一种表达方式。

不容置疑的是,法律裁判时间不仅面临着合乎法律和教义的一贯性的要求,而且也应符合实践理性。他必须将不公正的视点锻造为针对法律之效力的论述,比如诉诸于拉德布鲁赫公式。同样他也不能因为觉得难以应对社会技术和社会发展,就忽略一个久远但有效的法律。他必须利用特定的法律论述,比如诉诸于“法官的法之续造”之法原则。〔57〕

这种原则决定了对于裁量的除斥。譬如,例外禁止延伸、存疑有利于被告、刑罚的人道性、法益—义务权衡原则等。譬如,罪犯主动交代了藏匿地点,使得被绑架人被解救,避免了严重后果发生。此时得以适用坦白的减轻情节。因为交代不仅避免了法益的实害(此时被害人的生命利益无疑是首要的),也导致了证据链的闭合,故此,司法应当作出一定的妥协。再譬如,交通肇事以后,现场并没有被破坏,可以等值为自首解释中的“保护现场”,自首要旨在于完好的现场便宜了对犯罪的惩罚。而罪犯没有破坏现场事实上认可了自己的犯罪性,其收益也应当惠及罪犯。

此外,个案的类比本质上是一种权衡。“抽象的原则需要被处理为具体案件中的现实法益冲突。裁判者要通过考量不同法益受到保护及遭受损害的可能情况,决定相关原则适用的优先性。”〔58〕个案规则冲突的背后是一种实质规则的冲突,可以包括权利与秩序的平衡,刑法与前置法的平衡、命令性与公正性的平衡、均衡性与人道性的平衡等等。正如恩吉施所归纳的,法律秩序内部的矛盾很多,包括制定法技术的矛盾、规范矛盾、价值矛盾、原则矛盾、目的性矛盾。〔59〕这些矛盾只有通过案例的方式呈现,并通过类比的除斥和例外的设定来维护。在对

〔55〕 诺伊曼,见前注〔6〕,第13页。

〔56〕 恩吉施,见前注〔12〕,第233页。

〔57〕 诺伊曼,见前注〔6〕,第99页。

〔58〕 雷磊:《类比法律论证》,中国政法大学出版社2011年版,第395页。

〔59〕 参见恩吉施,见前注〔12〕,第199—211页。

先例的参照过程中,在判例比较成熟的法域,还曾总结出了许多例外规则:譬如,因“疏忽而做出的判决”“没有论证的判决”“废弃的判决”,在刑事审判中,甚至还出现了一些特定的、独立的原则,如“首席检察官(attorney-general)向胜诉法院刑事分庭提交法律论点”“全席法庭可以为了被告人的自由而偏离一个判决”,^[60]等等。在判例法以外的体系中,同样存在诸如“例外规定不能被延伸”(singularia non sunt extendenda)“疑罪不适用法”(in dubio mitius)对于类比的适用限制。尽管其中一些原则已经被更新或进一步细化,但个中方法论层面的技术值得中国在判例制度的发展中借鉴。

Abstract: The guiding effect of guiding cases has been recognized to some extent, but it is still too high to be appreciated. Among the many causes, the ignorance of the independent value of precedents is undoubtedly the most important. This involves the judge's discretion, but also the comprehensive application of basic legal principles and interpretation methods. The advantage of following precedents is that it meets the situational characteristics of legal language. Without the situation, legal negotiation cannot be realized as a special way of negotiation, and the loopholes in application cannot be completely filled. Analogy is not a luxury, but common practical rationality. The judgment of equivalence cannot simply obtain the answer by means of typed language. It extends the homogeneity of cases by analogy, which in fact generates a systematic branch. The typed interpretation more reflects the characteristics of the policy, it cannot prove the legitimacy of the conclusion, and it is difficult to reflect the principles and norms. The advantage of guiding cases lies in the codification feature, which avoids the confusion between the judgment's reasons and the accompanying opinions to some extent, and the judgment's binding force and persuasiveness are relatively clear. The standard firstly lies in the main points of the judgment, which are the key to the analogical median and the conclusion. Not only the content of the main points of the judgments needs to be standardized, but the relevant judgment reasons need to be considered when determining the content of the median. Following the precedents, there must be "possible analogy, inevitable analogy and analogy with specific functions", all of which increase the risk of analogy. It is necessary to keep in mind that "a precedent that conflicts with universal rules and principles is not binding."

Key Words: Precedents; Analogy; Situation; Median Equivalence

(责任编辑:车 浩)

[60] 克罗斯等,见前注[7],第125-164页。