

刘树德
著

KEY
WORDS
OF
CRIMINAL
LAW

Notes on Practical Criminal Jurisprudence

实践刑法学讲义
刑法关键词



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刘树德
著

KEY
WORDS
OF
CRIMINAL
LAW

Notes on Practical Criminal Jurisprudence

实践刑法学讲义
刑法关键词



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

实践刑法学讲义:刑法关键词/刘树德著. —北京:北京大学出版社, 2014. 10

ISBN 978 - 7 - 301 - 24916 - 1

I. ①实… II. ①刘… III. ①刑法—法的理论—中国
IV. ①D924.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第228680号



书名: 实践刑法学讲义/刑法关键词
著作责任者: 刘树德 著
责任编辑: 陈蔚峰
标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24916 - 1/D · 3686
出版发行: 北京大学出版社
地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址: <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
电子信箱: yandayuanzhao@163.com
电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962
印 刷 者: 三河市博文印刷有限公司
经 销 者: 新华书店
965 毫米×1300 毫米 16 开本 21.5 印张 319 千字
2014 年 10 月第 1 版 2014 年 10 月第 1 次印刷
定 价: 49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究。

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

序

刘树德的又一本新书即将出版,嘱我写序。为此,我阅读了刘树德《实践刑法学讲义:刑法关键词》一书的电子版,大体上了解了本书的体系与内容。随着刑法学研究的向前发展,各种刑法学著作大量出版。在这当中,相对来说较有学术水平的是博士论文,因为博士论文一般都是专著,是对某一个刑法问题的较为深入的探讨。此书秉持实践刑法学的理念,面对司法实践从事理论研究,是值得充分肯定的。在本序中,我想从本书的写作中引申出三个问题,借题发挥,谈点个人感想。

一、体系的确立与展开

一本书的体系与一个学者的理论体系,当然是不可同日而语的。并不是每一个学者都能够创造一个理论体系,但是,一本书还是需要有一个体系,以便铺陈该书的话语内容。体系是建立在叙述的逻辑基础之上的,使话语展开更为顺畅。我在著述当中,对于一本书的体系也是十分讲究的,甚至有些痴迷。

一本书的体系可以分为外在的体系与内在的体系。外在的体系只是形式的,而内在的体系则是实质的。以往我所追求的主要是外在的、形式的体系,现在我明白,内在的、实质的体系也许是更重要的,也是更高级的。内在的体系虽然没有体系之形式,却有体系之精神。此书是以“刑法关键词”为书名的,这表明,本书并不具有形式的体系。当然,没有形式的体系并不意味着内容完全涣散,没有内在逻辑关系。例如,刑法中的内容极为丰富,而作为关键词被选入本书的只有八个。从这八个刑法关键词来看,涉及刑法学的主要领域,视野还是较为开阔的。其中罪刑法定、罪刑平等和罪刑均衡属于刑法基本原则的内容,对于统领刑法具有纲举目张之功效,对于这些的论述是十分必要

2 实践刑法学讲义:刑法关键词

的。从总体来看,本书所选择的都是刑法学中的主要问题,并且也考虑了这些关键词之间的逻辑关联性。这些刑法关键词都限制在刑法总论,而没有涉及刑法各论。我认为这是正确的。因为刑法关键词应该是关涉刑法理论构造的重大问题,而只有刑法总论中的问题才具有关键词的性质。此外,刑法关键词的选择也会反映出作者的某种理论偏好。本书入选的刑法关键词,虽然绝大多数都是具有理论重要性的,但有些概念是否达到关键的程度,或许各见仁智。

二、案例的提炼与运用

刘树德基于在最高人民法院任职的便利,收集了大量案例。这些案例来自司法实践,以其鲜活的样态呈现在读者面前,这是他著作中的一大特色,本书也不例外。这些案例大多是一手案例,经过他的挖掘和加工,进入理论叙述体系,对于充实刑法理论的实践性具有较为重要的意义。随着指导性案例的颁布,案例对于司法实践的指导作用愈发彰显。在此背景之下,案例更多地进入刑法学理论研究的视野之内,成为刑法学研究的客体,从而在很大程度上改变了我国刑法学的知识形态。例如,李勇同志提出了“挖掘刑法学研究的判例资源”的命题,我是极为赞同的。李勇引用了德国学者罗克辛教授“德国刑法的发展,在很大程度上不仅是通过立法和学术,而且是通过司法判决来向前推动的”的论断,随即指出:“罗克辛先生的这句话,应该是无可反驳、不容置疑的,但是对照中国刑法学的现状确实难以理解。因为,我国的刑法学发展几乎不是通过司法判例向前推动的,长期以来,刑法学者们也不屑于靠司法判例来推动刑法学的发展。但是德国刑法学今日之如此发达、中国刑法学今日之如此落后的残酷现实,应该促使我们深思罗克辛先生的这句话。”^①确实,我国已经到了应当重视案例的时候了,以司法以及案例为中心的刑法学时代已经到来。在这方面,刘树德是先行者。在其以往出版的著作中,案例都成为不可或缺的重要组成部分。他为自己的理论研究打上了实践刑法学的学术标签,对此我也是认同的。

当然,当我们把案例引入刑法学的时候,如何正确对待案例,还是

^① 李勇:《挖掘刑法学研究的判例资源》,载2014年5月21日《法制日报》。

一个值得研究的问题。案例在刑法学研究中的功能可以是多元化的：可以将案例作为理论叙述的辅助性的资料来使用；可以将案例（主要是指指导性案例）当做研究客体来进行专门的理论分析；还可以采取以案说法的形式使用案例，即让案例成为印证理论观点的一种手段。无论以上哪种使用案例的方法，都是可以根据不同的研究目的而采用的。但是，除了纯粹资料性的使用以外，对于案例还是应该有所分析，而不是仅仅作为一种展示。在这方面，本书也还存在着案例堆砌的瑕疵，可能应该引起注意。在书中引述的案例较多，这当然是好的，但不能使理论叙述与案例展示这两者形成两张皮，而是应设法有机统一起来，即从案例中发现问题，并从理论上解决问题。只有这样，才能做到案例与理论各得其所、两全其美。当然，这是一个比较高的要求，期望刘树德在以后的写作中予以重视。

三、观点的出新与论证

任何一本书都应该提出新观点，可以说观点的出新是一本书的价值所在。当然，这里所谓观点的“新”，也是一个相对的标准，是相对于“旧”而言的“新”，是推陈出新的“新”，而不可能是前无古人的“新”。刑法学本身是一门应用学科，其价值在于为司法活动提供可以参考与操作的规则。在这个意义上，刑法学的观点之所谓“新”，也只是技艺性的“新颖”，而非学术性的“新奇”。在本书中，刘树德力图通过对八个刑法关键词的论述，尤其是采用大量的案例，增加对刑法理论研讨的新鲜度，这当然也是一种“新”。即便仅仅是大量新的案例的使用，也是值得肯定的。因为目前在刑法理论界与司法界之间还是存在着某种隔阂，刑法理论的新观点不能及时进入司法者的视阈，司法实践中的新鲜素材也未必能进入学者的眼界。在这种情况下，本书将大量鲜活的案例呈现给我们，对于此后刑法学的理论研究必然会有带动作用，这是不可否认的。在本书中，刘树德还从实践刑法学的角度提出了某些新说，这是值得我们重视的，也是本书的价值之所在。

刘树德是一个勤奋的著述者，这对于一个在司法实务部门任职的人来说是十分不易、难能可贵的。我曾经说，学者在某种意义上应该说是作家：以写作为职业。不写作，何以称学者？其实，写作无关一个人的才能，只与一个人的勤奋有关。学者写作，就像工人做工、农民种

4 实践刑法学讲义:刑法关键词

地、士兵打枪一样,是一种技艺,唯一的规律是熟能生巧。刘树德是一个成熟的写作者,我有理由对其提出更高的要求,不仅是学术上的,而且是写作上的:不仅要高产,而且要每一本书的质量都有所提高。只有这样,才不会在学术上原地踏步、重复自己,而是百尺竿头、更进一步。

此为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2014年6月4日

前言 构建实践刑法学

法律的生命力在于实施,专门研究法律的法学内在地具有实践属性。特别是在社会主义法律体系基本形成后,法的实施在推进依法治国基本方略中日益显得重要。立足这样的背景,建构面向实践的法学,无疑成为当今时代的重要课题。

一、法学知识形态的转型与多元

近年来,随着经济社会的发展、法治事业的推进以及各专业法学知识的进展,学界开始了对法学知识形态本身进行分析和研究。例如,刑法学者基于价值论和方法论的双重视角,立足于我国刑法知识面临转型的历史背景,开始将刑法知识形态作为重要课题加以研究,推出了一批重要的研究成果。^①民法学者基于研究者的立场和类型学的方法,对中国民法学的知识类型作了梳理和勾勒,具体包括以下三种基本路径。一是政治家立场与民法政策学。所谓政治家立场是指从变法的立场上研究民法,或者说这种知识类型是立法论的。民法政策学根据其思考路径又分为普世主义的立法论和本土主义的立法论。二是法律家立场与民法技术学。法律家的立场是保守的,只在实在法律的框架下进行学术活动,所关注的是民法的社会功能。法律家不像政治家那样动辄变法,而是秉持尊重法律的态度,研究民法的目的是依靠民法规则解决具体问题。民法技术学根据思考路径的不同,分为演绎型的民法技术学与归纳型的民法技术学。三是学者立场与民法

^① 具体包括:学术论文,例如,《法学:作为一种知识形态的考察》(陈兴良,《刑事法评论》第7卷,中国政法大学出版社2000年版)《转型与变革:刑法学的一种知识论考察》(陈兴良,《华东政法学院学报》2006年第3期);学术专著,例如,《刑法知识论》(陈兴良,中国人民大学出版社2007年版);学术论文集,例如,《刑法知识论研究》(陈兴良主编,清华大学出版社2009年版)。

6 实践刑法学讲义:刑法关键词

文化学。学者研究民法不像立法者是为了立法的需要,而是出于对知识的热爱和兴趣;学者看待民法也不像法律家,不仅将民法视为解决问题的技术工具,而且看做一种社会现象,在这些民法规则和制度背后体现的是一种世界观、一种生活方式和生活态度。民法文化学的研究方法既不是立法论证,也不是法律注释,而是解释性的事实研究。民法文化学因思考的维度不同,分为“文化中的民法”(即从文化的角度解释民法)和“民法中的文化”(即从民法的角度理解文化)。^① 这些论述均涉及一个议题:以立法为中心的法学知识向以司法为中心的法学知识的转型(并非替代)。例如,有民法学者认为,改革开放以来,中国民法在立法建构主义思潮的引导下,已经建立起大致完备的民事法律体系,同时也铸就了以立法论为主流论证模式的中国民法知识形态……中国民法的知识形态应转向以解释论为主导,即以现行法、判例和教义学语句为对象展开法律论证,在法律的解释和适用以及法教义学的形成中促成法的成长。^② 另有民法学者指出,随着中国大规模立法时代的结束,尤其是民法学界倾心已久的民法典即将制定,以政治家立法研究民法的潮流将会告一段落。中国民法学的研究者将会把更多的精力投入对民法条文的解释上,这意味着民法技术学将取代民法政策学成为民法学研究的主要知识类型。^③ 著名刑法学家陈兴良教授在为《司法法学》丛书所写的序言中同样指出,我国法治的发展,经历了从无法可依到有法可依的转变。在解决了有法可依以后又将把有法必依提到议事日程上来,因而进入一个更高的法治发展阶段。有法可依的关键是立法,而有法必依的关键则是司法。与之相应,法学研究具有多种向度,应当从以立法为中心的法学向以司法为中心的法学转变。以规范为中心的法学当然是重要的,但以裁判规则为中心的法学也是应当提倡的。可以说,随着判例制度在我国的逐渐形成,判例研究必将成为我国法学知识的增长点。^④

① 参见高平:《论中国民法学的知识类型——从研究立场与路径入手》,载《法商研究》2009年第2期。

② 参见徐涤宇:《间接代理制度对仲裁条款的适用》,载《法学研究》2009年第1期。

③ 参见高平:《论中国民法学的知识类型——从研究立场与路径入手》,载《法商研究》2009年第2期。

④ 参见陈兴良:《司法法学文丛·总序》,北京大学出版社2007年版。

当然,上述法学知识的转型是一个渐进的、逐步量变的过程,绝非突然的、质变的过程。因为从时间上来说,学界其实早就开始关注司法,并形成了有关司法的知识。20世纪末,部分学者组织出版的《司法文丛》就确立了如下宗旨:“中心倡导对司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动,强调成果的多层次和多侧面,强调项目参与者的广泛性和多样性,力求通过中心的研究成果以及学术活动本身既推进司法研究领域的学术进度,又对中国司法制度的改进有所贡献。”^①从知识的权重来说,以立法为中心的知识并非在新时期就全部退出历史舞台,只是在整体法学知识中的比重或者地位会适当降低。正如有学者所论述的,从本国的刑事立法与刑事司法中吸取经验,对其加以理性的考察,形成某种关于刑法的经验性、实践性知识,这是刑法知识的一个重要来源。我们的刑法研究应当面向立法与司法的实践,面向刑事法治建设的实践,发现问题,解决问题。^②也就是说,法学知识的转型并非某种具体知识形态对另一种具体知识形态的完全替代,而只是因适应知识生产环境的变化和知识形态本身发展的需要,以司法实践为中心的法学知识的重要性在未来会日益凸显,而改变过去因种种原因被忽略或者未得到应有重视的局面。苏力教授指出:“波斯纳指出的美国法学界问题在中国同样存在,并有可能愈演愈烈:太多的法学研究脱离了或正在脱离司法实践,只讲正确的原则甚至是法学常识,完全不理解法院和法官的问题,或司法上无法操作。”进而发出“这样的法学还是法学吗”的疑问。^③笔者也曾指出:“理论来源于实践,理论反过来又指导实践,这些话语大家均感觉比较熟悉。作为身在法院从事实务工作同时又有点理论兴趣的人,可能又有些别的体味。尽管‘理论话语与司法实践两张皮’的论断或许有些夸张,但基于种种原因,我国的法学研究多少缺少实证的成分,特别是源于具体司法实践的问题意识和研究不足,那是客观事实。随着我国法治事业的逐步推进和法学教育以及法学研究的逐步深化,司法实务部门逐步出现了

① 《司法文丛·编纂说明与志谢》,中国政法大学出版社1999年版。

② 参见陈兴良:《刑法知识论》,中国人民大学出版社2007年版,出版说明第VI页。

③ [美]波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,代译序第14页。

‘学者型群体’，对应于‘理论法学’（以专门从事法学研究者为主体）的‘司法法学’（应用法学，‘实践法学’的称谓似乎意味着其不够‘理论’）也已浮现。2007年隶属于中国法学会的审判理论研究会和检察理论研究会先后成立，在某种程度上，它既是对‘司法法学’兴起的回应，同时也必将促进‘司法法学’的发达。”^①《实践刑法学》系列（包括《实践刑法学·个罪》和《实践刑法学·总则》）即立足于上述背景下的学术实践。总之，在法学知识转型之际，学者的目光应适度移至司法，更多地以司法为中心来生成问题和生产知识。

二、实践法学构建的关键：案例效能

案例，简单说就是司法者处理具体案件纠纷所形成的最终文本。案例可以成为多方面、多领域和多视角研究的对象，从而体现其不同侧面的效能。案例效能能否得到充分体现，案例资源能否得到充分运用，均会直接或者间接影响实践法学的构建。

（一）案例表述具体法治

法存在“纸面上的法”和“社会运行中的法”，即“死法”和“活法”之分。与之相适应，法治也就存在抽象法治和具体法治两个层面的区分。所谓抽象法治，更多是立足于宏观的法治理念、原则、精神以及抽象的法规范来言说的，而具体法治则更多着眼于法规范的具体实施、司法者的具体裁判行为等方面来立论。纸面上的死法即静态的、抽象的法规范，只有经过法的实施环节方能转化为实践中的活法。此种转化的效果如何，直接关系到抽象法治与具体法治契合程度的高低。每个国家的国情、法律环境、司法体制和机制、司法者的各方面素质等，均会直接或者间接影响到法的实施效果。作为司法者实施法的最终成果的案例，往往就成为检测法的实施效果和表征具体法治的重要载体。此处以作为刑事法治最高原则的“罪刑法定原则”为例加以说明。

^① 参见刘树德、于同志：《刑事审判前沿问题思考》，北京大学出版社2008年版，第441页。正是有感于此，我将此想法与北京大学出版社蒋浩先生进行了沟通，并得到了认同，进而有了《司法法学》文丛的面世。此文以司法为号召，以法律适用中的疑难问题为内容，以实证分析与规范分析为方法，采取开放性的态度，面向各个法学学科，形成我国法学研究的有生力量，以此推动法学向前发展。《司法法学文丛·总序》，北京大学出版社2007年版。

经过学界多年的启蒙以及立法界、实务界等的积极努力,1997年《刑法》最终确立了三大刑事法治原则即罪刑法定原则、罪责刑相适应原则和刑法适用面前人人平等原则,这得到了国内和国际的肯定评价和广泛好评。但是,此种抽象的刑事法治落实到具体层面又是什么样子?相比1979年《刑法》实施的类推,制度语境中有无改善,有多大的改善?^①罪刑法定原则的确立固然有其积极的意义,但是其在司法层面的具体落实却无疑依然受到多重因素的影响。例如,重刑主义刑法文化传统仍在发挥影响,宁粗毋细的立法理念,导致部分罪状设置得不细化,立法既定性又定量的模式带来大量罪量要素,以社会危害性为核心的犯罪构成理论体系不如德日三阶层体系有利于逐步缩小犯罪圈,统治者“稳定压倒一切”的执政理念及司法机关为大局服务的政治使命必然要求尽量充分地利用刑事手段,社会转型时期的各种利益调整和矛盾冲突进而带来犯罪态势始终在高位上运行,等等,无疑都会促发刑罚作用的强化。有学者作了如下的评价:近年来,面对社会转型期出现的诸多问题,无论是立法机关还是司法机关,都明显存在扩大适用刑法的倾向。大量本来属于民事法律领域的事项,竟然越来越普遍地被纳入刑事法调整的范围。在这一背景下,“有社会危害性就等于构成犯罪”的思维方式开始盛行,一些学者采取“实质性的扩大解释”的理论逻辑,对大量复杂的、疑难的和定性困难的行为,都将其解释为犯罪行为,并将有关犯罪构成要件套用到这些行为之上。^②此种现象是否存在以及多大程度存在于实务界(从对具体案件的被告人的影响来说,理论界的话语毕竟还是一种间接权力,而司法操作者的立场却是实实在在的直接权力),这就有待于通过案例的实证分析来加以验证和说明。从笔者对寻衅滋事罪具体法益的实证分析(具体法益为“社会秩序”)^③和非法经营罪兜底条款适用的实证分析^④来看,罪

① 抽象刑事法治与具体刑事法治有一定关联,但有多大的关联,尚值得实证分析。因为英美判例法国家虽然没有高唱罪刑法定,但其刑事司法也不必然产生大量人权危机。

② 参见陈瑞华:《脱缰的野马——从许霆案看法院的自由裁量权》,载《中外法学》2009年第1期。

③ 参见刘树德:《实践刑法学·个罪》,中国法制出版社2009年版,第307页以下。

④ 参见刘树德:《口袋罪的司法命运——非法经营罪案解》,北京大学出版社2011年版,第296页以下。

刑法定原则在司法实践中的落实尚存在较大改进的空间。

（二）案例促进立法完善和司法统一

从法的运行机制来说，立法是一个制定规则的过程，而司法是一个适用规则的过程。立法制定得好与坏，一方面直接影响到司法，另一方面又需要通过司法来加以体现。完善立法，除了增强立法的民主化、程序化、公开化程度，改善立法技术和水平之外，司法机关及具体司法者为立法机关及立法草案起草者提供全面、充分、客观的司法信息和数据，无疑也非常必要。此处仅以笔者办理的一份立法建议为例加以说明。1997年《刑法》第239条第1款规定：“……致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。”“绑架，是以追求非法利益为目的，不仅是对公民人身权利和其他权利的直接严重侵害，而且往往要杀害被绑架人或者以杀害被绑架人为威胁，社会影响极为恶劣，社会危险性极大，必须予以严惩。”^①如何理解此处的“杀害被绑架人”，才更符合立法者的前述立法意图，以及立法者的此种意图在实践中是否得到充分地反映，既需要理论论证，也需要实证说明。笔者首先从理论层面作如下分析：“杀害被绑架人”从字面上来说（即语义学立场），既可以理解为一个行为过程，也可以理解为一种结果状态。但是，作为绑架罪加重构成要件的“杀害被绑架人”，必然含有立法者的法律评价，因而要作出符合“立法原意”的选择（法律术语的含义不能简单地等同于生活术语，否则就不会存在限制解释或扩大解释）。立法者评价“杀害被绑架人”的社会危害性并配置法定刑死刑是基于杀害被绑架人的行为危险性，还是在于杀害被绑架人的结果实害性，就决定着“杀害被绑架人”是加重情节还是加重结果。立足于罪责刑相适应原则，立法者给“杀害被绑架人”配置绝对的最高刑死刑，应是有特别考虑的。死刑是极刑，慎杀、少杀是我国的一贯刑事政策，刑事立法和司法都应予以坚持，因此，《刑法》总则第48条第1款规定：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子……”既然立法者已经为“杀害被绑架人”配置了绝对的法定刑——死刑，若再加重情节，必然面临如下的现实：凡是对被绑架人实施杀害行为（极端的还包括杀人

^① 参见郎胜主编：《〈中华人民共和国刑法〉释解》，群众出版社1997年版，第316页。

预备行为)的都应适用“处死刑,并处没收财产”的法定刑(当然并不必然作出死刑判决,因为可能适用《刑法》有关犯罪预备等停止形态的规定)。在现实生活中,绑架案件中绑架人出于勒索财物或实现其他目的,大都会声称“如不满足要求,就杀死被绑架人”,难道那些仅有杀人预备行为也是属于“罪行极其严重”?显然,加重情节的主张不符合我国立法者关于死刑的政策和立场。相反,若依照加重结果的主张,只要行为人没有杀死被绑架人,就不会判处死刑,则人质的安全系数就会增大,同时可以更好地实现立法者保护被绑架人的人身安全的目的(人质的安全是绑架行为社会危害性的重要因素)。其次,笔者对下级法院收集的两百余例典型案例进行了实证分析,得出如下结论:(1)立法者配置绝对死刑,对于遏制具体个案中被告人杀死人质行为的发生从而保护人质生命安全的效果并不明显;(2)此种绝对死刑的配置连同第一档法定刑“十年以上有期徒刑、无期徒刑”的重刑配置,不符合司法实践的需要,往往导致司法个案中有违反罪责刑相适应原则的现象发生。基于上述理由,建议立法机关从罪状和法定刑两个方面对《刑法》第239条作出适当的修改(笔者注:2009年《刑法修正案(七)》对第239条作了部分修改)。类似的立法完善,实有必要以扎实而充分的实证数据作为基础,例如,《刑法》第225条“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,若通过司法实践个案证明非法经营罪又已成为新的“口袋罪”(相比于1979年《刑法》的大口袋罪——“投机倒把罪”——而言,只是口径变小),此时,立法机关就应考虑对此兜底条款加以修改和完善。

基于各国法院体系的设置和诉讼制度的安排,不同的案件往往由不同层级的法院及其法官来办理。在处理案件过程中,由于被适用法律条款本身的抽象性、模糊性、案件事实的不可完全复现性、具体法官的司法能力和水平的差异性等多方面原因的影响,同案不同判的现象(特别是有违公平正义和法治精神的)不可避免,进而妨害法律适用的统一和公民对法治的内心信仰。为了提高法律适用的统一和规范法官自由裁量权的行使,就有必要建立一系列机制。在当下的中国,除了加强司法解释工作的及时性和科学性,规范上下级法院请示法律适用问题的程序,加强业务培训以提高司法者司法能力等之外,案例的依法全面公开和案例指导制度的建立无疑也是重要的路径。案例的

依法全面公开,会生成一种非制度性、非正式的统一司法裁判机制,具体是通过个案裁判者审理案件时参考类似案件,上级法院对下级法院进行审级监督(主要是通过二审或者再审改判)来完成;而案例指导制度则是一种正式的统一司法裁判机制,具体通过指导性案例的权威性、适用的约束性、编选的正式性和程序性加以保障。就以受罪刑法定原则约束的刑法(相对于以诚实信用原则为最高原则的民法而言)适用来说,这些也是非常必要的。刑法规范如同其他法律规范,同样具有抽象性、概括性(更不用说弹性刑法规范^①了),进而同样需要解释,同样会出现解释不一致和同案不同判的现象,同样需要建立保障刑法适用统一的机制。正如有学者指出的,科学的案例指导制度,将是解决弹性刑法问题的有效形式之一。不过,除了借鉴其他欧陆国家判例汇编的做法以外,我国的案例指导制度还应提升科学性,即采用大样本的案例归纳和经验研究方法对案例进行大规模的收集整理和定量分析,筛选出最具代表性的判决,形成具有学习能力的动态示范性案例库。^②

(三) 案例推进刑事法知识一体化

从知识形态来说,全体刑法知识包括各种具体知识,例如刑事实体法学知识、刑事程序法学知识、刑事执行法学知识、刑事量刑法学知识、刑事立法学知识、刑事司法学知识、刑事政策学知识,等等。这些不同的具体知识之间的均衡发展,是广义的刑法学科知识得以持续性发展的必然条件。理论知识是需要互相支持和论证的,无论是(规范)刑法学与犯罪学之间,还是刑事量刑学与刑事执行学之间,抑或刑事立法学与刑事司法学之间,均是如此。^③ 案例作为一种载体,既是(规范)刑法学知识、刑事量刑学知识、刑事司法学知识等的具体运用的表现和结果,同时又又可以成为这些学科的研究对象,进而被以适当方式

① 所谓弹性刑法,包括绝对弹性和相对弹性。前者是指基本犯罪过程中的纯正情节犯(即刑法规定以情节严重或者情节恶劣作为犯罪构成要件的情形)和纯正兜底犯(即刑法规定以刑法列举的犯罪行为以外的“其他行为、方式、方法、手段”构成犯罪的情形),后者是指加重构成中的情节犯和兜底规定。参见白建军:《坚硬的理论,弹性的规则——罪刑法定研究》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2008年第6期。

② 参见白建军:《论法的确信性与公正的可检验性》,载《中国法学》2008年第2期。

③ 参见陈兴良主编:《刑法知识论研究》,清华大学出版社2009年版,第236页。

纳入,成为这些知识的组成部分,并促进刑事立法学、刑事执行学、刑事政策学等知识的发展。德国学者指出,德国刑法是一种有体系的刑法,主要以判例为根据,也就是根据过去已经作出判决的真实案件来判决,从而与其他法律制度形成区别。德国刑法的发展,在很大程度上,不仅是通过立法和学术,而且是通过司法判决来向前推动的。《联邦最高法院刑事判例集》,一套多达 50 卷的汇编,是每个刑法学工作者,同时也是学生们经常使用的。^① 大陆法系中的期待可能性理论,发端于著名的“癖马案”,就是例证。更不用说英美法系国家那些刑事法著作融刑法学知识、刑事程序法学知识于一体,判例法不断地被成文化化的现象了。再如,我国的立法原则性过强,可操作性较差,一直是个较为突出的问题。此种局面的造成,多少也与司法知识不能及时反馈给立法机关、司法知识与立法知识不能相互支持和促进有着一定的关联。

在我国,各种刑事法学知识的互动发展和相互支持方面尚存在一些不足。以发展的均衡性为例,“一边是中观刑法学的繁荣,另一边是犯罪学的疲软”^②,就是明显的例证。另从有关学者对 1987—2007 年全国刑法学博士论文选题的统计分析看,无论是刑法学知识选题还是犯罪学知识选题,宏观性选题的数量极少,理论性选题的数量占多数,实践性选题(特别是需要作大量实证性研究的选题)的数量尤为稀少。^③ 值得欣喜的是,近年来,实证研究方法开始引起刑事法学人的重视,获得了若干成果。以连续出版物《刑事法评论》(陈兴良教授主编,截至前 20 卷)为例,先后登载了吴宗宪,《论西方犯罪学中的当代实证主义》(第 6 卷)、白建军,《法学教育中的案例教学与研究》(第 12 卷)、孙运梁,《死刑存废实证分析报告》(第 15 卷)、葛磊,《罚金刑执行问题的实证展开》(第 15 卷)、李燕兵,《外国上市公司高管职务犯罪调查及实证分析》(第 18 卷)、陈兴良,《对 68 起无罪案件的实证分

① 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国犯罪原理的发展与现代趋势》,载中国人民大学刑事法律科学研究中心编:《明德刑法学名家讲演录》(第 1 卷),北京大学出版社 2009 年版,第 101 页。

② 白建军:《法学博士论文选题创新性实证分析》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2007 年第 3 期。

③ 参见陈兴良主编:《刑法知识论研究》,清华大学出版社 2009 年版,第 239 页。

析》(第18卷)、宋云苍,《贪污受贿案件量刑均衡问题研究》(第19卷)、葛向伟,《故意杀人罪在中国废除死刑道路中的坐标定位》(第19卷)、赵兴洪,《死刑缓期两年执行适用标准研究》(第19卷)、宫璇龙,《早期管制运作机制研究》(第20卷),等等。但此种研究,在我国整体的刑事法研究中仍处在过于薄弱的现状中,还需要予以重视并强化发展^①,而这显然离不开相关的实证素材及数据(例如案例、司法统计)。因此,司法案例若不能依法全面公开,无疑会制约知识生产机制的顺利运行,同时带来不同具体知识的不平衡发展。

三、案例效能的发挥机制

案例上述效能的发挥,又有待于案例(裁判文书)的及时公开、充分说理、全面汇编、方便获取等多方面机制保障。

(一) 案例的全面公开^②

随着我国政治、经济、法律、社会、文化各方面发展的新形势,人民群众司法需求的新变化,网络信息技术的新发展,人民法院裁判文书的全面上网,受到内外多维度的推动。

1. 兑现宪法承诺之需

我国1954年《宪法》首先在最高规范层面上对司法公开作了原则规定,其第76条规定:“人民法院审理案件,除法律规定的特殊情况外,一律公开进行。被告人有权获得辩护。”1982年《宪法》第125条保留了此规定。按照习近平总书记的论述:“宪法是国家的根本法,是治国安邦的总章程,具有最高的法律地位、法律权威、法律效力,具有根本性、全局性、稳定性、长期性。”^③此规定就是宪法——党和人民共同意志——对审判公开的最高规范表达,也是党和国家对人民“审判公开”的庄严承诺。

“宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施”,其中重要的一

^① 参见陈兴良主编:《刑法知识论研究》,清华大学出版社2009年版,第328页。

^② 本部分内容,作者曾以笔名发表于《人民法院报》上。参见邵新:《裁判文书全面上网的内外动力》,载2013年11月15日《人民法院报》。

^③ 习近平:《在全社会牢固树立宪法和法律权威——在首都各界纪念现行宪法公布实施30周年大会上的讲话》,载www.chinanews.com/gn/2012/12-04/4382117.shtml。最后访问时间:2014年7月30日。