

实践刑法学·个罪 I

法学格致文库

穷究法理 探求真知

刘树德 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书馆

D924.04

72

:1

实践刑法学·个罪I

法学格致文库

穷究法理 探求真知

刘树德 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

实践刑法学·个罪. 1/刘树德著. —北京: 中国法制出版社, 2009. 7

(法学格致文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1345 - 9

I. 实… II. 刘… III. ①刑法 - 研究 - 中国②定罪 - 研究 - 中国 IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 111804 号

实践刑法学·个罪 I

SHIJIAN XINGFAXUE · GEZUI I

策划编辑/刘峰 (52jm. cn@163. com) 封面设计/蒋云羽

著者/刘树德

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2009 年 7 月第 1 版

印张/26. 5 字数/409 千

2009 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1345 - 9

定价: 48. 00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66034985

邮购部电话: 66033288

实践刑法学，有别于以追求体系完美、逻辑周全为目标的刑法学教科书，是以司法实践问题的合理解决为向度，从案例文本中发现问题、归纳问题进而予以“概念化”、“理论化”，形成的属于司法法学范畴的知识形态。

——题记

法学知识转型中的案例效能

——实践刑法学的尝试

一、法学知识的转型

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,包括学术论文,例如“法学:作为一种知识形态的考察”^①,“转型与变革:刑法学的一种知识论考察”^②;学术专著,例如《刑法知识论》^③;学术论文集,例如《刑法知识论研究》^④。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: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来研究民法,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来解决具体问题。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文化学。学者研究民法不像立法者为了立法的需要,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,民法不仅仅是解决问题的技术工具,更是一种社会现象,体现在这些民法规则和制度背后的是一种世界观、一种

① 陈兴良著,载《刑事法评论》第7卷,中国政法大学出版社2000年版。

② 陈兴良著,载《华东政法学院学报》2006年第3期。

③ 陈兴良著,中国人民大学出版社2007年版。

④ 陈兴良主编,清华大学出版社2009年版。

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。民法文化学从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 这些论述中均涉及一个议题: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,同时也铸就了中国民法知识形态的立法论之主流论证模式……中国民法的知识形态应转向以解释论为主导的路径,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到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 刑法学家陈兴良教授同样在为《司法法学》丛书所写的序言中指出,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

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,学界其实早就开始了关注司法,并形成了有关司法的知识。上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

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《司法法学文丛·总序》,北京大学出版社2007年版。

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,又对于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一下退出历史舞台,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,对其加以理性地考察,形成某种刑法的经验性、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笔者也曾说到,“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者,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,那是客观的事实。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‘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的前后成立,在某种程度上既是‘司法法学’兴起的回应,同时也必将促进‘司法法学’的

发展,从而形成法学知识转型中的司法法学与实践法学并重的局面。

① 参见《中国政法大学学报》,《中国政法大学学报》,2004(1),第10页。

② 参见《中国政法大学学报》,《中国政法大学学报》,2004(1),第10页。

③ 参见《司法文丛·编纂说明与志谢》,中国政法大学出版社1999年版。

④ 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。

⑤ 参见[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。

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》）更是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、案例的多重效能

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。此处只就以下方面作些阐释。

1. 案例表述具体法治的效能。法存在“纸面上的法”和“社会运行中的法”及“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，更多地是立足于宏观的法治理念、原则、精神以及抽象的法规范而言说的，而具体法治则更多地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的。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，就直接关系到抽象法治与具体法治的契合程度的高低。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，均会直接或者间接地影响到法的实施转化效果。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的最高原则“罪刑法定原则”为例加以说明。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态呢，相比于1979年刑法类推制度语境中有无改善及多大的改善？^② 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

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。此文丛以司法为号召、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。

② 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。

主义刑法文化传统的习惯性影响,宁粗毋细的立法理念导致部分罪状设置的不细化,立法既定性又定量的模式所带来的大量的罪量要素的存在,以社会危害性为核心的犯罪构成理论体系话语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地充分利用刑事手段,社会转型时期引发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,无疑也会促发刑罚作用的强化,等等。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,都存在着扩大适用刑法的明显倾向。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,使得刑法适用存在着日益严重的扩大化趋势。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。^①此种现象是否存在以及多大程度地存在于实务界(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”)^②和非法经营罪兜底条款适用的实证分析^③来看,罪刑法定原则在司法实践中的落实尚存在较大改进的空间。

2. 案例促进立法完善和司法统一的效能。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。立法定制得好与坏,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。立法的好坏,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年刑法第二百三十九条规定:“……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。”“绑架罪,是以追求非法利益为目的,不仅直接是对公民

① 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。

② 见本书附件部分。

③ 参见刘树德:《法政界面的刑法思考》,北京大学出版社2009年版,第171页以下。

人身权利和其他权利的严重侵害，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”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的反映，既需要理论论证，也需要实证说明。笔者首先从理论层面作了如下分析：“杀害被绑架人”仅从字面上来说（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”的社会危害性并被配置法定刑“处死刑”的基点是在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的原则，立法者给“杀害被绑架人”配置绝对的最高刑“死刑”应是有所特别考虑的。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，刑法总则第四十八条规定：“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”配置绝对的法定刑“死刑”，那么，若依照“加重情节”的主张，必然面临如下的现实：凡是对被绑架人实施杀害行为（极端地包括杀人预备行为）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（杀死被绑架人的主观故意、绑架行为可视为杀人的预备行为）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，那么，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，从下级法院收集典型案例200余例进行了实证分析，得出如下结论：（1）立法者配置绝对死刑，对于遏止具体个案中被告人杀死人质的行为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

^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。

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二百三十九条作出适当的修改。^①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，例如刑法第二百二十五条“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（相比于大口袋罪投机倒把罪而言只是口径变小），那么，立法机关就应考虑对此兜底条款加以修改完善。

各国基于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）就不可避免，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来加以保障。在当下我国，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，具体是通过具体裁判者审理案件时参考类似案件、上级法院对下级法院的审级监督（主要是通过二审或者再审改判）；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、适用约束性、编选的正式性和程序性等来加以保障。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^②），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，以科学的案例指导实践，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

① 笔者注：2009年《刑法修正案（七）》对第二百三十九条作了部分修改。

② 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》2008年第6期。

案例指导制度还应提升科学性,即采用大样本案例归纳和经验研究方法对案例进行大规模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。^①

3. 案例推进刑事法知识一体化的效能。从知识形态来说,全体刑法知识包括各种具体知识,例如刑事实体法知识、刑事程序法知识、刑事执行法知识、刑事量刑法知识、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发展的均衡性,是广义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)刑法学还是犯罪学之间,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。^② 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)、刑事政策学知识等的发展。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与其他法律制度加以区别。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。^③ 大陆法系德国刑法中的期待可能性理论,发展于著名的“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知识、刑事程序法知识于一体、判例法不断地被成文化等诸现象了。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地反馈给立法机关,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,各种刑事法知识的互动发展和相互支持方面尚存在一些不足。以发展平衡性为例,“一边是中观刑法学的繁荣,另一边是犯罪学

① 参见白建军:“论法的确定性与公正的可检验性”,载《中国法学》2008年第2期。

② 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。

③ 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》(第一卷),北京大学出版社2009年版,第101页。

的疲软”,^①就是明显的例证,另从有关学者对1987年-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,宏观性选题数量占极少数,理论性选题的数量为多数,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。^②尽管近年来值得欣喜的是,实证研究方法开始引起刑事法学人的重视,出现了若干成果。以连续刊物《刑事法评论》(陈兴良教授主编,截至前20卷)为例,先后登载了《论西方犯罪学中的当代实证主义》(吴宗宪,第6卷)、《法学教育中的案例教学与研究》(白建军,第12卷)、《死刑存废实证分析报告》(孙运梁,第15卷)、《罚金刑执行问题的实证展开》(葛磊,第15卷)、《外国上市公司高管职务犯罪调查及实证分析》(李燕兵,第18卷)、《对68起无罪案件的实证分析》(陈兴良,第18卷)、《贪污受贿案件量刑均衡问题研究》(宋云苍,第19卷)、《故意杀人罪在中国废除死刑道路中的坐标定位》(葛向伟,第19卷)、《死刑缓期两年执行适用标准研究》(赵兴洪,第19卷)、《早期管制运作机制研究》(宫璇龙,第20卷)。但此种研究在我国刑事法整体研究中仍处在过于薄弱的现状中,还需要予以相当重视并强化发展,^③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)。显然,司法案例若不能依法全面地公开,无疑就会制约着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、案例效能发挥的基础

案例上述效能的发挥,又有待于案例本身的充分说理、及时公开、全面汇编、方便获取途径等多方面的全面保障。

1. 案例的说理。裁判文书说理不足、不当等问题,近年来饱受社会各界的诟病。虽然许多法院为了提高裁判文书质量,提出了很多要求,采取了一系列措施,有的还建立健全了相关工作机制,使裁判文书的说理水平有所提高,高质量的裁判文书不断涌现,许多法院还推出了精品案例等,但从全国范围看,裁判文书不重视说理、不会说理的情况仍然存在,甚至还有错误百出的裁判文书上了互联网和报端。究其原因,既有法官说理能力不够的问题,也有说理方法不当的问题;既有案

① 参见白建军:“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。

② 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。

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328页。

件过多,法官没有时间考虑说理问题,还有对裁判文书说理重要性的思想认识不到位问题,甚至还有工作不负责任、工作作风粗放等问题。^①当然,也还有法院体系设置和职能分工、法官职业担当、社会地位等方面存在的欠缺导致法官缺乏说理的动力问题,等等。例如,英美司法体系中,初审与上诉审有着明显的功能(职能)分工。大致说就是,初审集中关注事实问题和纠纷解决,上诉审则集中关注法律、政策和隐含在这背后的政治性问题,即规则治理的问题。受传统司法模式的影响,中国至今没有严格意义上的上诉审,只有二审。二审在很大程度上仍然是监督和指导初审,关注的仍然是纠纷解决,基本放弃了或至少没有自觉追求协调统一二审法域内的法律实施,在必要时解释“造法”,推进规则的完善和发展。即使处在法院层级较高的省高院及最高法院也同样体现出此种特点。^②2008年广受社会关注的许霆案件就是非常恰当的说明。广东高院的二审判决以“事实不清证据不足”八个字将之发回重审,放弃了本应当由其承担的“法律审”,而重审后广东高院的二审裁决书不过是更精细地重复了重审的判决。^③此种局面似乎随着近来司法体制改革尤其是死刑复核权收回最高人民法院和《民事诉讼法》有关再审案件上提一级等举措的实施以及“案结事了”、“调判结合”(更加重视调解)等民事审判指导思想的确立,更有强化的趋势,以至于最高人民法院在2008年受理案件突破1万件,首席大法官提出“审判执行是第一要务”的命题,承担死刑复核的法官“5+2”和“白加黑”地忙于办理案件。此种局面下的省高院乃至最高人民法院所承担的维护法律实施统一的司法职能必然会受到冲击,更不用说西方宪政体制中最高院所行使的创制规则司法职能了。显然,在此种局面短期内不会调整或改变的情况下,无疑就有必要通过机制建设来确保这些职能的维系甚至加强,具体包括司法解释制度作用的继续(在司法解释体制未改变之前)发挥、案例指导制度的尽快推出,等等。

2. 案例的全面公开。近年来,随着人民法院司法体制和工作机制改革的逐步推进以及人民群众对司法公正的新要求和新期待,法院的审判公开包括裁判文书公开均得到重视和加强,最高人民法院有关部门

① 参见胡云腾:“论裁判文书的说理”,载《法律适用》2009年第3期。

② 参见[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9页。

③ 参见苏力:“法条主义、民意与难办案件——从许霆案切入”,载《中外法学》2009年第1期。

(或者与其他单位合作)继续通过《公报》、《人民法院报》、《人民司法》选登案例、编写《人民法院案例选》、《中国审判案例要览》、《刑事审判参考》、《民商事审判参考》等审判参考书系、法院网站设置案例栏目等途径,及时公布了系列典型案例,地方各级法院有些通过出版书籍、内部刊物等不同途径刊发了系列案例,北京、河南等地法院网站已经建立起功能完备、全面公开的裁判文书库,向社会提供查询和下载,个别高级法院(河南)还向社会公开承诺将全部公开依法可以公开的裁判文书,以满足人民群众监督司法的需要。这些案例的公布,无疑在促进法律适用统一性的提高、促进法学知识的繁荣、培养法官的业务能力、提高群众的法治意识等方面发挥了积极的作用。但是,因这些案例的公开仍然存在不完整性、不及时性等方面的不足,无疑使得其上述效能的发挥大打折扣。

此外,案例的及时、完整的编纂(无论是官方的指导性案例的定期编纂,还是民间案例网站)、方便的获取途径(包括价钱合理,形式多样等),对于案例效能的充分发挥,均是非常必要的。

目 录*

法学知识转型中的案例效能	(1)
——实践刑法学的尝试	
一、法学知识的转型	(1)
二、案例的多重效能	(4)
三、案例效能发挥的基础	(9)
第一章 以危险方法危害公共安全罪 (案例 1-21)	(1)
一、以危险方法危害公共安全罪的“公共安全”	(1)
二、以危险方法危害公共安全罪的“其他危险方法”	(11)
三、以危险方法危害公共安全罪的罪数	(29)
第二章 损害商业信誉、商品声誉罪 (案例 22-24)	(33)
一、损害商业信誉、商品声誉罪侵犯的法益	(33)
二、损害商业信誉、商品声誉罪的客观要件	(34)
三、损害商业信誉、商品声誉罪的主观要件	(41)
四、损害商业信誉、商品声誉罪的罪数	(47)
第三章 串通招投标罪 (案例 25-28)	(49)
一、串通投投标罪的行为要件	(49)
二、串通投投标罪的“情节严重”	(58)
第四章 强迫交易罪 (案例 29-52)	(60)
一、强迫交易罪侵犯的法益	(60)
二、强迫交易罪的“暴力”与“威胁”	(64)
三、强迫交易罪的“强买强卖”	(70)

* 本书共收录真实、典型案例 402 个,其中正文 225 个、附件 177 个。

四、强迫交易罪的“提供服务”与“接受服务”	(75)
五、强迫交易罪的主观要素	(81)
六、强迫交易罪的停止形态	(82)
七、强迫交易罪与相关罪的界分	(83)
第五章 拐卖妇女罪（案例 53 - 71）	(89)
一、拐卖妇女、儿童罪侵犯的法益	(89)
二、拐卖妇女、儿童罪的犯罪对象	(93)
三、拐卖妇女、儿童罪的加重情形	(98)
第六章 非法侵入住宅罪（案例 72 - 92）	(113)
一、非法侵入住宅罪侵犯的法益	(113)
二、非法侵入住宅罪的“非法侵入”	(116)
三、非法侵入住宅罪的“他人住宅”	(126)
四、非法侵入住宅罪的罪数	(126)
第七章 暴力取证罪（案例 93 - 98）	(131)
一、暴力取证罪侵犯的法益	(131)
二、暴力取证罪的“证人”及“证人证言”	(132)
三、暴力取证罪的“暴力”	(144)
四、暴力取证“致人伤残、死亡”	(146)
第八章 故意毁坏财物罪（案例 99 - 116）	(147)
一、故意毁坏财物罪侵犯的法益	(147)
二、故意毁坏财物罪侵犯的对象	(148)
三、故意毁坏财物罪的“毁坏”	(161)
四、故意毁坏财物罪的主观形态	(165)
五、故意毁坏财物罪的“数额较大”	(168)
六、故意毁坏财物罪的罪数	(170)
第九章 伪造、变造居民身份证罪（案例 117 - 133）	(176)
一、伪造、变造居民身份证罪的“伪造”	(176)
二、伪造、变造居民身份证罪的“变造”	(182)
三、伪造、变造居民身份证罪的共犯	(183)
四、伪造、变造居民身份证罪的罪数	(198)