

刑法理论与实务应当“双向奔赴”——

刑法理论必须善于观察运行中的刑事司法



打并未实际发生的,对于行为人可以仅予以治安处罚。如此办理案件,不是“降格”处理,也不是放纵犯罪,既根据宽严相济刑事政策给了行为出路,又与行政处罚措施有效衔接。从该案例中体现出来的合理司法逻辑,值得处理类似案件时认真考虑。在进行判例研究时,需要充分理解实践,只有理解实践,才能为建构理论与实践相结合的刑法理论体系提供一个好的基础。

第二,反思实践。在裁判的公正性存疑以及说理不当时,刑法理论必须保持对实务的反思精神。本书对实务中容易出现偏差的问题有一些探讨,也表明了作者的态度,而且这一态度的目标是通过充分的论证来实现判例的表明。对实务中明显存在疑问的地方,当我们思考面向实践的刑法学时,这些问题不能回避,不能说一旦重视实践,那法官怎么判都是对的,不应持有这样的逻辑,理论的相对独立性需要保持。

第三,支撑实践。有些司法实践中的做法,当它一直这样做的时候,就需要去思考。理论上无论怎样批评,司法实践都有可能是这样,这个时候需要进一步思考背后的深层次原因,以及理论能否给它一个合理的解释。如果司法实践一直这样做,确实是错的,理论上当然要旗帜鲜明地予以批判,但有的司法实践一贯的做法,背后是具有一定道理的,这个时候怎么处理,就需要仔细思考。实践中大量被认可的做法,在现有理论难以作出圆满解释时,也会“倒逼”某些原罪理论的形成。

刑法学的发展必须与时代合拍。每一个时代的问题意识都是不同的,每一个时代的刑法理论的特色也就不同,这也决定了刑法理论研究必须扎根于我国本土的生活场景,是始终面向司法实践的思考。因此,刑法理论必须善于观察运行中的刑事司法,尽可能尊重司法裁判,观察实务中裁判的“闪光点”,将司法实务和经验研究作为检验理论是否与实际相符合的标尺,这样才能真正实现理论和实务的相互贯通。我国刑事判例研究有广阔的天地,但也长路漫漫,本书的编写是一种尝试,无论有没有,总是往前迈了一步。

(作者为全国人大代表,清华大学法学院院长、教授。本文系中国刑法司法适用疑难问题研究丛书《刑法判例百选》的序言,刊发时有删减)



□周光权

近年来,刑法学者们在体系的思考方面做了很多努力,无论是从学术专著还是从期刊论文来看,研究的深度和广度都取得了长足发展。不过,如果理论过于体系化、观念化,也会带来很多问题,理论与实践之间的鸿沟会进一步加深,因此,学界又开始特别强调问题思考的重要性。关注问题思考,意味着刑法学研究必须解决本土实务问题,必须重视司法裁判。事实上,我们也总是听闻“架设联结理论与实践的桥梁”这样的说法,学者们也始终没有放弃对实务中具体问题的思考与解决。一个很明显的感受是,当前刑法理论研究越来越注重紧密结合司法裁判。不过,从理论这一端向实务发力固然重要,但理论与实务应当“双向奔赴”,从实务的立场出发,阐明司法人员所想,站在司法人员的立场思考裁判逻辑,将裁判文书背后的道理说全、说透,进而让实务中众多优秀的裁判被看到,无疑是另一种联结理论与实践的路径。

□从理论这一端向实务发力固然重要,但理论与实务应当“双向奔赴”,从实务的立场出发,阐明司法人员所想,站在司法人员的立场思考裁判逻辑,将裁判文书背后的道理说全、说透,进而让实务中众多优秀的裁判被看到,无疑是另一种联结理论与实践的路径。

第一,判例也属于广义的案例,但案例未必能够称为判例。案例既可以是真实发生的,也可以是改编的,甚至可以是虚构的;案例也未必局限于法院生效的裁判,有可能还在法院审理过程中,尚未形成最终判决或裁定,但刑事判例则是一个已经被刑法所评价的成案,具有“后刑法”的特征。本书选取的案件全部都是“尘埃落定”的成案,称为“判例”更具针对性。

第二,本书的定位是判例研究,判例研究不同于案例分析,正如陈兴良教授所指出的,判例研究的立足点是站在法官之上,以法官对个案的审判理由作为研究对象,并对这些理由作出法理评价,从一般性中概括出公共性,并再次指导其他个案。因此,刑法判例研究的作用和功能的发挥不能局限于个案的分析研究。本书的理论站位更高,不仅是分析个案并得出妥当的结论,还试图以此理解实践、反思实践甚至支撑实践。

第三,在我国,学界提起“判例”不会将其误认为是英美法系的判例法或判例制度,也不会认为“判例”只能是最高人民法院指导案例或最高人民法院公报案例。一方面,大陆法系虽然不具有像英美法系一样的判例制度,将判例法作为法源,但不代表不能在成文法下展开丰富的判例研究,像德国或日本同样会讨论判例,而且在判例实践上走得非常远。另一方面,最高人民法院指导案例或最高人民法院公报案例之所以更具指导性,不是因为它具有实际的强制拘束力,而是因为它经过筛选更具有典型性。我国并没有确定遵循先例的法律原则,这些重要判例也只是具有指导作用,供法官在办案时参考,越具典型性的判例,越具有指导性。本书引用的判例很多是来自最高人民法院指导案例或最高人民法院公报案例,以及《刑事审判参考》中的案例,也有很多来自地方各级法院的疑难案例,筛选的标准是各级法院的典型性,是否能够适用法律上释疑解惑,是否具有指导性,是衡量一个案例能否成为典型判例的唯一标准。

在尊重司法裁判的基础上展开学理分析

本书对多数司法裁判的分析都不涉及“刑法学派之争”的问题,如果说本书提前预设了分析的立场,那也只是尽可能贴近实务的立场。为此,在具体分析裁判时,始终注重把握两个前提:一方面,全面客观看待裁判文书的观点,在尊重司法裁判的基础上展开学理分析。这意味着相关判例研究,不能为了批判而批判,裁判文书的研究者要先将自己代入法官的立场,尝试将自己变成法官,顺着法官的思路去思考其思考。另一方面,站在善意的立场将裁判理由尽量完善到最好,如果这样仍然存在一些难以弥补的地方,再去考虑商榷的事。不可否认,现阶段还有一些司法裁判文书说理不够透彻,甚至未提供真正的说理,本书在筛选判例时虽然尽量规避这类裁判文书,但也不乏裁判文书因只言片语而“留白”的情况发生。此种场合,研究者唯有站在法官的立场,按照其裁判初衷,秉持善意的态度予以解读,才能将裁判文书没有思考全面或阐释透彻的问题弥足。例如,本书“过失犯”中讨论的“网约车女乘客跳车坠亡案”曾在社会上引起广泛关注。法院认为,被告人作为网约车司机,其行为已构成过失致人死亡罪,但网络上也有一些声音认为网约车司机不构成犯罪。结合该案具体案情,会发现法院作出有罪判决在说理上非常充分。在存在不同声音的情况下,法官作出这样的有罪判决其实面临着较大的压力,但法官在裁判文书中很好地

展现了自身的专业素养。该案也确实存在诸多理论难点,尤其是关于过失犯中结果回避可能性和预见可能性的说理,研究者如果能够在理论上助裁判说理“一臂之力”,将这些理论难点一一看明,不仅能够获得法官的尊重,而且能够及时消除不必要的误解。因此,按照上述两点前提,对裁判文书的研究与解读既能确保实事求是,也能对实务保有一份温情。当然,在本书所选取的判例中,也有少数裁判的说理存在些许疑问。对于这类案件的处理,一方面,尽量“刻画”法官原有的裁判理由,使其更为详尽充分;另一方面,针对争议之处,客观理性地指明。例如,本书“结果加重犯的认定”中讨论了一起非法拘禁致人死亡的案件,法院认为四名被告人的行为与被害人死亡之间均存在刑法上的因果关系,构成非法拘禁致人死亡的结果加重犯。针对这一裁判结论,我们在分析时特别强调,即便认定该案可以成立结果加重犯,但其处罚范围是可以再斟酌的,相对合理的处理方案是仅对直接参与追进的被告人认定为非法拘禁致人死亡的结果加重犯,对其他被告人直接以非法拘禁罪论处。

理解实践、反思实践、支撑实践是判例研究的基本思路

作为本书的主编,在进行判例研究的过程中我有以下三点体会:第一,理解实践。实践中有的案件,基层法院判得很好,说理也非常充分,只是我们对此发现得还不够。例如,本书“聚众斗殴罪”中讨论了一起典型案例,法院认为,被害人一方虽有斗殴的故意但并未实际参与斗殴,造成的后果并不严重,其行为只是应受行政处罚的一般违法行为,不构成聚众斗殴罪。这一判决充分说明,即便为了斗殴而实施暴力行为,但事实上并未实际参与斗殴或相互

我国民法解释学的经典之作

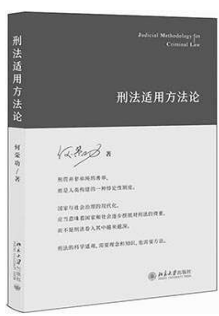
书名:民法解释学(第五版)
作者:梁慧星
出版社:法律出版社



【内容简介】作为中国民法解释学的经典之作,本书旨在帮助读者了解民法解释学的发展历史、不同流派和趋势演变,全面、系统掌握民法解释学的精微理论知识,并在科学理论的指导下从事民法解释的实践,熟练、正确地运用民法解释适用的各种方法和技术,避免恣意解释和方法之滥用。本书分为三编,即沿革编、理论编和方法编,逻辑思路由远及近,由抽象至具体。本版依据我国民法典相关规定,并结合中国的立法和裁判实践进行了增补。成书具有一般研究法学方法著述的性质,又创新采用了法学方法专论中通常较少有的独特分析框架,生动凝练,深入浅出,资料翔实,反映出全新立法动态、司法实践和研究成果,适合对民法学感兴趣的学者、学生及实务工作者参考。

刑法的现代化应是刑法谦抑精神的弘扬

书名:刑法适用方法论
作者:何荣功
出版社:北京大学出版社



【内容简介】本书是一本理论与实践紧密结合的专著,面向司法实践,以解决实务问题为导向,通过对形式与实质、行为与被害、原则与例外、扩张与限制、主观与客观等八对理论概念的深入研究,在对立中展示刑法立场、知识和方法上的差异,于差异和比较中寻求统一,实现刑法处罚范围的妥当性。为了让刑法立场和理论争议更容易被看见,本书特别注意结合大量司法疑难案例展开,鲜活地展示案件办理中常见的具有普遍性的争议焦点,重点阐述刑法适用应秉持的基本立场与方法论。

本书主要特点有三:语言通俗,可读性强;面向实务问题,突出实用性;重视对问题的理论提炼,彰显方法论。本书针对学术及实务中的相关问题展开分析,面向司法机关办案人员和律师,也适用于研究生学习。

尝试建构中国本土刑法教义学理论

书名:中国刑法教义学的面向:经验、反思与建构
作者:王莹
出版社:北京大学出版社



【内容简介】当代中国刑法教义学经历了作为解释学工具的教义学、作为学科精致化工具的教义学等三个发展阶段。开展教义学研究需要自觉立足中国法律实践观照中国法律问题,在承继与反思德国刑法教义学理论基础上努力尝试本土教义学理论建构。本书即是一本尝试建构中国本土刑法教义学理论的体系化的学术专著,也是一本致力于引入德国理论解析中国刑法中的争议问题的创新之作。

作者将德国刑法教义学的基本理论与中国本土刑法教义学研究方法有机融合,充分应用于中国刑法总论的方向性、基础性命题和刑法分论的多发、热点、新型问题的研究,为中国刑法情节犯、不作为犯、财产犯罪、网络犯罪等问题寻找教义学上能够证成的答案,为我国司法实务提供具有可操作性的理论工具,也尝试以中国刑法命题为试金石对德国相关刑法教义学理论进行科学性、适用性检验,并以此为基础探索建构中国刑法教义学的路径与方案,不仅有鲜明的实践意义,也有突出的学术价值。

不同时期、不同学说对“罪”的认定异同

书名:秦汉魏晋犯罪学学说总论
作者:刘志松 段如壮
出版社:法律出版社



【内容简介】秦汉魏晋时期是我国历史上一个承前启后的大时代,基本奠定了此后两千余年中国发展的新格局。犯罪学思想学说作为中华传统法律体系中对于“罪”现象的自觉思考,在这一历史时期的各思想流派中多有体现。无论是法家的“一断于法”、黄老的“以道统法”、儒家的“原心定罪”,还是《白虎通》《太平经》等重要历史典籍,以及陆贽、贾谊、董仲舒、扬雄、王充、王符、荀悦等思想家关于“罪”的争鸣与传承,其中无不蕴含着诸多关涉犯罪问题的思想渊源与理论探析,无疑也构成了秦汉魏晋之际犯罪学思想学说的知识盛宴。本书带领读者思接千载,穿梭古今,与先哲对话,了解法律规范之变迁,感受儒道文化于社会规范之渗透,赏学说争鸣之壮观,罕可有所得。

判例研究不同于案例分析

本书书名并未使用“案例”一

依据法益侵害程度界分交通肇事罪的转化

□邱鹏宇

交通肇事罪属于典型的过失犯罪,因而只有在违反交通运输管理法规,发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,才构成犯罪。

根据2000年最高人民法院发布的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(下称《解释》)第6条规定:行为人在交通肇事后为逃避法律追究,将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃,致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的,以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。根据该条规定,在这一过程中肇事者主观心理发生了明显变化,从交通肇事时的过失,转化为对被害人伤亡结果放任的间接故意或积极希望的直接故意。实践中,对于肇事者违反交通运输管理法规,引发重大事故,且将被害人带离事故现场后遗弃或者隐藏,但被害人最终得到救助未发生死亡后果的,应当如何处理存在争议。

交通肇事罪转化为故意杀人罪或者故意伤害罪的理论根据

犯罪从行为方式上区分,可分为作为犯罪与不作为犯罪。不作为犯罪又可分为纯正不作为犯与不纯正不作为犯。纯正不作为犯,是指以不作为的行为方式构成的犯罪,其作为义务的来源均由法律明文规定,如遗弃罪。不纯正的不作为犯,指行为人负有实施某种积极行为的特定法律义务,并且能够实行而不实行的犯罪形式。行为人实施某种积极行为的义务来源较为广泛,主要包括:法律明文规定的作为义务;职务或者业务要求的作为义务;法律行为引起的作为义务;先行行为引起的作为义务。所谓先行行为引起的作为义务,是指由于行为人在先实施的行为,使某种合法权益陷入遭受严重损害的危险状态,则行为人负有防止结果发生的义务,又可称为结果回避义务。交通肇事罪转化为故意杀人罪或者故意伤害罪,即是在存在先行行为的情况下,肇事者负有防止被害人伤亡的结果回避义务,却不履行救助义务,而是采取带离现场后隐藏或者遗弃的方式,使被害人无法得到救助。在此情形下,肇事者心态发生变化,已经在实施非法剥夺他人生命、严重伤害他人健康的

“故意杀人”或者“故意伤害”行为。肇事者将被害人隐藏或者遗弃的行为,已经不是过失心态下对被害人人身法益的侵害,而是对被害人死亡或者严重残疾结果的放任。

其中,对于被害人死亡的,应当是由于肇事者将其隐藏或者遗弃,致使其无法得到救助而造成的。例如,肇事者甲将被害人乙遗弃至医院门口后随即逃逸,即使乙仍因未被及时救治而最终死亡,也不应当转化为故意杀人罪。因为,甲此时的遗弃行为更多体现的是过失心态,仍应以交通肇事罪处罚,逃逸致人死亡属于加重情节。但是,如果甲将乙遗弃至深山老林,或者人迹罕至的地方,则该种行为表明其并不希望乙被及时救助,其心态已由过失转化为故意。犯罪形态发生转化,意味着犯罪已经由此罪转变为彼罪。交通肇事罪一旦发生转化,应从法益侵害程度着手,考量行为人为人的定性问题。

《解释》第6条体现了罪刑均衡原则,可有效实现对交通肇事中相关犯罪的预防与控制。就交通肇事罪转化犯而言,肇事者拒绝履行救助义务,将被害人的生命置于无法或者极难被救助的场合,使被害人面临死亡或者严重残疾的危险。从法益侵害性而言,故意杀人罪的行为结果其实包含着伤害结果,只不过从法益侵害程度而言,显然故意杀人罪重于故意伤害罪。对于被害人因被救助或者其他原因而未发生死亡或严重残疾结果的,应从被害人伤亡及部位、受伤程度、案发时间、地点、环境条件等客观方面进行综合分析和判断,从而达到主观观相一致。当被害人伤亡的部位或者受伤程度明显致命,不及时救助其死亡结果具有高度盖然性的,则表明肇事者具有非法剥夺他人生命的故意,此时即使未发生死亡结果,仅表明其故意杀人行为的法益侵害性并未达到既遂的严重程度,可比照既遂犯从轻或者减轻处罚。但是,若被害人受伤部位、受伤程度并非极其严重,或者根据遗弃环境、案发时间等判断,表明肇事者仅具有侵害被害人健康权的故意,或者说仅侵害了故意侵害的法益,则应认定构成故意伤害罪。

(作者单位:河北省石家庄市新华区人民法院)

明确公共利益衡量标准 更好行使起诉裁量权



□金石

公共利益,是指作为有机整体的公众所共同享有的权益、福利标准和价值,一般包括公共秩序、公共安全、公共安全等。作为刑事诉讼请求裁量权运用的基础,公共利益衡量就是要求从公共利益和最大多数人的普遍期待来分析判断,从而决定是否起诉。无论是英美法系国家还是大陆法系国家,在提起公诉时都赋予检察机关起诉裁量权的同时,在立法、理论和实践层面都将公共利益衡量为运用起诉裁量权的核心问题。

检察机关进行起诉裁量时必须进行公共利益衡量,主要有两方面的原因:一是检察机关作为公共利益的代表,基于国家、社会的整体利益追究犯罪,因此,公诉是具有公共利益性质的诉讼活动,检察机关的公诉活动必须以公共利益为行为准则。二是公共利益衡量对起诉裁量权的行使提供依据的同时,又对裁量权的行使形成制约。检察机关在其自由裁量权内要根据法律与合理、公正原则作出决定。

公共利益的衡量因素

把对公共利益的衡量作为起诉裁量的依据,必然要确定公共利益的衡量因素,具体来说,需要衡量的公共利益因素有以下两类:

第一类是罪行的轻重。这是决定一个案件是否起诉的最重要内容。罪行的轻重可以从犯罪的时间、地点、目的、手段、对象、结果、客体以及罪过形式、犯罪阶段、是否共同犯罪以及个人作用等方面综合考虑。犯罪性质越严重,起诉越符合

公共利益;反之,罪行越轻微,不起诉越有可能符合公共利益。

第二类是其他公共利益因素,主要包括五方面内容。其一,被告人的个人情况:被告人的基本情况,如年龄、性格、心理状态、智力和健康状况等;被告人犯罪前的情况,如是否有前科、是否累犯、一贯表现等;被告人犯罪后的情况,如认罪态度、悔罪表现、是否赔偿、有无自首或立功情节等。其二,被害人的情况,主要包括被害人对待追诉犯罪的态度,追诉是否会对被害人造成不利影响等。其三,社会因素,如公众对追诉的态度,作案与追诉间隔时间的长短,社会治安形势的变化等。其四,诉讼成本 and 实际效果,如刑期的执行有无实际意义等。其五,其他重大公共利益因素。

应当说公共利益衡量体现了起诉便宜主义的特殊预防、诉讼经济、重大公共利益优先等内在价值,有利于实现刑罚的教育挽救功能。

公共利益衡量作为我国公诉裁量标准的现实考量

我国法律或司法解释虽没有就公共利益衡量作出明确规定,但司法办案中一直以公共利益衡量作为是否提起公诉的重要裁量标准之一。

对于“情节轻微”“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”这两个酌定不起诉的法定前提条件含义尚需要进一步明确和界定。

犯罪情节是否轻微,一般应当在侦查机关和司法机关查清犯罪事实的基础上予以全面考察,在综合权衡犯罪的性质、情节、对象、手段和犯罪人的主观恶性及社会情势后,判断犯罪的社会危害程度,从而确定该罪行是否属于“犯罪情节轻微”。

我国检察机关裁量起诉酌定因素中包含许多公共利益因素,如

犯罪嫌疑人的个人状况,包括品行、习惯、前科劣迹、是否惯犯等品格因素,年幼、年长等年龄因素,家庭状况、生活环境、交友情况等客观因素;犯罪事实情况,包括法定刑的轻重、损害程度大小等罪行轻重因素以及犯罪动机、原因、手段、罪过形式、犯罪性质、共同犯罪中的地位和作用、与被害人关系、社会影响等犯罪情况;犯罪后的情况,包括是否认罪、有无悔罪之意、是否努力弥补损失、有无逃避或隐匿罪证等,是否对损害进行赔偿或达成和解、被害人对案件处理的态度等,以及社会治安形势的变化、作案与追诉间隔时间的长短、社会公众的反响等因素。

据此可以看出,我国检察机关对刑事案件是否起诉的裁量因素与公共利益衡量原则的考量因素在实质上是相一致的,即通过对案件的审查,在确定一个具体案件中有哪些支持起诉或者反对起诉的公共利益因素,并在此基础上通盘考虑、认真权衡后作出决定。

综上,笔者认为,从顶层设计角度就公共利益衡量制定统一的指导性准则既有现实必要性,也具有现实可能性。当然,指导性准则应当充分考虑起诉裁量的各种公共利益因素,使之具有较强的操作性,并能根据社会治安形势、刑事犯罪的变化趋势、刑事政策的发展需要适时予以调整。这样,既能够为检察机关行使起诉裁量权提供依据和准则,也能够为被害人、被不起诉人、社会公众和其他司法机关在评价具体个案的起诉裁量权行使的公正性和一致性,使起诉便宜主义在实践中得到充分贯彻与运用,使其价值在实践中得以充分彰显。

(作者为甘肃省人民检察院检察委员会委员、法律政策研究室主任,全国检察业务专家)