

僵化与恣意之间：刑事司法决策的经验尺度

孙皓

内容提要：在刑事司法的决策环节，经验法则的摄入常常起到举足轻重的关键作用。一旦操作不当，可能会导致裁判结论的不尽人意，甚至触发针对司法公正的质疑与排斥。就后果而言，要么可能造成机械司法的僵化现象；要么容易引发权力滥用之恣意趋向。为此，经验常识的适用必须保持合理的尺度界限而置于论理法则的框架内。进而，经验及论理法则的共生性质得以凸显。在具体个案的法律涵摄中，司法人员理解及运用此一规则的程度，将直接影响最终的决策趋向。哪怕只是出现些许的偏差，都不免基于事实与意见相混同等因素，而造成裁判结论的有失公允。藉由一系列典型案例的剖析，实体认定、证据权衡以及程序裁量等不同领域内的经验主义范式，亦呈现出各自的特质及运行机理。

关键词：经验常识 论理法则 机械司法 裁判权 规范适用

孙皓，天津大学法学院副教授。

一 引言

近年来，天理、国法与人情之间的综合考量日渐成为刑事审判工作的主基调，这一刑事政策导向可精炼为个案处置应当契合人之常情的法命题。^[1] 追根溯源，其矛头直指实践中屡见不鲜的机械司法现象。诸如赵某华非法持枪案、于某辱母杀人案等个例，均不同程度暴露司法决策的僵化倾向。^[2] 某种程度上，法官在涵摄活动中对于经验常识的过分审慎乃至漠视，堪称此类现象频繁析出的一大诱因。^[3] 早在十余年前，由彭宇案而起的对民事诉讼领域内涉及经验法则的争执曾此起彼伏。^[4] 刑事司法领域就此问题的探讨

[1] 参见罗沙：《最高法：刑事审判要兼顾天理国法人情》，新华网，http://www.xinhuanet.com//2019-10/17/c_1125118495.htm，最近访问时间[2019-11-11]。

[2] 参见李奋飞：《论司法决策的社会期望模式——以“于欢案”为实证切入点》，《法学》2019年第8期，第3页。

[3] 所谓“涵摄”，指的是将具体的案例事实，置于法律规范的要件之下，以获得结论的一种思维过程。参见[美]本杰明·N·卡多佐著：《法律科学的悖论》，劳东燕译，北京大学出版社2016年版，第129页。

[4] 参见杨晓玲：《经度与纬度之争：法官运用“经验法则”推定事实——以“彭宇案”为逻辑分析起点》，《中外法学》2009年第6期，第942页。

虽然有所滞后,但焦点也是经验法则与规范适用之间该如何平衡。究其原因,刑事司法领域的“彭宇案”其实并不鲜见。

那么,所谓兼容天理、国法及人情的观点是否真的是治愈“机械司法”病症的良药呢?事实上,这一论证思路本身就存在先天缺陷,因为上述三大元素从来都不是相互割裂的,人为地分置非但无助于法律涵摄在灵活性与原则性上的统一,反而更容易导致裁判基准的飘忽游移。法律规范与人之常情本就不应相互掣肘,前者的生成势必要考量后者的普适性。对于情理观念的强调不意味着个案决策可以游离于法理框架以外,而去主动迎合社会舆论场的即时导向。众所周知,中国的司法权运作向来有矫枉过正的习惯趋向。一旦遏制僵化的立场得以夯实,恣意妄为的蛰伏因子难免会躁动。倘若经验法则的适用被不加节制地鼓励,则必然给司法滥权的滋生大开方便之门。这并非杞人忧天的妄念。随着司法责任制改革的深入推进,发轫于权责利一致化诉求的员额配置客观上为个案决策的恣意化供给了组织基础。换言之,当获得员额身份的司法官享有充分的自主裁量权,而同时又免于以往的科层掣肘,所谓的情理观念不免充当出入罪的借口,且包裹着冠冕堂皇的道德成色和民意支持。为此,意欲破解机械司法现象并避免恣意决策的泛化,绝非天理、国法与人情之寥寥数语所能囊括,而须寻求某种技术层面的支撑手段。以作者之见,其中的要诀在于摸索经验常识的操作尺度,使个案决策能保持必要的均衡度,不致导向僵化抑或恣意的极端。通常来讲,理论认知维度上的偏颇和误解往往是现实对策产生错谬的根由。当实践中的鲜活例证得到庖丁解牛式的阐释,这一点就会更加直观形象地展露。其实,“经验法则”的称谓本身即反映了某种认知上的错觉,而有必要加以纠偏。

二 经验法则与论理法则的共生性

假如刑事司法领域的“彭宇案”并非真实存在,而只是案例分析题,标准答案又该如何呈现?恐怕我们也很难提出显著优于现有裁判的选项。这是因为,此类决策大多都没有突破逻辑法条主义设定的条框,至少形式上是合乎规制的。^[5]之所以饱受非议而不被社会公众所接受,只是由于明显违背经验常识影响下的道德模板。值得注意的是,法律条文的设计又很少囊括涉及经验常识的叙述。那是否可以就此断定,依逻辑演进而成的法律适用与经验理性之间,始终保有无法调和的矛盾,而作裁量时只能有所偏废呢?又或者,是否存在足以将二者兼容的理论范式呢?

(一) 司法现实中的“父子骑驴”

很多人都听过“父子骑驴”的故事,故事本身固然诙谐滑稽,却蕴含着深刻的哲理。表面上该故事意欲表达主人公“没有定见、耳根子软”;更深层次则反映了针对事物的主观评价无放之四海皆准的法门。而这样的例子在司法现实中也不时上演,呈现经验常识的某种非稳定性及多元趋向。

【案例一】甲对乙持刀行凶,乙身中70多刀不治身亡。初审阶段的法官认

[5] 参见[美]米尔伊安·R.达马斯卡著:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第28页。

为甲的行为构成故意杀人罪。理由是,砍了 70 多刀的情节表明甲欲置乙于死地,主观上具有直接故意的杀人心态。甲不服提起上诉。上诉审法官主张甲的行为系故意伤害致死,因为依据常识判断,若要置人于死地,完全没必要经 70 多刀方才达到目标。这说明,甲本身只想重伤乙,并非具有夺人性命之初衷。对乙的死亡结果,甲持过失心态。

这是我国台湾地区的一起真实案例。假设甲出于致命目的行凶,上诉审的纠偏会导致乙的枉死;而一旦甲的内心动机确为上诉法官所洞见,也只能庆幸偶遇“贵人”,毕竟初审法官的判断可能得到更多支持。关键在于,一个人实施过往行为时的内心所想,很难被第三者明悉。本案中不同法官的判断都基于自己的经验认知,又貌似均有可取之处,不能贸然予以否定。即便两种结论的指向大相径庭,恐怕仍难以分清是非对错。因为其中任一种情况若属实,都意味着百分之百确定,而彻底否定了另一裁判的正当性。严肃的司法决策不免受制于法官的经验范畴,而以主观随机性替代了评价应具备的稳定基础。

我们常论及,法官的经验认知须遵循普通人标准。而在这一案例中,两位法官对于“70 多刀”的判断,哪个更符合常识呢?答案见仁见智,还有可能让人无所适从,继而对刑事司法的客观公正产生怀疑:既然经验常识的运用难以明示的样态固化于任何逻辑范式中,那么它的实操似乎只能独立于规范推演。其实,只专注于经验判断才是陷入上述困惑的根由。当经验法则脱离了论理法则创设的运行轨迹,且法官的主观意见又取代了事实前提的基础地位的时候,司法决策很容易异化为恣意行事。其结果,机械司法现象的湮灭就以权力滥用的门槛降低为对价。故而,探求经验法则之运作尺度绝非孤立命题,务必以另一概念的认知作为参照系,即论理法则。

(二) 难以名状与循规蹈矩

所谓“经验法则”,可总结为人类生活阅历之常态,是一种生活经验定则。^[6]但是,每个人一生中经历的际遇是不同的,加之个体在天赋、修为等方面的差异,观察判断能力又高下不同,于是经验法则便有以何种程度作为准据的问题。一般人在日常生活中形成的经验体会同专业层面的认识有着天壤之别。因为后者之形塑历经专业训练、研习方可达致;而前者仅属普通知识、经验,藉由日常习惯而逐渐内化于心。在刑事诉讼的运行中,专门领域的信息可通过鉴定、专家证人等方法加以证实;而一般人的常识经验该如何界定,只能取决于法官的个体素养。^[7]然而,法官如何汲取并厘定自身的经验标准,是无章可循的。以此为基点,经验法则本就难以名状。

诚然,人类在日常生活中除了透过自己的经历以外,也能藉由观察捕获他人的经验,并归纳为涉及事物因果关系或性质状态的知识,日臻累积而形成认知定则。具体来说,成长于群体社会的个人,彼此间会不断从一般性的生活、工作、休闲中,不自觉获得许多体验;日积月累下诸如此类的科学累积,能推导、演绎出若干关于客观事物相互关系或影响效果的定则,自然而然演变为经验法则。^[8]在理想状态下,司法决策的作出当然要符合

[6] 参见张卫平:《认识经验法则》,《清华法学》2008 年第 6 期,第 8 页。

[7] 参见陈祐治:《经验法则及论理法则》,我国台湾地区《法令月刊》第 59 卷第 8 期,第 90 页。

[8] 参见[意]Michele Taruffo:《关于经验法则的思考》,孙维萍译,《证据科学》2009 年第 2 期,第 176 页。

由此形成的、人人都可接受的、符合一般人生活体验的经验法则。但不可否认,这样的演化过程不但冗长,甚至还会遭遇各类变量介入,进而导向大异其趣的认知结论。故此,根本不能期待“法官无所不知”的神话成真。有的裁判者可能亲身实践过抑或见识他人之案例,进而掌握此定律;有的从业者即便目睹亦未加深究而忽略了其因由,似乎不宜定性为经验常识缺失,更遑论以此推论其在职业上不合格。司法语境内的经验法则并不完全等同于哲学意义上的常识理性;毕竟后者的存在本身不须怀疑。^[9]进一步论,诉讼格局内的经验法则需见诸于一定框架体系,才不致陷入失控无序的适用样态。

经验认知所寄生的操作基础就是论理法则,即逻辑法则。论理法则的特质在于:藉由逻辑分析的基本范式作为事实推论的依据。众所周知,司法裁断的对象是不可完全回溯的历史事件。因而,权力运行只能凭借演绎或归纳的思维方法,尽可能进行事实还原及评价。而无论演绎还是归纳,最终结论的衍生都不外乎如下三项要素的有效拼接:(1)基础事实;(2)推论事实;(3)基础事实与推论事实之间的常态联系。在个案中,基础事实通常表现为证据本身阐述的对象;而推论事实即为等待证明的现象,与前者能否产生有效的联系取决于经验法则。易言之,前一事实与后一事实能否产生相关的衔接度,决定于人类在共同社会生活或工作中长期观察、体会所得之定则。这是一个循规蹈矩式的动态证明进程,其中经验法则起到穿针引线的作用。

在司法决策领域,经验法则与论理法则如连体婴儿一般需合并操作而不可分割。论理法则是认识世界、发现事实真相的推理手段,其基本程式是在两个命题之间建立起逻辑关联。而为了完成这一推论,其与经验法则所代表的理性规律势必要进行耦合。否则,前述命题将面临自身似真性被推翻之风险。^[10]因此,两大法则完全是“你中有我、我中有你”。难以名状的经验法则需要循规蹈矩的论理法则提供运行范畴,而论理法则的循规蹈矩又将经验法则的难以名状视作内部驱动。一方面,以论理法则进行逻辑推论时,往往以某种常识理性的认知为前提,否则难免因固守程式而陷入僵化教条中;另一方面,经验法则的运用不可脱离于基本的逻辑范式,不然难免弱化了针对司法官的滥权控制而助长偏见。在此一场域内,二者分别投射出了裁量标准的客观与主观方面。^[11]唯有二者的共生性融入裁判的形塑历程,“僵化”与“恣意”作为两个极端才不致衍生困扰。因此,毋宁将两大法则合并称为“经验及论理法则”。

(三)事实与意见之区别

仅意识到经验及论理法则存续的正当性尚不足以建构一套自圆其说的体系范式。因为,依赖经验及伦理法则尚难完成任何个案决策,而务必诉诸法律涵摄之操作。为此,三段论的推导被设定于更高位阶的框架层级。其中,大前提系已明晰的法律规范,小前提为个案事实。其间,作为大前提的法律规范需要藉由自身的文本重述,加之裁判者的适宜阐释,达成清晰的意涵镜像。^[12]对于小前提来说,经验及论理法则的妥当运用构成了其内

[9] 参见金观涛、刘青峰著:《中国思想史十讲(上卷)》,法律出版社2015年版,第152页。

[10] 参见[德]乌尔里希·克卢格著:《法律逻辑》,雷磊译,法律出版社2016年版,第31页以下。

[11] 参见刘小平、杨金丹:《统一法律适用标准的共识性进路——兼论作为制度的法官学院》,《南京社会科学》2020年第9期,第99页。

[12] 参见汪海燕著:《刑事诉讼法解释研究》,中国政法大学出版社2017年版,第3页。

在自洽的要诀。既然正确的裁断应建立在三段论的合理架构上,那么作为小前提的“事实”须是能透过观察得以佐证真伪的陈述,而不能掺杂任何真伪不明的臆断。换言之,个案事实系足以验证真伪的陈述。

之所以作如上强调,在于经验及论理法则的误用常体现为事实与意见的混同。二者最大的区别为在于,前者是可验证“真”或“假”的叙述,而后者却是个人的感受、信仰或者想法,根本无查验虚实的余地。在经验及论理法则的适用中,一旦出现内部三要素间的关系紊乱,就容易造成误将意见视为事实的局面。举例来说,当基础事实的认定趋于粗线条而遗漏重要细节时,经验法则的功能趋于膨胀,继而扭曲与推论事实的正常联系,最终导致后者糅入过多臆测。在这种情况下,推论事实潜移默化地沦为裁判者的倾向性意见,其内心偏颇借助自由裁量的渠道,以论理形式堂而皇之进入三段论的涵摄流程。于是,针对案件的定性处分在如此这般的偷梁换柱下蜕化为恣意裁判的温床。现在重新审视案例一中的矛盾裁判。事实上,争执哪位法官的经验常识更贴近于社会现实,无疑抓错了主要矛盾。之所以两个审级针对犯罪动机的判断存在如此大的反差,并非源自任何一方的阅历不足,而应归咎于基础事实的信息量稀少。这个生死攸关的基础事实,便是作为行凶情节的“70 多刀”。仅凭这一表述,针对犯罪性质的评价会模糊不清。每次凶器触及的身体部位都关乎犯罪者的心理驱动,加之施加力度的大小不同,则可佐证行凶的具体目标。当这些细节处于缺省状态,法官只能凭借猜测弥补基础事实。其结果,无论故意杀人还是故意伤害致死的性质判断,均肇始于法官的倾向意见而非客观事实。

更多时候,人们的关注点聚集在实体要件证明过程中的经验介入。然而,“事实”的外延还应囊括证据及程序领域。尤其当证据事实的可采性直接影响证明活动的成败,抑或程序事实能够彰示当事人的个体状态之时,经验及论理法则的推导进路蕴含着难以小觑的价值体量。为此,有必要将这一法则的适用模型以分门别类的形态进行解构,即事实认定、证据采信以及程序裁判这三个维度,进而组合成具备动态属性的概念范畴。

三 实体认定上的经验标准

大多情况下,经验及论理法则在实体认定环节发挥着基础功效,如果针对经验尺度的把握不够妥帖,就不免导致罪责定性的失之毫厘。通常,我们关注的那些涉及经验如何嵌入的争议难题,基本聚焦于此一维度。而根据构成要件体系分解的不同成分,亦可对经验及论理法则的呈现机制作进一步的分支提炼。^[13]

(一) 主体资格的辨识

刑事责任主体资质的认定,一般需要裁判者融入经验判断。在这一领域内,通常引发争议的系三方面事项,即被追诉人年龄、精神状况以及身份属性。总的来说,基础事实的完整度决定了常识判断的精准度。

首先,关于刑事责任年龄的认定,往往诉诸户籍证明、出生证明文件、学籍卡、人口普

[13] 参见董坤:《构成要件与诉讼证明关系论纲》,《法律科学》2020 年第 1 期,第 170 页。

查登记、无利害关系人的证言等素材,再结合地区习惯综合分析。当一些矛盾信息隐现于案件情节中,特别是关乎被追诉人成年与否抑或触及责任年龄的特定边界时,合乎逻辑的经验辨析就不可或缺。^[14] 为了避免经验法则误用,若干司法解释试图对这一命题作规范设定,甚至明示了不同证明材料的效力等级及参考次序。显而易见,现实中的情境错综复杂,根本无法通过文本规范达致包罗万象的程度。如果裁判者对基础事实的素材堆积过分迷信,而未对其与待证事实之间的关联度加以深究,就容易陷入教条主义的误区。比如,很多法官借助骨龄鉴定解决年龄争议,但由于个体生长的客观条件千差万别,生理年龄与实际年龄未必能够实现同一。因此,经验性分析的导入才是心证确认的关键,而规范文本通过论理逻辑的法定化限制主观恣意的衍生。一旦经验常识影响下基础事实的叠加指向了不同的潜在结果,即佐证被追诉人达到法定刑事责任年龄的信息不够充分,那么论理推导就将其限定在有利于被追诉人的价值框架内。

其次,对被追诉人精神状态的把握需要投入更多经验认知。很多法官都将精神障碍的存在等同于刑事责任能力的缺失,造成了论理推导进程断裂,司法精神病鉴定机构的越俎代庖又加剧了裁判权放弃常识分析的倾向。^[15] 按照刑法规范的文意阐释,涉及被追诉人有无精神病的专业认知源于医疗鉴定;而其辨认与控制自身行为能力的有无及强弱却取决于司法评估。换言之,被追诉人的精神状况与犯罪行为之间的联系属于司法职权范畴,而鉴定意见指涉的内容不过是基础事实的局部要素。但在现实中,裁判权的退让导致鉴定机构甚至成为刑事责任的权威决策来源。

【案例二】张某以伪装身份进行网恋的方法,先后诱骗多位成年男性至自己住处,用下迷药手段使其丧失意识,随后实施碎尸行为。在审判阶段,张某的辩护人提出精神病鉴定申请,主张被告人不具有刑事责任能力。法官一方面认为张某的行为确有怪异迹象;另一方面,又认为其犯罪过程较为凶残,不予以刑罚似乎欠妥,故对是否同意辩护人的申请颇为踟蹰。

司法精神病鉴定的最终目的,在于衡量被追诉人是否丧失了辨认、控制能力。鉴定机构和法官需要共同塑造一条因果链。如果后者可直接确认被追诉人的责任能力未受减损,针对溯因的挖掘就毫无意义。通过社会通识可得知,丧失抑或削弱辨认、控制能力的人不可能以精心预谋的方式,分步骤且多次实施较为复杂的犯罪活动。更多时候,他们只能实施简单而直接的暴力犯罪。结合本案情况,尽管张某的犯罪行为符合暴力、随机等特质且相当残忍,其操作过程却明显经过精心规划。^[16] 无论乔装网恋还是诱骗下迷药等情节,都说明张某的心智状况并未影响犯罪意图达成。由此,可以基于案情得出无需鉴定的结论。而在这一推导进程中,经验法则的运用无疑是关键,否则基础事实就会完全取代推论事实的地位而被错误植入三段论中。

最后,对于职业身份的确认,尤其是涉及职务犯罪主体之厘定,则需回溯至“大前提”

[14] 参见许建华、牛克乾:《户籍证明的审查判断与刑事责任年龄的准确认定》,《法律适用》2011年第1期,第105页。

[15] 参见陈卫东、程雷、孙皓等著:《司法精神病鉴定刑事立法与实务改革研究》,中国法制出版社2011年版,第231页。

[16] 参见冯建红:《“无差别杀人”是一种反常自杀?》,《方圆》2013年9月(下),第24页。

的逻辑起点加以推导。尽管实体法及相关规范解释一直试图囊括所有真正身份犯的界限范畴,但其可行性难度是不言而喻的。在此类案件中,常识判断不能凭空施展,而应当以相关立法目的作为出发点。比如,针对渎职犯罪的主体身份辨识,首先须立足于其法益保护对象,即公权力运作的客观公正属性。为此,司法裁判不可简单片面地认知基础事实,尤其不能仅通过机构编制情况等形式化的材料锁定被追诉人身份;要注重其日常的行为范畴是否契合公权力特质,进一步综合衡量主体层面的构罪与否。一般来说,法定身份的经验性识别应当同“大前提”的衍生背景形成相得益彰之联系。

(二) 主观心态的推知

就犯罪构成体系的认定而言,主观要件的阐明无疑是最具难度的。这是因为人类的所知所想断无可能为外界准确窥测。故而,实施犯罪行为时的心理态度,只能藉由其客观行为加以推论。^[17] 这是一种无奈选择,且以容忍相当程度的误差为前提。对此,经验常识要在逻辑推演中充当思维工具角色。针对主观要件的解构大致体现于两个维度。一者是对被追诉人持有故意还是过失心理的衡量;二者则是以犯罪动机作为核实对象,例如经济犯罪中的“非法占有目的”。就前者而言,前述案例一即为典型。尽管立法层面对于何为故意及过失作了一定程度的设定,却仍不免给现实适用带来困扰。一般而言,出于自愿的口供叙述是甄别其心理态度的最佳途径,加之其他间接材料的印证,便可接近于客观程度。^[18] 在这样的情境下,经验法则的介入空间有所局限。然而,一旦自白的可靠性无法保证,抑或其他信息难以与之顺利衔接,情理推断方法的运用则无可回避地依赖经验认知。^[19] 当然,常识引入应当建立在基础事实限定的盖然性范畴内,经由综合审查方法的配合,臻于主观心态的合理界值。比如,一个杀人者可能会辩称自己的行为发轫于过失心态,而当其他证据信息显示他泰然自若地毁尸灭迹时,常识理性便不可能同这一说法相吻合。

对于犯罪动机的确定,同样要排除其他可能性,而不宜恣意处置。值得注意的是,实体立法在某些特定类型的犯罪中,将动机要素作为一种必要条件。这就凸显了验证动机类型存在与否的价值,经验及论理法则的操作须慎之又慎。尤其是当其他合理性怀疑无法排除时,决策判断应遵循有利于被追诉人的主基调,以防止出入罪之错谬衍生。

【案例三】某房地产公司举报孟某以协助拆迁为名骗取 406 万元的款项资金。公安机关即以涉嫌合同诈骗将孟某抓获归案。经调查,孟某确实与该公司总经理韩某签订了合同,且双方当场完成了 406 万元资金的转账。据韩某表示,孟某承诺按照合同约定协助公司对某地块的拆迁活动,转账给付的 406 万元即为拆迁款;然而,孟某此后并未实施拆迁行为,且拒绝接听电话。为此,韩某还提供了盖有公司印章的书面说明材料。对于上述指控,孟某辩称该 406 万元系韩某个人还款。因为之前韩某曾通过孟某向谢某借高利贷 50 万元;由于过期未还,孟某用于抵押担保该笔债务的房产归谢某所有,市值 410 万元左右;在双方

[17] 参见姜伟著:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社 1992 年版,第 5 页。

[18] 参见孙皓:《论刑事证明标准的“层次化”误区》,《当代法学》2017 年第 4 期,第 104 页。

[19] 参见周洪波:《客观证明与情理推断》,《江海学刊》2006 年第 2 期,第 134 页。

商谈拆迁事宜时,孟某要求韩某先清偿上述个人债务,才能协助拆迁,于是韩某给付了前述406万元,而涉及拆迁的款项并未当场给付;由于韩某始终没有兑现此笔款项,拆迁活动无法展开,孟某一气之下拒绝接听其电话。对于上述情节,谢某亦为其作证。据悉,被害公司系韩某个人独资。

合同诈骗罪认定,需要满足非法占有的动机要件。在本案中,关于涉罪款项的性质存在一定争议。表面上,双方签订了协议且完成资金给付,但是孟某却没有履行双方约定的拆迁义务。由此,韩某一方认定孟某意欲侵吞此笔款项。但孟某却基于这笔涉案资金提供了另一个故事版本,^[20]以抵消自身的非法占有驱动。如果此笔资金在性质上是用于消除二人已有债务的,而给付行为又构成了履行合同的前提,那么孟某的诈骗行为就失去了动机基础。若是单纯从学理角度入手,韩某与孟某之间的高利贷行为似乎不可同拆迁协议的签订及履行混为一谈。如果孟某在与该地产公司签订合同时就没打算履行承诺,就足以断定其具有非法占有目的。但现实的情况却更加复杂,双方对签订协议的现场事实各执一词。一方面,尽管韩某与被害公司系不同类型的民事主体,但鉴于二者之间的关联形式,加之后者治理构造的简化特质,很难彻底将他们的利益作切割。如此一来,不能完全排除韩某借机构陷孟某,以求免除二人债务之可能。另一方面,即便孟某的解释略显离奇,特别是50万元的债务最终增长到410万元的情形,却并未完全脱离于社会常情。毕竟,小额贷款的高利率现象一段时间内确实大量存在,且深刻影响某些经济交易活动。本案中反映基础事实的证据材料存在内部的冲突关系,尽管在形式上被害人之说辞好像更为可信,依据经验常识却无法否定其他可能性。纵然几率较小,一旦孟某的辩称属实,则非法占有涉案资金的主观认定便会受到根本动摇。法官的裁判不能因为高利贷行为的民事违法属性而确认此笔款项在案发时无效。否则,不免有恣意扩大犯罪圈的嫌疑。既然从经验层面无法根本上排除孟某的辩解理由,那么根据基础事实的推断就应当维系有利于被追诉人的原则。具体到案例三,支持韩某说辞的材料一旦无法满足确实充分之标准要求,非法占有之犯罪动机就不宜直接确认。

(三) 客观行为的定性

表面上看,裁判权对于犯罪行为的甄别似乎相对容易,毕竟证据收集往往以此为切入点。但是,这种便宜性大多只存在于客观证明模式的运作框架中。当部分行为的定性可作争辩时,情理推断的介入程度就尤为关键。换句话说,错综复杂的社会现实需要法官透过一般性经验常识去权衡其间的是非对错。对此,不仅裁判者拿捏经验尺度应该妥当,且其就“大前提”的意涵把握务必精准。如果针对规则标准的解读不能达于合理区间,刑罚打击的锋芒就可能有所偏颇。

【案例四】某铁道职业技术学院内部食堂承包给了后勤处副处长徐某。2018年7月,学院承接了对某非洲受援国家的专业技术培训班,其费用由某央

[20] 在查明事实的驱动下,司法实践中的案件事实与其说是要件事实,倒不如视为某些令人信服的“故事”。参见向燕:《论刑事复合型证明模式及其对印证模式的超越》,《法学研究》2021年第1期,第105页。

企支付。在预算中,只笼统确定每位学员伙食标准为每日 140 元,却没有作细化解释。徐某在安排伙食期间发觉,因预算标准过高而绰绰有余。经与江某、吕某、宋某等食堂工作人员协商,决定将结余款用作食堂内部员工的加班补助。四人前后分得钱财共计 13 万余元,后徐某等四人以涉嫌贪污罪被诉至法院。

从证明对象审视,四名被告人拿了钱款是事实,但此一客观真相背后的法律本质该如何辨识,却并非清晰无疑。贪污罪的厘定要求行为人出于非法占有目的,利用职务便利侵吞公共财物。^[21] 在本案中,鉴于预算的粗疏,发放加班补助的行为在界定上尚有讨论的余地。被告人对司法机关的追诉倍感委屈,认为自己的行径顶多有违反财经纪律之嫌,却算不上贪污公款的恶性犯罪。于是,裁判权的经验认知成为勘定行为属性的关键。这种常识性评价源于法官的社会经验,但需遵循必要的准则。对于此类拨款,一方面协议签订双方并未明确伙食款项的具体名目,尤其是人力成本如何对价根本没有依据;另一方面,尽管学院内部有专门的奖金或津贴发放,但本案中四名被告人的额外劳动付出也是事实,将相关款项视作有劳取酬似乎并无不可。虽然徐某等人违反了单位内部的财经纪律,但能否由此直接推导侵吞财物之结论,确有进一步商榷的空间。事实上,为了支持好培训班的日常教学,徐某等四人的确付诸了较多劳动。这种额外的劳动付出很难由日常的奖金津贴制度所覆盖,而正规激励模式的缺失进一步加剧了本案刑罚定性的难度。基于协议条款的粗放特征,将这些无形成本解释在预算伙食标准范畴内,或许并不普遍,却未见得就是一种牵强附会的狡辩,故而贪污罪之认定并非无懈可击。

综上,作者在前文中列举了实体领域关于主体、主观以及客观等要件的实例,却并未提及客体要件的证明逻辑。这是由于司法实践中很难将此一要件的契合与否以基础事实的样态予以显性辨识。尽管在刑法理论上受侵害法益的缺失足以构成出罪理由,却很难被司法裁判活动作为可行方案拿捏。刑法教义学能提供满足自洽性的法理依据是一回事,司法实践的接受与吸收却是另一回事。^[22] 如果难以满足现实维度的可欲性诉求,仅具备理论自洽也无济于事。同理,刑法理论供给的认识错误、期待可能性等要素,均能不同程度地为前述疑难案例拓宽破解路径;但由于上述概念并未以任何规范形式存续于立法或者解释文本中,裁判者断难将其直接转化至“三段论”的推导中,并进一步影响法秩序的形成。^[23] 那么这是否意味着涉及经验尺度的把握,在实体领域只能落脚于另外三大要件,毕竟它们都明显存续于基础事实的支撑载体,其实也未尽然。藉由前述案例不难发现,就相关法益保护对象的辨识在经验常识的介入环节尚能起到基础导向的功效,但仍要仰赖于特定的技术手段方可达致。如果目的性限缩或者扩张式的解释方法能与经验及论理法则的适用机理相衔接,则可避免司法决策脱离常识和逻辑范式。^[24] 而综合上文的案

[21] 参见陈兴良:《〈关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释〉总置评》,《浙江社会科学》2016 年第 8 期,第 16 页。

[22] 参见陈兴良:《赵春华非法持有枪支案的教义学分析》,《华东政法大学学报》2017 年第 6 期,第 13 页。

[23] 参见王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,《中国法学》2017 年第 4 期,第 86 页。

[24] 参见陈伟:《论目的性限缩解释方法在刑事司法中的适用——以“在公共交通工具上抢劫”为例的分析》,《法商研究》2012 年第 6 期,第 66 页。

例,经验及论理法则的尺度把握,在实体认定层面不妨遵循如下脉络:(1)在具体案件涵摄中,首先还是从“大前提”入手,对相关立法规范进行解构,充分挖掘其追求的目标逻辑,以避免因错会犯罪客体指向而扭曲后续的论理进程。尤其不能局限于表面的文意叙述,既要从体系结构的周延性出发,完整理解某项刑罚活动足以成立的基础;^[25]又充分结合具体情境下的刑事政策方向,以匹配社会经济抑或道德维度的期待。(2)在此基础上,可进一步廓清推论事实的应然表象,即“小前提”究竟存在哪些符合立法精神及刑事政策的“故事”选项,用以排除要件构成之外的推论结果。(3)由基础事实至推论事实的转化,应当见诸于前者的全面翔实,而不宜将自身好恶以常识理性的名义作为评价其可信度高低的依据,更不能曲解乃至恣意取舍。(4)在此推导进程中,只要基础事实能够分解其他合理的结局模型,哪怕盖然性较低,也绝不能妄下有罪论断。

四 关于证据事实的经验判断

经验及论理法则的妥适运用不仅以实体认定作为投射场域,也在证据事实的评价层面有所呈现。特别是涉及证据可采性与关联性的衡量,同样需要结合相应情境裁断。否则,证据材料一旦误用,不但会破坏权利保障的底限,更将导致证明链条的系统性紊乱,给最终的事实认定造成阻碍。^[26]

(一) 言词材料的辨识难题

【案例五】甲涉嫌在街上公然以胁迫方式将乙强逼至大楼内楼梯间,致使乙难以抵抗而遭奸淫。甲离去后,乙立即向大楼警卫求助,并于警察到来时陈述被害经过。警察从乙的袖口处采集甲的精液,但并未能立即逮捕嫌疑人。在案发一年多后,甲因未支付嫖资被逮捕,由其所残留的精液,经DNA比对证实与前一事件残留者为同一人。检察官以犯强奸罪起诉甲。此案虽有甲残留于乙衣服上的精液为证据,但只能证明甲曾射精的事实,至于到底是以强暴、胁迫为手段,还是得被害人同意,仅有乙的供述为依据。因此,认定甲是否有罪的关键,在于被害人的供述是否属实。

此为一则日本典型案例。^[27]在本案中,前两个审级的法院皆认为,乙在被侵犯后立即向大楼警卫求救,并作被害过程的陈述;鉴于其供述态度之诚挚,且内容并无任何不自然之处,又无说谎的动机等,综合判断下应具有可信性,故判决甲有罪。甲不服判决,将案件上诉至最高法院,最终被改判无罪。而最高法院改判无罪的理,主要是对乙的供述有以下疑点:第一,乙当时虽年仅18岁,但依其供称甲以“不从即杀之”之词为要挟,并强押

[25] 例如,近年来司法实务界对于非法持有类犯罪常出现争议。其实很多时候,这源于司法人员并未理解其立法目的。持有型犯罪均带有“堵截”特质,无论是涉毒还是涉枪支,主要的打击对象仍是制造、贩卖等客观行为。只要当这些状况无法佐证而难以定罪时,为了防止制裁的法网疏漏,则仍以“持有”属性进行认定。

[26] 参见汪海燕:《非法证据排除规则的释法学检视》,《中国刑事法杂志》2018年第1期,第17页。

[27] 转引自吴景钦:《判决不能违背经验法则与论理法则——以日本最高法院的一起性侵害判决为例》,http://dx.doi.org/10.30138/SFGGZJ.201110.0020,最近访问时间[2019-11-06]。

其入大楼内的行为,在人来人往的街道上,甲果能如此胆大?第二,依据被害人所述,甲以胁迫方式要求其随行,但若无任何有形暴力或强制力,实难想象在大庭广众之下,乙会因此造成自由意志丧失而屈从。第三,即便乙遭强押,但在步行进入大楼停车场途中,可轻易呼救,为何其未呼救?第四,乙的衣服虽确认沾染的精液与甲有同一性,但仅能证明后者有射精事实,至于是基于合意还是强迫,实难证明。第五,甲自认在过去四五年间,常以金钱支付为条件,于街上进行嫖娼。此自认虽然只能作为辅助证明,却凸显了其习性不附带暴力特质。

这起个案很具代表性。乍看起来,之前两审法院的分析不无道理,但在终审裁决的抽丝剥茧下还是露出破绽。所谓“态度真挚、陈述自然、无说谎动机”究竟从何说起?与其说是一种经验认知的运用,倒不如视为想当然的盲目推论。在这样一起案件中,足以充分、客观证明被告人实施胁迫行为的实物是缺失的。由此,被害人陈述的可信性审查就成为左右司法决策的核心环节,稍有不慎就导致出入罪。为此,裁判者又如何将经验及论理法则有效置于证据可采性衡量中,最终决定了其内心确信是否具备正当化基础。本质上,这就是所谓“自由心证”过程中法官作意志判断的界限尺度。^[28]

基于主客观形态差异,证据可以被区分为言词与实物两种类型。这中间,对于言词材料的剖析始终都是司法决策的难题。相形之下,实物证据可藉由客观证明模式予以辨识。尽管注重科学证据的论调一直不绝于耳,特定形态下主观素材的优势地位却无法撼动,尤其在某些类型的个案处断中。^[29] 当刑事诉讼运行需要建立在案卷笔录等媒介支持之上时,言词材料的重要价值即得到进一步夯实。^[30] 故而,言词证据的真伪及证明力常会影响案件的最终走向。但对于言词证据的有效审查却又困难重重。即便科学技术飞速演进,也很难完全窥探个人做某一表述时的真实心理。任何人的语言叙述既可能是对事实的还原,也可能是发轫于某种心态倾向的主观意见。即便在外观上展示了客观事实之样貌,也容易不自觉掺入个人态度。据此,司法权面对的言词材料,或许具有直接证据的属性,亦夹杂了主观臆断的风险。^[31] 这种情势增加了证据事实审查的难度,而主观叙述的广泛性将此困局置于常态环境下。一旦裁判者不能有效将待证内容提炼出言词材料,某些主观意见就会取代基础事实,诱导逻辑推论脱离有序轨道。同理,当裁判者带有强烈偏见审视言词证据时,倒容易将某些意见错解为事实,进而令“小前提”陷于偷梁换柱的悖反局面。如此,对司法决策之公正诉求只能归于奢望。

总的来说,言词证据的经验性判定既涉及证据资格,又关乎证明力大小。无论诉诸言词的是被追诉人还是被害人,抑或目击证人,倘若经由情理而实难断定其系出于自由意志的表态,则证据能力应当被否定。在非法证据排除体系中,只要存在违背自由意思之可能,言词材料便无法继续保留于证明链条中。^[32] 而在这一决断的形成环节,往往并无直

[28] 参见李祖军:《自由心证与法官依法独立判断》,《现代法学》2004年第5期,第102页。

[29] 参见史长青:《科学证据的风险及其规避》,《华东政法大学学报》2015年第1期,第121页。

[30] 参见孙皓:《司法文牒主义与开庭日——关于刑事办案模式的实验性研究》,《环球法律评论》2018年第2期,第125页。

[31] 参见李富成:《刑事证据分类新探——兼论静态证据与动态证据》,《中国刑事法杂志》2013年第3期,第91页。

[32] 参见陈卫东:《〈严格排除非法证据规定〉下的检察发展新机遇》,《中国刑事法杂志》2017年第3期,第5页。

接证据表明主观素材的非自愿性。这意味着裁判者需要结合人之常情来析出各种潜在可能,即有赖于输出多样性的假设框架,以检验并排除公权力的不当干预情形。反观案例五中日本最高法院所罗列的诸多因由,纵使有过于苛刻之嫌疑,却不啻为有的放矢,值得在证据可采性的认定过程中效法。就证明力而论,即便出于自主表达,言词材料也难以防范有失偏颇的现象。毕竟,人是带有主观性的动物,何况记忆还原的准确度尚难有效维系。有鉴于此,针对某一言词材料的审查难免借助情理推断下的可靠性衡量。同样,裁判者要在穷尽各类假设情境后,综合验证主观证据的可信度。

(二) 综合审查判断的优势

仔细对比案例五中不同法院对被害人陈述的解析,不难发现思维模式的差异。前两个审级的判断只着眼于被害人的外部状态,继而得出肯定结论。通过考量被害人的现场情绪及对其说谎动机的单方面评估,法官给予此份言词证据相当高的认同感。归结起来,法官是在就证据论证据,并未置身于背景环境中考察被害人的可信度。事实上,仅着眼于乙的陈述,的确难以察觉有何不妥之处。一旦法官早已先入为主地视甲为性侵犯行为的实施者,自然主动靠拢被害人的说辞。不仅如此,裁判权甚至会为后者的证明力营造不容辩驳的氛围。恰是此种做法导致了意见与事实之间的不当切换,使得被害人与法官的主观喜好异化为评定刑事责任的逻辑起点。日本最高法院的裁断之所以更合理,并不在于其罗列理由之数目更多,而是集中反映于整体化的斟酌路径。除了对被害人所遭遇情境作出微观诠释,此一决策更立足于不同证据之间的相互关系,力图阐明陈述内容的非周延性。一方面,甲在过去曾以现金方式多次进行性交易,本案也无法排除这种可能性。另一方面,乙在整个过程的行为表现不可避免地呈现了多元可能,使构成强奸罪责最为关键的要素——暴力或胁迫出现证明盲点。当诸多情理预设汇聚在一起,被害人陈述的证明力陷入不确定状态。此种状况下,法官如秉持客观中立的态度,就应诉诸事实真伪不明之认知,利用证明责任分配的原理形成否定论断。

可见,经验法则嵌入证据事实应当注重不同材料的相互联系,而杜绝孤立片面地审查素材。这不单是一种哲学思维的整体运用,也与我国司法实践的证明方法不谋而合。即,对于某项待证事实的审核不能只考虑单一的素材及其可信度,而应着眼于证据之间的协同程度。藉由综合审查判断的方法运用,一些局部事实的矛盾点渐次曝光。循着这样的脉络,针对证据材料本身的辨识升格至宏观视域。某些情节单独看上去或许不尽情理,可结合其他证据信息就会凸显真实性;反之亦然。据此,无论是证据资格的认定抑或证明力的评判,都要在作为整体的证据链体系中操作。以此为基础,经验常识的介入才不至于过度恣意化而贸然契合法官的主观偏见;这也提供了相对灵活的逻辑框架,不必担心落入教条主义的窠臼。^[33]

综上所述,针对证据事实的经验摄入,其实大多存在于言词证据。毕竟作为“哑巴”的实物证据基于自身客观性,很难孤立地与情理推断的思维模式形成联系。在审查言词证据之可采性及关联性的过程中,经验理性的运用须竭力避免客观陈述被主观意见所稀

[33] 参见陈瑞华:《以限制证据证明力为核心的新法定证据主义》,《法学研究》2012年第6期,第147页。

释,进而扰乱逻辑法则的科学向度。一方面,经验常识的引用应坚持将证明责任的规范分配作为基点,并绝对排除证据方法在兑现过程中的非自由性;另一方面,藉由综合审查判断手段,将不同类型的证据资料所投射的基础事实进行整合比较,再剔除有违常情的非一致性元素,继而对接彰显本土特质的印证证明模式。^[34]

五 程序性裁判的经验范式

随着近年来程序性裁判的规范化程度不断提升,一系列争议问题的浮现同经验及论理法则的适用产生了关联。譬如管辖、回避、未决羁押及程序合法性审查等事项的决断,如果只专注于法律规范内嵌的逻辑,难免有失察具体情境之虞;反之,倘若一味屈从于经验常识映射的价值导向,又不免背离司法权运行必需的正当性与严谨性。所以,经验常识的合理引入裨益于程序裁判的机动性与原则性之耦合。某种程度上,经验认知的尺度把握在程序视角下要更宽松些。在程序性裁判的场域内,比例原则及类推方法的弹性特征,都使得经验及论理法则的运转空间得以延展。

(一)从衡量羁押必要性视角的考察

这里以审查逮捕权的实施举例。一直以来,在“少捕慎捕”刑事政策的影响下,检察机关试图通过细化要件的方法指引具体的审查行为,但是,无论规范层面如何绞尽脑汁地予以罗列,都不可能周全呈现所有社会现实。当面对具体个案的提请时,检察官依然需要仰仗自身的经验认知进行裁量,结合社会生活的实际状况判断将被追诉人予以羁押是否契合立法目的。其中,对于羁押必要性之考量凸显了裁判者的个人意志。如果仅解读法律条款中关于社会危险性的概念表述,被追诉人到底是否具有足够的羁押理由往往缺乏客观而具体的衡量基准。以抽象的语言表述为切入点,根本无法准确判断个体的人身危害性。事实上,在相关法律条款中经常出现的“可能”二字,充分支持了裁量活动的机动主义倾向。倘若裁判者自身附着一定“道德洁癖”,被追诉人十有八九要身陷囹圄。逮捕决定的生成在理论属性上脱钩于实体认定,故经验摄入的余地要远甚于纯粹意义的刑事责任处分。

【案例六】姚某与周某在美国留学期间相识并确定恋爱关系,后周某先期返回国内。姚某通过社交网络虚构身份的方法,以公开周某裸照作为威胁手段,多次向其索要钱财,金额达 10 余万元。周某不堪其扰遂在国内 A 市报案,公安机关将姚某锁定为犯罪嫌疑人。不久,在公安机关安排下,周某以过生日为由诱骗姚某回国。姚某在 A 市某酒店被公安机关抓获立案。据悉,姚某的居住地在远离 A 市的 B 省,而且,姚某彼时已被美国某高校录取为研究生,签证有效期为 5 年。案发后,姚某父母代为退赃,表达了积极赔偿的意愿。周某方面强烈要求对姚某予以逮捕,并拒绝对方的和解意向。A 市公安机关以姚某涉嫌诈骗提请批准逮捕,检察机关以姚某可能潜逃为由作出批准逮捕的决定。

[34] 参见龙宗智:《比较法视野中的印证证明》,《比较法研究》2020 年第 6 期,第 14 页。

就本案所涉罪名及证据情况,捕与不捕貌似皆在两可之间,故而,社会危险性的考量成为羁押有无必要的决定因素。表面上,姚某具有巨大的潜逃风险。一者,其境内居住场所远离办案地点;二者,具备远遁域外的先天条件,即拥有有效的美国签证。由此,潜逃之盖然性是实际存在的,对其处以羁押好像并无不可。然而,未决羁押的根本功能在于保障诉讼顺利进行,如果能诉诸其他替代措施,逮捕应作为最后保障手段。本案中,证成姚某不具备较大社会危险性的信息亦非少数。比如,年纪较轻系初犯、积极退赃且有和解意愿等。而从姚某所涉罪名看,不属于严重的暴力犯罪。至于潜逃风险,完全可通过附加的约束措施进行防范。譬如,对其护照签证予以扣留抑或纳入边境控制名单等。关于被害人方面的态度,检察官不能受其左右,立法原意也并未以此作为必需的决策依据。检察机关可要求姚某及其家属不得私自接触被害人一方,即达到保护目的。当然,为了确保诉讼进程不受影响,司法决策还应当优先考量姚某是否具有施加替代羁押措施的现实条件,诸如能否暂住A市、有无亲属看管担保等。只有在实际状况不可能满足上述要求时,逮捕决定才能确定无疑生成。如果只着眼于刑事诉讼法条文的字面表述,那么姚某大概率要被逮捕;可在更为宏观的程序价值影响下,经验常识的运用拓宽了决策视域,对其施加相对宽松的约束举措未尝不能契合立法精神。这充分表明,程序裁判领域内的经验及论理法则适用具有一定灵活性,且可借助其他技术手段预防风险。当然,此种经验尺度要服膺于一定的思维定式,否则不免导向随意化而导致程序裁判的公正性付之阙如。

(二)比例原则的操作空间

通过案例六,足以窥见程序决策中经验认知的价值。以未决羁押为代表,司法裁判需要对各种潜在可能性加以预估,而非将现有条件简单罗列。尽管姚某具备多项潜逃条件,却不能单基于未知情形而草率定论。特别是在约束手段足以提供保障的前提下,须在逐层验证可行性后再作定夺。只为了达到消除潜在风险的目的而潦草行事,不但会妨碍当事人的权利实现,更会异化立法文本预设的功能定位。与实体问题的解决思路不同,对程序性事项的裁处,比例原则是经常被提及的尺度来源。该原则被进一步拆解为适当性、必要性以及相称性等三个子成分,从不同角度给予了裁判者宽泛的裁量空间。通过将此三项子原则投射至基础事实的支持材料上,程序性裁判可在一定幅度内生成。诚然,这种投射须以相关价值理念的达成作为前提,诸如未决羁押所期待的诉讼顺利进行与人身自由之平衡等。这其中,经验常识的运用是评估上述期待能否实现的重要介质,并直接影响待证事实的最终样貌。

在纯粹的程序事实范畴内,如果裁判者预先形成某种价值导向,运用比例原则契合自己的论点也并不困难。可是如此一来,比例原则容易丧失客观性基础,而被异化为兑现偏见立场的工具。对于某人施加羁押是出于比例原则的考量,而相反决策的衍生亦可声称源自该理念,这显然是不正常的。由此,针对比例原则的具体操作,不能出离于经验及论理法则的条框。所谓合乎比例,不仅指涉宏观维度的价值平衡,更应融入个案细节作剖析。经验思维提供了诸多现实选项以便裁判活动进行合理评估。倘若程序领域内的基础事实可推导出大相径庭的结局,那么后者作为“小前提”的稳定性不足将阻却“三段论”的成立。当然,这不意味着司法权对案件情节的过分演绎。程序裁量的特质虽然给予其充

分的自主空间,但也不等于默许脱离论理逻辑的越界做法。一方面,基础事实的材料组合依然构成了经验推导的前提要件;另一方面,类推方法的合理运用裨益于现实情景的理性预测,创设出符合人之常情的评估对象,以限制比例原则的张力释放。

(三)类推方法的介入

类推适用本是法律实践中用于弥补规范漏洞的机制。基于罪刑法定原则的不容撼动,刑法领域向来排斥此手段的介入。但是,就程序性事项而言,类推方法却不存在禁止性基础。相反,其合理运用甚至能起到支撑经验及论理法则的功效。鉴于程序立法会不时暴露一定的规范缺失,不可能总藉由司法解释进行补缺。一方面,即时问题需予以处断,根本不及等待规范文本的弥合;任何程序纠纷都难因规范未作明文释义,而被容许有所延宕。另一方面,即便司法解释能对特定的现实需求作回应,也断难缓解法律漏洞的增殖频率;更何况,对于规范文本的过分依赖将削弱裁判者的自由意志,令司法决策被置于僵化迟钝的处境。^[35] 故而,依据经验认知形成的类推适用不失为缓解前述危机的良策。既可避免司法裁判无限制地扩张“合乎比例”的范畴,又突破了规范中心主义影响下论理逻辑的内在局限。

类推适用本质上是“从特殊到特殊”的间接推论过程;而这种推论行为并不是漫无边际的,应当见诸于合乎比例的经验辨识。易言之,程序领域内的基础事实与推论事实之间,可通过互相印证各自的特殊性而建立进一步关联。双方的“特殊性”之所以能形成映射关系,有赖于经验常识作用下的类似性比对。然而,相关经验辨识的开展不能超越论理法则设定的边际。即,在刑事诉讼法的框架内,论理法则能营造一种规范场域,从而契合正当程序的价值导向。尽管刑事诉讼法不受禁止类推适用的限制,但内置的正当程序原则充当了基础性角色,并自发作用于法律规范的论理进程中。^[36] 程序正当化理念的存续意在防止公权力的恣意滥权,一旦超出由此指涉的意涵范畴,类推适用便容易伤及发现真实、保障人权、追求公正等基本立场。归结起来,论理法则勾勒出类推方法在操作维度上的世界观轮廓,而经验法则为其提供方法论领域的思维路径。从这个意义上,经验及论理法则的共生特质再度得到印证,继而串联了比例原则与类推方法作为凭借手段。

具体而言,类推方法在程序领域的运用可遵循如下三个步骤。^[37] 第一,裁判权对规范文本的不圆满性予以确认。如果规范层面已有所指示,便绝无自行其是的余地。比如,未决羁押的社会危险性排除条件既然将初犯、偶犯等情节纳入其间,司法决策就没有必要再对其加以推断。第二,权力运行应当围绕类似性之探求展开。程序性裁决的对象尽管缺失明文指向,却可从功能主义立场追索相应的参照系。比如在案例六中,立法其实从未将“就读国外高校”作为羁押必要性的考量基准。但对照初犯、偶犯以及未成年人等明示标准背后的影响因素又足以在此情节寻找到近似之处,以支持被追诉人的人身恶性尚未达到羁押的程度。第三,基于刑事诉讼的基本价值,类推的结果应满足妥适性要求,即谨

[35] 参见孙皓:《论公诉权运行的机械性逻辑》,《法制与社会发展》2017年第5期,第87页。

[36] 参见谢佑平著:《刑事诉讼法哲学》,中国检察出版社2010年版,第439页。

[37] 参见王泽鉴:《举重明轻、衡平原则与类推适用(下)》,我国台湾地区《法令月刊》1996年第2期,第3-12页。

守正当程序所维系的价值界限。进一步论,对内需要权衡刑事诉讼的基本目的;对外则维系法律原则的优位性。一旦超出此二者划定的价值界限,类推方法的运用就会悖离经验及论理法则的越轨,进而导向司法裁量的恣意化。

综上所述,经验及论理法则在程序事项上的操作尺度,见诸于正当性理念的影响外延,这是与其它两大领域最大的区别。而基于司法语境的时空变幻,这一价值意涵又在维护秩序、保障人权或追求效率等元素的此消彼长中呈现不同倾向。基于此,经验理性的介入会因现实条件差异而暴露一定非恒定性。在具体的技术环节,比例原则自身的弹性即时支持了价值导向衍生的心理预期,但应以不破坏论理体系的自洽为前提。同时,为了化解规范中心主义的滞后性缺陷,诉讼法原理与类推适用的相互兼容,又向权力主体提供了足够的释明空间。由此,正当程序、比例原则以及类推适用共同构成了该场域内经验及论理法则运用的稳定性来源。

六 余 论

经验及论理法则如何实操是一项技术性极强的业务素能,断非朝夕间便可言明,而希冀于立法层面提供一劳永逸的解决方案也并不现实。^[38] 因此,司法裁判对经验尺度的把握势必要在不断摇摆中臻于理想而适宜的层级,这绝不是自觉的理性在短时间内通过支配或控制能汲取的成果。^[39] 无论是法官抑或检察官,都需以专业化的态度把握经验认知。固然,司法责任制的持续改造已然为权力单元的机动性与原则性之统一协调,供给了一定的组织基础。但现有的员额能力与理想预期尚存距离,有赖于持续的代际更替。采取积极主动的支持性举措,有利于理想情境的达成。

一方面,持续强化公民参与司法,在组织维度上平衡刑事裁判的经验尺度。陪审制度的存续理由之一,便是公民以自然正义观影响下的经验常识介入司法审判,进而遏止职业法官的僵化倾向。某种程度上,公民与法官恰恰代表了恣意和僵化这两种极端的决策倾向,而二者共存于同一审判单元中至少在理论上可以形成牵制。尤其在奉行陪审团制的国度,公民群体在个案中能独立推进司法决策,进一步保障了经验认知不完全脱离专业人士的逻辑推论进程。^[40] 当然,凡事都不是绝对的,陪审员的选任及其权力行使的具体方式,都会不同程度地影响预期效果的实现。但总的来说,公民力量的介入可以从外部形成制约,以校准经验尺度的过分偏离。对于中国的司法实践来说,随着《人民陪审员法》的付诸实施,尤其是七人陪审模式下的事实认定与法律适用之分野,可能营造更趋合理化的专业布局。在这种职业与非职业主义的交错中,经验尺度的权衡面临一系列全新情势。从裁判的可接受性上看,适用这一模式有利于减少刑事领域“彭宇案”的衍生。其基本原理,在于陪审员代表的经验成分融入了决策进程,使经验及论理法则藉由不同主体汇集于

[38] 参见[德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健译,商务印书馆2016年版,第174页。

[39] 参见[英]弗里德里希·A.哈耶克著:《科学的反革命:理性滥用之研究》,冯克利译,译林出版社2012年版,第244页。

[40] 参见易延友著:《陪审团审判与对抗式诉讼》,我国台湾地区三民书局2004年版,第114页。

裁判结论。而在双方的不断互动中,这一法则的完整性才能被逐渐融入司法人员的潜意识之中。

另一方面,持续推进类案指导工程,将具有典范意义的决策思维予以推广。中国检法机关开展大规模案例指导工作已十余年时间,且定期推送若干典型示范的做法也成为定式。但从实践效果来看,由此引发的参照效应基本局限于相似案情及法律关系的个别裁判上。^[41]就司法权运行模式而言,这样的案例指导方式未见得能形成较为稳定的规则生成机制。^[42]毕竟,规范主义的主导性决定了判例只能居于补充地位,遑论现实层面如出一辙的个案本属少数。类案指导更大的价值体现于法律思维方式的推广,特别是经验及论理法则等范式的合理适用。举例来说,倘若本文中涉猎的某个案例处置能产生指导价值,其借鉴意义决不仅限于类似情形的裁断,而有必要提炼至规律层面。当司法人员能够藉由个案领悟到情理法平衡的实质内涵及方法论模式,案例研究的价值会趋向最大化,且足以将辐射效应扩散至其他案件类型。为实现这一目标,针对指导案例的评价分析有必要见诸于实体、程序或证据等不同维度,还原经验及论理法则的实操进程。

[**Abstract**] The intake of rules of thumb often plays a pivotal role in the criminal justice decision-making process. If operated improperly, it will inevitably lead to unsatisfactory conclusion by the adjudicator, even trigger the questioning and rejection of judicial justice. As far as the consequences are concerned, it may either cause a rigid phenomenon of mechanical justice, or inevitably lead to a tendency to abuse power. For this reason, the application of empirical knowledge must be maintained within reasonable scale boundaries and placed in the framework of the rules of reason. Furthermore, the symbiosis nature of experience and theories of theory is highlighted. In the legal implications of specific cases, the extent to which judicial personnel understand and use this rule will directly affect the final decision-making trend. Even if there is only a slight deviation, it will inevitably be based on the mixed facts and opinions or other factors, which will cause the judgment's conclusion to be unfair. Through the analysis of a series of classical cases, this article shows the characteristics and operational mechanism of empirical paradigm in such fields as entity identification, evidence trade-off and procedural discretion.

(责任编辑:贾元)

[41] 参见刘树德:《最高人民法院司法规则的供给模式——兼论案例指导制度的完善》,《清华法学》2015年第4期,第82页。

[42] 参见陈兴良:《案例指导制度的法理考察》,《法制与社会发展》2012年第3期,第73页。