

德国判例使用情况分析

——以《德国刑法典》第 266 条“背信罪”为对象

高尚

内容提要:判例的使用是判例制度的关键环节。本文以德国联邦宪法法院就《德国刑法典》第 266 条“背信罪”所作的三则不同判例的并案判决为样本,进行了两个维度的系统研究:一是对该案涉及的“背信罪”成立要件进行法教义学的分析和说明,探究判例是如何在法律解释和法律续造过程中发挥作用的;二是对判决中援引判例的情况做了数据上的分析和对比,从实证上了解不同类型的判例在司法实践中的需求程度以及引证方式,并通过实例对解释型、回应型以及补强参照型裁判规则的功能做了进一步阐释。通过对背信罪判例这两个维度的分析,本文试图展示判例在德国司法当中的作用方式,特别是判例中的裁判规则是如何在司法判决中运用的,以期能对完善我国案例指导制度提供参考。

关键词:德国判例 裁判规则 案例指导制度 背信罪

高尚,最高人民法院应用法学研究所助理研究员。

一 引言

自 2011 年起,案例指导制度在我国经历了从产生到蓬勃发展的新阶段,目前在实践中既有依据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》选编并发布的指导性案例,也有如“典型案例”、“公报案例”、《人民法院案例选》以及《刑事审判参考》等各类具有指导作用的案例选编。^{〔1〕}总体看来,案例在我国呈现出发布主体众多、形式多样、性质效力各有不同的状态。关于法官在司法实践中如何对案件进行使用,怎样参照上述不同类型的案例,

〔1〕 关于指导性案例以及各类具有指导作用的案例之间的区别,参见胡云腾:《案例是什么?》,《法律适用》2017 年第 6 期。

是否应当明示使用,以及如何理解、提取和适用案件中的裁判规则等实践层面的关键问题,一直有学理上的讨论,^[2]而最高人民法院等审判实务部门并没有给出更为明确的指导意见。近年来多项研究表明,指导性案例和典型案例的应用不甚理想,比如,四川省高级人民法院、北大法律信息中心等就指导性案例的调查结果表明:当法官在裁判案件时遇到与指导性案例相类似的情况时,可能会出于诸多考虑而不愿意使用指导性案例,在援引的形式上,存在着明确引用和隐含使用并存的混乱状态。^[3]这其中,由于隐含使用没有在判决书中提及指导性案例,无法表明是否参照了该指导性案例以及理由,使得隐含使用或不使用的情况难以考察和把握。在配套研究方面,有学者指出面对司法实践中指导性案例的快速发展,法学理论界的跟进研究尚不够深入,对案例的思维方式、思想观念、制度设计和使用方法方面的研究相对滞后,制约了指导性案例的适用和案例指导制度的发展。^[4]

《最高人民法院司法责任制实施意见(试行)》(以下简称《实施意见》)已于2017年8月1日起施行。为进一步统一司法裁判尺度,《实施意见》创设了类案与关联案件检索机制,明确承办法官在审理案件时要对类案和关联案件进行比较并分情形处理,重点指出对新形成的裁判规则要提交讨论。这项机制是对法院内部同类案件实现法律适用统一的重要尝试,也是推进我国案例指导制度进一步发展的保障机制,必将对现有的案例使用方式带来重大影响。

我国学界在有关判例研究的域外考察方面,一向有英美模式和德国模式两种进路。德国的成文法律传统相较于英美等普通法国家,与我国有更为相近的法律文化,对严格的遵循先例也有相近的考虑和顾忌,^[5]因而对我国有更直接、更有价值的参照作用。本文拟从德国经验入手,考察德国在司法实践中如何使用判例,特别是判例的适用空间^[6]作用方式以及引证形式等问题。

[2] 比如,有学者主张,最高人民法院应当把法官在判决书中对指导性案例的区别、赞同或背离的论证,规定为审案法官的一项义务,这是对法官审理类似案件时“应当参照”指导性案例的一项制度保障。参见张骥:《再论指导性案例效力的性质与保证》,《法制与社会发展》2013年第1期,第102页。在具体操作层面,有论者明确提出应当区别“指导性案例”和“具有指导作用的案例”,认为指导性案例是具有强制指导作用的案例,可以在裁判文书中引用;而具有指导作用的案例是具有灵活指导作用的案例,不宜在裁判文书中引用。参见胡云腾:《一个大法官与案例的38年情缘》,《民主与法制》2017年第20期,第15-17页。

[3] 参见四川省高级人民法院课题组、陈明国、左卫明:《指导性案例的应用障碍及其克服——四川法院案例应用试点工作的初步分析》,《法律适用》2012年第5期;四川省高级人民法院、四川大学联合课题组:《中国特色案例指导制度的发展和完善》,《中国法学》2013年第3期。北大法律信息中心2016年的研究显示,从整体上看,已被应用的指导性案例占总数的近一半,但其中仅有4例应用较多。且在应用方式上,法官更倾向于隐性援引指导性案例。参见郭叶、孙妹:《指导性案例应用大数据分析——最高人民法院指导性案例司法应用年度报告(2016)》,《中国应用法学》2017年第4期,第40页。

[4] 参见张骥:《论类似案件应当类似审判》,《环球法律评论》2014年第3期,第22页。

[5] 在BVerfGE 38,386<397>判例中,德国联邦宪法法院认为,严格的判例法是僵化的,其不仅与当代人的观念不符,与社会、政治和经济的发展也会发生紧张的关系。因此判例制度在德国并不趋向于严格地遵循先例,而是通过宪法和程序法的制度设计保证判例的持续性作用。

[6] 本文同时使用了判例的“使用”和“适用”两个含义相近的概念。判例的使用指称范围更广泛,包含参照但不援引判例、将判例作为裁判的依据以及运用判例作为辅助证明材料等多种方式。判例的适用特指将判例作为裁判依据和法律渊源。此处的判例适用空间意指判例在法教义学的框架下予以适用的可能性与必要性问题。

德国法作为大陆法系的典型代表,以成文法为基础,因此,德国法院的首要任务就是适用法典。但成文法在因应时事方面缺乏灵活性,不可能对所有可能出现的法律问题提供清楚明确的答案。^[7] 德国联邦宪法法院也承认,“无法想象立法机关可以预见到所有可能出现的问题并在制定法中加以规定”。^[8] 因此,为解决新型犯罪问题而逐步形成了判例制度,虽然德国的判例制度在效力和渊源方面有别于普通法系国家严格遵循先例的做法,但大量文献以及本文的研究都表明,为克服德国刑法学家阿图尔·考夫曼所谓的“法律所具有的天生的未完成性”,^[9] 司法判例在实践中的大量使用已经是不争的事实,借助判例填补法律漏洞成为实践中的惯常做法,即使在刑事法领域也无法彻底排斥判例的运用。以卡尔·拉伦茨为代表的民法学界,更是认为判例具有一种“事实上的约束力”。^[10] 更有甚者,如法学家马汀·克黑勒(Martin Kriele)和罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)等人甚至主张,判例具有的是一种“推定的约束力”,法官具有“容许背离判例,但须说理”的“说理义务”。^[11] 可以说,判例在大陆法系的德国发挥了填补法律漏洞的作用,其唯一的界限在于不能与成文法相违背。

笔者认为判例在德国司法实践中的功能可以从两个层面来理解:一是在内部证成环节,通过以案释法的方式规范法律解释,以促进演绎推理的逻辑结构实现自洽;二是在外部证成环节,能够统一法律原则的适用并对司法裁判的结果进行正当性验证,起到统一司法尺度的功能。与判例这两种功能需求相对应,德国法官在司法裁判中,大量地参照和援引了先例,并视援引判例的目的不同,从先例中提取不同类型的裁判规则,包括解释型裁判规则、回应型裁判规则、补强参照型裁判规则,通过对裁判规则的使用增强案件的说理性。

为阐释和还原德国法官使用判例的真实情况并从中总结案例使用的经验,本文选取了《德国刑法》第 266 条背信罪(Untreue)作为样本。背信罪条款是德国法的独创,在 1871 年产生之初只是一则简略的法律条文,发展至今已成为惩治经济类犯罪的重要法律依据,这离不开判例的总结和推进作用。由于德国法院体制的特殊性,德国联邦宪法法院的判例具有正式的约束力,但联邦最高法院(以及其他几个联邦法院系统)的判例只有事实上的约束力,因此本文选取联邦宪法法院对于联邦最高法院有关背信罪的三个刑事案件的并案判决(BVerfGE 126,170 号判决)作为研究对象。这一选择是基于以下三个方面

[7] 参见张骞等著:《中国司法先例与案例指导制度研究》,北京大学出版社 2016 年版,第 86 页。

[8] BVerfGE 34,269 <287>. 参见张骞等著:《中国司法先例与案例指导制度研究》,北京大学出版社 2016 年版,第 88 页。

[9] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔著:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2013 年版,第 186 页。考夫曼在另一本法哲学著作中曾指出,“制定法的不完备性,并不是一种缺陷,而是一种先验且必然的结果……自身封闭、完备、无漏洞、明确的制定法将使得法律的发展陷入停滞状态”。参见[德]阿图尔·考夫曼著:《法律哲学》(第二版),刘幸义等译,法律出版社 2011 年版,第 113 页。此外,德国刑法学者恩吉施在《法律思维导论》的开篇即通过盐酸是否属于武器的例子,表明法律的规定总是需要进行解释,而法律解释往往是通过判例表达出来的。

[10] 参见 Karl Larenz, „über die Bindungswirkung von Präjudizien“, Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, 1969, S. 262.

[11] 参见 Martin Kriele, Recht und Praktische Vernunft, 1979, S. 104, 329; [德]罗伯特·阿列克西著:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社 2003 年版,第 340-341 页。

的考虑:第一,该判决虽然由联邦宪法法院做出,但案件来源于联邦最高法院的三则与背信罪有关的刑事案件。通过宪法法院的合并审理,使该判决具有了终局性、既判力和先例效力,成为审理背信类犯罪的重要法律渊源,所以对其进行深入研究具有重要的学理意义。第二,考虑到该判决的效力更高,高级别判决形成的判例,在德国司法实践中扮演着重要角色,是法官进行说理时不可或缺的材料。另外,从联邦宪法法院判决大量使用联邦最高法院、联邦社会法院、部分州法院甚至是帝国时期法院的判决,也印证了判例使用的惯常化。第三,本文选取刑法判例,是因为刑事领域的禁止类推原则使得刑法判例的性质更具有特殊性,其适用也最为严格。另外,选取该判例作为研究对象也佐证了德国法学家罗伯特·阿列克西所说的“在(德国)高级别法院公开发表的判决中很难找到不含有任何先例的情况”。^[12]

二 德国“背信罪”的法教义学分析与判例适用空间

判例在德国法中能够得以适用,首先要满足两个前提:一是《德国基本法》和联邦宪法法院的允许,二是司法实践的需要。前者要求判例制度与《德国基本法》的罪刑法定原则和禁止类推原则不相冲突。在司法实践层面,无法回避立法上的局限和机械老化,^[13]因此,需要运用判例保障法律的统一适用。通过判例“以案释法”的方式解释和发展法律,不仅不违背法治原则,相反却能够满足罪刑法定原则法律须清晰、明确的要求。^[14]正如德国联邦宪法法院“BVerfGE 126,170”判决的导语中所言,“在孤立看待刑法构成要件的范围时产生的合宪性疑虑,可以通过最高法院的判决予以消解。正因如此,司法有义务通过确定化和具体化的解释,扫清刑法规范使用范围的模糊性……”^[15]通过对背信罪的法教义学分析,可以展示判例在法律论证中所扮演的角色以及在司法实践中的重要意义。

(一) 背信罪的渊源流变

《德国刑法典》第266条(背信罪)规定:“行为人滥用其依据法律、官方委托或法律行为所取得的处分他人财产或使他人负有义务的权限,或者违反其依据法律、官方委托、法律行为及因信托关系而负有的管理他人财产利益的义务,致委托人财产的利益遭受损失的,处五年以下自由刑或罚金刑。”可以看出,背信罪属于德国刑法中的经济类犯罪,设置该条款的目的是惩治在经济活动中对他人财产负有照管等信义义务的人违背信义义务,造成他人财产损失的行为。刑法学中常常将背信罪与诈骗罪对应看待,如果将诈骗罪理解为应对外部相对人的,那么背信罪则是面向内部相对人的。背信罪在产生之初主要用

[12] Robert Alexy, Kiel and Ralf Dreier, Precedent in the Federal Republic of Germany, in Neil MacCormick & Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, pp. 26-27.

[13] 参见[德]托马斯·莱塞尔著:《法社会学基本问题》,法律出版社2014年版,第247页。

[14] 参见 BVerfGE 126,170 <198 > 判例“Präziserungsgebot Untreuetatbestand”项。

[15] BVerfGE 126,170 <198 >.

于惩处在委托和代理等民事活动中出现的严重犯罪行为。^[16]

随着德国经济的发展和人们生活日益复杂,在 20 世纪 30 年代的经济危机前后,背信犯罪的惩治获得了高速发展。^[17] 在经济危机早期,社会财富的急剧增加和财产本身的膨胀带动了股权制度的发展,促使大型企业中财产的所有权与管理机制逐步分离,从而催生了一批新型的经济类犯罪。这其中,企业管理人的严重背信行为成了贪污的死角,为了应对这种压力,1933 年的德国刑法改革中出现了这一罪名。

背信罪有三个主要特点:一是背信罪是德国刑法中独创的一种罪名,经历了漫长复杂的发展过程。该罪名在其他国家和地区并不常见,因而对该罪的适用往往要依赖以往的法律解释和判例。有些判例甚至要追溯至纳粹早期,法官在裁决案件时需要对这些判例进行综合分析,并探讨如何使之与当今的自由民主政治相融合。二是背信罪构成德国刑法学理解“财产权”的基础。^[18] 对“财产”概念的核心意涵和外延的理解,构成了刑法中惩治经济类犯罪的关键。因此背信罪是一个既具有解释空间,又具有解释必要的条款。三是与其他经济类犯罪不同,背信罪面向的是利益群体内部的人,^[19] 是财产所有人与“自己人”的纠纷。这种纠纷由于无法仅仅依靠民法得到保护而进入刑事领域,因此对背信行为的惩处又会牵涉到私法自治、刑法的谦抑性原则^[20] 与《德国基本法》之间的张力问题,最后往往导致对该条款的宪法诉讼。^[21] 背信罪的法律渊源不仅包括刑法典中的相关条文,还包括联邦宪法法院和联邦最高法院的相关判例。对背信罪判例进行研究具有很强的典型性和代表性。在现今的司法实践中,追诉背信罪的社会意义主要在于打击以下四类犯罪,即法人机构(主要指商业公司,实际上是针对公司经理)、律师和公证人、代理人以及医生的犯罪。^[22]

从背信罪的发展历程可知,背信罪从诞生到发展成为德国惩治经济类犯罪的先例,判例在其中扮演了重要的作用。判例不仅丰富了法律的内涵,而且随社会经济发展的需要而有所调整,成为调节社会纠纷的重要手段。这也证明了判例制度与罪刑法定原则并不

[16] 背信的行为在罗马法中作为盗窃罪(拉丁文:furtum)和侵占罪(拉丁文:peculatus)被处置,在古代德国法中往往被盗窃罪所吸收。第一次作为财产类犯罪的成立要件始于 1532 年《卡洛琳娜刑法典》。19 世纪后,背信的行为开始被认定为财产犯罪。在德意志帝国时期,一些州的单行法中出现了背信罪的条款,比如由费尔巴哈起草的《巴伐利亚刑法典》(1813 年)和《霍因施泰—奥登堡刑法典》(1814 年)。1851 年的《普鲁士刑法典》(PrStGB)第 246 条中规定,该罪的成立要件包含特定的信任关系,然而此后很长一段时间,都将这种基于私人委托的背信行为以贪污罪处置。1871 年颁布的《德意志刑法典》吸收了背信罪的罪名。参见 Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar 11., neu bearbeitete Auflage, herausgegeben von Burkhard Jähnke, Siebenter Band, 264 - 302; Dunkel, Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals, „Vermögensbestreuungspflicht“ im Rahmen des Mißbrauchtatbestandes der Untreue, S. 91; Art. 287 Abs. 2 Kgl. Sächs, StGB v. 11. 8. 1866 in der revidierten Fassung v. 1. 10. 1868, GVBl. 1855 180; Leiziger Kommentar StGB, 12. Aufl., S. 664; RGSt 69, 58 <62 >。

[17] 参见 Dunkel, Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals, „Vermögensbestreuungspflicht“ im Rahmen des Mißbrauchtatbestandes der Untreue, S. 51。

[18] 参见 Leiziger Kommentar StGB, 12. Aufl., S. 702。

[19] 除背信罪以外,《德国刑法典》第 253 条至第 263 条的财产犯罪也都要求使用暴力、威胁和欺诈手段,但面向的却是“外部的”人。

[20] “Ultima-ratio-Prinzip”, 又称刑法的必要性原则。

[21] 因为涉及财产管理人的行为自治,对该条款中“财产不利益”的解释必须要符合基本法中的“确定性原则”。

[22] 参见 Leiziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 705ff。

冲突,通过判例对刑法条文进行法律解释,使之在法律适用上清晰明确,也是《德国基本法》中有关依法治国原则之要义。

(二)背信罪的归责难点与判例的适用空间

背信罪的成立要件可以总结为四个核心要素。第一,行为人必须对他人财产负有信义义务,使得其行为成为照管的一种特殊存在形式;^[23]第二,行为人必须滥用了照管权,也即从事了损害信义义务的行为;第三,必须由此造成了所托财产的损失(具有法律上的因果关系);第四,滥用了基于正式合法聘任或支配权而产生的照管权,继而引发背信罪中所认定的财产不利的犯罪结果。^[24]

由于背信罪的未遂犯并不具有刑事违法性,因此需要对犯罪结果的特征进行更为准确的描述,比如有关“财产损失”的理解就需要通过司法判例来补充。需要围绕该语词的“概念核”而对“概念晕”进行界定。^[25]为了统一法律适用,对于概念晕的界定往往是通过高级别法院的判例完成,也即法官往往借助判例来规范和指导法律解释,从而构成了判例在法律内部证成环节的适用空间。也即在审判实践中,需要对背信罪成立要件的以下模糊领域进行具体的分析:其一,关于适用范围。背信罪最初是适用于普通的委托和代理关系的案件,后来逐渐扩展到针对大型企业管理人员的责任问题。此时出现了如何将以侵害整体财产为目的的背信罪与侵害(国家企业或个人)财产所有权为目的的侵占罪(《德国刑法典》第246条)加以区分的问题。因此,虽然对背信罪成立要件的确是在法教义学的框架之内完成的,但是其发展却有赖于司法判例。其二,关于“财产”、“损失”等要件的理解。这两个语词的含义虽然清晰易懂,但其法律涵义却需要进一步解释。通过使用判例,法官们提取出了不同的裁判规则,厘清了语词的边界,进而对财产损失和损失危险的情形在理解上渐趋一致。其三,关于背信罪是否以“既遂”为必要条件。这一点在法律明文规定中无法确知,联邦最高法院和联邦宪法法院对背信罪的解释和裁判便构成了下级法院审理此类案件的参照和依据。

(三)“BVerfGE 126,170”判决的先例作用

由于成文法的“留白”需要由司法判例加以填补,德国联邦宪法法院于2010年合并审理了三则由诉愿人对联邦最高法院关于背信罪判决提起的宪法诉讼,也就是目前为止对背信罪具有重大影响的“BVerfGE 126,170”判决。联邦宪法法院这则合并判决加深了对背信罪构成要件的理解。在该案中,法官通过类型化的方式,对背信罪条款在司法实践中的适用进行了法律解释,通过比对向公众展示了该条款的适用边界。三则案件审理的基本情况如下:

[23] 违法行为的分类,参见 Bernd Schünemann, Leipzig Kommentar, 12. Aufl., S. 709, Rn. 42ff.

[24] 参见 Leipzig Kommentar StGB, 12. Aufl., S. 702, Rn. 29.

[25] 德国学者黑克曾以“概念核”和“概念晕”来划分法律概念,“概念核”是指其中不容置疑的确定内容,“概念晕”则是模糊的外延。参见 Philipp Heck, „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz“, The Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 112, 1914, 46 (173)。另外英国学者 H. L. A. 哈特从分析语言哲学的基本立场出发也主张类似的采用内核(core)与光晕(penumbra)的形象表述。参见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1972, p. 123。

[案例一]:^[26] 诉请人作为西门子公司的部门主管,私自设立小金库用于商业贿赂。案件焦点在于如何认定设立小金库与“造成损失”之间的关系。因为当事人设立小金库并非划为个人所有,也尚未从中支取金钱用于实际的贿赂。此时是否可以认定为已经满足了背信罪中“损失”这一成立要件,这就涉及对《德国刑法》第 266 条背信罪中“损失”要件的理解。联邦宪法法院认为是否造成损失并不以被告是否得利为评判标准,财产已经从公司账户中划入小金库,公司即已经对其失去控制,此时损失已经产生,因此该行为成立背信罪。

[案例二]:^[27] 保险公司经理越权提高加班费用。案件焦点在于,能够查明经理越权发放加班费并非据为己有,是否也属于背信犯罪。该案件的主要分歧也集中于对“损失”要件的解释。联邦宪法法院认为背信罪的成立要件是造成他人财产损失,并不以行为人本身是否获利为限,因此该行为也被认定为成立背信罪。

[案例三]:^[28] 银行董事违背信息审查义务,越权发放约两千万德国马克的贷款。案件争议在于银行人员超发贷款的性质较为特殊,实际的损失金额只有在借款人最终还款后才能确定。换言之,当事人超发了贷款,虽造成了财产损失的风险,但如果借款人在借款到期时能够还款,就没有产生实际的损失。因此该案焦点在于:违规发放贷款造成的是一个“未来的损失危险”,这种情况是否属于背信罪中的“损失”。联邦宪法法院认为如果将这种未来可能产生损失的风险也解释为刑法中的“损失”,将违背基本法的罪刑法定原则。法院认为,虽然诉请人违反了审批贷款的程序,违背了其作为董事的义务,未对申请方进行全面和审慎的商业信誉审查,但这些违背义务的情节对认定背信罪并无意义。本案的关键是如何区分“财产不利”和“财产损失”。州初审法院借助“危险损失”这一概念,认为从审批取出贷款金额的时刻起,对银行就已经造成了损失。理由是借款方通过取出借贷的款项实际造成了另一方财产减少,同时也引起了另一方申请返还请求权的费用损失。这种解释在道理上讲得通,但引进“危险损失”概念却增加了两重风险:一是将背信罪的成立要件扩展成为既包括当前的损失也包括未来损失的危险。如果认为“损失的危险”符合背信罪的成立要件,就会与背信罪的犯罪中止相冲突。而在以往的司法实践中,背信罪的犯罪中止是不触犯刑法的,这就导致“财产不利”的独立性成为问题。二是对于潜在的损失危险如何量化,需要有一个能够获得公众认可的评价程序和评价标准,但引入此类复杂的经济分析又必然需要进一步的鉴定程序,而这会对本案以及今后类似案件带来巨大的诉讼风险和诉讼成本。基于上述考虑,联邦宪法法院认为,诉请人确实是在批准贷款的过程中违背了其职务义务,但由于并不能确定具体的损失数额,因此不构成犯罪既遂;又因为此前背信罪的判例中,背信罪并不包含“未遂”情形,因而该案件不成立背信罪。

由上,从立法的角度看,尽管立法者使用“损失”这一概念有利于对财产进行有效和积极的保护,但是却导致了刑法规定的相对宽泛和模糊,使得该条款所保护的法益与其特

[26] 参见 Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08。

[27] 参见 Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 105/09。

[28] 参见 Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 491/09。

殊危险一样难于辨认。联邦宪法法院通过对三则相关联但又有区分的联邦最高法院判决进行合并审理,重新勾勒出背信罪中“损失”一词的内涵和外延,在判决书的说理过程中对立法者意图和该条款的法教义学要求进行了阐释。判例在此发挥了解释、示范和统一裁判尺度的重要作用。

三 “BVerfGE 126,170”判决使用判例情况的实证分析

为进一步分析和展示判例在司法裁判中的功能与表达方式,笔者对“BVerfGE 126,170”判决书中所引用的全部判例进行了统计,以全景展示所引用具体判例的引用来源以及其在判决中所阐明的问题(参见表1^[29])等情况。统计表明,联邦宪法法院的法官在判决中大量援用学术著作、法律评论以及各类型、各审级的判决,这其中,判例和学术著作是法官在法律条文之外援引最多的材料。为了展示判例的使用情况,下文将对该判决中援引其他法院的判例情况,包括判例的援引形式、引用方式和裁判规则的使用等问题进行分析,试图考察判例引用对宪法法院这一判决说理所发挥的作用。

(一) 引用情况

就该判决引用判例的情况看,共引用判决次数55次,引用判决总个数130则。其中,联邦最高法院判决60则,联邦宪法法院判决51则,帝国法院判决9则,联邦社会法院判决2则,州和地方高等法院判决4则。另外还引用其他决议4则。值得说明的是,法官在撰写裁判文书时,不仅大量引用判决,还常常引用学术著作。该判决中就引用了学说41次、143篇。

从引用判例的分布情况看,(1)背信罪罪名分析(A部分)引用判决6次,共计12则,占全部判例引用的9.2%,其中两次引用德意志帝国法院的判决。此外,还引用学说38次,占全部学说引用比26.6%。(2)案件事实分析(B部分):引用判决1次,共计1则,占全部判例引用比的0.7%,用以说明并检视宪法诉讼的条件是否满足。(3)成立要件分析(C部分)引用判决42次,共计117则,占全部判例引用比的90%。与此相比,在成立要件部分共引用学说105次,占全部学说引用比的73.4%。(4)结论(D部分)无引用。

通过对统计情况的分析,可以看出判例的引用主要分布在两个部分:一是关于罪名的法理分析(A部分),二是关于犯罪成立要件的分析(C部分)。在案件事实分析中(B部分)基本不存在引用情况。具体而言,A部分引用学说的情况要多于引用判决的情况,主要原因在于A部分主要是对背信罪罪名发展进行脉络上的梳理,既有的学术文献已经包含很多系统性整理,而帝国法院时期的判决数量又相对有限,援引学说更易于展示背信罪的发展历程。在C部分,即法律问题的分析环节,法官则大量援引了判例。

(二) 引用形式

其一,明示引用,共53次,130则。在对判例进行明示引用时,法官先将判例中的裁判规则提取出来,用自己的语言进行表达和论述,然后用括号将所有相关的判例号在段尾处标明,其形式相当于引注。如在C I 1处,法官写到:“基本法第103条第2款保证了罪

[29] 因此此表格占用较大篇幅,为不影响文章阅读的连贯性,故将表格置于文尾。

刑法定原则,即行为发生之前应有明确的法律依据。这一宪法条款的含义不在于禁止习惯法或者溯及的刑法论证。第 103 条包含了立法应当具备精确性的要求,以及与它相呼应的在司法中所禁止的刑法类推(stRspr, vgl. BVerfGE 14, 174 < 185 >; 73, 206 < 234 >; 75, 329 < 340 >)。”括号内的部分即法官所引用的判例,分别是联邦宪法法院的“BVerfGE 14, 174”号、“BVerfGE 73, 206”号以及“BVerfGE 75, 329”号三则判决。“stRspr”是 ständige Rechtsprechung 的缩写,可译为共同的见解,^[30]法官在此处使用这一缩写意指上述裁判规则来源于以下三则已被司法实践长期认可的具有事实上约束力的判例。

其二,隐含使用。隐含使用判例的情况是非常少见的,本案中共有 2 处。第一次是在 AIV 2 d) bb 处,通过非明确引用的方式,交代司法惯例中如何判断背信罪中的“损失”这一要件,尤其是应如何区分“损失”与“损失相当的财产危险”这两种情况。意图表明司法中也有大量案例试图区分符合背信罪成立要件的“与损失相当的财产危险”与纯粹的抽象危险。第二次是在 C III 1 a) 处,参照上文列举的联邦最高法院的三则判例中有关“损失”的理解。判决原文提到,联邦最高法院将上诉人的行为认定为单独成立了“不利”这一要件,无论从刑法第 266 条的文义解释还是对成立要件的限制和精确化解释方面来看,都是一致的。这与联邦法院做出的关于损失计算的三则判例的共同见解相适应。

(三) 引用方式与裁判规则

德国法官选择从先前判例中提炼裁判规则用于案件裁判。根据德国法官援引判例时的目的与需求不同,笔者将德国法官从先例中提取的裁判规则分为解释型裁判规则、回应型裁判规则以及补强参照型裁判规则。三种不同类型的裁判规则满足了法教义学的演绎推理论证模式中,对于判例进行应用的内在需求,包括内部证成中需要对法律的概念语词进行精确化的需求,通过解释型裁判规则得以满足;外部证成中对于法律原则使用进行规范以及对于案件的正当性检验提供参照的需求,通过回应型裁判规则与补强参照型裁判规则得以满足。针对法官使用判例的不同目的和需求,裁判规则发挥的功能可以划分为三种情况。

1. 直接作为裁判依据

这与学者指出的“德国的法官在判决书中引注判例或文献观点的现象极为突出……并以直接引用其他裁判的判决理由的原文字句为多见,并不囿于裁判要旨”^[31]的结论是一致的。能够作为裁判依据的裁判规则,本文理解为解释型裁判规则和回应型裁判规则,前者是在法体系内对法律概念予以解释,后者是在立法留白时,司法对于社会需求的一种超越法律的回应。此类裁判规则在 BVerfGE 126, 170 判决中有下列几种作用方式。

第一种在 C III 3 b) aa) (2) 中,联邦最高法院决议表明,对“损失的危险”的考察,需要以一个当前的“不利”为前提。在考察未来损失的具体危险时,首先需要“不利”已经发生,这是由财产法益的特性所决定的。这样的设置不是立法者在“纯粹危险”与“未来不利”的区别中提出的问题。“损失的危险”与“风险”或“潜在的未来损失”均不相同,其取

[30] 另有论者将该词译为“(最高法院)一贯之见解”、“(最高法院)向来之见解”。参见吴丛周:《试论判例作为民法第 1 条之习惯法:为我国判例制度而辩护》,《台大法学论丛》第 39 卷第 2 期,第 238 页,注释 17。

[31] 周翠:《民事指导性案例:质与量的考察》,《清华法学》2016 年第 4 期,第 54 页。

决于预测的风险,这种预期损失和当前损害存在价值上的不对等,因此仅具有“损失的危险”并不构成损失。^[32] 对于“损失危险”的认定是实践中遇到的新问题,法官从联邦最高法院决议中提炼出回应型裁判规则。这种解释实质上也是对法律规范中“财产损失”的解释和界定,兼具解释型裁判规则的功能。

第二种将同一类判例中的裁判规则作为裁判依据。在判决 C III 3 b) aa) (1) 处,法官结合联邦最高法院、拜仁州高等法院、汉堡州高等法院、卡尔斯鲁厄州高等法院、斯图加特州高等法院的判决,得出一条司法惯例:所谓“与危险相等的损失”必须是具体的、可计算的危险,并且因为危险的存在而使财产价值有所降低。

第三种在 C III 3 a) aa) 处,法官重申联邦最高法院判例所确定的关于银行信用违规的审查标准,指出“对于背信罪的义务违反依据,规定在《银行法案》第 18 条第 1 句的要求公开经济关系的规范性义务中。即便信息义务的疏忽在背信要件中构成对义务的违反,但与该条款的义务覆盖范围不一致,也不能满足该义务。在信用违规审查中,银行同伙的过失义务,即贷款的审批界限具体如何,主要由联邦最高法院依据《银行法案》第 18 条所指的金融服务监管检察官通函来判断”。^[33]

2. 通过列举的方式说明司法惯例的实践方式

一般而言,援引此类判决的目的是作为对同类案件先前判决的正当性验证,主要是补强参照型裁判规则。有时援引此类判决是为了辅助法官说明问题。例如,在 C II 2 b) bb) 中,通过判例说明处理不同类型案件的解释如何困难。在证券法判决中,法官首先面临的问题是,选择采取哪种刑法外的评价标准,判断是否存在违反义务的情况。然后要根据相关规范的解释回答如何确定特别模糊和抽象条款的含义,因为根据刑法第 266 条第 1 款的表述并不能实现“精确化要求”。在此,法官援引此判决想要表明,当难以在确定范围内认定义务人的裁决空间时,就会给法律条款的解释带来困难。

3. 交代背景、说明情况

法官援引此类判决,用以交代历史进程、事实、规律。比如在 A I 2. b) 处,法官介绍了背信罪的发展历程,称背信罪条款在 1933 年改革之后开始被用来惩治经济类腐败案件,但由于该条款仍属于格式条款,规定较为抽象,因此“立法者放弃了对法官的严格拘束”,“法官由此可以自由裁量”,并援引帝国法院判决表明,当年对背信罪的解释和使用主要依赖纳粹时期法官的想象。^[34]

上述三种裁判规则中,解释型裁判规则与回应型裁判规则具有先例意义,补强参照型裁判规则主要发挥验证性和补救性功能。

通过对 BVerfGE 126,170 判决中援引判例及学说的情况和方式的对比分析,我们发现,判例在德国的判决书中发挥重要而普遍的作用,表现在:(1) 引用次数和个数多。本案例中就大量引用了判决和学说。(2) 援引法院的类型和审级方面,联邦最高法院和联邦

[32] 参见 BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08 -, NSZ 2009, S. 330 <331 >。

[33] 参见 BGHSt 47, 148 <150 ff. >。

[34] 参见 RGSt 69, 58 <62 >。

宪法法院的判决是援引最多、最频繁的,早期如德意志帝国法院的判决也多次出现,这表明法官关注和重视这一罪名的产生缘由,尤其是刑法改革的发展过程,早期的判例对审判当前案件亦具有参考价值。各州、地方法院的判决也偶有出现,表明主审法官对于级别较低法院的判决也需要了解。(3)引用分布的情况。主要在罪名分析和犯罪成立要件分析中援引判决。而成立要件分析中援引判例的情况又明显多于法律解释、罪名分析中对判例的援引。(4)判例引用形式上,除个别情况,绝大多数采用明示引用。法官在对判例进行隐含使用时,虽然没有具体指出参照的具体判例,但是仍然明确表达其遵循了以往的司法实践。(5)法官裁判案件的过程中需要参照和援引判例时,主要使用了判例中的裁判规则,因此运用先前判例的关键是如何选取和使用涵盖着案件事实背景的裁判规则。

四 结 语

通过对德国联邦宪法法院在背信罪案件裁判中所援引判例情况的分析,可以看出,判例的使用在德国司法实践中极为普遍,且发挥重要作用,判例最终的使用和衡平原则依然是法的安定性和一致性原则,这也体现了判例发挥统一司法裁量尺度的作用。

在我国,随着《人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》和《最高人民法院司法责任制实施意见(试行)》的出台,对于案例指导制度的深化发展提出了深层次和高标准的要求。根据德国经验,我们认识到,判例制度与大陆法系国家的法治传统并不冲突,大陆法系国家一直在大范围、高频度地使用判例。在判例的使用技术上,德国法官根据功能需求主要采取明示使用方式,对判例中的裁判规则进行提取和使用,这些经验对我国指导性案例制度提供了比较法上的参照。我国应当进一步推进法官对如何在裁判文书中援引先例、提取裁判规则进行研究,形成适宜我国情况的案例使用方法,推动司法责任制改革和法律的统一适用。

表 1 背信罪判决(BVerfGE 126,170)所引用判例情况说明^[35]

	引用的判例	被引判例所阐释的问题
1	RGSSt 69,58	德意志帝国法院判例,说明背信罪成立要件的最初起源、依据和使用惯例;对比年 1871 和 1934 年两个不同时期对背信罪犯罪主体规定的区别;要求与背信罪的解释必须具体化,以限制其扩大解释,比如:义务人对义务的履行应当有一个确定范围以及履行的自主性;监护人、遗产管理人或者其他财产管理人的职责范围应当由民法规定。
2	BGHSt 24, 386; BGHSt 33, 244	联邦最高法院判例,说明背信罪条款在审理信用卡犯罪时的处理方式:从 1972 年的信用卡判决开始,滥用要件和背叛要件都要满足一个前提,即必须有对财产照管的义务。

[35] 表 1 中的材料来源,系作者根据 BVerfGE 126,170 判决书中所引用全部判例进行分析归类而成。原判决书中共引用 55 次,130 则判例,作者根据每次引用之间的关联程度对其进行了整合。

(续表)

	引用的判例	被引判例所阐释的问题
3	BGHSt 1, 186; BGHSt 3, 289; BGHSt 4, 170; BGHSt13, 315; BGHSt 41, 224; BGHSt 49, 147	联邦最高法院判例,介绍背信罪的新型案件及处理难点:新判例涉及损害社会义务(如发放贷款、小金库)以及财产危险与损失相等的新型案件;还指明了仅仅违反“背叛”要件在司法实践当中的做法。
4	BGHSt 46, 30; BGHSt47, 148	联邦最高法院判例,介绍审批贷款类背信犯罪的司法惯例;分析背信罪中背叛要件和其他犯罪成立要件之间的关系:如果当事人仅违反信义义务,并没有造成财产损失,行为是否成立背信罪;说明在审理银行职员审批贷款的案件中,哪种行为属于未尽到风险审查义务,比如:忽略了信息义务、决策者没有获得必要的权限、不正当或有瑕疵贷款、超越最高贷款额度等。
5	BVerfGE 112, 50; BVerfGE 14, 174; BVerfGE 73, 206; BVerfGE 75, 329; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 101, 1; BVerfGE 108, 282; BVerfGE 93, 213; BVerfGE 48, 48; BVerfGE 92, 1	联邦宪法法院判例,涉及内容:检视提起宪法诉讼的条件是否满足;分析由《德国基本法》第103条第2款衍生出的精确化要求与刑法禁止类推原则之间的关系;阐述宪法法院对刑法条款进行审查和予以精确化要求的意义;说明在审理违规审批贷款的案件中,应当结合当事人的教育背景、经验和专业知识综合评判。
6	BVerfGE 28, 175; BVerfGE 47, 109; BVerfGE 14, 245	联邦宪法法院判例,分析宪法法院对刑法条款进行解释的必要性:如果立法者在每个成立要件方面都要穷尽描述,则法律太过僵硬,无法适用于个案中不断变化的法律关系和特殊性。
7	BVerfGE 28, 175; BVerfGE 75, 329; BVerfGE 48, 48	联邦宪法法院判例,认为特定的刑罚规范需要达到何种程度的法律确定性不能一概而论,法律的精确性程度以及法律规范的相对人范围,都会对处罚的轻重产生影响。
8	BVerfGE 92, 1; BVerfGE 64, 389; BVerfGE 71, 108; BVerfGE 82, 236; BVerfGE 87, 209; BVerfGE 87, 399; BVerfGE 26, 41; BVerfGE 45, 363; BVerfGE 74, 129; BVerfGE 122, 248	联邦宪法法院判例,强调在进行法律解释时仍然要遵循罪刑法定原则,要关注背信罪进行法律解释与适当的类推适用之间的界限,对背信罪的文义解释需要控制在一定的范围内,严禁过宽解释。
9	BGHSt 46, 30; BGHSt 47, 148; BGHSt 50, 331; BGHSt 43,293; BGHSt 51, 100; BGHSt 52, 323	联邦最高法院判例,介绍司法实践中如何理解“财产”一词的含义,出现了哪些争议;对实践中常见的背信罪类型进行分类解释:在刑法第266条背信罪的基础上,产生了一些特别规定,比如,银行董事会的信贷审批、董事会奖金发放、违规使用公共工具、违反党纪或者特定的腐败形式。
10	BVerfGE 78, 205; BGHSt 47, 187; BVerfGE 50, 331; BGHZ 135, 244	联邦宪法法院和联邦最高法院判例,介绍司法实践中对于不同类型案件的解释困难以及如何解释,如证券法裁决。
11	BverfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10. März 2009	联邦宪法法院判例,介绍对财产“不利”要件进行解释的特殊难点:由于背信罪不存在未遂情形,只能以实际发生的“不利”为前提,这就可能有“存在不利风险”这种特殊情形。

(续表)

	引用的判例	被引判例所阐释的问题
12	BGH, Urteil vom 6. Mai 1986; BGHSt 15, 342	联邦最高法院判例,表明在实践中对“不利”的评价常常取决于对时间点的把握:比如,财产法益不是看是否对物品的直接掌控,还要看经济利益的多少,以及通过评估确定的占有物品的时间点。
13	RG, Urteil vom 10. Juli 1888; BGHSt 51, 100	德意志帝国法院和联邦最高法院的两则判例,分析背信罪中“故意”要件如何判断。
14	BGHSt 1, 186; BGHSt 3, 289; BGHSt 4, 170; BGHSt 13, 315; BGHSt 24, 386; BGHSt 33, 244	联邦最高法院判例,分析背信罪的成立要件不只限于“背叛”,还应包括“滥用”,相关判例中涉及到对信用证、信用卡犯罪的论证。
15	BGHSt 50, 331; BGHSt 47, 148; BGHSt 47, 187	联邦最高法院判例,展示了捐助、发放贷款和发放奖金等不同情况的判例;说明判断是否违反背信罪中信义义务的评价标准:是否达到“严重”的标准;解释司法实践中银行职员审批贷款是否违规的审查标准:联邦最高法院判例主要依据的是《银行法案》第 18 条指向的金融服务监管检察官的通函。
16	BGHSt 30, 388; BGH, Beschluss vom 20. März 2008; Beschluss vom 18. Februar 2009; Beschluss vom 20. Oktober 2009	联邦最高法院判决和决议,表明在经济实践中何时以及怎样能够获得一个恰当的评估财产状况的合适方法,必须要由法院判断。
17	BGHSt 47, 295; BGH, Beschluss vom 17. August 2006; RGSt 73, 283	联邦最高法院、帝国法院判决,指出判断是否存在财产的“不利”,需要比较在一个时间段内不同时间点的财产差额。
18	RG, Urteil vom 10. Juli 1888; BGHSt 31, 232; BGHSt50, 299; BGH, Beschluss vom 20. Januar 1984 -	帝国法院和联邦最高法院判例,分析受害人对于可预期的财产增长“失望”能否被解释为背信罪中的“财产损失”:帝国法院将不作为导致的利息收入的损失视为与犯罪成立要件相关的不利益;联邦最高法院在持续性判例中肯定了当行为人在一个特别有利的财产合同中使得第三人的期望落空,则满足背信罪的成立要件。
19	BGHSt 52, 323; BGHSt 51, 100; BGHSt 15, 342; BGH, Beschluss vom 30. Oktober 2003 -	联邦最高法院判例,将当前案件与联邦最高法院关于“小金库”的判决相对比,先例表明并不支持对小金库这类案件中的“不利”要件做出否定性评价,因为当把钱存入小金库以后,行为人就有能力并且随时准备将账款挪走。
20	BSGE 55, 277; BSG, Urteil vom 29. Februar 1984	卡塞尔地区社会法院、联邦社会法院判决,分析了诉愿人的决定范围。
21	RGSt 16, 1; BGHSt 51, 100	德意志帝国法院判例和联邦最高法院判例,强调对刑法第 266 条财产损失的考察,应当与抢劫罪和诈骗罪等其他财产类犯罪的法律解释保持一致。

(续表)

	引用的判例	被引判例所阐释的问题
22	BGHSt 48, 354; BGHSt 51, 100; BGHSt 52, 182; BayObLG, Beschluss vom 20. Juli 1995; OLG Hamm, Beschluss vom 29. April 1999	联邦最高法院、拜仁州高等法院、汉堡州高等法院、卡尔斯鲁厄州高等法院、斯图加特州高等法院的七则判例,得出共同的司法见解:所谓“危险的损失”必须是具体的、可计算的危险,并且财产价值确实由于危险的存在而已经有所降低。仅仅出现抽象的危险情况并不足以被认定为犯罪。
23	BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009	联邦最高法院决议,表明对“损失”的考察只能以当前实际存在的不利为前提;如果要判断“造成损失的危险”则要承担预测的风险,或者引入一个复杂的经济分析工具。
24	RGSt 61, 211; RGSt 66, 255; BGH, Urteil vom 27. Februar 1975	德意志帝国法院和联邦最高法院判例,解释如何在“造成损失的危险”与特定的“注意义务”之间寻求平衡。

[本文为张骥教授主持的国家社科重大项目“构建中国特色案例制度的综合系统研究”(16ZDA068)的研究成果。]

[**Abstract**] The application of precedents is the key link in the precedent system. This article analyzes the function model of precedents in Germany based on an in-depth study of the situation of application of precedents, especially the application of referee rules, in the judicial process. This article analyses a concurrent judgment of German Federal Constitutional Court according to the article 266 of the German criminal code in two dimensions; in the first dimension is a doctrinal analysis of the German criminal law clause on the “breach of trust”, aimed at exploring the way precedents function in the process of legal interpretation and law-making, namely, the issue of space for the application of precedents; in the second dimension is an empirical analysis and comparison of the quoting of precedents in judgments, aimed at finding out how different precedents are quoted in judicial practice, giving examples of different types of referee rules, such as interpretation, response and reference, and explaining their backgrounds and ways of presenting. Through the above analyses, the author of this article hopes to provide some useful references for the improvement of the guiding case system in China.

(责任编辑:雨 沐)