

法典化制度下刑事判例的制度功能*

周少华

内容提要:在法典化制度下,建立一种与自身法律制度相适应的刑事判例制度并不会与罪刑法定原则相冲突,相反,它反而可以保证刑法解释的客观性和法律适用的统一性,在增强刑法的社会适应性的同时,维护刑法的安定性价值。在法典化制度下,刑事判例虽然不具有等同于法律的拘束力,但作为刑法解释的一种规范化模式,刑事判例对司法活动具有导向性的说服力。通过该制度,刑法的确定性与灵活性有可能得到兼顾,司法知识获得自我积累和发展的机会,并为立法活动提供丰富的资源。

关键词:刑事判例 刑法解释 刑法的确定性

周少华,东南大学法学院教授。

为了克服刑法在寻求自身的确定性过程中所带来的体系性缺陷,刑事裁量权和司法者的法律解释权实有存在的必要。然而,通过裁量权和法律解释活动而将实质性评价引入犯罪评价体系,对于缓解刑法规范体系的封闭性和僵化性虽然具有重要作用,但是其本身也会带来另一端的负面影响,那就是不容易保持法律适用应有的一致性,严重者会破坏刑法的安定性及可预见性。因此,在追求刑法的适应性时,除了承认司法者的刑事裁量权和法律解释权,还需要进一步在司法制度内部建立一种更加有效的机制——这种机制应该既能够为司法对法律的发展提供制度性的支持,又能够实现司法权力的自我约束和司法知识的自我积累,从而在以灵活性克服成文立法之局限性的同时,也能够使刑法的确定性获得保障。根据人类法律制度实践的经验,判例制度便是具备这样的功能的一种制度机制。为了保证刑法解释的客观性和法律适用的统一性,建立一种与法典化制度相适应的判例制度是很有必要的,它可以将刑法的适用解释纳入一种规范化的制度中,从而更好地实现法治。当然,本文的目的并不仅仅在于简单地表达对判例制度的一种肯定性意见,而是要着重探讨法典化制度下判例可能具有的制度功能——因为对制度功能的研究,乃是在更深层次上对制度之合理性的阐释。

一 法典化制度下刑事判例的地位

在普通法系国家,判例被作为一种法律渊源,因此存在所谓“判例法”,即以判例形式存

* 本文为作者主持的国家社科基金西部项目“变动社会中刑法之适应性问题研究”之阶段性成果,项目批准号 06XFX011。

在的法律。^[1]普通法系判例制度的核心是遵循先例原则。^[2]也就是说,在判例中,真正对后来案件发挥作用的是其判决理由中包含的一般法律原则和规则,而不是判例的全部内容,所以“判例法”概念实际上是指称“司法判例中所规定的法律原则和规则的一般术语,是根据以往法院和法庭对具体案件的判决所作的概括”。判例法和成文法的主要区别在于:判例法产生于诉讼事件,而成文法可以预先通过,并适用于一般案件,而不仅仅是特定的案件。^[3]

在大陆法系,司法判例不是法律渊源。大陆法系的法律观念认为,如果判例对其后法院判决案件产生拘束力,就必然违反禁止法官立法的原则。虽然没有“遵循先例”的正式原则,大陆法系的法官活动却显然受到判例的影响。不仅辩护律师会在法庭辩论中大量引用判例,法官判决案件也常常参照判例。美国法学家梅里曼由此认为,不管三权分立的思想对判例的作用如何评价,在事实上,大陆法系法院在审判实践中对于判例的态度同美国的法院没有多大区别。^[4]在坚持成文法主义的国家,理论上虽然是将成文法作为法源,但从实质来看,判例如同法源一般地约束着法院的判决。当法官能够在最高法院的一个或几个判决中找到似乎与他面前的案件有关的一条规则时,他将会遵循该判决中的规则,这在德国、英国和法国都是一样的。^[5]在法官和律师的法律实践中,普通法和大陆法的区别远不如想象的那样绝对,大陆法系国家的法院,在很大程度上也会遵从上级法院作出的先例。这种遵从甚至可以达到这样的地步,即法院在事实上已经把法典中的某些似乎与现代习惯和理念完全格格不入的条款抛在一边,弃之不用,而不是被动地等候着立法机关对有问题的条款予以正式废除。^[6]

在欧洲大陆,曾经长期存在“法典可能做到完整、连贯”的教条,然而这种教条并没有对判例产生实际的排斥作用。相反,由各种判例汇编成的书籍被法院用来填补法律规范的疏漏和调节法规之间的明显冲突。虽然,法规的内容仍保持不变,但是由于来自社会的压力使得它在意思上和适用上不得不经常改变。^[7]第二次世界大战以来,德国法官中存在采用准美国模式的倾向,在德国法的许多领域,普遍认为,主要的判例提供了有效的法律规则。虽然遵循先例原则并未得到正式的认可,然而成百上千卷的案例报告得到出版,并且在法国、德国和意大利的律师就像普通法系国家律师那样,通过举出先例将他们的辩护意见提交到高等法院,而这是常规的做法。^[8]不过,尽管判例事实上对法院的活动发挥着一定的约束作用,不同于民法范畴的是,在刑法领域,法院判例原则上不具有“创设法律”的作用。^[9]

在日本,法学界很重视对判例的研究,但是在制度层面,不承认有刑事判例法,判例对以

[1] 参见[日]我妻荣主编:《新法律学辞典》,董璠舆等译校,北京:中国政法大学出版社1991年版,第797页。

[2] [英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,邓正来等译,北京:光明日报出版社1989年版,第708页。

[3] 参见[英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,第140页。

[4] 参见[美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,北京:法律出版社2004年版,第47页。

[5] 参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,北京:法律出版社2003年版,第383页。

[6] 参见[比]R·C·范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版,第41页。

[7] 参见[美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,第43页。

[8] 参见[美]马丁·夏皮罗:《法院:比较法上和政治学上的分析》,张生、李彤译,北京:中国政法大学出版社2005年版,第190页以下。

[9] 参见[法]卡斯东·斯特法尼等著:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,北京:中国政法大学出版社1998年版,第117页。

后的裁判只具有参考作用,而不是必须遵循的法规范。^[10]然而日本学者较为主流的见解是,判例的约束性对于同种事件必须承认同种法律效果这一保证判决公正的立场来说是必要的。下级审判基本上必须服从处理同类事件的上级审判,特别是负有统一判例责任的最高法院的判决。根据《日本刑事诉讼法》第405条第2号,“凡认为和最高法院的判例相反的”,可成为上诉的理由。^[11]不过,日本最高法院并不轻易变更判决,下级审判也不轻易做可能被最高法院否定的判决。此外,一般人为了不败诉,也必须遵从判例而行动。这样,在日本便引起了判例的地位及性质的争论。重视判例拘束力的人,倾向于认为判例是法源,而对此持否定意见者,一般也承认判例经过反复,可以作为习惯法而能占据法源的地位。^[12]不过,这种看法至多也只能在民事法领域被接受,在刑事法领域,由于罪刑法定原则排斥习惯法,判例“可以作为习惯法而能占据法源的地位”恐怕也很难获得支持。所以日本刑法学家西原春夫教授指出,尽管认为判例是法源的见解在一些地方还是有的,但在日本一般都否认这种见解,认为判例不过是作为法源的成文法的一种解释,即使在法院内部事实上有约束力,但对外也可以作其他解释,而且就是在法院内部,成文法在执行期间,判例也有可能变化,因此将判例和成文法都解释为法源的做法是不合适的。^[13]我国学者的观察结论也是,日本的判例在性质上具有司法解释的作用,这种解释性在判决的理由部分可以得到充分的反映。

蔡枢衡先生曾经说,在罪刑法定主义下,成文法国家的判例是具体化了的刑法,成文的刑法是抽象了的判例,补充法律的欠缺而不违反罪刑法定主义的判例是值得充分留意的,因为这是刑法形态之一,本质上是和成文法相并行的,换句话说,这是和成文法合成一体的,假定忽视了,主观上是视野不完全,客观上是抛弃了全刑法的一部分。^[14]这里似乎是说,判例和成文刑法是刑法的不同表现形态,它们是特殊与一般的关系,但是,判例的性质问题在此并不清楚,容易让人误认为承认判例为法律渊源。不过,从其“不违反罪刑法定主义的判例”的说法来看,应该认为刑事判例在内容上应该是与刑法一致的,只不过它是对刑法内容更具体的表达,因而不能认为它是独立于成文刑法的另一个法律渊源——这似乎才是对上述观点更合理的解读。

关于刑事判例的性质,我国的刑法学者大多认为它是司法解释的一种形式,这与德国、日本等大陆法系国家的看法是一致的。论者认为:司法解释可以分为规范性司法解释和个案性司法解释,刑事判例就是一种个案性的司法解释,这不仅在许多国家均有认同,而且从判例本身的特征及功用看,也应当认为它是个案性司法解释。^[15]也就是说,刑事判例和刑事司法解释分属于刑法适用解释的两个层面:前者是法官在审理案件过程中,就本案事实以及本案与先例的比较所作的解释,具有个案针对性;后者是针对法律规范的解释,具有类的普适性。^[16]尽管有此差异,亦足以表明判例在性质上乃是法律解释的一种形式。所以,无论是在我国,还是在同样尊崇成文法典的其他大陆法系国家,不管判例实际上如何发挥作用

[10] 参见李洁:《论罪刑法定的实现》,北京:清华大学出版社2006年版,第364页。

[11] 参见[日]西原春夫:《日本刑法的变革与特点》,载西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,中国·法律出版社、日本国·成文堂联合出版1997年版,第10页。

[12] 参见[日]我妻荣主编:《新法律学辞典》,第797页。

[13] 参见[日]西原春夫:《日本刑法的变革与特点》,第10页。

[14] 转引自张文主编:《中国刑事司法制度与改革研究》,北京:人民法院出版社2000年版,第532页。

[15] 参见李晓明:《论刑事判例在我国司法体系中的定位》,载《法学评论》2000年第3期。

[16] 参见赵秉志主编:《当代刑法理论探索(第一卷)·刑法基础理论探索》,北京:法律出版社2003年版,第441页。

和发挥怎样的作用,都只存在“判例”,而不存在“判例法”。判例中如果包含法律原则或规则的话,那也是对立法上原本就存在的原则或规则的具体阐明和运用,而不是法官新的创设——至少理论上是这样,而且大陆法系传统的司法制度结构本身也支持着这一信条。

二 法典化制度下刑事判例的实践价值

大陆法系的成文法制度模式虽然具有确定性的优点,但正是这个优点带来了它的缺点,那就是缺乏应有的灵活性。成文法所建构的普遍化的思维方式导致了它对事物的特殊性的忽视,具体案件的丰富性、多样性、差异性常常不能被充分地照顾;尤其是当它把自己所建构的模型教条化之后,甚至会产生对差异性原则的排斥。比如,大陆法系法律观念固执地认为,法官创制规则是与罪刑法定原则相冲突的,所以,判例不能被承认为法律渊源——尽管判例在实践中确实发挥着规范的作用。

笔者认为,“判例是否是法律渊源”和“判例是否在实践中发挥作用”是两个不同的问题,我们应该将它们分开来看待。否定判例作为法律渊源,并不意味着应当同时否定判例对于法律实践的价值。在法典化制度背景下,能否确立起一种与罪刑法定原则相容的判例制度,很大程度上取决于我们对判例的法律地位及其性质的看法;当然,这也取决于我们对罪刑法定原则的看法。有学者指出,除刑事实体法中的具体规则之外,罪刑法定之法还应该包括宪法以及未被刑事实体法所明示,但却体现和蕴含了刑法基本精神的法律原则和刑事政策。而这些原则和政策并非像规则那样具有全有或全无的特征,相反,它们都是极富弹性的、因而具有很大的解释和操作空间并能解释大量具体案件的价值性规范。在与具体案件遭遇之前,它们更像是空洞的口号,但一经与具体案件结合,它们的实际力量和具体解释力便立刻显现出来,并以法官的判决为载体释放出自己的意义。因而,只有在一种实践的、法律解释学的语境中,判例制度的引入与罪刑法定主义的坚持之间才能实现协调。^[17] 笔者认同这样的看法,并想进一步指出:那种认为判例制度与罪刑法定原则不相容的观念,是建立在“判例是法官造法”的认识基础上的;如果我们把判例中的判决理由控制在解释刑法、而不是创造刑法规范的限度之内,那么法典化制度背景下能否建立刑事判例制度的疑问就不存在了。既然在坚持成文法的国家,法官经常以隐蔽或者公开的方式在判决中发展刑法,不如建立一种常规的判例解释制度,即确立法官以判例解释刑法的基本规则和判例对司法的指导规则,使判例形成的过程和发挥作用的方式得到制度上的管理,或许才是一种合理的选择。

由于法典法和判例法各有其优缺点,所以当今两大法系法律制度模式相互学习,出现相互融合的趋势。法律自身所具有的规范性和可预测性要求它必须具有稳定性,法典法把这种要求演变成了一种制度结构,从而具有超强的稳定性。但是,在面对变动不居的社会生活状况时,法律体系内部就呈现出一种永恒的、难以彻底解决的冲突倾向:法律规范体系在获得稳定性的同时,却牺牲了它对社会生活事实与关系的适应性。整个法律调整的任务就是要寻找针对这一矛盾的调节器。大量立法,及时补充、修改法律,适时地颁布单行法规以及颁布司法解释等,都可以成为解决上述矛盾的办法。然而实践证明,这些办法往往都失之繁

[17] 参见吴丙新:《修正的刑法解释理论》,济南:山东人民出版社2007年版,第161-162页。

琐和迟缓,而且会导致法律丧失稳定性。相比之下,在面对规范的确定性与社会生活的复杂性和变动性的矛盾时,判例制度则可以较为从容地应对。“作为一种法律渊源,普通法之遵循先例原则之所以取得成功,主要在于它糅合了确定性与进化力的双重功能,而没有其他任何演进能够做到这一点。确定性被保证在合理的限度内,在此范围内法院依据普通法传统体系中的法律原理及规则以类比推理断诉,并且,根据已知技巧发展法律诉讼原则。进化得到保证在于(发现)法律原则的界限并没有永恒权威地固定下来,而是当一些案件出现时,通过显示其实际工作的折中程序并证明在其实际运作中达到如何程度的伸张正义,从中逐渐发现法律原则的界限。”^[18] 由于判例具有灵活、具体、适时、针对性强等特点,因而,判例制度可以成为解决这一矛盾的重要调节器。

有刑法学者主张,将判例制度引入刑法规范调整体系,既可以弥补刑法规范一般调整的缺陷,使之更为充实从而扩充其调整范围,又可以强化其个别调整功能,从而加强其调整力度。这样,刑法规范就能够最大限度地承受社会关系发展变化的冲击,在保持刑法稳定的同时,充分发挥刑法的社会调整功能。^[19] 关于判例制度对成文法国家刑法体系的功能,劳东燕博士认为在中国的语境中,判例制度具有建构体系的开放性,使个案的救济制度化、回应立法、制约法官的自由裁量权等功能。^[20]

判例制度除了具有上述种种功能之外,最重要的一点是,判例制度是以司法为中心的制度运作模式,它显著的特色在于:在适应社会生活的丰富性的过程中,判例制度也进行着司法知识的积累。即便这种知识的积累不是为了给立法提供司法信息,对于法律制度的实践而言也是富有意义的。普通法系以数个世纪的案例积累形成了自己的法律传统,虽然他们没能像大陆法系那样发展出一个概念性框架,对普遍使用的概念与原则关注极少,^[21]但是它的制度特点也使它具有无与伦比的优点。这种优点主要表现在:“只要提供新的前提,普通法就具有使其发展的方法以满足对正义的紧迫需要,还可以将结果铸入一个科学体系之中。”而且尤为重要,“普通法还具有获得新的前提的能力”,司法判例将道德融入了法律,从而使普通法的生命力和稳定性越来越受到重视。^[22] 大陆法系的法律传统是一种“立法中心主义”的思路,由于对法律本身重视,所以司法过程强调的是如何利用立法者所提供的知识,而不是积累自己的知识。在法国,判决书可以简单到不做任何理由说明、仅仅宣布判决结果的程度。这就导致了一个后果,即:大陆法系的刑事法律及其理论缺乏同司法实践的足够联系。

在讨论判例制度的价值时,法律学者最看重的是它能够弥补法典法的局限性这一功能。这虽然也是符合实际的想法,但究其实质,也不过是一种“立法中心主义”的视角。我们由此可能忽略了一个更加重要的问题,即判例制度本身所具有的对法律的发展功能。在普通法系,疑难案件的判决过程就是先例得到明确或再生产的过程。而这种“再生产”先例过程的核心就是重新建构事实与“法律原则”之间的联系方式,从而修正或完善法律原则。而疑

[18] [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,夏登峻校,北京:法律出版社2001年版,第128页。

[19] 参见陈兴良主编:《刑事司法研究——情节·判例·解释·裁量》,北京:中国方正出版社1996年版,第199页。

[20] 参见劳东燕:《罪刑法定的明确性困境及其出路》,载梁根林主编:《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版,第196-200页。

[21] 参见[比]R. C. 范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,第125页。

[22] 参见[美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,第129-130页。

难案件中再生产先例的过程,既是普通法发展的重要方式,也突出地体现了普通法司法理性的主要特点。^[23]而在大陆法系,法律发展的任务主要落在立法者的肩上,由于忽视司法判决制作者的立法空间,切断资料来源渠道,所以导致了另一重要后果,便是限制了立法者对法律规范的分化和改变的创造性。“立法者”通常为—群法学教授、高级法官和检察官,当修订法律的机会出现时,便就刑法规则的创造性改变而分工协作。在大陆法系,由为数不多的人从事刑法修订工作,但却少有资料并且与现实没有直接的联系。而在英美法系,会由人数较多的律师、法官以及协助法庭法律问题的人来完成这一创造性的工作,实际上在刑事审判运作体系中工作的所有律师,都参与了解决要件组合问题的过程,为老问题提供新的可能答案,发现新问题,找出联系(比如宪法与刑法之间的联系),等等。此外,大陆法系的立法机关需要在相对短暂的时间内完成法律修订,而英美法系的法律变更程序却是法律运作体系的一部分,因此会有连续不断的创造性输入。^[24]这样的差异表现在结果上,就是大陆法系的立法与现实之间总是存在一定的距离,而普通法则有着先天的社会亲和力。

不过,我们仍然需要将话题回归到刑法领域。—个重要的事实是,无论是大陆法系国家还是普通法系国家,刑法都已经是由制定法独霸天下。虽然普通法系的刑法也是从几个世纪的司法判决中发展起来的,但是与其他法律分支相比,刑法更取决于由立法机关所解释的所谓社会的一般观点。在今天的普通法系国家,司法判例已经丧失了规定新的犯罪的权力,“确定以前尚未发现的犯罪行为的职能,现在也应当属于立法机关”。^[25]在美国,刑法虽然也是源于英格兰普通法,但是美国的学者们却认为,他们的法律制度“—直要求对什么是犯罪要求有—定程度的预见,并且由此而要求—定程度的预先警告,而这对于普通法方法来说似乎是不可能的”,所以他们的刑法传统上主要是制定法。^[26]然而,这并不意味着判例在英美法系的制度实践中已经丧失作用。实际上,刑事判例在英美法系的刑事领域仍然居于不可忽视的独特地位,主要表现在:(1)刑事判例是对制定法的重要补充。这一方面表现在关于刑事责任的一般原则至今仍是由刑事判例表述出来的,另—方面表现在,尽管制定法创造出了当代绝大多数的罪名,但至今“仍然有一些只存在于普通法中的犯罪。这就是说,这些犯罪的定义不能从议会制定的法令中去找,而必须从法官的判决中去找”。^[27](2)刑事制定法的适用依赖于通过刑事判例所作的解释。(3)刑事判例是刑事制定法的材料来源,制定法只是刑事判例中的法律原则的条文化和规范化。(4)长期的重视实践和经验的—思想以及传统的司法风格,极大地影响着法官们的具体司法行为,因此他们十分看重刑事判例的作用。^[28]所以,今天判例在英美法系国家的制度意义仍然值得我们借鉴。

或许,对我们来说,制定法时代的判例制度比普通法系传统的判例制度更值得学习,因为经过了制定法的洗礼之后,英美法系的法律制度与我们的法律发展模式之间更多了一些

[23] 参见李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会理论中的“英国法”问题》,载《韦伯:法律与社会》,上海人民出版社2001年版,第179页。

[24] 参见[斯洛文尼亚]卜思天·M. 儒攀基奇:《刑法——刑罚理念批判》,何其新等译,中国政法大学出版社2002年版,第209页。

[25] 参见[英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,第228页。

[26] 参见[美]盖多·卡拉布雷西:《制定法时代的普通法》,周林刚、翟志勇、张世泰译,北京大学出版社2006年版,第142页。

[27] [英]克罗斯·琼斯:《英国刑法导论》,赵秉志等译,北京:中国人民公安大学出版社1991年版,第7页。

[28] 参见陈兴良主编:《刑事司法研究——情节·判例·解释·裁量》,第227-230页。

共性,更能为我们提供有益的启示。一种以成文刑法为基础的刑事判例制度,必须既能为刑法自我发展提供制度支持,同时又能维护罪刑法定原则的基本价值。这样的判例制度一定是不同于普通法传统判例制度的,至少它不是创立刑法规范的一种方式。但,即使判例不具有被要求遵循的强拘束力,作为一种代表性并颇具合理性的司法解释,它至少可以对日后法院判案时理解刑法的意义提供指引和参考。因此,一种与法典制度相适应的判例制度的建立对我们而言仍然是富有意义的。

判例或者类似于判例的制度在目前的正式化、合理化需要一定的前提:首先,法律的稳定性和可预见性成为社会所追求的法律的主要价值,法律而不是政策或者其他规则体系成为区别对错的真理体制,并且它试图将一切社会秩序纳入到其规范范围中。其次,在一个较为成熟的社会中,大规模的立法任务已经完成,规则体系基本具备,社会的主要任务已经不是轰轰烈烈的立法工作而是更为日常的司法适用工作,社会从“有法可依”的企盼中转入对“有法必依、执法必严”的渴望。因此,司法者的经验就成为重要的财富,变成一种可以利用的知识性资源和权威。最后,司法者在其整体素质上,能够较为熟练地掌握法律规则、较为深刻地理解法的精神,正确评价各种案件的性质,敢于做出独立的法律判断。司法者和立法者之间不再存在优越性和权威性的差异,尤其是立法者对司法者并没有制度上的超越性,司法具有了相对于立法而言的独立和自由,以至于人们在观念上能够接受司法作为法的存在这一理念。按照这样的逻辑,林维博士认为,我们目前的法治现状已经具备了这样的因素,因此,现阶段将判例因素导入现行刑事司法解释体制之中,也就具有了必然性和合理性,我们应当适当地借鉴判例在解决问题上的广泛性、灵活性、即时性等优势,确立相应的判例制度,以发挥判例在司法实践上的指导功能。^[29]

三 法典化制度下刑事判例的实质:刑法解释的规范化模式

大陆法系的思想方法倾向于将全部法律领域作为充分组织条理化的体系看待,并且最后完全按照这种法律结构的思想方法行事。所以在学问的起源上,普通法的学问是属于法庭的,而大陆法系的学问则是属于学究的。^[30] 法典法根本上就是一种学术性的体系建构,美国学者甚至认为,法典的最终版本在很大程度上也是一部学术性的著作。^[31] 这样的一种体系,在成就了概念性思维和法的确定性价值的同时,也在相当程度上扼杀了司法的创造性,并降低法律的社会适应性。正因为有这样的弊端,所以在今天的大陆法系国家,不约而同地在体系性建构之外开始构筑各自的判例制度,在保有体系性思考的同时,也对问题的具体妥当性加以关注。就刑法而言,也面临着这样的问题。在法治被注入更多实质内容的当代社会,要真正实现罪刑法定,不仅要求我们重构犯罪构成体系,而且也有必要实行某种适宜的司法判例制度,唯此,才能缓解刑法的确定性与刑法体系的开放性、规范的普遍性与个案正义之间的紧张。^[32] 对此,或许异议不多。剩下的问题仅仅是,在实行法典化的刑法制度的前提下,如何建构我们的刑事判例制度。

[29] 参见林维:《刑法解释的权力分析》,北京:中国人民公安大学出版社2006年版,第486页。

[30] 参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,第109页。

[31] 参见[美]马丁·夏皮罗:《法院:比较法上和政治学上的分析》,第189页。

[32] 参见劳东燕:《罪刑法定的明确性困境及其出路》,第202页。

判例制度的样式,取决于我们准备给判例以怎样的法律地位,因为判例的性质也是由其法律地位所决定的。如果我们赋予判例以实体法法源地位,则意味着判例可以创造规则;因为,如果判例不能够创设规则,而只是运用法律已经设定的规则,那么承认其为实体法法源就没有什么意义。反之,如果我们不准备赋予判例以实体法法源地位,那么它就只能具有法律解释的性质,判例中的规则只能是已经隐含在法律中的规则,而不能是法官创立的规则。

吴丙新认为,虽然正统的大陆法系刑法理论并不承认判例对法官判断的影响,但随着学术界对司法运作过程的考察,司法之真相正在逐步摆脱学术意识形态的压制而日渐显现其本来面目,判例可以作为刑事司法实体法渊源的主张不仅在一些传统大陆法系国家的理论研究中得到重视,而且在实践领域已经获得了实证法律上的支持。^[33] 笔者注意到,这一观点的论据其实是德国、日本等国判例事实上“约束着法院的判决”的若干说法。但是必须加以区别的是,作为法源的“约束力”和作为有说服力的判决理由的“约束”是绝不能等而视之的:前者意味着一种必须遵守的强制,后者则仅仅是因为后来法院认为判例中对法律所进行的解释具有说服力而主动加以接受。所以,大陆法系国家虽然确有学说认为判例是法律渊源,但是它“在实践领域已经获得了实证法律上的支持”的说法却是不符合实际情况的。因为如果认为刑事判例是法律渊源,就意味着判例可以创立关于刑罚处罚的规则,而大陆法系国家的制度实践并未显露这样的趋向。

在法国,犯罪之成立所必须具备“法有规定”的要件,也即是说,必须具有与司法裁判决定相对应的、广义上的某一法律条文的规定。当法律并未对其规定的某一犯罪的构成要件作出具体的表述时,法院可以按照法律的规定,对某一犯罪的要件作出归纳。通常可能需要由法官根据习惯去说明某一行为是否构成犯罪。但是习惯仅在某一具体的特别情形下,才能排除适用刑事法律,而不能创立刑事法律。^[34] 也就是说,法院可以解释犯罪的构成要件,但不能自己设立构成要件,这意味着,法院的判例仅具有解释刑法的功能。而且,“法有规定”既然是“与司法裁判决定相对应的”,那就意味着判例没有被承认为刑法的渊源。

在德国,法院判决对刑法的解释一直采取较为严格的态度。1899年,帝国法院的一项判决^[35]拒绝了将未经许可使用电力能源的行为作为盗窃加以处罚,因为电是不能被称为(物质性的)物品的。这个案件在1900年推动了立法机关在刑法中增加规定了“禁止不法获取电力”的条文。德国联邦最高法院在原文界限的框架中,也多次明确主张目的性解释,从而为避免客观解释的过分延伸提供了相当的保障。但是,为了避免目的解释失控,把可能的词义作为对解释的限制也经常被提到。尽管在许多案件中,德国的司法判决也在明示或默示地不理睬原文的界限,但是,对于那些超越法条原文文义的判决,要么被放弃作为判例,要么没有得到德国联邦法院的继续跟随。尤为重要的一点是,20世纪后期开始,“一些新的判决重新表现出一种令人欣喜的回归法治原则的思考”。学理上,虽然还存在反对刑事法官应当受法律原文文字制约的观点,但这种观点被认为是忽视了有关的宪法性规定,并未被广泛接受。^[36]

日本的情况是,法院判决常常通过对刑法的灵活解释而大胆地发展刑法,以至于不少日

[33] 参见吴丙新:《修正的刑法解释论》,第157页。

[34] 参见[法]卡斯东·斯特法尼等著:《法国刑法总论精义》,第117页。

[35] RGSt 29, 111; 32, 156.

[36] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,北京:法律出版社2005年版,第84-89页。

本刑法学者都表示出了对罪刑法定原则命运的担忧。在日本的罪刑法定主义里,一度存在着“过于灵活的解释”这一很大的问题,以至于在德国用立法来寻求具体妥当的结论,在日本判例则企图用“灵活的解释”来妥当地解决。之所以出现这种情况,是因为在日本的法意识里,常常强烈地追求具体妥当性的结果,个别正义才是作为法律的真正的实现被希求。在日本的判例中也有这种倾向,即判例常常基于处罚的必要而灵活地解释法律。而日本的学者也认为,这种思想方法与罪刑法定主义之间存在着激烈的矛盾。^[37] 日本的判例不仅有灵活解释法律的倾向,而且事实上具有拘束力。但是,日本的大多数学者还是认为,按照法律原则,判例在日本不能直接作为法源,而只是裁判机关所做的一种有权解释;它的拘束力也是“作为明示的有权解释”的拘束力,而不是作为法律渊源的拘束力。^[38] 或者至多,在其具有事实上的拘束力的意义上,认为“判例在成文法规的范围内具有法律渊源的特征”。^[39]

其实,更值得我们注意的问题不是判例是否具有“法律上的拘束力”的问题,而应该是判例在司法过程中的功能意义。大陆法系否定判例作为法源,否定的正是判例创立规则的功能,而不是判例解释法律的功能。正因为如此,他们才一面继续坚守法律是刑法唯一法源的原则,另一面对判例事实上所发挥的影响保持着宽容。因为他们的法官在通过司法判决发展刑法时,绝对不会无视罪刑法定原则的存在,总是会对判决的创造性加以适当的控制,让人看起来只是在适用和解释刑法,而并没有逾越法律的边界。在我国的刑事司法实践中,广泛、准确地采纳适用解释,将大大提高刑法的效能,同时也可以减轻“两高”制作“司法解释”的压力。刑法的适用解释存在于刑事诉讼的全过程,体现在定罪、量刑的各环节,而判例的方法就是一种重要的适用解释的重要方法。^[40] 所以,在借鉴大陆法系而不是普通法系的判例制度模式的时候,我们必须明确一个前提,即:判例在性质上是法律解释的一种形式,应当在刑法司法解释体制内来构筑我们的刑事判例制度模式。

四 法典化制度下刑事判例制度的可能样态

关于刑事判例制度的制度设计,劳东燕博士提出的设想是所谓“两级法院判例制度”,即:(1)制作判例权由最高法院和省级法院享有;(2)最高法院所做的判例将对所有地方法院和各专门法院具有约束力;(3)省级法院的判例则仅适用于本省之下的下级法院,其对于其他省级法院则只具有说服力。具体而言,最高法院和省级法院应对重大案件直接进行审判,并制作相应的判例来约束和指导下级法院的审判实践,而不是通过发布类似“行政指令性”的司法解释或者内部文件来确定有关刑法规定的具体内容,甚至借由书面调卷或者内部请示制度在暗处操纵下级法院。^[41] 这个模式对于判例的性质问题并没有做出说明,即判例所具有的约束力究竟是判例中所包含的“规则”的约束力,还是对刑法所做的解释结论的约束力。

最重要的是,上述模式似乎隐含着—个前提,即最高法院和省级法院在适用和解释法律

[37] 参见[日]坂口一成:《罪刑法定的局限性在日本》,载赵秉志主编:《刑法评论》第5卷,北京:法律出版社2004年版,第259-260页。

[38] 参见[日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,北京:法律出版社2001年版,第56-57页。

[39] 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,北京:法律出版社2003年版,第45页。

[40] 参见赵秉志主编:《当代刑法理论探索(第一卷)·刑法基础理论探索》,第440页。

[41] 参见劳东燕:《罪刑法定的明确性困境及其出路》,第203页。

方面更具有权威,这种权威显然是与我国科层制的法院体制相联系的。它承认上层法院(享有判例制作权的法院)对下层法院(不享有判例制作权的法院)审判活动的控制,只不过,控制方式由原来的通过抽象性司法解释变成了通过判例来达到。这种控制的合法性是建立在科层制的司法等级序列之上的,司法知识的权威取决于提供这种知识的机构在司法体制中所处的位置,而知识本身的内在权威则未被考虑。另外,在上述模式下,下层法院的司法能动性是不受鼓励的。我们并不否认最高人民法院和省级法院的法官业务素质通常可能更高,对法律的理解和适用更准确;但是,不能忽略的是,由于刑事诉讼法所规定的级别管辖的原因,最高人民法院和省级法院所处理的案件类型与中级法院和基层法院所处理的案件类型是存在差异的。比如发案率最高的普通盗窃案件,很少有机会能进入最高人民法院和省级法院的管辖之下,对于这样的案件,可能就始终不会有相关的判例产生。而最高人民法院和省级法院判例所涉及的案件类型,基层法院也同样很难遇到,这样,最高人民法院和省级法院制作的判例与基层法院的审判实践之间很难形成对接,最需要得到判例指导的基层法院恰恰被这样的判例制度模式冷落在一旁。然而,基层法院所遇到的案件的丰富性和特殊性常常更胜于上级法院,由此产生的司法知识却被阻断在制度化的流动之外,难以变为一种可以被全体司法者共享的司法知识形态。这不能不说是上述设想的一个不及之处。

通过对日本立法与判例现状的考察,李洁教授认为,在日本,判例是对法条的解释,它只对当案有效,对其他案件不具有法律的拘束力。但是,日本最高司法机关的判例对司法的影响不容小视,一个判决,完全可能成为被诸多司法者实际上援引的裁判根据。尽管如此,一个判例只是一个或几个法官对某具体法律条文的解释,无论这种解释如何进行,其界限都应该是法律规定本身,即法律解释应以法律之语言表述中所具有的内容为限,如果法条的语言中没有的东西,无论以何种理由将其揭示出来,其解释都是违法的。若以判例的形式做出,该判例本身的合法性也就值得研究。^[42]

通过对日本立法和判例的借鉴,李洁教授重构了我国有权刑法解释的模式,即所谓“一元个体判例式”模式:(1)一元:只有法院具有解释刑法的权力。(2)个体:只有法院中的法官具有司法解释的权力。(3)判决式:以刑事判决中的判决理由说明解释的内容。李洁教授的这个模式是针对我国现行司法解释体制的不合理性而提出的替代性方案,她认为在这个解释模式下,对法条的解释是每一个法官的自然权力,而解释的方式就是必须说理的,这种解释以判决的形式出现也是符合解释的要求的。^[43] 我们可以看出,在李洁教授提出的刑法解释模式中,并没有加入我们想象的“判例制度”,而只是提出了以判决的方式解释刑法的思路。她认为,判例虽然不是必须遵守的准法律,但无疑可以为法院提供一种参考。^[44] 显然,李洁教授无意于为判例制度的建构提供建言,但只要在她所提出的有权刑法解释模式的基础上再前进一步,我们就可以预想到在我们的制度背景下判例制度可能具有的样态——它或许只能是我国司法机关近年来正在非正式地、分散化地实践着的“案例指导制度”。而笔者则认为,所谓“案例指导制度”其实并未真正地实现制度化,案例在司法实践中的作用并未得到应有的发挥。有鉴于此,有必要建立一种正式化的“判例指导制度”,以便

[42] 参见李洁:《论罪刑法定的实现》,第366页。

[43] 参见李洁:《论罪刑法定的实现》,第374-376页。

[44] 参见李洁:《论罪刑法定的实现》,第377-378页。

实现刑法解释的常规化和规范化。

首先承认判例是一种有权司法解释,这是构思判例指导制度的前提。在此前提下,笔者接受李洁教授所持的法官是法律解释主体的看法,并在修正的意义上,接受吴丙新博士的一个观点,即“不管某一判例是由哪一级法院作出的,只要它符合了法律解释之合法性与妥当性的要求,那么它都应当具备刑事司法实体法渊源的资格”。^[45]我将其修正为:无论哪一级法院所作出的判决,只要它符合了法律解释之合法性与妥当性的要求,并具有可仿效性和可参考性,就有资格被作为判例。然而,有资格作为判例的判决,必须通过一定的制度媒介才可能成为一种可以共享的司法知识形态,这就需要建立一个“判例的形成机制”。“判例的形成机制”可以包括两项内容:(1)省级人民法院将本地方各级法院作出的那些具有判例价值的典型案件的判决,进行选择 and 分类整理,将其公布为判例。(2)最高法院可以将自己制作的判决公布为判例,也可以从省级法院公布的判例中选择具有普遍意义的判例再行公布。需要说明的是,判例的公布应当采取明示的形式,即以带有“判例”字样的出版物正式公布。

从我国最高人民法院以各种方式公布案例的现状来看,它们基本上还不具备典型的判例特征。首先,公布的案例少有判决理由,即使有,大多也没有得到充分的阐述;其次,因为没有判决理由,那些案例一般也不是明显的法律解释的载体;再次,所公布的案例的功能并未得到公开的说明,它们仅仅提供着一种默示的参考作用。所以,要真正发挥判例对司法的指导功能,就必须重视判例本身的质量,严格判例遴选的标准。判例遴选的标准应当是:(1)合法性。判例制作的程序合法,判例对实体法的适用正确,没有对法律做出超越解释标准的解释。(2)合理性。在内容合法的同时,判决理由还必须符合情理和社会一般的正义标准,尤其是对于法律标准不明确时的处理,更应符合衡平的精神。(3)明确性。判决所阐述的适用法律的理由必须清晰、准确、完整,具有逻辑自含性和足够的说服力,尤其是判决要旨应得到提炼和归纳。(4)典型性。判例所涉及的法律适用问题带有普遍性,它对法律的理解具有一般的指导性和普遍的参考价值。

关于判例的效力问题,笔者认为应当确立判例的相对的拘束力规则。即:(1)对于最高法院公布的判例,原则上在全国范围内具有拘束力,当遇到同类案件时,如果没有特别的理由,地方各级法院应当遵守判例对法律所作的理解,作出相似的判决。(2)对于省级法院公布的判例,原则上在全省范围内具有拘束力,当遇到同类案件时,如果没有特别的理由,本省下级法院应当遵守判例对法律所作的理解,作出相似的判决。(3)如果地方法院认为自己有理由作出与判例不一致的理解,应当以详细的理由加以阐述,但不需要向公布判例的法院请示。之所以不需要请示,意在保持各级法院相互的独立性和法官个人的独立性,充分尊重各级法院和法官在法律范围内的自由裁量权和法律解释权。当然,对于下级法院与判例不一致的判决,可以通过审级制度加以审查。在审级制度制约下,下级法院的法官不会毫无理由地冒着被上级法院改判的风险而作出明显与判例不一致的判决。

虽然有人认为,建立一种以法官裁量为中心的刑事司法解释体制,需要判例制度的配套,如果没有先例遵循制度或者类似制度,法官裁量权完全没有约束,不同法官的解释结论就可能千奇百怪,刑法面前人人平等将无从谈起,罪刑法定原则也无法实现。^[46]但是笔者

[45] 参见吴丙新:《修正的刑法解释理论》,第160-168页。

[46] 参见林维:《刑法解释的权力分析》,第463页。

仍然认为,类似于先例遵循制度的制度未必就是要赋予判例以强拘束力,如果我们承认法官的独立性以及对法律解释权,那么就不必赋予判例以类似于法律的那种拘束力。实际上,即便在没有判例制度的今天,遇到疑难案件,或者为了让自己的判决更加可靠,法官也习惯于参照上级法院对类似案件曾经作出的判决行事。判例的真实效力应该是来自于它的“说服力”,而不是“拘束力”。其实,即便是在普通法系国家,在类似的案件中,后来的法院虽然必须考虑到先例,给予他们认为是适当的重视,但是法院不是被迫遵循先例,而是可以遵循,如果法院这么做,那是因为先例以其长处,以其推理说服了法院,不是因为先例具有权威性。^[47] 既然判例本质上仍然是一种法律解释,就没必要赋予它们不容置疑的权威。所以,判例制度中也应当包含一种质疑机制,以实现判例的优存劣汰。即,如果法官对判例的说服力能够提出合理的怀疑,就可以做出与判例不一致的判决。如此,司法知识才有可能获得可持续发展的积累,法律也才可能获得可持续发展。

五 结 语

判例制度的导入对立法而言,具有灵活性的意义,因为通过判例对法律不断的解释和具体化,法律的内涵越来越丰富,并且在与现实的交流中被缓慢地发展。对司法而言,判例制度却恰恰具有确定性的意义,因为它将刑法解释纳入了一种制度之中,并为刑法解释提供了一种可以公开传播的载体。无论如何,一种以判例为依托的刑事司法解释体制,必定有利于确保法官群体适用法律的统一性,从而维护刑法的确定性和司法本身的可预测性。随着判例的不断积累,判例的这种功能会表现得更加突出。毋庸置疑的是,法治社会的基本价值是由立法和司法共同承担的,法律的确定与灵活性之间的紧张关系也必须在这两个领域里谋求缓解的途径。在这方面,一种刑法解释模式的判例制度是有其积极意义的,它无疑将会增强刑法的社会适应性。

[Abstract] Under the system of codification, the establishment of a regime of penal precedents corresponding with one's own legal system does not conflict with the principle of legally prescribed punishment for a specified crime. On the contrary, it can guarantee the objectivity of the interpretation of criminal law and a unified application of law, and maintain the certainty of criminal law while enhancing the social adaptability of criminal law. Under the system of codification, although penal precedent does not have the same binding force as compared with that of law, yet acting as a normalized mode of the interpretation of criminal law, it guides, to some extent, judicial activities persuasively. Through the regime of penal precedents, consideration may be given to both certainty and adaptability of criminal law, judicial knowledge can be accumulated and further enriched, and it in turn, can provide legislative activities with a wealth of resources.

(责任编辑:王雪梅)

[47] 参见[英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,第709页。