

刑法指导案例裁判要点功能研究

陈兴良

内容提要:在成文法国家,存在法律规则的细化问题,只有对法律规定本身进行解释和厘定,才能满足对于特殊案件司法审理的需求,这就是指导案例制度出台的合理性所在。截止2017年年底,我国已经颁布了13个刑法指导案例,每一个案例都涉及不同的刑法原理、罪名体系,也体现了指导案例对司法实践不同的影响,通过对这些案例中裁判要点的学理剖析和功能定位,有助于充分发挥案例指导制度的作用。从现有的刑法指导案例来看,对司法实践活动的作用主要体现在以下五种功能中:司法规则的创制功能——相较于司法解释,指导案例能够更为细微、具体地创制规则;条文含义的解释功能——进一步解决条文含义的明确性问题;法律规定的释疑功能——解决条文适用中的理解冲突;刑事政策的宣示功能——为具体案件中的标准掌握提供政策指导;以及刑罚制度的示范功能——指导新刑罚制度的适用,推动刑罚制度创新的法律和社会效果转化。

关键词:指导案例 裁判要点 刑法功能 刑事政策

陈兴良,北京大学法学院教授。

2010年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》的出台,标志着我国案例指导制度的正式建立。案例指导制度建立以后,最高人民法院共颁布了17批92个指导案例(截至2017年11月15日),这些指导案例在司法实践中正在被运用,^[1]这表明案例指导制度的运作情况还是值得期待的。当然,由于目前指导案例的数量较少,覆盖面十分有限,例如刑法指导案例只有13个。^[2]因此,指导案例真正发挥作用还有待时日。

在成文法的制度下,定罪量刑的实体规则主要是法律提供的,这里的法律包括刑法

[1] 最高人民法院指导性案例的运用情况,参见北大法律信息网编写:《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年)》, <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=102434>,最近访问时间[2018-03-23]。

[2] 在最高人民法院颁布的92个指导案例中,刑事指导案例15个,其中,刑事程序指导案例1个,刑事证据指导案例1个,刑法指导案例13个。

典、单行刑法和附属刑法。刑法案例是适用法律的结果,按照罪刑法定原则,对于法无明文规定的行为不得定罪处罚。因此,定罪处罚的法律根据只能是法律规定。然而,法律规定本身具有一定的抽象性,它与案件事实之间存在一定的偏离。这种偏离表现为以下两种情形:第一种是一般与个别的关系。即,刑法规定的是一般情形,而具体案件总是个别的。将一般的法律规定适用于个别案件,需要克服其中的障碍。第二种是普通与特殊的关系。法律是对通常情形的规定,但具体案件则是五花八门、各式各样的。其中,某些案件具有明显的特殊性。能否将普通的法律规定适用于特殊案件,这会给法律理解带来相当大的困扰。在以上两种情形中,一般与个别的关系容易解决,这主要是通过司法三段论的演绎推理。而普通与特殊的关系则较为复杂,它不仅涉及从普通到特殊的推理,而且涉及对法律规定本身的解释与厘定。换言之,在这种情况下,法律规定本身需要进行重新审视。这里就存在一个法律规则的细化问题,只有细则化的法律规定才能满足对于特殊案件的司法审理的要求。“法官只要确定待决案件与指导性案例的事实存在相似性,就可以参照指导性案例中的判决,这意味着法官的法律适用过程可以适当简化,这尤其体现在大前提的寻找、大小前提的连接以及法官的论证义务方面。”^[3]在成文法制度下,判例的功能也就在于此,这就是所谓案例指导制度的规则提供功能。

“案例指导”旨在“指导”,这表明指导性案例同大量的普通案例有所不同,“指导”的内含非常丰富,包括参照、示范、引导、启发、规范、监督等多重含义,需要进行全面理解和把握。^[4]随着指导案例的逐渐累积,裁判要点成为司法规则的重要载体,并且进入法学研究的视野。通观最高人民法院颁布的 13 个刑法指导案例,我们可以发现这些案例的裁判要点,是司法机关此后应当参照适用的规则。这些规则是案例指导制度的精华之所在,对此应当进行深入研究。通过对指导案例裁判要点功能的分析,有助于充分发挥案例指导制度的作用。

一 司法规则的创制功能

案例指导制度的首要功能是创制司法规则,因为只有司法规则才能为此后审理相同或者相似案件提供参照。这里涉及对法律规则体系的分类。在我国法律体系中,法律和行政法规都属于狭义上的法律范畴,而行政规章以及司法解释属于广义上的法律范畴。其中,行政规章是行政部门创制的规范性文件,而司法解释则是最高人民法院创制的规范性文件。在刑法中,因为受到罪刑法定原则的限制,只有法律才能规定犯罪,其他行政法规等都不能规定犯罪。至于司法解释,是根据法律规定所做的细则化规定,对于认定犯罪具有重要意义,在某种意义上说,司法解释是除法律以外的定罪根据。当然,司法解释不能与法律相抵触。在案例指导制度建立之前,最高人民法院主要通过颁布司法解释指导

[3] 王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,《法学》2012 年第 1 期,第 72 页。

[4] 胡云腾:《统一裁判尺度实现司法公正——〈关于案例指导工作的规定〉的解读》,《中国审判新闻月刊》2011 年第 59 期,第 12 页。

各级法院的审判活动。在司法解释中,除了个案性的司法解释以外,其他司法解释都采取了与立法相同的设立一般性规范的方式。虽然相对于法律规定而言,司法解释的规定较为具体,但对于个案而言,司法解释的规定仍然具有抽象性。而案例指导制度建立以后,以裁判要点为载体的司法规则,具有与案例的紧密联系性,以及相对的具体性,因而能够满足司法机关办案的需求。通过以上分析,我们可以看到,法律规则形成了一个从抽象到具体的系统,各自在定罪量刑中发挥着不可替代的作用。在这个法律规则体系中,案例指导制度提供的裁判要点所包含的司法规则,是最为具体而细微的,它在解决某些定罪量刑的疑难问题中具有独特的功能。

在现有的刑法裁判要点中,创制司法规则的功能得到了彰显。在刑法中,盗窃罪与诈骗罪是两种较为常见的财产犯罪。我国刑法对盗窃罪与诈骗罪都采取了叙明罪状的立法方式,在刑法条文中并没有细致描述盗窃罪与诈骗罪的构成要件特征。刑法教义学认为,盗窃罪属于取得型的财产犯罪,而诈骗罪属于交付型的财产犯罪。例如,日本学者大谷实教授在论及盗取罪与交付罪时指出:“作为盗取罪,就是在夺取罪之中,不是基于被害人的意思而取得财物占有的犯罪,即盗窃罪、侵夺不动产罪以及抢劫罪。所谓交付罪,是指基于对方的意思而取得财物占有的犯罪,包括诈骗罪和敲诈勒索罪。”^[5]因此,作为盗取罪的盗窃罪和作为交付罪的诈骗罪之间的区分,就在于财物占有的转移是否基于被害人的意思——如果不是基于被害人的意思则构成盗窃罪,是基于被害人的意思则构成诈骗罪。因此,在具体案件中,区分盗窃罪和诈骗罪的关键就在于对财物占有的转移是否基于被害人意思的判断。在一般情况下,这种判断并不困难。例如甲欺骗乙,说自己的手机丢在乙的宿舍,向乙要宿舍钥匙去拿手机。乙信以为真,就把钥匙给甲,结果甲进入乙的宿舍,把乙抽屉里的1万元人民币据为己有。在这个案例中,甲对乙实施了诈骗行为,骗取了乙的钥匙,并利用乙的钥匙,非法占有了乙的财物。从具有诈骗行为来看,似乎构成诈骗罪。但甲的欺骗行为只是骗取了乙的钥匙。乙对自己的财物既没有处分意思,也没有处分行为,也就是说,甲不是基于被害人乙的处分意思和处分行为而取得乙1万元人民币的占有。因此,对于本案中的甲应当认定为盗窃罪而不是诈骗罪。

在某些案件中,被骗人具有处分行为,但如何认定是否基于被害人的意思而取得对他人财物的占有,存在一定的争议。例如,日本学者西田典之教授曾经举过一个例子:甲发现乙的书中夹有一张1万日元钞票,于是便以100日元的价格买下了这本书。那么,甲对于非法占有乙的1万日元究竟构成盗窃罪还是诈骗罪?对此,西田典之教授介绍了两种不同的观点。其中,意识性处分行为说认为,构成诈骗罪的处分行为,被害人需要认识到将某种特定财物转移给对方,据此,本案构成盗窃罪。无意识处分行为说则认为,在可以肯定某种财物的占有已依照被诈骗人的意思发生了终极性转移的情况下,没有必要要求被诈骗人认识到各个财物的转移,因而构成诈骗罪。^[6]在日本刑法学界,意识性处分行为说是通说,但西田典之教授持无意识性处分行为说,认为只要可以肯定财物或财产性利

[5] [日]大谷实著:《刑法讲义各论》(新编第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第166页。

[6] 参见[日]西田典之著:《日本刑法各论》(第3版),刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第152页。

益的占有已基于被诈骗人的意思转移至对方,便可以肯定诈骗罪。在这个案件中,甲具有处分书的意思但并无处分 1 万日元的意思,对此认定为对这 1 万日元的诈骗存在一定的问题。当然,即使是主张意识性处分行为说的山口厚教授也对处分意思的内容做较为宽泛的理解,因此在一定程度上消解了意识性处分行为说与无意识性处分行为说的对立。山口厚教授指出:“在基于受骗者的转移意思而转移了物或者财产性利益的场合,即便对所转移的物或者财产性利益的价值、内容、数量存在错误,也可存在‘基于’意思的占有转移,进而肯定存在交付行为,并最终成立诈骗罪”,他甚至认为,“只要是出于占有转移意思,即便并未认识到所转移的物或者财产性利益的存在亦可认定为诈骗罪。”^[7]按照这一观点,则意识性处分行为说与无意识性处分行为说的对立泯然消失。

在我国刑法理论中,较为通行的还是有意识处分行为说。例如,张明楷教授对意识性处分行为的认定做了以下归纳:第一,在受骗人没有认识到财产的真实价值(价格)但认识到处分了该财物时,应认为具有处分意思;第二,在受骗人没有认识到财产(或财物)的数量但认识到处分了一定的财产时,也宜认定为具有处分意思;第三,在受骗人没有意识到财产的种类而将财产转移给行为人时,不宜认定具有处分意思;第四,在受骗人没有认识到财产的性质而将财产转移给行为人时,也不宜认定具有处分意思。^[8]据此,没有认识到财物的真实价值、数量的场合,张明楷教授认为应当肯定存在处分意思;没有认识到财物的种类、性质则应当否定存在处分意思。因此,甲欺骗乙,将一幅价值连城的名画说成是一文不值的普通画作,因而以低价购买。在这种情况下,乙虽然没有认识到画作的价值,但应当认定其具有处分意思。而前面所举案例,甲发现乙的书中夹有一张 1 万日元钞票,于是便以 100 日元的价格买下了这本书。因为书与 1 万日元是不同种类的错误,因而否定乙具有对 1 万日元的处分意思。

在我国司法实践中,对于盗窃罪与诈骗罪的区分,到底是采用意识性处分行为说还是无意识性处分行为说,存在一定争议,由此会影响案件的正确处理。尤其是在网络侵财犯罪中,如何区分盗窃罪和诈骗罪更为复杂,指导案例 27 号臧进泉等盗窃、诈骗案就是一个典型。^[9]本案主要创制了网络盗窃与诈骗的区分规则,裁判要点指出:“行为人利用信息网络,诱骗他人点击虚假链接而实际通过预先植入的计算机程序窃取财物构成犯罪的,以盗窃罪定罪处罚。”^[10]

在本案中,被害人金某以为是在支付 1 元人民币,但实际上被告人臧进泉植入了支付 305000 元的计算机程序的虚假链接。因此,在金某支付 1 元人民币的意思支配下,支付了 305000 元人民币。对此,裁判要点认为应当以盗窃罪论处而不是诈骗罪。之所以认定为盗窃罪,主要是因为被害人金某具有支付 1 元的意思而没有支付 305000 元的意思。由

[7] [日]山口厚著:《刑法各论》(第 2 版),王昭武译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 302 页。

[8] 参见张明楷:《刑法学》(第 5 版),法律出版社 2016 年版,第 1003 - 1004 页。

[9] 具体案情参见指导案例 27 号:臧进泉等盗窃、诈骗案,<http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13333.html>,最近访问时间[2018-04-23]。

[10] 参见指导案例 27 号:臧进泉等盗窃、诈骗案,<http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13333.html>,最近访问时间[2018-04-23]。

此可见,该裁判要点对于处分意思是采取了较为严格意义上的意识性处分行为说。因为1元与305000元都属于人民币,是同一类型的财物,只不过有数量差异而已。因此,即使按照张明楷教授较为宽泛的处分意思的理解,在受骗人没有认识到财产(或财物)的数量但认识到处分了一定的财产时,也宜认定为具有处分意思。据此,对于本案被告人就应当认定为诈骗罪而不是盗窃罪。而根据本案的裁判要点,即使是同一类型的财物,如果没有明确认识,也否定具有处分意思。本案确立的认定诈骗罪的处分意思的规则,将在一定程度上扩大盗窃罪的范围而限缩诈骗罪的范围。

对于上述指导案例创制的司法规则,无论我们赞同其结论与否,其对司法实践中区分盗窃罪与诈骗罪的规范作用是客观存在的,而且这一司法规则与以往我国区分盗窃罪与诈骗罪的实务做法也是相同的。

从指导案例27号臧进泉等盗窃、诈骗案的裁判要点,可以看到,案例指导制度创制的司法规则与司法解释相比,更为细微、更为具体。类似此种区分盗窃罪与诈骗罪的司法规则很难想象可以采用司法解释的方式创制。

当然,在已经颁布的指导案例中,也存在重复司法解释的现象。例如,指导案例3号潘玉梅、陈宁受贿案,裁判要点包含以下内容:(1)国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人以“合办”公司的名义获取“利润”,没有实际出资和参与经营管理的,以受贿论处。(2)国家工作人员明知他人有请托事项而收受其财物,视为承诺“为他人谋取利益”,是否已实际为他人谋取利益或谋取到利益,不影响受贿的认定。(3)国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,以明显低于市场的价格向请托人购买房屋等物品的,以受贿论处,受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。(4)国家工作人员收受财物后,因与其受贿有关联的人、事被查处,为掩饰犯罪而退还的,不影响认定受贿罪。^[11]

潘玉梅、陈宁受贿案是最高人民法院颁布的第一个指导案例,涉及受贿罪的定罪处罚。潘玉梅、陈宁受贿案提炼的4个裁判要点都与以交易形式收受贿赂案件相关,在之前的法律文件中都能找到对应的规定。比如第1、3、4个裁判要点可见于最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)第3条第2款关于以开办公司等合作投资名义收受贿赂问题的规定、第1条关于以开办公司等合作投资名义收受贿赂问题的规定和第9条关于收受财物后退还或者上交问题的规定。第2个裁判要点则与2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要(一)》)第3条(二)关于“为他人谋取利益”的认定的规定相呼应。由此可见潘玉梅、陈宁受贿案的裁判要点其实是在重申此前司法解释中的已有规定,并没有创制新的规则。

指导案例的裁判要点如何避免与司法解释的规定相重合,这是一个值得思考的问题。而潘玉梅、陈宁受贿案作为第一个刑法指导案例,其裁判要点就与既往的司法解释

[11] 参见指导案例3号潘玉梅、陈宁受贿案, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-4216.html>, 最近访问时间[2018-04-23]。

发生重合,这是令人遗憾的。司法解释与裁判要点虽然都提供规则,但相对来说,司法解释的位阶要高于裁判要点,在这种司法解释规定与裁判要点重合的情况下,只能援引司法解释的规定,不可能也不需要再参照裁判要点。如此,则使得该指导案例的裁判要点束之高阁。

二 条文含义的解释功能

刑法规定是以文字形式呈现的,因此,对刑法文本的处理首当其冲的就是对条文含义的理解。在刑法的立法中,如何表述条文内容这是一个值得研究的问题。条文是法律规定的载体,条文要把法律规定的內容准确地表达出来。但法律规定毕竟不是法学教科书,在对法律规定的內容进行表达的时候,如果过多地采用定义式的表达,则每个法律概念都需要加以定义,这样的法律在表达上就显得有所窒碍而难以畅快。所以,只有极少数特别重要的法律概念才需要在法律中予以定义,而这种定义一般都设立专章或者专节加以规定。例如,我国刑法总则第五章其他规定,除了个别规定属于创制性规定以外,大多数规定都属于含义解释的性质。例如,第 91 条对公共财产含义的解释、第 93 条对国家工作人员含义的解释、第 95 条对重伤含义的解释、第 97 条对首要分子含义的解释等。在刑法分则中对某些犯罪,也采取了定义式的规定。例如我国刑法第 382 条第 1 款对贪污罪的规定:“国家工作人员利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的,是贪污罪。”这是典型的定义式规定,为贪污罪下了一个定义。刑法第 385 条第 1 款对受贿罪的规定,也采用了定义式的立法方式:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。”这种定义式的立法方式具有简要明确的优点,对于较为重要的罪名采取这种立法方式具有一定的必要性。当然,对于其他犯罪还是采用叙述性的表达方法较为妥当。

即使采用定义式的立法方式,也不能完全解决条文含义的明确性问题,还需要进行进一步解释。这种解释,有些是通过司法解释完成的,而大多数是通过刑法教义学的分析完成的。当然,在案例指导制度建立以后,通过裁判要点对某些刑法条文含义进行解释,也是一种可行的办法。例如,指导案例 11 号杨延虎等贪污案的裁判要点,就分别对贪污罪的利用职务上的便利做了解释:“贪污罪中的‘利用职务上的便利’,是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件,既包括利用本人职务上主管、管理公共财物的职务便利,也包括利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员的职务便利。”^[12]这一解释,对于贪污罪的正确认定具有参考价值。

在我国刑法中,利用职务上的便利是职务犯罪的构成要件之一,这些职务犯罪都离不开对于职务便利的不当利用。在刑法分则第八章贪污贿赂罪中,除了贪污罪外,挪用公款罪、受贿罪都规定了利用职务上的便利。此外,刑法分则第五章侵犯财产罪中,挪用资金

[12] 参见指导案例 11 号:杨延虎等贪污案, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13308.html>, 最近访问时间 [2018-05-01]。

罪、职务侵占罪也规定利用职务上的便利。对于这些职务犯罪来说,利用职务上的便利是构成犯罪不可或缺的要件之一。我们注意到,在有关司法解释中,只对受贿罪的利用职务上的便利进行了较为详细的规定。因为受贿罪是国家工作人员利用职务上的便利,收受他人财物或者索取他人财物。

尽管受贿罪的行为是收受财物或者索要财物,但其前提是利用职务上的便利。籍此,将国家工作人员没有利用职务上的便利,也就是与职务无关的收受财物或者索要财物的行为与受贿行为区分开来。《纪要(一)》第3条(一)关于“利用职务上的便利”的认定规定:“刑法第385条第1款规定的‘利用职务上的便利’,既包括利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权,也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。担任单位领导职务的国家工作人员通过不属自己主管的下级部门的国家工作人员的职务为他人谋取利益的,应当认定为‘利用职务上的便利’为他人谋取利益。”在这一规定中,受贿罪的利用职务上的便利被分为三种情形:(1)利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权;(2)利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权;(3)担任单位领导职务的国家工作人员通过不属自己主管的下级部门的国家工作人员的职务为他人谋取利益。其中,第三种情形,是特别对担任单位领导职务的国家工作人员所做的规定,在一定程度上扩大了受贿罪的利用职务上的便利的范围。

对于挪用公款罪的利用职务上的便利,也有类似规定。例如,《纪要(一)》第4条(三)国有单位领导向其主管的具有法人资格的下级单位借公款归个人使用的认定中规定:“国有单位领导利用职务上的便利指令具有法人资格的下级单位将公款供个人使用的,属于挪用公款行为,构成犯罪的,应以挪用公款罪定罪处罚。”在这种情况下,公款处于下级单位国家工作人员的管理之中,但上级国有单位领导利用职务上的便利指令具有法人资格的下级单位将公款供个人使用的,应当认定上级国有单位领导构成挪用公款罪的正犯而非共犯。

贪污罪所贪污的一般都是本单位财物,因此,国家工作人员利用职务上的便利也相对容易认定,即利用职务上主管、管理、经营、经手公共财物的权力及方便条件。这一界定,既包括了直接接触公共财物的利用职务便利的情形;同时又包括了并不直接接触但对于公共财物具有支配权力的利用职务便利的情形,可以说是较为全面地概括了贪污罪的利用职务上的便利的各种情形。但在司法实践中,存在着利用具有隶属关系的国家工作人员的职务便利,将公共财物非法占为己有的情形。在这种情况下,将担任领导职务的国家工作人员和与其具有隶属关系的国家工作人员认定为贪污罪的共犯,在刑法教义学上也是可以成立的。但考虑到在这种情形中,担任领导职务的国家工作人员是贪污的主使者,而且非法占有的公共财物也归属于担任领导职务的国家工作人员,具有隶属关系的国家工作人员只是被利用者。因此,就有必要对贪污罪的利用职务上的便利进行适当的扩大解释,将这种情形中的贪污认定为是担任领导职务的国家工作人员利用职务便利实施的。此类案件在现实生活中也时有发生。例如,指导案例11号杨延虎等贪污案就是典型,本案的“利用职务便利”是一种不直接接触但对于公共财物具有支配权力的利用职务便利

的情形。^[13]

在上述杨延虎贪污案中,其贪污手段是利用职务上的便利,骗取拆迁补偿款。从案件情况来看,杨延虎担任项目指挥部总指挥,而虚假的拆迁安置发放补偿款等行为则是在其指使下,由隶属的国家工作人员实施的。因此,在本案审理过程中,被告人杨延虎的辩护人提出杨延虎没有利用职务便利的辩护意见。对此,法院认为:“义乌国际商贸城指挥部系义乌市委、市政府为确保国际商贸城建设工程顺利进行而设立的机构,指挥部下设确权报批科,工作人员从国土资源局抽调,负责土地确权、建房建设用地的审核及报批工作,分管该科的副总指挥吴某某也是国土资源局的副局长。确权报批科作为指挥部下设机构,同时受指挥部的领导,作为指挥部总指挥的杨延虎具有对该科室的领导职权。贪污罪中的‘利用职务上的便利’,是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件,既包括利用本人职务上主管、管理公共财物的职务便利,也包括利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员的职务便利。本案中,杨延虎正是利用担任义乌市委常委、义乌市人大常委会副主任和兼任指挥部总指挥的职务便利,给下属的土地确权报批科人员及其分管副总指挥打招呼,才使得王月芳等人虚报的拆迁安置得以实现。”^[14]这一裁判理由将具有隶属关系的国家工作人员的职务便利归属于担任领导职务的杨延虎,将其认定为本案贪污罪的正犯,是具有合理性的,对处理同类贪污案件具有参照意义。

应当指出,在通过指导案例的裁判要点对刑法条文含义进行解释的时候,应当严格遵循罪刑法定原则,禁止类推解释。以往在司法解释中,也存在个别超越条文语义范围的解释,有违罪刑法定原则。这种情形,在指导案例的裁判要点中应当避免。

三 法律规定的释疑功能

法律规定的含义应当具有明确性与唯一性,这是对立法的基本要求。然而,并不是所有立法都能做到这一点。在法律规定中,或多或少地存在模糊性,因此就会出现理解上的疑惑。在这种情况下,对于法律规定的不同理解,就会导致不同的案件处理结果。例如,指导案例 61 号马乐利用未公开信息交易案,就涉及对援引法定刑的理解问题。

刑法中的法定刑立法规定,可以分为绝对法定刑和相对法定刑,以及独立法定刑和援引法定刑。我国刑法对于法定刑不采绝对法定刑而采相对法定刑,相对法定刑具有一定的量刑幅度,赋予法官一定的刑罚裁量权。对具体犯罪一般都采独立法定刑,即对某一犯罪设立独立的法定刑。与此同时,我国刑法对个别犯罪采用援引法定刑,即没有规定独立法定刑,而是援引其他犯罪的法定刑处罚的情形。应当指出,援引法定刑并不是一种独立

[13] 具体案情参见指导案例 11 号:杨延虎等贪污案, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13308.html>,最近访问时间[2018-05-01]。

[14] 参见指导案例 11 号:杨延虎等贪污案, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13308.html>,最近访问时间[2018-05-01]。

的法定刑配置模式,而是为了减少条文表述的繁琐与臃肿而采用的一种法定刑规定方式。对此,周光权教授做了以下论证:“从法定刑的特性上看,援引法定刑具有依附性而不具有独立性,它必须援引其他条文的法定刑才得以存在,往往随着其他条文的法定刑的变动而升降,恰恰是这种特点决定了不可能独立出来,而仅仅是立法上对法定刑的使用,本身没有新的法定刑内容规定。援引法定刑条文的法定刑的立法方式取决于被援引条文法定刑的立法方式,因此,将其独立作为一种法定刑配置模式看待既无充分理由亦无多大意义。”^[15]由此可见,援引法定刑的最大特征是针对被援引的法定刑的依附性。

我国刑法第180条第4款关于利用未公开信息交易罪就采用了援引法定刑的立法方式:“证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员,利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息,违反规定,从事与该信息相关的证券、期货交易活动,或者明示、暗示他人从事相关交易活动,情节严重的,依照第一款的规定处罚。”需要指出的是,该款规定是《刑法修正案(七)》增设的,主要是为了惩治证券交易所中的“老鼠仓”行为。该款规定并没有对利用未公开信息交易罪规定独立法定刑,而是采用了援引法定刑。被援引的是内幕交易、泄露内幕信息罪的法定刑,该法定刑是:情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。也就是说,根据情节轻重,我国刑法第180条将内幕交易、泄露内幕信息罪的法定刑分为两个量刑幅度。但在第180条第4款援引法定刑的规定中,只规定情节严重的,依照第一款的规定处罚。这是一个容易产生歧义的规定。对此,就会产生两种不同的理解:第一种观点认为,被援引的法定刑分为情节严重和情节特别严重两个量刑幅度,但援引法定刑只规定了情节严重而没有规定情节特别严重。因此,利用未公开信息交易罪的法定刑只能是处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金。第二种观点则认为,虽然援引法定刑只规定了情节严重,但这并不表明只是对情节严重的法定刑的援引,而同样是对情节严重和情节特别严重这两个法定刑的援引。例如,张明楷教授指出:“在刑法分则条文采用援引法定刑时,只要就基本构成要件做出表述即可,没有必要同时表述基本构成要件与加重构成要件,否则不能达到减少法条表述的目的。既然刑法条文对利用未公开信息交易罪援引了内幕交易、泄露内幕信息罪的法定刑,就表明这两个罪的不法与责任程度是相当的。而且,既然两个犯罪的基本犯均以情节严重为前提,而立法者又认为二者的不法与责任程度相当,并且采用援引法定刑,就表明二者在情节特别严重时,不法与责任的程度也是相当的。因此,应当认为,利用未公开信息交易的行为一共存在三种情形:一是情节不严重,二是情节严重,三是情节特别严重。对第一种情形当然不得以犯罪论处;对第二、三种情形应当分别选择内幕交易、泄露内幕信息罪的基本法定

[15] 周光权著:《法定刑研究——罪刑均衡的建构与实现》,中国方正出版社2000年版,第79页。

刑与升格法定刑。”^[16]虽然第一种观点只是限于对援引法定刑规定字面理解,但在对该法律规定存在歧义,而这种歧义又对被告人的权益具有重大影响时,是否应当采用有利于被告人的解释方法,也是值得思考的问题。

指导案例 61 号马乐利用未公开信息交易案的审理过程,充分展示了对援引法定刑适用上的争议。^[17]从本案的审理过程来看,一审法院和二审法院都坚持认为,在刑法第 180 条第 4 款只规定情节严重的情况下,不能理解为对刑法第 180 条第 1 款规定的法定刑的全部援引而只是部分援引,因此对马乐利用未公开信息交易行为适用情节特别严重的法定刑。检察机关则对此提出抗诉,认为虽然刑法第 180 条第 4 款只规定了情节严重而没有规定情节特别严重,但仍然应当认为这是对刑法第 180 条第 1 款规定的法定刑的全部援引,理由有三:首先,援引的重要作用就是减少法条重复表述,只需就该罪的基本构成要件作出表述,法定刑全部援引即可;如果法定刑不是全部援引,才需要对不同量刑档次作出明确表述,规定独立的罚则。其次,刑法第 180 条第 4 款“情节严重”的规定是入罪标准,作此规定是为了避免“情节不严重”也入罪,而非量刑档次的限缩。最后,从立法和司法解释先例来看,刑法第 285 条第 3 款也存在相同的文字表述:2011 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第 3 条明确规定了刑法第 285 条第 3 款包含有“情节严重”、“情节特别严重”两个量刑档次。司法解释的这一规定,表明了最高司法机关对援引法定刑立法例的一贯理解。^[18]最高人民法院采纳了最高检的抗诉意见,认为应当解释为全部引用,理由有三:第一,从刑罚的立法目的角度,利用未公开信息交易罪与内幕交易、泄露内幕信息罪规定在同一法条中,说明两罪的违法与责任程度相当,利用未公开信息交易罪也应当适用“情节特别严重”。第二,从法条文意角度,刑法第 180 条第 4 款中的“情节严重”是入罪条款,并不兼具量刑条款的性质。第三,从立法技术角度,刑法第 180 条第 4 款援引法定刑的目的是为了避免法条文字表述重复,并不属于法律规定不明确的情形。^[19]

由此归纳出本案的裁判要点:“刑法第 180 条第 4 款规定的利用未公开信息交易罪援引法定刑的情形,应当是对第一款内幕交易、泄露内幕信息罪全部法定刑的引用,即利用未公开信息交易罪应有‘情节严重’‘情节特别严重’两种情形和两个量刑档次。”

尽管在马乐利用未公开信息交易案中,对于援引法定刑的理解存在争议,但随着最高人民法院判决结果的出台,这一争议最终得到化解。而最高人民法院将该案遴选为指导案例,这不仅对于此后审理利用未公开信息交易案具有参照意义,而且对于其他援引法定刑的适用也具有参考价值。例如,刑法第 285 条第 3 款对提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪规定了援引法定刑:“提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的

[16] 张明楷:《论援引法定刑的适用》,《人民法院报》2014 年 11 月 12 日第 7 版。

[17] 具体案情参见指导案例 61 号:马乐利用未公开信息交易案, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-27541.html>, 最近访问时间[2018-05-01]。

[18] 参见最高人民检察院指导案例 24 号:马乐利用未公开信息交易案。

[19] 参见最高人民法院指导案例 61 号:马乐利用未公开信息交易案。

程序、工具,或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具,情节严重的,依照前款的规定处罚。”在这一援引法定刑的规定中,同样只规定了情节严重而没有规定情节特别严重。参照马乐利用未公开信息交易案的裁判要点,提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的法定刑包括“情节严重”“情节特别严重”两种情形和两个量刑档次。

四 刑事政策的宣示功能

刑事政策对于刑法的实施起着十分重要的指导作用,尤其是我国的司法实践,受到刑事政策的影响还是比较大的。这里需要处理的是刑法规定与刑事政策之间的关系问题,以及刑事政策与刑法教义学的关系问题。从1949年中华人民共和国成立开始,到1979年刑法颁布之前,我国处于没有刑法典,只有极少几部单行刑法的状态。在这个时期,刑事政策起到了刑法的作用。在刑法颁布以后,如何处理刑法规定与刑事政策的关系,就成为一个值得研究的问题。应该说,刑法适用并不排斥刑事政策的指导,因此,我们应当将刑事政策纳入刑法范畴,使刑法具有能动性和适应性,从而及时并适当地回应社会的需求。当然,我们也要避免刑事政策突破罪刑法定原则的限制。在此,如何拿捏刑法规定与刑事政策的关系,是一个极为重要的课题。

死刑是刑法中一个重大问题,它关涉人的生死。我国刑法对死刑制度做了较为细致的规定,为司法机关正确适用死刑提供了法律根据。然而,死刑适用本身又是一项政策性极强的活动,不可避免地受到国家死刑政策的影响。我国对于死刑的基本政策是:在保留死刑的前提下,谨慎地适用死刑,避免死刑冤案的发生。这也就是以下三句话所表达的意思:不可不杀、不可多杀、防止错杀。当然,在不同时期,受到犯罪变动和治安形势的影响,死刑政策也会存在一定的起伏变动。例如,在1983年开始的严打期间,死刑适用范围较宽,死刑案件较多,这是一个死刑适用强化的阶段。而在中央提出宽严相济刑事政策以后,死刑适用受到限制。值得注意的是,在案例指导制度建立之前,死刑政策主要在有关司法文件中进行表述。例如,1999年最高人民法院印发的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》(以下简称《纪要(二)》)第二部分中对故意杀人罪的死刑适用界限掌握的政策界限做出了具体规定,其中特别提及因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪的死刑适用问题,提出了要与社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件区别对待的政策精神。同时,还对三种情形,即(1)被害人一方有明显过错,(2)对矛盾激化负有直接责任,(3)被告人有法定从轻处罚情节的案件,明确提出一般不应判处死刑立即执行。应该说,这一死刑政策是要严格限制死刑适用。《纪要(二)》虽然是针对维护农村稳定刑事审判工作而制定的,但颁布以后,其适用范围并不限于农村地区,而是对所有死刑案件都具有指导作用。此外,2010年最高人民法院颁布的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》(以下简称《意见》)对死刑适用中如何掌握宽严相济刑事政策问题也做了明文规定,指出:“要准确理解和严格执行‘保留死刑,严格控制和慎重适

用死刑’的政策。对于罪行极其严重的犯罪分子,论罪应当判处死刑的,要坚决依法判处死刑。要依法严格控制死刑的适用,统一死刑案件的裁判标准,确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。拟判处死刑的具体案件定罪或者量刑的证据必须确实、充分,得出唯一结论。对于罪行极其严重,但只要是依法可不立即执行的,就不应当判处死刑立即执行。”这些规范性文件的规定,都阐述了死刑政策。当然,由于这些规定是以抽象的条文形式出现的,在具体案件中如何区分死刑立即执行与死刑缓期执行的界限,仍然需要结合具体案件加以判断。指导案例 4 号王志才故意杀人案的裁判要点就为在死刑适用中如何掌握标准,提供了刑事政策的指导。^[20]

值得注意的是,王志才故意杀人案是在一审、二审判处死刑立即执行以后,在报请最高人民法院核准时,因未核准而发回。二审法院对本案进行了重审,最终判处王志才死刑,缓期二年执行,同时决定对其限制减刑。指导案例 4 号王志才故意杀人案的裁判要点指出:“因恋爱、婚姻矛盾激化引发的故意杀人案件,被告人犯罪手段残忍,论罪应当判处死刑,但被告人具有坦白悔罪、积极赔偿等从轻处罚情节,同时被害人亲属要求严惩的,人民法院根据案件性质、犯罪情节、危害后果和被告人的主观恶性及人身危险性,可以依法判处被告人死刑,缓期二年执行,同时决定限制减刑,以有效化解社会矛盾,促进社会和谐。”

在王志才故意杀人案的重审判决中,对王志才适用了限制减刑。限制减刑制度是《刑法修正案(八)》增设的一种死缓执行制度,《刑法修正案(八)》将我国刑法第 50 条第 2 款修改为:“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”限制减刑制度提高了判处死缓而未执行死刑的犯罪分子改判无期徒刑以后,实际执行的刑罚期限,从而加重了死缓的惩治程度。当然,限制减刑的功能并不是单纯地加重死缓的刑罚执行期限,而是为减少死刑立即执行创造条件,即以死缓作为死刑立即执行的替代措施。我国学者认为,适用限制减刑的情形应该确立如下标准:(1)行为人具有法定可以从轻的情节,罪该致死但判处死刑立即执行处罚过重,判处死刑缓期执行(不限制减刑)又处罚过轻;(2)行为人实施犯罪的手段不是特别残忍;(3)行为人所针对的犯罪对象不是无辜的特殊群体;(4)行为人是基于可宽恕的动机实施了犯罪行为;(5)从行为人在犯罪发生后所表现出来的认罪和悔罪态度上分析可得出其再犯可能性较小或者没有再犯可能性;(6)从最终的法律适用效果上考虑,对行为人限制减刑可以达到法律效果和社会效果的有机统一。^[21] 在王志才故意杀人案中,被告人具有故意杀人手段特别残忍和被害人亲属不予谅解这两项从重处罚情节,同时具有坦白悔罪、积极赔偿被害方经济损失、平时表现较好这三项从宽处罚情节,最终法院在改判死缓的同时,对王志才适用限制减刑,体现

[20] 具体案情参见指导案例 4 号王志才故意杀人案, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-4217.html>, 最近访问时间[2018-05-01]。

[21] 参见孙万怀、耿国美:《限制减刑的性质、适用标准及其最终解决》,《法制与社会发展》2014 年第 4 期,第 187 页。

了限制适用死刑的政策精神。

在指导案例中,除了王志才故意杀人案以外,指导案例 12 号李飞故意杀人案也是体现限制适用死刑的政策精神的案例。该案的裁判要点指出:“对于因民间矛盾引发的故意杀人案件,被告人犯罪手段残忍,且系累犯,论罪应当判处死刑,但被告人亲属主动协助公安机关将其抓捕归案,并积极赔偿的,人民法院根据案件具体情节,从尽量化解社会矛盾角度考虑,可以依法判处被告人死刑,缓期二年执行,同时决定限制减刑。”^[22]可以看出,李飞故意杀人案与王志才故意杀人案具有较大的类似性。最高人民法院先后颁布两个限制死刑适用的指导案例,表明对于限制死刑政策的进一步强调。因此,上述两个指导案例具有死刑刑事政策的宣示功能。

五 刑罚制度的示范功能

我国刑法近些年来在刑罚制度创新方面取得了瞩目的成果,体现出立法机关的积极进取精神,这是值得赞许的。这些刑罚制度创制以后,如何正确地在司法实践中适用,这是关系到刑罚制度创新能否转化为法律效果和社会效果的关键之所在。在刑法指导案例中,指导案例 14 号董某某、宋某某抢劫案具有对刑罚制度的示范功能。该案的裁判要点指出:“对判处管制或者宣告缓刑的未成年被告人,可以根据其犯罪的具体情况以及禁止事项与所犯罪行的关联程度,对其适用‘禁止令’。对于未成年人因上网诱发犯罪的,可以禁止其在一定期限内进入网吧等特定场所。”^[23]由此可见,董某某、宋某某抢劫案涉及的是我国刑法中的禁止令制度。

禁止令是《刑法修正案(八)》增设的一项刑罚制度,根据《刑法修正案(八)》的规定,对于判处管制和宣告缓刑的罪犯,人民法院可以“同时禁止罪犯在执行期间从事特定活动,进入特定区域、场所,接触特定的人”。根据这一规定,禁止令不是一种刑罚方法,而是非监禁刑具体执行方式,它具有对管制、缓刑等刑罚制度的附属性。禁止令是为了防止服刑人员再次接触犯罪诱因,促进犯罪分子教育矫正,有效维护社会秩序,可以说是一种社会管理创新。

为了正确贯彻禁止令制度,2011 年 4 月 28 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定(试行)》(以下简称《规定》)为正确适用《刑法修正案(八)》,确保管制和缓刑的执行效果,根据刑法和刑事诉讼法的有关规定,就判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令的适用对象、适用原则、禁止从事活动的内容、禁止进入的区域或者场所、禁止接触的人员等逐条作出规定,此外,《规定》中还明确了禁止令的期限、适用程序、宣告、执行、监督、期

[22] 参见指导案例 12 号:李飞故意杀人案, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13317.html>, 最近访问时间[2018-05-01]。

[23] 参见指导案例 14 号董某某、宋某某抢劫案, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13320.html>, 最近访问时间[2018-05-01]。

限的缩短以及违反禁止令的处理办法。

这一《规定》为正确贯彻执行禁止令制度提供了规范根据,从内容来看,已经基本完全涵盖禁止令制度实行的方方面面,但还是较为抽象的。为了进一步提供示范,最高人民法院于 2013 年 1 月 31 日又颁布了指导性案例,指导禁止令的适用。^[24]

董某某、宋某某属于未成年人犯罪,而且其犯罪与迷恋于网络游戏之间具有密切关系。在这种情况下,在判处两被告人缓刑的同时,对他们适用禁止令,将其与引发其犯罪的场所隔离,即禁止进入网吧等特定场所,有助于家长和社区有效管教,起到预防再犯的作用。正如有论者指出:“该案例涉及如何适用《刑法修正案(八)》有关禁止令的规定,特别是针对未成年人因到网吧上网而诱发犯罪的如何适用禁止令,做出了示范性裁判,有利于指导审判实践正确适用禁止令规定,加强对被判处非监禁刑犯罪分子的有效监管,充分发挥其预防和减少再犯罪、维护社会和谐稳定的作用。”^[25]示范性的指导案例尽管没有创制司法规则,但对于法律制度的正确适用具有示范效果,因而值得肯定。

[Abstract] In statutory law countries, there exists the issue of elaboration of legal rules. Only through interpretation and clarification, can legal provisions themselves meet the needs of the judicial trial in specific cases—which is the rationality behind the case guidance system. By the end of 2017, China has promulgated 13 cases of criminal law guidance involving different criminal law principles and crime systems, and demonstrating different impacts of guiding cases on judicial practice. Theoretical analysis and functional orientation of the main points of judgments in these cases are conducive to giving full play to the functions of the case guidance system. Existing cases of criminal law guidance show that their impact on judicial practice is mainly embodied in the following five functions: the creation of judicial rules—compared with judicial interpretation, guiding cases can create rules in a more subtle and specific way; the explanation of the meanings of legal provisions, namely to further enhance the certainty of legal provisions; clarification of legal provisions, namely to solve the conflicts of understanding in the application of legal provisions; the declaration of criminal policies, namely to provide policy guidance for the correct understanding and application of standards in specific cases; and demonstration of the criminal penalty system, namely to guide the application of the new criminal penalty system and to promote the transformation of the institutional innovations of the criminal penalty system into legal and social effects.

(责任编辑:贾元)

[24] 具体案情参见指导案例 14 号董某某、宋某某抢劫案, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13320.html>, 最近访问时间[2018-05-01]。

[25] 李兵:《指导案例 14 号〈董某某、宋某某抢劫案〉的理解与参照》,《人民司法·案例》2014 年第 6 期,第 30 页。