

刑事裁判中法律学说的运用困境 及其解决路径

梁 健*

内容提要 刑事案件裁判说理难题为法律学说的司法适用提供了契机。合理运用法律学说既有助于强化刑事裁判文书的说理,也有利于法律学说的创新发展。但目前法律学说在刑事裁判中存在不被法官重视、援引的必要性和关联性不足、援引的规范性标准不清等困境,还潜藏着论证不周延、引发同案不同判、造成裁判说理对象错位等风险。为此,有必要探明刑事裁判中运用法律学说的困局之因与正当性所在,进而系统构建其具体运用机制:一是法律学说的司法适用应当遵从必要性、关联性、合理性三项基本原则;二是明确法律学说在刑事裁判中的运用条件、程序、方式等制度标准;三是通过援引法学通说、借鉴法律评注机制、创新运用法律学说、发布指导性案例等方式,全面拓宽法律学说与刑事裁判的沟通机制。未来,法律学说与刑事司法实践需进一步加强沟通互动,法律学说需要更加聚焦于司法现实问题,并将学术创新成果及时投入司法实践予以检验;司法实践也要更加倚重法律学说的论证支撑,并实质性助推法律学说创新发展。

关键词 法律学说 刑事裁判 司法实践 制度标准 沟通机制

目 次

- 一、引言
- 二、刑事裁判中法律学说的运用困境和潜藏风险
- 三、刑事裁判中法律学说运用的困局归因与正当性分析
- 四、刑事裁判中法律学说的运用机制构建
- 五、法律学说与刑事司法实践的良性互动

* 浙江大学光华法学院特聘研究员。

一、引言

随着裁判文书释法说理改革的深化,刑事司法裁判逐渐突破机械主义,不断输出实定法下的实践理性,并呈现出一定程度的个性化与多样态,其中一个显著特点就是法律学说在刑事裁判文书中的灵活运用。《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(以下简称《指导意见》)中规定法官可以援引“法理及通行学术观点”,^①这使得裁判文书援引法律学说进行释法说理“有法可依”。法律学说本身并无统一的内涵界定,一般主要指由官方和权威法学家提出和诠释的原则、规则、概念和标准,或者是案例类型、法律秩序的系统理论,并可以由此系统及其逻辑内涵作出法律推理。^②目前,我国最高司法机关对援引法律学说释法说理仅作了原则性规定,司法实践对援引适用法律学说也缺乏具体的操作规则,援引的条件、对象及程序等均未明确,导致各地司法机关及司法人员援引法律学说做法不一,减损了裁判文书释法说理改革的应然效果。虽然学界对法律学说在司法运用中存在的问题、不当说理的溯源及说理规则的建构等方面进行了许多有益探索,但对于法律学说在刑事裁判中的运用机制依旧缺乏系统且深入的研究。

法律学说在刑事裁判中的运用是法学理论与司法实践的“对话”,裁判文书则是法学理论指导司法实践、司法实践促进法学理论发展的重要场域。在刑事裁判中援引法律学说,不仅能够增强裁判文书的说理论证和裁判结论的可接受性,也有益于司法裁判由“看得见的正义”向“说得出的正义”转变。法律学说在刑事裁判中的运用本质上属于司法实践问题,有必要从司法实证视角出发,对该问题进行针对性分析和体系性梳理。本文以运用法律学说的400份刑事裁判文书为样本,对法律学说的运用困境和潜藏风险进行归纳和分析,在具体归因的基础上,系统构建刑事裁判中法律学说的运用机制,以期规范法律学说的司法实践运用,并助力法学理论与刑事立法、刑事司法的一体化发展。

二、刑事裁判中法律学说的运用困境和潜藏风险

刑事司法案例是检验法律学说实践适用成效的试金石。本文的研究样本来源于笔者收集的运用法律学说的400份刑事裁判文书。^③通过类型化分析得出,显性运用法律

① 《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(法发〔2018〕10号)第13条规定:“除依据法律法规、司法解释的规定外,法官可以运用下列论据论证裁判理由,以提高裁判结论的正当性和可接受性:最高人民法院发布的指导性案例;最高人民法院发布的非司法解释类审判业务文件;公理、情理、经验法则、交易惯例、民间规约、职业伦理;立法说明等立法材料;采取历史解释、体系解释、比较解释等法律解释方法时使用的材料;法理及通行学术观点;与法律、司法解释等规范性法律文件不相冲突的其他论据。”

② 参见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第430页。

③ 2024年3月,笔者以中国裁判文书网、北大法宝作为检索平台,输入“学术通说”“法律学说”“学术观点”作为关键词搜索。另外,为保证裁判文书检索的全面性并突出重点,又以学者姓名为关键词,检索援引高铭喧、马克昌、王作富、陈兴良、张明楷等50余位刑法学者学术观点的刑事裁判文书,合并、剔除重合部分,同时对中国裁判文书网疑难刑事案件的裁判文书进行选择性地梳理,共得到有效刑事裁判文书样本400份。

学说的刑事裁判文书200份,隐性运用法律学说的刑事裁判文书200份。系统梳理法律学说在刑事裁判中的实践样态,能够发现其面临的具体困境与潜藏风险。

(一) 刑事裁判中法律学说的运用类型

法律学说在我国刑事裁判中的运用主要分为显性运用与隐性运用两种类型。显性运用是指在刑事裁判文书中直接援引刑法学说或学者的相关观点等,具有直接的辨识度;隐性运用则是指裁判文书并不直接表明援引了法律学说观点,但实质上按照某个法律学说的内容展开论证说理。

1. 法律学说在刑事裁判中的显性运用

通过分析显性援引法律学说的200份刑事裁判文书样本,根据运用目的和功能,可以将其进一步分为明确概念型、罪名区分型、犯罪形态区分型、罪数确定型、共犯关系型、因果关系论证型等6类。“明确概念型”指援引法律学说解释刑法学术语,在所选裁判文书样本中有30份,占比15%。例如,援引犯罪故意的学说观点论证是否构成故意杀人罪。^④“罪名区分型”主要指利用法律学说区分此罪与彼罪,在所选裁判文书样本中有24份,占比12%。例如,援引学说观点区分非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪。^⑤“罪数确定型”是指引用有关牵连犯、想象竞合、法条竞合等学说观点来确定涉案罪数,在所选裁判文书样本中有100份,占比50%。例如,援引牵连犯择一重罪处罚的观点确定被告人的罪数。^⑥“犯罪形态区分型”是指利用关于犯罪预备、未遂、中止和既遂的法律学说来论证被告人的犯罪形态,在所选裁判文书样本中有20份,占比10%。例如,援引控制说与失控说,论证盗窃罪的犯罪形态是否完成。^⑦“共犯关系型”是指利用共犯理论学说界定共同犯罪及共犯在犯罪中的地位,在所选裁判文书样本中有22份,占比11%。例如,援引关于事前通谋的共犯理论论证有无共同犯罪的故意。^⑧“因果关系论证型”是指利用因果关系学说来论证行为与结果之间是否存在因果关系,在所选裁判文书样本中有4份,占比2%。例如,援引刑法中因果关系中断的法律学说来论证四名被告人的非法拘禁行为与被害人的死亡结果之间不具有因果关系。^⑨从上述裁判文书显性援引法律学说的效果看,法律学说为刑事裁判释法说理提供了具有智识理性的论证资源。

2. 法律学说在刑事裁判中的隐性运用

隐性运用法律学说系裁判文书事实上援引法律学说,表面上却“假装”没有援引。^⑩通过分析隐性运用法律学说的200份裁判文书样本,根据语言表述特征可以将其归纳为隐名用实型、点到为止型、抛而未证型三种。“隐名用实型”是指隐去法律学说的名称而

^④ 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2016)辽01刑初94号刑事附带民事判决书。

^⑤ 参见广东省惠州市惠城区人民法院(2015)惠城法刑初64号刑事判决书。

^⑥ 参见江苏省南京市六合区人民法院(2013)六刑初12号刑事判决书。

^⑦ 参见山东省烟台市中级人民法院(2018)鲁06刑终61号刑事裁定书。

^⑧ 参见山东省章丘市人民法院(2013)章刑初173号刑事判决书;上海市浦东新区人民法院(2019)沪0115刑初4933号刑事判决书。

^⑨ 参见上海市静安区人民法院(2016)沪0112刑初2074号刑事判决书。

^⑩ 参见齐健:《裁判文书援引法律学说实证研究》,载《法律适用》2021年第7期,第125页。

运用其内容进行论证,在所选裁判文书样本中有 90 份,占比 45%。例如,利用牵连犯的学说观点论证涉案行为的罪数形态,但并未出现“牵连犯”等学说术语。^⑪“点到为止型”是指仅仅援引某个法律学说观点但没有结合案件的具体情况进行释法说理,在所选裁判文书样本中有 60 份,占比 30%。例如,援引共犯理论但并未论证如何适用于该案,未说明该法律学说与案件之间的具体勾连。^⑫“抛而未证型”是指对于辩护人提出案件应适用某种法律学说的主张,法官在裁判文书中并未予以回应,而是直接运用另一种法律学说的内容,在所选裁判文书样本中有 50 份,占比 25%。例如,辩护人提出案件应适用甲学说,法官在刑事裁判中对此并未回应,而是直接适用乙学说的内容,但并未详细论证。^⑬实践中,法官典型的思考论证方式之一是先凭借审判经验和“法感”进行案件审理预判,再去寻求裁判依据。当法律学说能够支持自己的内心预判时,法官往往会选择运用法律学说来论证个案裁判结论,自觉或者不自觉地借助法律学说对法律作出解释。显然,相较于显性运用,法律学说的隐性运用通常缺乏直观的辨识度,形式上没有直接援引,不具备明显可查的外部特征。

(二) 刑事裁判中法律学说的运用困境

1. 法律学说未被法官重视

法律学说在刑事裁判中最大的运用困境是裁判不重说理、法律学说不被审理法官重视。这首先体现在司法人员的理念上。部分司法人员将专家观点、法律学说视为罪刑法定原则的对立面,排斥法律学说在刑事裁判中的运用。如有观点认为,“判决书不能直接引用专家观点,引用专家观点会破坏罪刑法定原则”^⑭。其次,刑事裁判文书不注重援引法律学说。这从中国裁判文书网收录的刑事裁判文书中援引法律学说释法说理的文书数量少、所占比例小的现象便可见一斑。在这一现状下,法律学说的司法适用日渐难以被法官重视。最后,刑事裁判文书对辩护人提出的适用法律学说的意见没有回应或回应无力,亦体现并进一步导致了法律学说的实践应用不足。实践中相当一部分刑事裁判文书对辩护人提出的适用法律学说的意见没有回应;有些刑事裁判文书虽有所回应,但回应缺乏针对性和充分性,多是从形式上给出“予以采信”或者“不予采信”的简单回应,而没有进行具体分析。例如,对于辩护人提出被告人虽有贩毒故意但贩卖的是假毒品,系法律学说中的“不能犯”,不应以犯罪论处的观点,法官在刑事裁判文书中直接以“缺乏法律依据不予采信”进行回应。^⑮这样的回应既没有针对性,也不充分,并未对“不能犯”的内涵、“不能犯”不以犯罪论处的条件等进行详细阐述,难以说服当事人、辩护人以及社会公众。其实,对于辩护方援引法律学说作为支持己方或者抗辩公诉方的理据资源时,无论其援引的法律学说是否妥当,法官均应在裁判文书中予以回应。因为“法

⑪ 参见湖南省怀化市中级人民法院(2020)湘12刑终154号刑事判决书。

⑫ 参见河南省襄城县人民法院(2019)豫1025刑初253号刑事判决书。

⑬ 参见前注⑥,江苏省南京市六合区人民法院(2013)六刑初12号刑事判决书。

⑭ 苏清涛等:《判决书能不能直接引用专家观点》,载《检察日报》2015年4月1日,第3版。

⑮ 参见广东省东莞市第二中级人民法院(2017)粤1972刑初267号刑事判决书。

官的回应义务,不仅是尊重当事人、辩护人诉讼权利的体现,也是提升个案社会效果的需要”^{①⑥},更是增强裁判文书释法说理的针对性和深刻性之应然要求。

2. 援引的必要性和关联性不足

当前,法律学说大多被运用于刑事疑难案件的释法说理,与案件的裁判结论密切相关,这就需要重点考察其被刑事裁判援引的必要性和关联性。然而,从选取的刑事裁判文书样本中可以发现,大多数裁判文书存在援引法律学说的必要性和关联性不足的问题。一方面,有的刑事裁判文书并无援引法律学说的必要,因为这类案件通常事实清楚、法律适用明确,并且法律学说与案件处理结果的关系不大。如,在“王某某盗掘古墓葬案”中,法官援引了“行为说”对“盗掘”进行解释,^{①⑦}其实有关司法解释对此已有明文规定。又如,在“温某某职务侵占案”中,法官认为“根据刑法理论,采用秘密或公开手段侵吞单位财物均构成职务侵占罪”^{①⑧}。该裁判文书援引所谓“刑法理论”形式上似乎援引了法律学说,起到了“装点门面”的作用,但实际上并无援引必要。另一方面,有的刑事裁判文书并未对援引的法律学说与刑法规范、案件事实之间的关联进行论证,而是采用一种“格式化”的语言表述。如“袁某某抢劫案”的二审裁定书指出:“应综合全部主观犯意、全部的犯罪行为及犯罪后果进行综合的分析、判断、认定,根据我国刑法、相关司法解释及刑法理论,被告人的行为符合抢劫罪的犯罪构成要件。”^{①⑨}显然,该裁判文书援引所谓“刑法理论”,并未建构起刑法理论与刑法规范、具体案情之间的具体勾连,难以增强释法说理的论证力度,也无助于实现阐明事理、释明法理、讲明情理的裁判要求。

3. 援引的规范性标准不清

在援引法律学说的裁判文书样本中发现,如何规范适用法律学说存在标准不清、实践操作不一的现实困境。其一,刑事裁判援引法律学说的来源不清。在隐性运用法律学说的裁判文书中,法官运用法律学说论证说理时,虽然运用了某一学者的学术观点,但基本上不进行明确标注。^{②⑩}在显性援引法律学说的刑事裁判文书中,也存在对法律学说的出处没有标注的情况。^{②⑪}其二,刑事裁判标注法律学说出处的方式混乱。有的裁判文书表述为“某学者在某出版社某著作某版某页认为……”,^{②②}有的裁判文书表述为“某专家在某著作某卷中认为……”^{②③}。学界和实务界也均未对此给出明确且一致的标注标准。其三,刑事裁判援引的法律学说是否系通行学术观点未予明示。虽然司法实践中被援引的学术观点主要系知名刑法学者的学术观点,但到底是否系通行学术观点模糊不清。而《指导意见》规定的“通行学术观点”是否仅指法学通说也并未明确,学界和实务界对

^{①⑥} 刘树德:《裁判文书说理原论》,法律出版社2023年出版,第209页。

^{①⑦} 参见湖北省当阳市人民法院(2018)鄂0582刑初152号刑事判决书。

^{①⑧} 北京市第三中级人民法院(2021)京03刑终634号刑事裁定书。

^{①⑨} 天津市高级人民法院(2016)津刑终136号刑事裁定书。

^{②⑩} 参见贵州省高级人民法院(2017)黔刑终437号刑事裁定书。

^{②⑪} 参见广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法刑终500号刑事裁定书。

^{②②} 参见广东省博罗县人民法院(2020)粤1322刑再1号刑事判决书。

^{②③} 参见北京市第一中级人民法院(2015)一中刑终1797号刑事附带民事裁定书。

此也没有达成共识。对于能否援引非通说,法学理论和司法实践也没有统一的意见和做法。^{②④}有观点认为在裁判文书中应援引通说释法说理,^{②⑤}也有观点认为可以援引非通说^{②⑥}。尽管法律学说是专家学者思想观点的精华体现,但其本身具有强烈的主观色彩,也存在较大的争议可能性。刑事裁判文书作为一种具备法律权威性和司法指导性的法律文书,在援引法律学说进行释法说理时,理应具备明确规范的操作标准,才能有效保障刑法的安定性与司法的公正性。

(三) 刑事裁判中运用法律学说的潜藏风险

法律学说应用于刑事裁判中,除面临上述困境之外,还潜藏着以下三个方面的衍生风险:一是论证不周延风险;二是同案不同判风险;三是裁判说理对象错位风险。

1. 论证不周延风险

法律学说运用于刑事司法的目的是实现司法公正、提升司法公信力,但法官在运用法律学说的过程中,很容易忽略对个案的推理、虚化案件事实,而更多地关注法律学说本身或对某一法律问题的论证,进而由具体走向抽象,从周延变成或然。同时,“法律推理的融贯性要求各个命题之间没有矛盾,共同指向同一结论”^{②⑦}。换言之,裁判的说理力更多来自法律推理的融贯性,即法律规范与案件事实之间的演绎推理和逻辑论证。法律学说只是链接法条与事实的纽带之一,并不能取代法条而存在,也不能将原先的法律规范与案件事实之间的推理关系,转变为法律学说与案件事实之间的推理关系。此外,法律规范具有周延性,而法律学说本质上高度抽象,内涵和外延通常并不确定,具有较大的解释空间。简言之,援引法律学说释法说理,在增加裁判文书论证说理资源的同时,也加大了法官的论证负担,隐藏着抽象、不周延的论证风险。

2. 同案不同判风险

相同案件事实的裁判结论理应具有一致性,以避免同案不同判造成司法公信力丧失。法律学说虽然并不与真实案件直接相关,也不能根据法律学说直接得出裁判结论,但当法官运用不同的法律学说对刑法规范进行解释后,结合案件事实就可能得出不同的结论,进而导致同案不同判。法律学说多用于法无明文规定或存在法律适用冲突之疑难案件,对于此类案件,不同的法官可能会选择援引不同的法律学说进行释法说理,进而得出不同的结论。对于相同或相似的案件,如果法官在解释和适用法律规范时,根据甲学说会认定为有罪或罪重,根据乙学说会认定为无罪或罪轻,就会出现“甲说、乙说,不同

^{②④} 参见最高人民法院司法改革领导小组办公室编:《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见理解与适用》,中国法制出版社2018年版,第214-215页。

^{②⑤} 参见彭中礼:《论法律学说的司法运用》,载《中国社会科学》2020年第4期,第93页。

^{②⑥} 参见王立梅:《裁判文书直接引用学者观点的反思》,载《法学论坛》2020年第4期,第99页。

^{②⑦} 孙光宁:《法律推理在司法中的融贯运作——以最高人民法院发布的“指导案例6号”为分析对象》,载《法商研究》2013年第6期,第4页。

说;甲判、乙判,不同判”的风险,^{②8}进而引发民众对司法裁判公正性的质疑。由于法律学说并没有被立法机关事先确认,不能期待民众按照法律学说来安排自己的行为,同案不同判的风险容易导致刑法规范陷入不确定性之中,最终可能令民众难以自由、合理地安排自己的行为。

3. 说理对象错位风险

刑事裁判说理的核心是当事人之理。裁判之理的内容,来自当事人,来自案件纠纷本身。^{②9}“说理是双向的,既与说者有关,更与听者有关。”^{③0}在积极的法民关系下,增强裁判结论的说服力,关键在于说服当事人。然而,法律学说是法学研究专业群体的特长,个案当事人通常没有专业的法学知识背景,对法律学说相对陌生。况且,法律学说本身也可能存在争议性,容易引发当事人对裁判结论权威性的质疑。同时,法官援引法律学说说理时,可能会对学术观点进行着墨过多的论证,或者展开晦涩且具有距离感的学术推理,容易陷入理论观点的循环论证之中,不利于当事人接受刑事裁判的说理与具体结论。换言之,刑事裁判文书在运用法律学说进行释法说理时,容易站在法律人本位而非当事人本位上进行刑法规范的解释论证,进而引发说理对象的错位,有违司法为民、以人民为中心的立场定位。

三、刑事裁判中法律学说运用的困局归因与正当性分析

(一) 刑事裁判中法律学说运用的困局归因

法律学说在刑事裁判中的运用困境和潜藏风险,可以归因于以下三个方面:一是理论研究与司法实践脱节;二是法律学说的运用制度机制缺失;三是法律学说的运用动力和论证能力不足。

1. 理论与司法实践脱节

裁判文书不重说理、法律学说不被重视,与法律学说提供的“理源”和司法实践需求存在脱节有关。实际上,大量刑事裁判文书之所以不重说理,一个重要原因是找不到明确且合理的“理源”,法学界提供的学术观点、法律学说等“理源”与刑事裁判说理需要之“理由”难以完美契合。“理源”即说理的发端、源头。学界是“理源”的重要提供者,学者们通过归纳、提炼所抽象出的法律学说,是“理源”的重要表现形式。然而,当前刑法学界提供的诸多法律学说观点与司法实践需求脱节,以致于难以被司法实践

^{②8} 如对于为他人提供银行卡并提现的行为如何定性存在三种学说:客观行为区分说认为,只提供银行卡的行为构成帮助信息网络犯罪活动罪,既提供银行卡又为他人取现的行为认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪;介入时间区分说认为,提供银行卡并取现的行为如果在犯罪过程中构成帮助信息网络犯罪活动罪,如果在犯罪既遂之后提供银行卡并提现构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪;综合评价说认为,应当根据行为人主观认知综合加以判断,对于主观程度达到掩饰、隐瞒犯罪所得程度的,认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪,否则认定为帮助信息网络犯罪活动罪。司法实践中存在对于案情基本相同的案件根据不同的学说作出了不同定罪的情况。

^{②9} 参见胡云腾:《序言:树德法官和他的裁判文书说理》,载前注^{①6},刘树德书,第6页。

^{③0} 凌斌:《法官如何说理:中国经验与普遍原理》,载《中国法学》2015年第5期,第106页。

采纳。尤其是近年来学界引入了大量德国、日本等国家的刑法理论学说,尽管整体发展态势良好,但在司法应用层面仍然存在不少问题。有的理论学说与我国文化传统和社会主义核心价值观存在冲突或抵牾,因此难以应用于刑事裁判。有鉴于此,提升法律学说与司法实践的融合度和互相之间的影响力,是解决法律学说刑事裁判适用困局的一个重要方面。

2. 具体运用制度机制缺失

刑事裁判中法律学说的援引条件、适用标准、援引程序等均缺乏可资操作的具体制度机制,由此导致援引的必要性存疑、援引的载体随意、标注来源的方式混乱,以及在回应辩护人提出适用法律学说的主张方面具有随意性。一方面,法律学说在我国并不是正式的法源。虽然《指导意见》将法律学说作为法官论证裁判理由的选项之一,但仅作了倡导性规定,对于法律学说的运用条件则未作具体规定。另一方面,刑事司法实践对是否援引以及如何援引法律学说存在自发性和任意性。是否援引法律学说主要取决于办案法官,“法官遇到疑难案件时,心里基于‘良知’会有一个预判,然后去寻找法律依据来印证自己的预判,这就是法官运用‘法感’论证案件的逻辑思路”^{③①}。一个具有较强逻辑推理能力且具有较高“法感”的法官对法律精神的领会可能更加透彻,在刑事裁判中对法律学说的援引也可能更加得心应手。^{③②}这种较强意识的“法感”源于深厚的法学知识背景、丰富的办案实践经验和社会趋同化的正义感的深刻认识。而不同法官之间的“法感”差异,明显会影响法律学说运用的效果,法官对法律学说的理解偏差也会对此造成影响。而且,法律学说通常是多元化的,但刑事司法裁判需要的却是唯一确定的答案。因此,在法官“法感”差异化与法律学说多元化的背景下,法律学说缺少明确且具体的运用机制,是造成刑事裁判中法律学说运用困境的重要原因之一。

3. 运用动力和论证能力不足

法官援引法律学说释法说理,不同于适用法律规则的直接性说理,也不同于情理发现和情理判断的参照性说理,而是通过挖掘法律学说背后的法理内涵展开的逻辑论证,这通常需要法官具备较强的援引法律学说的内在动力和论证能力。然而,一方面,目前法官在刑事裁判中援引法律学说的内在动力不足。实践中许多法官难以准确理解和把握法律学说,导致其援引法律学说的意愿较低。虽然有的刑事裁判文书援引了法律学说,但这种援引似乎是为了响应裁判文书释法说理改革而刻意为之。从笔者日常接触到的刑事法官对援引法律学说的态度看,只有少数法官表示愿意在刑事裁判中援引法律学说,这与裁判文书网反映出来的援引法律学说的裁判文书占比极少的情况也相吻合。另一方面,刑事法官援引法律学说进行说理论证的能力有待提升。前文提到的200份显性运用法律学说的刑事裁判文书样本中,约80%的文书属于直接援引或者泛泛而谈,很少有对法律学说的援引理由和运用情况展开详细论证的。刑事裁判文书撰写的主体主要

^{③①} 张明楷:《刑法的私塾》,北京大学出版社2014年版,第54页。

^{③②} 参见孙光宁:《最高人民法院如何适用“法理”——基于相关裁判文书的分析》,载《湖北社会科学》2018年第8期,第155页。

是基层法院的刑事法官,但目前刑事审判领域案多人少的矛盾在各地基层法院普遍存在。尤其近年来电信诈骗、非法吸收公众存款、集资诈骗、跨境赌博等新型网络犯罪、经济犯罪案件高发,涉及人数众多,案件事实和证据链较为复杂,刑事法官数量与案件数量更加呈现出人案数不匹配的情况。在案多人少、案件趋向复杂的大环境下,法官受限于时间和精力,对法学理论和学术观点的理解和把握力不从心,对运用法律学说进行论证的能力尚存不足也就在所难免。

(二) 刑事裁判中法律学说运用的正当性分析

在我国,罪责的认定过程离不开犯罪构成理论。从这个意义上说,每一起实体上有罪或无罪的案件认定,都是运用法律学说的结果。虽然当前刑事裁判中援引法律学说面临一定困境与风险,但这并非否定司法实践运用法律学说的理由。纵观我国的法治化进程与法律学说的演变历程,法律学说长期以来都在司法裁判活动中发挥着理据论证的作用。随着司法改革的推进,法律学说日益发挥更加重要的实践功用,其不仅是刑事裁判理据的重要来源,也是法律自由裁量权的主要认知渊源之一,能够有力提升刑法规范解释的妥当性和司法裁判结果的可接受性。

首先,法律学说有助于精准解读刑法规范之含义,保障刑法的明确性与安定性。在疑难刑事案件的审判过程中,对于案件事实如何认定、法律规范中“语词”的具体含义、刑法规范与案件事实之间是否存在有效连接等问题,都需要解释刑法规范才能解决。解释刑法规范离不开对法律条文中的“语词”进行解释,尤其是对含义模糊的“语词”进行解释,而法律学说会对准确界定“语词”的含义起到重要作用。以强奸案件为例,实践中法官援引法律学说确定“强奸既遂”的标准时,对象为幼女的采用接触说,对象为妇女的采用插入说,具体采用何种标准要依据案件事实进行确定。^{③④}由此可见,法律学说源于司法实践,经过法学研究群体的提炼和总结,能够在案件事实与刑法规范之间搭建起充分的论理关联度,进而有助于明确刑法规范的内涵,也使得刑法能够在繁杂的现实中保持相对的稳定性。

其次,法律学说可以填补刑法规范空白和法律漏洞,有益于刑事审判的公平公正。从历史上看,古罗马著名法学家的法律学说曾被作为正式法源,^{③⑤}我国西汉时期也将儒家学说作为刑事判决的正式法源^{③⑥}。进入现代社会以来,法律学说也在世界各国的法律发展史中发挥着一定的“准法源”作用,可以在一定程度上弥补法律规范的空白或者填充部分法律漏洞。换言之,法律学说可以作为阐释刑法规范内在涵义与立法目的的理论依据之一,并在与其他正式法源结合的情况下,充分连接具体法律规范与个案事实,填补两者之间的空隙。法律漏洞不可避免地客观存在,但法律修改总是滞

^{③③} 参见河北省石家庄市中级人民法院(2020)冀01刑终427号刑事判决书。

^{③④} 参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第36-37页。

^{③⑤} 参见何勤华:《中国法学史》,法律出版社1999年版,第327-328页。

后于时代发展。法律的“惰性品格”和“时滞”问题在刑法中尤为突出。^{③⑥}不过,刑法理论和相关法律学说的发展往往与时代的发展齐头并进,可以在一定程度上弥补法律滞后的缺陷。尤其是在疑难刑事案件中,运用法律学说解释刑法规范,不仅可以填补相关法律漏洞,解决法律适用中的“时滞”问题,消解法的安定性与法的正义性之间的冲突,而且能够通过释法说理在法律规范、案件事实之间架构起符合法律精神的现实连接点,助力司法实务走出“有法难依”的尴尬境地,有效解决刑事案件中的疑难问题,提升个案定罪量刑的公正性与合理性。

再次,法律学说能够增强裁判文书的说理透彻性与裁判结论的可接受性,提升司法公信力。“刑事司法裁判在本质上不仅是一种法律论证活动,而且是一种依法裁判的论证活动。”^{③⑦}“援引法律学说作为约束法官自由裁量权空间的外观,提高了裁判的民主性,从而抵消了对裁判可接受性的部分质疑。”^{③⑧}法律学说是司法实践活动的经验总结与归纳,经过群体性的论证和批判而形成。相较于冰冷的法律条文,法律学说更具人文色彩与温情,更易被刑事裁判文书的受众认同。裁判文书说理不足或不说理一直饱受诟病,很大一部分原因是缺乏法律学说的理论支撑。一些裁判文书论证说理过程干瘪、语言表述苍白、法理依据不足,导致裁判结论的可接受性与认同度较低,影响司法公信力。而法律学说的适用过程,是公开自由心证与主观法律思维推导的过程。合理运用法律学说能够使得裁判文书的内容更加详实、说理更加充分、裁判结论更具说服力。

最后,运用法律学说能够形塑刑事裁判规则,推动法律学说的创新发展。法律学说能够促使法官对现有刑法规范和裁判规则进行反思,分析其存在的不合理性,进而从新的视角发现刑法规范新的含义,由此创制更加公平合理的裁判规则,实现个案更加精微的公平正义,并通过创新型运用促使法律学说内容创新发展。创新型运用是指不直接援引具体的法律学说,而是在原有法律学说的基础上进行创新之后在具体案件中加以运用,从而得出裁判结论。如“杭州保姆纵火案”的审判推动了因果关系学说的创新。在该案审理过程中,媒体和民众高度关注消防救援耗时较长、物业管理存在不足与4名被害人死亡及200多万财产被烧毁的结果之间是否存在因果关系的问题。虽然刑法中存在诸多有关因果关系的法律学说(如条件说、原因说和相当因果关系说等),但是,运用这些学说均难以准确判定该案中消防救援耗时较长、物业管理存在不足与严重危害结果之间是否存在因果关系。而该案二审刑事裁定书通过厘清条件说、原因说和相当因果关系说,对刑法中因果关系的判断提出符合案件实际情况的创新判定标准,“一个危害社会的行为如果必然导致危害结果的产生,只有当外力的介入加重或者促进这种结果的产生,才能认为是刑法上的多因一果。在行为人实施符合犯罪构成要件的行为前已经存在的有利于导致构成要件结果出现的状态,这个状态是条件,而不是原因,更不是介入因

^{③⑥} 参见蔡宝刚、刘勇:《论法律的“惰性品格”及其消减——博登海默的阐释及启示》,载《求是学刊》2013年第4期,第108页。

^{③⑦} 雷磊:《法律体系、法律方法与法治》,中国政法大学出版社2016年版,第239页。

^{③⑧} 金枫梁:《裁判文书援引学说的基本原理与规则建构》,载《法学研究》2020年第1期,第196页。

素。物业管理的不足,是莫焕晶放火前已经存在的状态,而非莫焕晶实施放火行为后的‘介入因素’,与该案严重后果之间没有刑法上的因果关系。消防救援这个‘介入因素’并非促使该案严重后果发生的因素,与该案严重后果之间不存在刑法上的因果关系”^{③9}。显然,该裁定书对多因一果、条件、原因的阐述,并未完全受限于现有的条件说、原因说及相当因果关系说,而是对因果进程中的“介入因素”与“条件”作出了实质性区分,对“介入因素”与“危害结果”之间是否存在因果关系作出了判断,续造了因果关系中“条件与原因”“多因一果”的判定规则,为类似案件的处理提供了合理指引,也对推进刑法中因果关系学说的创新发展起到了一定的积极作用。

立足于比较法视野,域外许多国家的刑事司法实践中也有法律学说发展的情况。例如,德国刑事司法实践普遍认可在个案中援引“假定同意理论”,但该理论在刑事判例中确立后的运用范围却被限定于过失犯罪领域。德国联邦最高法院在2003年的“椎间盘突出案”中打破了这一限制,创新性地拓展了该理论的适用范围,将其应用于医疗故意犯罪领域,不仅解决了司法实务案件中的疑难问题,也促使该理论得到突破性发展。^{④0}又如,德国的“癖马案”推动了期待可能性理论以及规范责任论的产生,^{④1}“滚石案”推动了共同过失犯罪理论的发展^{④2}。此外,日本关于公害犯罪案的判决,借助吸收既有法律学说的优势,创立了相当性因果关系说,有效推动了因果关系理论的创新发展。^{④3}

对法律学说在刑事裁判中的运用情况进行研究,是为了把握法治发展规律,推动法律学说、司法实践和司法制度创新。所以,当法官面对刑事疑难案件时,如果拟援引的法律学说不能体现符合时代发展的理想法情景,或者已有的法律学说不能很好地解决当下难题,就应当发挥主观能动性,创新发展原有的法律学说。当然,创新发展法律学说时,在法律学说的适用范围和具体内容上,必须符合实践需要和实质正义要求,科学、合理地解决特定案件的定罪量刑问题。

^{③9} 浙江省高级人民法院(2018)浙刑终82号刑事裁定书。

^{④0} 在“椎间盘突出案”中,被告人为某医院的神经外科主任,其属下的一名女医生为一名患有重度椎间盘突出症的患者进行了手术。患者的病情是,在腰椎脊柱的椎间盘L4/L5部位患有严重的椎间盘突出,而在L5/S1部位患有轻度的椎间盘突出。患者原本同意对L4/L5部位进行手术,但是女医生在手术中却阴差阳错地切除了L5/S1部位。手术后患者仍然疼痛不已,经检查发现手术失误。该女医生向被告入求助,被告人向患者隐瞒了手术失误的真实情况,谎称上次的手术不太成功,有再做一次手术的必要。患者信以为真,遂同意再进行一次手术。一审、二审认定被告人构成故意伤害罪,德国联邦最高法院第三审撤销原判,发回重审。该案中,即使被告人作出真实说明,患者仍然会同意进行第二次手术,应当排斥第二次手术的违法性。本案不属于推定同意,而属于假定同意。参见BGH JR 2004, 251,转引自周维明、黄涛:《论假定同意理论在德国联邦最高法院刑事判例中的发展》,载《法律适用(司法案例)》2018年第24期,第115-116页。

^{④1} 参见劳东燕:《罪责的社会化与规范责任论的重构——期待可能性理论命运之反思》,载《南京师大学报(社会科学版)》2009年第2期,第18页。

^{④2} 参见余振华:《刑法深思·深思刑法》,元照出版公司2005年版,第222-224页。

^{④3} 参见[日]藤木英雄:《公害犯罪》,丛选功等译,中国政法大学出版社1992年版,第159页。

四、刑事裁判中法律学说的运用机制构建

按照社会系统论的观点,社会诸功能系统之间并非“输入—输出”的简单关系,而是一种“系统—环境”之间的“结构耦合”关系,即两者之间可以持续其自创生过程并增加结构上的复杂性。^④机制的建构是实现各系统结构耦合的主要方式,其作为理性主体的一种智识性建构内容,既能够向内催化主体的行为动力,又可以向外联动解决理论与实践的脱节问题。刑法作为社会的子系统之一,亦不例外。针对法律学说在刑事裁判中面临的适用困境与潜在风险,有必要构建体系化、明确化、合理化的具体运用机制。为此,笔者拟从“原则—标准—规则”的体系内部建构与体系内外的沟通机制两方面着手,力求全方位、系统化地解决法律学说的实践适用难题。

(一) 法律学说在刑事裁判中的运用原则

将法律学说引入刑事裁判文书进行释法说理,应遵循必要性、关联性、合理性三项基本原则。

1. 必要性原则

《指导意见》规定可以在刑事裁判中援引法律学说进行释法说理,但并不主张刻意援引法律学说。法律学说能否对司法实践起到真实效用是法官将法律学说引入刑事裁判文书时必须关注的问题。如果法律学说对裁判说理起不到实际效用就没有引入必要,因为将法律学说引入刑事裁判文书并非为了装点门面,而是为了切实解决案件面临的释法说理难题。“法律学说与司法裁判是理想法探索与现实法适用的关系,二者同归于法与个案,经由个案的实现达至彼此的契合无间。”^⑤这就要求法官运用法律学说时必须综合考量和审慎选择,确保个案裁判中适用的必要性。

在刑事裁判中,法律学说的司法适用应当限定于特定的案件类型,并且能够切实帮助解决刑法解释过程中的含义疑窦。具体而言,一方面,实践中适用法律学说的刑事案件应当限定为疑难复杂、争议较大,以及控辩双方申请适用法律学说的情形。在此种情形下,法律学说能够将专业的法律语言与公众日常生活相连接,实现与社会公众认知之间的充分沟通,以确保法的安定性、维护司法公信力。相应地,对于案情简单、法律关系清楚、争议不大的案件,采用文义解释、目的解释等传统的刑法解释方法足以实现法律规范与案件事实之间有效勾连的,则无须援引法律学说进行释法说理。另一方面,法律学说虽然不是法律,但其内含的公平正义理念却通常能被社会公众认可和接受。尤其是在直接依法裁判可能引发个案不正义的情形中,法律学说的运用能够有效调整或矫正刑法解释结论,从而得出更加具有可接受性的裁判结论,并在一定程度上发挥行为规范的指引作用。并且,刑事裁判运用法律学说解决刑法规范的诠释疑难的同时,也使得法律学

^④ 参见〔德〕尼可拉斯·鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,五南图书出版公司2009年版,第491页。

^⑤ 前注^④,刘树德书,第221页。

说的释法说理功用进一步被社会公众接纳和支持。

2. 关联性原则

关联性是指法律学说与法律规范、案件要件事实之间具备体系逻辑相关性、符合司法审判的有效性需要。关联性是有效性的前提,没有关联性就起不到真实的效用。“在以事实与规范构建的裁判逻辑中,法外因素的融入应当有充足的理由,否则不仅影响裁判说理的谋篇布局,而且会影响法律的安定性与裁判的确定性。”^{④6}法律学说作为法外因素,融入裁判论证中必须具有充分的关联性,否则就缺乏被援引的逻辑基础。

具体来看,第一,关联性原则要求法律学说运用于刑事个案裁判时是显性的,而不是隐性的。司法实践中控辩双方对法律学说是否具有关联性存在不同意见时,法庭应就该问题组织双方展开辩论。如果控辩双方没有注意到案件是否需要运用法律学说,但法官认为法律学说具有关联性并应援引的,需要在开庭时就案件是否援引法律学说征求控辩双方意见,并组织辩论。第二,关联性原则要求裁判文书的读者能够在其中看到法律学说的运用及论证推导过程。对于审判过程中援引法律学说的,裁判文书应当载明,并且在论证说理时详细阐述所适用法律学说与案件事实、法律规范、裁判结果之间的具体勾连及推理思路,以保证论证过程的完整性,增强裁判的认同度和可接受性。对于辩护人在审判过程中提出案件应当援引法律学说的,无论合议庭是否采纳,均应在刑事裁判文书中予以回应,并说明理由。如果司法裁判中援引的法律学说与案件分析之间呈现“两张皮”的局面,就会导致法律学说适用的“假大空”,进而降低刑事裁判结论的可接受性。

3. 合理性原则

合理性原则是指法官在刑事裁判中运用法律学说应当符合事理、情理与法理,以均衡实现个案正义和一般正义,确保裁判结果的妥当性。实际上,个案正义就是“天理、国法、人情”三者统一融合的结果。法律承载着天理与人情,只有充分体现天理与人情的法才是理想的法,才能实现良法善治。同时,法治社会并非一种静态不变的法律制度模式,而是法律制度与社会发展动态一致的“活法”社会。^{④7}代表正义要求的法律学说是保持“活法”社会的必需品,是一种权威性理由,可以用来证成司法裁判结论的合理性与可接受性。因此,当形式正义与实质正义发生冲突,法律与天理、人情发生冲突时,为调和这种冲突,法官就必须努力在合法性与合理性之间寻求平衡。这就要求法官援引的法律学说必须具有实质合理性,即学说内容代表正义的要求,符合社会公众的一般认知与情感,并且在个案中对刑法规范的辅助性解释能够与我国的法律法规、法律原则和立法精神相一致,只有这样,案件当事人与社会公众才更容易认可和接受具体的裁判结果。

事实上,《指导意见》之所以规定法律学说可以用于释法说理,本质上也是因为所援引的法律学说本身被推定为是符合正义要求的,能够在裁判缺乏充分明确的法律依据

^{④6} 杨铜铜:《论法谚的司法运用》,载《法学》2021年第7期,第167页。

^{④7} 参见陈绍松:《司法裁判的评价与认同》,载《法学杂志》2018年第1期,第67页。

时,更加准确全面地解释法律规范,并在法律学说与法律规范、案件要件事实之间发挥合理、有效的价值连结功能。

(二) 法律学说在刑事裁判中的运用标准

规范化的步骤设计是法律学说适用于刑事审判实践,实现适用妥当性与审判公正性的必然路径。根据社会系统论的体系建构基准,法律学说运用标准至少应当包含基本运用条件、具体运用程序以及主要运用方法三个方面。

1. 基本运用条件

“如果立法直接回答了提交法院的问题,那么花宝贵时间搜索相关文献、钻研学术著作中的法律学说就没有多大意义。”^{④8}申言之,刑事立法通常无法及时解决司法实践中的疑难问题,将法律学说引入刑事裁判进行释法说理,既是立法与司法沟通合作的桥梁,也是解决实践难题、实现刑法裁判结论不违背裁判者良知、达到情理法高度融合的重要方式。在这个意义上可以说,法律学说是促进天理、国法、人情统一融合的重要粘合剂。

笔者认为,以下四种情形中,裁判者应尽量灵活运用相关法律学说,以促成情理法的统一:一是刑法规范的含义不清。当刑法规范的词义或句意较为模糊时,通常需要运用法律学说来解释具体规范的内涵,以尽可能实现刑法的明确性。二是刑法规范的适用复杂。当刑法规范之间存在交叉重叠,或者选择适用何种条文存在疑问时,就可以运用法律学说辅助抉择或作出判断,以确保司法人员及时作出裁决。三是刑法条文存在法律漏洞。刑法不可能事无巨细地织就一张严密的法网,存在法律漏洞在所难免。当刑法规范存在漏洞时,通过法律学说的司法运用来弥补法律漏洞,是一种深受学界和实务界认可的刑法规范诠释方式,但难以通过刑法解释填补的立法漏洞除外。四是刑法适用中存在形式正义与实质正义的冲突。当刑法规范体现的正义与已发展变化了的社会生活情状不相适应时,机械适用刑法规范可能会妨害社会的进步和实质正义的实现。某种意义上,法律一经制定就滞后于社会发展,在特定案件中,法官依法裁判可能会一定程度上违背个案正义。为杜绝个案之“恶”,应当将法律学说作为依法裁判与个案正义之间的调和剂,以实现裁判结果的妥当性。

2. 具体运用程序

程序是法治与恣意而为的分水岭。为了防止法律学说在刑事司法实践中的随意适用,应当依据刑事诉讼程序与案件审判流程,为其设置合理规范的运用程序。

第一,确立启动主体。依据刑事诉讼程序涉及的参与主体,可以由办案法官、公诉人、被告人及其他诉讼参与人提出援引法律学说,这是程序开启的必要前提。第二,展开庭前审查。针对援引法律学说的刑事个案,法官应当在庭前对适用法律学说的必要性、关联性、合理性进行全面审查,以确保其适用的正当性与合理性。第三,在个案审判过程中进行听证或者辩论。“听证或者辩论程序根基于法律商谈理论,即法律的正当性不在于‘公平’‘正义’等规则的设定,而在于经过充分听证、论辩基础上达成的共识,即商

^{④8} 前注^{②5},彭中礼文,第111页。

谈。”^④因此,无论是办案法官、公诉人还是诉讼参与人提出的援引法律学说的意见,法庭均应将相关法律学说作为听证或者法庭辩论的焦点,引导控辩双方在听证或者法庭辩论中就该问题发表意见或看法,这有助于当事人等诉讼参与人对拟援引法律学说的充分理解与认可。第四,回应和公布具体的适用理由。刑事裁判文书中应当对法律学说的具体适用情况予以回应,阐述和分析适用或不适用法律学说的具体理由,形成法官与当事人等诉讼参与人之间实质性的对话,以提高司法裁判结论的可接受性。

3. 主要运用方法

运用法律学说对个案裁判进行释法说理,应遵循科学的方法,才能保障其适用过程的合法性以及裁判结果的妥当性。刑事裁判中法律学说的运用方法主要有论证推理法、语言转译法及显性援引法。

首先,应当通过论证推理法合理、有序地阐明法律学说的核心内容以及作为论证依据的正当性和合理性。麦考密克关于法律的内部证成和外部证成的一般原理,^⑤可以为法律学说在刑事裁判中的释法说理提供方法借鉴。第一,运用法律学说对法律规范的大前提进行辅助论证,同时对案件事实的小前提进行裁剪,形成三段论的推理链条。刑法规范是社会习惯、价值观念通过科学的立法论证,层层过滤而形成的,从而代表着正义。因此,援引法律学说对法律规范进行大前提证立时,只需按照法律规则的立法目的及价值立场将其立法原意表达出来即可。第二,法官在运用法律学说时,不能脱离刑法规范文本进行解释,否则容易导致裁判权的滥用。^⑥当法律概念不确定或较为抽象时,可以联系前后文并结合语境,运用体系解释的方法实现刑法规范与法律学说之间的有效勾连;也可以通过目的解释方法将法条背后隐藏的立法意旨通过法律学说阐释出来,使法律目的明确化。第三,在对小前提证立时,应当详细阐释案件事实与所运用法律学说之间的推理过程。如“王某某逃税案”中,审理法官援引了有关刑罚阻却事由的法律学说,结合被告人不具备履行补缴应纳税款、滞纳金以及接受处罚的事实条件,辅助论证了对被告人的逃税行为不能发动刑罚权,进而在法律学说、法律规范和案件事实之间进行了有效勾连与体系贯通,最终得出被告人王某某不构成逃税罪、不应当承担刑事责任这一合理的裁判结论。^⑦

其次,应当采取法律语言转译法,以通俗易懂的语言阐明刑事裁判中所运用法律学说之理据,进而实现法律学说的有效转化,增强具体规范解释结论与个案裁判结果的可接受性。法律学说通常是法学专家、学者对某一问题或现象的核心思想之高度抽象化表达,受众群体以法律职业共同体人士为主,但刑事裁判的受众则是当事人和一般社会公

^④ [德] 尤尔根·哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店出版社2003年版,第9页。

^⑤ 麦考密克认为法官在面对规则争议时,应当先解决外部证成问题,再解决内部证成问题。也即,法官必须首先论证裁判依据的正当性,再基于该依据进行裁判,保证裁判结论的正当性,在最大限度内使得裁判结论的正当性来自对所选规则的演绎过程。参见[英]麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005版,第95页。

^⑥ 参见胡仕浩、刘树德:《新时代裁判文书释法说理的制度构建与规范诠释(下)——〈关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉的理解与适用》,载《法律适用(司法案例)》2018年第18期,第5页。

^⑦ 参见前注^⑥,广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法刑终500号刑事裁定书。

众。所以,法官在运用法律学说进行释法说理时,需要在法律语言和日常生活语言之间、法律职业共同体与裁判受众之间架起一座沟通的桥梁。换言之,刑事法官在裁判说理时应当灵活运用法律语言转译法,以当事人和社会公众看得懂、听得懂的语言,将法律学说的核心内涵与论证内容准确表达,尽量避免对法律学说的大段引用、抽象引用、点缀式引用等,以防止引发普通民众对司法裁判公正性的质疑。例如,在“周某某挪用公款、贪污案”中,法官在案件说理中援引了张明楷教授关于挪用公款罪与贪污罪系包容关系的法律学说,并以通俗的语言将该学说转译为贪污罪的行为一般也符合挪用公款罪的犯罪构成,即“本案被告人作为财务人员,挪用自己账户中公款购买保本理财产品以获取孳息,挪用行为因未侵犯公款的使用权不构成挪用公款罪,但侵占孳息的行为构成贪污罪”^{⑤③}。这既容易让当事人和社会公众理解并认可刑事裁判结果,也有助于推动司法裁判由“看得见的正义”向“看得懂、听得懂的正义”转变。

最后,应当采用显性援引法,以在刑事司法实践中充分展示法律学说的论理内容,同时体现援引者的审判担当,确保司法裁判的公信力。从援引法律学说的综合效果看,显性援引优于隐性援引。因为隐性援引的案件中,当事人以及社会公众只能看见裁判结果却看不到司法推理过程,难以对判决是否妥当作出合理判断,可能导致人们对司法裁判的不接受和不信任。故而,法官运用法律学说进行释法说理时,宜优先采用显性援引方式,以文内夹注的方式标注法律学说的出处。具体而言,在文书中注明代表该法律学说的学者姓名,将学说的内容转译为通俗的语言,其后用括号标注出处,括号内的标注格式可参照学界的通行格式。同时,裁判文书代表司法机关的权威结论,与学术作品应严格区分。法律学说只是释法说理的辅助论据,在同一份裁判文书中引用的法律学说数量不宜过多。显性援引法律学说会强化法官司法为民的理念,促使法官形成更为严谨的案件审理态度,并更加认真地对待个案的说理论证工作,进而增强法官对法律学说的运用动力与论证能力。

(三) 法律学说与刑事裁判的沟通机制

“理论与实践之间的不可分离性和互动性,从哲学角度看,是通过主体思维方式发生作用的。”^{⑤④}法官在运用法律学说时,必须充分运用法律思维与制度设计,努力跨越理论与实践存在的知识鸿沟。故此,全面拓展法律学说与刑事司法实践之间的沟通机制,是实现理论与实践良性互动的充分保障。

1. 援引法学通说

《指导意见》将法律学说的援引范围限于通行学术观点。通行学术观点一般是指法学通说,即“被普遍接受、即便存在反对者也可以忽略不计的学说”^{⑤⑤}。法官援引通说,就意味着与多数专家学者达成共识,与社会民众朴素的情感一致,这就减轻了论证的负

^{⑤③} 湖南省东安县人民法院(2016)湘1122刑初49号刑事判决书。

^{⑤④} 于晓青:《法学理论的实践向度——理论与实践难题的探索》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2012年第2期,第97页。

^{⑤⑤} Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015, S.159.

担。^{⑤6}换言之,通说一般与社会民众善恶是非观念相契合,因为其历经理论上的批判论证以及实践中的检验,能够为民众朴素的情感所接受。^{⑤7}而非通说的适用容易招致司法风险,因为非通说往往欠缺合法性、科学性、确定性,其尚处于法律学说的“半成品阶段”,或者说仍处于法律学说“不断试错的过程”中。^{⑤8}尽管司法实践并不绝对排除非通说的适用,但任意采用非通说观点进行刑法解释,不仅无法起到辅助性说理的功用,还会弱化裁判文书的说服力。故而,刑事裁判中应尽量援引被学界和实务界普遍接受且能够反复指导司法实践的通说类学术观点,以尽可能避免错误与理论分歧,保障法律学说与刑事裁判之间沟通的顺畅性。笔者认为,目前最高人民法院指导性案例、最高人民法院公报确立的司法观点以及被学术共同体普遍认可的理论观点,一般可以视为法学通说。因为此类观点历经较长时间的刑事司法实践检验和学术的批评论证,在经验层面和理论层面已经具备了合法性、合理性和正当性,可以作为法官解释刑法规范并作出妥当裁判结论的重要论证依据。并且,援引法学通说对个案裁判进行释法说理,也更加容易被社会各方认可和接受。

2. 援引理论创新成果

在法学领域,为及时、充分地实现理论与实践的联通,应当尽快建立法学理论观点服务于司法裁判的成果转化机制,以确保具有较大指导意义的理论创新成果能够被适时、适度地应用于案件裁判说理之中。“学说的重要性并不在于它的存在,而在于它在既定的法律实践中发挥的功能。”^{⑤9}一方面,法学通说在不断改变,过去的通说现在可能已不再是通说;现在的通说,在将来也可能不再是通说。在这个意义上,“通说”始终处于自我批判、自我反思的发展变化中。所以,应当关注的是现阶段的司法实践与法学通说。另一方面,学界和实务界对于某一学说是否属于法学通说往往存在争议。因此,在司法实践中,“通行学术观点”可以作开放性解释,适时将相关的理论创新成果涵盖在内。理论创新成果在对新问题的敏感度及其解决方案的创新性方面具有明显的优越性,当其具备实质合理性并能够解决司法实践难题时,该理论创新成果就可以视为“通行学术观点”。当然,运用理论创新成果的过程就是法律推理的过程,既不能将理论创新成果神秘化,又不能将理论创新成果置于法律之上或虚化法律规范,否则会引发一般规则的逃逸,这是非常危险的。基于理论与实践的双向互动原理,如果司法实践援引某理论创新成果能够取得良好的法律效果和社会效果,就会进一步加速该理论创新成果成为法学通说,进而实现理论与实践的协同进步。

^{⑤6} 参见喻中:《法家学说与社会科学的中國化建构——立足于法学与人文社会科学的交叉研究》,载《法学家》2017年第5期,第75页。

^{⑤7} 参见前注^{②4},最高人民法院司法改革领导小组办公室编书,第213页。

^{⑤8} 参见〔德〕莱因荷德·齐佩利乌斯:《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社2013年版,第93页。

^{⑤9} 〔法〕菲利普·热斯塔茨、克里斯托弗·雅曼:《作为一种法律渊源的学说——法国法学的历程》,朱明哲译,中国政法大学出版社2020年版,第8页。

3. 借鉴法律评注机制

我国刑法学界和司法实务界在对刑法规范进行解释时,可以借鉴德国的法律评注机制,强化对相关刑法条文的法律学说、重要文献及重要判决的解读。德国刑法领域的法律评注制度,主要通过将不同学者观点、司法观点注明并标注清楚法学通说,使得司法人员在查询相关法律学说时,既可以明晰通说又可以知晓分歧观点,进而在学者与法官之间建立起紧密联系,以有效消除法律适用方面的理论分歧,在充分论证说理的基础上增加司法互信度。同时,法律评注者也会在不同的学术观点梳理与分析中探索出新的理论内容,并以此进一步推动法律学说的创新发展。在此基础上,理论界和实务界可以通过法律评注的方式展开更多的互动,法律评注中对法律学说的明确、有力的支持,也会逐步推动某一法律观点演变为多数人所提倡的法律学说,最终可能形成法学通说,进一步发挥指导实践的功用。

4. 创新运用法律学说

法学研究必须扎根于司法实践,服务于司法实践。司法实践呼唤法律学说的创新运用。“法律学说司法适用有利于续造法律规则和创新法律学说。”^⑥一般而言,当司法机关和法官认识到原有的法律学说已不能满足当下实践需要时,即援引现行的法学通说不能很好实现个案裁判的实质合理性,或者难以满足一般正义时,就会创新发展有关法律学说,并逐步推进法律学说转化形成法学通说。我国刑事裁判也已在尝试创新运用法律学说。如前所述,“杭州保姆纵火案”二审刑事裁定书并没有直接援引条件说、原因说、相当因果关系说等学说,而是对“多因一果”“原因与条件”“介入因素”“因果关系”的判定标准作了创新型论述与运用。实际上,虽然法律学说作为法学研究的代表性成果,可以为司法裁判提供理想法上的知识理性,但其也并非完美不变,而是同样需要与时俱进地发展完善,其发展的动力则是司法实践的创新运用。只有通过实践案例的问题聚焦与方案反思,才能为法律学说的创新发展提供契机,进而在解决实践难题的同时实现自我更新。

5. 发布指导性案例

指导性案例制度是我国司法改革中的重要举措,也是被学界和实务界普遍认可的司法裁判指导方式。因此,可以将司法实践中运用法律学说取得显著成效的典型案件确认为指导性案例予以发布,以更加畅通法律学说与刑事裁判之间的沟通路径。并且,当该类指导性案例积累到一定数量时,就能够形成法律学说司法运用的指导性案例群,进而构建起运用法律学说的指导性案例体系,从而更加有效地指引法律学说的刑事司法运用。为提高援引法律学说释法说理的质量,司法机关可以定期开展运用法律学说释法说理优秀裁判文书评选,将获奖裁判文书作为正向激励纳入法官绩效考核,以激发法官援引法律学说释法说理的内生动力,提高法官在刑事裁判中的说理论证能力。

^⑥ 吴家文:《法律学说司法适用的价值功能与完善进路》,载《贵州警察学院学报》2023年第4期,第61-62页。

五、法律学说与刑事司法实践的良性互动

“法律学说发布着理性的论据,应当被视为具有权威性。”^⑥换言之,法律学说具有重要的理论价值,能够发挥刑法规范的诠释功能与刑事立法的完善功能,理应在刑法体系中享有一席之地。未来我国刑事司法领域,应当继续强化法律学说与司法实践的双向互动、双向奔赴。

一方面,法律学说要更多关注刑事司法实践,理论创新成果要及时接受司法实践的检验,以提高法律学说的影响力和话语权。法律学说的创立和发展,必须紧贴司法实践、服务司法实践,以现实问题为导向,以解决现实问题为己任,以引领社会主义核心价值观为目标。法律学说应关注司法实践,离开司法实践,法律学说就会成为空中楼阁,失去了存在的意义。法律学说根植于丰富的司法实践,司法实践为法律学说的形成和发展提供了深厚的土壤。法律学说指导司法实践,能够指导疑难刑事案件的解决。当然,法律学说要回归司法实践,接受司法实践检验,尤其是法学理论创新成果应当及时接受实践案例的验证,以成为解惑疑难案件的重要“药方”,让司法裁判变得更有支撑、更有温度、更有力量。一些被刑事司法实践累积证成的法律学说,还可凭借自身的规范指导功能与裁判规则的续造价值成为刑事立法的重要参考。

另一方面,刑事司法实践要更加倚重法律学说的论证支持,以提高释法说理的能力与裁判水平,并反向推动法律学说的创新发展。随着法定犯时代与风险社会的到来,未来必定会有更多的疑难刑事案件和新型刑事案件,需要援引法律学说进行释法说理。并且,法律学说主要充当在法律和公众之间翻译法律内容的角色,以令个案的裁判说理更加合理化、大众化和实质化,进而实现刑事司法、司法裁判、社会公众在法规范解释与具体裁判结果上的有效沟通和共识达成。法官形成裁判的过程实质上是寻找法律并与公众交流沟通的过程,在这一过程中合理运用法律学说,可以更加便捷、高效地找到全方位、妥当化解释法律规范的方式与方法。同时,当法律学说的创新成果被刑事司法实践运用后,该理论创新会被加速认可为法学通说。未来,随着法治国家、法治政府和法治社会建设的不断推进,法官与学者的部分角色会有所重叠,越来越多的法官会参与学术研究,一些学者也会转任到法官岗位。在此基础上,资深法官在经由法官集体讨论与审判委员会决定后,运用法律学说对刑法规范所作的解释,可以视为较为权威的司法观点和学术观点,在一定程度上能起到指导案件办理的作用。之后,如果这种解释法律的观点进一步被司法机关和刑法学界普遍认可,这种裁判理据便可以视为法学通说。

需要注意的是,刑事法官援引域外法律学说进行个案裁判说理必须谨慎。当前,我国援引域外法律学说进行释法说理的刑事裁判文书虽不多见,但依旧存在。例如,实践

^⑥ [瑞典]亚历山大·佩岑尼克:《法律科学:作为法律知识和法律渊源的法律学说》,桂晓伟译,武汉大学出版社2009年版,第29页。

中有裁判文书援引德国刑法学家汉斯·韦尔策尔关于间接故意与有认识过错区分的观点来论证被告人的主观故意。^{⑥2}域外法律学说有其内嵌的域外法秩序与国情实际,与我国的刑事司法实践之间存在法治环境、法律文化传统等因素的不同,直接适用容易出现“水土不服、药不对症”的问题。故而,是否援引域外法律学说,需要从其与我国刑法整体定位是否匹配,以及是否适应我国刑事司法的现实发展等方面进行综合考量,以避免对域外法律学说的扁平理解和僵化适用。实际上,目前刑法领域的诸多域外法律学说还未能实现理论架构的本土化,如何将其合理地内化到我国的刑事法秩序中,还需要理论界和实务界的深入探索和研究。所以,援引域外法律学说必须谨慎为之。

Abstract: The difficulty of reasoning in criminal adjudication is supposed to provide an opportunity for the application of the legal doctrine in criminal sentencing. The reasonable application of the legal doctrine could not only help to strengthen the reasoning of criminal adjudication, but also facilitate the innovative development of the legal doctrine. However, there are currently dilemmas in the use of the legal doctrine in criminal adjudication, such as not being favored by judges, insufficient necessity and relevance for citation, unclear normative standards for citation, and potential risks such as incomplete argumentation, inconsistent judgments in similar cases, and misplacement of reasoning objects in adjudication reasoning. Therefore, it seems to be necessary to clarify the causes of the dilemmas and the legitimacy of using the legal doctrine in criminal adjudication, and then systematically construct a specific application mechanism. First, the judicial application of the legal doctrine should follow such basic principles as necessity, relevance, and rationality. Second, clarify the conditions, procedures, and methods for the use of the legal doctrine in criminal adjudication. Third, comprehensively expand the communication mechanism between the legal doctrine and criminal adjudication by citing authoritative legal doctrines, drawing on legal commentary mechanisms, innovating the application of legal doctrines, and issuing guiding cases. In the future, the legal doctrine and criminal judicial practice need to further strengthen communication and interaction. The legal doctrine needs to focus more on practical judicial issues and put academic innovation achievements into judicial practice for verification; at the same time, judicial practice also needs to rely more on the argumentation support of the legal doctrine and substantively promote the innovation and development of it.

(责任编辑:王 楷)

^{⑥2} 参见前注^{②3},北京市第一中级人民法院(2015)一中刑终1797号刑事附带民事裁定书。