

刑法构成要件要素的类型化

——以刑事指导性案例参照制度为切入点

郑常绿, 刘 静, 俞 玥, 邓江玉

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2024年4月1日; 录用日期: 2024年4月19日; 发布日期: 2024年5月31日

摘 要

立足于指导性制度案例走入司法的背景, 为解决目前刑事指导性案例参照制度的困境, 尝试通过“刑法构成要件要素类型化”来解除我国法官运用指导性案例时对于罪刑法定原则的顾虑, 重新认识刑事指导性案例参照制度天然的类比推理属性及其合理性所在, 厘清与罪刑法定原则之间的界限, 协助我国司法人员再认识类比推理: 运用类型化的构成要件要素以识别类案, 促进我国刑事指导性案例的准确司法应用。希冀在刑法构成要件要素类型化的作用下, 推动刑法各罪名要素更为清晰, 刑法体系更加融洽。

关键词

构成要件, 要素类型化, 事物本质, 刑事指导性案例, 类比推理

Typology of Constituent Elements of Criminal Law

—Taking the Criminal Guidance Case Reference System as an Entry Point

Changlv Zheng, Jing Liu, Yue Yu, Jiangyu Deng

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Apr. 1st, 2024; accepted: Apr. 19th, 2024; published: May 31st, 2024

Abstract

Based on the background of the guiding system of cases into the judicial system, in order to solve

the current dilemma of the criminal guiding case reference system, try to explore the “typology of criminal law constituent elements” to relieve the judges of China’s guiding cases of the principle of the law of crime and punishment, and to re-conceptualise the guiding case reference system. Analogical reasoning attributes and its rationality, clarify the boundaries with the principle of the law of punishment and crime, to assist our judicial personnel to re-understand the analogical reasoning: to grasp the guiding cases and pending cases with the typed constituent elements, so as to identify the analogous cases, and to promote the accurate judicial application of China’s criminal guiding cases. It is hoped that under the effect of typology of criminal law constituent elements, the elements of criminal law will be promoted to be clearer and the criminal law system will be more harmonious.

Keywords

Constituent Elements, Typology, Nature of Things, Criminal Guiding Cases, Analogical Reasoning

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

“类型思维在法学上的发迹，完全应归功于刑法学的发现[1]。”类型思维，最先由德国著名法学家拉德布鲁赫引入刑法学领域，并为考夫曼、拉伦茨进一步研究论述其具体内涵与适用，由此奠定了类型思维在法学方法论中的重要地位。类型思维冲击了传统的概念思维，更迭了对古老的罪刑法定原则的理解与看法。故而，针对目前法官顾忌于罪刑法定原则而导致刑事指导性案例援引率难以提升的现状，以类型思维再认识与把握类比推理，排解“禁止类推”的心理顾虑。同时，将刑法中构成要件要素类型化，一方面能够帮助法律人更好地把握刑事指导性案例，另一方面深入认识刑法条文，使刑法体系更为清晰、融洽。

2. 问题的提出

2011年12月20日，最高人民法院发布了第一批指导性案例，中国的指导性案例制度建设进程正式开启。指导性案例，根据最高人民法院颁布实施《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》的明确说明，指的是“裁判已经发生法律效力，认定事实清楚，适用法律正确，裁判说理充分，法律效果和社会效果良好，对审理类似案件具有普遍指导意义的案例。”截至今日，最高人民法院共发布了39批指导性案例，其中刑事指导性案例仅有36个，其覆盖的罪名范围连十分之一都不到，由此可见，刑事指导性案例在数量上远远不能满足现实中司法审判的需求。换言之，我国的刑事指导性案例制度仍在建设当中。

遗憾的是，大多学者基本是从刑事指导性案例参照适用的具体方法入手。然而事实上，阻碍刑事指导性案例参照制度发展的不止是方法论，还有思维困境：“案例指导制度的功能就是为未决案件提供统一的裁判标准，其价值就在于在法律和司法解释之外为裁判提供一种较为明确的路径，但其是否有违刑法中的罪刑法定原则就不无疑问[2]。”当然，亦有部分学者注意到罪刑法定原则，却总是从反面格外强调——参照适用刑事指导性案例“不能违背”这一基本原则，譬如，陈学良先生指出：“我国案例指导制度可能具有创制规则的功能，其法律性特征十分明显，对此，我们也应该保持清醒认识和高度警惕[3]。”

固然这是正确的观点，但正是在这种观念的一再强调之下，罪刑法定之困扰就成为了近些年来刑事指导性案例的援引率一直难以提升的重要原因之一。根据最高人民法院 2022 年度司法应用的研究报告显示，刑事类指导性案例 36 例中的 21 例被应用于 179 例案例，但是每年全国有接近 500 万的刑事案件立案，足以见得我国指导性案例援引率低迷[4]。本身在我国成文法国的背景以及法学生培育体系下，“法官更注重与立法者对话，而不是与整个司法系统对话，与法律共同体对话。长期以来，审判实践多采用涵摄技术，满足于法律依据的找寻[5] (pp. 181-196)。”针对刑事指导性案例制度有所忽视。长期以往形成法官“刻意”忽视指导性案例的惯性。为破除这一困境，推进指导性案例的适用，2020 年最高人民法院出台加强类案检索的指导意见，类案检索范围中首要的案件类型即是指导性案例，检索到的类案为指导性案例的，人民法院应当参照作出裁判。“应当参照”要求已然上升为法官必须参照适用相关的刑事指导性案例，若不参照适用相关案例则需说明理由。然而，这种措施只能在形式上改变法官参照使用指导性案例，不能解决根源上的思维偏差问题。总而言之，刑事指导性案例的司法适用仍旧处于困境之中。

与此同时，虽然有关指导性案例的类案识别技术、援引方法的文献并不匮乏，但在实务当中对于法官刑事指导性案例的参照适用也存在着不少争议。以“李飞故意杀人案”(最高人民法院 2012 年 9 月 18 日第三批指导性案例第 12 号)为例，有法官认为裁判要点中的各个要点需要相互叠加，即对被告人不判处死刑立即执行，须同时满足如实供述、认罪态度好、赔偿损失、取得谅解等诸项条件；也有法官认为在裁判要点中的各个要点只需要满足其中几点即可，即认罪态度好并愿意赔偿损失的，就不应当判处死刑立即执行，被害方亲属不予谅解甚至要求严判不是适用死刑立即执行的理由，而是限制减刑的理由。而通辽市中级人民法院于“苗某故意杀人案”(内蒙古自治区通辽市中级人民法院(2016)内 05 刑初 10 号刑事附带民事判决书)运用该裁判要点时，即作出与后者相同的理解[6] (pp. 91-98)。但裁判要点仍然引发上述争议时，就已背离追求“同案同判”的初心。况且，这不是裁判要点理解存在争议的独案，包括指导案例 4 号“王志才故意杀人案”(最高人民法院 2011 年 12 月 20 日第一批指导性案例第 4 号)，最高法在其发布一年后需要对其重新进行了解释与说明，由此撰写了文章《指导案例 4 号〈王志才故意杀人案〉的理解与参照》。然而，指导性案例制度作为一项为解决法律适用中疑难案件提供指导的制度，在紧张的司法审判中案例的运用不可能长期地等待最高法的解释与说明，因此，在案例运用者的角度下深入挖掘如何理解与把握刑事指导性案例的方法途径成为重要议题。

综上所述，针对上述两大参照适用的困境，本文希望以“刑法的构成要件要素类型化”的方式途径推动解决刑事指导案例参照适用上的问题：第一，刑事指导性案例的参照适用是否会违反罪刑法定原则，在不违背罪刑法定原则的前提下界限又在何处？第二，在构成要件要素类型化的情境下，刑事指导性案例参照适用方式的嬗变。通过梳理考夫曼的类型理论，明确刑事指导案例参照制度天然具有的类比推理属性事实上并不与罪刑法定原则相悖离，刑事指导性案例参照制度与罪刑法定原则在根本上具有一致性，解决罪刑法定之困境，帮助司法人员更好地把握认识类比推理该法律方法。把握类型化情境下的刑事指导性案例参照适用方式，促进指导案例参照适用的规范化、合理化、合法化，促进其司法实践中的准确运用，也期待通过指导案例的正确司法适用，能够进一步提炼、认识各个罪名的构成要件要素，使刑法体系更为清晰、融洽。

3. 刑法构成要件要素类型化

3.1. 法理上的类型化

作为解决目前刑事指导性案例困境的重要方法，“刑法构成要件要素的类型化”并非是理论与实践随意拼凑产生，而是结合实际的刑事指导性案例推理得出。本文的“刑法构成要件要素的类型化”主要

包含了以下两个层次：

第一，针对“刑法的构成要件要素”采取类型化的方式。类型化究竟意指什么？这需要结合考夫曼的类型理论说起。考夫曼认为，法律的现实化分为三个阶段：法律理念 - 法律规范 - 法律判决。但是无任何一个阶段可以在(逻辑上)从上一个较高的(较普遍的、较抽象的)阶段单纯地演绎出[7] (p. 8)。法律规范是法律理念与可能的生活事实相互对应和调适(立法)的结果，法律判决是法律规范与实际的生活事实(司法)相互对应和调适的结果。法就是实然与应然的对应。而这种对应和调适需要一个第三者和调适者，即“事物本质”[8]。不过这样的理论仍旧过于模糊，具象化而言：构成要件要素作为已经成型的法律规范的组成要件，诞生于法律理念与具体生活行为之间的对应与调适，它们不能直接过渡，因而需要一个调适者——事物本质。那么，“出自事物本质的思考即类型学的思考”，故“类型思维”是事物本质的型式化。因此，类型思维实质上就是以事物本质为中心的一种归类思想。

本文提出“刑法构成要件要素的类型化”，是在倡导用“类型思维”看待构成要件要素，构建类型模型，将要素进行归类，由此改变传统概念思维中限制框定构成要件要素的做法。概念思维使得文字的含义划分了一定的范围，但是时代在飞速发展与进步，“法律的抽象性与概括性不可能对复杂多变的社会生活给予周密而详尽的规定”[9]，如同盗窃罪中所能盗窃的物逐渐包含无形物，概念在时代的迫使之下也需要不断的扩充，可是这种扩充是否需要？这种扩充是否正确？这种扩充是否能跟上时代发展的速度？答案是否定的。于是，选择一种类型化思维(即归类思维)就格外重要。

类型与抽象的、普遍的概念是相区别的。概念是透过一些有限的、彼此分离的特征“界定”。相对于此，类型只能是“可加以说明的”，它虽然有一个固定的核心，但没有固定的界限。概念是封闭的，类型是开放的。概念的认识只能明确地“非此 - 即彼”，概念是分离的，概念式的思维是“分离式的思维”。相对于此，类型可以适应复杂多样现实的“或多 - 或少”，类型是有联系的、有意识的意义关联，普遍的事物在其自身中直观地、“整体地”被掌握[6] (p. 40)。简而言之，作为一个抽象与开放构成要件要素，传统概念思维的做法就是在构成要件要素处画圈指定其范围，而类型思维则是把握构成要件要素的核心含义从而归类事物。面对新生的事物，传统概念思维的做法是扩充其范围，而类型思维则是把握构成要件要素的类型将事物进行再次归类。相较之下，类型思维更具有持续性发展的可能。故构成要件要素的类型化本质上不过是如何看待构成要件要素的一种思维上的转变：由概念思维转化为类型思维。

这种理念亦符合刑法的发展趋势。现如今刑法的构成要件理论本就基于类型化的认识，构成要件是对犯罪行为的类型化描述。德国贝林格认为“类型性”是一个本质的犯罪要素，类型表达了某一种犯罪行为的观念形象，如果没有该观念形象，诸如行为方式、行为对象等要素就失去了其作为类型性要素的意味，这一形象就是该犯罪类型的“法律构成要件”[10]。换言之，每个法定构成要件必定表现为一个不法类型，本文的价值取向与刑法的发展方向在深层次是契合的。

第二，类型化的对象是刑法的构成要件要素。类型化只有以刑法构成要件要素为出发点才能够发挥其实效。借刑事指导性案例4号“王志才故意杀人案”与“李昌奎案”(云南省高级人民法院(2010)云高法终字第1314号刑事裁判文书)对比进行说明，两个案例的案件情节具备类似性，但在前案中王志才被判处死缓，后案中李昌奎却经多次社会公开争论后，再审将死缓改判为死刑，由是引发争议，为何李昌奎是“死刑”？除了舆论压力外，这也涉及到对刑事指导性案例理解的问题，类案的“类”究竟意指何为“类似”？在事件发生过程中，两个案件同样出现了“矛盾”与“婚恋纠纷”，这也成为了两案比较的焦点。但是，“李昌奎的行为出于多年积怨，婚恋纠纷只是诱因，何况另一名受害者王家飞的弟弟并非婚恋纠纷的直接当事者[11]。”换言之，婚恋纠纷与行为须有直接的关联性，指导性案例的裁判要点当中“因恋爱、婚姻矛盾激化引发”这一要素暗含了其中的因果关系。通过上述比较，我们可以明确：

类案不能仅停留在表层的案件事实，应当深入至对指导性案例构成要件要素及其关系的确认，以及待决案例与指导性案例之间的对应关系。正因如此，刑法构成要件要素的类型化，能够帮助法官深入理解指导性案例中所蕴含的构成要件要素，加深对案件整体认识。

同时，构成要件要素亦具备类型化的基础。正如前文引用的考夫曼对于法律现实化途径的思考：事物本质成为了法律理念与生活事实对应过程中的调试者。那么至少可以说，作为调试者的事物本质的身影或多或少都会存在于调试产生的结果“构成要件要素”当中。因此，作为一种围绕着事物本质的类型思维，类型化的前提——事物本质的存在就具备了。当然，事物本质作为一个哲学概念，学者多年研究仍未能将其阐述清晰，因此此处也无意讨论事物本质究竟意指何物，但是，针对类型的描述总会有其核心——相当于事物本质的存在，以此为中心描述类型。以盗窃罪与诈骗罪为例，盗窃罪的客观构成要件包括“侵犯公私财物的所有权”、“行为人具有秘密窃取数额较大的公私财物或者多次秘密窃取公私财物的行为”，而诈骗罪在侵犯公私财物的所有权的基础之上采取的是欺诈方法骗取数额较大的公私财物。那么，盗窃罪秘密窃取的本质核心在于财物的所有人、保管人、经手人“没有发觉”到自己所做出的行为的后果，而诈骗罪的欺诈的本质核心在于财务所有人、保管人、经手人本身意识到了这个行为以及结果，但是“结果发生了偏差，并非是自己所预期”。把这种类型思维下构成要件要素含义带入到刑事指导性案例之中思考，例如臧进泉等盗窃、诈骗案(最高人民法院2014年6月21日第七批指导性案例第27号)，裁判法院认为：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；虚构可供交易的商品或者服务，欺骗他人点击付款链接而骗取财物构成犯罪的，以诈骗罪定罪处罚。在盗窃罪中，这个虚假链接事实上就体现了行为人没有发觉到自己做出的行为会产生的支付后果，在诈骗罪中的付款链接已然体现了行为人对自己行为的认知，只是最终的付款结果发生了偏差。而在“机票案”中——受害者在订购机票的过程中，行为人以获取验证码的借口诱导受害者通过ATM机或网上银行输入六位数字，随后相应款项从被害人账户被汇入行为人账户。法院普遍认为待决案件的行为性质应该属于诈骗罪。这显然是对诈骗罪与盗窃罪本质上的理解有误：行为人事事实上已然认知到支付行为，只是金钱的流向超出了原本的预期。故本文认为，该待决机票案的行为性质应属于盗窃罪。由此可见，在类型思维之下对于构成要件要素理解，能够帮助法律人进一步理解刑事指导性案例，从而推动刑事指导性案例正确的参照适用。

综上所述，本文提出以“刑法构成要件要素的类型化”作为把握刑事指导性案例的核心方法，具备促进参照适用制度补充发展的功能。

3.2. 类型化分析：对类比推理的再认识

刑事指导性案例的参照适用，不可避免地需要运用到类比推理。但是，根据古老的罪刑法定原则，为防止法官滥用类推以致大大降低入罪的标准，保护人民的平等自由，刑法禁止类比推理。因此，刑事指导性案例制度与罪刑法定原则之间就不可避免的发生的冲突。然而，借助类型化思维加以分析，可以觉察两者所指向的“类推”并非同一概念。

首先，传统意义上所指的“类推”是指在两个事物的“外在特点”之间进行比较，通过比较而推断出它们在其他属性上也相同的推理过程，而刑事指导性案例中的“类推”是一种运用类型思维的思考方式。用类型模型加以简单区分，则传统意义上的“类推”是包括了同一类型之事物的“类推”，也包括了不同类型之间事物的“类推”，而刑事指导性案例中的“类推”，仅仅指在同一类型之中事物的“类推”。也就是说，二者所包含的类推的范围是不相同的。

而罪刑法定原则中所延伸出的“禁止类推”中的“类推”范围又是什么？这需要再一次正确地去认识刑法的“禁止类推”的要求。考夫曼在其书中指出，类推是不可能真正禁止的。因为类推与解释之间

没有根本性质上的划分。“当我们说，解释可以及于‘可能的文义’时，其实我们已经处在类推之中了，因为这种‘可能的文义’既非单义亦非相当，而只是一种类似。因此，在所谓的‘类推禁止’一直涉及到的只是：是否可能在类推的范围内，经由实际上可用的标准划出一条还算可靠的界限[6] (p. 13)。”而这一条界限，实际上就是禁止跨类型类推，也就是说，罪刑法定原则“禁止类推”所禁止的是跨类型的类推，因而包含了跨类型类推的传统类推应当被禁止，但是刑事指导性案例的类比推理属于在类型之内的类推，与传统的类比推理涉及范围并不相同，并不会违背罪刑法定原则。

其次，传统的类比推理与刑事指导性案例当中的类比推理在内容上也不尽相同。传统的类比推理主要集中在案例与案例之间的类比推理，而刑事指导性案例当中的类比推理，除了案例与案例之间的类比推理，还包括了规范与案例之间的类比推理。第一，“法律在本质上属于实践商谈活动[7] (p. 273)。”同时，刑事指导性案例制度的建设实质上是法律人之间的论辩商谈以及构成商谈的规则的过程。鉴于规范与刑事指导性案例都是论辩商讨的结果，法律规范与刑事指导性案例之间的类比推理具有可行性。第二，法律规范与刑事指导性案例之间的互动，有助于深化对刑法罪名的构成要件要素的深化认识。法律一旦制定出来就落后于时代，这是所有法律人的共识，因此，在保持制定法稳定的同时使制定法适应时代的发展，需要法律人通过各种法律方法去解释法典。在法律规范与刑事指导性案例以“类比推理”的方式互动的过程中，刑事指导性案例恰好充当了提供了时代背景的材料，那么法律规范与刑事指导性案例之间的互动，在现时代即为对于罪名构成要件要素的再认识与归类。

一言蔽之，刑事指导性案例与罪刑法定原则之间在本质上具备统一性，刑法构成要件要素类型化从理论上解除了对于刑事指导性案例参照适用的思维偏向。但是，这并不意味着，刑事指导性案例的参照适用没有限度可言。以类型思维诚然能确认刑事指导性案例其中的类比推理的合理性，但即便在同一类型当中也应当采取有限制的类推。

首先，类比推理应是“归属类推”而非“比例类推”。二者的区别在于事物本质展开和作用的样态：在比例类比中，事物本质通过寓于一较为明显而又与待判个案相类似的事例间接发挥作用，这也是人们通常所认为的类推，它涉及到两个部分或两对关系的对比，从而得出某种意义点上的相同性。如，点：线条=水滴：河流。而在归属类比里，事物本质是以“光环”式的意义束将个案涵摄于其下(可能会设想大量的可能事例)。故该类比涉及两个分属于优先和较次层级的事例。如：人类与上帝[7] (p. 263)。区分这两种类推并非为二者孰优孰劣，而在于两种类推体现了不同法系思维。比例类推体现了典型的判例法思维，但是作为刑事指导性案例本身应该建立在制定法的基础之上，故应该选用归属类推而非比例类推。

其次，类推应当搭建类型模型，始终围绕“事物本质”，针对刑事指导性案例与待决案例之间的构成要件要素进行“意义同一性”考量。说到底，类推是事物本质的一种展开形式，也即事物本质才是核心要点，由此应当在同一类型之内进行类推。

最后，类推应当以公众共识为界限。指导性案例制度产生于法律职业共同体内部对话以及共同体与外部群体(公众)间良性互动机制。作为制度来源的法律商谈同样束缚着类推：来源于公众，束缚于共识。此外，事物本质的概念本身就与生活息息相关。正是如此，事物本质才能够成为具体的生活与法律规范之间的调和者，其本身就已提炼生活的经验——常识，亦或者是公众共识。作为事物本质的展开式，类推也不应脱离事物本质原有之义。法律并非高高在上，以公众共识为界限，才能真正贴合生活，解决生活中的问题。

综上所述，刑法构成要件要素的类型化针对刑事指导性案例的参照适用与罪刑法定原则之间的冲突，深入挖掘出参照制度与罪刑法定原则在根本上的一致性，同时又延伸说明刑事指导性案例在参照适用过程中应当注意的类推界限，以促进刑事指导性案例参照制度的发展。

4. 构成要件要素类型化的适用

刑法构成要件要素的类型化指的是,运用类型思维去看待构成要件要素,通过构建类型模型以及对类型模型中的核心要义的认识,区别于传统的概念思维去认识构成要件要素,由此推动刑事指导性案例参照制度的发展。然而,类型化并非一蹴而就,这是一种思维上的革新,只有在思想上能够准确理解与把握刑法构成要件要素的类型化,才能真正改变目前刑事指导性案例的理解困境,推动刑事指导性案例的正确参照适用。

4.1. 类型化方向

如前文所述,作为哲学概念的事物本质是难以认识的——至少现在是,但在极度接近的基础上认识类型模型确实是可能的,为便于理解,此处仍以事物本质的名义加以说明。总之,刑法构成要件要素的类型化的核心在于发掘出蕴含于以文字表述的构成要件要素中的事物本质。事物本质成为构成要件要素类型化的核心要点。

因此,推进构成要件要素的类型化,必要解决的问题就是:如何识别和把握“事物本质”。这需要从事物本质的来源出发,拉德布鲁赫说:“事物本质”是“生活关系的意义”,此种“意义”是“在存在中现实化的当为,在现实中显现的价值”——“事物本质”是存在确定与价值判断之联系[6] (p. 38)。故挖掘事物本质,应当于客观事实与法律规范交叉的地方寻找。事物本质是存在与当为的交汇点,又即事物本质处在法律规范与客观生活之间,故而法定性与客观性的交互点是寻求构成要件要素事物本质的关键处。

4.1.1. 关注构成要件要素所处罪名其立法目的

把握事物本质,需要关注构成要件要素所处的罪名其立法目的。立法目的,即制定法律本身的目的,亦或称之为立法者的意志——立法者基于生活事实的存在,希望通过法律所达到的调和、保护、抑制目的。我国法律的立法目的一般都在法规的第一条中有所表述。当然,这只是某项法律的基本目的,除基本目的外,法律条款中还含有一些具体领域的目的,具体表现为法律的基本原则和政策以及法条本身所蕴含的目的。因而,这里的目的具有法定性,法官们可以通过贯穿于所有法律条款的指导思想来解释法律的真意[12]。同时,该目的具有相对的客观性。法律是由特定物质生活条件所决定的统治阶级意志的规范体系,即特定的物质生活条件决定立法者意志,立法者再作出相关立法。故立法目的,简而言之即为立法者希望通过设立行为规范以改变现实生活中的某些状况。立法目的的法定性与客观性,说明立法目的处于法律规范与具体的生活事实交汇处。因此,关注构成要件要素所处罪名其立法目的,是把握事物本质的重要途径之一。譬如,武器可以包括枪支,那么盐酸是否能够算作武器呢?如果刑法上规定了行为人使用武器伤害人判罪,那么如果犯罪人使用盐酸伤害人,是否应当判罪。盐酸似乎并非我们通常意义上的武器,但是,这种行为不判罪处罚显然不符合情理,从本条罪名的立法目的实际上是为了保护人民的生命安全,因此,盐酸应当被视为是武器,从武器中从中提取的事物本质是伤害人民的生命安全的危险品,即事物具备一定的危险性。关注构成要件要素所处的罪名本身的立法目的,是理解构成要件要素的事物本质的一般途径。

4.1.2. 重视案件的裁判说理

寻找构成要件要素的事物本质可以借助刑事指导性案例的裁判说理。裁判说理,“就是举出规范性理由(法律)和事实性理由(事实)来支持最终得出的具体判决”[13]。裁判说理就是将抽象的法律规范结合具体的生活事实来阐述在本案当中被告人的行为是否满足了某一犯罪的构成要件要素(定罪),根据具体的情节判断其刑罚(量刑)。只有清楚地将行为人的行为拆解并分析透彻,将构成要件要素与行为要素、主观因素一一对应,做出的法律判决才能够使人信服而非压服,即裁判说理展示了法官视野之下法律规范与

具体现实是如何碰撞的即其中所蕴含的事物本质。一般性的法律规范不过是在普遍情景下的描述，指导性案例的裁判说理则是为构成要件要素的理解适用搭建生活的具体场景。同时，最高法将其作为刑事指导性案例，亦体现了最高法对该法律规范其构成要件要素理解的支持性态度。因此，寻求构成要件要素所具备的事物本质可由裁判说理反推得出。以“王召成等非法买卖、储存危险物质案”(最高人民法院 2013 年 1 月 31 日第四批指导性案例第 13 号)为例，裁判理由的原文是：“非法买卖”毒害性物质，是指违反法律和国家主管部门规定，未经有关主管部门批准许可，擅自购买或者出售毒害性物质的行为，并不需要兼有买进和卖出的行为；王召成等人不具备购买、储存氰化钠的资格和条件，违反国家有关监管规定，非法买卖、储存大量剧毒化学品，逃避有关主管部门的安全监督管理，破坏危险化学品管理秩序，已对人民群众的生命、健康和财产安全产生现实威胁，足以危害公共安全，故王召成等人的行为已构成非法买卖、储存危险物质罪。由此可见，“非法买卖”毒害性物质并不要求买与卖行为同时存在，因为构成要件要素的核心在于对人民群众产生现实威胁，危害公共安全。非法买入剧毒化学品本身可能因为购入者的操作不当产生不特定的威胁，即它已经存在了威胁公共安全的隐患；同样，非法卖出剧毒化学品，对于出售人对于购入者的专业知识是否具备的把握以及可能作出的行为也并无准确的认知与控制，故会产生对于公共安全不特定的威胁。通过深化对非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪的客观构成要件要素的理解，把握买卖行为是否需要同时具备才能成立罪名。

同时，从刑事指导性案例的裁判说理当中，又能够凝缩出裁判要点。“指导性案例的裁判要点是按照法律适用的逻辑从生效裁判的判决理由中抽取并编撰而成的司法要旨，在内容上包含了对案件事实和相关规范的理解和阐释，是把基本案情与制定法条文相互归属和确证的结晶^[14]。”因此，对裁判说理深入理解，再由裁判要点提升凝练到对于构成要件要素事物本质的认识。毕竟指导性案例的效力本身建立在法律规范之上，裁判要点即便能够对构成要件要素展开延展性理解，也绝不可能超出其类型——即不能脱离事物本质。以前文所提及的第 12 号案例“李飞故意杀人案”争议为例，结合李飞故意杀人案的基本案情，可以得知被告人犯罪手段残忍，且系累犯，论罪应当判处死刑是从李飞故意杀人的行为中提取出来的，至于被害方亲属不予谅解都是针对李飞故意杀人行为的评价，罪名的客观构成要件要素针对的是剥夺他人生命的行为，因此“犯罪手段残忍，且系累犯”应当叠加，但是罪名的构成要件要素并不包含被害方对于杀人行为的评价，因此被害方亲属不予谅解只是限制减刑的缘由。故在苗某故意杀人案中，法院作出与后者相同的理解，本文予以支持的态度。

就目前而言，上述途径能够帮助法律工作者更加精确地把握事物本质，但是毕竟不同的法律工作者的理解(即便是对已经规定的东西)会有出入，因此希望最高法在颁布刑事指导性案例时，并非仅仅将对于构成要件要素其“事物本质”的标准融入到裁判要点当中，而是将制定刑事指导性案例的裁判要点所采取的“判断标准”(即是对事物本质的理解)包含其中一同说明，从而促进刑事指导性案例的正确参照适用。

4.2. 类型化应用

4.2.1. 类型化的一般应用方法

在刑法构成要件要素类型化的情境下，刑事指导性案例的参照适用应当采取类型思维，围绕类型展开思考。

第一，须确定把握刑事指导性案例与待决案件中所涉罪名的构成要件要素类型。类型思维作为以事物本质为核心的思维方式，无论是在把握指导性案例所涉罪名的构成要件要素类型时，还是在分析待决案件需要进行裁判的事实(能够提炼成构成要件要素)的类型时，关键是要把握其中的事物本质。针对目前最高法所颁布的刑事指导性案例，法律工作者意图认识事物本质，即是顺着刑事指导性案例类型化的方向进行认知，一方面关注刑事指导性案件所适用的法律规范其立法目的，另一方面重视案件的裁判说理，

由于前文已作说明, 故在此处不多加赘述。

第二, 以上述类型分析为基础, 判断指导性案例与待决案例是否属于同一类型。不过, 即便判断得出刑事指导性案例与待决案例属于同一类型, 仍然存在能够将刑事指导性案例斥出参照范围内的理由。

理由如下: 第一, 刑事指导性案例裁判要点有模糊或不明之处, 或者说, 这种裁判要点将判断标准(与构成要件要素一致的事物本质)深藏于其中, 该类刑事指导性案例事实上已经失去了其“指导性”, 模糊不清与意义不明从一开始就容易使引出不同的判决, 无法达到指导性案例所追求同案同判, 强行参照引用容易造成待决案件的处理有失公允。当然, 法律工作者仍可以此为契机引出对于待决案件新的思考。第二, 在刑事指导性案例发生冲突时选择其一, 从而避开其他不合适的刑事指导性案例的适用。倘若在判断时发现有多多个针对同一构成要件要素阐述的刑事指导性案例发生冲突(当刑事指导性案例越来越多必然会出现的状况), 应当选择其中最贴切的, 而排除另一刑事指导性案例的适用。第三, 因原有刑事指导性案例的裁判规则被制定法所直接吸收、推翻或替代而不再适用该指导性案例。第四, 刑事指导性案例已过时。现代社会的新陈代谢极快, 如果刑事指导性案例因时代变化而与现状发生冲突, 也应当放弃援引[15]。当然, 由于目前刑事指导性案例制度尚未真正建成, 故前两点理由排除刑事指导性案例的参照适用的可能性更大。只有当判断得出刑事指导性案例与待决案例属于同一类型且没有斥出理由时, 参照适用刑事指导性案例才能避免误解与误用。

4.2.2. 类型化的具体应用情形

我国的刑事指导性案例参照适用一般性步骤为“提炼争议点——与指导性案例部分关涉的法律要点进行比对, 确认能够参照适用/不能参照适用”。从这个研究路径出发, 本节旨在以类型化理论为指导, 同时结合具体的刑事指导性案件“臧进泉等盗窃、诈骗案”进行分析, 展示构成要件要素类型化在具体案件中的参照适用。

首先, 需要提炼争议点。争议点既包括指导性案例本身的, 也包括参照适用案件本身。一般而言, 刑事指导性案例的裁判要点会直接展现出争议点的碰撞, 并且给出明确的价值取向。在“臧进泉等盗窃、诈骗案”中, 裁判要点内容如下: 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; 虚构可供交易的商品或者服务, 欺骗他人点击付款链接而骗取财物构成犯罪的, 以诈骗罪定罪处罚。但是至于为什么要做出如此的价值判断, 却没有给出内在的解释。因此, 需要结合构成要件要素的类型化, 提取刑事指导性案例罪名构成要件要素的本质, 并且挖掘出在本质中指导性案例取向的深层原因。

本案中, 臧进泉的行为手段既包括了秘密窃取手段, 又包含了欺骗手段, 双重手段实现非法占有财物。这种手段方式使得盗窃罪与诈骗罪交织在一起, 然而盗窃罪与诈骗罪是对立关系, 正因如此, 区分盗窃罪与诈骗罪成为本案当中的重要课题。结合法院在裁判理由中的进一步阐述, 可以发现, 法院认为对既采取秘密窃取手段又采取欺骗手段非法占有财物行为的定性, 应从行为人采取主要手段和被害人有无处分财物意识方面区分盗窃与诈骗。如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是秘密窃取, 诈骗行为只是为盗窃创造条件或作掩护, 被害人也没有“自愿”交付财物的, 就应当认定为盗窃; 如果行为人获取财物时起决定性作用的手段是诈骗, 被害人基于错误认识而“自愿”交付财物, 盗窃行为只是辅助手段的, 就应当认定为诈骗。那么结合本质来说, “秘密手段”与“欺骗手段”到底何为主要行为的区分核心就在于当事人处分财物意识。若当事人没有处分财产的意识, 尚未意识到事实上自己在交付财物, 应该认定为“盗窃罪”; 若当事人有处分财产的意识, 已经意识到并且自愿交付财物, 应该认定为“诈骗罪”。以构成要件要素类型化提炼刑事指导性案例裁判要点的深层次原因后, 再拉入到参照适用案件本身进行对比与讨论。

至于参照适用案件本身的争议点，需要法律人自身进行寻找归纳。此处，本文通过列举例子说明如何归纳争议点：2013年7月，张某出差在火车上认识了外地人唐某，二人交换了手机号码和QQ号码，成了无话不谈的“好朋友”。后来，张某在电话中说想买物美价廉摩托车作为代步工具，想请唐某帮忙打听哪里有卖，被告人唐某说自己认识一家摩托车店很不错的，车便宜质量又好，让张某速速来选车。2014年2月19日，被告人唐某打电话约张某见面，并且在店里选了一辆摩托车之后，唐某以买摩托车要“试骑”为名，将张某留在摩托车店等待，自己驾驶摩托车奔上了乡间小道，玩起了“失踪”，张某左等右等不见唐某回来，遂向公安机关报案。后来，唐某被公安民警抓获，该摩托车经物价鉴定，价值4200余元人民币。

本案中被告人唐某的行为如何定性，存在两种不同观点：第一种观点认为，被告人唐某以非法占有为目的，以买摩托车为名，将其“好朋友”留在摩托车店，然后以“试骑”摩托车名义失踪的行为符合秘密窃取财物的方式，符合盗窃罪的基本特征，其行为属于盗窃罪。第二种观点则认为，被告人唐某以买摩托车要“试骑”为名，并将“好朋友”留在摩托车店的行为不符合秘密窃取的方式，而是为了使摩托车店主产生一种错误认识，相信他是“真的要买摩托车”。被告人“好朋友”的行为是一种欺诈行为，构成诈骗罪。可以发现，本文与指导性案例相同，同样形成了一种盗骗交织的局面，即成为了本案的争议点。

其次，与指导性案例部分关涉的法律要点进行比对。在“臧进泉等盗窃、诈骗案”中，秘密手段是利用信息网络，诱骗他人点击虚假链接而实际上通过预先植入的计算机程序窃取他人财物，欺骗手段是虚构可供交易的商品或者服务，欺骗他人支付货款点击付款链接而获取财物构成犯罪，盗骗交织在案件中；在“摩托车案”中，秘密手段是“试骑”摩托车名义失踪(秘密手段并不需要公认秘密，仅被告人认为该手段秘密即可)，而欺骗手段是以买摩托车要“试骑”为名，实则是私开走摩托车，同样形成了盗骗交织。

最后，确认是否能够参照适用以及其结论。结合上述法律要点的对比，显然可以将“臧进泉等盗窃、诈骗案”的裁判要点参照适用于本案中。本案同样面临着问题：秘密与欺骗手段到底哪种手段处于主导地位？而结合刑事指导性案例判断，这基于受骗人是否基于认识错误处分了财产，在“摩托车案”中受害者显然没有自愿处分财产，“试骑”即已经说明没有将财物转移给他人占有的意愿。因此在本案中，被告人唐某的行为应当构成盗窃罪。

借助构成要件要素的类型化深入挖掘刑事指导性案例与法律规范本身的价值取向，在此基础上通过三部曲参照适用，一方面帮助法律人更好地把握刑事指导性案例，厘清实务案件的线索并妥善处理，另一方面深入认识刑法条文与价值取向，使得刑法体系更为清晰、融洽。

5. 结语

目前尚待完善的刑事指导性案例参照适用制度在建设过程中暴露了不少短板：第一，刑事指导性案例的援引率在近些年来持续偏低，离不开罪刑法定原则制约下的刑法要求严格的事实比对和禁止类推解释，造成对刑事指导性案例应用空间的限缩^[16]。罪刑法定之困扰成为刑事指导性案例的援引率提升的重要阻碍。第二，最高人民法院下发的“规定”及“实施细则”仅对“类似案件应当参照适用”的参照适用规则作出明确，其并未从技术层面对“类似案件”的识别进行规定，包括何为类似案件及其判定标准^[5] (p. 325)。导致实务当中对于法官参照适用刑事指导性案例的标准存在着争议。针对上述困境，本文提出“刑法构成要件要素的类型化”的解决方案。一方面，希望通过明确罪刑法定原则所禁止的是跨类型的类推，而刑事指导性案例属于类型内类推，调整法官的思维偏向，推动类比等法律方法在司法实践中的准确适用。另一方面，克服实践困境，类型思维有助于法律人士更好地把握刑事指导性案例的核心要义，推动

刑事指导性案件类案识别技术的发展, 促使指导案例适用的规范化、合理化、合法化, 有效助力我国未来刑事指导性案例制度的持续发展。

参考文献

- [1] 杜宇. 类型思维与刑法方法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2021: 8.
- [2] 杨治. 困境与突破: 刑事案例指导制度的实践运行样态及功能实现[J]. 法律适用(司法案例), 2017(6): 38-43.
- [3] 陈兴良. 我国案例指导制度功能之考察[J]. 法商研究, 2012, 29(2): 13-19.
- [4] 郭叶, 孙妹. 最高人民法院指导性案例 2022 年度司法应用报告[J]. 中国应用法学, 2023(4): 181-196.
- [5] 郭兰君. 刑事指导性案例“应当参照”的困境与出路——以刑事法律适用的统一性为思考方向[J]. 海峡法学, 2016, 18(1): 91-98.
- [6] 詹亮, 张庆庆. 从“适用不足”到“充分适用”: 刑事指导性案例司法适用的困境与突破——以 56 份涉“指导性案例”刑事判决书为分析样本[C]//最高人民法院. 司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第 30 届学术讨论会获奖论文集(上). 北京: 人民法院出版社, 2019: 8.
- [7] [德]阿图尔·考夫曼. 类推与“事物本质”——兼论类型理论[M]. 吴从周, 译. 台北: 学林文化事业有限公司, 1999: 18.
- [8] 雷磊. 方法和限度: 回到事情“本身”——解析考夫曼《类推与“事物本质”》[J]. 法哲学与法社会学论丛, 2006, 9(1): 249-274+300.
- [9] 杨知文. 指导性案例编撰中的法律解释方法及其运用[J]. 东岳论丛, 2022, 43(6): 163-173+192.
- [10] [德]恩斯特·贝林. 构成要件理论[M]. 王安异, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006: 10.
- [11] 马朗, 刘晓宇. 刑事指导案例适用现状及规范路径[J]. 中国案例法评论, 2016(2): 10-16.
- [12] 陈金钊. 目的解释方法及其意义[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2004, 22(5): 36-44.
- [13] 雷磊. 从“看得见的正义”到“说得出的正义”——基于最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》的解读与反思[J]. 法学, 2019(1): 173-184.
- [14] 杨知文. 指导性案例裁判要点的法理及编撰方法[J]. 政法论坛, 2020, 38(3): 35-50.
- [15] 于同志. 论指导性案例的参照适用[J]. 人民司法, 2013(7): 62-66.
- [16] 李佳欣. 论刑事指导性案例对刑法解释功能的补足[J]. 当代法学, 2020, 34(5): 81-89.