

利益衡量在刑事司法裁判中的 运用与风险控制*

□ 武良军

内容提要 利益衡量是刑事司法裁判中解决利益冲突的必然要求和解决疑难案件的重要方法,也是法律效果与社会效果统一的路径与罪刑法定主义实质侧面的要求。相较于量刑环节的利益衡量,定罪环节的利益衡量意义更为凸显,无论是构成要件符合性的判断,还是违法性或有责性的判断,利益衡量均有运用的空间。利益衡量的妥当运用,不在于是否遵循了一个完全程式化的操作步骤,而在于是否准确把握了“利益的解析”与“衡量的展开”这两个关键环节。应当说,利益衡量对裁判者主观性的天然依赖,蕴含着不确定的内在风险,应积极为利益衡量在刑事司法裁判中的运用提供一个约束性框架以控制风险。刑事司法裁判中利益衡量的风险控制,应当恪守罪刑法定主义、遵循社会共识导向和加强程序性的制约。

关键词 利益衡量 刑事司法裁判 罪刑法定主义 社会共识 程序性制约

作者武良军,法学博士,海南大学法学院讲师。(海口 570228)

DOI:10.14167/j.zjss.2019.04.008

利益衡量,是在对概念法学反思和批判基础上发展出来的,用以指称在具体案件中比较权衡系争利益并做出价值判断的过程或方法。^①由于其对法律目的、价值观念和社会需求等多种因素的考虑,以及对个案中法律适用灵活性的追求,很快得到了学界和实务界的认可,并渐而成为法学方法中的一种“黄金方法”。长期以来,我国学界对利益衡量的讨论主要局限于民商法领域,在刑事法领域,利益衡量并没有得到应有的关注和重视。甚至有学者提出,利益衡量是一种超法律的法律续造,故在裁判之际须注意将这一论证模式排除在刑事法域之外。^②但值得注意的是,刑事司法实践并没有因为刑法学界对利益衡量这一方法的有意疏离而放弃对其的运用,利益衡量一直以一种“看不见”的方式无时无刻不在刑事司法裁判的过程

中发挥着重要作用。^③不管是早年备受瞩目的张德军“见义勇为”案与许霆盗窃案的司法裁判,还是近年引起广泛热议的王力军非法经营案与赵春华非法持有枪支案的司法裁判,无一不体现着利益衡量这一方法的运用。应当说,理论与实践的这种反差,不得不让我们开始思考:刑事司法裁判中究竟是否需要进行利益衡量?如果需要,如何妥当运用利益衡量的方法?此外,利益衡量蕴含着不确定的内在风险,在刑事司法裁判中恣意使用会侵蚀法治国的基础,故能否以及如何对利益衡量的风险进行控制?本文的目的,就是对上述问题作出回应。

一、刑事司法裁判中利益衡量的必要性

利益衡量的方法能否被适用于刑事司法裁判,并非只有我国学者心存疑虑。即使在利益衡量

* 本文系国家社科基金项目(13BFX010)和海南大学法学院自由贸易港课题(hdfx201810)的阶段性成果。

备受推崇的日本,虽然当时学界已然认可,法律解释若完全不使用利益衡量将令人难以置信,但刑法学界对利益衡量却保持着“集体的沉默”。^④甚至有学者公开反对利益衡量进入刑事司法裁判,并指出其存在诸多缺陷:异质的利益之间不存在利益位阶,难以进行比较衡量;衡量的结果取决于主观价值判断,易导致恣意与专断;易衍化为极端的功利主义,导致对弱者利益的践踏;缺乏宏观历史视角,是一种短视的方法论。^⑤但是,日本刑法学界对利益衡量的冷遇很快有了转变,这一转变与“机能主义刑法”的提出密切相关。机能主义刑法认为,随着日本社会的急剧变迁,地区社会控制力的弱化和市民安全要求的强化,刑法学不能再过于执着于理论的精密性和体系的整合性,而应注重对刑法现实机能的考察,要从实质上理解罪刑法定主义,根据具体案情充分理解其微妙之处,然后再考虑适当的结论。^⑥而利益衡量对行为效果的关注,与机能主义刑法不谋而合,机能主义刑法的贯彻,也离不开利益衡量的运用。所以,随着机能主义刑法理论在日本的日渐推崇,利益衡量这一方法也获得了刑法学界的热捧。

当然,本文并不是要以日本刑法学界对利益衡量的这种态度变迁,来让大家认可刑事司法裁判中利益衡量的必要性。在本文看来,利益衡量在刑事司法裁判中不仅有运用的必要,而且是一种极为重要的方法。理由主要有:

第一,利益衡量是解决利益之间冲突的必然要求。“法律本来就是人们利益问题的一个关系框架,法律自身所表达的,就是人们的利益诉求”,^⑦刑事法自然也不例外。科学的刑事立法要求,立法者应当对各种冲突的利益进行充分识别和衡量,对主体值得保护的利益加以确认,并对各种利益的保护层级进行合理安排且制定相关规则,以约束人们的行为。^⑧但立法者在多数情况下仅为平衡“利益需求的无限性”与“利益资源的有限性”之间的矛盾,提供了“一般性的制度框架”,^⑨而且由于立法者理性的非至上性、利益分配机制相对利益格局变动的滞后性,立法者所确认的利益分配难免存在这样或那样的问题。^⑩此时,就需要裁判者运用利益衡量方法,通过对刑法条文背后蕴含的利益关系、案件事实牵涉冲突利益关系的准确认识,并根据立法者的利益价值取向,做出应当保护

谁的利益的价值判断,维护合法的利益关系格局,实现社会的公平正义。^⑪显然,近年来频繁引发公众热议涉及防卫权的案例,如山东于欢故意伤害案、江苏于海明正当防卫案(即“昆山反杀案”),均明显体现着对冲突利益的取舍和衡量,也恰恰印证了立法者对利益分配是抽象的,具体个案中的利益分配仍有赖于裁判者在司法中的再衡量。

第二,利益衡量是解决疑难刑事案件的重要方法。由于法律语词的内在局限、立法者自身的不足、法的稳定性与现实生活流变性之间的矛盾,以及法律抽象性和个案的具体性之落差,现实中的案件往往会呈现出法律上的疑难。“分类问题”与“解释问题”^⑫疑难案件在实践中导致的结果是,“法律解释的复数性”大量存在,且这些复数解释往往“既不违反逻辑也不违反方法论,且可被证明与法律相一致”。^⑬这在目前刑法研究中体现的尤为突出,明显分歧性的观点俯拾皆是。与理论研究不同的是,司法裁判的任务是寻求判决的“唯一正解”,即裁判者在面对多样性的解释时,“应当在进行总体比较和权衡之后形成并坚持唯一结论”,并且这种形成和坚持并不因各种不确定性因素的增加而退让和放弃。^⑭而判决的“唯一正解”的形成和坚持显然离不开利益的衡量。例如,在判断行为人用“提供网络深度链接”的方式擅自播放他人网站受保护的影视作品的行为,是否属于《刑法》第217条侵犯著作权罪中的“复制发行”,从而以侵犯著作权罪定罪处罚,就离不开对涉及的诸多利益进行衡量。此外,当出现“相关性”疑难案件时,即直接适用现有规范将导致个案不公且明显违背司法正义,此时需要借助利益衡量对现有规范进行矫正,许霆盗窃案的重审改判和王鹏非法出售珍贵、濒危野生动物案(即“深圳鹦鹉案”)的二审改判就是如此。

第三,利益衡量是法律效果与社会效果统一的路径。注重法律效果,是司法裁判的基本要求,也是法治国的基础所在,但法律能否被遵从与信仰,离不开公众的内心服从,社会效果不佳,法律效果也必将成为奢谈,司法裁判应是法律效果与社会效果的统一。尽管目前学界对“法律效果与社会效果相统一”的司法理念持质疑者不少,但这主要是对社会效果的理解有失偏颇,以及对部分法院就社会效果的追求有失客观中立从而有淡化法

律权威危险的担忧,并不能否认司法裁判对社会效果的内在追求。^⑮实践证明,忽视社会效果而机械坚守法条所做出的判决极易引起公众的质疑与反感,如广州许霆案、深圳王鹏案、内蒙古的王力军案以及山东于欢案的一审判决无一不是如此,以致最后都不得不在公众的舆论压力下进行改判或再审。当然,司法裁判对社会效果的追求绝不是对舆论的迁就,而是对公众诉求的合理吸收。利益衡量论与“法律效果与社会效果相统一”的司法理念具有暗合之处。利益衡量方法对裁判规范的塑造,不完全拘泥于刑法文本的规定,强调以整体利益的最大化为追求目标,引入非制定法法源对文本进行补白填充,既是对刑法文本的遵从,又是对刑法文本的超越,从而平衡案件所涉不同利益之间的冲突,实现法律效果与社会效果的统一。

第四,利益衡量是罪刑法定主义实质侧面的要求。刑法学者对利益衡量的心存芥蒂,一个很重要的原因是,认为利益衡量的不确定性违背了罪刑法定原则。有论者认为,罪刑法定主义是刑事领域的一个铁则,不容变通,法律没有明文规定的,只能宣告无罪,所以,利益衡量方法的适用范围不包括刑事案件。^⑯但这实际上是对罪刑法定主义与利益衡量的极大误解。首先,随着时代的变迁,罪刑法定主义完成了从绝对主义到相对主义的演变,罪刑法定主义旨在为裁判者的判断过程施加一定控制,但并不意味着要求裁判者机械适用法律,绝对的罪刑法定主义只是一种臆想。其次,罪刑法定主义的具体内容分为“形式的侧面”与“实质的侧面”,“形式的侧面”固然重要,“实质的侧面”也绝不容忽视。罪刑法定主义的实质侧面,“是为了寻求刑法的实质合理性,旨在使刑法尊重个人自由、实现社会公平”,从而实现实质法治,^⑰因此,罪刑法定主义实质侧面的实现离不开个案中的利益衡量。最后,认为利益衡量违背了罪刑法定主义,与学者对利益衡量的误解也有关联,即仅将利益衡量作为在规范有空缺时的漏洞填补方法,但事实上,利益衡量不只是漏洞填补方法,其同样适用于存在复数规范或对规范产生复数理解的场合,而对后者适用利益衡量并不违背罪刑法定主义。

值得注意的是,尽管利益衡量在刑事司法与民事司法裁判中都是解决利益冲突、进行法律解释和实现法律效果与社会效果统一的路径或方

法,但刑事司法中的利益衡量与民事司法中的利益衡量还是有着明显差异,这种差异主要体现在利益衡量的适用范围上。民法学者普遍认为,利益衡量方法既可以适用于存在复数解释情形的法律解释中,也可以适用于漏洞的填补,甚至有论者认为利益衡量基本上就是一种漏洞填补的方法。然而,刑事司法活动由于严格受到罪刑法定主义的制约,恪守入罪必须有法律的明确规定,对于漏洞(应予规范而未加规范的情形)的填补,是坚决反对与排斥的,因此,刑事司法裁判中不允许运用利益衡量对漏洞进行填补。

二、刑事司法裁判中利益衡量的运用空间与关键

明确了刑事司法裁判中利益衡量的价值所在之后,接下来的问题是,刑事司法裁判中可进行利益衡量的空间有哪些?在这些可进行利益衡量的空间,该如何妥当运用利益衡量的方法?

(一)刑事司法裁判中利益衡量的运用空间

有学者指出,受罪刑法定原则影响,利益衡量往往存在于量刑环节而非定罪环节,且多体现于罪轻与罪重的比较而非此罪与彼罪的区别。^⑱但是,将利益衡量的运用主要限定在量刑环节未免过于狭隘,也会影响利益衡量功能的发挥。前已述及,面对复数解释时,利益衡量便是裁判者形成和坚持“唯一结论”的重要方法,而复数解释实际上更多存在于定罪环节。因此,相较于量刑环节的利益衡量,定罪环节利益衡量的意义更为凸显。众所周知,根据三阶层犯罪论体系,犯罪的成立需要满足构成要件符合性、违法性与有责性三个层次的判断。是故,本文就利益衡量作用空间的描述也将围绕这三个层次进行展开。

1. 构成要件符合性判断中的利益衡量

尽管刑事立法在构成要件的创设时,已基于利益衡量对冲突的利益进行了抉择,但由于法律语词的内在局限等因素的制约,个案中利益的冲突仍难完全避免,此时就需要进行利益衡量。尤其是在规范构成要件要素的判断、开放构成要件的确立中,裁判者对利益衡量的依赖往往较为显著。例如,在个别少数民族聚集地区,对于强制猥亵罪中“猥亵”的判断,往往就要在妇女的性自主权和当地的社会伦理之间进行利益衡量。此外,在我国

处于社会全面转型的大变局时期,刑法文本规范与社会现实的缝隙与矛盾冲突日益加剧,“事实与类型化构成要件之间的对应性判断更加需要利益衡量观念的‘在场’,以确保不会在事实与法条之间产生超出一般人认识范围的判断结果。”¹⁹例如,在王力军非法经营案²⁰中,王力军无证无照收购玉米的行为的确违反了当时的国家粮食流通管理有关规定,经营数额也达到相关司法解释的入罪标准,仅从形式上看,王力军的确实实施了《刑法》第225条非法经营罪所规定的行为,但从实质上看,王力军的行为并没有对市场秩序造成社会危害,反而在农民与粮库之间起到了桥梁作用,促进了粮食流通。也正是基于形式与实质所体现利益的反复衡量,再审法院最终认为,王力军的行为并不属于严重扰乱市场秩序的经营行为,不应认定为非法经营罪,从而改判王力军无罪。同样,在张德军见义勇为案²¹中,法院认定“张德军为了阻止犯罪嫌疑人逃逸被动采取的高速追赶行为,与本案损害结果的发生没有必然的因果关系。制止犯罪、扭送犯罪嫌疑人属于公民正当、合法的行为,犯罪嫌疑人为逃避抓捕造成的伤害后果,扭送公民不应当承担刑事及民事责任”,显然也是裁判者在公共利益与被害人利益之间进行评价并权衡的结果。

2. 违法性判断中的利益衡量

诚如学者高金桂所言,“利益衡量在犯罪判断上,与违法性之判断最具密切的关系。因为,构成要件之法益保护作用,与阻却违法事由之容许行为侵害法益,两者间存在着潜在的、实质的利益冲突。从阻却违法事由之系统化理论的发展,可以看出违法性判断中,若隐若现之利益衡量的身影。”²²的确,从利益冲突的角度来界定违法性阶层,已然成为今日大陆法系国家刑法理论的常规性做法,无论是行为无价值论的支持者,还是结果无价值论拥趸者,对违法性的理解,无不以利益为思考基点,“对规范背后的各种冲突利益进行实质的比较与权衡”。²³其中,违法阻却事由的成立,就是对法律所保护的对应利益进行评价并权衡的结果,所遵从的标准就是受到较高评价的利益优于受到较低评价的利益。²⁴众所周知,正当防卫与紧急避险作为违法阻却事由的存在便是利益冲突和权衡的结果。可以说,近年来引发舆论哗然的多起判决,几乎都是裁判者未能在违法性的判断中充分而妥

当地进行利益衡量,从而导致做出的裁判结果与公众认知之间存在着巨大的断裂。例如,在赵春华非法持有枪支案²⁵中,一审法院忽略了对其他涉案因素的综合把握,以简单的文本解释,机械地得出裁判结论,从而背离了社会的普遍认知;相比之下,二审法院在对该案涉及多种因素的考量基础上,对被告人利益与国家枪支管理秩序、刑法文本的权威性与裁判的公正性进行审慎权衡,最终改判赵春华有期徒刑3年、缓刑3年,虽说不能完全吻合社会公众的观念,但在一定程度上实现了衡平。当然,违法性判断中的利益衡量,不仅可以判断违法的程度从而影响行为人的量刑,也可以确认违法阻却事由是否成立从而影响行为的定性。

3. 有责性判断中的利益衡量

与以上两个层次中利益衡量的介入程度相比,利益衡量在犯罪成立之有责性判断中的运用空间,显得相对狭窄,但这并不意味着利益衡量在有责性的判断中毫无用武之地。其中,罪责的非难可能性,特别是涉及行为人是否有依其不法认识而为合法行为的可能性,就有利益衡量介入的余地。²⁶即使行为人实施了符合构成要件且违法的行为,但根据行为时的具体情形,不能期待行为人实施其他合法行为的,就不能对行为人进行非难进而追究刑法上的责任。而对行为人是否有实施适法行为期待的判断,显然离不开对行为人在特定情势下实施合法行为使自己失去的利益与实施违法行为使自己暂时获得的利益,进行充分而全面的衡量。例如,当庄稼汉在面对即将成熟的稻谷被成群麻雀吃完,且采取诸多驱赶措施均不能奏效之不得已的情势下,用粘网捕捉了上百只麻雀,虽已符合非法狩猎罪的构成要件和具备违法性,但在该情势下依据庄稼汉的固有背景,无法期待其舍弃可能赖以生存的稻谷而保护更为抽象的生态环境。因此,应认定庄稼汉此情势下捕捉麻雀之行为欠缺期待可能性,从而阻却责任。此外,利益衡量还可能影响部分疑难案件间接故意与过于自信的过失的判断。例如,对于因口角而挥拳击打行驶中公交车驾驶员的行为,是以一般治安案件处理,还是以刑事案件处理,如果以刑事案件处理,是以主观上系间接故意的以危险方法危害公共安全罪定性,还是以主观上是过失的以危险方法危害公共安全罪定性,便离不开各种利益的权衡。诚如有

论者在孙伟铭以危险方法危害公共安全案的分析中所指出的,间接故意和过于自信的过失的分界是最困难也最具争议的问题,是选择主观上系间接故意的以危险方法危害公共安全罪,还是选择主观上系过失的交通肇事罪,实际上是法官经过各种利益进行权衡的结果。^{②7}

(二)刑事司法裁判中利益衡量运用的关键

与演绎推理有着较为清晰的适用模式所不同的是,利益衡量很难有清晰的适用模式。尽管目前有诸多学者对利益衡量的步骤展开了探讨,但观点大同小异,核心区别在于:利益的衡量过程与规范的判断可否分开或者何者为先的问题。有论者认为,利益的比较衡量应当在与现行法律相隔离的状态下,以普通人的立场得出一个初步的决断,然后带着这个决断回到现行法律中。^{②8}但事实上,利益的衡量过程与规范的判断很难截然分开,“法官的目光总是在法律规范和结果之间不断地来回扫描:不仅是法律规范影响结果,而且结果也影响法律规范”,^{②9}利益衡量是在案件事实与法律规范交互作用下形成的。因此,刑事司法裁判中利益衡量的妥当运用,不在于是否遵循了一个完全程式化的操作步骤,而在于是否准确把握了“利益的解析”与“衡量的展开”这两个关键环节。

1. 利益的解析

利益衡量旨在系争利益之间进行比较权衡进而作出判断,所以,全面的利益解析是利益衡量的前提。但遗憾的是,这一道理在刑法学界却未能获得充分的认识,文献中普遍以“法益衡量”概念取代“利益衡量”概念就是例证。诚如有论者所指出的,在刑法学中以法益衡量来替代利益衡量,乃肇始于结果无价值论,但由于其较之于利益衡量更为具象和操作上的便捷性——“犹如小学生都会做的算术”,即使结果无价值论阵营外的论者,也会不自觉地运用法益衡量的原理,实务中也到处充斥着与法益衡量相关的话语。^{③0}客观地说,这种将利益衡量化约为法益衡量的做法,的确简化了部分案件中复杂的价值判断,不仅简便易操作,在一定程度上也有利于防止裁判者的专断。但也正是由于法益衡量的简化处理,不仅在理论上无法合理解释诸多正当化事由的成立要件,也很容易导致实务裁判认定的偏差,形成与公众认知存在巨大断裂的荒谬结论。例如,法益衡量在理论上无

法合理解释,为什么对于无刑事责任能力人的侵害行为,“虽然仍属违法侵害,而可对之施以防卫行为,但在行使防卫行为之前,有必要采取回避措施,而不得任意主张合法无须回避违法原则。”^{③1}此外,也无法合理说明,为什么刑法学界几乎不认可,身穿昂贵西服的富人为避免自己的西服被雨淋湿受损,进而夺取路过穷人的雨伞的行为成立紧急避险。事实上,我国学理与实务对正当防卫的成立要件尤其是对防卫限度要件的把握过严,很大程度上也是由于法益衡量对利益衡量的简化。如有论者指出,从法益衡量的角度出发,对防卫限度的认定,势必主要通过对所保护法益与所损害法益(当事双方法益)的比较来界定,且偏好于事后判断,难以避免出现唯结果论的倾向,所以,“只要不放弃以法益衡量说为基础的统一性框架,动辄认定防卫过当的做法便不可能得到根本的纠正。”^{③2}

尽管理论上有多数学者为了应对法益衡量的缺陷做出了一些修正,当然主要是通过对法益观的调整来实现的。例如,为了解释为何在正当防卫的情况下,即使造成的损害大于所避免的损害,仍可能阻却违法性,张明楷教授提出,因为“正当没有必要向不正当让步”,“不法侵害者的利益实质上受到了缩小评价”。^{③3}但是,这一解释路径很容易遭受质疑,因为即使是不法侵害人,其生命健康权理应受到社会的尊重和法律保护。事实上,诚如有论者指出的,实际上已“采用瞒天过海之术,在法益衡量说的基础上掺杂了其他原理”。^{③4}然而,如此瞒天过海之术,不仅背离了法益衡量代替利益衡量的初衷,不利于实务人员的操作,也不能解决法益衡量面临的其他问题。既然如此,我们不如从“法益衡量”回归到“利益衡量”的老路上。

应当说,主张从“法益衡量”回到“利益衡量”,其功用在于促进裁判者在个案中更加全面且充分地直面案件所涉及的各种利益冲突,并且可以进行整体衡量。若缺少对利益结构的整体衡量,只对当事人之间的利益进行比较,就会造成利益衡量的滥用或者不当,结果必将是一种显失正义的行为。^{③5}例如,在山东于欢故意伤害案^{③6}中,一审法院仅着眼于对不法侵害人利益的保护,忽略了防卫人利益以及法确证这一利益的考量,以故意伤害罪判处于欢无期徒刑,显失正义,从而引起舆论哗

然。而二审法院通过对体现防卫人利益和法确证利益的事实和证据之还原,并对该案涉及的各层次利益进行充分考量和衡平,最终认定于欢的行为具有防卫的性质,但明显超过必要限度造成重大损害,构成防卫过当,应当负刑事责任,但应当减轻或者免除处罚,从而改判于欢有期徒刑5年,在一定程度上达成了一个相对合理的裁判结果。相比之下,在江苏于海明正当防卫案^⑤中,公安机关和检察机关则妥当权衡了该案中不法侵害人利益、防卫人利益以及法确证利益,从而认定于海明的行为系正当防卫,不负刑事责任。

问题是,哪些利益应当被纳入衡量的范围?应当说,不同的案件事实,涉及利益的种类注定的不同的,期冀以穷尽的方式列举利益的种类是不现实的,但对利益进行适当地类型化,无疑有助于更加有效且便捷地进行利益衡量。对此,梁上上教授认为,利益的层次结构包括当事人具体利益、群体利益、制度利益和社会公共利益。^⑥劳东燕教授则认为,群体利益应放入制度利益的范畴,社会公共利益容易产生误解,应引入法治国的基础利益这样的概念,故利益的层次结构为当事人利益、制度利益与法治国的基础利益,并且应以制度利益为核心,以法治国的基础利益所彰显的价值作为必要指导。^⑦但是,制度利益和法治国的基础利益的提法仍过于抽象,两者能否做出截然区分,本身也是有疑问的。从以往争议刑事案件的系争利益来看,刑事司法裁判中所要衡量的利益实际上可分类为当事人利益、由法律的确信性所服务的社会利益和由正义所服务的社会利益,^⑧后两者往往是利益衡量的难点。当然,上述每一类利益在具体个案中仍然可以进行具体细分。

此外,令人关心的问题是,不同利益之间是否存在利益的位阶?利益的选择无疑会随着具体情势而变化,同一利益在不同个案中产生的影响也是不同的,不可能存在一个绝对的或普遍有效的利益位阶秩序。然而,这也并不意味着所有利益必定是位于同一水平之上,^⑨提供一个非绝对性但有倾向性的利益位阶安排,显然有助于利益衡量在裁判中的使用。例如,“秩序性规定后撤到对具体损害的保护之后;人格的价值应当优于实物财产;面对保护其他人格价值或者超个人的法益,对身体和生命的保护处于一种更高利益的基础之上”,^⑩

这种一般性的认识为裁判者的利益衡量提供了某种方便,但要注意,这些规则的适用不是牢不可破的,如财产利益并非绝对优于人格利益,为了挽救特别重大价值的物品,有时也会允许对人格权进行较轻微的侵犯。此外,当利益的选择发生在由法律的确信性所服务的社会利益与由正义所服务的社会利益之间时,利益优先性的判断要复杂得多。但一般会肯定由法律的确信性所服务的社会利益具有初步的优先性,“只有这种初步的优先性在后续的利益衡量过程中无法维持其自身的正当性时,才考虑由正义、衡平或公道所服务于的社会利益的优先性”。^⑪

2. 衡量的展开

既然不同利益之间的优先性只具有初步性,利益衡量不可能被简单还原为利益的排序。那么,如何在不同利益之间进行“衡量”?这直接关涉司法裁判结果能否趋于理性。对此,学者们进行了一定量化的努力。

如梁上上教授指出,“在具体案件的利益衡量中,对当事人的具体利益进行衡量只有放置在利益的层次结构中进行衡量,才能保证利益衡量的公正和妥当”,并通过对案例进行表格化处理,以阅读图表的形式,数“x”和“√”的多少,来确定利益衡量的结果。^⑫对此,有学者质疑,“这种‘读图表’式的衡量方法,一概以某个符号(‘x’‘√’或‘0’)进行权重和‘计算’,未免忽略了太多不应忽略的考虑”,如制度利益内部也有一个权衡与比较的“子过程”,而并非是铁板一块。^⑬与之相比,阿列克西教授认识到了不同利益之间权重的差异,并以更加量化形式展现了这种关系,这种量化主要是对不同的利益设定一个权重值,这种权重值的考虑,必须把具体案件利益实现的迫切性考虑进来,并以此考察、权衡判决对总体价值的增益程度。^⑭当然,也有学者认为,这种量化方式不过为判决披上了一件“华丽精致的科学外衣”,“说到底不过是方法论上的空中楼阁,它顶多只能从一个角度描述问题,而不是指导裁判者解决问题”。^⑮然而,诚如蔡琳博士指出的,阿列克西的衡量公式并不否定这样的看法:“利益重要性程度的判断并非来自于衡量本身,而是来自于教义学、共识或是实践论辩。衡量,并非是去确定不同的利益或不同的价值所应被设定的‘值’,而是提供一种思考的方

式。这种思考的方式不是内容的,而是形式的,就如同‘法律关系’之于民法、‘构成要件’之于刑法一样。通过衡量的方式,使决定的作出趋于理性化,并且其也产生了评价合理性与否的可能。”^④显然,与图表模式相比,阿列克西的衡量公式显得更为优越,也应是利益“衡量”采取的模式。衡量公式事实上可以说明,为什么在于欢故意伤害案和于海明正当防卫案中,同样存在不法侵害人利益、防卫人利益和法确证利益,但一个被认定为防卫过当,另一个被认定为正当防卫?原因在于不同案件中同一利益所设定的权重值是不一样的。

值得注意的是,尽管“衡量”是一种比较,但比较不一定就是非此即彼。衡量也并非指在不同利益发生冲突时,一种利益得到保障,而另一种利益就不必被予以认真对待,当一种利益高于另一种利益,而另一种利益也应得以保障时,就可以考虑在保障一种利益的同时,对另一种利益的损害控制在合理范围之内。^⑤利益的“衡量”很多时候是妥协与调和。例如,在于欢故意伤害案中,二审法院认定于欢成立防卫过当并由无期徒刑改判为5年有期徒刑,就是“调和”论利益衡量的结果。

三、刑事司法裁判中利益衡量的风险与控制

(一)刑事司法裁判中利益衡量的风险

尽管利益衡量有效避免了裁判者对法条机械适用带来的诸多弊端,使裁判者“不再觉得自己是一台机器,而是作为立法者的助手,担负着更高的责任,同时也享受着解决疑难问题所带来的自豪”,^⑥但不得不承认,利益衡量对裁判者主观性的天然依赖,蕴含着不确定性的内在风险,若不受限制地恣意使用,必然会侵蚀法治国的基础——法的安定性。对此,陈林林教授指出了内在于利益衡量的三个问题:一是利益概念的局限性,即“利益”这种开放式、生活化的定义,无助于明晰化的思考追求,也会给结论的客观性和确定性打上问号;二是利益基准的不确定性,没有给利益评估提供任何一般性的评判标准和价值序列,会遭遇“价值判断是否具有可通约性”的难题,或陷入哲学上的“明希豪森三重困境”;三是权衡思维与法学思考定位的偏离,利益衡量忽视了作为法学思维之特色的“明晰性—确定性”和“客观性—合法性”要求,不免落入学科迷失和思维迷糊的境地,乃至沦

落为方法论上的“盲目飞行指南”。^⑦

问题是,是否据此就要弃置这一方法?本文的答案无疑是否定的。理由是:第一,虽然我们一直追求法律的确定性,但科学意义上的确定性在法律中是不可能存在的,确定性不过是对司法裁判所抱持的一种美好的价值期待而已,法律绝大多数时候都在进行“意义”的判断,但凡关于“意义”的判断,总会呈现出某种不确定性,也需要保持适度的不确定性,故利益衡量的不确定性是“法律本身的宿命”。^⑧第二,不能认为由于涉足裁判者的主观性评判,利益的衡量就会陷入“明希豪森三重困境”,如恩吉施所言,“‘主观认为正确’不仅是一个……人们遗憾地(首先是在作出评价的地方)不能完全排除的东西,而且也是法律文化中值得赞赏的地方。”^⑨第三,裁判者在利益衡量时虽有较大的自由裁量权,但绝非毫无限制,利益衡量尽管会对法律规范之外的要素进行权衡,但仍需在法律框架下进行,结论也时刻要受到法律规范的检验和修正;此外,风险与价值往往如影相随,“如果利益衡量方法的主观性被彻底消除,其蕴含的能动性价值也就会完全泯灭”。^⑩

(二)刑事司法裁判中利益衡量的风险控制

当然,尽管不能因为利益衡量存在风险就对其加以弃置,但这也绝不意味着可以忽视这些风险的存在,否则不仅不会对案件争议的解决有所助益,反而会助长裁判者的任性和恣意。囿于刑事司法裁判对法安定性的较高要求,我们必须正视利益衡量所存在的风险,积极为利益衡量在刑事司法裁判中的运用,提供一个约束性框架以控制利益衡量的风险。事实上,前述“利益”的解析和“衡量”的展开,既是对利益衡量过程的描述,也是对利益衡量的规范制约,但仅仅如此是不够的。在本文看来,刑事司法裁判中利益衡量的风险控制还应从以下几个方面展开:

1. 恪守罪刑法定主义

罪刑法定主义是现代刑事法治最为重要的基石,是故,刑事司法裁判中的利益衡量决不能突破罪刑法定主义的限制,必须在现行刑法的框架内运用,这也是相较于民事司法裁判,利益衡量在刑事司法裁判中应当更为审慎的主要原因。尽管利益衡量是罪刑法定主义实质侧面的要求,但不受制约的利益衡量却有可能摧毁罪刑法定主义之形

式侧面,危及人们对法安定性的追求。罪刑法定主义不仅是利益衡量的关键制约因素,也是利益衡量结论具有合理性与合法性的前提。^⑤在本文看来,裁判者在利益衡量时对罪刑法定主义的恪守,应注意以下两点:

第一,裁判者对利益的选择应当遵循实定法的预设。实定法是立法者在先进行立法利益衡量的结果,因此,强调利益衡量对罪刑法定主义的恪守,就是要将法律本身作为利益衡量展开的初步优先性的根据和标准,即要在既定的法律制度框架下进行利益衡量,在实定法有相应规定的情况下,裁判者所进行的利益衡量必须要与立法者的在先利益衡量保持一致,而不能抛开立法者的明确规定肆意为之。^⑥亦如学者劳东燕所指出的,刑法适用中的利益衡量必须服从于立法判断,不允许另起灶炉,简单地竞逐利益后自行决定。^⑦例如,对于2001年发生在上海的肖永灵投放虚假炭疽杆菌案^⑧来说,尽管肖永灵的行为给社会造成了恐慌,危害了社会的稳定,很有刑法规制的必要,但当时的刑法并没有规制肖永灵这种行为的规定,根据罪刑法定主义的要求,应宣告肖永灵无罪,因此,上海市第二中级人民法院以危险方法危害公共安全罪判处肖永灵有期徒刑4年,明显是一个错误的利益衡量。

第二,裁判者在定罪方法上应当符合三段论的推理。即以法定的犯罪构成为大前提,以具体的事实为小前提,从而得出正确结论。虽然利益衡量是为了对抗概念法学逻辑三段论的僵化模式而产生,但这并不意味着要完全摒弃对逻辑的重视,相反,逻辑是裁判者进行利益衡量的导引机制。诚如论者指出,“演绎的形式逻辑强调前提的权威性和结论的必然性,与罪刑法定原则的理念正相吻合,不但能突出大前提——刑法规范的权威性,而且还能对结论——刑事判决——提供终极的说服力。演绎的推理结构勾勒出了法治国家刑法适用的基本模式和过程,是罪刑法定原则司法化的有效思维工具。”^⑨所以,尽管利益衡量的事实与规范是在交互过程中完成的,但最终还是要回归到三段论的推理之中。倘若根据利益的衡量得出了有罪的结论,但无法寻找到可能适用的刑法条文,那么无论如何也不能定罪处刑。

2. 遵循社会共识导向

倘若我们仅寄希望于通过恪守罪刑法定主义来实现对利益衡量风险的控制,这终将注定是失败的。理由是,恪守罪刑法定主义为利益衡量的风险控制,只能提供一个宽泛或概括的限制,它的主要任务在于不让利益衡量溢出一定边界。但在实践中,利益衡量更多时候存在于刑法复数解释的情形,且这些复数解释也都可能处于实定法范围之内。裁判者不可能仅通过诉诸实定法本身得出利益衡量的结论,因此,单纯恪守罪刑法定主义就难以收到功效。那么,能否认为此时对于利益的选择就可以恣意而为呢?答案显然是否定的。在本文看来,遵循社会共识导向,可为此时的利益选择提供一定程度的制约。对此,也有学者表达了相似见解,如学者梁上上认为,妥当的利益衡量,除了对不同利益本身的内容与形式作透彻分析之外,还需要建立在基本共识之上,人类社会存在的基本法律共识(自由、秩序、正义与效率等价值共识;利益位阶的基本共识;人类基本行为规范的共识),为异质利益衡量提供了合理性论证的基础。^⑩

主张刑事司法裁判中利益衡量应当遵循社会共识导向,是因为司法裁判在任何时候都应当遵循公共理性的要求,而公共理性通常以社会共识的形式体现出来,突破了社会共识的要求,也就突破了利益衡量的底线。^⑪此外,法律在本质上是对社会共识的凝结,利益衡量时遵循社会共识导向,不仅为裁判者的利益衡量提供了指引,而且也增强了裁判者基于利益衡量作出裁判的可接受程度。在社会共识的导向下,我们也可以较迅速地解决部分裁判中利益衡量的疑难。例如,基于生命利益之间不分高低这一社会共识,我们可以认定以牺牲他人生命的方式进行避险是无法成为阻却违法事由的,从而避免了道德主义与功利主义在此问题上的漫长争论。这也是为什么日本利益衡量论的倡导者星野英一认为,利益的选择需要由价值判断(感)作出决定,法律家对此并没有特别的权威,妥当的做法是从常识出发进行积极解释,不作出让外行感到勉强的解释。^⑫当然,强调利益衡量对社会共识导向的遵循,并不意味着对民意的一味逢迎或者对社会认同的盲从,社会共识是“社会中强有力的、占优势地位的观念”,具有相对客观性,但亦具流变性,因此,裁判者要能够区分和鉴别出民意中理性的、善意的意见,把握好社会的

公平正义导向。^⑬

3. 加强程序性的制约

尽管恪守罪刑法定主义与遵循社会共识导向,在利益衡量中裁判者恣意的限制上,有着不可否认的重要作用,但在消弭利益衡量中主体之间价值判断的分歧上,意义却仍然是有限的。诚如董玉庭教授指出的,要在实体意义上实现说服价值判断之间的差异是非常艰难的,有时甚至根本不可能,妥当的做法是,应从实体意义上的解决进路转移到程序意义上的解决进路上来,程序不仅可以促成案件讨论中共识的形成,也有利于增强人们对判决的可接受性。^⑭是故,对利益衡量的风险控制,还应当加强程序性的制约。需要指出的是,程序性的制约不仅包括制度外化了的程序装置,同时也包括程序性论辩规则的建立,前者为外部视角下的程序性制约,后者是内部视角下的程序性制约。

第一,内部视角下的程序性制约。即通过设定一系列“理性论辩条件规则”和“论辩证明责任规则”,来保障裁判者在刑事司法裁判中能以公开、可论辩的方式,在不同主体之间就争议案件所涉冲突利益的辨别、判断和选择展开充分沟通与论辩,通过沟通与论辩促进共识的形成,进而增强裁判者获得利益衡量结论的可接受性。其中,“理性论辩条件规则”可以检验论辩是否以理性的方式进行,虽不能立刻保证理性共识的达成,但可以保证双方的争执不会越走越远,从而增强了理性共识的可能性;“论辩证明责任规则”则可以较为及时地辩明论辩在何处可以不用再进行下去,对于解决最低限度的价值判断问题,有着重要意义。

第二,外部视角下的程序性制约。利益衡量对裁判者主观性的天然依赖,极易造成裁判者的恣意专断,若不进行公开说理,裁判者很可能将自己的私人因素带入到判决中,从而动摇判决的正当性根基;为避免裁判者利益衡量的主观恣意性,应当进一步加强判决书的说理过程,要求裁判者尽可能地将利益衡量的具体过程在裁判文书中披露出来,如将所衡量的诸多因素、标准等明确地表达在裁判文书中,“最大限度地过滤法官的私人因素”,“使司法裁判的主观性处于公共评判之下,从而保证利益衡量的可视性或者可检验性”。^⑮此外,充分的判决书说理,无疑还有助于增强当事人对利益衡量结果的可接受性。

注释:

①余净植:《“利益衡量”理论发展源流及其对中国法律适用的启示》,《河北法学》2011年第6期。

②④⑤⑦⑩陈林林:《裁判的进路与方法》,中国政法大学出版社2007年版,第203、192~198、192~198、192~198页。

③②⑤⑤任彦君:《论利益衡量方法在我国刑事裁判中的运用》,《法学评论》2013年第5期。

④蔡淮涛:《刑法解释中的利益衡量》,《河南警察学院学报》2011年第4期。

⑤[日]藤木英雄:《刑法指南》,有斐阁1980年版,第102~103页。

⑥[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第73~90页。

⑦谢晖:《法哲学讲演录》,广西师范大学出版社2007年版,第389页。

⑧⑪李翔:《刑法解释的利益平衡问题研究》,北京大学出版社2015年版,第283、284页。

⑨杨素云:《利益衡量:理论、标准和方法》,《学海》2011年第5期。

⑩郑金虎:《司法过程中的利益衡量研究》,山东大学2010年博士学位论文,第67页。

⑫“分类问题”疑难案件,是指在案件事实能否归入既定刑法文本规范所规定情形问题上存在疑难而引发的疑难案件;“解释问题”疑难案件,是指在对刑法文本规范解释时产生了两种以上的解释结论,即由解释分歧引发的案件。参见杨知文:《“分类”与“解释”:两类疑难案件裁判规范证立的比较研究》,《太原理工大学学报(社会科学版)》2010年第3期。

⑬⑲[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第78、79页。

⑭孙光宁:《法律解释结果的多样性及其选择》,《甘肃政法学院学报》2009年第4期。

⑮邹旭、传伟:《司法社会效果的理性再反思》,《山东法制报》2015年11月20日第3版。

⑯张光宏:《实质法律推理中的利益衡量》,《求索》2005年第12期。

⑰张明楷:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第48页。

⑱孙光宁:《利益衡量方法在新型案件中的运作方式》,《法律适用》2013年第8期。

⑲曾粤兴、蒋涤非:《社会结构变动下利益衡量原则在刑法中的运用》,《昆明理工大学学报(社会科学版)》2016年第5期。

⑳最高人民法院指导案例97号《王力军非法经营再审改判无罪案》。

㉑最高人民法院刑事审判第一至五庭主办:《中国刑

事审判指导案例07(增订第3版)),法律出版社2017年版,第187~191页。

②⑥高金柱:《利益衡量与刑法之犯罪判断》,元照出版有限公司2003年版,第117、152页。

②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

②④张明楷:《正当防卫的原理及其运用》,《环球法律评论》2018年第2期。

②⑤天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决书;天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

②⑧陈金钊主编:《法律方法论》,中国政法大学出版社2007年版,第238页。

③①林山田:《刑法通论(上册)》,北京大学出版社2012年版,第208页。

③③张明楷:《刑法学(第五版)》,法律出版社2016年版,第198页。

③⑤梁上上:《利益衡量的界碑》,《政法论坛》2006年第5期。

③⑥最高人民法院指导案例93号《于欢故意伤害案》。

③⑦最高人民检察院指导性案例检例第47号《于海明正当防卫案》。

③⑧④④梁上上:《利益的层次结构与利益衡量的展开》,《法学研究》2002年第1期。

④④④⑤⑥③王虹霞:《司法裁判中法官利益衡量的展开》,《环球法律评论》2016年第3期。

④①[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第400页。

④②[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第一卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第475页。

④⑥Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, pp.98~99.

④⑧④⑨蔡琳:《论“利益”的解析与“衡量”的展开》,《法制与社会发展》2015年第1期。

④⑩[德]菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,《比较法研究》2006年第6期。

④⑫朱良好:《司法裁判视域中的利益衡量论略》,《辽宁师范大学学报(社会科学版)》2008年第4期。

④⑬[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第163页。

④⑭秦策、张镭:《司法方法与法学流派》,人民出版社2011年版,第317页。

④⑮上海市第二中级人民法院(2001)年沪二中刑初字第132号刑事判决书。

④⑯沈琪:《刑法推理方法研究》,浙江大学出版社2008年版,第42页。

④⑰梁上上:《异质利益衡量的公度性难题及其求解》,《政法论坛》2014年第4期。

④⑱⑤⑤宋远升:《刑事司法裁判中的利益衡量》,《政法论丛》2017年第2期。

④⑲[日]星野英一:《现代民法基本问题》,段匡、杨永庄译,上海三联书店2012年版,第226页。

④⑳董玉庭:《疑罪论》,法律出版社2010年版,第173页。

责任编辑 陈亚飞

(上接第44页)

13. 林春艳、孔凡超:《中国产业结构高度化的空间关联效应分析——基于社会网络分析方法》,《经济学家》2016年第11期。

14. 张荣天、焦华富:《镇江市土地利用格局演变与情景模拟》,《经济地理》2015年第10期。

15. 李一曼、修春亮、孙平军:《基于加权平均旅行时间的浙江省交通可达性时空格局研究》,《人文地理》2014年第4期。

16. 徐维祥、陈斌、李一曼:《基于陆路交通的浙江省城市可达性及经济联系研究》,《经济地理》2013年第12期。

17. Cooke P.. Regional Innovation Systems: Competitive Regulation in the New Euro[J]. *Geoforum*, 1992, 23: 365~382.

18. Isaksen A.. Building Regional Innovation Systems: Is Endogenous Industrial Development Possible in the Global Economy[J]. *Canadian Journal of Regional Science*, 2001, (1): 101~120.

19. Niosi J., Bas T.G.. Biotechnology Megacentres: Montreal and Toronto Regional Systems of Innovation [J]. *European Planning Studies*, 2003, 11(7): 789~801.

责任编辑 郭东杰

to the syndrome of the modern German intelligentsia, and who could not acclimatize themselves to the modern world. As a conclusion, we could achieve the disenchantment and inner critique to Schmitt only in this way.

Key words: Carl Schmitt; decisionism; presidential constitutional dictatorship; concrete order

The Power of Algorithm: Application and Regulation (52)

Chen Peng

(Law School, Anhui Normal University, Wuhu 241002)

Abstract: The arrival of the big data era and the major breakthrough of the deep learning algorithm, promotes the continuous expansion of artificial intelligence application scene and the deepening of application, the State and society's dependence on the algorithm is deepening, as one of the cornerstones of artificial intelligence algorithm also presents a certain power characteristics. The power representation of the algorithm is technical power, which has remarkable effect on the timely perception of public opinion, the effective response of governance demand, the precise setting of policy agenda and the accurate evaluation of government performance, and provides the possibility of restricting power by power for the operation of social regulation of the State apparatus. At the same time, behind the power of the algorithm also lurks the power of capital, Capital uses its technical advantages in data and algorithms, there is the possibility of applying algorithms to dictatorship and promote data hegemony, national sovereignty faces profound challenges of capital, and the pattern of global governance is also facing profound changes. For the regulation of algorithm power, it is necessary not only for countries to make efforts to ensure data security and reduce the dependence of algorithm technology on capital, but also for countries to actively cooperate, construct the algorithm governance system at the global level and continuously improve the global algorithm governance mechanism.

Key words: algorithm; power; application; regulation

The Use and Risk Control of the Interest Measurement in the Criminal Justice (59)

Wu Liangjun

(Law School, Hainan University, Haikou 570228)

Abstract: The measure of interest is the inevitable requirement of resolving conflicts of interest in criminal justice adjudication, and the important method of solving difficult cases. The measure of interest is also the path of the unification of legal effect and social effect, and also the requirement of the substantive side of the legal doctrine of the crime. Compared with the measurement of interests in sentencing, the measurement of interests in conviction is more significant. Whether it is the judgment of the conformance of constitutive elements, or the judgment of illegality or responsibility, there is room for the use of interest measurement. Measure the appropriate use of interests, is not in compliance with the operating steps of a stylized completely, but on whether to accurately grasp the "benefit analysis" and "measure" the two key links. Ought to say, the interests of the measure to judge the subjectivity of the natural dependence, contains uncertainty inherent risk, it should actively provide interest measure in the application of criminal judicial referee a binding framework to control the risk. The risk control of the benefit measurement in the criminal justice adjudication should abide by the legal doctrine of the crime, follow the social consensus orientation, and strengthen the procedural restriction.

Key words: interest measurement; criminal justice; legal doctrine of crime; social consensus; procedural restriction

On the Insurability of Punitive Damages and Its Expansion (69)

Wu Yiwen, Zhao Yaning

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072)

Abstract: Under the background that the insurability of punitive damages has been universally denied by the insurance market, there is great theoretical and practical significance to research on the issue of punitive damages' insurability. The insurability of punitive damages can be demonstrated from two aspects: one is the theory and practice of insurance law, the other is system benefits and policy considerations. On one hand, the insurable arrangement not only complies with the general insurance law rules that liability insurance only covers civil compensation liability and harms caused by intentional acts are not covered, but also does not lead to extra judicial difficulties. On the other hand, the insurable arrangement does not mate-