

船舶肇事犯罪中“人员失踪”的证据法学认定

王 振

(江西科技师范大学 法学院,江西 南昌 330038)

摘 要:我国刑法中的交通肇事罪的场域为公路与水路,这是刑法理论的共识。然而,由于 2000 年的司法解释完全以道路机动车辆肇事为对象进行解释,使得“人员失踪”这一水路交通肇事的特有后果如何认定在司法实践适用中面临诸多难题,关于“下落不明”的唯一司法解释也因为自身的理论缺陷而难以充分担当正义。破解现实困局需要从共同过失理论和竞合过失理论角度去论证该罪的违法性和责任构造,而证据法中的事实推论理论和似真推理理论对具体论证“人员失踪”这一水路交通肇事案中特有的损害后果的定罪理由具有非常优越的理论因子。

关键词:船舶肇事;人员失踪;刑事推论;似真推理

中图分类号:D924

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2017)05-0044-08

一、无处栖身的“人员失踪”

在现代刑法理论中,法益侵害是犯罪的本质。任何犯罪得以在刑法中存在,都有其特定的保护法益,刑法 133 条的交通肇事罪也自不例外。我国刑法理论认为,交通肇事罪的侵害法益是公共交通运输安全,而交通运输安全的外延包括公路、水路、铁路与航空领域。由于我国刑法已经将铁路与航空领域的公共安全以特别法条的形式加以规定,所以,交通肇事罪的保护法益就理所当然涵盖水路的公共安全。就水路本身的范围来讲,应指涉可以适航的江、河、湖等内水域和存在航运的领海水域。可以说,按照刑法的当然解释之逻辑,我国刑法典中的交通肇事罪的立法本意范围当然包括上述水路领域的公共安全。

关于刑法 133 条的司法解释主要是最高法 2000 年 11 月 10 日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称“《解释》”)和 2010 年 9 月 13 日《人民法院量刑指导意见(试行)》(以下简称“《意见》”)中关于交通肇事罪的量刑指导意见。但是这两部司法解释均无视水路交通肇事的特性,无论是《解释》还是《意见》对交通肇事的后果在健康、生命法益方面的表述均无一例外地是“重伤”“死亡”。但是,在水路交通肇事中常常存在的“人员失踪”却根本没有提及。由于不同于道路交通事故的固定性、静止性与封闭性,水域的复杂性、流动性及开放性,使得很多事故中的被害人在被穷尽一切可能手段之后还是“活不见人、死不见尸”。按照刑事证据的证明标准,无法证明其一定死亡或者重伤,因而往往不能算到事故刑事后果里面。但是,其对公民生命法益的侵犯丝毫不比明确确证的死亡轻多少,行为入理应对之承担相应的刑事责任。

由于“人员失踪”并未出现在相关司法解释之中,造成实践中此类案件的处理可谓是“乱花渐欲迷人眼”,或不被起诉、或宣告死亡、或推定死亡或直接判决,^{[1]51-53}不一而足。同案不同判的情况时有发生,统一的司法标准难以形成,极大地折损了刑法 133 条的普适效力与本然价值。就案件的起诉来说,由于目

前刑法规定的交通肇事罪的定罪标准是“重伤”与“死亡”，故而实践中检察机关难以起诉，如造成 5 人人生死不明的 2004 年九江水域的“2·2”特大水上交通肇事逃逸案，检察机关就是以不符合刑法上的“重伤”与“死亡”条件而做出不起诉决定。即使案件进入审判环节，问题并没有因为控方认为构罪而变得容易裁判。恰恰相反，实践中，能做有罪判决者往往采取宣告死亡、推定死亡或直接判决三种路径之一。宣告死亡^①本为稳定下落不明的人的民事财产与人身关系而规定的制度，不同于刑事责任的认定本质。况且，民事宣告死亡的时间为 4 年的普通期间和 2 年的特别期间，而刑事案件的审限远远低于此。再者，宣告的主体应是民事审判庭，而案件却在刑事审判庭，如何协调？即使先由民事审判庭宣告死亡，问题是宣告死亡需利害关系人申请，因为民事案件实行“不告不理”之原则。推定死亡也有违刑事法基本精神。刑事案件实行控方承担证明责任与“事实存疑有利于被告”原则。水路交通肇事中，被害人下落不明时并不必然死亡。因为，死亡是一个确定无疑的客观事实，需要控方提供足够的证据，排除一切生还可能方可对被告人定罪。所以，此路径首先达不到“排除一切合理怀疑”的刑事证明标准。其次，推定在证据法上有举证责任倒置的功能，但这必须是立法基于刑事政策考量后的明确规定，而不能由司法者来“自创”。再次，“生死不明”本质上是一种“事实存疑”的状态，依据现代刑事法治精神应该做有利于被告的推定，也即“无罪”而非此处的“有罪”。直接判决^②是一种“只讲成败不问对错”式的懒惰司法，其为了达到有罪判决的目的，完全不考虑法治理性而只顾照搬司法解释。其判决的直接依据就是最高法院 1992 年 10 月 30 日的《关于遇害者不明的水上交通肇事案件应该如何适用法律问题的电话答复》：“在水上交通肇事案件中，如有遇害者下落不明的，不能推定其死亡。而应根据被告人的行为造成被害人下落不明的案件事实，依照刑法定罪处罚”。问题是，如何按照刑法定罪处罚？是按照刑法 133 条还是其他法条？若依前者，则下落不明并不是交通肇事罪的定罪要件，若依后者，则事实上没有可用法条。如果说直接定交通肇事罪，则说明此解释事实上已经超出了刑法 133 条的可能文义射程，是对立法权的一次“理性”僭越，实不足取。司法者应该时刻牢记丹宁勋爵的忠告：司法者应尽力将法律织物上的褶皱烫平，但决不可改变法律织物的质料。^[2]

二、“人员失踪”认定死亡的证据学理论基础

水路交通肇事案的一个棘手的问题便是后果中的“人员失踪”，在这种“活不见人、死不见尸”的情形下，能否依 133 条及相关司法解释认定交通肇事罪。我们的观点是，若现有证据确能证明不可能生还，则即使没有尸体这一直接证据，依然可以认定死亡事实从而对案件进行定性。那种“活不见人、死不见尸”就无法认定为死亡的思维在其本质上是不科学的，因为客观事实只有一种，也即“死亡”或者“活着”，不可

① 2001 年 6 月 16 日下午 7 时许，彭某驾船运载 7 人横渡河面发生事故，导致金某 7 岁的女儿入水后未见踪影，经多方寻找未能找到。经金某申请，法院于 2002 年 1 月 26 日宣告其 7 岁的女儿死亡。2002 年 3 月 18 日，检察机关以彭某涉嫌交通肇事罪为由，向法院提起公诉。同年 4 月 30 日，法院认定彭某违反交通运输管理法规造成一人死亡，其行为构成交通肇事罪，判处有期徒刑一年。此案属于我国首例将民事上的宣告死亡作为刑事认定犯罪的证据的案例，并得到学者的认可。参见黄基盛、刘见元：《民事上的宣告死亡可以作为刑事上认定犯罪事实的证据——兼论我国刑事诉讼的证明标准》，载《广西政法干部管理学院学报》2008 年第 2 期。

② 2009 年 8 月 16 日凌晨，“武穴机 * * 号”采砂船主程某指使无驾驶资格的程某某、宋某某驾驶无适航证的武穴机 * * 号采砂船，到长江江西瑞昌水域非法采砂。凌晨 4 时 30 分左右，程某某、宋某某两人驾驶“武穴机 * * 号”采砂船，满载盗采来的黄沙，从长江九江段亚东水泥厂码头附近水域由南向北横越长江。在江中，程某某、宋某某两人驾驶的采砂船与从黄石下行的一艘“鄂浠水货 * * 号”货船相撞，致使该货船沉没。在“鄂浠水货 * * 号”货船上的七人以及装载的 1100 吨煤炭全部落水。落水的 7 人除 2 人自救生还外，其余姚某等 5 人下落不明。此案引起了长航公安局、长江海事局的高度重视。长航公安局九江分局迅速启动了侦破长江水上交通肇事逃逸案件应急预案。在长江海事部门的配合下，犯罪嫌疑人程某、程某某、宋某某等 3 人于 2009 年 8 月 17 日归案。2010 年 5 月 21 日，浔阳区人民法院一审作出判决：被告人程某某、宋某某以犯交通肇事罪，各判处有期徒刑 3 年、缓刑 5 年。案例来源：<http://www.jjxw.cn/1081/2010/06/08/741@1352659.htm>。

能“可能活着”同时也可能“死亡”。而要认识这一事实的手段不是说没有直接证据(direct evidence)就绝对不能认定,没有直接证据而只有间接证据(circumstance evidence)时,只要能满足法定的条件^①也能够认定死亡事实。这种证明实质上是一种事实推定,也即推论。而这种推论在法律论证本质上与证据法领域的“似真推理”具有着高度的灵魂契合,它反映司法证明的真实面相。

(一)事实推定的真正容颜

所谓事实推定,是指“是指通过众多间接证据进行逻辑推理而获得事实结论的一种事实认定方法。它主要是在没有直接证据的情况下,对事实进行认定的方法,它所遵循的是一种如何从证据到事实的认识规律,即根据经验法则与逻辑法则,运用归纳法,从已知的证据事实推理得出待证事实。”^[3]“在案件只有间接证据的情形下,举证方要证明待证实施的真实性,就需要将各个证据事实结合起来,运用经验法则和逻辑法则,运用逻辑推理,论证待证事实的存在。”^{[4]266}事实推定虽名曰“推定”,但实则根本与“推定”无涉,而是刑事司法证明过程中的一个逻辑推论。^{[5]226}在德国学者看来,这种推论,本质上是主要基于经验的、适合逻辑的复杂化推论,其功能在于只有间接证据的情况下“使事实的确定成为可能”。^[6]

具体说来,刑事推论在内在蕴涵属性与外在显性特征方面均鲜明有别于刑事推定。就内在蕴涵属性而言,首先,不同于刑事推定的法定性,刑事推论并不具有刑事立法上的“官方”地位,而仅仅是司法证明的当然且常见方法之一^②,并没有刑事法的特别规定;第二,在属性上,刑事推定是一种特殊情况下的对本来“司法证明方法的替代”,^{[4]266}而刑事推论恰恰是一种司法证明方法本身,因而不具有举证责任转移的功能,并没有换“证明主题”;第三,本质上,刑事推定存在逻辑上的断裂与跳跃,而事实推定“实在是依通常经验法则认定事实的方法,是逻辑论理的当然之理。”^[7]在外在显性特征方面:第一,刑事推论不具有当然约束力。由于推论是一种证明方法,所以其结论对法官并不具有当然约束力。一切端赖于推论是否达到“排除一切合理怀疑”的标准,从而使得裁判者形成内心确信。刑事推定是法定的,基础事实得证,则推定事实确定无疑,裁判者只能得出法定结论。第二,刑事推论不具有稳定预测性。正是由于上述第一点之原因,刑事推论的最终结果有待裁判者的认可,在此之前当事人无法准确预测。与之相反,推定的结论是法定的,诉讼参与者可依法知悉确定的结论,因而基础事实确证,则结论容易预测。第三,刑事推论不具有行为指引功能。法律规范的指引功能以其预测功能为基础。由于刑事推论的难以准确预测性,使得其无法像推定那样起到“引导与影响行为决意”的作用。^{[5]260}

正如“法律的生命在于逻辑也在于经验”一样,作为司法证明方法的刑事推论也同时蕴含着逻辑判断与经验法则的交织与融贯。首先,“法庭的判决必须逻辑地推出”。^[8]在现代逻辑中,一般把判断前提为真的推理叫做推论(inference),^[9]推论视域下的任何证据与证明对象之间都是一种推论关系,而法官裁判案件的过程呈现出的是一张纵横交错、经纬交织的推论之网。其中,经线推论关系具体涵盖直接证据推论证明对象之推论关系、间接证据推论证明对象之推论关系、单个证据推论证明对象之推论关系以及全案证据得出整个案件事实之推论关系。而纬线推论关系则体现为证据与证据之间因客观性、关联性 etc 内在属性确证而形成的相互印证之推论关系。这张复杂立体的推论关系之网,对裁判者司法证明所得出的案件事实结论之真实性具有更加合理具体化的剖析解释,有利于聚讼各方对相关结论的理性接受程度的提高。其次,刑事推论中的经验法则的角色运行也是不容忽视的。经验法则具有一定程度的对证据薄弱证明力的“补助”功能。有学者研究指出:经验法则反映的是 A 和 B 两个(类)对象之间的一种常态稳定的

① 最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法的解释(2012年)》第105条规定:没有直接证据,但间接证据同时符合下列条件的,可以认定被告人有罪:(一)证据已经查证属实;(二)证据之间相互印证,不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问;(三)全案证据已经形成完整的证明体系;(四)根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑,结论具有唯一性;(五)运用证据进行的推理符合逻辑和经验。

② 我国著名的证据法学专家裴苍龄老先生就认为,“推论自然也是间接证明的性质了”,而“间接证明是最重要的证明方法”,“一门逻辑学就是专门研究间接证明的学问”。参见裴苍龄著:《裴苍龄文集》(第一卷),法律出版社2011年版,第393页。

关联,但此种关联的确(稳)定性程度还没有达到逻辑蕴涵层面的强度;虽然经验法则在实际运用中是作为事实推论的前提,也即以“全称命题”的面向出现,但其本质上无法达到逻辑上“全称命题”的普遍绝对之概括厚度。案件事实认知可以存在模糊状态(可能 B,可能非 B),但对事实存在与否的判断不允许存在模糊状态(只能是要么 B,要么非 B,不能是可能 B或可能非 B)。换言之,经验法则的逻辑形式不是“如果 A,那么 B”,而是“如果 A,那么 B,除非 C”。该逻辑形式的蕴涵可解读为:通常情况下,若 A 为真,则 B 为真,但在特殊情况 C 下,虽 A 为真,但 B 却未必为真。经验法则通常会允许例外情况的存在,因而也会为经验法则适用的不利益方预留一定的反驳空间。^[10]这一点,对正确理解推论的特性具有非常重要的意义。

(二)似真推理的价值蕴含

美国学者 Park 和 Saks 指出:“证据正在从一个关注规则之融惯性的领域被转型成关注证明过程的领域。”^{[11]65}而这一转型是以传统证明标准的概率论的困境为裂口,以人们对司法过程的性质的重新思考为延展,并最终似真推理价值论证来寻找问题的解决路径为基本路线图的。

一直以来,刑事案件证明标准无论是大陆法系的内心确信还是英美法系的排除一切合理怀疑,将其本质上理解为一种诉诸盖然性的推理的观点占据统治地位,这是概率论在法律领域的实际应用。这种诉诸盖然性的推理称为概率推理,它是以现代统计概率为基础的推理,^{[12]107}是一种 probability。而似真推理是一种诉诸可能性或似真性的推理,是一种 plausibility。一直以来,传统逻辑学领域只有两种推理也即归纳和演绎,前者要求前提为真结论可能为真,后者遵循前提为真结论必然真的逻辑规律。与此不同,似真推理(plausible reasoning)则要求命题似真结论也似真,其结论是非决定性的,是一种可废止的推理。^{[12]106}在对证据的分析和评价上,似真推理关注的是语用维度,而归纳推理以经验事实的根据,演绎推理的目光聚焦于语义和语形维度。而正是这种着力点的差异,使得似真推理更能恰如其分地契合法律论证推理的语用本质,^{[12]110}也对更好地理解司法证明过程提供了重要的思维工具。

概率论在证明过程中存在一个致命困境,也即合取难题(conjunction problem),“标准的指示会告诉陪审员们,如果他们发现都达到证明优势的真实程度”,那么他们就应该判决原告胜诉。问题在于,将每个要素证明至优势并不能证明每个要素的串联也能达到优势。”^{[11]70} 刑事案件的证明标准是 0.90 为真的概率时才叫排除一切合理怀疑,若有两个刑事案件,第一个案件有两个构罪要素 A1 和 B1,第二个案件也是两个构罪要素 A2 和 B2。第一个案件的 A1 和 B1 为真的概率均为 0.90,则控方胜诉,第二个案件的 A2 为真的概率是 0.99, B2 为真的概率是 0.89,由于 B2 为真的概率达不到 0.90,故控方并没有完成证明负担,所以控方败诉。但问题是,第一个案件构罪要素为真的概率是 $0.90 \times 0.90 = 0.81$,第二个案件构罪要素为真的概率是 $0.99 \times 0.89 = 0.88$,也就是说,第二个案件的控方证明为真的概率 0.88 大于第一个案件为真的概率 0.81,要说胜诉,也应该是第二个案件控方更应该胜诉。这就是概率论在司法证明中的合取难题。破解合取难题的一个可能思路是忽略单个构罪要素的为真概率,而要求合取概率达到 0.90 控方即可完成证明负担。假设盗窃罪有四个构罪要素 A1、B2、C2、D2,构罪要素为真的合取概率为 0.90,则平均每个要素为真的概率则为 0.225;设受贿罪有六个构罪要素 A2、B2、C2、D2、E2、F2,构罪要素为真的合取概率同样为 0.90,则平均每个构罪要素为真的概率则是 0.150。假如盗窃罪的 A1 代表盗窃的故意,受贿罪的 A2 代表受贿的故意,那么有什么理由要求证明盗窃主观故意的负担要比证明受贿主观故意的负担重呢?另一个可能的思路是要求每个构罪要素为真的概率均达到 0.90 且合取概率也达到 0.90 方可完成证明负担,这种情况下,假设一个罪的构罪要素有两个的时候,则平均每个构罪要素为真的概率需达到 0.948 以上,当为三个构罪要素时则平均每个构罪要素的为真的概率需达到 0.965,当为四个构罪要素时则平均每个构罪要素的为真的概率需达到 0.974。可以看出,随着构罪要素的增加,控方要证明的负担会持续上升。也就是说,传统的概率论运用到审判过程中时,“原告会因诉因中要素数量的偶然

性而受到区别对待,而被告会因诉因中要素数量不同而受到区别对待”。^{[13]91}控方证明负担的高低取决于涉案罪名的构罪要素的数量,被告获得无罪开释的可能性也受制于其涉案罪名的构罪要素的数量,于是“这样那样的不平等会必然存在”。^{[13]91}在这个尴尬的局面是概率论难以解释合理的,解决问题需另辟蹊径,也即重新审视司法证明的性质。

“司法证明是解释性的而不是盖然性的”,^[14]“司法证明涉及似真性而非概率”,而“法律制度的关键问题是‘驾驭和驯化复杂性’”。^{[15]115}传统的概率论在司法证明中的应用,源于对科学处理难题能力的一种误解。事实真相是法律所处理的生活难题要比科学家的探索更复杂,因为人比物质世界更复杂。数学家只要用 $a^2 + b^2 = c^2$ 就可以检验任何一个三角形是否是直角三角形,而判断一个证人是否说谎的方法谁也不能保证在另外一个证人身上同样有效。核聚变与裂变无论在社会主义国家还是资本主义国家科学家那里都是一样的,但一个人往往因为环境的不同对同一事实的陈述可能就会不同。物质世界可以被科学家最后简单化为各种物理化学公式或规律,而人的行为和思想却是难以如此简单化的。Peter Murphy 对此问题具有深刻的认识,但言说得比较含蓄:“证明标准中的可能性原则上应当是数学上的概率,但是由于人类事物的复杂性、相关只统计资料的有限性以及人类信念强度的困难性,它在实践中则应当视为一种不可计算的可能性。”^①而 J. Bentham 则更加直接:“机会原理(即数学上的概率计算)根本就不适用于可能性力量的衡量”。^② Yake 则从另一个角度表达了他的忧心忡忡:“法律家通常是语言家,却不是计算家,因此将证据量化或数字化长期以来困扰着法律这一行业。”^③解决问题的办法是要明白司法证明是解释性的、似真性的而非概率,最佳解释推论(Inference to the Best Explanation)是对该问题的核心解释。

概率解释的主要错误在于把证据模型化为赋予“证据的假设概率”,然而更优位的解释应该是赋予“假设的证据概率”。^{[13]396}换句话说,原告的故事与被告的故事哪个故事更好、更似真,哪一方方便胜诉。西格尔教授认为,“理性主义传统已经导致过于将(思考证据的)重点放在事实发现方面,从而使理论家们忽视了想做出更令公众可接受的裁定以及以一种有效方式来结束纠纷这样的其他目标。”^④内森教授更是直接了当地指出,法律系统已经将作出可接受制裁定而不是发现事实置于首要地位了。^⑤法庭审理不是科学家做实验,也不是学者做学术研究,不是为发现真理而展开,而是努力寻求一个最佳的解决纷争的方法与方案,不是以真实性为目标靶,而是以可接受性为休止符。也因此,“证据不是以统计意义上的概率为基础来计算的,而是需要根据特定情况去判断。诉讼主体不需要用数字去计算每个命题真假可能性,为了能够证明,证据只要强到能解决冲突就可以了。”^[16]对刑事案件的排除一切合理怀疑来说,“如果没有似真犯罪案情,此人就是无罪的;如果有似真犯罪案情,且没有似真无罪案情,此人就是有罪的。如果有似真犯罪案情和似真无罪案情,此人就是无罪的。”^{[15]119}

那么,如何判断似真性呢? Douglas Walton 正确地指出:“似真推理是建立在归纳概括基础之上的,这种状态能够使人们在正常情况下可以预期那种常见情况的正常走势”,^[17]因此,对似真性的判断“正如大多数事情关乎日常生活,在这里运用常识足以”,^[18]这里的常识就是威格摩尔所说的“一般经验”与“特殊

① P. eter Murphy, Evidence, Proof, and Facts: A Book of Sources, Oxford University Press, New York, 2003, p. 299. 转引自易延友著:《证据法学的体系与精神》,北京大学出版社 2010 年版,第 312 页。

② J. Bentham, A Treaties on Judicial Evidence, p. 41. 转引自易延友著:《证据法学的体系与精神》,北京大学出版社 2010 年版,第 313 页。

③ Kaye, Laws of Probability, in Peter Murphy, supra note 14. P. 529. 转引自易延友著:《证据法学的体系与精神》,北京大学出版社 2010 年版,第 313 页。

④ Seigel, supra note 117, at 996-99. 转引自[美]罗杰·帕克,迈克尔·萨克斯著:《证据法学的反思:跨学科视角的转型》,吴洪淇译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 87-88 页。括号内内容为笔者所加。

⑤ Charles Nesson, “The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts”, 98 Harv. L. Rev. 1357, 1358-68 (1985). 转引自[美]罗杰·帕克,迈克尔·萨克斯著:《证据法学的反思:跨学科视角的转型》,吴洪淇译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 88 页。

经验”。人们常常会接受有关人类和事物在日常生活中是如何运行的传统智慧。反过来,这些传统智慧又成为我们能够把特定证据与人们希望证明的因素联系起来的前提。^[19]“决定一个故事是否为似真解释的是认知能力,如辨别连贯性、一致性、完整性、独特性、经济性、概率等变量是否存在的能力,这些能力使得人们能够去判断,一方面是庭审证据与常识的互动,以及另一方面是证据与当事人主张之间的关系。”^{[20]384}在庭审中,当事人(刑案中,控方实际上也处于当事人一方)会各自陈述属于自己的故事(诉讼主张),并努力提出证据证明之。事实认定者也会对双方的故事、用以支持故事的证据以及与事实认定者自己的知识背景之间的相互融合度从上述的“连贯性、一致性、完整性、独特性、经济性、概率”等变量进行综合而复杂的考量,以便得出哪一方的故事在证据与主张之间、主张与事实认定者知识背景之间、证据与事实认定者知识背景之间更好地融合,具有更多的似真性。“在刑事案件中,如果存在有罪似真假说,而没有无罪似真假说,检控方就会赢得诉讼;若存在无罪似真假说,则被告方会获胜。”^{[20]384}

三、对一种主流观点的模拟抗辩

有观点认为,以刑事推论及似真推理的方法将水路肇事案中的“人员失踪”认定死亡是一种殊不可取的武断之举,并提出以司法解释的方式将“人员失踪”作为与“死亡”“重伤”并列的构罪的严重后果之情形。理由如下:首先,落水与死亡的因果联系毕竟只是一种高度盖然性的推论而非不然结果,而刑事法中高度盖然性不可取;第二,水上案发环境的流动性、不封闭性,甚至潮汐、季节变化均就迥异于陆路交通肇事案,要在没有尸体的情况下取得证明一系列间接证据构造完整证据锁链困难重重,也会浪费司法、行政资源,因而不可取;第三,在尚未发现尸体且现有证据无法排除生还的一切可能性时,不能推定死亡,此乃刑法谦抑性原则使然。^{[1]52}对此,我们作如下答辩:

第一,就该论者提出的重新进行司法解释的方法来说,当发现现有法条与司法解释无法满足案件审理的需要(其实只是表面上的无法满足)时,往往有一种解决方案就是“这个问题要是有了司法解释就好了”。这种解决问题的思路是立法论范畴的常用方法,而不是司法论范畴的当然选择,并没有把握司法活动的真谛——司法活动过程本质上就是法解释的过程。须知“解释学是一门艺术,即从文本中得出没有的东西。”^[21]所以,在未充分发掘刑法规范既有内涵的情况下,将问题的解决诉诸于立法活动(此处虽是司法解释模式,但在实际上,目前的司法解释具有准立法的功能)的思维路径应当缓行。且如上所述,通过刑法解释方法完全可以达到解决的目的。

第二,上述理由第一点实质上认为,刑事案件的事实因果链条只能是必然因果关系,而否定高度盖然性的刑法因果性。但是,依照我国传统刑法因果关系通说,刑法的因果关系既包含必然因果关系,也包含偶然因果关系。而所谓偶然因果关系,即指“不必然”但“通常也会有”之意。即使按照近年来借鉴大陆法系因果关系理论而形成的新的通说“相当因果关系”理论来看,相当因果关系说是根据一般的普遍的观察方法,一般人的经验和知识,即依据经验法则,从诸条件中选择对于发生结果相当的,作为法律上的原因。“相当性”就是指对于结果发生地“盖然性条件”或称“或然性条件”。^[22]这也说明刑法因果关系不能只限于“必然”一种情形。学者侯国云更是认为,在某一事物发生的可能性质概率上,当概率达到100%时,是为绝然性。当决然性变为现实性时就形成绝然的因果关系。当概率大到接近于100%但不到100%,或者说小到接近0但大于0时,会同时形成必然性与偶然性。当必然性变为现实性的时候,就形成必然的因果关系,而偶然性随之消失;相对的,当偶然性变为现实性的时候,就形成偶然的因果关系,必然性随之消失。所以,因果关系可以划分为绝然的、必然的、偶然的因果关系。^[23]从证据法学的视角来看,“对于一组或全案证据的综合证明力而言,达到百分之百的绝对真实也只是一种理想状态,不管是‘排除合理怀疑’,抑或是‘内心确信’,实质上均要求一种概率论的思维方式”,^[24]是95%以上的可能性,而非绝对真的

存在论意义上的 100% 的绝对确定。^{[4]247} 绝对确定, 刑事诉讼理论上认为这一要求无法实现, 因此无论基于何种法律目的均不得提出此等要求。故此, 以“失踪”与“死亡”之间理论尚不具备绝对必然因果关系来否定对具体案件的推理结论, 有失妥当。

第三, 刑事推论的实质是在没有直接证据(被害人尸体)的情况下, 综合所有间接证据而得出的死亡结论。若此类间接证据因为案发水域的环境影响而难以找到, 无法形成有效的证据锁链, 推论的结果当然是有利于被告, 也即有生还可能, 从而不构成犯罪。也就是说, 推论死亡只是给予在案证据而得出的结论之一, 而非只有死亡一种结论。同时, 前述推论在经验法则上的“允许例外情况的存在, 因而也会为经验法则适用的不利益方预留一定的反驳空间”之特点, 也不会使所有个案中一律得出死亡的唯一结论。但若按照该学者的方案, 将失踪本身作为交通肇事罪的构罪条件之一, 则只要“失踪”本身被证明, 则结论一律是构成该罪, 比我们所主张的方案更加不利于被告人。而以确证困难、花费司法资源过大为由否定本文观点更是难说合理。因为刑事案件的举证责任在控方, 推论死亡的结果全然依赖于控方间接证据的搜集情况, 否则就不能认定被告人成罪。这会对控方搜集证据的义务形成一种高压态势, 更有利于落实控方举证责任的刑法理念与规范, 有助于司法勤勉行为样态之形成。控方寻找证据的“花销”直接关系到刑事司法的公正, 不能认为是在浪费司法资源, 而恰恰是打击犯罪与保障人权并重的刑法之本然使命。司法以公正为第一要义, 动辄以成本太大否定一个观点是纯粹的经济思维, 而非法学思维。犯罪的追诉与审判, 固然要考虑刑事司法资源的有效分配。但不是所有刑事司法活动都在成本收益的圈子里转。刑法通常不考虑成本效益, 因为人类社会最基本的价值信念——正义必须实现——不能松动。在通常情况下, 重大犯罪必须不计成本追究到底。^[25] 而按照刑法分则体系的价值序列, 交通肇事罪属于仅次于危害国家安全罪类法益的危害公共安全罪之类法益, 应当归于重大犯罪的行列。

第四, 关于“在尚未发现尸体且现有证据无法排除生还的一切可能性时, 不能推定死亡”之理由, 我们认为, 这本来就是刑事推论死亡这一方案的应有内容。既然是“无法排除生还可能”, 也就意味着控方的证明责任并没有完成。也即, 尽管控方提出了死亡之主张, 也履行了举证责任, 但是并没有完成“说服负担”, 没有使法官排除被害人没有死亡的“合理怀疑”, 也就无法形成有利于己方主张的内心确信, 其当然应承担败诉风险。也就是说, 此等情形下当然不能推论死亡, 也就不能定罪。倒是该学者主张的方案会因此种情形已满足“人员失踪”的条件, 而滑向对被告人定罪的危险方向。这不是对刑法谦抑性的遵守, 恰恰相反, 是对该原则的不幸背离。

最后, 但不是可以忽视的一个问题是, 我们所主张的刑事推论与似真推理是否事实上转移了死亡的证明责任, 是一种隐性的有罪推定呢? 我们的答辩意见是: 当控方运用足够的间接证据证明了“被害人死亡”的更高似真性, 辩护方当然有权反驳控方故事的似真性没有己方“可能没有死亡”之故事的似真度高。此时, 辩方要有相应的证据来支撑其故事的高度似真性, 但这只是将提证责任(burden of production)由控方转移给辩方, 而说服事实认定者有罪判决需达到排除一切合理怀疑的说服责任(burden of persuasion)依然在控方。也就是说, 辩方只要使得控方的故事似真性降低于己方即可, 而非承担己方无罪的说服责任。

四、结语

我国刑法中的交通肇事罪的场域为公路与水路, 这是刑法理论的共识。然而, 由于司法解释完全以道路机动车辆肇事为对象进行解释, 使得刑法中的这一罪名在司法实践适用中面临诸多难题, 既有的唯一司法解释也因为自身的理论缺陷而难以充分担当正义。交通肇事罪这一刑法赋予其生命, 而实践中却很难健康成长的遗腹子命运昭然若揭。破解现实困局需要从共同过失理论和监督过失理论角度去论证

该罪的违法性和责任构造,而证据法中的事实推论理论和似真推理理论对具体论证“下落不明”这一水路交通事故肇事案中特有的损害后果的定罪理由具有非常优越的理论因子。

参考文献:

- [1]赵薇,王慧.水上交通事故“人员失踪”的刑法定性研究[J].刑事法学,2013(5).
- [2]丹宁勋爵.法律的训诫[M].刘庸安,等译.北京:法律出版社,2000:13.
- [3]樊崇义,吴光升.论犯罪目的之推定与推论[J].法学,2013(11):101.
- [4]陈瑞华.刑事证据法学[M].北京:北京大学出版社,2012.
- [5]康怀宇.刑事主观事实证明问题研究[M].北京:法律出版社,2010.
- [6]卡尔·恩吉斯.法律思维导论[M].郑永流,译.北京:法律出版社,2004:55.
- [7]周叔厚.证据法学[M].台北:三民书局股份有限公司,2000:25.
- [8]施塔姆勒.正义法的理论[M].夏彦才,译.北京:商务印书馆,2012:93.
- [9]陈波.逻辑哲学导论[M].北京:中国人民大学出版社,2000:112.
- [10]李树真.刑事证据审查判断精细化过程因素与进路[M].北京:中国人民公安大学出版社,2012:133.
- [11]罗杰·帕克,迈克尔·萨克斯.证据法学的反思:跨学科视角的转型[M].吴洪淇,译.北京:中国政法大学出版社,2015.
- [12]杜文静.论似真推理的价值证成[J].学术交流,2016(4).
- [13]罗纳德·J·艾伦.艾伦教授论证据法学[M].张保生,等译.北京:中国人民大学出版社,2014.
- [14]罗纳德·J·艾伦.论司法证明的性质[J].张保生,等译.证据科学,2011(6):767.
- [15] ALLEN R, J. Evidence and Inference/Probability and Plausibility[J]. Evidence Science, 2011(1).
- [16]唐世齐,焦俊峰.法定证据概念的误区:基于似真性证据理论的批判[J].求索,2012(1):144.
- [17]道格拉斯·沃尔顿.品性证据:一种设证法理论[M].张中,译.北京:中国人民大学出版社,2012:157.
- [18]罗纳德·J·艾伦.司法证明的性质:作为似真推理工具的概率质[J].汪诸豪,等译.证据科学,2016(3):373.
- [19]威廉·特文宁.证据理论:边沁与威格摩尔[M].吴洪淇,等译.北京:中国人民大学出版社,2015:221.
- [20] ALLEN R, J. The Nature of Juridical Proof: Probability as a Tool in Plausible Reasoning[J]. Evidence Science, 2016(3).
- [21]魏德士.法哲学[M].丁晓春,吴越译.北京:法律出版社,2005:303.
- [22]林亚刚.刑法学教义(总论)[M].北京:北京大学出版社,2014:166.
- [23]侯国云.刑法因果关系新论[M].北京:中国人民公安大学出版社,2012:370-371.
- [24]闫召华.概率原理在犯罪嫌疑人摸排中的应用[J].刑事法学,2014(7):138.
- [25]林东茂.一个知识论上的刑法学思考:修订3版[M].北京:中国人民大学出版社,2009:12.

(下转第 60 页)