

# “以刑定罪”的实践样态及其分析<sup>\*</sup>

——以 Y 市法院的实证考察为基础

周建达

**内容提要:**以刑定罪是司法实践中客观存在但有待学理开示的一种“逆向型”定罪思维或逻辑。田野调查发现,常规案件的以刑定罪遵循着司法裁判的“图式效应”,而疑难案件的以刑定罪则寻求着个案裁判上的“实质权衡”。罪刑关系的互动式理解和社会公众对量刑公正的热切关注,是推动以刑定罪外化于行的内外要因。疑难案件的以刑定罪并不局限于法条存在交叉或包容等场合,并且从裁判后果上看也决非只有裁判结果“趋轻型”一个维度。虽然以刑定罪带有明显的知识片段性和碎片化等特征,但透过复杂的司法迹象,仍可探知其基本要义:把定罪活动的目的直接落在寻求处罚的妥当性上;对制定法载负的罪刑体系之合理性保持审慎的怀疑;主张体系性地理解构成要件与功能性地体认法定刑;强调法律原则的功能互济与对具体规则的精神统领。

**关键词:**罪刑均衡 以刑定罪 以罪定刑 图示效应 实质权衡

周建达,南京师范大学法学院博士后研究人员。

## 一 问题的缘起

在成文法的体制框架下,基于罪刑法定原则的要求,司法裁判中的定罪过程被严格地限定为一种三段论式的逻辑推导过程,即贝卡利亚所说的“法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律,小前提是行为是否符合法律,结论是自由或者刑罚”。<sup>[1]</sup>这一定罪过程的前提假设是:规范与事实之间存在着——对应的关系,并且立法

<sup>\*</sup> 本文为2014年度第二批江苏省博士后科研资助计划《量刑反向制约定罪研究:基于司法知识社会学的考察》(1402076C)的阶段性成果。

[1] [意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

者也能够制定法中创设一个相对合理或完善的罪刑结构体系。据此,某个具体的案件经由这种三段论式的司法推理,不仅裁判所得出的罪名是确定的,就连被告人领受到的刑罚也是确定甚至唯一的。毫无疑问,这是一种马克斯·韦伯所说的高度形式理性化的司法推论过程。在此过程中,“法官仅仅是立法机关的代言人”,他们“表达和实施的是立法机关确立的明白无误的思想和命令”,〔2〕因此,他们是法律的被动的、机械的实施者。鉴于此,马克斯·韦伯曾不无忧虑地设想,未来的司法会朝着一种近似“自动售货机”式的司法模式发展——法官只要在机器的一头输入当事人的诉讼要求和诉讼费,便能在机器的另一头自动输出案件的判决。〔3〕不过,现代司法的发展迹象却表明,刑事司法不应当并且在事实上也不可能沦为“自动售货机”。尽管如此,对于他所影射的“司法的程式化”及“裁判的格式化”趋向,我们仍需保持清醒的认识。

必须承认,传统的定罪逻辑即三段论式的司法推理,无论是对法官自由裁量权的严格限制,还是对法院司法裁判经济成本的节制,都是极具功效的。正因此,这种定罪逻辑不仅深刻地影响欧陆诸国的刑事司法,而且对于行进中的中国刑事法治也极具感召力。一个不争的事实是,无论是在当代中国的刑法学教义上,还是在时下中国的司法实践中,这种三段论式的定罪逻辑都已臻至一种“黄金法则”或“不变的真理”。由此形成的刑事司法裁判过程,可以被描述为一种“以罪定刑”的线性过程。在这种以罪定刑的过程中,罪刑关系呈现出明显的“单向性”特征,即罪对刑具有绝对的支配地位,而刑则是对罪的消极反映。按照这种逻辑,在一个具体个案的刑事裁判中,定罪准确是首要的,至于量刑公正,则被视为是一个自然而然的结果。这也就是法官们常说的“只要定罪准确了,紧随其后的刑罚裁量,无非也就是一个法定刑及其幅度的自由裁量问题”。〔4〕于是,诸如“重定罪,轻量刑”、“定罪准确,量刑不公”以及“合情合理,不合法”等等,也就时常成为舆论诟病的对象。

不过,近年来,部分法官在一些疑难案件的司法裁判中也逐步意识到,要想从规范与事实无法一一对应的不争现实“划抵”定性准确、量刑合理的理想“彼岸”,仅仅依靠以罪定刑的单向“摆渡”,似乎多少显得有些力不从心。而更为致命的是,传统的以罪定刑式的定罪量刑机制,须以罪刑体系的科学合理设置为前提,但是基于种种原因,目前中国刑法的罪刑体系尚难完全达到上述标准。于是,罪与刑之间的张力在一些疑难个案的场合体现得淋漓尽致。由于在经验世界里,人们往往是通过刑来认识罪,即刑罚是一种易感触

〔2〕 参见[美]卡多佐著:《法律的成长——法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第90页。

〔3〕 参见[德]马克斯·韦伯著:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第355页。

〔4〕 我在Y市法院系统做田野调查时,当问及法官们对定罪与量刑关系的理解时,许多法官常常如是说。不过,近年来最高人民法院推行的量刑规范化,似乎意在对此加以反拨。但是,纵观量刑规范化及其推行过程,可以发现,所谓的量刑规范化实质上是一种量刑标准的明细化过程。用Y市L县人民法院F院长的话说,量刑规范化无非也就是“把大估堆变成小估堆,把总估堆变成分估堆”的过程。而曾经在Y市中级人民法院刑事审判第二庭(该庭主要负责刑事二审案件的审理工作)工作多年后调至该院政策研究室工作的C副主任在谈到他适用量刑规范化的感受时,不无感慨地说:“那玩意儿好看但不中用。虽然那玩意儿规定得很细,但是每个情节都有一定的幅度。只要在法定刑幅度内,判多判少还是法官自己说了算。说白了,你要判个几年几个月,我就能够给你算出几年几个月。无非就是这个情节多算点,那个情节少算点。可以说,分毫不差。”(《Y市法院系统调研笔记(一)》,2012年3月22日)。

的力量,<sup>[5]</sup>因此,如何均衡或者协调部分疑难个案中罪与刑的关系,就成了困扰刑事法官的一个难解之题。由于立法救济并非一朝一夕的事,并且司法解释也常常杯水车薪,因此法官就不得不担当起克服以罪定刑“间歇性失灵”的重任。于是,在一些疑难案件的司法裁判中,部分法官开始有意识地尝试一种“逆向型”的定罪逻辑,即以刑定罪来缓和形式理性与实质理性的内在紧张,弥合规范文本与社会情理的实践断裂,以实现法律效果与社会效果的统一。

问题是,这种“逆向型”的定罪逻辑即以刑定罪究竟呈现出怎样的知识镜像?它是理论学者们的书斋玄想之作,还是晚近中国刑事司法实践中自发的产物?它在当下表现为一种众所周知的显性的刑事司法裁判知识,抑或仅仅是一种为中国职业刑事法官群体所操持的隐性的刑事司法裁判知识?它目前已经拥有了一套集约的、体系性的知识框架,还是仅仅表现为一种散在性的、碎片化的知识片段?进一步地,法官们通常又是在哪些案件类型中采用了这种以刑定罪的思维或者逻辑?他们自己又是如何表达、理解并看待这种“逆向型”的定罪思维或者逻辑的?另外,他们在运用以刑定罪思维或者逻辑时,是否存在着随意性的可能?进一步地,这种所谓的基于“经过长期的法律训练形成的感觉”支配下的以刑定罪所得出的结论是否必然妥当?最后也是至关重要,我们又将从中洞悉到怎样的以刑定罪之要义,特别是它与以罪定刑究竟存在着怎样的显著差异?显然,只有廓清这些看似基本但却重要的问题,我们才能在以刑定罪这一时下颇具争议性的问题上找到方向、找准立场,进而展开有针对性的学术交流与批判。带着上述问题,本文将带领读者一同进入司法田野展开一番实证考察。

## 二 “以刑定罪”的实践样态

本文所选择的司法田野,位于黄河中下游地区的 N 省 Y 市。该市始建于 20 世纪 50 年代中期,是一座以能源、原材料工业为主体,集合煤炭、电力、钢铁、纺织、化工等行业综合发展的新兴工业城市。Y 市下辖 4 区、2 市(县级)、4 县,市区常住人口约 100 万。Y 市法院系统由 1 个中级人民法院和 10 个基层人民法院组成,基层法院另设有 19 个人民法庭。从人员编制上看,Y 市中级人民法院现有在职人员 279 人(含刑事审判工作人员 34 人),全市基层法院现有在职人员 946 人(含刑事审判工作人员 78 人)。根据 Y 市中级人民法院官方数据显示,近年来 Y 市两级法院年均办案 30000 余件,其中中级人民法院年均办案约 3000 件。

随着社会转型的加快和 Y 市经济发展的转轨,特别是部分厂矿的整合和歇业,近年来 Y 市的刑事案件虽略有增高,但在各级司法机关的依法严厉打击之下,犯罪增速总体较为稳定。以 2011 年为例,Y 市两级法院共审结一审刑事案件 2444 件,二审刑事案件 290 件,判处有期徒刑的 3516 人。其中,审结贪污贿赂案件 116 件,判处有期徒刑的 172 人(含科级以上人员 25 人);审结“涉黑涉恶”案件 25 件,判处有期徒刑的 117 名;审结煤矿安全责任事故

[5] 参见[意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 9 页。

犯罪和相关渎职犯罪案件 30 件,判处有期徒刑的 51 人;审结醉酒驾驶犯罪案件 22 件,判处有期徒刑的 22 人。<sup>[6]</sup>

从发生学的角度来看,以刑定罪这一“逆向型”的定罪逻辑或思维,主要是为了克服传统的以罪定刑在疑难个案司法裁判中出现的罪刑不均衡而伴生的一种“实践理性”<sup>[7]</sup>。因此,以刑定罪便与一定的司法理念或政策要求形成了内在的勾连。我们有理由相信,作为一种疑难刑事案件“处理术”的以刑定罪,或许有可能在 Y 市两级法院的刑事审判工作中找到踪迹。为了充分了解相关情况,我利用在 Y 市法院挂职的机会,进行了为期半年(2012 年 2 月至 8 月)的调研。我的调研方式主要采取问卷调查、个别访谈、集体座谈以及体验性观察等方式。

经过对 Y 市两级法院部分刑事法官的个别访谈和集体座谈,我发现,法官们虽然时常无法用一个特定的、相对统一与规范的称谓,来概括或表达以刑定罪这一“逆向型”定罪思维或逻辑,<sup>[8]</sup>但他们对于在疑难案件的定罪裁判中,当遇到某行为是否符合某一犯罪之构成存在模糊,或者严格按照司法三段论的推论模式将有可能导致个案裁判出现严重的罪刑不相适应时,法官选择先跳出传统的“先定罪,后量刑”的思维模式,转而从反向推理,即先根据犯罪类型估量该行为是否应当受到刑罚处罚,以及大致应当受到多大程度的刑罚处罚后,再据此选择是否入罪或确定适用何种罪名的做法之客观存在,都大体予以承认。

这不仅为我的访谈所证实,而且在我所做的相关问卷调查中也有所体现。在我发放并收回的 72 份有效问卷中,<sup>[9]</sup>参与调查的刑事法官们对于“根据你以往的刑事审判经验,在疑难案件中,你的定罪方法是什么?”这一问题,约有 67% 的被访者选择 C 项,即“先形成初步的结论,再去找法条,如果根据法条得出的结论与先前的初步结论相差较大,则比较两个结论,看哪个更妥当,最后才下最终的结论”。而选择 D 项,即“先找法条,再下结论,如果结论不妥,再找法条,最后才下最终结论”的约为 21%。至于将定罪过程视为一步到位的过程的,即选择 A 项“先下结论,再找法条,一步到位地完成定罪过程”,或者 B 项“先找法条,再下结论,一步到位地完成定罪过程”的仅为少数,该两项数值分别为 4% 和 8%。(见表一)

可见,在疑难案件的定罪裁判中,以刑定罪这一“逆向型”的定罪思维或逻辑不仅客观存在,而且为大多数刑事法官所采纳和运用。这也进一步验证了,疑难案件的“法律发现绝非单纯只是一种逻辑的三段论法,而是一种逐步进行的,从存在的领域探索至当为的

[6] 参见《Y 市中级人民法院工作报告——2012 年 2 月 15 日 Y 市第九届人民代表大会第四次会议通过》,第 3 页。

[7] 波斯纳认为,实践理性并非某种单一的分析方法,甚至也不是一组相关联的方法。它是一个杂货箱,里面有掌故、内省、想象、常识、设身处地、动机考察、言说者的权威、隐喻、类推、先例、习惯、记忆、经历、直觉以及归纳。参见[美]理查德·波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社 2002 版,第 92 页。

[8] 例如,有的称之为“定罪过程的社会效果与法律效果的统一法”,有的称之为“以刑定罪”,还有的称之为“定罪倒推”等,不一而足。

[9] 该调查问卷共设 40 题,均为单向选择,总共发放问卷 80 份,其中,向中级人民法院刑事审判三个庭室发放 30 份,向 10 个基层法院发放 50 份。在本次问卷调查中,绝大部分问卷由参加座谈或者个别访谈的刑事法官当场填写并由本人当场收回,少数问卷由因公未能参加座谈或者访谈的刑事法官本人亲自填写完毕后,经邮寄或传真收回。本次问卷调查共收回有效问卷 72 份,有效率达 90%,故调研数据大体可靠。

领域,以及从当为的领域探索至存在的领域,是一种在事实中对规范的再认识,以及在规范中对事实的再认识之过程”。<sup>[10]</sup>

需要追问的是,法官们除了在疑难案件的司法裁判中会运用以刑定罪这一“逆向型”的定罪思维或逻辑外,在常规案件或一般案件中是否也会经常对之加以运用?如果答案是肯定的,那么它与正统的司法三段论式的以罪定罪相比,二者的差值是否明显?为此,我在调查问卷中,针对一般案件或常规案件的定罪方法,设计了这样一道题:“根据你以往的刑事审判经验,在一般案件中,你的定罪方法是:A.先下结论,再找法条,一步到位地完成定罪过程。B.先找法条,再下结论,一步到位地完成定罪过程。C.先形成初步的结论,再去找法条,如果根据法条得出的结论与先前的初步结论相差较大,则比较两个结论,看哪个更妥当,最后才下最终的结论。D.先找法条,再下结论,如果结论不妥,再找法条,最后才下最终结论。”结果发现,约有42%的被访者选择C项。另有约37%的被访者选择D项。而选择A项和B项的仅为4%和17%。(见表一)

表一 各种定罪方法在疑难案件和一般案件中的适用对比

选项	定罪方法	疑难案件	一般案件
A	先下结论,再找法条,一步到位地完成定罪过程	4%	4%
B	先找法条,再下结论,一步到位地完成定罪过程	8%	17%
C	先形成初步的结论,再去找法条,如果根据法条得出的结论与先前的初步结论相差较大,则比较两个结论,看哪个更妥当,最后才下最终的结论	67%	42%
D	先找法条,再下结论,如果结论不妥,再找法条,最后才下最终结论	21%	37%

可见,通常被认为仅存在于疑难案件定罪裁判中的“逆向型”定罪思维或逻辑即以刑定罪,事实上并非疑难案件刑事裁判中的“独门武器”或“专利方法”。它在常规案件的定罪裁判中也为刑事法官们所采纳和运用。只不过,相比于在疑难案件中其较高的占比(67%)而言,在常规案件中,相关数值要小25个百分点。而如果进一步追问这25个百分点的去向,那么可以发现,它们主要被分流到了“先找法条,再下结论,一步到位地完成定罪过程”和“先找法条,再下结论,如果结论不妥,再找法条,最后才下最终结论”这两种以罪定罪式的定罪方法之中。显然,这样的调查结论多少令人感到有些意外。因为至少在绝大多数人看来,对于常规案件或一般案件,法官们似乎应当更加确定无疑地坚持司法三段论式的正向的司法推理。这不仅仅源于贝卡利亚对司法定罪逻辑的训导,更源于“以事实为依据,以法律为准绳”乃是明载于《刑事诉讼法》中的基本原则。

那么,究竟应当如何解释这种常规案件中的以刑定罪现象呢?对此,Y市中级人民法院刑二庭L庭长风趣地解释到:“在你们搞理论的人看来,定罪似乎必须要严格按照司法三段论的方式进行。但是,司法实践当中,俺们在定罪的时候,很多情况下更像是一个‘称瓜’的过程。打个比方说,一个长期卖瓜的人,对于一个西瓜熟了没熟、几斤几两,拿

[10] [德]考夫曼著:《类推与事物本质》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第95页。

在手里拍一拍、掂一掂大致心里就有数了。当然了,卖瓜嘛,毕竟还要称一称,看看到底是几斤几两;称完之后,也可能切个小三角,看看到底熟了没有。如果偏差较大,就要反过来看一看,到底是瓜有问题,还是称有问题。以此类比,法官拿到一个案件阅完卷后所形成的初步结论,就像我前面讲的‘拍瓜’、‘掂瓜’,而后续的三段论推理就像‘称瓜’、‘切瓜’。如果经过三段论推理得出的结论让人难以接受,就要看看到底是案件事实有问题,还是对法律规范的理解有问题。……当然了,对于长期卖瓜的人来说,这两者之间基本上不会有太大的出入。毕竟你天天在卖瓜嘞。说白了,就是熟能生巧,烂熟于心。俺们(定罪)也是这个理儿。”<sup>[11]</sup>

而曾任 Y 市 R 县级市副检察长长达 9 年并在该县级市主管刑事审判 8 年的 G 副院长则解释说:“俺们这地方跟东南沿海经济发达地区的基层法院可不同嘞,他们那边新奇的案件多,疑难案件也多。像俺们这边基层院刑口,每年处理的也都基本上是那几种常见罪行,像什么抢劫啦、盗窃啦、强奸啦等等。这类案件法律规定得比较详细,司法解释也很多,所以只要你不是个新手,正儿八经地办几年案子,即便先下结论再找法条,也不会出错。当然了,凡事都有个例外,所以在先有初步的结论的情况下,还是要经常性地倒过来看看这个结论行不行。”<sup>[12]</sup>

可见,在常规案件中,法官采取以刑定罪这一“逆向型”的定罪思维或者逻辑,并非像在疑难案件中那样是为了寻求一种个案的罪刑均衡,其更多的是基于长期司法实践经验所形成的一种司法上的“图式效应”。所谓“图式是指动作的结构或组织,这些动作在同样或类似的环境中由于重复而引起迁移或概括”。<sup>[13]</sup>而图式效应则是指“当人进入一个熟悉的环境,就可能根据记忆中原有的知识进行相应的思维或行动反应”。<sup>[14]</sup>就刑事审判而言,常规案件或一般案件大多事实清楚、法律明确并且结论确定。这使得稍有审判经验的刑事法官,只要触及该类案件的事实和证据,就能够本能性地根据大脑中已经贮存的裁判知识形成较为确定和确信的裁判结论。

不过,由于“三段论的推理非常有力,又为人熟知,因此,渴求自己的活动看上去尽量客观的律师和法官都花费了很大的力气使法律推理看上去尽可能是三段论”。<sup>[15]</sup>这也就是为什么当法官依照图式对常规案件或一般案件形成预判之后,仍旧要运用司法三段论加以完整演绎。在此意义上,司法三段论实际上发挥着一种对司法预判的证成、批判乃至修正的作用。这也进一步印证了波斯纳的观点:“在疑难案件中,逻辑也起着一定的作用,一种批判的作用。”<sup>[16]</sup>

与常规案件或者一般案件中的“图式效应”不同的是,在疑难案件中,以刑定罪这一“逆向型”的定罪思维或逻辑的运用,更多地表现为一种个案罪刑上的“实质权衡”。<sup>[17]</sup>在此意义上,我们将其称为一种疑难案件的“处理术”亦未尝不可。那么,刑事法官究竟

[11] 《Y 市法院系统调研笔记(一)》,2012 年 4 月 20 日。

[12] 《Y 市法院系统调研笔记(二)》,2012 年 5 月 11 日。

[13] [瑞士]皮亚杰、英海尔德著:《儿童心理学》,吴福元译,商务印书馆 1980 年版,第 5 页。

[14] 许静:《图式理论(Schema Theory)在跨文化交际中的运用》,《国际政治研究》1999 年第 4 期,第 136 页。

[15] [美]理查德·A.波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 50 页。

[16] [美]理查德·A.波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 69 页。

[17] 参见陈坤:《疑难案件、司法判决与实质权衡》,《法律科学》2012 年第 1 期,第 3-12 页。

会在哪些疑难案件类型中采取以刑定罪这一“逆向型”的定罪思维或逻辑呢？

根据我在 Y 市两级法院直接获取以及间接从被访问者处获悉的案例情况来看，疑难案件的以刑定罪至少存在以下几种做法：

(1) 在早些年前个别强奸案的处理过程中，为了保护被害人的名誉，同时基于被告人的积极赔偿，经当事人双方同意，将本来是既遂的案件作为未遂处刑；

(2) 在近两年“打黑除恶”刑事政策的驱动下，为了适应政策的需要、回应群众的呼声，适当放宽对黑社会性质组织罪的认定标准，从而适度扩大该罪的打击范围；

(3) 在非法行医致死案件处理中，由于该档法定刑过重，即被告人的其他情节轻微、积极赔偿也不能降格处刑，于是，为了判处最合适的刑罚，以过失致人死亡罪定罪；

(4) 对于单位实施纯正的自然人犯罪或者诸如单位违规套取国家专项资金等法无明文规定的单位犯罪，考虑到严格坚持罪刑法定会放纵犯罪人，故设法以自然人犯罪追究被告人的刑事责任；

(5) 在重特大矿难案件中，由于责任事故类犯罪法定刑偏轻，故设法从其手段行为或关联行为入手，将手段行为或关联行为作为主罪判罚（如非法买卖爆炸物品罪、以危险方法危害公共安全罪等）；

(6) 在办理涉及征地补偿、打井补偿等数额巨大的涉农诈骗案件中，对接受诈骗分子贿赂而在客观上对其诈骗行为予以协助或者纵容的国家工作人员，以受贿罪另案处理，从而避免以诈骗罪的共犯论处时导致的刑罚过重现象；

(7) 在强奸致死案件中，因关键物证无法提取，而定强制猥亵妇女罪又明显量刑过轻时，如果犯罪过程中的暴力行为达到轻伤标准以上的，以故意伤害（致人死亡）罪定罪处刑；

(8) 对于轻微暴力致人重伤案件，通过区分殴打故意与伤害故意，对被告人不定故意伤害致人重伤罪，而定过失致人重伤罪；

(9) 对基于讨要工程款、拆迁补偿费等目的，实施的恐吓、敲诈及聚众扰乱公共秩序等过激行为，一般作无罪处理；

(10) 对于学校负责人明知校车存在安全隐患仍指使司机运载学生，导致重大特大交通事故的行为，考虑到对行为人以交通肇事罪的共犯认定将导致处罚明显偏轻，故以教育设施重大安全责任事故罪定罪判罚。

从上述列举的做法可以看出，在司法实践中，疑难案件的以刑定罪呈现如下的特征：

一是从案件形态上看，疑难案件以刑定罪的涵盖面较宽。既有涉及案件犯罪停止形态的调整，如情形（1），又有涉及共犯形态的变动，如情形（6），还有涉及罪数形态的重新审视，如情形（5）。显然，这与以往个别学者所观察到的或者所主张的以刑定罪的范围仅仅应当限定于“刑法条文之间存在交叉关系或包容关系”<sup>[18]</sup> 的场合，或者“以罪名间具有相似性为前提”<sup>[19]</sup> 等情形仍然存在着较大的出入。换言之，在司法实践中，疑难案件的以刑定罪涉及的犯罪形态面更为宽广，它几乎涵盖了传统犯罪论中三大主要的犯罪形态，即

[18] 赵运锋：《以刑制罪：罪刑关系的反思与展开》，《政治与法律》2010 年第 7 期，第 16 页。

[19] 高艳东：《量刑与定罪互动论：为了量刑公正可变换罪名》，《现代法学》2009 年第 5 期，第 172 页。

停止形态、共犯形态及罪数形态。

二是从案件的裁判后果来看,疑难案件以刑定罪的侧重面并非单一。诚然,张明楷教授曾经主张,在当前我国的刑事司法实践中,司法上的犯罪化与非犯罪化应当同步展开,<sup>[20]</sup>但基于对“存疑(主要指法律存疑而非事实存疑)有利于被告人原则”的广泛认同,这一见解的赞同者并不多见。因此,即便主张以刑定罪的学者也大多倾向于认为以刑定罪必须坚守“有利于被告人原则”。<sup>[21]</sup>但是,纵观上文所列举情形,可以发现,司法实践中疑难案件的以刑定罪并非仅仅运用于裁判结果“趋轻型”的场合,而是在裁判结果“趋轻型”和“趋重型”两个维度均有所运用。前者如情形(1)、(3)、(6)、(8)、(9),后者如情形(2)、(4)、(5)、(8)、(10)。对此,曾任Y市中级法院刑二庭庭长后调任L县法院院长的F院长解释说:“从刑法原则上说,这是司法裁判追求‘轻罪轻判、重罪重判、罚当其罪、罪刑相称’的结果;从刑事政策上讲,这是‘当宽则宽,当严则严,宽以济严,严以济宽’的结果。”<sup>[22]</sup>可见,宽严相济的刑事政策以及罪刑相适应原则被视为是最为有力的政策和法律支撑。

进一步地,在裁判结果“趋轻型”和“趋重型”的以刑定罪案件中,刑事法官更加倾向于哪一种?我在Y市法院系统的问卷调查统计数据显示,当一个案件严格依法判决将导致该案的罪刑明显偏重时,为了使判决结果罪刑更为均衡,33.3%的被访者选择以刑定罪这一“逆向型”定罪思维或逻辑,即重新检视案件事实和法律条文,以寻找与该案的罪刑最相适应的罪名。(见表二)而当一个案件严格依法判决将导致该案的罪刑明显偏轻时,为了使判决结果罪刑更为均衡,52.8%的被访者选择以刑定罪这一“逆向型”定罪思维或者逻辑,即重新检视案件事实和法律条文,以寻找与该案的罪刑最相适应的罪名。(见表三)两项数据对比,可以发现,当个案依法裁判将导致罪刑明显不均时,法官更加偏好在裁判结果“趋重型”的案件中,运用以刑定罪这一“逆向型”的定罪思维或逻辑。究其原因,大致可以归结为,对于严格依法裁判可能导致罪刑明显偏重的案件,仍然有法定的“特别减轻”程序可以适用。相比之下,对于严格依法裁判可能导致罪刑明显偏轻的案件,法律并没有提供其他更好的救济措施。因此,为了解决个案裁判的均衡问题,刑事法官们不得不采取以刑定罪这一“逆向型”定罪思维或者逻辑,进行“变通司法”。

表二 当一个案件严格依法判决将导致该案的罪刑明显偏重时法官的看法

选项	定罪方法	人数	比例
A	罪刑设置是立法者的事,在个案中司法者爱莫能助,只能严格依法判	9	12.5%
B	重新检视案件事实和法律条文,积极寻找与该案的罪刑最相适应的罪名来适用	24	33.3%
C	只要双方当事人不反对,在定罪准确的情况下,适当突破法定刑也并无不可	8	11.1%
D	在严格依法定罪的情况下,报请最高人民法院在法定刑以下量刑	31	43.1%

[20] 参见张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,《法学家》2008年第4期,第65-75页、第93页。

[21] 参见高艳东:《从盗窃到侵占:许霆案的法理与规范分析》,《中外法学》2008年第3期,第461页。

[22] 《Y市法院系统调研笔记(一)》,2012年4月25日。



表三 当一个案件严格依法判决将导致该案的罪刑明显偏轻时法官的看法

选项	定罪方法	人数	比例
A	罪刑设置是立法者的事,在个案中司法者爱莫能助,只能严格依法判	25	34.8%
B	重新检视案件事实和法律条文,积极寻找与该案的罪刑最相适应的罪名来适用	38	52.8%
C	只要双方当事人不反对,在定罪准确的情况下,适当突破法定刑也并无不可	9	12.5%

问题是,刑事法官为什么会在疑难案件的定罪裁判中刻意“背叛”三段论式的正向司法推论,转而运用一种“逆向型”的定罪思维或逻辑呢?调研发现,这也许可以从法官对罪刑关系的理解中——即罪刑关系究竟是单向宰制性的还是互动制约性的——找到些许答案。众所周知,长期以来,传统刑法学一直将罪刑关系理解为一种罪对刑的单向宰制性的关系,即罪能够制约刑,而刑不能制约罪,其体现在司法裁判中即定罪能够制约量刑,但量刑不能反向制约定罪。那么,在司法实践中,法官是否完全赞同这一学科规训呢?我在 Y 市法院系统的相关问卷调查表明,答案至少是否定的。(见表四)详言之,对于大多数刑事法官而言,罪刑关系并非单向性的,而应是互动的——罪不仅制约刑,而且刑也能反向制约罪。对此,曾任 Y 市中级人民法院刑二庭庭长后调任 L 县法院院长的 F 院长如是说:“对于罪刑关系,我的理解是,定罪的主要目的是为了量刑公正。在一些疑难案件中,如果还是机械地理解罪只能制约刑,而刑不能倒过来制约罪,那么,难免造成重罪轻判或者轻罪重判。虽然这种罪刑不均的判罚,从法律上看似乎找不出毛病,但是,从裁判的社会效果以及从定罪的初衷和目的上看,很难讲合理。”<sup>[23]</sup>

表四 刑事法官对罪刑制约关系的理解

选项	罪刑关系	人数	比例
A	罪制约刑,刑也能制约罪	45	62.5%
B	罪制约刑,但刑无法制约罪	27	37.5%

如果说刑事法官对罪刑关系的互动式理解,是促使他们在疑难案件中采取以刑定罪这一“逆向型”定罪思维或逻辑的“内因”的话,那么他们对社会公众对量刑公正的热切关注的深刻体认,也许可以视作他们在疑难案件中运用以刑定罪的“外因”。我在 Y 市法院系统的相关问卷调查便证实了这一点。在有关“对于一份刑事判决,你认为老百姓更加关注什么?”的问卷调查中,除 8% 的被访者未置可否外,仅有 4% 的被访者认为社会公众“更加关注定罪的准确性”。相比之下,认为社会公众“更加关注量刑的合理性”的比例则高达 42%,而认为社会公众“对定罪与量刑同等关注”者亦占到被访者总数的 46%。(见表五)

[23] 《Y 市法院系统调研笔记(一)》,2012 年 4 月 25 日。

表五 刑事法官所体认的社会公众对司法裁判的偏好

选项	社会公众对司法裁判的偏好	人数	比例
A	更加关注定罪的准确性	3	4%
B	更加关注量刑的合理性	30	42%
C	对定罪与量刑同等关注	33	46%
D	不好说	6	8%

这说明,在刑事法官群体中,绝大多数人(88%)认为,社会公众对量刑的关注度并不亚于对定罪准确的关心。这一点恰恰印证了冯亚东教授早年的观点:“刑法的本质是‘刑’法而不是‘罪’法。人类几千年的刑法观中不管是自觉的还是潜意识的,都更注重的是刑法中‘刑’的一面,因为这直接关系到社会人的自由和生命。当今时代我们观念中‘犯罪’即意味着‘坐牢’,反过来‘坐牢’则意味着‘犯罪’;并且‘坐牢’之蕴义远远直观、深刻、强烈于‘犯罪’。”<sup>[24]</sup>可以说,正是源于刑事法官对社会公众对量刑公正的偏好之理解,才进一步促使他们在疑难案件特别是在正向的以罪定罪无法做到罪刑均衡的情形下,不得已而采取一种“变通司法”的以刑定罪。

进一步地,刑事法官们又是如何看待疑难案件以刑定罪的呢?我在Y市两级法院的相关访谈中发现,刑事法官们对于疑难案件以刑定罪的看法很不一致。例如,有的法官认为,以刑定罪这一“逆向型”的定罪逻辑或思维并不妥当。持这一见解的,以年轻法官居多。或许是刚刚走出校园步入刑事审判岗位不久的缘故,他们大多主张严格按照教科书的规训,采用司法三段论式的以罪定刑的做法。例如,Y市中级人民法院刑二庭刚参加刑事审判工作不到3年的Z法官直言不讳地说:“定罪倒推式的做法,虽然看似解决了一些疑难案件的定性困惑,但这种做法不行。它明显有违司法三段论的公认做法,如果持续纵容法官们这么搞,那么俺们干脆就不用辛辛苦苦上大学读法律了。因为办案跟着感觉走就行嘞。”<sup>[25]</sup>当然,也有年轻的法官对这种“逆向型”的定罪思维或逻辑的潜在风险深表担忧。例如,Y市Z区参加工作4年的硕士法官W就质疑到:“结论出发型的定罪思路显然带有经验主义的色彩。问题是,你怎么就能保证你预先形成的结论就一定是正确的?如果疑难案件都这么干,那会不会导致法官任意地出入人罪呢?毕竟‘欲加之罪,何患无辞’。”<sup>[26]</sup>与此形成对比的,多数老法官则对疑难案件以刑定罪的做法给予了肯定。例如,曾任Y市中级人民法院刑二庭庭长后调任L县法院任院长的F院长表示:“这种方法的确管事儿。”<sup>[27]</sup>而Y市Y县人民法院分管刑事审判的王副院长也认为:“(这)是一种社会效果与法律效果相统一的很好做法。”<sup>[28]</sup>

当然,除此之外,也有诸多刑事法官表示,对此很难一概而论。在他们看来,这种做法

[24] 冯亚东著:《理性主义与刑法模式》,中国政法大学出版社1999年版,第142页。

[25] 《Y市法院系统调研笔记(二)》,2012年5月9日。

[26] 《Y市法院系统调研笔记(二)》,2012年5月11日。

[27] 《Y市法院系统调研笔记(一)》,2012年4月25日。

[28] 《Y市法院系统调研笔记(二)》,2012年7月18日。

是否妥当,关键是要看支配以刑定罪之司法“前见”或者“直觉”可靠与否。诚然,深谙司法规律的美国法学家波斯纳曾说:“直觉是我们的一套基本的确信,它埋藏得很深,我们甚至不知如何质疑它,它无法令我们不相信,因此,它为我们的推论提供了前提。”<sup>[29]</sup>但是,良好的司法“直觉”或者“前见”并非主观妄想,更非无源之水。相反,它是以良好的法学综合素养为基础,以长期、反复的司法裁判经验的累积为必要而形成的对个案裁判结论的先验性判断。换言之,“它是个人的法学知识与经验,是对人民感情和公正与良知的感觉在潜意识中的体现”。<sup>[30]</sup>其实,一些被访者之所以表示无法准确评价,原因恰恰就在于法官在疑难个案以刑定罪中所形成的司法“前见”或者“直觉”是否会受到个人法学知识与经验之外的其他干扰因素的裹挟。可见,虽然司法实践中存在着以刑定罪这一“逆向型”的定罪思维或逻辑,但是,刑事法官本身对它的褒贬程度仍然不尽一致。

### 三 “以刑定罪”的核心要义

田野调查表明,无论是作为一种既存的疑难案件刑事司法样态,还是作为一种隐性的刑事司法裁判知识,以刑定罪都已经在转型期中国的刑事司法场域中扎根发芽。问题是,当前刑法学界是否已经对之有一个较为全面的认识和理解?应当说,近年来个别学者已经开始对之有所关注,并在融合个人学术想象的基础上,对之进行了不同程度地知识拓展。例如,“以刑定罪”<sup>[31]</sup>“以刑制罪”<sup>[32]</sup>“量刑与定罪互动论”<sup>[33]</sup>“三段论的倒置”<sup>[34]</sup>等学术命题的提出,均可视为学界对以刑定罪这一“逆向型”定罪思维或逻辑在学术上的敏锐捕捉。

但是,并非求全责备的是,融合了学者个人学术想象之后的以刑定罪,虽然看似更加富有了学术的张力和理论的深邃性,但不可否认,其实实在的面貌却也变得愈发的多样和迷离,以至于什么是以刑定罪,以刑定罪究竟主张些什么等问题,常常成了一个“仁者见仁,智者见智”式的问题。显然,这样的一种学理开示效果,是难以让人完全满意的。因为它在彰显学者们的学术智慧的同时,却有意无意地遮蔽了这种“逆向型”定罪思维或逻辑的原初品相。而对这种原初品相的遮蔽,将使世人无法全面、客观地对之加以评判,甚至有可能导致学术上的“错杀”,以致给它未来在刑法学体系中获得可能的合法性地位带来“灭顶之灾”。鉴于此,有必要结合以刑定罪鲜活的实践样态以及既有的众说纷纭的学术想象,认真梳理和归纳出以刑定罪的核心要义,以便为其进一步接受学术批评和检验奠定坚实的基础。

#### (一)把定罪活动的目的直接落定在寻求处罚的妥当性上

定罪与量刑是刑事审判工作的两个基本环节,也是刑事审判的核心任务之所在。从

[29] [美]理查德·A.波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第93页。

[30] 吴学斌:《影响刑法解释的“法外”因素探析》,《理论探索》2006年第5期,第150页。

[31] 冯亚东著:《理性主义与刑法模式》,中国政法大学出版社1999年版,第138页。

[32] 梁根林:《现代法治语境中的刑事政策》,《国家检察官学院学报》2008年第4期,第159页。

[33] 高艳东:《量刑与定罪互动论:为了量刑公正可变换罪名》,《现代法学》2009年第5期,第165页。

[34] 张明楷著:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第64页。

本质上讲,定罪是法官对事实与规范的一个认识、判别过程,即将个案的基本事实与刑法所规定的罪名和罪行进行拉拢、配对以解决行为定性问题的过程;而量刑则是法官在查明犯罪事实,明确判定行为性质也即构成犯罪的情况下,根据行为的社会危害性并结合行为人的危险情况,在法定刑幅度内综合考量,以解决行为经由定性之后行为人所应承担的刑罚轻重问题。由于量刑必须建立在查明案件事实,明确行为性质的基础之上,因而传统刑法学认为,“准确定罪是刑事审判的首要任务,是正确量刑的前提和基础。定罪错误,量刑也必然失当”。<sup>[35]</sup> 由此,奠定了定罪在刑事审判中“首要的、决定性的地位”。<sup>[36]</sup> 定罪对于量刑的这种宰制力,不仅强化了人们对定罪与量刑的单向性关系之认知,而且也影响着刑法学理论的均衡发展。

一个不争的事实是,长期以来,与定罪相关的犯罪论特别是构成要件论历来是传统刑法学研究的重点,而与量刑相关的刑罚论特别是刑罚裁量论则相对少人关心。尽管传统刑法学一再强调,准确定罪的目的是为了确保量刑公正,即准确定罪相对量刑公正而言,更多地是一种手段与目的的关系,但是,基于近代以来人们对罪刑法定原则的奉守,并源于人们对罪刑结构体系的合理化确信,定罪似乎日益超越了其手段性的地位,而获得了一种独立的,甚至终极性的意义——定罪准确,甚至定罪精确,成了司法实践不遗余力的价值追求,而构成要件的类型化,甚至精细化,则成了刑法理论殚精竭虑的奋斗目标。至于量刑,则常常被视为是一个附带的,甚至无需过多智慧投入的简单步骤。而有关量刑公正,虽然在表面上看来仍然不无重要,但无须讳言,在对定罪准确甚至定罪精确的痴狂追逐中,其地位事实上已经日渐衰落。甚至在一些极端个案的司法裁判中,量刑公正的地位已经变得近乎边缘。

如果说传统刑法学之所以极力凸显定罪准确甚至精确的重要性,是基于一种“大数法则”的考虑,即在绝大多数常规案件中,定罪准确必然意味着量刑合理公正,那么以刑定罪则更为关注作为非常规案件的疑难个案因固守定罪准确而招致的量刑不公所引发的“乘数效应”。详言之,在司法实践中,案件事实或刑法规范客观上的“开放构造”常常导致疑难案件的司法裁判陷入一种模棱两可的境地。这种司法裁判上的两难,不仅极大地激发了争讼双方的控辩热情,而且常常遭致社会舆论的围观。这使得疑难案件的司法裁判过程,不仅成为检视法官刑事审判技能的舞台,而且成为社会公众管窥刑事司法是否公正的窗口。由于在经验的世界中,刑罚是一种易感触的力量。对于某一犯罪,无论是犯罪人、被害人还是社会公众,与其说他们关心犯罪人构成了何罪,倒不如说其更加关心犯罪人是否被判处了刑罚、被判处了何种刑罚,以及被判处多长时间、多重的刑罚,并且由于“在刑法规范中犯罪所直接表现出的是一种躯壳与现象,而刑罚才是其中的‘灵魂与思想’,没有区别于其他制裁手段的刑罚,犯罪则将完全混同于其他违法行为而最终失去自身的存在”。<sup>[37]</sup> 因此,在疑难个案的司法裁判中,相比于定罪的准确性或精确性而言,处

[35] 苗生明著:《定罪机制导论》,中国方正出版社2000年版,第1页。

[36] 苗生明著:《定罪机制导论》,中国方正出版社2000年版,第1页。

[37] 冯亚东著:《理性主义与刑法模式》,中国政法大学出版社1999年版,第138页。

罚的妥当性或者量刑的公正性变得愈加重要或者说引人瞩目。在此意义上,我们说,“刑罚是手段,但更有其自身的目的,那就是对社会公平和正义的支撑。……离开了公平和正义的刑罚无论在怎样耀眼的光环下都难免堕落为纯粹的暴力工具”。<sup>[38]</sup>而“一次不公正的裁判,其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪虽是冒犯法律——好比污染了水流,而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源”。<sup>[39]</sup>

在传统刑法学的视阈中,刑事司法将定罪的目的落定在规范适用的准确性与精确性上。这虽然确保了罪刑关系的恒定性和明确性,进而维护了刑法的预测可能性,但是,在疑难个案的特定情境下,如果仍然脱离处罚妥当性或者量刑公正,而一味地追求所谓的“准确定罪”、“精确定罪”,则判决无论如何也难以获得其道德合法性,甚至将与刑法的目的背道而驰。这是因为:

一方面,“法律的确量化并不能带来公正,更何况法律的确量化永远是相对的。在文字与现实之间不可能畅通无阻,这实际上就是此岸世界与彼岸世界的隔阂”。<sup>[40]</sup>疑难案件的司法裁判之所以时常陷入准确定罪与公正无法兼得的“两难境地”,成文法固有的“文字困境”无疑是一大主要诱因。诚然,刑法解释,特别是客观解释虽有助于部分化解其招致的司法窘境,但是,这种法律解释并非随意的“出文造意”;相反,“我们讲客观解释的时候,实际上追求的是对每一个案件都得出一个公正的、合理的、妥当的、至少是绝大多数人认同的答案”。<sup>[41]</sup>此外,不无重要的是,刑法解释对于疑难个案的化解虽裨益甚深,但其终究不是“万金油”,因为当刑法解释走“在法律的尽头,如果缺乏了人道主义的补足,现实的不幸会真正坠入法律的深渊”。<sup>[42]</sup>可见,蕴含着刑法正义、刑法人道等价值在内的处罚的妥当性,始终是疑难个案司法裁判所无法规避的。

另一方面,从刑法的目的来看,刑法虽然通过其明文、明确的规定而昭告天下,以达致其人权保障和一般预防的目的,但是,作为一种强制性的痛苦加担,刑罚终究要落实在犯罪人身上,即需要通过对于犯罪人的应得之刑事责任的苛责,方能起到惩罚与预防犯罪之效。在此意义上,给予犯罪人以应得的刑事惩罚,才是刑事司法的重心之所在。那么,在某些疑难个案中,当“准确定罪”、“精确定罪”与公正量刑发生冲突之时,前者也就应当为后者“避让”必要的空间。正因为此,有论者高呼:“刑法的特殊性恰在于要不遗余力地获得个案量刑公正,刑法不是过程最精确,而是结论最精确的科学。……在行为业已成立犯罪的情况下,罪刑法定原则的重心是判定刑事责任的轻重。”<sup>[43]</sup>有鉴于此,以刑定罪主张,在疑难案件的刑事裁判中,罪名并非不可攀爬的藩篱,应当将定罪的目的落定寻求处罚的妥当性或者说确保量刑的公正性之上,亦即“在这种疑难案件中,刑法适用解释可能不是一个真理判断,而更可能是一个价值判断,更需要从妥当性的角度来考虑解释适用刑法、

[38] 刘守芬等著:《罪刑均衡论》,北京大学出版社2004年版,第19页。

[39] [英]弗朗西斯·培根著:《人生论》,何新译,湖南人民出版社1987年版,第219页。

[40] 孙万怀:《罪刑关系法定化困境与人道主义补足》,《政法论坛》2012年第1期,第94页。

[41] 张明楷:《刑法解释理念》,《国家检察官学院学报》2008年第6期,第142页。

[42] 孙万怀:《罪刑关系法定化困境与人道主义补足》,《政法论坛》2012年第1期,第94页。

[43] 高艳东:《量刑与定罪互动论:为了量刑公正可变换罪名》,《现代法学》2009年第5期,第166页。

来合理地定罪量刑”。<sup>[44]</sup>

## (二)对制定法载负的罪刑体系之合理性保持审慎的怀疑

无论对刑罚做怎样的修饰,一个不争的事实是,它终究是一种恶。这是因为,尽管单纯的惩罚并非现代刑罚的全部意义之所在,<sup>[45]</sup>但毫无疑问,惩罚以及由此带来的犯罪人从肉体到精神的痛苦,仍然是刑罚千年不变的“固有色泽”。正因为刑罚是应对犯罪这样一种极端反抗现行秩序的不得已的恶,也由于刑罚一旦启动将给犯罪人带来难以回复性的严重后果,更有鉴于历史上非均衡的、擅断的刑罚曾一度沦为统治者手中赤裸裸的暴力权杖,故自近代以来,如何科学、合理地制定罪刑体系,设计“刑罚的分配原则”,<sup>[46]</sup>以实现惩罚犯罪与保障人权并举,始终是刑事立法不竭的动力和奋斗目标。以近代刑法学鼻祖贝卡利亚为代表的启蒙思想家们开出了一剂良方,即罪刑均衡原则。贝卡利亚指出:“犯罪对公共利益的危害越大,促使人们犯罪的力量越强,制止人们犯罪的手段就应该越强有力。”由于在现实的生活中,人们“能找到一个由一系列越轨行为构成的阶梯,它的最高一级就是那些直接毁灭社会的行为,最低一级就是对于作为社会成员的个人所可能犯下的、最轻微的非正义行为。在这两级之间,包括了所有侵害公共利益的、我们称之为犯罪的行为,这些行为都沿着这无形的阶梯,从高到低顺序排列”。因此,贝卡利亚认为,立法者应当借鉴几何学原理,依据犯罪的强弱程度,设计“一个相应的、由最强到最弱的刑罚阶梯”。<sup>[47]</sup>从功能上看,在制定法中架设这样一种梯度明显的罪刑阶梯,“不仅为人们提供了一张确定某行为是否犯罪的清单,而且给人们提供了一张犯罪的价目表,起到遏制犯罪的作用”。<sup>[48]</sup>更为重要的是,“有了这种精确的、普遍的犯罪与刑罚的阶梯,我们就有了一把衡量自由和暴政程度的潜在的共同标尺,它显示着各个国家的人道程度和败坏程度”。<sup>[49]</sup>

罪刑均衡及其内含的罪刑阶梯思想对后世的刑事立法可谓影响深远。在当今世界特别是成文法国家,举凡刑事立法无不对之加以采纳、应用并发展。人们坚信,只要制定法预设了一个结构合理、梯度鲜明的罪刑体系,并且刑事司法亦能依法适用,就能在最大程度上阻止罪刑擅断、刑罚裁量不公等暴虐的发生。这是因为,“刑罚的选择是考虑诸多因素的结果,它们应该具有量方面大小的可感觉性、本身的平等性、可成比例性、与罪行相似性、示范性、经济性、改善性、受人欢迎性等等。……一个刑法典正根据这些原则进行构造。这个法典是如此小心翼翼地遵循这些原则,除了清楚、简洁、精确外没有其他更为引人注意的特性”。<sup>[50]</sup>由于罪刑体系在立法者所精心编撰的法典中是清楚、简洁、精确的,

[44] 梁根林:《现代法治语境中的刑事政策》,《国家检察官学院学报》2008年第4期,第160页。

[45] 当下主流的并合主义的刑罚观认为,刑罚应当在实现报应的同时,不应遗忘对犯罪人法规意识唤醒,对犯罪人行为偏差的矫正,以促使其重返社会。

[46] 关于刑罚分配原则的详尽分析,可参见[美]保罗·H.罗宾逊著:《刑法的分配原则——谁应受罚,如何量刑》,沙丽金译,中国人民公安大学出版社2009年版,第7-21页。

[47] 此处贝氏的引论均见于[意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第65-66页。

[48] 赵秉志主编:《外国刑法原理(大陆法系)》,中国人民大学出版社2000年版,第29页。

[49] [意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第66页。

[50] [英]边沁著:《立法理论——刑法典原理》,孙力等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第83页。

因此,刑事司法裁判顶多只是一个寻求个案事实与法定罪刑相对应的被动过程,而绝不可能是一个在个案裁判中任意创制罪刑的主动过程。对此,孟德斯鸠曾警醒世人:“没有比在法律的借口之下和装出公正的姿态所做的事情更加残酷的暴政了,因为在这样的情况下,可以说,不幸的人们正是在他们自己得救的跳板上被溺死的。”<sup>[51]</sup>或许正是源于这样的认知,贝卡利亚说:“当一部法典业已厘定,就应该逐字遵守,法官惟一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。”<sup>[52]</sup>总之,在传统刑法学观念中,“罪刑均衡首先应当是通过立法确定下来,然后交由司法程序去将它个案中转化为罪刑的现实均衡”<sup>[53]</sup>。尽管在这种转化过程中,法官拥有一定的自由裁量权,但制定法载负的罪刑体系却是法官始终不可僭越的“藩篱”。因此,法官的使命在于不遗余力地贯彻罪刑法定原则去以罪定罪,而非自命公正地质疑制定法所载负的罪刑体系的合理性,以致在个案中“越俎代庖”地做着罪刑关系的调适。在此意义上,法官必须对制定法所载负的罪刑体系始终“心存敬畏”并“坚守忠贞”。

对此,主张疑难案件以刑定罪者显然难以全然接受。在他们看来,诚然,依托精湛的立法技术和丰富的立法经验,立法者确实能够为制定法创设一个结构相对合理、体系相对科学的罪刑体系,然而,再是“自命不凡”的立法者,终究不是神。因为“人类的深谋远虑程度和文字论理能力不足以替一个广大社会的错综复杂情形作详尽的规定”<sup>[54]</sup>。换言之,人类认识的有限性和犯罪与刑罚对抗的长期性、复杂性决定了,寄望于立法者毕其功于一役地解决罪刑均衡问题,只能是一种不切实际的奢望。就本质而言,立法毕竟是一个复杂的主客观互动的过程。虽然在立法者眼中,“正义女神挥舞宝剑的力量与操作天平的技巧得以均衡之处,恰恰是健全的法律状态之所在”<sup>[55]</sup>。并且按照报应限制功利、报应让步功利与折中调和的规则,似乎也可以解决刑罚与犯罪的严重性相适应和刑罚与预防犯罪的需要相适应的部分冲突,<sup>[56]</sup>但不可否认的是,“究竟如何才能达到罪刑之间的最均衡状态,这恐怕只能是一个主观判断无限接近客观需要的努力过程”<sup>[57]</sup>。对此,相关学者早已有所揭示:例如,论者通过对法定刑的立法原则的研究发现,1997年《刑法》中的法定刑在明确性原则、公正原则、谦抑原则、协调原则和稳定原则等方面,均存在着明显的缺陷。<sup>[58]</sup>又如,有论者经由对1997年《刑法》中近100个涉及经济领域的罪名的司法状况的深入观察也表明,由于保证法律有效性的条件,诸如适当的初步调查、宣传、接受及执行机构等方面的不足,导致相关罪名的立法效果与立法预期之间形成了巨大的落差。<sup>[59]</sup>还有论者在有关法定性设定根据与设定技巧的研究中也发现,我国《刑法》法定刑设定至少

[51] [法]孟德斯鸠著:《罗马盛衰原因论》,婉玲译,商务印书馆1962年版,第75页。

[52] [意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

[53] 刘守芬等著:《罪刑均衡论》,北京大学出版社2004年版,第89-90页。

[54] [美]哈罗德·伯曼著:《美国法律讲话》,陈若桓译,三联书店1988年版,第20页。

[55] 梁慧星主编:《为权利而斗争》,中国法制出版社2000年版,第2页。

[56] 参见邱兴隆著:《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》,中国人民大学博士论文2000年,第340页。

[57] 刘守芬等著:《罪刑均衡论》,北京大学出版社2004年版,第89-90页。

[58] 参见金泽刚:《法定刑的立法原则与新刑法中法定刑的立法缺陷探微》,《法学评论》1999年第2期,第51-55页。

[59] 冯亚东:《罪刑关系的反思与重构——兼谈罚金刑在中国现阶段之适用》,《中国社会科学》2006年第5期,第125页。

存在三个明显的问题：一是存在同罪异罚与同罚异害现象；二是存在法定最高刑与最低刑过高现象；三是不同犯罪法定刑之不平衡。<sup>[60]</sup> 虽然近年来立法者对我国刑罚的总体结构以及罪刑矛盾较为突出的一些个罪进行了必要的调整和优化，但基于种种原因，罪刑体系特别是一些罪名的罪刑结构不合理现象仍然存在。

基于上述客观事实，疑难案件以刑定罪的主张者和适用者，尽管并不赞同将以往人们对制定法所载负的罪刑体系的合理性的供奉从“神龛”中请出并予以无情地砸碎，但认为法官至少应当对制定法所载负的罪刑体系之合理性保有必要且谨慎的怀疑。只不过，这种必要且谨慎的怀疑是以罪刑均衡为导向，以司法正义为前提，以疑难个案的处罚妥当性为最终落脚点的。

### （三）体系性地理解构成要件与功能性地体认法定刑

一个完整的刑法分则条款通常由两部分组成，即罪状和法定刑。其中，前者是对行为性状的概括和描述；后者是对该行为所应负担的刑事责任的基本框定。对应于此，刑事司法裁判被划分为两个既相互独立又相互联系阶段，即定罪与量刑。其中，定罪主要涉及具体个案中的行为性状与法条所表述的罪状之间的一致性或者符合性判断，而量刑则是在依法定罪的基础上，综合行为的社会危害性与行为人的人身危险性情况，在法定刑幅度内具体裁定相应的刑罚。由于在成文法国家，立法者针对不同的行为类型预设了一整套体系较为科学、结构较为合理的刑罚体系，因而犯罪与刑罚之间大体上能够保持一种较为明显的对应关系。这使得人们相信，只要定罪准确了，量刑公正就能得到较好的落实。因此，刑事司法裁判的重心便自然而然地落在定罪准确性上。

问题是，如何才能确保定罪准确呢？对此，贝卡利亚认为，除了应当将定罪的过程严格地限定为一种标准的司法三段论式推导过程外，还应尽可能地限制，甚至是禁止法官的法律解释。<sup>[61]</sup> 然而，指望彻底禁绝法官对法律的解释显然并不现实。这是因为，定罪本身就是一项极为复杂的司法裁判过程。即便抛开程序遵循的繁杂不谈，仅在事实与规范之间寻求对应或者符合性，就足以让人颇费周折。详言之，刑法分则中的条文规范是对犯罪行为的类型化，而只要是类型化就不可避免地带有抽象性、孤立性和静态性等特点。但是，在现实生活中，犯罪并非总是“循规蹈矩”的，相反，犯罪带有具体性、牵连性和动态性等特点。<sup>[62]</sup> 这便不时地造成了规范与事实之间的内在紧张。正因此，法律的适用解释也就无法避免。

其实，疑难案件之所以会出现定罪困难的窘境，一个极为重要的原因就在于事实与规范对应上的“不典型”。鉴于此，以刑定罪主张，在疑难案件的定罪裁判中，为了缓解个案中罪与刑的内在紧张，应当体系性地理解构成要件。

一方面，在解释方法上，应当重视体系解释对于化解疑难个案的积极作用。随着刑法解释学的发展，围绕着法律文本的字面含义，刑法学已经发展出了一整套相对较为完整的

[60] 参见李洁：《法定刑设定根据与设定技巧研究》，《江苏行政学院学报》2006年第4期，第99-105页。

[61] [意]贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第12页。

[62] 参见储槐植、宗建文等著：《刑法机制》，法律出版社2004年版，第147页。



方法论体系。人们寄希望于这套解释方法能够使法律“在任何时刻都是圆满的,它的内在丰富性,它的逻辑延展力,在自己的领域中任何时刻都涵盖了法律判决的整体需要”。<sup>[63]</sup>然而,解释方法的多样却不可避免地导致解释结论的多样性。为此,传统刑法学主张应当首先对法律文本做文义解释。只有在文义解释无法得出妥当的解释结论的前提下,才能展开论理解释。但是,在论理解释中,究竟哪种解释方法应当被优先考虑,却是一个极富争议性的问题。对此,以刑定罪主张,在疑难案件的司法裁判中,应当高度重视对法律文本做体系解释。这是因为“刑法是存在于法律体系中的一个整体,它不仅要与宪法协调,而且本身也是协调的。因为刑法体现正义,要对相同的案件作相同的处理,对相似的案件作相似的处理,对不同的案件作不同的处理,绝对不能自相矛盾。如果做出不协调的解释,必然有损刑法的正义性。所以,使刑法相协调是最好的解释方法”。<sup>[64]</sup>

另一方面,在解释视阈上,应当全方位地考虑问题。诚然,定罪是建立在一定的构成要件基础之上并受其制约的,但是,刑法分则所表述的构成要件并非定罪考量的全部。因为我国《刑法》特殊的“定性+定量”的犯罪成立模式决定了,刑法分则所表述的犯罪构成要件仅仅是犯罪成立的充分条件而非充要条件。换言之,在行为符合刑法分则某一犯罪的犯罪构成之时,还可能因其具有《刑法》第 13 条后半段规定的“但是情节显著轻微的”情形,从而得以出罪。因此,在定罪时,应当在立足于犯罪构成的基础之上,全方位地考虑问题,以判断行为是否成立犯罪。特别是在疑难案件的场合,这种体系观、全局观就显得尤为必要。因此,在对某一行为进行认定时,就应当在犯罪构成的基础上考虑“上下、左右”和“前后”：“上”要考虑到党和国家的政策以及全国的政治经济形势；“下”要考虑当地的社会情况、地方特点和群众的要求、愿望；“左右”要考虑各地的正确做法,以保持定罪在全国范围内的基本统一；“前后”则要考虑到先前的判例和如此定罪可能产生的后果,等等。<sup>[65]</sup>

除了坚持对构成要件进行体系性的理解外,以刑定罪还主张应当功能性地体认法定刑。所谓功能性地体认法定刑,主要是指在准确理解法定刑的意义的的基础上,充分发挥法定刑对罪行与罪名认定的反向制约作用。虽然人们为了遏制犯罪创设了诸多刑罚制裁措施,并因此形成了一整套结构相对合理、体系相对完善的刑罚体系,但是,相比于纷繁复杂、千差万别的犯罪而言,刑罚的种类无疑显得单一、刻板。换言之,犯罪与刑罚之间只可能存在着“多种犯罪只对应于一种法定刑”或者“多种犯罪分别对应于不同的法定刑”,而不可能形成“犯罪与法定刑存在一一对应”的理想状态。这使得以“罪”定“刑”的结果往往是确定的,而以“刑”找“罪”的结果将变得极不确定。为了防范国家公权力对公民自由的肆意干涉和剥夺,传统刑法学坚决反对以“刑”找“罪”,其直接后果便是人为地造成了法定刑与构成要件在解释论上的“不可通约”。

与此不同的是,以刑定罪反对将法定刑仅仅作为一种“规范刑罚”对其功能予以机械

[63] [法]基佐著:《欧洲文明史》,程洪逵、沉芷译,商务印书馆 1998 年版,第 7 页。

[64] 张明楷:《罪刑法定原则与法律解释方法》,载游伟主编:《华东刑事司法评论》(第 3 卷),法律出版社 2004 年版,第 24 页。

[65] 参见王勇著:《定罪导论》,中国人民大学出版社 1990 年版,第 61-62 页。

性地理解,即法定刑是明载于刑法条文中的、依据一定标准与犯罪相匹配的、对刑罚裁量起到规范和制约作用的刑罚,而是主张在认可法定刑作为“规范刑罚”的功能基础上,进一步深化对其作为“观念刑罚”的理性认识。详言之,法定刑“是立法者在总结刑罚历史经验基础上,根据现实情况,依据拟制的犯罪法定情节而配置,它是立法者在观念上对该犯罪行为否定性评价的量化表达,因而,刑罚具有深刻的符号意义,它是刑罚文化网中的一个具体的结,既连接过去,又表达现实,还预示着未来”。<sup>[66]</sup> 这便要求,我们在对某一犯罪行为进行定罪处罚之时,必须慎重考虑动刑的现实和长远的效果——不仅仅包括刑罚本身的经济效果,还包括对行为现实及未来的规范效果。有鉴于此,以刑定罪进一步主张,应当充分看到法定刑对具体罪名、法定量刑情节、酌定量刑情节进行反向制约的可能,<sup>[67]</sup> 以此发挥法定刑对于构成要件在解释上功能救济作用。这便要求,在疑难案件的法律适用中,对于相关罪名,不仅要对其法定性进行横向的比较,而且要对其做纵向的比较,以便最终决定应当适用的法律条款,从而“使轻微行为排除在重法定刑的犯罪构成之外,使严重行为纳入重法定刑的犯罪构成之内”。<sup>[68]</sup>

#### (四) 强调法律原则的功能互济与对具体规则的精神统领

举凡成文法典均有两个重要的组成部分,一是法律原则,二是具体规则。其中,法律原则是法典的精神要旨之所在,尽管它既不预设任何确定的、具体的事实状态,也没有赋予确定的法律后果,但不可争辩的是,它始终是法所追求的精神、价值的完整表达和对司法所累积的经验的具体归纳。相比之下,具体规则却是法典的具体要求之所向,其不仅为人们提供了具体的行为指引,而且也使得人们对于自己行为的性质及其后果提供了批判标准或者理由。<sup>[69]</sup> 司法裁判作为法的具体应用过程或者环节,理当一体遵循法律原则与具体规则,并在二者的协同配合下完成整个案件的具体裁判工作。在此方面,刑事司法裁判概莫能外。具体而言,刑事司法裁判虽然是一个刑法具体规则的适用过程,因为刑法具体规则已然清晰明白地规定了什么行为应当受罚,什么行为不应追究,但是,刑事司法裁判同样无法回避对罪刑法定原则、罪刑相适应原则以及刑法面前人人平等原则这三大刑法基本原则贯彻问题。这不仅仅因为法典明确载明了上述三大基本原则,因而需要得到必要的遵循,更因为它们倾注着自近代以来人们对于自由、正义与公平等法治基本精神的不懈追求,故而必须坚守。在此意义上,我们说一个违背刑法基本原则而做出的刑事裁判,无论其得到怎样华美的规则包装,也终究掩盖不了其背离现代法治基本精神的实质,当然也无需指望其裁判结论能够获得公众的心理认同。

总体上看,自我国 1997 年刑法典颁行以来,司法实践中对刑法三大基本原则的贯彻大致是有力的。但也不可否认,在一些个案特别是疑难案件的司法裁判中,割裂刑法原则特别是罪刑法定原则与罪刑相适应原则的功能互济关系,漠视刑法原则特别是罪刑相适应原则对刑法分则规范适用的精神统领作用,却也不时地发生。由此,导致轻罪重判、重

[66] 裘霞、李佑喜:《以刑制罪:一种定罪的司法逻辑》,《河南社会科学》2004年第6期,第44页。

[67] 参见赵云锋:《论刑罚反制的价值思考与模式构建》,《法学论坛》2009年第6期,第124页-125页。

[68] 张明楷:《使法律相协调是最好的解释方法》,《人民法院报》2005年1月12日,第B1版。

[69] 参见张文显著:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第314-316页。

罪轻判、罚及无辜的冤假错案频见报端,以致引发了社会公众的强烈不满。在此方面,诸如“许霆案”、“天价过路费案”等一审判决均是典型的例子。有鉴于此,以刑定罪高度强调法律原则的功能互济以及法律原则对具体规则的精神统领。

在以刑定罪看来,刑法三大基本原则,特别是罪刑法定原则与罪刑相适应原则依据其本身的原则内涵,虽然各有侧重,但是,现代法治的“美妙乐章”绝非仅仅是罪刑法定原则的“单管独奏”所能演绎,相反,它需要罪刑相适应原则、刑法面前人人平等原则的“和旋配合”才能真正奏响。诚然,罪刑法定原则载入我国刑法典的历史不足 18 个年头,并且在制定法逐步完备的当下,从司法层面全面贯彻落实该原则也是当前及今后一个时期中国刑事司法的首要任务,但是,如果因此而“冷落”甚至抛开了罪刑相适应原则和刑法面前人人平等原则,那么,即便取得法治的某些进步,也终究是“蹩脚”或者残缺的。具体到刑事司法中的定罪环节,根据罪刑法定原则的基本要求,立法者虽然通过“刑之法定”与“罪之法定”,在法典中对犯罪的构成要件及相应的法定刑予以了明确。但众所周知,即便再是“谨小慎微”的立法者,其所设定的构成要件类型也终究只是对现实生活中各种纷繁复杂的犯罪行为的抽象化或者说类型化。毕竟,受制于认识能力水平、法律用语的模糊性等因素,犯罪构成要件本身就不可避免地带有相当的模糊性。换言之,“当法律遭遇个案,本来被认为‘明确’的法律就可能变得不再明确,对于善于思考的法官来说尤为如此”。<sup>[70]</sup>

如果说百姓均懂法(刑事制定法)并且能严格依照法定的构成要件去实施某一犯罪倒也罢了。问题在于,绝大多数的社会公众事实上并不懂法(刑事制定法),支配其日常行为的通常是一些诸如“不许害人”之类的常识、常情与常理。因此,犯罪人绝不可能“依法”(即依照刑法分则某一犯罪的构成要件标准地去实施)犯罪,相反,现实中的犯罪时常超越立法者和司法者的类型化想象。这便导致案件事实与刑法规范无法准确实现一一对应,或者说更常见的是一个案件事实对应于多个刑法规范的情形。诚然,刑法规范的适用需要解释,但是,一方面,刑法解释终究不是能够穷尽一切疑难案件法律适用的“万能灵药”;另一方面,刑法解释同样需要解释理念包括公平、正义、公正等的路径指引。这便意味着,仅仅依靠罪刑法定原则无法妥善解决法律适用疑难问题。有鉴于此,以刑定罪主张应当通过法律原则之间,特别是罪刑相适应原则与罪刑法定原则之间的功能互济予以妥善化解。具体到定罪环节,就是要发挥罪刑相适应原则对构成要件解释的指导功能,即“如果某个解释结论会导致罪刑不相适应的结果,则必须否定它的有效性”。<sup>[71]</sup>

除了强调法律原则之间的功能救济外,以刑定罪十分重视司法过程中法律原则对具体规则的精神统领作用。之所以重视法律原则在司法过程中对具体规则的精神统领作用,是因为诚如美国法哲学家庞德所述的,“法律原则是一种用来进行法律推理的权威性

[70] [美]约翰·亨利·梅利曼著:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社 2004 年版,第 43 页。

[71] 对此,劳东燕博士指出:“既然解释结论会因为违反罪刑法定而无效,则其当然也可能因为违反罪刑相适应而受到质疑。这也是体系解释的必然之义,在刑法解释中以罪刑相适应的要求为指导,有助于使刑法条文之间保持协调。相反,违反罪刑相适应的刑法解释,不仅不能发挥必要的预防功能,反而还会成为刺激犯罪发生的动因。”参见劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012 年第 4 期,第 40 页。

的出发点”。<sup>[72]</sup> 诚然,他所言之法律原则主要是针对英美法系国家的司法裁判而言的,但是,就法律原则对具体规则的指导作用而言,其对大陆法系国家的刑事司法具有同样重要的启发意义。鉴于此,以刑定罪强调,在疑难案件的刑事司法裁判中,应当高度重视法律原则对具体规则的精神统领,特别是罪刑相适应原则对刑法分则条款适用的精神统领。我国《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”由此确立起罪刑相适应在刑法中的基本原则的地位。依照这一原则的精神要旨,刑事立法应当根据各类犯罪的社会危害性及犯罪人的人身危险性之不同,设计一套轻重有别、梯度明显、结构合理的罪刑体系;而刑事司法则应当根据具体案件中行为的社会危害性与人身危险之不同,做到“重罪重判、轻罪轻判、罚当其罪、罪责相称”。

但不可否认的是,长期以来,司法实践特别是在定罪环节,忽视对罪刑相适应原则的应有贯彻却是一个不争的事实。究其原因,可归结为这样一种思想在作祟:“罪刑相适应原则虽然是刑法的基本原则,但在刑法根据该原则对各种犯罪规定了相应的法定刑之后,该原则主要是量刑原则。”<sup>[73]</sup> 虽然,由于刑法分则中个罪的法定刑配置大体是合理的、科学的,因而在绝大多数案件中,即使忽视罪刑相适应原则对定罪裁判的指导,似乎也并不必然遭致个案裁判的罪刑不均。但是,在一些疑难案件中,由于罪刑设计的固有缺陷,如果仍然放弃罪刑相适应原则对分则规范的精神统领,则必然导致个案裁判的罪刑不均衡。为此,以刑定罪强调,应当充分发挥罪刑相适应原则对分则罪名之罪刑规范的矫正作用。详言之,如果分则罪名所设置罪刑规范存在明显的罪刑不均衡之缺陷,则应首先充分发挥总则相关条款之作用。例如,通过《刑法》第13条“但书”的规定、《刑法》第37条有关定罪免罚的规定、《刑法》第63条第2款有关特别减轻的规定之适用,对个案的罪刑加以调适。如果该方案仍不可行,则应在罪刑相适应原则的指导下,重新检视案件事实与法律文本,并在不违背罪刑法定原则的基础上,寻找并适用恰当的罪名,以做到个案裁判的公平、公正。

## 四 结 语

以刑定罪是当前我国刑事司法实践中客观存在的一种有待学理上加以进一步开示和评判的定罪裁判知识。尽管在绝大多数场合,它是缄默的甚至是被“雪藏”的,并且无论是从案件的适用数量上看,还是从实际的运用频率上观察,以刑定罪似乎也并不“扎眼”。但是,在奉罪刑法定原则为刑法之圭臬的当下,这一“逆向型”定罪思维或逻辑的存在,毫无疑问地构成了对传统刑法学教义,特别是对以罪定刑式定罪量刑机制的实质性“反动”与“背叛”。因此,以刑定罪在现实的司法语境中,必然显得吊诡十足。尽管我们并不否认,它在当下的处境是尴尬的,甚至多少是令人同情的,并且蕴含在它背后的部门法哲理亦是深刻的、富有启发性的,然而刑事法治的步履艰难却也不时地提醒我们,必须时刻警

[72] 参见张文显著:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第313-314页。

[73] 张明楷著:《刑法学》(第4版),法律出版社2012年版,第491页。

惕各种功能主义包装下的“温情毒药”。鉴于此,对于以刑定罪,在给予必要的人文关怀的同时,还需进一步对其理论及实践上的功能加以系统性的检视,对其在制度与规范上的冲击予以全面地分析。唯有此,刑事法治建设才不至于走回头路。

---

---

[ **Abstract** ] Constraining sentencing by conviction is a reversed thinking mode or logic of conviction, which is an objective existence that needs to be theoretically discovered in the judicial practice. Field investigation shows that the mode of constraining of sentencing by conviction follows the principle of “schemata effect” of the administration of justice in ordinary cases, but it follows the principle of “substantive-factors weight in the adjudication of individual cases” in difficult cases. Interactive understanding of the relationship between crime and punishment and the keen public concern about sentencing justice are the internal and external factors that have promoted the adoption of the mode of constraining of sentencing by conviction. In difficult cases, the application of the mode of constraining of sentencing by conviction is not limited to circumstances where there is an overlapping between different legal provisions. Nor does it only have the effect of lighting the sentencing. Although it has the obvious characteristic of fragmentation of knowledge, its basic theoretical propositions can be discovered through the examination of complicated judicial practice, namely: to make the appropriateness of punishment as the purpose of conviction, to maintain an attitude of prudent skepticism towards the reasonableness of the system of crime and punishment in statute; to get a systematic understanding of the constituent elements and a functional understanding of legal punishment, and to emphasize the mutual functional support between different legal principles and the spirit guidance of specific rules.

---

---

(责任编辑:王雪梅)