

论具体犯罪概念的经验概括

白建军*

内容提要 在刑法分则解释的常见话语模式中,什么是犯罪的正面阐释往往多于什么不是犯罪的说明。本文从75万个刑事司法判决中筛选出三千多个变更罪名样本,据此观察、分析法官群体否定有罪指控的实践经验。研究发现,这种法官群体经验有助于发现对某些具体犯罪概念的误解,展现罪名适用的多种界限,证实刑法解释的能动性。本研究提出,具体犯罪概念的经验概括是某种类型化案件事实的刑法性质的否定性特称判断,位于三段论推理的大前提与小前提之间。借助这种判断,可以使刑法解释更加接近实际,提高司法效率。

关键词 变更罪名 犯罪概念 经验概括 法律解释

刑法分则教科书中具体犯罪的概念往往不能反过来表述。例如,故意杀人罪是指故意非法剥夺他人生命的行为,但不能反过来说,一切故意非法剥夺他人生命的行为都是故意杀人罪。然而,司法实践中有些案件的定罪逻辑,恰恰就是把个罪概念反过来说一遍。例如,在有些刑事判决书中可以看到这样的表述:某某被告实施的某某行为,属于虚构事实、掩盖真相的行为,所以构成诈骗罪。其潜在的逻辑是,由于诈骗罪是虚构事实掩盖真相的行为,所以,虚构事实掩盖真相的行为便是诈骗罪。这种逻辑使得一些有罪判断貌似不容置疑,其实掩盖着对法的误解。而误解必然导致误用,至少会导致某些罪名适用的混乱。本研究将说明,通过罪名概念之间的互斥辨析或竞合理论,只能部分地消除对具体犯罪概念逆定理的默认。之所以会把原本不存在的意义生硬地解释进具体犯罪概念,又缺乏对有罪判断提出质疑或说“不”的习惯,还是缺乏对个罪概念内涵的准确把握。然而,本文没有选用通常的文义解释方法讨论具体犯罪概念不应含摄哪些内容,而是观察法官群体对有罪指控的否定实践,从中归纳、提炼出某些具体犯罪概念的经验概括,进而补充“什么不是犯罪?”的回答。

一、犯罪概念止于何处

通常所说的有罪判断,诸如检察机关的有罪指控、公安机关的有罪意见以及人们基于学理乃至直觉认定某行为有罪,其大前提实际上是以某个犯罪概念为形式的刑法解释。然而,犯罪概念的话语模式往往是某种正向的叙事范式,说明某个犯罪概念的应有之义。于是,人们习惯上往往疏于犯罪概念中不应有什么内容的反向思维。应该承认,某个犯罪概念不包括什么内容的确可以通过“A即非B、C、D……”的排除逻辑加以说明,可是,这又有赖于到底何为B、C、D……的正确理解。于是,“B即非A、C、D……”,如此循环往复。当然,如果抽掉有罪判断中的事实部分即三段论推理中的小前提,这种从概念到概念的互斥性分析自然是可行的。而一旦有具体案件事实的加入,尤其是在复杂、疑难案件中,这种纯粹的概念辨析往往于事无补。因此,本文的问题是,如何找到一种判断方法,使人们明确具体犯罪概

* 北京大学法学院教授,博士生导师。本文系国家社会科学基金重大项目“中国案例指导制度研究”(项目编号:10ZD&044)的阶段性成果。文章写作过程中,得到了王伟、陈浩、王唯宁、王复春等人的支持和建议,特此感谢。

念中不包括什么内容,据此,对某些类型化案件事实的出罪处理将变得相对比较确定,同时意味着有罪指控更为有效。简单地说就是何种情况不应被解释进某个犯罪概念等等。

应该承认,“是什么”和“不是什么”并不总是需要分开来说的两回事。有时,当我们在说某个犯罪是什么时,其实也一并回答了什么不是这个罪的问题。而那些反过来说便无法成立的,往往是其内涵的表述概括性较强的个罪概念。比如,“秘密窃取”、“非法占有”、“妨害”等等,都需要进一步解释和限定。事实上,人们从来没有停止过对这些抽象内涵的解释。首先,刑事立法已经在积极避免个罪概念过于抽象。例如,刑法典第264条关于“数额较大”、“多次盗窃”、“入户盗窃”、“携带凶器盗窃”、“扒窃”等限定,都对“秘密窃取”的内涵给出了限制,司法解释更是对何为数额较大等概念有更细的界定。而且,刑法学的犯罪论其实也不是没有回答什么不是犯罪的问题。根据传统的四要件理论,任何一个条件的缺失都可能导致本罪的不成立。根据德日的阶层理论,任何一个位阶上的证否,都意味着某个犯罪证成过程的终结。进一步看,某些刑法处断原则也在积极回答何种有罪指控不应得到支持的问题。例如,在法条竞合的情况下,即使指控犯罪事实成立,也可能因其属于一般法罪而得不到法院支持,转而以特别法罪定罪处罚。而且,如果熟悉刑法分则,也能在许多情况下排除此罪的适用而以彼罪定罪量刑。

然而,这些都是从应然的角度阐释某个法条的应有之义。而应然性解释永远无法直接代替具体案件的判断,只有面对具体案件事实,才能看出你所理解的某个犯罪概念中到底包括哪些内容。的确,通过举例也可以说明某个犯罪概念中不包括什么。然而,任何个例的可推论性都是有限的。我们更希望知道,如何对某类事实情节做出罪解释。所以,本研究所选择的路径是,观察大量司法实践中法官们是如何说“不”的,试图从某些普遍做法中归纳出哪类事实情节通常不会被解释进犯罪。沿着这个思路,我们需要找到一组代表性较好的样本作为对象,观察法官如何说“不”: (1) 法官对某个有罪判断或指控说不,实际上就是通过限定某个犯罪的成立条件,说明该指控为什么不应得到支持。因此,无罪判决应该是观察法官这种司法活动的最佳样本。但是,无罪判决在我国司法实践中比较罕见,^①再除去其中因证据问题而宣判无罪的情况,要想归纳法官们对某个犯罪成立条件的限定就比较困难。不过,罪名变更案件却相对比较普遍。而任何一个罪名变更案件的前提都是先否定某个有罪指控,然后代之以另一个有罪判断。(2) 在变更罪名案件中,法官是围绕一定案件事实对控方的有罪指控或一审有罪判决说不的。因此,法官们对先前指控的证否是从实际问题和实践经验出发,践行某种关于法律规则的理解。(3) 既然相比无罪判决而言,变更罪名案件比较普遍,那么,将其作为样本观察法官何以说不,还可以达到小样本研究无法实现的观察效果。如果对某种事实情节的出罪解释反复出现,普遍存在,我们便有理由相信这种普遍性背后的某种合理性的存在。这种大样本考察可以告诉我们,某类事实不仅在此时此地、而且在彼时彼地都曾被解释出某个罪的成立条件,说明某类情况不成立某罪的概率较大。

总之,笔者希望借助变更罪名实践,观察法官将某类案件事实从相关犯罪概念中剔除出去的实然过程,进而确信犯罪概念中不应当包含哪类事实情况。这是一种从否定反观肯定的视角,而且是一种自下而上、从实然把握应然的路径。应该说明,这种自下而上的路径与自上而下的法律解释过程(或曰法教义学)并不矛盾,因为大多数受过正规法学教育的法官面对具体案件时,头脑中并非一片空白,而是基于既有的法学概念和相应的解释对具体案件进行归类。因此,与其说总结归纳法官群体的普遍司法实践是自下而上反观犯罪概念的应有之义,不如说,是在理论与实践的交互过程中丰富、加深犯罪概念的理解。

二、法官说“不”的群体经验

为了寻找变更罪名样本,我们首先对北京大学实证法务研究所从全国各地、各级法院网站等公开渠

^① 据估算,我国刑事司法中的无罪判决率大约为0.2%。参见白建军:《论司法潜见对定罪过程的影响》,载《中国社会科学》2013年第1期。

道收集的一个总数为 752552 个样本的刑事司法数据库进行调查筛选。这个数据库的样本单位不是案或人而是罪。由于一案可能多人,一人可能多罪,所以,形成这个样本库的裁判文书不会大于 75 万。排除多人或多罪的变更情况,筛选出 3110 个一人一罪变更罪名的样本,大约占样本总数的 0.4% 左右。^②可见,在我国司法实践中,变更罪名率尽管高于无罪判决率,毕竟也只是小概率事件。然而,本研究的真正目的不是研究变更罪名本身。三千多个样本意味着我们可以反复观察有罪指控是如何被否定的实际过程,进而归纳法官群体的同类经验。只要这三千多次有罪指控的否定实践不是恰巧与绝大多数司法实践无关而失去任何代表性,了解其规律性就是有意义的。观察发现,变更罪名的群体经验与犯罪范围的研究之间的确具有很强的相关。

(一) 发现某些具体犯罪概念的误解

变更罪名实践中,前后罪之间有两类关系:一类是前后罪之间存在竞合关系、牵连关系;另一类是除此之外的非此即彼关系。可见,一个有罪指控被否定,不全是因为罪名不成立,还可能是前后罪之间存在竞合关系或牵连关系而适用相应处断原则的结果。比如,按照特别法优先原则,当指控罪名为诈骗罪等一般法罪时变更为合同诈骗等特别法罪。这个意义上有罪指控的被否定,并不意味着诈骗罪等前罪不成立,只是在两个都成立的罪名中按照相应的处断原则选择特别法或重法定罪处罚。因此,这并不是我们要找的否定指控罪名样本。但观察样本发现,即使在前后罪为竞合关系或牵连关系的样本范围内,也存在大量与处断原则无关的变更。

第一种情况是,前后罪因同一案件事实而形成法条竞合关系时,否定特别法罪指控变更为一般法罪。在本研究的样本库中,有 68.8% 的合同诈骗罪指控变更为诈骗罪,有 58.3% 的贷款诈骗罪指控变更为诈骗罪,有 66.7% 的信用卡诈骗罪指控变更为诈骗罪,有 37.5% 的票据诈骗罪指控变更为诈骗罪,有 20% 的金融凭证诈骗罪指控变更为诈骗罪,有 80% 的集资诈骗罪指控变更为诈骗罪。显然,如果法院要论证定罪罪名的成立,必须否定指控罪名;否则,便违反了特别法优于一般法的处断原则。因此,这些样本都属于我们所要的观察法官说不出的样本。例如,在一些判决书中,诈骗数额都超过两万元,^③说明这些案件并不是因为未达到合同诈骗罪的起刑点而变更为普通诈骗罪的。^④其中,否定合同诈骗罪指控的最常见理由是,区分这两个罪不能简单地以有无合同为标准,如果行为人并非从事经营活动的市场主体,其合同行为也不是商事交易;即使整个骗局中有合同的出现,也不是合同诈骗。可见,并非由于定罪标准上的技术变通,而的确是基于合同诈骗罪的理解而否定前罪指控的。^⑤

第二种情况是,前后罪因同一案件事实而形成想象竞合关系时,否定重法罪指控而变更为轻法罪。在本研究的样本库中,有 18.2% 的放火罪指控变更为故意伤害罪,有 18.2% 的放火罪指控变更为故意毁坏财物罪,有 25% 的投放危险物质罪指控变更为故意伤害罪,有 6.7% 的以危险方法危害公共安全罪指控变更为故意伤害罪,有 32.3% 的破坏广播电视设施、公用电信设施罪指控变更为故意毁坏财物罪,有 3.2% 的破坏广播电视设施、公用电信设施罪指控变更为破坏生产经营罪,有 1.5% 的故意伤害罪指

^② 其中,来自东部沿海地区的样本占 42.9%,来自中部内陆地区的样本占 51.4%,来自西部边远地区的样本占 5.7%。可见,样本的空间分布并不十分均匀。

^③ 如湖南省高级人民法院(2005)湘高法刑二终字第 59 号刑事判决书、浙江省文成县人民法院(2007)文刑初字第 64 号刑事判决书、河南省杞县人民法院(2011)杞刑初字第 236 号刑事判决书、北京市第二中级人民法院(2007)二中刑终字第 00134 号刑事判决书、北京市房山区人民法院(2006)房刑初字第 00632 号刑事判决书、河南省焦作市解放区人民法院(2012)解刑初字第 37 号刑事判决书、上海市普陀区人民法院(2007)普刑初字第 579 号刑事判决书、湖南省衡阳市雁峰区人民法院(2010)雁刑初字第 30 号刑事判决书、广东省广州市越秀区人民法院(2007)越法刑初字第 754 号刑事判决书。

^④ 按照最高人民检察院、公安部于 2001 年 4 月 18 日颁布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第六十九条的规定,合同诈骗数额较大的起点是五千元至两万元。按照 2010 年 5 月 7 日最高人民检察院、公安部颁布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第 70 条的规定,合同诈骗数额在两万元以上的应予立案追诉。

^⑤ 张明楷教授曾就特殊情况下不符合特别法条的行为是否可以适用普通法条的问题进行过专门讨论,并给出了肯定答案。参见张明楷:《法条竞合中特别关系的确定与处理》,载《法学家》2011 年第 1 期。

控变更为妨害公务罪。和上述法条竞合关系的处理一样,这些案件中也不能承认前后两罪都成立。法官必然先否定较重的放火罪、投放危险物质罪等较重的指控罪名,才可能论证相对较轻的其他罪名的成立。

第三种情况是,前后罪为牵连犯关系时,否定重法罪指控而变更为轻法罪。在本研究的样本库中,有16.7%的贷款诈骗罪指控变更为伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪,有40%的金融凭证诈骗罪指控变更为伪造、变造金融票证罪,有1.3%的合同诈骗罪指控变更为伪造、变造金融票证罪,有1.3%的合同诈骗罪指控变更为伪造、变造居民身份证罪,有1.9%的诈骗罪指控变更为伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪,有1.1%的爆炸罪指控变更为盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪。由于牵连犯的前提是有数个行为,因此与上述两种竞合关系不同,这组案例是在否定某个行为重法罪成立的同时,从案件事实中选择另一行为并论证其轻法罪成立。否则,也会有悖牵连犯从一重处断原则。因此,这并不妨碍我们从中观察指控罪名被否定的过程。

这三种情况的共性是,它们的前后罪之间都因法律规定本身及相应处断原则的原因而存在某种联系。如果不是发现有罪指控的某些理解的确有误,法官一般不会冒着违反相关处断原则的风险否定一个有罪指控。反过来说就是,这些变更罪名实践的确集中反映了某些有罪判断中对具体犯罪概念的误解。为提高司法质量而系统梳理澄清这些误解,有必要将有罪指控与变更后的定罪结果加以比较。也许有人会认为,法官是出于刑事政策上的考虑为了择轻而变更罪名。但事实未必全都如此。因为至少对一些法条竞合而言,一般法罪未必都是轻罪。应该看到,准确依法定罪还是变更罪名实践的主要解释,如果离开犯罪概念的应有范围,为了择轻而择轻,同样是不公正的。从这个意义上说,以变更罪名案例为样本研究法官何以说不,并不会过多受到非规范性因素的影响。

(二) 展现罪名适用的多种界限

犯罪概念是一种立体的存在,只有从多个角度、在多重关系中才能全面观察其边缘何在。因此,如果某个罪被变更的可能性极小,或者即使常被变更也只是一两种变化结果,那么,对这个罪的范围就很难实现立体观察。幸运的是,在本研究的样本库中,许多案例同时具有两个特点:其一,指控罪名被变更定罪的实际规模较大,变更率较高。这个特点意味着,我们可以反复观察某个指控为什么不成立,把握犯罪范围的共性。这种观察的机会越大,某种区分重复出现的次数越多,对这个罪名边界的了解就越可能形成规律性认识。其二,作为指控罪名时,其变更结果的离散性较大,被变更定罪的变化较多。这个特点意味着,我们可以在多种前后罪的关系中观察某个罪名为什么不成立,把握犯罪范围的多样性。一般而言,一个罪名与越多的罪名之间发生变更关系,说明该罪名在定性的意义上更为复杂,更需要警惕多种混淆的可能。

在本研究的样本库中,符合这两个特点的罪名主要有盗窃罪、抢劫罪、故意伤害罪、诈骗罪、故意杀人罪、挪用公款罪、贪污罪。首先,样本库中被变更其他罪名的盗窃罪最多,约占样本总数的10.3%。以盗窃罪为指控罪名时观察到以下31种定罪结果:盗伐林木罪,非法持有、私藏枪支、弹药罪,非法持有毒品罪,非法出售发票罪,非法处置查封、扣押、冻结的财产罪,非法侵入住宅罪,非法制造、出售非法制造的发票罪,非法种植毒品原植物罪,非国家工作人员受贿罪,故意毁坏财物罪,合同诈骗罪,滥伐林木罪,破坏电力设备罪,破坏广播电视设施、公用电信设施罪,破坏生产经营罪,破坏武器装备、军事设施、军事通信罪,破坏易燃易爆设备罪,抢夺罪,抢劫罪,敲诈勒索罪,侵犯通信自由罪,侵占罪,失火罪,窝藏、包庇罪,窝藏、转移、收购、销售赃物罪,信用卡诈骗罪,寻衅滋事罪,以危险方法危害公共安全罪,诈骗罪,职务侵占罪。这31种组合意味着,围绕着盗窃罪的认定,实践中至少存在31个界限需要厘清。其中,有至少18%的盗窃罪指控被变更为抢劫罪,是出现率最高的组合。有至少13.6%的盗窃罪指控被变更为诈骗罪,是出现率位居第二的组合。可见,司法实践中,盗窃与抢劫、诈骗的区别仍是最常见的争点。

在样本库中,抢劫罪的变更率位居第二,约为8.4%。抢劫罪的指控有21种变化:绑架罪,盗窃罪,

妨害公务罪,放火罪,非法持有、私藏枪支、弹药罪,非法拘禁罪,非法侵入住宅罪,故意杀人罪,故意伤害罪,劫持船只、汽车罪,破坏电力设备罪,破坏广播电视设施、公用电信设施罪,破坏生产经营罪,强迫交易罪,抢夺罪,敲诈勒索罪,窝藏、包庇罪,窝藏、转移、收购、销售赃物罪,寻衅滋事罪,诈骗罪,招摇撞骗罪。这21个组合中,由抢劫变更为抢夺的机率最大,为22%;由抢劫变更为寻衅滋事的机率位居第二,为17.4%。定罪结果为盗窃罪和敲诈勒索罪的机率并列第三,各为15.6%。

变更率位居第三的是故意伤害罪,约为8.1%。该罪至少有16种变更模式:妨害公务罪,非法拘禁罪,非法行医罪,故意杀人罪,过失致人死亡罪,过失致人重伤罪,交通肇事罪,聚众斗殴罪,强迫交易罪,强迫卖淫罪,抢夺罪,抢劫罪,敲诈勒索罪,脱逃罪,寻衅滋事罪,重大责任事故罪。其中,故意杀人罪、过失致人死亡罪和寻衅滋事罪是故意伤害罪最可能的三种变更结果,机率分别为32.8%、21.8%和15.1%。

变更率位居第四的是诈骗罪,约为6.4%。该罪至少有25种变更模式:招摇撞骗罪,职务侵占罪,寻衅滋事罪,信用卡诈骗罪,窝藏、转移、收购、销售赃物罪,伪造、变造、买卖武装部队公文、证件、印章罪,伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪,擅自设立金融机构罪,侵占罪,敲诈勒索罪,抢劫罪,抢夺罪,票据诈骗罪,挪用资金罪,滥用职权罪,金融凭证诈骗罪,集资诈骗罪,合同诈骗罪,非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪,非法经营罪,妨害作证罪,盗窃罪,贷款诈骗罪,持有、使用假币罪,保险诈骗罪。

应该承认,如果不是大规模地经验观察,我们只能想象上述这些罪名可能存在哪些界分问题。而法官群体的广泛实践证明了我们想象力的有限;同时还证明,一个罪名有越多的变更可能,意味着有更多的界限需要厘清。本研究更感兴趣的是一个罪名的适用有多少越界的可能。事实上,实践中被默认其逆定理成立的罪名,往往正是上述这些有更多界分需要的罪名。

(三) 证实刑法解释的能动性

如果不选择纸上谈兵,对同案不同判样本进行观察比较,应该是研究法官如何说“不”的另一条路径。因为同案给不同法官展示各自对法律的不同理解提供了最佳场景,因而同案不同判说到底同法不同解。

由于天下没有两片一样的树叶,也没有两个一样的案例,因而,人们似乎越来越怀疑“同案”的存在。如果不存在同案,同判与否好像也成了假问题。其实,至少在本研究的样本库中,还是有一些明显的同案不同判现象令人印象深刻:一种是借用他人手机后乘人不备溜走并将其变卖。对此,将盗窃罪指控变更为诈骗罪的案例,几乎与将诈骗罪指控变更为盗窃罪的案例一样多。例如,根据山东省烟台市某法院、广东省深圳市某法院、广东省广州市法院、广东省佛山市某法院、北京市延庆县法院、重庆市渝北区法院的相关判决^⑥,法院都没有支持控方的盗窃罪指控,而是以诈骗罪定罪处罚。而在广东省广州市某法院、广东省佛山市某法院、广东省佛山市另一个区法院、上海市普陀区法院、江门市某法院的相关判决中^⑦,对同类案件事实,法院却将原来的诈骗罪指控变更为盗窃罪定罪处罚。另一种情况是,设置骗局掩人耳目,然后通过掉包的方法当场取得他人财物,对此,既有以盗窃罪定罪处罚的,也有以诈骗罪定罪处罚的。例如,根据上海市虹口区法院、北京市通州区法院、山东省威海市某法院、广东省广州市某法

⑥ 依次参见山东省烟台市芝罘区人民法院(2007)烟芝刑初字第140号刑事判决书、广东省深圳市福田区人民法院(2007)深福法刑初字第690号刑事判决书、广东省广州市中级人民法院(2009)穗中法刑二终字第418号刑事裁定书、广东省佛山市高明区人民法院(2007)佛明刑初字第130号刑事判决书、北京市延庆县人民法院(2007)延刑初字第196号刑事判决书、重庆市渝北区人民法院(2010)渝北法刑初字第644号刑事判决书。

⑦ 依次参见广东省广州市中级人民法院(2011)穗中法刑二终字第554号刑事裁定书、广东省佛山市高明区人民法院(2007)佛明法刑初字第240号刑事判决书、广东省佛山市南海区人民法院(2007)南刑初字第1156号刑事判决书、上海市普陀区人民法院(2007)普刑初字第1068号刑事判决书、江门市蓬江区人民法院(2007)蓬刑初字第443号刑事判决书。

院的相关判决,^⑧法院未能支持原有的诈骗罪指控,而以盗窃罪定罪处罚。然而,在湖北省宜昌某法院、湖南省永州市某法院的相关判决中^⑨,法院并不支持原有的盗窃罪指控,而是以诈骗罪定罪处罚。

除了这两种显性的同案不同判以外,还有五对同案不同判的情况:(1)交通肇事罪指控被变更定罪的样本中,比例最高的变更结果是过失致人死亡罪,占52.9%;同时,过失致人死亡罪指控被变更定罪的样本中,比例最高的变更结果是交通肇事罪,占32.1%。(2)诈骗罪指控被变更定罪的样本中,比例最高的变更结果是合同诈骗罪,占50%;同时,合同诈骗罪指控被变更定罪的样本中,比例最高的变更结果是诈骗罪,占68.8%。(3)故意杀人罪指控被变更定罪的样本中,比例最高的变更结果是故意伤害罪,占62.8%;同时,故意伤害罪指控被变更定罪的样本中,比例最高的变更结果是故意杀人罪,占32.8%。(4)走私、贩卖、运输、制造毒品罪指控被变更定罪的样本中,比例最高的变更结果是非法持有毒品罪,占82.6%;同时,非法持有毒品罪指控被变更定罪的样本中,比例最高的变更结果是走私、贩卖、运输、制造毒品罪,占82.6%。(5)贪污罪指控被变更定罪的样本中,比例位居第二的变更结果是挪用公款罪,占13.5%;同时,挪用公款罪指控被变更定罪的样本中,比例位居第二的变更结果是贪污罪,占24.3%。

不难推想,由于同法不同解,法官才从同案中读出不同的法律结果。换句话说,“同案”其实意味着不同三段论推理中的小前提大体相同。因此,“不同判”即结论不同只能归因于大前提的不同。而大前提又出自同一部刑法分则,所以,不同的不应该是法律规定本身,而是人们对法定犯罪的理解。可见,法官群体的实践经验并非案件事实本身的简单反映,法官释法是一种能动的法律解释过程。从这个意义上说,“从实然中的否定反观应然中的肯定”所展现的,并不只是何种案情实际上被如何定性,更是法律实际上被如何解释。

上述三个角度的观察都说明,在案件事实大体相同的情况下,控审之间乃至法官之间,对一些常见犯罪概念的理解,其差异的程度和广度都有些超乎想象。我们不能说差异本身不好,但肯定不能说所有这些不同的理解都是对的;否则,将是另一种形式的法律虚无甚至罪刑擅断,一切法律解释学的努力都成为多余。所以,我们可以把这三千多样本视为具体犯罪概念理解差异和分歧的较为极端的反映,然后,沿着这些典型争议走进实践经验的较深处,看看司法实践中到底存在哪些关于犯罪概念的误解以及法官群体在消除这些误解的普遍实践中有何经验值得总结。

三、犯罪概念与经验概括

既然刑法解释与经验有关,那么,在具体法律适用过程中就应该可以看到经验的实际影响。总结归纳这种实际影响并逐渐形成某种经验概括,将有助于提高刑法解释的确定性,使其获得某种稳定共识的形式。这种共识的形成过程,其实就是犯罪概念从抽象层向经验层的下降过程。只不过这是个“发现”的过程而非“发明”的过程,即发现规则适用的经验,而不是硬把经验本身拔高为规则。这种发现活动的逻辑学原理是,一个定义的内涵越小,信息量越少,外延就越大,也就越容易与其他相邻概念相交或混淆。只有扩充其内涵,增大其可视性内容,其外延才能得到较为清晰的限定,相邻概念也才较容易区分。所以,当法官们不约而同地说某种情况不属于某罪时,其实就是在说,根据该罪的丰富内涵,不应将其外延扩至该种情况。根据这个原理,我们在样本范围内尝试了两种常见犯罪概念的经验概括。结果证实,用经验研究的方法对犯罪概念的内涵加以补充阐释,可能丰富犯罪概念的理解,限制有些犯罪范围的不适当扩大。

^⑧ 依次参见上海市虹口区人民法院(2008)虹刑初字第43号刑事判决书、通州区人民法院(2007)通刑初字第00323号刑事判决书、山东省威海市环翠区人民法院(2008)威环刑初字第95号刑事判决书、广东省广州市中级人民法院(2010)穗中法刑二终字第340号刑事裁定书。

^⑨ 依次参见湖北省宜昌市中级人民法院(2011)鄂宜昌中刑终字第00006号刑事裁定书、湖南省永州市中级人民法院(2012)永中法刑二终字第90号刑事判决书。

(一) 抢劫罪概念的经验概括

通常说,抢劫罪是暴力当场夺取他人财物的行为。然而,暴力当场夺取财物的行为却未必都是抢劫罪。归纳法官的智慧可以看出,通过回答哪些暴力当场取财的行为不是抢劫,进而回答哪些才是抢劫。经验观察发现,在以下三类情况下的暴力当场取财行为,有可能被否定抢劫罪指控。

第一种情况是,发生在一定冲突背景中的暴力当场取财行为,往往不被认定为抢劫。例一:被告人刘某等人因购买的推土机质量不合格,遇到来自同一地方的推土机推销商,便以暴力手段逼迫其“赔偿损失”。被害人因其产品确属拼装机而惧怕见官,当场交付了财物。控方以抢劫罪指控,而法院以敲诈勒索罪认定。例二:被告人翟某得知女友又与另一男青年相好后,将该男青年引到僻静处以暴力相威胁,被害人被迫当场交出银行卡及密码。控方以抢劫罪指控,而法院以敲诈勒索罪认定。例三:被告人周某等人打麻将后得知,被害人打麻将有作弊嫌疑,遂纠集多人找到被害人当场抢走一万多元。控方以抢劫罪指控,而法院以敲诈勒索罪认定。^⑩ 在我们的样本库中,类似这些冲突背景下的暴力当场取财的抢劫罪指控往往没有得到法院支持。为了推翻抢劫指控,法官们从不同角度进行说理。其中的共性在于:不论是购买了伪劣产品(例一),还是女友另有新爱(例二),还是打麻将被骗(例三),都具有一定前因后果的冲突情境,都是发生在一定情境背景中的当场暴力取财。而这些案件中的法官,不约而同地用抢劫罪以外的其它罪名定义这些当场暴力取财行为。所以我们有理由推断,在这些案件的法官心目中,即使实施的是当场暴力取财行为,也要看是否发生在一定情境背景中。因为在这类情况下,行为人的主观方面往往是抢劫以外的其它故意内容,因而应以其它罪名认定。这里,“是否发生在一定前因后果的冲突情境中”无形中成了“暴力当场取财”的辅助性特征。据此可以认为,所谓抢劫罪,通常是指没有明显前因后果的当场暴力劫取他人财物的行为。尽管这种判断并没有明文规定在法律中,也没有在判决书中写明,在许多刑法教科书或理论文章中也鲜有提及,但司法实践中仍然可以看到它若隐若现的积极作用。

第二种情况是,发生在盗窃等犯罪的现场以外的其他场所的暴力抗拒抓捕行为,往往不是转化型抢劫。从其实施过程来看,抢劫往往是从盗窃、诈骗、抢夺等其他犯罪转化而来的。然而,并非所有转化型抢劫罪的指控都能成立。问题是,哪些具有暴力情节的盗窃、诈骗、抢夺案件不能构成向抢劫的转化?观察样本结果发现,能否阻断由盗窃等上游犯罪向抢劫的转化,关键之一在于“当场”的解释。例一:盗窃他人手机后在附近藏匿,后来被人找出赃物并被殴打时,刀捅他人至其轻伤。控方以抢劫罪指控,法院认为盗窃与之后的暴力行为之间不具有连续性,故以故意伤害罪认定。例二:在公交车上盗窃得手后在餐厅因形迹可疑被保安查问时对保安实施暴力。控方以抢劫罪指控,法院认为餐厅不能视为盗窃现场的延伸,故以盗窃罪认定。例三:在盗窃电线得手后的附近煤场被被害人发现后对其施暴。控方以抢劫罪指控,法院认为被告人已逃离现场,因而以盗窃罪认定。^⑪ 刑法典第269条所说的“当场”应该是指实施盗窃、诈骗或抢夺犯罪的当场,而不是抗拒抓捕的当场。如果在上游犯罪的现场以外的现场,即使是为了抗拒抓捕而实施暴力也不属于转化型抢劫。显然,这几例中的法官对构成转化犯抢劫的“当场”做了严格解释,这与抢劫罪本身的“当场”是一致的。

第三种情况是,是否构成转化型抢劫,还与抗拒抓捕等暴力情节的轻重程度有关。典型的抢劫罪并不是纯正情节犯,不要求暴力情节严重到一定程度才能构成。而由盗窃等上游犯罪转化而来的抢劫是否对暴力有情节严重的要求呢?观察发现,法官们并没有机械地认为,在实施盗窃等上游犯罪的当场,只要有暴力情节即实现了向抢劫的转化,而是认为,转化犯中的暴力情节应该严重到与典型抢劫相当的

^⑩ 以上案例依次参见内蒙古科尔沁区法院(2007)科刑初字第77号刑事判决书、湘潭市雨湖区人民法院(2008)雨法刑初字第273号刑事判决书、深圳市罗湖区人民法院(2007)深罗法刑初字第527号刑事判决书。

^⑪ 以上案例依次参见深圳市宝安区人民法院(2007)深宝法刑初字第101号刑事判决书、广州市荔湾区人民法院(2007)荔法刑初字第603号刑事判决书、广东省东莞市人民法院(2007)东法刑初字第5182号刑事判决书。

程度。以下几个判决就是因“情节较轻、危害不大”而不构成向抢劫转化的实例。例一：盗窃手机被发现后抡打被害人头部后逃跑，当场被抓，控方以抢劫罪指控，而一、二审法院均认为，情节轻微，不构成抢劫罪。例二：盗窃被发现后将被害人推倒并未造成轻微伤，控方以抢劫指控，法院仍以盗窃罪认定。例三：乘跳舞之机盗窃手机被发现后与被害人发生肢体冲突，控方认为是抢劫，法院认为暴力程度轻微，仍以盗窃罪认定。^⑫当然，另一方面，即使暴力情节非常严重，也不一定构成抢劫，还要看案件涉及的“财物”是指什么。例如，被告向某偷吃了几个橘子，在被发现后的冲突中将他人打死。控方以抢劫罪指控，法院以没有占有他人财产的故意内容为由，以故意杀人罪定罪^⑬。

以上案例中，都程度不同地存在“暴力当场取财”的事实，即使在第二种情况下，控方也根据暴力与盗窃等先前行为的联系，将发生在远离盗窃等犯罪现场的其他场所的暴力认定为当场暴力取财。然而，这些抢劫罪指控都未能得到法院支持。据此，我们可以对抢劫罪的概念进行如下经验概括：除具有一定冲突背景，或者在远离盗窃、诈骗、抢夺等现场以外的场所实施暴力；或者因盗窃等先前犯罪而实施的暴力行为情节轻微等事实情节以外的其他暴力当场取财行为；或者在一定冲突背景下的暴力当场取财行为；或者暴力抗拒抓捕的行为发生在远离盗窃等先前犯罪的现场；或者即使抗拒抓捕的暴力情节发生在盗窃等犯罪的当场，但其暴力程度显著轻微；抢劫罪指控的成立机会都很低。这个经验概括的意义不仅在于帮助我们提高司法效率，而且在于能反过来深化关于抢劫罪法定概念的理解——如果没有对故意内容、场所、暴力程度的严格限制，就无法准确把握抢劫罪与其他各种暴力财产犯罪的法律界限。

（二）盗窃罪概念的经验概括

在绝大多数教科书中，都用“秘密窃取”概括盗窃罪的核心特征。可是，与抢劫罪的逆定理无法成立一样，盗窃是秘密窃取他人财物，而秘密窃取他人财物也未必都是盗窃。在我们的样本库中，虽属秘密窃取财物而未能得到法院支持其盗窃罪指控的审判实践可以分为以下几种：

首先，如果对他人财物的非法占有需要借助某种媒介，而这种媒介又明显降低了其行为的秘密性程度，那么，这种非法占有也不大可能因为有一定的秘密窃取情节而简单归入盗窃罪。这一认识来自于以下观察：例一：使用虚假名义与他人签订租赁合同后，秘密窃取并变卖所租赁的机器设备。控方以盗窃罪起诉，而法院认为，被告使用虚假的名义与对方签订合同，骗取被害人的信任，进而取得被害人财物，其行为已构成合同诈骗罪。例二：被告在进入银行 ATM 室的自动门上安装自制的刷卡器，在 ATM 机上方安装自制的录相设备，秘密窃取他人的信用卡卡号和密码，据此复制他人信用卡后骗取他人信用卡上的资金共计 31000 元。控方以盗窃罪和窃取信用卡信息罪起诉，而法院认为，窃取他人信用卡信息与使用伪造的信用卡诈骗他人钱款是犯罪手段与犯罪目的的关系，属牵连犯，应从一重罪处断，故以信用卡诈骗罪定罪处罚。例三：被告拾得朋友遗失的银行卡和身份证，便在自动取款机上根据被害人身份证信息试出密码，先后多次取走该卡上的人民币 12000 元。控方以盗窃罪起诉，而法院认为该行为属非法冒用他人信用卡的行为，故以信用卡诈骗罪定罪处罚^⑭。

在这几例中，无论是合同、信用卡、网络虚拟卡还是工厂放行条，都是行为人实施秘密窃取行为的必要条件。如果没有这些媒介，秘密窃取便无所依托。可是，正是这些媒介的参加，使得被害人一旦意识到被害便能沿着这些媒介较快地锁定加害行为来自何方。从这个意义上说，这类案件即使存在秘密窃取的事实，也不属于典型的秘密窃取。至于这种非典型的秘密窃取是否都涉及诈骗倒也未必。例如：甲见被害人驾驶的轿车停在路边，便由同伙上前敲窗示意轮胎有问题以引开被害人注意，甲趁机拿走副驾

^⑫ 以上案例依次参见北京市平谷区人民法院(2006)平刑初字第 00216 号刑事判决书、北京市第二中级人民法院(2006)二中刑终字第 1738 号刑事裁定书、海南省海南中级人民法院(2005)海南刑终字第 113 号刑事判决书、广东省珠海市香洲区人民法院(2007)香刑初字第 1413 号刑事判决书。

^⑬ 参见怀化市中级人民法院(2010)怀中刑二初字第 4 号刑事判决书。

^⑭ 以上案例依次参见北京市海淀区人民法院(2007)海法刑初字第 1995 号刑事判决书、湖南省津市市人民法院(2008)津法刑初字第 6 号刑事判决书、江苏省溧阳市人民法院(2007)溧刑初字第 292 号刑事判决书。

驶座位上的背包。控方以盗窃罪起诉,而法院以抢夺罪定罪处罚。^⑮再如:被告用假名以4500元的价格将自己的QQ号卖给被害人。随后,又通过QQ网站申诉的手段将该QQ号索回。控方以盗窃罪起诉,而法院认为,被告的行为使被害人无法使用该QQ号,侵犯了公民通信自由,故以侵犯通信自由罪定罪处罚。^⑯其中,“敲车窗”以及QQ号都为窃取行为创造了条件,同时也使其秘密性大打折扣。如果只看到中间的秘密窃取情节便按盗窃认定显然不准。

其次,要看占有财物对行为人的真正意义。当非法占有财物的意义只是手段或者阶段性目的时,其秘密窃取财物的行为往往不是盗窃。因为在这些阶段性目的之后,往往另有行为人所追求的真正目的。法官正是根据这种目的之后的目的或者故意中的故意,来判断秘密窃取行为的真正属性。这一理解源自于以下观察:例一:因驾车追尾负事故全部责任,车辆被公安交管部门暂扣。肇事者在未取得放车单的情况下,持该车备用钥匙赶至违章事故停车场,趁停车厂管理人员不备,将车开走。控方以盗窃罪向法院提起公诉,而法院认为被告转移已被司法机关依法扣押的财产,情节严重,构成非法处置扣押财产罪。理由是被告的犯罪故意是逃避公安机关的管理和处罚,而并非非法占有。因为盗窃罪的成立在主观方面必须以非法占有为目的,而涉案车辆为被告合法购买,虽被公安机关依法扣押,但并不能因此而否认被告对于该车辆的合法所有权。被告擅自将该车取回后,并没有向公安机关追索,表明被告并没有非法占有该车或与该车等价值财产的目的。而且,被告的行为侵害了司法机关的管理秩序,违反了交通管理的相关规定。例二:因不满厂方调换自己的工作岗位,秘密窃取原岗位的机器部件藏匿于自己的宿舍。控方以盗窃罪提起公诉,而法院认为,被告怕所盗部件无法恢复,特意在每个部件上做了记号。而且,盗窃行为实施完毕后,并没有联系买家,其真正目的是泄愤。因此以破坏生产经营罪定罪处罚。例三:为了为难被害人,将其车辆开走藏匿于某钢材交易市场,并交纳了看车费用,意图让该车辆烂在该处。控方以盗窃罪起诉,而法院以故意毁坏财物罪定罪处罚^⑰。

根据这些观察,对秘密窃取行为而言,非法占有之后的目的往往有报复、勒索、玩耍、索回等内容,因而牵涉其他罪名的适用。对此,或许有人会认为这些只是动机而非目的,而动机对定罪没有实质意义,充其量可以在量刑阶段给予考虑。其实,如果离开具体案情始末,所谓目的与动机的区分并无客观判断标准,因而也是没有意义的。而对具体案件事实而言,犯罪目的往往是行为人最终希望追求的结果。如果这个最终结果又恰恰被刑法所禁止,法官往往会选择盗窃罪以外的其它罪名评价其秘密窃取财物的行为。而机械地理解动机与目的的区别,很可能使一些真正的犯罪目的错过更准确的刑法评价。

第三,即使是以非法占有为目的,还要看加害与被害之间的关系。如果因秘密窃取行为而受到伤害的是不特定人的生命、健康或者财产安全,或者是加害与被害之间的信赖关系,其盗窃罪指控也很难成立。例一:被告秘密窃取住宅楼内的消防栓、水带接扣和水枪枪头,价值两千多元。控方以盗窃罪起诉,而法院以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。例二:被告人经事先预谋偷剪电缆事宜后,携带铁剪、绳子等作案工具偷剪电缆杆上的通信电缆线110米,导致198个电话用户近20个小时通信中断。控方以盗窃罪起诉,而法院认为被告的行为尚未危害公共安全,不同时构成盗窃罪和破坏公用电信设施罪,而应以故意毁坏财物罪定罪处罚。例三:外商独资企业工人将从仓库领取的价值52650元的金盐藏匿于宿舍并意图带出厂区据为己有。控方以盗窃罪起诉,而法院以职务侵占罪定罪处罚。^⑱在这些案例中,加害、被害关系规定了秘密窃取的性质。如果对这一背景关系视而不见,就可能默认“盗窃罪是秘密窃取财物”的逆定理,影响案件的正确认定。

^⑮ 参见浙江省温州市鹿城区人民法院(2007)鹿刑初字第991号刑事判决书。

^⑯ 参见河南省郑州市二七区人民法院(2011)二七刑初字第201号刑事判决书。

^⑰ 以上案例依次参见北京市海淀区人民法院(2007)海法刑初字第2410号刑事判决书、深圳市宝安区人民法院(2007)深宝法刑初字第1775号刑事判决书、河南省新郑市人民法院(2010)新刑初字第362号刑事判决书。

^⑱ 以上案例依次参见广东省广州市萝岗区人民法院(2007)萝法刑初字第80号刑事判决书、广东省普宁市人民法院(2007)普刑初字第438号刑事判决书、广东省陆丰市人民法院(2007)陆法刑初字第47号刑事判决书。

从上述盗窃罪指控失败的实践可见,如果以非法占有为直接目的的秘密窃取财物行为,由于一定媒介的介入而降低了行为的秘密性程度;或者如果在非法占有的直接目的之后另有真正目的或意义,或者秘密窃取行为发生在特定的加害被害关系中,那么,秘密窃取财物的行为很可能涉及盗窃罪以外的其他罪名的适用。因此,盗窃罪概念的经验概括可以是,除某种媒介的介入降低了秘密性程度,非法占有只是其他非法目的的阶段性目的,侵害不特定主体的生命、健康、财产安全以及侵害某种信赖关系的秘密窃取行为之外的秘密窃取他人财物的行为。与抢劫罪概念的经验概括一样,这个经验概括也可能有助于降低盗窃罪指控被变更定罪的可能性,因为按照法官们的群体经验,不能孤立、机械地理解盗窃罪中“秘密窃取”的法律特征。

至此,特别应该说明,经验本身不仅不能直接等同于规则,而且,上述两例中看到的经验,到底在多大程度上代表了法官群体的实践经验也很值得深究。本研究所根据的75万个案例中,变更罪名只占样本总数的0.4%。因而实际上存在两种可能:(1)在99.6%的案件处理中,上述经验概括原本就已经是普遍做法,控审之间并不存在分歧,变更罪名只是纠正与之相悖的极少数指控。如果如此,我们对变更罪名样本进行提炼就没有多大意义。(2)实践中与上述经验概括相反的处理方式才比较普遍,因而变更罪名也没有发生。于是,上述经验概括所反映的做法倒是小概率事件。这样的话,就不能回避一个追问:为什么要把从小概率事件中的普遍做法提炼出来推广到更大的范围?简单说,诸如有冲突背景的暴力取财行为到底是定抢劫更普遍还是不定抢劫较常见,几乎不太可能有一个可靠的统计估计。既然不可能证实哪种做法更为普遍,于是质疑者会说,解释学方法也许比经验归纳更好。但笔者认为,正是因为我们不能确切地知道实践中某类问题的实际规模到底有多大,所以我们才更需要用我们认为正确的做法去指导实践,将问题控制在尽可能的范围内。那么,什么才是正确的做法?

应该看到,不要说刑法学,就是犯罪学中的犯罪定义学也得出结论说。法学说到底还是解释学。在犯罪定义学看来,与自然科学的对象不同,犯罪行为是人的行为。因此,犯罪化和其他对象化过程不同,是人把人的行为定义为犯罪并发动惩罚的过程。犯罪概念的制定并不是定义者经过大量观察并穷尽所有对象后从中抽取出某种本质属性的过程,而是定义者基于某种利害考量、价值取向、认知局限以及有限的观察作出一个决定:某某行为应该从今天开始被说成是犯罪!于是,何种行为被对象化为犯罪,在很大程度上与定义者自身有关,不可避免地折射出定义者自身的某种主体性和目的性。从这个意义上说,关键不在于什么行为实际上是犯罪,而在于什么行为应当或者需要被解释为犯罪。极而言之,解释者的目的本身就是正确与否的标准。正如福柯所指出的,在犯罪定义活动中,犯罪成为依据一般规范确立的事实,罪犯是依据特殊标准才能辨认的个人,这是一种客体关系(object relation)。这种客体关系并不是从外部附加给惩罚实践的,也不是情感的极限对公开处决的残暴所施加的禁锢,也不是对“受惩罚的人究竟是什么”所做的理性的或“科学”的质疑。这种对象化过程起源于有关权力及其使用安排的策略本身。在这种权力及其使用安排的策略中,权力以符号学为工具,把“精神”(头脑)当作可供铭写的物体表面,通过控制思想来征服肉体,这比酷刑和处决的仪式解剖学要有效得多。^①

问题是,解释者的目的显然不应该毫无限制、漫无边际。法律解释受制于何种因素的影响?除了传统、政策、语言等因素以外,实践经验也规定着法律该被如何解释。熟悉司法实践的人应该相信,不是实在需要,法官通常不会轻易变更罪名。这意味着变更罪名样本中所反映的问题不仅限于变更罪名案例范围之内。在更大范围内,同类问题可能只是程度不同而已。承认这种普遍性,无异于承认了变更罪名实践的代表性,这已足亦。据此,如果没有更充分的理由,谁都不该无视法官群体在变更罪名实践中为什么以及如何坚持某种法律解释。可见,解释者在大量实践中对现实问题的感受、体悟,规定着法律为什么要被这样解释。只要成功回应了实践中提出的问题,又合法地彰显了解释者自身的主体性要求,就是正确的法律解释。

^① [法]米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,三联书店1999年版,第112-113页。

四、群体经验对个别经验的超越

前述案例证实,司法实践规定着法律被如何解释,群体经验会使具体犯罪概念的抽象特征变得相对直观。借助这种概括性较强的经验之知,人们可能对具体案件事实与犯罪概念之间的关系形成相对稳定的判断。我们把这种意义上的判断称为犯罪概念的经验概括。所谓犯罪概念的经验概括就是指,实践中具体犯罪概念反复运用的大量个别经验的归纳和总结。具体来说是指,类型化案件事实的刑法性质的否定性特称判断。

首先,犯罪概念的经验概括是对类型化的案件事实是否应归入某个罪的判断,大体上位于三段论推理的大前提与小前提之间。其上,是刑法分则中的法定犯罪概念;其下,是法官对具体案件事实的认定。作为一种判断,犯罪概念的经验概括是从大量司法实践中提炼出来的,体现了法官群体基于某类案件事实所做的法律解释。这个意义上的法律解释既不是抽象的、应然的大前提本身,又不是特定时间、地点、情节事实。它源于具体审判实践,又高于具体审判实践。任何个别经验、极端事实或者想象出来的案例都不足以构成这种概括。大量存在、反复出现的集体实践必然体现某种内在的合理性,也只有这种合理性才可能接近内涵、外延都比较明确的犯罪概念。当这种意义上的法律解释被按照一定的规律和共性组织起来时,便形成某种比大前提具体、又比小前提抽象的中介性判断。这种中介性判断既是填充了类型化事实的规范,又是凝结着规范意义的经验归纳。^②以抢劫罪为例,其经验概括的推理方式实际上是:“抢劫罪是暴力、当场劫取他人财物的行为”(大前提);“但发生在一定冲突背景中的除外”(经验概括);“某某被告的暴力、当场取财行为发生在一定冲突背景中”(小前提);“所以,该被告的行为不是抢劫罪”(结论)。在这个推理过程中,具体案件事实与相应法律规范之间的联系变得相对更加确定。这种确定性同时来自分则规定和同类案件事实两个方面的规定。需要强调的是,脱离一定案件事实而对不同罪名加以区分并不是真正意义上的刑法解释,因为这种区分的结论已经包含在条件当中;只有面对具体案件事实,规范的本义才能露出真容。这意味着,大量司法实践中,由法庭依法“圈定”的某个罪的范围总和,往往包含着实然的规范意义。这里,人们对经验的尊重同时就意味着对法制的尊重。

其次,按理说,概念应该是一种全称判断。犯罪概念也应该是一种内涵明确且外延清晰的全称判断。按照这种概念,某类行为中的全部对象是或不是、属于或不属于犯罪应该是明确的。但是,由于犯罪概念不可能列举、明示所有含摄的具体对象,所以,人们就希望借助某个或某些已生效的权威判断,反过来理解具体犯罪概念中到底包括哪些内容。尤其是面对某些不典型案件或称复杂疑难案件时,人们的这种愿望更加强烈。我国司法解释中的案例或现在法院系统公布的指导性案例,都希望能一定程度上满足人们的这种愿望。然而,个案中的判断只能是一种单称判断,至少在逻辑上不能直接推论到相应犯罪概念的所有适用情况。不过,多个法官不约而同的同类判断,便可能形成关于某类案件事实是否应归入某个犯罪概念的特称判断,至少使“有些”、“某类”案件事实的认定有了相对明确的范围。尽管仍不是全称判断,人们还是有理由相信,这种特称判断的不断积累将日趋近似于全称判断,进而完善犯罪概念的解释。犯罪概念的经验概括就是一种特称判断,借助这种判断进行案件审理时,我们只能说落在在这个特称判断范围内的案件事实更可能是或不是犯罪。所以,经验概括并不能保证所有案件的处理确定无误,但至少能使特称判断范围内的案件处理获得某种相对的确定性。因为某个经验概括所来自的观察样本越大,在司法实践中越具有普遍性,借助这种经验之知对具体案件作出判断时,所冒的犯错误的风险就越小。反之,如果只观察一两个或者数量极小的一组样本,便得出某种案件事实是否属于某个罪的判断,犯错误的风险就相对较大。有些法律解释之所以难以令人信服,原因之一就是它只是小样

^② 陈兴良教授也认为,在裁判要旨的提炼中,度的拿捏是一个难题。如果裁判要旨过于抽象,则其等同于法律、等同于司法解释,这就丧失了裁判要旨的独立存在价值。反之,如果裁判要旨过于具体,则又不足以成为一个规则,限制其适用范围。参见陈兴良、张军、胡云腾主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》,北京大学出版社2013年版,第15页。

本观察的结果,不具有足够的可推论性。

第三,由经验归纳而来的特称判断有肯定和否定两种形式。而本研究所看到的犯罪概念的经验概括都以否定判断的形式存在。以上述两种常见犯罪为例,其表述形式往往是:“以一定冲突为背景的暴力、当场取财行为不是抢劫罪”;“在远离盗窃等先前犯罪现场以外的其他场所,即使为了抗拒抓捕等目的而实施暴力行为的也不是抢劫罪”;“非法占有只是阶段性目的的秘密窃取财物行为不是盗窃罪”;等等。这些关于犯罪属性的经验概括,都可以视为否定性特称判断。从其形成过程来看,本文发现的犯罪概念的经验概括全部来自变更罪名样本库。其中,定罪的话语模式至少会有“某某行为不构成某某罪”的表述。而且,证否的罪名往往比较集中,而证成的罪名却比较分散。如上所述,像盗窃、抢劫、诈骗、故意伤害等常见犯罪的指控被否定之后,往往会有几十种变化模式。所以,从某某案件事实是什么犯罪的角度来归纳犯罪特征,比从某某案件事实不是什么犯罪的角度来归纳犯罪特征要困难得多。从其形式来看,犯罪概念的经验概括貌似刑法中的但书。比如我们可以说,盗窃罪是秘密窃取财物的行为,但非法占有的意义只是某种手段的除外。本文写作过程中,甚至曾考虑过将犯罪概念的经验概括又称为“小但书”,但最终还是放弃了这种说法。因为刑法典第13条规定的但书与本研究所说的犯罪概念的经验概括的区别首先是抽象层次的不同,前者是就一般犯罪而言,而后者是指个罪而论。而且,但书所堵截的是具有刑法典第13条规定的性质,而在程度上显著轻微、危害不大的行为入罪。与此不同,犯罪概念的经验概括所堵截的是在定性上就不属于某种犯罪的行为入罪。而不属于此罪,未必不属于彼罪。因此,根据犯罪概念的经验概括排除某个罪名适用之后,常常可以看到另一个罪名的适用。

如果说,在罪名适用的三段论推理过程中,大前提是被人们事先放进一些东西的盒子,人们进行三段论推理时往往需要“猜测”盒子里曾经装进了什么,那么,犯罪概念的经验概括不一定能使盒子里到底有何内容变得比较清晰可见,至少可以告诉人们,盒子里其实没有什么。所以说,犯罪概念的经验概括可以使三段论推理过程变得更具可操作性,提高罪名适用的准确性和司法效率。从其功能来看,作为对某种事实情节是否构成某种犯罪问题的回答,法官说“不”比法官说“是”更不应该被忽视。而且,在法庭依法作出的生效判决中,法官对公安、检察等多道工序的结果说不往往会十分慎重。退一步讲,从逻辑学规则来看,作为一种否定特称判断,犯罪概念的经验概括虽然具有某种或然的性质,只是说“某些”、“有的”案件事实不属于某种犯罪,但这种判断没有相反的意思。即说某些情况不是犯罪,并不等于说另一些情况就一定是犯罪。其逻辑学依据是,从人的认识过程来看,认识是从个别对象开始,继而部分对象,最后到全体对象。“有些S是P”,仅仅回答S类中部分S有P的属性,并未确定S类中其余部分是否具有P的属性,因此,得不出“有些S不是P”。反之,当作出“有些S不是P”的判断后,也并不意味着“有些S是P”。^②因此,当得出某个特称判断所观察的经验事实大到接近甚至几乎等于所有事实时,据此处理案件出现失误的机会也就接近或等于零。

五、经验与刑法解释

回看本文一开始提出的问题,暗示着这样一个假定,即作为刑法分则的法律解释,具体个罪的概念本身往往更多地说明何种情况可能属于本罪,一般不直接讨论何种具体情况不属于本罪。为了对由此可能导致的不当入罪做点什么,本研究尝试着从大样本审判实践中寻找某种共识性的经验之知,以实现某些个罪概念的范围限制。结果证实,普遍司法实践中的确存在丰富的刑法解释学资源,以否定性特称判断的形式对某些类型化的案件事实进行出罪解释,可以将一些貌似有理的有罪判断堵截在个罪门外。应该说,这种尝试也是一种意义上的刑法解释。但不同于文义解释、目的解释、体系性解释以及举例解释,而是基于大样本实证研究的一种经验主义刑法解释,其核心在于强调实践理性在法律解释中的重要。法律解释学语境中的实践理性应该有三个要义:

^② 陈康杨主编:《法律逻辑原理》,四川大学出版社1998年版,第73-74页。

首先,理性不同于信仰。甚至在韦伯看来,理性意味着“除魔”、“除魅”或“去神秘化”。^②就是说,理性意味着批判,意味着对自我条件的解释和限定,意味着自我祛魅的内在机制。^③尊重理性,便没有什么是不可以追问的。如果经不起追问,何来理性?这意味着,法律解释应该有一定的针对性,不是空穴来风,也不是纯粹的语义学说明。

其次,实践理性不是一种先验之知,而是经验之知。换句话说,人只能在一定的经验范围内实现自我祛魅,哪怕这种经验只是间接经验。伽达默尔就认为,人总是在具体情境中遇到实践问题,在这种情境中究竟什么才是理性与正当的行为,恰恰无法以一种事先、概括、总体的善恶观来确定;也不可能像如何适用一件工具那样给出技术说明。^④具体到法律上的正当性证立,不论是追求形式上的合法性还是实质上的合理性,都离不开实践场域。否则,公正与否便没了检验标准。只要还承认法律形式或价值实质的最终目标是公正,只要承认公正的实现是个过程,实践理性就有不可取代的法学意义。

第三,实践是人的实践,因此,一个规范是否值得认同,则取决于它是否有好的理由,而理由的好坏则端视它可否获得商谈参与者的普遍接受。这种行动的理由“在不变的情形中为了每个个体的利益而被普遍遵守,其结果及副效应能够为所有商谈参与者所接受”。^⑤因此,实践理性的来源不是一个主体一时一地的个别经验,而是大量实践者反复试错、不断总结的经验总和。康德就十分看重实践理性的普遍性,认为适合于普遍立法的实践理性是一种“最普通的知性”。^⑥于是,这个意义上的实践理性,几近规范、规则。我们通常所说的“源于经验而高于经验”或者“源于实践而高于实践”正是个别经验与群体经验这个关系的反映。康德也正是从这个意义上认为理性能够成为人们如何行动的依据。实际上,实践理性的这种普遍性还可以理解为法律实践参与者之间的共识。因为离开法律主体间的关系,就没有所谓‘正确’的行为,也没有所谓‘正当’行为。^⑦从这个意义上说,实践理性提供了检验人文科学真理性或正义的合理性标准,并提出了通往合意的、民主理论的有效论证。^⑧

总之,实践理性是一种源于经验的、有条件的实践者之间的普遍性共识。其中,对成立条件的批判性解读、经验之知、实践的普遍性,是实践理性的三个基本元素,缺一不可。作为对类型化案件事实的否定性特称判断,具体犯罪概念的经验概括恰好与实践理性这些基本元素相吻合。

应当承认,经验就是经验,作为或然的、概率性的认识,经验既不等于规范本身,又不同于法律文本的阐释。但是,经验又是规范解释的必要补充,在刑法解释自身的发展、完善过程中起着重要作用。正如霍姆斯所说:“法律的生命始终不是逻辑,而是经验。可感知的时代必要性、盛行的道德理论和政治理论、公共政策的直觉知识(无论是公开宣称的还是无意识的),甚至法官及其同胞所共有的偏见等等,所有这一切在确定支配人们所应依据的规则时,比演绎推理具有更大的作用”。^⑨首先,我们已经从上述样本观察中看到,司法实践经验汇集了大量具体案件中的法律解释。这些具体的法律解释既体现了规范本身的正当性,又反映了社会生活对规范适用的合理性要求。正如德国学者所说:“在刑法学领域,对法律规定之间的差异,仅根据解释方法来解决问题的教义学,远远不能为法条的适用提供任何保障。仅就理论的发展来说,它的发展绝不是简单地从法条中获得的,而是在对内涵不清和内容欠缺的法条进行无数次的补充和完善过程中形成的。这种理论的发展在很大程度上首先要使刑法更具有适用

② [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第204页。转引自王申:《论法律与理性》,载《法制与社会发展》2004年第6期。

③ 前引②王申文。

④ 雷磊:《实践法学思维的三个层面》,载《浙江社会科学》2011年第7期。

⑤ 前引④。

⑥ [德]康德:《实践理性批判》,邓晓芒译,人民出版社2003年版,第34页。

⑦ 葛洪义:《法学研究中的认识问题》,载《法学研究》2001年第2期。

⑧ 梁晓俭:《实践理性:一种法学方法论意义上的探究》,载《比较法研究》2004年第2期。

⑨ 转引自[美]E. 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2004年1月版,第160页。

性,或者能够更好地适用。这样,从实践中发展形成的理论内容培育了对实践理性的思索和洞悉”。^③ 本研究所展示的,正是法官群体实践经验对个罪构成该当性内容的完善和补充,对刑法总则理论和分则理论的推进都有积极作用。进一步看,群体经验的作用并不仅仅体现在刑法适用的场合,还体现在规范本身的形成、制定和完善过程中。有学者相信,法律是实践理性的体现,实践理性奠定了法律产生与发展的基础。^④ 我国刑法典的多次修订过程以及刑事司法解释的不断发展历程本身就证明,司法人员职业群体的普遍实践经验是刑法规范及其解释得以完善、发展的源泉。从这个意义上看,有一种习惯的说法其实值得质疑。按照这种说法,法律解释的作用是指导司法实践,似乎司法实践只是被动的被指导。其实,在解释学与实践经验的双向互动中,如果说存在某种第一动力的话,那它就是实践中提出的问题;如果不能有效解决问题,无论是先验的理论还是后验的实践,都会失去生命活力。应该强调的是,法律解释不应该等同于法条主义。^⑤ 这是因为,“如果没有法条与事实链接,条文原本是清晰的。正是在许多待处理的案件中,法律条文才呈现出解释需要。从解释的场景来看,不是法律文本需要解释,而是法律欲调整的案件事实凸现出解释的必要性。……实际情况是:法律解释者(如法官)虽然得对文本中的字义进行解释,但更重要的则是为待处理的案件找出合法的解决方案。所以,法律解释的对象既有文本,也有事实,当然更主要的还在于说清二者之间的逻辑关系。”^⑥ 总之,实践是法律解释的真正现场,经验是法律解释的生命所在。

Abstract: There are more positive statements about what is crime than statements about what is not on the common discourse mode of the interpretations of the specific provisions of the criminal law. This article, based on the sample of more than 3,000 cases which altered accusations chosen from 750,000 criminal judicial judgments, observes and analyzes the practical experiences about how the judges deny the charge of guilty. The study found that the group experiences of the judges can help to find the miscomprehension of some concepts of concrete crime, reveal a variety of limits for applying accusations and prove the initiative of the interpretations of the criminal law. This study suggests that the empirical generalizations of the concept of the concrete crime are the negative judgments of the nature of criminal law about some specialized case facts located between the major premise and the minor premise of the syllogism. These judgments could contribute to making the interpretation of the criminal law more practical and then improving judicial efficiency.

(责任编辑:白岫云)

③ [德]沃尔福冈·弗里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,载《比较法研究》2012年第1期。

④ 李桂林:《作为实践理性的法律》,载《现代法学》2004年第6期。

⑤ 美国学者波斯纳认为,按照法条主义,司法决定都是由“法律”(the law)确定的,而这个法律被理解为一套在正宗法律材料中表达的,或是可以通过逻辑操作从这些材料中衍生出来的已有的规则。参见[美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第38页。

⑥ 陈金钊:《法律解释中的矛盾与选择》,载《法商研究》2004年第2期。