

# 以刑释罪之定性与适用问题研究

赵丽君

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2024年1月10日; 录用日期: 2024年2月23日; 发布日期: 2024年2月29日

## 摘要

罪刑关系问题一直是学界争论的话题, 越来越多的学者对传统的由罪及刑的单一制约关系提出质疑。学界也产生了诸多学说, 以刑释罪理论是新型罪刑关系中最保守的学说。以刑释罪理论指的是在刑法教义学的框架之内, 立足于量刑妥当性而去辅助司法者利用经典的解释方法将法律适用于案件事实中。以刑释罪理论不同于后果主义, 应当有所区分。在明确其功能性质与触发机制之后, 对以刑释罪理论的适用对象应扩大到所有案件, 每一个案件都应当遵循以刑释罪的司法逻辑。最后, 针对以刑释罪理论适用上的诸多问题, 对其的适用也应当有诸多限制, 包括自我控制和外部程序控制两大类, 以避免工具性的滥用, 才能实现以刑释罪理论的真正价值。

## 关键词

以刑释罪, 定性, 适用对象, 使用规则, 适用控制

# Study on the Qualitativeness and Application of the Interpretation of a Crime by Punishment

Lijun Zhao

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: Jan. 10<sup>th</sup>, 2024; accepted: Feb. 23<sup>rd</sup>, 2024; published: Feb. 29<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

The relationship between crime and punishment has always been a controversial topic in academic circles. More and more scholars have questioned the traditional single restriction relation-

ship between crime and punishment. The academic circle has produced many theories, the theory of the interpretation of a crime by punishment is the most conservative theory in the new relationship between crime and punishment. The theory of the interpretation of a crime by punishment refers to the application of the law to the facts of the case by the classical interpretation method, which is based on the appropriateness of sentencing and auxiliary justice in the framework of criminal law doctrine. The theory of the interpretation of a crime by punishment is different from consequentialism and should be distinguished. After clarifying its functional nature and triggering mechanism, the applicable object of the theory should be expanded to all cases, and each case should follow the judicial logic of the theory. Finally, in view of the many problems in the application of the theory, there should be many restrictions on its application, including the two categories of self-control and external procedure control, in order to avoid the abuse of tools, in order to realize the real value of the theory of the interpretation of a crime by punishment.

## Keywords

The Interpretation of a Crime by Punishment, Qualitativeness, Applicable Targets, Service Regulations, Applicable Control

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

传统理论上，定罪思维模式就是形式逻辑的推理过程，遵循三段论的逻辑方法。按照大前提到小前提到结论的方法，定罪的推理过程就是：法律规范 - 案件事实 - 定罪的结论。定罪然后量刑，对行为人施加刑罚。整个推理过程是完全遵循罪刑法定原则的，也做到了定罪的准确性。在传统的罪刑关系中一直保持着由罪及刑的单一制约关系。

然而，这种单向制约关系也受到了诸多质疑，由此有学者提出了“以刑定罪”，“以刑制罪”，“以刑议罪”，“能动性刑法解释”，“以刑释罪”等新型罪刑关系学说。高艳东教授支持“以刑定罪”论，其提出了为了量刑公正可以适度变换罪名的主张[1]。梁根林教授支持“以刑制罪”论，其倡导在疑难案件中，在不违反刑法教义学的前提下，可以在一定限度内实行“量刑反制定罪”[2]。徐松林教授支持“以刑释罪”论，认为一般而言，当法官遇到类似组织卖淫罪这类罪刑配置严重失衡的罪名时，可以通过作合理、科学的刑法解释来弥补刑法条文的漏洞，从而使其判决做到罪刑相称、罚当其罪[3]。余文唐法官提出了综合型的“以刑议罪”论，其是指在罪刑均衡原则的指导下，为化解罪刑失衡而以被告人所应承担刑事责任的轻重而从预断罪中选择恰当罪名，并以所选之罪的法定刑解释其犯罪构成要件的司法方法[4]。姜涛教授提出“能动性刑法解释”论，他认为在维护罪刑法定这一规则下，司法者能够发挥主观能动性，从刑罚目的出发，利用各种刑法解释方法来化解罪刑之间的矛盾[5]。后三种观点较之前两种观点更加温和保守，这些观点有着不同的称谓，但实质上表达的却是一个意思，就是“以法定刑解释其构成要件”，从语义上看，“以刑释罪”更能表达其内涵，便于直观理解。所以本文在新型罪刑关系中选择了“以刑释罪”，更强调对犯罪构成要件的解释，在法律的解释框架之内寻求正当性来源。

当然，以刑释罪这种新型罪刑关系理论也受到了学界的批判，有肯定说与否定说之争。但是，实务中既然存在以刑释罪的现象，就不应当一味地去批判其存在，禁止其适用，而是应当在接受其存在的事实基础之上对其适用问题展开研究，这才是研究的意义所在。讨论的目的不在于批判问题，而在于解决

问题。所以，本文在选择了以刑释罪论的基础之上，进一步纠正其内涵，确定其功能性质与触发机制，研究其适用逻辑，适用对象与适用控制等问题。

## 2. 以刑释罪之定性

### 2.1. 以刑释罪之内涵纠偏

徐松林教授认为以刑释罪，是指以法定刑为参照系来对法条中含义不清的名词作限缩或扩张解释、以法定刑为标尺来划定罪状的范围[3]。德国的耶塞克和魏根特教授都指出，刑罚规定对解释同样具有重要的提示作用。以刑释罪强调了法定刑对于定罪的辅助作用，而非决定作用，决定定罪的依据依旧是法律规范。也有观点认为，以刑释罪的刑指的应当是刑罚妥当性[6]，以刑释罪论就指的是以刑罚妥当性为基点，来辅助司法者对于犯罪构成要件的解释，在法律的解释框架之内寻求正当性来源。刑罚的高低不但可以作为立法评价的标准，也能在必要的利益衡量中发挥作用。换言之，这里对于刑罚妥当性的考虑，仍然是在刑法解释学的框架之下进行的。在以刑释罪的解释过程中，仍要先框定可能语义的边界，在此范围内再加以刑罚妥当性的实质判断。在这一解释过程中，刑罚妥当性这一价值考量要素仍然是在形式判断的基础上展开的。本文认为以刑制罪的刑指的应当是刑罚妥当性。法定刑的表述虽然表面上符合形式解释要求，看起来不带价值判断，但实质上司法者对于案件量刑轻重的判断不仅需要依靠法律，也不可避免地会掺杂司法者的个人价值判断。这一点是不可避免的，也是无需禁止的。人工智能不能完全代替司法裁判工作，就是因为法律解释不是机械解释，人具有比人工智能更多的灵活性与变通性。在机械适用法条行不通的情况下，法官需要发挥其自身的主观能动性，为熨平事实与规范之间的不对称褶皱提供条件，法官通过后果考量进行价值评估，对疑难案件作出具有合理性的裁判，弥补了法条主义裁判模式的不足[7]。所以，本文认为刑罚妥当性的表述更能体现以刑释罪论的实质内涵。

值得强调的是，以刑释罪的罪指的是犯罪构成，以刑释罪是用刑罚妥当性来辅助犯罪构成要件的解释，而不是决定犯罪构成要件的选择，最终的选择仍必须遵循法律规范，符合罪刑法定原则。或许会有人提出质疑，这样的内涵界定与“以刑制罪”的内涵表述类同，何不用“以刑制罪”？诚然，经过修正之后的“以刑制罪论”与本文所指的“以刑释罪论”的内涵相似，“以刑制罪论”的表述也更为多见，但是多见并不意味着一定合适。尽管内涵相似，也应当在语词的表述中仔细斟酌，以能更准确地体现其真正的内涵。在两者的表述上，“以刑制罪论”更强调刑对于罪的制约关系，在罪刑关系中以刑为中心，而“以刑释罪”论更强调刑对于罪的辅助作用，在罪刑关系中仍以罪为中心，所以本文采取“以刑释罪”的表述更为妥当合理。

### 2.2. 以刑释罪不同于后果主义

后果主义理论为以刑释罪理论提供了理论基础，但是，以刑释罪理论应当是不同于后果主义理论的。后果主义理论包含两种后果，法律效果和社会效果，法律效果是以刑释罪理论适用的合理合法的后果，但是社会效果则是其适用的溢出效应。有些学者将后果主义理论等同于以刑释罪理论是有偏误存在的，认为以刑释罪论是后果主义的下位概念，其是后果主义的论证方法[6]，或者认为以刑释罪是基于裁判的后果考量[7]。诚然，以刑释罪与后果主义理论密不可分，但是将其等同会有混淆之嫌，等同的后果也会使得以刑释罪理论提出的意义大打折扣。既然已有现成之理论，为何还要创造新的理论，无故增加理论理解与适用之负担？此外，后果主义理论的社会效果也是其招致诸多质疑的原因所在，法律效果尚是在法律规范的射程中展开的，而社会效果则溢出了射程，指向裁判对于当事人和整个社会产生的影响[8]。具体在刑法领域而言，法律效果指的是“对行为人所判处的刑罚”，社会效果指的是“行为人因为获得刑罚而对社会所产生的震撼影响”[9]。以许霆案为例，一审认定许霆盗窃金融机构，数额特别巨大，判

处无期徒刑，这里的无期徒刑的重刑判决就是法律效果，所引起的民众的抵制和不满就是社会效果；反过来，二审认定许霆犯盗窃罪，但是案件情况特殊，经最高人民法院核准，适用了第 63 条第二款的特别减轻条款，可以在法定刑以下判处刑罚，最终判处许霆五年有期徒刑，这里的轻刑就是法律效果，符合民众的心理预期与朴素的法感情，但可能也会鼓励这种不法行为甚至让一些不法盗徒找到可趁之机则是社会效果。当然，如果对社会效果进行细分，还可以分为社会影响的后果和基于社情民意的后果[10]，叶良芳教授在其论文中指出了量刑反制定罪的三大作用，亦可以填补刑法漏洞，二可以评析偏颇舆论，三可以满足“区域政策”需要，第一点就是法律效果的体现，后两点就是社会效果的体现[11]。但总而言之，这些都不是刑罚所要追求的法律效果。以刑释罪理论是不同于后果主义理论的，以刑释罪考虑的应限于法律效果，而不应当过分扩大至社会效果。司法者对于案件的裁判应当要尽可能地减少法外因素对于法内因素的影响，减少刘涌案的发生，以实现司法的独立和司法公正。

### 2.3. 以刑释罪之功能定性与触发机制

#### 2.3.1. 以刑释罪之功能定性

以刑释罪主要有指引功能和校准功能这两大功能，也可以称之为辅助功能和纠偏功能。以刑释罪理论符合司法三段论的逻辑结构，甚至只要运用得当，以刑释罪理论是对司法三段论逻辑结构的加强。以刑释罪理论并不会突兀地插入三段论中，也不会完全脱离三段论。以刑释罪理论是法律解释的辅助工具，在大前提法律规范到小前提案件事实的推导中，法律解释方法是中间的工具，而以刑释罪理论是该工具的辅助工具，一切都是为了三段论结论的合理得出而服务的。以刑释罪中的刑代表的刑罚妥当性的考量，并没有与宏观罪刑结构相冲突，其体现的仅仅是刑罚妥当性这一融合了价值判断的要素对于构成要件解释这一微观层面所产生的影响[6]。以刑释罪的作用是辅助司法者对于那些经典解释方法的选择，换句话说，以刑释罪是经典解释方法的下位辅助方法。以刑释罪理论是一种实质解释方法，并且是不具有独立地位的辅助经典解释方法的下位解释方法。目前的法律解释方法是经典的，且成熟的，贸然加入一种新的解释方法明显不可取。此外，以刑释罪作为一种解释方法其实并不独立于传统的解释方法，也不是新近诞生的方法，这种解释方法由来已久只是尚未被察觉[9]。每个案件中都有其身影存在，由于其在大多数案件中只发挥了第一个辅助功能，所以并未明显显露出来。但其发挥第二个校准纠偏功能时，其在案件中明显显露出来，这种“变态”也引起了人们的关注与讨论，也由此招致了诸多质疑。需要指出的是，以刑释罪是隐藏于裁判者的裁判过程中，而被论者提炼出来的一种逻辑思维方法[12]。其并不是需要进行批判的新生事物，而是隐藏于裁判过程中的旧有之物，只是被学者们发现并且提炼了出来，谓之以刑制罪或者以刑释罪等称呼。值得批判的对象不应当是这种被总结提炼出来的方法，而应当是这种方法在司法裁判中被错误使用的现象，并且批判也不是最终目的，最终的目的应当是应对这种错误使用的现象我们该如何解决。

当按照罪刑法定原则对犯罪行为进行构成要件解释，对犯罪人定罪量刑的结论不妥当之时，以刑释罪理论就可以适当发挥其校准纠偏的作用。在司法三段论的推理完成之后，以刑释罪理论检验推理结论的妥当性。如果妥当推理完成，如果不妥当，重新开始推理，直到得出一个妥当的结果。以刑释罪理论依附于三段论的推理之下，也检验三段论推理结论的妥当性。以刑释罪理论的纠偏作用不是指由于推理结论的不妥当而直接选择妥当的结论，这确实有可能会突破构成要件的解释，其纠偏作用是指在检验出结果不妥当之后，再辅助司法者重新进行推理，向妥当的结论靠近，直至得出一个妥当合理的结论。这才是其真正的纠偏功能的价值所在。简言之，以刑释罪理论可以辅助三段论推理，也可以检验推理结论的妥当性并辅助其重新推理，直至得出妥当的结论。司法者的目光应当在法律与事实之间来回流转，结论的得出并不是一蹴而就的单向推理过程，而是一步步向量刑妥当性靠近的反复推理过程。



### 2.3.2. 以刑释罪之触发机制

传统的由罪及刑的顺向推理包括两个步骤：一是定罪，进行手头案件与犯罪构成的符合性判断，其方法有事实对规范的“归类”、规范对事实的“涵射”或者事实与规范之间的相互靠拢、趋近的“等置”；二是量刑，在准确定罪的基础上按照量刑规则，包括考虑罪行的社会危害性和行为人的人身危险性进行适当量刑[13]。可以看出，在这种顺向推理的思维模式中，犯罪构成的符合性判断是核心环节，这一模式同时也隐含了一个逻辑假设：只有准确的定罪才会导致公正的量刑。然而在司法实践中，越来越多的疑难案件表明，犯罪构成的符合性判断并非泾渭分明，准确的定罪有时候未必产生正义的量刑[14]。实践上处理疑难案件时面临了诸多困难和不便，以刑释罪理论由此显现了出来。当按照罪刑法定原则对一个犯罪行为进行惩处的定罪量刑结论符合罪刑均衡的原则时，以刑释罪的第二个纠偏功能便不需要发挥作用，当出现罪刑失衡的情形时，以刑释罪的触发机制就开始运行，其纠偏功能便开始发挥作用。法官在审判案件时都会有一个后果的预判，这里的后果主要指的是法律后果，当然也不排除社会后果。法官通过这样一种前置性的价值考量从而获取可欲的裁判结果，而后对该裁判结果在刑法规范内完成证成[7]。这便是以刑释罪论的第一个辅助功能的体现。由于裁判结果是可欲的，所以以刑释罪论的纠偏功能也就不会触发，在裁判结果不可欲时，其纠偏功能就会主动触发，以达到可欲的结果，其主动触发的机制主要由司法者来完成。

## 3. 以刑释罪之适用

### 3.1. 以刑释罪之适用逻辑

#### 3.1.1. 以刑释罪适用之逻辑方案

以刑释罪理论的适用有两种逻辑方案：其一，在刑法规范的可能文义射程范围内，如果解释者对于刑法规范的解释存在两种以上的方案，那么可以依据刑罚妥当性作为解释方案的决策。其二，在刑法规范的可能文义射程范围内，如果解释者根据初次解释预见到刑罚后果的不妥当性，则应当据此反思对于法律规范的理解。基于这种批判性的审查视角，解释者在刑法规范的可能文义射程范围内重新探索更为妥当的可能处罚解释方案[6]。以刑释罪的适用不可避免地会有后果主义理论的运作，后果考量在案件的裁判过程中由后果预测与后果评价两部分组成。当法官对案件作出裁判后，某种后果的发生就具有了一定的可能性，对于该后果的发生与否，属于该后果考量中的后果预测；而对于该后果的可欲性强弱判断，则是后果考量中的后果评价[7]。法官通过后果考量可以发现裁判结果的合理或不合理，通过对裁判结果产生的两种或者多种后果进行衡量之后可以发现合理的裁判结果，也可以通过后果考量获得可欲的后果，进而发现合理的裁判结果。依旧以许霆案为例，许霆案的一审判决结果合法但不合理，不符合量刑妥当性的要求，这是僵硬适用法条的后果。一审法官也许没有进行后果考量，也许进行了后果考量但是在罪刑均衡原则与罪刑法定原则的矛盾中最终决定机械适用刑法。法官的主观心态我们不得而知，但是其审判结果是众所周知的，定罪量刑畸重也引起了人们广泛的讨论。民众期望与判决结果出现较大落差的时候，量刑的结果就应当得到反思。理论界也有着诸多争议，其中高艳东教授提出“预设的犯罪构成之形式内容应为准确量定刑事责任而让路”，认为许霆案应认定为侵占罪以降低其刑罚[15]。但是由于高艳东教授的观点过于激进，并没有得到太多认可。也有观点认为许霆案构成诈骗罪，信用卡诈骗罪，甚至无罪，但是如果严格按照刑法第264条来认定该案，许霆成立盗窃金融机构罪是没有问题的[16]，至少是合法的。然而，严格按照刑法第264条来认定的一审裁判结果又难以让普罗大众所接受，不仅社会效果难以达到，甚至连法律效果都是有瑕疵的。许霆案之所以认为量刑畸重是因为许霆的社会危害性，人身危险性是与其无期徒刑的重刑不相匹配的。如此，为了解决量刑失衡的问题，就需要借助以刑释罪理论重

新进行三段论的推理，由此，二审法院找到了刑法第 63 条第二款的特别减轻条款作为许霆罪名不变，但是刑罚降低的依据，达成了法律效果和社会效果的和谐统一。

### 3.1.2. 以刑释罪与特别减轻制度

许霆案最终利用了特别减轻制度降低了其刑罚，达到了罪刑均衡的目的。所以会有质疑者认为当量刑畸重之时适用特别减轻条款就可以达到目的，何必还要提出以刑释罪？

首先，需要注意的是量刑失衡不仅指的是量刑畸重，也包括量刑畸轻，罪与非罪等。特别减轻条款的适用只能解决量刑畸重的情況。诚然，量刑失衡大部分是因为量刑畸重，但是也不能否认其他情况的存在。以贺建奎案为例，通过严格的依法裁判，贺建奎基因编辑胚胎的行为从刑法规范中并不能获得否定性评价，但最终判决贺建奎的行为构成非法行医罪。基因编辑行为目前刑法还没有规制，但是其行为的社会危害性，法益侵害性，人身危险性都达到了值得刑法严厉评价的程度。基于这样一种基本的理性的法律效果考量，那么法官就需要为解释犯罪构成找到合法合理的裁判依据，以给其不法行为定罪量刑，维护我国生物科技伦理秩序，安抚社会公众的法权感[17]。

其次，前文指出以刑释罪理论只是作为辅助选择经典解释方法的思维工具。特别减轻条款与以刑释罪理论的性质不同，地位也不同。以刑释罪理论是辅助构成要件的解释的抽象工具，特别减轻条款是构成要件解释的实质依据。以刑释罪理论只能影响裁判结果，而特别减轻条款可以决定裁判结果。具体而言，特别减轻条款是三段论中的大前提，而以刑释罪理论贯穿于整个三段论中，不属于大前提不属于案件事实也不属于结论，潜移默化中发挥着其辅助与纠偏作用。许霆案二审的改判就是以刑释罪思想的体现就在于特别减轻条款的适用，在量刑畸重的案件中以刑释罪与特别减轻条款联系密切。

最后，实务中特别减轻条款的适用很少，该条款基本处于长期“休眠”状态。其一是因为权威观点对于特别减轻条款的使用条件作出了过于严格的限制解释。根据刑法规定，该条款的适用条件是“案件的特殊情况”。权威观点认为，所谓“案件的特殊情况”，主要是指“案件本身的特殊性，如涉及政治、国防、外交等特殊情况”。这样一来，该条款就仅仅适用于被告人身份特殊或者案情涉及重大国家利益等范围相当有限的案件，普通刑事案件不得适用[11]。苏力教授更是指出：“紧急出口不可常用，能不用的一定不用，后门走惯了前门必定门庭冷落[18]。”在这样的观点影响下，司法人员在适用特别减轻条款时必然畏首畏尾，不能大胆适用。其二是立法对于该条款的适用设立了过高的程序门槛。根据刑法规定，适用特别减轻条款应当由最高人民法院核准。司法实践中，复杂的制度会造成“司法懒惰”的习气，司法者就可能弃之不用，或者规避制度办案。为了绕开逐级报批核准的繁琐程序，大量的案件要么根据具体量刑情节在法定刑幅度内直接量刑，要么干脆以“犯罪情节轻微”为由对被告人宣告免于刑事处罚[11]。其三，特别减轻条款之所以称之为特别条款，就是因为不能动辄就适用，否则会导致最高院不胜其累。白建军教授的实证研究结论表明：“立法中大约 23%以及司法中大约 17%的罪刑关系明显偏轻、偏重甚至过轻、过重[19]。”如果这类量刑失衡的案件都要适用特别减轻条款，那么最高院的特别核准程序将三天两头启动。特别减轻条款确实可以解决少部分量刑失衡的案件，但是除此以外的大部分案件还是需要以刑释罪理论来解决的。

## 3.2. 以刑释罪之适用对象

特别减轻条款因其适用对象有限，仅针对于被告人身份特殊或者案情涉及重大国家利益等特殊的案件。如果以刑释罪的适用对象也加以限制的话，那么以刑释罪能发挥的作用就十分有限了。对于以刑释罪的适用对象，学界也存在争议，有学者将其分成三种学说，其一是疑难案件说，其二是竞合适用说，其三是全面适用说[12]。如前文所述，以刑释罪是从裁判过程中提炼出来的逻辑思维方法，每个案件中都

有其身影存在，所以以刑释罪的适用对象应当是全部范围，案件裁判应当全面适用以刑释罪理论。

### 3.2.1. 疑难案件说

大部分学者都支持疑难案件说，认为以刑释罪理论的适用应当是有限制的，应限于疑难案件中。疑难案件多是案件解释可能存在两种及以上，罪名构成要件相似或者按照一般解释路径可能会导致量刑不当的案件。赵运锋教授认为由于法律语言的模糊性，法律规定之间存在冲突，法律体系不完整导致了法律漏洞，社会发展导致了原有法律适用中合法与合理的冲突，由此引发的疑难案件给司法主体裁量案件带来不便和障碍，此时正向的思维无法应对实务，因此逆向的思维处置方式就会形成。这具体体现在犯罪构成符合性判断已经发生变化，从传统的由犯罪构成到刑罚裁量的路径转换为从刑罚适用到犯罪构成选择的路径[20]。赵运锋教授也主张在一些疑难案件中适用以刑释罪理论，他认为：“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、来合理地定罪量刑[21]。”

疑难案件说虽然存在其合理性，但是也存在问题。诚然，以刑释罪理论在疑难案件中能明显发挥作用，但并不意味着在其他案件中就不存在。不能因为其在疑难案件中显露出来，在其他案件中隐身就否定其存在，更不能因此将以刑释罪理论的适用局限于疑难案件中。在法学三段论中，不管是在规范前提方面，还是在事实前提方面，都有可能出现法律适用的不确定性[22]。也就是说，法官即使是在审理普通案件时，应当适用的法律规范和案件事实之间的择取都具有一定的复杂性。在这类普通案件中，以刑释罪理论的第一个辅助功能一直在发挥其作用，只不过第二个纠偏功能没有触发而没有显露在众人视野之中。有学者对此进行了实证考察，他得出的结论是：“通常被认为仅存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。它在常规案件刑事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[23]。”总而言之，不宜将以刑释罪理论的适用范围局限于疑难案件之中。

### 3.2.2. 竞合适用说

徐松林教授则认为，以刑释罪主要发生在法条竞合与想象竞合领域。他指出，以刑制罪的法律依据是刑法条文中规定的以“刑”之轻重来选择、确定罪名。郑延谱教授则明确指出，以量刑反制定罪理论应该基本否定，除想象竞合犯与牵连犯之外，量刑不能反制定罪。

首先，竞合犯指的是法条竞合犯和想象竞合犯。在法条竞合的情况下，如只按照特别法优于普通法的原则处理，就有可能导致罪刑不相适应的情况发生。例如：在废除嫖宿幼女罪之前，如何处理其与奸淫幼女类的强奸罪之间的关系成为了一道司法实务难题。传统上一般认为，两罪是完全对立的关系，所以分离出去的嫖宿幼女行为就不再符合奸淫幼女罪的构成要件，那么对嫖宿幼女的行为就不能再以强奸罪追究刑事责任。然而，这一思路会造成“无论嫖宿幼女行为产生了什么样的后果，对其所能科处的刑罚均低于加重型强奸罪”的不良后果。但采用“以刑释罪”，则可以较为圆满地解决这一问题：将奸淫幼女行为分为三种类型，对于与幼女发生性交行为的一般情况，适用刑法 236 条第 2 款，在 3 年以上 10 年以下有期徒刑宣告法定刑，且从重处罚；对于与卖淫幼女发生性交行为的一般情况，则适用嫖宿幼女罪，科处 5 年以上有期徒刑；对于与幼女发生性交行为且具备刑法 236 条第 3 款的加重情节之一的，就可以适用 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑[9]。这样一来，无论是认为这两罪之间是想象竞合还是法条竞合关系，就都可以得出上述结论。

总之，在竞合犯领域，根据罪刑相适应原则已经形成的现有的处理规则是应当优先适用的，但是鉴于立法缺陷或立法技术所致，有时根据从一重罪处罚或根据特别法条处罚的竞合理论裁量案件会违反罪



刑相适应原则。那么,当根据竞合理论解决案件定性存在困难时,就需要借助以刑释罪解决问题。然而,诚如前文所述,无论是竞合案件还是疑难案件都只是以刑释罪理论适用的特殊情形,不能以此将其局限在这两种范围之内。

### 3.2.3. 全面适用说

支持全面适用说的学者认为以刑释罪的适用限于疑难案件或者竞合案件的情形并不科学,也不符合以刑释罪产生的经过。如前文所述,以刑释罪是从裁判过程中提炼出来的逻辑思维方法,每个案件中都有其身影存在,所以以刑释罪的适用对象应当是全部范围,案件裁判应当全面适用以刑释罪理论。以刑释罪理论的适用并不“变态”,而应当“常态”化,其适用范围也不应当人为限定,这是不符合以刑释罪理论的产生规律的。以刑释罪和以罪制刑都是罪刑关系的表达,不应当区别对待。以罪制刑和以刑释罪作为罪刑关系的实践适用模式,应当同时具有适用范围的普遍性和功能上的互补性,以维持完整的罪刑关系及其实践模型,保证社会危害性与人身危险性及其背后的公正与功利的有机呼应。以刑释罪不能仅作为以罪制刑的一种特定补充或特例情形,也不能被视为补充性的刑事司法思维方式或使用方法。否则,以罪制刑的教义化将寸步难行,甚至导致罪刑关系研究范式与体系的内部结构缺乏完整性和对称性[12]。如果以刑释罪也像特别减轻条款一样束之高阁,作为特别程序加以适用的话,那么其作用也会大打折扣,成为特别减轻条款的“制度替补”。

以刑释罪理论有其“常态”的辅助功能和“变态”的纠偏功能,当个案正义,量刑公正之时,纠偏功能不会触发,但是当个案不正义,量刑不公正时,纠偏功能便会触发,以实现个案正义。普遍性由特殊性构成,特殊性中蕴含着普遍性。要实现普遍正义,自然是要从实现每一个个案的正义开始,这也是法院审判的目标。一百年前沈家本就司法裁判提出了司法公正的准则,即司法裁判应该“裁之以义而推之以仁”。也就是说,不仅要符合公义,而且还要充满仁怀。中共中央的《关于推进全面依法治国的决定》也非常明确地提出我们要实现良法善治,司法公正的根本要求就是“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”,也就是说要实现个案正义与具体法治[24]。如果为了所谓的普遍正义反对以刑释罪理论,限制其适用,放任个案量刑不公,真正的普遍正义也是难以实现的。只有在每一个个案中实现公平正义,才能真正求得普遍正义。有人会质疑当以刑释罪的纠偏功能触发之时,可能会有同案异判现象。以刑释罪的纠偏功能触发意味着本案具有着特殊性,与一般案件不同,那么就没有所谓的“同案”的说法。疑难案件说和竞合适用说都有些狭隘,并且会受到学者批评,认为这是为某些案件寻找出罪的理由,会突破罪刑法定原则。因此,将以刑释罪的司法逻辑运用于每一个案件的审判过程中,将有利于以刑释罪理论的常态化。

## 3.3. 以刑释罪之适用控制

“技术拙劣的工人抱怨自己的工具”,当产生错误之时,错误的不是使用的工具本身而是使用工具的人。以刑释罪理论是作为辅助犯罪构成解释的工具存在的,不应招致批驳,真正应当批驳的对象是以刑释罪理论工具滥用的现象,而不应当简单地否定以刑释罪理论的根本。对于这种存在的和可能存在的滥用现象,我们应当对以刑释罪的适用加以控制,而非否定理论本身。具体的适用控制应分为司法者自我控制和外部的程序控制两类,仅仅靠司法者的自我克制是不足以达到规范适用的目的的,只有在自我克制的基础之上再加上外部的一些程序性控制,才能有效实现以刑释罪理论的规范适用。有了合适的辅助工具,再加上合适的适用方法,才能真正实现以刑释罪的理论价值。

### 3.3.1. 以刑释罪之自我控制

自我控制指的是司法者的自我控制,要求其在审判的过程中,利用以刑释罪理论工具之时应当遵循



罪刑法定原则，要在法规范以及对法规范的适用所形成的的教义学规则的范围内进行裁判。以故意毁坏财物罪为例，将毁坏进行扩张性解释，认为毁坏不仅限于物理上的变更或者消灭财物的形体，也包括丧失或者减少财物的效用的一些行为。这是可能的语义。再以强奸罪为例，如果将强奸的对象进行扩张性的解释，认为强奸的对象不仅限于妇女，幼女，还包括男性，那属于类推解释，是超出了词语的可能语义的。法官不能因为强制猥亵罪的量刑比强奸罪的量刑低，认为强奸男子的行为定罪量刑过轻而做出超出可能语义的范畴，在文义射程范围之外的解释是不符合罪刑法定原则的基本要求的。法官应当有自我控制的意识与行为，这里主要是“不作为”。法官在审判时不可避免地会受其价值观影响，将价值判断融入审判实践活动之中，这是合情合理的。但是，法官也应当认识到自己的法感情，分析这种法感情，从而控制这种法感情。适当的法感情可以实现形式理性与实质理性的协调，泛滥的法感情会使得理性崩塌。

### 3.3.2. 以刑释罪之外部程序控制

司法者的自我控制对司法者提出了极高的要求，很难真正解决以刑释罪理论的滥用问题。所以，除了内部的司法者的自我控制之外，还需要外部的程序性控制。正如三权分立原则是用权力限制权力一样，用他人的主观来限制裁判者的主观是一个防止恣意的好方式。哈贝马斯的法律商谈理论认为法的合理性不在于孤独的主体性，而在于交往中多视角的主体间性，法律合法性最终依赖于一种交往的安排，作为合理商谈的参与者，法律同伴必须有可能考察一有争议的规范是否得到或有无可能得到所有相关者的同意。也即法官在审判过程中，除了要遵照自己内心的法感情，而且还需要与其他的参与者进行协商，从而得出可欲的裁判结果。具体而言，在程序控制上，其认为判例式的案例指导制度、推进司法文书的改革、实行判决公开，尤其是求法官在裁判文书中公开判决理由，有利于控制以刑释罪的逻辑思维的适用[12]。惠州版的许霆案中，审判长万翔对判决书的撰写花了很大心思，其谈到“我们都参与了讨论”。不仅如此，他还多次征求业内专家、市中院法官的不同意见和观点，最后才形成此文。该万字长文判决书，除对罪名与量刑进行充分的说理外，文末还标注了具有法官个人色彩的“最后的说明”。此外，判决书中的诸多表述将“本院”改述为“我们”，与常见的裁判文书风格迥异。这是一个非常好的以刑释罪理论适用的实践范例，法官万翔的自我控制能力是非常优秀的，但即使是有了如此优秀的自我控制的基础之上，万翔法官也还是采取了一些外部程序控制的手段，比如协商，征求专家意见，上级法院法官意见等等，这是一个很好的探索。总结惠州许霆案的经验，笔者认为外部程序控制不仅需要判例式的案例指导制度与判决理由公开制度，还可以积极利用现有的合议庭制度，组织听证制度和上级法院的监督等。

## 4. 余论

以刑释罪理论不仅适用于司法领域，还适用于立法领域，这应该是一个有较小争议性的话题。立法过程中必然涉及到对于罪刑均衡问题的考量，在穷尽所有解释技巧都不能解决量刑不公时，就要求助于司法解释或者立法的修改。解释论与立法论都是解决问题的手段，但是立法论应是最后手段，应当有节制地使用，应当尽可能保障法的安定性，这是国民可预测性的前提与基础。法律一旦朝令夕改，法就会变得深不可测。国民无法预料明天的法律会是怎么样的，在今天的行动中就会诚惶诚恐，畏首畏尾，如此法的权威性也就不复存在了。在徐州铁链女案发生后，很多学者都主张修法，认为现在有关拐卖的刑法规范会造成量刑畸轻，主张应当提高收买被拐卖妇女罪的法定刑，但是车浩教授认为批评法律不能位于解释法律的使命之前，现行《刑法》第 241 条并没有绝望到穷尽解释也无法解决的不正义程度。现代社会新型案件高发和立法滞后，这是不得不承认的事实，以刑释罪理论无论在司法领域还是立法领域都有其适用的事实也应当承认，我们要做的只是在其适用出现问题时提出解决办法，而不是一味地去否

定其理论适用。任何一种理论都不是完美无缺的，使用者和使用方法都会影响理论适用效果的好坏。

## 参考文献

- [1] 高艳东. 量刑与定罪互动论: 为了量刑公正可变换罪名[J]. 现代法学, 2009, 31(5): 166-176.
- [2] 梁根林. 现代法治语境中的刑事政策[J]. 国家检察官学院学报, 2008(4): 152-160.
- [3] 徐松林. 以刑释罪: 一种可行的刑法实质解释方法——以对“组织卖淫罪”的解释为例[J]. 法商研究, 2014, 31(6): 71-81.
- [4] 余文唐. 化解罪刑失衡之解释学路径综合型“以刑议罪”探微[J]. 法律适用, 2011(6): 90-94.
- [5] 姜涛. 批判中求可能: 对量刑反制定罪论的法理分析[J]. 政治与法律, 2011(9): 120-129.
- [6] 王华伟. 误读与纠偏: “以刑制罪”的合理存在空间[J]. 环球法律评论, 2015, 37(4): 49-62.
- [7] 冷枫, 阴建峰. “以刑制罪”裁判模式的理论透视与运用规则[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版), 2021, 48(5): 29-37.
- [8] 孙海波. “后果考量”与“法条主义”的较量——穿行于法律方法的噩梦与美梦之间[J]. 法制与社会发展, 2015, 21(2): 167-177.
- [9] 陈昊明. “以刑释罪”——一种新的刑法解释方法? [J]. 政法论坛, 2021, 39(3): 152-163.
- [10] 宋保振. 后果导向裁判的认定、运行及其限度——基于公报案例和司法调研数据的考察[J]. 法学, 2017(1): 128-140.
- [11] 叶良芳. 量刑反制定罪: 实践和理论的双重批判[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2018, 20(1): 84-93+147.
- [12] 林嘉珩. “以刑制罪”的阐释与纠偏——兼论“以刑制罪”的控制机制[J]. 刑事法评论, 2019(1): 347-364.
- [13] 余文唐. 罪刑确定之司法路径——“四步循环”模式构想[J]. 法律适用, 2011(1): 78-84.
- [14] 袁博. 论“以刑制罪”思维的教义反思与司法适用——以“温岭虐童案”的执法思路为切入点[J]. 犯罪研究, 2013(1): 39-48.
- [15] 高艳东. 从盗窃到侵占: 许霆案的法理与规范分析[J]. 中外法学, 2008(3): 457-479.
- [16] 张明楷. 许霆案的刑法学分析[J]. 中外法学, 2009, 21(1): 30-56.
- [17] 耶林. 法权感的产生[M]. 北京: 商务印书馆, 2016: 51.
- [18] 苏力. 法条主义、民意与难办案件[J]. 中外法学, 2009, 21(1): 93-111.
- [19] 白建军. 罪刑均衡实证研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 467.
- [20] 赵运峰. 以刑制罪基本问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 205-219.
- [21] 赵运峰. 以刑制罪司法逻辑的功能探析[J]. 河北法学, 2014, 32(4): 78-84.
- [22] 齐佩利·乌思. 法学方法论[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 145.
- [23] 周建达. “以刑定罪”的实践样态及其分析——以 Y 市法院的实证考察为基础[J]. 环球法律评论, 2015, 37(1): 20-40.
- [24] 车浩, 陈兴良, 梁根林, 劳东燕, 江溯, 李世阳, 刘卫东. 从气枪案谈非法持枪罪北大冠衡刑事法治沙龙之三[J]. 刑事法判解, 2019, 20(2): 169-207.