



论审判视野中罪刑关系的实现模式*

聂立泽

提 要：在中国刑事司法实践中，罪刑关系的确认除了常规的单向的“以罪制刑”的模式外，同样存在着特殊的“以刑制罪”的逆向模式。即审判中的罪刑关系从整体上存在着一种互动性与辩证性，通过对刑事审判中罪刑关系及其实现模式的梳理，把罪刑关系的实现模式归纳为“先罪后刑模式”、“罪刑同步模式”、“罪刑倒置模式”三种形式。只有科学地理解与适用这些罪刑模式，才能真正地贯彻罪责刑相适应的刑法基本原则，实现司法公正。

关键词：刑事审判；罪刑关系；罪责均衡；实现模式

在大陆法系中，定罪与量刑在程序上是不可分离的，刑事法庭通过一个连续的审理程序，既解决被告人是否构成犯罪的問題，又解决有罪被告人的量刑問題。与英美法不同的是，大陆法国家不存在陪审团与法官在司法裁判上的分权机制，刑事法庭无论是由职业法官组成还是由法官与陪审员混合组成，都对事实问题和法律适用问题拥有完全相同的裁判权，这就使得定罪問題与量刑問題成为不可分离的裁判对象。这种模式就是定罪与量刑一体化模式。^[1]很显然，中国的审判模式就是典型的一体化模式。一般认为，中国刑事审判在罪刑关系的确立中，其特点是既定性又定量，先定性后定量，定性决定着定量，即所谓的“以罪制刑”。但是，经过深入思考，不难发现，事实上，在定性与定量，即罪刑的关系上，两者并不仅仅表现为决定与被决定的关系，在特定情况之下，罪决定于刑，而非刑决定于罪。^[2]由此可知，

* 作者聂立泽，男，中山大学法学院副教授，武汉大学法学博士，中国人民大学法学博士后，研究领域为刑事法学，代表作有《刑法中主客观相统一原则研究》、《走进刑法——中国刑法基本理论研究》，《港澳与内地刑事法律比较及刑事司法协助研究》等。E-mail: drnlz@yahoo.com.cn

[1] 陈瑞华：“定罪与量刑的程序关系模式”，《法律适用》2008年第4期，第2页。

[2] 本文讨论问题的范围限定在审判过程之中，事实上，在罪刑关系的理解上，如果从刑法立法的角度来

审判中的罪刑关系从整体上存在着一种互动性与辩证性。本文以此为着眼点，就刑事审判中罪刑关系及其实现模式作以梳理，把罪刑关系的实现模式分为“先罪后刑模式”、“罪刑同步模式”、“罪刑倒置模式”三种形式，以期形成司法共识，并利于实现裁判统一的目标。现分述于后。

一、“先罪后刑”模式

所谓“先罪后刑”模式，是指通常情况下，在定罪与量刑的过程中，首先对行为是否构成犯罪以及构成何罪进行判断，待罪名确定后再根据各种量刑情节考量刑罚的具体适用。这是一种常见的定罪量刑模式，例如，在司法实践中，对于行为究竟是构成贪污罪或者是挪用公款罪，是猥亵妇女罪还是强奸罪，是盗窃罪还是侵占罪，是故意杀人罪未遂还是故意伤害罪，如此等等，都是典型的先定罪后量刑的情形。因为，在上述情况下，不先定罪的话，根本无法确定刑罚的适用问题，上述情形此罪与彼罪的法定刑相差悬殊，除非在没有充分的证据证明构成重罪时，才可以根据“罪疑惟轻”的原则，定为轻罪，从而按照轻罪的法定刑来确定刑罚的适用，譬如，当无法证明行为人主观方面究竟是贪污的故意抑或是挪用的故意时，就得按照挪用公款罪定罪而后处罚。

从整个审判结果来看，这种模式从广义上还可复分为三种情形：一是定罪量刑情形（有罪处刑），二是定罪免刑情形（有罪免刑），三是不构成犯罪情形（无罪无刑）。由于这种罪刑模式是最为普遍、常见的一种，此不详述。但是，值得注意的一个问题是，如何科学理解刑法第13条中“但书”在审判中的地位与性质问题，也即适用“但书”的情形与犯罪构成的关系问题。质言之，有的认为，当行为的社会危害性处于罪与非罪的临界线的情况下，如果根据“但书”不认为该行为构成犯罪时，行为已经完全符合某个特定的犯罪构成，只不过在危害性的量上不符合犯罪的规格。而有的则认为，当行为危害性较小，且根据“但书”规定不认为是犯罪时，该行为并不符合犯罪构成。换言之，前者认为在犯罪构成之外还有一种因素——行为社会危害性的大小制约着罪与非罪的认定。笔者不赞成第一种观点，认为第二种观点是正确的。进而认为，认定罪与非罪的标准只有一个，即犯罪构成，根据“但书”规定，之所以不认某行为是犯罪，是因为该行为在客观方面并不符合犯罪构成要件。

二、“罪刑同步”模式

所谓“罪刑同步”模式，是指在审判过程中，对行为是否构成犯罪以及构成何罪进行判断的同时，对该罪的法定刑业已一并进行考量的特定情形下罪刑关系的确定方式。这种罪刑确立模式，主要是由立法上的规定而形成的，涉及刑法分则中多个罪名，此类型的犯罪分布较广，包括生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪，欺诈发行股票、债券罪，违规披露、不披露重要信息罪，妨害清算罪，隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务报告罪，虚假破产罪，假冒专利罪，销售侵权复制品罪，损害商业信誉、商品声誉罪，虚假广告罪，串通投标罪，过失致人重伤罪，强迫职工劳动罪，出版歧视、侮辱少数民族作品罪，非法剥夺公民宗教信仰自由罪，侵犯少数民族风俗习惯罪，侵犯通信自由罪，盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪，伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪，非法生产、买卖警用

看，也是“刑”决定于罪的，即如果某种行为的社会危害性很小，其“刑罚”量也很小时，一般就不会加以犯罪化的。当然，表面上看，是社会危害性大小决定犯罪化与否，实质上，从刑罚的本质所体现的报应性来看，刑罚本身就是对社会危害性的一种回应，因此，刑罚与社会危害性在此具有比例性与一致性。

装备罪，非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪，扰乱无线电通讯管理秩序罪，聚众扰乱社会秩序罪，非法集会、游行、示威罪，非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪，破坏集会、游行、示威罪，侮辱国旗、国徽罪，妨害国境卫生检疫罪，医疗事故罪，阻碍军人执行职务罪，阻碍军事行动罪，违法发放林木采伐许可证罪，环境监管失职罪，传染病防治失职罪，等等。

纵观这种罪确定刑模式，不难发现其有以下三个特征：

首先，定罪情节与量刑情节完全竞合。这是此类犯罪的突出的特征。根据法律规定，在通过对危害行为或者其后果是否严重、情节是否严重来判定是否构成犯罪的同时，也就是对该行为及其情节应当适用的刑罚的考量。定罪与量刑是同时进行，同步完成，甚至定罪情节与量刑情节也是完全一样的，比如，刑法第 221 条规定的损害商业信誉、商品声誉罪就是适例。法条规定，“捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”在司法实践中审判该类案件时，必须认定危害行为的情节是否严重，而认定情节严重的存在同时包括严重的程度，由此可知，“情节严重”既是定罪情节，也是量刑情节。

其次，这种罪刑同步模式所适用犯罪在立法上一般表现为情节犯，而且只有一档法定刑。一般情况下，这些罪的最高法定刑也比较轻缓，其犯罪形态只有一种，即要么构成犯罪，且为既遂，要么情节显著轻微（包括犯罪学意义上的犯罪未遂情形），不构成犯罪。这里仅以刑法第 222 条规定的虚假广告罪为例来加以分析。法律规定，“广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”根据 2010 年 5 月 7 日最高人民检察院、公安部制定的《最高人民检察院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》中第 75 条的规定，“涉嫌下列情形之一的，应予追诉：（1）违法所得数额在十万元以上的；（2）给单个消费者造成直接经济损失数额在五万元以上的，或者给多个消费者造成直接经济损失数额累计在二十万元以上的；（3）假借预防、控制突发事件的名义，利用广告作虚假宣传，致使多人上当受骗，违法所得数额在三万元以上的；（4）虽未达到上述数额标准，但两年内因利用广告作虚假宣传，受过行政处罚二次以上，又利用广告作虚假宣传的；（5）造成人身伤残的；（6）其他情节严重的情形。由此可见，只有情节严重才构成犯罪，如果情节较轻，比如违法所得数额不足十万元的，或者给单个消费者造成直接经济损失数额不足五万元的，达不到追诉标准的入罪门槛的要求，就不能以犯罪论处。^[3]

最后，适用同步罪刑关系模式的犯罪，基本上属于法定犯的范围。法定犯，亦称人定犯，是意大利犯罪学家加罗法洛最早提出的一种相对于自然犯罪的犯罪类型，是指由于特定法律的规定始被认为是危害社会的犯罪行为。法定犯最典型的特征在于其具有双重违法性，即法定犯既违反行政刑法规范又触犯刑法规范。从我国刑法立法规定来看，大多数经济犯罪与扰乱社会秩序犯罪都属于法定犯。其中法定刑较轻的犯罪，尤其是只有一档法定刑的犯罪，

[3] 需要澄清的问题是，情节犯是否存在未遂？笔者认为，答案是否定的。但是，也有司法解释似乎持肯定意见，如 1997 年 11 月 4 日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》中指出，“盗窃未遂，情节严重，如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的，应当定罪处罚。”1996 年 12 月 24 日最高人民法院《关于审理诈骗案件具体适用法律的若干问题的解释》的规定，“诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚。”由此是否可以得出在情节犯的范畴内，也存在未遂呢？请再看 2000 年 11 月 10 日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体适用法律若干问题的解释》中所指出，“交通肇事致 1 人以上重伤，负事故全部或者主要责任，并具有下列情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚：（六）为逃避法律追究逃离事故现场的。”事实上，如果已经构成了交通肇事罪，又有了“逃逸”的情节，根据刑法第 133 条的规定，就要承担加重法定刑的责任。如果采取前两个司法解释的思路，该种情况也属于“未遂”了。但是，该司法解释径直把该种情形纳入到基本犯的既遂当中，视为既遂的一种，因此，这事实上就是对情节犯不存在未遂的法理的科学应用与具体诠释。

这些犯罪本身也是行政违法行为，所以，如果达不到刑法规定的情节严重的程度，不属于犯罪（未遂），只能以行政违法来处理。

此外，需要补充说明的问题是，以上“罪刑同步模式”下，事实上犯罪情节与量刑情节完全竞合，是否有悖于“禁止双重评价”规则呢？笔者认为，并不违背。理由主要在于，此类犯罪属于情节犯、法定犯，且只有一档法定刑，同时，法定刑幅度也不大，因此，如上所述，该类犯罪没有未遂犯、预备罪的存在，因为其未遂、预备均属情节显著轻微的行为，其犯罪起点就是以既遂标志的，而既遂的标准也就完全与入罪门槛竞合，同时，入罪门槛本身也是最低量刑情节，由此可见，在入罪门槛这一点上，定罪与量刑情节完全一样。不过，一旦情节超过了入罪门槛，量刑时仍然以此为依据确定刑罚的轻重的，但是，此时的对量刑情节的考察同时也包含了定罪情节，这是法定犯的特征所决定的。

三、“罪刑倒置”模式

所谓“罪刑倒置”模式，是指在特定情况下，主要是指在犯罪竞合形态下，在最终确定罪名前，首先要分别对行为所涉及到的各个罪名的法定刑的轻重作出比较，再根据处理犯罪竞合的刑法通说理论或者法定的具体规则，确定应当适用的罪名的情形。罪刑倒置模式之所以有其存在的空间，主要在于犯罪行为的错综复杂性，以及我国刑法在实质正义的理念的支配下，在定罪与量刑过程中就要实现罪与刑之间的均衡，这样，在一些场合，为了达到实质公平正义，定罪只能迁就量刑，以某种合适的刑罚所对应的罪名来定罪。这里主要以下常见的几种情形来说明。

1. “从一重处”的罪刑模式

这种模式以刑法理论中的想象竞合犯、牵连犯以及在竞合犯的定罪与处罚选择模式最为典型。

（1）想象竞合犯的罪刑模式。所谓想象竞合犯，是指行为人实施一个行为，出于数个罪过，触犯了数个罪名，刑法理论通说主张按照“从一重罪处断”的特殊犯罪形态。^[4]从对这种犯罪形态处理的结果来看，最后的确定的罪名是以该行为所触犯的数罪名中量刑最重的罪名来为准的。所以，完全有理由认为，在刑事审判中对想象竞合犯确定适用罪名时，是刑决定罪，而不是罪决定刑。^[5]

（2）牵连犯的罪刑模式。所谓牵连犯，是指在实施犯罪过程中，手段行为或者结果行为又触犯了刑法规定的其他罪名，根据刑法理论上的通说，对该种情形按照“从一重重处断”的特殊犯罪形态。与想象竞合犯颇为相似，通说认为这种情形不必数罪并罚，按照其中重罪再从重处罚即可。由此可见，在处罚原则上，牵连犯与想象竞合犯略有区别，即多了一个从重处罚的要求。其定罪模式与想象竞合犯相同，也是“以刑制罪”模式。正是由于两者颇为接近，同时存在似无必要，因此，我国台湾地区刑法中已经将牵连犯的概念予以废止。

（3）再竞合犯的罪刑模式。所谓再竞合犯，也可以称之为复杂的、多倍的竞合犯，指的是某种犯罪行为同时符合两种或者两种以上竞合犯的情形。例如，一种犯罪行为，既是想象竞合犯，同时又是牵连犯，那么，我们就称之为想象竞合犯与牵连犯的竞合犯，由于这种情形是在两个竞合犯的基础上的再次竞合，所以，是再竞合犯。^[6]提出再竞合犯是基于该

[4] 当然，有的立法中直接规定想象竞合犯的处罚原则，如我国台湾地区刑法第 55 条规定，“（想象竞合犯）一行为而触犯数罪名者，从一重处断。”

[5] 当然，这是从宏观上处理想象竞合犯的角度来看的，就微观而言，在确定想象竞合犯触犯各罪的法定刑的轻重时，则仍然是先确定罪名，后判断刑罚的适用。由此进一步说明了罪与刑的互动与辩证关系。

[6] 参见聂立泽：“刑法基本理论在经济犯罪中的适用问题研究”，载赵秉志主编：《刑法评论》第 14 卷，

种情况的客观存在，也是笔者试图在刑法理论精细化理念指导下对刑法理论的创新性思考，目的在于解决牵连犯与想象竞合犯两者竞合时，避免选择处罚原则上可能产生的冲突。如前所述，想象竞合犯按照“从一处断”原则，而牵连犯则按照“从一重重处断”原则，笔者提出这样的新概念同时，也提出了再竞合犯的处罚原则——“从一重处断”。当然，这里不是指从一重罪处断，而是比较牵连犯与想象竞合犯的处罚原则孰轻孰重之后，认为牵连犯处罚更重一些。所以，当某种行为同时符合想象竞合犯与牵连犯时，应当选择牵连犯的处罚原则。很显然，这种复杂的竞合犯的处罚原则，最终还是采用某一简单的竞合犯的处罚原则，因此，其中的罪刑关系与上述竞合犯基本一致，也表现为“刑决定罪”的模式。

2. 法条竞合犯的罪刑模式

所谓法条竞合犯，是指某种行为同时符合数个具有重合关系的犯罪构成的犯罪形态。日本学者板仓宏认为：“有一个行为外观上似乎符合数个构成要件，但实际上适用其中一个构成要件，排除其它构成要件的适用情况，这是法条竞合。”^[7]一般认为，法条竞合包括完全的竞合（包容性的竞合）与交叉竞合两种情形。前者如刑法第 266 条规定的诈骗罪与第 224 条规定的合同诈骗罪两者之间关系就是适例，后者如合同诈骗罪与信用卡诈骗罪两者之间也为适例。^[8]

在包容性法条竞合中，“特别法优于普通法”的规则早已成为刑法理论通说，不过，在特殊情况之下，这一规则也有例外。具体而言，根据刑法第 149 条第 2 款的规定，“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第一百四十条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”据此特别规定，某种行为即便是构成了特定的生产、销售伪劣产品罪，比如行为人生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪，造成严重后果的，已经构成了生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪，同时，假定其销售金额超过 50 万元，又根据刑法第 140 条的规定，则其法定刑为 7 年以上有期徒刑，而生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪的最高法定刑只为 3 年有期徒刑，所以，此时，就不能以生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪定罪处罚，而只能以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

对于交叉型法条竞合的罪刑关系，这里以一个司法实例来加以说明。某被告人冒充国家机关工作人员而骗得被害人与之结婚，同时还骗取被害人之父 9.8 万元的款项，公诉机关遂以招摇撞骗罪起诉。在审判过程中，法院却将罪名改变为诈骗罪。笔者认为，事实上，本罪的情形无疑属于招摇撞骗罪，公诉机关起诉罪名也是准确的。但是，该行为究竟应定何罪，还要根据该行为所涉及的法条之间的关系以及刑法的基本原则来加以综合考量才能得出结论。按照通说，诈骗罪与招摇撞骗罪之间属于交叉法条竞合关系，在交叉范围以内应当坚持“特别法优于一般法”规则，在交叉范围以外，则应当根据罪责刑相适应的基本原则，决定罪刑关系。法院审理认为，一方面，根据刑法第 279 条规定的招摇撞骗罪，“冒充国家机关工作人员招摇撞骗的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，

北京：法律出版社，2008 年，第 260 页。

[7] 参见马克昌：《比较刑法学原理》，武汉：武汉大学出版社，2002 年，第 766 页。

[8] 不过，在笔者看来，在中国刑法理论中长期形成的由犯罪客体决定犯罪性质及其分类的前提下，刑法分则各章的犯罪属性各不相同。因此，跨越刑法分则各章的界限来谈法条竞合问题，是不够科学的。而这种做法只能是从立法技术上对该罪的分立及其嬗变上找到一条径路，由于分立以后的罪虽然从外观上与原来的类罪有“血缘”关系，但是，在罪刑法定原则之下，分立后的各罪已经有了自己新的“国籍”（属性），从法律规范层面来看，与“母罪”没有关系了。好比一个国家的母子两人，当儿子一人单独加入外国国籍而失去原来的国籍后，从法律上来看，尽管母子关系未变，但是，其两人已不是一个国家的公民了。笔者主张，该种情形由于犯罪性质的改变，不宜以法条竞合来描述其间的关系。据此，刑法第 140 条所规定的生产、销售伪劣产品罪与第 141-148 条所规定的各罪之间才是真正的包容性法条竞合关系。而合同诈骗罪与信用卡诈骗罪之间由于同属于分则第 3 章的经济犯罪范畴，两者之间属于交叉型法条竞合关系。

处三年以上十年以下有期徒刑”，而何谓情节严重，因无司法解释，难以认定。另一方面，根据刑法第 266 条关于诈骗罪的规定，“数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”，同时，根据 1996 年 12 月 24 日最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的规定，个人诈骗公私财物 3 万元以上的，属于“数额巨大”。因此，如果按照招摇撞骗罪定罪，最高法定刑为 3 年有期徒刑，如果按照诈骗罪来定罪，其法定刑为 3 年以上 10 年以下有期徒刑。而综合该案情形，判处 3 以下有期徒刑又显得过轻，有悖罪责刑相适应原则。最后，法院以诈骗罪判处被告人 6 年有期徒刑。^[9]

3. “隐形的转化犯”罪刑模式

通常情况下，转化犯是法律明确规定的，在特定情况下由轻罪转化为重罪的情形。如刑法第 247 条规定的刑讯逼供罪与暴力取证罪就是典型的转化犯，该法条规定，“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚”。然而，在法律没有特别规定的情况下，如果不以“转化犯”来处理，就有失司法公平，此时，就应当根据罪责均衡的刑法基本原则来定罪处罚。这里以强迫交易罪为例来说明。根据刑法第 226 条规定，以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。由此可知，本罪与故意伤害罪、故意杀人罪等侵犯人身权利犯罪有一种交叉关系，当本罪的暴力手段致人死亡、重伤时，如果主观上也是故意，就不能以本罪论处。也就是说，本罪的暴力手段应当以轻伤为限。因为，本罪的法定最高刑是 3 年有期徒刑，与故意伤害罪（轻伤）的法定最高刑是一样的，本罪的最低法定刑是拘役，而故意伤害罪（轻伤）的最低法定刑是管制，同时，本罪还有“并处或者单处罚金”的规定。因此，当强迫交易导致轻伤以内后果时，本罪是重罪，按照本罪处理即可。但是，如果超出故意轻伤的限度，就只能认定为故意伤害罪或者故意杀人罪。由于法条上并没有对这种情形明文规定为转化犯，但其本质与转化犯并无不同，所以，笔者把此种情形称之为“隐形的转化犯”。很明显，这种情形也直接体现了“以刑制罪”的定罪模式。

此外，在司法实践中，由于事物的必然发展与法制的相对稳定性，司法者有时候不得不借用应受刑罚惩罚性来确定行为是否需要按照犯罪来处理。^[10]这一点，不论是在刑事审判中法院依照期待可能性理论，将没有期待可能性的行为人作无罪处理，抑或是在审查起诉阶段公诉机关作出的相应的酌定不起诉案件，都是刑事诉讼的流程中“刑决定罪”的适例。同时，除了在认定罪与非罪的界限时，存在“以刑制罪”，在认定此罪与彼罪时，同样存在着“以刑制罪”。正如有的学者指出，“刑从（已然的）罪生、刑须制（未然的）罪”的罪刑正向制约关系并非罪刑关系的全部与排他的内涵，在这种罪刑正向制约关系的基本内涵之外，于某些疑难案件中亦存在着逆向地立足于量刑的妥当性考虑，而在教义学允许的多种可能选择之间选择一个对应的妥当的法条与构成要件予以解释与适用，从而形成量刑反制定罪的逆向路径。^[11]

[9] 根据笔者的观点，该案中涉及的两罪也不属于规范意义上的交叉竞合，它们只能是在犯罪事实上的交叉关系。该案的处理是合法合理的，否则按照招摇撞骗罪定罪并处以较轻刑罚，显然违背了“禁止不足评价（Untermassverbot）”原则。参见林钰雄：《新刑法总则》，台湾：元照出版有限公司，2006 年，第 542 页。

[10] 参见王安胜：《罪刑关系互动性之研究：基于罪与非罪界限的分析》，西南财经大学硕士学位论文，2007 年，第 33 页。

[11] 参见梁根林：“许霆案的规范与法理分析——编者按”，《中外法学》2009 年第 1 期，第 5 页。

（初审编辑：陈毅坚）