

变更罪名实证研究

白建军*

内容提要:以最高法院示范性案例中的全部变更罪名案例为样本进行实证研究,可以发现其中存在几对实然关系。变更罪名未必都有失公正也不必然体现实体公正,择轻变更未必都有利于被告,合法的变更未必是合理的变更,变更罪名给法律适用带来的不确定性根植于现行法律和法理之中。对其进行法律解释学和犯罪定义学分析,将有助于对变更罪名现象的解读和限制。

关键词:变更罪名 法律解释 犯罪定义学 司法质量

一、问题说明

罪名是决定刑事责任的逻辑起点,而这个起点的确定有时却发生在刑事诉讼的最后一刻。事情开始了,同时也结束了。这里蕴含着一个问题:罪与非罪与此罪彼罪哪个问题更具前提性?如果没有证据问题,法官基于是否有罪的看法解决属于何罪的问题还是相反?一般认为,罪与非罪是前提,如果无罪便谈不上是何罪,其实未必。因为除了抽象与具体的认识规律以外,这里更涉及到刑事司法中变更罪名的正当性问题。本文所谓变更罪名是指刑事案件审理中法院对同样事实做出不同于一审控方指控罪名的罪名认定。作为一种不太常见的法律实践,变更罪名有两种可能的后果:一方面,同一法律事实被先后冠以不同的罪名,会诱发人们对罪刑关系确定性、唯一性、客观性的怀疑。如果这样,作为提高司法质量的一种努力,变更罪名现象至少应得到一定程度的控制。另一方面,法院另择罪名对被告行为做出评价,未必都不利于被告,至少理论上法院不是为了剥夺被告的辩解机会有意将其置于措手不及的境地而变更罪名。事实上,法院选择的罪名轻于最初指控罪名的案例也不少见。如果这样,对变更罪名问题一味否定又未免有些简单。所以,在决定对此事的态度之前,首先弄清以下问题是有意义的:变更罪名问题在司法实践中有多大规模?其分布和变化有何特征和规律?有多少变更罪名不利于被告?有没有对被告有利的变更?其比例关系如何?那些不利于被告的变更主要是由谁动议的?更重要的是,为了理性对待变更罪名问题,该如何把握其理论内涵?作为刑法评价的结果以及刑事责任分配的起点,罪名适用到底应当以及实际上在多大程度上具有唯一性、客观性?这些就是本文提出并试图讨论的问题。为此,本文将交替选用量化的实证分析方法和思辨的理论分析框架,所得结论将力求独立于个人价值取向或倾向性意见。

从变更罪名问题的现有研究中,我们可以看到两种主要倾向:否定说认为,变更罪名会构成对被

* 北京大学法学院教授。

本文为国家社科基金资助项目“刑事司法公正性实证研究”的阶段性成果之一。

告人辩护权的剥夺,违背审判活动的被动性原则,有违程序公正;〔1〕肯定说认为,变更罪名的权力内涵在裁判权中,与控方局限性有关,有助于节约司法资源、维护实体公正,〔2〕对此,学界已有不少系统梳理。〔3〕不难看出,否定说并未从实质上对变更罪名的法律根据视而不见,肯定说也没有从正面完全否认变更罪名给被告造成被动的可能性。可见,对这个问题的考察也许不限于程序法学一个视角。在实体上,刑事评价可以分为动刑、除刑、量刑、用刑四个不同位阶先后组成的过程:在动刑阶段,需要回答的问题是待评价的行为与某个罪名的罪状之间是否具有一致性,否则就不具有动刑的最初理由。在除刑阶段,需要回答的问题是评价对象是否因具备或不具备某个条件而排除其刑事责任,如果发现正当防卫、刑罚消灭、刑法效力等情形,也应放弃某个罪名的适用。在这之后,才可以考虑是否未遂、从犯等量刑问题以及是否具有被害过错等用刑问题。从这个意义上说,罪名的选用是整个刑事评价工序中的第一张骨牌,其次才是量刑轻重问题,深化其研究的意义显而易见。进一步看,尽管变更罪名在程序意义上的专断并不完全等同于实体意义上的定罪失准,但如果其规模、程度毫无控制,毕竟反映出刑事评价结果的某种不确定性、难以预测性。因此,为了提高司法质量,也应加强这个领域的研究。再者,在某个罪名与一定行为之间建立起一致性联系,这本身也是一种法律解释的过程,是法官向社会展示该如何理解某个刑事规范的过程。因此,为什么认同或不认同指控罪名,根据什么选择此罪名取代彼罪名,其中蕴涵着许多法律解释学的问题资源和解决这些问题的理论方法。变更罪名问题的研究,同时也是法律解释学研究。最后,法官将粘贴在评价对象上的某个罪名剥离下来以另一罪名取而代之,也是对同一行为赋予不同规范意义的评价过程。而犯罪定义学为这个过程的解释提供了一个理论框架,即犯罪定义的选择取决于被定义对象本身的客观属性还是定义者的主体性?总之,变更罪名问题可以被放在广阔、多元的理论场景下加以考察,蕴涵着丰富的探索空间。

二、数据调查

作为实证研究,本文所选的样本为“示范性案例”,即来自最高法院各业务厅、研究机构、出版单位、网站等权威机构公开发布、发表的全部真实判决。〔4〕所谓“示范性”体现在:第一,由于这些案件来自全国各地,由各地各级法院选送,具有对全国总体的代表性;第二,由于是最高法院各权威机构认

- 〔1〕 参见江晓阳:《评人民法院变更指控罪名权》,《人民检察》1999年第9期;汪建成、祁建建:《论诉权理论在刑事诉讼中的导入》,《中国法学》2002年第6期;左卫民、莫晓宇:《指控罪名不能更改之法理分析》,《四川大学学报》(哲学社会科学版)2000年第2期;徐国华:《法官变更罪名权与辩护权的衔接》,《律师世界》2001年第2期;张步文、杨加明:《不诉而审无弊而判:“虹桥”案审判中的败笔之作》,《中国律师》1999年第6期。
- 〔2〕 参见欧锦雄:《法院可以变更指控罪名的法理分析及立法研究》,《政法论丛》2001年第3期;夏珍珍:《法院拥有变更指控罪名权研究》,《甘肃政法成人教育学院学报》2004年第2期;蒋石平:《论法院拥有变更指控罪名权——兼评浙江虹桥案法院变更罪名程序》,《现代法学》2000年第3期;陈晶:《浅析刑事审判中的罪名变更》,《引进与咨询》2006年第2期;赵红星、张宇:《罪名变更问题研究》,《河北法学》2004年第9期。
- 〔3〕 参见陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社2003年版,第247页以下;万毅、刘沛:《再论罪名变更的法理基础及其模式选择——刑事一体化角度的思考》,《四川大学学报》(哲学社会科学版)2005年第3期;周国均:《关于法院能否变更指控罪名的探讨》,《法学研究》2000年第4期;程昊:《论诉审同一原则的标准——兼论法院变更指控罪名的模式》,《学术交流》2005年3月;李昌林:《诉判同一与变更罪名》,《现代法学》2003年4月;谢佑平、万毅:《法院变更指控罪名制度探析》,《人民检察》2001年第7期。
- 〔4〕 这些示范性案例来自:最高人民法院、最高人民检察院:《中国案例指导》(刑事行政卷2005年第1辑、2006年第1辑),法律出版社2005-2006年版;最高人民法院办公厅:《中华人民共和国最高人民法院公报》,人民法院出版社1985-2006年版;最高人民法院中国应用法学研究所:《人民法院案例选》(1998年第1辑、1992-1999年刑事卷合订本、2004年刑事专辑),人民法院出版社1998-2004年版;国家法官学院、中国人民大学法学院:《中国审判案例要览》,中国人民大学出版社、人民法院出版社1995-2004年版;《人民法院裁判文书选》,法律出版社2001-2006年版;最高人民法院网站 www.court.gov.cn;最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭:《刑事审判参考》,法律出版社1999-2006年版;最高人民法院刑事审判第二庭:《经济犯罪审判指导》,人民法院出版社2003-2005年版;最高人民法院审判监督庭:《审判监督指导——审判监督指导与研究》,人民法院出版社2001-2006年版。

可并公开的案件,因而具有对司法实践的指导性;第三,由于其中绝大部分案件属于生效判决,因而具有一定的有效性;第四,由于各地选送案件以及最高法院各单位选取案件时充分考虑到案件类型和性质的多样化,因而对学术研究而言具有一定的标志性;第五,由于是公开发布的案件,因而对公民行为而言具有相当的规范性、模范性和可预测性;最后,由于本研究从全部示范性案例中提取了其中全部变更罪名的案例,^[5]将抽样误差降低为零,因而具有研究依据上的准确性。

经过对变更罪名案例的反复观察、归纳,笔者从中提取出“变更率”、“变更结果”、“变更原因”三个概念,现将这三个概念的数据调查结果报告如下:

(一)变更率

本研究收集的示范性刑事案件的时间跨度为1997年10月以后到2005年9月以前的全部案例,共3077个。其中,属于变更罪名的案例有375个,占示范性案例总数的12.2%。尽管示范性案例具有相当的代表性,但我们尚无任何证据证明,这个比例可以直接推论到全国所有刑事案件的总体。可以肯定的是,当我们以8年来的全部示范性案例为基数时,变更罪名率大约为12.2%。也就是说,一审控方每提出10个指控罪名中,就有一个多一点被审判机关在最终裁决时做了变更处理。可以认为,变更率反映的是变更罪名的规模和普遍性程度,间接地显示出刑事司法的确定性程度。这个指标被控制在何种水平上是可以接受的,至今尚无公认的判断标准,但可以有条件地认为,变更率如果过高,司法质量则较差。另一个意义上的变更率是指,在全部变更罪名的案件中,哪些指控罪名被变更处理的概率较大。统计结果表明,抢劫罪被变更罪名的概率最大,占变更罪名案例的10.9%;其次是贪污罪,被变更的机会为9.3%;再次是绑架罪,被变更的机会为8%;然后是盗窃罪,被变更的机会为4.8%。在变更罪名的案件中,上述4类指控最容易被变更处理。

(二)变更结果

变更罪名的结果可以从质和量两个方面加以测量。在质的方面,变更结果又可以分解为变更方向和增加罪名两个指标。在变更方向上,数据库中可以观察到三种情况:一是变更后的罪名重于变更前的罪名即择重变更,二是变更后的罪名轻于变更前的罪名即择轻变更,三是变更前后的刑量完全相等即等量变更。^[6]结果发现:第一,择重变更的案例占变更罪名案例的21.1%。如由非法经营罪变更为诈骗罪,由非法持有毒品罪变更为运输毒品罪,由寻衅滋事罪变更为以危险方法危害公共安全罪,由销售假冒注册商标的商品罪变更为销售伪劣产品罪,由伪证罪变更为诬告陷害罪,由销售有毒、有害食品罪变更为投放危险物质罪,由公司企业人员受贿罪变更为受贿罪,由诈骗罪变更为抢劫罪或票据诈骗罪,由信用卡诈骗罪变更为金融凭证诈骗罪,由合同诈骗罪变更为集资诈骗罪,由过失致人死亡罪变更为故意伤害罪,由聚众斗殴罪变更为故意伤害罪,由故意伤害罪变更为故意杀人罪,由敲诈勒索罪变更为绑架罪,等等。其中不乏由一般犯罪变更为死罪(有死刑的犯罪)的情况。第二,择轻变更的案例占变更罪名案例的69.1%,在变更罪名实践中占绝大多数。如由贪污罪变更为职务侵占罪,由金融凭证诈骗罪变更为诈骗罪,由非法行医罪变更为医疗事故罪,由抢劫罪或故意伤害罪变更为寻衅滋事罪,由贪污罪变更为挪用公款罪或私分国有资产罪,由虚假出资罪变更为虚报注册资本罪,由组织卖淫罪变更为协助组织卖淫罪,由以危险方法危害公共安全罪变更为销售有害食品罪,由运输假币罪变更为持有假币罪,由非法制造爆炸物罪变更为危险物品肇事罪,由颠覆国家政权罪变更为煽动颠覆国家政权罪,由盗窃罪变更为侵占罪,由绑架罪变更为非法拘禁罪或者敲诈勒索罪,由抢劫罪变更为强迫交易罪,由生产、销售伪劣产品罪变更为假冒注册商标罪,由故意杀人罪变更为故意

[5] 考虑到共同犯罪案件中不同被告的法律问题、刑事责任都可能不同,因此,本研究的分析单位为被告人。

[6] 轻重的判断依据是具体罪名的法定刑的轻重,其计算方法可参见拙著:《罪刑均衡实证研究》,法律出版社2004年版。应当说明,法定刑轻重的比较是以罪名为单位还是以具体犯罪行为为单位仍需进一步研究。赵廷光教授在这个领域作出了巨大的艰苦尝试,参见赵廷光:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版。不过,由于本文讨论的是罪名的变更问题,因而其轻重比较仍以罪名的法定刑轻重为准。

伤害罪,等等。第三,等量变更的案例占变更罪名案例的9.7%。如由组织卖淫罪变更为强迫卖淫罪,由贷款诈骗罪变更为信用卡诈骗罪,由私分国有资产罪变更为私分罚没财物罪,由招摇撞骗罪变更为敲诈勒索罪,由抢劫罪、放火罪、投放危险物质罪变更为故意杀人罪,由票据诈骗罪变更为金融凭证诈骗罪,由玩忽职守罪变更为滥用职权罪,由提供虚假财务会计报告罪变更为出具证明文件重大失实罪,由妨害作证罪变更为辩护人伪造证据罪,等等。除了变更方向以外,变更前后是否增加了新罪名也反映了变更结果的性质。^[7] 结果发现,在所有变更罪名的案例中,有8.3%的案例属于未经指控而增添罪名的情况。其中也不乏死罪罪名,如走私武器、弹药罪、运输毒品罪、强奸罪,等等。

在量的方面,变更结果的概念可以表述为变更程度,并分解为变更范围和变更跨度两个指标:在变更范围上,样本中有两种情况:一是对指控的多个罪名只做部分变更,二是对指控的多个或一个罪名全部变更。其中,全部变更的比例越大,说明变更的程度越大。结果发现,部分变更的案例只占变更案例的10.4%,其余89.6%的变更都属于全部变更。在变更跨度上,样本中也有两种情况:一是变更的前后发生在刑法分则各章之内,二是变更的前后发生在刑法分则各章之间。其中,跨章变更的比例越大,说明变更的程度越大。结果发现,样本中在刑法分则同一章之内的变更占所有变更的45.6%,而跨章变更占变更总数的54.4%。可见,样本中变更罪名的程度较大。

本研究还将样本所在地区分为东北、华北、华东、华南、华中、西北、西南7个区域,并对各地区变更案例对变更总数的比例以及各自的变更方向做了比较。结果是,第一,所占比例由高到低的顺序为,华东(35.7%)、华中(20.3%)、华南(14.7%)、西南(9.9%)、华北(7.5%)、西北(6.7%)、东北(3.2%)。第二,择轻变更的概率(每百个变更中择轻变更的比例)从高到低前三名是,华南(75.5%)、华中(74.0%)、华东(72.5%),说明这三个地区的法院比其他法院更多地进行由重到轻的变更处理。第三,择重变更的概率(每百个变更中择重变更的比例)从高到低前三名是,东北(41.7%)、西北(36.4%)、华北(34.8%),说明这三个地区的法院比其他法院更多地进行由轻到重的变更处理。第四,变更前后轻重相等概率最高的是西南(20.0%)。

从以上变更结果的观测来看,绝大部分的变更(69.1%)是择轻变更;确有不少择重变更(21.1%);甚至还存在少数(8.3%)未经任何指控而平添罪名的情况;大部分变更都是全部变更(89.6%)和跨章变更(54.4%);各地区审判机关在变更罪名的方向、程度等方面参差不齐,并不平衡。^[8] 这些观测结果的意义复杂而多解:首先,择重变更以及新增罪名对被告而言显然意味着“双重危险”:他们不仅可能失去对最终罪名的辩解机会,而且这个突如其来的罪名还带来了更重的刑事责任。其次,不论择轻还是择重,从最初遭到指控到最终获罪,作为责任分配的逻辑起点,被追诉行为的实体性质处于一种多变的状态。以诈骗罪为例,样本中最初被控诈骗罪的案例最终有票据诈骗、贷款诈骗、合同诈骗、抢劫、挪用公款、擅自设立金融机构、职务侵占、行贿等8种变化,其中既有择轻又有择重。再次,即使在择轻变更范围内,同一种指控也有多种可能的结果:由绑架变为非法拘禁、强迫交易、敲诈勒索;由盗窃变为侵占、诈骗、职务侵占、转移赃物;由非法拘禁变为玩忽职守、侮辱、敲诈勒索;由非法制造爆炸物变为重大责任事故罪、危险物品肇事罪;由故意伤害变为过失致人死亡、过失重伤、寻衅滋事、强迫交易;由合同诈骗变为伪造公司印章、挪用资金;由集资诈骗变为诈骗、非法经营;由金融凭证诈骗变为诈骗、侵占;由挪用公款变为挪用资金、诈骗;由抢劫变为非法搜查、故意伤害、劫持汽车、强迫交易、故意伤害、寻衅滋事、妨害公务、过失致人死亡、非法侵入住宅、敲诈勒索、盗窃;由贪污变为职务侵占、妨害清算、诈骗、侵占、私分国有资产、挪用公款、公司企业人员受贿、挪用资金;由以危险方法危害公共安全变为销售有害食品、交通肇事、编造虚假恐怖信息;等等。其实,当我们说变更后的罪名

[7] 示范性案例库中也有减少罪名的情况,但本研究将其视为某种意义上的无罪处理,将另辟专题进行研究。

[8] 遗憾的是,本研究未能对样本中直接变更与最终变更的比例关系做出测量。参见周国均:《关于法院能否变更指控罪名的探讨》,《法学研究》2000年第4期。

较轻因而有利于被告时,前提是被变更的罪名成立。而事实上,许多由重到轻的变更都是前罪名不成立所以才发生变更问题,因此,对有些择轻变更而言,名为由重到轻实为从无到有,谈不上有利于被告。另外,理论上不能排除择轻变更中可能隐含着打击犯罪以退为进的策略性考虑。如此说来,择轻变更是否有利于被告是或然的,而变更罪名给定罪带来的不确定性、不统一性却显而易见,择轻变更未必有利于被告。

(三)变更原因

本研究将变更原因的概念具体化为“变更焦点”、“前后关系”、“变更根据”三个子变量。关于变更焦点,样本库中的基本情况以及量化分布结果为:围绕案件中行为本身的不同理解所产生的罪名变更,占全部变更样本的42.9%,为数最多。围绕行为人的主观罪过的不同理解所产生的罪名变更,如为索债非法剥夺他人人身自由以获取财物的是绑架还是非法拘禁等,占变更样本的24.5%,位居第二。围绕行为主体刑法性质的不同理解所产生的罪名变更,如企业改制中被告的身份是否国家工作人员等问题,占变更样本的17.6%,位居第三。围绕行为对象刑法性质的不同理解所产生的罪名变更,如借记卡是存单(金融凭证)还是信用卡的不同理解,占变更样本的14.9%,为数最少。可见,导致变更的焦点问题是多元性的。

关于变更前后罪名之间的关系,样本库中的基本情况以及量化分布结果为:变更前后的罪名之间呈法条竞合或者想象竞合关系的案例,占变更总体的14%,变更前后的罪名之间呈相似易混淆但实际本质上相异关系的案例,占变更总体的86%。这说明,规范之间的包容、交叉、冲突并不是导致变更罪名的主因,而对同一评价对象刑法意义的不同理解才是对变更罪名问题的较好解释。

关于变更根据,样本库中的基本情况以及量化分布结果为:法院在控辩双方意见以外主动做出的变更,占全部变更样本的54.4%,由辩方动议后得到法院支持的变更只占全部变更样本的45.6%,而控方起诉后又提出变更罪名并被法院采纳的情况基本没有发现。这说明,法院在整个变更罪名的实践中起着绝对的主导作用,以至于在相当程度上有别于“不告不理”的被动性审判模式。其中,以地区差异来看,华北地区法院所做的每百个变更就有71.4个变更根据为法院自主选择;其次,华南法院主动变更的概率为67.3%;再次,华东法院的主动变更率为55.2%;接下来的主动变更率依次为,西南法院为51.4%,西北法院为48.0%,华中法院为46.1%,东北法院为33.3%。

综上,评价对象本身的复杂性、罪名之间的错综关系以及不同法院的能动性程度,都分别构成了变更罪名问题的解释。问题是,这些原因是如何影响变更结果的呢?该怎样从理论上把握它们之间的内在联系呢?

三、关系分析

由于增加新罪名也是一种意义上的择重变更,所以可以将变更方向与增加罪名这两个变量归纳为“变更性质”这个新变量。与变更方向不同的只是,将增加罪名的案例也近似地视为择重变更。于是变更性质便有“择轻”、“择重”和“等量”三种情况,分布为:择轻的案例占变更总数的63.5%,择重的占26.4%,刑量相等的占10.1%。研究发现,变更程度的大小基本上无规律可循,统计结果不符合显著性要求,而作为需要解释的现象,变更性质与以下4个因素之间交互分析的结果的确呈现出统计意义上的显著相关性:

(一)变更根据与变更性质的关系

运行SPSS(社会科学量化分析软件)统计工具后结果显示:第一,98%的择重变更都是由法院在控辩双方的争论以外自主提出并判决的;第二,审判机关自主决定择重变更的概率是辩方提出此类变

更的概率的40倍；〔9〕第三，法院的自主变更中，有47.5%的方向是择重，39.7%的方向是择轻，12.7%的方向是刑量相等。这三个数量关系的显著性程度 $p < 0.05$ 。结合前文已经报告的一个数据，即在全部变更中有54.4%的案例是法院自主动议的，可以认为，法院在是否变更罪名、如何变更罪名的判断中表现出惊人的能动性。这里蕴含着的问题是，法院为什么有时会超越控方指控罪名选用了更重的罪名？为什么有时又比辩方更多地为被告着想而选用了较轻的罪名？这背后的原因是规范内的还是政策性的？

（二）变更前后罪名之间的关系与变更性质的关系

交互性统计分析结果是：第一，变更前后罪名之间呈想象竞合关系的案例有64.3%的可能性择重变更，位居第一；前后呈法条竞合关系的案例有38.9%的可能性择重变更，位居其次；前后呈相似但相异关系的案例只有18.4%的可能性择重变更，概率最小。第二，变更前后罪名之间呈相似但相异关系的案例有71.1%的可能性择轻变更，位居第一；前后呈法条竞合关系的案例有50.0%的可能性择轻变更，位居其次；前后呈想象竞合关系的案例只有21.4%的可能性择轻变更，概率最小。这两个数量关系的显著性程度 $p < 0.05$ 。这说明，当一个行为同时触犯数个罪名时，不论是想象竞合还是法条竞合，法官更可能进行择重变更。当一个行为在可能的多个罪名中只符合其中某个犯罪构成的要求时，法官宁愿做出择轻变更的处理。这里蕴含着的问题是，法官们之所以不得不身处多选困境，其原因到底是作为评价根据的规范本身的错综复杂性，还是作为评价对象的行为本身的非典型性（疑难性）？

（三）变更焦点与变更性质的关系

交互性统计分析后我们看到：如果案件的焦点问题是行为本身的刑法性质，案件的命运为择重变更的概率最大，为38.5%；如果案件的焦点问题是行为对象的刑法性质，案件最终变更为较重罪名的概率其次，为25.0%；如果案件的焦点问题是行为主体的刑法性质，案件最终被法官进行择重变更的概率再次，为15.2%；如果案件的焦点问题是行为人的主观心态的刑法性质，案件最终为择重变更的概率最小，为14.1%。即使在择轻择重两种可能以外还有刑量相等的变更，变更焦点与择轻变更之间的关系也正好与择重变更的概率大小顺序相反：导致择轻机会最大的焦点问题是主观心态，然后依次是主体和行为对象，而导致择轻变更机会最小的焦点问题是行为本身的刑法性质。这两个数量关系的显著性程度 $p < 0.05$ 。这意味着，不同犯罪构成要件对择轻还是择重的变更处理的影响是有规律可循的：只需直接判断其刑法性质的构成要件，如行为、对象，择重变更的障碍较小；而面对需要间接地通过某些事实才能判断其刑法性质的构成要件，如主体、主观方面，法官宁愿进行择轻变更。这里蕴含着的问题是，目前我国法官公认的犯罪论体系本身是否具有排除罪名变更的禁止性功能？

（四）罪量大小与变更性质的关系

这里所谓罪量大小，是指变更后的罪名本身的恶害性程度。运行统计工具后发现，与变更性质的关系最为显著的变量是“生命犯罪”，即刑法分则中明文规定可能出现死亡结果的罪名。结果显示，第一，如果最终罪名属于生命犯罪，择重变更的概率为42.1%，是非生命犯罪择重变更概率（21.1%）的两倍。第二，在所有择轻变更的案例中，非生命犯罪占到了81.9%，生命犯罪只占18.1%。这两个数量关系的显著性程度 $p < 0.05$ 。这表明，犯罪的恶害性越明显，法官越可能进行择重变更；反之，法官则越可能择轻变更。这个事实可能引出的问题是，犯罪恶害性的大小是否同时既是出入罪的根据又是罪名选择与变更的根据呢？或者说，犯罪危害性的大小也许是具体刑法规范、犯罪构成要件以外真

〔9〕样本中有两例属于采纳辩方意见而择重变更的案例：一例是“王志峰、王志生故意杀人、保险诈骗案”，载《刑事审判参考》（2002年第5辑），法律出版社2003年版。案件中辩方认为控方指控的保险诈骗罪应变更为抢劫罪并被法院采纳，而后者的刑量显然大于前者。另一例是“周福瑞合同诈骗案”，载《中国审判案例要览》（2002年刑事审判案例卷），中国人民大学出版社2003年版。案件中辩护人认为控方指控的诈骗罪应变更为合同诈骗罪并被法院采纳。合同诈骗罪的法定刑下限没有管制而诈骗罪有管制，所以，前者的综合刑量大于后者。

正影响法官判案的隐性因素。

回顾以上四个关系,不难看出其中的共性:这四个关系从不同角度解释着变更罪名的方向和结果,而作为变更罪名的原因,这四个关系却都没有超越通行规范或原则:首先,法官在变更罪名中表现出的巨大能动性可以从现行刑事诉讼法中找到依据。最高法院1998年9月2日发布的《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第176条第(二)项规定,“起诉指控的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的,应当作出有罪判决。”据此,“法院所要关注的不是被告人的行为究竟是否符合起诉书所记载的法律评价和罪名认定,而是案件事实是否清楚、证据是否充分。……法院经过审判,所要判定的是被告人的行为是否已经符合刑法分则所规定的某一罪状,而不管起诉书提出的定罪请求是什么”。^[10]可见,在程序法上,法院变更罪名是合法的。第二,竞合择重、疑难择轻,也没有离开现行法律框架。想象竞合的适用原则是从一重处,法条竞合中也不乏特别法重于一般法的情况,如集资诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪这几个特别法都重于作为一般法的诈骗罪。再者,围绕同一事实发生争议的两个罪名之间,如果是非此即彼的相异关系,法官选择较轻的罪名才符合刑法分则的规定。因此,罪名变更也不存在实体法上的障碍。第三,对行为或对象的刑法性质等焦点问题的回答,法官做出择重变更,或者,对行为主体或主观罪过等焦点问题的回答,法官做出择轻变更,也都与现行“四要件”犯罪论体系的要求相吻合。况且,这四类焦点问题中的主体、罪过都属于除刑事事由,即消极排除要件,法官据此排除重罪而变更为轻罪也符合犯罪构成理论。第四,按照目前公认的刑法学说,行为危害性的有无与大小,几乎就是定罪过程中的“帝王标准”。根据这一价值标准,犯罪恶害性是否明显,既是择重变更的当然根据,同时又是择轻变更的充分理由。总之,如果说变更罪名意味着定罪的不确定性或者程序正义的缺失的话,那么我们又不得不承认,这种不确定性和缺失之所以能够存活,其条件和根据恰恰是现行法律制度、价值体系和理论诠释,不确定性就根植于这些制度和通行规范。法官们正是忠实地依据这些主流规范判案,才在刑事司法中制造了某些不确定性和程序不公——这些问题正是现行刑事法制的自然产物。

四、法律解释学中的变更罪名

至此,研究似乎陷入某种矛盾:既然变更罪名的实践来自现行制度和理论框架,怎么会表现出定罪不确定性等遗传缺陷呢?看来,试图从微观层面找到规则本身的矛盾或漏洞,不可能从根本上解决司法的不确定性问题,有必要重新体悟这个将变更罪名合法化的法律制度和价值标准本身,有必要追问其前提性的潜在假定到底是什么。反观以上关系分析的结果不难看出,以上程序法和实体法乃至刑法学说中暗含着的基本假定是,行为恶害即当罚,法有明文禁止即可罚。就是说,即使在刑法中有再多的堵截性规范禁止某个行为的人罪,只要危害行为的事实清楚,证据充分,法官都可以主动依法找到另一个罪名对被告的行为做出刑法评价,进而启动另一个刑事责任的分配。其中,“行为恶害即当罚”是“法有明文禁止即可罚”的实质内容,为后者规定了基本取向——变更罪名是为了不使恶害行为漏网;另一方面,“法有明文禁止即可罚”是“行为恶害即当罚”的表现形式,为“行为恶害即当罚”的实现提供了形式化依据——庞大的法定罪名体系为打击恶害提供了广阔的备选空间。在这两个相辅相成、一表一里的前提假定下,变更罪名给刑事司法带来的不确定性变得既合理又合法。对此,不少刑法学者、刑事政策学者早已有所觉察并有过不少正确论述。^[11]而笔者认为,这两个假定还可以还原为法律解释问题。张志铭教授认为,所谓法律解释就是指“解释者将自己对法律文本意思的理解通

[10] 陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社2003年版,第252页以下。

[11] 参见梁根林:《罪刑法定视域中的刑法适用解释》,《中国法学》2004年第3期。

过某种方式展示出来。……是指在具体个案的司法裁判中与法律适用相联系的一种活动”。^[12] 陈金钊先生也认为,“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。”^[13] 就是说,法官的具体裁判活动就是在解释法律。其中,不论是“行为恶害即当罚”还是“法有明文禁止即可罚”都可以分别从法律解释学的理论分野中找到原型。

客观主义和主观主义是法律解释学中的两大理论倾向。根据季卫东教授的归纳,客观主义的法律解释观的核心在于通过“概念计算”来预测审判结果的理论前提以及相应的制度性设计。这种“可预测性”概念正是 M·韦伯关于经济、法律以及社会的宏观理论的基石,并成为描述现代法特征的最基本的指标。与法律决定论相反的是主观论的立场,不承认法官的决定具有真正的客观性。采取这种立场的人们主张:做出判决的活动其实只是一种主观性行为,法庭的辩论以及法律解释只不过是掩盖其主观任意性的伪装。在其代表作《法与现代精神》中,弗兰克宣称,在实际的审判过程中,决定判决内容的既不是法律规范也不是逻辑更不是概念,而是“跟着感觉(hunch)走”! 换言之,要先根据感觉大胆得出结论,然后到法律和学说中去小心求证——无非是东寻西找、各取所需,而在这个过程中具有决定性的却是法官的个性。因此,判决是无法预测的。^[14] 客观主义被哈特称为形式主义,认为由于法律体系是完备的,所以就每个案件来说,法院都能找到一个惟一的正确解决方法。法院不须行使什么裁量权。与此相反,哈特将主观主义称为规则怀疑主义,认为法院在做出司法裁决的过程中,其实并不真正受到所谓法律规则的制约。法官有高度的自由裁量权,随心所欲地进行判决。法律规则只是达到法官所喜欢的判决的籍口、可供其利用和摆布的手段,并不对法官达致判决结果的思考过程发挥规范作用,因为法律规则具有高度的不确定性,法官可以随意解释有关规则、制造例外情况或在适用规则时做出变通,从而得到他希望做出的结论。^[15] 客观主义和主观主义还被有的学者表述为法律决定论与法官决断论。^[16] 特别需要说明的是,客观主义法律解释观在刑法学中被表述为主观主义刑法解释论,而主观主义法律解释观在刑法学中被叫做客观主义刑法解释论。主观主义刑法解释论强调法作为一个文本对解释者的独立性,而客观主义刑法解释论认为解释者所要探询的不是立法者的意图,而是法在当下现实生活中的合理含义。陈兴良教授认为,从实用主义的角度来说,法律的自由解释也许是正确的,但它的前提是法治已经十分完善,并且人权获得安全保障,法官都能公正执法。如果没有这些前提,那我们宁愿忍受法律的严格解释所带来的麻烦,因为这至少可以牺牲个别公正获得一般公正,在法律客观性与确定性的庇护下免受主观的任意性与擅断性的侵扰。^[17] 梁根林教授基本认同陈兴良教授的划分,并在此基础上将(刑法上的)主观解释论赋予形式解释论的意义,将(刑法上的)客观解释论赋予实质解释论的意义。^[18] 可以看出,两种解释论的重要分歧之一在于是否承认并追求法律适用的确定性和可预测性。

如果我们将变更罪名的两个前提假定放在这个框架中审视便不难看出,“行为恶害即当罚”假定可以理解为客观主义法律解释论(即主观主义刑法解释论)在变更罪名问题上的一种体现,因为“行为恶害即当罚”所彰显的正是罪与罚之间概括的确定性联系。而“法有明文禁止即可罚”假定可以视为主观主义法律解释论(即客观主义刑法解释论)在变更罪名问题上的一种延伸,因为“法有明文禁止即可罚”所强调的正是法官等法律解释者在解释法律过程中的主观能动性和适用结果的多样性。对两

[12] 张志铭:《法律解释概念探微》,《法学研究》1998年第5期。

[13] 陈金钊:《法律解释中的矛盾与选择》,《法商研究》2004年第2期。

[14] 参见季卫东:《法律解释的真谛——探索实用法学的第三道路》,《中外法学》1998年第6期。

[15] 参见陈弘毅:《当代西方法律解释学初探》,载梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第11页以下。

[16] 参见陈金钊:《法律解释学的转向与实用法学的第三条道路(上)》,《法学评论》2002年第1期。强世功、赵晓力:《双重结构化下的法律解释——对8名中国法官的调查》,载梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第222页以下。

[17] 参见陈兴良:《法的解释与解释的法》,《法律科学》1997年第4期。

[18] 前引[11],梁根林文。

种假定的这种法律解释学还原,可以帮助我们在法律文本与文本解释之间的关系中理解法官变更罪名的实践。从这个意义上说,变更罪名一方面体现了罪与罚之间概括的必然联系——行为恶害必将导致刑罚;另一方面又反映出具体罪与罚之间关系的多选性和不确定性——同一行为可能此罚也可能彼罚。换句话说,变更罪名既有客观主义法律解释论的支持,又可以在主观主义法律解释论中找到根据。这至少说明,变更罪名的理论内涵可以在两大法律解释论的差异中得到展开,关于变更罪名正当性的争论恰恰反映了法律解释论中的不同立场。那么,在实践操作层面到底该如何把握变更罪名的正当性?

五、犯罪定义学中的变更罪名

继续前行便会看到,至少在刑事法中,法律解释问题可以进一步回溯到犯罪学中的犯罪定义学问题,变更罪名可以被放在犯罪定义学的理论视野中加以考察。沿着这个思路进入变更罪名问题便发现,“行为恶害即当罚”和“法有明文禁止即可罚”的假定中还暗含着一个犯罪学的重大命题:犯罪定义的内在根据问题,即一种行为被标定为犯罪的决定性因素到底是什么。

这里所谓的犯罪定义就是一套符号体系和规范准则,被用来指称那些需要被冠名以犯罪的行为,并赋予这些行为以犯罪的意义和属性以彰显一定的主流价值取向,因而又是记录犯罪化过程的符号体系和规范准则。在犯罪定义的内在根据问题上,犯罪学中有两大理论倾向:客体本位的犯罪定义观和主体本位的犯罪定义观。^[19] 客体本位的犯罪定义观认为,犯罪定义中的决定性因素是被定义的行为、现象本身——客体性是犯罪定义的核心属性。被定义的行为不依定义者的意愿而转移,不随定义者的需要而变化。不论谁是定义者,被定义为犯罪的行为都将是一样的。因此,犯罪定义说到底犯罪行为的副本,是犯罪行为的客观反映。犯罪定义的客体性,主导着犯罪定义的制定、变化和适用。实证主义犯罪学家加罗法洛为自己规定的基本问题是,在被现存法律所确认的犯罪中,是否存在所有时期和所有地方都认为应受处罚的行为。加罗法洛企图找到这种超越时空界限而普遍存在的犯罪,结果他发现,存在具有某种“永远的特性”的、在任何时空都会受到侵害的道德情感,这种侵害普遍道德情感的行为,就叫做自然犯罪。在《犯罪学》中,加罗法洛指出,实际上存在着一种“那些被所有文明国家都毫不困难地确定为犯罪并用刑罚加以镇压的行为,它是最清楚和不准确成份最少”的一个指称。^[20] 按照加罗法洛的观点,“被所有文明国家都毫不困难地确定为犯罪并用刑罚加以镇压的行为”就是“一种有害行为,但它同时又是一种伤害某种被某个聚居体共同承认的道德情感的行为。”^[21] 这种所谓共同承认的道德情感就是怜悯、正直这两种利他情感。加罗法洛认为,“我们可以确切地把伤害以上两种情感之一的行为称为‘自然犯罪’。”^[22] 如果衡量犯罪的尺度是唯一的、统一的、公认的,那么,正是客观世界中的犯罪性决定着定义者主观世界中衡量犯罪的尺度。

与此不同,主体本位的犯罪定义观认为,没有什么行为天生就固有犯罪的属性,行为被赋予犯罪意义的决定性因素是定义者,而非被定义的行为本身,主体性是犯罪定义的核心属性。按照这种理论,犯罪定义并非犯罪行为本身固有属性的翻版或者摹写,而是定义犯罪的主体赋予某些行为以犯罪的意义和属性的结果。谁,根据何种标准,出于何种利益驱动,将何种行为界说为犯罪,这些问题在犯罪定义中更具前提意义。尽管没有犯罪定义的主体,仍然可以存在可能叫做犯罪的那些行为,但是,没有犯罪定义的主体,这些行为便不可能具有犯罪的意义和属性。因此,关键不在于什么行为实际上

[19] 参见拙著:《关系犯罪学》,中国人民大学出版社2005年版,第278页以下。

[20] 参见[意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社1996年版,第20页。

[21] 同上书,第22页。

[22] 同上书,第44页。

是犯罪,而在于什么行为应当或者需要被称为犯罪。应当不应当,需要不需要,不取决于被定义的行为自身,而取决于操作符号体系和规范准则的定义者。福柯说过:“肉体、想象、痛苦、应受尊重的心灵,实际上不是应受惩罚的罪犯的,而是那些加入契约的,有权对罪犯行使集体权力的人的。……需要加以调解和计算的,是惩罚对施加惩罚者及其声称有权行使的权力的反馈效果。”^[23]因此,犯罪定义活动是一种对象化的过程,这个过程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。^[24]当代犯罪学说中著名的标签论也注意到犯罪定义过程的这种主体能动性并从理论上给出了解释。标签论是上个世纪30年代末由美国社会学家坦南鲍姆、莱默特、贝克尔等人在先后发表的《犯罪与社区》、《局外人》等论著中提出的一种犯罪学理论。标签论认为,犯罪现象的产生是一个“贴标签”的过程,即立法者、司法者、社会舆论,把某些人的某些行为定义为越轨的过程。美国学者贝克尔分析道:越轨“是由社会造成的。我这样说所表达的并不是通常人们所理解的那种意思:把越轨行为的原因归于越轨者的社会情境和促成其行为的‘社会因素’。我的意思是说,各种社会群体创造了越轨行为,其方式是制定那些一经违反就会造成越轨的准则,并把这些准则应用于特定的人,给他贴上不受欢迎者的标志。从这种观点看,越轨不是人们所从事的某种活动的特质,而是其他人将准则及制裁施加于‘触犯者’的结果。越轨者是被成功地贴上了这种标志的人,越轨行为也是人们如法炮制的行为……”。^[25]正因为何种行为被赋予犯罪的意义取决于主体的自主活动,所以才可能使定义的“原料”服从定义者的意志,被塑造出任何一种后来被人们叫做犯罪的东西。从这个意义上说,犯罪定义的制定过程,也是各种社会意义资源的选择、争夺、运用与分配的过程。在这当中,任何参与社会意义资源争夺的人,都不可能只消极被动地反映、符合对象,服从对象。

透过这个理论框架来审视变更罪名问题便不难看出,“行为恶害即当罚”假定恰好是客体本位犯罪定义观在刑事司法中的再现,而“法有明文禁止即可罚”假定恰好可以回溯到主体本位犯罪定义观。因为一方面,基于评价对象本身的恶害性才有犯罪定义的制定与适用,所以对恶害行为施加惩罚正是恶害行为本身合乎逻辑的必然结果。如果说刑罚也意味着某种恶害的话,那么,这种恶害则应完全归因于犯罪恶害自己,是犯罪恶害直接决定着刑罚恶害,所以“行为恶害即当罚”。另一方面,基于评价主体自身的需要、价值取向等主体性因素才有犯罪定义的制定与适用,所以在法定犯罪定义体系的范围内自由选择罪名加以适用正是这种主体性的展示。评价主体没有理由用自己定义的罪名体系限制自己的评价活动,所以,只要被证实的恶害行为符合罪名体系中的某个罪名,法官就可离开控辩双方的争议焦点而自主定罪,此即“法有明文禁止即可罚”。

既然变更罪名的理论假定可以还原为犯罪定义学问题,那么,该如何从理论上把握犯罪定义学上的二元对立及其与之对应的变更假定呢?笔者总的观点是,两种犯罪定义观都有其局限性和危险性。一方面,作为犯罪化的过程与结果,犯罪定义是发动并适用刑罚的前提。如果犯罪定义只是犯罪现象本身的摹写,则意味着任何刑罚的配置和施用都只能被唯一地归因于被惩罚的对象,任何刑罚适用的合理性和正当性都将不容置疑,犯罪定义体系不可能存在实质意义上的不公正。于是,客体本位的犯罪定义观赋予定义者在道义上、权力上和程序上的绝对优势地位,对被定义者而言则意味着绝对的危险,法定的犯罪定义因而获得了一种当然的实质合理性。而这种“当然的实质合理性”背后,定义者自

[23] [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101页。

[24] 同上书,第112页以下。

[25] [美]杰克·D·道格拉斯、弗兰西斯·C·瓦克斯勒:《越轨社会学概论》,张宁、朱欣民译,河北人民出版社1987年版,第152页以下。

身的某种局限或者利害便可能被掩盖起来。另一方面,主体本位的犯罪定义观尽管大胆揭露了犯罪定义权的滥用及其可能隐藏着的恣意妄为,但主体性理论使得犯罪定义中包含着的客观性显得可有可无。而事实上,任何犯罪定义都不是完全独立于其定义对象的纯粹的主观杜撰。如果失去其作为反映对象的客观性,犯罪定义仍无法成为通向刑事司法确定性的桥梁。从这个意义上说,同样作为定义犯罪的过程,法官对罪名的选用既是发现犯罪的反映过程,又是发明犯罪的生产过程;既是个人服从评价对象的被动过程,又是个人自主选择评价规范的能动过程。这其中的犯罪定义实际上是主客体之间的一个中介物,只有在主客体之间的共同影响下不断调整自己,既服从来自主体方面的能动要求,又接受来自客体方面的规定和制约,犯罪定义才能比较客观地反映犯罪问题的现实,尽可能避免主体性的恣意放大。通过作为中介物的犯罪定义,一方面被定义的行为约束着定义者的主体性,在犯罪定义中体现自己,此即主体(被)客体化的过程;另一方面定义者也在积极能动地塑造犯罪行为,以表达自己的价值导向和确证自己的控制力,此即客体(被)主体化的过程。由此可见,客体性和主体性同在及其相互制约,是界定犯罪过程中的犯罪定义学规律。

在这个分析框架中便不难理解,作为客体本位犯罪定义观的体现,“行为恶害即当罚”假定在确证评价客体自身规定性的同时,又使变更罪名实践获得了某种“当然的实质合理性”——最终无论选择适用何种罪名,都被归因于评价客体本身的恶害。另一方面,作为主体本位犯罪定义观的表达,“法有明文禁止即可罚”假定又充分张扬着犯罪定义者自身按捺不住的冲动——变更罪名实践其实又是法官对释法自由度的追求,是主体性试图挣脱、冲破客体性规定的一种能动的显露。既然如此,变更罪名的本质便可以理解为评价主体(法官)积极主动塑造犯罪以宣示一定价值导向的过程,同时还是在被评价客体约束下的有限的塑造活动。于是,将变更罪名仅仅还原为定义主体的恣意妄为或者完全解释为犯罪本身的客观恶害,以及仅仅将法官作为评价主体的能动性等同于对审判被动性的违背或者将变更罪名等同于实体公正的追求,都未免过于简单化。换句话说,变更罪名的实践中有两个方向上的运动:一方面,法官作为犯罪定义者能动地影响罪名选择,是客体(被)主体化的过程,其不可避免性应得到充分理解;另一方面,法官在罪名选择与变更中表现出来的主体性、能动性又应严格限制在一定范围内,这种被限制的过程就是主体(被)客体化的过程,定义者对此应保持足够的自觉。剩下的问题是,该如何限制犯罪定义中的主体性,也即,变更罪名应限制在何种范围内?

六、变更罪名的限制性操作

程序性规范应当在限制法官变更罪名中担任主角,但本文试图换个角度主要讨论实体上的限制。基于变更罪名的不可避免性和应受限制性理念,既不应一概否定变更,也不应简单认同择轻变更。本文提出以下几个操作原则以供研讨:

1. 不裁剪事实原则。在定罪过程中,指控事实的有与无是一对最具前提性的关系。所谓不裁剪事实原则,就是指允许法官对经法庭认定的犯罪事实之间进行比较并据此决定罪名的选用,而禁止法官对是否成立不具可比性的事实进行选择并据此选用罪名。例如,不得在是否故意犯罪存疑时以“至少是过失”为由将故意犯罪变更为过失犯罪,在是否构成运输毒品罪存疑时,不得以“至少是持有毒品”为由将运输毒品罪变更为持有毒品罪,在是否成立集资诈骗存疑时,不得以“至少非法吸收了公众存款”为由将集资诈骗罪变更为非法吸收公众存款罪,等等。不裁剪事实的法理不仅在于择轻变更未必有利于被告,更在于被控事实本身是对法官主体性的最根本限制,如果法官对定罪事实的裁剪过多受到功利目的的影响,就可能挣脱评价客体对主体的规制,评价将变成单方面的自说自话。

2. 不增加罪名原则。作为承担刑事责任的基础,罪名的多与少是另一对基本关系。所谓不增加罪名原则,就是指法官在罪名选用及变更时不应应对同一认定的法律事实在指控罪名以外增加未曾指控的罪名。例如,控方仅以票据诈骗罪对伪造并使用伪造的票据进行诈骗的行为进行指控时,法官就

不应根据伪造票据的事实而以伪造金融票证罪与票据诈骗罪数罪并罚。可见,不增加罪名的对象是认定的法律事实而非新发现的法律事实。所以,不增加罪名是基本上坚持实体公正的同时,求得控审双方的统一,以显示犯罪定义过程中主体性的谦抑。

3. 相合不择重原则。在事实清楚的情况下,待选择的罪名之间有两类关系,一是相合关系,即复合、牵连、转化等关系;二是相异关系,即看似相似实而有别的易混淆关系。所谓相合不择重原则,就是指在被控罪名与拟选用罪名之间呈相合关系时,法官可以为了准确评价犯罪而选用刑量相等或较轻的罪名取代原罪名,不应变更为较重的罪名。这里,前提是事实清楚,因而较重罪名同样成立,变更罪名肯定不导致被告处境的恶化。当然,其代价在于,某些实体上的刑法适用原则在这里只能得到相对的贯彻。首先,在法条竞合时,上位法是特别法,而有的特别法重于一般法,有的则轻于一般法。这时,如果指控罪名是较轻的一般法(如诈骗罪),即使理应选用较重的特别法(如票据诈骗罪),法官也应放弃择重。其次,在想象竞合时,尽管重法优于轻法,如果控方选用了轻法,法官也不应变更为重法。再次,在一般的牵连犯场合下,如果控方选用的罪名较轻,法官也不应再从一重处。当然,法律明文规定数罪并罚、加重处罚和从一重再从重处罚的牵连犯除外。最后,在转化犯的场合下,如果控方选用的罪名较轻,法官也不应再从一重处。相合不择重的法理是,在相合关系中,罪名之间的多种选择是法律本身造成的,原因之一是规范之间的错综复杂,相互交错,反映了主体性本身的某种局限。这时,同为犯罪定义主体,控方和法院越多地表现出一致择轻,只会提升法律适用的公信力,权衡之下,部分实体规范适用原则无法彻底贯彻的利弊得失显而易见。需要说明的是,是否加重、是否未完成罪等判断不属于罪名变更问题,法官对此所做的变更处理不在本文讨论的范围之内。

4. 名重刑不重原则。在相异的不同罪名之间,法定刑的轻与重是最重要的差异之一。所谓名重刑不重原则,就是指在被控罪名与拟选用罪名之间呈相异关系时,法官可以为了准确评价犯罪而选用刑量相等乃至较重的罪名取代原罪名,但量刑应尽可能不重于变更前的罪名。名重刑不重的法理是,在相异关系中,变更罪名的可能性不能归咎于法律本身的混乱与矛盾,而是犯罪行为的复杂性和不典型性造成的。这时,法官为了纠正指控罪名的不准确所做的变更处理,正是体现了主体性对评价客体的服从,体现了犯罪定义的客体性对主体性的另一种限制。

Abstract: By an empirical study on all instructional criminal cases selected by China's Supreme Court, in which courts put a different imputation on the alleged offense of the defendant from what the defendant was accused of, we could find several correlations between variants. The article thus concluded that a change of accusation is neither necessarily leading to injustice, nor substantial justice. A change of accusation towards a minor imputation is not definitely favorable to the defendant. Although it is legal, it will not necessarily lead to rationality. A change of accusation leads to uncertainty of application of law, which is rooted in China's legal practice and theory. So a study from the viewpoints of legal hermeneutics and the theory about defining crimes will help to make a better understanding of this phenomena of court's rendering different imputations on alleged offenses, and consequently to make the right limitation on it.

Key words: change of accusation, legal interpretation, theory about defining crimes, quality of justice
