武漢大學學報【哲学社会科学版】
WUHAN UNIVERSITY JOURNAL (Philosophy & Social Sciences)
第65卷 第6期 2012年11月
Vol. 65. No. 6 Nov. 2012. 047～052

中国古代定罪原则的法文化分析

柳正权

摘　要：中国古代法律上的定罪原则是原情定罪，同时，在定罪过程中又表现出鲜明的主、客观归罪。古代定罪原则经历了一个长期的发展过程，其发展线索，勾勒出与传统文化的契合点。在文化的意义上，原情定罪对现代主、客观相一致的定罪原则，仍有较大的选择适应性。

关键词：定罪原则；原情定罪；主客观归罪；文化分析

定罪原则是刑法的基本原则，是在定罪中必须遵循的规则。我国现行刑法的定罪是主观与客观相一致，将行为人的主观恶性与行为的危害结果有机统一起来，具有保护人权和打击犯罪的原理性意义。尽管此原则对于定罪意义重大，本应彻底贯彻。但是，我国现行的有些规定和做法却与此原则还不尽相同。例如，最高人民法院对于犯毒案件的主观罪过推定的规定①；对于合同诈骗罪中非法占有之主观故意的推定；对于因民间纠纷导致的死亡案件，一般应定性为故意伤害致死②。司法实践中吴英案集资诈骗中的非法占有之目的之推定③等。这些规定和实践尽管也强调主客观相一致的定罪原则，但从文本和实际状况来看，由于司法解释规定只要具备某些客观情形，即可推定为主观罪过，从而导致司法实践往往以某种客观行为或结果定罪，经常出现客观归罪的偏差。若以法文化方法论分析此中原因，那就是我们继承了传统法律文化，并与中国传统客观归罪特色和法律价值体系、思维方式、致思途径相契合。

一、中国古代定罪原则的流变

“原心以定罪，度情以制法”④。中国古代定罪原则的确立与发展，经历了一个漫长的时期。夏代的“威侮五行，怠弃三正。”⑤殷汤时期有“析言破律、乱名改作，执左道以乱政，杀；作淫声、异服、奇技、奇器以疑众，杀；行伪而坚、言伪而辩、学非而博、顺非而泽以疑众，

---

①对于毒品犯罪的主观罪过推定，现行的解释为：一是出于公民基于法律法规而产生的义务。二是出于严惩毒品犯罪的需要。三是现行法律、司法解释和规范性文件对明知问题已作过类似规定。如刑法第二百一十九条第二款规定：“明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。”最高人民法院、最高人民检察院2007年5月《关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条，最高人民法院、最高人民检察院、海关总署2002年7月《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第5条，都结合案件的具体情况规定了明知的认定问题。四是国际公约对明知事项的规定。《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第3条第1款规定了各种毒品的故意犯罪，其中第3款规定：“构成本条第1款所列罪行的知情、故意或目的等要素，可根据客观事实情况加以判断。”我国签署和批准了该公约（1990年11月11日在我国生效）。此外，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第5条第2款、《联合国反腐败公约》第28条也有类似规定。五是借鉴国外和我国香港地区关于毒品犯罪推定行为人在主观上是明知的规定。

②张　军：《切实贯彻宽严相济刑事政策，全力促进社会和谐稳定》，载《人民司法》2007年第21期，第8页。

③参见吴英案一、二审判决书。

④黄　伦：《尚书精义》卷一。

⑤《尚书·甘誓》。

杀;假于鬼神、时日、卜筮以疑众,杀。此四诛者,不以听。”①就以上史料看,夏、商的定罪都是根据行为的外部特征和行为方式来确定的,以行为的自然外观和直观特点作为罪状,具有客观归罪特点。周时开始考察犯罪的主观方面,但主观方面不是犯罪成立的要素,仅具刑罚加减功能。“人有小罪,非眚,乃惟终,自作不典,式尔,有厥罪小,乃不可不杀。乃有大罪,非终,乃惟眚灾,适尔,既道极厥辜,时乃不可杀”②。此类规定尽管还未改变客观归罪原则,但将主观罪过引入到量刑之中,无疑具有进步意义。春秋战国时期本着“太上禁其心,其次禁其言,其次禁其事”③的刑罚目的,定罪主要是主观归罪。像秦朝的“有敢偶语诗书者,弃市。以古非今者,族。”④另一方面,又依据行为的危害结果客观归罪,诸如“失期当斩”⑤。这种定罪原则,致使“任刑必诛劓,鼻盈蓂,断足盈车,举河以西不足以受天下之徒”⑥。

汉朝虽承继了“一断于法”的秦朝统治方略,但引经入律,对“法”进行了儒家化改造。为协调法律与统治思想之间的矛盾,在改造未完成之前,权变以“春秋决狱”破法。“春秋合于人心而定罪,圣人顺于天理而用刑,——春秋之义,原心定罪。”师古注曰:原谓寻其本也⑦。原心定罪侧重考察的是行为人的动机,这在一定程度上修正了前期极端的主观归罪或客观归罪倾向,但不免矫枉过正。为此,原情定罪应时而生。

原情定罪源于原心定罪,后互为称谓。“心”《广韵》反切为“息林切”,侵部,声母是心母。“情”,《广韵》“疾盈切”,耕部,声母是从母。不论是在韵母还是声母上,二者的差别较大,也不能通转,在音韵上没有直接联系。但随着历史的发展,“心”、“情”的内涵及外延均发生的变化,特别是佛教的传入,将外在的“情”指向于内在的“心”,推动了中国传统心学思想的完备,“心”、“情”后来趋于同义。

原情定罪,始于西汉援引经书大义来判定案件的“春秋决狱”定罪思想。《汉书·薛宣传》说:“《春秋》之义,原心定罪。”《汉书·王嘉传》载:“圣王断狱,必先原心定罪。”《后汉书·霍谞传》也说:“闻《春秋》之义,原情定过。”《汉书·五行志》引《京房易传》云“诛不原情”,颜师古注说“不原情者,不得其本情。”《薛宣传》注也说“原谓寻其本也。”可见,原情就是推原其本情的意思,原情定罪就是按当事人本来意图、主观动机来定罪或量刑。

“情”的本义是指人的感情与情绪,《说文·心部》“情,人之阴气有欲者”。《论衡·本性》进一步解释说:“情,接于物而然者也,出行于外。行外则谓之阳,不发者则谓之阴”。“人之阴气有欲者”,就是人的内在情感与情绪。因此情又引申为本性、实情,如刘宝楠《论语正义》解释《子张篇》“如得其情”说“情者,实也。”郑玄注《礼记·大学》“无情者不得尽其辞”云:“情,犹实也”。《周礼·天官·小宰》:“以叙听其情”,贾公彦疏:“情,谓情实也。”⑧《易·系辞下》:“情伪相感而利害生”,孔颖达疏:“情,谓实情。”⑨在《系辞》的这句话中,将情与伪相对,显然,情拥有真情、本性和实情之义。

在原情定罪和原心定罪这两个术语中。心本义是指人的心脏,《说文·心部》:“心,人心。”由于古时人们认为人的思维器官是心而不是大脑,孔颖达《毛诗正义》说:“万物,其名曰心”因此心统管思维和情感。《孟子·公孙丑上》:“恻隐之心”,《孟子集注》朱熹注:“心,统性情者也。”高诱注《淮南子·诠言》:“圣人胜心”云:“心者,欲之所主也。”引申开来,“心”也可以指本性和本情,和“情”的含义相近。董仲舒曰:“情者,人之欲也;人欲之谓情。情非制度不节”。《礼记》将喜、怒、哀、乐、爱、恶、欲,谓之七情。原情定罪中的“情”,内涵为强调伦理与情感,要求定罪符合大多数人们的情感和价值。“皋陶原情而定罪耳,夫欲刑者之服其罪,流者之安其居,则必权人情之有宜,轻者有宜重者,有宜轻重之中者,其流罪有宜居

①《礼记·王制》。
②《尚书·康诰》。
③《韩非子·说疑第四十四》。
④史马迁:《史记·秦始皇本纪》。
⑤史马迁:《史记·陈涉世家》。
⑥桓　寬:《盐铁论》卷十二。
⑦班　固:《汉书·薛宣传》卷八十三。
⑧贾公彦:《周礼注疏》。
⑨孔颖达:《周易正义》。

近者，有宜居远者，有宜居远近之中者，皆酌之以人情而不背戾于法，此所贵于惟明克允也”①。由此可见，原情定罪原则的“情”，包括主观罪过形态、犯罪的客观方面、行为人的主观恶性、刑罚效果、刑罚目的及价值取向。

原情定罪，首见于东晋袁宏的《后汉纪》孝顺皇帝纪上卷第十八：“时魏郡霍谞舅宋光，为人所诬，引〔以〕刊定诏书系洛阳狱，考讯楚毒。谞年十五，奏记②于商曰：谞闻春秋之义，原情定罪。传曰：‘人心不同，其若面焉。’……谞与光骨肉之亲，义有相隐，言光冤结，未有可信，请以人情平之。光衣冠子孙……亦无瑕秽纤介之累，无故刊定诏书，欲何救解？就有所疑，当以道理求便，安能触冒死祸，以解微细？”从奏记内容中可以看出，其从面相上推断宋光无异心，再根据其显贵身份说明，推定宋光为细微之事，本可以道理求便，完全没必要刊定诏书。其中既包括了对行为人动机的推定，又分析了行为是否符合常理，从而否定指控事实的真实性。此中所称的原情定罪，除考察行为人的原心之外，则是考察认定的事实是否有悖常理和常情。至唐，原情定罪正式成为法定定罪原则。《唐律疏议》序说之“然则律虽定于唐，而所以通极乎人情法理之变者，其可画唐而遽止哉”。明人刘惟谦等《进明律表》之“陛下圣虑渊深，上稽天理，下揆人情，成此百代之准绳”。《大清律例》序言之“揆诸天理，准诸人情”。法典追求的是天理、人情、法律之统一。

在司法实践中，原情定罪常表现为以儒家伦理和价值衡量行为人的行为和言行。在一般刑事案件中，以原情定罪为定罪原则。即使有法律之明文，定罪也往往被“情”所扭曲。如明代李陈玉所判“张其施人命案”。张其施曾因偷盗逃逸，归家后仍窃取其母胡氏的财物，被胡氏责之，张其施反持砖殴母。其弟张七见状，上前扭住张其施，胡氏怒以大杖击打其致死。此案若严格按律条，应按“凡祖父母、父母故杀子孙，杖七十，徒一年半”的规定定罪处罚。但李陈玉考虑到此案的“情”，是在卑亲不改恶习、不听教令的情况下被杖死的，故不用此律，以母子天性排除故意致死：“不得沿故杀子孙之律，且其母之于子，莫解天性，自非穷凶极恶，忍断割焉！”故引“误杀过失杀”律之“凡初无害人之意而偶致杀伤人者，皆准斗殴杀伤人罪，依律收赎，给付被杀被伤之家，以为营葬及医药之费”③。因为杀人者为其母，故不用收赎，所以判胡氏无罪还家。此案基于致害人与被害人伦理上的尊卑关系，因被害人有过错，天理、人情的适用效力高于法律，致审判官曲法以原情，破法为其母脱罪。

二、客观或主观归罪方式

尽管原情定罪是法定的定罪原则，但由于中国法律文化传统，此原则并不能以一贯之，不管在立法上，还是在司法实践中，定罪仍旧在一定程度上表现为客观归罪或主观归罪倾向④。

首先，在立法技术上，因中国社会传统的三结构要素，皇权要对官僚集团、平民群体进行平衡。皇权对于官僚集团是既利用又防范，因此，授权官僚依据统治理论对于案件“原情定罪”，有一定的自由裁量权。同时，又要防范官僚集团因缘为奸、朋比为奸，进而采取了以行为的自然外观为罪状的立法方式，使得罪名的认定呈现刚性的特征。如《唐律·卫禁上》夜禁宫殿出入条：“诸于宫殿门虽有籍，皆不得夜出入，若夜入者，以阑入论；无籍入者，加二等；即持杖入殿门者，绞。夜出者，杖八十。若得出入者剩将人出入，各以其罪罪之；被将者知情者各减一等，不知情者不坐。”在这种定罪的认定具有刚性规定的情况下，杜绝了官僚集团在法律适用的过程中的人为空间，制约了官僚集团的任意枉为。

其次，在犯罪形态的认定上，采取了刚性的客观标准。如《唐律·贼盗·谋杀人》条：“诸谋杀人者，徒三年。已伤者，绞。已杀者，斩。从而加功者绞，不加功者流三千里；造意者虽不行者仍为首，雇人杀者亦同。”《唐律·斗讼·斗殴伤人》条：“诸斗殴伤人者，笞四十，谓以手足击人者。伤及以他物殴人者，

①林之奇：《尚书全解》。
②汉代下级给上级的公文叫奏记，属上行公文。
③李陈玉：《退思堂集·谳语摘略》卷一。
④定罪原则是法定的原则，归罪是在对危害行为进行犯罪识别时的方法。二者的关系是：原则是法定的，而归罪方法则是定罪模式；定罪原则是统领定罪的原则，而归罪方法则是立法中蕴含在罪名中的犯罪识别技术以及在司法实践中，判别行为是否构成犯罪的方式。二者有时表现是一致的，但有时则是背反的。

杖六十;见血为伤。非手足者,其余皆为他物,即兵不用刃亦是”。从以上二个罪名可见,犯罪未遂、即遂等形态,都是以伤或死等结果来进行识别,是一个刚性的客观标准。

其三,以期限作为行为定性的标准。因期限的绝对性,定罪显示出客观主义倾向。如《唐律·保辜》:“诸保辜者,手足殴伤人限十日;以他物殴伤人者二十日;以刃及汤火伤人者三十日;折跌肢体及破骨者五十日;限内死者,各依杀人论;其在限外及虽在限内以他故死者,各依本殴伤法”。又如《宋刑统·贼盗》中对于“亲属被杀私和罪”规定:“虽不私和,知杀周以上亲,经三十日不告者,各减二等”。

其四,古代法律往往确定一个客观的、极易判别的标准或罪名,作为定罪的基准,通过法律拟制将不同性质的行为拟制为同一性质的行为,在罪状和罪名之间建立起了规范的联系。如对诬告行为的性质认定,卷第五“名例”第 53 条规定,如果诬告他人枉法、盗罪,“称‘准枉法论’、‘准盗论’之类,罪止流三千里,但准其罪。”①《唐律疏议》曰:“称准枉法论者,《职制律》云:‘先不许财,事过之后而受财者,事若枉,准枉法论。’又条:‘监临内强市,有剩利,准枉法论。’又,称准盗论之类者,《诈伪律》云:‘诈欺官私以取财物,准盗论。’《杂律》云:‘弃毁符、节、印及门钥者,准盗论。’如此等罪名,是‘准枉法’、‘准盗论’之类,并罪止流三千里。但准其罪者,皆止准其罪,亦不同真犯。并不在除、免、倍赃、监主加罪、加役流之例。……称以‘以枉法论’及‘以盗论’之类,皆与真犯同”。

其五,对于可能危及皇权的行为,即使是抽象的危险犯,只要有行为或危害结果即予严惩。如服舍违式,制书有误罪等,行为人有无主观罪过均不是犯罪构成要件。又如阑入宫门罪中的“持杖及至御所者,斩。”②注曰:“迷误者上请”,“迷”系分辩不清,“误”指耳目所不及,思虑所不到。很显然,迷误已经包含现代刑法上意外事件。根据法条规定,即使迷误持杖至御所,亦斩,只是在程序上要报奏皇帝。这说明在罪名成立时,采取的是客观归罪方式。

对于政治性案件,则完全依主观或思想归罪。由于皇权被高度伦理化,“人君者,与天地合德,与日月齐明,上祗宝命,下临率土”,③对“人臣贬主之位,乱国之臣,虽不篡杀,其罪皆宜死”④。基于此专制认知,古代在定罪原则上,以“衡心”为原理。清人王明德在《读律配觿》中说:“律重元谋,慎烛始,诛心隐也。故贼盗,人命,斗殴,分而为三,皆以元谋为标准。元者,始也”。例如在汉时,为防止妄议朝政,规定三人以上不能“无故聚饮”⑤,否则将科以罚金。后来武帝时又设有腹诽罪、诽谤诏书罪、谤讪罪、妖言罪等等。“有告(颜)异以它议事下汤治异,异与客语客语初令下有不便者,异不应微反唇。汤奏当异九卿见令不便,不入言而腹非,论死。”⑥即使上书,也很可能以“诽谤”或“非议诏书”等罪名惩处。象孝宣皇帝下诏为孝武皇帝议立庙号,因夏侯胜表示“诏书不可用也”,被以“毁谤诏书,毁先帝,不道”罪下狱。⑦唐律谋反罪中“其事未行,……即同真反”⑧。明清之际的文字狱,这些都是主观归罪。至于诏狱,完全依言论或行为治罪。例如明代对东林党人顾大章的惩治,大章曰:“某奉旨送法司,据招定罪,岂容复辩?辩则抗旨,不辩则欺本心、欺法司、且欺天下、后世,亦欺皇上也。”⑨史载:“张汤为廷尉,所治,即上意所欲罪,予监史深刻者;上意所欲释,予监史轻平者。所治即豪,必舞文巧诋;杜周为廷尉,大抵仿汤,善伺上意。所恶者,因而陷之;所欲陷者,久系待问,微见冤状”⑩。这说明定罪完全以皇帝的意志为依据,以当事人的行为和言论罗织罪名。又因古代刑法不是以行为为唯一调整对象,将思想也纳入刑法调整范围,以行为人的行为或者言论为认定犯罪的依据。在犯罪构成的考察上,分割行为或言论之间的联系,即或只言片语、枝节旁叶,亦可上纲织罪,锻炼成狱。再加上罪名的开放性,比附盛行,又不关注行为与

①《唐律疏义》,中华书局 1983 年,第 137～138 页。
②《唐律疏义·卫禁》。
③《唐律疏义·名例》
④公羊高:《春秋公羊传》卷二十二。
⑤班　固:《汉书·卷四·文帝纪》颜师古注:“汉律,三人以上无故群饮酒,罚金四两。”
⑥斑　固:《汉书》卷二十四。
⑦见《前汉纪·卷十七·孝宣一》、《汉书·卷七五·夏侯胜传》。
⑧《唐律疏义·贼盗》。
⑨陈　鼎:《东林列传传记》三总録之属。
⑩转引自马端临:《文献通考》卷一百六十三。

结果之间的内在联系，因而在涉及统治权案件中，表现出强烈的主观或客观归罪色彩。

三、文化分析

中国古代在归罪方式上，之所以定罪原则为原情定罪，同时采取主观或客观归罪的归罪方式，自有其深厚的文化根源。

1.中国古代法律是以专制效率为理论基础、以专制效能为依归。因此，法律采取了简便易懂、标准刚性、极富操作性的方法。罪名就是行为自然外观的直接表现。犯罪构成与行为的事实特征一致，定罪以行为的自然外观为依据。这种法律设计可使一般官员均能胜任执法工作。如《唐律》所涉的近445条罪名，从行为的外观特征着手，其规定极为具体。如“见火起不告救”罪规定：“诸见火气，应告不告，应救不救，减失火罪二等——其守卫宫殿、仓库及掌囚者，皆不得离守救火”。此罪名即是对不作为的具体描述。再如伤害罪，以加害手段为外部特征，分为以手足击人、以他物伤人、以兵刃伤人，还有挽鬓撮发、擒其衣领、擒领扼喉。结果分棍伤、刃伤等，以使用工具作为量刑标准；且当伤害与杀人难以分辨时，又以保辜制度判别。根据辜限，依结果出现的时间定性。在其他各类犯罪中，以行为场所、行为工具或者所犯人之伤定罪。如此这样，对罪的判识较为便捷。因有很强的可操作性，使得执法者能依行为的自然外观而归罪，最大限度地发挥刑法的功效，满足了专制效率的功能性要求①。

2.报应刑是指行为人是否受刑罚以及刑罚的严重程度取决于犯罪行为对社会造成的危害结果。它有两个层面的含义：从刑罚的正当性来说，它是基于某一事物本身的性质决定了法律对该事物的反应，因为行为人的行为造成了危害结果，因此应当承担责任；另外，从刑罚的标准来看，行为人受刑罚的轻重程度应当与其造成的危害结果大致相当。报应的观念可以追溯到原始社会的复仇。“父之仇，弗与共戴天；兄弟之仇，不反兵；交游之仇，不同国”。②《礼记·檀弓上》也说：“寝苫枕干，不仕。弗与共天下也，遇诸市朝，不反兵而斗”。因而对于侵害行为的惩罚之责归于被害人及其血亲，即由被害人及其血亲向加害人复仇。《周礼》：“凡报仇者，书之于士，杀之无罪”。这种血亲、同态复仇，沉淀为中国的刑罚报应刑价值观。血亲复仇是指被害人亲属的复仇义务；同态复仇系指复仇的强度应与侵害结果相当。魏以后，虽禁止私相复仇，以公力救济替代私力救济，但刑法仍然承继了同态复仇的刑罚强度及犯罪认定方法，演变为报应主义的刑罚价值。《唐律疏义》在论述死刑的立法指导思想时亦说：“先古哲王，则天垂法”。即根据天意制定法律，而天意是什么，需要人们从自然现象中去观察，从直观外观中去提炼，从而在思想上也会不自觉地客观归罪。

3.法律必须与传统思维保持一致，才能获得最大效率。其一，中国传统思维的重要特点就是追求“天人合一”的境界，把自然与社会看成统一整体，强调彼此的统一和联系。因此，在定罪原则上，将犯罪与刑罚作为一个整体来考察。其二，中国传统的直观思维表现在法律上，就是以行为的直观外部特征为判断要素，注重直接经验和已有经验，以言、行的外在特征为标准定罪。如《唐律》“戏杀误杀过失杀伤人”条：“凡因戏而杀、伤人，以及因斗殴而误杀、伤旁人者，各以斗殴、伤论。其谋杀、故杀人而误杀傍人者，以故杀论。若知津河水深泥泞而诈称平浅，及桥梁渡船朽漏不堪渡人而诈称牢固，诳令人过渡，以致陷溺死伤者，亦以斗杀、伤论。若过失杀、伤人者，各准斗杀、伤罪，依律收赎，给付其家”③。传统思维的类推性还典型反映在比附定罪上。据沈家本考，比附定罪自“高帝诏：‘狱疑者，廷尉不能决，谨具奏附所当比律令以闻。’此为比附之始。然仅限之于疑狱而已。至隋著为定例，《唐律》出罪者举重以明轻，入罪者举轻以明重是也。《明律》改为引律比附加减定拟，现行律同”。比附定罪本是一个法律适用问题，但在中国传统的类推思维的作用下，以行为的诸事实特征相似性为定罪依据，以行为或结果进行比附，显示出主观或客观归罪色彩。

---

①参见陈晓枫、柳正权：《论中国封建法律制度体系构建的核心原则》，载《法律史论丛》（第八辑）法律出版社2001年12月第1版，第686页。

②《礼记·曲礼上》。

③《唐律疏义·贼盗》。

目前,我国发展不平衡、各地条件千变万化、执法水平参差不齐,因此不得已规定了对一些难以认定的犯罪,以行为的自然外观和外部特征为定罪的标准,这既是追求司法效率和同案同判的选择,又是传统思维的折射。

4.致思途经是在直观现象的背后支配人们行为和意识的思维定势。中国传统的致思途经源于《易经》,其用"阴""阳"的互动和变化来认识对象的矛盾运动。其以实践理性为基础,以目的性价值为行为目标,显著特征则是推理没有确定的逻辑规则,主要是直观联想①,突出的是主体经验和形象类推。观物取象、比照类推、向内省察、玄览静观、不裂全分、一多贯摄、推己及人、全息映照、有机整体、模糊灵活的直觉式致思途径②。即预先设定行为目标,先有结论,后找论据。在行为目标的实现路径上,着重目标行为的效果,而忽略实现方式。这种致思途径在古代表现为有罪推定,由于设定行为人是罪犯,使刑讯逼供法定化,先定罪后找罪证。

当前我国刑法的定罪原则体现在犯罪构成上,将犯罪要件分割为四个要件,并将侵害社会关系的犯罪客体置于首位,在构成要件价值前置的情况下,若一旦判断社会关系受到侵害,必然会按照四个要件构成去按图索骥③。这种在前苏联刑法理论基础上建立的犯罪构成理论,其以犯罪客体为逻辑起点,在价值前置的情况下,对危害结果的过分关注,必然以受损的社会关系和行为的自然外观特征主导思维,其与传统思维互动的结果,以定罪为思维对象先入为主,在先有结论,后找论据的模式下,找出行为与定罪的联结点,罗织罪名陷人于罪,构成一个致思的心理图式,从而表现为客观归罪色彩。

四、结　语

美国比较法律文化学者亨利·埃尔曼认为:"作为一种对生活的构想,文化对生活于其中的个体行为起到潜在的和实际的引导作用。对文化类型的了解,可以使人们估价传统的持续,并预见可能的变革形态。"④因此,直面中国传统定罪原则的文化折射,借鉴其中的有益成份,可以使我们建构更加科学的定罪制度。综观"两高"司法解释中对罪过推定的规定,源于中国法律文化的折射,从积极层面考察,对于准确认定犯罪可以起到一定作用。一是传统定罪原则的整体性思维。定罪时的整体性考察切合中国文化传统,若将其赋予现代意义,将有逻辑关联性的定罪要素纳入犯罪论体系中综合识别,从宏观上把握和适用该原则,就能做到法律效果、社会效果和政治效果的统一。二是定罪原则契合传统思维。中国传统定罪原则体现出思维的直观类推特点,定罪以行为的自然外观为要素,简便易行,标准刚性划一,具有可操作性。如果我们在罪过推定参照的客观要素中,将那些能够与主观罪过形态有内在逻辑联系的客观现象,设定成罪过推定的条件,就能很好地贯彻主客观相一致的定罪原则,也可以防止同案不同判。

但是,在以行为的自然外观为特征定罪时,由于司法人员理解力的差异,难免有机械理解、感性执行的现象,不自觉地陷入客观归罪的落后归罪方式。因此,要防止为了追求效率和划一、仅以行为的自然外观特征作为罪与非罪的标准,防止在推定主观罪过时,以与主观罪过形态无关联性的自然外观特征入罪。

综上,在我国建设社会主义法治国家的过程中,应充分重视文化传统中的定罪理念,使刑法更好地发挥保护人权、打击犯罪的功能。

■**作者简介**:柳正权,武汉大学法学院副教授,法学博士,湖北 武汉 430072。

■**基金项目**:国家社会科学基金项目(07BFX012)

■**责任编辑**:车　英

◆

①陈晓枫主编:《中国法律文化研究》,河南人民出版社 1993 年,第 42 页。
②阮纪正:《中国式"性理"和西方式"理性"》,载《江苏行政学院学报》2002 年第 4 期,总第 8 期 32 页。
③参见朱晶晶:《定罪思维模式比较分析》,载于《中国知网》《中国优秀硕士论文数据库》(电子版),第 16 页。
④亨利·埃尔曼:《比较法律文化》,三联书店 1994 年,第 18 页。