

版图书



中国法学学术丛书

在遵从与超越之间

——社会学视域下
刑法裁判规范实践建构研究

Interaction between Obey and Transcend
Study on the Practice Construct of
Criminal Adjudication Norms in the View of Sociology

张心向 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学学术丛书

在遵从与超越之间

——社会学视域下
刑法裁判规范实践建构研究

Interaction between Obey and Transcend
*Study on the Practice Construct of
Criminal Adjudication Norms in the View of Sociology*

张心向 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

在遵从与超越之间:社会学视域下刑法裁判规范实践
建构研究 / 张心向著. —北京:法律出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3178 - 1

I. ①在… II. ①张… III. ①刑事诉讼—判决—研究
—中国 IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 030002 号

中国法学学术丛书	在遵从与超越之间	张心向 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 李 瞻
	——社会学视域下刑法裁判 规范实践建构研究		

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 17.625 字数 407 千

版本 2012 年 5 月第 1 版

印次 2012 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3178 - 1

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



中国法学学术丛书

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社

刑事裁判功利性的另一种 解读（代序）

——兼谈司法裁判道德

赵秉志*

时光如梭,转眼又是三年。记得三年前张心向博士请我为她的上部专著《在规范与事实之间——社会学视域下刑法运作实践研究》作序的时候,正值许霆案热议,我阅读了书稿的内容,结合当时许霆案裁判过程中一波三折的状况,以“刑事裁判不确定性的另一种解读(代序)——以许霆案为分析视角”为题,为该书作序。并认为:“许霆案带给我们的最大启示,就是刑事司法裁判结论在形成过程中具有不可避免的模糊性和不可确定性,其中缘由当然存在不同的解读管径,而本书正好给我们提供了一个社会学视

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长,教授、法学博士、博士生导师,中国刑法研究会会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

域下的解读路径。”〔1〕

三载匆匆而过,岁月静静留痕。当下我国的刑事法治生态较之三年前已经发生了不少变化。从2009年起,我已连续三年在《法制日报》等报刊上针对当年发生的对我国刑事法治建设进程影响显著的案件进行点评。在2009年点评的十大案件中,至少有“梁丽捡巨额金首饰案”、“习水官员嫖宿幼女案”、“孙伟铭醉酒肇事案”、“汉中韩兴昌网络诽谤案”、“江苏盐城水污染案”这五起案件主要是由于涉及刑法相关规范在这些案件的裁决过程该如何适用,或者说如何在现有的刑法规范框架内裁判这些案件的问题,而成了2009年度具有重大法律及社会影响力的刑事案件。〔2〕在2010年点评的八大刑事案件中,至少有“黄光裕操纵市场案”、“平顶山‘9·8’矿难案”、“南京副教授聚众淫乱案”这三起也同样由于涉及上述相关刑法规范适用问题,而成为2010年度具有重大法律及社会影响力的刑事案件。〔3〕同时我在点评中提出了由于这些典型案件而“倒逼刑法规范完善”的观点。而2011年发生的“药家鑫案”、“李昌奎案”、“河南瘦肉精案”、“河南天价过路费案”等,毫无疑问又将会成为2011年度具有重大法律及社会影响力的刑事案件。〔4〕如此相似的情形,每年都在刑事裁判的剧场中频繁演出,这不能不让我陷入一种深深的思索与追问之中:正如书中所言:“从97刑法生效到现在,不过就十几年的时间,我们的刑法修正案已经达至八个,刑法规范的数量正在

〔1〕拙作:“刑事裁判不确定性的另一种解读(代序)”,载张心向:《在规范与事实之间——社会学视域下刑法运作实践研究》,法律出版社2008年版,第4页。

〔2〕参见蒋安杰、徐伟:“著名刑法学专家赵秉志点评2009年十大刑事案件”,载《法制日报》2010年1月5日第10版。

〔3〕参见蒋安杰:“著名刑法学专家赵秉志点评2010年八大刑事热点案件倒逼刑法规范完善”,载《法制日报》2010年12月29日第5版。

〔4〕参见本刊编辑部:“《中国审判》2011年20大案”,载《中国审判》2012年第1期。

以前所未有的速度增长着、膨胀着,为什么仍不能有效解决司法实践中发生的各种具体案件?”刑法似乎正在遭遇着前所未有的“风险”与“尴尬”。是刑法规范在立法创制环节中存在问题,还是刑法规范在司法裁判环节上存在问题,抑或二者之间在互动的环节中存在问题?这种刑法规范在司法适用过程中的各种矛盾与冲突问题的日趋激烈,似乎又与当下刑事案件裁判过程中日渐明显的一些功利性追求有关?而刑事司法裁判的功利性,显然涉及司法裁判的道德伦理问题。思考视角很多,得出结论有别。

在翻阅张心向博士的这本新专著《在遵从与超越之间——社会学视阈下刑法裁判规范实践建构研究》书稿的过程中,对这个问题的思考,似乎有了另外一个全新的视野。包括上述点评案件在内的刑事裁判中的每个个案裁判,实际上都是带有明确功利性追求的裁判,裁判目的主要是解决现实问题并维护社会正义,而不会是仅仅考虑完成案件裁判维护抽象的司法正义。刑事裁判中个案裁判的这种功利性追求,所需要的刑法规范必须具有的契合具体案件事实的实践变通性,与刑法规范基于安全性的要求而必须具备的普遍而稳定的确定性之间,存在着不可调和、但可平衡的矛盾。“不可调和”是因为一个存在于实然层面,一个存在于应然层面;“但可平衡”,是因为二者只有在一个层面上互动,刑事裁判才可进行,不论是规范问题还是事实问题,二者之间都需要一个可以连接的“中介”,来牵手于实然与应然之间。就“规范”而言,这便是刑法裁判规范;就“事实”而言,这便是案件裁判事实。通过刑法裁判规范与案件裁判事实使二者关联起来并达致一种平衡状态,才能完成案件的裁判。本书在社会学视域下对刑法裁判规范实践建构的研究,正好为我们在“规范”的视角下解读刑事案件裁判为何追求功利性结果、应该追求何种功利性结果以及如何追求功利性结果,提供了一种方法论意义上的支撑与说明。

一、刑事裁判的功利性追求

在当今我国刑事法治生态中,不能忽视的一个现象,就是刑事裁判功利性色彩的日益浓厚。其突出表现就是在裁判过程中追求“案结、事了”的裁判结果。

我们知道,近代以来,功利主义是占据西方道德和政治哲学主导地位的理论之一。其基本立场是:任何行为,包括立法、司法以及公共政策等的最终判定标准,是其在行为之后可能达到的功利水平。换言之,凡是能够最大限度地促进最大功利之发生的行为,就是一个善的行为;反之,则是失当的行为。推广到社会领域,功利主义者认为:一切举措都应该通过功利原则进行最大限度的检验。具体说来,就在于看其是否指向了社会整体功利的最大化,也就是人们俗称的是否谋求了“最大多数人的最大幸福”。功利主义的代表人物虽有若干,但“我们必须将关注点集中在杰里米·边沁(Jeremy Bentham,公元1748~1832年)和约翰·斯图尔特·穆勒(John Stuart Mill,公元1806~1873年)(又被译成“密尔”——笔者注)的著述上”。^{〔1〕}边沁将功利定义为:有这样一种原则,即根据每一种行为本身是能够增加还是减少与其利益相关的当事人的幸福这样一种趋向,来决定赞成还是反对这种行为。其中最大多数人的最大幸福乃是判断是非的标准。具体到法律的意义,他指出:法律的全部作用可归结为下述四个方面:供给口粮、达到富裕、促进平等和维护安全。而在上述四个方面中,安全是主要的和基本的目标,平等仅次于安全的目标。^{〔2〕}而“穆勒在解决法律哲学的一个主要问题时所采取的研究进路与边沁不同,

〔1〕 [美]E. 博登海默著:《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年版,第109页。

〔2〕 [美]E. 博登海默著:《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年版,第110~111页。

这个问题就是应当给予正义观念以多大的重要性”。〔1〕边沁将正义完全置于功利的命令之下,而穆勒则认为正义的标准应当建立在功利之上。〔2〕穆勒即密尔在其《功利主义》一书的第五章“论正义与功利的关系”中,从安全、权利、正义感、平等、利益的角度对正义与功利的关系进行了分析。他指出,正义感包括一切之于人类幸福所必不可少的从而被认为是神圣且具强制性的道德要求。〔3〕但是,他依然没有回答对于功利主义无视牺牲少数人的利益来成全大多数人利益的批评。这也是功利主义一直以来遭受的最大诘难,即功利主义者在追求社会最大福祉的同时,有可能会忽视社会中个体的正当权益,进而会损害到个体的正当利益。所以,罗尔斯对功利主义的批判正是围绕正义原则的论证而展开的。

罗尔斯认为,功利主义的功利原则诉求的是整体性推理方式,其目标是社会整体功利的最大化。所以,从原则上来说,当侵犯个体的平等自由和权利可以使社会功利最大化时,人们可以这样做;当限制一些人的平等机会能够更好地维系社会的稳定,并因此而有利于整个社会的总体利益时,也会赞成这样的行为,而不会认为这有什么不正当。在罗尔斯看来,功利主义是将应用于个体的理性抉择原则应用于整个社会的选择。这样一种推理方式忽略了个体之间的分离性(Separateness)与独特性(Distinctiveness)事实。〔4〕因为我们知道,个人在追求其利益的

〔1〕[美]E.博登海默著:《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年版,第113页。

〔2〕[美]E.博登海默著:《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年版,第113页。

〔3〕转引自[美]E.博登海默著:《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年版,第114页。

〔4〕John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971, pp. 23-24, 27, 31. 转引自杨伟清:“罗尔斯正义理论中正当优先于善的三种模式”,载《哲学动态》2007年第5期。

过程中都必然面临着权衡利弊得失的问题。为了追求利益的最大化,为了使其理性的生活计划能得到充分的实现,人们可能会牺牲当前的欲望和偏好,牺牲当前短暂利益而追求未来的长远利益。功利主义者据此就得出这样的结论:既然个体为了实现利益的最大化,可以就当前的利益和损失与未来的利益和损失进行权衡和置换,那么,整个社会为了实现功利的最大化,同样也可以对不同个体的利益和损失进行权衡,为了实现多数人的最大利益而牺牲少数人的利益。但个体之间的交易毕竟不同于个体内部的交易。如果应用这一功利原则去进行社会决策时,由于一切都要取决于极不确定的功利计算,个体的平等自由和权利就可能无法稳固地确立起来。

为此,罗尔斯在《正义论》中提出了两个正义原则。“第一个正义原则:每个人对所有人拥有的最广泛平等的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。第二个正义原则:社会和经济不平等应这样安排它们:(1)在与正义的储存原则一致的情况下,适合于最少受惠者的最大利益;(2)依系于在机会公平平等的条件下职务和地位向所有人开放。”〔1〕

第一个正义原则规定和保障人们的各项基本平等自由,第二个正义原则规定在正义社会中人们应该平等地享有各项基本自由。罗尔斯在两个正义原则的安排上,特别强调第一个正义原则相对于第二个正义原则的优先性,即只有在满足了所有人的基本平等自由之后,才能涉及社会利益和机会的分配。不能因为较大的经济利益而侵害到公民上述基本权利和自由。所以,罗尔斯作为公平的正义理论并不追求总体功利的最大化,而是要为社会基本结构的设计和制定提供一种公平合理的方案。通过将个体的

〔1〕 [英]约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1998年版,第302页。

平等权利和自由嵌入到该理论的两个正义原则之中,并赋予它们以至上的优先性,作为公平的正义理论就可以稳固地保障个体的平等权利不会受制于总体的功利算计,个体的平等权利和自由就一劳永逸地确定了下来。可见,罗尔斯对正义的选择也超越不了以对各种基本利益的分配为前提,也正因为如此,罗尔斯被认为“可能不是一位功利主义者,但是《正义论》的理论则是功利主义的”。^[1] 这正如金里卡(Will Kymlicka)所言:“功利主义在我们的社会里是一个不言而喻的背景,其他理论不得不在这个背景下出场和论证。”^[2]

我们知道,裁判正义是刑事案件裁判中的终极价值追求,案件裁判中的功利性追求,说到底就是如何在裁判过程中实现案件裁判的正义价值,在当下的我国司法界,就是表现为在“案结、事了”的各个裁判环节,如何分配案件裁判中的“利益”才是正义的,是以牺牲个案裁判中的“小利益”,来成全满足社会需求的“大利益”;还是优先考虑个案裁判中的“小利益”,而后再考量社会“大利益”的需求?抑或还有其他?功利主义的正义观不同,分配“利益”的程序或方法不同,从而导致案件裁判过程中刑法规范适用的价值判断目的与逻辑推理方法的不同,最终裁判的结果有可能就大相径庭,刑法规范在司法适用过程中的各种矛盾与冲突问题也就由此产生。比较典型的就是2011年云南省高级人民法院审理裁判的“李昌奎案”。“李昌奎案”的二审结果与再审结果,生死两重天,如果说在二审中云南省高级人民法院表现为“是以牺牲个案裁判中的‘小利益’,来成全满足社会需求的‘大利益’”的话,那么,在再审中则是“优先考虑个案裁判中的‘小利

[1] [加]J. 纳维森:“罗尔斯与功利主义”,姚大志译,载《世界哲学》2011年第1期。

[2] [加]威尔·金里卡著:《当代政治哲学》,刘莘译,上海三联书店2004年版,第20页。

益’,而后再考量社会‘大利益的需求’。而经过这一“折腾”,最直接的结果,就是不仅使司法的权威与公信力荡然扫地,也严重损害了司法正义。这让我们不得不、又不能不去思考刑事司法裁判应该坚守何种道德伦理的问题。

既然裁判正义是刑事案件裁判中的终极价值追求,案件裁判中的功利性追求又不可避免,那么,要研究的问题也就简化成为一个:在刑事司法裁判过程中,何种功利性追求,才是“正义”的?抑或是合“道德”的?

二、功利性裁判的两种路径

如果仔细观察晚近三年以来见诸媒体的各典型案件,就会发现,法官在刑事案件的裁判过程中,这种功利主义的裁判主要分为两种:一种是行为功利主义裁判,另一种是规则功利主义裁判。^{〔1〕}

1. 行为功利主义裁判

行为功利主义认为“功利”是判定行为正确与否的唯一标准,应该根据行为自身所产生结果的好与坏来判定行为的对与错。假设某甲需要在 A 和 B 两种不同的行为之间进行选择,如果 A 与 B 相比能产生更好的结果,那么甲选择 A 就是正确的,选择 B 就是错误的。在行为功利主义看来,道德规范只是一种经验法则,如果这种规范对某种具体行为来说能够符合功利最大化的要求,人们就要遵守它;相反,如果其不符合功利最大化的要求,人们就可以违反它。^{〔2〕} 所以,行为功利主义认为,任何行为都要以

〔1〕 这主要以是否主张把功利最大化当作功利主义理论的直接要求,在任何时候、对任何行为和原则都要求实行功利最大化为标准划分的。行为功利主义主张对功利追求最大化;规则功利主义则并不主张直接追求功利最大化,而应该在追求功利最大化的过程中受到合理性的限制,其关注的重点是如何在这种合理性限制的基础上更好地追求功利最大化。

〔2〕 晋运锋:“当代西方功利主义研究述评”,载《哲学动态》2010 年第 10 期。

功利最大化的实现为直接目的,个人利益只是社会利益的一部分,其可以为了社会利益的最大化而侵害某些个人的利益,而唯一重要的就是功利最大化,这样作为正义最重要基础的个人就没有任何独立的价值,权利、平等和分配正义原则本身也就没有任何独立的地位。对于行为功利主义来说,正义原则应该是“实验性的”和“经验性的”,^[1]它与其他经验法则一样,本身没有任何独立的价值,其之所以重要只是因为它是功利最大化原则的必然要求而已。

由于这种行为功利主义理论的评价方法是依据行为本身所产生的后果的善与恶来判断道德行为的有效性,追求在每一种环境条件下所能产生的最大快乐。它只考虑一个行为的直接效用,着重用行为的直接效用来判定人的行为的正当性,而没有考虑这个行为是否符合道德准则或法律准则而对社会带来的利益总量的增减。过多考虑事实后果,强调情境特殊性,而反对规则的普遍约束力,具有一种实用主义的倾向。所以,在刑事司法裁判中,行为功利主义的裁判多表现出实用主义的裁判特点。

这是因为实用主义方法的核心恰恰就是经验的。如同詹姆士所言,“实用主义的方法,不是什么特别的结果,只不过是一种确定方向的态度。这个态度不是去看最先的事物、原则、‘范畴’和假定是必需的东西;而是去看最后的事物、收获、效果和事实”。^[2]在詹姆士看来,实用主义方法就如同酒店里的走廊。许多房子向它敞开,而在房子里却有各式各样的活动。在那里会发现宗教主义者和无神论者、科学家和哲学家,然而,除其差异外,

[1] J. J. C. Smart, *Distributive Justice and Utilitarianism*, in John Arthur and William H. Shaw (ed.), *Justice and Economic Distribution*, 2nd edition, Englewood Cliffs, New York: Prentice Hall, 1991, p. 108. 转引自晋运锋:“当代功利主义正义观研究”,吉林大学博士学位论文(2011年5月)。

[2] [美]威廉·詹姆士著:《实用主义》,孙瑞禾译,商务印书馆1979年版,第31页。

住客在一个重要的事情上是共同的:他们将不得不穿过走廊——他们将不得不运用实用主义方法——为了进出他们各自的房间。^{〔1〕}

行为功利主义道德观下的实用主义裁判有以下几个特点:

(1)以裁判结论需求考量法律规范适用。

实用主义审判法官往往是以对于判决后果的考量与权衡来取代对于法律规则的严格适用,在处理案件时,法官会对摆在其面前的各种可供选择的裁判规则所可能造成的后果予以审慎考量,以权衡利弊。^{〔2〕}以求裁判利益最大化。也就是在案件正式进入“裁判的轨道”之前,首先对案件有一个基本的价值判断,以确定裁判该案的价值诉求,基于行为功利主义的道德观,在当下的案件裁判中主要表现为“事了”,抑或称之为“了事”或许更恰当。这样,整个司法裁判过程会呈现出“三段论的倒置”现象。先有“裁判结论”,再行“逆推试错”,“试错的过程产生判决。试错的过程决定着它们再造自身的权利”,^{〔3〕}特别是“当事实和法律依据不确定时,法官就常常会从他直觉地认为公平的解决方案出发,只是到了司法决定的形式起草阶段才使用三段论推理。我们可以称之为倒置的三段论,‘上升式的’或‘倒退式的’三段论。此时法官就会运用其选择前提的自由,以使制作出能够证明已定结论的三段论。”^{〔4〕}如本书中例举的“许霆案”、“天价葡萄案”以及众多的非典型性类型案件的裁判过程,无一不是这种裁判现象

〔1〕 [美]席克曼:“实用主义、后现代主义与全球公民”,曾誉铭译,载《江海学刊》2006年第6期。

〔2〕 [英]麦考密克著:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第125页。

〔3〕 [美]本杰明·内森·卡多佐著:《法律的成长》,刘培峰等译,贵州人民出版社2003年版,第28页。

〔4〕 [法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博著:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第40~41页。

的实证。

其实“天价葡萄案”案情并不复杂,首先,该案中四民工选择深夜,利用无人看护之机,翻墙进入到他人葡萄园内,并对他人财物进行偷食偷摘,行为性质显然是“偷”,在这一点上,他们实施行为时,很显然是完全具备了刑法上所要求的盗窃罪的“明知”要素,即行为人对自己的行为是具有违法性认识的。其次,盗窃罪主要是数额犯,在通常情况下盗窃财物的数额达到一定标准才构成犯罪。而该案的犯罪对象是处于科研试验阶段的非商品,其数额价值自然不同于一般普通物品,“天价”葡萄最初定价为11220元,是由北京市物价局对包括研究人员的工资、农林化肥价格、水电费价格等内容调查取证后评估做出的结论,应该说是有一定道理的。关键是如果本案的盗窃数额就是11220元,就属于数额巨大,视情节嫌疑人有可能被判处3~10年有期徒刑。而这个结论恰恰是不仅是该案行为人,就是一般百姓也难以从心理上认同的。因为从道德的视角看,行为人的行为无非是一种小偷小摸的行为,没有想到自己偷吃偷摘的竟然是“天价”葡萄,竟然和自家的黄牛、四轮车等价值相当。以47斤葡萄给“民工”如此定罪量刑,让人产生一种是否公正的疑惑,从而让人们开始思考刑法上的条文是否切实地保护了人民也保障了人权,即实现了正义的问题。于是,就有了市物价局再次估价,认定被偷葡萄的价值为376元,道德的困惑迎刃而解,而把裁判的困惑留给了法官。这样以裁判结论需求去考量法律规范的选择适用,是否属于“正义之裁判”?

“许霆案”也是一样,最初一审判决许霆的行为属于盗窃金融机构,按照《刑法》第63条第1款的规定,亦不具备法定的减轻处罚情节,而应当在法定刑以下判处刑罚。所以,依法判处法定最低的无期徒刑,从规范与事实在形式上的关系上看,应该没有多少可圈可点的地方,为何判决一出,却出乎意料地引起了轩然大

波？现在想来，实际上从一开始，对“许霆案”定盗窃罪就不成问题，真正成问题的是在量刑方面。之所以有这么多人替许霆开脱，是因为刑罚过重，在老百姓的意识里，如果盗窃金融机构与无期徒刑及死刑画等号，就等于与罪大恶极画等号，必然就无法接受盗窃金融机构这个罪名、更无法接受以这样一种形式盗窃就可以判处无期徒刑，这实际上是很容易理解的。首先，恶意提款必须以柜员机的故障为前提，而这种故障是很少见的，在银行尽到足够责任的条件下甚至有可能完全避免，因此，刑罚威慑对这类行为的现实意义不大。法律的重点应放在预防柜员机出错上面，而不是威慑储户。否则一旦出现恶意提款，银行就可以从柜员机制造商和储户方面获得双倍赔偿，这等于是鼓励银行的不良行为。其次，利用柜员机“疯狂”实施盗窃，犯罪意念大大弱于普通盗窃，因而其主观恶性也非常低，法律所规定的极刑根本无法让人接受。最后，这种完全按照成文法规定的量刑，挑战了法律的公平底线。公众对许霆表示同情，在很大程度上是对银行积怨的爆发，因为银行一贯“店大欺客”，单方面规定了许多不公平的服务条款，虽然基于技术上的原因，许多条款不得不如此规定，但如果“只许州官放火，不许百姓点灯”，那么法律的公平性就荡然无存了。这样，刑法条文的规定与大众道德情感之间就产生了冲突。如果不是不得经过多次审判，最终决定轻判该案，就不会启用《刑法》第63条第2款，许霆也就不会是只被从轻判处有期徒刑5年。

(2)在裁判中当实质正义与形式正义发生矛盾的情况下，以优先考量社会利益的实质性裁判取代个案裁判中忠诚法条的形式要求。

行为功利主义是一种情境功利主义，是根据行为自身所产生的好或者坏的效果，来判断行为的善与恶。与该问题相关的一个最著名的例子是 H. J. 麦克洛斯基 (H. J. McCloskey) 对作为一个