

刑法公众认同研究

马荣春 著

XINGFA GONGZHONG RENTONG YANJIU



中国政法大学出版社

刑法公众认同研究

马荣春 著

INGFA GONGZHONG RENTONG YANJI



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑法公众认同研究/马荣春著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 10
ISBN 978-7-5620-6343-8

I. ①刑… II. ①马… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第237644号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	19
字 数	310 千字
版 次	2015 年 10 月第 1 版
印 次	2015 年 10 月第 1 次印刷
定 价	49.00 元

前 言

在国内，情理法一直是中国法律史学界研究的重点内容之一。在此方面，以霍存福教授、范忠信教授为代表，代表作品如霍存福教授的《事实与规范之间：情理法的再认识》、《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》等。但是，这类研究主要停留在对情理法的发生、发展和演变过程以及基本谱系的介绍和阐释上。在刑法学领域，陈忠林教授较早运用情理即“常识”、“常理”、“常情”，并通过《刑法散得集》、《刑法学演讲录》等著述来论述法学与法治问题，并提出了“常识、常理、常情化的法治实践观与法学教育观”，但其主要停留于一般法理学层面和一般法治层面。至于将“常识”、“常理”、“常情”运用于刑法这一部门法的研究，较早能够见到是周国文的博士学位论文《刑罚的界限——Joel Feinberg 的“道德界限”与超越》等，但这些著述只是在论述某个具体问题时将“常识”、“常理”、“常情”作为其中一个论证视角或分析工具。相比之下，本人的《论刑法的常识、常理、常情化》等文章在运用“常识”、“常理”、“常情”来正面、直接探究刑法问题上要走得稍微远一些。紧接着，就有周光权教授的《论常识主义刑法观》论述了常识主义刑法观的基本内涵，至少是从方法论和价值论上对刑法的常识、常理、常情化问题进行了很有见地的深化。但前述包括笔者在内的研究仍然显得不够全面和深入。运用“常识”、“常理”、“常情”来思考刑法问题已经隐含着立于公众认同来思考刑法问题，而明确立于公众认同来思考刑法问题的著述虽已可见，但仍然显得视野狭窄，如俞小海的《刑法解释的公众认同》。因此，前述研究所牵涉的问题需要被提升到一个新的高度并被予以全面和深化，而这一新的高度可以被概括为“刑法公众认同”。刑法公众认同本质上是一个刑法“是否回应社会”以及“如何回应社

会”的根本性问题。而在法“回应社会”这个问题上，美国学者 P. 诺内特和 P. 赛尔兹尼克的研究较有代表性，其在《转变中的法律与社会》一书中，明确提出了“回应型法”这一法的理想模型，并对之进行了系统阐述。如今，刑法公众认同问题的研究也是对“回应型法”观念的响应。

为何要展开刑法公众认同问题的研究？在实践上，“法律不被遵守”与“判决不被接受”是当前困扰我国刑事立法和刑事司法的两个极为现实且棘手的问题，也是制约我国刑事法治建设与社会和谐问题的主要症结之一。诚然，导致“法律不被遵守”与“判决不被接受”的原因是多方面的，但其中非常重要的一点便是当前我国刑法立法与刑事司法裁判在相当程度上脱离社会生活实际，违背常识、常理与常情。这种“脱离”与“违背”不仅严重挫伤着刑法的规范信赖与公众认同，而且在根本上违背了立法的初衷。刑法公众认同，一方面有助于促进刑法立法的民主化与科学化，从而提升社会公众对刑事立法的规范信赖，另一方面也有助于提升刑法司法裁判的说服力和执行力，从而实现法律效果与社会效果的统一。于是，刑法公众认同将使得从刑法立法到刑法司法再到刑罚执行的整个刑法实践在一种更加切合实际又不失公平正义之中来满足经济社会发展的内在要求，特别是满足“社会转型”与“风险社会”对科学发展的特殊时代要求。改革开放加快了社会生活的步伐，而“社会转型”与“风险社会”又令社会生活在加速之中变得更加纷繁复杂。这在使得我们的刑法实践陷入了“眼花缭乱”乃至“应接不暇”甚或“无所适从”的同时，也陷入了“合法不合理”、“合法不合情”的悖论。这就在根本上背离了经济社会发展的内在要求，也在相当程度上加剧了“社会转型”与“风险社会”的“危机”。因此，在一种既切合实际又不失公平正义之中来满足经济社会发展的内在要求，特别是满足“社会转型”与“风险社会”对科学发展的特殊时代要求，便成了刑法公众认同研究的实践目标。

在理论上，注释法学的传统研究思维使得中国刑法学长期停留于“自说自话”。方法论和价值论的逐渐重视使得刑法学理论在逐渐“思辨化”或“哲学化”之中变得有所深化和丰满，但由于已用的方法论和价值论过于“阳春白雪”，故中国刑法学还在相当程度上显得“华而不实”。刑法公众认同将通过一种“朴实的”乃至“下里巴人”的生活实际来使中国刑法学得到一种坚实的和富有生命力的观照，从而在“朴实”与“厚实”之中走向另一种境界的“思辨化”或“哲学化”。因此，使得中国刑法学的相关范畴或命题获

得一种更加切合实际又不失公平正义的“别开生面”的新界说或新表述，便成了刑法公众认同的理论目标。于是，作为一种刑法哲学观念，刑法公众认同蕴含着深刻的民主思想、人文关怀与理性思辨，其高度重视规范的有效性与可接受性，倡导一种“自下而上”刑法改革思路，并以此为理念指导立法、策引司法并引导守法，从而能够明确解答社会转型时期的中国刑法“为什么要回应社会”以及“如何回应社会”这两个带有全局性的根本问题；作为一种刑法学的基本立场，刑法公众认同拒绝“理性的二元分立”，反对“形式主义”的封闭与狭隘，批判“实质主义”的恣意与扩张，主张一种经由参与式民主与协商而形成的“程序性理性”与“可接受性正义”，而这或许将为理性审视乃至平抑近年来国内学界在刑法观问题上的分庭抗礼而提供一种新的路径；作为一种刑法学的基本方法，刑法公众认同要求在刑法的规范构造与实践运作中，始终以规范的有效性与可接受性为主旨，高度关切作为主体性的人的价值诉求，并紧密联系作为背景性的社会的承继与变迁，以期弥合乃至进一步消解实质与形式的对立、规范与事实的断裂以及情理与法理的脱节。

随着民主化进程的加快和信息时代的来临，民意对社会生活各方面的影响日益凸显。在法律领域，此影响表现为在法律运作过程中，除了权力、人情等干扰因素，民意也逐渐渗透到各个环节，影响着法治的进程，而曾经发生的“许霆案”、“邓玉娇案”、“药家鑫案”便是典型例证。何为民意？从字面上理解，民意应为民众的意志、意愿、想法。而民意在法学领域，更准确地应当表现为公共认同问题^{〔1〕}。我们似应形成这样一种认识：民意与公众认同有关联，但民意并不直接等同于公众认同；法治领域内的民意与法治公众认同有关联，但法治领域内的民意并不直接等同于法治公众认同。依次类推：刑法领域内的民意与刑法公众认同有关联，但刑法领域内的民意并不直接等同于刑法公众认同。于是，刑法公众认同这一课题便于民意对法治的影响中层层“脱胎而来”。显然，“脱胎而来”意在强调刑法公众认同并非就是因刑法的制定和实施而产生或形成的所谓民意本身，并且预示着刑法公众认同将朝着刑事法治的某个目标而去。“刑法公众认同”将为中国大陆刑法学开

〔1〕 郭泽强：“刑事立法政策与公众认同论纲”，载《山东警察学院学报》2013年第3期，第45页。

辟一条“新路径”，为其打开一扇“新视窗”，从而将其带进一种“新境界”，并最终为其注入一些“新理念”，而其终将给中国大陆刑法实践带来一种“新气象”，因为刑法公众认同将为中国大陆刑法学提供一种新的世界观与方法论。

CONTENTS 目录

前 言1

第一章 刑法公众认同的先行交代1

第一节 刑法公众认同的概念1

一、刑法公众认同的定义1

二、刑法公众认同的特征2

第二节 刑法公众认同的意义9

一、刑法公众认同的理论意义9

二、刑法公众认同的实践意义11

第三节 刑法公众认同的法哲学建构16

一、刑法公众认同的法哲学前提17

二、刑法公众认同的法哲学实体26

三、刑法公众认同的法哲学升华35

第二章 刑法价值的公众认同45

第一节 刑法价值内容的公众认同45

一、刑法权利保障的公众认同45

二、刑法秩序维护的公众认同52

第二节 刑法价值结构的公众认同55

一、刑法价值结构主辅性的公众认同55

二、刑法价值结构终极性的公众认同58

第三章	刑法基本原则的公众认同62
第一节	罪刑法定原则的公众认同.....62
一、	罪刑法定原则何以形成：公众认同的观念支撑.....62
二、	罪刑法定原则的相对性：公众认同的当然要求.....70
第二节	罪刑均衡原则的公众认同.....73
一、	罪刑均衡原则何以形成：公众认同的观念支撑.....73
二、	罪刑均衡原则的实质性：公众认同的当然要求.....76
第三节	刑法面前人人平等原则的公众认同.....80
一、	刑法面前人人平等原则何以形成：公众认同的观念支撑.....80
二、	刑法面前人人平等原则的实质性：公众认同的当然要求.....82
三、	刑法立法面前人人平等：公众认同的应然“神话”84
第四章	刑法精神的公众认同91
第一节	刑法独立性与权威性的公众认同.....91
一、	刑法独立性的公众认同.....91
二、	刑法权威性的公众认同.....96
第二节	刑法自足性与宽容性的公众认同.....98
一、	刑法自足性的公众认同.....98
二、	刑法宽容性的公众认同.....101
第三节	刑法情感性与诚信性的公众认同.....114
一、	刑法情感性的公众认同.....115
二、	刑法诚信性的公众认同.....126
第五章	刑法立法的公众认同132
第一节	刑法立法根基的公众认同.....132
一、	赢得公众认同的刑法立法根基之一：保护人们的基本需要.....132
二、	赢得公众认同的刑法立法根基之二：吻合共同的社会心理.....136
三、	赢得公众认同的刑法立法根基之三：蕴含“最低限度的道德”144
四、	赢得公众认同的刑法立法根基之四：坚持严重的社会 危害性标准.....149

五、刑法立法根基公众认同的归结性说明：刑法立法根基的 内在关系.....	151
六、刑法立法根基公众认同的最后强调.....	154
第二节 刑法立法模式的公众认同.....	155
一、刑法立法模式公众认同的问题提出.....	156
二、刑法立法模式公众认同的制度设计与展望.....	157
第三节 刑法立法形式的公众认同.....	159
一、刑法立法结构的公众认同.....	159
二、刑法立法语言的公众认同.....	162
第四节 罪状明确性的公众认同.....	168
一、罪状明确性公众认同的具体展开与实践尝试.....	168
二、罪状明确性公众认同中的问题关系处理.....	174

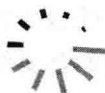
第六章 刑法司法的公众认同178

第一节 良心刑法司法的公众认同.....	178
一、良心刑法司法公众认同的依据性说明.....	178
二、良心刑法司法公众认同的人性深化与程序保障.....	181
第二节 刑法司法恢复性与能动性的公众认同.....	184
一、刑法司法恢复性的公众认同.....	184
二、刑法司法能动性的公众认同.....	194
第三节 刑法司法定罪的公众认同.....	199
一、犯罪事实认定的公众认同.....	199
二、罪名认定的公众认同.....	217
三、罪过认定的公众认同.....	220
第四节 刑法司法量刑的公众认同.....	229
一、刑法司法量刑公众认同的直接展开.....	229
二、两个量刑实践的公众认同.....	233
第五节 刑法司法剧场化的公众认同.....	236
一、刑法司法剧场化公众认同的要素性展开.....	236
二、刑法司法剧场化公众认同的动静体现.....	239
三、刑法司法剧场化公众认同的美学归结.....	243

第七章	刑罚执行的公众认同	245
第一节	刑罚执行原则的公众认同	245
一、	刑罚执行合法性原则的公众认同	245
二、	刑罚执行“两个相结合原则”的公众认同	246
三、	刑罚执行个别化原则的公众认同	246
四、	刑罚执行人道主义原则的公众认同	247
第二节	刑罚执行服刑人权利化的公众认同	248
一、	刑罚执行服刑人权利化公众认同的一般说明	248
二、	刑罚执行服刑人权利化公众认同的两个特别关注	252
三、	刑罚执行服刑人权利化公众认同的节制性说明	257
第三节	刑罚执行行刑规律的公众认同	260
一、	刑罚执行公众认同的人身危险性说明	260
二、	刑罚执行公众认同的宗教化说明	269

参考文献	284
------------	-----

后 记	291
-----------	-----



第一章

刑法公众认同的先行交代

何谓刑法公众认同，其意义如何，又如何在法哲学高度予以把握，凡此构成了刑法公众认同问题的先行交代。

第一节 刑法公众认同的概念

刑法公众认同的概念是本书研究刑法公众认同问题的起步，而定义的表述和特征的描述是把握一个概念的必要内容。

一、刑法公众认同的定义

何谓刑法公众认同？从字面上，刑法公众认同即公众对刑法的认可与赞同。但此论断只能被视为是对刑法公众认同的解释而非其定义。按照《现代汉语词典》，认同即“认为与自己有共同之处，感到亲近”。显然，这里的认同所直接揭示的是人与人之间的关系，其所直接表达的是人对人的态度。刑法公众认同所直接表达的是公众这一群体对刑法的态度，即对刑法规范本身及其运行的态度。那么，到底何谓刑法公众认同呢？在学者看来，刑法公众认同，是指公众对犯罪与刑罚的适当对应关系的确信和对刑法划定国家权力和

公民权利界域的能力的期待,以及对于依法解决社会冲突的尊重和服从^{〔1〕};另有人指出,刑法公众认同可以理解为法律文本的颁布、个案的判决结果符合公众的预期,依法解决冲突的结果符合公众的经验、情理、感受,从而最终达到公众信仰法律和服从判决的目标^{〔2〕}。对一个概念的定义,本应在体现一种概括性中去揭示被我们定义的概念的内涵和外延,并且应以其上位概念作为定义项的中心词。如此,我们似可如下定义:刑法公众认同,是指一国刑法时空效力所及范围内的大多数人即公众对刑法规范及其实践运行的正当性和效力性等的认可与赞同。本书对刑法公众认同所给出的前述定义在尽量符合定义规则的同时,做到了如下三点:一是立足于主体对客体的态度;二是体现刑法所对应事项的动态性或过程性;三是将所谓“公众的确信”、“公众的期待”、“公众的尊重和服从”、“公众的需要”和“公众的法律信仰”等予以概括和蕴含。

对于本书所给出的刑法公众认同的定义,需要作如下强调:这里所说的刑法,除了指向所有的与刑事责任相关的实体法律规范包括刑法典、单行刑法、附属刑法、刑法立法解释和刑法司法解释之外,还指向与刑事责任相关的实体法律规范的实践运用过程及其状态,即这里所说的刑法包括“文本中的刑法”和“行动中的刑法”。这里所说的公众,是指一国刑法时空效力所及范围内的,作为刑法受体的民众的大多数包括作为刑法规范对象的一般民众,包括刑法立法者和刑法司法者,还包括外国人或无国籍人。特别需要指出的是,这里所说的公众还包括某个阶级或社会阶层,因为“所有阶级,任何阶层都属于‘大众’这个范畴”。^{〔3〕}这里所说的刑法时空效力范围,当然包括一国的船舶、航空器等“流动领土”和驻外使领馆等“延伸领土”。

二、刑法公众认同的特征

刑法公众认同的特征是对刑法公众认同的定义的展开,是对刑法公众认

〔1〕 周光权:“论刑法的公众认同”,载陈兴良主编:《法治的界面:北京大学法学院刑事法论坛暨德恒刑事法论坛》,法律出版社2002年版,第450页。

〔2〕 郭泽强:“刑事立法政策与公众认同论纲”,载《山东警察学院学报》2013年第3期,第46页。

〔3〕 [美] 伯顿·史蒂文森主编:《世界明言博引词典》,周文标等编译,辽宁人民出版社1990年版,第608页。

同的概念的进一步交代。刑法公众认同的特征应被理解为刑法公众认同的内在特质的外在征表或映现。

（一）刑法公众认同的主体性特征

刑法公众认同毕竟不是刑法的个体认同或刑法的个别认同，故刑法公众认同有着自身的主体性特征，正如前文在定义刑法公众认同时所强调的，刑法公众认同的“公众”，是指一国刑法时空效力所及范围内的，作为刑法受体的民众的大多数，即大多数民众包括作为刑法规范对象的一般民众，包括刑法立法者和刑法司法者，还包括外国人或无国籍人。那么，刑法公众认同的主体性特征便可被提炼为主体的广布性。主体的广布性不同于主体的多众性，故将主体的广布性视为刑法公众认同的主体性特征，便意味着将主体的多众性视为刑法公众认同的主体性特征。如此，便有不尽妥帖之处：多众性所表达的是一个绝对数概念，而其所对应的相对数便存在着达不到半数的可能，故主体的多众性未必能够对应或“匹配”着刑法的公众性认同。这就是前文在定义刑法公众认同时采用“大多数民众”的原因。相比之下，广布性不仅意味着绝对数的“多”，也意味着相对数的“多”，而此“两多”同时指向了不同的类型主体，故广布性能够对应或“匹配”刑法公众认同的“公性”状态。另外，多众性在根本上有着机械积累的意味，而广布性则有着暗中联结甚至“遥相呼应”的意味，故主体的广布性特征隐现着刑法公众认同的价值共识，或曰主体的广布性特征映现着刑法公众认同的“价值共同体”属性。

刑法公众认同的主体广布性特征，其更进一步的意义在于：我们曾经在相当长的一个历史时期内奉行“阶级性法学”和“阶级性法治”，即将法律特别是刑法视为所谓统治阶级意志的产物，故法律特别是刑法便构成了阶级统治乃至“阶级斗争”的工具。那么，刑法公众认同的主体广布性特征可以被视为是在新的历史时期刑法彻底告别了“阶级性”而凸显着“社会性”乃至“市民社会性”。于是，刑法公众认同便以其主体的广布性特征来喻我们刑法应该怎样构建和怎样运行。这里要进一步指出的是，民法公众认同等也有着主体的广布性特征，但由于刑法在整个法制体系中有着“保障之法”和“后盾之法”亦即“最后法”的特殊地位，故刑法公众认同的主体广布性特征便显得更加“广布”，且其广布性的获得同时显得更加艰难和珍贵。

（二）刑法公众认同的价值性特征

仅仅从表面上看，刑法公众认同所表明的是公众对刑法的态度，包括公

众对刑法的建构即刑法规范本身及其实践运行的态度。而当人们对一项事物的态度可以被视为是人们对该项事物的一种价值反应,则刑法公众认同便必然呈现出价值性特征。前文在定义刑法公众认同时强调刑法公众认同是公众对刑法规范及其实践运行的正当性和效力性的认可与赞同,这意味着刑法公众认同的价值性特征应从刑法规范及其实践运行的正当性和效力性上去寻求自身展示。刑法规范及其实践运行的正当性和效力性来自哪里?我们可作出刑法规范及其实践运行的正当性和效力性来自刑法的合规律性和刑法的强制性等见仁见智的各种命题,但无一能如“社会共识”那样作出既有提升性又不失周全性的说明,因为“社会共识”蕴含着合规律性,而“社会共识”也赋予刑法更加彻底和持久的效力性。当规范本身就是价值的一种载体和反映,又当普适性是规范的固有属性,而价值本身就代表着一种认识,故社会的共识性应被视为是刑法公众认同的价值性特征。刑法公众认同的社会共识性特征更加明确地告喻我们刑法应该怎样构建和怎样运行。这里同样要进一步指出的是,民法公众认同等也有社会的共识性特征,甚至民法公众认同因一个“民”字而更加具有社会的共识性特征,但同样由于刑法在整个法制体系中有“保障之法”和“后盾之法”亦即“最后法”的特殊地位,故刑法公众认同的社会共识性特征便显得更加“社会”,且其社会性的获得也便显得更加艰难和珍贵。

将社会的共识性视为刑法公众认同的价值性特征,是对将主体的广布性视为刑法公众认同的主体性特征的一种呼应和深化。可以这么认为,同样作为刑法公众认同的特征,主体的广布性与社会的共识性这两者之间构成了表里关系,因为共识终究是主体的共识,而社会的共识性只能在具有广布性的主体之间方可达成。那么,我们在这里便可进一步认为,社会的共识性是刑法公众认同的本质性特征。具言之,法律系因解决社会矛盾和社会冲突而建构和运行,故法律本身便是一种具有“社会性”的制度存在。由于刑法是解决社会矛盾和社会冲突的最后手段,故刑法便是一种更加沉淀着“社会性”的存在,或曰是一种“社会性”更加浓重的制度存在。于是,社会的共识性便在针对着刑法的一种更加重要和更加艰难的公众认同的达成之中呈现了出来。社会的共识性为刑法公众认同奠定了牢固的价值基础。正是在此意义上,社会的共识性赋予了刑法公众认同一种“同质性”。而从社会的共识性及其对刑法公众认同的“同质性赋予”之中,我们隐约看到了下文将要讨论的刑法

公众认同的存在性特征。

刑法公众认同的主体性特征和价值性特征为刑法规范的构建机制及其实践运行机制问题埋下了伏笔,亦即为我们暗示了包括刑法立法在内的刑法实践的内在规律,同时预示着包括刑法立法在内的刑法实践的方法论和价值论,因为刑法公众认同的主体性特征和价值性特征将会勾连出刑法知识的“精英化”问题。

(三) 刑法公众认同的存在性特征

学者指出,公众认同在刑事立法政策的形成中地位重要,但从整个社会的发展过程来看,公众的意见不一定总是正确的、先进的,而是存在着先天不足:其一是公众意见的非理性,即公众常常基于朴素的是非观而只从一个角度片面地看待刑事审判中的各方当事人,用传统道德观念去猜测案件事实,并在感情的驱动下评价当事人的行为性质,且根据道德的标准对行为人应受的惩罚作出预期。同时,公众还容易受到外界的误导和鼓动,故公众看似正义的群体情绪表现是对法治不负责任的表现。其二是公众意见的滞后性。虽然法治思想在我国有了一定的影响力,但是传统的儒家思想仍然根深蒂固,因而道德仍然是公众生活中首位的价值评判标准,而追求实质正义永远是公众的第一选择,故在法治思想与人治观念、程序正义与实质正义斗争时,前者往往会受到漠视。对于这种传统的滞后观念,有必要予以纠正和引导,以使得理性、先进的法律理念尽快地在公众心中生根发芽。其三是公众意见的不稳定性。“许霆案”说明:公众秉承儒家思想的善恶观,对善人和恶人的行为评价和权利保护采用双重标准,所以公众的意见具有很大的不稳定性。因此,刑事立法和司法不能过于倚重公众的意见^[1]。

如何看待学者所言的“先天不足”呢?对于所谓第一点“先天不足”,我们似应这样来看问题:公众意见确实有着一定乃至相当程度的分散性、差异性甚或“一片嘈杂”,而立法者或司法者容易在此“一片嘈杂”之中对最先听到的音量最大的声音“先入为主”。但公众认同有别于公众意见。在相当意义上,公众认同是对公众意见的“去伪存真”,是对公众意见的一种“过滤”和“沉淀”。因此,公众认同通常是理性的而非学者所说的非理性。如言

[1] 郭泽强:“刑事立法政策与公众认同论纲”,载《山东警察学院学报》2013年第3期,第48~49页。

刑法公众认同是非理性的东西，只能说明对公众认同究竟为何物不甚明了。在心理学上，认同意味着尊重与服从^{〔1〕}；而在社会学意义上，认同是一种情感和意识上的归属感^{〔2〕}，并在建构着个体的“社会主体性”之中形成一种社会凝聚力^{〔3〕}。那么，公众认同包括刑法公众认同真的是非理性的东西吗？针对着某个具体的事物所形成的个体性认同，是可能存在非理性成分的，且此种认同往往随个体的喜怒哀乐即其好恶而飘忽不定，但公众认同意味着“一致性”和“普遍接受性”，其真的是充满感性而飘忽不定的东西吗？言公众认同具有理性意味着公众认同便具有稳定性或曰相对稳定性，对刑法公众认同而言，道理同样如此。刑法公众认同不等于刑法公众意见，学者所谓第一点“先天不足”或许只存在于刑法公众意见之中。

对于所谓第二点“先天不足”，我们似应这样来看问题：在某些特别是典型刑事案件的公众意见中，确有部分或个别声音带着明显的人治观念或片面的实质正义的印记，从而对法治持一种漠视乃至拒斥的态度，但不能说公众认同也是如此。相反，法治思想或法治观念是能够迎合公众认同的，因为“一准于法”最终是公众的具有一致性或曰“异口同声”的价值诉求，特别是在刑事案件中，因为人身自由乃至生命的重大私人法益为人人所珍视。或可这样认为，公众认同是在一种“整体冷静”之中稳妥而恒久地接受着法治思想或法治观念。其实，公众认同并不具有滞后性，或曰公众认同并不存在所谓滞后性的问题，亦即公众认同的滞后性是个伪命题。在法学领域，我们至今还在普遍地操持着一种几乎是约定俗成的认识，即法律的稳定性就是法律的滞后性，或曰法律的稳定性隐含着法律的滞后性。其实，法律的滞后性应被理解为由于法律制定时的社会境况与法律施行时的社会境况的差异性和脱节性而使得法律本身与其施行时的具体个案不再具有价值信息的对称性；而法律的稳定性，当然不能从措辞到标点符号而仅仅形式地理解为法律条文本身的保持不变，而更应实质地理解为在一定时期内，法律本身与其施行时的具体个案仍然具有较为普遍的价值信息的对称性。那么，通过公众意见的滞后性来“混同”出一个公众认同的滞后性问题，似乎存在着通过“偷换概

〔1〕 齐聚锋、叶仲耀：“刑法认同漫谈”，载《当代法学》2001年第11期，第55页。

〔2〕 王成兵：《当代认同危机的人学解读》，中国社会科学出版社2004年版，第16页。

〔3〕 谢新竹：“论判决的公众认同”，载《法律适用》2007年第1期，第32页。