

# 传统犯罪的网络异化研究

于志刚◎著

中国检察出版社

# 传统犯罪的网络异化研究

于志刚  
@ 著

中国  
检察出版社

# 图书在版编目 (CIP) 数据

传统犯罪的网络异化研究 / 于志刚著. —北京:

中国检察出版社, 2010. 4

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0271 - 1

I. ①传… II. ①于… III. ①计算机犯罪 - 研究 - 中国 IV. ①D922. 174

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 083149 号

## 传统犯罪的网络异化研究

于志刚 著

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱: [zgjccbs@vip.sina.com](mailto:zgjccbs@vip.sina.com)

电 话: (010) 68630384 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 13.25 印张

字 数: 353 千字

版 次: 2010年4月第一版 2010年4月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0271 - 1

定 价: 36.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换

# 罪刑法定主义的百年随想

(代序)\*

如果要追溯中国现代法制的开端,1908年是当之无愧的“原点”,这一年出台了《钦定宪法大纲》——中国历史上第一部具有宪法意义的法律文件。如果更进一步,追问中国现代刑事法治的起点的话,则目光当然地定格在1911年颁行的《大清新刑律》。《大清新刑律》的历史地位现在恐怕早已盖棺定论,人们自然会对其作出各种各样的评价。从一名刑法研究者的角度而言,它最摄人心魄的地方恐怕还是首次以法律条文的形式明确确立了罪刑法定原则。从这以后,无论立法者尊崇也罢、抨击也罢,无论司法者维护也罢、漠视也罢,罪刑法定主义就成为中国刑事法治进程中避不开的坎儿,绕不过去的弯儿,它如同孙猴子头上的“紧箍咒”,如影相随、不离不弃。罪刑法定因而成为刑法之中最沉重而深邃的话题。一个行将就木的封建王朝在颁行这部开启中国近代刑事法治之门的法典之后,不到两年的工夫就土崩瓦解、分崩离析,这不能不说是历史开的一个不大不小的玩笑。自《大清新刑律》颁行始,百年时光倏然而过。透过时间编织的层层迷雾,直视罪刑法定主义的历史变迁、现实境遇,也是一件值得玩味的东西。

---

\* 《罪刑法定主义的百年随想》一文曾经发表于《法学》2010年第1期,发表时题目被编辑调整为《罪刑法定原则认识发展中的博弈》。由于本书对于传统犯罪网络化问题的解决思路之中,很大一部分是建议对于现有的罪刑条款予以扩张解释,属于相对罪刑法定主义的范畴,因此,必然会受到持“古典式罪刑法定主义”学说的学者的批判,甚至会被指责为“实质犯罪观”等加以批判。因此,笔者将此文放在书前代以为序,作为挡箭牌式的事先回应。

### 一、回顾历史：罪刑法定主义的东西方命运

从大历史的角度来看,百年以来罪刑法定原则的东西方命运,其实有着相似之处:在刑法典的文本之中,罪刑法定原则百年以来言之凿凿,排列在各国刑法典的首要位置;但是,近百年来世界范围内的战乱、冷战,以及各国的内部政治动荡,使得罪刑法定主义的现实化贯彻时日极短。

从欧美等西方国家的角度来看,1914年第一次世界大战爆发,之后是第二次世界大战,战争期间无人有暇顾及罪刑法定原则;再之后,东西方分裂为两大意识形态阵营,长期处于冷战状态,直至20世纪70年代,战后长期受到冷战思维和意识形态支配的欧美国家的刑事司法,即使不将罪刑法定原则弃若敝屣,至少是不完全的罪刑法定主义……可以说,在这百年之中的大部分时间,即使今天看来法治先进的国家,例如德国、日本、美国,也都曾经历过相当长时间的大规模侵犯人权的不光彩时期。因此,必须强调指出的一点,只有在相对稳定的和平时期,罪刑法定主义才有真正实现的可能。而西方社会真正进入和平时期和逐渐淡化东西方的意识形态对抗、走出冷战的阴影,是在20世纪70年代之后,因此,从整个西方社会来看,罪刑法定主义真正地由文本走向现实,应当是在20世纪70年代之后才开始的。

以此角度审视中国,可以发现罪刑法定主义在中国的命运基本相同。虽然1910年《大清新刑律》就确立了罪刑法定原则,但是,在中国近、现代社会的长期动荡中,法律本身尚且视若无物,何况罪刑法定呢?因此,从大历史的角度来审视罪刑法定原则的中国化,可以发现:在20世纪,中国先后颁布了1911年《大清新刑律》、1912北洋政府《暂行新刑律》、1928年中华民国《刑法》、1935年中华民国《刑法》、1979年《刑法》和1997年《刑法》共6部刑法典,其中,除了1979年刑法以外,其他5部刑法都规定了罪刑法定原则。但是,前4部刑法典中虽然规定了文本化的罪刑法定原则,然而,1911年《大清新刑律》基本没有发生实效,1912北洋政府《暂行新刑律》实行于军阀混战时期,1928年中华民国《刑法》、1935年

中华民国《刑法》实行于军阀混战、抗日战争、国内内战时期,此种背景之下,刑法典之中的罪刑法定原则之现实贯彻,没有任何可能性。1949年10月1日之后至1979年《刑法》颁行,30年间没有统一的刑法典,当然无所谓罪刑法定主义;1979年《刑法》之中明确规定了类推制度,直至1997年10月1日现行《刑法》生效之时,才废除类推制度而在文本上再次确立了罪刑法定原则。因此,从1949年到1997年,整整48年的时间连文本上的罪刑法定原则也没有。基于此,罪刑法定主义在中国的现实化,应当说是从1997年10月1日才开始的。

因此,从整个世界范围内来看,西方社会的罪刑法定主义真正地由文本走向现实,始于20世纪70年代之后;而罪刑法定原则在中国由文本走向现实,始于1997年10月1日。在此之前,即使东西方各个国家在刑法典上可能会存在有不同形式、不同表述的罪刑法定主义,但是,都不能说是真实的罪刑法定主义,只能说是文本化的罪刑法定主义。从这个角度来看,罪刑法定主义的东西方命运是相似的,罪刑法定主义在东西方的现实化贯彻在时间上也相差无几。

## 二、解读现实:精英话语与普通大众的两极博弈

1978年是改革开放的元年,也是法制建设的新起点,法律的身份不但得到正名,法律的地位也渐次提高。在这样的社会背景和时代契机下,刑法典当仁不让,率先颁行,其时间甚至早于贵为一国根本大法的“八二宪法”,这也充分表明了立法者对刑法在法律部门中的地位肯定。以1979年《刑法》的颁布为标志,我国刑事立法活动也进入了活跃期,并在1997年达到了一个新高潮。在1997年之前,刑法理论界一直为1979年《刑法》没有明确规定罪刑法定原则而扼腕叹息,尽管理论上也有人认为1979年《刑法》体现了一些罪刑法定的精神,但是毕竟名不正言不顺。1997年《刑法》对罪刑法定原则的确立,大大提升了刑法的科学性与现代性,提升了刑法的品位与价值内涵,也提升了刑法理论工作者的底气。不过,当为刑法明确规定罪刑法定而拍手称快的激情消逝之后,人们

吃惊地发现,罪刑法定的确立距离罪刑法定的实现还有一段不小的距离。罪刑法定主义在当下的中国,更多地存在于“法制度”生成的层面,至于“法秩序”生成意义上的罪刑法定离学者的期待还有不小的距离。实际上,在中国这样一个法制建设后发的国家里,罪刑法定主义的现实困顿即使在意料之外,也是情理之中的事。笔者在这里感兴趣的是,在罪刑法定主义的实际运作中,与此密切相关的几个角色,即职业法律人、普通民众和司法人员对于罪刑法定主义的接受度和认可度。

这里的职业法律人,主要指法律理论工作者,即从事传道、授业、解惑,进行知识生产和知识传播的法律人群体。与普通民众相比较,职业法律人属于社会的精英阶层,有能力进行高端的智力思维活动,占据着解释罪刑法定主义的话语权。1997年刑法修订时,虽然学术界也存在反对规定罪刑法定的声音,但是对于罪刑法定主义本身的制度价值与意义,恐怕在这个群体内部能够达成相当的一致:“确立罪刑法定原则具有重大的意义,它不仅有利于维护社会秩序,也有利于保障人权。”<sup>①</sup>一般情况下,职业法律人对罪刑法定主义的判断未必会招致普通民众的反对,但是在具体个案中,该不该“罪刑法定”,职业法律人与普通民众之间则经常存在着巨大的分歧和认识上的鸿沟。

比如,在刘涌案中,普通民众的情感宣泄压倒了职业法律人的专业眼光,感性的观念压倒了理性的判断,这种声音是如此之大,不但使得职业法律人噤声,也令司法机关却步。在许多案件中,当职业法律人以罪刑法定为武器为“贪官”辩护时,也经常激起民众的情绪反弹,在他们的眼里,罪刑法定主义不是公民权利的大宪章,而是放纵坏人的遮羞布;不是自由与人权的试金石,而是魑魅魍魉的避难所。更值得注意的是,在类似这样的论战中,受过良好教育,但是不具有法学背景的其他知识阶层也往往站在普通民众一边,这已经不是用“无知”或者“愚昧”等词语可以简单诠释的现

① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第三版),北京大学出版社2007年版,第30页。

象。在诸多已经发生的个案中,职业法律人与普通民众的思维视角发生了直接碰撞与抵牾。职业法律人更关注司法机关是否侵犯了犯罪人的人权,担心国家权力的不当扩张与滥用会侵夺公民的个人自由,即担心司法机关的不恰当“入罪”倾向,眼光往往过度斜视于罪刑法定的“保障人权”的功能;与之相应,普通民众更关注司法机关是否放纵了坏人,是否会“刑不上大夫”,是否能保证“王子犯法,与庶民同罪”,即担心司法机关的不恰当“出罪”倾向,眼光往往过度斜视于罪刑法定的“打击犯罪”的功能。在观察视角的两极分化下,罪刑法定主义成为两者冲突的焦点,并且在不同的知识阶层中,它也被赋予了不同的功能和作用,呈现出了不同的“形象”。

笔者的本意并非是对职业法律人和普通民众的观念冲突进行任何价值层面的评判。只是觉得,透过两个群体对罪刑法定主义的看法,或许会令我们对罪刑法定主义的现实境遇有更深刻的体认。应当说,职业法律人与普通民众对罪刑法定的印象差异具有某种必然性。“‘意义’在社会世界中是被建构成一个‘互为主体’的现象,基于我国共同的生活经验与知识库存,人们相互间的‘理解’才成为可能。”<sup>①</sup>共同的生活经验与知识背景是理解的某种“前见”和“前提”,是沟通与交流的共许性基础,只有在同一的言说平台内,相互之间才能达成某种最低限度的共识。在对罪刑法定主义的解读中,职业法律人与普通公众存在着明显的立场分野。职业法律人对罪刑法定主义的解读来源于自己的知识背景。由于对罪刑法定主义所内含价值的普适性的充分理解,职业法律人对罪刑法定主义在中国的“生根、发芽”饱含了期待与热情。但是,罪刑法定主义毕竟是西方法治进程中的特定产物,从“制度发生学”的角度看,它并非派生于中国的固有生活传统中。普通民众不具有职业法律人那样的思维背景,他们对罪刑法定主义的解读只能源于自己的生活背景和生活经历。职业法律人所凭借的知识范式是

① [德]马克斯·韦伯:《社会学的基本概念》,顾忠华译,广西师范大学出版社2005年版,前言第19页。



理性的、逻辑性的、共通性的，普通民众所凭借的生活范式是感性的、经验性的、个体性的，这两者之间固然不存在不可逾越的鸿沟，但是在不同的思维习惯主导下，其思维结果的差异也是很明显的。中国现在处于由传统社会向工商社会转型的时期，同时社会生活的伦理性仍然相当浓厚，普通民众的思维逻辑是经验性的、个体性的，他们并没有自发进行法律思考的习惯，因此在一些社会问题的看法上，情理超越了法律。我们没有必要对民众的价值选择作出过多的批判。鲜活的社会生活自有其存在和衍生的逻辑，理论无论对经验作怎样的描述，概念和诠释都不能被等同于“具体”事物本身。实际上，老百姓在长期生活积累过程中的经验总结，其“精于算计”与“理性的刻薄”绝不亚于纯粹理论的推演。<sup>①</sup>职业法律人所认为的“如果不尊崇罪刑法定，那么下一个被国家刑罚权侵犯的就是你”的观念，在普通百姓看来只是想当然；<sup>②</sup>普通百姓所秉持的信念是，“我是好人，所以国家不侵犯我，但是坏人下一个可能侵犯的是我”，类似的信念并非一两个错案所能改变的。更具体地讲，职业法律人站在“理性人”的立场，基于对司法机关不恰当的过度入罪化的担心而对罪刑法定主义尽情地讴歌，他们担忧的是“善无善报”，担忧的是公民的基本人权得不到保障。普通民众站在“感性人”的立场，基于对司法机关不恰当的过度出罪化的担心而对罪刑法定主义心怀疑虑，他们担忧的是“恶无恶报”，担忧的是“选择性”司法导致的“王子犯法”却“不与庶民同罪”。罪刑法定的理想与现实，在此各自找到了自己的对应角色，但是二者的融合，却可能需要一段漫长的时间。

<sup>①</sup> 正因为如此，笔者对当前公民意识萌生和膨胀的看法持一定的保留态度。公民意识不但意味着对个人权利的坚守与维护，还意味着对社会共同体的道德责任和义务。而许多人采取的只是一种实用性的做法，他们一方面借助“法律”、“权利”这样的语词来寻求个人利益的最大化；另一方面厌恶别人对自己乱丢废弃物进行的指责，同时也反感他人在公共场合大声喧哗。

<sup>②</sup> 据称林肯曾言：我废除奴隶制是为了避免我和我的子孙免遭被奴役的境地。但是，没有相应的知识支撑，是难以达到这样的认识境界的。

邓子滨博士在其新近为罪刑法定主义张目的专著《中国实质刑法观批判》的后记中引用了余杰“蚊帐外的人”的故事,即“赞美现存制度的人都是蚊帐中人,他们的蚊帐里没有一只蚊子,心安理得在床上打坐修行。否定现存制度的人都是蚊帐外人,被蚊子咬得活蹦乱跳,自然要把蚊帐撕扯掉”。把这个故事拿来比喻职业法律人和普通公众的两种境遇也是非常贴切的。职业法律人是坐在蚊帐内打坐修行的人,普通公众是蚊帐外的人,那件蚊帐就是罪刑法定主义。职业法律人的社会地位和知识使其受到蚊虫叮咬的机会非常小,他们不忍心普通大众在蚊帐外受到蚊虫滋扰,一心想把蚊帐做大点、做结实点,把所有人都请到蚊帐内休息;但是,普通公众不这么看,他们认为“坏人”会把蚊帐当成避难所,会进入并躲在蚊帐内逃避惩罚,一心想把蚊帐撕扯掉。对于蚊帐内的人施与的援手,蚊帐外的人并不领情。这就引申出来一个问题,刑法学者们为公众争取的权利是否是公众目前最迫切的东西?这种正义是否具有某种形式上的强制性?刑法是秩序维护法,也是人权保障法,秩序与自由具有某种内在的紧张关系,职业法律人更关注刑法的自由保障的机能,而在当下的中国,尤其是在社会转型的特殊时期,普通公众对秩序的渴望实际上超过了对自由的渴望。他们思考的出发点可能不是刑法限缩自由,不是司法权的恣意行使侵犯了个人权利,而是刑法对秩序的维护力度不够。中国的犯罪率在统计上远远低于西方,同时中国公众的安全感也远远低于西方,社会公众普遍有着或多或少的“安全焦虑”,这个安全焦虑不是源于公权力的侵犯,而是源于其他社会个体的潜在侵犯,这一点可能是处于蚊帐外的普通公众的共同真实感受,而正恰恰是处于象牙塔内、蚊帐内的人往往难以感受到的。最近几年中,每当发生较具影响力的社会事件,总会有媒体去“自觉”反思刑法的制裁力度不够,媒体顺势“振臂一呼”,公众“应者云集”,一体鼓噪要增加新罪名,每年“两会”期间,此类要求增设罪名的提案屡见不鲜。从积极的角度看,此种现象至少说明普通公众知道定罪处罚需要有明确的法律依据。但是,稍微武断一点地说,职业法律人追求的,可能不

是民众目前最迫切的；职业法律人心怀疑虑的，可能反而是民众所渴望的。

在罪刑法定主义的现实运作中，还有一类角色的态度是我们无法忽视的，这就是司法人员。司法人员是罪刑法定最当之无愧的实践者和主导者（至少形式上如此）。在罪刑法定的实践中，司法人员的作用举足轻重，同时他们又是一类最尴尬、最难受的角色。他们无法像理论研究者那样“激扬文字”，又不可如普通民众那样“信马由缰”。司法人员在知识背景上更靠近职业法律人，他们清楚罪刑法定主义的巨大价值，因而未尝不认可职业法律人的主张，但是他们又要直面社会公众，因此被迫在这个群体之间左右摇摆，同时受到两方的指责。摇摆的结果是，哪一方的压力更大，就“屈从”于哪一方，并以此作为定罪量刑的底气和勇气来源。当然，众怒难犯的社会现实，导致司法人员更容易进行扩张解释而且力度往往很大。不可否认的是，罪刑法定主义对司法人员具有强大的约束力，在个案裁判中，司法人员不敢轻易去触摸罪刑法定的红线，因为那样将使案件有成为错案的可能，司法人员也将承担相应的法律责任并毁掉自己的职业前景。通常来讲，促使司法人员触摸这条红线的因素有两点：一是“权力因素”。即只要能在刑法典之外的司法解释中找到明确的规定，无论该司法解释被学者批驳得多么体无完肤，司法人员都会毫不犹豫地据此定罪量刑。如此看来，司法解释的克制与保守，对罪刑法定主义的完全贯彻，意义重大。二是“社会因素”。在常态下，司法人员乐于遵守罪刑法定原则，而一旦案件具有特殊性甚至案件发生特殊的时期内，为了某种社会效果的兼顾，司法人员就不得不费劲思量了：在“法不责众”的背景下，有罪不罚、重罪轻罚；在“民怨沸腾”之时，又会是另一番景象。尽管如此，司法人员仍然会尽力地兼顾罪刑法定的要求，避免授人以柄，因此我们看到，在许多案件中，司法人员采取打“擦边球”的方式兼顾案件处理的法律效果和社会效果：某地法院在处理盗挖矿产的案件中，为了加大对这种行为的制裁力度，没有定非法采矿罪，而是选择了以盗窃罪定罪量刑，因为后者的入罪门

槛更低。诸如此类中国式的“司法智慧”在今天中国的司法机关中比比皆是。

《大清新刑律》第10条明文规定:“凡律例无正条,不论何种行为不得为罪。”现行《刑法》第3条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”两相对照,《大清新刑律》更接近经典罪刑法定主义的表述,更能反映罪刑法定主义原汁原味的精神特质。反观现行刑法,在世界各国无论是过去还是现在关于罪刑法定的各种立法表述中,我国《刑法》第3条恐怕是最复杂的一个了,因此现行刑法甫一公布,理论上就对其第3条产生了争议。分歧在于第3条的前半段与经典罪刑法定主义的关系。它是罪刑法定主义的一部分呢,还是属于非罪刑法定主义的规定?它究竟是在经典罪刑法定主义基础上的“锦上添花”呢,还是原本就是“画蛇添足”之举?有观点认为这是罪刑法定主义的新发展,是积极的罪刑法定主义。<sup>①</sup>也有观点认为它是基于我国刑法分则条文的特点,为了限制司法机关的出罪权、控制司法上的非犯罪化所作的规定。<sup>②</sup>立法文本的“创新”自然给理论留下了充分的遐想空间,无论持何种观点的人都能从《刑法》第3条中找到立论依据。在笔者看来,以上观点不管秉持怎样的立场,最后仍然殊途同归,《刑法》第3条的前半段不会也难以对罪刑法定造成真正的冲击。但是,不可忽视的一点是,立法者作出这样的规定,自然体现了某种态度,即在认可罪刑法定原则的人权保障机能的同时,再次对于刑法秩序维护的功能进行宣示。刑法过去一直强调惩罚犯罪的功能,强调“刀把子”的工具作用,如果刑法典突然转向经典的罪刑法定,有些人担心会显得过于突兀,似乎刑法打击犯罪的一面可以不要了。为了减少对罪刑法定的疑虑,减少修法过程中的不必要争论,立法者在罪刑法定主义的法条表述之中,再次强调法律规定为犯罪行为的,必须按照法律定罪量

① 参见何秉松主编:《刑法教科书》(上卷),中国法制出版社2000年修订版,第68页。

② 参见张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,载《法学家》2008年第4期。

刑,其用心良苦可见一斑。从这个角度讲,《刑法》第3条的规定,谈不上是对罪刑法定的“扬弃”,更无所谓“悖离”,第3条前段和后段在实际运作中也难以形成真正的冲突。法条的表述是司法现实的某种折射,体现了与司法现实的合拍性,也是公民心理和法制传统的体现,它抚慰了民众对“刑不上大夫”的疑虑,维护了民众的公平感,并且保证了从1979年《刑法》到1997年《刑法》的无缝衔接和平稳过渡。可以预见,以后的司法运作,仍然要在第3条前段和后段之间寻求某种平衡。

### 三、理性抉择:相对罪刑法定主义与有节制的扩张解释

回到刚才的话题,揭示职业法律人与普通公众的立场差异的目的,并非是要对法学家引进、贯彻罪刑法定主义的卓绝努力进行贬损,亦非蔑视罪刑法定主义固有的精神内核,更非为了表明罪刑法定主义在中国之不可行。罪刑法定主义作为西方资产阶级革命的制度产物,已经经历了几百年的磨洗与锤炼,而演变为不同社会制度和传统文化下的共有财富。在中国这样一个曾经历经苦难的国度里,职业法律人们对罪刑法定主义的期盼是可以理解的。只是,如果想让罪刑法定主义在中国过得更好、活得更滋润,是否可以让它稍微低下一些高贵的头颅呢?笔者在这里可以明确表明一下自己的观点:

绝对的、古典式的罪刑法定主义在当下中国不可行。相对的、实质主义的刑法观具有现实性。问题只在于,我们应当在实质主义的解释道路上走多远而已。

中国的法治进程与西方国家相比“同源而异形”。同源是指,我们现在秉持和推崇的法律话语和法律精神、法律体系和法律概念都是借鉴西方而来,我们不自觉地以今天的西方为范本而构筑中国法治的明天。异形是指,西方经典的法治轨迹在中国很难完整地复制下来。今天的中国无论是政治上、经济上还是制度上都具有很强的跨越性特征,具有与西方极大不同的发展脉络。从这个角度来说,尽管在某些学者看来,所谓西方的后现代主义式的“呐喊”在中国只是后现代主义式的“呻吟”,但是,难以否定的一点

是,我们的现代化之路绝不同于西方的现代化之路,法治的现代化同样如此。笔者前文对历史和现实的双重梳理就是想表明一点,中国目前不具有实行古典罪刑法定主义的条件。从历史和逻辑看,罪刑法定主义在中国,应当是沿着“‘虚无’的罪刑法定”——“‘实质’的罪刑法定”——“‘形式’的罪刑法定”的道路走下去了。考虑到法律运作的实际背景,《大清新刑律》算是“‘虚无’的罪刑法定”了——只有文本的宣示而无实践的可能。目前我们的罪刑法定,立法者和司法者都更多地从实质方面来理解,是在贯彻人权保障的功能,却绝不敢以秩序维护的缺失为代价。因此有些人担心,过于强调罪刑法定主义的实质一面是否又把罪刑法定主义给“虚化”了。当未来的某一天,社会的转型基本终结,社会关系相对固定,人性和人的价值真正张扬的时候,必然是古典罪刑法定“复兴”的时候。

当下,“原心定罪”的历史传统、道德泛化的社会环境、秩序价值的过于关切,所有这一切都导致无论是司法机关还是社会大众都更习惯于实质性的思维方式。北京市2006年曾经出台了一项交通规则:如果路口比较拥堵,即使是绿灯,司机也不许越过停车线,否则将被视为“闯绿灯”而受到处罚。这一规则从本质上看,就是一种典型的“实质判断”——对交通秩序的维护不等于交通规则的简单遵守,还诉诸对于交通参与者行为的实质判断。此类实质判断肯定是违背罪刑法定原则的,必然会受到职业法律人的普遍抨击,但是,却往往会受到社会公众的普遍认可和接受。再以肖永灵投寄虚假炭疽杆菌案为例分析,可以更为清楚地说明这一问题:2001年10月间,被告人肖永灵在得知炭疽杆菌是一种白色粉末的病菌,国外已经出现利用邮寄夹有炭疽杆菌的邮件实施恐怖活动的案件之后,认为社会公众收到类似的邮件会产生恐慌心理。10月18日,肖永灵将家中粉末状的食品干燥剂装入两只信封内,分别邮寄给上海市人民政府某领导和上海东方电视台陈某。陈某等在拆阅上述夹带有白色粉末的信件后,造成精神上的高度紧张,同时引起周围人们的恐慌。经相关部门采取大量措施后,才逐渐消

除了人们的恐慌心理。上海市第二中级人民法院对此案审理后认为,被告人肖永灵通过投寄装有虚假炭疽杆菌信件的方式,以达到制造恐怖气氛的目的,造成公众心理恐慌,危害公共安全,其行为构成了以危险方法危害公共安全罪,判处肖永灵有期徒刑4年。<sup>①</sup>对于肖永灵案,刑法学界抨击之声高亢:法院将“投寄虚假的炭疽杆菌”的行为解释为《刑法》第114条中的“危险方法”,既不符合此种行为的性质,也不符合《刑法》第114条的立法旨趣,已经超越了合理解释的界限,而具有明显的类推适用刑法的性质。<sup>②</sup>之后,立法机关作出的立法补充规定,也充分说明了此案定性为“以危害方法危害公共安全罪”的不妥当性:在上述判决作出后仅仅过了11天,2001年12月29日全国人大常委会通过的《刑法修正案(三)》就增设了故意传播虚假恐怖信息罪,而在立法理由明确指出:……这种投放虚假炭疽杆菌或者编造假信息的行为,会使人们难辨真假,危害更大,应当予以刑事处罚。由于这种行为不可能实际造成传染病的传播,不属于危害公共安全方面的犯罪,难以适用危害公共安全罪的规定,而当时刑法中又缺乏相应的规定,因此,《刑法修正案(三)》增加了对这种犯罪的规定。<sup>③</sup>肖永灵一案是对罪刑法定原则的一个冲击,从职业法律人的角度来看,无论进行什么样的批评、抨击都不为过。但是,从普通公众的角度来看,在当时国外连续发生系列使用类似“白色粉末”实施恐怖活动的背景之下,公众对于此案的态度可想而知。事后来看肖永灵案,作为职业法律人,笔者能够得出的答案也是唯一的,即罪刑法定主义的中国现实化之路将是坎坷不平的。但是,此案发生之时,甚至是在现在,普

① 参见游伟、谢锡美:《“罪刑法定”原则如何坚守——全国首例投寄虚假炭疽杆菌恐吓邮件案定性研究》,载游伟主编:《华东刑事司法评论》(第三卷),法律出版社2003年版,第256页。

② 参见周少华:《罪刑法定在刑事司法中的命运——由一则案例引出的法律思考》,载《法学研究》2003年第2期。

③ 参见全国人大常委会法律工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版,第604页。

通公众的第一感觉恐怕不是司法机关枉法裁判、侵犯人权,而是“罚当其罪”,罪有应得。普通公众的思维模式在一定程度上肯定了司法机关裁判的合理性,也是此类案件中司法机关的底气和勇气来源。<sup>①</sup>

中国人一直具有实质性的思维传统,这导致我们经常轻视纯客观的东西、客观的规则、客观的标准,在形式理性和实质理性之间往往倒向实质理性。这在给我们带来很多好处的同时,也附随了很大的弊端,以致长期以来我们的“规范意识”无法建构起来。例如,在夜晚空无一人的大街上,独自等待绿灯后再通行,这一做法在很多人看来是很“死板”的,而这种“死板”恰恰是罪刑法定的精华所在。但是,司法人员觉得罪刑法定束缚住了自己的手脚,普通公众也不满意。以罪刑法定主义来引导和培育公民的规范意识,还是罪刑法定“屈从”于传统的思维观念?答案似乎是无须选择的。但是,从另一个方面讲,“法律本土化强调生活经验、历史传统、道德秩序、民族意识、风俗道德等内生于社会的本土资源对法律制度与规则的生成作用与意义。它非常关注制定的法律是否反映了公众所普遍认同的价值观念和行为规范,是否符合民情民意,是否符合本国国情”。因为人类的社会生活是由各种“意义”交织起来的网络,如果硬生生地只允许用“法则”来解释,无疑是削足适履,反而远离了我们真实的生活情境。<sup>②</sup>因此,罪刑法定主义的理想若要变成罪刑法法定主义的现实,就必须考虑和社会现实的契合程度。

经典的罪刑法定主义是惩罚犯罪和保障人权并重的外科手术的解决方案,在中国更看重中医式的疗法。经典的罪刑法定主义是法律理性主义的体现,而中国传统文化更讲究和谐、中庸。中国当下的选择,应当是在坚守相对罪刑法定的基础上,基于秩序维

① 这只是从公众观点推导出来的逻辑。实际上,肖永灵案是违反罪刑法定原则的非常典型的例子,司法机关的判决无任何正当性可言。

② [德]马克斯·韦伯:《社会学的基本概念》,顾忠华译,广西师范大学出版社2005年版,前言第15页。



护的需要而进行有节制的扩张解释。

罪刑法定主义饱含的保障人权、维护人之为人的尊严与自由是刑法典承担的基本价值,是职业法律人的梦想和追求。但是,刑法典若想其不成为静态的法条集合而是人民生活的依靠和保障的话,就必须学会和其他生活价值的融合。“留得青山在,不怕没柴烧”、“好死不如赖活着”,是普通中国人几千年来生活态度的一个侧面的真实写照;“不自由,毋宁死”则是西方人千古传颂和引以为傲的名言。可以说在中国人的观念中,秩序是优先于自由的,生存是第一位的,而在西方的观念中,自由则是比生命更宝贵的。笔者并非说中国人不具有对权利的天然好感,不具有追求尊严生活的道德自觉,也不是想表明自由是我们的“奢侈品”,而是想表明,东西方各自独特的历史生态造就了独特的生活态度。秩序一直是中国高度关注的基本生活价值,直到今天依然如此。当前,中国普通公众感受到的更多的是刑法对秩序的维护力度不足,感受到的是社会生活中安全感的不足。他们所具有的普遍的“安全焦虑”更多的可能不是源于公权力的侵犯可能,而是源于其他社会个体的侵犯可能,因此,社会公众对于刑法保护“生存秩序”和“保障人权”的渴望是同时存在的,但是,在现阶段对于前者的渴望可能会远远大于对于后者的渴望。罪刑法定主义在国家和个人之间建立了一道安全屏障,而公众则担心这道屏障削弱了惩罚犯罪的力度,削弱了国家在个人和个人之间设置的安全屏障,进而威胁到了个人的安全利益。作为普通公众,生活安全感的维护是第一位的,我们都是普通公众的一员,对此应当是感同身受;虽然滥用公权力、突破罪刑法定原则而定罪量刑的案件偶有出现,而且一旦出现必然震动全社会,但是,中国公众现阶段的安全焦虑仍然来自于社会个体的侵犯可能,打击犯罪仍然是第一需要。以此为出发点,笔者认为,相对罪刑法定主义和有节制的扩张解释,是符合中国现实的。而绝对的、古典式的罪刑法定是一种完美的“理想”,然而,“理想”若要成为“现实”就应当首先是“现实的理想”。罪刑法定“策略性”的实现与其“战略性”的追求并不矛盾。罪刑法定主义在中国