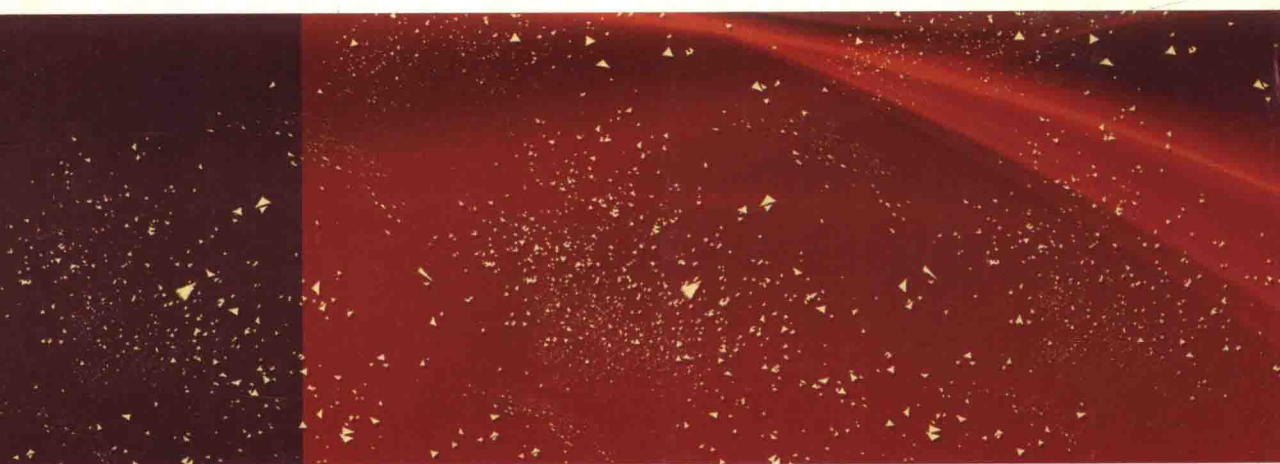




● 刑法总则思与辨

XINGFA ZONGZE SI YU BIAN

黄明儒 著

湘潭大学出版社

● 湘潭大学研究生教材资助项目

● 刑法总则思与辨

XINGFA ZONGZE SI YU BIAN

黄明儒 著

湘潭大学出版社

版权所有 侵权必究

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总则思与辨 / 黄明儒著. — 湘潭 : 湘潭大学出版社, 2018.5

ISBN 978-7-5687-0134-1

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑法—总则—研究—中国 IV. ①D924.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 216850 号

刑法总则思与辨

XINGFA ZONGZE SI YU BIAN

黄明儒 著

责任编辑: 黄 琼

装帧设计: 周湘兰

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭大学工程训练中心

电 话: 0731-58298960 0731-58298966 (传真)

邮 编: 411105

网 址: <http://press.xtu.edu.cn/>

印 刷: 长沙鸿和印务有限公司

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 787 mm×1092 mm 1/16

印 张: 23.75

字 数: 624 千字

版 次: 2018 年 5 月第 1 版

印 次: 2018 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5687-0134-1

定 价: 60.00 元

目 录

第一章 从规范意识的强化谈刑法的信仰·····	1
第二章 刑事立法原则·····	16
第三章 刑法规范·····	50
第四章 刑法的时间效力·····	102
第五章 犯罪构成的若干问题·····	141
第六章 刑法中的行为·····	158
第七章 因果关系·····	179
第八章 责任年龄与未成年人的刑事责任·····	200
第九章 犯罪过失·····	220
第十章 正当防卫·····	267
第十一章 紧急避险·····	283
第十二章 我国的犯罪参与体系 ——基于教义学的立场·····	317
第十三章 刑事政策的人性化·····	335
第十四章 绝对确定的死刑及其替代措施与死缓的人道性·····	350
第十五章 刑法规范的适用性解释·····	362
后 记·····	371

第一章 从规范意识的强化谈刑法的信仰*

“一次不公正的司法判决比多次不法的行为为祸尤烈。因为这次不法行为弄脏的不过是水流,而不公的判决则将水源污染了。”

——培根

刑法创制的根本目的在于维护个人自由与社会秩序的协调统一,刑法的这种功利性决定了刑法必须实际有效。按照马克斯·韦伯对人类理性的分类(即工具理性和价值理性),刑法的有效性也就在其工具价值与理性价值的协调中得到彰显。如果说刑法“工具理性的探索更直接地指向犯罪治理的手段,那么,价值理性的关怀则较多地关联着犯罪治理的目的”。^①刑法的公众认同理论涉及刑事法律应该将侧重点更多地放在防卫社会的工具理性上还是保护法益的价值理性上,注重社会公众对国家法律的服从和信心,其产生一方面源于国家实现法治国目标的需要,另一方面也反映了社会公众对于刑事立法,特别是刑事司法效果的希冀与追求。然而现实情况是,社会公众对刑事司法的效果似乎并不满意:针对刑事判决上访、申诉的普遍现象,直到2016年人民法院的工作报告中,仍有15个省级法院将“生效裁判服判率”作为“工作政绩”的裁判标准,^②这些现象都折射出刑事司法公信力的不足。尤其是2015年12月17日诸暨市人民法院作出新中国刑法史上“冒用医保卡”第一案的判决后^③,关于刑事审判过程中是否要充分考虑市民意识,使判决结论合理化,易为社会公众接受的问题又一次引起了社会舆论的关注。邹某与女儿周某的行为在形式上似乎完全符合刑法通说有关诈骗罪之“行为人实施欺骗行为——对方陷入或继续维持认识错误——对方基于认识错误处分(或交付)财产——行为人取得或者使第三者取得财产——被害人遭受财产损失”^④客观要件,主观上也具有欺骗的故意与非法占有目的,理应按照刑法的相关规定定罪处罚;从法律适用上看,诸暨市人民法院以现行《刑法》第266条“诈骗罪”的规定以及2014年4月24日第十二届全国人大

* 本章是与我的学生王振华硕士合作撰写。

① 姜涛:《追寻工具理性与价值理性的整合——对〈刑法修正案(七)〉的刑事政策分析》,载《北方法学》2011年第1期,第36页。

② 《法院仍“晒”不合理司法考核指标》,载 <http://china.caixin.com/2016-02-25/100912438.html>, 2016年3月30日访问。

③ 诸暨市患有高血压的邹某,让女儿用丈夫老周的医保卡买药,从2011年2月至2015年7月,周某用她父亲的医保卡,为母亲配药34次,报销药费11376.64元。案发后,邹某和女儿退缴赃款11376.64元,并被诸暨市人力资源和社会保障局处以罚款22753.28元。母女俩因涉嫌犯诈骗罪,于2015年8月被诸暨市公安局取保候审。2015年12月17日,诸暨市人民法院以诈骗罪判处邹某拘役3个月,缓刑5个月,并处罚金2000元;判处周某拘役3个月,缓刑5个月,并处罚金2000元。

④ 张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第8页。

常委会第八次会议通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百六十六条的解释》^①作出判决,可谓于法有据。然而,此判决引起轩然大波的原因就在于,大部分社会民众认为刑事司法不能完全不考虑社会民情因素,将此种妻子冒用丈夫医保卡的行为定性为刑事犯罪,实在有违民众朴素的法感情。2015年12月20日的《京华日报》更是将此称为“社会的悲剧”。^②意在规制社会中普遍存在的冒用医保卡现象的刑事判决,在适用法律形式上并无不妥的前提下却引起公众反感,深层次的原因恐怕还要归结于刑法公众认同感的缺失。在社会转型深化、社会矛盾突出、社会越轨行为频繁出现的时代背景下,刑法工具上的价值已不足以唤起民众的忠诚情感,我们应该将重心放置于刑法理性价值的追求上。有鉴于此,本书将从刑法公众认同感的内涵入手,在对刑法公众认同感现状分析的基础上,提出符合当下刑事法治建设要求的完善路径。

一、刑法信仰的内涵

随着德国、日本等大陆法系国家刑法理论的引进,我国刑事法律体系正逐步向科学化、严谨化的方向发展,但同时也带来了刑法理论、司法实务渐渐与社会大众相脱离的负面影响,刑事法律成为可望而不可即的空中楼阁。针对上述问题,我国有学者指出:“当前,与犯罪有关联的两个现象需要我们重视:一是成文化的刑法规范越来越多;二是刑法学理论的系统化、体系化追求越来越强烈”^③“刑法学的理论构造越来越精巧且学说越来越多,但共识却越来越少,从而刑法学越来越脱离公众的生活常识而越来越成为公众看不懂的东西。”^④进而提出了要兼顾社会公众对刑法的认同感之“常识刑法”观。这种观点可以看作是我国刑法学者对刑法信仰问题的最早阐释。

事实上,对刑法的信仰讨论涉及违法性的判断基础问题,是究竟以行为本身(规范违反),还是以行为引起的结果(法益侵害)为基础,即关于行为无价值与结果无价值的争论。近年来,我国学者结合本国的实际情况,对此问题展开了较为深入的讨论。本书无意对此种争论展开评述,但就上述案例以及近年来在全国范围内引起广泛关注的现实案例(如“许霆案”“邓玉娇案”“梁丽案”)的刑法适用的社会效果来看,一元的行为无价值论(即只根据是否违反社会伦理规范体系,是否具有社会不相当性来判断行为的违法性)固然存在主观主义倾向,但如果单纯强调行为结果的无价值,对社会生活的实在性与现实性缺乏充分的考虑与把握,部分社会越轨行为的性质就不能够得到充分的说明,也容易导致“将对法规范的侵害和对客体的侵害混同的可能”。^⑤在一定程度上,“新行为无价值论”^⑥更有利于民众对刑法规范忠诚与信仰意识的培养,强化刑法规范的指引功能:在违法判断时,行为是否违反命令、禁止规范,首先要加以考虑;在此基础上进一步重点考察行为在客观上是否指向法益,是否有法益侵害发生的导向性和可能性。“以行为无价值论作为理论的出发点,可以构建精巧的、与现代法治国家刑法理

① 《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百六十六条的解释》规定:“以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取养老、医疗、工伤、失业、生育等社会保险金或者其他社会保障待遇的,属于刑法第二百六十六条规定的诈骗公私财物的行为。”

② 《社会的悲剧》,载 <http://www.hualongxiang.com/chazuo/12398740/pe>, 2016年3月30日访问。

③ 周光权:《论刑法的公众认同》,载《中国法学》2003年第1期,第116页。

④ 参见周光权:《论常识主义刑法观》,载《法制与社会发展》2011年第1期,第82页。

⑤ 刘仁文:《刑法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第562页。

⑥ 周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第29-34页。

念相符合的系统理论”“这种观点的合理性在将来可能会被更多的人所接受”。^①本书也将以此种观点为基础,强调公民法规范意识的培养,并以此为契机建立符合中国现实国情的“刑法信仰观”。

刑法作为裁判规范与社会行为规范,“所关注的是通过社会组织的形式和方法追求人类的目的。在这一点上,刑法需要人们通常把它作为做某事的方法或者程序来考虑”^②,也就是说,刑法具有公众社会行为的指引和规范功能。刑法规范对于犯罪行为人而言,需要回答的是他们做错了什么以及对该错误行为须付出什么代价。故刑法在行为人实施犯罪行为之前就须明示诸如“不能杀人”“不能盗窃”等行为规范准则,“法律在惩罚前应予警告的格言,意味着定罪量刑应以行为时的明文规定为限”^③,从这个意义上讲,刑法的规范侧面似乎更为重要。然而现实是,如何保持刑法规范与公众规范意识之间的张力与一致性已成为棘手的问题,“当刑法司法让普通民众越来越难以接受,甚或觉得不可理喻;当刑罚执行让普通民众越来越难以理解,甚至觉得是‘开玩笑’,则意味着我们丢却了刑法实践共识,从而丢却了公众认同的社会效果。”^④刑法的规范性、有效性离不开公众对刑法的认可、忠诚与信仰,将刑法的规范性介入违法性判断领域,“是肯定违法性判断对于社会一般人将来确立行为基准有帮助,使其在未来可能处于行为人的地位时,不会实施类似行为。这样的违法性论才有助于积极的、规范的一般预防论的确立。所以要肯定违法性,就需要考虑规范被遵守(其反面就是被违反)的可能性。”^⑤刑法学必须以行为的规范违反为核心,才能促进公民对规范的信赖心理,彰显法规范的行为指引功能。毋庸置疑,刑法强化行为规范的侧面作用;对刑法公众认同的建立具有前提性的意义。

二、刑法信仰的现状

刑法信仰的概念本在强调社会公众对刑法规范的忠诚,从而实现预防犯罪的根本目的,然而在近年来的刑事立法与司法过程中出现“服务于社会目标,因有益于使国家强大而被证明有效”^⑥的“异象”,刑事立法与司法活动中的合理性要素被忽略,对刑法功能带有浓重的先见“工具性”进行误读,不利于刑法规范导向作用的实现以及刑法信仰的建立。具体表现如下:

(一)刑事立法领域:刑法规范作用向刑法工具主义异化

1. “国家刑法”观念影响加深

传统的刑法理论主张从国家的立场认识刑法,认为刑法是“国家或政府的政治倾向,意识形态与价值观念的表露”^⑦,刑法是工具、是手段,社会治理是目的,没有人会否认:在目的和手段之间,目的是上位的,而手段则是下位的,是服务于目的的。而任何目的归根结底来说都是人的目的,故而,人怎么可以本末倒置地去信仰为自己治理社会的手段呢?也正是在这一思想

① 周光权:《法治视野中的刑法客观主义(第2版)》,法律出版社2013年版,第331页。

② [美]理查德·昆尼·约翰·威尔德曼:《新犯罪学》,陈兴良等译,中国国际广播出版社1988年版,第16页。

③ 张明楷:《刑法格言的展开(第3版)》,北京大学出版社2013年版,第120页。

④ 马荣春:《共识刑法观:刑法公众认同的基础》,载《东方法学》2014年第5期,第25页。

⑤ 周光权:《新行为无价值论的中国展开》,载《中国法学》2012年第1期,第179-180页。

⑥ 杨建军:《论我国近现代刑法之工具性》,载《国家检察官学院学报》2008年第6期,第66页。

⑦ 周光权:《公众认同、诱导观念与确立忠诚——现代法治国家刑法基础观念的批判性重塑》,载《法学研究》1998年第3期,第30页。

的影响下,近年来,我国的刑事法律一直被积极主动地承担起维护社会的工具职责,社会各个领域都充斥着刑法忙碌的身影,为经济发展、社会民生及秩序稳定保驾护航,刑法正在充分甚至过度地发挥着自己的工具职责。从我国现行《刑法》第2条规定的刑法任务来看,此条文有两个较为明显的特征:一是强调通过刑罚作用的发挥来实现保卫社会的目的;二是“突出刑法保护任务中的国家、社会本位的观念”。^①注重国家与社会本位的必然就是对公民个体权利保障的忽视,近年来,随着“风险社会”概念的兴起,刑法更是被进一步推上了维护社会稳定的风口浪尖。当立法者追求法律效果与社会效果的统一时,当刑事法律需要为社会转型的深入鞍前马后时,当刑事法律被赋予了过多的社会责任时,刑法本身的独立性与尊严也就无从保障。“欲以刑法为急先锋以抗制风险,非但不能保卫社会、实现社会保护的功能,反而会牺牲社会及其成员的权益、丧失人权保障的功能。”^②不能以彻底的公民个人权利(或称法益)保护为目的的刑事法律,民众基础也就无从谈起。

2. “继续扩大刑事立法”之主张热度不减,刑事法律异常活跃

频繁的刑事立法活动能够避免成文刑法难以紧跟社会实践发展的弊端,可以保持刑法的时代性与常新性,以保证刑法的工具价值以及政治决策、社会政策推进者作用的充分发挥。也许正是这种功能性,使得“理论上仍有相当学者主张我国未来刑事立法应继续实行犯罪化,立法者对于犯罪化的趋势也似无停止之意”。^③面对危害行为,首先想到的就是运用刑法加以处罚,忽略法律与道德的界限,也将刑法与其他部门法的分工置之脑后。如面对当前社会中猖獗的“权色交易”现象,有学者就提出“就性贿赂入罪而言,不但不存在违背罪刑法定原则、导致取证与定罪量刑难、对第三方难以定性等立法技术性问题,而且完全具备立法条件”^④的立法建议,完全无视刑法谦抑性的要求以及性贿赂入罪提法的非科学性、入罪后取证的困难程度。^⑤社会公众不可能人手一本刑法典,也不可能做到时刻关注刑事法律的立法动态,刑事法治的实现有赖于刑法的稳定性。时刻变化的刑法规范不可能引起公众的亲切感与归属感,刑法社会行为规范作用的发挥也将降至冰点,其公众认同的实现也就无从谈起。

缺乏深思熟虑的刑事立法,不仅不能取得良好的社会效果,同时也是对刑法规范认同与信仰理念之违背。更令人担忧的是,这种激进的立法主张对刑事立法以重刑化、犯罪化的政策或者倾向,在某种意义上起到了推波助澜的作用。立法者似乎倾向于此种扩充刑事罪名体系的观点,刑事犯罪圈正在逐年扩张。仅以《刑法修正案(九)》(下文简称《刑修九》)为例,该修正案延续了1997年《刑法》施行以来所有修正案的犯罪化趋势,共计增设新罪20个^⑥,并通过增设行为方式(如对《刑法》第133条之一的“危险驾驶罪”新增“从事校车业务或旅客运输,严重超过额定乘员载客,或者严重超过规定时速行驶和违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品,危及公共安全”两种行为方式)、增加行为对象(如将《刑法》第237条“强制猥亵罪”的对象从妇女扩大到男子)、降低入罪门槛(如删去了《刑法》第288条“扰乱无线电通讯管理秩序罪”中的“经责令停止使用过后拒不使用”的条件,并将造成严重后果修改为情节严重)

① 王燕飞:《论我国刑法的任务及其立法完善》,载《法学论坛》2008年第5期,第55页。

② 卢建平:《风险社会的刑事政策与刑法》,载《法学论坛》2011年第4期,第25页。

③ 刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,载《法学》2011年第11期,第108页。

④ 彭文华:《性贿赂犯罪化的理性分析》,载《法治研究》2014年第4期,第85-86页。

⑤ 康均心:《新问题还是老问题:性贿赂的入罪与出罪》,载《法治研究》2013年第2期,第26页。

⑥ 其中较为明显支持本书观点的罪名增设顺应了学者们多年的呼吁,将袭警行为纳入《刑法》的规制范围,并作为《刑法》第277条“妨害公务罪”的从重处罚行为。

等进一步扩张我国刑法的处罚范围,刑事立法之活跃程度由此可见一斑。事实上,就我国现行刑法的处罚范围问题,早在1999年就有学者撰文指出:“新刑法出台之后,民众似乎有一种普遍的反应,即新刑法的条文太多,罪名太多,一提到新刑法就有种畏惧感。”^①我们无法判断此种论断的科学性,但是目前九部刑法修正案每一部都在新增罪名、扩大犯罪圈是无可辩驳的事实。刑法规制范围日趋臃肿、肥大,刑法条文对于普通民众来说越来越难以理解,刑法规范的认可度逐步丧失也就不足为奇。

3. 刑事处罚严厉,重刑结构依旧

刑罚作为行为人实施犯罪行为的必然后果,其本意就在于凸显规范的意义,引导公众按照行为规范行事,以促进刑法的公众认同,达到预防犯罪的目的;但刑法工具理论却将刑事法律定位于维护社会稳定、解决矛盾纠纷,本身兼具严厉性与剥夺性的刑罚措施首当其冲承担起了该份职责,而且认为刑罚措施越严厉越有利于社会治理,与刑法规范的公众认同理念背道而驰。就我国刑罚结构的轻重问题,“国内学界一致认为是重刑结构”^②:配置死刑的罪名仍高达五十个、配置无期徒刑的罪名上百个、绝大多数犯罪(超过300个)都配置了三年以上有期徒刑的重刑,这些都是对这一重刑结构最好的证明与表征;尽管因理论界的不断呼吁,我国刑事立法从《刑法修正案(八)》开始逐步对刑罚体系进行修改完善^③,但刑罚结构整体偏重的事实依然没有引起立法者足够的重视,严苛、加重刑罚的刑事立法依旧。以最近两部刑法修正案为例:《刑法修正案(八)》对判处管制的犯罪分子附加了“可以判处禁止令”的限制、将“恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪”纳入特殊累犯的规制范围、删除了“犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚”的刑罚减免事由、提高了有期徒刑数罪并罚的最高年限、将“犯罪集团的首要分子”纳入不适用缓刑的范围等;《刑法修正案(九)》对利用职务便利实施犯罪的犯罪行为人附加了“可以禁止从事相关职业”的禁业禁止限制(当然该立法是否属于加重刑罚结构存在讨论的空间),对由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳罚金确实有困难的犯罪行为人增加了“延期缴纳”的方式而不能直接酌情减少或免除等。这些刑事立法都在进一步加重我国本已存在的重刑结构。“历史上任何最新的酷刑都从未使决心侵犯社会的人们回心转意”^④,尽管当前我国正处在改革转型的深水区,社会矛盾尖锐复杂,但立法者不能希冀通过对犯罪者施以严刑峻法来实现保卫社会的目的。曾经进行的四次“严打”虽取得了短期成效,但从长远来看,无论是一般预防还是特殊预防效果都堪忧,通过严刑峻法使得社会大众噤若寒蝉无异于饮鸩止渴,将进一步拉大刑事法律与民众之间的鸿沟。

立足于建立刑法信仰的立场,刑罚应该具有一般预防的作用。也就是说,刑法规范应该起到规范社会行为的作用,“刑罚是规范效果的展示,从中可以看出规范破坏者的代价。刑罚用以实现受破坏规范的稳定化,而维持规范能够作为社会交往的遵循标准”。^⑤只有让民众看到违反刑事法律的行为都受到了公正、合理、相称的处罚,才能在其心中树立遵守刑法规范之理念,刑事法律认同才有民众基础可言。“治乱世未必用重典”,刑事法律充分发挥作用的前提

① 刘艳红、张文:《新刑法的处罚范围评析》,载《中外法学》1999年第2期,第53页。

② 宋伟卫、韩玫:《“整体趋轻、单极发展”:我国刑罚结构改革的基本方向》,载《河北法学》2014年第3期,第79页。

③ 如缩小死刑配置的罪名范围,增加财产刑、资格刑的适用,刑罚社会化(如社区矫正制度)等方面。

④ [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2005年版,第57页。

⑤ 周光权:《新行为无价值论的中国展开》,载《中国法学》2012年第1期,第186页。

是大众将刑法作为自身权益保护的最后也是最牢固的屏障,从内心深处信仰乃至依赖刑事法律之保护,而不是将刑法视为“恐怖物”。可以肯定的是,刑法认同感的培养与严苛的刑罚体系格格不入,整体偏重的刑罚机制对新时期刑法规范认同感与刑法信仰的建立有百害而无一利,我国刑罚结构的调整仍旧任重而道远。

(二) 刑事司法领域:刑法适用社会效果堪忧

刑事司法关系到刑法的民众基础,“刑法司法公信力直接营造着公众的刑法信仰,据此刑事法治才能获得一种心理资源,社会的和谐稳定与可持续发展才有法治依托”。^①而刑事判决书作为司法机关与社会民众衔接的纽带,其质量的高低与公众的认可度则直接关系到民众基础的稳固程度,意义重大。刑事判决书作为法官展示其将个案事实问题与法律问题进行对比论证结果的平台,应当起到阐明事理、将个案事实与法律规定相结合、让案件当事人心服口服的作用,也应当起到让案外社会大众接受刑事法治的洗礼、进一步加深对相关刑法规范理解的作用。但由于对刑法规范价值的误解,导致司法机关在适用刑法的过程中职权主义色彩浓重,辩方在程序上的诉讼权利难以得到全面的保护,实体上过分强调对刑法规范文本正义的确信与维护,忽视了刑法适用的社会价值与实践效果。具体表现在我国的刑事判决书“在总结性说理裁决部分,重视认定,忽视认证说理,因而造成分析不透、说理不足,削弱了判决的说服力和公信力”^②,判决书往往只是简单罗列事实与相关证据,然后以“本院认为……”简单说明案件事实与特定法条之规定相/不相吻合,因而犯罪嫌疑人的特定行为构成/不构成特定的犯罪,其中的论证过程显得相当薄弱、乏善可陈。

2014年元月,中国裁判文书网承载着众多价值追求高调上线,缩短了社会大众与司法裁判部门之间的距离。但是从上网的刑事裁判文书来看,判决说理部分严重不足从而导致判决书千篇一律的现象非常严重。以诈骗罪为例,笔者以“刑事判决书、诈骗罪、一审判决”为关键词于“中国裁判文书网”进行高级检索,显示结果共4578个。^③被骗人在行为人欺骗行为的影响下作出财产处分之意思表示显然是成立犯罪的核心所在,而大部分诈骗犯罪裁判文书在此部分都略显薄弱,基本上都是采用“本院认为,被告人×××以非法占有为目的,采用欺诈手段,骗取他人财物,价值×××元,属数额巨大,其行为已构成诈骗罪”的论述结构,从中很难看出案件事实与法律规定之间的相互印证;另外还有不少判决书用语不规范,频繁使用口语、俚语,刑事判决书的说理性更显捉襟见肘:如某中级人民法院2011年在作出的一份判决书中使用“被告人郑某某伙同杨某某等人在赌博过程中合伙‘开娘舅’诈骗施某某,被害人施某某输款后被迫写下欠条”描述案件事实[详见:(2011)嘉平刑初字第411号];另一份刑事判决书则使用“2009年11月的一天晚上,被告人史某某、王某、朱某伙同郭某某(另处)等人经事先预谋,将被害人张某某带至本市独山港镇全塘集镇相逢大酒店一房间内,以玩‘筒子功’赌博的形式骗取张某某钱财,共计133000元,后实际得款83000元”[详见:(2011)嘉平刑初字第210号]。这两份判决书全文并无对诸如“开娘舅”“筒子功”等通俗用语进行解释,如果不是法院所在地居民难以清楚地了解案件事实,此判决所引用的刑法条文也就很难发挥行为规范的作用。“这样的判决书,以至于努力学习法律方法的学生们经常被简略的法官判决意见所迷惑;

① 马荣春:《刑事司法公信力:从基础到进退》,载《现代法学》2013年第2期,第116页。

② 龙宗智:《刑事判决应加强判决理由》,载《现代法学》1999年第2期,第37页。

③ 需要说明的是,由于浏览器以及裁判文书网自身之系统问题,检索结果可能存在差异。本检索结果于2016年3月30日访问得出。

好像每一个判决中都引用了法律条文,但他们不理解为什么法官这么判决,不明白事实与条文之间到底是什么关系”^①,即使具备一定法学知识的法科学生也难以理解裁判文书,其社会效果就更无须多言。

“法官审理案件,就是通过适用法律给当事人一个公正、有说服力的判决。这种说服力不仅体现在严谨、规范的诉讼审理程序中,尤其体现在判决书的论证、说理中。”^②判决书说理性的欠缺,既不能够给案件当事人一个圆满的答复,又容易引起更为强烈的负面社会效果。“国家机关在行使权力时往往忽视法理上的正当性论证,而这样赤裸裸的权力行使往往很容易引起法理的正当性危机,又迫使法学理论不得不硬着头皮在按照既定方针去勉强地应付和进行善后处理。”^③这种局面的直接后果便是难免出现“普通民众对法院判决总是存在着这样或那样的‘怀疑’,而社会舆论在不明真相的情况下多种‘揣测’”^④的尴尬局面。苏力先生将上述局面出现的原因概括为中国乃至欧陆国家与普通法系国家之间制度层面存在的巨大差异,企图通过“制度的进路”予以解决。^⑤笔者认为上述困境的出现,固然存在制度设计方面的原因,但是随着社会文化的发展,大众已不满足于知道“是什么”,更强调的是“为什么”,不能因为刑法工具主义的提倡而忽视了刑法的自身形象和应该取得的社会效果。因此,就刑事法领域而言,刑法认同感的异化和缺失也是重要的原因之一。

刑事司法社会效果堪忧的另一表现是刑法过多地承担了国家政策的推广责任,刑法的底线正在被刑事政策逐步蚕食(当然,本书并不是否认刑事政策的功能与作用,而是认为刑事政策在指导刑事司法活动过程中出现了不当执行的现象)。政策精神需要法律贯彻,而法律的边界也需要政策的尊重。“刑事政策虽然与刑事法律具有共同的目的,在内容上也有许多联系和共同之处,但它毕竟不是刑法规范,在司法实践中只能起指导作用并通过刑法的具体运用发挥功能。”^⑥然而在实践中,由于受到种种因素的制约,刑事政策与刑法的界限并不是那么清晰,甚至出现政策代替法律的怪象,有损刑事法律的适用效果,不利于刑事法律规范作用的实现。如2001年10月出现的对被告人肖永灵以“以危险方法危害公共安全罪”被判处有期徒刑4年的案例^⑦就是如此。从罪状表述上看,“以危险方法危害公共安全罪”的成立需要行为人的行为具有与“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质”相同的危害性与严重性,而投放食品干燥剂的行为显然与这些行为不具有同质性。2001年12月29日

① 陈金钊:《法律解释学》,中国人民大学出版社2011年版,第273页。

② 周洁:《论刑事判决书说理与法官释法权的衔接》,载《中北大学学报(社会科学版)》2014年第4期,第35页。

③ 季卫东:《法学理论创新与中国的软实力——对法律与社会研究的重新定位》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2008年第3期,第6页。

④ 沈玉忠:《刑事裁判文书说理性的应然思考与路径选择》,载《四川检察学院学报》2009年第3期,第102页。

⑤ 苏力:《判决书的背后》,载《法学研究》2001年第3期,第5页。

⑥ 马克昌:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第280页。

⑦ 具体的案件事实如下:由于对社会不满,肖永灵在通过新闻得知炭疽杆菌是一种白色粉末的病菌、国外已经发生因接触夹有炭疽杆菌的邮件而致人死亡的事件后,遂将家中粉末状的食品干燥剂装入两个信封内,分别邮寄给上海市人民政府某领导和上海东方电视台新闻中心陈某。2001年10月19日、20日,上海市人民政府信访办公室工作人员陆某等人及东方电视台陈某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。法院最终以“以危险方法危害公共安全罪”判处被告人肖永灵有期徒刑4年。

通过的《刑法修正案(三)》增加的《刑法》第291条之一“投放虚假危险物质罪”是对这种投放食品干燥剂行为不属于“以危险方法危害公共安全罪”之行为的明示(如果能够被本罪包容,就无须另外新增这一罪名),因此,判决将这种行为界定为“以危险方法危害公共安全”的行为,即使为了惩治的需要,也是有违罪刑法定原则的。“以危险方法危害公共安全”的表述本就具有兜底性质,如果再对其进行扩大解释甚至类推解释,将进一步破坏法的安定性。“严打”的目的在于惩治犯罪,维护社会稳定,但必须遵守罪刑法定原则这一基本前提。行为人的行为是否构成犯罪,必须根据刑法条文予以认定。不能为了贯彻落实“严打”精神而将缺乏明文规定的行为作为刑事犯罪来处理,否则刑法的行为规范意义就会丧失。而且,刑事判决的作出,必须符合社会人理常理与国民道德情感,只有这样,才能引起民众的共鸣,继而滋生民众对刑事法律的认同。刑法信仰的建立与真正意义上刑事法治的实现,离不开一份份合法、合理的刑事判决书的日积月累。

正如美国学者托马斯·弗兰克所言,如果法律没有神圣的渊源,也就没有永恒的有效性。当法官对实体案件的裁判被沦为一项程序式解决问题的实验,刑事法律彻底成为一件用来贯彻特定政治、经济和社会政策而精心制作的工具时,公众对刑事法律合法性的尊崇与信仰就会遭受损害,刑事法律制度将更容易引起争议,而不可能激发公众矢志不渝的忠诚。如果法律仅仅是一种实验,如果司法判决也仅仅是执法者的直觉判断,那么公众为什么要遵守那些与他们利益相悖的刑事法律规则呢?^①质言之,树立刑事法律的权威与公众认同,只凭借刑法频繁地出现在公众视野中是完全不够的,也是行不通的。“公民对刑法的认可不仅在于人人有一本刑法条文,而是通过刑法运作中的实践理性——‘法律效果和社会效果并重’得以实现,而这有待于刑事立法、司法的合理化进程。”^②

在强调刑法工具性的同时,还应该看到作为最严厉的社会行为规范,刑事法律还具有谦抑性与保障性的根本属性,它不应该仅是社会治理的工具,更重要的是恪守自身的目的和价值。“不考虑方法的残酷刑罚会破坏社会的道德基础,会给社会造成严重的损害,这是无法通过对某些不坚定分子采取更严厉的恐吓手段所能弥补的。”^③在社会、经济高速发展时期,社会问题比较复杂,社会矛盾在一定程度上也比较突出,尤其要充分考量刑罚的社会功效。对于社会矛盾,应当根据其具体类型,采取多种措施相结合的方式来解决,刑罚手段作为多种社会调整手段中最后、最严厉的一种,虽具有不可替代的作用,但应该审慎、谦抑地运用。“如果把其他部门法比作第一道防线,刑法则是第二道防线”^④,但如果将本具有最后救济性的刑法放置于社会治理的第一线,失去了其他部门法作为缓冲,人为地提高刑法社会防卫的作用,以求最大限度地发挥其惩治与威慑功能,则是一种本末倒置的做法。其结局只能是陷入犯罪圈不断扩大、刑罚处罚不断加重的恶性循环。“法律与主体间的关系是双向的,从而使得法律价值既不是单向的法律对主体的作用,也不是单向的主体对法律的作用,而是法律本质与主体需求的一种双向交流过程。”^⑤刑法的功能不应该仅在于对社会的维护,更重要的是刑法要保持自身的价

① Tomas M. Frank. *The Structure of Impartiality: Examining the Riddle of One Law in a fragmented World*. New York, 1968: pp62, 68 - 69.

② 孙道萃:《刑法信仰的建构》,载《河南科技大学学报(社会科学版)》2012年第4期,第93页。

③ [苏]马格里·沙赫马托夫:《刑事责任与刑罚》,韦政强译,法律出版社1984年版,第356页。

④ 高铭喧、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第8页。

⑤ 谢晖:《法律信仰的基础与理念》,山东人民出版社1997年版,第147页。

值;不能只强调大众对刑法的遵守,还应该重视刑法对大众利益的尊重。

三、培养、强化刑法信仰之路径选择

认同刑法的前提是刑法本身值得被信任,面对现实,应该从刑法本身入手,寻求改革的出路。“在过去的一百多年来说,中国无论在自然科学、社会科学还是人文科学(特别是前两个学科),都主要从外国、特别是西方发达国家借用了大量的知识,甚至连这些学科划分的方式本身也是进口的——尽管它现已成为我们无法摆脱、甚至也不想摆脱的生活世界的一部分。然而,在借鉴了这一切外来的知识以后,在经济发展的同时或之后,世界也许会发问:以理论、思想和学术表现出来的对于世界的解说,什么是你——中国——的贡献?”^①苏力先生的这一提问振聋发聩、掷地有声。不错,为了使刑法值得被信任,有必要树立新的、符合中国国情的刑法认同观念。对刑法认同的前提,日本的西原春夫教授指出,在制定刑法时必须考虑国民的欲求。“刑法信仰的前提在于刑法本身的正义”^②,刑事法律应该回归于自身的谦抑性与保障自由。

(一) 科学立法:信仰刑法的基本前提

立法是法律适用的前提,科学的刑事立法是刑事法律取得良好社会效果的前提保障。只有刑法本身是科学的、值得被信任的,才能激发社会大众主动将刑法规范作为自己行动准则的动力,刑法认同才能真正落到实处,也就是说,刑法本身必须是“良法”。那么何为“良法”?关于这一问题中外学者已经展开过非常深入的讨论,但无论对“良法”作出怎样的定义,都应该满足一个基本的前提,即“良法”必须适应社会,能够促进社会发展。“良法”应该具有“真、善、美”的本质特征。^③

1. 刑事立法之真

所谓良法之真是指法律在内容上的合规律性,具有“良法之真”的刑事法律应该能够适应客观社会条件、符合事物的性质与社会发展的基本规律,即刑事法律应当处理好自身的管辖范围、控制好犯罪圈、力争做到“疏而不漏”。尽管“刑法一经制定与颁布,就是一种客观存在,与立法原意产生距离,脱离作者的原意,按照其自足的生命生存下去”^④,但只要是成文法,就不可避免地出现滞后性的现实问题。可以说刑法在一定意义上永远都是旧法,有限的刑法条文不可能涵括所有的社会事实。意图通过不断扩大犯罪圈、增加刑法条文的方式来弥补刑法滞后、脱离社会现实之缺陷在根本上就是行不通的,因为它背离了刑事法律和社会发展的双重客观规律。“通过增加刑法条文实现刑法‘严’的追求难以实现,不如转换思路,承认刑法‘疏’的现实,以实现刑法‘严’的诉求。”^⑤既然通过不断地刑法修改、意图弥补其滞后性的做法既有损刑法的稳定性,又不利于社会公众建立良好的行为方式,还不如另辟蹊径,改变一直以来动辄修改的刑法完善方式,而通过对刑法条文进行科学合理之解释来使有限之刑法条文规制千变万化的犯罪行为。只有在穷尽所有解释方法亦不能取得合理之效果时,才考虑对刑法进行修改和立法补充,处理好刑法修改与解释的合理界限,以维护刑法之稳定性。

① 苏力:《法治及其本土资源》,北京大学出版社2015年版,自序。

② 熊永明、胡祥福:《刑法谦抑性研究》,群众出版社2007年版,第544-545页。

③ 李步云、赵迅:《什么是良法》,载《法学研究》2005年第6期,第125页。

④ 张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,载《法学家》2008年第4期,第69页。

⑤ 杨柳:《释法抑或造法:由刑法历次修正引发的思考》,载《法学研究》2015年第5期,第292页。

2. 刑事立法之善

所谓良法之善是指法具有合目的性的价值,具有“良法之善”的刑事法律应该体现人类正义、维护法益、促进社会公正,具体而言,就是刑法应该严格恪守自身的谦抑性并保障公众之自由。“良法之善”重在体现正义、保障公民权利,刑法之谦抑性强调刑事法律“由于同药效大的药物一样伴有副作用(资格限制与作为犯罪人的烙印),判断以什么作为刑法的对象时,必须慎重考察对某种行为是否有必要动用刑罚来抑止”^①,重视刑事法律“最后性”的特征,“良法之善”与刑法谦抑性在保障公民权利、确保自由方面完美契合。故而,刑事立法,亦即犯罪圈的划定应该以刑法谦抑性为指导,纳入刑法调控的危害行为范围应该符合刑法谦抑性的要求。所谓刑法的谦抑性,“应该从刑事处罚范围与惩罚程度两方面进行理解”^②:在采用其他社会控制手段能够充分抑制违法行为,充分保护法益时,就没有必要采取刑事制裁手段,同时还要考虑刑罚的强度,使刑罚不至于破坏社会的道德基础。也有学者认为刑法谦抑原则是以刑法的补充性、不完全性和宽容性为内容的刑事立法和刑法解释的原理。^③但无论怎样理解刑法的谦抑性原则,其能够制约刑法任意扩张和刑罚滥用的特点是毋庸置疑的。在现代社会市场经济发展、民主法治进步、多元文化共存的大背景下,“刑法所确定的犯罪圈应该是内敛而刚硬的”。^④所谓内敛,就是强调刑法的第二性,只有其他部门法所不能调整的社会越轨行为才能由刑法进行调整,犯罪圈的划定应该是“必要且最小的”;所谓刚性,就是刑法所划定的犯罪范围应当是明确、不容国家权力和任何人践踏破坏的,刑事法律的适用必须符合罪刑法定原则的要求。当然,刚性并不代表一成不变,犯罪圈也应该随着社会的发展而不断完善。但“一味增设罪名的做法其实并不是一种妥当的选择”^⑤,因此,一遇到新型的严重危害社会的行为就主张增设新罪的彻底刑法工具思想是不可取的。首先,刑法罪名具有高度的概括性,如果随意在刑法体系中增加新罪,“不但容易破坏刑法原有的体系,导致刑法体系的过度扩张,而且还易造成对现有刑法罪名的适用混乱”^⑥;其次,彻底的刑法工具思想还易导致我国刑法体系不断膨胀,而造成刑法的肥大症,更不利于刑事司法适用。“刑法在根本上与其说是一种特别的法律,还不如说是对其他一切法律的制裁”^⑦,只有当运用其他法律手段不能有效维护上述利益时,才不得已运用刑法手段。

因此,不应将刑法视为维护社会稳定的首要工具,刑法应该将自己的本位定义于法益保护,而不单是社会防卫,犯罪圈的范围应该根据法益保护的需要来确定,应当坚守刑法的谦抑性原则,不能为了惩罚某种行为进行不必要的刑事立法活动。“一个法律制度之实效的首要

① [日]西田典之:《日本刑法总论(第2版)》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第25页。

② 黄明儒:《也论谦抑性原则——以刑事立法活动为视野》,载《珞珈法学论坛(第2卷)》,武汉大学出版社2002年版,第189-197页。

③ [日]大谷实:《刑法讲义总论(新版第2版)》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第8页。

④ 吴富丽:《刑法谦抑实现论纲》,中国人民公安大学出版社2011年版,第91页。

⑤ 黄明儒、向夏厅:《虐童行为入罪及路径选择》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2013年第5期,第10页。

⑥ 任海涛、张思远:《虐童行为的刑法理论分析——兼论“虐童罪”不宜成为独立罪名》,载《青少年犯罪问题》2013年第2期,第21页。

⑦ [法]让·雅克·卢梭:《社会契约论》,徐强译,江西教育出版社2014年版,第50页。

任务保障必须是它能为社会所接受,而强制性的制裁只能作为次要的和辅助的保障。”^①另外,刑法应该充分尊重并保障社会公众的自由。按照社会契约论的观点,社会本身就是个人将其自由的一部分让出、汇聚而形成的,“一旦这些社会契约遭到破坏,每个人将会重新获得他原初所具有的权利,并在失去他们用天然的自由所换得的契约自由的同时,又重新获得他们天然的自由。”^②自由是刑事立法的终极价值所在,西塞罗更是提出“为了得到自由,我们才是法律的臣仆”的著名论断。总之,建立刑法公众认同的“关键在于:刑法需要不断地根据社会文明的发展重新塑造其自身的形象,真正使刑法成为蕴含着人性的刑法;不再是恐怖物,而是公民自由的圣经”。^③

3. 刑事立法之美

所谓良法之美是指法律具有科学的外在形式,“良法之美”之于刑事法律意味着刑法典文本应该做到结构合理严谨、体系和谐协调、避免矛盾、语言规范统一。鉴于我国实行单一制的统一刑法典模式,对刑法典形式上的严格要求就显得非常重要,主要涉及三个方面的内容:

首先,要处理好刑法典文本与司法解释的关系。司法解释的大量存在一定程度上对下级司法机关正确适用法律起到了指导性的作用,但其带来的负面影响也应该引起足够的重视。刑事司法领域出现的部分司法工作人员遇到问题首先想到的是寻找有无相关司法解释的规定,而不是向刑法典本身寻找答案、离开司法解释就不会办案的奇怪现象,也说明司法解释在逐步“架空”刑法。试想,如果作为刑法适用主体的司法机关都不依据刑法典来裁判案件,怎么能够要求社会民众根据刑法规范自己的行为?司法解释“排挤”刑法典的现实,说明刑法典文本在“良法之美”层面还有巨大的提升空间。而且,更令人担忧的是,近年来最高人民法院与最高人民检察院(下文简称“两高”)颁行司法解释的数量越来越多、频率越来越高,其大部分解释的结论是值得肯定的,但有些也存在非常明显的问题,对刑事法律体系的科学性产生了负面影响。如最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》将交通肇事后指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人解释为交通肇事的共犯,明显违反了刑法典第25条规定的共同犯罪不能由共同过失行为构成的原理,从而僭越了立法权。^④这种随意改变甚至是取代国家立法现象的存在,使刑事法律的权威无法树立,刑事法治也只能是空中楼阁。实现刑事法律的“良法之美”,就要确保刑事法律体系本身是科学的、合理的、不存在矛盾的、值得信赖的。而这些都有赖于司法解释与刑法典文本的体系协调与司法解释自身质量的提高,应将不违反罪刑法定原则和不破坏刑事法律体系作为最低标准,将罪刑法定原则作为“刑事司法解释权不可恣意逾越的最后一道防线”。^⑤

其次,要保证刑法典用语的严谨性,描述具体犯罪构成要件力争做到准确、完整、清晰、易懂。在我国现行刑法典分则中,主要通过简单罪状、叙明罪状、空白罪状、引证罪状等几类方式来描述犯罪的基本构成要件。^⑥从刑法典分则的条文来看,对于罪状的描述,叙明罪状虽占较

① [美]博登海默:《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365页。

② [法]让·雅克·卢梭:《社会契约论》,徐强译,江西教育出版社2014年版,第20页。

③ 陈兴良:《一般预防的观念转变》,载《中国法学》2000年第5期,第25页。

④ 黄明儒:《刑法规范的适用性解释论略》,载《法治研究》2015年第5期,第64-65页。

⑤ 陈兴良:《当代中国刑法新视界(第2版)》,中国人民大学出版社2007年版,第829页。

⑥ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第666-667页。

大比重,但采用空白罪状、简单罪状的条文亦不在少数,对行政犯尤为明显。“由于简单罪状只规定犯罪的名称;空白罪状不直接描述某一犯罪构成的特征,只是指明这种犯罪行为特征需要参照其他法律或者法规中有关的规定来确认”^①,就会比较笼统、原则、模糊。而这种不明确性一方面不利于司法工作人员在刑事司法实践中正确掌握定罪量刑的具体标准,容易引起刑法规范的不正确适用,导致错判,引发错案,有损刑事法律的社会形象;另一方面,由于刑法条文具有高度的概括性,类型化、专业性特征明显,其用语内涵和词语的日常生活含义往往存在差异,这就会给社会公众理解刑法条文带来困难和迷惑,阻碍刑法作为社会行为规范作用的发挥。如果刑法分则条文大量使用简单罪状、空白罪状,将进一步拉大刑事法律与社会公众之间的距离。因此,在今后的刑事立法活动中,尤其是对行政犯,宜借鉴相关行政法律,逐步减少简单罪状、空白罪状的适用,提高立法技术,详细描述犯罪构成,用语避免晦涩难懂,消除刑事法律与社会公众之间的鸿沟,提升刑事法律在社会公众心中的形象,为刑法公众认同感的培养扫除障碍。

最后,也是最为重要的一点,应进一步提高刑事立法技术,尽量避免刑法典内部存在矛盾与不明确性,即注重刑事立法的科学性。刑事立法的科学性意味着创制刑事法律规范时要贯穿科学的指导思想,运用科学的立法技术与方法,使刑事法律规范内容全面、系统、明确、协调,富于理性的准则。我国现行刑法总体上而言做到了总则与分则前后呼应,罪罪之间、刑刑之间、罪刑之间基本实现了协调统一,但仍旧存在不足之处。以我国刑法关于共同犯罪的规定为例:现行刑法关于共同犯罪的规定主要集中于总则第二章第三节(《刑法》第25~29条),分则个罪中也有个别条款存在共同犯罪的相关规定(如《刑法》第382条)。从条文表述上看,我国刑法对共同犯罪基本上采取了按犯罪中作用大小的分类方法,即按照犯罪中作用的大小分为组织犯、主犯、从犯、胁从犯,并由重到轻规定了法定刑。上述规定似乎表明我国更倾向于“单一制”的共犯体系(或称犯罪参与体系)。但由于《刑法》第29条第1款又对教唆犯的定罪处罚单独作出了规定,这就使得关于我国的共犯体系究竟是单一制还是区分制存在激烈的争论,这一问题的明确也对诸如《刑法》第29条第2款的理解、共同犯罪的着手、间接正犯概念的存废等问题的界定具有前提性的基础意义,立法上的缺失与不足,使接近真相的道路荆棘遍布。又如“危险驾驶罪”的增设使得《刑法》第133条与《刑法》第133条之一出现适用上的争议,有损刑事司法的社会效果。刑事法律作为一种正当的恶,要求其在创制时就必须将恶的一面限定在必要的范围之内,完备而自足的刑事法典也就成为社会民众心中所追求的目标,而科学的立法技术无疑对“刑法之美”目标的实现具有积极的推动作用。

(二) 刑事司法关注社会:刑法信仰的题中应有之义

现实主义法学主张,“法官要想圆满完成其任务,就必须对形成和影响法律的社会因素和经济因素有充分的认识”^②,即刑事审判活动需要适当考虑社会民情因素。时至今日,在“大数据”背景下,法院和刑事法官也不可能对司法判决的社会效果置之不理。随着通信手段的不断发展,在某些重大的案件中愈发重视司法审理与判决的社会效果已是不争的事实,如微博、微信抑或电视直播重大案件的庭审过程、新闻媒体对诸如吴英集资诈骗案、许霆盗窃案、复旦研究生林某投毒案等热点案件的广泛报道,都表明现实主义法学在法官的思维路径、社会价值

① 周道鸾:《中国刑事法的改革与完善》,中国人民公安大学出版社2007年版,第15页。

② [美]博登海默:《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157页。

要素及刑法规范的地位等众多方面产生了显著的影响,对我国传统的严格法制主义具有一定的颠覆性改变。这些刑事案件在法律适用上的正确与否直接影响着刑事法律在社会公众心中的地位,民众会因为一些高官涉嫌贪污、受贿、渎职等犯罪受到公正之判决而欢欣鼓舞,也会在关注诸如“南京虐童案”情与法之碰撞时反思中国法治发展的道路。一个公正的判决也许不能实质性地推动中国的法治进程,但一个不公正的刑事判决会引起大众之恐慌与对刑事法律公正公平性的怀疑是没有疑问的。我们呼吁刑事立法科学合理,也更需求刑事法律的正确适用与司法活动社会效果的公正合理。水滴石穿、聚沙成塔,刑法信仰需要一次次刑法规范的正确适用而慢慢建立,刑事司法对于社会效果的关注,无疑是这一进程的催化剂与力量来源。

关于刑事司法活动是否要采取现实主义的上述主张、顾及社会效果的问题,我国存在两种尖锐对立的观点。一种观点倡导实质的推理过程,认为司法主体在裁判案件时,应充分考虑规范外因素及社会效果。近年来,现实主义法学凭借其强大的影响力渐次渗透到我国司法政策领域中,愈发鼓励司法主体在个案裁判中突破传统司法意识的束缚,倡导创新思想与司法民主,从社会效果层面考量司法判决的合法性与合理性。即司法主体在选择刑法规范前,应先考虑判决所应达到的结果。在司法实践中,倡导结果导向型司法,尝试新的司法思维路径。^①另一种观点对此问题则持保守态度,认为“我国现在正处在法治建设的初级阶段,还缺乏严格法治思维的陶冶,还没有严格法制方法的文化根基。我们是在整个社会没有树立起法制的权威、学界没有进行自觉反思的时候直接跟进了后现代法学”^②、“我们今天处于法治建设的初期,法律规则的权威还没有树立起来,明确的规则还没有得到贯彻”。^③因此,结果导向型司法带来更多的可能是负面效果。“刑罚如两刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害”^④,刑法与刑罚的适用必须慎之又慎。刑事法律来源于人类社会的同时也反作用于社会发展,关注刑法适用的社会效果,使刑法真正成为维护社会秩序和公民基本权利的最后屏障,让社会大众感受到刑法是值得被信赖的,认可刑法能够让自己更加自如地存在于人类社会,刑事法律是自身自由、人身、财产最忠诚的守卫者,刑法信仰理念之力量也才能在这一过程中慢慢积累。所以,上述第一种观点值得借鉴。

但是,司法裁判关注社会必须限定在合理的范围之内,正如上文所言,刑法具有社会行为的规范作用,同时罪刑法定原则也是现代刑事立法与司法活动的铁则,刑事判决参考民情因素并不意味着司法机关可以为了顺应民情而枉法裁判。“对于多数国民而言,他们想象的是实施犯罪者是与自己属于不同性质的敌人……在这种情况下,民意不仅会向处罚的扩大化与重刑化倾斜,更难以避免处罚的恣意性与不合理性。”^⑤一味地顺从国民大众,就可能是按照恣意的、流动的“舆论”或者“国民情感”进行处罚,这容易导致冤案错案的产生,也可能动摇民众心中认可的刑法规范形象。刑事司法在关注社会的同时,刑法规范仍然是判断罪与非罪、此罪与彼罪、轻罪与重罪的最终依据。

(三) 适用性解释:刑法信仰建立的重要影响因素

法谚有云:“徒法不足以自行”,任何法律只有在具体的适用过程中才能够体现其价值,刑

① 赵运锋:《刑法解释前沿问题研究》,中国法制出版社2014年版,第5-8页。

② 陈金钊:《法治为什么反对解释》,载《河南政法管理干部学院学报》2007年第1期,第29页。

③ 陈金钊:《对“法治反对解释”命题的诠释——答范进学教授的质疑》,载《法制与社会发展》2008年第1期,第138页。

④ 林山田:《刑罚学》,台湾商务印书馆有限责任公司1985年版,第127页。

⑤ [日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第21页。