

华东政法大学65周年校庆文丛

---

# 重申罪刑法定主义

---



孙万怀 / 著

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

华东政法大学65周年校庆文丛

---

# 重申罪刑法定主义

---

孙万怀 / 著

## 图书在版编目(CIP)数据

重申罪刑法定主义 / 孙万怀著. —北京: 法律出版社, 2017

(华东政法大学65周年校庆文丛)

ISBN 978-7-5197-1311-9

I. ①重… II. ①孙… III. ①罪刑法定主义—研究  
IV. ①D914

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第212065号

重申罪刑法定主义  
CHONGSHEN ZUIXING FADING ZHUYI

孙万怀 著

责任编辑 汤子君  
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 固安华明印业有限公司  
责任校对 杨昆玲  
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社  
开本 720毫米×960毫米 1/16  
印张 19.5  
字数 301千  
版本 2017年10月第1版  
印次 2017年10月第1次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址 / [www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

投稿邮箱 / [info@lawpress.com.cn](mailto:info@lawpress.com.cn)

举报维权邮箱 / [jbwq@lawpress.com.cn](mailto:jbwq@lawpress.com.cn)

销售热线 / 010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782

西安分公司 / 029-85330678

重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636

深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-1311-9

定价: 58.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学  
65周年校庆文丛编委会

主任：曹文泽 叶青

副主任：顾功耘 王迂

委员（以姓氏笔画为序）

|     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|
| 马长山 | 王立民 | 朱应平 | 刘伟  | 孙万怀 |
| 杜涛  | 杜志淳 | 杨忠孝 | 李峰  | 李秀清 |
| 肖国兴 | 吴新叶 | 何益忠 | 何勤华 | 冷静  |
| 沈福俊 | 张栋  | 张明军 | 陈刚  | 陈金钊 |
| 林燕萍 | 范玉吉 | 金可可 | 屈文生 | 贺小勇 |
| 徐家林 | 高汉  | 高奇琦 | 高富平 | 唐波  |

## 崛起、奋进与辉煌

### ——华东政法大学65周年校庆文丛总序

2017年，是华东政法大学65华诞。65年来，华政人秉持着“逆境中崛起，忧患中奋进，辉煌中卓越”的精神，菁莪造士，栉朴作人。学校始终坚持将学术研究与育人、育德相结合，为全面推进依法治国做出了巨大的贡献，为国家、为社会培养和输送了大量法治人才。一代代华政学子自强不息，青蓝相接，成为社会的中坚、事业的巨擘、国家的栋梁，为社会主义现代化和法治国家建设不断添砖加瓦。

65年栉风沐雨，华政洗尽铅华，砥砺前行。1952年，华政在原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学、上海学院、震旦大学九所院校的法律系、政治系和社会系的基础上组建而成。历经65年的沧桑变革与辛勤耕耘，华政现已发展成为一所以法学为主，兼有政治学、经济学、管理学、文学、工学等学科的办学特色鲜明的多科性大学，人才培养硕果累累，科研事业蒸蒸日上，课程教学、实践教学步步登高，国际交流与合作事业欣欣向荣，国家级项目、高质量论文等科研成果数量长居全国政法院校前列，被誉为法学教育的“东方明珠”。

登高望远，脚踏实地。站在新的起点上，学校进一步贯彻落实“以人为本，依法治校，质量为先，特色兴校”的办学理念，秉持“立德树人，德法兼修”的人才培养目标，努力形成“三全育人”的培养管理格局，培养更多应用型、复合型、高素质的创新人才，为全力推进法治中国建设和高等教育改革做出新的贡献！

革故鼎新，继往开来。65周年校庆是华东政法大学发展史上的重要里程碑，更是迈向新征程开创新辉煌的重要机遇。当前华政正抢抓国家“双一流”建设的战略机遇，深度聚焦学校“十三五”规划目标，紧紧围绕学校综合改革“四梁八柱”整体布局，坚持“开门办学、开放办学、创新办学”发展理念，深化

“教学立校、学术兴校、人才强校”发展模式，构建“法科一流、多科融合”发展格局，深入实施“两基地（高端法律及法学相关学科人才培养基地、法学及相关学科研究基地）、两中心（中外法律文献中心、中国法治战略研究中心）、一平台（“互联网+法律”大数据平台）”发展战略，进一步夯实基础、深化特色、提升实力。同时，华政正着力推进“两院两部一市”共建项目，力争到21世纪中叶，能把学校建设成为一所“国际知名、国内领先，法科一流、多科融合，特色鲜明、创新发展，推动法治文明进步的高水平应用研究型大学和令人向往的高雅学府”。

薪火相传，生生不息。65周年校庆既是对辉煌历史的回望、检阅，也是对崭新篇章的伏笔、铺陈。在饱览华政园风姿绰约、恢弘大气景观的同时，我们始终不会忘却风雨兼程、踏实肯干的“帐篷精神”。近些年来，学校的国家社科基金法学类课题立项数持续名列全国第一，国家社科基金重大项目和教育部重大项目取得历史性突破，主要核心期刊发文量多年位居前茅。据中国法学创新网发布的最新法学各学科的十强排名，学校在法理学和国际法学两个领域排名居全国第一。当然我们深知，办学治校犹如逆水行舟，机遇与挑战并存，雄关漫道，吾辈唯有戮力同心。

为迎接65周年校庆，进一步提升华政的学术影响力、贡献力，学校研究决定启动65周年校庆文丛工作，在全校范围内遴选优秀学术成果，集结成书出版。文丛不仅囊括了近年来华政法学、政治学、经济学、管理学、文学等学科的优秀学术成果，也包含了华政知名学者的个人论文集。这样的安排，既是对华政65华诞的贺礼，也是向广大教职员工长期以来为学校发展做出极大贡献的致敬。

65 芳华，荣耀秋菊，华茂春松，似惊鸿一瞥，更如流风回雪。衷心祝愿华政铸就更灿烂的辉煌，衷心希望华政人做出更杰出的贡献。

华东政法大学 65 周年校庆文丛编委会

2017 年 7 月

# 目 录

|  |    |
|--|----|
| 第一章 新理论的提出及对罪刑法定理念的冲击                        | 1  |
| 一、新理论的提出                                     | 1  |
| 二、冲击所在                                       | 3  |
| 三、如何看待消极出罪权的问题                               | 9  |
| 第二章 解决法定化困境的错误选择——司法犯罪化                      | 12 |
| 一、对罪刑法定价值基础的质疑                               | 12 |
| 二、追求刑罚确定所导致“文字困境”及对合理性的限缩                    | 14 |
| 三、罪刑关系法定化困境解决的歧路——司法犯罪化                      | 18 |
| 第三章 罪刑法定原则的实质                                | 21 |
| 一、罪刑法定的本质是从入罪方向上限制国家的权力(尤其是司法权)              | 22 |
| 二、国家刑权力在立法与司法中的界分蕴含着司法遵循立法、形式理性与实质理性相统一的基本要求 | 25 |
| 第四章 法定化困境的人道主义补足                             | 28 |
| 一、确定性择向的现实要求                                 | 28 |
| 二、人道主义诉求是刑事司法职业者的道德责任的缘由                     | 31 |
| 三、司法职业者的人道责任是对法律和权力人道补足的具体表达                 | 38 |
| 第五章 罪刑法定主义所要求的权力宽容                           | 44 |
| 一、中西方法治语境下宽容的表现及其演进                          | 46 |

|                               |            |
|-------------------------------|------------|
| 二、宽容是刑事法治中对权力的道德要求            | 53         |
| 三、刑事法治领域权力宽容的价值——司法与立法的互补     | 58         |
| 四、司法政策的宽容性                    | 61         |
| <b>第六章 违法相对性理论与刑法前置化的立法倾向</b> | <b>64</b>  |
| 一、刑法违法相对性理论被突破的典型立法特征         | 65         |
| 二、追求违法一元性的原因以及立法导致违法相对性判断的弱化  | 68         |
| 三、刑事立法同样需要坚持合比例原则             | 76         |
| 四、对立法前置效果论的质疑：以危险驾驶罪为例展开      | 81         |
| 五、结语                          | 82         |
| <b>第七章 主观心态——“应知”认定的确定性标准</b> | <b>84</b>  |
| 一、“应知”界定标准的体系化过程及其问题所在        | 84         |
| 二、“应知”界定的基本标准及其个性功能发挥         | 90         |
| 三、“应知”的认定方法：刑事证明与刑事推定并举       | 98         |
| 四、“应知”的认定程度：排除合理怀疑            | 103        |
| 五、针对“应知”的民事推定结论与刑事证明的确立       | 105        |
| <b>第八章 限制减刑适用标准的实质内涵与标准确定</b> | <b>110</b> |
| 一、限制减刑在我国司法实践和理论界的认识莫衷一是      | 110        |
| 二、限制减刑是保留死刑前提下控制和减少死刑适用的重要选择  | 112        |
| 三、对限制减刑适用条件的界定                | 118        |
| 四、限制减刑标准的实践运用                 | 124        |
| 五、结语                          | 125        |
| <b>第九章 公共安全刑事政策运作的合法性要求</b>   | <b>127</b> |
| 一、社会转型与公共安全、刑事政策的关系           | 127        |
| 二、新形势下公共安全问题的刑事对策与思路          | 134        |
| 三、刑事政策制定运用过程中的必要限制            | 145        |



|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 第十章 刑事和解的合法性要求与程序协调            | 152 |
| 一、如何界定刑事和解的案件范围                | 153 |
| 二、刑罚期限应当以法定刑为标杆还是以宣告刑为标杆       | 155 |
| 三、刑事和解从宽处罚的规定属于刑法量刑情节还是属于程序的范围 | 157 |
| 四、死刑案件的刑事和解问题                  | 160 |
| 第十一章 法定化视野下买卖毒害性化学品的对象性质       | 177 |
| 一、司法实践的现状及问题的提出                | 177 |
| 二、买卖剧毒化学品的犯罪是否为危险犯             | 181 |
| 三、“毒害性物质”刑法意蕴的协调解释             | 184 |
| 四、《解释》的审慎决定了对非禁用剧毒化学品的刑法适用限制   | 189 |
| 五、《追诉标准》因背离协调性原则而失去了规范意义       | 193 |
| 六、买卖非禁止剧毒化学品一般属于刑法中的非法经营行为     | 196 |
| 第十二章 法定化视野下生产、销售假药行为的违法相对性     | 198 |
| 一、法典中“足以严重危害人体健康”的规定被取消所引发的窘境  | 198 |
| 二、危险结果的否定是否意味着对行为实质危害性的否定      | 203 |
| 三、相对违法性理论成为行为危险性判断的支点          | 209 |
| 四、法益保护的绝对性对可罚性的除斥              | 218 |
| 五、结语                           | 223 |
| 第十三章 法定化视野下网络服务提供行为的“传播”性质     | 225 |
| 一、网络服务提供行为性质的裁量：乏例可循下的谨慎       | 225 |
| 二、问题出现的背景、政策与规制之困境             | 228 |
| 三、所谓“帮助”行为的实质与可罚性              | 234 |
| 四、“明知”推论的重要性及其民刑交错的认知          | 247 |
| 第十四章 法定化视野下故意杀人罪“情节较轻”的界定标准    | 254 |
| 一、故意杀人罪“情节较轻”在我国司法实践与理论中的争鸣    | 254 |
| 二、故意杀人罪“情节较轻”的认定必须以罪刑均衡为基础     | 257 |

|                                 |            |
|---------------------------------|------------|
| 三、故意杀人罪“情节较轻”的界定的综合标准           | 261        |
| 四、“情节较轻”标准主要体现领域的考察及其运用         | 266        |
| 五、结语                            | 271        |
| <b>第十五章 法定化视野下“扒窃”认定的司法审慎</b>   | <b>273</b> |
| 一、问题的提出                         | 273        |
| 二、如何解释法律                        | 275        |
| 三、“公共场所”和“随身携带”：对“扒窃”的两个核心要素的解释 | 279        |
| 四、应当限缩“扒窃”入罪                    | 285        |
| 五、结语                            | 288        |
| <b>第十六章 法定化视野下互易毒品行为的性质</b>     | <b>289</b> |
| 一、问题的提出                         | 289        |
| 二、贩卖与互易属于不同性质的行为                | 292        |
| 三、互易与买卖过程中代物清偿的区别               | 298        |
| 四、对于危害性的解读以及对于罪刑法定原则的坚守         | 301        |

# 第一章 新理论的提出及对罪刑法法定理念的冲击\*

## 一、新理论的提出

近些年来,我国刑法学界发生的一系列学术争论从根本上讲都是围绕刑法理念的更新进行的,而这些更新从表面上看似乎是在关注刑法的适应性和社会性、关注个案正义的实现,但实际上是在不断地冲击或销蚀罪刑法法定主义的基本意蕴。以下笔者拟对晚近以来我国刑法学界发生的一些比较重大的学术争议略作梳理。

### (一)“道德评判理论”的提出

罪刑法定原则的派生原则之一是刑法明确性原则,而准确理解和把握明确性原则需要借助刑法解释来确立明确的标准。有学者提出以道德标准——“常情、常理、常识”——作为判断刑法解释是否合理和刑法文本含义是否确定的标准,并认为“我们的法律是人民的法律,绝不应该对其做出根本背离老百姓所共同认可的常识、常理、常情的解释”。<sup>〔1〕</sup>可是,如果坚持以“常情、常理、常识”作为判断刑法是否明确的标准,那么就有可能产生“情、理、法”之间、“法律”与“人民认同”之间的冲突。对此,上述学者认为,坚持讲“法”不讲“理”实际上是坚

---

\* 本部分的主体内容参见《重申罪刑法定的基本理念》,载《法商研究》2015年第1期。该文由本书作者及其博士研究生闻志强合作完成。由于期刊只发表单独作者的文章,故本书作者放弃了署名。

〔1〕 陈忠林:《“常识、常理、常情”:一种法治观与法学教育观》,载《太平洋学报》2007年第6期。

持“恶法亦法”、合情合理不合“法”的要依“法”办,就是传统法治理论根本缺陷的集中体现。<sup>〔1〕</sup>传统法学理论的主张(恶法亦法)都可以归结为法是少数人(立法者或自然法学家)意志的体现,法治应是少数人对多数人的统治。坚持这些理论,在实践中必然结出“有权就是法”“权必然大于法”的恶果,坚持以这些理论指导法治,必然导致人治,导致专制。<sup>〔2〕</sup>显然,能否准确理解和把握这种观点的实质已成为我们评判该观点是否真正坚持和恪守罪刑法定理念的一个重要前提。

### (二)“风险刑法理论”的提出

自德国著名社会学家乌尔里希·贝克提出“风险社会”概念以来,世界各国学者相继开展了风险社会视野下的法学研究,我国刑法学界自然也不甘落后。然而,随着认识、思考的不断深入,我国刑法学界对风险社会视野下的刑法定位问题产生了不小的争议,赞成的声音与质疑的声音交织在一起。于是,如何把握风险的内涵和实质、正确认识风险社会的本质以及如何看待风险社会理论与刑法的关系、立足于风险社会理论的风险刑法理论是否符合罪刑法定理念等问题成为当下我国刑法学者必须破解的难题。

与之相应的是“敌人刑法理论”的引进。德国刑法学者京特·雅科布斯提出了“敌人刑法”的概念,并相继阐发了“敌人刑法”的内容,这促成了“敌人刑法理论”的出现。近年来,“敌人刑法理论”引起了我国学者的关注,学术界赞成者有之,反对者亦不在少数。准确理解和把握“敌人刑法”的基本内容与实质,就成为我们判断“敌人刑法理论”是否符合罪刑法定理念的前提。

### (三)“量刑反制理论”的提出

由量刑的合理性反推定罪的合理性是晚近兴起的“量刑反制理论”。持这种理论的学者认为,体现罪刑法定理念的落脚点在于实现罪刑均衡,因而其过分强调量刑的合理性和重要性,主张罪刑相适应原则应当取代罪刑法定原则成为刑法的最高原则,合理性原则应当作为刑法解释的根本原则,最终又回归到“常情、常理、常识”的判断标准。例如,有学者认为:“刑从罪生、刑须制罪的罪刑正向制约关系并非罪刑关系的全部与排他的内涵,在这种罪刑正向制约关系的基本内涵之外,于某些疑难案件中亦存在逆向地立足于量刑的妥

〔1〕 参见陈忠林:《司法民主是司法公正的根本保证》,载《法学杂志》2010年第5期。

〔2〕 参见陈忠林:《“恶法”非法——对传统法学理论的反思》,载《社会科学家》2009年第2期。

当性考虑,而在教义学允许的多种可能选择之间选择一个对应的妥当的法条与构成要件予以解释与适用,从而形成量刑反制定罪的逆向路径”。<sup>〔1〕</sup>详言之,“即首先要考虑对某一行为是否有动用刑罚予以规制的必要,在定罪的前提下进一步考虑如何处罚是妥当的,然后再反过来决定是否认定为犯罪,认定为何种犯罪”。<sup>〔2〕</sup>这一理论是否符合罪刑法定理念也需要我们作深入的分析。

## 二、冲击所在

(一)“道德评判理论”是否因提倡刑的确定性优先而将定罪作为附庸

罪刑法定原则的派生原则之一就是要求刑法规定具有明确性。而刑法的明确性是指,“表示这样一种基本要求,规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象”。<sup>〔3〕</sup>但是,正如美国学者哈罗德·伯曼所言:“人类的深谋远虑程度和文字论理能力不足以替一个广大社会的错综复杂情形作详尽的规定。”<sup>〔4〕</sup>由于语言文字的抽象性、歧义性、多变性以及自身所处的语境等都会对我们正确理解语言文字的内涵产生诸多困扰,因此,绝对的明确是不存在的,模糊性与确定性之间也并不存在不可逾越的鸿沟。这就表明对刑法的明确性作机械主义、教条主义的理解是不可取的,而过分追求刑事立法的明确化以致忽视乃至漠视刑法解释的必要性与重要性也是不可取的。刑法解释应当有合理的发展空间,但是刑法解释不是随意的,而是在依附刑法文本的基础上受罪刑法定理念的引导和制约的,这是体现刑法明确性的必然要求。

寻求刑法文本的确定性就是要搞清楚刑法条文的基本含义,而这需要借助刑法解释,那么刑法解释应当以什么作为标准来判断其是否体现了刑法内在含义的确定性呢?有学者认为,合理性原则是刑法解释的基本原则,并主张将罪责刑相适应原则作为刑法的最高原则,在合理性的判断上以“常情、常

〔1〕 梁根林:《许霆案的规范与法理分析——编者按》,载《中外法学》2009年第1期。

〔2〕 聂昭伟:《“由刑及罪”逆向路径在司法实践中之体现与应用——以最高人民法院发布的典型案例及司法解释为样本》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第31卷),北京大学出版社2012年版,第525页。

〔3〕 [意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1988年版,第24页。

〔4〕 [美]哈罗德·伯曼:《美国法律讲话》,陈若桓译,三联书店1988年版,第20页。

理、常识”作为标准,而“所谓的‘常识、常理、常情’,是指为一个社会的普通民众长期认同,并且至今没有被证明是错误的基本的经验、基本的道理以及为该社会民众普遍认同与遵守的是非标准、行为准则”。<sup>[1]</sup>“常识”“常理”“常情”到哪里去找呢?“那答案就是:请到你们自己的本性中去找,请到你们心灵深处去找,请到你们自己的良心中去找。”<sup>[2]</sup>那什么是良心呢?“良心不是别的,良心是一个社会基本的是非观、善恶观、价值观在每一个人心目中的反映,是一个人对所处社会的常识、常理、常情的认识。”<sup>[3]</sup>笔者称该理论为“道德评判理论”。该理论存在的问题从实质上讲其实可以转化为如何看待道德与法理的关系以及道德在认定犯罪中的作用问题。通过作这样的转化,对该理论进行评判就变得相对简单一些。

1.从法律逻辑上讲,将道德作为行为准则无可厚非。这里的问题是,作为保障立法正当性依据的道德能否成为具体法律适用的依据呢?如果司法者能够忠实地执行一部合乎道德的法律,那么以道德标准评价具体法律的适用自然是无可非议的,但是当刑法更多地关注限制权力的时候,这样的标准不仅无助于限权目标的实现,而且还会造成权力的不断扩张。因此,如何实现道德评判与罪刑法定主义的统一是非常重要的问题。

2.常识带有道德标准不明确、不统一的根本缺陷。常识是是非标准、行为准则,应当到“良心”中去寻找,而“良心”又是是非善恶价值观念、是常识,很明显上述论证犯了形式逻辑之循环论证的错误,导致立论根本无法成立。从确定性原则本身来看,笔者认为,“道德评判理论”内容的不周延决定了任意使用该理论会严重违反确定性原则本身。“道德评判理论”内容抽象概括、适用标准含混不清,是以道德价值判断来取代事实判断和法律判断,如果在司法实践中强行推行该理论,那么会造成司法不统一、不协调乃至司法不公和混乱的结果,而这是违背罪刑法定基本理念的。“道德评判理论”是一种典型的常识主义刑法观,而“衡量标准不明确是常识主义刑法观无法克服的顽疾”。<sup>[4]</sup>根据前述介绍,论者对“常识、常理、常情”的界定充斥着“最基本”

[1] 陈忠林:《“常识、常理、常情”:一种法治观与法学教育观》,载《太平洋学报》2007年第6期。

[2] 陈忠林:《“恶法”非法——对传统法学理论的反思》,载《社会科学家》2009年第2期。

[3] 陈忠林:《“恶法”非法——对传统法学理论的反思》,载《社会科学家》2009年第2期。

[4] 温登平:《反思常识主义刑法观》,载《中国刑事法杂志》2013年第9期。

的“是非观、善恶观、价值观”“良心”“普通民众”“基本的经验”“基本的道理”“基本的感情”等诸如此类的表述,然而如何界定这些概念的含义是相当困难的,对其使用也是比较随意的。“‘常识’或者‘常识主义’这种颇具不确定性的特点,实际上也成为今日常识主义和常识主义刑法观在刑法学理论和司法实践中的命运的预言。”<sup>[1]</sup>

以上评判虽然是基于罪刑法定原则明确性的要求而进行的,其中也不乏合理性,但是其与“道德评判理论”具有同样的弊病,即在具有一定合理性的同时,都具有不周延性。道德评判应当具有一定的生存空间,但是其必须符合罪刑法定的基本理念,违背罪刑法定基本理念的道德评判都是不合理的。

3.在进行道德评判时必须处理好“公意”与“民意”的关系。“道德评判理论”作为一种常识主义刑法观和司法民主化乃至司法大众化理论,因过分注重道德评判而违背罪刑法定原则下立法权与司法权的界分,有可能使司法机关承载过多的不适当职能乃至强化司法僭越立法的冲动,从而有违我国的政治实践和权力架构。“因为从我国宪法来看,人民代表大会制和‘一府两院’制都决定了,人民民主应当主要通过权力机关和立法机关来完成。强化这一点对于现代政治体制的发育完善极为重要。这强调了政府的不同部门在职能上和权限上有分工与分立,不是让每个部门都变成民意表达和吸纳机构,否则,民主化的司法就会侵犯政治部门的立法权。”<sup>[2]</sup>虽然对民意的极端追求可能并不是“道德评判理论”创始者的初衷,但是“道德评判理论”事实上为司法者提供了一个追求民意的武器。笔者认为,追求法律与人民意志一致是值得肯定的,但是“民意”并不等于“公意”,二者存在本质的区别。法律是公意的体现,其对民意的追求是有限的、克制的。因为民意是多元的、易变的,有时是非理性的甚至是不加判断的群体无意识,而“群体具有五大特点:群体是冲动、多变与急躁的,群体易受暗示、易轻信,群体的情绪夸张而单纯,群体偏执而保守,群体不可能是道德的”,<sup>[3]</sup>这就决定了我们不能根据所谓的(群体)民意来理解和适用法律(尤其是刑法)。

退一步来讲,即使承认力求使刑法获得公众的认同和民意的支持并不必

[1] 温登平:《反思常识主义刑法观》,载《中国刑事法杂志》2013年第9期。

[2] 苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

[3] [法]勒庞:《乌合之众》,冯克利译,广西师范大学出版社2007年版,第52页。

然就违反法治、破坏罪刑法定原则,但是“公众的刑法认同并不必然地与舆论调查中多数人的意思画等号”。<sup>[1]</sup>因为“‘具有多数公认力的正义观念’作为一个标准却是不无问题的。尤其是,它不能被简单地等同于表面上的多数意见。这种多数意见往往是为利益而非良知所驱动;它常常不过是被操纵的‘从众意见’”。<sup>[2]</sup>因此,“过分注重所谓的民意,存在实行人治的危险”,<sup>[3]</sup>而“将法和臆想的或者自称的民众利益等量齐观,就把法治国家变成了非法治国家”。<sup>[4]</sup>笔者认为,“道德评判理论”如果不是一种民粹主义的体现,那么就是在舍弃规则之治的良善、再次(隐性地)掀起少数人乃至个别人的专制的一次让人无法理解的错误回潮。因此,在情、理、法发生冲突的情形下,我们必须恪守罪刑法定的基本理念,坚持司法遵循立法和形式理性为上、为先的原则,虽然这样做需要作出一些牺牲、付出一定的代价,但是从法治建设的长远目标来看是值得的,这也与国家刑权力同权利不平衡对抗的模式决定了刑法只能实现普遍的面上的正义而无法实现绝对的、个案的正义相契合。因此,仅因作为规则之治的法治不完美而倡扬“道德评判理论”,有可能重蹈人治与专制的覆辙,这应引起我们的深刻警醒。

罪刑法定原则的形式要求是刑法规定的明确性,而其实质要求则是坚持刑法的人道主义。遵守形式与实质相统一是刑事司法底线的原则,“由于刑法文本的特殊性以及罪刑法定原则的根本制约,生活逻辑原则的适用应当受到严格的限制”,<sup>[5]</sup>而“道德评判理论”并不能为此提供一个根本性的法则。因此,其所具有的部分合理性不经过再解释显然无法达到明确性的要求,甚至有可能从根本上否定罪刑法定原则,并且会混淆道德与法律的关系,引起司法上的混乱,而这是违反罪刑法定基本理念的,也是我们不能接受的。

## (二) 过分强调刑的合理性是在罪刑相适应的名义下对罪名确定性的破坏

“风险刑法理论”“量刑反制理论”以及“司法犯罪化理论”具有一个相同的前提,即认同后果和风险的危害性,否定罪名本身的确定性。例如,在持

[1] 周光权:《论刑法的公众认同》,载《中国法学》2003年第1期。

[2] [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第23~24页。

[3] 温登平:《反思常识主义刑法观》,载《中国刑事法杂志》2013年第9期。

[4] 顾培东:《公众判意的法理解析》,载《中国法学》2008年第4期。

[5] 梁根林:《刑法解释的适用规则论》,载《法学》2003年第12期。



“风险刑法理论”的学者看来,“刑法不再注重实害性后果的发生,而是为了防止‘可能’出现的结果,甚至为了防止潜在风险的存在,预先将某些行为入罪。刑法不知不觉中从保护法益为基本属性向保护社会安全感靠拢”。<sup>[1]</sup>而从前述对于“量刑反制理论”和“司法犯罪化理论”的叙述中可以发现这两个理论也有类似的追求。这些理论从形式上看似乎“满足”了现实社会的需要,但是从实质上看却突破了罪刑法定原则的内涵,扩大了刑法的防卫社会功能。

虽然罪刑法定原则的基本内容是罪与刑的法定化、明确化,但是仅仅实现了罪与刑的法定化、明确化还不够。因为在司法实践中仅仅遵从刑法的明文规定有时还会出现罪名与量刑不尽一致、合理的情况,而“量刑关系到被告人的人权保障乃至国家的人权状况”,<sup>[2]</sup>要实现保障被告人人权的就必须保证罪与刑之间合理、妥当,即实现罪刑均衡。犯罪的定性(定罪)与处罚的定量(量刑)应当保持一致,这一立论的逻辑前提在于:定罪是量刑的前提和基础,否认罪名确定性的存在,否认犯罪的先在,将量刑前置、罪名后置就违反了犯罪与刑罚的刑法逻辑关系,也有违一般的认识规律和认知路径。按照基本的法律逻辑,犯罪是一个被发现、被证实、从追求法律真实走向无限接近客观真实的认定过程。在“事实清楚”的前提下,对于犯罪行为的认定是先定性(定罪),然后据以定量(量刑),遵从的是“三段论”的法律适用逻辑。“三段论”的法律适用逻辑内在地要求“司法人员必须遵循先定罪、后量刑的时间顺序规则,不能把量刑提到定罪之前”。<sup>[3]</sup>然而,近年来我国刑法学界兴起了一股反传统甚至反逻辑的思潮,而“量刑反制理论”的提出尤其引人注目。笔者认为,这一理论虽然披着“罪刑关系创新论”的外衣,但是实际上已经违背罪刑法定的基本理念,实不足取。详述如下:

1. “量刑反制理论”违背了罪刑之间的前后制约关系,破坏了行为与结果之间因果关系的逻辑认定。从逻辑的角度来看,刑从罪生,有了定性的“罪”才有定量的“刑”,定罪为因,处刑为果,二者既在时空上存在先后发生的因果关系,也在犯罪证实的逻辑判断中存在先后制约的关系。“从犯罪的流程看,行为人基于主观恶性支配行为,在行为的作用下产生危害结果,行为是结果发

[1] 孙万怀:《风险刑法的现实风险与控制》,载《法律科学》2013年第6期。

[2] 张明楷:《责任主义与量刑原理——以点的理论为中心》,载《法学研究》2010年第5期。

[3] 王勇:《定罪导论》,中国人民大学出版社1990年版,第263页。