

“量刑反制定罪论”不违反罪刑法定

赵 希*

〔摘 要〕 量刑反制定罪论高举实质正义的大旗,强调量刑对定罪的反作用。然而认为该理论违反罪刑法定原则的批评比比皆是,目前学界主要存在滥用司法权、突破构成要件限制以及违反传统的罪刑关系这三个批评意见。抽象意义上的滥用司法权以及违反传统以罪定刑的观念无法形成有力的批评,但量刑反制定罪不能突破构成要件的限制,在此前提下的量刑对于定罪的反作用正是该理论的合理性所在,这种解释论意义上的量刑反制定罪并不违反罪刑法定原则。

〔关键词〕 量刑反制定罪;罪刑法定原则;以罪定刑;以刑制罪

2006年发生了轰动全国的“许霆案”,如今判决早已尘埃落定,但许霆案中涉及的问题至今仍具有很高的刑法理论和司法实践价值。回顾许霆案,学者存在无罪说、盗窃罪说、侵占罪说、信用卡诈骗罪说,这些观点的争执主要围绕着案件符合哪一犯罪构成要件的“定性”方面,主要是在刑法的教义学内部进行的,并没有超过教义学的范围。但其中的一个观点较为标新立异:那就是所谓的“量刑反制定罪论”。高艳东教授明确提出,“预设的犯罪构成之形式内容应为准确量定刑事责任而让路”,并指出,民众对刑事案件的思维是先看量刑,后看定罪。理性的民意应当在案件的判决中得到尊重。为了维护这种实质正义,可以突破罪名的界限。^①接着,梁根林教授在2009年《中外法学》第1期的“主编絮语”部分将问题明确为“量刑反制定罪的逆向路径”。梁根林教授锐利地指出:刑从(已然之)罪生、刑需制(未然之)罪的罪刑正向制约关系的原则之外,是否在疑难案件中存在量刑反制定罪的逆向思维?如果存在,这种思维是否违背传统的刑法教义学理论,甚至违反罪刑法定原则,造成破坏法治的严重后果?^②

“量刑反制定罪”这一突破传统教义学的思想一经破土而出就引发了巨大的争议。赞同者有,然而更多的是反对的声音。诚如梁根林教授所预料到的,对量刑反制定罪的批判主要集中于它对罪刑法定原则的违背。罪刑法定原则一向被视为刑法的“铁律”、现代刑事法治的“基石”。因此,将某一理论定性为违反罪刑法定原则无疑是对该理论最根本的打击。有学者便基于此将量刑反制定罪定性为“一个可怕的错误”、“一个可悲的错误”。^③然而,量刑反制定罪是否真如学者所言突破了罪刑法

* 北京大学法学院博士研究生,100871。

① 高艳东:《从盗窃到侵占:许霆案的法理与规范分析》,《中外法学》2008年第3期。

② 梁根林:《许霆案的规范与法理分析》,《中外法学》2009年第1期“主编絮语”。

③ 姜涛:《量刑公正与刑法目的解释》,《法学家》2012年第4期;《批判中求可能——对量刑反制定罪论的法理分析》,《政治与法律》2011年第9期。

定的限制?量刑反制定罪是否存在一定的理论及实践价值?这是值得深入探讨的问题。本文主要就量刑反制定罪是否违背罪刑法定原则这一主题展开讨论,分析时采取的进路是,首先对批判观点进行一定的梳理分析,找出问题的关键,即明确批判者之“矛”;接着分析“量刑反制定罪”理论,试图找出该理论是否存在应对批判之“盾”。本文希望通过这样的递进分析,一方面可以验证“量刑反制定罪”理论的正当性和合理性,另一方面可以相对深入地对罪刑法定原则的内涵进行阐释。

一、既有批判观点:“量刑反制定罪”违反罪刑法定

通过对相关理论文献的整理,持“量刑反制定罪”违反罪刑法定原则观点的学者,其具体理由存在一定的差别,主要可以概括为三个方面:

1. 司法权滥用论。持这一观点的学者认为,主张量刑对定罪的反向制约,会导致司法权僭越立法权,从而破坏罪刑法定原则。如有学者指出量刑反制定罪忽视了罪刑法定原则下的司法权与立法权的关系定位,“定罪与量刑之间的关系定位,关键的不是谁主谁次的问题,而是如何处理两者之间的关系,才算坚守罪刑法定原则……为了追求量刑公正,就擅自改变罪刑关系配置的基本逻辑的做法,意味着向后退了一大步……赋予法官改变罪名的权力,法官就会把自己的意志变成法源,从而可能打着量刑公正的旗帜,葬送来之不易的刑事法治。”^①相似的观点认为:量刑反制定罪“摆脱了教义分析对司法权力的某些制约……在现代社会立法司法已有分工并且试图以立法制约司法权的制度条件下,作为司法处理难办案件的一种思路,这有点不安分;法官甚至不是司法制度会篡夺立法者的权力……放弃了规则约束,这种思路势必更多诉诸或者是法官个人的道德直觉,或者是不太稳定的民众情绪,或者是两者,因此很容易为个人直觉或民粹主义左右,很难保证法律的同等保护。”^②还有学者指出:“在刑事司法领域,必须为量刑提供充分的、具有说服力的法律依据,也就是说,结果不能自我证成。否则,在刑法变成‘玩偶’的同时,司法者行使的就不是司法权了,而是立法权。”^③

这种观点的学理依据主要是属于罪刑法定原则的“制定法主义”。罪刑法定原则建立在孟德斯鸠三权分立的学说基础之上,是以限制国家刑罚权为内容的。而罪刑法定的这种限制机能,首先表现在对司法权的限制上。其基本含义“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”即意味着司法权必须在法律明文规定的范围之内,超出这一范围的,便属于专制。^④正如刑法学之父贝卡里亚指出:“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利,因为他们不是立法者。”;“当一部法典业已厘定,就应逐字遵守,法官唯一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。”^⑤“制定法主义”属于罪刑法定原则形式侧面的一部分,被视为罪刑法定的“第一原则”,它要求司法机关只能根据法律为根据定罪量刑,不得使用法律以外的理由定罪量刑,从而使国民在法律禁止之外享有充分的自由。^⑥罪刑法定不仅是刑法的根本原则,也是宪法原则之一。罪刑法定的制定法主义,意味着犯罪的定义权只能由立法者行使,不允许行政机关与司法机关僭越权利,这种做法主要是遵循民主原则这一现代宪法原则的结果。^⑦可见,以滥用司法权为由,认为量刑反制定罪破坏罪刑法定原则的质疑,建立在“制定法主义”的基础上。也就是,为了

①姜涛:《量刑公正与刑法目的解释》,《法学家》2012年第4期。

②苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期。

③白斌:《刑法的困境与宪法的解答——规范宪法学视野中的许霆案》,《法学研究》2009年第4期。

④陈兴良:《罪刑法定主义》,北京:中国法制出版社,2010年,第35-36页。

⑤[意]贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第12-13页。

⑥张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京:北京大学出版社,2009年,第27页、第32-33页。

⑦劳东燕:《罪刑法定本土化的法治叙事》,北京:北京大学出版社,2010年,第129页。

保证民主的实现,要求法官在定罪量刑时必须坚持严格的“制定法主义”。在部分学者看来,量刑反制定罪中,定罪的“明文规定”决定了相应的量刑,而出于量刑合理性的考虑反过来由量刑来决定罪名,便是置定罪的“明文规定”于不顾,因此违反了罪刑法定原则所要求的制定法主义。那么,如果这一质疑是成立的,就要求具备两个前提条件:其一,制定法主义的内涵是法律明文规定了符合犯罪构成要件的行为所适用的罪名和相应的刑罚,且罪名与刑罚的整体规定在适用时牢不可破。法官在定罪量刑时,如果行为符合一个罪名就必须定相应的刑罚,不能因为刑罚不合理而更换其他所谓“合理的”罪名。其二,量刑反制定罪论,从表面上看就是量刑决定定罪,那么在适用时可以完全不管行为符合哪个罪名,只要出于量刑的需要去“找”类似或近似的罪名就可以了,量刑是目的,罪名只是工具性意义的。那么,罪刑法定原则所要求的“制定法主义”是在什么意义上讲的?量刑反制定罪论又是在什么意义上讲的?对这两个问题的回答决定了“司法权滥用论”是否成立的核心。

2. 突破构成要件限制论。持这一观点的学者认为,法定的构成要件具有定型性特征,如果先确定应当适用的刑罚,然后再确定相应的罪名,会使法定的构成要件丧失定型性。^①有学者指出,量刑反制定罪论如果只考虑量刑的实质公正,而将刑法所预设的犯罪构成视为可以随意突破的形式上的内容,是值得商榷的。^②这就涉及犯罪的定型性理论。

根据学者的研究,近代以来,类型性逐渐被视为构成要件的最重要特征。贝林认为,构成要件是一种指导形象,梅茨格尔之后,构成要件被理解为不法类型。但其中“类型性”都是构成要件的重要属性。对于立法者和司法者来说,构成要件的类型性的具体表现不同。立法者以构成要件来描述犯罪的各种形态,构成要件的类型性表现为“具体性”的法条描述;而司法者将现实发生的案件事实归入抽象的构成要件中,构成要件的类型性表现为“抽象”的犯罪类型。类型化对于罪刑法定原则的实现具有至关重要的作用,通过对构成要件行为这些类型的标准化,人们可以使用这种标准来衡量自己的行为,继而保障判决的可预见性,防止出现恣意的判决。^③贝林指出:“法定的刑事处罚对于犯罪定义有这样的影响:只有在法定的刑事处罚范围内的举止类型才有可罚性,任何这类类型性的举止也只有依照针对相应类型的那些刑事处罚才可处罚。‘类型性’是一个本质性的犯罪要素。”^④有学者指出,从行为类型到违法类型,再到责任类型的发展中,构成要件逐渐成为一条统一的限缩,取得了整体的犯罪类型的地位,被视为刑事可罚性的类型。与行为类型作为一种经验类型不同,违法类型与责任类型进入到了“理念类型”的领域。^⑤可以说,构成要件的定型性对于罪刑法定原则的最重要贡献在于使得国民在评价自己行为时具有预测可能性,从而防止法官基于处罚必要而突破类型性的制约,造成法官擅断的不可欲后果。而一些学者认为,量刑反制定罪对构成要件定型性的突破体现在,为了量刑的需要而置构成要件于不顾。这一批判可谓触及了量刑反制定罪论的核心。而必须指出的是,构成要件定型性如果具有上述的功能,那么它的内容至少应当具备一定的客观性,具体来说,一个罪名所涉及的行为类型是相对确定的,而不是模糊的。否则,倘若构成要件的“定型性”仅仅是存在于每个法官心中的“普罗透斯的脸”式的变动的观念,那么其对法官的限制作用也就无从谈起。那么,构成要件定型性是否是相对确定的、客观可把握的存在?如果认为构成要件是“定型”地存在着的,这种“定型”的内涵又是什么?

3. 违反传统罪刑关系论。前述两种批判主要是从单向角度,即罪名对量刑的制约作用来阐述

①张明楷:《许霆案的刑法学分析》,《中外法学》2009年第1期。

②劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012年第4期。

③蔡桂生:《构成要件论:罪刑法定与机能权衡》,《中外法学》2013年第1期。

④转引自蔡桂生:《构成要件论:罪刑法定与机能权衡》,《中外法学》2013年第1期。

⑤杜宇:《刑法学上“类型观”的生成与展开——以构成要件理论的发展为脉络》,《复旦学报(社会科学版)》2010年第5期。

的,还有观点在坚持构成要件定型性的基础上,侧重从罪名与量刑两者的关系角度来论证。即定罪是量刑的前提条件,定罪不应受到量刑的影响,只能根据犯罪构成。即使是为了实现罪刑相适应也不能以量刑来左右定罪。司法上的罪刑相适应必须受到立法上罪刑关系限度的制约。^①我国《刑法》第61条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处”,一般认为,本条是刑法对于量刑原则的规定,这种“以事实为根据,以法律为准绳”的原则从文本的表述看来,似乎意味着定罪是量刑的绝对前提。也就是,量刑与定罪之间的决定和被决定关系,属于罪刑法定原则的一部分,“罪名是以类型化为基础,一旦罪名变成了规则的一部分,并引导出法定刑的配置,这就成了严格规则主义的一部分,不可逾越,这是法条主义和罪刑法定的题中应有之义。”^②

这一批判涉及的主要问题集中于,罪刑法定原则是否规定了以罪定刑的这种单向作用机制,而刑对于罪毫无影响?传统的以罪定刑的观点认为法定刑不过是罪名的从属和衍生,其本身并没有对定罪的制约作用。对此,有论者指出,传统思维定式将罪作为恒定的逻辑起点,这种罪引起刑、罪制约刑的观点忽视了刑罚具有的对犯罪成立的影响,导致实际司法运作与学理观点相距甚远。^③刑罚具有“独立的品格”,它不是对犯罪的简单的机械式反映。刑罚的内在属性不仅制约刑种的选择的范围,而且反向规制犯罪的成立。^④有意思的是,一些反对量刑反制定罪论的学者也肯定刑罚对犯罪成立的反作用,有学者就明确指出,法定刑影响并制约对相关犯罪构成要件的解释。例如不能将使用轻微暴力取得财物的行为定性为抢劫罪。^⑤

之所以有学者一方面肯定刑对罪的反向制约作用,另一方面又反对量刑反制定罪,是因为在这部分论者看来,量刑反制定罪所主张的“刑制约罪”并非在一定的罪刑法定原则要求的构成要件范围内,而是无限制的刑制约罪^⑥。在这里,批判量刑反制定罪论的学者分裂为两个阵营,其中一个阵营认为,罪刑法定原则要求以罪定刑,这种单向决定作用是不可逆转的,故刑不可制约罪。另一阵营则认为,在罪刑法定原则之下也承认刑对罪的反向制约作用,只不过量刑反制定罪违反的是构成要件定型性。如果抛开构成要件定型性不论,问题的焦点就变成,传统的罪对刑的单向决定方式,是否已经成为过去时?如果答案是肯定的,那么“违反传统罪刑关系论”也无法单独构成对量刑反制定罪的有力批判。

综合这几点批判观点,颇有深意的是,这几种主张无论是司法权滥用论、突破构成要件限制论还是违反传统罪刑关系论,似乎都侧重于维护罪刑法定原则的形式的一面。例如司法权滥用论对制定法主义的坚定维护,是建立在对制定法主义的“固定性”、“明确性”的较为形式的理解上,而没有讨论这种明确性是否存在一定的柔性或可变性。突破构成要件限制论认为罪刑法定规定了行为与相应构成要件的对应性,不能出于量刑的需要,就随意打破这种对应性、定型性。这种“定型”是建立在认为构成要件具有确定的轮廓和形象的基础上,侧重的也是犯罪相对形式的一面。另外,强调罪与刑的单向制约关系,即不考虑罪刑之间的具体关系只强调罪必须决定刑,这也可以说是一种形式性的主张。而本文在此对这些观点冠以“形式性”的字眼,并不含贬义。众所周知,罪刑法定原则形式性的一面是其重要属性,发挥着重要的作用,即以形式性的法律来约束恣意的司法权力。对于控制国家滥用刑罚权的危险而言,形式性的约束似乎是最有效的,举例而言,要求:A.只要杀死人的,均判处死刑与B.杀死了好人的,均判处死刑。^⑦这两者中,杀死了人是一个形式性的判断,因为存在客观的标准;而杀死好人中“好人”的判断

①陈兴良:《法条竞合的学术演进——一个学术史的考察》,《法律科学》2011年第4期。

②姜涛:《批判中求可能——对量刑反制定罪论的法理分析》,《政治与法律》2011年第9期。

③④张丽:《论刑罚对犯罪的制约》,西南财经大学博士学位论文2009年5月,第12、34-36页。

⑤张明楷:《许霆案的刑法学分析》,《中外法学》2009年第1期。

⑥即使主张量刑反制定罪限制在有利于被告人的情况下,也不能改变其突破构成要件定型性的事实。

⑦此例子受启发于2013年10月21日在清华大学法学院举行的“当代刑法思潮论坛”上邓子滨老师的发言,特此说明。

则是因人而异,故似乎形式性的主张对于约束国家刑罚权最为有利。但问题是,这种形式性的思考是存在一定的前提条件的。这就涉及形式性思考与实质性思考的区别。

形式性的思考倾向于将思考结论束缚在一个相对明确的范围之内,那么,形式性思考的前提在于,只有存在一个可以识别的具体的对象物,才有可能进行形式性思考。而实质性的思考往往意味着对具体事物的抽象和概括,这种抽象和概括往往意味着其涵摄的具体内容并不具备绝对的明确。抽象化思考倾向于将诸多具体事物予以概念化、类型化。而概念相当于图像化,其所指代的范围更宽广。概念是一类事物的集合,而图像仅仅指代某个特定的事物。概念本身包含的一个重要特性就是抽象化。^① 由此,强调罪刑法定原则的形式侧面的前提,是必须存在可供形式思考和判断的具象。按照一般观点,这种具象就是刑法典规定的“罪与刑”,那么,罪与刑是否具备这种形式性特征? 具体来说,罪刑法定原则核心的制定法主义、明确性原则是否均具备形式性特征? 此其一。而其二,形式性与实质性相对应,与强调罪刑法定形式性一面不同的是,量刑反制定罪论者强调的更多的是所谓的实质正义。这涉及形式正义与实质正义的对立。德国学者阿图尔·考夫曼指出,法律理念是法律最高的价值,而最高的法律理念是正义。大部分人认为正义的核心是平等。康德之后,特别是实证论将正义缩减到仅是平等原则,即相同事物应当同等对待,不同事物应不同对待。^② 然而,拉德布鲁赫作为新康德学派,认为法律是按照其意义必然服务于法律理念之物。而法律理念包含了平等、法的合目的性以及法的安定性。其中,平等涉及形式的正义、合目的性则涉及正义的内容,法律安定性涉及正义的作用。拉德布鲁赫指出,这三者之间彼此需要,也相互矛盾。他认为,平等和合目的性是法律的第二大任务,而第一大任务则是所有人共同认可的法的安定性,即秩序与安宁是第一位的。法的安定性要求实证性,即在不考虑平等与合目的性的情况下注重法的有效性。^③ 事实上,存在内在紧张关系的法的三种价值,其位阶顺序的排列,取决于所处的社会语境。在诸多调整社会关系的手段当中,法律只是其中之一,其内涵并非一成不变,而是随着社会发展的需要、随着民众认识的改变而发生变化。在罪刑擅断的封建时代,对法的安定性的需要显然居于首位。罪刑法定原则的形式的一面便对限制司法擅断起到了良好的作用,这正迎合了罪刑法定原则提出时的社会背景。问题是,当时过境迁之后,这诸多的形式性限制是否产生了一种变化? 或者说,哪些形式性是必须坚持的,而哪些形式性可以为更加实质的考虑所代替? 对此,对社会语境的探寻是必不可少的。综合这两点,本文认为,对批判的分析必须要厘清两个方面的问题,其一,对罪刑法定原则的理解,主要集中于对其形式侧面的理解;其二,对量刑反制定罪内涵和理论定位的理解,也就是,该理论是否具有理论价值? 其“真实面目”为何? 故本文的第二部分主要就这两个问题进行展开。

二、对罪刑法定的再审视

(一) 罪刑法定的语境变迁:从法治国到福利国

如前所述,“司法权滥用论”对量刑反制定罪的批判的主要理由是其违反了“制定法主义”,也就意味着立法者的明文规定不能被突破。批判观点建立在一个核心的判断上,那就是法官的自由裁量权过大可能会带来侵害公民自由的不利后果,因此罪刑法定原则要求利用成文法的明确性,达到在根本上对

①[美]威廉姆·沃克·阿特金森:《逻辑十九讲》,李奇译,北京:新世界出版社,2013年,第38页。

②[德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,北京:法律出版社,2011年,第175页。

③[德]G·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,北京:法律出版社,2005年,第73-75页。

司法权力进行绝对的限制的目的,简单说来,即利用法的内容的明确性来实现操作的限制性。那么,这种对司法权力的绝对限制是否依旧存在?法的明确性又能达到怎样的程度?这无疑是需要思考的。

罪刑法定原则从其产生至今,其内涵和功能并非一成不变。罪刑法定原则源于1215年英国《大宪章》,在1789年法国《人权宣言》之后声名远扬。费尔巴哈最先提出罪刑法定原则,他强调刑法最高原则是“无法无刑”(法无明文规范不处罚)、“无法无罪”(法无明文规定不为罪)、“有罪必罚”。^①罪刑法定原则与“法治国”思想相关联。“法治国”理论希望以法律的形式理性来实现国家的有效治理,然而,公民个体权利的主张和法的客观权利的硬性规定之间不可避免地存在矛盾。^②法治国思想更多地强调国家的放任与旁边,这与资本主义自由经济时代的背景紧密契合。然而,正如罗克辛教授所指出的,我们今天的法律,已经不再只是为了实现自由法治国的目的了。在既有的保障自由的机能之外,罪刑法定原则有了指导人们行为举止的目标。罪刑法定成为了社会变革的最有意义的工具。^③也就是,罪刑法定除了担负着保障个体自由从而控制国家刑罚权的传统的消极的一面,也开始起到了福利国家的积极的一面。而如罗克辛教授所言,“法治国”与“福利国”两者间不应当存在冲突,而应当辩证地统一起来。没有社会福利的国家,实际上也不是法治国,而计划和供给制的国家没有法治国的自由保障,也称不上是福利国。^④

在形式法治国时代,罪刑法定更多地强调对自由、财产等的绝对保护,刑法的启动是相对消极的,只要个体的自由、财产不被侵犯,就不必动用法律。同时,形式的法治意味着目光集中于个别利益的保护,无论是否因此造成社会整体利益失衡。然而,实质法治国或说福利国则承担了实现社会基本福利的责任,刑罚的目的也从保护具体的、个别的财产进而延伸到控制社会的各种风险。正如有学者指出的,现代社会越来越依赖刑法控制各种社会风险。工业革命与现代科技在提供了传统社会不可想象的丰富物质资源的同时也创造出众多新的危险来源,包括技术风险、政治社会风险和经济风险。工业社会由其自身系统制造的危险而突变为风险社会。风险意识加剧了公众的不安全感,从而使得公共政策倾向于更好地提供制度安全保障。刑法作为国家对付风险的重要工具,其主要任务也演变为威慑风险。犯罪标准的前移便是这一变化的体现,危险犯的大量增加使得犯罪的成立从实害提前到危险形成阶段,但立法者不仅意图放宽未遂标准,通常不予处罚的预备行为也有选择地被独立定罪,如日本刑法规定的伪造货币预备罪。^⑤在这一背景下,国家的刑罚权力必然处于一种日益扩张的状态。在这种社会发展高度依赖刑罚扩张的背景下,犯罪圈的扩张不仅体现在立法上,在司法中,僵硬的制定法主义也无可避免地会受到冲击。此时,那个最初的严格限制司法者自由裁量权的制定法主义的内涵,也会不可避免地随之发生变化。

有论者指出,在当代,应当对罪刑法定予以重新定位,将其作为一种防治刑罚权力风险的安全制度。也就是,不是限制法官自由裁量权以保障公民基本权利,而是反对法官不恰当地运用自由裁量权以侵犯公民权利。因此,僵化地坚守罪刑法定未必是保障人权的最好的选择。^⑥也就是,罪刑法定原则,并非禁止法官的自由裁量权。在这里,单纯的主张所谓法官严格适用成文法是没有多大意义的。因为应该予以反对的,不是法官的自由裁量权,而是恣意的自由裁量。因此,当现实司法出现了法官能动裁量时,不应轻易下结论说,这是法官篡夺立法权,是违反罪刑法定原则的。那种泛泛意义上要求对司法者进行严格限制的主张,与法治国内涵的变迁已经格格不入,传统意义上对于司法权

①[德]安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京:中国方正出版社,2010年,第31页。

②劳东燕:《罪刑法定本土化的法治叙事》,北京:北京大学出版社,第89-90页。

③[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,北京:中国人民大学出版社,2011年,第11-12页。

④[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,第15页。

⑤劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》,2007年第3期。

⑥王太宁:《历史的误读与当下的转型——费尔巴哈罪刑法定的还原与当代罪刑法定的重新定位》,陈兴良:《刑事法评论》(第29卷),北京:北京大学出版社,2011年,第47-49页。

力的严格限制已经出现了松动。在福利国的语境中,传统的三段论的形式理性已经无法满足国家广泛涉足社会各个领域以实现实质合理性的需要。有学者指出,司法三段论逻辑无法应对价值性和经验性判断,因为司法三段论只能反映大小前提之间的逻辑关系,而不能作出实质性的判断,即是否具有实质合理性。耶林指出:“对逻辑的整体崇拜,使得法学变成法律的数学,是一种误解,也是一种对法律之本质的误认。不是逻辑所要求的,而是生活、交易、法律感觉所要求的必须去实现,这在逻辑上可能是可以演绎得出的,也可能在逻辑上是无法演绎得出的。”^①在此情况下,罪刑法定原则不能本身难以保持绝对的封闭性,而必须在其形式理性的性格基础上,加入实质理性的价值。

(二) 制定法主义:从绝对到相对

司法上对于制定法主义的严格遵从建立在法典本身的明确性基础上。罪刑法定形式侧面的制定法主义要求其实质侧面的明确性原则。否则,本身不明确的法典又怎么谈得上遵守其表达的明确的意思呢?

明确性原则要求刑法条文尽可能清晰准确,使国民对犯罪行为能够有事前的预期,从而保障非犯罪行为不会受到刑法的处罚从而维护国民的自由利益。贝卡里亚提出的明确性原则即罪刑确定性是针对当时封建社会刑罚的恣意性提出的。“对于犯罪最强有力的约束量不是刑罚的严酷性,而是刑罚的必定性。”^②“即使刑罚是有节制的,它的确定性也比联系着一线不受处罚希望的可怕刑罚所造成的恐惧更令人印象深刻。因为,即便是最小的恶果,一旦成了确定的,就总令人心悸。”^③可见贝卡里亚提出明确性原则主要是从预防犯罪的角度出发。法国著名思想家福柯提出了相似的观点,在其论著中他指出“应该使关于一种犯罪及其可能获得的好处的观念都与关于一种特定的惩罚及其明确的伤害后果的观念联系在一起。二者的联系应该被视为必要的和牢不可破的。这种普遍的确定因素应该能够使惩罚制度行为有效。它需要有一些确定的手段。规定罪行和刑罚的法律应该是绝对明确的。”^④

罪刑法定的明确性要求便是限制国家权力、保障公民基本自由的必然要求。作为对公民人身、财产、自由权利干预最严厉的刑法来说尤其需要明确性的保证。“任何部门法理论都没有像刑法理论那样强调法律的明确性,在此意义上说,罪刑法定主义的明确性要求,是对法治的明确性原则的最突出贡献。”^⑤明确性原则的要求体现了对司法者刑罚权的限制。通过刑法条文对罪与刑的明确的规定,司法者只能在明确的条文之下进行裁断,从而有效保护了国民的自由。明确性原则要求法律规范尽可能清晰,但由于不法实现方式的多样化,刑法规范不能不使用抽象的形式,规范的构成要件要素的大量使用便是明证。明确性要求本身不可能是绝对的。哈特教授指出,“法律在社会生活广大领域中的成功运作,取决于确认特定行为、物和情况属于法律构建的一般分类场合的能力。无论选择何种设置——判例或立法——作为传递行为的标准,都会在某一点发生适用上的问题而变得不确定,即具有所谓的‘空框结构’(open texture)。边界上的不明确是为涉及事实问题的传递形式使用一般分类概念而付出的代价。”^⑥贯彻明确性原则,并不是追求绝对的明确性,也就是在法律的具体实践中在考虑明确性原则的同时必须考量到其他价值。劳东燕教授锐利地指出:“可以说,如何把握明确性程度的问题,实际上就是如何在法的安定性与灵活性之间保持平衡的问题。具体而言,它会涉及两种内在紧张:法的稳定性和开放性之间的紧张;语言在核心范围内的明确和在边缘范围内的模糊之间的紧张……这成为让大陆法国家的刑事立法者踌躇之处:一方面需要确保刑事立法在相当程度上是明确的,因为明确性是罪刑法定乃至刑事法治的必然要求;另一方面却又不得不大量引入

^①转引自吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,北京:中国法制出版社,2011年,第106-107页。

^{②③}[意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,北京:中国法制出版社,2005年,第72、71页。

^④[法]米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,北京:三联书店,2007年,第106页。

^⑤张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京:北京大学出版社,2009年,第51页。

^⑥转引自劳东燕:《罪刑法定的明确性困境及其出路》,《法学研究》2004年第6期。

概括性条款与需要填充价值的概念,以使刑法体系具有适度的弹性。”^①

大量的规范要素的使用与明确性要求之间的关系为何成为问题。对此,意大利宪法法院 1975 年第 188 号判决中指出:“犯罪构成的明确性并不等于(一定要)采用(多少有点完整的)描述性罪状……约定俗成的概念或者可作客观理解的社会伦理价值并不与明确性原则的要求相悖,只要这些概念在法官所处的社会环境中是众所周知并被普遍接受的。”^②这里为我们理解明确性提供了一个重要线索,那就是“可作客观理解”的限定。也就是明确性原则并不反对规范要素的使用,关键是这种规范要素是能够在客观上予以明确的。但是接下来的问题就是,什么是客观上能够被理解的?德国学者罗克辛对此指出:“人们必须在刑法解释的基本原理预先确定的道路上寻找正确的解决办法。因此,只要从一个刑法条文中能够推断出立法者清楚的保护目的,并且原文文字无论如何还能够对一种解说的任意扩张设定界限,那么,这个刑法条文就还是充分明确的。这样就提出了一个规则性框架,对这个规则的具体满足还是可以看成是对一个确定的法律所做的解释的。”^③例如故意杀人罪中的“杀人”在具体案件的解释中,只要符合了保护生命法益的目的就符合了明确性原则的要求。反之,若某一构成要件要素按照立法目的无法在一个有限度的范围内作出解释,则违反明确性原则。

既然成文法的明确性是一种相对的明确,那么法官在适用这种相对的明确的法律时,就不可能照搬法律原本,而必须对法律文本进行一定的解释。“司法绝不是简单地运用形式逻辑三段论的过程,罪刑法定的明确性要求必须通过解释才能实现。”^④这从最高人民法院出台的大量的司法解释中可见一斑。总之,随着国家从自由国向福利国进行转变,罪刑法定的内涵也发生了一定变化,即不再单纯强调对法官权力的绝对限制。制定法主义也由绝对向相对转变。在这一背景下,抽象而形式的要求限制法官权力、贯彻制定法主义的观点难以成为具有实质合理性的观点。

(三) 构成要件定型性:罪刑法定形式侧面的真正落脚点

主张量刑反制定罪的高艳东教授指出:“如何理解杀人罪、盗窃罪的行为类型,并没有绝对客观的标准,只能站在一般人的立场上,以生活观念中人们对杀人、盗窃的理解,来判断法律上的杀人类型、盗窃类型。”^⑤基于此,他认为“预设的犯罪构成之形式内容应为准确定刑事责任而让路。正确认定罪名、判断具体犯罪构成的形式差异只有手段意义,最终目的是以恰当的方式和形式评价犯罪的危害性、服务于刑事责任的量定。”^⑥

对此,学者提出了反对意见。张明楷教授指出:“法官不可能完全按照社会的一般观念来理解盗窃类型。由于刑法对犯罪类型的规定是基于刑法的特定目的与罪刑法定、罪刑相适应等要求,刑法上的犯罪类型与犯罪学上的犯罪类型以及一般人心目中的犯罪类型并不完全相同。”^⑦问题的核心便集中于:所谓的构成要件定型性,是否存在一个“客观的”标准?

首先,构成要件的定型性,并不存在一个绝对明确的客观形象,自贝林提出构成要件理论以来,构成要件都是一个观念形象,而不是一个内涵与外延绝对明确的具体事物。贝林指出:“构成要件类型绝不可以被理解为犯罪类型的组成部分,而应被理解为观念形象(Vorstellungsbild),其只能是规律性的、有助于理解的东西,逻辑上先于其所属的犯罪类型。”^⑧以许霆案为例,不同学者间分别持盗窃罪、侵占罪、

①转引自劳东燕:《罪刑法定的明确性困境及其出路》,《法学研究》2004年第6期。

②转引自[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,北京:法律出版社,1998年,第29页。

③[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学·总论》(第1卷),王世洲译,北京:法律出版社,1997年,第102页。

④劳东燕:《刑法基础的理论展开》,北京:北京大学出版社,2008年,第147页。

⑤⑥参见高艳东:《从盗窃到侵占:许霆案的法理与规范分析》,《中外法学》2008年第3期。

⑦张明楷:《许霆案的刑法学分析》,《中外法学》2009年第1期。

⑧[德]恩施特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,北京:中国人民公安大学出版社,2006年,第5-6页。

信用卡诈骗罪等观点进行论辩就可以说明这一点。随着社会的发展变化,各种犯罪的内涵也随之发生变化,比如计算机犯罪给传统刑法理论带来很大冲击。由于网络空间具有复制性、扩散性的特点,网络犯罪侵害的对象具有不特定性,新的“一对多”的侵害方式突破了传统犯罪的“一对一”方式;犯罪行为、犯罪目的与犯罪结果也在网络空间中发生变异;网络虚拟财产的产生也扩张了财产犯罪的对象。^①具体犯罪构成要件的内涵不可避免地产生了变化。甚至内涵相对稳定的自然犯如盗窃罪,其构成要件也发生了重大变化,例如“扒窃”入刑便是例证。但是不可否认的是,构成要件仍然具有一个相对确定的标准,在许霆行为的定性争论中,尽管学者们各持己见,但基本上都认同,盗窃罪是以非法占有为目的,将他人占有的财物转移为自己或第三人占有的行为;诈骗罪是以非法占有为目的,使用欺骗手段或隐瞒真相,获得被害人基于认识错误处分的财产的行为。只不过,在这些相对明确的构成要件行为的认定中,学者们存在分歧。例如,就盗窃罪是否需要“秘密窃取”,机器是否可以“被骗”,但这种分歧主要是对具体的构成要件要素在理解上的差异。刑法典的存在,就是将犯罪及其法律后果以成文法形式规定下来,如果完全抛弃了这一相对确定的标准,刑法典便失去了其存在的意义。完全以裁判者本身或者所谓“民意”的好恶为标准去定罪量刑即可。这可能的确是非常可怕的结果。

其二,在相对明确的构成要件的框架内,所谓的疑难案件,其实是处于构成要件的相对模糊的外围边界处。此时,也不应当以民意来确定构成要件的内涵。以一般人相对熟悉和了解的自然犯如杀人罪、盗窃罪、诈骗罪为例,站在普通民众的立场上看,杀人犯的典型形象就是持刀持枪的杀人犯,盗窃犯就是形容猥琐的小偷,诈骗犯就是花言巧语的骗子。因此在民众眼中,杀人就是用刀捅用枪射击,盗窃就是偷偷摸摸拿别人财物,诈骗就是能言善道地欺骗别人。这些民众心中的构成要件的类型,或许的确是司法实践中犯罪活动的常态。但是,也有这样的“与众不同”的案件诸如在帮人接生时,把刚露出头的婴儿杀死;比如大白天“光明正大”地在被害人眼皮底下拿了他的财物就走,比如本来身上一分钱都没带,但去五星级酒店吃喝玩乐了一番。这些行为究竟该如何定性,恐怕就不是普通民众能说的清楚的了。在民主国家中,民意的确必须得到尊重,然而,这种尊重不是片面的不加判断地一味尊重,具体到刑事司法领域,理智的民意已经通过法定的程序写入刑法之中,并形成了具体的犯罪构成要件。按理说,只要按照法律规定判案肯定与理智的民意相符合。然而,为什么在很多情况下法官、学者与民意的观点相左?这涉及构成要件类型的性质问题。

有学者研究指出,构成要件类型不是一种单纯的“事实类型”,而是一种“规范类型”。立法者在制定法律的过程中更多考虑的是生活事实,故构成要件建立在生活事实基础上,主要考虑的是相应的生活事实的图像,也就是一种“事实类型”。^②拉伦茨指出,立法者会将他的注意力自然地指向他所认为的“典型案例”,立法者所建立的评价,主要与其想象的“生活类型”相关联。^③在一定的事实类型被确定之后,立法者接下来会在这些经验事实基础上进行法价值的加工,以形成规范类型。立法者会努力将生活事实的特征转化为刑法上的构成要件要素,在经验事实的基础上加入价值判断。^④在经过了这样的规范化加工之后,呈现在司法者面前的构成要件就成为了一种“规范类型”。

对于一些疑难案件的定性,的确很多学者、专家也存在诸多分歧。然而,司法人员、学者是用法言法语在法律的规范内容下进行诠释,而民众往往是在感情支配之下,甚至是在媒体操纵之下作出“判断”的。比如许霆案,最初很多民众都认为许霆“无辜”,或者觉得许霆很倒霉,又不是他自己的过错;或者认

^①于志刚:《网络犯罪与中国刑法应对》,《中国社会科学》2010年第3期。

^{②③④}杜宇:《刑法规范的形成机理——以“类型”建构为视角》,《法商研究》2010年第1期。

为银行的责任应当由银行负责,甚至有人认为法律在保护富人而损坏穷人。^①然而,在许霆在法庭上说“我替银行保管钱”等“经典语录”被媒体报道之后,很多民众转而声讨许霆,认为其言论“无耻”,判无期也不为过。^②基于构成要件这种规范类型,有学者提出,我们对于罪刑法定原则的明确性原则也应持一种新的态度,即明确性原则意指构成要件的规范意义上、类型意义上的明确,而不是完全面对个案的明确,否则就必须对于每个个案进行立法。^③构成要件作为规范类型特征,既使一般民众对于具体犯罪的核心类型具有预见可能性,也使得司法者能够给予价值判断,赋予构成要件要素进一步的明确内涵。本文认为,罪刑法定原则形式侧面的制定法主义以及实质侧面的明确性原则都蕴含在构成要件的这种规范类型化之中了。坚持这一意义的构成要件的定型性,是罪刑法定原则题中应有之义,是不可放弃的。否则,基于量刑的必要而抛弃构成要件定型性,势必导致不可欲的结果。

一些疑难案件由于往往居于类型的模糊边缘之处,因此其法律性质并不容易确定。在对这些边缘特征进行解释时,也就涉及对构成要件规范性类型边界的理解,对于规范性要素的理解也就必须是相对规范性的,此时价值判断居于更重要的地位,具体到解释论上,通常的文义解释是不够的,也无法解决问题,而必须运用较为实质的解释方式。必须说明,这并非是对罪刑法定原则的背离。如前所述,罪刑法定原则要求的是构成要件规范类型的明确性,不可超出这种规范类型所辐射的范围,否则就是违反罪刑法定的。但也正因为划定的是一个规范的范围,而非事实的范围,罪刑法定便不可能在文本上明确划定一个范围。理想的罪刑法定原则也许是在文本上涵摄所有的内容,但这是罪刑法定无法完成的任务。对事实的规范性归纳必然导致价值判断的引入,除去价值判断的文本像一潭死水,无法适应多变的生活事实。问题是,在规范的边缘处进行的价值判断是否存在一定的范围?怎样去约束这样的可能走向恣意的价值判断?这相当于类型与扩大解释之间的界限,是刑法学一个永恒的课题。^④

(四) 刑罚对定罪的反向制约作用

以罪定刑的观点意味着罪在先、刑在后,罪决定刑,而不能被刑所决定。罗克辛教授指出:“法无明文规定不处罚指的是,不仅一种确定的举动行为是否应受刑事惩罚的情形,必须在这个行为实施前的法律中加以规定,而且刑罚的种类和其可能的严厉程度,也必须在行为实施前在法律中加以规定。”^⑤从罗克辛教授这句关于罪刑关系的论述中,可以看到,所谓的“罪决定刑”主要指的是一种犯罪行为所要受到的刑罚的严厉程度必须在惩罚之前进行法典化。犯罪行为所对应的刑罚是一定严厉程度的刑罚,其中暗含了罪刑相适应的原则,即刑罚应当与犯罪行为的轻重相对应。也就是,以罪定刑的理念不能被僵化地理解,罪决定的是那个合适的且在法律中予以规定的刑罚,而不必然意味着特定犯罪只能适用该法条所规定的刑罚。

举例来说,我国刑法第236条规定了“奸淫幼女型”的强奸罪,第360条第2款规定了嫖宿幼女罪。两罪规制的行为都是与幼女发生性关系。但两罪所规定的法定刑不同。奸淫幼女罪的基本犯刑罚为3年到10年有期徒刑,存在致使幼女重伤、死亡等加重情节时则判处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。而嫖宿幼女罪的刑罚则为5年以上有期徒刑。这样的话,与幼女发生性关系的行为就存在两种罪名和两种刑罚。问题是,当嫖宿幼女致其死亡时,倘若仅判处5年以上有期徒刑,相较于与幼女发生性关系致其死亡判处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,两者之间显然存在重

^①参见天涯论坛——天涯杂谈——“无期改五年——谁在左右许霆的命运”,<http://bbs.tianya.cn/post-free-1175937-1.shtml>,访问时间:2013年10月11日;“从无期到无罪:许霆或将经历中国司法的惊险蹦极”,<http://bbs.tianya.cn/post-free-1105252-1.shtml>,访问时间:2013年10月11日。

^②许霆经典庭审引发“声讨”支持者倒戈,<http://news.qq.com/a/20080224/000133.htm>,访问时间:2013年10月11日。

^③杜宇:《再论刑法类型思维》,《再论刑法上之“类型化”思维——一种基于“方法论”的扩展性思考》,《法制与社会发展》2005年第6期。

^④张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期。

^⑤[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学·总论》(第1卷),第78页。

大的失衡状态。倘若认可这种失衡,不仅违背罪刑相适应原则,而且会造成以法律的权威方式认可社会对于卖淫幼女的道德歧视。这显然是高举正义公平大旗的刑法制度所不愿见到的后果。再如,我国刑法第245条第1款规定了非法搜查罪和非法侵入住宅罪,即“非法搜查他人身体、住宅或者非法侵入住宅的,处三年以下有期徒刑或者拘役”。而《治安管理处罚法》第40条也规定了相似的行为,即“非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的。”两者对于违法行为的规定几乎完全相同,但是处罚迥异,治安管理处罚最多处15日拘留和1000元罚款,而对应犯罪所判处的刑罚的上限则为3年有期徒刑。对此,有学者指出:“应当根据实质的合理解释《刑法》第245条规定的构成要件,将不值得科处刑罚的非法侵入住宅与非法搜查行为排除在《刑法》第245条的构成要件之外”。^①根据最高人民法院发布的《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》中,明确国家机关工作人员构成非法搜查罪的立案标准有非法搜查他人身体、住宅并实施殴打、侮辱等行为;非法搜查3人或3户以上行为;非法搜查情节严重导致被搜查人或其近亲属自杀、自残造成重伤、死亡或精神失常等等。这也从一个侧面说明了,相对严厉的刑罚要对应相对严重的犯罪行为,这是罪刑相适应原则的必然要求。

在立法过程中,对相对严重的犯罪行为确定相对严厉的刑罚,对相对轻微的犯罪行为施以相对宽缓的刑罚是理所应当的,但这种意义上的罪刑法定原则并不意味着罪与刑的僵化对应,也不意味着刑罚无法对定罪具有反向制约作用。罪刑法定原则落实到罪刑关系中,不应作这样的理解,有此种犯罪行为必然适用此种刑罚,而是有此种犯罪行为必然适用此种严厉程度的刑罚。所以说,当嫖宿幼女致使幼女重伤、死亡的,不应认为只要嫖宿幼女不管出现什么结果都处5年以上有期徒刑,而应认为,应当处以与这一行为严重程度相符合、相适应的刑罚,且这一刑罚为刑法所明确规定。这种意义上的罪刑法定原则,能够与罪刑相适应原则更好地契合,同时维护形式正义与实质正义两个方面的内容。但是,诚如本文所反复说明的,量刑反制定罪并不是否定以罪定刑,而是在以罪定刑的基础上又强调刑对于罪的反向制约作用,而这里的以罪定刑也就是不能违反构成要件的定型性。例如,去年在网络上引发网友强烈关注的浙江温岭“虐童案”,涉案女教师的行为严重违背师德,给幼儿的身心健康也带来了不小的伤害,网络上群情激奋,很多人主张女教师的行为应当受到刑法的严厉惩罚。但是,尽管该名女教师的行为具有一定的危害性,但其行为并不符合任何犯罪的构成要件,如虐待罪或故意伤害罪。

三、“量刑反制定罪论”的进一步思考

综上,认为量刑反制定罪违反罪刑法定原则的三个方面中,最有说服力的观点是构成要件定型性理论。那种认为定罪要完全服从于量刑需要的“量刑反制定罪”论,是片面强调罪刑相适应原则,而脱离了罪刑法定原则最基本的束缚。而强调司法权对立法权的绝对服从,已经无法适应罪刑法定原则的当代内涵;以罪定刑的观点也不应该仅仅强调特定的罪必须对应特定的刑,而是说犯罪行为的严重程度必须与相应严厉程度的刑罚相适应,因此刑罚对于定罪具有反作用,即一定严厉程度的刑罚必然对应一定严重程度的符合构成要件的行为。

量刑反制定罪,强调量刑对于定罪的反向制约作用。刑法语义的澄清有赖于解释,而当存在诸多不违反罪刑法定的解释可能时,基于量刑的轻重对解释进行选择是一条不应被忽视的路径。比如刑法第

^①张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期。

239 条绑架罪规定“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的,处死刑”。从平义解释上看,“致使被绑架人死亡”可以包含如下不违反罪刑法定原则的可能情况:过失导致被绑架人死亡、被绑架人出现意外比如被飞驰而来的汽车撞死。这时,解释的选择路径显然不止一条,但学者大多强调,此时的“致使被绑架人死亡”限于绑架行为过失致人死亡,且要求绑架行为与死亡结果之间具有直接的因果关系。^① 而之所以排除人质意外死亡构成“致使被绑架人死亡”的解释结论,与致使被绑架人死亡的法定刑——“死刑”密切相关。致使被绑架人死亡与杀害被绑架人的情况,直接剥夺了人质的生命,法益侵害后果极其严重,因此刑法规定了绝对确定的法定刑即死刑,这就要求致使被绑架人死亡的违法性程度要与杀害被绑架人相当,这就当然排除了人质意外死亡的情形。从整个解释流程来看,文义解释提供了一个符合罪刑法定的选择范围,而在进行最终选择时,量刑对于选择的结果具有直接的影响。再如,刑法多个条文涉及奸淫行为,如强奸罪、嫖宿幼女罪、组织卖淫罪等等,但对其中的奸淫行为的定性却似乎并不一致。一般认为,强奸罪、嫖宿幼女罪中的奸淫行为表现为双方生殖器的结合。然而,近几年的司法判决中,对于组织卖淫罪中卖淫行为的内涵则有做扩张解释的倾向。多个法院认为组织手淫服务属于组织卖淫行为,^②传统意义上的卖淫行为本来仅限于男女之间的性行为,然而随着同性恋之间性服务的出现,同性的性服务也纳入到卖淫的范围之内。2003 年李宁等组织同性卖淫即以组织卖淫罪论处。但是,对于强奸罪中“奸淫行为”一般做较为狭义的理解,比如被迫被别人手淫,不可能作为强奸罪处理。这两种不同的解释结论与强奸罪的法定刑较重,而组织卖淫罪的法定刑较轻有关。

对于量刑反制定罪论的思与辨,涉及了罪刑法定原则与罪刑相适应原则的关系问题。本文初步认为,罪刑法定原则要求罪刑相适应不能突破构成要件定型性的限制,而罪刑相适应正意味着罪刑法定中罪与刑处于一种互动关系,而不是以罪定刑这种单一方面的制约关系。限于篇幅,本文对两者的关系不做更深入讨论,拟在它文中展开。

(责任编辑:蔡道通)

The Theory of Sentencing Impacting Criminal Norm Identification not Violating the Principle of Legality

ZHAO Xi

Abstract: The theory of sentencing impacting criminal norm identification, characterized by advocating substantive justice, emphasizes the counteraction of sentencing on the definition of a specific criminal norm. However, there are many criticisms of its violating the principle of legality in academia. Among others, the dangers the theory is thought to cause mainly include: abusing judicial power, violating the restrictions of Tatbestand, and breaking the traditional relationship between crime and punishment. However, the criticisms of abusing judicial power and breaking the established relationship between crime and punishment are actually only based on abstract notions and thus rather weak. But it is definitely true that the theory at issue cannot violate the constraints of Tatbestand. Only on this condition can we argue that there is something reasonable in the theory of sentencing impacting criminal norm identification. And only from this perspective can we say that the theory at issue is not in conflict with the principle of legality.

Key words: theory of sentencing impacting criminal norm identification; principle of legality; determination of punishment by crime; determination of crime by punishment

^① 张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2011 年,第 795-796 页。

^② “美容院兼营手淫服务,主管被判组织卖淫罪”http://news.ifeng.com/society/1/detail_2011_05/25/6615036_0.shtml,访问时间:2013 年 11 月 4 日。