

刑法的公众认同 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_88\\_91\\_E6\\_B3\\_95\\_E7\\_9A\\_84\\_E5\\_c122\\_485448.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_88_91_E6_B3_95_E7_9A_84_E5_c122_485448.htm) 【关键词】公众认同

在当前中国，与犯罪有关联的两个现象需要我们重视：一是刑法规范越来越多，对犯罪的判定活动越来越精密化；二是刑法理论的系统化、体系化追求越来越强烈，对犯罪的解释活动越来越精巧化。其结果是刑法的实务与理论都日益脱离公众，似乎成为普通公众看不懂的东西。但问题是，实施犯罪的人是我们中的一员，对他的惩罚是否需要获得公众的认同？如何保持刑法与市民感觉或国民规范意识之间的一致性或张力，获得公众对刑法的认同感，使刑事司法活动不会成为一个脱离公众的“异物”，这在目前是一个十分重要的问题，有进一步讨论的必要。公众认同对刑法理论及制度的影响对犯罪的认定，必须考虑一个社会的现实，考虑国民的规范意识或刑法认同感，以寻求结论的合理性。要求刑法的理论与实践充分考虑公众的认同感，就是要考虑哪些判决结论或理论解释是一般的国民可以接受的，符合一般国民的规范意识。从而肯定国民的经验、情理、感受的合理性，肯定生活利益的重要性。下面列举部分问题旨在说明，引进刑法的公众认同概念可以解决一些有争议的问题。（一）不作为犯中的作为义务 不作为犯中作为义务的实质判断需要借助于一般国民的规范意识。不作为犯中的作为义务，通常的理解包括：（1）法律要求的义务；（2）职务、业务所要求的义务；（3）先行行为产生的义务；（4）法律行为（如合同行为）引起的义务等。这样的解释可能最为符合形式意义上的罪刑法定主

义，但是，有的情况下用其处理案件会带来实质上的不合理，所以，在司法实践中出现了扩大解释作为义务的倾向。例如司法机关对丈夫发现妻子上吊自杀不予救助、恋爱中的男方见女友自杀不予理会的案件，法院都判故意杀人罪。但是，在这种情况下，作为义务的来源是什么，难以从形式的侧面进行解释。从公众的刑法认同感来考虑，只要存在着与作为价值相同的不作为，就应该给予处理。不作为是以违反作为义务为前提的，但只有在事关特别重要的法益的时候，才命令国民履行一定的作为义务，因此只有在应当保护的法益重大、且具有发生法益侵害结果的高度盖然性时，才能设定不作为犯罪。

（二）被害人承诺的伤害在违法论方面，刑法更应该考虑公众认同问题。例如，被害人承诺是不是阻却违法事由之一，是不是所有的承诺都有效，需要考虑一般人的认识。故意伤害罪侵害的法益是他人生理机能的健全。对基于被害人承诺伤害的行为在重伤的场合，应成立故意伤害罪；对造成轻伤的，如果行为严重违反公序良俗，也应认为成立故意伤害罪。如以骗取保险金为目的，行为人与被害人勾结，对被害人实施轻伤害的，构成伤害罪，因为其动机恶劣；又如赌博，一人承诺在赌输后对方可以砍掉其一个小手指，虽然砍掉小手指对一个人的生理机能不会造成太大的影响，但是由于赌博本身违反伦理，也属有罪。对类似案件的处理是一种综合平衡的结果，这是符合公众的刑法认同感的。

（三）紧急避险与期待可能性 1.在以他人生命换取自己生命的场合，按目前的主流观点是成立犯罪，因为避险超过限度，刑法上不允许类似行为，我认为这值得商榷。因为避险行为即使从伦理上考虑不妥当，也应当根据国民的规范意识，承认

阻却个人责任，即由于欠缺期待可能性，使得行为人不具有非难可能性，从而使刑法获得公众认同感。2.在其他可能适用期待可能性的场合，都必须考虑刑法的公众认同感。例如，对收取假币后为避免自己损失而使用的，应该从轻判处；在饥渴且濒临死亡时入室偷窃价值较大的食物，可以宣告无罪；犯人指使他人窝藏、包庇自己的，都不成立窝藏、包庇罪的共犯。此外，刑法上的因果关系、刑罚目的、对故意的认定、共犯等问题都要考虑公众认同。刑法公众认同的基本内容

刑法如果得不到公众的认同，它就是施行暴政的工具，从而会与法治观念格格不入。这是因为在公众或者一般市民心目中，结局最终合理和行为过程评价的妥当性是同样重要的。换言之，公众的刑法认同包括对生活利益的重要性和规范有效性的认同两个方面。结局合理在刑法上表现为一些特别重要的法益最终必须得到保护，人们愿意看到正义得到伸张，邪恶得到惩治的结果。对行为过程的妥当评价在刑法上表现为评价犯罪必须考虑过程性因素，即行为人行为实施过程本身（样态、手段、动机等）是否符合国民一般的规范理念或道德观念，不符合规范要求的行为极容易被宣告为犯罪。从这两个层面看，刑法的公众认同感既重视对合法权益的维护，又肯定规范的重要性，只不过在不同历史时期侧重点有所不同。刑法必须得到公众认同，刑法的规范有效性才能得到维持，刑法的存在才有意义，所以，行为规范刑法公众认同之间具有高度的一致性。公众的刑法认同感应当包括两方面的内容：一是对生活利益重要性的直接感知（即对重要利益的感知）；二是对法规范、法秩序重要性的抽象体认（即对规范重要性的认同）。任何市民都有忠诚于规范的内在动

机,如果人人都遵守规范,世界将会是一个最为规则的社会。当有人不遵守规范,并从违反规范的行为中得到好处时,反规范的现象就会普遍出现。 公众的规范认同感对犯罪的影响是双重的。一方面,部分市民感觉的异化促进了犯罪。经济发展、社会转型导致各种冲突不断出现,个人的认同感被撕裂了,一些基本的权利,如宗教信仰权利、经济平等权、表达自由权、文化权利等受到直接威胁或间接地被侵害,而认同感被伤害的人,比那些拥有稳定的认同感的人,更易实施犯罪行为。可以说,认同的问题“促进”了犯罪。另一方面,公众认同感总体上对认定犯罪提供支援。虽然刑法与文化传统以及价值系统的联系特别密切,但是,几乎所有的法律文化对大多数刑事犯罪形态的认定都是一样的,法律所关切的利益,如生命、财产和名誉,一直以来都是刑法中保障的。对此,国民规范意识是普遍地给予承认的。 公众认同与中国刑法实践 我国刑法在总体上是反映了公众认同的,但在个别问题上没有考虑市民感觉,例如,挪用公款给国有单位使用,很长时期内不作为犯罪处理,这不符合设立本罪的主旨和公众的一般感觉。贪污5000元以上不满1万元,犯罪后有悔改表现、积极退赃的,可以减轻处罚,这是犯罪后态度决定一切的做法,而且对国家工作人员网开一面的做法会带来实质上的不平等,例如普通公民实施盗窃罪就无在何种情况下可以减免刑事责任、从宽发落的规定。又如毒品犯罪中毒品不以纯度计算,这一规定总体上是合理的。但是在毒品数量大、而纯度极其低微的情形下,简单地以数量为标准对罪犯判死刑,令人难以接受。再如在“严打”的场合,过分强调刑罚的威慑效果,对报应持排斥态度。但事实上,正是报应理念能够为

一般公众认同。刑罚实践违背一般的市民感觉，其直接结果是裁判结论偏离常识，难以为公众所接受。所以，刑罚运用如何更多地获得民众的支持，是将来需要进一步考虑的问题。法官对刑法的运用，应达到三个效果：一是使行为人口服心服，不会认为自己只是因为过于倒霉而受到刑罚追究，从而产生防止犯罪的效果；二是使一般人在行为时具有预见可能性，从而保持社会的安宁；三是确保国民对刑罚打击有效性、标准性的信赖。所有这些效果的实现，其实都凸显了一个问题：刑法与公众认同、国民规范意识之间的紧密关联性。换言之，惩罚可能性及其实现只有存在于公众认同中才是有生命力的。需要指出的是，刑法符合公众认同，不等于判决可以违反罪刑法定原则，公众的刑法认同也不必然与舆论调查中多数人的意见画等号。如何既实现刑法公正，又符合公众的认同感，还需进一步研究。 文章出处：北大发；法律信息网 作者简介：周光权 清华大学副教授 100Test 下载频道 开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)