

# 论刑民界限的公众认同

童春荣

(重庆大学法学院, 重庆, 400044)

**摘要:** 刑民界限之公众认同可以增进刑民界限与公民预期的一致性, 避免违背公意之立法, 增加公民行为的预测可能性, 是一种保证刑民界限正当性的行之有效的举措。刑民界限的公众认同具有中外历史文化传统, 其内涵是立法须符合常识、常理和常情, 其实现表现在立法环节和司法环节, 均需依据公意进行考量。

**关键词:** 刑民界限; 公众认同; 司法建设; 立法基础; 法律权威; 公意

**中图分类号:** D914

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2014)02-0115-08

从历史发展来看, 刑民界限经历了从诸法合体到刑民分化的过程, 且备受学者关注, 并聚讼不已。刑法是一种由国家制定或认可并由国家强制力执行的“后盾之法”和“保障之法”, 强调社会救济的最后性, 是在万不得已的情况下采取的以剥夺自由, 乃至剥夺生命等为代价的规范, 具有严酷性、强制性等特点, 其性质属于公法。而民法调整的则是平等主体之间的人身关系和财产关系, 注重的是意思自治, 是基于双方合意解决纠纷, 具有柔韧性、灵活性等特质, 属于私法的范畴。两者之界限决定了两者迥异的法律责任, 属于民法则只需按照过错责任或公平责任的大小承担诸如赔偿损失、恢复原状、赔礼道歉等非涉及人身自由的责任, 而属于刑法不仅难免财产责任, 还需付出刑罚的代价。从这个意义上说, 刑民界限之合理划分具有举足轻重的意义, 需要审慎对待, 以免刑法过度滥用, 而有害私权。这就需要准确厘定刑民界限。但目前学界多停留于刑法之目的探究, 而鲜有对刑民界限分化之标准涉足, 致使何者为刑, 而何者为民处于重重雾障中, 难见其庐山面目。司法实践中, 刑民界限也通常由公权力机关划定, 其过程尚不能充分体现民意。笔者认为, 刑民界限本质上属于公众认同的问题, 其决定权在民众, 而非公权力机关。概言之, 只有符合常识、常理、常情的刑民界限才能得到人们的普遍认同, 并被公众自发地遵守。因为“法律乃是我们道德生活的见证和外部积淀”<sup>[1]</sup>, 而刑民界限必须经受公众认同的拷问。为此, 本文拟从刑民界限之公众认同进行剖析, 对刑民界限做出准确定位, 以使刑民和谐相处, 更好地发挥两者的优势作用。

## 一、刑民界限之公众认同的中外传统

刑法界限之公众认同是指保持刑民界限与公民常识、常理、常情之间的一致性, 以此实现刑民界限的合理划分, 并获得公众对刑民界限的认同感。刑民界限之公众认同强调情理在划分刑民界限中的决定作用, 认为情理是刑民界限分化的根基。在刑民界限中予以公众认同的考量符合历史发展趋势, 符合中外的历史文化传统。

### (一) 刑民界限之公众认同的历史传统

刑民界限之分化是社会发展的必然, 是野蛮社会向文明社会进化的结果。从根源上讲, 刑法脱胎于私权, 是公民私力救济无助的一种替代。著名的英国学者梅英曾指出, 所有文明制度都一致同意在对国家、对社会所犯的罪行和个人所犯的罪行之间, 应该有所区别, 这样区别的两类损害, 就称之为犯罪和不法行为。因此, 如果一种侵权行为或不法行为的标准是: 被认为受到损害的是被损害的个人而不是“国家”, 则可断言, 在法律学幼年年代, 公民赖以保护使自己不受强暴或欺诈的, 不是“犯罪法”而是“侵权行为法”。<sup>[2]</sup>就此而言, 刑法和民法在本质上具有同一性, 即“每一个人对于每一件事情都具有权力, 并有权做他认为对保全自己有必要的任何事情”<sup>[3]</sup>。但是, 对于诸如杀人、盗窃等犯罪, 公民个体的私力报复显然宥于其自身局限性, 难以达到规制加害人的目的, 而多有公力救济的需求。刑法正是基于此种需求下私权让渡的结

果。即“我们每个人都以其自身及其全部的力量共同置于公意的最高指导之下，并且我们在共同体中接纳每一个成员作为全体之不可分割的一部分”<sup>[4]</sup>。每个人都平等地让渡私权，就形成公意，并经规定成为法律，这就是刑罚权的由来。<sup>[5]</sup>换言之，刑法是公意集合授权下的私权让渡，强调的是公众的认同感，即一种相对稳定的作为“精神”或“生命”存在的东西，需要借助常识、常理、常情理论进行解析。

“常识、常理、常情”是长期为一个社会成员所普遍认同，且至今没有被证明是错误的，用来指导该社会成员应该如何处理人与自然、人与人之间关系的基本经验和基本行为规则。它代表着人们对客观事物的普遍认识和经验，是人类社会赖以存在的最基本的道德伦理要求，是一个社会最基本的善恶观、是非观、价值观，<sup>[6]</sup>是历史发展过程中，人们面对困境、解决纠纷的经验积淀。

通常，人们在事先无预谋，且不完全知悉法律条文的情况下，一般是按照常识、常理、常情进行判断。若行为人之做法违情悖理，则应对行为人进行刑法规制。反之，则不予禁止。从这个层面上说，刑民界限应与民情相符，与民意相通，否则公民在面对浩瀚法典时必然手足无措。故司法实践中，公权力机关只能要求民众按常识、常理、常情来自觉地判断是非，指导自己的行为，而不可能要求民众在现实生活中完全按照具体的法律规定为之。如果指望人们在日常生活中完全根据法律的具体规定来行为，那么这只是法学家们一厢情愿的乌托邦。<sup>[7]</sup>

## (二) 刑民界限之公众认同的文化成因

从中国的传统文化来看，刑民界限也必然考虑到公众认同，并在“常识、常理、常情”中予以反映。夏朝之《周礼》就开始注重礼刑并用，强调“以礼为治，以刑为用”，凡是礼所不容的，就是刑所禁止的；凡是合于礼的，也必然是刑所不禁的。违礼即是违法，并规定不孝之刑和不睦之刑。可见，中国自古就有重视常识、常理、常情之习惯，并将其融入刑事立法和司法中，以期得到公众认同。魏律甚至将各种人情关系考虑其中，规定有八议制度，即：“议亲、议故、议贤、议能、议贵、议勤、议宾。”凡属“八议”之人犯罪，必须将其所犯之罪及应议之情，先奏请议，议定奏请皇帝裁决，审判官吏不得擅自处断。这也是一种在刑民界限既定的情况下，基于公众认同之考虑动态调整刑民之实然界限的做法。汉代刑罚适用原则“亲亲得相首匿”也是对公众认同的遵循。此种制度天然契合中国传统儒家之“家国天下”的思想，并将国人之“家和则国兴，国兴则民强”之理念贯彻其中，此

谓“和则多力，多力则强，强则胜物”。从这个角度上说，国家需要基于伦理道德之考虑，出于维护家庭和和睦之目的，将亲属之间互相隐匿之行为排除出刑法规制的范围，以顺情达意。“刑法必须建立在社会公认的伦理道德基础之上，否则这部法律就会失去公众的认同。”<sup>[8]</sup>

由此可见，刑民界限之公众认同必须以符合伦理道德为前提，以常识、常理、常情为标准，在与公众罪与非罪之意愿相符的情况下予以界分。同时，常识、常理、常情作为一种是非观、善恶观必然难以遵循统一适用的标准，需要在刑民界限中注入柔性的文化元素。就此而言，刑民界限不可能是一个固定的点，而是一个范围，“在两者之间，并不具有非此即彼的僵硬隔离，它们根本上就是性质上无从甄别的交织之物，外延上混沌而渐进的过程”<sup>[9]</sup>。此范围内的案件通常推一推就是刑法，拉一拉就是民法。此时，贸然规定为刑法或民法都是非常危险的行为，需要从“和合”文化出发，赋予公民这一范围内的纠纷自主解决权。对于轻微刑事案件，双方自愿达成调解协议，无罪化亦无害社会，司法机关不将其纳入犯罪范围也未尝不可。而对于严重刑事犯罪，在行为人已主动认识到自己行为的社会危害性，并积极赔偿、赔礼道歉的情况下，其社会危害性自然相对减轻，对其刑民界限进行整体位移，进而对其判决较轻的刑罚也是合情合理的。这也是缘何刑事诉讼法修正案明确规定刑事和解的原因。在刑事和解中，双方通过合意协商就可解决纠纷，既不伤和气，又可重修旧好，就加害人和被害人而言是一种互利共赢的结果。而对于普通民众来说，出于常识、常理、常情也能接受和解。毕竟人非圣贤，孰能无过。对于初犯、偶犯，尚未造成严重危害结果，且能改过自新者，给予其重新做人的机会未尝不是一件好事，故出于“不要一棒子打死”“浪子回头金不换”之常情也能接受他人和解。况且，从私权让渡之角度来说，刑法规定内容意味着公民私权让渡的大小，即在接受刑法保护的同时也相当于冒自身被犯罪处罚的危险。因此，从“宽容别人也是宽容自己”之常理中也能推演出普通民众对刑民界限之常识、常理、常情化动态调整的认可。同时，刑事和解赋予当事人自由选择权，从而能够准确获知公民私权让渡的大小，以此为划分刑民界限提供确定的信息来源。

综上，无论从历史发展还是传统文化来看，刑民界限之公众认同都具有一定的成因。如果刑民界限不能充分考虑民意，完全离情悖理，那么公民对刑法便无“忠诚合作”而言，只有“强制接受”之实。显然这是与刑法之立法初衷相悖的。

## 二、刑民界限之公众认同的内涵

刑民界限之划分着眼资源的合理配置、纠纷的有效解决，是对多赢局面的追求。其趣意在于最大程度地保证公民利益免遭不法侵害，是在公众认同的基础上合理划分公权和私权。从这个层面上说，刑民界限之公众认同的内涵是：立法需要以常识、常理、常情为标准，以此实现刑民界限之保障人权和维护秩序之目的，避免违情悖理之立法。

刑民界限需要与公民预期相符，才能有助于保障人权、维护秩序，否则只能是徒具形式的法，是法律历史长河中漂过的泡沫。如秦朝“商鞅变法”之法和拿破仑之法均由于其残酷性且明显违情悖理而最终遭到唾弃。从实践的角度来说，无论是经过专业训练的法律人士还是闲云野鹤的草根阶层，在日常生活中遵循的规则，大都是根据自己在与他人的交往中所了解和认同的基本经验和基本情理<sup>[7]</sup>，且这些基本经验和基本情理在人们行为中不自觉地发挥作用。加之，法律条文的冗长枯燥以及法律的不断细化，而人们不具有翻阅大量法律条文的可能性，故在行为时，人们一般不是通过查找法条以评价自身行为的适法性，而是借助常识、常理、常情来判断行为的合法性。一言以蔽之，刑民界限只有与公民预期相符，才能最大程度地收到惩罚犯罪、防卫社会、保障人权之目的。而刑民界限何以和公民预期相符，则不仅仅是是否严格遵循立法程序的问题。须知我们的法律多是精英立法，从某种程度上难以准确获知公民的真实意愿。常识、常理、常情作为一种有效获知公民真实意愿的积极途径，能够在刑民界限和公民预期之间合理搭建桥梁，使得符合常识、常理、常情的刑民界限与公民预期相符。同时，公民预期又是遵循常识、常理、常情的预期，可见常识、常理、常情是两者之间的一个共同项。因此，在常识、常理、常情框架下考量的刑民界限能够顺乎民意，并得到公众的认同。相较脱离常识、常理、常情孤立看待刑民界限的做法而言，更具有合理性。

刑民界限之公众认同意味着在刑民界限划分上以情理为基础，情感为依托，最大程度地贴近民意，是人权保障的必然要求。刑民界限之公众认同是大众情感的表达，需要以常识、常理、常情为标准。常识、常理、常情是公民意志的最基本反映，是公民普适价值观的积淀，能够真实反映大众情感的趋向。如“杀人者死，伤人者刑”，即便公权力机关没有对公民进行

过普法教育，公民亦没有接触过刑法书籍，也会出于常识、常理、常情否定此种行为，故规定为刑法属于情理之中。同时，公民的大众情感也是基于合乎常识，顺乎常情，达乎常理之考虑，在情理之中规范自身行为，表达个人情感。就此而言，大众情感是常识、常理、常情之下的大众情感，而常识、常理、常情之下的刑民界限也必然与大众情感相符，两者在情理根基上绝无二致。

刑民界限之公众认同的常识、常理、常情化标准还与大众心理原型有关，是对公众心理原型的积极认同。心理原型是人类在面临某种情境时，以与祖先行为相似的方式进行反应，它是人类祖先经验的积淀、是人类在种族进化的漫长过程中积累起来的、在人类心灵中仍然活跃着的祖先的经验。它不是个人的，而是全体的、普遍的，是人类世世代代积累的共同经验。<sup>[10]</sup>如欠债还钱、杀人偿命，在面对此种情境时，人们当然认为欠人钱财，理当还钱，夺人性命，则该当偿命。这些都是普适的报应情感在人们内心的积淀是大众心理原型的一种表现。而这种心理原型很容易通过常识、常理、常情予以甄别，因为通常之识，通常之理，通常之情，暗含的就是一个社会中普遍存在的，为人们所自愿尊崇的价值观，是历经百年积淀、千年风蚀的精华，并已成为一种“精神”或“生命”深深植入人们的内心。因此，刑民界限必须充分考虑常识、常理、常情，以与公众心理原型相匹配，避免有碍心理原型之刑民分化的产生。

此外，刑民界限之公众认同的常识、常理、常情化标准是对人性的终极关怀。常识、常理、常情作为刑民界限之公众认同的合理内涵是一种为民众所普遍认同的基本经验、基本道理、基本情感，是人性基础的题中应有之义。常识、常理、常情之普遍的、共同的、恒定的价值与人性相关，如谦让宽和、恤老爱幼等都是人性之最基础、最本源的东西。基于这种人性考量，我国刑事诉讼法增加了对青少年酌定不起诉的规定，适用了老年人犯罪减轻处罚之条款。这些无一不是基于中华民族之尊老爱幼、宽容友爱之常识、常理、常情之下的人性做法。同理，“容隐犯罪”如伪证罪、包庇罪、窝藏罪也需进行常识、常理、常情化的考量。由于这类犯罪的行为人与所容隐之人具有某种亲属关系，故其在亲情的本能驱使下实施这类犯罪合乎一般的常识、常理、常情，从而合乎一般的人性。<sup>[11]</sup>有鉴于此，刑民界限作为罪与非罪的分水岭，亦需通过常识、常理、常情化来获得公众认同，展现法律对人性之关爱和支持。

刑民界限之公众认同的常识、常理、常情化标准

还涉及秩序维护的考量,是基于人权保障基础上的社会秩序维护。法律规范具有指引作用,其意义在于引导人们做出正确的适法行为,以实现维护社会秩序之目的。这一前提建立在行为人熟悉法律规范,并清楚知晓刑民界限分化以及具体的刑罚处罚范围的基础上。但是,人们在面对浩瀚的刑法规范、繁琐的刑法解释时,不可能先研习刑法,再作出言行。事实上,当人们行为时,其只可能依据普适的价值观,判断自己言行的是非、善恶,以此做出自身认为合法的言行。这就涉及一个行为预测的有效性、合理性问题。笔者认为,行为的预测可能性关键在于厘清行为人在常识、常理、常情下的想法,以此获知行为人的意图,从而客观评价行为人的社会危害性和人身危险性,并在此基础上调整刑民界限,维护社会秩序。

刑民界限之公众认同的常识、常理、常情化标准是期待可能性的应然要求。行为人通常是按照社会生活中所形成的共同知识和共同经验行为的,是基于基本的是非观、价值观基础上的行为预测。从这一层面上说,对于合情合理之事,国家对行为人的违法性认识没有期待可能性。此种情况下,若刑民界限之规定与公民之罪与非罪的基本认识相悖,那么刑法不能期待公民在不知法或不完全掌握法的情况下实施适法行为。反过来说,公民在行为时也不可能依据常识、常理、常情对行为的适法性做出准确预测,从而陷入迷茫和无所适从之中,不利于实现法的实效。

刑民界限之公众认同的常识、常理、常情化标准旨在增进刑民界限与大众预期的一致性,避免违背公意之立法,增加公民行为的预测可能性,减少有违正义之法的出现,从实质上保证刑民界限的公平与正义。刑法本是来自公民私权让渡的结果,是私力救济无力的一种无奈之举,其界限应当是公民共同意志的反映。而如何反映民意,这不仅需要从立法程序的正当性来考虑,还需要从立法的实质内容来考量,即是否符合民意,顺乎民情。换言之,刑民界限不仅要在立法程序上征集民意,还要在司法过程中从通常之情理进行是非判断,以此评价是否和公众意愿相符。只有这样划分出的刑民界限,才能起到无论公民是否知法都能从一个社会所普遍倡导的价值观、是非观中评判出自身行为的善恶,并在此预测下做出与法律预期相当的适法行为。

### 三、刑民界限之公众认同的实现

刑民界限之公众认同暗含刑民界限的动态调整趋

势,需要将情理一以贯之并予以融合。哈耶克曾说:“我们几乎不能被认为是选择了情理;毋宁说是这些情理自然的约束着我们,选择了我们,使我们得以生存。”<sup>[12]</sup>既然情理对法律具有决定作用,那么可在刑民界限之立法、司法环节动态地运用情理,从而使得刑民界限在符合情理的过程中实现公众认同。

#### (一) 刑民界限之公众认同在立法环节的实现

刑民界限需要立足于民意,依托常识、常理、常情,以此获得立法的稳定性和合理性。法律的权威不在于公权力机关的赋予,而在于情理所趋。就此而言,在立法原意、刑法解释、立法修改上都需要从情理上进行考量和完善,以保证刑民界限和公民意愿的动态匹配。

##### 1. 从公众认同探究立法原意

立法原意是指立法者在立法时的本原意思。通常,在法条适用存在争议时,我们大都通过探究立法原意来获知立法者的意思,以此适用法律。但是立法原意本身就带有抽象性、模糊性,是在法条不足以解释行为的违法性与否的情况下,所做的一种旨在遵循立法者原初意思的原则性解释。基于立法原意的这种特质,司法者在探究立法原意时难免将个人意愿强加于立法者,并在此基础上得出主观性的立法原意。此时,主观偏见、个人好恶都会在立法原意中得到体现,并导致立法原意出现偏差。从这个层面上说,坚持“立法原意”完全可能成为歪曲“立法原意”的借口。<sup>[7][9]</sup>因此,探究立法原意的客观标准只有建立在公众认同的基础上,才能保证法律规定与公民意愿的一致性,并合理修正立法,动态调整不合理之刑民界限。这便意味着,从公众认同的角度探究立法原意可实现立法的自我纠偏功能。立法原意本就存在违背民意之可能,若在此基础上进行原意探究,必然造成“将错就错”的结局。因此,从“恶法”非法,法律来源于情理,是最低限度的道德标准来说,国家在不能准确获知公民意愿的情况下,需要利用常识、常理、常情来探究立法原意,以此修正刑民界限。同时,也可在公众的某些共同认识和观念发生改变的时候,动态调整刑民界限,确保刑民界限和公众意愿的一致性。

##### 2. 从公众认同进行刑民界限之立法解释

刑民界限之争论,起源于刑民性质之根本不同,以及两者截然相反的行为处遇。民法强调意思自治,调整的是平等主体之间的纠纷,属于私法的范畴,违反需承担民事责任。而刑法注重惩罚犯罪和保障人权,调整的是国家与公民之间的关系,属于公法的范畴,践踏刑法需承担刑事责任。刑民范围虽一线之隔,结果却天壤之别。刑民界限之立法解释学的任务,就是

基于两者的权利平衡需要,实现罪与非罪的合理划分,保证公民私权让渡的自愿性。但是,这种权利平衡需借助百姓“都懂得”和“都认同”的是非观和善恶观作为刑民界限划分的基础。如果刑民界限脱离或偏离老百姓这种常识、常理、常情,那么公民便不可能对法律忠诚合作。

从知悉公众意愿来说,刑民界限之规定应通过常识、常理、常情考量和解释。对公众而言,何者为刑,何者为民,大都有一致的认同观念,如“杀人者死,伤人者刑,此乃百业之所同”。在这种共识下,若规定杀人者不死,伤人者不刑,那么必然与公众认识相悖,导致私力救济增多,致使刑法权威旁落。而若刑民界限窄于公民的公众认同,致使本不该为刑法所规定的而为刑法所规定,公民便没有遵守的可能性。如窝藏罪、包庇罪,从中国传统的家庭观念以及亲属之间有互相隐匿和包庇的常识、常理、常情来说,即便规定为犯罪,也鲜有“大义灭亲”者。此时刑法不可能得到自愿遵守,而多有强制镇压之嫌。笔者认为,合理的刑民界限应与百姓的是非观、价值观、伦理观一致。如果百姓都错了,那肯定不是百姓的错,而是我们的法律错了。就此而言,在刑民界限规定不甚清楚时,应根据百姓的常识、常理、常情进行罪与非罪的解释,从而使得刑民界限在公众认同的意愿下合理划定,避免完全按照法条文面意思以及单纯探究立法原意而导致立法解释的僵化,确保刑民界限的适当性。

刑民界限之合理性调整还有赖于公众认同的立法解释。刑民界限之规定由于其普遍适用性,而具有抽象性的特质,使得刑民界限在面对具体案件时,需要进行立法解释,以提高其适用性。这就存在解释标准的问题,即以什么为依据进行立法解释,是完全按照字面意思,还是追寻立法原意,是进行扩大解释还是进行限缩解释?笔者认为,无论何种解释,都不可违背公众意愿,超出常识、常理、常情范围,否则必然陷入法条解释的僵化,而成为脱离现实生活的纯粹解释,其结果毫无适用性可言,反倒会在惩罚犯罪和保障人权上陷入困境。相反,基于公众认同,运用常识、常理、常情不仅可以使法条解释生活化、平民化,还可使诸多难题迎刃而解。对于字面解释和立法原意解释而言,常识、常理、常情化的解释强调遵循字面意思但不宥于字面解释,而是在字面解释后依据常识、常理、常情进行考量。若有违情悖理之嫌时,则应以遵循常识、常情、常理为前提。对于立法原意,同样也应以常识、常理、常情解释优先,以保证刑民界限的实时纠偏,最大程度地在刑民界限之立法上赢得公众认同。

此外,刑民界限的动态调整亦需依托公众认同。刑民界限并非一成不变,它必然随着社会生活的改变而改变。而法律具有稳定性特点,这就使得僵硬的立法难以适应变动不拘的社会生活,需要结合当前的社会环境,从常识、常理、常情的角度洞悉公民的私权让渡意愿,并通过立法解释,微调刑民界限,以此实现公众认同。如关于亲属之间盗窃的可不作为犯罪的解释就是最好的例证。

### 3. 从公众认同动态调整有关刑民界限的法规

“法不外乎是有关人的东西,不外乎是人认识、发现和创造的东西,也不外乎是以人为中心轴而运转的东西。就法的立足点和出发点而言,人是法的全部和唯一的基地。”<sup>[13]</sup>换言之,法的建立和支持需要以人为基础,以人性为根基,以情理为标准。纵观人类历史,能长治久安的都是人性之法、情理之法,而没落毁蚀的都是残酷之法、专横之法。“水能载舟,亦能覆舟”。一国之立法若要实现惩罚犯罪、保护社会之公众认同之目的,必须要以常识、常理、常情为标准,并在刑民界限上予以充分考量。同时,考虑到刑民界限的标准并非固定不变,它需要和公民的共同认知、大众意愿相符,所以在施行中亦需以常识、常理、常情为依据动态测量刑民界限与公众实时意愿的偏离度,并在达致一定程度时进行立法上的动态调整。

### (二) 刑民界限之公众认同在司法环节的实现

徒法不足以自行,“如果法律可以自动运用,那么法官也是多余的”<sup>[14]</sup>。刑民界限不仅要在立法源头上予以公众认同的积极考量,还需要在司法实践中通过司法人员进行公众认同的主动运用。“就正义的实现而言,操作法律的人的质量比起操作的法律的内容更为重要。”<sup>[15]</sup>法律依托于情理而存在,是公众意志的一种表现和反映。公众认同不仅应被注入有关刑民界限的立法,也应注入有关刑民界限的司法,否则难以和长期历史发展中形成的情理相符。日本学者滋贺秀三曾指出,在中国古代的审判中,司法官吏适用的主要法律渊源是情理,而不是法律(律例),法律就像漂浮在情理之海中的一座冰山。<sup>[16]</sup>情理与法律只有有效兼容,才能使得法律之冰山在情理海洋中尽兴畅游。司法人员无形中充当着冰山的舵手,在既定的法律面前,充分利用情理海洋中的常识、常理、常情解读有关刑民界限的法规内涵,并在此基础上护航使舵,使得“法律之冰山”与“情理之海洋”浑然一体,实现情理司法之最佳效果。

以往,我们的司法制度过于强调司法的严苛性,认为“法不容情”,并极力将法律塑造成一个冷艳的女神,以执掌人间公平、正义。但是,我们忽视了法律

之本来源于公民的认同,是公众意愿的一种表现,它本身就是大众情感的集合,不可能不掺杂情理。因此,“法不容情”是对公众的一种误导,是维护统治阶级利益的一种思想工具。事实上,法律要收到最佳的维护社会秩序、保护公民利益之目的,需要融情于司法。这就要求法官在司法断案时,站在社会一般人的角度,从通常之情理适用法律,避免法律之冷冰和绝情。就有关刑民界限的立法而言,司法者要从大众情感出发,以大众是非善恶观、价值观、伦理观综合考量刑民界限。在可刑可民的情况下,应出于“得饶人处且饶人”之情理观不予定罪,这也是和刑法之谦抑性不谋而合的。同时,在司法裁量中,法官要运用一般人的标准,从一般的常识、常理、常情进行罪与非罪的判断。避免法官以个人是非观代替社会大众是非观、以个人正义僭越普遍正义,并通过遵循民意来限制法官的自由裁量权。<sup>[17]</sup>在刑民界限中我们毋宁忘记的是法律不是精英阶层的特权,而是普通百姓的护身符,它本身具有普适性,应以一般人为标准。从这个意义上说,法官在执法断案时,不能带有主观偏见和个人好恶,而应保证中立并不偏不倚地对案件作出裁决。但是何为中立,不偏不倚是一个极难把握的标准,须知主观偏见和个人好恶是人之本性使然,较难规避。此时,笔者认为,从公正的角度,以及从法律来自于情理,是最低限度的道德标准,法律应站在一般人的角度,从常识、常理、常情的层面进行判断,以此摈弃主观偏见和个人好恶。此种做法也可使法的适用和公民的意愿趋近,使得公民自愿遵守法律,并“忠诚于法律”。此外,刑民界限之常识、常理、常情化有助于在刑民界限既定的情况下,通过自觉运用常识、常理、常情实现罪刑相当。如许霆案中,许霆面对自动取款机自动吐钞的诱惑,基于人性之贪利弱点而做出犯罪行为,司法时就有必要将此罪和其他蓄谋性的盗窃犯罪做比较,以此从公众认同的角度对许霆做出较轻的判决。对于窝藏罪、组织卖淫罪、集资诈骗罪等基于亲情相隐,不危害他人,欠债还钱等常识、常理、常情也不宜进行较重罪的认定。亲属之间的窝藏罪应免除处罚;没有强迫手段的组织卖淫罪则应尽量纳入容留卖淫罪的范畴;集资诈骗危害不深,且诈骗后没有转移财产的应纳入民法的调整范围。因此,在刑民界限既定的情况下,法官需要自觉运用常识、常理、常情作出与大众意愿一致的判决,以免有悖情理之裁决出现,避免法律权威的旁落。

除司法裁决外,公众认同还在刑罚执行中同样发挥着调整刑民界限的积极作用。由于理解上的差异、文化上的差别,公民对法律规定的具体内容很难有一

致认识。故为追求统一适用性,刑民界限之刑罚执行只能以普通百姓都认同、都懂得的最基本的是非观、善恶观、伦理观,即常识、常理、常情,为前提、为标准、为基础、为指导、为界限。

刑民界限之刑罚执行的公众认同强调刑罚执行与公民意愿的一致性,是基于人性基础上的刑罚执行。刑罚执行一直以来都备受公民苛责,如行刑之非人道化,监狱之暴政化等,无一不是悖离公众认同的例证。之所以存在这种现象,笔者认为,刑罚执行理念存在偏差是最为重要的原因,是对保障人权的歪曲。公权力来自公民授权,是公民意志的反映,刑民界限之刑罚执行过程涉及惩罚性的问题,应当从公民意愿出发,在公众认同的基础上执行。常识、常理、常情作为一种是非观、善恶观能够反映公民意愿,是检验执法公正性的有效标准,应当在刑罚执行过程中一以贯之。

刑民界限之刑罚执行的公众认同以刑罚执行效果和公众意愿的趋同为己任,能够弥补刑民界限之刚性过强、柔性不足的弊端,使得刑民界限随着社会发展进行动态调整,实现刑民界限之灵动变化。刑民界限之法律规定通常是某一时时间点的民众意愿反映,是基于其当时的情理所作出的刑民界限规定。但随着社会的发展和变化,在此时合理的刑民界限在彼时却发生了改变,若再规定为刑法则属于不当。如投机倒把在计划经济时代是一种犯罪行为,应当受到刑法的规制,且得到公众的认同。但是,在市场经济年代,物品自由流通,再规定为犯罪显然与公民意愿不符,应当予以调整。同时,法律具有稳定性特点,不得朝令夕改,这就使得刑民界限在社会环境发生改变时,刑罚执行理念中需融入情理元素,以将刑民界限进行公众认同的动态调整。如对老年人犯罪的减轻处罚、提前释放均是中华民族之尊老恤幼常识的体现,青少年犯罪的酌情不起诉、半开放关押则是“浪子回头金不换”的常理应证,而刑事和解则是出于感化之意调整刑民界限的常情考量。

此外,我国刑法还规定有假释制度,以对一些确有悔改、立功表现、再犯罪的可能性明显降低的受刑人,通过依法予以假释调整刑民界限之不合理划分,并起到对刑民界限的实时修正。<sup>[18]</sup>事实上,刑民界限即便通过立法和司法裁量的常识、常理、常情化调整,仍然可能存在一些有违公众意愿的偏差,此时就需要刑罚执行来起到最后的纠偏作用。

假释,是对被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,在执行一定刑期之后,因其遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现,不致再危害社会,而附条件地将其予以提前释放的制度。假释不仅具有调整刑民界

限的功能，还是轻刑化趋势的必然结果。随着社会文明程度的提高，人们不再对犯罪者报以嫉恶如仇的态度，而是满怀宽容之心，并希望通过原谅饶恕感化犯罪者，以使其改过自新，重新做人。从这个意义上说，对于判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪者，在经历一定期间的关押后，其主观恶性和人身危险性降低，重新复归社会无再犯之虞，且公众也希望在此情况下个别化调整刑民界限之时，公权力机关就应当顺应民意，及时调整。这一过程亦需在刑罚执行中予以动态测量，并通过假释机动变化。事实上，假释制度还具有救济长期徒刑量刑不当的功能。一般而言，量刑需要考虑受刑人的改善时间，但是基于个体的差异性，量刑时较难确定，故法官量刑可能存在不当。而在既有的法定刑面前，判决一经确定一般不能改变。如果受刑人已经改善，仍使其继续拘禁于监狱，则多有不当。假释制度可以较好地救济这一弊端。这一过程实质上就是刑罚执行的公众认同过程，是对刑民边界整体位移的结果。

假释制度强调在原有判决基础上根据犯罪人的人身危险性和社会危害性缩短刑罚执行期限，其趣旨在于及时将不符合公众意愿的刑民界限进行情理化的调整，以实现刑法之特殊预防和一般预防之目的。换言之，刑民界限之划分存在过宽或过窄之可能，当刑法范围过宽，而民法范围过窄时，刑法可能僭越民法范围，而导致轻刑不当入罪，而重刑量刑过重之情形。此时，在法定刑既定且无减轻刑罚适用的情况下，司法裁量环节宥于罪刑法定以及刑法面前人人平等之原则较难调整刑民界限，而需要在司法判决后通过减刑调整犯罪人实际执行的刑期，以修正刑民界限之不当划分。反之，对于刑民界限中民法规定过宽，而刑法规定过窄的情况，也可通过刑罚执行效果动态测量刑民界限的合理性，并在达致一定程度时，通过修改刑民立法来调整刑民边界。通常，从刑法谦抑性的目的，以及罪刑法定的原则，司法机关只有按照刑法法条依法定罪科刑的义务，而无自主拟定罪名和提高刑罚幅度的权力。对于刑法范围过窄、刑罚过轻之刑民界限，刑罚执行的强度不足以改造犯罪人之主观恶性和人身危险性，犯罪人多有再犯之虞。此时，刑罚执行机构可通过分析再犯率的原因，并在再犯率归因于刑民界限不当时，及时调整刑民界限。同时，对于当入罪而不入罪之刑民界限规定，也可通过危害性的大小、社会秩序的稳否、民意的趋向等来合理决定刑民界限的调整。

从以上不难看出，假释是刑民界限的整体位移，其结果并不改变犯罪者的入罪定性，只是在刑罚的轻重存在不当时，通过假释予以调整，间接体现的是刑

罚执行过程中，刑罚畸重时刑民边界整体位移之救济。但是，对界于刑民边缘地带的行为人，我国刑法尚缺少执行环节的救济，可能导致不当入罪，且无端贴上犯罪标签。这一缺陷虽可通过司法环节的刑事和解对轻微刑事案件予以无罪化处理来解决。但是，众所周知，这一过程强调双方的合意性，且大多以加害方的积极赔偿和赔礼道歉为前提，对于经济困窘者难以适用。加之国家代位赔偿制度的缺位，难以不加歧视地适用于所有同等情形的犯罪者。这就需要在罪与非罪的刑罚执行过程中，通过公众认同的刑罚执行予以考量，并将不符合公民意愿的犯罪者及时出罪。笔者认为，英美以及日本之刑罚执行犹豫值得借鉴。刑罚的执行犹豫，是指在宣告刑罚时，根据犯情不需要现实地执行刑罚时，在一定的期间犹豫其执行，无事地经过了犹豫期间时，承认刑罚权消灭的制度。<sup>[19]</sup>这一制度可以增加刑罚执行机关在执行过程中调整刑民界限的自由裁量权，以对一些不符民情、违背民意之刑事判决予以犹豫执行，避免刑罚对犯罪者造成的不良影响，可以起到一定的调整刑民界限之实效。值得注意的是，刑罚的执行犹豫不是犹豫刑罚的宣告本身，而是宣告刑罚却犹豫其执行。目前主要有两种方式。一种是附条件的有罪判决主义，比利时和法国多采此种做法。指行为人无事地经过一定的犹豫期间时，就使有罪判决本身失效，视为一开始就没有宣告刑罚。这一规定赋予刑罚执行机关在轻微刑事案件上的出罪自由裁量权，可以对刑民界限进行及时纠偏，避免犯罪标签的不利影响，是刑罚执行环节对刑民界限进行公众认同的调整，具有一定的合理性。另一种是附条件的特赦主义，为德日所用。指通过行政处分犹豫刑罚的执行，行为人无事地经过一定的犹豫期间，就免除其刑的执行。这一制度虽也能调整刑民界限，但其结果并不改变此类犯罪者的入罪定性。换句话说，此种刑罚制度下犯罪者依然难免犯罪标签之不利影响，刑民界限只是进行了刑罚量的调整，而未做出罪的质的调整。从增加出罪功能，实时调整刑民界限之角度来说，笔者较为赞成第一种观点。即刑罚执行中需要赋予刑罚执行机关更为灵活的刑罚执行之自由裁量权，并在轻微刑事案件上具有出罪认定执行的犹豫，即将常识、常理、常情内化为刑罚执行犹豫的公众认同标准。对于缓刑、罚金刑、有罪宣告、三年以下的有期徒刑、拘役，符合一定条件的情况下予以刑罚执行犹豫，并在经过一定的犹豫期限后，有罪判决不再生效。这一刑罚执行制度契合公民之常情意愿，迎合社会发展趋势，符合刑法之谦抑性目的，具有较强的生命力，应予以推崇，以免有悖民意之入罪执行。

**致谢:**

本文在写作过程中得到了重庆大学陈忠林教授,扬州大学马荣春教授的悉心指导,在此深表感谢。

**参考文献:**

- [1] 博登海默. 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 373.
- [2] 梅英. 古代法[M]. 沈景一, 译. 北京: 商务印书馆, 1959: 208-209.
- [3] 霍布斯. 利维坦[M]. 黎思复, 译. 北京: 商务印书馆, 1987: 241-242.
- [4] 卢梭. 社会契约论[M]. 何兆武, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 20.
- [5] 童春荣. 徐伟. 刑事和解的立法依据——基于博弈信息论的视角[J]. 黑龙江政法管理干部学院学报, 2012(5): 65.
- [6] 陈忠林. “恶法”非法——对传统法学理论的反思[J]. 社会科学家, 2009(2): 35.
- [7] 陈忠林. 刑法散得集(II)[M]. 重庆: 重庆大学出版社, 2012: 7.
- [8] 陈家林. 论我国刑法学中的几对基础性概念[J]. 中南大学学报(社科版), 2008(2): 208.
- [9] 孙勤. 刑事和解的价值分析[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 93.
- [10] 袁彬. 刑法的心理学分析[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 218.
- [11] 马荣春. 论刑法的常识、常理、常情化[J]. 清华法学, 2010(1): 99.
- [12] 马荣春. 论犯罪构成新体系之常识、常理、常情化[J]. 法律科学, 2011(2): 78.
- [13] 董南方. 一般法的渊源[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004: 333.
- [14] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯全集(第一卷)[M]. 马克思恩格斯翻译局, 译. 北京: 人民出版社, 1956: 76.
- [15] 王利民. 司法改革研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 41.
- [16] 霍存福. 中国传统法文化的文化性状和文化追寻——情理法的发生、发展及其命运[J]. 法制与社会发展, 2001(3): 26.
- [17] 陈文华. “民意”进入司法判决的基本依据——基于法哲学、法理学和司法解释视角[J]. 中南大学学报社会科学版, 2013(5): 115.
- [18] 张明楷. 刑法学(第四版)[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 547.
- [19] [日]大塚仁. 刑法概说(总论)(第三版)[M]. 冯军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 560.

## Public recognition of criminal law and civil law boundary

TONG Chunrong

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

**Abstract:** Public recognition of criminal law and civil law boundary can improve the consistency with the public recognition, to avoid violation of the general will of legislature and increase the prediction possibility of citizens' behavior. Therefore, it is considered to be a kind of effective measure to ensure the legitimacy of criminal law and civil law boundary. The public recognition of criminal and civil laws has cultural traditions, at home and abroad, and complies with reasons. Reasons are reasons, however, the establishment and administration of laws should be evaluated in accordance with public will.

**Key Words:** criminal law and civil law boundary; public recognition; legislature construction; basis for Legislature establishment; authority of laws; public will

[编辑: 苏慧]