

# “卡迪”模式与刑事 公正司法的实现

崔志伟\*

## 目次

一、引言	(二) 卡迪模式中的能动性判断具有司法出罪维度的意义
二、“有法必依”到“公正司法”：一种刑事司法观的应然转变	四、法的安定性前提下实现刑事公正司法的路径
(一) 旧“十六字方针”所体现的法的命令性及“有罪必罚”	(一) “法益转换”指导下的构成要件解释能够缓和法适用的机械性
(二) 新“十六字方针”强调司法的公正性及其对法的严厉性的缓和	(二) 违法与有责阶层的出罪规范性依据在于激活“但书”
三、“卡迪司法”模式果真一无是处吗？	(三) 小结
(一) 韦伯关于中国古代卡迪司法的论断	五、结语

**摘要** 从“有法必依”到“公正司法”喻示着一种刑事司法观的应然转变：放松了司法者对法律文本本身严格服从的要求，更加强调文本之外的个案公正、合情理等实质合理性依据。这对破解当下具有普遍性的法条主义裁判思维，无疑是一种很好的政策支持和启发。按照罪刑法定原则本意进行合乎逻辑的推演，绝不能推导出“法有明文规定即可定罪处罚”的结论。韦伯关于中国古代司法系“卡迪”模式（即“非理性”）的论断具有一定的事实依据及合理性，这种卡迪模式对实质公正的追求具有目的正当性，不宜将此简单视为“恣意司法”的代名词，其中体现的能动性判断具有司法出罪维度的意义。在目前刑法体系下，法的公正价值与法的安定性并不存在冲突，出罪的理论依据与规范依据完全可以得到恰当融合，但在法适用中需要缓和法的命令性要求。恰当的说理论证是嫁接法的安定性与个案公正的纽带，该过程实际上是将合情理、合目的等价值考量揉入刑法文本的理解、适用及说理论证过程当中。

**关键词** 卡迪司法 刑事公正司法 法的安定性 情理 出罪

\* 上海师范大学哲学与法政学院讲师、法学博士。本文系上海市“浦江人才计划”资助的“刑事公正司法与‘反向排除’犯罪认定模式研究”（项目编号：2020PJC096）的阶段性研究成果。

## 一、引言

随着依法治国的推进,“依法裁判”既已成为现实,人们关注的焦点也自然会从裁判“是否依法”转向“如何依法”,司法的公正性价值也愈加受到重视。何为公正司法或司法公正,在法学界历来便争议纷呈,<sup>[1]</sup>但显失公正的判决却是容易为人察觉的,普通公众正是凭借朴素的所谓“体感公正”来衡量法律适用的正当性。<sup>[2]</sup>刑事案件更是如此,鉴于刑法的严厉性以及与人身自由的密切关联性,更易引发公众的警觉和热议,近些年发生的诸如陆勇代购假药案、王力军无证收购玉米案、赵春华非法持枪案、卢氏农民采摘兰草案、非遗传承人非法制造爆炸物案等,一再表明,一旦发生“情法”冲突,公众会毫不犹豫地站在“情理”一边,进而对司法乃至立法的公正性提出质疑。

公正司法除了需秉持审判中立的立场,即“端稳天平”“秉公司法”以及严格的程序性规则外,对于法律的恰当理解、适用乃至论证也至关重要。最高人民法院因势利导,周强院长在最近的第七次全国刑事审判工作会议中便强调“要正确适用刑事法律,兼顾天理国法人情……以公认的情理展示司法的良知”。与此不同,有观点认为:“以为法律和情理总能彼此调和,只能是逃避问题的鸵鸟政策。”<sup>[3]</sup>中国古代司法便有“以情断案”传统,追求“情法平允”,《周礼》云:“以五刑听万民之狱讼,附于刑,用情讯之。”郑玄注解:“故书‘附’作‘付’。讯,言也,用情理言之,冀有可以出之者。”<sup>[4]</sup>一方面,这种刑事司法传统本可以为我们当下如何处理法与情的关系提供一种思路或借鉴;另一方面,世界著名学者马克斯·韦伯却将这种司法传统冠以“卡迪司法”的标签,以致让人对此产生“和稀泥”的不良印象。如何看待情理在刑事公正司法中的作用,又该如何看待卡迪司法模式的价值,这些问题的回答对于我国公正司法的实现可以起到一种法律适用思维层面的启发。

## 二、“有法必依”到“公正司法”: 一种刑事司法观的应然转变

无论是应然层面还是实然角度,党的指导方针对于我们国家社会事务的推进有着十分深刻的影响,法治领域当然也不例外。从前后两个依法治国“十六字方针”的内涵分析可以推演出一种刑事司法观的应然转变,这对司法理念及实践无疑会产生一种有益启发。

### (一) 旧“十六字方针”所体现的法的命令性及“有罪必罚”<sup>[5]</sup>

经历过“无法可依”的人治时代,社会治理亟待“有法”,人们的法治淡漠意识也亟须纠正,

[1] 参见王夏昊:《司法公正概念的反思和重构——以法律论证理论为基础》,载《河南大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第43页。

[2] 参见韩轶:《司法公正的实现与情理法之融合》,载《人民法院报》2019年5月27日,第2版。

[3] 凌斌:《法律与情理:法治进程的情法矛盾与伦理选择》,载《中外法学》2012年第1期,第127页。

[4] 李学勤主编:《周礼注疏》,北京大学出版社1999年版,第913页。

[5] 需要说明的是,其一,本文所称的“新”“旧”只是便于区别,无褒贬之意,并非表明新十六字方针就是对旧方针的颠覆,旧十六字方针所确立的形式理性及形式法治正是建立刑事法治的前提,也是罪刑法定原则的应有之义。只是说,刑事司法在确立形式理性的前提下仍需追求实质理性价值,而新十六字方针正是在此基础上的追求。也有学者以“社会主义法制建设十六字方针”与“社会主义法治建设新十六字方针”区分两者(参见付子堂:《法治中国建设的历史逻辑与现实使命》,载《光明日报》2017年8月23日,第11版)。但这种表述过于繁杂,为简明起见,本文未采纳该种表述。其二,本文所称的“有罪必罚”之“罪”是指形式上满足构成要件该当性的“犯罪”,即有“法律明文规定”,而不是指作为刑事定性最终结果的“犯罪”。并且,法定的违法阻却事由以及获得一致认可的超法规违法阻却事由不在本文论及范围,本文要解决的是,在行为符合了罪状的文义性构罪要件(即法律明文规定为犯罪)且没有违法阻却根据的情形下,如何将该行为类型解释为无罪。

1978年党的十一届三中全会便提出了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的十六字方针，三个“必”字显示了党和国家依法治国的坚定决心。相对于“无法”，“有法”“依法”便是一大进步，尚无须过多考虑法的质量以及其适用效果的问题。从语义和逻辑上，该指导方针可以与法的命令性以及我国刑法上的罪刑法定原则表述发生关联。

其一，三个“必”字在展示依法治国决心的同时，凸显的是法的命令色彩，即法规范不可违反的绝对效力。分析实证学派的代表人物奥斯丁认为所有法都是一种命令，是强势者用来约束和强制劣势者的一种要求，如果被强制者不服从这种命令，强势者便会对其加以制裁。<sup>〔6〕</sup>显然，在奥斯丁看来，法律仅限于一种命令规范，而不包括授权或容许性规范。这种“法”从自然法角度衡量也许是“不正义”的，但仍不能改变其强制力或约束力，“凡是实际存在的法律就是法律，无视这种法律，绝不能被认为在法律上是正当的，尽管从纯粹的道德观点看，这种无视实在法的做法是可以原谅的”。<sup>〔7〕</sup>换言之，法的命令性要求“‘忠于法律’被理解为严格服从实在法的规则”，“公民的义务由无条件遵守国家的强制性规则所构成，这些规则究竟是否与公民自己的正义观一致并不重要”。<sup>〔8〕</sup>“法律就是法律”也凸显了法作为一种命令的绝对性。上文已述，依法治国十六字方针的提出背景是“无法”的、亟须规范性治理的社会，此时，对于立法者而言当务之急是“有法”，而对于司法者而言便是严格依法办事。从制定的法律内容来看，自然没有明显的“恶法”，但对于法创制及实施的质量自然也无暇过多关注；并且，这一时期的主要任务在于确立公众的法律意识、祛除“人治”等与法治不相容的成分，法的命令性尤应得到强调。该方针本质上是一种法律文化的体现，“‘有法可依、有法必依’是形式法治的要求，并没有讲明是什么样的法，而‘执法必严、违法必究’也是形式法制的要求，对于法的内涵没有提出什么要求”。<sup>〔9〕</sup>可见，三个“必”字充分体现了法的强制性色彩，而并未强调法的价值追求。

其二，在刑法层面，“有法必依”“违法必究”自然也就会推导出“只要违反了形式上的法律当然成立犯罪”的结论，这便涉及如何理解我国刑法所确立的罪刑法定原则——“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚”。对于前半段的特殊表述，有学者认为“是从扩张刑罚权的方面的要求，积极地运用刑罚，惩罚犯罪、保护社会。具体来说，对于一切犯罪，都应当运用刑罚加以惩罚，做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。<sup>〔10〕</sup>有“法律明文规定”就一定是犯罪吗？按照这种见解必然得出肯定结论，即有罪必罚，否则就是有法不依、执法不严。<sup>〔11〕</sup>这种从形式上认定犯罪的思维模式固然有助于确立刑法规范的权威，却不利于个案的合理公正，也不符合构罪的整体要求，因为《刑法》第13条在界定犯罪概念时除了“依照法律”，还有“应受刑罚处罚”的要求。“有时构成要件的表述要比立法者意图适用的情形宽一些，在这种情形下解释者的任务就是通过目的性限缩(Teleologische Reduktion)来谋得法律的真实意志。”<sup>〔12〕</sup>也就是说，有些形式上能为构成要件所涵摄的情形(即有明文规定)可能并

〔6〕 参见[英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社2002年版，第17—30页。

〔7〕 [美]E.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127—128页。

〔8〕 [美]P.诺内特、P.塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会——迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社1994年版，第60、76页。

〔9〕 刘作翔：《关于“新法治十六字方针”的答问》，载《北京日报》2014年7月28日，第17版。

〔10〕 曲新久：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第35页。

〔11〕 参见陈兴良：《罪刑法定主义的逻辑展开》，载《法制与社会发展》2013年第3期，第58页。

〔12〕 Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, D&H, 1996, S.160.

非立法者意图用刑法予以规制的;从司法效果上来看,对某些特殊的行为类型一概予以定罪处罚容易背离公众认同,引发对司法公正的质疑。除此之外,前半段的表述也不符合罪刑法定原则原始表述的内在逻辑。我们以 p 表示“明文规定”,以 q 表示“定罪处罚”,按照“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的表述, $\neg p \rightarrow \neg q$ ,也就是说  $q \rightarrow p$ ,而无法推导出  $p \rightarrow q$ 。换言之,特定的犯罪要件都是处罚的必要条件,而不是充分条件,<sup>[13]</sup>既然如此,就不能推导出“法有明文规定即可定罪处罚”的结论。总而言之,旧依法治国十六字方针及其指导下所确立的罪刑法定原则偏重于形式法治,却未进一步考虑形式理性背后的实质理性价值,其固然有助于社会法规范意识的确立,却尚未达到法治运行机制的整体要求。这一定程度上也导致刑事实务界形成一种根深蒂固的观念:“法律就是法律,在任何情况下,遵守形式的法律标准是司法人员法定的义务。”<sup>[14]</sup>

## (二) 新“十六字方针”强调司法的公正性及其对法的严厉性的缓和

随着法治的推进,党和国家意识到“徒法”(有法、依法)并不能解决司法的公正性问题,在建成中国特色社会主义法律体系之后,需进一步着眼立法及司法的质量,“命令性的特点必然逐渐褪色,刑法的价值性诉求会不断被提起、被热议”。<sup>[15]</sup>“法治不仅要求完备的法律体系、完善的执法机制、普遍的法律遵守,更要求公平正义得到维护和实现。”<sup>[16]</sup>党的十八大提出了“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”的新依法治国十六字方针,司法公正性要求不仅成为“全面依法治国新理念新思想新战略”这一科学命题的重要组成部分,也成为习近平公平正义思想的重要元素。传统上认为,法的公正大致是指公平正直、合乎法度,对人处事合法合理、是非清楚、赏罚分明,不偏袒任何人,为公众利益着想,得到社会上大多数人的承认。<sup>[17]</sup>由此可以归结出公正司法的要素:其一,公正的最基本含义是“公正无私”“客观中立”,以尽可能理性的姿态对待当事人,尤其是处于劣势地位的刑事被告人;其二,公正的前提是“依法”,“刑事正义不是规范之外的正义”,<sup>[18]</sup>这种规范正是“法的明文规定”;其三,“依法”尚不满足公正的全部要素,因为“依法”是一种形式要素,而公正是一种实质性价值,从当下的司法实践来看,备受争议的刑事判决不是因为不具形式合法性,而是缺乏实质合理性(即“合理”);<sup>[19]</sup>其四,所谓“得到大多数人的承认”显然并非通过群众公投的方式表决案件,而是通过社会认同过程,使司法者与普通公众对判决的正当性形成一种共识,而非认知的割裂,也只有如此,才能使判决具有教育意义而不仅是确定罪行。<sup>[20]</sup>由此,“法理情”的融合便在公正司法中得到了诠释和印证。当然,诸如司法公开、审判独立等也是不可或缺的因素,实体法层面的司法公正主要关系着法的理解与适用,即如何在尊重现有法条规范的前提下实现一般公正与个案公正的结合。

除了公正司法,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题

[13] 参见[德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第127—128页。

[14] 劳东燕:《法条主义与刑法解释中的实质判断——以赵春华持枪案为例的分析》,载《华东政法大学学报》2017年第6期,第17页。

[15] 孙万怀:《相对积极主义刑事司法观的提倡》,载《法学评论》2020年第2期,第22页。

[16] 张慧:《公平正义是社会主义法治的价值追求》,载《光明日报》2019年8月23日,第11版。

[17] 冯治良:《公正性:法律的本质辨考》,载《现代法学》1997年第3期,第76页。

[18] 赵学军:《在形式合法与实质合理中探求公正司法》,载《检察日报》2018年11月1日,第3版。

[19] 同上注。

[20] 参见[美]伯尔曼:《法律和宗教》,中国政法大学出版社2003年版,第34页。

的决定》(以下简称《决定》)还提出了“推进严格司法”的命题,那么如何理解“严格”与“公正”的关系呢?日常语义中,“严格”是指在遵守制度或掌握标准时认真不放松,那么,严格司法是否也意味着对据以裁判的实在法规严格服从呢?如果对“严格司法”不予鉴别地提倡,极可能会抵消公正司法所能带来的价值。有学者认为前后两个十六字方针的转变意味着“从严格司法向公正司法转型升级”。<sup>〔21〕</sup>但是,严格司法与公正司法同时出现在《决定》之中,就意味着两者是一种并行不悖的关系,而非“升级”关系。并且,不宜将严格司法等同于有法必依、违法必究,否则便是将两个“十六字方针”置于同一阶段,无法凸显公正司法的重要性和特殊性。在笔者看来,所谓“严格”并非指适用法律上的严格或规制上的严厉,即并非旨在强调法作为一种命令的绝对性,而是对“公正”的修饰,严格司法服务于公正司法,即所谓“严格公正司法”,其意在强调公正司法的重要性以及规范实现公正司法的条件。从《决定》的内容来看,严格司法首先要求“健全事实认定符合客观真相、办案结果符合实体公正、办案过程符合程序公正的法律制度”,其次便是对证据收集、错案追究等程序性事项的强调,也就是说,在实体法层面,严格司法强调的恰恰不是法的形式性、严厉性或命令性,否则显然不利于实现实体公正这一目标。就此而言,所谓严格司法是针对实现公正司法的必要前提性要件而言的,其目的是扫清实现司法公正的一切实体及程序障碍。这也正如周强院长在刑事审判会议上所宣称的“严格司法绝不是机械司法”,“公正司法也绝不仅仅是形式上的公正”。

总之,在旧依法治国十六字方针的指引下,对刑法规范的理解容易受到“明文规定”的束缚,似乎所有符合明文规定的行为皆可成立犯罪,对其责任豁免便是“有法不依”,便是对法律权威的冒犯。在罪刑规范评价中,过于强调“有法必依”“违法必究”容易导致将刑法文本视为一种自给自足的封闭体系,将形式合理视为合理性要求的全部,此外的诸如正义的实质价值和目的,则完全不会进入法官裁量案件的考量视野。这种裁判模式与机械法理学的范型最为贴近。<sup>〔22〕</sup>在该裁判模式下,“只要权威(指法条——引者注)与案件之间具有相关性,只要两者能大致结合起来,法院就应在其逻辑限制下对它亦步亦趋”,<sup>〔23〕</sup>由于失去了对法规范之理解妥当性的反复检测契机,这种理解容易单一化、绝对化,也就难免出现不合理的结论,最终反而会有损法的公信和权威。在新依法治国十六字方针指导下的刑事司法中,司法者的使命不应再是对法律条文的坚决奉行,而应强调“探求规则和政策内含的价值”,<sup>〔24〕</sup>思维模式应由形式理性转为“追求实质合理和形式合理的融合”,<sup>〔25〕</sup>这也符合法治演进的基本规律。因此,从“有法必依”到“公正司法”,实际上喻示着一种刑事司法观的应然转变:放松了司法者对法律文本本身严格服从的要求,即作为一种裁判规范,不再是对法律纯粹“概念—逻辑”的推理和运用,“规范适用不能仅借单纯涵摄的方法来完成”,而是更加强调文本之外(即超越法律)的公正或正义价值以及处罚的实质合理性依据。<sup>〔26〕</sup>这对破解当下具有普遍性的法条主义裁判思维,使司法者敢于且善于运用实质价值判断以确保解释结论的具体合理性,无疑是一种很好的政策支持和启发。

〔21〕 见前注〔5〕,付子堂文。

〔22〕 参见前注〔8〕,诺内特书,第68页。

〔23〕 [美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长:法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第34页。

〔24〕 见前注〔8〕,诺内特书,第87页。

〔25〕 高志刚:《回应型司法制度的现实演进与理性构建》,载《法律科学》2013年第4期,第34页。

〔26〕 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第6—14页。

### 三、“卡迪司法”模式果真一无是处吗？

关于如何处理好合法与合情的关系,是主张两者统一论还是不可调和论?如果允许在司法裁判中考量合情理因素,则其限度何在?这在法理上会涉及形式理性、实质理性与实质非理性的关系问题,韦伯的经典论述对这两个问题的解答会对我们有所启发。

#### (一) 韦伯关于中国古代卡迪司法的论断

韦伯对法律文化的研究在中西方均产生了很大影响,他认为,立法和司法可分为理性的和非理性的,此划分依据是获得裁判方式的规律性或确定性,而非结果本身的正当与否;<sup>[27]</sup>又根据是以明示可查的形式规范还是规范外因素作为裁判依据划分为形式与实质。形式非理性是指为了解决法适用中的问题而使用理智所能控制之外的手段,譬如诉诸神谕或类似的方式;实质非理性则指全然围绕个案的解决,以伦理、感情或政治因素等价值判断(而非一般的规范)作为裁判基准;形式理性追求“获得形式上与法学上的极致精准,以使正确预计法律程序结果的机会达到最高点”,即追求确立一种真确无疑的一般性标准;实质理性也奉行运用一般性的规则作为裁判依据,但不同于形式理性之处是其对规则的恪守并不严格,诸如伦理、目的取向、政治准则等皆可破除形式的规则对裁判产生决定性影响。<sup>[28]</sup>韦伯将中国古代司法归为实质非理性,即卡迪司法,从其著述来看,可主要归结为三个方面的原因。其一,韦伯认为中国古代帝王具有世俗兼宗教的无上权威,帝王的谕令不仅可以成为法的创制(即立法)本身,也可以在具体案件中介入司法,具有绝对的自由裁量权(即所谓“王室裁判”),<sup>[29]</sup>这便使法的适用效果增加了很多不确定因素。其二,在审判主体上,韦伯认为中国古代的司法官员与行政官吏高度一体化,官绅行政基本是反程序主义、家父长式的性格,不引具体的法规便可实施惩戒,其本身没有专门的法律训练,“也没有解答法律问题的专家阶层存在,并且,相应于政治团体的家产制性格,亦即对形式法律的发展毫无兴趣,所以似乎根本没有任何特殊的法律教育可言”。<sup>[30]</sup>其三,在裁判依据及旨趣上,韦伯认为司法者在审理案件时既拒斥形式的法律也不会遵循先例,“所寻求的总是实质的公道,而不是形式的法律”,<sup>[31]</sup>“举凡在意识形态上致力维护实质正义的所有势力,必然拒斥这样的价值(指形式理性带来的价值——引者注)。这些势力所偏好的,不是形式裁判,而是‘卡迪裁判’”。<sup>[32]</sup>可见,卡迪司法模式

---

[27] 结果可能是正当的但手段可能是非理性的。“正如所有召唤巫术力量或神力的活动一般,此种诉讼程序恪守形式地期待,经由决定性的诉讼手段之非理性的、超自然的性格来获得实质‘公道的’判决。”〔德〕马克思·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第222页。)这类判决在最终结果上可能(恰巧)是公正的,但这种结果却不是通过规律性的规则标准推导出来的,因而仍是非理性的。

[28] 同上注,第28、218页。至于实质理性与其他类型尤其是形式理性、实质非理性的具体区分,在韦伯的论著中并未过多涉及。他只是指出,实质上合理这个概念含义十分模糊,它仅仅说明这个共同点:观察并不满足于纯粹在形式上可以明确指出的这一事实,而是要提出伦理的、政治的、功利主义的或者其他的要求,并以此用价值合乎理性或者在实质上目的合乎理性的观点来衡量哪怕形式上还是十分“合理的”结果。〔德〕马克思·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第107页。这就道出了当形式理性与实质理性发生冲突时的取舍问题。

[29] 参见〔德〕马克思·韦伯:《中国的宗教:宗教与世界》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,第67—68、156—159页。

[30] 同上注,第158页;见前注〔27〕,韦伯书,第232页。

[31] 见前注〔29〕,韦伯书,第158页。

[32] 见前注〔27〕,韦伯书,第223页。

在目标导向上是实现实质公正(“公道”“正义”),只是在实现方式上是诉诸法律之外的诸如情感、政治等因素。换言之,卡迪司法即便有“不守法”的成分,其一般目标也非故意“出入人罪”,而是为实现法官在个案中的公正感——起码在主观上是属于“善意”的。

正是“非理性”的标签,而非形式与实质之别,使中国的学者对此论断争议不绝,这种争议主要围绕中国古代法是否具有确定性展开。一种观点认为,我们的古典司法确实就像卡迪司法,这样的一种司法本身不能够叫司法,简直可以叫“司无法”;没有法律可以遵循,而只是一个伦理型的准则或原则。<sup>[33]</sup>另一种观点则完全相反,认为自秦汉起成文法律就极其繁多,在有明文可适用或者有先例可遵循的情况下,司法者都乐意遵循而不会另寻依据;如果缺乏法律明文规定,西方国家的司法者也会考虑诸如“自然法”“衡平”“情理”等因素,中国传统司法并非例外。<sup>[34]</sup>在笔者看来,对同一论题之所以能够得出完全相反的结论,主要是因为侧重的史料根据有所不同,浩瀚的中国历史中不同的朝代甚至同一朝代中的不同帝王时期,均可能有不尽相同的司法特点,“要彻底弄清中国古代法律的真实情形,我们必须逐个分析、研究每个朝代的法律和判决”,<sup>[35]</sup>而这几乎是不可能做到的。其实,客观来讲,中国各朝代大都致力于成文法的制定及发展,主张“诸立议者皆当引律令经传”,<sup>[36]</sup>总体上主张依律而判,但从反向角度也完全可以列举出大量突破成文法限制而定罪处罚的情形。相比崇尚形式理性的西方法律传统,我国古代司法确实有很大程度的不确定性。

其一,从总体指导思想上讲,“始发于情,终近于义”“义者,宜也”是中国传统司法的追求目标。与西方社会纯粹性、恒常性、普遍化、形式化的理性不同,中国法律文化中的“天理”主要是一种实践理性、道德理性,它是基于人性、人情基础上的情理,具有某种特殊性、人情情境的多变性和权宜性。<sup>[37]</sup>这种多变性和权宜性相较形式理性自然是难以预测的。其二,从情理的解释主体上讲,对于特定案件中是否吸纳情理因素、程度如何,原则上皇帝具有最终的解释权和决定权。《晋书刑法志》便规定:“若开塞随宜,权道制物,此是人君之所得行,非臣子所宜专用。主者唯当征文据法,以事为断耳。”<sup>[38]</sup>司马光也认为:“执条据例者,有司之职也,原情制狱者,君相之事也。”<sup>[39]</sup>司法者只需依律例条文办事,情理因素的运作交给最高统治者决定。这种做法的好处是保障了司法的统一性以及减少滥用情理出入人罪现象的发生,但情理表达很大程度上成为君主个人意志的彰显,这便为“帝王司法”预留了空间,不确定性由此凸显。<sup>[40]</sup>况且,实践中根本难以真正保持帝王“以情断案”的专属性。其三,即便西方国家在司法实践中也会考虑“衡平”“情理”等因素,但我国文化传统中的情理被揉入了大量儒家伦理成分,使得考虑因素更加多元复杂,如“纲常伦理”“原心定罪”“为孝子屈法”等都属于传统伦理的范畴,这便使得情理的考量具有了很大程度的复杂性和不确定

[33] 贺卫方:《法律方法的困惑》,载北大法律信息网2007年10月29日,http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=40386&-listType=0。

[34] 参见张伟仁:《中国传统的司法和法学》,载《现代法学》2006年第5期,第59—65页。

[35] 高旭军:《也论韦伯有关中国古代法律的论断》,载《同济大学学报(社会科学版)》2013年第6期,第109页。

[36] 高潮、马建石主编:《历代刑法志注译》,吉林人民出版社1994年版,第121页。

[37] 参见肖群忠:《中庸之道与情理精神》,载《齐鲁学刊》2004年第6期,第7页。

[38] 见前注[36],高潮、马建石书,第121页。

[39] (明)邱濬:《大学衍义补》卷108,谨详讫之议。

[40] 参见高鸿钧:《无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的〈中国传统的司法和法学〉》,载《政法论坛》2006年第5期,第102页。

性。仅以清代载明的刑事案件为例,其中便不乏以追求所谓伦理、突破律文文义限制而对被告人法外论罪或加重处罚的情形。如在王之彬杀一家六命案中,按照既有律例,仅有“杀一家非死罪三人之妻子,改发附近充军”的规定,州府认为即便按照律例从重处罚,将王之彬妻子儿女发配伊犁为奴(相较“附近充军”已是从重)依然“实未得平”,于是向刑部上奏。刑部请示乾隆皇帝的上谕后认为:“……杀害过多,以绝人之嗣,而其妻子仍得幸免,于天理、人情实未允协。”自此便又创制一新的律例:“嗣后除‘杀一家非死罪三人’仍照旧例办理毋庸议外,如杀一家四命以上、致令绝嗣者,凶犯拟以凌迟处死,将凶犯之子无论年岁大小概拟以斩立决,妻女改发伊犁给厄鲁特为奴。”<sup>[41]</sup>再如在夫妻口角致夫赶殴失跌致毙案中,黄李氏与其夫黄长喜发生口角,其夫拾棍赶殴,绊跌倒地致被地上木杆担尖头戳伤右胯毙命。律例内并没有夫赶殴妻自行失跌误伤身死,其妻以何罪论的专条,司法官认为,应当照子孙违犯教令致父母轻生自尽例拟绞监候。<sup>[42]</sup>将夫妻关系类比到父子关系,显然是对条文语义的严重突破。复如,张栋梁发掘远祖张书忠坟冢开棺见尸斩决案中,张栋梁与承继远祖张书忠已隔十一代,并无服制,应同凡论,即“发掘他人坟冢、开棺见尸”拟绞监候。但司法者认为,如果照“凡人开棺见尸”论处,“情法实未允协”。终以“奴婢发掘家长坟冢、开棺见尸、毁弃者斩决,子孙犯者照此例科断”的规定判处张栋梁斩立决。<sup>[43]</sup>张栋梁与张书忠既非事实上的主奴关系也非血缘上的子孙关系,能够强硬地套用此律例完全是“情法允协”的初衷使然。就以上案例可见,即便在“凡断罪皆须引律例”的法律成文化已经非常发达的清代,情理的适用也将律条塑造得非常具有弹性,以至于可以实现在现今看来突破罪刑法定的法外论罪。

通过以上论述可见,虽然中国古代刑事司法总体上追求依律裁判且确实有着较为丰富的成文法律规范,但仍存在韦伯所说的卡迪司法迹象,“情法平允”成为刑事裁判的一般目标。如果将“确定性”界定为“法官的行为变得更好预知”“在一般可获得的法典中,可查阅哪些必须被考虑到的权利和义务”以及“可根据编纂的法律规定对法官行为进行审查”,<sup>[44]</sup>中国传统刑事司法中,由于情理内涵的宽泛性以及司法主体适用法律的相当自主性,突破既有法律条文而径行裁判的现象依然大量存在。这种司法状况虽称不上“恣意裁判”,<sup>[45]</sup>也并非毫无确定性可言,但公众依照法律所产生的可预测性(包括对法官行为以及自身权利义务)却势必要打折扣,相对于形式理性的法律传统,仍有很程度的非理性,即不确定性因素。因此,与韦伯所述的“资本主义式的法律制度”相比,中国古代司法实践在依法裁判的贯彻上确实存在着一定的差距,而这种差距往往由帝王的敕令或者官员的自由裁量造成,吸纳的乃是诸如“春秋大义”“纲常伦理”等法外因素,韦伯关于中国古代司法系卡迪模式(即非理性)的论断具有一定的事实依据

[41] 参见(清)全士潮等纂辑:《驳案汇编》,何勤华等点校,法律出版社2009年版,第278—281页。

[42] 参见(清)祝庆祺等编:《刑案汇览三编(二)》,北京古籍出版社2004年版,第1266页。

[43] 参见前注[41],全士潮等书,第173—174页。

[44] [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导读》,郑永流译,法律出版社2002年版,第275页。

[45] 所谓“恣意”是指放纵、任意,完全凭主观喜好。中国古代司法虽有时会突破律文限制而以所谓伦理、情理为裁判依据,但并非完全无所凭借,并且在主观上也是为了实现感观公正。因此,本人并不认为我国古代刑事司法系恣意裁判,但其还是具有卡迪司法模式的迹象或特征。换言之,如果严格套用韦伯关于卡迪司法的特征界定,我国古代司法并不符合,例如,认为中国古代官员缺乏法律训练以及社会中不存在专门的法律教育便存在疑问(参见张晋藩:《论中国古代的司法镜鉴》,载《政法论坛》2019年第3期,第10—11页),但在“非理性”的主要特征上还是吻合的。

及合理性。

## (二) 卡迪模式中的能动性判断具有司法出罪维度的意义

韦伯也认识到形式理性可能存在的局限性——“形式上的裁判,以其不可避免的抽象性格,处处伤害了实质公道的理想”,“形式的司法都触犯着内容上的正义理想”。但他之所以仍旧崇尚这种形式理性,是因为这种模式能够提供一种“法律过程的稳定性和可预计性”,而在实质(非形式)的裁判中容易产生绝对的恣意和非恒常性,只有前者才能真正提供一种自由保障。<sup>[46]</sup>但是,韦伯其实回避了这样一个问题:形式合法与实质合理或者形式理性与实质理性的冲突是否可以调解或折中,从而达至最优目标。这个问题在刑事司法中最能得到彰显。

其一,正是由于公正价值难以正面界定,为了避免犯罪认定的恣意性才需要从形式上厘定这种价值的作用范畴,即刑事正义是刑法文本范围内的正义。<sup>[47]</sup>统一的规则使法适用的平等性及可预期性成为可能,规则的缺失势必使公正成为泡影。韦伯之所以对形式理性法制模式青睐有加,正是因为,在明确可据的规则面前,人们能够勾勒出个人自由发展的空间,各利益主体可以合理预计和确认自身行为的法律后果,一旦突破形式的规则的约束而寻求某些实质因素,会使得这种空间变得捉摸不定,进而可能会产生对自由的侵犯,这便是启蒙思想家确立罪刑法定原则的本意。所谓“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,是从“定罪处罚”即入罪的角度提出的要求,这里的“法”必须遵循形式理性进行设置。之所以在这种入罪的维度上不能掺入任何实质因素,是因为刑法作为一种行为规范,最需要的是确定性,公众只有按照既成的法律文字来决定某种行为的义务,不能严苛要求他们还去考虑法律背后甚至法律之外的实质的东西,否则便会使得他们在做出行为决定时瞻前顾后、畏首畏尾,这也是对自由的变相侵犯。

其二,上文已述,按照罪刑法定原则本意进行合乎逻辑的推演,绝不能得出“法律有明文规定即可定罪处罚”的结论,形式理性只是保障了法的一般公正,而个别公正的实现则需诉诸实质性考量。这显然并不违背韦伯所述的“保障自由”的形式理性宗旨,实现国民行为可预测性绝不意味着有“罪”(即法律明文规定层面的罪)必罚,出罪维度的实质解释对行为人恰恰是有利的,也未超出国民的预测可能。

在我国古代刑事司法中,情理既可成为突破律文限制而施以更重处罚的依据,也会本着“冀有可以出之者”的理念而成为对行为人有利的出罪根据。例如,元代张养浩便告诫说:“人之良,孰愿为盗也,由长民者失于教养,动馁之极,遂至于此,要非其得已也。……万死一生,朝不逮暮,于斯时也,见利而不回者能几何?人其或因而攘窃,不原其情,辄置诸理,婴笞关木,彼固无辞,然百需丛身,孰明其不获已(不得已)哉!……人能以是论囚,虽欲惨酷,亦必有所不忍矣。”<sup>[48]</sup>其中体现了对犯罪人“恕”的理念,这种理念绝非仅仅是古人坐而论道,其在司法实践中已经获得了最高统治者的认可。《宋史·刑法志》便记载了劫人仓廩一案,行为人依法应当弃市,知州却对为首者以杖脊其他均以杖责,对此,宋真宗非但没有追究其出入人罪的罪责,反而予以褒奖,谕之曰“平民艰食,强取糗粮以图活命尔,不可从盗法科之”。<sup>[49]</sup>其中已然蕴含了“法律不强人所难”之法理,这对处理诸如陆勇等销售境外药品案件显然有所启发。再如,经由儒家

[46] 参见前注[27],韦伯书,第223页;[德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第142页。

[47] 参见前注[18],赵学军文。

[48] (元)张养浩:《牧民忠告·卷下·慎狱第六·存恕》。

[49] 见前注[36],高潮、马建石书,第433页。

伦理所衍生出的“亲亲相隐”而出罪,从当今学理角度讲,属于阻却有责性的事由,<sup>[50]</sup>其背后是期待可能性的法理。

可见,传统司法在出罪维度并非“不原其情,辄置诸理”,也就是并非坚持一种法条主义思维以及法的必然性逻辑,而是希冀追求一种公道的结果(“出之者”),这正是卡迪司法模式的优势,也是当下刑事司法定罪模式所应借鉴的。因为,“个案公正是司法裁判法律效果与社会效果统一的逻辑起点”,公众正是通过可感知的个案判决结果来获得公正的感受。<sup>[51]</sup>卡迪司法对司法者在个案中的公正感的重视恰恰可以提供一种有益启发。对于形式上符合了犯罪构成的行为,评价不应就此终结而径直入罪,即形式理性的思维方式不能贯彻刑事评价始终,当拟定的入罪处理结果从公众认可的情理、价值取向以及司法者的正义直觉上判断,不具有合理性时,就需要返诸大前提本身,判断是否需要结合法条本身的目的以及案件的特殊情形做出相应的限制性解释。将这种形式上为罪的行为做出罪化处理正是对形式理性的救济,相反,坚持绝对的形式理性而“违法必究”,必然会导致用刑机械以及处罚过度。中国古代司法虽时有以情断案、法外论罪的情形,但其总体价值取向却是公平公正,<sup>[52]</sup>这种卡迪模式对实质公正的追求具有目的正当性,只是需要对其实现手段予以规正限制,纯粹的形式理性或实质理性均不符合刑事法治的整体要求。

一方面,不应超出文义设定的预测可能性进行入罪或加重处罚评价,否则便是对自由的侵犯;另一方面,完全可以在文义射程内进行有利于行为人的实质解释——这种实质解释往往以结果恰当及目的合理为导向,缓和了法条的命令性和绝对性。由此,整个定罪的思维模式由形式理性转为追求实质理性和形式理性的融合。形式理性与实质理性分别对应不同的刑事评价维度,稍有颠倒,便无益于实现刑事公正司法目标。卡迪司法模式用于出罪评价是必要的,不宜将此简单视为“恣意司法”的代名词,其中体现的能动性能够透过形式的罪刑条款发掘处罚的实质正当性根据,使“能动主义、开放性和认知能力作为基本特色而相互结合”,<sup>[53]</sup>而非固守法条这一决定性标准。同样,作为中国古代司法中贯穿刑事评价全方位的情理因素,固然有其“非理性”成分,但不应据此直接否定情理在案件裁判中的作用。这种合情理考量固然不应在入罪维度突破文义限制而进行不利于行为人的扩张,却完全可以且应当在出罪维度实现法与情的融合,后者正是需要当下借鉴的部分。法的确定性应当服务于法的公正性目标以及国民自由保障,而绝非意味着“有罪必罚”。如此,便既能在形式理性的前提性制约下剔除非理性成分,从而保障国民的预测可能以及裁判的相对确定,同时又能缓和法适用的机械性。这对转变当下固化的刑事裁判思维以及实现公正司法的总体要求都是极为必要的。

#### 四、法的安定性前提下实现 刑事公正司法的路径

在“法有明文规定”的情况下却不定罪处罚,虽符合个案公正的目标,但也并非“以情断案”直

[50] 参见黄静嘉:《中国法制史论述丛稿》,清华大学出版社2006年版,第18页。

[51] 参见寿媛君:《论司法裁判法律效果与社会效果的统一路径——以刑事司法裁判为例》,载《法律科学》2020年第4期,第19页。

[52] 参见前注[45],张晋藩文,第3页。

[53] 见前注[8],诺内特、塞尔兹尼克书,第82页。

接推导出无罪结论,而是需要合适的规范根据和说理论证。目前有观点认为“出罪无须法定”,<sup>[54]</sup>但是,其一,如果对此观点不予鉴别地推演,极易授人“放纵犯罪”之柄,完全突破刑法的文义规定也会给人造成“以情屈法”的印象,并不利于公众规范意识的确立;其二,我国当下的刑事司法实践表明司法者对既有规范(包括司法解释)的依赖性很强,在完全没有法律依据的情况下裁判无罪似乎并不现实,况且裁判说理部分也不应无所依据。所谓出罪,并非无视或取消既有规范的效力,而是在规范约束框架内通过教义学理论知识的佐证将行为解释为无罪。这便涉及法的形式上的安定性与实质价值实现的关系问题。法律文本越明确、标准越统一,越有利于法安定性的实现,而这又一定程度上反噬了实质价值判断的空间。拉德布鲁赫认为,只有在安定性与正义之间的矛盾达到无法容忍(即确属“恶法”)的程度时,法律才需向正义屈服,并且法的安定性优先于合目的性。<sup>[55]</sup>也就是说,在一般情况下,拉德布鲁赫更注重法的安定性。在依法治国的当下,显然已无明显的“恶法”,那么,正义价值是否已无作用空间,以及如何在破坏既有规范效力(安定性)的前提下实现合目的性的考量,无疑是重要的法理学问题。

司法既要追求普遍(一般)正义,又要追求个案正义。一般正义依靠法的安定性来实现,而寻求所谓的法外正义极易导致法官的专断以及非法律因素的介入,加大裁判的不确定性。<sup>[56]</sup>这种不确定性直接带来的便是国民预测可能性的降低。这也是在借鉴我国传统刑事司法经验时需要祛除的部分。在并不存在明显恶法的当下,尤应视法的安定性为一种基本价值。但是,注重法的安定性并不意味着无视法规范的滞后性或局限性。在笔者看来,一方面,法律文本类型化描述的高度抽象性以及具体问题的纷繁多样性,势必导致某些行为类型是立法者始料未及的,<sup>[57]</sup>这也就决定了再精细的立法在某些行为类型面前也难以避免会呈现出一定程度的欠合理性,因而便有了解释文本的必要空间。即便是良法,也并不意味着一般规范可以直接实现与案件的对接,而是需要司法者“在解决个案之时,将隐含在法律中的正义思想、目的考量付诸实现,并据之为裁判”,<sup>[58]</sup>将一般规范转换为个案规范。因此,使法的适用效果符合正义理念是无关恶法良法的。另一方面,法律不是嘲笑的对象,而应成为解释的对象,只要不是明显的恶法,便有充足的解释空间,即立足于个案公正,使法规范的适用能够容纳公众认可的情理,从而增强裁判的可接受性,进而实现法的安定与个案正义、法的合目的性的统一。

在贯彻法的安定性时容易形成一种极端思维,将法的文本规定奉为案件的唯一决定因素,固化对法规范的前理解,从而省却了法的价值追求。“无视实质正义和社会效果的法律适用的‘经典表现’是死扣法律条文字眼,仅仅抓住法律的字面意义,而不去关注法律的精神实质。”把握法律的精神实质,最重要的是要进行目的分析。<sup>[59]</sup>就此,在理解法的安定性时不可陷入一种僵化思维,

[54] 参见前注[11],陈兴良文,第59页;方鹏:《出罪事由的体系和理论》,中国人民公安大学出版社2011年版,第306页。

[55] 参见雷磊:《拉德布鲁赫公式》,中国政法大学出版社2015年版,第9—10页。

[56] 参见江必新:《在法律之内寻求社会效果》,载《中国法学》2009年第3期,第8页。

[57] 这种始料未及包括两个方面,其一,規制不及,即新行为类型的出现,已经超出了立法者当初使用文字所设定的射程,对于这些行为,如果确有处罚必要性,只能通过修法扩大規制范围,而不能通过突破文义解释的方式;其二,規制过度,即立法者所设的行为类型过于抽象且广泛,而没有也无法考虑到落其文义范围内的所有行为类型是否均有处罚必要,现实却恰恰表明并非符合文义规定的所有行为类型均应处罚。本文所欲论述的主要是后一情形。

[58] 见前注[26],拉伦茨书,第9页。

[59] 见前注[56],江必新文,第8—9页。

而应注重法的合目的性的审视以及基于个案正义对规范前理解的矫正。从合目的性(即合乎规范保护目的)角度考虑,具体罪刑规范的目的在于保护法益,而法益又具有指导构成要件解释的方法论机能,因而,完全可以在尊重既有成文规范,即不破坏法的安定性的前提下,通过恰当的解释实现法与情的融合。除此之外,我国《刑法》第13条的“但书”虽具有很大的模糊性,但这种模糊性也决定了我们可以赋予其丰富的内涵,可以囊括可罚的违法性、违法性认识及期待可能性等出罪教义学资源,也就完全可以实现有法定依据下的出罪。换言之,在犯罪构造的三个阶层,出罪的理论依据与规范依据完全可以得到恰当融合。就此而言,“出罪无须法定”的论断是不够确切的,它没有指明如何处理法的安定性与个案公正性之关系,我们完全可以在个案公正导向下重塑对法规范的理解,再辅以恰当的说理论证,如此便可勾勒总结出以“不破坏法的安定性”为前提的实现公正司法的具体路径。

古代司法普遍缺乏对法律一般理论的总结和反思,在说理上也就缺乏法理支撑和铺垫,与裁判的过程相比较,人们也满足于裁判结果本身的适当性。包括在当下实践中,部分司法者还留有一种潜在思维,认为当事人或公众更关注的是结果,说不说理并不重要。<sup>[60]</sup>这种思维或裁判模式显然跟不上法治的推进。当依法治国推进到一定程度,其便不再止于是否依法,而更追求如何依法,即公正的判决需以看得见的、容易让人理解的方式呈现,而非局限于司法者的自我认知。相关统计表明,充分的法律论证及合法合理的裁判理由(即一种过程)成为人们评价司法结果的重要因素,<sup>[61]</sup>法律论证与推理也就成为理性司法与公正司法的精髓。<sup>[62]</sup>所谓“正义是从裁判中发声”,这种说理论证的意义在于:其一,说理论证正是检验法规范理解适用是否恰当的重要根据,但凡能够通过充分的释法说理予以论证的判决,必然是法律适用正确的(反之则不然),而无法通过恰当的说理论证予以支撑的,便直接说明法适用是欠妥的;其二,通过说理论证能够加强裁判结果的说服力和公正感,恰当的说理论证是连接形式合法与实质合理的桥梁,也是嫁接法的安定性与个案公正的纽带,该过程实际上是将合情理、合目的等价值考量揉入刑法文本的解释当中。从情法冲突的刑事案件来看,完全可以借助恰当的释法说理实现法与情的融通。

#### (一)“法益转换”指导下的构成要件解释能够缓和法适用的机械性

具有指导构成要件解释方法论机能的法益保护原则,在法益辨识上并非是固化不可变的,其本身便是一个充满价值或利益判断的过程,这种价值判断能够使司法者的裁判思维保持开放、能动,将法规范所追求的应然目的和价值注入解释当中。例如,传统理论认为生产、销售假药罪的客体或法益是国家对药品的管理制度和不特定多数人的身体健康、生命安全,<sup>[63]</sup>但是,这两种法益显然不是完全重叠的,当出现侵犯前者而未侵犯后者的情形,对于此罪刑规范目的的认识便决定着入罪还是出罪。在诸如陆勇代购抗癌药案等生产、销售假药案件中,为何转售实际上有利于患者的救命“神药”一而再地被认定为犯罪,对这一问题的争议背后实际上“是患者生命健康权与当

[60] 参见王彦博:《论刑事裁判文书说理的蝶变——以刑事案例指导制度的完善为中心》,载《山东审判》2016年第3期,第35页。

[61] 参见孙笑侠:《用什么来评估司法——司法评估“法理要素”简论暨问卷调查数据展示》,载《中国法律评论》2019年第4期,第177页。

[62] 参见王洪:《理性、公正司法需要法律论证与推理》,载《检察日报》2019年7月13日,第3版。

[63] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第370页。

前药品管理秩序的冲突,是一场情与法的碰撞”。〔64〕从“合法”的层面,《刑法》规定“生产、销售假药的”便可构成犯罪,并无任何情节或危害性程度要素,并且对于假药的认定设置了“前置法从属性”条款,如果认为该罪名的规范目的或法益性质为维护药品管理秩序,行为人在未经主管部门审批的情形下销售境外新药,无疑是对该管理秩序的侵犯;从“合情”的角度,要求人们在“救命”与“守法”间选择后者显然是强人所难,如果将此类案件搁置在我国古代审判视野中,司法者显然不太可能“不原其情,辄置诸理”。如何将这种合情理因素恰当纳入刑法文本的解释便是摆在司法者面前一个极为现实的问题。

价值大小的权衡是一种朴素认知,尤其是刑事上的不法判断,绝不应牺牲掉重要利益以成全较轻利益,刑法上的法益也是经过利益衡量后更值得保护的利益类型,〔65〕因此,对于保护法益性质的理解不可与这种“两利相权取其重”的情理认知相背离。新近《药品管理法》的修订对未经国内批准的境外合法新药不再按假药论处,但仍为此保留了没收违法所得等行政处罚空间。可见,假药范畴的限缩仅仅是为了符合刑事处罚的合理性,将生产、销售假药罪的法益明确锁定为他人的身心健康权益,而不可违反的药品管理秩序则由《药品管理法》实现。虽然生产、销售假药罪处于《刑法》分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中,但根据这种“秩序型法益”解释构成要件会得出“保护法益避重就轻”的欠合理结论,应考虑通过“法益转换”达至合目的限缩的效果。

再如,传统理论认为非法持有枪支罪所保护的法益是社会的公共安全和国家对枪支、弹药的管理制度,〔66〕但这两种法益也是不完全协调的。枪支行政管理法律法规之所以为枪支鉴定设定低门槛,无疑是出于枪支管控的便利性和有效性的考虑,由此创设出一种不可违反的秩序(制度)型格局,而在犯罪认定中则并非如此。“公众对枪支的常识是有一定程度的哪怕是极其轻微的杀伤力。”〔67〕在个案审理中,脱离了“公共安全”这个核心标准,反而硬性地以是否违反枪支管理制度为终极指标,是造成诸如赵春华案等涉仿真枪案件合法却不合情的关键。复如,在王力军无证收购玉米案中,当事人始终不能释怀,上门收购玉米应该是好事,怎么就犯罪了?媒体甚至用“无妄之灾”来形容本案。〔68〕公众的质疑实际来源于潜意识中的利益衡量思维,即不能仅仅为了维护抽象的市场管理秩序而对正常的粮食收购行为予以刑事非难。最高人民法院第97号指导案例在该案基础上提供了一种原则性指引,“判断违反行政管理有关规定的经营行为是否构成非法经营罪,应当考虑该经营行为是否属于严重扰乱市场秩序。对于虽然违反行政管理有关规定,但尚未严重扰乱市场秩序的经营行为,不应当认定为非法经营罪”,由此肯定了“严重扰乱市场秩序”相较“违反行政管理有关规定”的相对独立性。但是,显然不能认为如果王力军所得数额巨大或者涉及地域较广便可以定罪处罚,也就是说该类案件不应定罪的依据不在于“量”的轻微。“在普通公众看来,该案不应入罪的朴素情理依据在于该行为有益无害,而非所谓的扰乱秩序。即,将这种‘无

〔64〕 刘羨:《印度仿制抗癌药的功与罪:患者称其能续命,多名药商因它获刑》,载澎湃新闻网2019年4月8日,[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_3270979](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_3270979)。

〔65〕 参见王海桥、马渊杰:《我国刑法解释理论变迁中的利益衡量思考》,载《中国刑事法杂志》2012年第5期,第13页。

〔66〕 参见前注〔63〕,高铭喧、马克昌书,第349页。

〔67〕 刘艳红:《“司法无良知”抑或“刑法无底线”?——以“摆摊打气球案”入刑为视角的分析》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第78页。

〔68〕 参见滑璇:《“无证收购玉米案”再审直击:“这是好事,咋就犯罪了?”》,载南方周末网2017年2月13日,<http://www.infzm.com/content/122892>。

害’的、即便违反秩序的行为入罪化,不论涉案数额多么巨大,都是与民众共识相悖的。”〔69〕这便启示我们在适用非法经营罪时,不应仅仅关注是否触犯了前置性行政管理秩序,而是需对保护法益的性质进行重新审视及还原。〔70〕

通过以上分析可见,跳出“体系定位决定法益性质”的思维窠臼,以合情理或目的正当为检视视角进行“法益转化”的解释论尝试十分必要。情理作为一种规范外因素,虽然不能直接用作裁判依据,但完全可以借助法益指导构成要件解释的方法论机能,使得对于法益性质的理解更加贴合公众认知及朴素情理,从而将这种情理内化入刑法文本的解释。如此,便能在不挑战既有规范效力的前提下,将一般公正引向个案公正。刑事司法中的用刑机械化与解释惰性不无关系,“推究其原因,主要地当在于‘事不关己’,犯不着为它舍‘三段论法’之形式思维,而去探讨法律所追求之目的或价值。其结果,在实际的法律生活中,立法者、裁判者甚至研究者所认识之法律,便常常与该法律所当发挥的功能,或实现的价值格格不入”。〔71〕对于规范目的或法益性质的不断检视(即法益转换)正是克服机械化、保持能动性、实现法与情相结合的关键。质言之,对于刑法文本的适用并不能简单地套用概念而后进行逻辑推演,而应通过合目的的解释将落入文义射程的“规制过度”部分排除在犯罪之外,这是实现“有法必依”向“公正司法”转变的关键。当以前置法能够实现规制效果时,应排除刑法的适用(必要性原则),可以将维护管理秩序的规范目标交由前置法去实现。

由此可见,在一些合法律却不合情理的刑事裁判中,表面上是法与情的冲突,实际上并非真正合法,而是对刑法规范缺乏深入解读,其根由在于缺乏对刑法规范的实质判断,仅仅从形式上(即严格按照刑法文本及司法解释规定)进行构成要件符合性判断与逻辑推演,忽视了行为的实际危害性以及立法者设置此罪名的应然目的。通过合情理的考量可以反向矫正对法规范的理解,而法益性质便是一个重要切入角度。与卡迪司法模式相同,这种裁判思维强调司法者的能动性,立足于对实质公正的目的诉求以及对规范外的合情理和公众普遍认知的关切;不同的是,这种裁判思维仅仅适用于有利于被告人的出罪或降罚维度,不能逾越文本文义入罪或加重处罚,由此能够保障行为可预测性,并且,既有法律文本永远是唯一的裁判依据,而非伦理、道德等非成文规范,这种裁判思维未挑战法的安定性,关键只是在于对法律文本如何解释。与韦伯所倡导的形式理性相同,在入罪维度,这种裁判思维严格拒绝任何规范外因素,而是以确定性的立法语言为界限,使当事者能够对行为的法律效果进行理性的计算;与之不同的是,在出罪维度,该裁判思维不固守既有的规范前理解(即解释疆域)的封闭性,而是基于后果主义,不断矫正对规范的认知。

## (二) 违法与有责阶层的出罪规范性依据在于激活“但书”

出于结果合理性的考虑,司法者有时会从实体法角度对案件做出罪处理,“但书”成为唯一的出罪途径。〔72〕但由于缺乏对“情节显著轻微危害不大”的说理论证,使得规范与事实的对接过于简单化,即便有时实现了结果公正,公正司法的价值实现也会打折扣。模糊化的说理,也使得典型案件的示范效应无法得到发挥,个案公正也就难以上升为类案公正。逻辑上,对于“危害不大”的

〔69〕 崔志伟:《刑事裁判可接受性的“合情理”路径》,载《山东法官培训学院学报》2018年第4期,第24页。

〔70〕 参见张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,载《中国法学》2017年第4期,第47—48页。

〔71〕 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第46页。

〔72〕 见前注〔54〕,方鹏书,陈兴良序,第5页。

认定须以认知危害的指向为前提,即应当区分“没有危害”与“危害不大”。<sup>[73]</sup> 传统理论惯以社会危害性作为衡量犯罪处罚实质性需要的依据,但“社会”一词的范畴过于含糊,有学者便主张以法益概念代替超规范性的社会危害概念。<sup>[74]</sup> 在构成要件层面,以法益为指导的合目的解释主要解决的便是(在罪刑规范框架内)判断“有无危害”的问题。只有先判定存在法益侵害,才会进一步推演出危害程度的判断,而后者正是违法与有责阶层所要解决的。因为,在三阶层的犯罪论体系中,责任与不法一样都是一种能够量化的概念,<sup>[75]</sup>所谓“可罚的违法”“可罚的有责”理论,正是欲解决构罪标准的程度问题,在这两个阶层才会涉及如何认定“情节显著轻微危害不大”。

例如,在鲍某等人非法运输珍贵、濒危野生动物案中,<sup>[76]</sup>二审法院认为被告人的行为违反了国家有关野生动物运输管理规定,但鉴于猴艺表演系河南省新野县的传统民间艺术,4名上诉人利用农闲时间异地进行猴艺表演营利谋生,客观上需要长途运输猕猴,在运输、表演过程中并未对携带的猕猴造成伤害,情节显著轻微危害不大,可不认为是犯罪。这种裁判结果无疑是能够获得公众普遍认可且符合实质合理性的。但是,根据《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条之规定,运输6只猕猴便属“情节严重”,<sup>[77]</sup>那么,与“情节显著轻微”又如何兼容呢?这种裁判结果显然说理不足。其实,法律规定国家重点保护野生动物运输许可制度,是保护珍贵、濒危野生动物的原栖息地和生存环境的手段,其本身并非值得刑法保护的法益。<sup>[78]</sup> 由于民间表演的性质,涉案对象已失去了对生存环境的依赖,运输行为也就不会对其栖息环境形成任何危害。换言之,如果经过法益转换再进行构成要件解释,该行为就没有造成法益侵害,也就不是“危害不大”的问题,而是无危害,如此便排除了构成要件该当,自然也就不存在适用“但书”的前提。定性是定量的前提,司法解释的数量型规定也是以具备法益侵害为基础的,“法益转换型”说理论证模式与司法解释也就不存在冲突。当某种行为确实存在法益侵害,而定罪处罚仍不合适的情形下,便可借助“但书”从不法及有责的量上寻求出罪渠道。

在非遗传承人非法制造爆炸物案中,<sup>[79]</sup>有人评论,法院的处理虽说合理合法,但未对文化、

[73] 参见崔志伟:《“但书”出罪的学理争议、实证分析与教义学解构》,载《中国刑事法杂志》2018年第2期,第16—20页。

[74] 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,载《法学研究》2000年第1期,第13页。

[75] Jescheck & Weigend(Fn.12), S.426.

[76] 鲍某等4人在未办理野生动物运输证明的情况下,于2014年6月下旬,利用农闲时间携带各自驯养及合养的共6只猕猴由河南省新野县乘车外出进行猴艺表演,以营利谋生。同年7月9日,4名上诉人到达黑龙江省牡丹江市进行表演。次日10时许,牡丹江市森林公安局发现4名上诉人利用野生动物表演,经依法传唤调查后,以4名上诉人涉嫌非法运输珍贵、濒危野生动物予以刑事拘留。经鉴定,4名上诉人携带的6只猕猴系《国家重点保护野生动物名录》中国家二级保护野生动物。参见鲍某等非法运输珍贵野生动物罪案,黑龙江省林区中级人民法院刑事判决书(2014)黑林刑终字第40号。

[77] 该解释第3条规定“达到本解释附表所列相应数量标准的”即属于“情节严重”,在附表中明确列出非法猎捕、杀害、收购、运输、出售猕猴6只便达到“情节严重”标准。

[78] 冯锦华:《犯罪的本质是法益侵害——河南新野耍猴艺人无证运输猕猴案判决后的思考》,载《森林公安》2017年第1期,第29页。

[79] 河北赵县一名制作“古火”烟花20余年的省级非物质文化遗产传承人,因在居民区非法制造烟花,被法院以非法制造爆炸物罪判处有期徒刑4年零6个月。柯珂:《古火烟花非遗传承人为何会因制作古火烟花获刑?》,载南方周末网2017年7月5日,http://www.infzm.com/content/125734。类似案件还有浙江省周尔禄涉嫌非法制造爆炸物案,一审法院予以定罪免罚。滕理忠、陶京津:《浙江“非遗”传承人表演“药发木偶”惹官司》,载中国新闻网,http://www.chinanews.com/cul/news/2008/07-21/1318744.shtml。

人情的特殊性进行充分考虑,“法律有理无错,但‘情理’二字不可强行拆开”。<sup>[80]</sup>从构成要件符合性判断上,杨风申确属在未经有关部门批准的情形下私自制造用于制作烟花的火药,且对周边民众的安全形成了抽象危险,即无法否定法益侵害事实的存在,也就无法排除构成要件该当,但这并不表明必然成立犯罪。在裁判合情理性导向下,司法者应当设法寻求能以出罪的实在法根据,“但书”规定恰好合适。

其一,所谓的“危害不大”,是站在结果无价值的立场上从法益侵害的程度做出的规范判断。这种侵害程度是随着“行为犯→抽象危险犯→具体危险犯→实害犯”的不同犯罪类型递增的。具体到本案,未经批准制造“古火”的行为对公众安全形成的仅仅是一种抽象危险,完全可以评价为“危害不大”。其二,对于“情节”的理解显然不应限于一种主观情节,而是包括了“危害不大”之外的违法性程度判断。在传统的刑事违法性判断中,往往易忽略行为无价值的评价侧面。目前日本学界关于可罚的违法性的判断基准基本上采取一种综合性的判断方式,即将法益侵害性与行为态样上的违法性结合起来加以考察。<sup>[81]</sup>在行为无价值的评价中绕不开的就是社会相当与否。如日本学者大谷实便认为,实质违法性就是偏离了社会相当性的侵害、威胁法益的行为,因此,“可罚的违法性应当以有无对法益的侵害、危险及其程度为基础,以引起该结果的行为偏离社会相当性的程度为基准,进行判断,因此,仅从对法益的侵害、危险程度中寻求其基准的见解并不妥当”。<sup>[82]</sup>结合本案,制造烟火药的行为本身也是一种文化遗产传承,长期以来已获得公众乃至官方的认可,也就表明行为僭越社会相当的程度并不明显,即在行为负价值方面程度较低,由此便可降低行为整体性的不法评价。其三,在有责性方面,责任的本质是一种因法敌对态度所产生的非难性评价,这种非难的程度显然也属于“情节”考量的范畴。本案行为人主观意图主要是传承“古火”艺术,而非用于非法牟利,对于行为触犯国家法律并不存在清楚的认知,即行为人并无明显的法敌对心理,该行为并不能等同于私自制造爆炸物的地下作坊。其四,从(特殊)预防的需要考虑,预防其再次犯罪的最有效方式就是明确指出其违法之处并加强普法宣传,而没有必要通过刑罚惩戒的方式,“如果没有预防必要的话,甚至可以完全不科处刑罚”。<sup>[83]</sup>在这种综合性评价下完全可以将该类行为认定为“情节显著轻微”。

当然,对于何为“显著轻微”难以划定出明确的标准,尤其是在如何区分“情节显著轻微”与“情节轻微”的问题上,更是见仁见智。在笔者看来,所谓“显著”是指非常明显的、一般人通过常识常情便会识别的,即如果某种行为虽形成了一定程度的法益侵害事实,但对此按犯罪处理仍明显不合情理,则可通过“但书”内含的教义学规则(可罚的违法与可罚的有责)对其予以出罪。换言之,如果对某一行为予以归罪容易造成情法冲突,则说明有“但书”适用的余地;如果客观上呈现出的作为结果的法益危害状态并不明显,即属于“危害不大”,此时对于主客观行为情节的判断就应努力向“显著轻微”靠拢。由于“但书”作为一种总则规范对分则各罪名均有限制和约束力,即“但书”完全可以且应当成为具体罪名适用的补充依据,所以这种裁判模式并未突破法的安定性。

[80] 蔡可君:《非遗继承人免罚:法律有理更要有情》,载红网,https://zt.rednet.cn/c/2017/12/30/4517750.htm。

[81] 参见于改之:《可罚的违法性理论及其在中国的适用》,载《刑法论丛》第12卷,法律出版社2007年版,第32页。

[82] [日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第214、223页。

[83] [德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,中国人民大学出版社2011年版,第79页。

### （三）小结

重视实质公道或个案公正的卡迪司法模式在刑事案件裁决中不无助益,强调刑事公正司法是对机械司法的克制,在实体法出罪维度就不可避免合情理的考量。但是,这种所谓的公道、情理只是司法判断的意识起点,不应作为一种规范判断,也不可能代替规范判断。<sup>[84]</sup> 面对情法冲突的案件,司法者宜从问题出发,暂时放弃现行法的“概念—演绎”模式及固有的“体系定位决定法益性质”的前理解,寻求能有效解决个案问题的方案,但随后仍应回归到现行法规范和法教义学的语言,<sup>[85]</sup>案件裁决永远是以法规范为唯一准绳。其实,古人早已意识到,“不得直以情言,无所依准,以亏旧典也”。<sup>[86]</sup> 在目前刑法体系下,法的正义或公正价值(实质理性)与法的安定性(形式理性)并不存在冲突,即完全可以在尊重既有规范的前提下实现个案公正,但在法适用中需要缓和法的命令性要求,破除“法有明文规定即为罪”的“有罪必罚”思维,在立法语言设定的边界内进一步考量处罚实质合理性。当“法有明文规定”而定罪处罚却不合情理或难以达成个案正义时,在既有的法规范框架内至少有两条实现刑事公正司法的论证路径:其一,通过“法益转换”即对法规范目的的辨识指导构成要件解释,将未造成法益侵害的行为类型排除构成要件该当;其二,激活“但书”内含的可罚的违法、可罚的有责等理论资源,进而对具体罪名予以补充解释,将罪量未达要求的行为排除在刑法规制范围之外。

## 五、结 语

由于刑事制裁的严厉性,定罪处罚欠合理的刑事案件更易进入公众视野;并且,民众一般无心去留意法律的制定过程和表现形式,抽象、专业的立法不易为公众所知悉,只有在与具体案件对接时民众才关心个案公正。因此,刑法的适用效果是一个关乎刑事法治整体实现效率的关键问题,刑事司法公正是实现公正司法的极为重要一环。其中,程序性的规则约束固然重要,实体性的法适用思维及方法也不容忽视。依法治国方针从“三必”向公正司法的演变,凸显对法适用效果及法的价值追求。在公正司法指导下理解刑法条文,规范便不再是一种强硬的命令,“法有明文规定”也不能必然推导出定罪处罚。司法者的任务也不是对法命令亦步亦趋,而是充分考虑裁判的公众可接受性、合情理性等规范外因素,并设法将这种因素纳入法规范的理解、适用及说理论证过程中。与当下刑事司法实践中呈现的用刑机械性及法条主义倾向相比,我国古代司法中对“情法允协”的追求是一种有益启发,这种类似于卡迪司法的审判模式并非一无是处,其中体现的司法能动及对实质公正的追求具有一定的可借鉴性。但与传统司法不同,司法者只能在既有规范框架内实现合情合法,而非“以情屈法”,即便是将“法有明文规定”的行为类型做无罪处理,也并非以破坏法的安定性为代价,而是依然承载着规则确认的司法功能。<sup>[87]</sup> 至于如何将抽象的规范与具体案件有效对接,则主要是借助一系列刑法教义学理论知识以及恰当的说理论证,而非“直以情言”。以法教义学的立场和方法解释刑法规范,固然是将实在法视为一种“未经批判即为真”的前提,但应反对严格“忠于文字本身”而对规定做严格却经常不合适的解释的

[84] 参见前注[15],孙万怀文,第27页。

[85] 参见纪海龙:《法教义学:力量与弱点》,载《交大法学》2015年第2期,第102—103页。

[86] 见前注[36],高潮、马建石书,第121页。

[87] 参见王国龙:《严格司法的规则确认功能及其法治意义》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第23卷,中国法制出版社2018年版,第268页。

做法,而是应当坚持符合价值导向的思考形式,<sup>〔88〕</sup>即这种价值思考显然不应背离社会主流认可和公众普遍认知。

---

**Abstract** From the principle that “the laws must be obeyed” to the emphasis of “fair justice”, it implies a change of the criminal justice concept that should be made: to relax the requirement for the judiciary to strictly obey the legal text, but to emphasize the substantial rationality basis such as the individual justice and reasonable conformance beyond the text. Undoubtedly, this change provides great policy support and inspiration to crack the current common judicial thinking of legalism. The logical deduction according to the original intention of the principle of legality should not lead to the conclusion that “the law has clear provisions that can be convicted and punished”. Weber’s argument about the “Khadi” model of the ancient Chinese judicial system, namely “irrationality”, has certain factual basis and rationality. Specifically speaking, this kind of “Khadi justice” has legitimacy on its pursuit of substantive justice, so it is not suitable to regard “Khadi justice” as “arbitrary justice”. The judgment of judicial activism embodied in it has significance on the dimension of judicial decriminalization. Under the current criminal law system, there is no conflict between the justice value and the stability of the law. The theoretical and normative basis of decriminalization can be properly integrated. However, in the application of the law, it is necessary to mitigate the imperative requirements of the law. The proper argumentation is the link between the stability of law and the individual justice. In fact, this process involves the consideration of value, such as reasonableness and purpose, into the interpretation of criminal law texts.

**Keywords** Khadi Justice, Criminal Fair Justice, The Stability of Law, Reasonableness, Decriminalization

---

(责任编辑:陈可倩)

---

〔88〕 参见前注〔26〕,拉伦茨书,第109、111页。