

文章编号: 1674-5205(2017)02-0044-(015)

# 通过刑法的弱者保护

——基于“人之图像”的学理反思

刘 炯

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

**〔摘要〕** 作为特定“人之图像”的弱者图像,对我国刑事立法与司法均有深远影响,向我们提出了刑法如何关注弱者的命题,但现有研究对于弱者图像的观察与预设还有待深化。特别是在步入全媒体时代的媒介化社会中,更应从多个侧面认识和呈现刑法中的弱者图像。在充分理解弱式意义上的刑法平等原则的基础上,也应当反思以弱者保护为主题的民生法治建设中可能存在的理论误区与不当做法。通过对弱者图像的刑法深描与学理反思,更应当在未来的刑事立法与司法中警惕民生刑法观的异化、汲取象征性立法的教训、避免污名化现象的出现、减少民粹式司法的影响。

**〔关键词〕** 人之图像;弱者保护;弱势平等;刑法谦抑

**Abstract:** As a special Menschen bild, the imagine of weak in criminal law play a very important role in the legislation and judiciary. Therefore, How to protect the weak through criminal law become more and more important even the research on the weak is still poor. In the mediated society, we should pay more attention on the issue. So this thesis will do some research on the protection of weak by criminal law. we should keep an eye on the people's livelihood and symbolic legislation, avoid stigmatization and also reduce medium trail.

**Key Words:** Menschen bild; weak protection; relatively equality; Modestly restraining character of criminal law

中图分类号: DF611 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2017.02.004

## 一、问题的提出

“人之图像”(德文: Menschen Bild, 又译“人之形象”)既关涉法学上对人的预设问题,也牵扯法学上对人的观察问题。换言之,一方面,立法者对于人之图像的预设将影响法律的制定,另一方面,司法者对人之图像的观察亦将影响法律实践之走向。<sup>(1)45</sup>而正如最早提出并阐述“人之图像”的德国法学家拉德布鲁赫所言,说到底,法治的问题就是“一个如何在法律上呈现并准备加以法律规定的人类形象(Das Bild Des Menschen)问题”。

“人之图像”在受到宪法学、法理学研究<sup>①</sup>青睐同时,也走进了刑法学研究视野。如台湾刑法学者许玉秀主张,“所有刑法的归责与处遇问题,完全取决于

刑法体系如何看待人,也就是人类图像的问题”。<sup>(2)9</sup>日本刑法学者西原春夫更是描绘了这样一张“刑法脸谱”:“在刑法的脸中,包含着受害人父母、兄弟的悲伤和愤怒,也包含对犯人的怜悯,更包含对犯人将来的祈望。在充分理解犯人的犯罪动机的同时,不得不对他的犯罪行为动用刑罚,而这中间必须含有审判官的泪水。”<sup>(3)138</sup>而在拉德布鲁赫看来,刑法是“他应惩罚,他应宽容;他必须以人性度人”的“人之图像”。<sup>(4)99</sup>可见,“刑法法益保护的思考除了反映宪法权利之保障外,也是基于特定的人之图像所为的设计”。<sup>(1)53</sup>

然而,刑法之脸未必就一定如镜中之人清晰可见,反而也可能似水中之月一般模糊不清。即便是镜中之人,也可能是经反射后一副被扭曲或变形的形象。相应的,刑法中的“人之图像”也未必如立法者

收稿日期: 2016-01-18

基金项目: 国家社科基金青年项目(16CFX023)“风险社会与刑法立法科学化研究”;厦门大学“中央高校基本科研业务费专项资金资助”(20720151193)

作者简介: 刘炯(1985—),男,羌族,四川北川羌族自治县人,厦门大学法学院讲师,法学博士。

<sup>①</sup> 代表性论文如喻中《变迁与比较: 宪法文本描绘的人》,《法商研究》2009年第5期;余军《论宪法中的“人的形象”》,《浙江学刊》2011年第6期;谢立斌《宪法上人的形象变迁及其在部门法中的实现》,《华东政法大学学报》2012年第6期;龙晟《论德国法律中的人类形象》,《德国研究》2007年第1期;郭春镇《法律中“人”的形象变迁与“人权条款”之功能》,《学术月刊》2010年第3期。

所愿,如司法者所盼。“任一法律都必含有对人的预设与观察,都可从中撷取出人之图像,然而并非每一个立法者于立法时都存有‘人之图像’的概念。”<sup>(1)121</sup>特别是在媒介化社会中,刑法中的“人之图像”更容易被媒介叙事所遮蔽,也可能在信息传播中失真。不同媒介所建构和呈现的人之图像是刑事立法和司法的认知基础。理所当然,刑法制度设计与实践运行也应围绕特定的“人之图像”<sup>①</sup>所进行。对此,本文将对“弱者”这一特定的“人之图像”进行观察,并就我国刑事立法与司法在弱者保护中的一些误区予以学理性反思。

## 二、弱者:作为“人”的刑法图像

法律中的“人之图像”并非同质化与均一化,弱与强的划分便是其最常见的一种划分。法律的重要功能之一便是“扶弱抑强”,即通过弱者保护的方式体现利益分配的平均正义立场。比较而言,此点在劳动法等社会法中的“人之图像”中得到了更多的体现与凸显。而随着近年来刑法主观主义(行为主义)色彩的强化、“以人为本”刑事政策的提出、“民生刑法观”等刑法理念的倡导,尤其是对于刑法平等原则的理解渐趋全面与深入<sup>②</sup>,刑法中的“弱者图像”也开始崭露头角。理论层面有弱势群体的刑法保护、弱势群体犯罪等核心议题,实践层面则有刑事法律援助等具体操作。但上述研究对弱者图像的认识不尽全面,观察不尽细致,基于此,本文将更多着墨于对弱者图像的刑法深描(thick description),考察其与刑事立法和司法之间的关系,以期能够完整地呈现弱者图像在刑法光影中的不同侧面。

### (一) 弱者图像的刑法勾勒

#### 1. 弱者自身的脆弱性

一般而言,脆弱性的本义是和迫害、剥夺、依赖或者病理相关。<sup>(5)151</sup>“弱者”的脆弱性主要表现在经济贫困、权利贫困和能力贫困。<sup>(6)66-67</sup>对此,只要对我国刑法文本稍加梳理,便不难发现上述脆弱性的立法表现。如在刑事责任能力的评价因素方面,主要包括年龄、精神障碍、生理功能缺陷。这些评价因素或说明了弱者的心智劣势(如“未成年人”),或反映出弱者的生理劣势(如“又聋又哑的人”),或折射出弱者的体能劣势(如“孕妇”、“老年人”),换言之,他们都是需要受到特殊保护、给予特殊对待的“自然性的弱势群体”。再如,对于孕妇不适用死刑立即执行、审判时已满75周岁老人判处死刑的例外规定等无一不体现出了我国刑法“体恤弱者”的人文关怀精神。

当然,上述弱者脆弱性的立法表现主要偏重于自

然意义,但应指出的是,刑法意义上的弱者不仅包括自然/生理意义上的弱者(如老弱病残),也包括社会意义/规范意义上的弱者(如法律援助受援者)。

#### 2. 弱者图像的两面性

刑法上的弱者图像有“被害人图像”(弱者被害)与“加害人图像”(弱者犯罪)的两面之分,前者多引发普罗大众对弱者的恻隐之心,而后者则多被赋予“弱者抗争”等悲情色彩。可以说,弱者图像所呈现的“一体两面”,恰似挂在刑法脸上的义愤之情,又如滑过刑法脸颊的怜悯之泪。对此,刑事立法与司法都必须审慎对待,因为这直接关系到如何在刑法中合理安置弱者图像。又特别是在刑法平等原则的语境中,通过刑法的弱者保护是否正当与合理?针对弱者的倾斜保护是否站得住脚?立法上的“特权”照顾与司法上的“优待”处理是否令人信服?由此引发的深层思考便是:以保护弱者为名、动辄增设新罪的做法有无面临刑法失之谦抑的指责?被打上弱者标签的刑事案件会不会遭遇社会舆论的挟持异化为民粹主义司法?对于诸如此类思考的回答,都离不开对弱者图像的双面观察。

#### 3. 弱者图像的相对性

“二分的本能(the binary instinct)”是人类众多常见思维模式中的一种,体现了人类采用简单二分法对待社会各种重大问题的倾向。<sup>(7)38-45</sup>但“强”和“弱”本身是相对的,也是发展的,故“弱者图像”的相对性也体现在其只存在于相对的领域之中。其中,比较典型的“强弱划分”如下表所示:

表1 典型的“强弱划分”及影响力刑事个案

强者	弱者	影响力刑事个案
雇主	雇员	王斌余故意杀人案
成年男子	幼女	习水嫖宿幼女案
城管	小贩	夏俊峰故意杀人案
官吏	民众	邓玉娇正当防卫案
司法人员	犯罪嫌疑人	赵作海故意杀人案

很显然,上述划分仅仅是一种描述性的划分,不足以完全反映出强者与弱者之间是否存在一条泾渭分明的界限。通常而言,这样的界限是极其模糊

① 尽管“刑法很少提及某种确定的人之形象”,但不可否认的是对“人之形象”的人类学预设将是包括刑事立法在内所有立法的基础。参见(德)埃里克·希尔根多夫《德国刑法学:从传统到现代》,江溯等译,北京大学出版社2015年版,第153-155页。

② 如有学者认为,面对强者与弱者这一基本的社会分层,现代刑法中的平等不应是契约化层面那种“凡是具有脸孔者一律平等”,而是需要引入一种弱势平等观念,即从社会正义出发,给社会弱者以更多的法律保护,给社会强者以更多的法律限制。参见姜涛《弱势平等:理论界定与刑法实践》,《江苏社会科学》2012年第5期;姜涛《市民刑法的理论困境与出路——以强者与弱者之间的对象性犯罪为视角》,《东方法学》2015年第2期。

的,甚至在某些情况下,无论是弱者,抑或是强者,都是难以具象化的。如在医患关系紧张的社会大背景下,“暴力伤医”等医闹行为的犯罪化呼声日渐高涨并最终得到立法回应(第290条、291条)。无独有偶,我国台湾地区新修订的“医疗法”(2014年)也有“两巴掌打出来”的“王贵芬条款”(第106条第3款)<sup>①</sup>。但需要特别指出的是,“医生”与“患者”这两个群体,原本就不存在绝对的弱者,也没有根本的强者,二者都只应存在于就事论事的逻辑链条中。医闹入刑背后实则体现的是一种“我弱故刑法在”的“弱者思维”。因为护士被打了,医生挨揍了,于是医务人员成了“弱者”,为了保护弱者所以就应该将医闹入刑<sup>②</sup>。然而试问,如果将此“弱者思维”延伸至其他情形,是不是城管被揍了、法官挨打了、警察遇袭了,都需要刑法通过增设罪名的方式来替所谓的“弱者”进行保护?

## (二) 弱者图像与刑事立法

### 1. 保护弱者靠刑法:罪名设定膨胀化

弱者图像对于刑事立法最显著的影响,莫过于体现弱者保护思想的罪名设定。例如,在“拒不支付劳动报酬罪”(第276条之一)的背后,就可以非常清晰看到弱者图像的促进与推动作用。本罪的立法原意旨在通过刑法手段保障劳动报酬请求权,这也是对劳动雇员(特别是农民工)等“社会性的弱势群体”实施倾斜保护的题中之义,而这一弱者图像更多表现为“农民工”。对此,有学指出,农民工的经济处境可藉由“农民工——雇主”这一矛盾关系来揭示,被恶意欠薪等经济利益受损情况是对其作为弱者的图像描述。<sup>(8)35</sup>作为一个利益受损的弱者,农民工被描述和定格为“受苦受难者”,媒介通过反复强调与不断渲染农民工身上的悲情特征,如以“跳楼讨薪”、“自杀讨薪”等博人眼球的血泪控诉,实现为农民工形象贴上类型化标签的传播效果。而对农民工形象定位的分析也显示,“‘受侮辱与损害者’这一形象类型的比重最大,可见,从总体上来看,农民工被塑造为一个‘弱势群体’”。<sup>(8)35</sup>

虽然弱者图像的“事件性呈现”更加关注事件本身,较少聚焦到恶意欠薪的结构性问题上,但这多多少少都会引起有关部门的重视,并能促成恶意欠薪问题不同程度的解决。通过各种媒介不断的循环播放与轮番的信息轰炸后,立法者当然要俯身倾听来自农民工的呐喊,强化对弱者图像的心理认同,于是,“拒不支付劳动报酬罪”的增设也便顺理成章。同样的情况,如“组织儿童、残疾人乞讨罪”(第262条之一)。当“儿童”、“残疾人”(弱者)在幕后黑手的操

纵下以“乞丐”的形象示人时(往往是食不果腹、衣不蔽体的“被奴役者”),对弱者图像的同情之心自然产生了对组织者(强者)科以刑事归责的惩罚诉求与法律预设。

同理,《刑法修正案(九)》中增设的“虐待被监护、看护人罪”(第260条之一)也是旨在弥补已有相关罪名(如虐待罪)无法更好为被监护、看护人提供保护的漏洞。显然,作为犯罪对象的“被监护、看护人”是以弱者图像进入立法者的视野之中。较之于其他社会事件,诸如虐童行为之类的事件,能够最直观地撼动国人的伦理秩序(老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼),因此,也更容易广泛地触犯众怒,形成上述虐待行为入刑的民意诉求与修法动议。

由此引发的思考便是:上述因弱者之名而增设新罪的举措是否是“刑事立法狂躁症”的一种症候体现?又是否会引发刑事立法中心主义背景下的罪名膨胀化?而作为压力型立法产物的某些罪名有没有可能沦为“僵尸条款”?

### 2. 兔子急了也咬人:正当防卫松动化

作为法定的违法性阻却事由之一,正当防卫的适用条件有着非常严格的限制。但随着多起典型受虐妇女杀夫案件<sup>③</sup>走进公众视野与学术圈子,在受虐妇女这一弱者图像的冲击下,正当防卫制度<sup>④</sup>在家庭暴力案件中的适用也开始面临着诸多既有理论无法圆满解释的难题。如来自丈夫的长期家庭暴力行为是否可以视为“不法侵害正在进行”,再如,受虐妇女被逼杀夫这样的“以暴制暴”行为又是否符合正当防卫的防卫限度要求。基于本文的研究要旨,此处并不

<sup>①</sup> 2013年11月27日,我国台湾地区桃园芦竹乡民意代表王贵芬掌掴林口长庚医院护士李玮珍。后为确保医疗人员能免于人身威胁环境中执行医疗业务,经立委提案修订“医疗法”第106条,外界戏称为“王贵芬条款”。依照该条文,任何人以暴暴、胁迫、恐吓或其他非法方法,妨碍医疗人员业务执行的行为,最高可处3年以下有期徒刑、拘役或30万元以下罚金。但也有学者认为此举科学性欠妥,详见郑逸哲《啥也没修的“修法”闹剧——简评医疗法新第106条“王贵芬条款”》,《军法专刊》2014年第1期。

<sup>②</sup> 最典型的一种说法,如全国人大代表、河北保定市第一中心医院院长郭淑芹就说道“医生也是人,有血有肉,也有尊严,谁来维护我们的人权?我们不是任人宰割的羔羊。”参见文峰《“伤医立法”可能适得其反》,《长沙晚报》2014年12月22日,第F02版。

<sup>③</sup> 典型案例如2003年刘拴霞杀夫案,该案经媒体报道后在我国掀起了是否引入“受虐妇女综合征”理论的热烈探讨,而1993年的邓如雯杀夫案则直接催生了我国台湾地区“家庭暴力防治法”的颁布与实施。

<sup>④</sup> 当然,也有不少学者立足于期待可能性的角度对此类案件进行解读。如屈学武《死罪、死刑与期待可能性——基于受虐女性杀人命案的法理分析》,《环球法律评论》2005年第1期;张丽卿《期待可能性在刑法中的运用》,《东海大学法学研究》第29期。即便如此,期待可能性中也蕴含着“法不强人所难”的内涵,更有考虑“处境特别艰难的行为人”这一“体恤弱者”的初衷。

探讨是否适用正当防卫的问题,而是更多关注受虐妇女这一弱者图像对其产生的影响。

与长期实施家庭暴力的丈夫(施虐者)相比,体力不占优势(能力贫困)<sup>①</sup>的受虐妇女,在彼此处于随时可能爆发冲突的状态下,虽然可以合理预期会再次受到施虐者的不法侵害,但若非要等到施虐者再度实施不法侵害时,又因为双方之间的实力悬殊而根本无从有效防御,故多半只能利用施虐者尚未再次施暴的间隙(多是趁丈夫熟睡或注意力松弛后)予以预防性的自我防卫。也即是说,在不法侵害尚未开始之前就已先行采取防止不法侵害发生的防卫措施。基于此,便对不法侵害现实性的认定产生了挑战。故我国台湾地区学者刘宏恩认为“传统刑法对于侵害现在性的解释,显然忽略防卫者(即受虐妇女)处于极端弱势的情形,不能真实反映受虐妇女之特殊处境与个体经验,实有检讨变更之必要。”<sup>(9) 99-100</sup> 婚姻不是虐待的特许状,妻子亦不是丈夫的专制对象。<sup>(10) 454-455</sup> 也正是对受虐妇女这一弱者图像的凝视与接纳,我国刑事立法在此类案件中适当放宽了正当防卫的严格要求,“只要符合刑法规定的条件,就应当依法认定为正当防卫,不负刑事责任”。《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》更明确规定“对于长期遭受家庭暴力后,在激愤、恐惧状态下为了防止再次遭受家庭暴力,或者为了摆脱家庭暴力而故意杀害、伤害施暴人,被告人的行为具有防卫因素,施暴人在案件起因上具有明显过错或者直接责任的,可以酌情从宽处罚。”

### 3. 失败者也有春天:前科消灭制度化

研究表明,前科制度具有标签效应(一朝犯罪,终身为囚)与株连效应(一人犯罪,全家遭殃)。基于此,社会大众对有前科者多抱有偏见性的非规范评价,更有一种根深蒂固的“我们/他们(us-versus-them distinctions)”的群体对立划分意识。而有前科者在弱者图像中所呈现的最大困境莫过于社会排斥(social exclusion),这又主要表现在:就业歧视、入学碰壁、另眼相看、冷嘲热讽、避而远之、打入另册等。可见,前科制度成为其顺利复归社会的重大阻碍,这一点在未成年人身上表现地更为明显。一个心智尚未完全成熟的未成年人,在尝尽犯罪所带来的刑罚苦果之后,却又必须顶着犯罪前科的帽子等劣势参与激烈的社会竞争,一副活生生的“社会弃儿”形象。

“既然强弱之分不可避免,弱者保护的正当性诉求中便不可或缺。眼睁睁地看着一个个失败者陷入沉沦状态,这既是国家的无行,也是社会的悲哀。”<sup>(11) 75-76</sup> 在美国学者弗里德曼眼中,上述“社会弃儿”形象就是“失败者”的图像,并基于此提出了“失

败者的正义(loser's Justice)”原则。该原则的主要内容是指“在选择的多样性及失败的可能性的前提之下,通过为弱者提供一种重新出发的‘第二次机会’,使其能恢复到社会上正常人的能力与地位的法律制度安排”。<sup>(11) 76</sup>

那么,弱者能不能重振旗鼓再次出发?又有没有“二次机会”在人生败局中扳回一城?国家能为弱者保障什么?社会能为弱者提供什么?弱者能为自己改变什么?这些都值得深思。尽管犯罪人不属于严格意义上的“失败者”,但是弗里德曼仍提及了对有前科的未成年人的弱者保护,“在现代法律中,关于‘第二次机会’的许多例子可见于刑事审判中。在美国的很多州,年轻初犯者的犯罪记录可以被‘密封’,并且用这种方法使之永远成为一个秘密;因此,年轻人的过错就不会造成永久性的伤害。”<sup>(12) 119</sup>

换言之,犯罪虽不光彩,甚至可称败笔,但也绝非一败涂地,成千古恨。有前科的未成年人也不应该被视为工具或客体,被永远钉死在犯罪的耻辱柱上,以供公开展示与自我警示。基于对弱者图像的上述理解,立法者认识到了“失败者也有正义”的问题,在《刑法修正案(八)》第19条中免除了轻罪未成年人前科报告义务。紧接着2012年的《刑事诉讼法》修订又规定了未成年人犯罪记录封存制度。上述立法举措向世人展示了前科制度的松动和进步,也体现出了刑事立法对弱者重新出发的制度安排。但公允而论,这些规定离前科消灭制度仍有不小差距,有待进一步完善。

### (三) 弱者图像与刑事司法

“公众的善恶观常常转化或体现为助弱抑强的立场和取向。社会生活中善恶与强弱具有天然的联系。对弱者的同情与扶助从来是善行的应有之为,强者对弱者的凌势则被视为一种不义之恶。因此,在个案讨论中,当事者之间位势、实力的强弱在很大程度上影响着公众的处置意见。”<sup>(13) 172</sup>

可见,弱者犯罪或被害的影响力个案,能够反映出弱者图像对刑事司法的影响。这些个案无不着力于对弱者图像的塑造,通过对弱者受虐与自虐的感官式描述(讲述苦难、痛斥不公、渲染悲情),使得经由媒介建构之后的弱者图像能够引发社会公众的广泛

<sup>①</sup> 当然,能力贫困只是表征之一。例如,受虐妇女对施虐者有经济依赖的经济原因(经济贫困)、受虐妇女无法向社会团体求助的社会原因(权利贫困)、部分宗教不提倡教众离婚的文化原因等。See Matthew Fine, Hear Me Now: The Admission of Expert Testimony on Battered Women's Syndrome - An Evidentiary Approach, William & Mary Journal of Women and the Law 2013(20), p225. 转引自王新《受虐妇女杀夫案的认定问题》,《法学杂志》2015年第7期。

关注、热烈讨论与深切同情。只要稍加对近来一些影响力刑事个案进行梳理,我们非常容易发现这样一个被高度符号化的弱者图像。如“贞节烈女”的服务员邓玉娇(因拒绝为基层官员提供异性陪浴服务而被视为反抗官吏压迫的烈女、“兔急咬人”的小摊贩夏俊峰(因暴力抗法刺死城管而被视为一种典型的“弱者抗争”)等等。而这样的图像背后又实则隐含了芸芸众生对社会现实不满的集体情绪,也折射出一些需要解决的社会民生热点问题。诚如斯言“司法个案中包含着具有普遍意义的同类的深层问题,是牵动百姓民众心绪的问题,而这些问题是具有社会结构性和整体性的问题。如邓玉娇案件受强烈关注反映的是官民关系的结构性问题。”<sup>(14)</sup><sup>26</sup>

可以说,这样的弱者形象塑造使得民众会对弱者的境遇感同身受,自然而然与之融为一体,在进行角色替代的同时代入了自身所在的社会处境,不由自主地为弱者图像哀其不幸、鸣其不平。一起普通案件之所以引发热议,主要在于其勾画的弱者图像唤起了社会的普遍同情。对此,可以清洁工梁丽拾金案为例进行分析。“清洁女工”(能力贫困,对照于身居高位的公权力机关)、“工资微薄”(经济贫困,对照于所拾黄金的贵重价值)、“无期徒刑”(权利贫困,对照于拾金行为可能遭致的重刑后果),这些印象标签为我们拼接出一张随时可以将弱者摄入其中的刑事法网,也让感同身受的社会大众产生一种内隐性焦虑,“哦,原来捡到金子竟然要坐一辈子牢啊,她是不是太可怜了点,要是我又该怎么办”,这种“公权力挤压下的弱势情结的共鸣”<sup>(15)</sup><sup>12</sup>便得以四处蔓延。

不难看出,在这些影响力刑事个案中,权力扮演了强者的角色,并遭受来自各方的过分归责。这样的归责基础主要建立于以下思维逻辑之上:“权力(power)拥有者”顾名思义就是“强者(the powerful)”,而不拥有权力的平民当然是弱者。<sup>(16)</sup><sup>35</sup>而强弱之分的鲜明对立主导了不甚理性的讨论,点燃了群情激昂的民意,个案的实质正义却在这众声喧哗中悄然消隐,弱者思维下的法治价值大打折扣。一旦个案中的弱者身陷囹圄,便角色替代般地为其从法治之外寻求开脱之由。因为,作为普罗大众的我们本身就视为弱者中的一员,也不知哪天我们会像梁丽一样成为这面临牢狱之灾的弱者。类似的案例还有“许霆案”等等。“面对强势银行,我们每个人都有可能如许霆般面临抉择。正是基于这样的类似地位的考虑,在许霆案中激起了网民对强势银行的不满。”<sup>(17)</sup><sup>163</sup>

可以发现,在上述影响力刑事个案中,不少弱者图像被媒介放大化,媒体的不当介入左右了案件的审

理过程,有时甚至人为改变了案件的审理结果。于此,过于强调强弱之分的舆论审判粉墨登场,“我弱我有理”的民粹论调也逼迫刑事司法不得不顺从于铺天盖地的民意。这对于刑事司法的正常运转形成了一定阻碍,也在弱者保护的强势话语下为刑事司法的公平正义蒙上了一层阴影。

### 三、刑法如何关注弱者?——弱者保护的刑法反思

通过上文对弱者图像的刑法深描,足以端详弱者的诸多面相。而在上述观察中,既能看到刑法变革对于失败者正义原则的制度回应(好的一面),也可以发现媒介化社会中弱者图像对刑事司法的不当干预(坏的一面)。这样的观察当然不能止步于表面化的认知与文学化的描述,刑法如何关注弱者便是基于上述观察而提出的核心命题,也是本文研究的主旨所在。由此而衍生的疑问包括又不限于:什么才是对弱者合理的刑法预设?如何在刑法的语境中理解弱者?弱者保护是否一定要借助入罪化路径方可实现弱者自身法益的周延保护?加强弱者的刑法保护力度的同时,又能否兼顾刑法谦抑性要求?弱者保护中是否存在好心办坏事的做法?对弱者呐喊的全盘接受是否会忽略掉一些其他声音?等等。对此,本文将从以下几方面展开反思:

#### (一) 走不出的风景:民生刑法观之审视

对弱者图像描绘地最浓墨重彩的刑法观念莫过于“民生刑法观”。事实上,无论是在学术建构层面,还是在政策制定方面,“民生刑法观”都熠熠生辉。以卢建平教授为首倡者的“民生刑法理论”在近年来也得到理论界的热烈追捧与实务界的大力推崇。重视与关注社会民生问题是民生刑法理论的一大鲜明学术特色。而弱者保护在很大程度上就是民生保护,因此,“民生刑法理论”自诞生之时,就与弱者图像之间天然产生了千丝万缕的密切联系。本文完全赞同“民生刑法观”的主要内容及其法治意义的理论阐述,对其背后所包含的民生立法意涵也拍手叫好。然而,本文也不免心存一定疑问:“民生刑法观”是否一定具有“相对优势”<sup>①</sup>?

对此,不妨用“民生刑法观”下劳动刑法的“应运而生”为例加以说明。发达国家一般理论认为,劳动

<sup>①</sup> 据卢建平教授自述“我之提出民生刑法观,意欲肯定并且期望的是,在中国的社会转型和刑法转型过程中,政治刑法或国权刑法的比重降低,而市民刑法或民权刑法的比重提升;在目的论上,保障人权、保护民生的刑法功能与目的要高于——至少不低于保护国家或保护社会的功能与目的。而在理论上想要进一步阐述的是,民生刑法观相比于其他刑法观的相对优势(comparative advantages)。”参见车明珠《民生刑法观导论》,知识产权出版社2015年版,卢建平教授序言。

刑法的产生是推行福利国家政策、保护社会中处于弱者地位的劳动者的结果。<sup>(18)11</sup> 斯故,刑法对民生保护政策的落实,当属劳动刑法最为典型,而在劳动刑法中,又以拒不支付劳动报酬罪等“亮点罪名”最为耀眼。然而,该“亮点罪名”虽说表面风光无限,但在刑法谦抑性的拷问下却是疑点重重。即使是在该罪“入驻”刑法后,对其质疑之声仍丝毫不减,其象征性立法特征也绝非虚言。对此,就有学者认为“该罪无论是在处罚正当性,还是在立法技术方面,都存在严重疑问。”<sup>(19)529</sup> 该学者更进一步指出,本罪的设立是刑法过度回应社会需求、过度政策化的结果。“拒不支付劳动报酬罪的增设,主要源于特定时期国家对民生问题的重视,而拒不支付劳动报酬的现象恰巧成为该时期热点民生问题。”<sup>(19)536</sup> 固然这一做法体现了“法与时转则治、法与时宜则有功”的传统法家思想,但这一做法也具有明显的“应时”、“应势”特征,存在着对刑法功能的过度期待,也忽略了刑法自身的功能贫困。本文也认为,民生问题常常与弱者图像相伴,在“保护弱者就是保护民生”的目标激励下,立法者往往忘记了“节制才是立法者的美德”这一至理,弱者情结与新罪情结的双重诱惑也常令立法者产生使用刑法解决民生问题的冲动,忍不住地要去关怀那些被圆形化描述的弱者。“或许是对民意的反应,也或许是对民生的保护。但是,令人不得不质疑的是,在这样浮躁的民意下产生的这样一个立法动议和仓促回应民意的刑法条款是否真的符合刑法法理,是否真的是对现实生活的回应和最恰当的解决之道。”<sup>(20)11</sup>

本文始终肯定弱者保护的法理价值与民生意义,但本文也坚决反对将体谅人间疾苦的民“生”刑法异化为过度回应民意的民“声”刑法,让后者成为一种压力型立法的产物。否则,深陷于所谓“民意”的“民生刑法观”在弱者保护中注定成为一道走不出的风景,看上去很美,但却容易迷失方向。

应当看到,充分尊重与吸收民意本是推动法治建设的动力,但异化的民意却是一种不当的压力,对刑事立法有着非常明显的挟持作用。尽管早在形成本罪立法动议之初就有不少反对意见,但这丝毫没有改变其在犯罪化过程中的“畅行无阻”。究其原因,离不开民意对弱者图像的舆论塑造。对此,有学者坦言“面对汹涌澎湃的民意和刑法泛化的浪潮,我国刑事立法‘受制于人’的味道越来越浓,刑事立法的独立性日渐削弱。”<sup>①</sup>

从理论角度视之,“民生刑法观”中这种刻意迎合民意的立法观念(“我弱我有理”),显然混淆了民

意与公意之间的区别。“公意是通过相应的正当程序(如立法程序)表达、竞争、筛选、折衷、平衡和集中了的,而民意至少不具有这样的过程特点。”<sup>(21)137</sup> 而且这样的民意往往是情绪化的、碎片化的、盲目化的、非理性的,尤其是当民意的酝酿、发酵和传播都是建立在弱者图像之上时,这样的情况就更为突出。人们总是习惯于对弱者倾注“物伤其类”的同情,对苦难的声音作出倾听状,取而代之的是无条件地支持弱者的任何诉求。就此而言,“必须保护弱者”的民意舆论在媒介化社会中成为压力型立法的主要压力源,深谙如何取悦公众之道(“让人民群众满意”)的立法者在其面前也就不得不乖乖就范,哪怕是因此而背负非理性立法的恶名也在所不惜。“或许正是因为刑事立法者为了迅速响应时下的社会舆论压力,或是藉此企图实现全面的秩序管制,只好有意识地持续加码制定出新式的犯罪构成要件(高度入罪化)与提高刑度(重刑化)。”<sup>(22)140</sup> 于是乎,当民众为山西黑砖窑事件所触动时,立法者就听到了增设奴役罪的呼声;当民众替农民工跳楼讨薪事件而落泪时,立法者就收到了恶意欠薪入刑的要求,等等。当然,这样的民意有的只是昙花一现,付诸笑谈,有的却能开花结果,位列仙班。而“请神容易送神难”,一旦犯罪化的终局结果已定,即便日后再谈废除又何尝容易?

实际上,这在其他法律中已经有过值得汲取的立法教训。如《中华人民共和国道路交通安全法》第7条第2款在被修正之前,即使贯彻了现代法律倾斜保护弱者的理念,也因矫枉过正、不够具体、难以操作而被视为不公正的法律。<sup>(23)56</sup> 因此,在“个案揭发—民意沸腾—舆论推波—法院纠结—中央震动—立法动议”的立法过程脉络中,我们更应当理性地看到,基于弱者图像而刻意为之的罪名增设并不值得提倡与效仿,我们更应当警惕刑法对弱者的过度保护,民生保护不能屈从于民声压力,因为民意的这种“胜利”不是民主立法的真正胜利,“更多地是立法机关在舆论压力下的无奈与趋从之举,而不是刑法对社会现实客观真实的积极反应”。<sup>(20)11</sup>

## (二) 忍不住的关怀:象征性立法之批判

弱者沐恩于政策,期待于政治,更寄希望于立法者。但立法者不是万能的,更不是完美的。诚如斯言,“我们假设立法者对要起草的法律有一个清晰的想法,但事实通常不是这样。立法者也许只是对一个

<sup>①</sup> 于志刚《刑法修正何时休》,《法学》2011年第4期。对本文而言,刑事立法不仅受制于“抽象人”,更受制于“弱者”这一“具体人”。

问题有一个模糊的主意,或者是收到选民的一个简单的投诉。”<sup>(24)67-80</sup>因此,弱者图像的媒介化呈现在催生社会大众扶弱抑强的法律期盼同时,也赋予了立法者必须认真凝视弱者图像的观察义务,而作为此种观察的结果之一,特别是观察到社会公众对弱者图像普遍抱有同情怜悯后,立法者往往将弱者图像背后的结构性社会问题解决方案,简化为“因为弱者需要保护,所以刑法亟待介入”的象征性立法(或应急性立法)。也正是在弱势情结与新罪情结的双重交织下,弱者图像为晚近刑事立法平添了几分象征性立法的色彩。

“象征性立法”一词在各个学科语境中被广泛适用。国内对象征立法的研究最早始于法理学界,倾向于将“宣言性立法”等同“象征性立法”或“叙述性立法(narrative legislation)”,盖因此类法律规范缺乏具体行为模式或法律后果,其主要立法目的在于宣布一项社会政策、权利或职责。<sup>(25)21</sup>这一观点在刑法学界也有一定理论市场,如认为,“不那么重视实效性而侧重于宣告禁止该行为的立法”就是象征立法。<sup>(26)19</sup>再如,“象征立法的意义仅在于通过法律向公众宣告这是一种被禁止的行为”。<sup>(27)12</sup>亦有学者指出,现代刑法就是所谓的“象征刑法(Symbolisches Strafrecht)”,是一种纯粹象征性的规范宣示。<sup>(22)118</sup>还有学者认为“象征立法”是指“刑法虽然将某种行为规定为犯罪,但司法机关可能基于某种理由,并不查处这类犯罪行为”。<sup>(28)144</sup>

究竟何谓“象征性立法”(英文 Symbolic legislation, 德文 Symbolische Gesetzgebung)<sup>①</sup>学界似乎没有统一定论。对此,一方面,应当看到象征性立法本身具有的正向功能,如德国刑法学家罗克辛指出,“所有的刑法条文,多少都带有一点应当对人民的意识形成发挥作用的象征性特点”。<sup>(10)18</sup>但另一方面,对于其负面效应也绝不容小视。如德国刑法学家哈塞默尔对此就有以下批判性分析:(1)为了因应当代的重大社会问题,往往在未经深思熟虑的情形之下扩张刑事立法;(2)过度高估立法于实证经验上的成效;(3)过度高估成效的结果导致实际上根本不期待刑法任务可以获得实现;(4)刑事立法者原本就无意对于立法是否具成效的问题提出任何解释,因此可能衍生的立法不足问题亦无进一步调整的必要,特别是执行能力不足导致选择性适用刑法规范;(5)刑事立法者获得政策上的(象征性)利益,例如响应社会问题的敏捷性、行动能力,以及企图让刑法适用范围更具全面性。”<sup>(29)95-96</sup>换言之,“刑事立法原本就不期待让规定本身发挥预设的规制效果,而是着重在历经相当期间之后逐渐开展出‘其他潜在的’规范宣示功

能”。<sup>(22)139</sup>而英国犯罪学家 David Garland 虽未直接采纳“象征性立法”之说法,但也将类似立法称为“某种形式的‘宣泄(acting out)’”,是一些冲动而未经深思的行动,逃避对根本问题的现实认知,只是提供自己慰藉与满足。这些措施是表达性的、‘寻求净化’的行动,用以谴责犯罪并安慰群众。”<sup>(30)179</sup>

在本文看来,象征性立法最鲜明的特点便是将“通过刑法进行的犯罪控制作为纯粹的安慰剂来使用”。<sup>(31)67</sup>前文提及的“拒不支付劳动报酬罪”便是这样的立法产物。当劳资纠纷的皮球被踢到立法者面前时,立法者不得不向大众展示其可能并不精湛的脚步。也即是,立法者必须通过象征性立法的方式制造恶意欠薪问题已被认真对待且已适当处理的印象。而正如有学者所批判“希望通过将恶意欠薪行为入罪而简单地一劳永逸地解决劳资纠纷,是立法者的主观臆断。”<sup>(32)68</sup>

那么,事实情况又如何?对此,可从劳动刑法实际运行的域外镜像说起。如日本劳动刑法的运行现状显示其效果并不理想,劳动者保护在刑事立法与运用上逐渐无力化与休眠化。具体表现在:(1)被追诉案例九牛一毛;(2)其内容容易被移往福利行政,而被认为系属行政指导;(3)在新自由主义浪潮下,被去规范化;(4)降低团体劳动者的活动与成果;(5)对于外国劳动者保护事实上无力的倾向。”<sup>(33)121</sup>在我国台湾地区,因触犯劳动刑法而被起诉者多被判以缓刑或无罪,也由此引发课予雇主刑责对于整体社会并无实质帮助的质疑。“在2011年各地方法院终结案件中,涉及劳动基准法刑责者共35件52人次,而有关劳工安全卫生法者则仅有17件46人次,是以,对于劳动基准法与劳工安全卫生法中的刑罚规定是否能够确实达到其所预设的机能,即引发若干批判的声音。”<sup>(33)121</sup>

而在我国大陆地区,劳动刑法实践运行的本土镜像相对比较缺失。基此,本文拟以“劳资关系”这一劳动刑法的基础范畴进行分析。我国政府历来非常重视加强保障职工(尤其是农民工)劳动报酬取得权,相继建立了“农民工工资支付保障制度”、“欠薪应急周转金制度”、“欠薪保障金制度”。上述制度在

① 目前较早关于刑事象征立法的讨论,可参见 M Voß. Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten. 1989.

劳动刑法的司法实践中也得到了一定的适用<sup>①</sup>,但也引发了一些弱者保护失当的问题。如尽管有的案件中犯罪人或其家属能够悉数付清被拖欠的工资,但确实也有部分案件存在支付并不及时、款项尚未到位、执行力度不够等现实问题,由此造成的结果便是“刑虽判,钱照欠”,弱者权益仍未得到有力保障。实证研究则表明,由于本罪法条规定过于原则,缺乏可操作性,且相关司法解释未能及时跟进,致使该罪在较长时间内成为“休眠条款”,立法预期落空,实践中适用案例屈指可数,且存在量刑不均衡、启动程序不统一等适用问题。<sup>(34)36</sup>

具体而言,根据本文对“中国裁判文书网”的查询整理,2013-2015年全国一审法院共审结拒不支付劳动报酬罪1357件,全部支付已拖欠劳动报酬的案件仅为21件,占总数的1.5%。也只有极少数案件判决通过责令退赔的方式要求支付所欠薪资。由此可见,绝大多数的被欠薪者并未通过刑事诉挽挽回其全部经济损失,劳动报酬取得权也没有因为刑法的介入而得到全面恢复。而在上述案件中涉及上访的就有142件,占总数的10.5%,其中部分案件中更是存在“雇员上访—雇主跑路—政府买单”的恶性循环问题。如黄某拒不支付劳动报酬罪一案。该案中“农民工多次围堵市政府,到省上访。为维护大局让农民工过好年,长葛市财政拨付35.38万元,替黄某支付了农民工工资,并在劳动部门监督下,由长葛市产业集聚区管委会规划建设办负责直接发给农民工本人。”<sup>②</sup>

在“民生刑法观”倡导的弱者保护理念下,这样的代/垫付行为会被赋予“以人为本”的法律温情与“扶助弱者”的人文关怀,但应注意的是,当农民工群体选择将上访作为“弱者的武器”时,通过政府财政拨款/代付欠薪等“花钱买平安”的方式恐怕并非最优解决方案。倘若此举强化了弱者关于“会哭的孩子有奶吃”的认知,那么,弱者维权的“闹大”现象<sup>③</sup>就将一发不可收拾。诚如斯言,“弱者保护同样需要成本。然而,成本的付出并不必然带来理想的‘收成’,如对弱者保护过度的投入往往会引发财政的危机,甚至威胁到普通民众的权利。”<sup>(35)36</sup>

不可否认,恶意欠薪行为的社会危害性的确存在,也客观侵害了农民工等弱者的经济权益,但是否这就意味着其社会危害性已经严重到非刑法介入不可的程度则仍存有疑问。劳资关系问题是社会结构性问题,不能仅仅截取其中一个片段便急于借助刑法手段来达到剪箭疗伤的治理效果。这种“治标不治本”的立法短视主义便是“政策主导下的刑事立法模

式”,即“政策总是希冀通过立法来解决某一个时期出现的社会问题,尽管这一问题是在特定场合、特定时间下突变的而非一种稳定的现象。此时,尽管有些条文的协调性存在问题,尽管有些条文很快被束之高阁,尽管理论界有许多学者对频繁修法忧心忡忡,但似乎都不能改变政策观念主导下的立法者在社会风吹草动后的修法冲动。”<sup>(36)73</sup>可以说,在解决劳资纠纷的非刑事法律体系尚属完备的情况下,肆意突破刑法的最后保障法性质,将恶意欠薪行为入罪不仅有违刑法的谦抑性要求,而且也无助于劳资纠纷问题的实际解决。综上所述,无论是源自于域外的隔岸观察,还是立足于我国的现状分析,劳动刑法在劳资纠纷问题的解决上似乎并未起到预期效果,拒不支付劳动报酬罪的实践效果仿佛也没有想象中的那么好。

再例如,尽管组织儿童、残疾人乞讨的社会现象至今仍有发生,但该罪自2006年增设以来10年间以该罪定罪量刑的案件却寥寥无几。据本文在“中国裁判文书网”、“北大法宝”等案例数据库中的查询,仅见9起。其中,2007年的“宫继兰等组织儿童乞讨案”系全国首例组织残疾人、儿童乞讨案<sup>④</sup>。又据新闻报道,京沪两地该类首例案件审判则分别是在2011年、2012年,其立法预期是否实现值得追问。川渝两地分别于2010年、2008年有此类案件批捕的新闻报道,但无后续跟进报道,是否因此获刑亦不得而知。由此,便有如下疑问:该罪名的设立到底是应景之作的“棋子”,还是始乱终弃的“弃子”?近日,《关于在检察工作中维护残疾人合法权益的意见》(2015年)再次明确要求加大对侵害残疾人权益各种刑事犯罪的打击力度,要求对以暴力、胁迫手段组织残疾人乞讨,故意伤害致人伤残后组织乞讨等行为依法从重打击。对此,是否会重蹈“雷声大、雨点小”的覆辙,也只能拭目以待、留待历史评说。

如此以来,不惜以损害刑法谦抑性为代价将某一行为入罪,但最终却并没有达到预期的刑法效果,这样的“象征性立法”显然不为立法者所乐见。因为“在人民的法律意识中,刑法规定若得不到支持,并

① 典型做法包括:(一)农民工工资周转金模式,参见河北省邯郸涉县人民法院刑事判决书(2014)涉刑初字第73号;(二)农民工工资保障金模式,参见安徽省宿州市埇桥区人民法院刑事判决书(2014)埇刑初字第00759号;(三)欠薪应急周转金模式,参见浙江省温州市鹿城区人民法院刑事判决书(2014)温鹿刑初字第1772号。

② (2013)长刑初字第00389号。

③ “闹大”现象的典型特点之一就是“以弱者的姿态或受害者的面目出现,寻求外界的关注和支持,激发公众的道德热情,形成巨大的舆论压力”。韩志明《利益表达、资源动员与议程设置——对于“闹大”现象的描述性分析》,《公共管理学报》2012年第2期。

④ (2007)深福法刑初字第674号。

因而不可能得到实施,那么,人民的法律意识便会逐渐削弱”。<sup>(37)67</sup>于此,如何避免弱者保护走入过度保护的局,如何消除象征性立法“然而并没有什么用”的弊端,是刑事立法者需要首先面对的问题。

### (三) 摘不掉的帽子:污名化现象之检讨

不能否认的是,弱者图像在被描绘的过程中,本身就容易被简单符号化和刻板印象化。如“在诊治和拯救的话语模式下,城市居民对农民工进行了‘他者化’建构。农民工通常被视为‘问题化’的他者。”<sup>①</sup>沿此而论,经过刑法渲染的弱者图像就更容易被污名化。对此,本文拟结合刚被废除的嫖宿幼女罪(原第360条第2款)加以论述。

关于嫖宿幼女罪的存废之争早已有之,理论研究的精细化程度也不可谓不深,但最终决定其命运走向的,也是本罪最大的问题则在于其有污名化幼女之嫌。“嫖宿幼女”一词最早源自一线警务工作,属于“用语照搬”<sup>②</sup>的典型产物(即非规范用语刑法条文化)。尽管有不少学者基于刑法语言的局限性否认了本罪的污名化效果<sup>③</sup>,但本文却认为这恰恰忽略了用语照搬可能遭致的恶法效应。正如我国台湾地区刑法学者黄荣坚所言“刑法上的用语,对于所要陈述的意思内容表达的清楚与否,会影响到用语作为理解工具的效益,因此用语的重要性不言而喻。一个不良的法律用语,用语背后传达了一个错误的法理认知,其伤害之极限在于对刑法问题思考形成障碍,会根本丧失解决法律问题的契机。”<sup>(38)9,15</sup>

关于嫖宿幼女罪的立法旨意,“区别论”较之“保护论”更占上风,而前者在立法价值取向上却显示出对弱者图像的忽视。如有观点指出“由于立法的目的是避免部分被告人受到强奸罪的‘不当’指控,因此,在立法的价值取向上,无疑是将成年人的、男性的、强者的利益置于未成年人的、女性的、弱者的利益之前优先考虑的。”<sup>(39)36</sup>由此而导致的结果便是,不仅会对嫖宿幼女现象产生认识偏差,更是在无形之中形成了对被嫖幼女的污名化负面效果。

基于此,在本罪从立法走向司法的过程中,幼女被贴上“雏妓”、“卖春”、“援交”等标签,被置于“良家幼女”和“卖淫幼女”的二元道德划分中,在这一隐蔽的性别歧视中流露出代表男性好恶的法律对“不守妇德者”的歧视与厌弃,这无疑将不当增加对幼女的社会评价负担。而与之相对的犯罪人,却因为“被害人亦有过错”的理论预设而得以减轻其道德罪恶感,削弱其社会谴责度,进而以性的商品化形式掩盖其性侵幼女这一行为的本质。正如有学者指出“罪名具有的标签效应在嫖宿幼女罪上表现出了极大的

错觉,即本应当受到保护的幼女却被贴上‘卖淫女’的标签而成为社会抛弃的对象;相反,本应当受到强烈谴责的行为人却逃离‘强奸犯’的标签而成为‘风流’的‘嫖客’。”<sup>(40)85</sup>

对于嫖宿幼女罪的污名化效果,相信立法者绝非故意为之,更多是无心之过,但多少也有些“议员立法”的意味“立法所依据事实并不存在,并未考虑立法后会招致何等效果。”<sup>(41)36</sup>从表面原因来看,问题出在立法者对于幼女是否具有性交意愿表达能力的认识摇摆不定,界定标准前后不一。即在强奸罪中预设了幼女性交意愿表达无效的基本前提,以示对幼女的绝对保护,可在嫖宿幼女罪中却又全面否定了这一前提,认定以金钱或财产交易为内容的性交意愿表达有效,从而将其与强奸罪区分开来。然而,究其根本原因,恐怕还在于立法者对于“幼女”这一弱者图像的观察不够详尽(特别是对于“卖淫幼女”的观察失之片面)<sup>④</sup>,预设不尽合理(是否具有性交意愿表达能力)。结果“好心”办“坏事”,在宣称保护弱者的同时,又在无形之中伤害了弱者,更为本罪沦为民众眼中强者性侵幼女的“免死牌”与“保护伞”落下口实(如习水嫖宿幼女案)。

虽然真正的历史是不容假设的,我们不能以今日之社会情况去剪裁当年之刑事立法,更不能以此为由大肆评判立法者,但这不妨碍我们对“卖淫幼女”的图像再作更加全面(或立体)的描绘。可以说,立法者看到了卖淫幼女自愿甚至是主动纠缠的一面(被害人过错)并将其作为区别对待的重要依据,但也可能忘记了卖淫幼女还有被“他者化”的另一面:如学校教育失败的牺牲品、社会畸形价值观的接受者、社会管理漏洞的提醒者、问题家庭的受害者。<sup>(42)8-9</sup>而这些“他者化”形象更多向我们展示了关于卖淫幼女作为“弱者”的侧面。因此,建立在弱者图像深描基础上的“保护主义( protectionism )”不应奢望通过设立一个简单的罪名(嫖宿幼女罪)来实现对这一弱者的

① 如有学者指出“‘落后的’、‘低素质的’、‘脏乱的’、‘有犯罪倾向的’等等词汇往往与进城农民工的形象联系在一起。”王建民:《流动的城乡界线》,光明日报出版社2012年版,第130页。

② 笔者认为,“用语照搬”是指将先于刑法规范存在的某一非规范用语予以刑法条文化,即将该用语由原有语境的组织领域中分离出来,在形式上原封不动地将其纳入至刑法条文中,使之固定化为刑法条文的语言组成部分。类此的例子如“扒窃”、“抓捕”等。对此,笔者将另文撰述。

③ 代表作如蔡道通《嫖宿幼女罪“污名”化幼女论质疑》,《国家检察官学院学报》2014年第6期。

④ 说到底这还是一个立法决策的信息依赖问题,即对立立法决策所需要的事实信息收集不足。参见黄文艺《信息不充分条件下的立法策略——从信息约束角度对全国人大常委会立法政策的解读》,《中国法学》2009年第3期。

全面保护,而是应将其嵌入社会综合治理的话语体系之中。更何况就是这样的罪名,竟然也因为“嫖宿幼女”一词的用语照搬,造成对嫖宿幼女现象的法理认知错误,更是埋下了污名化幼女的话柄。

回顾嫖宿幼女罪的前世今生,真可谓是成也“保护”败也“保护”。曾经以保护的名义出台,如今,同样以“保护”的名义被废除。这是一个吊诡的戏剧化过程,却也是一个讲述弱者图像的故事。当然,这样耐人寻味的故事讲述显然并不会因为该罪的废除而戛然而止,在本罪废除中所反映出的一些问题也值得深思。比如,在“反嫖”(保护幼女)的呼声中夹杂了与本罪根本无关的“反腐”(反对权贵)声音。正如有学者写道一般,嫖宿幼女事件本身就是媒体竞相追捧的热门题材,与之相关的高密度聚焦与耸动性报道不仅成功营造了“幼女性危机”的社会氛围,形塑了关于幼女的“性道德焦虑”,更是通过对涉案者权贵身份的深度勾连,激活了媒体受众在该话题领域仇官、仇富及肃贪反腐的心理诉求。<sup>(43)181</sup>如此一来,本罪在背负污名化恶名的同时又损害到了社会民众关于刑法平等原则的朴素法感情,被无故扣上“特权犯罪”的屎盆子。

于是乎,“嫖宿幼女”除了文本意义上的“性别宰制”(对应于“嫖客”嫖“妓女”)、“年龄宰制”(对应于“老牛”吃“嫩草”),更是被平白无故地赋予了“阶级宰制”(对应于“弱者”向“强者”的屈从),自然而然也“帮助大众建立起贪官、‘土豪’利用权/钱势残害蹂躏无辜、无助、无性之清纯少女的集体想象,从而为相关严惩动议赋予反贪官、‘打土豪’等极具民粹煽动力的政治内涵”。<sup>(43)182</sup>

至此,媒介化社会中的幼女除了是通常意义上被害人蹂躏、鸡头打骂、老鸨盘剥的“不幸少女”(共同的弱者图像),也是被想象成为贪官污吏、奸商巨贾、纨绔子弟发泄兽欲的“物化工具”(特定的弱者图像)。而后者又何尝不是一种隐性的污名化?

当然,弱者图像被污名化不止体现在嫖宿幼女罪这样的罪名中。仅就前文所述的内容而言,如“受虐妇女综合症”鉴定可能对被鉴定人日后的生活造成不利影响,受虐妇女往往被视为非正常人,从而遭受社会歧视。<sup>(44)67</sup>再如,在刑事诉讼法尚未正式规定未成年人犯罪记录封存制度前,我国部分地区实施的“前科消灭证明”模式就有“此地无银三百两”的污名化弊端。该模式动机虽好,但效果欠佳,同样也是“好心”办“坏事”。正如有学者所批评的那样,“一方面,它不仅仅没有实现消灭未成年犯罪人前科的预设目标,反而在某种程度上加剧了社会的非规范性评价;

另一方面,直接导致了未成年犯罪人心理负担的加重和对于犯罪记录的自我暗示甚至宣扬”。<sup>(45)133</sup>

#### (四) 听不见的独白: 民粹式司法之检视

在众声喧哗的民意浪潮裹挟下,在群情激昂的社会舆论包围下,弱者图像交困于“民愤”与“民怜”之间,也在某种程度上对刑事司法进行施压,随之而来的便是民粹主义司法的呼之欲出,这或多或少损害了刑事司法的公平正义。有学者将此归结于弱者图像的形象塑造对规则分析功能的掩盖之故。“当案件已经成为具有大众影响性的公众事件时,无论它具有怎样的法律道理与意义,法理也很难成为人们关注的焦点或评论的主流声音。相应的,法学家的声音很容易被淹没在案件评论的潮海之中。”<sup>(46)108</sup>由此可见,在舆论审判中,弱者图像包装下的社会舆论顶着“政治正确”、“道德优越”的巨大光环,摇身一变为主导案件评论甚至足以向司法施压的强势话语,让一些理性的声音成为了一种听不见的独白<sup>①</sup>。对此,本文认为主要原因包括以下三个方面:

##### 1. 弱者图像放大化

传播学的“涵化理论”研究表明,媒体为大众呈现的并非社会现实(social reality),而是符号现实(symbolic reality)。这是因为,在媒介化社会中,受制于认知活动的局限性,人类需要将形式多样的社会现实符号化,使之成为可以理解、可以认知、可以解释的现象,正所谓“传播者没有必要向受众陈述事实,而只需向其发出若干概念符号,没有必要刺激他们独立的深层思考,而只需等待他们的条件反射”。<sup>(47)124</sup>这也是弱者图像的传播起点。尽管目前弱势群体的媒介表达存在“领导式的关怀”、“苦难式的同情”、“脸谱式的定型”等偏误,但媒体报道所塑造的弱者图像与大多数社会成员认知框架中“弱势群体”标签下的形象还是比较吻合。因此,建立在“编码-解码”基础上的“媒介弱势化行为”,会进一步强化弱者图像的传播效果。至此,弱者被符号化(图像化),媒介受众清晰看到一个与其既有印象相符的“苦难者”,完成了弱者图像有效传播的第一步。

要实现弱者图像的媒介放大化,仅仅完成上一步骤显然不够,还需进一步将符号化的事物填充进一个“简单明了、易于理解、善恶分明”的二元价值判断体系之中。是故,将弱者置于“弱者/强者”的价值判断

<sup>①</sup> 如北京某法官在采访中表示“现在一提到保护妇女、保护儿童、保护弱势群体,似乎是一种天然的正确,不管他们的诉求是什么,你必须支持他,不然就是不正义的、不道德的,甚至说你就是一个嫖客。”李张光《嫖宿幼女罪存废之争》,《民主与法制时报》2015年9月13日,第5版。

体系之中,突出二者之间的冲突与对立,并藉此制造“恃强凌弱”、“弱肉强食”等感官印象,便成为媒介通过叙事策略建构案件人物<sup>①</sup>以放大弱者图像的第二步。而这正是传媒报道渲染刑事案件的惯用策略之一,即“通过对案件无关情节的文学叙事引爆公众的恻隐之心”。<sup>(48)</sup><sup>48</sup>如无论是在杭州胡斌飙车撞人案中,还是在云南李昌奎故意杀人案中,媒体报道都极力渲染“被害方即将结婚”这一与案件无关的情节,在后一案件中更是有媒体以《用建婚房的砖头砌起两座坟》为题,试图以“婚房”与“坟墓”的鲜明对立和感官冲击,来刻画受害方作为弱者的凄惨形象。

当媒介叙事完成上述步骤后,特别是在“插入式(episodic)”的新闻框架作用下,产生基于情感、同情的“有效启发(availability heuristic)”以及没有区分和辨析的移情,便足以形成基于媒体话语的司法压力源,司法者也更易于或者被说服接受或固化弱者图像在其脑海中关于“强—弱”二分模式的刻板印象。正如有学者指出,在对弱者图像的媒介放大化过程中,“生动形象的图片,情感话语展示的个案描绘,‘讲故事’的传播技巧,往往能够轻而易举地遮蔽其他可能的图景,将受众导向媒体预设的立场和判断”。<sup>(49)</sup>也就是说,通过弱者图像放大化的方式可以实现媒体话语对公共议题的情绪化渲染,能够让媒体受众在面对弱者图像时触目惊心,听之伤心,闻者落泪。

而司法实践表明,上述身份差异越显著,强弱之分越明显,冲突越具有戏剧性,就越容易引起民众关注,越可能导致舆论审判。如据统计,在《南方周末》(2005—2014)评选的“十大影响性诉讼”的55件刑事案件中,犯罪主体与被害主体身份力量(强弱)对比差异明显的案件共有20件,将近一半。<sup>(50)</sup><sup>85</sup>

借助“扁型人物(flat characters)”与“圆型人物(round characters)”的区分,不难发现弱者图像在媒介传播中更多被圆形化了。经由媒介放大镜的放大化、立体化后,呈现在我们面前的弱者多是“圆型人物”。以夏俊峰案为例,在该案中媒体的叙事策略就是力图表明并促使受众认同“夏俊峰并不是一个十恶不赦的杀人犯,而是一个有着与常人一样感情的父亲、丈夫,是一个需要尊重的底层劳动者”。<sup>(51)</sup><sup>28</sup>因此,媒体的描写和渲染不仅着墨于对夏俊峰夫妇生活艰辛的刻画,而且还将平视化视角切换到其儿子身上,不断讲述夏俊峰的儿子们的故事,渲染他儿子的绘画天赋,渲染夏俊峰“为了儿子,我什么都不怕”。

但同样也应当注意到,媒体并没有将圆形化叙事进行到底,比如其刻意回避了弱者作为“可怜之人”的“可恨之处”,“其凶残的一面始终没有被关注,其

杀人在细节上几乎从来没有被呈现,一些媒体津津乐道于城管‘暴力执法’给摊贩所造成的创伤,渲染杀人犯的父母妻儿是多么可怜、多么无助,却几乎不提摊贩杀人对城管家人所造成的创伤”。<sup>(51)</sup><sup>28—29</sup>

这样一来,一旦弱者图像完成上述步骤被媒介放大化,公众舆论便会更加认同传媒所给定的叙事结构,更加趋附媒体关于弱者的议题设置,即便是事后证明涉案人员之间的强弱之分是无妄猜测与主观臆断的结果,涉诉舆论也会在个案审判的过程中逼迫法律天平向“想象中的弱者”倾斜。如在药家鑫一案中,药家鑫系军/富二代的传闻虽然最终被确认为是谣言,但仍然对围绕该案审判的舆论影响起到了推波助澜的效果。

当然,需要特别提及的是,当媒介化社会步入全媒体时代后,弱者图像放大化已不再局限于传统的被动放大化(即诉诸媒体的关注与报道),媒介技术的便捷化与信息传播的迅速化,也让弱者开始逐渐探索以自媒体等媒介工具作为其利益表达渠道的自我放大化(即弱者图像的自我传播与营销)。对此,如宜黄县拆迁案中钟如九“微博救母”的故事让一个单纯的自焚事件成为一个公共性事件。此外,夏俊峰之妻张晶、吴英之父吴永正都曾利用微博为夫/女喊冤、发声。

## 2. 普通案件公案化

无论是美国语境中的轰动性案例(Sensational case),还是本文所指称的影响力个案,实则都反映出了一个共同的特点,即受到民众舆论的强烈关注甚至是过度关注。也正是这个特点让普通案件成为了现代公案,也在普通案件公案化的过程中埋下了舆论审判的伏笔。

“现代公案是民众利用个案内容所涉及的主题元素根据民众需求特点通过议论、诉说、传播和加工而形塑出来的公共事件。”<sup>(14)</sup><sup>23</sup>辩证地来看,普通案件公案化也并非毫无可取之处。“公案之所以成为公案,之所以成为全社会高度关注、高度曝光、高度议论的热点或焦点,是与它鲜明的主题有关,这个主题反映了它所发生的当时社会的基本矛盾和社会问题,比如在美国历史上的许多引起社会广泛关注的案件审判,都是有特定的主题的。”<sup>(14)</sup><sup>23</sup>倘若公案能在“就事论事”的逻辑约束下进行正确的主题提升,引发决策反思,形成法律规则,也未尝不是解决公案背后所反映问题的一个立法契机或事件载体<sup>②</sup>。但

<sup>①</sup> 一个专门性的分析参见刘燕《案件事实的人物建构——崔英杰案叙事分析》,《法制与社会发展》2009年第2期。

<sup>②</sup> 例如2003年孙志刚事件与《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的废止。

令人遗憾的是,在多数公案中,客观事实被舆论事实所取代,民众热衷讨论的并不是案情本身,案件审理效果也自然而然地由“公平”(法律效果)让位于“摆平”(社会效果)。

并不是每个普通案件都能享受到公案化的待遇,如成千上百的非法集资案件中唯独吴英案因受到民众关注而让吴英免于死,可见普通案件之所以能被公案化,其成功关键还在于民意对主题元素<sup>①</sup>的提炼与加工。以王斌余案为例,“该案的‘基本主题元素’是‘民工为讨薪而杀人’。但在经过媒体和民意的加工之后,就添加了许多‘公案主题元素’,诸如社会分配不公、贫富差距、社会歧视、弱势者权利保障机制、农民工劳动保障条件恶劣、农村人口缺乏基本的生活和医疗社会保障,等等。”<sup>(14)25</sup>具体而言,王斌余所处的阶层是社会底层,靠出卖苦力为生,是挣扎在温饱线上的穷人,其身份是进城农民工,是社会排斥的主要对象,长期忍受来自他人的歧视、羞辱甚至是欺压(按其自己的话说就是“活得像条狗”)。这些经济、权利、能力劣势无不把“王斌余”的形象定格化在“弱者”这一图像上。而上述列举的“公案主题元素”都是与案情无关的国情、民情、社情,也是经民意型塑后的舆论事实,当然就更不能成为解决本案定罪量刑问题的事实依据,但这些公案主题元素对民意的鼓动却是非常明显的,于是“杀王斌余就是杀民心”的呼声开始见诸报端也就不足为怪。

当然,上述主题元素的提炼与加工仍离不开媒体对于王斌余的圆形化叙事策略。在这一圆形化叙事中,呈现于我们眼前的是这样一幅炼狱式的生活图景:进城谋生举步维艰、老父受伤无钱医治、索要工资反遭毒打、申诉无效逼上“梁山”。给我们脑海留下深刻印象的也只是“我是被他们逼的没法活了”的“王斌余”(弱者的一面),而不是那个“连捅47刀,刀刀致命,最终导致四死一伤”的“王斌余”(恶人的一面)。

必须注意的是,上述普通案件公案化尚未涉及那些故意利用舆论甚至操纵媒体的情形。比较典型的如宜黄县拆迁案。当媒体成功将拆迁户钟家界定为“弱势群体”,将宜黄政府塑造为“暴力冷血”的代名词,将关注这一事件的普通民众划入与“官”对立的“民”的一边,便成功建构了“我们-他们”的界限,实现了“官民对立”的边界激活(boundary activation),在客观上促进了宜黄事件的升级。媒体已经不再局限于居间联络的简单角色,还进一步以抗争专家(contentious specialist)的角色自居,“不但为弱者提供了新的抗争技术,还创新了弱者的抗争表演,‘机

场截堵’是媒体参与演绎的经典剧目,参与该事件的关键记者在此后仍对此津津乐道”<sup>②</sup>。对于此类普通案件公案化,显然更需警惕。

### 3. 社会问题司法化

在某种程度上来说,普通案件公案化的实质是社会问题司法化。正如有学者所言,“社会公众参与司法个案的讨论,其直接目的与其说是追求司法机构对相关当事人的恰当处置,莫过于说是追求这种处置所确定的某种利益格局,追求这种处置所体现的司法对于相关社会矛盾的立场与态度,以及司法对于不同社会诉求的保护倾向。不仅如此,在公众的讨论中,甚至还掺杂着与个案处置完全不相关的社会要求和社会情绪。”<sup>(13)172-173</sup>

对此,可以吴英案为例说明。在备受舆论关注的吴英案背后,实际上夹带了民粹主义司法的“私货”。“与其说是他们对吴英个人命运的怜悯,还不如说是对我国现行落后的金融法律体制的不满。以吴英案为契机,推动我国现行金融法律体制改革,打破国有银行垄断金融之现状、促进民间金融合法化以及废除经济犯罪死刑等等,才是专家学者关注吴英案的真正旨趣所在。”<sup>(52)22-23</sup>

能否解决这些案件反映出的结构性社会问题,司法并不负有责任也不可能胜任。将社会问题捆绑打包至司法审判过程,将解决社会问题的职能寄希望于司法自身,这显然是让司法承受了其所不能承受之重。然而民意却对司法寄予了过度的期待,并对任何司法判决都赋予身份解释的意义。一旦这样的期待落空或者是解释受阻,便会对判决横加指责或者是迁怒于司法者。对此,正如有学者批判的那样,不能简单信奉网络舆论与现实身份的力量倒置关系。“试图以司法来缓和民众的情绪,使现实生活中的‘弱者’变成司法审判中的‘强者’,‘强者’变成‘弱者’,进而改变现实生活中身份不公平的现状,这在相当程度上扭曲了司法的职能,在短期来看似乎能够缓和社会矛盾,长期来看,在相当程度上使得司法应有的职能受到扭曲。”<sup>(50)89</sup>由此可见,要求司法解决以司法个案为依托的案外诉求,这既不理性,也毫无实效。司法的特性使得司法机关不能总是“把所有问题都自己扛”,个案所引发的社会问题重负也不应该由司法

<sup>①</sup> 有学者从类型化角度将“主题元素”概括为以下六大类:官民冲突、权贵身份、社会民生、道德底线、公德困境、迷离疑难。参见孙笑侠《公案的民意、主题与信息对称》,《中国法学》2010年第3期。不难发现,在这些主题元素,对弱者图像的强调是一个鲜明的特色。

<sup>②</sup> 详细分析参见吕德文《媒介动员、钉子户与抗争政治:宜黄事件再分析》,《社会》2012年第3期。

部门独自承担 相应的, 社会舆论对与司法无关的社会不满情绪也不应该一股脑儿地倾泄到司法身上。

更何况 社会问题司法化对于弱者保护(尤其是对弱者个体本人)并未起到任何实质性的助益。或许舆论审判可能改写弱者的一时状况,但弱者之后的故事却不再受人关注并最终淡出了公众视野,像其他的案例名人一样随风消逝了。作为“沉默的大多数”的弱者,在一阵热闹后发现问题并没有得到实质解决,弱者还是很弱,依旧沉默。沉冤昭雪的赵作海用11年冤狱换来的65万国家赔偿金,据说已经在非法集资的一场骗局中化为泡影。当旅客行色匆匆地走过深圳宝安机场时,又有谁会想起与他/她擦肩而过的清洁工中,曾有一位搅动全国舆论、名叫梁丽的清洁女工呢?

#### 四、结语: 弱势平等考验刑法智慧

刑法如何正确关注弱者,又该如何平等对待弱者?在寻找这些问题答案的过程中,可以直观地感受到,弱者不应该是只配同情的“受难者”,不应该是被污名化的“他者”,更不应该是被整个社会所抛弃的“失败者”。我们凝视刑法中的弱者图像,是为了更好地观察弱者并在此基础上进行关于弱者的法律预设。或许“我弱故法在”这一命题尚能成立,毕竟弱者保护是法律应有的功能之一,但能否将该命题进一步置换为“我弱故刑法在”,则可能诱发前文所述的种种立法与司法弊端。

正如著名学者苏力所言“恻隐之心或同情心只是显示了保护弱者或弱势群体的公共政策有足够的社会心理基础,却未必足以作为政策、法律制度的基础。”<sup>(53)</sup> 因此,要正确理解刑法中的弱者,就必须确立弱者保护的法律之基。而对弱者的法律预设,更需立足于对刑法平等原则的正确理解,又特别是对弱势平等的深入解读。

通常认为,刑法平等原则包括两个方面,即强式意义上的平等(绝对的)与弱式意义上的平等(相对的)。在一般情况下,平等原则要求刑法平等对待每一个主体(强势平等),但是在特殊情况下,在具有正当且充足理由的前提下,刑法可以对弱者进行倾斜保护(弱势平等)。仅仅强调刑法意义上的强势平等,否认强者与弱者之间的差异化待遇(即否认对弱者进行倾斜保护的刑法可能),这本身就是一种“不平等”,是对刑法平等原则的僵化理解与教条解读。正如有学者指出,弱者的“弱势”特质(弱者图像)不应被淹没在抽象的普遍人格中(抽象的“人之图像”),<sup>(54)</sup> 弱者身份本身应当成为刑法给予弱者倾斜保护的思维起点。该学者进而指出,弱势平等下“法律保

护的实现是通过社会弱者的社会权配置及其刑法有效保障来予以体现的,即对于不同类型的主体实行不同的处理法则,并向属于弱势群体的利益倾斜来矫正这种不平等”。<sup>(55)</sup><sup>157</sup>

本文也认为,只有从弱势平等的角度出发来预设和安置弱者图像,才能够真正地实现通过刑法的弱者保护。是故,弱者保护的刑法边界到底何在(有无违背刑法谦抑原则),其介入理由究竟为何(有无正当且充足理由),其干预程度是否恰当(有无过度保护之嫌),都对刑法立法与司法智慧形成了不小考验。

一方面,弱势平等呼唤立法节制。在弱势平等的原则指导下,刑事立法应当根据法益保护的基准来正确预设弱者。法律不是被任意嘲笑的对象,立法者亦不是洞悉一切的圣贤。如前所述,之所以弱者保护中出现了象征性立法等非理性立法,就在于过度渲染弱者图像的刑罚民粹主义(penal populism,亦称“立法上的平民主义”)逼促立法者无论如何也得为弱者去“做点什么(something being done)”,至于最终保护效果究竟如何反倒退居次席,就算是“假装已经奏效(pretend it worked)”的自我满足(象征立法之表征)竟也被默许。

而要想避免此类弊端,除了破除刑法工具观(如将刑法看作保护弱者的“神器”)、限制刑法功能化(如过度运用刑法手段介入民生问题)之外,更为重要的是对刑法谦抑性的坚守。关于刑法谦抑的学说林林总总,落实在立法层面上无外乎强调立法的节制。立法节制是“比例原则”在刑事立法环节的内在要求,通过刑法的弱者保护必须首先经受比例原则的检验。就此而言,立法节制要求刑法保护的边界能够当“止”则“止”,避免弱者保护在立法膨胀中陷入过度保护的陷阱,确保“所立之法”是“当立之法”、“应立之法”、“可立之法”。所以,在欠缺法益侵害之处,犯罪化的脚步应当立即停止,在其他法律尚可应对之时,刑法的人马应当主动撤退。就此而言,弱势平等下的弱者图像对立法者提出了如下要求:

首先,立法者不能单纯为了满足弱者对于刑事立法的期待,动辄以保护弱者为名增设不必要的新罪(当立之法);其次,立法者不能仅仅将对弱者的怜悯转化为罪名设立的动因,不能因为弱者需要法律保护就马上由刑法为之编织法网(应立之法);最后,立法者不能一味基于提升弱者保护的严厉化程度考虑,违背刑法的“最后保障法”性质去制定“昂贵而无效”的象征性条款(可立之法)。

申言之,弱势平等所要求的立法智慧不仅仅在于立法者对弱者图像的全面把握,更在于将弱者保护的

刑法基点仍然回归于法益保护之上。立法者不能单纯关注有社会危害性的弱者权益受损现象,采取所谓的事实中心主义的立法方法论,而是应当将立法者是否考虑动用刑法的起点放置在法益自身之上。在法益立法批判机能不再显著的当下,立法者更应当围绕法益自身构建刑事可罚性的标准,确保犯罪化依据的正当性,并据此判断弱者保护中立法诉求的真假与否并作出决策。

另一方面,弱势平等反对民粹司法。弱势平等肯定弱者保护的理论与实践意义,但并不等于承认弱势平等就意味“但凡弱者皆有理”。尤其是不能放任藉由民粹而形成的民意洪流,打着弱者保护的旗号肆意干预刑事司法审判。通过对抽象的民粹主义进行感性化、情绪化的加工,转变成“为民请命”、“弱者代言”、“底层呼声”的响亮口号,表面上虽然可以所谓的真实的民意自居,实则对刑事司法的正常运转无益。谁代表弱者发言,就是代表我们发言,弱者图像在心理移情作用下变成“可能就是你”、“你我皆弱者”的换喻,它是如此地真切以至于让司法者也“深信不疑”。在弱者图像放大化的过程中,弱者话语也被同步放大,成为足以向司法者施压的强势话语。诚如斯言,在刑罚民粹主义的推波助澜下,“犯罪政策上的强势声音主要来自那些‘长期受苦’、‘被亏待’的人们,尤其是‘受害者’以及恐惧与焦虑的大众”。<sup>(30)</sup><sup>14</sup>然而,弱者在民粹主义司法中真正被“亏待”了吗?还是说弱者在身份互换的舆论审判中“得了便宜还卖乖”?答案不言而喻。由此观之,对于司法者而言,如何恪守不偏不倚的公正裁判立场,最大限度减少民意的不当干预,在刑事司法过程中有效甄

别弱者保护的正当诉求、理性过滤“我弱我有理”的案外杂音,将成为解决这一问题的关键所在。只有让案件的审理回归到案件本身,让司法者毫无顾虑地卸下社会问题解决者的不当角色负担,才得以抵御民粹主义司法的冲击与侵蚀。

总之,在步入全媒体时代的媒介化社会中,立法者如何冷静地倾听弱者的声音,如何理性地勾勒弱者的图像,恐怕绝非易事。而司法者如何正确辨别那些声称是“为弱者代言”的杂音与噪音,排除舆论审判中“我弱我有理”的不当民意干预,也将成为十分棘手的问题。于是,即便未来某天社会公众对“天价系列案件”(如天价葡萄案等)的讨论仍不见得能围绕认识错误这一专业层面而展开,但至少我们不应该再将农民工等弱者图像义无反顾地推至台前来影响此类案件的司法结果。在此意义上来说,在聚焦民生法治、加强弱者保护的“时代强音”中,“法治国”的刑法应当如何正确地关注与平等地对待弱者,或许仍然只是一个才刚刚发出的微弱声音。

当然,弱者保护的学理反思远不止于此。如刑事立法整体上的平等与刑事司法中个案的具体平等是什么关系也值得继续探讨。就此而言,通过刑法的弱者保护仍将任重道远,良法善治的理想之境还远未达到,“像哲人一样思考”(耶林语)的立法者还得秉持一颗赤诚的正义之心,始终擦亮双眼,继续观察“人之图像”,而司法者心中的“人之图像”也正如一方需要“时时勤拂拭”的“明镜台”,唯有此,在能够激发大众激愤的弱者图像面前,只有司法者的目光越理性、冷静、深入,刑事司法才有可能更公平、正义、平等,才能远离舆论审判等民粹主义司法阴影的纠缠。

#### 参 考 文 献

- (1) 林子杰. 人之图像与宪法解释(D). 台湾大学硕士学位论文, 2007.
- (2) 许玉秀. 当代刑法理论之发展(M) // 王兆鹏. 当代刑事法学之理论与发展——蔡墩铭教授荣退感念专辑. 台北: 台湾学林文化事业有限公司, 2002.
- (3) [日] 西原春夫. 刑法的根基与哲学(M). 顾肖荣, 译. 北京: 法律出版社, 2004.
- (4) [德] 拉德布鲁赫. 法学导论(M). 米健, 朱林, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.
- (5) [美] 玛萨·艾伯森·法曼. 脆弱性主体——锚定人类境遇的平等(J). 王新宇, 译. 比较法研究, 2013, (4): 147-160.
- (6) 余少祥. 法律语境中弱势群体概念构建分析(J). 中国法学, 2009, (3): 64-72.
- (7) [美] 小拉什·多兹尔. 仇恨的本质(M). 王江, 译. 北京: 新华出版社, 2004.
- (8) 乔同舟, 李红涛. 农民工社会处境的再现: 一个弱势群体的媒体投影(J). 新闻大学, 2005, (4): 32-37.
- (9) 刘宏恩. 婚姻暴力受虐妇女杀夫之责任能力与违法性问题(下)——法律心理学之观点(J). 月旦法学杂志, 1996, (20): 95-101.
- (10) [德] 罗克辛. 德国刑法学总论(第1卷)(M). 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005.
- (11) 胡玉鸿. “失败者正义”原则与弱者权益保护(J). 中国法学, 2014, (5): 75-94.
- (12) [美] 弗里德曼. 选择的共和国: 法律、权威与文化(M). 高鸿钧, 等译. 北京: 清华大学出版社, 2005.
- (13) 顾培东. 公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考(J). 中国法学, 2008, (4): 167-178.
- (14) 孙笑侠. 公案及其背景——透视转型期司法中的民意(J). 浙江社会科学, 2010, (3): 21-28.

- (15) 李怀胜. 路径依赖与弱势情结——梁丽案的一个法社会学解读(J). 西部法学评论 2010, (2): 11-12.
- (16) 包利民 林志雄. 强者政治学与弱者政治学(J). 浙江学刊 2007, (4): 34-39.
- (17) 周安平. 涉诉舆论的面相与本相: 十大经典案例分析(J). 中国法学 2013, (1): 160-174.
- (18) 卢建平. 加强对民生的刑法保护——民生刑法之提倡(J). 法学杂志 2010, (12): 10-13.
- (19) 何荣功. 社会治理“过度刑法化”的法哲学批判(J). 中外法学 2015, (2): 523-547.
- (20) 于志刚. 刑法修正何时休(J). 法学 2011, (4): 9-13.
- (21) 孙笑侠. 公案的民意、主题与信息对称(J). 中国法学 2010, (3): 136-144.
- (22) 古承宗. 风险社会与现代刑法的象征性(J). 科技法学评论, 2013, 10(1): 115-177.
- (23) 葛先园. 主体间型立法的概念及其意义(J). 法律科学 2011, (4): 52-59.
- (24) R. Purdy. Professional Responsibility for Legislative Drafters: Suggested Guidelines and Discussion of Ethics and Role Problems (J). SetonHall Legislative Journal, 1987. Vol. 11.
- (25) 王晨光. 法律的可诉性: 现代法治国家中法律的特征之一(J). 法学, 1998, (8): 18-22.
- (26) [日]高桥则夫. 风险社会与犯罪论的应有状态(M) // 陈家林, 译. 莫洪亮, 王晨. 社会转型与法学发展: 纪念马克昌教授逝世一周年国际学术研讨会论文集. 北京: 中国人民公安大学出版社 2013.
- (27) [日]佐伯仁志. 刑法総論の考え方? 楽しみ方(M). 东京: 有斐閣 2013.
- (28) 张明楷. 犯罪定义与犯罪化(J). 法学研究 2008, (3): 143-145.
- (29) Hassemer. Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, in: Strafrecht: sein Selbstverständnis, seine Welt, 2008, S.
- (30) [英]David Garland. 控制的文化——当代社会的犯罪与社会秩序. 周盈成(M). 台北: 巨流图书有限公司 2006.
- (31) [德]哈塞默尔. 面对各种新型犯罪的刑法(M) // 冯军, 译. 中国人民大学刑事法律科学研究中心. 刑事法学的当代展开(上). 北京: 中国检察出版社 2008.
- (32) 刘艳红. 当下中国刑事立法应当如何谦抑? ——以恶意欠薪行为入罪为例之批判性分析(J). 环球法律评论 2012, (2): 61-75.
- (33) 王正嘉. 劳动者保护与劳动刑法之法理与检讨(J). “国立”中正大学法学集刊 2013, (38): 99-148.
- (34) 舒平锋. 拒不支付劳动报酬罪研究——以40例拒不支付劳动报酬案件为分析样本(J). 中国刑事法杂志, 2013, (2): 57-64.
- (35) 胡玉鸿. 人权视野中的弱者保护(M). 北京: 中国政法大学出版社 2012.
- (36) 孙万怀. 刑事立法过度回应刑事政策的主旨检讨(J). 青海社会科学 2013, (2): 65-74.
- (37) [德]汉斯·海因里希·耶赛克, [德]托马斯·魏根特. 德国刑法教科书(M). 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- (38) 黄荣坚. 台湾刑法学上若干用语之商榷(M) // 刘幸义. 东亚法律汉字用语. 台北: 台湾新学林出版股份有限公司 2007.
- (39) 张荣丽. “嫖宿幼女罪”存废论——基于儿童优先和非歧视原则的分析(J). 妇女研究论丛 2013, (1): 33-39.
- (40) 林贵文 朱建华. 嫖宿幼女罪保护法益的正本清源——兼谈嫖宿幼女罪未来的修法方向(J). 现代法学 2014, (5): 82-95.
- (41) [日]高山佳奈子. 政治主导下之近年日本刑事立法(J). 谢煜伟, 译. 月旦法学杂志 2009, (9): 138-152.
- (42) 马姝. 社会治理中的他者: 援交事件的女性主义视角的分析——以S市未成年女性参与和介绍卖淫案为例(J). 青少年犯罪问题 2012, (3): 4-10.
- (43) 赵军. 嫖宿幼女、援助交际的他面呈现——基于纵向维度“入圈考察”的个案研究(J). 法学评论 2014, (2): 173-182.
- (44) 屈学武. 死罪、死刑与期待可能性——基于受虐女性杀人命案的法理分析(J). 环球法律评论 2005, (1): 58-70.
- (45) 于志刚. 前科消灭制度司法探索模式的批判性反思(J). 法学评论 2013, (3): 127-134.
- (46) 栗峥. 传媒与司法的偏差——以2009十大影响力诉讼案例为例(J). 政法论坛 2010, (5): 107-114.
- (47) 许静. 浅论政治传播中的符号化过程(J). 国际政治研究, 2004, (1): 123-130.
- (48) 石聚航. 传媒报道渲染刑事案件的策略及其反思(J). 法商研究 2015, (4): 45-53.
- (49) 吴元元. 信息能力与压力型立法(J). 中国社会科学 2010, (1): 147-159.
- (50) 徐光华. 从涉案主体的身份特征看影响力刑事诉讼中的司法与民意——以2005-2014年《南方周末》评选的55件影响力刑事案件为例(J). 暨南学报 2015, (3): 83-91.
- (51) 陈柏峰. 城管执法冲突的社会情境——《城管来了》为文本展开(J). 法学家 2013, (6): 15-32.
- (52) 刘练军. 民粹主义司法(J). 法律科学 2013, (1): 15-29.
- (53) 苏力. 弱者保护与法律面前人人平等——从孕妇李丽云死亡事件切入(J). 北京大学学报 2008, (6): 5-11.
- (54) 姜涛. 市民刑法的理论困境与出路——以强者与弱者之间的对象性犯罪为视角(J). 东方法学, 2015, (2): 52-68.
- (55) 姜涛. 弱势平等: 理论界定与刑法实践(J). 江苏社会科学, 2012, (5): 155-160. (本文责任编辑 付玉明)