

# 刑事政策司法化的内在道德

孙万怀 著

The Inner Normals of Criminal Policy Judicialization



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 版权信息

---

刑事政策司法化的内在道德/孙万怀著.—北京：北京大学出版社，  
2021.1

ISBN 978-7-301-31814-0

I.①刑... II.①孙... III.①刑事政策—研究—中国 IV.①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第214370号

书 名 刑事政策司法化的内在道德

XINGSHI ZHENGCE SIFAHUA DE NEIZAI DAODE

著作责任者 孙万怀 著

责任编辑 徐 音 李小舟

标准书号 ISBN 978-7-301-31814-0

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> 新浪微博：@北京大学出版社

电子信箱 [sdyy\\_2005@126.com](mailto:sdyy_2005@126.com)

电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 021-  
62071998

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

# 目 录

---

[版权信息](#)

[题记](#)

[引言 司法犯罪化的表征](#)

[第一章 问题的实质与罪刑法定理念的重申](#)

[一、一个前提性的问题——刑法基本理念的内涵解构与范畴界定](#)

[二、罪刑法定原则向罪刑法定理念的位移](#)

[三、坚持罪的明确性还是刑的明确性优先](#)

[第二章 “风险刑法”观——风险社会中刑法的冲动](#)

[一、风险社会与风险刑法的提出](#)

[二、“风险社会”理论能否为风险刑法奠基](#)

[三、风险刑法的理论基础的证伪](#)

[四、风险社会框架下的风险刑法的实质与后果](#)

[五、出路：信守政策和法治的底线](#)

[六、莫将管理的失误视同为刑法的风险](#)

[第三章 罪刑关系法定化困境与人道主义补足](#)

[一、法定化困境的规范因素及其所引发的刑罚人道主义重拾](#)

[二、法定化困境解决的现实策略与人道主义的路径](#)

[三、人道主义诉求是刑事司法职业者的道德责任](#)

[第四章 刑事司法适用的合宪性引导](#)

[一、现实与理论研究问题之所在](#)

[二、一个前置性的问题：刑法解释的位阶分歧与合宪性解释的介入](#)

[三、刑法解释以效力为基础的位阶进路：合规范性、合刑性与合宪性](#)

[四、宪法性的基本权利之于刑法适用的作用](#)

## 五、合宪性解释原则对于刑法适用的引导

### 第五章 民意在刑事司法中的解构

#### 一、在刑事司法领域如何解构民意

#### 二、定罪量刑过程中排除民意的特殊性要求

#### 三、刑事审判独立情形下民意才能被真正排除

#### 四、宣告刑超越刑法的进一步考察——民意乎？权意乎？

#### 五、坚守法律信仰

### 第六章 刑事政策的司法化回归

#### 一、刑事政策司法化研究的理论自觉

#### 二、对宽严相济刑事政策初衷的背离

#### 三、在追根溯源中合理定位宽严相济刑事政策

#### 四、宽严相济刑事政策的法律逻辑和形式逻辑

### 第七章 实体的具体检视I：以危险方法危害公共安全罪之口袋化

#### 一、以危险方法危害公共安全罪成为口袋罪的症候

#### 二、以危险方法危害公共安全罪口袋化的社会背景——刑事政策

#### 价值取向的不同解读

#### 三、对于规范主义抛弃的必然结果是罪名的口袋化

#### 四、罪刑法定原则的坚守——剔除刑法的戾气

### 第八章 实体的具体检视II：网络谣言与寻衅滋事罪之口袋化

#### 一、争议是怎么展现出来的

#### 二、信息虚假性的界定标准是什么

#### 三、“公共秩序严重混乱”究竟该如何理解

#### 四、“恶意”为什么会与“虚假信息”联系在一起

### 第九章 实体的具体检视III：有毒有害食品犯罪的量刑偏向与反制定罪

#### 一、问题的提出——打击态势与打击特征

#### 二、有毒有害食品犯罪量刑中的轻轻重重倾向之质疑

#### 三、有毒有害食品犯罪定罪中“量刑反制”的偏好及其否定

### 第十章 形式的具体检视I：指导性案例中的规则建构

一、是谁而鸣——制度设定的初衷、争议及对现实的启示

二、如何避免武断化的刑事个案指导与刑事案例指导制度的武断化

三、案例指导应侧重于例外性、补充性与平衡性

第十一章 形式的具体检视II：刑事裁判文书的说理之殇

一、刑事裁判文书公开所附着的意义及其形式性

二、刑事裁判文书公开后所昭示的裁判缺乏说理性特征

三、刑事裁判文书缺乏说理导致裁决沦为缺乏权威性的“单纯的暴力”

四、裁判文书的说理是刑法学研究得以健康发展的实质前提

后记

谨以此书纪念恩师苏惠渔先生

## 题记

当代著名的法哲学家富勒基于其所信奉的自然法精神，认为法律不能够简单地建构在规范之上，而是有其道德属性，并据此提出了法律存在内在道德和外在道德的评价。所谓外在的道德，是指法律规范对道德规范的认可和强化，是法律的实体目标；所谓内在道德，则是指适用法律时所要遵循的基本原则和程序伦理。

同样，刑事司法的过程性质以及政策司法化的过程更加存在着内在的道德诉求。只有这样才能合理地处理好政策与法律的关系，从而进一步强化法律的规则伦理，实现或接近法律的合目的性。

## 引言 司法犯罪化的表征

刑事法治建设和刑法学研究的历程，就是一个贯穿着刑法理念之研究、革新的历程。时光荏苒，洗尽铅华，我们对于刑法理念的认识和研究愈加全面、丰富和成熟，但这并不意味着其中没有反复和碰撞，尤其是在社会转型时期，在多重风险并发和多种利益交织的时代，各种理论五花八门，如何将国外的理论与中国社会实践有机结合，如何在纷繁的社会现实中保持独立而清醒的思考，都磨炼着刑法研究者的神经。此时，追根溯源，回归对刑法基本理念的反思，显得尤为必要。

有论者提出，“司法上的犯罪化，也可谓解释适用上的犯罪化，即在适用刑法时，将迄今为止没有适用刑法作为犯罪处理的行为，通过新的解释将其作为犯罪处理”，“实际上是因为社会生活事实的变化，在刑法条文可能具有的含义内，对刑法做出同时代的客观解释的结果，是刑法真实含义不断变化的结果。罪刑‘法’定而非‘立法者’定，虽然立法者的原意可能不变，法条文字也未曾更改，但社会生活事实的变化必然导致法条含义的变化。所以，只要司法上的犯罪化并不背离法文的客观含义，即使违背了所谓立法原意，也应认为符合罪刑法定原则”<sup>[1]</sup>。简而言之，这种观点借助客观解释、实质解释的手段来探求刑法条文的可能含义，从而在司法实践中为扩张司法权提供依据，但这是不是对罪刑法定原则及其理念的坚守，值得我们深思。

从一定程度上而言，司法犯罪化只是一种宏观的思路，如果说司法犯罪化从形式上看并无新意，那么其赖以支撑或体现的实践或理论，则总是以新的面目出现。而这些“更新”表面上似乎在关注刑法的适应性和社会性，在关注个案的正义，但也在不断地冲击或销蚀罪刑

法定原则的基本意蕴，这可以最为明显而直接地体现在以下的论争中：

### 1.对于刑法明确性的讨论

罪刑法定原则的派生原则之一就是刑法的明确性，准确理解和把握明确性原则，需要借助刑法解释，需要厘定明确的标准。有论者提出以常理作为判断刑法解释合理性和刑法文本含义确定性的标准，认为“现代法治归根结底应该是人性之治、良心之治，绝不应归结为机械的规则之治”；“我们实行法治，绝不能显失公平、绝不能违背常理、绝不能不顾人情”；“我们的法律是人民的法律，绝不应该对其做出根本背离老百姓所共同认可的常识、常理、常情的解释”。<sup>[2]</sup>如果坚持以“常识、常理、常情”为判断标准，就有可能产生“法、理、情”三者之间以及“法律”与“人民认同”等的冲突甚至矛盾。对此，这种论点认为，坚持讲“法”不讲“理”实际上是坚持“恶法亦法”；无论是普通民众，还是经过法律专业训练的人，在日常生活中基本上都是根据自己在与他人的交往中所了解到的那些为社会普遍认同的人与自然应该如何相处的基本知识、人与人应该如何相处的基本道理。如果这是一个事实，那么当我们的“法”与普通民众普遍认同的基本道理发生冲突的时候，我们坚持讲“法”不讲“理”，主张对那些即使明显违情背理的“法”也必须坚持“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”，是不是就是在主张少数掌握立法权的人可以用法律的手段强迫大多数人接受他们的意志？这种将少数人意志强加给普通民众的做法是不是人治？是不是必然会导致“有（立法）权就是法”“（立法）权大于法”的结果？传统法学理论的核心理念是反民主的，是反科学、反人民、反法治、反人性的。“合情合理不合‘法’的要依‘法’办”这个口号，就是传统法学理论根本缺陷的集中体现。<sup>[3]</sup>因此，传统法学理论的主张（恶法亦法）都可以归结为法是少数人（立法者或自然法学家）意志的体现，法治应是少数人对多数人的统治。坚持这些理论，在实践中必然

结出“有权就是法”“权必然大于法”的恶果；坚持以这些理论指导法治，必然导致人治，导致专制。<sup>[4]</sup>能否准确理解和把握这种观点的实质，成为能否真正坚持和恪守罪刑法定原则及其理念的一个挑战。这种以常理来思考刑法适用的观点，不仅导致了刑法学界的纷争，而且导致了法理学界的论战。此外，这一观点在一定区域已经产生了实质性的影响，也得到了来自实践的一部分支持。就冲突本身而言，双方的分歧泾渭分明，要么简单地肯定，要么简单地否定。但是，是不是存在着第三条道路呢？

## 2.对于“风险刑法”的激辩

自德国著名社会学家乌尔里希·贝克出版《风险社会》一书，并提出“风险社会”概念以来，世界各国学者相继开展了风险社会视野下的法学思考和研究。这同样引起了我国刑法理论界和司法实务界持续而强烈的关注，关于风险社会理论的研究蔚然成风，很快聚集了一批追随者。然而，随着认识、思考的不断深入，对于风险社会视野下的刑法定位问题在理论界和实务界都引起了不小的争议和分歧，赞成、追随的声音与质疑、反思的声音交织、混杂，成为刑法学界一道“靓丽的风景线”。如何把握风险的内涵与实质，如何正确认识风险社会及其本质，如何看待风险社会理论与刑法的关系，立足于风险社会理论上的风险刑法理念是否符合罪刑法定原则及其理念等问题，成为当下中国社会转型时期我们无法回避而须直面破解的难题。

“无论是风险社会还是风险刑法，风险是其中的关键词。如何界定这里的风险，直接关系到风险刑法理论存在的正当性。尤其应当指出，因为风险刑法是从风险社会引申出来的，所以风险刑法的风险与风险社会的风险应当具有同一性，至少具有类似性。”<sup>[5]</sup>然而，仔细地对比之后我们发现，对于风险社会理论所谓的“风险”与风险刑法指称的“风险”是否具有同质性，不无分歧。对于“风险”一词的理解，我们

可以追溯到风险社会理论创始人乌尔里希·贝克那里，“风险概念是一个很现代的概念，是个指明自然终结和传统终结的概念。或者换句话说：在自然和传统失去它们的无限效力并依赖于人的决定的地方，才谈得上风险。风险概念表明人们创造了一种文明，以便使自己的决定将会造成的不可预见的后果具备可预见性，从而控制不可控制的事情，通过有意采取的预防性行动以及相应的制度化的措施战胜种种副作用”<sup>[6]</sup>。风险无处不在、无时不有，古往今来莫不如此，然而仔细品味贝克教授的话语，可以发现他所指称的这种风险与自然意义和传统意义上的风险完全不同，而是一种现代意义上的、由人自身所决定而产生的风险。在人类进入现代社会以后，自然风险、传统风险并不见得少了多少，然而贝克教授此处定义和指称的已然不是这种意义上的风险，而是在现代社会特别是工业文明发展起来的工业社会下人类自身制造的危险（源）。“应当指出，贝克所说的风险社会的风险并不是一般意义上的工业社会的风险，而是后工业社会的风险，主要是指技术风险。这个意义上的风险首先是技术风险，其次是随着科学技术的广泛应用而导致的社会各个领域发生的风险，例如转基因、环境污染、核辐射、生物危机等。贝克不仅将工业社会的风险与农耕社会的自然风险相区分，而且将后工业社会的技术风险与工业社会的事故风险相区分。”<sup>[7]</sup>

简而言之，贝克教授提出的风险社会理论的核心概念——风险，其本质就是一种技术风险。这与我国一些风险论者所谓的“风险”如何对接，成为一个绕不开的问题，因为概念的原有使用语境和背景似乎存在差异。例如，“现代社会越来越多地面临各种人为风险，从电子病毒、核辐射到交通事故，从转基因食品、环境污染到犯罪率攀升等。工业社会由其自身系统制造的危险而身不由己地突变为风险社会。除技术风险外，政治社会风险与经济风险等制度风险也是风险结构的组成部分……公众对风险所带来的健康与环境问题的担忧及其社会、经济和政治后果的关切，直接促成风险问题在当代的政治化”<sup>[8]</sup>。“不可

否认的是，在我国现代化的进程中技术风险、环境风险、政治风险、经济风险、信任风险等各种风险正在逐渐增多、增大，而近年来频发的环境污染事件、食品安全事件、群体性事件就是适例。”<sup>[9]</sup>还有论者将其扩大至犯罪风险，“随着各国市场经济的快速发展和全球经济一体化的加剧，当今各国的经济发展都不可避免地面临着各种各样的犯罪风险，因而不可不提防。其中，犯罪危害的加剧和犯罪类型的翻新就是这种犯罪风险的直观体现，这必将带来刑法解释学中的些许变化”<sup>[10]</sup>。此外，前述已经指出贝克所谓的风险是后工业化时代的后工业社会的风险，但是在我国风险刑法论者那里，大多数论证都是以工业社会的风险为根据，事故型风险特别是责任事故型风险成为他们经常所举的例证，如“在风险社会中，恶性交通事故频发、环境污染愈演愈烈、药品与食品安全事故大量涌现……社会成员精神上或心理上的负荷在不断提高”<sup>[11]</sup>。“但是，这种事故型风险并不符合风险社会的风险所具有的不确定性特征，它是由行为人的操作疏失或者管理过失造成的，仍然属于常规的风险，属于可以控制的工业社会的风险。”<sup>[12]</sup>“传统社会的事故型风险不可能导致全球性灾难，交通事故与核风险、基因风险、生化风险等存在根本区别。”<sup>[13]</sup>

风险社会论者所说的技术风险在风险刑法论者那里已然成为一个无所不包的概念，不仅混同了一般意义上的社会风险与后工业时代的技术风险之间的本质差异，而且泛化使用导致其内涵变得无边无际乃至“模糊化”，这实际上已然与风险社会理论失去了基础性联结，这种概念的使用已经突破了原有的范围而使得二者失去了同一性，如此就意味着风险刑法的基础立论没有获得支持而丧失了现实基础。正如有论者一针见血地指出，“风险刑法理论最根本的谬误在于，未全面了解贝克的反思性现代化理论，因而对风险社会理论的理解过于肤浅和狭隘，更多的是根据‘风险社会’的字面含义，将其理解为‘有风险的社会’或‘风险增多的社会’，这完全背离了风险社会理论的精髓。尤其

是，它未能明确风险社会的风险与传统社会的风险之间的‘世纪性差别’，曲解了风险范畴的真实含义”<sup>[14]</sup>。

我国一些学者认为，“风险社会”理论与“风险刑法”没有直接的逻辑联结，前者无法为后者提供理论支持，不断递增的社会风险也不能作为后者的现实基础。风险社会视野下的刑法没有全面介入、完全控制乃至规避、消除风险的作用空间和功效，因为从严格意义上讲，“风险社会的风险是后工业社会的技术风险，这种风险具有不可预知性与不可控制性，根本不可能进入刑法调整的范围。风险刑法理论将风险予以泛化，并且主要是以工业社会的事故型风险为原型展开其论述与论证，但这与风险社会的风险并无关联”<sup>[15]</sup>。从风险社会角度而言，其所提出的技术风险产生于特殊的时代背景和社会环境，具有不确定性和不可预见性，这导致其难以控制。这一问题的解决应当通过科学技术的发展来提高人类预判和控制技术风险的能力，以最大限度地减少类似风险及其危害。如果从更广的视角来看，人类为了应对类似风险，采取法律手段应对似乎也不为过，然而，这种借助法律的应对毕竟是间接的，而且“这里的法律应对基本上属于行政法的范畴”<sup>[16]</sup>，“对技术风险的行政法意义上的规制，主要是指对作为技术风险规制主体的政府决策行为的规范，使之符合社会的最大利益”<sup>[17]</sup>，这里实际上没有刑法规制乃至消除存在极大不确定性的技术风险的作用空间。因此，“风险社会的风险并不能等同于风险刑法的风险或者危险。从风险社会引申出的风险刑法理论，给人造成的一个重大误解就在于使两种完全不同的风险相类比或者相等同，建立在这种逻辑上断裂基础之上的风险刑法理论容易造成思想上的混乱。实际上，风险刑法理论并没有指出风险社会中的风险如何进入刑法视野的适当路径，而是将两者的连接建立在风险社会与风险刑法都采用的风险这个内涵漂移与外延模糊的词汇之上，这是一种虚幻的联系”<sup>[18]</sup>。

如果扩大了讲，将风险社会中的风险与刑法的危险范畴不进行严格区分<sup>[19]</sup>，使得风险刑法脱离风险社会视域下的技术风险藩篱得以扩展，是否就意味着刑法可以强力介入呢？在面临所谓的风险时，刑法应当发挥什么作用、处于什么位置、扮演什么角色呢？此时，应当如何把握刑法与风险的关系呢？对此，风险刑法论者认为，“公共政策的秩序功能决定了它必然是功利导向的，刑法固有的政治性与工具性恰好与此导向需要相吻合。无论人们对刑法的权利保障功能寄予多大期望，在风险无所不在的社会中，刑法的秩序保护功能注定成为主导。现代国家当然不可能放弃刑法这一秩序利器，它更需要通过有目的地系统使用刑法达到控制风险的政治目标。刑法由此成为国家对付风险的重要工具，公共政策借此大举侵入刑事领域也就成为必然现象。它表征的正是风险社会的安全需要。在风险成为当代社会的基本特征后，刑法逐渐蜕变成一项规制性的管理事务。作为风险控制机制中的组成部分，刑法不再为报应与谴责而惩罚，主要是为控制风险进行威慑；威慑成为施加刑事制裁的首要理由”<sup>[20]</sup>。在这里，我们可以发现在风险刑法论者那里，刑法的工具性和功利性受到重视，工具主义和功利主义思想的抬头趋势渐显，刑法的社会保护功能优于权利保障功能，刑法规制的对象由实害（结果）向（潜在的）危险转变，刑法介入风险规制的位置由“后置”变为“前置”，刑法由重视惩罚和报应向强调威慑和（一般）预防转变。

### 3.“敌人刑法”理论的出现

在风险社会理论面世前后<sup>[21]</sup>，德国著名刑法学家京特·雅科布斯提出了“敌人刑法”的概念，并陆续阐发了其内容，这促成了“敌人刑法”理论的出现。<sup>[22]</sup>近年来，“敌人刑法”理论引起了我国学者的关注，理论界观点不一，赞成者有之<sup>[23]</sup>，反对者亦有之<sup>[24]</sup>。准确理解和把握“敌人刑法”的基本内容和实质，成为我们对奠基于此的“敌人刑法”理论是否符合罪刑法定原则及其理念作出准确判断的前提。对此，

在简要勾勒和描述“敌人刑法”理论的内容和主张后，笔者认为这一理论存在难以回避的缺陷，其本质上与“风险刑法”存在共通之处，但实际上是社会防卫思想的凸显，有违法治国的人权保障理念，如果强行引入到我国刑法中来，将会引发法治风险和人权保障风险。

因此，准确把握“敌人刑法”的基础是对其中“敌人”的内涵作出准确的解读。这里需要明确的是，“由于我国刑法在历史上曾被视为与‘阶级敌人’斗争的工具而具有鲜明的政治色彩，在我国现实的学术场中论及雅科布斯的敌人刑法易使人误解为是主张回归到传统的政治型刑法，这其实是对‘敌人刑法’学说的误读与不加思索的表现”<sup>[25]</sup>，是对“敌人”的误解所导致的。此处的“敌人”并非政治术语中主流意识形态的反对者抑或是战争中的敌对方，更非纳粹时期卡尔·施密特（Carl Schmitt）根据是否信仰上帝、是否是异族人而从政治上区分的敌友（施密特曾为纳粹政权迫害异己造声势服务）。雅科布斯教授提出并阐发了人格体和非人格体、市民刑法与敌人刑法的划分理论，“然而到底一个人什么时候可以被视为法律上的非人格体或者说敌人，如何确定人格体与非人格体、市民与敌人这种区分的具体标准，Jakobs则语焉不详”<sup>[26]</sup>。根据这一理论，他认为“敌人”作为“原则性的偏离者没有提供人格行动的保障，因此不能将其作为市民来对待，而是必须作为敌人来征伐”<sup>[27]</sup>。一个犯罪人，如果就其态度或就其维生之职业或就其参与犯罪组织等角度而言，“可被设想为是持续性地要违背法律”，则这种犯罪人是原则性、恒常性的否定法律者，就是“敌人”，敌人本质上不是公民，更非市民，而是公敌。在这里，实际上并没有一个清晰准确的概念界定，使得这种描述类似于风险刑法力倡的抽象危险犯一样令人无法捉摸。冯军教授将此进一步阐发为：“谁通过行为对实在法的基本规范进行了基本违反，谁就是这个现实世界的敌人；所谓实在法的基本规范，是指现实社会所必不可少的法规范，也就是现实社会中保护生命权、自由权和财产权的法规范；所谓基本违反，是指没有任何值得社会宽恕的理由下以最极端的形式实施的违反行为。在

敌人的敌对行为中完全不存在任何值得社会宽恕的理由，他们原则性地破坏了社会的实在法规范。”<sup>[28]</sup>何为基本规范与非基本规范的区分？标准是什么？什么又是基本的违反和非基本的违反？界定的依据何在？如果“敌人”无法界定清楚，市民会不会成为“敌人”？表面上是市民实际上是敌人或者表面上是敌人实际上仍然是市民，这种表里不一的“人”究竟如何定性？是否存在误判的可能？如果“敌人”的界定存在误判的可能，如何保证这种误判降低到最低限度乃至消除？如果无法消除，基于对人权保障和无辜者权利的考量，此时划分敌人和市民还有明确的界限吗？或者还有规范意义、实质价值吗？我们应当看到，从雅科布斯教授首提“敌人”概念及“敌人刑法”到其后各学者的阐发，都在试图将“敌人”的画像予以清晰化、明确化，但从某种意义上来说这种描绘越来越“不清晰”，这也使得敌人刑法的可操作性大打折扣甚至荡然无存，成为一个没有社会实践基础的纯理论的描述性概念。我国历史上一直盛行意识形态领域和政治意义上的“敌人刑法”，如果无法在一个规范的意义做出现实可行而又清晰准确的描述和界定，即便我们引入了这样一种理论，也很难保证其在刑事立法和刑事司法中得到准确的理解和执行，反倒有可能打着“消灭敌人”的旗帜，使得刑法以正义之神的名义变为作恶的护盾。这不禁让我们对这种立足于法治国框架下，从规范角度出发并力图从规范意义上界定，但得到的却是这种不规范、不明确的概念和以此为基础的敌人刑法理论能够毫无差错地得到理解和执行心存质疑，同时也对其可能引发的法治风险和人权保障风险心存忧虑。

如果能够准确划定“敌人”的画像，那么由谁来认定何者是市民、何者是敌人呢？划定归属的权力应当由谁执掌并依据何种具体可操作的准则得以公正无私地执行呢？对敌人的定义权也是敌人刑法论者无法直接正面回答的一个问题，其困境在于既然已经将这个社会中的一些人作为所谓的“非人格体”对待，认为其不属于市民而是敌人，那么我们还能使用由市民社会法则建立的一整套刑事实体法和刑事程序来

追究、认定、执行对“非人格体”的刑罚吗？这其中的矛盾恐怕难以消解。因为针对市民建立的一整套刑事罚则和程序规定首先承认行为人具有法律人格，把人当“人”看，把人当“人”对待，即必须给予行为人、被告人和犯罪人以人权保障、人道待遇，否则就是不人道的、非正义的。而按照敌人刑法论者的观点，这种人道待遇只适用于享有“人格体”的市民，而对于“非人格体”的敌人断然不能再适用这套刑事体系，敌人刑法主张对敌人要突破“比例性原则”，施加更严厉的惩罚，要废除或限制一般被刑事指控者所享有的“正当程序”权利，甚至认为“敌人不应该在现实社会中享有人类尊严，也不拥有现实社会所保障的人权”。<sup>[29]</sup>那么，作为“非人格体”的敌人在强调保障人权的市民刑法体系下成为惩罚对象却不配拥有这种刑事体系下的人权待遇，是否存在内在无法消解的冲突呢？显然，敌人刑法论者无法圆满地回答这个问题。如果说敌人刑法是依附于市民刑法，上述分析可以印证二者无法兼容，那么敌人刑法必须重新建立一套新的刑事追责体系，但在那种体系下的敌人刑法还是“法”吗？某种意义上它已经丧失了合法性和正当性而异化为“针对敌人的纯粹的暴虐统治工具”了，而这与当今世界普遍称道的法治国理念和人权保障理念存在根本分歧。“Jakobs把与规范的沟通能力和沟通意愿视为人的属性，把那些不愿意或者不能够满足规范期待的人视为法律上的非人格体，排除他们作为人的资格，因此主张对之采取防卫性的刑事制裁，大大限缩其程序权利，将其隔离于社会之外，以达到风险防御的目的，与西方宪政法治国原则格格不入”，而面对敌人刑法与法治国理念之间的对立冲突，“倡导在市民刑法之外发展敌人刑法作为其补充，其结局极有可能不是像Jakobs所说的那样有利于法治国的维护，而是恰恰相反，反而会从内部侵蚀法治国的生存根基。此外，界定标准的模糊也为国家机器滥用权力大开方便之门”。<sup>[30]</sup>

进入到更深层次考察，雅科布斯教授提出的人格体与非人格体的区分、敌人刑法与市民刑法的划分等理论，实际上是其规范适用理论