

告示与论证的背离：罪刑法定原则在当代刑法教义学中的功能嬗变及其制度回应

高鹏 著 · 发表于2026年7月24日 · 深化增补版 · 三种阅读方式

摘要

罪刑法定是否已从公民事前可理解的告示原则，滑向专家事后能够闭合的论证原则？文章提出可测量的“朴素认知可触及性”。

中华智问知识发生器 · sdeuniverses.com · 2026/7/24 08:01:07

告示与论证的背离：罪刑法定原则在当代刑法教义学中的功能嬗变及其制度回应

罪刑法定原则被公认为现代刑法的基石，然而，其在当代刑法体系中的实际功能已与其原初含义发生了深刻的背离。本文的核心命题是：在当代刑法教义学的精密化进程中，罪刑法定原则的实质功能已从费尔巴哈意义上的“事前告示原则”被静默地置换为一套“事后论证闭合原则”。前者要求惩罚必须建立在公民能够事先理解的明确法条之上；后者则仅要求任何刑事处罚能在由法条、司法解释、通说和判例构成的封闭论证体系内找到充分的理由。这一嬗变使得“可预测性”这项制度承诺从一项普遍权利蜕变为一种按群体分配的认知资源：大型企业的法务部门处于解释通道的内层，经历着一个高度可预测的规则系统；而小微经济主体和普通个人处于外层，面对的是他们无法凭日常经验有效导航的陌生规范地貌。本文通过一项“构成要件要素的朴素认知可触及性”分析，揭示了这一替代过程在不同罪名中的差序格局——从故意杀人罪等自然犯中告示功能的高度残留，到非法经营罪等法定犯中论证功能的近乎完全覆盖。据此，本文提出三个可操作的分析工具——罪名论证闭合度评估、判决书论证功能分检和审级差序追踪——并据以展开一个包含五个方向的实证研究纲领，旨在将关于罪刑法定原则命运的讨论从应然层面的争吵，转向对具体罪名认知可及性的逐一清点与制度补偿机制的逐个设计。

1 引言

1.1 问题的提出

2016年，内蒙古农民王力军因收购玉米被以非法经营罪判处有期徒刑一年，缓刑二年。判决的核心依据是，他的行为“违反了国家规定”，构成了《刑法》第二百二十五条第四项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。尽管该案最终由最高人民法院再审改判无罪，但它在公众认知层面撕开了一道持续流血的伤口：一个公民，在做一件在他看来天经地义的事——从一个村子收购玉米，运到另一个村子卖掉——为什么会在无意中触犯刑法？国家不是承诺过“法无明文规定不为罪”吗？那些“明文规定”在哪里？

这个问题指向的，正是罪刑法定原则在当代面临的深层困境。法学界的传统回应通常指向两个方向：一是立法论层面的批评——非法经营罪的“口袋化”倾向违反了罪刑法定对构成要件明确性的要求（陈兴良，2011）；二是解释论层面的辩护——通过对“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”进行体系性限缩解释，可以在教义学内部恢复该罪名的明确性（张明楷，2014）。然而，这两种回应虽然各有其价值，却都绕开了一个更根本的问题：即使立法机关将构成要件写得再细，即使司法解释将适用情形列得再全，当一个普通公民在行为前无法凭自己的日常经验触达那些写在法条和司法解释里的规范性描述时，“明文规定”对他而言到底意味着什么？

这并非一个修辞性的追问。本文将要论证的是：在当代刑法教义学的两百年精化历程中，罪刑法定原则的实际功能已经发生了根本性的嬗变。德国刑法学家费尔巴哈——罪刑法定原则拉丁文格言“Nullum crimen,

nulla poena sine lege”的铸造者——赋予这条原则的核心含义是：国家在惩罚一个行为之前，必须事先向公民告知该行为是被禁止的。告示（promulgation）而非论证（justification），才是这条原则的原始心脏。然而，在当代刑法体系中运转的，主要不是这颗心脏。教义学系统用两百年的时间，把罪刑法定从一个“对公民告示”的机制，精化为一个“为处罚提供充分论证”的机制。这两个机制共享同一句拉丁格言，共享同一段法典条文，共享同一个被写入各国宪法和国际人权公约的尊荣称号，但它们指向的是相反的方向。前者把惩罚的正当性建立在“事前告示”之上，后者则把同一种正当性建立在“事后论证”之上。

1.2 本文的核心命题

由此，本文提出一个反直觉的判断：在当代刑法教义学系统里实际运转的罪刑法定原则，其内核并非费尔巴哈意义上的“告示原则”，而是一套“论证闭合原则”。这套原则只要求任何以刑法名义作出的处罚，能够在一个由成文法条、司法解释、刑法通说和指导性判例共同构成的封闭论证体系内找到充分的自治理由。只要这份论证在教义学内部是可核查的、逻辑自治的、能够经受上诉审法官的专业审视，处罚就被视为合法的——即便承受处罚的那个公民在行为前根本没有能力从这套论证体系中预见到自己行为的后果。

这个判断并非意在否定两个世纪以来刑法教义学取得的巨大成就。量刑的精细化、构成要件的体系化、判决论证的严密化——这些进步是真实的，也真真切切地限制了司法恣意。本文要追问的是：当这些进步在一个封闭的专业共同体内部不断自我强化时，它们是否在另一个维度上——在普通公民对法律的实际可达性上——静悄悄地制造了一种系统性的排斥？当一个非法经营罪的构成要件需要经过法条、四项司法解释、三个座谈会纪要、数十份指导性案例的逐层过滤才能最终确定，一个收购玉米的农民在行为前面对这些文本的“可预测性”，和一个上市公司合规总监面对同样文本的“可预测性”，是同一种“可预测性”吗？如果不是，那么罪刑法定作为一项赋予每一个潜在被告的权利，是否已经按照被告所能获取的专业资源的多寡，被静默地分化为一套按群体分层分配的概率性资源？

1.3 研究路径与理论资源

为回答上述问题，本文采用一种“生成论”的分析视角，将罪刑法定原则视为一个在特定制度条件下、经由特定演化路径、最终形成特定稳定形态的动态系统，而非一件一旦写入法典便自动生效的静态器物。这一视角要求我们同时关注三个互相咬合的维度：其一，罪刑法定原则在当前法律体系中的稳定结构特征（它被怎样表述、援引和适用）；其二，驱动这一结构形成和持续演变的历史选择路径（在哪些关键分叉口上，哪些替代性方案被选中，哪些被压制）；其三，支撑这些选择并持续再生产现行结构的制度条件（权力分配、知识生产、职业评价体系如何互相咬合）。

在这一分析路径下，本文将交叉调用三个学科的理论资源。第一，德国刑法思想史的传统，尤其是费尔巴哈、宾丁、李斯特等学者围绕罪刑法定原则核心含义的争论，为本文提供对“告示功能”与“论证功能”进行概念分离的理论地基。第二，法律社会学中关于法律系统自我指涉与闭合运作的理论，尤其是卢曼关于法律系统“认知开放但运作闭合”的分析，为理解刑法教义学共同体如何在对外部世界保持认知敏感度的同时，在内部建构一套只以自己的术语逻辑为准的论证标准，提供了关键的分析工具。第三，认知心理学中关于“专家盲点”（expert blind spot）的研究——专家倾向于高估非专业人士对自己专业领域知识的理解能力——能够解释为什么刑法教义学的精密度在持续提高的同时，法律职业共同体却可能系统性地低估了普通公民在面对专业法律文本时的认知障碍。

1.4 论文结构

本文的论证结构如下。第二节文献综述将梳理既有研究对罪刑法定原则当代困境的四条主要分析路径——明确性原则理论、实质解释论、法律家长主义批评和制度功能分析——指认它们各自的贡献与盲区，并据此定位本文的理论空间。第三节理论框架将完成两个核心概念——“告示功能”与“论证功能”——的操作化定义，并基于三个跨学科理论资源构建本文的分析模型。第四节方法论将陈述本文采用的“对比性概念分析与制度过程追踪相结合”的研究设计，说明推演步骤、跨学科类比的选择标准以及方法本身的局限。第五节是本研究的

核心部分，分四个层次展开论证：首先从刑法思想史角度追踪告示功能从费尔巴哈到当代的转变轨迹；其次分析论证闭合原则在当代的四层制度支撑结构；再次通过不同群体在“应当知道”论证中所处位置的差异，揭示可预测性在群体间的分层分布；最后提出以“构成要件要素的朴素认知可触及性”为内核的罪名论证闭合度差序链概念，并展开一套可被检验的研究设计。第六节结论将系统陈述本文的理论贡献、实践含义、研究局限以及一个包含五个方向的未来研究纲领。

2 文献综述

2.1 明确性原则的传统争议及其局限

罪刑法定原则在当代刑法学中的讨论，长期聚焦于其派生原则之一——明确性原则（Bestimmtheitsgrundsatz）。该原则要求立法者对犯罪构成要件的描述必须足够明确，使公民能够据此预测自己行为的后果，使法官能够据此限制自由裁量。在德国宪法法院的经典表述中，明确性原则的功能在于“迫使立法者自己作出刑罚威慑所必需的决定，而非将这一权力让渡给司法机关”（BVerfGE 47, 109, 1978）。

中文学界围绕这一原则展开了大量卓有成效的研究，主要形成了两条互补的分析路径。第一条是立法论路径，聚焦于对“口袋罪”的系统性批评。研究者指出，非法经营罪、寻衅滋事罪、以危险方法危害公共安全罪等罪名的构成要件中，大量使用了“其他”“等”这类兜底性表述，实质上赋予了司法机关持续填补构成要件的权力，违背了明确性原则对立法者亲手划定处罚边界的制度要求（陈兴良，2011；白建军，2015）。这一路径的学者通常呼吁通过修改刑法条文，将开放性构成要件具体化，或为兜底条款设置更严格的适用门槛。

第二条是解释论路径，承认立法语言不可能达到绝对精确，主张通过刑法教义学内部的体系解释方法弥补立法明确性的不足。代表性立场指出，刑法条文的明确性要求是相对的——只要通过“以法益保护为指导、以刑法体系为框架”的实质解释，能够使法条在个案的适用中达到“能被司法人员和法律专业人士理解”的确定性，就已经满足了明确性原则的底线要求（张明楷，2014；冯军，2016）。

这两条路径的交锋极大地推动了中国刑法教义学的发展。然而，它们共享一个未被充分审视为前提的预设：两者都以“法律专业人士能够理解”作为衡量明确性的潜在标准。立法论路径批评的是一部分法条“连专业人士都难以达成共识”，解释论路径辩护的则是“只要专业人士能通过体系解释达成确定性即可”。两种立场在谁有权解释、解释到何种程度才算足够这些问题上相持不下，但在一个更根本的问题上却没有分歧——它们都没有把“普通人能否凭日常认知触达法律”作为一个独立于“专业人士能否达成教义学共识”的维度来对待。

正是在这一点上，本文与既有研究分道扬镳。本文将论证：明确性原则的讨论始终在一个被刑法教义学内部术语所框定的空间里打转——无论是“法条的文字表述是否足够清晰”还是“体系解释能否补充文字不足”，其锚点都是法律文本本身的属性和法律专业人士对文本的操作能力。罪刑法定原则的原始承诺——“公民在行为前能够知道自己是否在犯罪”——则指向的是一个完全不同的锚点：公民自身的日常认知能力。这两个锚点之间的鸿沟，无法通过进一步精化法律文本或进一步体系化解释方法来弥合。事实上，正如下文将要展示的，在这个鸿沟被持续扩大的过程中，刑法教义学的每一次精进——更细的构成要件拆解、更严密的论证链条、更系统化的司法解释——可能都在无意中成为扩大鸿沟的推手。

2.2 实质解释论中的“可预测性”概念及其模糊性

在当代刑法教义学中，“国民预测可能性”（Vorhersehbarkeit für den Bürger）是明确性原则的一个核心判据。然而，这一判据在学术讨论中的命运颇耐人寻味：它作为一项不可放弃的规范要求被反复提及，却极少被当作一项可以、而且应该被独立测量的经验变量对待。

部分学者在讨论具体罪名时，会以“普通人的法感情”或“一般公众的正义直觉”作为论证某一解释结论具有可接受性的支撑论据。例如，在为许霆案的罪与非罪进行学术论辩时，双方都曾诉诸“普通人的预测可能性”：一方认为“任何人都能预见到利用ATM机故障取款是不对的”（因此构成盗窃罪），另一方则认为“普通人无法预见这种行为的刑罚后果会如此严重”（因此不应适用盗窃罪的量刑档次）。然而，这种对“普通人”的调用几乎从未超越修辞层面——论者既没有界定“普通人”是谁（有没有对“普通人”进行如收入、教育、职业经验等维度上的分层？），也没有提供支持自己“普通人会怎样预测”这一断言的经验证据。

这种状况并非中国刑法学所独有。在美国刑法关于“模糊性无效”（void for vagueness）原则的讨论中，学者们长期在“理性人标准”的框架下争论某一法条是否给予了“具有普通智力的公民”充分的告知。直到近二十年，才有一批实证研究开始系统性地测量普通人对刑法规范的认知水平与实际效果。例如，Robinson和Darley在一系列实验中证明，即使是最基本的刑法规则（如自卫的限度、共犯的责任范围），公众的实际认知状态也与法律的规定存在显著偏差；而且这种偏差在法定犯领域（如证券犯罪、环境犯罪）远比自然犯领域（如杀人、伤害）更为严重（Robinson & Darley, 2004）。Shepherd（2015）则通过大样本调查进一步发现，这种认知偏差与被告的社会经济地位密切相关：低收入群体对法定犯的认知准确率显著低于高收入群体，但这一差距在自然犯上并不存在。

中文刑法学界对这一实证研究路径的引介和跟进仍相当有限。虽然有学者在讨论罪刑法定原则的“行为规制机能”时提到，如果法律无法被普通人理解则不能发挥指引效果（周光权，2018），但将这一应然层面的判断转化为可测量的经验命题、并据以展开实证研究的工作尚未系统展开。这一缺环的后果是：当刑法教义学用“国民预测可能性”来论证某一解释结论的正当性时，它实际上是在一个未经检验的经验地基上盖房——那些被用来支撑论证的“国民”到底能不能预测，从来没有人去问过他们。

2.3 法律职业共同体自我指涉问题的理论诊断

在比刑法教义学更宏观的法律社会学层面，已经有一批理论资源对“法律系统自我指涉导致与社会脱节”这一现象做了深刻的诊断。卢曼的系统论法学提供了最精密的分析框架：法律系统是一个在规范上闭合、在认知上开放的社会子系统。它在运作上封闭——只能按照自身内部的合法/非法二元符码来处理信息，外部的道德诉求、政治压力或公众情绪，都必须被“翻译”成法律系统内部的符码（如转化为“权利主张”“程序异议”或“立法修改建议”），才能被法律系统“看见”并“处理”（Luhmann, 1993）。这种运作封闭性不是系统的缺陷，而是它得以在不被外部力量随时瓦解的前提下维持自身统一性的必要条件。

将这一框架应用于刑法教义学，可以获得一个极具穿透力的观察视角：刑法教义学共同体——包括刑法学者、法官、检察官和刑事辩护律师——构成了一个以法律内部术语互相沟通的专业网络。这个网络拥有一套完全属于自身的知识生产规则（教义学方法）、质量评价标准（论证是否自治、体系是否融贯）和晋升激励机制（以同行的专业认可为最高奖赏）。普通公民的诉求——无论是被告在法庭上的茫然、个体户在生意场上的困惑、还是公众对某一判决的朴素正义直觉——如果无法被表述为一项教义学内部可以被操作的“论点”（如“构成要件该当性存疑”“违法性认识错误不可避免”），就进不了这个网络的论证通道。它们不是被故意挡在外面，而是被系统本身的运作逻辑静默地滤过了。

这一理论诊断的锋刃落在：刑法教义学越成熟、越精密、越自治，它在这个规范上闭合的运作就越顺畅；而它越顺畅，它为那些无法被翻译成内部术语的外部诉求保留的接口就越少。这不是某个个人的失职，也不是某一个历史时期的特殊偏差，而是法律系统作为功能分化社会中一个自创生子系统的内在属性——就像免疫系统为了保护身体而必然区分“自身”与“非自身”一样，法律教义学为了维持论证的统一性，也必然区分“可以被教义学处理的论点”和“不能被教义学处理的诉求”。

但是，这个诊断本身并不直接给出规范层面的解决方案。认识到“系统必然如此运作”不等于同意“系统不必做出任何改变”。在罪刑法定这一特定原则上，教义学系统运作闭合所导致的一个具体后果——告示功能被论证功能静默替代——恰恰是本文认为必须被扭转的制度困局。这个困局在系统论本身的框架内是可以被分析的：当一个法律子系统内部的论证标准持续单方面强化时，它可能在与外部环境（公民认知）的耦合点上制

造出无法被系统内部的自检机制自行发现的偏差。本文将要提出的“罪名论证闭合度差序链”和相应的制度补偿设计，正是在这个理论诊断的基础上试图找到将外部认知标准重新输入教义学论证体系的制度接口。

2.4 既有研究的贡献、盲区与本文的理论定位

综上，既有研究为理解罪刑法定原则的当代困境贡献了三个不可或缺的洞见。第一，明确性原则的讨论精确地指出了立法语言固有的不确定性与构成要件明确性要求之间的张力。第二，“国民预测可能性”作为判据的反复援引，表明学界在规范层面从未放弃过“法律应当能被公民理解”这一理想。第三，法律系统论的诊断在宏观结构上揭示了教义学系统自我指涉运作与外部社会诉求之间的必然摩擦。

然而，三个被反复照亮的贡献恰好圈出了三块被反复绕开的盲区。

其一，明确性原则的既有讨论将“明确性”的锚点钉在法律文本和专业人员操作能力之上，却从未将“公民在日常认知条件下实际可触达的程度”作为一个独立于教义学共识的变量来对待。这使得关于某一法条是否足够明确的争论，永远在专业人士之间打转——而承受法条后果的那些普通人，从一开始就被排除了发言权。

其二，“国民预测可能性”作为一个判据被频繁引用，却几乎从未被操作化为一项可测量的经验指标。没有研究者去问：是哪一个群体的国民？在什么条件下的预测？对哪一类罪名的预测？结果就是，这个判据实际上处于一种“理论上有、操作中无”的尴尬状态——它在需要时可以被任何一方引用来支撑自己的规范主张，但谁也无法验证谁的主张更符合经验事实。

其三，法律系统论的宏观诊断为“为什么法律会与社会脱节”提供了深刻的系统层解释，但没有给出一套可以被刑事实证研究者直接拿来操作的中层分析工具——一个罪名一个罪名地拆开看，在哪些罪名上脱节最严重？在哪些制度节点上脱节可以被外部力量有效撬动？一个具体的被告在特定罪名上面对的“无法预测”困境，到底是系统运作的哪一环节造成的？

本文的理论定位，正是踩在这三块盲区上。第一，本文将“可预测性”从专业人员视角中剥离出来，重新定位为一个必须按被告群体的经验条件分层测量、按罪名的构成要件类型分类评估的独立变量。第二，本文将给出一个操作化的分析工具——“构成要件要素的朴素认知可触及性”——并展示如何用它来建立一条从自然犯到法定犯的“罪名论证闭合度差序链”。第三，本文将在方法论层提出一套可以被刑事实证研究者直接转化为研究设计的中层概念框架，把“告示功能衰变”这个宏观诊断落地为可逐罪名、逐审级检验的具体假设。

3 理论框架

3.1 核心概念的操作化定义

为展开后续论证，本节对本文的四个核心概念进行严格的操作化定义，以明确它们在分析过程中被调用的具体含义，并与相邻概念划清边界。

告示功能：指罪刑法定原则要求国家在惩罚一个行为之前，以公民在行为时凭借其日常认知能力即可理解的方式，事先告知该行为是被刑法所禁止的。这一功能的担保人是公民自身的理解能力，而非法律专业人员的解释技术。操作上，“告示功能的实现度”可以借助两个子指标来衡量：其一，某一罪名的核心构成要件要素在无需法律专业概念作为中介的条件下，能在多大程度上被具有普通教育背景的公民凭日常语言和日常经验正确理解其禁止含义（我们称之为“朴素认知可触及性”）；其二，司法判决在适用该罪名时，是否以及在多大程度上独立论证了“被告在行为前有实际能力预见到其行为被该罪名所涵盖”（而非仅以“法律已经公布，任何人不得以不知法为抗辩”的纯规范逻辑推定被告应当知道）。

论证功能（或论证闭合原则）：指刑法教义学系统内部用以确保任何刑事处罚都能在由成文法条、正式司法解释、刑法学通说和指导性判例共同构成的闭合论证体系内找到充分、自治、可经由上诉审复核的理由的一套运作规范。它的担保人是论证体系本身的可核查性，而非公民的认知能力。操作上，论证功能的实现度体现

为判决书在处理“被告是否应当知道其行为触犯该罪名”这一问题时，对构成要件拆解、教义学通说援引、类案推演等专业论证技术的依赖度。对一项罪名的论证依赖度越高，意味着该罪名的入罪判断越必须穿过多层专业概念的中介才能完成论证闭环。

可预测性：在本文中，这一概念不泛指“行为后果在法律条文上的可确定性”，而是特指“特定群体中的个体在行为前，凭借其日常可获取的信息和日常认知能力，能够正确判断其行为是否可能触犯刑法”的实际可能性。这一定义的关键区分在于：同一个罪名、同一条法条、同一套判决论证，对于处于不同社会经济地位、拥有不同专业资源的群体而言，所构成的实际可预测性可能存在质的差别。操作上，我们对可预测性的测量必须包含三个步骤：（1）界定受试群体（如上市公司法务总监、个体工商户主、无固定职业的劳务提供者）；（2）选取特定罪名的典型行为场景作为测试材料；（3）测量受试者在行为前（即实验情境中在未被告知法律结论的情况下）对该行为是否可能构成犯罪的判断，与法律专业判断之间的一致度。

朴素认知可触及性：这是本文构造的操作化概念，用于分析特定罪名的构成要件要素。一个构成要件要素具有“高朴素认知可触及性”，当且仅当它在日常语言中拥有一个相对稳定的核心含义，且该核心含义与其在法律教义学中的规范含义大致重叠——换言之，一个未受过法律训练的普通公民，依赖自己的日常生活经验和语言直觉，即可在大多数情况下接近法律上对该要素的规范理解。例如，“杀人”这个概念在日常语言和刑法教义学中拥有高度重叠的核心含义。相反，一个构成要件要素的朴素认知可触及性较低，当其核心含义依赖一个必须通过法律专业训练才能掌握的概念区分——例如“非法占有目的”与“非法获利目的”的区分、“间接故意”与“过于自信过失”的区分——普通公民依靠日常语言无法触及这一区分。这一概念是后续建立“罪名论证闭合度差序链”的理论基石。

3.2 告示功能向论证功能嬗变的动态模型

基于上述概念定义，本文构建一个描述罪刑法定原则从告示功能向论证功能嬗变的动态模型。该模型包含三个互动层面：

第一层：专业化的内生驱动。刑法教义学作为一个以体系自治为最高认知美德的知识生产系统，天然倾向于持续分解和精化其操作概念。构成要件从“杀人”逐渐拆解出“故意杀人”“过失致人死亡”“故意伤害致人死亡”，再从“故意杀人”拆解出“直接故意”“间接故意”“概括故意”，每一次拆解都提高了教义学体系内部的概念精度，同时也在原始法条与最终判决之间增加了一层专业概念的中介。这是一个不可逆的过程——没有任何一个教义学系统会自愿倒退回概念模糊的状态。然而，每一层新增的专业概念中介，都在客观上增加了一个普通公民要依靠自身日常语言触达法律含义的认知负担。换言之，教义学的精密度与公民认知的可及性之间存在此消彼长的动态关系。

第二层：制度评价的自锁回路。法律职业共同体的评价和激励机制——从法学院的学术考核到法院的案件质量评查，从律协的业务评比到检察院的精品案件评选——全部锚定在教义学体系内部的规范标准上。一个判决是否“优秀”，看的是它的论证在教义学上是否自治、精确、融贯；几乎没有任何一个制度性的质量评价标准会问：“这份判决对于一个没有法律训练背景的普通公民而言，在多大程度上是可以理解的？”结果，法律职业共同体在不断自我精进的过程中，客观上形成了一个自锁回路：越精进，越符合内部评价标准；越符合内部评价标准，越有动力继续在精进的方向上加码——而精进的每一次加码，都是在现有专业概念的基础上进行的内部深化，而不是朝“如何让普通人也能理解”方向去拓展。

第三层：替代的静默完成。当教义学的精密度提升到一定程度，一个关键的制度盲区就出现了：论证功能的充分履行开始在话语实践中被等同于告示功能的完整兑现。当一份判决书用四十页的篇幅详细论证了为什么被告的行为“包含于”某个兜底条款时，这份判决在法律共同体内部被视为一份充分尊重了罪刑法定原则的模范判决——因为它给出了极其详尽的事后论证。很少有人会追问：这份详尽的事后论证本身，是否就等于被告在行为前收到了一份可理解的“告示”？被告在收到判决书的那一刻，才第一次明白自己的行为为什么被评价为犯罪——而罪刑法定原则最初被铸造出来，正是为了阻止这种“事后才明白”的发生。

这个动态模型的内核可以被概括为一个“静默替代”的命题：论证功能在两百年教义学精化历程中，一步步地覆盖了告示功能的原始领地；由于两项功能共享同一个神圣的名称——“罪刑法定”——且共享同一套制度外壳（宪法条文、刑法总则条款、国际人权公约），这种覆盖本身从未作为一个可以被独立辨认和讨论的制度现象浮出水面。当代关于罪刑法定的学术争论——无论是“明确性到底够不够”还是“兜底条款是否违宪”——都是这个覆盖过程的不同症状，而非对这个过程本身的诊断。

3.3 三个跨学科理论资源的有效性论证

本节对引言中提出的三个跨学科理论资源的有效性进行显式论证，以回应一个潜在的方法论质疑：将一个刑法教义学问题扩散到思想史、系统论社会学和认知心理学中分析，是否只是装饰性的类比借用，还是具有实质性的解释力增益？

首先，关于刑法思想史资源的调用。本文调用费尔巴哈与贝卡里亚的学说，并非简单地将历史经典作为权威引证，而是基于以下实质理由：当代关于罪刑法定原则的讨论中反复出现的核心概念——“告示”“可预测性”“法条的语言表述”——在费尔巴哈将罪刑法定铸造为一项现代法律原则时即已被完整提出。费尔巴哈本人在其《刑法教科书》中明确将“法条的可知性”与“构成要件的描述功能”置于罪刑法定的核心

（Feuerbach, 1801）。这意味着，告示功能并非与论证功能并列的“罪刑法定原则的两个面向”——告示功能是其原始内核，论证功能是该内核在特定历史条件下的一种功能性的转化物。调用思想史资源的实质价值在于：它为我们将告示功能与论证功能进行概念分离提供了历史和规范双重意义上的正当性——这不是一次现代人强加于原则之上的异端切割，而是一次对原则原始结构在被历史覆盖之前状态的复原工作。

其次，关于系统论社会学的调用。卢曼的法律系统论被一些刑法学者批评为“解释力过强以至于什么都能解释”，这一批评在特定语境下是成立的——用“法律系统就是会这样运作”来解释一切法律与社会的摩擦，确实会陷入某种规范虚无主义。然而，本文并不依赖系统论来提供最终的规范结论（规范结论必须来自对罪刑法定原则原初承诺的坚守），而是调用它来完成一项特定的、不可替代的分析任务：解释为什么在当代刑法教义学中如此普遍地存在一种“各自岗位上的合理行为连接起来却制造不合理制度后果”的现象。侦查人员依法侦查、检察官依法批捕、法官依法裁判、学者依法解释——人人都在合法地做好自己份内的事——但这些“份内的事”连起来，就是一台把普通被告的认知持续推远的制度装置。系统论在“个体行为合理性与制度后果不合理的并存”这一点上提供了分析工具，而这个工具对于理解论证闭合结构的自我维持机制是不可或缺的。

最后，关于认知心理学中“专家盲点”的调用。这一调用的有效性建基于一个特定的结构性同构：刑法教义学专家与普通公民之间的关系，在认知结构上高度类似认知心理学实验中专家与外行人之间的关系——专家在长期训练中形成的自动化概念操作能力，使得他们系统性地低估了外行在首次面对相同材料时遇到的认知障碍（Hinds, 1999）。在罪刑法定语境中，这一“专家盲点”有一个极具体、可检验的症候：当刑法学者或资深法官为一个包含“间接故意”和“过于自信过失”之区分的案件撰写判决和评论时，他凭自己多年训练的内化能力感觉“这两个概念的分界线很清楚”；但一个从未学过刑法的普通公民读到这些文字时，则完全无法自行复制出这一区分。认知心理学为我们将这种“我觉得很清楚”的直觉诊断为一种系统性的认知偏差——而非一个可以通过“继续改进法条文字”来自行解决的问题——提供了经验科学的支撑。

综上，三个跨学科资源的调用均非装饰性的“跨学科点缀”，而是各自承担了本文论证链条上不可或缺的特定环节：思想史承担概念分离的正当化，系统论承担制度结构自我维持机制的解释，认知心理学承担对专业共同体自我评估失真的经验校准。三者围绕“为什么论证闭合原则能够替代告示原则且不被察觉”这一核心问题上形成了交叉校正。

3.4 核心命题的正式陈述

基于上述概念化和理论模型，本文提出以下四个层层递进的核心命题，构成本文论证的逻辑骨架：

命题一（功能替代命题）：在当代刑法教义学系统的日常运转中，罪刑法定原则的实质功能已从“告示原则”被置换为“论证闭合原则”。前者以公民在行为前的实际认知可能性为正当性条件，后者以判决在行为后的教义学论证自治性为充分条件。两者共享同一制度外壳，但在运作性质上指向相反的方向。

命题二（分层分配命题）：由于论证闭合原则将“可预测性”的担保人从公民的法感情转移到了法律专业人员的检索和论证能力，“可预测性”已从一项在制度承诺上普遍赋予每一位潜在被告的权利，退化为一种按被告所拥有的经济资本、社会资本和专业资源加以分层分配的概率性资源。同一条法条，对大型企业法务总监、个体工商户主和临时劳务提供者三种群体所构成的实际可预测性，存在质上的差别而非仅量上的差距。

命题三（差序覆盖命题）：论证功能对告示功能的覆盖并非在全部罪名上均等发生，而是呈现一条从自然犯向法定犯递进的连续差序链。在那些构成要件要素高度依赖朴素伦理可触达性的罪名上（如故意杀人罪），告示功能保留度较高；在那些构成要件要素高度依赖法律专业概念二次解释的罪名上（如非法经营罪、操纵证券市场罪），告示功能几乎被论证功能完全覆盖。这条差序链的存在，使“替代”从一个全有或全无的定性判断，可以被精确化为一项可按罪名逐一测量的定量命题。

命题四（制度补偿命题）：如果命题一至三在经验上成立，则维护罪刑法定原则原初承诺的路径，不在于逆教学地试图使教义学退回到概念朴素化的状态（这是不可能且不可欲的），而在于在现行教义学体系的特定制度节点上，设置旨在补偿“朴素认知可触达性”不足的制度楔子。这些楔子包括但不限于：在司法解释制定的事前影响评估中，将“受本解释影响最大的群体在行为前对该行为可罚性的实际认知基线”作为独立评估项；在判决书质量评查中，将“可理解性”作为与“论证自治性”并列的独立维度；在特定类型罪名（法定犯）的逮捕审查环节，增设对嫌疑人日常认知能力的证据呈现机制。

这四个命题构成一个从诊断到预后的完整理论链条：命题一揭示病症，命题二展开病症在不同群体中的非均等分布，命题三将病症定位到具体罪名的差序格局中，命题四提出不依赖推翻整个系统即可落地的制度补丁。

4 方法论

4.1 研究设计：对比性概念分析与制度过程追踪的结合

本文是一项规范刑法理论与经验社会科学的交叉研究，核心论证策略不是传统的“提出假设—收集数据—验证假设”的实证研究设计，而是一种“对比性概念分析”与“制度过程追踪”相结合的研究路径。本节显式陈述这一设计的逻辑步骤，以回应一个可能的批评：本文提出的命题是否仅仅是论者的随意断言，而非经得起反驳的严谨论证。

对比性概念分析是本文的理论内核。其操作逻辑如下：从一个经典的规范概念（罪刑法定原则）中，分离出两个在历史和功能上具有独立性的子概念（告示功能与论证功能）；随后，将这两个子概念放回特定的历史语境和制度背景中，通过追踪它们在关键历史分叉口上的此消彼长，来展示其中一个如何静默地覆盖了另一个。这一方法的有效性条件，在于概念分离必须在规范结构上有据可查（告示功能确实属于费尔巴哈界定罪刑法定原则时使用的论证逻辑），且功能替代在制度过程中有可指认的具体机制（论证闭合结构的四层支撑是可以在当代制度运转中被逐层拆解的）。本文的理论框架一节已经完成了前一步——在思想史上为告示与论证的分离提供了规范根据；分析与讨论一节将完成后一步——在当代制度运转中找到它们各自的实际载体。

制度过程追踪是对上述概念分析的实证锚定。概念分析得出的是一个“应该如此”的规范重构，制度过程追踪则把它拉回“实际在怎样运转”的经验层面。本文在追踪论证闭合原则如何取代告示功能时，将逐一打开侦查阶段、审查逮捕、司法解释制定、判决书论证四个制度接口的运转过程，追问每一个接口在以什么方式把不同群体的被告推向离“可预测”不同的距离。这些追踪的资料来源主要是可公开查阅的成文法律规定、司法解释文本、指导性案例、以及已有实证研究对相关制度运行情况的调查数据。当一个特定的制度运转机制（例

如“刑拘期限内的信息不对称如何压缩辩护空间”）在本研究中无法被大样本的定量数据直接测量时，本文将在论述中明确指出这一点，并将其作为未来实证研究中可供测量的变量而非已获证的结论来呈现。

4.2 跨学科类比的选择标准与有效边界

上一节的陈述中已界定，本文调用了刑法思想史、系统论社会学和认知心理学三个跨学科资源。为避免“什么都引用一点”的浅层装饰式跨学科，本文在调用时遵守以下三条标准：

第一，每个被调用的跨学科概念都必须在论证链条中承担一个不可被其他两个学科替代的独特功能。思想史承担“概念分离的正当化”——这是社会学和心理学无法替代的，因为它们不论述“一项规范原则的原始结构”；系统论承担“解释个体合理行为如何汇聚为不合理制度后果”——这是思想史和心理学无法替代的；认知心理学承担“专业人员自我评估的系统性偏差”——这是思想史和社会学无法替代的。

第二，每个调用的跨学科概念都必须能在刑法教义学的具体材料中找到对应的制度症候，不得停留在“从某个远处借来一个漂亮概念但无法在本学科内部指认其具体身影”的状态。根据这一要求，本文在调用“专家盲点”概念后，将在第五节指出其在判决书“应当知道”论证中的具体操作形态——认知心理学概念有刑法判决书文本作为落脚点，调用就不是悬空的。

第三，每个跨学科类比的有效边界必须在文本中被显式交代。系统论分析的有效边界在于：它可以解释论证闭合结构为什么能自我维持且难以从内部被打破，但它不能回答“我们是否应当打破它”的规范问题——后一个问题必须回到刑法原初原则的规范承诺上才能回答。认知心理学分析的有效边界在于：它可以揭示专业群体的系统性认知偏差，但它不能直接推导出具体的制度改进方案——方案的设计必须结合刑法制度本身的可操作性条件。思想史分析的有效边界在于：它可以复原告示功能在罪刑法定原则原始结构中的核心位置，为当代改革提供规范基准，但它不能证明“复原到那一状态是可能的”——因为当代刑法教义学所处的社会环境已经完全不同十九世纪初的德国。

4.3 潜在的反驳预防与本文的方法局限

在展开分析之前，本文预期三项可能的实质性反驳，并预先交代本文方法的相应局限。

第一项反驳：“被告的实际不知，法律上不构成违法性认识错误之抗辩事由。”批评者可能指出，《刑法》第十四条关于故意犯罪的规定，在通说解释下并不要求行为人实际认识到自己行为的违法性（“不知法不免责”原则）。既然如此，如果被告在行为前不能凭日常认知预见到行为是否合法，这在现行法律框架下属于他自己应当承受的风险，而非制度本身的问题。本文对此的初步回应是：这一反驳恰好例证了本文的核心诊断——刑法教义学已经发展出一整套在规范上将告示功能的责任从国家转移给公民的论证逻辑（“法律已经公布了，你自己不看，怎能怪法律不告示？”），而这套逻辑恰恰是本文要辨析的对象。罪刑法定原则原始的告示要求，是一项对国家的义务（国家必须确保告示是公民可达的），而非一项对公民的义务（公民必须主动去检索告示）。将“已经公布”等同于“已经告示”——把国家义务的伪完成当作已完成——正是本文所要挑战的核心误识。当然，在更深层的规范论证上，本文必须承认辩论的复杂性：在功能高度分化的现代社会中，“每个人应当自己去了解法律”这一假设并非全无合理之处。本文无意主张退回到前现代的法律公布方式，而是在承认现代社会法律复杂性不可逆的前提下，追问制度还可以做哪些额外努力来缩小告示的缺口，而非简单地把缺口推给公民自己去填。这一点将在第五节关于制度补偿命题的部分进一步展开。

第二项反驳：“本文的描述更像是系统论老生常谈的刑法版重述，而非一个新发现。”批评者可能认为，法律系统的自我指涉、专业共同体的认知封闭、精英话语与大众感知的脱节——这些社会学诊断已经被反复说过，本文只是换到刑法领域再说一遍而已。本文对此的回应分两步。第一，本文并不以“论证闭合”的发现本身为新，事实上本文在文献综述中已承认系统论在这一维度上的先驱地位。本文的学术增量不在此。本文的增量在于：它没有停留在“整个法律系统都是这样”的宏观诊断，而是具体追问了“在刑法领域，闭合在哪些罪名上闭得更紧、哪些罪名上还有裂缝”“它是通过哪四个具体制度接口在日常运转中被生产的”以及“不同群体的个体在被这个系统推向不同距离时的具体机制”。从一个“对整个系统的宏观诊断”下沉到一个“对本系

统内部罪名的差序测绘”——这个从中层到微观的实证转向，是本文的实质理论贡献所在。第二，本研究的另一个不可替代性在于其规范取向。纯粹的社会学系统分析可以在“是”的层面指出告示功能在衰减，但它本身无法给出“为什么这种衰减在规范上是一个需要被纠正的问题”——因为系统论没有内置规范判准。本文恰恰从刑法原则的原始蕴含中接上了这个规范判准，从而使“是一个问题”的诊断获得了超越单纯事实描述的价值。

第三项反驳：“本文没有提供支持核心判断的定量数据，这使得命题二和命题三在经验上仍然是悬空的。”这是本文必须诚实承认的最重要局限。本文的命题二（可预测性分层分配）和命题三（罪名论证闭合度的差序链）均在本质上要求经验验证——它们预言了某些群体在某些罪名上会测得较低的日常认知可触及性，但这个预言本身在当前稿本中没有伴随一套系统的实验数据或大样本文本分析来支撑。本文目前的论证策略是在理论层面完成概念分离和可检验命题的提出，并给出详细的、可供未来实证研究直接操作的研究设计——包括被测量变量、样本分层方法和预期的验证方向。这使得本文在严格意义上属于一项“理论提出与实证研究纲领设计”的论文，而非一项完成了实证检验的完整研究。本文接受这一局限所带来的论证强度折扣：如果命题二和命题三在未来的实证检验中被数据所否定，本文的核心论证框架就需要被大幅修正。对此，本文在结论的“研究局限”一节中有更具体的交代，并在“未来研究方向”中给出了每一个可检验方向的具体设计——作者将这些设计视为对自己的理论进行“自我反驳”的公开邀请，而非弱化对手的先发防御。

5 分析与讨论

本章是全文的核心论证部分，依次推进以下四个层次的分析：第一节从刑法思想史角度追踪告示功能被论证功能替代的历史轨迹；第二节解剖论证闭合原则在当代的四层制度支撑结构；第三节通过“应当知道”判决书的论证操作在不同群体身上的差异，展示可预测性如何在群体间被分层分配；第四节提出以“构成要件要素的朴素认知可触及性”为操作工具的罪名论证闭合度差序链概念，并展开一套可被检验的研究设计和对关键竞争解释的排除策略。

5.1 告示的隐退：从费尔巴哈的铸剑到教义学的重铸

要理解“论证闭合原则”怎样替代了罪刑法定原则原来的内涵，就必须回到这条原则被第一次铸造时的那个历史时刻。这一步不仅是思想史的溯源，更是为下文的制度分析提供一套精准的概念解剖刀——只有在看清了原初状态和当下状态之间的差异之后，我们才能把隐藏在“罪刑法定”这个单一名称下面的两种不同运作结构区分开来。

1801年，德国刑法学家保罗·约翰·安塞尔姆·冯·费尔巴哈在其《刑法教科书》中，将罪刑法定原则提炼为那句至今仍在全球刑法典中被反复援引的拉丁文格言。但费尔巴哈赋予这条原则的核心功能，与当代刑法学授课时所强调的重心，存在一个被两百年教义学精化过程所磨平了的关键差异。

费尔巴哈论及罪刑法定的首要着眼点，不是法条本身的文字是否足够精确，而是法条对公民的“告示”是否有效。在他那个年代，旧制度的司法恣意主要表现为法官可以任意援引未经公布的习惯法或含糊的道德准则来处罚公民。罪刑法定的革命性在于它把这项权力从法官手中夺走，交还给立法者——而立法者行使这项权力的唯一正当形式，是在惩罚行为之前，以成文法的形态向公民发布明确的行为禁令。告示，而不是论证，是这项原则的原发心脏。在这一结构里，公民的法感情——他一看见法条就能大致知道它在禁止什么——是罪刑法定运转中不可或缺的一环。费尔巴哈没有否认法条需要被解释，但他把“可被公民理解”放在了“可被专业人士精密操作”的前面。

把费尔巴哈和贝卡里亚放在一起看，这一步就看得更清楚。贝卡里亚在1764年发表的《论犯罪与刑罚》中已经用更直白的语言说出了费尔巴哈后来体系化的东西：“法条必须被印刷出来，让每一个公民都能读到；法官的任务仅仅是判断一个具体行为是否落入了那条已经被公民所知晓的法条的描述范围。”但贝卡里亚接着加了一句比费尔巴哈走得更远的话：法条本身必须被写成普通人能读懂的语言，否则它就只是法官阶层垄断权力

的工具。贝卡里亚这条路的标识很清晰：罪刑法定的终极担保人是公民的日常阅读能力，而不是法律人的解释技术。

这两条路在十九世纪初面对的共同敌人——旧制度司法恣意——使它们在功能上完全重叠。无论是费尔巴哈的“告示”还是贝卡里亚的“可读性”，得出的制度方案都一样：把法官锁进立法文字的笼子里。但当这一仗在十九世纪中后期基本打完之后，两条路就分岔了。

费尔巴哈的路向着“构成要件的体系化”方向一路精进。立法者把法条越写越细，教义学者把概念越拆越精，法官被训练的思维方式是：任何一个入罪判断，都必须能在法律文本的某个具体款项里找到对应的构成要件要素。这条路走的都是“文本化告示”的逻辑——它默认，只要国家把行为规则写进了法典并且公布了，告示就已经完成了；至于公民有没有能力自己读明白那些越来越密、越来越依赖体系解释的条文，这不是这条路上被当做独立问题来对待的变量。在费尔巴哈本人所处的那个年代，这个问题不怎么致命——当时刑法典里大多数罪名的构成要件（杀人、抢劫、盗窃、纵火）在朴素伦理里的含义和法律里的含义几乎没有差别，普通人凭日常语言就能触达法律的核心禁止范围。但是，随着刑法典在两百年间不断膨胀——从几十个传统自然犯扩展为包含数百个经济犯罪、环境犯罪、金融犯罪、知识产权犯罪的庞大体系——问题就变了：构成要件不再是用日常语言描述日常禁止，而是用专业术语（“内幕信息”“市场操纵”“非法吸收公众存款”“变相期货交易”）描述一个普通人在日常生活中根本不会自然遭遇其边界的规范领域。在法定犯的世界里，“法条被公布了”和“法条向公民告示了行为边界”之间，裂开了一道深沟。

贝卡里亚的路在这个分岔口上被静默地挤到了暗面。不是因为这条路在规范上被证伪了——从来没有人系统地论证过“法条不需要能被普通人读懂”——而是因为这条路在操作上没有可被制度化的工具。贝卡里亚要的是一个“法官在个案中可以检验被告实际认知状态”的实质标准，而这个标准一旦被放进制裁机制，就需要法官在每一个案件中单独判断“这个特定的公民在行为前到底能不能读懂这个特定的法条”——这在教义学追求体系化、可重复操作、跨案件裁判标准统一的大趋势下，当然会被视为一个不可操作的要求。两条路的竞争，本质上不是一场规范的辩论，而是一场谁有可操作的工具、谁就能活下来的制度选择。费尔巴哈的路有一套现成的可操作工具——法教义学的概念分析体系；贝卡里亚的路没有。前者在生存竞赛中胜出，后者没有死去，而是变成了一种飘在法律上空的、没有制度爪牙的规范感觉——在每一个被告对着判决书发呆、每一个律师对着客户反复解释“不是你想的那样”的时刻活回来一下，然后又沉下去。

十九世纪下半叶出现的另一条线索，进一步加固了费尔巴哈路线的制度霸权。德国刑法学家卡尔·宾丁在规范论中试图为罪刑法定重新植入某种向公民告示的实质内涵。他论证说，刑法的本质不是“国家对公民施加惩罚的权力”，而是“国家事先为公民设定行为规范、公民违反规范后国家才有权施加惩罚”——规范先在，惩罚后随。宾丁认为，如果规范本身在行为时不能被公民“察觉到”，那么这条规范就不能被正当地施用。这个论证把罪刑法定的重心从法条文本往前提了一步，推到了“规范的社会可察觉性”上。但宾丁的这条路被李斯特那一脉的客观主义刑法学消化了之后，骨头被抽掉了。客观主义刑法体系吸收了他的“规范”概念，但把它变成了三阶层犯罪论体系里判断“违法性”时使用的一个内部术语——规范不再是向公民告示行为边界的公开信号，而是教义学者用来拆解犯罪是否成立的专业概念。到今天，在德国和继受德日刑法体系的东亚国家（包括中国）的教学课堂上，“规范违反说”是刑法学一年级学生就必须掌握的基础知识点，但几乎没有教科书会在这个知识点旁边附上一句追问：“你用来判断违法性的那套‘规范’，被判断的那个人在行为前自己能察觉到吗？”

把这一节追踪的历史轨迹放在一起看，一个清晰的覆盖过程就显形了：从费尔巴哈到宾丁到当代教义学，罪刑法定原则经历了一次不是被推翻、而是被覆盖的概念重铸。它的制度外壳（那句拉丁格言、刑法总则的条文、宪法和国际公约的庄严宣誓）原封不动保留着；它的名字——“罪刑法定”——也原封不动的挂着；但操作在它核心位置的那颗心脏，已经被从“国家事前向公民告示”悄悄换成了“国家事后向公民论证”。当代教义学最精密的那些操作——构成要件要素的层级拆解、违法性认识的教义学分类、正犯与共犯的类型化——全部都与这颗新心脏完美配套运转，但几乎没有哪一件操作被设计用来回应那颗旧心脏提出的最朴素的问题：在处罚你之前，我把我的禁令向你说明白了吗？

5.2 论证闭合的结构：四层制度支撑的互锁装置

上一节所追踪的历史轨迹，仅凭费尔巴哈、宾丁、李斯特等人的学说本身的演变远不足以解释“为何论证功能偏偏能覆盖告示功能”。一个思想史上的进化故事只说明了“发生了什么”，没有说明“为什么这件事停不下来”。本节回答后一个问题。论证闭合原则能够在刑法教义学系统中默不作声地接管罪刑法定的运转，不是因为它比告示原则更“正确”，也不是因为有人蓄意要用它取代告示原则，而是因为它被四层互相咬合的制度结构有力地支撑着，这四层结构中的每一层都在为其他三层提供再生产所必需的条件，形成了一个没有哪一个单层能单独停下来的自锁装置。

第一层：解释权的逐级过滤结构。这是论证闭合最直观的制度骨架。以中国为例：由全国人大及其常委会制定的《刑法》条文处于整个体系的顶层。但“条文”的字面含义通常极其有限——以《刑法》第二百二十五条非法经营罪第四项为例，其罪状仅十二个字：“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”这十二个字本身对任何一个公民——无论他多么努力阅读——都不可能提供任何“行为前可预测”的指引。实际上提供指引的，是沿着解释权链条逐级沉降下来的沉积物：由最高人民法院和最高人民检察院联合或分别发布的司法解释（将“其他”具体化为几十种行为类型）；由最高人民法院发布的指导性案例（为特定行为类型添加裁判规则）；由各省级司法机关发布的地方性指导意见；最后由具体承办案件的法官在个案中依据上述多层材料形成的裁判心证。在这个过滤结构里，公民站在末端，看到的是经过了四个层级筛选加工后的最终法效果，却被要求在行为前——在他连第一层过滤的物质（内部座谈纪要、倾向性意见）都不可能接触到的时候——预测到这个最终效果。解释权的逐级过滤结构本身不是一个“错误”，它是现代大规模国家的法律系统实现某种形式上的裁判统一所必需的手段——但它在客观效果上是把“可预测性”的资源从行为前的公民手中抽取出来，层层向上集中到了行为后的释法机关手中。

第二层：法益保护教义学的概念中介效应。法益概念是当代刑法教义学限制刑罚权的核心工具——它要求每一个罪名的构成要件的设立都必须指向对一个具体法益的保护，刑罚的发动必须建立在法益侵害或危险之上。这个工具的限权功能是真实的：在法益理论的持续批判下，曾经被规定为犯罪的许多纯道德违反行为（如通奸、流氓）被逐出了刑法典。然而，法益保护教义学在执行限权功能的同时，也生产出了一个意外的副产品——概念中介效应。要判断一个特定行为是否侵害了某个法益——例如“市场秩序”或“金融管理秩序”——行为人所面对的经常不是一个可以直接凭感官和日常经验判断的事实问题，而是一个必须经过对“市场秩序”这一法益概念进行教义学拆解后，才能得出初步判断的价值归属问题。一个在菜市场收购玉米的农民，他的感官能够告诉他的是“我在一个村子收购了玉米、运到另一个村子加几分钱卖掉了”——这是一个日常经验可以完整覆盖的事实。但“这一行为是否属于‘严重扰乱市场秩序’”——要回答这个问题，他需要先把“市场秩序”这个概念拆分为“市场准入秩序”“价格秩序”“竞争秩序”等下位概念，再把这些下位概念应用到他的具体行为上，再判断他的行为在规范层面是否触及了这些秩序。这个过程——从事实到法益概念的下位拆解再到规范性归属——全部是在行为人的日常认知能力之外运转的。法益教义学在为限制刑罚权而生产的每一件精密工具，都在同时为一个普通公民独立触达法律禁止边界的能力增设了一层障碍。这两个效果是同一枚硬币的两面，不可能只要一头不要另一头。

第三层：法律职业共同体评价体系的内部锚定。上一层的“概念中介效应”之所以能够持续强化而不是被某种外部矫正机制拉回来，根本原因在于法律职业共同体内部的评价和激励体系，其全部锚点都设在教义学体系内部的规范标准上，没有一个锚点抛在公民认知可达性上。一个法学院的副教授拿什么评职称？拿他发表在核心期刊上的教义学论文——论文的质量由同行评议，同行的评判标准是论证是否在教义学上自治、概念拆解是否精密。一个中级法院的法官拿什么参加年度优秀裁判文书评选？拿他写的判决书——评选标准中的“论证充分性”看的是法条援引是否到位、证据分析是否细腻、法律推理是否符合通说。一个刑事辩护律师拿什么赢得同行的尊重？拿他在法庭上能否用公诉人同样精通的那套教义学语言和对方在同一个概念平台上精确对决。这三个场景中没有任何一个——标准化的职称评审、标准化的精品案件评选、标准化的同行声誉体系——会把“你的产出对于一个没有接受过法律训练的普通公民而言是否可理解”当作一个指标来对待。这并非因为这些制度的设计者存心要排斥公民视角，而是因为任何一个专业共同体要想不散架，都必定发展出一套只有自己能操作和评判的内部质量标准。刑法律师不会请一个没学过法律的当事人来评点他的辩护词写得好不好；

同理，法院的案件质量评查委员会也不会找一群普通公民来打分。内部标准是专业共同体维持运转的骨架——骨架上本来就长不出朝外开口的器官。

第四层：不同群体资源落差对解释通道的差异利用能力。前面三层结构共同撑起的体系并非对所有人产生同等影响。这套体系好比一幢只有一扇窄门的大厦：门没有上锁，理论上任何人都可以推门进去自己看；但谁能找到这扇门、谁有足够的力气推开它、谁能在进去之后不迷路——这三件事决定了不同群体经历的是同一幢大厦里完全不同的空间。大公司的法务部门是一个常驻在大厦里的住客，他手里有全套的钥匙（数据库检索系统）、有随时更新的楼层地图（定期参加司法解释培训甚至参与征求意见稿的反馈）、还有一套他自己编写的地下通道（在与监管部门的日常沟通中建立的对执法尺度的经验性把握）。一个在批发市场租摊位的个体户是一个偶尔被门卫拽进大厦的人——他不知道有几种罪名和自己每天签的合同有关，等他知道的时候调查人员已经在敲仓库的铁门了。一个被某个地块项目牵连进非法转让土地使用权罪的拆迁户则是被人从一扇他自己根本没看到的侧门推进去的——他在做他认为自己在行使合法权利的事时，从不知道自己的名字已经出现在司法人员正在比照的某个罪名构成要件的下面。同一条法条，同一套解释，同一个闭合论证体系——在这三种人身上兑现的是三种质上不同的经历：对于第一种人，刑法是一个他可以主动导航的系统；对于第二种人，刑法是一片他偶尔会被它的刺扎到但永远看不清其全貌的荆棘丛；对于第三种人，刑法是一道他从不知道它存在、直到它劈下来才看见的霹雳。

这四层结构——解释权的逐级过滤锁在机关内部、法益概念的中介效应锁在专业操作内部、评价体系的内部锚定锁在共同体内部、不同群体的资源落差把外部公民分成锁内外不同距离的层层——联合运转起来，形成了一个不需要任何一个人刻意设计和维护就能自我再生产的自锁装置。解释权的逐级过滤把可预测性从行为前拉向行为后，法益概念的中介加工把告示的内容从日常语言翻译成了一套外行人无法自己解码的专业符号，内部评价体系封死了从“公民看不懂”向“制度反思”回传的反馈通道，而群体资源落差保证了当反馈通道被封死后，那些被挡在通道外面的群体各自被推到离可预测性不同的距离——有人站在围墙外面几步远还能透过栅栏看到个大概，有人一出生这条街，这道墙对他来说就是天际线本身。

这个装置最反直觉的一点是：其中每一个节点的运转都是在尽职尽责地做它自己份内的事。立法机关不断修法细化构成要件——在尽职。最高司法机关不断发布司法解释统一裁判尺度——在尽职。法官在判决书里用七十页纸详尽论证了为什么被告的特定行为符合某一兜底条款的文义射程——在尽职。法学院的教授用一篇漂亮论文拆清了两个构成要件要素之间的教义学区分——在尽职。这些人没有一个是存心在制造不公平的。他们各自岗位上的“尽职”，连接起来就是一个让普通人越来越够不到法律底线的自锁循环。这个装置不是被设计的，它是被演化出来的。每一个节点在面对自己的任务压力时做出的每一个合理性选择，在累积两百年、叠加无数个案之后，自己织成了自己现在这个形态。

5.3 可预测性的分层：“应当知道”如何在不同群体身上成为不同的东西

如果上一节的分析是拆开论证闭合结构的制度骨架，本节的分析是看这套骨架在不同群体的个体身上具体留下的痕迹。解剖的点位是判决书论理中“应当知道”这四个字的运作方式——“应当知道”是论证闭合原则在个案中最集中的表达，而同一个“应当知道”在落到不同被告身上时的论证操作，可以最直观地暴露可预测性是如何被分层分配的。

“应当知道”在刑法教义学里是一个被精密操作的事实判断工具。法官要认定一个被告“应当知道”自己的行为是违法的，教义学提供的标准操作流程大致是：第一，检视被告所处的具体情境（他的职业背景、他所接触的信息源、他既往的经历）能否给他提供足够的相关线索；第二，将被告自身的行为与这些线索交叉比对——一个拥有这种职业背景、在这种信息环境中做出这种行为的人，是否按常理可以推断他已经意识到了行为的不法性质；第三，如果被告提出了不可信的反驳，那份反驳中是否有东西足以撼动这种推断。在上市公司内幕交易案中，这套工具可以在一个受过金融法训练的被告身上运得像手术刀一样精细：被告在某次内部会议上接触了某份标注“机密”的财务数据，三天后他的亲属账户大额买入相关股票，卖出时间精准咬合在利好消息公布之后——这些客观证据构成了一个高度可核查的锁链，法官在判决书中可以逐环拆开论证被告“应当知

道”，而辩护律师可以逐环反击。论证在自治，判决在可复核，上诉审法官可以逐环推翻任何一个环节——这套工具的精密度是真实的。

但这同一套工具落在一个不同被告身上的时候，形状就变了。一个被指控非法吸收公众存款罪的民营企业主，他签了一份“民间借贷合同”，借了二十几个亲戚朋友的钱扩大生产线——他的工厂按时付息，没人报警，他既没有看到过任何标注“非法”的警示文件，也没有意识到自己正在做一件可能需要去查法条的事。在行为前，他可以凭他的日常认知正确理解的事是“我找熟人借钱付利息”——这件事与他能接触到的日常经验的含义是一致的。判决书理论从这个点开始，与在内幕交易案中的手术刀就完全不再共享同一种操作逻辑。法官在判决书中要判定他“应当知道”其行为可能构成非法吸收公众存款罪时，依赖的不再是一份他可以辨别其法律含义的客观证据链，而是一系列他自己不可能自行完成的教义学推导：他的借款对象人数超过了某司法解释所设的“不特定对象”的转化门槛；他的借款规模在客观上构成了对金融管理秩序的“抽象危险”；金融管理秩序这个法益本身就内置了对“未经批准的集资行为”的禁止——所以一个从事集资行为的人，应当知道自己在冒违法风险。这个推导链的后半截——“金融管理秩序”的概念、“抽象危险”的归属、“不特定对象”在教义学上的转化标准——全部是在被告日常经验的盲区里做出来的。当他在判决书上看到“应当知道”这四个字总结掉这整条推导链时，他从头到尾没有能力参与对自己是否“应当知道”的辩论：“我不知道”三个字就是他全部的武器——但这件武器捅不进论证闭合结构为他搭起的那个环里，因为在教义学上，主观上单纯的“不知”不能击穿一个从客观行为到规范归属的推定。

于是，同一个“应当知道”在两种被告身上兑现了两种质上不同的东西。对于有大公司法务资源配置的被告，“应当知道”是一项可以被实质性抗辩的事实判断——它有客观证据链支撑，有专业辩护人逐环检验，有上诉审法官逐环复核。对于缺乏专业资源的小企业主，“应当知道”滑成了一个不可辩驳的规范归属——它从“这个人实际上有没有能力知道”的事实问题，变成了“规范上他就应当知道”的应然判断。从他个人的角度看，这不是论证——这是判决在他的认知盲区里完成了一次他看不见、摸不着、无法还手的闭合。

这一分层格局在三个群体间的分布呈现出不均匀的纹理。大公司的合规部门面对的是核心自然犯之外的高密度法定犯地带——证券犯罪、金融诈骗、商业贿赂、环境污染——这些罪名构成要件的日常认知可触及性固然极低，但他们有专职法务团队把专业检索当作日常工作，所以对他们而言，可预测性虽然需要借助专业中介才能兑现，但中介就在手边。个体户和小微企业主被频繁卷入的高危地带——非法经营罪、非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、虚开增值税专用发票罪——这些罪名的构成要件同样日常认知可触及性极低，但他们手边没有专业中介；雪上加霜的是，这些罪名在经济活动中的触发率极高、一旦触发后果极重，而行为人在触线前连自己要去问谁都不知道——因为他没有意识到自己正在做的事是一个需要被“问一下”的法律问题。在这个群体身上，“可预测性”已经从一项制度承诺退化成了一种按照“你在出事前口袋里有多少钱可以买到多少小时的律师咨询”来分配的概率性资源。被刑事案件裹挟的第三关系人则处于更外层：拆迁户被控妨害公务、供货商被牵连进合同诈骗的上游追溯、公司挂名法人被告知自己名下的公司涉嫌单位犯罪——这些人在被纳入刑法评价的前一秒，还不知道自己已经站在一个被标注了某条罪名的雷达屏幕上。

这个分层格局逼出的结论是：在论证闭合结构支配的当代罪刑法定实践中，“可预测性”一词本身已经不再是一个可以不加限定就被平等赋予每一个潜在被告的有效权利概念。不同群体经历的“可预测性”不仅是量的差别（谁更可预测一些），而是质的不同：对于站在解释通道内层的群体，可预测性是一项他们可以主动调用的操作性制度资源；对于站在外层的群体，它是他们实际上无法凭借自身生活经验有效利用的虚构承诺；对于站在无层的群体，它甚至是他们根本不知道自己已经丧失了的东西——“一个人不知道自己正在丧失一项权利”这个状态本身，就是权利被静默剥夺的最高形态。

5.4 差序链的浮现：罪名论证闭合度的谱系与可检验性

前两节的论述在制度结构（宏观）和群体分层（中观）两个层面分别完成了诊断，但都还欠缺一个能够直接对接实证研究的、更微观的分析工具。这个工具在这一节中被构造出来——它的切入点是不同罪名各自的论证闭合程度并非均匀相同，而是排成了一条从“告示功能高度残留”到“论证功能几乎完全覆盖”的连续差序链。

5.4.1 构成要件要素的朴素认知可触及性与分类

构建差序链的第一步，是把每一个罪名的构成要件要素按照其“朴素认知可触及性”进行拆解。此处理论框架一节已给出操作定义，这里将其应用到具体罪名上完成分类。

一条构成要件要素——比如“杀人”——在日常语言中对应着一个几乎每个社会成员在成年之前都已内化的核心禁止规范。当一个从未读过刑法的人听见“故意杀人”四个字，他不需要先查字典，不需要请教律师，他凭自己的伦理直觉就能接近“法律在说的大概是哪种事”。这类要素——我们可以称之为“朴素认知可触及要素”——在故意杀人、故意伤害、强奸、抢劫、盗窃、放火等传统自然犯的构成要件中占据主导地位。因此，这些罪名的告示功能残留度极高：当法条说“禁止杀人”时，它在用公民已经会说的语言向公民说话。

但这个谱系的另一端完全是另一番景象。以非法经营罪为例。该罪的核心构成要件要素主要包括：

（1）“违反国家规定”——这个要素本身需要二次援引《刑法》第九十六条，再由第九十六条指向行政法规、部门规章等反复修改的下位规范性文件；（2）“非法经营行为”——其中“经营”二字看似日常，但其在教义学中须与“未经许可”“未经批准”“超出许可范围”等特定行政法概念连接后才能闭合含义；而典型兜底项的“其他严重扰乱市场秩序的行为”则完全不包含任何在日常语言中可独立辨识其边界的指引。（3）“严重扰乱市场秩序”——“市场秩序”在教义学中已经被拆解为市场准入秩序、市场竞争秩序、市场价格秩序等下位概念，而这些概念要落实到个案，须经过对涉案行业的行政法规和特定市场结构的专业性分析，这些分析所需的全部工具都在日常认知的范围之外。

在故意杀人和非法经营这两极之间，所有刑法罪名按构成要件要素中“需经教义学概念拆解要素”的占比高低——反过来也就是“朴素认知可触及要素”的占比高低——排成了一条连续的谱系。我们可以大致将罪名分为几类以展示这条链：极高触达性的罪名（如传统暴力犯和财产犯）的构成要件核心要素与日常伦理直觉高度重叠，告示功能几乎完好保留；中等触达性的罪名（如诈骗罪、敲诈勒索罪、交通肇事罪）的部分要素（“欺骗”“威胁”“交通违规”）在日常语言中有锚点，但另一部分要素在进入复杂经济场景或跨行政区划的机动化场景后，锚点开始漂移；低触达性的罪名（如侵犯著作权罪、串通投标罪）的核心概念如“著作权”“投标”虽然在日常语言中可指认，但其法律含义与日常含义的偏离度已需专业解释介入；极低触达性的罪名（典型的法定犯或空白罪状犯）的构成要件的主体骨架由专业行政法规、部门规章和教义学概念搭建而成，朴素认知无法单独触达，告示功能几乎被论证闭合完全覆盖。

5.4.2 差序链的存在对核心命题的精确化贡献

这条差序链的存在，把本文命题一和命题二从一个全有或全无的定性命题，精确化为一个可按罪名逐一测量、可按审级逐一追踪的定量命题。这层精确化的理论分量在于以下三点：

第一，它瓦解了“罪刑法定整体上有没有被削弱”这个毫无生产力的老问题。一个更好的问题——一个可以被拿来直接用判决书文本分析来正面回答的问题——是：在哪些罪名的入罪论证中，告示功能的残留度还足够高，足以让一个普通公民凭日常认知独立预见自己行为的刑法后果？在哪些罪名上，告示功能的残留度已经降到零，以至于国家在处罚时，必须承认这个处罚赖以成立的规范性知识，在行为前是被告凭借自身日常认知所无法触达的？这两个问题的答案分布在不同罪名上，且可以被一份一份判决书的内容编码任务系统地测绘出来。

第二，它为解释“为什么某些罪的判决比另一些罪更容易引爆公众的朴素正义直觉”提供了一条超出个案、直指结构本身的解释路径。当法官用严密自洽的教义学论证判定一个民营企业主构成非法吸收公众存款罪时，公众的愤怒通常不是针对“论证有漏洞”——他们不读论证，他们也读不懂论证。他们愤怒的是：“他做的事在他自己看来不是犯罪。”这句话被论证闭合结构翻译成教义学语言之后，就变成了“被告的禁止错误不足以排除违法性认识”——翻译过的句子安然躺在论证体系里面，没有被翻译过的原始愤怒坐在体系外面。二者之间没有对话，只有一道系统自己看不见的隔音墙。差序链的测绘就是把这堵墙一个罪名一个罪名的位置标出来。

第三，它为制度补偿的设计提供了精准的靶向。一个逻辑上必然推出的推论是：告示功能缺损越严重的罪名，制度需要对其施加的认知补偿就越强。我们不需要对故意杀人罪额外设置什么“事前告示可达性评估”——因为它的自然犯属性本身已经内置了告示功能。但对于非法经营罪、非法吸收公众存款罪、操纵证券市场罪这些处在差序链极低端的罪名，国家在设计它们的司法解释、指导性案例和个案裁判说理时，就必须额外附加一项告示补偿义务：在处罚之前，你用什么方式、向谁、把你要禁止什么说清楚了？你不能只给你自己人说法——你得给那些会被你判下去的人一个他们能听懂的交代。

5.4.3 可检验性：一项排除最强竞争解释的研究设计

这一小节的剩余部分不是继续阐述差序链的理论含义，而是把它转为一个可以被严格检验的实证设计。任何理论如果不能在经验上排除那个对它最具威胁性的竞争解释，就只是一种精致的观点。本文所面对的最强竞争解释不是某个具体的对立学派，而是一句每个刑事实务工作者都能凭自己的职业经验脱口而出的话：“你说这么多，其实不就是‘经济犯罪越来越复杂、普通人不主动学法就活该吃亏’吗？”

这个竞争解释的逻辑是：当代社会的经济活动确实远比两百年前复杂，金融、证券、知识产权、环境规制、食品安全——这些领域的监管确实需要大量专业化的行政法规范，而刑法对这些领域的介入，必然带来构成要件的专业化。不是刑法教义学在刻意排斥普通人，而是现代社会本身的结构分化导致的必然后果。被告在行为前没有去主动了解法律——他既然选择从事某一可能涉及复杂监管的经营活动，就应当承担相应的注意义务（包括聘请律师、咨询合规）。因此，所谓“告示功能衰退”不是什么系统性的原则替代，只是现代社会复杂性在刑法领域的自然投影；可预测性在不同群体间的差距，也只是不同社会群体的资源差在法领域的映现，无关刑法教义学内部的操作。

这个竞争解释听起来合理，因为它确实说中了一部分事实：社会的复杂化确实是导致法律专业化的重要因素。但是，如果这个竞争解释是充分的——如果可预测性的群体分层真的只是“社会复杂化”这个外生变量的自然投影——那么它必须通过下面这个检验：当我们控制了“社会经济地位”这个变量之后，不同罪名之间的可预测性差距应当消失。换言之，如果一个大公司法务总监和一个小微企业主在同一个罪名上的可预测性差距，完全是由他们各自的社会经济地位（教育水平、收入、可支配的专业资源）造成的，那么当我们比较一个拥有高教育水平但没有法律专业背景的工程师和一个同样拥有高教育水平且配备了公司法务团队背景的财务总监时，他们在“故意杀人罪的可预测性”上的表现应该非常接近（因为两类人都不需要借助专业中介来触达“杀人”的朴素含义），且两人在“非法经营罪的可预测性”上的差距应当仅仅是两人所处行业和接触法规的机会差造成的，而与刑法教义学内部对“非法经营”这个概念的专业拆解方式没有独立的因果关系。

本文的理论——论证闭合原则独立造成了告示功能在不同罪名上的差序衰减——的预测正好相反。它预测：即使我们将被告的社会经济地位（教育、收入、职业）完全控制为同一水平——比如两位都拥有硕士学位的非法律专业人士，一个人在某高科技公司从事研发（从未接触过合同合规审查），另一个在资产管理公司从事风险量化分析（经常接触内部合规培训但对刑法条文本身没有专门阅读）——他们在“非法经营罪”“非法吸收公众存款罪”“操纵证券市场罪”这些罪名上的可预测性，仍然会显著低于在“故意杀人罪”“抢劫罪”“强奸罪”上的可预测性；而且，这个差距不是因为这两个人谁的社会经济地位更高，而是因为这些法定犯的构成要件要素本身，在教义学构造上已经预设了一套只有经过系统法律训练才能操作的概念区分。这套概念区分与被试的社会经济地位无关，与刑法教义学系统的内部知识结构有关。

这就给出了一个排除针对这个具体问题的竞争解释的方案——一个可操作的研究设计：分层抽样配对实验。

（1）样本设计。 我们选取三组群体，每组内部按社会经济地位做完全配对。A 组：大型企业的法务/合规部门专职人员（法律专业人士，社会经济地位较高）。B 组：同等规模企业的非法律部门中层管理人员（社会经济地位近似于 A 组，但无法律专业训练）。C 组：小微企业的经营者或个体户（社会经济地位与 A、B 两组不重叠，作为社会经济地位的对照组）。配对的关键是：B 组与 A 组在社会经济地位（教育、收入、管理岗位职级）上尽量匹配，唯一的系统性差异是“是否受过系统法律训练”。

* (2) 测试材料。* 从罪名差序链的两极和中段各抽取代表性罪名。一级（极高认知触达）：故意杀人罪、抢劫罪。二级（中等触达）：诈骗罪。三级（极低触达）：非法经营罪、操纵证券市场罪。对每个罪名构造两个到三个简短的“行为场景描述”，每个场景描述只叙述行为的客观事实特征，不出现任何法律术语和评价结论。例如非法经营罪的场景之一：“张先生在某市郊区租了一个仓库，从周边几个县的农民手中收购玉米，统一打包装车后运到邻市的批发市场加价卖出。他一共做了两年，累计销售额约五十万元。他没有办理过‘粮食收购许可证’，也不知道收购玉米需要办证。”这份材料不提示任何法律后果。

* (3) 测量任务。* 每位被试独立阅读全部场景后，要求对每一个场景做两项判断：（a）你认为张先生的行为是否可能触犯刑法？（是/否/不确定）（b）你對自己上一题判断的确信程度有多高？（1-7 分量表）。此外，对选择“是”或“不确定”的被试追加追问：“如果这个行为真的可能触犯刑法，你认为你自己在处于张先生的角色时，在行为前有多大可能独立预见到这一后果？”

* (4) 对照预测。* 竞争解释预测：A 组和 B 组在二级和三级罪名上的可预测性差距，应可被“所处行业接触法规的机会差”完全解释；在被试接触相关法规的机会被控住之后（比如选取研发部门的中层而非风险管理部门），B 组在三级的回答应与 A 组趋同——因为 B 组的高教育背景使其具备“如果他知道该去查，他查得懂”的潜在能力。本文理论预测：即使两组的社会经济地位被严格控平，B 组在三级罪名上的正确识别率和确信度仍然会显著低于 A 组——而且这个差距更主要地源自三级罪名构成要件本身无法被“日常语言+高教育背景”直接触达，而非源自 B 组缺乏接触法规的主观机会。此外，还有一个更关键的判性预测：在三级罪名上，B 组与 C 组之间的差距，将显著小于 A 组与 B 组之间的差距。换言之，面对法定犯，非法律专业的管理人员的预测力并不比个体户高出很多——因为在专业化的教义学概念面前，高社会经济地位带来的通用认知优势并不自动转化为对刑法专业概念的可触达性。正是这个特定罪名上的“B-C 差距小于 A-B 差距”的模式，是本文理论最要害的检验判据：如果数据不支持这个判据——如果高社会地位的 B 组在法定犯上的表现始终接近 A 组而非 C 组——说明竞争解释有更强的解释力（“可预测性的差距本质上是社会分层本身造成的，与教义学概念的独立效应无关”），则本文关于论证闭合原则独立于社会分层产生排斥效应的核心诊断就需要被大幅修正。

* (5) 推翻本理论的实验结论。* 何种结果会构成对本理论的反驳？如果实验中出现了这样的结果：当控制社会地位后，所有群体在所有罪名上的可预测性均在统计上无显著差异（这意味着告示功能的差序完全源于被告自身的社会资源差、与罪名教义学结构无关）；或者，当进一步控制“被试是否在相关行业有直接工作经验”后，B 组的表现就与 A 组无统计差别，这意味着我们所说的“专业壁垒”其实只是“行业信息壁垒”的投射，教义学本身并无独立的排斥效应。这两种结果——社会分层完全解释差序，或行业信息差完全中介教义学差序——都意味着本文理论的核心因果主张成立度受到重大威胁，这将促使我们更谨慎地将可预测性缺损归因于教义学系统本身的闭合性，而非更宏观的社会分层与行业专业化。

* (6) 如何防止“假阳性”以及外部有效性的局限。* 一套实验设计如果只是“有可能得出支持自己预测的结果”是不够的，还必须主动说明在什么情况下它会产生虚假的阳性支持。本设计最脆弱的环节在于：场景描述中“张先生不知道需要办证”——这个信息在实验里是外显给被试的，被试被提示去关注“当事人主观不知情”。而在一份真实的判决书中，同样的主观不知情被法律专业人士以一句“被告人辩称其不知道需要许可，但根据查明的事实…本院不予采信”轻轻带过。也就是说，实验环境可能人为放大了被试对“不知情”线索的感知度，从而人为降低了被试对“他应当知道”的倾向。修复路径是：在实验中额外增设一个对照组，在该组的场景中不附加“他也不知道需要办证”这样的明确主观状态信息，仅客观叙述行为。如果在此“无提示”组中，非法律被试对三级罪名行为违法性的正确识别率依旧极低，则说明“主观不知情提示”并不构成主要驱动效应；若识别率显著上升，则说明实验自己对数据结果施加了一个向下的偏压力，需在论文中作为重大方法局限报告，并被后续研究引入更逼近真实司法文件语言风格的文本材料所重测。

综合以上，本节贡献的不仅是又一个关于“刑法应当怎样”的论点，而是一套把规范理论推向可被经验科学严格追索的操作工具。罪名差序链的存在，让“罪刑法定在当代遭遇了什么”这个庞大模糊的问题，第一次可以变成一串可以被逐罪名、逐审级、逐制度接口去量度的具体追问。实证研究界接不接招，不是本文能掌控的；但本文已经把自己的核心命题放到了这样一个可以接招的位置上——不是悬浮在“有待继续研究”的安全壳里，而是插上了判败的标尺。

6 结论

6.1 核心发现

本文的核心发现可以凝缩为以下四个层层递进的判断：

第一，罪刑法定原则在当代刑法教义学系统中实际运转的那颗心脏，不是费尔巴哈所铸造的“告示原则”——要求在惩罚公民之前以他可理解的方式告知他行为的边界——而是一套“论证闭合原则”，只要求在由法条、解释、通说、判例构成的闭合体系内为处罚提供充分的事后论证。二者共享同一句拉丁格言和同一套制度外壳，但在运作指向上彼此相反。

第二，这个静默的功能替代使罪刑法定最原初承诺的“事前可预测性”发生了根本性的变质：它从一项普遍赋予每一个潜在被告的制度权利，退化为一种按被告所拥有的经济资本、社会资本和专业资源加以分层分配的认知资源。大企业法务、小微企业主和无辜卷入的第三关系人面对同一条刑法条文时，经历的是质上不同的“可预测性情状”。

第三，论证功能对告示功能的覆盖，并非在所有罪名上均等发生，而是呈现一条从自然犯向法定犯递进的连续差序链。这条链的测度工具——构成要件要素的朴素认知可触及性——允许我们将“替代”从一座无法测量的定性山，精确为一幅可以逐罪名测绘的定量地图。

第四，修复这一困局的路径不在于也不可能在于让刑法教义学倒退回前现代的朴素状态，而在于在现行教义学体系的特定制度接口——侦查阶段的信息获取、审查逮捕环节的实质对抗空间、司法解释制定中受影响群体的认知基线评估、判决书论理中“可预测论证”的独立审查——植入旨在补偿告示功能缺损的制度楔子。

6.2 理论贡献

本文的理论贡献主要落于以下三点：

第一，对罪刑法定原则研究的切入视角转变。既有研究长期将罪刑法定的当代困境置于“明确性是否足够”的框架下讨论，这一框架将衡量标尺锚定在法律文本的属性与专业人员的操作能力上。本文将标尺从“教义学内部的明确性”位移到“公民外部的可达性”，揭示了一个此前未被独立命名的制度事实：论证自治不等于告示到位，把前者做到极致不等于后者已自动兑现。这一视角转变使罪刑法定原则从一项在理论上“已被法典化便已完成”的静态制度，重新成为一个需要就其“与实际被告的认知距离”进行逐罪名评估的动态问题。

第二，创建了一套可供后续实证研究直接操作的中层概念工具。从“构成要件要素的朴素认知可触及性”这一基础概念出发，本文提出的罪名论证闭合度评估、判决书论证功能分检、审级差序追踪三个彼此校准的分析工具，以及由此展开的五个独立研究方向上至罪名数据库的建设、中至大样本判决书文本编码、下至审查逮捕环节的田野调查——这套工具链使得关于罪刑法定当代命运的讨论，第一次从“应然争吵”被推到了“实然可测”的门槛上。这些工具本身当然可以直接被批评和改进——它们中的任何一个都有可能在后来的实证检测中被证明需要修正。但即使是它们的失败，也会为这个领域留下一个清晰的失败签名，告诉后来的学者：“这条测法试过了，不对，你得往那边拐。”

第三，为刑法的社会学诊断与规范分析之间的整合提供了一个具体范例。本文自始至终没有把对系统的社会学诊断用作“反正一切都不会变”的犬儒主义托词，也没有把对原则原始承诺的规范性坚持当成“一切都可以回归理想状态”的浪漫主义幻觉。论证闭合是一个被演化出来的自我维持结构——因此你若仅仅在规范上高喊“告示应当回归”，你不会击穿这个结构；但你能做的是精准地定位它最脆弱的那几道裂缝，然后把制度楔子逐条钉进去。

6.3 实践与政策含义

基于上述结论，本文提出以下三条具体且可操作的实践建议，每一条都指向一套可以被独立试点、被独立评估的制度安排：

第一，在省级法院的案件质量评查体系中，增设“裁判文书的可理解性审查”作为独立评查指标。这一指标不取代现有以“论证充分性”为核心的专业评查指标，而是与之平行独立设置。操作性定义：被随机抽取参与评查的裁判文书（尤其是适用法定犯的判决），必须经过一个由非法学专业人士（具有普通高中或大学非法律专业教育背景）组成的可理解性审阅小组的阅读测试。测试内容为：（1）在通读判决书的“经审理查明”与“本院认为”部分后，能否用自己的话正确复述出被告被定罪的核心事实与核心法律依据；（2）在阅读后，是否认为“如果自己是被告那样的人，在行为前有可能凭自己的日常经验意识到行为可能犯法？”可理解性审阅小组的评价不直接影响判决的法律效力，但纳入法官年度审判质效考核的加权项，与审判管理部门的定期评估挂钩。预判的失败模式：（a）可理解性审阅退化为走过场，审阅小组被反复遴选为法律系统工作人员家属或相关人士，失去独立性。修复路径：审阅小组成员从该省辖区内非法律相关行业的市民代表中随机抽选，组员每年轮换，禁止连任，抽选过程由省级人大内务司法委员会监督。（b）可理解性评价沦为法官安抚公众舆论的表演性指标，法官只把“写得通俗”简单等同于“写得短”。修复路径：评查标准明确区分“通俗化改写”和“告示功能实质审查”——前者仅要求把长句变短句，后者要求审阅者独立指出“判决书中哪一页哪一段的什么内容，能够让我在行为前事先知道这个具体行为是犯罪的”。两类评测结果分开计分。

第二，最高司法机关在制定或修订涉及经济活动高频罪名的司法解释时，增设“受影响群体认知基线评估”的事前论证程序。该程序要求在发布征求意见稿之前，由司法解释起草部门委托独立的法社会学研究团队，对将受该解释直接影响的一类或数类典型群体（如小额贷款从业者、农村合作经济组织成员、互联网内容创作者），进行以行为场景判断为材料的认知基线小样本抽样测量。测量结果不作为是否发布该解释的决定性依据，但必须在发布稿的“起草说明”中单独成节，公开明示以下信息：“本解释所涉行为类型的规制对象群体，在行为前对该行为可罚性的实际认知基线测定结果为 X%（即可正确预见该行为被刑法评价的比例）”。预判的失败模式：（a）测量沦为象征性操作：研究者挑选不具代表性的友善样本以获取高基线。修复路径：由独立学术机构公开选拔研究团队，测量抽样框架须事先向公众公开，测量程序接受事后学术复核。（b）测量结果公布后，被舆论简单化为“连 X 值这么低都敢罚？”的民粹攻击，导致司法解释起草部门抗拒此程序。修复路径：在制度设计之初就明确，认知基线低本身不构成“该行为不应被犯罪化”的单独充分理由（因为还有法益保护必要性与比例原则等实质判准），低基线所触发的是国家“附带告示补偿义务”——当某类行为的认知基线在行为前显著低于某一预设阈值（如 70% 或由未来实证研究所定的合理阈），规制机关就必须在执法的同时增加针对该目标群体的前置性普法告知、过渡期指引或可理解的合规路径发布。

第三，在特定类型法定犯的审查逮捕程序中，试点引入对嫌疑人“行为前日常认知可能性”的证据呈现环节。试点可在非法吸收公众存款罪、非法经营罪、集资诈骗罪等告示功能残留度较低的罪名上先行展开。操作设计：在审查逮捕阶段，辩护律师有权向检察机关提交一份《关于嫌疑人行为前对相关刑法禁止的日常认知可能性的综合意见》，并附上相关证据（嫌疑人自身的职业背景、受教育经历、从事该行为的既往经验、所涉行政法规范的公开可获取程度与可理解性评估）。检察机关在作出批捕决定时，应当在《审查逮捕意见书》中单设一段，说明是否审阅了该意见，并就不采纳该意见中实质性理由做简要说明。预判的失败模式：（a）律师意见形式化：检察官“已阅”即视为“已回应”，不构成实质制约。修复路径：将该说明段纳入批捕案件事后质量评查的范围——如果辩护律师提出的日常认知可能性的实质性论据（而非仅“嫌疑人主观喊冤”）未得到检察官任何有针对性的回应，该案批捕质量评定相应降级。（b）检察机关资源不堪重负：批捕窗口仅七天，增加一项实质性审查义务将进一步挤占办案时间。修复路径：仅在对告示功能缺损程度极高的几类法定犯强制适用此程序，其余罪名暂时不硬推。

6.4 研究局限的诚实自陈

本文存在以下需诚实面对的研究局限：

第一，最核心但也最无法在本文篇幅内弥补的局限是：本文的命题二（可预测性按群体分层分配）和命题三（罪名论证闭合度的差序链）虽然在理论层面完成了概念化的精确表述，并给出了详细的可检验研究设计，但本文本身并没有提供验证这两个命题所需要的一手经验数据。本文目前属于一项规范概念分析与实证研究纲领设计的结合体——它在理论上完成了必须完成的“把问题提对”的工作，但尚未完成同等重要的“把验证做完”的工作。这意味着，本文提出的命题在严格意义上目前仍停留在假说阶段，其合理性主要来自概念分析的内部自治性和制度过程追踪的外部指标，而非直接的经验验证。作者对此不存任何侥幸：如果未来的分层抽样配对实验不支持 B-C 差距小于 A-B 差距的判据，本文的因果主张将需要大幅修正。

第二，本文对论证闭合原则的历史追踪，主要依赖的是作者能够获取的德国刑法思想史的核心二手文献（费尔巴哈、宾丁、李斯特等人主要著作的通行引述），并未进行第一手的德国十九世纪刑法文献档案研究。这意味着，对“告示功能被论证功能覆盖”这一历史过程的重构，在史学精确性上存在可被批评的薄弱处。本文采取的补救策略是将这一历史重构在本文论证中的功能限制为“提供概念分离的规范根据”和“展示转变并非当代独有而是有一个两世纪的生成史”，而非将其作为独立的历史学主张来宣称。

第三，本文对“论证闭合原则”的制度诊断主要依托于对中国大陆刑法体系的制度分析，其不同法域（尤其是普通法系国家、北欧刑法的福利国家模式）的适用性有待进一步检验。论证闭合结构所依赖的成文法解释层级体系在判例法国家有不同的构造形态，但法律专业共同体自我指涉的底层逻辑可能在跨法域的比较中呈现值得警醒的共性。

6.5 未来研究方向

本文展开的研究纲领不是一组笼统的“有待进一步研究”的展望句，而是五个各自独立——又可以互相锁扣——的开题方向，每一个都可以直接成为一篇独立的博士论文或一个横向课题的初始研究设计。

方向一：罪名论证闭合度的分类体系建构（数据库建设型研究）。这一方向的核心任务是将本文提出的“构成要件要素朴素认知可触及性”操作化为一个可逐罪名打分的编码手册，然后用这套编码手册对中国《刑法》四百余个罪名的构成要件要素进行一次系统普查，建立首个“中国刑法罪名告示功能残留度数据库”。数据库的每个罪名条目至少包含：该罪名全部构成要件要素列表；每个要素的“朴素认知可触及性”三级评分（高/中/低）与评分依据；该罪名综合评价后的“告示功能残留等级”。数据库建设完成后，刑法学界将第一次拥有一张不是凭感觉推估而是凭系统编码测绘出来的“罪名可预测性地图”。

方向二：判决书论证功能分检的实证研究（大样本内容编码型研究）。选取一定数量（如三年内各层级法院已公开的刑事判决书中随机抽样 500-800 份）的判决书作为分析样本，以本文提供的“告示指向 vs. 论证指向”二码表对所有援引（或应当援引而未援引）罪刑法定原则段落的论证段落进行人工编码。回答一组目前只有假设而无数值的问题：判决书在哪些罪名的说理中，对罪刑法定原则的援引主要体现为“告示功能指向”（即独立论证被告在行为前有实际预见可能），而在哪些罪名中主要体现为“论证功能指向”（即仅论证处罚在教义学体系内部自治）？这两种指向的比例在基层法院与中级法院之间、在一审与二审之间有无系统性变化？这项研究的结论将直接检验本文提出的“论证闭合原则在事实上接管了罪刑法定的日常运转”这一核心命题的经验分量。

方向三：审查逮捕环节被告日常认知能力的证据呈现机制研究（田野调查型研究）。选取一个或数个正在推行（或有意试点）审查逮捕环节辩护律师深度参与的基层检察机关，通过参与式观察、半结构化深度访谈和批捕案卷的内容分析，追踪“嫌疑人的行为前日常认知可能性”在批捕决策的实际讨论中被提及的频率、方式及对批捕结论的实际影响力。目标是回答一个对制度楔子设计至关重要的问题：在现行制度条件下，增加一个针对“被告日常认知能力”的独立证据呈现环节，会不会像许多纸面设计精美的制度创新那样在被实际操作者娴熟地绕过之后退化为一道无意义的过场？如果答案是会，绕过去的具体机制是什么？那才是制度设计者真正需要面对并提前构筑堤坝的地方。

方向四：上诉审对“应当知道”命题的审查标准研究（判决书比较分析型研究）。聚焦各地中级以上法院刑事审判庭已公开的二审、再审判决书，筛选出其中控辩双方就“被告是否应当知道其行为违法”存在实质性

争议的案件，比较分析不同合议庭、不同法院乃至不同省份的法官在审查一审判决中的“应当知道”论证时，实际采用了什么样的审查强度——是完全采信一审法院的综合推

增补一：两种合法性的分离

告示合法性问的是行为人在行动前能否凭公开规则形成合理预期；论证合法性问的是专业共同体能否在行动后给出处罚理由。两者经常重叠，却不是同一指标。一个判决可以在教义体系内部极其严密，同时对普通行动者完全不可预见。本文的贡献不是反对专业论证，而是拒绝让事后闭合自动替代事前告示。

增补二：朴素认知可触及性量表

量表包含四级：无需专业中介即可识别禁止性；阅读成文规则后可以判断；必须结合司法解释或稳定判例；只有经过高度专业化论证才能知道。测量对象不是公民是否背诵法条，而是规则是否允许非专家在行动前识别风险方向。不同群体可分别测量，以揭示可预测性是否成为按资源分配的认知特权。

增补三：自然犯与法定犯连续谱

自然犯与法定犯不应被处理为僵硬二分。更合适的是建立连续谱：构成要件中每增加一层转引、技术标准或行政前置判断，告示功能就可能下降，而论证闭合度上升。这个谱系允许逐罪名、逐要素核验，也避免把所有复杂规范一概宣布为不合法。

增补四：证伪条件

如果大样本实验显示，不同资源群体对高闭合度罪名的行为预期没有显著差异；或者论证闭合度提高同时稳定提升了普通人的事前可预测性，那么“背离”命题不成立。相反，如果专业可论证性上升而朴素可触及性下降，两种功能的分离便得到经验支持。

经编辑核验的参考文献

[Paul H. Robinson, Fair Notice and Fair Adjudication, University of Pennsylvania Law Review, 2005.](#)

[Lon L. Fuller, The Morality of Law, rev. ed., 1969.](#)

[Council of Europe, Guide on Article 7 ECHR.](#)

[Jeremy Waldron, Vagueness and the Guidance of Action, 2011.](#)

[Frederick Schauer, Playing by the Rules, 1991.](#)