

预防性刑法观及其教义学思考

高铭暄 孙道萃*

内容提要 社会历史形态的变迁决定刑法制度的进化命运,全球风险社会与网络社会的交替交织孕育了当代刑法积极预防风险的时代任务。因应当代社会风险的预防性刑法理念呼之欲出,以犯罪化、危险犯配置、安全价值优位、刑罚积极预防等为特征的预防性立法是集中具象。预防性立法在犯罪与刑罚范畴均有体现,并酝酿系统性的刑法知识体系裂变,也倒逼刑法教义思考的深入。应正视刑法工具属性的客观性与刑法功能主义的发展性,以比例原则控制极端工具化的异变。应体认社会变迁引发犯罪形态结构变化的基本规律,联动犯罪学与规范刑法学,以刑事政策的理性化推动刑法参与社会治理的科学性。应重新认识刑法谦抑精神,倡导刑罚有效的必要制裁功能观,松绑刑法保障法和释放刑罚有效性的预防潜质。

关键词 风险社会 预防性刑法观 预防性立法 工具法制 谦抑精神

一、问题的提出

自从贝克提出“风险社会”概念后,风险社会的危机意识与风险防控任务相继嵌入,安全秩序逐渐上升为公众的首要议题。在风险社会的浸淫下,安全成为一件头等大事,积极预防一般性风险演变为现实危害与危险成为刑法体系的首要任务。风险社会使刑法开始“变成管理不安全性的风险控制工具,并受到社会公共政策的外部策动”^①,这初步勾勒了安全刑法观的由来,刑法从此被定义为保护风险社会稳定的基本前提条件,重点被用来满足安全政策的公共需求,通过禁止危险的方式实现对安全的维护和保障,试图抑制绝对危险犯的发生,使“惩罚必须是属于事前被合法确定的”观点出现变动^②。

* 高铭暄,中国人民大学法学院教授,博士生导师;北京师范大学刑事法律科学研究院特聘教授。孙道萃,北京师范大学刑事法律科学研究院博士后,讲师。本文系司法部中青年课题“网络犯罪的立法回应与刑法知识转型”(项目批准号:16SFB3020)、最高人民检察院理论研究所课题“检察机关保障网络安全机制研究”(项目批准号:GJ2016D41)的阶段性研究成果。

① 参见劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,载《中国社会科学》2007年第3期。

② 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《安全刑法:风险社会的刑法危险》,刘国良编译,载《马克思主义与现实》2005年第3期。

由此,风险社会促使现代刑法的使命发生变轨,应对不确定的风险和维护安全秩序已然成为刑法必须实现的主要目标,社会治理语境下刑法的工具属性更凸显,以自由刑法、危害原则、罪责刑法等为主要标志的传统刑法理论体系渐显失灵与旁落态势。这既深刻触动了传统刑法体系的社会根基、价值取向与功能设定等教义学基础,也凸显了风险刑法本质上是一种预防刑法的新思维。

为了回应社会关切,我国近年刑法修正频率加快,修改幅度加大,修改内容涉及广泛。刑法立法的工具化机能与治理功能都被大幅度激活,显露出积极预防的立法意图。其中,《刑法修正案(九)》在注重维护安全价值之际,凸显预防性立法思维,包括增设危险犯等预防性立法手段^③。在某种程度上,《刑法修正案(九)》作出如此大幅度的修改,客观上对传统刑法理论体系及其解释论均产生影响,甚至引发刑法理论体系的二元化分野^④。或言之,在刑法的功能主义趋势、刑法的刑事政策化动向、社会经济发展的现实需要等因素的共同作用下,传统刑法理论所支撑起的消极刑法立法观、刑法谦抑精神的过度强化、过于保守的犯罪化立场等纷纷被部分搁置,以刑罚早期化、适当的犯罪化、立法的预防性倾向等为代表的积极刑法立法观已现端倪。例如,《刑法》增设第286条之一、第287条之一、第287条之二,分别规定网络不作为(过失)犯罪、网络预备犯罪、网络(片面)技术帮助的正犯化犯罪,鲜明地反映了介入早期化与积极预防的立法本意。

然而,此举也遭致了“抵牾刑法谦抑精神”、“社会治理的过度刑法化”、“刑法新工具主义”、“象征性立法”等诸多担忧。例如,传统刑法理论主张,刑法调整社会关系的特殊性与调整方法的特殊性,决定其动用最严厉的法律制裁调整具有特殊重要性的社会关系;“刑法是其他部门法的保障法”是其法律性质,刑法是其他部门法组成的“第一道防线”之后的“第二道防线”;没有刑法做后盾和保证,其他部门法往往难以彻底贯彻实施^⑤。如果基于刑事制裁的最严厉性并主张“保障法”的定位,要求刑法始终保持“事后法”与被动式的干预状态,预防性刑法观与刑法保障法的理论定位存在正面的价值冲突与教义立场的分化,在谦抑精神等质疑下甚至可能引发系统性的理论危机。当前,风险社会与网络社会相互交织推进,预防性刑法立法活动在近来刑法修正中相继有序展开,以积极预防为导向的刑法理念正在发展,孕育面向未来的预防性刑法理论体系的发迹与发展。同时,不可预知的法治风险随之而来,侵蚀传统刑法体系的教义理念与自由价值的保障任务,积极预防性刑法观念及其教义学有待在我国语境下理性展开。

二、预防性刑法立法的观察与省思

刑法理论体系及功能的预防性动向绝非空穴来风,是社会变迁与立法互动的累积

^③ 参见高铭喧、李彦峰:《〈刑法修正案(九)〉立法理念探寻与评析》,载《法治研究》2016年第2期。

^④ 参见于改之、蒋太珂:《刑事立法:在目的和手段之间——以〈刑法修正案(九)〉为中心》,载《现代法学》2016年第2期。

^⑤ 参见赵秉志、袁彬:《刑法与其他部门法关系的调试》,载《法学》2013年第9期。

物。预防性刑法观念早在立法活动中相继有所展露,在新近立法中得以强化。通过进行类型化分析,有助于凝练出其内在的刑法教义成分并发现相关问题。

(一) 预防性立法的发迹与发展

我国《刑法修正案(七)》有所呈现预防性立法迹象,《刑法修正案(八)》、《刑法修正案(九)》进一步强化,并聚成一股日益壮大的刑法立法发展力量。

1. 犯罪实体领域

预防性立法首先在犯罪实体领域发力,主要集中在超个人法益或集体法益的犯罪,立法策略主要表现为犯罪化、危险犯配置、早期化介入等方面。具体而言:

第一,恐怖犯罪。我国正处于暴恐活动的多发期、高发期。为此,2014年修订《国家安全法》并制定《反间谍法》;2015年制定新的《国家安全法》与《反恐怖主义法》。《刑法修正案(九)》修改《刑法》第120条、第120条之一;增加第120条之二、第120条之三、第120条之四、第120条之五、第120条之六,将恐怖主义的共犯行为和预备行为全部犯罪化,将具有预备性质的策划行为犯罪化^⑥;规定恐怖主义的煽动型犯罪、宣示型犯罪以及持有型犯罪^⑦,突出“打早打小”政策。

第二,网络犯罪。网络犯罪已成为我国第一大犯罪类型。^⑧《刑法修正案(七)》增加第285条第2款、第3款,提前介入特殊的网络技术预备行为,加大处罚力度,扩大第285条的规制范围。《刑法修正案(九)》增设第286条之一、第287条之一、第287条之二;修改《刑法》第285条、第287条。第286条之一规定了网络平台不作为犯罪,第287条之一规定了网络预备行为为犯罪,第287条之二规定了网络技术帮助行为的正犯责任,凸显刑法介入的早期化意图。

第三,腐败犯罪。《刑法修正案(七)》增加第388条之一;修改《刑法》第395条,严密法网。《刑法修正案(九)》大刀阔斧地修改,将《刑法》第383条规定的“数额论处”调整为“数额+情节”的定罪、处罚模式,并增加终身监禁的规定,采取对称性刑事政策,加大对行贿犯罪的处罚力度,增加新行贿犯罪罪名,设置预防性反腐措施等。“零容忍”反腐政策已经完全嵌入立法规定,充分贯彻“对称性”立法理念,标志着“打击型”到“预防型”反腐败刑法立法机制的转变与形成^⑨。

第四,食品药品犯罪。《刑法修正案(八)》重点修改了食品安全、药品安全等民生安全犯罪,包括将《刑法》第141条生产、销售假药罪改为行为犯,修改第143条并将生产、销售不符合安全标准的食品罪改成危险犯,将第144条生产、销售有毒有害食品罪改为行为犯,增加第403条之一暨食品监管渎职罪。总体上提高刑法对食品、药品安全

^⑥ 参见高铭喧、李梅容:《论网络恐怖主义行为》,载《法学杂志》2015年第12期。

^⑦ 参见梅传强:《我国反恐刑事立法的检讨与完善——兼评〈刑法修正案(九)〉相关涉恐条款》,载《现代法学》2016年第1期。

^⑧ 参见中央政法委书记孟建柱在“全国社会治安综合治理表彰大会”上的讲话(2017年9月19日)。

^⑨ 参见刘艳红:《中国反腐败立法的战略转型及其体系化构建》,载《中国法学》2016年第4期。

犯罪的惩治力度和防控民生安全犯罪的力度^⑩。

第五,环境公害犯罪。环境犯罪是典型的重大社会公害犯罪。一些部门和法律专家建议,对严重危害环境的行为,无需将危害结果的发生作为犯罪构成的必要条件,立法上增加环境犯罪危险犯的规定^⑪。《刑法修正案(八)》修改第338条时仍坚持实害犯模式,但降低了入罪门槛,尤其是降低了污染行为与危害后果之间因果关系的证明难度。可以肯定的是,降低入罪门槛无疑开启了环境犯罪的危险犯治理和早期化应对,并侧重积极的一般预防效果。

第六,公共秩序犯罪(民事行政违法行为的犯罪化)。近些年来,对原属于(民事)行政违法行为的入罪化频率递增。《刑法修正案(八)》首开先河,典型的是危险驾驶入罪。《刑法修正案(九)》以基于行为的社会危害性的客观加重或主动降低社会危害程度与入罪标准等方式,对十余种行政违法行为规定为独立的犯罪或增设为具体的犯罪情形,包括公民人身权利的保护、惩治失信背信行为、加强社会治理与维护社会秩序等。^⑫从现实需要与民意诉求看,可以将部分明显按照治安管理处罚偏轻的行为上升到刑事处罚层面,也是“后劳教”时代确保罪刑均衡的需要。但可能存在过度犯罪化的倾向,诱发社会防卫与人权保障之间的失衡。

第七,单位犯罪的显著扩充。单位犯罪呈现出显著的递增趋势。将很多在传统意义上只能由自然人实施的罪名改为单位犯罪,逐渐淡化自然人和单位的主体差异,强化预防单位犯罪机制。例如,《刑法修正案(九)》对《刑法》第120条之一、第285条、第286条增设了单位犯罪,新增加的第286条之一、第287条之一、第287条之二等条文均设有单位犯罪。而且,开始制裁网络平台这一新型主体^⑬,如第286条之一、第287条之二等。

第八,不作为犯罪的增量。例如,《刑法修正案(九)》修改《刑法》第311条(拒绝提供间谍犯罪证据罪)和增加持有型恐怖犯罪罪名,明显扩大恐怖活动领域中的不作为犯罪,加大处罚力度。同时,增加网络不作为犯罪,如第286条之一的规定。

2. 刑罚处罚领域

预防性立法不仅体现在犯罪领域,也体现在刑事制裁领域,对刑罚目的理论等刑罚范畴产生一定影响,也将刑罚制度、刑罚体系及其改革推向深水区。主要包括:

第一,职业禁止。《刑法修正案(九)》增设第37条之一。尽管关于职业禁止规定的法律属性有非刑罚处罚措施、保安处分以及刑罚处罚措施等观点,但从适用的实质条件看,“犯罪情况和预防再犯罪的需要”鲜明传递了立法追求积极一般预防的司法效

^⑩ 参见卢建平:《加强对民生的刑法保护——民生刑法之提倡》,载《法学杂志》2010年第12期。

^⑪ 参见黄太云:《刑法修正案(八)》解读(二),载《人民检察》2011年第7期。

^⑫ 参见刘志伟:《〈刑法修正案(九)〉的犯罪化立法问题》,载《华东政法大学学报》2016年第2期。

^⑬ 参见孙道萃:《网络平台犯罪的刑事制裁思维与路径》,载《东方法学》2017年第3期。

果^⑭。由此,职业禁止根据犯罪情况和预防再犯罪的需要而适用,彰显了预防性立法思维。

第二,禁止令。《刑法修正案(八)》对管制、缓刑规定可以适用禁止令,作为刑罚制度的重要创举。对于禁止令,学界也有刑罚处罚措施、非刑罚处罚措施以及保安处分等法律性质争议。根据规定,人民法院应“根据犯罪情况”、“从促进犯罪分子教育矫正、有效维护社会秩序的需要出发”,并“根据犯罪分子的犯罪原因、犯罪性质、犯罪手段、犯罪后的悔罪表现、个人一贯表现等情况”作出关联性、针对性的禁止措施。据此,适用条件是人身危险性或行为的社会危险性^⑮,彰显了积极预防旨趣。而且,禁止令呈现出网络修正的理论趋势。^⑯

第三,终身监禁。终身监禁一度与死缓制度都被视为是重要的死刑替代措施。《刑法修正案(八)》严格限制死缓变更中的减刑与假释条件,客观上起到了近似终身监禁的效果。《刑法修正案(九)》修改《刑法》第383条,首次对极其严重的贪污罪、受贿罪设置死缓变更后的不得减刑、假释的终身监禁制度。尽管存在新死缓执行方式、死刑替代措施、终身自由刑等法律性质的争议,但对当前腐败犯罪的打击与预防的积极作用学界达成共识^⑰,鲜明地展示了积极预防的立法意图与效果。

第四,生刑体系渐重。《刑法修正案(八)》调整《刑法》“死刑过重、生刑过轻”的局面,加重生刑体系,如延长死缓减刑后的实际执行期限与有期徒刑数罪并罚的最高年限以及设置限制减刑、假释等。《刑法修正案(九)》进一步使生刑体系渐重,如加重寻衅滋事罪、强迫交易罪等的法定刑、贪污罪和受贿罪设置终身监禁等。尽管加重生刑体系主要限于无期徒刑与长期徒刑,但局部加重生刑体系又导致“生刑的轻重分布体系出现轻罪过重与重罪过轻的罪刑均衡矛盾”^⑱,与刑罚轻缓化、刑罚种类的多样化、克制刑罚攀比与趋重相悖。

第五,刑罚减免的克制。尽管我国刑罚结构整体趋轻、从宽,但个别罪名的减免处罚转向从严策略,对刑罚减免的克制态势体现出积极一般预防的意图。以《刑法修正案(九)》为例:一是修改《刑法》收买被拐卖的妇女、儿童罪原规定的“可以不追究刑事责任”条款,要求一律追究责任,但可以在一定程度上从宽处罚。从一般预防功能看,扩大处罚范围也间接加大了处罚力度。^⑲二是修改行贿犯罪的减免处罚规定,总体摆正“重受贿轻行贿”的不对称性政策,严格行贿罪的从宽处罚条件,加大处罚力度。三是《刑

^⑭ 参见赵秉志、袁彬:《刑法最新立法争议问题研究》,江苏人民出版社2016年版,第204-212页。

^⑮ 参见高铭喧、岳蓓玲:《论刑法禁止令的司法适用》,载《南昌大学学报》(人文社会科学版)2013年第4期。

^⑯ 参见孙道萃:《网络刑事禁止令制裁措施的创制》,载《西南政法大学学报》2017年第4期。

^⑰ 参见黎宏:《终身监禁的法律性质及适用》,载《法商研究》2016年第3期。

^⑱ 参见陈兴良:《犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整——〈刑法修正案(九)〉述评》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2016年第4期。

^⑲ 参见全国人大常委会法工委刑法室编:《地方人大和中央有关部门、单位对刑法修正案(九)草案的意见》(法工刑字[2015]1号,2015年1月4日)。

法》第383条增加终身监禁规定,既可以减少死刑适用,也有助于防止实践中出现通过减刑等途径减少实际服刑期限^⑩。刑罚减免的克制显示侧重预防功能的立法旨趣。

第六,罚金刑的扩张。《刑法修正案(七)》明显重视罚金刑,《刑法修正案(八)》对罚金刑的重视呈递增趋势。《刑法修正案(九)》大幅度增加罚金刑规定尤为明显,配置罚金刑的罪名数量目前已达到236个,占全部罪名469个的50.4%,大多选择“并处”模式,实际上加重处罚,也凸显了预防功能的实效诉求。

由上可知,随着社会形势的变化,在晚近立法的推动下,以自由保障为基础、安全秩序相对优位为价值导向,以刑罚处罚的前置化、预防早期化、刑法介入提前化等积极预防功能为内核,以适度的犯罪化、刑罚化、危险犯增量、刑罚积极预防效果等立法为内容的预防性刑法观破涌而出,并用于应对风险社会的挑战。

(二) 预防性立法的教义学研判

风险社会的来临对刑法制度而言是一场不可预知的变革,网络社会的临近更加剧这场知识变革的重大性与复杂性。习以为常的传统刑法体系正处在修旧立新的十字路口,因应当代社会的不确定性风险与网络技术风险成为裂变的矢量。然而,传统刑法体系的地位与影响根深柢固,预防性刑法观的教义学基础有待厘清。

1. 立法先行的制度瓶颈

立法作为刑事法治体系的首要反应机制,既是风险社会下预防性刑法理念的确立途径,也成为透视预防性刑法理念的物化载体。近几次的刑法修正不断扩容预防性立法的体量,初步酝酿一股渐成气候的预防性立法现象,并冲击传统刑法立法思维。而且,由刑法修正所凝练而出的预防性立法动向,可以作为推演和探寻预防性刑法观念的重要依据。但是,新近立法的效果有待检验,立法的科学性等问题仍存争议,对预防性刑法观也产生一定的负面作用。同时,当前过度依赖预防性立法率先反应的行动逻辑,也揭示理论体系的跟进不足等深层次问题。

2. 刑法教义建构的薄弱

一方面,预防性立法仍处在局部领域,并未全面“入侵”传统刑法体系,由此而来的预防性刑法观并非趋于成熟和完善的刑法制度。然而,预防性刑法观念牵涉到刑法价值安排等基础问题,是刑法教义学层面的重大议题,直接事关风险社会与网络时代下的刑法体系之取舍。这也决定预防性刑法观念建构不宜迟滞不前。另一方面,预防性立法对传统刑法学理论体系及其根基的侵蚀效应正在蔓延和扩大,但立法自身的功能短板及裹挟的不确定性“危险”也无形中扩大,单凭立法一己之力,无法消除预防性刑法观在形成与发展中的自带危险。反而应理清预防性刑法观念的社会根基、基本主张、价值取向与功能体系等关键问题,促其实现由立法到理念的转变,使其教义化进程有序地在

^⑩ 参见全国人大法律委员会:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案二次审议稿)主要问题的修改情况的汇报》(2015年8月16日)。

我国刑法知识转型中展开。

3. 理论体系有待正本清源

预防性立法是发展中的现象,预防性刑法观是紧随其后的理论观察。预防性刑法观作为概括性的认识,其内涵和外延还有待进一步确认,其与传统刑法体系的“对冲”,使新旧理论体系的取舍问题显露无疑,也容易陷入一些两难困局。在初步厘定预防性刑法观的本体内涵、时代背景、发展趋势等前提问题后,应着重解决以下争议问题:一是面对风险社会的到来,如何科学参与社会治理,警惕功能主义异化为极端工具化,以肃清预防性刑法观的正当性危机,确立新旧刑法观念的更迭规律;二是刑法面对社会变迁的客观事实,如何理性地通过立法等方式推动犯罪形态的演变与刑事政策的克制性,确保预防性刑法观不脱离科学性与正当性的轨道;三是刑法在积极回应社会关切和突出预防功能之际,如何确保刑事制裁的有效性与审慎性,以澄清其与谦抑性的合流关系,并统合有效的治理资源。通过客观地阐明预防性刑法观的真实面孔,以理性推动刑法体系的与时俱进。

三、刑法“工具法制”与社会治理的比例供给观

美国学者庞德指出,近代社会以来,法律是一种主要的社会控制手段,是依照一批在司法和行政过程中使用的权威法令来实施的高度专门形式的社会控制,并与宗教、道德等其他社会控制手段相辅相成,对社会利益冲突进行控制。^① 在安全具有不确定性的风险社会与网络社会相互交织的时代,刑法仍担负着控制风险的重要使命,也必然成为社会治理风险的重要工具。近现代刑法是社会控制的力量,将其视为社会治理工具并无不当,关键是本色地扮演好“工具法制”角色。

(一) 刑法工具观的滥觞与辨正

对刑法工具主义的高度警惕是尊崇罪刑法定原则与法治原则的结果。但刑法作为社会控制的手段,具有工具法制的天然属性,关键是确保价值与功能的均衡。

1. 刑法工具属性的本源

从刑法的阶级性质看,刑法是人民民主专政的工具^②。这一度被认为是新中国刑法披上传统工具主义的主要征表——刑法是阶级斗争的工具。从刑法的法律性质看,刑法一直背负“最严厉的法律制裁”这一令人胆寒的功能包袱,具有无法辩驳的“工具性”;而且,从刑法任务的安排、刑法机能的设置、刑法目的取向看,无论是惩罚犯罪还是保护人权、规范引导与秩序维护及权利保护、保障人权与防卫社会等看法,刑法都烙印着工具法制的属性。边沁曾提出,“立法者应以公共利益为目标,最大范围的功利应成

^① 参见[美]庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,沈宗灵、杨昌裕译,商务印书馆1984年版,第22、81页。

^② 参见高铭喧:《我国刑法是人民民主专政的工具》,载《法学杂志》1990年第3期。

为一切思考的基础。了解共同体的真正利益是什么,是立法科学使命之所在,关键是找到实现这一利益的手段。”^{②③}这从实用主义(功利主义)的角度确立包括刑法在内的所有法律都具有一定的工具属性,毕竟任何法律都是立法者有目的制定的产物。由此,刑法作为工具在原初意义上具有必然性,但脱离刑法目的与功能的恣意作为,不是正义的“工具”。

不过,作为社会控制工具的刑法,工具属性仍是一个危险的身份。尽管刑法作为社会控制的重要手段,一直在工具合理性与价值合理性之间寻找最佳的平衡点,却容易在方法合理性中迷失目的合理性与价值妥当性。改革开放初期的“严打”政策及其所衍生的负面影响,是刑法工具观局部偏离法治轨道的体现。而后,基于改革开放和保护社会主义市场经济秩序的需要,刑法为经济建设保驾护航^{②④},以至于刑法在较长一段时期内更侧重刑法保护社会的机能。其间,累积的异化效果汇成“过度工具化”现象,演变为传统意义上的刑法工具主义观。在风险社会,刑法保卫社会的功能被提到更高的位置,对自由价值的潜在威胁越发膨胀。刑法工具化的危险极易被人为放大,刑法的极端工具化倾向更令法治国家尤为忌惮。

“法不是一个具有自身目的的、独立存在的制度,相反,法只不过是一个工具——制定和实施法律的人可以通过它实现在其他方面确定的政策和目标的工具”。^{②⑤} 刑法的工具属性原本是对刑法作为社会控制手段这一基本特征与功能安排的客观描述。只是由于法的运作过程出现不可控的主客观变量,刑法工具思维可能走向极端,自由价值在不同程度地受到削弱。因而,对刑法工具属性可能极端化的危险警示并非毫无道理。反而,真正的难题在于:如何兼顾充分发挥刑法功能与避免刑法功能的滥用,特别是遏制刑法作为手段的纯粹工具化,确保目的合法与方法的正当性。而且,实践中的失利,不应单独由刑法工具观念来“背锅”,而应由未能有效控制“工具主义”被泛化或滥用的国家及其授权主体分别承担。

2. 刑法极端工具化的法治隐患与消弭

新近以来,刑法立法活动表现出较为积极的灵活性,诸如犯罪化、危险犯立法势头不减。但此举引发外界的担忧:为了达到安抚社会公众情绪之目的,立法逐步抛弃规范的实用性与可行性标准,刑法立法貌似“华丽”,但实践中却并不存在可适用的机会,并形成刑法立法中由立法的实体性扩张向形式性扩张的“新刑法工具主义”取向^{②⑥}。由此,所谓刑法新工具主义,实质主要是指在社会治理背景下,刑法在制度供给源头过度依附政治需要、政策需求,并不当“附和”民意的非理性潮流,立法的社会效果不当压制

^{②③} 参见[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2012年版,第2页。

^{②④} 参见高铭喧、赵秉志:《新中国刑法学研究历程》,中国方正出版社1999年版,第194-195页。

^{②⑤} 参见[英]P. S. 阿蒂亚:《法律与现代社会》,范悦等译,辽宁教育出版社1998年版,第125-127页。

^{②⑥} 参见魏昌东:《新刑法工具主义批判与矫正》,载《法学》2016年第2期。

立法的科学性与必要性等规范效果。

当前,真正应当高度警惕的是,刑法脱离法治原则的极端工具化倾向,主要表现为:

第一,有罪必罚观念。社会危害性是犯罪的本质特征,但根据罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面的要求,有一定的社会危害性并不必然要求处罚,有时有罪不罚也是对罪刑关系的理性认识。然而,在极端的工具主义看来,有罪必罚是确保刑法地位与制裁效应的重要征表与主要方式。例如,在非法经营罪的“口袋化”适用中,有罪必罚是重要的内生性作祟因素^{②7},而“内蒙古农民收购玉米无罪案”颇为典型。这使刑法打击犯罪时容易陷入“骑虎难下”的自我桎梏。

第二,单向入罪思维。尽管犯罪构成体系应同时具有出罪和入罪机制,而且刑事诉讼坚持无罪推定原则、不得强迫他人自证其罪等。但极端的工具主义容易在实践中异化为单向的入罪思维,堵塞出罪思维及其功能的落实。其中,民刑交叉案件体现得尤为明显,如“天价葡萄案”、“梁丽案”等。司法中的单向入罪思维的盛行,容易强化刑法的“过度工具化”及法治隐忧。

第三,全能刑法观或刑罚万能主义。刑罚的惩罚性、剥夺性决定刑法是最严厉的法律制裁方式,及时的刑事制裁是极具威慑力的报应途径和预防犯罪的手段。面对无法被彻底消灭的犯罪和反复增长的犯罪态势,对刑罚的过度依赖和迷信共同助长刑罚万能主义与“刑罚泛化”的功能误区,也催生全能刑法观的滋长。刑法往往主动将触须深入几乎所有的社会关系领域。不仅客观上违背刑法的本质规律,也为刑法的极端工具化埋下祸根。

第四,刑法家长主义的助长。大陆法系所言的“法律的家长主义”,是指为了保护行为人的利益而限制行为人自由的法律干预模式。刑法家长主义,是基于讨论刑法介入正当化原理,并与侵害原理、道德主义等同时提出的,主要针对行为人侵害自己的利益或行为人自身成为被害人的“自己侵害”的场合。家长主义(道德主义)可以解释“无被害人的犯罪”与“自己是被害人的犯罪”为何应当作为犯罪化的中心情形,并应当被处罚,而法益侵害原理无法合理解释这两种情形的入罪化理由。^{②8} 刑法家长主义与刑法中的自我决定权存在较为明显的对立关系,过度推崇家长主义极可能压制自由主义,并演变为极端刑法工具化的一种表现。

第五,“象征性立法”的无限膨胀。立法是刑事法治的起始。立法者为了满足政治需要、政策意图或回应民意,往往在政治宣示、安抚民意的真实动机下贸然立法。这就是“象征性立法”,而将立法作为纯粹的工具极易成为极端工具化的实践样态。多数人认为,“象征性立法”背离立法的科学性、有效性原则,缺乏法益保护功能,无法发挥立法的规制功能以及保护人民和指导司法的作用,主要是实现“有形式意义上的立法存在

^{②7} 参见于志刚:《口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路》,载《法学家》2013年第3期。

^{②8} 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第32-37页。

感”或宣示一种“规范声明”^{②9}。在风险社会下,风险刑法理论的一些主张的立法被认为是“象征性立法”现象^{③0}。尽管这种看法有以偏概全的嫌疑,但“象征性立法”与必要的立法修改相互混同,必然降低当前刑法立法的科学性。

脱离法治原则的刑法极端工具化,其法治危险在于:可能陷入无休止的“有罪必罚”思维,无法供给必要的刑法宽容;可能压制出罪机制的启用,制造先入为主的“有罪思维”;刑法可能一家独大,肆意冲破与其他部门法、宪法之间的协调关系;不排除过度削弱个人自由行使,使个人自由被迫从属于公共利益及国家需要。应当强调指出,极端工具主义已经超出工具法制应有的法制边界,打破手段合理性与目的合理性、形式合理性与实质合理性的动态平衡关系,这并非刑法任务的本意。

然而,近现代刑法被赋予参与社会控制的基本使命,撇开刑法的工具属性,保障和实现自由价值可能落空。刑法以其最严厉的法律制裁为基础,以恶制恶必然引发“工具化”的担忧,但并不能舍弃刑法的治理功能,使其遁入“无法作为”的消极状态。因此,刑法的工具主义观念或工具法制属性是自然形成的,关键是合理排除刑法的自带危险,并控制在法治的“底线”范围内。无论是传统工具主义还是新工具主义,都不免会有人对刑法控制社会功能予以过度的“妖魔化”。

(二) 摄入比例原则与工具理性的坚守

积极防控风险社会的不确定性和保障安全的基本条件,是时代赋予刑法的新任务。预防性刑法观的法治隐忧,还可以借助对工具理性的实质审查予以消除。

1. 控制风险是刑法任务更迭与功能嬗变的使然

从传统刑法工具主义到刑法新工具主义的裂变,主要由社会快速转型促成,以风险社会为主导与网络社会协同嵌入是主角。但处罚前置化、预防早期化、刑法介入积极化等主张,与刑法的极端工具化近在咫尺,稍有不慎便可能滑入深渊。尽管如此,刑法控制包括网络技术风险在内的风险,具有历史的必然性,具有深厚的社会基础。其中,风险社会的发展形态为刑法控制风险的正当合理性提供了最重要的社会依据,风险的不确定性迫使刑法任务发生转变,维护安全秩序价值被上升为首位诉求不足为奇。“现代性正从古典工业社会的轮廓中脱颖而出,正在形成一种崭新的形式——(工业的)‘风险社会’”。发展中的风险社会正在成为独立的社会形态,迫使人类思考“在发达的现代性中系统地产生的风险和威胁,如何能够避免、减弱、改造或者疏导”,并着力关心“技术——经济发展本身产生的问题”。^{③1}因而,随着全球风险社会的到来,工业革命形成的社会基础正成为风险社会所依赖并同时不断舍弃的对立面;我国高速进行的社会转型

^{②9} 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑法的目的难道不是保护法益吗?》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2006年版,第155页。

^{③0} 参见刘明祥:《“风险刑法”的风险及其控制》,载《法商研究》2011年第4期。

^{③1} 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第2、16页。

也一并嵌入到这场时代变迁中,使我国风险社会形态颇具自身特色但不失普通的本质特征。当前,围绕风险刑法的讨论仍在升温,尽管广度、深度以及具体性存在不足、甚至在理念与认识上仍存在根本分歧,但是,风险社会作为全新的语境,对刑法理论根基的影响与挑战已是客观事实,而且,刑法体系也确实呈现出相应的变化,主要包括:

第一,刑法功能的发展性。刑法作为社会控制的工具,其实质无非尽在强调刑法具有控制社会的功能。在风险社会背景下,刑法通过控制风险和不确定性更可以实现社会有机体的团结与政治认同。尽管刑法作为社会控制的法制工具,总容易被贴上“工具主义”的负面标签,并陷入难以被信任的状态。但风险社会作为未来的社会形态,赋予刑法更强烈和鲜明的时代功能角色,促使刑法朝着更理性、更积极的功能化方向蜕变。同时,刑法也肩负着主动防止在发挥保障社会功能时异化为“极端工具”的义务,因为极端工具化侵蚀刑法“工具法制”内在的实用功效。

第二,刑法社会化。“刑法的天然属性使其与社会管理存在紧密的互动关系”^②。刑法绝非束之高阁的制度贡品,也非社会治理的旁观者,而是社会治理的参与者、贡献者。刑法应当积极防控风险社会的风险,不能坐等相关行为已经造成了客观危害才事后介入,进而延误提前介入的时机和预防的积极性。刑法应当通过植入积极参与社会治理与治理风险的时代思维,扩大刑法社会化的深度和广度,释放刑法的保障功能属性,融入社会变革与社会安定秩序的协同发展体系中,积极保障社会安全发展的基本条件。刑法的社会化发展动向,体现了刑法理性参与社会治理的立场,有助于盘活刑法的保障功能,驱使刑法迈向面对未来的功能主义途径。

第三,法益的抽象化、集体化。风险社会改变了作为传统刑法学支柱的法益理论的历史原貌,而颇具争议的动向是普遍的法益观由物质性、具体性及个别性开始朝着抽象性、精神化、集体性的方向发展^③。法益概念变得抽象化、精神化,开始更多地侧重国家安全、公共利益、公共安全秩序等集体性法益;在抽象的国家法益、集体法益与个人法益发生冲突时,并非必然优先保护所有个人法益,进而间接削弱法益保护的自由价值导向。对此变化的反应,立足于传统刑法理论体系,基本上呈消极状态,并警示其对风险刑法的倾斜之举,可能裹挟违背法治的不良倾向^④。然而,法益概念是发展的,在安全价值地位抬升之际,为了更好地维护社会安全秩序,抽象法益和集体法益有明显的扩大趋势。相比于个人法益,这类法益具有地位的重大性、内容的独特性,应当独立保护,并以此强化对个人法益的保护。为此,要设置合理的犯罪门槛,通过比例原则排除过度保护,确保抽象法益与集体法益的保护方式的合理性。

② 参见高铭喧、陈冉:《论社会管理创新中的刑事法治问题》,载《中国法学》2012年第2期。

③ 参见舒洪水、张晶:《法益在现代刑法中的困境与发展——以德、日刑法的立法动态为视角》,载《政治与法律》2009年第7期。

④ 参见黎宏:《法益论的研究现状和展望》,载《人民检察》2013年第7期。

2. 预防性理念的输入应契合比例化与正当性

风险社会的到来与国民生活需要的变化,使国家对社会管理的内容和范围不断膨胀,刑法不断扩张,传统刑法迎来新型规范不断扩张的时代。在安全相对优于自由价值的博弈状态下,预防性刑法观可能夹带突破法治的潜在隐患,其在释放刑罚权之际,可能使这一特殊的国家权力在启用后更易失控,甚至过度挤压公民权利的空间。因此,应当设置相应的约束机制,有效地监控刑法功能化、社会化进程中滋生的潜在危险。其中,罪刑法定原则当仁不让,在理性对待罪刑关系问题上具有基础意义,在宏观上明确罪刑关系应保持实质均衡性,但仍无法全面且具体地解决国家权力与公民权利之间的平衡问题,无法完全同时兼顾手段与目的保持的正当合理性。为此,还应寻求比例原则的协作,共同强化对刑罚权的合理约束。

刑法的比例性,源于行政法与宪法中的比例原则。比例原则作为行政法的“帝王条款”,重在解决国家权力与公民权利之间的黄金比例分割,并合理引导公权力的正确行使。^⑤ 随着各国行政法及宪法的发展,各国为了限制日益扩张的行政权,比例原则已经成为更广泛的法治原则,越来越多的法院以及几乎所有的宪法法院,正在采用比例原则作为它们宪法裁决的主要支柱。关于比例原则,一般认为是由德国联邦宪法法院于1958年在“药房案”判决(Apotheken – Urteil)中首次正式作出阐释,并影响到整个基本权利的教义学。此后,比例原则一般认为包括适当性原则、必要性原则、狭义比例原则(或手段具有适当性、最小损害性与狭义合比例性)。但是,传统比例原则的三个子原则是对公权力行为所选择的手段进行评价,并不直接涉及公权力行为目的是否正当与否。因而,将目的正当性添入比例性原则,有助于确保目的与手段之间实现逻辑意义上的完整比例性^⑥。

刑法的比例性思维以公法上的比例原则为基础,遵循比例原则的四大基本准则,对刑法目的与刑罚手段之间的关系进行正当性、必要性、合法性、有效性的多层次审查,旨在确保行使公权力的目的正当性与实现方法的正当合理性。因此,也可以认为,比例原则对于贯彻法益保护原则具有显著的方法论的意义。比例原则为刑法适用、刑罚权启动、保障人权之间的价值权衡提供客观、公正的评判系数或标准,直接对刑事立法和司法发挥指导作用。同时,也直接为罪刑关系的实质均衡植入比例性的约束机制,可以实现理性的罪刑关系配置,并要求立法和司法严格奉行处罚的必要性与适用的合目的性。进而,刑法的比例性思维,直接为刑法的工具法制属性如何依法运行提供了理性的参照,有助于约束预防性刑法观在其功能化、社会化进程中的价值“脱轨”倾向,对遏制刑法工具法制的极端化具有积极的稀释作用,更便于刑法保卫安全与尊重自由的价值融合与发展。当前,最务实的做法是首先坚持立法的科学性,并牵制司法适用的功能异化

^⑤ 参见王名扬、冯俊波:《论比例原则》,载《时代法学》2005年第4期。

^⑥ 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期。

倾向。

四、经济社会进化与犯罪交替的刑事政策协同观

当前,预防性刑法观首先表现为立法的犯罪化和制裁化。对其抵制和警惕的理由是刑法强调积极预防功能,可能摧毁刑法保守的克制形象,甚至恶化为“洪水猛兽”。但社会变迁必然引发犯罪形态交替,从传统犯罪到风险社会的犯罪及网络犯罪形态的过渡无法阻挡,反而赋予当代刑法能动地参与社会治理的使命。

(一) 犯罪结构裂变与刑法规范的自然呼应

犯罪现象永远是社会发展的产物及其组成部分,社会转型导致犯罪形态的迁移。基于犯罪学与刑法学的密切关系,刑法变革及立法的活跃化也是正常反映。

1. 犯罪现象的“生成代谢”规律

犯罪学与刑法学之间存在无法逾越的学科边界,却同属于一个屋檐之下,是相互共生共存的两个紧密相连的刑事学科。德国著名学者、前国际刑法学协会主席汉斯-海因里希·耶塞克认为,犯罪学构成刑事科学的事实部分,刑法学则构成刑事科学的规范部分;刑法学依赖犯罪的实证数据等,确保刑法和犯罪现象的真实状态一致;犯罪学的研究范围主要由刑法学限定,验证和评价犯罪学提出的各项对策是否合法正当及有效。^⑤ 犯罪学的社会基础发生变化,也必然导致刑法学的事实基础、社会基础与规范方式发生变动。

犯罪学和刑法学视野下的“犯罪”,分别作为社会现象与法律规范,都经历了不可逆转的生成代谢命运。从人类犯罪的发展史看,社会变迁一直决定犯罪现象的结构蜕变,也左右刑法规范的制定与修正。回顾从奴隶社会、封建社会、近现代工业社会的历史演进,犯罪形态结构的最大变化正是不断“法定化(法典化)”。这首先是近代刑法法典化的功劳,也是近代犯罪学努力实现由事实到规范的进步体现。在近现代刑法中,犯罪的法定化要求,不仅使罪刑法定原则得以确立,也使犯罪现象的“立法化”成为必然。在由犯罪现象到犯罪事实的规范化、立法化的进程中,刑法中的犯罪概念承载着时代变迁的使命与公民的新要求,规范意义上的犯罪本身也不断变化,“法定犯”作为重要的法定犯罪类型,逐渐占据重要位置。在风险社会与网络社会的交织下,犯罪现象的结构变化集中表现为法定犯的增量态势,兴起中的法定犯时代正在成为当前各国刑法共同面临的挑战与机遇,习以为常的自然犯主导时代正在旁落。法定犯的扩充及其在当代社会的迅猛增长,充分暗示了犯罪结构更迭的活性化规律,也决定刑法规范的同步更新趋势。

2. 犯罪的活性更迭与犯罪化的立法常态

^⑤ 参见[德]汉斯-海因里希·耶塞克:《一个屋檐下的刑法学和犯罪学》,周遵友译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第22卷),法律出版社2010年版,第404-408页。

当代犯罪现象的时代背景早已今非昔比,最重要的变动是工业时代向风险社会的有序演进。社会治理格局也迎来剧烈的变动,导致犯罪学的整体结构在新旧交替的过程中充满不确定性以及风险和未知的隐患,相应地,应对新型犯罪现象的刑法学理论也应主动跟进,实现无缝对接。实际上,为了保障社会秩序与安全价值,破解刑法规范的制度供给不足问题,立法者不断通过成文刑法的方式,将国家意志法律化,客观上造就刑事立法的活跃状态与刑法体系的深层次嬗变。这种“犯罪现象的持续演变,倒逼刑法规范的持续更新”的良性互动,孕育了立法的适度活性化特征,也催生出当代刑法中的法定犯时代的到来。这不仅是当代刑法制度保持时代生命力的需要,也使刑法体系发生潜移默化的变动。

当前,法定犯时代正在重塑犯罪事实观与犯罪观。法定犯的社会危害性更多地表现为人造危险和拟制的高度危险,犯罪问题与公共政策范畴紧密相连或存在正向相关性关系,迫使传统的犯罪观与刑法有组织应对犯罪的策略及方法同步转变。例如,刑法立法从结果本位逐渐靠向行为本位,具体犯罪构成要件的不断变动以及刑事犯罪与行政违法、民事违法的无缝对接等。为此,当代刑法学负有首先通过立法完成犯罪现象的结构更迭任务,并通过法定犯的法治方式予以固化。在立法层面,需要采取犯罪化的方式,实现刑法规范体系的不断完善,也必然直接或间接导致非犯罪化的整体结构发生同步的变动。从风险刑法理论的主张、晚近刑法修正的动态看,立法的活性化现象最亮眼,清楚地阐明犯罪现象结构的活性化动向及其对刑法立法的连锁反应。刑法主动求变并在风险社会确立其预防性理念,并非刑法单方面的过激之举,而是由犯罪学的驱动而来,更由社会转型与社会治理所推动,因而,不宜人为遏制通过必要的犯罪化实现犯罪现象结构的自然更迭。

此外,应当看到的是,早期犯罪学致力于挖掘犯罪产生的原因并揭示犯罪的特性,随后逐步转向聚焦“犯罪的存在是作为社会现象”的基本问题^{③⑧},未能充分触及犯罪治理命题。当代犯罪学则主要研究什么是犯罪以及如何有组织应对犯罪现象这一核心使命^{③⑨},树立了犯罪治理的基本理念。这一变化从源头上决定当代刑法使命的制度安排立场,具体是指当代犯罪学观已经走上从“消灭犯罪”到“控制犯罪”的理性轨道。犯罪观的理性转变也推动刑法目的、刑法功能的科学化,为刑法理性参与社会治理与犯罪治理奠定科学基础;不是完全寄希望于刑法的高压、威吓以及惩罚,而是倡导动用所有的社会资源共同有效控制犯罪。

(二) 刑法治理与刑事政策的理性协同

社会转型与社会治理环绕并浸润当代刑法的根基与土壤。刑法学作为“终端供给”

^{③⑧} 参见王牧:《从“犯罪原因学”走向“犯罪存在学”——重新定义犯罪学概念》,载《吉林大学社会科学学报》2009年第2期。

^{③⑨} 参见王牧:《犯罪学与刑法学的科际界限》,载《中国法学》2004年第1期。

的前沿平台,对“自生自发”的法律变革作出及时回应,包括立法层面的犯罪化等举动难免成为各界关注的焦点。其中,有关“社会治理的过度刑法化”的尖锐“隐忧”可谓针锋相对,也成为预防性刑法观务必认真澄清的争议地带。

1. 社会治理“过度刑法化”担忧的误区与匡正

当代刑法积极回应并参与社会转型的犯罪治理,是刑法作为社会控制手段的天性使然,是刑法保持自立性、自持性与自足性的保障。但有观点认为,“过度刑法化”作为社会治理中的病态现象,在立法和司法层面都有鲜明反映,刑法对刑事政策的过度回应、刑罚权的扩张本性、社会纠纷解决机制缺位、刑罚威慑功能的过度倚重等是根源,并存在改变国家权力与公民权利的结构,导致国家司法资源的不合理配置、削弱刑法的公众认同、阻碍社会的创新等高度的社会风险与危害。“过度刑法化”是对刑法介入社会治理“程度明显不当”的功能异化预判,贴上价值判断的负值和法治的不信任标签,也波及预防性刑法观的正当性。

然而,首先需要明确究竟何为社会治理的“过度刑法化”问题。有观点认为,过度刑法化是指“刑法在参与社会治理过程中,没有遵守与其他法律、社会规范的界限,超出其合理功能的情况”,“违背刑法作为社会政策最后手段的性质和保障法的法体系地位,并在规范层面表现为刑法过多过泛”。^⑩从中可知,法律是社会治理的重要手段,刑法与其他法律都可以参与社会治理,但刑法挤占其他法律本来应有的领域而强行介入,使不同法律参与社会治理的格局发生紊乱,社会治理由此出现过度刑法化。毫无疑问的是,这种过度担忧的根源,仍是对刑法在当代社会的功能化动向持极其慎重乃至极其严苛的态度,对传统刑法的社会根基以及由此确立的绝对“事后保障法”地位紧抱不放,过度放大刑法保障功能的外部局限性与系统性危险,忌惮刑法释放积极保障的内生性功能时附随一些负面效应。

从刑法与其他部门法、宪法的关系看,宪法是根本大法,刑法与其他部门法各司其职、平等相处。在保护社会关系和维护社会秩序等方面,不应存在地位的权重差异与功能的先后有别,而应当基于自然规律并遵循最优调整原则。而且,这种不同法律体系之间相互协作的关系是自然形成的,刑法与其他法律的功能边界也是动态与个别的,各自基于最优原则选择介入的次序和时机,借助理性进行事前的“圈定”并不可行;否则,部门法被肢解为单独板块,套上相互排斥、人为设定边界的思维桎梏,不利于发挥整体的协同效应。更应注意的是,我国立法采取定性和定量的模式,表明刑法充分重视介入的“克制性”。刑法边界是“人类行动的自觉结果”,刑法调整和介入也是“自发自生”而成,与其他法律的调整相得益彰。如果单纯基于刑罚权启用的谦抑性、刑法功能的局限性等担忧,一律将刑法摆在“事后保障法”位置并不妥当。“事后保障法”的实质,应当是强调刑事制裁的严厉性决定了刑罚权的慎重启动,但并不禁止刑法基于保障功能与

^⑩ 参见何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,载《中外法学》2015年第2期。

保护功能而理性参与社会治理,更不意味着刑法只能在危险已发生、结果已出现时采取面向过去的“事后应对”,刑法适时主动应对风险是非常必要的转变。

刑法参与社会治理是其“工具法制”的必然结论,是刑法对国家政策与社会需要的有效回应,是刑事政策与刑法良性互动与合作的体现。诚然,应当看到的是,当前刑法在积极介入社会治理时确实出现了一些误区,导致刑事法网与刑罚圈被不当扩大,背离人权保障原则的主张。这种误区的成因,既包括贯彻落实中的走样与变样,也包括传统刑法体系的“阻梗”及其带来的失灵失效问题,更包括传统刑法对其当代新任务、新使命的转型与对接明显滞后。在此背景下,当代刑法摄入积极预防理念,是新形势下引导刑法更理性参与社会治理的有益尝试。

2. 刑事政策刑法化的法治“藩篱”

社会治理的刑法空间与刑法保障功能的扩容存在正面的关系,前者往往决定后者的运作场域。同时,犯罪变迁与刑法变革之间虽有内生性的逻辑协同关系,但并非直接可以“接通”,往往需要借助刑事政策的疏导与润滑。理由为:“犯罪学是刑事政策学的基础和‘上游学科’,刑事政策学是犯罪学发挥学科价值的基本途径”^①。从事实现象到规范主义,刑事政策发挥价值判断与法治转化之间的解码通道与润滑作用。既深度提炼犯罪现象与实证数据,使其成为刑法确定应对犯罪基本策略的重要依据,刑事政策也随之形成并具体化;同时,刑事政策也将犯罪学的内容转换并传输至规范刑法学,主要通过刑事立法和司法实现犯罪控制的治理目标。在这一过程中,刑事政策的刑法化问题,不仅使犯罪学与刑事政策学实现无缝对接,承接犯罪学的影响性因子,也通过刑事政策的导入,使刑法参与社会治理、打击犯罪等活动跳出了纯粹的“规范层面”,上升到了国家政策与社会治理现代化的层面,直接影响刑法在社会治理进程中的角色与作用。

刑法理性参与社会治理,单纯依靠文本意义上的规范刑法无法实现,需要通过“政策”边界这一屏障,将刑法功能与国家治理进行有效的区分。这首先由犯罪学提供的犯罪现状及其趋势作为支撑依据,经由刑事政策圈定功能边界。基于刑事政策与刑法之间的指导与制约以及相互促进的关系,通过立法与司法等途径逐一实现。但是,为了控制刑法参与社会治理的过度化,应当警惕刑事政策的刑法化走向价值与功能的误区,尤其在刑事政策的变动性与刑法的稳定性、刑事政策的价值性与刑法的规范性、刑事政策的功利性与刑法的公正性等取舍上,避免偏离法治的轨道,甚至走向政策的需要超越规范正当、民意诉求替代立法理性、司法效果大于法律效果等不当误区。刑事政策的过度刑法化是刑法极端工具化的“病灶”,是刑法可能过度参与社会治理的“内因”,甚至纵容预防性刑法观的潜在风险。应当防止刑事政策强势“替代”刑法的本体地位。尽管刑法体系积极容纳预防性因素是刑事政策(公共政策)刑法化的反映,但绝非为了摧毁刑法自由价值的根基与使命,而是在新时期更好地保障个体自由与公众自由。当前,最迫

^① 参见张旭、单勇:《论刑事政策学与犯罪学的学科价值及其连接点》,载《法商研究》2007年第5期。

切的是树立刑法局限性与刑法功能发展性的并重思维,确保由事实、价值到规范的转换经得起立法科学性、处罚正当性与制裁有效性的反复检验。

此外,刑法在回应社会需要和参与社会治理时,应秉持人权保障原则,防止侵犯人权自由。自由是每个人据其人性所拥有的一项唯一的和原始的权利。近现代刑法对个人自由价值的高度推崇,奠定其“人权保障的大宪章”的地位。刑法作为法定的正当“恶”,务必要解决对公民诉诸强制力的正当性基础,合理限制发动刑罚权是法治国的要求。保障人权与保卫社会并非绝对的互斥关系,基于保护个体自由而完全牺牲全体自由及安全并非真正的“合法自由”。限制自由无非为了更好地实现自由价值。刑法适度侧重安全价值,并非剥夺或限制自由,而是保障更多人的自由和安全,并在比例原则的约束下最大限度避免被主体滥用。

五、当代谦抑精神的内涵廓清与刑罚有效的积极预防观

对预防性刑法观的担心,刑法谦抑主义(精神)扮演比较突出的角色。刑法谦抑主义天然地与刑法局限性、限制刑罚权等主旨相契合,而犯罪化及其所意图实现的刑法积极保障社会功能必然与之相抵牾,刑法积极预防理念亦受牵连。但广泛被称道的谦抑主义是否有被误读的可能、是否继续在当代社会保持原貌等问题值得追问,这直接左右刑法保障功能在当代社会的观念转变与介入的有效性。

(一) 当代刑法谦抑精神的应然面孔

对近期刑法立法的活跃表现,谦抑精神首先往往被率先作为“挡箭牌”,并用于批判犯罪化等动向。但对当代谦抑精神的误解可能存在,对刑法补充性等主张的理解也可能存在不当的偏差,甚至使其与预防性刑法观出现虚无的对立。

1. 刑法谦抑精神的本体考察

刑法谦抑精神并非近现代刑法特有的,也并非我国刑法体系独创的。一般认为,它是源自于近邻日本的刑法理论,大体是指刑法的发动不应以所有的违法行为为对象,刑罚只有在不得已的情况下才能加以适用的刑法基本原则。进言之,在逐渐认识到刑法作用有限的前提下,基于是否存在被害、动用刑罚是否会引发严重的副作用、刑罚以外的民事或行政制裁手段是否足以制止该种行为、刑事制裁的成本是否过高等考量,刑法谦抑精神得以形成。一般认为,主要内容包括:(1)补充性或最后手段性。只有当其他手段对法益的保护都不充分时,才能由刑法以替补的形式对法益进行保护。必须是保护法益的最后手段。(2)片段性。刑法不是将所有的对社会有害的行为都作为处罚对象,而只挑选出一部分加以处罚,具有处罚对象的“零碎”性质。(3)宽容性。即使已经实施犯罪行为,但在衡量法益保护后,如果认为是迫不得已的情况,应重视宽容精神而

控制处罚。^⑫

为了实现刑法谦抑性,具体需要在刑事立法(犯罪类型的创设)、解释论(可罚的违法性论、可罚的责任论)中得以贯彻,并注重刑事制裁的实效性、不可欠缺性和狭义的相当性三个要求,也即:(1)实效性。通过刑罚来处罚某种行为,必须是达到规制该种行为之目的的有效手段。(2)不可欠缺性。通过刑罚来处罚某种行为,必须是达到规制该种行为之目的不可欠缺的手段。(3)狭义的相当性。通过刑罚来处罚某种行为,即使具备了处罚的实效性与不可欠缺性,但如果存在警察圈套、违反罪刑均衡或平等原则的,因不符合相当性,应否定其当罚性^⑬。

据此,从刑法谦抑精神的起源、发展、理论基础、基本主张、实现方式等内容看,其核心旨趣是克制刑罚权的滥用;或强调刑罚的有效性,刑罚权的配置与启用应当遵循慎用性。而这种理解,也被不少人解读为:刑法谦抑精神及其主张是一种严格的外部约束机制,可以实现刑法保护法益的补充性地位或二次调整性地位(相比于其他部门法而言)。易言之,刑法在法律体系中应处于保障法的地位,而刑法的谦抑性督促刑法应依据一定的规则控制处罚范围与处罚程度^⑭。然而,需要说明的是,我国传统刑法理论在讨论刑法的法律性质时,一般也将刑法视为其他部门法的保障法,刑法具有“事后法”或“保障法”的特定属性。这与域外刑法中的谦抑精神可谓不谋而合。进而,针对预防性刑法观及其一些主张,如犯罪化、立法活性化、刑罚扩张等,域外的刑法谦抑精神往往作为质疑的首选依据,当前也实际上被用于质疑预防性刑法观的重要立论之一。就其被“勾连”在一起的主要理据,其实是基于域外刑法谦抑精神的认识与理解,与我国传统刑法理论对刑法保障法、刑法事后法、刑法补充性等主张有着“重述”的紧密一致性,而糅合了刑法谦抑、刑法保障法及限制刑罚权等内容。面对这一情况,只有澄清刑法之于保障法、当代刑法之于谦抑精神的真实内涵与发展需要等基本问题,才能看清预防性刑法观是否与前者是对立及其在当代刑法中存在的合理性。

2. 谦抑精神与预防性观念的冲突和暗含

随着社会的剧烈变革,刑法谦抑精神受到相应的冲击,并集中在刑事立法的活性化(频繁重新制定刑法典或修改刑法典,出台大量的单行刑法或附属刑法等)、处罚的早期化或刑法保护的早期化(刑事立法大量增加对原本是未遂犯、危险犯、预备犯的处罚规定,使例外处罚变成常态处罚)、处罚的重刑化(提高有期徒刑的最高期限,加重公害犯罪等罪名的法定刑)等方面^⑮。对于刑法谦抑精神的当代遭遇,日本刑法理论、尤其是刑法立法堪称典型例子,既包括国家主义刑法观对个人主义刑法观的相对优位,也包括

^⑫ 参见马克昌主编:《外国刑法学总论》(大陆法系),中国人民大学出版社2009年版,第42-45页。

^⑬ 参见陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第95-96页。

^⑭ 参见张明楷:《论刑法的谦抑性》,载《法商研究——中南政法学院学报》1995年第4期。

^⑮ 参见陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第95-96页。

“刑事处罚的扩大化、早期化、重罚化”等刑法改革措施^{④⑥}。这无疑使谦抑精神与当代预防性刑法观频繁“短兵相接”。

国内理论界早已警觉到预防性刑法观有过度压制或削弱谦抑精神的倾向。其中,不乏认为刑法作为其他部门法规范的保障法,仍不能放弃其“第二次法”的性质,虽在风险社会要更重视“以预防为导向”,但其前置有限度(如最多只能处罚预备犯,不能处罚纯粹的思想犯和言论犯),毕竟刑法的作用有限。^{④⑦}该看法与刑法保障法的主张基本一致,但又肯定有限度的前置做法,进而也牵扯出如何平衡必要的预防性介入与坚持人权保障之间的纠葛。还有观点认为,刑法以责任(刑罚)个别化为显著标志,绝非防御或者控制风险的最佳手段。刑法在风险社会仍只能担当“最后法”(Ultima ratio)的角色,应警惕刑法本身的风险。^{④⑧}该观点提出刑法事后法的理论定位,与刑法积极预防功能可能存在内生性对抗,因为刑法被认为仅是风险社会防控体系的一环。这种观点看到了刑法的局限性与自带的危险是可取的,但也不宜扩大化。更有观点认为,风险刑法是反法治的,导致处罚范围过度扩大、传统罪责观被改变、犯罪的主观化倾向严重、风险本身的不确定性加剧风险刑法的不正当性等问题,更动摇谦抑主义的基本精神^{④⑨}。该观点完全将刑法谦抑精神或刑法保障法,置于预防性刑法观的对立面,主张衍生于风险社会的预防性刑法观也可能反法治,而理由正是“刑法相对于其他法的关系应处于‘被动式’地位,在站位问题上属于最后序列”^{④⑩}。这种看法仅仅从观念上捏合了谦抑精神与刑法保障法定位的一致性,并将二者与正在发展中的预防性功能观放在对立面。然而,刑法基于保障功能,根据社会情势的客观变化作出调整具有历史必然性,尽管一些做法可能不合理,却不能完全认为是“反法治的”。总之,以上看法无一例外地立足于刑法保障法的立场,都强调刑法应坚守谦抑精神及其补充性地位,以刑法的事后审慎介入实现对刑罚权发动的正当化限制。

然而,追本溯源地看,刑法谦抑性精神的核心依据是主张刑罚的有效性以及刑法的局限性,进而强调刑罚权发动的慎重性与正当性,并非一味反对必要的犯罪化与刑罚化,也并不本质上排斥刑法参与社会治理,当然也不否定刑法扮演社会变迁与发展中的“工具法制”角色。因而,现代刑法对谦抑性的认同也应基于刑法局限性这一客观事实,是指刑法与其他法律、社会手段一样,仅是社会治理的一环,不能迷信刑事制裁的最严厉性而恣意发动,不能过度依赖刑法的打击作用而一律由刑法介入。实际上,预防性刑法观作为一种发展趋势,也必然以刑法局限性作为基本前提,并对传统刑法体系主要面向过去的干预思维加以转变,倡导必要的面向未来的积极介入思维。基于此,谦抑主义

^{④⑥} 参见黎宏:《日本刑事立法犯罪化与重刑化研究》,载《人民检察》2014年第21期。

^{④⑦} 参见刘仁文、焦旭鹏:《风险刑法的社会基础》,载《政法论坛》2014年第3期。

^{④⑧} 参见卢建平:《风险社会的刑事政策与刑法》,载《法学论坛》2011年第4期。

^{④⑨} 参见刘艳红:《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》,载《法商研究》2011年第4期。

^{④⑩} 参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评》,载《政治与法律》2017年第3期。

与当前立法形成的预防性刑法观之间并非真正“水火不容”,究其理由:对刑罚权的限制本身并无不当,应始终为刑法套上内生性的防控机制,避免权力滥用和倾轧自由。然而,对刑罚权的限制,与保障人权、保卫社会的双重任务并不存在本质冲突,只是应当在合理的限制内,并与犯罪形势、社会形态等因素保持一致。如果刑法不顾现实需要,主动选择摒弃刑罚权的启动及其制裁效应,则使保障功能与保护机能纷纷丧失,刑罚权及其制裁也无存在意义,更无限制的必要。单纯或片面基于谦抑精神主张慎重处罚,使刑法无法作为、不能作为或完全消极应对,本质上与刑法作为社会制度的功能本性背道而驰。在立法与司法层面,只要确保运用刑罚权的方法具有目的正当性、合比例性,就可以避免价值冲突并兼顾多元化的刑法任务及目标。而且,罪刑法定原则、罪责刑相适应原则等正义力量,是限制刑罚权滥用的“主力军”和确保刑罚处罚具有合法化的机制,单凭谦抑精神绝非可以兼顾。

(二) 转向“必要处罚”与积极预防思维的松绑

对谦抑主义的过度迷信,或过苛地遏制刑罚权的启用,均可能背离谦抑主义的中国本土叙事,也可能导致刑法功能被极大搁浅。在必要处罚理念下,其他刑法正义力量可以与刑法谦抑精神协同约束刑罚权,共同实现刑罚有效性命题。

1. 必要处罚理念及其逻辑证成

如欲释缓谦抑主义或保障法理念与预防性刑法观的对立性,就必须对刑罚权及其限制问题作出符合时代需要的“重述”,将刑法功能从刑罚权背负的“洪水猛兽”隐忧中解放出来,克服对刑罚权的“无端恐慌”,防止因忌惮刑罚权的必要的“恶”而弱化目的正当性与功能必要性。其中,确立必要处罚理念是出路。

对刑罚权的排斥以及对刑罚处罚范围的严格限缩,是保障自由的必然延伸,旨在防止刑罚权作为工具被过度使用、甚至偏离刑法功能的应然诉求。但是,刑罚权的启动如果被“过度化”限缩,刑法作为法律及社会控制手段的独立地位可能名存实亡。更实际的是,随着社会需要与社会形态的高速变化,单纯主观上控制刑法介入或刑罚处罚范围已经不合时宜,不仅在立法技术与司法适用上难以奏效,也背离刑法作为社会控制手段的法律本质。相比之下,在剧烈的社会变迁下,主观上意图控制刑罚处罚的无意义、无效,仍需要多方合力,贯彻谦抑精神仅是其一。更重要的是,应基于法治精神,不断更新刑法的处罚范围,而非单纯控制或固化刑罚处罚范围;应使刑罚处罚范围处在合理的“自我淘汰”状态,与犯罪形势保持一致。为此,只有从社会政策、刑事政策、犯罪学等多头出发,从总量上控制犯罪化与非犯罪化的流量与分流比例,才能保持刑法的生命力与适宜性。而且,即使主张或肯定刑法谦抑性的一些内容,也不等于当代社会的刑罚处罚的范围越窄越好,刑法应由“限定的处罚”转向“妥当的处罚”。^⑤ 易言之,刑罚处罚范围是动态与具体的,基于谦抑精神主张,概括性地限制静态的处罚范围不现实、也难以完

^⑤ 参见张明楷:《网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心》,载《人民检察》2014年第9期。

成。预防性刑法观是当代刑法基于时代需要而主动求变之举,以“刑罚有效性”作为基准,一般性与动态地限制刑罚权的发展方向,保持处罚范围的自然更迭。例如,网络技术异化风险盛行,不可避免地要求刑法通过扩大刑罚处罚范围以保护法益的需要,《刑法修正案(九)》顺应形势,增设第286条之一、第287条之一、第287条之二等纯正网络犯罪罪名,使网络安全法益免受严重威胁。

因此,当充分重视和强调刑罚权的慎用性,特别是要求立法控制犯罪化和防止刑罚的重刑化之际,不宜将谦抑性推向另一个极端。尊重谦抑性与倡导必要处罚观念应相对而行,不应阻碍刑罚处罚与其他法律制裁之间的无缝接通,避免其他部门法在刑法缺席时无法完成保护法益的重任。尤应澄清的是,西方社会采取“立法定性+司法定量”的模式,立法层面的非犯罪化成为谦抑精神的主要表现形式;我国采取“立法定性+立法定量”模式,立法犯罪化具有必然的法理逻辑,“罪量虚无型”立法和“微罪扩张型”立法作为具体产物,与谦抑精神的实质不相抵牾。^②借此,可以妥当地澄清谦抑精神在我国刑法体系的本体叙事背景,一并解答当前立法中的犯罪化与谦抑精神的内在一致性难题,展开地讲:(1)刑罚权的慎用性受到刑事政策的策动,从宽严相济基本刑事政策与“严而不厉”的发展趋势看,严密刑事法网是控制犯罪的基本需要。这就要求应当采取必要的犯罪化,必要的犯罪化与必要的处罚都承载相同的内容,与谦抑精神无本质的功能冲突与价值对立。(2)任何社会形态下的犯罪化,都并非单纯的刑法立法问题,而应置于犯罪形态结构的时代变迁下予以审慎的端详。犯罪化从来都不是反法治的做法,而是促进刑事法治积极回应社会重大关切的司法前提。我国刑法仍处于“小而重”的状态,即犯罪圈较小、刑罚过重,立足于现有语境,犯罪圈的扩大并不必然违背谦抑性原则,而是符合我国法治现实的需要。^③当前,预防性立法有其必然性。(3)主张谦抑精神与坚决抵制犯罪化、重刑化是对立的。这是过犹不及的认识“误区”。二者是并行不悖的两个问题。预防性刑法观的内容并非只是犯罪化和重刑化而已,也并非“只做加法不做减法”。(4)我国仍在积极调整“死刑过重、生刑过轻”的刑罚结构,生刑体系的“趋重化”在一定范围和时间内还将存在。但只要与犯罪化本身保持实质的均衡关系,不会违背罪刑法定原则与罪责刑相适应原则。

在此基础上,刑罚权作为下位概念,并非孤立于整个刑法体系,而应服务于所处时代的刑法功能诉求。以刑罚权的慎用性牵制刑法功能的当代发展,只会使当代刑法的时代适宜性递减,是本末倒置之举。必要处罚观念是对当代刑法体系中刑罚权的合理定位,旨在更好地平衡权力滥用与保障功能的对冲性。

2. 预防性刑法功能的系统达成

应当明确的是,谦抑精神是当代刑法致力于人权保障功能的一种反映,但并非当代

^② 参见苏永生:《刑法谦抑主义的西方图景与中国表达》,载《法学杂志》2016年第6期。

^③ 参见卢建平、刘传稿:《法治语境下犯罪化的未来趋势》,载《政治与法律》2017年第4期。

刑法的一项基本制度或基础理念。当前,为了消除预防性刑法观与谦抑主义之间的潜在对立因素,应不忤逆谦抑精神倡导的限制处罚理念,通过注入必要的刑罚观念予以消解。风险社会的到来对传统刑法体系提出诸多新要求,限制处罚观的坚守仅是其一,释放刑罚有效性命题的积极预防功能等措施更为关键。

应围绕当代刑法的社会背景演变、时代使命变迁等内容,不断优化和完善风险社会中的刑法干预机制,至少应展开以下基本对策:

第一,树立刑法应当积极干预社会的治理思维,释放积极刑罚观的潜能。事后的报应是面向过去的惩罚,在风险社会的治理意义有所下降。反而,积极的刑罚观,坚持刑罚具有不得已之恶的前提,基于变动的社会形态、维护社会基本秩序的诉求、积极的一般预防观念的崛起等因素,理性对待刑罚的谦抑性。既在具体的刑罚适用上保持谦抑,慎用重罚,以轻缓为主;也在刑罚处罚的法网上保持慎重的立法化与必要的犯罪化,严密法网,反对无意义的“严厉制裁”,确保充分发挥刑罚调整社会的积极功能。因此,在观念上,无需因刑法采取犯罪化举动,便形成倒向谦抑精神等“择边站队”的潜意识,从而加剧必要的犯罪化、犯罪更迭与谦抑精神的虚无对立;也无需因主张刑法积极干预立场而无故对刑法保障自由的基本使命持悲观态度,并忽视立法科学、司法理性等法治力量的存在。如若继续坚持绝对的刑法保障法观,是对刑法局限性的不当夸大,必然压制刑法预防功能的释放,极易遏制刑法功能的当代转型与刑法体系的自然进化。应明确严密法网与制裁严厉的功能差异,倡导严而不厉的刑事政策,为必要的处罚理念预留位置,为必要的犯罪化与非犯罪化预留空间。

第二,刑法立法的科学化。立法始终是刑法理念变革的先导。面对复杂多变的社会形势,应当重视立法的实证调研,突出立法的准备工作,确保预防性立法具有相应的社会基础、民意基础,避免象征性立法。风险社会下预防性刑事立法的正当性问题,实质上是刑法将一个危险行为作入罪化处理或者使刑罚提前到来的合理依据问题,重点是解决犯罪化与非犯罪化以及危险犯与实害犯的界限^⑤。从主客观因素看,适度犯罪化将是我国今后刑法立法的必然趋势^⑥,危险犯也将有所增量;反之,以谦抑性来单方面限制犯罪圈的适度扩大,其实违背了立法的基本规律。为了保持刑法修正的犯罪化具有适度性,应整体研究适当降低某些犯罪的入罪门槛,杜绝重刑化;考虑在重新修正刑法典时,宜以调整立法基本理念及其制度等为主;以修正刑法总则规定为要点,不宜继续在分则“打补丁”,破除立法的碎片化怪圈;形成轻微罪、轻罪、重罪并举的犯罪分层立法结构。

第三,遵从犯罪控制与科学治理理念。治理犯罪现象是系统工程,国家治理水平与治理体系的完善、社会有机体的参与和支持都是积极防控犯罪的力量,刑法仅是其中一

^⑤ 参见高铭喧:《风险社会中刑事立法正当性理论研究》,载《法学论坛》2011年第4期。

^⑥ 参见赵秉志:《中国刑法立法晚近20年之回眸与前瞻》,载《中国法学》2017年第5期。

环,进而刑法的积极预防功能有其合法性与合理性的内在限度。例如,网络犯罪问题愈演愈烈,单方面寄希望于刑事制裁并不够,还需要动用有效的社会资源和力量,合理控制网络犯罪,而非贸然强求彻底消灭网络犯罪。基于此,解决方案既应有国家治理、社会治理的宏观考虑,也应有刑法立法的犯罪化及其立法模式、犯罪圈的设定、刑罚结构调整等微观举措;既应有刑法之外的社会政策改革及司法改革,也应有刑法之上的犯罪学、刑事政策学以及刑法之后的刑事诉讼法学的合理兼顾;既应有对谦抑主义的合理成分的吸纳,更应有对预防性刑法观的积极体认与贯彻。

第四,重视刑事诉讼的协同改革。预防性刑法观并不能独行,需要刑事诉讼改革的衔接和跟进。例如,预防性刑法观提前了刑法介入时机,增加了危险犯以及轻微罪、轻罪的数量。但一律适用普通程序,不利于繁简分流、庭审实质化等。为了提高诉讼效率和实现以审判为中心的改革,应优化刑事速裁程序、加快试点探索认罪认罚从宽制度、完善轻罪程序等诉讼配套措施,打通实体法与程序法的壁垒。

与此同时,刑法理论的时代转型更不容忽视。尽管传统刑法体系仍然有效并发挥基础作用,但却面临知识结构陈旧、知识体系滞后、知识内容冲突等问题,亟待通过适度的知识转型确保刑法的时代适应性。例如,网络时代与网络犯罪形态共同导致传统刑法体系陷入一定的失灵状态,传统刑法体系的网络化知识转型已经悄然启动。实际上,从《刑法修正案(九)》对网络犯罪的修改看,初步形成了当代刑法的一个新兴领域,即旨在规制网络犯罪的网络刑法^⑤。相比之下,预防性刑法立法及其理念的出现与发展,也是传统刑法学主动回应风险社会及网络社会的自觉之举,是传统刑法学主动促成知识转型的积极行动,是面向未来的刑法新领域。当前,预防性刑法观的境遇相对动荡,地位也相对模糊。这既由于社会形态变迁与社会转型处在过渡期,也因对谦抑主义或刑法功能等存在认识偏差,亦源于立法作为主要的表现方式引发的犯罪化担忧等,但实质根源在于传统刑法学体系横亘其中,传统刑法知识的裂变无法通畅展开,新兴的刑法知识孕育缺乏制度土壤,使新旧刑法知识出现一定的对立状态。为此,如欲消除预防性刑法观所遭遇的负面担忧和被动回应,单纯通过对立法活动进行正当化论证或者通过司法阶段的合理把握显然不够,更需要从理论上予以回应。只有从根源上解决预防性刑法观的价值选择、教义基础与资源投放后,才能对预防性刑法立法、司法以及政策化等具体环节作出妥当安排,才能使其在刑法场域“自由翱翔”。

结 语

当代刑法制度正处在一个前所未有的重大变革时代,风险社会的到来与网络社会的齐集嵌入,共同担当这场巨变的策划和导演。传统刑法体系与预防性刑法理念的胶

^⑤ 参见梁根林:《传统犯罪网络化:归责障碍、刑法应对与教义限缩》,载《法学》2017年第2期。

着与分化正在升温,并成为这场裂变的矢量。无论如何,社会历史形态的变迁必然推动刑法体系的知识转型,在坚守近现代刑法作为人权保障“大宪章”的前提下,预防性刑法观念的发迹与发达是可预见的趋势,但也应时刻保持警惕并树立科学的风险防控观。对于面向未来与走向世界的中国刑法学而言,理念变革是主题曲,应扬弃传统刑法体系的糟粕,借鉴域外的有益成果,并以国情与本土需要为问题意识,促进刑法教义学的创造性转换。因而,在重新审视当代刑法的基本性质、功能预设、价值安排、制度供给与任务定位等基础问题后,为预防性刑法观念的自主生成、实践具化与教义固化作充分的理论准备是重要议题,并通过立法和司法等机制的协同配合,持续对其作出验证、修正、完善与定型。

Abstract: The change of social historical form determines the reform fate of the criminal law system, and the alternation of the global risk society and the network society has led to the mission of the contemporary criminal law to actively prevent risks. The concept of preventive criminal law has come into being, while the preventive legislation characterized with criminalization, the allocation of dangerous offenders, the superiority of security value and the positive prevention of penalty and so on has become the most concentrated carrier, but also confronted with many criticisms, thus, the introduction of comprehensive dogmatic thinking is necessary. We should face the objectivity of criminal law as management tools and the development of functionalism of contemporary criminal law and control the risks of extreme instrumentalism with the principle of proportionality. The historical destiny of the transformation of criminal form structure caused by social change is inevitable, and the scientific nature of criminal participation in social governance should be justified with the rationalization of criminal policy by connecting criminology and regulating criminal law. It is necessary to rethink the modest spirit of criminal law, and advocate effective and necessary sanction function of penalty by both relaxing the criminal law role as “ultima ratio” and releasing the potential effectiveness of the penalty to positively prevent crimes.

(责任编辑:白岫云)